



دانشکده حقوق

پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

بهمن ماه ۱۴۰۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

بهمن ماه ۱۴۰۳
قیمت: ۲۰۰۰۰۰۰ ریال

نشانی نشریه:
تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق
شماره تلفن: ۲۲۴۳۱۶۸۱

E-mail: ecocolaw@sbu.ac.ir



پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری
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 سعیدرضا ابدی (دانشیار حقوق عمومی و اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر ایرج بابایی (دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)
دکتر میرقاسم جعفرزاده (دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر همایون حبیبی (دانشیار حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)
دکتر محمد روشن (دانشیار حقوق خصوصی، پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر محمدحسین زارعی (دانشیار حقوق عمومی و اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر سیدجمال سیفی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا، دانشیار حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر عباس شیری ورنامخواستی (دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)
دکتر عباس طوسی (دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)
دکتر ابراهیم عبدی‌پور فرد (استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه حضرت معصومه قم)
دکتر عباس کریمی (استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)
دکتر علی مقدم ابریشمی (دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)
دکتر حمیدرضا نیکبخت فینی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا، استاد حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)

شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

الف) ضوابط کلی

۱. نشریه‌ی حقوق اقتصادی و تجاری هر سه ماه یکبار به انتشار مقالات حقوقی در زمینه‌های اقتصادی و تجاری می‌پردازد.
۲. منظور از زمینه‌های حقوقی اقتصادی و تجاری موضوعات آتی است: تحلیل اقتصادی حقوق - حقوق تجارت بین‌المللی - حقوق شرکت‌ها - حقوق اسناد تجاری - حقوق ورشکستگی و تصفیه - رویه‌ها، تجارب و مسائل حقوقی در دادوستدهای فراملی - حقوق بین‌الملل خصوصی - حقوق دریایی - رویه‌های داوری بین‌المللی - حقوق حمل و نقل بین‌المللی - حقوق انرژی، نفت و گاز.
۳. ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه‌ی مجله به نشانی <https://ecocomlaw.sbu.ac.ir/> امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر نشریه یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل آن خودداری شود.
۴. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله برعهده‌ی نویسنده یا نویسندگان آن است.
۵. نشریه 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 قابل‌استرداد نخواهد بود.
۸. نوع داوری نشریه به صورت دوسوکور (Double-blind peer review) و حداقل دو داور می‌باشد.
۹. پس از ارسال مقاله به داوری، امکان تغییر در نویسندگان وجود ندارد.

ب) شرایط محتوایی مقاله

۱. مقاله باید در حوزه‌های مرتبط با موضوع نشریه (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 باشد.
۳. نشریه پذیرای مقالات در سه قالب «مقالات پژوهشی»، «نقد رای» و «نقد کتاب» است.
۴. مقاله نباید قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ‌شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده یا ترجمه‌ی مقاله‌ی خارجی نویسنده یا دیگران باشد.
۵. از آنجاکه زبان نشریه 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.

ب) شرایط شکلی

۱. حجم مقاله مشتمل بر کلیه‌ی صفحات اعم از عنوان، چکیده‌ها، بدنه، پاورقی، نتیجه‌گیری و منابع برای هر یک از انواع مقالات به شرح آتی است: الف) مقالات بلند: حداکثر ۸۰۰۰ 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.
۲. ارسال مقاله به معنای رعایت کلیه‌ی موازین قانونی درخصوص مالکیت فکری آثار و اخلاق حرفه‌ای پژوهش از سوی نویسندگان است.
۳. در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان الزامی می‌باشد.

۴. 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	Italic ۱۳	متن چکیده فارسی
B Mitra	Bold ۱۳	تیترهای داخل متن
B Mitra	Italic 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	کلید واژه انگلیسی

۵. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد :

توضیحات و نکات ضروری	محتویات	صفحه
<ul style="list-style-type: none"> • نام نویسنده/نویسندگان ذیل عنوان مقاله درج شود. • رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤؤل، در پاورقی صفحه‌ی اول درج خواهد شد. • 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. • حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود. 	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی	صفحه‌ی اول
<ul style="list-style-type: none"> • عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی درج گردد. • رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤؤل به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد. • پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده‌ی انگلیسی مقاله باید پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را 	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی	

شش

<p>به اختصار بیان نماید.</p> <ul style="list-style-type: none"> حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود. 		
<ul style="list-style-type: none"> 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. یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه شده در مقاله باشد. ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری 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. 	<p>بدنه ی مقاله</p>	<p>صفحه‌ی سوم به بعد</p>
<ul style="list-style-type: none"> منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند. کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند. 	<p>فهرست منابع</p>	

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

ت) شیوه‌نامه‌ی ارجاع‌دهی

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

• Posner, Richard, *Op.Cit.*, P. 6.

۷. برای ارجاع بلافاصله به منبع به زبان‌های با ریشه‌ی لاتین که سابقاً بدان ارجاع شده است، از (*Ibid.*) استفاده می‌شود.

• *Ibid.*, p. 7.

ت) 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, Richard A, **Economic Analysis of Law**, United States: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

۲. مقاله:

▪ توضیح: نام خانوادگی، نام، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره/ سال، شماره مجله، سال انتشار، صفحات شروع تا پایان.
▪ نمونه: قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی، د. ۱۸، ش. ۷۰، ۱۳۹۴، صص. ۳۱-۵۵.

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

۳. پایان نامه و رساله:

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

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

۴. منبع برخط:

▪ توضیح: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان»، نام مجله (در صورت وجود)، قابل دسترسی در: <آدرس سایت قابل دسترسی> (تاریخ آخرین بازدید).
▪ Imam, Patrick Amir And Kangni Kpodar, "Inclusive citizenship laws tend to foster economic development", available at: <<https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2019/03/citizenship-and-economic-development-imam>> (last visited 28/09/2022)
در هر مورد از موارد فوق، هرگاه بیش از یک نویسنده برای اثری وجود داشته باشد، نام و نام خانوادگی نویسنده‌ی دوم و نویسندگان بعدی، پس از نام نویسنده‌ی اول به شرح زیر نوشته می‌شود:
▪ امینی، منصور و مجتبی محمدی، «رابطه‌ی سببیت بین افشای اطلاعات و انعقاد قرارداد بیمه‌ی دریایی»، فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی، د. ۲۵، ش. ۹۷، ۱۴۰۱، صص. ۱۱۹-۱۴۲.
▪ 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

چالش‌های پیش‌روی رژیم کی‌رایت انسان‌محور با تحولات هوش مصنوعی

پرویز ساورایی ۱۱

نظریه «سهام‌دارمحوری نوین» در حقوق شرکت‌های تجاری

مصطفی کوشکی - لعیا جنیدی ۴۱

تعیین زیان ناشی از نقض حقوق مالکیت فکری مربوط به برندها بر مبنای خسارت واقعی

محمد کرمی - سیدمهدی میرداداشی کاری - علی رستمی فر ۷۱

مسئولیت ناشی از کالای معیوب در پلتفرم‌های مارکت پلیس: مطالعه تطبیقی در آمازون و دیجی کالا

علی نخجوانی - ابراهیم یاقوتی ۱۰۳

نظریه استخراج در ساختار حکمرانی صنعت نفت ایران با نگاهی تطبیقی

محمد رضا شکوهی - محمود فردکار دل - حسنا غلامی قادی ۱۳۵

تحلیل حقوقی شرط تضمین کمیت در قراردادهای بیمه دریایی محمولات نفتی

سیدمحمدحسن رضوی - محمد فرجی ۱۷۱

چالش‌های پیش‌روی رژیم کپی‌رایت انسان‌محور با تحولات هوش مصنوعی

پرویز ساورایی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۲۳

چکیده

پیشرفت گسترده فناوری هوش مصنوعی باعث ایجاد چالش‌های پیچیده در حوزه مالکیت فکری، به‌ویژه در خصوص کپی‌رایت خروجی‌های تولیدشده توسط هوش مصنوعی شده است. امروزه، هوش مصنوعی آثاری را خلق می‌کند که در آن دخالت انسان یا حداقل است یا اثر به‌طور مستقل توسط هوش مصنوعی بدون دخالت انسان تولید می‌شود. کیفیت برخی از خروجی‌های تولیدشده توسط رایانه‌ها با آثاری که توسط انسان‌های خلاق پدید آمده‌اند، قابل مقایسه است. از سوی دیگر، با تولید آثار ارزشمند توسط هوش مصنوعی و افزایش ارزش اقتصادی آنها، صحنه برای مدعیان کپی‌رایت، از جمله برنامه‌نویس، کاربر و سایر مدعیان، بسیار رقابتی‌تر شده و به علت ابهام قوانین، حقوق کپی‌رایت با چالش‌های جدی مواجه شده است. این پرسش که چه کسی مالک «خروجی» چنین برنامه‌های ارزشمند است، به یک موضوع بحث‌برانگیز حقوقی تبدیل شده است. در پاسخ به پرسش یادشده چند گزینه تخصیص مالکیت کپی‌رایت، مطرح است: هوش مصنوعی، برنامه‌نویس، کاربر، ترکیبی از برنامه‌نویس و کاربر و حوزه عمومی. صاحب کپی‌رایت فردی خواهد بود که با توجه به شرایط مربوط، استحقاق وی از مبانی حقوقی قوی‌تری برخوردار باشد.

کلیدواژه‌گان:

هوش مصنوعی، برنامه‌نویس، کاربر، اثر، خروجی هوش مصنوعی.

* دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.



مقدمه

هوش مصنوعی^۱ به یک پیشرفت بسیار مهم در فناوری اطلاعات تبدیل شده و درها را به روی خلق برنامه‌های مختلف باز کرده که نحوه تعامل ما با فناوری و محیط اطراف را تغییر داده است. این انقلاب با توسعه سریع نرم‌افزار یادگیری ماشین که زیرمجموعه‌ای از هوش مصنوعی است، آثاری تولید می‌کند که مشارکت انسانی در خلق آنها یا حداقل است یا اساساً مشارکتی وجود ندارد. هوش مصنوعی دارای یک الگوریتم داخلی است که به آن امکان می‌دهد از ورودی داده‌ها یاد بگیرد، تکامل یابد، تصمیم‌هایی را مستقلاً بگیرد و اثر جدیدی تولید کند. ویژگی مهم این نوع از هوش مصنوعی این است که اگرچه برنامه‌نویسان پارامترها را تنظیم می‌کنند، اثر در واقع توسط خود برنامه رایانه‌ای که به عنوان یک شبکه عصبی شناخته می‌شود در فرایندی شبیه به فرایندهای فکری انسان تولید می‌شود. هوش مصنوعی اکنون می‌تواند آثار ادبی و هنری پیچیده‌ای مانند شعر، داستان کوتاه، نقاشی، فیلمنامه، رمان، عکس، موسیقی و غیره را به‌طور مستقل تولید کند. کیفیت برخی از آثار تولیدشده توسط رایانه‌ها حتی با آثاری که توسط انسان‌های ماهر تألیف شده‌اند، قابل مقایسه است.

از سوی دیگر، می‌دانیم حمایت از کپی‌رایت از لحاظ تاریخی و سنتی همیشه در آثار خلاقانه‌ای که توسط نویسنده منفرد یا نویسندگان مشترک (انسان‌ها) تألیف شده‌اند، اعطا شده است. با این حال، هوش مصنوعی با تحولات اخیر، این ایده را که آفرینش اثر همیشه منحصر به خلاقیت انسان بوده با مشکل جدی مواجه کرده و به عبارت دیگر، اساساً رژیم کپی‌رایت انسان‌محور را به چالش کشیده است. رواج روزافزون و اهمیت اقتصادی آثار تولیدشده توسط رایانه‌مولد، این پرسش که چه چیزی یا چه کسی مالک چه حقوقی در «خروجی» چنین برنامه‌هایی خواهد بود، به یک موضوع بحث‌برانگیز حقوقی تبدیل شده است. نگرانی در مورد کپی‌رایت آثار تولیدشده، موضوع بحث جدی میان حقوقدانان شده است. این نگرانی را یکی از نویسندگان، آنماری بریدی^۲ به شرح زیر بیان کرده است: «ما می‌دانیم که اگر این آثار توسط افراد خلق شوند، واجد کپی‌رایت هستند، اما نمی‌دانیم اگر توسط رایانه خلق شوند، با آنها چه کنیم».

1. Artificial Intelligence (AI)

2. Bridy, Annemarie, "The Evolution of Authorship: Works Made by Code", 39 Colum. J.L. & Arts, 2016, 395, p. 400.

پرسش اساسی این است که آیا هوش مصنوعی می‌تواند به عنوان یک نهاد، پدیدآورنده یا مؤلف آثار تلقی شود و مالکیت کپی‌رایت و حقوقی مشابه اشخاص حقیقی را داشته باشد؟ آیا نرم‌افزار هوش مصنوعی به عنوان یک شخص غیرطبیعی می‌تواند به مثابه شریک در تألیف با افراد ذی‌ربط از جمله برنامه‌نویس، کاربر و غیره در خروجی حاصل از هوش مصنوعی تلقی گردد؟ در صورتی که هوش مصنوعی از حقوقی مشابه اشخاص حقیقی برخوردار نباشد و بر اساس مقررات کپی‌رایت نویسنده تلقی نشود، آثار تولیدشده توسط هوش مصنوعی چه وضعیتی پیدا می‌کند و اگر این آثار تحت مقررات حقوق کپی‌رایت قابل حمایت باشند، پدیدآورنده چه کسی خواهد بود؟

آیا برنامه‌نویس یک برنامه‌مولد به‌طور خودکار، پدیدآورنده آثاری است که فرایند آن را ایجاد می‌کند، حتی اگر نتواند محتوای آن آثار را پیش‌بینی کند؟

آیا کاربر برنامه، در صورتی که حداقل تا حدی محتوای خروجی هوش مصنوعی را تعریف کرده است، پدیدآورنده آن خروجی محسوب می‌شود؟

پرسش‌های یادشده موضوعات حقوقی و فنی پیچیده‌ای‌اند که نیاز به تفکر عمیق و داشتن دانش حقوقی و نرم‌افزاری دارد. در پاسخ به پرسش و ابهامات یادشده، چندین فرضیه متفاوت درباره تخصیص مالکیت کپی‌رایت ممکن است به شرح زیر مطرح گردد:

- هوش مصنوعی،
- اثر مشترک هوش مصنوعی و انسان،
- برنامه‌نویس،
- کاربر
- اثر مشترک برنامه‌نویس و کاربر،
- حوزه عمومی.

برای نائل آمدن به اهداف این مقاله و درک صحیح موضوعات، در مبحث اول، مفهوم هوش مصنوعی و پیامدهای قانونی و اقتصادی آثار ناشی از آن و مفهوم مولف و شرایط حمایت از اثر از جمله عنصر اصالت را بررسی می‌کنیم. در مبحث دوم صاحبان بالقوه کپی‌رایت با تمرکز بر خود هوش مصنوعی، برنامه‌نویس، کاربر و غیره را با توجه به دلایل موافقان و مخالفان تخصیص حقوق مالکیت فکری به هریک از این نامزدهای احتمالی را مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

قابل توجه است که درخصوص موضوع این مقاله، دو مقاله دیگر با عناوین تقریباً مشابه به رشته نگارش درآمده‌اند که در سبک و نحوه نگارش، محتویات مقدمه، متن مقاله و خصوصاً نتایج حاصل، هر سه مقاله کاملاً با یکدیگر متفاوت‌اند.^۱

۱. شناخت هوش مصنوعی و بررسی عنصر اصالت

این مبحث را تحت سه گفتار مفهوم، پیامدهای حقوقی و اقتصادی آثار ناشی از هوش مصنوعی و بررسی عنصر اصالت در خصوص اثر تولیدشده توسط هوش مصنوعی را تشریح کرده‌ایم.

۱.۱. مفهوم هوش مصنوعی و تشریح آن

هوش مصنوعی اصطلاحی است که توسط پروفسور برجسته دانشگاه استنفورد، جان مک کارتی^۲، در سال ۱۹۵۵ ابداع و به عنوان «علم و مهندسی ساخت ماشین‌های هوشمند» تعریف شد. امروزه، ما بر ماشین‌هایی تأکید می‌کنیم که حداقل تا حدودی مانند انسان‌ها می‌توانند یاد بگیرند.^۳

در ادبیات هوش مصنوعی رایج است که بگوییم هیچ تعریف پذیرفته شده جهانی از هوش مصنوعی وجود ندارد.^۴ وست^۵ بیان می‌دارد: «هوش مصنوعی رشته به‌سرعت در حال توسعه با پتانسیل بسیار زیاد است. اگرچه تعریف روشنی از هوش مصنوعی وجود ندارد، به ماشین‌هایی اطلاق می‌شود که قادر به درک، استدلال و اجرای وظایف در سطح انسانی هستند».

۱. شبیری زنجانی، سیدحسن، «حقوق مالکیت فکری در آثار مبتنی بر رایانه (برگرفته از رایانه)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، ۱۳۸۹، شماره ۲.

رجبی، عبدالله، «حقوق محصولات فکری پدیدآمده از غیرانسان: شرح حقوق کنونی و نقدی بر رویکرد لایحه حمایت از مالکیت فکری»، مجله علمی حقوق خصوصی، دوره ۱۴، ۱۳۹۶، شماره ۲.

2. John McCarthy

3. Manning, Christopher, September, Stanfor University Human-Centered Artificial Intelligence, Artificial Intelligence Definitions, 2020.
<https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf/>

4. Bulayenko, Oleksandr João Pedro Quintais, Daniel Gervais and Joost Poort, "AI Music Outputs: Challenges to the Copyright Legal Framework", reCreating Europe Report 2022, p. 15. Ryan Calo, "Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap", 51 UC Davis Law Review, 2017, 399, p. 404; World Intellectual Property Organization (WIPO), "WIPO Technology Trends 2019: Artificial Intelligence".

See also in general: Russell Stuart J. and Peter Norvig (eds), Artificial Intelligence: A Modern Approach, Prentice Hall, 3rd ed, 2010; Wolfgang Ertel, Introduction to Artificial Intelligence, Springer 2nd ed., 2017; Kubat, Miroslav, An Introduction to Machine Learning, Springer, 2015.

5. West, D., "What is Artificial Intelligence?" Brookings, 2022.
<https://www.brookings.edu/research/what-is-artificial-intelligence/>

در معنای وسیع، هوش مصنوعی را می‌توان به عنوان «سیستم‌های مبتنی بر رایانه که برای تقلید از رفتار انسان توسعه داده شده‌اند» تعریف کرد.^۱ هوش مصنوعی شامل توسعه و اجرای سیستم‌های مبتنی بر ماشین است که عقل انسان را شبیه‌سازی می‌کند. این سیستم‌ها برای تقلید از فرایندهای فکری و توانایی‌های شناختی انسان با استفاده از تکنیک‌های برنامه‌نویسی و مدل‌سازی طراحی شده‌اند.^۲

به‌طور خلاصه و با توجه به تعاریف به‌عمل آمده،^۳ می‌توان بیان داشت که هوش مصنوعی حوزه تحقیقاتی جامعی است که مجموعه‌ای از نظریه‌ها، روش‌شناسی‌ها و فناوری‌ها به همراه چندین زیرشاخه برجسته را دربر می‌گیرد: ساخت مدل‌های تحلیلی به‌طور خودکار توسط یادگیری ماشین، استفاده از شبکه عصبی برای یافتن درون‌بینی در داده‌ها بدون اینکه به آن گفته شود چیزی را بیاید یا فرض کند؛ محاسبات‌شناختی، تشخیص الگو و یادگیری عمیق توسط بینایی کامپیوتر و پردازش زبان طبیعی.^۴

سیستم‌های هوش مصنوعی یاد گرفته‌اند که مستقل از برنامه‌نویسان انسانی، آثار هنری، موسیقی و ادبی از جمله ترجمه، مقالات خبری، شعر، فیلمنامه، موسیقی، فیلم، رمان، عکس، نقاشی و غیره تولید کنند.^۵ در عصر حاضر هوش مصنوعی می‌تواند آثاری مشابه هنرمند مشهور هلندی، رامبراند،^۶ را خلق کند.^۷ با توسعه فناوری‌های مرتبط، ChatGPT در نوامبر ۲۰۲۲ راه اندازی شد و به دلیل قابلیت‌های بسیار زیادش مورد توجه جهانی قرار گرفت. این برنامه نه‌فقط می‌تواند مانند یک انسان با کاربران ارتباط برقرار کند، بلکه می‌تواند زبان‌ها را ترجمه کند، مقاله بنویسد یا کد بنویسد. تعدادی از کشورها ChatGPT را ممنوع کرده‌اند؛ از جمله چین، ایران، کره شمالی و روسیه. طبق آخرین اخبار، ایتالیا نیز به ممنوعیت ChatGPT پیوسته است.^۸

1. Drexl Josef and others, "Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective", Max Planck Institute for Innovation & Competition Research (MPI 2019), Paper No. 19-13.

2. Winston, Patrick Henry, *Artificial Intelligence*, Addison Wesley Publishing Company, 3rd ed., 1993, pp. 5 et seq.

۳. برای تعاریف دیگر به منابع زیر مراجعه شود:

Mcleod, R., & Schell, G. P., *Introduction to Information Systems*, Collier Macmillan, 1989; Shurkin Joel, "Expert Systems: The Practical Face of Artificial Intelligence", 8 TECH. REV., 1983, p. 72; Abbey Olivia, Artificial Intelligence, Bias, and the Sustainable Development Goals, United Nations, Department of Economic and Social Affairs Sustainable Development, <https://sdgs.un.org/sites/default/files/2023-05/A14%20-%20Abbey%20-%20Artificial%20Intelligence%20Bias.pdf>

4. See Hunt, E., B., "Artificial intelligence", Academic Press, 2014.

5. Bulayenko Oleksandr and others, Op. Cit., pp. 10 & 15.

See also Guadamuz Andres, Artificial intelligence and Copyright, WIPO MAGAZINE, 2017.

6. Rembrandt

7. Guadamuz, Andres, Op. Cit.

8. McCallum, S., ChatGPT Banned in Italy over Privacy Concerns, 2023.

<https://www.bbc.com/news/technology-65139406>

۱.۲. پیامدهای حقوقی و اقتصادی ناشی از خلق آثار توسط هوش مصنوعی

آثار ناشی از هوش مصنوعی می‌تواند پیامدهای بسیار مهم حقوقی و اقتصادی برای حقوق کپی‌رایت داشته باشد. وقتی به یک ماشین ظرفیت یادگیری از مجموعه داده‌های بزرگ محتوا داده شود، در تقلید از انسان بهتر می‌شود و با توجه به قدرت محاسباتی کافی، ممکن است نتوانیم بین محتوای تولیدشده توسط انسان و تولید ماشین تمایز قائل شویم. به‌عنوان مثال، در سال ۲۰۱۶، یک برنامه هوش مصنوعی ژاپنی رمانی به نام *The Day A Computer Writes A Novel* را خلق کرد. داوران این موضوع را متوجه نشدند.^۱

در این وضعیت حقوق مالکیت فکری موجود که در اصل برای مشارکت انسان در نوآوری طراحی شده است، نیاز به اصلاح خواهد داشت. تاریخ نشان داده است که تغییرات به‌ظاهر کوچک در قوانین مالکیت فکری (به‌عنوان مثال، قانون ثبت اختراع ایالات متحده در سال ۱۹۵۲) ممکن است پیامدهای مهم و تأثیرات عمیقی بر اکوسیستم‌های نوآوری در حال تکامل داشته باشد.^۲ از سوی دیگر، رواج روزافزون و افزایش ارزش آثار تولیدشده توسط رایانه و نحوه برخورد قانون با انواع جدید خلاقیت ماشین‌محور، ممکن است پیامدهای اقتصادی و تجاری گسترده‌ای داشته باشد.^۳ بسیاری از شرکت‌ها شروع به سرمایه‌گذاری در تحقیقات و استفاده از هوش مصنوعی در مدل‌های مختلف کرده‌اند. انتظار می‌رود بازار جهانی هوش مصنوعی تا ده سال آینده دو سالانه دو برابر شود.^۴

این آثار از نظر تئوری می‌توانند عاری از کپی‌رایت تلقی شوند؛ زیرا توسط یک نویسنده انسانی خلق نشده‌اند و به این ترتیب، ممکن است بدون پرداخت هزینه توسط هر کسی مورد استفاده قرار گیرند و این خبر بسیار بدی برای شرکت‌های فروش آثار خواهد بود. این امر می‌تواند تأثیر ناامیدکننده‌ای بر سرمایه‌گذاری در سیستم‌های هوش مصنوعی داشته باشد و انگیزه

1. Chloe Olewitz, A Japanese A.I. program just wrote a short novel, and it almost won a literary prize, DIGITAL TRENDS, 2016.

<https://www.digitaltrends.com/cool-tech/japanese-ai-writes-novelpasses-first-round-nationnl-literary-prize>.

See also Roose, K., An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. The New York Times, 2022. <https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html/>

2. Cuntz Alexander, Carsten Fink, Hansueli Stamm, Economic Research Working Paper No. 77/2024, 2024, p. 2.

<https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-econstat-wp-77-en-artificial-intelligence-and-intellectual-property-an-economic-perspective.pdf>

3. FITZGERALD ANNE AND TIM SEIDENSPINNER, COPYRIGHT AND COMPUTER-GENERATED MATERIALS: IS IT TIME TO REBOOT THE DISCUSSION ABOUT AUTHORSHIP? 3 Victoria University Law and Justice Journal, Issue 1, p. 38.

4. Abbey Olivia Op. Cit.

سرمایه‌گذاری در چنین سیستم‌هایی از بین خواهد رفت. به گفته ریچارد پوسنر^۱، باید مشوق‌های اقتصادی برای مالکیت فکری طوری در نظر گرفته شود تا خالق اثر بتواند با در نظر گرفتن قیمتی بیش از هزینه‌های نهایی از اثر بهره‌برداری و درآمدزایی کند و مانند سایر مالکیت‌های فکری، آثاری که به طور مستقل توسط هوش مصنوعی بدون دخالت انسان تولید می‌شوند، طوری حمایت شوند تا به سرمایه‌گذاران در زمینه هوش مصنوعی انگیزه ایجاد کنند.

۱.۳. بررسی عنصر اصالت در خصوص اثر تولیدشده توسط هوش مصنوعی

در تئوری حقوق کپی‌رایت، دو شرط اصلی وجود دارد که به موجب آنها یک اثر در زمره اثر قابل حمایت قرار می‌گیرد؛ یعنی اصالت و تثبیت. مفهوم تثبیت به این معنی است که یک اثر حمایت شده باید به شکلی وجود داشته باشد که بتوان آن را در یک رسانه پایدار محقق و حفظ کرد.^۲ در این مورد، آثار تولیدشده توسط هوش مصنوعی مانند تصاویر، آهنگ‌ها یا متون، نمونه‌هایی از رسانه‌های پایدارند که الزامات تثبیت را برآورده می‌کنند. با این حال، برای تحقق کپی‌رایت، علاوه بر شرط تثبیت شرط دیگر، یعنی اصالت، نیز ضروری است. از آنجایی که هوش-مصنوعی نمی‌تواند شرط اصالت (خالقیت انسان) را برآورده کند، بنابراین، نمی‌توان اثر تولیدشده را به‌عنوان اثری که شایسته حمایت است طبقه‌بندی کرد.^۳

قوانین ملی از این اصل پیروی می‌کنند که پدیدآورنده، مؤلف یا خالق اثر باید انسان باشد.^۴ اگر دو یا چند نویسنده برای ایجاد یک اثر با یکدیگر همکاری کنند و مشارکت فردی آنها قابل تشخیص نباشد، عموماً اثر حاصل به عنوان یک اثر مشترک در نظر گرفته می‌شود. علاوه بر این، قوانین ملی معمولاً ایجاب می‌کنند که نویسندگان مشترک مطابق با یک قصد مشترک و «تلاش خلاق هماهنگ» با هم کار کنند. اگر فقط یکی از همکاران تفکرات خلاقانه داشته باشد و نقش دیگری به محرر تقلیل یابد، در این صورت، فقط شخصی که تفکرات خلاقانه داشته است

1. Posner Richard A., "Intellectual Property: The Law and Economics Approach", 19 Journal of Economic Perspectives, Number 2, 2005, pp. 57-7/3.

2. McJohn, S. M., Examples & explanations for intellectual property, Aspen Publishing, 2021.

3. Lu B., "A theory of authorship transfer and its application to the context of Artificial Intelligence creations", 11 Queen Mary Journal of Intellectual Property, Issue 1, 2021, pp. 2-24; Hutukka, P., "Copyright Law in the European Union, the United States and China", 54 IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, Issue 7, 2023, pp. 1044-1080.

4. Bulayenko, Oleksandr and Quintais, João Pedro and Gervais, Daniel J. and Poort, Joost, Op. Cit., (n 2) 47.

به عنوان نویسنده واجد شرایط محسوب می‌شود.^۱ بنابراین، نیاز به تصمیم‌گیری خلاقانه نشان می‌دهد که نویسنده باید یک شخص طبیعی باشد. در همین راستا، در تعریف مؤلف یا نویسنده، چنین بیان شده است: «نویسنده انسانی است که حداقل در یک چارچوب خاص، در شکل‌گیری یک اثر، تفکرات ذهنی خود را اعمال و اجرای آن را تحت کنترل داشته باشد». این تعریف دارای مزیتی است که شامل معیارهای عینی و ذهنی می‌شود و امکان ارزیابی مواردی را که شامل چندین نویسنده و کمک‌های فنی می‌شود می‌دهد.^۲

در انگلستان کد (1)9 قانون کپی‌رایت، طرح‌ها و اختراعات ۱۹۸۸، نویسنده را به عنوان کسی که اثر را «خلق» می‌کند^۳ تعریف کرده است. بر اساس متن و زمینه تاریخی کنوانسیون برن و همچنین به رسمیت شناختن حقوق مالکیت معنوی به عنوان حقوق اساسی و حمایت از حقوق مؤلف تحت مقررات حقوق بشر، می‌توان نتیجه گرفت که تألیف یا نویسندگی به انسان اطلاق می‌شود.^۴ دادگاه‌ها در امریکا نویسنده یا مؤلف را چنین تعریف کرده‌اند: فردی است «که هر چیزی منشأ خود را مدیون اوست؛ یعنی مبتکر، سازنده و کسی که یک اثر علمی یا ادبی را محقق می‌سازد».^۵ اداره کپی‌رایت امریکا صراحتاً اعلام کرده است که پدیدآورندگان غیرانسانی را به رسمیت نمی‌شناسد.^۶ در دعوی

Feist Publications v Rural Telephone Service Company

تصریح گردید که مقررات کپی‌رایت فقط از «ثمرات فکری» حمایت می‌کند که "در ذهن خلاق پایه‌گذاری شده باشند": یعنی وجود «اندکی خلاقیت».^۷ اتحادیه اروپا نیز در مناسبت‌های مختلف، به ویژه در تصمیم مهم خود در پرونده

C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbaldes Forening

1. Hugenholtz P. Bernt and João Pedro Quintais, Op. Cit., pp.1190, 1207.
2. Fritz, Johannes, "The notion of 'authorship' under EU law—who can be an author and what makes one an author? An analysis of the legislative framework and case law", Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2024, p. 552.
3. Copyright, Designs and Patents Act 1988, (CDPA).
4. Hardy, I. Trotter, "Six Copyright Theories for the Protection of Computer Object Programs", Faculty Publications, 1984, 647. <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/647/>
5. Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 58 (1884).
6. Compendium of U.S. Copyright Office Practices § 306 (3d ed. 2014), United States Copyright Office, Sixty-eighth Annual Report of the Register of Copyrights for the Fiscal Year Ending June 30, 1965, Library of Congress (1966). See also *Naruto v. Slater*, Case No. 15-cv-04324-WHO (N.D. Cal. 2016).
7. *Feist Publications v Rural Telephone Service Company, Inc.* 499 U.S. 340. at 346, 362. (1991).

اعلام کرده است که کپی‌رایت فقط برای آثار اصیل اعمال می‌شود و این اصالت باید منعکس‌کننده «آفرینش فکری خود نویسنده» باشد.^۱ در سطح اتحادیه اروپا، سیستم کپی‌رایت، تمرکز «انسان‌محوری» دارد.^۲ فرانسه، آلمان، یونان، سوئیس و مجارستان صراحتاً تألیف را به «انسان» یا «اشخاص حقیقی» محدود می‌کنند.^۳ این رویکرد به عنوان مثال به موجب ماده L 113-7 قانون مالکیت فکری فرانسه تأیید می‌شود که تصریح می‌دارد؛ پدیدآورنده یک اثر سمعی و بصری باید فرد یا افرادی باشند که آفرینش فکری آن اثر را محقق می‌سازند.^۴ در حقوق ایران نیز با توجه به عمومات قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ و مواد ۳، ۴ و ۱۳ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۸۳ می‌توان به نتیجه مشابه رسید.

انگلستان اولین کشوری است که مقرراتی تحت قانون کپی‌رایت، طرح‌ها و اختراعات ۱۹۸۸ را در مورد حمایت از آثار تولیدشده توسط رایانه ارائه کرده است.^۵ این قانون مؤید این واقعیت است که فناوری رایانه برای ایجاد محتوایی از نوع حمایت‌شده از دید قانون‌گذار به‌دور نمانده و اینکه قانون باید در مواجهه با پیشرفت‌های و تغییرات سریع فناوری آینده از سهولت و انعطاف‌پذیری بیشتری برخوردار باشد و این اصل را ایجاد کند شخصی که به‌نوعی در تولید اثر دخالت می‌کند، به‌عنوان پدیدآورنده در نظر گرفته شود.^۶ کد ۱۷۸ قانون مذکور در تعریف آثار تولیدشده از رایانه مولد، تصریح می‌دارد که «اثر توسط رایانه در شرایطی تولید می‌شود که هیچ نویسنده انسانی برای تولید اثر وجود نداشته باشد».^۷ در حقیقت ایده و فلسفه مفاد کد ۱۷۸، ایجاد

1. Guadamuz, Andres, Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works, 2 Intellectual Property Quarterly, 2017.

2. Bulayenko et al, Op. Cit., (n 8) 30.

3. SCHÖNBERGER Daniel, Deep Copyright: Up- and Downstream - Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML) in Droit d'auteur 4.0 / Copyright 4.0, DE WERRA Jacques (ed.), Geneva / Zurich (Schulthess Editions Romandes) 2018, pp 145-173. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3098315/>

Annemarie Bridy, Op. Cit; Samuelson, Pamela, Symposium: The Future of Software Protection: Allocating Ownership Rights in Computer Generated Works, 47 U. Pitt. L. Rev., 1986, pp. 1224-28; Hedrick, Samantha Fink, Op. Cit., p. 4; FITZGERALD ANNE, Op. Cit., p. 4.

4. Ginsburg, Jane C., The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law, 52 DePaul L. Rev., 2003, 1063.

5. Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA)

6. FITZGERALD ANNE AND TIM SEIDENSPINNER, Op. Cit., p. 44.

7. Bently Lionel (University of Cambridge), The UK's Provisions on Computer-Generated Works: A Solution for AI Creations?→

استثنایی در مقابل همه الزامات نویسندگی انسان (اصالت و خلاقیت) است؛ یعنی شناسایی اثری است که جرقه خلاقانه توسط ماشین محقق گردد.^۱ در همین رابطه، کد ۹(۳) یادشده مقرر می‌دارد: شخصی که نویسنده چنین اثری تلقی می‌شود، «کسی است که ترتیبات لازم برای خلق اثر توسط او انجام می‌شود».^۲

نیوزلند، هنگ‌کنگ، هندوستان، ایرلند، افریقای جنوبی و همچنین سایر کشورهای حقوق عرفی به تقلید از قانون یادشده، رویکرد مشابهی در خصوص آثار «تولیدشده رایانه‌ای» دارند.^۳ تأثیر مقررات CDPA این است که قانون‌گذار انگلستان شرایطی را در نظر می‌گیرد که در آن آثار خلق‌شده ادبی، نمایشی، موسیقی یا هنری توسط نویسندگان غیرانسانی، واجد شرایط حمایت می‌شوند و بر اساس کد ۹(۳) این آثار به شخصی نسبت داده می‌شود که ترتیبات لازم را برای ایجاد اثر انجام داده است.^۴ طبق منطوق قانون مذکور، مفهوم «مؤلف» مستلزم وجود انسان است. مفاد این ماده قانونی از قبل بین برنامه‌نویس و کاربر (جایی که افراد مختلف هستند) یکی را انتخاب نمی‌کند؛ فلذا می‌توان گفت در صورتی که فردی (برنامه‌نویس یا کاربر) اقدامات لازم برای خلق اثر را انجام داده باشد، مولف نرم‌افزار محسوب خواهد شد.^۵

۲. امکان سنجی مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی

در این مبحث، صاحبان بالقوه کپی‌رایت را تحت گفتارهای هوش مصنوعی، برنامه‌نویس، کاربر به مثابه پدیدآورندگان اثر و کاربر و برنامه‌نویس به مثابه پدیدآورندگان مشترک اثر و شرایط قرار گرفتن اثر را در حوزه عمومی مورد بررسی قرار داده‌ایم.

←<https://europeancopyrightsociety.org/wp-content/uploads/2018/06/lionel-the-uk-provisions-on-computer-generated-works.pdf/>

1. Guadamuz Andres, Op. Cit.

2. 9(3) CDPA Reads as follows: "In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken".

3. Bridy Annemarie, Op. Cit., p. 400; Hedrick Samantha Fink, Op. Cit., p. 4; ANNE FITZGERALD AND TIM SEIDENSPINNER, Op. Cit., pp. 43 & 44; Guadamuz Andres, Guadamuz, "Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works", 2 Intellectual Property Quarterly, 2017, pp. 169-186.

4. Rosati Eleonora, "The Monkey Selfie Case and the Concept of Authorship: An EU Perspective", 12 Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2017, 974, p. 975; ANNE FITZGERALD AND TIM SEIDENSPINNER, Op. Cit., p. 44.

5. Laver, Nicola, What are Computer-generated works?

<https://www.claims.co.uk/knowledge-base/intellectual-property/computer-generated-works-copyright> See also Hedrick Samantha Fink, Op. Cit., p. 4.

۲.۱. هوش مصنوعی به مثابه پدیدآورنده اثر

امروزه بیشتر محتوایی که ما روزانه با آن مواجه می‌شویم، توسط هوش مصنوعی تولید می‌شود و دخالت انسانی در اثر، کم یا اصلاً وجود ندارد. آن فیتزجرالد و تیم سیدن اسپینر^۱ بیان می‌دارند که در چنین مواردی، تصمیم در خصوص تخصیص حقوق مالکیت فکری در خروجی‌ها بسیار دشوار خواهد بود و استفاده از ضوابط سنتی حق مؤلف راه‌حل روشنی برای این مشکل به دست نمی‌دهد. اما، برخی از نویسندگان برای اعطای کپی‌رایت به هوش مصنوعی استدلال کرده‌اند.^۲ با این حال، تلقی هوش مصنوعی به مثابه شکل جدیدی از شخص حقوقی (به اصطلاح شخص الکترونیک^۳)، نه تنها مغایر با مقررات سنتی، خصوصاً مقررات حقوق کپی‌رایت بوده؛ بلکه مورد مخالفت بسیاری از نویسندگان قرار گرفته است: هوش مصنوعی به معنای واقعی کلمه از نظر حقوقی «هوشمند» نیست و نمی‌توان آن را با اراده انسانی مقایسه کرد و از آنجایی که هوش مصنوعی نمی‌تواند اهداف و اولویت‌های خود را تعیین کند، همچنان این نویسنده انسانی است که از هوش مصنوعی استفاده می‌کند و چارچوبی را که در آن اثر خاص ایجاد می‌شود، تعریف می‌کند. علاوه بر این، با توجه به فقدان شخصیت حقوقی، چگونه هوش مصنوعی می‌تواند واجد حقوق اخلاقی و اقتصادی و همچنین مسئول شناخته شود و طرف دعاوی قرار گیرد.^۴ هوش مصنوعی نمی‌تواند بدون تعامل و دخالت انسان اثری را «ایجاد» کند. در نتیجه رابطه بین این دو همیشه انسان با استفاده از ابزار است.^۵

بعضی از نویسندگان معتقدند حتی پیشرفته‌ترین ماشین‌های عصر ما از نظر فناوری، چیزی نیستند به جز مخلوق انسان‌هایی که آنها را طراحی یا استفاده می‌کنند. در بسیاری از موارد، یا انسان بالادستی (برنامه‌نویس) که ماشینی را برای تولید خروجی برنامه‌ریزی و آموزش می‌دهد یا انسان پایین دستی (کاربر) که خروجی را درخواست می‌کند، به اندازه کافی در مفهوم و اجرای اثر حاصله دخالت دارد تا ادعای کپی‌رایت کند. خروجی حاصل، حتی اگر منحصر به فرد و کاملاً

1. ANNE FITZGERALD AND TIM SEIDENSPINNER, Op. Cit., pp. 37 & 38.

2. cf Abbott Ryan, "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law", 57 B.C. L. Rev., 2016, 1079, pp. 1098-99, 1103. Mackenzie Caldwell, What Is an "Author"?-Copyright Authorship of AI Art Through a Philosophical Lens, 61 Hous. L. Rev., 2023, 411.

3. Electronic Person (ePerson) Spindler, Gerald, Copyright Law and Artificial Intelligence, 50 IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2019, 1049-1051. <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00879-w>

4. Spindler Gerald, Op. Cit.

5. Caldwell, Mackenzie, Op. Cit.

غیرقابل پیش‌بینی باشد، نتیجه مستقیم فرایند ماشین است که به نوبه خود، ناگزیر زاینده فکر برخی از توسعه‌دهندگان انسانی یا کاربر است.^۱

مقررات کپی‌رایت، هوش مصنوعی را به‌عنوان پدیدآورنده نمی‌شناسد و نباید این‌طور باشد. روزی ممکن است منطقی باشد: «هیچ چیزی به‌عنوان یک اثر رایانه‌ای تألیف‌شده وجود ندارد»^۲ از سوی دیگر، موضوع اصالت و خلاقیت در هوش مصنوعی به دلیل اینکه آثار تولیدشده اغلب بر داده‌ها، الگوها و الگوریتم‌های موجود متکی‌اند، منتفی است. با توجه به فقدان شخصیت حقوقی هوش مصنوعی، آثار تولیدشده توسط آن را حتی نمی‌توان در قالب اثر مشترک برنامه‌نویس و هوش مصنوعی یا اثر مشترک کاربر و هوش مصنوعی طبقه‌بندی کرد. فلسفه تشویق فعالیت‌های نوآورانه افراد در مورد هوش مصنوعی از این نظر که عمدتاً تحت تأثیر عوامل عینی مانند زیرساخت‌ها و فناوری اطلاعات و ارتباطات است، مصداق ندارد. یک الگوریتم، کورکورانه دستورالعمل‌هایی را که توسط برنامه‌نویس به آن داده، دنبال می‌کند و تحت تأثیر منفعت مالی قرار نمی‌گیرد.^۳ گرچه هوش مصنوعی ممکن است برای ایجاد خروجی نیازی به حقوق نداشته باشند، این بدان معنا نیست که هیچ‌کس برای در دسترس قرار گرفتن محصولات برنامه‌های مولد به انگیزه نیاز نداشته باشد.^۴ بسیاری از نویسندگان مدعیان اصلی محتوای تولیدشده توسط هوش مصنوعی را به برنامه‌نویس یا کاربر منتسب می‌کنند و معتقدند که هیچ ماشینی خودش منبع خلاقیت نیست.^۵

۲.۲. برنامه‌نویس به‌عنوان پدیدآورنده اثر

گرچه رایانه به دلیل اینکه انسان نیست نمی‌تواند پدیدآورنده اثر باشد،^۶ با این‌حال، مهارت انسانی برای وارد کردن اطلاعات در یک برنامه برای رسیدن به یک نتیجه خاص مورد نیاز

1. Ginsburg Jane C. & Luke A. Budiardjo, "Authors and Machines", 34 Berkeley Tech. L. J., 2019, p. 402.

2. Grimmelmann James, "There's No Such Thing as a Computer-Authored Work - And It's a Good Thing, Too", 39 Colum. J.L. & Arts, 2016. 403.

3. Hedrick, Samantha Fink, pp. 6, 7 & 11; Meng Chu, COPYRIGHT PROTECTION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE GENERATED WORKS FROM AN INDUSTRIAL PERSPECTIVE, Minzu University of China, 2024.

<https://www.researchgate.net/publication/377963914/>

4. Schönberger, D., Op. Cit; Samuelson Op. Cit., at 1203.

5. Ginsburg Jane C. & Luke A. Budiardjo, Op. Cit., P. 343.

6. Meng Chu, Op. Cit.

است.^۱ در همین راستا، عده‌ای از نویسندگان، برنامه‌نویسی را که الگوریتم را به رشته نگارش درآورده است، به عنوان پدیدآورنده نرم‌افزار تلقی می‌کنند: انتخاب‌های خلاقانه برنامه‌نویس در آماده‌سازی، طراحی و تنظیم الگوریتم‌ها، کالیبراسیون، آزمایش، انتخاب نوع مدل، انتخاب و تخصیص داده‌ها، تنظیم تابع هدف و سایر پارامترهای کلیدی و آموزش و تنظیم الگوریتم برای ایجاد خروجی‌های آن، کمک بسیار زیادی به نتیجه و نیز خروجی‌های رایانه می‌کند. با توجه به تمام آن تصمیماتی که برنامه‌نویس قبل از این مرحله در فرایند خلاق اتخاذ کرده است، به راحتی می‌توان فهمید که چرا برنامه‌نویس با توجه به سهم و کنترل بسیار مهم او در شکل‌گیری خروجی‌ها، انتخاب معقولی به عنوان پدیدآورنده خروجی‌های الگوریتم است.^۲ بنابراین هر آنچه ما از هوش مصنوعی درک و مشاهده می‌کنیم چیزی نیست جز الهامات برنامه‌نویس. در انتقاد از تخصیص کپی‌رایت به برنامه‌نویس، استدلال شده است که «برنامه‌نویس پتانسیل ایجاد خروجی را ایجاد می‌کند، اما واقعیت آن را ایجاد نمی‌کند».^۳ بریدی^۴ استدلال می‌کند که برنامه‌نویس کار کافی برای ایجاد خروجی‌ها صرف نکرده است؛ به این معنا که یک برنامه‌نویس با در نظر گرفتن فرایند ایجاد الگوریتم به عنوان یک فرایند کاملاً مجزا از فرایند خلق اثر، پس از عملیاتی شدن الگوریتم، برای ایجاد آن اثر اقدام دیگری را انجام نمی‌دهد.

با این حال، اینکه بگوییم برنامه‌نویس هیچ «حداقلی از تلاش خلاقانه»^۵ برای ایجاد اثر به محض عملیاتی شدن الگوریتم به خرج نداده است، نه تنها تمام کار قبلی برنامه‌نویس نادیده گرفته می‌شود؛ بلکه تمام مراحل دیگر در طول مسیر از ایده اصلی گرفته برای خروجی تا اجرای نهایی آن و همچنین وظایف مداوم نظارت و اصلاح الگوریتم پس از عملیاتی شدن آن نیز نادیده انگاشته می‌شود.^۶ استدلال دیگر علیه اعطای کپی‌رایت به برنامه‌نویس، غیرقابل پیش‌بینی بودن خروجی الگوریتم است؛ به این معنی که برنامه‌نویس کنترل کافی بر خروجی ندارد تا نویسنده آن

1. Laver Nicola, Op. Cit.

2. Lehr David & Paul Ohm, "Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning", 51 U.C. Davis L. Rev., 2017, 653, pp. 677-81

3. Samuelson, Op. Cit., p. 1209.

4. Bridy Annemarie, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author", Stan. Tech. L. Rev., 2012, P. 5.

5. NATIONAL COMM'N ON NEW TECHNOLOGICAL USES OF COPYRIGHTED WORKS (CONTU), FINAL REPORT (1979) CONTU FINAL REPORT, at 45; Samantha Fink Hedrick, I Op. Cit., p. 10.

6. See Lehr & Ohm, Op. Cit., p. 688-95.

تلقی شود.^۱ با این حال، صرف این واقعیت که برخی از مراحل فرایند خلاق توسط برنامه‌نویس شناخته نشده یا کاملاً درک نشده است؛ مشارکت برنامه‌نویس در فرایند خلاقیت را نفی نمی‌کند. علاوه بر این، در موارد غیرقابل پیش‌بینی، برنامه‌نویس همچنان می‌تواند در تکرارهای بعدی تنظیماتی را برای تغییر و شکل دادن به خروجی‌های بعدی انجام دهد.^۲ استدلال نهایی و جذاب توسط ساموئلسون^۳ نشان می‌دهد، همین واقعیت که کد الگوریتم دارای کپی‌رایت است، دلیل این امر است که فرایند خلاقانه منجر به ایجاد خود الگوریتم باید به عنوان یک فرایند مجزا از فرایندی که مستقیماً به ایجاد خروجی منجر می‌شود، در نظر گرفته شود. وی پیشنهاد می‌کند که برنامه‌نویس فقط باید اجازه داشته باشد که یکی از آن دو فرایند خلاقانه را تجاری کند و از یکی از آنها منتفع گردد نه از هر دو. این رویکرد مانع انتفاع مضاعف برنامه‌نویس می‌گردد.^۴

۲.۳. کاربرد به عنوان مؤلف

برخی نویسندگان با این استدلال که چون الگوریتم، ابزار (مانند پیانو یا دوربین) در ید کاربر است؛ مالکیت کپی‌رایت را به کاربر اختصاص می‌دهند.^۵ برخی از مفسران تلقی اثر مشترک (برنامه‌نویس و هوش مصنوعی) به دلیل فقدان شخصیت رایانه را نیز رد کرده و معتقدند کاربر یک ماشین مولد تنها پدیدآورنده اثر حاصل است؛ حتی اگر آن کاربر سهم بسیار کمی در تصور و اجرای کار داشته باشد.^۶ ساموئلسون استدلال می‌کند که تخصیص حقوق در خروجی تولیدشده توسط هوش مصنوعی به کاربر برنامه مولد، صحیح‌ترین راه‌حل برای این معضل است؛ زیرا مطلوب‌ترین راه‌حلی است که با ایده و سیاستی که زیربنای مقررات کپی‌رایت را تشکیل می‌دهد، سازگاری دارد.^۷ این دسته از حقوقدانان معتقدند دلایل معقولی وجود دارد که کاربر یک برنامه‌ساز مولد را به عنوان پدیدآورنده خروجی آن تلقی کرد؛^۸ حتی زمانی که مشارکت کاربر حداقل باشد:

1. Bridy, Work Made by Code, Op. Cit., at 5. See also ALFRED BELL & CO. Ltd. v. CATALDA FINE ARTS, Inc. et al., 191 F.2d at 105.

2. Hedrick Samantha Fink Op. Cit., p. 11.

3. Samuelson, Op. Cit., at 1207-08.

4. Yang B., & Yang, T., "A Comparative Analysis of the Connotations of Originality in the Works of the Two Legal Systems" 25 Journal of Hubei Police College, 2012, 152-153.

5. Hedrick Samantha Fink, P. 23.

6. Denicola, Robert C., "Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works", 69 RUTGERS U. L. REV., 2016, 251, pp. 286-87.

7. Samuelson, Op. Cit., 1185.

8. Wang Han, "Authorship of Artificial Intelligence-Generated Works and Possible System Improvement in China", Beijing Law Review, 2023, p. 906.

برای یک اثر، کاربر معمولاً از قبل حقوق استفاده از اثر را چه از طریق خرید، اجاره یا مجوز به مالک برنامه داده است. در این شرایط، اعطای برخی حقوق به شخصی که از اثر برای هدف خود یعنی خلق آثار اضافی استفاده می‌کند، بی‌انصافی نیست.^۱ این کاربر است که از نزدیک با اثر هوشمند درهم تنیده است. اگرچه کاربر زیاد درگیر کار خلاقانه نیست، عمل وارد کردن دستورالعمل‌ها، نقش اساسی در تولید اثر دارد. علاوه بر این، زمانی افراد بیشتری مایل به استفاده از نرم‌افزار هوش مصنوعی هستند که حقوق و منافع آنها کاملاً حمایت شود.^۲ بسیاری از انتخاب‌ها در مورد تنظیم پارامترها، انتخاب داده‌ها و کالیبراسیون ممکن است توسط کاربر و به جای برنامه‌نویس انجام شود.^۳ در برخی موارد، کاربر با توجه به انتخاب‌های خلاقانه ممکن است پارامترها را تنظیم و داده‌هایی را برای الگوریتم فراهم کند که خروجی و حتی نحوه عملکرد آن را به شدت تغییر دهد.^۴ نرم‌افزار مشابهی که برای دو کاربر مختلف ارائه می‌شود، بسته به انتخاب‌های خلاقانه کاربر و بدون توجه به انتخاب‌هایی که قبلاً توسط برنامه‌نویس انجام شده است، می‌تواند منجر به دو مجموعه خروجی بسیار متفاوت شود.^۵

ساموئلسون^۶ معتقد است که کاربر به عامل تثبیت اثر نزدیک‌تر است و اوست که اغلب به اصالت اثر در چنین خروجی کمک اساسی می‌کند. هنگامی که کاربر یک رشته از کلمات را برای وارد کردن به عنوان یک پیام متنی ایجاد می‌کند، خروجی‌ها را غربال می‌کند و روی خروجی‌ای که ایده خلاقانه او را به تصویر می‌کشد تکیه می‌کند، زحمت کشیده است. ویژگی‌های منحصر به فردی ممکن است در ارتباط با کاربر موجود باشد و کفه ترازو را به نفع او مینویسند. برای پدیدآورنده اثر تولیدشده توسط رایانه است پایین بیاورد. کاربر ممکن است از برنامه‌ای برای عملکردهایی استفاده کند که فراتر از تخصص برنامه‌نویس است. به عنوان مثال، یک برنامه‌نویس ممکن است با یک معمار با تجربه برای توسعه برنامه‌ای که قادر به تولید نقشه‌های معماری باشد کار کرده باشد. خود برنامه‌نویس ممکن است معمار نباشد و نتواند از برنامه خود

1. Samuelson, Op. Cit., at 1226 n.67; Schönberger, Op. Cit., at 14.

2. Yang, L. H., "Research on the Copyright of Artificial Intelligence Products", 43 Modern Law Science, 2021, 102-114; Wang Han, Op. Cit., pp. 906-907.

3. Hedrick Samantha Fink, Op. Cit., P. 11

4. Lehr David & Paul Ohm, Op. Cit., p. 653.

5. Hedrick Samantha Fink, Op. Cit., P. 12.

6. Samuelson, Op. Cit., at 1200-04 & 1227-28. Ginsburg Jane C. & Luke A. Budiardjo, Op. Cit., pp. 448 & 449 (2018).

برای ایجاد یک طرح معماری قابل مقایسه استفاده کند؛ اما معمار باتجربه (کاربر) با استفاده از این برنامه می‌تواند خروجی‌های مطلوب‌تری را تولید کند.^۱ کاربر در مورد انتخاب و ویرایش خروجی‌ها تصمیم‌های بیشتری می‌گیرد تا تعیین کند کدام‌یک را به بازار عرضه و منتشر کند و کدام را مورد توجه قرار ندهد. کیفیت متفاوت این انتخاب‌ها نشان‌دهنده اصالت و خلاقیت کاربر هستند.^۲

کمیسیون ملی استفاده‌های فناورانه نوین از آثار واجد کپی‌رایت امریکا از تخصیص کپی‌رایت به کاربر به دلیل اینکه وی همیشه سهم بسیار مهمی در شکل‌دهی به خروجی داشته است، دفاع کرده است.^۳ با این حال، به نظر برخی نویسندگان، تلقی کاربری که صرفاً یک ایده یا دستوری را ارائه می‌کند، به عنوان «نویسنده» مورد انتقاد قرار گرفته و استدلال شده است که نتایج غیرعادی در دنیای سنتی کپی‌رایت به همراه خواهد داشت؛ مثلاً اگر کاربر مترجم گوگل، پدیدآورنده ترجمه حاصل در نظر گرفته شود؛ آنگاه چنین کاربری صرفاً با ارائه یک ایده اولیه (یعنی ترجمه این متن به فارسی) حق مؤلف را به دست می‌آورد که این امر نتایج غیرعادی و برخلاف قواعد کپی‌رایت به وجود می‌آورد.^۴

در دعوی Kelley v. Chicago Parks District^۵ این نوع ادعای نویسندگی به دلیل فقدان کنترل با شکست مواجه شد. در دعوی دیگر، Midway v. Artic International^۶ دادگاه این ادعا را که کاربران بازی‌های ویدئویی، پدیدآورندگان اثر سمعی و بصری‌اند، رد کرد.^۷

۲.۴. اثر مشترک کاربر و برنامه‌نویس

رویکرد اثر مشترک برای تخصیص حقوق مالکیت در آثار تولیدشده توسط رایانه در ابتدا جذاب به نظر می‌رسد؛ زیرا دشواری انتخاب بین دو مدعی اصلی، کاربر و برنامه‌نویس را حل می‌کند.^۸ با این حال در تئوری، تلقی اثر مشترک برنامه‌نویس و کاربر رضایت‌بخش‌تر از آن است

1. Samuelson, Op. Cit., at 1204.

2. Loc. Cit., at 1202

3. NATIONAL COMM'N ON NEW TECHNOLOGICAL USES OF COPYRIGHTED WORKS (CONTU), FINAL REPORT (1979) CONTU FINAL REPORT, p. 45; Samuelson, Op. Cit., at 1200.

4. Ginsburg Jane C. & Luke A. Budiardjo, Op. Cit., at 444.

5. Kelley v. Chicago Park District, 635 F.3d 290 (7th Cir. 2011).

See also Ginsburg Jane C. & Luke A. Budiardjo, Op. Cit., P. 343.

6. Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc., 1981 U.S. Dist. LEXIS 16881 (1981).

7. Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc., 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983).

8. Hewitt, Stephen, Protection of Works Created by the Use of Computers, 133 NEW L.J., 1983, at 235; Bridy, Op. Cit., at 397; Samuelson, Op. Cit., at 1221; NATIONAL COMM'N→

که در عمل این رضایت ثابت و محقق شود. ایرادی که می‌توان به این نظریه وارد کرد این است که برای تحقق اثر مشترک باید از قبل بین برنامه‌نویس و کاربر قصد مشترک نیز وجود داشته باشد. آیا اراده‌های برنامه‌نویس و کاربر برای ادغام مشارکت‌های خود با کمک هوش مصنوعی در یک کار واحد مبتنی بر قصد و نیت آنها بوده است؟ احراز قصد مشترک طرفین در این خصوص بسیار دشوار خواهد بود؛ مگر اینکه در قرارداد لیسانس یا اعطای دسترسی به داده‌ها، شرط آفرینش مشترک تصریح شده باشد. در تولید اثر ناشی از هوش مصنوعی، برنامه‌نویس و کاربر دارای یک رابطه و هماهنگی قبلی نیستند؛ یعنی کاربر که عامل مستقیم ایجاد اثر خواهد بود، معمولاً هیچ ارتباط مستقیمی با برنامه‌نویس ندارد. کاربر معمولاً از برنامه‌مولد در یک سایت دور از برنامه استفاده می‌کند و برنامه‌نویس هیچ دخالتی در کار انجام‌شده توسط کاربر برنامه ندارد. بنابراین، احراز هدف و قصد مشترک در مورد خروجی خاص یک برنامه رایانه‌ای بین برنامه‌نویس و برخی از کاربران راه دور دشوار خواهد بود. اثر مشترک همچنین تعدادی از معایب عملی بیشتری را ایجاد می‌کند. این رویکرد حقوق مالکیت را به جای تثبیت واقعی آنها، حقوق مربوط را بین ذی‌نفعان تقسیم می‌کند. همچنین، اگر به برنامه‌نویس به دلیل مشارکت او حقوقی داده شود، این امر تسلسل وار به شرح زیر ادامه خواهد داشت: برنامه‌نویس سیستم‌عامل، مالک میکروکد تعبیه شده در سخت افزار و برنامه‌نویسی که کامپایلر بهینه‌سازی را نوشته است که کد منبع برنامه مولد را به فرم قابل خواندن ماشین تبدیل می‌کند؛ همگی ادعای مشارکت در خلق نرم‌افزار را خواهند داشت و هنگامی که این تقسیم بندی شروع شود، متوقف کردن آن دشوار خواهد بود.^۱ در نهایت، مشکل تشخیص نویسندگی مشترک بین طراحان ماشین و کاربران ممکن است مشکلات مدیریتی نیز ایجاد کند. طبق مقررات کپی‌رایت امریکا اثر مشترک به این معنی است که هم طراح و هم کاربر می‌توانند به طور یکجانبه مجوزهای غیرانحصاری را برای بهره‌برداری از اثر به اشخاص ثالث اعطا کنند که البته در قبال درآمد حاصل از اعطای مجوز به مالک مشترک خود پاسخگو خواهند بود.^۲

←ON NEW TECHNOLOGICAL USES OF COPYRIGHTED WORKS, FINAL REPORT (1979), CONTU FINAL REPORT, at 45.

1. Samuelson, Op. Cit., at 1221- 1223.

2. Davis v. Blige, 505 F.3d 90, 100 (2d Cir. 2007). Meredith v. Smith, 145 F.2d 620, 621 (9th Cir. 1944).

با مدنظر قرار دادن ایرادهای یادشده، با این حال باید توجه شود که موارد خاصی پیش می‌آید که برنامه‌نویس و کاربر از قبل و با قصد مشترک در «ایجاد» نرم‌افزار مشترک همکاری می‌کنند. در این گونه موارد نتیجه حاصل، حقیقتاً اثر مشترک کاربر و برنامه‌نویس تلقی خواهد شد؛ بدین توضیح که کاربر ممکن است از برنامه‌ای برای عملکردهایی استفاده کند که فراتر از تخصص برنامه‌نویس است. به عنوان مثال، یک برنامه‌نویس ممکن است با یک معمار (کاربر) باتجربه (یا گروهی از معماران) برای توسعه برنامه‌ای که قادر به تولید نقشه‌های معماری است، کار کرده باشد. خود برنامه‌نویس ممکن است معمار نباشد و نتواند از برنامه خود برای ایجاد یک طرح معماری قابل مقایسه استفاده کند؛ درحالی که یک معمار باتجربه (کاربر) با استفاده از این برنامه خواهد توانست برنامه‌ای را که برنامه‌نویس نوشته است ارتقا دهد. به همین ترتیب، اگرچه ممکن است یک برنامه‌نویس تئوری موسیقی را مطالعه کرده و برنامه‌ای نوشته باشد که آهنگ‌های موسیقی بسیار خوبی ایجاد کند، خود برنامه‌نویس ممکن است در واقع نتواند به‌طور دقیق ارزیابی کند که کدام یک از قطعات تولیدشده از نظر موسیقایی برتر از بقیه اند. اما یک آهنگساز (کاربر) باتجربه ممکن است از این برنامه استفاده کند و کیفیت موسیقی را که برنامه‌نویس به آن امیدوار بوده است بهبود و ارتقا بخشد. در این‌گونه موارد و با احراز قصد مشترک طرفین، اثر، مشترک تلقی خواهد شد.

۲.۵. حوزه عمومی

اگر نتوان معضل تألیف اثر درمورد آثار رایانه‌ای را با استفاده از ضوابط کپی‌رایت سنتی به‌طور رضایت‌بخش حل کرد و اگر راه‌حل اثر مشترک غیرقابل اجرا تلقی شود؛ در این صورت خروجی هوش مصنوعی در حوزه عمومی قرار می‌گیرد و حق انحصاری اثر تولیدشده توسط رایانه به هیچ‌کس تعلق نخواهد گرفت؛^۱ درست مانند یک شیء پیداشده بدون مالک. گزینه نهایی اختصاص خودکار خروجی‌های هوش مصنوعی به دامنه عمومی موجب خواهد شد که هدف نهایی حقوق کپی‌رایت که گسترش دامنه عمومی آثار خلاقانه است، محقق گردد.^۲ با این حال، مشکل این رویکرد از بین رفتن انگیزه‌های پدیدآورندگان خواهد بود. در وهله اول، اگر

1. Butler, T., "Can a Computer Be an Author? Copyright Aspects of Artificial Intelligence", 4 CoMM/ENT L.J., 1982, 707, at 734; Hewitt, Stephen, Op. Cit., at 235.

2. Samuelson, Op. Cit., at 1205-09; Hedrick Samantha Fink, Op. Cit.

پدیدآورندگان انگیزه اقتصادی مناسبی برای ایجاد هوش مصنوعی نداشته باشند یا زمان و منابع را صرف جمع‌آوری داده‌ها برای آموزش آن یا ایجاد بهبود در آن نکنند، نتیجه نهایی این خواهد بود که آثار کمتری خلق و رکود علمی حاصل و رونق اقتصادی تولید هوش مصنوعی نیز بسیار ضعیف خواهد شد. بنابراین، افزایش دامنه عمومی بدون مشوق‌های مالی و اقتصادی باعث خواهد شد که اشخاص کمتری تصمیم به ایجاد، بهبود یا استفاده از این نوع هوش مصنوعی بگیرند. البته انگیزه‌های دیگری مانند کسب شهرت، احترام آکادمیک، منفعت تجاری با چالش جدی مواجه خواهد شد.^۱

در نهایت و با مدنظر قرار دادن مباحث مذکور، از آنجایی که قواعد و مقررات کپی‌رایت نظام‌های حقوقی در خصوص خروجی‌های هوش مصنوعی راه‌حل جامع و مقبول همگان را ارائه نمی‌کنند و راه‌حل‌های موجود نیز ممکن است با تردید مفسران مواجه شود؛ در حال حاضر، بهترین گزینه این است که حقوق و تکالیف ذی‌نفعان را در مورد این گونه آثار، خصوصاً در سطح بین‌المللی، در یک قرارداد یا مجوز اعطای استفاده به روشنی تصریح کرد. مثلاً برنامه‌نویس بازی‌های ویدئویی به هنگام انعقاد قرارداد یا اعطای مجوز استفاده، شرط می‌کند که کپی‌رایت را در سطوحی از بازی‌های ویدئویی که به‌طور تصادفی تولید می‌شوند یا حتی در نسخه‌ای از بازی که در اثر تعامل کاربر با نرم‌افزار تولید می‌شود حفظ خواهد کرد.

