



دانشکده حقوق

# فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

شماره ۲  
تابستان ۱۴۰۲

---

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

تابستان ۱۴۰۲  
قیمت: ۲۰۰۰۰۰۰ ریال

---

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

Email: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  
سر دبیر: عباس قاسمی حامد  
مدیر داخلی: عرفان شمس  
دستیار مدیر داخلی: منظر وفادار

هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

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 مهرباب داراب‌پور (استاد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر محمد روشن (دانشیار حقوق خصوصی پژوهشکده خانواده دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر محمدحسین زارعی (دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر سیدجمال سیفی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا و دانشیار حقوق بین‌المللی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر محمدحسن صادقی مقدم (استاد حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق دانشگاه تهران)  
دکتر میرحسین عابدیان کلخوران (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا)  
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 فیینی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا و استاد حقوق تجارت بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)

## شیوه‌نامه‌ی نگارش و ارسال مقاله

### الف) ضوابط کلی پذیرش مقاله

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 دوسو کور (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

- 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.
- فرمت دریافتی فایل مقاله Doc یا Docx (آفیس ۲۰۰۷ یا جدیدتر) خواهد بود. نویسندگان می‌توانند از فایل فرمت شده برای تدوین مقاله استفاده کنند.
- نویسنده/نویسندگان باید هم‌زمان با بارگذاری مقاله‌ی خود نسبت به تکمیل و بارگذاری تعهدنامه و فرم تعارض منافع اقدام کنند.
- ارسال مقاله به معنای رعایت کلیه‌ی موازین قانونی درخصوص مالکیت فکری آثار و اخلاق حرفه‌ای پژوهش از سوی نویسندگان است.
- در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان به بعد الزامی می‌باشد.
- اندازه و قلم بخش‌های مختلف مقاله به شرح جدول زیر است:

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

۱. 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 مسؤل، 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>
صفحه‌ی دوم	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 مسؤل 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، دستاورد 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 ارائه‌شده 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>
صفحه‌ی آخر	فهرست منابع	<ul style="list-style-type: none"> <li>منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های</li> </ul>

خارجی و کتاب/ مقاله/ قوانین/ منبع الکترونیک/ پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره گذاری گردند. • کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند.		
--	--	--

۲. 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 ارجاع دهی

۱. ارجاع دهی این نشریه براساس شیوه‌نامه‌ی شیکاگو به عمل می‌آید. جز در مواردی که در ادامه در خصوص آنها تعیین تکلیف شده، سایر موارد براساس این شیوه‌نامه به عمل می‌آیند.

۲. ارجاع دهی 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.

۱. برای ارجاع بلافاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع شده است، به روش آتی عمل می‌شود: نام خانوادگی، عنوان و نام نویسنده همان منبع، ص. ....

▪ نمونه: بهمنی، محمدعلی، همان منبع، ص. ۱۰.

۲. برای ارجاع با فاصله به منبع به زبان‌های با ریشه‌ی لاتین که سابقاً بدان ارجاع داده شده است، از (Op.Cit.) استفاده می‌شود.

▪ Posner, , *Op.Cit.*, P. 6.

۳. 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**، چ ۴، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶.

Posner, **Economic Analysis of Law**, Op.Cit.p.x, 2014.

\* چنانچه از یک منبع چند بار استفاده شود طبق نمونه زیر ارجاع‌دهی می‌شود:

توضیح: نام خانوادگی، نام، همان منبع و شماره صفحه.

نمونه: کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۱، همان منبع، ۲۵۳.

## 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. ۵۵-۳۱.

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

## ۳. پایان‌نامه 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. ۱۴۲-۱۱۹.

□ Schaerer, 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

بررسی سیاست‌های قیمت‌گذاری خوراک صنعت پتروشیمی در ایران	
محمدحسین زارعی- امیر کارگر- احمد پنجه‌پور- امین لطیفی	۱۱
تحلیلی پیرامون مبانی نظریه سهامداران به‌مثابه مالکین شرکت تجاری	
مصطفی کوشکی- حسن بادینی	۳۹
حمایت از بزه‌دیدگان اعتباری در جرایم اقتصادی	
مهدی صبوری‌پور- سید پوریا موسوی	۶۵
سیر قاعده‌سازی در حقوق بین‌الملل مالکیت فکری (چرخه‌ای از اقدامات تک‌جانبه، دوجانبه، جمعی و چندجانبه)	
محمدهادی میرشمسی- امیر ناظری	۸۷
جایگاه و کاربرد اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق	
مجتبی قاسمی- یاس علیاری	۱۱۷
سرکوب اقدام‌های تروریستی با تحریم‌های اقتصادی سازمان ملل متحد	
پیمان نامیان- میرهادی حسینی‌کندلجی- علیرضا شکرپیگی	۱۴۹
مقایسه شرایط و آثار اشتباه در قرارداد بین حقوق ایران و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UNIDROIT)	
احمد یوسفی صادقلو- روناک امجدی- الهام سادات مرتضوی	۱۷۳
تنظیم‌گری حریم خصوصی در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران)	
سعیده مزینانیان	۲۰۷
ضمائم	۲۴۰



## بررسی سیاست‌های قیمت‌گذاری خوراک صنعت پتروشیمی در ایران

محمدحسین زارعی\*

امیر کارگر\*\*

احمد پنجه پور\*\*\*

امین لطیفی\*\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۳۰

### چکیده

نفت و گاز هم به‌عنوان انرژی، و هم مواد اولیه در صنعت پتروشیمی مورد استفاده قرار می‌گیرد و محصولاتی با ارزش افزوده بالایی از آن تولید می‌شود. از طرفی نفت و گاز استفاده‌شده به‌عنوان مواد اولیه و انرژی جزو انتقال است و باید در راستای مصالح جامعه اسلامی استفاده شود؛ به همین دلیل امر قیمت‌گذاری در این صنعت به یک مسئله پیچیده‌ای تبدیل شده که عوامل متعددی، از جمله منافع شرکت‌های تولیدکننده و مصرف‌کننده خوراک مایع و گازی و نوع سیاست‌گذاری ناشی از انتقال بر آن تأثیرگذار است.

لذا در این پژوهش قوانین مرتبط با قیمت‌گذاری خوراک بررسی شده، مشکلات قیمت‌گذاری فعلی خوراک بیان شده و با بررسی الگوهای قیمت‌گذاری کشورهای پیشرو متناسب با شرایط اقتصادی و سیاسی کشور، پیشنهادهایی در راستای بهبود کارآمدی مدل قیمت‌گذاری این صنعت در اقتصاد کشور داده شده است.

در بخش ابتدایی این پژوهش، به بررسی سیری از برنامه‌های تحولی در صنعت پتروشیمی کشور بعد از انقلاب اسلامی می‌پردازیم و بعد مصوبات نهادهای تصمیم‌گیر در حوزه نفت و انرژی را با نگاهی جزئی‌کنکاش خواهیم کرد. در بخش بعدی نیز سیاست‌ها و مدل‌های قیمت‌گذاری خوراک در کشورهای پیشرو را بررسی، و با مدل قیمت‌گذاری خوراک در کشور مقایسه می‌کنیم و نهایتاً راهکارهایی در راستای بهبود کارایی و نحوه سیاست‌گذاری در تعیین نرخ خوراک تحویلی به پتروشیمی‌ها به‌طور مفصل ارائه خواهد شد.

### کلیدواژگان:

صنعت پتروشیمی، قیمت‌گذاری، نرخ خوراک، خوراک مایع، اتان.

\* دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

M\_zarei@sbu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری مدیریت قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز، دانشگاه امام صادق (ع) (نویسنده مسئول)

Amirkargar@isu.ac.ir

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

Ahmad.panjepour@gmail.com

\*\*\*\* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید چمران، اهواز

Amin.latifi1010@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

کشور ایران از نظر داشتن منابع نفت و گازی، جایگاه بالایی در جهان دارد؛ به طوری که اگر میزان ذخایر گاز را به معادل بشکه نفت تبدیل کنیم، ایران رتبه اول در مجموع ذخایر نفت و گاز منطقه خاورمیانه را خواهد داشت. ولی با وجود داشتن ذخایر فراوان نفت و گاز، هنوز به جایگاه واقعی خود در خصوص مصرف و تولید بهینه از منابع انرژی، تولید فراورده‌های نفتی و محصولات پتروشیمی نرسیده است. از طرفی امروزه تأمین پایدار، مقرون‌به‌صرفه و امن انرژی و همچنین قوانین داخلی و بین‌المللی حفاظت از محیط زیست یکی از علل مهمی است که کشورها را به فکر برنامه‌ریزی و تدوین سیاست‌های جامع انرژی انداخته است؛ چراکه نفت و گاز علاوه بر اینکه از منابع مهم انرژی در جهان شناخته می‌شود، اهمیت بالایی در تولید محصولات پتروشیمی و مشتقات نفتی نیز داشته و در تولید کالا هم محوریت دارد و اقتصاد بسیاری از کشورها مبتنی بر این منابع است. بنابراین در آینده رویکرد کالامحوری به منابع نفت و گازی اهمیت روزافزونی خواهد داد؛ چراکه نفت و گاز مورد نیاز مجتمع‌های پتروشیمی به دو صورت استفاده می‌شود: اول آنکه به‌عنوان سوخت و انرژی مورد نیاز صنایع سوزانده شده و در قالب یوتیلیتی به کار می‌رود؛ دوم آنکه به‌عنوان ماده اولیه هیدروکربوری در صنایع پتروشیمی مصرف شده، محصولات متنوعی از آن تولید می‌شود.

به دلیل اهمیتی که صنعت پتروشیمی در تمام دنیا دارد، سیاست‌گذاران و دولت‌های کشورهای پیشرفته همواره به فکر هدایت و جهت‌دهی صحیح این صنعت بوده‌اند. این هدایت را می‌توان از طریق ابزارهایی مانند نرخ خوراک تحویلی به پتروشیمی‌ها و اخذ عوارض و مالیات از آنها جهت‌دهی کرد.

در دوران قبل از انقلاب اسلامی، قیمت‌گذاری خوراک پتروشیمی‌ها چندان مورد بحث نبود؛ زیرا بیشتر خوراک مورد استفاده به صورت گاز ترش و گاز طبیعی بود و به مقدار کافی و با قیمت ارزان در اختیار پتروشیمی‌ها قرار داشت و به دلیل آنکه اکثر بخش‌های مرتبط با فضای پتروشیمی در اختیار دولت بود، دیگر نیازی به سیاست‌گذاری دقیقی نداشت و فروش خوراک به پتروشیمی‌ها اصطلاحاً «از این جیب به آن جیب» برای دولت بوده است. از این رو قیمت‌گذاری

در آن دوران چندان حساسیت‌زا نبود و رویه بر این بود که هر سال در بودجه دولت، نرخ خوراک از طرف دولت اعلام می‌شد.<sup>۱</sup>

اما بعد از خصوصی‌سازی‌هایی که در مجتمع‌های پتروشیمی صورت گرفت، مسئله تعیین نرخ خوراک بسیار اهمیت یافت و در معناداری اقتصادی شرکت‌ها تأثیرگذار شد؛ با اجرای برنامه‌های اول و دوم توسعه و ایجاد تنوع در محصولات تولیدی، خوراک‌های مایع نیز به تدریج وارد سبد مصرفی مجتمع‌های پتروشیمی شد. به مرور زمان، از آنجا که دولت برای هدایت توسعه متناسب صنایع بالادستی، میانی و پایین‌دستی و حتی توسعه صنایع جانبی، سیاست قیمت‌گذاری مشخصی نداشت، با در اختیار گذاشتن خوراک گاز ارزان با هدف تشویق سرمایه‌گذاری در این صنعت، بدون اینکه به گاز ارائه‌شده متناسب با تولیدات پتروشیمی‌ها و اهمیت آنها برای کشور توجهی شود، در اختیار تمامی شرکت‌ها قرار گرفت و زمینه ایجاد سودهای نامتعارف در صنایع بالادستی پتروشیمی و به تبع آن توسعه نامتوازن صنعت فراهم شد. حاشیه سود بالا در حلقه اول زنجیره تکمیل واحدهای پتروشیمی گازی و عدم تسری آن به حلقه‌های بعدی به دنبال نداشتن سیاست‌گذاری صحیح و منطقی خوراک بوده است.

مسئله این است که با توجه به مقدار خوراک تحویلی به پتروشیمی‌ها و میزان مصرف صنایع پتروشیمی کشور از منابع نفت و گاز کشور، مبنای صحیح قیمت‌گذاری گاز و نفتا به‌عنوان خوراک در کشور چه بوده و چگونه بر شرایط اقتصادی کشور و توازن توسعه این صنعت در کشور تأثیرگذار خواهد بود؟ از آنجایی که دولت‌ها همیشه از ابزار قیمت‌گذاری و تعیین قیمت به‌عنوان ابزاری برای هدایت و کنترل میزان مصرف نفت و گاز در کشور استفاده کرده‌اند، لذا بررسی و تعیین الگوی دقیق قیمت‌گذاری این منابع به گونه‌ای باید باشد که هم در قبال استفاده از انفال و منابع طبیعی کشور هزینه پرداخت شود و هم کنترلی بر میزان مصرف و تبعات آن در توسعه و بهبود شرایط اقتصادی داشته باشد تا بدین وسیله باعث جلوگیری از هدررفت اقتصادی و ایجاد اهدافی مرتبط با بهبود کارایی و عدم ایجاد رانت‌های اقتصادی، اهداف مرتبط با عدالت و عدالت بین نسلی را دنبال کنند.

1. Golrokhshari, Hamed, (2012), "Evaluation of Competitiveness at the National Level in the Petrochemical Industry of Iran", Master's Thesis, Khaje Nasir Toosi University, Faculty of Industries.

## ۱. سیر تاریخی قیمت‌گذاری خوراک صنایع پتروشیمی در کشور

به صورت کلی، صنایع پتروشیمی ایران بر حسب نوع محصول تولیدی‌شان از دو نوع خوراک گازی و مایع تغذیه می‌کنند. واحدهای تولید الفین که محصولاتی مانند اتیلن و پروپیلن از محصولات اصلی آنها به شمار می‌رود، عمدتاً از گاز اتان و فراورده‌های نفتی مایع (نفتا، پروپان، بوتان و رافینیت) استفاده می‌کنند که عمدتاً در پالایشگاه‌ها تولید می‌شوند؛ اما واحدهایی که محصول اصلی آنها متانول، آمونیاک و اوره است، بیشتر از گاز متان استفاده می‌کنند که بخش عمده خوراک‌های مورد استفاده در مجتمع‌های پتروشیمی از منابع بالادستی از قبیل شرکت گاز، شرکت‌های پالایش و پخش تأمین می‌شوند.

خوراک گازی ارزان‌تر از خوراک مایع در اختیار پتروشیمی‌ها قرار می‌گیرد و این امر موجب می‌شود تا سوددهی پتروشیمی‌های گازی بسیار بیشتر از پتروشیمی‌های با خوراک مایع باشد. نتیجه این است که سرمایه‌گذاران انگیزه کافی برای سرمایه‌گذاری در صنایع پتروشیمی با خوراک مایع را پیدا نمی‌کنند و این امر موجب رشد ناهمگون صنعت پتروشیمی می‌شود. البته این امر باید مورد توجه قرار گیرد که اگرچه خوراک گاز طبیعی در ایران از خوراک مایع ارزان‌تر است، نسبت به سایر رقبا در سطح بین‌المللی قیمت بالاتری دارد؛ به طوری که در مقطع زمانی سال ۲۰۱۶ تا ۲۰۱۸ قیمت خوراک اتان در آمریکا حدود ۱۵۷ دلار به ازای هر تن و در عربستان با وجود نداشتن ذخایر گاز طبیعی مستقل ۹۳ دلار به ازای هر تن بوده؛ در حالی که در ایران حدود ۲۴۰ دلار به ازای هر تن بوده است.<sup>۱</sup>

برخی بر این عقیده‌اند که قیمت خوراک گازی باید برابر قیمت گاز صادراتی تعیین شود تا توازن میان پتروشیمی‌های گازی و مایع مجدداً برقرار شود؛ اما عده‌ای دیگر نیز عنوان می‌کنند که قیمت خوراک گازی باید به گونه‌ای تعیین شود که جذابیت سرمایه‌گذاری در صنعت پتروشیمی در ایران در مقایسه با رقبای منطقه‌ای (به‌خصوص عربستان) حفظ شود؛ از این رو تعیین نرخ خوراک پتروشیمی‌ها موضوعی است که در سال‌های اخیر مورد توجه سیاست‌گذاران قرار گرفته است.<sup>۲</sup>

1. Value chain center, report of petrochemical industry, 2018.

2. Mokhtari Far, Seyyed Reza, (2013), "The History of Petrochemicals in Iran", in collaboration with Afaque Hemaei, Azimeh Zilali, Nasrin Mohammadi Pour, and Hadi Zambouri Asl, Tehran, Iran Oil Association.

برای بررسی سیر تاریخی از نوع و نحوه مصرف خوراک پتروشیمی‌ها، در ابتدا باید بیان کرد که در سال‌های قبل از انقلاب، بیشتر محصولات تولیدی از محصولات پایه و کود و سم بوده است؛ از این رو خوراک مورد نیاز پتروشیمی‌ها نیز متناسب با محصولات تولیدی آنها بیشتر گاز طبیعی، گاز ترش، اسید فسفریک و خاک فسفات بوده است. در دوران دفاع مقدس نیز به دلیل مسائل مختلفی، تنوع محصولات تغییر چندانی نکرد و خوراک مورد نیاز مجتمع‌ها همچنان مشابه دوران قبل از انقلاب باقی ماند. اما در سال‌های برنامه اول و دوم (بازه زمانی ۱۳۶۸ تا ۱۳۷۸)، با توجه به افزایش تنوع محصولات تولیدی و ایجاد مجتمع‌های جدید، خوراک‌های مورد استفاده نیز تنوع یافت و از محصولاتی نظیر نفتای سبک، نفتای سنگین و رافینت، گاز مایع و دیگر محصولات نیز استفاده شد. در بازه زمانی برنامه‌های سوم و چهارم توسعه (بازه زمانی ۱۳۷۹ تا ۱۳۸۷) نیز شرکت‌های فعال در این دوره عمدتاً خوراک گاز مصرف می‌کردند. فراوانی آنها در بحث نوع فرآورده تولیدی بر اساس ساختار شیمیایی بسیار نزدیک به تولیدات الفینی بود و شرکت‌های تولیدکننده آروماتیک تعداد اندک شماری داشته‌اند و اکثر شرکت‌های پتروشیمی فعال فرآورده‌ای را تولید می‌کنند که از فراوری گاز طبیعی ایجاد شده است. در این دوره، اندک مجتمع‌هایی مانند پتروشیمی‌های نوری، جم و بوعلی‌سینا از خوراک مایع استفاده کردند و به بهره‌برداری رسیدند که مجتمع نوری با خوراک میعانات گازی به مقدار ۴۵۰۰ هزار تن در سال، بزرگ‌ترین مصرف‌کننده خوراک مایع در میان مجتمع‌های بهره‌برداری شده در این دوره بوده است. به مرور زمان، به دلیل وفور و ارزان بودن گاز طبیعی در ایران در برهه‌هایی از زمان، پتروشیمی‌های مصرف‌کننده خوراک گازی به دلیل غفلت مسئولان، خوراک گاز طبیعی را در سالیان متمادی به قیمت بسیار ارزان دریافت، و آن را به محصولاتی نظیر متانول، اوره و آمونیاک تبدیل و عمده آن را صادرات کرده‌اند. این غفلت در سیاست‌گذاری، موجب انحراف صنعت پتروشیمی از توسعه متوازن شد و پتروشیمی‌های گازی با سرعت بیشتری رشد کردند و سبد فرآورده‌های پتروشیمی کشور به سمت محصولات صادراتی با ارزش افزوده کمتر، مانند متانول و اوره، حرکت کردند و عمده طرح‌های پتروشیمی در حال توسعه و در حال ساخت نیز به همین نوع پتروشیمی‌ها اختصاص یافت؛ در حالی که کشور به وجود محصولات دیگر پتروشیمی، مانند

پتروشیمی‌های تولیدکننده پلیمر، الفین و آروماتیک و همچنین توسعه زنجیره ارزش آنها بسیار محتاج‌تر بوده است.<sup>۱</sup> باید اشاره کرد که محصولات الفینی شامل محصولاتی همچون اتیلن و پروپیلن بوده است که در صنعت پتروشیمی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین محصولات پایه مطرح است؛ چراکه هم روند قیمتی صعودی در بازارهای جهانی را دارد و هم زنجیره ارزش بسیار متنوع و با ارزش افزوده بالا دارد و موجب اشتغال‌زایی در کشور نیز می‌شود.

## ۲. قوانین و مقررات مرتبط با قیمت‌گذاری خوراک پتروشیمی

به دلیل اهمیتی که صنعت پتروشیمی در تمام دنیا دارد، دولت‌های کشورهای پیشرفته همواره به فکر هدایت و جهت‌دهی صحیح این صنعت بوده‌اند که از طریق ابزارهایی مانند نرخ خوراک تحویلی به پتروشیمی‌ها و اخذ عوارض و مالیات از آنها جهت‌دهی می‌کنند. همان‌طور که بیان شد، در دوران قبل از انقلاب اسلامی، قیمت‌گذاری خوراک پتروشیمی‌ها چندان مورد بحث نبود؛ زیرا بیشتر خوراک مورد استفاده به صورت گاز ترش و گاز طبیعی بود و به مقدار کافی و با قیمت ارزان در اختیار پتروشیمی‌ها قرار داشت. از این‌رو قیمت‌گذاری خوراک در آن دوران چندان حساسیت‌زا نبود. در سال‌های بعد از انقلاب، رویه تعیین نرخ خوراک گاز مجتمع‌های پتروشیمی تا قبل از هدفمندسازی یارانه‌ها به این صورت بود که هر سال و در بودجه دولت این نرخ از طرف دولت اعلام می‌شد.

جدول ۱. شکل نحوه تعیین نرخ خوراک پتروشیمی‌ها در سال ۱۳۸۷<sup>۲</sup>

قیمت اتان و میعانات گازی	قیمت خوراک گاز طبیعی	خوراک‌های پالایشگاهی
بر اساس قراردادهای فی مابین مجتمع‌ها و بر اساس آنالیز خوراک دریافتی و نرخ فوب خلیج فارس	بر اساس جزء ۶ تبصره ۷ قانون بودجه ۱۳۸۷ قیمت به ۶۹۰ ریال افزایش یافت	با نرخ فوب خلیج فارس منهای ۵ درصد (۹۵ درصد فوب) در سال ۱۳۸۷

قبل از اجرای قانون هدفمندکردن یارانه‌ها، مجتمع‌های پتروشیمی همه خوراک‌های پالایشگاهی را با نرخ فوب خلیج فارسی منهای ۵ درصد (۹۵ درصد فوب) در سال ۱۳۸۷ دریافت می‌کردند. اما بر اساس دستورالعمل وزارت نفت از ابتدای سال ۱۳۸۱، به منظور جبران کسری

1. Mokhtari Far, Seyyed Reza, *op.cit.*

2. Mehr Afshan, Mohammadreza and Taheri Fard, Ali, (2019), **Petrochemical Industry Policy Making in Iran**, Tehran, Sabahan Energy Studies Institute.



درآمد حاصل از فروش محصولات پتروشیمی در داخل با بهایی کمتر از نرخ بین‌المللی و همچنین با توجه به بلندمدت بودن قراردادهای فی‌مابین، ارزش هر دلار ۷۰ درصد نرخ اعلام‌شده بانک مرکزی در نظر گرفته شد تا شرکت‌های پتروشیمی بتوانند در بلندمدت، انباشت سرمایه مناسبی برای توسعه طرح‌های خود در افزایش ظرفیت تولید یا راه‌اندازی طرح‌های زنجیره ارزش داشته باشند و بر این اساس هزینه‌های خوراک به صورت ریالی پرداخت می‌شد. به قرار اطلاع، این رویه تا ابتدای سال ۱۳۸۷ ادامه داشته است.<sup>۱</sup>

## ۲.۱. قانون هدفمند کردن یارانه‌ها

از سال ۱۳۸۷ با توجه به حذف یارانه محصولات و خوراک صنایع پتروشیمی بر اساس هفتصد و شصت و نهمین جلسه هیئت‌مدیره شرکت ملی نفت ایران، تخفیف اعطایی مذکور حذف شد. متعاقب تصویب این قانون، نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور در امور نفت با استناد به همین قانون، آئین‌نامه‌ای را برای تعیین نرخ خوراک پتروشیمی‌ها برای یک دوره ده‌ساله مصوب کردند. به موجب مفاد این آئین‌نامه، وزارت نفت مکلف شد قیمت خوراک (گاز طبیعی) واحدهای پتروشیمی را به ازای هر متر مکعب در سال اول (سال پایه)، ۲۹ درصد قیمت سبد گاز صادراتی و برای سال‌های آتی به گونه‌ای تعیین کند که سالانه چهار درصد اضافه شود و در پایان سال دهم به ۶۵ درصد برسد.<sup>۲</sup>

فرمول سبد گاز صادراتی:  $(P_{natural\ gas} = 0.118 * P_{oil(jcc)} - 0.215)$

قیمت گاز صادراتی به ازای میلیون بی تی یو / دلار:  $P_{natural\ gas}$

میانگین قیمت سبد نفت خام وارداتی ژاپن:  $P_{oil(jcc)}$

قیمت خوراک گاز اتان نیز براساس فرمول زیر تعیین گردید. البته برای سال اول (پایه) به نرخ ثابت ۱۴۵/۱۱ دلار برای هر تن تعیین شد. قانون‌گذار از این فرمول قیمت‌گذاری با توجه به همبستگی مثبت قیمت گاز طبیعی با نفت خام استفاده کرد که به موجب آن بتواند به صورت صحیح قیمت گاز تحویلی به پتروشیمی‌ها را با استفاده از نوسانات قیمت نفت خام در بازار تعیین

1. *Ibid.*

2. Ministry of Petroleum Information Portal: <https://www.mop.ir/portal/home/,2018/>

کند و قیمت گاز ثابت و ارزان باقی نماند و بدین واسطه موجب تشویق سرمایه‌گذاری در خوراک گاز و مایع واحدهای صنعتی، پالایشی و پتروشیمی به صورت متوازن شود.<sup>۱</sup>

$P_{Cr} = P_{natural\ gas} * 18.486$  در این فرمول  $P_{Cr}$ ، قیمت خوراک گاز اتان بر حسب تن است. در سال ۱۳۹۲ قیمت خوراک مایع نیز بر مبنای قیمت فوب خلیج فارس با پنج درصد تخفیف تعیین شد. در آن زمان گفته می‌شد که دولت در نظر دارد قیمت گاز متان را حدود ۱۳ سنت تعیین کند و حداقل ۱۵ درصد تخفیف برای خوراک مایع در نظر بگیرد تا بتواند بنگاه‌ها را به سرمایه‌گذاری در بخش صنایع با خوراک مایع تشویق کند.

## ۲.۲. مصوبه ستاد تدابیر ویژه اقتصادی

در ابتدای سال ۱۳۹۲، مطابق مصوبه ستاد تدابیر ویژه اقتصادی، مقرر شده بود که قیمت خوراک گاز مجتمع‌های پتروشیمی از اول مهر ۱۳۹۱ به‌زای ۱۳ سنت در هر متر مکعب محاسبه شود و از همان تاریخ نیز بدهی انباشتی آنها بر اساس این قیمت منظور گردد؛ اما با مقاومت مجتمع‌های پتروشیمی، این مصوبه قانونی اجرا نشد. لازم به ذکر است که دو ابهام و تعارض در این مصوبه وجود دارد: اول آنکه مصوبه موردنظر، عطف بماسبق شده و طبق آن، افزایش قیمت خوراک در سال ۹۲ را به سال ۹۱ نیز نسبت داده و مجتمع‌های پتروشیمی را مجبور به پرداخت بدهی و شناسایی زیان کرده است؛ درحالی‌که این مسئله برخلاف ماده ۴ قانون مدنی است. همچنین در اصلاحاتی که به مرور زمان در این مصوبه ایجاد شد، تمامی گازهای مورد استفاده پتروشیمی را مستثنی و مصوبه را کأن لم‌یکن کرده‌اند و فقط گاز اتان مستثنی شده که همین امر موجب ایجاد ابهام در اجرای قانون شده است و نشانه‌ای از رفتار کاملاً سلیقه‌ای و بدون قاعده اقتصادی است.

## ۲.۳. مصوبات وزارت نفت

در اوایل تیرماه سال ۱۳۹۳ تصمیم دیگری در مورد نرخ گاز مجتمع‌های پتروشیمی اتخاذ شد. دولت با هدف حمایت از تولید داخلی و تقویت بازار سرمایه، نرخ گاز برای مصارف خوراک واحدهای پتروشیمی را ۴۴۵۳ ریال (معادل ۱۳ سنت برحسب نرخ ارز مبادله‌ای) اعلام کرد؛ ولی

1. Mehr Afshan, Mohammadreza and Taheri Fard, Ali, *op.cit.*

هم‌زمان نرخ گاز برای دیگر مصارف واحدهای پتروشیمی را از ۲۶۵۰ ریال به ۱۳۲۰ ریال کاهش داد. بر این اساس، با توجه به متوسط سهم سوخت و خوراک گازی مجتمع‌های پتروشیمی، میانگین قیمت گاز مصرفی این مجتمع‌ها از ۲۶۵۰ ریال به‌ازای هر متر مکعب، با ۲۴ درصد کاهش، به ۲۰۲۰ ریال رسید. به این ترتیب، با تعیین قیمت انعطاف‌ناپذیر و بر حسب ریال، باز هم اشتباه گذشته تکرار شد.

بهتر آن بود که مجلس و دولت برای نیل به اهداف خود از طریق مکانیزم بازار عمل می‌کردند. قیمت‌گذاری توسط قانون‌گذار از جمله ناکارآمدترین اشکال فروش منابع طبیعی است. مزیت استفاده از مکانیزم‌های بازاری در این است که سرمایه‌گذار از ابتدا، قانون بازی را می‌داند و می‌تواند از تحولات بازار پیش‌بینی مناسبی داشته باشد و با لحاظ کردن آن در محاسبات خویش، تصمیم‌گیری کند<sup>۱</sup> و از طریق آن به هدایت منابع نفت و گاز کشور به صنایع پایین‌دستی و تکمیلی بپردازد. راه‌حل مناسب‌تر، تصویب قانون جامع سرمایه‌گذاری در بخش پتروشیمی است که در افق زمانی بلندمدت فرایند قیمت‌گذاری گاز را مشخص کرده و نسبت به تحولات بازار جهانی انعطاف داشته باشد. چنین قانونی باید مشوق توسعه صنعت پتروشیمی بر مبنای ارزش افزوده باشد و به شرکت‌های پتروشیمی انگیزه دهد تا زنجیره ارزش محصولات خود را بر مبنای تصمیمات منطقی اقتصادی تعیین کنند. در اواخر سال ۱۳۹۴، وزارت نفت جزئیات نرخ خوراک گاز مجتمع‌های پتروشیمی را با توجه به قانون مجلس و آیین‌نامه دولت ابلاغ نمود. فرمول قیمت خوراک گاز با توجه به این ابلاغیه به صورت زیر است:

قیمت گاز طبیعی در بازار تعیین شده \* ۰.۰۵ + معدل وزنی قیمت داخلی، صادراتی و وارداتی  
\* ۰/۵ = قیمت گاز طبیعی

این فرمول در واقع میانگین قیمت داخلی و منطقه‌ای گاز است.<sup>۲</sup> فرمولی که برای میانگین قیمت داخلی ارائه شده، به این صورت است: معدل وزنی قیمت داخلی، صادراتی و وارداتی.<sup>۳</sup>

$$\text{قیمت متوسط فروش سایر مصارف داخلی} * (\text{مقدار واردات} - \text{فروش سایر مصارف داخلی}) + \text{درآمد صادرات} + \text{کل پرداختی برای واردات} \\ = \frac{\text{مقدار صادرات} + \text{مقدار فروش سایر مصارف داخلی}}{\text{مقدار صادرات} + \text{مقدار فروش سایر مصارف داخلی}}$$

1. Maleki, Abbas, (2011), **Energy Policy Making**, Tehran, Sharif Industrial University.
2. Andrews-speed, Philip, (2016), "Energy policy and regulation in the people republic of china". Kluwer law internationall.
3. National Petrochemical Industries Company: <https://nipc.ir/2022/>

شرکت‌های پتروشیمی همچنان به این فرمول نیز معترض‌اند و این قیمت‌ها را نسبت به رقبای منطقه‌ای بالا می‌دانند. از دیگر انتقاداتی که نسبت به این فرمول وجود داشت، این بود که عمده داده‌های مربوط به محاسبه فرمول در اختیار خود دولت است و حتی در برخی موارد مانند نرخ صادرات و واردات گاز، نرخ‌ها محرمانه است. در زمینه درآمد حاصل از فروش داخلی گاز طبیعی نیز باید گفت این مبلغ حاصل مقدار مصرف در متوسط قیمت فروش مصارف داخلی، شامل خانگی، تجاری، دولتی، عمومی، حمل و نقل و صنعت بدون احتساب فروش به پتروشیمی و واردات است. در این بخش نیز ابهام جدی وجود دارد و روشن نیست میانگین قیمت داخلی برای این بخش‌ها چه رقمی خواهد شد. در این خصوص، اطلاعات شفافی وجود ندارد. قیمت در بخش‌ها و اقلیم‌های مختلف و بازه زمانی مختلف متفاوت است؛ علاوه بر اینکه مصرف گاز نیز برای دوره‌های ماهانه ارائه نمی‌گردد. در این راستا، وزارت نفت فرمول جدیدی از قیمت‌گذاری خوراک پتروشیمی‌ها را با هدف امکان برنامه‌ریزی بلندمدت برای تولیدکنندگان و سرمایه‌گذاران در این صنعت اعلام کرد؛ اما به نظر می‌رسد در چهارچوب فعلی، پیش‌بینی قیمت برای شرکت‌های پتروشیمی و سرمایه‌گذاران امکان‌پذیر نباشد و صرفاً مشتریان گاز باید قیمت را به صورت ابلاغی از شرکت ملی گاز دریافت نمایند و این مسئله یک مانع جدی برای سرمایه‌گذاری خارجی است.

همچنین در خصوص قیمت گاز در بازارهای تعیین‌شده نیز باید گفت بازارهایی انتخاب شده‌اند که موارد مصرف در آنها با مصرف گاز توسط پتروشیمی‌های کشور متفاوت است و امکان دارد قیمت‌ها قرابت چندانی نداشته باشند؛ به عبارت دیگر، بهتر بود قیمت خوراک گاز در بازارهایی که رقیب صنعت پتروشیمی کشور هستند (همچون کشورهای حاشیه خلیج فارس)، در نظر گرفته شود.

جدول ۲. شکل نحوه تعیین نرخ خوراک پتروشیمی‌ها در سال ۱۳۹۵<sup>۱</sup>

به طور مستقیم براساس قراردادهای بلندمدت و همچنین فرمول قیمتی که از سال ۸۹ از سوی وزارت نفت تعیین می‌شود.	خوراک گاز	شرکت‌های تولیدی بالادستی پتروشیمی	تعیین نرخ خوراک
قیمت این خوراک از سوی وزارت نفت اعلام شده است که این نرخ بر اساس بازارهای آمریکا و اروپا تعیین می‌شود.	خوراک متان		
فرمول این خوراک سال ۸۹ از سوی کمیته هدفمندی یارانه‌ها تعیین شد و سپس از سوی کمیته تدابیر ویژه قیمت خاص دیگری مد نظر قرار گرفت؛ سپس وزارت نفت فرمول جدید را برای ۱۰ تا ۱۵ سال آینده فرمول نهایی اعلام کرد. این فرمول مبنای قیمت خوراک مایع کرا ه همان خوراک نفتا و محصولات اتیلنی که از اتان تولید می‌شود، هم دربر می‌گیرد.	خوراک اتان	محصولات تولیدی توسط سایر پتروشیمی‌ها (خوراک صنایع پایین دستی)	
فرمولی ترکیبی برای تعیین قیمت این نوع خوراک نیز از سوی وزارت نفت اعلام شده است.	گاز غنی		
براساس قیمت‌های جهانی FOB خلیج فارس با کسر پنج درصد تعیین می‌شوند. از سال ۹۲ اعلام شده بود آنهایی که در داخل استفاده می‌کنند، با نرخ تبدلی و آنهایی که صادر می‌کنند، با نرخ آزاد تعریف شده بود.	خوراک مایع پالایشی		

#### ۲.۴. برنامه ششم توسعه

در موادی از گزارش کمیسیون تلفیق مجلس در مورد لایحه برنامه ششم توسعه به بحث خوراک پتروشیمی‌ها ورود شده و در آن به چالش اساسی صنعت پتروشیمی تبدیل شده است؛ چراکه مبنای محاسبه نرخ خوراک طبق لایحه، اختلافات اساسی با نحوه محاسبه طبق فرمول وزارت نفت فرق دارد. نکته‌ای که باید به آن توجه کرد، این است که دولت و مجلس اغلب به دنبال تعیین قیمت به گونه‌ای هستند که رانت به‌دست‌آمده از خوراک ارزان قیمت گاز و تولید

1. Ibid.

محصولات با ارزش بالا برای تولیدکنندگان و سرمایه‌گذاران در این حوزه را از بین ببرند و علاوه بر مصرف بهینه منابع گازی کشور، به توسعه متوازن صنعت پتروشیمی مبتنی بر خوراک مایع و گاز نیز منجر شود. در صورتی که بهتر است به جای تغییرات مداوم در فرمول قیمت‌گذاری که باعث سردرگمی و نااطمینانی در بازار می‌شود، تعیین قیمت را به عهده نیروهای عرضه و تقاضا در بازار بگذارند و به منظور کنترل رانت تولیدکننده، نوعی مالیات ویژه بر عملکرد پتروشیمی‌ها در نظر بگیرند.

جدول ۳. روند تعیین قیمت محصولات پتروشیمی در سال‌های ۱۳۹۱ تا ۱۳۹۳<sup>۱</sup>

<p>۲- محصولات پلیمری و شیمیایی و قیمت آن در منطقه خلیج فارس اعلام می‌گردد. میانگین قیمت از نشریه مربوطه استخراج و اعلام می‌شود.</p>	<p>۱- قیمت جهانی محصولات پتروشیمی از نشریات معتبر بین‌المللی شامل OFMA ، FERTECON ، PLASTTS ، ICIS ، CMAI استخراج می‌گردد.</p>
<p>۴- محصولاتی که قیمت پایه تعیین شده به روش فوق از قیمت تمام شده عرضه‌کننده کمتر باشد. با اعلام قبلی و ارائه مستندات و تأیید کمیته تخصصی براساس قیمت تمام شده و سود قانونی مصوب سازمان حمایت مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان در بورس عرضه خواهد شد.</p>	<p>۳- محصولاتی که قیمت آن در خلیج فارس وجود ندارد. قیمت جهانی آن از سایر بازارهای صادراتی محصولات پتروشیمی (خاور دور، جنوب شرقی آسیا، شبه قاره هند، اروپا و ...) به صورت میانگین محاسبه و اعلام می‌گردد.</p>
<p>۶- قیمت کالاهای وارداتی بر مبنای قیمت تمام شده به علاوه سود قانونی سازمان حمایت مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان (حداکثر ۱۵ درصد) برای کالاهای وارداتی است.</p>	<p>۵- برای آن دسته از کالاهایی که قیمت جهانی آن در نشریات فوق درج نمی‌شود، قیمت‌های جهانی آنها از محصولات متجانس و مشابه تعیین خواهد شد.</p>
<p>۸- تعیین قیمت پایه گریدهای ویژه با ملحوظ داشتن روش فوق و اضافه کردن حداکثر ۱۰ درصد به قیمت کالای پایه با تأیید کارگروه تعیین خواهد شد .</p>	<p>۷- در صورت عرضه کالا در رینگ صادراتی بورس کالا قیمت کالای کشف شده، در محاسبات میانگین قیمت ملحوظ خواهد شد.</p>
<p>قیمت ریالی پایه براساس قیمت جهانی تعیین شده محصولات / قیمت ارز مبادلاتی در روز قبل از اطلاعیه عرضه توسط عرضه‌کنندگان اعمال خواهد شد.</p>	

1. Ibid.

طبق گزارش مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، ناهماهنگی قیمت محصولات پتروشیمی در داخل با قیمت‌های جهانی باعث ایجاد نابسامانی قیمت این محصولات در بازار داخل شده و نبود یک سیستم قیمت‌گذاری کارآمد و ابزار مناسب برای خنثی کردن آثار ناشی از قیمت‌های جهانی بر قیمت‌های داخلی، نابسامانی‌های گسترده‌ای را در بازار داخلی کشور به دنبال داشته است.<sup>۱</sup>

## ۲.۵. مصوبات مرتبط با تغییر مبنای محاسبه

وزارت نفت موافق وجود تفاوت قیمت محصولات پتروشیمی در داخل و خارج از کشور نبود و از این رو اعلام کرد که برنامه منسجمی برای حذف رانت‌های موجود در بازار محصولات پتروشیمی دارد. بنا بر نظر وزارت صمت، دولت یازدهم و با هدف ایجاد تعادل در عرضه و تقاضای بازار و جلوگیری از واسطه‌گری و دادن تخفیف برای مصرف‌کنندگان داخلی محصولات پتروشیمی در اوایل تیر ۱۳۹۳ شورای عالی بورس (وزرای امور اقتصادی و دارایی؛ صنعت، معدن و تجارت؛ نفت؛ رئیس کل بانک مرکزی و رئیس سازمان بورس) به منظور بررسی راهکارهای تقویت بازار سرمایه و با موافقت وزارت صمت، مبنای تعیین قیمت پایه محصولات پتروشیمی در بورس کالا را از ۱۴ تیرماه این سال از ارزش مبادله‌ای به ارزش آزاد تغییر دادند. قیمت پایه محصولات پتروشیمی در بورس کالای ایران معادل ۹۵ درصد میانگین قیمت فوب خلیج فارس و بر حسب نرخ بازار آزاد محاسبه می‌شود؛ در این خصوص، برخی از فعالان صنعت نساجی در نامه‌ای به معاون اول رئیس‌جمهور و وزیر صمت، ضمن هشدار نسبت به تعیین قیمت محصولات پتروشیمی بر مبنای ارزش آزاد اعلام کردند که این بخشنامه در تضاد با ماده ۱۵ سیاست‌های اقتصاد مقاومتی با تأکید حمایت از صنایع تکمیلی پتروشیمی است و به اعتقاد آنها اجرای این بخشنامه موجب کاهش رقابت‌پذیری در صنایع پایین‌دستی پتروشیمی و منجر به افزایش واردات می‌شود. به همین دلیل باید بیان کرد که نوع قیمت‌گذاری در خوراک صنایع پتروشیمی رابطه مستقیمی با تولیدات نهایی این صنعت دارد. لذا باید در تعیین روند قیمت‌گذاری خوراک این صنعت یک دید همه‌جانبه و کلی نسبت به آن وجود داشته باشد.

1. Iran Chamber of Commerce Research Center, (2021), *Iran Petrochemical Report*, Q4.

### ۳. سیاست قیمت‌گذاری خوراک پتروشیمی در کشورهای چین و هند

#### ۳.۱. صنعت پتروشیمی چین

قیمت‌گذاری خوراک و محصولات پتروشیمی یکی از سیاست‌های مهم در توسعه صنعت پتروشیمی است. در کشور چین، در سال‌های ابتدایی توسعه این صنعت در اختیار شورای مرکزی و وزارتخانه‌ها بوده است و شرکت‌های پالایش، خوراکی با قیمت پایین‌تر از قیمت جهانی به پتروشیمی‌های مادر تحویل داده‌اند. با این حال، پس از گسترش قابل توجه بازار صادراتی محصولات پتروشیمی در چین، رشد تقاضا و سهم بالایی واردات، آرام آرام قیمت‌گذاری خوراک واحدهای پتروشیمی به قیمت‌گذاری جهانی نزدیک شد؛ طی دهه‌های ۶۰، ۷۰ و ۸۰ میلادی سیاست‌های دولت مرکزی چین بر مبنای روش‌های متمرکز و از بالا به پایین استوار بود. در این سال‌ها، واحدهای پالایشی باید محصولات خود را با نرخ‌های کاهش یافته و سوبسیددار در اختیار مصرف‌کننده داخلی قرار می‌دادند؛ از این رو، در این سال‌ها کمترین مقدار نوآوری در واحدهای صنعتی بالادستی مشاهده شده است که تأثیر بسزایی در بهره‌وری سیستم داشت.<sup>۱</sup>

از سویی دیگر، اختلاف قیمت محصولات با آنچه در بازار جهانی وجود داشت، به یکی از مهم‌ترین چالش‌های دهه ۹۰ میلادی چین تبدیل شده بود. بانک جهانی در گزارش مفصلی این موضوع را در صنعت پالایش و پتروشیمی چین بررسی کرده و بیان داشته که این سیاست قیمت‌گذاری دوگانه سبب عدم کارایی سیستم تخصیص منابع شده است. این مشکل زمانی شدیدتر شد که این کشور با ناکارآمدی شورای مرکزی در حل مسئله تخصیص منابع روبه‌رو شد. دلیل این امر انتقال بسیاری از امور تصمیم‌گیری از سطح شورای مرکزی به شرکت‌های وزارتخانه‌ای بوده است. با وجود این و پس از چهاردهمین اجلاس سراسری حزب حاکم، سرانجام اولین قوانین قیمت‌گذاری در حوزه نفت خام شکل گرفت؛ به صورتی که تناسبی بین قیمت‌های جهانی و قیمت در چین ایجاد شد؛ با اجرایی شدن این تصمیم در سال‌های ابتدایی دهه پایانی قرن بیستم در چین، شرکت‌های تولیدکننده و واردکننده نفت خام این کشور به سودآوری قابل توجهی دست یافتند و بازار فروش نفت در چین به سرعت شکل سازمان‌یافته‌ای پیدا کرد. اما

1. Infrastructure and Production Research Deputy, (2015), "Study and Analysis of the Economic Status of Petrochemical Units with Liquid Feed and Considerations on the Price of Feed in Them", Energy, Industry, and Mining Studies Office, Tehran, Report Serial Number 14465.



بخش عمده صنعت این کشور که وابسته به فراورده‌های نفتی بود، شرایط سختی را تجربه کرده است؛ به صورتی که طی سال‌های ۱۹۹۳ تا ۱۹۹۵ تورم قابل توجهی در چین مشاهده می‌شود. صنعت پتروشیمی و شرکت پتروشیمی چین نیز در متن این وقایع قرار گرفتند و در طی این دهه به میزان زیادی توانایی رقابت خود در بازارهای جهانی را از دست دادند.<sup>۱</sup> جدول ۴ خلاصه تغییرات فرمول قیمت‌گذاری نفت و فراورده‌های نفتی در چین را نشان می‌دهد. همان‌طور که این جدول نشان می‌دهد، تا قبل از سال ۱۹۹۸، دولت مرکزی قیمت نفت چین را تعیین می‌کرد. در سال ۱۹۹۸، دولت چین اصلاح قیمت‌گذاری محصولات و فراورده‌های نفتی را آغاز کرد.

جدول ۴. تغییرات شیوه قیمت‌گذاری نفت و فراورده‌های نفتی در چین<sup>۲</sup>

توضیح	مکانسیم قیمت‌گذاری	زمان
قیمت فرموله می‌شود، تنظیم می‌شود و به شدت توسط دولت اجرا می‌شود.	Planned price stage	قبل از ۱۹۸۲
انواع بسیاری از فرم‌های قیمت مانند قیمت مسطح، قیمت بالا در طرح، قیمت بالای خارج از طرح و غیره.	Two track stage	۱۹۸۲ تا ۱۹۹۴
قیمت یکپارچه، اجرای قیمت‌گذاری ملی	Single price stage	۱۹۱۴ تا ۱۹۹۸
اگر قیمت بیش از ۵ درصد از بازار سنگاپور نوسان یابد، قیمت بنزین و نفت دیزل تنظیم شود.	Linked to the Singapore market stage	۱۹۹۸ تا ۲۰۰۱
مقادیر متوسط ارزش قیمت بازار سنگاپور، روتردام و نیویورک	Multi market linkage stage	۲۰۰۱ تا ۲۰۰۶
قیمت نفت شامل مالیات مصرف سوخت است.	Fuel consumption tax stage	۲۰۰۸
اگر قیمت میانگین نفت متحرک نفت خام در بازار بین‌المللی بیش از ۴ درصد در ۲۲ روز متوالی در هفته تغییر کند، قیمت نفت را تنظیم کنید.	weekdays + 4%	۲۰۰۹
قیمت هر ۱۰ روز کاری را تنظیم و محدوده نوسان ۴ درصد را لغو کنید.	weekdays 10	۲۰۱۳

1. KPMG (2011), China chemical industry: the new forces driving change, *KPMG advisory report*.

2. Dukert, Joseph M, (2009), *Energy*, New York: Greenwood press.

تصمیم‌گیری گسترده و انقلابی چین برای پیوستن به قیمت‌های نفت به استانداردهای بین‌المللی که در ماه ژوئن سال ۱۹۹۸ صورت گرفت، یک گام مهم و بلندمدت برای ادغام صنعت نفت چینی با جهان بود. در ماه ژوئن، محصولات خام و فراورده نفتی تحت یک سیستم قیمت‌گذاری جدید قرار گرفتند. این سیستم توسط کمیسیون برنامه‌ریزی توسعه‌ای دولتی (SDPC) در اواخر ماه مه اجرا شد. تحت رژیم جدید، شرکت CNPC و شرکت ملی پتروشیمی چین (ساینوپک) از آزادی بیشتری برای مدیریت کل طیف زنجیره کسب و کار، از تولید خام تا بازاریابی محصولات نفتی برخوردار شدند و تنها این دو شرکت مجاز به تنظیم قیمت‌ها بر اساس قیمت‌های نشانگر SDPC با توجه به تحولات بازار بودند.<sup>۱</sup> روند تغییرات این تصمیمات را می‌توان به ۳ مرحله تقسیم کرد:

- فاز اول (۲۰۰۵-۱۹۹۸): این سازوکار پیشنهاد کرد که قیمت‌های داخلی محصولات نفتی باید با توجه به قیمت‌های بین‌المللی محصولات نفتی تنظیم شوند. قیمت‌های هدایت‌شده دولت به تصویب رسید؛
- فاز دوم (۲۰۰۸-۲۰۰۶): دولت تصمیم گرفت قیمت‌های داخلی نفت را با توجه به قیمت‌های نفت خام بین‌المللی تنظیم کند. دولت قیمت‌های نفت خام برنت، دبی و سینتا را به عنوان قیمت پایه تعیین کرد و سپس قیمت‌ها، سود معقول و تعرفه‌ها را برای به دست آوردن قیمت نفت پایه اضافه کرد. با این حال، به دلیل افزایش قیمت‌های بین‌المللی، مکانیزم قیمت‌گذاری فراورده‌های نفتی در سال ۲۰۰۶ به طور کامل اجرا نشد؛
- فاز سوم (۲۰۰۸ به بعد): از ۸ مه سال ۲۰۰۹، مکانیزم جدید قیمت‌گذاری محصولات نفتی به بهره‌برداری رسید. هسته مکانیزم جدید «۲۲ روز هفته + ۴ درصد» است.<sup>۲</sup>

### ۳.۲. صنعت پتروشیمی هند

امنیت دستیابی به خوراک پتروشیمی یک مسئله حیاتی برای هند به منظور رقابت با سایر تولیدکنندگان با هزینه پایین جهانی است؛ زیرا هزینه تولید خوراک ۴۰ تا ۶۰ درصد کل هزینه

1. CNCP, Domestic and overseas petroleum, and national gas industry development report 2013. *China national petroleum corporation, economics and technology research institute.*  
2. NDRC (national development and reform commission of china), (2017), Notice of the national development and reform commission of china on adjusting the natural gas prices. *china ministry of commerce & industry.*

تولید، بسته به منبع تأمین و قیمت است. هند در مقایسه با بسیاری از کشورهای در حال توسعه و پیشرفته، یکی از بالاترین نرخ‌های مالیات غیرمستقیم در زمینه مالیات بر خوراک پتروشیمی را دارد. ساختار تعرفه وارداتی در هند هیچ معافیت تعرفه‌ای برای خوراک پتروشیمی نسبت به کالاهای پایین‌دستی فراهم نمی‌کند. اساساً در نرخ تعرفه در هند هیچ تمایزی وجود ندارد؛ یعنی محصولات پایه و پلیمرهای صنایع پایین‌دست عوارض گمرکی یکسانی می‌پردازند. عوارض گمرکی واردات پلیمرها در هند ۵ درصد است؛ در حالی که برای مالزی ۲۰ تا ۳۰ درصد، تایلند ۵ درصد، فیلیپین ۱۵ درصد، اندونزی ۲۰ درصد و چین ۶ تا ۸ درصد است. هند برای نفتا و سایر مواد اولیه همان تعرفه ۵ درصدی برای پلیمرها را تعیین کرده است؛ بنابراین اختلاف گمرکی صفر بین مواد اولیه پایه (مثل نفتا) و محصولات نهایی مانند پلیمرها در این کشور وجود دارد. در ماه ژوئن سال ۲۰۱۳، کمیته امور اقتصادی هیئت دولت (CCEA) فرمول قیمت‌گذاری مبتنی بر بازار برای تولید گاز طبیعی تولیدشده در هند را تأیید کرد. قیمت‌های اصلاح‌شده بر اساس توصیه‌های کمیته Rangarajan تعیین شد. فرمول قیمت‌گذاری که برای پنج سال آینده معتبر بود، قیمت پایه گاز طبیعی را در حدود ۸/۴ دلار در میلیون بی تی یو،<sup>۱</sup> برآورد کرد. این اصلاحات قطع ارتباط میان فرمول قیمت‌گذاری برای گازهای تولیدی داخلی با قیمت نفت برنت و ارتباط دادن آن به یک قیمت میانگین وزنی از مجموعه‌ای از قیمت‌های بین‌المللی را پیشنهاد کرد. با توجه به این پیشنهاد، تنظیم قیمت گاز از جانب دولت به «نیروهای بازار» منتقل شد. در این روش قیمت‌ها به صورت دوازده‌ماهه محاسبه می‌شوند و هر سه ماه مورد تجدید نظر قرار می‌گیرند. قرار بود این فرمول تا سال ۲۰۱۹ مورد استفاده باشد و با توسعه بازار گاز هند تا سال ۲۰۱۹، قیمت به صورت رقابتی در بازار تعیین شود.<sup>۲</sup>

۱. واحد اندازه‌گیری گاز طبیعی

2. Dubash. Navroz K, (2011), **From norm taker to norm maker? Indian energy governance in global context**, global policy volume 2, special issue, September.

جدول ۵. اجمال سیاست‌گذاری خوراک در کشورهای هند و چین<sup>۱</sup>

لیست اسامی کشورها	اجمال سیاست‌گذاری قیمت گاز	اجمال سیاست‌گذاری قیمت نفتا
هند	قطع ارتباط میان فرمول قیمت‌گذاری برای گازهای تولید داخلی با قیمت نفت برنت و ارتباط دادن آن به یک قیمت میانگین وزنی از مجموعه قیمت‌های بین‌المللی	کاملاً مبتنی بر بازار و براساس هزینه بارگیری محصول وارد شده در نزدیک‌ترین بندر پالایشگاه به اضافه قیمت حمل و نقل در صورت وجود
چین	قیمت‌گذاری دو سطحی با کاهش قیمت گاز اضافی و افزایش قیمت گاز موجود	قیمت‌های بین‌المللی را در هر ۱۰ روز کاری بررسی کرده و با توجه به محدوده ۴ درصد تنظیم می‌کنند.

#### ۴. قیمت‌گذاری صنعت پتروشیمی در کشور

##### ۴.۱. قیمت‌گذاری خوراک گازی (اتان)

اتان، ماده‌ای ارزشمند و خوراکی مناسب برای مجتمع‌های پتروشیمی است که برای تولید اتیلن و پلی اتیلن مورد استفاده قرار می‌گیرد. گاز طبیعی میدان پارس جنوبی تقریباً حاوی شش درصد اتان است که با جداسازی آن و ساخت اتیلن و پلی اتیلن مزیت‌های اقتصادی فراوانی برای کشور ایجاد می‌شود. با توجه به اینکه اتان، بخش سنگین‌تر گاز است (نسبت به متان)، قیمت آن بر حسب تن متریک اعلام می‌شود. فناوری تفکیک اتان از مایعات گازی در ایران در فازهای ۴ و ۵ پارس جنوبی به کار گرفته می‌شود. شرکت‌های پتروشیمی امیرکبیر، پلیمر آریا ساسول، جم، مروارید و کاویان از شرکت‌هایی هستند که از خوراک اتان به‌طور عمده برای تولید اتیلن، پلی اتیلن و ترکیبات دیگر استفاده می‌کنند.

وزارت نفت در تاریخ ۱۳۹۵/۰۷/۱۲ به استناد تکالیف و اختیارات ناشی از جزء «۴» بند «الف» ماده (۱) قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) و با توجه به وجود رقابت تنگاتنگ در بازار داخلی برای تخصیص اتان،

1. NICDP ( national industrial clusters development program), (2012), Kingdom of Saudi Arabia ministry of commerce & industry.

فرمول پایه محاسبه قیمت گاز اتان تحویلی به واحدهای پتروشیمی را بر حسب دلار در هر تن متریک به شرح ذیل اعلام نمود:

$$P_{\text{اتان}} = 25\% * (P_{\text{نفثا}} + P_{\text{پلی اتیلن}}) - 145$$

$P_{\text{اتان}}$ : قیمت هر تن متریک اتان در هر ماه

$P_{\text{پلی اتیلن}}$ : قیمت هر تن متریک پلی اتیلن در هر ماه

$P_{\text{پلی اتیلن}}$

$$= \frac{P_{\text{LDPE .HDPE FILM CHINA NETBACK}} + P_{\text{LDPE .HDPE FILM INDIA NETBACK}}}{3}$$

منظور از قیمت‌های NETBACK در فرمول فوق، قیمت‌های CFR در مقصد مورد نظر با کسر هزینه حمل از خلیج فارس تا آن مقصد است.<sup>۱</sup> نرخ اتان در هر تن برای هر دوره محاسباتی، تحت هیچ شرایطی نباید کمتر از ۲۲۰ و بیشتر از ۴۰۰ دلار در هر تن شود. معاونت برنامه‌ریزی وزارت نفت مکلف است در پانزده روز نخست هر ماه، قیمت هر تن گاز اتان تحویلی به واحدهای پتروشیمی را برای ماه پیش محاسبه و به منظور اجرا به شرکت‌های تابعه ذی‌ربط ابلاغ نماید. این فرمول نیز از ابتدای مهر ماه ۱۳۹۵ تا آخر مهر ماه ۱۴۰۰ و برای اشخاصی که تا آخر مهر ماه ۱۳۹۶ نسبت به عقد قرارداد اقدام نمودند، معتبر شناخته شد. در تابستان ۱۳۹۹ و در شرایطی که صنعت پتروشیمی کشور با شیوع کرونا و تحریم‌ها دست به گریبان است، وزارت نفت به منظور حفظ توان رقابت‌پذیری صادراتی شرکت‌های پتروشیمی تولیدکننده اتیلن، کف قیمت فروش اتان در تبصره (۳) ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی جزء (۴) بند (الف) ماده (۱) قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) را با ۲۰ دلار کاهش، معادل دویست (۲۰۰) دلار در تن تعیین کرد.

## ۲.۴. قیمت‌گذاری خوراک مایع

خوراک مایع حدود ۴۰ درصد از خوراک و سوخت مصرف‌شده در مجتمع‌های پتروشیمی در سال را به خود اختصاص می‌دهد. پتروشیمی‌های مصرف‌کننده

1. Gerlowski, Leonard E, Al Othman, Ahmad M, (2014), "Saudi arabia chemical industry continues to grow". *American institute of chemical engineers*.

خوراک مایع ۳۵ درصد ارزش صادرات محصولات پتروشیمی و ۳۲ درصد تولیدات این صنعت را پوشش می‌دهد و تأمین‌کننده نیاز بخش عمده‌ای از صنایع پایین‌دستی کشور هستند. لذا می‌توان گفت خوراک مایع نقش بسیار مؤثرتری نسبت به خوراک گاز در توسعه صنایع میانی و پایین‌دستی پتروشیمی در کشور دارد. بنابراین با قیمت‌گذاری منطقی خوراک مایع مجتمع‌های پتروشیمی نظیر میعانات گازی و فراورده‌های نفتی، می‌توان گام‌های مؤثری در تکمیل زنجیره ارزش محصولات نهایی برداشت. بررسی آمار مربوط به تولید، فروش داخلی و صادرات پتروشیمی‌های گاز و مایع در ایران، حاکی از این واقعیت است که به طور متوسط سهم فروش داخلی مجتمع‌های پتروشیمی با خوراک مایع بیشتر از پتروشیمی‌های با خوراک گاز است. لذا توجیه‌پذیری اقتصادی واحدهای بالادست که با خوراک مایع فعالیت می‌کنند، با توجه به اثرات اقتصادی و اجتماعی و نقش مؤثر این شرکت‌ها در تکمیل زنجیره ارزش و توسعه صنعت پتروشیمی کشور، ایجاد ارزش افزوده بالاتر، اشتغال‌زایی بیشتر و افزایش درآمدهای دولت از طریق مالیات در این حوزه بسیار مهم است.<sup>۱</sup> یکی از مسائل مهم مربوط به شرکت‌های پتروشیمی با خوراک مایع این است که همواره قیمت خوراک و محصولات این شرکت‌ها تحت تأثیر قیمت نفت می‌باشند. با کاهش قیمت نفت، قیمت خوراک‌های مایع و به تبع آن قیمت محصولات کاهش می‌یابد. علاوه بر کاهش قیمت جهانی نفت، افزایش عرضه محصولات زنجیره آروماتیک‌ها<sup>۲</sup> در سطح جهان نیز باعث کاهش قیمت محصولات تولیدی این شرکت‌ها می‌شود. لذا تغییر در فرایند تولید محصولات با گریدهای مختلف، متنوع‌سازی محصولات از طریق تکمیل زنجیره ارزش آروماتیک‌ها، بهینه‌سازی مصرف خوراک و مدیریت کارآمدتر واحدها از قبیل انجام اصلاحات در سیستم‌های کنترل، ایجاد واحد هیدروژناسیون به منظور جایگزینی بخشی از خوراک نفتا باید در زمره اولویت‌های شرکت‌های پتروشیمی با خوراک مایع قرار گیرد. به

1. Dezhpasand, Farhad, Salar, Abouzar, (2007), "Relative Advantage in the Iranian Petrochemical Industry", *Journal of New Economy and Commerce*, No. 9.

۲. دسته‌ای از محصولات پنج‌گانه پتروشیمی شامل الفین، شیمیایی، کودها، آروماتیک و هیدروکربنی‌هاست.

جای تخفیف پلکانی تا ۳۰ درصد برای خوراک مایع، خوراک نفتا با قیمت ۹۵ درصد فوب خلیج فارس، یعنی ۵ درصد تخفیف، تحویل واحدهای پتروشیمی می‌گردد. برای خوراک تقریبی هم‌رده نفتا، یعنی LPG، نیز تخفیف تا حداکثر سه درصد اعمال و ابلاغ شده است.<sup>۱</sup>

#### ۳.۴. تگاهی بر چالش‌های قیمت‌گذاری فعلی در صنعت پتروشیمی کشور

در این خصوص می‌توان به آیین‌نامه اجرایی جزء (۴) بند (الف) ماده (۱) قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) اشاره کرد. حمایت‌های بیشتر از پتروشیمی‌های خوراک گاز در مقایسه با پتروشیمی‌های با خوراک مایع، منجر به جذب بیشتر سرمایه‌گذاری‌ها به سمت پتروشیمی‌های گازی و در نتیجه عدم توازن در زنجیره تولیدات صنعت شده است. توجه به این نکته لازم است که قیمت پایین گاز تحویلی به پتروشیمی‌ها و سود نامتعارف ناشی از آن برای پتروشیمی‌هایی که خوراک گازی دارند و محصولات باارزش بالا تولید می‌کنند، سبب توسعه نامتوازن بخش گازی زنجیره ارزش صنعت و تولید صادرات محصولات با ارزش افزوده پایین (متانول، آمونیاک و اوره) می‌شود. بنابراین قیمت‌گذاری گاز طبیعی یکی از مسائلی است که به طور مستقیم در توازن زنجیره ارزش تولیدات صنعت پتروشیمی اثرگذار است. بررسی سابقه موضوع قیمت‌گذاری خوراک گاز طبیعی در ایران حاکی از این است که بین سال‌های ۱۳۸۱ تا ۱۳۸۷ هزینه خوراک مجتمع‌های پتروشیمی در داخل با بهایی کمتر از نرخ بین‌المللی و با ۷۰ درصد نرخ اعلام‌شده بانک مرکزی برای تسعیر دلار در نظر گرفته می‌شد. از آنجایی که سهم عمده‌ای از تولیدات پتروشیمی‌های با خوراک گازی در کشور به سه محصول متانول، آمونیاک و اوره اختصاص می‌یابد، از این میان، بیش از ۹۰ درصد متانول تولیدی، و بخشی از محصولات اوره و آمونیاک در بخش کشاورزی مصرف و مازاد آن صادر می‌شود. در حالی که سهم مجتمع‌های پتروشیمی

1. Golrokhshari, Hamed, *op. cit.*

با خوراک مایع در تکمیل زنجیره ارزش صنعت در کشور و همچنین توسعه صنایع پایین‌دستی بیشتر است.

خوراک مایع مانند نفتا حدود ۴۰ درصد از خوراک در مجتمع‌های پتروشیمی در سال را به خود اختصاص می‌دهد. پتروشیمی‌های مصرف‌کننده خوراک مایع ۳۵ درصد ارزش صادرات محصولات پتروشیمی و ۳۲ درصد تولیدات این صنعت را پوشش می‌دهد و تأمین‌کننده نیاز بخش عمده‌ای از صنایع پایین‌دستی کشور هستند. لذا می‌توان گفت خوراک مایع نقش بسیار مؤثرتری نسبت به خوراک گاز در توسعه صنایع میانی و پایین‌دستی پتروشیمی در کشور دارد.<sup>۱</sup> بنابراین با قیمت‌گذاری منطقی خوراک مایع مجتمع‌های پتروشیمی نظیر میعانات گازی و فراورده‌های نفتی و دادن تخفیفات اقتصادی و پله‌ای موجب تصحیح سیاست‌گذاری در توسعه متوازن صنعت پتروشیمی می‌شود. از طرفی عدم اعمال سیاست‌های هیجانی ناشی از کمبود بودجه، رانت‌های سیاسی مانند دادن مزیت در تخصیص خوراک با شرایط اقتصادی خاص به برخی اشخاص حقیقی و حقوقی معین و دیگر سیاست‌ها موجب تصمیم‌گیری برای واحدهای تولیدی می‌شود و می‌توان گام‌های مؤثری در تکمیل زنجیره ارزش محصولات نهایی با حفظ منافع ملی برداشت. بررسی آمار مربوط به تولید، فروش داخلی و صادرات پتروشیمی‌های گاز و مایع در ایران، حاکی از این واقعیت است که به طور متوسط سهم فروش داخلی مجتمع‌های پتروشیمی با خوراک مایع بیشتر از پتروشیمی‌های با خوراک گاز است. لذا توجیه‌پذیری اقتصادی واحدهای بالادست که با خوراک مایع فعالیت می‌کنند، با توجه به اثرات اقتصادی و اجتماعی و نقش مؤثر این شرکت‌ها در تکمیل زنجیره ارزش و توسعه صنعت پتروشیمی کشور، ایجاد ارزش افزوده بالاتر، اشتغال‌زایی بیشتر و افزایش درآمدهای دولت از طریق مالیات در این حوزه به مراتب بالاتر است.

1. Kamal dave , (2018), **petrochemical hube of india**, Gujarat industrial development corporation.



## نتیجه‌گیری

در حال حاضر، ۶۷ مجتمع پتروشیمی با ظرفیتی حدود ۹۰ میلیون تن در سال در کشور فعال است. این صنعت در سال ۹۹ بدون در نظر گرفتن طرح‌هایی که در ماه‌های پایانی سال به بهره‌برداری رسیده‌اند، عملکرد ۷۷ درصدی نسبت به ظرفیت اسمی قابل بهره‌برداری داشته و با تولید حدود ۳۴,۲ میلیون تن محصول قابل فروش، درآمدی معادل ۱۵ میلیارد دلار را برای کشور محقق کرده است که از این مقدار ۲۷,۸ میلیون تن مواد شیمیایی، ۷,۸ میلیون تن انواع پلیمر و ۶,۸ میلیون تن کودهای شیمیایی در سال گذشته در این صنعت تولید و حدود ۱۱ میلیون تن محصول میانی در این صنعت به‌عنوان خوراکی‌های بین مجتمعی مبادله شده است.<sup>۱</sup> بررسی آمارها حاکی از آن است که حدود پانزده هزار بنگاه فعال در صنایع پایین‌دست صنعت پتروشیمی در کشور مشغول به فعالیت‌اند که یکی از مهم‌ترین عوامل رشد و توسعه این بنگاه‌ها، تأمین پایدار خوراکی‌های مورد نیاز آنها است. در سال ۹۹، صنعت پتروشیمی ۳,۳ میلیون تن پلیمر و ۲,۱ میلیون تن محصول شیمیایی برای تأمین خوراک مورد نیاز بنگاه‌های فعال در صنایع پایین‌دست صنعت پتروشیمی عرضه کرده است؛ این درحالی است که مقدار خوراک و سوخت دریافتی صنعت پتروشیمی در جهان فقط ۱۵ درصد از منابع انرژی اولیه هیدروکربوری را شامل می‌شود و همان‌طور که بیان شد، ارزش فروش محصولات این صنعت و صنایع تکمیلی آن در سال ۲۰۲۰ بالغ بر ۳۶۷۰ میلیارد دلار گزارش شده است.<sup>۲</sup> وابستگی همه صنایع به محصولات شیمیایی و پلیمری، همچنین تنوع بالای محصولات در این صنعت، سبب شده است که کشورهای دنیا افزون بر تولید محصولات با ارزش افزوده بالاتر، برای ارتقای تاب‌آوری زنجیره تأمین صنایع مولد خود، به سرمایه‌گذاری در صنعت پتروشیمی اقدام کنند. در این سال‌ها عوامل بنیادی متعددی، صنعت پتروشیمی را تحت تأثیر قرار داده‌اند که مهم‌ترین آنها در خصوص تعیین نرخ خوراک تحویلی به پتروشیمی‌ها و پالایشگاه‌ها است. بی‌شک با توجه به رشد قابل توجه تقاضای محصولات پتروشیمی در آینده، کشورهای زیادی برای کسب ارزش افزوده وارد این صنعت خواهند شد که لازمه آن راه‌اندازی واحدهای بالادستی پتروشیمی و تعیین نحوه صحیح

1. Oil and Energy Information Network: <https://www.shana.ir/news>, 2019.

2. Energy, Industry, and Mining Studies Office, (2016), Assessment of Failures in the Formulation of Comprehensive Energy Policies in the Country, *Research Center of the Islamic Consultative Assembly*, Report Serial Number 31015261.

تخصیص خوراک به آنها برای تولید محصولات بالادستی و پایه پتروشیمی است. بنابراین شرایط رقابتی این صنعت به مراتب سخت‌تر از گذشته خواهد شد. در این خصوص پیشنهاد می‌شود اصلاح آیین‌نامه خوراک جزء (۴) بند (الف) ماده (۱) قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) الحاق (۲) در دستور کار مجلس و وزارت نفت قرار گیرد. در این زمینه ضروری است به مسائل متعددی از جمله رقابتی‌کردن تخصیص خوراک به صنایع پایه پتروشیمی توجه شود؛ چرا که تجارب کشورهای مختلف نشان از رقابتی‌شدن قیمت خوراک به تناسب قیمت محصولات نهایی در یک بازه زمانی معین و با یک سیاست مشخص که قابل پیش‌بینی برای فعالان در این بازار است، قیمت خوراک و به تبع آن قیمت محصولات نهایی آنها به قیمت‌های جهانی نزدیک شود. در صورتی که قیمت خوراک تحویلی به مجتمع‌های مادر پتروشیمی به صورت دستوری و در قالب نرخ‌های معین و یا فرمول‌های خاصی صورت گیرد و در طرف مقابل قیمت محصولات نهایی مطابق با بازارهای جهانی باشد، اولاً هم موجب عدم بهینگی می‌شود، ثانیاً هیچ منفعتی برای این مجتمع‌ها در راستای تحویل محصولات پایه به صنایع پایین‌دستی برای خود نمی‌بیند و مانع از توسعه صنایع پایین‌دستی و تأمین پایدار خوراک و مواد اولیه آنها می‌گردد. همین امر باعث شده است تا در حال حاضر به طور میانگین ارزش هر تن صادرات تولیدات پتروشیمی کشور ۸۰۰ دلار شود؛ در حالی که به طور میانگین ارزش هر تن واردات محصولات پتروشیمی از کشورهای دیگر در حدود ۱۴۰۰ دلار است. طبیعتاً از دلایل این اختلاف قابل توجه بین ارزش صادراتی و وارداتی در نحوه قیمت‌گذاری خوراک‌های مصرفی کشور چه به صورت مایع و چه به صورت گاز است.

## فهرست منابع

### الف) منابع انگلیسی

#### Books

1. Dubash. Navroz K, (2011), **From norm taker to norm maker? Indian energy governance in global context**, global policy volume 2, special issue, September.
2. Dukert, Joseph M, (2009), **Energy**, New York: Greenwood press.
3. Kamal dave , (2018), **petrochemical hube of india**, Gujarat industrial development corporation.
4. Maleki, Abbas, (2011), **Energy Policy Making**, Tehran, Sharif Industrial University.
5. Mehr Afshan, Mohammadreza and Ali Taheri Fard, (2019), **Petrochemical Industry Policy Making in Iran**, Tehran, Sabahan Energy Studies Institute.

#### Articles

6. Andrews-speed, Philip, (2016), «Energy policy and regulation in the people republic of china». Kluwer law internationall.
7. CNCP, Domestic and overseas petroleum, and national gas industry development report 2013. *China national petroleum corporation, economics and thechnology research institute.*
8. Dezhpasand, Farhad, Salar, Abouzar, (2007), "Relative Advantage in the Iranian Petrochemical Industry", *Journal of New Economy and Commerce*, No. 9.
9. Energy, Industry, and Mining Studies Office, (2016), Assessment of Failures in the Formulation of Comprehensive Energy Policies in the Country, *Research Center of the Islamic Consultative Assembly*, Report Serial Number 31015261.
10. Gerlowski, Leonard E, Al Othman, Ahmad M, (2014), "Saudi arabia chemical industry continues to grow". *American institute of chemical engineers.*
11. Infrastructure and Production Research Deputy, (2015), "Study and Analysis of the Economic Status of Petrochemical Units with Liquid Feed and Considerations on the Price of Feed in Them", Energy,

- Industry, and Mining Studies Office, Tehran, Report Serial Number 14465.
12. Iran Chamber of Commerce Research Center, (2021), *Iran Petrochemical Report*, Q4.
  13. KPMG, (2011), China chemical industry: the new forces driving change, *KPMG advisory report*.
  14. Mokhtari Far, Seyyed Reza, (2013), "The History of Petrochemicals in Iran", in collaboration with Afaque Hemaiei, Azimeh Zilali, Nasrin Mohammadi Pour, and Hadi Zambouri Asl, Tehran, Iran Oil Association.
  15. NDRC ( national development and reform commission of china), (2017), Notice of the national development and reform commission of china on adjusting the natural gas prices. *china ministry of commerce & industry*.
  16. NICDP ( national industrial clusters development program), (2012), *Kingdom of Saudi Arabia ministry of commerce & industry*.

#### **Tese**

17. Golrokhshari, Hamed, (2012), "Evaluation of Competitiveness at the National Level in the Petrochemical Industry of Iran", Master's Thesis, Khaje Nasir Toosi University, Faculty of Industries.

#### **Sites**

18. Value chain center, report of petrochemical industry, 2018/
19. National Petrochemical Industries Company: <https://nipc.ir/2022/>
20. Oil and Energy Information Network: <https://www.shana.ir/news,2019/>
21. Petrochemical News and Analysis Website: <http://www.petrotahlil.com/,2019/>
22. Ministry of Petroleum Information Portal: <https://www.mop.ir/portal/home/,2018/>

## **Analyzing the Pricing Policies of the Petrochemical Industry Feed in Iran**

**Mohammad Hossein ZAREI** (Associate Professor of Law, Shahid Beheshti University)

**Amir KARGAR** (PhD Student of Management of International Oil & Gas Contracts, Imam Sadiq University)

**Ahmad PANJEHPOUR** (PhD Student of Public Law, Shahid Beheshti University)

**Amin LATIFI** (LLM in Private Law, Shahid Chamran University of Ahvaz)

### **Abstract**

Oil and gas are used both as energy and raw materials in petrochemical industry and products with high added value are produced from them. Oil and gas used as raw materials and energy are deemed as Anfal and should be used according to interests of Islamic society. For this reason, pricing in this industry has become a complex issue, which is affected by several factors including liquid and gas feed producers and consumers interests and Anfal related policy making.

