



دانشکده حقوق

پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

تابستان ۱۴۰۴

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

تابستان ۱۴۰۴
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
سردبیر: عباس قاسمی حامد
مدیر داخلی: حسنا حاج‌نجفی
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 شیرینی 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](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 با تکیه بر مبانی پژوهشی باشد.
۳. نشریه پذیرای مقالات در سه قالب «مقالات پژوهشی»، «نقد رای» و «نقد کتاب» است.
۴. مقاله نباید قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده یا ترجمه‌ی مقاله‌ی خارجی نویسنده یا دیگران باشد.
۵. از آنجاکه زبان 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	۱۴Bold	عنوان مقاله به فارسی
B Mitra	۱۱Bold	اسامی نویسندگان به فارسی
B Mitra	۱۳Italic	متن چکیده فارسی
B Mitra	۱۳Bold	تیترهای داخل متن
B Mitra	۱۳Italic	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	۱۳Bold	عنوان مقاله انگلیسی
Times New Roman	۱۱Bold	اسامی نویسندگان انگلیسی
Times New Roman	۱۳Bold	Abstract تیتر
Times New Roman	۱۱	متن چکیده انگلیسی
Times New Roman	۱۳	کلید واژه انگلیسی

۵. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد :

صفحه	محتویات	توضیحات و نکات ضروری
صفحه‌ی اول	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی	<ul style="list-style-type: none"> نام نویسنده/نویسندگان ذیل عنوان مقاله درج شود. رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤل، 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 حداکثر ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.
	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی	<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 مسؤل به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد. پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده‌ی انگلیسی مقاله

<p>باید پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را 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.
۵. برای ارجاع بلافاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع شده است، به روش آتی عمل می‌شود: همان منبع، ص.
۶. نمونه: همان منبع، ص. ۱۰.
۶. برای ارجاع با فاصله به منبع به زبان‌های با ریشه‌ی لاتین که سابقاً بدان ارجاع داده شده است، از (Op.Cit.) استفاده می‌شود.
 - Posner, Richard, *Op. Cit.*, P. 6.
۷. برای ارجاع بلافاصله به منبع به زبان‌های با ریشه‌ی لاتین که سابقاً بدان ارجاع شده است، از (Ibid.) استفاده می‌شود.
 - *Ibid.*, p. 7.

ث) شیوه‌ی تنظیم فهرست منابع

۱. کتاب:

- توضیح: نام خانوادگی، نام، **عنوان کتاب**، نام مترجم یا مصحح، جلد، نوبت چاپ، محل انتشار: نام ناشر، سال انتشار.
 - نمونه: سلطانی، محمد، **حقوق بازار سرمایه**، ج ۴، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶.
- Posner, Richard A, **Economic Analysis of Law**, United States: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

۲. مقاله:

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

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

۳. پایان نامه و رساله:

- توضیح: نام خانوادگی، نام، **عنوان**، رساله‌ی 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> \(last visited 28/09/2022\)](https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2019/03/citizenship-and-economic-development-imam)
- در هر مورد از موارد فوق، هرگاه بیش از یک نویسنده برای اثری وجود داشته باشد، نام و نام خانوادگی نویسنده‌ی دوم و نویسنده‌گان 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

- اجتماع امر و نهی اصولی و امکان سنجی تحقق آن در حوزه قراردادهای
سیدمصطفی محقق داماد- مهدی نیاز آبادی- محمدرضا عباسی راد ۱۱
- رویکرد نهاد داوری جهت مقابله با مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای
تجاری بین‌المللی
محمدجعفر قنبری جهرمی- پوریا ابراهیم‌زاده ۴۱
- اهمیت و چالش‌های حقوقی مستعارسازی داده‌ها؛ با نگاهی به اصول پردازش
داده‌های شخصی
امیرمحمد قربان‌نیا- زهرا شاکری ۷۱
- بررسی تطبیقی آداب‌التجاره در فقه اسلامی و اخلاق تجاری شرکت‌های موفق:
راهکاری برای توسعه پایدار تجارت
مصطفی اعتمادشفیخ- سیدمهدی دادمرزی ۱۰۱
- امکان سنجی دعوای الزام به پرداخت دین از سوی ضامن علیه دریافت‌کننده
تسهیلات بانکی، پس از صدور اجرائیه علیه ضامن
محمدجابر قنبری- جلال سلطان احمدی ۱۳۹
- ابعاد حقوقی بازی‌های تلگرامی؛ مطالعه موردی بازی همستر کامبت
محمدهادی جواهرکلام- فرشید قدیم‌خانی ۱۶۵
- تحلیل تطبیقی و اقتصادی نقطه انتقال ریسک در بیع اموال کلی
محسن علیجانی- علی ساعتچی- امید محمدی نیا- ابوالقاسم قربانی ۲۰۱
- مطالعه تطبیقی اثر توافق خصوصی بر حقوق دارنده سند تجاری در حقوق
ایران، کنوانسیون ژنو و کامن‌لا
سید حسن حسینی مقدم ۲۳۳

اجتماع امر و نهی اصولی و امکان‌سنجی تحقق آن در حوزه قراردادهای

سیدمصطفی محقق داماد*

مهدی نیاز آبادی**

محمدرضا عباسی راد***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۴

چکیده

در مبحث مربوط به تعارضات (بالمعنی الأعم) اصولی، یک مجموعه به لحاظ ویژگی خاصی که دارد، تحت عنوان «اجتماع امر و نهی» جدا می‌شود و می‌کوشد به این پرسش پاسخ دهد که اساساً اجتماع امر و نهی در شیء واحد جایز است یا ممتنع؟ این مبحث در نتیجه تفاوت مبانی کلامی، منطقی و اصولی طی قرون متمادی به معرکه آرا تبدیل شده است؛ به طوری که قائلان به جواز مدعی عدم سرایت حکم از عنوان به معنوی و تعدد معنوی به موجب تعدد عنوان شده‌اند. در مقابل، قائلان به امتناع نسبت به ادعاهای مذکور ایراداتی طرح کرده‌اند که مقاله حاضر واجد پاسخی بدیع به ایشان است. بحث از اجتماع امر و نهی هرچند در اصول فقه و دانش‌های متشرعه روییده، اما با الغای خصوصیت می‌توان باب امکان‌سنجی طرح و تطبیق مسئله اجتماع امر و نهی اصولی و فروع آن در نظام حقوقی را گشود. البته لازمه این تطبیق و امکان‌سنجی شستن چشم‌ها و توجه به مختصات جدیدی است که در آن ادبیات امر و نهی رنگ باخته و صحبت از تعارض باید و نیاید می‌شود. جلوه این تعارض در حوزه حقوق قراردادهای نمایان است؛ جایی که اصل لزوم، تجسم وجوب و امر است و ممنوعیت‌های مدنی و کیفری مختلف تجسد نهی و حرمت و قرارداد همان ذات واحدی است که تعارض ناظر به آن مطرح می‌شود. البته این قسم از تعارض در حوزه قراردادهای هیچ‌گاه به استقرار نمی‌رسد و به طرق مختلفی من جمله تمسک به قاعده «انتفاء المشروط بانتفاء شرطه»، اطلاق، تقیید و... رفع شده و خلاف علم اصول، جانب امتناع اثبات می‌شود.

کلید واژگان:

اجتماع امر و نهی، اصل لزوم، تعارض، قرارداد.

* استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (ره)، تهران، ایران.

** استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

*** دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه فقه و حقوق، دانشگاه شهید مطهری (ره)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

abbasirad.law@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

ناسپاسی است اگر به تأثیر شگرف اندیشه اعتزال بر اجتهاد و گسترش علوم انسانی اذعان نکنیم؛ تفکر اعتزال و عقل‌گرایی^۱ اسلامی از مبحث کلام و الهیات وارد حوزه فقه و اصول شده است. در قرن دوم هجری گرایش به واردسازی استدلال‌های عقلی و توجه به هنجارهای اجتماعی در حوزه استنباطات شرعی معلول چون و چراهای معتزلیان و تاحدی تشکیل مکتب فقه عراق به امامت فقیه ایرانی‌الاصول معروف آن روزگار، ابوحنیفه نعمان بن ثابت است.^۲ و^۳ از جمله حوزه‌های متأثر علم اصول از تفکر اعتزال و استدلال‌های عقلی، مبحث تعارض ادله است. تعارض ادله حالتی است که دلالت دو دلیل (لفظی)^۴ با یکدیگر ناسازگار است، بدون آنکه سند آنها مشکلی داشته باشد.^۵

در مبحث مربوط به تعارضات (بالمعنی‌الاعم) اصولی، یک مجموعه به‌لحاظ ویژگی خاصی که دارد، تحت عنوان «اجتماع امر و نهی» جدا می‌شود؛ اجتماع امر و نهی، حالتی است که در آن، دو دلیل با عموم بدلی در مقام حکمرانی بر مکلف به واحدی (مقصود واحد بالوجود است و نه واحد بالجنس) با یکدیگر در تنافی و ناسازگاری‌اند.^۶

نظر به اینکه از دیدگاه اصولی، عموم نهی ذاتاً استغراق است، لذا بنابر تعریف اولیه ارائه‌شده، قدر متیقن آن است که عموم امر باید بدلی باشد ولاً با حالت تعارض بالمعنی‌الأخص (تعارض ادله استنباط) روبه‌رو خواهیم شد. هنگام وقوع اجتماع امر و نهی، این شخص مکلف است که ایفای نقش می‌کند و ایجاد حالت مذکور معلول سوء‌اختیار خود اوست.

1. Rationalism

۲. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه(۱)»، مجله تحقیقات حقوقی/دانشگاه شهید بهشتی، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، ش ۱۴، ص ۱۴.

۳. محقق داماد، سید مصطفی و مهدی نیازآبادی، «منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی و تنافی ادله در اصول فقه»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، بهار ۱۴۰۰، ش ۹۳، صص ۱۳ و ۱۴.

۴. مقصود از دلیل لفظی، کتاب و سنت است که موضوع تنافی ادله قرار می‌گیرد.

۵. هرگاه دو یا چند دلیل متعارض در برابر یکدیگر قرار گیرند، طوری که عرفاً نتوان آنها را جمع کرد و یکی ناسخ دیگری نباشد، در این صورت تعارض محقق است.

۶. انصاری (شیخ)، مرتضی، **فرائد‌الأصول (رسائل)**، ج ۲، چ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق، ص ۲۳۷.

همان‌طور که بیان شد، اجتماع امر و نهی صورت خاصی از تعارض (بالمعنی‌الأعم) است که در کتب اصول فقه و توسط اصولیون مورد بحث قرار گرفته است؛ هرچند محل بحث مذکور در کتب اصولی مختلف، یکسان نیست و هریک از اصولیون بنابر درک خود از این موضوع، آن را در قسمت‌های متفاوتی مطرح نموده‌اند؛ برای مثال مرحوم محمدباقر صدر، بحث مربوط به اجتماع امر و نهی را در میان مباحث امور واجب و پس از بحث «تخیر عقلی در واجب» مطرح می‌نماید.^۱ یا مرحوم مظفر مبحث مذکور را ذیل غیرمستقلات عقلیه طرح می‌کند.^۲ در کتب اصولی معاصر نیز گاه دیده می‌شود که مبحث اجتماع امر و نهی ذیل عنوان کلی «تعارض ادله» مورد بحث قرار می‌گیرد.^۳

از دیرباز اجتماع امر و نهی میان اصولیون از مسائل چالشی مورد بحث بوده و آن این است که اساساً اجتماع امر و نهی در شیء واحد جایز است یا خیر؟ غالب اشاعره و برخی پیروان مذهب امامیه (مانند فضل بن شاذان و بعضی از محققان متأخر) حکم به جواز اجتماع امر و نهی داده‌اند و معتزله و اکثر علمای اهل تشیع، چنین اجتماعی را ممتنع دانسته‌اند. شاید در بدو امر عنوان مسئله «اجتماع امر و نهی در شیء واحد» این نکته را به ذهن متبادر نماید که بحث مورد نظر، بحثی کاذب و فاقد معناست، چراکه اجتماع امر و نهی در شیء واحد عقلاً محال جلوه می‌کند! یعنی نفس چنین اجتماعی این است که محال به نظر می‌رسد؛ حتی از نظر برخی اشاعره که تکلیف به امر محال را جایز می‌دانند، اجتماع امر و نهی محال است و اصلاً نزاع مزبور مطرح نمی‌شود. ولیکن زمانی که بحث فقهی قضیه و تکلیف شخص مکلف در این خصوص مطرح می‌شود، بحث مزبور مفید می‌نماید. لذا به تبع همین تفاوت عقیده، دو دیدگاه متفاوت نیز در خصوص چنین اجتماعی میان اصولیون مطرح شده‌است که از آن تحت عنوان «جواز اجتماع» و «امتناع اجتماع» یاد می‌گردد.

۱. صدر، محمدباقر، **دروس فی علم‌الأصول**، ج ۱، چ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ق، ص ۳۴۴.

۲. مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، ج ۲، چ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۳۰ ق، صص ۳۷۶-۳۸۷.

۳. محقق داماد، سید مصطفی، **مباحثی از اصول فقه؛ دفتر سوم: اصول عملیه و تعارض ادله**، چ ۹، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۹.

«اجتماع امر و نهی در شیء واحد»، عنوانی است که در دانش اصول‌فقه ذیل مباحث «اوامر» و «نواهی» مطرح می‌شود؛ چنانچه میان امر و نهی مذکور نیز اجتماعی رخ دهد، اجتماع مستحدث را اصول‌فقه مورد بررسی قرار خواهد داد. لذا طبیعی است که هرگاه سخن از اجتماع امر و نهی به میان می‌آید، در وهله اول، طرح یک مبحث اصولی به ذهن متبادر شود. با این حال به نظر می‌رسد که تعلق مبحث اجتماع امر و نهی به دانش اصول‌فقه، صرفاً از حیث «عنوان» باشد و لذا بتوان از حیث مضمون و مفاد، مصادیقی را در دانش حقوق یافت که قریب به مبحث مذکور باشد؛ بدیهی است مصادیق مزبور، گرچه از حیث مضمون، مباحث و مفادی مانند اجتماع امر و نهی اصولی را دربر دارد، ولیکن دقیقاً معادل با اجتماع مذکور و منطبق بر آن نمی‌باشد؛ چراکه جنس اجتماع امر و نهی اصولی به لحاظ ماهیت و محتوای مطالب خاص آن، متفاوت با هر دانش دیگری و عدم انطباق مطلق نیز معلول همین تفاوت است. همان‌طور که می‌دانیم، در دانش اصول‌فقه، مصطلح است که «امر» در عبادات ظهور در وجوب و در بحث معاملات ظهور در لزوم دارد یا اینکه حکم وضعی لزوم معاملات از حکم تکلیفی وجوب منتزع می‌گردد و «نهی» ظهور در حرمت یا قدر متیقن، کراهت عبادات دارد و در معاملات نیز به شرط برخورد با ارکان، سبب بطلان و فساد خواهد شد؛ می‌توان گفت، امری که موجب وجوب و نهی که موجب حرمت است، در معنا و مفهوم، «باید» و «نباید» مربوط به یک فعل را می‌رسانند. با این اوصاف در دانش حقوق، به لحاظ فقد عناوین «امر» و «نهی» چنانچه به دنبال مصادیق مورد بحث در اجتماع امر و نهی هستیم، باید مصادیقی را جست‌وجو نماییم که مضمون آنها، همان «باید» و «نباید» مربوط به فعل باشد؛ لذا به‌طور خاص اگر سخن از اجتماع امر و نهی در دانش حقوق می‌کنیم، ناگزیر در پی مصادیقی هستیم که اعمال موضوع منابع حقوق (به‌طور خاص قانون) در آن واحد مشمول «باید» و «نباید» همان منابع قرار گیرند و حالتی شبیه به اجتماع امر و نهی اصولی را پدید آورند.

توجه به این نکته که اجتماع امر و نهی قسمی از تعارض (بالمعنی الاعم) است و مقتضای ذاتی هر قسم تعارضی مانع‌تراشی بر سر راه دانش و نظام محل تحقق تعارض در نیل به اهداف و کارکردهای خویش است، اهمیت بحث پیش‌روی را روشن می‌سازد. مادامی که تعارض برقرار

باشد و حل نگردد، تحقق و تأمین هدف غایی دانش‌ها چه علم اصول و چه دانش حقوق منتفی یا قدر متقین معلق خواهد بود.^۱

۱. اجتماع امر و نهی در اصول فقه امامیه

اختلاف اساسی اصولیون در مسئله اجتماع امر و نهی در رابطه با جواز یا امتناع اجتماع مزبور است؛ اصولیونی که حکم به امتناع اجتماع امر و نهی داده‌اند، چون عقلاً تحقق چنین اجتماعی را ممتنع دانسته‌اند (به لحاظ سالبه به انتفا بودن موضوع) از بحث در خصوص فروع این مسئله خودداری کرده‌اند و صرفاً قائلین به جوازند که فروع این مسئله را مورد بررسی قرار داده‌اند. سؤال اساسی آن است که آیا اجتماع امر و نهی، عقلاً جایز است یا ممتنع؟ برای مثال عمل واحد «اقامه نماز در ملک غصبی» در آن واحد می‌تواند متعلق «امر» و «نهی» قرار گیرد؟ با عنایت به طرح پرسش فوق، به بررسی تقابل دو دیدگاه مهم موجود میان علمای اصول فقه امامیه می‌پردازیم و سپس تحلیل و دیدگاه مختار را بیان خواهیم نمود:

۱.۱. دیدگاه «جواز» اجتماع امر و نهی

اگر اجتماع امر و نهی جایز باشد، نماز مورد اقامه همان‌طور که باعث سقوط تکلیف در ارتباط با غضب و آثار آن می‌شود، موجب رواج عصیان و گناه نیز خواهد شد و اگر جایز نباشد، یا باعث سقوط تکلیف مربوط به غضب می‌شود که در این صورت عصیان و رواج گناه محقق نمی‌شود یا بالعکس، که در این فرض دیگر تکلیف ساقط نخواهد شد. لذا پاسخ به این سؤال و بررسی تحلیل‌های ارائه‌شده حول محل نزاع واجد اهمیت خواهد بود.

مرحوم مظفر در کتاب اصول فقه چنین به تبیین موضوع می‌پردازد که قائلین به جواز اجتماع امر و نهی ناگزیر باید یکی از دو تحلیل ذیل را به‌عنوان دلیل و مدرک مورد ارائه بپذیرند در غیر این صورت، قول به جواز بی‌اساس خواهد بود.

تحلیل اول آن است که نفس «عنوان» را متعلق تکلیف (حکم تکلیفی) بدانیم و معتقد به عدم سرایت حکم از «عنوان» به «معنون» باشیم؛ مثلاً ادای ارکان نماز در ملک غصبی مصداق

۱. نیازآبادی، مهدی، تعارضات ماهوی و شکلی قراردادی، تفسیر قرارداد و حل دعاوی مرتبط با آن، ج ۱، تهران: خرسندی، ۱۳۹۹، ص ۱۹.

دو عنوان نماز و غضب است و امر «صلِّ» به‌عنوان «جلوه» و نهی «لا تغصب» به‌عنوان «غصب» متعلق است. حکم وجوب و حرمت به معنوی (ادای ارکان نماز) سرایت نمی‌کند؛ یعنی آنچه واجب است، «نماز» به‌طور کلی و آنچه حرام است، «غصب» به‌طور کلی است؛ منتهی نماز و غضب در یک معنوی که «ادای ارکان نماز» است جمع شده‌اند؛ لذا آنچه واحد است «معنوی» است، نه متعلق امر و نهی؛ متعلق امر و نهی، نماز و غضب است که در حقیقت دو «عنوان» متعددند و از این طریق اجتماع امر و نهی در شیء واحد لازم نمی‌آید.^۱

تحلیل دوم آن است که متعلق تکلیف (حکم تکلیفی)، «معنوی» است، منتهی تعدد عنوان موجب تعدد معنوی نیز خواهد شد؛ یعنی معنوی اگرچه ظاهراً عمل واحدی است، ولیکن با دقت نظر امری متعدد جلوه می‌نماید؛ لذا سرانجام داستان در ادای نماز در ملک غضبی، مانند نظر کردن به نامحرم حین اقامه نماز می‌شود که در آن متعلق امر و نهی متعدد است، ولیکن در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند.^۲

مرحوم مظفر معتقد است که قائلین به امتناع باید هر دو تحلیل را رد نمایند و اجتماع امر و نهی در شیء واحد را به‌لحاظ رد تحلیل‌های اخیرالذکر از حیث عقل، محال بدانند؛ چراکه رد دو تحلیل فوق، عقل را به این سوء رهنمون می‌سازد که طریق دیگری برای اجتماع امر و نهی وجود ندارد و نتیجه عملی آن امتناع است. لذا از نظر این عده در مثال ادای نماز در ملک غضبی، یا باید «امر» باقی بماند و «نهی» از بین برود، یا این‌که «نهی» باقی بماند و «امر» کنار برود؛ امر و نهی در آن واحد نمی‌تواند حاکم شود. به همین علت است که برخی اصولیون لفظ «توجه» را به‌جای لفظ «اجتماع» قرار داده‌اند.^۳

مرحوم مظفر که به جواز اجتماع امر و نهی اعتقاد دارد، در جهت اثبات این اعتقاد امور سه‌گانه‌ای را در قالب تحلیلی، مورد اشاره قرار می‌دهد:

۱. متعلق تکلیف (وجوب و حرمت حاصل شده از امر و نهی)، نفس «عنوان» است و نه معنوی. لذا در مثال «ادای نماز در ملک غضبی»، معنوی که همان عمل خارجی و انجام ارکان نماز است، واحد است و بر این معنوی واحد دو عنوان کلی (نماز و غضب) با وجود

۱. مظفر، محمدرضا، منبع پیشین، ص ۳۸۰.

۲. همان منبع، ص ۳۸۰.

۳. همان منبع، ص ۳۸۱.

ذهنی منطبق می‌شود و متعلق تکلیف نیز همین عناوین کلی هستند؛ لذا معنون هیچ‌گاه متعلق تکلیف قرار نمی‌گیرد؛ چراکه معنون نمی‌تواند متعلق شوق واقع شود و تکلیف که همان طلب بعث و زجر است، حالت شوق را دارد؛ به عبارت دیگر، معنون اگر در حالت عدم باشد متعلق شوق واقع نمی‌شود، چراکه مشتاق‌الیه (آن چه که متعلق شوق واقع می‌شود) باید یک نوع تحقق و وجود (مثل وجود فرضی و ذهنی) داشته باشد؛ ایضاً اگر معنون با وجود خارجی حالت وجود پیدا کند، باز هم متعلق شوق واقع نمی‌شود، زیرا تعلق شوق به موجود خارجی تحصیل حاصل است؛ مضافاً این که ذکر شوق از امور نفسانی است و مشتاق‌الیه و متعلق آن باید در افق نفس موجود باشد و «عنوان» به لحاظ این که وجود ذهنی و فرضی دارد، در افق نفس و ذهن موجود است و متعلق شوق قرار می‌گیرد. همان‌طور که علم، خیال، وهم و اراده از امور نفسانی است و متعلق آن‌ها اولاً و با لذات وجود ذهنی و ثانیاً و بالعرض موجود خارجی است.^۱

۲. لازم است توجه شود که عنوان با وجود ذهنی خود متعلق تکلیف قرار نمی‌گیرد؛ زیرا نماز و غضب به صرف وجود ذهنی دارای مصلحت و مفسده نیستند و مصلحت و مفسده اموری است که به معنون بازمی‌گردد؛ لذا نقش عنوان این است که با از دست دادن ویژگی وجود ذهنی خود، به اعتبار اینکه اماره معنون است، متعلق تکلیف قرار گیرد. لذا عنوان، زمانی متعلق تکلیف واقع می‌شود که اولاً، ویژگی وجود ذهنی خود را از دست داده و از آن تخلیه گردد و ثانیاً، پوشش دیگری تحت عنوان «اعتبار» را بر تن می‌کند؛ یعنی به اعتبار اینکه اماره معنون است و فانی در آن می‌شود متعلق تکلیف خواهد بود.^۲

۳. عنوان به اعتبار این که نشان دهنده معنون و فانی در آن است، متعلق تکلیف قرار می‌گیرد، نه به این معناست که تکلیف از عنوان به معنون سرایت می‌کند و معنون متعلق تکلیف می‌شود؛ چنان که برخی گفته‌اند تکلیف به واسطه و از طریق عنوان به معنون سرایت می‌کند و به آن تعلق می‌گیرد. همان‌طور که پیشتر بیان شد معنون هیچ‌گاه متعلق تکلیف قرار نمی‌گیرد (عقلاً غیرمقدور است)؛ حال واسطه شدن عنوان، تغییری در ماجرا ایجاد نمی‌کند تا محال بودن چنین تعلقی از بین برود؛ بلکه مقصود آن است که عنوان به لحاظ

۱. همان منبع، صص ۳۹۱ و ۳۹۲.

۲. همان منبع، ص ۳۹۲.

انعکاس معنون و به اعتبار فنا برای آن، متعلق تکلیف واقع می‌شود و لذا نقش تعلق عنوان به تکلیف را همین انعکاس و فنا، ایفا می‌نماید؛ لذا انعکاس و فنا صرفاً در تعلق عنوان به تکلیف ایفای نقش می‌نماید و نقشی فراتر (مثل تعلق معنون به تکلیف) نخواهد داشت.^۱

بنابراین مشخص می‌گردد که اجتماع امر و نهی با مانع و محذور عقلی مواجه نخواهد شد؛ چراکه متعلق امر و نهی دو عنوان علی‌حده است (نماز به امر و وجوب تعلق دارد و غضب به نهی و حرمت) که در معنون واحد (عمل خارجی) جمع شده است؛ لذا مکلف با انجام عمل خارجی، از یک سو ممتثل و مطیع است و از سوی دیگر عاصی و گناهکار.

درحالی‌که اگر متعلق امر و نهی همان عمل خارجی (معنون) باشد، اجتماع ضدین لازم می‌آید که مانع عقلی داشت. ضمناً نظر بر اینکه عنوان متعلق تکلیف است (و نه معنون) این قضیه که «تعدد عنوان موجب تعدد معنون می‌شود یا خیر» دیگر در مانحن‌فیه نقشی ندارد و باز هم مانع و محذور عقلی نخواهد داشت.

۱.۲. دیدگاه «امتناع» اجتماع امر و نهی

برخی اصولیون، چون مرحوم محمدباقر صدر، صراحتاً با اتخاذ عنوان «امتناع اجتماع امر و نهی» در کتاب «دروس» تابع نظریه اخیرالذکر شده و تحلیل خود را این‌چنین پیش برده‌اند: بدون تردید میان احکام تکلیفی واقعی تنافی وجود دارد؛ چراکه حکم مجرد اعتبار نیست، بلکه ناشی از مصالح و مفاسد است؛ لذا مبادی احکام متنافی است، اما این تنافی زمانی تحقق می‌یابد که متعلق حکم، واحد باشد؛ مثلاً وجوب نماز با حرمت آن منافات دارد ولیکن با حرمت نگاه به نامحرم حتی در یک زمان در کنار یکدیگر واقع شود منافات ندارد؛ چراکه اقامه نماز و نظر کردن دو چیز متغایر است (اجتماع موردی و غیرحقیقی). لذا محذور نیست که یکی از آن دو حرام و دیگری واجب باشد؛ مثل دو عمل روزه‌داری و غیبت کردن.^۲

غیر از مورد مذکور، دو حالت دیگر نیز قابل طرح است:

حالت اول مربوط به موردی است که وجوب به‌طور کلی و بدلی به صرف‌الوجود و نهی به مصادیقی از مصادیق کلی تعلق پذیرد؛ مثل «صلِّ» و «لا تصلِّ فی‌الحمام»؛ در این حالت

۱. همان منبع، ص ۳۹۳.

۲. صدر، محمدباقر، منبع پیشین، ص ۳۴۵.

می‌گویند که به‌لحاظ وحدت ذاتی کلی و مصداق، متعلق واحد است ولیکن در حقیقت به‌لحاظ تغیری که دارند، از باب اطلاق و تقيید مشکل تنافی حل می‌گردد و محذوری نخواهد بود. اما اگر بگوییم که وجوب به مصادیق کلی بازگشت دارد، آنگاه اقامه نماز در حمام هم متعلق حکم واجب قرار می‌گیرد و در این صورت اگر حرمت نیز به این مصداق تعلق یابد، اجتماع امر و نهی بر یک متعلق لازم می‌آید که این امر محال است و باید قائل به امتناع آن شد. اگر بازگشت وجوب به مصادیق کلی را منکر شویم، اما مصداقی را که مکلف در مقام امتثال آن است، از حیث وجوب کلی یا مبادی وجوب واجد محبوبیت شارع بدانیم، باز هم حرمت نمی‌تواند به مصداق تعلق یابد؛ زیرا در حالتی که مصداق کلی در خارج واقع می‌شود، لازم می‌آید که مصداق در آن واحد محبوب و مغبوض باشد و این امر محال است بازهم باید قائل به امتناع شد. اما اگر بگوییم که وجوب، وجوب واحد است و به مصادیق سرایت نمی‌کند و مصداق خارجی نه متعلق وجوب است و نه متعلق مبادی وجوب، در این صورت محذوری نیست که «امر» به کلی تعلق پذیرد و نهی به مصداقی از آن. بنابراین هر مصداقی که مکلف اختیار کند، حتی مصداق مورد نهی، مطیع و ممتثل به حساب می‌آید و مستحق پاداش است و درعین حال در صورت ترک آن به‌لحاظ نهی، گناهکار و مستحق عقاب است.^۱

حالت دوم مربوط به موردی است که نهی به‌عنوان دیگری تعلق پذیرد، نه به مصداقی از عنوان متعلق امر؛ مثل «صلِّ» و «لا تغصب»؛ یعنی برای «ادای نماز در ملک غضبی» یک امر وارد گردد و یک نهی؛ سؤال آن است که در این حالت تغیر دو عنوان برای سازش میان امر (به نماز) و نهی (از غضب) امکان جمع کافی نیست؟ گاه بیان می‌شود که تغیر دو عنوان کافی است، زیرا احکام به عناوین تعلق می‌گیرند، نه به اشیای خارجی به‌طور مستقیم و به حسب عناوین، متعلق امر (نماز) با متعلق نهی (غضب) مغایر است و اما شیء خارجی (افعال فیزیکی مکلف) که هر دو عنوان بر آن صادق است، اگرچه واحد است، ولیکن احکام مستقیماً و بدون واسطه به آن تعلق نمی‌پذیرد (بلکه به‌واسطه عنوان خاصی که دارد، متعلق حکم قرار می‌گیرد). پس در اجتماع امر و نهی در شیء خارجی واحد، توسط دو عنوان مختلف هیچ محذوری نیست؛ اما در اینجا شخصی ممکن است بگوید که تعدد عنوان، کاشف از تعدد شیء خارجی است؛ پس همان‌طور که

۱. مظفر، محمدرضا، منبع پیشین، صص ۳۴۵ و ۳۴۶.

غصب به لحاظ عنوان غیر از نماز است، به لحاظ مصداق نیز غیر از آن است؛ هرچند این دو به ظاهر یکی‌اند ولیکن دو شیء جدا می‌باشند که یکی مورد امر است و دیگری مورد نهی؛ مانند ادای نماز و نگاه به نامحرم. اگر این مبنا صحیح باشد، جواز اجتماع امر و نهی نیز اثبات خواهد شد؛ درحالی‌که اثبات آن صحیح نیست؛ زیرا احکام به عناوین تعلق می‌گیرند از آن جهت که آیینه خارج‌اند، نه از آن جهت که مفاهیم مستقل در ذهن ما هستند. پس برای آنکه تنافی میان امر و نهی برطرف شود، باید خارج متعدد شود و نمی‌توان بر تعدد خارج از طریق تعدد عنوان، استدلال نمود؛ زیرا عناوین متعدد گاه از چیزی که در خارج واحد است انتزاع می‌شود و می‌توان گفت تعدد عنوان موجب تعدد معنوی نمی‌شود. بنابراین اجتماع امر و نهی ممتنع است و با این امتناع، تعارض میان دو دلیل امر و نهی واقع می‌شود که باید حل گردد. درحالی‌که اگر یکی از دو تحلیل سابق‌الذکر را بپذیریم، محذوری جهت پذیرش اطلاق دو دلیل و اجتماع امر و نهی نخواهیم داشت.^۱

لذا ملاحظه گردید که مرحوم صدر با رد هر دو تحلیلی که مرحوم مظفر به عنوان مدرک جواز اجتماع امر و نهی قید کرده است، قائل به امتناع چنین اجتماعی است.

۱.۳. دیدگاه مختار

نگارندگان در پاسخ به امکان اجتماع امر و نهی در شیء واحد قائل به نظری متفاوت هستند؛ اگر در خصوص جواز یا امکان عقلی اجتماع امر و نهی چنین سؤالی مطرح شود باید این‌گونه پاسخ داد که در عالم خارج چنین اجتماعی ممکن نیست؛ مثلاً امکان ندارد که یک شیء هم صندلی باشد و هم میز. ولیکن در عالم اعتبار پاسخ به امکان چنین اجتماعی مثبت است. از آنجا که بحث ما در حوزه مسائل شرعی است و مسائل شرعی نیز از اعتباریات هستند و بر اعتباریات، حیثیت‌های مختلفی در آن واحد بار می‌شود، لذا امکان اجتماع امر و نهی در عالم اعتبار و به تبع آن در حوزه مسائل شرعی وجود دارد؛ به عبارت دیگر فرق است میان رابطه «کلی با مصادیق آن» و رابطه «عناوین با معنونات» (تفاوتی که مرحوم صدر به آن توجه نکرده و از معنونات تحت نام مصادیق و اشیای خارجی یاد کرده است). رابطه کلی با مصادیقش مثل رابطه مفهوم انسان با علی، حسن، حسین و... «ذاتی» است و مصادیق انسان، ماهیتاً مفهوم انسان را در عالم خارج

۱. همان منبع، صص ۳۴۷ و ۳۴۸.

نمایندگی می‌کنند ولیکن رابطه عناوین با معنونات، رابطه «محل صدق» است؛ یعنی با توجه به مؤلفه‌های یک عنوان باید در پی معنونات آن بود؛ اگر معنونی تمام مؤلفه‌های یک عنوان را داشته باشد محل صدق عنوان مذکور خواهد بود والا فلا. برای مثال، اگر قراردادی تمام شرایط عقد معین بیع را داشته باشد به عنوان معنون آن بیع شناخته می‌شود. حال که رابطه میان عنوان و معنون، از نوع «محل صدق» است، این امکان وجود دارد که یک معنون در آن واحد، به لحاظ دارا بودن مؤلفه‌های چند عنوان مشمول همه آن عناوین قرار بگیرد و از آن‌روی که احکام به عناوین تعلق می‌گیرند، در آن واحد چند حکم متفاوت بر آن بار گردد؛ برای مثال ممکن است قراردادی در آن واحد، هم شرایط بیع را داشته باشد و هم شرایط ربا را و در آن واحد دو حکم متفاوت حلیت و حرمت بر آن بار گردد. ماحصل کلام آن است که در مسائل شرعی نیز امکان دارد، یک معنون در آن واحد مشمول عناوینی قرار گیرد که بر یکی از عناوین مزبور حکم امر و بر دیگری حکم نهی وارد شده باشد.^۱ بنابراین عقلاً امکان اجتماع امر و نهی در مکلف به واحد، در عالم اعتبار و مسائل شرعی وجود دارد.

۲. امکان‌سنجی اجتماع امر و نهی در حوزه قراردادهای

از جمله مباحثی که حقوق قراردادهای حول آن ارائه مطلب می‌نماید، بحث «اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای» است؛ یعنی آن دسته از کلیاتی که اولاً، غالب قراردادهای-اگر نگوییم همه

۱. محقق نائینی معتقد است در مورد عموم و خصوص من وجه که در شیئی واحد اجتماع دارند، تعدد عنوان باید موجب تعدد معنون شود والا (در فرض وحدت معنون) عامین من وجه، از عامین من وجه بودن خارج می‌شود؛ لذا جهت جلوگیری از این محذور تعدد عنوان لزوماً و همیشه موجب تعدد معنون خواهد شد. محقق نائینی پیرو استدلالی که در وجه افتراق اجتماع امر و نهی در ابواب تعارض به آن اشاره شد، تحلیل می‌نماید که اگر حیثیت و عنوان یک چیز، «تقییدی» باشد، در این حالت ترکیب انضمامی بوده و معنون متعدد خواهد شد؛ لذا امر واجب یک چیز است و امر حرام چیز دیگری است. اما اگر حیثیت و عنوان چیزی «تعلیلی» باشد، در این صورت تعدد عنوان موجب تعدد معنون نمی‌شود و امور واجب و حرام در یک چیز اجتماع می‌یابند؛ در این حال مورد از موارد باب تعارض است؛ مثلاً به شخص واحد، دو عنوان «عالم» و «عادل»، صادق است. در این حالت صدق عناوین علم و عدالت، دو مبدأ جداگانه دارند و ترکیب آنها اتحادی است و حیثیت آنها نیز تعلیلی است. در حالی که در مثال نماز و غضب، دو عنوان در یک چیز که ارکان مخصوص نماز است، جمع شده‌اند و حیثیت هر کدام نیز تقییدی است؛ در این صورت اتحاد هر دو انضمامی است و تعدد عنوان موجب تعدد معنون می‌گردد (غروی نائینی، محمدحسین، **فوائد الاصول**، ج ۴، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ق، صص ۴۰۷-۴۱۸).