نتیجه‌گیری

اهمیت آثار تولیدشده توسط هوش مصنوعی و نحوه برخورد قانون با انواع جدید خلاقیت ماشین‌محور می‌تواند پیامدهای اقتصادی گسترده‌ای داشته باشد. اگر توسعه‌دهندگان هوش مصنوعی شک داشته باشند که آثار خلق شده از طریق یادگیری ماشینی واجد شرایط حمایت مقررات کپی‌رایت نیستند و ممکن است به دلیل عدم مداخله انسانی در مالکیت عمومی قرار گیرند، انگیزه فعالیت فکری در چنین سیستم‌هایی از بین خواهد رفت و این امر موضوعی است که برنامه‌نویسان هوش مصنوعی را بسیار نگران کرده است. به نظر می‌رسد شکاف بزرگی بین محققان حقوقی فاقد دانش فنی در زمینه هوش مصنوعی و برنامه‌نویسان هوش مصنوعی فاقد دانش حقوقی وجود دارد. نحوه پر کردن این شکاف نگرانی اصلی است؛ زیرا بدون درک عملکرد

1. Ginsburg Jane C. & Luke A. Budiardjo, Op. Cit., P. 343.

اساسی هوش مصنوعی، پیشنهاد هرگونه اقدامی برای حمایت از آثار تولیدشده توسط هوش مصنوعی، نتیجه مثبتی به بار نخواهد آورد. با تجمیع تئوری‌های حقوقی، اقتصادی از یک سو و تحصیل دانش فنی هوش مصنوعی از سوی دیگر ممکن است به یک نتیجه و راه‌حل توجیه‌پذیر و قانع‌کننده برای حمایت از آثار تولیدشده توسط هوش مصنوعی رسید.

از سوی دیگر، همان‌طور که دیدیم، با تولید آثار ارزشمند توسط هوش مصنوعی، صحنه برای رقابت مدعیان کپی‌رایت، داغ و به علت ابهام قوانین، حقوق کپی‌رایت با چالش‌های جدی مواجه شده است. در حال حاضر، برای رفع چالش‌های مورد بحث، پژوهش حاضر به این نتایج رسیده است: در کلیه نظام‌های حقوقی، هوش مصنوعی فاقد شخصیت حقوقی است؛ از این‌رو، اعطای کپی‌رایت به هوش مصنوعی یا به انسان و هوش مصنوعی در قالب پدیدآورندگان مشترک، در تضاد با تئوری حقوق شخصی است؛ مفاهیمی چون مؤلف، اصالت، مالکیت، مدت‌حمایت، حقوق اخلاقی و اقتصادی در مورد هوش مصنوعی منتفی است.

با فقدان شخصیت حقوقی هوش مصنوعی و قابل‌حمایت بودن خروجی‌های آن، وضعیت حقوقی آثار تولیدشده از لحاظ انتساب آنها به پدیدآورنده، دو روش می‌تواند مدنظر قرار گیرد: می‌توان حمایت از کپی‌رایت را برای آثاری که توسط رایانه تولید شده‌اند، رد کرد و آن را در حوزه عمومی قرار داد که این روش از نظر اقتصادی آثار نامطلوبی به‌جا خواهد گذاشت و موجب دلسردی و ناامیدی شدید سرمایه‌گذاران در این حوزه خواهد شد. یا می‌توان کپی‌رایت چنین آثاری را با الهام از کد (3)9 قانون کپی‌رایت، طرح‌ها و اختراعات انگلستان، متعلق به شخصی تلقی کرد که تولید اثر را فعال کرده است. باید اذعان داشت که در حال حاضر، مدل بریتانیایی در بین مدل‌های دیگر، کارآمدترین و معقول‌ترین رویکرد محسوب می‌شود. چنین رویکردی تضمین می‌کند که اشخاص به کار کدنویسی در فناوری ادامه خواهند داد و اطمینان حاصل خواهند کرد که بازده کار فکری خود را دریافت خواهند کرد. این راه‌حل: اولاً، از مشکل اعطای حقوق قانونی به هوش مصنوعی جلوگیری می‌کند که امروزه همه ما می‌دانیم عملی نیست؛ ثانیاً، شناسایی فرد به عنوان مؤلف که ترتیبات لازم برای ایجاد اثر را انجام داده است، باعث می‌شود که اثر در حوزه عمومی قرار نگیرد.

اما، مشکل راه‌حل مذکور در این است که در چنین مواردی شناسایی پدیدآورنده اثر همیشه ساده نیست. آیا صاحب اثر، برنامه‌نویس است یا کاربر؟ یا ترکیبی مشترک از آنها؟ برای یافتن

کاندیدای احتمالی مناسب مهم است که به دنبال راه‌حل‌های متعادل‌ی باشیم که حقوق همه ذی‌نفعان با توجه به شرایط مربوط مدنظر قرار گیرد: در نظر گرفتن عملکرد کاربر یا برنامه‌نویس مورد به مورد با توجه به شرایط، نحوه و میزان اقدامات و نوع نرم‌افزار مورد استفاده، می‌تواند مشکل مورد بحث را به‌طور نسبی حل کند. در مورد انتخاب بین برنامه‌نویس و کاربر، تصمیم درباره اینکه کپی‌رایت به چه کسی باید تخصیص داده شود، بسیار مبتنی بر واقعیت است و بر اساس ماهیت نرم‌افزار متفاوت خواهد بود. به عنوان مثال، اگر فردی سیستمی را بسازد که قادر به تولید خروجی باشد، بدون هیچ‌گونه مشارکت خلاقانه کاربر، برنامه‌نویس چنین سیستمی، نویسنده خروجی‌های سیستم تلقی خواهد شد. اگر کاربر نحوه عملکرد دستگاه را کنترل و آنچه را تولید می‌کند مشخص کند، در این صورت، ماشین فقط یک «بازار معمولی» است و کاربر تنها نویسنده کار حاصل است؛ زیرا هم اثر را پنداشته و هم آن را اجرا کرده است. بسیار ناعادلانه خواهد بود؛ مثلاً مالکیت کپی‌رایت در همه خروجی‌های یک برنامه پردازش کلمه را به برنامه‌نویس تخصیص داده شود. در اینجا مؤلف، کاربر است و برنامه پردازش کلمه صرفاً ابزاری است در ید کاربر. در مواردی که دستورالعمل‌های کاربر برای دستکاری رایانه بسیار گسترده و مفصل باشد، تلقی کاربر به‌عنوان مؤلف ممکن است مشکلی ایجاد نکند. اما وقتی دستورالعمل‌های کاربر به‌طور فزاینده‌ای مختصر یا کلی می‌شوند و نقش رایانه در فرایند طراحی یا چیدمان به همان نسبت بیشتر می‌شود، دفاع از کاربر به‌عنوان پدیدآورنده به‌طور فزاینده‌ای دشوار می‌شود؛ برای مثال، تایپ کلمه «تصنیف» در یک برنامه مولد موسیقی. در این وضعیت، استدلال قوی‌تری برای برنامه‌نویس در مورد مالکیت کپی‌رایت می‌تواند وجود داشته باشد: هم به دلیل استحقاق برنامه‌نویس و هم به دلیل اینکه این استحقاق برای نویسنده نسبت به کاربر از مبانی قوی‌تری برخوردار است. به طریق اولی، اگر خروجی یک برنامه مولد، مثلاً یک قطعه موسیقی ارزشمند، چنانچه در نتیجه ترتیبات و چینش دقیق برنامه‌نویس با کدگذاری مربوط محقق شده و هیچ اقدامی از طرف کاربر انجام نشده باشد، طبیعتاً برنامه‌نویس را باید پدیدآورنده تلقی کرد. اگر خروجی‌های هوش مصنوعی منعکس‌کننده مشارکت‌های خلاقانه برنامه‌نویس و کاربر باشد، در این صورت، خروجی‌هایی که از طریق استفاده از ماشین تولید می‌شوند، ممکن است «اثر مشترک» تلقی شوند؛ مشروط بر اینکه طراح و کاربر با قصد مشترک قبلی برای ایجاد اثر خاص با یکدیگر همکاری کرده باشند.

اگر برنامه‌نویس بتواند پیش‌بینی کند که کاربر چه کاری انجام خواهد داد تا یک خروجی را از دستگاه خارج کند؛ یعنی کاربر فقط مجموعه محدودی از گزینه‌ها یا پارامترها را انتخاب کند؛ در این صورت، برنامه‌نویس پدیدآورنده خروجی است. اگر خروجی فاقد معیارهای فوق باشد، در این صورت خروجی موردنظر بدون پدیدآورنده تلقی خواهد شد و خروجی هوش مصنوعی، اثر تلقی نخواهد شد و در حوزه عمومی قرار خواهد گرفت. مبانی حقوقی راه‌حل‌های یادشده در این نتیجه‌گیری را می‌توان در نظام حقوقی ایران نیز یافت؛ بدین توضیح که گرچه قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ پاسخ صریحی به ما نمی‌دهد، می‌توان مبنایی برای آن با توجه به عمومات و کلیات مقررات ایران یافت. می‌توان با الهام از مواد ۱ و ۲ و سایر مواد مربوط قانون مالکیت ادبی و هنری ۱۳۴۸ و ماده ۱ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ و مواد ۳، ۴ و ۱۳ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۸۳ که شرط اصالت را بیان می‌دارند، به نتایج مشابه تفسیری که از کد (3) 9 قانون کپی‌رایت، طرح‌ها و اختراعات انگلستان ۱۹۸۸ به عمل آمد رسید؛ بدین توضیح که خروجی حاصل از هوش مصنوعی، حتی اگر منحصر به فرد و کاملاً غیرقابل پیش‌بینی باشد، نتیجه مستقیم فرایند هوش مصنوعی است که هوش مصنوعی نیز به نوبه خود، ناگزیر زاینده فکر برنامه‌نویس یا کاربر است (تحقق شرط اصالت). در حقیقت برنامه‌نویس ابتدا با نگارش کدهای منبع و باینری هوش مصنوعی، جرقه خلاقیت را که از ارکان مهم حمایت کپی‌رایت است محقق می‌سازد که هوش مصنوعی با تکیه بر این خلاقیت انسانی می‌تواند خروجی حاصل را ارائه کند یا کاربر با ایجاد تغییرات و اصلاحات کدهای منبع و باینری سبب می‌گردد که هوش مصنوعی خروجی مورد بحث را تولید کند. در هر صورت، عامل خروجی هوش مصنوعی انسان است که ترتیبات لازم را برای خلق اثر انجام داده است. شخصی که به نوعی در تولید اثر دخالت می‌کند (برنامه‌نویس یا کاربر یا هر دو در اثر مشترک)، به عنوان پدیدآورنده در نظر گرفته می‌شود. در بسیاری از موارد، یا انسان بالادستی (برنامه‌نویس) که ماشینی را برای تولید خروجی برنامه‌ریزی و آموزش می‌دهد یا در موارد دیگر، انسان پایین دستی (کاربر) که خروجی را درخواست می‌کند، به اندازه کافی در مفهوم و اجرای اثر حاصله دخالت دارد (تحقق شرط اصالت) تا ادعای کپی‌رایت کند.

یک چنین تفسیری نه تنها مغایر با مقررات یادشده نیست، بلکه منطبق با اصول و مبانی حقوق مالکیت فکری نیز است؛ چراکه اصالت (وجود حداقل خلاقیت انسانی)، که مفهومی مختص به انسان است، در چنین تفسیری دیده می‌شود. همین معنا را می‌توان در ماده ۷۹ لایحه حمایت از مالکیت فکری^۱ دید. این ماده تصریح می‌دارد: «دارنده نخستین در اثر پدیدآمده توسط رایانه، شخصی است که عرفاً نقش تعیین‌کننده در خلق اثر داشته باشد».

طبق منطوق ماده مذکور، مفهوم «مؤلف» نرم افزار مستلزم وجود انسان است. مفاد این ماده از قبل بین برنامه‌نویس و کاربر (جایی که افراد مختلف هستند) یکی را انتخاب نمی‌کند؛ فلذا می‌توان گفت در صورتی که فردی (برنامه‌نویس یا کاربر) عرفاً نقش تعیین‌کننده در خلق اثر داشته و به عبارت دیگر، اقدامات یا ترتیبات لازم برای خلق اثر را انجام داده باشد، مؤلف نرم افزار محسوب خواهد شد. صاحب کپی‌رایت فردی خواهد بود که با توجه به شرایط مربوط، استحقاق وی از مبانی حقوقی قوی‌تری برخوردار باشد. به نظر می‌رسد مفاد ماده مذکور به نوعی مقتبس از کد ۹(۳) قانون کپی‌رایت، طرح‌های صنعتی و اختراعات ۱۹۸۸ انگلستان است؛ با این تفاوت که مفاد ماده ۷۹ لایحه واضح‌تر، دقیق‌تر، حقوقی‌تر و فنی‌تر به رشته نگارش درآمده است؛ چراکه ملاک تعیین مؤلف از بین برنامه‌نویس و کاربر را به عرف محول کرده است و منظور از عرف در این ماده، همان عرف رایج در صنعت نرم‌افزار است.

منابع

مقاله

۱. شبیری زنجانی، سیدحسن، «حقوق مالکیت فکری در آثار مبتنی بر رایانه (برگرفته از رایانه)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۲، صص ۱۹۳-۱۵۷.
۲. رجبی، عبدالله، «حقوق محصولات فکری پدیدآمده از غیر انسان: شرح حقوق کنونی و نقدی بر رویکرد لایحه حمایت از مالکیت فکری»، مجله علمی حقوق خصوصی، دوره ۱۴، شماره ۲، ۱۳۹۶، ۲۶۵-۲۴۱.

۱. این لایحه در تاریخ ۱۳۹۳/۷/۲ به تصویب هیئت وزیران رسیده است و در تاریخ ۱۳۹۳/۸/۶ تقدیم مجلس شورای اسلامی شده است.

References

Books

1. Bulayenko, Oleksandr and Quintais, João Pedro and Gervais, Daniel J. and Poort, Joost, *AI Music Outputs: Challenges to the Copyright Legal Framework*, reCreating Europe Report, 2022. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4072806> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072806/>
2. Compendium of U.S. Copyright Office Practices § 306 (3d ed. 2014). United States Copyright Office, Sixty-eighth Annual Report of the Register of Copyrights for the Fiscal Year Ending June 30, 1965, Library of Congress (1966).
3. Hunt, E. B., *Artificial intelligence*, Academic Press, 2014.3- McJohn, S. M., *Examples & explanations for intellectual property*, Aspen Publishing, 2021.
4. Mcleod R., & Schell G. P., *Introduction to Information Systems*, Collier Macmillan, 1989.
5. Miroslav Kubat, *An Introduction to Machine Learning*, Springer, 2015.
6. NATIONAL COMM'N ON NEW TECHNOLOGICAL USES OF COPYRIGHTED WORKS, FINAL REPORT, (CONTU FINAL REPORT), Library of Congress, Washington, United States, 1979. <https://www.tech-insider.org/intellectual-property/research/acrobat/780731.pdf/>
7. Russell Stuart, J., and Norvig, Peter (Eds), *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3rd Ed, Prentice Hall, 2010.
8. Schönberger, D., *Deep Copyright: Up - And Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)*, 2018 in *Droit d'auteur 4.0 / Copyright 4.0*, DE WERRA Jacques (ed.), Geneva / Zurich (Schulthess Editions Romandes) 2018, pp. 145-173., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3098315/>
9. West, D., *What is Artificial Intelligence?* Brookings, 2022. Retrieved March 5, 2023, from <https://www.brookings.edu/research/what-is-artificialintelligence/>
10. Winston, P. H., *Artificial Intelligence*, Addison-Wesley Longman Publishing Co., Inc., 1984.
11. Winston, Patrick, Henry, *Artificial Intelligence*, Addison Wesley Publishing Company, 3rd Edition 1993. <https://courses.csail.mit.edu/6.034f/ai3/rest.pdf/>

12. Wolfgang Ertel, *Introduction to Artificial Intelligence*, 2nd ed., Springer, 2017.
13. World Intellectual Property Organization WIPO, '*WIPO Technology Trends 2019: Artificial Intelligence*'.
https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1055.pdf/

Articles

14. Abbey, Olivia, "Artificial Intelligence, Bias, and the Sustainable Development Goals", United Nations, Department of Economic and Social Affairs Sustainable Development,
<https://sdgs.un.org/sites/default/files/2023-05/A14%20-%20Abbey%20-%20Artificial%20Intelligence%20Bias.pdf/>
15. Abbott, Ryan, "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law", 57 B.C. L. Rev., 2016.
16. Bridy, Annemarie, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author", Stan. Tech. L. Rev., 2012.
17. Bridy, Annemarie, "The Evolution of Authorship: Works Made by Code", 39 Colum. J.L. & Arts, 2016.
18. Butler, T., "Can a Computer Be an Author? Copyright Aspects of Artificial Intelligence", 4 CoMM/ENT L.J., 1982.
19. Caldwell, Mackenzie, "What Is an "Author"?-Copyright Authorship of AI Art Through a Philosophical Lens", 61 Hous. L. Rev., 2023.
<https://houstonlawreview.org/article/92132-what-is-an-author-copyright-authorship-of-ai-art-through-a-philosophical-lens/>
20. Denicola, Robert C., "Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works", 69 RUTGERS U. L. REV., 2016.
21. Dornis, Tim, W., 'Of "Authorless Works" and "Inventions without Inventor"', 43 European Intellectual Property Review, 2021.
22. Drexler, Josef and others, "Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective", Max Planck Institute for Innovation & Competition Research, Paper, No. 19-13, 2019. <https://ssrn.com/abstract=3465577/>
23. FITZGERALD ANNE AND SEIDENSPINNER, TIM, "COPYRIGHT AND COMPUTER-GENERATED MATERIALS: IS IT TIME TO REBOOT THE DISCUSSION ABOUT AUTHORSHIP? 3", Victoria University Law and Justice Journal, Issue 1, 2013. [file:///C:/Users/dear/Downloads/25-Article%20Text-4245-1-10-20220416.pdf/](file:///C:/Users/dear/Downloads/25-Article%20Text-4245-1-10-20220416.pdf)

24. Fritz, Johannes, "The notion of 'authorship' under EU law—who can be an author and what makes one an author? An analysis of the legislative framework and case law", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2024. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae022/>
25. Ginsburg Jane C., & Luke A. Budiardjo, *Authors and Machines*, 34 *Berkeley Tech. L. J.*, 2019. https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2323/
26. Ginsburg Jane C., "The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law", 52 *DePaul L. Rev.*, 2003. <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol52/iss4/3/>
27. Grimmelmann, James, "There's No Such Thing as a Computer-Authored Work - And It's a Good Thing, Too," 39 *Colum. J.L. & Arts*, 2016.
28. Guadamuz, Andres, *Artificial intelligence and copyright*, *Wipo Magazine*, 2017. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html/
29. Guadamuz, Andres, "Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works", 2 *Intellectual Property Quarterly*, 2017.
30. Gunning, David, "Explainable Artificial Intelligence", <https://www.darpa.mil/program/explainable-artificial-intelligence/>
31. Hardy, I. Trotter, "Six Copyright Theories for the Protection of Computer Object Programs", *Faculty Publications*, 1984. <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/647/>
32. Hartmann, C., Allan, J., Hugenholtz, P., Quintais, J. et al., "Trends and developments in artificial intelligence – Challenges to the intellectual property rights framework – Final report", *European Commission: Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Publications Office of the European Union*, 2020. <https://data.europa.eu/doi/10.2759/683128/>
33. Hedrick, Samantha Fink, "I 'Think,' Therefore I Create: Claiming Copyright in the Outputs of Algorithms", 8 *JIPeL.*, No. 2, 2019. https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Samantha%20Hedrick.pdf/
34. Hewitt, Stephen, "Protection of Works Created by the Use of Computers", 133 *NEw L.J.*, 1983. <https://academic.oup.com/jiplp/advancearticle/doi/10.1093/jiplp/jpae022/7614897/>
35. Hugenholtz, P., Bernt and Quintais, João Pedro, 'Copyright and Artificial Creation: Does EU Copyright Law Protect AI-Assisted Output?', 52 *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, '2021.

36. Hutukka, P., "Copyright Law in the European Union, the United States and China", 54 IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2023.
37. Lauber-Rönsberg, Anne, and Hetmark, Sven, "The Concept of Authorship and Inventorship under Pressure: Does Artificial Intelligence Shift Paradigms?", 14 GRUR International, 2019.
38. Lehr David & Paul Ohm, "Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning", 51 U.C. Davis L. Rev. 2017.
39. Lu, B., "A Theory of 'Authorship Transfer' and Its Application to the Context of Artificial Intelligence Creations", Queen Mary Journal of Intellectual Property, 11(1), (2021).
40. Luo Li, "Intervention Report for the WIPO Conversation on Intellectual Property and Artificial Intelligence", (Third Session), https://www.wipo.int/export/sites/www/aboutip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ind_li.pdf (last visited Dec. 14, 2021) 7/
41. Olewitz, Chloe, A Japanese A.I. "Program Just Wrote a Short Novel, and It Almost Won a Literary Prize", DIGITAL TRENDS, 2016. <https://www.digitaltrends.com/cool-tech/japanese-ai-writes-novelpasses-first-round-national-literary-prize>.
42. PIERRE-LUC RACINE, "FOSTERING EXPRESSIVE KNOWLEDGE: THE COPYRIGHTABILITY OF COMPUTERGENERATED WORKS IN CANADA", 60 The Law Review of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property, No 3, 2020. https://ipmall.law.unh.edu/sites/default/files/hosted_resources/IDEA/60/fostering_expressive_knowledge_-_pierre-luc_racine_60_3.pdf
43. Posner, Richard, A., Intellectual Property: The Law and Economics Approach, 19 Journal of Economic Perspectives, No 2, 2005. <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/0895330054048704/>
44. Rajabi, Abdullah, "Rights of Intellectual Products Created by Non-Humans: A Description of Current Laws and a Critique of the Approach of the Intellectual Property Protection Bill", Scientific Journal of Private Law, Volume 14, 2017, No 2, pp: 241-265. (in Persian)
45. Rosati Eleonora, "The Monkey Selfie Case and the Concept of Authorship: An EU Perspective", 12 Journal of Intellectual Property Law & Practice 974, 2017.
46. Ryan Calo, "Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap", 51 UC Davis Law Review, 2017.
47. Samuelson, Pamela, "Symposium: The Future of Software Protection: Allocating Ownership Rights in Computer Generated Works", 47 U. Pitt. L. Rev., 1986.

48. Shobeiri Zanjani, Seyed Hassan, "Intellectual Property Rights in Computer-Based Works (Taken from Computer)", *Comparative Law Research*, Volume 14, 2010, No 2, pp: 157-193. (in Persian)
49. Shurkin, Joel, "Expert Systems: The Practical Face of Artificial Intelligence", 8 *TECH. REV.*, 72 1983.
50. Spindler, Gerald, "Copyright Law and Artificial Intelligence", 50 *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2019. <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00879-w/>
51. Wang, Han, "Authorship of Artificial Intelligence-Generated Works and Possible System Improvement in China", *Beijing Law Review*, 2023. https://www.scirp.org/pdf/blr_2023062010584840.pdf/
52. Yang, B. & Yang, T., "A Comparative Analysis of the Connotations of Originality in the Works of the Two Legal Systems", *Journal of Hubei Police College*, 2012.
53. Yang, L. H., "Research on the Copyright of Artificial Intelligence Products", 43 *Modern Law Science*, 2021.

Internet Resource

54. Bently, Lionel, *The UK's Provisions on Computer-Generated Works: A Solution for AI Creations?*
<https://europeancopyrightsociety.org/wpcontent/uploads/2018/06/lionel-the-uk-provisions-on-computer-generated-works.pdf/>
55. Cuntz Alexander, Carsten Fink, Hansueli Stamm, *Economic Research Working Paper No. 77/2024*, 2024.
<https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-econstat-wp-77-en-artificial-intelligence-and-intellectual-property-an-economic-perspective.pdf/>
56. Laver, Nicola, *What are Computer-generated works?*
<https://www.claims.co.uk/knowledge-base/intellectual-property/computer-generated-works-copyright/>
57. McCallum, S., *ChatGPT Banned in Italy over Privacy Concerns*, 2023.
<https://www.bbc.com/news/technology-65139406/>
58. Manning, Christopher, *Artificial Intelligence Definitions*, STANFORD UNIVERSITY HUMAN-CENTERED ARTIFICIAL INTELLIGENCE, 2020. <https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AIDefinitions-HAI.pdf/>
59. Nyasha Shani Foy, *Does Copyright Protection Extend Beyond Original Works in an AI World?*
<https://nysba.org/does-copyright-protection-extend-beyond-original-works-in-an-ai-world/>
60. Roose, K., *An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren't Happy*. *The New York Times*, 2022.

<https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html/>

61. Spencer, G., Much More than a Chatbot: China's Xiaoice Mixes AI with Emotions and Wins over Millions of Fans, 2018.

<https://news.microsoft.com/apac/features/much-more-than-a-chatbot-chinas-xiaoice-mixes-ai-with-emotions-and-wins-over-millions-of-fans>

Cases

62. Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 58 (1884).
63. Davis v. Blige, 505 F.3d 90, 100 (2d Cir. 2007).
64. Feist Publications v Rural Telephone Service Company, Inc. 499 U.S. 340. (1991).
65. Kelley v. Chicago Park District, 635 F.3d 290 (7th Cir. 2011).
66. Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc., 1981 U.S. Dist. LEXIS 16881 (1981).
67. Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc., 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983).
68. Meredith v. Smith, 145 F.2d 620, 621 (9th Cir. 1944).
69. Naruto v. Slater, Case No. 15-cv-04324-WHO (N.D. Cal. 2016).

The Challenges Facing the Human-Centered Copyright Regime with the Evolution of Artificial Intelligence

Parviz Savrai*

Abstract

The extensive progress of artificial intelligence technology has created complex challenges in the field of intellectual property, especially in regard to the copyright of outputs produced by artificial intelligence. Today, artificial intelligence creates works in which human intervention is either minimal, or the work is created independently by artificial intelligence without human intervention. The quality of some outputs produced by computers is comparable to the works created by skilled humans. By producing valuable works by artificial intelligence and the increase in their economic value, the scene for copyright claimants, including programmers, users and others, has become much more competitive and due to the ambiguity of the laws, copyright has faced serious challenges. The question of who owns the valuable "output" of such programs has also become a controversial legal issue. In response to the above-mentioned question, there are some options for assigning copyright ownership: artificial intelligence, programmer, user, a combination of programmer and user and the public domain. A suitable candidate will be a person whose entitlement has stronger legal foundations according to the relevant conditions.

Keyword:

Artificial intelligence, Programmer, User, Work, Artificial Intelligence Output

* Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.
Corresponding Author Email: p-savrai@sbu.ac.ir

نظریه «سهام‌دارمحوری نوین» در حقوق شرکت‌های تجاری

مصطفی کوشکی*

لعیا جنیدی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۲۷

چکیده

در حقوق شرکت‌های تجاری یکی از بنیادی‌ترین پرسش‌ها این است که شرکت باید در راستای منافع چه شخص یا اشخاصی اداره شود؟ نظریه سهام‌دارمحوری نوین در پاسخ به پرسش فوق بیان می‌دارد که شرکت باید در راستای حداکثر کردن ارزش سهام سهام‌داران از طریق توجه به منافع تمام ذی‌نفعان شرکت اداره شود و این بهترین وسیله برای تضمین موفقیت شرکت است. این مقاله با رویکردی توصیفی و تحلیلی نظریه اخیر را با مطالعه تطبیقی در حقوق شرکت‌های انگلستان بررسی کرده است. نتایج مقاله نشان می‌دهد که حقوق شرکت‌های تجاری ایران با توجه شخصیت حقوقی مستقل شرکت، نظریه سازمانی بودن شرکت و اینکه وظیفه مدیران در قبال شرکت است و نه شرکا، قابلیت تحلیل بر اساس نظریه فوق را دارد؛ لذا از طریق پذیرش آن می‌توان یک تعادل معنادار بین منافع سهام‌داران و ذی‌نفعان برقرار کرد. مهم‌ترین مانع جهت کارایی کامل نظریه فوق در حقوق شرکت‌های تجاری ایران، ابهام در مفهوم ذی‌نفع و تفسیر مضیق آن از جانب محاکم حقوقی است که در این خصوص پیشنهادهایی ارائه شده است.

کلیدواژه‌گان:

شرکت تجاری، سهام‌دارمحوری نوین، ذی‌نفعان شرکت، بهترین منافع شرکت، نظریه سازمانی بودن شرکت.

* دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

kooshki@ut.ac.ir

** دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

joneidi@ut.ac.ir



Copyright: ©2024 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

همه شرکت‌ها، صرف نظر از اندازه یا نوعشان، تأثیر بسیار زیادی بر زندگی ما و نقش مهمی در پیشبرد رشد اقتصادی دارند. از این رو، توجه به حاکمیت شرکتی و نحوه اداره شرکت‌ها امری مهم تلقی می‌شود. نظریه‌های مختلفی در خصوص حاکمیت شرکتی - به‌عنوان ابزاری برای تسهیل درک سازوکارها، فرایندها و روابطی که شرکت‌ها توسط آنها هدایت و کنترل می‌شوند - وجود دارد. برخی معتقدند که مدیران شرکت باید منافع سهام‌داران را در اولویت قرار دهند و بر این اساس برای به حداکثر رساندن ثروت سهام‌داران اقدام کنند.^۱ از سوی دیگر، عده‌ای مدیران را وکیل و نماینده شرکت دانسته و بر این نظرند که آنان باید در تصمیمات خود منافع طیف وسیع‌تری از اشخاص مرتبط با شرکت را لحاظ دارند.^۲ در برخورد این دو نظریه با یکدیگر، نظریه‌ای سومی تحت عنوان «سهام‌دار محوری نوین»^۳ شکل گرفته است که به‌نوعی سعی در آشتی دو نظریه اخیر با یکدیگر داشته است. نظریه اخیر، ذی‌نفع محوری را با این نگرش که شرکت باید در راستای بهترین منافع ذی‌نفعان اداره شود نمی‌پذیرد، بلکه توجه به حقوق ذی‌نفعان را به‌عنوان یک راهبرد و ابزار برای نیل به هدف اولیه شرکت، یعنی به حداکثر رساندن ثروت سهام‌داران، مورد استفاده قرار می‌دهد.^۴ در واقع، نظریه سهام‌دار محوری نوین به‌عنوان ایده‌ای است که موفقیت بلندمدت شرکت را در توجه به منافع همه کسانی می‌داند که در عملیات شرکت مداخله دارند و متقابلاً تحت تأثیر آن قرار می‌گیرند و به‌نوعی نسخه جایگزین و تعدیل‌شده نظریه «اولویت یا برتری سهام‌دار»^۵ است.^۶ چنین رویکردی در قوانین برخی کشورها دیده می‌شود که سعی در دور کردن قانون شرکت‌های خود از دیدگاه سنتی اولویت سهام‌دار دارند که دغدغه اصلی آن حفظ ارزش و منافع سهام‌داران است. نمونه بارز آن قانون شرکت‌های

1. Berle, A. A. "For Whom Are Corporate Managers Trustees: A Note Harvard Law Review", Vol. 45, No. 8, Jun., 1932, pp. 1365-1372, (n15).

2. Dodd Jr., "For Whom are Corporate Managers Trustees?" Harvard Law Review Vol. 45, No. 7, May, 1932, pp. 1145-1163, (n15).

3. Enlightened shareholder value (ESV).

4. Keay, A. Stakeholder, "Theory in Corporate Law: Has It Got What It Takes?", Richmond Journal of Global Law & Business 249, 2010, 9(3).

5. Shareholder primacy.

6. Iqbal, T. The Enlightened Shareholder, "Value Principle and Corporate Social Responsibility: A Theoretical and Qualitative Analysis (1st ed.)". Routledge. (2021) P. 56, <https://doi.org/10.4324/9781003178651/>

انگلستان است. علی‌رغم آنکه نظام حقوقی انگلستان تا قبل از سال ۲۰۰۶ فاقد هرگونه مقررۀ قانونی در خصوص وظایف و تعهدات مدیران بوده، لیکن در تاریخ فوق به‌موجب ماده ۱۷۲ قانون شرکتهای تجاری^۱ ملاحظات مفیدی را در خصوص توجه به منافع ذی‌نفعان به رسمیت شناخته است.^۲ مطابق مادۀ ۱۷۲ قانون شرکتهای تجاری انگلستان، «بهترین منافع برای شرکت یا سهام‌داران آن» چیزی نیست که الزاماً به معنای خواسته‌های ابراز‌شده یا درک‌شده از جانب سهام‌داران تعریف شود.^۳ به‌عبارتی‌دیگر، مدیران باید در تصمیمات خود منافع سایر ذی‌نفعان را به‌صورت سامان‌مند در نظر داشته باشند، زیرا آنها نیز بر ثروت شرکت تأثیر می‌گذارند. رویکرد سهام‌دارمحوری نوین که در حال حاضر در انگلستان به کار گرفته شده است، تلاش می‌کند که با توجه فراگیری به تمام عوامل مؤثر در موفقیت شرکت، کیفیت تصمیم‌گیری در سطح هیئت‌مدیره را بهبود بخشد.^۴ در قوانین مربوط به شرکتهای تجاری ایران (شامل قانون تجارت و لایحه اصلاحی ۱۳۴۷) فقط از سهام‌دار بحث شده و مفهوم ذی‌نفعان ناشناخته باقی مانده است.^۵ لیکن این رویکرد از طریق دستورالعمل حاکمیت شرکتی شرکتهای پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران (۱۳۹۷) و متعاقب آن دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران ثبت‌شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار (۱۴۰۱) در حال رسوخ به حقوق شرکتهای تجاری ایران است. نظر به اینکه رویکرد سهام‌دارمحوری نوین در حقوق

۱. ماده ۱۷۲: وظیفه ارتقای موفقیت شرکت تجاری:

مدیر یک شرکت باید به‌گونه‌ای با حسن‌نیت عمل کند که به نظر او اقدامات وی به‌احتمال‌زیاد موفقیت شرکت را به نفع اعضای آن به‌عنوان یک کل به ارمغان آورده و ارتقا می‌دهد، در انجام این کار- در میان سایر عوامل مؤثر دیگر- باید به موارد ذیل توجه داشته باشد:

الف) پیامدهای احتمالی هر تصمیم در بلندمدت،

ب) منافع کارکنان شرکت،

پ) نیاز به تقویت روابط تجاری شرکت با تأمین‌کنندگان، مشتریان و دیگران،

ت) تأثیر عملیات شرکت بر جامعه و محیط‌زیست،

ث) مطلوبیت شرکت برای حفظ شهرت به دلیل استانداردهای بالای رفتار تجاری،

ج) نیاز به اقدام عادلانه بین اعضای شرکت.

2. Kong Shan Ho, J. *Is Section 172(1) the guidance for CSR?*, Comp. Law 31 (12), 2010, PP 207, 209.

3. Davies, John, "Company law and the Concept of Corporate Social Responsibility", 2014, p 11.

4. Hannigan, Brenda, *Company Law*, OUP 3rd edn 2012, P 193.

۵. صادقیان ندوشن، مهرداد و محمود باقری، «تعارض منافع ذی‌نفعان شرکتهای راهکارهای حل آن»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، دوره ۲۰، شماره ۳، ص ۲۸.

شرکت‌های ایران نوپا و ناشناخته به نظر می‌رسد، لیکن در حقوق شرکت‌های انگلستان سابقه بیشتری دارد؛ لذا در این مقاله ابتدا پیشینه و مفاد نظریه سهام‌دار محوری نوین بررسی (گفتار نخست) و سپس به ارزیابی نظریه از حیث جنبه‌های اجرایی آن در حقوق شرکت‌های انگلستان پرداخته می‌شود (گفتار دوم) تا زمینه مناسب برای تحلیل رویکرد فوق در حقوق شرکت‌های تجاری ایران (گفتار سوم) فراهم شود. شایان ذکر است که این پژوهش رویکرد کشورهای شورای همکاری خلیج فارس (GCC) را نیز در خصوص رویکرد سهام‌دار محوری نوین مورد توجه قرار داده است.

۱. پیشینه و مفاد رویکرد سهام‌دار محوری نوین در حقوق شرکت‌های انگلستان

در این بخش ذیل دو بند روند شکل‌گیری مفهوم سهام‌دار محوری نوین و همچنین مفاد آن را در نظام حقوقی و رویه قضایی انگلستان مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱.۱. پیشینه رویکرد سهام‌دار محوری نوین

حقوق شرکت‌های انگلستان به‌مانند بسیاری از کشورهای نظام کامن‌لا مبتنی بر تجزیه و تحلیل اقتصادی و مالکیتی شرکت است. از این‌رو، هدف پیشینه‌سازی سود در جهت منافع سهام‌داران را ترویج می‌کند.^۱ این رویکرد در پرونده ری اسمیت و شرکت با مسئولیت محدود فاوست^۲ بنا نهاده شد. در این پرونده لرد گرین اظهار داشت که مطابق مقررات کامن‌لا مدیران موظف‌اند «با حسن نیت در راستای بهترین منافع شرکت»^۳ عمل کنند. پرسشی که متعاقب پرونده فوق مطرح شد این بود که منظور از بهترین منافع شرکت چیست؟ معنای عمل بر مبنای بهترین منافع شرکت محل اختلاف گردید؛ به‌گونه‌ای که در پرونده گرینهالچ^۴ بیان شد که مدیران باید به‌گونه‌ای عمل کنند که منافع اعضا به‌عنوان یک کل تأمین شود، نه منافع شرکت به‌عنوان یک شخصیت حقوقی متمایز و مستقل از اعضا. در حالی که در پرونده‌ای دیگر^۵ استدلال شد که شرکت به‌عنوان یک شخص حقوقی مستقل تلقی می‌شود و می‌تواند منافع مستقل از

1. Parkinson, John Edward, "Corporate Power and Responsibility: Issues in the Theory of Company Law", Clarendon Press, 1993, PP 76-82.

2. Re Smith and Fawcett Ltd [1942] Ch 304, 306.

3. "Duty to act in good faith to the best interests of the company".

4. Greenhalgh, [1951] Ch 286, 291

5. Macaura v Northern Assurance Co Ltd [1925] AC 619 (HL).

منافع اعضای خود داشته باشد. تفاوت دو دیدگاه فوق در این بود که وظیفه «در قبال سهام‌داران شرکت به‌عنوان یک کل» کاملاً بر افزایش ارزش مالی شرکت متمرکز است؛ درحالی‌که وظیفه «در قبال شرکت به‌عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل» متضمن ایجاد توازن بیشتری بین تمام اشخاص درگیر با شرکت است.^۱

علی‌رغم وجود اختلاف در معنای «بهترین منافع شرکت»، تفسیر غالب آن بوده است که این عبارت باید به معنای ارتقای منافع سهام‌داران به‌عنوان یک کل به‌کار گرفته شود.^۲ در نتیجه مطابق مقررات کامن‌لا تنها شرایطی که مدیران می‌توانستند به‌طور مشروع منافع ذی‌نفعان را ارتقا دهند، حالتی بود که در نتیجه توجه به منافع سهام‌داران منافع سایر ذی‌نفعان نیز ارتقا پیدا می‌کرد.^۳ رویه قضایی انگلستان در خصوص اینکه «بهترین منافع برای سهام‌داران» چیست از شفافیت کافی برخوردار نبوده است. لیکن این موضوع مورد وفاق بوده که بهترین منافع برای سهام‌داران مساوی با آنچه سهام‌داران تمایل دارند نیست. در پرونده گرینهالچ اظهار شد که مدیران برای جامه عمل پوشاندن به این وظیفه (بهترین منافع شرکت) باید به خواسته‌های یک عضو فرضی در شرکت (و نه سهام‌داران واقعی) توجه کنند. در پرونده‌ای دیگر^۴ دادگاه استدلال کرده است که مدیران باید در تصمیم‌گیری خود راجع به چگونگی ارتقای بهترین منافع شرکت، منافع اعضای فعلی و آینده شرکت را در نظر گیرند. به‌محض اینکه خواسته‌های واقعی اعضا از مفهوم حقوقی «منافع اعضا» جدا شود، همان‌طور که در مقررات کامن‌لا چنین است، آنگاه قاعده‌ای که ارتقای منافع اعضا را الزامی می‌کند، کم‌رنگ می‌شود. در واقع، ماهیت انتزاعی «منافع اعضا» - حداقل تا آنجا که در عمل به نفع اعضا است - تقریباً اجتناب‌ناپذیر می‌کند که منافع سایر گروه‌های ذی‌نفع توسط مدیران در نظر گرفته شود.^۵

نظر به مراتب فوق مطابق مقررات کامن‌لا یک سازوکار اجرایی با دامنه مشخص برای مدیران در راستای پیشبرد اهداف شرکت به بهترین شکل وجود نداشته و وظایف آنها بیش‌ازحد

1. Deakin, Simon, 'The Coming Transformation of Shareholder Value' 13 Corporate Governance: An Institutional Review, 2005, 11, 12.

2. Ferran, E. Company Law and Corporate Governance (OUP, 1999), 134.

3. Hutton v West Cork Rly Co (1883) 23 Ch. D 654 (CA) (Bowen LJ).

4. Gaiman v National Association for Mental Health, [1971] Ch 317, 330.

5. Richard, Williams, "Enlightened Shareholder Value in UK Company Law" UNSW Law Journal; 2012, 35(1) 365.

در صلاحیت مدیران بوده است.^۱ موضوعی که نهایتاً منجر به وضع ماده ۱۷۲ قانون شرکت‌های تجاری ۲۰۰۶ گردیده که در ادامه مفاد آن تحلیل خواهد شد.

۱.۲. مفاد رویکرد سهام‌دار محوری نوین

مطابق ماده ۱۷۲ قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ انگلستان، وظیفه‌ای بر مدیران تحمیل شده که باید در راستای «ارتقای موفقیت شرکت به نفع اعضا به‌عنوان یک کل واحد»^۲ به شش عامل (گروه) فهرست شده (به‌عنوان اصلی‌ترین گروه‌های ذی‌نفع) توجه کنند. منافع این گروه‌های ذی‌نفع تابع منافع اصلی اعضاست؛ زیرا ذی‌نفعان «ارزش مستقل» ندارند و فقط تا حدی مورد توجه مدیران قرار می‌گیرند که برای ارتقای موفقیت شرکت به نفع اعضا مطلوب باشد.^۳

از این رو، رویکرد فوق که تحت عنوان سهام‌دار محوری نوین شناخته می‌شود، برخلاف رویکرد کثرت‌گرا^۴ مدیران را ملزم نمی‌کند که «تعادل» بین منافع اعضا و ذی‌نفعان برقرار کند.^۵ در واقع، رویکرد سهام‌دار محوری نوین مبتنی بر این ایده است که بیشینه کردن ارزش سهام در اصل بهترین وسیله برای تضمین موفقیت کلی شرکت است.^۶ این در تضاد با مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکت‌هاست که مدعی است عمل به شیوه مسئولیت‌پذیر اجتماعی سودآور است. می‌توان گفت که در ورای نظریه سهام‌دار محوری نوین، قاعده برتری منافع سهام‌داران نهفته است.^۷ با وجود این، این نظریه دارای مزایایی است؛ به مدیران یادآوری می‌کند که ارتقای ارزش

1. Temitop, Odusanya "Has Section 172 of the United Kingdom's Companies Act 2006 Created an Effective Set of Directors' Duties?" LLM DISSERTATION. (2021). 10.13140/RG.2.2.18860.59522.p. 6.

2. Promote the success of the company for the benefit of its members as a whole.

3. Davies, Paul L. Gower and Davies: Principles of Modern Company Law (9th edn, Sweet & Maxwell 2012) 542.

۴. نظریه کثرت‌گرا مستلزم این است که اهداف دیگری (علاوه بر به حداکثر رساندن ارزش سهامداران) مورد لحاظ قرار گیرد، به طوری که یک شرکت به طیف وسیع‌تری از منافع توجه کند، نه آنکه صرفاً تابع یا به‌عنوان وسیله‌ای برای دستیابی به ارزش سهام‌داران باشد (همان‌طور که در قانون پیش‌بینی شده است). این رویکرد به دلیل آنکه منجر به تغییر اساسی در وظایف مدیران می‌شده است، از جانب کمیته راهبردی بازبینی قانون شرکت‌های تجاری انگلستان موسوم به کمیته CLRS (Company Law Review Steering Group) (کارا و مطلوب دانسته نشده است. این کمیته در سال ۱۹۹۸ توسط وزارت صنعت و تجارت انگلستان جهت اصلاحات جامع و نوسازی قانون شرکت‌های تجاری انگلستان تشکیل شد.

-Company Law Review, Mordern Company Law for a Competitive Economy, Completing the Structure, 2000, London, DTI (3.5).

5. Ibid.

6. Company Law Review, Strategic Framework, 1999, [5.1.11].

7. Robinson, W Stewart, 'A change in the legal wind – how a new direction for corporate governance could affect takeover regulation', 2012, ICCLR 292.

سهام به کنترل موفق روابط شرکت با ذی‌نفعان بستگی دارد،^۱ هرگونه سردرگمی را در خصوص اینکه منافع شرکت چیست، مرتفع می‌کند و باعث توجه مدیران به تأثیر فعالیت شرکت بر ذی‌نفعان می‌شود، بدون آنکه منجر به مسئولیتی برای مدیران گردد. در ادامه برای درک بهتر مفاد این نظریه محتوای ماده ۱۷۲ قانون شرکتهای انگلستان مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱.۲.۱. حسن نیت

نخستین موضوع قابل بحث در مورد مفاد ماده ۱۷۲ قانون شرکتهای ۲۰۰۶ انگلستان حسن نیت است. مطابق بند یک ماده اخیر مدیران ملزم‌اند که هنگام اتخاذ تصمیم با حسن نیت عمل کنند. سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود، این است که چگونه ارزیابی کنیم که یک مدیر با حسن نیت عمل کرده است یا خیر؟ قاضی وارن در پرونده «شرکت با مسئولیت محدود کابدن علیه شرکت با مسئولیت محدود آر.دبلیو. ام»^۲ اعلام داشت: دیدگاه سنتی در مورد وظیفه رفتار با حسن نیت در پرونده ری اسمیت علیه شرکت با مسئولیت محدود فاوست^۳ ارائه شده است. قاضی وارن نماد دیدگاه سنتی را این بخش از تصمیم دادگاه پرونده ری اسمیت می‌داند که اعلام می‌دارد، آن چیزی مهم است که مدیران آن را مهم تلقی می‌کنند (معیار ذهنی)، نه آنچه ممکن است دادگاه به نفع شرکت بداند (معیار عینی). در پرونده «شرکت عام با مسئولیت محدود ریجنتکرسست علیه کوهن»^۴ قاضی پارکر تأکید می‌کند که وظیفه رفتار با حسن نیت در راستای منافع شرکت دارای معیار ذهنی است؛ زیرا موضوع مهم وضعیت ذهنی مدیر است. به نظر می‌رسد رویکرد اتخاذشده در ماده ۱۷۲ قانون شرکتهای تجاری نیز معیار ذهنی را برای تشخیص حسن نیت مدیران پذیرفته است.^۵ با وجود این، معیار وضعیت ذهنی یک مدیر ممکن است نامطلوب تلقی شود؛ زیرا می‌تواند قطعیت تعریف را تضعیف کند.^۶ علاوه بر این ممکن است جایگاه ذی‌نفعان را دچار تزلزل کند؛ زیرا مدیران به سادگی می‌توانند اظهار دارند که (بر اساس تشخیص خودشان) با حسن نیت عمل کرده‌اند.^۷

1. Craig, Rosemary, 'The enormous turnip: a discussion on the CA 2006 which like Topsy in the child's fairy tale is still growing', 2008, Comp. Law 360.

2. Cobden Investments Ltd v RWM Langport Ltd, [2008] EWHC 28110 (Ch) [52].

3. Smith & Fawcett Ltd, Re [1942] Ch. 304.

4. Regentrest Plc. v Cohen, [2001] 2 B.C.L.C. 80, [90].

5. Keay, A. 'Good Faith and Directors' duty to promote the success of their company' (2011) Comp Law 138, 140.

6. Re Genosysis Technology Management Ltd, Wallach v Secretary of State for Trade and Industry [2007] 1 BCLC 208.

7. Doyle L., 'The Susceptibility to Meaningful Attack of Breaches of Directors' duty to promote the success of their company' (2011).

۱.۲.۲. منافع نیروی کار

یکی از عواملی که مدیران باید در اتخاذ تصمیمات خود به آن توجه کنند، منافع کارکنان شرکت است.^۱ علی‌رغم این واقعیت که حجم زیادی از قوانین استخدامی برای حمایت از حقوق کارکنان وجود دارد، ضروری است که آنها تحت قانون شرکت‌ها حمایت شوند.^۲ دلیل این امر لزوم توجه به تلاش زیاد آنها برای شرکت است. نیروی انسانی شرکت‌ها باید برای کاری که انجام می‌دهند احساس ارزشمندی کنند و انگیزه برای انجام دادن کار باکیفیت داشته باشند. ضرب‌المثل رایج «یک کارگر خوشحال، یک کارگر سخت‌کوش و ثمربخش است.»^۳ این مفهوم را بیشتر روشن می‌کند.^۴ این بخش از ماده ۱۷۲ قانون شرکتهای تجاری سال ۲۰۰۶ جایگزین یک الزام مستقل قبلی شد که مدیران را موظف می‌کرد به منافع کارکنان شرکت به موازات منافع اعضای آن توجه کنند.^۵ البته کمیته راهبردی بازبینی قانون شرکت‌ها معتقد بود که ماده ۳۰۹ قانون سابق باید لغو شود؛ زیرا ممکن است این‌گونه برداشت شود که مدیران می‌توانند منافع کارکنان را به منافع سهام‌داران ترجیح دهند؛ امری که اصل برتری سهام‌داران را تهدید می‌کرد.^۶ آنها معتقد بودند که مدیران باید فقط در فرایند ارتقای منافع سهام‌داران، منافع کارکنان را در نظر بگیرند.

۱.۲.۳. منافع بلندمدت شرکت

یکی از دغدغه‌های اصلی کمیته راهبردی، تا جایی که به وظایف مدیران مربوط می‌شد، تشویق این ایده بود که شرکت‌ها باید برای نیل به اهداف بلندمدت مدیریت شوند. حتی برخی از حامیان به کارگیری نظریه پیشینه کردن ارزش سهام احساس می‌کردند که در اداره یک شرکت باید به منافع بلندمدت توجه شود.^۷ مطابق مقررات کامن‌لا، مدیران مجاز بودند در تصمیم‌گیری‌های خود موضوعات کوتاه‌مدت و بلندمدت را در نظر بگیرند. به نظر می‌رسد ماده

1. Companies Act 2006, s 172 (1) (b).

2. Wynn-Evans C., 'The Companies Act 2006 and the Interests of Employees' 36 (2), 2007, Industrial Law Journal.

3. A happy worker is a productive worker.

4. Macey, Jonathan R. 'An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties', (1991 - 2) 21 Stetson LR 24.

5. Companies Act 1985, s 309.

6. Modern Company Law for a Competitive Economy: the Strategic Framework (London: DTI, 1999), [5.1.20 - 5.1.23].

7. Keay, A. 'The duty to promote the success of the company: Is it fit for purpose in a post-financial crisis world?' (n40) at 78.

۱۷۲ نیز همین کارکرد را دارد.^۱ در لایحه اصلاح قانون شرکت‌ها، در بند B3 به‌وضوح بیان شده بود که مدیران باید در تصمیمات خود هرگونه پیامد احتمالی بلندمدت و کوتاه‌مدت را در نظر بگیرند.^۲ این امر به مدیران مشروعیت و حمایت در اتخاذ تصمیماتی را می‌دهد که احتمالاً در بلندمدت سودآورند، اما ممکن است در کوتاه‌مدت اثرهای نامطلوبی داشته باشند. کمیته راهبردی متذکر شد که مدیران موظف‌اند «با در نظر گرفتن مناسب همه ملاحظات مربوط برای این منظور، به موفقیت شرکت به نفع سهام‌داران دست یابند» و این شامل «نگاه متعادل مناسب به منافع کوتاه و طولانی‌مدت» می‌شود.^۳ باوجود این، تأکید بر منافع بلندمدت و حذف منافع کوتاه‌مدت به این معنا نیست که اگر مدیران احساس کنند توجه به منافع کوتاه‌مدت موفقیت شرکت را به نفع سهام‌داران ایجاب می‌کند، اجازه ندارند بر منافع کوتاه‌مدت تمرکز کنند.^۴

۱.۲.۴. جامعه، محیط‌زیست و ملاحظات اخلاقی

علاوه بر عوامل ذکر شده، ماده ۱۷۲ به مدیران این امکان را می‌دهد که به تأثیر عملکرد شرکت بر محیط‌زیست و مطلوبیت آن در حفظ شهرت شرکت در راستای رفتار تجاری با استانداردهای بالا توجه کنند.^۵ این بخش از ماده در واقع به مسئولیت اجتماعی شرکت تأکید دارد. بر این مبنای اساساً مدیران مسئولیتی در قبال تخلف از وظایف خود بر اساس مقدم داشتن اخلاق تجاری بر سود ندارند.^۶ این موضوع علاوه بر اینکه با مفهوم مسئولیت اجتماعی مرتبط است، شامل نگرانی شرکت در مورد تأثیر عملیات خود بر تأمین‌کنندگان و مشتریان نیز می‌شود.^۷

۲. ارزیابی نظریه سهام‌دار محوری نوین از منظر جنبه‌های اجرایی آن

بیان شده است که «توجه به منافع ذی‌نفعان» نباید امری کم‌اهمیت تلقی شود و مدیران باید در واقعیت و عمل تلاش کنند تا الزامات قانون را در نظر بگیرند.^۸ از این‌رو، مدیران باید در

1. Ibid.

2. Cm 6456, 2005, DTI <<http://www.berr.gov.uk/files/file13958.pdf>> accessed 21 January 2016.

3. Modern Law for a Competitive Economy: Developing the Framework (n9) at para 2.19.

4. Keay, A. The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance, (Abingdon, Routledge, 2013). (n1) at 243–245.

5. Companies Act 2006, s 172(1)(d)&(e).

6. Stephen Girvin, Sandra Frisby & Alastair Hudson, Charlesworth's Company Law (18th edn, Sweet & Maxwell 2010) 330.

7. Ismail, Maimunah, Corporate social responsibility and its role in community development: An international perspective. Journal of International Social Research. 2009. (n90) at 199.

8. Alastair Darling's speech in the House of Commons at Hansard, HC Vol. 447, col.125 (June 6, 2006).

تصمیمات خود به ماده ۱۷۲ قانون شرکتهای توجیه کنند؛ گرچه ممکن است تصمیم نهایی آنها به ضرر برخی ذی‌نفعان تمام شود^۱ و منافع همه ذی‌نفعان را تأمین نکند. باین‌همه، ماده ۱۷۲ قانون شرکتهای ۲۰۰۶ به‌گونه‌ای تنظیم شده است که دارای محدودیت‌هایی از حیث دادرسی است. بنابراین، اقامه دعوا بر مبنای این ماده پرهزینه و احتمال موفقیت آن محدود است.^۲ ادبیات به‌کار گرفته‌شده در ماده ۱۷۲ بسیار کلی و مبهم است. این ماده مدیران را موظف می‌کند که به منافع ذی‌نفعان «توجه داشته باشند» و معین نمی‌کند مدیران تا چه میزان و به چه کیفیتی باید به منافع ذی‌نفعان توجه کنند.^۳ از این‌رو، دادرسی بر مبنای این ماده با توجه به ماهیت مبهم استانداردهای مسئولیت با چالش‌هایی روبه‌رو است، مگر در مواردی که شواهد روشنی مبنی بر عدم توجه به منافع ذی‌نفعان در دسترس باشد. باوجود ماهیت مبهم و کلی وظیفه مندرج در ماده ۱۷۲، برخی ضمانت اجراها در قانون پیش‌بینی شده است که در ذیل طی سه بند به آن پرداخته خواهد شد.

۲.۱. اقامه دعوی مشتق

«توجه به منافع ذی‌نفعان» وظیفه‌ای است که مدیران در قبال شرکت- و نه خود ذی‌نفعان- دارند. درواقع، ذی‌نفعانی که از تصمیم هیئت‌مدیره متأثر گردیده‌اند، حقی برای طرح دعوا علیه مدیران ندارند. صرفاً شرکت است که می‌تواند علیه مدیران در نتیجه نقض وظیفه مندرج در ماده ۱۷۲ اقامه دعوا کند. از آنجایی که مدیران خود رکن اجرایی شرکت‌اند، لذا اقامه دعوی آنها از جانب شرکت علیه خود منجر به تضاد آشکار منافع می‌شود. احتمالاً مدیران تمایل چندانی به رعایت اصول مبهم سهام‌دارمحوری نوین از طریق اقامه دعوا علیه دیگر مدیران ندارند. از طرفی دیگر، دادرسی مشتق نیز فقط توسط سهام‌داران قابل طرح است، در نتیجه ذی‌نفعان برای طرح دعوا به سهام‌داران وابسته‌اند.^۴ احتمالاً سهام‌داران نیز تمایل چندانی به اقامه دعوی مشتق در مواردی که منافع آنها تحت تأثیر قرار نگرفته است، ندارند.^۵ باوجود این، ممکن است چند دسته از

1. Grier, N. Enlightened shareholder value: did directors deliver? The Juridical Review, 2014(2), 95-111. p 98.

2. Armour, John, et al, 'Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and United States' Journal of Empirical Legal Studies 687, 2009, 6.

3. Keay, A. 'Moving Towards Stakeholderism? Constituency Statutes, Enlightened Shareholder Value and More: Much Ado About Little?' European Business Law Review 1, 2011, 22, 29.

4. Keay, Cit., (n1) at 137.

5. Keay, Cit. 2011, PP 35-6.

سهام‌داران انگیزه طرح دعوا بر این مبنا را داشته باشند. نخست، سهام‌دارانی که در مورد جامعه به‌عنوان یک کل دغدغه‌مند هستند؛^۱ دوم، سهام‌دارانی که قصد سرمایه‌گذاری بلندمدت در شرکت را دارند و به مدیرانی که منافع بلندمدت شرکت را در نظر نمی‌گیرند، معترض‌اند؛ سوم سهام‌داران اقلیت که از طرز اداره شرکت ناخشنودند و از سیاست بی‌توجهی مدیران به منافع ذی‌نفعان آگاه می‌شوند.

بدین ترتیب، در صورتی که مدیران در ارتقای روابط تجاری با مشتریان و تأمین‌کنندگان کوتاهی کنند، ممکن است سبب نگرانی سهام‌داران شوند؛ زیرا منافع بلندمدت آنها در معرض خطر قرار خواهد گرفت.^۲ علاوه بر این، در صورتی که مدیران توجه کافی به منافع نیروی کار شرکت نداشته باشند، ممکن است کارکنانی که دارای سهام شرکت هستند، علیه آنها طرح دعوی مشتق کنند. با وجود این، حتی در شرایطی که سهام‌داران آماده باشند تا در صورت تخلف از سوی مدیران، در راستای منافع ذی‌نفعان عمل و دادرسی مشتق را آغاز کنند، روند رسیدگی موانع عملی زیادی برای آنها ایجاد می‌کند. برای طرح دعوی مشتق برآورده کردن فهرست غیرجامع مندرج در ماده ۲۶۳ (۳) قانون شرکت‌های ۲۰۰۶، که حاوی ترکیبی از عوامل عینی و ذهنی است، نسبتاً دشوار است. راهنمایی روشنی نیز در مورد چگونگی توجه به عوامل مختلف بیان شده وجود ندارد و اهمیت هر عامل نیز به کیفیات خاص هر پرونده بستگی دارد. یکی دیگر از موانع عملی، که برای سهام‌داران بازدارنده است، هزینه‌ای است که طرح این دعوی به همراه دارد. در پایان فرایند دادرسی نیز، در صورت موفقیت‌آمیز بودن دعوا، نتیجه آن به شرکت تعلق می‌گیرد. بنابراین عجیب نیست که سهام‌داران به جای طرح دعوی مشتق، اقدام به فروش سهام خود و سرمایه‌گذاری در شرکتی که بر اساس ارزش موردنظر آنها عمل می‌کند، بپردازند. علاوه بر این، به دلیل اختیارات گسترده مدیران و مشکلات مربوط به شرط حسن‌نیت، اثبات نقض ماده ۱۷۲ بسیار دشوار است. این مدیران‌اند که تصمیم می‌گیرند چقدر باید به منافع ذی‌نفعان و آنچه موفقیت شرکت را ارتقا می‌دهد، اهمیت دهند.^۳ بنابراین، نظر به محدودیت‌های رویه‌ای زیادی که

1. Ho, V. 'Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide' 36 Journal of Corporation Law 59, 2010, at 105.

2. Keay, Cit., (n1) at 137.

3. Tate, Rachel C. 'Section 172 CA 2006: The ticket to stakeholder value or simply tokenism?' (n112) at 116-117.

در خصوص دعوی مشتق وجود دارد، این ضمانت‌اجرا ابزار حقوقی قوی‌ای برای تضمین قدرت اجرایی رویکرد سهام‌دارمحوری نوین فراهم نمی‌آورد.

۲.۲. طرح دعوا از جانب مدیر تصفیه

در ورشکستگی، مدیر تصفیه و اشخاص ثالث می‌توانند حقوقی را برای طرح دعوی خسارت در خصوص نقض وظایف مدیران به دست آورند. این سازوکار شرایطی را فراهم می‌کند که از طریق آن ممکن است وظایف سهام‌دارمحوری نوین اجرا شود. ماده ۲۱۲ قانون ورشکستگی ۱۹۸۶ انگلستان مقرر می‌دارد که مدیر تصفیه یا طلبکار شرکت ورشکسته می‌تواند دادخواستی به دادگاه ارائه دهد و از دادگاه درخواست کند رفتار مدیر یا هر شخص دیگری را، که به نظر می‌رسد آن شخص در اداره امور شرکت مرتکب تخلف یا تخطی از وظیفه شده است، بررسی کند. در صورتی که دادگاه تشخیص دهد مدیر یا شخص دیگری واقعاً مرتکب تخلف یا نقض وظیفه شده است، می‌تواند به آن شخص دستور دهد «مبلغی را- به تشخیص دادگاه- به عنوان غرامت درباره تخلف یا نقض امانت‌داری یا سایر وظایف» به شرکت پرداخت کند.^۱ در اینجا دیگر تضاد منافی برای مدیران تصفیه و طلبکاران، که مانع اجرای رویکرد سهام‌دارمحوری نوین شود، وجود ندارد و طلبکاران در واقع نفع مثبتی در تضمین رعایت اصول این رویکرد دارند.

با این حال، احتمال طرح چنین دعوی بر اساس نقض اصول رویکرد سهام‌دارمحوری نوین در فرایند ورشکستگی کم است. طرح دعوی قضایی برای طلبکاران و مدیر تصفیه به همان اندازه که برای شرکت یا سهام‌داران خطرناک است، برای آنها نیز دارای خطر است و به دلیل ماهیت مبهم اصول سهام‌دارمحوری نوین و وظیفه ضعیف صرفاً «در نظر گرفتن»^۲ منافع ذی‌نفعان، خطرناک و بالقوه پرهزینه خواهد بود.^۳ به‌ویژه طلبکاران شرکت از آنجایی که خارج از شرکت هستند، ممکن است از طرح دعوا دچار خسارت شوند؛ زیرا به اسناد شرکت، که برای طرح ادعای نقض اصول سهام‌دارمحوری نوین مورد نیاز است، دسترسی ندارند.^۴ تا زمانی که مشخص نباشد در نتیجه طرح دعوا بر مبنای نقض اصول سهام‌دارمحوری نوین، امکان بازیابی میزان قابل‌توجهی

1. Insolvency Act c 45, s 212(3)(b).

2. Have regard to...

3. Keay, A. Having regard for stakeholders in practising enlightened shareholder value, Oxford University Commonwealth Law Journal, 2019, 19:1, 118-138, DOI: 10.1080/14729342.2019.1619238, p.127

4. Finch, Vanessa, Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles (Cambridge, 2nd ed, 2009), pp. 705-06.

خسارت وجود دارد، بستانکاران ریسک مالی دعوای قضایی را نخواهند پذیرفت. همچنین، این واقعیت که بازپرداخت طبق ماده ۲۱۲ قانون ورشکستگی به حساب شرکت انجام می‌شود و نه صرفاً طلبکاران، مشکل مهمی را ایجاد می‌کند که ممکن است بستانکاران را از طرح دعوا منصرف کند.^۱ مدیران تصفیه حق دارند هزینه‌های دعوای قضایی را که از طرف شرکت انجام می‌شود، به عنوان مبالغی که به‌طور قانونی در اجرای وظایف خود متحمل شده‌اند، مطالبه کنند؛ اما بعید به نظر می‌رسد که بدون چشم‌انداز جبران خسارات اساسی، به چنین رسیدگی‌های بالقوه پرهزینه‌ای اقدام کنند. در واقع، اگر مدیر تصفیه بدون چشم‌انداز بازیابی خسارت چنین دادرسی را آغاز کند، ممکن است خود مسئول هزینه‌های دعوا شود.^۲ با توجه به اینکه مقدار خسارتی که می‌تواند به دلیل نقض اصول سهام‌دار محوری نوین اعطا شود کاملاً نامشخص است، به نظر می‌رسد که احتمال اجرای اصول سهام‌دار محوری نوین توسط مدیران تصفیه و طلبکاران (در فرایند ورشکستگی) صرفاً کمی بیشتر از احتمال اجرای آنها توسط مدیران و سهام‌داران (در زمان فعالیت شرکت) باشد. علاوه بر اینکه اساساً ورشکستگی خود نیز امری استثنایی است و حتی در نبود مشکلات پیش‌گفته بر سر راه طرح دعوا، این نوع اقدام قضایی راهکار مؤثری برای حفظ منافع دیگر ذی‌نفعان نمی‌تواند باشد.