In this research, related laws of feed pricing are studied and the current pricing problems of the feed are stated and required suggestions to improve pricing model efficiency in this industry are made through examining the pricing patterns applied in leading countries in petrochemical industry according to economic and political conditions of the country.

Therefore, in the first part of this research, we will examine a series of transformative programs in the country's petrochemical industry after the Islamic Revolution. Then, we will study in detail the approvals of the decision-making bodies in the field of oil and energy. In the next section, the feed pricing policies and models in leading countries in this industry are examined and compared with applying model of feed pricing in the country. Finally, some solutions to improve both efficiency and policy making procedure in pricing petrochemical companies' feed will be provided.

### **Keywords:**

Petrochemical Industry, Pricing, Feed Rate, Liquid Feed, Ethane



## تحلیلی پیرامون مبانی نظریه سهامداران به‌مثابه مالکین شرکت تجاری

مصطفی کوشکی\*

حسن بادینی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۱۶

### چکیده

در این مقاله سعی شده است با یک شیوه توصیفی و تحلیلی، اصل تفوق و برتری منافع سهامداران بر سایر ذی‌نفعان شرکتی و برخورد مالک‌مآبانه با سهامداران مورد تحلیل واقع شود. دیدگاه فوق که از آن تحت عنوان نظریه سهامداران به‌مثابه مالکین شرکت یاد کرده‌ایم، در برخی آرای اصداری از جانب محاکم حقوقی ایران نیز منعکس گردیده است. این مقاله با تمرکز بر مفهوم حق مالکیت در معنای سنتی آن و بررسی مبانی تفوق منافع سهامداران در نظریه‌های اقتصادی، نظیر نظریه پیوند قراردادها، نظریه نمایندگی و نظریه مالکیت، به این نتیجه رسیده است که حق مالکیت در مفهوم سنتی آن - با اوصافی نظیر مطلق و انحصاری بودن - در چهارچوب حقوق شرکت‌ها به‌مانند سایر زمینه‌های قانونی اعمال نمی‌شود. علاوه بر این، نظریه‌های اقتصادی که در تقویت برتری منافع سهامداران در شرکت‌های تجاری به کار گرفته شده است، جملگی بر این مبنا استوارند که سهامداران ریسک اقتصادی بیشتری را نسبت به سایر ذی‌نفعان شرکت متحمل می‌شوند؛ لذا اعطای حق مالکیت انحصاری شرکت به آنها به افزایش کارایی می‌انجامد. این مقاله ضمن نقد نظریه‌های فوق، استدلال می‌کند که حقوق اعطایی به سهامداران صرفاً ابزاری در راستای نمایندگی از ائتلافی است که شرکت را تشکیل داده است. این مقاله استدلال می‌کند که اصل تفوق منافع سهامداران و به‌رسمیت شناختن سهامداران به‌عنوان مالکان شرکت، یادگاری از اشکال اولیه مشارکت‌های مدنی و مبتنی بر تصویری منسوخ از شرکت تجاری است.

### کلیدواژگان:

حق مالکیت، مالکین شرکت، تفوق منافع سهامداران، شرکت تجاری، نظریه‌های اقتصادی شرکت.

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)  
kooshki@ut.ac.ir

\*\* دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

hbadini@ut.ac.ir



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

بحث‌های معاصر حاکمیت شرکتی تحت تسلط این دیدگاه قرار گرفته است که شرکت‌های تجاری صرفاً اندکی بیشتر از مجموعه‌ای از دارایی‌ها هستند که به‌طور کلی متعلق به سهامداران (به‌عنوان اصیل) بوده و آنها مدیران را (به عنوان نماینده) برای مدیریت این دارایی‌ها استخدام می‌کنند.<sup>۱</sup> این مدل اصیل - نماینده، به‌نوبه خود، دو موضوع تکرارشونده را در ادبیات حقوق شرکت‌ها به وجود آورده است: نخست، مشکل اصلی اقتصادی که در قانون شرکت‌ها به آن پرداخته می‌شود؛ یعنی کاهش «هزینه‌های نمایندگی» با وفادار نگه‌داشتن مدیران به منافع سهامداران است. دوم، هدف اصلی شرکت تجاری باید به‌حداکثر رساندن ثروت سهامداران باشد. باوجود این، امروزه این نظریه که شرکت‌های تجاری در اثر عقد شرکت و قراردادی که بین شرکا منعقد می‌شود، به وجود می‌آیند و به فعالیت خود ادامه می‌دهند، طرفداران زیادی ندارد؛ زیرا مقررات اشاعه و مالکیت مشاع در شرکت‌های تجاری جاری نمی‌شود و سهامدار، شریک به مفهوم عقد شرکت مدنی به شمار نمی‌آید و قانون اکثریت بر او حاکم است.<sup>۲</sup> به عبارتی، برخلاف شرکت مدنی که مالکیت شرکا بر آورده از بین نمی‌رود، در شرکت تجاری آورده شرکا به مالکیت شخص حقوقی درمی‌آید و شرکا - نه به‌عنوان مالک، بلکه به‌عنوان اجزای سازنده اراده فرضی شرکت - به اداره سرمایه شرکت می‌پردازند.<sup>۳</sup> باوجود این، علی‌رغم آنکه در برخی مقررات مؤخر، نظیر دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران ثبت‌شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۴۰۱، نقش سایر ذی‌نفعان در شرکت تجاری پررنگ‌تر گردیده است،<sup>۴</sup> لیکن با دقت در مقررات قانونی می‌توان گفت که همچنان سهامداران از برتری کاملی نسبت به سایر فعالان شرکتی نظیر طلبکاران، کارکنان، تأمین‌کنندگان و جامعه که وجودشان برای عملیات و موفقیت شرکت حیاتی هست، برخوردارند و به‌گونه‌ای با سهامداران برخورد گردیده است که گویی مالک شرکت هستند.

1. Fama, Eugene F. & Michael C. Jensen, Separation of Ownership and Control, 26 *J.L. & Econ.* 301, 1983; Jensen, Michael C. & William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 *J. Fin. Econ.* 305, 1976; Easterbrook, Frank H. & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991.

۲. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، ج ۲، چ ۱۴، انتشارات نشر دادگستر، ۱۳۸۸، ص ۱۵.

۳. کاویانی، کورش، **حقوق شرکتهای تجاری**، چ ۴، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳، ص ۲۴۰.

۴. نک. ماده ۲ و بند سه ماده ۳ دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار.



رویه قضایی ایران نیز چنین رویکردی را در برخی موارد خاص مورد تأیید قرار داده است. ۱. چنین وضعیت متناقضی سبب ایجاد چندین پرسش بنیادی می‌گردد: آیا سهامداران حق مالکیت بر شرکت دارند؟ آیا حقوق مالکیت در چهارچوب قانون شرکت‌های تجاری مانند سایر زمینه‌های قانونی اعمال می‌شود؟ آیا به رسمیت شناختن سهامداران به‌عنوان مالکان شرکت به‌مانند اشکال اولیه شرکت (مشارکت مدنی) موجه است یا انتقال آن به شرکت تجاری مدرن مشکل‌ساز و اشتباه است؟ فرضیه مقاله آن است که سهامداران فاقد ویژگی‌های لازم برای معرفی آنها به‌عنوان مالک شرکت هستند و به‌رسمیت شناختن سهامداران به‌عنوان مالکین شرکت تجاری چه در مفهوم سنتی مالکیت به معنای حقی مطلق و انحصاری و چه در مفهوم اقتصادی مالکیت که در راستای افزایش کارایی، منافع شرکت را مساوی با منافع سهامداران دانسته است،<sup>۲</sup> اشتباه است. اهمیت پاسخ به پرسش‌های فوق از آن نظر است که امروزه در حقوق شرکت‌های تجاری و دستورالعمل‌های حاکمیت شرکتی همواره توجه به منافع ذی‌نفعان به‌عنوان ابزاری در راستای رشد پایدار شرکت مورد تأکید قرار گرفته است و این مهم محقق نمی‌شود، مگر آنکه مبانی تفوق منافع سهامداران مورد واکاوی دقیق قرار گیرد. ساختار مقاله بدین گونه است که ابتدا اوصاف حق مالکیت در مفهوم مرسوم آن و حقوق شرکت‌ها مورد بررسی (گفتار نخست) و سپس مبانی نظریه سهامداران به‌مثابه مالکین شرکت از طریق بررسی سابقه پیدایش و توسعه شرکت‌های تجاری و نظریه‌های اقتصادی مورد تحلیل قرار خواهد گرفت (گفتار دوم).

۱. به‌عنوان مثال، باینکه مطابق ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت هر ذی‌نفع می‌تواند تقاضای اعلام بطلان تصمیمات و عملیات شرکت را بنماید، اما رویه قضایی ذی‌نفع را معادل سهامدار تلقی نموده و حتی در برخی آرای قضایی دادگاه به‌صراحت با این استدلال که خواهان دعوا سهامدار شرکت نبوده، خود را مواجه با تکلیفی در خصوص رسیدگی ندانسته و به استناد بند ۱۰ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان را صادر و اعلام کرده است: پرونده کلاسه ۸۹۰۹۹۸۰۲۲۷۴۰۰۴۵۴ به شماره دادنامه ۸۹۰۹۹۷۰۲۲۷۴۰۰۹۴۲ شعبه چهاردهم دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی و پرونده کلاسه ۸۸۰۹۹۸۲۱۶۱۸۰۰۲۵۴ به شماره دادنامه ۹۰۰۹۹۷۲۱۶۱۸۰۰۳۲۲ شعبه ۸۶ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید صدر تهران (زندگی، محمدرضا، **رویه قضایی دادگاه‌های عمومی حقوقی تهران در امور تجارت**، ج ۱، چ ۱، انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۲، صص ۱۵۹-۱۶۰).

۲. خوانش شریک محور از نفع شرکتی قدیمی‌ترین خوانش از نفع شرکتی دانسته شده است. در این خوانش، اولاً جدای از منافع عینی شرکا، نفع مستقل و مفروضی برای خود شرکت وجود ندارد و ثانیاً، منافع عینی خارج از شرکت در مفهوم نفع شرکتی راهی ندارد (حقانی، سعید، **شناسایی و مقابله با تقلب شرکا در تصمیم‌سازی مجامع عمومی شرکت‌های تجاری**، چ ۲، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۸، ص ۲۲۲).

## ۱. اوصاف حق مالکیت در مفهوم مرسوم آن و حقوق شرکتهای تجاری

### ۱.۱. اوصاف حق مالکیت در مفهوم سنتی آن

قانون مدنی ایران حق مالکیت را تعریف نکرده است. با بررسی آرای حقوقدانان و با عنایت به این امر که در فقه اسلامی مبنای مالکیت، قاعده تسلیط<sup>۱</sup> بیان شده است که به معنای اختیار تام مالک بر مال خویش و سلطه مالکانه‌اش در کلیه تصرفات مربوط به دارایی خود است،<sup>۲</sup> می‌توان برای حق مالکیت سه وصف اساسی را بیان کرد: نخست، مطلق بودن؛ دوم، انحصاری بودن و سوم، دائمی بودن.

شرط نخست- یعنی مطلق بودن مالکیت- به این معنا است که مالک حق همه‌گونه تصرف را در ملک خود دارد. یعنی مالک می‌تواند هرگونه تصرفی در ملک خود انجام دهد. این سلطه شامل حق استعمال (استفاده و به‌کارگیری)، حق استئمار (بهره‌وری از منافع) و حق تصرفات حقوقی و مادی در عین و منافع مال خواهد بود.<sup>۳</sup> اطلاق حق مالکیت به مفهوم دیگری نیز به کار می‌رود: اینکه اعتبار حق مالکیت محدود به رابطه معین و نسبی نیست. مالکیت از حقوق عینی، و در برابر همه قابل استناد است و جامعه باید آن را محترم شمارد.<sup>۴</sup>

شرط دوم- یعنی انحصاری بودن حق مالکیت- نتیجه طبیعی اطلاق اختیار مالک است که وی علاوه بر اینکه می‌تواند هرگونه تصرفی را که مایل است در مال خود بکند، همچنین می‌تواند مانع از تصرف و انتفاع دیگران در ملک خود بشود. مثلاً مالک می‌تواند از عبور دیگران در زمین خود، تقلید دیگران از علامت یا اختراع ثبت‌شده خود و غیر آن جلوگیری به‌عمل آورد.<sup>۵</sup>

شرط سوم- یعنی دائمی بودن حق مالکیت- که در مقررات قانون مدنی از این شرط سخنی به میان آورده نشده است، اما باید گفت طبیعت حق مالکیت با موقتی بودن آن منافات دارد؛ چنان‌که در قانون مدنی نیز با مرگ مالک، حق مالکیت از بین نمی‌رود و فقط ممکن است به

۱. «الناس مسلطون علی اموالهم».

۲. تقی‌زاده، ابراهیم و سید احمد علی هاشمی، **حقوق اموال و مالکیت**، چ ۱۲، انتشارات مجد، ۱۴۰۱، ص ۱۴۶.

۳. ماده ۳۰ قانون مدنی: هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

۴. کاتوزیان، ناصر، **اموال و مالکیت**، چ ۶، انتشارات نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۱۰۳.

۵. یوسف‌زاده، مرتضی، **حقوق مدنی: اموال و مالکیت**، چ ۱، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴، ص ۶۳.

یکی از اسباب انتقال به دیگری واگذار گردد.<sup>۱</sup> معنی دیگری که برای دائمی بودن حق مالکیت بیان شده، دوام حق مالکیت است؛ به این معنا که حق مزبور در اثر معطل ماندن یا عدم استعمال از بین نمی‌رود؛ زیرا امری طبیعی است و حق مالکیت تا زمانی که شیء مملوک موضوع آن از بین نرفته باشد، باقی است و مالک مختار است که از ملک خود استفاده کند یا نکند و هرچند زمان عدم استفاده از ملک خود طولانی باشد، حق پایدار است.<sup>۲</sup>

مشابه اوصاف فوق، حق مالکیت در مفهوم لیبرال غربی آن، نیز دارای ویژگی‌هایی نظیر انحصاری بودن، حق انتفاع، حق تصرف و اخراج از ملکیت است.<sup>۳</sup> مالک دارایی حق دارد افراد دیگر را از دارایی خود طرد کند، مانع استفاده دیگران از دارایی خود برای مقاصد غیرمجاز شود و از تصرف آن توسط دیگری خودداری کند. اگر هر فردی تلاش کند که از این محدودیت‌ها پیروی نکند، ممکن است متهم به رفتار مجرمانه، مانند سرقت، گردد یا از حیث مقررات غضب، مسئول جبران خسارت به مالک شود. بنابراین، یک عنصر قدرت در هسته مفهوم سنتی مالکیت قرار دارد: قدرت تعیین رابطه بین خود مالک و ملک و همچنین ملک و اشخاص ثالث.<sup>۴</sup> از این رو، ویژگی متمایز «رابطه مالکیت بین یک شخص و یک چیز، در هر نقطه از طیف دارایی، نفی آزادی بقیه افراد بشر برای استفاده از آن چیز بدون مجوز «مالک» است».<sup>۵</sup> علاوه بر آن، صاحبان اموال آزادند تا از اموال خود به نحوی که صلاح می‌دانند، استفاده کنند. هیچ چیز نمی‌تواند قدرت مالک را برای اجازه دسترسی به افراد دیگر به ملک خود محدود کند.<sup>۶</sup> البته ذکر این نکته ضروری است که حق مالکیت در طول زمان با تعدیل‌هایی متعددی مواجه گردیده است و

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۰۵.

۲. ولویون، رضا، **اموال و مالکیت**، ج ۲، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۸، ص ۱۱۱.

3. Glackin, N.S. "Back to Bundles: Deflating Property Rights, Again," *Legal Theory*, 2014, 29(1) P 3.

۴. این رویکرد و تعبیر مالکیت به علقه میان شخص و شیء در ماده ۲۹ قانون مدنی به صراحت بیان شده است. به عبارتی حق مالکیت از جمله حقوقی است که برای افراد نسبت به اشیاء ایجاد می‌شود. این رویکرد در فقه امامیه نیز مشاهده می‌گردد و فقیهان نگرش خود را به مالکیت به عنوان رابطه‌ای بین مالک و شیء خارجی می‌دانند (بادینی، حسن و جواد شیخ سیاه، «از "حق مالکیت" تا "حقوق مالکیت": بررسی تطبیقی سیر تحول مفهوم مالکیت»، **مطالعات حقوق تطبیقی**، ش ۱، ۱۳۸۹، ص ۴).

5. Harris, J.W. , **Property and Justice**, Oxford: Clarendon Press, 1996, p.264

6. Allen, T. "Liberalism, Social Democracy and the Value of Property under the European Convention on Human Rights" *International and Comparative Law Quarterly* , 2010, 59(4), pp 1055, 1056.

همچنین اینکه مطلق بودن مالکیت در حقوق اسلام برخلاف مفهوم لیبرال غربی آن بی‌حد و حصر نیست؛ تا آنجایی که برخی از حقوقدانان به جای گفتگو از وصف اطلاق حق مالکیت، از اصل تسلیط سخن به میان آورده‌اند؛ بدین معنی که هرگاه در قوانین و عرف قیدی برای اعمال حق مالک دیده نشود، اصل این است که مالک حق تصرف و انتفاع دارد.<sup>۱</sup>

## ۱.۲. اوصاف حق مالکیت در شرکت‌های تجاری

آیا سهامداران حقی مطلق، انحصاری و دائمی نسبت به شرکت و مجموعه دارایی‌های شرکت دارند؟ برخلاف آنچه در مورد حق مالکیت در مفهوم سنتی آن بیان شد، به نظر می‌رسد در بافت شرکتی، سهامداران نه تنها حق یا ظرفیت لازم برای اجازه یا جلوگیری از دسترسی به اموال شرکت را ندارند، بلکه مهم‌تر از آن، حتی در محافظت از سرمایه‌گذاری خود در برابر سوءمدیریت نیز با مشکلاتی مواجه‌اند. اگر مالکیت به‌عنوان روابط قدرت حاکم بین بازیگران مختلف که با دارایی مرتبط هستند درک شود، در زمینه شرکت‌های تجاری، قدرت واقعی در خصوص دارایی‌های شرکت در اختیار مدیران است. در واقع حاکمیت شرکتی اختیارات اداره اموال شرکت را نه به سهامداران، بلکه به مدیریت واگذار می‌کند.<sup>۲</sup> بسیاری از سهامداران - به‌ویژه سهامداران اقلیت - حتی در مورد انتخاب مدیران شرکت هم حق انتخابی ندارند. علاوه بر این، برخلاف نظریه سنتی حق مالکیت، سهامداران در موقعیتی نیستند که بتوانند از مفهوم سنتی حق مالکیت با اوصاف بیان‌شده بهره‌مند گردند. هیچ سهامداری مجاز نیست «از دارایی‌های یک شرکت تجاری برای اهداف خود استفاده کند یا دسترسی مدیریت به منابع شرکت را محدود کند».<sup>۳</sup> در حقوق شرکت‌ها حقوق مالکیت به قطعات مختلف تقسیم می‌شود: سهامدار «حق دریافت برخی از ثمرات استفاده از دارایی، حق باقیمانده دارایی شرکت بعد از انحلال، و حق کنترل محدود را دریافت می‌کند، لیکن اداره و کنترل اموال شرکت متعلق به مدیران شرکت است».<sup>۴</sup> به عبارتی، با اینکه از حیث نظری و تا حدودی در مقررات قانونی رابطه بین سهامداران و شرکت با تصور حق

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۰۷.

۲. نک به ماده ۱۱۸ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷.

3. Rose, C. "Stakeholder Orientation versus Shareholder Value: A Matter of Contractual Failures" *European Journal of Law and Economics*, 2004, 18, pp 77, 82.

4. Votaw, D., *Modern Corporations* (Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1965) quoted in M.M. Blair, *Ownership and Control*, Washington, D.C.: Brooking Institute, 1995, p.224.

مالکیت سهامداران بر شرکت مشخص می‌شود، اما در عمل، سهامداران - به‌ویژه سهامداران اقلیت - بدون ابزار مؤثری برای محافظت از سرمایه‌گذاری خود باقی مانده‌اند.

مدیران شرکت وظیفه قانونی دارند که موفقیت شرکت را ارتقا دهند، حتی اگر با منافع بخشی از سهامداران آن در تضاد باشد.<sup>۱</sup> سهامداران قانوناً مجازند به دنبال منافع خود باشند، حتی اگر منافع آن‌ها با منافع شرکت منطبق نباشد. در واقع، سهامداران حتی اجازه دارند میان خود، قراردادهایی منعقد نمایند که آنها را ملزم به رأی‌گیری دسته‌جمعی در مجامع عمومی با هدف پیگیری منافع فردی متمایز طرفین قرارداد به‌جای منافع شرکت به‌عنوان یک کل می‌کند.<sup>۲</sup> بنابراین، امروزه پذیرفته شده است که منافع شرکت و منافع سهامداران ممکن است واقعاً متفاوت باشد و در این صورت، مدیران قانوناً موظف‌اند منافع شرکت را به ضرر منافع - حداقل - بخشی از سهامداران دنبال کنند. این یک ویژگی متمایز در حقوق شرکت‌هاست که نمی‌توان آنها را در رابطه سنتی مالکیت ردیابی کرد؛ جایی که مالک و دارایی به‌طور یکپارچه به هم مرتبط‌اند و دومی (دارایی) با هدف انحصاری خدمت به نیازها و منافع اول (مالک) مورد استفاده قرار می‌گیرد.

علاوه بر این، وجود سهام بدون حق رأی و نیز وجود سهام غیرقابل انتقال در شرکت‌های تجارتی هسته اصلی حق مالکیت در مفهوم سنتی آن را که مبتنی بر حق انتفاع و انتقال است، به چالش می‌کشد. از لحاظ اصولی، اگر سهامدار دارای سهامی باشد که حق رأی ندارد،<sup>۳</sup> بنابراین حق اظهارنظر در زمینه شرکت را نیز ندارد و نمی‌تواند بر جنبه‌های مهم تصمیم‌گیری شرکت تأثیری داشته باشد. به‌طور مشابه، سهام غیرقابل انتقال مستلزم از دست دادن جنبه دیگری از

۱. برخی نویسندگان ذیل موضوع مفهوم نفع شرکتی از چنین رویکردی تحت عنوان «نفع شرکتی همچون نفع بنگاهی» یاد کرده‌اند (حقانی، سعید، منبع پیشین، ص ۲۲۵).

2. Fulham Football Club Ltd v Cabra Estates Plc [1992] B.C.C. 863; [1994] 1 B.C.L.C 363; (1993) 65 P. & C.R. 284 CA (Civ Div). 20.

۳. حقوق شرکت‌های ایران بدون آنکه صراحتاً در خصوص اینکه سهامدار می‌تواند فاقد رأی باشد، با آوردن برخی قیود وصفی در مواد مربوط به شرکت‌های سهامی این موضوع را به‌صورت ضمنی مورد پذیرش قرار داده است. قید وصفی «...سهامی که حق رأی دارند...» در مواد ۸۴ و ۸۷ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ مفهوماً دلالت بر سهامی دارد که به‌موجب اساسنامه فاقد حق رأی می‌باشند؛ درعین حال که صاحبان آن سهامدار شرکت هستند: (طوسی، عباس، «حق رأی طلبکاران: تحلیل حقوقی اقتصادی»، فصلنامه بورس و اوراق بهادار، ش ۳۶، ۱۳۹۵، ص ۵۳).

حقوق مالکیت سنتی است: یعنی حق انتقال.<sup>۱</sup> بنابراین، هنگامی که هسته مفهوم سنتی مالکیت در چارچوب قانون شرکت غیرقابل اجرا باشد، بدیهی است که استفاده از عبارت حق مالکیت سهامداران صرفاً مبتنی بر مبانی ایدئولوژیک است و نه هر مبانی حقوقی محکم.

## ۲. تفکیک حق مالکیت سنتی و نوین در رویه قضایی

تفکیک مفهوم حق مالکیت در معنای سنتی آن و مفهوم حق مالکیت سهامداران در شرکت‌های تجاری، در برخی پرونده‌های قضایی مورد تأکید قرار گرفته است. در نظام حقوقی انگلستان در یک پرونده حقوقی دادگاه اعلام کرده است که تصمیم اکثریت ساده سهامداران دال بر الزام مدیران برای فروش کل دارایی‌های شرکت غیرقابل اجرا است. مدیران معتقد بودند که این کار غیرمعقول است. دادگاه تصریح کرد که «کنترل شرکت باید به مدیران واگذار شود».<sup>۲</sup> بنابراین، هیچ سهامداری مجاز نیست از دارایی‌های یک شرکت تجاری برای اهداف خود استفاده نماید یا دسترسی مدیریت به منابع شرکت را محدود کند. در رویه قضایی ایران نیز آرای مشابهی مشاهده می‌گردد که مبین آن است سهامداران شرکت سهامی نسبت به جزء جزء اموال شرکت مالکیتی ندارند و نمی‌توانند بخشی از اموال شرکت را منتقل نمایند؛ زیرا عین اموال شرکت (تا قبل از انحلال و تصفیه امور آن) از حوزه مالکیت شخصی سهامداران خارج است. دادگاه بدوی اقدام برخی سهامداران را که مبادرت به فروش مرغداری (که جزو اموال شرکت بوده است) کرده‌اند، با این استدلال که «تعلق مالکیت شرکا مشاعاً به اعیان مورد شرکت مانع از فروش سهم آن‌ها نیست و اینکه در صورتی که احدی از شرکا سهم خود را از مال الشرکه به دیگری منتقل کند، اگرچه مالکیت او نسبت به جزء اموال شرکت متعلق حق همه شرکا به نحو اشاعه است و از جانب یکی از شرکا به غیرمنتقل گردد، تعلق حق مذکور به جزء جزء مال منتقل شده قطع گردیده و فرد موصوف نسبت به عین منتقله مالکیتی نخواهد داشت. در مانحن‌فیه خواهان سهم خود را از مرغداری که از اموال شرکت بوده، به خواننده دعوی به‌عنوان فرد حقیقی (نه فردی از

۱. در خصوص عدم قابلیت انتقال سهم نیز در شرکت‌های سهامی خاص علی‌رغم آنکه آزادی انتقال سهم به‌عنوان اصل پذیرفته شده است، اما مجمع عمومی یا شرکت با نمایندگی مدیران می‌توانند این آزادی را محدود نمایند (مفهوم مخالف ماده ۴۱ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷).

2. Automatic Self Cleansing Filter Syndicate Co Ltd v Cuninghame [1906] 2 Ch. 34 CA.

سهامداران شرکت) منتقل نموده است»، لذا بر مبنای آنچه که بیان شد، حکم به صحت معامله نموده است. در اینجا روشن است که دادگاه بدوی برای سهامداران حق مالکیتی در مفهوم سنتی آن لحاظ کرده است. امری که استدلال شد، اگرچه در مورد اشکال اولیه شرکت‌های مدنی می‌توانست تا حدودی صحیح باشد، در شرکت‌های تجاری نوین قابل‌پذیرش نیست.

با فرجام‌خواهی نسبت به رأی صادره، شعبه دهم دیوان عالی کشور رأی اصداری فوق را نقض کرده است. استدلال شعبه دهم دیوان عالی کشور آن بود که اولاً با توجه به اینکه هیچ‌یک از شرکا نسبت به جزء جزء اموال مالکیت ندارند تا سهمی معین از اموال شرکت را به اعتبار مالکیت منتقل نمایند، معامله مذکور باطل است. به عبارت دیگر، حسب مدلول ماده ۴۰ لایحه اصلاحی مصوب ۱۳۴۷، فقط سهام بانام با شرایط مقرر در قانون قابل نقل و انتقال است. هیچ‌یک از شرکا مالکیتی در جزء جزء اموال شرکت ندارند تا به اعتبار مالکیت هر یک از اموال آن مال را منتقل نمایند؛ بلکه مالک اموال شرکت، همان شرکت است که حسب مقررات و اختیارات تفویض شده به ارکان شرکت، از جمله هیئت‌مدیره، مجمع عمومی فوق‌العاده و عادی، اعمال قانون و اداره شرکت را عهده‌دار می‌باشند. ثانیاً، معامله اموال شرکت به اعتبار شخصیت حقیقی هر یک از سهامداران فاقد موقعیت قانونی است؛ چراکه عین اموال در حوزه مالکیت شخصی حقیقی سهامداران خارج است. در این‌گونه موارد با توجه به اساسنامه و مقررات قانون تجارت به هیئت‌مدیره چنین اختیاری تفویض می‌گردد. ثالثاً، معامله و انتقال اموال شرکت از سوی سهامداران به اعتبار مالکیت‌شان، در صورتی توجیه قانونی دارد که شرکت منحل شده و با رعایت مقررات تصفیه و مواد ۲۲۳ و ۲۲۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت از مالکیت شرکت خارج و در مالکیت اشخاص حقیقی یا حقوقی سهامدار درآمده باشد.<sup>۱</sup> مشاهده می‌گردد که دیوان عالی کشور به درستی با اعتبار نهادن به شخصیت حقوقی مستقل شرکت‌های تجاری، هرگونه برخورد مالک‌گونه سهامداران با اموال شرکت تجاری را - چه به صورت مستقیم و چه به صورت غیرمستقیم از طریق الزام هیئت‌مدیره شرکت - ممنوع و هرگونه معامله اموال شرکت را در حوزه اختیارات هیئت‌مدیره دانسته است.

۱. دادنامه شماره ۱۸۲۰۹۰۰۹۹۷۰۹۳ مورخه ۱۳۹۳/۰۳/۲۶ (مندرج در سامانه ملی آرای قضایی به آدرس اینترنتی: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/3552>).

### ۳. مبانی نظریه سهامداران به مثابه مالکین شرکت‌های تجاری

#### ۳.۱. مبانی تاریخی: پیدایش و توسعه تاریخی شرکت‌های تجاری

آنچه ما اکنون «حقوق شرکت‌های تجاری» می‌نامیم، ابتدا در اواخر قرن هجدهم و اوایل قرن نوزدهم میلادی به‌عنوان مجموعه‌ای از قوانین به منظور اعمال در شرکت‌های سهامی شروع شد. در این زمان کلیه شرکت‌های سهامی، اعم از ثبت‌شده یا نشده، از انواع مشارکت‌های مدنی محسوب می‌شدند. در اصطلاح معاصر، آنها مشارکت‌های «عمومی» بودند که به دلیل اندازه و ماهیت عضویت‌هایشان - که بزرگ‌تر، نوسان‌دار و فاقد صمیمیت مشارکت عادی بود- و همچنین تفکیک مالکیت از مدیریت، از مشارکت‌های «معمولی» یا «خصوصی» قابل تشخیص بودند.<sup>۱</sup> به همین ترتیب، سهامداران شرکت‌های سهامی به‌عنوان «شرکا» یا «شرکای مشترک» نامیده می‌شدند و شرکت‌ها، مانند مشارکت‌های مدنی عادی، به‌طور منظم با سهامداران خود شناسایی و به‌عنوان مجموعه‌ای از افراد تصور می‌شدند. بنابراین، در قرن هجدهم و اوایل قرن نوزدهم میلادی، علی‌رغم توسعه مفهوم شرکت‌های تجاری، هیچ شباهتی بین دکترین مدرن شخصیت مستقل شرکتی، با مفهوم واقعی آن به‌عنوان یک شخص حقوقی مالک دارایی جداگانه و «تفکیک کامل» از اعضای شرکت وجود نداشت. عدم تفکیک کامل شرکت از سهامداران آن پیامدهای مهم و دردسرساز داشت؛ زیرا در کنار حقوقی که برای سهامداران ایجاد شده، تعهداتی نیز شکل گرفته بود. برای مثال، اگر شرکتی تأسیس و در سند تأسیس آن به نحو دیگری مقرر نشده بود، سهامداران شرکت به‌عنوان «شرکت»، طرف قراردادهایی تلقی می‌شدند که «شرکت‌ها» با اشخاص ثالث منعقد کرده‌اند. در ابتدا، این موضوع خود مانعی برای انتقال سهام بود؛ زیرا در اصل، تعهدات قراردادی قابل‌واگذاری نبودند.<sup>۲</sup>

مشکلاتی نظیر محدودیت در انتقال سهام در برخی کشورها نظیر انگلستان منجر به معرفی مفهوم نهاد شرکتی در قانون شرکت‌های سهامی آن کشور در سال ۱۸۴۴ شد که «خود نهاد تجاری را به‌عنوان مالک شرکت، جایگزین سهامداران کرد». سپس پارلمان این کشور در سال ۱۸۵۶ قانون شرکت‌های سهامی را تصویب کرد. البته همچنان جدایی بین شرکت و عنصر

1. Ireland, Paddy. Property and Contract in Contemporary Corporate Law. **Legal Studies**. 23, 2006, pp 453 - 509.

2. Hams, R. **Industrializing English Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp 230- 249.



انسانی پشت آن به‌طور کامل جذب نشده بود. ماده ۳ قانون اخیر چنین بیان می‌داشت: «هفت نفر یا بیشتر... ممکن است خودشان را به‌صورت یک شرکت ثبت‌شده تشکیل دهند».<sup>۱</sup> این نشان می‌دهد که شرکت و بنیان‌گذاران آن جدایی‌ناپذیرند. بنابراین به مدت کوتاهی قانون جدید شرکت‌های تجاری مصوب ۱۸۶۲ کلمات «خودشان را» در متن ماده حذف کرد.<sup>۲</sup> بنابراین به‌عنوان نقطه شروع، قانون شرکت‌های تجاری، سهامداران را به‌عنوان مالکان شرکت در نظر می‌گرفت؛ اگرچه امروزه آنها مالک «اموال» شرکت نیستند.<sup>۳</sup> شرکت‌های اولیه توسط صاحبان آنها اداره می‌شد و مالکان نیز کنترل‌کننده شرکت بودند. مالکیت و کنترل در این شرکت‌ها در یک مفهوم مشترک ادغام شده بودند. تعداد محدودی از شرکا به‌عنوان هیئت‌مدیره برای مدیریت شرکت عمل می‌کردند که مشروط به کنترل شدید همه شرکا در مجمع عمومی بود.<sup>۴</sup> کنترل شرکت جزء لاینفک حقوق و وظایف سهامداران بود و این ادعا را که شرکا «مالک شرکت» بودند، کاملاً معتبر می‌کرد. سهامداران وظایفی را که یک مالک انجام می‌دهد، انجام می‌دادند و آنچه را که مالک بودند، کنترل می‌کردند. بنابراین، در آن مرحله، «مالکان مدیر و مدیران مالک بودند».<sup>۵</sup>

برخلاف آن، امروزه پذیرفته شده است که مدیران وظیفه خود را در قبال شرکت و فقط به آن مدیون هستند. اعطای شخصیت حقوقی جداگانه به شرکت، ماهیت نقش سهامداران در شرکت را به‌شدت تغییر داده و مالک شرکت در حال حاضر خود شرکت است.<sup>۶</sup> واضح است که سهامداران در شرکت‌های سهامی از حقوق و حمایت‌های قانونی مشابه با سایر صاحبان دارایی برخوردار نیستند. بنابراین، تفکیک مالکیت سهام از کنترل به‌طور اساسی ماهیت کل مفهوم حقوقی مالکیت را در خصوص شرکت‌ها تغییر داده است.<sup>۷</sup> جدایی مالکیت و کنترل چیزی جز احساس نمادین مالکیت، به‌جای خود مالکیت، برای سهامداران باقی نگذاشته است. به‌عنوان مثال، در

1. Ireland, P. I. Grigg-Spall and D. Kelly, "The Conceptual Foundations of Modern Company Law" *Journal of Law and Society*. 1987, 14, pp 149, 150. 49.

2. Keay, A. **Board Accountability in Corporate Governance**, Abingdon: Routledge, 2015, p.113.

3. Abugu, J. "Primacy of shareholders' interests and the relevance of stakeholder economic theories", *Company Lawyer*, 2013, 34, p 202.

4. Flannigan, R. "Shareholder Fiduciary Accountability" [2014] *J.B.L.* p.3.

5. Chandler, A.D. **The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997, p.9.

6. Flannigan, *op.cit.*, P. 189.

7. Votaw, *D, op.cit.*, 1965, pp.96-97.

یک پرونده حقوقی،<sup>۱</sup> دادگاه اظهار داشته است که یک سهامدار «هیچ منفعتی در دارایی فیزیکی یک شرکت سهامی ندارد. شرکت مسئول اعمال شرکت است، اما سهامدار معمولاً چنین نیست... ادعاهای سهامداران ربطی به دارایی‌های شرکت ندارد؛ [زیرا] دارایی‌های شرکت به دلیل رفتار شرکتی و نه سهامداران رشد یا کاهش می‌یابد». این امر روشن می‌کند که هرگونه ادعای مالکیت شرکت بر اساس اصول قانونی غیرممکن است.

بررسی پیدایش و توسعه تاریخی حقوق شرکت‌ها در ایران نیز وضعیتی نه‌چندان متفاوت با نظام حقوقی انگلستان دارد. قانون مدنی ایران به‌موجب ماده ۵۷۱ اعلام می‌دارد که شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه. بنابراین با ملاحظه این ماده استنباط می‌شود که شرکت، حالتی است که در آن چند نفر به‌طور مشاع مالک مال واحدی هستند؛ یعنی هر یک در جزء جزء مال دارای حق مالکیت هستند.<sup>۲</sup> در اینجا نیز شرکت پیوندی ناگسستنی با اعضای خود دارد و فاقد شخصیت حقوقی مستقل است. اولین قانون تجاری که در آن از شرکت‌های تجاری به‌عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل صحبت شده، قانون تجارت مصوب سال ۱۳۰۳ است که در آن وضعیت شرکت‌های سهامی، تضامنی، مختلط و تعاونی به‌اختصار بیان شده است. متعاقب قانون فوق، قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ وضع شد که هنوز نیز علی‌رغم گذشت مدت قابل‌توجهی از زمان تصویب اساس حقوق تجارت ایران را تشکیل می‌دهد. با اینکه در هر دو قانون تجارت مصوب سال ۱۳۰۳ و ۱۳۱۱، شخصیت حقوقی مستقل شرکت‌های تجاری از اعضای آن به رسمیت شناخته شده، لیکن در این برهه هنوز تفکیک کاملی بین شرکت و شرکا شکل نگرفته بود. پاره‌ای از قواعد و مقررات حاکم بر روابط شرکا، به‌ویژه در شرکت‌های اشخاص، نشان‌دهنده این موضوع است. به‌عنوان مثال، ماده ۵۱ قانون تجارت مقرر می‌داشت که مسئولیت مدیر شرکت در مقابل شرکا همان مسئولیتی است که وکیل در مقابل موکل دارد. ماده ۱۲۱ و ۱۸۵ قانون تجارت مقرر فوق را به شرکت‌های تضامنی و نسبی نیز تسری داده است. بنابراین می‌توان اعضای هیئت‌مدیره را وکیل سهامداران و شرکا

1. Kaufman v Société Internationale 343 U.S.156, 1952.

۲. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری، ج ۱، چ ۱۷، ۱۳۹۲، ص ۱۶.

معرفی کرد.<sup>۱</sup> لذا، به مانند حقوق انگلستان، در ایران نیز علی‌رغم شکل‌گیری شرکت تجاری به‌عنوان مفهومی مستقل و متفاوت از مشارکت مدنی، کماکان این تلقی وجود داشته است که منافع شرکت برابر با منافع سهامداران است و اعضای هیئت‌مدیره باید دنباله‌رو منافع سهامداران باشند. با تصویب لایحه اصلاحی ۱۳۴۷، ایرادات فوق در خصوص شرکت‌های سهامی تا حدودی مرتفع شد و مدیران به‌عنوان یکی از اجزای داخلی و ساختاری شرکت تلقی گردیدند که دارای کلیه اختیارات لازم برای اداره امور شرکت شدند و توجه به منافع سایر ذی‌نفعان به‌عنوان عوامل مؤثر و متأثر از شرکت بیشتر شد. هرچند که کماکان موضوع اصلی این قانون، سهامداران و منافع آنها در شرکت است. علاوه بر این، نظر به سابقه تاریخی فوق، کماکان رویه قضایی ایران تفسیری مضیق نسبت به منافع شرکت دارد و آن را معادل منافع سهامداران می‌داند.

### ۳.۲. تفوق سهامداران و مبانی آن در نظریه‌های اقتصادی

#### ۳.۲.۱. نظریه «پیوند قراردادها»

نظریه پیوند قراردادها که متناوباً به‌عنوان مدل «قراردادی» نیز شناخته می‌شود، از ایالات متحده سرچشمه گرفته و توسط مکتب حقوق و اقتصاد شیکاگو توسعه یافته و بدون شک تأثیرگذارترین نظریه در سال‌های اخیر بوده است. درحالی‌که این نظریه از ارائه گزارش کاملی از حقوق شرکت‌ها کوتاهی می‌کند، نباید تأثیر ابزاری آن را در توجیه قوانین شرکت‌ها در تعقیب هدف نهایی افزایش ثروت سهامداران انکار کرد. بر اساس این نظریه، یک شرکت نه تنها به‌عنوان یک نهاد برای انعقاد قراردادها، بلکه به‌عنوان یک پیوند متشکل از قراردادهایی است که توسط شرکت‌کنندگان مختلف منعقد شده است و بر اساس آن، آنها باید ورودی‌های خود را به شرکت عرضه کنند و بابت این کار مابه‌ازا دریافت نمایند.<sup>۲</sup> این نظریه از میان اقتصاددانان برخاسته و میان محققان حقوق شرکت‌ها مقبولیت قابل توجهی یافته است.<sup>۳</sup> برای کسانی که این نظریه را پذیرفته‌اند، مفهومی که به‌طور گسترده درک می‌شود، این است که حقوق شرکت‌ها،

۱. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و محمد عیسی تفرشی، «ماهیت حقوقی رابطه مدیران شرکت‌های سهامی با شرکت»، نشریه علوم اداری و اقتصاد، ش ۲، ۱۳۸۴، ص ۳۷.

2. Fama, E. "Agency Problems and the Theory of the Firm", (1980) 88 *Journal of Political Economy* 288, at 290. Lee, I. "Efficiency and Ethics in the Debate about Shareholder Primacy", *Delaware Journal of Corporate Law* 533, at 538, 2006, p 31.

۳. طوسی، عباس، تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها، انتشارات شهر دانش، ج ۱، ۱۳۹۳، ص ۱۳۲.

به‌عنوان مجموعه قوانین حاکم بر این قراردادهای پیچیده، اساساً یک شاخه تخصصی از حقوق قراردادها است.<sup>۱</sup> بنابراین، به‌عنوان محصول آزادی قرارداد، ذی‌نفعان شرکت می‌توانند در روابط قراردادی خود با شرکت، به‌طور مؤثر از مابه‌ازای از پیش تعیین‌شده خود محافظت کنند. در این میان، تنها سهامداران هستند که به دلیل عدم اطمینان تجاری مرتبط با سرمایه‌گذاری خود، سرمایه خود را در انتظار یک بازدهی با ریسک ارائه می‌کنند و ارزش مابه‌ازای دریافتی آنها بسته به برآورده شدن منافع سایر اشخاص مرتبط با شرکت است که از طریق قرارداد از منافع خود حمایت می‌نمایند.<sup>۲</sup> بنابراین، نتیجه می‌گیرند که سهامداران، به‌عنوان طلبکاران دست‌آخر،<sup>۳</sup> دارای منفعی همسو با منافع شرکت هستند؛ زیرا آنها انگیزه مناسب دارند تا نسبت به افزایش ثروت شرکت تلاش نمایند و بتوانند پس از پرداخت تمام مطالبات سایر ذی‌نفعان، خود نیز از این موضوع طرفی ببندند. بنابراین استحقاق دریافت تمام سود مازادی را که شرکت ممکن است ایجاد نماید، دارند.

### ۳.۲.۲. نظریه نمایندگی

نظریه دیگری که در تأیید تفوق منافع سهامداران وجود دارد، نظریه نمایندگی است. این نظریه مدیریت را گروهی ناقص از بازیگران شرکتی می‌داند و استدلال می‌کند که یک شرکت ممکن است به دلیل رفتار غیروفادارانه مدیران در عملیات شرکت، متحمل زیان یا هزینه‌های نظارتی اضافی بشود.<sup>۴</sup> بنابراین، این‌گونه نتیجه می‌گیرد که اگر مدیران مأموریت مشخصی، مانند حداکثر کردن ارزش سهام سهامداران را داشته باشند، سرمایه‌گذاری حاصل بیشتری خواهد داشت تا وظایفی مبهم که شامل متعادل کردن منافع سهامداران و سایر ذی‌نفعان است.<sup>۵</sup> بنابراین، رویکرد تقدم سهامدار به‌عنوان روشی کارآمد برای کاهش ریسک فرار مدیریتی توجیه می‌شود و

1. Easterbrook, F.H. and D.R. Fischel, *op.cit.* 'Contractual Freedom and Corporate Law', 1989, 89 *Colum LR* 1395-1774, B.R. Cheffins, **Company Law: Theory, Structure and Operation**, Oxford: Oxford University Press, 1997, and Whincop, M.J. **An Economic and Jurisprudential Genealogy of Corporate Law**, Aldershot: Ashgate, 2001.

2. A. Johnson, "After the OFR: Can UK Shareholder Value Still Be Enlightened?", 7 *European Business Organisation Law Review* 817, at 821; 2006, Easterbrook F. & D. Fischel, "The Corporate Contract", 1989, 89 *Columbia Law Review* 1416; Easterbrook F. & D. Fischel, "Contract and Fiduciary Duty", 36 *Journal of Law and Economics* 425, 1993.

3. Residual claimants.

4. Clarke, T. **International Corporate Governance**, Published by Routledge, 2nd Edition, 2017, p.24.

5. Lee, I. *op.cit.*, at 537.

سهامداران به‌عنوان بهترین نماینده برای نظارت بر عملکرد مدیریتی اختیارات و وظایف محوله تلقی می‌شوند.<sup>۱</sup>

### ۳.۲.۳. نظریه مالکیت

علی‌رغم کاربرد نظریه پیوند قراردادها و نظریه نمایندگی در توضیح وجود طیف نسبتاً وسیعی از قوانین، دیدگاه‌های قراردادی و نمایندگی دارای محدودیت‌های ذاتی در گنجاندن دو جنبه از قانون شرکت‌ها هستند: نخست، پیامدهای شخصیت حقوقی مستقل و دوم، منطق ورای مقررات الزام‌آوری که از اولویت سهامداران حمایت می‌کند. اینجاست که نظریه مالکیت شکل گرفته است تا شکاف‌های دیدگاه‌های پیوند قراردادها و نمایندگی را پر کند.<sup>۲</sup>

با پذیرش شخصیت حقوقی مستقل شرکت، در هستی‌شناسی آن به‌عنوان یک پیوند صرف از قراردادها تردید ایجاد می‌گردد. در این راستا، نظریه «هویت تصنعی» احتمالاً توصیف بهتری از شکل تجاری معاصر ارائه می‌دهد؛ با این توصیف که شرکت سهامی یک شخص حقوقی مستقل مصنوعی را تشکیل می‌دهد و تا آنجا که ممکن است، قانون با آن به‌عنوان یک شخص مستقل برخورد می‌کند.<sup>۳</sup> درواقع، تحلیل مالکیتی خلاً نظریه قراردادی در توضیح وجود مستقل شرکت را پر کرده، به‌طور غیرمستقیم برای تقدم سهامداران استدلال می‌کند. این نظریه نشان می‌دهد که ایجاد یک شخصیت حقوقی مستقل به‌منظور تسهیل اشتراک یا تقسیم حقوق مالکانه بین شرکت‌کنندگان است.<sup>۴</sup> به عبارتی دیگر، مطابق نظریه مالکیت، یکی از مهم‌ترین کارکردهای ساختار مستقل شرکتی، امکان تفکیک بین حقوق طلبکاران، حقوق سهامداران و دارایی‌های شرکت است.<sup>۵</sup> با وجود این، نظریه مالکیت با نظریه‌های قراردادی و نمایندگی دارای یک نقطه اشتراک است و آن اذعان به ماهیت ریسک‌پذیر سرمایه‌گذاری سهامداران است. بنابراین، به‌طور

1. Matheson, J. & B. Olson, "Corporate Law and the Longterm Shareholder Model of Corporate Governance", 76 *Minnesota Law Review* 1313, at 1328, 1992.

2. Leff, A. "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism, *Virginia Law Review* Vol. 60, No. 3., 1974. at 452.

3. Bank, S. "Entity Theory as Myth in the Origins of the Corporate Income Tax", (2001) 43(2) *William and Mary Law Review* 447; Berle, A. "The Theory of Enterprise Entity", (1947) 47(3) *Columbia Law Review* 343.

4. Armour J. & M. Whincop, *The Proprietary Foundations of Corporate Law*, at 10 - 13.

5. Hart O. & J. Moore, "Default and Renegotiation: A Dynamic Model of Debt", 1 *Quarterly Journal of Economics* 113, 1998, Hansmann H. & R. Kraakman, "The Essential Role of Organisational Law", *Yale Law Journal* 110, 2000.

غیرمستقیم منجر به شناسایی اولویت سهامداران می‌شود. ذکر این نکته ضروری است که «مالکیت» در نظریه مالکیت به‌عنوان اعمال حق «کنترل دست‌آخر»<sup>۱</sup> تعریف می‌شود. «کنترل» مهم است؛ زیرا درجایی که قراردادها ناقص هستند (مانند قرارداد شرکا برای تشکیل شرکت)، قدرت هدایت نحوه استفاده از یک دارایی پس از مدتی باعث ایجاد تفاوت در نتایج خواهد شد. این نشان‌دهنده گسست مهمی از نظریه‌های اقتصادی قبلی است که در آن «مالکیت» با حق «درآمد دست‌آخر»<sup>۲</sup> برابر بود؛ به این معنی که یک شخص زمانی مالک است که پس از برآورده شدن منافع سایر اشخاص مرتبط با شرکت، درآمد باقی‌مانده به وی تعلق گیرد. از نظر حقوقی، مفهوم حق «کنترل دست‌آخر» که در «نظریه مالکیت» استفاده می‌شود، معادل محتویات دسته‌ای از حقوق است که باهم «مالکیت» را شامل می‌شوند.

در نظریه مالکیت، سهامداران مالک شرکت (در مفهوم دارنده حق کنترل) هستند و از توانایی در دست گرفتن کنترل دارایی‌های شرکت به‌عنوان مکانیزم حاکمیت استفاده می‌کنند. بنابراین، سهامداران را می‌توان به‌عنوان صاحب حقوق مرتبط با مالکیت دارایی‌های سازمانی دید. مطابق نظریه مالکیت، یک شرکت تجاری را می‌توان به‌عنوان یک ترکیب پیچیده از اشتراک‌گذاری خاص دانست: اشتراک متوالی بین سهامداران و طلبکاران، تفویض اختیار از سهامداران به مدیران و همچنین اشتراک بین خود سهامداران در جنبه‌های مالکیتی که به مدیران تفویض نشده است؛ یعنی درآمد دست‌آخر و حق عزل نمایندگان. در چهارچوب «نظریه مالکیت»، شرکت به‌عنوان مجموعه‌ای از افراد و دارایی‌ها شناخته می‌شود که مالکیت این دارایی‌ها به‌دقت در بین افراد تخصیص می‌یابد.

نظریه مالکیت بر این موضوع تأکید دارد که بین «ساختار حقوقی مستقل شرکت» و «منافع اعضای آن به‌عنوان یک کل» ارتباطی وجود دارد. بنابراین، منظور از «منافع شرکت به‌عنوان یک ساختار حقوقی مستقل» همان «منافع سهامداران به‌عنوان یک کل» است. از این‌رو، در یک شرکت تجاری، منافع مالکانه سهامداران به آنها این حق را می‌دهد که به‌عنوان یک بدنه عمومی در صورت بروز سؤال در مورد وظایف مدیران، به‌عنوان شرکت در نظر گرفته شوند.<sup>۳</sup>

1. Residual rights of control

2. Residual income

3. CLRSO, Modernising Company Law for a Competitive Economy: The Strategic Framework, at para 5.1.4.

یکی دیگر از شکاف‌های تحلیل قراردادی، نادیده‌گرفتن وجود مقرره‌های آمرانه در راستای منافع سهامداران است، به‌عنوان مثال، وظایف آمرانه‌ای که مدیران را مجبور می‌کند تا موفقیت شرکت را «به نفع کل اعضای آن» ارتقا دهند. امروزه هیچ سیستم حقوق شرکتی مدل قواعد اختیاری را به‌طور کامل نپذیرفته است. برخی از عناصر آمرانه در مقررات حقوق شرکت‌ها باقی مانده است، به‌ویژه محدودیت‌هایی که بر اقدامات مدیران اعمال می‌شود. این در حالی است که نظریه قراردادی بر استقلال افراد در حوزه‌های خصوصی آنها تأکید می‌نماید. از این رو، نظریه مالکیت سعی در پر کردن این خلأ را نیز دارد. مطابق این نظریه، همان‌طور که قرارداد دارای محدودیت‌هایی است، در عملیات شرکت نیز عدم تقارن اطلاعات، فرصت‌طلبی و عقلانیت محدود مانع ایجاد می‌کند و ممکن است منجر به عدم تساوی بین سهامداران یا سوءاستفاده مدیران از موقعیت خود گردد. لذا، وجود میزان مناسبی از قواعد آمره در حقوق شرکت‌ها یک امر ضروری برای مقابله با این محدودیت‌ها و افزایش رفاه عمومی است.<sup>۱</sup> به عبارتی می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که نظریه مالکیت تکمیل‌کننده تجزیه و تحلیل قراردادی و نمایندگی در حمایت از حق تقدم سهامداران است؛ به‌ویژه در توضیح پیوند بین شخصیت حقوقی مستقل شرکت و منافع سهامداران، همچنین ضرورت وضع قواعد آمرانه در حقوق شرکت‌ها.

#### ۴. نقد تفوق سهامداران در نظریه‌های اقتصادی

علی‌رغم دیدگاه‌های مفیدی که نظریات اقتصادی فوق نسبت به شرکت‌ها ارائه می‌دهند، اما راه‌حل‌های نظریه‌های اقتصادی در توجیه تفوق منافع سهامداران از نقایصی جدی رنج می‌برند. اگرچه این نظریه‌ها می‌توانند حداقل از سرمایه‌گذاری تخصصی یکی از اعضای ائتلاف شرکت (سهامداران) محافظت کنند، اما همچنین با بهره‌برداری از سرمایه‌گذاری‌های تخصصی سایر ذی‌نفعان، به سهامداران این قدرت را می‌دهد تا سودها را به نفع خود تصاحب کنند. علاوه بر این، امروزه استدلال شده است که دخالت سایر ذی‌نفعان در شرکت، شرکت‌های کارآمدتری را به وجود می‌آورد و راهی برای دستیابی به رفاه کل شرکت است. نظریه تیم تولید در این راستا قدم برداشته است. مطابق این نظریه، سایر ذی‌نفعان به‌موازات سهامداران، از طریق

1. Gelter, M. "The Dark Side of Shareholder Influence", *Harvard International Law Journal* 50(1), 2009.", at 139.

سرمایه‌گذاری خاص خود در شرکت<sup>۱</sup> به ارزش شرکت می‌افزایند. بنابراین یک استدلال کارآمدی قوی اقتصادی در برابر دادن «حق مالکیت انحصاری در سود مازاد تیم (شرکت) به سهامداران» وجود دارد.<sup>۲</sup> از این رو، پیشنهادهایی ارائه می‌دهد مبنی بر اینکه تمرکز کل عملیات شرکت و قانون شرکت‌ها باید از رویکرد متعارف سهامدارمحور به سمت دیدگاه ذی‌نفع‌محوری تغییر یابد و به‌گونه‌ای باشد که حتی در برخی موارد بتوان با توجه به اهداف بلندمدت شرکت، منافع سهامداران را در راستای توجه به منافع سایر ذی‌نفعان نادیده گرفت. به عبارتی دیگر، بر پایه این رویکرد، حقوق شرکت‌ها ابزاری است برای سازماندهی عوامل مختلف تولید به منظور حصول بیشترین سود یا رفاه برای مجموع گروه‌هایی که به نوعی در شرکت ذی‌مدخل هستند. گروه سهامداران گرچه عنصر مهم در تصور مفهومی شرکت تجاری است، لیکن تنها یکی از عناصر متشکله آن است.<sup>۳</sup> علاوه بر این - همان‌طور که سابقاً بیان شد - همواره استدلال می‌شود که برتری منافع سهامداران در شرکت‌ها به دلیل ریسک بالایی است که آنها در مقایسه با سایر ذی‌نفعان متحمل می‌شوند. با این حال، این واقعیت نادیده گرفته می‌شود که برخی ذی‌نفعان، به‌عنوان مثال نیروی کار شرکت که جزو مشارکت‌کنندگان اساسی در شرکت‌ها تلقی می‌شوند، با خطرات قابل‌توجهی در محل کار مواجه‌اند. درحالی‌که سهامداران می‌توانند با داشتن یک سبد سهام متنوع، خود را در برابر ریسک‌های مختلف محافظت نمایند، نیروی کار عموماً نمی‌تواند چند شغل هم‌زمان در چندین شرکت داشته باشند. از این رو، می‌توان استدلال کرد که سایر ذی‌نفعان شرکتی، به‌خصوص نیروی کار با ریسک اقتصادی قابل‌توجهی در شرکت روبرو هستند. بنابراین اگر معیار برای داشتن حق کنترل در شرکت (مالکیت در مفهوم اقتصادی آن) میزان ریسک اقتصادی باشد، نیروی کار شرکت به‌موازات - و حتی بیشتر - ممکن است در معرض چنین خطرهایی باشند.

مضاف بر مطالب فوق، حتی برفرض پذیرش این موضوع که سهامداران ریسک اقتصادی بیشتری را نسبت به سایر ذی‌نفعان شرکت متحمل می‌شوند، می‌توان این‌گونه استدلال کرد که این حقوق اعطایی به سهامداران که به سایر ذی‌نفعان اعطا نشده است، صرفاً ابزاری هستند.

1. Firm-Specific investments

2. Meese, A. "The Team Production Theory of Corporate Law: A Critical Assessment", 43 *William and Mary Law Review* 1630, 2002, at 1632.

۳. طوسی، عباس، **تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها**، انتشارات شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۳، ص ۳۰۱.



درواقع، سهامداران از حقوق قانونی ویژه‌ای برخوردارند؛ نه به این دلیل که در مقایسه با سایر ذی‌نفعان دارای حق منحصربه‌فردی نسبت به مدیران هستند، بلکه به این دلیل که اغلب در بهترین موقعیت برای نمایندگی از منافع ائتلافی هستند که شرکت را تشکیل می‌دهد. بنابراین، هنگامی که مدیران تعهدات اماتی خود را نقض می‌کنند و به دنبال سود شخصی به هزینه شرکت هستند، گاهی اوقات سهامداران می‌توانند از طرف شرکت اقدام قانونی انجام دهند. با این حال، به‌عنوان یک قاعده کلی، مزایای چنین اقداماتی نه فقط برای سهامداران، بلکه برای همه ذی‌نفعان است.<sup>۲۱</sup>

1. Blair, M. M., & Stout, L. A. „A Team Production Theory of Corporate Law. *Virginia Law Review*, 85(2), 1999, p 289.

۲. مقررات مختلفی در قانون تجارت ۱۳۱۱ و لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ ملاحظه می‌گردد که تأییدی بر ابزاری بودن حقوق سهامداران در راستای منافع شرکت و تمام ذی‌نفعان است. به‌عنوان مثال، مکانیزم دعوی مشتق که به‌موجب ماده ۲۷۳ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ صرفاً برای سهامداران پیش‌بینی شده است، نه در راستای حمایت از منافع سهامداران، بلکه در راستای حمایت از تمام ذی‌نفعان شرکت است؛ زیرا اگرچه در ابتدا به نظر می‌رسد که بتوان اقدامات مشتقه را به این معنی خواند که قانون از برتری سهامداران حمایت می‌کند، بررسی دقیق‌تر قواعد حقوقی اعمال شده در مورد دعوی مشتق نشان می‌دهد که رویه اعطای حق اقامه دعوا به سهامداران در پرونده‌های دعوی مشتق عمدتاً به‌منظور تأمین منافع شرکت به‌عنوان یک کل طراحی شده است تا منافع سهامداران فی‌نفسه. به‌عبارت‌دیگر، سهامداران مجاز به طرح دعوی مشتق هستند، نه فقط برای حمایت از منافع خود، بلکه برای حفظ منافع همه اعضای ائتلاف شرکت. به‌عنوان مثال، اگر دعوی مشتق موفقیت‌آمیز باشد، هرگونه خسارت بازیابی شده باید به حساب شرکت واریز گردد. توضیح این شرط که خسارت می‌بایستی مستقیماً به شرکت و نه به سهامداران پرداخت شود، بر اساس معیار تقدم سهامداران دشوار به نظر می‌رسد. در عین حال، هنگامی که شرکت را به‌عنوان ائتلافی از سهامداران و سایر ذی‌نفعانی که به سرمایه‌گذاری‌های خاص در شرکت اقدام نموده‌اند ببینیم، این الزام منطقی است.

علاوه بر مورد فوق، ماده ۱۴۴ قانون تجارت ۱۳۱۱ نیز گزینه مناسبی برای تحلیل ابزاری بودن حقوق اعطایی به شرکا است. به‌موجب ماده اخیر، اداره شرکت مختلط غیر سهامی به عهده شریک یا شرکای ضامن است. به نظر می‌رسد علت بنیادین در منع دخالت شرکای غیرضامن در مدیریت شرکت مختلط آن است که شرکای ضامن مسئولیت تضامنی و نامحدود دارند و بهترین گزینه برای اداره شرکت می‌باشند و بالعکس شرکای با مسئولیت محدود ممکن است در امر اداره شرکت غبطه شرکت را رعایت ننموده و موجبات تحمیل بار مسئولیت بر شرکای ضامن و همه گروه‌های ذی‌نفع در بقا و ادامه فعالیت شرکت و از جمله کل جامعه را فراهم آورند (برای ملاحظه نظر موافق نک: پاسبان، محمدرضا، **حقوق شرکتهای تجاری**، ج ۱، انتشارات سمت، ۱۳۸۵، ص ۴۲۸؛ همچنین ملاحظه نظر مخالف نک: اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص ۲۲۳).

## نتیجه‌گیری

این مقاله دیدگاه غالب در دنیای حقوق شرکت‌ها مبنی بر اینکه سهامداران حق مالکیت بر شرکت را دارند، مورد واکاوی قرار داده است. دیدگاه فوق که از آن تحت عنوان نظریه سهامداران به‌مثابه مالکین شرکت یاد کرده‌ایم، در برخی از آرای قضایی محاکم حقوقی ایران نیز منعکس گردیده است؛ به‌گونه‌ای که بسیاری از محاکم حقوقی در دعاوی مربوط به بطلان تصمیمات و عملیات شرکت تجاری - که یک دعوی بسیار شایع است - صرفاً سهامداران را ذی‌نفع به‌حساب می‌آورند و به‌نوعی منافع سهامداران را برابر با منافع شرکت می‌دانند. در این مقاله استدلال شد که ساختمان برتری منافع سهامداران بر سایر ذی‌نفعان شرکتی بر پایه‌های متزلزل استوار است. برخلاف آنچه در مورد حق مالکیت در مفهوم سنتی آن به‌عنوان حقی مطلق، انحصاری و دائمی بیان شده است، در بافت شرکتی، وجود چنین حقی برای سهامداران به‌شدت محل تردید است. حق تصرف که جزء مفهوم حق مالکیت است، در مورد سهامداران غیرقابل‌اعمال است. آنها فقط می‌توانند به‌طور معتبری ادعا کنند که حق مالکیت سهام خود را دارند، اما شرکت از نظر قانونی به‌عنوان شخصی جدا از افراد پشت آن شناخته می‌شود و خودش تعیین‌کننده امور خود است. علاوه بر این، وجود سهام بدون حق رأی و نیز وجود سهام غیرقابل‌انتقال هسته اصلی حق مالکیت در مفهوم سنتی آن را که مبتنی بر حق انتفاع و انتقال است، در شرکت‌های تجاری با چالش جدی مواجه کرده است. بنابراین حق مالکیت در چهارچوب قانون شرکت‌های تجاری مانند سایر زمینه‌های قانونی اعمال نمی‌شود.

این مقاله همچنین نشان می‌دهد که به‌رسمیت‌شناختن سهامداران به‌عنوان مالکان شرکت در زمینه اشکال اولیه شرکت، مانند مشارکت‌های مدنی، موجه بوده، اما انتقال آن به شرکت تجاری مدرن محل تردید است. تلاش برای تقلیل مفهوم و منافع شرکت‌های تجاری به امری برابر با منافع سهامداران مستقیماً در تضاد با سیر و جریان توسعه و تطور تاریخی شرکت‌های تجاری است که به‌تدریج خود را از حق مالکیت سهامداران جدا کرده و به‌عنوان شخصیت حقوقی مستقل پا به عرصه فعالیت نهاده است. بیراه نیست اگر گفته شود که در حال حاضر سهامداران از مالکان مشارکت‌های مدنی به حاملان مجموعه‌ای از حقوق تبدیل شده‌اند که این حقوق مستقیماً از سهام آنها منبعث می‌گردد. تقدم سهامداران به‌عنوان یک ایدئولوژی شرکتی توسط تعدادی از

نظریه‌ها پشتیبانی شده است که قوی‌ترین آنها نظریه‌های اقتصادی است. مطابق نظریات فوق، از آنجایی که در میان تمام دسته‌های ذی‌نفع، سهامداران هستند که قرار است مطالبات آنها بعد از همه طلبکاران، آن هم به میزان نامعلوم پرداخت گردد، می‌توان استدلال کرد که منافع سهامداران با منافع شرکت همسو است. لیکن استدلال شد که اگر معیار برای داشتن حق کنترل در شرکت میزان ریسک اقتصادی است، نیروی کار شرکت به موازات - و حتی بیشتر - ممکن است در معرض چنین خطرهایی باشند. مضاف بر این، حتی برفرض پذیرش این موضوع که سهامداران ریسک اقتصادی بیشتری را نسبت به سایر ذی‌نفعان شرکت متحمل می‌شوند، باید آن را به‌عنوان ابزاری در راستای منافع شرکت و تمام ذی‌نفعان تلقی نمود؛ در غیر این صورت تمرکز شرکت به سمت اهداف کوتاه‌مدت معطوف می‌گردد که نه تنها برای کل شرکت، بلکه حتی به‌طور خاص برای سهامداران نیز مضر است. رویه قضایی ایران نیز باید به تبعیت اصول حاکمیتی نوین هرگونه جزم‌اندیشی در این خصوص را کنار گذارد و به‌سوی حقوق شرکت‌های تجارتي حرکت کند که علاوه بر آنکه به‌طور مؤثر از منافع سهامداران در برابر سوءاستفاده مدیریتی محافظت می‌کند، دربردارنده توجه به منافع تمام ذی‌نفعانی باشد که در موفقیت آن نقش دارند.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت: شرکتهای تجاری**، ج ۱، چ ۱۷، انتشارات سمت، ۱۳۹۲.
۲. پاسبان، محمدرضا، **حقوق شرکتهای تجاری**، چ ۱، انتشارات سمت، ۱۳۸۵.
۳. تقی‌زاده، ابراهیم و سید احمدعلی هاشمی، **حقوق اموال و مالکیت**، چ ۱۲، انتشارات مجد، ۱۴۰۱.
۴. حقانی، سعید، **شناسایی و مقابله با تقلب شرکا در تصمیم‌سازی مجامع عمومی شرکتهای تجاری**، چ ۲، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۸.
۵. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، ج ۲، چ ۱۴، انتشارات نشر دادگستر، ۱۳۸۸.
۶. زندی، محمدرضا، **رویه قضایی دادگاه‌های عمومی حقوقی تهران در امور تجارت**، ج ۱، چ ۱، انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۲.
۷. طوسی، عباس، **تحلیل اقتصادی حقوق شرکتهای**، چ ۱، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۳.
۸. کاتوزیان، ناصر، **اموال و مالکیت**، چ ۶، انتشارات نشر میزان، ۱۳۸۲.
۹. کاویانی، کورش، **حقوق شرکتهای تجاری**، چ ۴، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
۱۰. ولویون، رضا، **اموال و مالکیت**، چ ۲، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۸.
۱۱. یوسف‌زاده، مرتضی، **حقوق مدنی: اموال و مالکیت**، چ ۱، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴.

#### مقاله

۱۲. اصغری آفشمهدی، فخرالدین و محمد عیسی تفرشی، «ماهیت حقوقی رابطه مدیران شرکتهای سهامی با شرکت»، *نشریه علوم اداری و اقتصاد*، ش ۲، ۱۳۸۵، صص ۳۶-۵۲.
۱۳. بادینی، حسن و جواد شیخ سیاه، «از "حق مالکیت" تا "حقوق مالکیت": بررسی تطبیقی سیر تحول مفهوم مالکیت»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۱، ۱۳۸۹، صص ۱-۲۲.
۱۴. طوسی، عباس، حق رای طلبکاران: تحلیل حقوقی اقتصادی، *فصلنامه بورس و اوراق بهادار*، ش ۳۶، ۱۳۹۵، صص ۴۷-۷۴.

**ب) منابع انگلیسی****Books**

15. Blair, M.M. **Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century** (Washington, D.C.: Brooking Institute), 1995.
16. Chandler, A.D. **The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business** (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997.
17. Cheffins, B.R. **Company Law: Theory, Structure and Operation** (Oxford: Oxford University Press), 1997.
18. Clarke, T. **International Corporate Governance**, Published by Routledge, 2nd Edition, 2017.
19. CLRSO, **Modernising Company Law for a Competitive Economy: The Strategic Framework**.
20. Easterbrook F.H. and D.R. Fischel, **The Economic Structure of Corporate Law** (Cambridge, MA: Harvard University Press), 1991.
21. Hams, R. **Industrializing English Law** (Cambridge: Cambridge University Press), 2000.
22. Harris, J.W. **Property and Justice** (Oxford: Clarendon Press), 1996.
23. Keay, A. **Board Accountability in Corporate Governance** (Abingdon: Routledge), 2015.
24. Votaw, D. **Modern Corporations** (Englewood Cliffs: Prentice-Hall), 1965.
25. Whincop, M.J. **An Economic and Jurisprudential Genealogy of Corporate Law** (Aldershot: Ashgate), 2001.

**Articles**

26. Abugu, J. "Primacy of shareholders' interests and the relevance of stakeholder economic theories" 34(7) *Company Lawyer*, 2013.
27. Allen, T. "Liberalism, Social Democracy and the Value of Property under the European Convention on Human Rights" 59(4) *International and Comparative Law Quarterly*, 2010.
28. Armour J & M. Whincop, The Proprietary Foundations of Corporate Law, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 27, No, 2007.
29. Bank, S. "Entity Theory as Myth in the Origins of the Corporate Income Tax", 43(2) *William and Mary Law Review*, 2001.
30. Berle, A. "The Theory of Enterprise Entity", 47(3) *Columbia Law Review*, 1947.

31. Blair, M. M., & Stout, L. A. A Team Production Theory of Corporate Law. *Virginia Law Review*, 85(2), 1999.
32. Fama Eugene F. & Michael C. Jensen, Separation of Ownership and Control, 26 *J.L. & Econ.*, 1983.
33. Fama, E. "Agency Problems and the Theory of the Firm", 88 *Journal of Political Economy*, 1980.
34. Flannigan, Robert, Shareholder Fiduciary Accountability. *Journal of Business Law* 1, 2014.
35. Gelter, M. "The Dark Side of Shareholder Influence", *Harvard International Law Journal* 50(1), 2009.
36. Glackin, N.S. "Back to Bundles: Deflating Property Rights, Again" 29(1) *Legal Theory* 3, 2014.
37. Hansmann H. & R. Kraakman, "The Essential Role of Organisational Law", *Yale Law Journal*, 2000.
38. Hart O. & J. Moore, "Default and Renegotiation: A Dynamic Model of Debt", 1 *Quarterly Journal of Economics* 113, 1998.
39. Ireland, P. I. Grigg-Spall and D. Kelly, "The Conceptual Foundations of Modern Company Law" 14 *Journal of Law and Society*, 1987.
40. Ireland, P. , Property and Contract in Contemporary Corporate Law. *Legal Studies*, Vol.23, Issue 3, 2006.
41. Jensen Michael C. & William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 *J. Fin. Econ.* 305, 1976.
42. Johnson, A. "After the OFR: Can UK Shareholder Value Still Be Enlightened?" 7 *European Business Organisation Law Review* ., 2006.
43. Lee, I. "Efficiency and Ethics in the Debate about Shareholder Primacy", 31 *Delaware Journal of Corporate Law* 533, 2006.
44. Leff, A. "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism, *Virginia Law Review* Vol. 60, No. 3. , 1974.
45. Meese, A. "The Team Production Theory of Corporate Law: A Critical Assessment", *William and Mary Law Review*, Vol.43, 2002.
46. Rose, C. "Stakeholder Orientation versus Shareholder Value: A Matter of Contractual Failures" 18 *European Journal of Law and Economics*, 2004.

## **An Analysis about the Basis of the Theory of Shareholders as Company's Owners**

**Mostafa KOOSHKI** (PhD Student of Private Law, University of Tehran)

**Hasan BADINI** (Associate Professor of Law, University of Tehran)

### **Abstract**

This article, through a qualitative and analytical research method, discusses both the principle of company's shareholders' interests' priority over the interests of other stakeholders and also the ownership-oriented approach to the shareholders. The above mentioned approach, referred to as the "Theory of Shareholders as Company Owners", has been reflected in some of the awards previously issued by Iran's courts. By focusing on traditional definition of ownership right, alongside the basis of the priority of shareholders' interests indicated in economic theories including nexus of contracts theory, agency theory and ownership theory, it is concluded that the traditional definition of ownership right and its characteristics such as being exclusive and absolute, is not applicable in Corporate Law as it is applied in other legal areas. Furthermore, economic theories supporting the priority of shareholders' interests are all based on the presumption that shareholders of a company bear more economic risks, compared to other stakeholders of the company. Therefore, conferring exclusive ownership right to them will increase efficiency. While criticizing above theories, this article argues that rights conferred to the shareholders are merely a means of representing the coalition that constitutes the company. This Article argues that the principle of shareholders' interests' priority and recognition of shareholders as owners of the company are remainders of the primary versions of partnerships and are based on an outdated concept of commercial company.

### **Keywords:**

Ownership Right, Company Owners, Shareholders' Interests Priority, Commercial Company, Economic Theories of the Company.





## حمایت از بزه‌دیدگان اعتباری در جرایم اقتصادی

مهدی صبوری پور\*

سید پوریا موسوی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۶

### چکیده

نظام سیاسی اقتصادی برای توسعه و ارتقای بهبود در سطح جهانی نیازمند ایجاد و تولید سرمایه در عرصه‌های مختلف است. در چند دهه اخیر بروز پدیده‌های ناپه‌نچار مرتبط با نظام اقتصادی، به‌ویژه مفاسد اقتصادی، سیاست‌ها و سیاست‌گذاری‌های اقتصادی را با چالش‌های جدی مواجه ساخته‌اند. از جمله این آثار نامطلوب می‌توان به آگاهی و فقدان اعتماد بزه‌دیدگان مفاسد اقتصادی به این نظام اشاره کرد. موضوعی که پیش از آنکه گریبان‌گیر بزه‌دیدگان حقیقی باشد، نظام اقتصادی را نشانه می‌رود و اسباب فروپاشی بنیان‌های سرمایه‌گذاری و توسعه را پدیدار می‌سازد. بدین‌سان، این نوشتار درصدد است تا بآیندی کلی از بزه‌دیدگی و قرائتی مشخص از رویکردهای بزه‌دیده‌شناختی در مفاسد اقتصادی ارائه دهد تا از رهگذر آن بتوان دریچه‌های مطالعات عمیق‌تر و رهیافت‌های عملی را گشود.

### کلید واژگان:

بزه‌دیده‌شناسی، جرم اقتصادی، سیاست‌گذاران اقتصادی، مجموعه قوانین اقتصادی، نظام اقتصادی.