قراردادها- معمولاً از آن تبعیت می‌کنند و ثانیاً، به‌عنوان یک مبحث مقدم بر سایر مباحث راجع به آثار قرارداد، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. لذا در حوزه حقوق قراردادها، اصول و قواعدی حاکم بر قرارداد وجود دارد که لازمه تنظیم و سازمان‌دهی آنهاست و از حیثیت ترتیب نیز مقدم بر مبحث آثار است؛ از جمله اصول و قواعد حاکم بر قراردادها، می‌توان به «اصل صحت»، «اصل تبعیت عقد از قصد»، «اصل تبعیت شرط از عقد»، «اصل لزوم» و... اشاره نمود.

از میان اصول و قواعد مذکور، آنچه مرتبط با مبحث اجتماع امر و نهی حقوقی راجع به قراردادهاست «اصل لزوم» است؛ فی‌الواقع، اصل لزوم قراردادها به‌نوعی «امر»ی است که در اصول فقه نقش الزام‌آور و «باید» را ایفا می‌کند و از میان احکام خمسسه تکلیفیه موجد و جوب است، در معاملات نیز نقشی مشابه را ایفا می‌کند، ولیکن از آن جهت که حوزه معاملات، محل جریان احکام تکلیفی نیست، حکمی مشابه و جوب از لحاظ مفاد، در قالب «لزوم» را پدید می‌آورد که ذیل «اصاله‌اللزوم» مورد تحلیل و تنقیح قرار می‌گیرد. لذا در این بند، جهت بررسی شق اول اجتماع امر و نهی حقوقی در قراردادها (یعنی امر) تبیین می‌نماییم که اولاً، مفاد اصل لزوم به‌عنوان یکی از اصول حاکم بر قراردادها چیست؟ و ثانیاً، مبانی اصل لزوم در فقه و حقوق چه است که سبب تثبیت اصل مزبور در عرض سایر اصول حاکم بر قراردادها شده است؟

البته درباره حاکمیت اصل لزوم نظرات متفاوتی ارائه شده، مشهور حقوق‌دانان^۱ و فقها^۲ این اصل را معتبر و از پایه‌های استنباط احکام دانسته‌اند؛ هرچند در مقابل برخی حاکمیت چنین اصلی را مورد مناقشه و اصل را بر عدم لزوم دانسته‌اند.^۳

همه نظام‌های حقوقی متفق‌القول‌اند که اصولاً هر قراردادی که منعقد می‌شود باید اجرا شود (اصل لزوم وفای به عهد)^۴ و هیچ‌یک از طرفین قرارداد نمی‌توانند از زیر بار تعهدات ناشی از آن

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ ۱۰، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۳، صص ۲۱۷ به بعد؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ ۳۵، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰، صص ۱۷۴ به بعد.

۲. انصاری (شیخ)، مرتضی، کتاب‌المکاسب، ج ۵، چ ۱۰، قم: مجمع‌الفکر اسلامی، ۱۴۳۰ق، صص ۱۸ به بعد.

۳. نراقی، ملا احمد بن محمد، عوائد الایام من مهمات ادله الاحکام، چ ۱، قم: مرکز نشر وابسته به مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ق، ص ۸.

۴. ماده ۲۶ کنوانسیون حقوق معاهدات وین ۱۹۶۹ در رابطه با معاهدات میان دولت‌ها به این اصل اشاره دارد، پیش از این کنواسیون مفاد این اصل در موارد ذیل مورد توجه قرار گرفته بود: اعلامیه حقوق و تکالیف ملل (پیشنهاد شده به سال ۱۹۲۱ میلادی توسط مؤسسه حقوق بین الملل)، معاهده لوکارنو (مصوب ۱۶ اکتبر ۱۹۲۵ میلادی)،

شانه خالی کنند و به هر دلیل آن را اجرا نمایند، مگر در موارد استثنایی. اصل لزوم ناشی از همین ایده و طرز تفکر، در مرحله اجرای قرارداد حاکم است و تضمین‌کننده اجرای تعهدات قراردادی توسط طرفین است. در همین راستا ماده ۲۱۹ قانون مدنی، به‌عنوان مبنای قانونی اصل مذکور در نظام حقوقی ایران اشعار می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع می‌شود بین متعاملین و قائم‌مقام قانونی آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به‌علت قانونی فسخ شود».

حقوق دانان از ماده مذکور تفسیر و برداشت واحدی ندارند و دچار اختلاف عقیده‌اند.

نظریه اول: لزوم وصف قرارداد

طرف‌داران این نظریه معتقدند که ادله فقهی و منابع حقوقی اصل لزوم و به‌طور خاص ماده ۲۱۹ قانون مدنی، بیانگر این مطلب است که اصل بر لزوم و غیرقابل انحلال بودن قرارداد توسط یکی از طرفین است مگر این که با توافق طرفین نسبت به اقاله آن اقدام گردد، یا این که تصریح به عدم لزوم (جواز) آن شده باشد؛^۱ ضمناً حجر و فوت یکی از طرفین نیز بر قراردادی که واجد وصف لزوم است، فاقد تأثیر است. طرف‌داران این نظریه علاوه بر استنباط خود از ادله فقهی و منابع حقوقی مربوطه، به قسمت اخیر ماده ۲۱۹ قانون مدنی (مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به‌علت قانونی فسخ شود) اشاره می‌نمایند.

نظریه دوم: لازم‌الاتباع بودن مفاد و آثار قرارداد

طرف‌داران این نظریه بر این باورند که ادله فقهی و منابع حقوقی اصل لزوم و به‌طور خاص ماده ۲۱۹ قانون مدنی، بیانگر این مطلب است که صرف‌نظر از وصف لزوم یا جواز، مادام که

کنوانسیون هاوانا (درخصوص معاهدات مصوب ۲۰ فوریه ۱۹۲۸)، کنوانسیون هاروارد (درخصوص معاهدات ← → مصوب ۱۹۳۵ میلادی)؛ برای نمونه ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی فرانسه پس از اصلاحات سال ۲۰۱۶ میلادی و ماده ۲۴۱ از قانون مدنی آلمان (لازم‌الاجرا از ابتدای سال ۲۰۰۲ میلادی) نیز به اصل مذکور اشاره می‌نمایند.

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۴۱، تهران: اسلامیه، ۱۴۰۳، ص ۲۸۰؛ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۲۱۷ به بعد؛ صفایی، سید حسین، منبع پیشین، صص ۱۷۳ و ۱۷۴. همچنین ر ک: حیاتی، عباسعلی، **حقوق مدنی (۳): قواعد عمومی قراردادها**، چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶، صص ۵۶ به بعد؛ آهنگران، محمد رسول، «واکاوی اصل لزوم در قراردادها به منظور ارزیابی چارچوب شرعی ماده ۲۱۹ قانون مدنی»، دو فصلنامه علمی-پژوهشی پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۴۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.

قرارداد باقی است و به طریقی از طرق قانونی منحل نشده است، لازم‌الوفا و لازم‌الاتباع است؛^۱ بر اساس این نظریه، طرفین عقد جایز، به آثار آن عقد متعهد و ملتزم‌اند و نمی‌توانند به بهانه جایز بودن، از زیر بار تعهدات آن شانه خالی کنند، مگر اینکه از اساس قرارداد مزبور را فسخ و از آن رجوع نمایند که در این حالت دیگر قراردادی باقی نمی‌ماند که متعهد به آثار آن باشند. طرف‌داران این نظریه، علاوه بر استدلال حول ادله فقهی و منابع حقوقی اصل لزوم، به قسمت اول ماده ۲۱۹ قانون مدنی (عقودی که بر طبق قانون واقع شده بین طرفین و قائم مقام قانونی آنها لازم‌الاتباع است) نیز اشاره می‌نمایند.

لذا همان‌طور که از نظر گذشت در برداشت از ماده ۲۱۹ قانون مدنی و مبانی اصل لزوم میان علما اختلاف نظر است.^۲ هریک نیز استدلال و تفسیر خاص خود را در این خصوص ارائه می‌دهند که انصافاً خالی از وجه نیست. لذا نگارندگان از پرداختن به اختلاف‌نظرهای موجود و ترجیح یک نظریه بر نظریه دیگر خودداری می‌کند و با اعلام موضع نسبت به پذیرش هر دو نظریه و امکان جمع آنها با یکدیگر به استناد قاعده اصولی «الجمع مه ما امکن اولی من الطرح» و أيضاً عدم تنافی میان آنها در حوزه حقوق قراردادها و حمایت عقل و عقلا از هر دو نظریه مذکور، تمرکز خود را بر نظریه دوم در ارتباط با بحث حاضر می‌نهد.^۳ یعنی «باید» (معادل امر اصولی) به

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت**، ج ۱، چ ۲، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۱، ص ۲۱۸؛ قمی (محقق)، میرزا ابوالقاسم، **جامع الشتات**، ج ۲، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱، ص ۴۱.

۲. البته نظریه دیگری نیز در کتب فقهی و حقوقی در برداشت از اصل مذکور ارائه شده است که مؤدای آن «وفا به وصف عقد آنچنان که هست» است؛ یعنی در عقد جایز وفا به جواز، در عقد لازم وفا به لزوم باید انجام گیرد؛ پیروان این نظریه معتقدند آیه مبارکه «أوفوا بالعقود» وفای به عموم عقد را صرف نظر از وصف آن لازم دانسته است؛ لذا باید به جواز و لزوم، بای نحو ما کان وفا نمود. (انصاری (شیخ)، مرتضی، منبع پیشین، ص ۲۳).

۳. حقیقت آن است که مفاد نظریات اول و دوم چنان درهم‌تنیده که امکان‌گزینه‌ش یکی و کنار نهادن دیگری وجود ندارد؛ از سوی دیگر زمانی که امکان برداشت هر دو تفسیر از ادله و منابع اصل لزوم و ماده ۲۱۹ قانون مدنی وجود دارد و حقوق قراردادها نیز به هر دو تفسیر نیازمند است، دلیلی ندارد که خود را مقید به انتخاب یکی از آن دو نماییم.

۴. هرچند عده‌ای ایراد گرفته‌اند که از ماده ۲۱۹ قانون مدنی و ادله فقهی مبنای اصل لزوم، عبارت «مادام که عقد باقی است» برداشت نمی‌شود و چنین عبارتی اساساً وجود ندارد، ولیکن ایراد مذکور، موجه به نظر نمی‌رسد؛ چراکه اولاً، این عبارت در تقدیر مقرر ماده ۲۱۹ قانون مدنی و ادله فقهی است و گرچه بدان تصریح نشده، اما عقل به وجود آن حکم می‌کند؛ ثانیاً، جهت استنباط یک معنا همواره لازم نیست الفاظ مدنظر به صراحت در عبارت قید شده باشد و گاهی مدلول التزامی جهت این امر به مدد می‌آید؛ لذا ایراد مزبور بر پایه تفسیر لفظی چندان که باید واجد مبنا نیست و کمی سخت‌گیرانه است (شهیدی، مهدی، **اصول قراردادها و تعهدات**، ج ۱۱، تهران: مجد، ۱۴۰۳، صص ۲۶۹ و ۲۷۰).

مفاد قرارداد منعقد شده صرف‌نظر از وصف آن تا زمان بقای عقد، پایبند بود. اما ادله فقهی و منابع حقوقی که منجر به تأسیس و تثبیت چنین اصلی (با تأویل بر نظریه دوم) در حوزه حقوق قراردادهای شده است، کدام است؟

با عنایت به اینکه غالب فقها از اصل لزوم، معنای اول را برداشت نموده‌اند، ادله فقهی آن را نیز به‌گونه‌ای تحلیل کرده‌اند که در راستای همان معنا ارائه گردد. از آن جهت که نگارندگان تمرکز خود را بر نظریه دوم (بدون رد نظریه اول) نهاده و اساساً در اجتماع امر و نهی حقوقی در قراردادهای، نظریه وفا به مدلول قرارداد، «امر» حقوقی را متبلور می‌نماید، جهت ارائه ادله فقهی در راستای نظریه مذکور تلاش می‌نماید.

اولین دلیل فقهی قابل ارائه که در زمره ادله نقلی است آیه ۱ سوره مائده (أوفوا بالعقود) است. هرچند عده‌ای از فقها^۱ با تفسیر آیه شریفه، نظریه لزوم وصف قرارداد را استنباط می‌نمایند، ولیکن قدر متیقن آن است که از آیه مذکور، در وهله اول، لازم‌التبایع بودن مفاد قرارداد قابل تحصیل است (کما این که فقها نیز از رهگذر لازم‌التبایع بودن به لزوم وصف می‌رسند)؛ توضیح آن که «أوفوا» به‌عنوان صیغه امر ظهور در وجوب دارد و اصله‌الظهور نیز در زمره اصول لفظیه واجد حجت است؛ «العقود» نیز همراه با «الف» و «لام» آمده و در ادبیات عرب افاده عموم می‌کند، لذا «العقود» عام است.^۲ به‌موجب اصله‌العموم، شامل تمام اقسام قرارداد می‌گردد، مادام که قراردادی به تصریح از ذیل آن خارج گردد. بنابراین بر پایه دو قسم از اصول لفظیه که فی‌نفسه واجد حجیت‌اند می‌توان بیان داشت که برداشت اولیه از عبارت مذکور آن است که اگر قراردادی منعقد شود و امکان اطلاق عنوان «قرارداد» به‌لحاظ جمع بودن شرایط صحت بر آن وجود داشته باشد، وفای به آن واجب است و تعهدات ناشی از آن باید ایفا گردد؛ با توجه به این که وجوب، یک حکم تکلیفی است و در حوزه معاملات جایگاهی ندارد، به تناسب ماهیت این حوزه به حکم وضعی لزوم تبدیل می‌گردد و نهایتاً «نظریه لزوم وفا به عقد» متولد می‌شود. بنابراین

۱. برای مشاهده مبانی اصل لزوم و اختلاف نظرها در تفسیر این آیه شریفه، رک: انصاری (شیخ)، مرتضی، منبع پیشین، صص ۱۷-۲۳؛ نراقی، ملا احمد بن محمد، منبع پیشین، صص ۱۸۳ به بعد؛ بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج ۵، قم: نشر الهادی، ۱۳۹۵ق، صص ۱۶۳ به بعد؛ غروی نائینی، محمد حسین و موسی خونساری، منیه الطالب (الحائیه علی المکاسب)، تهران: چاپ سنگی، چاپخانه حیدری، صص ۵۹ به بعد.
۲. طباطبایی، سید محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۵، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۷ق، صص ۱۶۰ و ۱۶۱.

می‌توان استنباط نمود که وفا به مدلول هر قراردادی، اعم از لازم و جایز، مادام که باقی و پابرجاست، لازم است و این نکته یک «امر» و «باید»ی است که از قرارداد ناشی می‌شود؛ اگر اندکی توجه نماییم نکته مزبور چیزی جز مفاد نظریه دوم را بیان نمی‌کند.^۱

از ادله نقلی که بگذریم، بنای عقلا یکی دیگر از ادله فقهی است. حقیقت آن است که خردمندان جامعه بر این باورند هنگامی که دو یا چند شخص برای رفع نیازها یا رسیدن به مقاصد خود، اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند، تمامیت تأثیر اراده ایشان بر این امر است که مفاد و تعهدات ناشی از آن (اعم از مقتضای ذات و اطلاق) را اجرا نمایند تا به نیاز و مقصود خود دست یابند؛ والا هدف غایی ایشان از انعقاد قرارداد تأمین نمی‌شود و اساساً اقدام ایشان در قالب تشکیل صرف قرارداد در عالم انتزاع بیهوده خواهد بود. تا جایی که اگر یکی از آنها پس از انعقاد قرارداد از این اقدام پشیمان شود، نمی‌تواند بدون دلیل و بهانه موجه از اجرای تعهدات سرباز زند و باید بکوشد که با توسل به طریقی قانونی (مثل اعمال اختیارات در عقود لازم یا رجوع در عقود جایز) به انحلال قرارداد و سپس انتفای مقوله اجرای تعهدات بیندیشد.

با عنایت به اینکه در اصول فقه مصطلح است شارع رئیس عقلا است، پس اصل لزوم به معنای لازم‌الاتباع بودن مفاد قرارداد، در زمره نظریات و نهادهای مورد حمایت شرع است.^۲ اما حقوق‌دانان نیز در تثبیت اصل لزوم در معنای لزوم وصف قرارداد بسیار بحث کرده‌اند؛ در مانحن‌فیه به لحاظ تمرکز بر معنای دوم اصل لزوم سعی در ارائه مبانی حقوقی مرتبط با آن معنا خواهیم داشت.

مبانی حقوقی قابل ارائه به دو دسته مبانی قانونی و تحلیلی تقسیم می‌گردد؛ مبانی قانونی لزوم وفا به مدلول قرارداد همان ماده ۲۱۹ قانون مدنی است؛ همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، قسمت اول مقرر مذکور به صراحت از لازم‌الاتباع بودن قراردادهای منعقد شده میان طرفین و قائم

۱. شاید بتوان ادعا کرد که آیه شریفه «أوفوا بالعقود» پیش از آنکه بر نظریه لزوم وصف عقد دلالت نماید، دال بر نظریه لزوم وفا به عقد است. تا جایی که از رهگذر نظریه لزوم وفا به عقد است که فقها نظریه لزوم وصف را تثبیت می‌نمایند.

۲. طرف‌داران نظریه اول (لزوم وصف عقد) نیز از بنای عقلا جهت اثبات نظریه منتخب خود استفاده می‌کنند. حتی عده‌ای از فقها مثل شیخ انصاری پس از طرح کلیه ادله نقلی و طرح ایراد بر آنها بنای عقلا را به لحاظ حمایت از اصل استحکام معاملات در جامعه، به‌عنوان قوی‌ترین دلیل فقهی برای اصل لزوم در معنای لزوم وصف قرارداد، مطرح می‌نمایند (انصاری (شیخ)، مرتضی، منبع پیشین، ص ۲۴).

مقام آن‌ها بحث می‌کند؛ لذا بنا بر عبارت مضبوط در ماده، چنانچه قراردادی میان طرفین به نحو قانونی با لحاظ جمیع شرایط صحت منعقد شود، صرف‌نظر از آنکه لازم باشد یا جایز، تا زمان بقا، لازم‌الوفاست و طرفین به اجرای تعهدات ناشی از آن متعهدند. لذا به لحاظ اطلاق قسمت اول ماده، کلیه عقود مشمول اصل لزوم وفا به مدلول خواهند بود و این یک «امر» و «باید» است. ممکن است عده‌ای ایراد نمایند که در متن ماده قید «تا زمان بقا» نیامده است و با لحاظ قسمت دوم آن در امر تفسیر، مقصود عبارت همان لزوم وصف عقد است. ولیکن ایراد مذکور موجه به نظر نمی‌رسد؛ چراکه اولاً، این عبارت در تقدیر مقرر ماده ۲۱۹ قانون مدنی و ادله فقهی است و گرچه بدان تصریح نشده، اما عقل به وجود آن حکم می‌کند؛ ثانیاً، جهت استنباط یک معنا همواره لازم نیست الفاظ مدنظر به صراحت در عبارت قید شده باشد و گاهی مدلول التزامی جهت این امر به مدد می‌آید؛ لذا ایراد مزبور بر پایه تفسیر لفظی چندان که باید واجد مبنا نیست و کمی سخت‌گیرانه است. ضمناً وجود توأم هر دو معنا در متن ماده، ممکن است و نفی یکدیگر را مقتضی نیست.

ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی سابق فرانسه مصوب ۱۸۰۴ اقتباس گردیده است که در آخرین اصلاحات و تغییرات در سال ۲۰۱۶ میلادی، ماده مذکور خود در دو ماده ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ نمود یافته و به گونه‌ای اصل لزوم در ماده ۱۱۰۳ و اصل حسن نیت در ماده ۱۱۰۴ مورد اشاره قرار گرفته است؛ ترجمه ماده ۱۱۰۳ قانون جدید، که تقریباً تکرار عینی صدر ماده ۱۱۳۴ قدیم است، چنین است: «قرارداد نمی‌تواند منحل شود، مگر با رضایت مشترک یا به عللی که قانون اجازه داده است». تا اینجا مشخص است که ماده ۱۱۳۴ معادل قسمت دوم ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران است. اما حقیقت آن است که نویسندگان قانون مدنی ایران هنگام نگارش ماده ۲۱۹، نیم‌نگاهی به مبانی فقهی و بند سوم ماده ۱۱۳۴ نیز داشته‌اند؛ توضیح آنکه اصل لزوم در فقه و توسط فقها در هر دو معنای مورد بحث به کار رفته است و نویسندگان قانون مدنی نیز تلاش داشتند هر دو نظر را تأمین نمایند. از سوی دیگر، بند سوم ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه «اجرای قرارداد با حسن نیت» را امری ضروری و اساساً یک اصل دانسته است که قدر متیقن از آن، نظریه لزوم وفا به مدلول قرارداد نیز قابل استنباط است (و معانی بیشتری نیز قابل اصطیاد است که در مانحن‌فیه محل بحث نیست). بنابراین سابقه نگارش و ریشه‌یابی ماده

۲۱۹ قانون مدنی نیز مهر تأییدی بر امکان استنباط معنای لزوم‌وفا به مدلول عقد از آن، خواهد زد.

مبنای تحلیلی: هنگام بررسی یک قرارداد، همواره سعی می‌شود دو مورد از یکدیگر تفکیک گردد؛ مورد اول، وصف قرارداد است که بنا بر نص قانون، لازم یا جایز است و مورد دوم، تعهدات و اقتضات ناشی از قرارداد است که با توافق طرفین و به حکم عرف و قانون مشخص می‌گردد. این دو مورد در تحلیل یک قرارداد کاملاً از هم متمایزند و تأثیری بر یکدیگر ندارند. لذا زمانی که یک حقوق‌دان می‌خواهد وصف قرارداد را بسنجد و تعهدات ناشی از آن را مشخص نماید، این دو را با یکدیگر خلط نمی‌کند. لذا طبیعی است پس از شناسایی وصف قرارداد، صرف‌نظر از لزوم یا جواز آن، تصریح نماید که تعهدات قراردادی برای طرفین لازم‌الاجراست. در لازم‌الاتباع بودن تعهدات مذکور نیز، وصف لزوم و جواز هیچ تأثیری ندارد. بنابراین طرفین قرارداد اگر می‌خواهند تعهدات را اجرا نمایند باید خلاف اصل لزوم وفا به مدلول قرارداد، ابتدا علت (قرارداد) را به طریقی قانونی از بین ببرند. والا مادام که قرارداد (لازم یا جایز) پابرجاست، عمل به مفاد و تعهدات آن نیز الزامی خواهد بود.

لذا مشخص گردید که اصل لزوم در معنای دوم واجد مبانی فقهی و حقوقی است. اصل مذکور، چنانچه پیش‌تر بیان گردید، ایفاکننده نقش «امر» در قراردادهاست. یعنی بیان می‌کند که طرفین «باید» تعهدات ناشی از قرارداد منعقد را مادام که اصل قرارداد باقی است، ایفا نمایند. لذا قسمت اول اجتماع امر و نهی حقوقی در حوزه قراردادها مشخص گردید.

اما گاه ممکن است «نهی» (نباید) قانونی به قراردادی برخورد نماید و مانعی در راه آن ایجاد کند. لذا باید بررسی نمود که اولاً، نهی وارده بر قرارداد دلالت بر چه چیزی می‌کند و چه ضمانت اجرایی را به بار می‌آورد و ثانیاً، در کدام موارد ممکن است با امر ناشی از اصل لزوم، اجتماع نماید؟ در اصول فقه، مشهور است که می‌گویند چنانچه نهی بر عبادات تقریبی وارد شود و هریک از آن عبادات توسط مکلف انجام گیرد، ضمانت اجرای آن بطلان و فساد عبادات است اما نهی وارد شده بر عبادات غیرتقریبی از نظر اصولیون، موجب بطلان نیست، مگر آنکه نهی بیانگر شرطی از شرایط صحت باشد که در این صورت به لحاظ انتفای شرط صحت عبادت (مشروط) باطل خواهد بود؛ مثلاً در عبارت «با آب غصبی لباس نشوید»، نهی موجب بطلان نیست، ولیکن در عبارت

«لباس نجس را در آب قلیل نشویید»، از آن جهت که آب، شرط تطهیر است، نهی موجب بطلان نمی‌گردد.^۱

اما ذیل مبحث نواهی در کتب اصول فقه در خصوص نهی وارد شده بر اعمال حقوقی و به‌طور خاص قراردادهای نیز بحث شده است؛ خلاصه کلام اصولیون عبارت است از این که اگر نهی شارع بر ارکان یک قرارداد وارد شود، اقدام جهت انعقاد آن قرارداد منتج به تحقق آن در عالم اعتبار نشده، فلذا قرارداد مذکور باطل است. لذا نهی وارد شده بر ارکان قرارداد موجب بطلان آن است. اما اگر نهی شارع بر غیر رکن در یک قرارداد وارد شود، عده‌ای همچنان به بطلان قائل‌اند و عده‌ای دیگر معتقدند قرارداد منعقد به نحو صحت تحقق می‌یابد؛ اما طرفین آن مرتکب معصیت الهی شده‌اند و با ضمانت اجرای اخروی روبه‌رو خواهند شد. عده‌ای دیگر از علما تقسیم دیگری را در خصوص نهی بر غیر رکن در قراردادهای ارائه نموده‌اند؛ ایشان معتقدند چنانچه نهی شارع بر سبب و مقتضی (نفس قرارداد) وارد شود، موجب بطلان نیست، ولیکن اگر نهی مذکور بر مسبب و مقتضا وارد شود، موجب بطلان است، از آن جهت که شارع در این فرض نمی‌خواهد از اساس چنین نتیجه‌ای واقع شود؛ مثلاً اگر نهی به نفس بیع برخورد کند، موجب بطلان نیست ولیکن اگر به نقل ملکیت برخورد نماید، موجب بطلان است.^{۲ و ۳}

در عالم حقوق قراردادهای می‌توان یک چنین تقسیم‌بندی را نیز ارائه نمود؛ فقط تفاوت آن است که اولاً، نهی مدنظر در حقوق در قالب «نباید» قانونی و ازسوی مقنن مطرح می‌گردد و ثانیاً، «نهی» و «نباید» مذکور، لزوماً به‌صورت انشایی بیان نمی‌گردد و گاه به‌صورت خبری وارد می‌شود. اما «نهی» و «نباید» مقنن در ارتباط با قراردادهای ممکن است به دو صورت وارد شود: ۱. نهی یا نیایدی که رکن یا ارکان قرارداد را نشانه می‌رود؛ منظور از رکن در حقوق قراردادهای، همان شرایط صحت، اعم از عمومی و اختصاصی است؛ بدیهی است نهی وارد شده توسط مقنن به

۱. محقق داماد، سید مصطفی، **مباحثی از اصول فقه؛ دفتر اول: مباحث الفاظ**، ج ۲۰، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۰، صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

۲. همان منبع، صص ۱۰۴-۱۰۹.

۳. ایرادی که به نظریه تفکیک از نظر نگارندگان وارد است، به این طریق قابل بیان است که سبب فی‌نفسه عبارت است از وجود مقتضی و فقد مانع، حال در نهی وارد شده به قرارداد، مقتضی وجود دارد ولی با وجود نهی، مانع هم وجود دارد، پس اساساً شرایط جهت وجود سبب جمع نیست؛ حال که سبب وجود ندارد، چگونه مسبب می‌تواند ایجاد شود؟

شرایط صحت، موجب عدم صحت قرارداد (بطلان یا عدم نفوذ) خواهد شد. ۲. نهی یا نپایدی که جزئی از شرایط صحت را نشانه می‌رود؛ مثل منع طرفین معامله از تدلیس در خصوص عوضین عقد یا معامله آن با عیب. قدر متقین آن است که نهی وارد شده بر غیر رکن ضمانت اجرای بطلان را در پی نداشته؛ حال ممکن است ضمانت اجراهای دیگری چون جریان حق فسخ و... به نفع یکی از طرفین قرارداد یا هر دو آنها به وجود آید.

لذا جزء دوم اجتماع امر و نهی حقوقی در قراردادها نیز تکمیل گردید.

گاهی ممکن است در قراردادی، از یک سو مبتنی بر اصله‌اللزوم (معنای دوم) با امر مقنن روبه‌رو باشیم و از سوی دیگر به‌نحوی از انحاء، نهی مقنن بر همان قرارداد وارد شده باشد. سؤال مطروحه آن است که آیا در این موارد با نوعی اجتماع امر و نهی در قرارداد روبه‌رو هستیم؟

پاسخ را می‌توان در قالب دو حالت کلی بررسی نمود:

حالت اول، مربوط به موردی است که امر ناشی از اصله‌اللزوم در قرارداد مورد بحث، با نهی مقنن بر شرایط صحت برخورد نماید؛ برای مثال نوعی از قرارداد میان دو شخص واقع می‌شود و طرفین متعهد به اجرای مفاد و تعهدات آن می‌گردند؛ ولیکن مقنن به دلیلی (خلاف نظم عمومی بودن، خلاف مصلحت جامعه بودن و...)، انعقاد قراردادهایی از این نمونه را ممنوع اعلام می‌نماید؛ در ارتباط با رخداد چنین حالتی می‌توان بیان کرد که اساساً اجتماع امر و نهی آن‌گونه که در دانش اصول تعبیر گردید، واقع نمی‌شود یا اگر اجتماع امر و نهی هم واقع شود (در معنای غیر از معنای دقیق اصولی) با تفسیر به‌جانب «نهی» حل می‌گردد.

توضیح آنکه نهی در حالت اول، از آن نظر که شرایط صحت را نشانه می‌رود، موجب انتفای شرط یا شرایط صحت می‌گردد، فلذا سبب عدم تشکیل قرارداد در عالم اعتبار می‌شود؛ با عدم تشکیل قرارداد، اصله‌اللزومی نیز حاکم نخواهد بود که برای طرفین، «امر» یا «باید»ی را در قالب اجرای تعهدات قراردادی ایجاد نماید.

این احتمال (عدم وقوع اجتماع امر و نهی یا امتناع اجتماع امر و نهی حقوقی در قراردادها) خود در دو قالب قابل بررسی است: قالب اول، مربوط به موردی است که نهی به‌صورت ابتدایی و قبل از تشکیل قرارداد، یا اقدام برای تشکیل قرارداد، وارد شده باشد؛ مثل جایی که طرفین اقدام به انعقاد قراردادی می‌نمایند که پیش‌تر توسط مقنن منع شده است (خرید و فروش مواد مخدر در

نظام حقوقی ایران به لحاظ نامشروع بودن موضوع). در این قالب، قرارداد مدنظر طرفین به مرحله انعقاد نرسیده و از حیث ضمانت اجرا باطل است. لذا نهی و منع قانونی در بدو امر موجب عدم تشکیل یا مانع تشکیل قرارداد و امر ناشی از آن بر پایه اصله‌اللزوم می‌گردد. قالب دوم، مربوط به موردی است که طرفین، قرارداد مدنظر خود را منعقد کرده‌اند، ولیکن پس از انعقاد پیش از اجرای تعهدات، مقنن با وضع مقرره‌ای قراردادهایی از این مدل را ممنوع اعلام می‌کند. این قالب از آن جهت که قرارداد منعقد در بدو امر به لحاظ وجود جمیع شرایط صحت، نافذ بوده و لذا بر پایه اصله‌اللزوم، موجب و موجد «امر» مورد نظر حقوقی تلقی می‌شده است، شباهت بیشتری به مبحث اجتماع امر و نهی اصولی دارد و ممکن است این شبهه را ایجاد نماید که قالب مذکور دقیقاً حالت اجتماع امر و نهی اصولی را در قالب حقوقی و به طور خاص قراردادهای ایجاد می‌نماید. ولی حقیقت آن است که تفسیر بر پایه اصول حقوق قراردادهای مانع از تحقق دقیق اجتماع امر و نهی در این حالت می‌گردد؛ توضیح آنکه نهی مقنن در این قالب از نوع نهی عارض است و از زمان ایجاد، قدرت اجرای تعهد را به نحو مشروع و قانونی از طرفین قرارداد می‌گیرد و ایشان را با حالت تعذر عارض و حادث روبه‌رو می‌کند. بنابراین از تاریخ ایجاد نهی، اساساً قرارداد آنها توسط مقنن به رسمیت شناخته نمی‌شود و لذا اجرای تعهد از ناحیه ایشان فاقد هرگونه اثر حقوقی و قانونی است. اگرچه عملاً طرفین می‌توانند تعهدات را اجرا نمایند؛ لذاست که بیان می‌شود، طرفین قرارداد در این حالت با نوعی تعذر قانونی روبه‌رو هستند و چنین قراردادی بر پایه اصل کلی «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمدلوله» و مستند به ماده ۳۴۸ و مناط ماده ۳۸۷ قانون مدنی منفسخ یا عقیم خواهد شد؛ علت انفساخ یا عقیم شدن نیز آن است که قرارداد مذکور بدواً به نحو صحت منعقد شده و در میان راه شرط صحت خود را از دست می‌دهد و منحل می‌شود. علی‌ای‌حال در چنین حالتی نیز نهی موجب شده قرارداد در اواسط راه منحل گردد و لذا دیگر قراردادی وجود ندارد که بر پایه و مبنای اصله‌اللزوم موجد امر و باید (اجرای تعهدات ناشی از قرارداد) باشد که نهی وارد شده از سوی مقنن با آن اجتماع نماید؛ چراکه وجود قرارداد بدون تعهد، عملاً عبث است.

با اندکی تأمل ارائه تفسیر دیگری نیز ممکن است؛ اینکه در حالات مذکور، صرف اقدام طرفین جهت انعقاد قرارداد را کافی بدانیم و با ورود نهی بر آن قرارداد، علی‌رغم انحلال یا عدم

تشکیل قرارداد، حکم به بقای توافق طرفین، ولو بدون حمایت قانونی دهیم. در این صورت نیز تفسیر نماییم، اصله‌اللزوم بر جامع توافقات، حاکم است و موجد امر (اجرای تعهدات) خواهد بود. از سوی دیگر نهی و منع قانون‌گذار نیز بر شرایط صحت قرارداد مورد نظر طرفین وارد شده است. در این حالت با اجتماع امر و نهی حقوقی مواجهیم؛ منتهی اجتماع امر و نهی مذکور با تفسیر به نفع «نهی» حل می‌گردد. اگرچه مبانی اصله‌اللزوم حکومت آن را بر قراردادهای قانونی دانسته است، ولیکن بنا بر تفسیر عرفی و فرا قانونی، وجه به یک چنین تعبیری بی‌فایده نخواهد بود، اگرچه شاذ نماید.

حالت دوم، مربوط به موردی است که امر مورد نظر مقنن بر پایه اصله‌اللزوم در قرارداد، بر نهی وارد بر غیر از شرایط صحت برخورد نماید؛ برای مثال مقنن بیان کند طرفین نباید عوضین معیوب به یکدیگر تسلیم نمایند. همانطور که بیان شد منع و نهی در این حالت، در بادی امر موجبات بطلان قرارداد را فراهم نمی‌آورد، ممکن است تصور شود که حالت مذکور قطعاً از مصادیق اجتماع امر و نهی حقوقی در حوزه قراردادها است ولیکن اندکی تأمل نشان می‌دهد که به عنوان‌های جداگانه و معنوی واحد تعلق می‌گیرند؛ یعنی فعل واحد خارجی در آن واحد مشمول باید و نباید مقنن قرار گیرد؛ در مثال مورد نظر در حوزه حقوق قراردادها زمانی امر و نهی محقق می‌شود که فعل «اجرای تعهدات» در یک لحظه، هم مشمول امر مقنن بر پایه اصله‌اللزوم قرار گیرد و هم مشمول نهی مقنن باشد. درحالی‌که در این مورد نهی مقنن به‌غیر از شرایط صحت برخورد می‌کند و لذا چنین اجتماعی محقق نمی‌شود؛ چراکه در مثال مذکور، اگرچه «اجرای تعهدات» همچنان مشمول امر بر پایه اصله‌اللزوم است ولیکن نهی مذکور مستقیماً آن را نشانه نرفته است و بیان نکرده که «تعهدات را اجرا نکنید»؛ بلکه صرفاً حدود و قواعد اجرای تعهدات را مشخص کرده است. لذا حالت دوم، از ذیل اجتماع امر و نهی خارج شده و در حوزه اطلاق و تقیید اصولی قابل طرح است؛ یا حتی اگر در فرضی بعید، آن را نوعی اجتماع بدانیم، اجتماع مورد نظر غیرحقیقی بوده و امر و نهی در آن به فعل (معنون) واحدی تعلق نگرفته است.

لذا سنجش و ارزیابی اجتماع امر و نهی حقوقی در حوزه قراردادها بر پایه اصول و تعبیر مصطلح در این شعبه، بر طریقی است که از نظر گذشت؛ ملاحظه گردید حتی در فرضی که با ارائه تفاسیری، اجتماع امر و نهی محقق می‌گردد، جنس این اجتماع با اجتماع امر و نهی اصولی

متفاوت بوده و طریق حل آن نیز با جانب‌داری از «نهی» حل می‌گردد که باز هم متمایز از طریق حل اصولیون است.

نتیجه‌گیری

صرف‌نظر از محل بحث، «اجتماع امر و نهی» همواره یکی از موضوعات مورد بحث اصولیون بوده که به‌لحاظ ماهیت تعارض گونه آن، باید مورد توجه قرار می‌گرفته است؛ همان‌طور که حل سایر صور تعارض، مانند «تعارض ادله استنباط احکام شرعی» و «تزام» یک «ضرورت» است، تعارض نهفته در اجتماع امر و نهی نیز باید حل شود تا مخاطب احکام از سردرگمی خارج گردد؛ در میان اصولیون، بحث در خصوص «امکان» یا «امتناع» اجتماع امر و نهی به تفصیل است و هر یک با استدلالاتی جانب یکی از این دو طرف را گرفته‌اند؛ نگارندگان با طرح استدلالی نو و قائل به تفکیک شدن میان جنس «مفهوم و مصداق» و جنس «عنوان و معنوا»، معتقدند رابطه میان امر و مأمور به و نهی و منهی عنه از نوع عنوان و معنوا است و لذا عقلاً امکان تحقق اجتماع امر و نهی در شیء واحد وجود دارد و به‌لحاظ امکان تحقق چنین اجتماعی باید در دانش اصول تأملی در خصوص حل تعارض نهفته در آن نمود.

