



دانشکده حقوق

# فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

شماره ۱  
بهار ۱۴۰۲

---

صفحه آرا: مهتاب سلیمی  
ویراستاران: شهرزاد حدادی - الهام وحدانی فر  
طراح جلد: نگار توکل مقدم

بهار ۱۴۰۲  
قیمت: ۲۰۰۰۰۰۰ ریال

---

نشانی فصلنامه:  
اوین، دانشگاه بهشتی، دانشکده حقوق  
شماره تلفن: ۲۲۴۳۱۶۸۱

Email: [ecocolaw@sbu.ac.ir](mailto:ecocolaw@sbu.ac.ir)



به نام خدا

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

صاحب امتیاز: دانشگاه شهید بهشتی

مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد

سرمدیر: عباس قاسمی حامد

مدیر داخلی: عرفان شمس

دستیار مدیر داخلی: منظر وفادار

هیئت تحریریه

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

## شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

### الف) ضوابط کلی

۱. نشریه‌ی حقوق اقتصادی و تجاری هر سه ماه یکبار به انتشار مقالات حقوقی در زمینه‌های اقتصادی و تجاری می‌پردازد.
۲. منظور از زمینه‌های حقوقی اقتصادی و تجاری موضوعات آتی است: تحلیل اقتصادی حقوق - حقوق تجارت بین‌المللی - حقوق شرکت‌ها - حقوق اسناد تجاری - حقوق ورشکستگی و تصفیه - رویه‌ها، تجارب و مسائل حقوقی در دادوستدهای فراملی - حقوق بین‌الملل خصوصی - حقوق دریایی - رویه‌های داوری بین‌المللی - حقوق حمل و نقل بین‌المللی - حقوق انرژی، نفت و گاز.
۳. ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه‌ی مجله به نشانی [/https://ecocomlaw.sbu.ac.ir](https://ecocomlaw.sbu.ac.ir) امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر نشریه یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل فصلنامه خودداری شود.
۴. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله برعهده‌ی نویسنده یا نویسندگان آن است.
۵. فصلنامه در پذیرش، رد و ویرایش مقالات آزاد است.
۶. نویسنده با ارائه مقاله به مجله، کلیه حقوق مادی آن را به دانشگاه شهید بهشتی (دانشکده حقوق) واگذار می‌نماید.
۷. هزینه‌ی واریزی برای داوری مقالات، پس از ارجاع به داوری قابل استرداد نخواهد بود.
۸. محدودیتی برای چاپ مقالات دانشجویان به تنهایی وجود ندارد.
۹. نوع داوری فصلنامه به صورت دوسوگور (Double-blind peer review) و حداقل دو داور می‌باشد.
۱۰. هزینه ثبت مقاله در این فصلنامه ۳۰۰۰,۰۰۰ ریال می‌باشد.
۱۱. پس از ارسال مقاله به داوری، امکان تغییر در نویسندگان وجود ندارد.

### ب) شرایط محتوایی مقاله

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

### پ) شرایط شکلی

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

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

۷. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد :

صفحه	محتویات	توضیحات و نکات ضروری
صفحه‌ی اول	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی	<ul style="list-style-type: none"> <li>نام نویسنده/نویسندگان ذیل عنوان مقاله درج شود.</li> <li>رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤول، در پاورقی صفحه‌ی اول درج خواهد شد.</li> <li>پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده‌ی فارسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دست آورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.</li> <li>حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.</li> </ul>
	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی	<ul style="list-style-type: none"> <li>عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی درج گردد.</li> <li>رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤول به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد.</li> <li>پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده‌ی انگلیسی مقاله باید پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دست‌آورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.</li> <li>حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.</li> </ul>
صفحه‌ی سوم به بعد	بدنه‌ی مقاله	<ul style="list-style-type: none"> <li>عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود.</li> <li>یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه شده در مقاله باشد.</li> <li>ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود.</li> </ul>
	فهرست منابع	<ul style="list-style-type: none"> <li>منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره گذاری گردند.</li> <li>کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند.</li> </ul>

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

### ت) شیوه‌نامه‌ی ارجاع‌دهی

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

### ث) شیوه‌ی تنظیم فهرست منابع

۱. **کتاب:**
  - توضیح: نام خانوادگی، نام، **عنوان کتاب**، نام مترجم یا مصحح، جلد، نوبت چاپ، محل انتشار: نام ناشر، سال انتشار.
  - نمونه: سلطانی، محمد، **حقوق بازار سرمایه**، ج ۴، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶.

Posner, Richard A, **Economic Analysis of Law**, United States: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
۲. **مقاله:**
  - توضیح: نام خانوادگی، نام، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره / سال، شماره مجله، سال انتشار، صفحات شروع تا پایان.

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

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

### ۳. پایان نامه و رساله:

- توضیح: نام خانوادگی، نام، **عنوان**، رساله‌ی دکتر/ پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، نام دانشگاه، نام دانشکده، سال دفاع.
- نمونه: وصالی محمود، منصور، **داوری در حقوق رقابت**، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده‌ی حقوق، ۱۳۸۹.

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

### ۴. منبع برخط:

- توضیح: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان»، نام مجله (در صورت وجود)، قابل دسترسی در: <آدرس سایت قابل دسترسی> (تاریخ آخرین بازدید).
  - Imam, Patrick Amir And Kangni Kpodar, "Inclusive citizenship laws tend to foster economic development", available at: <<https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2019/03/citizenship-and-economic-development-imam>> (last visited 28/09/2022)
- در هر مورد از موارد فوق، هرگاه بیش از یک نویسنده برای اثری وجود داشته باشد، نام و نام خانوادگی نویسنده‌ی دوم و نویسندگان بعدی، پس از نام نویسنده‌ی اول به شرح زیر نوشته می‌شود:
- امینی، منصور و مجتبی محمدی، «رابطه‌ی سببیت بین افشای اطلاعات و انعقاد قرارداد بیمه‌ی دریایی»، فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی، د. ۲۵، ش. ۹۷، ۱۴۰۱، صص. ۱۱۹-۱۴۲.
  - Scharer, Enrique, Richard Kelley and Monica Nicolescu, "Robots as animals: a framework for liability and responsibility in human-robots interactions", *The 18th IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication*, Toyama, Japan, Sept. 27-Oct. 2, 2009.



## فهرست مطالب

### حمایت کیفری از حقوق آفرینش‌های فکری در آثار معماری و مهندسی در حقوق ایران

باقر شاملو - محمدرضا داراب‌پور ..... ۱۱

### وضعیت حقوقی معاملات انجام‌شده توسط هوش مصنوعی: نظریه وکیل مجازی

علی نخجوانی - ابراهیم یاقوتی ..... ۴۱

### وضعیت تصرفات منتقل‌الیه در زمان خیار ناقل در حقوق اسلامی

محمدهادی جواهرکلام ..... ۶۹

### فلسفه تنظیم مقررات بانکی بر اساس سیاست احتیاطی کلان

محمد سلطانی - مجتبی محمدی ..... ۹۷

### درآمد حقوقی بر عرضه عمومی اولیه توکن‌های رمزنگاری‌شده بر بستر بلاکچین

شهرزاد حدادی - مصطفی مظفری ..... ۱۲۵

### «تحلیل اختیارات ذاتی مدیر عامل در شرکت‌های سهامی؛ با نگاهی به حقوق فرانسه و تأکید بر رویه قضایی»

رضا خشنودی - محمد یعقوبی نادر ..... ۱۵۷

### چکیده‌های انگلیسی

۱۹۳



# حمایت کیفی از حقوق آفرینش‌های فکری در آثار معماری و مهندسی در حقوق ایران

باقر شاملو\*

محمد رضا داراب‌پور\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۲۶

تاریخ ارسال: ۱۴۰۱/۱۰/۰۹

## چکیده

حقوق «آفرینش‌های فکری» نوعی مالکیت اعتباری بر آثار و تلاش‌های ذهنی افراد است که با جمع برخی ارکان، نظیر اصالت، تازگی و ابتکار، بسته به ماهیت مخلوق فکری، حقوقی نسبتاً انحصاری برای پدیدآورنده به ارمغان دارد. برخلاف تصور عام، حقوق آفرینش‌های فکری حقی مطلق نیست و می‌تواند دربردارنده حقوق آحاد جامعه نیز باشد. این مقاله با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، ضمن واکاوی موضوع حقوق آفرینش‌های فکری و موضوعات زیرمجموعه آن در صنعت ساخت، به‌عنوان آثاری هنری و صنعتی، حمایت‌های قانونی را در دو مرحله پیش و پس از ساخت بررسی کرده است و بر این نظر استوار است که استفاده از طرح‌ها و ایده‌های اجرایی توسط سایر مهندسان الزاماً به معنای تعرض به حقوق پدیدآورنده اولیه نیست و جزئی از طبیعت رو به رشد دنیای مهندسی به حساب می‌آید. همچنین این نتیجه حاصل شد که در فقدان دیدگاه قانونی صریح در زمان تعارض میان حقوق مادی و فکری آن، حداقل در حوزه مهندسی و صنعتی، اصل بر تقدم مالکیت مادی است و مالک حق تغییر مصنوع ایجادشده مهندسی بر اساس نیازهای خود را دارد، لیکن صاحب ایده می‌تواند از انتساب اثر به خود ممانعت کند و اگر خسارت مسلم یا ممکن‌الحصولی به وی وارد آید، آن را مطالبه کند. درنهایت از جنبه کیفی مشخص شد که تعرض به حقوق فکری با توجه به دیدگاه‌های نوین، دیگر یک جرم قابل‌گذشت نیست و شناسایی آن به‌عنوان یک جرم عمومی در راستای منافع همگانی و توسعه‌یافتگی اجتماعی و اقتصادی کشور ضروری است.

## کلیدواژگان:

مالکیت فکری، مالکیت صنعتی، مهندسی، معماری، حقوق کیفی.

\* دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

BagherShamloo@gmail.com

\*\* استادیار، دانشگاه علامه رفیعی (نویسنده مسئول)

Darabpour@gmail.com



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

## مقدمه

براساس گزارش شاخص بین‌المللی حقوق مالکیت<sup>۱</sup> که مؤسسه حقوق مالکیت آن را تهیه و کشورها را از لحاظ تضمین حقوق مالکیت رده‌بندی کرده، ایران در سال ۲۰۲۲ در زمینه حقوق مالکیت فکری در میان ۱۲۹ کشور جهان، رتبه ۱۱۳ و در بین ۱۵ کشور منطقه رتبه ۱۴ را به خود اختصاص داده است و در سایر شاخص‌های مرتبط با حقوق مالکیت نیز جایگاه مناسبی ندارد و در مواردی، نظیر حق کپی‌رایت، امتیاز صفر از ده را دریافت کرده است که یکی از چالش‌های مهم حاکمیت قانون، به‌ویژه در قلمرو فعالیت‌های تجاری و صنعتی، در عصر حاضر محسوب می‌شود.<sup>۲</sup>

یکی از شاخص‌های توسعه‌یافتگی هر کشور وضعیت آن کشور در حمایت از حقوق آفرینش‌های فکری است. حمایت از حقوق مترتب بر آفرینش‌های فکری در بالابردن شاخص توسعه و پیشرفت و به‌ویژه تضمین اجرای مؤثر حقوق برای پدیدآورنده و مجازات متعرضان حقوق فکری اشخاص از اهمیت بالایی برخوردار است. حمایت مؤثر از حقوق آفرینش‌های فکری زمینه‌ساز سرمایه‌گذاری سالم در موضوعات علمی، مهندسی و انواع فناوری‌ها است که مجموعه‌ای از مزایای بلندمدت اقتصادی، مانند ایجاد انگیزه برای نوآوری، تشویق کشف روش‌های تولید و توزیع کم‌هزینه‌تر، دعوت به عرضه محصولات و دانش‌های نوین، تشویق سرمایه‌گذاری‌های جدید با هدف توسعه و تحقق پیشرفت از طریق ارتقای سطح فناوری را به همراه دارد.<sup>۳</sup>

طرح‌ها و پروژه‌های فاخر مهندسی نتیجه ایده‌های نوآورانه، مبتکرانه و خلاقانه یک مهندس یا مجموعه‌ای از مهندسان است و زمانی حقوق فکری برای مهندس ایجاد می‌کند که با توجه به ماهیت اثر خلق‌شده، دارای برخی مشخصه‌ها، نظیر محسوس،

1. IPRI: International Property Rights Index

2. Property Rights Alliance, (2022) "International Property Rights Index, 2022", pp. 1-59.

۳. جعفری خانشیر، سعید، رضا آذرافزا و امیر رادفر، «بررسی و طبقه‌بندی دلایل و زمینه‌های انفعال نظام حقوق مالکیت صنعتی در ایران»، فصلنامه مدیریت صنعتی، د ۶ ش ۱۶، ۱۳۹۰، صص ۲۷-۳۸.

منحصربه‌فرد، جدید و اصیل‌بودن و در پاره‌ای موارد کاربرد صنعتی، باشد. هر اثر مهندسی جدای از ارزش مادی، معرف پدیدآورنده آن است و برای خالق خود حقوقی را به ارمغان می‌آورد که حقی جدا از مالکیت مادی اثر است.

«حقوق معنوی»<sup>۱</sup> یا به بیان بهتر «حقوق فکری» یا «حقوق مالکیت فکری» و در بهترین و دقیق‌ترین عنوان خود «حقوق آفرینش‌های فکری» آن دسته از حقوق و امتیازات غیرمالی است که به شخصیت پدیدآورنده ارتباط دارد و برای حمایت از آن مقرر شده است.<sup>۲</sup> در تعریفی دیگر، مالکیت آفرینش‌های فکری «رابطه اعتباری بین شخص و آثار و خلاقیت‌های ذهنی و فکری اوست که حق هرگونه تصرف و انتفاع از این آثار را به‌طور مطلق و انحصاری به صاحب اثر اعطا می‌کند، مگر آنچه که به‌موجب قانون استثنا شده باشد». عده‌ای دیگر این حقوق را مجموعه حقوق و امتیازاتی دانسته‌اند که طبق قانون برای آفریننده اثر نسبت به مخلوق هوش و اندیشه‌های او شناخته می‌شود که حقی انحصاری برای هرگونه بهره‌برداری مادی و معنوی از نام و اثر است.<sup>۳</sup> باوجوداین، بیان یک تعریف جامع و خالی از مناقشه به واسطه گستردگی آن و مخلوط‌شدن آن با حقوق عمومی و حقوق جامعه و دولت آنچنان هم ساده نیست و به این تعاریف می‌توان ایراداتی جدی وارد نمود. به نظر برخی محققان، عامل مهمی که شاخصه‌های اصلی مالکیت فکری را پیچیده‌تر و ارائه تعریف دقیق را مشکل می‌کند، این است که رژیم‌های مالکیت فکری محصول مکاتب فلسفی و سنت‌های حقوقی گوناگونی هستند.<sup>۴</sup> بدین دلیل افتراقاتی بنیادین در تعاریف مختلف از حقوق آفرینش‌های فکری دیده می‌شود. برای نمونه، مفاهیمی نظیر مالکیت، حق نشر، انحصار و بسیاری واژگان کلیدی در نظام‌های حقوقی مختلف تعاریف و شاخصه‌های بعضاً متفاوت دارند، حتی امکان دارد هدف از وضع

۱. عبارت «حقوق معنوی» اگرچه به‌کرات ادبیات حقوقی به کار رفته است، عنوان دقیقی نیست و مورد انتقاد بسیاری از بزرگان حقوق است.

۲. صفایی، سید حسین، **حقوق مدنی و حقوق تطبیقی**، نشر میزان، ۱۳۸۶، ص ۷۶.

۳. روشن، محمد و مصطفی خرمی، «حقوق مالکیت فکری معماری»، *مجله صفه*، د ۲۳، ش ۶۰، ۱۳۹۲، صص ۵-۱۶.

۴. خدمتگزار، محسن، **فلسفه مالکیت فکری**، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص ۱۵۲.

قوانین مالکیت فکری نیز متفاوت باشد. ممکن است در یک نظام حقوقی، هدف اصلی حمایت از اشخاص باشد و در نظام دیگری، خود اثر، جنبه قالب حمایتی را به خود اختصاص دهد.

### ۱. حقوق آفرینش‌های فکری در قلمرو مهندسی و معماری

همان‌گونه که مهندسان ممکن است حق بر امور مادی داشته باشند، می‌توانند بر امور فکری هم حق و مالکیت داشته باشند. در تقسیم‌بندی کلی، حقوق آفرینش‌های فکری به دو دسته مالکیت ادبی و هنری، و مالکیت صنعتی تقسیم شده است. مقنن در دو قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ و قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶، راه‌های حمایتی از حقوق آفرینش‌های فکری را پیش‌بینی کرده است. مضافاً، معاهدات بین‌المللی که ایران به آنها پیوسته است، مانند کنوانسیون پاریس در خصوص حمایت از مالکیت صنعتی در سال ۱۳۳۸، کنوانسیون مؤسس سازمان جهانی مالکیت فکری در سال ۱۳۸۰، اتحادیه موسوم به مادرید و موافقت‌نامه آن در خصوص ثبت بین‌المللی علائم و پروتکل مربوط در سال ۱۳۸۰ و معاهده تریپس هم می‌توانند به‌عنوان مرجع استنادی برای حفظ این حقوق در نظر گرفته شود. این معاهدات به موجب ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون، و پس از تصویب، لازم‌الاجرا و لازم‌الاتباع است. باوجوداین، با توجه به دنیای پویای امروزی و ورود موضوعات جدید به دایره حقوق مالکیت آفرینش‌های فکری، تنقیح قوانین داخلی یا حتی وضع برخی قوانین جدید و تخصصی برای هر صنعت، از جمله صنعت ساخت، امری اجتناب‌ناپذیر است.

نظر به قوانین موجود، حقوق آفرینش‌های فکری (مؤلفان، مصنفان و صاحبان آثار هنری) شامل حق انحصاری نشر، پخش، عرضه و اجرای اثر، حقوق بهره‌برداری مادی و معنوی از نام و اثر است. حمایت از جنبه معنوی و اخلاقی اثر برخلاف جنبه اقتصادی آن محدودیت زمانی و مکانی ندارد و نظر قوی‌تر که منطبق بر نص قوانین فعلی نیز می‌باشد،

آن است که این حق قابل انتقال نیست. مهم‌ترین این حقوق که عمدتاً در خصوص آثار معماری مطرح است، حق انتساب، حق حفظ کلیت اثر و ممانعت در استفاده تحریف‌آمیز از اثر است.<sup>۱</sup>

به‌هرروی، در امور مهندسی به‌ندرت با مسئله مالکیت ادبی مواجهیم. علت این امر را باید در ماهیت کارهای عمرانی که یک صنعت ملموس و قابل‌رویت است، جست‌وجو کرد. اما از طرفی دیگر، طرح‌های معماری از منظر جلوه‌های هنری و جنبه‌های عمرانی و مهندسی در معنای اخص خود، در عرصه مالکیت صنعتی دارای جایگاه بالایی در میان دیگر صنعت‌ها است.

اساساً برای آنکه کاری را بتوان به‌عنوان اثری با جنبه مالکیت فکری شناخت، وجود برخی ارکان (و نه همه ارکان) بسته به ماهیت و مصداق مالکیت فکری الزامی است که بارزترین آنها به قرار ذیل است:

الف) اصالت:<sup>۲</sup> به این مفهوم که اثر توسط شخص پدیدآورنده به‌وجود آمده باشد و مظهر شخصیت او باشد.<sup>۳</sup> به عبارت بهتر، اثر باید زائیده تراوش‌های فکری پدیدآورنده باشد که مفهومی شخصی است، نه نوعی که از دو جنبه محتوا و تعبیر قابل‌ارزیابی است. در حقوق ایران این اصالت را به‌عنوان اصالت طرح نیز می‌شناسند. البته، واژه اصیل لزوماً به این معنا نیست که اثر هنری باید مبین تلاش‌های کاملاً خلاقانه باشد<sup>۴</sup> و همین اندازه که کپی‌برداری از دیگری نباشد و حداقلی از میزان خلاقیت در آن مشهود باشد، برای شناسایی آن به‌عنوان یک طرح اصیل کفایت می‌کند.<sup>۵</sup> در بحث اصالت اثر،

۱. داراب‌پور، مهرباب و همکاران، اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل، کتاب پنجم، حقوق رقابت، نمایندگی، تجارت الکترونیک و آفرینش‌های فکری، چاپ چهارم (ویرایش دوم)، گنج دانش، ۱۴۰۱، ص ۱۳۲.  
2. Originality.

۳. میرحسینی، سید حسن، فرهنگ حقوق مالکیت معنوی، ج ۱، ۲، نشر میزان، ۱۳۹۱، ص ۳۹۵.

4. Mann, P. & Denoncourt, J. (2009). Copyright Issues On The Protection Of Architectural Works And Designs. 25th Annual Conference Of Association Of Researchers In Construction Management (Arcom), September 2009, Albert Hall, Nottingham, Available At [Http://Centaur.Reading.Ac.Uk/4621/](http://Centaur.Reading.Ac.Uk/4621/).

5. Kim, J.S. (2018). "Filtering, Copyright Infringement Analysis In Architectural Works", *University Of Illinois Law Review*, 1, 282-112.

معیارهای اختصاصی دیگری در برخی نظام‌های حقوقی کامن‌لا (آمریکا) در سال‌های اخیر مطرح شده است تا بتوان انطباق‌پذیری آثار معماری در قلمرو حمایتی آثار فکری را تسهیل نمود. این معیارها را که هنوز مقبولیت گسترده‌ای نیافته‌اند، لیکن شاخصه‌هایی برای برخی محاکم بوده‌اند، می‌توان در سه دسته زیر طبقه‌بندی نمود:

- معیار عدم کارکرد: به معنای تفکیک آثاری که صرفاً جنبه زیبایی دارند، از آثاری که جنبه‌های کاربردی و خدماتی دارند.

- معیار تجزیه: به معنای آنکه هر بخش از سازه را تجزیه، و نهایتاً بر این اساس در مورد اصالت آن اثر اظهار نظر کرد. (مشخصاً این دیدگاه در مواردی موجب مغفول ماندن از کلیت اثر است که می‌تواند منجر به بروز نتایج ناعادلانه گردد. لیکن، بسنده کردن به حداقل‌هایی از ابتکار و اصالت موجب فائق آمدن بر این مشکل است و انتقادات وارده بر این معیار در عمل چندان چالش برانگیز نیست.)

- معیار مطلق: به معنای شناسایی مؤلفه‌های گوناگون موجود در اثر، و اناطه اصالت اثر به اصالت همه مؤلفه‌های اثر.<sup>۱</sup>

ب) تازگی:<sup>۲</sup> برای آنکه بتوان به ایده یا طرحی عنوان تازگی را اطلاق کرد، باید طرح نسبت به دانش اولیه مهندسی تازگی داشته باشد و قبلاً از سوی دیگری مطرح و بررسی نشده باشد. به عبارتی، هر چیزی که در نقطه‌ای از جهان از طریق انتشار کتبی یا شفاهی یا از طریق استفاده عملی و یا هر طریق دیگر قبلاً شناسایی یا بهره‌برداری شده باشد، جدید به حساب نمی‌آید؛ حتی اگر برای افراد یک منطقه یا کشور ناشناخته باشد.<sup>۳</sup>

۱. عبداللهی، محمدجواد، مریم شریفی‌رنانی و رضا عرب‌زاده، «تحلیل معیارهای احراز اصالت آثار معماری در حقوق مالکیت فکری»، حقوق خصوصی، د ۱۸، ش ۱، ۱۴۰۰، صص ۱۷۷-۲۰۱.

2. Novelty

۳. میرحسینی، سید حسن، مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت معنوی، ج ۶، انتشارات میزان، ۱۳۹۶، ص ۷۲.



ج) گام ابتکاری<sup>۱</sup>: 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 می‌شود که در رشته‌ای از صنعت قابل ساخت یا استفاده باشد.<sup>۲</sup> البته، توضیح و شناسایی گام ابتکاری بودن و بدیهی بودن امری که موضوع بسیاری از جدل‌های مربوط به طرح‌های مهندسی است، چندان آسان نیست. مثلاً برای مهندسان طراح، انجام کاری یا استفاده از مصالح جدید و روشی جدید منجر به بروز یک رفتار سازه‌ای یا نتیجه بدیهی می‌شود که ابتکار آنان شمرده می‌شود. حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر شخص دیگری همین ایده را اجرا می‌کرد، آیا نتیجه مشابهی را به بار می‌آورد و مورد حمایت قرار می‌گرفت؟

باید توجه داشت که شرط تازگی، ناظر بر جنبه کمی دانش مهندسی، ولی شرط ابتکار، ناظر بر جنبه کیفی آن است. در حقوق ایران، منظور از داشتن گام ابتکاری این است که اختراع محصول فعالیت خلاقانه و مبتکرانه‌ای باشد و درجه‌ای از توسعه و پیشرفت را همراه داشته باشد. گام ابتکاری به این علت پیش‌بینی شده که از اعطای حقوق انحصاری به موضوعات مهندسی یا ایده‌هایی که صرفاً برآیند معلومات قبلی است و در خلق آن‌ها ابتکار و خلاقیت به کار گرفته نشده است، جلوگیری کند.

د) کاربرد صنعتی: در خصوص مالکیت صنعتی رکن «کاربرد صنعتی» نیز ملاک شناسایی حق است<sup>۳</sup> که در ماده ۲۷ موافقت‌نامه تریپس به صراحت پیش‌بینی، و همان‌گونه که در ماده ۲ قانون ثبت اختراعات طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ذکر شده است، از نظر صنعتی محصولی کاربردی است که در رشته‌ای از صنعت قابل ساخت یا استفاده باشد. مراد از صنعت معنای گسترده آن است و شامل مواردی نظیر صنایع مهندسی و خدمات نیز می‌شود. منظور از وجود ارزش و کاربرد صنعتی، مفید بودن است. در امور

1. Inovative step

۲. شیخی، مریم، اصول حقوق مالکیت فکری، نشر میزان، ۱۳۹۴، ص ۱۸۹.

۳. میرحسینی، سید حسن، حقوق طرح‌های صنعتی، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۸۱.

مدیریتی و مهندسی، امر یا ایده‌ای مفید تلقی می‌گردد که به رفع یک مشکل یا کاهش درجهٔ سختی آن بینجامد.

لازم به ذکر است، وجود هم‌زمان همهٔ ارکان یادشده برای برخورداری از حمایت قانونی در آفرینش‌های فکری الزامی نیست و متناسب با ماهیت اثر، وجود یک یا چند مورد از ارکان فوق‌الذکر (یا برخی ارکان خاص دیگر) ضرورت خواهد یافت. برای نمونه، در آفرینش‌های ادبی و هنری گام ابتکاری رکن الزامی نیست و اصالت اثر و انتشار آن برای اولین بار در ایران (جدیدبودن) ارکان غالب در معرفی اثر به‌عنوان یک آفرینش فکری ملاک است، یا در باب طرح‌های صنعتی وجود یکی از ارکان کاربرد صنعتی و اصالت یا تازگی برای بهره‌مندشدن از حمایت قانونی کفایت می‌کند. در اختراعات، وجه تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی معیار اصلی تشخیص به‌حساب می‌آید.<sup>۱</sup>

از نگاه مهندسی، مالکیت فکری و خلاقیت افراد نیاز به یک نیروی محرک دارد تا نوآوری و ابداع در روحیهٔ مهندسان شکوفا شود که تحت عنوان مدیریت ارزش به آن توجه خاصی شده است. در این میان، این سؤال مطرح است که آیا هر رفتار جدیدی که ارزش افزوده‌ای ایجاد کند، تحت حمایت حقوق مالکیت فکری خواهد بود یا خیر؟

در پاسخ باید گفت، مدیریت ارزش رویکردی است که تأکید بر تحریک افراد، توسعهٔ مهارت‌ها، ارتقای هم‌افزایی و نوآوری با هدف حداکثر نمودن عملکرد سازمان دارد. بر این اساس، مدیریت ارزش در راستای منافع ذی‌نفعان و رضایت مشتریان به‌صورت توأمان گام برمی‌دارد. در صورتی که مدیریت ارزش باعث ایجاد مالکیت فکری شود، این اثر برآمده، از نظر حقوقی قابل‌حمایت است. البته ذکر این نکته ضروری است که مفهوم مدیریت ارزش با مهندسی ارزش<sup>۲</sup> متفاوت است؛ همان‌گونه که مدیریت کیفیت و مهندسی کیفیت

۱. بهادری‌چهرمی، زهرا، زهرا شاکری و محسن صادقی، **حل و فصل غیرقضایی اختلافات حقوق مالکیت فکری**، نشر مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده قوه قضائیه، ۱۳۹۹، ص ۶۷.

۲. نظری، احد، ناصر جمالی هرسینی و یاسر گلدوست جویباری، «کاربرد مهندسی ارزش در بهبود طراحی پروژه‌های ساختمانی»، **مجله علمی معماری و شهرسازی**، د ۲۰، ش پیاپی ۴، ۱۳۸۹، صص ۴۹-۶۰.

تفاوت دارد. مدیریت ارزش مفهومی عمیق‌تر و گسترده‌تر، و یک رویکرد مدیریتی معطوف به ارزش است، ولی مهندسی ارزش یک تکنیک حل مسئله و روشی برای افزایش ارزش در یک محصول یا پروژه است و اصولاً محصول حاصل از یک فرایند مهندسی مبتنی بر ارزش‌افزایی حق فکری ایجاد نمی‌کند تا در قلمرو حقوق آفرینش‌های فکری وارد شود. به‌هرروی، طرح یا ایده‌ای که جزو مقوله مالکیت فکری محسوب شود یا طرحی که سبب افزایش ارزش طرح یا به عبارتی دقیق‌تر سبب افزایش سود یا کاهش ضرر شود، برای خالق ایده یا طرح، به شرط داشتن شرایط مالکیت آفرینش‌های فکری، امتیاز و حقوقی را به همراه دارد که جدا از محصول فیزیکی تولید شده است. تأکید می‌گردد خروجی ناشی از فرایند مدیریت ارزش الزاماً یک حق فکری ایجاد نمی‌کند؛ در حالی که آنچه برآمده از پدیده تحت حمایت حقوق فکری است، حتماً یک ارزش مادی یا معنوی جدید ایجاد می‌کند. بدیهی است، چنانچه از ایده‌ای اصیل و ابتکاری شخصی در جایی دیگر استفاده شود، به شرطی که استفاده از خدمات به شمار آید، باید حقوق شخص ایده‌پرداز در حیطه قانونی پرداخت شود.<sup>۱</sup>

درنهایت باید عنوان نمود که ضوابط عام و خاص موجود در شناسایی آثار معماری و مهندسی در قلمرو حقوق مالکیت فکری همچنان پرابهام است و به‌جز آنچه در نصوص قانونی و برخی رویه‌ها وجود دارد، قضاوت عرفی نیز در اظهارنظرها بی‌تأثیر نخواهد بود. طبیعتاً، آثار معماری به‌مثابه سایر آفرینش‌های فکری می‌بایست محسوس و در چارچوب نظم عمومی باشد تا مورد حمایت قانون قرار گیرد. به‌هرروی، یک اثر مهندسی یا معماری در رویه فعلی، زمانی مورد حمایت است که بتوان آن را متناسب با ماهیت اثر خلق شده، دارای تمام یا برخی از ویژگی‌های اصالت، ابتکار و تازگی دانست. اما در بوتۀ عمل شناسایی این معیارها و تطابق‌دادن آن با یک اثر خاص برای محاکم و حتی کارشناسان خبره چندان آسان نیست.

۱. امامی، اسدالله، حقوق مالکیت فکری، نشر میزان، ۱۳۹۹.

## ۲. قلمرو و حدود کپی‌برداری در آثار معماری

کپی‌رایت یا حق نسخه‌برداری نوعی حمایت از حقوق آفرینش‌های فکری است که توسط سازمان مالکیت فکری جهانی<sup>۱</sup> ارائه شده است. بالعکس طرح‌های صنعتی و اختراعات و با توجه به برخی رویه‌های موجود (رای شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۹۰۰۳۷۶ به تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۳ صادره از دیوان عالی کشور)، یک طرح معماری از زمان ایجاد به‌طور خودکار از حمایت قوانین «کپی‌رایت» برخوردار است. لذا، یک معمار برخلاف مهندسانی که با پایبندی به علوم سخت، مصنوعی مانند یک نرم‌افزار مهندسی را ایجاد می‌کنند، برای به‌دست‌آوردن حقوق فکری اثر، نیازی به ثبت اثر و اعلامیه اثر ندارد؛ اگرچه ثبت آن قطعاً دارای آثار حقوقی مثبتی، به‌ویژه در مقام دفاع در محاکم، را دارد.

کپی‌کاری در طرح‌های معماری قبل و بعد از اجرا به شیوه‌های مختلفی قابل‌تصور است؛ مانند آنکه خود طرح از روی ماکت یا نقشه‌های موجود نسخه‌برداری، یا از طریق مهندسی معکوس بدون رجوع به نقشه‌ها اصطلاحاً بازتولید شود.

در آثار ادبی و هنری، شکل اثر یا بیان مورد حمایت است.<sup>۲</sup> این در حالی است که اگر یک اثر معماری را هنر بدانیم (که به‌واقع نیز نوعی هنر است)، جنبه هنری آن، برخلاف سایر آثار مورد حمایت قوانین کپی‌رایت، همچون آثار نقاشی، موسیقی و ادبی، جنبه منفرد و حتی در بسیاری موارد جنبه غالب اثر نیست و در کنار جنبه هنری و مهم‌تر از آن، جنبه فنی و کاربردی یک اثر معماری است که مطرح می‌باشد؛<sup>۳</sup> اگرچه این دو جنبه سخت به‌هم آمیخته باشند. قوانین حمایتی کپی‌رایت تنها از جنبه هنری این آثار حمایت می‌کند و از سایر جنبه‌های فنی و صنعتی (با فرض ثبت‌شدن در قالب طرح صنعتی یا اختراع) حمایت لازم را در سایر قوانین، به‌ویژه قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم

1. WIPO. World Intellectual Property Organization

۲. حبیب‌الله سعید و مسعود شهبازی، «رویکرد نظری به اسباب تملک آثار فکری»، حقوق خصوصی، د ۱۴، ش ۱، ۱۳۹۶، صص ۲۷-۴۹.

۳. صادقی اسفهلانی، سوره، «حمایت کپی‌رایت از آثار معماری»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۲۰، ۱۳۹۰، صص ۱۶۷-۱۸۰.

تجاری، باید جست‌وجو نمود. برخی کشورها مانند آمریکا برای حمایت از طرح‌های معماری قوانین خاص نظیر «قانون حفاظت از حق نسخه‌برداری از آثار معماری»<sup>۱</sup> را وضع کردند که حدود و ثغور حمایت‌های قانونی، و شیوه‌های پاسخ به مشکلات مرتبط با تعارض حقوق مادی و فکری اثر معماری را مشخص می‌کند. مضافاً، ضوابط و معیارهای مشخصی برای شناسایی یک طرح معماری تازه و ابتکاری را بیان می‌کند. ولی در غیاب چنین قوانینی در ایران، لاجرم باید به قواعد عمومی حقوق کپی‌رایت استناد نمود.

### ۳. ضابطه حقوقی به‌عنوان شرط حمایت کیفی از آثار و مصنوعات مهندسی

گاهی مهندسان نتایج تحقیقات و ایده‌های هنری خود را در قالب نوشته‌ها، نقشه‌ها و آثار هنری مانند ماکت‌ها و سایر آثار سمعی و بصری به جامعه ارائه می‌کنند. لیکن، شرط حمایت کیفی از حقوق مالکیت فکری در آثار و مصنوعات مهندسی وجود ضوابط حقوقی است. بدین معنا که حقوق کیفی به‌تنهایی و بدون شناسایی این ضوابط و معیارها امکان ورود و اعمال هیچ واکنشی را ندارد. قطعاً استفاده از ابزار کیفی، چه در مقام تشخیص رفتار مجرمانه و چه در مقام اعمال مجازات، نیازمند وسواس مضاعفی نسبت به موضوعات حقوقی است. بنابراین، لاجرم در ابتدا باید به معیارهای حقوقی رجوع کرد و تا سرحد امکان از تفاسیر موسع قوانین اجتناب نمود و فرض را بر برائت گذاشت.

به موجب قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، به آنچه از راه دانش یا هنر و یا ابتکار مؤلف یا مصنف پدید می‌آید، بدون در نظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان یا ظهور و یا ایجاد آن به کار رفته است، «اثر» اطلاق می‌شود. در بند ۷ از ماده ۲ این قانون، به‌صراحت اثرهای معماری، از قبیل طرح و نقشه‌های ساختمانی، به‌عنوان اثر هنری معرفی شده است. لازم به ذکر است، قانون فوق‌الاشاره در خصوص ساختمان و آنچه از روی نقشه ساخته می‌شود، سکوت کرده است که ابهاماتی را به همراه دارد و این

1. Architectural Works Copyright Protection Act (AWCPA)

چالش‌ها را به ذهن متبادر می‌کند که آیا ساختمان ساخته شده هم جزئی از این تعریف است؟ و آیا پدیدآورنده بر خود مصنوع هم حق فکری انحصاری دارد؟

در پاسخ می‌توان گفت، طرح‌های مهندسی و حقوق آفرینش‌های فکری مهندسان در دو موقعیت قابل حمایت است: اول زمانی که طرح<sup>۱</sup> از مرحله ایده اولیه عبور کرده و به صورت نقشه یا فایل الکترونیکی یا ماکت درآمده است و دوم زمانی که طرح به اجرا درآمده و در معرض دید عموم قرار گرفته است. در حالت اول، استفاده از طرح نیازمند دسترسی شخص ثالثی به فایل‌های طراحی یا نقشه‌هاست. مانند آنکه شخصی فایلی را از کامپیوتر مهندسی بریاید که مصدافی از سرقت رایانه‌ای است (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای) و ممکن است تجاوز به حقوق فکری پدیدآورنده هم به حساب آید که از باب تعدد جرایم قابل پیگیری در محاکم است. در حالت دوم، طرح ساخته شده و در معرض نمایش است و اساساً هر شخصی می‌تواند از آن طرح ایده بگیرد یا سازه‌ای مشابه با آن را مجدداً طراحی کند یا بسازد. حمایت از حقوق پدیدآورنده در حالت دوم معمولاً با مشکل جدی روبه‌رو می‌شود؛ زیرا از نظر زمانی مشخص است که طرح اول کدام بوده است و این طرح و حقوق آن اصولاً با نام پدیدآورنده اول شناخته می‌شود و حتی طرح‌های ثانویه که از طرح اولیه اقتباس شده، به نوعی معرف طرح اولیه است. از طرف دیگر نمی‌توان از اثر یک طرح شگرف مهندسی بر سایر مهندسان، چه به صورت آگاه و چه به صورت ناخودآگاه، اجتناب کرد؛ زیرا ایده‌های مهندسی الهامات خدادادی نیستند و هر ایده‌ای وابسته به آموزه‌ها و مشاهدات پیرامونی معمار یا شخص پدیدآورنده است. وانگهی هر پروژه خصیصه‌های منحصر به فرد خود را دارد و پروژه دوم حتی اگر شبیه طرح مهندس دیگری باشد، شاخصه‌های منحصر به فردی دارد که آن را از دیگر طرح‌ها متمایز می‌کند. استدلال دیگر آنکه، حفاظت از یک اثر معماری و مهندسی شامل حق جلوگیری از

۱. بین طرح‌های معماری و سایر طرح‌های مهندسی باید قائل به تفصیل بود. طرح‌های عمرانی و مهندسی که فاقد عنصر هنری هستند، معمولاً در قالب طرح صنعتی یا اختراع شناسایی می‌شوند؛ زیرا بار صنعتی یا جنبه اختراع گونه آن بر جنبه هنری سنگینی قابل توجهی دارد. در مقابل، معماری و مهندس معمار بیش از هر رشته مهندسی دیگری با هنر و خلق آثار هنری مرتبط است و در گروه آثار هنری قرار می‌گیرد.

ساخت، توزیع یا نمایش عمومی تصاویر، عکس‌ها یا سایر نمایش‌های تصویری اثر نیست. علاوه بر این موارد، طرح‌های مهندسی معمولاً به‌عنوان یک اختراع یا طرح صنعتی ثبت نمی‌شوند تا همگی آن را به‌عنوان یک حق انحصاری شناسایی کنند.

چالش دیگر آن است که ساختمانی با ایده‌برداری از ساختمان دیگری ساخته شود و شهرت ساختمان دوم به واسطه قرارگیری در یک موقعیت جغرافیایی یا وجود کاربری خاص، آن چنان گسترده شود که این وهم را ایجاد کند که طرح اولیه برخلاف واقعیت اصیل و نوآورانه نیست. حتی این امکان وجود دارد که امتیازاتی خاص برای ایده‌گیرنده فراهم آورد و مالک ایده اولیه ادعا کند که این امتیاز می‌بایست به وی تعلق می‌گرفت. براساس اصول و قواعد حقوقی موجود، همانند قاعده لاضرر و پذیرش امکان جبران خسارات معنوی در نظام حقوقی ایران، به نظر می‌آید که چنانچه ضرری مسلم و در پاره‌ای موارد ممکن‌الحصول متوجه طراح اولیه شود، نباید جبران نشده باقی بماند. ولی این امر هم به این معنا نیست که به حقوق فکری پدیدآورنده اول تعرض شده است و اینکه شهرت ساختمان بعدی به هر علت طبیعی یا عرفی بیش از ساختمان اولیه باشد، اصولاً، به‌معنای وجود سوءنیت شخص ایده‌گیرنده نیست. مضافاً، حقوق مرتبط با مالکیت آفرینش‌های فکری برای صاحب اولیه همچنان مستقر و تخدیش‌ناپذیر است.

تولید محصول فکری، پدیده‌ای است که عموماً نیازمند دو رکن تخصص و سرمایه است و در اکثر موارد، خود پدیدآورنده توانایی تأمین آنها را ندارد. بر این اساس، تجربه نشان داده است که اصولاً دارنده تخصص و سرمایه غالباً یکی نیستند.<sup>۱</sup> لذا، اگرچه مهندسان ممکن است بر اثری، حق فکری داشته باشند، ولی مالکیت فیزیکی آن متعلق به دیگری است و او محق است هرگاه بخواهد، آن را تخریب کند یا تغییر دهد. کماآنکه، برخی قوانین خاص کپی‌رایت، مانند قانون حفاظت از حق نسخه‌برداری از آثار معماری آمریکا، نیز همین نظر را پذیرفته است. همچنین، در تعارض میان مالکیت اقتصادی اثر و

۱. حبیبی، سعید و مجید حسین‌زاده، «بررسی حقوق کارگران در قراردادهای کار تولید اموال فکری»، حقوق تطبیقی، د ۵، ش ۱۳۹۷، ص ۴۷-۶۸.

مالکیت فکری محض، با توجه به قوانین ایران، نمی‌توان مالک را به راحتی از حق تغییر یا تخریب اثر محروم کرد. به هر روی، در اینکه آیا خود ساختمان هم جدای از نقشه و طرح پایه مورد حمایت از جنبه مالکیت فکری است، همچنان میان حقوق دانان مناقشه وجود دارد و تا زمانی که قانون مشخصی در این باب تصویب نشود، از انجام تفاسیر موسع باید خودداری کرد و حق مالکیت مادی را ارجح دانست.

مخالفتان نظر فوق معتقدند که به موجب ماده ۱۹ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، هرگونه تغییر یا تحریف در اثرهای مورد حمایت این قانون و نشر آن بدون اجازه پدیدآورنده ممنوع است. لذا مالک حق تخریب یا تغییر اساسی در بنا را ندارد و حتی در زمان ساخت هم در صورت کامل بودن نقشه معماری حق تغییر آن را ندارد؛ زیرا این امر در مخالفت با حقوق آفرینش‌های فکری پدیدآورنده است. این نویسندگان حتی استفاده ثانویه از اثر یا تکمیل آن، در صورتی که طراح نخواهد یا نتواند امر را به سرانجام برساند، در گروه دریافت اذن از طراح اولیه می‌دانند<sup>۱</sup> که می‌تواند فرایند اجرایی را با چالش‌هایی جدی مواجه سازد.

گفتنی است که به این نظر ایرادات بنیادین وارد است؛ زیرا در این حالت بین حق مالکانه و حق فکری تعارض جدی ایجاد می‌شود. از طرف دیگر، مالک برای اهداف خود طرحی را سفارش داده و به هزینه خود آن طرح را اجرا کرده است و به عنوان سفارش‌دهنده، محق است در طرح، بسته به نیاز خود دخل و تصرف کند یا اصلاً طرح مهندس معمار را نپذیرد و معماران مگر در مواردی که جزء ضوابط فنی است، حق تحمیل نظر خود را ندارند. وانگهی دخل و تصرف در طرح تضادی با استفاده مادی پدیدآورنده و حقوق تعیین شده در ماده ۵ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ندارد. این نظر ناشی از تفسیر موسع قانون است و اساساً این امر تعرض به حقوق فکری پدیدآورنده نیست. البته مهندس طراح یا معمار محق است در صورت هرگونه تغییر از انتساب نمودن

۱. روشن، محمد و مصطفی خرمی، «حقوق مالکیت فکری معماری»، مجله صفا، د ۲۳، ش ۶۰، ۱۳۹۲، صص ۵-۱۶.



اثر به خود ممانعت کند؛ زیرا اثر تغییر یافته، دیگر ایده و نظر انحصاری طراح نیست و ممکن است به اعتبار او خدشه وارد آورد. در اینکه آیا صاحب اولیه اثر حق اعراض از اثر را دارد، نیز نباید تشکیک نمود. لیکن، مالکیت فکری اثر تغییر یافته اصولاً به مالک منتقل نمی‌شود و بنا به نظر عده‌ای از بزرگان حقوق، مالکیت آن جنبه‌ای عمومی به خود می‌گیرد.<sup>۱</sup> پر واضح است نقشه یا ماکت کار همچنان ماهیت هنری خود را جدای از ساختمان حفظ می‌کند و حقوق فکری معمار حداقل در سطح نقشه و ماکت باید ملحوظ نظر باشد. به هر روی، تعارض در حق مالکانه و حق آفرینش‌های فکری موضوع پیچیده‌ای است که متخصصان حقوق مالکیت فکری هنوز نسبت به آن پاسخ صریح و قاطعی نداده‌اند. کشورهایی که در این باب وضع قوانین نموده‌اند، یکی را بر دیگری به فراخور نیاز ارجح دانسته‌اند. قوانین داخلی کشور در این مورد تا به حال سکوت کرده است، ولی رویه قضایی موجد از جنبه فیزیکی اثر و بنا به قاعده مشهور فقهی تسلیط به سمت حمایت از مالک و سفارش دهنده اثر سنگینی می‌کند.

محاکم برای حالت اول و زمانی که ایده در قالبی ملموس به صورت نقشه یا ماکت ظهور بیرونی یافته و هنوز اجرا نشده است، به راحتی می‌توانند رأی صادر کنند که انتظار می‌رود پدیدآورنده در محاکم از جنبه تعرض به حقوق فکری خود برنده میدان باشد، ولی در حالتی که طرح اجرا شده، مالکیت فیزیکی خود ساختمان مشخص بوده، در معرض دید عموم قرار گرفته و مؤثر بر ایده‌های سایر مهندسان است، احراز عنصر معنوی جرم یا تخلف با چالشی جدی مواجه خواهد شد.

برای روشن شدن موضوع، اشاره به پرونده‌ای در این زمینه مفید فایده است. در سال ۱۳۹۱ مالک به خانم معماری مراجعه می‌کند و ملکی را در منطقه دروس تهران به او نشان می‌دهد و طرحی مشابه با نمای ساختمان معرفی شده را درخواست می‌کند. معمار پس از ایده‌گیری با اعمال تغییراتی، طرحی متفاوت ولی تا حدودی مشابه با ساختمان

۱. جعفرزاده، میرقاسم و عباس مرادی، «قاعده اعراض و اثر آن بر زوال حق اختراع»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۸، ۱۳۹۷، صص ۶۷-۹۲.

پیشنهاد شده ارائه می‌کند. پس از اجرا با توجه به موقعیت مکانی و کاربری ملک که بسیار پراوازه شده بود، مهندس طراح پس از ایجاد اختلاف با مالک مدعی می‌شود که حقوق انحصاری فکری دارد و هرگونه تغییر باید بر اساس نظر وی باشد، در غیر این صورت باید مبلغی برای پاسداشت این حق به وی پرداخت شود. لیکن محکمه در رأی خود استدلال می‌نماید که اولاً طرح نو و ابتکاری نیست تا مورد حمایت حقوق مالکیت فکری باشد و در ثانی با فرض نبودن طرح و قابلیت قرارگیری در قلمرو حقوق مالکیت فکری، تغییر در طرح توسط مالک در تعارض با حق وی نیست و وی می‌تواند از انتساب اثر به خود ممانعت نماید.

#### ۴. ضرورت حمایت کیفری و انتظامی از حقوق مالکیت فکری آثار مهندسی و معماری

حقوق مالکیت فکری سرمایه اجتماعی یک جامعه است و تجاوز به آن رفتاری ضداجتماعی و تعرض به حقوق عمومی تلقی می‌گردد و حاکمیت موظف است برای آن تمهیدات ویژه‌ای ببیند. بر اساس تقسیم‌بندی‌های جرم‌شناسی، جرم‌های مرتبط با مالکیت فکری از جرایم اعتباری علیه اموال و مالکیت هستند. بدین معنا که در اعصار پیشین وجود نداشته است و طبیعت آنها به گونه‌ای نیست که در سراسر دنیا به عنوان جرم شناخته شود و این دولت‌ها هستند که در خصوص شناسایی آنها به عنوان جرم اقدام می‌کنند.<sup>۱</sup> اما امروزه، جرم‌انگاری در موضوعات مرتبط با حقوق مالکیت فکری به علت نبود شاخصه‌هایی دقیق برای ارزیابی مصنوعات یا طرح‌های خلق شده، به ویژه در حوزه مهندسی، روشن نبودن مصادیق جرم و ابهام در کارآمدی ضمانت‌های اجرایی کیفری

۱. حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی و محمد مهدی عالمی طامه، «جرایم علیه مالکیت فکری در قوانین کیفری ایران و مقررات بین المللی»، فصلنامه فقه و حقوق، سال ۵، ش ۲۰، ۱۳۸۷، صص ۵۷-۸۷.

پیچیده و دارای ابعاد نهفته گسترده‌ای است.<sup>۱</sup> لیکن، در صورت نقض حقوق مالکیت فکری تمسک‌جستن به راهکارهای کیفری نسبت به سایر شیوه‌های حقوقی و مدنی مؤثرتر و کارآمدتر است. از سوی دیگر، راهکارهای مبتنی بر مسئولیت مدنی محض تنها از دریچه تعدی به حقوق مالک اثر ورود می‌کند.

اگرچه از مفهوم ماده ۳۱ قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان و ماده ۱۷ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و همچنین رویه قضایی موجود (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۲۰۱۵ به تاریخ ۱۳۹۱/۹/۲۲، صادره از دیوان عدالت اداری) این‌گونه استنباط می‌شود که جرایم مرتبط با حقوق آفرینش‌های فکری موضوعات ترافعی و قابل‌گذشت توسط شاکی هستند و رسیدگی و تعقیب این دست جرایم تنها با شکایت اشخاص خصوصی آغاز می‌شود و این دیدگاه، امروزه دیگر جایگاه درخوری در جوامع صنعتی ندارد. درحقیقت، مالکیت فکری و صنعتی به منافع عمومی جامعه، توسعه‌یافتگی اجتماعی، اقتصادی و صنعتی هر کشوری گره‌خورده است. به نظر می‌آید، در عصر حاضر و با توجه به آموزه‌های جرم‌شناسی انتقادی، مقنن باید در سیاست‌های کیفری تقنینی خود رویکرد پیشین را تغییر دهد و مشروط به شکایت اشخاص خصوصی برای کشف و تعقیب جرم تعرض به حقوق فکری بسنده نکند. در این میان پیشنهاد می‌گردد برای آثاری که هویتی ملی دارند و به‌نوعی معرف جامعه‌ای خاص هستند، تمهیدات ویژه‌ای صورت پذیرد تا مقامات ذی‌صلاح به هر نحو از وقوع چنین مواردی آگاه شوند و پس از جمع‌آوری ادله، آن را در محاکم مطرح کنند.

در اینکه چه اشخاصی در موضوع گزارش‌دهی و پیگیری موضوع تعرض به حقوق فکری اثر، علاوه بر خود صاحب اثر، صالح هستند، با توجه به آنکه این‌گونه رفتارها بیشتر جنبه خصوصی داشته و تاکنون جرمی قابل‌گذشت تصور شده است، نص قانونی خاصی

۱. عالیخانی، سکینه، سعید حبیبی، حسن عالی‌پور و محمدرضا الهی‌منش، «چاش‌های و راهکارهای حمایت کیفری از آفریده‌های فکری و هنری مد (مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی ایران، فرانسه و آمریکا)»، فصلنامه علمی مطالعات فرهنگ-ارتباطات، ش ۸۸، ۱۴۰۰، صص ۲۴۱-۲۶۳.

وجود ندارد. لیکن، این امکان وجود دارد تا با اصلاح برخی قوانین مرتبط با شهرداری‌ها و مراجع صادرکننده پروانه‌های ساختمانی، این نهادها در صورت کشف چنین مواردی از صدور پروانه‌هایی که با جمع شرایط قانونی تعرض به حقوق فکری دیگران است، قبل از کسب رضایت صاحب اثر اولیه اجتناب نمایند. طبیعی است که در عمل و با شرایط موجود و عدم دسترسی به تمام طرح‌های موجود، اجرای این پیشنهاد منوط به ثبت آثار فاخر مهندسی و ایجاد یک بانک اطلاعاتی دقیق است که برای این امر نیز باید تمهیدات متناسبی در نظر گرفته شود.

البته در اینکه تعرض به حقوق فکری اشخاص خصوصی یک جرم عمومی است یا خیر، هم می‌توان تشکیک و مناقشه نمود؛ زیرا این رفتارها به‌صورتی ملموس جامعه را به سمت خروج از قانون‌مداری و اخلاق سوق می‌دهد و نباید صرفاً یک مقوله اخلاق محور تلقی گردد. درحقیقت مسامحه صورت‌گرفته در نظام حقوقی داخلی در این مقوله، قبح تعرض به حقوق فکری افراد به‌ویژه در جامعه مهندسی را از میان برده است؛ به نحوی که آشکارا شاهد وقوع انحرافات گسترده در این مقوله هستیم. اگرچه، سیاست کیفری موجود داخلی، به‌ویژه پس از تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در سال ۱۳۹۹ ظاهراً به سمتی گرایش دارد که از دامنه جرایم با وصف عمومی بکاهد که صد البته رویکردی قابل تمجید است، در حقوق آفرینش‌های فکری باید قائل به عکس این نظر بود که چشم‌پوشی از آن با رویکردهای نوین کیفری در جرایم خاص، به‌ویژه در موضوع بحث این تحقیق در تعارض است.

به‌هرروی، هرچند مطابق قوانین موجود پذیرفته‌ایم که یک اثر فاخر معماری، صنعتی یا مهندسی امتیازات منحصربه‌فردی برای پدیدآورنده ایجاد می‌نماید، این آثار بعضاً معرف یک شهر، جامعه، شاخه علمی، نهاد یا هویت ملی است و در بسیاری از موارد برای تسهیل زندگی و خدمت‌رسانی به عموم افراد تولید شده است و اعطای حقوق انحصاری نباید موجبات قراردادن جامعه، رقبا و اشخاص ثالث در تنگنا یا حتی عدم‌امکان استفاده از فرصت‌های بالقوه موجود را فراهم آورد. در همین راستا، نظر عقلایی و حقوقی هم بر این

دیدگاه استوار است که حقوق مترتب بر قلمرو حقوق مالکیت فکری در برخی حوزه‌ها باید با شرایطی به سمت حقوقی مقید و غیرانحصاری گام بردارد.<sup>۱</sup> در این میان، حاکمیت مجاز است در صورت تعارض میان حقوق پدیدآورنده و نیاز جدی آحاد جامعه به صلاح‌دید و متناسب با نیاز کشور، پس از پرداخت حقوق پدیدآورنده و هزینه تلاش‌ها و سود متعارف او، ولو بدون رضایت وی، از اثر او بهره‌برداری نماید. لذا، به‌سختی می‌توان حقوق مترتب بر یک اثر فکری یا صنعتی را به‌صورت مطلق معطوف به فرد پدیدآورنده و در انحصار مطلق و بی‌چون‌وچرای او دانست. جامعه جهانی نیز در مقام حل تعارض‌های اینچینی، این امر را پذیرفته که با جمع شرایطی منافع عمومی جامعه بر منافع و حقوق انحصاری فرد یا گروه کوچکی از افراد جامعه ارجح است<sup>۲</sup> و با توجه به آثار مثبت یا منفی ناشی از حقوق انحصاری یک ایده یا طرح جدید بر کل جامعه، حاکمیت، ولو به قهر، حق استفاده از طرح را دارد. مثلاً اگر مهندس صاحب ایده‌ای بتواند مصرف انرژی کشور را ده درصد کاهش دهد، عدم‌استفاده از این فرصت به بهانه حمایت از حق انحصاری تعداد کمی از افراد، چندان وجهت ندارد. پر واضح است که تشخیص ضرورت این امر هم به عهده حاکمیت قرارداد شده باشد. از نگاهی دیگر، برای یک حق انحصاری باید حدودی را مشخص کرد و این‌گونه نیست که پدیدآورنده اول بتواند به واسطه حقوق فکری خود به صورت انحصاری بدون هیچ محدودیتی جولان دهد. به عبارتی دیگر، جامعه حق انحصاری را تا جایی می‌پذیرد که توازن و تعادلی منطقی میان منافع پدیدآورنده و منافع جامعه ایجاد شود.<sup>۳</sup> باید اذعان نمود، مشخص کردن مرز و محدوده حقوق انحصاری عملاً چنان پیچیده است که نمی‌توان یک حکم کلی برای آن صادر کرد و حق انحصاری هر

۱. جعفرزاده، میرقاسم و حسن لجم‌اورک، «تحلیل نظری حق بر علامت تجاری: حق انحصاری مطلق یا مقید؟»، فصلنامه حقوق خصوصی، د ۱۷، ش ۲، ۱۳۹۹، صص ۳۲۷-۳۵۰.  
 ۲. رئیس، لیلا، نظام حل و فصل اختلافات حقوق مالکیت معنوی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص ۱۵.  
 ۳. حکمت‌نیا، محمود، نظام مالکیت فکری، سازمان انتشارات پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۴۰۰، ص ۱۰۵.

کالا یا اثر را باید مورد به مورد بررسی نمود. طبیعتاً قوانین ضدانحصار نیز در این روند نقش تعیین‌کننده‌ای خواهد داشت.

البته قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری نیز در ماده ۱۷ خود فرایندهای حقوقی مورد نیاز برای جلوگیری از استفاده انحصاری در موارد نیاز حاکمیت را پیش‌بینی کرده و به‌گونه‌ای تدوین شده است که حقوق پدیدآورنده با نقض اساسی مواجه نگردد. لازم به ذکر است که حقوق پدیدآورنده همیشه مطلق نیست و رجحان منافع عمومی بر منافع شخصی، حتی در کشورهای لیبرالیستی، یک دیدگاه پذیرفته‌شده و در سطح بین‌المللی مقبولیت گسترده‌ای یافته است. این دیدگاه امروزه در حقوق مرتبط با آفرینش‌های فکری نیز جایگاه قابل‌توجهی یافته است، کما آنکه بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون برن و ماده ۳۰ کنوانسیون تریپس پذیرفته‌اند که بر مالکیت انحصاری پدیدآورنده استثنائاتی نیز وجود دارد. البته در راستای صیانت از حقوق پدیدآورنده، این کنوانسیون‌ها معیارهایی همانند وجود مقاصد ویژه و متعارف حاکمیتی، عدم وجود تعارض با بهره‌برداری متعارف و عدم ورود آسیب جدی به حقوق پدیدآورنده را شرط لازم برای ارجح‌دانستن حقوق عمومی بر حقوق خصوصی دانسته‌اند که با شباهت‌های زیادی در قوانین داخلی نیز منعکس شده است. با این توصیف، مشخص می‌گردد که در یک اثر علاوه بر حقوق خصوصی، حقوق عمومی نیز جایگاه ویژه و قابل‌حمایتی دارد. بنابراین، منطقی است که جرایم مرتبط با حقوق آفرینش‌های فکری را در زمره جرایم عمومی، و حاکمیت را موظف به صیانت از آن بدانیم.