\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

m\_sabooripour@sbu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

Seye\_mousavi@sbu.ac.ir



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

جوامع از دیرباز تاکنون همواره بر عنصر مالی- اقتصادی به عنوان یک نظام زیربنایی که دوام و بقای حکومت‌ها را تضمین می‌کند، توجه و اهتمام بسیار داشته و دارند. گفتمان مقام‌های حاکمیتی از مسئولان عالی تا مراجع مادون، در چارچوب ایجاد امنیت اقتصادی که رفاه و آسایش عمومی و همگانی را به دنبال دارد، اسباب پیدایش مدل جدیدی از مدل‌های حکومتی را در چند دهه اخیر تحت عنوان «دولت رفاه»<sup>۱</sup> فراهم کرده است<sup>۲</sup> که در پرتو آن، دولت- حاکمیت باید تمام توان و قدرت خود را برای ایجاد و اجرای تدابیر رفاهی شهروندان به عمل آورد<sup>۳</sup> و از گذر آن حاکمیتی مطلوب را بنیان نهد.<sup>۴</sup>

به دنبال اندیشه افزایش رفاه اقتصادی که همواره زمینه‌ساز ایجاد آرامش و امنیت در سایر عرصه‌ها به شمار می‌آید، همه دولت‌ها تلاش‌هایی برای ایجاد و ضابطه‌مندسازی سیاست‌های اقتصادی نموده‌اند<sup>۵</sup> تا کنترل کُنش‌ها و واکنش‌های شهروندان را با سهولت بیشتری در اختیار گیرند. با وجود این، کشورهایی در عرصه افزایش و ایجاد رفاه در تمام سطوح پیشگام و موفق بوده‌اند که از نظام اقتصادی شفاف برخوردار بوده و توفیق در اجرای سیاست‌های اقتصادی خود را به پرده کشانده‌اند. در این جوامع که نوعاً متشکل از جوامع توسعه‌یافته و جزء کشورهای جهان اول محسوب می‌شوند، کسب اعتماد شهروندان و کاهش یا پیشگیری از بزهکاری‌های متأثر از

1. The welfare state

۲. رک: افتخارچهرمی، گودرز و حسین ادیب، **دولت رفاه، در: جنیدی، لعیا و نیازپور، امیرحسین «به کوشش»، دانشنامه سیاستگذاری حقوقی**، چ ۱، تهران: انتشارات معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹، صص ۵۲۹ - ۵۳۳.

3. Clancy, Laura, *The Welfare State Reader*, Third Edition Pierson Christopher, Castles Francis G. and Naumann Ingela K. (eds), Polity Press, Cambridge, 2014, p 504.

۴. در همین راستا باید اشاره داشت که هر اندازه میزان رفاه در سطح جامعه بالا بوده و نظام سیاسی اقتصادی از منظر شهروندان در گستره‌ای رفاه‌مدارانه باشد، به همان میزان فساد اقتصادی نیز کاهش خواهد یافت. به دیگر سخن، ارتباط معناداری میان افزایش رفاه و کاهش فساد در یک جامعه وجود دارد. بنابراین، دولت رفاه را می‌توان مصداق بارزی از فسادزدایی اقتصادی تلقی نمود.

5. Wagle, Udaya R., *The Heterogeneity Politics of the Welfare State: Changing Population Heterogeneity and Welfare State Policies in High-Income OECD Countries, 1980-2005*, GPSA Journal The Georgia Political Science Association 2013-dec vol. 41, iss. 6, 2013, pp.947-984.

عوامل اقتصادی<sup>۱</sup> اولویت اساسی سیاست‌گذاران در تمام عرصه‌ها، اعم از عمومی، سیاسی، جنایی و... محسوب می‌شود.

اقتصاد و پدیده‌های مرتبط با آن، در بروز رویدادهای مختلف اجتماعی نقش آفرین هستند. چنان‌که گاه اقتصاد به‌عنوان موضوع جرم قرار می‌گیرد و پدیده‌ای به‌نام «جرایم اقتصادی» را متبلور می‌سازد و گاه از ارتکاب دیگر بزهکاری‌ها متأثر، و با پیامدهای نامطلوبی به صورت مستقیم و غیرمستقیم مواجه می‌شود. مانند آنکه بروز جرایم خشن و بزهکاری‌های خشونت‌بار در یک منطقه، بر رهیافت‌های اقتصادی آن منطقه همچون قیمت مسکن، نظام تولید و توزیع و... تأثیر قابل توجهی خواهد گذاشت. با وجود این، جرایم اقتصادی و فروعی که از این دسته بزهکاری‌ها مترسّم می‌شود، آثار به مراتب مخرب‌تری بر جامعه، شهروندان و بزه‌دیدگان خواهد گذاشت.

یکی از مهم‌ترین فروع برگرفته از «جرایم اقتصادی» که امروزه محوریت گفتمان سیاست‌گذاری و سیاست‌گذاران در تمام سطوح، اعم از تقنینی، اجرایی و قضایی واقع شده، عبارت از مفاسد اقتصادی است که در نظام حقوقی ایران نیز نهادهایی برای مبارزه با این پدیده همچون «ستاد هماهنگی مبارزه با مفاسد اقتصادی» به ریاست معاون اول رئیس‌جمهور تشکیل شده است. به‌رغم تولد این پدیده و ادبیات جدید در نظام عدالت کیفری، سیاست جنایی تقنینی ایران خواه در بُعد ملی و خواه در پهنه فراملی، هیچ تعریفی از پدیده «مفاسد اقتصادی» که مرتکب آن را مفسد اقتصادی می‌نامند، ارائه نداده است.<sup>۲</sup> برخی نویسندگان در تعریف فساد اقتصادی بیان داشته‌اند: «فساد اقتصادی یا مالی هرگونه کسب درآمدی است که از راه‌های نامشروع اعم از راه‌های مخالف قوانین نظم عمومی و اخلاق حسنه حاصل می‌شود و همچنین کلیه سوءاستفاده‌ها و داشتن مقاصد خصوصی با بهره‌گیری از موقعیت سیاسی، اجتماعی و مذهبی

۱. رک: نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «بزهکاری و شرایط اقتصادی (بحثی کوتاه درباره بزهکاری و بحران اقتصادی)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۹، بهار و تابستان ۱۳۷۰، صص ۲۱۷-۲۳۰.

۲. باید توجه داشت که در مجموعه قوانین در گستره نظام عدالت کیفری اقتصادی، اگرچه جرم اقتصادی مورد توجه بوده و بعضاً گرانیگاه تولد و تحول قوانین مرتبط با بزه‌های اقتصادی قرار گرفته است، فساد اقتصادی و به‌دنبال آن مفسد اقتصادی مورد تعریف و تشریح قرار نگرفته‌اند. با وجود این، گفتمان سیاست‌گذاران و مسئولان عالی کشور در سطوح مختلف سیاست‌گذاری و اجرایی متمرکز بر فساد اقتصادی و همچنین مفسد اقتصادی است که این نوشتار نیز در پرتو این رهیافت به طلیعه قلم آراسته شده است.

خود و یا بدون تجویز قانونی باشد»<sup>۱</sup>. اگرچه این تعریف تا حدودی مناسب است، به نظر می‌رسد که کامل نباشد؛ زیرا همان‌گونه که ماده ۱۲ «کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد»<sup>۲</sup> نیز پیش‌بینی کرده است، امکان تحقق فساد در بخش خصوصی نیز وجود دارد<sup>۳</sup> و بدین‌سان، فساد اقتصادی در تمام سطوح خرد و کلان نظام اقتصادی و در بخش‌های عمومی و خصوصی قابل تصور است. چه آنکه، امروزه به دلیل رشد و توسعه دامنه بخش خصوصی در گستره وسیعی از زندگی بشری، عدم پیش‌بینی و تحقق فساد در این عرصه، خود، ایجادکننده فساد خواهد بود.

به نظر می‌رسد که فساد اقتصادی امری و رایج جرم اقتصادی و مفسد اقتصادی حالت خطرناک شدت یافته مجرم اقتصادی است؛ زیرا فساد اقتصادی مقوله‌ای بوده که در بطن نظام اقتصادی یک جامعه نفوذ کرده و در صدد فروپاشی پایه‌های این نظام است. حال آنکه، جرم اقتصادی آثار جبران‌ناپذیری را به پیکره نظام اقتصادی وارد نمی‌کند و نهایتاً آثار سوئی را که - بعضاً - جبران‌پذیر است، متوجه نظام اقتصادی و اجتماعی یک جامعه می‌کند. مجرم اقتصادی شخصی است که حالت خطرناک بالایی دارد<sup>۴</sup> و ممکن است که پس از ورود به فرایند کیفری و تحمّل پاسخی که از سوی نظام عدالت کیفری و سیستم اجتماعی به وی تحمیل می‌شود، از ارتکاب جرم باز بماند یا آنکه به‌نحو گسترده مرتکب جرم اقتصادی نمی‌گردد؛ اما مفسد اقتصادی شخصی است که حالت خطرناک بسیار بالا دارد، ظرفیت جنایی او قابل توجه است و همانند موربان‌های نابودگر، اسباب ازهم‌گسیختگی و اخلال در نظام و سیاست‌های اقتصادی را پدید می‌آورد. از این نظر است که مطابق دیدگاه «ژرمی بنتام»<sup>۵</sup> مفسد اقتصادی، شخصی محاسبه‌گر

۱. ولیدی، محمد صالح، **حقوق کیفری اقتصادی**، ج ۲، ۱۳، تهران، انتشارات جنگل، ۱۴۰۲، ص ۳۴.

2. The United Nations Convention Against Corruption (UNCAC)

۳. ماده ۱۲: «هر کشور عضو، طبق اصول اساسی قوانین داخلی خود، اقداماتی را اتخاذ خواهد نمود تا از فساد بخش خصوصی جلوگیری کند، استانداردهای حساسی و ممیزی را در بخش خصوصی ارتقا دهد و در صورت اقتضا، مجازات‌های مؤثر، بازدارنده مدنی، اداری یا کیفری مناسب را به خاطر قصور در پیروی از چنین اقداماتی، در نظر بگیرد».

۴. ابراهیمی، شهرام و مجید صادق‌نژاد نائینی، «تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی»، مجله پژوهش حقوق کیفری، دانشگاه علامه طباطبائی، ش ۵، ۱۳۹۲، صص ۱۴۷ و بعد.

۵. پرادل، ژان، **تاریخ اندیشه‌های کیفری**، ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، ج ۱۲، تهران: انتشارات سمت، ۱۴۰۰، ص ۷۷.

است که به دلیل برخورداری از هوش و ذکاوت بالا،<sup>۱</sup> نسبت به شناسایی بزه‌دیدگان خود مبادرت می‌ورزد و سرانجام به مقصود خود که همانا کسب سودها و مطامع سرشار و بالای اقتصادی است، نائل می‌آید. بر همین اساس است که نهادهای بین‌المللی متعدد، همچون صندوق بین‌المللی پول<sup>۲</sup> و بانک بین‌المللی بازسازی و توسعه<sup>۳</sup> پژوهش‌های بسیاری در خصوص فساد انجام داده‌اند.<sup>۴</sup> بزهکاری‌های اقتصادی از جمله رفتارهای ضدهنجارند که بزه‌دیدگان آنها نوعاً اعتباری‌اند و در زمره «جرایم بدون بزه‌دیده»<sup>۵</sup> قرار می‌گیرند. در این راستا، مفساد اقتصادی نیز که در سطح کلان و با گستره شمول بزه‌دیدگان مواجه است، بدون تردید در این دسته از بزهکاری‌ها قرار می‌گیرد. رویکردهای بزه‌دیده‌شناختی همواره بر این عقیده است که چگونه می‌توان مفساد اقتصادی را در این پرتو مورد تحلیل و ارزیابی قرار داد؟ به نظر می‌رسد که بررسی مفساد اقتصادی از منظر «بزه‌دیده‌شناسی ثانویه»<sup>۶</sup> و «بزه‌دیده‌شناسی بالینی»<sup>۷</sup> واجد توجه خواهند بود؛ چنان که فقدان و سلب اعتماد بزه‌دیدگان اعتباری و همه شهروندان نسبت به نظام و سیاست‌های اقتصادی، این عقیده را حاصل می‌کند که نظام اقتصادی ناکارآمد است و این ناکارآمدی از گذر

۱. گسن، ریمون، **جرم‌شناسی بزهکاری اقتصادی**، ترجمه شهرام ابراهیمی، چ ۳، تهران: نشر میزان، زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۰۲.

2. International Monetary Fund (IMF)

3. International Bank for Reconstruction and Development (IBRD)

4. ANDREI, **Tudorel**, et al, *The Corruption - An Economic and Social Analysis*, Editura Economică, 2009, p. 11.

۵. بدون تردید هر جرم با هر ماهیت واجد «بزه‌دیده» است؛ اما امکان دارد که برحسب ارزش و اعتباری که قانون‌گذار نسبت به جرم‌انگاری یک رفتار در نظر گرفته است، بزه‌دیده جرم را ملموس و واقعی - حقیقی یا آنکه او را اعتباری و مفروض در نظر گیرد. دسته اول که در گفتمان جرم‌شناسی به جرایم واجد بزه‌دیده موسوم‌اند، نوعاً در چارچوب جرایم قابل گذشت مورد بحث واقع می‌شوند و تعداد اندکی از عناوین مجرمانه را به خود اختصاص می‌دهند؛ اما گروه دوم که به جرایم بدون بزه‌دیده شهرت دارند و بخش اعظمی از عناوین مجرمانه را شامل می‌شوند، رویکردی است که حمایت‌کیفری علیه یک پدیده مورد توجه نظام اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و... را دربر خواهد گرفت (رک: نجفی‌ایرندآبادی، علی حسین، **رویکرد بزه‌دیده‌شناختی به بزه‌های بدون بزه‌دیده، در: رهامی، محسن «به کوشش» جرایم بدون بزه‌دیده**، چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹، صص ۱۱۵ و بعد).

۶. گفتنی است که منظور از بزه‌دیده‌شناسی ثانویه یا حمایتی، گونه دوم بزه‌دیده‌شناسی است که بر حمایت از بزه‌دیدگان جرایم گوناگون متمرکز می‌شود. در این نوع از بزه‌دیده‌شناسی هدف، حمایت از بزه‌دیده‌ای است که در فرایند بزهکاری مداخله‌ای نداشته و سهمیم نبوده است.

۷. منظور از بزه‌دیده‌شناسی بالینی یا ثالث، آن‌گونه از بزه‌دیده‌شناسی است که به درمان بزه‌دیدگان مبادرت می‌ورزد. بزه‌دیده‌شناسی بالینی بر وزن جرم‌شناسی بالینی به‌دنبال جبران و ترمیم لطمات بزه‌دیده بوده که از فرایند بزهکاری نسبت به او ایجاد شده است.

رهیافت‌ها و موقعیت‌های نامتناسب و نامتعادل ایجاد خواهد شد. از این نظر است که همواره ترس از جرم در بزه‌دیدگان اعتباری و پیدایش سیاست‌های سرکوبگر و بدون اثر، از جمله دستاوردهایی است که می‌تواند به دنبال مفاسد اقتصادی متبلور و جلوه‌گر شود؛ اگرچه نظام عدالت کیفری به‌طور خاص به بزه‌دیدگان حقیقی اعتباری<sup>۱</sup> توجهی ندارد؛ اما تلاش کرده است که از گذر پیش‌بینی و وضع برخی قوانین سرکوبگر و بیشینه‌گرا، به حمایت از آحاد جامعه و سیاست‌های کلی اقتصادی بپردازد.

با وجود این، پرسش آن است که چگونه می‌توان از بزه‌دیدگان در فرایند بزهکاری‌های اقتصادی حمایت کرد؟ مفاسد اقتصادی چه تأثیری بر بزه‌دیدگان اعتباری دارند و در نهایت بروز پدیده‌های مرتبط با بزه‌های اقتصادی چه تأثیری را بر بزه‌دیدگان ایجاد خواهد کرد؟ از این‌رو، در چارچوب بزه‌دیده‌شناسی حمایتی (الف) و همچنین پیش‌بینی قوانین بزه‌دیده‌مدار (ب) می‌توان مفاسد اقتصادی را مورد تحلیل و ارزیابی قرار داد.

### ۱. رویکردهای بزه‌دیده‌شناسی حمایتی نسبت به مفاسد اقتصادی

از منظر بزه‌دیده‌شناسی، حمایت همواره بزه‌دیدگان به عنوان افرادی که در فرایند ارتکاب جرم حضور و مشارکت داشته‌اند، باید تحت تدابیر پشتیبان محور قرار گیرند. در همین راستا، ایجاد اعتماد در بزه‌دیدگان، در قبال جهت‌گیری نسبت به مفاسد اقتصادی و همچنین، ایجاد بستر و فضای آرامش و اطمینان‌آور روانی برای آنان، از جمله محورهای حمایتی در این عرصه است؛ زیرا همان‌گونه که بزه‌دیدگان می‌توانند در فرایند ارتکاب بزهکاری نقش‌آفرین باشند، این امکان وجود دارد که در این فرایند کاملاً منفعل بوده، صرفاً در آسیب و آماج جرم قرار گیرند. به همین دلیل است که حمایت از بزه‌دیدگان انکارناپذیر است.

#### ۱.۱. اعتمادسازی نظام سیاسی - اقتصادی برای بزه‌دیدگان

آنگاه که یک شخص، خواه در مقام بالای دولتی و خواه در سطوح پایین نظام اداری و اقتصادی، مرتکب یک جرم اقتصادی می‌شود و با توجه به خصیصه‌ها و ویژگی‌هایی که این جرم

۱. گفتنی است که منظور از بزه‌دیدگان حقیقی اعتباری، آن دسته از شهروندان هستند که بدون مداخله مستقیم در فرایند بزه‌دیدگی از بزه‌دیده واقع‌شدن بیم دارند که در مقابل آن، بزه‌دیدگان حقوقی اعتباری قرار دارند و منظور از آن اشخاص حقوقی واجد تأثیر در امر اقتصادی هستند که همچون اشخاص حقیقی، ترس از جرم دارند.

دارد، آن را از یک مجرم اقتصادی به یک مفسد اقتصادی تبدیل می‌کند، بزه‌دیدگان همواره اعتماد خود را نسبت به نظام سیاسی و اقتصادی و سیاست‌گذاری‌های کلان و خرد از دست می‌دهند. نخستین اقدامی که کنشگران فرایند عدالت کیفری و سیاست‌گذاران در تمام عرصه‌های حاکمیتی باید نسبت به آنها اهتمام جدی ورزند، ایجاد فضای آرامش و امنیت در جامعه نسبت به بزه‌دیدگان اعتباری است؛ زیرا جامعه از گذر فضای التهاب‌آور و ناامنی‌های اقتصادی موجود ناشی از بروز مفسد اقتصادی همواره به‌دنبال آن است تا امنیت خود را به‌دست آورد.

در همین پرتو است که رویکردهای حمایتی نسبت به بزه‌دیدگان در بادی امر باید در چارچوب فرایند قضایی صورت پذیرد تا این اطمینان‌خاطر ایجاد شود که بزه‌دیدگان حقیقی و به طور کلی شهروندان یک نظام سیاسی، دارای امنیت اقتصادی هستند. همواره این پرسش در ذهن شهروندان ایجاد می‌شود که با وجود سختگیری در نظام گزینش اداری و استخدامی و همچنین وجود نهادهای نظارتی، اعم از نهادهای مسئول مربوط که به صورت مستقیم مداخله می‌کنند و نهادهای غیرمستقیم که در چارچوب قانون، نظارت‌های ساختاری و امنیتی نسبت به موارد مربوطه دارند، چطور امکان دارد که یک فردی به‌راحتی مفسد اقتصادی تلقی شود و ضررهای بسیار هنگفت و جبران‌ناپذیری را نسبت به سطح یک نظام سیاسی، اقتصادی و همچنین قضایی وارد کند.

بنابراین، اگرچه امکان واکنش نسبت به مفسد اقتصادی وجود دارد، اولین گرانیگاه مورد انتقاد شهروندان به‌عنوان بزه‌دیدگان اعتباری، دستگاه قضایی است که به‌دلیل ناکارآمدی و عدم مبارزه صحیح و چارچوب‌مند با مفسد اقتصادی، همواره مورد نقد و چه‌بسا خدشه قرار می‌گیرد. به‌همین دلیل است که قوانین کارآمد و ایجاد ساختار قضایی متناسب با جرم ارتکاب‌یافته، این اطمینان‌خاطر را به شهروندان می‌بخشد تا از گذر آن پیگیری‌های قضایی مربوطه در حال رسیدگی است.

بدون تردید سیاست‌گذاری بدون وجود تضمین، قابلیت اجرایی‌شدن ندارد. بنابراین، سیاست‌گذاران باید با وجود تضمینات کافی و لازم در عرصه سیاست‌گذاری‌شده این اطمینان را برای شهروندان فعال اقتصادی و این اعتماد را برای همگان ایجاد کنند که سیاست‌های

اقتصادی مربوطه مورد حمایت است و در صورت بروز هرگونه ناهنجاری و ضدهنجار با پاسخ‌های متناسب که شهروندان را راضی نماید، مواجه خواهند شد.

گام‌دردن افراد شایسته و صالح به موازات تخصص و گرایش‌های مربوطه و همچنین ایجاد سوابق اجرایی و علمی در راستای آنچه که برعهده گرفته‌اند، همواره اعتماد شهروندان را برخواهد انگیخت. بنابراین، این رهیافت‌های حمایتی از سوی نظام تقنینی و همچنین نظام اجرایی، اگرچه به صورت مستقیم بر بزه‌دیده‌شناسی حمایتی تأکید ندارد، اما همواره در وهله اول، ساختار نظام حاکمیتی را مورد حمایت قرار می‌دهد تا از گزند ورود و نفوذ مفسدان اقتصادی پیشگیری کند و به دنبال آن، ابزارها و سازوکارهای لازم را فراهم می‌کند تا شهروندان به تصمیمات سیاست‌ها و اعمال نظرهای آنان اعتماد کرده و ساختار اقتصادی را در چارچوبی نظام‌مند و ساختاریافته احساس کنند.

این احساس امنیت و آرامش اقتصادی رویکردی است که بزه‌دیده‌شناسی حمایتی همواره بر آن تأکید می‌کند؛ زیرا جرایم اقتصادی و به‌دنبال آن مفاسد اقتصادی همواره به دلیل وجود ظرفیت‌های بالای ارتکاب جرم، بزهکاران بالقوه را وسوسه، و از یک حالت انفعالی و ایستا به یک بزهکار بالفعل و توانا تبدیل می‌کند. این رهیافت، زمانی میسر خواهد شد که نظام سیاست‌گذاری در سطح کلان ضوابط و سطوح مختلف عالی و مادون را مورد توجه قرار دهد. بنابراین، همان‌گونه که نظریه فنون خنثی‌سازی<sup>۱</sup> تأکید می‌کند، چنانچه یک مفسد اقتصادی در رده بالا مرتکب جرم شود، به دلیل دست‌داشتن در فرایند ارتکاب جرم توانایی رویارویی و برخورد با افراد و مقام‌های زبردست خود را نخواهد داشت. به همین دلیل، دیدگاه‌های بزه‌دیده‌شناختی یاری‌گر سیاست‌گذاران خواهد بود.

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص این نشریه، رک: نجفی ابرنآبادی، علی حسین، **تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی**، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهیه و تنظیم: مهدی صبوری‌پور، سال تحصیلی ۸۴ - ۱۳۸۳، ویراست هفتم، ۱۳۹۱، صص ۶۰ و بعد؛ همچنین رک: ابراهیمی، شهرام، **تحلیل جرم‌شناختی جرایم مأموران نظام مالیاتی از منظر فنون خنثی‌سازی**، در: ابراهیمی، شهرام «به کوشش»، **ارتقاء سلامت اداری نظام مالیاتی - مجموعه مقالات**، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۲، صص ۱۵ و بعد.



## ۱.۲. بستر سازی امن حمایت محور

نظام تولید، توزیع، عرضه و تقاضا در بستر محیط کسب و کار و به‌طور کلی، در سطح کلان سیاست‌گذاری‌های تقنینی و اجرایی همواره باید مبتنی بر اعتمادسازی و ایجاد یک فضای امن و چارچوب‌مند در عرصه نظام سیاسی - اقتصادی باشد. بنابراین، اگر نظام اقتصادی نسبت به شهروندان از یک‌سو و شهروندان نسبت به نظام سیاسی و اقتصادی از سوی دیگر، اعتماد نداشته باشند و با نگرشی نامطلوب نسبت به یکدیگر بنگرند؛ بدون تردید یک نظام اقتصادی آنارسیست‌گرا متبلور و متولد خواهد شد؛ زیرا، هرج و مرج نظام اقتصادی نه‌تنها حمایت از همه شهروندان را به دنبال نخواهد داشت؛ بلکه، همواره نظام سیاسی را نیز به سوی انحطاط و فراموشی رهنمون خواهد کرد.

بنابراین، بسترهای استحکام، دوام و بقای یک نظام سیاسی باید در چارچوب امنیت‌محوری نظام اقتصادی و همچنین ایجاد یک فضای امن برای اعتماد شهروندان به این نظام باشد. چنانچه شهروندان احساس کنند که به هر دلیلی در فضا و محیط نظام اقتصادی در دسترس آنان، اعتماد و اعتباری وجود ندارد؛ همواره بر آن خواهند بود تا از سوی دیگری به غیر از نظام اقتصادی جاری، به کسب منافع و سودهای مالی و اقتصادی رهنمون شوند. به‌همین دلیل، بروز پدیده‌های مجرمانه‌ای همچون قاچاق کالا و ارز، جرایم مالی، جرایم مالیاتی، جرایم گمرکی، پولشویی و به‌طور کلی هر آنچه که نظام اقتصادی را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد، به‌دلیل بی‌اعتمادی شهروندان نسبت به نظام‌ها و سیاست‌گذاران اقتصادی ظهور و بروز خواهند کرد.

به این ترتیب، در راستای تحقق اهداف کلان و ایجاد ثبات در نظام اقتصادی و سیاسی باید بر این امر تأکید داشت که بزه‌دیدگان در عرصه نظام اقتصادی، از یک‌سو بزه‌دیدگان حقیقی و از سوی دیگر، بزه‌دیدگان اعتباری هستند. چنانچه در عرصه تحقق بزه‌دیدگی حقیقی، شهروندان عادی و غیرکُشنگر در عرصه اقتصادی، احساس کنند در چارچوب نظام اقتصادی امنیت خود را از دست می‌دهند، کنشگری در سایر عرصه‌ها نیز تحت تأثیر قرار خواهد گرفت و بنابراین، نظام‌های دیگر در کنار نظام اقتصادی با آشفستگی و چالش مواجه خواهد شد.

در همین راستا، باید توجه داشت که امنیت‌محوری نظام اقتصادی به‌معنای امنیت‌گرایی سیاسی - اقتصادی نیست؛ بلکه به‌معنای آن است که سیاست‌گذاران رویکردهای امن و سازوکارهای اطمینان‌آور را اتخاذ کنند تا احساس بزه‌دیدگی به شهروندان دست ندهد و در پرتو

آن، همواره به نشاط و شادابی اجتماعی مبادرت ورزند؛ زیرا همان‌گونه که نظام اقتصادی به‌عنوان نظام زیربنایی محسوب می‌شود، سایر نظام‌ها نیز بر ابتدای آن بنا خواهند شد. به این ترتیب، وظیفه سیاست‌گذاران در سطح کلان است تا فضای امن اقتصادی در بسترهای سنتی - کلاسیک و مدرن را برای سرمایه‌گذاری شهروندان در جامعه و در همه سطوح ایجاد کنند تا آنان در کنار آرامش و امنیت اقتصادی، به کنشگری در دیگر عرصه‌ها بپردازند.

بدون تردید، بزه‌دیدگی ناشی از ناامنی در فضای اقتصادی که مفسدان اقتصادی به آن دامن خواهند زد، فضای ملتهب و ناهنجار را پدید خواهد آورد و تزلزل در بنیان‌های نظام اقتصادی، ستون‌های دیگر عرصه‌ها را نیز به لرزه می‌افکند. بر همین اساس است که پیشگیری از بزه‌دیدگی در عرصه اقتصادی (یعنی پیشگیری بزه‌دیده‌شناختی)<sup>۱</sup> باید با دقت بیشتری در چارچوب قوانین ساختارمند و کارآمد مورد توجه و مطمحنظر سیاست‌گذاران واقع شود.

## ۲. پیش‌بینی قوانین بزه‌دیده‌مدار

اصولاً اغلب قوانین کیفری ناظر بر مرتکب رفتارهای مجرمانه و پیش‌بینی ضمانت‌اجراها - تضمینات کیفری برای او است و غالباً به‌طور مستقیم، از بزه‌دیدگان حمایت نمی‌کند. اما استثنائاً در پاره‌ای موارد همچون «قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹» این امکان وجود دارد که گروه خاصی از شهروندان مورد توجه و حمایت کیفری قانون‌گذار قرار گیرند. با وجود این، برخی از جرایم که عموماً بزه‌دیده مشخص، مستقیم و معین ندارند - همچون جرایم اقتصادی - قوانین نوعاً ناظر بر سرکوب بزهکاران و حمایت از نظام و ارزش اقتصادی جامعه است و غالباً به شهروندان عادی غیرکنشگر در بستر نظام اقتصادی نمی‌پردازد. اما باید توجه داشت که این قوانین به‌دلیل ناکارآمد بودن و عدم توجه ویژه به بزه‌دیدگان، این رویکرد را فراهم می‌سازد که پیش‌بینی وضع قوانین ناکافی است و رفتارها و کنشگری نظام عدالت کیفری واجد اثر نخواهد

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، از جرم‌مداری تا بزه‌دیده‌مداری، دیباچه در: لپز، ژرار و فیلیزولا، ژینا، بزه‌دیده و بزه‌دیده‌شناسی، ترجمه احمد محمدی و روح‌الدین کرد علیوند، ج ۲، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸، ص ۹؛ همچنین رک: بسیونی، محمد شریف، بزه‌دیده‌شناسی، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، ج ۲، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳؛ رایجیان اصلی، مهرداد، بزه‌دیده در فرآیند کیفری، چ ۱، تهران: انتشارات خط سوم، ۱۳۸۱.

بود. در همین پرتو است که می‌توان از دو گزاره قوانین کیفی اقتصادی و تضمین‌های کیفی متناسب در پرتو رهیافت‌های بزه‌دیده‌شناسی سخن به میان آورد.

## ۲.۱. قوانین کیفی اقتصادی

در پرتو اصل کیفی بودن قوانین، همواره دو مؤلفه قابل فهم بودن، یعنی بدون ابهام و شفاف بودن قوانین (اول) و در دسترس بودن و قابلیت رجوع همگان به قوانین (دوم)، یک اصل پذیرفته شده در تمامی نظام‌های حقوقی است.<sup>۱</sup> با وجود این، باید توجه داشت که قوانین باید به نحوی نگاشته شوند و به شیوه‌هایی تصویب، تدوین و تکوین یابند که همگان حتی افرادی را که تحصیلات دانشگاهی یا تحصیلات تخصصی در عرصه نظام‌های حقوقی و موضوعی که در خصوص آن، قانون وضع می‌شود، نداشته باشد، بتوانند با مطالعه متن قانون، توانا باشند تا محتوا و مفاد قانون را فهم کرده و نسبت به گام‌نهادن در مسیر صحیح قانونی مبادرت ورزند.<sup>۲</sup>

با وجود این اصل، برخی از قوانین به دلیل پیچیدگی و ابهام در واژگان و سختی و دشواری در فهم، محتوا و مفاد قوانین، شهروندان عادی قائل به فهم و ادراک آن نیستند و بنابراین، چنانچه یک جرم یا یک فساد اقتصادی روی دهد و مفسدی اقتصادی متولد شود، شهروندان عادی به دلیل ناکارآمدی و عدم وجود قوانین نامناسب و شهروندمدار، احساس بزه‌دیدگی کرده، قانون‌گذار را به‌عنوان اصلی‌ترین عامل بزه‌دیدگی خود تلقی می‌کنند؛ زیرا همواره بر آن‌اند که تولد یک مفسد اقتصادی، برآمدی از قانونی ناکافی بوده که حاکمیت بر آن وقع نهاده است. در همین پرتو می‌توان قانون مجازات اخلاالگران در نظام اقتصادی کشور ۱۳۶۹ را مورد نقد و بررسی اساسی قرار داد؛ زیرا این قانون از حیث اصول و موازین قانون‌نویسی انسجام ماهوی و شکلی ندارد و حتی می‌توان این قانون را مغایر بند ۹ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مصوب

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: چالش‌ها و راهکارها، در: بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری - مجموعه مقالات، ج ۱، تهران: میزان، زمستان ۱۳۹۲، ص ۱۳.

۲. در این خصوص تفاوتی میان قوانین ماهوی و شکلی حقوق کیفری وجود ندارد. رک: ساقیان، محمد مهدی و سید پوریا موسوی، اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری: مبانی، مفاهیم و قلمرو، در: الفت، نعمت‌الله «به کوشش»، حج اندیشه؛ هم‌افزایی فقه و حقوق در تحقق توسعه و تعالی انسانی - مجموعه مقالات در یادنامه دکتر ناصر قربان‌نیا، ج ۲، قم: انتشارات دانشگاه مفید، ۱۳۹۶، ص ۶۳۵.

۱۳۹۸/۷/۶ مقام رهبری دانست. به این ترتیب، به نظر می‌رسد، اگرچه قانون اخیرالذکر در پرتو پاسخ‌دهی کیفری به مجرمان و مفسدان اقتصادی باشد، ضرورت ایجاد یک کُد (مجموعه قوانین) کیفری اقتصادی که نمایان‌گر تمایز میان مفسدان و مجرمان اقتصادی باشد، کاملاً وجود دارد. بدین‌سان، این فقدان تمایز، خود عاملی برای ایجاد سردرگمی شهروندان بزه‌دیده معین و نامعین نیز خواهد شد.

بر همین اساس است که قوانین باید به نحوی در حوزه سیاست‌گذاری‌های اقتصادی به رشته تحریر درآیند و در انظار عموم قرار گیرند تا مردم اعتماد و اعتقاد کافی بر این داشته باشند که سرمایه و اندوخته‌های خود را با اطمینان خاطر به نظام اقتصادی می‌سپارند. بنابراین، اگر قوانین کارآمد و کیفی در اختیار همگان قرار گیرد و نظام سرمایه‌داری با گردن‌سپاری به این قوانین، خود را مکلف به اجرای سیاست‌های نظام اقتصادی در پرتو نظام تقنینی و سیاست جنایی مرتبط با آن بداند، بدون تردید نظام اقتصادی از بُن‌بست فساد بیرون می‌آید و حتی مفسدان اقتصادی بالقوه نیز از ارتکاب بزه باز خواهند ماند و دیگر در مسیر بزهکاری قدم نخواهند گذاشت.

در این چارچوب باید توجه داشت که قوانین بدون ابهام و چالش‌برانگیز نه تنها ارزش‌های یک نظام اقتصادی را بالا می‌برد و افزایش ارتقا و سطح بهره‌وری سیاست‌های کلان را به دنبال خواهد داشت، بلکه این احساس امنیت را به شهروندان القا می‌کند که آنان از بزه‌دیدگی مصون‌اند و نباید همواره نگرانی و بیم از دست دادن سرمایه‌ها و اندوخته‌های خود را داشته باشند. از این منظر است که قوانین کیفی حتماً خنثی‌سازی بزهکاری‌های اقتصادی و از بین بردن و اضمحلال مفاسد اقتصادی را نمایان خواهد ساخت.

به همین دلیل است که وجود متخصصان مختلف از جهات گوناگون همچون اقتصاددانان، حقوق‌دانان، منطقیون و متخصصان زبان‌شناسی قادر خواهند بود قوانینی را به رشته تحریر درآورند تا شهروندان با مطالعه آن احساس آرامش کنند و بر سرمایه‌گذاری مطمئن از یک سو و در راستای پیشبرد اهداف نظام اقتصادی کشور از سوی دیگر، گام بردارند. بدین‌سان است که کیفی‌بودن قوانین، افزون بر هزینه‌زدایی‌های نظام اداری و استخدامی دستگاه اجرایی، نظام پولی و بانکی را با شفافیت بیشتری همراه خواهد کرد. در این پهنه، نظام پولی و بانکی بدون هزینه‌کردن هزینه‌های بسیار زیاد برای به‌کارگیری از اندیشه‌های کارشناسان مختلف به منظور

برطرف کردن خلأهای نظام تقنینی، با توجه به کیفی بودن و بدون ابهام بودن قوانین، می‌تواند آن هزینه‌ها را برای پیشبرد نظام اقتصادی مصرف نماید و برای ارتقای نظام اداری و استخدامی کادر خود، اطمینان خاطر بیشتری حاصل کند. این چنین است که رویکردهای بزه‌دیده‌شناسانه افزون بر شهروندان عادی، کنشگران عرصه اقتصادی را نیز تحت پوشش قرار می‌دهد و بر ارتقای سطح نظام اقتصادی می‌کوشد.

## ۲.۲. تضمین‌های کیفری متناسب

بدون تردید، بر اساس رویکردهای عقلانی- منطقی به حقوق کیفری<sup>۱</sup> و در پرتو قواعد جرم‌انگار<sup>۲</sup> و کیفرگذار، قوانین و مقررات کیفری باید به گونه‌ای وضع و تدوین شوند و یک رفتار را جرم‌انگاری و کیفرگذاری کنند که با پاسخ متناسب و تضمینات کافی سیاست‌گذاران همگرایی داشته باشد. بنابراین، اگر یک رفتار بر اساس قوانین موجود جرم‌انگاری شود، ولیکن برای آن رفتار پاسخ و تضمین متناسب در نظر گرفته نشود یا اینکه صرفاً از گذر ممنوعیت‌انگاری نسبت به آن رفتار، واکنش نشان داده شود؛ بدون تردید قوانین کیفری را از کارآمدی و سامان‌دهی یک نظام سیاست‌گذار دور خواهد ساخت. چنان‌که سیاست‌گذاران جنایی ایران این چنین رویه‌ای را در خصوص طرح مبارزه با جرایم اقتصادی پذیرفته‌اند<sup>۳</sup> و شاید یکی از جهاتی که تاکنون این طرح به سرانجام نرسیده است، ناشی از همین رویه باشد.

این رویکرد که بدون تردید موجب ناکارآمدی سیاست جنایی خواهد شد، اگر مورد اصلاح و بازپژوهی قرار نگیرد، به بحران منتهی می‌شود.<sup>۴</sup> به همین دلیل است که در این پرتو باید قوانین

۱. صبوری‌پور، مهدی، **عقلانیت، در: جنیدی لعی و نیازپور، امیرحسین «به کوشش»**، دانشنامه سیاستگذاری حقوقی، چ ۱، تهران: انتشارات معاونت حقوقی رئیس جمهور، ۱۳۹۹، ص ۷۲۵؛ صبوری‌پور، مهدی، **عقلانیت در ارتکاب جرم**، چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸.

۲. محمدی، قاسم، **قاعده جرم‌انگار**، چ ۲، تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۵، ص ۳۵.

۳. خواجه‌نوری، یاسمن و سید پوریا موسوی، **چالش‌های بنیادین فراروی طرح مبارزه با جرایم اقتصادی**، در: نیازپور، امیرحسین «به کوشش»، **سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی - مجموعه مقالات**، چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۷، ص ۱۰۵.

۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **درباره رابطه همسازی سیاست جنایی با کارآمدی سیاست جنایی**، **دیپاچه در: لاورژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چ ۱۱، تهران: میزان، ۱۴۰۱، ص ۶۵.

و مقررات کیفری در حوزه مفاسد اقتصادی با پاسخ‌های کیفری متناسب با رفتار ارتكابی همراه باشد. اگرچه در حوزه نظام عدالت کیفری اهداف متعدد کیفر برای یک بزه‌کار وجود دارد، به دلیل آنکه مفاسد اقتصادی با گستره عظیم بزه‌دیدگان اعتباری همراه است، پاسخ نامتناسب به یک مفسد اقتصادی، آلام و لطامات ناشی از این پدیده را تسکین نمی‌بخشد و بنابراین، بحران سیاست جنایی را متبلور خواهد ساخت.

ناگفته پیداست که در این گستره، هیچ‌گاه رویکرد و اندیشه کیفرگرایی و سختگیری کیفری ملاک نیست؛ بلکه همواره رویکرد نظام عدالت کیفری در حوزه مفاسد اقتصادی باید به گونه‌ای باشد که از بروز این پدیده در آینده پیشگیری کند و سبک جنایی را منقطع سازد. بنابراین، کیفرگرایی بی‌مورد و بدون اندیشه عقلانی و عقلایی، آثار و فواید مطلوبی را به دنبال نخواهد داشت.

به همین دلیل، حتی اگر سخت‌ترین مجازات که عبارت از مجازات‌های سالب حیات، در خصوص مفاسد اقتصادی اعمال و اجرا شود، ولیکن قوانین ناکارآمد باشد یا از پاسخ متناسب برخوردار نباشد. بدون تردید. فرایند گذار از فکر و اندیشه مجرمانه به عمل جنایی، به صورت سلسله‌وار ادامه پیدا خواهد کرد. بنابراین، اگر نظام هزینه - فایده ملاک قرار گیرد، همواره سود و منافع یک مفسد اقتصادی بر این است که اشخاص بسیار زیادی را بزه‌دیده کند و از گذر این بزه‌دیدگی، خود، سود و مطامع بسیاری را به دست آورد. از این‌رو، بزه‌دیدگی شهروندان و اشخاص در این پرتو، اساساً برای یک مفسد اقتصادی هیچ‌گونه اهمیتی ندارد و آنچه که جسارت بروز فساد اقتصادی را در او تقویت می‌کند، عدم بازگشت اموال و منافی بوده است که بزه‌دیدگان بنا بر سود حاصله از نظام اقتصادی باید به دست می‌آوردند.

بر همین اساس، اگر قوانین و مقررات کیفری به گونه‌ای وضع شوند که مرتکب فساد اقتصادی در وهله اول درصدد جبران خسارات و لطامات وارده به بزه‌دیدگان باشد و سپس اندیشه‌هایی اعمال شود که او به بزه‌دیدگان اعتباری نیز اطمینان خاطر دهد که به هیچ‌وجه فساد اقتصادی تکرار نخواهد شد؛ به نظر می‌رسد که کارآمدی و سودمندی بیشتری نسبت به مجازات‌های سخت را به دنبال داشته باشد. به این ترتیب، به نظر می‌رسد که در حوزه مفاسد اقتصادی، نظریه‌های شرمساری و بازپذیرکننده اجتماعی کارآمدتر و مطلوب‌تر از کیفرهای بدنی سنگین باشد؛ زیرا مفسد اقتصادی که نگرش «صفر و صدی» دارد، همواره بر این اندیشه است

که یا مجازاتِ سخت نسبت به او اعمال می‌شود و یا اینکه سودها و منافع بسیاری نسبت به وی سرازیر خواهد شد.

بدین‌سان، اگر نظام تقنینی و سیاست جنایی قضایی بر آن باشد که مرتکب را در قبال آحاد جامعه پاسخگو کند و او را نسبت به جبران خسارت بزه‌دیدگان حقیقی و اطمینان‌بخشی به بزه‌دیدگان اعتباری از عدم تکرار مفاسد اقتصادی ملزم سازد، کارآمدتر و مفید به فایده‌تر از مجازات‌های سخت و توانگیرانه است. به همین دلیل، رویکردهای بزه‌دیشناختی توأم و درآمیخته با نظریه‌های جرم‌شناسی، به مقام قضایی کمک خواهد کرد تا نسبت به سنجش حالتِ خطرناک بزه‌کار و در نتیجه، ایجاد فضا و بستر کافی برای شرمساری و «برچسب‌زنی مثبت» و همواره کارآمدتر مبادرت ورزیده شود.

از آنجایی که از گذر بروز پدیده مفاسد اقتصادی، نظام سیاست اقتصادی در عرصه‌های گوناگون، اعم از تولید، توزیع، عرضه و تقاضا از یک‌سو، بزه‌دیدگان حقیقی که اموال خود را در اثر این پدیده از دست داده‌اند، از سوی دیگر و در نهایت بزه‌دیدگانی که قصد سرمایه‌گذاری و کمک به بازتولید چرخه نظام اقتصادی را دارند، اطمینان خاطر از وجود امنیت اقتصادی داده نشود و بیم از دست‌دادن سرمایه‌ها فرو نریخته باشد، سیاست‌های اقتصادی محکوم به فروپاشی، شکست و اضمحلال است و بر همین اساس، در چارچوب رویکردهای بزه‌دیشناسانه و شناخت بزه‌دیدگانی که در این عرصه هراس‌مند هستند، همواره می‌توان به عالی‌ترشدن سیاست‌های اقتصادی کشور منتهی شود.

## نتیجه‌گیری

بزهکاری‌های اقتصادی امروزه دامنه وسیعی پیدا کرده است و در چارچوب عناوین گوناگون بررسی می‌شوند. بروز پدیده مفاسد اقتصادی که در واقع، صورت شدت یافته بزهکاری‌های اقتصادی است، به موازات شدت در ارتکاب، گستره عظیم بزه‌دیدگی را نیز به دنبال دارد. بر همین اساس، گفتمان بزه‌دیده‌شناختی از این پدیده، ضرورت بازبینی در مفهوم جرم اقتصادی و مصادیق آن را ایجاب می‌کند.

بزه‌دیدگی بزه‌دیدگان ناشی از جرایم - به ویژه مفاسد اقتصادی - همواره به دلیل بروز عوامل درونی و بیرونی بزهکاری نیست؛ بلکه گاه، بزه‌دیدگی ناشی از ناکارآمدی و عدم تکافوی قوانین و ساختارهای موجود است که سیاست‌گذاران جنایی باید به آن توجه ویژه‌ای داشته باشند. همان‌گونه که وجود قوانین و ساختارهای زائد و اضافی فسادزا است و پیکره نظام اقتصادی را متزلزل می‌کند، در مقابل، فقدان قوانین و ساختارهای مناسب، بزه‌دیدگی‌های ناشی از مفاسد اقتصادی را تشدید می‌کند و افزایش می‌دهد. از این‌رو، باید سازوکارهایی دقیق، کارشناسانه و علمی اندیشیده شود تا از گذر آن قوانین و ساختارهای کلان و خرد نظام اقتصادی بازبینی، و نسبت به حذف یا افزودن ساختارهای مناسب مبادرت ورزیده شود. در همین راستا، به نظر می‌رسد که یکی از وظایف ستاد اقتصادی دولت را دائرمدار این گفتمان کرد.

پراکندگی قوانین و مقررات و همچنین وجود نهادهای موازی در چارچوب امور مربوط به سیاست‌ها و سیاست‌گذاری اقتصادی، یکی از مهم‌ترین عوامل بروز فساد اقتصادی و ظهور بزه‌دیدگان متعدد آن است؛ زیرا پیش‌بینی قوانین ناکافی و همپوشان از یک‌سو و فقدان نهادی منسجم برای مبارزه با مفاسد اقتصادی از سوی دیگر، مفاسد اقتصادی را که فردی محاسبه‌گر است، یاری‌رسانی می‌کند تا از گذر شناخت شکاف‌ها و خلأهای قانونی و ساختاری، به رفتار بزهکارانه خود، همت گمارد و بزه‌دیدگان وسیعی را متضرر سازد. از این‌رو، در چارچوب پیشگیری‌های بزه‌دیده‌شناختی در سطح کلان، پیشنهاد می‌شود تا مجموعه قوانین (کُد) جرایم اقتصادی تهیه و تدوین شده، کلیه پاسخ‌های کیفری، اداری، انتظامی، انضباطی و... را در این «کُد» گنجانده و همه رفتارهای خلاف هنجار اقتصادی در این پرتو شناسایی شود. چنان‌که



پیشنهاد می‌شود در چارچوب رویه «مجموعه قوانین» تمام مقررات شکلی و ماهوی مرتبط با جرایم و مفسد اقتصادی از جمله، تعریف مفسد در همین مجموعه قوانین جای گیرند. بزه‌دیدگان- اعم از معین و نامعین- در فرایند ارتکاب جرم و فساد اقتصادی گاه تأثیرگذار و گاه منفعل هستند. تأثیرگذاری از این نظر است که به دلیل عدم شناخت وافی نسبت به مسائل پیرامونی خود و فریب‌خوردگی ناشی از وسوسه‌های مالی، در چنگال فسادهای خرد و کلان اقتصادی اسیر می‌شود و افزون بر از دست‌دادن سرمایه‌های خود، آثار روانشناختی نامطلوبی نیز نسبت به آنان پدیدار می‌گردد. از این‌رو، چاره‌ای جز فراگیری و مطالعه در پهنه نظام اقتصادی و سرمایه‌داری ندارند تا از گذر آن بتوانند نسبت به بروز بزه‌دیدگی پیشگیری به عمل آورند. در همین چارچوب، بزه‌دیدگان اعتباری و منفعل نیز با استماع گزارش بزه‌دیدگی‌های حقیقی و سلب اعتماد از نظام اقتصادی، صدر تا ذیل نظام سیاسی اقتصادی را فاسد تلقی، و تلاش می‌کنند تا از هرگونه سرمایه‌گذاری و در نتیجه پیشرفت و توسعه نظام اقتصادی خودداری ورزند. به‌همین دلیل، مطالعه پدیده بزه‌دیده‌شناسانه مفسد اقتصادی در وهله یاری‌گر نظام اقتصادی در سطح کلان است که جای دارد در پژوهش‌های گسترده در مقاطع تحصیلات تکمیلی به این موضوع پرداخته شود.

## فهرست منابع

## الف) منابع فارسی

## کتاب

۱. ابراهیمی، شهرام، تحلیل جرم‌شناختی جرایم مأموران نظام مالیاتی از منظر فنون خنثی‌سازی، در: ابراهیمی، شهرام «به کوشش»، ارتقاء سلامت اداری نظام مالیاتی - مجموعه مقالات، چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
۲. افتخارچهرمی، گودرز و حسین ادیب، دولت رفاه، در: جنیدی، لعیا و نیازپور، امیرحسین «به کوشش»، دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی، چ ۱، تهران: انتشارات معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹.
۳. بسیونی، محمد شریف، بزه‌دیده‌شناسی، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، چ ۲، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳.
۴. پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چ ۱۲، تهران: انتشارات سمت، ۱۴۰۰.
۵. خواجه‌نوری، یاسمن و سید پوریا موسوی، چالش‌های بنیادین فراروی طرح مبارزه با جرایم اقتصادی، در: نیازپور، امیرحسین «به کوشش»، سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی - مجموعه مقالات، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
۶. رایجیان اصلی، مهرداد، بزه‌دیده در فرایند کیفری، چ ۱، تهران: انتشارات خط سوم، ۱۳۸۱.
۷. ساقیان، محمد مهدی و سید پوریا موسوی، اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری: مبانی، مفاهیم و قلمرو، در: الفت، نعمت‌الله «به کوشش»، حج اندیشه؛ هم‌افزایی فقه و حقوق در تحقق توسعه و تعالی انسانی - مجموعه مقالات در بادنامه دکتر ناصر قربان‌نیا، چ ۲، قم: انتشارات دانشگاه مفید، ۱۳۹۶.
۸. صبوری‌پور، مهدی، عقلائییت، در: جنیدی لعیا و نیازپور، امیرحسین «به کوشش»، دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی، چ ۱، تهران: انتشارات معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، ۱۳۹۹.

۹. صبوری‌پور، مهدی، **عقلانیت در ارتکاب جرم**، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۱۰. گسن، ریمون، **جرم‌شناسی بزهکاری اقتصادی**، ترجمه شهرام ابراهیمی، چ ۳، تهران: میزان، زمستان ۱۳۹۳.
۱۱. محمدی، قاسم، **قاعده جرم‌انگار**، چ ۲، تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۵.
۱۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **از جرم‌مداری تا بزه‌دیده‌مداری**، دیباچه در: لپز، ژرار و فیلیزولا، ژینا، **بزه‌دیده و بزه‌دیده‌شناسی**، ترجمه احمد محمدی و روح‌الدین کرد علیوند، چ ۲، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
۱۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: چالش‌ها و راهکارها**، در: **بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری - مجموعه مقالات**، چ ۱، تهران: نشر میزان، زمستان ۱۳۹۲.
۱۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **درباره رابطه همسازی سیاست جنایی با کارآمدی سیاست جنایی**، دیباچه در: **لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی**، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چ ۱۱، تهران: میزان، ۱۴۰۱.
۱۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی**، در: **نیازپور، امیرحسین «به کوشش»**، **سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی - مجموعه مقالات**، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
۱۶. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **رویکرد بزه‌دیده‌شناختی به بزه‌های بدون بزه‌دیده**، در: **رهامی، محسن «به کوشش»**، **جرایم بدون بزه‌دیده**، چ ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۱۷. ولیدی، محمدصالح، **حقوق کیفری اقتصادی**، چ ۲، چ ۱، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.

## مقاله

۱۸. ابراهیمی، شهرام و صادق‌نژاد نائینی، مجید، «**تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی**»، **مجله پژوهش حقوق کیفری**، دانشگاه علامه طباطبائی، ش ۵، ۱۳۹۲.
۱۹. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «**بزهکاری و شرایط اقتصادی (بحثی کوتاه درباره بزهکاری و بحران اقتصادی)**»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی**، ش ۹،

بهار و تابستان ۱۳۷۰.

### جزوه درسی

۲۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی**، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهیه و تنظیم: مهدی صبوری‌پور، سال تحصیلی ۸۴ - ۱۳۸۳، ویراست هفتم، ۱۳۹۱.

### ب) منابع انگلیسی

#### Books

21. ANDREI, Tudorel, et al, *The Corruption - An Economic and Social Analysis*, Editura Economică, 2009.
22. Clancy, Laura, *The Welfare State Reader*, Third Edition Pierson Christopher, Castles Francis G. and Naumann Ingela K. (eds), Polity Press, Cambridge, 2014.
23. Doerner, William G. & Lab, Steven, *Victimology*, Anderson Publisher, Sixth Edition, 2012.
24. Karmen, Andrew, *Crime Victims: An Introduction to Victimology*, Wadsworth Publishing, 2009.
25. Rose-AcKerman, Susan (Eds), *International Handbook on the Economics of Corruption*, Edward Elgar Publishing, 2006.

#### Article

26. Wagle, Udaya R., *The Heterogeneity Politics of the Welfare State: Changing Population Heterogeneity and Welfare State Policies in High-Income OECD Countries, 1980-2005*, GPSA Journal The Georgia Political Science Association 2013-dec vol. 41, iss. 6, 2013.

## **Supporting Constructive Victims in Economic Crimes**

**Mahdi SABOORIPOUR** (Assistant Professor of Law, Shahid Beheshti University)

**Seyed Pouria MOUSAVI** (Ph.D. student of Criminal Law and Criminology, Shahid Beheshti University)

### **Abstract**

Political economic system needs to create capital in different fields to develop and promote globally. In recent decades, the emergence of abnormal phenomena related to the economic system, especially economic corruptions have made economic policies and policymaking confront serious challenges. These unpleasant effects include economic corruptions' victims' awareness and distrust against this system. An issue that prior to affect the real victims targets the economic system and reveals destruction causes of investment grounds and sustainable development. Thus, this article provides a general result of victimization and has a specific regard to Victimological approaches in economic corruptions to achieve deeper studies and practical approaches.

### **Keywords:**

Victimology, Economic Crime, Economic Policy Makers, Collection of Economic Laws, Economic System



## سیر قاعده‌سازی در حقوق بین‌الملل مالکیت فکری (چرخه‌ای از اقدامات تک‌جانبه، دوجانبه، جمعی و چندجانبه)

محمدهادی میرشمسی\*

امیر ناظری\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۴

### چکیده

قواعد بین‌المللی مالکیت فکری در قالب معاهدات دو یا چندجانبه در بستر زمان و در نتیجه تقابل و تعامل کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه شکل گرفته است. بعد از جنگ جهانی دوم، با آغاز موج استقلال کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه‌یافته، قاعده‌سازی مالکیت فکری از مجرای چرخه‌ای متشکل از اقدامات تک‌جانبه، مذاکرات دوجانبه، جمعی و چندجانبه انجام شده است. این فرایند دارای سیری پلکانی است: هرکدام از این اقدامات، مقدمه‌ای برای مرحله بعد است و کشورهای توسعه‌یافته با فشارهای اقتصادی تک‌جانبه، ابتدا دول در حال توسعه را به مذاکرات دوجانبه با موضوعیت مالکیت فکری و سپس پذیرش تریپس متقاعد نمودند. در ادامه، با عنایت به نارضایتی کشورهای توسعه‌یافته از استانداردهای تریپس و اعمال فشار تک‌جانبه بر کشورهای در حال توسعه، کشورهای اخیر به استانداردها و قواعد فراتریپسی در مذاکرات تجاری دوجانبه و جمعی متعهد شدند. هرچند برخی معتقدند فرایند قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری بعد از تریپس می‌تواند مانع توسعه اقدامات چندجانبه گردد، با عنایت به کارکرد اصل ملت کامله‌الوداد می‌توان انتظار داشت با افزایش تعداد موافقت‌نامه‌های دوجانبه و جمعی، استانداردهای فراتریپسی به بخش مهمی از حقوق بین‌الملل مالکیت فکری تبدیل شود و شرایط برای ارتقای سطح مذاکرات به مذاکرات چندجانبه در قالب سازمان جهانی تجارت یا واپو و نهایتاً ایجاد تریپسی نوین فراهم آید. در این وضعیت ضروری است مذاکره‌کنندگان تجاری ایران با هوشمندی و آگاهی از سطح توسعه‌یافتگی کشور و اهداف کشورهای توسعه‌یافته وارد مذاکرات شوند تا منافع کشور به بهترین شکل صیانت شود.

### کلیدواژه‌گان:

موافقت‌نامه تریپس، موافقت‌نامه‌های فراتریپس، اقدامات تک‌جانبه، مذاکرات دوجانبه، مذاکرات جمعی، مذاکرات چندجانبه، اصل رفتار ملت کامله‌الوداد.

\* استادیار، دانشگاه علامه طباطبایی

mh\_mirshamsi@atu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

anazeri@ut.ac.ir



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

با وقوع انقلاب صنعتی و افزایش روزافزون اهمیت فناوری، مقوله حقوق مالکیت فکری به یکی از مهم‌ترین محورهای اصلی مناسبات تجاری و اقتصادی تبدیل شد. در اهمیت جایگاه قواعد این رشته از حقوق، همین بس که یکی از موافقت‌نامه‌های اصلی سازمان جهانی تجارت<sup>۱</sup> با عنوان موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (تربیس)<sup>۲</sup> به این بحث اختصاص دارد. نظر به اهمیت اقتصادی حقوق مالکیت فکری، قاعده‌سازی<sup>۳</sup> این رشته در سطح بین‌المللی، از مهم‌ترین اولویت‌ها است؛ زیرا اموال فکری یکی از موضوعات اصلی تجارت و قراردادهای تجاری بین‌المللی می‌باشند و به همین دلیل، نیاز اجتناب‌ناپذیری به حرکت به سمت نزدیک‌کردن، یکنواخت‌سازی و همسوسازی قوانین مالکیت فکری کشورها برای تسهیل روابط و مبادلات تجاری احساس می‌شود که با محوریت و موضوعیت اموال فکری انجام می‌شود. تمایل به فراهم‌آوردن بستری مناسب برای توسعه روابط تجاری بین‌المللی و حمایت از بازارهای داخلی در مقابل تجارت متقلبانه،<sup>۴</sup> موجب فشار روزافزون صنایع داخلی کشورها، خصوصاً کشورهای توسعه‌یافته، بر دولت‌هایشان برای توجه به مالکیت فکری در مذاکرات و روابط منطقه‌ای و بین‌المللی شده است؛ طوری که قاعده‌سازی بین‌المللی حقوق مالکیت فکری پیش از بسیاری از دیگر گزاره‌های تأثیرگذار بر زندگی تجاری و اقتصادی بشر آغاز شد و کنواسیون‌های پاریس<sup>۵</sup> در زمینه حمایت از مالکیت صنعتی و برن<sup>۶</sup> در زمینه حمایت از آثار ادبی و هنری به ترتیب در سال‌های ۱۸۸۳ و ۱۸۸۶، یعنی سال‌ها قبل از تدوین موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات)،<sup>۷</sup> تصویب و لازم‌الاجرا شدند.<sup>۸</sup>

1. World Trade Organization (WTO)

2. Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)

3. Standard Setting (Norm Setting)

در این مقاله منظور از قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری در سطح بین‌المللی تدوین قواعد حقوقی حاکم بر مالکیت فکری در سطحی فراتر از مرزهای یک کشور، خواه در قالب معاهدات چندجانبه یا موافقت‌نامه‌های دوجانبه است؛ به نحوی که قواعد داخلی کشورها در این زمینه به هم نزدیک شوند.

4. Counterfeiting Trade

5. Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883).

6. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886).

7. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1948.

8. Cottier, Tomas and Follea, Marina; Global Governance in Intellectual Property Protection: Does The Decision Making Forum Matter?, 2012, P 141.



در این مقاله، درصدد تحلیل ابعاد گوناگون جریان قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری در سطح بین‌المللی هستیم. این ابعاد را می‌توان در قالب چند سؤال تحلیل نمود؛ سؤالاتی از قبیل اینکه قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری در سطح بین‌المللی در گذشته چگونه بوده و در حال حاضر چگونه است؟ این جریان در گذشته از چه خط‌مشی‌هایی تبعیت کرده است و در حال حاضر خط‌مشی آن چیست؟ به عبارت دیگر، علت رفتارهای خاص کنشگران این عرصه، یعنی قاعده‌سازان حقوق مالکیت فکری، در سطح بین‌المللی چه بوده و در حال حاضر چه چیز است؟ در واقع در تلاشیم با یافتن پاسخ این پرسش‌ها جایگاه و موقعیت کنونی این جریان را در عصر حاضر درک کنیم. به تعبیر دیگر، می‌کوشیم با شناسایی الگو و مجاری قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری در گذشته، بینش بهتری نسبت به رفتار بازیگران این عرصه در عصر حاضر داشته باشیم تا کشورمان بتواند در این عرصه به نحو مقتضی نقش‌آفرینی نماید.

هدف نگارندگان از نگارش این مقاله این بوده که خط‌مشی‌ها و رویکردهای کلی قاعده‌سازی مالکیت فکری در سطح کلان را که در بطن تقابل مواضع کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه و در قلمرو حقوق بین‌الملل اقتصادی شکل گرفته بوده است، تحلیل کنند و بدون ورود به جزئیات و مسائل ماهوی و موضوعی، الگوهای قاعده‌سازی<sup>۱</sup> و نقطه‌عطف‌های تاریخی آن که در بطن تغییر بسترهای مذاکراتی<sup>۲</sup> نمود پیدا کرده است، مورد تحلیل قرار گیرد تا مشخص شود در عصر حاضر در چه موضع و موقعیتی هستیم و دید بهتری نسبت به وضع فعلی و آینده این حوزه از حقوق در قلمرو حقوق اقتصادی بین‌المللی داشته باشیم.

ضرورت تحقیق آنجاست که تبیین و ترسیم موقعیت قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری مستلزم شناخت سیر تکامل این حوزه بوده تا بتوانیم با تولید این ادبیات، حتی‌المقدور قدمی در راه مطالعات آینده‌پژوهانه در این حوزه داشته باشیم. مسئله این است که در دو دهه اخیر برخی صاحب‌نظران این گونه ابراز عقیده نموده‌اند که با گسترش موافقت‌نامه‌های دوجانبه و منطقه‌ای فرایند قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری در سطح بین‌المللی از چندجانبه‌گرایی فاصله گرفته و راه برای رسیدن به هدف یکسان‌سازی مقررات حقوق مالکیت فکری دشوار شده است.<sup>۳</sup> حال سؤال

1. Norm setting

2. Forum shifting

3. Lee Y.S, bilateralism under the world trade organization, 26 Nw . J. int & bus, p 371.

این است که آیا واقعاً چنین تفسیر و برداشتی از جریان قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری در دهه‌های بعد از تصویب تریپس صحیح است؟ به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش مستلزم درک و شناختی کامل از سیر تنظیم قواعد مالکیت فکری قبل از تریپس است؛ سیری که بدون شناخت آن نمی‌توان هیچ‌گونه تحلیلی از جریان حاضر و آینده این حوزه ارائه داد. از سوی دیگر، کشور ما در حال حاضر در تکاپوی تقویت روابط بین‌المللی و حتی الحاق به سازمان جهانی تجارت است. بدون شک، به منظور تحقق این اهداف، ورود به مذاکرات دوجانبه و چندجانبه با سایر کشورها (با محوریت موضوعاتی مثل حقوق مالکیت فکری) کاملاً اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. بنابراین شناخت پیچ و خم‌های این جریان بسیار حائز اهمیت است تا بتوان با شناخت، علم و آگاهی کامل و بینش دقیق وارد عمل شد و منافع کشور را به بهترین شکل ممکن صیانت نمود. مطالب این مقاله بر اساس یک سیر تاریخی با محوریت تریپس ارائه خواهد شد. بدین توضیح که با توجه به اهمیت تریپس به عنوان مهم‌ترین و جامع‌ترین موافقت‌نامه چندجانبه‌ای که بر اساس آن قواعد بین‌المللی حقوق مالکیت فکری تدوین شده‌اند، ابتدا باید سیر قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری را قبل از تدوین آن و در واقع جریانی که منتهی به تنظیم این موافقت‌نامه شد، تحلیل کنیم و در گفتار بعدی به تحلیل جریان قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری پس از تدوین آن بپردازیم.

### ۱. سیر قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری قبل از تریپس

سیر قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری قبل از تصویب تریپس را می‌توان به دو دوره زمانی تا آغاز دهه ۱۹۸۰ میلادی و از ابتدای دهه ۱۹۸۰ تا تصویب تریپس تقسیم نمود؛ در ادامه در دو قسمت به تبیین این دو دوره می‌پردازیم.

#### ۱.۱. تا آغاز دهه ۱۹۸۰

سیر قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری تا آغاز دهه ۱۹۸۰ را می‌توان به دو دوره استعمار و استقلال کشورها تقسیم نمود. در ادامه به بررسی هر یک از این دو دوره خواهیم پرداخت.

### ۱.۱.۱. دوره استعمار و استثمار کشورها (تا جنگ جهانی دوم)

به طور کلی سیر پیدایش و تکامل حقوق مالکیت فکری در سطح بین‌المللی را می‌توان به سه مقطع تقسیم نمود؛ مقطع اول به پیدایش مالکیت فکری در قرون وسطا برمی‌گردد؛ دوره‌ای که کشورهای ضعیف هیچ نقشی در آن نداشتند. دوره دوم، دوره گسترش حمایت‌های بین‌المللی از مالکیت فکری است؛ دوره‌ای که هرچند کشورهای درحال توسعه و ضعیف‌تر تا حدودی در آن نقش‌آفرینی می‌کردند، اما عملاً اثرگذاری خاصی در جهت‌دهی جریان‌ها نداشتند. دوره سوم دوره ارتباط مالکیت فکری با تجارت بوده است؛ دوره‌ای که هم‌اکنون در آن قرار داریم و کشورهای درحال توسعه در حال ایفای نقش در آن هستند.<sup>۱</sup> بنابراین می‌توان گفت مؤلفه اصلی قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری تا جنگ جهانی دوم نقش کم‌رنگ کشورهای ضعیف‌تر در این زمینه بوده است. می‌توان بر این عقیده بود که جریان قاعده‌سازی حقوق بین‌الملل مالکیت فکری قبل از جنگ جهانی دوم توسط کشورهای سلطه‌طلب و استعمارگر انجام می‌شد. بدین توضیح که نظر به قدرت هژمونیک این قبیل کشورها، قوانین کشورهای مستعمره<sup>۲</sup> و مستعمره<sup>۳</sup> که غالباً در قاره‌های آفریقا و آسیا قرار داشتند، منطبق با قوانین مالکیت فکری آنها تدوین می‌شد.<sup>۴</sup> برای مثال، قبل از استقلال مالزی، قانون کپی‌رایت این کشور به طور کامل بر اساس قانون کپی‌رایت ۱۹۱۱ انگلستان نوشته شده بود. به همین ترتیب، قانون اختراعات فیلیپین که مستعمره اسپانیا بود تا سال ۱۸۹۸ به طور کامل برگرفته از قانون این کشور استعمارگر و بعد از تسلط آمریکا بر این کشور از سال ۱۸۹۸ منطبق بر قوانین آمریکا بود؛ طوری که اظهارنامه‌های ثبت اختراع برای ارزیابی به آمریکا فرستاده می‌شدند و به طور کامل بر اساس قوانین آن کشور ارزیابی می‌شدند و به ثبت می‌رسیدند. به طور خلاصه، تا سال ۱۹۴۷ که فیلیپین یک قانون مستقل به تصویب

۱. اسدولفرخانلو، مرتضی، «حمایت از حقوق مالکیت فکری در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی»، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۱۳۹۵، ص ۱۷.

2. Colonies

3. Protectorates

4. Dkediji, Ruth L., "The International Relations of Intellectual Property: Narratives of Developing Countries Participation in the Global Intellectual Property System"; *Singapore Journal of International Comparative Law*, 2003, P 323.

رساند، قواعد مالکیت فکری این کشور منطبق با حقوق آمریکا بود. قانون اختراعات ۱۸۵۶ هندوستان نیز به طور کامل برگرفته از قوانین بریتانیا بود.<sup>۱</sup>

قاعداً در شرایطی که کشورهای ضعیف استقلالی نداشتند و به طور کامل تحت تأثیر کشورهای قدرتمند قرار داشتند و حتی قادر نبودند در سطح ملی، با آگاهی، قواعد مناسب حال خودشان را تدوین کنند، نمی‌توانستند نقش خاصی در فرایند قاعده‌سازی این رشته از حقوق در سطح بین‌المللی ایفا نمایند. حتی اگر در فرایند مذاکرات منتهی به معاهدات حاضر می‌شدند، نقش آنها منفعل بود و اثرگذاری خاصی نداشتند. به طور مثال، در سال ۱۸۸۶ کنوانسیون برن با حضور قدرت‌های برتر جهان مثل فرانسه، آلمان، و بریتانیا به تصویب رسید<sup>۲</sup> و در پی آن بسیاری از مستعمراتشان نیز به این کنوانسیون ملحق شدند. این جریان با الحاق دو قدرت استعمارگر دیگر، یعنی پرتغال و هلند، به کنوانسیون شدت گرفت.<sup>۳</sup> در واقع، کشورهای تحت استعمار و استثمار بدون توجه دقیق به نفع یا ضرر خود به قواعد بین‌المللی تدوین شده، پایبند می‌شدند. گذشته از معاهدات برن و پاریس، در اواخر قرن نوزدهم، کشورهای استعمارگر اروپایی معاهدات دوجانبه‌ای را در زمینه توسعه تجارت تدوین نمودند که قواعدی در زمینه مالکیت فکری در آنها وجود داشت. قواعد این قبیل مقررات عملاً به شکل غیرمستقیم کشورهای ضعیف را نیز پایبند نمود.<sup>۴</sup>

به طور خلاصه می‌توان گفت تا جنگ جهانی دوم و در دوران استعمارگری، قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری چه به شکل چندجانبه و چه به شکل دوجانبه توسط تعداد محدودی از کشورهای قدرتمند انجام می‌شد و این قواعد به کشورهای تحت استعمار آنها نیز تسری می‌یافت. در نتیجه، مجالی برای تنش و تعارض منافع دول توسعه‌یافته و در حال توسعه، به نحوی که در فرایند قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری خلل ایجاد نماید، وجود نداشت. به علاوه منافع کشورهای استعمارگر تا حدود زیادی به یکدیگر نزدیک بود و دغدغه‌ها و نگرانی‌های تقریباً

1. Drahose, Peter, "Developing Countries and International Intellectual Property Standard Setting"; *Journal of World Intellectual Property*, Volume 5, Issue 5, 2002, pp 766-767.

۲. اعضای امضاکننده نسخه اولیه کنوانسیون، ۹ کشور بودند: انگلیس، آلمان، فرانسه، بلژیک، ایتالیا، سوئیس، لیبریا، هاییتی و تونس.

3. Drahose, *op cit*, P 768.

4. Fremdling, Rainer and Growth, Groningen; **Historical Precedents of Global Markets**, 1999, P 4.

یکسان و همجنس آنها بستری فراهم آورده بود که مانعی جدی در جریان قاعده‌سازی بین‌المللی حقوق مالکیت فکری وجود نداشته باشد.

### ۱.۱.۲. دوره استقلال کشورها (از جنگ جهانی دوم تا آغاز دهه ۱۹۸۰)

بعد از جنگ جهانی دوم، به تدریج استعمارگری از شکل اولیه خود خارج شد و با پذیرش تفکر تعیین سرنوشت کشورها، کشورهایایی که پیش‌تر تحت استعمار بودند، به تدریج به استقلال رسیدند. بنابراین این کشورهای تازه به استقلال رسیده، وارد عرصه روابط سیاسی و اقتصادی بین‌المللی شدند.<sup>۱</sup> می‌توان گفت از این مقطع زمانی این قبیل کشورها، مثل هند و آفریقای جنوبی خواهان ایفای نقش در جریان قاعده‌سازی مناسبات گوناگون در سطح بین‌المللی شدند.

در زمینه حقوق مالکیت فکری، گام اول کشورهای تازه استقلال یافته، بازبینی نظام حقوق مالکیت فکری خود بود. به طور مثال، بعد از اینکه هند به استقلال رسید، دو کمیته کارشناسی برای ارزیابی نظام حقوق مالکیت فکری این کشور تشکیل شد. آنها به این نتیجه رسیدند که نظام حقوق مالکیت فکری این کشور، خصوصاً در زمینه اختراعات، به هیچ وجه منطبق با مصالح این کشور نیست و در نتیجه، تغییرات اساسی اعمال کردند. از جمله این تغییرات می‌توان به تصویب قانون جدیدی در زمینه اختراعات اشاره کرد که طبق آن امکان ثبت روش‌ها و فرایندهای منتج به دارو وجود داشت، اما امکان ثبت برای خود دارو وجود نداشت. همچنین مدت اعتبار گواهینامه ثبت اختراع برای این نوع اختراعات هفت سال بود؛ در حالی که برای سایر اختراعات چهارده سال بود.<sup>۲</sup> این قانون با اعمال تفاوت بین محصولات دارویی و فرایند تولید آن در قابلیت حمایت و همچنین مدت حمایت متفاوت، منافع ملی هندوستان را بهتر تأمین می‌کرد.

علاوه بر هند، بسیاری از کشورهای دیگر مثل برزیل، مکزیک و آرژانتین نیز مبادرت به اصلاح قوانین مالکیت فکری خود نمودند.<sup>۳</sup> به تدریج پس از اصلاح قوانین ملی، توجه این کشورها به تعهدات بین‌المللی‌شان معطوف شد. در شرایطی که کشورهای توسعه‌یافته در دهه‌های ۱۹۵۰، ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ به این نتیجه رسیده بودند که دیگر استانداردهای حمایتی

1. Dkediji, *op cit*, P 326.

2. Drahose, *cit*, P 767.

3. *Ibid*.

کنوانسیون‌های پاریس و برن پاسخگوی نیازهای آنها نیست و درصدد تقویت این قواعد با اصلاح کنوانسیون‌ها بودند، کشورهای در حال توسعه به شدت به مقابله با این تلاش‌ها برآمدند.<sup>۱</sup> این اوضاع و احوال در شرایطی بود که کشورهای توسعه‌یافته به عنوان تولیدکنندگان اموال و دارایی‌های فکری، به دلیل خلق تکنولوژی‌های جدید و فراهم آمدن بستری مستعدتر برای نقض حقوق خالقان در کشورهای در حال توسعه، بیش از دهه‌های پیش نسبت به استانداردهای پایین حمایت از مالکیت فکری در کشورهای در حال توسعه احساس نگرانی می‌کردند. در واقع ارزش بالای تکنولوژی از یک سو و سادگی روزافزون روش‌ها و شیوه‌های نقض حقوق خالقان اموال فکری به دلیل توسعه روابط و تعاملات تجاری بین‌المللی و همین‌طور توسعه فناوری اطلاعات، مثل رایانه و طرق جدید ارتباطی مثل اینترنت از سویی دیگر، به نگرانی دول توسعه‌یافته دامن زده و نیاز به افزایش سطح استانداردهای حقوق مالکیت فکری در سطح بین‌المللی را بیش از پیش برجسته نموده بود.<sup>۲</sup>

در این وضعیت، در طول دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ تنش‌ها و اختلافات زیادی بین کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه در زمینه قاعده‌سازی و تدوین قواعد حقوق مالکیت فکری در سطح بین‌المللی وجود داشت. در شرایطی که کشورهای توسعه‌یافته با اتکا به قدرت هژمونیک خود قبل از جنگ جهانی دوم، توان انحصاری تدوین قواعد را داشتند، پس از استقلال کشورهای در حال توسعه با چالشی جدی مواجه شدند، طوری که تلاش‌های هر کدام از گروه‌ها توسط گروه دیگر خنثی می‌شد. به طور مثال، در کنفرانس استکهلم ۱۹۶۷ (به منظور اصلاح کنوانسیون برن) کشورهای کمتر توسعه‌یافته نگرانی شدید خود را نسبت به ضرورت دسترسی به دانش و اطلاعات ابراز داشتند و خواهان اصلاحاتی منطبق با نیازها و منافع خود شدند، اما در نهایت پیش‌نویس و پروتکل الحاقی پیشنهادشده به دلیل مخالفت کشورهای توسعه‌یافته به تصویب

1. You, Peter K., "Currents and Crosscurrents in international intellectual property Regime"; *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol38, 2004, P 15; Cheng, Tai-Heng, "Power, Norms, and International Intellectual Property Law"; *Michigan Journal of International Law*, Volume 28, Issue 1, 2012, P 129.

۲. لوفنفلد، اندریاس اف، **حقوق بین‌الملل اقتصادی**، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۱۱۰.