۲.۳. سلب صلاحیت مدیران

قانون سلب صلاحیت^۳ ابزاری را در اختیار دولت انگلستان قرار می‌دهد که از طریق آن ممکن است به دنبال ترویج رفتار مطلوب و نه صرفاً «قانونی» در مدیریت شرکت‌ها باشد. بخش مهمی از این قانون، توسعه اختیارات برای رد صلاحیت مدیران به دلیل «عدم صلاحیت در مدیریت شرکت‌ها» است.^۴ فهرستی از رفتارهایی که به‌عنوان موارد «مرتبط» با مفهوم تعیین رفتار نامناسب توصیف می‌شوند، در جدول یک قانون سلب صلاحیت گنجانده شده است؛ البته این فهرست جامع و الزام‌آور نیست.^۵ با وجود این، جدول مورد اشاره روشن می‌کند که سلب صلاحیت به عدم تناسب طرز عمل با مفهوم گسترده‌ای از رفتار نامطلوب در مدیریت شرکت‌ها

1. Ibid, p. 708.

2. Walker v Walker [2006] 1 WLR 2194.

3. Company Directors Disqualification Act 1986.

4. Disqualification Act c 46, ss 6(1) and 8(1).

5. Disqualification Act c 46, s 9(1).

مرتبط است و نه صرفاً رفتاری که ناقض قوانین خاص شرکت است یا به منافع سهام‌داران آسیب می‌رساند. در واقع، موارد خاصی که در جدول یک قانون سلب صلاحیت به‌عنوان موارد «مرتبط» با رفتار نامناسب برجسته شده‌اند، اصول سهام‌دارمحوری نوین را منعکس می‌کنند. به‌عنوان مثال، حفاظت از منافع طلبکاران و مشتریان برای بسیاری از «موضوعات مرتبط» ذکر شده در قانون سلب صلاحیت^۱ مهم است و از این نظر با اصول سهام‌دارمحوری نوین مشترک است که نیاز به تقویت روابط با مشتریان، تأمین کنندگان و دیگران را برجسته می‌کند.^۲ بنابراین دعوی سلب صلاحیت مدیران برای حمایت از منافع ذی‌نفعان شرکت، نسبت به دو ابزار دیگر، یعنی دعوی مشتق و دعوی مدیر تصفیه، از کارایی بهتری برای جامه عمل پوشاندن به ماده ۱۷۲ قانون شرکت‌ها برخوردار است.

۲.۴. رویه قضایی در خصوص ماده ۱۷۲ قانون شرکت‌ها

نظر به موانع بالا، دعوی بسیار محدودی وجود دارد که مبنای قانونی آن ماده ۱۷۲ قانون شرکت‌های تجاری ۲۰۰۶ باشد. رویه قضایی اندکی هم که در این خصوص مطرح شده است، کمک چندانی به تفسیر ماده ۱۷۲ و چگونگی ایجاد توازن بین منافع ذی‌نفعان مختلف نمی‌کند. در پرونده «استیمپسون علیه انجمن مالکان خصوصی جنوب»^۳، نحوه اعمال ماده ۱۷۲(۲) مورد بررسی قرار گرفت. ماده ۱۷۲(۲) بیان می‌دارد که شرکت‌ها می‌توانند برای اهداف مختلفی تأسیس شوند که شامل اهداف غیرتجاری نیز می‌شود. در این پرونده دادگاه اظهار داشت که مدیران باید در کنار توجه به سایر اهداف به منافع سهام‌داران نیز توجه کنند. در صورت تعارض منافع، مدیران باید از قضاوت تجاری عادلانه استفاده و منافع را متعادل کنند. لذا قضاوت تجاری مدیران ابزاری مهم در راستای اعمال ماده ۱۷۲ و ایجاد تعادل در منافع ذی‌نفعان و سهام‌داران تلقی شده است.

مشابه این رویکرد در پرونده «شپرد علیه ویلیامسون»^۴ دیده می‌شود. در این پرونده دادگاه اعلام کرد تا آنجا که به حل تعارض بین دو یا چند عامل مربوط می‌شود، چنین تضادهایی موضوع قضاوت تجاری مدیران است که باید با حسن‌نیت عمل کنند و مراقبت و مهارت معقول

1. Disqualification Act sch 1 para 7.

2. Companies Act c 46, s 172(1)(c).

3. Stimpson v Southern Private Landlords Association [2010] BCC 387.

4. Shepherd v Williamson [2010] EWHC 2375 [103]-[104].

را به کارگیرند. این پرونده ادعایی برای نقض وظیفه طبق ماده ۱۷۲ نبود، بلکه شامل دادخواستی برای تبعیض ناعادلانه طبق ماده ۹۹۴ قانون شرکت‌های تجاری ۲۰۰۶ بود. در این رسیدگی پیشنهاد شده است که در صورت تضاد بین عوامل ذکر شده در ماده ۱۷۲، مدیران باید منافع را متعادل کنند. در انجام دادن این کار، آنها حق دارند بر منافی تمرکز کنند که به نظر آنها باعث ارتقای موفقیت شرکت می‌شود. بنابراین، معیار ایجاد تعادل، شامل تمرکز بر آنچه موجب ارتقای موفقیت شرکت است می‌شود.^۱ این پرونده‌ها نشان می‌دهند که ویژگی کلیدی وظیفه مندرج ماده ۱۷۲ - به مانند پیشینه آن - عمل با حسن نیت در راستای منافع شرکت است. از این رو، به دلیل تمرکز بر حسن نیت مدیران، پاسخگویی و مسئولیت آنها در این خصوص بسیار دشوار است و مدیران زمانی مسئول تلقی می‌شوند که عدم حسن نیت آنها ثابت شود، در غیر این صورت طرح دعوا بر مبنای ماده ۱۷۲ رد خواهد شد.^۲

۳. رویکرد سهام‌دار محوری نوین در حقوق شرکت‌های ایران

رویکرد سهام‌دار محوری نوین از منظر بررسی وجود وظیفه ارتقای موفقیت شرکت در نظام حقوقی حاکم بر شرکت‌های تجاری ایران، مفهوم وظیفه ارتقای موفقیت شرکت به مثابه‌ی ارتقای منافع سهام‌داران یا ارتقای موفقیت شرکت به عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل و ضمانت‌اجراهای در دسترس برای تحقق آن قابل تحلیل و بررسی است که در ذیل ضمن بندهای جداگانه به هریک از این موارد پرداخته خواهد شد. در ضمن، مقررات کشورهای شورای همکاری خلیج فارس نیز به فراخور بحث در پاورقی مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۳.۱. وظیفه ارتقای موفقیت شرکت

بر خلاف مقررات کامن‌لا که اذعان می‌داشت مدیران باید «با حسن نیت در راستای بهترین منافع شرکت» اقدام کنند، در حقوق ایران وظیفه‌ای مبنی بر ارتقای موفقیت شرکت تحت یک عنوان قانونی خاص پیش‌بینی نشده است و مطابق نظر برخی حقوق‌دانان، از محتوای برخی مواد نظیر بند ۴ ماده ۲۵۸ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷^۳ نیز نمی‌توان چنین وظیفه‌ای را برداشت و آن را بر

1. Modern Law for a Competitive Economy: Completing the Structure (n10) at para 3.16.

2. Charterhouse Capital Ltd, [2015] EWCA Civ 536, [2015] BCC 574.

۳. مسئولیت کیفری برای هیئت‌مدیره و مدیرعامل شرکت به دلیل استفاده با سوءنیت از اختیارات خود برخلاف منافع شرکت برای مقاصد شخصی یا به خاطر شرکت یا مؤسسه دیگر.

مدیران تحمیل کرد.^۱ در ایران، مقنن در سال ۱۳۰۳ حدود اختیارات مدیر شرکت را بر اساس عقد وکالت مدنی تدارک می‌دید. به موجب ماده ۳۶ این قانون، «مسئولیت مدیر در مقابل شرکا همان مسئولیتی است که شخص وکیل در مقابل موکل خود دارد». همین عبارت در ماده ۵۱ قانون تجارت سال ۱۳۱۱ تکرار شده است.^۲ این رویکرد درباره جایگاه مدیران در تعارض با مفهوم شخصیت حقوقی و کارکرد، وظایف و مسئولیت‌های مدیران که - دارای ماهیت خاص خود است - می‌باشد.^۳ در واقع، فلسفه فرض شخصیت حقوقی برای شرکت تجاری، به خصوص آسان شدن تنظیم روابط طرف‌های متعدد، ایجاد می‌کند که حقوق و تکالیف مدیران جز در موارد استثنایی، در برابر شرکت فرض شود و نه شرکا.^۴ لذا این ماده در اصلاحیه سال ۱۳۴۷ به‌طور کلی در مقررات شرکت‌های سهامی حذف شد. البته در مورد سایر شرکت‌ها نیز شایسته است رویه قضایی مفاد ماده ۵۱ را محدود به روابط داخلی بین مدیر و شرکا کند و آن را به رابطه بین شرکت و مدیران آن با اشخاص ثالث تسری ندهد.

با وجود مطالب فوق، اگرچه در قانون به صورت صریح وظیفه‌ای برای مدیران در راستای ارتقای موفقیت شرکت قید نشده است، با تأمل در برخی مواد قانونی می‌توان چنین وظیفه‌ای را استخراج و جزء تکالیف مقرر در قانون برای مدیران در برابر شرکت دانست. به‌عنوان مثال محدودیت‌هایی برای مدیران در قانون پیش‌بینی شده است؛ از جمله محدودیت معامله با شرکت،^۵ ممنوعیت اخذ وام یا تضمین از شرکت^۶ و ممنوعیت مطلق رقابت با شرکت^۷ که جملگی حکایت از تکلیف مدیران در قبال شرکت دارد و نه شرکا. علاوه بر این، در هر دو قانون تجارت ۱۳۱۱ و لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ مقررات شفاف مبنی بر مسئولیت مدیران در مقابل شرکت به چشم می‌خورد که دلالت به تکالیف مدیران در مقابل شرکت دارد.^۸ از این رو، می‌توان استدلال کرد که

۱. عیسائی نفرشی، محمد، حبیب رضانی آکردی و حمیدرضا عباسی منش، ارتقای موفقیت شرکت؛ وظیفه‌ای برای مدیران (مطالعه در حقوق انگلیس و ایران)، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، دوره ۱۹، شماره ۴، ص ۱۴۲.
۲. ن. ک. مواد ۱۲۱ و ۱۸۵ در شرکت‌های تضامنی و نسبی، مواد ۱۴۴ و ۱۶۴ برای شرکت‌های مختلط سهامی و غیرسهامی.
۳. پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، انتشارات سمت، چاپ ۱، ۱۳۸۵، ص ۱۷۵.
۴. کاویانی، کورش، حقوق شرکت‌های تجاری، انتشارات میزان، چاپ ۴، ۱۳۹۳، ص ۲۵۹.
۵. ماده ۵۳ قانون تجارت؛ ماده ۱۲۹ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷.
۶. ماده ۱۳۲ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷.
۷. ماده ۱۳۳ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷.
۸. ماده ۶۱ قانون تجارت ۱۳۱۱ و ماده ۱۴۲ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷.

به‌مانند مقررات کامن‌لا در حقوق شرکت‌های ایران نیز وظیفه مدیران اصولاً در قبال شرکت و ارتقای موفقیت آن است. البته شایان توجه است که اثبات وظیفه مدیران در قبال شرکت تجارتي به خودی خود مثبت این موضوع نیست که نفع شرکتي برابر و مساوی با نفع شخص حقوقی است؛ چه همان‌طور که برخی حقوق‌دانان بیان داشته‌اند، از مفهوم نفع شرکتي دست‌کم سه خوانش عمده وجود دارد: نفع شرکتي همچون نفع شرکا، نفع شرکتي همچون نفع شخص حقوقی و نفع شرکتي همچون نفع بنگاهی.^۱ در ادامه این سه خوانش از نفع شرکتي را در نظام حقوقی ایران مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۳.۲. ارتقای موفقیت شرکت به‌مثابه ارتقای منافع شرکا

آیا صرف توجه به منافع شرکا برای تحقق موفقیت شرکت کفایت می‌کند یا نیاز است که طیف وسیع‌تری از منافع اشخاص مؤثر و متأثر از شرکت در اتخاذ تصمیمات لحاظ شود؟^۲ علی‌رغم آنکه برخی نویسندگان استدلال کرده‌اند که قانون‌گذار در حوزه حقوق شرکت‌ها (به‌خصوص شرکت‌های سهامی) صرفاً به منافع سهام‌داران توجه نداشته، بلکه در برخی موارد منافع سایر ذی‌نفعان را نیز لحاظ کرده است،^۳ لیکن قابل‌کتمان نیست که تمرکز اصلی بر حقوق سهام‌داران است.^۴ این مفهوم را می‌توان از اختیار عزل و نصب مدیران از سوی مجمع، تعیین

۱. حقانی، سعید، شناسایی و مقابله با تقلب شرکا در تصمیم‌سازی مجامع عمومی شرکت‌های تجاری، انتشارات گنج دانش، چاپ ۲، ۱۳۹۸، ص ۲۲۱.

۲. در برخی نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه و همچنین برخی آرای دیوان عالی کشور پاسخ‌هایی که بدون صراحت کافی به دیگر ذی‌نفعان شرکت توجه دارد، دیده می‌شود. به‌عنوان مثال، در نظریه شماره: ۴۹۹/۱۴۰۰/۷ مورخه ۱۴۰۰/۰۶/۱۶ بدوآ بیان شده است که علی‌الاصول اقدامات و تصمیمات مدیران شرکت باید به نحوی باشد که منافع و غبطه شرکت و «حقوق سهام‌داران» رعایت شود؛ لیکن در ادامه این نظریه توجه به منافع طلبکاران را نیز به‌عنوان امر موضوعی در دامنه تشخیص مقام رسیدگی‌کننده دانسته است.

همچنین به‌موجب رأی شماره ۶۸۰/۲۱ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور در تفسیر ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ چنین بیان می‌شود که با توجه به صدر ماده و کلیت آن به هر ذی‌نفع حق درخواست اعلام بطلان شرکت یا تصمیمات متخذة توسط هریک از ارکان شرکت داده شده است و سهام‌دار از مصادیق بارز ذی‌نفع محسوب می‌شود. به‌عبارتی‌دیگر، مفهوم ذی‌نفع مندرج در ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ محدود به سهام‌داران نمی‌شود، بلکه سهام‌داران صرفاً مصادیق بارز مفهوم ذی‌نفع هستند (بازگیر، یدالله، موازین حقوق تجارت در آرا دیوان‌عالی کشور، انتشارات گنج دانش، چاپ ۱، ۱۳۷۸).

۳. صادقیان ندوشن، مهرداد و محمود باقری، پیشین، ص ۱۴۷.

۴. شیوه‌های حاکمیت شرکتي در کشورهای شورای همکاری خلیج فارس نیز هنوز عمدتاً سهام‌دارمحورند، ولی تا حدی منافع دیگر ذی‌نفعان در شرکت مورد توجه واقع شده است. قانون حاکمیت شرکتي عمان قاعده احترام به ←

حق الزحمه آنها، پیوند مالکیت و مدیریت از طریق الزام اعضای هیئت‌مدیره به سهام‌دار شرکت بودن و تکلیف مدیران به اجرای مصوبات مجمع در کنار قانون و اساسنامه استنباط کرد.^۱ چنین خوانش شریک محوری از نفع شرکتهای قدیمی‌ترین خوانش از نفع شرکتهای بوده و مؤید این موضوع است که جدای از منافع عینی شرکا، نفع مستقل و مفروضی برای خود شرکت وجود ندارد.^۲ از این رو، مدیر شرکت باید حافظ منافع جمعی شرکا در قالب شخصیت حقوقی شرکت باشد.^۳ لیکن به نظر می‌رسد مجموع مقررات فوق نمی‌توانند به‌عنوان مقدمه‌ای برای نیل به این نتیجه باشند که مدیران صرفاً حافظ منافع شرکا به‌عنوان یک کل هستند، بلکه تنها می‌توان استنباط کرد شرکا برای حفظ منافع خود دارای ابزارهای مفید و مؤثری بر هیئت‌مدیره شرکت هستند.^۴ علاوه بر این، تقریباً قاطباً نویسندگان در حقوق شرکتهای معتقدند که وظیفه مدیران در قبال شرکت است و نه شرکا.^۵ حال اگر منافع شرکت با منافع سهام‌داران یکسان و برابر تلقی شود، این خود در تضاد با استدلالی است که وظایف مدیران را در قبال شرکت می‌داند؛ زیرا با پذیرش این موضوع در عمل اینکه وظایف مدیران را در قبال شرکت بدانیم یا شرکا تفاوتی ایجاد

→ حقوق ذی‌نفعان را مورد تأکید قرار داده است (قسمت چهارم بند دوم اصل ششم قانون حاکمیت شرکتهای سهامی عام مصوب ۲۰۱۵) و همچنین مقررات حاکمیت شرکتهای قطر، توجه به منافع ذی‌نفعان و حق دسترسی آنها به اطلاعات شرکت را در نظر گرفته است (ماده ۳۸ مقرر سازمان بازارهای مالی قطر مصوب ۲۰۱۶). قانون حاکمیت شرکتهای بحرین مدیران را ملزم می‌کند که به‌طور مساوی در خدمت منافع سهام‌داران و دیگر ذی‌نفعان باشند. با این حال، احترام به منافع ذی‌نفعان به این معنا نیست که هیئت‌مدیره به آنها وظیفه امانت‌داری (مشابه سهام‌داران) بدهکار است (قسمت نخست بند پنج ماده دو قانون حاکمیت شرکتهای بحرین مصوب ۲۰۱۸). قوانین شرکتهای کویت و عربستان بیشتر سهام‌دارمحور بوده و حقوق ذی‌نفعان نباید منجر به لطمه به حقوق سهام‌داران گردد:

Alkayat Alazimi, Abdullah Ahmed. "Introducing the Business Judgment Rule in Select Countries of the Gulf". *Comparative Law Review*. 2022. Vol. 28, pp. 9-39, p. 17.

۱. پاسبان، محمدرضا، پیشین، ص ۱۷۶.
۲. حقانی، سعید، پیشین، ص ۲۲۲.
۳. پاسبان، محمدرضا، پیشین، ص ۲۱۴.
۴. این استنباط با ماده ۱۱۸ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ که به‌نوعی محدودیت بر جایگاه حاکم مجمع نسبت به مدیران در ساختار شرکت است هم‌خوانی دارد.
۵. صفری، محمد، حقوق بازرگانی؛ شرکتهای، جلد ۱ و ۲، چاپ ۱، انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۱۴۸؛ ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۲، چاپ ۱۴، نشر دادگستر، ۱۳۸۸، ص ۱۷۹؛ کاویانی، کورش، پیشین، ص ۲۵۹؛ پاسبان، محمدرضا، پیشین، ص ۱۷۵.

نمی‌کند.^۱ علاوه بر این، در تأیید استدلال فوق می‌توان به برخی مواد قانونی از جمله مواد ۱۱۱، ۱۱۳، ۱۲۷، ۱۳۶، ۱۴۳ و ۲۷۰ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ استناد کرد که به‌نوعی مجموع مواد فوق دلالت بر نقش مؤثر ذی‌نفعان در مفهوم نهاد شرکت دارد.^۲ لذا مفهوم شرکت و ارتقای موفقیت آن را باید امری مجزا از صرف توجه به منافع شرکا تلقی کنیم.

۳.۳. ارتقای موفقیت شرکت به‌مثابه شخصیت حقوقی مستقل

آیا شرکت باید به‌عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل در نظر گرفته شود که دارای منافع متمایز از منافع اعضای خود است یا تمییز و تفکیک منافع شرکت از منافع ذی‌نفعان در شرکت قابل‌اعمال نیست؟ در این خصوص دو نظریه مطرح شده است: نخست، نظریه نفع شرکتی همچون نفع شخص حقوقی است که نفع شرکتی به موجودی اعتباری به نام شرکت تعلق دارد و دوم، نظریه نفع شرکتی همچون نفع بنگاهی است که نفع شرکتی همچون نفع برتر خود شخص حقوقی است، ولی با نفع جمعی مشترک تمام ذی‌نفعان شرکتی اعم از شرکا، مستخدمان، طلبکاران و... منطبق است.^۳

ماده ۵۸۸ قانون تجارت ایران استقلال شخصیت حقوقی شرکت را اعلام می‌دارد؛ لیکن در توضیح اینکه منافع چه شخص یا اشخاصی باید در نظر گرفته شود مسکوت است. قدر متقین این است که صرف توجه به منافع سهام‌داران کفایت نمی‌کند؛ در غیر این صورت وضع چنین مقرره‌ای بی‌معنی جلوه می‌کند.^۴ با این حال، دست کم مطابق تفسیری از ماهیت شخص حقوقی

۱. مشابه چنین استدلالی توسط برخی حقوقدانان فرانسوی نیز بیان شده است. با این توضیح که در شرکتهای برخورداری از شخصیت حقوقی به‌ناچار با یک «شخص حقوقی» روبه‌رو هستیم که از حقوق و تکالیف ویژه‌ای جدای از شرکا برخوردار است: به نقل از: حقانی، سعید، پیشین، ص ۲۲۵.

۲. تقاضای عزل مدیر فاقد شرایط مدیریت توسط هر ذی‌نفع (ماده ۱۱۱ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷)، تقاضای دعوت مجمع عمومی برای تعیین مدیر توسط هر ذی‌نفع (ماده ۱۱۳ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷)، تقاضای عزل مدیرعامل توسط هر ذی‌نفع (ماده ۱۲۷ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷)، تقاضای هر ذی‌نفع از مرجع ثبت شرکتها برای دعوت مجمع عمومی عادی جهت انتخاب مدیران (ماده ۱۳۶ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷)، طرح دعوی هر ذی‌نفع علیه مدیر شرکت ورشکسته که ورشکستگی شرکت یا کافی نبودن دارایی شرکت به نحوی از انحاء معلول تخلفات آنها بوده (ماده ۱۴۳ لایحه قانونی ۱۳۴۷) و طرح دعوی بطلان شرکت یا عملیات یا تصمیمات آن توسط هر ذی‌نفع (ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷).

۳. حقانی، سعید، پیشین، صص ۲۲۴ و ۲۲۵.

۴. اینکه حقوق ناشی از مالکیت سهم محدود به مواردی خاص نظیر حق سهام‌شدن در سود، حق رأی و غیر آن گردیده (اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت؛ شرکتهای تجاری، جلد ۱، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۱۰۳)، خود دلالت بر این دارد که منافع شرکا برابر و مساوی با منافع شرکت نیست.

که تنها وجود فرضی و اعتباری برای آن قائل است، انصراف منافع به شرکت (بدون توجه به سهام‌داران و سایر ذی‌نفعان) غیرممکن به نظر می‌رسد، مگر اینکه فراتر رفته و شرکت را با منافع یک یا چند گروه از اشخاص مؤثر و متأثر از شرکت شناسایی کرد.^۱ اگر ماهیت شرکت را قراردادی بدانیم و آن را حاصل قراردادی تحت عنوان اساسنامه یا شرکت‌نامه میان مؤسسان و اعضا تلقی کنیم، با توجه به اصل حاکمیت اراده در روابط قراردادی اصولاً اراده شرکت همان اراده شرکت است. در مقابل، نظریه شخصیت حقوقی یا سازمانی است. مطابق این نظریه، شرکت سازمان حقوقی مستقلی است که تابع شرایط خاصی است و بعد از تشکیل دیگر تابع شرایط عقد و قرارداد نیست، بلکه تابع اصولی است که قانون برای سازمان پیش‌بینی کرده است و اراده شرکا به صورت فردی یا جمعی تأثیری در امور شرکت ندارد و حتی در برخی موارد شرکت می‌تواند برخلاف اراده، قصد و منافع شرکا، تصمیماتی اتخاذ کند.^۲ در تقابل دو نظریه فوق، غالب نویسندگان نظریه سازمانی بودن شرکت را (لااقل پس از تشکیل شرکت) پذیرفته‌اند.^۳ از مجموع این مطالب می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که در نظام حقوق شرکت‌های تجاری ایران نفع شرکتهای معادل و برابر نفع بنگاهی است؛ زیرا نخست، تقلیل نفع شرکتهای به نفع شرکا برخلاف مقررات قانونی مورد اشاره در بالا بوده و بسیاری از نویسندگان حقوق تجارت ایران نیز چنین خوانشی را مردود و محدود به مشارکت‌های مدنی و نه شرکت‌های تجاری با شخصیت حقوقی مستقل دانسته‌اند.^۴ دوم، تحلیل نفع شرکتهای همچون نفع شخص حقوقی بیشتر امری انتزاعی بوده و حتی ممکن است زمینه سوءاستفاده مدیران را فراهم آورد؛ زیرا در چنین فرضی هیچ‌کدام از سهام‌داران و ذی‌نفعان در موقعیتی نیستند که بتوانند بر مدیران اعمال فشار کنند؛ امری که در نهایت منجر به نوع خاص نامطلوبی از اداره شرکت می‌شود که تحت عنوان «کنترل مدیریتی»

1. Hansmann, H. The Ownership of Enterprise (Harvard, 1996).

۲. ستوده تهرانی، حسن، پیشین، ص ۱۶.

۳. صادقی نشاط، امیر، حقوق تجارت برای مدیران، چاپ ۱، انتشارات میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۰۵؛ صقری، محمد، پیشین، ص ۲۹؛ پاسبان، محمدرضا، پیشین، ص ۶۰؛ اسکینی، ربیعا، پیشین، ص ۳۳.

مقررات حاکم بر شرکت‌های تجاری کشورهای شورای همکاری خلیج فارس، مدیران را از انجام رفتارهای ناسازگار با وفاداری آن‌ها به شرکت منع می‌کند. باین‌حال، در برخی از مسائل، میزان و دامنه وظیفه وفاداری در بین کشورهای عضو متفاوت است: Alkayat Alazimi, Abdullah Ahmed, cit, p. 25.

۴. برخی نویسندگان دکترین نئوکلاسیک فوق را که موسوم به مالکیت بنگاه - توسط سهامداران - است را یک دکترین منسوخ در عرصه حقوق تجارت دانسته‌اند: طباطبائی حصار، نسربین و سروش صفی زاده، نظام ثبت شرکت‌های تجاری در آینه حق دسترسی به اطلاعات، چاپ ۲، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۴۰۱، ص ۳۷.

یا «مدیریت محوری» نام نهاده شده است.^۱ سوم، قوانین و دستورالعمل‌های متأخر نظیر دستورالعمل‌های حاکمیت شرکتی نیز به نوعی بر این موضوع صحنه گذاشته و تکالیفی بر مدیران برای توجه به منافع سایر ذی‌نفعان در کنار شرکا دارد که نشان‌دهنده لزوم لحاظ منافع عینی دیگری به جز منافع شرکا در خصوص فعالیت‌های شرکت است که در ادامه برخی از این مقررات به فراخور موضوع مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۳.۴. ارتقای موفقیت شرکت و ضمانت اجرای آن

آیا با پذیرش نظریه نفع شرکتی به مثابه نفع بنگاهی و لزوم توجه به شرکت به عنوان یک نهاد دربردارنده طیف متنوعی از منافع سهام‌داران و ذی‌نفعان، ضمانت اجرای کافی برای توجه به منافع ذی‌نفعان وجود دارد؟ برخلاف سهام‌داران که برای حمایت از منافع آنها ابزارهای مناسبی در قانون پیش‌بینی شده است، در لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ و به خصوص قانون تجارت ۱۳۱۱ مقررات حمایتی مؤثری در خصوص سایر ذی‌نفعان مشاهده نمی‌شود. با وجود این، در لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ یک مقررۀ مهم وجود دارد. مطابق مادۀ ۲۷۰ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷، هرگاه مقررات قانونی در مورد تشکیل شرکت سهامی یا عملیات آن یا تصمیماتی که توسط هر یک از ارکان شرکت اتخاذ می‌شود رعایت نشود، برحسب مورد بنا به درخواست هر ذی‌نفع، بطلان شرکت یا عملیات یا تصمیمات مذکور به حکم دادگاه اعلام خواهد شد. علی‌رغم آنکه مادۀ فوق صراحت دارد که هر ذی‌نفع (و نه صرفاً سهام‌داران) می‌تواند تقاضای ابطال تصمیمات شرکت را بنماید، لیکن رویه عملی دادگاه‌ها از طرح چنین دعاوی‌ای استقبال نکرده است. به نظر می‌رسد علت آن ابهام در مفهوم ذی‌نفع و امکان برداشت‌های متفاوت از آن است.^۲ نویسندگان حقوق تجارت نیز سعی داشته‌اند که دامنه مفهوم ذی‌نفع را محدود تفسیر کنند و در موارد سکوت یا تردید، شخص ذی‌نفع را به گونه‌ای تفسیر کنند که تا جای ممکن دربردارنده افراد کمتری بوده^۳ و صرفاً اشخاصی بتوانند تقاضای بطلان تصمیمات را مطرح کنند که ضمانت اجرا در خدمت منافع

۱. طوسی، عباس، تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها، چاپ ۱، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۱۳۶.

۲. کاویانی، کورش، پیشین، ص ۱۰۸.

۳. ایزانلو، محسن و صادق شریعتی نسب، مطالعه تطبیقی «عدم قابلیت استناد» در حقوق ایران و فرانسه، نشریه حقوق خصوصی، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، دوره ۹، شماره ۲ (پیاپی ۲۱)، ص ۵۹.

آنها باشد (بطلان نسبی).^۱ از این رو، طرح دعوای مستند به این ماده، از آنجایی که مفهوم ذی نفع مبهم و مضیق است، احتمالاً پرهزینه و نتیجه دادرسی نیز غیرقطعی است.

در دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۴۰۱ (که جایگزین دستورالعمل حاکمیت شرکتی شرکت‌های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران، مصوب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار در سال ۱۳۹۷ شده است)، توجه بیشتری به منافع ذی نفعان صورت گرفته است. مطابق مواد ۲ و ۳ دستورالعمل، هیئت مدیره موظف شده‌اند که در تصمیمات و اقدامات خود حقوق سایر ذی نفعان را طبق آنچه در قوانین یا بر مبنای قراردادهای مشخص شده است، در نظر بگیرند و همکاری فعالانه شرکت‌ها و سایر ذی نفعان را در ایجاد ثروت، اشتغال و پایداری شرکت‌های دارای وضعیت مالی شفاف تشویق کند. در مقدمه این دستورالعمل آمده است که در راستای حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران و توسعه بازار شفاف و اصلاح حاکمیت شرکتی تصویب شده است. لذا به نظر می‌رسد که توجه به منافع ذی نفعان به عنوان یک ابزار حاکمیتی برای نیل به حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران پیش‌بینی شده است که بسیار مشابه رویکرد سهام‌دارمحوری نوین در انگلستان است. با وجود این، برخلاف حقوق شرکت‌های انگلستان، دستورالعمل توجه به حقوق و منافع ذی نفعان را مقید به مواردی کرده است که در قانون یا قرارداد مشخص شده است. دانستیم که در قانون (به خصوص قانون تجارت سال ۱۳۱۱) مقررات حمایتی مؤثری در دسترس نیست. از حیث قراردادی نیز با توجه به جایگاه ضعیف ذی نفعان نسبت به سهام‌داران امکان وضع قرارداد در راستای حفظ منافع ذی نفعان کم است.^۲ از این رو، علیرغم آنکه در این دستورالعمل به صورت صریح توجه مدیران به منافع ذی نفعان را مورد تأکید قرار داده است و به واسطه اختیارات وسیع سازمان بورس این مقررات اجرا می‌شوند، اما به دلیل قیدهای مندرج در آن عملاً از کارایی بالایی برخوردار نیست.^۳

۱. صقری، محمد، پیشین، ص ۹۹.

۲. برخی نویسندگان با توجه به وضعیت قانونی موجود، برای پیشرفت شرکت پیشنهاد داده‌اند که در حقوق ایران برنامه‌ای برای پیشرفت شرکت در اساسنامه پیش‌بینی شود که در صورت عدم رعایت آن توسط مدیر، برای وی ایجاد مسئولیت شود (تفرشی، محمد عیسی و دیگران، پیشین، ص ۱۴۷).

۳. در کشورهای شورای همکاری خلیج فارس، مدیران در صورت نقض وظیفه خود در قبال شرکت با مسئولیت تضامنی روبه‌رو هستند. در این صورت، هر سهام‌دار- و نه هر ذی نفع- شرکت می‌تواند علیه هر یک از اعضای هیئت مدیره در صورت کوتاهی شرکت در طرح دعوا، دعوای مسئولیت را مطرح کند. (ماده ۲۰۱ الی ۲۰۵ قانون شرکت‌های کویت مصوب ۲۰۱۶، ماده ۷۸ و ۷۹ قانون شرکت‌های عربستان مصوب سال ۲۰۱۵، مواد ۱۶۲ الی ۱۶۴)

نتیجه‌گیری

دیدگاه سنتی و تثبیت‌شده در حقوق شرکت‌های تجاری این است که مدیران باید در راستای بیشینه‌سازی سود به نفع سهام‌داران عمل کنند. در مقابل این تفسیر مضیق از وظیفه مدیران، که توجه آن صرفاً معطوف به منافع سهام‌داران است، نظریه‌ای موسوم به «سهام‌دارمحوری نوین» مطرح شده که موفقیت شرکت را در توجه به همه اشخاص مؤثر و متأثر از شرکت می‌داند. رویکرد سهام‌دارمحوری نوین مبتنی بر این ایده است که حداکثر کردن ارزش سهام سهام‌داران از طریق راهبرد توجه به همه عوامل دخیل در شرکت (و نه صرفاً سهام‌داران) بهترین وسیله برای تضمین موفقیت کلی شرکت است. این رویکرد در سال ۲۰۰۶ به‌صورت صریح در قالب ماده ۱۷۲ وارد مقررات شرکت‌های تجاری انگلستان شد. در حقوق شرکت‌های ایران - به‌خصوص شرکت‌های سهامی - رویکرد سهام‌دارمحوری نوین نه به‌صراحت قانون شرکت‌های انگلستان، بلکه از توجه به مواد مختلف لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ از جمله مواد ۵، ۳۳، ۱۱۱، ۱۱۳، ۱۲۷، ۱۴۱، ۱۴۳، ۱۵۳، ۲۰۵ و ۲۷۰ قابل استنباط است. در دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران ثبت‌شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۴۰۱ (مواد ۲ و ۳) رویکرد فوق به‌صورت صریح مورد تأکید قرار گرفته است.

مهم‌ترین چالش رویکرد سهام‌دارمحوری نوین چگونگی حل تعارض بین منافع متعدد و احیاناً متعارض ذی‌نفعان و ضمانت اجرای عدم توجه به این موضوع است. رویه قضایی انگلستان درباره چگونگی حل تعارض بین منافع ذی‌نفعان مختلف به قضاوت تجاری مدیران متوسل شده است. لذا مدیر باید با حسن‌نیت در راستای بهترین منافع شرکت به رفع تعارض بین منافع متعدد ذی‌نفعان بپردازد. از حیث ضمانت اجرا نیز طرح دعوی مشتق از جانب سهام‌داران، دعوی مطالبه خسارت از جانب مدیر تصفیه و طلبکاران در فرایند تصفیه شرکت و دعوی سلب صلاحیت مدیران به‌عنوان ابزارهای مؤثر در اجرای اصول سهام‌دارمحوری نوین به کار گرفته شده‌اند که مؤثرترین آنها دعوی سلب صلاحیت مدیران است. در حقوق شرکت‌های تجاری ایران مقرره‌ای مبنی بر چگونگی حل تعارض منافع ذی‌نفعان دیده نمی‌شود. مدیران موظف‌اند که در راستای

→ ۱۶۵ قانون شرکت‌های تجاری امارات مصوب سال ۲۰۱۵، مواد ۱۱۳ الی ۱۱۶ قانون شرکت‌های تجاری قطر مصوب سال ۲۰۱۵، مواد ۲۰۶ الی ۲۰۸ قانون شرکت‌های تجاری عمان مصوب سال ۲۰۱۹، مواد ۱۸۵ الی ۱۸۷ قانون شرکت‌های بحرین مصوب سال ۲۰۰۱.

وظیفه اداره شرکت بهترین تصمیم برای موفقیت شرکت را اتخاذ کنند. مهم‌ترین ضمانت اجرا نیز ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ است که به هر ذی‌نفع امکان طرح دعوی بطلان تصمیمات و عملیات شرکت را داده است. چنین ضمانت اجرایی در مقایسه با ضمانت‌های اجرایی دعوی مشتق از یک مزیت برخوردار است که دست نیاز به سوی سهام‌داران برای حمایت از منافع سایر ذی‌نفعان ندارد. به عبارتی، سایر ذی‌نفعان شرکت خود می‌توانند مستقیماً تصمیمات مغایر با حقوق و منافع قانونی خود را به چالش بکشند. لیکن به دلیل ابهام در مفهوم ذی‌نفع و عدم وجود مقرره‌ای شفاف مبنی بر پذیرش توجه به منافع ذی‌نفعان، اثر مقرر به‌طور ملموس در رویه قضایی مشاهده نمی‌شود. لذا برخلاف حقوق شرکت‌های انگلستان، که مهم‌ترین ضعف آن نبود ضمانت اجرای قوی برای حمایت از منافع ذی‌نفعان است، در حقوق شرکت‌های ایران ضمانت اجرای مؤثر برای حمایت از ذی‌نفعان وجود دارد؛ ولی ضعف اصلی آن ابهام در مفهوم ذی‌نفع و کارکرد ضعیف رویه اجرایی و قضایی در این زمینه است. علی‌رغم آنکه با توجه به شخصیت حقوقی مستقل شرکت، نظریه سازمانی بودن شرکت و اینکه اساساً وظیفه مدیران در قبال شرکت است و نه شرکا، استدلال کافی برای دخیل کردن ذی‌نفعان در ماهیت نهاد شرکت وجود دارد؛ لیکن پیشنهاد می‌شود در قانون جدید تجارت در بخش مربوط به وظایف مدیران مقرره‌ای شفاف مبنی بر الزام هیئت‌مدیره در توجه به منافع ذی‌نفعان (با ذکر ذی‌نفعان شرکت) وضع شود. متن ماده پیشنهادی می‌تواند به این ترتیب باشد که: «هیئت‌مدیره شرکت تجاری موظف است در راستای موفقیت شرکت، رشد پایدار و با حمایت از اثربخشی و کارایی در تصمیمات خود به منافع تمام ذی‌نفعان شرکتی از جمله سهام‌داران، کارکنان شرکت، تأمین‌کنندگان، مشتریان و تأثیر عملیات شرکت بر جامعه و محیط‌زیست توجه نمایند». قضات نیز باید با آموزش لازم با فلسفه وجودی مقرر و شیوه اعمال آن آشنا شوند.

منابع

کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت؛ شرکتهای تجاری**، جلد ۱، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۵.

۲. پاسبان، محمدرضا، **حقوق شرکت‌های تجاری**، چاپ ۱، انتشارات سمت، ۱۳۸۵.
۳. حقانی، سعید، **شناسایی و مقابله با تقلب شرکا در تصمیم‌سازی مجامع عمومی شرکت‌های تجاری**، چاپ ۲، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۸.
۴. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، جلد ۲، چاپ ۱۴، نشر دادگستر، ۱۳۸۸.
۵. صادقی نشاط، امیر، **حقوق تجارت برای مدیران**، چاپ ۱، انتشارات میزان، ۱۳۹۲.
۶. صقری، محمد، **حقوق بازرگانی؛ شرکت‌ها**، جلد ۱ و ۲، چاپ ۱، انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۷. طباطبائی حصار، نسرین و سروش صفی‌زاده، **نظام ثبت شرکت‌های تجاری در آینه حق دسترسی به اطلاعات**، چاپ ۲، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۴۰۱.
۸. طوسی، عباس، **تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها**، چاپ ۱، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۳.
۹. کاویانی، کورش، **حقوق شرکت‌های تجاری**، چاپ ۴، انتشارات میزان، ۱۳۹۳.

مقاله

۱۰. ایزانلو، محسن و صادق شریعتی نسب، **مطالعه تطبیقی «عدم قابلیت استناد» در حقوق ایران و فرانسه**، نشریه حقوق خصوصی، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، دوره ۹، شماره ۲ (پیاپی ۲۱)، صص ۳۵-۶۶.
۱۱. صادقیان ندوشن مهرداد و محمود باقری، **تعارض منافع ذی‌نفعان شرکت‌ها و راهکارهای حل آن**، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، دوره ۲۰، شماره ۳، صص ۱۶۳-۱۳۶.
۱۲. عیسائی تفرشی محمد، رضانی آگردی حبیب و حمیدرضا عباسی منش، **ارتقای موفقیت شرکت؛ وظیفه‌ای برای مدیران (مطالعه در حقوق انگلیس و ایران)**، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، دوره ۱۹، شماره ۴، صص ۱۴۸-۱۲۳.

References

Books

1. Company Law Review, Modern Company Law for a Competitive Economy, Completing the Structure, A Consultation Document from the Company Law Review Steering Group London, DTI . 2000.
2. Company Law Review, Modern Company Law for a Competitive Economy Strategic Framework, 1999.
3. Darling, Alastair, the House of Commons at Hansard, HC Vol. 447, col.125, June 6, 2006.
4. Davies, Paul L. , Gower and Davies: Principles of Modern Company Law, 9th edn, Sweet & Maxwell 2012.
5. Ferran, E. Company Law and Corporate Finance, Oxford University Press, OUP, 1999.
6. Finch, Vanessa. Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles, Cambridge, 2nd ed, 2009.
7. Girvin, Stephen, Sandra Frisby & Alastair Hudson, Charlesworth's Company Law, 18th edn, Sweet & Maxwell 2010.
8. Haghani, Saeed, Detecting and Tackling the Shareholders Fraud in Decision-Making Process of the General Assemblies of Commercial Companies, 2nd Edition, Ganj Danesh Publications, 2019. (in Persian)
9. Hannigan , Brenda, Company Law, OUP 3rd edn 2012.
10. Hansmann, H. , The Ownership of Enterprise, Harvard, 1996.
11. Iqbal, T. The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Social Responsibility: A Theoretical and Qualitative Analysis (1st ed.). Routledge. 2021., <https://doi.org/10.4324/9781003178651/>
12. Kaviani, Koresh, Laws of Commercial Companies, Mizan Publications, 4th edition, 2013. (in Persian)
13. Keay, Andrew, The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance. Abingdon, Routledge, 2013.
14. Parkinson, John Edward, Corporate Power and Responsibility: Issues in the Theory of Company Law, Clarendon Press, 1993.
15. Pasban, Mohammad Reza, Laws of Commercial Companies, Samt Publications, first edition, 2015. (in Persian)
16. Sadeghi Neshat, Amir, Business Law for Managers, Mizan Publications, first edition, 2012. (in Persian)

17. Saqri, Mohammad, Commercial Law; Companies, the first and second volume, publishing company, first edition, 2013. (in Persian)
18. Skini, Rabia, Business Law; Commercial Companies, first volume, Samt Publications, first edition, 2005. (in Persian)
19. Sotoudeh Tehrani, Hassan, Business Law, Volume II, Dadstar Publication, 14th edition, 2018. (in Persian)
20. Tabatabai Hesari, Nasrin and Soroush Safizadeh, The System of Commercial Companies Registry in the Light of the Right to Access to Information, 2nd Edition, Tehran University Press, 2022. (in Persian)
21. Toosi, Abbas, Economic Analysis of Corporate Law, 1st Edition, Shahr Danesh Press, 2014. (in Persian)

Articles

22. Alazimi, Alkayat, Abdullah Ahmed. "Introducing the Business Judgment Rule in Select Countries of the Arabian Gulf". *Comparative Law Review*. 2022. Vol. 28, pp. 9-39.
23. Armour, John. et al, 'Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and United States' *Journal of Empirical Legal Studies*, 2009, 6.
24. Berle, A. "For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note." *Harvard Law Review* 45, no. 8 (1932): 1365-72. <https://doi.org/10.2307/1331920>.
25. Craig, Rosemary, 'The Enormous Turnip: a Discussion on the CA 2006 Which Like Topsy in the Child's Fairy Tale Is Still Growing', 2008, *Comp. Law* 360.
26. Davies, John 'Company law and the concept of Corporate Social Responsibility', 2014.
27. Deakin, Simon. 'The Coming Transformation of Shareholder Value' *Corporate Governance: An Institutional Review*, 2005, 13.
28. Dodd E. M., 'For Whom are Corporate Managers Trustees?' *Harvard Law Review*, , Vol. 45, No. 7 ,May, 1932, pp. 1145-1163.
29. Doyle L., 'The Susceptibility to Meaningful Attack of Breaches of Directors' duty to promote the success of their company' 2011 <<http://www.law.leeds.ac.uk/assets/files/research/events/directors-duties/doyle-susceptibility-to-meaningful-attack.pdf>.
30. Grier, N. Enlightened Shareholder Value: Did Directors Deliver? *The Juridical Review*, 2014(2), 95-111.

31. HO, Kong Shan, 'Is Section 172(1) the Guidance for CSR?' *Comp. Law* 31 (12), 2010.
32. Ho, V. 'Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide', 2010, 36 *Journal of Corporation Law* 59. Vol. 45, No. 7, May, 1932, pp. 1145-1163.
33. Isa Tafarshi Mohammad, Ramezani Akerdi Habib, Abbasi Menesh Hamid Reza. "Promoting the Company's Success; A Duty for Managers (Study in British and Iranian law)". *Comparative Law Research*, 2014, 19(4), pp. 123-148. (in Persian)
34. Ismail, Maimunah, *Corporate Social Responsibility and Its Role in Community Development: An International Perspective*, Journal of International Social Research. 2009.
35. Izanlou, Mohsen and Shariati Nasab, Sadegh, "Comparative Study of " Unenforceability " in Iranian and French Laws", *Journal of Private Law*, Autumn and Winter 2013, Volume 9, NO 2 (21 in a row); pp 35 - 66. (in Persian)
36. Keay, Andrew 'Good Faith and Directors' Duty to Promote the Success of Their Company' *Comp Law*, 2011.
37. Keay, Andrew 'Moving Towards Stakeholderism? Constituency Statutes, Enlightened Shareholder Value and More: Much Ado about Little?' *European Business Law Review* 1, 2011, 22.
38. Keay, Andrew 'Stakeholder Theory in Corporate Law: Has It Got What It Takes?' *Richmond Journal of Global Law & Business*, 2010, 9(3) , 249.
39. Keay, Andrew, "Having Regard for Stakeholders in Practising Enlightened Shareholder Value", *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 19:1, 118-138, DOI: 10.1080/14729342.2019.1619238. 2019.
40. Keay, Andrew. 'The Duty to Promote the Success of the Company: Is It Fit for Purpose in a Post-Financial Crisis World?' (n40) at 78. Cm 6456, 2005, DTI <<http://www.berr.gov.uk/files/file13958.pdf>> accessed 21 January 2016.
41. R. Macey, Jonathan. 'An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties', (1991 - 2) 21 *Stetson LR* 24.

42. Robinson, W Stewart, 'A Change in the Legal Wind – How A New Direction for Corporate Governance Could Affect Takeover Regulation' (2012) ICCLR 292.
43. Sadeghian Nadushan Mehrdad, Bagheri Mahmoud. "Conflict of Interests of Companies' Stakeholders and Solutions to Solve It". Comparative law studies. 2016; 20 (3), pp. 163-136. (in Persian)
44. Tate, Rachel C. 'Section 172 CA 2006: The ticket to stakeholder value or simply tokenism?'
<https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Section172CA2006thetickettostakeholdervalueorsimplytokenism.pdf/>
45. Temitope, Odusanya. "Has Section 172 of the United Kingdom's Companies Act 2006 Created an Effective Set of Directors' Duties?" LL.M DISSERTATION. 2021.
46. Williams, Richard, "Enlightened Shareholder Value in UK Company Law" UNSW Law Journal 365, 2012, 35(1).
47. Wynn-Evans C., 'The Companies Act 2006 and the Interests of Employees' Industrial Law Journal, 36 (2), 2007.

Cases

48. Charterhouse Capital Ltd, [2015] EWCA Civ 536, [2015] BCC 574.
49. Cobden Investments Ltd v RWM Langport Ltd, [2008] EWHC 28110 (Ch) [52].
50. Gaiman v National Association for Mental Health, [1971] Ch 317, 330.
51. Greenhalgh, [1951] Ch 286, 291.
52. Hutton v West Cork Rly Co (1883) 23 Ch. D 654 (CA) (Bowen LJ).
53. Macaura v Northern Assurance Co Ltd [1925] AC 619 (HL).
54. Re Smith and Fawcett Ltd [1942] Ch 304, 306.
55. Regentcrest Plc. v Cohen, [2001] 2 B.C.L.C. 80, [90].
56. Shepherd v Williamson [2010] EWHC 2375 [103]-[104].
57. Stimpson v Southern Private Landlords Association [2010] BCC 387.
58. Walker v Walker [2006] 1 WLR 2194.
59. Re Genosysis Technology Management Ltd, Wallach v Secretary of State for Trade and Industry [2007] 1 BCLC 208.
60. Smith & Fawcett Ltd, Re [1942] Ch. 304.

The Theory of “Enlightened Shareholder Value” In Commercial Companies Law

Mostafa Kooshki*
Laya Joneydi**

Abstract

In the law of commercial companies, one of the most fundamental questions is that the company should be run for the benefit of which person or persons? In response to the above question, the enlightened Shareholder Value theory states that the company should be managed in order to maximize the value of the shareholders' shares by paying attention to the interests of all the stakeholders of the company, and this is the best means to ensure the success of the company. With a descriptive and analytical approach, this article has examined the recent theory with a comparative study in English company law. The results of the article show that the laws of Iranian commercial companies which are based on the independent legal personality of the company, the organizational theory of the company and that the duty of the managers is towards the company and not the partners, have the ability to analyze based on the above theory. Therefore, by accepting this theory, a meaningful balance can be established between the interests of shareholders and stakeholders. The most important obstacle to full effectiveness of the above theory in the law of Iranian commercial companies is the ambiguity in the concept of beneficiary and its narrow interpretation by legal courts, the solutions have been presented in this regard.

Keywords:

Business Company, the Enlightened Shareholder Value, Company Stakeholders, Best Interests of the Company, Organizational Theory of the Company.

* Ph.D., Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. kooshki@ut.ac.ir

** Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding Author) joneydi@ut.ac.ir

تعیین زیان ناشی از نقض حقوق مالکیت فکری مربوط به برندها بر مبنای

خسارت واقعی

محمد کرمی*

سیدمهدی میرداداشی کاری**

علی رستمی فر***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۲۹

چکیده

دارایی‌های نامشهود از جمله علائم، نام‌ها و نشان‌های تجاری برای بسیاری از شرکت‌ها اهمیت فزاینده یافته است. دلیل این اهمیت اعتبار و شهرت تجاری است که تحت عنوان «برند» به مصرف‌کنندگان معرفی می‌گردد. گاه بر اثر نقض حقوق مربوط به این دارایی‌ها ضررهای گزافی به دارندگان این حق وارد می‌آید. قدر مسلم این است که نقض برند می‌تواند قیمت‌گذاری، رقابت و موقعیت استراتژیک بازار را برهم بزند؛ زیرا این برندها هستند که سبب تمایز محصول و خدمات در جامعه و نزد مشتریان می‌گردد. در این مورد، دادگاه‌ها از رویکردی پیروی کرده‌اند که در قبال نقض برند، از شدیدترین نوع و در عین حال، شیوه مطلوب جبران خسارت استفاده کنند. به این نحو که آنها به تعیین خسارت واقعی در نظام جبران خسارت استناد کرده‌اند. این نوع تعیین خسارت با هدف جبران خسارت‌های مالی مستقیمی که دارنده برند در نتیجه نقض حق معنوی خویش متحمل شده است، در نظر گرفته می‌شود. در واقع، خسارت واقعی برخلاف دیگر شیوه‌های جبران خسارت، هیچ‌گاه جنبه ثابت و از پیش تعیین شده نخواهد داشت. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که خسارت واقعی شامل هرگونه زیان مالی است که به دارنده برند نقض شده تعلق می‌گیرد تا خسارت‌های متحمل شده در نتیجه مستقیم نقض را جبران نماید. هدف از آن نیز بازگرداندن حقوق اولیه به وضعیت مالی قبل از نقض حق است؛ به‌گونه‌ای که در صورت عدم وقوع نقض حق، دارنده برند هرگز در آن وضعیت قرار نمی‌گرفت.

کلیدواژه‌گان:

نقض برند، ارزش برند، خسارت واقعی، رابطه علیت، کمی‌سازی زیان، تعیین خسارت.

* دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی؛ واحد قم، قم، ایران.
mohammad.Karami1350@iau.ac.ir

** دانشیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی؛ واحد قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)
sm.mirdadashi1351@iau.ac.ir

*** استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی؛ واحد قشم، قشم، ایران
ali.rostamifar119@iau.ac.ir



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

در سال‌های اخیر اهمیت نقش دارایی‌های نامشهود مانند برندها در اثربخشی فعالیت‌های تجاری، خلق و بقای عملکرد مالی کسب‌وکارها در سطح صنایع مختلف بر همگان آشکار شده است. شناخت این نقش، نیاز سازمان‌ها، شرکت‌ها و بازارهای مالی و همچنین مصرف‌کنندگان کالاها و محصولات تجاری شده به ارزیابی وضعیت برند خود و مقایسه آن با سایر رقبای تجاری را تقویت کرده و ضرورت سنجش ارزش آن با بهره‌گیری از جدیدترین شیوه‌ها و ابزارهای کیفی و کمی را یادآوری و ضروری کرده است.^۱

اهمیت این مطالعه و ارزیابی برند در این است که رویکردهای «ارزشیابی برند» در سطح جهان متفاوت بوده و به‌طور معمول این نوع دارایی‌ها ارزش مؤثری در تقویت دارایی‌های نامشهود بازرگانان، شرکت‌ها و صاحبان صنایع و کسب‌وکارها دارد. از این‌رو، حمایت از ارزیابی قیمت برندها این مزیت را به دنبال خواهد داشت که میزان عملکرد و سودآوری در فعالیت‌های تجاری بر شاخص‌هایی مانند نرخ بازگشت سرمایه، ارزش‌های ناملموس در رویه‌های حسابداری مانند ترازنامه و صورت سود و زیان و مدیریت درک اهمیت دارایی‌های نامشهود چگونه قابل سنجش و ارزش‌گذاری می‌شود. بنابراین، هرگاه خللی توسط رقبا یا افراد سودجو و ناقض قوانین مربوط به مالکیت فکری نسبت به این دارایی‌ها صورت گیرد؛ اولین پرسشی که مطرح می‌شود این است که این افراد چگونه و بر چه مبنایی باید خسارت‌های وارده به صاحبان برندها را جبران کنند؟ پاسخ به این پرسش چندان هم آسان نیست؛ زیرا تعیین میزان خسارت واقعی (بر مبنای برند ارزش‌گذاری شده) باید با لحاظ مفاهیمی باشد که در دنیای امروز ما از برندهای ارزش‌گذاری شده داریم. بنابراین، در تعیین میزان دقیق خسارت وارده به برندها اگر مبنای تعیین خسارت واقعی باشد همواره باید شاخص‌هایی چون مفهوم برند، ارزیابی برند، شخصیت برند، ارزش ویژه برند، رضایت مشتری تا پیش از نقض، الگوهای رضایت مشتری و برند ارزشیابی شده این فرایند لحاظ شود که رویکردی پیچیده و گاه دشوار تعریف می‌گردد. توجه این رویکرد نیز چنین است که برندها حتی با نمونه‌های مشابه خود دارای ناهمسانی‌های متفاوت در ارزش و قیمت‌گذاری

۱. عسکری، ناهید، *نقش برند در سودآوری بانک‌ها*، تهران: موجک، ۱۳۹۵، ص ۵.

هستند و ممکن است با نوع بسیار مشابه یکدیگر نیز تفاوت‌های بسیار زیادی داشته باشند. از این رو، ممکن است ارزش معمولی یک برند X واحد قیمت‌گذاری شود، در حالی که ارزش ویژه آن، مقدار دیگری مورد ارزیابی قرار گیرد و نیز ممکن است همان برند در محصول یا کالای دیگری ارزش خاصی نداشته، ارزش برابر داشته و یا ارزش به مراتب بالاتری داشته باشد. الگوی پرنوسان از ارزش‌های قیمتی برندها سبب خواهد شد تا ارزش واقعی برند (در مقابل ارزش بازاری) در وضعیت جبران خسارت ناشی از نقض همواره مورد تأکید و در موارد بسیاری مورد حکم دادگاه‌ها قرار گیرد.

نتیجه این رویکرد این است که برای نظام جبران خسارت ناشی از نقض برندها معمولاً باید شاخص خسارت واقعی مبنای نظام جبران خسارت قرار گیرد؛ زیرا با توجه به معیارهای مزبور واضح است که ارزش اسمی برند و آنچه در نظام عرضه و تقاضای بازار یا جلب رضایت مشتریان و نیز هدف‌گذاری در بازارهای سرمایه میان برندهای موجود در جامعه تفاوت‌های آشکاری وجود داشته باشد.^۱ علاوه بر این، در بسیاری از موارد منجر به نقض برند، ممکن است نوع خسارت وارده به نام و نشان تجاری نباشد، بلکه صدمه به شهرت و اعتبار تجاری اشخاص باشد که در این فرض ممکن است تعیین میزان خسارت بر مبنای «خسارت واقعی» امری بس دشوارتر نیز باشد؛ زیرا در این حالت، علاوه بر جبران «خسارت معنوی» باید پرداخت مابه‌ازای سودآوری برند و تناسب زیان معنوی با کاهش رضایتمندی مشتریان و کاهش ارزش اسمی برند نیز در نظر گرفته شوند که اهمیت نظام جبران خسارت‌های در برندها را با توجه به میزان خسارت‌های واقعی بیش از پیش پُر اهمیت و ضروری جلوه خواهد کرد.

در این پژوهش تلاش شده است ضمن ارائه مفهوم از برند و بیان ارزش ویژه آن، به شیوه تعیین خسارت واقعی ناشی از نقض حقوق مربوط به آن پرداخته شود. باید افزود برندها علاوه بر ارزش مالی همواره دارای ارزش ویژه‌ای اند که پس از نقض، صاحبان آنها می‌توانند علاوه بر مطالبه خسارت‌های مالی و معنوی، بر مبنای الگوی «خسارت واقعی» که به مراتب بیش از «ارزش عادی برند» است به کلیه زیان‌هایی استناد کنند که در نتیجه نقض برند آنان واقع شده است. به این منظور در حقوق داخلی و بین‌المللی تلاش شده است در راستای حمایت از این

۱. مظفری، مصطفی و مریم امینیان، «تحلیل حقوقی حمایت از مالکیت برند در برابر استفاده غیرمنصفانه»، دوفصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال بیست و دوم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، شماره اول (پیاپی ۵۳)، ص ۲۹۹.

ارزش تمهیدات ویژه‌ای اندیشیده شود که هریک به نوبه خویش توانسته‌اند در حمایت از برندهای ارزش‌گذاری شده در تعیین خسارت واقعی تأثیر گذارد.

۱. مفهوم و ارزش برند

۱.۱. مفهوم برند

از «برند» تعاریف گسترده‌ای ارائه شده است؛ اما به نظر می‌رسد این تعاریف در مفهوم نوین از برند با یکدیگر همسان باشند؛ از جمله اینکه برند به‌عنوان یک اصطلاح، عبارت از نماد، طرح، نشان، علامت یا ترکیبی از آنهاست که هدف از آن، معرفی کالا، محصول یا خدمتی است که یک فروشنده، تولیدکننده یا گروهی از ارائه‌دهندگان خدمات در جامعه مصرف عرضه می‌دارند و به این وسیله، کالا، محصول یا خدمت آنان از نمونه‌های مشابه و رقیب متمایز می‌شود.^۱ در واقع مطابق این تعریف که جامع‌ترین تعریف قابل ارائه از برند است، برند به یک محصول، کالا یا خدمت، ابعادی را می‌افزاید تا آن محصول یا خدمت از سایرین متمایز شود.^۲

همچنین روی‌آوری به مفهوم برند و برندمداری، این نتیجه را در بر خواهد داشت که مسیر تجاری یک شرکت، تولیدکننده یا عرضه‌کننده کالا یا خدمت می‌تواند در بخش‌های برنامه‌ریزی و بازاریابی استراتژیک پیشرفت بسیاری داشته باشد.^۳ برخی نویسندگان داخلی و خارجی از برند تعریف دیگری ارائه کرده‌اند که بیشتر با مفهوم مالی آن تطابق دارد؛ از جمله اینکه گفته شده است: «برند، بخشی از ویژگی‌های عملیاتی و هیجانی است که مشتری به یک کالا یا خدمات نسبت می‌دهد و یک ابزار یاری‌رسان به مشتریان برای تصمیم‌گیری و خرید کالا یا خدمت می‌باشد».^۴

۱. عسکری، ناهید، پیشین، ص ۶؛ خلیل‌زاده، حمید، *قیمت‌گذاری ارزش برند*، تهران: آریا دانش، ۱۴۰۰، ص ۸؛ سلطانی، خلیل، حسن، *ارزش ویژه برند و ارزیابی مالی برند*، تهران: آفتاب گیتی، ۱۴۰۱، ص ۱۶؛ حمید، عبدالسلام و حمید کامل، *حقوق علائم تجاری و مالکیت معنوی*، اهواز: آشناگر اندیشه، ۱۴۰۰، ص ۱۱۰.
 ۲. کاتلر، فیلیپ، *مدیریت بازاریابی*، ترجمه بهمن فروزنده، چاپ ۱۰، اصفهان: آموخته، ۱۳۹۰، ص ۱۸.
 ۳. حسنی، علی، سیدجلال موسوی بازرگان و محمد قدیری نیا، «*عملکرد برند، مفهوم‌سازی و اندازه‌گیری*»، فصلنامه گردشگری و اوقات فراغت (دانشگاه علم و فرهنگ)، دوره ۱، ۱۳۹۲، شماره ۱، صص ۳-۴.
 ۴. مدنی، فاطمه و احمد روستا، «*تأثیر کیفیت خدمات و تصمیم‌گیری مشتری بر ارزش ویژه شناسه*»، نشریه چشم‌انداز مدیریت بازرگانی، شماره ۱، ص ۶۰.

«کلر» برند را یک نماد، طرح، علامت، یا ترکیبی از آنها یا موارد مشابه می‌داند که اصالت و هویت محصول یا خدمت فروشنده و ارائه‌دهندگان خدمت یا گروهی از آنان در تمایز با آن محصول و خدمت نسبت به رقبا است.^۱ این تعریف در تمایز قرار دادن یک محصول، کالا یا خدمت با نمونه‌های مشابه، با تعریف انجمن بازاریابی آمریکا کاملاً همسان و هماهنگ است. این انجمن برند را با لحاظ مفهوم ارائه‌شده از سوی نویسندگان، موجب شناسایی فروشنده یا تولیدکننده کالا می‌داند و درحقیقت، تعهد دائمی یک فروشنده برای ارائه مجموعه‌ای از مزایا، ویژگی‌ها و خدمات خاصی به مشتریان تعریف کرده است.^۲ برخی نویسندگان در تعریف مختصر از برند گفته‌اند: «برند» علامت، طرح، نماد، لوگو، نشان، تصویر، اسم یا هر ویژگی متمایزی است^۳ که به مالک آن (شخص حقیقی یا حقوقی) اجازه می‌دهد محصولات و خدمات خود را از سایر بازیگران بازار متمایز کند (در حقوق برخی کشورها از جمله فرانسه «برند» یک دارایی نامشهود ضروری به حساب می‌آید که از نظر بیرونی، ارزش منحصر به فردی برای مالک آن ایجاد می‌کند). در واقع «برند» علاوه بر کارکرد اصلی آن در شناسایی منشأ تجاری محصولات و خدمات با مشتریان، نوعی دارایی فکری نیز است و امکان دارد ارزش اقتصادی قابل توجهی برای دارنده آن داشته باشد و این ارزش ممکن است به سرمایه یک شرکت نیز کمک کند.^۴

همچنین روی‌آوری به مفهوم نشان تجاری و برندمداری، این نتیجه را در بر دارد که مسیر تجاری یک شرکت، تولیدکننده یا عرضه‌کننده کالا یا خدمت می‌تواند در بخش‌های برنامه‌ریزی و بازاریابی استراتژیک پیشرفت زیادی داشته باشد. البته برخی نویسندگان داخلی و خارجی از «برند» تعریف دیگری ارائه کرده‌اند که بیشتر با مفهوم مالی آن تطابق دارد. از جمله گفته شده است: «شناسه، علامت یا شهرت تجاری، بخشی از ویژگی‌های عملیاتی و هیجانی است که مشتری به یک کالا یا خدمات نسبت می‌دهد و یک ابزار یاری‌رسان به مشتریان برای تصمیم‌گیری و خرید کالا یا خدمت می‌باشد».^۵

۱. کرمی، محمد، *ارزتیبایی برند در حقوق ایران*، تهران: دادبان، ۱۳۹۹، ص ۳۶.