توجه به این نکته ضروری است که با توجه به گستردگی فوق‌العاده تولیدات هنری و ادبی و آثار معماری و صنعتی عملاً دیگر برای پدیدآورنده این امکان وجود ندارد تا افرادی را که از اثر او بدون مجوز استفاده نموده‌اند، شناسایی کند. مضافاً، با فرض شناسایی فرد متعرض، اثبات این امر در محاکم نیازمند پیمودن یک فرایند بروکراسی طولانی و هزینه‌بر برای پدیدآورنده است که در بسیاری از موارد فرد را از پیگیری منصرف می‌کند که این خود عللی بر گسترش فرهنگ تعرض به حقوق فکری اشخاص است. گسترش این‌گونه

رفتارها قطعاً بر کل جامعه اثر دارد و همان‌گونه که ذکر شد، امروزه به‌عنوان یک هنجارشکنی عمومی از آن یاد می‌شود. این در حالی است که مراجع عمومی نظیر دستگاه‌های اجرایی و مراکز علمی و نهادهای صادرکننده مجوزهای تولیدی یا صادرکننده پروانه‌های ساخت و نظایر آنها در ارزیابی آثار صنعتی، هنری و مصنوعات مهندسی و معماری نظارت دارند و آنها را بعضاً از نظر اصیل‌بودن نیز کنترل می‌نمایند. الزام این نهادها مبنی بر گزارش‌دهی این موارد به مراجع یا افراد ذی‌صلاح نظیر دادستان می‌تواند به‌عنوان یک ابزار بازدارنده و در راستای منافع عمومی مؤثر باشد و به‌عنوان یک سیاست کیفری ضروری شناسایی گردد.

از طرفی، استفاده از ابزار کیفری در درون خود راهکارهای مدنی را نیز دربرمی‌گیرد و از نظر مدت رسیدگی و هزینه لازم برای طرح شکایت یا دعوا قابل‌مقایسه با شیوه‌های مرسوم مدنی و حقوقی نیست و اتخاذ تصمیمات فوری را بدون پرداخت خسارت‌های احتمالی تأمین می‌کند. از این‌رو، با استفاده از ابزارهای کیفری، علاوه بر آنکه می‌توان متعرض حقوق فکری را مجازات کرد، دریافت خسارت و ضرر ناشی از جرم به‌موجب رأی محاکم کیفری نیز قابل‌تصور است. نیاز به توضیح نیست که استفاده از ابزار کیفری جنبه بازدارندگی شدیدتری نسبت به شیوه‌های دیگر دارد.<sup>۱</sup>

قوانین فعلی با وجود برخی کاستی‌ها، ضمانت‌های حقوقی، کیفری و انتظامی را پیش‌بینی کرده است که می‌توان جلوگیری از نشر، پخش و توضیح اثر، درج مفاد حکم دادگاه در جرایم، اجبار متعرض به جبران خسارات مادی و فکری و سازوکارهای کیفری از جمله زندان و جزای نقدی اشاره کرد. به نظر می‌آید جرم‌انگاری‌های صورت‌گرفته در سطح داخلی در صیانت از حقوق فکری افراد حداقل‌های مورد نیاز را برآورده می‌کند و نیاز به گسترش دایره نفوذ حقوق کیفری در این موارد چندان ضروری نیست. البته به قوانین موجود می‌توان این نقد را وارد نمود که واکنش‌ها و مجازات‌های در نظر گرفته شده شاید

۱. اکبری دهنو، میثم و آسیه اکبری، «حقوق مالکیت صنعتی: تفسیری بر راهکارهای کیفری قوانین ایران»، *سیاست علم و فناوری*، سال پنجم، ش ۳، ۱۳۹۲، صص ۲۷-۴۴.

قدرت بازدارندگی و رعب‌آور ابزار کیفری را ندارد و ممکن است مجازات‌های سنگین‌تری نیز مورد نیاز باشد.

با تمام وجودی که در معاهدات بین‌المللی کشورها می‌کوشد تا حد ممکن در موضوعات کیفری مگر در موارد جنایات بسیار شنيع ورود نکنند، اما با توجه به ماهیت فراملی و اهمیت صیانت از حقوق فکری از منظر عقلای جهانی، در معاهدات بین‌المللی سعی شده است حداقل توصیه‌های کیفری گنجانده شود و در مواردی اعضای موافقت‌نامه را ملزم به استفاده از ابزار کیفری می‌کند. بخش پنجم از قسمت سوم موافقت‌نامه تریپس که به موضوعات اجرایی و آیین دادرسی کیفری و مجازات‌ها پرداخته است، شاهدی بر این ادعاست. در ماده ۶۱ این موافقت‌نامه آمده است که اعضا حداقل در مورد جعل یا تعرض به حقوق فکری، مانند جعل و سرقت و استفاده غیرمجاز در مقیاس تجاری آیین دادرسی کیفری مشخص و مجازات‌های کیفری متناسب را مقرر خواهند نمود. از این بیان، سه نکته استنباط می‌شود: اول آنکه، برقراری مجازات‌های کیفری در باب تعرض به حقوق فکری ناشی از مالکیت فکری اجباری است؛ دوم اینکه کالاهای ناقض حقوق فکری باید در مقیاس تجاری باشند و سوم اینکه جعل یا سوءاستفاده از حقوق فکری انحصاری افراد دیگر باید عمدی باشد.

درباره انواع مجازات‌ها در این ماده آمده است که وسایل جبران خسارات شامل حبس یا جریمه نقدی کافی به‌عنوان یک عامل بازدارنده به‌گونه‌ای منطبق با سطح مجازات‌های معمول در مورد جرایم دارای شدت مشابه خواهد بود. در همین خصوص در این ماده آمده است که در موارد مقتضی وسایل جبران خسارت می‌تواند شامل توقیف، ضبط و معدوم کردن وسایل ناقض حق، مواد و ابزارهایی باشد که در ارتکاب جرم بیشترین استفاده از آنها شده است. همچنین اعضای موافقت‌نامه تریپس می‌توانند در سایر موارد نقض



حقوق آفرینش‌های فکری به‌ویژه در مواردی که ارتکاب آنها تعمدی و در مقیاس تجاری باشد، آیین دادرسی و مجازات‌های مشخصی را تدوین نمایند.<sup>۱</sup>

در پایان باید اذعان نمود، در دنیای مهندسی، به‌جز آنکه تعرض به حقوق فکری افراد واجد اوصاف کیفری است، با توجه به قسمت ۹ از بند ب ماده ۹۱ آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان تخلف انتظامی نیز به حساب می‌آید. البته این آیین‌نامه به مثابه سایر نظام‌های صنفی، مجازات انتظامی مهندس را فقط زمانی بررسی می‌کند که تعرض صورت‌گرفته درون صنفی باشد و تعرض به حقوق مالکیت فکری افرادی خارج از صنف مهندسی را صرفاً از باب مجازات تبعی یک جرم عمومی به رسمیت می‌شناسد.

---

۱. امیری، حسین‌علی، اجرای حقوق مالکیت صنعتی در مقررات سازمان جهانی تجارت و حقوق ایران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۴۵.

## نتیجه‌گیری

رژیم‌های مالکیت فکری محصول مکاتب فلسفی و سنت‌های حقوقی گوناگونی هستند که ارائه تعریفی جامع و مانع از حقوق مالکیت فکری و تعیین حدود و ثغور آن را پیچیده می‌نماید. با وجود این، ضرورت حمایت از حقوق مالکیت فکری یک امر پذیرفته‌شده جهانی است. لیکن، جایگاه ایران در حمایت از این حقوق با توجه به شاخص‌های جهانی مالکیت، بسیار نگران‌کننده است و عدم توجه به این مقوله مانعی جدی در راستای توسعه یافتگی اجتماعی، اقتصادی و تعامل صنعتی و فناوری با دیگر ملل خواهد بود.

محصولات مهندسی در معنای اخص خود، معمولاً حاصل علوم سخت هستند و در قالب یک طرح صنعتی مورد واکاوی قرار می‌گیرد. در حالی که، آنچه که مخلوق تلاش فکری یک معمار است، باید به‌عنوان یک اثر هنری شناسایی کرد. بر همین اساس، برخلاف سایر آفرینش‌های مهندسی که ثبت آنها برای برخورداری از حمایت‌های قانونی در باب آفرینش‌های فکری الزامی است، طرح‌های معماری بدون ثبت تحت حمایت قوانین کپی‌رایت خواهند بود. لیکن، برخلاف بسیاری از آثار ادبی و هنری، در آثار معماری و مهندسی معمولاً جنبه هنری اثر، وجه غالب آن نیست که شرایط حاکم بر شناسایی یک مصنوع یا طرح مهندسی به‌عنوان یک اثر مورد حمایت حقوق مالکیت آفرینش‌های هنری را با چالش‌هایی منحصر به فرد مواجه می‌کند. البته در دنیای مهندسی، فقط آثار معماری از جنبه هنری مورد حمایت هستند. لیکن این حمایت محدود است و جنبه کاربردی اثر را دربر نمی‌گیرد و حمایت‌های قانونی از جنبه مالکیت صنعتی به علت فقدان شاخص‌های دقیق ارزیابی چندان آسان نیست. بر همین مبنا، در امور مهندسی نیازمند تعریف شاخص‌هایی نوین برای تمایز دادن یک طرح بدیع با سایر طرح‌های مهندسی هستیم.

در دنیای مهندسی، آنچه که مورد حمایت حقوق آفرینش‌های فکری است، طرح، نقشه یا مصنوعی است که ارزشمند، کاربردی، مفید، و با خصیصه‌های اصالت، ابتکار و نوآوری همراه باشد. این تحقیق بر این نظر استوار است که حقوق فکری مهندسان یک حق همیشگی، مطلق و انحصاری نیست و بسته به شرایطی، جامعه محق است نظر به

نیاز جامعه و منافع عمومی، پس از پرداخت حقوق پدیدآورنده از طرح یا ایده او استفاده کند. از سویی دیگر، باید به سایر مهندسان این اجازه داده شود تا یک طرح را تکمیل کنند یا تغییر دهند و مسیری که یک مهندس طی نموده است، بسته به نیاز صاحب سرمایه یا کارفرما توسط سایر مهندسان تکامل یابد. برای مثال، اگر یک مهندس معمار یک حجم یا فضای خاص و بدیع را طراحی کرده باشد، الزاماً ادامه کار و طراحی پلان‌ها نباید به وی سپرده شود و کارفرما محق است ادامه کار را به مهندسان دیگری بسپارد. طبیعتاً، این اقدام کارفرما نباید تعرض به حقوق فکری پدیدآورنده طرح اولیه تلقی گردد.

در این میان، به تأسی از قانون حفاظت از حق نسخه‌برداری از آثار معماری آمریکا می‌توان بحث حمایت‌های قانونی از حقوق فکری مهندسان را در دو فاز مختلف طراحی و اجرا تقسیم نمود. در مرحله طراحی که همان مرحله پیش از اجراست، حمایت گسترده قانونی از حق صاحب اثر یا پدیدآورنده با چالشی جدی مواجه نیست. لیکن، در مرحله پس از ساخت، از آنجا که طرح در معرض دید است و به صورت آگاهانه یا ناآگاهانه بر ایده‌های سایر مهندسان مؤثر است، خلق مصنوع یا ساختمانی جدید را که دارای شباهت‌هایی با طرح دیگری باشد، بنا به استدلال‌هایی که در متن مقاله آمده است، نباید بدون وجود دلایلی قطعی و متقن، تعرض به حقوق فکری پدیدآورنده اولیه برشمرد.

از طرفی دیگر، زمانی که یک ایده یا طرح اجرا می‌شود، با دو نوع حقوق مالکانه مواجه هستیم: حقوق اول ناظر بر حق مالکیت مادی و حق دوم دربرگیرنده حقوق فکری مهندس صاحب ایده است. این دو حق بعضاً با یکدیگر در تعارض قرار می‌گیرند. این تحقیق بر این اعتقاد استوار است که مگر در شرایط خاص، حق مادی مربوط به مالک، این امکان را برای وی فراهم می‌آورد تا بتواند به‌فراخور نیاز خود، هرگونه دخل و تصرفی را در اثر انجام دهد و نباید وی را از این امر به واسطه وجود حقوق فکری مهندس منع کرد. پرواضح است که در این شرایط مهندس محق است از انتساب اثر به خود ممانعت نماید. اصولاً و به‌جز در موارد خاص، حقوق فکری اثر نیز پس از اعراض صاحب اثر از

حقوق خود، به مالک مادی اثر انتقال نمی‌یابد و نظر قوی‌تر آن است که خصیصه‌های اموال عمومی بر آن جاری خواهد بود.

در جمع‌بندی نهایی باید عنوان کرد، شرط حمایت کیفری از آثار و مصنوعات مهندسی وجود ضوابط حقوقی است؛ بدین معنا که حقوق کیفری به‌تنهایی و بدون شناسایی این ضوابط و معیارها امکان ورود و اعمال هیچ واکنشی را ندارد.

در بحث کیفری با وجود آنکه قوانین فعلی جرایم علیه حقوق فکری افراد را یک جرم قابل‌گذشت می‌دانند، در عصر حاضر و در جوامع توسعه‌یافته، این دیدگاه جایگاه مقبول پیشین خود را از دست داده است؛ زیرا امروزه، در آفرینش‌های فکری، حقوق عمومی و مربوط به نظم و توسعه‌یافتگی هر کشور کاملاً مستتر شده است و کشف و تعقیب جرم را باید از وظایف حاکمیت برشمرد. البته در اینکه قوانین کیفری فعلی تا چه حدودی قدرت بازدارندگی برای مقابله با پدیده جرایم علیه حقوق فکری افراد را دارد، نیز جای تأمل دارد. اما آنچه مسلم است، اینکه همگام با نظر غالب صاحب‌نظران و دیدگاه‌های نوین جرم‌شناسی در موضوع حمایت از حقوق فکری در استفاده از ابزار کیفری نباید تردید نمود.

## فهرست منابع

## الف) منابع فارسی

## کتاب

۱. امامی، اسدالله، حقوق مالکیت فکری، نشر میزان، ۱۳۹۹.
۲. امیری، حسین‌علی، اجرای حقوق مالکیت صنعتی در مقررات سازمان جهانی تجارت و حقوق ایران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
۳. بهادری‌جهرمی، زهرا، زهرا شاکری و محسن صادقی، حل و فصل غیرقضایی اختلافات حقوق مالکیت فکری، نشر مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده قوه قضائیه، ۱۳۹۹.
۴. حکمت‌نیا، محمود، نظام مالکیت فکری، سازمان انتشارات پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۴۰۰.
۵. خدمتگزار، محسن، فلسفه مالکیت فکری، نشر میزان، ۱۳۹۰.
۶. داراب پور، مهتاب و همکاران، اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل، کتاب پنجم، حقوق رقابت، نمایندگی، تجارت الکترونیک و آفرینش‌های فکری، چاپ چهارم (ویرایش دوم)، گنج دانش، ۱۴۰۱.
۷. رئیس‌ی، لیلا، نظام حل و فصل اختلافات حقوق مالکیت معنوی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
۸. شیخی، مریم، اصول حقوق مالکیت فکری، نشر میزان، ۱۳۹۴.
۹. صفایی، سید حسین، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، ۱۳۸۶.
۱۰. میرحسینی، سید حسن، فرهنگ حقوق مالکیت معنوی، ج ۱، چ ۲، نشر میزان، ۱۳۹۱.
۱۱. -----، مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت معنوی، چ ۶، نشر میزان، ۱۳۹۶.
۱۲. -----، حقوق طرح‌های صنعتی، نشر میزان، ۱۳۹۵.

## مقاله

۱۳. اکبری دهنو، میثم و آسیه اکبری، «حقوق مالکیت صنعتی: تفسیری بر راهکارهای کیفری قوانین ایران»، *سیاست علم و فناوری*، سال پنجم، ش ۳، ۱۳۹۲، صص ۲۷-۴۴.
۱۴. جعفرزاده، میرقاسم و عباس مرادی، «قاعده إعراض و اثر آن بر زوال حق اختراع»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۸، ۱۳۹۷، صص ۶۷-۹۲.
۱۵. جعفرزاده، میرقاسم و حسن لجم‌اورک، «تحلیل نظری حق بر علامت تجاری: حق انحصاری مطلق یا مقید؟»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، د ۱۷، ش ۲، ۱۳۹۹، صص ۳۲۷-۳۵۰.
۱۶. جعفری خانشیر، سعید، رضا آذرافزا و امیر رادفر، «بررسی و طبقه بندی دلایل و زمینه های انفعال نظام حقوق مالکیت صنعتی در ایران»، *فصلنامه مدیریت صنعتی*، د ۶، ش ۱۶، ۱۳۹۰، صص ۲۷-۳۸.
۱۷. حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی و محمدمهدی عالمی‌طامه، «جرایم علیه مالکیت فکری در قوانین کیفری ایران و مقررات بین‌المللی»، *فصلنامه فقه و حقوق*، سال ۵، ش ۲۰، ۱۳۸۷، صص ۵۷-۸۷.
۱۸. حبیبیا، سعید و مجید حسین زاده، «بررسی حقوق کارگران در قراردادهای کار تولید اموال فکری»، *حقوق تطبیقی*، د ۵، ش ۲، ۱۳۹۷، صص ۴۷-۶۸.
۱۹. حبیبیا، سعید و مسعود شهبازی، «رویکرد نظری به اسباب تملک آثار فکری»، *حقوق خصوصی*، د ۱۴، ش ۱، ۱۳۹۶، صص ۲۷-۴۹.
۲۰. روشن، محمد و مصطفی خرمی، «حقوق مالکیت فکری معماری»، *مجله صفا*، د ۲۳، ش ۶۰، ۱۳۹۲، صص ۵-۱۶.
۲۱. صادقی اسفهلانی، سوره، «حمایت کپی‌رایت از آثار معماری»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، ش ۲۰، ۱۳۹۰، صص ۱۶۷-۱۸۰.

۲۲. عبداللهی، محمدجواد، مریم شریفی‌رنانی و رضا عربزاده، «تحلیل معیارهای احراز اصالت آثار معماری در حقوق مالکیت فکری»، حقوق خصوصی، د ۱۸، ش ۱، ۱۴۰۰، صص ۱۷۷-۲۰۱.

۲۳. عالیخانی، سکینه، سعید حبیبیا، حسن عالی‌پور و محمدرضا الهی منش، «چاش‌های و راهکارهای حمایت کیفری از آفریده‌های فکری و هنری مد (مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی ایران، فرانسه و آمریکا)» فصلنامه علمی مطالعات فرهنگ-ارتباطات، ش ۸۸، صص ۲۴۱-۲۶۳، ۱۴۰۰.

۲۴. نظری، احد، ناصر جمالی هرسینی و یاسر گلدوست جویباری، «کاربرد مهندسی ارزش در بهبود طراحی پروژه‌های ساختمانی»، مجله علمی معماری و شهرسازی، د ۲۰، ش ۴، ۱۳۸۹، صص ۴۹-۶۰.

## ب) منابع انگلیسی

### Articles

25. Mann, P. & Denoncourt, J. (2009). "Copyright Issues On The Protection Of Architectural Works And Designs". 25th Annual Conference Of Association Of Researchers In Construction Management (Arcom), September 2009, Albert Hall, Nottingham, Available At [Http://Centaur.Reading.Ac.Uk/4621/](http://Centaur.Reading.Ac.Uk/4621/).
26. Kim, J.S. (2018). "Filtering, Copyright Infringement Analysis In Architectural Works", *University Of Illinois Law Review*, 1, 282-112.
27. Property Rights Alliance (2022) "International Property Rights Index 2022", pp. 1-59.





## وضعیت حقوقی معاملات انجام شده توسط هوش مصنوعی: نظریه وکیل

### مجازی

علی نخجوانی\*  
ابراهیم یاقوتی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۳۰

### چکیده

حرکت هوش مصنوعی در لبه علم و پیشرفت تصاعدی آن در سال‌های اخیر، به‌عنوان یک فناوری پیشرو موجب عقب‌ماندن چارچوب‌های حقوقی از فناوری شده است؛ به‌طوری‌که امروزه بخش مهمی از معاملات بازارهای مالی نظیر بورس و اوراق بهادار، ارز و رمز ارز، توسط ربات‌های مبتنی بر هوش مصنوعی خود مختار صورت می‌گیرد. خلأ حقوقی قوانین این حوزه باعث شده است که امکان تشخیص ماهیت حقوقی هوش مصنوعی در این معاملات میسر نباشد و در نتیجه آن، صحت معاملات منعقد شده توسط بات‌هایی که به‌طور مستقل تصمیم می‌گیرند، به دلیل فقدان اهلیت تعریف شده در قانون و شبهه ایجاد معامله غرری، مورد تردید واقع شود. برای حل این مشکل، پژوهش فوق با مطالعه و بررسی قوانین فعلی حقوق مدنی و تجارت و مراجعه به منابع فقهی و آرای قضایی، ماهیت حقوقی جدیدی را تحت عنوان وکیل مجازی نظریه‌پردازی کرده و مواد پیشنهادی مرتبط با آن طرح شده است.

### کلیدواژگان:

اهلیت، حقوق ربات، بات معامله‌گر، شخص الکترونیک، وکالت، وکیل مجازی، هوش مصنوعی.

\* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی (نویسنده مسئول)

ehsannkhjvni@gmail.com

\*\* دانشیار، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی

dryaghouti2010@yahoo.com



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

## مقدمه

از زمان پیدایش هوش مصنوعی<sup>۱</sup> پیش‌بینی می‌شد که این فناوری جدید به انقلابی بزرگ در تمام صنایع و مشاغل بینجامد. در سال‌های اخیر به‌کارگیری هوش مصنوعی از حوزه‌های پژوهشی و تحقیقاتی فراتر رفته و هم‌اکنون به یک ابزار صنعتی و کاربردی در زندگی انسانی تبدیل شده است. امروزه یکی از متداول‌ترین کاربردهای هوش مصنوعی، استفاده از آن در انعقاد معاملات تجاری، نظیر خرید و فروش سهام، خرید و فروش ارزها و رمزارزها و فعالیت در بازارهای مالی به نمایندگی از موکلین انسانی است. براساس گزارش کمیسیون بورس و اوراق بهادار ایالات متحده<sup>۲</sup> در سال ۲۰۲۰، در حدود ۷۸ درصد از معاملات انجام شده در بازار توسط سیستم‌های هوشمند و مراکز مبتنی بر الگوریتم‌های خودکار صورت می‌گیرند.<sup>۳</sup> پیش‌تر، معاملات انجام شده توسط بات‌ها<sup>۴</sup> در بازارهای مالی، ابتدایی و محدود به خرید یا فروش مبیع در حد کف و سقف‌های تعیین شده توسط کاربرانی بود که از آنها استفاده می‌کردند. بات قیمت لحظه‌ای مورد معامله را پیوسته رصد می‌کرد و زمانی که قیمت به ارزش اعلامی توسط کاربر می‌رسید، فرایند خرید یا فروش را به‌طور خودکار انجام می‌داد. اما با با ظهور و گسترش علم یادگیری ماشین<sup>۵</sup> بات‌های فعال در بازارهای مالی نیز تکامل یافتند. بات‌ها که پیش از این به مثابه ابزارهای مطلقاً بی‌اختیار که تابع اراده کاربران فعالیت می‌کردند، بودند، به واسطه پیشرفت تکنولوژی، شخصیتی نسبتاً مستقل و صاحب اراده یافتند. اگرچه هنوز هم بات‌ها تحت اراده کاربران مالک آنها و تحت فرمانشان فعالیت می‌کردند، از حیث تصمیم‌گیری، صلاحیت‌سنجی، زمان و مقدار معاملات استقلال یافتند. در این شرایط مقررات نظام‌های حقوقی از

---

1. Artificial intelligence  
 2. United State Securities and Exchange Commission  
 3. U.S. Securities and Exchange Commission. "Staff Report on Algorithmic Trading in U.S. Capital Markets". As Required by Section 502 of the Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act of 2018. 5 August 2020.  
 4. Bots  
 5. Machine Learning

همگامی با فناوری بازماند؛ چراکه حجم بزرگی از معاملات منعقدشده در بازارهای مالی، نظیر بورس و اوراق بهادار توسط ربات‌هایی صورت می‌گرفت که تعریف مشخصی از ماهیت حقوقی آنها در قوانین کشورها وجود نداشت. ساده‌ترین راه‌حل، چشم‌پوشی از نقش ربات در فرایند انعقاد معاملات و پذیرش مطلق اراده کاربر به‌عنوان یکی از طرفین معامله بود. اما پیشرفت فناوری نشان داد که دایره استقلال بات‌های معامله‌گر<sup>۲</sup> اگرچه توسط کاربر مالک آن تعیین می‌گردد، آن قدر وسیع هست که نتوان نقش آن را در انعقاد معاملات نادیده گرفت. چنان‌که تشخیص و مصلحت‌سنجی بات می‌تواند مسقیماً بر مقدار عوضین معامله<sup>۳</sup> تأثیرگذار باشد. در نتیجه، عدم علم تفصیلی کاربر به جزئیات معاملات می‌تواند به غرر و در نهایت بطلان معامله منجر شود؛ به همین دلیل این پژوهش برآن شده است تا ضمن رجوع به منابع فقهی و حقوقی اهلیت این فناوری نوظهور را در انجام معاملات با معرفی مفهوم نوینی تحت عنوان «وکیل مجازی» وضعیت حقوقی جدیدی را برای ربات‌های معامله‌گر تعریف نماید. برای نیل به این هدف، در بخش اول به مفهوم‌شناسی و تعریف اصطلاحات پرکاربرد به‌کاررفته طی پژوهش پرداخته شده و در بخش دوم وضعیت فقهی و حقوقی وکیل مجازی مورد بررسی قرار گرفته و در پایان، ضمن جمع‌بندی، نظریه فوق در نتیجه‌گیری پژوهش مطرح شده است.

## ۱. مفهوم‌شناسی

### ۱.۱. هوش مصنوعی

هوش مصنوعی یا هوش ماشینی در برابر هوش طبیعی که مختص انسان‌ها و حیوانات است، قرار می‌گیرد. نظام‌های حقوقی اغلب در ارائه تعریف واحد از هوش مصنوعی به دلیل جلوه‌ها و کاربردهای متعدد و گسترده آن تردید دارند و بعضاً آن را

1. Robot

2. Trading robot

۳. برای مثال، مقدار سهام خریداری‌شده و ثمن پرداختی در ازای آن بسته به زمانی که معامله منعقد شده است.

غیرممکن می‌دانند. پژوهش درخواستی کمیته JURI اتحادیه اروپا، هوش مصنوعی را در واقع یک مفهوم مبهم و نامشخص می‌داند که مجموعه‌ای از برنامه‌های کاربردی گسترده، ناهمگن و دائماً در حال تکامل را پوشش می‌دهد.<sup>۱</sup> در ایالات متحده نیز اسناد حقوقی و سیاستی عدم امکان تعریف واحد از هوش مصنوعی را به سبب تنوع گونه‌های آن و عدم وجود تعریف واضح از تمایزاتی که بین جلوه‌های مختلف آن وجود دارد، تصدیق می‌کنند.<sup>۲</sup> از نظر فنی، هوش مصنوعی این گونه تعریف شده است: هر سامانه‌ای که محیط خود را درک می‌کند و مطابق با آن واکنش‌هایی را نشان می‌دهد که شانسش را در دستیابی به اهدافی که برایش تعریف شده است، بیشتر می‌کند.<sup>۳</sup> همچنین این گونه تعریف شده است: عامل مبتنی بر هوش مصنوعی آن چیزی است که ادراکات را دریافت می‌کند و درمورد اعمالش تصمیم‌گیری می‌نماید.<sup>۴</sup> ISO هوش مصنوعی را توانایی یک واحد عملکردی برای انجام کارکردهایی که عموماً با هوش انسانی مرتبط است، مانند استدلال و یادگیری می‌داند.<sup>۵</sup> دولت بریتانیا درمورد هوش مصنوعی این گونه توضیح داده است که فناوری‌هایی با توانایی انجام وظایفی که در خلأ وجود آنها نیاز به هوش انسانی برای انجام آن وظایف وجود دارد؛ مانند ادراک بصری، تشخیص گفتار و ترجمه زبان.<sup>۶</sup> هیئت نوآوری دفاعی ایالات متحده امریکا<sup>۷</sup> هوش مصنوعی را مجموعه‌ای از تکنیک‌ها و فناوری‌های پردازش اطلاعات می‌داند که برای انجام یک کار یا در راستای دستیابی به

1. "Artificial Intelligence and Civil Liability", STUDY Requested by the JURI committee, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 621.926 - July 2020. P15.

2. *Ibid.*

3. National Science and Technology Council Committee. Preparing for the future of Artificial Intelligence. United States US Government, Office of Science and Technology Policy, 2016.

4. Poole, David & Mackworth, and Goebel, Randy. **Computational Intelligence: A Logical Approach**. New York: Oxford University Press.

5. Russel, Stuart & Norvig, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach (third edition)*, New Jersey: Pearson Education, 2010. p55.

6. ISO-IEC-2382-28 available at <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:2382:ed-1:v1:en> (Available on 18 Feb 2023).

7. Industrial Strategy White Paper. H. Government. UK: 37. 2017.

8. US Defense Innovation Board

یک هدف و نیز برای استدلال و پیگیری آن استفاده می‌شود.<sup>۱</sup> گروه کارشناسی ارشد هوش مصنوعی (AI HLEG)<sup>۲</sup> که توسط کمیسیون اروپا<sup>۳</sup> برای ارائه مشاوره در مورد استراتژی اتحادیه اروپا در قبال هوش مصنوعی ایجاد شده است، هوش مصنوعی را این‌گونه تعریف می‌کند: سیستم‌های هوش مصنوعی سیستم‌های نرم‌افزاری و احتمالاً سخت‌افزاری طراحی شده توسط انسان‌ها هستند که برای رسیدن به یک هدف مأموریت یافته‌اند تا با درک محیط خود در بُعد فیزیکی یا دیجیتالی از طریق جمع‌آوری داده‌ها و تفسیر آن، در مورد بهترین اقدام تصمیم‌گیری کنند.<sup>۴</sup> علم هوش مصنوعی با این استدلال و پیش‌فرض ایجاد شده است که هوش انسانی را می‌توان توسط یک ماشین شبیه‌سازی نمود.<sup>۵</sup> با وجود این، برای تشخیص میزان شباهت یک سامانه مبتنی بر هوش مصنوعی با هوش انسانی، آزمونی مشهور به آزمون تورینگ<sup>۶</sup> توسط محققى به نام آلن تورینگ<sup>۷</sup> در سال ۱۹۵۰ ابداع شد که طی آن یک انسان در تعامل با ماشین تحت آزمون از او سؤالاتی را می‌پرسد و در پایان اگر نتواند تشخیص دهد که پاسخ‌دهنده به این سؤالات عامل ماشینی بوده است یا انسانی، ربات با موفقیت آزمون را پشت سر گذاشته است. اما تا به امروز هیچ ربای موفق نشده است این آزمایش را با موفقیت به پایان برساند.

سرعت پیشرفت هوش مصنوعی موجب شده است تا مواردی از به‌کارگیری هوش مصنوعی که در سال‌های گذشته هوش مصنوعی محسوب می‌شد، از دایره تعریف این فناوری خارج شود؛ زیرا هوش مصنوعی از فناوری‌های پیشرو محسوب می‌شود و مواردی که امروزه به‌عنوان کاربردها و فناوری‌های متداول محسوب می‌شوند، امروزه به‌عنوان هوش مصنوعی در نظر گرفته

1. Board, D. I. AI Principles: Recommendations on the Ethical Use of Artificial Intelligence by the Department of Defense. 2019.

2. High-level expert group on artificial intelligence

3. European Commission

4. AI HLEG. A definition of AI: main capabilities and disciplines, European Commission, 2019.

5. McCarthy, John & Minsky, Marvin & Rochester, Nathan and Shannon, Claude. [▲ Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence](#), 1955.

6. Turing Test

7. Alan Turing

نمی‌شوند؛ اگرچه هوش مصنوعی در فرایند آنها به کار گرفته شده است.<sup>۱</sup> همانند نویسه‌خوان‌های نوری (OCR)<sup>۲</sup> که برای تشخیص خودکار متون موجود در تصاویر و اسناد یا فناوری تشخیص چهره که برای بازکردن قفل گوشی هوشمند مورد استفاده قرار می‌گیرد. هوش مصنوعی ممکن است در هر شیء مادی یا معنوی ظهور کند؛ مثلاً رباتی که به واسطه آن بتواند جراحی کند یا خدمات پزشکی ارائه دهد یا اینکه در امور خانه‌داری، مثل نظافت و آشپزی، یا رانندگی خودرو به انسان کمک کند.<sup>۳</sup> هوش مصنوعی امروزه در زمینه‌های مختلف به کار گرفته شده است؛ به‌عنوان مثال، موتورهای جست‌وجوی پیشرفته<sup>۴</sup> همانند گوگل،<sup>۵</sup> سیستم‌های درک و تحلیل گفتار انسان<sup>۶</sup> همانند سیری<sup>۷</sup> که به‌عنوان دستیار صوتی درگوشی‌های آیفون<sup>۸</sup> به کار گرفته شده و الکسا<sup>۹</sup> که توسط آمازون<sup>۱۰</sup> در خانه‌های هوشمند مورد استفاده قرار گرفته است و سیستم‌های توصیه‌کننده و مشاوره‌دهنده<sup>۱۱</sup> که توسط پلتفرم نتفلیکس<sup>۱۲</sup> و یوتیوب<sup>۱۳</sup> کاربرد دارد و اتوموبیل‌های خودران<sup>۱۴</sup> همانند خودروهای ساخته‌شده توسط شرکت تسلا<sup>۱۵</sup> و صنایع مبتنی بر سرگرمی همانند بازی‌های رایانه‌ای استراتژیک مثل شطرنج که توسط هوش مصنوعی کنترل می‌شوند.<sup>۱۶</sup>

1. McCorduck, Pamela. **Machines Who Think (Second Edition) A Personal Inquiry into the History and Prospects of Artificial Intelligence**, Natick, MA: A. K. Peters, Ltd, 2004.
2. Optical Character Recognition
۳. رجبی، عبدالله، «ضمان در هوش مصنوعی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، د ۱۰، ش ۲، ۱۳۹۸، ص ۴۵۰.
4. Advanced Web Search Engines
5. Google e.g.
6. Understanding Human Speech
7. Siri
8. iPhone
9. Alexa
10. Amazon.com Inc
11. Recommendation Systems
12. Netflix Platform
13. YouTube
14. Self-driving Cars
15. Tesla Inc
16. "AlphaGo – Google DeepMind". Archived from the original on 20 October 2021.

## ۱.۲. بات معامله‌گر

آلمان در سند استراتژی هوش مصنوعی خود هوش مصنوعی را به دو دسته هوش مصنوعی ضعیف و قوی تقسیم می‌کند: هوش مصنوعی ضعیف که بر حل مشکلات خاص با استفاده از روش‌های مبتنی بر علوم ریاضیات و رایانه تمرکز دارد که به موجب آن سیستم‌های توسعه‌یافته را قادر به خودبهبودسازی می‌کند و هوش مصنوعی قوی که توانایی تفکر همانند انسان‌ها یا حتی فراتر از آن را دارد. به این نوع دوم که علاوه بر توانایی تفکر انسان‌گونه از استقلال کافی برای تصمیم‌گیری و ارائه راه‌حل و اعمال آن در برابر مشکلات و انجام واکنش‌ها در برابر تغییرات محیطی برخوردار است، هوش خودمختار<sup>۱</sup> گفته می‌شود. اتحادیه اروپا برای توصیف وضعیت حقوقی ربات‌های مبتنی بر هوش خودمختار، نخستین بار در سال ۲۰۱۶ در کمیته امور حقوقی پارلمان اروپا<sup>۲</sup> طی پیش‌نویسی برای گزارش قوانین مدنی در مورد ربات‌ها از اصطلاحی به نام شخص الکترونیک<sup>۳</sup> استفاده کرد.<sup>۴</sup> شخص الکترونیک برای توصیف وضعیت حقوقی پیچیده‌ترین ربات‌های مبتنی بر هوش خودمختار پیشنهاد شده بود؛ زیرا آنها ممکن بود مشمول حقوق و تعهدات خاصی بشوند. شخص الکترونیک کمک می‌کرد که امکان اعمال حقوقی وضعیت ربات در شرایطی که او مستقلاً تصمیم می‌گیرد یا به‌تنهایی با اشخاص ثالث ارتباط می‌گیرد، وجود داشته باشد.<sup>۵</sup> ربات‌های معامله‌گر مشهورترین نوع از ربات‌های مبتنی بر هوش خودمختار محسوب می‌شوند، این ربات برنامه‌های کامپیوتری هستند که در بازارهای مالی نظیر بورس و اوراق بهادار، ارزشهای فیات و رمزارزها از سوی کاربران انسانی و به‌جای آنها اقدام به خرید و فروش و انعقاد معاملات می‌کند. این ربات‌ها خود به دو دسته تقسیم می‌شوند:

1. Autonomous Robot
2. European Parliament's Committee on Legal Affairs
3. Electronic person
4. Brant, Tom. EU: Robot Workers Are 'Electronic Persons'. 22 June 2016.
5. Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), European Parliament, Committee on Legal Affairs, 31 May 2016.

### ۱.۲.۱. ربات‌های معامله‌گر وابسته

این گروه از ربات‌های معامله‌گر عموماً فاقد اراده مستقل‌اند یا اختیار بسیار کمی دارند و به منزله ابزارهای در اختیار کاربر محسوب می‌شوند. در این دسته، کاربر انسانی مأموریت را به‌دقت و با جزئیات برای ربات تعیین، و ربات تنها طبق دستورات کاربر عمل می‌کند. برای مثال، کاربر با مشخص کردن حد کف و حد سقف قیمت‌ها برای ربات، تعیین می‌کند که سهام  $X$  را زمانی که به قیمت  $N$  رسید، بخرد و زمانی که به قیمت  $M$  رسید، بفروشد. در این حالت، ربات اراده مستقلی از کاربر ندارد و تنها مجری دستورات از پیش تعیین شده اوست. حتی اگر برای یک کاربر انسانی تضرر قطعی در خرید یا فروش در قیمت تعیین شده برای ربات، محرز باشد، اما در این حالت یا ربات اساساً توانایی تخلف از دستورات کاربر را ندارد یا آنکه کاربر اختیارات او را به گونه‌ای محدود کرده است که امکان مانور او در تصمیم‌گیری وجود نداشته باشد.

### ۱.۲.۲. ربات‌های معامله‌گر خودمختار

این نوع از ربات‌ها پس از انتصاب از سوی کاربر و ارائه دسترسی‌های موردنیاز به آنها می‌توانند به‌طور مستقل بازار را رصد کنند و درمورد خرید یا فروش سهام در محدوده‌ای سرمایه نقدی یا کالایی که کاربر در اختیار آنها قرار داده است، تصمیم‌گیری کنند. ربات‌های معامله‌گر خودمختار تلاش می‌کنند تا با رصد دائمی و تجزیه و تحلیل نوسانات قیمتی با گرفتن بهترین تصمیم برای صرفه و صلاح کاربر و سرمایه او به رخدادهای بازار واکنش نشان دهند. منظور از ربات‌های معامله‌گر به‌عنوان وکیل مجازی در این پژوهش این دسته از ربات‌ها هستند.

## ۲. لزوم ایجاد نهاد جدید

### ۲.۱. اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله

اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله در ماده ۲۱۶ قانون مدنی مورد تأیید و تأکید قرار گرفته است. این ماده بیان می‌کند: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد



خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». به اعتقاد برخی از حقوق دانان، تعیین عقودی که علم اجمالی برای صحت آنها کفایت می‌کند، با قانون است.<sup>۱</sup> به همین دلیل به جز در مواردی مثل عقد جعاله در ماده ۵۶۴ و ضمان در ماده ۶۹۴ یا صلح در ماده ۷۶۶ قانون مدنی که قانون‌گذار صراحتاً علم اجمالی را برای صحت عقد کافی دانسته است، در سایر موارد برای صحت عقد نیاز به علم تفصیلی وجود دارد؛ چراکه صحت عقد ناشی از اجمالی بودن علم به عوضین امری استثنایی است و استثنا را نمی‌توان بدون اذن شارع به غیر بسط داد. به همین دلیل است که عقد بیع اجمالی مصداق معامله غرری، و باطل است. حال چنانچه معاملات انجام شده توسط هوش مصنوعی خودمختار را تماماً مستند به فعل و اراده کاربر بدانیم، وجود غرر در معاملات امری انکارناپذیر خواهد بود؛ زیرا اگرچه کاربر با مواردی نظیر تسلیم سرمایه مورد نیاز معاملات یا ارائه دسترسی به سهام و اوراق بهادار رضایت ضمنی خود را به معاملات ربای اعلام کرده است، تأیید کلی معاملات ربای توسط کاربر موجب علم تفصیلی او به تک تک معاملات نمی‌شود. به همین دلیل چشم‌پوشی از نقش هوش مصنوعی خودمختار و مستند کردن معاملات به خود کاربر موجب شکل‌گیری معامله غرری به دلیل عدم وجود علم تفصیلی یکی از طرفین به معامله خواهد بود؛ زیرا در این حالت، اگرچه کاربر به‌طور کلی از سرمایه‌ای که در اختیار ربای برای انجام معاملات قرار داده، آگاه است، نسبت به تمامی معاملات انجام شده توسط ربای تفصیلاً آگاهی ندارد. چنان‌که ممکن است سرمایه اولیه به واسطه اقدامات و معاملات ربای بسیار بیشتر یا کمتر از مقدار اولیه شود. مثلاً اگر ربای با  $n$  مقدار سرمایه معاملاتی را در یک بازار مالی آغاز نماید و بعد از انجام چند معامله، مبلغ کلی سرمایه در اختیار ربای به  $n+x$  مقدار برسد، آیا می‌توان گفت معاملات جدید با مقدار ثمن  $n+x$  همچنان تحت آگاهی تفصیلی و اراده کاربر صورت می‌پذیرد؟

۱. کاتوزیان، ناصر، **قانون مدنی در نظم نوین کنونی**، تهران: میزان، چ ۱۲، ۱۳۸۴، ذیل ماده ۲۱۶ قانون مدنی.

از طرفی دیگر، حکم به بطلان معاملات انجام شده توسط هوش مصنوعی خودمختار موجب تعارض عرف و قانون خواهد شد؛ چنان که عرفاً این نوع از معاملات در میان کاربران و فعالان بازار فاقد اشکال تلقی می‌شوند و نیز همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، با غرری محسوب کردن معاملات انجام شده توسط ربات‌های معامله‌گر، بخش گسترده‌ای از معاملات صورت گرفته در بازارهای مالی باطل محسوب خواهند شد. به همین دلیل است که ضرورت توجه به نقش ربات در این نوع از معاملات و شکل‌گیری یک نهاد حقوقی جدید برای برطرف شدن این خلأ حقوقی احساس می‌گردد.

## ۲.۲. آثار عدم توجه به نقش هوش مصنوعی خود مختار در فرایند انعقاد معاملات

عدم توجه به نقش حقوقی هوش مصنوعی خودمختار و مستند کردن معاملات به شخص خود کاربر علاوه بر خطر غرری شدن معاملات، موجب می‌شود تا با حذف ربات از فرایند معاملات، طرفین عقد کاربر و طرف مقابل معامله محسوب گردند. در این شرایط تمام معاملاتی که از سوی کاربر در هنگام خواب، بیهوشی یا مستی منعقد شده، به دلیل فقدان قصد او در لحظه انعقاد معامله باطل است؛ زیرا در این حالت ربات چیزی بیشتر از ابزار در نظر گرفته نشده است. این در حالی است که یکی از مهم‌ترین دلایل به کارگیری ربات‌های معامله‌گر توسط کاربران، توانایی فعالیت ربات در شرایط فرانسازی است؛ زیرا برای مثال، ربات می‌تواند در تمام ساعات شبانه‌روز و زمان‌هایی که عرفاً انسان‌ها توانایی انجام معاملات را ندارند، بازدهی داشته باشد. حال در صورتی که نقش ربات به‌طور مستقل از کاربر تعریف نشده باشد، چگونه می‌توان حکم به صحت معاملاتی داد که کاربر در زمان خواب منعقد کرده است؟ ماده ۱۹۵ قانون مدنی ناظر به همین فرض است و به صراحت بیان می‌کند: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله‌ای نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است».

همچنین عدم قائلیت به استقلال نقش ربات از کاربر در فرایند معاملات مانع از مسئولیت سازندگان آن می‌شود؛ زیرا در شرایطی که ربات به واسطه اختلالات و مشکلات فنی مصالح کاربر را رعایت نمی‌کند یا برخلاف مأموریت خود عمل می‌نماید، مسئولیت معاملات و ضرر و زیان ناشی از آن بر عهده کاربر استفاده‌کننده است؛ زیرا در این نظریه (عدم استقلال ربات) هم اوست که دستورات را به طور مستقیم به ربات می‌دهد و هوش مصنوعی چیزی جز مجری فرامین کاربر و ابزاری در اختیار او نیست. اگر چه همان‌طور که گفته شد، می‌توان ربات‌های معامله‌گر وابسته را مشمول چنین حکمی قلمداد کرد، در شرایطی که ربات مستقلاً معاملات را بر مبنای آنچه خود مصلحت می‌بیند و ارزیابی می‌کند، منعقد می‌نماید، نمی‌توان مسئولیت عدم انجام درست مأموریت او را متوجه کاربر دانست. برای مثال، در ربات‌های معامله‌گر وابسته، زمانی که کاربر دقیقاً تعیین می‌کند که ربات در چه قیمتی به عنوان خریدار وارد معاملات شود و در چه قیمتی کالا را بفروشد، در صورت تخطی ربات از مبالغ تعیین شده، کاربر می‌تواند به سازندگان ربات از باب مسئولیت ناشی از فروش مبیع معیوب مراجعه نماید. اما در شرایطی که کاربر از یک ربات مبتنی بر هوش مصنوعی خودمختار استفاده می‌کند، مأموریت به شکل اجمالی مشخص شده است. مثلاً ربات مقدار مشخصی سرمایه اولیه در اختیار دارد که بتواند به وسیله آن معاملات پیوسته‌ای را منعقد کند تا به سود مشخصی برسد یا آنکه کالای مشخصی در اختیار ربات است تا آن را به فروش برساند، اما مبلغ مشخصی برای فروش تعیین نشده است. به عبارت دیگر، برخی از شرایط معامله در این حالت به ربات واگذار شده است. این واگذاری شرایط به اختیار ربات نه به دلیل اذن کاربر به اتلاف مال، بلکه به دلیل اعتماد به توانایی و ارزیابی هوش فراانسانی اوست. حال در این حالت، چنانچه ربات مالی را در قیمتی بسیار پایین‌تر از قیمت واقعی بفروشد یا مالی را به قیمتی بسیار بیشتر از قیمت واقعی خریداری کند، ضرورت شکل‌گیری یک نهاد حقوقی جدید عیان خواهد شد؛ زیرا در صورت ابزارانگاری ربات، در این شرایط مسئولیتی متوجه سازندگان نیست؛ چراکه خود کاربر با تنفیذ اختیارات به ربات، گویی تمام معاملات را خود شخصاً منعقد می‌نماید و شخص

نمی‌تواند به واسطه ضرر ناشی از اقدامات خود به دیگری مراجعه نماید و این امر برخلاف قاعده لاضرر است؛ زیرا هدف کاربر از مسئولیت بخشی به ربات نه اذت در اتلاف مال، بلکه بهره‌گیری از توانایی‌های او در راستای مصلحت خود است. حال چنان که ربات این مصلحت را رعایت ننماید، مسئول است و از آنجایی که فرض مسئولیت برای او محلی از اعراب ندارد، سازندگان آن باید در قبال اقدامات ربات که خلاف مصلحت کاربر صورت می‌گیرد، پاسخگو باشند.

### ۳. اهلیت و کیل

تعریف فقهی مشهور از وکالت، «استنابه فی التصرف»<sup>۱</sup> و منظور از آن نایب قراردادن برای تصرف دیگری در مال خود است. اگرچه در این تعریف بر انسانی بودن نایب تأکید نشده است، برخی از فقها در ذیل آن این‌گونه توضیح داده‌اند که منظور آن است که انسان کسی را نایب و جانشین خود در تصرف قرار دهد<sup>۲</sup> و از قید «کسی» مستفاد می‌گردد که منظور از آن انسان یا شخص دیگری است. اما باید انصاف داد که در زمان طرح این تعریف، چنین پیشرفتی از فناوری متصور نبوده است. برخی از فقها نیز وکالت را نوعی اذن به شمار می‌آورند که منظور از آن مسلط‌ساختن غیر است بر انجام تصرفی.<sup>۳</sup> گروهی دیگر بر تقویض امری به دیگری به عنوان ماهیت عقد وکالت تأکید کرده‌اند.<sup>۴</sup> در حقوق مدنی فرانسه، وکالت عملی است که به موجب آن شخص به دیگری اختیار می‌دهد که برای موکل و به نام او کاری انجام دهد.<sup>۵</sup> قانون مدنی ایران نیز با پذیرش تعریف مشهور فقهی

۱. شهید اول، *لمعه دمشقیه*، ترجمه علی شیروانی، ج ۲، چ ۵۲، قم: دارالفکر، ۱۳۹۴، ص ۱۸.

۲. شهید ثانی، *شرح اللمعه*، ترجمه علی شیروانی، ج ۸، چ ۱۹، قم: دارالعلم، ۱۳۹۸، ص ۷۷.

۳. همان.

۴. نراقی، محمدبن احمد، *مشارق الاحکام*، مومتمر المولی مهدی نراقی، چ ۲، ۱۳۸۰، ص ۲۰۷.

۵. ابوحمزه طوسی، *الوسيله الی نیل الفضيله*، قم: کتابخانه عمومی مرعشی نجفی، ۱۳۶۶، ص ۲۰۷.

6. Code Civil. Version in force on February 16, 2023. Article 1984.

و رویکردی به حقوق فرانسه عقد وکالت را این گونه تعریف کرده است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید.<sup>۱</sup>

اما چه وکالت را نایب قراردادن دیگری در تصرف دانستن و چه تفویض امر به دیگری یا اذن و اعطای اختیار به غیر، منافاتی با داخل کردن هوش مصنوعی در تعریف مذکور از این حیث وجود ندارد؛ زیرا هدف از عقد وکالت چیزی جز نیابت دیگری در انجام امور به نفع موکل نیست. اما ممکن است ایراد شود که وکالت عقد است و عقود با یک اراده تحقق نمی‌یابند. ماده ۶۵۷ قانون مدنی در همین راستا تحقق وکالت را منوط به قبول وکیل کرده است و حتی در حقوق فرانسه نیز قرارداد وکالت با پذیرش نماینده (وکیل) شکل می‌گیرد.<sup>۲</sup> به همین دلیل حتی اگر اراده مستقل هوش مصنوعی در انجام معاملات را بپذیریم، این اراده نقشی در قبولی ایجاب عقد وکالت از سوی کاربر ندارد. در این خصوص باید گفت انجام مورد وکالت (در اینجا معاملات) به منزله پذیرش ضمنی عقد وکالت است؛ چنان که ماده ۶۵۸ قانون مدنی بیان می‌دارد که قبولی وکالت با هر فعلی که دلالت بر آن کند، واقع می‌شود و در رویه عملی نیز امروزه دفاتر اسناد رسمی، سند وکالت را تنها به امضای موکل می‌رسانند و نیازی به حضور وکیل در دفترخانه و امضای وی نیست و معمولاً اقدام وکیل در راستای وکالت‌نامه قبولی فعلی او در نظر گرفته می‌شود.<sup>۳</sup> اما اگر اشکال شود که هوش مصنوعی اساساً اهلیت ندارد که انجام مورد وکالت قبولی ضمنی آن فرض شود؛ چنان که ماده ۶۶۲ قانون مدنی از لزوم اهلیت وکیل برای انجام امر مورد وکالت سخن گفته است، در پاسخ باید گفت ظاهراً این اهلیت حمل بر تعریف فقهی و حقوقی متداول آن، یعنی عاقل، بالغ، رشید و غیرمهمجور، محسوب می‌شود.<sup>۴</sup> و همچنین گفته شده است که اهلیت برای معاملات توانایی‌های شخصیتی و فلسفه معاملات را نیز

۱. قانون مدنی، ماده ۶۵۶.

2. Code Civil. *Ibid.*

۳. بیات، فرهاد و شیرین بیات، شرح جامع قانون مدنی، ج ۲۳، تهران: انتشارات ارشد، ۱۴۰۱، ص ۵۲۵.

۴. شهید ثانی، پیشین، ص ۹۱.

۵. قانون مدنی، ماده ۲۱۱.

در برمی‌گیرد که از آن به‌عنوان صلاحیت تعبیر می‌شود.<sup>۱</sup> اما با تأمل بیشتر باید دریافت که هدف از شرط اهلیت در فقه و حقوق برای وکیل چیزی جز جلوگیری از تضييع حقوق موکل و ورود ضرر به او به دلیل عدم وجود صفات عقل، رشادت و بلوغ در وکیل است (قاعده لا ضرر)؛ چنان‌که مجنون و صغیر نمی‌توانند وکیل شوند؛ زیرا به واسطه وکالت آنها خطر تصرفات موجب ضرر در حق موکل ایجاد می‌شود و اصولاً نمی‌توان مجنونی یا صغیری یافت که تصمیمات او بر مبنای عقل، منطقی تلقی گردد. درحالی‌که بسیاری از معاملات انجام شده توسط هوش مصنوعی در بازارهای مالی سودآور و به نفع موکل بوده است؛ چنان‌که استفاده گسترده از این فناوری در بازارهای مالی مؤید این نظر است.

منظور از عقد وکالت چیزی جز نایب قراردادن دیگری در تصرف به اذن موکل نیست و وکالت به هوش مصنوعی برای انجام معاملات غیر از منظور کاربر نیست (العقود تابعه للقصود)؛ چنان‌که شخص به دیگری وکالت می‌دهد تا کالایی را در محدوده قیمتی مشخصی خریداری کند یا به فروش برساند (وکالت خاص) و یا آنکه از او می‌خواهد نایب تصرفات او در تمام معاملات یک بازار، نظیر بورس یا بازار سهام، باشد. در تمام این موارد نوعی قید مباشرت ضمنی در توکیل به دلیل اعتماد موکل به اعتبار و مهارت وکیل از سوی موکل وجود دارد. به عبارت دیگر، هدف موکل از اعطای وکالت به دیگری در نظر گرفتن صرفه و مصلحت او به گونه‌ای است که خود او احتمالاً نتواند در حد اعلاي آن، چنان‌که وکیل آن را انجام می‌دهد، صورت دهد. همان‌طور که هدف اغلب افراد از اعطای وکالت استفاده از مهارت و تجربه وکیل در مورد وکالت یا درگیر نشدن در اموری است که از خود موکل زمان زیادی می‌گیرد و یا مباشرت خود موکل به آن فعل موجب ضرر مادی و معنوی برای او می‌شود. حال در شرایطی که هوش مصنوعی می‌تواند بالقوه مهارت بیشتری از کاربران انسانی در معاملات بازارهای تجاری پیدا کند و به دلیل عدم نیاز به مایحتاج انسانی، نظیر خواب و خوراک، بازار را به شکل دائمی و گسترده رصد می‌نماید و به واسطه عدم دخالت احساسات می‌تواند مصلحت موکل را در انعقاد معاملات

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، ج ۲۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۲۹۶.

بیش از خود او در نظر گیرد، آیا عقلاً قابل پذیرش است که وکالت هوش مصنوعی به واسطهٔ عدم اهلیتی که صغیر، مجنون یا حتی ورشکسته<sup>۱</sup> را شامل می‌شود، بر هوش مصنوعی نیز تسری یابد؟

برخی از حقوق دانان با مطرح کردن اصل رضایت خودمختار، مسائل مربوط به صحت اطلاعات و قراردادهای منعقد شده توسط هوش مصنوعی را تأیید، و ماهیت حقوقی ربات‌های مبتنی بر هوش مصنوعی را همچون برخی از نرم‌افزارهای کامپیوتری به عنوان شخصیت حقوقی<sup>۲</sup> تعریف کرده‌اند.<sup>۳</sup> پذیرش شخصیت حقوقی بات‌های هوشمند موجب پذیرش اهلیت معاملات منعقد شده توسط آنها می‌شود؛ زیرا مادهٔ ۵۸۸ قانون تجارت مقرر داشته است: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیهٔ حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است. مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد؛ مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت و امثال ذلک». اما برخی از حقوق دانان معتقدند منظور از اهلیت مذکور در مادهٔ ۵۸۸ توانایی بالقوهٔ شخصیت حقوقی در امکان دارا شدن اهلیت است؛ به این معنا که اصل بر عدم اهلیت شخص حقوقی است، مگر در جایی که شخص حقوقی به موجب قانون یا اساسنامه، واجد شرایط اهلیت شده است. در همین راستا اهلیت را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «اهلیت به‌طور مطلق عبارت است از توانایی قانونی شخص برای دارا شدن یا اجرای حق».<sup>۴</sup> از این برآیند ممکن است این گونه اشکال شود که اهلیت شخص حقوقی در هر مورد نیازمند اذن و تصریح قانون‌گذار است؛ به همین دلیل وکالت شخص حقوقی و به پیروی از آن هوش مصنوعی صحیح نیست (اصل عدم). در این باره باید گفت، چنان‌که مادهٔ ۵۸۸ اطلاق دارد، شخص حقوقی می‌تواند کلیهٔ حقوق و تکالیف

۱. البته عدم اهلیت ورشکسته در امور تجاری را ناشی از ارادهٔ قانون‌گذار به دلیل جلوگیری از تضییع حقوق طلبکاران دانسته شده است و اهلیت ورشکسته برای وکالت مورد اختلاف بین حقوق دانان است. اما حتی بر فرض عدم اهلیت ورشکسته به‌عنوان وکیل چنین فرضی برای هوش مصنوعی قابل تصور نیست؛ زیرا اساساً طلبکاری از آن به علت فقدان اهلیت تمتع صحیح نیست.

2. Legal Person

3. Lawrence B. Solum. Legal Personhood for Artificial Intelligences. *North Carolina Law Review*. Vol.70 1992.

۴. صفایی، سیدحسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، ج ۲، ۳۷، تهران: میزان، ۱۴۰۱، ص ۱۲۹.

انسان را دارا شود و وکالت از اموری نیست که بالطبع فقط انسان بتواند دارای آن شود. آری اگرچه در گذشته وکالت غیرانسان متصور نبوده است، تصریح ماده در مورد عدم اهلیت شخص حقوقی در اموری که بالطبع مختص انسان‌هاست، نه از نظر امری بودن قانون، بلکه به دلیل عدم امکان ذاتی آن است؛ چنان‌که شخص حقوقی مشمول نفقه اولاد نمی‌شود و این به دلیل ماهیت ذات آن است، نه امری که قانون به آن تصریح داشته است و قید بالطبع هم بر همین استدلال دلالت دارد.