نرسید.<sup>۱</sup> بنابراین، دیگر قاعده‌سازان حقوق مالکیت فکری از لحاظ منافع اقتصادی از یک جنس نبودند و برخلاف گذشته اختلاف‌نظر کشورها و عوامل قاعده‌ساز خیلی ناچیز نبود. در شرایطی که کشورهای توسعه‌یافته به سردمداری آمریکا در دهه‌های ۱۹۵۰، ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ با اتحاد و مخالفت شدید کشورهای در حال توسعه و حتی تلاش آنها برای منطبق نمودن معاهدات موجود با منافع خود مواجه شده بودند و دریافتند که امکان حصول توافق با اصلاح معاهدات پاریس و برن وجود ندارد، تلاش کردند با یک تغییر سطح افقی، مذاکرات را در سطح گات و در مذاکرات دور توکیو پیگیری نمایند. البته در مذاکرات دور توکیو به برخی از مسائل جزئی مربوط به مالکیت فکری، یعنی نقض علائم تجاری و تجارت کالاهای تقلبی پرداخته شد؛ با این حال این مذاکرات نیز نتیجه دلخواه آمریکا و متحدانش را در پی نداشت.<sup>۲</sup>

### ۱.۱.۳. از ابتدای دهه ۱۹۸۰ تا تریس

با ناکامی کشورهای توسعه‌یافته و به خصوص آمریکا در افزایش سطح تعهدات بین‌المللی کشورهای در حال توسعه در حوزه حقوق مالکیت فکری، این کشورها دریافتند فضای مناسبی برای ارتقای استانداردهای مالکیت فکری در سطح بین‌المللی به شکل چندجانبه و در قالب واپیو وجود ندارد. دول توسعه‌یافته به این نتیجه رسیدند که ادامه مذاکرات در سطح واپیو و هر قالب چندجانبه دیگری در آن مقطع با وجود کنفرانس تجارت و توسعه ملل متحد (آنکتاد)<sup>۳</sup> و سازمان آموزشی، علمی و فرهنگی ملل متحد (یونسکو)<sup>۴</sup> و اتحاد کشورهای در حال توسعه به هیچ‌وجه به نتایج مورد انتظار آنها ختم نخواهد شد.<sup>۵</sup> همچنین واپیو توجه زیادی به منافع کشورهای در حال توسعه داشت و این فضا اصلاً مطابق با میل آمریکا و سایر کشورهای توسعه‌یافته نبود.<sup>۶</sup>

۱. بی ژون، تیان، **بازاندیشی در مالکیت فکری: اقتصاد سیاسی حمایت از کپی‌رایت در عصر دیجیتال**، ترجمه سید قاسم زمانی و مناسادات میرزاده، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۲، صص ۵۷-۵۸.

2. Drahose, cit, P 770; Mayne, Ruth, Regionalism, Bilateralism, and TRIPS Plus Agreements: The Threat TO Developing Countries; Human Report Office Report Office Report, 2005, P 1.

3. United Nation Conference on Trade and Development (UNCTAD)

4. United Nation Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)

5. Drahose, op cit, P 770.

6. Sell, Susan K., "Trips Was Never Enough: Vertical Forum Shofting, FTAS, ACTA, and TPP"; *Journal of Intellectual Property Law*, Volume 18, Issue2, 2011, P 450.

این کشورها، به‌خصوص آمریکا، برای خارج شدن از وضعیت موجود، نیاز شدیدی به تغییر سطح مذاکرات احساس کردند. منتها پیش از آن لازم بود درصد شکستن مقاومت کشورهای در حال توسعه برآیند. شاید بتوان شرکت‌های آمریکایی، خصوصاً شرکت‌های دارویی این کشور را مهم‌ترین و مؤثرترین عوامل در این جریان دانست. این شرکت‌ها در شرایطی که می‌خواستند از ظرفیت بازارهای کشورهای در حال توسعه برای محصولات خود استفاده کنند، به دلیل عدم حمایت کافی و مناسب از اموال فکری‌شان در آن کشورها با مشکلات زیادی مواجه بودند.<sup>۱</sup> تمامی اقدامات تجاری آمریکا با مشورت نمایندگی تجاری آمریکا<sup>۲</sup> و یکی از کمیته‌های این نهاد با نام «کمیته مشورتی سیاست و مذاکرات تجاری»<sup>۳</sup> که در سال ۱۹۷۴ بر اساس قانون تجارت آمریکا تشکیل شده بود، انجام می‌شد. این کمیته متشکل از نمایندگان صنایع و شرکت‌های مهم و اثرگذار آمریکا بود و به نوعی خواسته‌ها و نیازهای این شرکت‌ها را به دولت آمریکا منعکس می‌کرد. یکی از کارهای اساسی این نهاد گوشزد کردن نیازهای اساسی صنایع آمریکا برای افزایش سطح استانداردهای مالکیت فکری به دولت بود.<sup>۴</sup>

در این راستا به منظور وادار کردن کشورهای در حال توسعه به افزایش سطح استانداردهای مالکیت فکری، در سال ۱۹۷۴ قانون تجارت آمریکا اصلاح شد؛ بدین توضیح که طبق بخش ۳۰۱ این قانون،<sup>۵</sup> کشورهایی که حمایت مؤثر و مناسب از مالکیت فکری به عمل نمی‌آوردند،

1. Drahose Drahose, Peter, "Bilateralism in Intellectual Property"; Queen Mary, *Journal of World Intellectual Property*, 2001, P 2.

2. U.S Trade Representative (USTR)

3. Advisory Committee for Trade Policy and Negotiations (ACTPN)

این کمیته بر اساس قانون تجارت ۱۹۷۴ آمریکا به عنوان یک کمیته مشورتی برای نمایندگی تجاری آمریکا تأسیس شد. نمایندگی تجاری آمریکا نهادی است که در سال ۱۹۶۲ با عنوان دفتر نمایندگی تجاری مخصوص بنا نهاده شد و در ادامه تغییر نام داد. وظیفه این نهاد که متشکل از کمیته‌های متعدد از جمله کمیته مشورتی سیاست و مذاکرات تجاری است، توصیه سیاست‌های تجاری، منعکس نمودن دغدغه‌ها و نیازهای صنایع آمریکا، تهیه موافقت‌نامه‌های تجاری و ... می‌باشد.

<http://www.businessdictionary.com/definition/Office-of-the-United-States-Trade-Representative.html>

[https://wikispooks.com/wiki/Advisory\\_Committee\\_for\\_Trade\\_Policy\\_and\\_Negotiations](https://wikispooks.com/wiki/Advisory_Committee_for_Trade_Policy_and_Negotiations)

4. Drahose, Peter, "Expanding Intellectual Property Empire: the Role ofulating Institutions Network, FTAs"; *Research School of Social Science*, 2003, P 4.

5. Section 301 of the U.S Trade Act of 1974.

به موجب این مقرر که در آینده با بخش ۱۳۰۳ قانون جامع تجارت و رقابت ۱۹۸۸ تکمیل شد، هر سال نمایندگی تجاری آمریکا باید گزارشی در زمینه کشورهای ناقض حقوق مالکیت فکری به کنگره بدهد. در نتیجه کنگره با—



تحت تحریم‌هایی قرار می‌گرفتند. همچنین این قانون دسترسی به نظام ترجیحی تجارت آمریکا را که منتهی به دسترسی بهتر کشورهای در حال توسعه به بازارهای آمریکا می‌شود، به حمایت مناسب این کشورها از مالکیت فکری منوط نمود. این در شرایطی بود که دسترسی به بازار آمریکا برای بسیاری از کشورهای در حال توسعه، خصوصاً برای ارائه محصولات کشاورزی، بسیار حیاتی محسوب می‌شد.<sup>۱</sup>

در نتیجه اقدامات تک‌جانبه، به تدریج تا حدودی مقاومت کشورهای در حال توسعه متزلزل شد و بستر مناسبی برای تغییر سطح عمودی مذاکرات از چندجانبه که تا آن زمان در واپو و گات انجام می‌شد، به مذاکرات دوجانبه میان آمریکا و کشورهای در حال توسعه فراهم آمد. ضرورت انجام این مذاکرات از سوی کمیته مشورتی مذاکرات تجاری آمریکا به دولت این کشور القا و تزریق شده بود. پس از اقدامات تک‌جانبه، مذاکرات دوجانبه متعددی با کشورهایی مثل استرالیا، بحرین، کلمبیا، لائوس، لیتوانی، مغرب، نیکاراگوئه، عمان، پاناما، پرو، سنگاپور، کره جنوبی و ویتنام انجام شد و به تدریج فضای مناسبی برای بازگشت مذاکرات به سطح چندجانبه فراهم آمد.<sup>۲</sup> تحت تأثیر اقدامات تک‌جانبه آمریکا و مذاکرات دوجانبه در دهه ۱۹۸۰، سرانجام با متزلزل شدن مقاومت دول در حال توسعه، فضا و بستر مناسبی برای مذاکره پیرامون ابعاد گوناگون حقوق مالکیت فکری در سطح چندجانبه فراهم آمد و حقوق مالکیت فکری به یکی از موضوعات اصلی مذاکرات دور اروگوئه بدل شد. با این حال، این بدان معنا نبود که کشورهای توسعه‌یافته بتوانند هر آنچه می‌خواهند به کشورهای در حال توسعه تحمیل کنند؛ زیرا اتحاد ضعیف‌شده دول در حال توسعه ولو با قدرتی محدودتر همچنان در مقابل زیاده‌خواهی‌های کشورهای توسعه‌یافته مقاومت می‌کرد.<sup>۳</sup> در نتیجه، در پایان مذاکرات دور اروگوئه، تریپس به تصویب رسید؛ موافقت‌نامه‌ای که با تعیین حداقل استانداردهای حمایتی، گامی مهم در راستای تحقق اهداف کشورهای توسعه‌یافته محسوب می‌شد. با این حال، تریپس به طور کامل خواسته‌های کشورهای توسعه‌یافته را محقق نکرد.

→ وضع تحریم‌های اقتصادی، کشورهای مورد نظر را مجبور به پذیرش و ارتقای استانداردهای مالکیت فکری می‌نمود (لوفنلد، اندریاس اف، منبع پیشین، ص ۱۱۱).

1. Sell, cit , P 452; Drahose, cit , 2001, P 3.

2. Sell, op cit, P 452.

3. Sell, op cit, P 431.

به طور خلاصه، جریان قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری منتهی به تصویب تریپس را می‌توان این‌گونه تبیین کرد که ابتدا با توجه به تقابل منافع کشورهای توسعه‌یافته، خصوصاً آمریکا و کشورهای در حال توسعه، مجموعه‌ای از اقدامات تک‌جانبه به عنوان اهرم فشار بر کشورهای در حال توسعه که از استانداردهای قابل قبولی برای حمایت از مالکیت فکری تبعیت نمی‌کردند، به کار گرفته شد. پس از این مرحله، کشورهای در حال توسعه برای رهایی از فشارهای تک‌جانبه، به ورود به مذاکرات دوجانبه با محوریت موضوعاتی از جمله مالکیت فکری متقاعد شدند. در ادامه با متقاعد کردن کشورهای در حال توسعه در سطح مذاکرات دوجانبه، به افزایش سطح استانداردهای مالکیت فکری بستر مناسبی برای وارد کردن بحث مالکیت فکری به مذاکرات چندجانبه فراهم آمد. در واقع آمریکا و متحدانش از مجرای مذاکرات دوجانبه به صورت تک به تک کشورهای در حال توسعه طرف مذاکره را متقاعد به افزایش سطح استانداردهای مالکیت فکری و وارد کردن موضوع مالکیت فکری به مذاکرات چندجانبه تجاری نمودند. در نتیجه، می‌توان موافقت‌نامه تریپس را نتیجه سیری از اقدامات تک‌جانبه، دوجانبه و چندجانبه دانست؛ به نحوی که هر کدام از این مراحل مقدمه‌ای برای مرحله بعدی بود.

## ۲. سیر قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری بعد از تریپس

پس از تصویب موافقت‌نامه تریپس، جریان قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری در سطح بین‌المللی مجدداً با تغییر سطح عمودی همراه شد؛ منتها در این مرحله جامعه بین‌المللی علاوه بر مذاکرات دوجانبه، شاهد مذاکرات جمعی نیز بوده است. در این راستا، قواعد و استانداردهای جدیدی در موافقت‌نامه‌های موسوم به فراتریپس<sup>۱</sup> تدوین شدند. این در حالی است که با پیش‌بینی اصل رفتار دولت کامله‌الوداد در ماده ۴ موافقت‌نامه تریپس کشورهای مذاکره‌کننده موافقت‌نامه‌های فراتریپس ملزم به رعایت این قواعد در خصوص تمام اعضای سازمان جهانی تجارت می‌باشند و به تعبیر دیگر، رعایت این قواعد فراتریپسی توسط کشور متعهد، خودبه‌خود در خصوص تمام اعضای سازمان جهانی تجارت الزام‌آور می‌شود؛ به نحوی که به تعبیر برخی نویسندگان، می‌توان گفت با توجه به پیش‌بینی اصل رفتار کامله‌الوداد موافقت‌نامه‌های دوجانبه و

1. TRIPs-Plus Agreements

جمعی می‌توانند اثری همچون معاهدات چندجانبه داشته باشند.<sup>۱</sup> لذا بررسی کارکرد این اصل در جریان قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری ضروری می‌نماید. بنابراین جریان قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری بعد از تریپس را در سه قسمت بررسی می‌کنیم؛ ابتدا به بحث تغییر سطح عمودی مذاکرات از چندجانبه به دوجانبه و جمعی می‌پردازیم. در ادامه، به منظور درک بهتر تحولات انجام‌شده نگاهی سطحی و اجمالی به محتوای موافقت‌نامه‌های فراتریپس خواهیم داشت و در پایان به بررسی جایگاه اصل رفتار دولت کامله‌الوداد در قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری خواهیم پرداخت.

## ۲.۱. تغییر سطح عمودی مذاکرات از چندجانبه به دوجانبه و جمعی

تریپس حداقل استانداردهای حمایتی مالکیت فکری را مقرر نمود. با این حال، هیچ یک از طرفین، یعنی کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه، این موافقت‌نامه را منطبق با ایدئال‌های خود نمی‌دانستند. در حالی که پیش از تدوین این موافقت‌نامه، کشورهای در حال توسعه با آزادی عمل بیشتری، مبادرت به تنظیم و تدوین قوانین مالکیت فکری می‌نمودند، از این پس باید حداقل‌های تریپس را رعایت می‌کردند. به طور مثال، در بسیاری از کشورها برای اختراعات دارویی گواهی‌نامه صادر نمی‌شد، در حالی که بعد از تریپس ملزم به آن شدند.<sup>۲</sup> در این وضعیت کشورهای در حال توسعه این موافقت‌نامه را به نفع کشورهای توسعه‌یافته و به ضرر خود می‌انگاشتند؛ به نحوی که معتقد بودند تریپس در حوزه‌های گوناگون مثل بهداشت عمومی<sup>۳</sup> باعث وابستگی و عدم استقلال کشورهای در حال توسعه خواهد شد و توسعه اقتصادی آنها را با چالش مواجه خواهد نمود.<sup>۴</sup>

۱. جعفرزاده، میرقاسم و مرتضی اسدلو، «واگرایی بعد از همگرایی: تحول بین‌المللی نظام حمایت از حقوق مالکیت فکری بعد از موافقت‌نامه تریپس»، *مجله حقوق تطبیقی*، ج ۱۳، ش ۲، ۱۳۹۶، ص ۱۹۱.

2. Colling, cit, P 769, Lindstrom, Beatrice, Scaling Back TRIPS-Plus: An Analysis of Intellectual Property Provision in Trade Agreements and Implications for Asia and the Pacific (); International Law and Politics, Vol.42:917, 2010, P 946.

۳. البته در مواد ۳۰ و ۳۱ موافقت‌نامه تریپس استثنائاتی بر حقوق اعطایی و امکان استفاده بدون اجازه دارنده حق مطرح شده است. به موجب ماده ۳۰، اعضا می‌توانند با شرایطی استثنائات محدودی را بر حقوق انحصاری اعطا شده مقرر نمایند. همچنین بر اساس ماده ۳۱، صدور لیسانس اجباری پس از تلاش برای مذاکره و متقاعد کردن دارنده گواهی‌نامه به اعطای مجوز با تحقق شرایطی ممکن است و حتی در صورت تحقق وضعیت اضطرار ملی دولت می‌تواند بدون مذاکره مجوز صادر نماید.

4. Public Health

5. Silverman, Mathew E., "The Case for Flexible Intellectual Property Protections in The Transe-Pacific Partnership"; *Journal of Law and Health*, 2014. →

حتی بسیاری از نویسندگانی که طرفدار نظام تجارت آزاد هستند، تریپس را مورد انتقاد قرار می‌دهند و آن را سیاستی نامناسب و مضر به حال کشورهای در حال توسعه می‌دانند. از اثرات منفی اعمال مقررات تریپس می‌توان به انتقال ثروت از مردم کشورهای در حال توسعه به دارندگان حق تألیف و اختراع کشورهای توسعه‌یافته اشاره نمود.<sup>۱</sup>

البته در مواد ۷ و ۸ موافقت‌نامه تریپس به دغدغه‌های کشورهای در حال توسعه پرداخته شده است. به طور مثال، طبق بند ۱ ماده ۸: «اعضا می‌توانند هنگام تصویب یا اصلاح قوانین و مقررات داخلی خود اقدامات لازم برای حمایت از بهداشت و تغذیه عمومی و افزایش توجه عموم به بخش‌های دارای اهمیت حیاتی در توسعه فنی و اجتماعی و اقتصادی خود اتخاذ نمایند، به شرط اینکه این مصوبات مغایر با مقررات موافقت‌نامه حاضر نباشند.»<sup>۲</sup> همچنین طبق ماده ۷: «حمایت از حقوق مالکیت فکری باید در ارتقای سطح نوآوری فناورانه، انتقال و اشاعه فناوری و منافع متقابل تولیدکنندگان دانش فنی سهیم بوده و طوری انجام شود که به رفاه اجتماعی و اقتصادی و توازن میان حقوق و تعهدات منجر شود.»<sup>۳</sup> اما این مقررات به نحوی مبهم تدوین شده‌اند، قابل تفسیرهای متفاوت بوده و از نظر ضمانت‌اجرا ضعیف می‌باشند.<sup>۴</sup> با وجود این، کشورهای در حال توسعه به امید اینکه تریپس سقف تعهدات آنها را در سطح بین‌المللی در زمینه حقوق مالکیت فکری تعیین می‌کند، این موافقت‌نامه را پذیرفتند تا از زیر بار فشار کشورهای توسعه‌یافته، خصوصاً آمریکا، خارج شوند.<sup>۵</sup>

در طرف مقابل، دول توسعه‌یافته به سردمداری آمریکا نیز از وضع موجود رضایت کامل نداشتند. همان‌طور که اشاره شد، با مقاومت کشورهای در حال توسعه، تریپس تنها حداقل‌های حمایت از مالکیت فکری را مقرر نمود و برای اینکه کشورها بتوانند در راستای مصالح اجتماعی خود حرکت کنند، استثنائاتی در این سند در خصوص حقوق مالکیت فکری مقرر شد: استثنائاتی

←P 217, Cottier, Tomas and Follea, Marina;" Global Governance in Intellectual Property Protection: Does The Decision Making Forum Matter?" *WIPO Magazine*, 2012, P 140 .

۱. عامری، فیصل، «جستاری پیرامون تریپس و برخی جنبه‌های اقتصادی آن: با ارجاع خاص به حق اختراع»، *پژوهش حقوق و سیاست*، ش ۲۳، سال نهم، ۱۳۸۶، ص ۱۸۳.

2. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this agreement.

3. The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the protection of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to the balance of rights and obligations.

۴. بی ژون، تیان، منبع پیشین، ص ۶۹؛ عامری، فیصل، منبع پیشین، ص ۱۸۴.

5. Drahose, Peter, "Expanding Intellectual Property Empire: the Role ofulating Institutions Network, FTAs"; *Research School of Social Science*, 2003, P 2.

مثل لیسانس اجباری،<sup>۱</sup> واردات موازی،<sup>۲</sup> استثنائات صدور گواهینامه ثبت اختراع بر اساس بند ۳ ماده ۲۷ تریپس را می‌توان از مهم‌ترین مواردی انگاشت که باعث نارضایتی آمریکا و دیگر دول توسعه‌یافته بود. در اصطلاح به این استثنائات در تریپس انعطاف‌پذیری<sup>۳</sup> می‌گویند. بنا بر این، برخلاف انتظار دول در حال توسعه، فشار آمریکا از طریق اقدامات تک‌جانبه به منظور ارتقای استانداردهای حقوق مالکیت فکری همچنان ادامه پیدا کرد؛ طوری که با وجود اعتراض کشورهای در حال توسعه مثل هند، تایلند و آفریقای جنوبی، آمریکا همچنان از ظرفیت بخش ۳۰۱ قانون تجارت خود برای اعمال فشار بهره می‌برد.<sup>۴</sup> به طور مثال، وقتی دولت تایلند درصدد برآمد تا با لیسانس اجباری به تولید یک دارو در این کشور بپردازد، دولت آمریکا این کشور را به مواجه شدن با تحریم‌های تجاری تهدید کرد.<sup>۵</sup>

در مقابل فشارهای تک‌جانبه، کشورهای در حال توسعه موفق شده بودند تا حد امکان در چارچوب شورای تریپس<sup>۶</sup> در مقابل خواسته‌های آمریکا مقاومت نمایند. این کشورها با فعالیت‌ها و حمایت‌های مستمر برخی سازمان‌های بین‌المللی مثل سازمان ملل متحد،<sup>۷</sup> واپو<sup>۸</sup> و سازمان

1. Compulsory License

2. Parallel Import

3. Flexibility

4. Forman, Lisa and Macnaughton, Gillian, "Moving Theory into Practice: Human Rights Impact Assessment of Intellectual Property Rights in Trade Agreements"; *Journal of Human Rights Practice*, Vol 7, 2015, P 112.

5. Korea, *op cit*, PP 79-80.

6. Colling, *op cit*, P 776.

7. Trips Council

در ساختار سازمان جهانی تجارت سه شورای بخشی وجود دارند: الف) شورای تجارت کالا؛ ب) شورای تجارت خدمات و ج) شورای جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (شورای تریپس). این شوراها که متشکل از تمام اعضای سازمان می‌باشند، مسئول اجرای موافقت‌نامه‌های مربوطه هستند (امیدبخش، اسفندیار؛ **سازمان جهانی تجارت، ساختار، قواعد و موافقت‌نامه‌ها، تهران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۵**، ص ۳۲).

۸. در خصوص سازمان ملل متحد می‌توان به گزارش برنامه توسعه سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۳ اشاره نمود. در این گزارش که سهیم کردن افراد در آثار تجارت جهانی نام دارد، فصلی ویژه به جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری اختصاص داده شده است. این فصل بر محدودیت‌های منبعث از تریپس در مسیر دسترسی به دارو و فناوری تأکید می‌کند و بر مفاهیم معشوش تریپس در خصوص دانش بومی و امنیت غذایی تأکید دارد. بر اساس این گزارش، تریپس باید به گونه‌ای تفسیر شود که میان منافع اشخاص ذی‌نفع حقوق مالکیت فکری و استفاده‌کنندگان اموال فکری تعادل ایجاد نماید. در پایان پیشنهاد می‌دهد که جایگزینی برای تریپس تهیه شود، خواه از مجرای سازمان جهانی تجارت یا خارج از آن (پی ژون، تیان، منبع پیشین، صص ۸۱-۸۲).

۹. در این خصوص می‌توان به برنامه واپو در خصوص توسعه در سال ۲۰۰۴ اشاره کرد. آرژانتین و برزیل در سی‌ویکمین نشست مجمع عمومی واپو در سال ۲۰۰۴ این برنامه را ارائه نمودند. این طرح از سوی ۱۲ کشور دیگر (موسوم به دوستداران توسعه) از جمله ایران مورد حمایت قرار گرفت. این کشورها معتقد بودند واپو باید به نیازهای کشورهای در حال توسعه بیشتر توجه کند و خواستار این بودند که واپو به عنوان یکی از آژانس‌های

جهانی بهداشت<sup>۱</sup> و تشکیل کمپین‌های متعدد تلاش می‌کردند تریپس را با مصالح خود منطبق نمایند.<sup>۲</sup> در پی تلاش‌های دول در حال توسعه در چارچوب شورای تریپس و در راستای پاسخ به نیازهای آنها در سال ۲۰۰۱ اعلامیه<sup>۳</sup> دوحه تنظیم و مورد پذیرش کشورها قرار گرفت. گروه کشورهای آفریقایی<sup>۴</sup> بیشترین تأثیر را در تهیه این اعلامیه داشت. جمعی از کشورهای آفریقایی اسنادی را به شورای تریپس ارائه نمودند و پس از جلسات متعدد در سال ۲۰۰۱ پیش‌نویسی توسط گروه کشورهای آفریقایی ارائه شد. این پیش‌نویس را می‌توان به نوعی تضمین‌کننده حقوق کشورهای در حال توسعه در زمینه بهداشت عمومی و تأکید بر انعطاف‌پذیری‌های تریپس دانست.<sup>۵</sup> به موجب پاراگراف ۴ اعلامیه دوحه، «ما توافق می‌کنیم که موافقت‌نامه تریپس مانع اعضا از انجام اقداماتی جهت حمایت از بهداشت عمومی نمی‌شود و نباید بشود. در حالی که بر تعهد خود بر موافقت‌نامه تریپس تأکید می‌کنیم، تأیید می‌نماییم تریپس به صورتی که حمایت‌کننده حقوق اعضای سازمان جهانی تجارت در زمینه حمایت از بهداشت عمومی و خاصه ارتقای دسترسی به دارو برای همه باشد، تفسیر و اعمال شود.»<sup>۶</sup>

همچنین در این اعلامیه بر مواردی مثل مشروعیت لیسانس اجباری و واردات موازی تأکید شد. به موجب بند (ب) پاراگراف فرعی ۵ این موافقت‌نامه، «هر عضو حق اعطای لیسانس اجباری و تعیین شرایطی که بر اساس آن باید لیسانس اجباری صادر شود را دارد.»<sup>۷</sup> طبق بند (د) آن، «تأثیر مقررات تریپس که مرتبط با بحث زوال حقوق مالکیت فکری هستند، این است که

→ تخصصی سازمان ملل به دنبال اجرای اهداف توسعه سازمان باشد؛ برای مثال انتقال فناوری به کشورهای در حال توسعه را تسهیل نماید (همان، ص ۸۴).

1. World Health Organization (WHO)

2. Sell, *op cit*, P 518.

3. Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, WTO Ministerial Conference, Doha, Adopted on November 2001.

۴. یکی از گروه‌های منطقه‌ای (Regional Groups) در سازمان ملل متحد با ۵۴ عضو از جمله آفریقای جنوبی، مصر، مراکش، نیجریه و ...

[https://en.wikipedia.org/wiki/African\\_Group](https://en.wikipedia.org/wiki/African_Group)

5. Drahose, Peter, "Developing Countries and International Intellectual Property Standard Setting"; *Journal of World Intellectual Property*, Volume 5, Issue 5, 2002, P 2.

6. Paragraph 4 of Doha Declaration: "We agree that the TRIPs Agreement does not and should not prevent members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPs Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO Members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all."

7. Paragraph 5(2) of Doha Declaration: "Each member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which licences are granted."

هر عضو می‌تواند با لحاظ مقررات اصل دولت کامله‌الوداد و رفتار ملی مذکور در مواد ۳ و ۴ نظام مورد نظر خود برای زوال حق را ترتیب دهد.<sup>۱</sup>

پس از تقویت اتحاد کشورهای در حال توسعه در قالب و چارچوب شورای تریپس و پذیرش اعلامیه دوحه و پدید آمدن این باور برای آمریکا و دیگر کشورهای توسعه‌یافته که تلاش‌های آنها در قالب سازمان جهانی تجارت نمی‌تواند ایدئال‌های مورد نظر را فراهم آورد، نیاز به تغییر سطح مذاکرات منتهی به قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری توسط این کشورها احساس شد. در همین راستا، این کشورها که خالقان و صادرکنندگان اموال فکری بودند، سطح مذاکرات را از چندجانبه به دوجانبه پایین آوردند تا بتوانند به تدریج با بهره‌گیری از مزیت چانه‌زنی<sup>۲</sup> خود خواسته‌هایشان را به صورت تک‌به‌تک به کشورهای مورد نظر تحمیل نمایند؛ خواسته‌هایی که سطح آنها از استانداردهای تریپس به مراتب بالاتر بود.<sup>۳</sup>

وضعیت این مقطع زمانی (یعنی ابتدای قرن ۲۱) همانند وضعیت دهه ۱۹۸۰ بود. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، در شرایطی که تلاش آمریکا و متحدانش برای تدوین قواعد بین‌المللی مالکیت فکری با مقاومت کشورهای در حال توسعه مواجه شده بود و از مذاکرات چندجانبه در قالب واپو ناامید بودند، با تغییر عمودی سطح مذاکرات به دوجانبه، بستر مناسبی برای وارد کردن بحث مالکیت فکری به مذاکرات چندجانبه فراهم آوردند. بعد از تدوین تریپس نیز این فرایند به نحوی تکرار شد. همانند دهه ۱۹۸۰، تلاش‌های آمریکا برای افزایش سطح استانداردهای مالکیت فکری در سطح بین‌المللی بعد از تصویب تریپس و در اوایل قرن ۲۱ ادامه یافت. در واقع می‌توان گفت این تغییر سطح مذاکرات همانند دهه ۱۹۸۰ برای شکستن مقاومت و اتحاد دول در حال توسعه انجام شد.<sup>۴</sup> دوجانبه‌گرایی توسعه‌یافته بعد از تریپس را می‌توان به دو حالت و در دو

1. Paragraph 5(d) of Doha Declaration: "The effect of the provision in the TRIPS Agreement that are relevant to the exhaustion of intellectual property rights is to leave each member free to establish its own regime for such exhaustion without challenge, subject to the MFN and national treatment provisions in the article 3 and 4."

2. Bargaining Advantage

3. Lindstrom, *op cit*, P 925.

4. Drahoose, Peter, "Expanding Intellectual Property Empire: the Role ofulating Institutions Network, FTAs"; *Research School of Social Science*, 2003, P 9; Mayne, Ruth, "Regionalism, Bilateralism, and TRIPS Plus Agreements: The Threat to Developing Countries"; *Human Report Office Report Office Report*, 2005, Pp 4-5.

جهت تصور نمود: ۱- ملزم نمودن اعضای تریپس به پذیرش و اعمال استانداردهای وسیع‌تر و بیشتر از تریپس؛ ۲- ملزم نمودن کشورهای در حال توسعه بر عدم استفاده از استثنای تریپس.<sup>۱</sup> همانند دهه ۱۹۸۰ اقدامات و فشارهای تک‌جانبه مقدمه‌ای برای وادار کردن کشورها به ورود به مذاکرات دوجانبه با محوریت موضوعاتی از جمله مالکیت فکری بوده است. به طور مثال، در سال ۲۰۰۲ دولت آمریکا، کره جنوبی را با فشارهای سیاسی و تهدید به فشارهای اقتصادی نسبت به صدور لیسانس اجباری برای دارویی به نام گلیوس<sup>۲</sup> منصرف نمود. همچنین وقتی در سال ۲۰۰۶ دولت تایلند برای یک داروی ضدایدز، لیسانس اجباری صادر نمود، در فهرست تحریم‌های بخش ۳۰۱ قانون تجارت آمریکا قرار گرفت.<sup>۳</sup>

البته در این میان، کشورهای در حال توسعه نیز تلاش‌هایی انجام داده‌اند؛ تلاش‌هایی که بیشتر از جنس حرکت در چهارچوب اسلوب‌های حقوق بشری بوده است. سرآمد این تلاش‌ها را می‌توان تنظیم معاهده مراکش در سال ۲۰۱۳ با هدف وضع استثنائاتی در زمینه کپی رایت به منظور حمایت از معلولان و نابینایان و همین‌طور اصلاح ماده ۳۱ مکرر تریپس با هدف تجویز امکان صدور لیسانس اجباری برای صادرات اشاره نمود. اما این تلاش‌ها به شکل گسترده نبوده و تنها به نحو جزئی در بخش‌های خاص اثرگذار بوده است؛ امری که مشابه آن در دهه‌های میانی قرن گذشته با اصلاح کنوانسیون‌های پاریس و برن انجام شده بود؛ اما همان‌طور که آن تلاش‌ها به نحو جزئی بوده و تحت تأثیر مسائل ژئوپولوتیک آن عصر نتیجه چشمگیری به نفع کشورهای در حال توسعه نداشت، در عصر حاضر نیز حدود اثرگذاری تلاش‌های جاری کشورهای در حال توسعه وابسته به مسائل ژئوپولوتیک متعدد است.

برخلاف دهه ۱۹۸۰، تلاش کشورهای توسعه‌یافته محدود به مذاکرات دوجانبه نماند و در پی مذاکرات جمعی، موافقت‌نامه‌های جمعی نیز در زمینه استانداردهای حقوق مالکیت فکری تدوین شدند. چشمگیرترین تلاش‌ها در این سطح را می‌توان موافقت‌نامه‌های منع تجارت متقلبانه ۲۰۱۱ و فصل ۱۸ پیمان مشارکت اقیانوس آرام ۲۰۱۶ دانست.

1. Drahoose, Peter, "Bilateralism in Intellectual Property" *Queen Mary, Journal of World Intellectual Property*, 2001, P 4.

2. Gleevece

3. Forman and Macnaughton, cit, P 114.



با عنایت به مطالب فوق، برخلاف آنچه از قلم برخی نویسندگان برمی‌آید،<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد نظام بین‌الملل حقوق مالکیت فکری در حال گذار از چندجانبه‌گرایی به دوجانبه‌گرایی نیست؛ زیرا آنچه از مفهوم گذار به ذهن متبادر می‌گردد، تغییر موضع دائمی و تغییر شکل همیشگی است؛ حال آنکه به نظر می‌آید آنچه امروز در عرصه حقوق مالکیت فکری شاهد هستیم، تکرار همان فرایندی است که به تریپس ختم شد. بنابراین عقیده بر امکان ارتقای مجدد سطح مذاکرات از دوجانبه و جمعی به چندجانبه عقیده‌ای گراف نخواهد بود. در واقع رویگردانی از مذاکرات چندجانبه و شفاف در چهارچوب وایپو و مذاکرات چندجانبه کاملاً مسبوق به سابقه است و می‌توان آن را بخشی از چرخه قاعده‌سازی حقوق بین‌الملل مالکیت فکری دانست. قاعدتاً مذاکرات چندجانبه به دلیل تعارض شدید منافع کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه نمی‌تواند کشورهای توسعه‌یافته را به هدف خود برساند؛ از این رو با تمسک به اقدامات تک‌جانبه، ابتدا مقاومت دول در حال توسعه را کمرنگ می‌کنند و پس از آن با آنها بر سر میز مذاکرات دوجانبه می‌نشینند و امتیازات لازم را به دست می‌آورند و قواعد مورد نظر خود را به آنها تحمیل می‌کنند و به تدریج می‌توان انتظار داشت فضا برای ارتقای سطح مذاکرت به سطح چندجانبه در قالب وایپو یا سازمان جهانی تجارت فراهم آید. البته اینکه چه زمانی می‌توان شاهد ارتقای سطح مذاکرات از سطح دوجانبه و جمعی به سطح چندجانبه باشیم، بستگی به عوامل ژئوپولیتیک گوناگونی دارد؛ اما کلیت مسئله این است که این تغییر سطح مذاکرات و رویگردانی از مذاکرات چندجانبه قاعدتاً نمی‌تواند دائمی باشد و دیر یا زود می‌توان شاهد فرایند ارتقای مذاکرات به سطح چندجانبه بود؛ بنابراین نباید فضای حاضر را به مثابه کمرنگ شدن چندجانبه‌گرایی و انتقای اهداف آن دانست، بلکه باید آن را بخشی از سیر تکامل چندجانبه‌گرایی به شمار آورد.

تفاوت عصر حاضر با دوره زمانی منتهی به تریپس در دو امر است: ۱- در آن دوره زمانی مقررۀ عام و جهان‌شمولی مثل تریپس که استانداردهای حمایتی چشمگیری را به کشورهای در حال توسعه و ضعیف‌تر تحمیل کند، وجود نداشته است؛ بنابراین پتانسیل قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری به حد اعلای خود نرسیده بود و جا برای کار و تحمیل مقررات سخت و حقوق مالکیت فکری به کشورهای در حال توسعه بیشتر از عصر حاضر وجود داشت؛ حال آنکه

۱. جعفرزاده، میرقاسم و مرتضی اسدلو، منبع پیشین، ص ۱۷۵.

اکنون با وجود تریپس فضا برای تحمیل مقررات سفت و سخت‌تر بسیار محدود است. به تعبیر دیگر، در دهه‌های منتهی به تریپس، جا برای کار بسیار وسیع بود. اما در عصر حاضر شاهد آن سطح از وسعت نیستیم و قاعدتاً زمان بسیار بیشتری را باید در مرحله دوجانبه‌گرایی و جمعی‌گرایی سپری نماییم تا فضا برای ارتقای سطح مذاکرات به سطح چندجانبه فراهم آید. ۲- در دهه‌های منتهی به تریپس، قاعده‌سازی گزاره‌های اقتصاد سیاسی بین‌المللی بیش از هر چیز بر اساس منویات آمریکا انجام می‌شد؛ اما در عصر حاضر با ظهور و قدرت‌گیری چین و ظهور برخی قدرت‌های دیگر و همچنین کمرنگ‌شدن نسبی قدرت آمریکا شاهد تعارض منافع و بلوک‌بندی‌های مستحکم‌تر هستیم؛ امری که قاعدتاً می‌تواند اسباب صعوبت ارتقای سطح مذاکرات از سطح دوجانبه و جمعی به سطح چندجانبه را فراهم آورد. در مجموع، از نظر نگارندگان این مقاله، در عصر حاضر در یکی از مراحل قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری قرار داریم؛ مرحله‌ای که حد‌اعلای پختگی آن می‌تواند ارتقای سطح قاعده‌سازی از دوجانبه و جمعی به چندجانبه باشد.

## ۲.۲. جایگاه اصل رفتار ملت کامله‌الوداد در قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری بعد از تریپس

همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، برخی نویسندگان عقیده بر عدم همسویی موافقت‌نامه‌های دوجانبه و منطقه‌ای با جهانی‌شدن و چندجانبه‌گرایی دارند. به عقیده آنها، معاهدات دوجانبه و منطقه‌ای مانعی بر سر راه هماهنگ‌سازی حقوق مالکیت فکری است و منجر به تقسیم نظام بین‌المللی مالکیت فکری به جزایر پراکنده و جدا از هم خواهد شد.<sup>۱</sup> اما در قسمت اول این گفتار به تفصیل بیان شد که اساساً این فرایند دوجانبه‌گرایی و جمعی‌گرایی هیچ منافاتی با چندجانبه‌گرایی ندارد و این مقطع زمانی بخشی از چرخه قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری است و مقدمه ورود مجدد به مرحله مذاکرات و توافقات چندجانبه محسوب می‌شود. البته بین مرحله دوجانبه‌گرایی بعد از تریپس و دوجانبه‌گرایی قبل از تریپس، یک تفاوت اساسی وجود دارد و آن تفاوت ریشه در کارکرد اصل رفتار دولت کامله‌الوداد دارد؛ اصلی که در ماده ۴ موافقت‌نامه تریپس

۱. برای مشاهده جزئیات این استدلال‌ها؛ ر.ک جعفرزاده، اسدلو، «واقع‌گرایی بعد از همگرایی: تحول بین‌المللی نظام حمایت از حقوق مالکیت فکری بعد از موافقت‌نامه تریپس»، مجله حقوق تطبیقی، ج ۱۳، ش ۲، ۱۳۹۶.

پیش‌بینی شده است و طبق آن همه اعضای سازمان جهانی تجارت متعهد هستند کلیه امتیازهایی را که به اتباع کشورهای دیگر می‌دهند، به تمام اعضای تریپس اعطا نمایند. به تعبیر دیگر، این امتیازات به طور خودکار به سایر اعضای سازمان جهانی تجارت نیز تسری می‌یابند و در نتیجه، این کشورها طبق ماده ۴ تریپس، متعهدند در روابط خود با اتباع سایر دول این امتیازات و مزایا را لحاظ کنند. به موجب ماده ۴ موافقت‌نامه تریپس: «در رابطه با حمایت از حقوق مالکیت فکری، هر گونه مزایا، منافع، امتیاز یا معافیت که در حوزه حمایت از مالکیت فکری توسط یکی از اعضا به اتباع هر کشور دیگر اعطا شود، فوراً و بدون هیچ قید و شرط به اتباع سایر کشورهای عضو این موافقت‌نامه تسری داده می‌شود. ...»<sup>۱</sup>

به واقع اگر آمریکا، ژاپن یا اتحادیه اروپا امتیازی دریافت کنند، مانند این است که این امتیاز بخشی از تریپس است و همه اعضا از آن بهره می‌برند. در نتیجه، این اصل باعث می‌شود با شیوع و افزایش توافقات دوجانبه و جمعی به تدریج سطح استانداردهای حقوق مالکیت فکری، بدون اینکه توافق چندجانبه جدیدی انجام شود، بالاتر برود.<sup>۲</sup> به تعبیری می‌توان گفت کارکرد اصل ملت کامله‌الوداد در موافقت‌نامه تریپس عملاً ایجاد عرف‌های جدید بین‌المللی در زمینه حمایت از مالکیت فکری است؛ طوری که به تدریج استانداردهای بالاتر جایگزین استانداردهای تریپس می‌شوند.<sup>۳</sup> در واقع شاید بتوان گفت اصل ملت کامله‌الوداد در عصر حاضر تسهیل‌گر افزایش سطح استانداردهای حقوق مالکیت فکری بوده است؛ طوری که تأثیر اقدامات دوجانبه و جمعی را به شدت افزایش می‌دهد. بنابراین دوجانبه‌گرایی و جمعی‌گرایی در عصر حاضر نه تنها مقدمه ورود به مرحله مذاکرات چندجانبه است، بلکه با توجه به کارکرد اصل رفتار کامله‌الوداد، اساساً امکان تحقق واگرایی را منتفی می‌کند؛ زیرا هر امتیازی در این توافقات دوجانبه و جمعی داده می‌شود، گویی به تمام کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت داده شده است؛ در نتیجه وقتی کشورهای در حال توسعه می‌بینند امتیازات اعطاشده به تمام کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت تسری پیدا می‌کند، قاعدتاً مقاومتی برای پذیرش توافقات چندجانبه و بزرگ

1. "With regard to the protection of intellectual property rights, any advantage, favour, privilege or immunity granted by a member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other members. ..."

2. Drahoš, Peter, "Bilateralism in Intellectual Property" *Queen Mary, Journal of World Intellectual Property*, 2001, P 12.

3. Dkediji, *op cit*, P.338.

نخواهند داشت؛ امری که قطعاً می‌تواند باعث شود اسباب تسریع گذر از سطح مذاکرات دوجانبه و جمعی به مذاکرات چندجانبه را فراهم آید. بنابراین همان‌طور که از کلام برخی نویسندگان برمی‌آید،<sup>۱</sup> با توجه به کارکرد اصل رفتار کامله‌الوداد، دوجانبه‌گرایی حاضر عملاً نمی‌تواند منافاتی با اهداف هماهنگ‌سازی مقررات حقوق مالکیت فکری داشته باشد.

خلاصه اینکه سیر قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری بعد از تریپس تقریباً همان سیر و جریان منتهی به تریپس است: ابتدا تلاش‌های چندجانبه کشورهای ذی‌نفع در ارتقای حمایت‌های مالکیت فکری با مانع مواجه می‌شود و از این‌رو، با حربه اقدامات چندجانبه به تغییر سطح عمودی مذاکرات به سطحی که راحت‌تر بتوانند اعمال نفوذ کنند، یعنی سطح دوجانبه، مبادرت می‌نمایند؛ با این تفاوت که پس از تریپس، علاوه بر اقدامات دوجانبه، شاهد اقدامات جمعی نیز هستیم و از سوی دیگر شرط ملت کامله‌الوداد موجب تسهیل فراگیر شدن استانداردهای فراتریپسی در سطح بین‌المللی شده است.

۱. جعفرزاده، اسدلو، منبع پیشین، ص ۱۹۱.

## نتیجه‌گیری

پس از جنگ جهانی دوم و هم‌زمان با استقلال کشورهای مستعمره، قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری با حرکت و سیری پلکانی و از مجرای چرخه‌ای متشکل از اقدامات تک‌جانبه، دوجانبه، جمعی و چندجانبه از سوی کشورهای توسعه‌یافته، خصوصاً آمریکا جهت‌دهی شد. در شرایطی که با استقلال کشورهای مستعمره و تقویت اتحاد کشورهای در حال توسعه، عوامل گوناگون تجاری و اقتصادی مؤثر در قاعده‌سازی از انحصار دول توسعه‌یافته خارج شد و برخلاف گذشته، کشورهای توسعه‌یافته توان تحمیل قاطعانه و یک‌طرفه خواسته‌های خود به کشورهای در حال توسعه را از دست دادند، مذاکرات چندجانبه در قالب وایپو دیگر نتایج مورد نظر آنها را در پی نداشت. در این راستا، با اعمال فشارهای تک‌جانبه کشورهای توسعه‌یافته، سطح مذاکرات طی تغییر عمودی از چندجانبه به مذاکرات دوجانبه تغییر یافت و بستر جدیدی در سطح بین‌المللی به منظور تدوین مقررات و استانداردهای جهانی مالکیت فکری پدید آمد؛ وضعیتی که منتهی به تدوین تریپس گردید. تریپس را می‌توان نتیجه مجموعه‌ای از اقدامات تک‌جانبه، مذاکرات دوجانبه و چندجانبه دانست؛ به نحوی که هر کدام از این مراحل مقدمه و پله‌ای برای مرحله بعد بود. به همین دلیل، سیر قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری در این دوره را سیری پلکانی می‌نامیم؛ سیری که متشکل از چرخه‌ای از اقدامات تک‌جانبه، دوجانبه و چندجانبه بوده و با تکمیل آن، استانداردها و عرف‌های بین‌المللی مالکیت فکری به نحو چشمگیری در قالب تریپس ارتقا یافتند.

بعد از تصویب تریپس مجدداً همان سیر و جریان قاعده‌سازی منتهی به تریپس آغاز شد. در شرایطی که کشورهای توسعه‌یافته استانداردهای حداقلی تریپس را از خواسته‌های خود دور و پایین‌تر می‌دیدند، با تمسک به فشارها و اقدامات تک‌جانبه، بستر را برای تنزل سطح مذاکرات به مذاکرات دوجانبه فراهم آوردند. در دوره زمانی بعد از تریپس، جامعه بین‌المللی علاوه بر مذاکرات دوجانبه، شاهد مذاکرات جمعی نیز بوده است. عملکرد این موافقت‌نامه‌ها در قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری با توجه به اصل رفتار ملت کامله‌الوداد که در ماده ۴ تریپس پیش‌بینی شده، به شدت تقویت می‌شود؛ زیرا کلیه امتیازها و حقوق فراتریپسی اعطایی در این موافقت‌نامه‌ها به تمام اعضای تریپس تسری می‌یابد و در نتیجه با افزایش تعداد این موافقت‌نامه‌ها و متعهدشدن

کشورهای در حال توسعه به استانداردهای فراتریپسی مذکور در این موافقت‌نامه‌ها در مقابل تمام اعضای سازمان جهانی تجارت، به تدریج سطح استانداردهای حقوق مالکیت فکری در عرصه بین‌المللی افزایش می‌یابد. بنابراین به نظر نگارندگان این نوشتار، سیر تاریخی قاعده‌سازی حقوق بین‌الملل مالکیت فکری نشان می‌دهد دوجانبه‌گرایی و جمعی‌گرایی عصر حاضر بیش از آن که اسباب دور شدن از چندجانبه‌گرایی و هماهنگ‌سازی را فراهم آورد، در حال مهیا کردن مقدمات ورود مجدد به آن است؛ امری که جامعه بین‌المللی در سیر قاعده‌سازی منتهی به تریپس نیز شاهد آن بود.

در مقایسه با سیر قاعده‌سازی منتهی به تریپس، بعد از تریپس نیز مرحله اقدامات و فشارهای تک‌جانبه وجود داشته و علاوه بر مذاکرات دوجانبه، شاهد مذاکرات جمعی در قاعده‌سازی و تدوین استانداردهای بین‌المللی حقوق مالکیت فکری هستیم. با این حساب، در دوره زمانی پس از تریپس، تنها مرحله باقیمانده از چرخه قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری، ارتقای مذاکرات به سطح چندجانبه است؛ رخدادی که خصوصاً با توجه به حاکمیت اصل رفتار ملت کامله‌الوداد، در درازمدت قابل پیش‌بینی است. در حال حاضر، وضعیت مناسبات بین‌المللی، بالا رفتن سطح استانداردهای حقوق مالکیت فکری را نشان می‌دهد. ضمن اینکه قاعدتاً در این موافقت‌نامه‌های دوجانبه و جمعی، قرار نیست سطح استانداردهای حمایتی کاهش یابد و در این بسترها یا اساساً سخنی از حقوق مالکیت فکری به میان نمی‌آید که در این حالت اساساً این موافقت‌نامه‌ها تأثیری بر قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری نخواهند داشت یا اگر هم سخنی به میان آید، محدود به حفظ منافع دول توسعه‌یافته و در راستای توسعه حمایت از حقوق مالکیت فکری است؛ بنابراین با عنایت به این که منشأ حرکت قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری ریشه در منافع و مواضع کشورهای توسعه‌یافته دارد، می‌توان انتظار توسعه سطح قاعده‌سازی به سطح چندجانبه را داشت؛ خصوصاً با عنایت به اینکه هم‌اکنون با توجه به دانش‌محور شدن اقتصادهای بزرگ، مسئله حمایت از حقوق مالکیت فکری حتی تبدیل به دغدغه‌ای برای کشورهای پیش‌تر سوسیالیستی گردیده است. با این حال، اینکه چه زمانی شاهد ارتقای مذاکرات به سطح چندجانبه خواهیم بود، بستگی به مسائل ژئوپولوتیک گوناگون دارد.

سخن آخر اینکه لازم است مذاکره‌کنندگان تجاری ایران با آگاهی کامل از چرخه و سیر قاعده‌سازی حقوق مالکیت فکری که عمدتاً در راستای منافع دول توسعه‌یافته و برخلاف مصالح کشورهای در حال توسعه مثل ایران است، وارد جریان مذاکرات شوند و در فرایند الحاق به مقررات مرتبط و پذیرش استانداردهای حمایتی مالکیت فکری، شرایط توسعه‌ای کشور را لحاظ نمایند. هرچند در عمل فرایند این مذاکرات به‌شدت تحت تأثیر روابط و ملاحظات سیاسی و قدرت چانه‌زنی برتر کشورهای توسعه‌یافته قرار دارد؛ به‌گونه‌ای که گاهی چاره‌ای جز پذیرش خواسته‌های آن کشورها نیست. از این رو حضور جدی و اثرگذار کشور در سازمان‌ها و موافقت‌نامه‌هایی با طرفیت کشورهای در حال توسعه توصیه می‌شود. به‌علاوه مشارکت در کمپین‌ها و فعالیت‌های بین‌المللی (که اصولاً در قالب واپیو و سازمان ملل متحد انجام می‌شود) در راستای سنگین کردن کفه ترازو به نفع کشورهای در حال توسعه در زمینه مالکیت فکری قابل تأکید و توصیه به نظر می‌آید.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. امیدبخش، اسفندیار؛ سازمان جهانی تجارت، ساختار، قواعد و موافقتنامه‌ها، تهران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۵.
۲. لوفلد، اندریاس اف، حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
۳. بی ژون، تیان، بازاندیشی در مالکیت فکری: اقتصاد سیاسی حمایت از کپی‌رایت در عصر دیجیتال، ترجمه سید قاسم زمانی و مناسادات میرزاده، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۲.

#### مقاله

۴. عامری، فیصل، «جستاری پیرامون تریپس و برخی جنبه‌های اقتصادی آن: با ارجاع خاص به حق اختراع»، پژوهش حقوق و سیاست، سال نهم، ش ۲۳، ۱۳۸۶.
۵. جعفرزاده، میرقاسم و مرتضی اسدلو، «واگرایی بعد از همگرایی: تحول بین‌المللی نظام حمایت از حقوق مالکیت فکری بعد از موافقت‌نامه تریپس»، مجله حقوق تطبیقی، ج ۱۳، ش ۲، ۱۳۹۶.

#### رساله

۶. اسدلو فراهانلو، مرتضی، «رساله دکتری حمایت از حقوق مالکیت فکری در معاهدات سرمایه گذاری خارجی»، دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۱۳۹۵.

### ب) منابع انگلیسی

#### Articles

7. Agarwal, Pankhuri, "Impact of TPP on International, Regional, and Plurilateral Intellectual Property Norm Setting"; *Journal of Intellectual Property Rights*, 2017, Voll 22, pp 7-15.



8. Cottier, Tomas and Follea, Marina; "Global Governmance in Intellectual Property Protection: Does The Decision Making Forum Matter?" *WIPO Magazine*, 2012.
9. Cheng, Tai-Heng, Power, "Norms, and International Intellectual Property Law"; *Michigan Journal of International Law*, 2012, Volume 28, Issue 1.
10. Colling0-Chase, Charles T., "The Case Against TRIPS-Plus Protection in Developing Countries Facing Aids Epidemics"; *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.22, Issue 3, 2014, pp763-802.
11. Corea, Carelose M., "Bilateralism in International Property: Defeating the WTO System for Access to Medicine"; *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2004, Volume 36, issue1.
12. Corea, Carlos M.; "Implication of Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health", *World Health Organization*, 2002.
13. Dkediji, Ruth L., "The International Relations of Intellectual Property: Narratives of Developing Countries Participation in the Global Intellectual Property System"; *Singapore Journal of International Comparative Law*, 2003, pp315-383.
14. Drahose, Peter, "Bilateralism in Intellectual Property" *Queen Mary, Journal of World Intellectual Property*, 2001.
15. Drahose, Peter, "Developing Countries and International Intellectual Property Standard Setting"; *Journal of World Intellectual Property*, Volume 5, Issue 5, 2002, pp765-789.
16. Drahose, Peter, "Expanding Intellectual Property Empire: the Role ofulating Institutions Network, FTAs"; *Research School of Social Sciense*, 2003.
17. Geiger, Christophe, "Weakiening Multilateralism in Intellectual Property Lawmaking: A European Perspective on ACTA"; *WIPO Mgazine*, 2012, Issue 2.
18. Fremdling, Rainer and Growth, Groningen; "Historical Precedents of Global Markets", 1999.
19. Forman, Lisa and Macnaughton, Gillian, "Moving Theory into Practice: Human Rights Impact AssNT'LL. rEissment of Intellectual Property Rights in Trade Agreements"; *Journal of Human Rights Practice*, 2015, Vol 7.

20. Flynn, Sean M., Brook, Baker, Kamiskio, Margot and Koo, Jimmy, "The US Proposal for an Intellectual Property Chapter in Transpacific Partnership Agreement"; *M.U. I, journal*, 2012.
21. Lindstorm, Beatrice, Scaling Back TRIPS-Plus: "An Analysis of Intellectual Property Provision in Trade Agreements and Implications for Asia and the Pacific"; *International Law and Politics*, 2010, Vol 42 , p 917.
22. Mayne, Ruth, "Regionalism, Bilateralism, and TRIPS Plus Agreements: The Threat TO Developing Countries"; *Human Report Office Report Office Report*, 2005.
23. Nakatomi, Michitaka, "Plurilateral Agreements: A Viable Alternative to the World Trade Organization?"; *Asian Development Bank Institute*, 2013.
24. You, Peter K., "Currents and Crosscurrents in international intellectual property Regime"; *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2004, vol 38.
25. Sell, Susan K., "Trips Was Never Enough: Vertical Forum Shofting, FTAS, ACTA, and TPP"; *Journal of Intellectual Property Law*, 2011, Volume 18, Issue 2.
26. Silverman, Mathew E., "The Case for Flexible Intellectual Property Protections in The Transe-Pacific Partnership"; *Journal of Law and Health*, 2014.

## **The Process of Rule Making in International Intellectual Property Law (A Cycle of Unilateral, Bilateral, Collective and Multilateral Actions)**

**Mohammad Hadi MIR SHAMSI** (Assistant Professor of Law, Allameh Tabataba'i University)

**Amir NAZERI** (PhD Student of Oil and Gas Law, University of Tehran)

### **Abstract**

International intellectual property rules are made over time and through confrontation and interaction between developed and developing countries in the form of bilateral and multilateral treaties. After Second World War and with the beginning of the independence movement of developing and less developed countries, the intellectual property rule making has been done through a cycle consist of unilateral, bilateral, collective and multilateral actions. This is a staircase process: Each of these actions is a prelude for the next step and developed countries, through unilateral economic pressures, at first forced developing countries to participate in intellectual property based bilateral negotiations, and then persuaded them to accept TRIPs. Afterwards due to developed countries dissatisfaction regarding TRIPs standards and by imposing unilateral pressure on developing countries, they committed to TRIPs-plus rules and standards in bilateral and collective commercial negotiations. Although some believe that after TRIPs, intellectual property rule making process may lead to multilateral measurements impediments, but considering the most favored nation treatment principle function, it is expected that with increase in the number of bilateral and collective agreements, TRIPs-plus standards will become an important part of international intellectual property. Therefore required provisions for raising the level of negotiations to multilateral negotiations in the forum of World Trade Organization or World Intellectual Property Organization and finally creating new TRIPs will be provided. In this situation and in order to protect the interests of the country in the best way, it is necessary for Iranian commercial negotiators to participate intellectual property negotiations intelligently and awared of the Country's development level and developed countries' goals.

### **Keywords:**

TRIPs Agreement, TRIPs-Plus Agreements, Unilateral Actions, Bilateral Negotiations, Collective Negotiations, Multilateral Negotiations, Most Favored Nation Treatment Principle



## جایگاه و کاربرد اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق

مجتبی قاسمی\*

یاس علیاری\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۱۷

### چکیده

حقوق یک نظام رفتاری است که به دنبال شکل دادن به رفتار انسان است. اقتصاد رفتاری، ترکیبی از اقتصاد و روان‌شناسی شناختی است که یافته‌های آن حاکی از آن است که به طور کلی انتخاب افراد در شرایط تصمیم‌گیری مختلف، ممکن است از آنچه اقتصاد سنتی نئوکلاسیک پیش‌بینی می‌کند، فاصله بگیرد و دچار سوگیری‌های روان‌شناختی مختلف بشود.

این مقاله، در تلاش است به روش کتابخانه‌ای، از طریق آشنایی با چرایی اقتصاد رفتاری و جایگاه آن در تحلیل اقتصادی حقوق، به کاربردها و چالش‌های اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق بپردازد و با توجه بیشتر به بینش‌های مربوط به رفتار واقعی انسان، چشم‌انداز گسترده‌ای از چگونگی بهبود تحلیل اقتصادی حقوق ارائه دهد.

اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق مدعی است از آنجا که به رفتار واقعی مردم توجه دارد، نتایج واقعی‌تر و راه‌حل‌های مناسب‌تری را نیز ارائه می‌کند و می‌تواند به عنوان ابزاری قدرتمند در دست حقوق‌دانان، قانون‌گذاران، قضات، سیاست‌گذاران و سایر دست‌اندرکاران، در راستای تنظیم رفتار مردم به کار گرفته شود و همراه با حکمرانی خوب، جامعه را به خیر جمعی نزدیک‌تر نماید. در مقابل، منتقدان آن با به چالش کشیدن روش‌شناسی این شاخه علمی، در خصوص کاربرد آن در سیاست‌گذاری حقوقی ابراز تردید جدی کرده‌اند.

### کلیدواژگان:

اقتصاد رفتاری، تحلیل اقتصادی حقوق، عقلانیت محدود، رفتار عقلانی.

\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

mojtaba\_ghasemi@sbu.ac.ir

\*\* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

alyari.yas@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

«حقوق یک نظام رفتاری است»<sup>۱</sup> که با استفاده از تنظیم‌گری و ایجاد انگیزه به دنبال شکل دادن به رفتار انسان است. هدف قوانین، تغییر رفتارهاست. ممکن است قوانین به دنبال افزایش یا کاهش سطح و دامنه فعالیت‌های مختلف باشند؛ مانند داشتن اسلحه، مرخصی در کار برای مراقبت از یک عضو بیمار خانواده، آلایندگی، استخدام یک نامزد شغلی از گروه‌های اقلیتی و... . قوانین ممکن است قصد داشته باشند که افراد یا مؤسسات، یک فعالیت را جایگزین دیگری کنند؛ مانند خرید نوشابه رژیمی به جای شکردار، استفاده از تنباکو به جای سیگار کشیدن، استفاده از انرژی خورشیدی به جای منابع فسیلی. قوانین می‌توانند به طور مستقیم به اهداف خود برسند، به وسیله تنبیه و پاداش یا به طور غیرمستقیم از طریق تغییر نگرش نسبت به رفتارهایی مشخص که روش‌های غیرمستقیم معمولاً کارا تر نیز هستند.

طی سه دهه اخیر، اقتصاد رفتاری به یک نیروی جایگزین در اقتصاد کاربردی از جمله در تحلیل اقتصادی حقوق تبدیل شده است. در قلب اقتصاد رفتاری، مفهوم «عقلانیت محدود»<sup>۲</sup> قرار دارد. عقلانیت محدود نشان می‌دهد که انسان با محدودیت‌های قابل توجهی در دانش و توانایی تصمیم‌گیری روبه‌رو است. اقتصاد رفتاری نشان می‌دهد که افراد غالباً خودخواه نیستند و بیش از حد خوشبین‌اند؛ اینکه افراد دارای اراده محدود و خودکنترلی محدود هستند و اینکه به طور محدودی عقلانی تصمیم می‌گیرند؛ به این معنا که آنها قدرت پردازش اطلاعات محدودی دارند و اغلب به میانبرهای ذهنی<sup>۳</sup> و حساب‌های سرانگشتی<sup>۴</sup> اعتماد می‌کنند. درک این نوع رفتارهای انسانی پیامدهای گسترده‌ای را برای تحلیل حقوق در زمینه‌هایی از جمله حفاظت از محیط زیست، مالیات و انطباق مالیاتی، قانون اساسی، رفتار انتخاباتی، مجازات‌ها و جبران

1. Ulen, Thomas S., The Importance of Behavioral Law, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014, p. 93.

2. Bounded Rationality

3. Heuristics

میانبرهای ذهنی، یکی از مباحث مطرح در روان‌شناسی اجتماعی بوده و به معنای راه‌حل‌های کوتاه‌تر و ساده‌تر برای انجام رفتار در زمانی است که شرایط انجام رفتار عاقلانه وجود ندارد.

4. Rule of Thumb

یک قاعده سرانگشتی یا حساب سرانگشتی اصل، قانون، یا قاعده‌ای است که به صورت تجربی، در مقیاس نسبتاً وسیعی صحیح یا قابل اعتماد است، اما لزوماً درستی آن در همه موارد ممکن اثبات نشده است.

خسارات، مذاکرات و اعتصابات کارگری و امور مالی شرکت‌ها به همراه دارد. تحلیل اقتصادی حقوق، بینش‌های جدید بسیاری در این زمینه‌ها و پیشنهادهایی برای اصلاح قانون ارائه می‌دهد. اقتصاد رفتاری مدعی است که با آگاهی بهتر از رفتار انسان، می‌توان تأثیرات عملی حقوق را با دقت بالاتری پیش‌بینی کرد، بررسی کرد که چگونه حقوق در واقع می‌تواند اهداف جامعه را ارتقا بخشد و سؤال‌های مربوط به غایت حقوق را دوباره ارزیابی نماید.

صاحب‌نظران تحلیل اقتصادی حقوق نیز بر اهمیت کاربرد اقتصاد رفتاری در حقوق صحنه گذاشته‌اند. از جمله یولن بر این باور است که «حقوق رفتاری یکی از مهم‌ترین تحولات - و احتمالاً مهم‌ترین - در دستاوردهای حقوقی دوره مدرن است».<sup>۱</sup> گروهی دیگر از اقتصاددانان مطرح در زمینه تحلیل اقتصادی حقوق در آمریکا نیز اقتصاد رفتاری را یکی از مهم‌ترین تحولات اقتصاد طی دهه‌های اخیر قلمداد کرده‌اند.<sup>۲</sup> این شاخه، اقتصاد و روان‌شناسی را با هم ترکیب می‌کند تا شواهد و مدارکی را ارائه نماید که نشان می‌دهد در تعدادی از موقعیت‌های تصمیم‌گیری، رفتار انتخابی فردی از پیش‌بینی اقتصاد نئوکلاسیک جدا می‌شود.<sup>۳</sup> اقتصاد رفتاری با گنجاندن شواهد تجربی رو به رشد بر سوگیری‌ها<sup>۴</sup> و سردرگمی‌هایی که اغلب بر رفتار انسان تأثیر می‌گذارد، به دنبال اصلاح حقوق و علم اقتصاد سنتی است. به طور طبیعی، این رویکرد توانایی بالقوه‌ای برای بهبود قدرت پیش‌بینی‌گری تحلیل اقتصادی حقوق دارد و موفقیت اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق در سال‌های اخیر، این امید را به بار آورده است.

بنابراین، ضروری است تا با به‌کارگیری ظرفیت‌های بالقوه اقتصاد رفتاری برای بهبود تحلیل اقتصادی حقوق در زمینه‌های مختلف حقوقی پرداخته شود تا انطباق بیشتری بین نیازهای افراد جامعه، قوانین و رفتارهای مخاطبان قانون در عالم واقع برقرار گردد.

1. *Ibid.* p 120.

2. Wright, Joshua D. and Douglas H. Ginsburg, "Behavioral Law and Economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty", *Northwestern University Law Review*, Vol 106, No 3, 2012, p 1034.

3. Mullainathan, Sendhil and Richard H. Thaler, "Behavioral Economics", National Bureau of Economic Research Working Paper Series, Working Paper 7948, 2000, pp. 2-5, available at: <http://www.nber.org/papers/w7948>.

4. Biases

در ایران، تا به حال، نقش «اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق» بررسی نشده است، بنابراین پیشینه مطالعاتی‌ای از آن، حداقل به صورت رسمی، موجود نیست. البته لازم به ذکر است که «اقتصاد رفتاری» به تنهایی و حتی ارتباط آن با سایر حوزه‌ها از جمله سیاست‌گذاری، مورد بررسی قرار گرفته، اما پژوهشی در مورد نقش آن به طور مشخص در تحلیل اقتصادی حقوق، تاکنون صورت نپذیرفته است.

در مقابل، در سایر کشورها، این موضوع از آنجا که اهمیت فراوانی دارد، به کرات در قالب‌های متفاوتی مورد توجه و بررسی قرار گرفته است. ارتباط اقتصاد رفتاری به طور خاص با شاخه‌ای از حقوق، نگاه به گذشته و آینده اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، انتقاد از کلی‌گویی‌های اقتصاد رفتاری در حقوق و احساس نیاز به وارد کردن علوم اجتماعی در این حوزه، تأکید بر مفاهیم روان‌شناسی و تکرار رفتار در اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، کاستی‌های اقتصاد نئوکلاسیک در حقوق از نگاه اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، از جمله موضوعات مرتبطی است که مورد مطالعه قرار گرفته‌اند.

در این مقاله، ابتدا به چستی اقتصاد رفتاری و جایگاه آن در تحلیل اقتصادی حقوق و سپس به کاربردها و چالش‌های اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق اشاره می‌شود.

## ۱. اقتصاد رفتاری و جایگاه آن در تحلیل اقتصادی حقوق

در این قسمت ابتدا برای آشنایی مخاطبین چستی اقتصاد رفتاری مورد بحث قرار می‌گیرد و پس از آن به جایگاه آن در تحلیل اقتصادی حقوق اشاره خواهد شد.

### ۱.۱. چستی اقتصاد رفتاری

اقتصاد رفتاری<sup>۱</sup> ترکیبی از روان‌شناسی و اقتصاد است که به بررسی آنچه که در بازارها اتفاق می‌افتد، می‌پردازد؛ بازارهایی که در آنها کنشگران اقتصادی<sup>۲</sup> (خانوار، بنگاه‌ها و دولت)، محدودیت‌ها<sup>۳</sup> و پیچیدگی‌های<sup>۴</sup> انسانی در خصوص تجزیه و تحلیل داده‌ها و در نهایت تصمیم‌گیری را نشان می‌دهند. در دهه‌های گذشته، اقتصاد رفتاری علم اقتصاد را به شدت متحول

1. Behavioral Economics  
2. Agents  
3. Limitations  
4. Complications



ساخته است. اقتصاد رفتاری حقایق را آشکار می‌سازد؛ اینکه انسان‌ها گاهی اشتباه می‌کنند، مراقب یکدیگرند و برخلاف آنچه اقتصاددانان به‌طور مرسوم پنداشته‌اند، همیشه حسابگر و منفعت‌طلب<sup>۱</sup> نیستند. این نتایج نگاه را به رفتار اقتصادی انسان‌ها به کلی تغییر داده است. مدل اقتصادی استاندارد رفتار انسان (حداقل) سه ویژگی به دور از واقعیت را شامل می‌شود: عقلانیت نامحدود،<sup>۲</sup> قدرت اراده نامحدود<sup>۳</sup> و خودخواهی نامحدود<sup>۴</sup>. اقتصاد رفتاری به آزمون مدل استاندارد اقتصادی بر روی انسان‌ها می‌پردازد تا ببیند این مدل چه زمانی کار می‌کند و چه زمانی قادر به عمل نیست. همچنین این پرسش را مطرح می‌سازد که آیا مدل متعارف باید به کلی زیوررو شود یا آنکه با اندکی تعدیل، انطباق بهتری با واقعیت خواهد یافت.<sup>۵</sup>

در یک بازار کارا وقتی عقلانیت، دانش مشترک<sup>۶</sup> است، عملاً هیچ مبادله‌ای نباید وجود داشته باشد، اما در بازارهای واقعی، روزانه صدها میلیون سهام معامله می‌شود، سرمایه‌گذاران منفرد<sup>۷</sup> مبادلات زیادی می‌کنند و هزینه معاملات را نیز متحمل می‌شوند. انسان‌های واقعی حتی وقتی می‌دانند چه چیزی بهتر است، بعضی اوقات به دلایل ناشی از ضعف خودکنترلی<sup>۸</sup> به انتخاب آن موفق نمی‌شوند. بیشتر ما در بعضی از زمان‌ها زیاد غذا می‌خوریم، خیلی خرج می‌کنیم، به ورزش افراطی می‌پردازیم، بیش از حد پس‌انداز می‌نماییم یا خیلی کم کار می‌کنیم. طبیعت انسان چنین است. برخلاف مدل اقتصادی، مردم غالباً اقدامات غیرخودخواهانه انجام می‌دهند؛ برخی، سالانه

1. Self-interested

2. Unbounded Rationality

این مفهوم ناظر بر آن است که انسان دارای توانایی کاملی برای تجزیه و تحلیل داده‌ها و در نهایت تصمیم‌گیری به نحوی است که همواره بهترین گزینه را انتخاب خواهد کرد.

3. Unbounded Willpower

براساس این مفهوم، انسان از اراده کافی برای کنترل رفتارهای مختلف خود برخوردار است که مهم‌ترین نتیجه آن خودکنترلی است.

4. Unbounded Selfishness

براساس این مفهوم، انسان تنها دغدغه رفاه خود را دارد و تصمیمات وی حول این نکته اتخاذ می‌شود.

5. Ibid.

۶. کارترایت، ادوارد، **اقتصاد رفتاری**، ترجمه قهرمان عبدلی و سیدحسین میرشجاعیان حسینی، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۶، ص ۲۳.

7. Common Knowledge

8. Individual Investors

9. Self-controlling

بخشی از درآمد خود را به خیریه‌ها اختصاص می‌دهند، عده‌ای مشغول به کار داوطلبانه و رایگان می‌شوند.<sup>۱</sup>

همگی این گزاره‌ها بیانگر آن است که بنا به آموزه‌های اقتصاد رفتاری، انسان همیشه طبق مدل استاندارد اقتصادی غالب عمل نمی‌کند؛ به عبارت دیگر، برخلاف مدل استاندارد اقتصادی، در دنیای واقعی، بیشتر با انسانی همراه با عقلانیت محدود، قدرت اراده محدود و منفعت‌طلبی محدود روبه‌رو هستیم.

## ۱.۲. جایگاه اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق

«اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق»، یک زمینه پژوهش در «حقوق و اقتصاد» است که از روش‌های وام‌گرفته شده از «اقتصاد رفتاری» استفاده می‌کند<sup>۲</sup> و هدف آن، پیشبرد رویکردی نسبت به تحلیل اقتصادی حقوق است که با درک دقیق‌تری از انتخاب و رفتار انسان روبه‌روست.<sup>۳</sup>

اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق زمینه‌ای جدید است که اولین بار توسط کاس سانستین<sup>۴</sup> معرفی و به کار گرفته شده<sup>۵</sup> و اخیراً تقریباً در تمام زمینه‌های حقوق مورد استفاده قرار گرفته و نتایج تحقیقاتی جالب و گاه برانگیزنده‌ای<sup>۶</sup> ایجاد کرده است.<sup>۷</sup> اقتصاد رفتاری این امکان را فراهم می‌کند تا با استفاده از ابزارهای سنتی تحلیل اقتصادی حقوق، رفتارهای مربوط به حقوق را مدل‌سازی و پیش‌بینی کنیم؛ اما همراه با مفروضات دقیق‌تر درباره رفتار انسان و پیش‌بینی‌ها و در نتیجه تجویزهای دقیق‌تر در مورد حقوق.<sup>۸</sup>

معرفی تحلیل رفتاری نه تنها تأثیر عمیقی در تحلیل اقتصادی حقوق داشته است، بلکه جنبش رفتاری یکی از مهم‌ترین تحولات در پژوهش‌ها و رشته‌های تحصیلی دیگر در دو دهه اخیر نیز

1. Mullainathan and Thaler, *Op. Cit.* pp 6, 7.

2. Ko, Haksoo, "Behavioral Law and Economics", *Encyclopedia of Law and Economics, Springer Science and Business Media New York*, 2014, p 1.

3. Jolls, Christine, Cass. R, Sunstein, and Richard Thaler, "A Behavioural Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1998, p 1473.

4. Cass R. Sunstein

5. Sheffrin, Steven M., "Behavioral Law and Economics Is Not Just a Refinement of Law and Economics", *OEconomia – History | Methodology | Philosophy*, 7(3), 2017, p 333.

6. Provocative

7. Ko, *Op. Cit.* p 1.

8. Jolls, Sunstein and Thaler, *Op. Cit.* p 1474.

بوده است. تا حدود زیادی می‌توان گفت، به همان شکلی که استدلال اقتصادی در دهه ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ به یک شکل استاندارد از تجزیه و تحلیل حقوقی تبدیل شد، تحلیل رفتاری نیز به یک شکل استاندارد برای تجزیه و تحلیل در چند دهه گذشته تبدیل شده است. بینش‌های رفتاری تأثیر عملی بیشتری در تحلیل حقوقی نسبت به سایر حوزه‌های تحلیل اقتصادی دارند؛ زیرا حقوق دانان معمولاً به سیاست‌گذاری در دنیای واقعی علاقه‌مندند که باید ویژگی‌های رفتاری واقعی افراد را در نظر گرفت.<sup>۱</sup>

وظیفه اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، به بیان ساده، کشف پیامدهای واقعی (نه فرضی) انسان برای حقوق است. برای کشف این پیامدها باید به تفاوت رفتار انسان اقتصادی مرسوم و انسان واقعی در سه مورد ذکرشده، یعنی عقلانیت محدود، قدرت اراده محدود و منفعت‌طلبی محدود، توجه داشت. هرچند که این سه محدودیت، توصیف کاملی از رفتار انسان با تمام پیچیدگی‌های آن نیست، هدف این است که طرحی کلی ارائه گردد تا رویکردی نسبت به اشتباهات قابل پیش‌بینی در رفتار انسان‌ها در زمینه حقوق ترسیم شود و این آگاهی فراهم شود که هم‌زمان با صحیح بودن طیف وسیعی از پیش‌بینی‌ها، باید انتظار پیش‌بینی‌های غلط را نیز داشت.<sup>۲</sup>

## ۲. کاربردها و چالش‌های اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق

در این قسمت، ابتدا مواردی از کاربرد اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق ارائه می‌شود و پس از آن چالش‌هایی که این جریان علمی به‌طور عام در تحلیل اقتصادی و به‌طور خاص در تحلیل اقتصادی حقوق با آن‌ها روبه‌رو است، بیان خواهند شد.

### ۲.۱. کاربردها

در این مبحث، به جایگاه و کاربرد اقتصاد رفتاری در شاخه‌های مختلف حقوق اشاره می‌شود؛ مباحث بسیار گسترده‌اند و پرداختن به هریک از این شاخه‌ها، خود به‌تنهایی بررسی مستقلی را می‌طلبد. از این‌رو سعی شده است به نکات مهم و مثال‌های مربوط به حوزه‌های حقوقی که نقش اقتصاد رفتاری در تحلیل آن‌ها به‌طور نسبی پررنگ‌تر بوده است، به‌طور خلاصه اشاره شود.