۲. گروه اینتر برند، *فرهنگ واژگان برند*، ترجمه احمد روستا و کبری سبزی یقمانی، چاپ ۱، تهران: سپته، ۱۳۹۰، ص ۱۲۱.

۳. خلیل‌زاده، حمید، پیشین، صص ۱۱۱-۱۱۰.

۴. کرمی، محمد، پیشین، صص ۳۴-۳۳.

۵. مدنی، فاطمه و احمد روستا، پیشین، صص ۶۲-۶۰.

به نظر می‌رسد همه این تعاریف عنصر اصلی تعریف برند (با هر مصداقی) تمایز محصول باشد؛ به گونه‌ای که این تمایز در عمل موجب دستیابی به یک مزیت رقابتی گردد. در واقع، این تمایز باید منجر به تکیه بر ویژگی‌های کارکردی محصولات و خدمات در مقایسه با هم‌نوعان خود در شرکت‌ها، مؤسسات و نهادهای دیگر شوند تا قابلیت اندازه‌گیری و سنجش قرار گیرند. این تمایز سبب نوعی ارزش منحصر به فرد برای برند خواهد شد که با عنوان «ارزش برند» قابل ارزشیابی است. اهمیت این ارزشیابی نیز تعیین خسارت ناشی از نقض برند خواهد بود که از جمله مهم‌ترین مباحث مربوط به ارزش‌گذاری برندها در نظام‌های حقوقی مختلف در حمایت از مالکیت معنوی قابل بحث خواهد بود.

۱.۲. ارزش برند

از جمله مهم‌ترین مؤلفه تعیین خسارت در نقض برند «ارزش برند» است. ارزش برند معمولاً در سنجش و ارزشیابی، تابع الگوها و معیارهای خاصی است که دادگاه‌ها در تعیین آنها اصولاً از کارشناسی و گاه از شیوه‌های تعیین خسارت دیگری پیروی می‌کنند. بر این اساس، اصولاً ارزش برند از جمله توصیفاتی است که ارتباط مستقیمی با تعیین خسارت واقعی دارد؛ زیرا به‌طور منطقی بین ارزش برند (بهای مالی) و ارزش ویژه برند که دو مفهوم مستقل‌اند، تفاوت محسوسی وجود دارد. برخی نویسندگان بر این عقیده‌اند که تعیین ارزش برند یک امر گیج‌کننده و گاه پیچیده است.^۱ استدلال ایشان نیز می‌تواند معلول عوامل متعددی باشد؛ به این شکل که ممکن است اصطلاح ارزش ویژه برند به اشکال متفاوتی تعریف شده باشد یا مدل‌های ارزیابی این ارزش‌گذاری مختلف باشد و نیز برندسازی بر مبنای دیدگاه‌ها و نظرات اقتصادی، مالی یا حقوقی تعیین شده باشد. همچنین ممکن است در برخی فرهنگ‌ها و جوامع میان ارزش برند و ارزش ویژه برند تفاوت قابل لمسی وجود نداشته یا این تفاوت به شکل مشهودی جلوه نکرده باشد. در این زمینه، ممکن است در دیدگاه نخست، تعیین خسارت واقعی در زمان نقض برند با تعدد یا دشواری مواجه خواهد بود؛ چون مبنای تعیین خسارت وارده به برند صرفاً قیمت برند، ارزش بازاری برند است و در دیدگاه دوم، این مهم به‌سادگی امکان‌پذیر خواهد بود؛ زیرا قیمت برند بر مبنای ارزش ویژه آن مورد سنجش قرار گرفته است (مانند حقوق ملی کشورهای پیشگام

۱. سلطانی، حسن، پیشین، ص ۱۰.

در برندسازی از جمله ایالات متحده آمریکا، کانادا، انگلستان، آلمان، فرانسه و ...). در این تعریف، برند به‌عنوان یک دارایی چندبُعدی، نامشهود و قدرت‌مدار با ساختاری مالی و درعین‌حال متمایز از دیگر دارایی‌های معنوی قابل تعریف خواهد بود که سنجۀ ویژه بودن آن بر اهمیت موضوع خواهد افزود.^۱

در حقوق ایران به نظر می‌رسد از مفهوم ارزش ویژه برند تصور ملموسی وجود نداشته باشد. این نقیصه در عمل، سبب خواهد شد که تجزیه و تحلیل ارزش ویژه برند به‌عنوان مهم‌ترین عامل در تعیین خسارت واقعی با پیچیدگی مواجه گردد؛ زیرا برای شناخت ارزش ویژه برند که در فرهنگ‌های خارجی از آن با عنوان Brand Equity اشاره شده است از Equity در مفهوم سرمایه، اندوخته یا داشته‌های مالی یاد شده است، درحالی‌که ممکن است در فرهنگ‌های دیگر مفهوم دیگری از آن استنباط شود. با این عنوان فنی از ارزش برند، در دهه‌های هفتاد و هشتاد میلادی، ارزش‌گذاری برند با هدف تحلیل و ارزیابی ارزش واقعی برند بر سر زبان‌ها افتاد.

در این دوره، تقریباً قابل‌پذیرش عمومی شده بود که برندها از جمله دارایی‌های شرکت‌ها هستند و می‌توان این دارایی‌ها را ارزش‌گذاری کرد و نیز مورد معامله قرار داد. در اواخر دهه هشتاد (سال ۱۹۸۹) «پیتر فارگوهر» در مقاله خود از عبارت Brand Equity استفاده کرد و بدین ترتیب، بحث ارزش برند، که صرفاً یک مفهوم مالی بود، به تعبیر گسترده‌تر و مشخصاً ارزش‌گذاری شده و سپس ارزش ویژه برند، که مفهوم دقیقی برای تعیین خسارت وارده به برندها تلقی می‌شد، تبدیل شد. مطابق این دیدگاه فارگوهر، Brand Equity یا ارزش ناشی از برند مؤید این مطلب است که خصلت یک برند چه چیزی یا مزیتی به محصول، کالا و یا خدمات می‌افزاید که موجب برتری با موارد مشابه یا رقابت با سایر علائم و نشان‌های تجاری می‌شود؟ وی توضیح می‌دهد که ارزش ویژه برند که بعدها مبنای بسیاری از رسیدگی‌های قضایی دادگاه‌ها در دعوی نقض مالکیت معنوی شد، صاحبان برندها به استناد به آن در مقام ادعای خسارت واقعی به‌جای خسارت قیمی یا بازاری شده برآمدند. این نوع ارزش‌گذاری درواقع به معنای ارزش اضافه‌ای است که برند به ارزش فعلی محصولات یا خدمات می‌افزاید.^۲ درواقع مطابق این

1. David Tan, *The Commercial Appropriation of Fame: A Cultural Analysis of the Right of Publicity and Passing off* London: Cambridge, University Press, 2017, pp 31-37.

۲. سلطانی، حسن، پیشین، ص ۱۱.

دیدگاه، ارزش ویژه برند (در مقابل ارزش برند) در نحوه احساس رفتار مصرف‌کننده، درک، قیمت‌گذاری، سهم بازار و میزان سودآوری شرکت‌ها مؤثر است.

در حقوق غرب، این ویژگی با عنوان «شخصیت و گاه هویت برند» توجیه می‌شود. این خصلت از برندها ارتباط معناداری با ارزش ویژه برندها خواهد داشت. با این عنوان که شهرت تجاری ناشی از تولید کالا یا ارائه محصولات در بازار، بدون تردید از ارکان تشکیل‌دهنده هویت برند، و از سوی مقابل، این، شهرت نام و نشان تجاری است که شخصیت و در نتیجه هویت برند را افزایش می‌دهد و توصیف می‌کند. بنابراین، این نظریه که گفته شود «امروزه هویت نام تجاری همانند سرمایه برای سازمان و محصولات آن، ارزش می‌آفریند» نظر ناصوابی نیست؛ زیرا ارتقای نام تجاری در بسیاری از موارد به استراتژی و راهبرد اقتصادی و مالی شرکت‌های تولیدکننده کالا یا ارائه‌دهندگان خدمات در جامعه تبدیل می‌شود.

برخی نیز گفته‌اند نام تجاری تصویری از محصولات و خدمات گسترده در بازار است. افرادی که با برندهای تجاری ارتباط دارند، در پی کیفیت یا خصوصیات ویژه‌ای هستند که آن را خاص یا منحصر به فرد می‌نماید.^۱ تمام این معیارها به‌طور مسلم در تعیین خسارت وارده به برندها مؤثر خواهد بود؛ زیرا با لحاظ حقوق مالکیت فکری این مفهوم از ارزش برند قابل درک است. اضافه بر این، از لحاظ فنی، برند یک علامت، نشان و نام تجاری محسوب می‌شود؛ اما در ورای این علامت، ارزش‌های نهفته‌ای وجود دارد که می‌تواند ایجاد سود گزاف کند، رونق بازار را افزایش دهد؛ همچنین عملکرد مالی شرکت‌ها، تولیدکنندگان و ارائه‌دهندگان خدمات را ارتقا داده و از همه مهم‌تر، دارایی‌های ناملموس مالکان سازمان را افزایش دهد که موضوع اصلی حمایت حقوق مربوط به مالکیت فکری اشخاص چیزی جز این نیست.

نتیجه این رویکرد چنین است که ارزش عادی برند یک موضوع مالی، ولی ارزش ویژه برند مفهومی گسترده و شامل مباحث و مطالعات حقوقی است. در این مفهوم، درک مصرف‌کنندگان و احساس آنها درباره برند از یک سو، و تعیین ارزش‌ها و قیمت‌دارایی‌های نامشهود و ناملموس اشخاص از سوی دیگر قابل بحث و مطالعه است. در تعیین خسارت واقعی ناشی از نقض برندها، ارزش برند یک معیار صرفاً مالی برای محاسبه بهای برند شمرده می‌شود؛ درحالی که ارزش ویژه

۱. آل راینز، لورا، **قانون ثابت برای تشبیت نام تجاری**، ترجمه منیژه بهزاد، تهران: سیت، ۱۳۸۱، ص ۳.

برند بیانگر جایگاه و اهمیت برند در نگاه مشتریان، مصرف‌کنندگان و دادگاه‌ها جهت سنجش دقیق ضرر و زیان وارده به صاحبان برند است. مطابق این تفکیک از ارزش برندها، مشتریانی که یک برند خاص را با نمونه مشابه ترجیح می‌دهند، ناشی از ارزش عادی یا عددی برند نیست؛ زیرا در مقایسه با ارزش عادی برند، ارزش ویژه برند که موضوعی صرفاً مالی نبوده به‌عنوان ملاک تعیین خسارت قرار خواهد گرفت، زیرا تعیین خسارت بر مبنای ارزش ویژه برند تابع معیارها و سنجه‌های ویژه‌ای است که بهتر می‌تواند دعوی مسئولیت (جبران خسارت) در دعوی مربوط به نقض برندها را تأمین کند.

با این توضیح که ارزش‌گذاری برند منعکس‌کننده فرایند ارزیابی ارزش پولی یک برند است که قدرت و عملکرد نام یا علامت تجاری را می‌تواند برای یک جریان نقدی مالی مانند میزان یا کیفیت فروش کالا یا ارائه خدمات در جامعه به منظور نسبت دادن سهم یک نام، علامت یا نشان تجاری به جریان نقدی اعمال و سبب بالا رفتن ارزش دارایی‌های نامشهود شرکت‌ها، فروشندگان یا بنگاه‌های اقتصادی شود. درواقع، چنین فرایندی می‌تواند به‌عنوان یک معیار نهایی جهت حمایت حداکثری از برندهای مشهور در جامعه شود که به‌طور مشخص این‌رویکرد باعث صیانت از حقوق مالکیت فکری و مشخصاً دارایی‌های نامشهود گردد.

۲. مبانی نقض برندها و شیوه جبران خسارت‌های ناشی از نقض حق

نقض حقوق مربوط به برندها ممکن است به شیوه‌های مختلف ایجاد و یا به عبارتی هدف نقض در آنها متفاوت باشد. مثلاً ممکن است عمل نقض مربوط به مالکیت ادبی و هنری^۱ یا مربوط به مالکیت صنعتی باشد که معمولاً این جنبه بیشتر در معرض نقض قرار می‌گیرد. در هر دو حالت، این قانون‌گذاران ملی و بین‌المللی و دادگاه‌ها هستند که باید به یاری صاحبان برندهای نقض شده بشتابند و آنها را در مقابل اعمال مجرمانه منجر به نقض حق معنوی خویش حمایت کنند. با وجود این، حمایت از صاحبان برند در این میان، یک موضوع، و شیوه جبران یا تعیین میزان خسارت وارده به آن، موضوع دیگری خواهد بود که رویه قضایی دادگاه‌های ملی را متفاوت کرده است؛ به‌گونه‌ای که بیشتر دادگاه‌ها به این تقیصه رویکردی متفاوت دارند. دلیل این

۱. ماده ۱۷ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان و مواد ۱، ۳ و ۱۳ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای.

چنددستگی در تعیین خسارت ناشی از نقض برند، نوع و کیفیت قانون‌گذاری در نظام حقوقی ایران و رویه‌های بین‌المللی و گاه رویه قضایی دادگاه‌های داخلی است که برخی قضاات دادگاه‌ها نظر به تعیین خسارت واقعی دارند که منطقی‌ترین نوع خسارت در مسئله نقض برند است و برخی نیز بر مبنای ارزش یا بهای عرفی یا بازاری آن مبادرت به تعیین خسارت می‌کند که در عمل، این رویکرد نمی‌تواند خسارت وارده به یک شرکت تجاری، تولیدکننده یا ارائه‌دهنده خدمات را به‌طور عادلانه جبران کند؛ زیرا برندها از لحظه پیدایش تا حصول شهرت تجاری، یک فرایند تقریباً طولانی را طی می‌کنند که درنهایت از ارزش بازاری یا عرفی به ارزش ویژه می‌رسند.

در این رهگذر، یک رویکرد هم با عنوان ارزش‌گذاری برند رایج است که مطابق الگوها و مدل‌های بازاریابی و حقوق مالی، سبب شده است برندها قابلیت ارزیابی و سنجش مالی قرار گیرند. به‌رحال، اینکه دادگاه‌ها حکم به تعیین خسارت بر مبنای خسارت واقعی یا Actual Damages می‌دهند می‌تواند با واقعیت‌های روز دنیا همخوانی و هماهنگی بیشتری داشته باشد. اما پرسشی که اینجا مطرح است، اینکه اساساً خسارت واقعی چیست و بر چه اساس و معیاری باید در مقوله نقض برندها مورد حکم دادگاه‌ها قرار گیرد؟ با این مؤلفه که این خسارت چگونه تعیین می‌شود و آیا چنین خسارتی می‌تواند تمام زیان‌های وارده به مالک برند را تأمین نماید؟ برای یافتن پاسخ به این پرسش‌ها، ابتدا می‌بایست به گونه‌های نقض برند پرداخته، سپس به انواع خسارت‌های قابل ورود به آن و درنهایت به موضوع خسارت واقعی پرداخته شود.

۲.۱. گونه‌های نقض برندهای باارزش

مالکیت فکری یا Intellectual Property به اختصار IP، به خلاقیت‌های ذهن انسان مانند اختراعات، آثار ادبی و هنری، نمادها، نام‌ها، تصاویر، علائم تجاری و طرح‌های صنعتی اطلاق می‌شود که معمولاً در حقوق تجارت مورد استفاده قرار می‌گیرند. این‌گونه حقوق اصولاً در راستای حمایت از منافع خلق‌کنندگان، مخترعان و اشخاص ذی‌نفع طراحی شده‌اند. همچنین به اقتضای برخی حمایت‌ها از حقوق دارنده مالکیت فکری، قانون‌گذاران ملی و بین‌المللی از شیوه‌های مختلفی در تلاش بوده‌اند که از این حقوق حمایت‌های لازم را داشته باشند. این حمایت‌ها معمولاً به دو شیوه مدنی و کیفری تقسیم‌بندی می‌شوند. در نوع نخست، قانون‌گذار در پی جبران خسارت‌های وارده به مالک حق و در نوع دوم، تلاش برای جبران خسارت نیست؛

بلکه به منظور مجازات ناقض حق و نیز اتخاذ راهبردهای لازم جهت پیشگیری از جرایم مشابه بعدی خواهد بود.

با وجود این، نقض برندها ممکن است در حوزه‌های مختلف مالکیت فکری واقع گردد. به‌طور معمول، نقض برندهای ارزش‌گذاری شده خارج از این حوزه‌ها نیست: ۱. حق التالیف (حق نشر از آثار اصلی نویسندگی و حق ناشی از چاپ یا بازتولید، اجرا، نمایش و ایجاد آثار مشتق شده از اثر اصلی)؛ ۲. ثبت اختراعات (پتنت‌ها)؛ ۳. علائم تجاری (عبارت از کلمات، عبارات، نمادها، آرم‌ها یا طرح‌های محافظت شده)؛ ۴. اسرار تجاری (شامل اطلاعات محرمانه مانند الگوها، فرمول‌ها، برنامه‌ها، دستگاه‌ها یا فرآیندهایی که مزیت رقابتی را برای کسب‌وکار فراهم می‌آورند) و ۵. طرح‌های صنعتی (حقوق طراحی صنعتی شامل ظاهر بصری یک محصول از جمله شکل، پیکربندی، الگو یا تزئینات حفاظت از آن) بنابراین، نقض برندها را در سه حوزه غیرهمسان می‌توان بررسی کرد: ۱. برندهای مربوط به مالکیت ادبی و هنری؛ ۲. برندهای مربوط به مالکیت صنعتی؛ ۳. برندهای مربوط به نشانه‌های جغرافیایی که در ذیل هریک به نحو مختصر بررسی خواهند شد.

۲.۱.۱. نقض برندهای مربوط به مالکیت ادبی و هنری

نقض برند در حوزه مالکیت ادبی و هنری به صورت مختلفی ممکن است واقع شود. از جمله نشر یا پخش یا عرضه اثر دیگری، نشر یا پخش یا عرضه کتب و نشریات و آثار صوتی دیگران، چاپ، پخش و نشر ترجمه دیگری، نشر، پخش یا عرضه آثار سمعی و بصری دیگری که این سه مورد اخیر جزو عناوین خاص مجرمانه به‌شمار می‌روند و همچنین مواردی همچون بکار بردن نام، عنوان و نشانه ویژه معرف اثر، اقتباس غیرقانونی، تحریف یا تحریف آثار ادبی و هنری و سرقت آثار ادبی و هنری. در بین این عناوین مجرمانه، مورد پنجم، یعنی «به‌کار بردن نام، عنوان و نشانه ویژه معرف اثر» مفهوم خاص نام تجاری را افاده می‌کند که از دید قانون‌گذار مسکوت نامانده است. بر این اساس، ماده ۱۷ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان چنین مقرر می‌دارد: «نام و عنوان و نشان ویژه‌ای که معرف اثر است از حمایت این قانون برخوردار خواهد بود و هیچ‌کس نمی‌تواند آنها را برای اثر دیگری از همان نوع یا مانند آن به ترتیبی که القاء شبهه کند به کار برد...» مطابق نص صریح این ماده، عمل مرتکب در جرم مذکور،

استعمال نام، عنوان و نشان ویژه‌ای است که معرف اثر است و اثر خلق شده توسط پدیدآورنده با این نام و عنوان در بین مردم شناخته می‌شود.^۱ از متن این ماده چنین مستفاد می‌شود که این بزه فقط با فعل مادی قابل تحقق است و با خودداری و ترک فعل تحقق این جرم قابل تصور نیست.^۲ همچنین مصادیق ذکر شده در این ماده حصری است و فقط شامل نام و عنوان و نشان ویژه معرف اثر می‌شود و موارد مشابه را نمی‌توان داخل در قلمروی این ماده دانست و حکم مذکور در این ماده را در موارد مشابه نیز به کار بست.

از دیگر جرائم مرتبط با به کار بردن نام و نشان و عنوان ویژه معرف اثر دیگری می‌تواند به وقوع بپیوندد، در قانون مطبوعات (اصلاحی مصوب ۱۳۷۹) پیش‌بینی شده است. در کنوانسیون برن^۳ در موردی مشابه به حق اقتباس از آثار ادبی و هنری و نشانه‌های مربوط به آنها سخن گفته شده است. به نظر می‌رسد این مواد بیشتر مربوط به استفاده از برندهای مربوط به فعالیت‌های سینمایی، فیلم‌ها و شرکت‌های فیلم‌سازی، با قید «خلاقیت» و «تحریف آثار هنری» است.

دیگر مقررۀ حمایتی از علائم تجاری (با تصریح نشانه ویژه معرف اثر) ماده ۱۸ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان است که ناشران و استفاده‌کنندگان از آثار هنری را مکلف کرده است که در نسخه‌های اصلی یا چاپی باید نام پدیدآورنده اصیل درج شود و اگر نشانه‌ای ویژه بین آنها و پدیدآور وجود داشته باشد، به آن تصریح/ درج گردد (مگر آن که پدیدآورنده به ترتیب دیگری موافقت کرده باشد). همچنین حمایت از عناوین و نشانه‌های ویژه معرف اثر در قوانین دیگری به تصریح قانون‌گذار رسیده است. مطابق این قانون، در راستای حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای پیش‌بینی شده است، مربوط به حق نشر و اجرا و عرضه و همچنین حق بهره‌برداری مادی و معنوی نرم‌افزار رایانه‌ای مذکور است. همچنین، نام و نشان ویژه‌ای که معرف نرم‌افزار است، نیز از حمایت این قانون برخوردار است. البته مطابق قسمت آخر

۱. روشندل، شهرام و حسین تاجی، بررسی جرائم و مجازات‌های کیفری ناشی از نقض حقوق مالیت فکری در ایران و مقایسه آن با اروپا، اولین کنفرانس ملی حقوق، فقه و فرهنگ، ایران، تهران، شناسه مقاله: LAWJCO1_114، ۱۳۹۹، ص ۱۴؛ رجبی، عبدالله، «ضمان مدنی ناشی از نقض حق فکری: دعوی

مسئولیت یا استیفا؟»، فصلنامه حقوق اسلامی، دوره چهاردهم، ۱۳۹۶، شماره ۵۵، صص ۱۳۲-۱۳۱.

۲. محمدی، سیدمحمد، پیشین، ص ۱۳۹.

۳. مواد ۱۲، ۱۴ و ۱۴ مکرر.

ماده ۱، مدت حمایت از حقوق مادی نرم‌افزار سی سال از تاریخ پدیدآوران نرم‌افزار و مدت حقوق معنوی نامحدود است.

بر این اساس، اگر شخصی غیر از پدیدآورنده یا شخص مأذون از طرف وی، یکی از حمایت‌هایی که در این قانون برای فرد پدیدآورنده نرم‌افزار پیش‌بینی شده است، مورد تجاوز قرار دهد؛ اعم از اینکه حق نشر، اجرا، عرضه نرم‌افزار را نادیده بگیرد یا به آشکال گوناگون استفاده غیرمجاز، کپی برداری غیرمجاز، تکثیر یا توزیع غیرمجاز یا هر عمل غیرقانونی دیگر منجر به تعرض به حقوق مادی و معنوی پدیدآورندگان این آثار شود یا با به کار بردن نام و نشان و عنوان ویژه معرف نرم‌افزار، برای نرم‌افزار دیگری از همان نوع یا مانند آن القای شبهه کند، مرتکب جرم شده و مستحق مجازات مقرر در ماده ۱۳ خواهد بود.

از جمله مواد ۱، ۳ و ۱۳ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای (مصوب ۱۳۷۹) مطابق ماده ۱ این قانون: «حق نشر، عرضه، اجرا و حق بهره‌برداری مادی و معنوی نرم‌افزار رایانه‌ای متعلق به پدیدآورنده آن است...» مطابق ماده ۳: «نام، عنوان و نشانه ویژه‌ای که معرف نرم‌افزار است، از حمایت این قانون برخوردار است و هیچ کس نمی‌تواند آنها را برای نرم‌افزار دیگری از همان نوع یا مانند آن به ترتیبی که القای شبهه کند به کار برد» و مطابق ماده ۱۳ آن: «هرکس حقوق مورد حمایت این قانون را نقض نماید علاوه بر جبران خسارت به حبس از نود و یک روز تا شش ماه و جزای نقدی از ده میلیون ریال تا پنجاه میلیون ریال محکوم می‌گردد». در این راستا، در کنوانسیون برن (مواد ۱۲، ۱۴ و ۱۴ مکرر) در موردی مشابه به حق اقتباس از آثار ادبی و هنری و نشانه‌های مربوط به آنها سخن گفته شده است. به نظر می‌رسد این مواد بیشتر مربوط به استفاده از برندهای مربوط به فعالیت‌های سینمایی، فیلم‌ها و شرکت‌های فیلم‌سازی، با قید «خلاقیت» و «تحریف آثار هنری» باشد.

۲.۱.۲. نقض برندهای مربوط به مالکیت صنعتی

نادیده گرفتن نام‌های تجاری مربوط به مالکیت صنعتی و علائم تجاری از این حیث که ممکن است آثار زبان‌بار اجتماعی و اقتصادی فراوانی برای اشخاص و جامعه وارد کند، این قابلیت را خواهد داشت که اقدامات مزبور نه فقط نقض حقوق مربوط به مالکیت فکری اشخاص، بلکه تعدی به حقوق جامعه تلقی گردد. به عنوان نمونه، نقض یک علامت تجاری مربوط به یک

تولیدکننده مشهور کالا از طریق تقلب یا اغفال مصرف‌کنندگان با همان علامت یا مشابه آن در کیفیتی کمتر باعث گمراهی مصرف‌کنندگان و عموم جامعه خواهد شد. به این مفهوم، تعدی به حقوق مالکیت صنعتی علاوه بر تضییع حق دارنده آن که ضمانت‌اجراهای مدنی نظیر جبران خسارت برای آن پیش‌بینی شده است، موجب نقض حقوق مصرف‌کنندگان در مقیاس وسیع-نسبت به منافع شخصی اشخاص- تلقی می‌شود.^۱

بنابراین، اگر بخواهیم ارزش علائم، نام‌ها و نشان‌های تجاری در حوزه برندینگ صیانت کنیم، ناگزیر از پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای کیفری ویژه‌ای به منظور مقابله با جنبه عمومی عمل تجاوزکارانه و همچنین پیشگیری از ارتکاب اعمال نقض‌کننده مشابه بعدی در آتیه باشیم. این مهم جز با وضع و اجرای قوانین کارآمد، بروز و دارای ضمانت‌اجراهای کافی میسر نخواهد شد. در حقوق ایران این قوانین از سال ۱۳۱۰ تاکنون تحولات زیادی داشته‌اند که هریک در مقام خود سعی کرده‌اند در این مسیر گام‌هایی بردارند. هرچند که این اقدامات به نحو مطلوب نتوانسته‌اند در این حوزه به ابتکار عمل یا حمایت‌های مؤثری در جهت صیانت حداکثری از حقوق مربوط به مالکیت فکری اشخاص دست بزنند.

۲.۱.۳. نقض برندهای مربوط به نشانه‌های جغرافیایی

قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی (مصوب ۱۳۸۳)، که مؤخر بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ است، در تعریف خود از نشانه جغرافیایی (بند «الف» ماده ۱) مفهوم کلی برند را دربر گرفته است (با قید کیفیت، شهرت یا سایر خصوصیات کالا ...) و این به معنای پذیرش ارزش‌گذاری نام تجاری در حوزه برندینگ است. باید آگاه بود مطابق این ماده و دیگر مواد قانون مزبور، حمایت از ارزش‌گذاری نام‌های تجاری منوط به سه شرط به صورت توأمان است:

نخست؛ نشانه بودن طرح؛ به این شکل که آنچه که روی کالا حک می‌شود اعم از واژه یا علامت و سمبل باید قابلیت اطلاق عنوان نشانه بر آن وجود داشته باشد؛ ضمن اینکه حک این نشان روی کالا در ایجاد رغبت بین مردم برای خرید آن کالا تأثیر بسزایی داشته باشد.^۲

۱. محمدی، سیدمحمد، پیشین، ص ۱۵۰.

۲. همان، ص ۱۵۳.

دوم؛ تعیین مبدأ جغرافیایی کالا؛ طرحی که به‌عنوان نشانه روی کالا مورد استفاده قرار می‌گیرد یا هر نشان تجاری شده دیگر می‌بایست در بردارنده انتساب آن کالا به ناحیه جغرافیایی خاص باشد و با طرح استفاده شده در علائم تجاری از این منظر متفاوت است که طرح استفاده شده در علائم تجاری، گواه انتساب کالا به تولیدکننده‌ای خاص است. البته طبق قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی و نیز موافقت‌نامه تریپس نمی‌توان خدمات را در قالب نشانه‌های جغرافیایی مورد حمایت قرار داد و حمایت‌های قانونی فقط مختص کالاهاست.^۱

سوم؛ ارتباط کالا و مبدأ جغرافیایی؛ به این شکل که میان کالا و مبدأ جغرافیایی آن به لحاظ کیفیت یا مرغوبیت یا شهرت کالا ارتباط اساسی وجود داشته باشد و حداقل یک مرحله از مراحل مختلف تولید در مبدأ جغرافیایی مزبور انجام شده باشد. به طوری که مردم کالای مزبور را به علت اینکه ساخت کشور خاصی بوده و از کیفیت بالاتری برخوردار است، خریداری کنند. با وجود این، مطابق ماده ۲ این قانون در مقام پیشگیری از وقوع جرایم علیه نام‌های تجاری تمهیداتی اندیشیده شده است که هم جنبه کیفری موضوع و هم جنبه مدنی (جبران خسارت) را شامل شده است (مانند بند «الف» که هرگونه معرفی و انتساب غیرواقعی و گمراه‌کننده مبدأ جغرافیایی کالا را مشمول وصف جبران خسارت دانسته است) و در ماده ۶ همین قانون ضمانت اجرای مؤثری نیز در این زمینه مقرر شده است (مانند حبس و جزای نقدی و صدور دستور موقت توسط دادگاه).

۲.۲. خسارت‌های قابل احراز در نقض برند

با لحاظ انواع و مصادیق حقوق مربوط به مالکیت فکری و مفهوم برند که ممکن است در گستره یکی از تقسیم‌بندی‌های مالکیت فکری و شیوه‌های مختلف نقض حق فکری قرار گیرد، هرگونه عمل یا اعمال غیرقانونی اشخاص غیرذی‌نفع که بدون اجازه از صاحب اثر (دارای مالکیت فکری) از برند دیگران استفاده غیرمجاز کنند، به‌عنوان موضوع قابل بحث در نظام جبران خسارت ناشی از نقض برند قرار خواهد گرفت.

واضح است که این شیوه استفاده غیرمجاز به هر طریقی اعم از کپی، سوءاستفاده یا قرار دادن آن روی کالاهای خود و نظایر آن خواهد بود. در این حالت، مالک/ دارنده برند می‌تواند با

۱. اکبری دهنو، میثم و آسیه اکبری، «حقوق مالکیت صنعتی: تفسیری بر راهکارهای کیفری قوانین ایران»، فصلنامه سیاست علم و فناوری، دوره ۶، ۱۳۹۲، شماره ۱، ص ۴۰.

استناد به قانون ملی / بین‌المللی نسبت به جبران خسارت‌های ناشی از نقض حق خویش، توسط دیگران در دادگاه‌ها طرح دعوی جبران خسارت کند. بر این اساس، چندین نوع خسارت وجود دارد که می‌تواند در دعوی نقض برند مورد استناد دادگاه‌ها قرار گیرد. البته صدور رأی به این خسارت‌های معمولاً توسط اشخاص ذی‌نفع (خواهان) درخواست می‌گردد؛ زیرا دادگاه‌ها اصولاً در مقام بررسی تمام رویدادها در نظام جبران خسارت ناشی از برندها مانند کاهش ارزش فعالیت یا میزان فروش و یا منافع تقویت‌شده و همچنین آسیب‌های روحی و روانی ناشی از نقض که مرتبط با خسارت معنوی بوده یا از بین رفتن اصالت، هویت و شخصیت برند و تنزل بهای ویژه برند (ارزش ویژه برندها) نیستند و فقط نسبت به قیمت ارزیابی‌شده اولیه برند یا دست‌کم به ارزش ویژه برند در زمان نقض استناد می‌کنند که البته این میزان، از جبران خسارت به هیچ عنوان با سنجش‌های ارزشیابی واقعی برندها مطابق عرف تجاری امروزی اصلاً سازگاری ندارد.

بر این اساس، معمولاً در مسئله حمایت از حقوق تزییع‌شده دارندگان برندهای ارزش‌گذاری‌شده (با ارزش ویژه) به‌طور معمول دادگاه‌ها از همه شیوه‌های حمایتی در جبران خسارت‌های وارده استفاده می‌کنند؛ اما معمولاً شیوه مطلوب تعیین خسارت ناشی از نقض برند «تعیین خسارت واقعی» در نقض برند از مقبولیت بیشتری در جوامع می‌باشد که تابع سیاست‌ها و الگوهای خاص به خود است.

دیگر شیوه‌ها نیز بنا به اقتضای کیفیت نقض، ارزش و نوع برند (نام، نشان، طرح، علامت و ...) ممکن است نمونه‌های قابل استفاده دیگری به کار رود که گاه به‌عنوان شیوه جایگزین و گاه به‌عنوان شیوه تکمیلی مستند حکم دادگاه‌ها قرار گیرد؛ از جمله محاسبه خسارت‌های قانونی، امتیاز معقول، سود از دست رفته و خسارت تنبیهی که در بردارنده جبران خسارت‌های مادی و معنوی در نقض برندها خواهند بود.

البته باید توجه داشت که این شیوه‌ها به‌طور اصولی مربوط به خسارت‌های مادی اند. خسارت یا ضرر مادی نیز گونه‌ای از خسارت تلقی می‌شود که به اعیان، منافع و حقوق مربوط به اموال وارد می‌آید و به عبارت دیگر زبانی است که به‌طور معمول قابل تقویم به پول باشد و در مقابل، خسارت معنوی خسارتی است که قابل تقویم به پول نبوده و به‌طور کلی صدمات و لطامات روحی و روانی را به آبرو، حیثیت، شخصیت، اعتبار تجاری و شغلی اشخاص وارد می‌کند.^۱ با وجود این،

۱. جهانبخش، کیانوش، «ضمانت اجرای نقض حقوق علائم تجاری در ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۸۸، ص ۷۹.

در نقض برند هرگونه زیان وارده به مالک اثر قابل جبران است؛ اما پیچیدگی بحث در نوع و ماهیت زیان و جبران آن نیست؛ بلکه مربوط به نحوه جبران خسارت خواهد بود که دادگاه‌ها رویه‌های مختلفی در پیش گرفته‌اند. به این منظور، تعیین و در نظر گرفتن خسارت واقعی موضوع پیچیده‌ای در جبران خسارت ناشی از نقض برند است. لذا در گفتار بعدی به تفصیل در این خصوص بحث خواهیم کرد.

۳. مفهوم، هدف و محاسبه خسارت واقعی در نقض برند

۳.۱. مفهوم خسارت واقعی

«خسارت واقعی» که گاه خسارت جبرانی و نیز خسارت تنبیهی نامیده می‌شود، خسارتی است که اشخاص به حکم قانون و به دستور دادگاه‌ها در برخی موارد که معمولاً در بحث مالکیت فکری رایج است، به زیان دیده پرداخت می‌کنند. به‌طور معمول، چنین خسارتی جایگزین خسارت ثابت (مصرح در قانون یا قرارداد) شده و با توجه به اوضاع و احوال پیش آمده توسط دادرس دادگاه و با جلب نظر کارشناس و افراد متخصص در حوزه برند تعیین می‌شود و مورد حکم دادگاه‌ها قرار می‌گیرد. در برخی فرهنگ‌های خارجی خسارت واقعی یا جبرانی به نمونه‌ای از خسارت پولی (نقدی) اطلاق می‌شود که به اشخاص آسیب‌دیده تعلق می‌گیرد که برای جبران خسارت یا صدمات متحمل شده (معمولاً مدنی) اعطا شود. چنین خسارتی به‌طور معمول در دعاوی لحاظ می‌شود که ضرر و زیان وارده در نتیجه قصور یا رفتار غیرقانونی اشخاص به دیگران وارد شده باشد. در بیشتر نظام‌های حقوقی غربی که در حقوق مربوط به مالکیت فکری سختگیری بیشتری در نظام حمایتی از دارندگان این حقوق شده است، چنین رویه‌ای به وفور مورد استفاده دادرسان دادگاه‌های این کشورها قرار می‌گیرد؛ از جمله در پرونده‌ای مربوط به نقض برند مربوط به آثار هنری (در سال ۱۸۷۶) دادگاه عالی ایالات متحده آمریکا^۱ با تعبیر یکسان از خسارت جبرانی و خسارت واقعی چنین رأی داد که در نقض برند مبلغی که باید به دارنده آن پرداخت شود، باید شامل تمام صدمات و خسارت‌های وارده باشد. همچنین، این مبلغ بدون لحاظ جزای نقدی (حکم کیفری) خواهد بود. در این شیوه تعیین خسارت، دادگاه عالی هنگام محاسبه خسارت جهت صدور حکم به موارد متعددی استناد کرد؛ از جمله ارزش بازاری و منصفانه برند نقض شده، درآمد

1. Birdsall v. Coolidge, 93 U.S.64.

از دست‌رفته مالک برند، کاهش ارزش اقتصادی فعالیت یا شخصیت برند که در واقع نشان‌دهنده اصالت و هویت برند بوده، خسارت مربوط به صدمات عاطفی و ناراحتی ناشی از آن. همچنین تمام هزینه‌های متحمل‌شده توسط صاحب برند که با مضمون عنوان خسارت‌های مورد حکم (خسارت واقعی) مرتبط است، در رأی نهایی دادگاه عالی ایالات متحده آمریکا قرار گرفت که نشان از توجه ویژه برخی کشورهای غربی در تعیین خسارت واقعی ناشی از نقض برند است.^۱

۳.۲. هدف از خسارت واقعی در جبران خسارت

از میان شیوه‌های نظام جبران خسارت‌های ناشی از نقض برند، خسارت‌های واقعی تقریباً در بیشتر نظام‌های حقوق پیشگام و مدرن در حوزه حقوق مالکیت فکری مورد پذیرش عمومی قرار گرفته است؛ زیرا در این نظام، به نحو مؤثرتری از دارنده حق معنوی (برندها) حمایت به عمل می‌آید. معمولاً در نقض برندها، تعیین میزان سودهای از دست‌رفته یا ضررهای وارده برای جبران صدمات مالی و معنوی صاحب حق و کسب اطمینان از اینکه ناقض حق مزبور به ناروا استفاده بلاجهت از برند محافظت‌شده دیگران نمی‌شود، امری دشوار است و در بسیاری پرونده‌ها این موضوع با پیچیدگی‌های خاصی همراه است. در این گونه دعاوی، با توجه به نوع برند، که مورد نقض قرار گرفته (طرح، نماد، نشانه، علامت، اسم، امضاء، تصویر و ...)، ماهیت نقض، حوزه قضایی که در آن پرونده در جریان رسیدگی است، همچنین نوع، کیفیت و ماهیت جبران خسارت و برخی نتیجه‌های مالی خصوصاً ارزش ویژه برند یا برندهای ارزشیابی‌شده، ممکن است در حل این پیچیدگی‌ها مؤثر واقع گردد.

در این دعاوی و بنا به درخواست مالک برند، دادگاه‌ها با هدف جبران خسارت واقعی در پی بازگرداندن حقوق تضییع‌شده اشخاص، به وضعیت مالی سابق‌اند؛ به گونه‌ای که اگر این اقدام ناقضانه (جرم یا تخلف) واقع نمی‌شد، خواهان دعوا هرگز در آن موقعیت قرار نمی‌گرفت. بنابراین، خسارت واقعی در این حالت عملاً غرامتی مالی محسوب می‌شود که به دارنده حقوق مالکیت فکری (برند) تعلق می‌گیرد تا خسارت متحمل‌شده در نتیجه مستقیم نقض را به نفع وی به گونه

۱. نجفی، حامد و مهسا مدنی، *مشارکت در نقض اموال فکری در حقوق ایران و آمریکا*، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۲۴؛ عرفان منش، محمدحسین و مرتضی قادری سعید، *حقوق رقابت و حقوق مالکیت فکری (با نگرش در رویه قضایی آمریکا)*، تهران: میراث معنوی، ۱۴۰۳، صص ۲۸۰-۲۵۳.

مؤثری جبران کند. این گونه غرامات باید به نحوی باشند که کلیه خسارت‌ها وارده به وی را تحت پوشش قرار دهد. برای درک این موضوع، که خسارت واقعی در چه اعمال نقض‌کننده‌ای مورد حکم دادگاه‌ها قرار می‌گیرد، می‌توان به نمونه‌های ذیل اشاره کرد:

۳.۲.۱. خسارت‌های واقعی در برندهای مربوط به اختراعات

در مواردی که عمل نقض، شامل تولید و فروش غیرمجاز یک محصول ثبت اختراع باشد، خسارت واقعی را می‌توان بر اساس سود ازدست‌رفته محاسبه کرد که ذی‌نفع اختراع از فروش اضافی محصول به دست می‌آورد، مشروط بر اینکه اختراع قبلاً به ثبت رسیده یا در حال ثبت باشد.

۳.۲.۲. خسارت‌های واقعی در برندهای مربوط به آثار ادبی و هنری

در موردی که عمل نقض برند، شامل استفاده غیرمجاز از یک عکس دارای حق چاپ، فیلم، تصویر، کتاب و مانند این‌ها باشد، خسارت واقعی ممکن است بر اساس هزینه‌های مجوزی که عکاس، فیلمبردار، نویسنده، مترجم، مصنف، فیلم‌نامه‌نویس و... دریافت می‌کند، محاسبه شود و مورد حکم دادگاه‌ها قرار گیرد؛ با این عنوان که ناقض حق هیچ‌گونه مجوز قانونی برای استفاده بلاجهت از نتایج آن فیلم را قبلاً کسب نکرده باشد.

۳.۲.۳. خسارت‌های واقعی مربوط به مالکیت صنعتی

در مواردی که نقض برند شامل استفاده غیرمجاز از علامت تجاری شناخته شده باشد، خسارت واقعی را می‌توان بر اساس فروش ازدست‌رفته به دلیل سردرگمی مصرف‌کننده و هزینه تبلیغات اصلاحی برای بازگرداندن اعتبار برند محاسبه کرد. معمولاً دعاوی مربوط به نقض برندها نیز به این گونه از نقض‌ها مربوط می‌شوند؛ زیرا بیشتر برندها بر اساس مفهوم و مدل‌های ارزشیابی دربردارنده نام، علامت یا نشان تجاری است.

۳.۳. شیوه محاسبه خسارت واقعی در نقض برند

به‌طور مشخص، خسارت واقعی در نقض برند به کیفیتی است که شامل کلیه مبالغ دربردارنده ضررهای وارده به مالک حق است. این شیوه جبران خسارت، اصولاً شامل هرگونه ضرر و زیان قابل اثباتی است که مالک برند در نتیجه فعل نقض‌کننده برند متحمل شده است؛ اعم از اینکه این زیان ناشی از فروش ازدست‌رفته، درآمد ازدست‌رفته یا فوت منفعت یا هر زیان مالی قابل اثبات دیگری باشد، اما در هر حال انتساب زیان وارده به فعل ناقض حق فکری مطابق عموماً

مسئولیت مدنی باید توسط دادگاه قبلاً به اثبات رسیده باشد، چه آنکه بدون احراز این موضوع، صدور حکم به جبران خسارت له مالک حق و علیه ناقض خلاف اصول و موازین اخلاقی و قانونی تلقی می‌شود.

بدین سان، در حقوق غرب این‌گونه تمهیدات معمولاً در متن قوانین مرتبط با مالکیت فکری یا در آرای قضایی کشورهای تابع نظام حقوقی عرفی (کامن لو) تصریح شده است. به‌عنوان نمونه، در قانون فدرال ایالات متحده امریکا^۱ صریحاً آمده است: «مالک علامت (نشان) نقض شده حق دارد خسارت واقعی متحمل شده ... در نتیجه نقض و هرگونه سود ناقض را که متناسب به عمل نقض توسط دیگری ایجاد شده است مطالبه کند». در برخی ایالات این کشور در نظریه‌ای با عنوان ارزیابی ضرر بر مبنای سود ازدست‌رفته (طبق ماده ۴۹ بیانیه سوم رقابت غیرمنصفانه) خواننده دعوا به عنوان ناقض حق فکری ملزم خواهد بود که منافع تحصیل شده را به خواهان دعوا (متضرر) پرداخت کند.

در این شیوه نظام جبران خسارت، که بر مبنای بیانیه سوم از قانون مذکور تعیین شده است، خواهان این مجوز را دارد که از خواننده کلیه سود و عواید استفاده‌شده در نقض حق (در زمینه شهرت تجاری) را مطالبه کند.^۲ اما نباید از این نکته غفلت کرد که در محاسبه خسارت واقعی در احراز سود ناقض، مالک علامت/ نشان می‌تواند همه هزینه‌های متناسب به نقض را از ناقض اثر مطالبه کند...». طبق این تصریح قانونی، خسارت واقعی ناشی از نقض برند به‌نوعی مورد حمایت قرار گرفته شده است که دادگاه‌ها نه فقط مبنای ثابتی برای تعیین خسارت در نظر نمی‌گیرند (جمع بین خسارت قانونی و خسارت تنبیهی)، بلکه از میزان سودهای ازدست‌رفته (تفویت منفعت) نیز فقط به عنوان یکی از سنج‌های تعیین خسارت واقعی استفاده می‌کند نه همه خسارت‌های واقعی. اما گاه ممکن است نوع دیگری از تعیین خسارت واقعی در رویه قضایی دادگاه‌ها جاری باشد؛ از جمله اینکه ممکن است تعیین خسارت واقعی بر مبنای میزان سود ازدست‌رفته و تفویت منافع مالی در نظر گرفته شود.

1. 17 U.S.C. 504 B.

2. David Tan, op.cit, p. 236.

به نقل از نظری، علی و عباس میرشکاری، «ارزش شهرت: گفتاری در روش‌های جبران خسارت ناشی از بهره‌برداری تجاری از شهرت دیگری»، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی (شهر دانش)، دوره ۲۱، بهار ۱۴۰۱، شماره ۴۹، ص ۱۸۴.

در این حالت، ممکن است خسارت تعیین شده برابر با زیان‌هایی باشد که در نتیجه نقض برند توسط ناقض اثر ایجاد شود و به نظر از ارزش تقویت شده برند استفاده چندان در تعیین خسارت نشود. مثلاً از جمع گزینه‌های ارزش برند (غیر از ارزش ویژه برند و سودهای ازدست‌رفته) استفاده شود، هرچند ممکن است این نوع تعیین خسارت هم واقعی قلمداد گردد؛ اما در عمل شاید این رویه با ارزش ویژه برند و ارزش پُر بهای آن در بازار و میزان رضایتمندی قبلی مشتریان و مصرف‌کنندگان محصول، کالا یا خدمات مربوط به آن برند ناسازگار باشد.

همچنین قبلاً گفته شد که بین برند اسمی و ارزش ویژه و برند ارزشیابی شده گاه ممکن است فاصله قیمی بسیاری وجود داشته باشد که تناسب نوع اول و دیگر انواع آن بسیار زیاد باشد. علاوه بر این، در این حالت یک پرسش اساسی مطرح می‌شود که پاسخ به آن ممکن است در هیچ منطبق حقوقی جای نگیرد و آن این است که فرض شود در نتیجه عدم فروش تولیدکننده یا فروشنده کالا به سبب نقض برند، میزان فروش به نحو غیرقابل‌وصفی دچار نوسان یا ازهم‌گسیختگی شود؛ به‌گونه‌ای که در راندمان فروش نوعی عدم تعادل از زمان قبل و بعد از نقض برند حاصل شود. در این حالت، اگر مینا فقط سودهای ازدست‌رفته باشد، دادگاه چگونه خواهد توانست تشخیص دهد که از زمان نقض تا صدور حکم دقیقاً چه میزان کالا یا محصول از آن برند (نقض شده) امکان فروش توسط تولیدکننده یا فروشنده وجود داشته است تا نسبت به عوایدی حاصل از فروش (سود) در جمع با ارزش برند حکم دهد؟ اگر دادگاه بر این عقیده باشد، این رقم را تقریبی هم در نظر بگیرد، در این حالت خسارت تحمیل شده به ناقض شاید با انصاف و عدالت حقوقی هم‌خوان نباشد؛ از سویی مالک برند هدف از طرح دعوا را صرفاً بر مبنای سودهای ازدست‌رفته متمرکز نکرده است، بلکه در مقام کاهش شهرت تجاری، زیان‌های معنوی، اعتبار ازدست‌رفته، احتمالاً کاهش میزان فروش یا ارائه خدمات، از بین رفتن شخصیت، اصالت و هویت برند و گاه نیز فقدان رضایتمندی مشتریان و استفاده‌کنندگان خدمات است؛ درحالی‌که از بین رفتن یا کاهش سود حاصل از فروش فقط یک سوی قضیه است نه کل مسئله نقض برند.

شاید در این میان بتوان نظر سوم و بینابینی را در تعیین خسارت واقعی مطرح کرد و آن این است که باید در فرضی که متخلف به عمد یا بدون عمد مبادرت به نقض برند می‌کند، قائل به تفکیک شد. اگر عمل ارتكابی منجر به نقض برند به «عمد» باشد، چون عنصر سوءنیت (قصد مجرمانه) وجود داشته، لذا دادگاه‌ها باید به حد اعلا خسارت واقعی حکم دهند؛ زیرا ناقض برند

با این عنوان اثر فکری دیگران را نقض کرده و آنها را از حقوق مالی ناشی از آن به قصد انتفاع عالمانه خویش محروم کرده است.^۱

در این صورت، صدور حکم به کلیه خسارت‌ها، به ترتیبی که قبلاً بیان گردید، موافق اصول حقوقی، انصاف و عدالت است. اما اگر عمل وی صرفاً جنبه قصور و تخلف محسوب شود، بهتر است از خسارت قانونی به علاوه خسارت‌های تنبیهی که مشخصاً سود از دست‌رفته مطابق اسناد و مدارک (شواهد و نظرهای کارشناسی و تحقیقات انجام شده توسط دادگاه) است، استفاده کرد. چنین رویکردی شاید بتواند گره از کار بسیاری پرونده‌های مربوط به تعیین خسارت واقعی مربوط به نقض برندها کمک کند. البته گاه ممکن است این رویکرد (نظریه سوم) امکان اجرا نداشته باشد؛ زیرا تشخیص اینکه ناقض برند سوءنیت داشته یا خیر، خود مسئله پیچیده‌ای است که به آسانی قابل تشخیص و احراز نیست؛ همچنین بار اثبات آن بر دوش مالک برند به‌عنوان خواهان گمارده خواهد شد یا اینکه دادگاه‌ها در راستای اجرای هرچه بهتر عدالت بار اثبات آن را بر عهده خواهند گرفت که در هر حال، در هر دو صورت ممکن است روند دادرسی و صدور حکم با اطاله و در نتیجه دشواری‌های خاص بعدی مواجه شود.

۴. چالش‌های حقوقی اثبات خسارت‌های واقعی در نقض برند

همان‌گونه که قبلاً بیان شد، مسئله اثبات خسارت ناشی از نقض برند و مطالبه خسارت واقعی از دادگاه‌ها در نظام جبران خسارت‌ها، با توجه به ماهیت نقض، کار ساده‌ای نیست و گاه با تعدد یا دشواری‌های خاصی روبه‌رو خواهد بود. به اعتقاد ما، این موضوع ریشه در دو علت عمده دارد: نخست، خسارت‌های وارده کمی‌سازی نمی‌شود یا تعیین آن به‌درستی قابل تقویم نیست؛ دوم، اثبات رابطه علیت یا تناسب فعل زیان‌بار و اصل خسارت توسط مالک برند با تعدد یا دشواری مواجه است. برای درک این دو علت در ذیل هر یک مختصراً تشریح خواهند شد.

۴.۱. کمی‌سازی خسارت

تعیین دقیق زیان‌های مالی ناشی از تخلف می‌تواند دشوار باشد؛ به‌ویژه زمانی که عواملی مانند فروش از دست‌رفته، کاهش سهم بازار یا فرسایش قیمت را در نظر بگیریم. در برخی موارد

۱. همان، ص ۱۷۹.

از این حیث که برندها از حالت ساده و کم‌ارزش خارج و وارد رهگذر ارزش ویژه شده‌اند، کمی‌سازی زیان بسیار دشوار خواهد بود؛ زیرا معمولاً تعیین چنین میزانی از زیان توسط دادگاه‌ها بدون لحاظ نظر کارشناس یا هیئت کارشناسی و مراجعات بازاری و سایر تحقیقات میدانی به دشواری قابل توجیه خواهد بود.

در این میان برخی حقوقدانان قائل بر اینند که در موارد متعددی ممکن است کمی‌سازی زیان‌های مالی ناشی از نقض برند چالش‌برانگیز باشد و در نتیجه، امکان محاسبه خسارت واقعی برای دادگاه وجود نداشته باشد (از جمله معایب خسارت واقعی).^۱ در این صورت، باید قائل به جایگزین شدن خسارت قانونی به جای خسارت واقعی بود که این دیدگاه، خود، توسط گروهی دیگر از حقوق‌دانان رد شده است.

برخی گفته‌اند، محاسبه و صدور رأی به خسارت واقعی ممکن است با قصد ناقص که شاید غیرعمدی باشد، منافات داشته باشد؛ زیرا تحمیل خسارت گزاف به وی، با این عنوان که وی برند دیگری را نقض کرده است، امری خلاف انصاف و عدالت است؛ زیرا وی غرض سوئی از کردار خویش نداشته است (فرض پذیرش خسارت قانونی به جای خسارت واقعی در این مورد با روح قانون و قواعد حقوقی سازگاری بیشتری دارد) که البته هر دیدگاه جای رد یا تأیید از جنبه‌های گوناگون دارد.

۴.۲. ایجاد علیت یا رابطه مستقیم

چالش دیگر در نظام جبران خسارت‌های ناشی از نقض برند با توسل به جبران زیان به شیوه خسارت واقعی، احراز این نوع خسارت است؛ زیرا احراز این موضوع که زیان دیده باید ثابت کند میان عمل ارتكابی واردکننده زیان و نتیجه پیش‌آمده (ورود ضرر) رابطه مستقیم یا علت و معلولی وجود دارد، موضوع پیچیده و گاه غیرممکنی به نظر می‌رسد. نتیجه این عدم تقارن دو واقعه (صدور حکم به جبران خسارت توسط دادگاه به جهت نقض برند و اثبات رابطه علیت توسط خواهان دعوا) به گونه‌ای ختم می‌شود که با فقدان این رابطه، امکان تحقق زیان و در نتیجه، امکان تصمیم‌گیری منصفانه توسط دادگاه‌ها واقعاً وجود ندارد. بنابراین، گاه ممکن است در صدور حکم به جبران خسارت واقعی در پرتوی این علت ناممکن جلوه کند یا پذیرش اصل مسئولیت به

۱. دهقان، سکینه، «شیوه‌های پیشگیری و جبران خسارت در نقض حقوق مالکیت فکری (در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی)»، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی (شهر دانش)، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۳۹، ص ۱۴۲.

این دلیل که رابطه علیت وجود ندارد یا توسط مدعی ورود زیان به اثبات نرسیده است، عملی نباشد؛ هرچند که برخی سوءاستفاده‌ها و کپی‌های برند این رابطه را در خود ایجاد می‌کنند؛ مانند اینکه برندی اعتبار جهانی و شناخته شده دارد و توسط افراد سودجو کپی یا مورد سوءاستفاده قرار می‌گیرد و از این رهگذر، به مالک برند نقض شده زیانی وارد می‌آید.

در این فرض، عنصر علی یا رابطه مستقیم میان فعل ناقض و خسارت وارده رابطه‌ای مستقیم وجود دارد که اثبات آن بسیار آسان است (در این حالت بحث ورود زیان از این حیث که به شهرت و اعتبار مادی و معنوی مالک اثر از حیث تولید کالا، محصول یا ارائه خدمات خدشه وارد کرده است، امری دشوار محسوب نمی‌شود؛ زیرا برند نقض شده از چنان شهرتی برخوردار است که ممکن است قاضی رسیدگی کننده، خود، از مصرف‌کنندگان کالاها، خدمات یا محصولات همان برند محسوب شود). در برخی کشورها، از جمله انگلستان، هرگاه میان ورود ضرر و فعل زیان‌بار رابطه‌ای خفیف یا غیرمستقیم وجود داشته یا اینکه زیان دیده در ورود زیان، خود، بی‌تقصیر بوده باشد، با التفات به دکترین «ال. آتکین»^۱ که مقرر می‌دارد: «درمورد تقصیر مشترک نمی‌توان قواعد کلی راجع به رابطه سببیت را نادیده گرفت»^۲ ضرر وارده باید به گونه دیگری جبران شود که درمورد برندها، تعیین خسارت واقعی را متعذر خواهد کرد. در این فرض، همان‌گونه که قبلاً بیان شد، واردکننده زیان در نقض برندها باید کلیه خسارت‌های مالک برند را جبران کند؛ اما این دیدگاه زمانی قابلیت اجرا دارد که رابطه علیت یا سببیت توسط دادرس دادگاه یا خواهان دعوا قبلاً احراز یا به اثبات رسیده باشد.

نتیجه‌گیری

یافته‌های علمی این پژوهش نشان داد، باوجود اینکه برندها در ارزش‌گذاری معمولاً از رویکردهای مالی در اندازه‌گیری ارزش و قیمت بازاری پیروی می‌کنند؛ اما این حمایت قانون‌گذاران ملی و بین‌المللی و نیز رویه عملی دادگاه‌هاست که به آنها ارزش ویژه‌ای می‌دهد. بنابراین، هیچ برندی نمی‌تواند بدون حمایت قانون به افزایش ارزش ادامه دهد. در حال حاضر، مهم‌ترین شیوه اجرای این‌گونه حمایت‌ها صدور حکم به جبران زیان‌های وارده به مالکیت فکری

1. L. Atkin

۲. نازی، مهدی، محمود شکرپور، صادق اسمعیلی، منصور حسینی، و ابوذر موری، بررسی تقصیر زیان‌دیده در مسئولیت مدنی، دومین کنفرانس بین‌المللی نوآوری در علوم و تکنولوژی، سنگاپور، ۲۵ آذرماه ۱۳۹۵، ص ۱۱۲.

الگوی «خسارت واقعی» در نظام جبران خسارت است. اما موضوع پیچیده در این فرض این است که تعیین خسارت واقعی در دو فرض مختلف احراز میزان زیان و عدم احراز این رابطه چگونه محاسبه خواهد شد؟ با این عنوان اگر فرض بر این نهاده شود که میزان زیان وارده به‌طور دقیق معلوم باشد، در این حالت، دادگاه‌ها در تعیین خسارت با چالشی مواجه نخواهند بود، خواهان دعوا نیز اصولاً نیازمند اثبات موضوعی خاص و پیچیده نیست و صرف ورود زیان و تحقق نتیجه، برای صدور حکم به جبران خسارت له مالک برند و علیه ناقض حق، توسط دادگاه رسیدگی کننده کافی است. اما گاه پیچیدگی تعیین خسارت ناشی از نقض برندها به‌گونه‌ای است که میزان سود ازدست‌رفته یا زیان‌های واقعی، که صاحب حق در نتیجه نقض اثر خویش متحمل شده است، قابل سنجش و ارزیابی نیست. چنین چالشی اصولاً ناشی از عدم وجود الگو یا معیار مشخص برای ارزیابی خسارت واقعی وارده به مالک برند است؛ زیرا، طرفین دعوی نقض ممکن است برای حمایت از مواضع متضاد خود شواهد و دلایلی ارائه کنند (یکی در مقام مطالبه خسارت و دیگری در مقام پرداخت خسارت یا رهایی از جبران خسارت یا دست‌کم پرداخت خسارت کمتر از آنچه خواهان یا مدعی ورود زیان مطالبه کرده است). در این حالت، به‌طور معمول دادگاه‌ها کار پیچیده و در عین حال با یک فرایند تخصصی، فنی و چالش‌برانگیز سروکار خواهند داشت.

منابع

کتاب

۱. آل رایز، لورا، **قانون ثابت برای تشبیت نام تجاری**، ترجمه منیژه بهزاد، چاپ ۱، تهران: سیته، ۱۳۸۱.
۲. حمید، عبدالسلام و حمید کامل، **حقوق علائم تجاری و مالکیت معنوی**، چاپ ۱، اهواز: آشناگر اندیشه، ۱۴۰۰.
۳. خلیل‌زاده، حمید، **قیمت‌گذاری ارزش برندها**، چاپ ۱، تهران: آریا دانش، ۱۴۰۰.
۴. سلطانی، حسن، **ارزش ویژه برند و ارزیابی مالی برندها**، چاپ ۱، تهران: آفتاب گیتی، ۱۴۰۱.
۵. عرفان‌منش، محمدحسین و مرتضی قادری سعید، **حقوق رقابت و حقوق مالکیت فکری (با نگرش در رویه قضایی امریکا)**، چاپ ۱، تهران: میراث معنوی، ۱۴۰۳.

۶. عسکری، ناهید، **نقش برند در سودآوری بانک‌ها**، چاپ ۱، تهران: موجک، ۱۳۹۵.
۷. کاتلر، فیلیپ، **مدیریت بازاریابی**، ترجمه بهمن فروزنده، چاپ ۱۵، اصفهان: آموخته، ۱۳۹۰.
۸. کرمی، محمد، **ارزشیابی برند در حقوق ایران**، چاپ ۱، تهران: دادبان، ۱۳۹۹.
۹. گروه اینتر برند، **فرهنگ واژگان برند**، ترجمه احمد روستا و کبری سبزی علی یمقانی، چاپ ۱، تهران: سیته، ۱۳۹۰.
۱۰. نجفی، حامد و مهسا مدنی، **مشارکت در نقض اموال فکری در حقوق ایران و آمریکا**، چاپ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۹.

مقاله

۱۱. اکبری دهنو، میثم و آسیه اکبری، **حقوق مالکیت صنعتی: تفسیری بر راهکارهای کیفی قوانین ایران**، فصلنامه سیاست علم و فناوری، دوره ۶، ۱۳۹۲، شماره ۱، صص ۲۷-۴۵.
۱۲. حسنی، علی، سیدجلال موسوی بازرگان و محمد قدیری نیا، **عملکرد برند، مفهوم‌سازی و اندازه‌گیری**، فصلنامه گردشگری و اوقات فراغت (دانشگاه علم و فرهنگ)، دوره ۱، ۱۳۹۲، شماره ۱، صص ۱-۳۸.
۱۳. دهقان، سکینه، شیوه‌های پیشگیری و جبران خسارت در نقض حقوق مالکیت فکری (در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی)، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی (شهر دانش)، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۳۹، صص ۱۶۷-۱۴۱.
۱۴. رجبی، عبدالله، **ضمان مدنی ناشی از نقض حق فکری: دعوی مسئولیت یا استیفا؟**، فصلنامه حقوق اسلامی، دوره چهاردهم، ۱۳۹۶، شماره ۵۵، صص ۱۵۴-۱۲۹.
۱۵. روشندل، شهرام و حسین تاجی، **بررسی جرائم و مجازات‌های کیفی ناشی از نقض حقوق مالیت فکری در ایران و مقایسه آن با اروپا**، اولین کنفرانس ملی حقوق، فقه و فرهنگ، ایران، تهران، شناسه مقاله: LAWJC01_114، ۱۳۹۹.
۱۶. مدنی، فاطمه و احمد روستا، **تأثیر کیفیت خدمات و تصمیم‌گیری مشتری بر ارزش ویژه شناسه**، نشریه چشم‌انداز مدیریت بازرگانی، شماره ۱، صص ۷۵-۵۹.

۱۷. مظفری، مصطفی و مریم امینیان، **تحلیل حقوقی حمایت از مالکیت برند در برابر استفاده غیرمنصفانه**، دوفصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال بیست و دوم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، شماره اول (پیاپی ۵۳)، صص ۳۱۲-۲۹۷.

۱۸. نازی، مهدی، محمود شکرپور، صادق اسمعیلی، منصور حسینی و ابوذر موری، **بررسی تقصیر زیان‌دیده در مسئولیت مدنی**، دومین کنفرانس بین‌المللی نوآوری در علوم و تکنولوژی، سنگاپور، ۲۵ آذرماه ۱۳۹۵، صص ۴۳۵-۴۲۸.

۱۹. نجفی، حامد، **مطالعه تطبیقی مفهوم و کارکرد مالکیت فکری در حقوق ایران و امریکا: تمهیدی برای تغییر**، فصلنامه علمی پژوهشی حقوق اسلامی، دوره ۱۸، آبان ۱۴۰۰، شماره ۷۰، صص ۲۸۰-۲۵۳.

۲۰. نظری، علی و عباس میرشکاری، **ارزش شهرت: گفتاری در روش‌های جبران خسارت ناشی از بهره‌برداری تجاری از شهرت دیگری**، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی (شهر دانش)، دوره ۲۱، بهار ۱۴۰۱، شماره ۴۹، صص ۱۹۹-۱۷۱.

پایان‌نامه

۲۱. جهانبخش، کیانوش، «ضمانت اجرای نقض حقوق علائم تجاری در ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۸۸.