اما در اینکه مطابق نظر برخی از حقوق‌دانان، اهلیت ماده ناظر به مواردی است که قانون‌گذار تصریح کرده است<sup>۱ ۲ ۳</sup> و حتی اگر توانایی بالقوه شخص حقوقی در اکتساب عنوان وکیل را بپذیریم، برای بالفعل شدن آن نیاز به تصریح قانون‌گذار، عرف یا اساسنامه وجود دارد. در این خصوص باید گفت منظور از اینکه اصل بر عدم اهلیت شخص حقوقی است مگر در موارد تصریح شده، آن است که اشخاص حقوقی نمی‌توانند خارج از موضوع و هدف خود فعالیت داشته باشند<sup>۴</sup> و اعمال حقوقی انجام دهند؛ چنان‌که یک مؤسسه که با هدف خیریه و نیکوکاری تأسیس شده است، نمی‌تواند به امور تجاری و صادرات و واردات بپردازد. اما هدف از ساخت بات‌های معامله‌گر مبتنی بر هوش مصنوعی، چیزی جز معامله در بازارهای مالی به جای کاربر نیست. پس باید پذیرفت شرط بنایی میان کاربران استفاده‌کننده از این ربات‌ها و سازندگان آنها همان وحدت مطلوب به کارگیری ربات در بازارهای مالی است. پس می‌توان گفت که عرف و عادت مؤید این نظر است که ربات برای انجام معاملات صاحب اهلیت است. رأی صادر شده توسط شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز با نقض رأی دادگاه بدوی وکالت شخص حقوقی از شخص حقوقی دیگر

۱. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، چ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳، صص ۱۰-۱۲.  
۲. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری**، ج ۱، چ ۱، تهران: سمت، ۱۳۷۵، صص ۳۸، ۵۲، ۵۳، ۹۱.  
۳. صفایی، سید حسین، پیشین، ص ۱۳۰.



را تأیید می‌کند.<sup>۱</sup> در این پرونده، دادگاه بدوی با استناد به مواد ۳۱ و ۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی استدلال کرده است که وکیل باید شخص حقیقی باشد و شخص حقوقی نمی‌تواند به‌عنوان وکیل در دادرسی شرکت کند؛ زیرا وکالت شخص حقوقی در قوانین و مقررات پیش‌بینی نشده است. اما در پی تجدیدنظرخواهی خواهان، دادگاه تجدید با رد رأی صادره توسط دادگاه بدوی این‌گونه استدلال کرده است که شخص حقوقی نیز دارای اهلیت تمتع و استیفا است و لذا فقط با توجه به اساسنامه شخص حقوقی می‌توان اظهارنظر نمود که اجازه اعطا و اعمال وکالت را داراست یا خیر.

در همین راستا باید گفت، اگرچه ربات‌های معامله‌گر فاقد اساسنامه همانند شرکت‌های ثبت‌شده مطابق با قانون تجارت هستند، به نظر می‌رسد توجه به کاغذ سفید<sup>۲</sup> منتشرشده برای این دسته از ربات‌ها ضرورت توجه به اساسنامه شخص حقوقی را که مبنای رأی تجدیدنظر است، برطرف می‌نماید؛ زیرا هدف از توجه به اساسنامه شخص حقوقی در اعطای وکالت به وی، چیزی جز مراجعه به توافقات مکتوب‌شده مؤسسين شرکت درمورد هدف شخص حقوقی، نحوه اداره و حیطه اختیارات آن نیست. به عبارت دیگر، اساسنامه شخص حقوقی است که تعیین می‌کند آیا اعمال وکالت در حیطه هدف و اختیارات شخص حقوقی قرار دارد یا خیر؟ از همین رو، خلق و ساخت ربات‌های هوشمند توسط سازندگان آنها تأیید ضمنی هدف و فعالیت آن ربات است؛ زیرا فرض فعالیت شرکت برخلاف اهداف تعیین‌شده برای آن که در شرکت‌های انتفاعی و غیرانتفاعی متصور است، درمورد ربات‌های هوشمند با توجه به ارائه هوش خودمختار به ربات توسط سازندگان، قابل‌تصور نیست و در شرایطی که ربات برخلاف مأموریت و هدف خود فعالیت می‌کند، نیز می‌توان اقدامات او را در حکم مهوریت وکیل و در نتیجه اسقاط وکالت او در نظر گرفت. عرف معاملات تجاری نیز چنین نظری را تأیید می‌کند؛ زیرا امروزه نه تنها تعداد زیادی از

۱. رأی شعبه یک دادگاه تجدید نظر استان تهران، در پرونده شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۴۱۶ به تاریخ ۳۰ بهمن ۱۳۹۱.

2. White Paper

فعالان بازارهای مالی نظیر بورس و اوراق بهادار، معاملات و مبادلات رمز ارز و بازارهای سهام از بات‌های معامله‌گر استفاده می‌کنند، بلکه انجام معاملات و خرید و فروش از سوی بات خللی به صحت عرفی این دسته از معاملات وارد نمی‌کند. به عبارت دیگر، کاربران به‌عنوان بایع و مشتری همان ارزشی را که برای معامله مستقیم با یک کاربر قائل‌اند، برای معامله با باتی که از طرف یک کاربر با سرمایه او معامله می‌کند، نیز در نظر می‌گیرند. این یعنی زمانی که یک کاربر متوجه شود طرف معامله انجام شده با او، یک بات معامله‌گر است که به نمایندگی (وکالت) از یک کاربر انسانی معامله می‌کند، نسبت به درستی و صحت معامله تردید نمی‌کند و مادامی که بات همانند کاربر حقیقی فرایند عرفی معاملات (پرداخت ثمن و دریافت مبیع و انجام تشریفات قانونی بازارهای مالی) را انجام دهد، سایر کاربران اکراهی به معامله با او به صرف غیرانسانی بودن او ندارند. این همان عرفی است که اهلیت معاملات انجام شده توسط بات‌های معامله‌گر در بازارهای مالی را تأیید می‌کند.

دستورالعمل اقدامات ربات که از سوی کاربر برای او صادر می‌شود، نظیر انجام معاملات در حیطه سرمایه یا محدوده قیمتی مشخص شده از سوی کاربر و یا اذن به فروش اموالی از قبیل سهام، اوراق الکترونیکی، رمزارز و ... را که در اختیار ربات قرار گرفته شده است، نیز می‌توان در حکم اختیارات وکیل در وکالت‌نامه دانست؛ چراکه کاربر با مشخص نمودن حدود اختیارات ربات، او را نایب خود در انجام مأموریت‌های محوله قرار داده است و همان‌طور که موکل اختیارات وکیل را طی وکالت‌نامه‌ای مشخص می‌کند، کاربر نیز به واسطه ایجاد دستورالعمل‌های اولیه برای ربات در حین اعطای مأموریت به او، حدود اختیارات ربات را در انجام مأموریت خود (مورد وکالت) تعیین می‌نماید.

اما آیا می‌توان با دسته‌بندی ربات‌های هوش مصنوعی، مواردی از آنها را که از توانایی لازم برای انجام معاملات سودآور برای کاربر برخوردار نیستند، فاقد اهلیت دانست؟ به عبارت دیگر، آیا مغبون شدن ربات در بیشتر معاملات و زیان‌ده بودن آن برای کاربر را می‌توان در اهلیت یا عدم اهلیت آن مؤثر دانست؟ اگر چه ضرردهی یک ربات موجب عدم رغبت کاربران به استفاده مجدد از آن می‌شود، نمی‌توان آن را معیاری برای سنجش

اهلیت معاملات انجام شده توسط آن قرار داد؛ زیرا در این صورت، مادامی که کاربران از معاملات انجام شده توسط ربات منتفع گردند، آن را تأیید می‌نمایند و در جایی که متضرر شوند، ربات را فاقد اهلیت قلمداد خواهند کرد. در همین راستا باید گفت که بررسی توانایی ربات و درصد موفقیت آن در انجام معاملات سودآور از وظایف کاربر است؛ چنان که نمی‌توان وکیلی را به دلیل ضعف توانایی یا اطلاعات او فاقد اهلیت دانست و در صورتی که کاربری اموال خود را در اختیار رباتی که توانایی پایینی دارد قرار دهد، اعم از آنکه سرمایه در اختیار او قرار دهد تا با آن خرید و فروش نماید یا آنکه اموالی نظیر سهام و اوراق بورسی یا رمز ارز را برای فروش به او سپارد، مصداق قاعده تسلیط خواهد بود.

### ۳.۱. وکیل مجازی<sup>۱</sup>

چنان که گذشت، با اندکی تسامح می‌توان وکالت بات‌های معامله‌گر در بازارهای مالی را از سوی موکل‌های انسانی پذیرفت. اما باید گفت که به دلیل قدری تسامح به‌کاررفته در انطباق عنوان وکالت در این موارد، باید گفت که هوش مصنوعی وکیل در این موارد وکیل نیست، اما در حکم وکیل است. به این وکالت حکمی، هوش مصنوعی با وکالت مجازی می‌گوییم و از این رو هوش مصنوعی عامل این اعمال حقوقی را «وکیل مجازی» نام‌گذاری، و آن را این‌گونه تعریف می‌کنیم: «وکالت مجازی عبارت است از نایب قراردادن هوش مصنوعی در تصرفات مالی از سوی کاربر انسانی». با قید عبارت «نایب قراردادن» ما حاکمیت مقررات کلی عقد وکالت را بر وکالت مجازی پذیرفته‌ایم، مگر آن دسته از مقرراتی که بالطبع فقط شامل وکالت انسانی می‌شود؛ نظیر وکالت مجانی و معوض که برای هوش مصنوعی قابل تصور نیست.

عبارت «هوش مصنوعی» و «کاربر انسانی» در تعریف مذکور نخستین و مهم‌ترین تفاوتی است که وکیل مجازی را از وکیل مدنی جدا می‌کند. در هر دو وکالت مدنی و وکالت مجازی، موکل ماهیت انسانی یا حقوقی دارد. اما در وکالت مجازی، وکیل مجازی

1. Virtual Lawyer

تنها هوش مصنوعی خواهد بود. به عبارت دیگر، وکیل مجازی تنها زمانی شکل می‌گیرد که وکالت کاربر را نه یک عامل انسانی، بلکه هوش مصنوعی برعهده گیرد.

اما با مقید کردن وکالت مجازی به تصرفات مالی در تعریف فوق، دومین تفاوت وکالت مجازی و وکالت مدنی را مشخص کردیم. وکیل مجازی تنها ناظر به تصرفات مالی است؛ زیرا پیشرفت فناوری در حال حاضر تنها امکان انجام تصرفات مالی را به هوش مصنوعی می‌دهد. امور مرتبط با احوال شخصیه پیچیده‌تر و پیشرفته‌تر از آن است که هوش مصنوعی در حال حاضر بتواند به تنهایی درمورد آن تصمیم بگیرد؛ زیرا این امور برخلاف امور مالی فراتر از شاخص‌های کمی همانند قیمت کالا و ارزش سهام، به شکل کیفی مورد سنجش قرار می‌گیرند؛ چنان‌که در اغلب این امور، شخصیت علت عمده محسوب می‌شود. به همین دلیل است که حتی در میان انسان‌ها، هر شخصی به عنوان وصی انتخاب نمی‌شود یا عقلاً به هر شخصی وکالت در امر نکاح اعطا نمی‌کنند؛ زیرا عوامل برآورده‌سازی مقصود موکل از این امور بیش از آنکه کمی باشد، کیفی است و هوش مصنوعی برخلاف وکیل انسانی، در حال حاضر توانایی تشخیص چنین مواردی را ندارد؛ چنان‌که نمی‌توان وکالت در نکاح یا ارث را به هوش مصنوعی سپرد و عرف نیز مؤید این نظر است؛ زیرا درحالی‌که هوش مصنوعی در بازارهای مالی به شکل گسترده مورد استفاده قرار می‌گیرد و حتی در موارد پیشرفته‌تر تجاری نظیر خرید و فروش و نقل و انتقال اسناد اموال منقول و غیرمنقول یا انجام امور مربوط به اسناد تجاری، نظیر چک و سفته بر فرض هوشمندسازی نظام حقوقی کشورها و پیشرفت فناوری انجام این موارد توسط هوش مصنوعی قابل‌تصور است، از نظر عرف و عقل، احوال شخصیه خود را در اختیار هوش مصنوعی قرار نمی‌دهند و پذیرش ولایت هوش مصنوعی بر احوال شخصیه نیز برخلاف قاعده لاضرر است؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، یکی از اهداف اذن موکلین به فعالیت هوش مصنوعی در بازارهای مالی به جای آنها، کاهش خطرات این بازارها و کسب و سود بیشتر در مقایسه با انجام معاملات توسط کاربر انسانی است. درحالی‌که پذیرش وکالت هوش مصنوعی در احوال شخصیه برخلاف این مقتضا سبب سقوط حقوق کاربر و اراده در

امور شخصی است که این برخلاف اصل حریت انسان‌هاست. اما اگر استدلال شود که می‌توان گفت اعمال هوش مصنوعی در احوال شخصیه غیرنافذ و منوط به اجازه موکل انسانی شود، نظیر آنجا که هوش مصنوعی برای عقد نکاح افرادی را پیشنهاد دهد، باید گفت در این حالت دیگر نمی‌توان هوش مصنوعی را مصداق وکیل دانست؛ زیرا اعمال وکیل به خودی‌خود اصولاً نافذ است و نیازی به تنفیذ مجدد موکل برای آن وجود ندارد.

### ۳.۲. مواد پیشنهادی

۱. وکالت مجازی عبارت است از نایب قراردادن هوش مصنوعی در تصرفات مالی از سوی کاربر انسانی.
۲. وکیل مجازی تنها به اراده موکل انسانی محقق و معزول می‌شود (ایقاع جایز).
۳. وکالت مجازی معوض نیست، اما سازنده وکیل مجازی می‌تواند اجرت‌المثل آن را از موکل انسانی (کاربر) مطالبه نماید.
۴. وکالت مجازی تنها در امور مالی محقق می‌شود و وکالت وکیل مجازی در احوال شخصیه باطل است.
۵. وکالت مجازی اصولاً تابع قواعد و عمومات حاکم بر وکالت مدنی است، مگر در مواردی که استثنا شده است یا به سبب ماهیت وکالت مجازی امکان‌پذیر نیست.
۶. وکالت مجازی تنها در اموری صحیح است که خود موکل بتواند آن را از نظر حقوقی به‌جا آورد.
۷. وکیل مجازی مسئولیت ندارد و تلف مال موکل به سبب اقدامات یا محاسبات او در حکم اذن به تلف از سوی موکل انسانی است (قاعده تسلیط).
۸. تنها در مواردی که تلف مال توسط وکیل مجازی به سبب اشکالات و ایرادات فنی بوده باشد، موکل انسانی (کاربر) می‌تواند برای جبران خسارت به سازنده وکیل مجازی رجوع کند (از باب تسبیب).
۹. وکیل مجازی باید مستقلاً اموری را که بدان مأمور است، انجام دهد. در صورتی که

سازندگان ترتیبی مقرر داشته باشند که در فرایند انجام مأموریت، عامل یا عوامل انسانی دخالت داشته باشند و موکل نسبت به این امر جاهل باشد، عامل مداخله‌کننده و سازنده متضامناً مسئول خواهند بود. (عامل مداخله‌کننده از باب تصرف در مال غیر بدون اذن مالک (تصرف عدوانی) مسئول است؛ زیرا عامل انسانی از سوی کاربر اذن و مجوزی برای تصرف و دخالت در امور مالی او ندارد و کاربر تنها به ربات اجازه و اذن در تصرف برای انجام مورد وکالت را داده است و از آنجایی که توکیل به غیر در وکالت مجازی وجود ندارد، انجام مأموریت ربات توسط سایرین به منزله تصرف بدون اذن مالک خواهد بود و معاملات ایشان در اموال کاربر در حکم معامله فضولی خواهد بود و مسئولیت سازنده نیز از باب تدلیسی است که او در فرایند انجام مأموریت ربات به کار برده است؛ زیرا فرض بر این است که کیفیت فنی ساخت ربات به اندازه‌ای مطلوب است که امکان انجام مأموریت برای او به تنهایی وجود دارد؛ زیرا کاربر اساساً به دلیل توانایی‌های فرانسسانی او وکالت را به وی واگذار کرده است. حال در صورتی که مأموریت ظاهراً توسط ربات صورت پذیرد، اما درحقیقت تمام یا بخشی از مأموریت او توسط شخص دیگری انجام گیرد، مثل آنجا که با ارائه دسترسی‌های ثانویه به اپراتورهای انسانی، ربات معاملات را هدایت، تأیید یا رد کند، اقدامات سازنده مصداق تدلیس خواهد بود؛ زیرا او با سوءاستفاده از جهل کاربر، ربات را دارای اوصافی برتر از آنچه هست (انجام تمام معاملات به تنهایی و بر پایه هوش مصنوعی خودمختار) معرفی نموده است، درحالی که درحقیقت ربات برای انجام درست مأموریت خود به کمک یک عامل انسانی نیاز دارد).

۱۰. اقدامات و تعهدات وکیل مجازی علیه موکل انسانی نافذ خواهد بود، مگر در مواردی که ثابت شود این اقدامات به دلیل اشکالات و ایرادات فنی بوده است.

۱۱. وکالت مجازی به طرق زیر مرتفع می‌گردد:

- از کار افتادن وکیل مجازی به دلیل ایرادات و مشکلات فنی؛
- موت یا جنون یا مهجوریت موکل انسانی؛

- از بین رفتن مورد وکالت، نظیر تلف شدن تمام مال سپرده شده به وکیل مجازی برای انجام معاملات؛
- انجام مورد وکالت توسط وکیل مجازی یا خود موکل انسانی نظیر فروش سهام سپرده شده به وکیل مجازی؛
- عزل وکیل مجازی به واسطه فعل یا اقدامات کار که در حکم قطع دسترسی اوست.

## نتیجه‌گیری

خلأ حقوقی قوانین در زمینه هوش مصنوعی و ربات‌های مبتنی بر هوش خودمختار، اگرچه شاید اکنون کمتر احساس شود، با پیشرفت تصاعدی فناوری، به‌زودی موجب مشکلات عدیده در زمینه حقوق تجارت و حقوق خصوصی خواهد شد. در نظر نگرفتن نقش مستقل ربات‌های مبتنی بر هوش مصنوعی خودمختار در فرایند معاملات، علاوه بر عدم امکان جبران خسارات وارده در شرایطی که هوش مصنوعی خلاف مصالح کاربر عمل می‌کند، موجب خواهد شد که وضعیت حقوقی معاملات انجام‌شده توسط هوش مصنوعی از نظر فقه و نظام حقوقی ایران به دلیل وجود غرر ناشی از عدم علم تفصیلی کاربر به عوضین معاملات آتی باطل باشد. اما حکم به بطلان این معاملات نه تنها با عرف بازارهای مالی در تعارض است، بلکه سبب مشکلات عدیده به دلیل حجم گسترده این نوع از معاملات خواهد شد. برای حل این مشکل، پیشنهاد قوانین کاملاً جدید برای این حوزه، خطر ناسازگاری و تعارض این قوانین با سایر قوانین و دیگر بخش‌های حقوقی را در پی خواهد داشت. از این‌رو، در این پژوهش با وحدت ملاک‌گرفتن از قوانین فعلی حقوق مدنی و حقوق تجارت، منابع فقهی، دکترین حقوقی و آرای قضایی صادره ضمن توجه به نقش هوش مصنوعی در انجام فرایند این نوع از معاملات، نهاد حقوقی جدیدی تحت عنوان وکیل مجازی نظریه‌پردازی، و مواد پیشنهادی آن ارائه شد تا وضعیت‌های حقوقی که بعضاً به واسطه به‌کارگیری گسترده هوش مصنوعی توسط کاربران در بازارهای مالی ایجاد می‌شود، از چارچوب‌گذاری حقوقی مغفول نماند. مطابق با این نوع جدید از وکالت، هوش مصنوعی به‌عنوان نوعی وکیل تعیین‌شده در معاملات از سوی کاربر انسانی در نظر گرفته خواهد شد که تحت عنوان وکیل مجازی شناخته می‌شود. از این‌رو، معاملات انجام‌شده توسط هوش مصنوعی در حکم معاملات انجام‌شده توسط وکیل کاربر است و در نتیجه صحیح تلقی می‌شود.



## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری**، ج ۱، چ ۱، تهران: سمت، ۱۳۷۵.
۲. بیات، فرهاد و شیرین بیات، **شرح جامع قانون مدنی**، چ ۲۳، تهران: انتشارات ارشد، ۱۴۰۱.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. **ترمینولوژی حقوق**، چ ۲۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۴. صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، ج ۲، چ ۳۷، تهران: میزان، ۱۴۰۱.
۵. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، چ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳.
۶. **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چ ۱۲، تهران: میزان، ۱۳۸۴.

#### مقاله

۷. رجبی، عبدالله، «ضمنان در هوش مصنوعی»، **مطالعات حقوق تطبیقی**، د ۱۰، ش ۲، ۱۳۹۸، صص ۴۴۹-۴۶۶.
۸. شریعتی نسب، صادق، «اهلیت شخص حقوقی در قراردادهای مجانی»، **فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی**، د ۴۹، ش ۴، ۱۳۹۸، صص ۶۷۷-۶۹۵.
۹. شریفی، سید الهام‌الدین و گلناز بیرمی، «ماهیت حقوقی نمایندگان هوشمند در عرصه قراردادهای الکترونیکی»، **پژوهش‌های حقوقی**، د ۱۷، ش ۳۳، ۱۳۹۷، صص ۲۷-۵۴.
۱۰. ملائی، مهدی، «خوانش فقهی حقوقی اهلیت جنین در نظام ایران با رویکردی به نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا»، **دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده**، د ۲۷، ش ۷۶، ۱۴۰۱، صص

DOI:10.30497/FLJ.2022.242325.1748 ۲۹۲-۲۶۳

#### قانون

۱۱. قانون تجارت جمهوری اسلامی ایران.
۱۲. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

## ب) منابع عربی

### کتاب

۱۳. ابوحمزه طوسی، **الوسيله الى نيل الفضيله**، قم: کتابخانه عمومی مرعشی نجفی، ۱۳۶۶.
۱۴. شهید اول، **لمعه دمشقیه**، ترجمه علی شیروانی، ج ۲، چ ۵۲، قم: دارالفکر، ۱۳۹۴.
۱۵. شهید ثانی، **شرح اللمعه**، ترجمه علی شیروانی، ج ۸، چ ۱۹، قم: دارالعلم، ۱۳۹۸.
۱۶. نراقی، محمدبن احمد، **مشارق الاحکام**، مواتر المولی مهدی نراقی، چ ۲، ۱۳۸۰.

## ج) منابع انگلیسی

### Books

17. **Civil Code of the French (Napoleonic Code)**, Version in force on February 16, 2023.
18. McCorduck, Pamela. **Machines Who Think** (2<sup>nd</sup> ed) A Personal Inquiry into the History and Prospects of Artificial Intelligence, *Natick, MA: A. K. Peters, Ltd, 2004* ISBN 1-56881-205-1.
19. Russel, Stuart & Norvig, Peter. **Artificial Intelligence: A Modern Approach** (third edition), New Jersey: Pearson Education. 2010. ISBN-13: 978-0-13-604259-4 ISBN-10: 0-13-604259-7.

### Articles

20. AI HLEG. "A definition of AI: main capabilities and disciplines", *European Commission*, 2019 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligencemain-capabilities-and-scientific-disciplines>.
21. "Artificial Intelligence and Civil Liability", STUDY Requested by the *JURI committee*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 621.926 - July 2020. ISBN 978-92-846-6107-7 doi: 10.2861/220466.
22. Board, D. I. AI Principles: "Recommendations on the Ethical Use of Artificial Intelligence by the Department of Defense". 2019.
23. Brant, Tom. "EU: Robot Workers Are 'Electronic Persons'." *PCMAG*. PCMAG.COM, 22 June 2016. Web. 12 Jan. 2017. <https://www.pcmag.com/news/345515/eu-robot-workers-are-electronic-persons>.

24. Draft Report with recommendations to the Commission on "Civil Law Rules on Robotics "(2015/2103(INL)), *European Parliament*, Committee on Legal Affairs, 31 May 2016.
25. McCarthy, John & Minsky, Marvin & Rochester, Nathan and Shannon, Claude. *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 1955.
26. Lawrence B. Solum. "Legal Personhood for Artificial Intelligences". *North Carolina Law Review*. Vol.70 1992.
27. Poole, David & Mackworth, and Goebel, Randy. "Computational Intelligence: A Logical Approach", *New York: Oxford University Press*. ISBN 978-0-19-510270-3.

**Laws**

28. ISO-IEC-2382-28 available at <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:2382:ed-1:v1:en> (Available on 18 Feb 2023).
29. National Science and Technology Council Committee. Preparing for the future of Artificial Intelligence. United States US Government, Office of Science and Technology Policy, 2016.
30. U.S. Securities and Exchange Commission. "Staff Report on Algorithmic Trading in U.S. Capital Markets". As Required by Section 502 of the Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act of 2018. 5 August 2020.



## وضعیت تصرفات منتقل‌الیه در زمان خیار ناقل در حقوق اسلامی

محمد‌هادی جواهرکلام\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۲۰

### چکیده

در این نوشتار، مبانی فقهی وضعیت تصرفات انتقال‌گیرنده در زمان خیار انتقال‌دهنده، با هدف سامان‌دهی مبادلات اقتصادی و تجاری و رفع ابهام از نظام حقوقی و رویه قضایی، و با روش تحقیق توصیفی تحلیلی مطالعه شده است. پس از بررسی موضوع در اقسام مختلف خیارات در متون فقهی و با طرح نظریه عمومی در حقوق اسلامی، این نتیجه حاصل شد که غالب فقها در خیارهای قراردادی (مجمول)، مثل خیار شرط و بیع شرط، به دلیل وجود شرط ضمنی، خریدار را از تصرفات منافی با خیار فروشنده منع کرده، اما در خیارهای قانونی (اصلی)، مثل غبن، عیب و تدلیس، تصرفات خریدار در مبیع را مجاز شمرده‌اند. در مقابل، برخی از فقهای بزرگ و معاصر، چه در خیارهای قراردادی و چه در خیارهای قانونی، تنها در صورتی تصرفات خریدار را ممنوع می‌دانند که حفظ مبیع نزد مشتری یا اعاده عین در صورت فسخ، به صورت صریح یا ضمنی، شرط شده باشد. به علاوه، در مواردی که شرط صریح یا ضمنی برای بقای عین یا منع تصرفات ناقله در مبیع وجود دارد، اگرچه هر دو گروه از حیث «تکلیفی» خریدار را مجاز به تصرف در مبیع نشمرده‌اند، اما از نظر «وضعی»، مشهور فقها معاملات خریدار را صحیح و نافذ نمی‌دانند، ولی گروهی از فقیهان بنام معاصر، معاملات خریدار بر مبیع را صحیح دانسته و به رجوع به بدل فتوا داده‌اند. در هر دو اختلاف، نظر مشهور فقها تأیید شده است. بر این اساس، پیشنهاد می‌شود که برای سامان‌دهی بحث در نظام حقوقی و ایجاد رویه واحد بین محاکم و حفظ امنیت در مبادلات تجاری و اقتصادی، رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ - ۱۴۰۰/۳/۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور بر همین مبنا تفسیر و تحلیل شود.

### کلیدواژگان:

انحلال قرارداد (فسخ و انفساخ و شرط فاسخ)، بطلان عقد، خیارات قراردادی و قانونی، شرط صریح یا ضمنی منع تصرف، معاملات بعدی بر مبیع.

\* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی



## مقدمه

طی سالیان اخیر، دربارهٔ وضعیت حقوقی تصرفات منتقل‌الیه در زمان خیار ناقل، اختلاف آرا و عقاید در دکترین حقوقی، به‌خصوص در رویهٔ قضایی، به اوج خود رسیده است؛ به‌طوری‌که تبدیل به یک تهدید جدی برای امنیت در روابط حقوقی و اعتماد در مبادلات اقتصادی و تجاری گشته است. برای نمونه، برخی از دادگاه‌ها (مانند شعبه ۲ دادگاه حقوقی بافت در دادنامه شماره ۱۴۰۰۰۸۵۷ - ۱۴۰۰/۹/۲۸ موضوع پرونده شماره ۹۹۰۰۳۹۳، که پس از رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ - ۱۴۰۰/۴/۳ صادر شده)، فسخ عقد بیع به‌دلیل هریک از خیارات، مانند «خیار غبن»، را سبب بی‌اعتباری معاملات بعدی شناخته‌اند؛ چراکه با فسخ قرارداد نخست، خریدار مالکیتی نداشته است که بخواهد آن را به خریدار دوم انتقال دهد. در مقابل، پاره‌ای از محاکم، «درمورد تمام خیارات به‌جز خیار شرط»، تصرفات خریدار در مبیع را صحیح شمرده و انحلال قرارداد نخست را در قراردادهای لاحق مؤثر ندانسته‌اند (مانند دادنامه شماره ۹۸۰۰۹۴۷ - ۱۳۹۸/۷/۲۱ از شعبه ۴ دادگاه حقوقی ساری و دادنامه شماره ۹۹۰۰۲۰۸ - ۱۳۹۹/۲/۲۰ صادره از شعبه ۲۵ تجدیدنظر استان مازندران). در مقابل، درمورد «خیار تخلف از شرط»، هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۴/۳، در مقام تأیید دادنامه شماره ۵۶۱ - ۱۳۹۸/۴/۳۱ از شعبه ۱۱ دادگاه حقوقی ساری و دادنامه شماره ۰۰۴۳ - ۱۳۹۹/۱/۲۰ صادره از شعبه ۱۶ تجدیدنظر استان مازندران، انحلال قرارداد نخست را با رعایت شرایطی باعث بی‌اعتباری قراردادهای بعدی شمرده است. اما شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی اردبیل پس از صدور رأی وحدت رویه یادشده و در مقام تفسیر آن، به‌موجب دادنامه ۱۴۰۱۰۱۴۱۷۸۶ - ۱۴۰۱/۱/۲۷، موضوع پرونده شماره ۱۴۰۰۰۳۱۳۲۵۷، رویکرد دیوان عالی را تعدیل نموده و در فرض تصریح به اسقاط کلیه خیارات، فسخ قرارداد به‌دلیل خیار تخلف از شرط را باعث بی‌اعتباری قراردادهای بعدی ندانسته، بلکه عقود لاحق را صحیح و نافذ شناخته است. درمورد اثر انحلال قرارداد به دلیل تحقق

«شرط فاسخ» و تأثیر آن بر عقود بعدی نیز بین محاکم اتفاق‌آرا وجود ندارد.<sup>۱</sup> در دادنامه شماره ۱۴۰۱۰۰۱۲۹۰۶۲۵ مورخ ۱۴۰۱/۴/۳۰، از شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی اردبیل، موضوع پرونده شماره ۱۴۰۰۱۵۷۳۳۷۹، در قرارداد بیعی که ضمن آن شرط شده است: «در صورت عدم حضور خریدار در دفترخانه به همراه چک بانکی در وجه فروشندگان، معامله باطل است» و خریدار پیش از پرداخت ثمن، مبیع را به دیگران انتقال داده و سپس در دفترخانه اسناد رسمی حاضر نشده و وجه چک را تأدیه نکرده است؛ دادگاه با این استدلال که درج شرط انفساخ به‌طور ضمنی بدین معناست که خریدار تا زمان تحقق شرط، حق انتقال ملک به‌دیگری را ندارد و مبیع با این قید و محدودیت به وی انتقال یافته و مقصود فروشنده از این شرط نیز اعاده مالکیت مبیع به او در صورت عدم ایفای تعهد از جانب خریدار است، به‌استناد ملاک مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ ق.م. انتقال مبیع به دیگری را برخلاف شرط ضمنی و باطل دانسته است. بدین ترتیب، درمورد تأثیر انحلال قرارداد نخست (در اثر فسخ عقد به دلیل اعمال خیار غبن یا شرط یا تخلف شرط و یا انفساخ قرارداد در اثر تحقق شرط فاسخ) بر وضعیت حقوقی معاملات لاحق، اختلاف‌نظرهای گسترده‌ای در محاکم پدید آمده است.

یکی از مبانی اصلی اختلاف حقوق‌دانان و دادگاه‌ها در این زمینه، اختلاف‌نظری است که در فقه اسلامی درباره وضعیت حقوقی تصرفات منتقل‌الیه در زمان خیار ناقل وجود دارد. درحقیقت، از دیرباز این اختلاف بین فقیهان امامیه مشهود است که آیا منتقل‌الیه می‌تواند در مال موضوع معامله، در زمانی که انتقال‌دهنده دارای یکی از اختیارات فسخ است، تصرف مالکانه (مانند بیع، اجاره، هبه، صلح و وقف) نماید یا اینکه تا زمان انقضا یا انتفای

۱. در پرونده‌ای که طرفین قرارداد پس از انتقال مبیع از سوی خریدار به شخص ثالث، در قالب توافق جدید (شرط الحاقی)، «شرط فاسخ» را در قرارداد نخست مقرر نموده و فروشنده به‌دلیل تحقق شرط فاسخ، انفساخ قرارداد اول و ابطال معاملات بعدی را مطالبه کرده، شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران طی دادنامه شماره ۹۹۰۰۱۷۲۵/۱۰/۲۰ - ۱۳۹۹/۱۰/۲۰، در مقام تأیید دادنامه شماره ۹۸۰۰۱۷۲۴ - ۱۳۹۸/۱۱/۲۶ از شعبه اول دادگاه بخش خرم‌آباد، حکم بر بطلان خواسته فروشنده اول داده و قراردادهای بعدی را معتبر شناخته است. درنهایت، شعبه اول دادگاه عمومی بخش خرم‌آباد، به استناد رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ خریدار اول را به‌دلیل نقض قرارداد با فروشنده نخست، مکلف به پرداخت خسارت نموده است.

خیار ناقل، انتقال‌گیرنده از انجام چنین تصرفاتی ممنوع است یا اینکه بین خیارهای گوناگون از این نظر تفاوت وجود دارد. افزون بر «جواز یا عدم جواز تصرف منتقل‌الیه» در فرض یادشده (از حیث حکم تکلیفی)، در مواردی که انتقال‌گیرنده به موجب شرط صریح یا ضمنی از انجام تصرفات ناقل در عین و منفعت ممنوع است، در «وضعیت حقوقی» معاملات منتقل‌الیه بر مورد معامله (از جهت حکم وضعی) نیز، در فقه امامیه، اختلاف نظر پدید آمده است؛ به‌ویژه در این فرض که اگر معامله متضمن حق فسخ، به دلیل یکی از خيارات قانونی یا قراردادی منحل شود و در فاصله انعقاد قرارداد مزبور تا انحلال آن، منتقل‌الیه معامله‌ای بر مورد معامله نموده باشد، در اینکه انحلال قرارداد نخست چه تأثیری بر معاملات بعدی دارد، اختلاف دیدگاه‌ها مشهود است. از این‌رو، در نوشتار حاضر بر آن شدیم تا موضع فقیهان امامیه را به‌عنوان مهم‌ترین منبع قانون مدنی در بخش قراردادها، تجزیه و تحلیل کنیم و از نتایج این تحقیق برای سامان‌دهی نظام حقوقی و رویه قضایی و ایجاد اطمینان در روابط معاملاتی و تجاری استفاده نماییم.

منتها به‌عنوان مقدمه بحث باید خاطرنشان ساخت که در فقه امامیه، اثر انحلال قرارداد بر عقود بعدی به‌صورت منسجم و منقح مورد بحث واقع نشده است. به‌ویژه آنکه فقیهان امامیه، «قواعد عمومی خيارات» یا «نظریه عمومی انحلال قراردادها» را مطرح نساخته، بلکه به هر یک از خيارات به‌صورت جداگانه پرداخته‌اند و قواعدی را که در مورد خيارات متعدد اجرا می‌شود، ذیل هر یک از خيارات، تکرار نموده‌اند. نمونه بارز این رویکرد در زمینه «اسباب سقوط خیار» است که فقهای امامیه، به‌جای طرح نظریه عمومی، آن را ذیل هر یک از خيارات جداگانه مورد بررسی قرار داده‌اند. البته در میان فقیهان متأخر و معاصر، بسیاری از صاحب‌نظران «اقسام خيارات» را از «احکام خيارات» جدا کرده و مباحثی را به‌عنوان نظریه عمومی خيارات در ذیل عنوان اخیر مطرح ساخته‌اند؛ منتها غالباً به مصادیقی مانند ارث خیار و امثال آن پرداخته‌اند و اثر فسخ عقد بر قراردادهای منعقدشده بعدی در فاصله انعقاد قرارداد نخست تا انحلال آن، کمتر مورد توجه قرار گرفته است. در هر حال، امکان تصرفات ناقله در مبیع، در صورتی که حق فسخی در عقد بیع وجود



داشته باشد و اثر فسخ عقد نخست بر قراردادهای بعدی، در متون فقهی، غالباً ضمن خیار شرط و بیع شرط و خیار غبن، به‌ویژه از سوی فقیهان متأخر و معاصر، مطرح شده است. براین‌اساس، برای روشن‌ساختن امکان تصرف انتقال‌گیرنده و وضعیت حقوقی معاملات منتقل‌الیه در موضوع معامله در زمان خیار ناقل و اثر انحلال معامله نخست بر معاملات بعدی در موارد منع تصرف، ابتدا دیدگاه فقیهان امامیه در مورد خیارهای گوناگون مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ آنگاه به طرح نظریه عمومی در فقه امامیه پرداخته می‌شود تا برای سامان‌دهی مبادلات اقتصادی و تجاری و رفع ابهام از نظام حقوقی و قضایی ما مفید واقع شود.

## ۱. دیدگاه فقیهان امامیه در خیارهای گوناگون

در مورد وضعیت حقوقی تصرفات منتقل‌الیه در زمان خیار ناقل، دیدگاه فقیهان امامیه در مورد خیار غبن، خیار عیب، خیار شرط، بیع شرط، خیار تخلف از شرط و شرط فاسخ به‌طور جداگانه مطالعه و ارزیابی می‌شود. منتها باید توجه داشت که آنچه فقه‌های امامیه در ذیل «خیار غبن» درباره وضعیت معاملات خریدار بر مبیع گفته‌اند، غالباً قاعده عمومی تصرفات انتقال‌گیرنده در مورد خیارهای دیگر نیز به شمار می‌آید، مگر اینکه در سایر خیارها دیدگاه دیگری را اختیار کرده باشند.

### ۱.۱. خیار غبن

در خیار غبن، برخی از فقیهان معتقدند هرگاه پس از انعقاد عقد نخست، مشتری نسبت به مبیع معامله‌ای کند و آنگاه مغبون معامله اول را فسخ نماید، با انحلال قرارداد نخست، معامله مشتری بر مبیع (بیع دوم) نیز باطل می‌شود و مبیع به فروشنده برمی‌گردد.<sup>۱</sup> باوجوداین، دیدگاه مزبور قابل انتقاد است؛ زیرا معامله‌ای که به‌صورت صحیح منعقد شده است، باطل نمی‌گردد. به‌ویژه آنکه خریدار در زمان معامله (بیع دوم) مالک مبیع است و

۱. اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۰۴.

تأثیر فسخ نسبت به آینده نیز اقتضا دارد که معاملات منعقدشده پیش از فسخ از بطلان مصون بمانند.

برخی دیگر از فقهای امامیه، به دلیل وجود تعارض بین ادله لزوم عقد و دلیل نفی ضرر (لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام) و ترجیح قاعده لاضرر بر قاعده لزوم عقد (که به نفی حکم لزوم عقد منجر می‌شود)، بر این باورند که مغبون پس از فسخ معامله نخست، می‌تواند تمام معاملات خریدار بر مبیع را نیز فسخ نماید.<sup>۱</sup> ایرادی که بر این دیدگاه وارد است، اینکه حق فسخ قرارداد اختصاص به طرفین عقد (و قائم‌مقام آنها) دارد و شخصی که طرف قرارداد نیست (و «خیار شرط» نیز برای او برقرار نشده است)، اختیار فسخ قرارداد را پیدا نمی‌کند.<sup>۲</sup> بنابراین، فروشنده نخست که در بیع دوم بیگانه است، اختیار فسخ قرارداد را ندارد.

اما مشهور فقیهان امامیه بر این باورند که پس از معامله نخست، خریدار مالک مبیع است و به اقتضای مالکیت خویش می‌تواند در آن تصرفات مالکانه و ناقله انجام دهد. بنابراین، انتقال مبیع از ملکیت خریدار به مالکیت شخص دیگر به منزله تلف مبیع (تلف حکمی) است. از این رو، هرگاه معامله نخست فسخ شود، به دلیل آنکه مبیع از ملکیت خریدار خارج شده است و قابل استرداد نیست، مشتری بدل آن (مثل یا قیمت مبیع) را به بائع می‌دهد و معاملات بعدی صحیح باقی می‌مانند.<sup>۳</sup>

۱. نراقی، مولی‌احمد، **مستند الشیعه**، ج ۱۴، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۵ق، ص ۳۹۴.  
 ۲. ر.ک. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، **حاشیه المکاسب**، ج ۲، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق، صص ۱۵۸-۱۶۰؛ انصاری، مرتضی، **کتاب المکاسب**، ج ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری (ره)، ۱۴۱۵ق، ص ۱۵۱.  
 ۳. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۵، صص ۱۹۱-۱۹۲ و ج ۶ صص ۱۴۴-۱۵۴؛ نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، ج ۲۳، ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق، صص ۴۶-۴۸ (که اگرچه نظریه «صحت متزلزل» تصرف خریدار قبل از انقضای خیار را قوی شمرده، اما در تحلیل نهایی، تصرف خریدار در زمان خیار را جایز دانسته و در صورت فسخ قرارداد نخست، به دادن بدل، یعنی مثل یا قیمت مبیع، حکم نموده‌اند)؛ عاملی کرکی، علی، **جامع المقاصد**، ج ۴، ج ۲، قم: آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۴ق، صص ۲۹۵-۲۹۷؛ عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین، **مسالك الأفهام**، ج ۳، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق، ص ۲۰۶؛ حلی، احمد، **المهذب البارع**، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۷۷؛ حائری (طباطبایی)، سیدعلی، **ریاض المسائل**، ج ۸، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۸ق، صص ۳۰۵-۳۰۶؛ عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین، **الروضة البهیة**، ج ۳، قم: دآوری، ۱۴۱۰ق، ←

در فرضی که خریدار مبیع را اجاره داده باشد، نیز مشهور فقها بر این عقیده‌اند که با فسخ عقد بیع، اجاره منحل نمی‌شود، بلکه عین به شکل مسلوب‌المنفعه به بائع بازمی‌گردد.<sup>۱</sup>

قابل ذکر است که قانون مدنی وضعیت تصرفات خریدار در بیع متضمن خیار غبن را به صراحت معلوم نکرده است. بنابراین، به تبع نظر مشهور فقها و قواعد عمومی خیارات در قانون مدنی (مواد ۴۴۵ به بعد تحت عنوان در احکام خیارات به طور کلی)، باید مورد را مشمول حکم مقرر در مواد ۴۵۴ و ۴۵۴ ق.م. دانست که به موجب آن، تصرفات خریدار در مبیع اصولاً صحیح است؛ مگر اینکه عدم انجام تصرفات ناقله در عین و منفعت به نحو صریح یا ضمنی در قرارداد شرط شده باشد.

## ۱.۲. خیار عیب

در خیار عیب، اگر خریدار پیش از فسخ عقد، عین مبیع را به شخص ثالث انتقال دهد، بدین دلیل که با دریافت ارزش از فروشنده نیز خسارت او جبران می‌شود و نیازی به فسخ

→ ص ۴۶۵-۴۷۱؛ میرزای قمی، ابوالقاسم، **جامع الشتات**، ج ۲، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۴؛ خمینی، سیدروح‌الله، **کتاب بیع**، ج ۴، تهران: تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، ۱۴۲۱ق، صص ۴۹۶-۵۰۰؛ اصفهانی، سیدابوالحسن، **وسيلة النجاة** (با حواشی امام خمینی)، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، ۱۴۲۲ق، ص ۳۵۱؛ حکیم، سیدمحسن، **منهاج الصالحین**، ج ۲، بیروت: دارالتعارف، ۱۴۱۰ق، صص ۴۵-۴۶؛ خوبی، سیدابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، ج ۲، چ ۲۸، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ق، صص ۳۳-۳۴؛ خمینی، سیدروح‌الله، **تحریر الوسيلة**، ج ۱، قم: دارالعلم، بی تا، صص ۵۲۴-۵۲۵؛ سیستانی، سیدعلی، **منهاج الصالحین**، ج ۲، چ ۵، قم: دفتر معظم‌له، ۱۴۱۷ق، صص ۴۸-۴۹؛ سبزواری، سیدعبدالأعلى، **مهذب الأحكام**، ج ۱۷، چ ۴، قم: المنار، ۱۴۱۳ق، صص ۱۵۲-۱۵۳؛ طباطبایی قمی، سیدتقی، **مبانی منهاج الصالحین**، ج ۸، قم: قلم الشرق، ۱۴۲۶ق، ص ۶۶؛ روحانی، سیدصادق، **منهاج الصالحین**، ج ۲، بی جا: بی نا، بی تا، ص ۶۹؛ گلپایگانی، سیدمحمدرضا، **هدایة العباد**، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق، ص ۳۶۹؛ بهجت، محمدتقی، **وسيلة النجاة**، چ ۲، قم: شفق، ۱۴۲۳ق، ص ۴۵۳؛ تبریزی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۸؛ صافی(گلپایگانی)، لطف‌الله، **هدایة العباد**، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۶ق، ص ۳۱۹.

۱. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶ ص ۱۵۵ و ج ۵، ص ۱۹۴؛ نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، ص ۴۹؛ شهید ثانی، زین‌الدین، منبع پیشین، ص ۴۷۱؛ اصفهانی، سیدابوالحسن، منبع پیشین، ص ۳۵۱؛ خمینی، سیدروح‌الله، منبع پیشین، ص ۵۲۴؛ گلپایگانی، سیدمحمدرضا، منبع پیشین، ص ۳۶۹؛ بهجت، محمدتقی، منبع پیشین، ص ۴۵۳؛ صافی، لطف‌الله، منبع پیشین، ص ۳۱۹.

قرارداد نیست، فقیهان امامیه پذیرفته‌اند که امکان فسخ معامله نخست در این فرض وجود ندارد.<sup>۱</sup> بند نخست ماده ۴۲۹ ق.م. هم در این حالت فسخ بیع نخست را نپذیرفته و تنها به مشتری اختیار داده است که بتواند از فروشنده مطالبه ارش نماید. بنابراین، وجود و اعمال خیار عیب، مانع از صحت و نفوذ معاملات بعدی بر مبیع نمی‌شود.

### ۱.۳. بیع شرط

در بیع شرط، صرف‌نظر از فقیهانی که در مدت خیار شرط با بیع، خریدار را مالک مبیع نمی‌شناسند<sup>۲</sup> و از این‌رو، تصرفات خریدار در مدت خیار با بیع را درست نمی‌دانند و با فسخ عقد بیع از سوی فروشنده در مدت خیار، تصرفات مشتری در مبیع شرطی را بی‌اثر می‌شمرند؛<sup>۳</sup> آنان که مالکیت خریدار را در مدت خیار با بیع شرطی پذیرفته‌اند، نیز غالباً مشتری را از انجام تصرفاتی که منافی با خیار فروشنده است، منع کرده‌اند. در واقع، انتقال مبیع شرطی به دیگری از سوی خریدار قبل از انقضای خیار درست نیست، مگر با اجازه

۱. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۵، صص ۲۸۹-۲۹۰ و ج ۶، صص ۱۸۹-۱۹۰؛ طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، منبع پیشین، ص ۷۱؛ مامقانی، ملاعبدهالله، **نهایه المقال**، قم: مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۵۰ ق، ص ۱۰۵؛ خویی، سیدابوالقاسم، **مصباح الفقاهة (المکاسب)**، ج ۷، ص ۴، بی‌نا، بی‌جا: بی‌نا، صص ۱۱۳-۱۱۴؛ روحانی، سیدصادق، **فقه الصادق (ع)**، ج ۱۷، قم: مدرسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۲ ق، ص ۳۳۶؛ شیرازی، سیدمحمد، **ایصال الطالب إلى المکاسب**، ج ۱۳، تهران: اعلمی، بی‌نا، ص ۷۴؛ روحانی، سیدصادق، **منهاج الفقاهة**، ج ۶، ص ۵، قم: انوارالهدی، ۱۴۲۹ ق، ص ۹۷؛ سیستانی، سیدعلی، منبع پیشین، ص ۵۵.

۲. طوسی، محمد، **الخلاف**، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق، ص ۲۲؛ حلّی، یحیی، **الجامع للشرائع**، قم: سیدالشهداء العلمية، ۱۴۰۵ ق، ص ۲۴۸. این دیدگاه به فقیهان دیگر، مانند ابن جنید، نیز نسبت داده شده است. برای تفصیل بحث، ر.ک. نائینی، میرزا محمدحسین، **منیة الطالب**، ج ۲، تهران: المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق، ص ۱۷۱؛ نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، صص ۷۸ به بعد؛ انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶، صص ۱۶۰ به بعد؛ خوانساری، محمد، **الحاشیة الثانیة علی المکاسب**، بی‌جا: بی‌نا، بی‌نا، صص ۵۳۴ به بعد؛ خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۵۰۴؛ حائری، سیدعلی، منبع پیشین، صص ۳۱۸-۳۲۰؛ حلّی، جعفر، **شرائع الإسلام**، ج ۲، ص ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق، ص ۱۷؛ شهید ثانی، زین‌الدین، **مسالك الأفهام**، منبع پیشین، ص ۲۱۵؛ میرزای شیرازی، محمدتقی، **حاشیة المکاسب**، قم: الشریف الرضی، ۱۴۱۲ ق، ص ۸۲؛ تبریزی (شهیدی)، میرزافتاح، **هدایة الطالب إلى أسرار المکاسب**، ج ۳، تبریز: اطلاعات، ۱۳۷۵ ق، ص ۵۹۱.

۳. ر.ک. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶، ص ۱۴۴؛ طباطبایی قمی، سیدتقی، **دراساتنا من الفقه الجعفری**، ج ۴، قم: مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ ق، ص ۴۴۰ به بعد؛ خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۴۷۰؛ سبزواری، سیدعبدالأعلی، منبع پیشین، ص ۱۵۲.

بایع<sup>۱</sup> با این حال، گروهی از فقها در «وضعیت حقوقی» تصرف خریدار در بیع شرط، که منافی با خیار بایع است، تردید کرده‌اند و صرف «وجوب حفظ مبیع» را سبب «حرمت معامله خریدار در مبیع شرطی و بطلان آن» نشناخته‌اند.<sup>۲</sup> در ادامه در این زمینه بیشتر سخن خواهیم گفت.

گفتنی است که در نظام حقوقی نیز چون هدف طرفین در بیع شرط، آماده نگه داشتن مبیع برای امکان فسخ عقد و استرداد مبیع از سوی فروشنده در مدت خیار است، ماده ۴۶۰ ق.م. به تبع فقه امامیه، تصرفات ناقله در مبیع شرطی را در مدت خیار بایع، بدون اینکه وضعیت حقوقی این قبیل معاملات را روشن سازد، مجاز نشمرده، اما ماده ۵۰۰ این قانون تصرفات منافی با خیار بایع شرطی را «باطل» شمرده است.

#### ۱.۴. بیع متضمن «خیار شرط»

در بیع متضمن خیار شرط یا بیع خیار، برخی از بزرگان فقه امامیه بر این باورند که صرف وجود خیار شرط مانع از انجام تصرفات خریدار در مبیع نمی‌شود؛ مگر اینکه بقای

۱. حلی، حسن، قواعد الأحكام، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق، ص ۷۰؛ انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶، ص ۱۴۴ به بعد، به ویژه ص ۱۴۸؛ نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، صص ۷۹-۸۰؛ نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، صص ۱۶۶ به بعد؛ خوانساری، محمد، منبع پیشین، ص ۵۳۰؛ حلی، حسن، تذکره الفقهاء، ج ۱۱، قم: آل‌البیت(ع)، ۱۴۱۴ق، ص ۱۷۵؛ عاملی، سیدجواد، مفتاح الکرامه، ج ۱۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق، صص ۳۲۶-۳۲۷، ج ۲۲، ص ۲۲۹ (که این قول را به اکثر فقها نسبت داده‌اند)؛ عاملی کرکی، علی، منبع پیشین، صص ۳۱۲-۳۱۵؛ حلی، محمد، ایضاح الفوائد، ج ۱، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق، ص ۴۸۹؛ خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، صص ۴۷۳-۴۷۴؛ حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، قم: دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق، ص ۲۰۵؛ عاملی(شهید ثانی)، زین الدین، فوائد القواعد، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۹ق، ص ۶۱۹؛ طوسی، محمد، المبسوط، ج ۲، ۳، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ق، ص ۲۱۱؛ اعرج حسینی، سیدعمیدالدین، کنز الفوائد، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق، ص ۴۵۳؛ آملی، میرزا محمدتقی، مصباح الهدی، ج ۹، تهران: دفتر مؤلف، ۱۳۸۰ق، ص ۴۶۰؛ تبریزی، جواد، إرشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ۳، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق، ص ۵۰۶؛ اشتهااردی، علی‌پناه، مدارک العروة، ج ۲۷، تهران: دار الأسوة، ۱۴۱۷ق، ص ۳۰۴؛ جزیری، عبدالرحمن، سیدمحمد غروی و یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (ع)، ج ۲، بیروت: دارالتقلین، ۱۴۱۹ق، ص ۲۳۲ به بعد؛ و نیز ر.ک. خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، صص ۴۷۳-۴۷۴.

۲. برای نمونه، ر.ک. خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، ج ۴، ص ۳۵۸؛ خویی، سیدابوالقاسم، موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳، قم: إحياء آثار الإمام الخوئی(ره)، ۱۴۱۸ق، صص ۴۶۸-۴۷۰.

عین شرط شده باشد.<sup>۱</sup> در مقابل، مشهور فقیهان امامیه، عقد بیع حاوی خیار شرط را به صورت ضمنی متضمن استرداد مبیع (شرط ضمنی منع تصرفات ناقله یا شرط ضمنی باقی ماندن عین مبیع) نیز دانسته‌اند و به همین دلیل و گاه با استناد به ادله دیگر، مشتری را مجاز در تصرفات منافی با خیار شرط، نظیر بیع، هبه و وقف، نمی‌شمرند.<sup>۲</sup> بنابراین، هرگاه بایع دارای خیار باشد و معامله را فسخ کند و مشتری پیش از انقضای خیار، آن را به ثالثی فروخته باشد، تصرفات خریدار بی‌اثر خواهد شد. از این رو، دیدگاه غالب آن است که هرگاه بایع دارای خیار شرط باشد و معامله را فسخ کند و مشتری پیش از انقضای خیار، مبیع را به ثالثی انتقال داده باشد، تصرفات خریدار معتبر نیست.<sup>۳</sup> باین حال، برخی از فقیهان معاصر گرچه خیار شرط را عرفاً متضمن اشتراط ابقای مبیع نزد مشتری تا زمان انقضای خیار بایع دانسته‌اند، ولی از این گفته، تنها «حکم به عدم جواز واگذاری مبیع» را

۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، منبع پیشین، ص ۱۵۷؛ بهجت، محمدتقی، جامع المسائل، ج ۲، چ ۲، قم: دفتر معظم‌له، ۱۴۲۶ق، ص ۵۶۹.
۲. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶ ص ۱۵۰؛ نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، صص ۱۶۷-۱۶۸؛ خوانساری، محمد، منبع پیشین، ص ۵۲۹؛ روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، ص ۴۰۴؛ بصری بحرانی، محمدامین، کلمة التقوی، ج ۴، چ ۳، قم: وداعی، ۱۴۱۳ق، ص ۷۶؛ خوبی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، منبع پیشین، ص ۳۱؛ حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، منبع پیشین، ص ۴۲؛ سیستانی، سیدعلی، منبع پیشین، ص ۴۵؛ روحانی، سیدصادق، منهاج الصالحین، منبع پیشین، ص ۶۳؛ تبریزی، جواد، منهاج الصالحین، منبع پیشین، ص ۳۵؛ فیاض کابلی، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، ج ۲: بی‌نا، بی‌جا، بی‌تا، ص ۱۴۸؛ نیز ر.ک. جزیری و همکاران، منبع پیشین، صص ۲۳۲ به بعد؛ گلپایگانی، محمدرضا، منبع پیشین، ص ۳۶۵؛ طباطبایی قمی، سیدتقی، مبانی منهاج الصالحین، ج ۸، منبع پیشین، صص ۵۲-۵۳؛ صافی، لطف‌الله، منبع پیشین، ص ۳۱۶.
۳. گفتنی است که پاره‌ای از فقها، هرچند در هر حال، مشتری را پیش از انقضای مدت خیار مجاز به تصرف ناقل و اتلاف عین ندانسته‌اند (اصفهانی، سیدابوالحسن، منبع پیشین، ص ۳۴۷؛ سبزواری، سیدعبدالأعلی، جامع الأحکام الشرعیة، ج ۹، قم: المنار، بی‌تا، ص ۲۷۸)، معتقدند در فرض تلف مبیع، هرگاه آنچه شرط شده، «خیار فسخ و سلطنت بر انحلال عقد» باشد، خیار با تلف مبیع نیز باقی است و بعد از فسخ به مثل یا قیمت مبیع رجوع می‌شود؛ اما اگر مشروط «بازگشت عین» در صورت فسخ عقد باشد، با تلف مبیع، خیار ساقط می‌شود (اصفهانی، سیدابوالحسن، منبع پیشین، ص ۳۴۷). امام خمینی (ره) نیز می‌افزاید: هرگاه آنچه شرط شده، سلطنت بر فسخ عقد باشد، بعید نیست که تصرف ناقل و اتلاف عین مجاز باشد؛ ولی اگر آنچه شرط شده، بازگرداندن عین باشد، مشتری حق تصرف ناقل و تلف کردن مبیع را ندارد (خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، منبع پیشین، ص ۵۲۰؛ خمینی، سیدروح‌الله، زبدة الأحکام، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۴۴؛ برای تفصیل بحث و نقد و بررسی دیدگاه امام خمینی، ر.ک. خمینی، سیدمصطفی، مستند تحریر الوسیله، ج ۲، تهران: تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، بی‌تا، صص ۱۳۸-۱۴۲).

استنباط کرده‌اند؛ اما در صورت تصرف خریدار و انتقال ارادی مبیع به شخص ثالث، همانند فرض تلف مبیع، به فروشنده تنها اختیار داده‌اند که به بدل رجوع کند و امکان ابطال معاملات بعدی را نپذیرفته‌اند.<sup>۱</sup>

در نظام حقوقی نیز، اگرچه قانون مدنی در بیع متضمن خیار شرط، امکان انجام تصرفات ناقله از سوی خریدار در مدت خیار بایع را مشخص نکرده است، برخی از حقوق دانان به درستی مفاد ماده ۴۶۰ ق.م. را در مورد بیع شرط، در خصوص بیع حاوی خیار شرط نیز اعمال کرده‌اند؛ چراکه در بیع خیار نیز، همانند بیع شرط، هدف این است که مبیع برای بازپس گرفتن آماده باشد. بنابراین، در بیع شرط، شرط عدم انجام تصرفات ناقله به صورت ضمنی وجود دارد.<sup>۲</sup>

### ۱.۵. خیار تخلف شرط

در مورد تصرف منتقل‌الیه در ایام خیار تخلف از شرط، به‌عنوان مقدمه باید گفت که این خیار در برخی از متون فقهی در ضمن اقسام خیارات، با عنوان «خیار اشتراط» و بعضاً ذیل عنوان «خیار تخلف شرط» معرفی شده است؛<sup>۳</sup> اما اکثر فقها باب مستقلی را به «شروط» ضمن عقد اختصاص داده و ضمانت اجرای تخلف از شروط یا «خیار تخلف شرط» را ذیل

۱. روحانی، سیدصادق، **منهاج الفقاهة**، ص ۴۰۴؛ گلپایگانی، سیدمحمدرضا، منبع پیشین، ص ۳۶۵؛ صافی، لطف‌الله، منبع پیشین، ص ۳۱۶.  
 ۲. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵: انحلال قرارداد، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، صص ۸۹، ۹۱ و ۱۴۹؛ شهیدی، مهدی، **حقوقی مدنی ۶ (عقود معین ۱)**، تهران: مجد، ۱۳۸۸، ص ۷۶.  
 ۳. عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی، **اللمعة الدمشقیة**، بیروت: دار التراث، ۱۴۱۰ق، صص ۱۱۹-۱۲۰؛ شهید ثانی، زین‌الدین، **الروضة البهیة**، منبع پیشین، ص ۵۰۴؛ نراقی، مولی‌احمد، منبع پیشین، ص ۴۰۹؛ مراغی، میرعبدالفتاح، **العناوین الفقهیة**، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۸۳؛ کاشف الغطاء، علی، **شرح خیارات اللمعة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ق، ص ۲۰۷؛ نراقی، مولی‌احمد، **عوائد الأيام**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۳۸؛ سبزواری، سیدعبدالأعلی، **مهذب الأحکام**، ج ۱۷، منبع پیشین، ص ۲۱۴؛ شوشتری، محمدتقی، **النجعة**، ج ۷، تهران: صدوق، ۱۴۰۶ق، ص ۳۰۶؛ ترحینی، سیدمحمدحسین، **الزبدة الفقهیة**، ج ۴، قم: دارالفقه، ۱۴۲۷ق، ص ۶۲۷؛ فغانی (ابن طلی)، علی، الدر المنضود، قم: مکتبه امام العصر (عج) العلمیة، ۱۴۱۸ق، ص ۱۱۹؛ صدر (شهید)، سیدمحمد، **ما وراء الفقه**، ج ۳، بیروت: دار الأضواء، ۱۴۲۰ق، ص ۳۶۳؛ فاضل لنکرانی، محمد، **الأحکام الواضحة**، ج ۴، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۲ق، ص ۳۲۳.