1. Zamir, Eyal, and Doron Teichman, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014, p xi.

2. Jolls, Sunstein and Thaler, *Op. Cit.* pp 1476, 1480.

### ۲.۱.۱. حقوق اموال و مالکیت<sup>۱</sup>

پیشینه رفتاری در مورد حقوق مالکیت را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد که تا حدودی با دو دوره زمانی متفاوت مطابقت دارند؛ یک دسته شامل مطالعاتی (عمدتاً قدیمی‌تر) است که تحقیقات آزمایشی مستقلی انجام نداده، بلکه متکی بر نتایج کلی پیشینه گسترده روان‌شناختی است. در این دسته، محققان از یافته‌ها و نظریه‌های زمینه‌های غیرحقوقی برای تحلیل موضوعات حقوقی استفاده کرده‌اند؛ این استفاده‌ها، نه براساس آزمایش مستقیم یک موضوع مربوط به حقوق مالکیت، بلکه مبتنی بر استدلال با عقل سلیم (قضاوت عقلانی)<sup>۲</sup> و تمثیل منطقی<sup>۳</sup> بود. در مقابل، در دسته دوم یا دوره مطالعات رفتاری حقوق مالکیت، تلاش شد تا تحقیقات تجربی آشکار، مستقیم و متناسب با موضوعات حقوقی صورت بگیرد. در این دسته، محققان یا آزمایش‌های مستقلی را طراحی کرده یا متکی به مطالعاتی بوده‌اند که به‌طور مستقیم مباحث حقوقی را بررسی می‌کنند.<sup>۴</sup>

به‌عنوان مثال، در حوزه اموال و مالکیت، می‌توان مطرح نمود که آیا بازتوزیع باید فقط از طریق مالیات و پرداخت‌های انتقالی مربوط به حقوق عمومی حاصل شود یا همچنین از طریق قوانین حقوق خصوصی نیز این امر امکان‌پذیر است؟<sup>۵</sup> محققان تحلیل اقتصادی حقوق ادعا کرده‌اند که قوانین حقوق خصوصی را نباید برای بازتوزیع استفاده کرد؛ زیرا آنها از مالیات و جایگزین‌های انتقالی، هزینه بیشتر و کارایی کمتری دارند. در واقع، هنگامی که قوانین حقوق خصوصی، درآمد را به نفع فقرا توزیع می‌کنند، انگیزه‌های کار افراد را دقیقاً به همان اندازه نظام مالیاتی می‌کاهند. مردم به همان روشی که به افزایش نرخ مالیاتی حاشیه‌ای<sup>۶</sup> پاسخ می‌دهند، به

1. Property Law

2. Common-sense Reasoning

عقل سلیم یا قضاوت عقلانی یعنی توانایی فهمیدن و قضاوت کردن درباره موضوعات و اشیاء به‌صورتی که تقریباً بیشتر انسان‌ها با درک و فهم متعارف، به‌طور منطقی آن را انجام می‌دهند.

3. Analogy

تمثیل، یکی از اقسام استدلال منطقی است و عبارت است از سرایت دادن حکم یک امر به امر دیگر به دلیل وجود نوعی از مشابهت میان آنها.

4. Lewinsohn-Zamir, Daphna, Behavioral Law and Economics of Property Law: Achievements and Challenges, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014, p 378.

۵. در فرایند بازتوزیع، بخشی از درآمد یا ثروت دهک‌های بالای درآمدی از طریق مالیات از آنها گرفته شده و در قالب پرداخت‌های انتقالی (بلاعوض) به دهک‌های پایین درآمدی منتقل می‌شود.

6. Marginal Tax Rate→

قوانین حقوق خصوصی بازتوزیع نیز پاسخ می‌دهند و در نتیجه ممکن است اوقات فراغت را بر کار ترجیح دهند. با این حال، قوانین حقوق خصوصی یک ناکارایی اضافی را ایجاد می‌کنند؛ چراکه این قوانین ابتدائاً به منظور تنظیم رفتار (تغییر مثبت) وضع شده‌اند، اما موجب تحریف (تغییر منفی) همان رفتار می‌شوند. به عنوان مثال، نرخ مالیاتی حاشیه‌ای ۳۰ درصد به همراه یک قانون مسئولیت مدنی ناکارا که منجر به بازتوزیع ۱ درصد درآمد ثروتمندان به فقیران می‌شود، انگیزه‌های کار را به همان میزان نرخ مالیاتی حاشیه‌ای ۳۱ درصد می‌کاهد. با این حال، نظام اول مستلزم هزینه‌های اضافی در مورد ثروتمندان است که اقدامات احتیاطی زیادی را انجام می‌دهند و از فعالیت‌های کار خودداری می‌کنند. علاوه بر این، قوانین حقوقی نسبت به مالیات و نقل و انتقالات کارایی کمتری دارند، یعنی آنها به مقدار ناچیزی به نتایج توزیع مطلوب دست می‌یابند. این امر به این دلیل است که در شرایط قراردادی (برخلاف شرایطی که چانه‌زنی غیرعملی است مانند مالیات) بازار غالباً به گونه‌ای پاسخ می‌دهد که کاملاً یا جزئاً بازتوزیع را خنثی می‌نماید. در مقابل دیدگاه محققان تحلیل اقتصادی حقوق، مطالعات رفتاری، بازتوزیع از طریق قوانین حقوق خصوصی را تقویت می‌کنند. به عنوان مثال، یافته‌های جولز<sup>۱</sup> حاکی از آن است که افراد غالباً به‌طور غیرواقعی خوش‌بین هستند و احتمال وقایع منفی را دست‌کم می‌گیرند (سوگیری بیش‌خوش‌بینی<sup>۲</sup> و سوگیری دست‌کم‌گیری<sup>۳</sup>). مالیات یک واقعه قطعی است، در حالی که واقعه‌ای که باعث اعمال بازتوزیع از طریق قوانین مسئولیت مدنی می‌شود - از جمله درگیر شدن در یک تصادف رانندگی - یک امر غیرقطعی است. اگر متهمان بالقوه (ثروتمندان) خطر مورد دوم را دست‌کم بگیرند، آنها هزینه‌های آن را کمتر از واقع درک می‌کنند و در نتیجه، یک قانون مسئولیت مدنی بازتوزیع، انگیزه‌های کاری آنها را کمتر از همان میزان مالیات برای درآمد دولت، می‌کاهد.<sup>۴</sup>

→ نرخ مالیاتی حاشیه‌ای (نرخ مؤثر مالیاتی) عبارت است از نرخ واحد که بر اساس آن، از فعالیت مشمول مالیات، مالیات اخذ می‌شود و از تقسیم مالیات بخش موردنظر بر پایه درآمد آن بخش حاصل می‌گردد و با افزایش درآمد، افزایش می‌یابد.

1. Christine Jolls

2. Overoptimism Bias

این سوگیری شناختی باعث می‌شود باور کنیم که ما کمتر در معرض اتفاقات بد قرار داریم و بیشتر از چیزی که دنیای واقعی به ما ارائه می‌دهد، مستعد به دست آوردن موفقیت هستیم.

3. Underestimation Bias

به کمتر تخمین زدن احتمالات و دست‌کم گرفتن رویدادها اشاره دارد.

4. *Ibid.* pp 395, 396.

## ۲.۱.۲. حقوق مسئولیت مدنی<sup>۱</sup>

مطالعات رفتاری از اهمیت ویژه‌ای برای تجزیه و تحلیل نظام حقوق مسئولیت مدنی برخوردار است. باوجود نوپا بودن تحلیل رفتاری از این نظام حقوقی، یافته‌های آن درحال حاضر هم دادگاه و هم مفسران را تحت تأثیر قرار داده است. تنوع و استحکام سوگیری‌هایی که بر ارزیابی احتمالات افراد تأثیر می‌گذارد، دلیل دیگری در اهمیت اقتصاد رفتاری برای حقوق مسئولیت مدنی است.<sup>۲</sup>

به‌عنوان نمونه، دو سوگیری مرتبط در تخمین احتمالات و تعیین تقصیر، که ممکن است بر انتخاب بین قوانین مسئولیت تأثیر بگذارد، سوگیری واپس‌نگری<sup>۳</sup> و سوگیری نتیجه‌نگری<sup>۴</sup> است. سوگیری واپس‌نگری، کشف شده توسط فیشوف،<sup>۵</sup> ارزیابی پسینی<sup>۶</sup> افراد از احتمال وقوع یک رویداد و پیش‌بینی‌پذیری پیشینی<sup>۷</sup> آن را با توجه به اینکه این رویداد قبلاً اتفاق افتاده است، جهت می‌دهد. در این نوع سوگیری افراد پس از وقوع حادثه خود را متقاعد می‌کنند که از قبل می‌دانسته‌اند این حادثه رخ خواهد داد (مثلاً در مورد تصادفات رانندگی) و این امر ممکن است پیش‌بینی‌های آنها از وقوع حوادث را تحت تأثیر قرار دهد. حال، لحاظ چنین سوگیری‌ای در ارزیابی قاضی و هیئت منصفه می‌تواند به صدور احکام بیشتری علیه خوانده منجر شود. در سوگیری نتیجه‌نگری، افراد مبنای تصمیمات خود را بر مبنای نتایج گرفته‌شده در گذشته قرار می‌دهند؛ بدون آنکه به شرایط وقوع آن نتیجه توجه کنند و وزن بسیار بیشتری به نتیجه می‌دهند. در این حالت نیز قاضی و هیئت منصفه ممکن است در تصمیمات خود وزن بیشتری بر نتیجه (که همان وقوع حادثه است) بدهند تا شرایطی که منجر به بروز آن حادثه شده است.<sup>۸</sup>

1. Tort Law

2. Halbersberg, Yoed, and Ehud Guttel, Behavioral Economics and Tort Law, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014, p 405.

3. Hindsight Bias

پس از هر رویداد اشخاص به نادرستی تصور می‌کنند که با توجه به شواهد و مدارک، این رویداد قابل پیش‌بینی بوده است.

4. Outcome Bias

ارزیابی درستی یک تصمیم صرفاً براساس نتیجه نهایی آن و نه بر اساس دلایل و فرایندهای تصمیم‌گیری.

5. Baruch Fischhoff

6. Ex-post

7. Ex-ante

8. *Ibid.* pp 410, 411.

### ۲.۱.۳. حقوق قراردادهای<sup>۱</sup>

در خصوص حقوق قراردادهای، پژوهشگران اقتصاد رفتاری مدعی‌اند که حقوق و اقتصاد شیکاگویی، یک نظام نسبتاً بسته و غالباً غیرواقعی است که بر پیش‌بینی‌های نادرست مانند نظریهٔ اختیارات در قراردادهای<sup>۲</sup> و نظریهٔ نقض کارا<sup>۳</sup> و بر قضایایی که ادعا می‌کنند قابل اجرا در جهان هستند، اما نبوده‌اند، مانند بازیگر عقلانی، استوار است. در مقابل، روان‌شناسی رفتاری، حقوق قراردادهای را به واقعیت باز می‌کند و قوانین بسیاری از حقوق قراردادهای را که حقوق و اقتصاد شیکاگویی نمی‌تواند توضیح دهد، روشن می‌سازد.<sup>۴</sup>

دو مورد از اصول اساسی حقوق و اقتصاد شیکاگویی، نظریهٔ اختیارات در قراردادهای و نظریهٔ نقض کارا است. به باور پژوهشگران رفتاری هم نظریهٔ اختیارات در قراردادهای و هم نظریهٔ نقض کارا خلاف تجربه و شهود است. به این آزمایش ساده فکر کنید: فرض کنید یک فروشنده و یک خریدار توافقی را انجام داده‌اند که براساس آن فروشنده موافقت می‌کند کالایی را به خریدار بفروشد. هنگامی که طرفین درصد انعقاد قرارداد کتبی هستند، فروشنده می‌گوید، «من باید صادقانه به شما بگویم که اگرچه من قصد فعلی برای نقض این قرارداد را ندارم، اما قصد فعلی برای اجرا نیز ندارم. اگر پیشنهاد بهتری حاصل شود، من آن را می‌پذیرم و به شما خسارات ناشی از انتظار<sup>۵</sup> را می‌پردازم. درحقیقت، من بلافاصله بعد از امضای این قرارداد به‌طور فعال به دنبال پیشنهاد بهتر خواهم گشت. حتی مقرره‌ای برای به رسمیت شناختن این کار بگذاریم. پاسخ احتمالی خریدار چه خواهد بود؟ طبق نظریهٔ اختیارات در قراردادهای و نظریهٔ نقض کارا، خریدار می‌گوید: «حتماً، من دیگر انتظاری ندارم.» با این حال، در عالم واقعیت، خریداران از چنین اظهاراتی شوکه می‌شوند و تعجب می‌کنند؛ از معامله صرف‌نظر می‌نمایند یا بر مقرره‌ای در قرارداد اصرار می‌ورزند که صریحاً بیان دارد که فروشنده قصد فعلی برای اجرای قرارداد دارد و هرگونه سود ناشی از نقض قرارداد و فروش مجدد به خریدار تعلق می‌گیرد یا درخواست مبلغی در ازای

1. Contract Law

2. Option Theory of Contracts

3. Theory of Efficient Breach

4. Eisenberg, Melvin A., Behavioral Economics and Contract Law, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014, p 462.

5. Expected Damages

فروش مجدد می‌کنند.<sup>۱</sup> هرچند به باور نگارندگان، قدری در بیان این مسئله توسط پژوهشگران رفتاری اغراق شده است. در دنیای واقعی، ممکن است به دلیل حدوث شرایطی، انجام دادن قرارداد برای متعهد به صرفه نباشد و وی تصمیم بگیرد که به جای آن خسارات ناشی از انتظار را به طور کامل به متعهدله بپردازد. این امر که وی در حین اجرای قرارداد به طور فعال دنبال گزینه‌های بهتری باشد (که خود فرایندی هزینه‌بر نیز هست)، به نظر می‌رسد دور از واقعیت باشد.

#### ۲.۱.۴. حقوق کیفری<sup>۲</sup>

تحلیل رفتاری حقوق کیفری از روش‌های علوم اجتماعی (اقتصاد رفتاری، روان‌شناسی و حتی جامعه‌شناسی) برای کشف تأثیر هنجارهای حقوق کیفری بر مجرمان، قضات، هیأت‌منصفه و سایر تصمیم‌گیرندگان، برای تعیین نوع و اندازهٔ بهینهٔ مجازات‌های جنایی و شناسایی بهینهٔ نظام اجرایی و ادله اثبات دعوا، استفاده می‌کند. تحلیل رفتاری حقوق کیفری غالباً با استفاده از یافته‌های علوم اجتماعی در مورد ماهیت باور افراد و ترجیحات آنها، یافته‌های ابزارهای سنتی اقتصادی را مورد خطاب، انتقاد یا تکمیل قرار می‌دهد. از آنجا که مجرمان، قربانیان جرم، قضات و سایر عوامل ذی‌ربط، باور مربوط به احتمالات کشف<sup>۳</sup> و محکومیت<sup>۴</sup> را تشکیل می‌دهند، و آن باورها بر تمایل<sup>۵</sup> به ارتکاب جرم تأثیر می‌گذارند، سیاست اجرای قانون،<sup>۶</sup> حقوق ادله<sup>۷</sup> و آیین دادرسی،<sup>۸</sup> درک اثرات حقوق کیفری به اندازهٔ دکتربین اساسی خود حقوق کیفری مهم هستند. از این رو، هر دو رویکرد اقتصادی و رفتاری برای تجزیه و تحلیل حقوق کیفری، تمایزات دکتربین سنتی بین حقوق کیفری، آیین دادرسی کیفری و ادله و سیاست اجرای قانون را به چالش می‌کشند.<sup>۹</sup>

به‌عنوان مثال، دانشمندان رفتاری بررسی می‌کنند که کدام‌یک از مؤلفه‌های مجازات‌های کیفری، بازدارندگی بیشتری دارند: احتمال کشف و محکومیت (قطعیت) یا میزان مجازات (شدت). به‌طور خاص، آنها معتقدند که اگرچه هم افزایش مجازات و هم افزایش احتمال کشف،

1. *Ibid.* pp 458, 459.

2. Criminal Law

3. Detection

4. Conviction

5. Propensity

6. Enforcement Policy

7. Evidence Law

8. Procedural Law

9. Harel, Alon, Behavioral Analysis of Criminal Law: A Survey, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014, p 568.



بر رفتارهای مجرمانه تأثیر می‌گذارند، لزوماً نباید تأثیرات مشابهی داشته باشند. پدیده‌های رفتاری‌ای وجود دارند که از این ادعا حمایت می‌کنند که در صورت خطر دوست بودن افراد، قطعیت باید اثرات بیشتری از شدت داشته باشد. آنها بیشتر با مجازات‌های کم و احتمال زیاد کشف بازداشته می‌شوند تا مجازات‌های شدید با احتمال کم کشف. افزایش میزان مجازات از یک سال به دو سال حبس، اثرات بازدارنده<sup>۱</sup> این مجازات را مضاعف نمی‌کند؛ زیرا یک پدیده روان‌شناختی به نام تنزیل آینده<sup>۲</sup> وجود دارد. شخص «الف» را که انتظار دارد فردا به دندانپزشک برود و یک درمان دردناک داشته باشد با شخص «ب» مقایسه کنید که انتظار دارد ماه آینده به دندانپزشک برود. شخص «الف» مضطرب است و شب‌ها با تصور و پیش‌بینی درد از خواب بیدار می‌شود، درحالی که شخص «ب» در این مرحله، اضطراب ندارد. افراد تمایل دارند اهمیت رویدادهای آینده دور را تنزیل کنند. از این رو می‌توان این نتیجه را گرفت که سال دوم حبس (که ناگزیر پس از پایان سال اول آغاز می‌شود) اثر بازدارندگی کمتری نسبت به سال اول (که بلافاصله پس از محکومیت شروع می‌شود) دارد. به این ترتیب، مدت حبس یک‌ساله با احتمال کشف دو درصد، اثر بازدارندگی بیشتری نسبت به دو سال حبس با احتمال کشف یک درصد دارد.<sup>۳</sup>

#### ۲.۱.۵. حقوق بیمه<sup>۴</sup>

پژوهشگرانی همچون هوارد کانروتر<sup>۵</sup> پیش‌بینی‌های نظریه استاندارد اقتصادی در مورد رفتار مصرف‌کننده در بازار بیمه را به چالش کشیده‌اند. برخی از انواع بیمه، با وجود ارزش بالایی که دارند و اینکه طبق نظریه استاندارد انتخاب عقلانی انتظار می‌رود تقاضا برای آنها زیاد باشد، در واقعیت مصرف‌کنندگان زیادی ندارند؛ مانند بیمه در برابر فجایع بزرگ اما نادر (زلزله‌ها، سیل‌ها) و بیمه‌های مستمری عمر<sup>۶</sup> در عین حال، مصرف‌کنندگان بیش از حد متقاضی انواع دیگری از

1. Deterrent Effects

2. Discounting Future

3. Zamir, Eyal, and Doron Teichman, *Behavioral Law and Economics*, Oxford University Press, 2018, pp 576, 577.

4. Insurance Law

5. Howard Kunreuther

6. Annuities

بیمه‌ها هستند که بنا به نظریه استاندارد انتخاب عقلانی، اصلاً نباید آنها را بخواهند، مثل وارانتهی برای محصولات مصرفی.<sup>۱</sup>

به‌عنوان مثال، به‌خاطر برخی سوگیری‌ها از جمله، تنزیل شدید،<sup>۲</sup> سوگیری بیش‌خوش‌بینی، زیان‌گریزی،<sup>۳</sup> خرافات، میان‌بر اکتشافی دسترس‌پذیری،<sup>۴</sup> پیشیمانی‌گریزی،<sup>۵</sup> دنباله‌روی کردن،<sup>۶</sup> فرااطمینانی<sup>۷</sup> و توهم کنترل،<sup>۸</sup> مردم تمایل بیشتری برای بیمه‌کردن اشیای ارزشمند عاطفی نسبت به سایر اشیای با ارزش مالی برابر دارند و همچنین برای بیمه‌های که مربوط به از دست دادن یک شیء ارزشمند است، بیشتر تلاش می‌کنند؛ برای مردم، بیمه در برابر «رویدادهای نامگذاری شده (معین)» (مانند بیمه پرواز) گاهی جذاب‌تر است از یک بیمه عمومی<sup>۹</sup> که حتی ارزش بیشتری دارد؛ مردم یک بیمه عینی با ارزش در برابر حوادث با احتمال کم و با شدت بالا را خریداری نمی‌کنند و در نهایت احتمالاً بعد از وقوع یک فاجعه، به دنبال خرید بیمه حوادث می‌روند، حتی هنگامی که (به اشتباه) معتقدند که این فاجعه، احتمال وقوع فاجعه بعدی را کاهش داده است.

#### ۲.۱.۶. حقوق رقابت<sup>۱۰</sup>

نفوذ اقتصاد رفتاری در حقوق رقابت دیرتر از سایر شاخه‌های حقوق آغاز شد. شواهد تجربی نشان می‌دهد که علاوه بر مصرف‌کنندگان، بنگاه‌ها نیز تحت سوگیری شناختی قرار دارند. ارتباط

1. Baker, Tom, and Peter Siegelman, Behavioral Economics and Insurance Law, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014, p 497.

2. Excessive Discounting

3. Loss Aversion

4. Availability Heuristic

یک میان‌بر ذهنی است که در ارزیابی مفاهیم یا تصمیم‌ها و بر آنچه که سریعاً به خاطر آورده می‌شود، تکیه می‌کند.

5. Regret Aversion

6. Herding

7. Overconfidence Bias

شخص پس از تنها چند بار موفقیت، ناخودآگاه کاملاً به توانایی‌های خود مطمئن می‌شود.

8. Control Illusion

نوعی سوگیری و خطای ادراکی است که در آن شخص کنترل یا تأثیر خود را بر رویدادها بیشتر از آنچه واقعاً هست، تصور می‌کند.

9. General Insurance

10. Competition (Antitrust) Law

اقتصاد رفتاری با حقوق رقابت را از طریق مثال‌های توافقات عمودی<sup>۱</sup>، بازارهای پسینی<sup>۲</sup>، باهم‌فروشی<sup>۳</sup>، قیمت‌گذاری تهاجمی<sup>۴</sup> و کنترل ادغام<sup>۵</sup> می‌توان بررسی نمود. در زمینه توافقات عمودی، تحقیقات رفتاری نشان داده است که تولیدکنندگان از تثبیت قیمت بافروش<sup>۶</sup> بسیار بیشتر از آنچه که از نظر کارایی قابل توضیح است، استفاده می‌کنند. میان‌برهای ذهنی مختلف، مانند اثر لنگر انداختن<sup>۷</sup> که در اینجا لنگر قیمت‌های بافروش تثبیت شده است، باعث می‌شود بنگاه‌های خرده‌فروشی<sup>۸</sup> (مانند اصناف در ایران) زیان ناشی از کاهش قیمت<sup>۹</sup> (از قیمت‌های تثبیتی که برای آنها نقش لنگر را بازی می‌کند) را اغراق کنند. دلال‌ها یا رسانه‌ها نیز با دراماتیک کردن کاهش قیمت موردی، منجر به سوگیری دسترس‌پذیری و سوگیری نمایندگی<sup>۱۰</sup> می‌شوند. با توجه به زیان‌گریزی و رفتار منصفانه (به‌ویژه عدم پذیرش سواری مجانی)<sup>۱۱</sup>، زیان کاهش قیمت، بیش از حد تخمین زده می‌شود. در زمینه بازارهای پسینی، به‌عنوان مثال، دو مورد سوگیری دست‌کم‌گیری را می‌توان مشاهده نمود: اول، مصرف‌کنندگان به‌طور نظام‌مند دست‌کم می‌گیرند که در آینده به چه میزان نیاز به محصولات ثانویه<sup>۱۲</sup> دارند؛ دوم، آنها در معرض سوءبرداشت قیمت هستند، به‌نحوی که سطح قیمت محصولات ثانویه را دست‌کم می‌گیرند. در باهم‌فروشی، مشتریان موظف‌اند کالای اضافی یا عملکردی را همراه با کالاهایی که اساساً مایل به خرید آن هستند، خریداری کنند. در این زمینه می‌توان به سوگیری به وضع موجود<sup>۱۳</sup> و اثر پیش‌فرض<sup>۱۴</sup> اشاره داشت. افراد معمولاً به گزینه پیش‌فرض تن می‌دهند و

1. Vertical Agreements
2. Aftermarkets
3. Tying and Bundling
4. Predatory Pricing
5. Merger Control
6. Resale Price Maintenance (RPM)
7. Anchoring Effect

تمایل انسان به ملاک قرار دادن اولین اطلاعات دریافت شده و سنجش و ارزیابی اطلاعات بعدی با آن.

8. Retailers
9. Price-cutting
10. Representative Bias

یک سوگیری شناختی است که تحت آن، سرمایه‌گذار در شرایط عدم اطمینان تمایل دارد عملکرد گذشته شرکت را نماینده عملکرد آینده آن قرار دهد و براساس آن سهام شرکت را قیمت‌گذاری کند.

11. Free riding
12. Secondary Products
13. Status Quo Bias

یک سوگیری ذهنی است که تمایل به حفظ وضع موجود را در فرد ایجاد می‌کند.

14. Default Effect→

کالای موردنظرشان را به همراه کالای اضافی خریداری می‌کنند یا برنامه اضافی را به همراه برنامه موردنظرشان، دانلود می‌کنند. در زمینه قیمت‌گذاری تهاجمی، اگر بازیگران تحت سوگیری فرااطمینانی باشند، ممکن است کاملاً درگیر اقدامات تهاجمی شوند؛ حتی اگر ارزش انتظاری آن منفی باشد. با توجه به سوگیری دسترس‌پذیری، رقبا پایدار بودن کمپین‌های کم‌هزینه را بیش از حد تخمین می‌زنند؛ زیرا خود در گذشته تحت تأثیر استراتژی‌های تهاجمی بوده‌اند. در زمینه ادغام، سابقه دارد که مدیران بیش از حد به خود مطمئن، به دلیل یک ادغام، به‌طور نظام‌مند کارایی را بیش از حد تخمین بزنند و بنابراین - برخلاف خرد متعارف - اکثر ادغام‌ها ممکن است تقویت‌کننده رقابت نباشند. از طرف دیگر، سوگیری فرااطمینانی، در صورت اعمال بر بنگاه‌ها، ممکن است در راستای رقابت‌پذیری قوی‌تر کار کند.<sup>۱</sup>

#### ۲.۱.۷. حقوق محیط‌زیست<sup>۲</sup>

در سال‌های اخیر، شاهد نفوذ اقتصاد رفتاری در حقوق محیط‌زیست نیز بوده‌ایم. هنگام ارزیابی یک خطر (از جمله خطرات محیط‌زیستی)، افراد بر میزان پررنگ بودن حوادث در ذهن خود اتکا می‌کنند. رویدادهای آشنا، گاهی اوقات نسبت به رویدادهای نادر، فقط به دلیل اینکه تعداد آنها بیشتر است، از لحاظ شناختی دسترس‌پذیرتر هستند؛ همچنین برجستگی یا وضوح و زنده بودن نسبی (نزدیک‌تر بودن زمان وقوع) نقش مهمی در دسترس‌پذیری ایفا می‌کنند. اگر در گذشته نزدیک، سیل‌هایی رخ داده باشد، افرادی که در دشت‌های سیل‌خیز زندگی می‌کنند، احتمالاً بیشتر متقاضی خرید بیمه هستند؛ اما با کم شدن خاطرات زنده (فاصله گرفتن از زمان وقوع)، تقاضا برای بیمه به تدریج کاهش می‌یابد.<sup>۳</sup> درک عمومی از خطر همچنین ممکن است تحت تأثیر غفلت احتمالی قرار گیرد. همان‌طور که تحقیقات رفتاری نشان داده است، حتی اگر وقوع حادثه‌ای بسیار غیرممکن باشد، افراد ممکن است به سمت بدترین سناریوها سوق پیدا کنند

→ با توجه به اطلاعات محدود و محدودیت‌های مغز برای پردازش اطلاعات، گزینه‌های پیش‌فرض این باور را برای افراد ایجاد می‌کنند که چون این گزینه‌ها توسط کارشناسان تنظیم شده‌اند، بنابراین بهترین انتخاب هستند.

1. Heinemann, Andreas, Behavioral Antitrust: A More Realistic Approach to Competition Law, In: Mathis, K., **European Perspectives on Behavioral Law and Economics**, Switzerland: Springer International Publishing, 2015, pp 220-228.

2. Environmental Law

3. Kuenzler, Adrian, and Douglas A. Kysar, Environmental Law, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014, p 753.

و از اقدامات پرهزینه برای محافظت در برابر آنها حمایت کنند، اما خطرات مرتبط را نادیده بگیرند. بنابراین، غالباً افراد ممکن است برای جلوگیری از پیامدهای با احتمال کم، در صورت ترس یا احساس خطر، هزینه بسیار بالایی را متحمل شوند. تنظیم‌گران نیز ممکن است خود دچار این حس ترس و تخمین زدن بیش از حد احتمالات شوند و به دنبال آن سیاست‌های پرهزینه را برای تنظیم‌گری به کار گیرند.

### ۲.۱.۸. حقوق بین‌الملل عمومی<sup>۱</sup>

گسترش تحلیل اقتصادی استاندارد به حقوق بین‌الملل عمومی یک تحول نسبتاً اخیر است و کاربرد بینش‌های رفتاری نیز در این حوزه در مراحل ابتدایی خود به سر می‌برد. به‌عنوان مثال، یکی از کمک‌های بینش‌های رفتاری به حقوق بین‌الملل مربوط به اهمیت قابل توجهی است که بین انتخاب<sup>۲</sup> و عدم انتخاب<sup>۳</sup> در معاهدات چندجانبه،<sup>۴</sup> به دلیل اثر قدرتمند پیش‌فرض، وجود دارد. ژان گالبرایت<sup>۵</sup> مجموعه داده‌ای از بیش از ۳۰۰ معاهده چندجانبه را بررسی کرده است که در آن کشورهای تصویب‌کننده می‌توانند انتخاب کنند که آیا اختلافات ناشی از این معاهده توسط دیوان بین‌المللی دادگستری<sup>۶</sup> رسیدگی شود یا خیر. معاهدات در چارچوب‌بندی<sup>۷</sup> این انتخاب، متفاوت بودند. برخی از آنها رسیدگی به دعوا را در صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری قرار دادند، درحالی که به‌طور ضمنی به کشورها اجازه داده شد در مورد مقررات مربوطه حق رزرو اعمال کنند؛ در برخی دیگر از معاهدات صریحاً به کشورها اجازه عدم انتخاب صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری داده شد و در دسته آخر معاهدات، کشورها ملزم بودند تا صریحاً صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری را انتخاب کنند. مشخص شد که در چارچوب رزرو ضمنی، تعداد بسیار کمی از کشورها تصمیم به عدم انتخاب صلاحیت دیوان گرفتند، در نتیجه نودوپنج درصد به‌طور ضمنی تسلیم صلاحیت آن شدند. در هنگام اتخاذ چارچوب‌بندی صریح عدم انتخاب، بیست درصد صلاحیت دیوان را انتخاب نکردند، یعنی هشتاد درصد آن را به‌صورت پیش‌فرض پذیرفتند. سرانجام، در چارچوب صریح انتخاب، تنها پنج درصد از کشورها صلاحیت دیوان را انتخاب

1. Public International Law  
 2. Opt-in  
 3. Opt-out  
 4. Multilateral Treaties  
 5. Jean Galbraith  
 6. International Court of Justice (ICJ)  
 7. Framing

کردند. از منظر نظریه انتخاب عقلانی، این یافته‌ها ممکن است گیج‌کننده به نظر برسند؛ اما با پیش‌بینی‌هایی که براساس اثر پیش‌فرض در مطالعات رفتاری، صورت می‌گیرد، انطباق دارند. این واقعیت که تعداد بسیار کمی از کشورها در چارچوب‌بندی انتخاب، صلاحیت دیوان را انتخاب کردند، درحالی که در چارچوب‌بندی عدم انتخاب، نسبتاً تعداد اندکی صلاحیت دیوان را انتخاب نکردند، با یافته‌های مربوط به تأثیر پیش‌فرض در تصمیم‌گیری‌های فردی سازگار است و اینکه کشورهای بیشتری صلاحیت دیوان را انتخاب نکردند، وقتی این گزینه صریحاً اعلام شده بود، با یافته‌های قابل مقایسه در سایر زمینه‌ها مطابقت دارد.<sup>۱</sup>

#### ۲.۱.۹. حقوق اساسی و سیاست‌گذاری

داوری و تصمیم‌گیری شهروندان به روش‌های مختلفی مربوط به حقوق اداری و حقوق اساسی است. یکی از موضوعات اصلی که روان‌شناسان سیاسی مطالعه کرده‌اند، عوامل تعیین‌کننده داوری‌های سیاسی، نگرش‌ها و رفتار انتخاباتی شهروندان است. برخلاف نظریه انتخاب عقلانی، نشان داده شده است که داوری‌ها و انتخاب‌های سیاسی شهروندان، تحت تأثیر توانایی محدود آنها در دستیابی، به خاطر آوردن و پردازش اطلاعات (به‌ویژه با توجه به اولویت نسبتاً پایین سیاست در زندگی اکثر مردم) قرار دارد. تصمیمات شهروندان اکثراً با نگرش ضمنی و واکنش‌های خودکار که از آنها آگاهی ندارند و با اثر متقابل تأثیر و شناخت (سوگیری دسترس‌پذیری)، تعیین می‌شوند. سیاست‌های دولتی همچنین تحت تأثیر چارچوب‌بندی شهروندان، تمایل بیشتر آنها به ریسک و خطر در حوزه زیان‌ها<sup>۲</sup> نسبت به حوزه سودها و همچنین گریز بیشتر از زیان نسبت به سودهای به دست نیامده، قرار دارد. به‌عنوان مثال، در یک آزمایش، به شهروندان، اطلاعات موثق درباره نتایج مورد انتظار سیاست‌های اقتصادی دو نامزد ریاست جمهوری و چشم‌انداز اقتصادی در کشورهای قابل مقایسه، داده شد. وقتی انتظار می‌رفت کشور خودشان در مقایسه با سایر کشورها عملکرد بهتری داشته باشد، اکثریت مشخصی از افراد از کاندیدایی حمایت می‌کردند که سیاست او خطر کمتری داشت، اما وقتی انتظار می‌رفت که کشورشان بدتر عمل کند، نیمی از افراد از کاندیدای دارای سیاست پرخطرتر حمایت کردند.<sup>۳</sup>

1. Zamir and Teichman, *Behavioral Law and Economics*, Op.Cit. p 427.

2. Risk-seeking in the Domain of Losses

3. *Ibid.* pp 406, 407.

همچنین، در حوزه سیاست‌گذاری شهری و شهرداری، می‌توان به‌وفور کاربرد اقتصاد رفتاری را مشاهده نمود؛ به وسیله اشارات و تلویحات، می‌توان رفتار شهروندان را بیشتر برای شهری پاکیزه، تمیز و دوستدار محیط‌زیست سوق داد که درعین‌حال، به رفاه و مطلوبیت خود شهروندان نیز کمک می‌کند. در دنیا سازمان‌هایی وجود دارند که به‌عنوان مشاور به وزارتخانه‌ها و مراکز سیاست‌گذاری کمک می‌کنند که این دسته از سیاست‌ها را اجرا نمایند. در شهرداری تهران هم قطعاً می‌توان سیاست‌گذاری رفتاری را وارد کرد و بدین طریق اوضاع شهروندان را بهبود داد.<sup>۱</sup> لازم به ذکر است که طبق رویکرد اقتصاد رفتاری، سیاست‌ها باید بر مبنای رابطه متقابل با محیط طراحی شود و عواملی از جمله، هویت اجتماعی، هنجارهای اجتماعی، نهادهای اجتماعی و مذهبی و فرهنگی، ارزش‌ها، باورها و عقاید جامعه و غیره بر شناخت ما از محیط تأثیر می‌گذارند و ما را به جهت‌گیری‌های جدید، رهنمون می‌سازند. حتی برای یک جامعه ثابت، این عوامل در زمان‌های متفاوت، تغییر می‌کنند.<sup>۲</sup>

از دیدگاه رفتاری، بارزترین ویژگی قانون‌گذاری<sup>۳</sup> قضایی این است که در زمینه حل و فصل اختلافات واقعی صورت می‌گیرد. دادگاه‌ها، با اختلافات بین افراد واقعی آشنا می‌شوند، اما قوانینی که ایجاد می‌کنند درمورد سایر موقعیت‌ها نیز صدق می‌کند. احتمالاً، در تدوین هنجارهای عمومی حقوقی، قاضی باید محدوده کاملی از شرایطی را که قانون در آن اعمال می‌شود، در نظر بگیرد و در اینجا قاضی تفاوتی با یک قانون‌گذار ندارد. با این‌حال، ممکن است چندین میان‌بر اکتشافی و سوگیری، بر تصمیم‌گیری قضایی<sup>۴</sup> تا حد بیشتری از قانون‌گذاری قوه مقننه، تأثیر بگذارد. این واقعیت که دادگاه‌ها در یک زمان، یک پرونده را در نظر می‌گیرند، ممکن است بر تصمیمات آنها تأثیر منفی بگذارد. علاوه بر این، به دلیل میان‌بر اکتشافی دسترس‌پذیری، قضات احتمالاً ارزیابی دقیقی از پرونده‌هایی را که مشابه پرونده قبل از آنها است که ویژگی‌های آنها مشخص و واضح است - نداشته باشند.<sup>۵</sup>

۱. عبدی، سجاد، «اقتصاد رفتاری از نظریه تا کاربرد در مصاحبه با دکتر مهدی فیضی»، تهران: فصلنامه پژوهشی و تحلیلی اقتصاد شهر، ش ۳۴، ۱۳۹۶، ص ۴۱.

۲. رهبر، فرهاد و میثم امیری، «اقتصاد رفتاری و سیاست‌گذاری عمومی»، فصلنامه علمی-پژوهشی برنامه‌ریزی و بودجه، د ۴، ش ۱۹، ۱۳۹۳، صص ۱۷۹ و ۱۸۰.

3. Legislation

4. Judicial Decision-making

5. Zamir and Teichman, *Behavioral Law and Economics*, *Op.Cit.* pp 400, 401.

## ۲.۲. چالش‌ها

اقتصاد رفتاری مانند هر حوزه علمی دیگری، عاری از انتقادات و مشکلات نیست و مورد نقد واقع شدن این حوزه نیز امری طبیعی است؛ به‌خصوص که موضوعی است نسبتاً جدید که همچنان در مراحل اولیه خود قرار دارد. شناخت، پردازش و در صورت امکان، حل چالش‌ها، مشکلات و انتقادات، منجر می‌شود تا پایه‌های این حوزه قوی‌تر شود و به‌دنبال آن قدرت و گستره‌ی پیاده‌سازی آن افزایش یابد. در این مبحث، به چالش‌ها، محدودیت‌ها و انتقادهایی که اقتصاد رفتاری در سیاست‌گذاری و تحلیل اقتصادی حقوق با آن روبه‌رو است، پرداخته می‌شود.

### ۲.۲.۱. چالش سیاست‌گذاری

منتقدان اقتصاد رفتاری استدلال‌های زیادی را در مقابل استفاده از اقتصاد رفتاری در سیاست‌های عمومی ارائه می‌دهند. استفاده از اشارات و تلویحات<sup>۱</sup> کوچک (جهت‌دهی غیرمستقیم)، ممکن است به اندازه سیاست‌های مستقیم‌تر سنتی، از جمله افزایش مالیات برای جلوگیری از رفتارهای ناخواسته مؤثر نباشد. بنابراین، اشارات و تلویحات کوچک، کافی نیستند. منتقدان دیگر معتقدند که بیشتر تأثیر سیاست‌های اشاره‌ای و تلویح‌گرایانه، کوتاه‌مدت است و به تغییرات بلندمدت در رفتار منجر نمی‌شود.

انتقاد دیگر این است که مداخلات پیشنهادی توسط نتایج حاصل از آزمایش‌های کنترل‌شده ممکن است لزوماً در دنیای واقعی مؤثر نباشد. اشارات و تلویحات کوچک ممکن است تحت شرایط کنترل‌شده خوب عمل کنند، اما در شرایط واقعی «زندگی»، دچار نفوذ و مداخلات بیشتری می‌شوند. ممکن است تأثیر اشاره و تلویح ظریف آن‌قدر کم باشد که دولت‌ها مجبور شوند در مقایسه با سیاست‌های سنتی، هزینه‌های بیشتری را برای اجرای چنین سیاست‌هایی صرف کنند.<sup>۲</sup>

#### 1. Nudges

قابل ذکر است که ترجمه‌های متعددی از این واژه شده است؛ «سقلمه»، «تلنگر»، «ترغیب» از جمله این ترجمه‌هاست. «اشاره و تلویح» ترجمه پیشنهادی نگارندگان است، چرا که به نظر می‌رسد درک معنی آن ساده‌تر باشد و بهتر ویژگی غیرمستقیم بودن را القا کند.

2. "Criticisms of Behavioral Economics", Economics Online for students of economics, available at: [https://www.economicsonline.co.uk/Behavioural\\_economics/Criticisms\\_of\\_behavioural\\_economics.html](https://www.economicsonline.co.uk/Behavioural_economics/Criticisms_of_behavioural_economics.html), (last visited 04/06/2020).



مشکل مهم دیگر این است که اقتصاد رفتاری روش‌شناسی فردگرایانه دارد. مرکز تصمیم‌گیری یک فرد، منحصر به فرد است. در نتیجه نمی‌تواند جهان اقتصادی و به‌طور قطع بحران‌های مالی را به‌طور رضایت‌بخشی توضیح دهد. راه‌حل‌های بحران‌های مالی را نمی‌توان در رویکرد روش‌شناسی فردگرایانه یافت، بلکه باید براساس ملاحظات تعاملی و اجتماعی به آنها نگرست.<sup>۱</sup>

### ۲.۲.۲. چالش سوگیری‌ها و مشکل دانش

علم در طولانی‌مدت تکامل می‌یابد، اما حقوق در حال حکومت می‌کند. این قطع ارتباط زمانی، منجر به «مشکل دانش»<sup>۲</sup> منسوب به هایک<sup>۳</sup> می‌شود؛ چالشی که به‌طور فزاینده‌ای در مقابل اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، مطرح می‌شود؛ یافته‌های تجربی نمی‌توانند یک مبنای محکم و مطمئن برای استدلال حقوقی<sup>۴</sup> ارائه کنند. در چنین مواردی، باید قوانینی برای تصمیم‌گیری در معرض خطر و عدم قطعیت،<sup>۵</sup> وارد بازی شوند. این قوانین می‌توانند به‌عنوان ابزارهای تحلیلی عمل کرده، راه‌حل‌های مثبتی برای «مشکل دانش» ایجاد کنند و از این طریق می‌توانند درمانی عقلانی برای عقلانیت محدود ارائه نمایند.<sup>۶</sup>

منتقدان اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، ادعا می‌کنند از آنجا که به‌هیچ‌وجه امکان بیان اینکه آیا سوگیری در یک موقعیت خاص وجود دارد یا خیر و در صورت وجود، مشخص نیست در چه جهاتی عمل می‌کند، نمی‌توان عقلانیت محدود را پیش‌فرض تجزیه و تحلیل حقوقی قرار داد. بلکه، باید به مفاهیم سنتی عقلانیت اتکا نمود. درحالی که این نتیجه‌گیری، صحیح به نظر نمی‌رسد. پاسخ به مشکل دانش را در بازگشتی ساده به مدل بازیگر عقلانی<sup>۷</sup> نمی‌توان جست، بلکه باید به دنبال درمانی برای این چالش در شرایط دشوار تصمیم‌گیری بود. اگر داده‌های علمی اجتماعی در مورد حضور بازیگران با عقلانیت محدود یا کاملاً عقلانی در

1. Gilles, Rob, "Limitations of Behavioral Economics", The Rational Economy: Website of Professor Rob Gilles, 2009, available at: <http://www.relationaleconomy.net/2009/08/limitations-of-behavioral-economics/>, (last visited 04/06/2020).

2. Knowledge Problem

3. Friedrich Hayek

4. Legal Reasoning

5. Uncertainty

6. Hacker, Philipp, "Overcoming the Knowledge Problem in Behavioral Law and Economics: Uncertainty, Decision Theory and Autonomy", SSRN, 2015, available at: <https://ssrn.com/abstract=2632022>, p 1.

7. Rational Actor Model

زمینهٔ مربوطه مشخص نباشند، ظریف‌ترین روش مقابله با این معضل معرفتی،<sup>۱</sup> تصمیم‌گیری آگاهانه تحت عدم قطعیت است. اگر مدارک و شواهد به دوراهی حضور و عدم حضور سوگیری برسد، عقلانی‌تر است که وجود این رفتار همراه با عقلانیت محدود را پیش‌فرض قرار داد.<sup>۲</sup>

### ۲.۲.۳. چالش انسجام نظری و توجیه‌پذیری تجویزهای سیاست‌گذاری<sup>۳</sup>

همچنین، بر انسجام نظری سوگیری‌های روان‌شناختی مختلف و توجیه‌پذیری تجویزهای سیاست‌گذاری، انتقاداتی وارد شده است.<sup>۴</sup>

دربارهٔ انسجام نظری سوگیری‌های مختلف روان‌شناختی، منتقدان این سؤال را مطرح می‌کنند که چگونه این سوگیری‌ها را به هم پیوند دهند و یک چارچوب نظری سازگار و منسجم را پیشنهاد کنند. منتقدان درحالی که کلیت وجود سوگیری‌های مختلف شناختی را به چالش نمی‌کشند، بر توانایی اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق برای فراتر رفتن از تدوین سوگیری‌های مختلف و ایجاد یک چارچوب نظری که درنهایت بتواند جایگزین یا مکمل چارچوب نظریهٔ انتخاب عقلانی باشد، تردید دارند.<sup>۵</sup>

در تجویزهای سیاست‌گذاری، چالش توجیه طرح‌های پیشنهادی مربوط به سیاست‌های فردی مطرح می‌گردد. در این زمینه، در بیشتر موارد، وجود سوگیری‌های روان‌شناختی نیز نباید انکار شود. چالش واقعی، نشان دادن پیوند منطقی یا تجربی روشن و ارتباط بین سوگیری‌های شناختی از یک سو و تجویز سیاست از سوی دیگر است. به‌ویژه، بحث‌های داغی درمورد امکان‌سنجی دولت در تهیهٔ یک راهنمای پدرسالارانه یا مداخله به نفع تصمیم‌گیرندگان منفرد، درحالی‌که هم‌زمان این افراد آزادی انتخاب داشته باشند، شکل گرفت. در همین خط انتقاد، ادعا می‌شود که سوگیری‌های نشان داده شده ممکن است به اندازهٔ کافی قطعی و قوی نباشند و هنگام مواجهه با نهادهای واقعی بازار، خود را متفاوت جلوه دهند.<sup>۶</sup>

هر دو نوع انتقاد که در بالا به آنها اشاره شد، شاید بیانگر چگونگی توسعهٔ اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، به‌عنوان یک زمینهٔ تحقیقاتی مستقل باشد. این بدان معناست، درحالی

1. Epistemic Dilemma

2. *Ibid.* p 18.

3. Policy Prescriptions

4. Ko, *Op. Cit.* p 3.

5. *Ibid.* p 3.

6. *Ibid.* p 3.

که علاقه‌ها و تمایلات به اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، در دهه‌های اخیر به طرز چشمگیری رشد کرده است، هنوز یک زمینه‌ی دانشگاهی نسبتاً نوپایی است و به‌همین دلیل فاقد نتایج تحقیقات انباشته است. در واقع، هرچه نتایج بیشتری جمع می‌شود، مبانی نظری و تجربی آن قوی‌تر و پیچیده‌تر می‌گردد و می‌تواند چارچوبی تحلیلی را ارائه دهد که نظریه‌ی سنتی انتخاب عقلانی را نیز تکمیل کند.<sup>۱</sup>

#### ۲.۲.۴. انتقاد و دیدگاه اقتصاددانان

رشد اقتصاد رفتاری باعث شده است تا نظریه‌پردازان انتخاب عقلانی تحریک شوند و یکی از دو خط کلی انتقاد از اقتصاد رفتاری شکل بگیرد: اولاً، نظریه‌پرداز انتخاب عقلانی سعی می‌کند نشان دهد که نظریه‌ی انتخاب عقلانی در حقیقت با نکته‌ی رفتاری، آگاه و سازگار است. به‌عنوان مثال، ممکن است نظریه‌پرداز انتخاب عقلانی، توجه داشته باشد که اکثر مردم به‌خوبی از کمبودهای شناختی خود آگاهی دارند و به‌دنبال جلوگیری از قرار گرفتن در شرایطی هستند که این کاستی‌ها می‌تواند به آنها آسیب برساند. برخی افراد می‌دانند که صبح زود بیدار شدن برایشان دشوار است؛ بنابراین، ساعت کوکی را در جایی از اتاق قرار می‌دهند تا مجبور شوند برای خاموش کردن آن از رختخواب بیرون آیند. احتمالاً آنها می‌دانند که این عمل باعث می‌شود سریع‌تر بیدار شوند و برای رفتن به محل کار یا قرار ملاقاتشان آماده گردند. ثانیاً، منتقدان بیان می‌دارند که تحلیل رفتاری این واقعیت مهم را در نظر نگرفته است که تصمیم‌گیرندگان ممکن است از طریق تجربه، ارزش رفتار عقلانی‌تر را بیاموزند و مهم‌تر از آن اینکه بازار رقابتی ممکن است وسیله‌ی مهمی برای القای رفتارهای عقلانی‌تر باشد. به‌عنوان مثال، در یک مقاله‌ی قدیمی و مهم مرتبط با این موضوع، گری بکر<sup>۲</sup> (۱۹۶۲) استدلال کرد که حتی اگر در یک بازار رقابتی برای کالاها یا خدمات، معامله‌گران غیرعقلانی وجود داشته باشند، معامله‌گران عقلانی، با تجارت حاشیه<sup>۳</sup> و با داوری در هرگونه انحراف از قیمت‌گذاری هزینه‌ی نهایی<sup>۴</sup>، قیمت بازار را تعیین می‌کنند. در نتیجه،

1. *Ibid.* p 3.

2. Gary Becker

3. Margin Trading

معاملات مارجین (تجارت حاشیه)، به‌معنای قرض گرفتن مقداری پول از یک شرکت کارگزاری یا صرافی، برای انجام معاملات مختلف است؛ در این روش، ابتدا مبلغی را به عنوان سپرده پرداخت می‌کنید و همین سپرده به‌عنوان وثیقه‌ای برای پرداخت وام در نظر گرفته می‌شود.

4. Marginal Cost Pricing

در اقتصاد، هزینه‌ی نهایی به میزان تغییرات هزینه‌ی کل بر اثر افزایش تولید به اندازه‌ی یک واحد گفته می‌شود.

حتی اگر تعداد زیادی از معامله‌گران غیرعقلانی نیز وجود داشته باشند، بکر نشان داد که منحنی‌های عرضه و تقاضا هنوز هم دارای ویژگی‌های صعودی و نزولی هستند.<sup>۱</sup>

### ۲.۲.۵. انتقاد و دیدگاه حقوق دانان

در بین آن دسته از دانشمندان حقوقی که کمتر علاقه‌مند به اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق بودند، می‌توان ریچارد پازنر<sup>۲</sup> را برشمرد. پازنر در پاسخ به جولز، سانستین و تیلر<sup>۳</sup>، اظهار داشت که این نویسندگان و به‌طور کلی این حوزه، از کلمه «غیرعقلانی» استفاده کرده‌اند که بهتر بود یک ترجیح صرف<sup>۴</sup> توصیف شود. به‌عنوان نمونه، جولز، سانستین و تیلر، ترس از پرواز را «غیرعقلانی» توصیف کردند؛ زیرا یک مقایسه عقلانی از خطرات شیوه سفر هوایی با خطرات شیوه‌های جایگزین برای سفر، نشان می‌دهد که فرد عقلانی از پرواز نمی‌ترسد. پازنر «ترس از پرواز» را به سلیقه یا اولویت تعبیر کرده است، بدون آنکه آن را به واژه تنزل‌دهنده «غیرعقلانی» متصل نماید. به همین ترتیب، اقتصاد در یک مدت طولانی، با توجه به احتمال ناچیز تأثیر رأی شخص بر نتیجه انتخابات، رأی دادن در انتخابات دموکراتیک را «غیرعقلانی» می‌دانسته است؛ به عبارتی، هزینه‌های رأی‌گیری تقریباً از مزایای آن فراتر می‌رود. اما پازنر بر این باور است که رأی دادن به‌سادگی می‌تواند مسئله سلیقه باشد و یک تحقیق جالب‌تر این است که به‌جای اینکه به توضیح چرایی رأی دادن مردم بپردازد، تفاوت‌های نظام‌مند در تمایل به رأی دادن را بررسی نماید؛ برای مثال، برای سنجیدن اینکه آیا پیر بیشتر از جوان رأی می‌دهد یا بازنشسته از بیکار و به همین ترتیب.<sup>۵</sup>

درنهایت، پازنر از این مسئله انتقاد می‌کند که رفتارگرایانی چون سانستین و تیلر، به نظر نمی‌رسد پیش‌بینی‌های روشنی از رفتار داشته باشند و بیان می‌کند که به‌طور کامل مشخص نیست «انسان رفتاری» در شرایط معین، چه می‌تواند انجام بدهد. بنابراین وقتی مردم عقلانی رفتار می‌نمایند، سانستین و تیلر آن را متناقض با قدرت اراده محدود، محسوب نمی‌کنند. همچنین آنها هیچ توضیحی برای این ندارند که چه زمانی و چرا برخی مردم از وسوسه‌های خود می‌پرهیزند.<sup>۶</sup>

1. Ulen, The Importance of Behavioral Law, *Op. Cit.* p 113.

2. Richard Posner

3. Richard H. Thaler

4. Mere Preference

5. *Ibid.* pp 115, 116.

6. *Ibid.* p 117.

### ۲.۲.۶. کاستی‌های تجربی: استحکام<sup>۱</sup> و تفسیر داده‌ها<sup>۲</sup>

نگرانی قابل توجه در مورد دستورکار سیاست‌گذاری به وسیله اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، این است که سوگیری‌های مستند شده در شرایط آزمایشی، ممکن است هنگام قرارگرفتن در معرض نهادهای بازار،<sup>۳</sup> استحکام (قابلیت اطمینان) کافی نداشته باشند. در واقع، بسیاری از یافته‌های رفتارگرایان در معرض نظم بازار و انگیزه سود، شکننده هستند و ناپدید می‌شوند که برای شرکت‌کنندگان، انگیزه‌هایی ایجاد می‌کند تا تخصص کسب کنند و یاد بگیرند از خطاهایشان بکاهند. این انگیزه‌ها در محیط آزمایشگاهی وجود ندارد. با این حال، برای حمایت از مداخله در سیاست‌گذاری، تحقیقات تجربی باید داده‌های قابل‌اتکایی ارائه دهند و با تفسیر مناسب، رفتار غیرعقلانی را از اشتباهات کارا متمایز کنند.<sup>۴</sup>

رفتارگرایان پیشنهاد می‌دهند که نظام تنظیم‌گری به روش‌های گسترده و اساسی تغییر یابد. حتی اگر شواهد محکمی از عدم عقلانیت در بازارها وجود داشته باشد، چنین شواهد و مدارکی باید با احتیاط تفسیر شوند. چالش این است که رفتار واقعاً غیرعقلانی را از اشتباهات عقلانی و کارا تشخیص داد. اشتباهات کارا رخ می‌دهد؛ زیرا بازیگران اقتصادی عقلانی، هم در اطلاعات و هم در هزینه‌های معاملاتی صرفه‌جویی می‌کنند. به‌طور خلاصه، همه خطاها دلالت بر غیرعقلانی بودن ندارند؛ زیرا تصمیم‌گیری کامل، هزینه‌بر است. نادیده گرفتن تمایزهای ظریف بین تصمیم‌گیری عقلانی و غیرعقلانی، مطمئناً منجر به نتیجه‌گیری‌های غلط در مورد سیاست‌های حقوقی خواهد شد. داده‌های موردنیاز برای تمایز اشتباهات عقلانی از اشتباهات غیرعقلانی، مهم هستند و ممکن است حتی در دسترس نیز نباشند. با وجود این، ادبیات اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، در تمییز بین خطاهای عقلانی و غیرعقلانی شکست می‌خورد و فرض می‌کند که کاهش خطا همیشه کاراست.<sup>۵</sup>

1. Robustness  
 2. Data Interpretation  
 3. Market Institutions  
 4. Wright and Ginsburg, *Op. Cit.* p 1044.  
 5. *Ibid.* pp 1048, 1049.

## نتیجه‌گیری

در این مقاله، دریافتیم که اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، مدعی است از آنجا که به رفتار واقعی مردم توجه دارد، نتایج واقعی‌تر و راه‌حل‌های مناسب‌تری را نیز می‌تواند ارائه دهد. با توجه به اینکه افراد همیشه عقلانی رفتار نمی‌کنند و دچار سوگیری‌های شناختی می‌شوند و از میان‌برهای اکتشافی استفاده می‌نمایند، باید رفتار واقعی آنها آزموده شود و براساس آن، مدل‌سازی‌های واقعی‌تر و ملموس‌تری انجام پذیرد.

حقوق یک نظام رفتاری است و اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، در دهه‌های اخیر توجهات مهمی را به خود جلب کرده است. پژوهشگران حوزه اقتصاد رفتاری بر این باورند که با استفاده از مطالعات رفتاری و نگرش‌های روانشناختی و به‌طور خاص، تطبیق‌دهی آن با حوزه‌های مختلف حقوق، می‌توان درک دقیق‌تری از رفتار انسان‌ها کسب کرد و پیش‌بینی‌های بهتری از چگونگی انتخاب‌ها و رفتارهای افراد، ارائه نمود.

اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، درصدد است تا با ترسیم روش‌ها و یافته‌های گسترده‌تری تصمیم‌گیری رفتاری و روانشناسی داور و زمینه‌های مرتبط با آن، تحلیل حقوقی را تقویت نماید. از نظر تأثیر بالفعل و بالقوه، رویکرد رفتاری به تحلیل اقتصادی حقوق، شاید جدیدترین پیشرفت در پژوهش حقوقی در دهه‌های اخیر باشد. با وجود اینکه کاربرد نظام‌مند این روش‌شناسی هنوز در مراحل اولیه خود است، محققان حقوقی تاکنون، حداقل برخی از آموزه‌های رفتاری برای حقوق را در اکثر زمینه‌های حقوقی بررسی کرده‌اند. محققان همچنان به تجزیه و تحلیل رفتاری سوالات حقوقی مشغول‌اند و پیچیدگی تحلیل‌هایشان و دامنه رشته‌های حقوقی مورد مطالعه را افزایش می‌دهند. اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق مانند هر مکتب، رویکرد و زمینه‌ی علمی دیگر، با انتقادات و چالش‌هایی روبه‌رو و در تلاش بوده است تا کاستی‌های خود را به حداقل برساند. طبیعی است که با پیشرفت و گسترش این حوزه علمی، حل چالش‌ها نیز آسان‌تر شود.

اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، در تلاش بوده است تا خود را به عنوان ابزاری قدرتمند در دست حقوقدانان، قانون‌گذاران، قضات، سیاست‌گذاران و سایر دست‌اندرکاران، در راستای تنظیم رفتار مردم و مخاطبان قانون معرفی کرده و همراه با حکمرانی خوب، جامعه را به

خبر جمعی نزدیک‌تر نماید. به وسیله مفاهیم مختلف اقتصاد رفتاری، از جمله، اشاره و تلویح، چارچوب‌بندی، گزینه‌های پیش‌فرض و با توجه به سوگیری‌های رفتاری و میانبرهای اکتشافی، می‌توان رفتار مردم را پیش‌بینی، کنترل یا تغییر داد. علی‌رغم تمام تلاش‌های صورت‌گرفته توسط این پژوهشگران، به نظر می‌رسد که تاکنون در مقایسه با جریان غالب، تأثیرگذاری این جریان فکری نوظهور بر آموزش، پژوهش و سیاست‌گذاری در حقوق به مراتب کمتر بوده است. با وجود اینکه اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق در کشورهای متعددی بررسی شده و همچنان مورد توجه پژوهشگران، سیاست‌گذاران و قانون‌گذاران بوده است، در ایران، برای اولین بار، در این پژوهش سعی شد تا آشنایی کلی از جایگاه و کاربرد اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق ارائه گردد. مطلوب است با مطالعات بیشتر و بومی‌سازی این حوزه مهم در هر شاخه حقوقی، به گسترش و نفوذ این حوزه در قانون‌گذاری‌ها و سیاست‌گذاری‌ها کمک شود. بدیهی است که برای برآورده شدن این امر، به متخصصانی از هر سه رشته حقوق، اقتصاد و روان‌شناسی، نیاز است. همچنین بررسی تخصصی اقتصاد رفتاری در هر شاخه حقوقی، متخصصان آن شاخه را می‌طلبد.

پس از گذراندن مراحل نظری بومی‌سازی اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق، مفید است تا به عرصه‌های قانون‌گذاری و سیاست‌گذاری نیز وارد شد و سازوکارهای عملی ساختن نظریات را فراهم نمود. در این مرحله، باید به زیرساخت‌های فرهنگی، هنجارها، ارزش‌ها و نیازهای جامعه، توجه شایانی نمود تا تصور جامعی از رفتار و سوگیری‌های مردم به دست آید. مطالعات آزمایشگاهی و میدانی نیز در به دست آوردن این چشم‌انداز مفید خواهد بود.

برای پژوهش‌های آتی در این زمینه، می‌توان به‌عنوان مثال، ارائه نمودن طرح‌ها و مدل‌هایی برای بومی‌سازی اقتصاد رفتاری در شاخه‌های مختلف نظام حقوقی ایران و همچنین مطالعات آزمایشگاهی، میدانی و آماری را پیشنهاد کرد. این زمینه می‌تواند پژوهش‌های کاربردی بسیاری را به خود اختصاص دهد که یافته‌های آن پژوهش‌ها نقش بسیار مهمی در سیاست‌گذاری‌ها و وضع قوانین کارآمد، خواهد داشت. هرچند کماکان باید به انتقادات مرتبط با روش‌شناسی این حوزه پژوهشی نیز توجه جدی نمود.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. کارترایت، ادوارد، **اقتصاد رفتاری**، ترجمه قهرمان عبدلی و سیدحسین میرشجاعیان حسینی. تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۶.

#### مقاله

۲. رهبر، فرهاد و میثم امیری، «اقتصاد رفتاری و سیاست‌گذاری عمومی»، *فصلنامه علمی-پژوهشی برنامه‌ریزی و بودجه*، د ۴، ش ۱۹، ۱۳۹۳.

#### مصاحبه

۳. عبدی، سجاد، «اقتصاد رفتاری از نظریه تا کاربرد در مصاحبه با دکتر مهدی فیضی»، تهران: *فصلنامه پژوهشی و تحلیلی اقتصاد شهر*، ش ۳۴، ۱۳۹۶.

### ب) منابع انگلیسی

#### Books

4. Baker, Tom, and Peter Siegelman, Behavioral Economics and Insurance Law, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014.
5. Eisenberg, Melvin A., Behavioral Economics and Contract Law, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014.
6. Halbersberg, Yoed, and Ehud Guttel, Behavioral Economics and Tort Law, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014.
7. Harel, Alon, Behavioral Analysis of Criminal Law: A Survey, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014.
8. Heinemann, Andreas, Behavioral Antitrust: A More Realistic Approach to Competition Law, In: Mathis, K. **European Perspectives on Behavioral Law and Economics**, Switzerland: Springer International Publishing, 2015.



9. Kuenzler, Adrian, and Douglas A. Kysar, Environmental Law, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014.
10. Lewinsohn-Zamir, Daphna, Behavioral Law and Economics of Property Law: Achievements and Challenges, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014.
11. Ulen, Thomas S., The Importance of Behavioral Law, In: Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014, pp. 93-124.
12. Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford University Press, 2014.
13. Zamir, Eyal, and Doron Teichman, **Behavioral Law and Economics**, Oxford University Press, 2018.

#### Articles

14. Hacker, Philipp, “Overcoming the Knowledge Problem in Behavioral Law and Economics: Uncertainty, Decision Theory and Autonomy”, SSRN, 2015, available at: <https://ssrn.com/abstract=2632022>.
15. Jolls, Christine, Cass. R, Sunstein, and Richard Thaler, “A Behavioural Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1998, pp. 1471-1550.
16. Ko, Haksoo, “Behavioral Law and Economics”, *Encyclopedia of Law and Economics, Springer Science and Business Media New York*, 2014, pp. 1-4.
17. Mullainathan, Sendhil, and Richard H. Thaler, “Behavioral Economics”, *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, Working Paper 7948, 2000, available at: <http://www.nber.org/papers/w7948>.
18. Rahbar, Farhad, and Meysam Amiri, “Behavioral Economics and Public Policy”, *Journal of Planning and Budget*, No. 19 (4), 2014. [In Persian].
19. Sheffrin, Steven M., “Behavioral Law and Economics Is Not Just a Refinement of Law and Economics”, *OEconomia – History | Methodology | Philosophy*, 7(3), 2017, pp 331-352.
20. Wright, Joshua D, and Douglas H. Ginsburg, “Behavioral Law and Economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty”, *Northwestern University Law Review*, Vol.106, No.3, 2012, pp 1033-1090.

### Online resources

21. “Criticisms of Behavioral Economcis”. Economics Online for students of economics, available at:  
[https://www.economicsonline.co.uk/Behavioural\\_economics/Criticisms\\_of\\_behavioural\\_economics.html](https://www.economicsonline.co.uk/Behavioural_economics/Criticisms_of_behavioural_economics.html), (last visited 04/06/2020).
22. Gilles, Rob, “Limitations of Behavioral Economics”, The Rational Economy: Website of Professor Rob Gilles, (2009), available at:  
<http://www.relationaleconomy.net/2009/08/limitations-of-behavioral-economics/>, (last visited 04/06/2020).

## **Status and Application of Behavioral Economics in Economic Analysis of Law**

**Mojtaba GHASEMI** (Assistant Professor of Law, Shahid Beheshti University)

**Yas ALYARI** (LLM in Economic Law Shahid Beheshti University)

### **Abstract**

Law is a behavioral system that seeks to shape human behavior. Behavioral economics combines economics and cognitive psychology and produces research results indicating, in general, that individuals' choices in various decision-making circumstances may depart from what traditional neoclassical economics predicts due to different psychological biases.

This research seeks to address the applications and challenges of behavioral law and economics through introducing behavioral economics and its place in law and economics using the documentary method. Then it presents a broad vision of how increased attention to insights about actual human behavior may improve economic analysis of law.

Behavioral law and economics, due to its attention to the actual behavior of people, claims that it also provides more realistic results and more appropriate solutions that can be used as powerful tools by lawyers, legislators, judges, policymakers, and other stakeholders to regulate the behavior of the people, and along with good governance, bring society closer to the collective good. On the contrary, its critics have challenged the methodology of this field, expressing remarkable doubts about its application in legal policymaking.

### **Keywords:**

Behavioral Economics, Law and Economics, Bounded Rationality, Rational Behavior



## سرکوب اقدام‌های تروریستی با تحریم‌های اقتصادی سازمان ملل متحد

پیمان نامامیان \*

میرهادی حسینی کندلجی \*\*

علیرضا شکرپیگی \*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۲۷

### چکیده

تحریم‌های اقتصادی از آغاز قرن بیست‌ویکم به طور فزاینده‌ای به ابزارهای برجسته سیاست تبدیل شده‌اند. بازیگران اصلی جهانی، نظیر آمریکا، اتحادیه اروپا و سازمان ملل متحد، اغلب از اقدامات اقتصادی تنبیهی برای پیشگیری از خشونت دولتی و سایر اقدامات دولتی که غیرقابل تحمل تلقی می‌شوند، استفاده می‌کنند. تحریم‌ها ابزار اصلی بحران‌هایی بوده‌اند که شامل نقض عمده حقوق بشر، تروریسم، تجاوز نظامی، گسترش سلاح‌های هسته‌ای و اختلافات تجاری است. آنچه مبارزه علیه اقدام‌های تروریستی را از سایر اقدام‌ها متمایز می‌کند، تأکید بر ابزارهای اقتصادی است. از این‌رو، قدرت اقتصادی و نظامی دولت‌ها در فرایند مقابله با چنین اقدام‌هایی و استفاده از ابزارهای اقتصادی مختلفی نظیر اجرای تحریم‌های اقتصادی، این امکان را در مهار اقدام‌های تروریستی و حفاظت از امنیت بین‌المللی فراهم می‌آورد. از این‌رو، در کنار دیگر راهبردهای کنشی و واکنشی مؤثر در مبارزه با تروریسم، مهم‌ترین راهبرد اتخاذ رویکردهای تحریمی یا تجویز تحریم اقتصادی در مواجهه با اقدام‌های تروریستی است. بنابراین تحریم اقتصادی در زمینه مبارزه مؤثر با تروریسم نه تنها موجبات نقض قواعد حقوق بشری را فراهم نمی‌نماید، بلکه خود راهبردی در راستای احیای حقوق از دست‌رفته بشر به شمار می‌آید.

### کلید واژگان:

تروریسم، اقتصاد، تحریم اقتصادی، شورای امنیت، سازمان ملل متحد.

\* استادیار، دانشکده علوم اداری و اقتصادی، دانشگاه اراک (نویسنده مسئول)

p-namamian@araku.ac.ir

\*\* استادیار، دانشکده علوم اداری و اقتصادی، دانشگاه اراک

m-hosseinkondelaji@araku.ac.ir

\*\*\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران

ali.shakarbaigi@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

اگرچه کشورها به‌ندرت از تحریم‌های اقتصادی به‌طور خاص برای مبارزه با تروریسم فراملی استفاده می‌کنند، اهداف بالقوه تحریم‌ها اغلب با کمپین‌های تروریستی در قلمرو خود مواجه می‌شوند. کشورها ممکن است به دلیل ترس از تضعیف بیش از حد کشورهای هدف، از تحریم‌ها علیه کشورهای دارای تروریست اجتناب کنند و در نتیجه به‌طور غیرمستقیم گروه‌های تروریستی را تقویت کنند.

مطالعات درباره تروریسم، از واقعه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ بسیار گسترده‌تر شده، هرچند با وجود این فراوانی، به آگاهی‌های اساسی قبلی چندان افزوده نشده است. با گذشت زمان، حملات تروریستی کشنده‌تر، و پس از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، سبک حملات و محل وقوع وقایع تروریستی دچار دگرگونی شده است؛ البته بیشتر دگرگونی، در ترکیب وقایع رخ داده است نه در سطح کل وقایع تروریستی. بنابراین به نظر می‌رسد تنظیم مقررات مناسب تا حدود زیادی می‌تواند از بروز برخی فعالیت‌های تأمین مالی تروریسم پیشگیری نماید. مقررات ضعیف ممکن است قاچاق انسان و کالاهای غیرقانونی (اسلحه، مواد مخدر، مصنوعات فرهنگی، محصولات حیات وحش و غیره) را تشویق کند. اغلب، درآمد حاصل از این نوع قاچاق جزء مهم تأمین مالی تروریسم است.<sup>۱</sup> به علاوه، امروزه استفاده از تحریم به عنوان ابزاری به منظور کنترل کشورهای درآمدی است که به زعم برخی دیگر از کشورها از موازین جهانی تعریف‌شده توسط ایشان تخلف نموده‌اند. از این‌رو، تحریم ابزاری تنبیهی است که در سیاست خارجی مورد استفاده قرار می‌گیرد. هدف از تحریم، فشار بر کشور هدف برای تغییر رفتار است. این تغییر رفتار می‌تواند تغییر رفتار سیاسی یا تغییر سیاست‌های اقتصادی باشد.

البته در توجیه این محدودیت‌ها این قبیل کشورها معمولاً تخلف از قواعد امره بین‌المللی را دستاویز قرار می‌دهند و بهترین توجیه در این خصوص می‌تواند دستیابی یا تلاش برای دستیابی به سلاح‌های کشتار جمعی باشد. مهار و پیشگیری از گسترش سلاح‌های کشتار جمعی به‌سرعت در حال گسترش و تحول است. به منظور درک نقش منع گسترش سلاح‌های کشتار جمعی در

1. Sumpter, C., & Franco, J. Migration, transnational crime and terrorism: Exploring the nexus in Europe and Southeast Asia, Perspectives on Terrorism, 2018, 12(5), pp 36-50.

سیاست خارجی قدرت‌های بزرگ به طور عام و در اعمال تحریم از سوی اعضای دائم شورای امنیت، به ویژه آمریکا و اتحادیه اروپا، باید ساختار و مهم‌تر از آن روابط بین‌المللی و تحریم بررسی شود. تحریم بین‌المللی یکی از کارآمدترین روش‌های الزام دولت تحریم‌شده به انجام منویات جامعه بین‌المللی یا دولت تحریم‌کننده است. صرف‌نظر از اینکه این تحریم‌ها در مواقعی با زیاده‌خواهی و مطالبات سیاسی تعداد اندکی از دولت‌ها همراه می‌شود، تحریم به عنوان ابزاری برای تشویق دولت‌ها به انجام تعهدات سازمانی خود در سازمان‌های بین‌المللی مهمی نظیر سازمان ملل متحد، اتحادیه اروپا، صندوق بین‌المللی پول و سازمان تجارت جهانی پیش‌بینی شده است. تحریم، خصمانه‌ترین گزینه غیرنظامی در روابط بین‌المللی تلقی می‌شود؛ چنان‌که تحریم در منشور ملل متحد، به عنوان آخرین روش پیش از توسل به زور از سوی شورای امنیت در ماده ۴۱ ذیل فصل هفتم منشور ملل متحد در نظر گرفته شده است.

تحریم به عنوان سازوکاری در روابط بین‌المللی برای الزام دولت متخلف به رعایت تعهدات بین‌المللی پیش‌بینی شده است. تحریم که از منظر حقوق بین‌الملل نوعی اقدام متقابل محسوب می‌شود تا پیش از این صرفاً علیه دولت در تمامیت آن اعمال می‌شده است. ظهور تروریسم بین‌المللی و ایراداتی که متوجه تحریم‌های سنتی بود، موجب گشت تا نسل جدیدی از تحریم‌های بین‌المللی معروف به تحریم هوشمند پدیدار گردد. در یکی از اشکال این نوع تحریم تنها بازیگران غیردولتی که مسئول اصلی تخلفات بین‌المللی هستند، تحریم می‌شوند. یکی از اشکال تحریم هوشمند، تحریم اشخاص حقیقی است که مسائل نوینی را با خود مطرح کرده است. هرچند این تحریم‌ها به دلیل تخلفات بین‌المللی برخی اشخاص اعمال می‌گردد، خود می‌تواند با نقض برخی از اصول حقوق بین‌الملل همراه باشد.<sup>۱</sup>

## ۱. تعاریف و مفاهیم

تحریم‌های اقتصادی ساختارهای سیاسی و اقتصادی داخل یک کشور را مختل، و بر نهادهای جامعه تأکید می‌کند که احتمال اقدامات تروریستی را می‌افزاید و دلایلی را برای گروه‌های مخالف برای استفاده از ترور برای متزلزل کردن اقتدار رهبران دولتی ارائه می‌کند.<sup>۲</sup>

۱. ضیایی، سیدياسر و علیرضا محمدی مطلق، *تحریم اشخاص حقیقی از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر تحریم برخی اتباع ایرانی*، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۳، ش ۸۸، ص ۱۵۱.  
 2. Thomas Altmann & Jason Giersch, *Sanctioned terror: economic sanctions and more effective terrorism*, International Politics volume 59, 2022, pp 383–397.

هرچند در متون و اسناد قدیمی حقوق بین‌المللی، اصطلاح تحریم، معادل ضمانت‌اجرا در نظر گرفته می‌شد، امروزه اصطلاح تحریم،<sup>۱</sup> صرفاً ناظر بر محدودیت‌های بین‌المللی علیه یک دولت یا محرومیت یک دولت از حقوق خود است. ممکن است کشوری به دنبال نقض یکی از قواعد روابط بین‌الملل یا حقوق بین‌الملل توسط کشور دیگری متضرر شود و به این دلیل به مجازات آن کشور در قالب تحریم دست زند. در غیر این صورت اگر کشور تحریم‌کننده فقط قصد اجبار و سوق‌دادن کشور تحریم‌شونده به سیاستی خاص را داشته باشد، تحریم، صرفاً جنبه سیاسی می‌گیرد و از جوانب حقوقی خالی خواهد شد.<sup>۲</sup> به طور کلی، تحریم برای نشان دادن نارضایتی از اقدام‌های یک دولت یا وادار کردن آن برای تغییر برخی سیاست‌ها و اقدام‌ها یا حتی تغییر ساختار دولتی است.<sup>۳</sup> افزون بر این، تحریم به مجموعه اقدام‌هایی اطلاق می‌شود که از سوی قدرت‌های دنیا در راستای تنبیه یک دولت یا وادار کردن این کشور به انجام یا عدم انجام عملی به کار گرفته شده است.