۲۲. محمدی، سیدمحمد، «حمایت از حقوق مالکیت فکری در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بین‌المللی خرمشهر - خلیج فارس، دانشکده علوم انسانی، تابستان ۱۳۹۶.

References

Book

1. Al-Riz, Laura, *The Fixed Rule for Establishing a Brand Name*, translated by Manijeh Behzad, 1st edition, Tehran: Sitah, 2002. (in Persian)
2. Askari, Nahid, *The Role of Brand in Banks' Profitability*, ed 1, Tehran: Mojak Publications, 2015. (in Persian)
3. David Tan, *The Commercial Appropriation of Fame: A Cultural Analysis of the Right of Publicity and Passing off London*: Cambridge University Press, 2017.
4. Gurji, Abolqasem, *intellectual rights including copyright*, ed. 1, Tehran: Daddgostar Publications, 2017. (in Persian)
5. Hamid, Abdol Salam and Hamid, Kamel, *Trademark Law and Intellectual Property*, ed. 1, Ahvaz: Ashnagar Andisheh Publications, 2021. (in Persian)
6. Interbrand Group, *Brand Vocabulary*, translated by Ahmad Rusta and Kobri Sabzali Yamqani, ed 1, Tehran: Site Publishing House, 2018. (in Persian)
7. Karmi, Mohammad, *Brand Evaluation in Iranian Law*, ed 1, Tehran: Dadban Publications, 2019. (in Persian)
8. Khalilzadeh, Hamid, *Brand Value Pricing*, Chapter 1, Tehran: Aria Danesh Publications, 2021. (in Persian)
9. Kotler, Philip, *Marketing Management*, translated by Bahman Faruzandeh, 10th, Isfahan: Amohadeh Publications, 2019. (in Persian)
10. Najafi, Hamed and Mahsa Madani, *Participation in Intellectual Property Infringement in Iranian and American Law*, 1st Edition, Tehran: Mizan, 2019. (in Persian)
11. Soltani, Hassan, *brand equity and brand financial evaluation*, ed. 1, Tehran: Aftab Giti Publications, 2022. (in Persian)

Articles

12. Akbari Dehno, Meysam and Asiyeh Akbari, "Industrial Property Rights: A Commentary on the Criminal Solutions of Iranian Laws", Quarterly Journal of Science and Technology Policy, Volume 6, 2013, No. 1, pp 27-45. (in Persian)
13. Hassani, Ali, Seyed Jalal Mousavi Bazargan and Mohammad Ghadirinia, "Brand Performance, Conceptualization and Measurement", Quarterly Journal of Tourism and Leisure (University of Science and Culture), Volume 1, 2013, Issue 1, pp 1-38. (in Persian)

14. Dehghan, Sakineh, "Methods of Prevention and Compensation for Violations of Intellectual Property Rights (in Iranian law and international documents)", Quarterly Journal of Legal Research (Shahr Danesh), Fall 2019, No. 39, pp 141-167. (in Persian)
15. Rajabi, Abdullah, "Civil Liability for Intellectual Property Infringement: Liability Litigation or Redress?", Islamic Law Quarterly, Volume 14, 2017, No. 55, pp 129-154. (in Persian)
16. Roshandel, Shahram and Hossein Taji, "A study of Crimes and Criminal Penalties Resulting from Intellectual Property Rights Violations in Iran and their Comparison with Europe", First National Conference on Law, Jurisprudence and Culture, Iran, Tehran, Article ID: LAWJC01_114, 2019. (in Persian)
17. Madani, Fatemeh and Rusta, Ahmed, "Effect of Service Quality and Customer Decision-Making on the Special Value of the Identifier", Commercial Management Perspectives, vol. 9, Sh. 1, June 2019, pp 59-75. (in Persian)
18. Mozaffari, Mostafa and Maryam Aminian, "Legal Analysis of Brand Ownership Protection Against Unfair Use", Bi-Quarterly Journal of Islamic Law Research, Year 22, Spring and Summer 2021, Issue 1 (53 Consecutive), pp 312-297. (in Persian)
19. Nazi, Mehdi, Mahmoud Shakarpour, Sadegh Esmaili, Mansour Hosseini and Abuzar Mori, "Investigating the Fault of the Victim in Civil Liability", Second International Conference on Innovation in Science and Technology, Singapore, 15 December 2016, pp 435-428. (in Persian)
20. Najafi, Hamed, "A Comparative Study of the Concept and Function of Intellectual Property in Iranian and American Law: A Preparation for Change", Islamic Law Quarterly, Volume 18, November 2022, No. 70, pp. 280-253. (in Persian)
21. Nazari, Ali and Abbas Mirshekari, "The Value of Reputation: A Discussion on Methods of Compensation for Damages Resulting from Commercial Exploitation of Another's Reputation", Quarterly Journal of Legal Research (Shahr Danesh), Volume 21, Spring 1401, No. 49, pp. 199-171. (in Persian)

Thesis

22. Jahanbakhsh, Kianoush, "Enforcement Guarantee for Trademark Infringement in Iran and England," Master's Degree Thesis, Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, 2009. (in Persian)

23. Mohammadi, Seyyed Mohammad, "Supporting Intellectual Property Rights in Iranian Law with a Comparative Study in English law," Master's Degree Thesis, Private Law, Islamic Azad University, Khorramshahr International Branch - Persian Gulf, Faculty of Humanities, Summer 2016. (in Persian)

Determining Damages Caused by Violation of Brand Intellectual Property Rights Based on Actual Loss

Mohammad Karami*
Seyed Mehdi Mirdadashi Kari**
Ali Rostami Far***

Abstract

Intangible assets including trademarks and names have increasing importance for many companies. Credit and business reputation are reasons for this importance which are introduced to consumers under a specific brand. Sometimes due to the violation of these rights, holders tolerate huge losses. Violation of brand rights may at least affect pricing, competition and market strategic situation, since brands make differences between products and services in the society and for the customers. Accordingly, the courts have adopted an approach entailing both sever type of damages and the optimal method of compensation. Therefore, they address actual loss determination in compensation system. This method intends to compensate brand owner for direct financial damages caused by violation of IP rights. Indeed, unlike other compensation methods, actual loss never has a fixed and predetermined aspect. The results of this study show that actual loss includes all financial losses that are awarded to the brand owner to compensate for the damages suffered as a direct result of violation. The purpose of this approach is to restore the primary rights to the financial status before the violation in such a way that if there was no violation, the owner would never be in that situation.

Keywords:

Brand Violation, Brand Value, Actual Loss, Causality, Loss Quantification, Loss Determination

* PhD. Candidate, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Qom Branch, Qom, Iran mohammad.karami1350@iau.ac.ir

** Associate Professor, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Qom Branch, Qom, Iran (Corresponding Author) sm.mirdadashi1351@iau.ac.ir

*** Assistant Professor, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Qeshm Branch, Qeshm, Iran ali.rostamifar119@iau.ac.ir

مسئولیت ناشی از کالای معیوب در پلتفرم‌های مارکت پلیس: مطالعه تطبیقی در آمازون و دیجی کالا

علی نخجوانی*
ابراهیم یاقوتی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۰۱

چکیده

امروزه بخش قابل توجهی از معاملات خرید و فروش کالا در تجارت الکترونیک بر بستر پلتفرم‌های مارکت پلیس صورت می‌پذیرد. با وجود این، اختلاف نظر در تعیین سهم مسئولیت فروش کالای معیوب بین پلتفرم، مشتری و فروشنده شخص ثالث موجب تضییع حقوق هر سه ضلع مثلث در این گونه معاملات می‌شود. این پژوهش در نظر دارد تا ضمن رفع این اختلاف، سهم مسئولیت هریک از طرفین درگیر در این نوع از معاملات را مشخص کند. نیل به این هدف به واسطه مطالعه تطبیقی بین دیجی کالا به عنوان بزرگ‌ترین پلتفرم مارکت پلیس در خاورمیانه و آمازون به عنوان بزرگ‌ترین شرکت فعال این حوزه در جهان در کنار تأمل در قوانین و مطالعه رویه قضایی در ایران و ایالات متحده آمریکا صورت پذیرفته است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد رویه قضایی در ایالت‌های مختلف آمریکا در خصوص مسئولیت پلتفرم‌های مارکت پلیس اختلاف نظر جدی وجود دارد. همچنین در نظام حقوقی ایران نیز نظریات مختلفی در خصوص مسئولیت ناشی از کالای معیوب وجود دارد که هر یک مورد بررسی و نقد قرار گرفته است. در نهایت نگارنده مؤکداً پیشنهاد کرده است که به دلیل پیچیدگی‌های ناشی از فناوری، قوانین اختصاصی برای پلتفرم‌های مارکت پلیس ذیل قانون تجارت الکترونیک ایجاد شود.

کلیدواژه‌گان:

پلتفرم، مارکت پلیس، حقوق پلتفرم، دیجی کالا، آمازون، حقوق مارکت پلیس.

* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکزی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
ehsannkhjvni@gmail.com

** دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکزی، تهران، ایران.
dryaghoti@gmail.com



Copyright: ©2024 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

گسترش فناوری و فرهنگ استفاده از آن، افزایش خرید و فروش‌های اینترنتی را به همراه داشته است. روند افزایشی خرید و فروش آنلاین و بیع الکترونیکی در سال‌های اخیر طی همه‌گیری کووید-۱۹ و پس از آن سرعت بیشتری پیدا کرد. به‌طوری‌که در سال ۲۰۲۱ براساس آمار اداره سرشماری ایالات متحده آمریکا^۱ سهم تجارت الکترونیک^۲ در این کشور از کل خرده‌فروشی ۱۱٫۸ درصد بوده است^۳ که معادل بیش از ۸۶۲ میلیارد دلار در سال می‌شود.^۴ در این میان سهم پلتفرم‌های مارکت پلیس^۵ از تجارت الکترونیک در آمریکا ۵۰٫۸ درصد است که بیشترین سهم بازار در آن متعلق به شرکت آمازون^۶ با ۳۷٫۸ درصد است.^۷ در ایران ارزش اسمی تجارت الکترونیکی در سال ۱۴۰۰ در حدود ۱۲،۳۶۹ هزار میلیارد ریال برآورد شده که نسبت به سال گذشته حدود ۱۳ درصد رشد داشته است.^۸ خرده‌فروشی آنلاین سهم ۴ درصدی از کل خرده‌فروشی ایران را تشکیل می‌دهد.^۹ اما آمار دقیقی از اینکه پلتفرم‌های مارکت پلیس و در رأس آنها دیجی‌کالا، به‌عنوان بزرگ‌ترین مارکت پلیس فعال در ایران، چه سهمی در این آمار دارند، وجود ندارد.

امروزه پلتفرم‌های مارکت پلیس بخش قابل‌توجهی از خرده‌فروشی آنلاین را به خود اختصاص می‌دهند. برندسازی، تسهیل فرایند فروش اینترنتی، اعتمادسازی و پاسخگویی از جمله دلایلی است که موجب می‌شود تا کاربران تمایل بیشتری به خرید از مارکت پلیس‌ها در قیاس با سایر خرده‌فروشان آنلاین نشان دهند. گسترش سهم بازار این پلتفرم‌ها از اقتصاد دیجیتال خطر انحصارگرایی و تضییع حقوق کاربران تجاری و کاربران نهایی را افزایش می‌دهد. همچنین منتقدین فعالیت این پلتفرم‌ها هشدار می‌دهند که جمع‌آوری داده‌ها توسط پلتفرم‌های مارکت

1. United States Census Bureau

2. E-Commerce

3. CBRE “What Is the Share of E-Commerce in Overall Retail Sales?”. [accessed: 2023/02/12]

4. Statista , “Retail e-commerce revenue in the United States from 2017 to 2027”. [accessed: 2023/02/12]

5. Marketplace

6. Amazon

7. Statista. “Market share of leading retail e-commerce companies in the United States as of June 2022” [accessed: 2023/02/12]

۸. ابوالمصوم، فرانک و منصوره شعبانی، *گزارش تجارت الکترونیکی ایران*. مرکز توسعه تجارت الکترونیکی. ۱۴۰۰، دسترسی در ۲۲ بهمن ۱۴۰۱.

۹. دیجی کالا (۱۴۰۰). گزارش سالانه دیجی کالا و کسب و کارهای بومی محلی. دسترسی در ۲۲ بهمن ۱۴۰۲.

پلیس منجر به کاپیتالیسم نظارتی خواهد شد.^۱ برای حل این مشکلات، نظام حقوقی برخی از کشورها با متناسب‌سازی قوانین سنتی حوزه رقابت با عصر دیجیتال سعی کرده‌اند تا از تبدیل شدن این پلتفرم‌ها به قانون‌گذاران خصوصی جلوگیری کنند. برای مثال کمیسیون اروپا^۲ با هدف حفظ فضای رقابتی بازارهای دیجیتال در سال ۲۰۲۲ قانون بازار دیجیتال (DMA)^۳ را تصویب کرد که طی آن محدودیت‌های مهمی را بر پلتفرم‌های دروازه‌دار^۴ اعمال کرد.^۵ برای شناسایی بایع و مسئولیت ناشی از فروش میباید در پلتفرم‌های مارکت پلیس نخست باید ماهیت حقوقی این پلتفرم‌ها مشخص شود؛ زیرا به دلیل عدم تصریح قانون‌گذار در این خصوص شناسایی ماهیت حقوقی این پلتفرم‌ها بعضاً دشوار خواهد بود. چراکه طرح تجاری^۶ مارکت پلیس‌ها عمدتاً ترکیبی از واسطه‌گری برای فروشندگان ثالث و فروش انحصاری یا توأمان برخی از کالاها در کنار سایر فعالیت‌هاست. برای نیل به این هدف، در پژوهش فوق‌آمازون به‌عنوان بزرگ‌ترین شرکت ارائه‌دهنده پلتفرم مارکت پلیس در جهان و دیجی‌کالا به‌عنوان یکی از بزرگ‌ترین شرکت‌های از این نوع در ایران انتخاب شدند تا طی یک مطالعه تطبیقی تحلیلی مورد مطالعه و بررسی قرار گیرند. در بخش نخست این پژوهش به منظور درک بخش‌های بعدی اصطلاح پلتفرم‌های مارکت پلیس و دو شرکت آمازون و دیجی‌کالا معرفی شده‌اند و در بخش بعدی چارچوب‌های حقوقی و نگاه قانون‌گذاران دو کشور ایران و ایالات متحده آمریکا به مفهوم بیع و تشخیص بایع مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته است.

۱.۱. مارکت پلیس^۷

مارکت پلیس یا بازارگاه بستری است که امکان خرید از چند ده‌هزار تأمین‌کننده متفاوت را برای مشتریان فراهم می‌کند.^۸ پلتفرم‌های مارکت پلیس یا اصطلاحاً بازار تجارت آنلاین^۹

1. Barns, Sarah, "Platform Urbanism: Negotiating Platform Ecosystems in Connected Cities". Springer Nature. 2019, P 115

2. European Commission

3. Digital Market Act

4. Gatekeeper

۵. نخجوانی، علی، محدودیت‌های پلتفرم‌های دیجیتال در قانون بازار دیجیتال اتحادیه اروپا، پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۴۰۱.

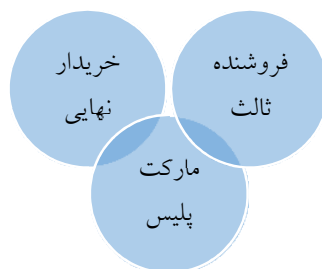
6. Business Plan

۷. عمدتاً منظور از پلتفرم‌های مارکت پلیس در این پژوهش پلتفرم‌های مارکت پلیس غیرمستقیم است که در قسمت دوم از بخش اول تفصیلاً تعریف شده‌اند.

۸. دیجی‌کالا (۱۴۰۰). مارکت پلیس دیجی‌کالا وارد ششمین سال فعالیت خود شد. دسترسی در ۲۲ بهمن ۱۴۰۲.

9. Online E-commerce Marketplace

وبسایت‌ها و یا پلتفرم‌های مبتنی بر تجارت الکترونیک‌اند که در آنها اطلاعات مربوط به محصولات یا خدمات ارائه شده توسط اشخاص ثالث پردازش و ارائه می‌شود. این پلتفرم‌ها همانند فعالان بازارهای سنتی خریدار یا فروشنده کالا نیستند، بلکه به نوبه خود فرصت‌هایی را برای خرید و فروش فراهم می‌کنند و درصدی از هر تراکنش را به‌عنوان یک واسطه کسر می‌کنند. به عبارت دیگر، یک پلتفرم مارکت پلیس به‌عنوان واسطه‌ای بین مشتریان نهایی و فروشندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات عمل می‌کند. این بدان معناست که یک پلتفرم مارکت پلیس از سه ضلع اصلی تشکیل شده است.



درحالی که برخی از پلتفرم‌های مارکت پلیس از ارتباط مستقیم خریدار نهایی و فروشنده ثالث جلوگیری می‌کنند. برخی دیگر به مشتریان مستقیماً اجازه می‌دهند تا با فروشنده ارتباط بگیرند. پلتفرم‌های نوع اول با پیروی از روش Drop Shipping^۱ بر بازاریابی و فروش محصولات تمرکز می‌کنند. درحالی که در نوع دوم بار ترغیب مشتری به خرید کالا در رقابت با سایر فروشندگان بیشتر بر عهده خود فروشنده ثالث است.

همانند یک فروشگاه زنجیره‌ای سنتی، کاربران با مراجعه به پلتفرم‌های مارکت پلیس می‌توانند اطلاعات محصولات مختلف نظیر مشخصات فنی، قیمت، کیفیت و موجودی را مشاهده و بررسی و سپس کالا را خریداری کنند. فرایند قیمت‌گذاری، ثبت مشخصات و کنترل موجودی توسط فروشندگان ثالث انجام می‌گیرد؛ باوجوداین، در اغلب موارد خود پلتفرم به‌عنوان یک نهاد ناظر بر کیفیت کار فروشندگان نظارت می‌کند. پس از خرید کالا توسط یک مشتری فرایند فروش آغاز می‌شود در اینجاست که پلتفرم ضمن اطلاع به فروشنده مبنی بر فروش کالا از او تأمین محصول را درخواست می‌کند. این تأمین ممکن است از طریق تحویل کالا به انبار خود

۱. یک روش فروش کالا که طی آن فروشنده بدون سرمایه‌گذاری مستقیم در خرید و انبارداری، کالای فروخته شده را مستقیماً از انبار تولیدکننده یا تأمین‌کننده برای خریدار نهایی ارسال می‌کند.

پلتفرم برای بسته‌بندی و ارسال به مشتری از طرف پلتفرم یا درخواست ارسال مستقیم کالا به مشتری از سوی فروشنده ثالث صورت گیرد. در هر صورت پس از فروش کالا، پلتفرم بهای کالا را دریافت و با کسر کارمزد واسطه‌گری خود مابقی را به حساب فروشنده واریز می‌کند. هزینه‌های راه‌اندازی و شروع به فروش در یک پلتفرم مارکت پلیس در مقایسه با ایجاد یک پایگاه خرده‌فروشی آنلاین بسیار کمتر است.^۱ همچنین در این روش فروشندگان ثالث تازه‌کار به واسطه اعتبار و بازاریابی پلتفرم از شانس بیشتری در فروش محصولات خود برخوردارند. درصد بیشتری از مشتریان بالقوه نیز به دلیل اعتبار پلتفرم‌های مارکت پلیسی که به‌عنوان واسطه بین خریدار و فروشنده قرار می‌گیرند و قوانین حمایتی این دسته از پلتفرم‌ها برای کاربران نظیر امکان مرجوعی خرید، تأیید اصالت کالا و تجمیع اقلام مورد نیاز کاربر در یک فروشگاه به مشتریان بالفعل تبدیل می‌شوند و ترجیح می‌دهند تا از یک پلتفرم مارکت پلیس خرید کنند.

۱.۲. انواع مارکت پلیس

۱.۲.۱. مارکت پلیس مستقیم

در پلتفرم‌های مارکت پلیس مستقیم امکان ارتباط مستقیم کاربر نهایی و کاربر تجاری با یکدیگر وجود دارد. در این نوع از پلتفرم‌ها پس از عرضه کالا یا خدمات توسط فروشنده (کاربر تجاری) کاربران می‌توانند اطلاعات و توصیفات کالا را مشاهده کنند و پس از آن برای انعقاد معامله مستقیماً با فروشنده ارتباط گیرند. پلتفرم‌های مارکت پلیس مستقیم تعهدی در قبال انعقاد معاملات ندارند و به جز بررسی‌های متعارف اولیه فروشندگان را رد یا تأیید نمی‌کنند. همچنین معاملات به ضمانت و تعهد پلتفرم و در فضای تحت مدیریت آن صورت نمی‌پذیرد. به عبارت دیگر، پلتفرم تنها به‌عنوان یک واسطه فروشندگان کالا یا ارائه‌دهندگان خدمات را به مشتریان بالقوه متصل می‌کند و شخصیت پلتفرم علت عمده معاملات نیست. پلتفرم‌های دیوار^۲ و شیپور^۳ در ایران و ای بی^۴ و علی‌بابا^۵ در جهان در این دسته‌بندی قرار می‌گیرند.

1. Mathew L. Nelson, Michael J. Shaw, Troy J. Strader eds.(2009). " Value Creation in E-Business Management: 15th Americas Conference on Information Systems, AMCIS 2009, SIGeBIZ track, San Francisco, CA, USA, Springer Science & Business Media.

2. Divar.ir

3. Sheypoor.com

4. eBay.com

5. Alibaba.com

۱.۲.۲. مارکت پلیس غیرمستقیم

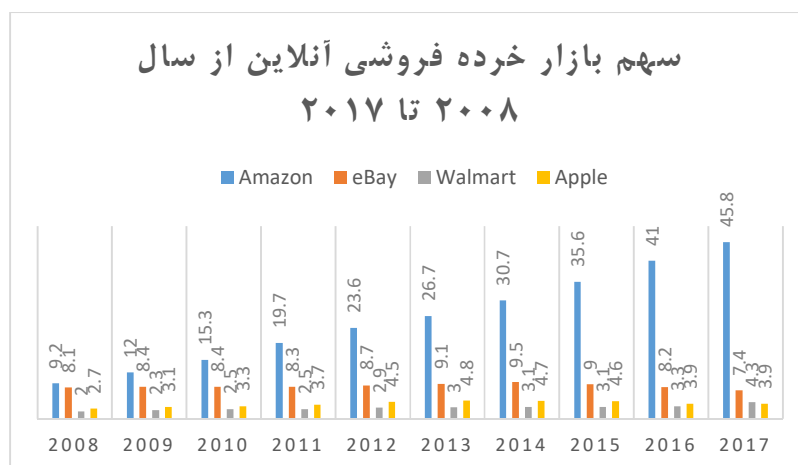
در این دسته از پلتفرم‌ها کاربر نهایی و کاربر تجاری مستقیماً با یکدیگر در ارتباط نیستند. پلتفرم به فروشندگان اجازه می‌دهد تا کالای خود را بر بستر مارکت پلیس عرضه کنند. اما فرایند فروش خارج از کنترل فروشنده و توسط خود پلتفرم صورت می‌پذیرد. پس از عرضه کالا توسط فروشنده، مشتری نسبت به خرید مبیع در خود مارکت پلیس اقدام می‌کند و پرداخت ثمن معامله به حساب پلتفرم صورت می‌پذیرد. در اینجا است که فروشنده شخص ثالث از فروش کالا باخبر شده و باید مبیع را به پلتفرم تسلیم کند. پس از آن ارسال کالا به مشتری، پلتفرم با کسر اجرت‌المسمی اعمال خود و کمیسیون انجام ادن معامله، مابقی ثمن را به فروشنده تحویل می‌دهد.

۲. آمازون^۱

آمازون یک شرکت مبتنی بر فناوری آمریکایی است که عمده فعالیت و شهرت آن در زمینه تجارت الکترونیک از طریق خرده‌فروشی آنلاین^۲ است؛ اما در زمینه‌های تبلیغات آنلاین^۳، هوش مصنوعی^۴، فیلمسازی و بازی‌های رایانه‌ای، اینترنت اشیا^۵، وسایل نقلیه خودران^۶ و اینترنت ماهواره‌ای^۷ نیز به‌طور مستقیم یا از طریق شرکت‌های تابعه خود فعالیت دارد. این شرکت در سال ۱۹۹۴ توسط جف بزوس^۸ در واشنگتن تأسیس شد.^۹ آمازون یک پلتفرم مارکت پلیس خرده‌فروشی است که از قیمت فروش کالاهای فروخته‌شده روی این پلتفرم کارمزد دریافت می‌کند و درعین حال به فروشندگان ثالث اجازه می‌دهد تا با پرداخت هزینه اضافی محصولات خود را به شکل ویژه تبلیغ کنند. خود آمازون تحت عنوان Amazon.com به‌عنوان یک فروشنده در کنار سایرین در مارکت پلیس آمازون فعالیت می‌کند و مشتریان می‌توانند در کالاهای مشترک خود آمازون یا سایر فروشندگان را انتخاب و از او خرید کنند.

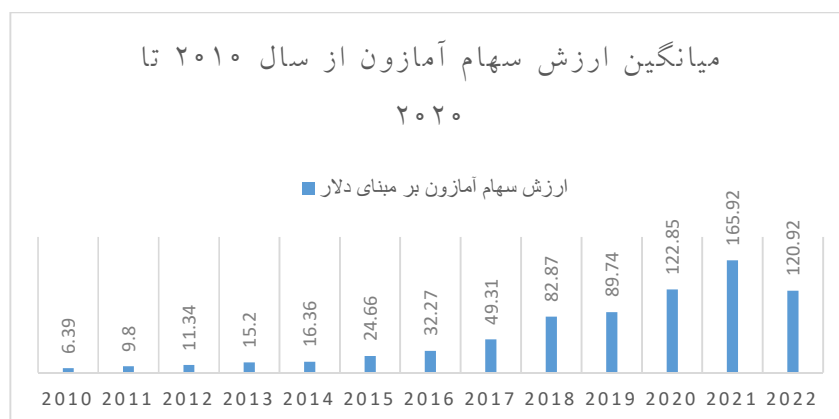
1. Amazon.com
2. Online Retailing
3. online advertising
4. artificial intelligence
5. Internet of Things
6. autonomous vehicles
7. Satellite Internet
8. Jeff Bezos
9. Guevara, Natalie. "Amazon's John Schoettler has helped change how we think of corporate 2020, campuses".bizjournals.com.

این شرکت ابتدا یک مارکت پلیس مبتنی بر کتاب بود؛ اما به مرور زمینه فعالیت آن به کالاهای بیشتری گسترش یافت. در سال‌های اول یک شوخی رایج در بین تحلیل‌گران بازار سرمایه وال‌استریت این بود که جف بزوس در آمازون درحال ساختن یک خانه پوشالی از کارت‌هاست. در ماه مه سال ۱۹۹۷ آمازون با ارزش ۱۸ دلار به ازای هر سهم و ارزش‌گذاری ۴۳۸ میلیون دلاری در بورس عرضه شد.^۱ باوجود این، پس از گذشت پنج سال از تأسیس شرکت در سال ۲۰۰۰ آمازون هنوز نتوانسته بود به سود دهی رسد و میلیون‌ها دلار زیان مداوم داشت که طی بازه‌های سه‌ماهه افزایش می‌یافت.^۲ اما نگاه مثبت سرمایه‌گذاران به استراتژی‌های آمازون باعث شده بود تا شرکت هر سه ماهه گزارش زیان‌دهی ارائه کند اما بهای سهام آن افزایش می‌یافت.^۳ تزریق گسترده سرمایه و پافشاری آمازون بر استراتژی ترجیح رشد و گسترش سهمش از بازار بر سوددهی موجب شد تا در سال ۲۰۱۳ فروش آمازون بیش از مجموع دوازده فروشنده آنلاین بعدی که با او در رقابت بودند باشد^۴ و پانزده سال بعد در سال ۲۰۱۵ درآمد آمازون به بیش از ۱۰۷ میلیارد دلار برسد.^۵ نمودار زیر سهم آمازون از بازار خرده‌فروشی آنلاین در ایالات متحده را از سال ۲۰۰۸ تا سال ۲۰۱۷ نشان می‌دهد.



- Galante, Suzanne, "Amazon.com IPO." CNET. May 15, 1997.
- Moore, Martin and Tambini Damian (2018). "The power of Google, Amazon, Facebook and Apple". Oxford university press.
- State Farm Fire & Cas. Co. v. Amazon.com, Inc., 390 F. Supp. 3d 964, 969 (W.D. Wis. 2019).
- Banjo, Shelly & Ziobro, Paul After Decades of Toil, Web Services Remain Small for Many Retailers, WALL ST. J. (Aug. 27, 2013).
- Enright, Allison Amazon Sales Climb 22% in Q4 and 20% in 2015, INTERNET RETAILER (Jan. 28, 2016).

آمازون امروزه به‌عنوان یکی از محبوب‌ترین فروشگاه‌های آنلاین ایفای نقش می‌کند. آمارها نشان می‌دهد که نزدیک به نیمی از خریداران محصولات آنلاین برای بررسی کالا ابتدا به آمازون مراجعه می‌کنند.^۱ در سال ۲۰۱۶ مؤسسه Reputation^۲ آمازون را برای سومین سال متوالی به‌عنوان معتبرترین شرکت در امریکا معرفی کرد. میانگین ارزش سهام آمازون در سال ۲۰۲۲ از ۱۲۰ دلار به ازای هر سهم گذشت و ارزش کل این نام تجاری به بیش از ۷۰۵ میلیارد دلار رسید. نمودار زیر میانگین ارزش سهام آمازون را از سال ۲۰۱۰ تا سال ۲۰۲۰ نشان می‌دهد.^۳



امروزه آمازون در ۲۲ کشور دامنه اینترنتی فعال دارد^۴ و به‌عنوان یکی از مارکت پلیس‌های اصلی مؤثر در تجارت دیجیتال جهانی شناخته می‌شود. این شرکت از دو مدل فروش اول شخص^۵ و شخص ثالث^۶ پیروی می‌کند. در روش اول شخص خود آمازون با تأمین محصول از عمده‌فروشی‌های کالا آن را در پلتفرم عرضه می‌کند. طی این روش آمازون در نقش یک خرده‌فروش آنلاین^۷ به‌عنوان مالک محصول عمل کرده و پروسه قیمت‌گذاری و فرایند ارسال و

1. Moore, Martin and Tambini Damian (2018). "The power of Google, Amazon, Facebook and Apple". Oxford university press.

۲. یک شرکت پیشرو در زمینه تجزیه و تحلیل داده و اطلاعات که به اعتبارسنجی شرکت‌ها در سراسر جهان می‌پردازد.

3. Statista. "Monthly share price of Amazon on the Nasdaq stock exchange from January 2010 to January 2023. [accessed: 2023/02/12].

۴. مصر، برزیل، کانادا، مکزیک، ایالات متحده امریکا، چین، هند، ژاپن، عربستان سعودی، سنگاپور، ترکیه، امارت متحده عربی، فرانسه، آلمان، ایتالیا، بلژیک، هلند، لهستان، اسپانیا، سوئد، بریتانیا و استرالیا.

5. First-Party

6. Third-Party

7. Online Retailer

بازگشت کالا را مدیریت می‌کند.^۱ درحالی‌که در سیستم فروش شخص ثالث مبتنی بر دو حالت برای ارسال کالا در حالت اول فروشندگان ثالث می‌توانند خود کالا را مستقیماً برای مشتری ارسال کنند. درحالی‌که حالت دوم بر مبنای سرویس تکمیل از سوی آمازون (FBA)^۲ صورت می‌پذیرد که طی آن فروشندگان ثالث به آمازون اجازه می‌دهند تا انجام سفارش‌ها را برون‌سپاری کند. کسب و کارها محصولات خود را به انبارهای پردازش آمازون ارسال می‌کنند و پس از خرید توسط مشتری، آمازون سفارش‌ها را بسته‌بندی و ارسال می‌کند و همچنین خدمات مشتری نظیر مدیریت مرجوعی کالا را بر عهده می‌گیرد.^۳ در این روش مالکین واقعی محصولات به‌عنوان خرده‌فروش عمل می‌کنند. آنها مالکان محصول محسوب می‌شوند و می‌توانند قیمت کالاهای خود را کنترل کنند؛ اما بازاریابی، ذخیره‌سازی، حمل و نقل و بازگردانی کالا توسط آمازون مدیریت می‌شود و در مقابل آمازون از فروش محصولات کامپیسیون و هزینه خدمات مربوطه را دریافت می‌کند.^۴

۳. دیجی کالا^۵

شرکت نوآوران فن آوازه یا دیجی کالا در سال ۱۳۸۵ در قالب یک پلتفرم خرده‌فروشی آنلاین توسط دو برادر به نام سعید محمدی و حمید محمدی تأسیس شد. این فروشگاه اینترنتی، که ابتدا با تمرکز بر فروش دوربین‌های دیجیتال ایجاد شده بود، در سال ۱۳۹۰ تمام کالاهای گروه الکترونیک را پوشش می‌داد.^۶ پنج سال بعد دیجی کالا مدل کسب و کار خود را از یک فروشگاه بزرگ اینترنتی به یک پلتفرم مارکت پلیس تغییر داد که تلاش می‌کرد تمام کالاهای الکترونیک و غیرالکترونیک در آن عرضه شود.^۷

این شرکت چشم‌انداز خود را تبدیل شدن به برترین پلتفرم تجارت الکترونیک در خاورمیانه معرفی کرده است و ادعا می‌کند که بزرگ‌ترین فروشگاه آنلاین در خاورمیانه است.^۸ امروزه گروه

1. Statista. 2023 Value of third-party seller services of Amazon worldwide from 4th quarter 2017 to 4th quarter 2022.

2. Fulfillment by Amazon

3. Amazon (2023). Fulfillment by Amazon. FAQ

4. Statista. Ibid

5. Digikala.com

۶. دیجی کالا (۱۴۰۱)، درباره گروه دیجی کالا، دسترسی در ۲۹ بهمن ۱۴۰۱.

۷. همان.

۸. دیجی کالا (۱۴۰۱)، درباره گروه دیجی کالا، مجموعه دیجی کالا از چه کسب و کارهایی تشکیل شده است؟ دسترسی در ۲۹ بهمن ۱۴۰۱.

تجارت دیجی کالا علاوه بر پلتفرم مارکت پلیس اصلی، در زمینه‌های راهکارهای فناوری مالی^۱، پلتفرم خرید و فروش اجتماعی^۲، راهکارهای تکنولوژی بازاریابی^۳، نوآوری و سرمایه‌گذاری^۴، سرویس‌های جامع برای کسب و کارهای اینترنتی^۵ و ایجاد زیرساخت و شبکه هوشمند لجستیکی^۶ فعالیت دارد.

دیجی کالا ادعا می‌کند که این مارکت پلیس از بیش از ۳۰۰ هزار فروشنده ثالث میزبانی می‌کند و حدود ۴۰ میلیون نفر کاربر فعال ماهانه در این پلتفرم حضور دارند.^۷ در دیجی‌کالا فروشندگان برای عرضه محصولات خود گرد هم آمده‌اند و با یکدیگر رقابت می‌کنند و خریدار نیز می‌تواند با بررسی مشخصات کالاها و مقایسه قیمت‌ها آنچه را نیاز دارد تهیه کند. به عبارت دیگر، فروشندگان به یک بازار بزرگ‌تر دسترسی دارند و خریداران نیز به طیف وسیعی از محصولات و قیمت‌های رقابتی دسترسی دارند و سبد خرید خود را با سهولت بیشتر و دست‌بازتری تکمیل می‌کنند.^۸

دیجی کالا برای ایجاد شرایط رقابتی و قیمت‌گذاری عادلانه از فرایندی تحت عنوان جعبه خرید^۹ استفاده می‌کند که طی آن کاربران زمانی که یک کالا را برای خرید جست‌وجو می‌کنند، بهترین گزینه برای خرید در یک کالای یکسان از بین چند فروشنده توسط هوش مصنوعی انتخاب و به آنها پیشنهاد می‌شود. این پیشنهاد براساس امتیاز عملکرد فروشنده در دیجی‌کالا و ارائه قیمت نازل‌تر ارائه می‌شود.^{۱۰}

پس از خرید کالا توسط یک مشتری، دیجی‌کالا به فروشنده برای تأمین آن اطلاع می‌دهد. کالاهای ارائه شده توسط برخی از فروشندگان مستقیماً توسط خود آنها برای مشتری ارسال می‌شود. اما اکثر فروشندگان باید کالای فروخته شده در دیجی‌کالا را به یکی از انبارهای جمع‌آوری این شرکت تحویل دهند. محصولات جمع‌آوری شده توسط خود دیجی‌کالا بسته‌بندی

1. mydigipay.com
2. Komodaa.com
3. Smartech.ir
4. Diginext.ir
5. Digify.shop
6. Digiexpress.ir

۷. درباره دیجی کالا (۱۴۰۱)، همان.

۸. دیجی کالا (۱۴۰۰). مارکت پلیس دیجی کالا وارد ششمین سال فعالیت خود شد. دسترسی در ۲۲ بهمن ۱۴۰۱.

9. Buy Box

۱۰. همان.

و برای مشتریان ارسال می‌شود. دیجی کالا کیفیت و اصالت کالاهای ارائه شده توسط فروشندگان ثالث را تأیید و تضمین می‌کند و همچنین در صورت درخواست مشتری ظرف هفت روز امکان مرجوعی کالا و انصراف از خرید توسط مشتری را فراهم می‌کند. همانند آمازون در برخی از کالاها، دیجی کالا در کنار فروشندگان ثالث آن کالا را عرضه می‌کند و مشتریان می‌توانند با استفاده از قابلیت فیلتر کردن کالاها فقط محصولاتی را که توسط خود دیجی کالا عرضه می‌شود مشاهده کنند یا در کالاهای عرضه شده توسط خود دیجی کالا و سایر فروشندگان ثالث، آن کالا را از دیجی کالا تهیه کنند.

۴. مسئولیت کالا معیوب فروخته شده بر بستر مارکت پلیس در نظام حقوقی امریکا

اینکه در پلتفرم‌های مارکت پلیس مستقیم و غیرمستقیم چه کسی به عنوان بایع محسوب می‌شود، پرسشی است که از پس آن مسئولیت قراردادی بایع در هنگام وجود عیب و فروش کالای معیوب به مشتری مورد توجه قرار می‌گیرد. در سال ۲۰۱۴ موتور سواری به نام آلبرت استوکس^۱ طی یک سانحه رانندگی به دلیل جدا شدن کلاه ایمنی از سرش به واسطه نقص بند چانه کلاه، که از آمازون خریداری شده بود، کشته شد.^۲ با شکایت خانواده استوکس از آمازون و تولیدکننده کلاه ایمنی، آمازون با این استدلال که محصول معیوب توسط فروشنده شخص ثالث در آمازون فروخته شده، نه خود آمازون، فقط با پرداخت ۵ هزار دلار خسارت موافقت کرد. در نهایت دادگاه شرکت سازنده را مقصر تشخیص داد و به پرداخت ۱٫۹ میلیون دلار محکوم کرد اما این شرکت تا اوت ۲۰۱۸ از پرداخت این مبلغ سر باز می‌زد.^۳

پس از آن در امریکا آژانس‌های فدرال^۴ بیش از ۴ هزار کالای فروخته شده توسط فروشندگان شخص ثالث در آمازون را نالینم برچسب‌گذاری کردند یا فروش آنها ممنوع اعلام شد. با وجود اینکه آمازون این کالاها را پس از شروع تحقیقات رسانه‌ای حذف کرد، بسیاری از آنها پس از مدت کوتاهی مجدداً در این مارکت پلیس عرضه شدند.^۵ در ایالات متحده بسیاری از پرونده‌های جاری علیه کالاهای فروخته شده توسط اشخاص ثالث در آمازون سرنوشت بدتری دارند؛ زیرا به

1. Albert Stokes

2. Berzon, Alexandra & Shifflett, Shane and Scheck, Justin, Amazon Has Ceded Control of Its Site. The Result: Thousands of Banned, Unsafe or Mislabeled Products, 2019..

3. Ibid.

4. Federal agencies

5. Ibid.

دلیل ماهیت جهانی این پلتفرم بسیاری از فروشندگان ناشناس و در نتیجه برای قربانیان و شاکیان غیر قابل دسترس هستند. برای مثال در یک پرونده دیگر شخصی به نام هدر اوبردورف^۱ به دلیل برخورد تسمه یک قلاده جمع‌شونده خودکار سگ با صورتش، که ناشی از شکستگی در اثر نقص فنی بود، به‌طور دائم بینایی چشم چپش را از دست داد.^۲ در نهایت اوبردورف نتوانست خسارتی دریافت کند؛ زیرا نه او و نه خود آمازون پس از توقف فعالیت فروشنده ثالث کالای معیوب در مارکت پلیس نتوانستند او را پیدا کنند.^۳ دسترسی به فروشنده شخص ثالث در اغلب موارد نه فقط برای شاکیان و آسیب‌دیدگان خصوصی غیرممکن است، بلکه گاهی برای شرکت‌های بزرگ بیمه‌ای هم دسترسی به فروشندگان شخص ثالث، زمانی که در خارج از کشور یا خارج از قلمرو حاکمیتی و محدوده صلاحیت قضایی قرار دارند، امکان‌پذیر نیست. برای مثال، در یک پرونده به طرفیت گروه بیمه استیت فارم^۴ علیه آمازون این شرکت موفق نشد از فروشنده ثالث کالا معیوب در آمازون خسارت دریافت کند.^۵

آمار فروش آمازون نشان می‌دهد که در سال ۲۰۱۸ حدود ۶۰ درصد از کالاهای ارائه‌شده در مارکت پلیس آمازون توسط اشخاص ثالث ارائه می‌شود.^۶ اما رویه بیشتر پرونده‌های مطرح‌شده سال‌های اخیر نشان می‌دهد در مواردی که شاکیان امکان دسترسی به فروشندگان شخص ثالث را پیدا نمی‌کنند، عملاً امکان دریافت جبران خسارت را نخواهند داشت؛ زیرا آمازون همواره برای فرار از مسئولیت این‌گونه استدلال می‌کند که این پلتفرم فروشنده محسوب نمی‌شود؛ زیرا آمازون مالک کالاهای عرضه‌شده توسط فروشندگان شخص ثالث نیست.^۷ در فرهنگ حقوقی بلک^۸ در تعریف «فروشنده» آمده است: کسی است که کالا را می‌فروشد یا قرارداد می‌بندد که آن را بفروشد. همچنین مطابق تعریف، فرایند «فروش» مستلزم انتقال ملک یا مالکیت به ازای پرداخت قیمت است.^۹ (تملیک عین به عوض معلوم) از آنجایی که مالکیت محصولات و

1. Heather Oberdorf

2. Oberdorf v. Amazon.com Inc., 930 F.3d 136, 142 (3d Cir. 2019).

3. Ibid.

4. State Farm

5. State Farm Fire & Cas. Co. v. Amazon.com, Inc., 390 F. Supp. 3d 964, 969 (W.D. Wis. 2019)

6. Statista. 2023 Value of third-party seller services of Amazon worldwide from 4th quarter 2017 to 4th quarter 2022.

7. Lechter, Colin (2020). How Amazon Escapes Liability for The Riskiest Products on Its Site.

8. Black's Law Dictionary

9. Campbell, Henry, "Black's Law Dictionary". 11th ed, 2019.

کالاهای فروخته‌شده توسط فروشندگان ثالث در مارکت پلیس آمازون به آمازون تعلق ندارد، در رویه عملی دادگاه‌ها اغلب با این نظریه، که آمازون فروشنده نیست، موافقت می‌کنند و بنابراین آمازون را از تحمل مسئولیت‌های جبران خسارت ناشی از فروش کالای معیوب معاف می‌کنند.^۱ پذیرش استدلال عدم مسئولیت آمازون به دلیل عدم تطبیق عنوان فروشنده با نقش این شرکت در فرایند فروش در مارکت پلیس موجب شده است که این موضوع به شالوده اصلی لوایح دفاعیه و کالای آمازون در پرونده‌های شکایت علیه این شرکت مبنی فروش محصولات معیوب تبدیل شود.^۲ با وجود این، برخی از حقوق‌دانان پیشنهاد می‌کنند که آمازون به‌عنوان یک پلتفرم دروازه‌دار^۳ و تشکیل‌دهنده بخش اصلی زنجیره تأمین محصول باید متحمل مسئولیت خسارات ناشی از کالاهای فروخته‌شده در بستر این پلتفرم شود. چرا که اولاً در یک پلتفرم مارکت پلیس، دروازه‌دار توانایی کنترل، مدیریت و اعمال محدودیت بر فروشندگان شخص ثالث در این پلتفرم را داراست و می‌تواند با اعمال قوانین مربوطه از فروش کالای معیوب توسط فروشندگان شخص ثالث جلوگیری کند. ثانیاً درحالی که یک پلتفرم دروازه‌دار از معامله بین اشخاص آسیب‌دیده و فروشنده شخص ثالث منفعت مالی مستقیم به دست می‌آورد، باید تحت مسئولیت ناشی از زنجیره تأمین مسئول شناخته شود. درآمد آمازون از طریق دریافت کمیسیون و ارائه خدمات به فروشندگان شخص ثالث در سال ۲۰۲۱ به بیش از ۱۰۳ میلیارد دلار رسیده است^۴ و این در حالی است که این پلتفرم از پذیرش مسئولیت کالاهای معیوب فروخته‌شده توسط اشخاص ثالث خودداری می‌کند.

در همین راستا، تحمیل بخشی از مسئولیت کالا بر آمازون یا اعمال مسئولیت تضامنی بر آمازون و فروشنده شخص ثالث در مقابل آسیب‌دیدگان و خسارت‌دیدگان ناشی از کالای معیوب موجب می‌شود تا این پلتفرم انگیزه بیشتری برای جلوگیری از فروش کالاهای معیوب در مارکت پلیس تحت مدیریتش داشته باشد. همچنین درحالی که خریداران نهایی امکان دسترسی و اعمال کنترل و مدیریت بر فروشندگان شخص ثالث را ندارند، آمازون چنین توانایی را داراست؛ پس

1. Erie Ins. Co v. Amazon.com Inc. 2019.

2. State Farm Fire & Cas. Co. v. Amazon.com, Inc., 390 F. Supp. 3d 964, 969.

3. Fox v. Amazon.com Inc. 2019.

4. Gatekeeper

5. Statista. (2023) Value of third-party seller services of Amazon worldwide from 4th quarter 2017 to 4th quarter 2022.

ارجاع مسئولیت به آمازون علاوه بر بالاتر بردن ضمانت اجرای سلامت کالای فروخته شده توسط فروشندگان شخص ثالث در مارکت پلیس، از حجم پرونده‌های ایجاد شده در اثر شکایت مشتریان آسیب دیده نیز می‌کاهد.^۱ فرض عدم مسئولیت پلتفرم‌های مارکت پلیس در خصوص اطلاعات غیرقانونی ذخیره شده توسط کاربران یا اشخاص ثالث در این نوع از پلتفرم‌ها در ماده ۲۳۰ قانون ارتباطات فدرال^۲ (CDA) ایالات متحده نیز پذیرفته شده است. اما حکم این قانون ناظر بر مواردی که محصول فیزیکی در این پلتفرم‌ها فروخته می‌شود نیست. چنان‌که در پرونده اری انس علیه آمازون^۳ دادگاه استیناف اعلام کرد که قانون فوق فقط در برابر مسئولیت به‌عنوان انتشاردهنده اطلاعات از پلتفرم حمایت می‌کند نه فروشنده کالای معیوب.

در حال حاضر رویه دادگاه‌های ایالتی و فدرال امریکا به سمت فروشنده تلقی نمودن پلتفرم‌هایی، که محصولات خودشان را می‌فروشند، رفته است. رویه قضایی فرض مسئولیت محض این دسته از پلتفرم‌ها را در قبال کالای معیوب در پرتو قانون مسئولیت محصول^۴ پذیرفته است. مطابق با قانون فوق فروشندگان غیرتولیدکننده^۵ اعم از خرده‌فروشان، عمده‌فروشان یا سایر اشخاص فعال در زنجیره توزیع محصول می‌توانند در قبال اشخاص ثالث مشمول مسئولیت محض شوند.^۶ با وجود این، برخی از دادگاه‌ها و ایالت‌ها مسئولیت فروشندگان غیرتولیدکننده را مسئولیت مبتنی بر تقصیر دانسته‌اند.^۷ اگرچه حتی فرض مسئولیت مبتنی بر تقصیر نیز مانع از مسئولیت قراردادی پلتفرم‌ها (در فرض تصریح در قرارداد ما بین کاربر و پلتفرم) نمی‌شود.

نظام حقوقی امریکا در خصوص پلتفرم‌های مارکت پلیس غیرمستقیم، که اقدام به فروش کالای اشخاص ثالث بر بسترهای خود می‌کنند، همانند آمازون و ای‌بی‌بی نظر متفاوتی را در پیش گرفته بود. پیش‌تر رویه قضایی به این نظر تمایل داشت که این نوع از پلتفرم‌ها را نمی‌توان فروشنده تلقی کرد، زیرا آنها صرفاً معاملات میان فروشندگان شخص ثالث و کاربران را تسهیل

۱. نک به: نخجوانی، علی، محدودیت‌های پلتفرم‌های دیجیتال در قانون بازار دیجیتال اتحادیه اروپا، پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ۱۴۰۱.

2. the federal Communications Decency Act

3. Erie Ins. V. Amazon

4. product liability law

5. non-manufacturing sellers

6. OWEN, Hornbook on Products Liability Law, St. Paul (MN): West Academic Publishing 2015, pP 947-949.

7. OWEN, Ibid, pP 182-197.

کرده‌اند.^۱ این گروه این‌گونه استدلال کرده‌اند که این نوع از پلتفرم‌ها همانند فروشندگان عادی بر محصولات فروخته‌شده مالکیت ندارند و همچنین فاقد کنترل لازم بر محصول برای تحمیل مسئولیت محض‌اند.^۲ اما از سال ۲۰۱۹ رویه قضایی به نفع اشخاص ثالث تغییر کرده است. دادگاه‌های ایالت‌های کالیفرنیا، نیوجرسی و نیویورک رویه قضایی جدیدی را در خصوص مسئولیت پلتفرم‌های مارکت پلیس غیرمستقیم در پیش گرفته‌اند.^۳ این گروه این‌گونه استدلال کرده‌اند که پلتفرم‌هایی همانند آمازون با ایجاد شبکه‌هایی همانند FBA آمازون کنترل قابل توجهی را بر زنجیره توزیع محصول اعمال کرده‌اند. از این رو فروش کالا توسط اشخاص ثالث بر بستر این نوع از پلتفرم‌ها به نوعی پوشش آنها قرار گرفته است. در پرونده شکایتی که شخصی به نام بولگر^۴ به جهت آسیب دیدگی ناشی از انفجار یک باتری لب‌تاب خریداری شده از یک فروشنده شخص ثالث چینی به نام لنوگ^۵ بر بستر آمازون طرح کرده بود، دادگاه استیناف کالیفرنیا این‌گونه استدلال کرد که آمازون خود را در زنجیره توزیع بین فروشنده شخص ثالث و خریدار نهایی قرار داده است. زیرا آمازون مالکیت لنوگ بر محصول را پذیرفته و آن را در انبار آمازون ذخیره‌سازی کرده است. از سوی دیگر، بولگر را به پایگاه اینترنتی آمازون جذب و پس از ارائه فهرستی از محصولات لنوگ به او وجه را از او دریافت و سپس محصول را در بسته‌بندی آمازون برای او ارسال کرده است. آمازون شرایط رابطه و مقررات را برای لنوگ تعیین کرده و شرایط پیشنهادی او برای فروش در این پلتفرم را مورد بررسی و نظارت قرار داده است. همچنین آمازون دسترسی لنوگ به اطلاعات مشتریان را محدود نموده و او را مجبور کرده است تا از طریق آمازون با مشتریان نهایی در ارتباط باشد و همچنین برای هر معامله مبلغ قابل توجهی را به‌عنوان کمیسیون و مبالغی را به‌عنوان جریمه در صورت تخطی از قوانین خود تعیین کرده است. پس چنانچه آمازون را تحت هر عنوانی اعم از خرده‌فروش، توزیع‌کننده یا حتی تسهیل‌کننده در نظر بگیریم، نمی‌توان از نقش این پلتفرم در فرایند فروش محصول چشم‌پوشی کرد.^۶ مطابق این

1. eBay Inman v. Technicolor USA, Inc., No. 11666, 2011 WL 5829024.

2. Allstate N.J. Ins. Co. v. Amazon.com, Inc., No. 17- 2738 (FLW) (LHG), 2018 WL 3546197 (D.N.J. July 24, 2018) and Fox v. Amazon.com, Inc., 930 F.3d 415, 425 (6th Cir. 2019).

3. Papataros v. Amazon.com, Inc., 2019 WL 4011502 (D.N.J. Aug. 26, 2019) and State Farm Fire & Cas. Co. v. Amazon.com Servs., Inc., 70 Misc. 3d 697, 137 N.Y.S.3d 884 (N.Y. Sup. Ct. 2020).

4. Bolger

5. Lengoe

6. Bolger (n 32), p 438. One finds similar considerations in Papataros (n 32), p p 25-27.

نظر، پلتفرم‌های مارکت پلیس غیرمستقیم همانند آمازون باید به‌عنوان بخش جدایی‌ناپذیر از زنجیره توزیع شناسایی شوند و غرامات ناشی از کالای معیوب را پرداخت کنند.^۱ همچنین چنان‌که پیش‌تر گفته شد، آمازون عموماً تنها عضوی از زنجیره توزیع است که می‌تواند در دسترس مشتریان آسیب دیده از کالای معیوب باشد. زیرا در بسیاری از موارد فروشنده شخص ثالث ممکن است غیرقابل ردیابی یا حتی خارج از قلمرو قضایی امریکا باشد.^۲ درحالی‌که فرض مسئولیت محض برای آمازون و سایر پلتفرم‌هایی مشابه می‌تواند موجب شود تا علاوه‌بر امکان جبران خسارت برای خریداران، پلتفرم‌ها نیز امکان جبران این هزینه را از طریق مراجعه به فروشنندگان شخص ثالث از محل کمیسیون‌های دریافت‌شده از وی و نیز بیمه خواهند داشت.

توجه به نقش اعتباری پلتفرم‌های مارکت پلیس غیرمستقیم در ترغیب کاربران به خرید کالاهای عرضه‌شده توسط اشخاص ثالث بر بستر این دسته از پلتفرم‌ها نیز از نگاه قضات امریکایی مغفول نمانده است. چنان‌که دادگاه‌ها استدلال می‌کنند پلتفرم‌هایی نظیر آمازون نقش مهمی در اطمینان از معیوب نبودن کالاها و در نتیجه جلوگیری از گردش کالای معیوب در بازار ایفا می‌کنند.^۳ رویه قضایی با در نظر گرفتن سیاست پیشگیری از گردش کالای معیوب در بازار توجه به این نکته که کاربران به اعتبار پلتفرم‌هایی نظیر آمازون اقدام به خرید کالا از فروشنندگان شخص ثالث فعال در بستر این نوع از پلتفرم‌های می‌کنند، استدلالی را پذیرفته است که به موجب آن پذیرش فرض مسئولیت محض برای پلتفرم‌هایی مثل آمازون موجب می‌شود تا این پلتفرم‌ها انگیزه پیدا کنند تا با استفاده از موقعیت خود با عنوان یک پلتفرم دروازه‌دار بین تأمین‌کنندگان، فروشنندگان و تولیدکنندگان بالادستی و مصرف‌کننده، فروشنندگان شخص ثالث را برای تأمین الزامات ایمنی و اطمینان از معیوب نبودن کالا تحت فشار قرار دهند.^۴

باوجوداین، استدلالات مطرح‌شده همگی مواردی است که در جریان دادگاه‌های مربوطه طرح شده است و هنوز آرای قطعی کافی در خصوص مسئول شناخته شدن پلتفرم‌هایی مارکت پلیس مستقیم در پرتو قانون مسئولیت محصول در ایالات متحده وجود ندارد. درخصوص رویه قضایی نیز، همان‌طور که گفته شد، نظرات متفاوتی در ایالت‌ها وجود دارد. درحالی‌که برخی از ایالات

1. Supreme Court of California in *Vandermark v. Ford Motor Co.* (1964) 61 Cal.2d 256.

2. *Loomis* (n 37), p. 784.

3. *Oberdorf* (n 37), p p 146-147 and *Loomis* (n 37), p p 783-784.

4. *Oberdorf*, *Ibid* and *Loomis*, *Ibid*, p 784.

همانند کالیفرنیا به فرض مسئولیت برای پلتفرم‌ها تمایل دارند؛ ایالت‌های دیگری همانند تگزاس با تفاسیر قانونی موافق‌اند که پلتفرم‌هایی مثل آمازون را فاقد مسئولیت در فرض فروش کالای معیوب قلمداد می‌کنند.^۱

۶. مارکت پلیس در نظام حقوقی ایران

اما در نظام حقوقی ایران ماهیت حقوقی پلتفرم مارکت پلیس متفاوت است. اگرچه در قانون تجارت ایران و نیز قانون تجارت الکترونیک تعریف مشخصی از مارکت پلیس وجود ندارد؛ با عنایت به قانون تجارت ایران می‌توان تا حدودی ماهیت حقوقی این نوع از پلتفرم‌ها را تعیین کرد. دیجی کالا قراردادهای فی‌مابین خود و فروشندگان شخص ثالث را بر پایه مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی منعقد می‌کند و در این دست قراردادهای خود را به‌عنوان واسطه‌گر فروش محصولات و کالاها از طریق در اختیار گذاشتن درگاه اینترنتی عنوان می‌کند. ماده ۳۳۵ قانون تجارت عمل دلالی را این‌گونه تعریف می‌کند: «دلال کسی است که در مقابل اجرت، واسطه انجام معاملاتی شده یا برای کسی که می‌خواهد معاملاتی نماید طرف معامله پیدا می‌کند...» چنانچه پلتفرم‌های مارکت پلیس را مشمول عنوان دلالی تلقی کنیم، مطابق با ماده ۳۴۵ قانون تجارت که بیان می‌کند: «هرگاه طرفین معامله یا یکی از آنها به اعتبار تعهد شخص دلال معامله نمود دلال ضامن معامله است.» این نظر از این جهت پذیرفته است که فروشنده شخص ثالث به اعتبار اعلام فروش کالا و دریافت ثمن معامله توسط دیجی کالا نسبت به تحویل کالا به انبار دیجی کالا یا تسلیم آن به مشتری اقدام می‌کند و در طرف مقابل مشتری نیز با اعتماد به واسطه‌گری دیجی کالا و برخورداری از خدمات پس از فروش کالا نظیر ضمانت بازگشت هفت‌روزه محصول و تحویل مبیع در محل اقدام به معامله و خرید کالا می‌کند. همچنین دیجی کالا قید «ضمانت اصل بودن کالا» را که ذیل بیشتر کالاهای عرضه‌شده در بستر مارکت پلیس دیجی کالا وجود دارد، این‌گونه تعریف کرده است: «در صورتی که کالایی نشان غیراصل نداشته باشد، دیجی کالا اصالت این کالاها را تضمین و همه آنها را با گارانتی اصلی و معتبر عرضه می‌کند.»^۲ بنابراین در صورت پذیرش نظریه صدق عنوان دلالی و واسطه‌گری برای

1. Amazon.com, Inc. v. McMillan, Tex., No. 20-0979, 25 June 2021.

۲. دیجی کالا، آیا کالاهایی که در سایت دیجی کالا بفروش می‌رسد اصل هستند؟. سوالات متداول. دسترسی در ۲۲ بهمن ۱۴۰۱.

دیجی کالا، قید ضمانت اصل بودن کالا را می‌توان مصداقی بر انجام دادن معامله توسط خریدار به اعتبار تعهد شخص دلال مذکور در ماده ۳۴۵ قانون تجارت دانست. در عرف نیز خریداران به اعتبار برندسازی پلتفرم‌های مارکت پلیس نظیر دیجی کالا ترجیح می‌دهند تا خرید و معاملات خود را نسبت به سایر خرده‌فروش‌های آنلاین از این پلتفرم‌ها انجام دهند و چه بسا همان کالایی را که مشتری مستقیماً از معامله با فروشنده شخص ثالث در فضای دیگری آکراه داشته باشد، به اعتبار خدمات و اصالت برند در فضای پلتفرم مارکت پلیس از همان فروشنده شخص ثالث خریداری کند. با وجود این، اشکال وارد بر تطبیق عنوان دلال بر پلتفرم‌های مارکت پلیس این است که دلال صرفاً بین آمر (در اینجا فروشنده شخص ثالث) و طرف مقابل (در اینجا مشتری نهایی) واسطه می‌شود تا رضایت آن دو را جهت انعقاد قرارداد جلب کند؛ اما بعد از حصول رضایت، قرارداد به‌طور مستقیم توسط آمر و طرف مقابل انشا می‌شود و اراده دلال در انعقاد قرارداد دخیل نیست.^۱ از همین رو، اگرچه می‌توان پلتفرم‌های مارکت پلیس مستقیم نظیر دیوار^۲ و شیپور^۳ را مشمول عنوان دلالی تلقی کرد که برای دریافت اجرت واسطه‌گری در آنها به‌طور ضمنی برخلاف قاعده تکمیلی ماده ۳۴۸ قانون تجارت^۴ بین کاربران و پلتفرم تراخی شده است، باید توجه داشت که این تحلیل ناظر به آگهی‌هایی است که این پلتفرم‌ها بابت درج آنها هزینه دریافت می‌کنند؛ در حالی که بخش عمده از آگهی‌های منتشر شده بر بستر این پلتفرم‌ها به‌صورت رایگان صورت می‌پذیرد. در این خصوص باید گفت با وجود اینکه مدل کسب‌وکار این نوع از پلتفرم‌ها بر حضور و فعالیت حداکثری کاربران استوار است، اینکه حضور و فعالیت کاربر در این نوع از پلتفرم‌ها را در حکم ما به حق دلالی پلتفرم در نظر بگیریم نیز قول صحیحی نیست. اگرچه شرط عدم مسئولیت محض این دسته از پلتفرم‌ها آن‌طور که خود آنها اعلام می‌دارند صحیح نیست، نمی‌توان دایره این مسئولیت را تا جبران خسارت مبیع معیوب فروخته‌شده بر بستر این پلتفرم‌ها گسترش داد. برای مثال، سایت دیوار در ماده یک سند شرایط و قوانین استفاده از دیوار^۵، دیوار را براساس بند ب ماده ۱ آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی^۶

۱. توکلی، محمد مهدی، *حقوق تجارت: اعمال تجاری و حقوق شرکت‌ها*، جلد ۱، چاپ دوم، تهران: مکتوب آخر، ۱۴۰۱.

۲. <https://divar.ir>

۳. <https://www.sheypoor.com>

۴. دلال نمی‌تواند حق دلالی را مطالبه کند، مگر در صورتی که معامله به راهنمایی یا وساطت او تمام شده باشد.

۵. دیوار، شرایط و قوانین کلی استفاده از دیوار، به روزرسانی شده در تاریخ ۱۶/۰۵/۱۴۰۲. دسترسی در ۲۰ مرداد ۱۴۰۲.

۶. آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی، مصوب ۱۳/۰۵/۱۳۹۳ به شماره ۱۰۰/۲۸۴۶۳/۹۰۰۰.

به‌عنوان «ارائه‌دهنده خدمات میزبانی» معرفی می‌کند و در انتهای همان ماده اعلام می‌دارد که دیوار هیچ‌گونه دخل و تصرفی در انتشار و عرضه و پالایش آگهی‌ها ندارد. این اعلام دیوار محل بحث است، زیرا دیوار به‌وضوح از جمله در مواد ۲، ۳، ۴، ۵ و ۶ بر پالایش و حذف آگهی‌های مغایر قوانین تأکید می‌کند. مستفاد از مفهوم مخالف این موارد این‌گونه استنباط می‌شود که آگهی‌های منتشرشده در این سایت در کمترین حالت ناقض قوانین نبوده‌اند. باوجوداین، همان‌طور که گفته شد، شاید بتوان پلتفرم‌های مارکت پلیس مستقیم نظیر دیوار را برابر محتوای آگهی‌ها مسئول دانست، اما نمی‌توان آنها را درخصوص مسئولیت‌های ناشی از معاملات شکل‌گرفته براساس آگهی‌های منتشرشده در این پلتفرم‌ها به‌صرف بسترسازی برای ارتباط میان خریدار و فروشنده مسئول دانست.

اما در پلتفرم‌های مارکت پلیس از نوع غیرمستقیم این اشکال وارد است؛ زیرا در این دسته از پلتفرم‌ها همانند دیجی کالا، پلتفرم اجازه دسترسی مستقیم مشتریان نهایی و فروشندگان ثالث به یکدیگر را نمی‌دهد. برخلاف پلتفرم‌های مارکت پلیس مستقیم که کاربران با اراده شخصی و بررسی مشخصات کالاهای عرضه‌شده می‌توانند نسبت به ارتباط با فروشنده و نهایی کردن معامله اقدام کنند، در پلتفرم‌های مارکت پلیس مستقیم همانند دیجی کالا صرف اراده طرفین عقد، یعنی بایع و مشتری، برای نهایی کردن معامله کافی نیست؛ زیرا بایع با ارائه مبیع در بستر پلتفرم معامله را ایجاب کرده و مشتری با آمادگی پرداخت ثمن معامله را پذیرفته است؛ اما دیجی کالا اجازه نمی‌دهد تا مشتری ثمن را مستقیماً به خود فروشنده شخص ثالث پرداخت کند و بایع نیز در اغلب موارد، اطلاعات مربوط به مشتری را در اختیار ندارد و حتی او را نمی‌شناسد و این امر دقیقاً برخلاف اصل عدم دخالت اراده دلال در معاملات است؛ زیرا دلال یکی از طرفین معامله محسوب نمی‌شود و اراده او نباید تأثیری در انجام دادن یا ندادن معامله داشته باشد. به همین جهت صحیح نیست که پلتفرم‌های مارکت پلیس غیرمستقیم را تحت عنوان دلال و واسطه‌گر در نظر بگیریم.