آن مورد بحث قرار داده‌اند.<sup>۱</sup> با این حال، تا آنجا که بررسی شد، وضعیت معاملاتی که منتقل‌الیه نسبت به مورد معامله پیش از فسخ عقد اصلی (به جهت خیار تخلف از شرط)، منعقد نموده، به صورت مستقل در متون فقهی مطرح نشده است؛ مگر اینکه خیار مزبور را مشمول «خيارات جعلی» یا «خيار مجعول» (قراردادی) بدانیم که در این صورت، حکم آن از منظر فقهای امامیه در ادامه خواهد آمد.

باید خاطر نشان ساخت که قانون مدنی و دکترین حقوقی، وضعیت تصرفات خریدار (منتقل‌الیه) در فرض وجود خیار تخلف از شرط و اثر فسخ عقد نخست بر معاملات مشتری را مشخص نساخته‌اند. با وجود این، باید گفت که در خیار تخلف از شرط، نمی‌توان تمام تصرفات خریدار را صحیح شمرد و در صورت فسخ قرارداد نخست، حکم به نفوذ معاملات مشتری و رد بدل به فروشنده اول نمود؛ زیرا خیار تخلف از شرط از این نظر همانند خیار شرط است و در خيارات قراردادی، چنان که در مبحث نظریه عمومی در فقه اسلامی خواهد آمد، امکان استرداد عین و آماده نگاه‌داشتن زمینه اعمال خیار باع، به صورت ضمنی مورد توجه و قصد طرفین است. بنابراین، از حیث تحلیلی، حتی اگر صرفاً به فسخ قرارداد در اثر عدم انجام یکی از تعهدات در متن قرارداد اشاره شده و «استرداد مبیع» در قرارداد نیامده باشد، اراده ضمنی طرفین بر رد عین است و خریدار حق تخلف از این شرط ضمنی را ندارد. به نظر می‌رسد که شرط عدم انجام تصرفات ناقله در خیار تخلف از شرط، یک شرط ارتکازی است و با مراجعه به وجدان و عرف قابل احراز و استنباط است. بنابراین، شرط مذکور به حکم مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م. جزئی از عقد است و اختیار تصرف

۱. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶، صص ۹ به بعد، به ویژه صص ۸۹ به بعد؛ نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، صص ۱۰۲ به بعد و صص ۱۴۴ به بعد؛ خوبی، سیدابوالقاسم، **مصباح الفقاهة (المکاسب)**، ج ۷، صص ۲۹۵ به بعد و صص ۳۸۹ به بعد؛ مامقانی، ملا عبدالله، منبع پیشین، صص ۱۴۳ به بعد و ص ۱۷۸؛ مغنیه، محمدجواد، **فقه الإمام جعفر الصادق (ع)**، ج ۳، ج ۲، قم: انصاریان، ۱۴۲۱ق، صص ۱۶۵ و ۱۶۹؛ روحانی، سیدصادق، **فقه الصادق (ع)**، ج ۱۸، منبع پیشین، صص ۷ به بعد و صص ۴۶ به بعد؛ خمینی، سیدروح‌الله، **کتاب البیع**، ج ۵، منبع پیشین، صص ۲۲۱ به بعد و صص ۳۵۹ به بعد؛ روحانی، سیدصادق، **منهاج الفقاهة**، منبع پیشین، صص ۲۲۶ به بعد و صص ۳۲۸ به بعد.



منافی را از خریدار سلب می‌کند. در نتیجه، چنانچه به دلیل تخلف خریدار، عقد نخست فسخ شود و در این مدت خریدار مورد معامله را به ثالثی فروخته باشد، با انحلال عقد نخست، معاملات بعدی نیز بی‌اعتبار می‌شود. در حقیقت، در خیار تخلف از شرط، همانند خیار شرط، وحدت ملاک قسمت اخیر مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ و ملاک مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ ق.م. جاری خواهد بود. تفصیل بحث در ادامه خواهد آمد.

### ۱.۶. شرط فاسخ

در مورد انحلال قرارداد نخست به دلیل تحقق «شرط فاسخ» و اثر آن بر عقود که پس از انعقاد عقد اول و پیش از تحقق شرط فاسخ منعقد شده‌اند، در فقه امامیه بحث مستقلی مشاهده نشده است؛ اما با توجه به اینکه فقیهان امامیه یکی از حالت‌های انحلال «بیع شرط» را انفساخ عقد در صورت رد ثمن شمرده‌اند<sup>۱</sup> که در حقیقت از مصادیق شرط فاسخ است و در این قسم از بیع شرط نیز تصرفات خریدار در مبیع شرطی را تجویز نکرده‌اند، می‌توان تمام احکامی را که در مورد تصرفات خریدار در بیع شرط گفته شد، درباره شرط فاسخ نیز مجرا دانست؛ به‌ویژه آنکه در خصوص شرط فاسخ نیز زمینه انحلال قرارداد (انفساخ عقد در صورت وقوع شروط مورد تراضی) ناشی از اراده طرفین است. گفتنی است که برخی از حقوق‌دانان هم در این فرض، با توجه به وحدت ملاک ماده ۴۶۰ ق.م. و اراده ضمنی طرفین، گفته‌اند: منتقل‌الیه نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که منافی شرط فاسخ و به‌ضرر انتقال‌دهنده باشد.<sup>۲</sup> این حکم با اراده طرفین و عرف موجود (مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م.) سازگار و در نتیجه، قابل تأیید است.

۱. برای ملاحظه اثر رد ثمن بر انحلال بیع شرط و شیوه‌های گوناگون اشتراط آن، ر.ک. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۵، صص ۱۲۹-۱۳۰؛ مامقانی، محمدحسن، *غایه‌الأمال*، ج ۳، قم: مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۱۶ق، صص ۴۹۵-۴۹۶؛ رشتی، میرزا حبیب‌الله، *فقه الإمامیه، قسم الخیارات*، قم: داوری، ۱۴۰۷ق، صص ۳۱۵-۳۲۰؛ خوبی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ج ۶، صص ۲۲۷-۲۲۸؛ خراسانی، محمدکاظم، *حاشیه‌المکاسب*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق، ص ۱۷۸؛ طباطبایی قمی، سیدتقی، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، منبع پیشین، صص ۱۴۸-۱۵۰؛ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۱۵۱-۱۵۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات*، ج ۵، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۱۸.

## ۲. طرح نظریه عمومی در فقه امامیه

تاکنون دیدگاه فقیهان امامیه درخصوص اثر فسخ قرارداد بر معاملات بعدی، که قبل از فسخ عقد نخست انشا شده‌اند، درمورد پاره‌ای از خيارات که به‌طور پراکنده به آنها پرداخته‌اند، مورد بررسی قرار گرفت. اما لازم است از این اقوال پراکنده، نظریه عمومی ارائه شود تا به‌صورت دقیق و منجسم روشن گردد که طبق قاعده عمومی، آیا فسخ قرارداد نخست باعث بطلان یا عدم نفوذ یا انفساخ معاملات بعدی نیز می‌شود یا آنکه فسخ معامله تأثیری بر عقود لاحق ندارد و معاملات منعقدشده قبل از فسخ صحیح و معتبر باقی می‌مانند و از این‌رو، به‌جای مال موضوع عقد که به ثالث منتقل شده است، باید مثل یا قیمت آن (بدل) داده شود. این مسئله مهم، در کتب فقه‌های متقدم امامیه به‌صورت طرح نظریه عمومی مورد توجه قرار نگرفته بود؛ اما از زمان مرحوم شیخ انصاری (ره)، ذیل «احکام خيارات» که درواقع تشریح قواعد عمومی حاکم بر تمام خيارات است، مسئله‌ای تحت عنوان «عدم جواز تصرف غیر ذوالخیار در صورتی که مانع از استرداد عین در زمان فسخ می‌شود»، مطرح گردید و به‌دلیل ظرافت بالا و ژرف‌اندیشی و عمیق‌نگری به مسئله، اختلاف فقها در این باره به اوج خود رسید.<sup>۱</sup>

برای بررسی و ارزیابی اختلاف دیدگاه‌ها در این زمینه، ابتدا امکان یا عدم امکان تصرف انتقال‌گیرنده در زمان خیار انتقال‌دهنده و وضعیت معاملات منتقل‌الیه در موضوع

۱. برای تفصیل بحث، ر.ک. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶، صص ۱۴۴-۱۵۹؛ نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، صص ۱۶۶-۱۷۱؛ طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، منبع پیشین، صص ۱۵۷-۱۶۶؛ خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ج ۷، صص ۴۶۸-۵۰۴؛ خراسانی، محمدکاظم، منبع پیشین، صص ۲۵۹-۲۶۱؛ مامقانی، ملاعبدالله، منبع پیشین، صص ۱۸۹-۱۹۰؛ خوانساری، محمد، منبع پیشین، صص ۵۲۸-۵۳۴؛ کاشف الغطاء، محمدحسین، **تحریر المجله**، ج ۱، قسم ۲، نجف: المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ق، صص ۱۱۶-۱۱۹؛ روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، صص ۳۹۵-۴۱۵؛ طباطبایی قمی، سیدتقی، **دراساتنا من الفقه الجعفری**، منبع پیشین، صص ۴۴۰-۴۴۷؛ خمینی، منبع پیشین، صص ۴۳۱-۴۵۰؛ ایروانی، علی، **حاشیه المکاسب**، ج ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق، صص ۷۵-۷۶؛ اراکی، محمدعلی، **الخيارات**، قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۴ق، صص ۵۷۱-۵۸۴؛ خمینی، سید مصطفی، **الخيارات**، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۱۸ق، صص ۳۵۵-۳۵۷؛ شیرازی، سیدمحمد، منبع پیشین، ج ۱۵، صص ۱۸۰-۲۳۰؛ تبریزی، جواد، **ارشاد الطالب**، صص ۵۰۰-۵۱۲؛ طباطبایی قمی، سیدتقی، **عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب**، ج ۴، قم: محلاتی، ۱۴۱۳ق، صص ۷۹-۸۱.

معامله مطالعه می‌شود. آنگاه اثر انحلال معامله نخست بر معاملات بعدی، در مواردی که انتقال‌گیرنده مجاز به تصرف در مورد معامله نیست، تحلیل می‌گردد.

## ۲.۱ امکان تصرف انتقال‌گیرنده و وضعیت حقوقی معاملات منتقل‌الیه در موضوع معامله در زمان خیار ناقل

در قالب دو مبحث جداگانه، به امکان تصرف انتقال‌گیرنده در موضوع معامله در زمان خیار ناقل و وضعیت حقوقی معاملات منتقل‌الیه بر مورد معامله می‌پردازیم.

### ۲.۱.۱ امکان تصرف انتقال‌گیرنده در موضوع معامله در زمان خیار ناقل

۱. برخی از فقهای معاصر، با این استدلال که خیار چیزی بیشتر از سلطنت بر عقد و امکان انحلال آن نیست و صاحب خیار برعکس مرتهن حق فعلی بر «عین» مورد معامله ندارد، چه در خیارات اصلی و چه در خیارات قراردادی، به جواز تصرف منتقل‌الیه نظر داده‌اند، مگر اینکه بقای عین شرط شده باشد. در صورت عدم اشتراط، صرف خیار اقتضای منع از تصرف ندارد.<sup>۱</sup> پاره‌ای دیگر نیز بدون آنکه بین خیار اصلی و خیار جعلی تفاوتی بگذارند، جواز تصرف انتقال‌گیرنده در زمان خیار انتقال‌دهنده را پذیرفته و در صورت تلف حقیقی یا حکمی موضوع معامله، به رجوع به بدل حکم داده‌اند.<sup>۲</sup>
۲. در مقابل، غالب فقیهان امامیه، بین «خیارهای اصلی» (یا خیارات شرعی و قانونی) مثل غبن، عیب، تدلیس و تبعض صفقه، و «خیارها قراردادی (خیار مجعول یا جعلی) مثل شرط خیار و بیع شرط، تفاوت گذاشته و در قسم نخست، تصرفات انتقال‌گیرنده در بیع را صحیح شمرده‌اند، اما در قسم اخیر تصرف منافعی را به علت مغایرت با شرط ضمنی بقای عین، منع کرده‌اند.<sup>۳</sup>

۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، منبع پیشین، ص ۱۵۷.

۲. بهجت، محمدتقی، منبع پیشین، ص ۵۶۹.

۳. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶، ص ۱۵۰؛ مغنیه، محمدجواد، منبع پیشین، صص ۲۳۴-۲۳۵؛ عراقی، آقاضیاءالدین، شرح تبصرة المتعلمین، ج ۵، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۸۳؛ شیرازی، سیدمحمد، منبع پیشین، ج ۱۵، ص ۱۹۸؛ ایروانی، علی، منبع پیشین، ص ۷۵؛ طباطبایی قمی، سیدتقی، مبانی منهج الصالحین، ج ۶، منبع پیشین، ص ۳۴۴؛ خمینی، سیدروح‌الله، منبع پیشین، صص ۴۳۱-۴۳۹؛ کاشف‌الغطاء، محمدحسین، منبع ←

بدین ترتیب، بر مبنای دیدگاه نخست، حتی در خیارهای قراردادی، تصرفات خریدار در زمان خیار بایع، نافذ و معتبر است و انحلال قرارداد نخست، به صحت معاملات واقع شده بر مبیع صدمه‌ای نمی‌زند؛ مگر اینکه عدم تصرفات ناقله بر مبیع صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد؛ یعنی در خیارهای قراردادی، تنها در صورتی تصرفات خریدار را ممنوع می‌دانند که حفظ مبیع نزد مشتری یا اعاده عین در صورت فسخ به بایع، به صورت صریح یا ضمنی، مورد توافق طرفین قرار گرفته باشد.<sup>۱</sup> اما مطابق دیدگاه دوم، در مورد خیارهای قانونی، تصرفات منتقل‌الیه در مبیع مجاز است؛ مگر اینکه صریحاً یا ضمناً برخلاف آن توافق شده باشد. اما درباره خیارهای مجعول، صرف وجود خیار قراردادی (مانند خیار شرط) متضمن شرط ضمنی منع تصرف ناقله در مبیع یا شرط ضمنی ابقای عین نزد مشتری، تا زمان انتهای خیار بایع، است؛ حتی اگر صریحاً به استرداد عین یا بازگرداندن مبیع تصریحی نشده باشد.<sup>۲</sup>

در این اختلاف نظر، به نظر می‌رسد حق با آنهایی است که صرف درج خیار قراردادی در بیع را سبب محدود شدن اختیار منتقل‌الیه و ممنوعیت انجام تصرفات ناقله در مبیع می‌دانند؛ زیرا هدف از درج خیار قراردادی، امکان فسخ عقد و استرداد مبیع است. بنابراین، در این قسم از خیارها، شرط ضمنی مبنی بر ابقای عین و آماده نگه‌داشتن زمینه اعمال خیار انتقال‌دهنده وجود دارد و باید بدان وفا نمود؛ حتی اگر در قرارداد به صورت صریح یا ضمنی به ابقای عین و ممنوعیت انتقال آن هیچ اشاره‌ای نشده باشد. ممکن است در وجود

→ پیشین، صص ۱۱۶-۱۱۷؛ در تأیید همین تفکیک، ر.ک. اصفهانی، سیدابوالحسن، منبع پیشین، صص ۳۴۷ و ۳۵۱؛ گلپایگانی، محمدرضا، منبع پیشین، صص ۳۶۵ و ۳۶۹؛ صافی، لطف‌الله، منبع پیشین، صص ۳۱۶ و ۳۱۹.

۱. خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، صص ۴۷۳-۴۷۴؛ خمینی، سیدروح‌الله، منبع پیشین، ص ۴۳۹؛ لاری، سیدعبدالحسین، **التعليقة على المكاسب**، ج ۲، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۸ق، ص ۴۵۱؛ خمینی، سیدروح‌الله، **تحریر الوسيلة**، منبع پیشین، ص ۵۲۰؛ و نیز ر.ک. مامقانی، ملاعبدالله، منبع پیشین، صص ۱۸۹-۱۹۰؛ طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، منبع پیشین، ص ۱۵۷.

۲. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶ ص ۱۵۰؛ روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، ص ۴۰۴؛ ابروانی، علی، منبع پیشین، ص ۷۵؛ مغنیه، محمدجواد، منبع پیشین، صص ۲۳۴-۲۳۵؛ نیز ر.ک. مامقانی، ملاعبدالله، منبع پیشین، صص ۱۸۹-۱۹۰؛ تبریزی، جواد، منبع پیشین، صص ۵۰۶-۵۰۷.

و احراز این شرط ایراد شود و اثبات آن دشوار بنماید؛ اما به نظر می‌رسد که شرط مزبور یک شرط ارتکازی، و با مراجعه به وجدان و عرف به‌سادگی قابل احراز و اثبات است. گفتنی است که وجود این شرط ارتکازی و عرفی در قراردادهای متضمن خیار شرط و خیار تخلف شرط به‌خوبی از سوی قضات دیوان عالی کشور هنگام صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ - ۱۴۰۰/۳/۴ تبیین شده است.<sup>۱</sup> قابل ذکر است که برخی از حقوق دانان نیز به‌عنوان نظریه عمومی، در خیارهای قانونی، مالک جدید را مجاز به تصرف در ملک خود می‌دانند، مگر اینکه در قرارداد شرط خلاف شده باشد؛ اما در خیار شرط، این تعهد ضمنی وجود دارد که خریدار موضوع معامله را تا پایان مدت خیار آماده بازگرداندن به مالک اصلی نگاه دارد.<sup>۲</sup>

#### ۲.۱.۲. وضعیت حقوقی معاملات منتقل‌الیه بر مورد معامله در زمان خیار ناقل

در مواردی که تصرف منتقل‌الیه در مبیع مجاز نیست (در حالت شرط ابقای عین به‌شکل صریح یا ضمنی در مطلق خیارات طبق دیدگاه نخست یا در صورت توافق صریح یا ضمنی طرفین مبنی بر ابقای عین در خیارات قانونی و در مطلق خیارات قراردادی، طبق قول دوم)، چنان‌که پیش از این دیدیم، تردیدی نیست که از حیث «حکم تکلیفی»، این عدم جواز جاری است؛ یعنی خریدار از نظر تکلیفی نمی‌تواند در مبیع تصرف ناقله یا موجب زوال عین انجام دهد، اما از نظر «حکم وضعی» در صحت یا عدم صحت معامله خریدار بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. این اختلاف در فرضی که مشتری در زمان خیار بایع، مبیع را به‌دیگری اجاره می‌دهد، نیز مشهود است: برخی از فقها به‌دلیل آنکه وجود خیار برای بایع، سلطنت مشتری را محدود می‌کند و دلیل تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم) را تخصیص می‌زند، اجاره مبیع توسط خریدار را از حیث تکلیفی و وضعی، مجاز،

۱. معاونت هیئت عمومی دیوان عالی کشور، **فسخ بیع و استرداد مبیع - تأثیر فسخ بیع بر معاملات قبل از فسخ**، مشروح مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور درباره رأی وحدت رویه قضایی به شماره ۸۱۰ - ۱۴۰۰/۳/۴، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۴۰۰، صص ۲۱ به بعد.  
 ۲. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵، منبع پیشین، ص ۹۱.

صحیح و نافذ نمی‌دانند.<sup>۱</sup> اما عده‌ای دیگر تنها از نظر تکلیفی اجاره مبیع در زمان خیار بایع را مجاز نشمرده، ولی از حیث وضعی دلیلی بر بطلان یا انفساخ اجاره ندیده‌اند. نهایت آن است که فروشنده در صورت فسخ بیع، می‌تواند به بدل تالف (منفعت) رجوع کند.<sup>۲</sup>

در مورد اختلاف نظر یادشده می‌توان گفت که صرف ممنوع‌بودن خریدار از تصرف در مبیع از حیث حکمی و صحت تصرف از نظر وضعی، نه تنها شرط ضمنی و توافق معهود بین طرفین را نادیده می‌گیرد، بلکه نقض غرض است و فایده‌ای برای فروشنده ندارد و حقوق او را تأمین نمی‌کند. بنابراین، نباید به عهدشکن پاداش داد و برخلاف «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» و به‌جای تأکید بر اجرای قراردادهای، زمینه تقلب و نقض تعهد را فراهم ساخت. وانگهی، در نظام حقوق مدنی (مفاد ۴۶۰ ق.م. در بیع شرط و ملاک آن در سایر خیارهای قراردادی)، قانون‌گذار دنبال امر و نهی و استحباب و کراهت اعمال نیست؛ بلکه نهی او از تشکیل معامله‌ای اصولاً دلالت بر صحیح‌نبودن آن از حیث وضعی دارد. در نتیجه، در مواردی که به‌نحو صریح یا ضمنی شرط ابقای عین یا عدم انجام تصرفات ناقله در مورد معامله وجود دارد، نباید معاملات خریدار بر مبیع را صحیح پنداشت؛ منتها اثر این شرط ناظر به فرضی است که معامله نخست به دلیل اعمال خیار یا تحقق

۱. میرزای قمی، ابوالقاسم، منبع پیشین، ج ۳، ص ۴۳۳؛ سبزواری، سیدعبدالعلی، منبع پیشین، ج ۱۹، ص ۲۱۳-۲۱۴؛ اشتهاردی، علی‌پناه، منبع پیشین، ص ۳۰۴؛ حاشیه آیت‌الله فیروزآبادی بر العروة الوثقی (طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق، ص ۱۲۸)؛ تعلیق امام خمینی و آیت‌الله گلپایگانی بر همان کتاب (به نقل از: جمعی از پژوهشگران، زیر نظر سیدمحمد محمود هاشمی شاهرودی، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت(ع)، ج ۴، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع)، ۱۴۲۳ق، ص ۱۶۵)؛ و نیز ر.ک. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶، ص ۱۵۵؛ خلخالی، محمد مهدی، فقه الشیعه - کتاب الإجارة، تهران: منیر، ۱۴۲۷ق، ص ۱۰۰۶-۱۰۰۷ (که قول به بطلان را به مشهور فقها نسبت داده‌اند)؛ مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، منهج المؤمنین، ج ۲، قم: کتابخانه آیةالله مرعشی(ره)، ۱۴۰۶ ق، ص ۵۸-۵۹؛ محقق داماد، «تحلیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی»، ص ۵۱ (که اجاره مبیع در بیع شرط را باطل می‌شمارند).

۲. خوبی، سیدابوالقاسم، المستند فی شرح العروة الوثقی، ج ۴: الإجارة، بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا، ص ۴۶۶-۴۶۸؛ کاشف الغطاء، محمدحسین، منبع پیشین، صص ۱۱۸-۱۱۹؛ خلخالی، سیدمحمد مهدی، منبع پیشین، صص ۱۰۶-۱۰۷؛ به بعد؛ طباطبایی قمی، سیدتقی، الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی - کتاب الإجارة، قم: محلاتی، ۱۴۲۳ق، ص ۲۰۳؛ حاشیه آیت‌الله خوبی، مرحوم کاشف الغطاء و آیت‌الله حائری بر العروة الوثقی (طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، منبع پیشین، ص ۱۲۸).

شرط فاسخ، منحل شده باشد که در این صورت، باید دید انحلال قرارداد اول چه اثری بر معاملات منتقل‌الیه دارد؛ پرسشی که هم‌اکنون بدان پاسخ خواهیم گفت.

## ۲.۲. اثر انحلال معامله نخست بر معاملات بعدی در موارد منع تصرف

در فقه امامیه، در صورت وجود شرط صریح یا ضمنی مبنی بر ابقای عین یا عدم انجام تصرفات ناقله در مبیع، در نظر آن دسته از صاحب‌نظرانی که معاملات بعدی را صحیح نمی‌شمارند، در بطلان یا انحلال قراردادهای بعدی پس از انحلال عقد نخست، اختلاف نظر به وجود آمده است. به‌ویژه در خیارهای قراردادی (مانند خیار شرط) که از نظر بسیاری از فقیهان شرط ابقای عین به‌گونه‌ی ضمنی مقصود طرفین است، این اختلاف پدید آمده است که آیا انحلال قرارداد نخست باعث می‌شود که عقود لاحق از لحظه انحلال قرارداد اول منفسخ شوند یا از آغاز انعقاد باطل گردند. اگرچه غالباً پذیرفته‌اند که عقود بعدی از زمان انحلال قرارداد نخست منفسخ می‌شوند، نه اینکه از اساس باطل باشند.<sup>۱</sup> همچنین، درباره‌ی وضعیت حقوقی تصرفات خریدار در بیع متضمن «خیار شرط» برای بایع نیز، بسیاری از فقها در صورت فسخ قرارداد اول، قراردادهای لاحق را غیرنافذ شمرده‌اند که با رد فروشنده نخست، عقود بعدی از اثر می‌افتد؛<sup>۲</sup> منتها در اینکه قراردادهای بعدی از آغاز باطل و بی‌اعتبارند و کان‌لم‌یکن محسوب می‌شوند یا اینکه تا لحظه انحلال عقد نخست،

۱. برای تفصیل بحث، ر.ک. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶، ص ۱۵۲؛ طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه‌ی المکاسب، منبع پیشین، ص ۱۵۸؛ نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ج ۱، صص ۷۷ و ۲۵۵، و ج ۲، صص ۱۶۶-۱۶۷؛ خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۷، صص ۴۸۱ به بعد؛ خوانساری، محمد، منبع پیشین، صص ۵۳۰-۵۳۱؛ مامقانی، ملاعبدالله، منبع پیشین، ص ۱۸۹؛ میرزای قمی، ابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۴۳۲؛ سبحانی، جعفر، المختار فی أحكام الخیار، قم: مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۱۴ق، ص ۵۸۷؛ روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، صص ۴۰۳-۴۰۶؛ شیرازی، محمد، منبع پیشین، ص ۲۰۹؛ طباطبایی قمی، سیدتقی، دراساتنا من الفقه الجعفری، منبع پیشین، ص ۴۴۲؛ اراکی، محمدعلی، منبع پیشین، ص ۵۷۵؛ روحانی، سیدمحمد، المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخیارات، ج ۲، تهران: دارالجلی، ۱۴۲۰ق، صص ۲۸۵-۲۸۷؛ تبریزی(شهیدی)، میرزافتاح، منبع پیشین، ص ۵۷۸؛ لاری، سیدعبدالحسین، منبع پیشین، ص ۴۵۳.

۲. طوسی، محمد، منبع پیشین، ص ۲۱۱؛ حلی، حسن، قواعد الأحكام، منبع پیشین، ص ۷۰؛ طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، منبع پیشین، ص ۱۵۷؛ و در تأیید آن در نظام حقوقی، ر.ک. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۴۹.

صحیح و نافذند و از زمان انحلال عقد اول و با رد مالک، منفسخ می‌شوند، اختلاف پیش‌گفته در اینجا نیز جاری است.

به نظر می‌رسد در مواردی که شرط ابقای عین یا منع تصرفات ناقله به شکل صریح یا ضمنی در مدت خیار انتقال‌دهنده در قرارداد نخست وجود دارد،<sup>۱</sup> با فسخ بیع نخست توسط بایع یا در صورت انفساخ معامله اول در اثر تحقق شرط فاسخ، معامله خریدار بر مبیع، فضولی (موقوف) و منوط به تنفیذ بایع است و با رد او، از حین فسخ عقد نخست توسط بایع، باطل می‌گردد، نه اینکه از ابتدا باطل شود؛ زیرا خریدار تا زمان فسخ معامله اول، مالک مبیع بوده و تصرفات او در ملک خود صحیح و معتبر است و دلیلی بر بطلان آنها از آغاز انعقاد عقد وجود ندارد. از زمانی که بایع نخست عقد بیع را فسخ می‌کند، مبیع به ملکیت او درمی‌آید و پس از آن، که فروشنده اول عدم رضایت خود و رد معامله بعدی را اعلام می‌دارد، اراده او کاشف از بطلان عقود بعدی از زمان فسخ قرارداد نخست است و قرارداد از این زمان به بعد باطل می‌شود و شاید به همین دلیل است که برخی از اصطلاح انفساخ استفاده کرده‌اند.<sup>۲</sup> در نتیجه، به نظر می‌رسد این استدلال که چون از ابتدا در قرارداد نخست، حق انجام معامله به صورت ضمنی از خریدار سلب شده بوده و او اختیار انتقال به غیر را نداشته است و از این رو، معاملات خریدار از آغاز باطل است (یعنی فسخ معامله نخست، کاشف از بطلان معاملات بعدی از هنگام انعقاد آنهاست و فسخ اثر قهقرایی دارد)، قابل پذیرش نیست؛ چراکه تا زمان فسخ معامله نخست، قراردادهای بعدی در ملکیت خریدار منعقد شده و فسخ معامله نخست نیز نسبت به آینده مؤثر است. وانگهی، با پذیرفتن بطلان قراردادهای بعدی از زمان فسخ قرارداد نخست (یا انفساخ آنها از این زمان) نیز شرط مندرج در قرارداد (سلب حق انتقال به صورت ضمنی) تأمین می‌شود؛ زیرا صحت قراردادهای بعدی تا هنگام فسخ عقد نخست، ضرری برای فروشنده اول نداشته

۱. چنان که گفته شد، در خیارهای قراردادی (بیع شرط یا بیع متضمن خیار شرط یا خیار تخلف شرط)، این شرط به طور ضمنی مقصود طرفین است؛ اما خیارهای قانونی در صورتی مشمول بحث است که به نحو صریح یا ضمنی شرط ابقای عین شده باشد.

۲. برای نمونه، ر.ک. میرزای قمی، ابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۴۳۲.



است؛ بلکه تنها پس از انحلال عقد نخست است که عقود بعدی محل به حقوق بایع نخست است که در این فرض نیز با انفساخ قراردادهای لاحق (یا باطل شمردن آنها نسبت به آینده)، شرط موردنظر بایع (باقای عین یا عدم انجام تصرفات ناقله) فراهم است. بدین ترتیب، چنانچه بین زمان فسخ عقد اول توسط فروشنده نخست و رد قراردادهای بعدی از سوی او فاصله وجود داشته باشد، نباید معاملات بعدی را از زمان رد فروشنده اول، باطل شمرد؛ چراکه در حقوق ما طبق ماده ۲۵۸ ق.م. رد معامله فضولی کاشفیت دارد. از طرف دیگر، برخلاف ظاهر ماده ۲۵۸، نباید در این فرض، رد فروشنده نخست را سبب بطلان عقود بعدی از «روز انعقاد عقد» شمرد؛ زیرا بایع نخست تنها از زمان فسخ معامله نخست مالک مورد معامله شده است و از این رو، رد او کاشف از بطلان معاملات بعدی از همین هنگام است و عقود لاحق را از آغاز باطل نمی‌سازد.

## نتیجه‌گیری

در مورد وضعیت حقوقی تصرفات منتقل‌الیه در زمان خیار انتقال‌دهنده و نیز اثر انحلال عقد نخست بر معاملات خریدار در مبیع، در سالیان اخیر، در رویه قضایی ما اختلاف‌نظرهای گسترده‌ای پدید آمده است؛ به‌گونه‌ای که هیئت عمومی دیوان عالی کشور برای پایان‌دادن به اختلاف آرای محاکم، ناچار به صدور رأی وحدت‌رویه شماره ۸۱۰ - ۱۴۰۰/۳/۴ شد. منتها این رأی نیز نه تنها به وحدت‌رویه منجر نشد که خود ابهام‌ها و اختلاف‌های دیگری را برای رویه قضایی به ارمغان آورد؛ دیوان عالی در «خیار تخلف از شرط»، با رعایت شرایطی، انحلال معامله نخست را باعث بی‌اعتباری عقود بعدی شمرد؛ اما برخی از محاکم در مورد «تمام خیارات، از جمله خیار غبن»، این رأی را اعمال می‌کنند و جمعی دیگر از قضات، این رأی را استثنایی و ویژه «خیار شرط» می‌دانند که قابلیت توسعه به سایر اسباب انحلال عقد، از جمله «شرط فاسخ» را ندارد. با توجه به آنکه مبنای اصلی اختلاف آرای محاکم و نیز دکترین حقوقی، اختلاف فتاوی فقهی بوده است، در این مقاله مبانی فقهی بحث به صورت مفصل و تحلیلی مورد بررسی و ارزیابی قرار گرفت تا از این رهگذر راهکارهای سازنده برای سامان‌دهی مبادلات تجاری و اقتصادی و امنیت در روابط معاملاتی و ایجاد وحدت‌رویه ارائه گردد.

مطالعه موضع فقیهان امامیه درباره وضعیت تصرفات انتقال‌گیرنده در زمان خیار انتقال‌دهنده نشان می‌دهد که افزون بر اظهارنظرهای پراکنده ذیل هر یک از خیارات، برخی به طرح نظریه عمومی همت گماشته‌اند. در این میان، غالب فقها در خیارهای قراردادی (مجموع)، مثل خیار شرط و بیع شرط، به دلیل وجود شرط ضمنی، خریدار را از تصرفات منافی با خیار فروشنده منع کرده، اما در خیارهای قانونی (اصلی)، مثل غبن و عیب و تدلیس، به دلیل تحقق مالکیت خریدار و جریان قاعده تسلیط و فقدان منع شرعی، تصرفات او را در مبیع مجاز شمرده‌اند. در مقابل، برخی از فقهای بزرگ و معاصر، چه در خیارهای قراردادی و چه در خیارهای قانونی، تنها در صورتی تصرفات خریدار را ممنوع می‌دانند که حفظ مبیع نزد مشتری یا اعاده عین در صورت فسخ، به صورت صریح یا

ضمنی، مقصود طرفین باشد. بنابراین، در خیارهای قراردادی نیز اصولاً خریدار می‌تواند در مبيع تصرفات ناقله انجام دهد. در این اختلاف، از آنجا که هدف از درج خیار قراردادی، امکان فسخ عقد و استرداد مبيع است و این شرط به‌نحو ارتكازی و عرفی در تمام معاملات متضمن خیارهای مجعول وجود دارد و به‌آسانی قابل احراز و اثبات است، حق را باید به فقهای گروه نخست داد.

افزون بر آن، در مواردی که شرط صریح یا ضمنی برای بقای عین یا منع تصرفات ناقله در مبيع در مدت‌زمان خیار انتقال‌دهنده وجود دارد، طبق هر دو دیدگاه پیش‌گفته، از حیث «تکلیفی» خریدار مجاز به تصرف در مبيع نیست. اما از نظر «وضعی»، مشهور فقهای امامیه معاملات خریدار بر مبيع را در صورت انحلال عقد اول صحیح و نافذ نمی‌دانند. ولی گروهی دیگر بر این باورند که از حیث وضعی دلیلی بر بطلان یا انفساخ معاملات بعدی وجود ندارد، بلکه نهایت آن است که فروشنده در صورت فسخ بیع، می‌تواند به بدل تالف رجوع کند. در این میان، به‌نظر می‌رسد که اقتضای ادله شرعی و تحلیل اراده طرفین آن است که معاملات بعدی صحیح نباشد؛ وگرنه نقض غرض حاصل می‌شود. به‌ویژه آنکه در نظام حقوقی (ملاک ماده ۴۶۰ ق.م.)، قانون‌گذار به‌دنبال کراهت یا استحباب اعمال نیست؛ بلکه منع از انعقاد قرارداد، اصولاً دلالت بر بطلان آن دارد؛ چنان‌که ماده ۵۰۰ ق.م. نیز به‌صراحت همین رویکرد را پذیرفته است.

اختلاف دیگر در متون فقهی ناظر به وضعیت معاملات بعدی خریدار بر مبيع، در صورت فسخ عقد نخست است. در این زمینه هم، غالب فقیهان امامیه معاملات بعدی را از زمان انحلال قرارداد نخست و با رد فروشنده اول، منفسخ می‌دانند، نه اینکه عقود لاحق از ابتدا و از حین انعقاد باطل باشند. این رویکرد با مبانی نظام حقوقی ما نیز سازگار به‌نظر می‌رسد. درنهایت، پیشنهاد می‌شود که در دوران بین امنیت در روابط حقوقی و اقتصادی و استواری معاملات تجاری از یک طرف و توجه به اراده مشترک و خواسته‌های مشروع طرفین از سوی دیگر، رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ - ۱۴۰۰/۳/۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، بر مبنای نتایج پیش‌گفته تفسیر و تحلیل شود.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. شهیدی، مهدی، **حقوقی مدنی ۶ (عقود معین ۱)**، تهران: مجد، ۱۳۸۸.
۲. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات**، ج ۵، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۳. -----، **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵: انحلال قرارداد، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۴. مشروح مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور درباره رأی وحدت‌رویه قضایی به شماره ۸۱۰ - ۱۴۰۰/۳/۴: **فسخ بیع و استرداد مبیع** - تأثیر فسخ بیع بر معاملات قبل از فسخ، تهران: انتشارات پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۴۰۰.

### ب) منابع عربی

#### کتاب

۵. آملی، میرزا محمدتقی، **مصباح الهدی**، ج ۹، تهران: دفتر مؤلف، ۱۳۸۰ق.
۶. اراکی، محمدعلی، **الخيارات**، قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۴ق.
۷. اردبیلی، احمد، **مجمع الفائدة و البرهان**، ج ۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۸. اشتهاردی، علی‌پناه، **مدارک العروة**، ج ۲۷، تهران: دارالأسوة، ۱۴۱۷ق.
۹. اصفهانی، سیدابوالحسن، **وسيلة النجاة** (با حواشی امام خمینی)، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۲ق.
۱۰. اعرج حسینی (عمیدی)، **سیدعمیدالدین، کنز الفوائد**، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۱۱. انصاری (شیخ)، مرتضی، **کتاب المکاسب**، ج ۵ و ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری (ره)، ۱۴۱۵ق.
۱۲. ایروانی، علی، **حاشیة المکاسب**، ج ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.

۱۳. بصری بحرانی، محمدامین، **کلمة التقوی**، ج ۴، چ ۳، قم: وداعی، ۱۴۱۳ق.
۱۴. بهجت، محمدتقی، **جامع المسائل**، ج ۲، چ ۲، قم: دفتر معظم‌له، ۱۴۲۶ق.
۱۵. -----، **وسيلة النجاة**، ج ۲، قم: شفق، ۱۴۲۳ق.
۱۶. تبریزی (شهیدی)، میرزافتاح، **هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب**، ج ۳، تبریز: اطلاعات، ۱۳۷۵ق.
۱۷. تبریزی، جوادبن علی، **إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب**، ج ۴، چ ۳، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق.
۱۸. -----، **منهاج الصالحین**، ج ۲، قم: مجمع الإمام المهدي (عج)، ۱۴۲۶ق.
۱۹. ترحینی، سیدمحمدحسین، **الزبدة الفقهیة**، ج ۴، چ ۴، قم: دارالفقه، ۱۴۲۷ق.
۲۰. جزیری، عبدالرحمن، سیدمحمد غروی و یاسر مزاح، **الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (ع)**، ج ۲، بیروت: دارالثقلین، ۱۴۱۹ق.
۲۱. جمعی از پژوهشگران، زیر نظر سیدمحمد هاشمی شاهرودی، **موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (ع)**، ج ۴، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۳ق.
۲۲. حاتری (طباطبایی)، سیدعلی، **ریاض المسائل**، ج ۸، قم: آل‌البيت (ع)، ۱۴۱۸ق.
۲۳. حکیم (طباطبایی)، سیدمحسن، **مستمسک العروة الوثقی**، ج ۱۲، قم: دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
۲۴. -----، **منهاج الصالحین**، ج ۲، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
۲۵. حلی (محقق)، جعفر، **شرائع الإسلام**، ج ۲، چ ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۲۶. حلی (علامه)، حسن، **تذکره الفقهاء**، ج ۱۱، قم: آل‌البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
۲۷. -----، **قواعد الأحكام**، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۲۸. حلی، احمدبن محمد، **المهذب البارع**، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۲۹. حلی، محمدبن حسن، **إيضاح الفوائد**، ج ۱، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
۳۰. حلی، یحیی بن سعید، **الجامع للشرائع**، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیة، ۱۴۰۵ق.

۳۱. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم، **حاشیة المکاسب**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۳۲. خلخالی (موسوی)، سید محمد مهدی، **فقه الشیعة - کتاب الإجارة**، تهران: منیر، ۱۴۲۷ق.
۳۳. خمینی، سید روح‌الله، **تحریر الوسيلة**، ج ۱، قم: دارالعلم، بی‌تا.
۳۴. -----، **کتاب البیع**، ج ۴ و ۵، تهران: تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ق.
۳۵. -----، **زبدة الأحكام**، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
۳۶. خمینی، سید مصطفی، **الخيارات**، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۱۸ق.
۳۷. -----، **مستند تحریر الوسيلة**، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، بی‌تا.
۳۸. خوانساری (امامی)، محمد، **الحاشیة الثانية علی المکاسب**، بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا.
۳۹. خوبی، سید ابوالقاسم، **المستند فی شرح العروة الوثقی**، ج ۴: الإجارة، بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا.
۴۰. -----، **مصباح الفقاهة (المکاسب)**، ج ۴ و ۷، بی‌نا، بی‌جا، بی‌تا.
۴۱. -----، **منهاج الصالحین**، ج ۲، ج ۲۸، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
۴۲. -----، **موسوعة الإمام الخوئی**، ج ۳۰، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره)، ۱۴۱۸ق.
۴۳. رشتی، میرزا حبیب‌الله، **فقه الإمامیة، قسم الخيارات**، قم: داوری، ۱۴۰۷ق.
۴۴. روحانی، سید محمد، **المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخيارات**، ج ۲، تهران: دارالجلی، ۱۴۲۰ق.
۴۵. روحانی، سید صادق، **فقه الصادق (ع)**، ج ۱۷ و ۱۸، قم: مدرسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۲ق.
۴۶. -----، **منهاج الصالحین**، ج ۲، بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا.
۴۷. -----، **منهاج الفقاهة**، ج ۶ و ۵، قم: انوار الهدی، ۱۴۲۹ق.
۴۸. سبحانی، جعفر، **المختار فی أحكام الخیار**، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۴ق.
۴۹. سبزواری، سید عبدالاعلی، **جامع الأحكام الشرعیة**، ج ۹، قم: المنار، بی‌تا.

۵۰. -----، مهذب الأحكام، ج ۱۷ و ۱۹، چ ۴، قم: المنار، ۱۴۱۳ق.
۵۱. سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، ج ۲، چ ۵، قم: دفتر معظم‌له، ۱۴۱۷ق.
۵۲. شوشتری، محمدتقی، النجعة فی شرح اللمعة، ج ۷، تهران: صدوق، ۱۴۰۶ق.
۵۳. شیرازی، سیدمحمد، إيصال الطالب إلى المكاسب، ج ۱۲ و ۱۳، ۱۵، تهران: علمی، بی تا.
۵۴. صافی (گلپایگانی)، لطف‌الله، هداية العباد، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۶ق.
۵۵. صدر (شهید)، سیدمحمد، ما وراء الفقه، ج ۳، بیروت: دار الأضواء، ۱۴۲۰ق.
۵۶. طباطبایی قمی، سیدتقی، مبانی منهاج الصالحین، ج ۸ و ۷، قم: قلم الشرق، ۱۴۲۶ق.
۵۷. -----، الغایة القصوی فی التعليق علی العروة الوثقی - کتاب الإجارة، قم: محلاتی، ۱۴۲۳ق.
۵۸. -----، دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ۴، قم: مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ق.
۵۹. -----، عمدة المطالب فی التعليق علی المكاسب، ج ۴، قم: محلاتی، ۱۴۱۳ق.
۶۰. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۶۱. -----، حاشیة المكاسب، ج ۲، چ ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
۶۲. طوسی (شیخ)، محمد، الخلاف، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۶۳. -----، المبسوط، ج ۲، چ ۳، تهران: المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷ق.
۶۴. عاملی کرکی، علی، جامع المقاصد، ج ۴، چ ۲، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
۶۵. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین، الروضة البهیة (المحشی کلانتر)، ج ۳، قم: داوری، ۱۴۱۰ق.
۶۶. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین، فوائد القواعد، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۶۷. -----، مسالك الأفهام، ج ۳، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۶۸. عاملی (حسینی)، سیدجواد، مفتاح الكرامة، ج ۱۴ و ۲۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۶۹. عاملی (شهید اول)، محمدبن‌مکی، اللمعة الدمشقیة، بیروت: دار التراث، ۱۴۱۰ق.
۷۰. عراقی، آقاصیاء‌الدین، شرح تبصره المتعلمین، ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ق.

۷۱. فاضل لنکرانی، محمد، **الأحكام الواضحة**، ج ۴، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع)، ۱۴۲۲ق.
۷۲. فقحانی(ابن طی)، علی، **الدر المنضود**، قم: مکتبه امام العصر(عج) العلمیه، ۱۴۱۸ق.
۷۳. فیاض کابلی، محمد اسحاق، **منهاج الصالحین**، ج ۲: بی‌نا، بی‌جا، بی‌تا.
۷۴. کاشف الغطاء(نجفی)، محمدحسین، **تحریر المجله**، ج ۱، قسم ۲، نجف: المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ق.
۷۵. کاشف الغطاء(نجفی)، علی، **شرح خيارات الممعة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ق.
۷۶. گلپایگانی(موسوی)، سیدمحمد رضا، **هدایة العباد**، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
۷۷. لاری، سیدعبدالحسین، **التعليقة على المكاسب**، ج ۲، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۸ق.
۷۸. مامقانی، محمدحسن، **غایة الآمال**، ج ۳، قم: مجمع الذخائر الإسلامیه، ۱۳۱۶ق.
۷۹. مامقانی، ملاعبدالله، **نهاية المقال**، قم: مجمع الذخائر الإسلامیه، ۱۳۵۰ق.
۸۰. مراغی(حسینی)، میرعبدالفتاح، **العناوين الفقهية**، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۸۱. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، **منهاج المؤمنین**، ج ۲، قم: کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی(ره)، ۱۴۰۶ق.
۸۲. مغنیه، محمدجواد، **فقه الإمام جعفر الصادق(ع)**، ج ۳، ج ۲، قم: انصاریان، ۱۴۲۱ق.
۸۳. میرزای شیرازی، محمدتقی، **حاشیة المكاسب**، قم: الشریف الرضی، ۱۴۱۲ق.
۸۴. میرزای قمی، ابوالقاسم، **جامع الشتات**، ج ۲ و ۳، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ق.
۸۵. نائینی، میرزا محمدحسین، **منیة الطالب**، مقرر: موسی خوانساری، ج ۱ و ۲، تهران: المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ق.
۸۶. نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، ج ۲۳، ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۸۷. نراقی، مولی‌احمد، **عوائد الأيام**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۸۸. -----، **مستند الشيعة**، ج ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۵ق.



## فلسفه تنظیم مقررات بانکی بر اساس سیاست احتیاطی کلان

محمد سلطانی\*  
مجتبی محمدی\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۴

### چکیده

با شروع آزادسازی‌های تجاری از دهه ۱۹۷۰ بحران‌های مالی دامگیر اقتصاد کشورها شد. بعد از وقوع بحران مالی جهانی سال ۲۰۰۷، نگاه به ثبات مالی تغییر یافت و کشورها به جای توجه به ثبات مالی هر بانک، ثبات کل نظام مالی را مورد توجه قرار دادند و برای رسیدن به این هدف، اقدام به تنظیم مقررات بانکی بر اساس سیاست احتیاطی کلان نمودند. شتابزدگی کشورها در این امر منجر به عدم توجه به فلسفه تنظیم مقررات بانکی بر اساس سیاست احتیاطی کلان شد. اگر مشخص نباشد کدام دسته از فعالیت‌های بانکی منجر به شکست بازار می‌شوند، نمی‌توان چارچوب مداخله قانون‌گذار در حوزه بانکداری را ترسیم نمود. پژوهش حاضر که بر اساس روش تحلیلی-توصیفی تدوین شده است، با جمع‌آوری داده‌های کتابخانه‌ای درصدد پاسخ به این سؤال بوده است که فلسفه تنظیم مقررات بانکی بر اساس سیاست احتیاطی کلان چیست؟ مطابق یافته‌های این پژوهش، برخی فعالیت‌های بانکی منجر به ایجاد آثار جانبی منفی می‌شوند که تهدیدکننده ثبات مالی هستند. قانون‌گذار در مسیر تنظیم مقررات بانکی بر اساس سیاست احتیاطی کلان باید این آثار منفی جانبی را شناسایی و برای اصلاح شکست بازار ناشی از آنها چارچوب قانونی مناسب را طراحی کند.

### کلید واژگان:

آثار جانبی منفی، تنظیم مقررات بانکی، ثبات مالی، سیاست احتیاطی کلان، شکست بازار.

\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

soltanii.mohammad@gmail.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)  
mohammadi279mm@gmail.com



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

## مقدمه

در دهه ۱۹۷۰ میلادی کشورها به این نتیجه رسیدند که آزادسازی‌های تجاری بیشتر، منجر به افزایش رشد اقتصادی خواهد شد. اما مشکلی که پیش آمد، این بود که برای ایجاد آزادسازی، مداخلات قانونی باید محدود می‌شد. با کاهش مداخلات قانونی، بانک‌ها دست به فعالیت‌های پرریسک‌تری می‌زدند و این امر ثبات مالی کشورها را به مخاطره می‌انداخت. به همین سبب، از دهه ۱۹۷۰ میلادی، کشورها شاهد بحران‌های مالی مهمی بوده‌اند که بحران مالی جهانی سال ۲۰۰۷ نمونه‌ای از آن است؛ به‌نحوی که آزادسازی‌های تجاری، متهم ردیف اول بحران‌های مالی تلقی می‌شوند.<sup>۱</sup> نگاه به ثبات مالی از سال ۲۰۰۷ با تغییر رویکرد مواجهه بوده است. تا قبل از وقوع بحران مالی جهانی سال ۲۰۰۷، کشورها تصور می‌کردند در صورتی که هر بانک بتواند ریسک‌های ترازنانه خود را به‌طور مطلوبی مدیریت کند، از خطر ورشکستگی مصون خواهند ماند و در نتیجه ثبات مالی کشور حفظ خواهد شد. اما وقوع بحران مالی سال ۲۰۰۷، این فرضیه را رد نمود؛ زیرا در جریان این بحران، بانک‌هایی ورشکسته شدند که الزامات قانونی را در مورد مدیریت ریسک‌های ترازنانه به‌طور مطلوب مدیریت نموده بودند.<sup>۲</sup>

در پاسخ به بحران مالی جهانی، تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان به‌عنوان راهکار حفظ ثبات مالی معرفی شد. با توجه به اهمیت موضوع، کشورها به‌سرعت اقدام به استفاده از ابزارهای احتیاطی کلان نمودند. این شتاب‌زدگی سبب شد بدون اینکه مباحث تئوری در مورد سیاست احتیاطی کلان به نتیجه رسیده باشد، در رویه عملی پیشرفت زیادی حاصل شود. نتیجه این شد که ابزارهای احتیاطی کلان طراحی شده، از پختگی کافی برخوردار نبوده و در عین حال نگران‌کننده باشند. در حال حاضر، چارچوب قانونی مشخصی وجود ندارد که در آن موارد جواز مداخله قانون‌گذار در فعالیت‌های بانکی

1. Jain, Hansa, **Trade Liberalization, Economic Growth and Environmental Externalities**, Palgrave Macmillan, Singapore, 2017, p.2.

2. Lastra, Rosa, **International Financial and Monetary Law**, Oxford University Press, Oxford, 2015, para. 3.72.

ترسیم شده باشد. لازمه این کار، شناخت دقیق موارد شکست بازار است که «ریسک سیستمی»<sup>۱</sup> تولید می‌کند. همچنین، قانون‌گذار در عمل، به بهانه حفظ ثبات مالی، برخی فعالیت‌های بانکی را محدود می‌نماید؛ ولی فلسفه این مداخلات مشخص نیست. این امر سبب می‌شود، وقتی ابزارهای احتیاطی کلان مورد استفاده قرار می‌گیرند، انتقادات وارد به محدودیت‌های اعمال‌شده، رفتار قانون‌گذار را تحت‌تأثیر قرار دهد.<sup>۲</sup>

اعمال تحریم‌های اقتصادی علیه ایران، کشور را در یک شوک مالی عظیم فروبرده و اقتصاد کشور در طول سال‌های اخیر، هیچ‌گاه روی ثبات مالی را ندیده است. شوک مالی ناشی از تحریم‌های اقتصادی، بحران‌های پی‌درپی را برای اقتصاد ایران به همراه داشته و پیداکردن راهکار موقتِ دوزدن تحریم، مجالی برای اندیشیدن به یک راهکار دائمی رسیدن به ثبات مالی باقی نگذاشته است. به همین دلیل، تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان که راهی برای رسیدن به ثبات مالی است، به‌ندرت مورد توجه قرار گرفته است. مشاهده عملکرد بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در سال‌های پس از تصویب «قانون پولی و بانکی» مصوب ۱۳۵۱ و مقایسه آن با عملکرد بانک مرکزی سایر کشورها، از یک فاصله معنادار حکایت دارد. منشأ بخشی از ناکارآمدی و عدم توفیق بانک مرکزی در کنترل تورم، ضعف قانون مزبور بوده است. پس از تعلق دولت در ارسال لایحه قانون پولی و بانکی، مجلس شورای اسلامی برای برطرف کردن آسیب‌های قانونی، «طرح جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران» را تهیه و تدوین نمود که در مجلس یازدهم اعلام وصول گردید.<sup>۳</sup> در بند سوم ماده ۹ طرح مزبور، «تصویب سیاست‌های معطوف به پیشگیری از مخاطرات فراگیر در نظام بانکی» به‌عنوان یکی از وظایف و اختیارات «هیئت

۱. ریسک سیستمی (یا Systemic Risk)؛ به معنای ریسکی است که از طریق مختل کردن کارکرد بخش مالی اقتصاد، آثار منفی بر بخش واقعی اقتصاد گذاشته و ثبات مالی را تهدید می‌کند.

2. Barwell, Richard, "Macroprudential Policy" in Mizen, Paul et al, *Macroprudential Policy and Practice*, Cambridge University Press, 2018, Cambridge, p. 276.

۳. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، اظهارنظر کارشناسی درباره طرح جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران، دوره یازدهم، سال اول، شماره مسلسل گزارش ۱۷۴۸۰، مورخ ۱۴۰۰/۲/۷؛ قابل دسترسی در:

<https://rc.majlis.ir/fa/report/show/1654649> .

عالی<sup>۱</sup> پیش‌بینی شده است. همچنین در بند سوم ماده ۶۲، یکی از وظایف «شورای هماهنگی ثبات مالی» توجه به ریسک سیستمی و مهار مخاطرات سیستمی است.<sup>۲</sup> لذا مشخص است که قانون‌گذار با هدف جلوگیری از انباشت ریسک سیستمی که به ثبات مالی آسیب وارد می‌کند، درصدد تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان است. اما مشکل اینجا است که مشخص نیست چطور فعالیت‌های بانکی به آسیب به ثبات مالی منجر می‌شوند؛ در نتیجه نیاز به مطالعه فلسفه تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان وجود دارد تا چارچوب روشنی برای حدود مداخله قانون‌گذار در فعالیت‌های بانکی ترسیم شود. در غیاب مقررات احتیاطی کلان، بانک‌های ایرانی با استفاده از سپرده‌های مشتریان، اقدام به تملک اموال غیرمنقول متعددی کرده‌اند. صرف‌نظر از اینکه چنین اقدامی سبب خواهد شد منابع مالی مورد نیاز کارآفرینان از دسترس خارج شود، نظام مالی را با این چالش مواجه می‌کند که در صورت انتشار خبر احتمال ورشکستگی یک یا چند بانک و صف‌کشیدن مشتریان برای مطالبه سپرده‌های خود، بانک‌ها توان فروش فوری اموال غیرمنقول و بازپرداخت سپرده مشتریان را خواهند داشت؟ در سال‌های گذشته برخی مؤسسات مالی، از جمله مؤسسه مالی و اعتباری کاسپین و مؤسسه مالی و اعتباری آرمان، درگیر این مشکل بوده‌اند؛ این امر درنهایت به پرداخت ده‌ها هزار میلیارد تومان توسط بانک مرکزی برای بازپرداخت سپرده مشتریان و نیز تبعات اجتماعی منفی انجامید. بازخوانی پرونده‌هایی که برای این مؤسسات در دستگاه قضایی تشکیل شده است، حکایت از این دارد که این مؤسسات در خلأ مقررات احتیاطی توانسته‌اند با استفاده از سپرده مشتریان در حوزه مسکن سرمایه‌گذاری نمایند و ثبات کل نظام مالی را به مخاطره اندازند. در تنظیم مقررات بانکی، براساس سیاست احتیاطی کلان، هدف مداخله قانون‌گذار حفظ ثبات کل نظام مالی است. در این رویکرد، هر فعالیت بانکی که به لطمه به ثبات

۱. هیئت عالی در طرح جدید، جایگزین «شورای عالی پول و اعتبار» شده است.

۲. طرح بانکداری جمهوری اسلامی ایران، اعلام وصل شده به مجلس در تاریخ ۱۳۹۹/۴/۳، قابل دسترسی در:

<https://media.dotic.ir/uploads/org/159703950645536400.pdf> /

مالی منجر شود، باید از طریق تنظیم مقررات، محدود یا ممنوع شود. بنابراین، مسئله اصلی پژوهش حاضر این است که فلسفه تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان چیست؟ برای پاسخ به این سؤال باید در گام اول بررسی کرد که اساساً منظور از شکست بازار در حوزه بانکداری که منجر به لطمه به ثبات نظام مالی می‌شود، چیست و چگونه فعالیت‌های بانکی به شکست بازار می‌انجامند. در گام بعدی باید دید کدام دسته از فعالیت‌های بانکی منجر به شکست بازار می‌شوند و آیا می‌توان این موارد را به مصادیق معینی منحصر نمود. به این ترتیب، در قسمت اول پژوهش، مفهوم و علت تنظیم مقررات بانکی به سبب شکست بازار مطالعه می‌شود و در قسمت دوم، مصادیق شکست بازار ناشی از فعالیت‌های بانکی و انحصار به مصادیق بررسی می‌گردد.