برای شناخت دقیق تحریم و ارائه تعریفی جامع و مانع از آن و برای آنکه بتوانیم مصادیق واقعی آن را شناسایی نماییم، باید در وهله اول تفاوت مفهوم «تحریم اقتصادی» با «تحریم تجاری» مشخص کنیم. هرچند در ظاهر «تحریم تجاری» و «تحریم اقتصادی» از نظر اقتصادی یک تأثیر را دارند، اما از نظر حقوقی دارای آثار متفاوتی‌اند. تحریم تجاری محدودیت‌هایی است که دولت‌های ملی بر تجارت بین‌المللی اعمال می‌کنند. این گونه محدودیت‌های تجاری اهداف تعریف‌شده سیاست تجاری یک دولت است؛ در حالی که در تعریف تحریم اقتصادی آن را چون ابزاری برای نیل به اهداف سیاست خارجی مطرح می‌کنند.<sup>۴</sup>

تحریم اقتصادی اقدام برنامه‌ریزی‌شده یک یا چند دولت از طریق محدود کردن مناسبات اقتصادی است که دارای اثرات سیاسی و فرهنگی برای اعمال فشار بر کشور هدف می‌باشد. تحریم اقتصادی اغلب به‌عنوان جایگزین جنگ و اعمال قوه قهریه تلقی می‌شود. از این‌رو، تحریم اقتصادی را می‌توان تدابیر قهرآمیز اقتصادی علیه یک کشور یا چند کشور به منظور ایجاد

1. Jean Combacau, "Sanctions", in: Rudolf Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 9, 1981, p 337.

2. See: D. W. Bawett, "International Law and Economic Coercion," *Virginia Journal of International Law*, No. 16, 1976, p. 86.

3. Barry E. Carter, "International Economic Sanctions: Improving the Haphazard U.S. Legal Regime," *California Law Review*, No. 75, 1987, p 1166.

4. Executive Order 12170, 14 November, 1979.



تغییر در سیاست‌های کشور مورد هدف تحریم و یا دست‌کم بازگوکننده نظریات کشور تحریم‌کننده در مقابل تحریم‌شونده تعریف نمود. به عبارت دیگر، تحریم اقتصادی از اقدام سلبی در قطع و روابط اقتصادی کشورها با یکدیگر برمی‌خیزد. در واقع امروزه از تحریم اقتصادی به عنوان ابزاری در راستای نیل به اهداف سیاست خارجی از سوی کشورهای دیگر می‌توان یاد نمود. هدف کشور تحریم‌کننده، تحریف روابط اقتصادی کشور تحریم‌شونده از طریق کاهش سطح تجارت بین‌المللی آن کشور است.<sup>۱</sup>

تحریم‌های بین‌المللی به دوتنوع چندجانبه و یکجانبه تقسیم می‌شود. هدف از تحریم‌های چندجانبه، اقدام‌های جمعی است که کشورها در راستای رسیدن به اهداف خود برای تنبیه یا اجبار یک دولت برای همکاری یا همسوکردن سیاست‌های خود با دولت‌های تحریم‌کننده اعمال می‌کنند. اگرچه منعی وجود ندارد که این اقدام‌ها در قالب توافقات چندجانبه کشورها صورت پذیرد، غالب آنها در چارچوب تصمیمات سازمان‌های بین‌المللی از جمله سازمان ملل متحد و اتحادیه اروپا اعمال می‌شود.<sup>۲</sup> تحریم‌های یکجانبه، مجموعه اقداماتی است که به صورت کاملاً یکجانبه و خارج از هر سازمان یا توافق بین‌المللی از سوی یک دولت علیه دولتی دیگر اتخاذ می‌شود.<sup>۳</sup>

با این همه، برخی از برنامه‌های تحریم، شامل اقدامات جامعی مانند محدودیت‌های تجاری، ممنوعیت سرمایه‌گذاری و کاهش کمک‌های اقتصادی یا نظامی است. افراد، گروه‌ها، شرکت‌ها یا بخش‌های اقتصادی خاصی را هدف قرار می‌دهند. تحریم‌های هدفمند شامل مسدودکردن دارایی‌ها، ممنوعیت فروش فناوری و فناوری نظامی است که می‌تواند برای مقاصد غیرنظامی یا نظامی (فناوری با استفاده دوگانه)، محدودیت‌های فعالیت بانکی بین‌المللی و ممنوعیت سفر مورد استفاده قرار گیرد.<sup>۴</sup>

۱. زهرانی، مصطفی، *نظریه تحریم اقتصادی*، تهران: انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۶، ص ۱۴۰.

2. Rennie Atterbury, "Unilateral Sanctions: Relearning Forgotten," *American Society of International Law Proceeding*, Vol. 91, 1997, p 338.

3. Navin A. Bapat, and Clifton Morgan, "Multilateral Versus Unilateral Sanctions Reconsidered: A Test Using New Data," *International Studies Quarterly*, Vol. 53, 2009, p 1075.

۴. ضیایی، سیدیاسر و علیرضا محمدی مطلق، منبع پیشین، صص ۱۵۴-۱۵۳.

5 <https://www.hfg.org/wp-content/uploads/2022/11/sanctions-nov-21-final.pdf>

تروریسم و تحریم اقتصادی هر دو مفهومی هستند که نیازمند شفاف‌سازی می‌باشند. تروریسم به معنی خشونت با انگیزه سیاسی از پیش طراحی شده علیه اهداف غیرنظامی است که گروه‌ها یا عواملی برای تحت تأثیر قرار دادن مخاطب، آن را صورت می‌دهند.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، تروریسم به عنوان یک عمل خشن عمدی یا تهدید به خشونت از سوی یک عامل غیردولتی به منظور نیل به یک هدف سیاسی، اقتصادی، دینی یا اجتماعی محسوب می‌شود. هرچند تعاریف مزبور یکی از پرکاربردترین تعاریف در ادبیات است، در برابر انتقاد مصون نیست؛ زیرا تمایزی بین تهدید و سوانح تروریستی بالفعل قائل نشده است. از این رو، به منظور موجه‌نمایی شمول تهدید به اعمال زور تروریسم به همان اندازه با تهدید به خشونت ارتباط دارد که با خود عمل خشونت‌آمیز مرتبط است. شاید مهم‌ترین عامل گسترش و بقای تروریسم، حمایت‌های مالی از این افراد و گروه‌های تروریستی است.<sup>۲</sup>

## ۲. تحریم‌های اقتصادی؛ اهداف و ضروریات

در دهه‌های اخیر شاهد استفاده فزاینده از مجازات‌های اقتصادی و سایر اشکال تحریم برای وادار کردن کشورهای هدف و گهگاه گروه‌های غیردولتی مسلح به توقف سرکوب خشونت‌آمیز و سایر اشکال نقض حقوق بشر، تجاوز نظامی، تولید سلاح‌های کشتار جمعی، یا سایر اعمالی بوده‌ایم که توسط تحریم‌کنندگان غیرقابل تحمل تلقی می‌شوند. اینها اغلب توسط بازیگران بزرگ جهانی، به ویژه ایالات متحده، اتحادیه اروپا و سازمان ملل متحد مستقر می‌شوند. تحریم‌ها به طور گسترده‌ای به عنوان جایگزین‌های ارجح برای مداخله نظامی در نظر گرفته می‌شوند که در آن دیپلماسی در تغییر رفتار هدف ناکارآمد است یا پیش‌بینی می‌شود.<sup>۳</sup>

تحریم‌های اقتصادی از نظر هدف، مشتمل به دو نوع تحریم اقتصادی به منظور بی‌ثبات کردن رژیم سیاسی کشور هدف و تحریم اقتصادی برای تغییر رفتار سیاسی یا اقتصادی کشور هدف تقسیم می‌شود: نوع اول که در واقع برگرفته از تضاد در منافع راهبردی کشور تحریم‌کننده

۱. امیرلی، حسین و کامیار ثقفی، ارائه مدل مفهومی ارزیابی تهدیدات تروریسم سایبری، امنیت ملی، ۱۳۹۸، د ۹، ش ۳۳، صص ۳۹۸.

۲. اسدزاده بنایی، حسین و محمد رسایی، تحلیل جرم‌شناختی تأمین مالی تروریسم در حقوق ایران، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ۱۴۰۰، د ۱۷، ش ۲، پیاپی ۴۸، ص ۷۰.

3. <https://www.hfg.org/wp-content/uploads/2022/11/sanctions-nov-21-final.pdf>

و کشور هدف می‌باشد، برای تغییر رژیم کشور هدف است؛ نوع دوم که تحریم اقتصادی برای تغییر رفتار سیاسی یا اقتصادی کشور هدف است، به مراتب ملایم‌تر از نوع اول است. زمانی که کشورها به دنبال تغییر رژیم یک کشور هستند، تحریم نوع اول اعمال می‌شود، با این هدف که لطمه‌ای سنگین به منافع کشور هدف وارد آید. در واقع در این نوع تحریم، به طور عملی تحریم اقتصادی جایگزین جنگ و گزینه «ماقبل جنگ» تلقی می‌شود.

بر اساس مطالعات صورت‌گرفته، معمولاً اعمال تحریم و مجازات علیه کشوری یا گروهی برای دستیابی به یکی از اهداف زیر و یا ترکیبی از آنها صورت می‌گیرد:

۱. پیشگیری از دستیابی یک کشور یا گروه به توانمندی‌هایی که می‌توانند برای صلح و امنیت بین‌المللی خطرناک یا نگران‌کننده باشند.
  ۲. ایجاد موانع فرضی یا واقعی برای دشوار کردن ادامه راه.
  ۳. مهار یک‌جانبه، دوجانبه یا چندجانبه برای خنثی کردن یا کاهش دامنه تهدیدات.
  ۴. بدنام کردن یک کشور یا هیئت حاکمه یک کشور یا یک گروه در سطح بین‌المللی به عنوان یاغی، متجاوز یا منشأ خطر و تهدید.
  ۵. پاسخگو کردن و تغییر رفتار یک دولت در قبال مردم آن یا جامعه بین‌المللی.
  ۶. همراه کردن از طریق اعمال دیپلماسی اجبار.
- گروه‌های کاری سازمان ملل متحد در بررسی دلایل ناکارآمدی تحریم‌ها و مجازات‌های شورای امنیت موارد زیر را مطرح کرده‌اند:
۱. عدم همکاری جامعه بین‌المللی در اجرای کامل مصوبات شورای امنیت.
  ۲. عدم نظارت کامل بر مرزهای آبی، خاکی و هوایی کشور مورد تحریم.
  ۳. عدم همکاری دولت‌ها و سازمان‌های غیردولتی در ارائه گزارش موارد ناقض تحریم از سوی دولت‌ها، مؤسسات و افراد ذی‌نفع.
  ۴. کاهش تدریجی حساسیت بر روی کنترل‌ها با طولانی‌شدن تحریم و آلودگی افراد و سازمان‌های کنترل‌کننده به فساد.
  ۵. خسارت‌های وارده به سایر کشورها و گسترش دامنه توجیه بهره‌برداری از بند ۵۰ منشور ملل متحد در نادیده گرفتن بخشی از تحریم‌ها.

۶. خسارت‌های وارده به مردم عادی و طبقات غیرهدف و نیز تحریک افکار عمومی مردم جهان.
۷. عدم دستیابی به نتیجه مورد نظر و حتی گرفتن نتیجه معکوس.
۸. عدم بازنگری مستمر نتایج مجازات‌ها و تحریم‌ها در کمیته تحریم.
۹. محدودبودن اختیارات کمیته تحریم در تخفیف بندهایی از تحریم بر اساس نتایج بازنگری.
۱۰. غیرهوشمند و غیرهدفمند بودن تحریم‌ها.

تحریم‌ها باید توسط اعضای جامعه بین‌المللی اجرا شود و این لازم است که اعضا کاملاً از منطقی بودن اقدامات از ابتدا و در طول اعمال تحریم‌ها مطلع باشند. باید اطمینان حاصل شود که حمایت سیاسی و اراده سیاسی برای اعمال تحریم وجود دارد. باید جامعه بین‌المللی به این نتیجه برسد که خود وضع‌کننده تحریم است. اهداف تحریم باید به صورت شفاف، در اقدامات تمامی اعضای سازمان ملل متحد مشاهده شود. از این رو، منظور از حفظ حمایت‌های بین‌المللی این است که جامعه بین‌المللی باید به این باور برسد که تحریم‌ها هدفمند است. البته باید سازوکار لازم برای تضمین مراقبت و پیگیری پیشرفت اقدامات در طول تحریم اندیشیده شود و کشورها ملزم به ارائه گزارش شوند و موارد نقض تحریم‌ها مشخص شود.

دبیرخانه سازمان ملل متحد دارای تجارب قابل توجهی در اعمال تحریم‌هاست. لازم است تا یک بانک اطلاعاتی تحریم ایجاد شود تا به کمیته تحریم، کشورهای عضو و گروه‌های کارشناسی و سازوکارهای مراقبتی خدمات ارائه کند. از این طریق به صورت نظام‌مند از تجارب گذشته درس خواهیم گرفت. در کنار آن سازمان ملل متحد باید تحقیقات خود را درباره رژیم‌های فعلی تحریم روزآمد سازد. پیشنهاد می‌شود یک نفر به عنوان هماهنگ‌کننده ویژه دبیر کل در این رابطه برگزیده شود. لازمه اعمال تحریم در اختیار داشتن بودجه متناسب با آن است. کمیته مقابله با تروریسم از تجارب خوبی برای فراگیری بهره‌مند است. ایجاد یک کمیته ویژه برای اطلاع‌رسانی به دولت‌های عضو درخصوص چگونگی مقابله با تروریسم، روش مناسبی برای اجرای تحریم‌هاست.

رژیم تحریم‌های مؤثر نیازمند ظرفیت‌سازی و برنامه‌های آموزشی است. اجرایی‌شدن تحریم‌ها درگرو ظرفیت‌سازی برای بسیاری از کشورهای عضو، و نیز نیازمند آموزش کارکنان و برنامه‌های آموزش ملی از جمله پلیس، گمرکات، خدمات حمل و نقل، کنترل‌های مالی و غیره است.

### ۳. تروریسم و اقتصاد؛ آثار و روابط

#### ۳.۱. تأثیر اقتصاد بر تروریسم

ارتباط بین امنیت و صلح با رشد اقتصادی بسیار مهم و ضروری است؛ چراکه توسعه اقتصادی بدون امنیت رخ نمی‌دهد و صلح و امنیت بدون رشد امکان تحقق پایدار نخواهد داشت.<sup>۱</sup> برخی مواقع انگیزه‌های اقتصادی با عملیات تروریستی مرتبط است؛ به گونه‌ای که وضعیت فقر، بیکاری، سطح پایین عدالت اجتماعی و وجود فساد، همه عواملی هستند که منجر به گسترش پدیده تروریسم و رشد قابل توجه آن می‌شوند.<sup>۲</sup> مطالعات، یافته‌های متفاوتی را بسته به انتخاب مشخصه مدل، متغیرهای ثانوی و عملی کردن سطح تروریسم، و یک همبستگی آماری منفی و معنی‌دار را بین معیارهای عملکرد اقتصاد و سطح خشونت تروریستی گزارش کرده‌اند.<sup>۳</sup> البته برخی هم کشور محل وقوع حمله و هم کشور زادگاه تروریست‌های مجری حمله را مورد مطالعه قرار داده و دریافته‌اند که کشورهای مرفه با احتمال بیشتر دچار حمله‌های تروریستی می‌شوند. از این‌رو، هیچ رابطه‌ای بین تروریسم و سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی یا سرمایه‌گذاری پورتفوی پیدا نکردند، اما پی بردند که توسعه اقتصادی در یک کشور یا در شرکای تجاری برتر آن موجب کاهش تروریسم در آن کشور می‌شود.<sup>۴</sup>

نگرانی‌هایی درباره قابلیت اطمینان مطالعات فوق‌الذکر از دو جنبه ابراز شده‌اند: الف) کیفیت داده‌ها؛ ب) قانع‌کنندگی علت‌شناسی. ادبیات نظری در بررسی این نگرانی‌ها در دو جهت توسعه پیدا کرده است. البته برخی سعی دارند هر دو موضوع را در یک مجموعه تمام‌کشوری مطالعه و بررسی کنند.<sup>۵</sup> از نظر داده‌ها، آبادی به جای استفاده از منابع دادگانی وزین که آمار حملات

1. Zakaria, M., Jun, W., & Ahmed, H", Effect of terrorism on economic growth in Pakistan: an empirical analysis", *Economic research-Ekonomska istraživanja*, 2019, 32(1), pp 1794-1812.

۲. ایمن عبدالکریم، حسین، **تروریسم، عوامل و انگیزه‌ها و تأثیر آن بر صلح و امنیت بین‌المللی**، مجموعه نشریات مرکز مطالعات و برنامه‌ریزی بیان، ۲۰۱۸، ص ۴.

3. Drakos, Kostas and Andreas Gofas.. "In Search of the Average Transnational Terrorist Attack Venue", *Defence and Peace Economics*, 2006, 17(2), pp 73-93.

4. Li, Quan and Drew Schaub.. "Economic Globalization and Transnational Terrorist Incidents: A Pooled Time Series Cross Sectional Analysis." *Journal of Conflict Resolution*, 2004, 48(2), pp 230-258.

5. Abadie, Alberto.. "Poverty, Political Freedom, and the Roots of Terrorism." *American Economic Review* (Papers and Proceedings), 2006, 96(2), pp 50-56.

تروریستی یا کشتارها را ارائه می‌کنند، متغیر وابسته خود را بر مبنای شاخص جهانی تروریسم مرکز تحقیقات بازار جهانی قرار داد که بر اساس نگاه‌های چهار عامل پیش‌بینی‌کننده انگیزه، حضور، مقیاس و اثربخشی تروریسم را در بر می‌گیرد. مهم‌تر اینکه وی از یک رویکرد متغیرهای ابزاری برای بررسی درون‌زایی بالقوه بین عملکرد اقتصادی و میزان خطر تروریسم استفاده کرده است؛ یعنی عملکرد اقتصادی ضعیف ممکن است علت تروریسم باشد، اما تروریسم (یا پیش‌بینی تروریسم) هم می‌تواند عملکرد اقتصادی را تحلیل ببرد.

رویکرد دیگر که به منظور ارتقای شناخت تجربی ما از روابط بین اقتصاد و تروریسم اتخاذ شده، رهاسازی مطالعات تمام‌کشوری و تمرکز بر روی جزئیات سطح خرد در درگیری‌های تروریستی مهم است. ایشان دریافتند که عاملان تروریست خودشان نه فقیر و نه بیسواد یا کم‌سوادند، بلکه وضع اقتصادی و تحصیلی‌شان در جایی پیرامون وضع متوسط در جامعه‌شان یا حتی قدری بیشتر از آن قرار دارد.<sup>۱</sup> به علاوه، اظهار داشتند از آنجا که تروریست‌ها فقیر و بی‌سواد نیستند، اقتصاد و تحصیلات نباید عوامل مهم تعیین‌کننده تروریسم باشند. در واقع کروگر بر اساس این شواهد اظهار داشته است که بدون شک فقر رابطه‌ی زیادی با تروریسم ندارد.<sup>۲</sup>

سازمان‌های تروریستی نیروهای جذبی بالقوه را بر اساس بعد توانایی یک تروریست که همبستگی مثبتی با وضع اجتماعی-اقتصادی دارد، غربال و انتخاب می‌کنند (یعنی افراد با سوادتر تروریست بهتری می‌شوند). برخی از محققان شواهدی تجربی را ارائه کرده‌اند که نشان می‌دهند تروریست باسوادتر در واقع در اجرای وظایف دشوار کارآمدتر است.<sup>۳</sup>

### ۳.۲. تأثیر تروریسم بر اقتصاد

به طور کلی، روابط متقابل میان تروریسم و اقتصاد سؤال دیگری را پیش می‌آورد که متخصصان اقتصاد سیاسی بدان پاسخی منطقی ارائه کرده‌اند: «تروریسم چه تأثیری بر اقتصاد یک کشور دارد؟» این ادبیات به طور مبسوط در مطالعات برخی از پژوهشگران بررسی شده

1. Krueger, Alan B. and Jitka Maleckova, "Education, Poverty, and Terrorism: Is There a Causal Connection?" *Journal of Economic Perspectives* 17(4), 2003, pp 119-144; Berrebi, Claude, "Evidence About the Link Between Education, Poverty and Terrorism Among Palestinians." Princeton University Industrial Relations Section Working Paper, 2003, p 477.

2. Krueger, Aland B.. What Makes a Terrorist: Economics and the Roots of Terrorism, Princeton: Princeton University Press, 2007, pp 158-159.

3. Benmelech, Efraim and Claude Berrebi, "Attack Assignments in Terror Organizations and the Productivity of Suicide Bombers." Harvard University Typescript, 2006, pp 189-192.

است.<sup>۱</sup> یک حقیقت آشکارشده مهم حاصل از این ادبیات آن است که ارائه یک شرح حال کامل راجع به تأثیرات حملات تروریستی تمام‌عیار بر اقتصاد کلان کار بسیار دشواری است. برآورد ارزش پولی خسارات ناشی از تروریسم به همان روش برآورد هزینه اقتصادی ناشی از خشونت صورت می‌گیرد.<sup>۲</sup>

حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ را در نظر بگیرید. برای محاسبه هزینه‌ها باید جمعی از آثار مستقیم را مدنظر قرار دهیم؛ یعنی کشته‌شدن افراد کارساز و دارای بهره‌وری، نابود شدن زیرساخت‌ها و متوقف‌شدن فرایندهای مالی و اقتصادی و امثالهم. حتی اگر بتوان برآوردهایی منطقی از این آثار مستقیم داشت، باز هم آثار غیرمستقیمی وجود دارند، مثل زمان و بازده کار هدر رفته برای افزایش امنیت فرودگاه‌ها، ضرر ثابت در وضع مالیات لازم برای جبران خسارت قربانیان حملات، افت ارزش دارایی‌ها در کوتاه‌مدت (و شاید بلندمدت) در بازار بورس در اثر تغییر عملکرد و خطر مورد انتظار و امثالهم که سنجش آنها بسیار دشوارتر است. هزینه‌های بسیار زیاد دیگری شامل عضوگیری، تأسیس کمپ‌های آموزشی، تدارکات مانند غذا و سرپناه نیز بر گروه‌های تروریستی و اقدامات آنها تحمیل می‌شود<sup>۳</sup> که این هزینه‌ها نیز می‌توانست در بخش‌های مولد و کارآمد هزینه شود.

برآوردهای دقیق‌تر تأثیر تروریسم بر اقتصاد از مطالعات درگیری‌های تروریستی بلندمدت‌تر (ولو با شدت کمتر) حاصل می‌شوند. این مطالعات به دو صورت انجام شده‌اند: یا با تمرکز بر روی انواع خاصی از فعالیت اقتصادی یا با تمرکز بر روی اقتصاد یک کشور خاص. در خصوص مورد اول، تروریسم به واسطه افزایش خطر و کاهش بازده و سود مورد انتظار بر تخصیص منابع مالی برای سرمایه‌گذاری تأثیر می‌گذارد.<sup>۴</sup> برآوردهای ایشان نشان داده است که افزایش خطر تروریسم در یک کشور به طرز معنی‌داری باعث کاهش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در آن کشور

1. Enders, Walter and Todd Sandler, *The Political Economy of Terrorism*. Cambridge, U.K.: Cambridge, 2006 .

2. Bardwell, H., & Iqbal, M, *The economic impact of terrorism from 2000 to 2018*. Peace Economics, Peace Science and Public Policy, 2021, 27(2), p 229.

۳. حاتمی، عباس و فاطمه رضایی، *تحلیل تطبیقی شیوه‌های تأمین منابع مالی القاعده و داعش: رهیافتی در اقتصاد سیاسی تروریسم*، مطالعات اقتصاد سیاسی بین‌الملل، ۲۰۲۰، د ۲، ش ۲، صص ۴۷۸.

4. Abadie, Alberto and Javier Gardeazabal, "Terrorism and the World Economy." *Harvard University typscript*, . 2005, pp 58-62.

می‌شود.<sup>۱</sup> با مطالعه بر روی داده‌های کشور پاکستان، نشان دادند که یک درصد افزایش در تروریسم منجر به کاهش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی (FDI) به میزان ۰/۱ درصد می‌شود و رشد اقتصادی را به میزان ۰/۰۲ درصد کاهش می‌دهد. برخی از تحلیل‌گران به آثار منفی و عظیم تروریسم بر روی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کشور یونان و اسپانیای پی بردند.<sup>۲</sup> به همین منوال، دریافتند که تروریسم به طرز قابل توجه و معنی‌داری باعث تنزل جهانگردی در یونان، ایتالیا و اتریش شده است.<sup>۳</sup>

دو مطالعه جدید تأثیر تروریسم بر رشد اقتصادی در مناطق خاص درگیری را برآورد کردند. عده‌ای از محققان به بررسی چگونگی تنزل رشد اقتصادی در ناحیه باسک اسپانیا در اثر تروریسم پرداخته‌اند؛<sup>۴</sup> زیرا سازمان تروریستی اِتا غالباً در این ناحیه متمرکز شده است. آنها بر این اساس یک ناحیه باسک مصنوعی را با اصول آماری مبتنی بر سایر مناطق اسپانیا ساختند و آن را از نظر رشد (بدون تروریسم) با رشد ناحیه باسک واقعی مقایسه کردند. تحلیل و بررسی ایشان نشان می‌دهد که تروریسم این سازمان تولید ناخالص داخلی سرانه در ناحیه باسک را از آغاز تروریسم باسک در دهه ۱۹۶۰ تا ده درصد کاهش داده است.<sup>۵</sup> اصولاً اقتصادهای کوچک درگیر کمپین‌های تروریستی با آسیب‌های جدی در حوزه متغیرهای کلان اقتصادی نظیر مصرف، سرمایه‌گذاری، تولید ناخالص داخلی و رشد اقتصادی مواجه می‌شوند.<sup>۶</sup> در عین حال، اثرات تروریسم در اقتصادهای بزرگ‌تر و متنوع‌تر که می‌توانند سیاست‌های پولی و مالی مناسب را برای مقابله با رکود اقتصادی ناشی از تروریسم اجرا کنند، کمتر احساس می‌شود.<sup>۷</sup>

1. Zakaria, M., Jun, W., & Ahmed, H, Effect of terrorism on economic growth in Pakistan: an empirical analysis. *Economic research-Ekonomska istraživanja*, 2019, 32(1), pp 1794-1812.
2. Abadie, Alberto and Javier Gardeazabal "Terrorism and the World Economy." Harvard University typescript, 2005, pp 89-93.
3. Enders, Walter, Todd Sandler and Gerald F. Parise, "An Econometric Analysis of the Impact of Terrorism on Tourism." *Kyklos* 45(4), 1992, pp 531-554.
4. Abadie, Alberto and Javier Gardeazabal, "The Economic Costs of Conflict: A Case Study of the Basque Country." *American Economic Review* 93(1), 2003, pp 113-132.
5. Eckstein, Zvi and Daniel Tsiddon, "Macroeconomic Consequences of Terror: Theory and the Case of Israel." *Journal of Monetary Economics* 51(5), 2004, pp 971-1002.
6. Meierrieks, D., & Schneider, F, Terrorism and international economic policy. *European Journal of Political Economy*, 2021, 69, 102011.
7. Gaibulloev, K., & Sandler, T, What we have learned about terrorism since 9/11. *Journal of Economic Literature*, 2019, 57(2), p 321.



#### ۴. سرکوب تروریسم با اعمال تحریم اقتصادی

رژیم تحریم‌های سازمان ملل متحد اولین بار طی قطعنامه ۱۲۶۷ شورای امنیت سازمان ملل (۱۹۹۹) ایجاد شد<sup>۱</sup> که این امر خود اقدامی در قبال اقدام‌های تروریستی در فرایند پیشگیری و سرکوب مورد محاسبه قرار می‌گیرد. شورای امنیت سازمان ملل متحد تعدادی تدابیر را علیه افراد و نهادهای مرتبط با القاعده اعمال می‌کند.<sup>۲</sup>

##### ۴.۱. مواجهه حقوقی

تروریسم بین‌المللی نه تنها تأثیری فزونی بر فعالیت قانونی یک کشور، به ویژه به دلیل وقوع حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ می‌گذارد، بلکه به توافق نظر عمومی در جامعه جهانی از نظر اتخاذ یک واکنش فوری و مؤثر برای مبارزه با تأمین مالی تروریسم منجر شده است. شورای امنیت سازمان ملل در مبارزه با تروریسم به همان راهبرد آغاز شده در سال ۱۹۹۷ (که در سال ۱۹۹۸ تکمیل شد) با وارد کردن محدودیت‌های مالی و سفر بر اعضای اتحاد ملی استقلال کامل آنگولا متوسل شده است.<sup>۳</sup> شورای امنیت سازمان ملل متحد کشورهای عضو را به همکاری نزدیک در مبارزه با تأمین مالی تروریسم ملزم می‌کند. آنها این کار را با اعمال تحریم‌های تصویب‌شده توسط شورای امنیت انجام می‌دهند که در حقوق بین‌الملل الزام‌آور است. اعضای سازمان ملل باید رویه‌هایی برای انسداد دارایی‌های تروریست‌ها و سازمان‌های تروریستی داشته باشند. یکی از نمونه‌ها تحریم‌های مالی است که شورای امنیت علیه القاعده و طالبان وضع کرده است. این افراد اشخاص و سازمان‌هایی را هدف قرار می‌دهند که آنها را در فهرست تروریستی قرار داده است.<sup>۴</sup> هدف‌گیری افراد به جای یک حکومت خاص نشانه یک تغییر و تحول کیفی در سیاست تحریم شورای امنیت بود. این تحریم‌های به اصطلاح هدفمند که به تحریم هوشمند هم موسوم

1. <https://www.coe.int/en/web/moneyval/implementation/targeted-financial-sanctions>

۲. رژیم تحریم‌ها با تعدادی از قطعنامه‌های بعدی تقویت و اصلاح شده است. اقداماتی که کشورها طبق قطعنامه‌ها باید اجرا کنند، شامل انسداد دارایی‌ها، ممنوعیت سفر و تحریم تسلیحاتی در رابطه با افراد تعیین‌شده توسط کمیته تحریم‌های سازمان ملل است. علاوه بر این، قطعنامه‌ها رویه‌هایی را برای فهرست کردن و حذف فهرست افراد، دسترسی به منابع مالی برای هزینه‌های اساسی و فوق‌العاده، حمایت از حقوق اشخاص ثالث، از جمله موارد دیگر پیش‌بینی می‌کنند.

3. Portuguese acronym for Uniao Nacional para a Independencia Total de Angola (National Union for the Total Independence of Angola).

4. <https://www.finma.ch/en/documentation/international-sanctions-and-combating-terrorism/financial-sanctions-against-terrorism/>

هستند، در شماری از قطعنامه‌های شورای امنیت با هدف اشخاص حقیقی و حقوقی که ادعا شده با طالبان و القاعده ارتباط دارند، درج شده‌اند. شورا به وسیله قطعنامه ۱۲۶۷<sup>۱</sup> در میان سایر موارد کشورها را موظف کرد وجوه نقدی و دارایی‌های مالی را که به طور مستقیم یا غیرمستقیم تحت کنترل طالبان هستند، مسدود نمایند؛ همچنین قطعنامه ۱۳۳۳<sup>۲</sup> همان حکم را برای بن‌لادن و همدستانش صادر کرد. فهرست‌های سیاه برای نامیدن اشخاص حقیقی و حقوقی هدف به این قطعنامه‌ها پیوست شدند. قطعنامه ۱۳۹۰<sup>۳</sup> فهرست سیاه طالبان/ القاعده را تجدید کرد و دامنه تحریم‌ها را به هر شخص مرتبط با طالبان، بن‌لادن یا القاعده تعمیم داد و منع سفر و تحریم سلاح را بر القاعده تحمیل نمود. این اولین قطعنامه‌ای بود که از هر گونه رابطه با یک کشور یا قلمرو (سرزمین) خاص صرف‌نظر کرد.<sup>۴</sup> قطعنامه‌هایی که نظام تحریم هدفمند را مطرح کرده‌اند، برای تمام کشورهای عضو سازمان ملل لازم‌الاجرا هستند؛ زیرا به موجب فصل هفتم منشور سازمان پذیرفته شده‌اند.

به موجب این سه قطعنامه، یک کمیته تحریم با حکم نگهداری فهرست اشخاص حقیقی و هویت‌های شرکتی که باید تحت تحریم قرار بگیرند و همین طور نظارت بر اجرای تحریم توسط کشورها تشکیل شد، تنظیم فهرست‌ها طبق درخواست مکاتبه‌ای یک کشور انجام می‌شود. اشخاص حقیقی و حقوقی هدف می‌توانند درخواست حذف از فهرست را از طریق کشور محل اقامت یا شهروندی خود یا از طریق یک نقطه کانونی در دبیرخانه سازمان ملل تحویل دهند. کمیته تحریم بر اساس توافق عمومی عمل می‌کند.

از منظر حکومت قانون با توجه به عواقب سنگین این تحریم‌ها برای اشخاص حقیقی هدف آمرانه است که راه‌هایی قانونی برای این اشخاص باز باشند تا خواستار نوعی تجدیدنظر در معیارهای تحمیلی بشوند. مع‌الوصف فقدان ضمانت‌های قانونی جبران‌کننده اعمال قدرت سیاسی خودسرانه احتمالی توسط شورای امنیت (توسط کمیته تحریم) یک مشکل اساسی در تحریم‌های هدفمند شورا بوده است.

1. SC Res. 1267, 15 October 1999, S/RES/1267 (1999).

2. SC Res. 1333, 19 December 2000, S/RES/1333 (2000).

3. SC Res. 1390, 16 January 2002, S/RES/1390 (2002).

4. Cameron, 'UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights', (2003) 72 Nordic Journal of International Law 159 at 164.

هرچند ابتدا امر تحریم‌ها به موجب قطعنامه ۱۲۶۷ بدون هیچ معیار شکلی خاص تحمیل می‌شدند، نقایص رویه‌ای در قطعنامه‌های بعدی که معیارهای تنظیم فهرست را مطرح<sup>۱</sup> و گزارش مورد تسلیمی توسط کشور نامنده و ابلاغ اجباری درج در فهرست به اشخاص حقیقی و حقوقی ذی‌ربط را منظور می‌کردند، رسیدگی شدند.<sup>۲</sup> به‌علاوه دایر کردن یک نقطه کانونی در دبیرخانه سازمان ملل متحد<sup>۳</sup> به منظور تحویل مستقیم درخواست حذف افراد حقیقی از فهرست، یقیناً نوعی اصلاح و پیشرفت است؛ زیرا چنین فردی برای آغاز رویه حذف از فهرست به نفع خود، دیگر وابسته به کشور متبوع یا محل اقامت خود نیست. یک پیشرفت خوشایند دیگر پذیرش قطعنامه ۱۸۲۲ شورا بوده است که طی آن مقرر گردید کمیته تحریم تمام اسامی در فهرست تحریم سازمان ملل در تاریخ پذیرش این قطعنامه را تا ۳۰ ژوئن ۲۰۱۰ مورد تجدیدنظر قرار دهد و پس از آن به طور سالانه تمام اسامی در فهرست یکپارچه‌ای را که طی سه سال گذشته مرور نشده‌اند، مرور کند.<sup>۴</sup>

واضح است که این اصلاحات و پیشرفت‌ها کفایت نمی‌کنند. اشخاص حقیقی با توجه به روال تنظیم فهرست‌ها حق استماع ندارند؛ چه رسد به حق استماع در بافت دادرسی قضایی که رأی توسط یک بخش قضایی یا شبه‌قضایی بی‌طرف صادر می‌شود. اگر تحریم‌ها دارای ماهیت کیفری تلقی شوند و چنانچه توسط نهادهای سازمان ملل مشخص شده صرفاً دارای ماهیت پیشگیرانه اداری نباشند، معیارهای محاکمه عادلانه به صورت تکریم‌شده در اسناد حقوق بشر مربوطه دخالت داده می‌شوند.<sup>۵</sup> هرچند کارشناسان امر و بخش‌های قضایی و شبه‌قضایی در مورد معرفی تحریم‌های هدفمند با عنوان حقوقی، کیفری یا اداری اختلاف نظر دارند،<sup>۶</sup> امر مسلم آن است تحریم‌هایی که عواقب سنگینی برای اشخاص هدف دارند، بدون وجود سازوکار حقوق بین‌الملل در خصوص بررسی صحت اطلاعات مبنای درخواست تنظیم فهرست یک کشور یا

1. SC Res. 1526, 30 January 2004, S/RES/1526 (2004).

2. SC Res. 1735, 22 December 2006, S/RES/1735 (2006).

3. SC Res. 1730, 19 December 2006, S/RES/1730 (2006).

4. SC Res. 1822, 30 June 2008, S/RES/1822 (2008) at paras 25 and 26.

5. Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work, adopted on 7 November 2002 and last amended on 9 December 2008, at para. 6.

6. Bianchi, 'Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion', (2006) 17 European Journal of International Law 881 at 905; and van den Herik, 'The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual', (2007) 20 Leiden Journal of International Law 797 at 806.

تناسب معیارهای اتخاذی تحمیل می‌شوند. پس کماکان این احتمال وجود دارد که افراد بر اساس هویت اشتباه در فهرست جا بگیرند.<sup>۱</sup> به نقل از دیک مارتی (سوئیسی)، بازرس مجمع پارلمانی شورای اروپا، یک کشور پیشنهاد می‌کند نام یک شخص حقوقی به فهرست اضافه شود و اغلب هیچ دلیل مبسوطی را برای آن ارائه نمی‌کند که حتی سایر اعضای کمیته تحریم را از آن مطلع سازد و کمیته هم بدون استماع موضوع یا حتی ابلاغ به شخص ذی‌ربط با آن پیشنهاد موافقت می‌کند.<sup>۲</sup> به علاوه، ماهیت اجماعی تصمیم‌گیری‌های کمیته تحریم بدان معناست که وقتی نامی در فهرست قرار گیرد، هر عضو شورا می‌تواند با برداشتن آن مخالفت کند؛ حتی اگر یک دادگاه ملی حکم تصدیق بی‌گناهی فرد نامبرده را صادر کند یا کشوری که در اصل نام او را برای فهرست معرفی کرده است، برداشتن نام او از فهرست تحریم را درخواست نماید.

#### ۴.۲. ضرورت اصلاحات

انتقاد کمیته حقوق بشر جدیدترین مورد در دامنه‌ای از اظهار نظرات قضایی و شبه‌قضایی موثق در مورد بی‌کفایتی نظام موجود تحریم‌های ضد ترور شورای امنیت است. کاستی‌های شکلی دخیل در روند پذیرش و اجرای تحریم‌های هدفمند شورا در احکام گوناگون دادگستری اتحادیه اروپا مانند پرونده مجاهدین<sup>۳</sup> و پرونده سیسون<sup>۴</sup> فاش شدند. برخلاف پرونده صیادی، فهرست کردن در پرونده‌های مجاهدین و سیسون بر اساس قطعنامه ۱۲۶۷ انجام نشد، بلکه به موجب

1. Marty, 'United Nations Security Council and European Union blacklists', Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Parliamentary Assembly, 16 November 2007, Doc. 11454 at Point C. II. ii. A., available at: <http://www.assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc07/eDOC11454.htm> [last accessed 12 April 2009].

2. Marty, 'UN Security Council black lists: Introductory memorandum', Committee on Legal Affairs and Human Rights, Parliamentary Assembly, AS/Jur 9 (2007) 14, 19 March 2007, ajdoc14 2007, available at: [http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2007/20070319\\_ajdoc14.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2007/20070319_ajdoc14.pdf) [last accessed 12 April 2009].

3. Court of First Instance, Case T-228/02, Organisation de Modjahedines du peuple d'Iran v Council of the European Union, Judgment, 12 December 2006 (insufficient statement of reasons, violation of the applicant's right to a fair hearing); Case T-256/07, People's Mojahedin Organization of Iran v Council of the European Union, Judgment, 23 October 2008 (insufficient statement of reasons); and Case T-284/08, People's Mojahedin Organization of Iran v Council of the European Union, Judgment, 4 December 2008 (violation of the applicant's rights of defence and right to effective judicial protection).

4. Court of First Instance, Case T-47/03, Jose Maria Sison v Council of the European Union, Judgment, 11 July 2007.

قطعه‌نامه ۱۳۷۳ صورت گرفت.<sup>۱</sup> در حالی که تنظیم فهرست تحریم بر اساس قطعه‌نامه ۱۲۶۷ توسط کمیته تحریم صورت گرفت، قطعه‌نامه ۱۳۷۳ این وظیفه را به خود کشورها محول کرد. در بافت اتحادیه اروپا شورای اروپا فهرست‌ها را تنظیم و نگهداری می‌کرد. دادگاه بدوی اروپا در دو پرونده فوق‌الذکر رأی درج نام شاکیان در فهرست سیاه ضدترور اتحادیه اروپا را به این دلیل لغو کرد که شورای اروپا دلایل کافی برای فهرست کردن سازمان را ارائه و روال تنظیم فهرست حق استماع عادلانه را رعایت نکرده است. اما در مورد تنظیم فهرست‌ها بر اساس قطعه‌نامه ۱۲۶۷ شورای امنیت باید گفت دیوان دادگستری بین‌المللی در سپتامبر سال ۲۰۰۸ یک حکم مرزنا و برجسته را صادر کرد. در پرونده کادی و البرکات در برابر اتحادیه اروپا و کمیسیون جامعه اروپا دیوان دادگستری در میان محاکم منطقه‌ای و بین‌المللی اولین دادگاهی بود که اظهار داشت تحریم‌های تحمیلی توسط قطعه‌نامه‌های ضدترور شورای امنیت برخی حقوق اساسی در حقوق جامعه اروپا را نقض می‌کنند؛ یعنی حق استماع، حق جبران حقوقی نافذ و مؤثر و حق مالکیت، و این اولین باری بود که یک دادگاه صلاحیت خود را برای بررسی قانونی بودن یک معیار که به یک قطعه‌نامه شورای امنیت قوت قانونی می‌داد، اثبات می‌کرد.

علی‌رغم این حکم که معیار اجرا- قانون ۸۸۱/۲۰۰۲ شورای اروپا به تاریخ ۲۷ مه ۲۰۰۷- حقوق اساسی در حقوق جامعه اروپا را نقض کرده، دیوان بین‌المللی دادگستری هم مثل کمیته حقوق بشر دچار اضطراب و سرآسیمگی شده بود که بیان کند رسیدگی و تجدید نظر قضایی‌اش به تنهایی شامل قطعه‌نامه شورای امنیت نمی‌شود. دیوان بر این باور بود که هر حکم قوه قضائیه جامعه اروپا مبنی بر اینکه یک معیار جامعه اروپا برای دادن قوت قانونی به یک قطعه‌نامه شورای امنیت منظور شده با حکومت متعالی‌تر قانون در نظام حقوقی جامعه اروپا مغایرت دارد، هیچ مخالفتی با برتری و تفوق آن قطعه‌نامه در حقوق بین‌الملل نخواهد داشت.<sup>۲</sup> یک دادخواست علیه کشور سوئیس درباره اجرای قطعه‌نامه‌های شورای امنیت در خصوص معیارهای تحریم نیز در دیوان حقوق بشر اروپا مطرح و اقامه شد.<sup>۳</sup>

1. SC Res. 1373, 28 September 2001, S/RES/1373 (2001).

2. Ibid. at para. 288.

3. A/62/891-S/2008/428, at 4, available at: <http://www.securitycouncilreport.org> [last accessed 12 April 2009].

در حالی که پیشرفت‌هایی از نظر رویه تنظیم فهرست و حذف نام از فهرست حاصل شد، اما باز هم فاقد رعایت کامل اصل حکومت قانون هستند. مهم اینکه راهکار روند تنظیم فهرست در کمیته تحریم و در نقطه کانونی دبیرخانه سازمان ملل، سیاسی است. در این خصوص جمعی از کشورها ایده تشکیل یک هیئت کارشناسی مستقل و بی‌طرف را برای همکاری با کمیته تحریم در رسیدگی به درخواست حذف اسامی از فهرست مطرح کردند. این گامی در ایجاد توازن دقیق در بین صلاحیت و اقتدار شورای امنیت و کمیته تحریم‌های آن در عرصه صلح و امنیت جهانی از یک سو و الزامات اساسی رویه قضایی عادلانه و شفاف از سوی دیگر بود.

## نتیجه‌گیری

سازمان ملل متحد با هدف اصلی حفظ صلح و امنیت جهانی، برای جلوگیری و ادارهٔ تعارضات و تهدیدات صلح، از ابزارها و روش‌های گوناگونی استفاده نموده است. براساس تمهیدات پیش‌بینی‌شده در منشور سازمان ملل، شورای امنیت می‌تواند با استفاده از ابزار تحریم، نسبت به تهدید امنیت و صلح بین‌المللی واکنش نشان دهد.

با این حال، اگر در بین اندیشمندان حقوق بین‌الملل در تفسیر مشروعیت یا عدم مشروعیت یافتن تحریم‌ها به دلایل مختلفی اختلاف نظر وجود دارد، اما شکی نیست که در این مورد متفق‌القول خواهند بود که تحریم‌ها می‌توانند موجب وقفه در روند هم‌زیستی بین‌المللی و نهایتاً ضربه به صلح و امنیت جهانی گردد. البته تا جایی که تحریم اقتصادی باعث رواج حوادث تروریستی اضافی بشود، بیشتر از آنکه خیر و صلاحی در آن باشد، لطمه وارد می‌کند. از این رو تصمیم‌گیران دربارهٔ سیاست خارجی باید قبل از پیاده‌سازی تحریم اقتصادی با هدف نیل به اهداف سیاسی خاص مانند بشردوستی، تجدیدنظر کنند و دست‌کم باید به جستجوی راهی برای به حداقل رساندن عوارض جانبی زیان‌بار ناخواسته‌ای که تحریم‌ها بر آسیب‌پذیرترین اقشار جامعه در کشور تحریم‌شده تحمیل می‌کنند، پردازند.

در انتها، تحریم اشخاص حقیقی که ابتدا با هدف مبارزه با تروریسم اعمال می‌شد، امروزه به بهانهٔ نقض حقوق بشر، امنیت بین‌المللی و دستیابی به دانش و فناوری‌های نوین را هدف قرار داده است. با این حال، تحریم به اتهام نقض بخشی از حقوق بین‌الملل نمی‌تواند مجوزی برای نقض بخش دیگری از حقوق بین‌الملل باشد.

## منابع

## الف) منابع فارسی

## کتاب

۱. ایمن عبدالکریم، حسین، **تروریسم، عوامل و انگیزه‌ها و تأثیر آن بر صلح و امنیت بین‌المللی**، مجموعه نشریات مرکز مطالعات و برنامه‌ریزی بیان، ۲۰۱۸.
۲. زهرانی، مصطفی، **نظریه تحریم اقتصادی**، تهران: انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۶.

## مقاله

۳. اسدزاده بنایی، حسین و محمد رسایی، «تحلیل جرم‌شناختی تأمین مالی تروریسم در حقوق ایران»، *تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، ۱۴۰۰، د ۱۷، ش ۲، پیاپی ۴۸، صص ۶۹-۱۰۰.
۴. امیرلی، حسین و کامیار ثقفی، «ارائه مدل مفهومی ارزیابی تهدیدات تروریسم سایبری»، *امنیت ملی*، ۱۳۹۸، د ۹، ش ۳۳، صص ۳۸۹-۴۲۴.
۵. حاتمی، عباس و فاطمه رضایی، «تحلیل تطبیقی شیوه‌های تأمین منابع مالی القاعده و داعش: رهیافتی در اقتصاد سیاسی تروریسم»، *مطالعات اقتصاد سیاسی بین‌الملل*، ۱۴۰۱، د ۲، ش ۲، صص ۴۷۵-۵۰۱.
۶. ضیایی، سیدیاسر و علیرضا محمدی مطلق، «تحریم اشخاص حقیقی از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر تحریم برخی اتباع ایرانی»، *مجله حقوقی دادگستری*، ۱۳۹۳، ش ۸۸، ص ۱۵۱.

## ب) منابع انگلیسی

## Books

7. Abadie, Alberto and Javier Gardeazabal, **Terrorism and the World Economy**, Harvard University Typescript, 2005.
8. Benmelech, Efraim and Claude Berrebi, **Attack Assignments in Terror Organizations and the Productivity of Suicide Bombers**, Harvard University Typescript, 2006.
9. Berrebi, Claude, **Evidence About the Link Between Education, Poverty and Terrorism Among Palestinians**, Princeton University Industrial Relations Section Working Paper, 2003.



10. Enders, Walter and Todd Sandler, **The Political Economy of Terrorism**, Cambridge, U.K.: Cambridge, 2006.
11. Krueger, Aland B., **What Makes a Terrorist: Economics and the Roots of Terrorism**, Princeton: Princeton University Press, 2007.

#### Articles

12. Abadie, Alberto, "Poverty, Political Freedom, and the Roots of Terrorism", *American Economic Review* (Papers and Proceedings), 2006, 96(2), pp. 50–56.
13. Abadie, Alberto and Javier Gardeazabal, "The Economic Costs of Conflict: A Case Study of the Basque Country", *American Economic Review*, 2003, 93(1), pp. 113–132.
14. Altmann, Thomas & Jason Giersch, "Sanctioned Terror: Economic Sanctions and More Effective Terrorism", *International Politics*, 2022, 59, pp 383–397.
15. Bardwell, H., & Iqbal, M, "The Economic Impact of Terrorism from 2000 to 2018, Peace Economics", *Peace Science and Public Policy*, 2021, 27(2), pp 227-261.
16. Barry E. Carter, "International Economic Sanctions: Improving the Haphazard U.S. Legal Regime", *California Law Review*, 1987, 75, p 1166.
17. Drakos, Kostas and Andreas Gofas, "in Search of the Average Transnational Terrorist Attack Venue", *Defence and Peace Economics*, 2006, 17(2), pp73–93.
18. D. W. Bawett, "International Law and Economic Coercion", *Virginia Journal of International Law*, No. 16, 1976, p 86.
19. Eckstein, Zvi and Daniel Tsiddon, "Macroeconomic Consequences of Terror: Theory and the Case of Israel", *Journal of Monetary Economics*, 2004, 51(5), pp. 971–1002.
20. Enders, Walter, Todd Sandler and Gerald F. Parise, "An Econometric Analysis of the Impact of Terrorism on Tourism", *Kyklos*, 1992, 45(4), pp. 531–554.
21. Gaibullov, K., & Sandler, T, "What We Have Learned About Terrorism Since 9/11", *Journal of Economic Literature*, 2019, 57(2), 275-328.
22. Jean Combacau, "Sanctions, in: Rudolf Bernhardt", *Encyclopedia of Public International Law*, 1981, 9, p 337.

23. Krueger, Alan B. and Jitka Maleckova, "Education, Poverty, and Terrorism: Is There a Causal Connection?", *Journal of Economic Perspectives*, 2003, 17(4), pp. 119–144.
24. Li, Quan and Drew Schaub, "Economic Globalization and Transnational Terrorist Incidents: A Pooled Time Series Cross Sectional Analysis", *Journal of Conflict Resolution*, 2004, 48(2), pp. 230–258.
25. Meierrieks, D., & Schneider, F, "Terrorism and International Economic Policy", *European Journal of Political Economy*, 2021, 69, pp 102-11.
26. Navin A. Bapat, and Clifton Morgan, "Multilateral Versus Unilateral Sanctions Reconsidered: A Test Using New Data", *International Studies Quarterly*, 2009, 53, p 1075.
27. Rennie Atterbury, "Unilateral Sanctions: Relearning Forgotten", *American Society of International Law Proceeding*, 1997, 91, p 338.
28. Sumpter, C., & Franco, J., Migration, "Transnational Crime and Terrorism: Exploring the Nexus in Europe and Southeast Asia", *Perspectives on Terrorism*, 2018, 12(5), pp 36-50.
29. Zakaria, M., Jun, W., & Ahmed, H., "Effect of Terrorism on Economic Growth in Pakistan: An Empirical Analysis", *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, 2019, 32(1), pp 1794-1812.

## **Suppression of Terrorist Acts through Economic Sanctions of the United Nations**

**Peyman NAMAMIAN** (Assistant Professor of Law, Arak University)  
**Mir Hadi HOSSEINI KONDELAJI** (Assistant Professor of Law, Arak University)  
**Alireza SHAKARBAIGI** (Assistant Professor of Law, Tehran Branch, Payam Noor University)

### **Abstract**

Economic sanctions have become increasingly prominent policy instruments since the beginning of the 21<sup>st</sup> century. Major global players, such as United States of America, European Union, and the United Nations, mostly use punitive economic measures to prevent state violence and other state actions deemed intolerable. Sanctions have been a major tool in crises including major human rights violations, terrorism, military aggression, proliferation of nuclear weapons and commercial disputes. Emphasizing on economic means distinguishes struggling against terrorist acts from other measures. Therefore, the economic and military power of states in process of dealing with such actions and the use of various economic tools such as the implementation of economic sanctions make curbing terrorist acts and protecting international security possible. Therefore, along with other effective action and reaction strategies in confrontation with terrorism, the most important strategy is to adopt sanctions approaches or prescribe economic sanctions when facing terrorist acts. Thus, regarding effective struggle against terrorism, economic sanction not only does not lead to violation of human rights, but also it is considered as a strategy to restore lost human rights.

### **Keywords:**

Terrorism, Economy, Economic Sanctions, Security Council, United Nations



## مقایسه شرایط و آثار اشتباه در قرارداد بین حقوق ایران و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UNIDROIT)

احمد یوسفی صادقلو\*

روناک امجدی\*\*

الهام سادات مرتضوی\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۰۸

### چکیده

به‌طور کلی بین مفهوم اشتباه در قواعد داخلی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (اصول یونیدروا)، تمایزی وجود ندارد. اما با بررسی اصول یونیدروا و تطبیق آن با قواعد داخلی در خصوص انواع اشتباه، شرایط و آثار آن در قراردادهای تشابهات و تفاوت‌هایی به چشم می‌خورد. چنانچه قواعد یونیدروا برخلاف دکترین حقوقی و قواعد داخلی ما که به بیان انواع اشتباه پرداخته‌اند، با ترسیم قاعده‌ای نامحدود در قبول اقسام اشتباه، به تبیین شرایطی در خصوص طرفین قرارداد به‌عنوان عاملی در پذیرش یا عدم پذیرش اشتباه مؤثر در قرارداد و متعاقباً تعلق ضمانت‌اجرای حق ابطال، راجع به آن پرداخته است. بنابراین برخلاف قواعد داخلی که ضمانت اجرای ابطال و حق فسخ را پذیرفته، اصول یونیدروا با ارائه راهکارهایی همچون حق ابطال قرارداد، تطبیق قرارداد و دریافت خسارت، مانعی در راستای بطلان کامل قرارداد ایجاد نموده است.

هدف از این پژوهش، بررسی تطبیقی مفهوم، شرایط و آثار حاکم بر اشتباه مؤثر در قرارداد در حقوق مدنی ایران و اصول یونیدروا است تا با تحلیل این قواعد و شناخت نقاط اشتراک و افتراق آنها حتی‌المقدور در راستای آشکارسازی و رفع ابهامات موجود در قواعد داخلی و تطبیق آن با قواعد یونیدروا در مسیر هرچه بیشتر استحکام و ایجاد اطمینان قراردادی در حیطه داخلی و بین‌المللی راهکاری ارائه شود.

### کلید واژگان:

عیوب اراده، اشتباه مؤثر، شروط اشتباه، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، یونیدروا.

\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران

a\_yousefi\_2005@yahoo.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران (نویسنده مسئول)  
iran.amjadi.zn@gmail.com

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران  
es.mortazavi@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

مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (UNIDROIT)<sup>۱</sup> در حوزه حقوق خصوصی در سال ۱۹۲۶ به‌عنوان یک ارگان نوعی جامعه ملل در شهر رم ایتالیا ایجاد شده است؛ لذا به دلیل لزوم و ضرورتی که در راستای ایجاد هماهنگی میان قوانین ملی و تفسیر و تکمیل اسناد حقوقی بین‌المللی احساس می‌کند، مبادرت به انتشار قواعدی با عنوان «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی معروف به یونیدروا» کرده است که بی‌اغراق می‌توان آن را یکی از بی‌نظیرترین اسناد بین‌المللی در زمینه حقوق قراردادهای تجاری بین‌المللی دانست.

بنابراین با توجه به اینکه ایران نیز از سال ۱۳۴۳ عضو این مؤسسه است، نه‌تنها این «اصول»<sup>۲</sup> به‌عنوان یک نمونه برای قانون‌گذاری بین‌المللی استفاده می‌شود، بلکه برای تفسیر، تکمیل و رفع ابهامات موجود در قواعد داخلی نیز به‌عنوان مدل و نمونه‌ای می‌تواند راهگشای قانون‌گذار داخلی باشد. قانون مدنی ایران در زمینه انواع اشتباه و آثار آن در مواد ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۰۱ مبهم عمل کرده است. ماده ۱۹۹ ق.م.ا اشتباه را به‌عنوان عیب اراده پذیرفته و متعاقباً در مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ به بیان انواع اشتباه در خود موضوع معامله و شخص طرف معامله می‌پردازد و در این راستا آثاری همچون عدم نفوذ، بطلان و حق فسخ را بر این قسم از اشتباهات بار می‌نماید؛ لذا با بررسی تطبیقی مبانی، اقسام، شرایط و آثار اشتباه مؤثر در قواعد داخلی و اصول یونیدروا به این پرسش‌ها پاسخ داده می‌شود که لزوم پذیرش برخی شرایط راجع به طرفین معامله در وقوع اشتباه مؤثر در قرارداد تا چه میزان اهمیت دارد؟ آیا با توجه به عدم بیان اقسام اشتباه در اصول یونیدروا می‌توان بیان داشت که تمامی انواع اشتباه بیان‌شده در قواعد داخلی مورد پذیرش این اصول نیز است؟ و آیا می‌توان قائل بر این نظر بود که اصول یونیدروا با توجه به اینکه حقوق مشتبه را نیز در نظر گرفته است، در راستای استحکام قراردادها گام محکمی برداشته است؟

بنابراین به منظور پاسخ به این پرسش‌ها، در ابتدا به مقایسه تعریف اشتباه و مفاهیم مرتبط با آن بین اصول یونیدروا و قواعد داخلی می‌پردازیم؛ سپس اقسام و آثار اشتباه مؤثر در قیاس میان این دو بررسی خواهد شد.

۱. UNIDROIT مخفف Unification Institut International pourdu Droit Prive است.

۲. از این پس منظور از «اصول»، اصول یونیدروا است.

## ۱. مفهوم و تعریف اشتباه در قواعد داخلی و اصول یونیدروا

به منظور بررسی مفهوم و تعریف اشتباه در قواعد داخلی و اصول یونیدروا، به تعریف اشتباه در این دو به شرح ذیل می‌پردازیم.

### ۱.۱. تعریف اشتباه در قواعد داخلی

از نظر لغوی اشتباه در معنای پوشیده شدن، باز نشناختن و سهو و خطا است<sup>۱</sup> و از نظر اصطلاحی یعنی تصور غلط راجع به چیزی. در اشتباه ممکن است امری که واقعیت دارد غلط، و امری که واقعیت ندارد، درست تصور شود.<sup>۲</sup>

برخی از حقوق دانان در تعریف اشتباه بیان داشته‌اند: «اشتباه تصور نادرستی است که آدمی از چیزی دارد و در مبحث معاملات عبارت است از تصور نادرست معامله‌کننده درباره یکی از ارکان و عناصر عقد».<sup>۳</sup> ایشان صراحتاً اشتباه را در بحث معاملات تعریف کرده‌اند و عنوان معامله‌کننده، هر دو طرف معامله را که مشتبه قرار گیرد، شامل می‌شود.

به طور کلی اعمال حقوقی در صورتی اعتبار دارد که با اراده مبنای آن مطابق باشد. اراده را تصوری فراهم می‌آورد که شخص از واقعیت‌ها پیدا می‌کند، پس هرگاه این تصور با واقع مخالف باشد، اراده را معلول می‌سازد و طبیعی است که قصد و رضای مبتنی بر آن اثر متعارف را نداشته باشد.<sup>۴</sup>

اساساً قانون‌گذار ما در قانون مدنی تعریف مشخصی از اشتباه ارائه نداده است. در حقوق اسلام و فقه امامیه نیز فقها اشتباه را به عنوان عیب اراده مطالعه، و تعریف خاصی برای آن ارائه نکرده‌اند؛ اما این به معنای بی‌توجهی آنها به این امر نیست، بلکه اشتباه و احکام را باید در مباحثی همچون شروط و اختیارات و تطابق ایجاب و قبول در کتب فقهی جست.<sup>۵</sup>

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، سیدحسن وحدتی شبیری، جلیل فنوتی و ابراهیم عبدی‌پور، **حقوق قراردادها فقه امامیه**، ج ۲، چ ۳، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۳، ص ۱۳۳؛ معین، محمد، **فرهنگ معین**، ج ۱ و ۲، چ ۵، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۴، ص ۲۷۸.

۲. حیاتی، عباس، **قواعد عمومی قراردادها (حقوق مدنی ۳) قواعد عمومی قراردادها**، چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۲۰۹.

۳. صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، ج ۲، چ ۶، تهران: نشر میزان، ص ۸۷.

۴. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۴ ش ۲۰۸، ص ۲۹۵.

۵. همان، ش ۲۱۷، ص ۴۱۵.

## ۱.۲. تعریف اشتباه در اصول یونیدروا

اساساً از نگاه تدوین‌کنندگان این اصول، اشتباه فرضی غیرمنطبق با واقعیت است که درخصوص اوضاع و احوال واقعی یا قانونی موجود در زمان تشکیل قرارداد وجود دارد و با توجه به شرایطی که درباره اشتباه مؤثر ترسیم کرده‌اند و حدوث آنها در زمان انعقاد قرارداد آن را از دلایل ابطال قرارداد می‌دانند.

به‌طور کلی بیان می‌شود که قواعد راجع به اجتناب از اشتباه در قرارداد بدون شک جالب‌ترین و خلاقانه‌ترین بخش از فصل سوم، «اصول» را به خود اختصاص داده است که به‌نوعی نشان‌دهنده تلاش‌های ابتدایی حقوق‌دانان در راستای هماهنگ‌سازی این موضوع دشوار و گیج‌کننده در نظام‌های حقوقی مختلف است. چنانچه برخلاف قانون ما که تعریفی از اشتباه ارائه نداده است، «اصول» اشتباه را براساس ماده ۱-۲-۳ چنین تعریف می‌کند: «اشتباه عبارت است از فرضی غیرمنطقی با واقع مرتبط با امور موضوعی یا حکمی که در زمان انعقاد قرارداد موجود بوده‌اند»<sup>۱</sup>. با این تعریف، به‌نظر می‌رسد زمان انعقاد قرارداد در تحقق اشتباه عاملی اساسی است. هدف از تعیین این عامل زمانی، متمایز ساختن موارد اعمال قواعد مربوط به اشتباه همراه با طرق جبران خاص آن، از مواردی است که با عدم اجرا ارتباط دارند. درواقع، یک مورد نوعی از اشتباه ممکن است بسته به دیدگاهی که اتخاذ شده است، اغلب با همان قطعیت به‌عنوان موردی تلقی شود که در آن وجود یک مانع باعث جلوگیری یا تأخیر در اجرای یک قرارداد می‌شود. چنانچه اگر یکی از طرف‌های قرارداد با برداشتی غلط از زمینه واقعی یا حقوقی یک قرارداد در نتیجه با قضاوتی نادرست از چشم اندازه‌های آن قرارداد، به انعقاد قراردادی مبادرت کند، قواعد راجع به اشتباه اعمال می‌شوند. از سوی دیگر، چنانچه یکی از طرفین قرارداد برداشت درستی از اوضاع و احوال محیط قرارداد داشته باشد، اما درباره چشم‌اندازهای ناشی از قرارداد، قضاوت نادرستی انجام دهد و براین اساس بعدها از انجام دادن تعهداتش خودداری کند، مورد مزبور را باید از مصادیق عدم اجرای تعهد دانست، نه از مصادیق اشتباه.<sup>۲</sup>

1. "Mistak is on erroneous assumption relating to law existing when the contract was concluded"

۲. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، (اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی)، ج ۶، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۶، ص ۱۳۰.



اگرچه در قانون مدنی ما اشتباه در زمان انعقاد قرارداد به‌عنوان یکی از شرایط تأثیر اشتباه بیان نشده است، پر واضح است که طرفین قرارداد یا یکی از آنها باید به هنگام انعقاد قرارداد چنان دچار اشتباه درخصوص واقعیت‌های موجود شده باشد که اگر آگاه به آن بود، هرگز چنین قراردادی را منعقد نمی‌کرد.

در نتیجه، به‌نظر می‌رسد که در تطبیق مفهوم اشتباه در حقوق ایران و اصول، اختلاف اساسی وجود ندارد و با توجه به اینکه اساس اشتباه مؤثر چه در حقوق ما و چه در «اصول» بر پایه تصور خلاف واقع شکل می‌گیرد و از طرفی دیگر درخصوص زمان انعقاد قرارداد نیز اختلاف اساسی وجود ندارد، اشتباه هم در حقوق ما و هم در اصول یونیدروا به یک معنا باشد.

## ۲. بررسی مفاهیم مرتبط با اشتباه در اصول یونیدروا در قیاس با قواعد داخلی

عموماً از برخی واژگان همچون جهل، غلط، خطا، سهو، غفلت، نسیان، تدلیس و حسن‌نیت، مسامحتاً به‌عنوان اشتباه یاد می‌شود و شناخت این واژگان و تشخیص وجوه اشتراک و افتراق آنها باعث می‌گردد مفهوم و کاربرد اشتباه از دیگر مفاهیم باز شناخته شود؛ اما از آنجایی که تنها مفاهیم مرتبط با اشتباه که در «اصول» بیان گردیده، مفاهیمی چون «تدلیس» و «حسن‌نیت» است، لذا به‌دلیل محدودیت مقاله حاضر در اینجا تنها به بررسی این دو مفهوم می‌پردازیم.

### ۲.۱. رابطه اشتباه و تدلیس در قواعد داخلی

عیوب اراده در نظام حقوق ما، محدود به اشتباه و اکراه است و قانون مدنی تدلیس و غبن را از عیوب اراده نمی‌داند و عقد را در این موارد صحیح و البته قابل فسخ می‌داند.<sup>۱</sup> برخی از حقوق دانان که نظرشان نیز مورد قبول واقع شده است، معتقدند که هرگاه تدلیس منجر به اشتباه در وصف اساسی موضوع معامله شود، موجب بطلان معامله و در جایی که منجر به اشتباه در اوصاف فرعی شود، حق فسخ ایجاد می‌کند. زیرا اگر اشتباه در اوصاف اساسی ایجاد شود، فرقی نمی‌کند که ناشی از تدلیس باشد یا خیر و درهرحال منجر به بطلان می‌شود.<sup>۲</sup>

۱. بیات، فرهاد و شیرین بیات، **حقوق مدنی (شرح جامع قانون مدنی)**، ج ۱۹، تهران: انتشارات ارشد، ۱۳۹۹. ص ۱۶۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵، ش ۱۰۴۱، ص ۳۶۲؛ صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی منبع پیشین**، صص ۲۹۳-۱۰۱.

در حقوق مدنی، تدلیس در بخش‌های اختیارات آمده است؛ اما چنانچه در بحث اشتباه آمد، اشتباه نتیجه تصور نادرست و ناآگاهی خود شخص و یا در بعضی مواقع ناشی از اظهارات و اعمال نادرست یا همان تدلیس دیگری است. در نتیجه، با توجه به تفاسیر حقوق دانان تفاوتی در این مورد بین منشأ این تصور غلط وجود ندارد که ناشی از خود شخص باشد و یا سرمنشأ آن دیگری باشد. بنابراین هر یک از اشتباه و تدلیس قلمروی خاص خود را می‌یابد. اگر در معامله‌ای تدلیس منجر به اشتباه در خود موضوع معامله گردد یا منجر به اشتباه در علت عمده عقد شود، عقد باطل می‌شود و محلی برای اعمال خیار تدلیس باقی نمی‌ماند.<sup>۱</sup>

## ۲.۲. رابطه اشتباه و تدلیس در اصول یونیدروا

ماده ۳-۲-۵ «اصول» مقرر داشته است:<sup>۲</sup> «در صورتی که یک طرف بر اثر تدلیس طرف دیگر، به انعقاد قرارداد ترغیب و هدایت شده باشد، می‌تواند قرارداد را ابطال کند. تدلیس شامل بیان یا رفتار یا عدم افشای فریبکارانه اوضاع و احوالی می‌شود که برطبق معیارهای متعارف تجاری برای معامله منصفانه، طرف دیگر موظف به افشای آنها بوده است». از عبارت «عدم افشای فریبکارانه» به نظر می‌رسد، تدلیس از منظر «اصول» دارای هر دو عنصر مادی و روانی است. همین‌طور سکوتی که حاکی از پنهان نمودن واقعیت باشد. در اصول حقوق قراردادهای اروپا نیز سکوت پنهان‌کننده حقیقت تحت عنوان «تدلیس در قرارداد» پذیرفته شده است.<sup>۳</sup> با تدقیق در این ماده، اجتناب از انعقاد قرارداد زمانی امکان‌پذیر است که یکی از طرفین متعاقد به وسیله رفتار متقابلانه طرف دیگر قرارداد، از جمله اظهارات، عملیات یا عدم افشای متقابلانه شرایط و اوضاع و احوالی که مطابق با استانداردهای منطقی تجاری منصفانه باید آشکار شود، ترغیب به انعقاد قرارداد شده باشد.<sup>۴</sup> بنابراین آنچه به طرف فریب‌خورده حق ابطال می‌دهد، اظهار، رفتار یا عدم افشای فریبکارانه است که منظور، به اشتباه انداختن طرف دیگر و کسب منافی به قیمت ضرر زدن به طرف دیگر باشد.

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴، ص ۴۶۶.

۲. ماده ۵۲۳ از فصل سوم اصول یونیدروا.

3. Lando, Ole and Beale, Hugh, "The Principles European contract law", Part I and II, 2000, p.232.

4. A.Kramer, Ernst (1999), "Contractual Validity Accordig to the UNIDROIT Principles", *European Journal of Law Reform*, Vol. 1, No.3, P.272.

ابطال قرارداد از سوی یک طرف بر اساس وقوع فریب، با ابطال آن در برخی از انواع اشتباه تشابهاتی دارد. فریب را می‌توان مورد خاصی از اشتباه در نظر گرفت که عامل آن طرف دیگر است. ماهیت فریب چنان است که وجود آن بدون اینکه نیاز به دیگر شرایط مقرر در ماده فوق‌الذکر باشد، دلیل کافی برای ابطال قرارداد است.<sup>۱</sup> در نتیجه در قیاس بین قانون مدنی و اصول «UNIDROIT» به نظر می‌رسد، برخلاف حقوق مدنی ما که تدلیس ایجاد حق فسخ می‌نماید و تنها زمانی که در اوصاف اساسی عقد اشتباه حادث شود، منجر به ابطال معامله می‌گردد، در «اصول» هر زمانی که تدلیس صورت گیرد، مشتبه می‌تواند قرارداد را باطل نماید.

### ۲.۳. رابطه اشتباه و حسن نیت در قواعد داخلی

در قانون مدنی فرانسه، آلمان و سوئیس مواد قانونی به صورت اختصاصی به مسئله حسن نیت پرداخته‌اند.<sup>۲</sup> در قانون مدنی ایران به‌طور مشخص مواد قانونی به این مهم اختصاص نیافته است؛ اما این به مفهوم عدم پذیرش اصل حسن نیت نیست. همینطور قاعده «لاضرر» و «غرور» ثابت می‌نمایند که در فقه امامیه نیز حسن نیت مورد توجه قرار گرفته است. از برخی مواد قانونی نیز از جمله مواد ۱۱ و ۱۲ قانون بیمه و ماده ۲۶۳ ق.م.پیداست که قانون‌گذار نیز به‌طور ضمنی حسن نیت را پذیرفته است؛ چنانچه در معامله فصولی در خصوص رجوع متعامل آگاه و متعامل ناآگاه به فصولی برای گرفتن غرامت آمده است. همین‌طور یکی از قواعدی که منجر به تکمیل اصل لزوم وفای به عهد می‌گردد، قاعده حسن نیت در اجرای قرارداد است.<sup>۳</sup>

بر اساس حقوق مدنی ما که اثر اشتباه را بطلان و در صورت صدق عنوان تدلیس یا در مواردی که اشتباه در اوصاف اساسی واقع نشده، خيار فسخ می‌داند، به نظر می‌رسد درجایی که ضمانت اجرای بطلان حاکم است، حسن نیت نمی‌تواند بازدارنده واقع گردد؛ زیرا با این تفسیر چگونه می‌توان امر معدومی را با اعمال حسن نیت و رضایت احیا نمود. با این حال، این مسئله تا حدودی ممکن است تعدیل گردد؛ همچون زمانی که اشتباه در اوصاف اساسی واقع نشده یا صدق عنوان تدلیس جاری است که در این وضعیت نمی‌توان به بطلان حکم نمود. چنانچه در برخی از

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، صص ۱۳۷\_ ۱۳۸.

۲. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه؛ مواد ۹۴۵ تا ۹۳۲ قانون مدنی آلمان؛ مواد ۹۳۳ و ۹۳۴ قانون مدنی سوئیس.

۳. شفائی، محمدرضا، بررسی تطبیقی نظریه اوضاع و احوال در قراردادها، ج ۱، تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶، ص ۸۶.

قواعد حقوقی همچون شق دوم ماده ۴۸۲ ق.م در خصوص مال الاجاره معیوب به نظر می‌رسد، حسن نیت متعامل و جبران ضرر زیان دیده مانعی در اجرای حق فسخ ناشی از اشتباه است و این مبانی می‌تواند تأییدی بر جریان حسن نیت بر بعضی از معاملات و در نتیجه تقدم بر آثار حقوقی اشتباه باشد.<sup>۱</sup>

#### ۲.۴. رابطه اشتباه و حسن نیت در اصول یونیدروا

ماده ۷-۱ اصول یونیدروا مقرر می‌دارد:

(۱) در تجارت بین‌المللی، هر طرف قرارداد باید مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه اقدام کند.

(۲) طرفین نمی‌توانند این تکلیف را مستثنا یا محدود کنند.

یکی از اصول بسیار مورد توجه در قواعد یونیدروا، اصل «حسن نیت» و «معامله منصفانه»<sup>۲</sup> است. چنانچه می‌توان آن را یکی از ایده‌های بنیادین «اصول» دانست. به طوری که اگرچه طرفین قرارداد پس از مذاکره و پیش از انعقاد قرارداد مسئولیتی ندارند، اگر یکی از طرفین به طور فعال در مذاکرات، بدون قصد دستیابی به توافق شرکت نماید، متهم به داشتن سوءنیت، و مسئول خسارات وارده به طرف دیگر می‌شود.<sup>۳</sup>

از ماده مذکور چنین استنباط می‌شود که حتی در صورت نبودن مقررات خاصی در «اصول» رفتار طرفین در طول مدت اعتبار قرارداد از جمله در روند مذاکره، باید منطبق با اصل حسن نیت و معامله منصفانه باشد و طرفین قرارداد با توجه به بند (۲) این ماده نمی‌توانند آن را براساس قرارداد مستثنی یا محدود کنند.<sup>۴</sup> نکته حائز اهمیت آنکه هرگاه مقررات اصول یا توضیحات ارائه شده راجع به آنها را به «حسن نیت» ارجاع می‌دهند، باید ارجاعات مزبور را همیشه ارجاع به «حسن نیت و معامله منصفانه در تجارت بین‌الملل» آن گونه که در این ماده مشخص است، تلقی نمود.<sup>۵</sup>

۱. موسوی، سید محمد صادق، مبانی نظری جهل و اشتباه و آثار آن بر اعمال حقوقی، ج ۱، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۲، صص ۴۸۹-۴۹۰.

2. Fair dealing.

3. "Analysis to the unidroit principles of International commercial contracts", 2010. Available at: [https://www.primerus.com/business\\_law\\_articles/Analysis\\_of\\_the\\_unidroit\\_principles\\_of\\_International\\_commercial\\_contracts\\_2010\\_htm](https://www.primerus.com/business_law_articles/Analysis_of_the_unidroit_principles_of_International_commercial_contracts_2010_htm).

۴. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، ص ۲۲.

۵. همان، ص ۲۵.

در قانون مدنی ما اگرچه به‌طور ضمنی حسن‌نیت در روح قانون ملحوظ گردیده است، چنین معیار کلی وجود ندارد. در قواعد مربوط به اشتباه نیز به داشتن حسن‌نیت و معامله منصفانه به‌عنوان یک اصل کلی پرداخته نشده است، لذا با توجه به اهمیت این موضوع بهتر است که قانون‌گذار ما نیز قواعدی را به پیروی از اغلب نظام‌های حقوقی پیشرفته دنیا در خصوص «حسن‌نیت و معامله منصفانه» تدوین نماید.