اما در میان حوزه‌های موجود در دانش حقوق نیز بحث از امکان یا امتناع اجتماع امر و نهی قابل طرح است؛ در میان این حوزه‌ها، حوزه قراردادهای به‌لحاظ جریان و حکومت قاعده «لزوم» (در معنای لازم‌الاجرا بودن مفاد قرارداد) واجد معادل «امر» اصولی است و در برخی موارد نیز بنابر مصالحی که قانون‌گذار تشخیص می‌دهد ممنوعیت‌هایی بر آن وارد می‌گردد که می‌تواند معادل «نهی» اصولی باشد؛ اما حقیقت آن است به‌لحاظ تفاوت ماهیت قراردادهای و احکام شرعی، امر و نهی در حوزه قراردادهای، مانند امر و نهی در حوزه احکام شرعی، قابل جمع نیستند و در خصوص اجتماع آنها، عکس حوزه احکام شرعی، با مقوله «امتناع» روبه‌رو هستیم؛ چراکه بسیاری از اوقات نهی وارده از سوی قانون‌گذار (منع) بر حوزه قراردادهای به ارکان آن برخورد می‌نماید و از اساس مانع تحقق قراردادهای و تبعاً تولید لزوم (امر) ناشی از آن می‌شود، یا قرارداد منعقد را در اثنای مسیر با مانعی روبه‌رو کرده و سبب انحلال (انفساخ) آن می‌شود یا اینکه و امر و نهی مزبور به عناوین مختلفی تعلق می‌گیرند و از اساس، مسئله اجتماع امر و نهی را ممتنع یا

منتفی می‌نمایند. لذا صرف وجود معادل‌های امر و نهی اصولی در حوزه قراردادهای، موجب تحقق اجتماع امر و نهی اصطلاحی نمی‌شود.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۴۱، تهران: اسلامیه، ۱۴۰۳.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت**، ج ۱، چ ۲، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۱.
۳. حیاتی، عباسعلی، **حقوق مدنی (۳): قواعد عمومی قراردادها**، چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶.
۴. شهیدی، مهدی، **اصول قراردادها و تعهدات**، چ ۱۱، تهران: مجد، ۱۴۰۳.
۵. صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، چ ۳۵، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰.
۶. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، چ ۱۰، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۳.
۷. محقق داماد، سید مصطفی، **مباحثی از اصول فقه؛ دفتر اول: مباحث الفاظ**، چ ۲۰، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۰.
۸. محقق داماد، سید مصطفی، **مباحثی از اصول فقه؛ دفتر سوم: اصول عملیه و تعارض ادله**، چ ۹، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۷.
۹. نیاز آبادی، مهدی، **تعارضات ماهوی و شکلی قراردادی، تفسیر قرارداد و حل دعاوی مرتبط با آن**، چ ۱، تهران: خرسندی، ۱۳۹۹.

مقاله

۱۰. آهنگران، محمدرسول، «واکاوی اصل لزوم در قراردادها به‌منظور ارزیابی چارچوب شرعی ماده ۲۱۹ قانون مدنی»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ش ۴۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، صص ۳۰۱-۳۱۸.
۱۱. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها(۱)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ش ۴۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، صص ۵۴-۱۱.

۱۲. محقق داماد، سیدمصطفی و مهدی نیاز آبادی، «منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری های تجاری بین المللی و تنافی ادله در اصول فقه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۹۳، بهار ۱۴۰۰، صص ۱۱-۳۴.

<https://doi.org/10.52547/jlr.24.93.11>

عربی

۱۳. انصاری (شیخ)، مرتضی، **فرائد الأصول (رسائل)**، ج ۲، چ ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی لجماعه المدرسین بقم، ۱۴۱۶ ق.

۱۴. انصاری (شیخ)، مرتضی، **المکاسب**، ج ۵، چ ۱۰، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۰ ق.

۱۵. بجنوردی، میرزا حسن، **القواعد الفقهیه**، ج ۵، قم: نشر الهمادی، ۱۳۹۵ ق.

۱۶. صدر، محمدباقر، **دروس فی علم الأصول**، ج ۱، چ ۵، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۸ ق.

۱۷. طباطبایی، سید محمدحسین، **المیزان فی تفسیر القرآن**، ج ۵، بیروت: مؤسسه العلمی للمطبوعات، ۱۴۱۷ ق.

۱۸. غروی نائینی، محمدحسین، **فوائد الاصول**، ج ۴، چ ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، ۱۴۱۸ ق.

۱۹. غروی نائینی، محمد حسین و موسی خونساری، **منیه الطالب (الحاشیه علی المکاسب)**، تهران: چاپ سنگی چاپخانه حیدری، ۱۳۷۳ ق.

۲۰. قمی (محقق)، میرزا ابوالقاسم، **جامع الشتات**، ج ۲، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.

۲۱. مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، ج ۲، چ ۵، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، ۱۴۳۰ ق.

۲۲. نراقی، ملا احمد بن محمد، **عوائد الايام من مهمات ادله الاحکام**، چ ۱، قم: مرکز نشر وابسته به مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.

References

Books

1. Emami, Seyyed Hasan, **Civil Law**, Vol.1, Tehran: Eslamiye, 41st edition, 2024. (in Persian)

2. Jafari Langerodi, Mohammad jafar, **Encyclopedia of Civil and Commercial Law**, Vol 1, Tehran, Ganje danesh, 2nd edition, 2023. (in Persian)
3. Ha'yati, Abbas ali, **Civil Law(3): General Rules of Contracts**, Tehran: Mizan, 2nd edition, 2018. (in Persian)
4. Shahidi, Mahdi, **General Principles of Contracts and Obligations**, Tehran: Majd, 11th edition, 2024. (in Persian)
5. Safaei, Seyyed Hasan, **Introductory Course in Civil Law; General Rules of Contracts**, Vol 2, Tehran: Mizan, 35th edition, 2022. (in Persian)
6. Katouzian, Nasser, **General Rules of Contracts**, Vol. 3, Tehran: Ganj-e-Danesh, 10th edition, 2024. (in Persian)
7. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostfa, **Discussions on Usul Al Fegh; First Notebook, Discussion Alfaz**, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 20th edition, 2022. (in Persian)
8. Mohagheghdamad, Seyyed Mostfa, **Discussions on Usul Al Fegh; Third Notebook, Discussion Usul Amaliye**, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 20th edition, 2019. (in Persian)
9. Niazabadi, Mahdi, **Substantive and Formal Contractual Conflicts, Contract Interpretation and Resolution of Related Disputes**, Tehran: Khorsandi, 1st edition, 2021. (in Persian)
10. Ansari(Sheykh), Morteza, **Faraed Al Usul (Rasael)**, Vol. 2, Qom: The Islamic Publishing Institute of the Teachers' Group in Qom, 5rd edition, 1996. (in Arabic)
11. Ansari(Sheykh), Morteza, **Makaseb**, Vol. 5, Qom: Majma Al Fekr Eslami, 10th edition, 2009. (in Arabic)
12. Bojnourdi, Mirza Hasan, **Jurisprudential Rules**, Vol. 5, Qom: Hadi Publishing, 1975. (in Arabic)
13. Sadr, Mohammad Baqir, **Lessons in the Science of Usul**, Vol. 1, Qom: Islamic Publishing Institute, 5th edition, 1998. (in Arabic)
14. Tabataba'i, Sayyed Muhammad Hossein, **Al-Mizan in the Interpretation of the Qur'an**, Vol. 5, Beirut: Al-'Alami Publishing Institute, 1997. (in Arabic)
15. Gharavi Na'ini, Mohammad Hossein, **Faraed Al Usul**, Vol. 4, Qom: Islamic Publishing Institute for the Teachers' Group in Qom, 1rd edition, 1998. (in Arabic)
16. Gharavi Na'ini, Mohammad Hossein and Musa Khansari, **Maniyeh al-Talib** (alhashiyato al-Makasab), Tehran: Heydari, 1955. (in Arabic)

17. Qomi (Researcher), Mirza Abolqasem, **Jame Al-Shetat**, Vol. 2, Tehran: Keyhan Institute, 1993. (in Arabic)
18. Mozaffar, Mohammad reza, **Usul Al Figh**, Vol. 2, Qom: Islamic Publishing Institute for the Teachers' Group in Qom, 5rd Edition, 2009. (in Arabic)
19. Naraqi, Mulla Ahmad, **Avayed Al Ayyam Men Mohemmat kalam**, Qom: Publishing Center Affiliated with the Islamic School of Al Aalam, first edition, 1997. (in Arabic)

Articles

20. Ahangaran, Mohammad Rasul, “Analysis of the Islamic Jurisprudential (Juridical) Foundations of “Pacta Sunt Servanda” Rule in Contracts in Order to Evaluate the Shariah Framework of Article 219 of Iranian Civil Law”, *Bi-quarterly Journal of Islamic Law Research*, No. 48, 2019, PP 301-318. (in Persian)
21. Mohagheghdamad, Seyyed Mostfa, “Developments in Shi'ei Ijtihad: Historical Course, Fields and Methods (1)”, *Journal of Legal Research*, No. 44, 2007, PP 11-54. (in Persian)
22. Mohagheghdamad, Seyyed Mostfa and Mahdi Niazabadi, “The “Logic” Governing Conflict of Laws in International Commercial Arbitration and Conflict of Sources in *Usul Al Fiqh*”, *Journal of Legal Research*, No. 93, 2021, PP 11-34. (in Persian)

Ijtima Amr and Nahi in Usul Al Fiqh and Feasibility Study of Its Realization in Contracts

Sayyed Mostafa Mohaghegh Damad*

Mahdi Niazabadi**

Mohammadreza Abbasirad***

Received: 2025.02.12

Accepted: 2025.08.27

Abstract

In the field of *Ta'arozat* (conflicts) in *Usul Al Fiqh*, an especial subject is separated with the title of "*Ijtima Amr and Nahi*" and in terms of its especial characteristics, it tries to answer the question that basically, gathering the ordinance and prohibitions in a single matter is possible or not? This issue has become a battle of opinions as a result of the difference in theological, logical and Islamic jurisprudential foundations over many centuries, so that the commentators who believed into "possibility" claimed the non-transmission of the rules (*Ahkam*) from title to titled and the plurality of title due to the plurality of titled. On the other hand, the commentators who believed in "impossibility" have raised objections to the aforementioned claims, and the present article is a new argument and response to them. The topic of "*Ijtima Amr and Nahi*", although has been discussed in *Usul Al Fiqh* and related knowledge, but by the abolition of specificity and analogize, we can open the feasibility of planning and implementing this topic and its branches in the legal systems and legal studies. Of course, the necessity of such a compare and feasibility is to look and think differently and to pay attention to the new coordinates in which the literature of ordinance and prohibition has faded and talk about the conflict of legal obligations and prohibitions. The manifestation of this conflict is visible in the field of contract law. Where *Pacta Sunt Servanda* is the embodiment of obligation and ordinance, and various civil and criminal forbidden matters are the embodiment of prohibition, and contract is the single subject that the conflict is about. Of course, this type of conflict is never situated in the field of contracts and is resolved in various ways, including adherence to "If the condition is lost, the result is also lost" rule, and unlike *Usul Al Fiqh* the impossibility of such gathering, would be proved.

Keywords:

Ijtima Amr and Nahi, Pacta Sunt Servanda, Ta'aroz (Conflict), Contract.

* Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

** Assistant Professor, Faculty of Humanities, Shahed University, Tehran, Iran.

*** L.L.M Student, Department of Jurisprudence & Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. Corresponding Author Email: abbasirad.law@gmail.com

رویکرد نهاد داوری جهت مقابله با مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی

محمدجعفر قنبری جهرمی*
پوریا ابراهیم‌زاده**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۷

چکیده

فساد اقتصادی مصادیق بسیار متنوع و گوناگونی دارد که بروز هر یک از آنها منجر به نقض اصول اساسی حاکم بر تجارت بین‌الملل می‌شود. برای مقابله مؤثر با نفوذ مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی، القای یک نگرش مسئولانه به آحاد جامعه و ارائه آموزش‌های لازم به ایشان ضرورت دارد. با توجه به اینکه در بسیاری از موارد، طرفین قراردادهای فوق توافق می‌کنند که اختلافات احتمالی آتی را از طریق داوری حل‌وفصل نمایند، مقتضی است که به‌طور خاص نقش نهاد داوری در حوزه مقابله با نفوذ مصادیق فساد اقتصادی مورد بررسی قرار گیرد. پرسش اصلی تحقیق حاضر از این قرار است که نهاد داوری برای مقابله با مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی چه رویکردی را باید اتخاذ کند؟ نویسندگان با هدف یافتن پاسخی مستدل و مستند به رویه‌های داوری از روش توصیفی - تحلیلی استفاده کرده‌اند. نتایج کلی تحقیق ضمن اشاره به این مسئله که نهاد داوری می‌تواند با استفاده از یک رویکرد سه‌جانبه از قرار اتخاذ رویه فعال و ایجابی، مطالبه اسناد و مدارک خواهان و خواننده داوری و بررسی داوری‌پذیر بودن موضوع اختلاف به‌صورت مؤثرتری در مقام مقابله با مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی ایفای نقش نماید، به این نکته نیز تأکید می‌کند که اتخاذ رویکرد مذکور لزوماً متعارض با اصل داوری توافقی نیست.

کلیدواژه‌گان:

نهاد داوری، فساد اقتصادی، داوری تجاری بین‌المللی، قرارداد تجاری بین‌المللی، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری.

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

** دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

p_ebrahimzadeh@sbu.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

امروزه تنوع مصادیق متعدد فساد اقتصادی^۱ مانند اعمال نفوذ^۲ و ابتکار عمل در استفاده از آنها غیر قابل انکار بوده و به‌کارگیری این مصادیق با اصول اساسی حاکم بر حقوق تجارت بین‌الملل همچون اصل حسن‌نیت^۳ و مؤلفاتی همچون عدالت و نظم عمومی در تعارض است.^۴ متأسفانه در عصر حاضر، نفوذ مصادیق فساد اقتصادی به قراردادهای تجاری بین‌المللی،^۵ معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری^۶ و قراردادهای مشمول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به یک امر متداول در حقوق تجارت بین‌الملل تبدیل شده و مقابله با چنین چالشی مستلزم اتخاذ سیاست‌های ضد فساد است. با توجه به نقش‌آفرینی اراده طرفین قراردادهای اخیرالذکر در تعیین قانون حاکم بر داوری، تشریفات انتخاب داوران، نحوه ارجاع اختلافات به داوری و تعیین حدود اختیارات داور، امروزه داوری به یک فرایند کارآمد و پرطرفدار در حوزه حل و فصل اختلافات تبدیل شده است و در بسیاری از موارد، طرفین قراردادهای مذکور ترجیح می‌دهند که نهاد داوری^۷ را به‌عنوان رکن حل و فصل اختلافات احتمالی آتی انتخاب کنند.^۸ بنابراین مقتضی است که به‌طور خاص نقش نهاد داوری اعم از داور یا دیوان داوری در حوزه مقابله با نفوذ مصادیق فساد اقتصادی مورد بررسی قرار بگیرد.

پرسش اصلی تحقیق حاضر از این قرار است که نهاد داوری برای مقابله با مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی باید چه رویکردی را اتخاذ کند؟ نویسندگان با هدف یافتن پاسخی مستدل و مستند به رویه‌های داوری از روش توصیفی - تحلیلی استفاده کرده‌اند. فرضیه نویسندگان بر این دیدگاه استوار است که با توجه به تأثیرات مخرب نفوذ مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی و همچنین با استناد به اصولی از جمله نظم عمومی

1. Economic Corruption
2. Influence Peddling
3. Good Faith
4. Wynne, Brian, "Anti-Corruption Measures in International Trade: Legal Mechanisms to Combat Economic Crime", *Mayo RC journal of communication for sustainable world*, Vol. 1, No. 2, 2024, PP. 54-55.
5. International Commercial Contracts
6. Bilateral Investment Treaties (B.I.T)
7. Arbitral institution
8. Fortier, L. Yves, "Arbitrating in the Age of Investment Treaty Disputes", *UNSWLJ*, Vol. 31, No. 1, 2008, P. 282.

داخلی و بین‌المللی، حتی در فرضی که صلاحیت و اختیارات اقدامات انجام شده توسط نهاد داوری در جهت مقابله با مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی از طریق موافقت‌نامه داوری^۱ یا خواست و اراده طرفین اختلاف قابل استنباط نباشد، نهاد مذکور از حدود اختیارات خود تجاوز ننموده و رأی صادره مستند به شق «پ» بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی^۲ با چالش شناسایی و اجرا مواجه نخواهد شد.

این تحقیق از سه قسمت اصلی تشکیل شده است. در بخش اول نویسندگان به تبیین تفاوت‌های مهم میان قراردادهای تجاری بین‌المللی، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و قراردادهای مشمول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری پرداخته و سپس مصادیق متعدد فساد اقتصادی را تعریف می‌کنند. بخش دوم به بیان اهمیت سیاست‌گذاری دولت‌ها در جهت پیشگیری از نفوذ مصادیق فساد اقتصادی در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و قراردادهای مشمول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری تخصیص و بدین مهم تأکید می‌کند که گاهی ممکن است سیاست‌های ضد فساد نیز خود منتهی به نقض اصول اساسی حاکم بر حقوق تجارت بین‌الملل بشود. در بخش سوم نیز با شرح سه پرونده، سه ملاحظه که نهاد داوری جهت مقابله با مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی باید مد نظر قرار دهد مطرح می‌گردد. در نهایت و در بخش نتیجه‌گیری ضمن مرور اهم مطالب، پیشنهادی مشتمل بر چهار مرحله جهت مقابله با نفوذ مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی ارائه شده است.

۱. چارچوب مفهومی

در این بخش ابتدا به تبیین تفاوت میان قراردادهای تجاری بین‌المللی، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و قراردادهای مشمول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری پرداخته و سپس به تعریف فساد اقتصادی و شرح مصادیق آن اشاره خواهیم کرد.

۱.۱. تمایز میان قراردادهای تجاری بین‌المللی، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و قراردادهای مشمول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری

قراردادهای تجاری بین‌المللی، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و قراردادهای مشمول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در زمره مهم‌ترین ابزارهای حقوقی جهت برقراری تعاملات

1. Arbitration Agreement

2. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958).

تجاری بین‌المللی محسوب می‌شوند. قراردادهای تجاری بین‌المللی به توافق‌نامه‌هایی اطلاق می‌شود که حداقل یک عنصر خارجی در آن وجود داشته باشد که این عنصر خارجی معمولاً در قالب تابعیت متفاوت طرفین نمود پیدا می‌کند. بنابراین طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی ممکن است اشخاص حقیقی نظیر تجار و یا اشخاص حقوقی نظیر شرکت‌های چندملیتی^۱ باشند. این نوع از توافق‌نامه‌ها که معمولاً کوتاه‌مدت بوده و هدف اصلی آنها تجارت کالا، ارائه خدمات و یا مشارکت در اموری نظیر ساخت‌وساز و حمل‌ونقل است غالباً مطابق با مقررات حقوق خصوصی^۲ یک کشور منعقد می‌شوند و حل‌وفصل اختلافات ناشی از آن نیز معمولاً از طریق داوری‌های غیرسازمانی و یا دادگاه‌های ملی مورد پیگیری قرار می‌گیرد. به‌عنوان مثال از سال ۲۰۱۰ میلادی، شرکت اپل^۳ هر ساله برای توزیع محصولات خود در سطح کشور هند قراردادی با شرکت اینگرم میکرو^۴ منعقد می‌کند که توافق موصوف نوعاً یک قرارداد تجاری بین‌المللی محسوب می‌شود.

اگرچه معمولاً در بخش مقدمه یا ماده اول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به تعریف این نوع از توافق‌نامه‌ها پرداخته می‌شود، راهنمای آنکتاد^۵ یکی از معتبرترین منابع برای تعریف معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به حساب می‌آید. براساس راهنمای آنکتاد، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به توافق‌نامه‌هایی اطلاق می‌گردد که بین حداقل دو دولت و در راستای ترویج و حمایت از سرمایه‌گذاری متقابل^۶ منعقد شده باشد. بنابراین طرفین معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری دولت‌ها هستند. این نوع از توافق‌نامه‌ها که معمولاً بلندمدت بوده و هدف اصلی آنها ایجاد چارچوب‌های حقوقی جهت حمایت، تضمین امنیت و رفع موانع سیاسی یا قانونی سرمایه‌گذاری خارجی است و غالباً مطابق با مقررات حقوق بین‌الملل عمومی^۷ منعقد می‌شوند و حل‌وفصل اختلافات ناشی از آن معمولاً از طریق داوری‌های سازمانی نظیر مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری^۸ مورد پیگیری قرار می‌گیرد.^۹ به‌عنوان مثال در سال ۱۹۹۷

1. Multinational Corporations

2. Private Law

3. Apple Inc

4. Ingram Micro Inc

5. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)

6. Reciprocal Investment

7. Public International Law

8. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

۹. شاهینی، محمدرضا و علیرضا مظفری، «مطالعه تطبیقی داوری سرمایه‌گذاری خارجی و داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه حقوق ملل، د ۱۹، ش ۵، ۱۳۹۴، ص. ۴۲.

میلادی، ایالات متحده آمریکا و هند جهت حمایت از سرمایه‌گذاری‌های متقابل توافق‌نامه‌ای منعقد نمودند که توافق موصوف نوعاً یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود. کشور ایران نیز تا کنون با ۷۲ کشور معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد نموده که از این تعداد ۶۸ مورد لازم‌الاجرا شده است.^۱

بنابراین قراردادهای تجاری بین‌المللی و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری از حیث تعریف، طرفین، مدت زمان، هدف، ماهیت و نحوه حل و فصل اختلافات با یکدیگر تفاوت دارند. اگرچه در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری پیش‌بینی می‌شود که اختلاف میان دو دولت در خصوص تشویق و جذب سرمایه‌گذاری خارجی و نیز اختلافات میان دولت سرمایه‌گذار خارجی با دولت میزبان به داوری سازمانی و یا احتمالاً داوری غیرسازمانی ارجاع گردد اما مقصود از قرارداد مشمول معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری قراردادی است که بین یک دولت و یک شخص حقیقی یا حقوقی به عنوان سرمایه‌گذار خارجی منعقد شود. هر یک از قراردادهای تعریف شده در فوق می‌توانند متأثر از فساد اقتصادی و یا برای تحقق آن منعقد شوند.

۱.۲. تعریف فساد اقتصادی

در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق بین‌الملل اقتصادی تعریف مشخصی از فساد اقتصادی وجود ندارد و اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی نظیر کنوانسیون ملل متحد علیه فساد^۲ موسوم به کنوانسیون مریدا^۳ نیز با اجتناب از تعریف فساد اقتصادی به بیان مصادیق آن بسنده نموده‌اند.^۴ بنابراین جهت آشنایی با تعریف فساد اقتصادی لازم است که از تعریف تمثیلی استفاده کنیم. تعریف تمثیلی یا تعریف مثالی به تعریف یک واژه یا اصطلاح بر اساس مصادیق و نمونه‌های آن دلالت دارد. در این نوع تعریف که از آموزه‌های فلسفی ارسطو^۵ سرچشمه می‌گیرد، به‌جای تمرکز جهت یافتن یک تعریف دقیق، جامع و مورد قبول، مفهوم مورد نظر از طریق اشاره

1. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/98/iran-islamic-republic-of>.

2. United Nations Convention against Corruption (UNCAC)

3. Merida Convention (2003)

4. Morshedi, Farzaneh and Golami, Hossein, "Review the legal challenges of supporting economic crimes victims", *Religación: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Vol. 4, No. 18, 2019, P. 279.

5. Aristotle

به مصادیق و نمونه‌های خاص آن تعریف می‌شود. اعمال نفوذ، اخاذی،^۱ اختلاس،^۲ پول‌شویی،^۳ تبانی،^۴ رشوه،^۵ تحصیل مال بلاجهت^۶ و کلاهبرداری^۷ همگی از جمله مهم‌ترین مصادیق فساد اقتصادی محسوب می‌شوند.^۸ بنابراین با توجه به اینکه آشنایی با تعریف فساد اقتصادی تا حد زیادی در گرو آشنایی با تعریف مصادیق این مؤلفه است؛ در جدول ذیل اختصاراً هر یک از مصادیق فساد اقتصادی را تعریف می‌کنیم.

جدول ۱: تعریف مصادیق فساد اقتصادی با تأکید بر مقرر مقرر مرتبط در کنوانسیون مریدا

عنوان	تعریف مختصر	کنوانسیون مریدا
اعمال نفوذ	سوءاستفاده کردن از قدرت یا موقعیت برای کسب منفعت شخصی یا به نفع دیگران.	ماده ۱۹
اخاذی	تهدید یا اجبار به تحویل اموال و یا انجام یک کار به صورت غیرقانونی.	ماده ۲۲
اختلاس	سوءاستفاده یا تصرف غیرقانونی در اموال عمومی یا خصوصی توسط مقامات.	ماده ۱۷
پول‌شویی	پنهان‌سازی و مشروع‌نمایی منشأ غیرقانونی اموال از طریق فرایندهای پنهان‌کارانه.	ماده ۲۳
تبانی	توافق دو یا چند نفر برای ارتکاب اعمال فریبکارانه یا غیرقانونی به ضرر دیگران.	ماده ۱۸
رشوه	دادن یا گرفتن پول، اموال یا مزایا برای انجام یا خودداری از انجام کاری به صورت غیرقانونی.	ماده ۱۵
مال بلاجهت	تحصیل اموال یا دارایی با استفاده از روش‌های غیرقانونی.	ماده ۱۴
کلاهبرداری	فریب‌دادن دیگران برای به‌دست‌آوردن مال یا منفعت از طریق حيله و تقلب	ماده ۲۴

1. Extortion
2. Embezzlement
3. Money Laundering
4. Collusion
5. Bribery
6. Unjust Enrichment
7. Fraud
8. Brody, Richard G, Gaurav Gupta, Angela N. Ekofe and Kehinde Mayokun, Ogunade, "The need for anti-corruption policies in developing countries", *Journal of Financial Crime*, Vol. 28, No. 1, 2020, P. 132.

۲. دیدگاه‌های نظری در خصوص نفوذ فساد در قراردادهای

در خصوص نفوذ مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و قراردادهای مشمول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری دو دیدگاه وجود دارد. دیدگاه اول قائل بر معتبر بودن چنین قراردادهایی است. در توجیه این دیدگاه گفته می‌شود به دلیل اینکه نفوذ مصادیق فساد اقتصادی به حوزه قراردادهای امری بسیار متداول و معمول محسوب می‌شود، نباید حکم بر بطلان قراردادهای متأثر از فساد اقتصادی صادر نمود. برخلاف دیدگاه مذکور، دیدگاه دوم قائل بر بطلان چنین قراردادهایی است. در توجیه این دیدگاه نیز گفته می‌شود که میزان نفوذ مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای مهمی ندارد و در هر صورت قانون نباید در خدمت عملکرد فاسد طرفین چنین قراردادهایی قرار بگیرد. در بسیاری از موارد، دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا، انگلستان، کانادا، و سنگاپور با استناد به حقوق عرفی، قراردادهای منعقدشده در بستر گونه‌ای از فساد اقتصادی نظیر رشوه را باطل کرده‌اند. مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری نیز به دفعات با استناد به نقض نظم داخلی یا نقض نظم عمومی بین‌المللی در مفهوم مجموعه اصول حقوقی و اخلاقی مورد قبول و حاکم بر روابط کشورها، قراردادهایی را که در بستر گونه‌ای از فساد اقتصادی منعقد شده بودند، باطل اعلام کرده است. لازم به ذکر است که در بررسی کارنامه فعالیت مرجع مذکور، اولین رویه‌های مربوط به بطلان قراردادهای مختلف به دلیل نفوذ گونه‌ای از فساد اقتصادی در آن یافت می‌شود.^۱

آثار سوء ناشی از بروز مصادیق فساد اقتصادی نظیر نقض اصول حاکم بر حقوق تجارت بین‌الملل همچون اصل حسن‌نیت، اصل شفافیت،^۲ اصل عدم تبعیض^۳ و اصل رقابت منصفانه^۴ و تأثیر مخرب آن بر تحقق عدالت و نظم عمومی داخلی و بین‌المللی باعث شده است که تقریباً تمام دولت‌ها مصادیق مندرج در جدول شماره ۱ را در قوانین داخلی خود جرم‌انگاری کنند. بر مبنای اقداماتی که جامعه بین‌المللی^۵ در جهت مقابله با مصادیق فساد اقتصادی و توجه به اصول

۱. تقی‌پور، بهرام، مهدی عباسی سرمدی، اعظم مهدی‌پور و محمدتقی ابراهیمی، «راهکارهای حقوقی - اخلاقی مقابله با فساد در انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی، د ۱۰، ش ۳۷، ۱۳۹۸، ص. ۹۶-۹۷.

2. Transparency
3. Non-Discrimination
4. Fair Competition
5. International Community

مذکور انجام داده، می‌توان گفت که پیشگیری از فساد اقتصادی در دو سطح کنشی و واکنشی قابل بررسی است. پیشگیری کنشی یا خاص گونه‌ای از پیشگیری بوده که در آن دولت‌ها با انجام اقدامات غیرقهرآمیز مبادرت به کاهش یا از بین بردن عوامل و بسترهای ارتکاب جرم می‌کنند. به‌طور خاص فلسفه این نوع از پیشگیری جلوگیری از ارتکاب اولیه جرم است و در آن اهم توجه دولت‌ها بیشتر به بازه زمانی قبل از ارتکاب جرم معطوف می‌شود. پیشگیری واکنشی یا عام نیز به کلیه اقدامات دولت‌ها برای مقابله با ارتکاب جرم و مجازات مجرم از طریق تدابیر کیفری نظیر جرم‌انگاری، محاکمه و مجازات اطلاق می‌شود. به‌طور خاص فلسفه این نوع از پیشگیری جلوگیری از تکرار جرم است و در آن اهم توجه دولت‌ها بیشتر به بازه زمانی بعد از ارتکاب جرم معطوف می‌شود.^۱

اگرچه لفظ پیشگیری غالباً دلالت بر نوع عام آن دارد، اکثر اقداماتی که جامعه بین‌المللی در راستای مقابله با فساد اقتصادی انجام داده است، بیشتر ذیل پیشگیری کنشی قابل بررسی است. در این راستا می‌توان به تصویب اسناد منطقه‌ای نظیر کنوانسیون بین آمریکایی ضدفساد،^۲ کنوانسیون اروپایی حقوق کیفری ضدفساد^۳ و کنوانسیون اروپایی حقوق مدنی ضدفساد^۴ اشاره کرد. در سطح بین‌المللی نیز کنوانسیون پالمو^۵ و مریدا مهم‌ترین اسناد مرتبط در حوزه پیشگیری از فساد اداری و اقتصادی محسوب می‌شوند.^۶

اجرای سیاست‌های ضدفساد اقتصادی هدفی مشروع و ضروری است، چنانچه سیاست‌های مذکور به‌صورت ناهماهنگ یا تبعیض‌آمیز اجرا شوند، خود با اصول اساسی حاکم بر تجارت بین‌الملل تعارض خواهند داشت.^۷ به‌عنوان مثال برخی از کشورها ممکن است مقررات سختگیرانه‌ای در حوزه مقابله با فساد اقتصادی وضع نموده و از این مقررات به عنوان ابزاری

۱. مرجانی، مهدی و سید باقر میرعباسی، «پیشگیری غیرکیفری از جرایم اقتصادی در کنوانسیون مریدا»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، د ۱۶، ش ۴۴، ۱۳۹۹، ص. ۴۰.

2. Inter-American Convention against Corruption (1996)

3. The Council of Europe: Criminal Law Convention against Corruption (1999)

4. The Council of Europe: Civil Law Convention against Corruption (1999)

5. Palermo Convention (2001)

۶. باقری کمارعلی، محمد، ایرج گلدوزیان و حمیدرضا ملک محمدی، «تحلیلی بر مدیریت منابع مالی و سیاست‌های دستگاه‌های فرهنگی در انطباق با تکالیف مقرر در کنوانسیون مریدا»، فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی، د ۲، ش ۴، ۱۳۹۵، صص. ۱۱۱-۱۱۲.

7. Wynne, Brain. *Op.Cit.* P. 56.

برای محدود کردن رقابت و یا تحمیل استانداردهای داخلی خود به دیگران استفاده کنند. چنین سیاستی مغایر با ماده ۱۱ موافقت‌نامه عمومی تعرفه‌ها و تجارت^۱ ارزیابی می‌شود که به موجب آن دولت‌های عضو متعهد به انجام مذاکرات جهت کاهش یا از بین بردن موانع تجارت، ذیل اصل تجارت آزادتر شده‌اند. از همین جهت در ماده ۲۰ موافقت‌نامه تأکید شده است که اقدامات مربوط به جلوگیری از اقدامات مضر (نظیر فساد) نباید خودسرانه و در جهت حمایت از محصولات و منابع داخلی اتخاذ شود. همچنین اگر سیاست‌های ضدفساد مبهم و متناقض باشند و یا اساساً اعلام نشوند و نهادی جهت پاسخ‌گویی به ذی‌نفعان تجارت بین‌الملل نیز وجود نداشته باشد خود در تعارض با اصل شفافیت موضوع ماده ۱۰ موافقت‌نامه ارزیابی می‌شود که بر اعلام اطلاعات و رویه‌های مرتبط با قوانین، مقررات و سیاست‌ها در زمینه تجارت بین‌الملل و اطلاع‌رسانی در خصوص تغییرات و ایجاد نهادهایی برای پاسخ‌گویی به پرسش‌ها تأکید داشته و هدف آن کاهش ابهامات و افزایش پیش‌بینی‌پذیری در روابط تجاری بین‌المللی است.^۲

اجرای سیاست‌های ضدفساد به صورت ناهماهنگ و تبعیض‌آمیز مغایر با تعهدات دولت در برابر سرمایه‌گذار خارجی نیز ارزیابی می‌شود؛ زیرا در بخش مقدمه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری پس از تعریف و تبیین هدف معاهده معمولاً به موضوعاتی نظیر تعهد دولت میزبان به رعایت حسن‌نیت در سلب مالکیت و پرداخت غرامت جهت حمایت از حقوق سرمایه‌گذار و اتخاذ رفتار منصفانه و به دور از تبعیض با سرمایه‌گذار خارجی اشاره می‌شود. بدیهی است که در صورت اتخاذ رویکردهای یک‌جانبه، سرمایه‌گذاران خارجی دچار عدم اطمینان شده و ممکن است تمایل به تجارت یا سرمایه‌گذاری در آن کشور را از دست بدهند. بنابراین برای جلوگیری از تضاد میان سیاست‌های ضدفساد اقتصادی و اصول اساسی حاکم بر تجارت بین‌الملل ضروری است که قانون‌گذاری و سیاست‌های مذکور به گونه‌ای طراحی و اجرا شوند که هم با الزامات تجارت بین‌الملل همخوانی داشته باشند و هم به شکل شفاف و غیر تبعیض‌آمیز اعمال شوند. با اتخاذ رویکرد اخیر، دولت‌ها می‌توانند علاوه بر نمایش عملکردی مطلوب در راستای پیشگیری مؤثر

1. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

۲. حسینی آزاد، سید علی و پوریا عسکری، «شفافیت سرمایه‌گذاری خارجی: بازتعریف اصل شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، د ۲۸، ش ۱۹، ۱۴۰۰، ص. ۳۹.

از نفوذ فساد اقتصادی در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و قراردادهای مشمول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، از اصول اساسی حاکم بر حقوق تجارت بین‌الملل نیز پاسداری به عمل آوردند.

۳. نقش نهاد داوری در مقابله با نفوذ مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی

با توجه به نفوذ مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی و نقش‌آفرینی نهاد داوری در این نوع از قراردادها مقتضی است که به‌طور خاص نقش نهاد مذکور در حوزه مقابله با نفوذ مصادیق فساد اقتصادی مورد بررسی قرار گیرد.