### ۱. مفهوم و علت تنظیم مقررات بانکی به سبب شکست بازار

اصل بر ممنوعیت مداخله دولت در بازار است و در غالب موارد قواعد بازار توسط خود بازار تنظیم می‌شود. فعالیت‌های بانکی نیز از همین اصل تبعیت می‌کنند. اما در صورتی که هیچ محدودیتی برای فعالیت‌های بانکی وجود نداشته باشد، سودای کسب سود بیشتر به آسیب به ثبات کل نظام مالی منجر خواهد شد. قانون‌گذار با تنظیم مقررات بانکی، چارچوبی برای فعالیت‌های بانکی ترسیم می‌نماید تا در نهایت بتواند ثبات نظام مالی را حفظ کند. بنابراین، ضروری است ابتدا مفهوم شکست بازار ناشی از فعالیت‌های بانکی مشخص شود، سپس بررسی شود که چگونه مقررات بانکی موجب اصلاح این شکست می‌شود.

#### ۱.۱. مفهوم تنظیم مقررات بانکی به سبب شکست بازار

اگرچه فعالیت‌های بانکی در نهایت موجب افزایش رشد اقتصادی می‌گردند و رفاه جامعه را با خود به همراه دارند، همین فعالیت‌های بانکی می‌توانند آثار جانبی منفی با خود به همراه داشته باشند. اصولاً مصرف‌کننده تمایل دارد، کالا یا خدمات مرغوب را با قیمت پایین‌تر بخرد و عرضه‌کننده تمایل است با بیشترین قیمت بفروشد. اما در نهایت این نیروی عرضه و تقاضا است که قیمت نهایی کالا و خدمات را مشخص می‌کند. به این

ترتیب، منحنی‌های عرضه و تقاضا در نقطه معینی به تعادل می‌رسد و کارایی بازار به دست می‌آید. اما در این میان، هیچ عرضه‌کننده کالا و خدماتی به فکر هزینه‌های اجتماعی و تبعات منفی فعالیت اقتصادی خود نیست. در نتیجه بازار دیگر قادر به ایجاد کارایی نیست. بر این اساس، لازم است ابتدا مفهوم شکست بازار را در حوزه بانکی بررسی، و سپس نحوه اصلاح شکست بازار با تنظیم مقررات بانکی را مطالعه کنیم.

### ۱.۱.۱. مفهوم منجرشدن فعالیت‌های بانکی به شکست بازار

در یک جامعه فرضی که بازار در رقابت کامل است و دولت مداخله‌ای در کسب‌وکار افراد ندارد، اشخاص و بنگاه‌ها به کسب‌وکار مورد نظر خود مشغول می‌شوند، کالا و خدماتی را که تمایل دارند، تولید می‌کنند و محصولات خود را به افرادی که دوست دارند، عرضه می‌نمایند. مصرف‌کنندگان نیز به صلاحدید خود کالاها و خدمات مورد نیاز را از افرادی که تمایل دارند، خریداری می‌کنند. شرایط خرید و فروش نیز خارج از دستورات و دخالت‌های دولتی از طریق مذاکره، چانه‌زنی و گفت‌وگو بین طرفین معین می‌شود. دولت در معاملات دخالتی ندارد و فروشنده را به فروش و خریدار را به خرید مجبور نمی‌کند. باوجوداین، در هیچ نظام اقتصادی عدم دخالت دولت در بازار به‌طور کامل پذیرفته نشده است. بعضاً عوامل موجود در بازار به‌تنهایی نمی‌تواند به تخصیص بهینه منابع منجر شود و از مشکلات و بحران‌های اقتصادی پیشگیری کند. دخالت دولت در فعالیت‌های اقتصادی و سازوکار بازار ضروری محسوب می‌شود. اصلی‌ترین مبنای مداخله دولت، شکست بازار است. شکست بازار زمانی بروز می‌کند که عوامل داخلی بازار توانایی تنظیم روابط صحیح اقتصادی را ندارد و برای اصلاح آن نیاز به مداخله دولت است.<sup>۱</sup>

اثر جانبی یا عوارض جانبی زمانی به وجود می‌آید که فعالیت یک شخص بر رفاه شخصی بی‌طرف یا شخص ثالث اثر بگذارد، بدون آنکه هیچ دریافت یا پرداختی برای جبران آن داشته باشد. اگر فعالیت فرد نخست برای شخص ثالث زیان‌بار باشد، آن را اثر

۱. شیروی، عبدالحسین، **حقوق اقتصادی**، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، ۱۳۹۹، صص ۱۰۸-۱۰۷.

جانبی منفی و اگر برای شخص ثالث منافی به همراه داشته باشد، آن را اثر جانبی مثبت می‌نامند.<sup>۱</sup> مبانی فلسفی اثرات جانبی را می‌توان در کتاب *ثروت ملل*<sup>۲</sup> آدام اسمیت یافت. مطابق نظریه «دست نامرئی»<sup>۳</sup> آدام اسمیت، اشخاصی که به دنبال افزایش رفاه اقتصادی خودشان هستند، ناخواسته سبب افزایش رفاه کلی جامعه خواهند شد. از نظر آدام اسمیت، افزایش رفاه اقتصادی یک بنگاه خصوصی باید به منزله افزایش رفاه اقتصادی جامعه تلقی گردد. آدام اسمیت یک استثنا برای نظریه خودش قائل شده است. در صورت وجود اثرات جانبی، رفاه اجتماعی و رفاه یک بنگاه خصوصی به دو سوی متفاوت حرکت خواهند کرد؛ به این معنا که در این وضعیت تلاش یک بنگاه خصوصی برای رسیدن به رفاه اقتصادی، نه تنها سبب رفاه جامعه نمی‌شود، بلکه برای آن مضر نیز است. در این شرایط، دست نامرئی بازار کارکرد خود را از دست خواهد داد و نیاز به مداخله است.<sup>۴</sup>

در یک بازار رقابتی کامل، شکست بازار رخ نمی‌دهد، ورشکستگی و مالیات وجود ندارد، وام‌های بانکی صرف توسعه اقتصادی پایدار می‌شود و ارزش بانک‌ها منصرف از سرمایه‌ای است که در اختیار دارند.<sup>۵</sup> اما در عالم واقع، ورشکستگی و مالیات وجود دارد، بانک‌ها برای کسب سود اقتصادی بیشتر، به ریسک‌های بزرگ‌تری دست می‌زنند و در نهایت شکست بازار رخ می‌دهد. مؤسسات تمایل دارند حجم بیش‌ازاندازه‌ای بدهی برای خود ایجاد کنند که این فعالیت‌ها آثار جانبی با خود به همراه دارد. مطابق نظریه منفعت عمومی، مداخله قانونی و سیاست‌گذاری برای کنترل و مدیریت آثار جانبی فعالیت‌های مخل نظم بازار، ضروری است. شواهد و مستندات حکایت از این دارند که وقتی مؤسسات مالی بیش‌ازاندازه به فعالیت‌های پرریسک دست می‌زنند، نظم بازار دیگر به تنهایی قادر به

۱. منکیو، گریگوری، *نظریه اقتصاد خرد*، ترجمه حمیدرضا ارباب، ج ۱۰، تهران: انتشارات نشر نی، ۱۳۹۹.

2. Wealth of Nations

3. Invisible hand

4. Smith, Adam, *The Wealth of Nations*, first published 1776, Bantam Dell, 2003, p. 572.

5. Modigliani, Franco, Miller Merton, "The Cost of Capital, Corporation Finance, and the Theory of Investment", *48 American Economic Review* 3, 1958, pp 261-297.

مدیریت مناسب آثار جانبی این فعالیت‌ها نیست.<sup>۱</sup> نمونه بارز فعالیت‌های پرریسک بانکی وقتی است که بانک‌ها در دوران رونق اقتصادی بیش‌ازاندازه اقدام به پرداخت وام می‌کنند، بدون اینکه به هزینه‌های این اقدام خود توجه نمایند.<sup>۲</sup> بنابراین، آثار جانبی فعالیت‌های بانکی ممکن است منجر به شکست بازار شود و ثبات نظام مالی را تهدید کند.

### ۱.۱.۲. مفهوم تنظیم مقررات بانکی برای اصلاح شکست بازار

هزینه‌های گزافی که در نتیجه بحران‌های مالی و بانکی به اقتصاد کشورها تحمیل شد، نشان داد، تنظیم مقررات بانکی باید به‌نحوی باشد که منجر به حفظ ثبات مالی شود و تاب‌آوری مالی در برابر شوک‌ها ایجاد نماید؛ تا درنهایت منابع پایداری برای پرداخت اعتبارات وجود داشته باشد، جذب سپرده‌ها به‌نحو مناسبی انجام شود و خدمات پرداخت در دسترس بخش واقعی اقتصاد باشد. تنظیم مقررات بانکی نقش مهمی در کاهش موانع بازار دارد؛ زیرا اختیارات بخش بانکی در نگهداری نسبت کفایت سرمایه و نسبت نقدینگی را تعیین می‌کند. با این توضیح که اگر مقررات بانکی به‌نحوی باشد که الزامات سخت‌گیرانه‌ای را درخصوص نگهداری سرمایه قانونی و نقدینگی مقرر کند، درواقع بانک‌ها را به چشم‌پوشی از بخشی از سرمایه ملزم نموده است که این سرمایه می‌توانست در اختیار بنگاه‌های تجاری قرار گیرد و رشد اقتصادی ایجاد شود. فعالیت‌های پرریسک بانکی دارای برخی آثار جانبی است که موجب شکست بازار می‌شوند. قانون‌گذار به بهانه وجود شکست بازار اقدام به مداخله در بخش بانکی می‌نماید.<sup>۳</sup>

اگرچه بحران مالی جهانی سال ۲۰۰۷، خسارت‌های سنگینی را با خود به همراه داشت، در پی این بحران، راهکاری برای حفظ ثبات مالی مورد استفاده قرار گرفت که تاکنون توانسته است ثبات مالی کشورهایی را که از این راهکار استفاده می‌کنند، حفظ

1. Basel Committee on Banking Supervision, "The Joint Forum, Review of the Differentiated Nature and Scope of Financial Regulation", Key Issues and Recommendations, January 2010, p. 85.

2. Forbes, Kristian, "The International Aspects of Macroprudential Policy", *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, No 27698, August 2020, p.3.

3. Alexander, Kern, **Principles of Banking Regulation**, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 48; Lastra, Rosa, Op. Cit, para. 3.10.



نماید. راهکار حفظ ثبات مالی بعد از بحران مالی جهانی، تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان بود؛ این مفهوم به معنای تدوین اصول و استانداردهایی است که در آنها ثبات کل نظام مالی مورد توجه قرار گیرد.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، در سیاست احتیاطی کلان، به جای توجه به ریسک‌های ترازنامه هر بانک، به ریسک‌های سیستمی تهدیدکننده کل ثبات مالی توجه می‌شود و هدف آن، حفظ ثبات مالی است. در بحران کرونا و جنگ اوکراین که رشد اقتصادی منفی پیش‌بینی می‌شد، این راهکار توانست به خوبی ثبات مالی کشورها را حفظ نماید.<sup>۲</sup> قانون‌گذار به بهانه شکست بازار و برای اصلاح اثرات جانبی فعالیت‌های بانکی، اقدام به مداخله می‌نماید تا در نهایت براساس سیاست احتیاطی کلان بتواند ثبات کل نظام مالی را حفظ کند. بنابراین، تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان، می‌تواند شکست بازار ناشی از فعالیت‌های بانکی را اصلاح کند.

## ۱.۲. علت تنظیم مقررات بانکی به سبب شکست بازار

پس از مشخص شدن مفهوم شکست بازار در حوزه بانکی و مفهوم اصلاح شکست بازار از طریق تنظیم مقررات بانکی، باید بررسی نمود که چطور فعالیت‌های بانکی ثبات نظام مالی را به مخاطره می‌اندازند و منجر به شکست بازار می‌شوند. سپس باید مطالعه نمود که قانون‌گذار چگونه با تنظیم مقررات بانکی ثبات نظام مالی را حفظ می‌کند.

### ۱.۲.۱. علت منجر شدن فعالیت‌های بانکی به شکست بازار

یک مثال سنتی که در خصوص اثرات جانبی منفی وجود دارد، کارخانه‌ای است که آلودگی تولید می‌کند. این کارخانه از نظر فعالیت‌های اقتصادی و تجاری خود، صرفاً هزینه‌های تولید را در نظر می‌گیرد. بنابراین، شرکت مزبور هزینه‌های مرتبط با اثر آلودگی بر سلامتی شهروندانی را که در نزدیکی کارخانه زندگی می‌کنند و نیز هزینه‌های مربوط

1. Dill, Alexander, *Bank Regulation, Risk Management, and Compliance: Theory, Practice, and Key Problem Areas*, Informa Law from Routledge, New York, 2020, p.16.

2. Forbes, Kristian, Op. Cit, p.1; Bank for International Settlement, "Old Challenges, new shocks", Annual Economic Report, June 2022, available at: <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2022e1.pdf>. Last Visited: 08/14/2022, p.4.

به پیامدهای زیست‌محیطی را نادیده خواهد گرفت. این عامل خارجی که کارخانه فوق بیش از میزان بهینه به آلودگی تولید می‌نماید، منجر به «شکست بازار»<sup>۱</sup> می‌شود. قانون‌گذار در این مرحله مداخله، و از طریق الزام شرکت به تولید میزان آلودگی کمتر یا تحمیل مالیات، شکست بازار را اصلاح می‌نماید و تضمین می‌کند که کارخانه هزینه‌های اجتماعی تولید آلودگی را نیز در نظر خواهد گرفت.

ثبات مالی نیز مانند هوای پاک است و «کالای عمومی»<sup>۲</sup> تلقی می‌گردد.<sup>۳</sup> کالای عمومی دارای دو ویژگی مهم است: اول اینکه کالای عمومی غیررقابتی است و مصرف آن توسط یک مصرف‌کننده بر منافع بالقوه سایر مصرف‌کنندگان تأثیری ندارد؛ دوم اینکه کالای عمومی غیرانحصاری است و تولیدکننده آن بر منافی که مصرف‌کنندگان از آن بهره‌مند می‌شوند، کنترل ندارد و نمی‌تواند آن را بر عده‌ای خاص اختصاص دهد و بقیه را استثنا کند.<sup>۴</sup> اثرات جانبی غالباً با کسب کالای عمومی در ارتباط هستند. برای نمونه، یک مؤسسه مالی منفرد اصولاً تمایل ندارد که برای ایجاد ثبات در کل نظام مالی متحمل هزینه شود. مشابه کارخانه‌ای که تمایلی برای هزینه‌کردن جهت ایجاد هوای پاک ندارد.<sup>۵</sup> بانکداری به مفهوم ابتدایی آن از زمان مبادله پایاپای کالا شروع شد، اما عملیاتی که امروزه به‌عنوان بانکداری شناخته می‌شود، سابقه‌ای طولانی ندارد و به‌طور خاص، شروع آن به زمان استفاده گسترده از اسکناس و اسناد بانکی در مبادلات و معاملات مربوط

1. Market Failure

2. Public good

3. Lastra, Rosa, Op. Cit, para. 3.10; Trachtman, Joel, "The International Law of Financial Crisis: Spillovers, Subsidiarity, Fragmentation and Cooperation", *Journal of International Economic Law*, Vol 13, Issue 3, p. 719-743, 2010.

4. Samuelson, Paul, "The Pure Theory of Public Expenditure", *Review of Economics and Statistics*, Vol 36, 1954; Sandmo, Agnar, *The Welfare Economics of Global Public Good* in Kaul, Igne, *Providing Global Public Goods: Making Globalization Work for All*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

5. Rochet, Jean, **Why Are There So Many Banking Crises? The Politics and Policy of Bank Regulation**, Princeton University Press, 2008, p.4; Fontaine, Philippe, "Free Riding", *Journal of History of Economic Thought*, Vol 36, Issue 4, 2014.

می‌شود.<sup>۱</sup> اما به تدریج فعالیت‌های بانکی پیچیده‌تر شد و برخی از این فعالیت‌های بانکی منجر به آسیب به سایر بخش‌ها گردید. وقتی مؤسسات مالی بیش‌ازاندازه دست به فعالیت‌های پرریسک می‌زنند، آثار جانبی این فعالیت‌های بانکی، ریسک سیستمی ایجاد می‌کند. ریسک سیستمی، سبب مختل شدن کارکرد دست نامرئی بازار می‌شود.<sup>۲</sup> ریسک سیستمی ممکن است از نظام مالی نشئت بگیرد و عمدتاً آن دسته از مؤسسات مالی را درگیر می‌کند که مشغول جذب سپرده‌های کوتاه‌مدت از مشتریان و وام‌دادن بلندمدت به سایر مشتریان هستند. چنین اقدامی سبب تکیه بیش‌ازحد مؤسسات مالی به بدهی‌ها می‌شود و درنهایت کار را به جایی می‌رساند که مؤسسات مالی باید برای بقای روزانه خود، درصدد جذب سپرده‌های متزلزل باشند. وقتی یک مؤسسه مالی دچار ورشکستگی شد، به دلیل ارتباط بین بانک‌ها، سیستم‌های پرداخت بانک‌ها نیز مختل، و ریسک سیستمی در کل نظام مالی سرریز می‌شود. در صورتی که فعالیت‌های بیش‌ازحد پرریسک بانک‌ها اثرات جانبی ایجاد نمی‌کردند و ریسک سیستمی به سایر بانک‌ها سرریز نمی‌شد، اساساً نیازی به مداخله قانونی و تنظیم مقررات احتیاطی کلان وجود نداشت.<sup>۳</sup>

## ۱.۲.۲. علت تنظیم مقررات بانکی برای اصلاح شکست بازار

هزینه‌های اجتماعی گزافی که بحران مالی جهانی در پی داشت، دولت‌ها را مجاب ساخت تا از طریق تنظیم مقررات، در کاهش آثار سرریز شدن ریسک سیستمی بکوشند. کاهش تأثیر بحران‌های سیستمی به کانون مباحث مجالس قانون‌گذاری تبدیل شد. مهم‌ترین چالشی که قانون‌گذاران و تدوین‌کنندگان سیاست‌های اقتصادی با آن مواجه شدند، این بود که از کدام ابزارهای قانونی باید استفاده نمود تا مؤسسات مالی انگیزه لازم را برای مدیریت ریسک‌های خود داشته باشند تا این ریسک‌ها تبدیل به ریسک سیستمی

۱. السان، مصطفی، **حقوق بانکی**، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، ۱۳۹۴، ص ۷.

2. International Monetary Fund, "Global Financial Stability Report – Navigating the Financial Challenges Ahead", World Economic and Financial Surveys, October 2009, available at: [www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2009/02/pdf/text.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2009/02/pdf/text.pdf). Last Visited: 07/28/2022.

3. Alexander, Kern, **Principles of Banking Regulation**, *Op. Cit.*, p. 40.

نشوند. چالش دیگر این بود که قانون‌گذاران چگونه می‌توانند از میان انبوه ریسک‌هایی که مؤسسات مالی با آن‌ها درگیر هستند، تشخیص دهند که کدام یک از این ریسک‌ها، ریسک سیستمی محسوب می‌شود و می‌توانند ثبات مالی را تهدید نمایند. قبل از بحران مالی درک درستی از این موضوع وجود نداشت که فعالیت‌های پرریسک بانکی می‌توانند هزینه‌های اجتماعی را بالا ببرند و به انباشت ریسک سیستمی کمک نمایند؛<sup>۱</sup> زیرا تصور بر این بود هر بانکی که بتواند ریسک‌های ترازنامه خود را مدیریت نماید، عملکرد مطلوبی دارد و عملکرد مطلوب تمام بانک‌ها منجر به کارکرد مناسب نظام مالی خواهد شد. اما وقوع بحران مالی نشان داد که این نحوه مدیریت ریسک توسط بانک‌ها، اثرات جانبی منفی متعددی دارد که ریسک سیستمی تولید می‌کنند.

به این ترتیب، فعالیت‌های پرریسک بانکی، برخی اثرات جانبی را با خود به همراه دارند که ریسک‌های سیستمی را ایجاد می‌کنند و دولت‌ها از طریق تنظیم مقررات بانکی برای کنترل ریسک‌های سیستمی به دنبال افزایش کارایی اقتصادی هستند. در صورت عدم تنظیم مقررات بانکی، اثرات جانبی ناشی از فعالیت‌های بانکی موجب تولید ریسک‌های سیستمی می‌شود که آثار آن برای جوامع فاجعه‌بار خواهد بود. بحران مالی جهانی سال ۲۰۰۷، ثابت نمود که ریسک‌های سیستمی ثبات مالی جهانی را تهدید می‌کنند. ریسک‌های سیستمی محدود به مرزهای جغرافیایی کشورها نمی‌شوند و به سرعت از این مرزها عبور خواهند کرد. بنابراین اشتراکات فراوان بین بازارهای ملی و بازارهای جهانی ایجاد می‌کند که مدیریت ریسک‌های سیستمی نیز در سطح ملی و بین‌المللی هماهنگ باشند تا از طریق تنظیم مقررات، راه‌حل مناسب سرریز شدن آثار منفی ریسک‌های سیستمی تعبیه شود.<sup>۲</sup>

---

1. *Ibid*, p. 41.

2. *Ibid*, p. 42.

## ۲. مصادیق شکست بازار ناشی از فعالیت‌های بانکی و عدم محدودیت به

### مصادیق

برخی فعالیت‌های بانکی منجر به تولید و انباشت ریسک سیستمی می‌شود و این ریسک، ثبات نظام مالی را به مخاطره می‌اندازد. اما مشکلی که وجود دارد، این است که مفهوم ریسک سیستمی، مفهومی انتزاعی است و به‌سختی می‌توان تشخیص داد کدام یک از ریسک‌های بانکی ریسک سیستمی محسوب می‌شوند. بنابراین ضروری است مصادیق فعالیت‌های بانکی را که می‌توانند ریسک سیستمی ایجاد کنند و سبب شکست بازار شوند، بررسی نمود. در ادامه ضروری است مطالعه شود که مصادیق فعالیت‌های بانکی که منجر به شکست بازار می‌شوند، منحصر در همین مصادیق است یا خیر.

### ۲.۱. مصادیق شکست بازار ناشی از فعالیت‌های بانکی

در علم اقتصاد، طبقه‌های متعددی از اثرات جانبی ارائه شده است که سبب تحقق ریسک سیستمی می‌شوند.<sup>۱</sup> این عوامل موجب شناسایی موارد شکست بازار می‌شود و راهنمای خوبی هستند که مقامات مسئول مقررات احتیاطی کلان برای اصلاح موارد شکست بتوانند از ابزارهای احتیاطی کلان استفاده نمایند. شناسایی مصادیق اثرات جانبی از دو نظر مهم است: اول اینکه اثرات جانبی می‌توانند به‌عنوان اهداف پایین‌دستی تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان تلقی شوند؛ زیرا اثرات جانبی فعالیت بانک‌ها ریسک سیستمی ایجاد می‌کنند و ریسک سیستمی سبب مختل شدن ثبات مالی می‌شوند که هدف نهایی تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان است. دوم

1. Brunnermeier, Markus et al, "The Fundamental Principles of Financial Regulation", *Geneva Reports on the World Economy 11*, International Centre for Banking and Monetary Studies, 2009; De Nicolò, Gianni et al, Op. Cit; Bank of England, "Instruments of Macroprudential Policy", Bank of England Discussion Paper, December 2011, available at: <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/paper/2011/instruments-of-macroprudential-policy>, Last Visited: 03/24/2022; De Bandt, Oliver & Hartmann, Philipp, *Systemic Risk: A Survey*, European Central Bank Working Paper 35, 2000; Nier, Erland, "Macroprudential Policy-Taxonomy and Challenges", 216 (1) *National Institute Economic Review* 1, 2011; De Bandt, Oliver et al, **Systemic Risk in Banking: An Update**, Oxford Handbook of Banking, Oxford, 2012; Allen, Franklin & Carletti, Elena, "What is Systemic Risk?" 45 *Journal of Money, Credit and Banking* 121, 2013.

اینکه در استفاده از ابزارهای احتیاطی کلان، می‌توان به‌طور هدفمند، آن دسته از فعالیت‌های بانکی را که ریسک سیستمی تولید می‌کنند، شناسایی نمود و ابزار احتیاطی کلان متناسب را طراحی و استفاده نمود.<sup>۱</sup>

بحران مالی جهانی و بحث‌هایی که بعدها پیرامون این موضوع به‌عمل آمد، سبب شناسایی برخی مصادیق رایج اثرات جانبی تولیدکننده ریسک سیستمی شد؛ اگرچه باید تأکید نمود مصادیق اثرات خارجی صرفاً محدود به موارد ذیل نیستند؛ زیرا هر عامل دیگری ممکن است سبب ایجاد ریسک سیستمی شود.<sup>۲</sup> مهم‌ترین مصادیق اثرات جانبی فعالیت‌های بانکی که منجر به شکست بازار می‌شود و ریسک سیستمی تولید می‌کنند، عبارت‌اند از: «ارتباط داخلی بین بانک‌ها»؛<sup>۳</sup> «در معرض ریسک مشترک قرارگرفتن بانک‌ها»؛<sup>۴</sup> «فروش فوری اموال»<sup>۵</sup> و «انتشار اطلاعات».<sup>۶</sup>

#### ۲.۱.۱. ارتباط داخلی بین بانک‌ها

همان‌طور که انسان برای ادامه حیات نیازمند زندگی در جامعه و ارتباط با اطرافیان است، بانک‌ها نیز برای انجام فعالیت‌های واسطه‌گری مالی خود باید در بستر شبکه بانکی فعالیت کنند و از این‌رو ارتباط بین بانک‌ها امری ناگزیر است. به سبب ارتباط بین بانکی، فشار مالی و ورشکستگی یک بانک، سایر بانک‌ها را نیز می‌تواند تحت‌تأثیر قرار دهد. سرریز شدن ریسک از یک بانک به بانک دیگر عمدتاً به‌دلیل نوسان قیمت دارایی‌ها، قراردادهای دوجانبه بانک‌ها و تأثیرپذیری از بخش واقعی اقتصاد است.<sup>۷</sup> به‌این ترتیب، یکی از مواردی که فعالیت‌های بانکی سبب بروز برخی اثرات خارجی تولیدکننده ریسک سیستمی می‌شود، ارتباط بین بازارهای مالی و واسطه‌های مالی است. واسطه‌های مالی از جمله بانک‌ها، مؤسسات غیربانکی و مؤسساتی که از زیرساخت‌های مالی حمایت می‌کنند،

1. De Nicolò, Gianni et al, *Op. Cit.*, p.5.

2. De Nicolò, Gianni et al, *Op. Cit.*, p.7.

3. Interconnected

4. Exposure to common risk

5. Fire sale

6. Information contagion

7. De Nicolò, Gianni et al, *Op. Cit.*, p.9.

اصولاً دارای ارتباط داخلی با یکدیگر هستند.<sup>۱</sup> این ارتباط بین بانکی می‌تواند سبب تشدید سرایت شوک‌ها در نظام مالی شود و از این طریق ثبات مالی را تهدید کند و میزان ریسک سیستمی را افزایش دهد.<sup>۲</sup>

موضوع ارتباط داخلی بین بانک‌ها درخصوص بانک‌های مهم از نظر ریسک سیستمی، دارای اهمیت مضاعفی است. وقتی یک بانک نسبتاً کوچک دچار ورشکستگی شود، جبران خسارت‌ها و اعاده به وضع سابق، نسبتاً ساده‌تر از زمانی است که یک بانک بسیار بزرگ درگیر ورشکستگی می‌شود. بانک‌های مهم از نظر ریسک سیستمی، ترازنامه پیچیده‌ای دارند، عمدتاً درگیر فعالیت‌های بانکی بین‌المللی هستند و نقش مهمی در زیرساخت‌های مالی کشور ایفا می‌کنند.<sup>۳</sup>

#### ۲.۱.۲. در معرض ریسک مشترک قرار گرفتن بانک‌ها

وقتی موجی بزرگ به‌سوی ساحل می‌آید، همه موج‌سواران ترجیح می‌دهند سوار بر این موج شوند. فعالیت اقتصادی بانک‌ها نیز از قاعده‌ای مشابه تبعیت می‌کند. مطالعات تاریخی حکایت از این دارد که بانک‌ها تمایل دارند در چرخه‌های تجاری در معرض ریسک مشترک قرار بگیرند.<sup>۴</sup> گاهی ارتباط بانک‌ها به‌صورت غیرمستقیم است؛ به این صورت که بانک‌ها و سایر مؤسسات مالی در معرض یک منبع مشترک ریسک قرار می‌گیرند و این امر سبب تشدید چرخه‌های اعتباری و نقدینگی می‌شود و به نوسان قیمت

1. Allen, Franklin & Gale, Douglas, "Financial Contagion", *108 Journal of Political Economy* 1, 2000; Gai, Prasanna & Kapadia, Sujit, "Contagion in Financial Networks", *Bank of England Working Paper No 383*, 2010; Portes, Richard, "Interconnectedness: Mapping the Shadow Banking Sector", *Banque de France European Stability Review*, April 2018; Kashyap, Anil & King, Benjamin, "Why Better Measurement is Needed to Deliver Financial Stability", 28 October 2019, available at <<https://voxeu.org/article/why-better-measurement-needed-deliver-financial-stability>>, Last Visited: 11/21/2021; Korniyenko, Yevgeniya et al, "Evolution of the Global Financial Network and Contagion: A New Approach", *International Monetary Fund Working Paper*, No 13, 2018.

2. Portes, Richard, "Interconnectedness: Mapping the Shadow Banking Sector", *Banque de France European Stability Review*, April 2018.

3. De Nicolò, Gianni et al, *Op. Cit.*, p.10.

4. De Nicolò, Gianni et al, *Op. Cit.*, p.9.

دارایی‌ها کمک می‌کند.<sup>۱</sup> ارتباط بانک‌ها صرفاً از طریق قرارگرفتن در معرض ریسک مشترک نیست، بلکه گاهی این ارتباط از طریق مدل‌های تجاری و مدل‌های مدیریت ریسک مشابه است.<sup>۲</sup> آزادسازی‌های تجاری و جهانی‌شدن اقتصاد موجب ارتباط برون‌مرزی بانک‌ها و مؤسسات مالی شده است.

علت اینکه بانک‌ها تمایل دارند در معرض ریسک مشترک قرار بگیرند، «رفتار استراتژیک مکمل»<sup>۳</sup> است.<sup>۴</sup> رفتار استراتژیک مکمل به این معنا است که وقتی تعدادی از بازیگران بازار در حوزه خاصی منفعت بیشتری کسب می‌کنند، سایر بازیگران بازار نیز ترغیب می‌شوند در همان مسیر حرکت نمایند.<sup>۵</sup> یکی از دلایل رفتار استراتژیک مکمل، رقابت بانک‌ها در دوران رونق اقتصادی است. در دوران رونق اقتصادی، بانک‌ها برای پرداخت هرچه بیشتر اعتبار با یکدیگر رقابت می‌کنند و این امر سبب تحت‌تأثیر قرارگرفتن استانداردها در کل نظام اقتصادی می‌شود. حال در شرایطی که اطلاعات کاملی در اختیار بانک‌ها قرار نگیرد، اعتبارسنجی بانک‌ها به‌جای اتکا بر داده‌های آماری، عمدتاً متکی بر رفتار سایر بانک‌ها در روند پرداخت اعتبار می‌شود. در دوران رونق اقتصادی، بانک‌ها سختگیری چندانی در اعطای اعتبار ندارند و بیشتر به فکر این هستند که در رقابت پرداخت اعتبار، از سایر بانک‌ها عقب نمانند. در نتیجه، فرایندهای اعتبارسنجی به‌طور

1. Scott, Hal, "Interconnectedness and Contagion", *American Enterprise Institute Committee on Capital Market Regulation* 17, 2012; Wagner, Wolf, "Diversification at Financial Institutions and Systemic Crises", 19 (3) *Journal of Financial Intermediation* 373, 2010; Acharya, Viral, "A Theory of Systemic Risk and Design of Prudential Bank Regulation", 5 *Journal of Financial Stability* 224, 2009; Acharya, Viral & Yorulmazer, Tanju, "Information Contagion and Inter-Bank Correlation in a Theory of Systemic Risk", Centre for Economic Policy Research Discussion Paper 3473, 2003; Cai, Jian et al, "Syndication, Interconnectedness, and Systemic risk", 34 *Journal of Financial Stability* 105, 2018.

2. Persaud, Avinash, "Sending the Herd off the Cliff Edge: The Disturbing Interaction between Herding and Market-Sensitive Risk Management Practices", *Bank for International Settlements Papers* 2, 2000, p.233.

3. Strategic complementarities behavior

4. Alexander, Kern et al, "Financial Supervision and Crisis Management in the EU", *the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs*, 2007, p.26; De Nicolò, Gianni et al, *Op. Cit.*, p.9.

5. Acharya, Viral & Yorulmazer, Tanju, "Information Contagion and Bank Herding", 40 (1) *Journal of Money, Credit and Banking* 215, 2008.



ضعیف انجام می‌شود و رشد نقدینگی افزایش می‌یابد. وقتی دوران رکود اقتصادی فرامی‌رسد، روند پرداخت اعتبارات معکوس می‌شود و بانک‌ها با تعداد بسیار زیادی بدهکار مواجه می‌شوند. به این ترتیب، قرارگرفتن بانک‌ها در معرض ریسک مشترک، سبب شدت اثرات چرخه مالی می‌شود.<sup>۱</sup>

یکی دیگر از دلایل رفتار استراتژیک مکمل، ترس از رسوایی است. در صورتی که بانک‌ها در دارایی‌های معینی در بازارهای مالی سرمایه‌گذاری کنند، هرگونه شکست در سرمایه‌گذاری به شکست سرمایه‌گذاری کلیه بانک‌ها منجر می‌شود و در نهایت دولت برای جلوگیری از سقوط نظام مالی مجبور به پرداخت خسارات از محل بودجه عمومی کشور خواهد شد. اگر فقط یک بانک در معرض ورشکستگی قرار گیرد و دولت از محل بودجه عمومی اقدام به پرداخت خسارات بانک کند، که در بسیاری از کشورها وجوه متعلق به مالیات‌دهندگان است، عملکرد این بانک به شدت مورد انتقاد عموم قرار خواهد گرفت. اما در شرایطی که تعداد زیادی از بانک‌ها درگیر این موضوع شده باشند، اقدام بانک‌ها توجیه‌پذیر خواهد بود.<sup>۲</sup>

### ۲.۱.۳. فروش فوری اموال

بانک‌ها ممکن است برای مدیریت ریسک‌های ترازنامه خود، از جمله مدیریت ریسک نقدینگی، اقدام به فروش فوری اموال خود نمایند و اموال را به قیمت کمتر از قیمت بازار بفروشند. این اقدام از نظر اقتصادی برای بانک‌ها دارای توجیه است؛ زیرا اگرچه با فروش فوری اموال به قیمت پایین‌تر دچار زیان شده‌اند، از زیان بزرگ‌تری جلوگیری، و ریسک‌های ترازنامه خود را مدیریت کرده‌اند. حال در صورتی که بانک‌ها به یکباره شروع به فروش فوری اموال خود نمایند، این امر سبب وقوع یکی از عوامل خارجی ایجادکننده ریسک سیستمی در نظام مالی خواهد شد. مشابه مثالی که درخصوص کارخانه تولیدکننده

1. De Nicolò, Gianni et al, *Op. Cit*, p.9.

2. De Nicolò, Gianni et al, *Op. Cit*, p.9.

آلاینده‌ها بیان شد، بانک‌ها صرفاً به فکر منافع خود هستند و به آثار این اقدام خود به نظام مالی توجهی ندارند.

فروش فوری اموال وقتی ایجاد می‌شود که مؤسسه مالی متحمل زیان‌های بزرگی شده و مجبور است برای جبران زیان‌ها، دارایی‌های خود را به قیمت کمتر از قیمت بازار بفروشد.<sup>۱</sup> نقطه شروع مشکل اینجا است که اصولاً فروش فوری اموال در دوران رکود اقتصادی رخ می‌دهد؛ شرایطی که میزان گردش مالی در چرخه اقتصاد کافی نیست. اصولاً در دوران رونق اقتصادی است که اشخاص قدرت خرید اموال را دارند و بالعکس وقتی اقتصاد رو به افول است، اشخاص یا تمایل به خریدن اموال ندارند یا سعی در فروش دارایی‌های قبلی خود می‌نمایند. حال در این شرایط که بانک‌ها برای فرار از زیان بیشتر در حال فروش اموال خود هستند، خریداران کمی در بازار وجود دارند و نظام عرضه و تقاضا حکم می‌کند که بانک‌ها باید چوب حراج به اموال خود بزنند تا بتوانند در این وضعیت موفق به فروش اموال خود شوند.<sup>۲</sup>

فروش فوری اموال هم برای مؤسسه مالی که اقدام به این کار نموده است، زیان به همراه دارد و هم برای سایر مؤسسات مالی؛ زیرا فروش فوری اموال سبب کاهش قیمت آن دسته از دارایی می‌شود و در نتیجه برای سایر مؤسسات مالی نیز زیان به بار می‌آورد. این مؤسسات مالی ناچار می‌شوند که دارایی‌های خود را به زیر قیمت بفروشند و این امر دومینویی از فروش فوری اموال را ایجاد می‌کند. بنابراین، اول بانکی که به فروش فوری اموال دست می‌زند، جرقه آتشی را روشن می‌کند که منجر به زیان تعداد زیادی از مؤسسات مالی می‌شود و در نهایت می‌تواند پیامدهای منفی مخربی بر بخش واقعی اقتصاد

1. Shleifer, Andrei & Vishny, Robert, "Fire Sales in Finance and Macroeconomics", *National Bureau of Economic Research Working Paper 16642*, 1992; Cifuentes, Rodrigo et al, "Liquidity Risk and Contagion", 3 (2-2) *Journal of the European Economic Association and following the financial crisis*, 2005; Shleifer, Andrei & Vishny, Robert, "Fire Sales in Finance and Macroeconomics", 25 (1) *Journal of Economic Perspectives* 29, 2011; Greenwood, Robin et al, *Vulnerable Banks*, *Journal of Financial Economics* 115, 2015; Brunnermerier, Markus & Chridito, Patrick, "Measuring and Allocating Systemic Risk", 7 (2) *Risks* 46, 2019.

2. De Nicolò, Gianni et al, *Op. Cit.*, p.8.

بگذارد؛ زیرا فروش فوری به زیان بانک‌ها می‌انجامد و نظام مالی تضعیف می‌شود. حال با توجه به اینکه نظام مالی وظیفه تزریق منابع مالی به بخش واقعی اقتصاد را برعهده دارد، در صورت تزریق کمتر منابع مالی، بخش واقعی اقتصاد نیز دچار آسیب می‌شود.<sup>۱</sup> اما این پایان ماجرا نیست؛ در صورتی که بخش واقعی اقتصاد دچار آسیب شود، منابع مالی کمتری وارد بانک‌ها شده، در نتیجه نظام مالی دوباره ضعیف‌تر می‌شود؛ ضعیف‌تر شدن نظام مالی مجدداً سبب آسیب به بخش واقعی اقتصاد می‌شود و این دومینو می‌تواند نظام اقتصادی یک کشور را به مرز ورشکستگی برساند.

#### ۲.۱.۴. انتشار اطلاعات

چهارمین عامل خارجی که خود در نتیجه سایر عوامل خارجی ایجاد می‌گردد، انتشار اطلاعات است.<sup>۲</sup> آن دسته از مؤسسات مالی که بین سررسیدهای مطالبات و بدهی‌های خود دچار عدم هماهنگی هستند، بیشتر در معرض این عامل خارجی قرار می‌گیرند. یک موضوع غیرقابل انکار این است که بازیگران بازار معمولاً اطلاعات ناقصی در مورد محیط پیرامونی خود دارند.<sup>۳</sup> به همین دلیل، ورشکستگی یک مؤسسه مالی و انتشار اخبار منفی در مورد آن می‌تواند به عنوان نشانه‌ای در خصوص احتمال ورشکستگی در سایر مؤسسات مالی نیز تلقی شود. ممکن است تصور شود، سایر مؤسسات مالی نیز وضعیت مشابه مؤسسه ورشکسته قرار دارند و در نتیجه آنها نیز در معرض ورشکستگی قرار بگیرند.<sup>۴</sup> این تصور اشتباه که در نتیجه انتشار اطلاعات ایجاد شده است، ممکن است موجب از دست رفتن اعتماد مشتریان شود و ناگهان تصمیم به برداشت سپرده‌های خود بگیرند. در

1. Shleifer, Andrei & Vishny, Robert, "Fire Sales in Finance and Macroeconomics", 25 (1) *Journal of Economic Perspectives* 29, 2011; De Nicolò, Gianni et al. *Op. Cit.*, p.8-9.

2. Chen, Yehning, "Banking Panics: The Role of the First-come, First-served Rule and Information Externalities", 107 (5) *Journal of Political Economy* 946, 1999.

3. Mishkin, Frederick, "Anatomy of Financial Crises", 2 *Journal of Evolutionary Economics* 115, 1992; Devenow, Andrea & Welch, Ivo, "Rational Herding in Financial Economics", 40 *European Economic Rev* 603, 1996.

4. Aharony, Joseph & Swary, Itzhak, "Contagion Effects of Bank Failures: Evidence from Capital Markets", 56 *Journal of Business* 305, 1983.

این وضعیت، حتی آن دسته از مؤسسات مالی که اساساً مشکل خاصی نداشته‌اند، نیز ممکن است دچار ورشکستگی شوند. به‌طورکلی، یکی از ویژگی‌های تجارت خدمات عدم‌توازن اطلاعات بین طرفین یا نقصان اطلاعات از ناحیه یکی از طرفین است. این مشکل در زمینه تجارت خدمات بانکی، بسیار بارز است. پدیده «هجوم به بانک‌ها»<sup>۱</sup> یکی از آثار عدم‌توازن اطلاعات است که موجب تشدید مشکلات بانکی می‌شود.<sup>۲</sup>

## ۲.۲. عدم‌محدودیت شکست بازار به مصادیق احصاشده

هدف نهایی مقررات احتیاطی کلان ایجاد ثبات مالی است و آنچه ثبات مالی را برهم می‌زند، ریسک سیستمی است. به همین سبب، عده‌ای معتقدند که فلسفه تنظیم مقررات بانکی براساس رویکرد احتیاطی کلان، توجه به جنبه‌های مختلف ریسک سیستمی است؛ اما بعدها کاشف به عمل آمد که منشأ بروز ریسک‌های سیستمی ثابت و محدود نیست. همین امر موجب شد، در تحلیل فلسفه تنظیم مقررات احتیاطی کلان، به‌جای توجه به جنبه‌های مختلف ریسک سیستمی، تمرکز بر روی «اثرات جانبی منفی»<sup>۳</sup> باشد.<sup>۴</sup> اینکه فلسفه تنظیم مقررات احتیاطی کلان را صرفاً مقابله و کنترل اثرات جانبی ایجادکننده ریسک سیستمی بدانیم، ایراداتی را به خود به همراه دارد؛ اولین ایراد این است که اثرات جانبی صرفاً بخشی از فلسفه تنظیم مقررات احتیاطی کلان را نشان می‌دهند. اثرات جانبی که در قسمت فوق معرفی شدند، صرفاً بُعد ساختاری یا مقطعی ریسک سیستمی را مورد توجه قرار می‌دهند و اشاره‌ای به بُعد زمانی یا چرخه‌ای ریسک سیستمی ندارند. بازیگران

1. Bank run

2. Lastra, Rosa, *Op. Cit.*, para. 3.10.

3. Negative externalities

4. Brunnermeier, Markus et al, "The Fundamental Principles of Financial Regulation", *Op. Cit.*; Borio, Claudio & Drehmann, Mathias, "Assessing the Risk of Banking Crises-Revisited", *Bank for International Settlement Quarterly Review*, March 2009; De Nicolò, Gianni et al, *Op. Cit.*; "Bank of England, Instruments of Macroprudential Policy", *Op. Cit.*; Schoenmaker, Dirk & Wiers Peter, "Macroprudential Policy: The Need for a Coherent Policy Framework", *Duisenberg School of Finance Policy Paper 13*, 2011; Claessens, Stijn, *An Overview of Macroprudential Policy Tools*, International Monetary Fund Working Paper 214, 2014.

بازار اصولاً رفتار مشابهی براساس نحوه رفتار چرخه تجاری و اقتصادی از خود نشان می‌دهند. این امر سبب تمایل مؤسسات مالی به دست‌کم‌گرفتن ریسک‌ها در دوران خوب اقتصادی می‌شود.<sup>۱</sup> البته برای حل این ایراد، می‌توان پیشنهاد نمود که «رفتار چرخه‌ای»<sup>۲</sup> به‌طور مستقل به‌عنوان یکی از عوامل منفی خارجی تعریف شود.<sup>۳</sup>

ایراد دوم این است که برخی عوامل خارجی در بخش مالی اقتصاد ظهور نمی‌کنند، بلکه از بخش حقیقی اقتصادی ناشی می‌شوند. بخش مالی اقتصاد دارای پیچیدگی‌های مضاعفی است و عکس‌العمل شدیدی از خود نشان می‌دهد.<sup>۴</sup> اگرچه فروش فوری اموال و انتشار اخبار جزو عوامل خارجی دسته‌بندی می‌شوند، اما درواقع این عوامل ذاتاً مربوط به بخش اقتصاد مالی نیستند؛ بلکه از بخش حقیقی اقتصادی نشئت می‌گیرند و بخش مالی اقتصاد صرفاً سبب تشدید عکس‌العمل آن‌ها می‌شود. به همین سبب، اینکه عوامل خارجی را صرفاً منبعث از بخش مالی اقتصاد بدانیم، موضوعی فریبنده است. بنابراین باید توجه نمود که گاهی عوامل خارجی ناشی از بخش حقیقی اقتصاد هستند که وقتی به بخش مالی اقتصاد می‌رسند، خود را با شدت بیشتری نشان می‌دهند.

ایراد سوم این است که مقررات احتیاطی کلان همواره باید با شرایط سازگارپذیر باشد، براساس تجارب قبلی به‌صورت پیوسته اصلاح گردد و از طریق فرایندی مبتنی بر شفافیت

1. Crockett, Andrew, "Marrying the micro- and macroprudential dimensions of financial stability", Bank for International Settlements Speeches, 21 September, 2000, available at: <https://www.bis.org/review/r000922b.pdf>, Last Visited: 09/21/2022; Smaga, Pawel, "The Concept of Systemic Risk", *Systemic Risk Centre Special Paper 5*, August 2014, p.7; Kindleberger, Charles & Aliber, Robert, **Panics and Crises: A History of Financial Crises**, Palgrave Macmillan, New York, 2011, p.13.

2. Procyclicality

3. Crockett, Andrew, "Marrying the micro- and macroprudential dimensions of financial stability", *Op. Cit.*, p.3; Bank for International Settlements, "Macroprudential Policy and Addressing Procyclicality", *Bank for International Settlements 80th Annual Report*, 2010; Borio, Cladio et al, "Procyclicality of the Financial System and Financial Stability: Issues and Policy Options, in *Marrying the Macro-and Micro-prudential Dimensions of Financial Stability*", Bank for International Settlements Papers 1, 2001, p.1-57; Adrian, Tobias et al, "Financial Stability Monitoring", Federal Reserve Bank of New York Staff Reports 601, 2014.

4. Trichet, Jean, "Systemic Risk", *Clare Distinguished Lecture in Economics and Public Policy*, Cambridge University, December 2009.

و پویایی اجرا شود. بنابراین محتوای این مقررات همواره در حال تغییر است و به‌سختی می‌توان موارد معینی را مشخص نمود تا با عوامل خارجی به‌طور ثابت مقابله نماید. در تنظیم مقررات احتیاطی کلان، باید به بخش دولتی و بخش خصوصی توجه شود. در این راستا باید توجه نمود که به‌جای تعریف نقش مداخله‌گرانه برای دولت، نقش ناظر برای دولت تعریف شود تا صرفاً در موارد شکست بازار مداخله نماید. به همین دلیل، دولت باید بتواند تعامل مناسبی بین بخش دولتی و بخش خصوصی ایجاد کند.<sup>۱</sup> تنظیم مقررات احتیاطی کلان با صورت امری در مقابل مقررات نهی و بازدارنده موجب می‌شود دولت بهتر بتواند به نقش ناظر و مداخله‌گر در موارد شکست بازار کمک کند. بنابراین دولت باید با تنظیم مقررات امری، بانک‌ها را ملزم کند که به عوامل خارجی منفی ایجادکننده ریسک سیستمی توجه کنند؛ به‌جای اینکه در هر مورد به بانک‌ها بگویند از چه کارهایی پرهیز کنند. استفاده از دیدگاه‌های کارشناسانه و دیدگاه‌های افکار عمومی در خصوص ثبات مالی، یکی از راهکارهای مناسبی است که دولت می‌تواند بحران‌های مالی آینده را پیش‌بینی کند و برای مقابله با آن از ابزارهای احتیاطی مناسب استفاده کند.

---

1. Mazzucato, Mariana, *The Entrepreneurial State: Debunking Public v Sector*, Anthem Press, 2013, p.3-4, p.21-23.

## نتیجه‌گیری

بعد از آزادسازی‌های تجاری دهه ۱۹۷۰ میلادی، وقوع بحران‌های مالی بخش لاینفک اقتصاد کشورها بوده است. در پی بحران مالی جهانی سال ۲۰۰۷، راهکاری مناسب برای جلوگیری از تکرار بحران‌های مالی ارائه شد. مطابق این راهکار، نگاه به ثبات مالی تغییر یافت و به جای توجه به ثبات هر یک از بانک‌ها، ثبات کل نظام مالی در کانون توجهات قرار گرفت. مطابق این راهکار، کشورها به سرعت اقدام به تنظیم مقررات بانکی بر اساس سیاست احتیاطی کلان نمودند.

در یک بازار رقابتی مفروض، دست نامرئی بازار نظم آن را محقق می‌کند و نیازی به مداخله دولت‌ها از طریق تنظیم مقررات وجود ندارد؛ اما این فرض در عالم واقع، قابلیت تحقق ندارد. در مسیر ترسیم چارچوب تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان، ابتدا باید تشخیص داد که قانون‌گذار در چه مواردی مجاز به مداخله و تنظیم مقررات است. با توجه به اینکه برخی فعالیت‌های بانکی به ایجاد آثار جانبی منفی منجر می‌شود که ثبات مالی را تهدید می‌کند، بنابراین، قانون‌گذار در گام اول باید آن دسته از فعالیت‌های بانکی را که منجر به ایجاد آثار منفی تهدیدکننده ثبات مالی می‌شود، شناسایی کند و در گام بعدی، به تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان برای اصلاح شکست بازار ناشی از آثار جانبی منفی فعالیت‌های بانکی اقدام کند. مصادیق آثار جانبی منفی را نمی‌توان منحصر به موارد معینی نمود؛ زیرا ثبات مالی مفهومی متغیر دارد. از مهم‌ترین مصادیق شکست بازار ناشی از فعالیت‌های بانکی می‌توان به ارتباط داخلی بین بانک‌ها، قرارگرفتن بانک‌ها در معرض ریسک مشترک، فروش فوری اموال و انتشار اطلاعات اشاره نمود. درنهایت پیشنهاد می‌گردد، قانون‌گذار ایران با درنظرگرفتن فلسفه تنظیم مقررات بانکی براساس سیاست احتیاطی کلان، اقدام به تنظیم مقرراتی نماید که آثار جانبی منفی فعالیت‌های بانکی را که به شکست بازار می‌انجامد، اصلاح کند.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

- ۱.السان، مصطفی، **حقوق بانکی**، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، ۱۳۹۴.
- ۲.شیروی، عبدالحسین، **حقوق اقتصادی**، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، ۱۳۹۹.
- ۳.منکیو، گریگوری، **نظریه اقتصاد خرد**، ترجمه حمیدرضا ارباب، ج ۱۰، تهران: نشر نی، ۱۳۹۹.

### ب) منابع انگلیسی

#### Books

- 4.Alexander, Kern, **Principles of Banking Regulation**, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- 5.De Bandt, Oliver et al, **Systemic Risk in Banking: An Update**, Oxford Handbook of Banking, Oxford, 2012.
6. Dill, Alexander, **Bank Regulation, Risk Management, and Compliance: Theory, Practice, and Key Problem Areas**, Informa Law from Routledge, New York, 2020.
- 7.Jain, Hansa, **Trade Liberalization, Economic Growth and Environmental Externalities**, Palgrave Macmillan, Singapore, 2017.
- 8.Kindleberger, Charles & Aliber, Robert, **Panics and Crises: A History of Financial Crises**, Palgrave Macmillan, New York, 2011.
- 9.Lastra, Rosa, **International Financial and Monetary Law**, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- 10.Mazzucato, Mariana, **The Entrepreneurial State: Debunking Public v Sector**, Anthem Press, 2013.
- 11.Rochet, Jean, **Why Are There So Many Banking Crises? The Politics and Policy of Bank Regulation**, Princeton University Press, 2008.
- 12.Smith, Adam, **The Wealth of Nations**, first published 1776, Bantam Dell, 2003.



**Articles**

13. Acharya, Viral & Yorulmazer, Tanju, "Information Contagion and Bank Herding", 40 (1) *Journal of Money, Credit and Banking* 215, 2008.
14. Acharya, Viral & Yorulmazer, Tanju, "Information Contagion and Inter-Bank Correlation in a Theory of Systemic Risk", *Centre for Economic Policy Research Discussion Paper* 3473, 2003.
15. Acharya, Viral, "A Theory of Systemic Risk and Design of Prudential Bank Regulation", 5 *Journal of Financial Stability* 224, 2009.
16. Adrian, Tobias et al, "Financial Stability Monitoring", *Federal Reserve Bank of New York Staff Reports* 601, 2014.
17. Aharony, Joseph & Swary, Itzhak, "Contagion Effects of Bank Failures: Evidence from Capital Markets", 56 *Journal of Business* 305, 1983.
18. Alexander, Kern et al, "Financial Supervision and Crisis Management in the EU", *the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs*, 2007.
19. Allen, Franklin & Carletti, Elena, "what is Systemic Risk?" 45 *Journal of Money, Credit and Banking* 121, 2013.
20. Allen, Franklin & Gale, Douglas, "Financial Contagion", 108 *Journal of Political Economy* 1, 2000.
21. Bank for International Settlement, "Old Challenges, new shocks", *Annual Economic Report*, June 2022, available at: <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2022e1.pdf>, Last Visited: 08/14/2022.
22. Bank for International Settlements, "Macroprudential Policy and Addressing Procyclicality", *Bank for International Settlements 80th Annual Report*, 2010.
23. Bank of England, "Instruments of Macroprudential Policy", *Bank of England Discussion Paper*, December 2011, available at: <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/paper/2011/instruments-of-macroprudential-policy>, Last Visited: 03/24/2022.
24. Barwell, Richard, "Macroprudential Policy" in Mizen, Paul et al, *Macroprudential Policy and Practice*, Cambridge University Press, 2018, Cambridge.
25. Basel Committee on Banking Supervision, "The Joint Forum, Review of the Differentiated Nature and Scope of Financial Regulation", *Key Issues and Recommendations*, January 2010.

26. Borio, Cladio et al, "Procyclicality of the Financial System and Financial Stability: Issues and Policy Options, in Marrying the Macro-and Micro-prudential Dimensions of Financial Stability", *Bank for International Settlements Papers* 1, 2001.
27. Borio, Claudio & Drehmann, Mathias, "Assessing the Risk of Banking Crises-Revisited", *Bank for International Settlement Quarterly Review*, March 2009.
28. Brunnermeier, Markus et al, "The Fundamental Principles of Financial Regulation", Geneva Reports on the World Economy 11, *International Centre for Banking and Monetary Studies*, 2009.
29. Brunnermerier, Markus & Chridito, Patrick, "Measuring and Allocating Systemic Risk", 7 (2) *Risks* 46, 2019.
30. Cai, Jian et al, "Syndication, Interconnectedness, and Systemic risk", 34 *Journal of Financial Stability* 105, 2018.
31. Chen, Yehning, "Banking Panics: The Role of the First-come, First-served Rule and Information Externalities", 107 (5) *Journal of Political Economy* 946, 1999.
32. Cifuentes, Rodrigo et al, "Liquidity Risk and Contagion", 3 (2-2) *Journal of the European Economic Association and following the financial crisis*, 2005.
33. Claessens, Stijn, "An Overview of Macroprudential Policy Tools", *International Monetary Fund Working Paper* 214, 2014.
34. Crockett, Andrew, "Marrying the micro- and macroprudential dimensions of financial stability", *Bank for International Settlements Speeches*, 21 September, 2000, available at: <https://www.bis.org/review/r000922b.pdf>, Last Visited: 09/21/2022.
35. De Bandt, Oliver & Hartmann, Philipp, "Systemic Risk: A Survey", *European Central Bank Working Paper* 35, 2000.
36. De Nicolò, Gianni et al, "Externalities and Macroprudential Policy", *IMF Staff Discussion Note* 5, No 5, 2012.
37. Devenow, Andrea & Welch, Ivo, "Rational Herding in Financial Economics", 40 *European Economic Rev* 603, 1996.
38. Fontaine, Philippe, "Free Riding", *Journal of History of Economic Thought*, Vol 36, Issue 4, 2014.
39. Forbes, Kristian, "The International Aspects of Macroprudential Policy", *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, No 27698, August 2020.

40. Gai, Prasanna & Kapadia, Sujit, "Contagion in Financial Networks", *Bank of England Working Paper No 383*, 2010.
41. Greenwood, Robin et al, "Vulnerable Banks", *Journal of Financial Economics 115*, 2015.
42. International Monetary Fund, "Global Financial Stability Report – Navigating the Financial Challenges Ahead", *World Economic and Financial Surveys*, October 2009, available at: [www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2009/02/pdf/text.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2009/02/pdf/text.pdf), Last Visited: 07/28/2022.
43. Kashyap, Anil & King, Benjamin, "Why Better Measurement is Needed to Deliver Financial Stability", 28 October 2019, available at <<https://voxeu.org/article/why-better-measurement-needed-deliver-financial-stability>, Last Visited: 11/21/2021.
44. Korniyenko, Yevgeniya et al, "Evolution of the Global Financial Network and Contagion: A New Approach", *International Monetary Fund Working Paper No 13*, 2018.
45. Mishkin, Frederick, "Anatomy of Financial Crises", *2 Journal of Evolutionary Economics 115*, 1992.
46. Modigliani, Franco, Miller Merton, "The Cost of Capital, Corporation Finance, and the Theory of Investment", *48 American Economic Review 3*, 1958.
47. Nier, Erland, "Macroprudential Policy-Taxonomy and Challenges", *216 (1) National Institute Economic Review 1*, 2011.
48. Persaud, Avinash, "Sending the Herd off the Cliff Edge: The Disturbing Interaction between Herding and Market-Sensitive Risk Management Practices", *Bank for International Settlements Papers 2*, 2000.
49. Portes, Richard, "Interconnectedness: Mapping the Shadow Banking Sector", *Banque de France European Stability Review*, April 2018.
50. Portes, Richard, "Interconnectedness: Mapping the Shadow Banking Sector", *Banque de France European Stability Review*, April 2018.
51. Samuelson, Paul, "The Pure Theory of Public Expenditure", *Review of Economics and Statistics*, Vol 36, 1954.
52. Sandmo, Agnar, "The Welfare Economics of Global Public Good" in Kaul, Igne, *Providing Global Public Goods: Making Globalization Work for All*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

53. Schoenmaker, Dirk & Wierdsma, Peter, "Macroprudential Policy: The Need for a Coherent Policy Framework", *Duisenberg School of Finance Policy Paper 13*, 2011.
54. Scott, Hal, "Interconnectedness and Contagion", *American Enterprise Institute Committee on Capital Market Regulation 17*, 2012.
55. Shleifer, Andrei & Vishny, Robert, "Fire Sales in Finance and Macroeconomics", *National Bureau of Economic Research Working Paper 16642*, 1992.
56. Shleifer, Andrei & Vishny, Robert, "Fire Sales in Finance and Macroeconomics", *25 (1) Journal of Economic Perspectives 29*, 2011.
57. Smaga, Pawel, "The Concept of Systemic Risk", *Systemic Risk Centre Special Paper 5*, August 2014, p.7.
58. Trachtman, Joel, "The International Law of Financial Crisis: Spillovers, Subsidiarity, Fragmentation and Cooperation", *Journal of International Economic Law*, Vol 13, Issue 3, p. 719-743, 2010.
59. Trichet, Jean, "Systemic Risk", *Clare Distinguished Lecture in Economics and Public Policy, Cambridge University*, December 2009.
60. Wagner, Wolf, "Diversification at Financial Institutions and Systemic Crises", *19 (3) Journal of Financial Intermediation 373*, 2010.