اما با توجه به فرایند انجام دادن معاملات در دیجی کالا باید تفاوت گذاشت. بین آنجا که دیجی کالا خود مستقیماً به‌عنوان فروشنده بر بستر مارکت پلیس برخی از کالاها را عرضه می‌کند و یا در جایی که به‌عنوان تسهیل‌کننده کالاهای تحت مالکیت دیگر فروشندگان شخص ثالث را عرضه می‌کند. شکی نیست که در حالت نخست، دیجی در نقش یک خرده‌فروش آنلاین کالا بایع محسوب و طرفین عقد از دیجی کالا به‌عنوان بایع و کاربر نهایی به‌عنوان مشتری تشکیل می‌شود.

اما در حالت دوم، یعنی جایی که مبیع در مالکیت فروشنده شخص ثالث قرار دارد و نه پلتفرم، و دیجی کالا فقط اقدام به فروش آن بر بستر مارکت پلیس می‌کند؛ مطابق با ماده ۳۵۷ قانون تجارت می‌توان دیجی کالا را به‌عنوان حق‌العمل کار در نظر گرفت. این ماده حق‌العمل کار را این‌گونه تعریف می‌کند که: «حق‌العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (آمر) معاملاتی کرده و در مقابل حق‌العملی دریافت می‌دارد.»

بر مبنای این ماده، حق‌العمل کار براساس قرارداد حق‌العمل کاری در برابر آمر موظف می‌شود معامله را به نام خود و به حساب آمر با شخص ثالثی منعقد کند. آمر نیز متقابلاً متعهد می‌شود که در قبال انجام دادن این معامله اجرت انجام کار (حق‌العمل) را به او بپردازد.^۱ این تعریف با فرایندی که در دیجی کالا صورت می‌پذیرد سازگار است. با وجود این، ممکن است ایراد شود که دیجی کالا از دسترسی مستقیم فروشنده شخص ثالث به خریدار و بالعکس ممانعت می‌کند. اما اسامی فروشندگان کالاهای عرضه‌شده در بستر مارکت پلیس دیجی کالا، در هنگام خرید مبیع مشخص است. در پاسخ به این اشکال باید گفت اگرچه قانون در خصوص تعریف حق‌العمل کاری نوعی تأکید ضمنی به عدم افشای نام آمر از سوی حق‌العمل کار در برابر طرف معامله دارد و برخی از حقوق‌دانان معاملاتی را که هویت آمر برای طرف مقابل مشخص است نوعی عقد وکالت مدنی می‌دانند و نه حق‌العمل کاری.^۲ اما باید گفت که قانون در خصوص ضمانت اجرای افشای هویت آمر توسط حق‌العمل کار برای طرف معامله ساکت است. همچنین در مقابل استدلال می‌شود که یکی از اثرات اصلی عقد حق‌العمل کاری متعهد شدن حق‌العمل کار در برابر شخص ثالث (مشتري) است و در نتیجه آمر در برابر شخص ثالثی که طرف قرارداد با حق‌العمل کار قرار دارد مسئولیتی ندارد.^۳ این اثر دقیقاً در هماهنگی کامل با مقصود اصلی پلتفرم‌های

۱. اسکینی، ربیعا و بهنام فرید، دل افروز، «ساختار و ماهیت حقوقی حق‌العمل کاری»، مجله حقوق دادگستری، دوره ۷۵، ۱۳۹۰، شماره ۷۳، صص ۱۷۳-۲۰۰.

۲. توکلی، محمد مهدی، پیشین.

۳. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت: کلیات، معاملات تجاری و ساماندهی فعالیت تجاری، چاپ اول. تهران: سمت، ۱۳۷۸، ص ۷۶.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، چاپ چهارم. تهران: گنج دانش. ۱۳۸۹، ص ۹۹.

۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، چاپ هفتم، تهران: سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۵، ص ۷۹.

۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی عقود معین، جلد ۴، چاپ چهارم، تهران: سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۲، ص ۱۹۴.

مارکت پلیس است که بر اعتماد کاربر به تعهد پلتفرم استوار است. همان‌طور که قبلاً اشاره شد، مشتری به اعتبار پلتفرم و تعهدات اوست که آن مبیع را خریداری می‌کند و در صورت هر نوع عیب و اشکال نیز نه می‌تواند و نه اساساً تمایل دارد تا به فروشنده شخص ثالث مراجعه کند. در تأیید این نظر گفته شده است که حتی اگر شخص ثالث در لحظه انعقاد عقد با حق العمل کار از سمت و جایگاه او مطلع باشد، باز هم حق العمل کار طرف معامله با شخص ثالث قلمداد می‌شود. همچنان که در عالم تجارت نیز معمولاً شخص ثالث از هویت حق العمل کار و وجود امر مطلع است. اما این اطلاع سبب عدم مسئولیت حق العمل کار نمی‌شود.^۱

همچنین باید گفت اطلاعات ارائه شده از فروشندگان شخص ثالث در دیجی کالا اجمالی است و نه تفصیلی، اسامی ای که توسط فروشندگان شخص ثالث انتخاب می‌شود فقط ذیل فعالیت در دیجی کالا معتبر بوده و به منظور تمیز فروشندگان کالاهای یکسان از یکدیگر و ثبت سوابق فروشنده شخص ثالث در چگونگی تأمین کالا یا میزان مرجوعی مؤثر است و چه بسیار فروشنده‌گانی که با اسامی ای غیر از اسامی اصلی برند اصلی خود و فروشگاه‌های که به آن مشهورند در مارکت پلیس دیجی کالا مشغول فعالیت‌اند. همچنین انتخاب برخی از اسامی که فروشنده شخص ثالث (آمر) را صراحتاً معرفی می‌کند ممنوع است؛ نظیر آنکه اشخاص حقیقی نام خانوادگی یا نام و نام خانوادگی خود را پیوسته به عنوان اسم فروشگاه خود انتخاب کنند.^۲ آنچه از منظور عبارت افشای هویت آمر برای طرف مقابل استنباط می‌شود آن است که مشتری آمر را تفصیلاً بشناسد و تمیز او از سایرین کافی نیست؛ چنان‌که شناختن اشخاص در معاملات به دانستن نام و پیشه و محل اقامت آنها محقق می‌شود و درحالی‌که عرفاً تنها دانستن نام یک شخص در بسیاری از موارد برای انجام بیع غیر معاطاتی کفایت نمی‌کند. به همین علت می‌توان گفت که صرف تمیز آمر از میان آمرین حق العمل کار به شکل اجمالی، به طریق اولی افشای هویت آمر محسوب نمی‌شود.

همچنین پس از خرید کالا و انعقاد بیع در پلتفرم‌های مارکت پلیس غیرمستقیم، همانند دیجی کالا، فاکتور صادر برای خرید کالا از سوی دیجی کالا صادر می‌شود. در این فاکتورها با بیع

۱. صفایی، حسین، *معامله به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی*، چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، ص ۲۳۶.

۲. دیجی کالا (۱۳۹۸). کالاهایی را که در دیجی کالا نمی‌توان فروخت! (کالاهای ممنوعه). مرکز آموزش فروشندگان دیجی کالا، دسترسی در ۲۲ بهمن ۱۴۰۱.

دیجی کالا معرفی شده و نه فروشنده شخص ثالثی که کالا را در پلتفرم عرضه کرده است. عرفاً نیز وقتی در چنین زمانی از مشتری سؤال شود که کالا را از چه کسی خریداری کرده است، دیجی کالا را به عنوان بایع معرفی می‌کند نه فروشنده شخص ثالث را. مشتری ثمن را به حساب دیجی کالا پرداخت می‌کند و دیجی کالا پس از کسر کارمزد (حق‌العمل) مابقی را به حساب فروشنده شخص ثالث (آمر) واریز می‌کند (معامله به اسم خود و به حساب آمر) و مشتری برای پیگیری مبیع به دیجی کالا و نه فروشنده شخص ثالث مراجعه می‌کند و در صورت رجوع، طرف معامله را دیجی کالا می‌داند. تمام این موارد اماره‌ای هستند بر این امر که عرفاً دیجی کالا به عنوان فروشنده در این دست از معاملات شناخته می‌شود.

در صورتی که دیجی کالا را حق‌العمل کار به حساب بیاوریم، دیجی کالا در برابر آمر (فروشنده شخص ثالث) مسئول است که ثمن حاصل از معامله را تحویل دهد. زیرا مطابق مستثنیات ماده ۳۶۷ قانون تجارت دیجی کالا مجاز به معامله به اعتبار نیست و موظف است کالاهای عرضه شده توسط اشخاص ثالث را نقداً بفروشد؛ همچنین اطلاع‌رسانی دیجی کالا به فروشندگان شخص ثالث مبنی بر فروش کالا را می‌توان نوعی اعلام ضمنی دریافت ثمن از مشتری در نظر گرفت. زیرا مادامی که دیجی کالا ثمن کالا را مشتری تحویل نگرفته باشد و از فروشنده تأمین کالا را درخواست کند، هر نوع عدم پرداخت وجه از سوی مشتری منجر به مراجعه فروشنده شخص ثالث به دیجی کالا خواهد شد. اما در اینکه برای مطالبه خسارت کالای معیوب آیا مشتری (اصیل) می‌تواند به دیجی کالا رجوع کند یا به فروشنده شخص ثالث، باید گفت در حالتی که حق‌العمل کار، وکالت خود را افشا نکرده است، بین اصیل و آمر رابطه حقوقی وجود ندارد. در نتیجه مشتری فقط حق مراجعه به دیجی کالا را برای مطالبه خسارت ناشی از مبیع معیوب دارد؛ اما در شرایطی که حق‌العمل کار هویت آمر را برای طرف معامله افشا کرده است، مشتری برای مطالبه خسارت می‌تواند طبق اصل مسئولیت ناشی از قرارداد به دیجی کالا مراجعه کند یا طبق اصل عمل به ظاهر می‌تواند خسارت را از فروشنده شخص ثالث مطالبه کند. حتی اگر دیجی کالا را حق‌العمل کار به حساب بیاوریم، هم در شرایط فروش کالای معیوب نمی‌توان هم دیجی کالا و هم فروشنده شخص ثالث را از مسئولیت مبرا دانست؛ زیرا مسئولیت فروشنده شخص ثالث ناشی از مالیکت مستقیم او بر مبیع معیوب قابل انکار نیست و دیجی کالا نیز به واسطه انتفاع از انعقاد معاملات باید در برابر ضررهای احتمالی مطابق قاعده من له الغنم فعلیه العزم پاسخگو باشد.

در همین راستا طی استعلامی^۱ از اداره کل حقوقی قوه قضائیه مبنی بر آنکه آیا خریدار زیان دیده از کالای معیوب می‌تواند دعوی مطالبه خسارت ناشی از مصرف کالا را علیه بایع، واسطه‌های توزیع و تولیدکننده کالا مطرح کند و در چنین مواردی چگونه باید براساس رابطه سببیت و تقصیر تعیین مسئولیت کرد، این سه دیدگاه در این خصوص مورد اشاره قرار می‌گیرد:

۶.۱. رجوع به فروشنده نهایی

نخست آنکه در این موارد رابطه سببیت طولی حاکم است و مطابق ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی فروشنده کالای معیوب به‌عنوان سبب مستقیم مسئول است؛ هرچند که می‌تواند از باب مسئولیت نسبی علیه ایادی طرح دعوا کند. بر مبنای این دیدگاه، خریدار زیان‌دیده از کالای معیوب فقط می‌تواند از آخرین فروشنده و بلاواسطه طرح دعوا کند و سایرین در مقابل او مسئولیتی ندارند. بر مبنای این دیدگاه، مشتری فقط حق مراجعه و طرح دعوا علیه پلتفرم را خواهد داشت، اگرچه پلتفرم نیز می‌تواند به‌عنوان شخص حقوقی طرف دعوا به فروشنده شخص ثالث مراجعه کند، باید توجه داشت با وجود آنکه پلتفرم‌های مارکت پلیس غیرمستقیم آخرین حلقه از زنجیره توزیع و فروش به مشتری محسوب می‌شوند، نمی‌توان آنها را بایع به معنای خاص در نظر گرفت؛ زیرا تحقق بیع مستلزم تملیک است. درحالی‌که در فرایند فروش کالا توسط فروشنده‌گان شخص ثالث در مارکت پلیس‌ها، پلتفرم اساساً مالک کالای فروخته شده نیست. پس فرض مسئولیت پلتفرم بر مبنای این دیدگاه چندان صحیح به نظر نمی‌رسد.

۶.۲. ارجاع به کارشناس

این دیدگاه مبتنی بر تعیین مسئولیت هریک از حلقه‌های زنجیره فروش براساس نظر کارشناس است. این نظر گرچه می‌تواند صحیح به نظر برسد، مانع از شکل‌گیری رویه‌ای واحد در قبال دعوی ناشی از فروش کالای معیوب بر بستر پلتفرم‌های مارکت پلیس غیرمستقیم می‌شود.

۶.۳. رجوع به قواعد خاص و قوانین حمایتی از مصرف‌کننده کالا

این دیدگاه، که مبتنی بر مسئولیت مدنی فروش کالا است، بر لزوم توجه به قوانین حمایت از مصرف‌کننده از جمله قانون حمایت از مصرف‌کنندگان تأکید می‌کند. بر مبنای ماده ۲۱ از قانون

۱. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۱۴۰۱/۱۳۴۴ و شماره پرونده ۱۴۰۱-۲۳۹-۱۳۴۴ مورخ ۱۴۰۲/۰۵/۲۱.

مذکور در صورت وجود عیب یا عدم انطباق کالا با شرایط تعیین شده، مشتری صرفاً حق مطالبه عوض مال را دارد و فروشنده باید آن را تأمین کند و اگر مورد معامله عین معین باشد، مشتری بین فسخ یا دریافت ارزش کالا مخیر است. در این فرض زیان دیده می‌تواند از باب اتلاف به بایع مستقیم و بر مبنای سبب به واسطه و بر مبنای قانون خاص به تولیدکننده کالای معیوب مراجعه کند و دادگاه نیز می‌تواند هریک را به میزانی براساس مبنای مختلف محکوم کند؛ هرچند که در مرحله اجرای حکم، زیان دیده فقط یک حق انتخاب برای مطالبه ضرر را دارد.

در پاسخ به این استعلام اداره کل حقوقی قوه قضائیه با اشاره به اینکه قانون‌گذار در قانون حمایت از مصرف‌کننده در مقام بیان مسئولیت عرضه‌کنندگان کالا و خدمات^۱ در قبال عیوب کالا همان قواعد عام رسیدگی به قانون مدنی در باب عیب کالا را معیار قرار داده است، این‌گونه استدلال می‌کند که در جریان سیر و تصویب قانون عبارت منفرداً و متضامناً پیش‌بینی شده و در ماده ۲ پیش‌نویس به عبارت منفرداً یا مشترکاً تغییر یافته و عالمانه با حذف قید تضامنی، قید مسئولیت مشترک به رسمیت شناخته شده است. وجود حرف «یا» بین دو واژه نیز به این معناست که مسئولیت گاهی انفرادی و گاهی اشتراکی است و تشخیص این امر بر عهده دادگاه است. بر همین اساس ارائه‌دهندگان نظریه مشورتی معتقدند که هر چند در بند «الف» ماده یک آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور^۲ عبارت «منفرداً و مشترکاً» به کار رفته است، حکم این ماده را باید در راستای ماده ۲ قانون تفسیر کرد. حکم مقرر در ماده ۱۶ قانون حمایت از مصرف‌کننده که مسئولیت جبران خسارت را به تشخیص مرجع رسیدگی‌کننده بر عهده شخص حقیقی یا حقوقی دانسته مؤید ضرورت احراز تقصیر توسط مرجع رسیدگی‌کننده است. پس با عنایت به تعریف عرضه‌کننده در بند ۲-۱ قانون حمایت که عرضه‌کنندگان و فروشندگان کالا را نیز شامل می‌شود و پذیرش مسئولیت انفرادی و اشتراکی تمامی عرضه‌کنندگان به موجب ماده ۲ قانون فوق مراجعه خریدار کالای معیوب به فروشنده دارای مبنای قانونی است؛ اگرچه تعیین میزان مسئولیت و احراز رابطه سببیت بر عهده مرجع قضایی است.^۳

۱. بند ۱-۲ ماده یک قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب سال ۱۳۸۸.

۲. آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان به شماره ۱۷۳۲۷۰/ت/۴۵۳۴۱ هـ مصوب هیئت وزیران مورخ ۱۳۹۰/۰۷/۱۷.

۳. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۱۴۰۱/۱۳۴۴ و شماره پرونده ۱۴۰۱-۲۳۹-۱۳۴۴ ک مورخ ۱۴۰۲/۰۵/۲۱.

نتیجه‌گیری

مطابق با تعاریف ارائه‌شده در مفهوم‌شناسی، اگرچه مطابق با نظام حقوقی ایران می‌توان این پلتفرم‌ها را مشمول تعریف عرضه‌کننده کالا و خدمات در بند ۲-۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و ارائه‌دهنده خدمات میزبانی حسب بند «ب» ماده ۱ آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی و تأمین‌کننده براساس قانون تجارت الکترونیک دانست، با عنایت به مطالعه تطبیقی صورت‌گرفته در هر دو پلتفرم آمازون و دیجی‌کالا، هنوز تعریف مشخصی از پلتفرم‌های مارکت پلیس در قوانین نظام حقوقی دو کشور ایران و ایالات متحده امریکا به‌خصوص در قوانین بالادستی وجود ندارد.

به نظر می‌رسد برای تعیین مسئولیت کالای معیوب در شرایطی که پلتفرم مارکت پلیس مانع از ارتباط کاربر (مشتری نهایی) و فروشنده شخص ثالث (اصیل) شده و از انجام دادن معامله توسط خود آنها ممانعت کرده و به نیابت از فروشنده اقدام به معامله با کاربر می‌کند، باید روابط بین پلتفرم، مشتری نهایی و فروشنده شخص ثالث را تابع قوانین حق‌العمل‌کاری دانست و در صورتی که استدلال شود روابط طرفین بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی به شکل دیگری تراضی شده، باید گفت فروش کالا توسط فروشندگان شخص ثالث در پلتفرم‌های مارکت پلیس سبب احراز فروشنده‌گی این پلتفرم‌ها نمی‌شود. اما باید در نظر داشت که در بند ۲ ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کننده، عرضه‌کنندگان کالا و خدمات تعریف گسترده‌تری از بایع دارند و کلیه ارائه‌دهندگان کالا و خدمات به مصرف‌کننده اعم از مستقیم و غیرمستقیم را شامل می‌شود. شکی وجود ندارد که پلتفرم‌های مارکت پلیس در تعریف فوق گنجانده می‌شوند؛ به همین دلیل با وحدت ملاک از نظریه مشورتی نمی‌توان در فرض فروش کالای معیوب این نوع از پلتفرم‌ها را به‌طور مطلق معاف دانست و تمام مسئولیت را متوجه فروشنده شخص ثالث کرد. اگرچه که می‌توان گفت بر مبنای رویه قضایی فعلی تشخیص مسئولیت یا عدم آن و نیز سهم هریک از فروشنده شخص ثالث و پلتفرم بر عهده مرجع صالح رسیدگی‌کننده است.

با وجود این، عدم تدوین قوانین جدید و همراه با پیشرفت فناوری موجب جاماندگی چارچوب‌های قانونی از نیازمندی‌های امروز جامعه شده است. عدم توان پاسخگویی قوانینی نظیر قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ به نیازهای ایجادشده توسط فناوری نیز امری بدیهی است. به همین دلیل است که تأکید می‌شود فناوری‌های نوین و نیازهای ایجادشده توسط آنها نیازمند

قانون‌گذاری و ایجاد چارچوب‌های حقوقی است که فقط مختص به آنها بنا شده باشد. بدیهی است که در این راه توجه به چارچوب‌های از پیش تعیین‌شده در گذشته و وحدت ملاک گرفتن از قوانین سابق نیز راهگشا خواهد بود. برای همین منظور پیشنهاد می‌شود دربارهٔ تقنین قوانین اختصاصی برای پلتفرم‌های مارکت پلیس، که همان‌طور که اشاره شد امروزه بخش بزرگی از تجارت الکترونیک را دربر می‌گیرند، همت گمارده شود. مقررۀ فوق علاوه بر آنکه باید نسبت به تعریف دقیق این نوع از پلتفرم‌ها و تفکیک آنها اهتمام ورزد، باید به ابعاد مختلف نیازهای سه ضلع درگیر در این نوع از پلتفرم‌ها یعنی کاربر، فروشندهٔ شخص ثالث و پلتفرم توجه کند.

منابع

کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت: کلیات، معاملات تجاری و ساماندهی فعالیت تجاری*، چاپ ۱، تهران: سمت، ۱۳۷۸.
۲. توکلی، محمد مهدی، *حقوق تجارت: اعمال تجاری و حقوق شرکت‌ها*، جلد ۱، چاپ ۲، تهران: مکتوب آخر، ۱۴۰۱.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق تعهدات*، چاپ ۴، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۹.
۴. صفایی، حسین، *معامله به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی*، چاپ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی عقود معین*، جلد ۴، چاپ ۴، تهران: سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۲.
۶. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، چاپ ۷، تهران: سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۵.

مقاله

۷. اسکینی، ربیعا و بهنام فرید، *دل افروز، ساختار و ماهیت حقوقی حق العمل کاری*، مجله حقوق دادگستری، دوره ۷۵، ۱۳۹۰، شماره ۷۳، ص ۱۷۳-۲۰۰.

۸. نخجوانی، علی، **محدودیت‌های پلتفرم‌های دیجیتال در قانون بازار دیجیتال**

اتحادیه اروپا، پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۴۰۱. doi:

10.48300/jlr.2022.374563.2216

۹. نخجوانی، علی، **نقش خیاران در معاملات ناشی از تبلیغات رسانه‌های دیجیتال**

با رویکرد فقهی و حقوقی، ارائه شده در دهمین کنفرانس بین‌المللی حقوق و قضایی،

بوداپست، مجارستان، ۱۴۰۱.

آیین‌نامه و قانون

۱۰. آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان به شماره ۱۷۳۲۷۰/ت/۴۵۳۴۱هـ

مصوب هیئت وزیران مورخ ۱۳۹۰/۰۷/۱۷.

۱۱. آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی، مصوب ۱۳۹۳/۰۵/۱۳ به شماره

۱۰۰/۲۸۴۶۳/۹۰۰۰.

۱۲. قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۰۸/۰۲.

References

Books

1. Campbell, Henry, *Black's Law Dictionary*. 11th ed, 2019.
2. Eskini, R. *Commercial Law: General Principles*, Commercial Transactions, and Business Organization. 1st ed. Tehran: SAMT, 1999. (in Persian)
3. *Hornbook on Products Liability Law*. St. Paul (MN): West Academic Publishing, 2015.
4. Jafari Langroudi, M. J. *Law of Obligations*. 4th ed. Tehran: Ganj-e Danesh, 2010. (in Persian)
5. Katouzian, N. *Civil Law: General Principles of Contracts*. Vol. 2, 7th ed. Tehran: Sahami Enteshar in cooperation with Bahman Barna, 2006. (in Persian)
6. Katouzian, N. *Civil Law: Specific Contracts*. Vol. 4, 4th ed. Tehran: Sahami Enteshar in cooperation with Bahman Barna, 2003. (in Persian)
7. Safai, H. *Acting in One's Own Name in Iranian Law with a Comparative Study*. 1st ed. Tehran: University of Tehran Press, 2009. (in Persian)
8. Tavakoli, M. M. *Commercial Law: Commercial Transactions and Company Law*. Vol. 1, 2nd ed. Tehran: Maktoub Akhar, 2022. (in Persian)

Articles

9. Banjo, Shelly & Ziobro, Paul (2013). "After Decades of Toil, Web Services Remain Small for Many Retailers." WALL ST. J., August 27. Available at: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324906304579039101568397122> [http://perma.cc/C8QJ-JYRN].
10. Barns, Sarah. "Platform Urbanism: Negotiating Platform Ecosystems in Connected Cities." Springer Nature, p. 115. ISBN: 9789813297258, 2019.
11. Berzon, Alexandra, Shifflett, Shane, & Scheck, Justin. "Amazon Has Ceded Control of Its Site. The Result: Thousands of Banned, Unsafe or Mislabeled Products." WALL ST. J., August 23, 2019. Available at: <https://www.wsj.com/articles/amazon-has-ceded-control-of-its-site-the-resultthousands-of-banned-unsafe-or-mislabeled-products-11566564990> [https://perma.cc/4E87M8MT].
12. Bolger (n 32), p. 438. One finds similar considerations in Papataros (n 32).
13. Enright, Allison (2016). "Amazon Sales Climb 22% in Q4 and 20% in 2015." INTERNET RETAILER, January 28. Available at: <http://www.internetretailer.com/2016/01/28/amazon-sales-climb-22-q4-and-20-2015> [http://perma.cc/N6S3-XTSB].

14. Eskini, R., & Behnam Farid, D. "The Structure and Legal Nature of Commission Agency." *Journal of Judiciary Law*, Vol. 75, No. 73, 2011, pp. 173-200. (in Persian)
15. Guevara, Natalie. "Amazon's John Schoettler has helped change how we think of corporate campuses." *bizjournals.com*, 2020.
16. Lechter, Colin. "How Amazon Escapes Liability for The Riskiest Products on Its Site." *VERGE*, January 28, 2020. Available at: <https://www.theverge.com/2020/1/28/21080720/amazon-product-liability-lawsuits-marketplace-damage-third-party> [https://perma.cc/RTA5-P847].
17. Moore, Martin & Tambini, Damian. "The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple." Oxford University Press, 2018.
18. Moore, Sam. "Amazon Commands Nearly Half of Consumers' First Product Search." *BLOOMREACH*, October 6, 2015. Available at: <http://bloomreach.com/2015/10/amazon-commands-nearly-half-of-consumers-first-product-search> [http://perma.cc/LVD9-F6W9].
19. Nakhjavani, A, "Limitations of Digital Platforms Under the EU Digital Market Act." *Shahre Danesh Legal Research*. doi: 10.48300/jlr.2022.374563.2216, 2022. (in Persian)
20. Nakhjavani, A. "The Role of Options in Transactions Arising from Digital Media Advertising: A Jurisprudential and Legal Approach." Presented at the 10th International Conference on Law and Judiciary, Budapest, Hungary, 2022. (in Persian)
21. Nelson, Mathew L., Shaw, Michael J., & Strader, Troy J. "Value Creation in E-Business Management: 15th Americas Conference on Information Systems, AMCIS 2009, SIGeBIZ track, San Francisco, CA, USA." Springer Science & Business Media, pp. 156-157. ISBN: 9783642031328.
22. Strauss, Karsten. "America's Most Reputable Companies, 2016: Amazon Tops the List." *FORBES*, March 29, 12:00 PM, 2016. Available at: <http://www.forbes.com/sites/karstenstrauss/2016/03/29/americas-most-reputable-companies-2016-amazon-tops-the-list> [http://perma.cc/MN74-K3NB].
23. Rules & Regulations
24. Consumer Protection Law Approved on 24/10/2009 (in Persian)
25. Executive Regulation of Collection and Admissibility of Electronic Evidence No. 100/28463/9000 Dated 04/08/2014 (in Persian)

26. Executive Regulation of Consumer Protection Law No. 173270/T45341H Approved by Board of Ministers Dated 09/10/2011 (in Persian)

Cases

27. Allstate N.J. Ins. Co. v. Amazon.com, Inc., No. 17-2738 (FLW) (LHG), 2018 WL 3546197 (D.N.J. July 24, 2018).
28. Amazon.com, Inc. v. McMillan, Tex., No. 20-0979, June 25, 2021.
29. Fox v. Amazon.com, Inc., 930 F.3d 415, 425 (6th Cir. 2019).
30. Misc. 3d 697, 137 N.Y.S.3d 884 (N.Y. Sup. Ct. 2020).
31. Oberdorf v. Amazon.com Inc., 930 F.3d 136, 142 (3d Cir. 2019), vacated and reh'g en banc granted, 936 F.3d 182 (3d Cir. 2019).
32. Papataros v. Amazon.com, Inc., 2019 WL 4011502 (D.N.J. Aug. 26, 2019).
33. State Farm Fire & Cas. Co. v. Amazon.com, Inc., 390 F. Supp. 3d 964, 969 (W.D. Wis. 2019).
34. Supreme Court of California in Vandermark v. Ford Motor Co., 61 Cal.2d 256 (1964).

Websites

- 35.--, "Amazon: Ponzi Scheme or Wal-Mart of the Web?" SLATE: MONEYBOX, February 8, 2000, 5:52 PM. Available at: http://www.slate.com/articles/business/moneybox/2000/02/amazon_ponzi_scheme_or_walmart_of_the_web.html [<http://perma.cc/XQ22-YR9K>].
36. Abolmasoum, F., & Shabani, M. (2021). Iran E-Commerce Report. E-Commerce Development Center. Retrieved February 11, 2023, from https://ecommerce.gov.ir/uploads/ec-report_1400-final-414010620_2201.pdf/
37. Amazon (2023). "Fulfillment by Amazon." FAQ. Available at: <https://sell.amazon.com/fulfillment-by-amazon>.
38. CBRE (2021). "What Is the Share of E-Commerce in Overall Retail Sales?" Available at: <https://www.cbre.com/insights/articles/omnichannel-what-is-the-share-of-e-commerce-in-overall-retail-sales>. [Accessed: February 12, 2023].
39. Digikala (2019). "Items That Cannot Be Sold on Digikala! (Prohibited Items)." Digikala Sellers Training Center. Retrieved February 11, 2023, from <https://selleracademy.digikala.com>

40. Digikala (2021). "Are the Products Sold on Digikala Original?" Frequently Asked Questions. Retrieved February 11, 2023, from <https://www.digikala.com/faq/question/82/>
41. Digikala (2021). "Digikala Annual Report and Local Businesses." Retrieved February 11, 2023, from <https://about.digikala.com/1400-report/digikala-report-1400/>
42. Digikala (2021). "Digikala Marketplace Enters Its Sixth Year." Retrieved February 11, 2023, from <https://www.digikala.com/mag/video/6th-anniversary-marketplace-digikala/>
43. Digikala (2022). "About Digikala Group." Retrieved February 18, 2023, from <https://about.digikala.com/>
44. Digikala (2022). "Introduction to Digikala Group and Its Business Units." Retrieved February 18, 2023, from <https://about.digikala.com/newsroom/digikala-group-introduction/>
45. Legal Department of the Judiciary (2023). Advisory Opinions. Retrieved December 12, 2023, from <https://edarehoquqy.eadl.ir/>
46. Statista (2023). "Market share of leading retail e-commerce companies in the United States as of June 2022." Available at: <https://www.statista.com/statistics/274255/market-share-of-the-leading-retailers-in-us-e-commerce/> [Accessed: February 12, 2023].
47. Statista (2023). "Monthly share price of Amazon on the Nasdaq stock exchange from January 2010 to January 2023." Available at: <https://www.statista.com/statistics/1331129/amazon-share-price-development-monthly/>.
48. Statista (2023). "Retail e-commerce revenue in the United States from 2017 to 2027." Available at: <https://www.statista.com/statistics/272391/us-retail-e-commerce-sales-forecast/> [Accessed: February 12, 2023].
49. Statista (2023). "Value of third-party seller services of Amazon worldwide from 4th quarter 2017 to 4th quarter 2022." Available at: <https://www.statista.com/statistics/1240236/amazon-third-party-seller-services-value/>

Defective Product Liability on Marketplace Platforms: A Comparative Study between Amazon and Digikala

Ali Nakhjavani*
Ebrahim Yaghouti**

Abstract

Today, a significant part of e-commerce buying and selling goods' transactions takes place on marketplace platforms. However, disagreement in determining the share of responsibility due to the sale of defective goods between the platform, customer and third-party seller causes the violation of all three sides' rights. This research intends to clarify the share of responsibility of each party involved in this type of transaction while resolving the dispute. This goal has been achieved through a comparative study between Digikala as the largest marketplace platform in the Middle East and Amazon as the largest active company in this field in the world, in addition to the laws and judicial precedent in Iran and United States of America. The findings of this research show that there is a serious disagreement in America's different states' judicial precedent regarding the marketplace platforms responsibility. Also there are various opinions in this field in Iran's legal system which each of them is reviewed. Eventually, the author has strongly proposed special legislation under E-Commerce Law for marketplace platforms due to the complexities caused by the technology.

Keywords:

Platform, Marketplace, Platform Law, Digikala, Amazon, Marketplace Law

* PhD. Candidate, Faculty of Law, Islamic Azad University: Central Tehran Branch, Tehran, Iran (Corresponding Author) ehsannkhjvni@gmail.com

** Associate Professor, Faculty of Law, Islamic Azad University: Central Tehran Branch, Tehran, Iran dryaghoti@gmail.com

نظریه استخراج در ساختار حکمرانی صنعت نفت ایران با نگاهی تطبیقی

محمد رضا شکوهی *

محمود فردکار دل **

حسنا غلامی قادی ***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۵

چکیده

نظر به جایگاه غیرقابل انکار نفت در قلمرو تجارت بین‌الملل، همه کشورهای جهان نیاز مبرمی به حضور مؤثر در هندسه جهانی نفت دارند. لذا کلیه نظام‌های سیاسی و اجتماعی ساختارهای حکمرانی خود را به گونه‌ای تنظیم می‌کنند که هندسه جهانی انرژی به نهادهای متولی در این کشورها اجازه حضور در عرصه جهانی را بدهد. با عنایت به اینکه ایران دارای اقتصاد منابع‌محور بوده، ضرورت حکمرانی صنعت نفت دوچندان است و از آنجایی که وزارت نفت به عنوان نهاد متولی صنعت نفت در ایران شناخته می‌شود، در این مقاله تلاش شده است ساختارهای حکمرانی نهاد یادشده تبیین و ضمن آسیب‌شناسی موضوع، به منظور برون‌رفت از خصایص آسیب‌زا از جمله دولتی بودن، جزیره‌ای بودن و وابستگی به دولت که توان حضور فعال و مؤثر را نه تنها در حوزه داخلی، بلکه در حوزه بین‌المللی سلب کرده، با بهره‌گیری از داده‌های کتابخانه‌ای و در تحقیقی تحلیلی و کاربردی، کارآمدترین پیشنهاد، یعنی تفکیک و استخراج به منظور برون‌رفت برخی از اجزای این حوزه از دولت که می‌توان از آن با عنوان نظریه استخراج یاد کرد، ارائه کنیم. به عبارتی، باید برخی از اجزای انرژی کشور را از درون ساختار ناکارآمد فعلی دولتی استخراج و خارج کرد و با یک حکمرانی یا سازمان‌دهی مدیریتی انرژی نوین، گروه شرکت‌های انرژی را در خارج از ساختار دولت، ذیل قواعد بخش خصوصی تأسیس یا حکمرانی یا سازمان‌دهی مجدد کرد و اعتقاد بر این است که در چنین شرایطی، ساختار راهبری انرژی کشور کارآمدی خود را به دست خواهد آورد. مطالعه تجارب نروژ در زمینه حکمرانی نفت خیز موفقیت این شیوه را روشن می‌کند.

کلید واژگان:

ساختار حکمرانی، حکمرانی انرژی، دولتی بودن، خصوصی‌سازی، نظریه استخراج.

* استادیار، دانشکده نفت تهران، دانشگاه صنعت نفت، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

shokouhi@put.ac.ir

** استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

m_fardkardel@sbu.ac.ir

*** دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

gholami.hosna@ut.ac.ir



Copyright: ©2024 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

وفق گزارش بانک جهانی، روزانه حدود دومیلیارد دلار نفت در سراسر جهان مبادله می‌شود که این حجم از تبادلات، نفت را به بزرگ‌ترین کالا در تراز پرداخت‌ها و مبادلات بین کشورها تبدیل کرده است؛ مضافاً اینکه مالیات بر نفت، منبع اصلی درآمد بیش از ۹۰ کشور در جهان است.^۱ از سوی دیگر، از آنجا که نهادها^۲ آداب^۳ انجام امور هستند، طبعاً برای اجرای هر امری، انجام آداب خاص آن مورد نیاز است که ممکن است این آداب برای انجام امر ذی‌ربط فزونی، نقصان یا تناسب داشته باشند؛ اما آنچه مهم است اهمیت وجود آداب است و در یک کلام مفهوم و اهمیت نهاد را می‌توان مانند نخ و سوزنی دانست که نه فقط زمینه‌های مختلف علوم را به یکدیگر پیوند داده، بلکه شیرازه زندگی اجتماعی بشر را نیز پدید آورده است.^۴ ساختار صنعت نفت نیز مستثنا از این قاعده نیست. مؤسسه کاتو در تحلیلی درباره چگونگی تأثیر نهادها بر موفقیت اقتصادهای منابع‌محور استدلال کرده است که اقتصادهایی با نهادهای اقتصادی و سیاسی مطلوب‌تر (نظیر نروژ) عواید و درآمدهایشان را بهتر از کشورهایی با نهادهای ضعیف (نظیر ونزوئلا) مدیریت می‌کنند و می‌توانند به نتایج بهتری در زمینه رشد اقتصادی و توسعه اجتماعی برسند. افزون بر این، نهادهای نیرومند می‌توانند به متنوع ساختن اقتصاد و دست یافتن به رشد بلندمدت در طول دوره‌های کاهش قیمت مواد اولیه و سقوط قیمت نفت کمک کند.^۵

با عنایت به مراتب فوق، این کیفیت نهادهاست که تعیین می‌کند فراوانی منابع طبیعی می‌تواند موجب نعمت یا نعمت گردد. به عبارت دقیق‌تر، ساختارهای حکمرانی صنعت نفت به

1. <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail> (last visited: 5-7-2024/)

۲. مراد از نهاد را موجودیت عینی بیرونی و ذهنیت درونی عنوان نموده است. همچنین نورث (۱۹۹۰) نهادها را قوانین بازی در جامعه دانسته است؛ درحالی‌که دسته دیگری از اقتصاددانان نهادها را به عنوان استراتژی‌های تعادل بازیگران یک بازی در نظر می‌گیرند. می‌توان گفت که گروه اول نهادها را آگاهانه و طراحی شده می‌داند، درحالی‌که دسته دوم نهادها را به صورت خودجوش در نظر می‌گیرند.

۳. مفهوم آداب جهت انجام امور توسط نهادها در این زمینه بسیار گسترده است و به نوعی تمام دلالت‌های عرفی، شرعی، قوانین، مقررات، و ... را در برمی‌گیرد.

۴. نادران، الیاس و محمدرضا شکوهی، «جایگاه و مبانی اقتصاد هزینه مبادله»، مجله تحقیقات اقتصادی، دوره ۴۷، ۱۳۹۱، شماره ۲، ص ۱۵۸.

5. CATO Institute, "Curse or Blessing? How Institutions Determine Success in Resource Rich Economies". Policy Analysis, 2017 No 808.

مثابه اهرم تعیین‌کننده موفقیت یا عدم موفقیت کشورها و حضور مؤثر و کارا در هندسه جهانی انرژی ایفای نقش می‌کنند.^۱ با توجه به تجربیات جهانی حکمرانی خوب در بخش نفت کلید تولید ثروت، ایجاد اقتصاد پایدار و رشد بلندمدت شاخص توسعه انسانی^۲ خواهد بود و این امر در کشورهای در حال توسعه با منابع نفت و گاز به دلیل مشکلات مدیریت کارآمد و عادلانه درآمدهای نفتی، الزامات آزادسازی اقتصادی و فشار ناشی از استانداردهای بین‌المللی در حال تحول، مورد تأکید بیشتر است.^۳

اهمیت تمرکز بر حکمرانی نفت برای اقتصاد ایران دوچندان است؛ زیرا صنعت نفت ایران با گذشت بیش از صد سال فعالیت، نه فقط منحصربه‌فردترین، بلکه بزرگ‌ترین بخش اقتصاد کشور محسوب می‌شود و به منظور واپس نماندن از هندسه جهانی انرژی نیازمند تحولی بنیادین و اساسی در درون ساختار این حوزه است.^۴ تا بتوان برخی از معضلاتی که نشئت گرفته از وجود سازمان‌های متعدد در فرایند تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری بخش انرژی است، از جمله ناهماهنگی و ناسازگاری در سیاست‌گذاری، عدم اصلاح و به‌روز شدن قوانین کشور در سطح کلان و کندی تصمیم‌گیری را از این طریق مدیریت کرد.^۵

پیرامون موضوع حکمرانی در صنعت نفت، برخی از نویسندگان^۶ به الزامات «ساختاری»، «فرایندی» و «محتوایی» به عنوان شرایط لازم خط‌مشی‌گذاری آینده‌محور در مقاله «ارائه

۱. بیات، بهرام، «حکمرانی خوب و هندسه قدرت جهانی»، مقالات دومین همایش ملی حکمرانی اسلامی، ۱۴۰۰.
۲. شاخص توسعه انسانی (HDI) مخفف عبارت Human Development Index برای اندازه‌گیری مواردی مانند سطح بهداشت، دسترسی به آموزش، تعادل میان کار و زندگی و... بررسی می‌کند. برای اندازه‌گیری این شاخص سعی شده تأثیر موارد مبتنی بر ثروت را نادیده گرفته و کشورها را از نظر فاکتورهای کیفی سنجید (طهماسبی، جواد، «شاخص توسعه انسانی و مقام ایران در جایگاه جهانی»، گزارش راهبردی، شماره ۱۵۹، پژوهشکده تحقیقات راهبردی مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۱، ص ۳).
3. Myers, Keith & Glada Lahn, "Good Governance Of The National Petroleum Sector", London, Chatham House. 2012, pp 1-26, p.6.
۴. سهیلی، علی، تأثیر خصوصی‌سازی بر صنعت نفت و گاز در ایران، دومین همایش بین‌المللی فقه و حقوق، وکالت و علوم اجتماعی، ۱۳۹۷، ص ۳۷.
۵. عظیم‌زاده آرانی، محمد، محمد نوروزی و جواد پرویزی، تبیین وضعیت فعلی حکمرانی انرژی ایران و ارائه راهکارهای سیاستی، پنجمین همایش سالانه اقتصاد مقاومتی، ۱۳۹۷، ص ۲.
۶. نقوی حسینی، سید علیرضا، فتح شریف‌زاده، میرعلی سیدنقوی و رضا واعظی، «ارائه الگوی الزامات خط‌مشی‌گذاری آینده‌محور برای صنعت نفت ایران»، فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۵، ۱۳۹۸، شماره ۳، ص ۴۳.

الگوی الزامات خطی‌مشی‌گذاری آینده‌محور برای صنعت نفت ایران» پرداخته‌اند. عده‌ای دیگر از نویسندگان^۱ در مقاله «ابعاد حقوقی تنظیم‌گری مناسب در حکمرانی خوب صنعت نفت ایران» تأکید کرده‌اند که لازمه حکمرانی خوب، اعمال سیاست تنظیم‌گری خوب برای تحقق سیاست‌های اتخاذشده است و نویسندگانی دیگر^۲ در دومین همایش ملی حکمرانی اسلامی، مقاله‌ای تحت عنوان «حکمرانی خوب و هندسه قدرت جهانی» ارائه کرده و در آن به ضرورت توجه به هندسه قدرت جهانی به‌ویژه در عرصه انرژی به عنوان مبنایی برای حکمرانی تأکید داشته است. نویسندگان دیگر^۳ به رویکرد اصل ۴۴ قانون اساسی درباره فعالیت‌های بالادستی صنعت نفت در مقاله‌ای با عنوان «خصوصی‌سازی در صنعت نفت» پرداخته‌اند. در مقاله‌ای دیگر^۴ تحت عنوان «تأثیر مدیریت دولتی بر خصوصی‌سازی صنعت نفت و گاز در ایران» تأکید شده است که موانع حقوقی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز وجود دارد، لیکن سرمایه‌گذاری بخش خصوصی در بخش پایین‌دستی صنعت نفت و گاز ایران دارای موانع قانونی کمتری است و این امر نیز تاکنون به دلایل مشکلات مدیریتی و اقتصادی به‌خوبی محقق نشده است.

با عنایت به پیشینه اعلامی، لزوم بررسی موضوع به منظور نیل به یک حکمرانی خوب و تدقیق در اهمیت حضور بخش خصوصی فارغ از ساختار دولتی در حکمرانی صنعت نفت با لحاظ تجربیات کشورهای موفق در این عرصه و بررسی دلیل عدم موفقیت ایران در این حوزه مغفول مانده است؛ لذا نظر به اهمیت توجه به حکمرانی انرژی و ضرورت طراحی سازوکارهای بهینه برای حداکثرسازی تولید و بالابردن بهره‌وری در جهت ارتقای توان رقابت در بازارهای جهانی، در این مقاله در پی پاسخ به این سؤال اصلی هستیم که با توجه به نیاز مبرم کشورها به‌خصوص کشورهای در حال توسعه به حضور در هندسه جهانی انرژی، ساختارهای حکمرانی فعلی صنعت

۱. شیروی، عبدالحسین و فرشید فرحناکیان، «ابعاد حقوقی تنظیم‌گری مناسب در حکمرانی خوب

صنعت نفت ایران»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۶، پاییز و زمستان، مهر ۱۳۹۹، شماره ۲، ص ۳۵۷.

۲. بیات، بهرام، «حکمرانی خوب و هندسه قدرت جهانی»، مجموعه مقالات دومین همایش ملی حکمرانی اسلامی، ۱۴۰۰، ص ۱۰۲.

۳. صفری‌الموتی و وحید دخانی، «خصوصی‌سازی در صنعت نفت؛ نگاه کلان به زنجیره فعالیت‌های بالادستی با رویکرد به اصل ۴۴ قانون اساسی»، ماهنامه علمی اکتشاف و تولید نفت و گاز، ۱۳۹۷، شماره ۵۲، ص ۶.

۴. حسن‌زاده شوئیلی، مریم، تأثیر مدیریت دولتی بر خصوصی‌سازی صنعت نفت و گاز در ایران، اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق، مدیریت، علوم تربیتی، روانشناسی و مدیریت برنامه‌ریزی آموزشی، ۱۴۰۲.

نفت ایران تا چه حد می‌تواند نقش فعالی را در حوزه بین‌الملل برتابد و با ساختارهای حکمرانی فعلی صنعت نفت ایران، آیا ایفای نقش فعال در حوزه هندسه جهانی انرژی ممکن و میسر خواهد بود؟ در پاسخ به سؤال مذکور فرضیه‌ای مطرح می‌شود که در واقع ساختارهای حکمرانی فعلی صنعت نفت را نه فقط جامع ابعاد و مانع اغیار نمی‌داند، بلکه آن را به مثابه ساختاری ضعیف و دارای نهادهای موازی فراوانی می‌داند که نه فقط راه را برای حضور در مسیر هندسه جهانی انرژی فراهم نمی‌کند، بلکه همانند مانعی بزرگ در راه پیشرفت این صنعت در حوزه بین‌الملل و حتی بخش داخل کشور عمل می‌کند.^۱

به منظور ارائه راهکار برون‌رفت از این چالش، نظریه استخراج^۲ مطرح می‌شود. طبق این نظریه که در ادامه به طور مبسوط بیان می‌شود، لازم است ساختارهای حکمرانی نفت در برخی جهات از جمله خرید و فروش و حضور در بازارهای جهانی و فعالیت در حوزه‌های با ارزش افزوده بالا از دولت، مطرح و عملی شود تا صنعت نفت کشور به مثابه اهرم درآمدی کشور، نقش مؤثر و بسزایی در هندسه جهانی انرژی ایفا کند.

لذا در این مقاله ابتدا ساختارهای حکمرانی فعلی صنعت نفت ایران و نقش این ساختارها در چگونگی حضور این صنعت در حوزه هندسه جهانی انرژی مورد بررسی قرار گرفته و سپس راهکار برون‌رفت از این چالش را با عنوان نظریه استخراج مطرح شده و در ادامه علت عدم موفقیت خصوصی‌سازی در ایران مورد مذاقه قرار گرفته و در خاتمه تلاش شده است به تجربه کشور نروژ در این عرصه نگاهی تطبیقی بیندازیم.

۱. ساختار حکمرانی^۳ فعلی صنعت نفت

ارزیابی ساختار حکمرانی هر حوزه‌ای وابسته به نهادهایی است که آن را پشتیبانی می‌کنند. لذا به منظور شناخت بهتر ساختار حکمرانی صنعت نفت ایران، لازم است نهادهای متولی حکمرانی صنعت یادشده مورد بررسی قرار گیرد.

۱. نادران، الیاس و محمدرضا شکوهی، «جایگاه و مبانی اقتصاد هزینه مبادله»، مجله تحقیقات اقتصادی، دوره ۴۷، ۱۳۹۱، شماره ۲، ص ۱۵۸.

2. Extraction Theory
3. Governance Structure

وزارت نفت متولی اصلی در ساختار سازمانی و حکمرانی صنعت است. وزارت یادشده از یک ستاد مرکزی و چهار شرکت تابعه، شامل شرکت ملی نفت، شرکت ملی گاز، شرکت ملی صنایع پتروشیمی و شرکت ملی پالایش و پخش فراورده‌های نفتی تشکیل شده است. هر کدام از این چهار شرکت اصلی نیز خود دارای شرکت‌های زیرمجموعه فراوانی‌اند.^۱ ساختارهای کنونی در کشور ما به واسطه دولتی بودن و ساختار جزیره‌ای^۲ کارکرد لازم را ندارند^۳ و در رسته تجاری و صنعتی نمی‌توانند بازیگران خوبی در این مجموعه باشند. لذا در وضعیت کنونی ساختار حکمرانی صنعت نفت کشور اولاً به علت دولتی بودن این ساختار، ثانیاً به واسطه وجود ساختار چسبیده این صنعت، که به شدت به دولت وابسته است^۴، ثالثاً به دلیل وجود نهادگرایی و وجود نهادهای موازی در این صنعت که بعضاً و صرفاً دارای نام و فاقد کارکرد هستند، رابعاً به دلیل فقدان ابزارهای کافی و کارآمد در این صنعت، ساختارهای حکمرانی فعلی صنعت نفت قادر به ایفای نقش فعال و مؤثری نه فقط در سطح داخل، بلکه در سطح بین‌الملل و به‌ویژه در حوزه جهانی انرژی نخواهند بود. بنابراین این ساختار نیاز به ترمیم یا اصلاح و شاید نیاز به انقلاب در ساختار اداری دارد تا بتواند خود را در سطح رقیبان در حوزه جهانی بالا ببرد و حرفی برای گفتن داشته باشد.

شایان ذکر است، اگر چه سال‌هاست در ادبیات سیاست‌گذاری، دو مقوله دولت حکمران و دولت تصدی‌گر مطرح شده و همواره از حجم ورود دولت در امور تصدی‌گری انتقاد می‌شود و از سوی دیگر از نظر قانونی نیز مستند به ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب ۱۳۹۱ و ماده ۵ اساسنامه شرکت ملی نفت مصوب ۱۳۹۵، تفکیک بین شئون حاکمیتی و تصدی‌گری در وزارت نفت و شرکت ملی نفت صورت گرفته، ولی این تفکیک در عمل محقق نشده است و متأسفانه همچنان وزارت نفت مانند بنگاه بزرگ اقتصادی عمل می‌کند و هنوز هم نیازمند اقدامات اساسی در راستای توسعه وظایف حاکمیتی و کاهش شئون تصدی‌گری در این وزارتخانه

۱. فاضلی، عذرا، «سیر تحول تشکیلات در شرکت‌های دولتی تابعه وزارت نفت»، ماهنامه علمی-ترویجی اکتشاف و تولید نفت و گاز، ۱۳۹۶، شماره ۱۵۲، صص ۲۰-۲۸.
 ۲. منظور از ساختار جزیره‌ای نفت، ساختاری گسسته و غیرمتمم‌کننده است که هر زیرمجموعه بر اساس قوانین درون سازمانی خود عمل می‌کند که این امر منجر به تصمیمات و راهکارهای نامتوازن در کل و سطح کلان خواهد شد.
 ۳. عزیزی، حسین، علی اصغر محمدی و محمد مرادی، کانال‌های اثرگذاری نهادها بر توسعه از طریق شاخص‌های حکمرانی خوب، مقالات سومین همایش ملی و اولین همایش بین‌المللی حکمرانی متعالی، ۱۴۰۱، ص ۷۲.
 ۴. فاضلی، عذرا، پیشین، ص ۲۶.

بوده است^۱؛ این در حالی است که لازمه رسیدن به آرمان شهر تجاری-اقتصادی نفتی، حرکت متوازن دو بال محیط حقوقی و محیط اجرایی است.

از آنجایی که از نظر مدیریتی، اصلاحات مأموریتی بر تغییرات ساختاری مقدم است؛ لذا به منظور حصول موفقیت، اصلاح ساختاری (که باید بنا به اقتضات مختلف قابلیت تغییر داشته باشند) باید با اصلاحات مأموریتی اتفاق بیفتند.^۲

با توجه به قاعده اعلامی و با عنایت به مراتب پیش گفته، پیش شرط موفقیت صنعت نفت کشور به منظور حضور در عرصه جهانی انرژی و تطبیق با شرایط روز جهان و سازگاری با حکمرانی جهانی، طراحی سازوکارهای درونی در وزارت نفت برای واگذاری واقعی برخی بخش‌ها و امور به بخش خصوصی، تعیین تکلیف شفاف درباره برخی فعالیت‌های تصدی‌گرانه و تغییر نگرش در ساختار حاکمیتی از نگاه بنگاهداری به رویکرد حکمرانی است. در حالی که صنعت نفت ایران به واسطه جزیره‌ای بودن و همین‌طور نهادگرایی فراوان^۳ فاقد ابزارهای لازم و کارآمد در این مسیر است. بنابراین صنعت نفت باید شخصاً این ابزارها را بسازد تا هم در عرصه داخلی بتواند عرض اندام کند و هم در عرصه جهانی.

در فرآورده‌های استحصالی از نفت از قبیل صنعت گاز نیز مقابله با انحصارات موجود، تسهیل ورود رقابت به بازار و تشخیص مصادیق رویه‌های ضد رقابتی توسط نهاد تنظیم‌گر، برقراری تعادل در بازار گاز، رفع ناترازی موجود، تعیین قیمت کالا و مقدار آن در بازار از جمله مهم‌ترین وظایف این نهاد است. بنابراین ضروری است نهاد تنظیم‌گر هرچه سریع‌تر در صنعت گاز کشور تأسیس شود.^۴

با توجه به مراتب فوق، هرچند تاکنون بخشی از شرکت‌های زیرمجموعه شرکت ملی نفت در راستای خصوصی‌سازی به بخش خصوصی واگذار شده‌اند، تأثیرگذاری این امر در ایجاد حکمرانی مطلوب محسوس نبوده است که در بندهای آتی این مقاله به آسیب‌شناسی این موضوع می‌پردازیم.

۱. عظیم زاده آرانی، محمد، محمد نوروزی و جواد پرویزی، پیشین، ص ۱۷.

۲. کاویانی، حسن و فهیمه غفرانی، «طراحی چارچوب مدیریت تغییرات ساختاری و تشکیلاتی در دستگاه‌های اجرایی»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۸۹۸۷، ۱۴۰۲، ص ۱۱.

۳. عزیزی، حسین، علی اصغر محمدی و محمد مرادی، پیشین، ص ۷۴.

۴. لاهیجانیان، رسول و فاطمه شیخی ده‌چناری، «بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی ایران در پرتو سیاست بهینه‌سازی مصرف گاز و تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخشی»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، ۱۴۰۲، شماره ۳، ص ۱۶۳.

۲. مروری بر تاریخ تحولات قانون‌گذاری ایجاد حکمرانی در صنعت نفت ایران

در این قسمت از مقاله با هدف واکاوی و چرایی به وجود آمدن ساختار حکمرانی فعلی صنعت نفت که دارای ساختار دولتی است، به بررسی سیر تطورات حقوقی صنعت نفت ایران می‌پردازیم تا نقطه عطف به وجود آمدن ساختار حکمرانی موجود را دریابیم. به‌طور کلی ساختار و الگوی قراردادهای قابل انعقاد بر اساس قوانین بالادستی کشور تعیین می‌شود. در گذر زمان، علاوه بر منسوخ شدن قراردادهای امتیازی، ابتدا اجازه انعقاد قراردادهای مشارکت در تولید را در صنعت دادند و پس از نسخ قراردادهای مشارکت در تولید، قراردادهای خدمت از جمله قراردادهای بیع متقابل و آی.پی.سی مطرح شد. برای درک بهتر تحولات قراردادی در ایران و ارائه چشم‌انداز وسیع‌تر، به بسط شاخص‌ترین عوامل مرتبط در شکل‌گیری ساختار فعلی صنعت نفت خواهیم پرداخت.

۲.۱. انعقاد قراردادهای امتیازی

قراردادهای امتیازی از اولین نوع قراردادهای نفتی در جهان هستند. تا پیش از ملی شدن صنعت نفت موافقت‌نامه‌های امتیازی به‌عنوان قراردادهای حاکم بر نظام قانون‌گذاری کشور ایران حاکم بودند که از جمله آنها می‌توان به امتیازنامه سال ۱۸۶۴ (۱۲۴۲ ه.ش)، امتیازنامه روتتر مورخ سال ۱۸۷۲ (۱۲۵۰ ه.ش)، امتیازنامه داری مورخ سال ۱۹۰۱ (۱۲۸۰ ه.ش) و پس از آن امتیازنامه مورخ سال ۱۹۳۳ (۱۳۱۱ ه.ش) که جایگزین امتیازنامه داری شده بود، اشاره کرد.^۱ اولین امتیاز اکتشاف، تولید و بهره‌برداری از منابع نفتی در خاورمیانه به نام کشور ایران ثبت شده است که در تاریخ ۲۸ می ۱۹۰۱ معادل ۱۲۸۰ هجری شمسی توسط حکومت وقت ایران به «ویلیام ناکس داری»^۲ داده شد.^۳ در نوامبر ۱۹۳۲ (۱۳۱۱ ه.ش)، امتیاز یادشده توسط پهلوی اول و به‌صورت یکجانبه ملغی شد و بعد از انجام مذاکرات، در آوریل ۱۹۳۳ (۱۳۱۲ ه.ش) نسخ تجدیدنظر شده این امتیاز به شرکت نفت ایران-انگلیس واگذار شد. این امتیازنامه هجده سال به

۱. حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری*. تهران: موسسه تیسسا ساغر مهر، ۱۳۹۶، ص ۷۵۶.

2. William Knox D'Arcy

3. Abd Ghadas, Zuhairah Ariff, and Sabah Karimsharif.. "TYPES AND FEATURES OF INTERNATIONAL PETROLEUM CONTRACTS." *South East Asia Journal of Contemporary Business, Economics and Law* 4 (3): 2014, p 34-41.

طول انجامید و نهایتاً در ۲۰ مارچ ۱۹۵۱ (۱۳۲۹ ه.ش)، با تأسیس شرکت ملی نفت ایران ملغی و صنعت نفت ایران، ملی اعلام شد.^۱

ویژگی این گونه امتیازنامه‌ها، همان‌گونه که از نام آنها برمی‌آید، اعطا و واگذاری نوعی امتیاز به طرف مقابل بوده است که در ازای آن مبالغی با عنوان بهره مالکانه و بعدها علاوه بر آن، مالیات نیز به دولت میزبان پرداخت می‌شد. تا زمان وجود قراردادهای امتیازی ساختار حکمرانی منسجمی برای شرکتی به نام شرکت نفت به وجود نیامده بود و طرف اول قرارداد شخص پادشاه بود که رأساً و شخصاً در این خصوص اظهارنظر می‌کرد. البته بعدها و با شکل‌گیری احساسات ملی‌گرایانه مردم و احساس تعلق خاطر نسبت به منابع معدنی در خاک کشور و تعلق آن به نسل‌های آیندگان، که منجر به ملی شدن صنعت نفت در ۲۹ اسفند سال ۱۳۲۹ هجری شمسی شده بود، از قدرت پادشاه در تصمیم‌گیری مستبدانه در این صنعت کاسته و نوعی حکمرانی با ساختارهایی جسته و گریخته در این صنعت ایجاد شد.

۲.۲. قانون اجازه اجرای مقررات گزارش کمیسیون برنامه مجلس شورای ملی مصوب ۱۳۲۷/۱۱/۲۶

در قانون مذکور که در واقع گزارش برنامه عملی هفت‌ساله ایران را در ذیل چند فصل معرفی می‌کند؛ در فصل چهارم با عنوان «نفت» برای اولین بار از شرکت نفت و آن هم با نام شرکت سهامی نفت ایران نام برده است، بنابراین شرکت نفت اساساً در سال ۱۳۲۷ تأسیس شد که بعدها در سال ۱۳۳۰ با نام شرکت ملی نفت ایران شناخته شد. لذا اولین سنگ‌بنای شکل‌گیری ساختار حکمرانی صنعت نفت از طریق این قانون با تأسیس شرکت نفت بنا نهاده شد.

۲.۳. قانون ملی شدن صنعت نفت ایران مصوب ۱۳۲۹/۱۲/۲۹

سرمنشأ ایجاد احساسات ملی‌گرایانه و نتیجه آن را در قراردادهای امتیاز گذشته باید جست‌وجو کرد. با توجه به اینکه امتیازنامه‌های گذشته تا حدودی مالکیت و حاکمیت ملی بر منابع طبیعی دولت میزبان را خدشه‌دار و متزلزل می‌کردند، با برانگیخته شدن احساسات ملی‌گرای، این موضوع باعث ملی شدن صنعت نفت در سال ۱۳۲۹ در کشور شد که حداقل در

۱. دخانی، وحید، «تاریخچه فعالیت‌های بالادستی صنعت نفت ایران در سده گذشته»، ماهنامه علمی-ترویجی اکتشاف و تولید نفت و گاز، ۱۳۸۷، شماره ۵۰، ص ۶

بحث قانونی و قانون‌گذاری مورد احترام قرار گرفت.^۱ لذا می‌توان نقطه عطف قانون‌گذاری در صنعت نفت ایران را قانون ملی شدن صنعت کشور دانست.

پس از ملی شدن صنعت نفت در ایران، موافقت‌نامه‌های امتیازی در عنوان و تا حدودی در محتوا کم‌رنگ‌تر شدند و قوانین مربوط به ملی شدن صنعت نفت نسبتاً در قراردادهای جدید مورد عمل قرار می‌گرفت. از جمله قراردادهای منعقد شده پس از ملی شدن صنعت نفت، قرارداد کنسرسیوم سال ۱۳۳۳ بوده است که اولاً از آنجایی که فروش نفت و گاز در قانون ملی شدن صنعت نفت ممنوع اعلام نشده بود، نام این قرارداد را «فروش نفت و گاز و طرز عملیات آن» نامیدند^۲ تا تعارض ظاهری با قانون ملی شدن صنعت نفت نداشته باشد؛ ثانیاً طرف دوم قرارداد، عامل طرف اول نامیده شده بود که به‌عنوان عاملیت و از جانب شرکت ملی نفت اقدام می‌کرد؛ ثالثاً مالکیت تأسیسات از آن شرکت ملی نفت شناخته شد و رابعاً مالکیت نفت در زیر زمین از آن طرف خارجی نبود، بلکه پس از بالا آمدن و سرچاه به مالکیت او می‌رسید و عملاً با این بند سعی بر این بود که مالکیت منابع نفت و گاز برای دولت میزبان با توجه به قانون ملی شدن صنعت نفت محفوظ بماند.^۳ لذا با ملی شدن صنعت نفت و قانون مربوط به آن عملاً ساختار حکمرانی صنعت نفت ذیل این قانون و در راستای حمایت از منافع ملت و عموم مردم سازمان‌دهی شد.

۲.۴. لایحه قانونی تأسیس وزارت نفت مصوب ۱۳۵۸/۰۷/۰۸

ماده ۱ لایحه مذکور صراحتاً تأسیس وزارتخانه‌ای به نام وزارت نفت را تکلیف می‌نمود. لازم به ذکر است که پیش از انقلاب اسلامی، وزارتخانه‌ای به نام وزارتخانه نفت وجود نداشت؛ چراکه در واقع انجام فعل تجاری توسط یک شرکت دولتی و وابسته به دولت (به واسطه دولتی بودن و ساختار جزیره‌ای چسبیده آن) و به‌صورت پهنه، محال بود، لذا اساساً وجود وزارت نفت مفید فایده به نظر نمی‌رسید و لزومی به تشکیل و تأسیس آن نبود. اما با توجه به اینکه انتخاب مدیرعامل شرکت سهامی نفت ایران توسط شخص شاه انجام می‌شد، به منظور فاصله‌گیری از

۱. جعفریه، احمدرضا، «بررسی تطبیقی قراردادهای بین‌المللی نفتی ایران با قراردادهای نفتی سایر کشورها»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۸۳.

2. Shafiei Khah, Maryam, and Ali Amiri. "Petroleum Contracts in Iran." *European Online Journal of Natural and Social Sciences* 3, 2014, pp 375-382.

۳. شکوهی، محمدرضا و الیاس نادران، «تاریخ تحولات قراردادهای در صنعت نفت ایران (باتاکید بر ۱۳۳۳-۱۳۵۳)»، مجله تاریخ ایران، ۱۳۹۰، ص ۹۳.