۳.۱. اتخاذ رویه فعال و ایجابی

در عرصه حقوق بین‌الملل اقتصادی، حقوق تجارت بین‌الملل و داوری‌های تجاری بین‌المللی مباحث گسترده‌ای در خصوص محدودیت داوران از حیث صلاحیت و اختیارات و چالش‌های ناشی از محدودیت‌های مذکور مطرح شده است. پرسش اصلی گفتار حاضر از این قرار است که آیا نهاد داوری می‌تواند در راستای شناسایی و مقابله با مصادیق احتمالی فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی رأساً و بدون درخواست طرفین اختلاف مبادرت به انجام اقداماتی نظیر تحصیل دلیل کنند یا اینکه رسیدگی به این مسئله مستلزم درخواست طرفین اختلاف و یا متوقف به تقاضای حداقل یکی از آنهاست؟

اهمیت طرح و پاسخ به پرسش اخیر با بررسی دو مقررہ بیشتر ملموس خواهد شد. شیق «پ» بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی موسوم به کنوانسیون نیویورک^۱ مقرر داشته است: «حکم در خصوص اختلافی است که شرایط ارجاع به داوری در مورد آن منظور نشده یا شامل آن نمی‌شود، یا متضمن تصمیم در مورد مسائلی فراتر از حیطه شمول ارجاع به داوری است...». شیق «ه» بند ۱ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ نیز مقرر داشته است: «داور خارج از حدود اختیارات خود رأی داده باشد». با توجه به دو مقررہ اخیر می‌توان اینگونه استنباط کرد که چنانچه از طریق موافقت‌نامه داوری و یا خواست و اراده طرفین اختلاف، صلاحیت نهاد داوری از حیث شناسایی و مقابله با مصادیق احتمالی فساد اقتصادی قابل

1. New York Convention

احراز نباشد اما نهاد داوری رأساً مبادرت به کشف دلیل نموده و احراز کند که قرارداد تجاری بین‌المللی در بستر گونه‌ای از فساد اقتصادی منعقد شده است و متعاقباً آن قرارداد را باطل اعلام کند از حدود صلاحیت و اختیارات خود فراتر رفته و دادگاه محل شناسایی و اجرای رأی داوری می‌تواند مستند به مقرره‌های اخیر و بنا به درخواست هریک از طرفین از ترتیب اثر دادن به رأی صادره اجتناب نماید.^۱

دسته‌ای از داوران به صورت افراط‌گرایانه‌ای طرفدار داوری ترافیعی‌اند. این دسته از داوران از یک طرف با تأکید بر محدودیت در صلاحیت و اختیاراتشان و از طرف دیگر با تأکید بر لزوم احترام به خواست و اراده طرفین اختلاف تلاش می‌کنند که با محدود کردن صلاحیت خویش به خواست و اراده خواهان و خوانده داوری، مبانی حاکم بر داوری ترافیعی نظیر بی‌طرفی و استقلال را رعایت کنند.^۲ در حوزه مقابله با مصادیق فساد اقتصادی و در حالتی که قرارداد تجاری بین‌المللی در بستر گونه‌ای از فساد اقتصادی و یا برای تحقق آن منعقد گردیده اما هیچ‌کدام از طرفین اختلاف از نهاد داوری تقاضای رسیدگی به این موضوع را نکرده باشند؛ عملکرد داوران طرف‌دار نظریه محل بحث نه تنها منفعلانه ارزیابی می‌شود و بلکه نهاد داوری با صدور رأی عملاً زمینه شناسایی مصادیق فساد اقتصادی را با دشواری بیشتری مواجه خواهد ساخت. لازم به ذکر است که معمولاً این دسته از آرای داوری در مرحله شناسایی و اجرا با چالش‌های زیادی از جمله مغایرت با نظم عمومی داخلی مواجه می‌شوند. همچنین عطف به این مسئله که در داوری‌های غیرسازمانی قراردادهای تجاری بین‌المللی مهم، اعضای نهاد داوری معمولاً از میان وکلای مجرب و اساتید دانشگاهی مشهور انتخاب می‌شوند، بدیهی است که عدم شناسایی و اجرای رأی صادره توسط آنها، سابقه فعالیت حرفه‌ای ایشان را زیر سؤال خواهد برد.

اما دسته‌ای دیگر از داوران که در وهله اول خود را حامی و خدمتگزار عدالت و اصل حاکمیت قانون می‌دانند با تأکید بر مسئولیت اجتماعی خویش در برابر جامعه مبنی بر مقابله مؤثر با

۱. مافی، همایون و مهشید اسحق، «موانع شناسایی و اجرای رأی داوری در کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (۱۹۵۸) و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶)»، پژوهشنامه حقوق تطبیقی، د ۷، ش ۱، ۱۴۰۳، صص. ۱۶۰-۱۵۹.

2. Feebily, Ronan, "Neutrality, Independence and impartiality in international commercial arbitration, a fine balance in the quest for arbitral justice", *Penn St. JL & Int'l Aff.*, Vol. 7, No. 1, 2019, P. 90-92.

مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی از اصل جدایی‌پذیری داوری از قرارداد اصلی^۱ موضوع ماده ۱۶ قانون نمونه داوری آنسیترال^۲ استفاده و رویه‌ای فعال و ایجابی جهت شناسایی و مقابله با مصادیق فساد اقتصادی اتخاذ می‌کند. براساس اصل مذکور، شرط داوری جزئی کاملاً مجزا از قرارداد یا موافقت‌نامه اصلی محسوب شده و بطلان قرارداد یا موافقت‌نامه اصلی تأثیری در شرط داوری مندرج در آن نخواهد داشت. البته شرط داوری می‌تواند در درون قرارداد اصلی یا به‌صورت جداگانه در نظر گرفته شود و حتی برخی از نویسندگان قائل‌اند که لزومی بر مکتوب نمودن این شرط نیست.^۳ این دسته از داوران پس از احراز اعتبار موافقت‌نامه داوری اقدام به تحقیق، بررسی و سنجش اعتبار قرارداد اصلی نموده و در صورت احراز این مسئله که قرارداد اصلی در بستر گونه‌ای از فساد اقتصادی و یا برای تحقق آن منعقد شده است، آن را باطل و ذیل اصل جدایی‌پذیری داوری از قرارداد اصلی درخصوص غیرقابل رسیدگی بودن و غیرقابل مطالبه بودن ماهیت اختلاف نیز تعیین تکلیف می‌کنند و عملکرد اخیر خود را با استناد به مواردی نظیر اقتضائات نظم عمومی داخلی و بین‌المللی توجیه می‌نمایند^۴ که این رویه کاملاً فعال و ایجابی ارزیابی می‌شود.^۵ مواردی از جمله وجود عبارات مبهم در قرارداد، وجود واسطه‌های متعدد و حساب‌های بانکی آفشور افتتاح شده در کشورهای فاقد نظام نظارتی پولی و مالیاتی مطلوب از جمله مواردی است که می‌تواند برای نهاد داوری به عنوان یک زنگ خطر مبنی بر تأثر قرارداد از فساد اقتصادی تلقی شود.^۶

اتخاذ رویه فعال و ایجابی در مواردی که هزینه‌های داوری از جانب ثالث تأمین می‌شود، اهمیت ویژه‌ای دارد. تأمین هزینه‌های داوری توسط شخص ثالث به وضعیتی اطلاق می‌شود که

1. The Principle of Separability of Arbitration from the Main Contract

2. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

۳. رستمی، امین، مسعود زمانی و منوچهر نائینی، «تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، د ۱۱، ش ۴۰، ۱۳۹۷، ص. ۱۳۷.

4. Eroglu, Erman, "Illicit Financial Gains In International Commercial Arbitration: The Arbitral Tribunal's Duty", *Law and Justice Review*, Vol. 29, 2025, PP. 129-130.

۵. زمانی، سید قاسم، ایمان میرزاده و عرفان میرزاده، «مواجهه با فساد در داوری‌های بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، انتشار الکترونیکی*، ۱۴۰۳، صص. ۴-۵.

6. Teichmann, Fabian, Sonia Boticiu, and Bruno S. Sergi, "The risk of abuse of arbitration proceedings in jurisdictions where corruption is pervasive", *Journal of Economic Criminology*, Vol, 2, 2023, P. 4.

7. Third Party Funding (T.P.F)

شخصی به غیر از طرفین اختلاف، پرداخت کلیه هزینه‌های مرتبط با ارجاع اختلاف به نهاد داوری را اعم از هزینه‌های کارشناسی، استخدام وکیل و... را به نفع یکی از طرفین اختلاف برعهده می‌گیرد. در این روش چنانچه رأی نهایی نهاد داوری به نفع تأمین شونده صادر شود، ثالث معمولاً مستحق معادل ۱۵ تا ۵۰ درصد از محل عواید رأی می‌شود و در غیر این صورت حتی حق مطالبه مخارج انجام شده را نخواهد داشت.^۱ هنگامی که یکی از طرفین اختلاف ارجاع شده به نهاد داوری از جانب ثالث تحت حمایت مالی قرار می‌گیرد، این ظن نسبت به نهاد داوری ایجاد می‌شود که ممکن است ثالث از طریق تطمیع داور یا داوران، در صدور رأی نهایی نهاد داوری تأثیراتی برجای بگذارد. بدیهی است که در صورت وجود هرگونه ارتباط قبلی میان داور یا داوران با ثالث، ظن مذکور تشدید خواهد شد. در چنین مواردی مقتضی است که داور به منظور حفظ بی‌طرفی و جلب اعتماد طرفین و نیز نمایش عملکردی معنادار به ثالث مبنی بر پابندی به اصول اساسی حاکم بر داوری ترافعی، بدو مراتب وجود ثالث برای تأمین مالی را رسماً به طرف مقابل ابلاغ کند. بدیهی است که به واسطه این اطلاع‌رسانی، طرف دیگر اختلاف ممکن است اطلاعاتی درخصوص هویت ثالث و قرارداد او با تأمین‌شونده را مطالبه کند؛ اما از آنجا که تأمین‌شونده، افشای چنین اطلاعاتی را مغایر با اصل محرمانگی دانسته و اشخاصی که به عنوان ثالث اقدام به تأمین مالی می‌کنند نیز معمولاً تمایلی از این نظر که کم‌وکیف توافقتشان با تأمین‌شونده افشا شود ندارند، مقتضی است که نهاد داوری شخصاً اسناد و مدارک مرتبط با روابط ثالث و تأمین‌شونده را بررسی و به صورت هدفمند صرفاً به افشای آن بخش از اسناد که افشای آن برای اثبات بی‌طرفی نهاد داوری مؤثر است اکتفا کند و بدین صورت یک تعادل میان اصل شفافیت و پابندی به اصل محرمانگی برقرار کند؛ زیرا هم بی‌طرفی و استقلال در زمره اصول اساسی حاکم بر فرایند داوری محسوب می‌شوند و هم منافع ثالث و تأمین‌شونده آنقدر ارزشمند نیست که به خاطر آن صحت داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی با ابهام یا چالش مواجه شود.^۲

۱. میروسی، علیرضا، مهدی ذاکریان امیری و مهدی عبدالله زاده، «موافقان و مخالفان تأمین مالی ثالث در رژیم داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، د ۲۴، ش ۱۷، ۱۴۰۱، ص. ۵۰.

۲. اسدی، محمدمهدی، «بررسی ضرورت افشاء وجود قرارداد تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط شخص ثالث و لزوم صیانت از افشاء سایر اطلاعات»، فصلنامه تمدن حقوقی، د ۵، ش ۱۷، ۱۴۰۲، ص. ۵.

درخصوص اتخاذ رویه فعال و ایجابی، عملکرد قاضی گونار لاگرگرن،^۱ که به‌عنوان داور در پرونده‌ای که از جانب یک شرکت خصوصی آمریکایی علیه کارگزار دولت آرژانتین مطرح شد، قابل تأمل است. قاطعیت داور در تصمیم‌گیری مبنی بر بطلان قرارداد و رد رسیدگی به ماهیت اختلاف به‌عنوان نمونه‌ای از اتخاذ رویه فعال و ایجابی توأم با توجه به اصول اخلاقی و نظم عمومی بین‌المللی در داوری بین‌المللی قابل تحسین است و به همین دلیل تبدیل به مبنایی برای رسیدگی به پرونده‌های مشابه در دهه‌های بعدی شد.^۲

در سال ۱۹۶۳ میلادی، دولت آرژانتین برای تأمین تجهیزات پروژه‌های برقی دولت مبادرت به برگزاری یک مناقصه کرد. تعدادی از کارگزاران دولت آرژانتین با برقراری ارتباط مخفیانه با یکی از شرکت‌کنندگان در مناقصه، پیشنهادی مبنی بر دریافت رشوه جهت تأیید صلاحیت زود هنگام و برنده کردن آن شرکت در مناقصه را مطرح کردند. پس از موافقت مدیران ارشد شرکت با پیشنهاد مذکور، قراردادی کتبی میان یکی از کارگزاران دولت آرژانتین و شرکت خصوصی آمریکایی منعقد شد که در آن «داوری» به‌عنوان نهاد حل و فصل اختلافات انتخاب شد و با توجه به حسن سابقه و شهرت قاضی لاگرگرن، نامبرده به عنوان داور مرضی‌الطرفین انتخاب شد. همچنین توافق شد که قانون حاکم بر داوری قانون کشور سوئیس و محل انجام داوری کشور آرژانتین باشد. پس از مدتی شرکت خصوصی آمریکایی با طرح این ادعا که کارگزار دولت آرژانتین از اجرای تعهدات خود امتناع، و دعوایی با عنوان «استرداد حق کمیسیون» علیه نامبرده را در نزد داور مطرح کرد.^۳ داور پس از قبول داوری بررسی‌های لازم را به عمل آورد و متوجه شد موضوع مورد رسیدگی در اصل «استرداد رشوه» است. لاگرگرن با اتکا بر اصول اخلاقی و نظم عمومی بین‌المللی تأکید کرد که هرچند مسئله رد و بدل شدن رشوه در آن سال‌ها امری معمول در آرژانتین محسوب می‌شده است، نفوذ مصادیق فساد اقتصادی در قراردادها باعث خواهد شد که قراردادها از منظر حقوقی غیرقابل دفاع باشند و رسیدگی ماهوی به این دست از

1. Gunnar Lagergren

۲. ایرانشاهی، علیرضا، «بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د ۲۸، ش ۴۴، ۱۳۸۹، ص. ۹۴.

3. Yackee, Jason Webb, "Investment treaties and investor corruption: An emerging defense for host states", *Va. J. Int'l L.* Vol. 52, 2011, PP. 2-4.

دعاوی، اعتبار داور و عدالت را خدشه‌دار خواهد کرد.^۱ پرونده اخیر از این جنبه حائز اهمیت است که داور رأساً و بدون درخواست طرفین اختلاف مبادرت به کسب دلیل برای شناسایی و مقابله با فساد اقتصادی نمود و بر مبنای آن قرارداد را باطل کرد. با این حال، لاگرن با تأکید بر عدم مشروعیت موضوع اختلاف و نفوذ فساد اقتصادی در قرارداد اصلی و ضرورت رعایت اصول اخلاقی، اخلاق حسنه و نظم عمومی بین‌المللی از رسیدگی ماهوی به موضوع اجتناب کرد.

۳.۲. مطالبه اسناد و مدارک خواهان و خواننده داوری

احراز واقعیت توسط نهاد داوری تا حد زیادی مستلزم مطالبه و بررسی اسناد و مدارک طرفین اختلاف است.^۲ مواد ۴۳ تا ۴۵ کنوانسیون ایکسید^۳ و ماده ۳۴ قواعد داوری ایکسید^۴ بدون اشاره به بار اثبات دعوا صرفاً به مواردی از جمله اختیارات نهاد داوری در خصوص کسب ادله طرفین و انجام بررسی‌های میدانی اشاره می‌کند و نهاد داوری می‌تواند با وحدت رویه گرفتن از مقرره‌های اخیر چنین حقی را برای خود برای مقابله با فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی قائل شود. ادعای فساد از جانب نهاد داوری یا یکی از طرفین قرارداد تجاری بین‌المللی نیاز به اثبات دارد. بار اثبات ادعا غالباً بر عهده مدعی^۵ است، اما در بحث مقابله با مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی، صرف اینکه مدعی با ادعای وجود فساد اقتصادی و ارائه اسناد و مدارکی که به صورت اجمالی بتواند ظن نهاد داوری را بر وجود گونه‌ای از فساد اقتصادی در قرارداد جلب کند، ممکن است منجر به خلق وضعیتی شود که بار اثبات ادعا معکوس شده و نهاد داوری وفق مقرره‌های اخیر از مدعی‌علیه^۶ درخواست کنند که اسناد و مدارکی خلاف ادعای مدعی ارائه کند و چنانچه مدعی‌علیه موفق به ارائه اسناد و مدارک مقتضی نشود تصمیم نهاد داوری کاملاً قابل پیش‌بینی خواهد بود. البته نهاد داوری در هنگام مطالبه اسناد و مدارک طرفین باید به ماهیت قانون حاکم بر قرارداد نیز توجه داشته باشد؛ زیرا کشورهای دارای نظام‌های

1. ICC, Case 1110: 1963.

۲. بابایی، طیبیه، «ارزش اثباتی ادله دعوا در قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، د ۹، ش ۳، ۱۳۹۵، ص. ۱۲.

3. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

4. ICSID Arbitration Rules

5. Claimant

6. Defendant

حقوقی کامن‌لا^۱ بیشتر پذیرای دلایل شفاهی هستند و در مقابل در کشورهای دارای نظام‌های رومی-ژرمنی^۲ دلایل مکتوب شامل طیف گسترده‌ای از اسناد نظیر قراردادها، گواهی‌ها، فاکتورها، پیامک‌ها و نامه‌ها قابل استناد است.^۳ تبعاً در مواردی نظیر اینکه محل انجام داوری در کشوری با نظام حقوقی کامن‌لا و محل شناسایی و اجرای رأی داوری کشوری با نظام حقوقی رومی-ژرمنی باشد، می‌تواند در بار اثبات قانون خارجی نیز تأثیرگذار بوده، دادگاه محل شناسایی و اجرا یکی از طرفین و یا طرفین اختلاف را ملزم به پرداخت هزینه کارشناسی به عنوان رایج‌ترین شیوه اثبات قانون خارجی نماید.^۴ بنابراین ماهیت قانون حاکم بر قرارداد و موافقت‌نامه داوری تأثیر زیادی در نوع اسناد و مدارک قابل ارائه و بار اثبات قانون خارجی خواهد داشت.

در این خصوص پرونده متال‌تک^۵ علیه جمهوری ازبکستان قابل تأمل است. در سال ۱۹۹۸ میلادی، شرکت اسرائیلی با مسئولیت محدود متال‌تک مباردت به انعقاد یک قرارداد سرمایه‌گذاری در حوزه استخراج از معادن و تأسیس یک کارخانه برای تولید مشتقات مولیبدن^۶ با جمهوری ازبکستان نمود و در قرارداد مذکور توافق شد که حل‌وفصل اختلافات از طریق دیوان داوری بین‌المللی متشکل از سه داور انجام شود. در سال ۲۰۱۰ میلادی، شرکت متال‌تک با طرح این ادعا که دولت ازبکستان با افزایش ناگهانی مالیات‌ها و وضع محدودیت‌هایی موجبات ورود ضرر به این شرکت را حادث گردانیده است، مباردت به طرح یک دعوا در نزد مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری با عنوان «مطالبه خسارات به میزان ۱۷۴ میلیون دلار» علیه دولت ازبکستان نمود. در مرحله بدوی رأی دیوان به نفع شرکت متال‌تک صادر شد، اما متعاقباً نماینده دولت ازبکستان با ارائه اسناد و مدارکی مدعی شد که مدیران شرکت متال‌تک با پرداخت رشوه به مقامات دولتی وقت ازبکستان موفق به کنار زدن رقبا و انعقاد قرارداد اصلی شده‌اند. نهاد داوری با بررسی اسناد و مدارک مذکور متوجه شد که برخی از مجوزها به صورت زود هنگام

1. Common Law

2. Roman-Germanic (Civil Law)

۳. دادرس، پیمان و سید امیرحامد طالبیان، «تحلیلی نظری و کاربردی بر چالش‌های نوین تحصیل ادله در داوری‌های بین‌المللی با رویکردی تطبیقی و انتقادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د ۱۹، ش ۷۶، ۱۳۹۵، ص. ۲۴۰.

۴. سی. هارتلی، ترهور و محمدجعفر قنبری جهرمی، «استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی»، مجله حقوقی بین‌المللی، د ۱۶، ش ۲۳، ۱۳۷۷، صص. ۱۴۷-۱۴۶.

5. Metal-Tech Ltd

6. Molybdenum

صادر شده است و در نتیجه مشکوک شدن به مسئله نفوذ فساد اقتصادی در قرارداد، از شرکت متال‌تک خواست که اسناد و مدارکی خلاف ادعای نماینده دولت ازبکستان ارائه دهد، اما شرکت متال‌تک با ارائه اسناد موثق صرفاً اثبات کرد که رشوه نقش مؤثری در انعقاد قرارداد و اجرای آن نداشته است.^۱ نهاد داوری در مرحله تجدیدنظر استدلال کرد که فساد به اندازه‌ای نبوده که موجب ابطال کامل قرارداد شود؛ اما به دلیل نفوذ آن، بخشی از مبلغ محکومیت در رأی بدوی را نیز غیرقابل مطالبه دانست.^۲ پرونده اخیر از دو جنبه حائز اهمیت است: اول آنکه نهاد داوری حق خود را در خصوص مطالبه اسناد و مدارک طرفین اختلاف برای مقابله با فساد اقتصادی مورد شناسایی و در زمره بدیهیات دانست؛ دوم آنکه چنانچه نهاد داوری احراز می‌کرد که قرارداد در مقیاس قابل توجهی در بستر فساد اقتصادی منعقد شده است، تبعاً رأی به ابطال قرارداد صادر می‌نمود. هرچند که قرارداد فوق نوعاً یک قرارداد مشمول معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود، نهاد داوری می‌تواند از رویه اخیر برای مقابله با فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی الگوبرداری کند.

۳.۳. بررسی داوری‌پذیر بودن موضوع اختلاف

در قوانین داخلی اکثر کشورها، ارجاع کلی یا جزئی موضوعات مربوط به تأمین مایحتاج و تدارکات عمومی دولت به داوری ممنوع انگاشته می‌شود. در همین قوانین برای کاهش احتمال ورود مصادیق فساد اقتصادی و جلوگیری کردن از افزایش هزینه کالاها و خدمات مدنظر دولت به مسئله ممنوعیت هرگونه کمیسیون، دلالی و حق‌العمل‌کاری نیز اشاره می‌شود. برای تأمین مایحتاج و تدارکات عمومی دولت نهادهای خاصی وجود دارند که وفق آیین‌نامه‌های خاص و تحت نظارت دولت اقدام نموده، اختلافات احتمالی در این حوزه ذیل فرایندهای خاص حل‌وفصل خواهد شد. بنابراین بسیاری از مسائل اساساً داوری‌پذیر نیست، اما ممکن است طرفین از نهاد داوری بخواهند که نسبت به چنین موضوعی رسیدگی کند.^۳

معمولاً چنانچه موضوعی اساساً قابل ارجاع به داوری و یا اصطلاحاً داوری‌پذیر نباشد، ذی‌نفع در مرحله ارجاع اختلاف به نهاد داوری یا در مرحله شناسایی و اجرای رأی بدین موضوع اشاره

1. Losco, Michael A, "Charting a new course: Metal-Tech v. Uzbekistan and the treatment of corruption in investment arbitration", *Duke LJ Online* Vol. 64, No 37, 2024, PP. 38-40.

2. ICSID. 10/3: 2013.

3. Bermann, George A, "Arbitrability trouble", *Am. Rev. Int'l Arb.* Vol 23, 2012, P. 369.

می‌کند؛^۱ اما احراز داوری‌پذیر بودن یا نبودن گاه با چالش‌هایی مواجه می‌شود. به‌عنوان مثال طرفین وفق یک قرارداد تجاری بین‌المللی توافق می‌کنند موضوعی را که اساساً داوری‌پذیر نیست، از طریق نهاد داوری حل‌وفصل کنند. پس از بروز اختلاف و ارجاع آن به نهاد داوری از جانب خواهان داوری، خوانده داوری با استناد بر قانون دولت متبوع خویش به مسئله داوری‌پذیر بودن موضوع اختلاف استناد می‌کند؛ اما خواهان داوری با این ادعا که خوانده داوری در زمان امضا و انعقاد قرارداد، شرط داوری مندرج در آن را مشاهده می‌کند و عادتاً از آن مطلع است و تاکنون نیز نسبت به آن اعتراضی وارد نکرده، تلاش می‌کند که نهاد داوری را مجاب کند تا به اختلاف رسیدگی کند. این چالش زمانی بیشتر می‌شود که اتفاقاً خوانده داوری به مسئله داوری‌پذیر بودن موضوع استناد نکند و حتی خود نیز از نهاد داوری تقاضای رسیدگی کند. در فرض‌های اخیر وظیفه نهاد داوری چیست؟ برخی معتقدند که مستفاد از شق «ت» بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، طرفین با خواست و اراده خویش قانون حاکم بر تشریفات انتخاب داوران، تعداد داوران، نحوه ارجاع اختلافات به داوری و دیگر موارد مرتبط با داوری را مشخص کرده‌اند و نهاد داوری باید با اتکا بر خواست و اراده طرفین اختلاف، صلاحیت خود را مفروض بداند و به این اختلاف رسیدگی کند. اما دیدگاه مخالف این رویه که اتفاقاً سخت‌گیرانه و حائز جنبه‌های پیشگیرانه است، بدین شرح است که نهاد داوری وظیفه دارد شخصاً و بدو با رجوع به قانون دولت متبوع طرفین، داوری‌پذیر بودن یا نبودن موضوع را احراز کند و چنانچه موضوع داوری‌پذیر نبود، در رأی خویش صرفاً به این مسئله اشاره و از ورود ماهوی به اختلاف اجتناب کند؛ زیرا در فرض‌های اخیرالذکر این امکان وجود دارد که خوانده داوری به نفع خواهان داوری از نفوذ خود در نزد محاکم و تسلط بر ضعف قوانین دولت متبوع خویش استفاده کند تا خواهان داوری رأی صادره علیه او را مورد شناسایی و اجرا قرار داده و پس از پرداخت محکوم‌به به نفع خواهان داوری، بخشی از محکوم‌به را طبق توافق مخفیانه با نام‌برده که اساساً خیلی قبل‌تر از ارجاع اختلاف به نهاد داوری منعقد کرده است، به نفع خود مسترد نماید که این امر خود مصداقی از مصادیق فساد اقتصادی یعنی تحصیل مال بلاجهت است.

1. Park, William W, "Arbitral Jurisdiction in the United States: Who Decides What?", *International arbitration law review*, Vol. 11, No 1, 2008, P. 35.

در این خصوص، بررسی پرونده هاپکو^۱ علیه وپدا^۲ قابل تأمل است. در سال ۱۹۹۴ میلادی، شرکت هاپکو که در پاکستان به ثبت رسیده و یک شرکت مستقل در حوزه تولید برق است مبادرت به انعقاد یک فقره قرارداد با شرکت وپدا جهت فروش برق تولیدی یک نیروگاه برق نمود. چند ماه پس از انعقاد قرارداد، قیمت برق به موجب یک متمم افزایش یافت. به موجب متمم بعدی و متعاقب افزایش بی‌رویه قیمت برق، یکی از اهالی ایالت بلوچستان دعوی علیه شرکت وپدا در نزد سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان مطرح کرد. سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان در هنگام بررسی موضوع متوجه شد که مدیران شرکت هاپکو با پرداخت رشوه به کارمندان شرکت وپدا موفق به جلب اراده این شرکت در امضا و انعقاد متمم‌ها شده‌اند. متعاقباً مدیران عالی شرکت وپدا با معتبر دانستن قیمت‌های مندرج در قرارداد اصلی، متمم‌ها را کان‌لم‌یکن اعلام کردند. شرکت هاپکو نیز برای ورود نکردن مقامات دولتی به موضوع، فوراً قضیه را به مرکز داوری بین‌المللی لندن^۳ به‌عنوان نهاد حل‌وفصل اختلافات مندرج در قرارداد ارجاع داد، اما پس از ارجاع پرونده از طرف سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان به مراجع قضایی پاکستان، دادستانی این کشور یک دستور موقت مبنی بر پیگیری نکردن موضوع توسط داوری را صادر نمود. در سال ۱۹۹۹ میلادی، پنج قاضی برای بررسی موضوع در دیوان عالی پاکستان انتخاب شدند. نظر دو قاضی از این قرار بود که از طرفی هر دو شرکت بر معتبر بودن قرارداد اتفاق نظر دارند؛ زیرا شرکت هاپکو بر مبنای شرط داوری مندرج در قرارداد موضوع را به داوری ارجاع کرده و شرکت وپدا نیز نرخ فروش برق مندرج در قرارداد را معتبر دانسته است. از طرفی دیگر رشوه به‌عنوان مصادیق فساد اقتصادی در متمم‌ها نفوذ کرده است و ارتباطی با قرارداد ندارد. بنابراین طرفین باید با پیگیری اختلاف در نزد نهاد داوری اقدامات لازم برای ابطال متمم‌ها را انجام دهند. نظر سه قاضی دیگر بدین شرح بود که شرکت وپدا یک شرکت وابسته به دولت بوده که در این قرارداد نیز با بودجه دولت بخشی از برق مورد نیاز پاکستان را تأمین می‌کرده است که این موضوع به دلیل ارتباط آن با تأمین مایحتاج و تدارکات عمومی دولت اساساً قابل ارجاع به داوری نبوده و با توجه به اسناد و مدارک موثق موجود مبنی بر اینکه بعضی از کارمندان شرکت وپدا

1. Hub Power Company (HUPCO)
2. Water and Power Development Authority (WAPDA)
3. London Court of International Arbitration (LCIA)

برای انعقاد قرارداد دارای شرط داوری به بعضی از کارمندان وزارت نیرو رشوه پرداخت کردند، استدلال شد که رسیدگی به موضوع تماماً در صلاحیت محاکم داخلی پاکستان قرار دارد.^۱ پرونده اخیر از دو جنبه حائز اهمیت است: اول آنکه چنانچه محاکم پاکستان به این مسئله ورود نمی‌کردند، پرداخت وجوه بدون مبنا به شرکت وپدا برای خرید برق از شرکت هاپکو استمرار داشت؛ دوم آنکه بر فرض پیگیری اختلاف توسط نهاد داوری و عدم توجه نهاد داوری به داوری‌پذیر نبودن موضوع و صدور رأی، بدیهی است که محاکم داخلی پاکستان از شناسایی و اجرای رأی مذکور خودداری می‌کردند.

نتیجه‌گیری

در این تحقیق تلاش شد که پس از تبیین تفاوت‌های مهم میان قراردادهای تجاری بین‌المللی با معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و قراردادهای مشمول آن و اشاره به تعریف فساد اقتصادی و مصادیقش، این موضوع مطرح شود که مصادیق فساد اقتصادی با اصول اساسی حقوق تجارت بین‌الملل، مانند اصل حسن‌نیت و شفافیت، و همچنین مؤلفاتی نظیر عدالت و نظم عمومی در تعارض است و از طرفی ممکن است سیاست‌های ضدفساد نیز در تعارض با موارد مذکور قرار گیرند. براساس مطالب طرح‌شده در تحقیق، می‌توان گفت که نهاد داوری برای مقابله با فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی باید بدواً طبق اصل Competence-Competence اعتبار موافقت‌نامه داوری را احراز کند. براساس شیق «الف» بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک و نیز شیق «الف» بند ۱ ماده ۳۳ قانون تجاری بین‌المللی ایران، موافقت‌نامه داوری مرجع سنجش اعتبار نهاد داوری محسوب شده و چنانچه موافقت‌نامه مذکور وجود نداشته باشد، امضا نشده باشد، باطل شده باشد یا خود متأثر از فساد باشد، فاقد اعتبار است و ورود نهاد داوری به موضوع اختلاف اساساً محلی از اعراب نخواهد داشت. پس از احراز اعتبار موافقت‌نامه داوری لازم است که نهاد مذکور رویکرد ذیل را اتخاذ کند:

1. Khan, Muhammad Mumtaz Ali, Ikram Ullah and Aisha Tariq, "Assumption of Jurisdiction by Pakistani Supreme Court in Reko Diq Case: Another Violation of International Investment Law", *Journal of Business and Social Review in Emerging Economies*, Vol 7, No. 3, 2021, P. 665.

اول آنکه نهاد داوری باید خواه رأساً و با استناد به مواردی نظیر نظم عمومی داخلی و بین‌المللی و خواه حسب خواست و اراده طرفین یا یکی از ایشان تحقیقات و بررسی‌های لازم را از بابت سنجش اعتبار قرارداد اصلی انجام دهد و چنانچه قرارداد مذکور در بستر گونه‌ای از فساد اقتصادی، متأثر از فساد اقتصادی و یا برای تحقق آن منعقد شده بود؛ نسبت به بطلان آن اقدام کند؛ زیرا عطف به آثار سوء چنین قراردادی بر اصول حاکم بر حقوق تجارت بین‌الملل، عدالت و نظم عمومی داخلی و بین‌المللی اساساً نباید منشأ ترتیب اثر قرار بگیرد. دوم آنکه در راستای احراز مصادیق فساد اقتصادی حق مطالبه اسناد و مدارک طرفین را حسب ماهیت قانون حاکم برای خود به رسمیت بشناسد. سوم آنکه پس از ورود به ماهیت اختلاف تحقیقات لازم را از بابت احراز داوری‌پذیر بودن یا نبودن موضوع طبق قانون حاکم به عمل آورد؛ زیرا موضوعاتی نظیر امور کیفری، ارث، خانواده، تأمین مایحتاج و تدارکات عمومی دولت‌ها معمولاً قابل ارجاع به داوری نیست. همچنین بهتر است در مواردی که شناسایی و مقابله با فساد اقتصادی رأساً توسط نهاد داوری یا صرفاً بنا به درخواست یکی از طرفین انجام شده است، نهاد داوری در رأی خویش با خطاب قرار دادن محاکم محل شناسایی و اجرا، آن محکمه را توجیه کند که در عصر حاضر چگونه رویکرد مأخوذه با توافقی بودن داوری در تعارض نیست. اگرچه ذیل اصل داوری توافقی داور باید به صورت مستقل و بی‌طرف و صرفاً در چارچوب صلاحیت‌ها و اختیارات خویش اقدامات لازم را انجام دهد، نباید تکلیف نهاد داوری را درخصوص صدور آرای که قابلیت شناسایی و اجرا داشته باشند، نیز نادیده گرفت. صدور رأی ماهوی درخصوص اختلافات ناشی از قراردادهای منعقدشده در بستر فساد اقتصادی، متأثر از فساد اقتصادی و یا منعقدشده جهت تحقق فساد اقتصادی تأثیری معادل با نقض نظم عمومی داخلی کشور محل شناسایی و اجرای رأی را در پی خواهند داشت و همان‌طور که گفته شد، چنین آرای اساساً فاقد قابلیت شناسایی و اجراء است. در پایان، نویسندگان برای مقابله مؤثر با نفوذ مصادیق فساد اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی یک پیشنهاد مشتمل بر چهار مرحله را ارائه می‌کنند:

در مرحله اول لازم است که چارچوب‌هایی برای حمایت از گزارش‌دهندگان فساد اقتصادی ایجاد شود. تضمین امنیت شغلی، جانی و مالی گزارش‌دهندگان فساد اقتصادی نقش مهمی در تشویق این افراد به ارائه اطلاعات دقیق و قابل اتکا بر جای خواهد گذاشت. دولت‌ها باید قوانین

خاصی تصویب کنند که به موجب آن علاوه بر تضمین حمایت از گزارش‌دهندگان، امتیازات مالی یا حقوقی مناسبی نیز به ایشان تخصیص داده شود. به‌عنوان مثال دولت‌ها می‌توانند با طراحی فرایندهای گزارش‌دهی محرمانه، مشخصات هویتی گزارش‌دهندگان را در برابر تهدیدات احتمالی حفظ کنند و گزارش‌مذکور را به سمع و اطلاع نهاد داوری برسانند. همچنین نهادهای داوری و مراجع بین‌المللی می‌توانند مشوق‌هایی مانند پاداش‌های مالی برای گزارش‌دهندگان در نظر بگیرند تا بدین ترتیب شاهد مشارکت فعالانه‌تری در افشای مصادیق فساد اقتصادی باشیم. در مرحله دوم لازم است که داوران آموزش‌های لازم و روزآمد را درخصوص نحوه به‌کارگیری فساد در قراردادهای فرابگیرند. این آموزش‌ها شامل مباحثی از جمله تشخیص مصادیق فساد اقتصادی و چگونگی تحلیل هوشمندانه دفاعیات کتبی یا شفاهی طرفین و نیز متن قراردادهای می‌شوند. مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری یا اتاق بازرگانی بین‌المللی می‌توانند کارگاه‌های آموزشی مفیدی را با محوریت مرور بهترین پرونده‌های مرتبط برگزار کنند. در مرحله سوم لازم است که رویه‌های رسیدگی نهاد داوری از استانداردهای حداقلی و یکسانی برخوردار شوند. این استانداردها باید شامل تعریف دقیق فساد اقتصادی و پوشش کلیه مصادیق آن، روش‌های تحقیق و بررسی بی‌طرفانه، نحوه اعتبارسنجی قراردادهای و الزامات لازم برای صدور رأی عادلانه باشد تا بدین شکل از بروز اختلاف نظر بین طرفین با نهاد داوری و صدور آرای متناقض جلوگیری به عمل آید. به‌عنوان مثال، در حال حاضر می‌توان کنوانسیون مریدا و قانون نمونه داوری آنسیترال را مبنای توسعه چنین استانداردهایی قرار داد. در مرحله چهارم نیز لازم است که یک نظام نظارتی یا تجدیدنظرخواهی برای بررسی اقدامات انجام‌شده توسط نهاد داوری ایجاد شود. پیش‌بینی این نظام نظارتی یا تجدیدنظرخواهی در سطح داخلی و بین‌المللی به‌عنوان مکمل کنوانسیون نیویورک خصوصاً در مواردی که نهاد داوری از نوع غیرسازمانی بوده و طرفین با توافق یکدیگر داوران را انتخاب می‌کنند، ضروری‌تر از زمانی است که نهادهایی نظیر مرکز داوری بین‌المللی هنگ‌کنگ، مرکز داوری بین‌المللی دبی، مرکز داوری بین‌المللی سنگاپور یا اتاق بازرگانی بین‌المللی به‌عنوان نهاد داوری انتخاب می‌شوند؛ زیرا نهادهای مذکور تجربه کافی از بابت نحوه مقابله با فساد اقتصادی را در اختیار دارند.