# درآمد حقوقی بر عرضه عمومی اولیه توکن‌های رمزنگاری شده بر بستر بلاکچین

شهرزاد حدادی\*  
مصطفی مظفری\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۳۰

## چکیده

روش‌های تأمین مالی دائماً در حال تحول و به‌روزرسانی هستند. پیچیدگی‌ها و دشواری‌های استفاده از سازوکارهای موجود و محدودیت‌های قانونی حاکم برای جذب منابع مالی از عموم به‌وسیله سازوکارهای رسمی، سبب بروز روش نوین تأمین مالی؛ یعنی صدور و انتشار توکن‌های رمزنگاری شده و عرضه عمومی سکه آنها به مردم در سراسر جهان، با استفاده از فناوری بلاکچین شده است. ماهیت این فناوری و بهره‌گیری آن از تکنولوژی دفتر کل توزیع شده و ویژگی عدم تمرکز حاکم بر آن، این امکان را برای شرکت‌ها و صاحبان کسب‌وکارها فراهم نموده است تا این توکن‌های رمزنگاری شده را خارج از سازوکارهای مرسوم و متداول به‌عموم مردم به‌فروش برسانند و از این طریق تأمین مالی کنند. برخی از این انواع توکن‌ها که به آنها اصطلاحاً توکن‌های اوراق بهادار گفته می‌شود، از خاصیت اوراق بهادار برخوردارند و با توجه به حقوقی که برای دارنده آن به‌دنبال دارند و مخاطراتی که پذیرهنویسان این توکن‌ها را تهدید می‌کند، مشمول مقررات قانونی حاکم در نظام‌های حقوقی درخصوص عرضه عمومی اوراق بهادار هستند. در این مقاله، با کمک یافته‌هایی از نظام حقوقی ایران و آمریکا، به روش توصیفی-تحلیلی به بررسی مقررات حاکم بر عرضه عمومی اولیه توکن‌های رمزنگاری شده بر بستر بلاکچین پرداخته می‌شود.

## کلیدواژگان:

تأمین مالی، توکن رمزنگاری شده، فناوری بلاکچین، توکن اوراق بهادار، عرضه عمومی سکه.

\* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

sh.haddadi.law.s@gmail.com

\*\* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران

hoghoogh.m@gmail.com



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

## مقدمه

امروزه روش‌های تأمین مالی دائماً در حال تحول و روزآمدی است. رویه‌های کنونی جذب سرمایه و منابع مالی و تشریفات متعددی که این سازوکارها دارند، صاحبان کسب‌وکارهای نوپا را به فکر ابداع شیوه‌های جدید جذب سرمایه انداخته است. روشی که هم بتواند از بسیاری از تشریفات اداری و مقدمات جاری در شرکت‌های تأمین سرمایه، بانک‌ها، صندوق‌های سرمایه‌گذاری و دیگر نهادهای مالی مشابه آنها بکاهد و درعین حال بدون آنکه نیاز به حضور شخص واسطی برای تأیید فرایند تأمین مالی باشد، اعتبار خود را از عموم مشارکت‌کنندگان در فرایند تأمین مالی در سراسر جهان دریافت کند. فناوری زنجیره بلوکی یا بلاکچین، این فرصت را فراهم آورده است.

فناوری زنجیره بلوکی (بلاکچین)<sup>۱</sup> نوعی از فناوری دفتر کل توزیع شده است که دیتا را به صورت غیرمتمرکز و رمزنگاری شده ذخیره می‌کند.<sup>۲</sup> اولین استفاده گسترده و عمومی از فناوری بلاکچین، در رمزارز بیت‌کوین رخ داد. از آن زمان تاکنون دیگر گونه‌های بلاکچین، برای تنوع گسترده‌ای از کاربردها، استفاده‌ها و کارکردها توسعه داده شده است که همگی از شاخصه‌های رایج فناوری زنجیره بلوکی یعنی رمزنگاری، عدم تمرکز و عدم قابلیت تغییر برخوردارند.<sup>۳</sup>

فناوری بلاکچین زیرساخت‌های لازم برای عرضه عمومی انواع ارزهای رمزنگاری شده را فراهم آورده است. از جمله این رمزارزها، توکن‌ها هستند. شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی در یک فرایند فزاینده به دنبال انتشار توکن اختصاصی خودشان، فروش آن به عموم مردم و درنهایت تأمین مالی از این طریق هستند. صدور توکن‌ها از طریق روش‌ها و مسیرهای قانونی سنتی که قانون‌گذار یا نهادهای قانونی تعیین کرده‌اند، مانند واسطه‌ها

1. Blockchain.

2. Shelhar Sarmah, Simanta, "Understanding Blockchain Technology", *Computer Science and Engineering*, Vol. 8(2), 2018, P:24.

3. Jayanti, Amritha, Belei, Bogdon, "Technology Factsheet Series: Blockchain", Harvard Kennedy School, Belfer Center for Science and International Affairs, 2020, P:1.

(کارگزاری‌ها)، صورت نمی‌گیرد؛ بلکه این فرایند از طریق تکنولوژی دفتر کل توزیع شده<sup>۱</sup> محقق می‌شود.<sup>۲</sup> همین امر قانون‌گذاران و مقررات‌گذاران را به تدبیر سازوکاری برای تنظیم بازار این گونه جدید تأمین مالی رهنمون ساخته است.

یکی از زمینه‌های مورد توجه مقررات‌گذاران، حوزه عرضه و انتشار عمومی توکن‌ها است. در عین حال که ناشران توکن‌ها معتقدند، هیچ قانون و قاعده آمره یا مقرراتی بر اقدامات آنها حاکم نیست، نهادهای قانونی مانند کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا، سعی می‌کنند آنها را مشمول مقررات موجود کنند یا مقررات جدیدی برای عرضه عمومی توکن‌ها تصویب نمایند. در نظام حقوقی ایران تا لحظه نگارش این مقاله، اقدامات عملیاتی و اجرایی در مواجهه با این پدیده نوظهور توسط مقام مقررات‌گذار، یعنی سازمان بورس و اوراق بهادار، اتخاذ نشده است؛ اما می‌توان با مراجعه به قوانین و مقررات حاکم در ایران و تجربیات بین‌المللی حکم موضوع را استخراج کرد.

در حال حاضر، بخش عمده‌ای از اطلاعاتی که درباره توکن‌ها و عملکردشان وجود دارد، در شبکه‌های مجازی، وبلاگ‌ها و اتاق‌های گفتگو میان علاقه‌مندان به صنعت بلاکچین دست‌به‌دست می‌شود و این نوع اطلاعات فاقد ارزیابی‌های علمی و دقیق دانشگاهی درباره این پدیده نوظهور هستند.<sup>۳</sup> هدف از این پژوهش بررسی لزوم پیروی از مقررات «ثبت» در فرایند عرضه عمومی توکن‌های رمزنگاری شده به‌عنوان یکی از الزامات حاکم بر جذب سرمایه و تأمین مالی عمومی است؛ زیرا مقررات‌گذاران با هدف حمایت از سرمایه‌گذاران خرد در بازار اوراق بهادار، سعی دارند تا آنجا که ممکن است تأمین مالی عمومی بر پایه انتشار توکن‌های اوراق بهادار را مشمول الزاماتی مانند افشای اطلاعات یا ارائه انواع گزارش‌های استاندارد و ثبت و ضبط معاملات آنها کنند؛ در حالی که

1. Distributed Ledger Technology.

2. Board of the Bank of Lithuania, "Guidelines On Security Token Offering", *Approved by Resolution No. 03-188.*, 2019, P:5.

3. Luis, Oliveira, Liudmila, Zavolokina, et al, "To Token or not to Token: Tools for Understanding Blockchain Tokens", University of Zurich, Zurich Open Repository and Archive, 2018, P:14.

ناشران این توکن‌ها، بدون توجه به چنین مقرراتی، با استفاده از امکانات فناوری بلاکچین و غیرمتمرکز بودن سازوکارهای آن، سعی دارند خود را از این روندهای قانونی مستثنی نمایند؛ امری که می‌تواند به ابهام در این بازار و ضرر و زیان عمده سرمایه‌گذاران غیرنهادی و اتخاذ تصمیمات مالی با مخاطرات بالا برای ایشان منتهی گردد. برای این منظور از آنجا که کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا، جزو اولین اقدام‌کنندگان در این حوزه است و نیز از آنجا که این صنعت از درون آمریکا رشد و توسعه پیدا کرده است، ابتدا به این نظام حقوقی پرداخته می‌شود و سپس از آن روی که بازار رمزارزها در تعاملات مالی ایران، در حال گسترش است و هر روز ابعاد جدیدی به خود می‌بیند، به تحلیل موضوع در آینه مقررات حاکم و موجود در ایران می‌پردازیم. برای این منظور ابتدا مفهوم و انواع توکن رمزنگاری شده (۱) بررسی می‌شود تا خواننده نسبت به این پدیده نوظهور آگاهی یابد. آنگاه فرایند عرضه عمومی سکه توکن‌های رمزنگاری شده بیان می‌گردد (۲)؛ سپس مخاطرات عرضه عمومی اولیه توکن‌های رمزنگاری شده بیان می‌شود (۳) و در انتها به رویکرد نظام‌های حقوقی آمریکا و ایران به عرضه عمومی توکن رمزنگاری شده اشاره می‌شود (۴).

## ۱. مفهوم و انواع توکن رمزنگاری شده

در این قسمت، ابتدا مفهوم توکن رمزنگاری شده بیان می‌شود (۱,۱) و سپس انواع این توکن‌ها معرفی می‌گردند. (۱,۲)

### ۱.۱. مفهوم توکن رمزنگاری شده

در مقابل روش‌های سنتی و طولانی موجود صندوق‌های سرمایه‌گذاری خطرپذیر و طی مراحل مختلف جذب سرمایه به وسیله این سرمایه‌گذاران، کسب‌وکارها توکن‌هایی را طراحی نمودند که در کنار تأمین مالی، مجموعه‌ای از حقوق و تعهدات را برای دارندگان آن توکن‌ها به همراه دارند. در حال حاضر، پلتفرم اتریوم، پروتکلی را برای طراحی و ایجاد چنین توکن‌هایی توسعه داده است که شرکت‌ها می‌توانند از طریق آن پلتفرم، توکن



مخصوص خود را به‌وجود آورند. بنابراین بنیان‌گذاران یک کسب‌وکار با انتشار توکن و جمع‌آوری سرمایه‌های اشخاص در قالب رمز ارز می‌توانند محصول خود را توسعه دهند و تولید کنند. همچنین می‌توانند با فروش ارزهای دیجیتالی که از طریق فرایند عرضه عمومی سکه<sup>۱</sup> جمع‌آوری کردند، در مقابل، ارزهای ملی، مانند دلار یا یورو، دریافت نمایند. سرمایه‌گذاران نیز می‌توانند هم توکن‌های خریداری‌شده آن شرکت را نگه دارند و هم آنکه آنها را در بازارهای ثانویه مبادله ارزهای دیجیتال معامله کنند. در برخی موارد هم توکن‌ها، بلافاصله پس از عرضه عمومی اولیه، در اختیار سرمایه‌گذاران قرار نمی‌گیرند و لازم است که آنان مدت‌زمان طولانی برای دریافت توکن‌های خریداری‌شده و سپس امکان معامله ثانویه آنها صبر کنند.<sup>۲</sup>

تاکنون هیچ تعریف اجماعی و واحدی از توکن رمزنگاری‌شده وجود ندارد، ولی به‌صورت کلی می‌توان آنها را حقوق قراردادی‌ای دانست که به‌صورت رمزنگاری‌شده و دیجیتال از آنها محافظت می‌شود و از طریق گونه‌های مختلف تکنولوژی دفتر کل توزیع‌شده قابل انتقال، ذخیره و معامله هستند. توکن‌ها هم یکی از انواع دارایی‌های رمزنگاری‌شده هستند. توکن‌ها، دارایی‌های دیجیتالی هستند که از طریق به‌کارگیری قراردادهای هوشمند<sup>۳</sup> در یک دفتر کل توزیع‌شده ثبت، توزیع و معامله می‌شوند. بر این اساس، «توکن‌سازی» فرایندی است که حقوق اشخاص نسبت به یک دارایی را تبدیل به توکن‌های دیجیتال می‌کند.<sup>۴</sup>

1. Initial Coin Offering (ICO).

2. Hacker, Phipip, Thomale, Chriss, **Crypto-Securities: ICOs, Token Sales and Crypto currencies under EU Financial Law**, pp 10-11.

۳. قراردادهای هوشمند برنامه‌های نرم‌افزاری مبتنی بر فناوری بلاکچین هستند که می‌توانند دارایی‌ها و اطلاعات را ارسال و دریافت کنند. به‌صورت کلی توزیع دارایی‌ها و اطلاعات از طریق قراردادهای هوشمند از طریق کدهای فنی نرم‌افزاری تعریف شده است و این فرایند با تحقق یک سری شروط از قبل تعیین‌شده به‌صورت خودکار (اتوماتیک) اجرایی می‌شود

4. Board of the Bank of Lithuania, *op.cit*, P 5.

محور اصلی این تعریف، فرایند توکن‌سازی<sup>۱</sup> است که پلی میان دنیای دارایی‌های ملموس و فیزیکی و معامله، ذخیره و انتقال دارایی‌ها در یک دنیای دیجیتال است. این فرایند بر بستر فناوری بلاکچین محقق می‌شود. توکن‌سازی ارزش موجود در دارایی‌های ملموس و مادی را به توکنی تبدیل می‌کند که از طریق سازوکارهای فناوری بلاکچین به یک دارایی غیرمادی و غیرملموس تبدیل می‌شود. به عبارت ساده‌تر، توکن‌سازی می‌تواند تقریباً هر دارایی اعم از واقعی یا مجازی را به توکن دیجیتالی تبدیل کند و بدون نیاز به یک واسط یا شخص سوم، مانند کارگزاری‌ها یا بنگاه‌های معاملاتی، زمینه‌های انتقال، مالکیت و ذخیره آن دارایی‌ها را به صورت دیجیتال فراهم سازد. بدین ترتیب، می‌توان توکن را بخشی از یک نرم‌افزار همراه با یک دارایی مشخص مانند حق مالکیت توصیف کرد. در عین حال، این موضوع که توکن‌ها مبتنی بر فناوری بلاکچین هستند، آنها را از سایر روش‌های فنی دیجیتالی کردن دارایی‌ها، متمایز می‌سازد.<sup>۲</sup>

بنابر تعریفی دیگر، توکن یک وسیله مبادله داخلی درون یک پلتفرم است که دو شاخصه داشته باشد:

الف) فاقد ارزش ذاتی: توکن خارج از پلتفرمی که در آن ارائه می‌شود، دارای ارزش ذاتی نیست و ویژگی «وسیله مبادله بودن» توکن تنها درون پلتفرمی که در آن ارائه می‌شود، معنادار است.

ب) شفافیت: توکن‌ها درون پلتفرمی معامله می‌شوند که در فناوری بلاکچین که زیرساخت فنی آن است، ثبت می‌شود و از این روی برای کاربران قابل مشاهده است<sup>۳</sup> و شفافیت دارد.

1. Tokenization

2. Stephanie, Darko, Sahin, Orkan and others, **Tokenization of Assets**, EY, Vol.1, P 12.

3. Li, Jiasum, Mann, William, **Digital Tokens and Platform Building**, 2020, pp 11-12.

طبق تعریف بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، در الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها، توکن، یک موجودیت دیجیتال است که یک ارزش مجازی یا واقعی را نمایندگی می‌کند. توکن معادل یک رمزارز جدید حاصل از عرضه اولیه سکه است.<sup>۱</sup> همان‌طور که دیده می‌شود، آنچه میان این تعاریف مشترک است، آن است که توکن، نماینده یا بدل از یک دارایی، اعم از مادی یا غیرمادی، است که می‌تواند انواعی داشته باشد و در ادامه به انواع توکن پرداخته می‌شود.

## ۱.۲. انواع توکن رمزنگاری شده

توکن‌ها انواع مختلفی دارند و بر همین اساس دارای کارکردهای متنوعی‌اند و طبقه‌بندی واحدی از انواع توکن‌ها وجود ندارد. بر اساس طبیعت و کارکرد اقتصادی، توکن‌ها در یک تقسیم‌بندی کلی دارای اقسام زیر هستند:

الف) توکن‌های پرداخت:<sup>۲</sup> این دسته از توکن‌ها به‌عنوان ابزاری برای مبادله یا پرداخت در مقابل کالاها و خدمات به‌کار می‌روند. این توکن‌ها همان ارزهای دیجیتال مانند بیت‌کوین هستند.<sup>۳</sup>

ب) توکن‌های کاربردی:<sup>۴</sup> این دسته از توکن‌ها، مانند توکن لیمو،<sup>۵</sup> نوعی کاربرد یا حق استفاده برای دارنده آن به‌دنبال دارند و به‌واسطه آنها می‌توان برخی از انواع خاص کالاها یا خدمات را خریداری نمود. این دسته از توکن‌ها در برنامه‌هایی مانند بازی‌های رایانه‌ای کاربرد دارند.<sup>۶</sup> طبق تعریف سازمان بازارهای مالی فرانسه، توکن‌های کاربردی آن دسته از توکن‌ها هستند که به دارنده آن اجازه می‌دهند تا از تکنولوژی یا خدمات شرکت عرضه‌کننده استفاده کنند. این سازمان، توکن‌های کاربردی را با روش‌های بازاریابی در صنعت خرده‌فروشی، مانند کارت‌های وفاداری مشتریان و جوایز

۱. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۷، ص ۶

2. Payment Type Token

3. Board of the Bank of Lithuania, *op.cit*, P 6.

4. Utility Token

5. Lymo.

6. *Ibid*, P 6.

پیشنهادی به آنها، همچون حمل رایگان کالا، مقایسه می‌کند که مشتریان را به مصرف کالاها و خدمات برندها جذب می‌نمایند.<sup>۱</sup>

پ) توکن‌های سرمایه‌گذاری:<sup>۲</sup> این دسته از توکن‌ها که به آنها توکن اوراق بهادار نیز گفته می‌شود، ویژگی‌های خاصی دارند و دارای برخی از شاخصه‌های اوراق بهادار قابل معامله یا دیگر ابزارهای مالی، مانند سهام یا اوراق قرضه، هستند و در چارچوب مقررات‌گذاری مالی قرار می‌گیرند.<sup>۳</sup> این دسته از توکن‌ها، حقوقی از جنس مطالبات سهام‌دار یا اوراق قرضه یا ابزارهای مالی مشتقه برای دارنده آن در مقابل صادرکننده به‌دنبال دارند.<sup>۴</sup> توکن‌هایی که به دارندگان خود حقوقی برابر با سهام‌داران اعطا می‌کنند، مانند مشارکت در فرایند مدیریت یک شرکت، تعلق بخشی از سودهای شرکت، توزیع و بازپرداخت سرمایه در صورت انحلال در کنار قابلیت معامله آنها، شبیه اوراق بهادار قابل معامله هستند که ویژگی‌های خاص سهام را دارند.<sup>۵</sup>

توکن‌های اوراق بهادار حقی را برای دارنده آن به‌دنبال دارد که شبیه اوراق بهادار است. مفهوم اوراق بهادار در هر حوزه قضایی با حوزه قضایی دیگر متفاوت است. بنابراین در برخی از حوزه‌های قضایی ممکن است این دسته از توکن‌ها، اوراق بهادار باشند و در برخی دیگر اوراق بهادار قلمداد نشوند. اما آنچه مشخص است، آنکه توکن هنگامی مشمول مقررات اوراق بهادار می‌شود که دارنده، انتظار بازخورد مالی و مطالبه حقوقی از جنس سهام‌داری درخصوص یک پروژه مشخص داشته باشد. بنابراین، این دسته از توکن‌ها، متفاوت از نوع دیگری از توکن هستند که با وجود اینکه برای جذب سرمایه منتشر می‌شوند، اما هدف از آنها فروش یا پیش‌فروش کالا یا خدمتی مشخص است و

1. Think Block Tank, **The Regulation of Tokens in Europe**, Ver 1.0., 2019, P 30.

2. Investment Type Token.

3. Board of the Bank of Lithuania, *op.cit*, P 6.

4. Di Angelo, Monika, Salzer, Gernot, **Tokens, Types, and Standards: Identification and Utilization in Ethereum**, Research Gate., 2020, P 3

5. Zetzsche, Dirka, P. Buckley, Ross, W. Arner, Douglas, "The ICO Gold Rush: It's a Scam, It's a Bubble, It's a Super Challenge for Regulators", *Law Working Paper, Faculty of Law, Economics and Finance.*, 2017, P 7.

دارنده آن از حقوقی مانند مشارکت در مدیریت پروژه یا مطالباتی از جنس سهم‌شدن در درآمد حاصل از آن و دیگر مواردی که در توکن‌های اوراق بهادار وجود دارد، برخوردار نیست.<sup>۱</sup> توکن‌های ترکیبی:<sup>۲</sup> این دسته از توکن‌ها دارای ترکیبی از انواع حقوق و اختیارات و امکانات برای دارنده آن هستند که در بالا به صورت جداگانه ذکر شده است.<sup>۳</sup> در یک تقسیم‌بندی دیگر، به موجب مقررات مندرج در الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها، تقسیم‌بندی دیگری از انواع توکن ارائه شده است که در آن توکن، به عنوان یک رمزارز می‌تواند به دو صورت بدون پشتوانه دارایی یا با پشتوانه صادر شود. توکن‌های دارای پشتوانه به چهار دسته توکن با پشتوانه ریال، توکن با پشتوانه طلا و سایر فلزات گرانبها، توکن با پشتوانه ارز (دلار، یورو و غیره) و توکن با پشتوانه سایر دارایی‌های مشهود و غیرمشهود، تقسیم می‌شوند.<sup>۴</sup>

## ۲. فرایند عرضه عمومی<sup>۵</sup> توکن رمزنگاری شده

عرضه عمومی توکن‌های رمزنگاری شده بر اساس یک رویه عملیاتی صورت می‌گیرد که مبتنی بر فناوری بلاکچین است (۲،۱) و مراحل صدور، توزیع و ایجاد قابلیت معامله را طی می‌کند (۲،۲). در ادامه به این فرایند می‌پردازیم.

### ۲.۱. رویه عملیاتی عرضه عمومی سکه توکن‌های رمزنگاری شده

عرضه عمومی اولیه از طریق تکنولوژی دفتر کل توزیع شده صورت می‌گیرد. با استفاده از فناوری بلاکچین، اوراق بهادار دنیای کنونی به توکن‌های دیجیتالی تبدیل می‌گردند که

1. Clifford Chance, *Security Token Offerings: The Shape of Regulation Across Asia – Pacific*, 2020, P 4

2. Hybrid Type Token

3. Board of the Bank of Lithuania, *op.cit*, P 6.

۴. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، معاونت فناوری‌های نوین اداره نظام‌های پرداخت، **الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها**، تهران، ۱۳۹۷، ص ۸.

۵. در این مقاله عبارات «عرضه عمومی سکه» و «عرضه عمومی اولیه» به جای یکدیگر به کار می‌روند و از یک مفهوم برخوردارند.

معمولاً به آنها اوراق بهادار توکنیزه شده نیز می‌گویند. به منظور توکن‌سازی اوراق بهادار، صادرکننده به قرارداد هوشمندی نیاز دارد که برای مدیریت عرضه توکن و ذخیره‌سازی آن به کار می‌رود. صادرکننده باید از سازوکارهای حسابداری برای توزیع توکن نیز استفاده کند.<sup>۱</sup> طبق تعریف مضیق بانک مرکزی ایران، طی فرایند عرضه عمومی سکه/اولیه توکن، شخص حقیقی یا حقوقی در داخل کشور به صدور رمزارز یا توکن دیجیتال جدید اقدام کرده و چندین واحد از آن را با اهدافی مانند تأمین سرمایه، در اختیار سرمایه‌گذاران گذاشته است.

اشخاصی که به دنبال صدور و انتشار توکن هستند، متنی را منتشر می‌کنند که اصطلاحاً به آن «سپیدنامه»<sup>۲</sup> گفته می‌شود و توضیحات فنی مرتبط با پروژه و هرگونه نکته مهم دیگر درباره کاربرد و استفاده آن و جنبه‌های مالی توکن در آن ذکر می‌گردد. غالب اوقات سپیدنامه، در بردارنده نقشه راه توسعه پروژه و نیز توضیحاتی درباره تیمی است که این پروژه فنی را هدایت می‌کند. همچنین این سپیدنامه‌ها بیان می‌دارند که آیا بنیان‌گذاران و توسعه‌دهندگان فنی این توکن نیز در فرایند عرضه و فروش، توکن دریافت خواهند کرد یا خیر. به دنبال انتشار سپیدنامه، شرکتی که این توکن را عرضه می‌کند، کدهای فنی مربوط به آن را برای عموم مردم افشا می‌نماید. در این هنگام برخی متخصصان فنی مورد اعتماد، این کدها را به بوتۀ آزمایش می‌گذارند تا اطمینان حاصل کنند که کد نرم‌افزار توکن، هیچ‌گونه ایراد فنی نداشته باشد و بعضاً به متخصصان فنی که بتوانند خطاها و ایرادات فنی را پیدا کنند، پاداش می‌دهند. پس از انتشار سپیدنامه، شرکتی که به دنبال فروش توکن است، با استفاده از بسترهای شبکه‌های اجتماعی موجود، عملیات بازاریابی برای فروش توکن را آغاز می‌کند. هنگامی که عرضه عمومی توکن شروع می‌شود، هر شخصی که به اینترنت دسترسی داشته باشد، می‌تواند این توکن را خریداری کند. این فرایند در تمام جهان رخ می‌دهد و یک تأمین مالی جمعی سراسری اتفاق

1. Board of the Bank of Lithuania, *op.cit*, P:5.

2. White Paper.

می‌افتد. افرادی که تمایل داشته باشند تا توکن خریداری کنند، به سامانه آنلاین آن شرکت مراجعه و توکن‌ها را خریداری می‌کنند و آنها را در یک کیف پول دیجیتالی ذخیره می‌نمایند. هنگامی که توکن فروخته می‌شود، فروشنده هیچ‌گونه تعهدی برای بازخرید توکن فروخته‌شده ندارد و برای معامله این توکن‌ها محدودیتی وجود ندارد. در مقابل، توکن‌های فروخته‌شده در بازارهای ثانویه ارزش دیجیتال در سراسر دنیا قابل معامله‌اند. این بازارها توکن‌های منتشرشده را فهرست و معاملات آنها را تسهیل می‌کنند. فرایندی که شبیه عملکرد بورس‌های اوراق بهادار است. وجود چنین امکاناتی برای معامله ثانویه توکن‌های فروخته‌شده این فرصت را حتی برای دارندگان توکن‌های کاربردی که هدف اولیه آنها فراهم‌آوردن یک امکان یا حق استفاده برای خریدار آن است، فراهم می‌کند تا توکن خریداری‌شده خود را به قیمت‌های بالاتری نسبت به قیمت خرید خود بفروشند.<sup>۱</sup>

اگر مجموع توکن‌های خریداری‌شده بیش از حداقل تعداد مقرر برای خرید باشد که ناشر اعلام کرده است، ناشر فرایند جذب سرمایه و عرضه عمومی را ادامه می‌دهد؛ اما اگر شرط فروش حداقل توکن در عرضه عمومی اولیه محقق نشده باشد، تمام مبالغ پرداختی به شرکت‌کنندگان باز می‌گردد و فرایند عرضه عمومی سکه خاتمه می‌یابد.<sup>۲</sup>

## ۲.۲. مراحل عرضه عمومی سکه توکن‌های رمزنگاری شده

در صورتی که بنا باشد عرضه عمومی توکن‌های رمزنگاری‌شده از مقررات حاکم بر اوراق بهادار تبعیت کند، لازم است فرایندی را طی نماید که دارای مراحل زیر است:

الف) صدور: در ابتدا لازم است که توکن اوراق بهادار نزد مقامات قانونی ذی‌صلاح ثبت شود یا آنکه مشمول یکی از شرایط استثنای از مقررات ثبت اوراق بهادار باشد و لازم است کلیه مقررات قانونی حاکم بر فرایند توزیع را رعایت نماید. همچنین ممکن است لازم باشد تا ناشران توکن‌های اوراق بهادار از طریق انتشار امیدنامه یا دیگر اسناد

1. Rohr, Jonathan, Wright, Aaron, "Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets", 2018, Pp: 27-29.  
2. Catalini, Christian, Gans, Loshua, "Initial Coin Offerings and the Value of Crypto Tokens", 2019, Pp: 7-8.

مشابه، اقداماتی را درخصوص افشای ریسک‌های حاکم و ویژگی‌های کلیدی آن توکن، از جمله ریسک‌های معطوف به تکنولوژی دفترکل توزیع‌شده اتخاذ نمایند که برای حفاظت از بازار و نیز سرمایه‌گذاران ضروری است. علاوه‌براین پروتکل‌های شبکه دفترکل توزیع‌شده و قراردادهای هوشمندی که زیرساخت توکن‌های اوراق بهادار هستند، نیز ممکن است مشمول مقررات نظارت، بازرسی و کنترل باشند تا اطمینان کافی از فرایند صدور توکن و کارکرد تکنولوژی زیرساخت آن حاصل شود.<sup>۱</sup>

ب) توزیع: به‌صورت کلی، پس از ثبت توکن اوراق بهادار، صادرکننده از طریق کارگزاران یا پلتفرم‌های واسطه متعدد موجود برای توزیع آنها اقدام خواهد کرد. در این بین، اهمیت دارد تا این کارگزاران و واسطه‌های توزیع از مجوزهای لازم برخوردار باشند تا توکن اوراق بهادار را در بازار توزیع کنند و اطمینان حاصل نمایند که مقررات و قوانین مقابله با پولشویی و احراز هویت مشتریان و خریداران به‌درستی انجام شده است.<sup>۲</sup>

پ) ایجاد قابلیت معامله: هنگامی که توکن‌های اوراق بهادار ثبت می‌شود، نیاز است تا صادرکننده اقداماتی را برای ایجاد قابلیت معامله این اوراق به‌کار بندد. در بازارهای سنتی، این عملیات از طریق کارگزاران قانونی و تحت نظارت سازمان‌های بورس اوراق بهادار انجام می‌شود. در صدور برخی از توکن‌های اوراق بهادار، کارگزار انتقال و معامله، کلیه امور را که تا به امروز توسط کارگزار- معامله‌گران انجام می‌شد، مانند فراخوان تمام خریداران و فروشندگان بالقوه، انجام می‌دهد.<sup>۳</sup>

همان‌طور که توضیح داده شد، پس از آنکه توکن اوراق بهادار صادر شد، لازم است تا این توکن‌ها از طریق یک پلتفرم معاملاتی همراه با شفافیت قیمت، قابلیت ثبت سوابق معامله و قدرت عملیات اجرایی، عرضه عمومی شوند. همانند الزامات قانونی لازم برای ثبت عرضه عمومی توکن اوراق بهادار، لازم است تا واسطه‌ها و عاملان عرضه عمومی

1. SIFMA, *Security Tokens: Current Regulatory and Operational Considerations for Broker-Dealers and a Look Towards the Future.*, 2020, P 9.

2. Ibid, P 10.

3. Ibid, P 9.



این توکن نیز طبق قوانین و مقررات لازم‌الاجرا ثبت شوند و مجوز فعالیت داشته باشند. این امر به حمایت و حفاظت از سرمایه‌گذاران کمک می‌کند.<sup>۱</sup>

در حال، عرضه عمومی اولیه توکن‌های اوراق بهادار مستلزم رعایت الزامات زیر است: الف) شفافیت قیمت: شفافیت قیمت یک شاخص کلیدی است که از سرمایه‌گذاران در مقابل دستکاری قیمت‌ها در بازار محافظت می‌کند. قوانین ناظر بر بورس‌های اوراق بهادار، شروطی را مقرر می‌کنند تا با کلاهبرداری از طریق اوراق بهادار و دستکاری قیمت مقابله کند و مقرراتی را به دنبال دارند تا وضعیت شفافیت در ارزش‌گذاری اوراق بهادار را ارتقا بخشد و اطلاعات کلیدی برای معامله اوراق بهادار را به مخاطبان انتقال دهد. ب) گزارش‌دهی و ثبت سوابق معاملاتی: همان‌گونه که توکن‌های اوراق بهادار ثبت و عرضه عمومی و معامله می‌شوند، لازم است تا این معاملات براساس قوانین و مقررات لازم‌الاجرا گزارش شوند و سوابق معاملاتی آنها اعم از عملیات اجرایی صدور این توکن‌ها، انطباق قیمت‌های عرضه، تقاضا و تصفیه آنها درج گردد. ساختار تکنولوژی بلاکچین و دفترکل توزیع‌شده که زیرساخت توکن‌های اوراق بهادار هستند، به بهبود فرایندهای گزارش‌دهی و ثبت سوابق معاملاتی کمک می‌کنند.<sup>۲</sup>

### ۳. مخاطرات عرضه عمومی اولیه توکن‌های رمزنگاری شده

فرایند عرضه عمومی اولیه توکن‌های اوراق بهادار دربردارنده مخاطراتی است و همین موضوع سبب شده است که مقام‌های مقررات‌گذار، مانند بورس‌های اوراق بهادار، آنها را مشمول قوانین و مقررات موجود در حوزه اوراق بهادار کنند. در ادامه، برخی از این مخاطرات موجود در فرایند عرضه عمومی اولیه طرح می‌گردند:

الف) عدم تقارن اطلاعات: وضعیت ارائه اطلاعات در بیشتر عرضه‌های عمومی اولیه غیردقیق و مبهم است. عموماً سپیدنامه‌هایی که درباره عرضه عمومی اولیه توکن‌ها

1. Ibid, P 10.

2. Ibid, pp 11-12.

منتشر می‌شود، تنها در بردارنده اطلاعات فنی درباره محصول و فرایندهای توسعه آن است و اطلاعات کافی درباره کسانی که آنها را صادر می‌کنند یا حامی آن هستند، منتشر نمی‌کنند. گاهی اوقات سپیدنامه‌ها فاقد هرگونه اطلاعاتی درباره وضعیت مالی پروژه‌اند؛ یعنی اینکه مشخص نمی‌کنند سرمایه جمع شده چگونه قرار است مورد استفاده قرار گیرد و در چند مرحله به کار گرفته می‌شود. همچنین این مقالات اطلاعات کافی درباره اینکه بناست سرمایه‌های پرداختی مشارکت‌کنندگان به صورت انفرادی استفاده شود یا آنکه جمعی و یکجا، در اختیار مخاطب قرار نمی‌دهند. علاوه بر این، عموماً سرمایه‌گذاران برای تصمیم‌گیری درباره سرمایه‌گذاری، به برنامه بنیان‌گذاران کسب‌وکار و ناشر برای توسعه فناوری در مراحل بعدی و برنامه جذب سرمایه آن پروژه توجه می‌کنند، اما در عرضه‌های عمومی اولیه توکن، چنین اطلاعاتی نیز در اختیار متقاضیان قرار نمی‌گیرد. همچنین خطر اطلاعات نامتقارن، در مرحله پس از عرضه عمومی اولیه نیز وجود دارد و تنها نیمی از عرضه‌های عمومی اولیه، اطلاعات پذیرهنویسان و مشارکت‌کنندگان واقعی در عرضه عمومی را در دسترس عموم قرار می‌دهند.<sup>۱</sup>

ب) عدم اختصاص بهینه سرمایه: تعدادی از عرضه‌های عمومی اولیه اصطلاحاً حباب قیمتی دارند. در نتیجه تمام عرضه‌های عمومی اولیه به اهداف جذب سرمایه خود دست نمی‌یابند و حداقل تعداد و میزان توکن مشخص شده هم توسط مخاطبان و سرمایه‌گذاران بالقوه پذیرهنویسی نمی‌شود و از طرف دیگر در برخی از عرضه‌های عمومی اولیه، میزان توکن پذیرهنویسی شده توسط سرمایه‌گذاران به مراتب بیشتر از میزان توکن عرضه شده بوده است. این امر سبب شده است تا برخی از انواع رفتارهای غیرعقلانی توسط بازار رخ دهد. حباب‌های قیمتی نه تنها افراد و سرمایه‌گذاران حقیقی را متضرر می‌کند، بلکه به تخصیص نادرست سرمایه و در واقع به مخاطره‌انداختن منافع تأمین مالی جمعی بر بستر بلاکچین منتهی می‌گردد. هدف از جذب سرمایه و عرضه

1. Zetsche, Dirka, P. Buckley, Ross, W. Arner, Douglas, , *op.cit.*, pp 15-16.

عمومی اولیه آن است که منابع مالی و وجوه سرمایه‌گذاری به سمت استفاده کارآمد برای پروژه و توسعه کسب‌وکار بکار رود اما در برخی از عرضه‌های عمومی اولیه، ناشران توکن، از منابع مالی بهره‌برداری شخصی کردند که مشمول عناوینی همچون کلاهبرداری قرار گرفته است.

پ) حمایت قانونی ضعیف: تعداد اندکی از عرضه‌های عمومی اولیه در سپیدنامه خود درباره قانون حاکم بر فرایند عرضه به مخاطبان اطلاعات ارائه نموده‌اند. حتی در برخی از این عرضه‌ها، این بیانیه، هیچ‌گونه اطلاعاتی درباره نام صادرکننده (مانند آدرس او) یا پیشینه وی ارائه نکرده‌اند. در برخی از سپیدنامه‌ها، نام شخصی که گزارش را نوشته و تهیه کرده است، با اشخاصی که بنیان‌گذار آن پروژه‌اند، متفاوت است. بنابراین در شرایطی که سرمایه‌گذاران هیچ‌گونه اطلاعاتی درباره صادرکننده توکن ندارند، تأثیر قوانین و مقررات ناظر بر مسئولیت مدنی محدود می‌شود. در واقع هنگامی که اطلاعاتی درباره طرف معامله وجود ندارد، حمایت‌های قانونی محدود می‌شود.<sup>۱</sup>

ت) یکی دیگر از انتقادات وارده به عرضه عمومی اولیه سکه، آن است که این روش زمینه‌های لازم را برای کلاهبرداری فراهم می‌کند؛ زیرا یکی از مشکلات دیگر فناوری بلاکچین این است که شبه-ناشناس است. بدین معنا که به‌دشواری می‌توان متوجه شد که مبلغ سرمایه‌گذاری جمع‌شده به کجا رفته است. در نتیجه از آنجا که این روش عرضه عمومی اولیه، در سراسر جهان قابل انجام است، مشخص نیست که در کدام نظام حقوقی و قضایی باید رفتارهای کلاهبردارانه مورد پیگرد قانونی قرار گیرند.<sup>۲</sup> همین مخاطرات در فرایند عرضه عمومی اولیه توکن، انگیزه اصلی اتخاذ رویکردهای سخت‌گیرانه در نظام‌های حقوقی مختلف شده است. از جمله در نظام حقوقی آمریکا، کمیسیون بورس اوراق بهادار، فعالانه به اتخاذ موضع پرداخته و با به‌کارگیری اقدامات

1. *Ibid.*, pp 15-16

2. Momtaz, Paul, "Initial Coin Offerings", *UCLA Anderson School of Management*, 2020, P 9.

قضایی درصدد تنظیم این بازار برآمده است. در بخش دوم به تحولات این حوزه در نظام حقوقی آمریکا و نیز ایران پرداخته می‌شود.

#### ۴. رویکرد نظام‌های حقوقی به «ثبت» توکن رمزنگاری شده در عرضه عمومی اولیه

وضعیت قانونی و حقوقی عرضه عمومی اولیه توکن‌های اوراق بهادار به شاخصه‌های هر عرضه اولیه بستگی دارد. علاوه بر این با توجه به ماهیت عرضه عمومی اولیه توکن اوراق بهادار که ممکن است در فراسوی مرزهای چندین کشور مختلف محقق شود، وضعیت حقوقی این قبیل عرضه‌های عمومی اولیه را تابعی از نظام‌های حقوقی گوناگون می‌کند. اما به صورت کلی می‌توان گفت برخی از توکن‌هایی که همراه با خود حق دریافت سود نیز به دنبال دارند، در دسته اوراق بهادار قابل معامله قرار می‌گیرند که در مطالب قبلی به آن پرداخته شد. بر این اساس، اینکه در ساختار یا معامله توکن‌ها از تکنولوژی خاصی استفاده شده باشد، مانع از آن نخواهد بود که مقررات مربوط به اوراق بهادار درباره آنها اعمال شود و این مقررات صرف‌نظر از نوع تکنولوژی به کاررفته اعمال می‌گردند.<sup>۱</sup> در میان سایر نظام‌های حقوقی، نظام حقوقی آمریکا بیش از سایرین به این موضوع پرداخته شده است و مطالعه آن از حیث بررسی تجربیات موجود، کمک‌کننده خواهد بود. (۴،۱) در کنار آن نظام حقوقی ایران نیز مطالعه می‌شود. (۴،۲)

##### ۴.۱. نظام حقوقی آمریکا

در نظام حقوقی آمریکا، اینکه آیا توکنی مشمول مقررات اوراق بهادار قابل معامله می‌شود یا خیر، تابعی از ویژگی‌های آن توکن و هدفی است که بابت آن صادر شده است. به عنوان نمونه، توکن فینوم<sup>۲</sup> با نماد FIN توسط کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا مشمول مقررات عرضه عمومی اولیه اوراق بهادار و الزامات قانونی متعاقب آن، یعنی لزوم

1. Board of the Bank of Lithuania", *op.cit.*, P 7.

2. FINOM

«ثبت» قبل از عرضه عمومی، قرار گرفت. این توکن از فناوری بلاکچین برای ارائه خدمات مالی استفاده می‌کند. این توکن برای دارندگان آن حقوقی مانند حق دریافت سود شرکت ناشر بر اساس میزان توکنی که خریداران در مالکیت دارند، حق مشارکت در فرایند مدیریت شرکت و حق مالکیت درباره بخشی از دارایی‌های شرکت ناشر اعطا می‌نمود. این توکن توانست در فرایند عرضه عمومی اولیه خود که در ۳۱ دسامبر ۲۰۱۷ خاتمه یافت، مبلغ ۴۱ میلیون دلار آمریکا سرمایه جذب نماید. وجوهی که از خریداران دریافت و جمع‌آوری شده بود، در زمینه توسعه خدمات شرکت به کار گرفته شد. با این توصیف، کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا، این عرضه اولیه عمومی را مشمول مقررات بخش D و ماده (c) ۵۰۶ قانون اوراق بهادار آمریکا مصوب ۱۹۳۳ دانست. بدین معنی که این توکن تنها می‌تواند در مقابل سرمایه‌گذاران نهادی عرضه شود. در این حالت، برای حل مخاطره میزان خطرپذیری سرمایه‌گذاران و کاهش تأثیر مسئله عدم تقارن اطلاعات در مقابل سرمایه‌گذاران خرد، این توکن فقط در مقابل سرمایه‌گذاران خبره یا نهادی که با توجه به تجربه، وضعیت معاملاتی، اموال، دارایی‌ها و حوزه تخصصی فعالیتشان، آگاه فرض می‌گردند، قابل عرضه دانسته شد. در طرف مقابل، توکن فایل‌کوین<sup>۱</sup> با نماد FIL شبکه ذخیره‌سازی غیرمتمرکز اطلاعات است که ذخیره‌سازی ابری اطلاعات را به یک بازار الگوریتمی تبدیل می‌کند. این توکن برای دسترسی به فضا و ظرفیت ذخیره استفاده نشده از کامپیوترهای سراسر دنیا به کار گرفته می‌شود و دارنده می‌تواند با ارائه این توکن، از حق دسترسی به فضاهای ذخیره‌سازی موجود استفاده نشده برخوردار گردد. دریافت‌کننده این توکن نیز می‌تواند آن را به سایر ارزهای دیجیتال یا پول‌های ملی مانند دلار یا پوند تبدیل کند. از آنجاکه این توکن براساس کارکردی که دارد، به نوعی توکن کاربردی است، عرضه عمومی اولیه آن، مشمول مقررات عرضه عمومی اولیه اوراق بهادار قرار نگرفت و متعاقباً از الزامات قانونی مربوطه نیز مستثنی شد.<sup>۲</sup>

1. Filecoin  
2. *Ibid*, Pp 12, 15.

در ماه جولای ۲۰۱۷، کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا گزارش تحقیقاتی را منتشر نمود که به موجب آن، توکن‌های مبتنی بر فناوری بلاکچین، اوراق بهادار شناسایی شدند که نیازمند آن است براساس مقررات بخش ۵ قانون اوراق بهادار مصوب ۱۹۳۳، ثبت شوند تا علاوه بر رعایت الزامات ثبت، مجموعه‌ای از اطلاعات مالی و تجاری مورد نیاز را اضافه بر اطلاعات فنی که افشای آنها در سپیدنامه‌ها رایج است، ارائه کنند. به علاوه این کمیسیون اقدامات تحقیقاتی و اجرایی متعددی را علیه ناشران توکن اتخاذ نمود که نشان از آن دارد که عرضه و فروش توکن‌هایی که همراه با وعده‌هایی از سودهای بالقوه آتی باشد، به عنوان اوراق بهادار شناخته می‌شوند. از آنجا که این وعده‌های سودآور بر قیمت توکن‌ها تأثیرگذار است، مقررات‌گذار به دنبال آن بود که از طریق ارائه اطلاعات مالی و تجاری آنها، از جمله تشریح جریان‌های درآمدی پیش‌بینی شده آتی، سبب افزایش شفافیت مالی آنها شود و درصدی مقابل با حباب‌های قیمتی آنها برآید. دولت‌های دیگر کشورها مانند کانادا، چین، انگلستان، هنگ‌کنگ، مالزی، روسیه، انگلستان و سنگاپور نیز رویکردهای مشابهی دارند و بیانیه‌هایی را صادر نمودند که نشان دهند چگونه فروش توکن‌ها در چارچوب حقوق اوراق بهادار حاکم در آن کشورها قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup>

کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا مفهوم عبارت «اوراق بهادار» را طبق قانون اوراق بهادار مصوب ۱۹۳۳ و قانون معامله اوراق بهادار مصوب ۱۹۳۴ تفسیر می‌نماید. علاوه بر برشماری انواع به خصوص اوراق بهادار مانند سهام یا اوراق قرضه، تعریف قانون سال ۱۹۳۳ از اوراق بهادار، در بردارنده مفهوم «قرارداد سرمایه‌گذاری» است. طبق تفسیری که دیوان عالی کشور آمریکا در سال ۱۹۴۶ در دعوی میان کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا و هاوی<sup>۲</sup> مقرر داشت، مفهوم قرارداد سرمایه‌گذاری در واقع هنگامی صدق می‌کند که اول، وسیله سرمایه‌گذاری پول باشد؛ دوم، این سرمایه‌گذاری در یک شرکت باشد؛ سوم، این سرمایه‌گذاری همراه با انتظار معقولی برای به دست آوردن سود و منافع باشد و

1. Rohr, Jonathan, Wright, Aaron, *op.cit*, P 5.

2. Howey

چهارم، این سود از رهگذر تلاش‌ها و اقدامات کارآفرینانه و مدیریتی مدیران آن شرکت حاصل شده باشد. بر همین اساس، در ماه جولای سال ۲۰۱۷، کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا بیان داشت که «عرضه عمومی اولیه/سکه» می‌تواند متضمن صدور اوراق بهادار باشد و گزارشی را منتشر نمود که به موجب آن، توکن‌های دیجیتالی صادره در پروژه داتو<sup>۱</sup> اوراق بهادار محسوب شدند. در این پروژه، انجمنی، توکن‌هایی را صادر و منتشر کرده بود که خریداران از طریق وبسایت عرضه‌کننده، آن را در مقابل پرداخت ارز دیجیتال اتر خریداری کرده بودند. داتو قصد داشت تا از این وجوه در راستای تأمین مالی پروژه‌های خود استفاده کند. دارندگان توکن‌های داتو در درآمدهای آتی پیش‌بینی شده از پروژه‌ها به‌عنوان عوض سرمایه‌گذاری خود سهمیم بودند. پس از صدور اولیه توکن‌های داتو، یک بازار ثانویه برای معاملات آتی توکن‌های صادره نیز به‌وجود آمد. کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا، سپس با استناد به پرونده‌های و معیارهایی که برای تعریف قرارداد سرمایه‌گذاری و مفهوم اوراق بهادار توسط دیوان عالی کشور اتخاذ شده بود، به این نتیجه رسید که توکن‌های داتو مصداق اوراق بهادار و مشمول مقررات حاکم در این زمینه هستند.<sup>۲</sup> بنابراین مقررات‌گذار با الزامی دانستن ثبت و لزوم پیروی از مقررات عرضه عمومی اوراق بهادار، گامی در راستای شفافیت مالی و عملکردی ناشر و سپس وضع مبنایی برای حمایت حقوقی و قضایی از سرمایه‌گذاران خرد و غیرنهادی برداشت.

تمایل بسیار به مقررات‌گذاری و نظارت فزاینده بر بازار رمزارزها از جمله توکن‌های رمزنگاری شده در نظام حقوقی آمریکا، پرسشی را طرح می‌کند که آیا توکن‌های کاربردی هم مشمول مقررات و الزامات حاکم بر اوراق بهادار هستند؟ در عمل توکن‌های کاربردی با هدف تأمین مالی صادر و منتشر نمی‌شوند؛ بلکه هدف از آنها ایجاد ابزاری برای تعامل میان مشتریان ناشر و کاربران محصولات و خدمات او است و هدف اولیه و اصلی صادرکنندگان آن، تأمین مالی از طریق فروش توکن به کاربران نیست. نمونه آن عرضه

1. DAO (Decentralized Autonomous Organization)  
2. Chamber of Digital Commerce, Token Alliance, **Understanding Digital Tokens: Market Overviews and Proposed Guidelines for Policymakers and Practitioners.**, P 22.

اولیه توکن مَستَرکَویِن<sup>۱</sup> بود.<sup>۲</sup> بنابراین نمی‌توان آنها را مشمول مقررات حاکم بر اوراق بهادار دانست؛ هرچند در حال حاضر امکان دارد تا حتی توکن‌های کاربردی هم مشمول مقررات کمیسیون بورس اوراق بهادار شوند و هنوز نمی‌توان با قطعیت در این باره اظهار نظر نمود. لذا ممکن است لازم باشد تا فروش و عرضه توکن با ارزشی بیش از پنجاه میلیون دلار مشمول محدودیت عرضه به سرمایه‌گذاران نهادی با شرایط مالی و درآمدی خاصی طبق قانون جابز در آمریکا شود. البته چنین محدودیت‌هایی مانع معامله تعداد زیادی از کاربران می‌شود که شرایط و ویژگی‌هایی مقرر برای سرمایه‌گذاران در این قانون را ندارند.<sup>۳</sup> علاوه بر این در نظام حقوقی آمریکا، مقررات قانون مبادله کالا<sup>۴</sup> بسیار موسع است و در بردارنده تمام خدمات، حقوق و منافی است که قرارداد آن اکنون منعقد می‌شود، اما قرار است در یک زمانی در آینده تحویل گردد یا آنکه قرارداد آن در آینده امضا می‌شود و تنها دریافت‌کنندگان کالا از طریق پست از شمول این مقررات خارج هستند. اخیراً اقداماتی انجام شده است که به موجب آن بیت‌کوین و دیگر ارزهای دیجیتال گونه‌ای از «کالا» محسوب می‌شوند. یک دادگاه فدرال حکم داد که لفظ «کالا» از منظر کارکرد اقتصادی و نیز عبارات قانونی شامل ارزهای دیجیتال نیز می‌شود. در حالی که هیچ تعریف قانونی درباره اصطلاح «ارز دیجیتال» وجود ندارد، در دسامبر ۲۰۱۷، کمیسیون معاملات آتی کالا<sup>۵</sup> یک تفسیر قانونی پیشنهاد داد که به موجب آن لفظ «کالا»، ارز دیجیتال را هم در بر می‌گیرد.<sup>۶</sup> با این اوصاف، توکن‌های دیجیتالی کالاهایی هستند که مشمول مقررات و الزامات مقابله با کلاهبرداری و ممانعت از دستکاری قرار می‌گیرند. با ملاحظه این اقدام مشخص می‌گردد که مقررات‌گذار برای مقابله با انواع مختلف کلاهبرداری‌های رایج در بازار رمزارزها، از جمله گونه‌های مختلف طرح‌های پانزی، سعی دارد تا مخاطرات

1. Mastercoin.

2. Li, Jiasum, Mann, William, **Digital Tokens and Platform Building**, 2020, P 24.

3. *Ibid*, P 26.

4. Commodity Exchange Act.

5. CFTC (Commodity Futures Trading Commission)

6. Chamber of Digital Commerce, Token Alliance, *op. cit*, P 17.



سرمایه‌گذاران و معامله‌گران این دارایی‌های دیجیتال را با انطباق وضعیت آنها با یکی از انواع مصادیق کالا کاهش دهد و آنها را مشمول نظارت‌ها و مقررات قانونی متعارف کند؛ امری که ممکن است از نظر فعالان بازار رمزارز با ویژگی غیرمتمرکز بودن فناوری بستر آنها، مغایر باشد.

در مقررات‌گذاری اخیر دربارهٔ ارزش‌های دیجیتالی این کمیسیون بیان داشت که مادهٔ ۱۸۰،۱ قانون مبادلهٔ کالا به او این اختیار را می‌دهد تا اقدامات اجرایی علیه کلاهبرداری و دستکاری در قراردادهای فروش کالای بین‌ایالتی اتخاذ نماید. در سپتامبر ۲۰۱۷، کمیسیون معاملات آتی کالا در شکایتی علیه عملیات جذب سرمایه به‌علت ترغیب متقابلانهٔ اشخاص به سرمایه‌گذاری در عملیات تجارت بیت‌کوین به مادهٔ ۱۸۰،۱ استناد نمود و از محدودیت‌های سنتی خود برای مداخله در بازارهای نقدی فراتر رفت. هرچند در این پرونده، هیچ بازار آتی برای معاملهٔ بیت‌کوین مطرح نبود.<sup>۱</sup>

در دسامبر ۲۰۱۷، کمیسیون معاملات آتی کالا، تفسیری از «تحویل واقعی» کالا ارائه داد که به موجب آن تحویل زمانی رخ می‌دهد که (۱) خریدار توانایی تصرف یا کنترل بر ارز دیجیتال را داشته باشد و در کمتر از ۲۸ روز از تاریخ معامله، بتواند به‌راحتی در فعالیت‌های تجاری خود از آن استفاده کند و (۲) فروشنده و منتقل‌کننده نباید دیگر هیچ‌گونه منافع یا کنترلی بر ارز دیجیتال مورد معامله داشته باشد. در سال ۲۰۱۸ دادگاهی این تفسیر را به چالش کشید؛ با این حال اذعان داشت که «تحویل واقعی» مستلزم آن نیست که خریدار تصرف واقعی و کنترل بر کالای خریداری شده داشته باشد؛ بلکه کافی است تا تصرف و کنترل بر کالا از فروشنده به خریدار منتقل شود؛ حال ممکن است خریدار اعمالی که نشان‌دهندهٔ کنترل و تصرف است، نسبت به آن کالا اتخاذ نکند. از آنجاکه کمیسیون فرض را بر آن گذاشته که ارز دیجیتال مشمول تعریف «ارز» قرار نمی‌گیرد، بنابراین مشمول مقررات ناظر بر معاملهٔ ارز خارجی نیز نمی‌باشد<sup>۲</sup> و این

1. *Ibid*, P:19.

2. *Ibid*, P:21.

استدلالی برای تقویت رویکرد کمیسیون درخصوص «کالا» محسوب نمودن ارز دیجیتالی مانند بیت‌کوین است.

صرف‌نظر از تفسیر کمیسیون معاملات آتی کالا دربارهٔ ارزشهای دیجیتال، «توکن‌ها» ممکن است مشمول تعاریف کالا، ابزارهای مالی مشتقه یا ارز دیجیتال نیز قرار گیرند. درواقع، اگر قراردادهای تحویل آیندهٔ توکن‌ها متضمن حق اختیار معامله و نه تحویل فیزیکی توکن باشد، چیزی شبیه ابزارهای مالی مشتقه است که مبتنی بر یک دارایی پایه منعقد شده‌اند. چنین توکن‌های دیجیتالی موضوع تنوعی از مقررات ناظر بر قراردادهای آتی و سوآپ هستند. این بدان معنی است که معاملات آنها از شمول شرایط و مقررات حاکم بر بازارهای نقدی خارج است. این برداشت هنگامی که اقدامات ناظر بر معامله توکن‌ها دربردارندهٔ اختیار معامله است و تحویل فوری توکن به خریدار را به‌دنبال ندارد، بیشتر تقویت می‌شود.<sup>۱</sup>

بااین‌همه، حتی در نظام‌های حقوقی، مانند ایالات متحده آمریکا که موضوع ثبت توکن‌های اوراق بهادار در آنها مطرح است، برخی معتقدند که کمیسیون بورس اوراق بهادار باید معافیت‌های از ثبتی را به‌کار گیرد که به‌صورت مشخص برای توکن‌های مبتنی بر بلاکچین طراحی شده‌اند تا در نتیجهٔ آن فروشندگان توکن‌ها مجبور نباشند تا مقررات ثبت مندرج در بخش ۵ قانون اوراق بهادار را رعایت کنند یا آنکه ناگزیر نباشند اثبات کنند مشمول یکی از انواع معافیت از الزامات ثبت هستند که با ماهیت تکنولوژی بلاکچین ناسازگار است. درحال حاضر، خیلی از مقررات ثبت و نیز معافیت‌های از ثبت اوراق بهادار برای توکن‌های دیجیتالی مناسب نیستند. این مقررات جنبه‌های مهمی از تکنولوژی را نادیده می‌گیرند و ناشران توکن‌ها را تشویق می‌کنند که خارج از چارچوب‌های قانونی آمریکا رفتار نمایند. علاوه‌براین، لازم است قوانینی تصویب شوند که کمیسیون بورس اوراق بهادار را ملزم نماید تا محیطی امن برای معاملات این دسته از توکن‌ها ایجاد نماید

1. *Ibid.*

تا خرید و فروش توکن‌های مبتنی بر بلاکچین را تسهیل کند. بدین ترتیب، کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا می‌تواند طرفین این معاملات را تشویق کند تا اقداماتی را به کار بندند که نتیجه آن حفاظت از خریداران در مقابل کلاهبرداری است؛ بدون آنکه به توسعه این فناوری مالی آسیبی برساند یا آن را تضعیف کند.<sup>۱</sup>

همان‌طور که مشاهده شد، در نظام حقوقی آمریکا، تصمیم نهاد ناظر و مقررات‌گذار بر این است که تا جای ممکن عرضه‌های عمومی اولیه تابع مقررات قانونی حاکم و موجود برای ثبت و عرضه عمومی سایر اوراق بهادار باشد و برای این منظور با احراز شاخصه‌های قرارداد سرمایه‌گذاری، تلاش دارد تا عرضه عمومی توکن اوراق بهادار اینگونه تحت نظارت و روندهای اجرایی موجود کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا، درآید. علاوه بر این، تمایل برای یکسان پنداشتن سایر ارزش‌های دیجیتال و رمزنگاری شده، مانند بیت‌کوین، با مقررات حاکم بر معاملات آتی کالا، نمونه‌ای دیگر از تلاش‌های نهادهای مقررات‌گذار برای تسری قوانین و مقررات موجود بر ارزش‌های رمزنگاری شده است.

## ۴.۲. نظام حقوقی ایران

در مطالعه نظام حقوقی ایران، مناسب است تا ابتدا به ماهیت توکن‌های رمزنگاری شده با توجه به مفهوم اوراق بهادار پرداخته شود (۴،۲،۱) و سپس مقررات قانونی حاکم بر عرضه عمومی اوراق بهادار (۴،۲،۲) مطالعه گردد تا شرایط قانونی قابل‌اعمال بر عرضه عمومی اولیه توکن‌های اوراق بهادار مشخص شود.