دوران استعماری پیش از انقلاب و اجتناب از هر آنچه رنگ و بوی استبداد داشت، تصمیم به تغییر شرکت نفت به وزارتخانه نفت گرفته شد تا این شرکت نیز ذیل دولت و توسط دولت تشکیل شود و عمل کند. به نظر می‌رسد این اقدام نیز نه فقط راه برون‌رفت از تفکرات ضداستعمارگرایانه نبود، بلکه همان شرکت نفت نسبتاً چابک^۱ و نه به صورت تمام‌عیار چابک را به شرکت نفتی کاملاً دولتی تبدیل کرد. بنابراین، علی‌رغم اینکه هدف از تأسیس وزارت نفت و تصویب قوانین نفت، پی‌ریزی شالوده و ساختار حکمرانی صنعت نفت به نحو احسن بود؛ اما در عمل و در میانه راه با دولتی کردن این صنعت و وزارتخانه ذیل آن و درهم‌تنیدگی وزارت یادشده (کارفرما) و شرکت ملی نفت (کارگزار)، کارایی و بهینه بودن صنعت نفت به صورت نامتناسبی تحت‌الشعاع قرار گرفت.

۲.۵. لایحه قانونی متمم لایحه قانونی تأسیس وزارت نفت ۱۳۵۹/۰۳/۲۹

این لایحه که در واقع متمم لایحه قانونی تأسیس وزارت نفت بود و کمتر از یک سال پس از تصویب لایحه قانونی تأسیس وزارت نفت به تصویب رسید، در واقع به منزله تکمیل قانون قبلی به شرکت نفت اجازه تصویب اساسنامه‌های مربوط به شرکت‌های وابسته و تابعه را می‌دهد. لذا مسیر شکل‌گیری ساختار حکمرانی صنعت نفت ایران همچنان به تاسی از قوانین مصوب به سمت دولتی شدن شرکت نفت و ساختارهای ذیل آن پیش می‌رود.

۲.۶. تبصره ۳۸ قانون بودجه ۱۳۵۸/۰۵/۲۷

بر اساس تبصره مذکور^۲ به‌طور کلی رابطه مالی میان دولت و شرکت ملی نفت تغییر یافت؛ چراکه پیش از تصویب قانون بودجه سال ۱۳۵۸ و حتی قبل از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، رابطه مالی میان شرکت ملی نفت و دولت بدین صورت بود که وظیفه فروش نفت بر عهده شرکت ملی نفت بود که در ازای این اقدامات خود پول ناشی از فروش نفت نیز به حساب شرکت

1. Agile

۲. تبصره ۳۸ قانون بودجه ۱۳۵۸/۰۵/۲۷: «قراردادهای فروش نفت وسیله شرکت ملی نفت ایران از طرف دولت امضا و وجوه حاصل از فروش نفت خام به هر صورت و فرآورده‌های نفتی صادراتی مستقیماً به حساب خزانه‌داری کل نزد بانک مرکزی ایران منظور می‌گردد. هر مبلغ که طبق بودجه مصوب شرکت مذکور از محل درآمد عمومی باید در اختیار شرکت ملی نفت ایران گذاشته شود، به ترتیبی که نیازهای شرکت اقتضا کند، از طرف خزانه‌داری کل در اختیار شرکت قرار داده می‌شود. بانک مرکزی ایران مکلف است ارزهای مورد نیاز شرکت ملی نفت ایران را به میزانی که شرکت تغییر خواهد کرد، به شرکت مذکور بفروشد.»

ملی نفت واریز می‌شد و پس از دریافت پول ناشی از فروش توسط شرکت ملی نفت، دولت می‌توانست به شرکت ملی نفت مراجعه و سهم خود از فروش نفت را از او مطالبه کند. ولیکن براساس تبصره ۳۸ قانون بودجه سال ۱۳۵۸، به‌طور کلی این رابطه مالی میان دولت و شرکت ملی نفت بالعکس شد. بدین صورت که با تشکیل وزارت نفت، که جزئی از بدنه دولت و زیرمجموعه دولت محسوب می‌شد، از این پس وظیفه فروش نفت همچنان به عهده شرکت ملی نفت ایران بود؛ با این تفاوت که درآمد حاصل از فروش نفت نه‌فقط به حساب شرکت نفت یا وزارت نفت واریز نمی‌شد، بلکه از این پس به حساب خزانه‌داری دولت واریز می‌شد و این وزارت نفت بود که همچون سایر دستگاه‌های دولتی مکلف می‌شد برای دریافت هزینه‌ها و بودجه خود به دولت مراجعه کند. در واقع این قرارداد و توافق‌نامه به نوعی قرارداد مشارکت در درآمد بود که میان دولت و شرکت ملی نفت منعقد می‌شد.

این نقطه در وابسته‌تر کردن ساختار حکمرانی شرکت ملی نفت ایران به دولت مؤثر است و عملکرد وی را در ورود به عرصه تجارت جهانی نفت با دشواری بیشتری مواجه می‌سازد. البته لازم به ذکر است که اگرچه در گذشته و پیش از انقلاب این ساختار حکمرانی برای شرکت نفت ساختاری تجاری و غیردولتی بوده، فرصت کافی در به‌منصه ظهور رساندن توانایی‌های یک شرکت جدیدالتأسیس و نوپای نفتی نداشت، اکنون نیز با یک ساختار وابسته و دولتی مواجهیم. لذا در اینجا لازم است برای حفظ چابکی و کارایی شرکتی که به‌عنوان تصدی‌گری اقدام به فعالیت‌های تجاری و خصوصی می‌کند، خروج و استخراج از بدنه دولتی را در نظر بگیریم و لازم است اقدامات غیرحاکمیتی و اعمال تصدی و تجاری را به شرکت‌های خصوصی چابک و کارا محول کنیم؛ زیرا همان‌گونه که در ادامه تشریح می‌شود، انجام افعال تجاری ذیل بخش دولتی به واسطه عدم چابکی به‌صورت بهینه محال است.

۳. مبانی خصوصی‌سازی صنعت نفت

خصوصی‌سازی را می‌توان یکی از عوامل مهم در رشد اقتصادی و افزایش بهره‌وری مطرح کرد و با توجه به اینکه ایران به‌عنوان کشوری با منابع و درآمد نفتی شناخته می‌شود، با استفاده از خصوصی‌سازی می‌توان از ناکارآمدی دولت و وابستگی کشور به درآمد نفتی جلوگیری کنیم یا

حداقل از آن بکاهیم.^۱ به عبارت دیگر، خصوصی‌سازی در امر دولتی به معنی دگرگونی کارآمد، جهت تغییر در فضای حاکم بر فعالیت آنها به این گونه است که در عین حفظ تنه اصلی فعالیت، فضای پیشرو تغییر یافته و نحوه عملکرد شرکت به گونه‌ای تأثیرگذار باشد تا انگیزه رقابتی به شکل صحیح بروز پیدا کند.^۲

۳.۱. اصل ۴۴ قانون اساسی

باید توجه داشت که اصل مذکور از دو بخش تشکیل شده است: بخش نخست آن ساختار اقتصاد ایران را به شکل یک ساختار سه‌قسمتی متشکل از بخش‌های دولتی، تعاونی و خصوصی تعریف کرده است. بخش دولتی را با مصادیق احصا و عنوان کرده است که کدام‌یک از فعالیت‌ها باید به صورت انحصاری در مالکیت دولت باشد. بخش تعاونی نیز باید در چارچوب ضوابط در بخش تولید و توزیع شکل بگیرد و بخش خصوصی تکمیل‌کننده فعالیت‌های موجود در دو بخش مذکور است که البته اصل ۴۴ در این قسمت با توجه به چارچوب مشخص شده انعطافی از خود نشان نداده است.

در قسمت دوم اصل ۴۴ با ذکر چهار شرط برای آن مبحث انعطاف‌ناپذیر، نرمشی را در پی می‌گیرد که شامل: مغایر با اصول فصل چهارم قانون اساسی نباشد، در چارچوب شرع باشد، موجب ضرر و زیان به جامعه نشود و رشد و توسعه را نیز تسریع و بهبود بخشد. این اصل بیان می‌دارد که مالکیت در هر سه بخش تا وقتی ادامه می‌یابد که چهار شرط مذکور پابرجا باشد؛ یعنی هر زمان که شروط پابرجا نبوده، مالکیت باید از حوزه آن بخش خارج شود.^۳ نکته حائز اهمیت اینجاست که دولت با تصدی‌گری‌های خود، باعث رشد و توسعه اقتصادی نشده و با اصول دیگر قانون اساسی (که باید به اصل ۴۳ قانون اساسی اشاره کرد که عدم انحصار را مدنظر دارد) اقتصاد ایران باید به گونه‌ای طراحی گردد که نه دولت کارفرمای بزرگ شود و نه بخش خصوصی به صورتی عمل کند تا ثروت در دست گروهی خاص قرار گیرد. بدین معنا که انحصار در بخش خصوصی و دولتی منع شده است.^۴

۱. شفیعی، عطیه، «بررسی چالش‌های خصوصی‌سازی در اقتصاد ایران و مطالعه موردی بر صنعت

نفت»، مجموعه مقالات ششمین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، ۱۳۹۸، ص ۱۲۷.

۲. سهیلی، علی، پیشین، ص ۳۸.

۳. صفری الموتی و وحید دخانی، پیشین، صص ۶-۸.

۴. شفیعی، عطیه، پیشین، ص ۱۲۸.

۳.۲. خصوصی‌سازی و روند آن در صنعت نفت ایران

در دوره قبل از انقلاب اسلامی توسعه و برداشت نفت از طریق شرکت‌های خصوصی خارجی به صورت کنسرسیوم قابل اعمال بود. اما با توسعه صنعت نفت، توجه غالب به موضوع پیش‌رو دولت‌گرا شد و پس از انقلاب نیز این تفکر همچنان به قوت خود باقی ماند. دلایل اصلی این موضوع از منظر اجرایی و حقوقی قابل تأمل است. از جنبه اجرایی دغدغه تأمین انرژی کشور، جدای از خام فروشی و سودآوری و به منظور توسعه منطقه‌ای یکی از علل اصلی این کار بود. از منظر حقوقی نیز اگر چه صنعت نفت طی تاریخ با انبوهی از قوانین و مقررات احاطه شده، اما به ندرت مسائل اصلی به شفافیت تعریف شده‌اند. به عنوان نمونه، عدم تعریف واژگانی همچون ملی شدن، ملی کردن، شرکت ملی، اهداف شرکت (مثلاً حداکثرسازی تولید، حداکثرسازی سود یا حداکثرسازی منافع سهام‌داران)، هویت سهام‌داران یا صاحبان سهام و... مسائلی‌اند که عدم توجه به آنها یکی از ریشه‌های اصلی انحراف اقتصاد از مسیر بهینه بوده است.^۱

مسائل مطروحه سبب شد تا در مسیر تحولات به وقوع پیوسته پس از انقلاب اسلامی در کشور، خصوصی‌سازی دور دوم خود را طی کند؛ لیکن مشکلات مشترکی در مسیر خصوصی‌سازی از ابتدا تاکنون وجود داشته است. در آن زمان وجود بحث انقال و اصولی همچون اصول ۴۳ و ۴۴ قانون اساسی توان بیشتری به این امر بخشید که خصوصی‌سازی امکان‌پذیر نیست. البته وجود بیانیه اول و دوم رهبری در سال‌های ۱۳۸۴ و ۱۳۸۵ در تفسیر اصل ۴۴ بیانگر چنین امری بود که بخش بالادستی نفت همچنان در مالکیت کامل دولت باقی بماند. همچنین به بیان ایشان، صنایع پایین‌دستی نفت شامل پالایشگاه‌های نفت و گاز، صنایع پتروشیمی، شبکه‌های گازرسانی و پیمانکاران خدماتی قابلیت واگذاری به بخش خصوصی را خواهند داشت.^۲

۴. گذار از مرحله دولتی به سمت سلطه خصوصی‌ها

همان‌طور که پیش‌تر درباره رابطه مالی میان شرکت ملی نفت و دولت مطرح شد، بر اساس تبصره ۳۸ قانون بودجه سال ۱۳۵۸، این وزارت نفت و شرکت ملی نفت است که از این پس باید

۱. نادران، الیاس و محمدرضا شکوهی، «بررسی توازن محیط حقوقی و اجرایی در صنعت نفت ایران»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۲۷۹۲، ۱۳۹۱، ص ۶.
 ۲. فغانی تولون، م. سیویلیکا، بازیابی از <https://civilica.com/note/1879>؛ <https://civilica.com> (تاریخ بازدید: ۱۴۰۳/۴/۱۸).

برای دریافت بودجه و سهم خود از آن نفتی که خود به فروش رسانده‌اند، به دولت مراجعه کند. با توجه به این وابستگی دولتی میان صنعت نفت و دولت، طرفین سعی در تعدیل این رابطه چسبیده و ساختار حکمرانی دولتی داشتند و توافق کردند که سهم دولت و سهم شرکت نفت را تعیین کنند و در واقع نوعی مشارکت در درآمد را به وجود آورند. پس از آن و فراتر از مشارکت در درآمد، با توجه به عدم کارایی اقتصادی و عدم موفقیت وزارت نفت در ایفای وظایف خود در حوزه بین‌الملل و حتی در حوزه داخلی، اقتصاددانان به نظریه خصوصی‌سازی روی آوردند و برای رهایی وزارت نفت و شرکت ملی نفت از ساختار حکمرانی دولتی، نظریه خصوصی‌سازی را پیشنهاد کردند؛ لذا در دهه‌های ۸۰ و ۹۰ حرکت در صنعت نفت به سمت خصوصی‌سازی شتابان‌تر شد.

اما اینکه آیا دولت در خصوصی‌سازی شرکت ملی نفت و ساختار نفت موفق بوده است یا خیر، لازم است مفهوم ساده‌ای از خصوصی‌سازی را بیان کنیم. خصوصی‌سازی به‌طور کلی به معنای انتقال اموال و دارایی‌های متعلق به دولت به شخصی غیردولتی یا شرکت‌های خصوصی است، اما اینکه آیا این امر در صنعت نفت میسر شده است یا خیر، جای بحث و بررسی دارد. همان‌طور که می‌دانیم در بحث خصوصی‌سازی در کشور ما دولت اکثر دارایی‌های خود را به صندوق‌های بازنشستگی^۱ فروخته است و علت این امر در واقع در نتیجه خصوصی‌سازی نبوده است، بلکه این صندوق‌های بازنشستگی باید در ازای هر شخصی که بیمه می‌شده است، سهم خود را از دولت دریافت کند و دولت مکلف به پرداخت حق بیمه بازنشستگی اشخاص در مقابل این صندوق‌ها بوده است و اتفاقاً این سهم را از حقوق اشخاص حقیقی و کارمندان در زمان خدمت نیز کسر می‌کردند. اما دولت این مبالغ را با عنوان بدهی به صندوق‌های بازنشستگی در نظر گرفته است که نهایتاً در راستای تأدیه دیون خود به این صندوق‌ها با توجه به عدم نقدینگی تصمیم به انتقال اموال و دارایی‌های خود برای رد دیون داشته است. این اقدامات دولت در تأدیه دیون خود به صندوق‌های بازنشستگی به‌طور اشتباه خصوصی‌سازی نامیده شد. به عبارت دیگر، دولت به‌جای خصوصی‌سازی، اقدام به انتقال اموال و اقتصاد خود به صندوق‌های بازنشستگی کرد که خود زیرمجموعه دولت هستند و عملاً اقدام به خصولتی‌سازی کرده است و هیچ اقدام سرمایه‌گذاری یا سازنده‌ای از سوی این صندوق‌ها امکان‌پذیر نیست؛ چراکه در ابتدای هر ماه،

۱. بزرافکن، فرهاد و حمید گماری، *صندوق‌های بازنشستگی ایران در یک نگاه*، گروه مطالعاتی رفاه و تأمین اجتماعی، مؤسسه راهبردهای بازنشستگی صبا، نهاد پژوهشی صندوق بازنشستگی کشوری، ۱۳۹۸، ص ۲۴.

این صندوق مکلف به پرداخت مبالغ هنگفتی با عنوان حقوق بازنشستگی به بازنشستگان است و عملاً امکان فعالیت سرمایه‌گذاری و اقدامات دیگر از سوی آنها منتفی خواهد بود.

۵. راهکار برون‌رفت با عنوان «نظریه استخراج»

با توجه به مطالبی که پیش‌تر بیان شد، به این نتیجه رسیدیم که ساختار حکمرانی فعلی صنعت نفت کشور به دلیل دولتی بودن یا خصوصی شدن در برخی بخش‌های پایین‌دستی، چندان جوابگوی مدیریت حضور در عرصه بین‌المللی نخواهد بود. بنابراین نیاز به یک حکمرانی و اولویت‌بندی بهینه در ساختار فعلی انکارناپذیر است.

یکی از نظریات مهم اقتصادی که در این زمینه می‌تواند ما را به یک تصمیم‌گیری درست رهنمون سازد، نظریه «اقتصاد هزینه مبادله» به عنوان زیرمجموعه‌ای از اقتصاد نهادگرایی جدید، تلفیقی از علوم اقتصاد، سازمان و حقوق است که چهره معروف آن، یعنی اولیور ویلیامسون، توانسته جایزه نوبل اقتصادی در سال ۲۰۰۹ میلادی را به خود اختصاص دهد. مسئله محوری در «اقتصاد هزینه مبادله»، چگونگی تبعیت نهادها از ویژگی‌های مبادلات است که اتخاذ تصمیم ساخت یا خرید یا ادغام عمودی را می‌توان به عنوان مصداق اصلی آن به حساب آورد. این نظریه برای پاسخ به مسائل مدیریتی بنگاه به‌ویژه یافتن راه‌حلی برای این سؤالات است که بنگاه چه اموری را خود به عهده گیرد و چه فعالیت‌هایی را از طریق بنگاه‌های مستقل بازاری انجام دهد، تدوین یافته است. به بیان دیگر، هر موضوعی که در قالب تصمیم ساخت یا خرید یا ادغام عمودی قابل فرموله کردن باشد، با استفاده از ادبیات «اقتصاد هزینه مبادله» نیز قابل تحلیل است.^۱

به‌طور خلاصه، نظریه موصوف در چهارسطح به تحلیل مسائل می‌پردازد: در سطح یک مسائل مرتبط با مذهب، سنت‌ها، هنجارها و... را بررسی می‌کند؛ سطح دو به اقتصاد حقوق مالکیت می‌پردازد؛ در سطح سوم نهادهای سازمان‌دهی قرار دارد و سازمان‌دهی روابط قراردادی و مدیریت آنها در کانون تحلیل قرار می‌گیرند^۲ و سطح چهارم نیز متضمن اقتصاد نئوکلاسیک^۳ و تئوری کارگزار^۴ است.^۵

۱. نادران، الیاس و محمدرضا شکوهی، پیشین، ص ۱۵۹.

۲. همان، ص ۱۶۰.

۳. اقتصاد نئوکلاسیک عمدتاً بر پذیرش فراگیر نقش ابزارهای اقتصادی و نفی چشم‌گیر نهادها در تحلیل‌ها بنا شده است.

4. Agency Theory.

5. Gibbons, Robert, "Transaction-Cost Economics: past, present and Future"? Scand. J. of Economics, . 2010 112(2).pp 278-9.

نظریه یادشده می‌تواند در جهت ناپدید کردن هرج و مرج، کم‌رنگ شدن نقش دولت، حداقل سازی اندازه دولت، استفاده از مکانیسم بازار و دست نامرئی قدرتمند (البته در صورتی که از طریق سیستم و محیط ذی‌ربط امکان تعریف و اعمال حقوق مالکانه فراهم آمده باشد)، حداکثر سازی مطلوبیت همراه با انتخاب عقلایی کنش‌گران، صفر بودن هزینه‌های مبادلاتی، مشخص بودن حقوق مالکیت در بازارهای رقابتی، مشخص و ثابت بودن ترجیحات، تعادلی بودن پیامدها، داوطلبانه بودن مبادلات^۱ و... و به منظور رسیدن به یک حکمرانی مطلوب کارایی داشته باشد.

لذا منطبق با نظریه اعلامی در وهله اول به منظور رسیدن به یک حکمرانی بهینه در صنعت نفت و کم‌رنگ شدن نقش دولت، باید از ساختار اصلی وزارت نفت و دولتی بودن آن شروع کرد و در مراحل بعدی حذف ساختارهای ناکارآمد و موازی در زیرمجموعه‌های دخیل در این صنعت باید ملحوظ نظر قرار گیرد.

شایان ذکر است که اقدامات یادشده در قالب نظریه استخراج قابل شناسایی‌اند؛ بدین معنی که شرکت ملی نفت و سایر ساختارهای بخش انرژی را باید از دل دولت استخراج ساختار حکمرانی دولتی را به بخش خصوصی واگذار و از دولت منتزع کنیم. به عبارت دیگر، نظریه استخراج بدین معناست که باید ساختارهای انرژی را از بدنه دولت جدا و ذیل یک گروه انرژی مجدداً حکمرانی کرد که دولت صرفاً متصدی تعیین رئیس این گروه باشد و مابقی سازمان ذیل ساختار منظم بخش خصوصی حکمرانی شود. تجربه‌ای که قبلاً در خصوص بانک مرکزی، بیمه مرکزی و بورس آزموده شد و در ذیل ساختار فعلی برای آنها حکمرانی مجدد ترسیم شد. در حوزه صنعت نفت و گاز نیز باید همین مسیر را طی کرد تا به تفوق و برتری دست یافت.

بنابراین لازم است تمام یا حداقل بخشی از سهام شرکت‌های اکتشاف و تولید، پتروپالایش، گاز و... ذیل ساختار گروه شرکت‌های انرژی حکمرانی مجدد شوند. در این بین، شرکت گاز گزینه راحت‌تری است و می‌توان همه یا درصدی از سهام آن را به بورس عرضه کرد و آنگاه مدیریت آن را به گروه انرژی واگذار کرد. فقط نکته مهم اینکه شرکت گاز مانند یک بدن است و خطوط لوله آن به مثابه رگ‌های بدن؛ لذا به هیچ عنوان نباید این بدن را تکه‌تکه کرد؛ امری که به هنگام خصوصی سازی پتروشیمی‌ها رخ داد و نتایج چندان مطلوبی نداد و اگر این اشتباه در مورد

۱. کوتر، رابرت و یولن تامس، *حقوق و اقتصاد*، مترجم دادگر، یداله و حامده اخوان هزاوه، انتشارات نورعلم، ۱۳۹۲، ص ۴۱.

شرکت گاز تکرار شود و پالایشگاه‌ها و شرکت‌های استانی آن تکه‌تکه شوند، این شرکت یکپارچگی مدیریتی خود را از دست می‌دهد و شاید نتایج فاجعه‌باری پدید آید و ساختار حکمرانی انرژی کشور بیش از وضعیت کنونی آسیب بیند.

لیکن بدون تردید در نقشه راه هرگونه تفکیک و وگذاری وظایف در صنعت مورد بحث، می‌توان از اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی فرایندهای حقوقی به‌عنوان ابزاری قدرتمند در دست حقوق‌دانان، قانون‌گذاران، قضات، سیاست‌گذاران و سایر دست‌اندرکاران، در راستای تنظیم رفتار مردم و مخاطبان قانون در جهت تحقق حکمرانی خوب بهره‌جست و از این مجرا با توجه به هدف قوانین که تغییر رفتارهاست، افزایش یا کاهش سطح و دامنه فعالیت‌های مختلف و اینکه افراد یا مؤسسات، یک فعالیت را جایگزین دیگری کنند، امری پذیرفته شده است.^۱

۶. توسعه توانمندی فناورانه و فعالیت در حوزه‌های با ارزش افزوده بالا در زنجیره ارزش نفت به منظور بهبود حکمرانی

زنجیره ارزش نفت از چهار حلقه اصلی «اکتشاف و تولید»، «پالایش»، «پتروشیمی» و «صنایع پایین دستی پتروشیمی» (شامل صنایع پلیمری و صنایع شیمیایی) تشکیل شده است. از سوی دیگر، زنجیره مذکور قابلیت ارزش‌آفرینی و خلق ثروت از منابع طبیعی را دارد. از همین رو کشورهای مختلف با توجه به شرایط و اقتضائات داخلی خود، راهبردشان را این‌گونه انتخاب کرده‌اند که در کدامیک از حلقه‌های مذکور حضور جدی‌تر و پررنگ‌تری داشته باشند. به‌عنوان نمونه، آلمان و کره جنوبی با توجه به نبود منابع نفت و گاز داخلی، از حلقه پالایش تا صنایع پایین دستی پتروشیمی را به‌خوبی توسعه داده‌اند و در واقع بدین‌صورت خلأ واردات نفت خام را با ایجاد ارزش افزوده بالا جبران کرده‌اند^۲ 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. ایران با وجود داشتن ذخایر فراوان نفت و گاز،

۱. قاسمی، مجتبی و یاس علیاری، «جایگاه و کاربرد اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، ۱۴۰۲، شماره ۲، صص ۱۱۳-۱۱۴.

۲. آبیاری، محمدرضا، ابوالحسن فقیهی و وحید چناری، «طراحی الگوی حکمرانی شرکت ملی مناطق نفت‌خیز جنوب: مطالعه‌ای در ابعاد پایداری شرکتی»، فصلنامه علوم مدیریت ایران، سال چهاردهم، ۱۳۹۸، شماره ۵۶، ص ۳.

هنوز به جایگاه واقعی خود در خصوص مصرف و تولید بهینه از منابع انرژی، تولید فرآورده‌های نفتی و محصولات پتروشیمی نرسیده است.^۱ به‌ویژه اینکه صنعت نفت در کلیه حلقه‌ها فناورمحور است، لیکن توان فناورانه صنعت مذکور در ایران در حد مطلوبی نیست و الگوی کسب و کار مسلط در این حوزه، الگوی کسب و کار بهره‌برداری از منابع هیدروکربنی^۲ است.^۳

لذا از آنجایی که هر کشوری به منظور افزایش ارزش افزوده در صنعت نفت، دو راه «استفاده از آن به عنوان سوخت» و «استفاده از آن به‌عنوان ماده اولیه برای تولید مواد پتروشیمیایی»^۴ را پیش‌روی دارد، بدون تردید کشوری در صنعت نفت موفق است که با بهره‌گیری از الگوی منطقی و رقابتی کسب و کار در صنعت اخیر و با استفاده از فناوری‌های نوین به‌سمت تکمیل زنجیره ارزش افزوده در صنعت مورد بحث گام بردارد.

مضافاً اینکه با توجه به عوارض خام‌فروشی نفت، مانند تحریم‌پذیر شدن اقتصاد کشور، توسعه زنجیره ارزش نفت و گاز از اهمیت خاصی برخوردار است. در ارزیابی اسناد بالادستی در حوزه انرژی کشور شامل «سیاست‌های کلی نظام بخش انرژی»، «سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی»، «قوانین برنامه‌های توسعه»، «سند ملی راهبرد انرژی کشور» و «طرح جامع انرژی» مشخص می‌شود که این اسناد، قانون و مقرراتی را که مشوق خام‌فروشی باشد، ندارند و همگی بر تکمیل زنجیره ارزش نفت خام و جلوگیری از صادرات نفت خام دارد. لیکن ذی‌نفع بودن دولت از خام‌فروشی شرکت ملی نفت ایران، مانعی بزرگ برای رسیدن به توسعه زنجیره ارزش نفت و گاز مطابق با اسناد بالادستی است.^۵

لذا سیاست‌گذاران کشور باید با اصلاح روابط مالی وزارت نفت به نحوی عمل کنند که انگیزه شرکت ملی نفت در فروش داخلی نفت خام و میعانات گازی در راستای به‌کارگیری در حوزه‌های

۱. زارعی، محمدحسین، امیر کارگر، احمد پنجه‌پور و امین لطیفی، «بررسی سیاست‌های قیمت‌گذاری خوراک

صنعت پتروشیمی در ایران»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، ۱۴۰۲، شماره ۲، ص ۱۲.

۲. در این الگو، نفت خام، دارایی رایگان طبیعی قلمداد می‌شود که باید استخراج، بهره‌برداری و فروخته شود.

۳. بندریان، رضا، «بررسی سیاست‌های مورد استفاده برای ارتقای توانمندی‌های فناورانه در صنعت نفت ایران و تبیین دلایل عدم موفقیت آنها»، ماهنامه علمی اکتشاف و تولید نفت و گاز، ۱۳۹۹، شماره ۱۹۳، ص ۵۷.

۴. غلامعلی‌پور، افشین، راهبردها و الزامات توسعه زنجیره ارزش نفت و گاز، گزارش سیاستی اندیشکده اقتصاد مقاومتی، ۱۴۰۱، ص ۱۳.

۵. جمالی، غلامرضا و مرضیه فلاح، «چابکی زنجیره تأمین کسب و کارهای پشتیبانی‌کننده تجهیزات

صنعت نفت و گاز و پتروشیمی»، کاوش‌های مدیریت بازرگانی، دوره ۹، ۱۳۹۶، شماره ۱۷، ص ۴۷.

با ارزش افزوده بالا بیش از صادرات این دو ماده هیدروکربوری باشد و مسیر رهایی کشور از خام‌فروشی و توسعه زنجیره ارزش نفت و گاز را هموار کنند و از ظرفیت شرکت‌های دانش‌بنیان در بخش خصوصی به منظور تکمیل زنجیره صنعت نفت بهره برند.

به عنوان نمونه، مطابق پیش‌بینی کارشناسان نفتی، تقاضای جهانی برای محصولات پتروشیمی سالانه حدود ۴/۵ درصد رشد خواهد داشت؛ در صورتی که افزایش تقاضای فرآورده‌های نفتی رو به کاهش است.^۱ بنا به گزارش منتشره از سوی اداره اطلاعات انرژی آمریکا (EIA) که به بررسی آینده بازار محصولات پایین‌دستی پتروپالایشگاهی پرداخته، نشان می‌دهد تا سال ۲۰۵۰ تولید مواد پایین‌دستی پتروپالایشی با افزایشی بیش از دوبرابر و تقاضای آنها با افزایش بیش از ۵۰ درصد همراه خواهد بود. این موضوع به دلیل گسترش سریع سرانه مصرف مواد پتروشیمیایی در کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه است.^۲ بنابراین باید محصولات نفت و گاز کشور را به سمت توسعه صنعت پتروشیمی و ایجاد ارزش افزوده بیشتر هدایت کرد و به منظور حصول پیشرفت، بهره‌مندی از ظرفیت شرکت‌های دانش‌بنیان جهت تولید محصولات متنوع، تولید کاتالیست، تجهیزات کلیدی صنعت پتروشیمی، تکمیل زنجیره ارزش پتروشیمی‌های گازی و مایع و راه اندازی پتروپالایش^۳ می‌تواند راهگشا باشد.

لیکن علی‌رغم قابلیت‌های شرکت‌های موصوف از یک سو و اجرایی شدن سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و فضا دادن به بخش خصوصی از سوی دیگر، اما در واگذاری سهام به بخش خصوصی بخش عمده‌ای از سهام پتروشیمی به مجموعه‌های عمومی داده شد و تنها رقمی معادل ۹ درصد از سهام پتروشیمی به بخش خصوصی واگذار شد و مابقی سهام در قالب سهام عدالت به دولت یا سایر شرکت‌های عمومی که به طور غیرمستقیم زیر نظر دولت هستند، ارائه شده است. این واگذاری‌ها عملاً گرهی از مشکلات صنعت پتروشیمی باز نکرد^۴ و عملاً منجر به ایجاد تغییر در نظام حکمرانی صنعت نفت نشد. مضافاً اینکه تقویت حضور بخش

۱. جعفرزاده، محمدحسین، ملاحظات تحلیلی چشم‌انداز توسعه صنعت پتروشیمی ایران در افق ۱۴۰۴، پایگاه خبری تحلیلی پتروشیمی: (<http://www.petrotahlil.com>)؛ آخرین بازدید: ۱۷/۴/۱۴۰۳).

2. <https://www.eia.gov/analysis/petroleum/ner refining/prelim> (Last visited: 7-7-2024).

۳. شهبازی، علیرضا، «چشم‌انداز صنعت نفت و گاز ایران در افق ۱۴۰۴، بایدها و نبایدها»، مجموعه مقالات اولین کنفرانس بین‌المللی نفت، گاز، پتروشیمی و نیروگاهی، تهران، ۱۳۹۱، ص ۲۹.

4. <https://pimw.ir/failure-of-the-petrochemical-privatization-project/> (last visited: 7-7-2024).

خصوصی در اقتصاد با اهدافی از جمله افزایش کارایی، کاهش اندازه دولت، بهبود سیستم مدیریت و کاهش هزینه‌ها صورت می‌گیرد. این در حالی است که این اعمال در خصوصی‌سازی‌های صورت گرفته در صنعت نفت به‌ویژه پتروشیمی محقق نشده است. لذا حدود مشکلات فوق اهمیت کاربرد نظریه استخراج را بیش از پیش نمایان می‌کند.

۷. بررسی تطبیقی مدل حکمرانی نروژ در صنعت نفت

علت انتخاب کشور نروژ به منظور بررسی تطبیقی این است که در حوزه حکمرانی صنعت نفت، همواره از مدیریت این کشور به‌عنوان یک الگوی موفق یاد شده و در شاخص‌های مختلف حکمرانی امتیازهای بالایی دارد. شاخص حکمرانی منابع (RGI)^۱ از مؤسسه حکمرانی خوب منابع طبیعی (NRGI)^۲ تا به امروز جامع‌ترین مقیاس از کیفیت حکمرانی در کشورهای غنی از منابع نفت و گاز و مواد معدنی را ارائه داده است. این شاخص براساس سه عنصر محاسبه می‌شود: (۱) ارزش‌آفرینی که حکمرانی مربوط به تخصیص حقوق استخراج، اکتشاف، تولید، حفاظت از محیط‌زیست، تجمیع درآمد و بنگاه‌های دولتی را پوشش می‌دهد. (۲) مدیریت درآمد که بودجه‌ریزی دولتی، تسهیم درآمد حاصل از منابع طبیعی در سطوح ملی و صندوق‌های ثروت ملی را دربر دارد. (۳) محیط توانمندساز که شامل مسئولیت‌پذیری، کارآمدی دولت، کنترل فساد، کیفیت مقررات‌گذاری، حاکمیت قانون، ثبات سیاسی و در دسترس بودن اطلاعات می‌شود. در آخرین رتبه‌بندی کلی (۲۰۱۷)^۳ شاخص RGI از میان ۸۹ کشور ایران با امتیاز ۳۸ در رتبه ۶۲ و در وضعیت بسیار ضعیف^۴ و نروژ با امتیاز ۸۶ در رتبه اول و در وضعیت خوب^۵ قرار دارد. رتبه خوب نروژ ریشه در مقررات‌گذاری و نقش نهادهای کلیدی در صنعت نفت این کشور دارد که با تفکیک مسئولیت‌ها و نقش‌ها به مدلی مناسب تحت عنوان مدل نروژی دست یافته است.^۷

1. Resource Governance Index

2. Natural Resource Governance Institute

۳. رتبه‌بندی سال‌های بعدی میان تعدادی از کشورها صورت پذیرفته به‌عنوان نمونه در سال ۲۰۲۱ رتبه‌بندی میان ۱۸ کشور انجام شده است.

۴. کشور از برخی رویه‌های حکمرانی منابع برخوردار بوده، اما فاقد بسیاری از منافع لازم برای منتفع کردن جامعه است.

۵. کشور قوانین و رویه‌ها را به گونه‌ای پایه‌ریزی کرده که ثروت حاصل از منابع معدنی، شهروندان را منتفع نموده است؛ هرچند که ممکن است هزینه‌هایی برای جامعه داشته باشد.

6. Resource Governance Index (<https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/2017-resource-governance-index.pdf>, 2017.

7. <https://resourcegovernance.org/data-and-tools>. (last visited: 6-7-2024.)

لازم به ذکر است از نظر تاریخی، در گزارش رسمی جامع سال ۱۹۷۱ نروژ، «۱۰ فرمان نفتی» شرح داده شده بود که سالیان متمادی خط‌مشی نفتی نروژ را هدایت می‌کرد؛ با این حال در هیچ‌یک از فرامین آن به حضور و مشارکت بخش‌های وسیع‌تر جامعه در تدوین سیاست‌ها اشاره نشده بود و فرض بر این بود که دولت خودش بی‌واسطه به امور رسیدگی خواهد کرد. پس از حدوث اتفاقات تاریخی در عرصه صنعت نفت نروژ، احساس شید که مدیریت مؤثر و کارآمد بخش نفت و گاز مستلزم تعریف دقیقی از مسئولیت‌ها و تفکیک نقش‌ها است. لذا از سال ۱۹۷۲، نروژ اقدام به تفکیک سیاست‌گذاری، مقررات‌گذاری (تنظیم‌گری) و فعالیت‌های تجاری (تصدی‌گری) در مدیریت دولتی بخش نفتی خود کرده است. این رویکرد تحسین صاحب‌نظران را برانگیخته و باعث شده تا کشورهای دیگر به دنبال تقلید از این مدل نروژی به‌عنوان یک مدل استاندارد و طراحی بوروکراتیک مناسب برای بخش نفت و گاز باشند. در آسیا و آفریقا، دولت‌ها در حال بررسی مدل نروژی به‌عنوان ابزاری برای ارتقای پویایی و حکمرانی خوب هستند. در کشورهای آمریکای لاتین نظیر برزیل و کلمبیا نیز سیاست‌گذاران پس از دهه‌ها وظایف مربوط به مقررات‌گذاری را از شرکت‌های ملی نفت به نهادهای مستقل واگذار کرده‌اند.^۱

مطالعاتی که درخصوص مدل نروژ صورت گرفته است، نشان می‌دهد که رویکرد تفکیک وظایف و کارکردها به دلایل ذیل به بهبود عملکرد بخش نفتی نروژ کمک کرده است؛ نخست، با تفکیک وظایف شرکت ملی نفت به‌صورت اختصاصی‌تری بر فعالیت‌های تجاری تمرکز کرده و بدین ترتیب عملکرد عملیاتی خود را بهبود بخشیده و بازده مالی کوتاه یا بلندمدت را برای دولت افزایش دهد. دوم، با ایجاد نهادهای مستقل سیاست‌گذاری و قانون‌گذاری، توان دولت در نظارت بر عملکرد شرکت ملی و نیز مقایسه با بازیگران مختلف صنعت بهبود یافته و در نتیجه عملکرد کلی بهتر شده است.^۲

نروژ در توسعه توانمندی فناورانه و فعالیت در حوزه‌های با ارزش افزوده بالا نیز کاملاً موفق بوده و می‌تواند الگویی برای سایر کشورهای برخوردار از منابع باشد. کسب و کار صنعت نفت در

1. Norway's Oil History in 5 Minutes (<https://www.regjeringen.no/en/topics/energy/oil-and-gas/norways-oil-history-in-5-minutes/id440538/>) Last visited:6-7-2024).

2. Ramirez-Cendrero, Juan M., and Eszter Wirth. "Is the Norwegian Model Exportable to Combat Dutch Disease?" Resources Policy, 2016, p. 89.

نروژ مبتنی بر توانمندی فنی و مهندسی و زیرساخت‌های قوی تکنولوژیکی است و بیشتر درآمد این کشور از صنعت نفت به قابلیت‌های نوآوری آن باز می‌گردد.^۱

در حوزه فعالیت‌های تصدی‌گری نیز شرکت ملی نفت نروژ (استات‌اویل) شخصیت شرکتی مستقل از دولت نروژ است که حدود ۳۰ درصد مالکیت آن خصوصی شده است. با رشد تخصص نروژ در زمینه نفت و منابع هیدروکربوری ارتباط رسمی بین استات‌اویل و دولت قطع و بسیاری از امتیازات آن لغو شد. این شرکت در فضای رقابتی داخلی و خارجی حضور داشته و به مرور زمان به شرکت بین‌المللی فعال تبدیل شده است. از سوی دیگر هیچ‌یک از کارکنان دولت نروژ اجازه حضور در هیئت مدیره شرکت‌های دولتی نفتی را ندارند.^۲

در قیاس نحوه حکمرانی در صنعت نفت نروژ و ایران، تمایز واضحی به چشم می‌خورد. بدین ترتیب که برخلاف شرکت استات‌اویل، مالکیت شرکت ملی نفت ایران صد درصد دولتی بوده و این شرکت حضوری در بازارهای بین‌المللی ندارد. از سوی دیگر، ماده ۵ اساسنامه سال ۱۳۹۵ شرکت ملی نفت ایران، وظیفه این شرکت را مدیریت و راهبری فعالیت‌های تصدی و انجام دادن عملیات بالادستی نفت و صنایع وابسته و نیز تجارت نفت در داخل و خارج از کشور در راستای تحقق سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی دانسته است و همان‌گونه که اشاره شد، وظیفه سیاست‌گذاری و حکمرانی در عمل در اختیار شرکت ملی نفت است. مضافاً اینکه برخلاف مدل نروژی، وزیر نفت به عنوان رئیس مجمع شرکت ملی، حضور پررنگی در مدیریت آن دارد و هیئت مدیره شرکت نیز با پیشنهاد وزیر نفت و تصویب مجمع منصوب می‌شوند.

نتیجه‌گیری

از آنجایی که نفت مورد توجه بسیاری از دولت‌های فعال در این عرصه قرار گرفته و در جهان کنونی برخورداری و نحوه مدیریت آن جهت خلق ارزش (Value Creation Index; VCI) از نمادهای برتری کشورها محسوب می‌شود؛ این در حالی است که ساختارهای حکمرانی فعلی

1. Hilson, A. E., & Ovadia, J. S. "Local content indeveloping and middle-income countries: Towards a more holistic strategy". *The Extractive Industries and Society*, 7(2), 2020, p 254.

۲. معاونت پژوهش‌های زیربنایی و امور تولیدی دفتر مطالعات انرژی، صنعت و معدن، «بررسی قانون نفت نروژ از منظر نحوه واگذاری میادین نفت و گاز، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی»، ۱۳۹۷، شماره مسلسل: ۱۵۸۵۸، ص ۶.

صنعت نفت ایران نقش فعالی را در حوزه بین الملل برنمی‌تابد و ایران به‌عنوان یکی از بزرگ‌ترین دارندگان منابع هیدروکربوری دنیا، به دلیل ساختار معیوب حکمرانی، نتوانسته موقعیت خود را در جهان تجارت تثبیت کند.

عدم حکمرانی مناسب در صنعت نفت سبب می‌شود، نوسانات سیاستی اجرای برنامه‌های استراتژیک بلندمدت را مختل کند. این در حالی است که حکمرانی خوب و درجه‌ای از استقلال مالی و تصمیم‌گیری می‌تواند این حوزه را از نوسانات محافظت کند. از سوی دیگر، متکی بودن به بودجه دولتی، سرمایه‌گذاری شرکت ملی نفت و برنامه‌ریزی بلندمدت آن را دشوار می‌کند. بنابراین نحوه اصلاح نظام حکمرانی، صنعت مورد بحث را به سمت توانمندسازی بیشتر رهنمون می‌سازد. مطابق تجربیات کشورهای موفق از جمله نروژ در این عرصه، مدل موفق مدلی است که وظایف وزارتخانه (ناظر بر سیاست‌گذاری) و نهاد مقررات‌گذاری (با مسئولیت‌های غیرتجاری نظیر واگذاری مجوز و صیانت از قوانین موجود) و نهاد تجاری را به درستی ترسیم نماید. زیرا اساساً ساختار دولتی نمی‌تواند تجاری عمل کند و مجموعه‌های دولتی از چابکی لازم برای انجام وظایف برخوردار نیستند. لذا در ساختار حکمرانی فعلی وزارت نفت و شرکت‌های زیرمجموعه آن که به‌شدت دولتی بوده و دارای ساختاری چسبیده و وابسته به دولت هستند، عملاً فعالیت‌های تجاری را برنمی‌تابند و اگر مجبور به ایفای آن شوند، قطعاً بهینه و کارا نخواهند بود.

در این راستا، به منظور حفظ برتری و تفوق کشور در هندسه جهانی انرژی، الزامات ساختاری ایفای نقش مؤثر جمهوری اسلامی ایران از حیث تقنینی و عملکردی نیازمند تغییر و بهبود است که پیش‌نیاز رسیدن به این هدف تغییر نگرش در سیاست‌گذاری صنعت نفت است. لذا پیشنهاد می‌شود با توجه به اینکه اقتصاد ایران منابع محور است، ناکارایی نهادی در حوزه حکمرانی صنعت نفت مورد آسیب‌شناسی قرار گرفته و در جهت ارتقای کیفیت اداره عمومی نهادها در این حوزه بخش‌های رقابت‌پذیر و رقابت‌ناپذیر صنعت نفت از هم تفکیک شوند. به منظور دستیابی به این مهم، بدو باید با تفکیک کارکردهای حکمرانی خوب بخش نفت شامل سیاست‌گذاری، راهبردگذاری، تصمیم‌سازی عملیاتی و نظارت و تنظیم‌گری برای تحقق تعامل مقتضی میان بازیگران اصلی (دولت، مجالس قانون‌گذاری، مردم، سرمایه‌گذاران و شرکت‌های عملیاتی) اعمال حاکمیتی از تصدی‌گری بخش نفت منفک شود.

با توجه به تجربیات جهانی، جایگزینی و عقب‌نشینی دولت با سرمایه‌گذاران و شرکت‌های عملیاتی در قالب اصلاحات کارکرد تنظیم‌گری می‌تواند به بهبود حکمرانی منتهی شود. بدین شرح که فعالیت در صنعت نفت در بخش مربوط به سرمایه‌گذاری، خرید، فروش و بازاریابی، از جمله افعال تجاری تلقی و متعاقب آن با اعمال نظریه استخراج، لازم است ساختار حکمرانی بخش انرژی را از دولت استخراج و در ذیل یک ساختار انرژی جدید حکمرانی مجدد کرد و این حوزه به متخصصان مربوطه، شامل شرکت‌های تجاری خصوصی فعال، واگذار شود تا بتوانند عملکرد بهینه‌ای داشته باشند و برآیند این تغییر نگرش، تضمین‌کننده رقابت‌پذیری این صنعت خواهد بود. به عبارت واضح‌تر، ضرورت توجه به تفکیک وظایف حاکمیتی و تصدی‌گری در صنعت نفت به منظور اعمال سیاست تنظیم‌گری بهینه برای تحقق سیاست‌گذاری‌های عمومی و فاصله گرفتن از مدل تنظیم‌گری حاکمیتی صرف در بهبود ساختار حکمرانی می‌تواند مآثر باشد.

متعاقب اعمال نظریه استخراج به منظور موفقیت در تکمیل زنجیره ارزش، حضور فعال شرکت‌های دانش‌بنیان در حوزه صنعت نفت و بهره‌گیری از فناوری‌های نوین از جمله هوش مصنوعی می‌تواند به افزایش تولید و کاهش هزینه‌ها منجر شود. لذا قانون‌گذار باید برای حکمرانی مجدد به‌ویژه حضور بخش خصوصی در صنعت نفت با نوآوری فناورانه، قانونی مدون و شفاف در نظر داشته تا کارآمدی را در این صنعت بزرگ شاهد باشیم و حکمرانی انرژی بهبود یابد. به موازات تغییرات مورد اشاره، اساسنامه شرکت ملی نفت به دلیل برخی ابهامات نظیر درآمد شرکت، نوع ارتباط دولت-شرکت نیازمند اصلاحاتی است تا ضمن مرتفع کردن چالش‌های ساختاری، سیاست‌گذاری و حاکمیت در صنعت نفت، چارچوب استقلال هویتی و عملکردی شرکت نفت و وزارت نفت تبیین شود.

منابع

کتاب

۱. حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، **حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری**، تهران: موسسه تیسا ساغر مهر، ۱۳۹۶.
۲. کوتر، رابرت و یولن تامس، **حقوق و اقتصاد**، مترجم دادگر، بداله و حامده اخوان هزاوه، انتشارات نورعلم، ۱۳۹۲.

۳. نورث، داکلاس سی، **نهادها، تغییرات نهادی و عملکرد اقتصادی**، مترجم محمدرضا معینی، انتشارات سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، ۱۳۸۵.

مقاله

۴. آبیاری، محمدرضا، ابوالحسن فقیهی و وحید چناری، **طراحی الگوی حکمرانی شرکت ملی مناطق نفت خیز جنوب: مطالعه‌ای در ابعاد پایداری شرکتی**، فصلنامه علوم مدیریت ایران، سال چهاردهم، ۱۳۹۸، شماره ۵۶، صص ۱-۲۴.

۵. بزرافکن، فرهاد و حمید گماری، **صندوق‌های بازنشستگی ایران در یک نگاه**، گروه مطالعاتی رفاه و تأمین اجتماعی، مؤسسه راهبردهای بازنشستگی صبا، نهاد پژوهشی صندوق بازنشستگی کشوری، ۱۳۹۸، صص ۱-۴۵.

۶. بندریان، رضا، **بررسی سیاست‌های مورد استفاده برای ارتقای توانمندی‌های فناوریانه در صنعت نفت ایران و تبیین دلایل عدم موفقیت آنها**، ماهنامه علمی اکتشاف و تولید نفت و گاز، ۱۳۹۹، شماره ۱۹۳، صص ۵۷-۷۰.

۷. بیات، بهرام، **حکمرانی خوب و هندسه قدرت جهانی**، مجموعه مقالات دومین همایش ملی حکمرانی اسلامی، ۱۴۰۰، صص ۱۰۲-۱۲۳.

۸. جمالی، غلامرضا و مرضیه فلاح، **چابکی زنجیره تأمین کسب و کارهای پشتیبانی‌کننده تجهیزات صنعت نفت و گاز و پتروشیمی، کاوش‌های مدیریت بازرگانی**، دوره ۹، شماره ۱۷، صص ۳۱-۵۳.

۹. حسن‌زاده شوئیلی، مریم، **تأثیر مدیریت دولتی بر خصوصی‌سازی صنعت نفت و گاز در ایران**، اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق، مدیریت، علوم تربیتی، روانشناسی و مدیریت برنامه ریزی آموزشی، ۱۴۰۲.

۱۰. دخانی، وحید، **تاریخچه فعالیت‌های بالادستی صنعت نفت ایران در سده گذشته**، ماهنامه علمی- ترویجی اکتشاف و تولید نفت و گاز، ۱۳۸۷، شماره ۵۰، صص ۶-۸.

۱۱. زارعی، محمدحسین، امیر کارگر، احمد پنجه‌پور و امین لطیفی، **بررسی سیاست‌های قیمت‌گذاری خوراک صنعت پتروشیمی در ایران**، فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، دوره ۱، ۱۴۰۲، شماره ۲، صص ۱۱-۳۸.
۱۲. سهیلی، علی، تأثیر خصوصی‌سازی بر صنعت نفت و گاز در ایران، مجموعه مقالات دومین همایش بین‌المللی فقه و حقوق، وکالت و علوم اجتماعی، دبیرخانه دائمی کنفرانس، ۱۳۹۷، صص ۲۳۱-۲۵۷.
۱۳. شفیعی، عطیه، بررسی چالش‌های خصوصی‌سازی در اقتصاد ایران و مطالعه موردی بر صنعت نفت، مجموعه مقالات ششمین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، ۱۳۹۸، صص ۱۴۷-۱۶۷.
۱۴. شکوهی، محمدرضا و الیاس نادران، **تاریخ تحولات قراردادهای صنعت نفت ایران (با تأکید بر ۱۳۳۳-۱۳۵۳)**، مجله تاریخ ایران، ۱۳۹۰، صص ۷۷-۱۱۰.
۱۵. شیروی، عبدالحسین و فرشید فرحناکیان، **ابعاد حقوقی تنظیم‌گری مناسب در حکمرانی خوب صنعت نفت ایران**، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۶، پاییز و زمستان، مهر ۱۳۹۹، شماره ۲، صص ۳۵۷-۳۸۲.
۱۶. شهبازی، علیرضا، **چشم‌انداز صنعت نفت و گاز ایران در افق ۱۴۰۴، بایدها و نبایدها**، مجموعه مقالات اولین کنفرانس بین‌المللی نفت، گاز، پتروشیمی و نیروگاهی، تهران، ۱۳۹۱، صص ۱۷۴-۱۹۳.
۱۷. صفری الموتی و وحید دخانی، **خصوصی‌سازی در صنعت نفت؛ نگاه کلان به زنجیره فعالیت‌های بالادستی با رویکرد به اصل ۴۴ قانون اساسی**، ماهنامه علمی اکتشاف و تولید نفت و گاز، ۱۳۹۷، شماره ۵۲، صص ۶-۸.
۱۸. طهماسبی، جواد، **شاخص توسعه انسانی و مقام ایران در جایگاه جهانی**، گزارش راهبردی شماره ۱۵۹، پژوهشکده تحقیقات راهبردی مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۱، صص ۱-۴۰.

۱۹. عزیززی، حسین، علی‌اصغر محمدی و محمد مرادی، **کانال‌های اثرگذاری نهادها بر توسعه از طریق شاخص‌های حکمرانی خوب**، مجموعه مقالات سومین همایش ملی و اولین همایش بین‌المللی حکمرانی متعالی، ۱۴۰۱، صص ۵۸-۷۹.
۲۰. عظیم‌زاده آرانی، محمد، محمد نوروزی و جواد پرویزی، **تبیین وضعیت فعلی حکمرانی انرژی ایران و ارائه راهکارهای سیاستی**، مجموعه مقالات پنجمین همایش سالانه اقتصاد مقاومتی، ۱۳۹۷، صص ۴۳-۶۷.
۲۱. غلامعلی‌پور، افشین، **راهبردها و الزامات توسعه زنجیره ارزش نفت و گاز**، گزارش سیاستی اندیشکده اقتصاد مقاومتی، ۱۴۰۱، صص ۱-۶۳.
۲۲. فائزی، عذرا، **سیر تحول تشکیلات در شرکت‌های دولتی تابعه وزارت نفت**، ماهنامه علمی- ترویجی اکتشاف و تولید نفت و گاز، ۱۳۹۶، شماره ۱۵۲، صص ۲۰-۲۸.
۲۳. قاسمی، مجتبی و یاس علیاری، **جایگاه و کاربرد اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق**، فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، دوره ۱، ۱۴۰۲، شماره ۲، صص ۱۱۳-۱۴۳.
۲۴. کاویانی، حسن و فهیمه غفرانی، **طراحی چارچوب مدیریت تغییرات ساختاری و تشکیلاتی در دستگاه‌های اجرایی**، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۴۰۲، شماره مسلسل ۱۸۹۸۷، صص ۱-۲۶.
۲۵. لاهیجانیان، رسول و فاطمه شیخی ده‌چناری، **بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی ایران در پرتو سیاست بهینه‌سازی مصرف گاز و تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخشی**، فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، دوره ۱، ۱۴۰۲، شماره ۳، صص ۱۶۱-۱۸۷.
۲۶. معاونت پژوهش‌های زیربنایی و امور تولیدی دفتر مطالعات انرژی، **صنعت و معدن، بررسی قانون نفت نروژ از منظر نحوه واگذاری میادین نفت و گاز**، مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۷، شماره مسلسل ۱۵۸۵۸، صص ۱-۲۷.
۲۷. نادران، الیاس و محمدرضا شکوهی، **جایگاه و مبانی اقتصاد هزینه مبادله**، مجله تحقیقات اقتصادی، دوره ۴۷، ۱۳۹۱، شماره ۲، صص ۱۵۷-۱۷۵.

۲۸. نادران، الیاس و محمدرضا شکوهی، **بررسی توازن محیط حقوقی و اجرایی در صنعت نفت ایران**، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۱، شماره مسلسل ۱۲۷۹۲، صص ۳۷-۱.

۲۹. نقوی حسینی، سید علیرضا، فتاح شریف‌زاده، میرعلی سیدنقوی و رضا واعظی، **ارائه الگوی الزامات خطی‌مشی‌گذاری آینده‌محور برای صنعت نفت ایران**، فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۵، ۱۳۹۸، شماره ۳، صص ۴۳-۵۹.

پایان‌نامه

۳۰. جعفریه، احمدرضا، «بررسی تطبیقی قراردادهای بین‌المللی نفتی ایران با قراردادهای نفتی سایر کشورها»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۸۳.

منبع الکترونیک

۳۱. جعفرزاده، محمدحسین، ملاحظات تحلیلی چشم‌انداز توسعه صنعت پتروشیمی ایران در افق ۱۴۰۴، پایگاه خبری تحلیلی پتروشیمی <http://www.petrotahlil.com> (آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۴/۱۷).

۳۲. فغانی‌تولون، میررضا، خصوصی‌سازی صنعت نفت در ایران، <https://civilica.com/note/1879> (آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۴/۱۸).

References

Books

1. Hatami, Ali and Ismail Karimian, Foreign investment rights in the light of investment law and contracts. Tehran: Tisa Sagar Mehr Institute, 2017. (in Persian)
2. Kotter, Robert and Yulen Thomas, Law and Economics, translated by Dadgar, Yadaleh and Hamedeh Akhwan Hazaveh, Noor Elm, Publications, 2013. (in Persian)
3. North, Douglas C. (1990), Institutions, Institutional Changes and Economic Performance, translated by Mohammad Reza Moini, Publications of the Country Management and Planning Organization, 2006. (in Persian)

Articles

4. Abd Ghadas, Zuhairah Ariff , and Sabah Karimsharif. "TYPES AND FEATURES OF INTERNATIONAL PETROLEUM CONTRACTS." South East Asia Journal of Contemporary Business, Economics and Law 4 (3): 2014, pp 34-41.
5. Abiyar, Mohammadreza, Abolhasan Faqihi, and Vahid Chenari. "Designing the Governance Model of the National Company of the Southern Oil-Rich Regions: A Study on the Dimensions of Corporate Sustainability", Iranian Management Sciences Quarterly, 14th year, No 56, 2019, pp 1-24. (in Persian)
6. Assistance President of Infrastructure Research and Production Affairs Office of Energy, Industry and Mining Studies, Review of Norwegian Petroleum Law from the point of view of how to transfer oil and gas fields, Majlis Research Center, serial number: 15858. 2018, pp 1-27. (in Persian)
7. Azimzadeh Arani, Mohammad and Mohammad Nowrozi and Javad Parvizi, "Explaining the Current State of Iran's Energy Governance and Providing Policy Solutions", Proceedings of the 5th Annual Resistance Economy Conference, 2018. pp 43-67. (in Persian)
8. Azizi, Hossein and Ali Asghar Mohammadi and Mohammad Moradi, "Channels of Institutions' Influence on Development through Good Governance Indicators", Proceedings of the Third National Conference and First International Conference on Superior Governance ,2022. pp 58-79. (in Persian)

9. Bandarian, Reza, "Investigating the Policies Used to Improve Technological Capabilities in Iran's Oil Industry and Explaining the Reasons for Their Failure", *Scientific Monthly of Oil and Gas Exploration and Production*, No. 193, 2020, pp 57-70. (in Persian)
10. Bayat, Bahram, "Good Governance and the Geometry of Global Power", *Proceedings of the Second National Conference on Islamic Governance*, 2021, pp 102-123. (in Persian)
11. Bezrafkon, Farhad and Hamid Gomari, "Iran's Pension Funds at a Glance", *Welfare and Social Security Study Group, Saba Retirement Strategies Institute, National Pension Fund Research Institute*, 2019, pp 1-45. (in Persian)
12. CATO Institute. "Curse or Blessing? How Institutions Determine Success in Resource Rich Economies". *Policy Analysis*, No. 808, 2017.
13. Dokhani, Vahid, "The History of the Upstream Activities of Iran's Oil Industry in the Last Century", *scientific-promotional monthly magazine of exploration and production of oil and gas (50)*: 2008, pp 6-8. (in Persian)
14. Faezi, Ezra, "Organizational Change in State-Owned Companies under the Ministry of Oil", *Scientific and Promotional Monthly of Oil and Gas Exploration and Production (152)*: 2017, pp 20-28. (in Persian)
15. Ghasemi, Mohtabi and Yas Aliari, "Status and Application of Behavioral Economics in Economic Analysis of Law ", *Economic and Commercial Law Research Quarterly*, Volume 1, No 2, 2023, pp 113-143. (in Persian)
16. Gholam Alipour, Afshin, "Strategies and Requirements for the Development of the Oil and Gas Value Chain", *policy report of Resistance Economy* , 2022, pp 63-1. (in Persian)
17. Gibbons, Robert, "Transaction-Cost Economics: Past, Present and Future"? *Scand. J. of Economics*, . 2010 112(2).pp 263-288.
18. Hilson, A. E., & Ovadia, J. S. Local Content Indevolving and Middle-Income Countries: Towardsa more holistic strategy. *The Extractive Industries and Society*, 7(2), 2020, pp 253-262.
19. Jamali, Gholamreza and Marzieh Fallah, "Supply Chain Agility of Businesses Supporting Oil, Gas and Petrochemical Industry Equipment", *Business Management Explorations*, 9(17), 2017, pp 53-31. (in Persian)
20. Kaviani, Hassan and Fahima Ghofrani, "Designing a Framework for the Management of Structural and Organizational Changes in Executive

- Bodies", Research Center of the Islamic Council, serial number 18987, 2023, pp 1-26. (in Persian)
21. Lahijanian, Rasoul and Fatemeh Sheikhi Dehchenari, "Efficient Productivity of Iran's Natural Gas Regarding Gas Consumption Optimization Policy and Establishment of the Sector Regulatory Institution", Economic and Commercial Law Research Quarterly, Volume 1, No 3, 2023, pp 161-187. (in Persian)
 22. Myers, Keith & Glada Lahn Good Governance Of The National Petroleum Sector, London, Chatham House, 2012. pp 1-26.
 23. Nadrان, Elias and Mohammadreza Shokuhi, "Review of the Balance of Legal and Executive Environment in Iran's Oil Industry", Islamic Council Research Center, serial number 12792, 2012, pp 1-37. (in Persian)
 24. Naderan, Elyas, and Mohammadreza Shokuhi, "The Position and Foundations of Exchange Cost Economics", Journal of Economic Research, Volume 47, No 2, 2012, pp 157-175. (in Persian)
 25. Ramírez-Cendrero, Juan M., and Eszter Wirth. "Is the Norwegian Model Exportable to Combat Dutch Disease?." Resources Policy 48, 2016. pp 85-96.
 26. Naderan, Elyas, Mohammadreza Shokouhi, "Examining the Balance of Legal and Executive Environment in Iran Petroleum Industry", Islamic Parliament Research Center, 2013, No. 12792, pp: 1-37. (in Persian)
 27. Naghavi Hosseini, Seyed Alireza, Fattah Sharifzade, Mir Ali Seyed Naghavi, Reza Vaezi, "Modeling Requirements of Future-Oriented Policymaking for Iran Petroleum Industry", Iranian Journal of Public Policy, Vol. 5, Issue 3, 2018, pp: 43-59. (in Persian)
 28. Safari Almouti and Haid Dokhani, "Privatization in the Oil Industry; A Macro View of the Chain of Upstream Activities with an Approach to Article 44 of the Constitution", Scientific Monthly of Oil and Gas Exploration and Production, No. 52, 2018, pp 6-8. (in Persian)
 29. Shafiei Khah, Maryam, and Ali Amiri. "Petroleum Contracts in Iran." European Online Journal of Natural and Social Sciences 3: . 2014, pp 375-382.
 30. Shafiei, Atieh., "Investigating the Challenges of Privatization in Iran's Economy and a Case Study on the Oil Industry", Proceedings of the 6th National Conference on Management and Human Sciences in Iran. 2019, pp 147-167. (in Persian)

31. Shahbazi, Alireza, "Perspective of Iran's Oil and Gas industry in the Horizon of 1404, Dos and Don'ts", Proceedings of the first international oil, gas, petrochemical and power plant conference, Tehran, 2012, pp 174-193. (in Persian)
32. Shiravi, Abdol Hossein, Farahnakian, Farshid, "Legal Aspects of Good Regulation in Good Governance of Iran's Oil Sector", Energy Law Studies, Vol. 6, No. 2, 2020, pp: 357-382. (in Persian)
33. Shokuhi, Mohammadreza, Elyas Naderan, "History of Contract Developments in Iran's Oil Industry (With Emphasis on 1353-1333)." Iranian History Magazine. 2011, pp 77-110. (in Persian)
34. Soheili, Ali, "The Effect of Privatization on the Oil and Gas Industry in Iran", Proceedings of the Second International Conference on Jurisprudence and Law, Advocacy and Social Sciences, Conference Permanent Secretariat, 2018, pp 257-231. (in Persian)
35. Tahmasabi, Javad, "Human Development Index and Iran's Position in the Global Position", Strategic Report No. 159, Strategic Research Institute of Expediency Analysis Council, 2012, pp 40-1. (in Persian)
36. Zarei, Mohammad Hossein, Amir Kargar, Ahmed Panjapour, and Amin Latifi, "Analyzing the Pricing Policies of the Petrochemical Industry Feed in Iran", Economic and Commercial Law Research Quarterly, Volume 1, No 2, 2023, pp 11-38. (in Persian)

Thesis

37. Jafarieh, Ahmadreza. "Comparative Study of Iran's International Oil Contracts with Oil Contracts of other Countries." Dissertation to obtain a master's degree in international law. Tehran: Islamic Azad University - Central Tehran Branch - Faculty of Law 2004. (in Persian)
38. Internet Resources
39. <https://www.eia.gov/analysis/petroleum/nerefining/prelim> (Last visited: 7-7-2024).
40. <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail>(last visited: 5-7-2024).
41. Norway's Oil History in 5 Minutes (<https://www.regjeringen.no/en/topics/energy/oil-and-gas/norways-oil-history-in-5-minutes/id440538/>: Last visited: 6-7-2024).
42. <https://pimw.ir/failure-of-the-petrochemical-privatization-project/>(last visited: 7-7-2024).