طبیعتاً نباید انتظار داشت که وقتی نهاد داوری خود متأثر از فساد شده باشد، تمایلی مبنی بر احراز مصادیق فساد اقتصادی در قراردادها نشان دهد. تأثیر این مهم در نسخه اصلاحی ماده ۵۲ کنوانسیون ایکساید، که به موجب شق «ج» از بند ۱ آن نفوذ فساد در یکی از اعضای دیوان از موجبات ابطال رأی داوری در نظر گرفته شده است، مشهود می‌شود. برخلاف داوری‌های تحت صلاحیت ایکساید که ابطال رأی داور تابع فرایند درون سازمانی کمیته بازنگری و ابطال رأی داور است، مطابق با قوانین داخلی اکثر کشورها، از جمله ایران، امکان مراجعه به دادگاه برای درخواست ابطال رأی نهاد داوری در خصوص قرارداد تجاری بین‌المللی وجود دارد؛ اما ممکن است دادگاه‌های داخلی بنا بر دلایل مختلف تمایل چندانی از بابت ورود ماهوی به مسئله و بررسی همه‌جانبه آن برای کشف مصادیق فساد اقتصادی از خود نشان ندهند. نهاد نظارتی یا تجدیدنظرخواهی محل بحث باید مواردی از جمله بررسی اعتبار موافقت‌نامه داوری، سنجش اعتبار قرارداد اصلی، مبنای بروز اختلاف و چگونگی رویکرد طرفین و نهاد داوری و انطباق رویکرد اخیر با اصول اساسی حاکم بر تجارت بین‌الملل را بررسی و در صورت تأیید به دادگاه مربوطه ارجاع کند تا رأی داوری مورد شناسایی و اجرا قرار بگیرد.

منابع

مقاله

۱. اسدی، محمد مهدی، «بررسی ضرورت افشاء وجود قرارداد تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط شخص ثالث و لزوم صیانت از افشاء سایر اطلاعات»، فصلنامه تمدن حقوقی، د ۶، ش ۱۷، ۱۴۰۲، صص. ۲۶-۵، doi: 10.22034/lc.2023.413350.1387.
۲. ایرانشاهی، علیرضا، «بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، د ۲۸، ش ۴۴، ۱۳۸۹، صص. ۱۱۴-۷۳، doi: 10.22066/cilamag.2011.17164.
۳. بابایی، طیب، «ارزش اثباتی ادله دعوا در قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، د ۹، ش ۳، ۱۳۹۵، صص. ۳۴-۱۱.

۴. باقری کمارعلیا، محمد، ایرج گلدوزیان، ایرج و حمیدرضا ملک محمدی، «تحلیلی بر مدیریت منابع مالی و سیاست‌های دستگاه‌های فرهنگی در انطباق با تکالیف مقرر در کنوانسیون مریدا»، *فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی*، د ۲، ش ۴، ۱۳۹۵، صص. ۱۲۵-۱۰۹. doi: 10.22059/ppolicy.2017.60837
۵. تقی‌پور، بهرام، مهدی عباسی سرمدی، اعظم مهدی، مهدی‌پور، اعظم و محمدتقی ابراهیمی، «راهکارهای حقوقی - اخلاقی مقابله با فساد در انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی*، د ۱۰، ش ۳۷، ۱۳۹۸، صص. ۸۷-۱۱۰.
۶. حسینی آزاد، سید علی و پوریا عسکری، «شفافیت سرمایه‌گذاری خارجی: بازتعریف اصل شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، د ۲۸، ش ۱۹، ۱۴۰۰، صص. ۳۷-۶۱. doi: 10.22067/lowecon.2022.41769
۷. دادرس، پیمان و سید امیرحامد طالبیان، «تحلیلی نظری و کاربردی بر چالش‌های نوین تحصیل ادله در داوری‌های بین‌المللی با رویکردی تطبیقی و انتقادی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، د ۱۹، ش ۷۶، ۱۳۹۵، صص. ۲۳۴-۲۵۹.
۸. رستمی، امین، مسعود زمانی، مسعود و منوچهر نائینی، «تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، د ۱۱، ش ۴۰، ۱۳۹۷، صص. ۱۷۰-۱۳۳.
۹. زمانی، سید قاسم، ایمان میرزازاده، ایمان و عرفان میرزازاده، «مواجهه با فساد در داوری‌های بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، انتشار الکترونیکی، ۱۴۰۳، صص. ۱-۲۰. doi: 10.22059/jplsq.2021.303277.2445
۱۰. سی. هارتلی، تره‌ور و محمدجعفر قنبری جهرمی، «استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د ۱۶، ش ۲۳، ۱۳۷۷، صص. ۱۷۸-۱۳۵. doi: 10.22066/cilamag.1998.18162

۱۱. شاهینی، محمدرضا و علیرضا مظفری، «مطالعه تطبیقی داوری سرمایه‌گذاری خارجی و داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه حقوق ملل*، د ۱۹، ش ۵، ۱۳۹۴، صص. ۴۱-۷۲.
۱۲. مافی، همایون و مهشید اسحق، «موانع شناسایی و اجرای رأی داوری در کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (۱۹۵۸) و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶)»، *پژوهشنامه حقوق تطبیقی*، د ۷، ش ۱، ۱۴۰۳، صص. ۱۶۸-۱۵۱، doi: 10.22080/lps.2022.24482.1418.
۱۳. مرجانی، مهدی و سید باقر میرعباسی، «پیشگیری غیرکیفری از جرایم اقتصادی در کنوانسیون مریدا»، *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، د ۱۶، ش ۴۴، ۱۳۹۹، صص. ۳۷-۶۰.
۱۴. میروسی، علیرضا، مهدی ذاکریان امیری، مهدی و مهدی عبدالله زاده، «موافقان و مخالفان تأمین مالی ثالث در رژیم داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، د ۲۴، ش ۷۷، صص. ۷۹-۴۷.
doi: 10.22054/qjpl.2022.58548.2563

References

Articles

1. Asadi, Mohammad Mahdi, "An Investigation of the Necessity to Disclose the Existence of Contract in Third Party Funding in International Arbitration and Privilege", *Legal Civilization*, Vol. 6, No. 17, 2024. PP. 5-26, doi: 10.22034/lc.2023.413350.1387, (In Persian)
2. Babaei, Tayebe, "Evidentiary Value of the Means of Proof under the Law Governing International Commercial Arbitration", *Islamic Jurisprudence and Law Quarterly*, Vol. 9, No. 3, 2016. PP. 11-34. (In Persian)
3. Bagheri Komarolia, Mohammad., Golduziyan, Iraj., Malekmohammadi, Hamidreza and Sheshgol, Hamid, "Analysis of the Conformity of the Financial Resource Management in the IR Iran's Cultural Sector with the Obligations Imposed by the ICAC", *Iranian Journal of Public Policy*, Vol. 2, No. 4, 2017. PP. 109-125, doi: 10.22059/ppolicy.2017.60837, (In Persian)
4. Bermann, George A, "Arbitrability Trouble", *Am. Rev. Int'l Arb.* Vol. 23, 2012. PP. 367-378.
5. Brody, Richard G., Gaurav Gupta, Angela N. Ekofu and Kehinde Mayokun, Ogunade, "The Need for Anti-Corruption Policies in Developing Countries", *Journal of Financial Crime*, Vol. 28, No. 1, 2020. PP. 131-141, doi: 10.1108/JFC-06-2020-0099.
6. Dadras, Payman and Talebian, Sayed Amirhamed, "A Theoretical and Practical Analysis on the Modern Challenges Towards the Production of Evidence in International Arbitrations; Comparative and Critical Approach", *Legal Research Quarterly*, Vol. 19, No. 76, 2017. PP. 234-259. (In Persian)
7. Eroglu, Erman, "Illicit Financial Gains in International Commercial Arbitration: The Arbitral Tribunal's Duty", *Law and Justice Review*, Vol. 29, 2025. PP. 121-140.
8. Feebily, Ronan, "Neutrality, Independence and Impartiality in International Commercial Arbitration, A Fine Balance in the Quest for Arbitral Justice", *Penn St. JL & Int'l Aff.*, Vol. 7, No. 1, 2019. PP. 88-114.
9. Fortier, L. Yves, "Arbitrating in the Age of Investment Treaty Disputes", *UNSWLJ*, Vol. 31, No. 1, 2008. PP. 282-291.
10. Hartley, Trevor C., Ghanbari Jahromi, Mohammad Jafar, "Citation and Proof of Foreign Law: A Comparison of Major European Systems", *International Law Review*, Vol. 16, No. 23, 1998. PP. 135-178. (In Persian)

11. Hosseiniyazad, Sayed Ali and Askari, Pouria, "Transparency of Foreign Investment; Redefining the Meaning of the Principle of Transparency in International Investment Law", *Encyclopedia of Economic Law Journal*, Vol. 28, No. 19, 2021. PP. 37-61, doi: 10.22067/lowecon.2022.41769, (In Persian)
12. Iranshahi, Alireza, "Study of Public Policy Standard in Supervision on International Commercial Arbitration Award", *International Law Review*, Vol. 28, No. 27, 2011. PP. 73-114, doi: 10.22066/cilamag.2011.17164, (In Persian)
13. Khan, Muhammad Mumtaz Ali., Ikram Ullah and Aisha Tariq, "Assumption of Jurisdiction by Pakistani Supreme Court in Reko Diq Case: Another Violation of International Investment Law", *Journal of Business and Social Review in Emerging Economies*, Vol. 7, No. 3, 2021. PP. 649-657, doi: 10.26710/jbsee.v7i3.1862.
14. Losco, Michael A, "Charting A New Course: Metal-Tech v. Uzbekistan and the Treatment of Corruption in Investment Arbitration", *Duke LJ Online*, Vol. 64, No. 37, 2014. PP. 37-52.
15. Mafi, Homayoun and Eshaghi, Mahshid, "Obstacles to Recognition and Enforcement of New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) and International Commercial Arbitration Act of Iran (1995)", *Journal of Comparative Law*, Vol. 7, No. 1, 2023, PP. 151-168. (In Persian)
16. Marjani, Mehdi and Mir Abbasi, Sayed Bagher, "Non-Criminal Prevention of Economic Crimes Under the Merida Convention", *Journal of Private and Criminal Law*, Vol. 16, No. 44, 2020. PP. 37-60. (In Persian)
17. Mirveisi, Alireza., Zakerian Amiri, Mehdi and Abdollah Zadeh, Mohammad Ali, "The Pros and Cons of Third Party Funding in the International Investment Arbitration Regime", *Public Law Research*, Vol. 24, No. 77, 2023. PP. 47-79, doi: 10.22054/qjpl.2022.58548.2563 , (In Persian)
18. Morshedi, Farzaneh and Gholami, Hossein, "Review the Legal Challenges of Supporting Economic Crimes Victims", *Religación: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Vol. 4, No. 18, 2019. PP. 278-285.
19. Park, William W, "Arbitral Jurisdiction in the United States: Who Decides What?", *International Arbitration Law Review*, Vol. 11, No. 1, 2008. PP. 33-49.

20. Rostami, Amin., Zamani, Masoud and Tavasoli Naieni, Manochehr, "Appointment of Arbitrators and the Scope of Their Powers in International Commercial Arbitration", *International Legal Research*, Vol. 11, No. 40, 2018. PP. 133-170. (In Persian)
21. Shahini, Mohammadreza and Mozafari, Alireza, "A Comparative Study of Foreign Investment Arbitration and International Commercial Arbitration", *Nations Law Quarterly*, Vol. 19, No. 5, 2021. PP. 41-72. (In Persian)
22. Taghipour, Bahram., Abbasi Sarmadi, Mehdi., Mahdavi Pur, Azam and Ebrahimi, Mohammad Taghi, "Legal and Ethical Solutions to Deal with Corruption in Concluding International Trade Agreements", *Ethical Research Quarterly*, Vol. 10, No. 37, 2019. PP. 87-110. (In Persian)
23. Teichmann, Fabian., Sonia Boticiu and Bruno S. Sergi, "The Risk of Abuse of Arbitration Proceedings in Jurisdictions Where Corruption Is Pervasive", *Journal of Economic Criminology*, Vol. 2, 2023. PP. 1-5, doi: 10.1016/j.jeconc.2023.100032.
24. Wynne, Brian, "Anti-Corruption Measures in International Trade: Legal Mechanisms to Combat Economic Crime", *Mayo RC Journal of Communication for Sustainable World*, Vol. 1, No. 2, 2024. PP. 54-64.
25. Yackee, Jason Webb, "Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States", *Va. J. Int'l L.*, Vol. 52, 2011. PP. 1-20.
26. Zamani, Ghasem., Mirzazadeh, Iman and Mirzazadeh, Erfan, "Dealing with Corruption in International Arbitrations", *Public Law Studies Quarterly*, Publish online, 2024. PP. 1-20, doi: 10.22059/jplsq.2021.303277.2445, (In Persian).

Online Sources

27. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/98/iran-islamic-republic-of>.
28. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3. 2013.
29. International Chamber of Commerce (ICC), ICC Arbitration Case No. 1110. Presiding arbitrator: Gunnar Lagergren. 1963.

The Arbitral Panel's Approach to Countering Instances of Economic Corruption in International Commercial Contracts

Mohamadjafar Ghanbari Jahromi*
Pouria Ebrahimzadeh**

Received: 2025.02.15

Accepted: 2025.08.20

Abstract

Economic corruption has many diverse examples, each leading to the violation of the fundamental principles governing international trade. To effectively combat the influence of financial corruption in international commercial contracts, it is necessary to instill a responsible attitude in society and provide it with required training. Given that in many cases, the parties to the above contracts agree to resolve potential future disputes through arbitration, it is appropriate to specifically examine the arbitration institution's role in combating the influence of economic corruption. The main question of the present study is: What approach should the arbitration institution adopt to combat examples of economic corruption in international commercial contract? The authors have used a descriptive-analytical method to find a reasoned and documented answer to arbitration procedures. The overall results of the research, while pointing out that the arbitration institution can effectively play a role in combating instances of economic corruption in international commercial contracts by adopting a three-pronged approach, namely adopting an active and positive approach, demanding documents and evidences from the claimant and the respondent, and examining the arbitrability of the dispute, also emphasize that adopting the aforementioned approach is not necessarily inconsistent with the principle of adversarial arbitration.

Keywords:

Arbitral Panel, Economic Corruption, International Commercial Arbitration, International Commercial Contract, Bilateral Investment Treaties.

* Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

** Ph.D Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: p_ebrahimzadeh@sbu.ac.ir

اهمیت و چالش‌های حقوقی مستعارسازی داده‌ها؛ با نگاهی به اصول پردازش داده‌های شخصی

امیرمحمد قربان‌نیا*
زهرا شاکری**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۰۳

چکیده

در تمام کشورها و در قوانین حمایت از داده‌های شخصی، به دلیل گسترش حجم پردازش داده‌ها توسط شرکت‌های مختلف، اصول خاصی مثل اصل مشروعیت، صحت و امنیت، محدودیت هدف و کمینه‌سازی، پیش‌بینی شده است تا نقض حریم داده‌های شخصی به حداقل برسد. علاوه بر این در اسناد مذکور، به برخی روش‌های فنی نیز برای پردازش امن داده‌های شخصی، از جمله مستعارسازی داده‌ها، اشاره شده است. با وجود این، به دلیل عدم پرداخت کافی به جزئیات این روش‌ها و ابزارها در قوانین کشورهای پیشرو یا سکوت قانون در کشورهایی مثل ایران، در مورد نحوه اجرای صحیح، آثار و کارکردها، ابعاد اقتصادی و نحوه نقش‌آفرینی فرایندهایی مانند مستعارسازی در جهت رعایت اصول پردازش داده‌های شخصی، ابهامات بسیاری وجود دارد. پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی، با استفاده از منابع کتابخانه‌ای مکتوب و دیجیتال، ضمن بررسی روش‌های فنی و الزامات خاص انجام مستعارسازی به‌شکلی کارآمد، در تلاش برای پاسخ‌گویی به این سؤال اصلی خواهد بود که فرایند مذکور، چگونه و تا چه حد، با اجرای دقیق اصول قانونی پردازش داده‌ها مرتبط است؟ یافته‌های این نوشتار نشان‌دهنده این موضوع‌اند که مستعارسازی به‌رغم کاستن از پیوند مستقیم داده‌ها با زندگی شخصی و هویت افراد، به‌تنهایی برای رعایت اصول قانونی پردازش کافی نیست؛ به‌ویژه اگر با عدم رعایت موارد فنی، به‌نحوی قابل‌کدگشایی، انجام پذیرد؛ البته از ترکیب مستعارسازی با روش‌های دیگری مثل رمزگذاری داده‌ها، می‌توان از رعایت اصول پردازش، تا حد زیادی مطمئن شد.

کلید واژگان:

اصول پردازش داده‌ها، حریم خصوصی، داده‌های شخصی، مستعارسازی داده‌ها.

* کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

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

zshakeri@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

داده‌های شخصی امروز به یکی از ارزشمندترین منابع اطلاعاتی بدل شده‌اند که در بسیاری از زمینه‌ها، از جمله صنعت، بازار و امور مالی، آموزش، بهداشت عمومی و حتی تبلیغات، نقش‌های کلیدی ایفا می‌کنند. به دنبال این کارکردهای اکثراً تجاری و با افزایش حجم داده‌های شخصی جمع‌آوری و پردازش شده توسط شرکت‌ها، خطرات و تهدیدات امنیتی و نگرانی‌های مربوط به حریم خصوصی نیز به‌طور چشمگیری افزایش یافته و مسئله حفظ حریم داده‌های شخصی، به یکی از چالش‌های اساسی برای سازمان‌ها، دولت‌ها و کاربران تبدیل شده است.^۱ به‌طور خاص، یکی از ابزارهای مؤثر برای کاهش ریسک‌های ناشی از پردازش داده‌های شخصی، مستعارسازی^۲ داده‌هاست. این روش با کاستن از پیوند میان داده‌ها و هویت افراد موضوع داده، به عنوان یکی از تکنیک‌های حفاظت از اطلاعات، توانسته است توجه زیادی را در فرایندهای تحلیل داده‌ای، به خود جلب کند.^۳

مستعارسازی به‌طور کلی به فرایندی اطلاق می‌شود که طی آن، داده‌های شخصی که از طریق آنها می‌توان به‌طور مستقیم افراد موضوع داده را شناسایی کرد، به‌گونه‌ای تغییر می‌کنند که اطلاعات هویتی از آنها جدا می‌شود و فقط با کمک یک نام مستعار مشخص و به‌شکل غیرمستقیم، به شناسایی اشخاص مرتبط می‌انجامد.^۴ توسعه و اجرای مستعارسازی به‌عنوان یک راهکار امنیتی، به شرکت‌ها و سازمان‌ها این امکان را می‌دهد که بدون افشای هویت افراد، به تحلیل یا انتشار داده‌ها بپردازند و ضمن کسب سود و مزیت تجاری، اصول اساسی پردازش داده‌های شخصی را نیز رعایت کنند. این اصول، از جمله اصل مشروعیت، شفافیت، کمینه‌سازی، امنیت و محدودیت هدف، در بسیاری از قوانین و مقررات بین‌المللی، نظیر قانون حمایت از داده‌های شخصی اتحادیه اروپا و قوانین حمایت از حریم خصوصی اطلاعات شخصی در ایالات

۱. اسماعیلی، محسن و مهدی نریمان‌پور، «هبانی حقوقی تبادل داده‌های شخصی (مطالعه تطبیقی در مقررات عمومی حفاظت از داده اتحادیه اروپا و حقوق ایران)»، *حقوق اسلامی*، د. ۲۱، ش. ۸۲، ۱۴۰۳، ص ۱۲۷.

2. Pseudonymization

3. ISO/IEC, "Privacy Enhancing Data De-Identification Terminology and Classification of Techniques", Available at: (<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:20889:ed-1:v1:en>) Visited 2025/01/25.

4. El Emam, K and Jonker, E and Arbuckle, L and Malin, B. "A systematic review of re-identification attacks on health data", *PLoS One*, Vol. 6, No. 12, 2015, pp 1-2.

متحده به‌طور واضح بیان شده و از مستعارسازی نیز به‌عنوان یکی از ابزارهای کلیدی برای تطابق با این مقررات، نام برده شده است.

اگرچه مستعارسازی راهکاری حیاتی برای حفظ گمنامی افراد و حفظ حریم خصوصی ایشان است، با چالش‌های فنی و حقوقی زیادی در مرحله اجرا همراه است که میزان تأثیرگذاری آن را بر رعایت صحیح و کامل اصول قانونی پردازش داده‌ها، دچار تردید می‌کند. از بزرگ‌ترین این چالش‌ها، رعایت استانداردهای فنی و قانونی در راستای کاهش احتمال بازشناسایی یا رمزگشایی از الگوریتم داده‌های مستعارسازی شده است. در صورتی که داده‌ها به‌درستی مستعارسازی نشوند، ممکن است امکان بازشناسایی افراد با استفاده از تکنیک‌های پیشرفته مانند تحلیل داده‌های مکمل یا الگوریتم‌های هوش مصنوعی وجود داشته باشد.^۱ همچنین، مدیریت صحیح ابزارهای مستعارسازی نیاز به تخصص فنی و استفاده از روش‌های خاص ترکیبی دارد که می‌تواند هزینه‌بر باشد. از سوی دیگر، مستعارسازی نباید بر دقت و قابلیت استفاده از داده‌ها تأثیر منفی بگذارد، به‌ویژه زمانی که داده‌ها برای تحلیل‌های پیچیده یا پژوهش‌های علمی مورد نیازند. بنابراین و باوجود چالش‌های حقوقی و فنی متعدد در اجرای درست مستعارسازی، هدف این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی، بررسی استانداردهای فنی به‌منظور حفاظت از داده‌های شخصی در کنار حفظ کارکرد اقتصادی داده‌ها و همین‌طور ارزیابی نقش و اهمیت مستعارسازی در رعایت اصول قانونی پردازش داده‌های شخصی است. در این راستا، سؤالات اصلی پژوهش شامل این موارد است که چگونه مستعارسازی می‌تواند از اصول پردازش داده‌ها مانند مشروعیت، شفافیت، و کمینه‌سازی حمایت کند و آیا این ابزار به‌تنهایی برای اطمینان از تطابق با الزامات قانونی کافی است؟ آیا استانداردها یا رعایت جزئیات خاصی می‌تواند به افزایش نقش مستعارسازی در رعایت اصول مذکور کمک کند؟ و اینکه چه روش‌های دیگری به‌عنوان طرق مکمل قابل‌طرح‌اند؟ نوشتار حاضر در دو بخش (بخش اول در خصوص مفاهیم اصلی پژوهش، روش‌ها و قوانین مرتبط و بخش دوم در مورد کیفیت و نحوه مستعارسازی و تأثیر آن بر رعایت اصول پردازش داده‌ها) نگارش شده است و به بررسی پرسش‌های مذکور خواهد پرداخت.

1. Sweeney, L, "k-Anonymity: A Model for Protecting Privacy, International Journal on Uncertainty", *Fuzziness and Knowledge-Based Systems*, Vol. 10, No. 5, 2002, p 557.

۱. مستعارسازی و مفاهیم مرتبط

به‌طور معمول پیش‌شرط جمع‌آوری و پردازش داده‌های شخصی، رعایت حریم خصوصی افراد موضوع داده است و لذا برای حفاظت از این داده‌ها، در منابع مختلف علمی و قانونی، روش‌های متفاوتی ذکر شده است.^۱ علاوه بر این موارد، شرکت‌ها نیز برخی رویه‌های فنی و عملی را به‌طور معمول در پردازش داده‌های در اختیار، به‌کار می‌گیرند. حال برای شناخت این روش‌ها و ازجمله مستعارسازی داده‌ها، آشنایی با چند مفهوم پایه‌ای در این خصوص ضروری است.

ابتدا باید به این نکته توجه کرد که روش‌های حفاظتی، اغلب نسبت به داده‌های شخصی صورت پذیرفته‌اند و درمورد این داده‌ها اهمیت خود را نشان می‌دهند. ضمن اینکه این اقدامات برعهده کنترلگر داده‌هاست؛ هرچند بخشی از آنها نیز ضمن فرایند پردازش داده‌ها و از جانب پردازشگر، به خواست و تحت‌نظر کنترلگر صورت می‌پذیرند. بنابراین پیش از بررسی خود روش‌های حفاظتی، با چهار مفهوم داده‌های شخصی، کنترلگر، پردازش و پردازشگر مواجهیم. در تعریف این مفاهیم، قانون حمایت از داده‌های شخصی اتحادیه اروپا،^۲ مصوب سال ۲۰۱۶، در میان سایر اسناد و قوانین بین‌المللی، منطقه‌ای و ملی در سایر کشورها، از جایگاه خاصی برخوردار بوده و به‌نوعی به اصلی‌ترین منبع الهام جهانی در حیطه حمایت از داده‌های شخصی بدل شده است. لذا تعاریف موجود در منابع حقوقی مختلف، تا حد زیادی مشابه تعاریف سند مذکورند^۳ و جز در موارد خاص، اغلب رجوع به این سند برای آشنایی دقیق با مفاهیم حوزه حمایت از داده‌های شخصی، کفایت می‌کند. در ماده (۴) این مقرر، داده‌های شخصی، به‌عنوان داده‌هایی تعریف شده‌اند که به شخص حقیقی شناسایی شده یا قابل‌شناسایی مربوطاند. به شخصی که داده‌ها را در اختیار دارد و اهداف و ابزار پردازش داده‌ها را تعیین می‌کند و مورد خطاب قوانین این حوزه و مسئول حفاظت از داده‌های شخصی است، کنترلگر گفته می‌شود. در مقابل، پردازشگر شخصی است که داده‌ها را برای کنترلگر و طبق دستورالعمل‌های ایشان پردازش می‌کند.^۴ خود عملیات

1. Al-Zubaidie, M. and Zhang, Z. and Zhang, J, "PAX: Using Pseudonymization and Anonymization to Protect Patients' Identities and Data in the Healthcare System", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, Vol. 16, No. 9, 2019, p 1.

2. E.U. General Data Protection Regulation (GDPR) 2016.

۳. لطیف‌زاده، مهدیه، سید محمد مهدی قبولی درافشان، سعید محسنی و محمد عابدی، «تحلیل بستر قانونی حمایت از داده شخصی در اتحادیه اروپا»، *پروژه‌نامه پردازش و مدیریت اطلاعات*، د. ۳۷، ش. ۲، ۱۴۰۰، ص ۴۶۸.

4. Starchon, Peter and Pikulik, Tomas, "GDPR principles in Data Protection Encourage Pseudonymization through Most Popular and Full-Personalized Devices - Mobile Phones", *Procedia Computer Science*, No. 151, 2019, p 304.

پردازش نیز شامل هر عملی است که روی داده‌های شخصی انجام می‌شود؛ مانند جمع‌آوری، ثبت، سازمان‌دهی، ذخیره‌سازی، انطباق یا تغییر، بازیابی، استفاده، افشا از طریق انتقال، انتشار و ترکیب داده‌ها. متأسفانه در ایران مقرر جامعی برای حمایت از داده‌های شخصی وجود ندارد. باین‌حال در تعدادی از طرح‌های ارائه شده در این خصوص، می‌توان تعریف داده‌های شخصی را جست‌وجو کرد (البته قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات سال ۱۳۸۸ نیز مصادیق اطلاعات شخصی را ذکر کرده و قانون تجارت الکترونیکی هم، داده پیام‌های شخصی را تعریف کرده است، ولی طرح‌های آتی‌الذکر، از نظر موضوعی به‌شکل مستقیم‌تری به بحث مدنظر این پژوهش پرداخته‌اند). در طرح حفاظت از داده‌های شخصی سال ۱۴۰۳^۱، هر نوع داده‌ای که به هر نحو باعث شناسایی شخص موضوع داده شود، داده شخصی معرفی شده است. درمورد تعریف کنترلگر، پردازشگر و خودپردازش نیز، در طرح مذکور و همین‌طور طرح حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی^۲، عباراتی مشابه و با الگوبرداری از مقرر اتحادیه اروپا، درج شده است.^۳

پس از آشنایی با این مفاهیم مقدماتی، شناخت خودمستعاری و همین‌طور تفکیک آن از برخی روش‌های حفاظتی مشابه مثل ناشناس‌سازی داده‌ها، برای شناخت ابعاد و آثار آن ضروری است. لذا در بخش اول این پژوهش، به بررسی ماهیت این اصطلاحات و انعکاس آن در قوانین این حوزه پرداخته می‌شود.

۱.۱. تعریف مستعارسازی داده‌ها

در بازارهای دیجیتال امروز و برای پیشبرد فعالیت‌های اقتصادی، هنگامی که داده‌ها جمع‌آوری می‌شوند، اغلب به اشخاص ثالث، برای تجزیه‌وتحلیل، برون‌سپاری می‌شوند.^۴ در چنین حالتی و به‌دنبال دسترسی شخص ثالث به داده‌ها، به‌کارگیری روش‌هایی برای پردازش امن داده‌های شخصی اهمیت پیدا می‌کند. در گذشته روش‌های حفاظت از داده‌ها محدود به

۱. طرح حفاظت از داده‌های شخصی در جلسه علنی مورخ ۱۴۰۳/۰۷/۱۵ مجلس شورای اسلامی اعلام وصول گردید. (قابل مشاهده در: https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/1816729)

۲. طرح حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی در جلسه علنی مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۲۶ مجلس شورای اسلامی اعلام وصول شد. قابل مشاهده در:

<https://media.dotic.ir/uploads/org/2021/10/09/163377045160152200.pdf>

۳. فرحزادی، علی‌اکبر، حسین صادقی، و مهدی ناصر، «وظایف کنترل‌کنندگان و پردازندگان در پیشگیری از نقض امنیت شبکه‌های تبادل اطلاعات»، *قضاوت*، د. ۲۲، ش. ۱۱۲، ۱۴۰۱، ص ۷۳.

4. Lehmann, Anja, "ScrambleDB: Oblivious (Chameleon) Pseudonymization-as-a-Service", *Privacy Enhancing Technologies*, No.3, 2019, p 289.

رمزگذاری، تشخیص نفوذ یا کنترل دسترسی مبتنی بر نقش افراد بودند؛ اما جدا از احتمال دور زدن این موارد توسط مهاجمان یا افشای اطلاعات با انگیزه‌های مختلف توسط کارکنان، به دلیل کنترل کامل مدیران بر این فرایندها و تصمیم‌گیری ایشان در مورد افراد مجاز به دسترسی به داده‌ها، احتمال خطا، سوءاستفاده یا سوءمدیریت نیز همواره وجود داشت. اما امروزه مکانیزم‌های کنترل دسترسی، جای خود را به روش‌های ترکیبی شامل مستعارسازی و رمزگذاری چندلایه داده‌اند. در واقع برای حل مشکلات روش‌های قدیمی، شرکت‌ها به مستعارسازی روی آورده‌اند.^۱ با عنایت به تعریف پردازش، که ذکر شد، مستعارسازی را نیز باید نوعی پردازش دانست؛ با این تفاوت که برخلاف سایر فعالیت‌های پردازشی، نه تنها از نظر قانونی با مانعی مواجه نیست، بلکه جزئی از وظایف کنترل‌کنندگان داده‌ها محسوب می‌شود.^۲

اختصاص دادن نام مستعار روشی خاص از هویت‌زدایی است که بر مبنای حق افراد بر بی‌نامی و محرمانگی اطلاعات و زندگی خصوصی انجام می‌پذیرد.^۳ مستعارسازی تکنیکی است که در آن داده‌های شناسایی با یک نام مستعار جایگزین می‌شود.^۴ در حقیقت اختصاص یک شناسه موقت به هر شخص موضوع داده باعث محرمانه و ناشناس ماندن هویت واقعی ایشان می‌شود.^۵ با مستعارسازی، داده‌ها به سه دسته تقسیم می‌شوند: ۱. داده‌های مستعارسازی شده، ۲. داده‌های شخصی منبع که در دستان کنترل‌گر به شکل محرمانه نگهداری می‌شوند و ۳. کلیدی که نحوه ارتباط بین نام‌های مستعار و اشخاص موضوع داده را توضیح می‌دهد تا شناسایی مجدد آنها ممکن شود.

1. Heurix, Johannes and Karlinger, Michael and Neubauer, Thomas, "Pseudonymization with Metadata Encryption for Privacy-Preserving Searchable Documents", *45th Hawaii International Conference on System Sciences, Maui, HI, USA, 2012*, p 3011.

۲. صادقی، حسین و مهدی ناصر، «جستاری در ماهیت‌شناسی داده‌های خصوصی در سازوکار عملکرد ابزارهای فناوری اینترنت اشیا»، فصلنامه رشد فناوری، د. ۱۹، ش ۲، ۱۴۰۲، ص ۳۹.

3. Gazizov, Andrey and Gazizov, Evgeny and Gazizova, Svetlana, "Theoretical aspects of the protection of Personal Data of Employees of the Enterprise by the Method of Pseudonymization", *E3S Web Conf, 2020*, p 2.

4. Neubauer, Thomas and Heurix, Johannes, "A Methodology for the Pseudonymization of Medical Data", *International Journal of Medical Informatics*, Vol. 80, No. 3, 2011, p 190.

۵. پوریوسف، زهرا، مهری رجایی و نیک‌محمد بلوچ‌زهی، «حفظ حریم خصوصی خودروها در شبکه‌های ارتباطات خودرویی»، همایش ملی پژوهش‌های نوین در علوم و فناوری، ۱۳۹۷، تهران، ایران، ص ۶.

۱.۲. تفاوت مستعارسازی و ناشناس‌سازی داده‌ها

ناشناس‌سازی به معنی جدا کردن و حذف کامل نشانه‌های هویتی از داده‌های شخصی است. برای مثال طبق یک پرونده شخصی، علی با قد ۱۸۲ سانتی‌متر و وزن ۸۰ کیلوگرم و سن ۲۳ سال در یکی از محله‌های غرب تهران ساکن است و از خدمات شرکتی خاص استفاده می‌کند. حال قرار است برای تجزیه و تحلیل‌های آماری (مثلاً برای ارزیابی میانگین قد شهروندان تهران)، این داده‌های شخصی از شرکت کنترلگر به یک شرکت پردازشگر ثالث منتقل شود. یکی از روش‌های حفاظت از هویت کاربر ضمن این نقل و انتقالات و پردازش‌ها، ناشناس‌سازی داده‌هاست؛ به این معنا که با این روش، از پرونده فوق نام و آدرس علی به‌طور کلی حذف می‌شود. در این صورت همچنان می‌توان از داده‌ها برای هدف پردازش (که تشخیص میانگین قد است)، بدون شناختن اشخاص موضوع داده‌ها، استفاده کرد. احتمالاً ناشناس‌سازی نسبت به مستعارسازی، به دلیل کاهش یا به‌ظاهر قطع احتمال بازشناسایی افراد، با مزیت‌های بیشتری برای کاربران همراه است؛ اما با توضیحاتی که ارائه می‌شود، مشخص خواهد شد که چنین نیست و احتمال سوءاستفاده از داده‌ها پس از ناشناس‌سازی به‌کل منتفی نشده و همچنین از نظر اقتصادی نیز چنین روشی به دلیل کاهش کاربردهای تجاری، آماری و علمی داده‌ها، با موانعی همراه است.

به دلیل غیرقابل برگشت بودن ناشناس‌سازی، کاربرد داده‌های ناشناس‌شده، به همین استفاده‌های ثانویه محدود می‌شود (یعنی پس از ناشناس‌سازی، کارکردهایی که داده‌های شخصی به دلیل اشاره به اشخاص داشتند، برای همیشه از دسترس خارج و کارکردهای ثانویه غیرمبتنی بر ویژگی‌های هویتی، جایگزین می‌شوند). اما مستعارسازی در شرایط مشخص و کنترل‌شده قابل برگشت‌اند و همچنان می‌توان از داده‌های منبع نیز استفاده کرد. ضمن اینکه ناشناس‌سازی با حذف نشانه‌های هویتی، باعث کاهش دقت داده‌ها می‌شود؛ لکن مستعارسازی با جایگزینی نشانه‌ها، دقت داده‌ها را دست‌نخورده نگاه می‌دارد.^۱ در واقع قطع ارتباط اشخاص با داده‌هایشان توسط ناشناس‌سازی، فقط تا زمانی مفید است که پتانسیل خروجی از داده‌ها، همچنان مطلوبیت خود را حفظ کند که در فرض ناشناس‌سازی، اغلب در عمل چنین نیست. این امر به دلیل ارزش یا

1. Heurix, Johannes and Karlinger, Michael and Schrefl, Michael & Neubauer, Thomas, "A Hybrid Approach Integrating Encryption and Pseudonymization for Protecting Electronic Health Records", *Proceedings of the 8th IASTED International Conference on Biomedical Engineering, Innsbruck, Austria, 2011*, p 3.

دانشی است که می‌توان از تجزیه و تحلیل مجموعه داده‌ها و با یافتن الگوها که اساساً بخش‌های مختلف داده را به هم پیوند می‌دهند، به دست آورد. ناشناس‌سازی با جدا کردن چنین پیوندهایی، به کاهش کاربرد پردازشی داده‌ها و همچنین حداقل‌سازی نتایج مفید حاصل از تحلیل آنها می‌انجامد.^۱ در حقیقت با جداسازی هویت اشخاص، توانایی تجزیه و تحلیل و آمارسازی‌های دقیق از طریق داده‌ها (برای مثال، در همان پرونده مربوط به علی، با ناشناس‌سازی، دیگر نمی‌توان بین آمارهای مربوط به قد زنان و مردان، تفکیک کرد و لذا دقت پژوهش کاهش می‌یابد) کم می‌شود و اصطلاحاً با اتلاف داده‌ها^۲ مواجهیم که با محدود کردن کارکردهای تجاری داده‌ها، با ابعاد اقتصادی نیز همراه است. بنابراین از نظر ارزشمندی محتوایی، داده‌های شخصی، داده‌های مستعار و داده‌های ناشناس، به ترتیب در رتبه‌های اول تا سوم قرار دارند. لذا از منظر تأمین اهداف پردازش، مستعارسازی داده‌ها به نسبت ناشناس‌سازی آنها در اولویت است؛ درحالی‌که از منظر حمایت از داده‌های شخصی، ناشناس‌سازی به دلیل عدم امکان بازشناسایی اشخاص موضوع داده، روش مطمئن‌تری است. البته در مجموع و با لحاظ نگرانی‌های مربوط به حریم خصوصی و لزوم استفاده تجاری مشروع از داده‌ها به شکل همزمان، به کارگیری ترکیبی از مستعارسازی و روش دیگری به نام رمزگذاری داده‌ها، که در بخش‌های آتی توضیح داده خواهد شد، برای تعادل بخشی به این دو وجه در خصوص داده‌های شخصی، روشی ایده‌آل است.^۳

فارغ از کارکرد اقتصادی داده‌ها و از منظر قانونی، اطلاعات ناشناس خارج از محدوده قوانین حمایت از داده‌های شخصی‌اند؛ چراکه اگر داده‌هایی ناشناس شوند، پس از افشا، دیگر به شناسایی هویت افراد موضوع داده‌ها منجر نخواهند شد و درواقع ارتباط آنها به‌طور کامل با اشخاص حقیقی قطع می‌شود. از آنجایی که موضوع قوانین حمایتی، داده‌های شخصی‌اند، پس از ناشناس‌سازی و به دلیل عدم اطلاق وصف شخصی بر داده‌ها، دیگر حمایت‌های قوانین این حوزه، درمورد چنین داده‌هایی ادامه نخواهد داشت. اما در مستعارسازی، همچنان از طریق کلید مربوطه برای تشخیص نحوه ارتباط نام‌های مستعار با اشخاص حقیقی موضوع داده‌ها یا از طریق

1. Bourdillon, Stalla and Alison, Sophie, "Anonymous Data v. Personal Data, A False Debate: An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data", *Wisconsin International Law Journal*, 2017, p 2.