### ۴.۲.۱. ماهیت توکن‌های رمزنگاری شده با توجه به مفهوم اوراق بهادار

طبق بند ۲۴ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، منظور از اوراق بهادار، «هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل‌نقل و انتقال برای مالک عین یا منفعت آن باشد. شورا اوراق بهادار قابل معامله را تعیین و اعلام خواهد کرد...». در همین راستا، تاکنون مصادیق اوراق بهادار توسط شورای عالی بورس به‌عنوان اوراق بهادار قابل معامله

1. Rohr, Jonathan, Wright, Aaron, *op.cit*, P 10.

در مصوبات مختلف ذکر شده‌اند که عبارت از اوراق اجاره (مصوبه ۱۳۹۶/۱۱/۰۱)؛ قرارداد آتی کالا (مصوبه ۱۳۹۶/۱۱/۰۱)؛ قرارداد آتی سهم (مصوبه ۱۳۸۸/۰۲/۱۳)؛ اوراق اختیار معامله (مصوبه ۱۳۸۸/۰۵/۰۵)؛ اوراق استصناع (مصوبه ۱۳۸۸/۰۵/۰۵)؛ اوراق رهنی (مصوبه ۱۳۸۸/۰۵/۰۵)؛ حق تقدم تسهیلات مسکن (مصوبه ۱۳۸۸/۱۲/۰۳)؛ اوراق مشارکت (مصوبه ۱۳۸۹/۰۷/۲۶)؛ اوراق قرض‌الحسنه (مصوبه ۱۳۹۰/۰۷/۱۱)؛ اوراق مرابحه (مصوبه ۱۳۹۰/۰۷/۱۱)؛ گواهی ارزی (مصوبه ۱۳۹۰/۱۲/۲۱)؛ اوراق اختیار معامله تبعی (مصوبه ۱۳۹۱/۰۵/۱۶) و مواردی از این دست است. باتوجه به تعریفی که قانون‌گذار از مفهوم «اوراق بهادار» ارائه نموده است و مصادیقی که تاکنون توسط شورای عالی بورس به‌عنوان اوراق بهادار اعلام شدند، توکن‌های اوراق بهادار و به‌صورت کلی توکن‌هایی را که هدف از صدور آنها جذب سرمایه برای یک طرح یا پروژه کسب‌وکاری باشد و به دارنده آن حقوق مالی قابل‌نقل و انتقال اعطا می‌کند، می‌توان مصداقی از اوراق بهادار دانست؛ هرچند که به‌جهت شمول قانونی همانند سایر مصادیق، مستلزم تصریح است. در این بین، به‌نظر می‌رسد اینکه ناشر، برای صدور توکن و عرضه عمومی اولیه آن، از بسترهای زیرساختی فناوری بلاکچین استفاده کرده باشد، تأثیری در قابلیت اطلاق مفهوم «اوراق بهادار» بر این توکن‌ها نخواهد داشت. علاوه‌براین، تعریف اوراق بهادار در نظام حقوقی ایران به‌حدی گسترده است که می‌تواند حتی سایر انواع توکن‌های رمزنگاری شده را نیز دربر بگیرد. با پذیرش این استدلال، توکن‌های اوراق بهادار در نظام حقوقی ایران نیز می‌توانند مشمول الزامات حاکم بر عرضه عمومی اوراق بهادار باشند و تحت نظارت سازمان بورس و اوراق بهادار قرار گیرند.

علاوه‌براین و به‌عنوان مؤیدی در همین راستا می‌توان به متن الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تدوین و ابلاغ گردیده است، نیز اشاره کرد که به‌موجب آن، انتشار توکن با پشتوانه سایر دارایی‌ها و نیز توکن بدون پشتوانه

۱. سلطانی، محمد، **حقوق بازار سرمایه**، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی و سمت، ۱۳۹۵، ص ۱۹۲.

از حیطة نظارت و اختیارات بانک مرکزی خارج و تابع قوانین بورس جمهوری اسلامی ایران خواهد بود. بنابراین، جز در مواردی که پشتوانه توکن، پول ملی، طلا و فلزات گرانبها باشد، کلیه فرایندهای ناظر بر انتشار توکن‌های باپشتوانه و بدون پشتوانه مشمول نظارت‌ها و مقررات سازمان بورس و اوراق بهادار است. همچنین این الزامات مقرر می‌دارند که انتشار توکن با پشتوانه سایر دارایی‌ها مشمول مقررات حاکم در بورس کالای ایران است.

#### ۴.۲.۲. مقررات قانونی حاکم بر عرضه عمومی اوراق بهادار

مهم‌ترین قانون ناظر بر بازار سرمایه ایران، قانون بازار اوراق بهادار مصوب یکم آذرماه ۱۳۸۴ است. با تصویب این قانون، بازار سرمایه ایران و اشخاص حقیقی و حقوقی فعال در این بازار، اعم از شرکت‌های کارگزار، کارگزار- معامله‌گر، سبگردان، مشاور سرمایه‌گذاری، تأمین سرمایه و مانند آن، تحت حاکمیت سازمان بورس و اوراق بهادار قرار گرفتند. این سازمان به‌عنوان نهاد تنظیم‌گر، روابط میان اشخاص حقوقی ناشر اوراق بهادار و نیز معامله‌گران این بازار و سایر اشخاص را تنظیم می‌نماید.

عرضه اوراق بهادار در بازار سرمایه ایران در دو قالب کلی عرضه خصوصی و عرضه عمومی صورت می‌گیرد. طبق بند ۲۶ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، عرضه عمومی اوراق بهادار، هرگونه عرضه اوراق بهادار از طریق فروش این اوراق به عموم مردم است. در مقابل، به موجب بند ۲۷ ماده ۱ همان قانون و در نقطه مقابل آن، عرضه خصوصی، فروش مستقیم اوراق بهادار توسط ناشر به سرمایه‌گذار نهادی است. مهم‌ترین تفاوت‌های میان این دو قسم از اقسام عرضه مندرج در این قانون عبارت‌اند از:

۱. لزوم فروش اوراق بهادار به سرمایه‌گذاران نهادی در عرضه‌های خصوصی و ممنوعیت مشارکت عموم مردم در این نوع از عرضه (بند ۲۷ ماده ۱)؛
۲. لزوم ثبت اوراق بهادار نزد سازمان در عرضه عمومی در بازار اولیه (ماده ۲۰)؛
۳. تکلیف ناشر به ارائه تقاضای ثبت اوراق بهادار به همراه بیانیه ثبت و اعلامیه پذیرهنویسی جهت اخذ مجوز عرضه عمومی اوراق بهادار (ماده ۲۲)؛

۴. معافیت اوراق بهادار عرضه‌شده در عرضه خصوصی از ثبت نزد سازمان (بند ۳ ماده ۲۷)؛ هرچند الزامی به ثبت اوراق بهادار معاف از ثبت نزد سازمان بورس و اوراق بهادار وجود ندارد، قانون‌گذار ناشر این دسته از اوراق را ملزم می‌دارد تا مشخصات و خصوصیات، نحوه و شرایط فروش آن را طبق شرایطی که سازمان تعیین می‌کند، گزارش نماید.

۵. جرم‌انگاری انتشار آگهی یا اعلامیه پذیره‌نویسی به منظور عرضه عمومی اوراق بهادار بدون رعایت مقررات مندرج در قانون بازار اوراق بهادار (بند ۴ ماده ۴۶).  
مقصود از سرمایه‌گذار نهادی شخصی است که به صورت حرفه‌ای و به‌عنوان متخصص، اقدام به خرید و فروش اوراق بهادار می‌کند و نیازمند حمایت‌های معمول سازمان بورس و اوراق بهادار نیست. از این‌رو، عرضه اوراق بهادار به سرمایه‌گذاران نهادی با دشواری‌ها و سخت‌گیری‌های به مراتب کمتری همراه است. مهم‌ترین اثر عرضه خصوصی اوراق بهادار معافیت از ثبت نزد سازمان و خروج از نظارت این نهاد تنظیم‌گر است. با توجه به خاص بودن معافیت از ثبت اوراق بهادار عرضه‌شده در عرضه‌های خصوصی و عام بودن مقررۀ مندرج در بند «الف» ماده ۹۹ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و سیاسی جمهوری اسلامی ایران و نظر به اینکه عام مؤخر، خاص مقدم را نسخ نمی‌نماید، لذا به‌رغم عام بودن قاعدۀ مقرر در ماده ۹۹ قانون برنامه پنجم توسعه، استثنائات مندرج در ماده ۲۷ قانون بازار اوراق بهادار همچنان به قوت و اعتبار خود باقی است. به عبارت دیگر، ماده ۲۷ یادشده مخصیص ماده ۹۹ مزبور است. با همه این اوصاف، طبق ماده ۳ دستورالعمل ثبت و عرضه عمومی اوراق بهادار ناشر معاف از ثبت اوراق بهادار، باید مشخصات اوراق و نحوه انتشار و شرایط توزیع و فروش آن را طبق شرایطی که سازمان تعیین می‌کند، به اطلاع سازمان برساند و سازمان موظف است پس از تکمیل مدارک توسط ناشر، نظر مکتوب خود را در خصوص معافیت یا عدم معافیت از ثبت

اعلام نماید.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، عرضه اوراق بهاداری که می‌تواند از شمول مقررات سازمان بورس و اوراق بهادار خارج باشد، عرضه‌ای است که در مقابل سرمایه‌گذاران نهادی با شاخصه‌های مقرر در فوق تحقق یافته باشد. علاوه بر این، ماده ۳ دستورالعمل ثبت و عرضه عمومی اوراق بهادار مقرر می‌دارد: «غیر از موارد مندرج در بندهای ۱ و ۲ ماده ۲۷ قانون بازار اوراق بهادار، اعلام معافیت یا عدم معافیت از ثبت اوراق بهادار توسط سازمان بورس و اوراق بهادار انجام می‌پذیرد».

همان‌طور که پیش‌تر دیده شد، قانون دیگری که درخصوص موضوع الزام به ثبت اوراق بهادار به‌منظور عرضه عمومی احکامی را بیان می‌دارد، قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران است که در بند «الف» ماده ۹۹ خود اشعار می‌دارد: «الف - کلیه اشخاصی که تاکنون نسبت به انتشار اوراق بهادار اقدام کرده‌اند، حداکثر ظرف شش ماه پس از ابلاغ این قانون مکلف‌اند نسبت به ثبت آن نزد سازمان بورس و اوراق بهادار اقدام نمایند. عدم ثبت، تخلف محسوب می‌شود، لیکن مانع از اجرای تکالیف قانونی برای ناشر اوراق بهادار نخواهد بود. ناشران اوراق بهادار ثبت‌شده نزد سازمان مذکور باید اطلاعات مالی خود را براساس ترتیبات مقرر در ماده (۴۵) قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران منتشر نمایند».

بادر نظر گرفتن جایگاه و موقعیت مقررات‌گذار بازار اوراق بهادار ایران، می‌توان اهدافی مانند ارتقای شفافیت عملکرد ناشران توکن‌های اوراق بهادار، مقابله با مسئله عدم تقارن اطلاعات از طریق الزام به رعایت انواع مختلفی از دستورالعمل‌های مصوب هیئت‌مدیره سازمان بورس اوراق بهادار، مانند دستورالعمل حاکمیت شرکتی مصوب ۱۳۹۷ یا دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت‌شده نزد سازمان مصوب ۱۳۸۶، مقابله با حباب‌های قیمتی از طریق سازوکارهای مختلف کشف قیمت موجود در عرضه‌های عمومی مانند شرایط مقرر در دستورالعمل ثبت و عرضه عمومی اوراق بهادار

۱. سلطانی، محمد، پیشین، صص ۸۰-۷۴.

مصوب ۱۳۸۶ و انواع دستورالعمل‌های نظارتی حاکم بر ناشران را برشمرد تا این نگاه تقویت شود که در نظام حقوقی ایران نیز حمایت از سرمایه‌گذاران خرد و غیرنهادی و جلوگیری از اتلاف اموال و دارایی‌های آنها و مقابله با هرگونه عملیات مالی مجرمانه، مانند عرضه‌های متضمن کلاهبرداری یا اعمال پول‌شویی، مستلزم «ورقه بهادار» تلقی کردن انواع توکن‌هایی است که برای تأمین مالی به صورت عمومی منتشر می‌گردد.

با این اوصاف، به نظر می‌رسد که عرضه عمومی سکه/اولیه توکن‌های اوراق بهادار در نظام حقوقی ایران تابع قوانین و مقررات لازم‌الاجرا و حاکم بر بازار بورس اوراق بهادار باشد و مشمول نظارت‌های نهاد رگولاتور این بازار، یعنی سازمان بورس اوراق بهادار قرار گیرد. هرچند که تا لحظه نگارش این مقاله، در خصوص توکن‌های رمزنگاری شده و عرضه عمومی آنها مصوبه یا مقرره‌ای تصویب و ابلاغ نشده است، این‌طور می‌نماید که اگر شرکتی تصمیم داشته باشد تا نسبت به صدور و انتشار توکن‌های رمزنگاری شده برای جذب سرمایه اقدام کند، به گونه‌ای که خریداران از حقوقی مشابه حقوق سهام‌دار بهره‌مند گردند، لازم است از مقررات حاکم موجود برای عرضه عمومی اولیه اوراق بهادار پیروی نماید؛ در غیر این صورت مشمول ضمانت‌اجراهای قانونی خواهد بود؛ مگر اینکه بتواند یکی از جهات معافیت از ثبت را اثبات نماید. در هر صورت، حتی اگر سازوکار عرضه توکن‌های رمزنگاری شده، عرضه خصوصی و در مقابل سرمایه‌گذاران نهادی باشد، همچنان الزامات سازمان بورس اوراق بهادار در عرضه‌های خصوصی باید رعایت گردد.



## نتیجه‌گیری

امروزه استفاده از توکن‌های رمزنگاری شده به‌عنوان روشی برای جذب سرمایه و تأمین منابع مالی در حال رشد و گسترش است. فناوری بلاکچین این امکان را برای ناشران توکن‌ها به‌وجود آورده است تا در سراسر دنیا، نسبت به عرضه عمومی اولیه این توکن‌ها و فروش آن به علاقه‌مندان به سرمایه‌گذاری در حوزه رمزارزهای دیجیتال اقدام کنند. ازجمله انواع این توکن‌ها، توکن‌های اوراق بهادار هستند که به دارنده خود این امکان را می‌دهند تا از حقوقی مانند سهام برخوردار باشند. ازجمله اینکه بتوانند از سود حاصل از فعالیت شرکت ناشر متناسب با درصد توکن‌های خریداری شده بهره‌مند گردند یا آنکه در فرایندهای مدیریت شرکت ناشر، از طریق اعمال حق رأی خود مشارکت کنند. مخاطراتی که در فرایند عرضه عمومی سکه/اولیه توکن‌های رمزنگاری شده وجود دارد و موضوعاتی مانند عدم شفافیت، عدم تقارن اطلاعات و نیز حمایت از سرمایه‌گذاران خرد، خاصیت ویژه فناوری بلاکچین و ویژگی‌های دفتر کل توزیع شده و عدم تمرکز آن و مهم‌تر از همه نظم عمومی اقتصادی حاکم بر بازارهای مالی، سبب شده است که در نظام‌های حقوقی مختلف، ازجمله در نظام حقوقی آمریکا، مقام‌های قانونی مانند کمیسیون بورس اوراق بهادار آمریکا، عرضه اولیه و نشر این توکن‌ها به عموم مردم را مشمول مقررات قانونی حاکم بر اوراق بهادار کنند. در نظام حقوقی ایران، تا تاریخ نگارش این مقاله، درخصوص نحوه عرضه عمومی این توکن‌ها، مقرره‌ای وضع نشده است؛ اما از قدر متیقن الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها مصوب بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، می‌توان لزوم نظارت و مداخله سازمان بورس اوراق بهادار را استنباط نمود. علاوه‌براین، با توجه به مفهوم موسع اوراق بهادار در نظام حقوقی ایران، توکن‌های اوراق بهادار که برای دارنده آن متضمن منافع مالی است و در ماهیت برای دارنده آنها حقوقی مشابه حقوق سهام‌دار ایجاد می‌کنند، می‌توانند مشمول اطلاق تعریف اوراق بهادار قرار گیرند که تنها در صورت به‌کارگیری روش‌های معافیت از الزامات ثبت مانند عرضه خصوصی از لزوم ثبت توکن رمزنگاری شده نزد سازمان بورس اوراق بهادار معاف هستند؛ هرچند در عرضه خصوصی

نیز همچنان الزاماتی مانند گزارش‌دهی به سازمان بورس پابرجاست. بنابراین به‌نظر می‌رسد که در نظام حقوقی ایران نیز عرضه عمومی توکن‌های اوراق بهادار یا توکن‌هایی که برای دارنده آنها حقوقی شبیه سهام‌دار یک شرکت ایجاد می‌کنند، مشمول قوانین و مقررات حاکم در بازار اوراق بهادار و تحت نظارت این سازمان است.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. سلطانی، محمد، **حقوق بازار سرمایه**، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی و سمت، ۱۳۹۵.

#### دستورالعمل

۲. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، معاونت فناوری‌های نوین اداره نظام‌های پرداخت، **الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها**، تهران، ۱۳۹۷.

### ب) منابع انگلیسی

#### Books

3. Zetzsche, Dirka, P. Buckley, Ross, W. Arner, Douglas, "The ICO Gold Rush: It's a Scam, It's a Bubble, It's a Super Challenge for Regulators", *Law Working Paper*, Faculty of Law, Economics and Finance, 2017, pp 1-39.
4. Board of the Bank of Lithuania, "Guidelines On Security Token Offering", Approved by Resolution No. 03-188, 2019, pp 1-40.
5. Catalini, Christian, Gans, Loshua, "Initial Coin Offerings and the Value of Crypto Tokens" 2019, pp 1-37.
6. Chamber of Digital Commerce, Token Alliance, "Understanding Digital Tokens: Market Overviews and Proposed Guidelines for Policymakers and Practitioners", 2018, pp 1-108.
7. Clifford Chance, "Security Token Offerings: The Shape of Regulation Across Asia – Pacific", 2020, pp 1-15.
8. Di Angelo, Monika, Salzer, Gernot, "Tokens, Types, and Standards: Identification and Utilization in Ethereum", Research Gate, 2020, pp 1-11.
9. Hacker, Phipip, Thomale, Chriss, "Crypto-Securities: ICOs, Token Sales and Crypto currencies under EU Financial Law", pp 1-45.
10. Jayanti, Amritha, Belei, Bogdon, "Technology Factsheet Series: Blockchain", Harvard Kennedy School, Belfer Center for Science and International Affairs, 2020.

11. Li, Jiasum, Mann, William, "Digital Tokens and Platform Building", 2020, pp 1- 48.
12. Luis, Oliveira, Liudmila, Zavolokina, et al, "To Token or not to Token: Tools for Understanding Blockchain Tokens", University of Zurich, Zurich Open Repository and Archive, 2018, pp 1-17.
13. Momtaz, Paul, "Initial Coin Offerings", UCLA Anderson School of Management, 2020, pp 1-30.
14. Raskin, Max, "The Law and Legality of Smart Contracts", George Town Law Technology Review, Vol. 1:2, 2017, pp 305-341.
15. Rohr, Jonathan, Wright, Aaron, "Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets", 2018, pp 1-115.
16. Shelhar Sarmah, Simanta, "Understanding Blockchain Technology", *Computer Science and Engineering*, Vol. 8(2), 2018.
17. SIFMA, "Security Tokens: Current Regulatory and Operational Considerations for Broker-Dealers and a Look Towards the Future", 2020, pp 1-30.
18. Stephanie, Darko, Sahin, Orkan and athers, "Tokenization of Assets", *EY*, Vol.1.
19. Think Block Tank, "The Regulation of Tokens in Europe", Ver 1.0, 2019.
20. Yaga, Dylan, Mell, Peter, Roby, Nik, et al, "Blockchain Technology Overview", National Institute of Standards and Technology, U.S. Department of Commerce, 2018, pp 1-57.

## «تحلیل اختیارات ذاتی<sup>۱</sup> مدیر عامل<sup>۲</sup> در شرکت های سهامی؛ با نگاهی به حقوق فرانسه و تأکید بر رویه قضایی»

رضا خشنودی\*  
محمد یعقوبی نادر\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۲۲

### چکیده

یکی از چالشی‌ترین مباحث حقوق شرکت‌ها، تعیین حدود اختیارات مدیرعامل شرکت است. جایگاه حقوقی مدیرعامل در شرکت های سهامی مسئله‌ای مبهم و اختلافی در قانون، دکتترین و رویه قضایی است. عده‌ای از اساتید با استناد به مواد ۱۲۴، ۱۲۵ و ۱۲۸ لایحه قانونی سال ۱۳۴۷، مدیرعامل را وکیل شرکت دانسته و اصل را بر عدم اختیارات او گذاشته‌اند و برخی دیگر نیز با توجه به ماده ۵۸۹ قانون تجارت و با الهام از حقوق فرانسه، مدیرعامل را جزئی از ارکان شرکت برشمرده و اصل را بر اختیارات وی بنا کرده‌اند. اختلاف مذکور نشئت‌گرفته از یک ترجمه نوآورانه از مواد قانونی فرانسه بوده است که نه تنها برخلاف قانون مبدأ است، بلکه با واقعیت‌های عرصه تجاری نیز سازگاری ندارد. تعیین حدود و ثغور اختیارات مدیرعامل رابطه‌ای تنگاتنگ با برگزیدن نظریه وکالت، یا رکنیت مدیرعامل پیرامون ماهیت و مبنای رابطه وی با شرکت دارد. در نتایج به‌دست‌آمده در این گفتار، نگارندگان با رویکردی فراقانونی به تحلیل مبنایی لزوم همسان‌سازی اختیارات مدیرعامل با هیئت‌مدیره پرداخته‌اند و با تکیه بر حقوق فرانسه و آرای قضات، مدیرعامل را نیز همانند هیئت‌مدیره، یکی از ارکان شرکت، و دارای اختیارات گسترده ذاتی و نشئت‌گرفته از قانون می‌دانند و محدودیت اختیارات وی را در برابر اشخاص ثالث با حسن نیت صحیح تلقی نمی‌کنند.

### کلیدواژگان:

اختیارات مدیرعامل، امنیت اقتصادی، حفظ حقوق اشخاص ثالث، شرکت سهامی، نمایندگی شرکت.

1. Inherent Authorities
2. Chief Executive Officer (CEO)

\* دانش‌آموخته دکتری، دانشگاه نانت فرانسه، مدرس مدعو دانشگاه علوم قضایی (نویسنده مسئول)  
Rkshoshnodi@yahoo.com

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی

Yaghobi77nader@gmail.com



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

## مقدمه

شرکت‌های سهامی براساس ماده ۵۸۹ قانون تجارت، به وسیله مقاماتی اداره می‌شوند که به موجب قانون یا اساسنامه، صلاحیت اتخاذ تصمیم در این زمینه را داشته باشند. سابقاً این مقامات به مجمع عمومی و هیئت‌مدیره اختصاص یافته بودند، اما پس از لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب سال ۱۳۴۷، مدیرعامل نیز به‌عنوان نماینده و چهره عمومی شرکت در برابر اشخاص خارجی به این ارکان اضافه شد تا دارنده حق امضای شرکت به‌سهولت قابل‌شناسایی باشد. مدیرعامل به‌عنوان اصلی‌ترین نقطه ارتباط بین تصمیمات هیئت‌مدیره و فعالیت‌های شرکت محسوب می‌شود و مسئولیت اجرای تصمیمات شرکت را بر عهده دارد. به همین منظور، در این لایحه، اداره کلی عملیات شرکت و مدیریت عملی شرکت از یکدیگر تفکیک شد و مورد اول را هیئت‌مدیره، و مورد اخیر را نهاد مدیریت عامل بر عهده گرفت.

نویسندگان ایرانی در ترجمه لایحه قانونی فوق از قانون ۱۹۶۶ فرانسه، دست به نوآوری‌هایی زدند که با واقعیات عرصه تجارت همخوانی ندارد. اختیارات هیئت‌مدیره و مدیرعامل را تفکیک کردند و درخصوص هیئت‌مدیره در ماده ۱۱۸ ل.ا.ق.ت مقرر داشتند: «مدیران شرکت دارای کلیه اختیارات لازم به جهت اداره شرکت می‌باشد و محدودکردن اختیارات مدیران در برابر اشخاص ثالث باطل و کان‌لم‌یکن می‌باشد» و با لحاظ ماده ۱۲۵ همان قانون بیان داشتند: «مدیرعامل شرکت در حدود اختیاراتی که توسط هیئت‌مدیره به او تفویض شده است، نماینده شرکت محسوب می‌شود و از طرف شرکت حق امضا دارد». در شرح مواد فوق، عده‌ای از اساتید با توجه به واقعیات و مصالح اجتماعی معتقدند که مدیرعامل نیز همانند هیئت‌مدیره (ماده ۱۱۸) دارای اختیارات کلی برای اداره شرکت، و به‌تبع آن محدودیت اختیاراتش در برابر اشخاص ثالث غیرقابل‌استناد است و برخی دیگر از اساتید به تبعیت از مَر قانون (مواد ۱۲۴، ۱۲۵ و ۱۲۸) اعتقاد به تفویضی‌بودن جایگاه مدیریت عامل دارند و او را همانند وکیل شرکت تلقی می‌کنند و چون اختیاراتش را

محدود به مواردی تفویض شده می‌دانند، معتقدند اقدامات خارج از اختیاراتش، شرکت را متعهد نمی‌سازد. این مهم در فرضی که هیئت‌مدیره در تفویض اختیارات به مدیرعامل سکوت اختیار می‌کند یا در فرضی که شروطی در هاله‌ای از ابهام به نفع شرکت و به ضرر اشخاص ثالث تنظیم شده است، نمود و اهمیت بیشتری پیدا می‌کند که حدود اختیارات مدیرعامل در شرکت به چه میزانی است.

ابهام، اجمال و بعضاً تعارض‌های موجود در قوانین اختلاف‌نظرهای جدی در دکترین به وجود آورده که باعث تزلزل رویه قضایی شده است و آرای محاکم به جهتی واحد حرکت نکرده‌اند. لذا تعیین حدود اختیارات مدیرعامل با توجه به اینکه نمایندگی شرکت را بر عهده دارد و تجاوز یا تعدی از اختیارات قانونی یا اعطایی به وی، حسب مورد موجبات تضرر شرکت یا اشخاص ثالث را به همراه می‌آورد، مسئله‌ای بسیار حائز اهمیت است و می‌تواند مشکل‌گشای رویه قضایی باشد.

در این مقاله، نگارندگان با رویکردی فراقانونی و تحلیلی، با استفاده از اصول حقوق تجارت و الهام از حقوق فرانسه و بررسی آرا و نظریات قضات و آرای مشورتی اداره کل قوه قضائیه، به اختیارات مدیرعامل می‌پردازد تا مشخص نماید که آیا مدیرعامل مقامی تفویضی، یا رکنی از ارکان شرکت است و جایگاه حقوقی او اقتضا دارد که اختیارات گسترده‌ای در اجرای تصمیمات شرکت را داشته باشد. فلذا سعی شده است که در پایان، به سؤالات ذیل پاسخی مناسب داده شود:

۱. اختیارات مدیرعامل ذاتاً نشئت گرفته از قانون است یا منوط به تفویض مجمع عمومی یا هیئت‌مدیره؟

۲. در فرض کامل بودن اختیارات مشارالیه، چه نهادی می‌تواند این اختیارات را محدود نماید؟

۳. اثر این اعمال محدودیت در برابر شرکت و اشخاص ثالث چیست؟

بنابراین با توجه به مطالب فوق، در مرتبه نخست به شناسایی مدیرعامل می‌پردازیم و او را از سایر مدیران شرکت متمایز می‌کنیم. در گفتار دوم چرایی و چگونگی رابطه مدیرعامل را با شرکت بررسی، و در گفتار سوم چالش‌های اجرای وظایف نمایندگی

شرکت را نمایان می‌کنیم. در گفتار چهارم مواد قانونی را در پرتو الهام آنها از فرانسه بررسی می‌کنیم و در نهایت به تبعیت از همان قانون، موضع قانون‌گذار فعلی را در راستای حفظ حقوق اشخاص ثالث روشن می‌نماییم.

### ۱. بازشناسی مدیرعامل از سایر مدیران شرکت

لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب سال ۱۳۴۷ بدون تعریف مدیرعامل تنها به ضرورت وجود آن در ماده ۱۲۴ تصریح نموده است. به عقیده برخی اساتید، با اینکه قانون‌گذار در غیر از شرکت‌های سهامی و تعاونی صحبتی از مدیرعامل نمی‌کند، ماده فوق قاعده‌ای عمومی، و در سایر شرکت‌ها نیز مجری است و در رویه نیز سایر شرکت‌ها اقدام



به انتخاب مدیریت عامل می‌کنند.<sup>۱</sup> مدیرعامل به حکم ماده ۱۲۵ ل.ا.ق.ت، نماینده شرکت در مقابل اشخاص ثالث محسوب می‌شود و از طرف شرکت حق امضا دارد. علی‌رغم اینکه نمایندگی شرکت اصولاً وحدت مدیرعامل را اقتضا می‌کند، گاهی ممکن است وسعت عملیات جغرافیایی و اداری شرکت، وجود مدیران عامل متعدد را توجیه نماید. به همین منظور، قانون‌گذار با به‌کاربردن واژه «اقلاً» در ماده ۱۲۴، اجازه برگزیدن چندین مدیرعامل را به هیئت‌مدیره اعطا کرده است. در صورتی که تعداد مدیرعامل از یک نفر تجاوز نماید، به آنها «هیئت عامل» گفته می‌شود.

برخی اساتید در یک تشبیه زیبا، ارکان اداره‌کننده شرکت سهامی را به سرانسان تشبیه نموده‌اند و بر همین مبنا تصمیم‌های کلی شرکت را بر عهده مجمع (شرکا)، تصمیم‌های مبانی را بر عهده هیئت‌مدیره و در آخر تصمیمات جزئی و اجرایی را، در حدود تصمیمات کلی و میانی، بر عهده مدیرعامل قرار داده‌اند. مدل فوق به شرط عدم دخالت نهادهای مزبور در وظایف یکدیگر، امنیت کاملی را برای شرکا و اشخاص ثالث طرف

۱. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۲، چاپ ۲۵، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۵، ص ۲۱۳.



معامله با شرکت فراهم می‌کند. اثر تقسیم‌بندی فوق چنین است که اگر مدیرعامل را آشکارکننده تصمیمات شرکت تلقی کنیم، بدیهی است ملزم هستیم هر آنچه که از وی منتشر می‌شود، منشأ اثر بدانیم. بنابراین هرگونه شک و تردید موجه در تعارضات، به نفع اشخاص ثالث تفسیر می‌شود و زیان‌های ناشی از تعارضات را جز در موارد استثنا، بر شرکت و شرکا تحمیل می‌کنیم.<sup>۱</sup> فلذا برخی گفته‌اند که «مدیرعامل یکی از اعضای هیئت‌مدیره شرکت است که از طرف آن هیئت سمت نمایندگی شرکت را دارد و امور عادی شرکت، مانند اقدامات لازم برای پیشرفت عملیات شرکت، از قبیل خرید و فروش، بستن قرارداد، استخدام کارگر و اعضای جزء و نمایندگی شرکت در دادگاه‌ها را بر عهده دارد».<sup>۲</sup>

با توجه به مدل بالا، به نظر می‌رسد قانون‌گذار برای جلوگیری از تعارض بین تصمیمات شرکت (از یک طرف تصمیمات منسوب به هیئت‌مدیره و از طرف دیگر تصمیمات مدیرعامل)، مدیرعامل را تنها نماینده شرکت در برابر اشخاص ثالث معرفی نموده است. لذا هیئت‌مدیره نماینده شرکت محسوب نمی‌شود و نمی‌تواند در امور خارجی شرکت دخالت کند. بر همین اساس برخی گفته‌اند: «لفظ مدیرعامل مبین آن است که هیئت‌مدیره تصمیم می‌گیرد و مدیرعامل عمل می‌کند».<sup>۳</sup> به عبارت دیگر، اشخاص ثالث به هنگام معامله با شرکت باید صاحبان اراده انشایی شرکت را به تفکیک بشناسند و این مهم جز با انحصار عملیات اجرایی به مدیریت عامل میسر نمی‌شود.<sup>۴</sup> بنابراین جایگاه خاص وی در نظام اجرایی شرکت و مقدم‌بودن در بیان تصمیمات شرکت است که سبب

۱. کاویانی، کوروش، **حقوق شرکت‌های تجاری**، جلد ۲، چاپ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۳۵؛ محسنی راد، محمد، **اختیارات و مسئولیت مدیران شرکت‌های تجاری با رویکردی بر لایحه ۱۳۹۰**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم اداری و اقتصادی دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۹۵، ص ۴۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ ۶، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲، ص ۶۳۲.
۳. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت شرکت‌های تجاری**، جلد ۲، چاپ ۲۳، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸، ص ۱۸۹-۱۹۱؛ کاویانی، کوروش، **منبع پیشین**، ص ۱۶۷.
۴. معتمدی، جواد، «اختیارات هیئت‌مدیره به موازات مدیرعامل: نقد رأی شماره ۱۴۴۷/۲۳۳۷۰-۹۲۰۹۹۷۰ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران»، **فصلنامه رأی**، ش ۲، ۱۳۹۶، ص ۵؛ خادم سربخش، مهدی و موسی طوبائی، **اصول و قواعد حقوقی حاکم بر معاملات و نهادهای تجاری**، چاپ ۱، تهران: انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۹۴، صص ۱۲۶ و ۱۲۷.

شده است تا واژهٔ عامل را به مدیر اضافه کنیم و او را مدیرعامل بنامیم.<sup>۱</sup> البته نباید مطابق نظر برخی در این امر افراط کرد و مدیرعامل را اصل و هیئت‌مدیره را استثنا دانست.<sup>۲</sup>

مادهٔ ۱۱۸ ل.ا.ق.ت، در باب صلاحیت کلی مدیران و حفظ حقوق اشخاص ثالث شرکت بیان می‌دارد: «جز دربارهٔ موضوعاتی که به موجب مقررات این قانون اخذ تصمیم و اقدام دربارهٔ آنها در صلاحیت خاص مجامع عمومی است، مدیران شرکت دارای کلیهٔ اختیارات لازم برای ادارهٔ امور شرکت می‌باشند، مشروط بر آنکه تصمیمات و اقدامات آنها در حدود موضوع شرکت باشد. محدود کردن اختیارات مدیران در اساسنامه یا به موجب تصمیمات مجامع عمومی فقط از لحاظ روابط بین مدیران و صاحبان سهام معتبر بوده و در مقابل اشخاص ثالث باطل و کان‌لم‌یکن است».

حسب اطلاق واژهٔ مدیران در مادهٔ فوق، اختلاف شده است که آیا علاوه بر هیئت‌مدیره، دربرگیرندهٔ مدیرعامل نیز می‌شود تا وی را در اجرای نمایندگی شرکت دارای اختیارات گسترده بدانیم یا به حکم مادهٔ ۱۲۵ همان قانون، اختیارات وی منوط به تفویض هیئت‌مدیره است؟ در پاسخ به این سؤال، حقوق‌دانان مسیر واحدی را طی نکرده‌اند. عده‌ای معتقدند که مادهٔ مذکور شامل مدیرعامل نیز می‌شود؛ چراکه مدیرعامل نیز قبل از اینکه عاملیت به او اضافه شود، یکی از مدیران شرکت بوده است.<sup>۳</sup> بالعکس برخی معتقدند شمول مادهٔ فوق دربردارندهٔ مدیرعامل نمی‌باشد؛ چراکه نه تنها در هیچ کجای ل.ا.ق.ت، مدیرعامل را در زمرهٔ مدیران شرکت به شمار نیاورده، بلکه این دو را در برابر یکدیگر به کار برده است.<sup>۴</sup>

۱. کاویانی، کوروش، منبع پیشین، ص ۱۶۷.

۲. قلی‌زاده منقوطای، احد، «تحلیل حقوقی اصل اختصاص انحصاری ارگان اجرایی شرکت به مدیرعامل»، دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، د ۲۳، ش ۹، ۱۳۹۵، صص ۴۰-۵۱.

۳. کبائی، کریم، **حقوق بازرگانی**، جلد ۱، چاپ ۲، ۱۳۵۰، ص ۱۵۹؛ کاتبی، حسینقلی، **حقوق تجارت**، چاپ ۸، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۸۸؛ بازگیر، یدالله، **موازن حقوق تجارت در آراء دیوان عالی کشور**، چاپ ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰، ر. ش ۱۳، ص ۹۳.

۴. پاسبان. محمد رضا، **حقوق شرکت‌های تجاری**، چاپ ۱۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸، ص ۲۲۱.

در شرایط کنونی با توجه به مواد ۱۰۷، ۱۱۸، ۱۲۴، ۱۲۵ و ۱۲۸ ل.ا.ق.ت، به نظر می‌رسد که ماده فوق منصرف از مدیرعامل باشد و مدیرعامل مشمول حکم خاص خود در ماده ۱۲۵ خواهد بود. لذا مدیرعامل فقط در حدود اختیاراتی که از طرف هیئت‌مدیره به او تفویض شده است، نماینده شرکت محسوب می‌شود و اگر اقدامی را خارج از این حدود انجام دهد، شرکت را متعهد نمی‌سازد و از آنجا که حدود اختیارات مدیرعامل به اداره ثبت شرکت‌ها اعلام و در روزنامه رسمی آگهی می‌شود (ماده ۱۲۸)، لذا این محدودیت نیز در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد است. امری که عملاً جهت‌گیری ماده ۱۱۸ برای حفظ حقوق اشخاص ثالث را خنثی می‌کند.

همان‌طور که پیداست، بین مواد فوق عدم هماهنگی آشکاری به چشم می‌خورد که تبیین آنان در مباحث بعدی بررسی می‌شود. اما اجمالاً می‌توان گفت که مدیرعامل رکنی از ارکان شرکت است و جایگاه حقوقی او اقتضا دارد که اختیارات گسترده‌ای در برابر اشخاص ثالث داشته باشد و هدف ماده ۱۱۸ ل.ا.ق.ت تنها زمانی محقق می‌شود که مدیرعامل را نیز به همانند هیئت‌مدیره دارای اختیارات گسترده ذاتی و ابتدایی بدانیم و محدودیت اختیارات وی در برابر اشخاص ثالث معتبر تلقی نکنیم.<sup>۱</sup>

## ۲. ماهیت و مبنای رابطه مدیرعامل با شرکت

در خصوص ماهیت و مبنای رابطه مدیران با شرکت نظریات مختلف و متنوعی ارائه شده است. بعضی در حقوق سنتی به دنبال توجیه این رابطه در قالب عقد وکالت هستند<sup>۲</sup> و برخی دیگر شق خاصی از نمایندگی را پیشنهاد داده‌اند.<sup>۳</sup> نظریه استخدام نیز مطرح است که در حقوق ما طرف‌داری ندارد. علی‌رغم تلاش حقوق‌دانان سابق، هیچ‌کدام از نظریات

۱ صادقی نشاط، امیر و هادی شعبانی کندسری، «اعتبار محدودیت اختیارات مدیران و مدیرعامل شرکت‌های سهامی؛ نقد رویه قضایی»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، ش ۸۰، ۱۳۹۵، ص ۶۵.

۲ اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، صص ۱۸۶ و ۲۰۶.

۳ عبادی، محمد علی، حقوق تجارت، چاپ ۱۰، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۳، ص ۱۱۴؛ حسنی، حسن، حقوق تجارت، چاپ ۶، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۱۲۰.

فوق با جایگاه مدیران در شرکت همخوانی نداشته و دکتربین را به ارائه مبنای جدید رهنمود کرده است.<sup>۱</sup> اهمیت مسئله در آن است که پذیرش هرکدام از مبانی فوق در استنتاج احکام حقوقی آثاری متفاوت دارد و تعیین حدود اختیارات مدیران و مدیرعامل شرکت ارتباط مستقیم با نحوه تلقی جایگاه حقوقی وی در شرکت دارد.

در این میان، نظریه وکالت (از سهامداران یا شرکت) بیشترین چالش را به دنبال داشته است. بدون تردید مبنای وکالت درخصوص مدیران (هیئت‌مدیره) نظریه‌ای عدول‌شده به نظر می‌رسد،<sup>۲</sup> اما محل ابهام است که آیا نظریه وکالت درخصوص مدیرعامل نیز غیرقابل اتکا می‌باشد؟ قانون مدیرعامل را نماینده و دارنده حق امضای شرکت می‌داند و او را در طول سایر ارکان اداره‌کننده شرکت تلقی می‌کند. عدول از نظریه وکالت درمورد مدیرعامل به همانند سایر مدیران، در گرو این مسئله است که آیا ایرادات مطرح علیه مدیران درمورد مدیرعامل نیز صدق می‌کند؟

برخی اساتید معتقدند چون مدیرعامل در حیطه اختیارات تفویضی عمل می‌کند و در هر زمان قابل عزل است، رابطه وی با شرکت بر مبنای وکالت است؛ ولی این وکالت برخلاف وقت، نه از سوی شرکا، بلکه از سوی شرکت می‌باشد.<sup>۳</sup> ولی باید توجه داشت که:

اولاً) موکل این وکیل کیست؟ شرکت که اراده خارجی ندارد تا وکیل اختیار کند یا اگر موکل وی، جمع اعضای هیئت‌مدیره می‌باشند، پس چطور است که قانون مدیرعامل را نماینده شرکت فرض کرده است، نه نماینده هیئت‌مدیره؟

ثانیاً) با اینکه موضوع عقد وکالت امور حقوقی است، ولی همان‌طور که می‌دانیم، قسمت اعظمی از اقدامات مدیرعامل را امور مادی صرف تشکیل می‌دهد؛<sup>۴</sup>

۱. ستوده تهرانی، حسن، منبع پیشین، ص ۱۹۵.

۲. پاسبان، محمد رضا و جواد نیک نژاد، «جایگاه حقوقی مدیران در شرکت‌های سهامی»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، د ۴، ش ۱۴، ۱۳۹۴، صص ۹-۴۰.

۳. اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، صص ۱۸۶ و ۲۰۶.

۴. حسنی، حسن، منبع پیشین، ص ۱۳۰.

ثالثاً) برخلاف عقود جایزی مثل وکالت، حجر و فوت اعضای هیئت‌مدیره (موکل) تأثیری در جایگاه مدیرعامل ندارد؛

رابعاً) با انتخاب مدیرعامل، هیئت‌مدیره صلاحیت اقدام خود را در حوزه خارجی شرکت از دست می‌دهد؛ چراکه ارکان شرکت از یکدیگر تفکیک شده‌اند و در فرض ما موکل (هیئت‌مدیره) توانایی اعمال موضوع وکالت را ندارد؛<sup>۱</sup>

خامساً) قانون مدیرعامل را نماینده خود شرکت معرفی می‌نماید و برای وی یک جایگاه قانونی در نظر گرفته است و ما نمی‌توانیم او را برخلاف قانون یک وکیل ساده تلقی کنیم؛<sup>۲</sup>

سادساً) همان‌طور که مدیران با اینکه در هر زمان قابل عزل هستند، ولی جزئی از ارکان شرکت به حساب می‌آیند، مدیرعامل نیز یکی از ارکان این شخص است و استناد به قابلیت عزل بدون دلیل وی سنجیده به نظر نمی‌رسد؛

سابعاً) وقتی که قانون‌گذار با اقتباس از حقوق سایر کشورها گامی به سوی سازمان‌دهی شرکت‌های تجاری برمی‌دارد، با منطق سازگار نیست که مسئولین اداره‌کننده شرکت را جزئی از اندام شرکت تلقی کنیم، ولی مدیرعامل را که آشکارکننده تصمیمات شرکت است، یک وکیل ساده بدانیم؛ لذا نه تنها رابطه وکالت درخصوص مدیران غیرقابل اتکا است، بلکه مبنای دقیقی برای مدیرعامل نیز به نظر نمی‌رسد و با نیازهای روز انطباق ندارد.<sup>۳</sup>

۱. اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، صص ۱۸۹-۱۹۱.

۲. پاکدامن، رضا، حقوق تجارت، چاپ ۱، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۸، ص ۴۶.

۳. حسن‌زاده، حیدر، حقوق تجارت (شرکت‌های تجاری)، جلد ۱، چاپ ۳، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۶، صص ۲۰۲-۲۰۴.

در آخرین نظریه مطرح شده، صاحب‌نظران از حقوقی سنتی فاصله گرفته و رکنیت مدیران در شرکت را مطرح نموده‌اند.<sup>۱</sup> بدین توضیح که به موجب نظریه اخیر، مقامات تصمیم‌گیرنده یا مدیر، جزو ساختمان و سازمان شخص حقوقی است؛ اندام یا عضوی است که به وسیله آن اراده شخص حقوقی اعلام می‌شود و فعالیت‌های خارجی شکل می‌گیرد. در پوزیتیویسم حقوقی به دنبال آن بودند که رابطه میان مدیران و شرکت را رابطه‌ای قراردادی تلقی کنند تا با یکی از قالب‌های سنتی، نظیر عقد وکالت قابل توجیه باشد. اما امروزه در پست مدرنیسم، حقوق‌دانان بیشتر به وضعیت حقوقی موجود توجه می‌کنند و فارغ از اینکه با قالب‌های سنتی قابل توجیه باشد یا خیر، برای آن عنوانی مهیا می‌کنند. به عبارت دیگر، در پست مدرنیسم دنبال این نیستند که بگویند مدیران و مدیرعامل مع‌الواسطه از طرف سهامداران و هیئت‌مدیره وارد یک رابطه حقوقی - قراردادی با شرکت می‌شوند؛ بلکه به وجود آمدن حق و تکلیف‌هایی برای مدیران یا مدیرعامل به سبب پذیرش تصدی این وضعیت‌ها است. اما پرسشی که باقی می‌ماند، این است که در فرض عدم وجود رابطه‌ای قراردادی، پس قبول مدیران چه وضعیتی دارد؟ در پاسخ باید گفت: اولاً) با پذیرش این وضعیت حقوقی است که شخصیت حقوقی شرکت معنا پیدا می‌کند و این نهاد حقوقی مستقل یک ارکانی دارد. فلذا رابطه یا وضعیت مدیران و مدیرعامل به تبع اصل اعتباری بودن شرکت حقوقی، اعتباری است و با مدل‌های سنتی قابل توجیه نیست. ارکان اداره‌کننده شرکت (مجمع عمومی، هیئت‌مدیره، مدیرعامل) از یکدیگر تفکیک شده‌اند و اصولاً در وظایف یکدیگر دخالتی نمی‌کنند. اثر قبول در اینجا پذیرش مسئولیت‌های سنگین سمت مدیریت عاملی است، نه اینکه رابطه‌ای حقوقی مثل عقد وکالت را قبول کند. در این حالت است که به رئالیسم حقوقی در واقعیت‌های جامعه نزدیک می‌شویم.

۱. پاسبان، محمد رضا و جواد نیک نژاد، منبع پیشین، ۱۳۹۴، ص ۱۳؛ اسکینی، ربیعا و شریفی آل هاشم و سید الهام الدین «تحلیل اختیارات مدیران شرکت‌های سهامی با توجه به مبانی رابطه مدیران با شرکت در نظام حقوقی ایران و انگلیس»، فصلنامه علمی - پژوهشی مدرس علوم انسانی، ش ۱۷۱، ۱۳۷۹، صص ۱-۱۶.

ثانیاً) اگر در ماده ۵۱ قانون سال ۱۳۱۱ نیز تدبر کنیم، از پذیرش مسئولیت سخن به میان آورده است.<sup>۱</sup> بدین توضیح که صرف نظر از بررسی رابطه قراردادی میان مدیران و شرکت، مسئولیت آنان را همانند وکیل در عقد وکالت دانسته است. نویسندگان فوق، برای دوری از مسئولیت‌های محض به این سمت رفته‌اند که بگویند مسئولیت مدیران شرکت به مثابه ید امین (وکیل) است و اصلاً در مقام بیان رابطه حقوقی مدیران با شرکت نبوده است.<sup>۲</sup>

بنابراین با توجه به ماده ۵۸۹ ل.ا.ق.ت که بیان می‌کند: «تصمیمات شخص حقوقی به وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند، گرفته می‌شود»، سمت و سوی تحولات حقوقی اخیر به سمت شناسایی «اراده خاص» برای اشخاص حقوقی گرایش داشته است. این اراده خاص، اراده شخص حقوقی محسوب می‌گردد و ارکان مدیریت جزء پیکره و اندام سازمان تلقی می‌شوند.<sup>۳</sup> لذا مدیران و مدیرعامل شرکت‌های سهامی اختیارات خود را از قانون اتخاذ می‌کنند و برای اداره شرکت دارای اختیارات گسترده‌ای هستند. به نظر می‌رسد به همین دلیل است که نویسندگان ل.ج.ق.ت سال ۱۳۹۱ در ماده ۱۶۰ همان لایحه، مدیرعامل را رکنی از ارکان شرکت تلقی کرده‌اند.<sup>۴</sup>

۱. ماده ۵۱ - «مسئولیت مدیر شرکت در مقابل شرکاء همان مسئولیتی است که وکیل در مقابل موکل دارد».  
 ۲. صقری. محمد، **حقوق بازرگانی شرکت‌ها**، جلد ۱ و ۲، چاپ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۲۵۵؛ عیسائی تفرشی، محمد، **تحولات حقوقی شرکت‌های سهامی پس از انقلاب اسلامی**، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ۱۳۷۵، صص ۸۵ و ۱۰۷.  
 ۳. تفرشی، محمد عیسی، **مباحث تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری**، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸، صص ۹۰-۹۴.  
 ۴. ماده ۱۶۰: «ارکان شرکت تجاری عبارت است از: ۱. مجمع عمومی ۲. مدیر یا مدیران ۳. مدیرعامل ۴. بازرس یا بازرسان»؛ محسنی راد، محمد، **منبع پیشین**، صص ۴۴-۴۸.

### ۳. نمایندگی شرکت؛ فرضی قانونی یا جایگاهی تفویضی

اجرای وظایف نمایندگی شرکت با توجه به واقعیات عرصه تجارت با چالش‌هایی روبرو می‌شود. از مهم‌ترین مسائل چالش‌برانگیز، بررسی مقام ذی‌سمت برای طرح دعوا له و علیه شرکت است. به عبارت دیگر، مقامی که باید به نفع شرکت دعوایی را مطرح کند یا از شرکت دفاع نماید، چه کسی است؟ چند حالت برای بررسی متصور است؛ ولی قبل از ورود به بحث مجدد باید متذکر شویم که در شرکت‌های تجاری، اساسنامه به مثابه قانون شرکت است و به حکم ماده ۱۲۵ ل.ا.ق.ت، مدیرعامل نماینده شرکت محسوب می‌شود تا قانون شرکت را اجرایی کند. لازم به ذکر است، عده‌ای از دکترین و رویه محاکم تقسیمات ذیل را قبول ندارند و معتقدند مدیرعامل در صورتی برای طرح دعوا و دفاع از شرکت صلاحیت دارد که این اختیار از سوی هیئت‌مدیره به وی تفویض شده باشد.<sup>۱</sup>

۱. صورت اول آن است که در اساسنامه هیچ تعرضی درمورد اینکه چه مقامی برای طرح دعوا یا دفاع از شرکت ذی‌سمت می‌باشد، نشده است. با توجه به حکم قانون که نمایندگی شرکت را با مدیرعامل می‌داند، وظایف فوق بر عهده وی است؛ یعنی اوست که باید به نفع شرکت اقامه دعوا کند و در دعوایی که بر علیه شرکت مطرح شده است، نیز مدیرعامل در ستون نماینده قانونی شرکت قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup>

۲. صورت دوم آن است که در اساسنامه، مقامی را که دارای اختیار طرح دعوا یا دفاع از شرکت است، هیئت‌مدیره معرفی کرده باشند. در این مورد علی‌رغم اینکه این اختیار به هیئت‌مدیره واگذار شده است، ولی نافی اختیار مدیرعامل نیست. به عبارت دیگر، اینکه در اساسنامه ذکر شده است هیئت‌مدیره اختیار اقامه دعوا و دفاع را دارد، به منزله این نیست که اختیار قانونی مدیرعامل را ضایع کرده باشد و «اثبات شیء نفی ما عدا» نمی‌کند. با توجه به مواد ۱۲۵ و ۵۸۹ ل.ا.ق.ت اختیار و وظیفه نمایندگی مدیرعامل

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۳۸ به تاریخ ۱۳۹۲/۵۰/۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۲. در تأیید این نظر رک به: عرفانی، محمود، مجموعه کامل محشای قانون تجارت ایران، چاپ ۶، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص ۸۶؛ رأی شماره ۶۱۹۹۷۰۱۵۰۱۳۶۰ به تاریخ ۹۱/۱۰/۳۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران.



نشئت گرفته از قانون، و اختیار دوم نشئت گرفته از سوی اساسنامه است.<sup>۱</sup>

۳. در صورت سوم، اساسنامه مقامی را که دارای اختیار طرح دعوا یا دفاع از شرکت است، هیئت‌مدیره معرفی نموده و اختیار و وظیفه مدیرعامل را نیز در این خصوص سلب کرده است. برخلاف مورد قبل، در اینجا اساسنامه به صراحت اختیار را از مدیرعامل سلب کرده است. فلذا در اینجا دیگر مدیرعامل هیچ حقی برای اقامه دعوا یا دفاع برای شرکت ندارد.

هیئت‌مدیره باید اقلأً یک نفر را به عنوان مدیرعامل انتخاب کند؛ این یعنی جایگاهی به عنوان مدیرعامل وجود دارد و قانون نیز می‌گوید مدیرعامل، نماینده شرکت است، اما در حدود اختیاراتی که هیئت‌مدیره به او داده است. یعنی قانون می‌گوید نماینده شرکت، مدیرعامل منتخب از سوی هیئت‌مدیره است؛ فارغ از اینکه حدود اختیارات وی تعیین شده یا نشده باشد. به علاوه با توجه به اینکه انتصاب مدیرعامل در ل.ا.ق.ت الزامی شده است، خود نشانگر آن است که اختیارات او نیز طبیعتاً از قانون سرچشمه می‌گیرد و گسترده است، و آلا نیازی به الزامی کردن آن نبود. بنابراین الزامی کردن انتخاب مدیرعامل برای شرکت با اینکه اقدامی صحیح نبوده، ولی مؤید این مهم است که رکن مدیریت عاملی از سایر ارکان شرکت تفکیک شده است و هیئت‌مدیره حق دخالت در اقدامات وی را ندارد.<sup>۲</sup>

همچنین در حالتی که هیئت‌مدیره حدود اختیارات مدیرعامل را تعیین نمی‌کند، دو حالت وجود دارد: نخست اینکه بگوییم حدود اختیارات مدیرعامل ۱۰۰ (عام) و دوم اینکه بگوییم ۰ (عدم) است. این منطقی نیست که هیئت‌مدیره فردی را به مدیرعاملی انتخاب کند؛ اما برای او هیچ اختیاری در نظر نگیرد. بنابراین حالت دوم منطقی نیست و کنار می‌رود و تنها حالت نخست باقی می‌ماند و آن این است که حدود اختیارات مدیرعامل کامل است و تنها با تصریح در اساسنامه یا مصوبه هیئت‌مدیره محدود می‌شود. پس

۱. در تأیید این نظر ر.ک به: دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۲۱۶۳۹۰۰۳۹۰ به تاریخ ۱۳۹۴/۰۸/۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ نظریه مشورتی شماره ۷/۳۴۲۶ مورخ ۱۳۸۱/۴/۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه؛ رأی شماره ۲۵۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به تاریخ ۱۳۸۰/۰۸/۰۶.

۲. برای دیدن نظر مخالف ر.ک به: پاسبان، محمد رضا، منبع پیشین، ۱۳۹۸، ص ۲۱۰.

مسئولیت‌ها و اختیارات در خود قانون مشخص شده است و در صورتی که در اساسنامه مشخص نشده باشد که چه کسی مسئول طرح دعوا و دفاع است، در اینجا مدیرعامل این مسئولیت و نمایندگی را مطابق ماده ۱۲۵ برعهده دارد. همچنین به کاربردن واژه تحدید اختیارات مدیرعامل نیز خود مؤیدی بر گفته ماست؛ چراکه باید اختیاراتی از اول کامل باشد تا مقامی مؤخر بتواند آن را محدود نماید.<sup>۱</sup>

بنابراین نمایندگی شرکت در کلیه مراجع قانونی بر عهده مدیرعامل است، مگر اینکه این حق توسط اساسنامه یا هیئت‌مدیره سلب شود. لذا در صورتی که اقامه دعوا یا دفاع از طرف شرکت، توسط مدیرعامل صورت گیرد، اصل بر واجد سیمت بودن وی است و مدعی عدم اختیار باید مدعی خود را به اثبات برساند؛ چراکه مقنن در ماده ۱۲۵، در فرضی قانونی وی را نماینده شرکت معرفی نموده است. ماده اخیر نوعی فرض قانونی برای اعلام نمایندگی شرکت‌های سهامی ایجاد کرده است که باعث ایجاد نظم و ثبات معاملاتی در عرصه تجارت می‌شود.<sup>۲</sup>

#### ۴. لزوم تفسیر قوانین با تاکید بر منشا اقتباس آنها

در مباحث قبلی بیان شد که با توجه به جهت‌گیری قانون‌گذار برای حفظ حقوق اشخاص ثالث در ماده ۱۱۸ ل.ا.ق.ت، حکم خاص مدیرعامل در ماده ۱۲۵ همان قانون با ماده فوق سازگاری ندارد. همان‌طور که می‌دانیم، مناسب‌ترین راه برای فهم دقیق عبارات قانونی در مواردی که ابهام، اجمال یا تعارضی در نص قانون به وجود می‌آید، رجوع به مدارک و اسنادی می‌باشد که مبین اراده قانون‌گذار در زمان طرح مواد قانونی بوده است.<sup>۳</sup> بدین نحو است که روشن می‌شود قانون‌نویسان ایرانی از چه منبع قانونی تبعیت کرده و در

۱. برای دیدن نظر مخالف ر.ک به: محسنی، سعید و مهسا رباطی، «تحلیل حقوقی اختیارات مدیرعامل شرکت سهامی»، دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، ش ۱۶، ۱۳۹۸، صص ۳ و ۷؛ قلی زاده منقوای، احد، منبع پیشین، ص ۵۵.

۲. پاکدامن، رضا، منبع پیشین، ص ۴۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ ۴، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۷، ص ۲۰۰.

جست‌وجوی چه قواعد و مقرراتی بوده‌اند. قانون تجارت ایران عمری طولانی دارد و در آن زمان تحت تأثیر قانون ۱۸۰۷ فرانسه قرار گرفته بود که به غیر از مواد ۲۱ تا ۹۳ آن، مابقی دست‌نخورده باقی مانده است. در آخرین اصلاح قانون تجارت ایران در سال ۱۳۴۷ مربوط به شرکت‌های سهامی مقتبس از قانون ۱۹۶۶ فرانسه به ارکان این شرکت اشاره رفته است که در ذیل به بررسی آنها می‌پردازیم. قبل از اصلاحات سال ۱۳۴۷، نهاد مدیریت عامل در قانون وجود نداشت و شرکت‌های تجاری عملاً مبادرت به انتخاب آن می‌کردند. در لایحه به تبعیت از کشورهای اروپایی، اداره کلی عملیات شرکت و مدیریت عملی شرکت از یکدیگر مجزا شد و مورد اول را هیئت‌مدیره و مورد اخیر را نهاد مدیرعامل بر عهده گرفت.<sup>۱</sup>

استفاده از مدیر عامل در اداره شرکت در حقوق فرانسه دارای قدمت و سابقه‌ای روشن است. در قانون ۱۹۶۶ فرانسه، مدیریت عاملی شرکت‌های سهامی<sup>۲</sup> به رئیس هیئت‌مدیره<sup>۳</sup> واگذار شده بود و وظایف وی را قانون معین می‌نمود. رئیس هیئت‌مدیره می‌توانست در کنار خود مدیران عاملی را به کار بگیرد، ولی مسئولیت اعمال آنان کماکان بر عهده رئیس هیئت‌مدیره باقی می‌ماند.<sup>۴</sup>

در ماده ۱۱۳ قانون تجارت مصوب ۱۹۶۶ (که به موجب فرمان ۲۱ سپتامبر ۲۰۰۰ نسخ شده است)، بیان شده بود که «به استثنای اختیاراتی که قانون صریحاً به مجامع عمومی صاحبان سهام داده است، همچنین اختیارات خاص قانونی هیئت‌مدیره و در حدود موضوع شرکت، رئیس هیئت‌مدیره در هر شرایطی دارای اختیارات کامل نمایندگی شرکت خواهد بود ... مفاد اساسنامه یا تصمیمات هیئت‌مدیره که این اختیارات را محدود می‌کند، در مقابل اشخاص ثالث غیرقابل اجرا است».<sup>۵</sup>

۱. ستوده، حسن، منبع پیشین، صص ۱۹۵ و ۲۱۳.