### ۳. بررسی اشتباه موضوعی و اشتباه حکمی در قواعد داخلی و اصول یونیدروا

در قانون مدنی ما به‌صراحت به اشتباه موضوعی و اشتباه حکمی اشاره نشده، اما در این خصوص بحث‌های گسترده‌ای مطرح شده است. زمانی که اشتباه در خصوص متعلق حکم حادث شود، اشتباه موضوعی است و در جایی که راجع به حکم قضیه‌ای باشد، به آن اشتباه حکمی اطلاق می‌شود. منظور از اشتباه موضوعی، موضوع اشتباه متعلق حکم است و نه موضوع معامله و نباید این دو را با یکدیگر مترادف دانست، اگرچه اشتباه در موضوع معامله نیز نوعی اشتباه موضوعی محسوب می‌شود.<sup>۱</sup>

نکته آنکه اشتباه موضوعی درباره واقعات خارجی است؛ بدین بیان که اشتباه می‌تواند درباره نوع و ماهیت معامله، اوصاف موضوع معامله، ارزش موضوع معامله، اشتباه در علت تعهد، اشتباه در جهت معامله، اشتباه در خود موضوع معامله و اشتباه در طرف قرارداد باشد. به عبارتی دیگر، شخص در این نوع اشتباه در خصوص متعلق حکم قانون دچار تصور خلاف واقع می‌شود؛ درحالی که از اصل حکم قانونی مطلع است.<sup>۲</sup>

در «اصول» براساس ماده ۱۲۳ در خصوص اشتباه موضعی و حکمی چنین آمده است: «اشتباه عبارت است از فرضی غیرمنطبق با واقع و مرتبط با امور موضوعی یا حکمی که در زمان انعقاد قرارداد موجود بوده‌اند». بر این اساس، واضح است که در این ماده اشتباه موضوعی در مرتبه‌ای مساوی با اشتباه حکمی قرار گرفته است و با توجه به پیچیدگی روزافزون نظام‌های حقوقی جدید برخورد حقوقی یکسان با این دو نوع اشتباه موجه است. باین‌حال، در تجارت فرامرزی، مشکلات

۱. آخوندی، روح اله، نجاد علی الماسی و عباس کریمی، **اشتباه در قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان**، چ ۱، تهران: ناشر: دانشگاه امام صادق (ع)، صص ۲۰۱، ۲۰۲، ۲۴۳.  
 ۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمیولوژی حقوق**، چ ۲۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۳۷۶.

ناشی از این پیچیدگی شدت می‌یابد؛ چراکه امکان دارد معامله منفرد، تحت تأثیر نظام‌های حقوقی بیگانه باشد و نتیجتاً نظام‌های حقوقی ناآشنا بر معامله مزبور تأثیر بگذارند.<sup>۱</sup> در ماده مذکور، مفهوم اشتباه توضیح می‌دهد که فرضیات نادرست مرتبط به واقعیت در مرتبه‌ای مساوی با فرضیات مربوط به قانون قرار می‌گیرند.<sup>۲</sup>

در حقوق ایران نیز از نظر منطقی بین این دو اشتباه تمایزی وجود ندارد؛ زیرا چه تفاوتی می‌کند تصور نادرستی که مبنای تصمیم قرار می‌گیرد و اراده را معلول می‌سازد، ناشی از جهل به موضوع باشد یا جهل به قانون؟!<sup>۳</sup> اما به‌طور کلی میان حقوق دانان در خصوص پذیرش اشتباه حکمی یا قانونی اختلاف نظر وجود دارد. برخی اشتباه حکمی را مؤثر در عقد نمی‌دانند؛ زیرا معتقدند از آنجایی که هیچ‌کس جاهل به قانون فرض نمی‌شود، پس موجبی برای ابطال قرارداد وجود ندارد.<sup>۴</sup>

اما برخی دیگر از حقوق دانان بیان داشته‌اند،<sup>۵</sup> قاعده «جهل به حکم رفع تکلیف نمی‌کند»، در حقوق خصوصی قاعده‌ای مطلق نیست و گاه به‌طور استثنایی رعایت نمی‌شود. فرض آگاه بودن همگان از قانون مخالفت با واقع است؛ زیرا گاه اجرای درست قانون ملازمه با پذیرفتن جهل به آن دارد؛ خصوصاً در جایی که هدف قانون‌گذار حمایت از کسانی است که کاری را ندانسته و به اشتباه انجام داده‌اند یا در جایی که مقصود از وضع قانون حفظ منافع اشخاصی باشد که با حسن‌نیت مرتکب عمل نامشروعی شده‌اند، در این صورت ادعای جهل به قانون پذیرفته خواهد شد. در حقوق ما به‌طور مجزا هر یک از اقسام اشتباه موضوعی بررسی شده است؛ اما در ماده ۱۲۳ «اصول»، اگرچه اشتباه موضوعی در جایگاهی برابر با اشتباه حکمی، دارند، ولی این به‌معنای عدم پذیرش مصادیق متعدد اشتباه موضوعی نیست؛ بلکه به‌نظر می‌رسد از نظر «اصول» هر اشتباه موضوعی که در قرارداد حادث گردد و شرایط عنوان شده در «اصول» را داشته باشد،

۱. اخلاقی بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، ص ۱۱۹.

۲. A.Kramer, Ernst, *op cit*, p.p. 271-276.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۰۹، ص ۳۹۶؛ حیاتی، منبع پیشین، ص ۲۱۵.

۴. انسون، حقوق قراردادها، ص ۲۷۳؛ کوربن، قراردادها، ص ۲۶۹؛ به نقل از: کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی

قراردادها، ج ۱، منبع پیشین، ش ۲۰۹، ص ۳۹۷.

۵. همان.

ممکن است حق ابطال قرارداد را به مشتبه بدهد. نتیجتاً «اصول» به جای تمرکز بر مصادیق اشتباه موضوعی، به شرایط طرفین قرارداد در مؤثر واقع گردیدن اشتباه می‌پردازد.

#### ۴. شرایط تأثیر اشتباه در قرارداد و مصادیق آن

به منظور بررسی شرایط تأثیر اشتباه و مصادیق آن در حقوق و قواعد داخلی این مطالب را در دو بند جداگانه به اختصار مورد بررسی قرار می‌دهیم: نخست، شرایط تأثیر اشتباه در عقد در حقوق داخلی را مورد مطالعه قرار می‌دهیم؛ دوم، موارد و مصادیقی را که از منظر قانون مدنی اشتباه در آنها مؤثر در عقد است، بررسی می‌کنیم.

##### ۴.۱. شرایط تأثیر اشتباه در حقوق داخلی

برای تحقق توافق اراده، باید قصد مقرون به رضا باشد. قصد یا موجود است یا معدوم؛ بنابراین قصد معلول متصور نمی‌شود؛ اما رضا ممکن است معلول باشد و رضای معتبر در معامله، رضایی است که معلول نیست و از روی طیب خاطر حاصل شده باشد. (ماده ۱۹۹ ق.م) البته اشتباه به اعتبار موارد فرق می‌کند. در برخی موارد ممکن است به اندازه‌ای باشد که رضا را از بین ببرد و در برخی مواقع تنها رضا را معلول سازد و در بعضی دیگر به حدی است که نه موجب فقدان رضا است و نه آن را معلول می‌سازد.<sup>۱</sup> با این توصیف، در قلمروی قراردادهای اشتباهات متنوع و متعددی ممکن است حادث بشود که درجه تأثیر آنها بر قرارداد یکسان نیست. لذا در اینجا به اختصار به آنها اشاره می‌کنیم.

##### ۴.۱.۱. اشتباه در علت عمده عقد (اشتباه اساسی)

یکی از شرایط تأثیر اشتباه در اغلب نظام‌های حقوقی دنیا، مهم و اساسی بودن اشتباه در عقد است و معیار تشخیص اشتباه اساسی این است که علت عمده عقد باشد. علت عمده عقد انگیزه اصلی انعقاد قرارداد است؛ به طوری که اگر مشتبه از واقعیت آگاه بود، هرگز مبادرت به انعقاد چنین معامله‌ای نمی‌نمود. ماده ۲۰۱ ق.م چنین مقرر می‌دارد: «اشتباه در شخص طرف قرار داد به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد، مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده

۱. شایگان، سید علی، حقوق مدنی، ج ۱، قزوین: انتشارات طه، ۱۳۷۵، ص ۱۰۲.

باشد». اگرچه این ماده در مورد اشتباه بر شخص آمده است، اما شرط مورد بحث را می‌توان به عنوان قاعده‌ای عام از آن استنباط نمود.

برخی در تعبیر علت عمده عقد، معتقدند اشتباه باید جوهری باشد.<sup>۱</sup> برای تمیز «علت عمده عقد» ضابطه‌ی عامی وجود ندارد. در هر دعوی، دادرس باید بر مبنای اوضاع و احوال خاص آن، تراضی تشخیص دهد. به‌طور کلی برای تمییز درجه‌ی تأثیر اشتباه و چگونگی خواسته‌های باطنی، علم حقوق وسیله‌ی کافی در اختیار ندارد و چاره در این است که به‌جای کاوش در انگیزه‌ها و نیت‌های ویژه‌ی هر معامل، دادرس از راه توجه و اماره‌ها و اوضاع و احوال خارجی، تعیین کند که اشتباه مورد ادعا در اراده‌ی معاملی متعارف که در همان وضع خاص قرار می‌گیرد، اثر قاطع دارد یا خیر؟ بی‌گمان جهتی که در محاوره‌ها بیان شده و مبنای تراضی قرار گرفته است، علت عمده عقد است، هرچند که نامتعارف باشد. ولی در فرضی که دادرس راهی به درون اشخاص ندارد، ناچار باید عرف را معیار تمیز قرار دهد.<sup>۲</sup>

#### ۴.۱.۲. لزوم وجود اشتباه در قلمروی تراضی طرفین

اساساً اشتباه درباره‌ی جنس مورد معامله، یا وصف ذاتی و اوصاف فرعی آن زمانی مؤثر است که این امور متعلق انشا و در قلمروی تراضی طرفین قرار گرفته باشند و صرف قصور و اعتقاد یک جانبه یک طرف معامله درباره‌ی جنس مورد معامله و اینکه دارای وصف خاصی است، حتی اگر بعداً خلافش ثابت شود که اشتباه کرده، تأثیری بر سرنوشت عقد ندارد.<sup>۳</sup> به عقیده‌ی برخی در قانون مدنی ایران در مورد اشتراک در اشتباه آن‌گونه که عده‌ای از حقوق‌دانان فرانسوی آن را پذیرفته‌اند،<sup>۴</sup> صراحتاً اظهارنظری نشده است. بنابراین در مقایسه با نظرات حقوق خارجی که عمدتاً دو شرط، اساسی بودن اشتباه و دیگری اشتراک در اشتباه را مطرح نموده‌اند، در حقوق ما تنها شرط اول لازم است و این شرط ملاک کلی در اشتباه مؤثر بوده و اختصاص به موضوع یا شخصیت طرف عقد ندارد.<sup>۵</sup>

۱. سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح قانون مدنی جدید، ج ۱، دارالنشر قاهره، ۱۹۸۵ م، ص ۳۱۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ش ۲۱۱، صص ۴۰۰-۴۰۱.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، سیدحسن وحدتی شبیری، جلیل قنوتی و ابراهیم عبدی پور، منبع پیشین، ص ۱۶۵.

۴. ژوسران، دوره حقوق مدنی موضوعه فرانسه، ش ۷۲، دالوز، فرهنگ حقوق مدنی، کلمه اشتباه، ش ۵۲

(به نقل از کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۴۰۲).

۵. رهپیک، حسن، منبع پیشین، صص ۸۵-۸۶.



**۴.۱.۳. اشتباه در بیان، تفسیر و انتقال اراده**

اراده‌ی ظاهری با اراده‌ی باطنی شخص متفاوت است و چون اشتباه در تفسیر و بیان اراده منجر به تفاوت اراده‌ی واقعی و اراده‌ی ظاهری اعلام شده می‌شود، باید آن را در حکم اشتباه اراده در نظر گرفت.

در فرض اشتباه در بیان اراده، موجب به دلیل عدم دقت چیزی را ابراز می‌کند که با اراده‌ی باطنی وی مغایرت دارد. در نتیجه عدم تطابق اراده‌ی باطنی با ظاهری باعث می‌شود قصد انشاء، سلامت خود را از دست می‌دهد. البته در حقوق ما در تعارض اراده‌ی باطنی با اراده‌ی ظاهری حکومت با اراده‌ی باطنی است. با وجود این، قانون مدنی ما ظاهر را معتبر می‌شمارد و معانی الفاظ عقد را محمول بر معانی عرفیه می‌داند. از سوی دیگر تفاوت بین اشتباهی که در تکوین و بیان اراده واقع می‌گردد و زمانی که این اشتباه در انتقال و تعبیر اراده رخ می‌دهد، این است در مورد اول، اشتباه حالتی است که در نفس کسی که اراده از او صادر شده است، اتفاق افتاده و در مورد دوم، اشتباه حالتی است که در نفس شخصی که اراده صادر شده متوجه اوست، ایجاد شده است.<sup>۱</sup> در این وضعیت در نتیجه اشتباه و عدم تطابق ایجاب و قبول عقد واقع نمی‌شود.

**۴.۲. مصادیق اشتباه مؤثر از منظر قانون مدنی**

قواعد مربوط به اشتباه در مواد ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۰۱ قانون مدنی آمده است. اطلاق ماده ۱۹۹ در مورد رضای حاصل از اشتباه در مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ مقید به اشتباه در خود موضوع معامله و شخصیت طرف شده است.<sup>۲</sup> اگرچه از ملاک این مواد قانونی دیگر شرایط تأثیر اشتباه که پیش‌تر ذکر شد، قابل استنباط است. قانون مدنی بحث اشتباه را در ذیل بحث قصد آورده است؛ این امر بیانگر آن است که اشتباه در قصد معاملی اثر می‌گذارد و تأثیر در قصد ممکن است از طریق اشتباه در خود موضوع معامله یا شخصیت طرف معامله باشد. البته در ماده ۱۹۴ ق.م نیز نوع دیگری از اشتباه بیان شده است که به دلیل عدم تطابق دو قصد اصولاً معامله‌ای تحقق نمی‌یابد. این نوع از اشتباه به اشتباه مانع معروف است.<sup>۳</sup>

۱. سنه‌وری، عبدالرزاق، منبع پیشین، ص ۲۹۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ج ۵، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۰، ص ۲۰۳.

۳. ره پیک، حسن، نظریه جهت در اعمال حقوقی، ج ۱، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۶، ص ۸۶.

بنابراین در ادامه به اشتباه در خود موضوع معامله و شخصیت طرف معامله، به اختصار خواهیم پرداخت.

#### ۴.۲.۱. اشتباه در خود موضوع معامله

براساس ماده ۲۰۰ ق.م، اولین چیزی که به ذهن متبادر می‌شود، این است که چه تفاوتی بین موضوع معامله و خود موضوع معامله وجود دارد؟ در تعریف موضوع معامله آمده است: «موضوع معامله عبارت است از مبادله دو مال یا ایجاد تعهد و به‌طور کلی اعمالی که برای تحقق یافتن آن تراضی می‌شود»<sup>۱</sup>. افزودن قید «خود» به موضوع معامله نشانه آن است که قانون‌گذار هر اشتباهی را که در موضوع معامله اتفاق افتد، در نفوذ عقد مؤثر نمی‌داند. پس باید دید وجود کدام ویژگی قید تراضی است و با خود موضوع معامله مطلوب واحد را تشکیل می‌دهد. لذا قید «خود» بر موضوع معامله نشان از این دارد که وصف ذاتی باید مربوط به مورد تعهد باشد و نه در زمره انگیزه ایجاد و رغبت به انجام دادن معامله در یک طرف.<sup>۲</sup>

در حقوق فرانسه، حقوق دانان در تشریح «خود موضوع معامله» سه نظریه نوعی، شخصی و مختلط را ارائه نموده‌اند که در میان حقوق دانان ما نیز طرف‌داران و مخالفان بسیاری دارد.<sup>۳</sup> اما به‌طور کلی در حقوق ایران صورت عرفیه به قدری اهمیت دارد که در صورت عدم ذکر اراده طرفین درخصوص وصف اساسی مورد نظرشان به سراغ عرف رفته، براین اساس اظهار نظر می‌شود.

#### ۴.۲.۲. اشتباه در شخص طرف معامله

براساس ماده ۲۰۱ ق.م، منظور از اشتباه در شخص و شخصیت، هویت جسمانی یا اوصاف جوهری، و علت عمده، به‌معنای انگیزه اصلی است.<sup>۴</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۴، ش ۲۲۱، ص ۴۲۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ش ۲۲۲، ص ۴۲۶.

۳. برای مطالعه در این خصوص می‌توانید به این منابع مراجعه کنید: ذاکری، رضا، اشتباه و تاثیر آن در قراردادها، مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، انگلیس، آمریکا، تبریز: انتشارات فروزش، ص ۶۴؛ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ش ۲۲۵، ص ۴۳۶؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، منبع پیشین، ش ۵۵۶ به بعد؛ صفایی، سید حسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوقی تطبیقی، چ ۳، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۳۲۱؛ آخوندی، روح‌الله، نجاد علی الماسی و عباس کریمی، منبع پیشین، صص ۱۶۳-۱۹۰.

۴. ره پیک، حسن، منبع پیشین، ص ۱۵۰.

اصولاً در قراردادهای معوض، شخصیت طرف علت عمده نیست و آنچه اهمیت دارد، مبادله عوضین است.<sup>۱</sup> با توجه به این مقدمه، اگرچه طرفین در قراردادهای معوض معمولاً خصوصیتی ندارند، اما این مسئله در خصوص بیع عین معین صحیح به نظر می‌رسد؛ اما در جایی که یکی از عوضین کلی در ذمه باشد، مطابقت میان ایجاب و قبول ضرورت دارد؛ زیرا ذمه اشخاص از حیث قابلیت اطمینان و اعتبار آنها و رغبت فروشنده در مورد شخصی که ثمن در ذمه او قرار گرفته، برحسب اینکه معسر یا مالدار باشد، متفاوت خواهد بود.<sup>۲</sup>

بنابراین در قراردادهای معوض نیز ممکن است مانند شرکت‌های شخصی و تضامنی یا اگر موضوع قرارداد خدمت شخصی با مهارت منحصر به فرد است، شخص طرف معامله داعی اصلی عقد باشد. همین‌طور در جایی که قرارداد به لحاظ شخصیت طرف منعقد می‌شود، همچون قراردادهای اجاره و وام، از این‌رو اگر اشتباه در هویت جسمی طرف قرارداد واقع گردد، معامله باطل است.<sup>۳</sup>

## ۵. شرایط تأثیر اشتباه در قرارداد در اصول یونیدروا

از منظر «اصول» برای اثبات اینکه اشتباهی در قرارداد مؤثر است یا خیر، وجود شرایطی در طرفین قرارداد لازم قلمداد شده است. به طوری که ماده ۲-۲-۳ از فصل سوم اصول به بیان شرایط اشتباه مؤثر پرداخته و در بند اول آن میزان اهمیت یک اشتباه که منجر به ابطال قرارداد می‌شود، بیان شده و ذیل این بند شرایط ناظر بر طرفی غیر از مشتبه و شرایط راجع به مشتبه آمده است. همین‌طور ماده ۳-۲-۳، به اشتباه در بیان یا انتقال مطلب دیگری اشاره دارد. بنابراین ذیل این بحث به‌طور مجزا به تحلیل و بررسی هریک از این قواعد می‌پردازیم.

۱. شیروی، عبدالحسین، **حقوق قراردادها، انتقاد، آثار و انحلال**، ج ۲، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۶، ص ۵۸.

۲. خوبی، **مصباح الفقاهه**، ج ۳، ص ۷۰-۷۳؛ نائینی، **منیه الطالب**، ج ۱، ص ۳۷۱؛ طباطبایی یزدی، **حاشیه مکاسب**، ج ۱، ص ۱۱۷ (نقل از: محقق داماد، سید مصطفی سیدمصطفی، سیدحسن وحدتی شبیری، جلیل قنواتی و ابراهیم عبدی پور، منبع پیشین، ص ۱۵۵).

۳. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، منبع پیشین، صص ۹۶-۹۵.

## ۵.۱. شرایط مربوط به طرف مقابل طرف اشتباه‌کننده و خود طرف اشتباه‌کننده (مشتبه)

ماد، ۲-۳-۳ «اصول» تحت عنوان «اشتباه مؤثر» مقرر می‌دارد:

۱. «هریک از طرف‌های قرارداد فقط در صورتی می‌تواند قرارداد را به دلیل وقوع اشتباه ابطال کند که به هنگام انعقاد قرارداد، اشتباه چنان بااهمیت بوده که اگر شخصی متعارف در همان موقعیت طرف اشتباه‌کننده قرار می‌گرفت، قرارداد را با شروطی اساساً متفاوت منعقد می‌کرد یا چنانچه وضعیت حقیقی امور شناخته شده بودند، اصلاً آن را منعقد نمی‌کرد؛ و (الف) طرف دیگر همان اشتباه را مرتکب شده، یا موجب وقوع اشتباه شده یا از اشتباه مطلع بوده یا باید مطلع می‌بوده‌است، و این امر، مغایر با معیارهای تجاری متعارف در معامله منصفانه است که طرف به اشتباه افتاده را در اشتباه رها کرد؛ یا (ب) در زمان ابطال، طرف دیگر با اتکا به قرارداد، اقدام معقولی انجام نداده باشد.
۲. اما در موارد زیر، طرف قرار داد نمی‌تواند آن را ابطال کند:

- (الف) اگر طرف مزبور در ارتکاب اشتباه، تقصیر سنگینی را مرتکب شده باشد؛ یا
  - (ب) اشتباه با موضوعی مرتبط باشد که در مورد آن، مسئولیت‌پذیری ناشی از اشتباه را طرف اشتباه‌کننده بر عهده گرفته یا با توجه به اوضاع و احوال، باید بر عهده می‌گرفته است.
- در بند نخست این ماده از یک معیار تلفیقی عینی/ شخصی برای میزان اهمیت اشتباه استفاده شده است که نشان می‌دهد برای اینکه اشتباه مؤثر افتد، باید فاحش باشد.<sup>۱</sup> بدین معنا که یک شخص متعارف اگر در همان موقعیت اشتباه‌کننده قرار می‌گرفت چه می‌کرد؟ در این حالت تنها در صورتی قرارداد بدلیل وقوع اشتباه قابل ابطال و اشتباه فاحش می‌گردد که شخص متعارف قرارداد را با شروطی اساساً متمایز منعقد می‌کرد یا به هیچ وجه منعقد نمی‌نمود.
- برخلاف دکترین حقوقی ما که اغلب در تشریح اشتباه مؤثر به طرح عوامل اساسی و مشخص قراردادی اعم از علت عمده عقد و اشتباه اساسی می‌پردازد، در «اصول» به فرمولی غیر محدود استناد شده است که این رویکرد انعطاف‌پذیر زمینه را برای دخیل دانستن مقاصد متعاملین و اوضاع و احوال هر قضیه باز می‌گذارد؛ اگرچه باید در تفسیر این اوضاع و احوال به

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، ص ۱۳۱.

برخی از استانداردهای عمومی و عرف‌های تجاری مرتبط نیز اهمیت قائل شد؛ زیرا در معاملات تجاری به‌طور معمول برخی اشتباهات همچون اشتباه در بهای کالاها، خدمات یا انتظارات صرف و یا انگیزه‌های طرف اشتباه‌کننده، مؤثر تلقی نمی‌شود. همین‌طور اگر چه به‌صورت مطلق خیر، همین حکم درباره اشتباهات مربوط به هویت طرف دیگر یا اوصاف فردی وی نیز صادق است؛ بلکه حتی در شرایطی خاص امکان دارد این اشتباهات مؤثر و اساسی قلمداد شوند.<sup>۱</sup>

با وجود این، نباید از غیر محدود بودن فرمول ارائه‌شده به این نتیجه رسید که هر عمل اشتباهی که واقع می‌شود، مؤثر در قرارداد است؛ زیرا قبل از اینکه قرارداد تحت تأثیر اشتباه طرفین قرار گیرد، باید پیامدهای حقوقی واقعی و قابل توجهی وجود داشته باشد. همچنین هنگام تعیین این موضوع که آیا طبق ماده ۲-۲-۳ «اصول»، اشتباهی وجود دارد یا خیر؟، یک معیار «شخص متعارف» وجود دارد.<sup>۲</sup>

همین‌طور «اصول» در جزء (الف) این ماده به اشتباه مشترک و فردی توجه داشته است. اساساً اشتباه با توجه به اطراف قرارداد براساس دکترین حقوقی به اشتباه فردی، اشتباه مشترک و اشتباه متقابل تقسیم شده است. منظور از اشتباه مشترک، اشتباهی است که هر دو طرف قرارداد در موضوع خاصی دچار اشتباه شده‌اند یا اینکه یک طرف معامله به اشتباه طرف مقابل آگاه باشد و یا اینکه عرفاً بتواند نسبت به اشتباه طرف دیگر آگاه گردد.<sup>۳</sup> اما قانون‌گذار ما به صرف اینکه یکی از طرفین دچار اشتباه شود، اشتباه را محقق می‌داند و تفاوتی بین اشتباه فردی و مشترک قائل نیست. ضمن اینکه اگر اساس اشتباه را بر عدم مطابقت واقعیت با قصد یا عیب رضا قلمداد کنیم، ضرورتی بر اشتراک در اشتباه وجود نخواهد داشت.<sup>۴</sup>

وجه مشترک سه شرط اول، که در جزء (الف) از بند (۱) ذکر شده اند، این است که اگر طرف غیر اشتباه‌کننده به نحوی در اشتباه طرف اشتباه‌کننده شریک باشد، شایسته حمایت نخواهد بود و مشتبه قادر به ابطال قرارداد است؛ یعنی شرط اول این است که طرفین از اشتباه مشترکی زبان

۱. همان.

2. Nwafor, Nduisi Augustine, "comparative and critical Analysis of the Doctrine of Exemption /Frustration /Force Majeure under the United Nations Convention on the Contract for International Sale of Goods, English Law and UNIDROIT Principles", University of Stirling, Stirling, Scotland, 2015, P.205.

۳. رهپیک، حسن، منبع پیشین، ص ۹۴.

۴. همان، ص ۵۵.

دیده باشند.<sup>۱</sup> اساساً در اشتباه مشترک و اشتباه متقابل هر دو طرف دچار مشکل شده‌اند؛ با این تفاوت که در اشتباه مشترک یک توافق ظاهری بین طرفین وجود دارد، اگرچه قصد واقعی آنها با هم مغایر است؛ در صورتی که در اشتباه متقابل، حتی موافقت ظاهری هم وجود ندارد<sup>۲</sup> و به نظر، اگرچه در قواعد یونیدروا اشاره‌ای به اشتباه متقابل نشده است، این امر نافی عدم پذیرش آن در اصول نیست؛ زیرا برخلاف اشتباه مشترک، در اشتباه متقابل موافقت ظاهری هم وجود ندارد و این نشان‌دهنده اهمیت این نوع از اشتباه حتی نسبت به اشتباه مشترک است. در شروط دوم و سوم مطروحه در همین جزء، اصول در مقام بیان اشتباه فردی است؛ به طوری که شرط دوم مطرح می‌کند، باید دلیل اشتباه مشتبه طرف دیگر قرارداد باشد و این در حالتی است که بتوان ارتباطی سلسله‌وار بین اشتباه و ارائه مشخص واقعیت‌ها از سوی طرف دیگر برقرار کرد؛ چه این ارائه صریح باشد یا ضمنی یا همراه با عمد و تقصیر و یا بدون عمد و تقصیر، یا اشتباه مرتبط با رفتاری باشد که در اوضاع و احوال خاص به منزله ارائه واقعیتی باشد. چنانچه حتی سکوت هم ممکن است سبب اشتباه باشد.<sup>۳</sup>

شرط سوم اینکه طرف دیگر از اشتباه طرف اشتباه‌کننده مطلع بوده یا باید مطلع بوده باشد و این امر را مغایر با معیارهای تجاری متعارف در معامله منصفانه می‌داند که طرف به اشتباه‌افتاده را در اشتباه رها کند. البته بار اثباتی این مسئله که باید طرف دیگر، مشتبه را آگاه می‌کرد، برعهده طرف اشتباه‌کننده است.

یکی دیگر از شروط ابطال که در جزء (ب) ماده آمده، عدم اقدام معقول به اتکای قرارداد از سوی طرف دیگر مشتبه در زمان ابطال قرارداد را یکی از شروط ابطال قرارداد پذیرفته است. به عبارت دیگر، از سوی طرف مقابل مشتبه، نباید در زمان ابطال هیچ‌گونه تصمیم و اقدام منطقی صورت گرفته باشد.<sup>۴</sup> از این مطلب اساساً چنین به ذهن متبادر می‌شود که مبنای وجود چنین شرطی در این ماده جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی از سوی هر یک از طرفین قرارداد است که با ابطال قرارداد امکان دارد صورت بگیرد.

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، ص ۱۳۲.

۲. ذاکری، رضا، منبع پیشین، صص ۱۰ - ۱۱.

۳. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، ص ۱۳۲.

4. A. Kramer, Ernst, *op cit*, P.279.

«اصول» در این جزء از ماده واژه «reasonably» را به کار برده است که به معنای منطقی و معقول است. این واژه در اینجا حاکی از این است که اقدام طرف مقابل باید اقدامی معقول و منطقی در راستای اجرای موضوع قرارداد باشد، تا مانع ابطال قرارداد از سوی مشتبه گردد؛ زیرا اگر چنین قیدی وجود نداشته باشد، ممکن است شخصی به طور غیرمنطقی با آگاهی به وجود اشتباه در قرارداد با سوءاستفاده از این ماده و برای جلوگیری از ابطال احتمالی قرارداد به طور غیرمعقول و با سرعت زمانی غیرمتعارف اقدام به اتکای قرارداد نماید و حق مشتبه را به منظور ابطال قرارداد با استناد به این شرط از ماده زائل کند.

از طرفی دیگر، در ابتدای جزء (ب) از عبارت «در زمان ابطال» استفاده شده است که منظور از آن براساس مواد ۱۰-۱ و ۱۰-۱۲-۲-۳ اصول، دادن اخطار ابطال در مدت زمانی متعارف پس از اینکه طرف ابطال کننده از واقعیت‌های مرتبط آگاه شده یا نمی‌توانسته از آنها بی‌اطلاع باشد و زمانی که قابلیت اقدام آزادانه را به دست آورده است، می‌باشد. به نظر می‌رسد این قید نیز به دلیل ممانعت از تعلل و تأخیر و از طرفی سوءاستفاده‌های احتمالی مشتبه آمده است. با این فرض که امکان دارد طرف اشتباه کننده با وجود اینکه به وجود اشتباهی اساسی در قرارداد علم دارد، مبادرت به دادن اخطار ابطال در زمان متعارف چه از روی مسامحه و چه از روی عمد نکند و این عدم اقدام به موقع به ورود ضرر و زیان به طرف قرارداد بینجامد.

با این تفاسیر، چنین استدلال می‌شود که اصول یونیدروا در جزء (ب) ظرافت دقیقی اعمال کرده و از هر دو منظر (از طرف اشتباه کننده و طرف مقابل وی) به این مسئله پرداخته است؛ به طوری که می‌توان آن را یکی از مهم‌ترین شرایط تأثیر اشتباه در ابطال قرارداد دانست.

از سویی دیگر، بند ۲ درصدد بیان شرایط راجع به طرف اشتباه کننده است و در صورت وقوع شرایط مطروحه در جزء (الف) و (ب) این بند، مشتبه قادر به ابطال قرارداد نیست، حتی اگر شروط مقرر شده در بند یک رعایت شود.

بر طبق جز (الف) بند ۲ این ماده، در جایی که مشتبه در ارتکاب اشتباه تقصیر سنگینی را مرتکب شود، امکان ابطال قرارداد وجود ندارد. در توضیح جزء (ب) از بند ۲ این ماده برخی چنین گفته‌اند که اشتباه مربوط به موضوعی باشد که در رابطه با آن، خطر اشتباه بر مشتبه فرض شده

است یا با توجه به شرایط باید به عهده شخص خطا کار باشد.<sup>۱</sup> طرف‌های اشتباه به‌طور کلی مسئول سهل‌انگاری خود بوده‌اند و همین‌طور مسئول خطراتی هستند که معمولاً توسط طرفین متعاقد متحمل می‌شوند.<sup>۲</sup>

برعهده گرفتن مسئولیت احتمالی خطر اشتباه از جنبه‌های غالب در قراردادهای احتمالی است. در چنین حالتی، طرف مذکور حق ندارد که بر مبنای اشتباه خود، قرارداد را ابطال کند. برای مثال، فروشنده یک تابلوی نقاشی که نسبتاً ناشناخته و منسوب به نام «ج» است، به قیمت منصفانه‌ای به شخص خریدار می‌فروشد و متعاقباً معلوم می‌شود که نقاش تابلو، فردی مشهور بوده‌است. در این وضعیت، فروشنده قادر به ابطال قرارداد فروش بر این مبنای نخواهد بود؛ زیرا این واقعیت که تابلو فقط به «ج» منتسب است، به‌طور ضمنی این احتمال خطر را در بر دارد که شاید هنرمند مشهور دیگری تابلو را کشیده باشد. زمانی که دو طرف مسئولیت خطراتی را در یک قرارداد احتمالی به عهده می‌گیرند، نمی‌توان به دلیل اشتباه آن را ابطال نمود. مانند تحولات راجع به قیمت‌ها و نرخ‌های مبادله ارز، چراکه اشتباه در این صورت مربوط به واقعیت‌هایی نیست که در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته است.<sup>۳</sup>

در حقوق ایران چنین تقسیم‌بندی در خصوص اشتباه مؤثر وجود ندارد. به‌طوری که حتی اگر از سوی مشتبه سهل‌انگاری نیز صورت گیرد و اشتباه در نتیجه آن باشد، باز هم مانعی در مسیر تأثیر اشتباه محسوب نمی‌گردد. البته به نظر می‌رسد چنین تمرکزی بر اطراف قرارداد در تنظیم قواعد راجع به اشتباه مؤثر در «اصول» به‌نوعی با عدالت و انصاف نزدیک‌تر بوده و مانع تحمیل ضرری ناروا بر هریک از طرفین قرارداد می‌شود. به‌عبارتی دیگر، در «اصول» اشتباه هریک از طرفین باید فاحش باشد و به‌صرف تحقق خود اشتباه در قرارداد آثار اساسی از خود در معامله به جای نمی‌گذارد.

## ۵.۲. اشتباه در بیان اراده یا انتقال مطلب

ماده ۳-۲-۳ «اصول» مقرر می‌دارد:

1. A.Kramer, Ernst, *op cit*, p.278.

2. M.Perillo, Joseph, "Unidroit Principles of International Commercial Con: The Black Letter Text and a Review", *Fordham Low Review*, vol 63, 1994, p.292.

۳. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، ص ۱۳۴.



«اشتباهی که در بیان یا انتقال مطلب دیگری رخ می‌دهد، اشتباه فردی در نظر گرفته می‌شود که اعلام را انجام داده است.»

در این ماده دو فرض در نظر گرفته شده است؛ اشتباه در بیان اراده و اشتباه در تعبیر و انتقال اراده دو موضوع متفاوت از یکدیگرند که در ذیل مورد بررسی قرار خواهیم داد:

— اشتباه در بیان اراده: اساساً اشتباه در بیان و انتقال مطلب با توجه به واژه «فردی»، اشتباه شخصی محسوب می‌شود که اعلام یا ارسال را انجام داده است.

اگر اشتباه در بیان یا انتقال مطلب دیگری به اندازه کافی مهم باشد. (به‌ویژه اگر به بیان غلط اعداد منجر شود)، دریافت‌کننده متوجه اشتباه می‌شود یا باید بشود؛ ولی در موردی که اشتباه تنها جنبه روانی دارد و گفتگوها و شرایط ابراز نگردیده است، به‌غایت دشوار می‌نماید.<sup>۱</sup>

از آنجایی که «اصول» هرگز دریافت‌کننده ایجاب را از قبول چنین ایجابی منع نمی‌کند، فرستنده می‌تواند به استناد اشتباه، به شرط وجود شرایط ماده ۲-۲-۳، قرارداد را ابطال کند؛ خصوصاً اگر برای دریافت‌کننده ایجاب مغایر با معیارهای متعارف تجاری مربوط به معامله منصفانه باشد که وی فرستنده یا ایجاب‌دهنده را از اشتباه آگاه نگرداند. البته در مواردی که فرستنده از روشی برای انتقال استفاده می‌کند که با توجه به شرایط خاص، خودش علم داشته یا باید مطلع می‌بوده که روش مزبور نامطمئن است، امکان دارد فرستنده مسئولیت احتمالی اشتباه را برعهده گرفته باشد یا قبول این مسئولیت بر وی تحمیل شود.<sup>۲</sup> این استدلال در میان حقوق‌دانان ما نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.<sup>۳</sup>

— اشتباه در تعبیر و انتقال اراده (اشتباه از سوی دریافت‌کننده): براساس ماده ۱۰-۱ «اصول»، انتقال پیام زمانی صورت می‌گیرد که دریافت‌کننده آن را وصول نماید. چنان‌که انتقال صحیح انجام گیرد، اما مخاطب مفهوم آن را به‌غلط دریابد، از حکم ماده ۳-۲-۳ خارج خواهد بود. اما این حکم در جایی که پیام به درستی به دستگاهی منتقل می‌شود، ولی دستگاه به علت نقص فنی متن را مخدوش می‌دهد، جاری است. همچنین است در جایی که پیام به‌صورت شفاهی به پیک مخاطب منتقل می‌شود، اما وی به دلیل فهم

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، منبع پیشین، ص ۴۲۲.

۲. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، ص ۳۵.

۳. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۴۲۰-۴۲۴.

نادرست از پیام آن را به‌درستی انتقال نمی‌دهد. در هر دو صورت، مخاطب قادر به درخواست ابطال قرارداد خواهد بود، اگر ثابت کند که پیام مزبور را به استناد برداشت غلط خود از پیام نادرست فرستنده داده است و همه شرایط ماده فوق‌الذکر نیز جمع باشد.<sup>۱</sup>

طبق ماده ۲۰۰ ق.م، چنانچه در گذشته نیز بیان گردید، دکرین حقوقی ما در تجزیه و تحلیل اشتباه در بیان، انتقال و تعبیر اراده، اغلب موضوع اراده باطنی و اراده ظاهری را در تشخیص اشتباه مؤثر مورد بررسی قرار داده و کمتر به طرفین قرارداد و انتساب اشتباه به فرستنده پیام یا ایجاب دهنده نظر داشته‌اند.

اساساً چون قانون مدنی ظاهر را محترم می‌شمرد و اثبات اشتباه را مهم‌ترین مانع در انعقاد عقد بیان می‌دارد، در نتیجه مدعی اشتباه باید وجود تصور نادرست و داعی قرار گرفتن آن را در دادگاه ثابت نماید تا منجر به ابطال قرارداد گردد.<sup>۲</sup>

در این خصوص، به‌نظر می‌رسد «اصول» نیز همین قاعده را پذیرفته است و وجود ماده ۳-۲-۳ و تصور حق ابطال قرارداد برای فرستنده، در صورت جمع بودن شرایط ماده ۳-۲-۲، نافی این حق برای طرف دریافت‌کننده اشتباه نیست. چنانچه با توجه به ماده ۱۰-۱ اصول، در صورت جمع شرایط ماده ۳-۲-۲ و شرایطی که در فوق به آنها اشاره شد، دریافت‌کننده نیز قادر به ابطال قرارداد خواهد بود.

نکته قابل توجه راجع به بند نخست ماده ۳-۲-۸ «اصول» است که بیان می‌دارد: «در شرایطی که فریب، تهدید، اختلاف فاحش عوضین یا اشتباه یک طرف، قابل انتساب به شخص ثالث که طرف دیگر مسئول اقدامات اوست، باشد؛ یا این شخص ثالث از آن موارد آگاه بوده یا باید آگاه می‌بوده است، قرارداد را به همان طریقی می‌توان ابطال کرد که گویی رفتار یا آگاهی مذکور منتسب به خود طرف دیگر بوده است». در این ماده، نوعی فرض مسئولیت برای فردی شده است که ثالث به نمایندگی از سوی وی اقدام می‌کند. به‌طوری که اگر شخص ثالثی در روند مذاکره ذی‌ربط بوده یا در آن مداخله کرده و دلیل ابطال به هر طریق قابل انتساب به آن شخص است و یا شخص ثالث بدون نمایندگی و به ابتکار خود به نفع یکی از طرفین عمل کند، آن طرف مسئول افعال شخص ثالث است. در تمام این موارد، انتساب افعال شخص ثالث یا علم او،

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین.

خواه بالفعل و واقعی بوده یا حکمی به اوضاع و احوالی معین، موجه به نظر می‌رسد، صرف نظر از اینکه طرف مورد نظر در قرارداد از فعل شخص ثالث آگاه باشد یا خیر.<sup>۱</sup>

## ۶. آثار اشتباه مؤثر در قرارداد در قواعد داخلی و اصول یونیدروا

به‌طور کلی به دلیل ابهامات موجود در بحث آثار اشتباه مؤثر در قانون مدنی ما، از سوی حقوق دانان نظریات متعددی مطرح شده است که عبارت‌اند از: بطلان، عدم نفوذ و حق فسخ. اساساً اشتباه در ماهیت عقد اشتباه در مقتضای ذات عقد، اشتباه در ماهیت موضوع عقد و همین‌طور اشتباه در هویت مادی طرف قرارداد، سبب بطلان قرارداد می‌شوند. از طرفی دیگر اشتباهاتی که تراضی را زائل می‌کنند، همچون اشتباه در صورت عرفی موضوع معامله یا اوصاف جوهری آن، خود موضوع معامله و اشتباه در علت عمده عقد، ذیل ضمانت اجرای بطلان قرار می‌گیرند. البته طبق ظاهر قانون مدنی اشتباه در خود موضوع معامله موجب عدم نفوذ است، اما بطلان آن با منطبق حقوقی سازگارتر است.

برخی از اشتباهات در اوصاف مهم مورد عقد، مشروط بر اینکه وارد قلمروی تراضی طرفین گردد، ایجاد حق فسخ می‌نماید. اوصاف مهم متمایز از اوصاف اساسی می‌باشند که منجر به بطلان معامله می‌شود.

اشتباه در اوصاف غیر مهم (مواد ۲۳۵ و ۴۱۰ ق.م) مشروط بر اینکه وارد قلمروی تراضی طرفین شود یا اشتباه در کمیت مورد معامله در صورتی که جنبه فرعی داشته و وصف مبیع باشد، ایجاد حق فسخ می‌نماید. (م ۳۲۵ ق.م) همین‌طور اگر اشتباه ناشی از تدلیس (م ۴۳۸ ق.م) به شرط غیراساسی بودن باشد یا اشتباه فاحش در قیمت مورد معامله در جایی که بها ناشی از خود موضوع معامله نباشد، ایجاد حق فسخ می‌کند. اگرچه در تعارض اشتباه اساسی با تدلیس یا غبن (موضوع مواد ۴۱۶ الی ۴۲۶ ق.م)، اشتباه مقدم است و عقد باطل می‌شود.<sup>۲</sup>

به‌طور کلی به نظر می‌رسد در حقوق ما اشتباه محدود به حق فسخ و بطلان است. به‌طوری که از بررسی مواد قانون مدنی چنین می‌توان برداشت کرد که عدم نفوذ بیان شده در مواد ۱۹۹ و

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

۲. بیات، فرهاد و شیرین بیات، منبع پیشین، ص ۱۷۰.

۲۰۰ ق.م و همچنین منظور از واژه «خلل» که در ماده ۲۰۱ ق.م آمده است، با وحدت ملاک از ماده ۷۶۲ ق.م به معنای بطلان است.<sup>۱</sup>

برخلاف قانون مدنی ما «اصول» همچون اصول حقوق قراردادهای اروپا، در حوزه آثار اشتباه در قرارداد، حق ابطال قرارداد، تطبیق قرارداد با تصور مشتبه و پرداخت خسارت به مشتبه را به‌عنوان آثار اشتباه مؤثر پذیرفته است. در اصول حقوق قراردادهای اروپا به دلیل اعتقاد به استحکام قراردادی، کمتر ضمانت اجرای بطلان مورد پذیرش واقع شده است. چنانچه قواعدی همچون تطبیق قرارداد و پرداخت خسارت به مشتبه به نوعی در ماده ۳-۱۰-۴ اصول قراردادهای اروپا را که در خصوص حق ابطال قرارداد است، محدود ساخته است.<sup>۲</sup> حال برای روشن شدن این بحث در ادامه به بررسی هر یک از آثار اشتباه مؤثر در اصول یونی‌دروا می‌پردازیم:

### ۶.۱. حق ابطال

در ماده ۲-۲-۳ «اصول»، با ذکر لزوم وجود شرایطی برای وقوع اشتباه مؤثر، حق ابطال قرارداد به مشتبه اعطا شده است. ماده مذکور حق ابطال را به‌صورت کلی در نظر گرفته، در صورتی که «اصول» حق ابطال را در هر دو محدوده کلی و جزئی پذیرفته است. چنانچه طبق ماده ۱۳-۲-۳، وقتی منشأ ابطال قرارداد فقط بر برخی از شروط آن مؤثر باشد، اثر ابطال به همان شروط محدود خواهد شد، مگر اینکه با در نظر گرفتن اوضاع و احوال، تأثیر صحت بقیه قرارداد، غیرمعقول و غیرمتعارف باشد. این امر در کل، بستگی به این خواهد داشت که اگر طرف قرارداد احتمال می‌داد که شروط مورد نظر ممکن است تحت تأثیر دلایل ابطال قرار گیرند، آیا باز هم قرارداد را منعقد می‌کرد یا نه؟<sup>۳</sup>

در قواعد مربوط به اشتباه، تدلیس، اختلاف فاحش عوضین و به‌طور کلی قواعد متعددی از فصل سوم اصول تحت شرایطی حق ابطال قرارداد به طرفین اعطا شده است.

۱. همان، صص ۱۷۳-۱۶۸.

2. Jansen, Nils and Reinhard. "Zimmern, contract Formation and Mistake in European Contract Law" *Oxford journal of Legal Studies*, vol.31, No.4, 2011, p 25.

۳. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، ص ۱۴۹.

براساس ماده ۱۴-۲-۳ «اصول» ابطال قرارداد اثر عطف به ماسبق‌شونده دارد؛ به عبارت دیگر، گویی که قرارداد هرگز وجود نداشته است. البته برخی از شروط قرارداد، ممکن است حتی در صورت ابطال کامل قرارداد اثر قانونی خود را حفظ کنند. مثل شروط داوری، صلاحیت قضایی و انتخاب قانون که از این دست شروط بوده و ممکن است طبق رأی دادگاه علیرغم دیگر شروط، اعتبار آنها محفوظ باقی بماند. البته قابلیت اجرای عملی آنها باید بر طبق قانون داخلی قابل اعمال تعیین شود.<sup>۱</sup>

به موجب ماده ۱۵-۲-۳ «اصول» به محض ابطال قرارداد، هر یک از طرفین می‌توانند استرداد آنچه بر طبق قرارداد، یا آن بخش از قرارداد که ابطال شده و عرضه کرده است، مطالبه کند. تنها شرطی که برای این کار وجود دارد، این است که هرطرف آنچه بر طبق قرارداد یا بخشی از قرارداد که ابطال شده، دریافت کرده است باید به طرف دیگر مسترد کند.<sup>۲</sup>

در دکتین حقوقی ما عقد قابل ابطال مورد پذیرش نیست و قابل ابطال بودن تنها در برخی مواد همچون ماده ۱۳۱ و ۲۷۰ ل.ا.ق.ت پذیرفته شده است<sup>۳</sup> که از مصادیق بطلان نسبی قلمداد می‌شود. البته برخی از نویسندگان حقوقی اخیراً ماده ۸۱۶ ق.م. را نیز مصداقی از بطلان نسبی در قانون مدنی ایران قلمداد نموده‌اند.<sup>۴</sup>

## ۶.۲. تطبیق قرارداد

ماده ۱۰-۲-۳ «اصول» تحت عنوان «از دست دادن حق ابطال» مقرر داشته است: «(۱) اگر یکی از طرف‌های قرارداد به دلیل اشتباه، حق ابطال قرارداد را داشته باشد، اما طرف دیگر اعلام کند که می‌خواهد قرارداد را به همان صورتی که طرف مستحق ابطال آن را می‌فهمد، اجرا شود یا خود، آن را به همان صورت اجرا کند، چنین تلقی می‌شود که قرارداد به همان نحوی که طرف اول آن را فهمید، منعقد شده است. طرف دیگر باید بلافاصله بعد از اطلاع از نحوه تلقی

۱. همان، ص ۱۵۱.

۲. همان.

۳. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، منبع پیشین، صص ۳۰۷-۳۰۸.

۴. کریم پور آل هاشم، سید محمد نقی علوی، محمد مظہری و ناصر مسعودی، «موجبات بطلان نسبی در حقوق فرانسه و ایران و امکان سنجی آن در فقه امامیه»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، د ۱۴، ش ۵۱، ۱۳۹۷، ص ۱۵۴.

قرارداد از سوی طرف مستحق ابطال و قبل از آنکه طرف مزبور بر مبنای اخطار ابطال، اقدامی کرده باشد، اجرا بر طبق تلقی طرف اول یا اجرای مورد نظر را عملی سازد.

(۲) پس از اعلام یا اجرای مزبور، حق ابطال از میان می‌رود و هر اخطار ابطال قبل از آن، فاقد اثر قانونی می‌شود».

«اصول» در این ماده به تطبیق قرارداد با تصور مشتبه پرداخته است. لذا چنانچه طرف اشتباه‌کننده متحمل زبانی شده باشد که با تعدیل قرارداد جبران نشود، تعدیل از سوی طرف دیگر باعث نمی‌شود که مشتبه از حق خود برای ادعای خسارت طبق ماده ۱۶-۲-۳ منع شود.<sup>۱</sup>

در ماده ۱۱-۲-۳ آمده است: «حق یک طرف برای ابطال قرارداد، با دادن اخطار به طرف دیگر عملی می‌شود». با آمدن این ماده منظور از «اخطار» به کاررفته در بند ۲ ماده ۱۰-۲-۳ مذکور مشخص می‌گردد. طبق ماده ۱۱-۲-۳ اصلی بیان شده که بر مبنای آن، حق طرفین قرارداد برای ابطال آن، با دادن اخطار به طرف دیگر عملی می‌شود، بی‌آنکه همچون قواعد داخلی نیازی به مداخله دادگاه باشد.

اصولاً به دلیل اینکه قابلیت ابطال در حقوق ما متعارف نیست و جنبه استثنایی دارد، تطبیق قرارداد به مفهومی که در «اصول» آمده است نیز وجود ندارد. لذا قابلیت فسخ را نباید با قابلیت ابطال در جایگاهی یکسان قرار داد؛ عقد قابل فسخ نافذ است، اما به دلیل ضرر ناروایی که لزوم آن به بار می‌آورد، به حکم تراضی طرفین برای هر دو یا یکی از آنها و یا شخص ثالث خیار فسخ به وجود می‌آید. ولی عقد قابل ابطال از آغاز انعقاد به وسیله اشخاص مورد حمایت قانون‌گذار، قابل حذف است و به همین دلیل نیز آن را در شمار عقدهای باطل آورده‌اند، جز اینکه بطلان آن نسبی است.<sup>۲</sup>

### ۶.۳. پرداخت خسارت مشتبه

ماده ۱۶-۲-۳ «اصول» مقرر داشته است: «صرف نظر از اینکه قرارداد ابطال شده است یا نه، طرفی که از دلیل ابطال آگاه بوده یا باید از آن آگاه می‌بوده است، مسئول پرداخت خسارت است؛

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، منبع پیشین، ص ۱۴۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۳۰۷-۳۰۹؛ شعاریان، ابراهیم و ابراهیم ترابی، ترجمه و تطبیق اصول قراردادهای اروپا با حقوق ایران، چ ۱، تبریز: نشر فروزش، ۱۳۸۹، ص ۱۹۳.

برای اینکه طرف دیگر را به همان وضعیتی برگرداند که در صورت عدم انعقاد قرارداد هم در آن وضعیت قرار می‌گرفت». چنانچه از این ماده پیداست، حق دریافت خسارت منوط به عدم ابطال قرارداد نشده است.

قاعده فوق‌الذکر در حقوق ایران نیز مورد پذیرش قرار گرفته و درخواست ابطال منافاتی با خواستن زیان‌های ناشی از تقصیر طرف قرارداد ندارد. چنان‌که در معاملات فضولی و اکراهی، مالک و مکره هم می‌توانند بطلان معامله را بخواهند و هم خسارت ناشی از این تقصیر را مطالبه کنند.<sup>۱</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۳۱۹-۳۲۱.

## نتیجه‌گیری

به‌طور کلی اگرچه قانون‌گذار ما تعریفی از اشتباه ارائه نکرده و صراحتاً نیز به موضوع اشتباه حکمی و موضوعی نپرداخته است؛ اما از آنچه در خصوص تعریف اشتباه و بررسی اشتباه موضوعی و حکمی پیش‌تر ارائه شد، تفاوتی اساسی بین قواعد داخلی و اصول یونی‌دروا به‌نظر نمی‌رسد؛ چنانچه هر دو، اشتباه را به‌معنای تصور خلاف واقع در انجام یک عمل حقوقی پذیرفته‌اند. با این حال، صحیح‌تر به‌نظر می‌رسد، با توجه به اینکه در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش اشتباه حکمی حقوق‌دانان نظریات اختلافی و متعددی ابراز کرده‌اند، قانون‌گذار ما نیز همچون «اصول» با ارائه تعریفی روشن از اشتباه و اعلام نظر درباره قبول یا عدم قبول اشتباه حکمی به‌عنوان مبنای تصور خلاف واقع، نسبت به این مهم اعلام نظر می‌نمود.

از طرفی دیگر، در خصوص مفاهیم مرتبط با اشتباه، چنان‌که بیان گردید، حقوق ما انعطاف بیشتر و دسته‌بندی دقیق‌تری راجع به مصادیق تدلیس مطرح، و بسته به اوضاع و احوال قضیه ضمانت‌اجراهای متفاوتی تعیین کرده است. برخلاف «اصول» که هر زمان تدلیس صورت گیرد مشتبّه می‌تواند قرارداد را باطل کند. اما در خصوص موضوع «حسن نیت» از آنجایی که در بیشتر نظام‌های حقوقی پیشرفته و حقوق تجارت بین‌الملل از اهمیت بالایی برخوردار است و طرفین قرارداد را در طول روند مذاکره و حتی پیش از انعقاد قرارداد ملزم به رعایت اصل حسن نیت و معامله منصفانه می‌نماید؛ اگرچه در روح قوانین ما ملحوظ است، اما بهتر بود قانون‌گذار ما نیز همسو با نظام‌های حقوقی پیشرفته و در راستای ایجاد هرچه بیشتر اطمینان و استحکام قراردادی، «حسن نیت» را صراحتاً به‌عنوان قاعده‌ای کلی در بحث «شرایط صحت قراردادها» مقرر کند.

اساساً حقوق‌دانان ما در راستای تبیین شرایط تأثیر اشتباه، به متعلق قصد و رضا نظر داشته و اشتباه در واقعیات خارجی موضوع معامله و از سویی دیگر ورود اشتباه در قلمروی تراضی طرفین را از شرایط اساسی تأثیر اشتباه در قرارداد می‌دانند. بنابراین تقسیم‌بندی که در «اصول» در خصوص شرایط اشتباه مؤثر حاکم است، میان حقوق‌دانان ما کمتر مورد توجه قرار گرفته است. لذا به نظر می‌رسد چنین تمرکزی که بر اطراف قرارداد در تنظیم قواعد راجع به اشتباه مؤثر در «اصول» وجود دارد، با عدالت و انصاف نزدیک‌تر است و مانع تحمیل ضرری ناروا بر هریک از طرفین قرارداد می‌شود. به عبارتی دیگر، در «اصول» اشتباه هر یک از طرفین باید فاحش باشد و



به‌صرف تحقق خود اشتباه در قرارداد، آثار اساسی از خود در معامله برجای نمی‌گذارد. بنابراین منصفانه خواهد بود اگر قانون‌گذار و حقوق‌دانان ما نیز به این مهم توجه داشته و در تشخیص و ترسیم شرایط تأثیر اشتباه در قرارداد، به اطراف قرارداد نیز نظر داشته باشند؛ چراکه این امر در تشخیص اشتباه مؤثر در قرارداد بسیار منصفانه‌تر و دقیق‌تر عمل، و مانعی در راستای سوءاستفاده‌های احتمالی هر یک از طرفین قرارداد ایجاد می‌کند.

با توجه به اینکه اشتباه در حقوق ما یکی از عیوب اراده محسوب می‌شود، توجه به قصد و رضا درباره اشتباه در موارد متعدد آثار متفاوتی خواهد داشت. چنانچه وقتی اشتباه مربوط به اوصاف اساسی موضوع معامله، یا راجع به خود موضوع معامله یا شخصیت طرف معامله درجایی که او علت عمده عقد است، می‌باشد، چنین فرض می‌شود که اساساً قصدی وجود ندارد و منجر به ابطال قرارداد می‌شود. اما درجایی که اشتباه مربوط به اوصاف غیراساسی اما مهم و یا اوصاف غیرمهمی که وارد قلمرو تراضی شده باشد یا اشتباهات راجع به کمیت زمانی که جنبه فرعی دارد و همین‌طور اشتباه در خصوص قیمت موضوع معامله تا جایی که مربوط به خود موضوع معامله نباشد، منجر به حق فسخ می‌شود. درحالی که در «اصول»، حق ابطال اعم از کلی و جزئی، تطبیق قرارداد با تصور مشتبه و پرداخت خسارت به وی به‌عنوان ضمانت اجرای اشتباه تعیین شده است. چنانچه بیان شد، بطلان قرارداد اساساً کاشف از این است که از ابتدا عقدی تشکیل نشده است و به‌طور کلی عقدی در عالم حقوق به وجود نیامده است. اما حق ابطال، حقی است در دست یکی از طرفین قرارداد که با اعمالش عقد را از ابتدا زایل می‌کند. بنابراین «اصول» بر این حق ابطال اثر عطف به ماسبق‌شونده در نظر گرفته است. با این توضیح، به نظر می‌رسد اعطای ضمانت اجرای حق ابطال در قرارداد به‌جای ابطال، سبب ایجاد هر چه بیشتر اطمینان عموم جامعه در مبادلات و معاملات شده و استحکام قرارداد را تأمین می‌نماید.

از طرفی دیگر، چنان‌که گفته شد، مبنای اشتباه در حقوق ایران مخدوش شدن قصد و عدم مطابقت اراده طرفین است که تماماً قرارداد را باطل می‌کند و چون عقد باطل مانع تشکیل عقد از ابتدا می‌گردد، قابلیت تطبیق با تصور مشتبه را نخواهد داشت. وقتی هم که اشتباه در قرارداد حق فسخ ایجاد می‌کند، طرفین می‌توانند با تراضی، قرارداد را با خواست مشترک یکدیگر تطبیق دهند و یکسان و هماهنگ سازند.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. آخوندی، روح اله، نجاد علی الماسی و عباس کریمی، **اشتباه در قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان**، ج ۱، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.
۲. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، (ترجمه و تحقیق)، **اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی** (بر اساس نسخه ویرایش شده سال ۲۰۱۰)، ج ۶، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۶.
۳. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۱۵، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۰.
۴. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۴، چ ۱۵، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۷.
۵. بیات، فرهاد و شیرین بیات، **حقوق مدنی، (شرح جامع قانون مدنی)**، چ ۱۹، تهران: انتشارات ارشد، ۱۳۹۹.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمیولوژی حقوق**، چ ۲۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **تاثیر اراده در حقوق مدنی**، چ ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
۸. حیاتی، عباس، **حقوق مدنی (۳) قواعد عمومی قراردادها**، چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
۹. ذاکری، رضا، **اشتباه و تاثیر آن در قراردادها، مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، انگلیس، آمریکا، تبریز: انتشارات فروزش**، ۱۳۹۰.
۱۰. ره پیک، حسن، **نظریه جهت در اعمال حقوقی**، چ ۱، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۶.
۱۱. شایگان، سیدعلی، **حقوق مدنی**، چ ۱، قزوین: انتشارات طه، ۱۳۷۵.
۱۲. شفائی، محمدرضا، **بررسی تطبیقی نظریه اوضاع و احوال در قراردادها**، چ ۱، تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶.

۱۳. شعاریان، ابراهیم و ابراهیم ترابی، ترجمه و تطبیق اصول قراردادهای اروپا با حقوق ایران، چ ۱، تبریز: نشر فروزش، ۱۳۸۹.
۱۴. شهیدی، سید مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات (حقوق مدنی جلد ۱)، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳.
۱۵. شیروی، عبدالحسین، حقوق قراردادها؛ انتقاد، آثار و انحلال، تهران، چ ۲، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۶.
۱۶. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ ۶، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷.
۱۷. صفایی، سید حسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چ ۳، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
۱۸. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چ ۲، تهران: نشر طه، ۱۳۸۵.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، چ ۴، تهران: انتشارات به‌شهر، ۱۳۴۹.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، چ ۱۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۴.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چ ۵، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۰.

۲۶. کاتوزیان، ناصر، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، چ ۱۴، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۰.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی، جلیل قنواتی، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور خرد، **حقوق قراردادها در فقه امامیه: توافق اراده ها، شرایط متقاعدان و مورد معامله**، ج ۲، چ ۳، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۳.
۲۸. معین، محمد، **فرهنگ معین**، ج ۱ و ۲، چ ۵، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۴.
۲۹. موسوی، سید محمد صادق، **مبانی نظری جهل و اشتباه و آثار آن بر اعمال حقوقی**، چ ۱، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۲.

#### مقاله

۳۰. کریم پور آل هاشم، سید محمد تقی، سید محمد تقی علوی، محمد مظهری و ناصر مسعودی، «موجبات بطلان نسبی در حقوق فرانسه و ایران و امکان نظر سنجی در فقه امامیه»، **فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی**، تهران: سال چهاردهم، ش ۵۹، صص ۱۶۸-۱۳۷، ۱۳۹۷.

#### ب) منابع عربی

۳۱. سنهوری، عبدالرزاق، **الوسیط فی شرح قانون مدنی الجدید**، ج ۱، دارالشر قاهره، ۱۹۸۵ م.

#### ج) منابع انگلیسی

#### Books

32. A. Mann, Richard and S. Robert, Barry, **Essentials of Busines Law and the Irgal Environment**, U.S.A: West, 1998.
33. Nwafor, Nduisi Augustine, **Comparative and Critical Analysis of the Doctrine of Exemption/ Frustration/ Force Majeuree under the United Nations Convention on the Contract for International sale of goods, English law and UNIDROT Principles**”, University of Stirling, Stirling, Scotland, 2015.

**Articles**

34. A. Kramer, Ernst, "Contractual Validity According to the UNIDROIT Principles", *European Journal of Law Reform*, Vol. 1, No.3, 1999.
35. "International Institute for the unification of Private law, Principles of international commercial contracts. Rome, European contract law-Part I and II". Boston: *commission on European contract law*, 2010.
36. Jansen, Nils and Reinhard, Zimmern, "Contract Formation and Mistake in European Contract Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 64, No, 4, 2011.
37. M. Perillo, Joseph "Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black letter Text and a Review", *Fordham law review*, Vol, 63, 1994.

**Internet resource**

38. "Analysis to the unidroit principles of International commercial contract", Available at: <https://www.primweus.com/business-law-articles/analysis-of-the-unidroit-principles-of-international-commercial-contract-2010.htm>.

## **Comparison of Conditions and Effects of Mistake in the Contract between Iran's Law and the Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT)**

**Ahmad YOUSEFI SADEGHLOU** (Assistant Professor of Law, Islamic Azad University)

**Ronak AMJADI** (PhD Student of Private Law, Islamic Azad University)

**Elham Sadat MORTAZAVI** (PhD Student of Private Law, Islamic Azad University)

### **Abstract**

In general, there is no distinction between the concept of mistake in the national rules and the principles of the international commercial contracts (UNIDROIT Principle). However, by examining the UNIDROIT Principles and comparing it with national rules regarding types of mistakes, their conditions and effects in the contracts, some similarities and differences can be revealed. Contrary to our legal doctrine and national rules, which have dealt with types of mistakes instead of extracting a comprehensive rule besides accepting the types of mistakes, UNIDROIT principles consider the conditions about the parties to the contract as a factor in accepting or rejecting effective mistakes in the contract and subsequently that Party's right to avoid it. Therefore, contrary to the national rules that accept the avoidance and the right of the cancellation, the UNIDROIT Principles have created an obstacle to the complete avoidance of the contract through providing solutions such as the right to avoid, contract adaptation and giving the right to claim damages. In order to clear the existing ambiguity in national rules regarding effective mistake and compare them with UNIDROIT Principles, this research comparatively examines the concept, conditions and the effects governing the issue in the contracts in the Iran's Civil Law and UNIDROIT Principles through analyzing the rules and detecting their similarities and differences to achieve solutions regarding contractual stability and certainty both nationally and internationally.

### **Keywords:**

Defects of Will, Effective Mistake, Mistake Conditions, Principles of International Commercial Contracts, Unidroit

# تنظیم‌گری حریم خصوصی در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران)

سعیده مزینانی\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۰۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۲۱

## چکیده

امروزه فناوری نوین اطلاعات و ارتباطات، نقشی پایه در امور اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی جوامع ایفا کرده است و به‌عنوان نیروی محرک در رشد و توسعه جوامع بشری به‌شمار می‌آید که این فناوری نوین زمینه‌ساز نوعی رسانه اجتماعی شده است. این رسانه با دارا بودن ویژگی تعاملی، فضای نوینی به نام فضای مجازی را در عرصه کنشگری ایجاد کرده است. از آنجا که فضای مجازی یک رسانه ارتباطی منحصر به فرد است، شهروندان نه صرفاً مصرف‌کنندگان محتوا، بلکه خالقان محتوا نیز هستند. بنابراین محتوای فضای مجازی به همان اندازه که تفکر انسانی متفاوت است، متنوع شده است. تأثیر دسترسی و استفاده از این رسانه تعاملی جهانی، ارتقا و دفاع از حقوق مدنی - سیاسی و حقوق اقتصادی در سراسر جهان است. از این رو، ارتباط حیاتی بین فضای مجازی و حقوق بشر وجود دارد. از آنجا که حقوق بشر حقوقی غیرقابل نقض و ذاتی هر انسان شمرده می‌شود، این حقوق نیز باید در فضای مجازی همانند فضای فیزیکی ترویج و حمایت شوند. بدیهی است برخورد بالقوه‌ای بین قوانین حمایت از حقوق بشر و اصل جریان نامحدود اطلاعات در فضای مجازی وجود دارد. یکی از مهم‌ترین حقوق بشر متأثر از ارتباط اینترنتی، حریم خصوصی است؛ لذا اتخاذ مدل تنظیم‌گری مطلوب در راستای حمایت از حقوق مذکور از ضروریات موضوع مورد بحث است. در این مقاله، استدلال می‌شود که مدل مطلوب تنظیم‌گری محتوای فضای مجازی، مدل تنظیم‌گری مشارکتی است. این مدل از تنظیم‌گری بر یک چارچوب قانونی استوار است که بر پایه آن نهادهای خصوصی امور خود را به‌وسیله کدهای رفتاری یا مجموعه‌ای از قوانین سامان می‌دهند که می‌توان از رابطه هم‌زیستی قانون، هنجارهای اجتماعی و معماری اینترنت در این مدل از تنظیم‌گری بهره‌برداری نمود تا نتیجه‌ای هم‌افزایانه قابل تحقق باشد.

## کلید واژگان:

فضای مجازی، تنظیم‌گری، حقوق بشر، حریم خصوصی.

\* دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

saeede.mazini@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

حریم خصوصی و حفاظت از داده برای صاحبان صنایع، دولت‌ها و عموم جامعه معانی مختلفی دارد و برخلاف سایر حوزه‌های حقوقی که مفاهیم، هنجارها و اصول حقوقی کاملاً ملموس و جاافتاده‌ای را به اذهان متبادر می‌سازد، این حوزه از قوانین در حال حاضر اصلاً تثبیت نشده است. بیش از ۴۰ سال قبل، زلمن کوون<sup>۱</sup> گفت که انسان بدون حریم خصوصی هیچ منزلتی ندارد. با این حال، موضوعاتی نظیر حریم خصوصی و حفاظت از داده برای دولت، جامعه و صنعت به شدت چالش برانگیزند که در اقتصاد دیجیتالی نوین بیش از هر زمان دیگری مطرح می‌شوند؛ اقتصادی که در آن روزانه میلیون‌ها نفر به اینترنت دسترسی دارند و نمی‌دانند حریم خصوصی‌شان محترم شمرده یا برعکس نادیده انگاشته می‌شود.<sup>۲</sup>

حریم خصوصی به سه روش توصیف می‌شود: نخست، حریم خصوصی در برخی از وضعیت‌ها و انتخاب‌های مهمی که خود فرد در آن‌ها تعیین‌کننده است؛ دوم، حریم خصوصی در اطلاعات شخصی و سوم، حریم خصوصی در ارتباط با فضای شخصی و بدن فرد.<sup>۳</sup> مسلماً حریم خصوصی فرد زمانی به خطر می‌افتد که دیگران درباره آن فرد اطلاعاتی به دست بیاورند، توجه خود را به او معطوف کنند یا به او دسترسی فیزیکی پیدا کنند و از این رو حریم خصوصی از محرمانگی، ناشناخته بودن و تنهایی فرد محافظت می‌کند.<sup>۴</sup>

در این مقاله به زمینه حریم خصوصی اطلاعات پرداخته می‌شود که عبارت است از حقوق افراد برای کنترل اطلاعات شخصی خود که توسط دیگران گردآوری شده‌اند. در ادامه به این موضوع پرداخته می‌شود که چطور نظام‌های حقوقی موضوع بحث حریم خصوصی را رعایت می‌کنند. همچنین تلاش خواهد شد رویکرد ایران، ایالات متحده آمریکا و اروپا در این زمینه با هم مقایسه شود. پرسش اصلی این مقاله آن است با توجه به آنکه از دست رفتن حریم خصوصی به‌عنوان یکی از مصادیق شکست بازار است، آیا مداخله دولت و قوانین جامع در این حوزه روشی

1. Zelman Cowan

2. Kang, J., "Information Privacy in Cyberspace Transactions", *Stanford Law Review*, 1998, p 1201.

3. Chesterman, S., "After Privacy: The Rise of Facebook, the Fall of WikiLeaks, and Singapore's Personal Data Protection Act 2012", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, p 396.

4. Ibid, p397.



کارآمد برای مواجهه با این شکست خواهد بود یا روش‌های جایگزین آن روش مناسبی محسوب می‌شود؟

از این رو در این مقاله اصول حاکم بر حریم خصوصی در فضای مجازی از منظر سازمان همکاری و توسعه اقتصادی تجزیه و تحلیل، و سپس روش‌های تنظیم‌گری این حوزه بررسی خواهد شد.

### ۱. اصول حاکم بر حریم خصوصی در فضای مجازی

دستورالعمل سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در زمینه حفاظت از حریم خصوصی و جریان‌های فرامرزی داده شخصی که در ۲۳ سپتامبر ۱۹۸۰ به تصویب رسید و در سال ۲۰۱۳ اصلاح شد، بیانگر اتفاق نظر در سطح بین‌المللی برای راهبردهای کلی در خصوص جمع‌آوری و مدیریت اطلاعات شخصی است. این دستورالعمل، با تشریح اصول اساسی، به دولت‌ها و شرکت‌ها و نماینده‌های مصرف‌کنندگان برای حفاظت از حریم خصوصی و داده‌های شخصی کمک مهمی می‌کند و نیز در رفع محدودیت‌های غیرضروری در خصوص جریان‌های فرامرزی داده، به صورت آنلاین و آفلاین، نقش قابل توجهی دارد.<sup>۱</sup>

این اصول که اقدامات مناسب اطلاعاتی محسوب می‌شوند و کمیسیون تجارت فدرال آن را به اجرا گذاشته، بدین شرح است:

#### ۱.۱. اصل محدودیت تحصیل داده<sup>۲</sup>

این اصل خود به اصول فرعی ذیل تقسیم می‌شود که در ادامه بدان اشاره می‌شود:

##### ۱.۱.۱. اصل تحصیل قانونی و منصفانه<sup>۳</sup>

باید محدودیت‌هایی برای جمع‌آوری داده‌های شخصی وجود داشته باشد و چنین داده‌هایی باید از طریق قانونی و منصفانه‌ای به دست آید و هر جا که مقتضی باشد، این داده با اطلاع یا رضایت فرد تحصیل شود.<sup>۴</sup>

1. OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, available At:

[http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en\\_2649\\_34255\\_1815186\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html.8/8/2019/](http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html.8/8/2019/)

2. Data Collection Limitation

3. Fair and Law Full Collection

4. Ibid, p 24.

**۱.۱.۲. اصل تحصیل مضیق<sup>۱</sup>**

اهداف جمع‌آوری داده‌های شخصی نباید پس از زمان جمع‌آوری داده مشخص شود و استفاده از آنها باید محدود به اجرای همان اهداف شود یا محدود به سایر اهدافی باشد که با اهداف مشخص شده سازگاری داشته باشد. اصل محدودسازی استفاده مقرر می‌کند که داده‌های شخصی نباید افشا شود یا در دسترس دیگران گذاشته شود یا برای اهدافی غیر از اهداف مشخص شده به کار برود، مگر با رضایت کاربر یا توسط مقامات قانونی.<sup>۲</sup>

**۱.۱.۳. اصل انتخاب<sup>۳</sup>**

اصل انتخاب بدان معناست که شرکت ارائه‌دهنده خدمات اینترنت که قصد گردآوری داده‌های کاربر را دارد، مکلف است که امکانات لازم را برای اعلام صریح رضایت کاربر مبنی بر اینکه آیا با گردآوری داده‌های خود موافقت دارد یا خیر؟ فراهم کند. این عمل از طریق یک روش انتخاب صورت می‌گیرد که ممکن است مبتنی بر روش سلبی<sup>۴</sup> بوده یا از طریق روش ایجابی<sup>۵</sup> صورت گیرد.

**۱.۱.۴. اصل اطلاع<sup>۶</sup>**

اصل اطلاع در هر دو مرحله تحصیل و همچنین مرحله به‌کارگیری داده‌ها به کار می‌رود. به‌موجب این اصل، شرکت ارائه‌دهنده خدمات اینترنت ملزم است که گردآوری پردازش داده‌ها را به شخص کاربر اطلاع دهد، مگر در مواردی که قانون بنا به پاره‌ای مصالح استثنایی، مانند مسائل امنیتی، خلاف آن را مقرر دارد. بر مبنای این اصل، شرکت ارائه‌دهنده خدمات اینترنت باید هویت شرکت خود، دلیل گردآوری و پردازش داده‌ها و حقوق کاربر را به وی اطلاع دهد.<sup>۷</sup>

**۱.۲. اصول مربوط به نگهداری داده‌ها**

این قسمت به نگهداری داده‌ها توسط شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات مرتبط است.

- 
1. Use Limitation Principle
  2. OECD Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, Op Cit, p 23.
  3. Opt Principle
  4. Opt-Out
  5. Opt-In
  6. Notice Principle
  7. Ibid, p 16.

**۱.۲.۱. اصل امنیت**

هم‌اینک، اقلیت قاطعی از سایت‌ها به بحث امنیت در خط‌مشی‌های حریم خصوصی می‌پردازند.

**۱.۲.۲. اصل شفافیت<sup>۱</sup>**

شفاف‌سازی یکی از بهترین روش‌های نظارت بر فعالیت شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی است. براساس این اصل، شرکت ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی مکلف است که رویه خاص حمایتی خود را از حریم خصوصی کاربران به‌نحو شفاف و قابل فهم در دسترس کاربران قرار دهد.

**۱.۲.۳. اصل دسترسی<sup>۲</sup>**

اصل دسترسی مقرر می‌کند که سایت‌ها دسترسی کاربران به داده‌های شخصی‌شان را که در سایت ذخیره شده است، فراهم کنند.

**۱.۳. اصول مربوط به به‌کارگیری داده‌ها**

این اصول ناظر بر چگونگی به‌کارگیری داده‌ها است.

**۱.۳.۱. اصل پردازش مرتبط**

برمبنای این اصل شرکت ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی مکلف است که در حدود قانونی و با توجه به نیاز خود به‌منظور ارائه خدمات اعلام‌شده به کاربر به پردازش داده‌های کاربران بپردازد.<sup>۳</sup>

**۱.۳.۲. اصل ممنوعیت افشا و توقف انتقال داده به شخص ثالث**

باید توجه داشت که اصول منصفانه درخصوص اطلاعات، از انتقال داده به شخص ثالث توسط سایت‌ها ممانعت به عمل نمی‌آورد. این اصول مجموعه‌ای اساسی و مشخص از امور برای حفاظت از حریم خصوصی را تجویز نمی‌کنند، بلکه بیشتر تصریح می‌کنند برای هر فعالیتی که سایت در ارتباط با داده انجام می‌دهد، باید رضایت کاربران برای این فعالیت‌ها کسب شده باشد.

1. Transparency Principle

2. Access Principle

3. Kluger, Jeffrey, *Extortion on the Internet: A daring hacker tries to blackmail an e-tailer and sparks new worries about credit-card cybertheft*, TIME, 2000, p 56.