2. Data loss

3. Shin, Soo Yong and kim, Hun Sung, "Data Pseudonymization in a Range That Does Not Affect Data Quality: Correlation with the Degree of Participation of Clinicians", *Journal of Korean Medical Science*, Vol. 36, No. 44, 2021, p 3.

فرمول‌های حفاظت‌شده برای معکوس کردن الگوریتم‌های خودکار اختصاص نام مستعار، همچنان داده‌ها توسط کنترلگر یا هر شخصی که به این کلیدها دسترسی دارد، قابل ارتباط با اشخاص است و در حقیقت ایشان همچنان قابل شناسایی‌اند. لذا داده‌های مستعارسازی‌شده را باید داده‌های شخصی و مشمول حمایت‌های قوانین مربوطه دانست. کمیسیون حفاظت از داده‌های ایرلند نیز به‌عنوان عضوی از اتحادیه اروپا، در سال ۲۰۱۹ راهنمایی را در مورد شناساسازی و مستعارسازی داده‌ها منتشر کرده است^۱ که تأیید می‌کند داده‌های ناشناس برگشت‌ناپذیر (اگر همزمان با ناشناس‌سازی، داده‌های منبع حذف نشوند، همواره امکان شناسایی افراد وجود دارد؛ مگر پردازشگری که داده‌های ناشناس را در اختیار دارد، به‌هیچ‌نحو به داده‌های اصلی دسترسی نداشته باشد)، داده‌های شخصی نیستند و رعایت اصول حمایت از داده‌ها در خصوص این داده‌ها الزامی نیست؛ لکن داده‌های مستعار داده‌های شخصی باقی می‌مانند و لذا مورد حمایت قرار می‌گیرند. برای مثال، در مورد داده‌های ناشناس، نگهداری بدون قید مدت، استفاده برخلاف مفاد اسناد خطامشی حریم خصوصی و برخلاف اهداف اولیه اعلام‌شده برای پردازش داده‌های شخصی و با اهدافی کاملاً متفاوت و حتی فروش و انتقال بی‌ضابطه این داده‌ها ممکن است؛ اما در مورد داده‌های مستعارسازی‌شده، چنین امکاناتی وجود ندارد. بنابر این تفاوت‌ها میان ناشناس‌سازی و مستعارسازی در میزان کاهش دقت داده‌ها و در سطح حمایت‌های قانونی و احتمال سوءاستفاده‌ها، به کنترل‌کنندگان داده توصیه می‌شود که اولاً، مستعارسازی را در اولویت قرار دهند و ثانیاً ناشناس‌سازی را به‌عنوان یک عمل آئی تلقی نکنند؛ بلکه با ارزیابی منظم ریسک و انجام نظارت، ضمن همگامی با تکامل فناوری‌ها، تا حد امکان با گیرندگان داده ارتباط برقرار کند تا ایشان نیز از قوانین حمایت از داده غافل نشوند و احتمال بازشناسایی افراد یا نقض حریم آنها با سوءاستفاده از داده‌های ناشناس یا مهندسی معکوس آنها به حداقل برسد.^۲

1. Data Protection Commission IE, "Guidance on Anonymisation and Pseudonymisation", Available at: (<https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2019-06/190614%20Anonymisation%20and%20Pseudonymisation.pdf>) Visited 2025/02/08.

2. Heurix, Johannes and Neubauer, Thomas, "Privacy-Preserving Storage and Access of Medical Data through Pseudonymization and Encryption", *Lecture Notes in Computer Science*, 6863, Berlin, Heidelberg, 2011, p 3.

۱.۳. مستعارسازی در قوانین و مقررات

همان‌طور که گفته شد، در قوانین و مقررات ایران به ابعاد و جزئیات مستعارسازی داده‌ها پرداخته نشده است. به‌طور خاص در اسناد مرتبط مثل قانون تجارت الکترونیکی، قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات و همین‌طور طرح‌های مختلف ارجاع‌شده به مجلس در امر حمایت و حفاظت از داده‌ها (مثل طرح حفاظت از داده‌های شخصی سال ۱۴۰۳) صحبتی از مستعارسازی یافت نمی‌شود. با این حال در برخی کشورها، منابع قانونی بسیاری روش‌های فنی حفاظت از داده‌ها را توضیح می‌دهند.

در حقوق آمریکا، در سطح فدرال، مقرر عمومی برای حمایت از داده‌های شخصی وجود ندارد؛ بلکه مقررات بخشی (یعنی قوانین جداگانه در حیطه بهداشت، کودکان، داده‌های مالی و کیفی) در هر زمینه موضوعی متفاوت، بر حمایت از داده‌ها حکومت می‌کنند. در این خصوص برای نمونه، در قانون قابلیت انتقال و مسئولیت‌پذیری بیمه‌های درمانی سال ۲۰۰۲^۱، مفاهیم مرتبط با ناشناس‌سازی یا حذف شناسه‌های شناسایی^۲ ذکر شده، اما اصطلاح مستعارسازی به‌طور صریح در متن اصلی قانون آورده نشده است. در قوانین ایالتی نیز مانند قانون حمایت از داده‌های مصرف‌کنندگان ایالت کالیفرنیا^۳ و ویرجینیا^۴ به‌صورت مستقیم به مستعارسازی داده‌ها اشاره نشده، بلکه تأکید این مقررات بر ناشناس‌سازی است.

برخلاف حقوق آمریکا، در اتحادیه اروپا و در متون متعددی، به امر مستعارسازی توجه شده است. قانون حمایت از داده‌های شخصی اتحادیه اروپا، در بند «۵» ماده (۴)، به پردازش داده‌های شخصی به‌گونه‌ای که دیگر نتوان داده‌های شخصی را بدون استفاده از اطلاعات اضافی به یک موضوع داده خاص نسبت داد، مشروط بر اینکه این اطلاعات اضافی به‌طور جداگانه نگهداری شود و مشمول اقدامات فنی و سازمانی باشد تا اطمینان حاصل شود که داده‌های شخصی به یک شخص حقیقی شناسایی شده یا قابل شناسایی نسبت داده نمی‌شود، مستعارسازی گفته شده است. در ماده (۲۵) نیز با در نظر گرفتن وضعیت فنی، هزینه اجرا و ماهیت داده‌ها، دامنه، زمینه و اهداف پردازش و همچنین خطرات احتمالی و شدت آنها برای حقوق و آزادی‌های اشخاص

1. Health insurance portability and accountability act of 1996 (HIPAA).

2. de-identification

3. California Consumer Privacy Act 2018 (CCPA).

4. Virginia Consumer Data 2023 (VCDPA).

حقیقی ناشی از پردازش، کنترلگر باید چه در زمان تعیین ابزار پردازش و چه در زمان پردازش، اقدامات فنی مثل مستعارسازی را اجرا کند. ماده (۳۲) هم درخصوص تأمین امنیت پردازش، استفاده از نام مستعار و رمزگذاری داده‌های شخصی را پیشنهاد داده است. ماده (۸۹) درمورد پردازش در راستای منافع عمومی، اهداف تحقیقات علمی یا تاریخی یا اهداف آماری، اقدامات فنی و سازمانی را به‌ویژه برای اطمینان از رعایت اصل به حداقل رساندن داده‌ها (که توضیح داده خواهد شد) ضروری و این اقدامات را شامل مستعارسازی نیز می‌داند. در کنار مواد این قانون، تعدادی رسیتال (مقدمه یا یادآوری)^۱ نیز وجود دارد که محتوای مواد اصلی را شرح و توضیح می‌دهد و تفاسیری در این زمینه ارائه می‌کنند. در رسیتال ۲۶، داده‌های شخصی که تحت نام مستعار قرار گرفته‌اند و با استفاده از اطلاعات اضافی می‌توانند به یک شخص حقیقی نسبت داده شوند، برخلاف داده‌های ناشناس، باید به‌عنوان اطلاعات یک شخص حقیقی قابل‌شناسایی در نظر گرفته شوند. طبق رسیتال ۲۸ نیز استفاده از نام مستعار برای داده‌های شخصی می‌تواند خطرهای مربوط به کاربران را کاهش دهد و به کنترلگرها و پردازشگرها کمک کند تا به تعهدات خود در زمینه حفاظت از داده‌ها عمل کنند. رسیتال ۱۵۶ هم محتوایی مانند ماده (۸۹) دارد.

۲. مستعارسازی و پردازش قانونی داده‌ها

در تمام قوانین و مقررات حمایت از داده‌ها، اصولی برای پردازش قانونی داده‌های شخصی پیش‌بینی شده است. در اتحادیه اروپا، مشروعیت و عادلانه بودن، شفافیت، محدودیت هدف، حداقلی و ضروری بودن، دقت، محرمانگی و امنیت و همین‌طور لزوم پاسخ‌گویی پردازشگر، جزو اصول پردازش داده‌های شخصی محسوب می‌شوند. در حقوق آمریکا و در قانون حریم خصوصی ۱۹۷۴^۲ (اصلاح‌شده در سال ۲۰۲۰) نیز اصول رویه‌های منصفانه^۳ شامل محدودیت هدف، حداقلی بودن و رضایت، درمورد پردازش داده‌های شخصی توسط نهادهای فدرال پیش‌بینی شده است. سازمان همکاری و توسعه اقتصادی هم حداقلی بودن، محدودیت هدف، دقت و کیفیت، امنیت، شفافیت، مشارکت و پاسخ‌گویی را تحت عنوان اصول پردازش داده‌ها ذکر کرده است.^۴

1. Recital

2. Privacy act of 1974.

3. Fair information practice principles FIPPs.

۴. انصاری، باقر، اصول پردازش داده‌های شخصی، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲، صص ۱۰۰-۱۲۸.

در حقوق ایران، طرح حفاظت از داده‌های شخصی ۱۴۰۳ و ماده (۵۹) قانون تجارت الکترونیکی، در مجموع به امنیت، مشروعیت، محدودیت هدف، رضایت، پاسخ‌گویی، اطلاع‌رسانی و صحت و تمامیت، اشاره کرده‌اند.^۱ باین‌حال جای خالی مقررهای با شأن قانونی، که به‌طور جامع به بحث حمایت از داده‌های شخصی و اصول پردازش داده‌ها بپردازد، در این زمینه احساس می‌شود.^۲

حال برای رعایت این اصول به‌شکل صحیح، اقدامات و روش‌های مختلفی متصور است که یکی از آنها مستعارسازی داده‌هاست. در این بخش به‌تفکیک بررسی خواهد شد که اختصاص نام مستعار به داده‌های شخصی، در رعایت کدام‌یک از اصول پردازش داده‌ها و تا چه حد مؤثر خواهد بود و در نهایت تغییر فنون و جزئیات مستعارسازی یا ترکیب آن با روش‌های دیگر، چه تأثیری بر گسترش دامنه رعایت اصول پردازش خواهد داشت.

۲.۱. اصول پردازش داده‌های شخصی و نقش مستعارسازی

از مجموعه قوانین، مقررات و اسناد مذکور، کامل‌ترین و کاربردی‌ترین فهرست اصول پردازش داده‌های شخصی را می‌توان در قانون حمایت از داده‌های شخصی اتحادیه اروپا جست‌وجو کرد. اولین اصل از این اصول، لزوم مشروعیت و قانونی بودن پردازش است. طریق اصلی اطمینان از رعایت این اصل، اثبات وجود و احراز مبانی قانونی خاص پردازش داده‌ها در ماده (۶) مقرر مذکور است (مثل وجود رضایت شخص موضوع داده، تعهد قانونی، تکلیف قراردادی، نفع مشروع و...).^۳ باین‌حال، در موارد خاصی، می‌توان چنین برداشت کرد که قانونی بودن پردازش، مشروط به رعایت امنیت داده‌ها و حفظ گمنامی کاربران است؛ لذا در این موارد، با انجام مستعارسازی، اصل قانونی بودن و مشروعیت پردازش، رعایت می‌شود. برای مثال، طبق ماده (۸۹) قانون حمایت از داده‌های شخصی، پردازش ثانوی داده‌های شخصی برای بایگانی، اهداف علمی، تاریخی و آماری، در صورت امکان و تحقق اهداف پردازش، به‌شکل مستعارسازی

۱. زند، حسین، **حمایت از داده‌ها در حقوق موضوعه ایران**، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۳، ص ۳۵.
 ۲. عرب سرخی، ابودر و طلا تفضلی، «تحلیل موضوعات راهبردی در قلمرو مقررات حفاظت از داده‌های عمومی»، *دوفصلنامه علمی منادی امنیت فضای تولید و تبادل اطلاعات*، د. ش. ۲، ۱۴۰۳، ص ۱۹.
 ۳. حسینی، علی، «حقوق حفاظت از داده‌های شخصی در پردازش الگوریتمی، چالش‌ها و راهکارها»، *دولت و حقوق*، د. ش. ۵، ۱، ۱۴۰۳، صص ۱۰۹-۱۱۲.

شده انجام می‌شود. در چنین مواردی مستعارسازی، شرط قانونی بودن پردازش است. همچنین کاهش ریسک ناشی از به‌کارگیری نام مستعار ممکن است کنترل‌گرها را قادر کند تا برای پردازش قانونی داده‌ها، بر مبنای منافع مشروع (مثلاً استدلال شود که چون داده‌ها مستعار شده و امنیت و محرمانگی آنها از این طریق حفظ می‌شود، چنین امری گواه این است که اهداف شرکت برای پردازش داده‌ها از وجاهت و مشروعیت برخوردار هستند، زیرا در غیر این صورت حفظ حریم اشخاص مورد توجه و احترام از جانب شرکت نمی‌بود) تحت ماده ۶ قانون حمایت از داده‌های شخصی اتحادیه اروپا، تکیه کنند. در این صورت، اصل قانونی و مشروع بودن پردازش نیز رعایت می‌شود. ضمن اینکه در برخی موارد و قوانین، به‌ویژه در مورد داده‌های حساس و به‌خصوص داده‌های پزشکی، مستعارسازی داده‌ها اجبار می‌شود و به این دلیل نیز پردازش داده‌ها به‌شکل مستعار، قانونی و مشروع خواهد بود. همین‌طور برای انتقال فرامرزی داده‌های شخصی که نوعی پردازش است، برخی الزامات اضافی برای قانونی بودن این انتقال، باید رعایت شود. طبق ماده (۴۴) مقرر فوق‌الذکر، انتقال داده‌ها به کشور ثالث، فقط در صورتی انجام می‌شود که با رعایت سایر مقررات این سند، از جمله اصول پردازش و مستعارسازی داده‌ها، انجام پذیرد. ماده (۴۶) نیز در همین راستا، امکان انتقال فرامرزی داده‌ها را مشروط به رعایت اقدامات فنی مناسب می‌کند. البته در این خصوص صراحتاً مستعارسازی تکلیف نشده است، بلکه به‌عنوان یکی از روش‌های مناسب قابل انجام است.

اصل دومی که رعایت آن از مستعارسازی بسیار تأثیر می‌پذیرد، اصل محدودیت هدف پردازش است. طبق ماده (۶) قانون حمایت از داده‌های شخصی، سازگاری اهداف ثانویه و استفاده‌های بعدی از داده‌ها با اهداف اولیه اعلام‌شده در زمان جمع‌آوری، ضروری است. مستعارسازی داده‌ها با کاهش ارتباط بین استفاده‌های بعدی و شناسه‌های هویتی، به تأمین سازگاری این استفاده‌ها با اهداف و استفاده‌های مورد رضایت اشخاص موضوع داده کمک می‌کند.^۱ دلیل این امر جلوگیری از پردازش بیشتر داده‌ها توسط پردازشگر، در راستای اهدافی است که تحقق آنها مستلزم هرگونه تعامل مستقیم با اشخاص موضوع داده یا هویت آنهاست. در

1. European Data Protection Board, "Guidelines 01/2025 on Pseudonymisation", Available at: (https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2025/guidelines-012025-pseudonymisation_en) Visited 2025/02/08, pp 3-15.

واقع عدم دسترسی پردازشگر به شناسه‌های هویتی و کار کردن با داده‌های مستعار، از احتمال و امکانات ایشان برای پردازش بیشتر داده‌ها و برای اهداف و استفاده‌های فراتر از آنچه اعلام شده است، با تأثیر منفی بر کیفیت و دقت و همچنین میزان و کاربردی بودن محتوای داده‌ها به دنبال بی‌هویت‌سازی می‌کاهد. بنابراین اصل محدودیت پردازش و اهداف آن نیز تا حد زیادی با مستعارسازی رعایت می‌شود.

اصل لزوم پاسخ‌گویی و مسئولیت‌پذیری نیز به شکل مستقیم از اختصاص نام‌های مستعار تأثیر می‌پذیرد. مطابق با اعلام هیئت حفاظت از داده‌های اروپا (یک نهاد مستقل اروپایی است که مسئول اجرای قانون حمایت از داده‌های شخصی و هماهنگ‌سازی سیاست‌های حمایت از داده‌ها در سراسر اتحادیه اروپاست) در سال ۲۰۲۵ و در سند رهنمود مستعارسازی، اصل پاسخ‌گویی و مسئولیت‌پذیری، متضمن وظیفه‌ای برای کنترل‌گر داده‌هاست تا روش‌های مناسب حفظ حریم داده‌ها را متناسب با ماهیت، دامنه، زمینه و اهداف پردازش و خطرات مربوط به آن، انتخاب و اجرا کند. بنابراین به‌کارگیری مستعارسازی و تعیین نحوه انجام و جزئیات آن به شکل صحیح، به دلیل اینکه یک اقدام فنی و سازمانی مناسب به منظور کاهش ریسک سوءاستفاده از داده‌های شخصی و شناسایی افراد موضوع داده است، تا حد زیادی با اصل مسئولیت‌پذیری شرکت مرتبط است و باعث پاسخ‌گویی ایشان در قبال کاربران برای تأمین بخش زیادی از الزامات قانونی در این خصوص می‌شود. در حقیقت چون شرکت باید مسئولیت‌پذیر و پاسخ‌گو باشد (در قبال رعایت حریم خصوصی کاربران)، پس باید داده‌ها را در هنگام لزوم مستعار کند.^۱

از دیگر اصول پردازش داده‌ها، اصل حداقلی و ضروری بودن پردازش است. طبق این اصل، انتقال داده‌ها به پردازشگر برای پردازش و خود عملیات پردازش داده‌ها، باید به صورت حداقلی و کمینه‌سازی شده و در حد نیاز و ضرورت باشد و از پردازش داده‌های بیشتر خودداری کرد.^۲ استفاده از نام مستعار در این زمینه روش بسیار مناسبی است؛ چراکه انتقال داده‌های شخصی و شناسه‌های هویتی با مستعار شدن داده‌ها به حداقل می‌رسد و پردازش داده‌ها نیز محدود و کمینه می‌شود. در حقیقت این اصل با اصل محدودیت اهداف پردازش نیز مرتبط است. در راستای

1. European Data Protection Board, *Ibid*, pp 3-15.

۲. مزینان، سعیده، «تنظیم‌گری حریم خصوصی در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران)»، پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، د. ۱، ش. ۲، ۱۴۰۳، صص ۲۰۷-۲۱۰.

ضرورت پردازش هم، فقط اگر اهداف مشروع پردازش داده‌ها، انتقال آنها را به شکل شناساقتضا کند و همچنین اگر روش دیگری برای نیل به این اهداف وجود نداشته باشد، انتقال داده‌های شخصی ممکن است؛ در غیر این صورت باید داده‌ها به دلیل نبود ضرورتی برای انتقال و پردازش به شکل شناسا، به داده‌های ناشناس یا مستعار تبدیل و سپس منتقل شوند. ضمن اینکه از جنبه‌های دیگر اصل کمینه‌سازی، به حداقل رساندن و محدود کردن مدت زمان نگهداری داده‌هاست. اولاً به دلیل حذف شناسه‌های هویتی از داده‌ها و کاهش کاربردهای آنها، به صورت خودکار مدت‌زمان ممکن برای نگهداری از داده‌ها توسط پردازشگر کاهش می‌یابد؛ چراکه اگر می‌توانست برای مثال با سه سال نگهداری از داده‌های شخصی، آنها را برای ده هدف متفاوت پردازش کند، حال به دلیل مستعارسازی این داده‌ها و کاهش اطلاعات حاصل از تجزیه و تحلیل آنها، اهداف ممکن برای پردازش به پنج هدف کاهش می‌یابد که همین پنج هدف نیز با یک سال پردازش محقق می‌شوند. لذا در عمل مدت زمان نگهداری داده‌ها به شکل لاجرم کم شده، اصل نگهداری و پردازش حداقلی رعایت می‌شود. ثانیاً و پس از پردازش یا انجام عملیات لازم و انقضای هدف جمع‌آوری داده‌ها نیز، از آنجایی که به دلیل محدودیت هدف، حداقلی بودن و محدودیت زمان پردازش و نگهداری از داده‌ها، باید داده‌های شخصی از سرورهای شرکت حذف شوند، نگهداری برخی از بخش‌های داده‌ها بیش از این مدت و پس از انقضای هدف با شناسا سازی یا مستعارسازی آنها (به شرط عدم امکان شناسایی اشخاص توسط پردازشگر، مثلاً از طریق مستعارسازی تصادفی و اطمینان از حذف داده‌های شخصی منبع از سیستم‌های ایشان) ممکن می‌شود. علاوه بر این موارد و از نظر قانونی، طبق ماده (۲۵) قانون حمایت از داده‌های شخصی اتحادیه اروپا، با در نظر گرفتن وضعیت فنی، هزینه اجرا و ماهیت داده‌ها، دامنه، زمینه و اهداف پردازش و همچنین خطرات احتمالی و شدت آنها برای حقوق و آزادی‌های اشخاص حقیقی ناشی از پردازش، کنترلگر باید چه در زمان تعیین ابزار پردازش و چه در زمان پردازش، اقدامات فنی را مثل مستعارسازی اجرا کند تا اصول حمایت از داده‌ها، مانند اصل حداقل‌سازی پردازش، به شیوه‌ای مؤثر رعایت شوند. همچنین مطابق با ماده (۸۹) مقرر مذکور، در صورت نیاز به پردازش داده‌ها در راستای منافع عمومی و با اهداف علمی، آماری و تاریخی، اطمینان از رعایت اصل به حداقل رساندن داده‌ها، با مستعارسازی آنها ممکن می‌شود. به ویژه اینکه در برخی

موارد، حفظ قابلیت شناسایی مجدد شخص موضوع داده برای تحقق به اهداف پردازش مهم است؛ بنابراین، نمی‌توان از ناشناس‌سازی استفاده کرد و مستعارسازی در این خصوص اولویت دارد.^۱

در نهایت، با توجه به کاهش احتمال بازشناسایی اشخاص موضوع داده‌ها و کاهش ریسک‌ها و شدت عواقب دسترسی غیرمجاز به داده‌ها به دنبال مستعارسازی، اصل امنیت و محرمانگی پردازش نیز رعایت می‌شود. همچنین انتقال داده‌ها به شکل محدود و با نام‌های مستعار به پردازشگر توسط کنترلرگر، با تعیین نقاط تمرکز و ویژگی‌های کلیدی در مجموعه داده‌ها و در محدوده اهداف اعلامی، به رعایت اصل دقت در پردازش داده‌ها هم کمک شایانی می‌کند.

۲.۲. مستعارسازی صحیح و مؤثر داده‌های شخصی

مستعارسازی برای داده‌های در حال پردازش،^۲ ذخیره‌شده^۳ و ارسال‌شده^۴ اعمال می‌شود.^۵ به‌کارگیری این روش علاوه بر مزایایی که برای کاربران به‌همراه دارد، در راستای منافع شرکت نیز با جلب اعتماد کاربران و افزایش مزیت رقابتی، کاهش اختلافات و دعاوی و در نتیجه خسارات و جریمه‌های احتمالی، نقش‌آفرینی می‌کند. البته تمام این کارکردها در فرضی محقق می‌شوند که این روش از طرق صحیح و استاندارد صورت پذیرد. در پرونده‌ای مربوط به شرکت گوگل،^۶ دادگاه تجدیدنظر انگلستان به مسائل مهمی در زمینه حقوق حریم خصوصی و حمایت از داده‌ها پرداخت. شاکیان ادعا کردند که گوگل بدون رضایت آنها، فعالیت‌های اینترنتی ایشان را ردیابی کرده و اطلاعات تولیدشده توسط مرورگر را جمع‌آوری و با اشخاص ثالث به اشتراک گذاشته است. دادگاه حکم داد که براساس قانون حمایت از داده‌ها، شاکیان می‌توانند برای ناراحتی روانی ناشی از نقض حریم خصوصی خود، بدون نیاز به اثبات خسارت مالی، درخواست

1. Bolognini, Luca and Bistolfi, Camilla, "Pseudonymization and Impacts of Big (personal/anonymous) Data processing in the transition from the Directive 95/46/EC to the new EU General Data Protection Regulation", *Computer Law & Security Review*, Vol. 33, No. 2, 2017, p 173.

2. Data-In-Use

3. Data-At-Rest

4. Data-In-Motion

5. Ribeiro, S. L. and Nakamura, E. T, "Privacy Protection with Pseudonymization and Anonymization in a Health IoT System: Results from OCARIoT", IEEE 19th International Conference on Bioinformatics and Bioengineering (BIBE), Athens, Greece, 2019, p 904.

6. Google Inc. v. Vidal-Hall [2015] EWCA (Civ) 311 (U.K.) (appendix to the judgement).

جبران خسارت کنند.^۱ اگر گوگل حداقل داده‌ها را از طریقی صحیح مستعارسازی می‌کرد و بعد با ثالث به اشتراک می‌گذاشت (هرچند خود جمع‌آوری داده‌ها نیز غیرقانونی بوده و حکم نهایی و میزان جریمه و خسارات مقوم ثابت است)، شاید در عمل تا حد زیادی از خسارات واقعی وارده به افراد جلوگیری و تا حدی نیز اعتبار شرکت برای این تلاش حفظ می‌شد.

بنا به مطالب مذکور و با شناختن اهمیت مستعارسازی، باید به این نکته توجه داشت که همین فرایند نیز خود از روش‌ها، مراحل و جزئیات و ظرافت‌های خاصی برخوردار است که نحوه اجرای آنها، به‌طور مستقیم بر نتیجه مستعارسازی و آثار آن، برای مثال میزان تأثیر استفاده از نام مستعار در رعایت الزامات قانونی مربوط به اصول پردازش داده‌ها، مؤثر خواهد بود. لذا شناسایی روش‌های مختلف مستعارسازی، ارزیابی و مقایسه این روش‌ها و همین‌طور بررسی مهم‌ترین ریسک‌های موجود، برای تشخیص نقش و کاربرد آن در رعایت الزامات قانونی برای حفظ امنیت داده‌های شخصی ضروری خواهد بود.

۲.۲.۱. روش‌های تعیین نام مستعار و بازشناسایی اشخاص

ابتدا تعیین نام‌های مستعار به روش‌های مختلفی ممکن است؛ از جمله خود اشخاص موضوع داده می‌توانند با انتخاب یک شناسه کاربری آزادانه انتخاب‌شده، نام مستعار خویش را تعیین کنند. همچنین می‌توان تعیین نام مستعار را به اشخاص یا ابزارهای ثالث مدیر سایت یا شبکه واگذار کرد. سومین مورد نیز امکان تعیین نام توسط خود کنترلگر داده‌ها به‌وسیله تعیین شماره شناسایی است. حال برای شناخت نقاط ارتباط بین داده‌های منبع و نام مستعار هم، دو روش در دسترس است: یکی تهیه لیست (که به‌عنوان جدول تخصیص نیز شناخته می‌شود) و دیگری روش محاسبه. در روش محاسبه، نام مستعار با به‌کارگیری الگوریتمی خاص و انجام معادلاتی بر خود داده‌های هویتی تعیین می‌شود.^۲ یعنی با دسترسی به داده‌های منبع و دانستن الگوریتم، با دادن هر داده‌ای به دستگاه و اعمال آن معادله خاص، نام مستعار مربوطه به‌دست می‌آید. حال اگر نام مستعار با الگوریتم‌های پیچیده یا به‌شکل تصادفی انتخاب نشود، همواره امکان مهندسی معکوس الگوریتم‌ها و بازشناسایی افراد توسط اشخاص ثالث غیرمجاز وجود دارد. برای مثال، در سال

1. Judiciary.uk, "google-v-vidal-hall-judgment", Available at: (<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/03/google-v-vidal-hall-judgment.pdf>) Visited 2025/08/11.

2. European Data Protection Board, *Ibid*, pp 15-25.

۲۰۰۶ در پرونده‌ای^۱ شرکت نت‌فلیکس صدها میلیون رکورد را به‌طور عمومی منتشر کرد که صدها هزار رتبه‌بندی توسط کاربران را درمورد فیلم‌های مختلف از سال ۱۹۹۹ تا ۲۰۰۵ نشان می‌داد. این شرکت همچنین یک جایزه یک‌میلیون دلاری را برای اولین تیمی که بتواند به‌طور قابل توجهی الگوریتم توصیه فیلم نت‌فلیکس را بهبود ببخشد، در نظر گرفت. اگرچه داده‌ها حاوی هیچ شناسه مستقیمی نبودند، در عرض چند هفته پس از انتشار داده‌ها، دو محقق توانستند با ارجاع متقابل داده‌های نت‌فلیکس با رتبه‌بندی سایت دیگری، زیرمجموعه‌ای از افراد خاص را دوباره شناسایی کنند. محققان فقط با استفاده از رتبه‌بندی شش فیلم مشترک، افراد را (اگر در هر دو مجموعه عضو بودند) دوباره شناسایی کردند. البته این روش فقط برای شناسایی مجدد کاربران نت‌فلیکس کارایی داشت که در آن سایت خاص نیز حساب داشتند.^۲ در پرونده دیگری در سال ۲۰۱۴، اداره تاکسی و لیموزین شهر نیویورک مجموعه داده‌ای از تمام سفرهای در آن سال را براساس سیاست‌های مربوط به داده‌های باز و برای اهداف و مقاصد علمی و آماری منتشر کرد. نکته اینجاست که در آن سال این اداره پیش از انتشار داده‌ها، اقدام به مستعارسازی و ناشناس‌سازی آنها کرد. ایشان به‌طور خاص شماره تاکسی و شماره گواهینامه راننده را مستعار کردند. با این حال، وبلاگ‌نویسان توانستند الگوریتم مورد استفاده برای تغییر شماره تاکسی را کشف و سپس آنها را معکوس کنند. بنابراین اگر نام مستعار به‌طور مداوم در یک یا چند مجموعه داده یا برای مدت طولانی استفاده شود، کارایی خود را از دست می‌دهد. لذا نام مستعار فقط در صورتی یک مکانیسم مؤثر پاک‌سازی اطلاعات هویتی است که نتوان آن را معکوس کرد. همچنین قدرتمندترین و رایج‌ترین ابزار برای شناسایی مجدد داده‌های پاک‌شده، ترکیب دو مجموعه داده است که شامل افراد یکسانی در هر دو مجموعه است. درمورد دیگری که نمونه‌ای برجسته از چالش‌های ناشناس یا مستعارسازی داده‌های پزشکی است، دکتر سوینی^۳ با خرید فهرست رأی‌دهندگان شهر کمبریج و سپس پیوند آن با داده‌های بیمارستانی منتشرشده به‌شکل ناشناس در ایالت ماساچوست، توانست اطلاعات مربوط به افراد را دوباره شناسایی کند. این تجربه نشان داد که داده‌های به‌ظاهر مستعار، در صورت ترکیب با منابع خارجی می‌توانند به‌راحتی

1. Netflix Prize Data Privacy

2. Lubarsky, Boris, "Re-Identification of "Anonymized" Data", *GEO. L. TECH. REV.*, No. 202, 2017, pp 206-211.

3. Latanya Sweeney

دوباره به افراد خاص مرتبط شوند و از این رو، اهمیت استفاده از تکنیک‌های پیشرفته یا ترکیبی در حفاظت از حریم خصوصی را برجسته کرد.

۲.۲.۲. روش‌های نوین مستعارسازی

یکی از این روش‌ها برای کاهش احتمال بازشناسایی افراد، روش "k-anonymity" است. در این روش، داده‌ها به گونه‌ای تغییر می‌کنند که ذیل هر ویژگی چند شخص قرار می‌گیرند. در مرحله اول با تعمیم، مقادیر دقیق ویژگی‌ها با مقادیر کلی‌تر یا بازه‌های گسترده‌تر جایگزین می‌شوند.^۱ به عنوان مثال، سن دقیق افراد به بازه‌های سنی مانند بیست تا سی سال تعمیم داده می‌شود. در مرحله بعد، برخی از مقادیر ویژگی‌ها به طور کامل حذف یا با کاراکترهای خاصی مانند ستاره یا مربع، جایگزین می‌شوند تا از شناسایی فرد جلوگیری شود. در این روش، حرف k به معنی تعداد افراد دارای ویژگی یکسان است، مثلاً اگر $k=3$ باشد، به این معنی است که هر فرد در مجموعه داده حداقل در کنار دو نفر دیگر (در مجموع سه نفر) دارای ویژگی‌های مشابهی است. در نتیجه، حتی اگر کسی به داده‌ها دسترسی داشته باشد، نمی‌تواند یک فرد خاص را شناسایی کند؛ زیرا حداقل سه نفر دارای ویژگی‌های یکسانی هستند. اگر k خیلی کوچک باشد (مثلاً $k=1$)، داده‌ها تقریباً مستعار و ناشناس نیستند و ممکن است به راحتی هویت افراد مشخص شود. اگر k خیلی بزرگ باشد نیز ممکن است داده‌ها بیش از حد کلی شوند و ارزش تحلیلی خود را از دست بدهند.^۲

روش دیگری به اسم "l-diversity" یکی از تکنیک‌های پیشرفته در حوزه حفاظت از حریم خصوصی داده‌هاست که به منظور رفع محدودیت‌های روش قبل توسعه یافته است. با اینکه روش اول هر شخص را با بیش از یک شخص دیگر که در ویژگی‌های کلیدی مشترک‌اند، در یک مجموعه قرار می‌دهد، اما همچنان آسیب‌پذیر است. در مقابل، روش دوم بر این اصل استوار است که در هر گروه از اشخاص ناشناس شده، حداقل "l" مقدار متمایز برای ویژگی‌های حساس وجود داشته باشد. این تنوع در مقادیر ویژگی‌های حساس، احتمال شناسایی یا استنباط اطلاعات حساس درباره یک فرد خاص را کاهش می‌دهد. تصور کنید شما یک گروه از افراد را در نظر گرفته‌اید که همه آنها در یک دسته قرار گرفته‌اند، مثلاً تمام مردان سی تا چهل ساله که در یک

1. Pinnamaneni, Nikhil and Dodda, Sumanth and Muvva, Sai Charan, "Survey paper on anonymization and pseudo-anonymization for E-healthcare", *International Research Journal of Modernization in Engineering, Technology and Science*, Vol. 3, No. 7, 2021, p 770.
2. Sweeney, L, *Op.Cit*, p 558.

منطقه خاص زندگی می‌کنند. اگر همه این افراد دقیقاً یک بیماری یکسان داشته باشند (مثلاً دیابت)، این امر یعنی اگر کسی بفهمد یک فرد به این گروه تعلق دارد، می‌تواند با قطعیت بگوید که او دیابت دارد. در این صورت دیگر مستعارسازی چاره‌ساز نیست. بنابراین طبق روش دوم، در هر گروه باید چندین بیماری مختلف وجود داشته باشد، مثلاً برخی دیابت داشته باشند، برخی فشار خون، برخی میگردن و... تا حتی اگر کسی بفهمد یک فرد در این گروه قرار دارد، نتواند با اطمینان بگوید که بیماری او کدام است.^۱

در نهایت و در جدیدترین تلاش‌ها برای حل مشکلات روش‌های قبلی، روش «t-closeness» توسعه یافته است. این روش بر این اصل استوار است که توزیع مقادیر ویژگی‌های حساس در هر گروه مستعار شده، باید با توزیع کلی آن ویژگی‌ها در کل مجموعه داده‌ها نزدیک باشد؛ به طوری که تفاوت بین این دو توزیع از یک مقدار آستانه مشخص، که با t نشان داده می‌شود، فراتر نرود. برای مثال، اگر در کل مجموعه داده‌ها، ۹۰ درصد افراد سالم و ۱۰ درصد بیمار باشند، در هر گروه مستعار شده نیز باید توزیع وضعیت سلامتی نزدیک به این نسبت باشد. با حفظ توزیع واقعی داده‌ها در هر گروه، احتمال برداشت‌های نادرست یا گمراه‌کننده کاهش می‌یابد. در مجموع روش اخیر، با تمرکز بر حفظ توزیع ویژگی‌های حساس در هر گروه مستعار شده، سعی در ارائه تعادلی بین حفاظت از حریم خصوصی و حفظ دقت داده‌ها (برای مثال با هدف حفظ کارکردهای تجاری آنها) دارد.^۲

۲.۲.۳. روش پیشنهادی مستعارسازی

در آخر باید دانست که باوجود این روش‌ها، استفاده از مستعارسازی از هر نوعی که باشد، برای رعایت کامل اصول پردازش داده‌ها کافی نیست. از آنجایی که برای مثال طبق رسپیتال ۲۸ قانون حمایت از داده‌های شخصی اتحادیه اروپا، منظور از معرفی صریح نام مستعار در این مقرر، جلوگیری از اقدامات دیگر برای حفاظت از داده‌ها نیست، لذا به کارگیری ترکیبی از روش‌های حفظ حریم داده‌ها می‌توانند در رعایت هرچه بیشتر اصول پردازش مؤثر باشند. برای مثال، برای

1. Machanavajjhala, A. and Gehrke, A. and Kifer D. and Venkatasubramanian, M. "L-diversity: privacy beyond k-anonymity", 22nd International Conference on Data Engineering (ICDE'06), Atlanta, GA, USA, 2006, p 24.