43. Resource Governance Index –
<https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/2017-resource-governance-index.pdf>, 2017.(last visited:6-7-2024).
44. <https://resourcegovernance.org/data-and-tools>. (last visited:6-7-2024).

Websites

45. Jafarzadeh, Mohammad Hossein, "Analytical Considerations of the Development Outlook of the Iranian Petrochemical Industry in the horizon of 2024", Petrochemical analytical news site <http://www.petrotahlil.com> (last visited:07/07/2024). (in Persian)
46. Faghani Tolon, Mirreza, Privatization of Oil Industry in Iran <https://civilica.com/note/1879>.(last visited: 08/07/2024). (in Persian)

Extraction Theory in the Governance Structure of Iran's Oil Industry with a Comparative View

Mohammad Reza Shokouhi*

Mahmoud Fard Kardel**

Hosna Gholami Ghadi***

Abstract

Due to the undeniable position of oil in the realm of international trade, all countries of the world urgently need an effective presence in the global geometry of oil. Therefore, all political and social systems adjust their governance structures in such a way that the global geometry of energy allows the responsible institutions in these countries to be present in the world arena. Given that Iran has a resource-oriented economy, the necessity of governing the oil industry is reduplicated and since the Ministry of Oil is known as the responsible institution of the oil industry in Iran, therefore, in this article, an attempt has been made to explain the governance structures of the mentioned institution and while pathologize the issue, to get out of the harmful characteristics such as being governmental, insular, dependent on the government, which has deprived the ability to be active and effective not only in the domestic sphere but also in the international arena, using library data and in an analytical and applied research, we present the most efficient proposal, that is, separation and extraction of some components of this field from the government, which can be referred to extraction theory. In other words, some of the country's energy components should be extracted from the current inefficient governmental structure, and with new energy governance, the group of energy companies should be established or reorganized under the rules of the private sector outside of the government structure and it is believed that in such a situation, the energy management structure will gain its efficiency. Studying Norway's experiences in the field of oil governance also sheds light on the success of this method.

Keywords:

Governance Structure, Energy Governance, Governmental, Privatization, Extraction Theory

* Assistant Professor, Tehran Faculty of Petroleum, Petroleum University of Technology, Tehran, Iran (Corresponding Author) Shokouhi@put.ac.ir

** Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. M_fardkardel@sbu.ac.ir

*** PhD., Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. Gholami.hosna@ut.ac.ir

تحلیل حقوقی شرط تضمین کمیت در قراردادهای بیمه دریایی محمولات نفتی

سیدمحمدحسن رضوی*

محمد فرجی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۹

چکیده

امروزه به دلیل اهمیت و ارزش بسیار بالای نفت خام در تجارت و حمل و نقل بین‌المللی، صاحبان و خریداران محموله‌های نفتی، همواره به دنبال دستیابی به بهترین و کارآمدترین پوشش بیمه‌ای برای محموله‌های نفتی خود هستند؛ به‌خصوص در سال‌های اخیر که افزایش قیمت نفت خام به نحو چشمگیری باعث بیشتر شدن خطرهای ریسک‌های حمل و نقل دریایی نفت خام شده است. در این مقاله، ابتدا به شرح پوشش‌های شرط تضمین کمیت و مبنای تعیین کمیت در شرط مذکور، به‌عنوان یکی از شروط نمونه مهم در بیمه محمولات نفتی پرداخته شده است؛ با این هدف که مبنای شرط تضمین کمیت و کارکردهای اصلی این شرط نمونه به کامل‌ترین شکل ممکن بیان گردد. یافته‌های این پژوهش عبارت‌اند از ناکارآمدی شروط نمونه نفت فله انستیتو در نبود شرط تضمین کمیت، موفقیت شرط تضمین کمیت در برقراری توازن ریسک‌های موجود در حمل و نقل نفت خام و عدم تحمیل ضررهای مالی به صاحبان محموله استفاده‌کننده از شرط مذکور.

کلیدواژه‌گان:

شرط تضمین کمیت، شروط تمام خطر نفت فله انستیتو، بیمه‌نامه دریایی لویانز، نفت خام.

* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
hassan.razavi@ut.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
mohamad.faraji@ut.ac.ir



Copyright: ©2024 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

حمل و نقل کالا از طریق دریا توسط کشتی‌های بزرگ تجاری، به‌عنوان کارآمدترین، اقتصادی‌ترین و رایج‌ترین شیوه حمل و نقل بین‌المللی تلقی می‌شود.^۱ یکی از مهم‌ترین مسائلی که در زمینه حمل و نقل دریایی باید مورد توجه واقع شود، بیمه محموله توسط کشتی‌های تجاری است. خطرهای اقیانوس‌ها و آب‌های آزاد، صرفاً به اوضاع و احوال طبیعی آنها، همانند طوفان‌ها و شرایط نامساعد جوی محدود نمی‌شود و عوامل انسانی همچون دزدی دریایی، جنگ و عواملی از این قبیل همواره محموله را با خطرهای فراوانی مواجه می‌کنند.

سابقه ارائه پوشش بیمه‌ای بیمه‌های دریایی در بازار لندن، به سال ۱۷۷۹ میلادی و بیمه‌نامه‌های اس جی لوید^۲ که در قهوه‌خانه «ادوارد لوید» نوشته می‌شد، برمی‌گردد.^۳ بیمه‌نامه مذکور که از عموم آرای محاکم زمان خود برای ارائه پوشش بیمه‌ای استفاده می‌کرد، به سرعت تبدیل به یکی از جامع‌ترین و محبوب‌ترین بیمه‌نامه‌های موجود در بازار حمل و نقل بین‌المللی شد. اما به دلایلی همچون گسترش تجارت بین‌المللی و امتناع نویسندگان این بیمه‌نامه از هرگونه ترجمه، و اعتراضات کشورهای درحال توسعه به دلیل عدم همکاری ارائه‌دهندگان پوشش بیمه‌ای، سندیکای لویدز و انستیتو ارائه‌دهندگان پوشش بیمه‌ای لندن^۴ کمیته فنی شروط بیمه‌ای را تشکیل داده، و بیمه‌نامه‌های اس جی، بعد از ۲۰۰ سال از بازار بیمه‌های دریایی خارج شدند و بیمه‌نامه دریایی لویدز^۵ به همراه شروط بیمه‌ای جدید در سال ۱۹۸۲ وارد بازار لندن شدند. این بیمه‌نامه به‌گونه‌ای طراحی شد که علاوه بر بیمه محموله، قادر به ارائه پوشش بیمه‌ای برای بدنه کشتی نیز باشد.^۶

۱. نوری یوشانلویی، جعفر و سمیرا سادات حسینی، «تحلیل حقوقی قابلیت دریانوردی در قراردادهای

حمل و نقل دریایی کالا (بارنامه و چارترپارتنی)»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۱۵، ۱۴۰۲، شماره ۲، ص ۳.

2. Lloyd's S.G (Ships and Goods) Policy

۳. ابوعطا، محمد، «نقش بیمه دریایی در جبران خسارات ناشی از تصادم کشتی‌ها»، مجله دانشکده

حقوق و علوم سیاسی، دوره ۰، ۱۳۸۵، شماره ۷۲، ص ۴.

4. Institute of London Underwriters

5. Lloyd's Marine Policy (MAR)

6. Mankabady, S, *The New Lloyd's Policy and Cargo Clauses*, Journal of Maritime Law and Commerce, No. 4, Vol. 13, 1982, pp 527, 528.

از معروف‌ترین شروط بیمه‌ای که در بیمه حمل و نقل بر بیمه‌نامه دریایی لویدز نوشته می‌شوند، می‌توان به شروط کالای انستیتو^۱ اشاره کرد که به سه نوع مختلف تقسیم می‌شوند: شروط A، B و C. شروط بیمه‌ای A در مقایسه با دو نوع دیگر، کامل‌ترین پوشش‌ها را ارائه می‌کند.^۲ اما آنچه باید بدان توجه کرد، آن است که این شروط به‌طور عمده دربارهٔ محموله‌هایی‌اند که به شکل کانتینر حمل می‌شوند. از آنجایی که حمل و نقل در صنعت نفت و گاز، که به‌طور عمده مربوط به نفت خام یا فراورده‌های نفتی است، همگی به شکل فله و به وسیلهٔ نفتکش‌های عظیم‌الجثه حمل می‌شوند.^۳ شروط بیمه‌ای مذکور پاسخگوی نیازهای خاص این نوع حمل و نقل دریایی نیستند. به همین منظور، شروط بیمه‌ای متفاوتی به نام شروط نفت فله انستیتو^۴ طراحی شدند.^۵

شرط تضمین کمیت^۶، که ذیل شروط نفت فله انستیتو بر بیمه‌های دریایی لوید نوشته می‌شود، پاسخ ارائه‌دهندگان پوشش بیمه‌ای بازار بیمه‌های دریایی لندن به نگرانی‌های بیمه‌گزارانی بود که به دنبال افزایش‌های ناگهانی قیمت نفت در دههٔ ۷۰ میلادی، در هر سفر خود، ریسک‌های بسیار بالایی را متحمل می‌شدند. البته نکتهٔ حائز اهمیت این است که کاهش ریسک‌های بیمه‌گزاران معادل با افزایش هزینه‌های بیمه‌گران است. به همین دلیل، شرایط و مقررات بسیار سختگیرانه‌ای تحت این شرط بیمه‌ای توسط بیمه‌گران تعبیه شده است.^۷

در خصوص شرط نمونه مذکور، سؤالاتی در ذهن متبادر می‌شوند، همانند این که الحاق شرط تضمین کمیت به قرارداد بیمه محموله نفت خام، چه تاثیری بر پوشش بیمه‌ای محموله مورد نظر می‌گذارد؟ چه مقررات الزامی در شرط مزبور قرار داده شده است؟ تعیین کمیت در این شرط بیمه‌ای به وسیله چه معیارهایی صورت می‌پذیرد؟ هدف این مقالهٔ پژوهشی پرداختن به پاسخ

1. Institute Cargo Clauses

۲. یحیائی، محمد، «مروری بر انواع و شرایط بیمه‌های دریایی، کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت»، حسابداری و حقوق، دوره ۴، ۱۴۰۰، صص ۲، ۳.

۳. نوری یوشانلوئی، جعفر و عبدالحسین ایرانی فتح آباد، «الزامات داخلی و بین‌المللی حمل و نقل دریایی مواد هیدروکربوری»، مجله مطالعات حقوق انرژی، دوره ۵، ۱۳۹۸، شماره ۱، ص ۲۲۴.

4. Institute Bulk Oil Clauses

5. Rawson, K, *The Carriage of Bulk Oil and Chemicals at Sea*, London, Institution of Chemical Engineers, 1994, p 73.

6. Guaranteed Outturn Clause

7. Ibid, pp 73, 74.

پرسش‌های فوق است؛ به گونه‌ای که بیمه‌گذاران فعال در صنعت حمل و نقل نفت خام بتوانند خطرهای ریسک‌های سفرهای دریایی خود را به حداقل ممکن رسانند؛ درحالی که صاحبان محموله نیز بتوانند با اطمینان خاطر، محموله‌های باارزش خود را راهی سفرهای تجاری کنند.

۱. شرط تضمین کمیت در شروط بیمه تمام خطر نفت فله انستیتو

شرط تضمین کمیت که ذیل شروط نمونه نفت فله انستیتو تمام خطر نوشته می‌شود، دارای کارکردی منحصر به فرد است؛ به این نحو که تمامی خسارت‌های فیزیکی^۱ نام‌برده شده در صدر شروط نمونه نفت فله انستیتو را در کنار خسارت‌های کاغذی بر مبنای حجم خالص محموله نفتی تحت پوشش قرار می‌دهد.^۲ در ادامه، به شرح خسارت‌های فیزیکی مذکور، مفهوم خسارت‌های کاغذی^۳، خسارت‌های عادی و شرط تضمین کمیت، جهت محاسبه خسارت‌های وارده بر محموله بیمه‌شده پرداخته خواهد شد.

۱.۱. خسارت‌های فیزیکی

خسارت‌های فیزیکی تحت پوشش شرط تضمین کمیت، که در شرط نخست شروط نمونه نفت فله انستیتو بدان اشاره شده است، در ابتدا بسیار به شرط پوشش موجود در شروط نمونه کالای انستیتو B شباهت داشت؛^۴ با این تفاوت که با توجه به ماهیت خاص محموله‌های فله، به جای استفاده از عباراتی همچون «زیان یا آسیبی که به نحو منطقی، قابل انتساب به آن حوادث است»، از عبارت «زیان یا آلودگی ماده بیمه شده» استفاده می‌کرده است.^۵ البته امروزه، شروط نمونه نفت فله انستیتو به شکل تمام خطر نوشته می‌شوند که شباهت بسیار زیادی به شروط نمونه کالای انستیتو A دارد؛ به این نحو که به جای نام بردن زیان‌ها و آسیب‌های تحت پوشش

1. Physical Losses

2. Lloyd's of London, Cargo Claims and Recoveries, Available At: <https://assets.lloyds.com/media/b9ed5b23-6f71-48d4-87d7-e218a0e69c1e/pdf-how-we-train-and-examine-lloyds-agents-2019-Sept-Cargo-Claims-and-Recoveries-Manual.pdf>, (Last Visit 9/16/2024), pp 11, 12.

3 Paper Losses

4. IUA of London, Institute Cargo Clause B CL383, Available At: https://www.iua.co.uk/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses_Summary.aspx?DocumentKey=CC7188AB-52C2-4448-BB22-3A627874BE36&TemplateType=E&DialogCacheParam=0.10722585768441095&IsPopup=true, (Last Visit 9/16/2024).

5. Greenwoods Ltd., Bulk Oil Clauses Analysis, Available At: <https://greenwoods.org/bulk-oil-clauses-analysis>, (Last Visit 9/16/2024).

ذیل ماده مربوط به مخاطرات بیمه‌شده، بنابر تصریح ماده اول آن، هر آنچه از شمول شرط استثناء^۱ خارج است، تحت پوشش این شروط نمونه قرار خواهد گرفت.^۲ با این حال، می‌توان مواردی را که سابقاً در نسخه سال ۲۰۱۶ ذیل بند پوشش‌ها بدان اشاره شده بود، به‌عنوان آسیب‌های فیزیکی قلمداد کرد که کماکان محمولات نفتی را تحت‌الشعاع خود قرار می‌دهند و در یک دسته‌بندی کلی به دو بخش خسارت‌های کمیتی و خسارت‌های کیفیتی تقسیم می‌شوند.^۳

۱.۱.۱. خسارت‌های کمیتی

با تمسک به این نکته که بیمه‌نامه از لحظه خروج محموله بیمه‌شده از مخزن ساحلی پا به عرصه حیات می‌گذارد، خسارت‌های کمیتی را می‌توان در پنج دسته تشریح کرد: دسته اول، ناشی از نشت محموله از خطوط لوله در حین عملیات بارگیری در بندر مبدأ، انتقالات بین دو کشتی و تخلیه در بندر مقصد است. نکته حائز اهمیت در خصوص چنین حوادثی، لزوم اتفاقی و غیرقابل پیش‌بینی بودن این حوادث است.^۴ دسته دوم، نشت گرفته از نشت محموله، به دنبال سوانح و حوادثی است که برای کشتی حامل محموله موردنظر ممکن است رخ دهد. حادثه مذکور می‌تواند اعم از غرق شدن، آتش گرفتن، انفجار، تصادم و به گل نشستن باشد.^۵ نکته حائز اهمیت عدم انتساب حوادث مذکور به بیمه‌گزار است و بیمه‌گزار باید از تمامی توانایی‌های خود برای اجتناب از بروز چنین حوادثی استفاده کند.^۶

دسته سوم، خسارت‌هایی است که ناشی از باقی ماندن بخشی از محموله بیمه‌شده در مخزن‌های کشتی حامل^۷ پس از اتمام عملیات تخلیه است که عامل آن خصوصیت چسبندگی^۸

1. Exclusions Clause

2. IUA of London, Institute Bulk Oil Clauses All Risks CL434, Available at: https://www.iua.co.uk/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses_Summary.aspx?DocumentKey=80C5F583-5E8B-4692-8925-AEEEE254827B&TemplateType=E&DialogCacheParam=0.6096947885979376&IsPopup=true, (Last Visit 9/16/2024).

3. IUA of London, Institute Bulk Oil Clauses CL391, Available At: https://www.iua.co.uk/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses_Summary.aspx?DocumentKey=74BBADF3-AD4B-4D9A-B5A8-8EC7FB6645D0&TemplateType=E&DialogCacheParam=0.24900395717455837&IsPopup=true, (Last Visit 9/16/2024).

4. Rawson, K, .Cit, p 74.

5. .Ibid, p 73.

6. IUA of London, Institute Bulk Oil Clauses All Risks CL434, .Cit.

7. Remain on Board (RoB)

8. Clingage

نفت خام است. البته چنین خصوصیتی از نظر متصدیان پوشیده نیست و با کاستن تعداد لوله‌های نقل و انتقال، استفاده از پوشش‌های روان‌کننده سطوح و تقویت سیستم پمپاژ کشتی تلاش شده است تا از میزان حجم باقی‌مانده بر مخزن کشتی کاشته شود.^۱ به مجموع کارآمدی یا ناکارآمدی یک کشتی در کم کردن میزان حجم باقی‌مانده، مؤلفه تجربه کشتی^۲ می‌گویند.^۳ از جمله راهکارهای کاهش حجم باقی‌مانده، استفاده از سیستم شست‌وشوی مخزن است؛ به این صورت که مطابق با پروتکل ۱۹۷۸ کنوانسیون مارپل تمام نفتکش‌های سنگین‌تر از بیست‌هزارهزار تن باید مجهز به سیستم شست‌وشوی مخزن محموله توسط نفت خام باشند.^۴

دسته چهارم، تبخیر محموله نفتی است. نفت خام همانند سایر مایعات در معرض تبخیر است. تغییرات فشار، افزایش دمای محموله و در معرض هوا قرار گرفتن محموله نفت خام، از عمده دلایل تبخیر نفت خام محسوب می‌شوند. البته فرایند تبخیر، منحصر به حمل‌ونقل نبوده و در تمامی مراحل پالایش، نگهداری و نقل و انتقالات نفت خام ممکن است رخ دهد.^۵ مطابق گزارشی که توسط شرکت آگزون در سال ۱۹۸۱ منتشر شد، زیان‌های فیزیکی محموله‌های نفتی که ناشی از تبخیر محموله‌اند، اساساً وابسته به خصوصیات طبیعی نفت خام است و متصدیان حمل نباید مسئول شناخته شوند.^۶ البته در صورتی که تبخیر محموله نفتی متناسب به ناکارآمدی سیستم‌های گرم‌کننده مخزن کشتی باشد یا کوتاهی خدمه کشتی حامل در ثابت نگه داشتن

1. Textor, J. M, Oil shortages caused by the inherent properties of petroleum cargoes. Journal of Maritime Law and Commerce, No. 3, Vol. 13, 1982, pp 291, 292.

2. Vessel Experience Factor (VEF)

۳. از آنجایی که معمولاً بین حجم محاسبه‌شده محموله توسط بندر و حجم محاسبه‌شده محموله توسط کشتی حامل، ناهماهنگی و اختلاف دیده می‌شود، برای هر کشتی در هر سفر، ضریبی عددی در نظر گرفته می‌شود که نشان‌دهنده اختلاف مبنای محاسبه حجم کشتی مذکور با مبنای بنادر است. این ضریب در هر سفر با دو معیار ضریب بارگیری کشتی (Vessel Load Ratio) و ضریب تخلیه کشتی (Vessel Discharge Ratio) تعیین می‌شود. مبنای تعیین این دو ضریب، تفریق حجم اندازه‌گیری‌شده محموله توسط کشتی در زمان بارگیری با حجم مندرج در بارنامه یا تفریق حجم اندازه‌گیری‌شده محموله توسط کشتی در زمان تخلیه با گواهی خروجی محموله است. شناسایی هر یک از دو فاکتور مذکور، در طول چندین سفر مجزا را مؤلفه تجربه کشتی می‌نامند (UKP&I, 2015).

4. Energy Institute Publications, HM 49/API MPMS Chapter 17.9 Vessel experience factor (VEF), Available At: <https://publishing.energyinst.org/topics/hydrocarbon-management/marine-measurement-and-cargo-assurance/hm-49-api-mpms-chapter-17.9-vessel-experience-factor-vef>, (Last Visit 9/16/2024).

5. Wankhede, A, Understanding Crude Oil Washing Operation on Oil Tanker Ships, Available At: <https://www.marineinsight.com/guidelines/understanding-crude-oil-washing-operation-on-oil-tanker-ships>, (Last Visit 9/16/2024).

6. Textor, J. M. .Cit, pp 287, 288, 289.

7. .Ibid, p. 289.

شرایط داخل مخزن کشتی، مانند فشار و دما، باعث تبخیر بیش از میزان پیش‌بینی شده و عرفی شود، متصدی حمل مسئول شناخته می‌شود و چنین خسارتی قابل جبران خواهد بود. دسته آخر، زیان‌های منتسب به دزدی است. این دسته از خسارت‌ها در دهه ۸۰ میلادی، به‌عنوان یکی از بزرگ‌ترین مشکلات بیمه‌گران تلقی می‌شده است؛ به این دلیل که محمولات نفتی می‌توانند به‌عنوان سوخت کشتی حامل نیز به کار روند. متصدیان حمل در نبود سیستم‌های نظارتی پیشرفته، سال‌های متمادی با هدف کم کردن هزینه‌های خود، مبادرت به سرقت این کالای با ارزش می‌کرده‌اند.^۱

۱.۱.۲. خسارت‌های کیفیتی

با اینکه در متن اولیه شرط تضمین کمیت، اشاره‌ای به خسارت‌های کیفیتی نشده است، به درخواست بیمه‌گزار، ادبیات متن شرط می‌تواند به‌گونه‌ای تغییر کند که خسارت‌های کیفیتی را نیز تحت پوشش خود قرار دهد. اما به تبع آن، بیمه‌گران نیز تضامین کافی و مؤثر را به‌منظور کم کردن احتمال وقوع چنین آسیب‌هایی تقاضا می‌کنند.^۲ منظور از خسارت‌های کیفیتی، آلودگی محموله نفت خام در اثر ترکیب یا مجاورت با هر ماده خارجی است که خصوصیات شیمیایی منحصر به فرد محموله را دچار تغییر کند؛ به‌گونه‌ای که از ارزش محموله بکاهد یا تحویل‌گیرنده به‌کل از تحویل گرفتن محموله صرف‌نظر کند.^۳ برای نمونه، یکی از آسیب‌های کیفیتی که در گذشته متداول بوده است، آلودگی محموله سوخت هواپیما در اثر مجاورت با سیم‌پیچ‌های گرم‌کننده مسی در درون مخزن کشتی‌های قدیمی بود که خصوصیات شیمیایی محموله را دچار تغییر می‌کرد. همین امر منجر به اضافه شدن بندی به شرط استثنایا شد که حمل محموله بیمه‌شده در مجاورت مس را از پوشش بیمه‌نامه خارج می‌کرد.^۴

آلودگی محموله در اثر ترکیب با مواد خارجی، می‌تواند در نتیجه عوامل متعددی همچون عدم شست‌وشوی کامل مخزن کشتی پیش از بارگیری یا باقی ماندن مقداری نفت در خطوط لوله انتقال که خصوصیات متفاوتی در مقایسه با محموله بیمه‌شده داشته است، صورت پذیرد.

1. Rawson, K, .Cit, p 76.

2. .Ibid, p 75.

3. Hall, P. D, Tanker Cargo Shortage and Contamination Claims, Available At: <https://www.londonpandi.com/media/2179/56081previewissue3february2016f.pdf>, (Last Visit 9/16/2024).

4. Rawson, K, .Cit, p. 76.

مواد خارجی مذکور عبارت‌اند از: آب، افزونه‌های شیمیایی، اجسام جامد و سایر مواد نفتی با خصوصیات متفاوت.^۱ تفاوت این دسته از زبان‌های کیفیتی با دسته سوم خسارت‌های کمیتی در این است که در صورت ترکیب محموله با سایر مواد خارجی، علاوه بر تغییر کمیت، ممکن است به دلیل تغییر خصوصیات شیمیایی محموله یا تغییر در ارزش آن، تحویل‌گیرنده از قبول محموله امتناع کند.^۲

لازم به ذکر است که مسئله آلودگی محموله بیمه‌شده همواره بین بیمه‌گران و بیمه‌گذاران محل اختلاف بوده است؛ به خصوص اینکه در موارد بسیار زیادی در گذشته بیمه‌گران ادعا می‌کردند که محموله آلوده‌شده مورد بحث در حقیقت همان محموله‌ای بوده است که خریدار آن را از فروشنده خریداری کرده است و این مسئله هیچ‌گونه جنبه بیمه‌ای ندارد. چنین اختلافاتی به‌گونه‌ای برای تمامی طرفین مورد دعوی پرهزینه بوده است، که امروزه بیمه‌گران به‌طور کلی از تحت پوشش قرار دادن آسیب‌های کیفیتی اجتناب می‌کنند یا مقررات بسیار سختگیرانه‌ای بر عهده بیمه‌گذاران، در خصوص احراز صحت صدور گواهی‌های مرتبط قرار می‌دهند.^۳

۱.۲. خسارت‌های کاغذی

واقعه بسیار مهم و شایع‌تر از خسارت‌های فیزیکی خسارت‌های کاغذی^۴ است؛ در یک بیان کلی، خسارت‌هایی‌اند که منشأ ورود خسارت، قابل انتساب به هیچ واقعه یا شخصی نیست و صاحب محموله در پیدا کردن عامل ورود خسارت با چالش روبه‌رو می‌شود.^۵

در محموله‌های نفت خام، خسارت‌های کاغذی به‌طور عمده ناشی از دشواری‌های تعیین کمیت دقیق محموله نفت خام‌اند که می‌توانند ناشی از اشتباه در تعیین درست دمای محموله در زمان بارگیری یا تخلیه، اعلام نادرست حجم محموله توسط خدمه کشتی به دلیل ناکارآمدی و قدیمی بودن ابزارهای اندازه‌گیری در مخازن کشتی یا به دلیل استفاده کشورهای مختلف از جداول اندازه‌گیری متفاوت برای تعیین حجم محموله باشد. به عبارتی، تعدادی از کشورهای تولیدکننده نفت خام در دنیا، مانند عربستان سعودی، قطر و اندونزی، برای کسب منافع بیشتر،

1. Hall, P. D., .Cit.

2. Ibid.

3. Rawson, K., .Cit, p. 76.

4. Paper Losses

5. Dolphin Maritime, Bulk Cargoes – Protection Against ‘Paper Losses’, Available At: <https://www.dolphin-maritime.com/?publications/2008/12/11/2---bulk-cargoes---protection-against-paper-losses.html>, (Last Visit 9/16/2024).

کماکان از جدول‌های قدیمی منتشر شده توسط انستیتو نفت امریکا^۱ استفاده می‌کنند که در دمای استاندارد ۶۰ درجه فارنهایت یا ۱۵ درجه سلسیوس، در قیاس با جدول‌های جدید منتشر شده در سال ۱۹۸۰، حجم بیشتری از محموله را ثبت می‌کنند.^۲ البته لازم به ذکر است که بیان دو واحد مذکور در کنار یکدیگر به معنای همانند بودن آن دو نیست و هریک نشان‌دهنده مبنای و روش اندازه‌گیری متفاوتی است.^۳

یکی دیگر از علل اصلی رخداد خسارت‌های کاغذی در حمل محموله‌های نفت خام، مربوط به وجود ناخالصی و آب در ترکیب محموله است که در زمان بارگیری، امکان تعیین آن به‌طور دقیق وجود ندارد. در بیانی دیگر، نفت استخراج‌شده از یک میدان نفتی، حاوی میزانی آب و رسوب‌های معلق مربوط به سازند مخزن یا ناشی از آب تزریق‌شده به لایه نفتی در روند استخراج است که به ناخالصی‌های مذکور، آب و رسوب پایه^۴ گفته می‌شود. میزان آب و رسوب پایه در نفت خام هر میدانی متفاوت و متغیر است و با اینکه قسمت عمده این ناخالصی‌ها در بدو استخراج جدا می‌شوند، در زمان فروش و تحویل به دست خریدار نیز همچنان میزانی ناخالصی در نفت خام وجود خواهد داشت. در زمان‌های اندازه‌گیری کمیت و کیفیت محموله در بندر مبدأ، آب و رسوب پایه به شکل محلول در محموله نفتی وجود دارند و جز با آزمایش‌ها و روش‌های اندازه‌گیری مخصوص، تشخیص آنها دشوار است. هنگامی که محموله موردنظر در حین حمل و نقل داخل مخزن کشتی است، به دلیل ساکن شدن محموله در طول سفر، این ناخالصی‌ها شروع به جدا شدن از محموله نفتی می‌کنند و قابل تشخیص می‌شوند. آب موجود در محموله در کف مخزن تجمع می‌کند و به‌عنوان آب آزاد^۵ شناخته می‌شود. آب آزاد در زمان تخلیه جدا می‌شود و میزان رسوبات پایه باقی‌مانده نیز تعیین و ثبت می‌شوند. این اتفاق‌ها باعث می‌شوند تا کمیت محموله نفتی در زمان تخلیه در مقصد با زمان بارگیری در مبدأ متفاوت باشد که این پدیده تغییر کمیت باعث وقوع عمده خسارت‌های کاغذی در نفت خام است. بر مبنای خسارت‌های کاغذی،

1. American Petroleum Institute

2. Cioarec, V, The Documentary Evidence Taken in Consideration by The Courts in Quantity Disputes Related to Crude Oil Cargoes, Available At:

<https://www.commoditylaw.eu/articalDetails.php?idArticolText=109>, (Last Visit 3/21/2024).

3. Enercon Group INC., Cargo Measurement and Calculation, Available At:

<https://www.enercongroup.com/definitionsmeasurement.html>, (Last Visit 9/16/2024).

4. Basic Sediment and Water (BSW)

5. Free Water

خریدار میزان نفت خام کمتری در مقایسه با آنچه خریداری کرده است، تحویل می‌گیرد.^۱ البته ممکن است تصور شود که این کاستی در محموله نفت خام، تحت مورد استثنای ازدست رفتن عادی حجم محموله قرار می‌گیرد که پاسخ به پرسش فوق در بخش آتی شرح داده خواهد شد.

۱.۳. خسارت‌های عادی

خسارت‌های عادی در شرط استثنای زبانی محسوب می‌شوند که ناشی از خصوصیات طبیعی نفت خام است و در عرف حمل و نقل محموله‌های نفتی پذیرفته شده و قابل پیش‌بینی باشند. عمده خسارت‌های کمیتی که در بخش پیشین به آنها اشاره شد، در صورتی که در بازه قابل پیش‌بینی و قابل انتظار باشند، جزو خسارت‌های عادی تلقی می‌شود و قابل جبران نخواهند بود.^۲ آنچه حائز اهمیت است، محدوده بازه پذیرفته شده و مبنای لازم‌الاجرائی آن است.

همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، محموله‌های نفت خام به دلیل خصوصیات منحصر به فرد آن همواره در معرض آسیب‌ها و زیان‌های در حین حمل‌اند که عمدتاً متصدی حمل هیچ نقشی در به وقوع پیوستن آن ندارد. چنین واقعیتی منجر به ایجاد نوعی عرف در داوری دعاوی حمل و نقل نفت خام شد که زیان‌های به وجود آمده در حین حمل تا میزان نیم درصد حجم کل محموله را قابل قبول می‌داند و متصدی حمل صرفاً نسبت به مازاد بازه مذکور، مسئول جبران خسارت است.^۳ البته عرف مذکور به کرات توسط خریداران نفت خام در دادگاه‌های آمریکا به چالش کشیده شده است که از معروف‌ترین اسامی در این بین، می‌توان به شرکت سان اویل^۴ اشاره کرد.^۵ چالش‌های مذکور بر پایه مقررهای در قانون حمل کالا از طریق دریای^۶ مصوب کنگره آمریکا در سال ۱۹۳۶ بود که هرگونه توافق ضمنی یا کتبی، در راستای تحدید مسئولیت متصدی حمل را که توسط قانون مذکور تعیین شده بود، به رسمیت نمی‌شناخت و الزام‌آور نمی‌دانست.^۷ چنین اختلافاتی در نهایت منجر به رأی دادگاه استیناف آمریکا در حوزه سوم شد که مطابق با

1. Lloyd's of London, .Cit, p. 11.

2. IUA of London, Institute Bulk Oil Clauses All Risks CL434, .Cit.

3. Staples, C. L, "The 0.5% Trade Allowance: The Third Circuit Holds the Custom Unenforceable under COGSA", Maritime Lawyer, No. 2, Vol. 10, 1985, pp 183, 184.

4. Sun Oil Co.

5. .Ibid, p. 185.

6. Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)

7. Longaker, K. D, "Maritime Law - Custom - Carriage of Goods by Sea Act Precludes Enforcement of Oil Shipping Industry's 0.5% Customary Trade Allowance", Villanova Law Review, No. 3, Vol. 31, 1986, p. 1224.

قانون حمل کالا در دریا، عرف مذکور را لازم‌الاجرا ندانست و متصدی حمل را مسئول تمامی خسارت‌های به‌وقوع‌پیوسته در حین حمل دانست.^۱ با اینکه رأی مذکور باعث ایجاد تلاطم در بازار حمل و نقل شد، نیاز بازار در حمایت از متصدی حمل از زیان‌های خارج از اختیار وی، همچنان باعث تداوم حیات این عرف شده است، به گونه‌ای که ارائه دهندگان پوشش بیمه‌ای بازار لندن در متن شرط تضمین کمیت، این عرف را به رسمیت شناخته‌اند؛ به این نحو که خسارت‌های کمتر از نیم درصد مذکور، به‌عنوان خسارات عادی ذیل شرط استثنای قلمداد می‌شود. لذا کماکان، هرگونه جبران خسارت فیزیکی یا کاغذی حادث‌شده بر محموله بیمه‌شده صرفاً نسبت به مازاد نیم درصد مذکور قابل اعمال است.^۲

۱.۴. مفهوم شرط تضمین کمیت

ارائه‌دهندگان پوشش بیمه‌ای بازار لندن در شروط تمام خطر نفت فله انستیتو، درابتدا برای جبران خسارت‌های کاغذی و واقعی به‌منظور حفاظت از بیمه‌گذار، اقدام به درج شرط تعدیل^۳ کردند. براساس فرمول طراحی‌شده در شرط تعدیل، حجم ناخالص نفت خام در زمان تخلیه محموله به مخزن ساحلی بندر مقصد، از حجم ناخالص نفت خام در زمان بارگیری محموله در بندر مبدأ کم شده و حجم نفت خام باقی‌مانده مطابق این فرمول، حجمی است که بیمه‌گر تحت پوشش خود قرار خواهد داد.^۴

شرط تعدیل درج‌شده در شروط تمام خطر نفت فله انستیتو تا سال‌های متمادی پاسخگوی نیازهای بیمه‌گذاران بازار لندن بود. اما با افزایش روزمره قیمت نفت و توجه به این امر که مبنای اصلی تعیین کمیت در صدور بارنامه^۵ و معاملات مبتنی بر آن، عموماً بر اساس حجم خالص نفت خام است^۶ که معیاری کاملاً متفاوت از آنچه در شرط تعدیل پیش‌بینی شده بود، تلقی می‌شود. به عبارتی دیگر، مطابق با شرط تعدیل شروط تمام خطر نفت فله انستیتو، کاستی‌های محموله، آلودگی یا هرگونه آسیب‌های وارده به محموله بیمه‌شده، بر مبنای حجم ناخالص تحت پوشش

1. Ibid, p. 1225.

2. Staples, C. L., .Op.Cit, p. 183.

3. Adjustment Clause

4. Lloyd's of London, .Op.Cit, p. 11.

5. Bill of Lading

6. Cioarec, V., .Op.Cit.

قرار می‌گرفت؛ درحالی که خرید و فروش محموله‌های نفتی، عموماً بر اساس حجم خالص مندرج در بارنامه صورت می‌گیرد. برای درک بهتر موضوع توجه به مثال زیر لازم است:

حجم ناخالص ثبت‌شده برای محموله نفتی فرضی، در بندر مبدأ ۶۵۰۴۹۷ بشکه است که ۳۴۰ بشکه آن را آب و رسوبات پایه تشکیل می‌دهند. با توجه به این کمیت‌ها، حجم خالصی که در بارنامه نوشته می‌شود، ۶۵۰۱۵۷ بشکه است که حجم خالص محموله نفتی معامله شده است. در زمان رسیدن کشتی به بندر مقصد و تخلیه، حجم ناخالص اندازه‌گیری شده ۶۴۵۱۰۰ بشکه است. اما پس از تخلیه ۱۳۸۴ بشکه آب آزاد و ثبت ۳۲۴ بشکه آب و رسوب پایه، حجم خالصی که به دست خریدار می‌رسد، ۶۴۳۳۹۲ بشکه است. مطابق با شرط تعدیل، فقط میزان ۵۳۹۷ بشکه نفت خام که اختلاف حجم ناخالص زمان بارگیری و حجم ناخالص زمان تخلیه است، توسط بیمه‌گر جبران خواهد شد. اما بر مبنای حجم خالص مندرج در بارنامه و حجم خالص اندازه‌گیری شده در زمان تخلیه، میزان ۶۷۶۵ بشکه، کاستی در محموله به مقصد رسیده مشاهده می‌شود که برای بیمه‌گذاری که بر مبنای شرط تعدیل، محموله خود را بیمه کرده است، ۱۳۶۸ بشکه به‌عنوان خسارت کاغذی، جبران‌نشده باقی خواهد ماند که با توجه به افزایش چشمگیر قیمت نفت خام در بازارهای جهانی، خسارت‌های قابل‌توجهی برای بیمه‌گذار تلقی می‌شود. مثال مذکور، صرفاً به خسارت کاغذی محموله‌ای اشاره کرد که بدون هیچ‌گونه آسیب واقعی سفر را به پایان رسانده است؛ حال با فرض اینکه ممکن است در اثر حوادث طبیعی یا انسانی، میزانی از نفت محموله بیمه‌شده نیز از دست رفته یا آلوده شود، ضررهای مالی بیمه‌گذار بسیار چشمگیرتر از گذشته خواهد بود.

حجم ناخالص اندازه‌گیری شده در بندر مبدأ	۶۵۰۴۹۷
آب و رسوبات پایه	۳۴۰
حجم خالص مندرج در بارنامه	۶۵۰۱۵۷
حجم ناخالص اندازه‌گیری شده در بندر مقصد	۶۴۵۱۰۰
آب آزاد تخلیه‌شده در مخزن ساحلی بندر مقصد	۱۳۸۴
آب و رسوبات پایه	۳۲۴
حجم خالص تحویل داده شده	۶۴۳۳۹۲

در پاسخ به ناکارآمدی شرط تعدیل در شروط تمام خطر نفت فله انستیتو و نیازهای جدید بازار حمل و نقل نفت خام، ارائه‌دهندگان پوشش بیمه‌ای بازار لندن به طراحی شرط تضمین کمیت اقدام کردند. مطابق با این شرط جدید، مبنای محاسبه کمیت در اقدام کاغذی و واقعی از حجم ناخالص به حجم خالص تغییر یافته، به شکلی که منطبق با بارنامه صادره، در زمان بارگیری محموله بیمه شده است.^۱ اما همان‌طور که انتظار می‌رود، پوششی که به این شکل کامل و جامع است، تعهدات مالی سنگینی بر عهده بیمه‌گران قرار می‌دهد و زمینه سوءاستفاده برخی از متصدیان را فراهم می‌کند. به همین دلیل، برای استفاده از مزایای شرط تضمین کمیت، بیمه‌گزاران ملزم شده‌اند تا یک کارشناس مستقل مورد تأیید بیمه‌گر را با هزینه خود برای انجام مجدد تمامی فرایندهای اندازه‌گیری و تعیین کمیت محموله نفتی دعوت کنند و گزارش‌های صادرشده از طرف وی را به بیمه‌گر در صورت تمایل به استفاده از شرط تضمین کمیت ارائه دهند.^۲ یکی از گزارش‌هایی که کارشناس مستقل در بندر مبدأ صادر می‌کند، گزارش تمیز بودن مخزن کشتی حامل قبل از بارگیری است. این گزارش تأیید می‌کند که هیچ‌گونه ماده خارجی در مخزن کشتی که بتواند محموله نفتی بیمه‌شده را آلوده کند، وجود ندارد. گزارش دیگری که لازم به ذکر است، گواهی کیفیت است که بر اساس نمونه‌های آزمایش شده از محموله صادر می‌گردد و بیانگر خصوصیات کامل کیفی محموله نفتی بیمه‌شده است.^۳ سه گزارش نهایی دیگر در بندر مبدأ صادر می‌شوند که در ادامه به آنها پرداخته خواهد شد؛ گزارش اندازه‌گیری مخزن ساحلی^۴، گزارش کنتور^۵ و گزارش آلیج کشتی^۶. سه گزارش بسیار مهم نیز در بندر مقصد صادر می‌شوند؛ گزارش آلیج کشتی پیش از تخلیه، گزارش خالی شدن کامل مخزن کشتی حامل پس از تخلیه و گواهی خروجی محموله.^۷

البته حضور کارشناسان مستقل ممکن است با چالش‌هایی روبه‌رو شود که کاملاً از اختیار بیمه‌گزار خارج است؛ مانند زمان‌هایی که بندر مبدأ به کارشناسان مستقل اجازه دسترسی به

1. Lloyd's of London, .Op.Cit, p 12.

2. Rawson, K, .Op.Cit, p 74.

3. Masha, M. M, "Marine and onshore oil insurance", Master Dissertation, World Maritime University, 1990, pp 61, 63.

4. Shore Tank Measurement Report

5. Meter Report

6. Ship's Ullage Report

7. .Ibid, pp 63, 64.

تجهیزات را نمی‌دهد.^۱ البته در صورتی که بیمه‌گزار اثبات کند علل عدم حضور کارشناس مستقل خارج از قدرت و اختیار وی بوده است و تمامی گزارش‌ها و اندازه‌گیری‌های صورت‌گرفته به وسیله دستگاه‌های خودکارند، بیمه‌گر گزارش‌های صادره از دستگاه‌های خودکار را به‌طور استثنا خواهد پذیرفت. البته لازم به ذکر است که عدم حضور کارشناس مستقل خللی به کل بیمه‌نامه وارد نخواهد کرد و صرفاً در استفاده از شرط تضمین کمیت مشکل‌ساز است.

۲. مبنای تعیین کمیت در شرط تضمین کمیت

همان‌طور که بیان شد، بنابر شرط تضمین کمیت، آسیب‌های وارده به محموله نفتی و کاستی‌هایی که مازاد بر نیم درصد کل محموله‌اند، اگر مشمول موارد دیگر استثنا شده نباشند، بر مبنای حجم خالص محموله، توسط بیمه‌گر جبران خواهند شد. حال دو سؤال اساسی که مطرح می‌شود آن است که در زمان بارگیری از چه معیاری برای تعیین کمیت استفاده می‌شود و همچنین در زمان رسیدن محموله بیمه‌شده به بندر مقصد از چه معیار تعیین کمیتی برای تشخیص حجم تحویل داده شده استفاده می‌شود؟

۲.۱. تعیین کمیت محموله در بندر مبدأ

در تعیین کمیت محموله‌ها، به شکل معمول از دو معیار حجم یا وزن استفاده می‌شود که در محموله‌هایی که به شکل فله حمل می‌شوند، استفاده از معیار حجم در قراردادهای فروش بسیار رایج است و استفاده از معیار وزن در اسناد مربوط به نفت خام به‌ندرت مشاهده می‌شود. حجم نفت خام مطابق با معیارهای اندازه‌گیری متعددی تعیین می‌شود که با توجه به بحث حاضر، دو مؤلفه برای ما بسیار حائز اهمیت هستند: حجم ناخالص استاندارد^۲ و حجم خالص استاندارد^۳. حجم خالص استاندارد، حجم استاندارد محموله نفت خام بدون هیچ‌گونه ناخالصی، اعم از آب و رسوبات پایه و آب آزاد است. حجم ناخالص استاندارد مطابق با تعریف داده شده در شرط تعدیل، حجم استاندارد کل محموله نفت خام، بدون افتراق آب و رسوبات پایه و آب آزاد است.^۴ نکته حائز اهمیت دیگر چگونگی تعیین حجم استاندارد است. به دلیل خصوصیات منحصر به فرد نفت

1. Rawson, K, .Op.Cit, p 75.
2. Gross Standard Volume (GSV)
3. Net Standard Volume (NSV)
4. Cioarec, V, .Cit.

خام، حجم آن در دماهای مختلف دستخوش تغییر می‌شود، به همین علت برای یکسان‌سازی حجم محموله‌های نفت خام از جدول‌های منتشرشده توسط API استفاده می‌شود؛ به این صورت که حجم مشاهده‌شده^۱ را با شاخص اصلاح حجم^۲ ترکیب و حجم استاندارد را تعیین می‌کنند. لازم به ذکر است که در به دست آوردن شاخص اصلاح حجم، دما و چگالی دو عامل اصلی محاسبات، مطابق با جداول API هستند.^۳

در بندر مبدأ، اولین اندازه‌گیری حجم محموله نفتی در مخزن ساحلی رخ می‌دهد. با توجه به اینکه نفت خام موجود در مخزن ساحلی به حالت سکون درآمده است، مقداری آب آزاد در بستر مخزن شکل خواهد گرفت که قبل از خروج از مخزن ساحلی، آب آزاد از محموله جدا می‌شود. سپس در حین عبور محموله، از خطوط لوله اتصال مخزن ساحلی به مخزن کشتی حامل، اندازه‌گیری دوم که گزارش کنتور است، به وقوع می‌پیوندد. گزارش کنتور حجم نفت خارج شده از مخزن ساحلی را تعیین می‌کند. لازم به ذکر است که کمیت درج‌شده در عموم قراردادهای فروش نفت خام و بارنامه، مطابق با حجم اندازه‌گیری شده در گزارش کنتور است. اندازه‌گیری نهایی نیز در داخل مخزن کشتی حامل به صورت گزارش آلیج کشتی به وقوع می‌پیوندد.^۴ برای تعریف گزارش آلیج، بدون ورود به مباحث فنی، در بیانی بسیار ساده می‌توان گفت که این گزارش، مبتنی بر اندازه‌گیری فضای خالی مخزن به همراه نمونه‌برداری از محموله، پس از بارگیری، جهت تعیین کردن حجم اشغال‌شده توسط محموله در مخزن است. حجم خالص و ناخالص اندازه‌گیری شده در هر سه مرحله، باید با نظارت کارشناس مستقل بوده و اسناد تمامی گزارش‌ها نیز به شکل مکتوب در صورت درخواست بیمه‌گر، جهت ارائه حاضر باشند.^۵

1. Observed Volume (OV)

2. Volume Correction Factor (VCF)

3. Nicola, H, "Understanding the Importance of Implementing a Marine Oil Cargo Loss Control System to Protect the Crude and Products You Trade", Available At: <https://becht.com/becht-blog/entry/understanding-the-importance-of-implementing-a-marine-oil-cargo-loss-control-system-to-protect-the-crude-and-products-you-trade/>, (Last Visit 9/16/2024).

4. Cioarec, V, Op.Cit.

5. IUA of London, Institute Bulk Oil Clauses All Risks + GOT CL433, Available At: https://www.iua.co.uk/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses_Summary.aspx?DocumentKey=3FBFF97B-23A2-4351-B23B-0A6DF08DF8B1&TemplateType=E&DialogCacheParam=0.21634900849994265&IsPopUp=true, (Last Visit 9/16/2024).

۲.۲. تعیین کمیت محموله در بندر مقصد

پس از اینکه کشتی حامل بر بندر مقصد پهلو گرفت، قبل و بعد از خروج محموله از مخزن‌های کشتی، گزارش آلیج کشتی توسط خدمه صادر می‌شود. سپس همانند بندر مبدأ گزارش کنتور در زمان تخلیه محموله از مخزن کشتی نیز تهیه می‌شود. اما آنچه در بندر مقصد بسیار اهمیت دارد، اندازه‌گیری محتویات مخزن ساحلی، قبل و بعد از ورود محموله از مخزن کشتی به آن است. دلیل اهمیت این دو اندازه‌گیری، این است که مبنای کمیت مندرج در گواهی خروجی، حجم نفت خام وارد شده به داخل مخزن ساحلی است.^۱ البته نکته‌ای که باید به آن توجه کرد، این است در مواقعی مانند کم عمق بودن آب‌های منتهی به بندر مقصد، کشتی حامل محموله قادر به پهلوگیری در آن نباشد. در این صورت، عمل سبک‌سازی^۲ صورت می‌گیرد که بر اساس آن، بخشی از محموله کشتی حامل به کشتی کوچک‌تری به منظور سبک کردن کشتی اصلی منتقل می‌شود. در این عملیات که به آن انتقال کشتی به کشتی^۳ می‌گویند، مخزن‌های هر دو کشتی باید قبل و بعد از انتقال تحت گزارش آلیج اندازه‌گیری شوند. همانند بندر مبدأ تمامی این گزارش‌ها و گواهی‌ها باید با حضور کارشناس مستقل صادر شوند و نسخه‌های صادرشده توسط وی برای ارائه موجود باشند.

۲.۳. تعیین کمیت در شرط تضمین کمیت

حال که با گزارش‌های صادرشده در جهت تعیین کمیت محموله نفت خام در یک سفر تجاری آشنا شدیم، به بحث اصلی می‌پردازیم. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، مطابق با شرط تضمین کمیت، هرگونه آسیب کیفی و از دست رفتن محموله نفتی بیمه‌شده، در صورت خروج از شمول شرط استثناها بر مبنای حجم خالص محموله جبران خواهد شد. با توجه به اشاره مستقیم شرط تضمین کمیت، پایه حجم خالص محموله بیمه‌شده بر مبنای حجم خالص مندرج در بارنامه است. مبنای حجم خالص محموله تحویل داده شده نیز بر اساس حجم خالص مندرج در گواهی خروجی است. البته مطابق با این شرط، بیمه‌گزار می‌تواند با اختیار خود مبنای تعیین کمیت را به حجم ناخالص تغییر دهد که ممکن است در نگاه اول باعث بی‌اثر شدن شرط تضمین شود، اما

1. Masha, M. M., .Op.Cit, p. 64.

2. Lightering

3. Transshipment

می‌تواند در نتیجه شرایطی باشد که بیمه‌گذار نتواند از پس الزام مندرج در شرط تضمین کمیت مبنی بر استفاده از کارشناس مستقل برآید و به‌ناچار به شرط تعدیل روی آورد.^۱

در مواردی، ممکن است براساس عرف بندر و منطقه، کمیت مندرج در بارنامه مطابق با حجم محموله در داخل مخزن کشتی و بر مبنای گزارش آلیج باشد. در صورت اثبات چنین عرف و رویه‌ای از جانب بیمه‌گذار، بیمه‌گر کمیت موجود در بارنامه را پذیرفته و بر مبنای آن عمل خواهد کرد. البته در این صورت، باید مؤلفه تجربه کشتی نیز در کمیت تعیین شده لحاظ شود. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، هرگونه خسارت یا کاستی تحت پوشش شرط تضمین کمیت، باید مازاد بر نیم درصد حجم کل محموله بیمه‌شده باشد، اما در مواقعی که بر اساس عرف بازار، کمیت محموله بر مبنای وزن تعیین می‌شود، سقف قابل قبول به میزان ۲۰ درصد افزایش پیدا خواهد کرد.^۲

نتیجه‌گیری

شرط تضمین کمیت به مثابه یک راهکار حیاتی برای بیمه‌گرانی بوده است که در نوسانات بازار خرید و فروش نفت خام و خطرهایی که در دریاها محموله‌های نفتی آنها را تهدید می‌کرده، به دنبال کاهش و به حداقل رساندن ریسک‌های خود بوده‌اند. در چنین شرایطی، شرط تضمین کمیت به شکل ضمیمه‌ای به شروط تمام خطر نفت فله انستیتو اضافه شده و به‌طور کلی، جایگزین شرط تعدیل می‌شود. شرط تضمین کمیت با بهره‌گیری از رویه و عرف شکل گرفته، مبنای کمیت مورد نظر طرفین را از کمیت ناخالص به کمیت خالص تغییر داده است؛ به‌نحوی که بیش از پیش، منطبق بر نیازهای متصدیان حمل و نقل و صاحبان محموله است.

نفت خام به دلیل خصوصیات خاص خود نیازمند شروط بیمه‌ای منحصربه‌فرد خود است؛ به شکلی که شروط کالای انستیتو پاسخگوی نیازهای منحصربه‌فرد این ماده استراتژیک نیست. با این حال، بسیاری از شروط عمومی بیمه‌نامه دریایی لوید قابل استفاده برای تمامی محموله‌هاست؛ اما آنچه که شروط تمام خطر نفت فله انستیتو را از سایرین متمایز می‌کند، تبیین دو شرط تعدیل و تضمین کمیت است. اگرچه شرط تضمین کمیت در تمامی محموله‌هایی که به

1. IUA of London, Institute Bulk Oil Clauses All Risks + GOT CL433, .Op.sCit.

2. .Ibid.

شکل فله حمل می‌شوند کاربرد دارد، این شرط در خصوص خسارت‌های کاغذی حادث بر محموله‌های نفتی از چارچوب کاملاً متفاوتی برخوردار است.

شرط تضمین کمیت، که نسخه ارتقایافته شرط تعدیل است، این اختیار را به بیمه‌گزاران داده است تا بنا بر مصلحت خود شاخص و معیار تعیین کمیت در شرط تضمین کمیت را انتخاب کنند؛ به نحوی که مطابق بر کمیت خالص مندرج در عموم بارنامه‌ها یا مطابق بر رویه پیشین بر مبنای کمیت ناخالص باشد. نکته مثبت دیگر در شرط تضمین کمیت محدود کردن استثنای کاستی‌های عادی محموله نفت خام به سقف نیم درصد ارزش کل محموله است؛ به شکلی که آسیب‌ها و کاستی‌های مازاد بر نیم درصد مذکور، تحت حمایت بیمه‌گر قرار خواهد گرفت. این در حالی است که در سایر محموله‌ها، هیچ‌گونه سقفی برای آسیب‌ها و کاستی‌های معمولی محموله، که ذیل شرط استثنای عمومی قرار می‌گیرند، تعبیه نشده است.

برخورداری از امتیازهای مذکور برای بیمه محمولات نفتی همراه با تعهدات و مسئولیت‌هایی نیز بوده است که علاوه بر کاهش ریسک بیمه‌گزار از منافع بیمه‌گر نیز حمایت می‌کنند. از جمله این تعهدات، الزام بیمه‌گزار به دعوت از کارشناس مستقل، که مورد تأیید بیمه‌گر جهت احراز صحت تمامی کمیت‌های اندازه‌گیری شده در گزارش‌هایی است که در بندر مبدأ، بندر مقصد و کشتی حامل صادر شده‌اند. استفاده از کارشناس مستقل برای صحت‌سنجی کمیت‌های گزارش شده به دلیل جلوگیری از سوءاستفاده برخی متصدیان و صاحبان محموله سوچو است که در جهت منافع شخصی، می‌توانند ضررهای بسیار هنگفتی به بیمه‌گران لندن وارد آورند.

منابع

مقاله

۱. ابوعطا، محمد، نقش بیمه دریایی در جبران خسارات ناشی از تصادم کشتی‌ها، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۰، ۱۳۸۵، شماره ۷۲، صص ۳۷-۱.
۲. نوری یوشانلوئی، جعفر و عبدالحسین ایرانی فتح آباد، الزامات داخلی و بین المللی حمل و نقل دریایی مواد هیدروکربوری، مجله مطالعات حقوق انرژی، دوره ۵، ۱۳۹۸، شماره ۱، صص ۲۴۹-۲۲۳.

۳. نوری یوشانلوئی، جعفر و سمیرا سادات حسینی، تحلیل حقوقی قابلیت دریانوردی در قراردادهای حمل و نقل دریایی کالا (بارنامه و چارترپارتنی)، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۱۵، ۱۴۰۲، شماره ۲، صص. ۱-۳۶.

۴. یحیائی، محمد، مروری بر انواع و شرایط بیمه‌های دریایی، کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق، دوره ۴، ۱۴۰۰، صص ۷۷۷-۷۸۷.

References

Books

1. Rawson, K, *The Carriage of Bulk Oil and Chemicals at Sea*, London, Institution of Chemical Engineers, 1994.

Articles

2. Abooata, M. "The Role of Marine Insurance in Compensating Damages Caused by Ship Collisions", *Journal of Faculty of Law and Political Science*, No. 0, Vol. 72, 2006, pp 1-37. (in Persian)
3. Longaker, K. D, "Maritime Law - Custom - Carriage of Goods by Sea Act Precludes Enforcement of Oil Shipping Industry's 0.5% Customary Trade Allowance", *Villanova Law Review*, No. 3, Vol. 31, 1986, pp 1221-1244.
4. Mankabady, S, "The New Lloyd's Policy and Cargo Clauses", *Journal of Maritime Law and Commerce*, No. 4, Vol. 13, 1982, pp 527-536.
5. Nouri Youshanlouie, J & Abdolhossein Irani Fathabad, "National and International Requirements for Maritime Transportation of Hydrocarbons", *Journal of Energy Law Studies*, No. 1, Vol. 5, 2019, pp 223-249. (in Persian)
6. Nouri Youshanlouie, J & Samira Sadat Hosseini, "Legal Assessment of Seaworthiness Commitment in Contracts of Carriage (Bill of Lading and Charterparty)", *Journal of Legal Studies*, No. 2, Vol. 15, 2023, pp 1-36. (in Persian)
7. Staples, C. L, "The 0.5% Trade Allowance: The Third Circuit Holds the Custom Unenforceable under COGSA", *Maritime Lawyer*, No. 2, Vol. 10, 1985, pp 183-202.
8. Textor, J. M, "Oil Shortages Caused by the Inherent Properties of Petroleum Cargoes". *Journal of Maritime Law and Commerce*, No. 3, Vol. 13, 1982, pp 281-294.
9. Yahyayi, M, "An Overview of Marine Insurance Types and Conditions", *International and National Conference on Management Studies, Accounting & Law*, No. 4, 2021, pp 777-787. (in Persian)

Dissertations

10. Masha, M. M, "Marine and Onshore Oil Insurance", Master's Dissertation, World Maritime University, 1990.

Reports

11. Cioarec, V, *The Documentary Evidence Taken in Consideration by The Courts in Quantity Disputes Related to Crude Oil Cargoes*, Available At:

- <https://www.commoditylaw.eu/articalDetails.php?idArticolText=109>, (Last Visit 3/21/2024).
12. Dolphin Maritime, Bulk Cargoes – Protection Against ‘Paper Losses’, Available At: <https://www.dolphin-maritime.com/?Publications/2008/12/11/2---bulk-cargoes---protection-against-paper-losses.html>, (Last Visit 9/16/2024)
13. Enercon Group INC., Cargo Measurement and Calculation, Available At: <https://www.enercongroup.com/definitionsmeasurement.html>, (Last Visit 9/16/2024).
14. Energy Institute Publications, HM 49/API MPMS Chapter 17.9 Vessel experience factor (VEF), Available At: <https://publishing.energyinst.org/topics/hydrocarbon-management/marine-measurement-and-cargo-assurance/hm-49-api-mpms-chapter-17.9-vessel-experience-factor-vef>, (Last Visit 9/16/2024).
15. Greenwoods Ltd., Bulk Oil Clauses Analysis, Available At: <https://greenwoods.org/bulk-oil-clauses-analysis>, (Last Visit 9/16/2024).
16. Nicola, H, Understanding the Importance of Implementing a Marine Oil Cargo Loss Control System to Protect the Crude and Products You Trade, The Becht Blog, Available At: <https://becht.com/becht-blog/entry/understanding-the-importance-of-implementing-a-marine-oil-cargo-loss-control-system-to-protect-the-crude-and-products-you-trade/>, (Last Visit 9/16/2024).
17. UKP&I, STS Cargo Transfers & VEF, Available At: <https://www.ukpandi.com/news-and-resources/articles/2015/sts-cargo-transfers-vef>, (Last Visit 9/16/2024).
18. Wankhede, A, Understanding Crude Oil Washing Operation on Oil Tanker Ships, Available At: <https://www.marineinsight.com/guidelines/understanding-crude-oil-washing-operation-on-oil-tanker-ships>, (Last Visit 9/16/2024).

Documents

19. Hall, P. D, Tanker Cargo Shortage and Contamination Claims, London P&I Club – LP Focus Publications, Available At: <https://www.londonpandi.com/media/2179/56081previewissue3february2016f.pdf>, (Last Visit 9/16/2024).
20. IUA of London, Institute Cargo Clause B CL383, Available At: https://www.iaa.co.uk/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses_Summary.aspx?DocumentKey=CC7188AB-52C2-4448-BB22-

- 3A627874BE36&TemplateType=E&DialogCacheParam=0.10722585768441095&IsPopup=true, (Last Visit 9/16/2024).
21. IUA of London, Institute Bulk Oil Clauses CL391, Available At: https://www.iaa.co.uk/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses_Summary.aspx?DocumentKey=74BBADF3-AD4B-4D9A-B5A8-8EC7FB6645D0&TemplateType=E&DialogCacheParam=0.24900395717455837&IsPopup=true, (Last Visit 9/16/2024).
22. IUA of London, Institute Bulk Oil Clauses All Risks + GOT CL433, Available At: https://www.iaa.co.uk/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses_Summary.aspx?DocumentKey=3FBFF97B-23A2-4351-B23B-0A6DF08DF8B1&TemplateType=E&DialogCacheParam=0.21634900849994265&IsPopup=true, (Last Visit 9/16/2024).
23. IUA of London, Institute Bulk Oil Clauses All Risks CL434, Available at: https://www.iaa.co.uk/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses_Summary.aspx?DocumentKey=80C5F583-5E8B-4692-8925-AEEEB254827B&TemplateType=E&DialogCacheParam=0.6096947885979376&IsPopup=true, (Last Visit 9/16/2024).
24. Lloyd's of London, Cargo Claims and Recoveries, Available At: <https://assets.lloyds.com/media/b9ed5b23-6f71-48d4-87d7-e218a0e69c1e/pdf-how-we-train-and-examine-lloyds-agents-2019-Sept-Cargo-Claims-and-Recoveries-Manual.pdf>, (Last Visit 9/16/2024).

Legal Analysis of the Guaranteed Outturn Clause in Oil Cargo Marine Insurance Contracts

Sayed Mohammad Hassan Razavi*
Mohammad Faraji**

Abstract

Nowadays, due to increasing importance of international trade and transportation of crude oil, sellers and purchasers of crude oil are constantly looking for the best and most efficient insurance coverage for their oil cargoes. This has become significantly important in recent decades; due to considerable increase in crude oil prices which has subsequently heightened the risks associated with the transportation of crude oil. This article studies the guaranteed outturn clause, as one of the most important examples of model contract and clauses on oil cargo insurance to explain the clause basis and its fundamental functions completely. Through the findings of this paper, the following facts are presented: the inefficiencies of the institute bulk oil clauses in the absence of the guaranteed outturn clause, the success of the guaranteed outturn clause in balancing the existing risks in carrying crude oil without imposing any financial loss to cargo owners using this clause.

Keywords:

Guaranteed Outturn Clause, Institute Bulk Oil Clauses All Risks, Lloyd's Marine Policy, Crude Oil.

* Assistant Professor, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author) hassan.razavi@ut.ac.ir

** L.L.M Student, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. mohamad.faraji@ut.ac.ir

Contents:

The Challenges Facing the Human-Centered Copyright Regime with the Evolution of Artificial Intelligence Parviz Savrai	40
The Theory of “Enlightened Shareholder Value” In Commercial Companies Law Mostafa Kooshki- Laya Joneydi	70
Determining Damages Caused by Violation of Brand Intellectual Property Rights Based on Actual Loss Mohammad Karami-Seyed Mehdi Mirdadashi Kari-Ali Rostami Far	101
Defective Product Liability on Marketplace Platforms: A Comparative Study between Amazon and Digikala Ali Nakhjavani-Ebrahim Yaghouti	134
Extraction Theory in the Governance Structure of Iran's Oil Industry with a Comparative View Mohammad Reza Shokouhi-Mahmoud Fard Kardel-Hosna Gholami Ghadi	169
Legal Analysis of the Guaranteed Outturn Clause in Oil Cargo Marine Insurance Contracts Sayed Mohammad Hassan Razavi-Mohammad Faraji	193

Economic and Commercial Law Research

Shahid Beheshti University Faculty of Law
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 (Alphabetical Order)

Saeed Reza ABADI (Associate Professor of Public Law & Economic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

Ebrahim ABDIPOUR FARD (Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Hazrat-e Masoumeh University)

Iraj BABAEI (Associate Professor of Private Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)

Homayoun HABIBI (Associate Professor of International Law, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)

Mirghasem JAFARZADE (Associate Professor of International Trade Law, Intellectual Property Law & Cyberspace Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

Abbas KARIMI (Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran)

Ali MOGHADAM ABRISHAMI (Associate Professor of Private Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)

Hamid Reza NIKBAKHT FINI (Member of Iran- United States Claims Tribunal, Professor of International Trade Law department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

Abbas SHIRI VARNAMKHASTI (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran)

Mohammad ROSHAN (Associate Professor of Private Law Department, Family Research Institute, Shahid Beheshti University)

Seyed Jamal SEYFI (Member of Iran- United States Claims Tribunal, Associate Professor of International Law department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

Abbas TOOSI (Associate Professor of Private Law, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)

Mohammad Hossein ZAREIE (Associate Professor of Public Law & Economic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)