#### ۱.۴. اصول مربوط به امحا و انتقال داده‌ها

پس از گردآوری، نگهداری و پردازش داده‌ها نوبت به انتقال و امحای داده‌ها می‌رسد. اصول حاکم بر این مرحله در قسمت زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد:

##### ۱.۴.۱. اصل عدم انتقال<sup>۱</sup>

اصل عدم انتقال با توجه به خصیصه فرامرزی و گیتی گستر بودن اینترنت و به‌طور کلی فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات تبیین شده است. براساس این اصل، در بحث حریم خصوصی اطلاعاتی، یکی از اصول حاکم و بنیادین که در تمام مراحل باید از سوی ارائه‌دهنده سرویس اینترنت رعایت شود، اصل ممنوعیت انتقال فرامرزی داده‌ها<sup>۲</sup> است.<sup>۳</sup>

##### ۱.۴.۲. اصل امحاء

اصل امنیت که از اصول حاکم بر نگهداری داده‌ها است، اقتضا دارد به‌محض برطرف شدن نیاز شرکت ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی، نسبت به پاک کردن آنها اقدام نماید.<sup>۴</sup>

### ۲. تنظیم‌گری حریم خصوصی در فضای مجازی

طی چند سال گذشته، گسترش سریع ارتباطات و تجارت الکترونیکی در سراسر دنیا نگرانی‌هایی را در مورد حریم شخصی در محیط فضای مجازی ایجاد کرده است. این نگرانی‌ها توجه مردم و سیاست‌گذاران را به خود جلب کرده است، لذا کشورهای مختلف رویکردهای متفاوتی را در تنظیم‌گری حریم خصوصی اتخاذ نموده‌اند.

در ایالات متحده آمریکا سیاست‌های حفظ حریم خصوصی با اتحادیه اروپا تفاوت بسیاری دارد. در این قسمت از مقاله نحوه تنظیم‌گری کنترل - دستوری (دولتی) در ایران، خودتنظیمی در ایالات متحده آمریکا و تنظیم‌گری مشارکتی در اتحادیه اروپا بررسی و تحلیل خواهد شد.

1. Onward Transfer

2. Transborder Data Flow

3. OECD Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, Op Cit, p 16.

4. Erase Principle

5. Ibid, p15.

## ۲.۱. رویکرد ایران: تنظیم‌گری کنترل - دستوری حریم خصوصی در فضای مجازی

در قانون اساسی ایران لفظ حریم خصوصی به کار برده نشده؛ اما به صورت موردی و بدون ذکر نام حریم خصوصی، در برخی از اصول به حمایت از بخشی از آن پرداخته شده است. اگر حریم خصوصی به حوزه‌های حریم خلوت و تنهایی، حریم مکانی، حریم اطلاعاتی، حریم ارتباطات و حریم جسمانی طبقه‌بندی شوند، قانون‌گذار در اصل بیست‌ودوم قانون اساسی به آن اشاره می‌کند. مهم‌ترین اصلی که مربوط به بحث بوده و به صراحت تمام به ممنوعیت تجاوز به حریم خصوصی افراد اشاره می‌کند، اصل بیست و پنجم قانون اساسی است. در این اصل بدون آنکه به آزادی ارتباطات تصریح شده باشد، به استثنائات این آزادی اشاره شده و از حریم خصوصی ارتباطات در مورد شایع‌ترین وسایل ارتباطی حمایت شده است.<sup>۱</sup>

در این راستا، لازم به ذکر است که در راستای اصل ۱۳۴ قانون اساسی، منشور حقوق شهروندی در سال ۱۳۸۵ مورد تصویب رئیس‌جمهوری وقت قرار گرفت. یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های این منشور، تمرکز صرف بر حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی شهروندان، با در نظر داشتن معیارهای شرعی و عرفی جامعه است. از جمله حقوق و آزادی‌های مصرح در آن حمایت از حریم خصوصی و امنیت داده‌ها است که در ماده ۳۵ آن مورد تصریح قرار گرفته است. در ماده ۳۷ و ۳۹ آن به اصل ممنوعیت جمع‌آوری و انتشار داده‌های اشخاص و در ماده ۳۸ آن به اصل رضایت در جمع‌آوری اطلاعات خصوصی شهروندان اشاره شده است.<sup>۲</sup> از آنجاکه موضوع حمایت از حریم خصوصی و امنیت داده‌ها در فضای مجازی باید هم از منظر فنی و هم از منظر حقوق و تعهدات بازیگران در خصوص انواع داده‌ها مورد توجه و تنظیم‌گری قرار بگیرد، با استناد به قوانین و مقررات موجود در این حوزه، متولی تعیین الزامات و استانداردهای فنی درباره تأمین امنیت بسترهای فنی نظیر بسترهای ذخیره‌سازی، انتقال و پردازش داده‌ها، از جمله مراکز داده بر عهده وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات است که این وزارتخانه از طریق کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات با وضع استانداردهای و مصوبات متعدد امنیت داده‌ها و حریم خصوصی را از منظر ابعاد فنی آن تأمین می‌نماید. اما در خصوص قسمت دوم، یعنی حقوق و تعهدات بازیگران

۱. انصاری، باقر، «حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلام - تطبیقی و ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۶، زمستان ۸۳، ص ۳۷.

2. <http://citizensrights.ir/>. 6/7/2019.

درباره انواع داده‌ها، اصل پردازش و مواردی از این قبیل در ایران خلأ قانونی وجود دارد؛ این در حالی است که در نظام حقوقی سایر کشورها، قانونی تحت عنوان قانون حمایت از داده وجود دارد که در آن، حقوق و تعهدات کنترل‌کنندگان و پردازشگران، کاربران، اصول حاکم بر پردازش و ضمانت اجرای تخطی از آن عنوان شده است. در ایران جز لایحه حمایت از حریم خصوصی متن خاصی که حمایت کافی و وافی از حریم خصوصی ارائه کرده باشد، وجود ندارد. این لایحه در سال ۱۳۸۴ و در اواخر دولت هشتم تقدیم مجلس شد که حرکتی روبه‌جلو و بسیار مثبت بود. مجلس شورای اسلامی و مرکز پژوهش‌های مجلس نیز از این لایحه استقبال خوبی داشتند. اما متأسفانه قبل از رسیدگی و تصویب آن، در فروردین سال ۱۳۸۵ توسط دولت جدید (دولت نهم) استرداد شد و از آن زمان مجلس و دولت یازدهم پیگیری در این موضوع نداشتند. این لایحه در ۴ سرفصل، به «حریم خصوصی جسمانی»، «حریم خصوصی اماکن و منازل»، «حریم خصوصی در محل کار»، «حریم خصوصی اطلاعات»، «اطلاعات شخصی در فعالیتهای رسانه‌ای»، «حریم خصوصی ارتباطات» و مسئولیت‌های ناشی از نقض حریم خصوصی پرداخته بود.

در فصل مربوط به «حریم خصوصی اطلاعات» بیان گردیده است که اولاً، اطلاعات شخصی افراد تا حد امکان باید توسط خود اشخاص جمع‌آوری شود و استفاده از روش‌های غیرمترعارف برای این موضوع، ممنوع است.

ثانیاً، مؤسسات عمومی و خصوصی که خدمات عمومی ارائه می‌دهند، برای جمع‌آوری اطلاعات شخصی افراد باید، آزادی افراد در ارائه اطلاعات یا ملزم بودن قانونی آنها به ارائه آن، هویت مؤسسه جمع‌آوری‌کننده اطلاعات، امکان یا عدم امکان دسترسی خود فرد به اطلاعات جمع‌آوری‌شده، اهداف این کار و نتایج عدم ارائه اطلاعات از سوی فرد را به اطلاع او برساند. همچنین براساس ماده ۳۱ از این لایحه، مؤسسات یادشده باید اطلاعات شخصی افراد را تنها برای هدف اولیه جمع‌آوری آنها به کار برند و نمی‌توانند برای اهداف و مقاصد دیگری از آنها استفاده کنند یا آنها را در اختیار دیگران قرار دهند.

براساس ماده ۳۵ نیز «افرادی که اطلاعات شخصی آنها در مؤسسات مشمول این قانون نگهداری می‌شود، حق دسترسی به اطلاعات مذکور را به نحو موردنظر خود دارند و مؤسسه مکلف به قبول درخواست آنهاست، مگر اینکه دسترسی به اطلاعات تهدید به حیات و سلامتی

فرد ایجاد کند و یا آنکه اصولاً دسترسی به آن اطلاعات طبق قانون، ممنوع باشد.» روشن است که به لحاظ عدم تصویب این لایحه موارد ذکر شده در آن مورد حمایت قانون‌گذار نخواهد بود و دارای اعتبار نخواهد بود.<sup>۱</sup>

البته قانون‌گذار ایران به‌طور پراکنده به حمایت از حریم خصوصی و حمایت از داده‌ها در قوانین و مقررات داخلی پرداخته است. در حال حاضر دو سند قانونی به نام‌های «قانون تجارت الکترونیک» و «قانون جرائم رایانه‌ای» تنها قوانینی هستند که مواردی را در باب داده‌های شخصی مورد اشاره قرار داده‌اند و از این‌رو ضروری است مورد بحث و تحلیل قرار گیرند. در این راستا لازم به ذکر است قانون تجارت الکترونیک تا حد زیادی خلأ موجود در حوزه حمایت از داده‌ها را برطرف کرده است؛ اما باید توجه شود که قانون تجارت الکترونیک خاص داده‌های شخصی در فضایی تجاری است و در خصوص تأمین امنیت داده‌ها در فضای غیرتجاری مقرر خاصی در نظام حقوقی کشور وجود ندارد.

#### ۲.۱.۱. قانون تجارت الکترونیک

در ابتدا باید به این نکته اشاره کرد که قانون تجارت الکترونیک که در سال ۱۳۸۳ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. این قانون اولین و مهم‌ترین متن قانونی در باب حمایت از داده‌های شخصی در فضای مجازی است و به دلیل اینکه برگرفته از قوانین نمونه کمیسیون حقوق تجارت بین‌المللی سازمان ملل متحد (آنسیترال)<sup>۲</sup> است، سند قانونی مناسبی تلقی می‌گردد. در ماده ۵۸ این قانون به اصل رضایت در جمع‌آوری و پردازش اطلاعات وضعیت جسمانی، روانی یا جنسی اشخاص اشاره می‌کند.<sup>۳</sup> ماده ۵۹ نیز اذعان می‌دارد: «در صورت رضایت شخص موضوع «داده‌پیام» نیز به شرط آنکه محتوای داده‌پیام وفق قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی باشد، ذخیره، پردازش و توزیع داده‌پیام‌های شخصی در بستر مبادلات الکترونیکی باید با لحاظ شرایط زیر صورت پذیرد: الف) اهداف آن مشخص بوده و به‌طور واضح شرح داده شده باشند؛ ب) داده‌پیام باید تنها به‌اندازه ضرورت و متناسب با اهدافی که در هنگام جمع‌آوری برای شخص

1. [https://rc.majlis.ir/fa/legal\\_draft/show/809338](https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/809338). 6/6/2019.

2. The United Nations Commission on International Trade Law

۳. آقای طوق، مسلم و مهدی ناصر، «چالش‌های حفاظت از داده‌های خصوصی در حوزه اینترنت اشیا: مطالعه تطبیقی حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، فصلنامه حقوق اداری، سال هفتم، ش ۲۳، تابستان ۹۹، ص ۴۰.

موضوع داده‌پیام شرح داده شده است، جمع‌آوری گردد و تنها برای اهداف تعیین شده مورد استفاده قرار گیرد؛ ج) داده‌پیام باید صحیح و روزآمد باشد؛ د) شخص موضوع داده‌پیام باید به پرونده‌های رایانه‌ای حاوی داده‌پیام‌های شخصی مربوط به خود دسترسی داشته و بتواند داده‌پیام جای ناقص یا نادرست را محو یا اصلاح کند؛ ه) شخص موضوع داده‌پیام باید بتواند در هر زمان با رعایت ضوابط مربوطه درخواست محو کامل پرونده رایانه‌ای داده‌پیام‌های شخصی مربوط به خود را بنماید.»

مواد ۷۱ و ۷۲ نیز به بیان مجازات نقض موارد ذکر شده پرداخته است.<sup>۱</sup> در این راستا در مجموع مطالب مذکور جدول زیر انطباق اصول حاکم بر حمایت از داده در سازمان همکاری و توسعه اقتصادی را با مواد قانون تجارت الکترونیک نشان می‌دهد:

اصول حاکم بر حفاظت از داده‌های شخصی	متن قانونی: «قانون تجارت الکترونیک» مصوب ۲۴ دی ۱۳۸۲ مجلس شورای اسلامی
اصول مربوط به تحصیل داده‌ها	بند ب ماده ۵۹: «داده‌پیام» باید تنها به اندازه ضرورت و متناسب با اهدافی که در هنگام جمع‌آوری برای شخص موضوع «داده‌پیام» شرح داده شده است، جمع‌آوری گردد و تنها برای اهداف تعیین شده مورد استفاده قرار گیرد.
	بند ب ماده ۵۹
	-
اصول مربوط به اصل رضایت	ماده ۵۸: ذخیره پردازش و یا توزیع «داده‌پیام»‌های شخصی مبین ریشه‌های قومی یا نژادی، دیدگاه‌های عقیدتی، مذهبی، خصوصیات اخلاقی و «داده‌پیام»‌های راجع به وضعیت جسمانی، روانی و یا جنسی اشخاص بدون رضایت صریح آنها به هر عنوان غیرقانونی است.
	اصل رضایت
	ماده ۵۸
اصول مربوط به اصل امنیت	-
	اصل امنیت
	-
اصول مربوط به اصل شفافیت	-
	اصل شفافیت

۱. زرکلام، ستار، «حریم خصوصی ارتباطات اینترنتی (مطالعه در حقوق ایران و اتحادیه اروپا)»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ش ۲۵، ۱۳۸۶، صص ۱۸۰-۱۸۱.



نگهداری داده‌ها	اصل دسترسی	بند د ماده ۵۹: شخص موضوع «داده‌پیام» باید به پرونده‌های رایانه‌ای حاوی «داده‌پیام»های شخصی مربوط به خود دسترسی داشته و بتواند «داده‌پیام»های ناقص یا نادرست را محو یا اصلاح کند.
	اصل صحت	بند ج ماده ۵۹: «داده‌پیام» باید صحیح و روزآمد باشد.
اصول مربوط به به‌کارگیری داده‌ها	اصل پردازش	-
	اصل ممنوعیت افشاء	-
اصول مربوط به امحا و انتقال داده‌ها	اصل عدم انتقال	-
	اصل امحاء	بند ه ماده ۵۹: شخص موضوع «داده‌پیام» باید بتواند در هر زمان با رعایت ضوابط مربوطه درخواست محو کامل پرونده رایانه‌ای «داده‌پیام»های شخصی مربوط به خود را بنماید.

گرچه بر طبق جدول بالا، قانون‌گذار به اصول مهمی از اصول حاکم بر حمایت از داده اشاره کرده، اصول دیگری چون اصل امنیت، اصل شفافیت، اصل عدم انتقال، اصل پردازش مرتبط و اصل ممنوعیت افشاء مورد توجه قرار نگرفته است.

از طرف دیگر، اگرچه برخی از اصول حاکم بر داده‌های شخصی در این قانون بیان شده است، همه مقتضیات آن اصل به شکل کامل مورد اشاره قرار نگرفته است. به‌عنوان مثال، اگرچه در ماده ۵۸ اصل تحصیل قانونی، اصل اطلاع و اصل رضایت به‌صراحت ذکر شده، مستثنیات آن پیش‌بینی نشده و در ماده ۶۱ به آیین‌نامه‌ای واگذار شده که بعد از گذشت حدود پانزده سال از تصویب این قانون، نوشته نشده است.

### ۲.۱.۲. قانون جرائم رایانه‌ای

ماده ۱ این قانون، نقض اصل تحصیل مجاز و مشروع را جرم‌انگاری کرده است. این ماده با هدف حمایت همه‌جانبه از اقدام اشخاص در اتخاذ تدابیر امنیتی برای سیستم یا داده‌های خود، دسترسی غیرمجاز را به‌صورت ساده جرم‌انگاری کرده است.

ماده ۲ این قانون نیز نقض اصل تحصیل منصفانه داده‌ها را جرم‌انگاری نموده است. در این راستا لازم به توضیح است، شنود در فضای مجازی به معنای دریافت داده‌های در حال انتقال یا به هر نحوی دسترسی به آنهاست.<sup>۱</sup>

منظور از داده نیز در قانون فوق هر نمادی از واقعه اطلاعات یا مفاهیم قابل‌پردازش در سیستم رایانه‌ای یا مخابراتی است و گستره مصادیق آن بسیار وسیع است. منظور از ارتباطات غیرعمومی، ارتباطی است که در مرئی و منظر عموم نباشد و همگان از محتوای داده‌های در حال انتقال اطلاع نیابند.

ماده ۱۷ این قانون نیز نقض اصول راجع به افشا و انتقال داده‌ها را جرم‌انگاری کرده است.<sup>۲</sup> لازم به ذکر است، در پیش‌نویس‌های لایحه این قانون، دامنه مصادیق اسرار شخصی گسترده‌تر بود، ولی در متن قانون از شمول حمایت خارج شده و فقط صوت، تصویر و فیلم مشمول مواد فوق قرار گرفته‌اند. مفهوم منطوق این ماده آن است که شخص منتشرکننده باید رضایت شخص را قبل از انتشار صوت یا تصویر یا فیلم خصوصی یا خانوادگی وی به دست آورد و این رضایت باید در زمان انتشار به دست آمده باشد و این تکلیف بر عهده منتشرکننده اطلاعات فوق است و نباید تصور شود که صاحب اسرار باید عدم رضایت خود را در انتشار یا در دسترس قرار دادن اسرار خصوصی به منتشرکننده اعلام کند. این جرم نیز جرمی مقید است و باید ایراد ضرر یا هتک حیثیت عرفی در آن صورت گیرد.<sup>۳</sup> براین اساس، می‌توان گفت که این ماده، از حریم خصوصی به عنوان حریم خصوصی حمایت نکرده است، بلکه در صورتی که اعمال مذکور منجر به ضرر یا هتک حیثیت عرفی شخص گردد، از حقوق وی حمایت می‌کند.

۱. فتیحی، یونس و خیراله شاهرادی، «گستره و قلمرو حریم خصوصی در فضای مجازی»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و یکم، ش ۹۹، ۱۳۹۶، ص ۲۴۱.

۲. همان، صص ۲۴۱-۲۴۲.

۳. محسنی، فرید، حریم خصوصی اطلاعات: مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق کیفری ایران و ایالات متحده آمریکا، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۹، ص ۵۷۵.

قانون جرایم رایانه‌ی	اصول مربوط به تحصیل داده‌ها	
*	اصل تحصیل قانونی و منصفانه	اصول مربوط به تحصیل داده‌ها
-	اصل تحصیل مضیق	
-	اصل انتخاب	
-	اصل اطلاع	
*	اصل رضایت	
-	اصل شفافیت	اصول مربوط به نگهداری داده‌ها
-	اصل امنیت	
-	اصل صحت	
-	اصل دسترسی	
-	اصل پردازش مرتبط	اصول مربوط به به‌کارگیری داده‌ها
*	اصل ممنوعیت افشا	
*	اصل عدم انتقال	اصول مربوط به امحا و انتقال داده‌ها
-	اصل امحا	

### ۲.۱.۳. سایر مقررات

تعدادی از آیین‌نامه‌ها که در این حوزه تصویب شده‌اند، به موضوع حریم خصوصی نیز اشاره داشته‌اند؛ از جمله آن می‌توان به آیین‌نامه فعالیت پایگاه‌های اطلاع‌رسانی (سایت‌های) اینترنتی ایرانی اشاره کرد که این آیین‌نامه در سال ۱۳۸۵ به تصویب هیئت‌وزیران رسیده است. در ماده ۷ فصل سوم آن که به تخلفات موضوع این آیین‌نامه اشاره می‌نماید، در بند (د) به ممنوعیت انتشار اطلاعات و داده‌های خصوصی کاربران بدون اخذ رضایت آنها تصریح کرده است. همچنین در آیین‌نامه واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت رسا که در سال ۱۳۸۰ به تصویب شورای عالی انقلاب فرهنگی رسیده است، نیز در موضوع مسئولیت قانونی رساها در بند ۱۵-۳-۵ به موضوع ممنوعیت دسترسی به اطلاعات و داده‌های شخصی کاربران و به ممنوعیت انتشار روابط خصوصی افراد در بند ۱۳-۶-۶ تصریح شده است. در اصول و سیاست‌های حاکم بر

مجوز خدمات سلامت در فضای مجازی که توسط کمیسیون عالی تنظیم مقررات فضای مجازی، در جلسات مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۸ و ۱۳۹۲/۳/۱۱ در راستای بندهای ۲، ۴ و ۶ شرح وظایف خود (ابلاغیه شماره ۰۱/۹۱۱۶۰/ش مورخ ۱۳۹۱/۷/۸) و همچنین در راستای ارتقای خدمات داخلی فضای مجازی و توسعه کاربرد شبکه ملی اطلاعات به تصویب رسیده، نیز در ماده ۳ آن به رعایت امنیت اطلاعات کاربران اشاره شده است.

اصول و سیاست‌های حاکم بر مجوز خدمات سلامت در فضای مجازی	آیین‌نامه واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت رسا ISP	آیین‌نامه سامان‌دهی فعالیت پایگاه‌های اطلاع‌رسانی (سایت‌های اینترنتی ایرانی)	اصول مربوط به تحصیل داده‌ها
-	*	-	اصل تحصیل قانونی
-	-	-	اصل تحصیل مضیق
-	-	-	اصل انتخاب
-	-	-	اصل اطلاع
-	*	*	اصل رضایت
-	-	-	اصل شفافیت
*	-	-	اصل امنیت
-	-	-	اصل صحت
-	-	-	اصل دسترسی
-	-	-	اصل پردازش مرتبط
*	*	*	اصل ممنوعیت افشا
-	-	-	اصل عدم انتقال و امحا داده‌ها

## ۲.۲. رویکرد ایالات متحده آمریکا: خودتنظیمی حریم خصوصی در فضای مجازی

تقریباً در تمامی جوامع دموکراتیک، سیستم قانونی، حق حریم خصوصی افراد را به رسمیت می‌شناسد. اهمیت ویژه این امر تأمین امنیت افراد در برابر فعالیت‌های مداخله‌گرانه و نفوذی دیگران است. در ایالات متحده، مسئله حریم خصوصی ریشه‌های قانونی مرسوم دارد.<sup>۱</sup> کنگره ایالات متحده آمریکا شروع به تصویب قوانینی برای حفاظت از حریم خصوصی کرد. این قوانین ابتدایی بر استفاده دولت از اطلاعات متمرکز بودند که در آن زمان، دغدغه شدیدتری به حساب می‌آمد. در سال ۱۹۷۰، کنگره قانون گزارش عادلانه اعتبارات<sup>۲</sup> را وضع کرد که افشای اطلاعات مالی و اعتباری افراد توسط ادارات اعتباری را قانونمند و محدود ساخت. این قانون حقوق معینی را به مصرف‌کنندگان داد؛ از جمله موارد ذیل:

۱. حق دسترسی به فایل‌های اعتباری خود،

۲. امکان درخواست بازرسی اطلاعات نادرست و حق اظهارنظر درباره اختلافات.

مدت کوتاهی پس از آن، قانون حفظ حریم خصوصی فدرال در سال ۱۹۷۴ تدوین شد که مؤسسات دولتی را در نگهداری سوابق محدود می‌ساخت و در سال ۱۹۷۸، کنگره در ایالات متحده آمریکا قانون حریم خصوصی مالی را تصویب کرد. این قانون بانک‌ها را ملزم می‌ساخت پیش از افشای داده‌های مالی مشتریان خود به نهادهای فدرال، از مشتریان اجازه بازرسی بگیرند. در این قوانین، مطالبات مربوط به حریم خصوصی در قالب چارچوبی قانونی ترجمه شدند و حق قانونی افراد راجع به حریم خصوصی چشمگیرتر و مهم‌تر شد.<sup>۳</sup>

در دهه ۱۹۸۰، کنگره وضع قوانین مشابه را ادامه داد؛ به این امید که حقوق حریم خصوصی شهروندان ایالات متحده را رسمی کند. در سال ۱۹۸۴، قانون سیاست‌های ارتباطات کابلی<sup>۴</sup> را تصویب کرد که شرکت‌های تلویزیون کابلی را از گردآوری یا انتشار داده‌های مربوط به عادات تماشای تلویزیون مشتریان منع می‌کرد. قانون مرتبط دیگر قانون حفظ حریم خصوصی ویدیویی<sup>۵</sup> مصوب سال ۱۹۸۸ بود که کلوپ‌های کرایه ویدیو را از افشای لیست ویدیوهایی که

1. Warren, Samuel D., Brandeis, Louis D., "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, 1890, p 205.

2. Fair Credit Reporting Act (FCRA)

3. *Ibid*, p 1196.

4. Cable Communications Policy Act

5. Video Privacy Act

مشتریانش تماشا کرده بودند، باز می‌داشت. برخی معتقد بودند که قانون حریم خصوصی ویدیویی واکنشی مبالغه‌آمیز بوده است؛ اما دلایل محکمی در پس حفاظت از این نوع اطلاعات وجود دارد. در سال ۱۹۹۸، کنگره قانون حفاظت از حریم شخصی آنلاین کودکان<sup>۱</sup> را تصویب کرد. این قانون وبسایت‌ها را از گردآوری اطلاعات شخصی کودکان زیر سیزده سال بدون رضایت والدینشان منع می‌کند. رضایت والدین به روش‌های مختلف ارائه می‌گردد: یادداشتی با امضای دستی واقعی، شماره کارت اعتباری یا پیام ایمیلی حاوی گذرواژه. اغلب متخصصان حریم خصوصی و شهروندان عادی حس می‌کردند که این قانون باید مدت‌ها پیش وضع می‌شد و این قانون مشکلی جدی را حل کرده است؛ اما اعمال قانون چندان ساده نبوده است. بسیاری از وبسایت‌های کودک‌محور صرفاً متن قانون را رعایت می‌کنند: به این صورت که یا اعلان‌هایی را بر روی سایت پست می‌کنند، مبنی بر اینکه سایت برای کودکان نیست یا امکان دروغ گفتن کودکان دربارهٔ سنشان را بسیار ساده می‌سازند.<sup>۲</sup> در سال ۲۰۰۰، کمیسیون تجارت فدرال آمریکا «مروری» بر روی این سایت‌های کودک‌محور انجام داد و «پی برد که تنها حدود نیمی از این سایت‌ها سیاست‌های حریم خصوصی خود را پست کرده و رضایت والدین را نیز طبق قانون کسب کرده‌اند».<sup>۳</sup> چرا قوانین جامع‌تر و فراگیرتری برای حفاظت کلیه انواع اطلاعات وجود ندارند؟ چرا اطلاعات ساده مصرف‌کنندگان، اطلاعات مربوط به تراکنش‌های اینترنتی در هیچ‌یک از این قوانین حفاظتی لحاظ نشده‌اند؟ این امر دلایل مختلفی دارد. برای مثال، دولت کلینتون از سیاست خودتنظیمی در مباحث حریم خصوصی استقبال کرد. بیانیهٔ راهگشای کلینتون در مورد عصر اطلاعات، به نام «چارچوبی برای تجارت الکترونیکی جهانی»<sup>۴</sup> که رویکرد حداقلی را در تنظیم‌گری را دنبال می‌کرد، مسئولیت حفاظت از حریم خصوصی را در وهلهٔ اول بر عهدهٔ بخش خصوصی گذاشت، نه دولت. البته برخی موارد استثنا، همچون حریم خصوصی کودکان و حریم خصوصی پزشکی وجود داشت. لذا در دهه‌های اخیر در ایالات متحده آمریکا مداخلهٔ دولت به‌عنوان مناسب‌ترین روش تنظیم‌گری حریم خصوصی شناخته نشد و لذا خودتنظیمی به‌عنوان راه جایگزین این روش انتخاب گردید.

1. Children Online Privacy Protection ACT

2. <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance>. 7/7/2019.

3. Federal Trade Commission, available at:

<http://www.ftc.gov/os/1999/9910/64fr59888.htm>. 8/7/2019.

4. Global Electronic Commerce

در روش خودتنظیمی حریم خصوصی در فضای مجازی، معماری‌های خاصی وجود دارند که برای حفاظت از حریم خصوصی طراحی شده‌اند و گاه با نام فناوری‌های ارتقای حریم خصوصی<sup>۱</sup> یاد می‌شوند. واضح است که این معماری‌ها نمی‌توانند مسئلهٔ بگرنج و پیچیدهٔ حریم خصوصی را کاملاً حل کنند؛ اما آیا امکان دارد دستگاه‌هایی را ساخت که به کاربران، حد معقولی از کنترل حریم خصوصی را ارائه دهند؟ متداول‌ترین بستر معماری، نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی<sup>۲</sup> است. نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی پروتکلی است که کنسرسیوم وب جهان‌گستر<sup>۳</sup> طراحی کرده است؛ این کنسرسیوم مقایسه بین سیاست‌های حریم خصوصی وبسایت‌ها و ترجیحات کاربران را در مورد حریم خصوصی استاندارد می‌سازد. پروتکل نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی شامل قوانینی است که به وبسایت‌ها اجازه می‌دهند سیاست‌های حریم خصوصی خود را به زبان قابل‌خواندن توسط ماشین ترجمه کنند.<sup>۴</sup> این سیاست‌ها تعیین می‌کنند آیا سایت از کوکی‌ها استفاده می‌کند یا داده‌ها را با اشخاص ثالث به اشتراک می‌گذارد یا خیر. پروفایل حریم خصوصی کاربران در نرم‌افزار مرورگر ایشان تعبیه شده و موارد استفاده مجاز و غیرمجاز داده‌های شخصی ایشان را تعیین می‌کند. نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی به کاربران اجازه می‌دهد داده‌های شخصی خود را تنها به سایت‌هایی ارائه کنند که با ترجیحات مذکور سازگارند. اگر مقدار حفاظت حریم خصوصی ارائه‌شده در وبسایتی کمتر از مقدار مطلوب کاربر باشد، این نرم‌افزار به وی هشدار می‌دهد و از انتقال اطلاعات شخصی جلوگیری می‌کند؛ اما گزینهٔ نادیده گرفتن ترجیحات حریم خصوصی کاربران و انجام کار بر مبنای شرایط فروشنده را نیز ارائه می‌دهد. هدف نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی توانمندسازی کاربران برای اخذ تصمیمات آگاهانه در مورد تراکنش یا عدم تراکنش کاری با هر وبسایت بر اساس سیاست‌های حریم خصوصی آن وبسایت است.<sup>۵</sup>

به‌وضوح، نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی تنها در صورتی مؤثر خواهد بود که وبسایت‌های تجاری این استاندارد را به کار گیرند و سیاست‌های حریم خصوصی خود را به زبان

1. Privacy Enhancing Technology(PET)

2. Platform for privacy preferences (P3P)

3. World Wide Web Consortium

4. Clarke, R., "Platform for Privacy Preferences: A Critique". *Privacy Law & Policy Reporter*, 5(3), 1998, PP 46-48.

5. Electronic Privacy Information Center, *Pretty Poor Privacy: An Assessment of P3P and Internet Privacy*, 2000.

Available at: <https://epic.org/reports/prettypoorprivacy.html>.

قابل خواندن توسط ماشین‌های مخصوص نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی بیان کنند. فروشندگان اصلی نرم‌افزار همچون مایکروسافت وزن خود را پشت این استاندارد انداخته‌اند. مایکروسافت این پروتکل را در نسخه ۶ مرورگر اینترنت اکسپلورر<sup>۱</sup> خود گنجانده است. به‌علاوه، برخی از بزرگ‌ترین شرکت‌های اینترنتی همچون ای‌او‌ال<sup>۲</sup>، تایم وارنر<sup>۳</sup>، آی‌بی‌ام<sup>۴</sup> و ای‌تی‌اند تی<sup>۵</sup> تعهدی استوار به نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی دارند و عهد بسته‌اند وب‌سایت‌های خود را با نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی سازگار کنند؛ اما دیگر شرکت‌ها، همچون آمازون و دیزنی، در حال حاضر از نگرش ایستادن و تماشا کردن استفاده کرده‌اند. قطعاً علاوه بر نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی، فناوری‌های دیگری نیز برای ارتقای حریم خصوصی وجود دارند. یکی از شرکت‌های نرم‌افزاری نیویورک، با نام پونوی<sup>۶</sup>، نرم‌افزاری را توسعه داده است که به وب‌سایت‌ها اجازه می‌دهد دسترسی بی‌نام در اختیار مصرف‌کنندگانشان قرار دهند؛ یعنی بدون نیاز به افشای هویت یا آدرس آی‌پی خود، به نقل از ریکاردو<sup>۷</sup>، «نرم‌افزار پونوی به شرکت‌ها اجازه می‌دهد نوعی ویژگی را بر روی وب‌سایت‌های خود قرار دهند که کاربران را قادر به جست‌وجو و گردآوری اطلاعات در فضایی خصوصی می‌سازد- یعنی بدون اینکه اطلاعات ایشان بر روی هیچ‌یک از رایانه‌های بیرونی ذخیره شوند». نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی و سایر ابزارهای حریم خصوصی مطمئناً راه‌حلی عام برای حفاظت حریم شخصی نیستند. حتی اگر وب‌سایت‌های تجاری از این معماری به‌طور گسترده‌ای استقبال کنند و کلیه خطاهای آن رفع شود، محدودیت‌هایی دارد. نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی در شکل کنونی خود تنها ترجیحات عام حریم خصوصی کاربر را غربال‌گری می‌کند و هنوز سؤالاتی راجع به توانایی این پروتکل برای «درک» سیاست‌های عمیق حریم خصوصی وجود دارد. همچنین مناقشه‌ای مداوم بر سر تنظیمات پیش‌فرض نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی وجود دارد که سطح حداقلی از حریم خصوصی را به‌خصوص برای کاربران ساده‌دل تضمین می‌کند. درمورد مرورگر اینترنت اکسپلورر، مایکروسافت این تنظیمات پیش‌فرض را تعیین می‌کند و برخی از مدافعان حریم خصوصی از این

1. Internet Explore
2. AOL
3. Time Warner
4. IBM
5. AT&T
6. Pono
7. Ricardo



روش ایراد می‌گیرند. مشکل این تنظیمات پیش‌فرض آن است که مصرف‌کنندگان باید از سایت‌های مذکور بازدید، و از قرارگیری کوکی صرف‌نظر کنند و برخی افراد ممکن است چنین اقدامی را صورت ندهند.<sup>۱</sup> این نقایص نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی شک و تردیدهایی راجع به تأثیرگذاری آن به‌عنوان راهکاری معقول و البته جزئی برای حفاظت از حریم شخصی مصرف‌کنندگان ایجاد کرده‌اند.<sup>۲</sup>

پیاده‌سازی مسئولانه و اخلاقی نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی بدین معناست که اطلاعاتی خاص و شفاف راجع به اشتراک‌گذاری اطلاعات شخصی قابل‌شناسایی مصرف‌کنندگان و نیز کاربردهای اولیه و ثانویه این اطلاعات در اختیار ایشان قرار می‌گیرد.<sup>۳</sup> بنابراین، نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی این توانایی را دارد که به راه‌حل‌کد محور قابل‌دفاعی تبدیل شود؛ چون کاربران را قادر می‌سازد ترجیحات خود را به‌صورت قوانینی بیان کنند و در صورتی که ترجیح می‌دهند، دسترسی را محدود سازند.<sup>۴</sup>

در این راستا می‌توان به واتس‌آپ به‌عنوان یکی از مهم‌ترین پلتفرم‌هایی که در حال حاضر مورد استفاده بسیاری از کاربران قرار می‌گیرد و به روش خودتنظیمی کنترل می‌شود، اشاره کرد. واتس‌آپ کانال ارتباطی میان کاربران را با رمزنگاری سرتاسری،<sup>۵</sup> کدگذاری می‌کند. درک این موضوع الزامی است که اطلاعات ذخیره‌شده در فراداده‌ها تنها برای حفظ حریم خصوصی کاربران مهم است. شرایط حقوقی شرکت اجازه می‌دهد آنها اطلاعات مرتبط با پیام‌های تحویل‌شده موفق مانند زمان تحویل، شماره تلفن همراه مندرج در پیام، محتوای دیجیتال مبادله‌شده میان دو طرف را ذخیره کنند. همچنین، این برنامه کاربر را تشویق می‌کند تا کل محتوای خود را با آن به اشتراک بگذارد. درحالی‌که فراداده‌ها در طول انتقال رمزنگاری می‌شوند، شماره‌های تلفن، مدت زمان اتصال، و همچنین مکان کاربر در سرورهای شرکت ذخیره می‌شوند. این فراداده‌ها

1. Hetcher Steven, "Changing the Social Meaning of Privacy in Cyberspace", *Harvard Journal of Law & Technology* Vol.15, 2001, p179.

2. Clausing, J., "New Technology Is Aimed at Increasing web Privacy", *New York Times*, 22 June, C 6.

Available at: <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/library/tech/reference/index-privacy.html.8/8/2019>.

3. Cohen, J., "Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object", *Stanford Law Review* 52, 2000, p1392.

4. *Ibid*, p 1393

5. End to End Encryption

برای ایجاد یک نمایه و دستیابی به استنباط‌های قوی میان طرفین ارتباط کافی هستند و همان‌گونه که اغلب می‌بینیم، هم دولت‌ها و هم هکرها می‌توانند به این فراداده‌ها دست یابند.<sup>۱</sup>

### ۲.۳. رویکرد اتحادیه اروپا: تنظیم‌گری مشارکتی حریم خصوصی در فضای مجازی

نهاد‌های حفاظت از حریم خصوصی داده‌ای در اروپا به راهکارهای خودتنظیمی محض بی‌اعتمادند و استفاده از راهکارهای تنظیم‌گری مشارکتی را که نهاد حفاظت از حریم خصوصی داده‌ای در هر دو زمینه تدوین مقررات و اجرای آنها مشارکت دارد، ترجیح می‌دهند. نهاد‌های حفاظت از حریم خصوصی داده‌ها در اروپا بر تنظیم‌گری مشارکتی تأکید می‌کنند که این امر گواهی بر اولویت تنظیم‌گری مشارکتی است.

در این راستا لازم به توضیح است، شورای اروپا پس از جنگ جهانی دوم برای کمک به متحدکردن اروپا برای تقویت روابط نزدیک بین دولت‌های متعلق به جامعه اروپا، تضمین پیشرفت اقتصادی و اجتماعی با اقدام مشترک برای از بین بردن موانع تقسیم اروپا... و ترویج دمکراسی براساس حقوق اساسی شناخته شده در قانون اساسی و قوانین کشورهای عضو، کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی را تشکیل داد.<sup>۲</sup> این کنوانسیون حق حریم خصوصی را به‌عنوان یکی از حقوق اساسی بشر به رسمیت می‌شناسد.<sup>۳</sup> قوانین حفاظت از داده در اروپا عموماً به علت چهار ویژگی درخور توجه هستند: این قوانین معمولاً هم در بخش عمومی و هم در بخش خصوصی کاربرد دارند؛ این قوانین در طیف وسیعی از فعالیت‌ها، از جمله جمع‌آوری، ذخیره، مصرف و انتشار داده، به کار می‌روند؛ این قوانین منجر به تحمیل تعهدات ایجابی (از جمله، اغلب ثبت‌نام در نهادها و سازمان‌های ملی) به هر فردی می‌شوند که بخواهد به این فعالیت‌ها بپردازد و این قوانین، فارغ از موضوع داده، اگر محدودیت‌هایی هم در بخش‌های خود اعمال کنند، محدودیت‌هایی اندک است.

در سال ۱۹۹۵، شورای اروپا دستورالعمل حفاظت از افراد راجع به پردازش داده‌های شخصی و نیز در خصوص گردش آزاد چنین داده‌هایی<sup>۴</sup> منتشر کرد. این دستورالعمل کشورهای عضو

1. Rastogi, Nidhi, Hendler, James, **WhatsApp security and role of metadata in preserving privacy**, 2017, p 6. Available at: <https://arxiv.org/abs/1701.06817/>

2. Cate, Fred H., "The EU Data Protection Directive, Information Privacy and the Public Interest", *Iowa Law Review*, 1995, p 431.

3. *Ibid*, p 432.

4. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data/

اتحادیه اروپا را ملزم به تصویب قوانین حاکم بر پردازش داده می‌سازد. این دستورالعمل، به نحوی بی‌طرفانه و اجمالی، «پردازش» را این‌گونه تعریف می‌کند: «هرگونه عملیات یا مجموعه‌ای از عملیات جمع‌آوری، ثبت، سازمان‌دهی، ذخیره، انطباق یا جرح و تعدیل، بازیابی کردن یا در دسترس قرار دادن، مرتب‌سازی یا ترکیب، مسدودسازی، حذف یا تخریب»، خواه این عملیات به صورت خودکار باشد یا غیر خودکار، ولی محدود به این موارد نمی‌شود. تعریف «داده‌های شخصی» به‌طور بی‌طرفانه و کلی عبارت است از: «هرگونه اطلاعات مرتبط با شخص حقیقی شناسایی شده یا قابل شناسایی». این اطلاعات نه تنها اطلاعات نوشتاری را در برمی‌گیرد، بلکه شامل عکس‌ها، تصاویر صوتی، تصویری و ضبط صدای شخص حقیقی شناسایی شده یا قابل شناسایی نیز می‌شود.<sup>۱</sup>

در ماه ژانویه ۱۹۹۹، همان‌طور که انتظار می‌رفت، اتحادیه اروپا نتیجه‌گیری کرد که براساس شرایط مندرج در دستورالعمل فوق، قوانین حریم خصوصی در ایالات متحده ناکافی هستند. در نتیجه، کلیه انتقالات داده به ایالات متحده را از ژوئن ۲۰۰۱ ممنوع ساخت. از آنجا که دهه‌هاست تفاوت‌های واضحی میان رویکردهای آمریکایی‌ها و اروپایی‌ها در خصوص حریم خصوصی وجود دارد، این تفاوت‌ها زمانی جدی‌تری شد که اتحادیه اروپا «دستورالعمل حفاظت از داده» را در سال ۲۰۱۶ به تصویب رساند. این دستورالعمل مستندی جامع و پیچیده است؛ اما مشخصات برجسته متعددی دارد. از جمله آنکه طبق مواد مذکور در آن، هر فرد حق دارد از پردازش داده‌های خود مطلع شود؛ به این داده‌ها دسترسی داشته و اشتباهات موجود در آن را اصلاح کند و از انتقال داده‌ها به اشخاص ثالث برای مقاصد بازاریابی جلوگیری کند. همچنین، داده‌های افراد باید صحیح باشند و در صورت لزوم به‌روز نگه‌داشته شوند. بنابر این دستورالعمل، شرکت‌های اروپایی باید افراد را از کاربردهای موردنظر داده‌های شخصی خود آگاه کنند و این داده‌ها را بدون رضایت فرد برای مقاصد دیگر استفاده یا افشا نکنند. اصل پایه این است که داده‌های شخصی نباید بدون رضایت کاربر پردازش شوند؛ مگر «پردازش برای عملکرد قراردادی که فرد مالک اطلاعات خود یکی از طرفین آن است». به‌علاوه، این دستورالعمل ایجاد نهادی ملی برای حفاظت از حریم خصوصی و اعمال کلیه مقررات فوق را الزامی می‌سازد.<sup>۲</sup> این امر در اغلب کشورهای اروپایی

1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046>. 20/9/2019.  
2. Regulation (EU) 2016/679 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and→

مشکل بزرگی نیست؛ چون اغلب این کشورها قبلاً هم از بوروکراسی‌های مربوط به حریم خصوصی برخوردار بوده‌اند. درنهایت، این دستورالعمل انتقال داده‌های شخصی مربوط به شهروندان اتحادیه اروپا را به کشورهای فاقد قوانین «کافی» حریم خصوصی ممنوع می‌سازد. لازم به ذکر است در کشورهای اتحادیه اروپا کدهای خودتنظیمی در حوزه حریم خصوصی وجود دارد که توسط سازمان‌های خودتنظیم استفاده قرار شوند.<sup>۱</sup> اما برای معنی‌دار بودن، این کدها باید برخی از مناطقی را پوشش دهند که تحت پوشش قانون نیستند یا درغیراین صورت استاندارد بالاتری از حفاظت از حریم خصوصی را تأمین کنند. از کدهایی چون گمنام‌سازی (حذف اطلاعات هویتی شخصی درجایی که به آن نیاز نیست)، مستعارسازی (جایگزینی داده‌های قابل‌شناسایی شخصی با شناسه‌های ساختگی) و رمزگذاری (رمزگذاری پیام‌ها به نحوی که تنها به‌وسیله مقام صلاحیت‌دار قابل‌شناسایی باشد) استفاده می‌شود. تقاضا برای رمزنگاری قدرتمند به‌عنوان ابزاری برای تضمین محرمانه بودن ارتباطات از راه دور افزایش یافته است. نرم‌افزارهایی که از طریق اینترنت آزادانه در دسترس هستند، رمزگذاری را چنان قوی تولید می‌کنند که میلیون‌ها سال طول می‌کشد رایانه‌های فعلی بتوانند کلیدها را تنها به‌صورت چندصد رقم رمزگشایی کنند. پیام را هنوز هم می‌توان ره‌گیری کرد، اما بدون کلید رمزگشایی، چیزی جز یک سری از نمادهای ظاهراً بی‌معنی نخواهد بود.<sup>۲</sup>

درخصوص کاربرد عملی روش اتخاذ شده در اتحادیه اروپا می‌توان به موضوع توافق‌نامه بندرگاه امن<sup>۳</sup> ایالات متحده- اتحادیه اروپا اشاره کرد. این توافق‌نامه راهی برای پل زدن بین دو قانون مختلف در باب حریم خصوصی است. دستورالعمل اروپایی در باب حفاظت از داده‌ها، انتقال اطلاعات شخصی به کشورهای خارج از اتحادیه اروپا را که از استاندارد «کفایت» برخوردار نیستند، منع می‌کند. با این حال، وزارت بازرگانی ایالات متحده و اتحادیه اروپا برای انتقال داده‌ها به این کشور، این توافق‌نامه را توسعه دادند که به شرکت‌ها اجازه می‌دهد سطح حفاظت مشابهی

← on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *Official Journal of the European Union*, Vol.59, 2016, p 1.

1. Ang, Peng H., "The Role of Self-Regulation of Privacy and The Internet", *Journal of Interactive Advertising*, 2001, p 3.

2. *Council of Europe, Handbook on European data protection law*, Publications Office of the European Union, 2014, p 45.

3. Safe Harbor

را تصدیق نماید. در صورتی که شرکت‌ها به هفت اصل حفظ حریم خصوصی پایبند باشند، می‌توانند در این برنامه شرکت کنند و گواهی‌نامه‌ای مبنی بر تأیید خود دریافت کنند.<sup>۱</sup>

تمام ۲۷ کشور عضو اتحادیه اروپا این گواهی‌نامه را قبول دارند و با مشاهده آن به‌طور خودکار از الزامات قبلی انتقال داده‌ها صرف‌نظر می‌کنند. پیوستن به توافق‌نامه بندرگاه امن داوطلبانه است و به شرکت‌های آمریکایی اجازه می‌دهد اطلاعات مربوط به مشتریان، پیمانکاران یا کارمندان اتحادیه اروپا را به‌دست آورند.<sup>۲</sup>

۱. ارزیابی سیستم با نخستین معیار یعنی کاراکتر مشارکتی آغاز می‌شود. این دستورالعمل در پارلمان اتحادیه اروپا به تصویب رسید و چارچوب توافق‌نامه بندرگاه امن بین وزارت بازرگانی ایالات متحده و یک کارگروه فعال در اتحادیه اروپا مورد مذاکره قرار گرفت. این کارگروه که از کمیسیون‌های حفظ حریم خصوصی کشورهای عضو تشکیل شده است، مسائل را قبل از تصمیم‌گیری یا اظهارنظر با عموم مردم به اشتراک می‌گذارد. این امر باعث ایجاد یک ارتباط همکاری بین تنظیم‌کنندگان و مصرف‌کنندگان می‌شود. وزارت بازرگانی ایالات متحده به منافع شرکت‌ها اهمیت می‌دهد، اما در حال حاضر آنها فقط می‌توانند بدون تعامل با تنظیم‌کننده در یک سیستم مشارکت کنند. این یعنی که سیستم به کاراکتر مشارکتی پایبند است، اما تعامل بین تنظیم‌کننده‌ها و صنعت ناچیز است.<sup>۳</sup>

۲. سیستم، الزامات راهنما و استانداردهای حداقلی را رعایت می‌کند و به‌جای مقررات دقیق و سخت‌گیرانه، از اصولی مانند «اقدامات احتیاطی منطقی»، «محافظت مؤثر» یا «زودیافت» استفاده می‌کند. این مسئله یک مزیت دارد و این است که صنعت می‌تواند مقررات مربوط به حریم خصوصی خود را به‌صورت جداگانه و انعطاف‌پذیر تنظیم کند. این چارچوب با اشاره به پیشرفت‌های تکنولوژیک، روند انتقال و پردازش داده‌ها را تسهیل کرده و از این‌رو، امکان پیشرفت مداوم تکنولوژی را فراهم می‌سازد.

1. ITA, *Welcome to the U.S.-EU & Swiss Safe Harbor Frameworks*

<http://www.export.gov/safeharbor/10/10/2019>.

2. Clausing, Jeri, Europe and U.S. Reach Data Privacy Pact, New York Times, March 15 2000. Available at: [www.nytimes.com/2000/03/15/business/europe-and-us-reach-data-privacy-pact.htm](http://www.nytimes.com/2000/03/15/business/europe-and-us-reach-data-privacy-pact.htm). 10/10/2019.

3. European Commission, Commission decisions on the adequacy of the protection of personal data in third countries [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/thridcountries/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/thridcountries/index_en.htm).

۳. قوانین مربوطه در دسترس عموم قرار دارند و وزارت بازرگانی ایالات متحده اسامی سازمان‌های مجاز را منتشر می‌کند. متأسفانه، فهرست اسامی شامل سازمان‌هایی است که دیگر وجود خارجی ندارند یا فاقد گواهی‌نامه معتبر هستند.
۴. سازمان‌ها باید سیاست‌های خود را در باب حفظ حریم خصوصی افشا کنند. باین‌حال، سیاست‌ها در یک صفحه وب که باعث افزایش مقایسات می‌شوند، ذخیره نمی‌شوند. تصمیمات کارگروه و گزارش‌های سالانه به‌صورت آنلاین در دسترس عموم قرار می‌گیرند.
۵. پاسخگویی به واسطه نقش اجرایی بخش خصوصی و قوانین دولتی تضمین می‌شود. بدنه اصلی یک سازمان متعلق به بخش خصوصی است که به حل اختلافات، ممیزی کدها و راه‌حل‌ها می‌پردازد. به‌علاوه، سازمان‌ها می‌توانند صرفاً مقامات نظارتی دولت را انتخاب کنند یا با مقامات محافظت از داده‌های اروپا همکاری کنند.
۶. فرامین بخش خصوصی شامل انتشار موارد عدم انطباق، حذف داده‌ها، دستورهای تأکیدی، حذف نشان گواهی‌نامه، جبران خسارات و تعلیق عضویت در برنامه حریم خصوصی مربوطه است. آخرین مورد، تعلیق نهاد مربوطه از توافق‌نامه بندرگاه امن است. فرامین دولتی شامل دستورات اداری و مجازات‌های مدنی و اخراج از چارچوب بندرگاه امن است.
۷. بخش خصوصی که وظیفه ضمانت اجرایی را بر عهده دارد، به‌عنوان یک نهاد شاکی برای کاربران عمل می‌کند. سازمان‌ها می‌توانند در احکام خود تجدیدنظر کنند. به‌علاوه، کارمندان اتحادیه اروپا می‌توانند شکایت خود را به مقامات حفاظت از داده‌های ملی یا اداره کار در کشور خود ارائه کنند و آن را به وزارت بازرگانی ایالات متحده ارجاع دهند.
۸. این سیستم دارای نماینده مصرف‌کنندگان است.
۹. تفکیک قدرت بین نهادهای خودتنظیم و بخش دولتی وجود دارد؛ زیرا فرایند احراز هویت به‌صورت شخصی انجام می‌گیرد؛ سازمان‌ها سیاست حفظ حریم خصوصی خود را تدوین می‌کنند و با ارائه فرم درخواست عضویت در بندرگاه امن به وزارت بازرگانی، به‌طور خودکار احراز هویت می‌شوند. تأیید توسط یک نهاد خارجی می‌تواند استانداردها و انطباق کامل با اصول موجود را بهبود بخشد. اما باید توجه داشت که تفکیک قوا بین نهادهای خودتنظیم و بخش دولتی وجود دارد.

۱۰. اتحادیه اروپا و یک سرویس مشاوره خارجی به‌طور منظم سیستم را ارزیابی می‌کنند. این ارزیابی برخی از نقاط ضعف قبلی را برملا ساخته و لازمه بهبود سیستم تنظیمی است. احراز هویت مجدد به‌صورت سالانه نیز یک مکانیزم خوب برای ارزیابی است، اما این ارزیابی توسط خود سازمان‌ها انجام می‌شود و کاربرد محدودی دارد.<sup>۱</sup>

### ۳. ارزیابی روش‌های تنظیم‌گری حریم خصوصی در فضای مجازی

از دست رفتن حریم خصوصی به‌منزله شکست بازار است. برای این شکست بازار چه باید کرد؟ آیا در پاسخ، نیازمند نهاد دولتی و قوانین سخت‌گیرانه در این حوزه هستیم یا آنکه با استفاده از تنظیم‌گری بخش خصوصی می‌توان شکست بازار را جبران نمود؟ کدام نوع از مداخله دولت باعث افزایش رفاه می‌شود؟ لذا از آنجاکه اگر تحلیل سیاست‌های حریم خصوصی نتواند آثار روش تنظیم‌گری را بررسی کند، تحلیلی غیرعملی و ناکامل است، در این قسمت از مقاله روش‌های تنظیم‌گری کنترل-دستوری، خودتنظیمی و تنظیم‌گری کنترل-دستوری ارزیابی خواهد شد.

#### ۳.۱. گرایش موسع تقنینی و تاثیر آن بر ارزیابی تنظیم‌گری

استدلال در خصوص تنظیم‌گری کنترل-دستوری (قانون‌گذاری مستقیم) این است که اعتماد مصرف‌کننده، و در نتیجه تجارت را افزایش می‌دهد؛ اما کسانی که از دخالت کمتر دولت حمایت می‌کنند، استدلالشان بر این است که تنظیم‌گری کنترل-دستوری با کار بازار آزاد تداخل دارد. همچنین یکی از منابع اصلی عدم کارایی ساختار کلاسیک تنظیم‌گری کنترل-دستوری عدم ارائه اطلاعات از سوی نهاد تنظیم‌گر است. عدم ارائه اطلاعات می‌تواند منجر به اتخاذ تصمیمات قانون‌گذاری ضعیف شود و قانون‌گذاری ضعیف منجر به افزایش هزینه و تحمیل این هزینه بر جامعه می‌شود. با توجه به اندازه این هزینه‌ها، احتمال ناکارآمدی تخصیصی اغلب قوانین و مقررات دولتی ایجاد می‌شود.<sup>۲</sup>

1. Connolly, C., The US Safe Harbor – Fact of Fiction? 2008. Available at: [http://www.galexia.com/public/research/assets/safe\\_harbor\\_fact\\_or\\_fiction\\_2008/safe\\_harbor\\_fact\\_or\\_fiction.pdf/](http://www.galexia.com/public/research/assets/safe_harbor_fact_or_fiction_2008/safe_harbor_fact_or_fiction.pdf/)

2. Swire, Peter P., Litan, Robert E., "None of Your Business: World Data Flows, Electronic Commerce and The European Privacy Directive", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 12, No 3, 1999, p 690.

### ۳.۲. گرایش به عدم تقنین و تاثیر آن بر ارزیابی تنظیم‌گری

هرچند در ایالات متحده آمریکا بر فلسفه خودتنظیمی تکیه شده است از آنجاکه روش خودتنظیمی بدون همکاری وبسایت‌های تجاری کار نمی‌کند و اگر شرکت‌های مذکور در امر خودتنظیمی جدی باشند، باید کار خود را از توسعه نوعی سیاست حریم خصوصی دقیق و ظریف شروع کنند، سیاست مذکور باید در نهایت برای کاربرد در نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی و سایر فناوری‌ها، به فرمت قابل خواندن توسط ماشین تبدیل شود. باوجود این، نظامی که حول این مفهوم تنظیم شده است، نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی است. نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی از یک پروتکل توسعه یافته توسط ائتلاف وب جهان گستر، به نام پلتفرم انتخاب محتوای اینترنت<sup>۱</sup> استفاده می‌کند.<sup>۲</sup> در مفهوم آن، پلتفرم انتخاب محتوای اینترنت برای حمل برچسب‌هایی طراحی شده بود که محتوای آن را برای کاربران توصیف می‌کرد.

طبق پروتکل انتخاب محتوای اینترنتی، مالک سایت، سطح حریم خصوصی سایت را بیان می‌کند. همچنین کاربر دارای اولویت حریم خصوصی تنظیم شده بر روی مرورگر وب خواهد بود. اگر سطح حریم خصوصی در وب با حریم خصوصی مرورگر منطبق باشد، کاربر به صورت شفاف به آن دسترسی پیدا می‌کند؛ اما اگر حریم خصوصی در سایت در سطح پایین‌تری نسبت به آنچه کاربر ترجیح می‌دهد قرار گیرد، پنجره‌ای باز می‌شود و می‌پرسد که آیا کاربر آماده است تا بخشی از فقدان حریم خصوصی را برای این سرویس از دست دهد؟ بنابراین نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی به صاحب سایت و کاربر اجازه مذاکره در مورد یک سطح قابل قبول از حریم خصوصی را می‌دهد.

انتقادهای زیادی در خصوص نرم‌افزار ترجیحات حریم خصوصی به عنوان ابزاری برای حفاظت از حریم خصوصی برای مصرف‌کننده وجود دارد. یکی از مهم‌ترین معایب استفاده از این روش عدم شفافیت شرکت‌های ارائه دهنده خدمات اینترنتی و عدم پاسخگویی این شرکت‌ها است. همچنین استفاده از این روش تنظیم‌گری بیشتر به منظور برطرف شدن منفعت خصوصی بخش خصوصی و نه تأمین منفعت عمومی کاربران است.<sup>۳</sup>

1. Platform for Internet Content Selection

2. Garfinkel, S., Can a Labeling System Protect Your Privacy, 2000. <http://www.Salon.com/technology/col.12/10/2019>.

3. *Ibid*, p 459.



### ۳.۳. گرایش مضیق تقنینی و تاثیر آن بر ارزیابی تنظیم‌گری

مشکل تنظیم‌گری به سبک اروپایی برای داده‌های کاربران، بالا بودن هزینه‌های معامله<sup>۱</sup> زیرساخت‌های تنظیم‌گری است که می‌تواند به نتایجی غیر کارآمد منجر شود. لکن فواید استفاده از این روش از تنظیم‌گری به شرح ذیل است:

تبادل اطلاعات می‌تواند محصول جانبی ارزشمند رژیم‌های تنظیم‌گری مشارکتی باشد. همان‌طور که در ادامه ملاحظه می‌شود، یکی از منابع اصلی عدم کارایی ساختار تنظیم‌گری کنترل-دستوری، عدم ارائه اطلاعات از سوی نهاد تنظیم‌گر است؛ چراکه عدم ارائه اطلاعات ممکن است منجر به اتخاذ تصمیمات قانون‌گذاری ضعیف شود. لکن سیستم تنظیم‌گری مشارکتی به‌گونه‌ای طراحی می‌شود که در آن اطلاعات به‌صورت شفاف از ناحیه نهاد خودتنظیم در اختیار کاربران قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup> همچنین وجود سطح مرکزی برای کمک به اجرای قوانینی که در سطح غیرمتمرکز تدوین شده‌اند، ضروری است؛ زیرا تنها دولت می‌تواند به اعمال قدرت مشروع متوسل شود. در نتیجه ساختارهای حکمرانی غیرمتمرکز و خودتنظیم امکان ایجاد نوآوری را که در چهارچوب قوانین متمرکز امکان‌پذیر نیست، با تصویب دستورالعمل‌هایی که امکان تغییر و به‌روز کردن آن را با دانش روز فراهم می‌کند.<sup>۳</sup> در هر یک از طرح‌های حکمرانی چندسطحی، همواره نهاد تنظیم‌گر دولتی به‌عنوان آخرین مرجع باید وجود داشته باشد که همه نهادهای قانون‌گذار تحت نفوذ آن را تحت پوشش خود داشته باشد. این مرجع نهایی عبارت است از:

«مسئول جلوگیری از بروز ناسازگاری در میان استانداردها و بیشینه کردن پیامدهای مثبت شبکه در میان آنها و همچنین جلوگیری از تسخیر استانداردها توسط افراد یا گروهایی که در جستجوی استیلای خود هستند... این نهاد همچنین مسئول تضمین اجرای احکام تعیین‌شده در داخل تا زمانی است که این احکام به تحقق کارآمدی جمعی کمک کنند.»<sup>۴</sup> وجود توافق بین دولت و نهادهای خودتنظیم که مطابق با آن، دولت به اجرای مقررات توسط نهادهای خودتنظیم

1. Transaction Cost

2. Frydman, B., Hennebel, L., Lewkowicz, G., **Public strategies for Internet Co-Regulation in the United States, Europe and China**, Cambridge University Press, 2000, p 8.

3. Hirsch, Dennis D., "The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?" *Seattle University Law Review*, Vol. 34, No.439, 2011, p 464.

4. Scott, J., Trubek, D.M., "Mind the gap: law and new approaches to governance in the European Union". *European Law Journal*, Vol.8, 2002, p4.

تدوین شده‌اند، کمک می‌کند. در عوض، نهادهای خودتنظیم محدودیت‌های اعمال شده از سوی نهادتنظیم‌گر را در قبال این کمک می‌پذیرد. این مسئله به هر سطح از تنظیم‌گری اجازه می‌دهد تا یکدیگر را تقویت کنند. از این رو دولت‌ها همچنان از نقش تنظیم‌گری به میزان قابل توجهی برخوردارند و اختیارات نهادهای خودتنظیم محدود است. حتی نهادهای خودتنظیم از طریق نرم افزار کد به تنظیم‌گری این حوزه پردازند.<sup>۱</sup> در این راستا مراکز استاندارد اینترنت، اعم از دولت‌ها و نهادهای خودتنظیم، از انگیزه مذاکره و همکاری برای حل تعارض بین استانداردها برخوردارند. قابلیت این مذاکره در جذب کاربران به نتیجه‌بخش کردن استاندارد از دید نهادهای خودتنظیم که به این امر مشغول‌اند، حائز اهمیت است. همان‌طور که در بالا اشاره شد، دولت‌ها نیز در زمانی که کارایی قوانین مرکزی خود را ارزیابی می‌کنند، باید استانداردهای خصوصی نهادهای خودتنظیم را مدنظر قرار دهند. بنابراین در این روش از تنظیم‌گری وابستگی‌های متقابل بین تنظیم‌گری کنترل-دستوری و خودتنظیمی وجود دارد. تنظیم‌گری کنترل-دستوری به‌عنوان پشتیبانی ضروری عمل می‌کنند که تعیین استانداردهای خصوصی و اجرای آنها به پشتوانه آنها انجام می‌شود. در نظام ارزیابی تأثیر تنظیم‌گری مشارکتی تلاش‌ها معطوف به آن است که تدابیر نهادهای خودتنظیم منتهی به بهترین کارآمدی گردد.

بنابراین می‌توان گفت: در تنظیم‌گری مشارکتی تلاش بر این است تا دو مانع اصلی تنظیم‌گری کنترل-دستوری مانند دسترسی محدود به اطلاعات و عدم وجود انعطاف‌پذیری رفع می‌گردد. علاوه بر این، تنظیم‌گری مشارکتی می‌کوشد تا مانع اصلی خودتنظیمی چندجانبه تصحیح شود که این مانع، عدم وجود مشروعیت و اهداف منفعت عمومی در تعیین و اجرای قوانین زیربناست. مشارکت یک دستگاه یا نماینده تنظیم‌گر دولتی تضمین خواهد کرد که قوانین زیربنا اهداف منفعت عمومی را ضمن پذیرش انعطاف‌پذیری منعکس کند.<sup>۲</sup>

1. Weiser, P., "The future of internet regulation". *University of California Davis Law Review*, 2009, p580.

2. Hirsch, Dennis D., *Op Cit*, p 479.

## نتیجه‌گیری

پیش‌بینی آینده برای انسان‌های بسیار کمی امکان‌پذیر است، اما با اندکی هوشمندی و روشن‌بینی می‌توان به نحو تدریجی حریم خصوصی اشخاص در سال‌های آینده پی برد؛ به‌نحوی که این احتمال چندان دور از ذهن نیست که طی ۱۰ یا ۱۵ سال آینده، به حریم خصوصی و افری که در این هزاره وجود داشت، با حسرت نگریسته شود. دلایل کمرنگ شدن و نحو تدریجی حریم خصوصی پیچیده و متنوع‌اند که از بی‌تفاوتی و تبلی محض تا اشتیاق اشخاص برای بهره‌مندی از مزایای عظیم اقتصاد جدید بدون محاسبه هزینه‌های آن را در برمی‌گیرد. هزینه چشم‌پوشی از حریم خصوصی ممکن است در ابتدا اندک به نظر برسد؛ چراکه امکاناتی مثل خرید راحت‌تر و امن‌تر را فراهم می‌کند؛ اما آن هنگام که تنها بخش اندک و محدودی از حریم خصوصی باقی می‌ماند، اشخاص از این مصالحه افسوس می‌خورند. حریم خصوصی همواره به‌عنوان ارزشی انتزاعی و تقریباً توصیف‌ناپذیر شناخته می‌شود و همین خصیصه موجب می‌شود تا اشخاص آن را ساده‌تر از امور دیگر در ازای منافع ملموس و آنی قربانی کنند.

بنابراین، از بین رفتن حریم خصوصی نه تنها شکست بازار است که شکست شخصی نیز محسوب می‌شود. کاربران برای حفظ از حریم خصوصی‌شان، ابزارها و قابلیت‌هایی در اختیار دارند که آنها را در پاسداشت حریم خصوصی که ارزشی قابل توجه است، کمک می‌کنند؛ برخی از این ابزارها همچون قابلیت غیرفعال کردن عملکرد کوکی مرورگر، ساده هستند، اما برای اغلب کاربران، انجام دادن این اقدامات احتیاطی به دردسر آن نمی‌ارزد. این موضوع را این‌گونه می‌توان تحلیل کرد که شاید مصرف‌کنندگان واقعاً چندان به حریم خصوصی اهمیت نمی‌دهند و اگر این‌طور باشد، چرا باید قوانین پرهزینه‌ای را برای پر کردن خلأ حریم خصوصی تصویب کنیم که مصرف‌کنندگان نسبت به آن بی‌تفاوت‌اند؟

براساس مجموع آنچه که در این مقاله ذکر شد، به نظر می‌رسد تدوین یک استراتژی ملی برای تنظیم‌گری حریم خصوصی در فضای مجازی ضروری است؛ اما باید توجه داشت که اجرای مطلوب و بهره‌برداری از مزایای بالای اجتماعی و اقتصادی آن، علاوه بر طراحی یک سیاست ملی مناسب، مستلزم تحقق عملی آن و تعامل صحیح و متعادل بخش دولتی و نهاد خودتنظیم است؛ چراکه نهاد خودتنظیم بدون حمایت و استانداردهای مقرر شده از سوی دولت قادر به فعالیت

پایدار نیست و از طرفی دولت نیز باید در سیاست‌گذاری‌های خود اصل مقررات‌زدایی را اعمال کند و با از بین بردن قوانین سخت‌گیرانه و محدودکننده، سعی در تسهیل فعالیت نهاد خودتنظیم بکوشد.

بنابراین می‌توان گفت: تنظیم‌گری حریم خصوصی در فضای مجازی در کشور ایران با خلأ جدی مواجه است؛ چراکه حتی قانون تجارت الکترونیک و قانون جرائم رایانه‌ای به‌عنوان تنها سند قانونی کشور در باب حمایت از داده‌های اشخاص در فضای مجازی نیز خالی از اشکال نیست و همین موضوع ضرورت اقدامات جدی در این خصوص را توجیه‌پذیر می‌سازد. لازمه رفع خلأهای موجود و حمایت از داده اشخاص در مرحله اول این است که قانونی مستقل در زمینه حریم خصوصی به تصویب نهاد قانون‌گذار در کشور برسد؛ چراکه اگرچه قانون تجارت الکترونیک دارای اشکالاتی است که می‌تواند اصلاح گردد، اما درنهایت این قانون به امور تجارتي اختصاص دارد و تصویب قانونی مستقل در زمینه حریم خصوصی در کشور به‌شدت ضروری است.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. انصاری، باقر، **حقوق حریم خصوصی**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰.
۲. جهانگرد، نصرالله و خسرو سلجوقی، **مجموعه قوانین و مقررات فناوری اطلاعات و ارتباطات ایران**، دبیرخانه شورای عالی اطلاع‌رسانی، ۱۳۸۳.

#### مقاله

۳. آقای طوق و ناصر مسلم، «مهدی، چالش‌های حفاظت از داده‌های خصوصی در حوزه اینترنت اشیا: مطالعه تطبیقی حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، *فصلنامه حقوق اداری*، سال هفتم، ش ۲۳، تابستان ۹۹، ص ۴۰.
۴. زرکلام، ستار، «حریم خصوصی ارتباطات اینترنتی (مطالعه در حقوق ایران و اتحادیه اروپا)»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ش ۲۵، ۱۳۸۶.
۵. فتحی، یونس و خیراله شاهمرادی، «گستره و قلمرو حریم خصوصی در فضای مجازی»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و یکم، ش ۹۹، پاییز ۹۶.

### ب) منابع انگلیسی

#### Books

6. Council of Europe, **Handbook on European data protection law**, Publications Office of the European Union, 2014.

#### Articles

7. Kang, J., "Information Privacy in Cyberspace Transactions", *Stanford Law Review*, 1998.
8. Chesterman, S., "After Privacy: The Rise of Facebook, the Fall of WikiLeaks, and Singapore's Personal Data Protection Act 2012", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012.

9. Kluger, Jeffrey, "Extortion on the Internet; A daring hacker tries to blackmail an e-tailer and sparks new worries about credit-card cybertheft", *TIME*, 2000.
10. Warren, Samuel D., Brandeis, Louis D., "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, 1890.
11. Clarke, R., "Platform for Privacy Preferences: A Critique". *Privacy Law & Policy Reporter*, 5(3), 1998.
12. Hetcher Steven, "Changing the Social Meaning of Privacy in Cyberspace", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 15, 2001, p179.
13. Clausing, J., "New Technology Is Aimed at Increasing web Privacy", *New York Times*, 22 June, C 6.
14. Cohen, J., "Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object", *Stanford Law Review* 52, 2000, p1392.
15. Cate, Fred H., "The EU Data Protection Directive, Information Privacy and the Public Interest", *Iowa Law Review*, 1995, p 431.
16. Ang, Peng H., "The Role of Self- Regulation of Privacy and The Internet", *Journal of Interactive Advertising*, 2001.
17. Clausing, Jeri, "Europe and U.S. Reach Data Privacy Pact", *New York Times*, March 2000.
18. Swire, Peter P., Litan, Robert E., "None of Your Business: World Data Flows, Electronic Commerce and The European Privacy Directive", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 12, No 3, 1999, p 690.
19. Frydman, B., Hennebel, L., "Lewkowitz, G., Public strategies for Internet Co-Regulation in the United States, Europe and China", Cambridge University Press, 2000.
20. Hirsch, Dennis D., "The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?" *Seattle University Law Review*, Vol. 34, No. 439, 2011, p 464.
21. Scott, J., "Trubek, D.M., Mind the gap: law and new approaches to governance in the European Union". *European Law Journal*, Vol. 8, 2002, p4.
22. Weiser, P., "The future of internet regulation". *University of California Davis Law Review*, 2009.

**Regulation and document**

23. OECD Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, The OECD Privacy Framework, OECD ,2013.
24. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.
25. Regulation (EU) 2016/679 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Official Journal of the European Union, Vol.59, 2016.

**Judicial Precedent**

26. ITA, Welcome to the U.S.-EU & Swiss Safe Harbor Frameworks  
<http://www.export.gov/safeharbor>

**Sites**

27. Rastogi, Nidhi, Hendler, James, WhatsApp security and role of metadata in preserving privacy, 2017, p 6 Available at:  
<https://arxiv.org/abs/1701.06817/>
28. Connolly, C., The US Safe Harbor – Fact of Fiction? ,2008. Available at:  
[http://www.galexia.com/public/research/assets/safe\\_harbor\\_fact\\_or\\_fiction\\_2008/safe\\_harbor\\_fact\\_or\\_fiction.pdf](http://www.galexia.com/public/research/assets/safe_harbor_fact_or_fiction_2008/safe_harbor_fact_or_fiction.pdf).
29. <http://citizensrights.ir/>. 6/7/2019.
30. [https://rc.majlis.ir/fa/legal\\_draft/show/809338](https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/809338). 6/6/2019.
31. <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance>. 7/7/2019.
32. <https://epic.org/reports/pretypoorprivacy.html/>
33. <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/library/tech/reference/index-privacy.html>. 8/8/2019.
34. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046>. 20/9/2019.
35. [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/thridcountries/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/thridcountries/index_en.htm).

## **Regulation of Privacy in Cyberspace: A Comparative Study in the Laws of the United States of America, the European Union and Iran**

**Saeede MAZINANIAN** (PhD Graduate of Public Law, Shahid Beheshti  
University)

### **Abstract**

Today, modern information and communication technology has played a basic role in the social, economic and cultural affairs of societies and is considered as a driving force in the growth and development of human societies that this new technology has become the foundation of a kind of social media. With its interactive feature, this media has created a new space called virtual space in the field of activism. Because cyberspace is a unique communication medium, citizens are not only content consumers but also content creators. Therefore, the content of virtual space has become as diverse as human thinking. The effect of accessing and using this global interactive media is to promote and defend civil-political and economic rights around the world. Therefore, there is a vital connection between cyberspace and human rights. Since human rights are considered inviolable and inherent rights of every human being, these rights should be promoted and supported in virtual space as well as in physical space.

Obviously, there is a potential conflict between human rights protection laws and the principle of unrestricted information flow in cyberspace. One of the most important human rights affected by internet communication is privacy; therefore, adopting a suitable regulatory model to protect the mentioned rights is one of the essentials of the subject under discussion.

In this article, it is argued that the optimal model of cyberspace content regulation is the cooperative regulation model. This model of regulation is based on a legal framework based on which private institutions organize their affairs through codes of conduct or a set of rules, which can be used for the symbiotic relationship of law, social norms and Internet architecture in this model of regulation to achieve a synergistic result.

### **Keywords:**

Cyberspace, Regulation, Human Rights, Privacy



## ضمائم:

جدول شماره ۱: ایالات متحده آمریکا

سال	قانون	محتوا حریم خصوصی
۱۹۷۰	قانون گزارش عادلانه اعتبارات	افشای اطلاعات مالی و اعتباری افراد توسط ادارات اعتباری را قانونمند و محدود ساخت. حق دسترسی به فایل‌های اعتباری خود، امکان درخواست بازرسی اطلاعات نادرست و حق اظهارنظر درباره اختلافات
۱۹۷۴	قانون حفظ حریم خصوصی فدرال	مؤسسات دولتی را در نگهداری سوابق محدود می‌ساخت
۱۹۷۸	قانون حریم خصوصی مالی	اجازه بازرسی از مشتریان پیش از افشای داده‌های مالی مشتریان خود به نهادهای فدرال
۱۹۸۴	قانون سیاست‌های ارتباطات کابلی	منع شرکت‌های تلویزیون کابلی را از گردآوری یا انتشار داده‌های مربوط به عادات تماشای تلویزیون مشتریان
۱۹۸۸	قانون حفظ حریم خصوصی ویدیویی	منع کلپ‌های کرایه ویدیو را از افشای لیست ویدیوهایی تماشا شده از ناحیه مشتریان
۱۹۹۸	قانون حفاظت از حریم شخصی آنلاین کودکان	منع وبسایت‌ها را از گردآوری اطلاعات شخصی کودکان زیر سیزده سال بدون رضایت والدینشان

جدول شماره ۲: اتحادیه اروپا

سال	قانون	محتوا حریم خصوصی
۱۹۹۵	دستورالعمل حفاظت از افراد راجع به پردازش داده‌های شخصی	الزام به تصویب قوانین حاکم بر پردازش داده
۲۰۱۶	دستورالعمل حفاظت از داده	حق هر فرد از اطلاع پردازش داده‌های خود حق هر فرد از اطلاع اشتباهات موجود حق هر فرد از منع انتقال داده‌ها به اشخاص ثالث

# **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.2

2023