2. Ninghui, Li and Tiancheng, Li and Venkatasubramanian, Suresh, "t-Closeness: Privacy Beyond k-Anonymity and l-Diversity", IEEE 23rd International Conference on Data Engineering (ICDE), No. 2, 2007, pp 106-115.

رفع نارسایی‌های مستعارسازی، باید آن را با رمزگذاری ترکیب کرد؛ طی این روش، امکان اطلاع از محتوای داده‌های شخصی محدود به افرادی می‌شود که به کلید خاص برای رمزگشایی آنها دسترسی دارند.^۱ برای این منظور ابتدا داده‌ها مستعار می‌شوند (یعنی نشانه‌های هویتی از داده‌ها جدا می‌شود و سپس نام یا شماره یا شناسه مستعاری به آنها اختصاص پیدا می‌کند) و بعد آن نقطه ارتباط بین نام مستعار و شخص حقیقی (که کلید شناسایی شخص موضوع داده‌هاست) رمزگذاری می‌شود. برای مثال، در صورت نیاز به انتقال اطلاعات کاربران شرکت کنترلگر داده‌ها به شرکت ثالث پردازشگر، برای تجزیه و تحلیل نیازهای مشتریان، پس از حذف نام و آدرس از پرونده محمد محمدی، پرونده این شخص، که مشتری شرکت است و ماهانه از خدمات شرکت در زمینه طراحی سایت استفاده می‌کند، با نام مستعار «الف» به شرکت پردازشگر تحویل داده شده و اطلاعاتی که می‌گویند «الف» همان محمد محمدی به آدرس فلان است، در کنار داده‌های منبع، هر دو به صورت رمزگذاری شده نزد کنترلگر نگهداری می‌شوند. در این صورت، شرکت‌ها با سه مجموعه داده روبه‌رو هستند، ۱. داده‌های منبع (محمد محمدی به آدرس فلان، مشتری شرکت است)، ۲. داده‌های مربوط به ارتباط نام‌های مستعار («الف» همان محمد محمدی است) و ۳. داده‌های مستعار («الف» مشتری شرکت است). هر زمان کنترلگر یا شخص خاصی از جانب پردازشگر مایل بود تا به دلیل خاصی و در محدوده قوانین و توافقات قراردادی، «الف» را بشناسد، فقط با استفاده از کلید خاصی و به صورت محدود، با رمزگشایی از نام مستعار از طریق دسترسی به داده‌های ارتباطی، به اطلاعات شخصی دسترسی پیدا می‌کند. در چنین وضعیتی، هم انتقال داده‌ها به صورت مستعار و بدون افشای هویت افراد به ثالث و پردازش امن آن توسط ایشان تضمین می‌شود و هم به دلیل رمزگذاری، در فرض دسترسی غیرمجاز یا نفوذ به داده‌های منبع یا داده‌های ارتباطی و یا افشای آنها، از برقراری ارتباط میان این داده‌ها با داده‌های مستعار و کشف نقاط ارتباط و بازشناسایی افراد جلوگیری می‌شود. در همین فرض نیز رعایت برخی جزئیات از جمله نگهداری داده‌ها به شکل پراکنده و در مکان‌های متفاوت، استفاده از رمزهای تصادفی و گوناگون با ویژگی تغییر خودکار در طول زمان، گزینش مناسب افراد مجاز به

۱. انصاری، باقر و شیما عطار، **حقوق کاربران فضای مجازی**، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲، ص ۵۶.

دسترسی به کلیدها و استفاده از نام‌های مستعار غیریکسان در استفاده‌های مختلف از داده‌ها، از ریسک‌های موجود در نگهداری امن داده‌ها می‌کاهد.^۱

نتیجه‌گیری

ایجاد برنامه‌ها و خدمات داده‌محور جدید، شخصی‌سازی شده و بهینه‌سازی شده، معمولاً نیازمند جمع‌آوری، تجزیه و تحلیل و افشای مقادیر فزاینده‌ای از داده‌هاست. چنین سیستم‌هایی از مجموعه داده‌هایی استفاده می‌کنند که شامل داده‌های شخصی است و بنابراین استفاده و افشای آنها خطری برای حریم خصوصی کاربر (موضوع داده‌ها) است. این داده‌ها ممکن است توسط ثالث پردازش، برای اشخاص مورد اعتماد افشا یا برای منافع اجتماعی در حوزه عمومی منتشر شود (مانند تحقیقات علمی و پزشکی). همچنین ممکن است در داخل سیستم‌ها برای بهبود ارائه یک سرویس به کار رود (به‌عنوان مثال برای مدیریت بهتر منابع، یا بهینه‌سازی یک سرویس برای کاربران). نکته مهم این است که در تمام این موارد، حفظ حریم افراد اهمیت دارد. بنابراین مستعارسازی به‌عنوان یکی از بهترین روش‌ها مطرح می‌شود.^۲ همان‌طور که گفته شد، مستعارسازی درست و اصولی داده‌ها با کاهش یا حتی نفی احتمال بازشناسایی اشخاص موضوع داده توسط ثالث غیرمجاز خواهد بود. در چنین فرضی و به شرط عدم امکان شناسایی افراد، مستعارسازی می‌تواند روش مناسبی برای رعایت برخی از اصول پردازش قانونی داده‌ها باشد؛ از جمله اصل امنیت و محرمانگی داده‌ها تا حد زیادی از طریق استفاده از نام‌های مستعار و قطع ارتباط هویت افراد با داده‌های تحویل داده‌شده به پردازشگر اجرا می‌شود. همچنین اصل کمینه‌سازی پردازش داده‌ها و محدودیت اهداف پردازش نیز با مستعارسازی داده‌ها و کاهش حجم اطلاعات و شناسه‌های انتقالی و در نتیجه، محدود کردن دایره استفاده‌ها و اهداف ثانویه در پردازش رعایت می‌شود. در نهایت انجام مستعارسازی، نشان‌دهنده سطح بالایی از مسئولیت‌پذیری شرکت کنترلگر یا پردازشگر خواهد بود.

باین‌حال، اولاً با عنایت به نحوه بیان قوانین و مقررات حمایت از داده‌های شخصی، که کدام شرکت‌ها را در عین تصریح در خصوص مستعارسازی، نسبت به انجام سایر رویه‌ها و

1. Heurix, Johannes and Karlinger, Michael and Neubauer, Thomas, *Op. Cit*, pp 3011-3013.

2. Neumann, G.K. and Grace, P. and Burns, D. et al, "Pseudonymization risk analysis in distributed systems", *Journal of Internet Services and Applications*, Vol. 10, No. 1, 2019, p 1.

تکنیک‌های فنی نیز ملزم می‌دانند و ثانیاً به دلیل عدم تأثیر مستقیم مستعارسازی در رعایت برخی از اصول پردازش مثل اصل مشروعیت و دقت، استفاده از ترکیبی از روش‌های حفاظتی، در زمینه رعایت اصول پردازش داده‌های شخصی، ضمن حفظ تعادل میان این جنبه‌های فردی و ابعاد تجاری و اقتصادی داده‌ها (با کاهش اتلاف داده‌ها و افزایش قابلیت به کارگیری آنها برای تأمین منافع تجاری مشروع) ضروری است. در همین راستا به عنوان یک روش پیشنهادی، مستعارسازی داده‌ها در کنار رمزگذاری کلیدهای مربوط به برقراری ارتباط میان نام‌های مستعار و هویت حقیقی افراد، با کاهش احتمال بازشناسایی اشخاص موضوع داده و همچنین تأمین امکان استفاده‌های ثانویه از داده‌ها (برخلاف ناشناس‌سازی که به دلیل بازگشت‌ناپذیری، با اتلاف ارزش داده‌ها همراه است)، یک روش فنی ترکیبی مناسب برای تضمین امنیت داده‌های شخصی و رعایت اصول پردازش داده‌ها به شمار می‌رود.

منابع

کتاب

۱. انصاری، باقر، **اصول پردازش داده‌های شخصی**، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲.
۲. انصاری، باقر و عطار، شیما، **حقوق کاربران فضای مجازی**، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲.
۳. زند، حسین، **حمایت از داده‌ها در حقوق موضوعه ایران**، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۳.

مقاله

۴. اسماعیلی، محسن و مهدی نریمان‌پور، «مبانی حقوقی تبادل داده‌های شخصی (مطالعه تطبیقی در مقررات عمومی حفاظت از داده اتحادیه اروپا و حقوق ایران)»، *حقوق اسلامی*، د. ۲۱، ش. ۸۲، ۱۴۰۳، صص ۱۲۳-۱۶۵.

<https://doi.org/10.22034/ilaw.2023.708599>.

۵. پور یوسف، زهرا، مهری رجایی و نیک‌محمد بلوچ‌زهی، «حفظ حریم خصوصی خودروها در شبکه‌های ارتباطات خودرویی»، همایش ملی پژوهش‌های نوین در علوم و فناوری، ۱۳۹۷، تهران، ایران.
۶. حسینی، علی، «حقوق حفاظت از داده‌های شخصی در پردازش الگوریتمی، چالش‌ها و راهکارها»، دولت و حقوق، د. ۵، ش. ۱، ۱۴۰۳، صص ۹۹-۱۲۲.
۷. صادقی، حسین و مهدی ناصر، «جستاری در ماهیت‌شناسی داده‌های خصوصی در سازوکار عملکرد ابزارهای فناوری اینترنت اشیا»، فصلنامه رشد فناوری، د. ۱۹، ش. ۲، ۱۴۰۲، صص ۳۳-۴۱.
۸. عرب سرخی، ابوذر و طلا تفضلی، «تحلیل موضوعات راهبردی در قلمرو مقررات حفاظت از داده‌های عمومی»، دوفصلنامه علمی منادی امنیت فضای تولید و تبادل اطلاعات، د. ۱۳، ش. ۲، ۱۴۰۳، صص ۱۲-۲۳.
۹. فرحزادی، علی‌اکبر، حسین صادقی، و مهدی ناصر، «وظایف کنترل‌کنندگان و پردازندگان در پیشگیری از نقض امنیت شبکه‌های تبادل اطلاعات»، قضاوت، د. ۲۲، ش. ۱۱۲، ۱۴۰۱، صص ۷۱-۹۹.
۱۰. لطیف زاده، مهدیه، سید محمد مهدی قبولی درافشان، سعید محسنی و محمد عابدی، «تحلیل بستر قانونی حمایت از داده شخصی در اتحادیه اروپا»، پژوهشنامه پردازش و مدیریت اطلاعات، د. ۳۷، ش. ۲، ۱۴۰۰، صص ۴۳۹-۴۷۲.
- <https://doi.org/10.52547/jipm.37.2.439> .
۱۱. مزینانین، سعیده، «تنظیم‌گری حریم خصوصی در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران)»، پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، د. ۱، ش. ۲، ۱۴۰۳، صص ۲۰۷-۲۳۹.
- <https://doi.org/10.48308/eclr.2023.232727.1030>.

منابع برخط

۱۲. طرح حفاظت از داده‌های شخصی مورخ ۱۴۰۳/۰۷/۱۵ مجلس شورای اسلامی، قابل دسترسی در: (https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/181672)، تاریخ آخرین بازدید: ۱۴۰۴/۰۵/۲۰.
۱۳. طرح حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۲۶ مجلس شورای اسلامی، قابل دسترسی در: (<https://media.dotic.ir/uploads/org/2021/10/09/163377045160152200.pdf>)، تاریخ آخرین بازدید: ۱۴۰۴/۰۵/۲۰.

References

Books

1. Ansari, Bagher, **Principles of Personal Data Processing**, 1st edition, Tehran: Sherkat Sahami Enteshar, 2023. (in Persian)
2. Ansari, Bagher and Attar, Shima, **Rights of Cyberspace Users**, 1st edition, Tehran: Sherkat Sahami Enteshar, 2023. (in Persian)
3. Zand, Hossein, **Data Protection in Iranian Positive Law**, 2nd edition, Tehran: Sherkat Sahami Enteshar, 2024. (in Persian)

Articles

4. Al-Zubaidie, M. and Zhang, Z. and Zhang, J, "PAX: Using Pseudonymization and Anonymization to Protect Patients' Identities and Data in the Healthcare System", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, Vol. 16, No. 9, 2019, pp 1-36, <https://doi.org/10.3390/ijerph16091490>.
5. Arab Sorkhi, Abouzar and Tafazoli, Tala, "Analysis of Strategic Issues in the Realm of General Data Protection Regulations", *Monadi AFTA*, Vol. 13, No. 2, 2024, pp 12-23. (in Persian)
6. Bolognini, Luca and Bistolfi, Camilla, "Pseudonymization and Impacts of Big (Personal/Anonymous) Data Processing in the Transition from the Directive 95/46/EC to the New EU General Data Protection Regulation", *Computer Law & Security Review*, Vol. 33, No. 2, 2017, pp 171-181, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2016.11.002>.
7. Bourdillon, Stalla and Alison, Sophie, "Anonymous Data v. Personal Data, A False Debate: An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data", *Wisconsin International Law Journal*, 2017, pp 1-38.
8. El Emam, K and Jonker, E and Arbuckle, L and Malin, B. "A Systematic Review of Re-Identification Attacks on Health Data", *PLoS One*, Vol. 6, No. 12, 2015, pp 1-12, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0126772>.
9. Esmaeili, Mohsen and Narimanpour, Mehdi, "Legal Foundations of Personal Data Exchange (A Comparative Study of the EU General Data Protection Regulation and Iranian Law) ", *Islamic Law*, Vol. 21, No. 82, 2024, pp 123-165, doi: 10.22034/ilaw.2023.708599. (in Persian).
10. Farahzadi, Ali Akbar and Sadeghi, Hossein and Naser, Mehdi, "Duties of Controllers and Processors in Preventing Security Breaches in

- Information Exchange Networks", *Ghezavat*, Vol. 22, No. 112, 2022, pp 71-99. (in Persian)
11. Gazizov, Andrey and Gazizov, Evgeny and Gazizova, Svetlana, "Theoretical Aspects of the Protection of Personal Data of Employees of the Enterprise by the Method of Pseudonymization", *E3S Web Conf*, 2020, pp 1-8, <https://doi.org/10.1051/e3sconf/202021011001>.
 12. Heurix, Johannes and Karlinger, Michael and Neubauer, Thomas, "Pseudonymization with Metadata Encryption for Privacy-Preserving Searchable Documents", *45th Hawaii International Conference on System Sciences*, Maui, HI, USA, 2012, pp 3011-3020. <https://doi.org/10.1109/HICSS.2012.491>.
 13. Heurix, Johannes and Karlinger, Michael and Schrefl, Michael & Neubauer, Thomas, "A Hybrid Approach Integrating Encryption and Pseudonymization for Protecting Electronic Health Records", *Proceedings of the 8th IASTED International Conference on Biomedical Engineering*, Innsbruck, Austria, 2011, pp 1-8. <https://doi.org/10.2316/P.2011.723-117>.
 14. Heurix, Johannes and Neubauer, Thomas, "Privacy-Preserving Storage and Access of Medical Data through Pseudonymization and Encryption", *Lecture Notes in Computer Science*, 6863, Berlin, Heidelberg, 2011, pp 1-12, https://doi.org/10.1007/978-3-642-22890-2_16.
 15. Hosseini, Ali, "Data Protection Law in Algorithmic Processing: Challenges and Solutions", *Government and Law*, Vol. 5, No. 1, 2024, pp 99-122. (in Persian)
 16. Latifzadeh, Mahdiah and Ghobouli Dorafshan, Seyed Mohammad Mehdi and Mohseni, Saeed and Abedi, Mohammad, "Analysis of the Legal Framework for Personal Data Protection in the European Union", *Information Processing and Management Research Journal*, Vol. 37, No. 2, 2021, pp 439-472, <https://doi.org/10.52547/jipm.37.2.439>, (in Persian).
 17. Lehmann, Anja, "ScrambleDB: Oblivious (Chameleon) Pseudonymization-as-a-Service", *Privacy enhancing technologies*, No 3, 2019, pp 289-309, <https://doi.org/10.2478/popets-2019-0048>.
 18. Lubarsky, Boris, "Re-Identification of "Anonymized" Data", *GEO. L. TECH. REV*, 202, 2017, pp 202-213.
 19. Machanavajjhala, A. and Gehrke, A. and Kifer D. and Venkitasubramaniam, M. "L-Diversity: Privacy Beyond k-Anonymity",

- 22nd International Conference on Data Engineering (ICDE'06), Atlanta, GA, USA, 2006, pp 24-24, <https://doi.org/10.1145/1217299.1217302>.
20. Mazinianian, Saeedeh, "Regulating Privacy in Cyberspace (A Comparative Study in the Laws of the United States, European Union, and Iran) ", *Economic and Commercial Law Research*, Vol. 1, No. 2, 2023, pp 207-239, doi: 10.48308/eclr.2023.232727.1030, (in Persian)
21. Neubauer, Thomas and Heurix, Johannes, "A Methodology for the Pseudonymization of Medical Data", *International Journal of Medical Informatics*, Vol. 80, No. 3, 2011, pp 190-204. <https://doi.org/10.1016/j.ijmedinf.2010.10.016>.
22. Neumann, G.K. and Grace, P. and Burns, D. et al, "Pseudonymization Risk Analysis in Distributed Systems", *Journal of Internet Services and Applications*, Vol. 10, No. 1, 2019, pp 1-16. <https://doi.org/10.1186/s13174-018-0098-z>.
23. Ninghui, Li and Tiancheng, Li and Venkatasubramanian, Suresh, "T-Closeness: Privacy Beyond k-Anonymity and l-Diversity", *IEEE 23rd International Conference on Data Engineering (ICDE)*, No 2, 2007, pp 106-115.
24. Pinnamaneni, Nikhil and Dodda, Sumanth and Muvva, Sai Charan, "Survey Paper on Anonymization and Pseudo-Anonymization for E-healthcare", *International Research Journal of Modernization in Engineering, Technology and Science*, Vol. 3, No. 7, 2021, pp 769-775.
25. Pouryousef, Zahra and Rajaei, Mehri and Balochzahi, Nik Mohammad, "Preserving Vehicle Privacy in Vehicular Communication Networks", *National Conference on New Researches in Science and Technology*, 2018, Tehran, Iran. (in Persian)
26. Ribeiro, S. L. and Nakamura, E. T, "Privacy Protection with Pseudonymization and Anonymization in a Health IoT System: Results from OCARIoT", *IEEE 19th International Conference on Bioinformatics and Bioengineering (BIBE)*, Athens, Greece, 2019, pp 904-908, <https://doi.org/10.1109/BIBE.2019.00169>.
27. Sadeghi, Hossein and Naser, Mehdi, "An Inquiry into the Nature of Private Data in the Functioning Mechanism of Internet of Things Technologies", *Technology Growth*, Vol. 19, No. 2, 2023, pp 33-41. (in Persian)
28. Shin, Soo Yong and kim, Hun Sung, "Data Pseudonymization in a Range That Does Not Affect Data Quality: Correlation with the Degree of

- Participation of Clinicians", *Journal of Korean Medical Science*, Vol. 36, No. 44, 2021, pp 1-11, <https://doi.org/10.3346/jkms.2021.36. e299>.
29. Starchon, Peter and Pikulik, Tomas, "GDPR Principles in Data Protection Encourage Pseudonymization through Most Popular and Full-Personalized Devices - Mobile Phones", *Procedia Computer Science*, No 151, 2019, pp 303-312, <https://doi.org/10.1016/j.procs.2019.04.043>.
30. Sweeney, L, "K-Anonymity: A Model for Protecting Privacy, International Journal on Uncertainty", *Fuzziness and Knowledge-Based Systems*, Vol. 10, No. 5, 2002, pp 557-570. <https://doi.org/10.1142/S0218488502001648>.

Websites

31. Data Protection Commission IE, "Guidance on Anonymisation and Pseudonymisation", Available at: [20 Anonymisation%20and%20Pseudonymisation.pdf](#)) Visited 2025/02/08.
32. Dotic "Personal Data and Information Protection Bill, dated 26/06/1400 (September 17, 2021), Available at:
33. <https://media.dotic.ir/uploads/org/2021/10/09/163377045160152200.pdf>, Visited: 2025/08/11, [In Persian].
34. ISO/IEC, "Privacy Enhancing Data De-Identification Terminology and Classification of Techniques", Available at: (<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:20889:ed-1:v1:en>) Visited 2025/01/25.
35. Judiciary.uk, "google-v-vidal-hall-judgment", Available at: (<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/03/google-v-vidal-hall-judgment.pdf>) Visited 2025/08/11.
36. Majlis.ir "Personal Data Protection Bill, dated 15/07/1403 (July 6, 2024)", Available at: (https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/181672), Visited visited: 2025/08/11, [In Persian]
37. Robin data, "What is Pseudonymised Data? " Available at: (<https://www.robin-data.io/en/data-protection-and-data-security-academy/wiki/pseudonymised-data>) Visited 2025/01/25.
38. European Data Protection Board, "Guidelines 01/2025 on Pseudonymisation", Available at: (https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2025/guidelines-012025-pseudonymisation_en) Visited 2025/02/08.

The Importance and Legal Challenges of Data Pseudonymization: Considering the Principles of Personal Data Processing

Amirmohammad Ghorban Nia*
Zahra Shakeri**

Received: 2025.03.06

Accepted: 2025.08.27

Abstract

Across all countries and within the framework of personal data protection laws, due to the expansion of data volume processed by various companies, fundamental principles such as legality, accuracy, security, purpose limitation, and data minimization have been established to minimize violations of individuals' privacy. Furthermore, these legal frameworks often reference specific technical methods designed to ensure the secure processing of personal data, including pseudonymization. However, due to insufficient attention to the details of these techniques and tools within the laws of leading jurisdictions—and the absence of explicit legal provisions in countries such as Iran—significant ambiguities persist regarding their proper implementation, effects, economic aspects, and the role of pseudonymization in ensuring compliance with data processing principles. This study adopts a descriptive-analytical approach, relying on both printed and digital library sources, and employs a comparative perspective to scrutinize the technical methodologies and specific requirements for effective pseudonymization. The primary research question addressed is: To what extent does pseudonymization contribute to precise implementation of legal data processing principles? The findings indicate that, although pseudonymization effectively reduces the direct linkage between data and individual identities, it alone is insufficient to guarantee full compliance with legal processing principles—particularly if the process remains reversible. Nonetheless, when combined with additional techniques such as data encryption, pseudonymization can substantially enhance compliance with data processing principles.

Keywords:

Data Processing Principles, Privacy, Personal Data, Pseudonymization.

* L.L.M., Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

** Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran Corresponding Author Email: zshakeri@ut.ac.ir

بررسی تطبیقی آداب‌التجاره در فقه اسلامی و اخلاق تجاری شرکت‌های موفق: راهکاری برای توسعه پایدار تجارت

مصطفی اعتمادشفیعی*

سیدمهدی دادمرزی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۰۳

چکیده

آداب‌التجاره در فقه اسلامی مجموعه‌ای از دستورالعمل‌ها و اصول اخلاقی است که بر رعایت صداقت، انصاف، شفافیت و اعتمادسازی تأکید دارد. در دنیای مدرن نیز، بسیاری از شرکت‌های بزرگ و موفق در سطح جهانی، به‌ویژه در راستای برندینگ و حفظ اعتماد مشتریان، کدهای اخلاقی مشابهی را به کار می‌برند. تمایز بنیادین در این است که آموزه‌های اسلامی این اصول را با هدف قرب الهی مطرح می‌کنند، درحالی‌که نظام‌های لیبرال آنها را ابزاری برای تحقق سود می‌دانند. همچنین، این اصول اخلاقی نقشی اساسی در شکل‌گیری و اجرای قواعد حقوقی دارند. این مقاله به بررسی این اصول در چارچوب چهارده محور کلیدی از جمله سهل‌گیری در معاملات، حسن‌نیت، امنیت و اعتماد، حق بر کیفیت و مسئولیت اجتماعی پرداخته است. هدف اصلی تحقیق تحلیل تطبیقی این اصول در فقه اسلامی و مدل‌های اخلاقی مدرن است تا نشان دهد که چگونه این اصول می‌توانند به ایجاد تجارت پایدار و رقابت سالم کمک کنند. نتیجه‌گیری این تحقیق بر اهمیت پیاده‌سازی یک کد اخلاقی جامع برای موفقیت بلندمدت شرکت‌ها تأکید دارد و پیشنهادهایی برای اعمال این اصول در استراتژی‌های تجاری ارائه می‌دهد.

کلیدواژه‌گان:

حقوق، فقه، تجارت، اخلاق، توسعه، آداب، شرکت.

* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)
m.etemadshafee@stu.qom.ac.ir

** دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.



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 جهان معاصر، تجارت نه تنها ابزاری برای خلق ثروت و رفاه است، بلکه به‌عنوان یکی از نیروهای اصلی توسعه اقتصادی-اجتماعی عمل می‌کند. با این حال، چالش‌های اخلاقی همچون فساد مالی، رقابت ناسالم و بحران‌های زیست‌محیطی نیز به‌طور فزاینده‌ای ظهور یافته‌اند. این چالش‌ها نیازمند چارچوب‌های اخلاقی است که هم‌زمان منافع اقتصادی و مسئولیت‌پذیری اجتماعی را تقویت کنند.

آداب‌التجاره در فقه اسلامی، مجموعه‌ای از دستورالعمل‌ها و اصول اخلاقی است که با هدف ایجاد روابط تجاری شفاف، منصفانه و محترمانه تنظیم شده است. این اصول که از منابع دینی اسلامی استخراج شده‌اند، بر مفاهیمی مانند صداقت، انصاف، شفافیت و مسئولیت اجتماعی تأکید دارند. تمایز بنیادین این رویکرد با نظام‌های مدرن در این است که آموزه‌های اسلامی این اصول را با هدف قرب الهی مطرح می‌کنند، در حالی که نظام‌های تجاری معاصر آنها را عمدتاً ابزاری برای تحقق سود می‌دانند. امروزه شرکت‌های بزرگ بین‌المللی نظیر نظیر ولوو، مزدا و مرسدس بنز نیز کدهای اخلاقی مشابهی را به کار می‌برند که فراتر از ایجاد شفافیت، در موفقیت و توسعه برندهای تجاری نقش‌آفرینی می‌کنند.

مطالعات پیشین در این حوزه را می‌توان در سه دسته کلی جای داد: نخست، پژوهش‌هایی که به بررسی کدهای رفتاری-اخلاقی شرکت‌های چندملیتی در حوزه‌های حقوق بشر، کار و محیط زیست پرداخته‌اند؛^۱ دوم، مطالعاتی که آموزه‌های اخلاقی معاملات در جامعه اسلامی و تأثیر آن بر سرمایه اجتماعی را بررسی کرده‌اند^۲ و سوم، تحقیقاتی که به تبیین جایگاه حقوق نرم و ضمانت‌های اجرایی فراحقوقی در تجارت معاصر پرداخته‌اند.^۳

۱. جاوید، محمدجواد و آرزو رنگچیان، «مقایسه کدهای رفتاری-اخلاقی شرکت‌های چندملیتی در حقوق بین‌الملل و حقوق اسلامی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، د. ۵۰، ش. ۱، ۱۳۹۹، صص. ۱۷۹-۱۵۹.

۲. ارشدی، وحید، «آموزه‌های اخلاقی خرید و فروش (معاملات) در جامعه اسلامی و تأثیر آن بر انباشت سرمایه اجتماعی و تقویت سایر بخش‌های مولد اقتصادی»، نشریه اقتصاد و بانکداری اسلامی، د. ۲، ش. ۴ و ۵، ۱۳۹۲، صص. ۱۲۳-۱۶۰.

۳. شیروی، عبدالحسین و محمدحسین وکیلی‌مقدم، «حقوق نرم»، مطالعات حقوق تطبیقی، د. ۶، ش. ۱، ۱۳۹۴، صص. ۲۵۱-۲۷۶؛ شیروی، عبدالحسین و محمدحسین وکیلی‌مقدم، «ضمانت اجرای فراحقوقی و جایگاه آن در حقوق نرم»، دانشنامه حقوق اقتصادی، د. ۲۱، ش. ۵، ۱۳۹۳، صص. ۲۷-۱.

با این حال، مرور پیشینه پژوهش نشان می‌دهد که تاکنون مطالعه جامعی که به تحلیل تطبیقی آداب‌التجاره در فقه اسلامی با کدهای اخلاقی شرکت‌های بین‌المللی بپردازد، صورت نگرفته است. از این رو، پژوهش حاضر با رویکردی متمایز در سه محور به این موضوع می‌پردازد: نخست، نوآوری در تحلیل تطبیقی از طریق بررسی جامع چهارده محور کلیدی در دو نظام اخلاقی؛ دوم، رویکرد عملی از طریق ارائه پیشنهادها کاربردی برای پیاده‌سازی این اصول؛ سوم، کاربردپذیری در تجارت مدرن با تمرکز بر کدهای اخلاقی شرکت‌های موفق بین‌المللی.

برای دستیابی به این اهداف، مطالعه حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و رویکرد تطبیقی انجام شده است. پس از بررسی اصول و قواعد آداب‌التجاره در فقه اسلامی و مطالعه کدهای اخلاقی شرکت‌های موفق جهانی، تحلیل تطبیقی این دو نظام در چهارده محور اصلی از جمله سهل‌گیری در معاملات، حسن‌نیت، امنیت و اعتماد، و مسئولیت اجتماعی انجام شده است. یافته‌های پژوهش می‌تواند به ارائه مدل‌های اخلاقی کارآمدی منجر شود که هم از منظر فقه اسلامی و هم از دیدگاه اخلاق تجاری مدرن قابل پذیرش باشند.

۱. مبانی نظری تحقیق

۱.۱. آداب‌التجاره در فقه اسلامی

آداب‌التجاره در فقه اسلامی مجموعه‌ای از اصول و قواعد اخلاقی است که به منظور تنظیم روابط تجاری سالم، عادلانه و شفاف تدوین شده است. این اصول، علاوه بر جنبه‌های اقتصادی، به جنبه‌های اجتماعی و دینی تجارت نیز توجه دارند و به مسئولیت‌های اخلاقی مانند رعایت عدالت، صداقت، شفافیت و احترام به حقوق طرفین معامله تأکید می‌کنند. آداب‌التجاره در فقه اسلامی به دو دسته مستحبات و مکروهات تقسیم می‌شود که هر کدام اهمیت خاصی دارند:

الف) مستحبات: این دسته شامل رفتارهایی است که انجام آنها در تجارت توصیه و پسندیده

است. به عنوان مثال:

- سهل‌گیری در معاملات،
- رعایت عدالت و انصاف،
- احترام به ارزش‌های دینی و اخلاقی مانند صداقت، امانت‌داری و وفاداری.

ب) مکروهات: شامل رفتارهایی است که به اجتناب از آنها توصیه شده است. برخی این رفتارها عبارت‌اند از:

- پنهان‌کاری در خصوص عیوب کالا،
 - سوءاستفاده از موقعیت تجاری،
 - مداخله نادرست در معاملات دیگران برای کسب سود شخصی.
- این اصول علاوه بر اینکه در فقه اسلامی برای مسلمانان به‌عنوان دستورالعمل‌های دینی مطرح‌اند، می‌توانند به‌عنوان اصول اخلاقی جهانی در دنیای تجارت مدرن نیز به‌کار گرفته شوند. به‌عنوان مثال، در بررسی‌های علمی مرتبط، استفاده از این اصول در تنظیم روابط تجاری می‌تواند به کاهش فساد مالی و افزایش اعتماد در بازارهای جهانی منجر شود.

۱.۲. اخلاق تجاری در شرکت‌های مدرن

در دنیای مدرن، اخلاق تجاری به‌عنوان یکی از ارکان اصلی موفقیت و پایداری شرکت‌ها شناخته می‌شود. اصول اخلاقی مانند صداقت، احترام به حقوق دیگران، مسئولیت اجتماعی و تمرکز بر رضایت مشتری، برای موفقیت برندها و شرکت‌ها ضروری‌اند. برخی از این اصول عبارت‌اند از:

- صداقت و شفافیت: رعایت صداقت در ارائه اطلاعات و جلوگیری از هرگونه گمراه‌سازی در فرایندهای تجاری.
- احترام به حقوق دیگران: احترام به حقوق مشتریان، کارکنان و رقبا و پرهیز از رفتارهای غیرمنصفانه.
- مسئولیت اجتماعی: توجه به مسئولیت‌های اجتماعی و زیست‌محیطی در دنیای تجارت و استفاده از منابع به‌صورت پایدار.
- تمرکز بر رضایت مشتری: بهبود تجربه مشتری و استفاده از روش‌های مختلف برای جلب وفاداری آنها.

۱.۳. ضرورت کد اخلاقی برای تجارت مدرن

کدهای اخلاقی برای شرکت‌ها به‌عنوان معیارهای رسمی و غیررسمی عمل کرده، در تصمیم‌گیری‌های تجاری نقش حیاتی ایفا می‌کنند. تدوین و رعایت کد اخلاقی، نه تنها به ایجاد اعتماد و اعتبار برند کمک می‌کند، بلکه به ایجاد یک محیط رقابتی سالم و کاهش فساد نیز

می‌انجامد. شرکت‌های موفق معمولاً دارای کدهای اخلاقی جامع‌اند که رعایت آنها برای تمام کارکنان الزامی است.

به‌عنوان مثال، شرکت ولوو کدی اخلاقی تدوین کرده است که شامل اصولی نظیر صداقت، شفافیت، و احترام به حقوق انسان‌هاست. این کد اخلاقی به تمامی کارکنان ابلاغ شده و اجرای آن به طور مداوم پایش می‌شود. همچنین، شرکت مرسدس بنز با تدوین کدهای اخلاقی مشخص برای تمامی جنبه‌های فعالیت تجاری خود، اعتماد و احترام مشتریان را جلب کرده است.

۱.۴. جایگاه اصول اخلاقی در حقوق

رابطه اخلاق و حقوق از مباحث بنیادین فلسفه حقوق است. دیدگاه سنتی که این دو حوزه را کاملاً مجزا می‌پندارد و حقوق را صرفاً به قواعد الزام‌آور محدود می‌کند، نیازمند بازنگری است. اگرچه اخلاق و حقوق دو مفهوم متمایزند، اما اصول اخلاقی نقشی بنیادین در شکل‌دهی قواعد و ضوابط حقوقی دارند. هر جا که نظام حقوقی ظرفیت پذیرش داشته باشد، اصول اخلاقی در مقام یکی از مبانی اصلی آن خودنمایی می‌کنند. این رابطه عمیق و تأثیرگذار را می‌توان از منظرهای مختلف مورد بررسی قرار داد:

۱.۴.۱. تحول در مفهوم قاعده حقوقی

معیار ضابطه حقوقی، صرفاً الزام و عدم الزام نیست، بلکه تعیین‌کنندگی و تأثیر آن در نحوه شکل‌گیری رابطه حقوقی نیز اهمیت دارد. چراکه اگر این موارد رعایت شده باشد، یک قالب حقوقی به سامان در روابط معاملی مردم شکل می‌گیرد. لذا چه بسا اصلاً ضابطه حقوقی معیارش، عمق و میزان تأثیرگذاری عینی آن باشد نه صرفاً ضمانت اجرای بیرونی و دولتی.

۱.۴.۲. تنوع در منابع حقوقی

حقوق منحصر به قانون موضوعه نیست. عرف، رویه قضایی و اصول کلی حقوقی نیز از منابع حقوق محسوب می‌شوند. همچنین متون قانونی که فقط مشحون از احکام وضعی نیست، یک‌سری احکام تکلیفی نیز در قانون مدنی وجود دارند^۱ و احکام تکلیفی نیز صرفاً ناظر بر حرمت یا وجوب نیست و اباحه در معنای عام^۲ را نیز دربر می‌گیرد.

۱. مانند مواد ۵، ۷، ۴۸، ۸۲، ۱۱۷، ۱۲۴، ۳۰۱، ۳۶۳، ۱۱۰۶، ۱۱۶۸، ۱۱۷۷، ۱۱۸۶، ۱۱۸۸، ۱۱۹۸، ۱۲۱۹، ۱۲۲۱، ۱۲۳۶، ۱۲۵۵ و ۷۶، ۴۷۴، ۴۷۵، ۴۹۱ و ۲۵، ۲۴، ۷۹، ۹۹، ۱۱۸، ۱۳۰، ۱۳۲.

۲. اباحه در این معنا شامل استحباب، کراهت و اباحه می‌شود. استحباب جواز ترک دارد ولی فعل آن رجحان دارد، کراهت جواز فعل دارد، ولی ترکش رجحان دارد، اباحه جواز را دارد ولی رجحان را ندارد و به اصطلاح پنجاه-پنجاه است.