2. Sociétés anonyme

۳. Chairman رئیس هیئت‌مدیره شرکت در نظام حقوقی انگلوساکسون

4. Legeais, Dominique. **Droit commercial et des affaires**. Sirey, 2017. P 242.

5. **Art.** 113(abrogé). Sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires ainsi que des pouvoirs qu'elle réserve de façon spéciale au conseil→

همچنین به موجب ماده ۱۱۵ همان قانون نیز، «به پیشنهاد رئیس هیئت‌مدیره این هیئت می‌تواند به یک شخص حقیقی با عنوان مدیرعامل، نمایندگی همکاری با رئیس هیئت‌مدیره را بدهد...»<sup>۱</sup> در تکمیل مواد قبل، ماده ۱۱۷ همان قانون مقرر کرده بود که «هیئت‌مدیره با توافق ریاست هیئت، حدود اختیارات تفویض شده به مدیران عامل و مدت فعالیت آنان را معین می‌کند ... مدیران عامل در مقابل اشخاص ثالث از همان اختیارات رئیس هیئت‌مدیره برخوردار خواهند بود»<sup>۲</sup>.

بنابراین در حقوق فرانسه اختیارات عام رئیس هیئت‌مدیره، در فرضی که مدیرعامل شرکت نیز محسوب می‌شد، از قانون نشئت می‌گرفت و تحدید آن در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بود. اما وی برای دخل و تصرف نسبت به اموال غیرمنقول شرکت، یا واگذاری حق بهره‌برداری به دیگران یا ضمانت و تضمین در مقابل اشخاص ثالث باید با اجازه هیئت‌مدیره اقدام می‌کرد. به عبارت دیگر، با اینکه ماده ۱۱۷ قانون ۱۹۶۶ هیئت‌مدیره را تعیین‌کننده اختیارات تفویض شده به مدیران عامل دانسته بود، ولی جایگاه وی را قانون تعیین می‌کرد و او را دارای اختیارات گسترده می‌دانست و تحدید اختیارات او فقط در روابط داخلی معتبر تلقی می‌شد.<sup>۳</sup>

←d'administration, et dans la limite de l'objet social, le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ... Les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant ces pouvoirs sont inopposables aux tiers.

1. **Art. 115 (abrogé).** Sur la proposition du président, le conseil d'administration peut donner mandat à une personne physique d'assister le président à titre de directeur général ...

– البته حکم این ماده به شرح مندرج در ماده L225-53 قانون تجارت مصوب ۱۶ سپتامبر ۲۰۲۰ اصلاح و از اول ژانویه ۲۰۲۱ لازم‌الاجرا می‌باشد.

2. **Art. 117 (abrogé):** En accord avec son président, le conseil d'administration détermine l'étendue et la durée des pouvoirs délégués aux directeurs généraux ... Les directeurs généraux disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le président.

۳. البته ماده L225-56 قانون تجارت فعلی فرانسه، در تاریخ ۱۵ می ۲۰۲۱ مقررات سابق را اصلاح و اختیارات قابل توجهی به مدیرعامل اختصاص داد. به موجب این مقرر، مدیرعامل در محدوده موضوع شرکت و به استثنای آنچه که قانوناً از اختیارات مجامع سهام‌داران یا هیئت‌مدیره محسوب می‌شود، بیشترین اختیارات را در اداره شرکت دارا است و درقبال اشخاص ثالث نماینده شرکت محسوب می‌شود. به موجب این ماده، تمامی اقدامات مدیرعامل شرکت را در قبال اشخاص ثالث متعهد می‌کند، حتی اگر خارج از موضوع شرکت باشد، مگر اینکه ثابت شود که ثالث از موضوع بی‌اطلاع بوده یا با در نظر گرفتن اوضاع و احوال نمی‌توانسته بی‌اطلاع باشد. در هر صورت، صرف ←

نویسندگان ایرانی در فرایند ترجمه ماده اخیر دست به نوآوری‌هایی زدند: اولاً) انتخاب مدیرعامل را الزامی کردند؛ ثانیاً) برخلاف قانون فرانسه که محدودیت اختیارات مدیرعامل را در برابر اشخاص ثالث غیرمعتبر می‌دانست، برای سازگاری این قانون با ماده ۵۱ ق.ت. منسوخ، وی را وکیل شرکت دانستند و معتقد به قابلیت استناد به حدود اختیارات مدیرعامل از سوی شرکت شدند.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد نویسندگان ل.ج.ق.ت سال ۱۳۹۱ درصدد اصلاح این نواقص و تعارضات بین مواد ۱۱۸ و ۱۲۵ برآمده و در ماده ۲۴۱ این لایحه چنین مقرر داشته‌اند:

«مدیرعامل در مقابل اشخاص ثالث نماینده شرکت محسوب می‌شود و انجام کلیه امور شرکت و اقامه دعوی و دفاع از دعاوی اقامه شده علیه شرکت را برعهده دارد. درج امضای او تحت اسناد تعهدآور شرکت، موجب تعهد شرکت می‌گردد و تحدید اختیارات او به موجب اساسنامه، تصمیمات مجمع عمومی و یا مدیران تنها در روابط بین مدیرعامل و شرکت، معتبر و در مقابل اشخاص ثالث ناآگاه به حدود اختیارات مدیرعامل بی‌اثر است. قائم مقام مدیرعامل در حدود موضوع اختیارات تفویض شده، اختیارات مدیرعامل را دارد».<sup>۲</sup>

همچنین برخلاف قانون فرانسه که اختیار انتخاب مدیرعامل را به تشخیص و نیاز رئیس هیئت‌مدیره محول کرده بود، در ل.ا.ق.ت داشتن سمت مدیریت عامل الزامی دانسته شده است. به نظر می‌رسد با وضع این ماده آگاهانه یا بدون آگاهی در راستای تضعیف سمت مدیریت‌عامل حرکت می‌کنیم. توضیح آنکه با توجه به لزوم تعیین مدیرعامل، ناخواسته با مدیرعامل‌هایی مواجه می‌شویم که به صورت نمادین فعالیت می‌کنند و هیئت‌مدیره تمام یا بعضی از اختیارات او را سلب نموده است و مدیرعامل را

→ انتشار اساسنامه شرکت بر رد ادعای عدم اطلاع از موضوع شرکت کافی است. به علاوه مفاد اساسنامه یا تصمیمات هیئت‌مدیره مبنی بر محدود کردن اختیارات مدیرعامل در مقابل اشخاص ثالث غیرقابل اجرا است و حتی معاونان مدیرعامل نیز اختیاراتی مشابهی با رئیس اجرایی (مدیرعامل) دارند.

۱. صفری، محمد، منبع پیشین، صص ۵۳۵-۵۳۹.

۲. البته لایحه مذکور از سال ۱۳۹۱ تاکنون به تصویب نرسیده است.

صرفاً به مجسمه‌ای بدون اراده تبدیل کرده‌اند. این امر موجب برهم‌زدن نظم عمومی معاملات در تجارت شده و بذریعۀ اعتمادی را در معاملات داخلی و خارجی افکنده است. قاعدتاً باید انتخاب مدیرعامل اختیاری باشد تا اگر شرکتی نیاز به مدیرعامل داشت، نسبت به آن اقدام کند و نسبت به اقدامات او در برابر اشخاص ثالث با حسن‌نیت دارای مسئولیت باشد؛ چراکه امکان دارد تعداد سهامدار در بعضی از شرکت‌ها به قدری کم باشد که نیازی به تعیین مدیرعامل احساس نکنند.<sup>۱</sup>

در برخی از آرای محاکم و نظریات مشورتی تلاش شده است که این خلأ قانونی را اصلاح نمایند:

(الف) «...بر طبق مقررات قانون تجارت و اساسنامه شرکت، مدیرعامل و رئیس هیئت‌مدیره نماینده قانونی شرکت محسوب می‌شود و دارای کلیۀ اختیارات لازم برای اداره امور شرکت بوده و می‌تواند منشأ تعهدات قرار گیرد و اقدامات و اعمال او در مقابل اشخاص ثالث نافذ و معتبر می‌باشد و مجاز است معاملاتی انجام دهد و طرف ایجاب و قبول در عقود که مرتبط با شرکت باشد واقع شود و اگر از حدود اختیارات مندرج در اساسنامه خارج شود، بر حسب مورد در مقابل مجمع عمومی (سایر سهامداران) مسئول شناخته می‌شود...»<sup>۲</sup>.

(ب) «طرح دعوی صاحب سند علیه شرکت به خواستۀ الزام به انجام تعهد و جاهد قانونی دارد، به لحاظ اینکه اشخاص را نمی‌توان مکلف کرد که با اطلاع از تمام مواد اساسنامه شرکت اقدام به معامله نمایند. اما این هم هست که اگر مدیرعامل رعایت مصوبات اساسنامه، مجمع عمومی و هیئت‌مدیره را نکرده باشد، شرکت می‌تواند پس از جوابگویی به متعهدله، بر مدیر خاطی طرح دعوی نماید»<sup>۳</sup>.

۱. همان منبع، ص ۱۵۲.

۲. بازگیر، یدالله، منبع پیشین، ر. ش ۱۳، ص ۹۳.

۳. نظریه مشورتی شماره ۷/۴۳۸۸ مورخ ۱۳۷۸/۶/۱۰ اداره کل حقوقی قوه قضائیه.

ج) «...دادگاه ضمن رد دفاعیات خوانده بیان می‌کند که اولاً اسناد تجاری مستقلاً و فارغ از علت و منشأ مبادله آنها معتبر و به صرف ظهنروسی قابل انتقال است؛ لذا ادعای عدم انجام معامله تأثیری در حق ثابت وی نخواهد داشت. ثانیاً فقدان امضا احد از مدیران عامل تأثیری در حقوق خواهان نخواهد داشت. طبق ماده ۱۱۸ و ۱۲۵ اصلاحی، مدیرعامل نماینده شرکت محسوب می‌شود و حق امضا دارد و محدود نمودن اختیارات آنان در اساسنامه یا در صورت جلسه تأثیری در حقوق اشخاص ثالث که طرف شرکت می‌باشند، نخواهند داشت و عدم امضای سفته‌ها توسط یکی از مدیران با نگرش به ماده ۱۴۲ اصلاحی حداکثر می‌تواند ملاک مطالبه خسارت در روابط مدیران و شرکت باشد و تأثیری در حقوق دارنده سند ندارد»<sup>۱</sup>.

بنابراین برای جلوگیری از تعارض قانون و عدم تطبیق با واقعیات تجاری، می‌توان بر این عقیده بود که در ترجمه مواد ۱۱۸ و ۱۲۵ ل.ا.ق.ت. نقصی رخ داده است و رویه قضایی باید مدیرعامل را همانند هیئت مدیره پندارد. درحقیقت مواد فوق در یک راستا وضع شده‌اند و مجموعاً در مقام بیان این مهم می‌باشند که محدود کردن اختیارات مدیران و مدیرعامل در اساسنامه یا مصوبات هیئت مدیره فقط از لحاظ روابط داخلی شرکت معتبر بوده و در مقابل اشخاص ثالث با حسن نیت غیرقابل استناد و کان‌لم‌یکن است.

شایان ذکر است که امروزه قوانین و مقررات کشورهای اروپایی به این سمت و سو حرکت کرده‌اند که اعمال مدیران و مدیرعامل (رئیس هیئت مدیره) شرکت، حتی اگر خارج از موضوع شرکت باشد، در مقابل اشخاص ثالث غیرقابل استناد باشد و شرکت نمی‌تواند از انجام تعهد شانه خالی کند.<sup>۲</sup> البته ادغام اختیارات ریاست هیئت مدیره با مدیریت عاملی

۱. بازگیر، بدالله، **منتخب آرا حقوقی محاکم در سه دهه ۵۰، ۶۰ و ۷۰**، انتشارات بازگیر، چاپ ۱، دادنامه شماره ۴۰۶، ۱۳۸۲، ص ۳۶۸.

۲. اسکینی، ربیعا، **منبع پیشین**، ص ۲۰۸.

3. **Code de commerce** : Chapitre V : Des sociétés anonymes. (Art. L225-56. La société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve).

شرکت اشکالاتی را به وجود آورده است که بر همین اساس، برخی از حقوق دانان خارجی پیشنهاد تفکیک این اختیارات را به هیئت‌مدیره داده‌اند.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد به همین منظور بوده است که ماده ۲۳۸ ل.ج.ق.ت سال ۱۳۹۱ اجتماع ریاست هیئت‌مدیره و مدیریت‌عاملی را به کلی ممنوع اعلام کرده است: «...مدیرعامل شرکت نمی‌تواند درعین حال رئیس هیئت‌مدیره همان شرکت باشد...».

### ۵. حفظ حقوق اشخاص ثالث

با توجه به گسترش و پیشرفت روزافزون جهان تجارت، از اشخاص ثالثی که به اعتماد تصمیم‌گیران و مدیرعامل شرکت وارد معامله‌ای با شرکت می‌شوند، انتظار نمی‌رود که به‌طور قطع و یقین از عبارات مذکور در اساسنامه یا مصوبات هیئت‌مدیره یا اعلان اختیارات مدیرعامل در روزنامه شرکت اطلاعی داشته باشند. این امر در قراردادهای نوین جهانی که اغلب با وسایل ارتباطی جدید صورت می‌گیرد، نمود بیشتری پیدا می‌کند. امروزه حتی درک و فهم اساسنامه و مصوبات داخلی یا آگهی‌های شرکت عملی است که نیاز به تخصص دارد؛ فلذا مطالعه نه تخصصی بلکه متعارف آن بر عهده هر شخص ثالثی است که قصد معامله با شرکت را دارد.<sup>۲</sup> درحقیقت خلاف چنین منطقی، با اصل سرعت و امنیت در قراردادهای تجاری سازگاری ندارد. بنابراین با وجود قاعده اقدام، در عصر تخصصی‌شدن امور، حمایت از اشخاص ثالث ناآگاه ضروری به نظر می‌رسد.<sup>۳</sup>

مطابق با مبنای فوق، قانون‌گذار فرانسه در تکمیل ماده ۹۸ قانون ۱۹۶۶ که اختیارات گسترده‌ای برای هیئت‌مدیره در نظر گرفته بود، در ماده ۱۱۳ همان قانون بیان داشته

۱. عرفانی، محمود، **حقوق تجارت**، جلد ۲، چاپ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱؛ ص ۱۲۱.

۲. خزاعی، حسین، **حقوق تجارت شرکت‌های تجاری**، جلد ۲، چاپ ۱، تهران: نشر قانون، ۱۳۸۵، صص ۱۳۱-۱۳۲؛ حسینی، حسن، منبع پیشین، ص ۱۱۹؛ کنعانی، محمد طاهر، **حقوق تجارت نوین**، چاپ ۱، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۱، صص ۱۲۶-۱۲۷.

۳. منطبق وضع ماده ۱۴۲ نیز در همین بوده است که اگر از هیئت‌مدیره یا مدیرعامل تخلفی سر زد، شرکت موظف به انجام تعهدات خویش باشد و بتواند رجوعی ثانوی به این مقامات داشته باشد.



است: «به استثنای اختیاراتی که قانون صریحاً به مجامع عمومی صاحبان سهام داده است، همچنین اختیارات خاص قانونی هیئت‌مدیره و در حدود موضوع شرکت، رئیس هیئت‌مدیره در هر شرایطی دارای اختیارات کامل نمایندگی شرکت خواهد بود». به حکم ماده ۹۸ همان قانون، مقررات اساسنامه دایر بر محدودیت اختیارات هیئت‌مدیره (و رئیس هیئت‌مدیره به حکم ماده ۱۱۳) نسبت به اشخاص ثالث قابل استناد نیست. به عبارت دیگر، در حقوق فرانسه وظایف مدیریت عاملی را رئیس هیئت‌مدیره بر عهده دارد، با این تفاوت که اختیارات وی منشأ قانونی دارد و تحدیدکردن آن در برابر اشخاص ثالث معتبر نیست. بنابراین در شرکت‌های سهامی و با مسئولیت محدود کشور فرانسه، شرکت نمی‌تواند به محدودیت‌های مدیران و مدیرعامل در برابر اشخاص ثالث استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید اشخاص ثالث از اینکه معامله خارج از حدود مقرر در اساسنامه یا اختیارات مدیرعامل بوده است، مطلع بوده‌اند یا می‌توانستند آگاه باشند.<sup>۱</sup> در حقوق اروپا رویه قضایی با توجه به رویکرد حفظ حقوق اشخاص ثالث قاعده اختیارات ذاتی مدیران شرکت را مطرح نموده‌اند.<sup>۲</sup> ماده ۱۱۸ ل.ا.ق.ت کاملاً مثبت گرایش قانون‌گذار به حفظ حقوق اشخاص ثالث است. نویسندگان ایرانی در ترجمه ل.ا.ق.ت از قانون ۱۹۶۶ فرانسه، واژگان هیئت‌مدیره و رئیس هیئت‌مدیره را حذف، و واژه جامع مدیران را در یک ماده جایگزین آن نمودند. فلذا در ایران به حکم ماده ۱۱۸ ل.ا.ق.ت: «جز درباره موضوعاتی که به موجب مقررات این قانون اخذ تصمیم و اقدام درباره آنها در صلاحیت خاص مجامع عمومی است، مدیران شرکت دارای کلیه اختیارات لازم برای اداره امور شرکت می‌باشند، مشروط بر آنکه تصمیمات و اقدامات آنها در حدود موضوع شرکت باشد. محدودکردن اختیارات مدیران در اساسنامه یا به موجب تصمیمات مجامع عمومی فقط از لحاظ روابط بین مدیران و صاحبان سهام معتبر بوده و در مقابل اشخاص ثالث باطل و کان‌لم‌یکن است». علی‌رغم اختلاف در برداشت از اطلاق واژه مدیران، قانون‌گذار حکم ویژه مدیرعامل را در ماده ۱۲۵

1. Gruson, Michael, Stephan Hutter, and Michael Kutschera. **Legal Opinions in International Transactions**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p 132.

2. Inherent Authorities

همان قانون وضع کرده است که برخلاف هیئت‌مدیره، قائل به محدودیت اختیارات وی در برابر اشخاص ثالث شده است.

با توجه به مطالب فوق، به نظر می‌رسد که هدف قانون‌گذار از وضع این ماده ارائه قاعده‌ای برای حفظ حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت است. همچنین فلسفه به‌وجود آمدن شرکت‌های سهامی، حفاظت و صیانت از حقوق اشخاص ثالث بوده است که در بسیاری از مواد ل.ا.ق.ت نیز هویدا می‌باشد. مواد ۱۲۵، ۱۲۹، ۱۳۰، ۱۴۲، ۱۳۵، ۱۹۶ و ۲۷۰ ل.ا.ق.ت مؤیدی آشکار برای تشخیص جهت‌گیری قانون‌گذار می‌باشند. اما اگر برخلاف هیئت‌مدیره، درخصوص مدیرعامل قائل به محدودیت اختیارات وی باشیم، شرکت سهامی را همانند شرکت با مسئولیت محدود دانسته و از فلسفه تشکیل این شرکت‌ها فاصله گرفته‌ایم.<sup>۱</sup>

بنابراین، نظر برخی نویسندگان مبنی بر اینکه «هرکسی که مایل بود با شرکت معامله‌ای نماید، باید به اساسنامه آن مراجعه کند تا از حدود اختیارات مدیر یا مدیران مطلع گردد و در صورت سکوت اساسنامه، حتی‌المقدور نباید وارد معاملاتی شود که در اساسنامه صراحتاً در اختیارات مدیران قرار داده نشده است؛ با واقعیات جامعه تجاری سازگاری ندارد و صحیح به نظر نمی‌رسد.<sup>۲</sup>

همچنین اگر بر این عقیده باشیم که مدیرعامل مقامی تفویضی است و تجاوز وی از اختیاراتش، شرکت را مختار به رد تصمیمات می‌کند، ممکن است با امور فاسدی روبه‌رو شویم. توضیح آنکه امکان دارد هیئت‌مدیره با تبانی، مدیرعامل را به انجام معاملاتی خارج از اختیارات اساسنامه یا مجمع عمومی تحریک نمایند تا از این طریق شرکت را متعهد سازند و در هر زمان بتوانند از قابلیت رد استفاده نمایند. امری که اگر توسط هیئت‌مدیره

۱. حسن زاده، حیدر، **حقوق تجارت** (شرکت‌های تجاری)، جلد ۱، چاپ ۳، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۶، ص ۲۰۳.

۲. صفری، محمد، **حقوق بازرگانی شرکت‌ها**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۲۵۵.

صورت گرفته بود، در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بود.<sup>۱</sup> درحقیقت اگر بگوییم مدیرعامل مسئول اجرای تصمیمات هیئت‌مدیره و مجمع عمومی است، همان منطقی که اختیارات عام را برای هیئت‌مدیره توجیه کرده بود، درمورد مدیرعامل نیز، با توجه به اینکه قانون وی را به‌عنوان نماینده شرکت در برابر اشخاص ثالث معرفی می‌نماید، به طریق اولی صدق می‌کند.<sup>۲</sup>

بنابراین پیشنهاد می‌شود براساس لزوم همسان‌سازی اختیارات مدیرعامل با هیئت‌مدیره، مدیرعامل نیز با رعایت صلاحیت مجمع عمومی و موضوع شرکت، صلاحیت تصمیم‌گیری عام برای اداره شرکت را دارا باشد و شروطی که در هاله‌ای از ابهام به نفع شرکت و به ضرر اشخاص ثالث (در مصوبات هیئت‌مدیره) وضع شده است، در برابر اشخاص ثالث بی‌اعتبار تلقی شود و فقط هیئت‌مدیره بتواند اختیارات او را در روابط داخلی شرکت محدود نماید. البته مشارالیه همانند رئیس هیئت‌مدیره در فرانسه، برای دخل و تصرف نسبت به اموال غیرمنقول شرکت، یا واگذاری حق بهره‌برداری به دیگران یا ضمانت و تضمین در مقابل اشخاص ثالث باید با اجازه هیئت‌مدیره اقدام کند.

به نظر می‌رسد با توجه به همین مصلحت است که در ماده ۲۴۱ ل.ج.ق.ت ۱۳۹۱ مقرر شده است: «... تحدید اختیارات او (مدیرعامل) به موجب اساسنامه، تصمیمات مجمع عمومی یا مدیران تنها در روابط بین مدیرعامل و شرکت، معتبر و در مقابل اشخاص ثالث ناآگاه به حدود اختیارات مدیرعامل بی‌اثر است».

برخی از آرای صادره و نظریات قضات در نشست‌های قضایی استان‌های مختلف به این قرار است: (۱) رأی اصراری شماره ۲۲ دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۷۴/۰۷/۱۱؛ (۲) دادنامه شماره ۹۳۹۹۰۷۰۲۲۰۶۰۰۱۴۹ به تاریخ ۱۳۹۳/۰۲/۲۱ صادره از دادگاه عمومی حقوقی تهران؛ (۳) دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۸۸۵۵۰۰۷۶۲ به تاریخ ۱۳۹۴/۰۷/۲۲ صادره توسط دادرس شعبه پنجم دادگاه حقوقی اسلامشهر؛ (۴) دادنامه شماره

۱. صادقی نشاط، امیر و شعبانی کندسری، منبع پیشین، صص ۶۴-۶۵.

۲. حسن‌زاده، حیدر، منبع پیشین، صص ۲۰۲-۲۰۳.

۱۱۸۰۲۶۹۵۰۲۶۹۷۰۹۹۷۰۹۲۰ صادره از شعبه بیست‌وششم دادگاه عمومی حقوقی تهران؛ (۵) سؤال شماره ۶۶۱ در مجموعه نشست‌های قضایی، نظر هیئت عالی در نشست قضایی استان مرکزی شهر ساوه به تاریخ ۱۳۸۴/۱۱/۰۵؛ (۶) نظر هیئت عالی در نشست قضایی استان فارس شهرستان مهر به تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۰۸؛ (۷) نظر هیئت عالی نشست قضایی استان مازندران شهر محمودآباد به تاریخ ۱۳۸۴/۰۴/۰۶ و (۸) نظر هیئت عالی نشست قضایی استان گیلان، شهر رشت به تاریخ ۱۳۹۷/۰۲/۰۳؛ با استدلالی متفاوت در جهت حفظ حقوق اشخاص ثالث حرکت کرده‌اند. استدلال آرا فوق مبنی بر این است که قانون‌گذار با توجه به وضع ماده ۱۱۸ و ۱۳۵ ل.ا.ق.ت درصدد اعلام موضع جهت‌گیری خویش بوده است. در ماده ۱۱۸ اختیارات کلی مدیران را بیان می‌کند و در صدر ماده ۱۳۵ به تفکیک از قسمت دوم همان ماده، در راستای حفظ حقوق اشخاص ثالث مقرر داشته است: «کلیه اعمال و اقدامات مدیران و مدیرعامل شرکت در مقابل اشخاص ثالث نافذ و معتبر است» و در قسمت دوم، مصداقی اجلی از این ترتیبات و تشریفات را ذکر می‌کند «و نمی‌توان به عذر عدم اجرای تشریفات مربوط به طرز انتخاب آن‌ها، اعمال و اقدامات آنان را غیرمعتبر دانست».<sup>۱</sup> علی‌رغم اینکه استدلالات فوق محل مناقشه است، ولی به‌طور واضح مؤید گرایش برخی از قضات به حفظ حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت می‌باشد.<sup>۲</sup> به دلیل اختصار کلام چند نمونه از گرایشات فوق ذکر می‌شود:<sup>۳</sup>

الف) «...مطابق مواد ۱۱۸»...»، «۱۲۵»...» و به‌صراحت ماده ۱۳۵ همین قانون، کلیه اقدامات و اعمال مدیران و مدیرعامل شرکت در مقابل اشخاص ثالث معتبر است و

۱. برای دیدن نظر موافق ر.ک به: خزاعی، حسین، منبع پیشین، صص ۱۳۱-۱۳۲؛ کیائی، کریم، منبع پیشین، صص ۱۶۳-۱۶۵؛ کاتبی، حسینقلی، منبع پیشین، ص ۸۸؛ حسنی، حسن، منبع پیشین، ص ۱۳۰.

۲. برای دیدن نظر مخالف ر.ک به: اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص ۲۰۷؛ دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی، **قانون تجارت در نظم حقوق کنونی**، چاپ ۲۶، تهران: انتشارات دادستان، کتاب آوا، ۱۳۹۷، صص ۱۹۰-۲۰۲؛ پاسبان، محمد رضا، منبع پیشین، صص ۲۱۰-۲۲۵.

۳. به دلیل خلاصه‌بودن گفتار از ذکر تفصیلی متون آرا و نظریات فوق پرهیز می‌شود. فلذا به ذکر شماره و تاریخ دادنامه بسنده می‌کنیم. برای مشاهده آرا و نظریات فوق ر.ک به: سایت‌های [www.https://ara.jri.ac.ir/](https://ara.jri.ac.ir/) و <https://www.neshast.org/>

نمی‌توان به عذر عدم اجرای تشریفات مربوط به طرز انتخاب آنها اعمال و اقدامات آنان را غیرمعتبر دانست. مستفاد از مواد استنادی در کمال وضوح این است که مدیران نماینده و وکیل شرکت می‌باشند و اقدامات آنها در مقابل اشخاص ثالث نافذ است و محدود کردن اختیارات آنان در اساسنامه یا در صورت جلسه تأثیری در حقوق اشخاص ثالث که طرف معامله شرکت می‌باشند، نخواهد داشت و در مانحن‌فیه بر فرض که مدیرعامل مقررات قانونی راجع به شرکت را رعایت نکرده باشد، درحقیقت نوعی قصور و تخلف و عدم رعایت غبطه شرکت از جانب مدیر امضاکننده است که حداکثر می‌تواند ملاک مؤاخذة و مطالبه خسارت در رابطه با مدیران و شرکت باشد و تأثیری در حقوق دارنده مستند ابرازی نخواهد داشت؛ به خصوص که عرفاً و معمولاً معامله‌کنندگان با شرکت اساسنامه و صورت‌جلسات هیئت‌مدیره و مجامع عمومی شرکت را نمی‌بینند و سرعت و سهولت در روابط تجاری اقتضا دارد که اصل را بر صحت گذاشته و به مدیران معرفی شده اعتماد کنند. بنابراین عدم رعایت شرایط اساسنامه از طرف مدیر یا مدیران امضاکننده صرفاً ملاک تخلف آنان در قبال شرکت است و الا در قبال اعمال مدیران این اشخاص ثالث هستند که می‌بایست این موضوع را تحمل کنند. به عبارت روشن‌تر، یک شخصیت حقوقی وقتی با دیگران وارد معامله شود، خود باید معامله را از نظر مقررات شرکت مراقبت نماید و نمی‌تواند تا وقتی که قرارداد را قبول دارد، امضات آن را مؤثر بداند و هنگامی که از اجرای قرارداد منصرف شد، امضات را غیرمؤثر و اقدامات انجام شده را باطل بداند، زیرا این امر برخلاف حسن‌نیت است که مبنای رابطه حقوقی طرفین است...»<sup>۱</sup>

ب) نظر هیئت‌عالی در نشست قضایی استان مرکزی: «...باین‌حال به موجب ماده ۱۳۵ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت: کلیه اعمال و اقدامات مدیران و مدیرعامل شرکت در مقابل اشخاص ثالث نافذ و معتبر است... . مبنای حقوقی

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۱۱۸ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

غیرقابل استناد بودن عذر عدم اجرای تشریفات در مقابل اشخاص ثالث، متابعت قانون‌گذار از تئوری وکالت ظاهری است. وقتی شخصی به‌عنوان مدیرعامل شرکت به اداره ثبت شرکت‌ها معرفی و نام او به‌عنوان مدیرعامل در دفاتر ثبت آن اداره ثبت می‌شود، اشخاص ثالث به این ظاهر اعتماد، و با او قرارداد تنظیم می‌کنند. عملیاتی که نماینده یا مدیرعامل به نام شرکت انجام می‌دهد، عملیات شرکت محسوب می‌شود، مگر اینکه شرکت اطلاع اشخاص ثالث را که به استناد ماده ۱۳۵ مزبور ادعای حق می‌نمایند، از حدود اختیارات و عدم اجرای تشریفات مربوط به طرز انتخاب آنها اثبات نماید. به نظر می‌رسد اگر اشخاص ثالث از حدود اختیارات مدیرعامل یا هیئت‌مدیره مطلع باشند، نمی‌توانند به استناد ماده ۱۳۵ ادعای حقی کنند».

ج) نظر هیئت عالی در نشست قضایی استان فارس: «مدیر شعبه نماینده شرکت محسوب می‌شود و با توجه به ماده ۱۱۸ و قسمت اول ماده ۱۳۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت، شرکت در قبال طرف قرارداد و همچنین مدیر شعبه در قبال شرکت متبوع خود مسئول هستند؛ زیرا اولاً- اصل بر اعتبار اعمال تجاری مدیران و نمایندگان شرکت و تلقی آن به‌عنوان فعالیت بازرگانی خود شرکت می‌باشد. ثانیاً- بنا به تصریح قسمت اول ماده ۱۳۵ قانون یادشده، کلیه اعمال و اقدامات مدیران شرکت در مقابل اشخاص ثالث نافذ و معتبر است. ثالثاً- در فرض سؤال، ثالث به اعتبار شرکت با نمایندگی شرکت و مدیر شعبه قرارداد منعقد کرده و شرکت در مقابل طرف قرارداد مسئول است و اگر مدیر شعبه یا نماینده مرتکب تخلف یا تقصیری شده باشد، شرکت حق مراجعه به مدیر شعبه به‌عنوان امضاکننده قرارداد را دارد».

درنهایت، برای جمع بین مواد فوق<sup>۱</sup>، برخی اساتید بر طبق اصالت ظاهر پیشنهاد کرده‌اند که چنانچه اشخاص ثالث به تصور اینکه مدیرعامل اختیار کامل دارد با شرکت معامله کنند (اشخاص با حسن‌نیت)، ماده ۱۳۵ حاکم می‌شود و اعمال مدیرعامل نافذ

۱. «الجمع مهما امکن اولی من الطرح».

است؛ هرچند از حدود اختیارات وی فراتر رود. ولی اگر اشخاص ثالث از محدودیت اختیارات وی مطلع باشند (اشخاص بدون حسن نیت)، دیگر حق استناد به ماده قبل را ندارند و ماده ۱۲۵ قابل اجرا است. به عبارت دیگر، اصل بر حسن نیت طرف معامله با مدیران و مدیرعامل است و بار اثبات عدم حسن نیت بر عهده شرکت گذاشته می‌شود تا برای رهایی از معامله‌ای که به ضررش صورت گرفته است، بتواند عدم حسن نیت (آگاهی) طرف معامله را اثبات نماید. با اینکه این استدلال مخالف نص ماده ۱۲۵ و اجتهادی در برابر نص محسوب می‌شود، ولی می‌تواند پیشنهادی صحیح تا قبل از اصلاح مواد قانونی باشد.<sup>۱</sup> همان‌طور که دیده شد، در رویه قضایی نیز عملاً از این راه حل استفاده می‌شود.

---

۱. صقری، محمد، منبع پیشین، صص ۳۲۱ و ۵۳۷-۵۳۹.

## نتیجه‌گیری

علی‌رغم اهمیت جایگاه حقوقی مدیرعامل در شرکت‌های سهامی، قوانینی به‌طور روشن و واضح در این زمینه مقرر نگردیده است. ماده ۱۱۸ ل.ا.ق.ت در مقام بیان صلاحیت کلی مدیران شرکت قائل به اختیارات گسترده برای مدیران شده و محدودیت اختیارات ایشان را در برابر ثالث معتبر ندانسته است. لکن با وجود ماده ۱۲۵، در شمول شخص مدیرعامل در ماده قبل اختلاف به وجود آمده و نص ماده ۱۲۵، «مدیرعامل شرکت در حدود اختیاراتی که توسط هیئت‌مدیره به او تفویض شده است، نماینده شرکت محسوب می‌شود و از طرف شرکت حق امضا دارد»، نشانگر تقریب نظر قانون‌گذار به اصل عدم اختیارات مدیرعامل در برابر اشخاص بوده است.

اما همان‌طور که بیان شد، در ترجمه ماده اخیر از قانون ۱۹۶۶ فرانسه، نوآوری‌هایی صورت گرفته که جایگاه مدیرعامل را در عرصه نظام حقوقی شرکت‌ها متزلزل کرده است. در حقوق فرانسه، با اینکه مطابق ماده ۱۱۷ قانون ۱۹۶۶، تعیین‌کننده اختیارات تفویض‌شده به مدیران عامل را هیئت‌مدیره دانسته بود، ولی جایگاه وی را قانون تعیین می‌کرد و او را دارای اختیارات اجرایی گسترده می‌دانست و تحدید اختیارات او فقط در روابط داخلی معتبر تلقی می‌شد. بنابراین با وضع نوآوری‌هایی در ماده ۱۲۵ درخصوص اختیارات مدیرعامل، در بدو امر با تعارضی بین مواد ۱۱۸ و ۱۲۵ روبه‌رو هستیم که تعیین و تمییز جایگاه وی نیاز به تحلیل، تفسیر و بعضاً نگاهی به منشأ اقتباس آن دارد.

در پی ل.ا.ق.ت، قانون‌گذار به منظور شکل‌دهی به نظام شرکت‌های سهامی بود و برای تصمیم‌گیری، اداره و نظارت بر این شرکت‌ها، ارکانی را در نظر گرفته است. به همین منظور، شرکت‌های سهامی به حکم ماده ۵۸۹ قانون تجارت، «به وسیله مقاماتی اداره می‌شوند که به موجب قانون یا اساسنامه، صلاحیت اتخاذ تصمیم در این زمینه را داشته باشند». سابقاً این مقامات به مجمع عمومی و هیئت‌مدیره اختصاص یافته بودند، اما پس از ل.ا.ق.ت، مدیرعامل نیز به‌عنوان نماینده و چهره عمومی شرکت در برابر اشخاص خارجی به این ارکان اضافه شد تا دارنده حق امضای شرکت به‌سهولت قابل‌شناسایی باشد.



به همین منظور در این لایحه، اداره کلی عملیات شرکت و مدیریت عملی شرکت از یکدیگر تفکیک شد و برخلاف اداره کلی، مدیریت عملی شرکت به مدیرعامل سپرده شد. سمت و سوی تحولات حقوقی اخیر به سمت شناسایی «اراده خاص» برای اشخاص حقوقی گرایش داشته است.

این اراده خاص، اراده شخص حقوقی محسوب می‌گردد و ارکان مدیریت جزء پیکره و اندام سازمان تلقی می‌شوند. لذا مدیران و مدیرعامل شرکت‌های سهامی اختیارات خود را از قانون اتخاذ می‌کنند و برای اداره شرکت دارای اختیارات گسترده‌ای هستند. به علاوه، همان دلایلی که لزوم عدول از نظریه وکالت را در خصوص هیئت‌مدیره اثبات می‌کرد، به طریق اولی در خصوص مدیرعامل نیز صدق می‌کند و وکیل‌دانستن مدیرعامل شرکت با استناد به اینکه مدیرعامل در هر زمان قابل عزل است، صحیح نیست؛ چراکه هیئت‌مدیره نیز در هر زمان قابلیت عزل توسط مجمع عمومی را دارند و با این حال به اتفاق نظر اساتید، نظریه وکالت پاسخگوی روابط حاکمیت شرکتی نیست و باید قائل به رکنیت مدیران و مدیرعامل در ساختار اداره شرکت شد. به نظر می‌رسد با توجه به همین نکته است که نویسندگان در ماده ۱۶۰ در ل.ج.ق.ت سال ۱۳۹۱ مقرر کرده بودند: «ارکان شرکت تجاری عبارت است از: ۱. مجمع عمومی ۲. مدیر یا مدیران ۳. مدیرعامل ۴. بازرس یا بازرسان».

بنابراین به نظر می‌رسد باید به سمت و سوی همسان‌سازی اختیارات مدیرعامل با سایر مدیران شرکت حرکت کنند و مدیرعامل شرکت سهامی را که از طرف هیئت‌مدیره انتخاب می‌شود، نماینده شرکت بدانند تا اختیاراتی قانونی و مجزاً از هیئت‌مدیره داشته باشد. آنچه مسلم است، هیئت‌مدیره باید بتواند اختیارات مدیرعامل را در صورت لزوم محدود نماید، اما با توجه به اهمیت جایگاه نمایندگی شرکت، این محدودیت‌ها فقط در روابط داخلی معتبر، و در برابر اشخاص ثالث با حسن نیت (و عدم آگاه نسبت به محدودیت اختیاراتی وی) غیرمعتبر است. این راه‌حل نه تنها با نیازهای روز انطباق دارد، بلکه از وجود مدیران عاملی نمادین که به الزام قانون انتخاب شده و تمام یا قسمتی از اختیاراتشان

توسط هیئت‌مدیره محدود شده است، جلوگیری می‌کند. با توجه به سیر صعودی اقدامات مدیرعامل در زمینه تعاملات تجاری و گسترش تجارت در عرصه‌های بین‌المللی، رشد معاملات و اعتبار شرکت‌های ایرانی بین سایر شرکت‌های غول‌پیکر خارجی منوط به داشتن اختیارات است. این سازوکار موجبات اعتماد و اطمینان شرکت‌های تجاری در عرصه بین‌المللی را نسبت به اختیارات مدیران عامل شرکت‌های ایرانی فراهم می‌آورد.

اما تا رسیدن به وضعیتی مطلوب، با اجتهادی مقابل نص، باید قائل به تفکیک بین متعامل با حسن‌نیت و بدون حسن‌نیت بود. توضیح آنکه، برخی اساتید برای جمع بین مواد فوق بر طبق اصالت ظاهر پیشنهاد کرده‌اند که چنانچه اشخاص ثالث به تصور اینکه مدیرعامل اختیار کامل دارد با شرکت معامله کنند (اشخاص با حسن‌نیت)، ماده ۱۳۵ حاکم می‌شود و اعمال مدیرعامل نافذ است؛ هرچند از حدود اختیارات وی فراتر رود. ولی اگر اشخاص ثالث از محدودیت اختیارات وی مطلع باشند (اشخاص بدون حسن‌نیت)، دیگر حق استناد به ماده قبل را ندارند و ماده ۱۲۵ قابل اجرا است. به عبارت دیگر، اصل بر حُسن‌نیت متعامل شرکت با مدیرعامل است و بار اثبات عدم حسن‌نیت وی بر عهده شرکت گذاشته می‌شود تا برای رهایی از معامله‌ای که به ضررش صورت گرفته است، بتواند عدم حسن‌نیت (و آگاهی) طرف معامله به اختیارات مدیرعامل را اثبات نماید. با اینکه این استدلال مخالف نص ماده ۱۲۵ و اجتهادی در برابر نص محسوب می‌شود، می‌تواند پیشنهادی صحیح تا قبل از اصلاح مواد قانونی باشد. چنانچه گذشت، آرای قضات نیز بر تأیید همین نظر صادر شده است.

درخاتمه، همان‌طور که نویسندگان لایحه جدید قانون تجارت پیش‌بینی کرده بودند، به نظر می‌رسد باید اختیاراتی قانونی و گسترده برای مقام اجرایی شرکت در نظر گرفت و محدودیت اختیارات وی را در برابر اشخاص ثالث با حسن‌نیت، غیرمعتبر دانست. نویسندگان لایحه فوق در ماده ۲۴۱ این لایحه چنین مقرر کرده بودند:

«مدیرعامل در مقابل اشخاص ثالث، نماینده شرکت محسوب می‌شود و انجام کلیه امور شرکت و اقامه دعوا و دفاع از دعاوی اقامه‌شده علیه شرکت را برعهده دارد. درج

امضای او تحت اسناد تعهدآور شرکت، موجب تعهد شرکت می‌گردد و تحدید اختیارات او به موجب اساسنامه، تصمیمات مجمع عمومی یا مدیران تنها در روابط بین مدیرعامل و شرکت، معتبر و در مقابل اشخاص ثالث ناآگاه به حدود اختیارات مدیرعامل بی‌اثر است. قائم‌مقام مدیرعامل در حدود موضوع اختیارات تفویض شده، اختیارات مدیرعامل را دارد».

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت شرکت‌های تجاری**، جلد ۲، چاپ ۲۳، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸.
۲. بازگیر، یدالله، **موازین حقوق تجارت در آراء دیوان عالی کشور**، چاپ ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰.
۳. \_\_\_\_\_، **منتخب آرا حقوقی محاکم در سه دهه ۵۰، ۶۰ و ۷۰**، چاپ ۱، تهران: انتشارات بازگیر، ۱۳۸۲.
۴. پاسبان، محمد رضا، **حقوق شرکت‌های تجاری**، چاپ ۱۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸.
۵. پاکدامن، رضا، **حقوق تجارت**، چاپ ۱، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۸.
۶. خزاعی، حسین، **حقوق تجارت شرکت‌های تجاری**، جلد ۲، چاپ ۱، تهران: نشر قانون، ۱۳۸۵.
۷. تفرشی، محمد عیسی، **مباحث تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری**، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸.
۸. حسن زاده، حیدر، **حقوق تجارت (شرکت‌های تجاری)**، جلد ۱، چاپ ۳، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۶.
۹. حسنی، حسن، **حقوق تجارت**، چاپ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ ۶، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲.
۱۱. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، جلد ۲، چاپ ۲۵، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۵.
۱۲. دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی، **قانون تجارت در نظم حقوق کنونی**، چاپ ۲۶، تهران: انتشارات دادستان، کتاب آوا، ۱۳۹۷.
۱۳. صفری، محمد، **حقوق بازرگانی شرکت‌ها**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.

۱۴. -----، **حقوق بازرگانی شرکت‌ها**، جلد ۱ و ۲، چاپ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۱۵. عبادی، محمد علی، **حقوق تجارت**، چاپ ۱۰، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۳.
۱۶. عرفانی، محمود، **حقوق تجارت**، جلد ۲، چاپ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱.
۱۷. -----، **مجموعه کامل محشای قانون تجارت ایران**، چاپ ۶، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
۱۸. کاتبی، حسینقلی، **حقوق تجارت**، چاپ ۸، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹.
۱۹. کاویانی، کوروش، **حقوق شرکت‌های تجاری**، جلد ۲، چاپ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹.
۲۰. کاتوزیان، امیر ناصر، **دوره حقوق مدنی عقود معین**، جلد ۴، چاپ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۹.
۲۱. -----، **مقدمه علم حقوق**، چاپ ۴، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۷.
۲۲. خادم سربخش، مهدی و موسی طوبائی، **اصول و قواعد حقوقی حاکم بر معاملات و نهاد های تجاری**، چاپ ۱، تهران: انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۹۴.
۲۳. کنعانی، محمد طاهر، **حقوق تجارت نوین**، چاپ ۱، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
۲۴. کیائی، کریم، **حقوق بازرگانی**، جلد ۱، چاپ ۲، ۱۳۵۰.

#### مقاله

۲۵. اسکینی، ربیعا و سید الهام الدین شریفی آل هاشم، «تحلیل اختیارات مدیران شرکت‌های سهامی با توجه به مبانی رابطه مدیران با شرکت در نظام حقوقی ایران و انگلیس»، *فصلنامه علمی - پژوهشی مدرس علوم انسانی*، ش ۱۷۱، ۱۳۷۹، صص ۱-۱۶.
۲۶. پاسبان، محمد رضا و جواد نیک نژاد، «جایگاه حقوقی مدیران در شرکت‌های سهامی»، *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، د ۴، ش ۱۴، ۱۳۹۴، صص ۹-۴۰.

۲۷. صادقی نشاط، امیر و هادی شعبانی کندسری، «اعتبار محدودیت اختیارات مدیران و مدیرعامل شرکت‌های سهامی؛ نقد رویه قضایی»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، ش ۸۰، ۱۳۹۵، صص ۴۵-۷۳.
۲۸. محسنی، سعید و مهسا رباطی، «تحلیل حقوقی اختیارات مدیرعامل شرکت سهامی»، دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، ش ۱۶، ۱۳۹۸، صص ۱-۳۱.
۲۹. معتمدی، جواد، «اختیارات هیئت‌مدیره به موازات مدیرعامل؛ نقد رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۴۴۷ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران»، فصلنامه رأی، ش ۲، ۱۳۹۶، صص ۵۹-۶۵.
۳۰. قلی زاده منقوطای، احد، «تحلیل حقوقی اصل اختصاص انحصاری ارگان اجرایی شرکت به مدیرعامل»، دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، د ۲۳، ش ۹، ۱۳۹۵، صص ۳۹-۶۹.

#### پایان نامه و رساله

۳۱. تفرشی، محمد عیسی، تحولات حقوقی شرکت‌های سهامی پس از انقلاب اسلامی، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ۱۳۷۵.
۳۲. محسنی راد، محمد، اختیارات و مسئولیت مدیران شرکت‌های تجاری با رویکردی بر لایحه ۱۳۹۰، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم اداری و اقتصادی دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۹۵.

#### آرا و نظریات

۳۳. آراء هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری.
۳۴. سامانه ملی آراء قوه قضائیه.
۳۵. سلسه نشست‌های دادگستری در استان‌های مختلف قوه قضائیه.
۳۶. لایحه جدید قانون تجارت سال ۱۳۹۱.
۳۷. نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه.

#### منبع الکترونیک

38. WWW:NESHAST.ORG  
39. WWW:ARA.JRI.AC.IR

**ب) منابع انگلیسی****Books**

40. Andre-dumont, andre-pierre. **Guide pratique du conseil d'administration et de l'assemblee generale.** 2003.
41. Anne, amar-sabbah, and pierre batteau. **power and ceo compensation in the large french companies,** 2014.
42. Gruson, michael, stephan hutter, and michael kutschera. **Legal opinions in international transactions. The hague: kluwer law international,** 4<sup>th</sup> ed, 2003.
43. Mayson, stephen w., and christopher l. Ryan. Mayson, **french & ryan on company law.** Oxford university press, 2016.
44. Mesnooh, christopher joseph. **Law and business in france: a guide to french commercial and corporate law.** Martinus nijhoff publishers, 1994.
45. Merle, philippe, and anne fauchon. **Droit commercial. Societes commerciales.** Edition 2017. Dalloz, 2016.
46. Hemard, jean, pierre mabilat, and françois terre. **Societes commerciales: introduction, generalites, societes de personnes, societe a responsabilite limitee, societe anonyme: constitution, direction et administration. Societe anonyme: assemblees d'actionnaires, modifications du capital social, controle, transformation et dissolution, responsabilites.** Societe en commandite par actions. Dalloz, 1972.
47. Legeais, dominique. **Droit commercial et des affaires.** Sirey, 2017.

**Articles**

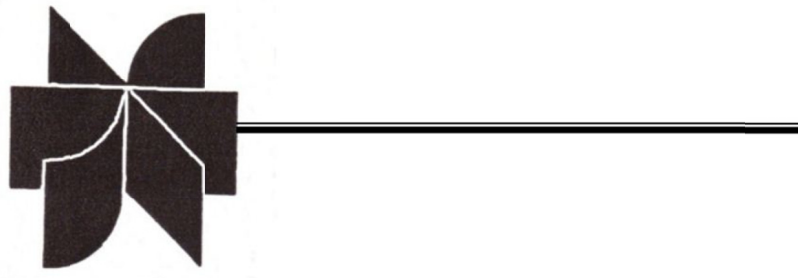
48. Roblot, rene. "applications et fonctions de la notion d'inopposabilite en droit commercial », melanges offerts a monsieur le professeur pierre voirin, paris, librairie generale de droit et de jurisprudence (1967): 710-736.
49. Vienot, rapport. "le conseil d'administration des societes cotees. », int'l bus. Lj (1995):993.
50. Watillon, sophie, andre-dumont, andre-pierre et ronard, jean pierre, "conseil d'administration et assemblee generale", edipro. 2007.

**Electronic resource**

51. Code de commerce (1996,2020)
52. [www.legifrance.com](http://www.legifrance.com)







# چکیده‌های انگلیسی

## **Analyzing Inherent Authority of the CEO in Joint-Stock Companies; Looking at French Law and Emphasizing Judicial Procedure**

**Reza KHOSHNOODI** (Guest Lecturer, University of Judicial Sciences)

**Mohammad YAGHOUBI NADER** (Master's Student in Private Law,  
University of Judicial Sciences)

### **Abstract**

One of the most challenging issues of corporate law is determining the limits of the CEO's authority. The legal status of the CEO in joint stock companies is a vague and controversial issue in law, doctrine and judicial practice. Some professors, referring to articles 124, 125 and 128 of the legal bill of 1347, consider the CEO to be the company's lawyer and conclude his lack of authority and others, according to article 589 of the Commercial Code and inspired by french law, believe that the CEO is considered as one of the pillars of the company which leads to the principle of CEO authority. The aforementioned disagreement has been originated from an innovative translation of french Articles of Law; which is not only against the law of its origin; but also not compatible with the realities of the commercial world. Regarding the CEO's relationship with the Company, determining the limits and scope of the CEO's authority has a close relationship with choosing among the theory of agency or recognizing CEO as a pillar of the company. In this article, the authors have analyzed the basis of the need to align the powers of the CEO with the board of directors through a trans-legal approach and regarding french law and judicial procedures and considered the CEO as one of the pillars of the company, just like the board of directors empowered with broad inherent authority derived from the law and do not consider the limitation of his powers against third parties in good faith correct.

### **Keywords**

CEO's Authority, Economic Security, Protecting Third Parties Right, Joint Stock Company, Representation of the Company.

## **A Legal Introduction to Crypto Tokens ICO Through Blockchain Technology**

**Shahrzad HADDADI** (PhD Graduate of Private Law, Shahid Beheshti University)

**Mostafa MOZAFARI** (PhD Graduate of Private Law, Tehran University)

### **Abstract**

Today, financing methods are evolving regularly. Therefore the complexity and difficulties of existing procedures as well as legal limitations to raise fund by current mechanisms caused new emerging ways, which are issuing and publicly offering crypto tokens using Blockchain as underlying technology. The nature of this technology that employs distributed ledgers and its specific decentralized feature facilitate fund raising process and financing issues for entrepreneurs and companies in a public way by people and individuals. One kind of these tokens that is called security tokens entail Securities especial characteristics due to reservations like rights and profits of its owner and risks the subscribers are facing which raise the necessity of compliance with Securities Initial Public Offering rules as well as regulations. in this Article, we will study governing regulation of crypto tokens through Blockchain technology by findings from Iran and USA legal system through descriptive analytic method.

### **Keywords:**

Financing, Crypto Tokens, Blockchain Technology, Security Token, ICO

## **Theory of Banking Regulation Based on Macroprudential Policy**

**Mohammad SOLTANI** (Assistant Professor of Law, Shahid Beheshti University)

**Mojtaba MOHAMMADI** (PhD Student of International Trade and Investment Law, Shahid Beheshti University)

### **Abstract**

Trade liberalizations of 1970s caused to financial crises in countries. After the global financial crisis of 2007, the viewpoint to financial stability has been changed and countries considered the stability of whole the financial system instead of financial stability of each bank. To this aim, they based banking regulation on macroprudential policy. The haste of countries caused ignoring the theory of bank regulation based on macroprudential policy. If the banking activities causing market failure are vague, developing a framework for macroprudential policy will not be possible. This research is done through library sources and based on analytic-descriptive approach. The main question of the article is what is the theory of banking regulation based on macroprudential policy? Accordingly, some of the banking activities cause negative externalities that threaten financial stability. The regulator should identify the negative externalities and draw a proper legal framework based on macroprudential policy for the purpose of market failure correction.

### **Keywords**

Negative Externalities, Banking Regulation, Financial Stability, Macroprudential Policy, Market failure.

## **The Status of the Transferee's Possessions at the Time of the Transferor's Right of Termination in Islamic Law**

**Mohammad Hadi JAVAHERKALAM** (Assistant Professor of Law,  
Allameh Tabatabaei University)

### **Abstract**

In this article, the jurisprudential foundations of the status of the transferee's possessions at the time of the transferor's right of termination have been studied, with the aim of organizing economic and commercial exchanges and removing the ambiguity of the legal system and judicial procedure through descriptive analytical research method. After examining the issue in numerous examples of the right of termination in jurisprudence and by proposing a general theory in Islamic law, it was concluded that the majority of jurists regarding the contractual right to terminate the contract like option of condition and conditional sale, due to the existence of an implicit condition, prohibits the buyer from taking possession contrary to the seller's right to terminate. But in the right of legal terminations like option of deception, defect and subreption, the possession of the buyer in the seller's property is allowed. On the other hand, some contemporary jurists, regarding the right of contractual and legal terminations, prohibit the possession of the buyer only if the retention of the goods by the buyer or the return of the same to the seller in the event of termination is explicitly or implicitly stipulated. In addition, in cases where there is an explicit or implicit condition for keeping the object or forbidding possession of the consignment in the subject of the transaction, although both groups have not considered the buyer as "obligatory" to possess the property; However, from the "statutory" point of view, famous jurists do not consider the buyer's transactions as valid, but a group of contemporary jurists have considered the buyer's transactions to be correct and believe that the buyer must give the seller a replacement for the subject of the transaction. In both disputes, the opinion of famous jurists has been confirmed. Based on this, it is suggested that in order to organize the discussion in the legal system and create a uniform procedure between the courts and maintain security in commercial and economic exchanges, the decision of the Supreme Court No. 810-4/3/1400-4/3/1400 be interpreted and analyzed on this basis.

### **Keywords**

Dissolution of the Contract (Termination, Automatic Cancellation, Termination Condition), Nullity of the Contract, Contractual and Legal Rights to Terminate, Explicit or Implicit Condition of Prohibition of Possession, Subsequent Contracts on the Subject of the Transaction.

## **Legal Status of Transactions Done by Artificial Intelligence: Virtual Lawyer Theory**

**Ali NAKHJAVANI** (Master's Student in Jurisprudence and Law, Islamic Azad University, Tehran Central Branch)

**Ebrahim YAGHOUTI** (Associate Professor of Law, Islamic Azad University, Tehran Central Branch)

### **Abstract**

The movement of artificial intelligence at the edge of science and its exponential progress in recent years as a leading technology has caused legal frameworks to lag behind technology, so that today an important part of financial market transactions such as stock exchange, currency and cryptocurrency is done by robots based on autonomous artificial intelligence. The lack of laws in this field has made it impossible to recognize the legal nature of artificial intelligence in these transactions, and as a result, the validity of the transactions concluded by bots that decide independently, due to the lack of capacity defined in law and hazardous transactions probability is doubted. To solve this problem, this research has theorized a new legal nature under the title of virtual lawyer by studying and examining the current civil and commercial laws and considering jurisprudential sources and judicial opinions and proposed Articles in this regard.

### **Keywords**

Capacity, Robot Law, Trader Bot, Electronic Person, Agency, Virtual Lawyer, Artificial Intelligence.

## **Criminal Law Protection of Intellectual Property Rights in Architectural and Engineering Works in Iranian Law**

**Mohammad Reza DARABPOUR** (Assistant Professor of Civil Engineering, Allameh Rafiee Institute of Higher Education)

**Bagher SHAMLOO** (Associate Professor of Law, Shahid Beheshti University)

### **Abstract**

Intellectual property rights are ownership of the works and intellectual efforts of individuals, which, by providing some elements including originality, novelty and innovation, due to the nature of the intellectual work, bring relatively exclusive rights to the creator. Contrary to popular belief, intellectual property is not an absolute right and it can also include the public rights. While analyzing the issue of intellectual property rights in the construction industry as works of art and industry, this article has examined the legal protections in two stages before and after construction and it is based on this opinion that the use of designs and ideas implemented by other engineers does not necessarily mean an infringement of the original creator's rights and is considered as a part of the growing nature of the engineering world. Also, it is concluded that in the absence of a clear legal perspective, at the time of conflict between its material and intellectual rights, at least in the field of engineering and industry, the principle of material ownership prevails and the owner has the right to change the created engineering artifact based on his needs, but the owner of the idea can prevent the attribution of the work to himself and recover his suffered possible or absolute damages, if any. Finally, from the criminal aspect, it is found that violation of intellectual rights is no longer a crime merely related to the private rights of individuals, and it is necessary to identify it as a public crime aligns with the public interest and the social and economic developments.

### **Keywords**

Intellectual Property, Industrial Property, Engineering, Architecture, Criminal Law.

# **Economic and Commercial Law Research Quarterly**

Scientific Quarterly of the Law Faculty  
in Cooperation with

Iran Scientific Association of Economic Law

Published by: Shahid Beheshti University

Director in Charge & Editor in Chief: A. GHASEMI  
HAMED

Executive Director: E. SHAMS

## Editorial Board

*Mehrab DARABPOUR, Mohammad Hasan SADEGHI MOGHADAM,  
Ebrahim ABDIPOUR FARD, Abbas KARIMI, Hamid Reza  
NIKBAKHT FINI, Saeed Reza ABADI, Iraj BABAEI, Mahmoud  
BAGHERI, Mirghasem JAFARZADE, Mohammad ROSHAN,  
Mohammad Hossein ZAREIE, Seyed Jamal SEYFI, Mir Hossein  
ABEDIAN KALKHOR, Ali MOGHADAM ABRISHAMI*

N.1

2023