۱.۴.۳. تحول در مفهوم الزام و ضمانت اجرا

غالباً الزام را با برخورداری از ضمانت اجرا یکی تلقی می‌کنند، درحالی که ضمانت اجرا معلول و نتیجه الزام است. اینها یک عنوان و یک مفهوم نیستند؛ ممکن است چند مفهوم بر یک مصداق منطبق باشند؛ اما بدین معنا نیست که مفاهیم مترادف شده‌اند، مانند مفاهیم ضرر و حرج. در تمام نظام‌های حقوقی، قواعد حقوقی یا امری‌اند یا تکمیلی. قانون‌گذار علی‌رغم اعتقاد به الزام‌آوری قواعد حقوقی، برای الزامیات یک سلسله‌مراتبی قائل است. برخی از قواعد حقوقی آمره‌اند و آنها را نمی‌توان کنار گذاشت؛ ولی برخی دیگر را که تکمیلی‌اند، می‌توان کنار گذاشت. این نشان می‌دهد که حتی در حوزه الزامات قانونی نیز با طیفی از قواعد مواجهیم، نه یک مفهوم یکپارچه و یکسان. همچنین ضمانت اجرا نیز منحصر به موارد دولتی و بیرونی نیست و می‌تواند اشکال متنوعی به خود بگیرد. در فقه اگر چوب خدا را به‌عنوان ضمانت اجرا بگیریم، ترک مستحب و ارتکاب مکروه که چوب ندارد، اما اگر قائل شویم که اینها در محبوب حق تعالی شدن تأثیر دارند، یا مثلاً نماز شب یا خوش اخلاقی روزی را زیاد می‌کند، دیگر خالی از وجه نیست. در عرصه تجارت، نیز ضمانت اجراهای غیردولتی مانند از دست دادن اعتبار تجاری، خروج از بازار، یا کاهش مشتری می‌تواند مؤثرتر از ضمانت اجراهای دولتی باشد. این امر به‌ویژه در تجارت بین‌المللی مشهود است.

۱.۴.۴. کارکرد تفسیری اصول اخلاقی

اصول اخلاقی در مقام تفسیر قواعد حقوقی نقش مهمی ایفا می‌کنند. برای مثال، در رأی وحدت رویه شماره ۸۴۷ دیوان عالی کشور، عبارت «به هر قیمت یا به هر شخص ولو به خود» مبتنی بر اصول اعتماد، انصاف و لزوم رعایت مصلحت موکل محمول بر قیمت متعارف دانسته شده است. همچنین در فقه آمده است که^۱ اگر زنی به شوهرش مالی هدیه دهد که هرکاری می‌خواهی با آن بکن، شوهر نمی‌تواند با آن کنیزی برای خود بخرد؛ چراکه این امر موجب ناراحتی زن می‌شود و با هدف او از بخشش مال منافات دارد.

۱. صدوق اول، علی، ابن بابویه، رسالتان مجموعتان من فتاوی العلمین، قم: اخلاص، ۱۴۰۶ هـ.ق، ص ۱۰۱؛ شیخ صدوق، محمد، ابن بابویه، المقنع، قم: پیام امام هادی (ع)، ۱۴۱۵ هـ.ق، ص ۳۶۳.

۱.۴.۵. اصول اخلاقی به‌عنوان ریشه گزاره‌های حقوقی

راه دیگر برای ورود مباحث اخلاقی به حقوق، مفاهیم بنیادین حقوقی است. زیرا ذات این مفاهیم این است که به‌سادگی دستخوش تغییر و تحول نمی‌شوند. هر جا ذره‌ای راه باز می‌شود، همین آموزه‌های اخلاقی به کار می‌آیند. از طرفی اصول اخلاقی در شکل‌گیری مفاهیم بنیادین حقوقی نقش دارند. مفاهیمی چون نظم عمومی، اخلاق حسنه و انصاف که از مفاهیم کلیدی حقوق‌اند، ریشه در اصول اخلاقی دارند. این مفاهیم به‌نوبه‌خود، مبنای بسیاری از قواعد حقوقی قرار می‌گیرند.

۱.۴.۶. نقش در تکوین احکام تکلیفی

در احکام تکلیفی همواره الزام وجود دارد، ولی ممکن است ضمانت اجرای بیرونی و دولتی وجود نداشته باشد (مانند اباحه به‌معنای عام). حتی در نظام حقوقی نیز می‌توان قواعدی را یافت که علی‌رغم نداشتن ضمانت اجرای مستقیم، از اعتبار حقوقی برخوردارند.

۱.۴.۷. تأثیر در نظام دادرسی و اجرای عدالت

نظام دادرسی در مقام اجرای عدالت، ناگزیر از توسل به اصول اخلاقی است. قضات در استدلال‌های حقوقی خود، به‌ویژه در مواردی که با خلأ قانونی مواجه می‌شوند، از این اصول بهره می‌برند. این امر نشان می‌دهد که اصول اخلاقی نه‌تنها در مقام تقنین، بلکه در مرحله اجرای قانون نیز نقشی اساسی ایفا می‌کنند.

بنابراین، اصول اخلاقی را نمی‌توان صرفاً توصیه‌هایی خارج از حوزه حقوق دانست. این اصول در سطوح مختلف نظام حقوقی، از مرحله شکل‌گیری قواعد تا تفسیر و اجرای آنها، نقشی بنیادین ایفا می‌کنند و جزء جدایی‌ناپذیر اندیشه حقوقی محسوب می‌شوند.

۱.۵. تمایز بنیادین رویکرد آموزه‌های اسلامی و نظام‌های پوزیتیویستی و لیبرال

یکی از مهم‌ترین وجوه تمایز آموزه‌های فقه اسلامی با نظام‌های حقوقی پوزیتیویستی و اقتصاد آزاد لیبرال، تفاوت در بنیان‌های نظری و اهداف آنهاست. در آموزه‌های اسلامی، اصول و قواعد تجاری بر مبنای یک جهان‌بینی توحیدی استوارند. در این جهان‌بینی، هدف نهایی از تمام معاملات و تعاملات، قرب الی‌الله و کسب رضایت الهی است. بنابراین، حتی اگر این اصول به ایجاد درآمد منجر شوند، این نتیجه ثانوی و تبعی محسوب می‌شود و به هیچ‌وجه هدف اصلی نیست.

برای نمونه، در فقه اسلامی^۱ تجارت بدون کسب سود نیز مطلوب و حتی در برخی موارد توصیه شده است. فروشنده می‌تواند بدون هیچ‌گونه انتظار مادی، معامله‌ای را صرفاً با نیت احسان و جلب ثواب به دیگری انجام دهد. یکی از مصادیق برجسته این رویکرد، زمانی است که فروشنده با عبارتی نظیر «هلمَّ أحسن إليك» (بشتابید تا به شما نیکویی کنم)، معامله می‌کند؛ در این حالت، مستحب است که سودی نگیرد و حتی گرفتن سود به شدت مکروه است. در معاملات میان مؤمنان نیز مستحب است که فروشنده از دریافت سود اجتناب کند، مگر در شرایط اضطراری. علاوه بر این، اگر موضوع معامله مورد نیاز جامعه اسلامی باشد، فروشنده موظف است آن را بدون دریافت سود تأمین کند. چراکه در این موارد، تأمین نیازهای اساسی مسلمانان به‌عنوان یک واجب کفایی شناخته شده است و اخذ اجرت برای انجام واجبات در فقه اسلامی ممنوع است. از سوی دیگر، اقاله (فسخ قرارداد پیرو درخواست از طرف شخص پشیمان) نه تنها عملی حقوقی، بلکه عملی اخلاقی و توحیدی است. در حدیثی نبوی آمده است: «هرکس اقاله مسلمانی را بپذیرد، خداوند لغزش‌های او را در قیامت اقاله می‌کند.»^۲ همچنین امام صادق (ع)

۱. شیخ طوسی، **النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی**، بیروت: دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰ هـ.ق، ص ۳۷۳؛ ابن ادریس حلی، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۲۳۲؛ محقق حلی، جعفر بن حسن، **النهایه و نکتها**، ج ۲، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی (محقق)، ۱۴۱۲ هـ.ق، ص ۱۱۲؛ علامه حلی، حسن بن یوسف، **تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه (ط-الحدیثه)**، ج ۲، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، ۱۴۲۰ هـ.ق، ص ۲۵۰؛ محقق کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**؛ ج ۴، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۱۴ هـ.ق، ص ۵۰؛ شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشى-کلاتر)**، ج ۳، قم: مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۲۹۳؛ محقق اردبیلی، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**؛ ج ۸، قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم. مؤسسه النشر الإسلامی، بی‌تا، ص ۱۲۷؛ عاملی، سید جواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط-الحدیثه)**؛ ج ۱۲، قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم. مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ص ۴۳۷؛ فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (المکاسب المحرمه)**، ج ۱۷، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۹۰، ص ۲۴۶؛ نجفی، شیخ حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**؛ ج ۲۲، بیروت: دار إحياء التراث العربی، بی‌تا، ص ۴۵۶؛ سبزواری، عبدالاعلی، **مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام**؛ ج ۱۶، قم: السید عبدالاعلی السبزواری، ۱۴۱۳ هـ.ق، ص ۲۴.

^۲ شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ۱۴۱۰، همان منبع، ص ۲۸۶.

فرموده‌اند: «أَرْبَعَةٌ يَنْظُرُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ - مَنْ أَقَالَ نَادِمًا...»؛ یعنی هر کس پشیمانی مسلمانی را بپذیرد و معامله را اقاله کند، خداوند در روز قیامت به او نگاه تکریمی خواهد داشت. این تأکید بر آخرت‌نگری و رضایت الهی، نگاه توحیدی فقه اسلامی را بیش از پیش نمایان می‌سازد.

در مقابل، نظام‌های پوزیتیویستی و اقتصاد آزاد لیبرال، اگرچه به ارزش‌هایی چون اعتماد، انصاف، و صداقت توجه دارند، این اصول غالباً به‌عنوان ابزارهایی برای تحقق سود و رشد اقتصادی تعریف می‌شوند. در این نظام‌ها، اگر قواعد اخلاقی سودآوری را تسهیل نکنند، با اصول دیگری جایگزین خواهند شد.

بنابراین، تفاوت بنیادین آموزه‌های اسلامی با این نظام‌ها، نه تنها در اهداف، بلکه در ذات و روش آن‌ها نیز مشهود است. در حالی که نظام‌های لیبرال بر بهره‌وری و سودآوری تمرکز دارند، آموزه‌های اسلامی بر معنویت، اخلاق، و نگاه توحیدی تأکید می‌کنند. این تمایز بنیادین، نمایانگر تفاوت اساسی در اهداف و مبانی دو نظام بوده و به‌خوبی نشان می‌دهد که آموزه‌های اسلامی، رویکردی متفاوت و متمایز در تنظیم قواعد تجاری ارائه می‌کنند.

۲. تحلیل تطبیقی آداب‌التجاره در فقه اسلامی و کدهای اخلاقی شرکتهای مدرن

در این فصل، هدف اصلی مقایسه و تحلیل تطبیقی اصول اخلاقی تجارت در فقه اسلامی و اصول اخلاقی رایج در شرکتهای تجاری است. این تطبیق می‌تواند به درک بهتری از چگونگی کاربرد آداب‌التجاره در دنیای مدرن و پیوند آن با موفقیت‌های تجاری کمک کند. در این فصل، بررسی می‌کنیم که چگونه قواعد فقهی، همچون صداقت، انصاف، مسئولیت اجتماعی و احترام به دیگران، در عملکرد روزمره شرکتهای تجاری بازتاب می‌یابد و آیا این امور می‌توانند به‌عنوان مبانی اخلاقی برای برندهای تجاری موفق در سطح جهانی به‌کار روند. هر قاعده ابتدا با استناد به بندهای مرتبط از آداب‌التجاره در فقه اسلامی تبیین و سپس با اخلاق تجاری مدرن مقایسه می‌شود. تحلیل تطبیقی نشان می‌دهد که چگونه این اصول می‌توانند مبنایی برای تنظیم کدهای اخلاقی جامع در کسب‌وکار باشند.

۲.۱. سهل‌گیری و ساده‌سازی معاملات

سهل‌گیری و ساده‌سازی معاملات در فقه اسلامی و تجارت مدرن یکی از اصول اخلاقی بنیادین است که به کاهش پیچیدگی‌ها و تسهیل فرایندهای تجاری تأکید دارد. در فقه اسلامی، مفاهیمی مانند «الإجمال فی طلب الرزق»^۱ (ساده‌گیری در کسب روزی) و «أن یکون سهل الشراء و سهل القضاء و سهل الاقتضاء»^۲ (سهل‌گیری در خرید، پرداخت و تحویل) مستحب شناخته شده‌اند و تجار به پرهیز از پیچیدگی‌های غیرضروری در معاملات توصیه شده‌اند.

در تجارت مدرن نیز ساده‌سازی معاملات به یک استراتژی کلیدی برای جذب مشتری و افزایش اعتماد تبدیل شده است. شرکت‌های موفق، با ساده‌سازی معاملات، به رشد کسب‌وکار خود کمک می‌کنند. برای نمونه، شرکت مرسدس‌بنز تحت عنوان «گزینه‌های تأمین مالی منعطف»^۳ با ارائه گزینه‌های مختلف تأمین مالی مانند «تأمین مالی استاندارد»، «تأمین مالی با پرداخت نهایی» و «تأمین مالی سه‌جانبه» فرایند خرید را منعطف و ساده‌تر کرده^۴ و مزایایی همچون حفظ نقدینگی، شفافیت و امنیت برنامه‌ریزی، خدمات اضافی را برای مشتریان فراهم نموده است. این شرکت همچنین با شعار «راه حل تجارت الکترونیک: انعطاف پذیری علی‌رغم استانداردسازی» بر فروش دیجیتال و تسهیل آن تأکید دارد.^۵ برنامه‌هایی مانند «برنامه تعویض اپل»^۶ و «برنامه ارتقای سامسونگ»^۷ که مشتریان را به تعویض دستگاه‌های قدیمی با محصولات جدید تشویق می‌کنند، نمونه‌هایی از ساده‌سازی فرایند خریدند. توسعه تجارت

۱. اصفهانی، ابوالحسن، *وسيلة النجاه مع حواشی الإمام الخمينی*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمينی (قدس سره)، ۱۳۹۲، ص ۳۲۶؛ خمینی، سید مصطفی، *مستند تحریر الوسیله*، ج ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۷۶، ص ۴۶۱؛ فاضل‌لنکرانی، منبع پیشین، ص ۲۳۸؛ صافی، لطف الله، *هدایة العباد*، ج ۱، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ هـ.ق، ص ۲۹۷؛ نجفی، منبع پیشین، ص ۴۶۲؛ سبزواری، عبدالاعلی، منبع پیشین، ص ۱۶.

۲. محقق اردبیلی، منبع پیشین، ص ۱۱۸؛ سبزواری، عبدالاعلی، همان منبع، ص ۱۸.

۳. تأمین مالی منعطف برای مشتریان.

4. <https://www.mercedes-benz-mobility.com/en/what-we-do/financing/>

5. <https://www.mercedes-benz-consulting.de/en/cases/ecommerce-solution-flexibility-in-spite-of-standardization/>

6. <https://www.apple.com/shop/trade-in>

7. <https://www.samsung.com/uk/samsung-upgrade/>

الکترونیک نیز با پلتفرم‌هایی مانند آمازون^۱، علی‌بابا^۲ و دیجی‌کالا^۳ نمونه‌ای بارز از این اصل اخلاقی است که به کاهش پیچیدگی‌ها و تسهیل معاملات کمک کرده‌اند.

ساده‌سازی معاملات، هم در فقه اسلامی و هم در تجارت مدرن، به‌عنوان یک اصل مشترک، موجب کاهش موانع، افزایش اعتماد مشتریان، و ارتقای اخلاق در تجارت می‌شود. این اصل نه‌تنها فرایندهای تجاری را روان‌تر می‌کند، بلکه تجربه مشتری را بهبود می‌بخشد و در تقویت تصویر مثبت برندها نقش کلیدی ایفا می‌کند.

۲.۲. حسن نیت، شفافیت و صداقت

حسن نیت، شفافیت و صداقت از اصول بنیادین در فقه اسلامی و اخلاق تجاری محسوب می‌شوند. این مفاهیم نه‌تنها در راستای تضمین عدالت و جلوگیری از فریب در معاملات، بلکه به‌عنوان ابزاری برای تقویت اعتماد میان طرفین تجارت، نقشی کلیدی ایفا می‌کنند. در فقه اسلامی، حسن نیت به‌عنوان پیش‌شرط اخلاقی برای هرگونه تعامل تجاری در نظر گرفته شده است و شفافیت و صداقت ابزاری برای تحقق عدالت و جلوگیری از سوءاستفاده و ضرر محسوب می‌شوند. به‌عنوان نمونه، کراهت «البيع فی الظلمه»^۴ (فروش در مکان تاریک) و «البيع فی موضع یستتر فیهِ العیب»^۵ (فروش در مکانی که عیب پنهان می‌شود) و «کتمان العیب إذا لم

1. <https://www.amazon.com>

2. <https://www.alibaba.com/>

3. <https://www.digikala.com/>

۴. علامه‌حلی، حسن بن یوسف، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، ج ۱، قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ هـ، ص ۳۵۸؛ علامه‌حلی، حسن بن یوسف، *تبصره المتعلمین فی أحكام الدین*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، ۱۴۱۱ هـ، ص ۹۴؛ علامه‌حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحکام*، ج ۲، قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۳ هـ، ص ۱۴؛ شهید اول، محمد بن مکی، *غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد*؛ ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ هـ، ص ۱۱؛ محقق کرکی، منبع پیشین، ص ۵۱؛ شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *حاشیه الإرشاد*؛ ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ هـ، ص ۱۱؛ محقق اردبیلی، منبع پیشین، ص ۱۲۴؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۴۸.

۵. علامه‌حلی، ۱۴۲۰، منبع پیشین، ص ۲۵۲؛ شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *فوائد القواعد*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم. بی‌تا، ص ۵۲۵؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۴۹؛ اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۷؛ خمینی، منبع پیشین، ص ۴۶۳؛ فاضل لنکرانی، منبع پیشین، ص ۲۴۴؛ صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۸؛ نجفی، منبع پیشین، ص ۴۵۴؛ سبزواری، عبدالاعلی، منبع پیشین، ص ۲۳.

یؤد إلى غش»^۱ و «تزیین المتاع»^۲ و «بیع المکیل و الموزون قبل قبضه»^۳ و دستور به پرهیز از «کتمان العیب»^۴ درخصوص کالا و همچنین کراهت «أن یتوکل حاضر عارف بسعر البلد لباد غریب جاهل»^۵ (وکالت در فروش توسط بازاری آگاه برای بادیه نشین و شخص ناآگاه از قیمت) و «تلقی الرکبان و القوافل»^۶ (به ملاقات کاروان‌ها رفتن به منظور خرید کالا قبل از اطلاع ایشان از قیمت بازار) و منع از «کذب»^۷ درخصوص طرف معامله، نشان‌دهنده مقابله با عدم شفافیت درخصوص کالا و قیمت آن است. توصیه به عمل براساس «مکارم الأخلاق»^۸ در تجارت نیز بر لزوم حسن‌نیت نسبت به طرف معامله تأکید دارد. این اصول علاوه بر تضمین عدالت، از فریبکاری و آسیب به طرفین معامله جلوگیری می‌کنند.

در تجارت مدرن نیز این اصول جایگاهی برجسته دارند. برندهایی که با صداقت و شفافیت در تبلیغات و روابط تجاری خود عمل می‌کنند، به راحتی اعتماد مشتریان و رقبا را جلب می‌کنند. این امر باعث ارتقای اعتبار برند می‌شود و رابطه‌ای پایدار با مشتریان ایجاد می‌کند. به عنوان نمونه،

۱. علامه حلی، ۱۴۱۱، منبع پیشین، ص ۹۴؛ خویی، سیدابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، ج ۲، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۱۰؛ شهید صدر، سیدمحمد باقر، **موسوعه الشریع السید محمد باقر الصدر**، ج ۱۴، قم: دارالصدر، ۱۴۳۴ هـ.ق، ص ۲۷.
۲. علامه حلی، ۱۴۲۰، منبع پیشین، ص ۲۵۱؛ شهید اول، محمدبن مکی، **اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة**، بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۱۰۸؛ محقق کرکی، منبع پیشین، ص ۵۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ۲۸۹؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۴۸.
۳. نجفی، منبع پیشین، ص ۴۶۸.
۴. صدوق اول، منبع پیشین، ص ۱۰۱؛ شیخ صدوق، منبع پیشین، ۳۶۳؛ شیخ مفید، محمد، **المقنعه**، قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم. مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۵۹۱.
۵. سبزواری، عبدالاعلی، منبع پیشین، ص ۲۷؛ ابن ادریس حلی، منبع پیشین، ۲۳۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۱، منبع پیشین، ص ۹۵؛ علامه حلی، حسن بن یوسف، **مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة**، ج ۵، قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۳۷۴، ص ۴۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۲۹۶؛ محقق اردبیلی، منبع پیشین، ص ۱۳۳؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۵۹؛ اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۸؛ صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۸؛ نجفی، منبع پیشین، ص ۴۶۱.
۶. علامه حلی، ۱۴۲۰، منبع پیشین، ص ۲۵۳؛ اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۸؛ خمینی، منبع پیشین، ص ۴۶۶؛ فاضل لنکرانی، منبع پیشین، ص ۲۵۰؛ صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۸.
۷. صدوق اول، منبع پیشین، ص ۱۰۱؛ شیخ صدوق، منبع پیشین، ص ۳۶۳.
۸. صدوق اول، همان منبع، ص ۱۰۱؛ شیخ صدوق، همان منبع، ص ۳۶۳.

شرکت ولو^۱ با اصل «ما به‌طور شفاف و مسئولانه ارتباط برقرار می‌کنیم» و شعار «گزارش‌دهی را شفاف، صادقانه و به‌موقع انجام می‌دهیم تا تصویری واقعی از عملکرد گروه ولو ارائه شود» بر شفافیت و صداقت در ارتباطات و گزارش‌دهی تأکید می‌کند. شرکت مزدا^۲ با اصل «صادق بودن» و رهنمود «بیان حقیقت به‌طور صادقانه و به‌موقع در گزارش‌دهی داخلی و عمومی» صداقت و شفافیت را در ارائه اطلاعات الزامی می‌داند. شرکت مرسدس‌بنز^۳ نیز با اصل «عمل صادقانه پایه اقدامات ماست» و شعار «مسائل را آشکارا مطرح کرده، بر شفافیت پافشاری می‌کنیم» شفافیت را در تمام گزارش‌ها، اعمال و فرایندهای تجاری خود رعایت می‌کند.

این مفاهیم در هر دو نظام، به‌عنوان ستون‌های اخلاقی و حقوقی برای پیشگیری از فریب و سوءاستفاده و نیز تضمین عدالت و پایداری در تجارت شناخته می‌شوند. قواعد فقهی اسلامی با نكوهش مصادیق عدم شفافیت به‌دنبال پیشگیری از فریب و سوءاستفاده در معاملات هستند، درحالی‌که کدهای اخلاقی شرکت‌های مدرن، شفافیت را ابزار اصلی جلب اعتماد و ارتقای اعتبار معرفی می‌کنند. هر دو رویکرد بر اهمیت شفافیت و صداقت به‌عنوان اصولی حیاتی برای تضمین عدالت و پایداری در تجارت تأکید دارند.

۲.۳. اعتبار

اعتبار طرف معامله در فقه اسلامی و اصول تجارت مدرن به‌معنای اطمینان از توانایی، صلاحیت و پایبندی طرف مقابل به تعهدات تجاری است. در اخلاق اسلامی، معامله با افرادی که فاقد اعتبارند، مکروه دانسته شده است؛ از جمله^۴ با «السفله من الناس»، «الأدنین» (افراد پست، فرومایه، اموالش شبهه‌ناک است، ورشکستگان)، «ذوی‌العاهات» (دارای بیماری مسری)، و

1. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf/>
2. <https://www.mazda.eu/en/code-of-conduct/>
3. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/integrity-code.html/>

۴. ابن ادریس حلی، منبع پیشین، ص ۲۳۳؛ علامه‌حلی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۳۵۹؛ علامه‌حلی، ۱۴۱۱، منبع پیشین، ص ۹۵؛ علامه‌حلی، ۱۴۲۰، منبع پیشین، ص ۲۵۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴، منبع پیشین، ص ۱۲؛ شهید اول، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۱۰۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، منبع پیشین، ص ۱۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۲۹۳ و ۲۹۴؛ محقق‌اردبیلی، منبع پیشین، ص ۱۲۸ و ۱۲۹؛ اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۶ و ۳۲۷؛ خمینی، منبع پیشین، ص ۴۶۴؛ فاضل‌لنکرانی، منبع پیشین، ص ۲۴۴؛ صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۸؛ نجفی، منبع پیشین، ص ۴۵۶ و ۴۵۷؛ سبزواری، عبدالاعلی، منبع پیشین، ص ۲۴؛ شیخ طوسی، منبع پیشین، ص ۳۷۳؛ محقق‌حلی، منبع پیشین، ص ۱۱۳.

«المحرفین» (افرادی که از جامعه اسلامی طرد شده‌اند، گمراهان، آنان که به وظایف دینی و اجتماعی خود پایبند نیستند) و «اکراد» (اصطلاح: شر، راهزن، اشخاصی که فرهنگ معاملاتی ندارند) که ممکن است به دلیل بیماری یا نقص جسمی، روانی، اقتصادی یا اخلاقی، تمایل یا توانایی لازم برای انجام تعهدات را نداشته باشند. این اصل با هدف پیشگیری از بروز خسارت وضع شده است.

در تجارت معاصر نیز، اصل اعتبار طرف معامله یکی از ارکان اساسی محسوب می‌شود. برای نمونه، در شرکت ولو^۱، قاعده «رعایت مقررات تجاری: صادرات، واردات، تحریم‌ها» تأکید بر رعایت قوانین تجاری و همکاری با طرف‌های معتبر دارد. شرکت مزدا^۲ نیز بر پایبندی به قوانین، اصول منطقی، و عرف بین‌المللی از طریق اصل «رعایت قوانین و مقررات، ضوابط شرکت، درک متعارف و رویه‌های صحیح در جامعه بین‌المللی» تصریح کرده است. همچنین، مرسدس بنز^۳ ذیل شعار «ما مسئولانه عمل کرده و به قوانین احترام می‌گذاریم» اهمیت انتخاب شرکای تجاری معتبر را بیان می‌کند.

بنابراین، در هر دو نظام، اعتبار طرف معامله به‌عنوان یکی از اصول بنیادین مطرح است. در فقه اسلامی، این اصل با هدف حفظ حقوق طرفین و جلوگیری از آسیب یا بی‌عدالتی شکل گرفته است. در تجارت مدرن نیز، رعایت قوانین و همکاری با طرف‌های معتبر تضمین‌کننده امنیت و اعتبار معاملات است. همچنین، کدهای اخلاقی شرکت‌ها نشان‌دهنده تعهد به این اصول به‌عنوان یکی از پایه‌های تجارت پایدارند.

۲.۴. امنیت و اعتماد

امنیت و اعتماد از ارکان اساسی تجارت در فقه اسلامی و اخلاق تجاری مدرن به‌شمار می‌آیند. در فقه اسلامی، اعتماد متقابل بین طرفین معامله از اصول بنیادین است و در احادیثی نظیر «من غشّ مسلماً فلیس منا» به اهمیت آن تأکید شده است. قواعدی مانند منع غرر و پرهیز از معاملات مبهم و مخاطره‌آمیز، ضرورت شفافیت و پیش‌بینی‌پذیری در تجارت را روشن

1. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf>

2. <https://www.mazda.eu/en/code-of-conduct/>

3. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/integrity-code.html/>

می‌سازند. برای نمونه کراهت اقداماتی مانند^۱ «الاستحطاط بعد العقد» و «الزیاده وقت النداء» (درخواست کاهش قیمت توسط خریدار و یا افزایش قیمت توسط فروشنده، پس از توافق) نشان‌دهنده لزوم پرهیز از رفتارهایی است که به بی‌اعتمادی دامن می‌زنند. حتی صراحتاً اعلام گردیده «و إذا سألک رجل شراء ثوب فلا تعطه من عندک فإنه خیانه، و لو کان الذی عندک أجدد مما تجده عند غیرک.»^۲ (هرگاه شخصی از تو خواست لباسی بخری، کالای خودت را، ولو اینکه از اجناس سایرین با کیفیت‌تر باشد، به او نده؛ زیرا این عمل به بی‌اعتمادی دامن می‌زند. این اصل با تقویت اعتماد و کاهش اختلافات، به ارتقای امنیت و پایداری روابط تجاری کمک می‌کند.

در اخلاق تجاری مدرن نیز، امنیت و اعتماد به‌عنوان ستون‌های پایداری روابط تجاری شناخته می‌شوند. شرکت‌های معتبر با رعایت استانداردهای امنیتی، تلاش می‌کنند تا اعتماد مشتریان و شرکای تجاری خود را جلب کنند. برای نمونه شرکت ولوو، ذیل شعار «ما اطلاعات و دارایی‌های شرکت را حفاظت می‌کنیم» و همچنین با شعار «ما به حق حریم خصوصی احترام گذاشته و اقدامات لازم برای حفاظت از داده‌های شخصی را اتخاذ می‌کنیم»^۳ بر اهمیت حفظ اطلاعات محرمانه و حریم خصوصی تأکید دارد. شرکت مزدا نیز با بیان «اطلاعات محرمانه را حفظ کنید و هرگز حقوق مالکیت معنوی متعلق به مزدا یا دیگران را نقض نکنید» بر لزوم رعایت حقوق مالکیت معنوی و محرمانگی اطلاعات تأکید دارد.^۴ شرکت مرسدس‌بنز با شعار «استانداردهای بالای امنیتی مشتریان، در امنیت داده‌های خودروها نیز اعمال می‌شود؛ بنابراین،

۱. شیخ طوسی، منبع پیشین، ص ۳۷۴؛ ابن ادریس حلی، منبع پیشین، ص ۲۳۴؛ محقق حلی، منبع پیشین، ص ۱۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۳۵۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۱، منبع پیشین، ص ۹۵؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، منبع پیشین، صص ۲۵۱ و ۲۵۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، منبع پیشین، ص ۱۴؛ علامه حلی، ۱۳۷۴، منبع پیشین، ص ۴۶؛ شهید اول، ۱۴۱۴، منبع پیشین، ص ۱۲؛ محقق کرکی، منبع پیشین، ص ۵۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، منبع پیشین، ص ۱۲؛ شهید ثانی، بی‌تا، منبع پیشین، ص ۵۲۵؛ محقق اردبیلی، منبع پیشین، ص ۱۲۹ و ۱۳۱؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۴۹ و ۴۵۱؛ اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۷؛ خمینی، منبع پیشین، ص ۴۶۵؛ فاضل‌لنکرانی، منبع پیشین، ص ۲۴۴؛ صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۸؛ نجفی، منبع پیشین، ص ۴۵۸؛ سبزواری، منبع پیشین، ص ۲۵؛ شهید اول، ۱۴۱۰، صص ۱۰۹ و ۲۹۴.

۲. صدوق اول، منبع پیشین، ص ۱۰۱؛ شیخ صدوق، منبع پیشین، ص ۳۶۴.

3. <https://www.volvocars.com/images/v/-/media/market-assets/intl/applications/dotcom/pdf/ethical-business/ourcode-howweact.pdf/>

4. <https://www.mazda.com/en/sustainability/governance/compliance/>

امنیت داده را با پیشرفت‌های فناوری اطلاعات تقویت می‌کنیم تا از دستکاری و سوءاستفاده حفاظت شود» نشان داده است که امنیت داده‌ها و اطلاعات مشتریان بخشی جدایی‌ناپذیر از اصول اخلاقی این شرکت است.^۱

در نتیجه، امنیت و اعتماد در هر دو نظام به‌عنوان الزامی اساسی برای پیشگیری از خسارت و تقویت پایداری روابط تجاری شناخته می‌شوند. قواعد فقهی با تأکید بر رفع ابهام و اصول اخلاقی شرکت‌های مدرن با تکیه بر تعهد به استانداردهای امنیتی، نقش مؤثری در افزایش اعتماد و ایجاد فضای سالم برای تجارت ایفا می‌کنند.

۲.۵. حق بر کیفیت

حق بر کیفیت به‌معنای تعهد عرضه‌کنندگان کالا و خدمات به ارائه محصولاتی است که مطابق با بالاترین استانداردهای ایمنی، دوام، کارایی و زیبایی باشد، به گونه‌ای که نیازها و انتظارات مشتریان را برآورده سازد و حتی فراتر رود. این حق شامل تضمین استفاده از مواد اولیه برتر، فرایندهای تولید پیشرفته، و طراحی متناسب با رفاه و ایمنی انسان می‌شود. در سطح اخلاقی، این اصل نمادی از احترام به شأن و حقوق مصرف‌کننده و در سطح تجاری، استراتژی‌ای برای ایجاد اعتماد، وفاداری و پایداری روابط تجاری است. در اسلام، این اصل با توصیه به «أَنْ يَأْخُذَ لِنَفْسِهِ نَاقِصًا وَ يَعْطَى رَاجِحًا بِحَيْثُ لَا يُؤَدِّي إِلَى الْجِهَالَةِ»^۲ مورد تأکید قرار گرفته است. این اصل، علاوه بر تقویت اعتماد، برکت و پایداری را در روابط تجاری به همراه دارد.

در تجارت مدرن نیز حق مشتریان برای برخورداری از کیفیت به‌عنوان یک اصل بنیادین شناخته شده است. شرکت‌های بزرگی مانند ولوو، مزدا و مرسدس‌بنز، این اصل را در استراتژی‌های خود گنجانده‌اند. شرکت ولوو در شیوه‌نامه‌ای تحت عنوان «سیاست کیفیت»^۳ بر «تمرکز بر کیفیت مطلوب مشتری»، «مشارکت و تعهد کارمندان شرکت در جهت تعالی کیفیت» و «بهبود مستمر» تأکید نموده است. شرکت مزدا نیز ذیل رهنمود «به‌دنبال توسعه، تولید و

1. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/digital-trust/data/data-compliance-management.html/>

۲. اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۷؛ خمینی، منبع پیشین، ص ۴۶۱؛ فاضل‌لنکرانی، منبع پیشین، ص ۲۴۰؛ صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۷؛ نجفی، منبع پیشین، ص ۴۵۳.

3. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/master/about-us/company-values/code-of-conduct-other-policies/English-Quality-Policy-PROOF.pdf.coredownload.pdf/>

فروش محصولاتی هستیم که ایمنی انسان و محیط زیست را مدنظر قرار دهد» خود را متعهد به تولید و فروش محصولات با در نظر گرفتن ایمنی انسان و محیط زیست معرفی کرده است.^۱ همچنین، شرکت مرسدس‌بنز با شعار «بهترین یا هیچ»^۲ ارائه بهترین کیفیت را به‌عنوان اصل اساسی فعالیت‌های خود می‌داند و با بیان «محور شایستگی ما ایجاد اشتیاق است»^۳، محصولات باکیفیت خود را عامل ایجاد انگیزه و اشتیاق در مشتریان معرفی کرده است. این رویکردها نشان‌دهنده تعهد این شرکت‌ها به منافع مشتریان و حفظ رضایت آنهاست.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، هر دو دیدگاه، ضمن التزام به ارائه کالای با کیفیت هرچه بیشتر به مشتری تأکید دارند. ارائه خدمات و محصولات باکیفیت و توجه به نیازها و رضایت مشتریان، نه‌تنها موجب جلب اعتماد و افزایش وفاداری می‌شود، بلکه به‌عنوان یک استراتژی مؤثر، نقش مهمی در موفقیت تجاری و پایداری روابط تجاری ایفا می‌کند. لذا اصول اخلاقی در این زمینه به‌طور مستقیم با استراتژی‌های برندینگ و رقابت‌پذیری در بازارهای جهانی مرتبط است.

۲.۶. عدالت

عدالت در تجارت به‌معنای رفتار بی‌طرفانه، پرهیز از تبعیض و فراهم نمودن فرصت‌های یکسان برای همه است. این اصل زیربنای اخلاقی مهمی در هر دو نظام اسلامی و مدرن محسوب می‌شود.

در اخلاق اسلامی، مستحب بودن «التسویة بین المبتاعین»^۴ نشان‌دهنده تأکید بر رعایت عدالت در رفتار با مشتریان است. در تجارت مدرن، عدالت به‌عنوان یکی از ستون‌های اساسی و استراتژی‌های موفقیت مطرح شده است. بسیاری از شرکت‌های پیشرو در صنعت، اصولی را برای تضمین رفتار عادلانه اتخاذ کرده‌اند. به‌عنوان مثال، شرکت ولوو از طریق قواعدی مانند «رقابت

1. <https://www.mazda.com/en/sustainability/governance/compliance/>

2. <https://media.mercedes-benz.ca/releases/release-928f67967f4cedab2990503347109616-mercedes-benz-unveils-new-global-brand-strategy-the-best-or-nothing/>

3. <https://group.mercedes-benz.com/company/strategy/>

۴. علامه‌حلی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۳۵۸؛ علامه‌حلی، ۱۴۱۳، منبع پیشین، ص ۱۳؛ شهید اول، ۱۴۱۴، منبع پیشین، ص ۱۱؛ شهید اول، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۱۰۸؛ محقق‌کرکی، منبع پیشین، ص ۵۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، منبع پیشین، ص ۱۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۲۸۶؛ شهید ثانی، بی‌تا، منبع پیشین، ص ۵۲۴؛ محقق‌اردبیلی، منبع پیشین، ص ۱۱۸؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۳۶؛ اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۷؛ خمینی، منبع پیشین، ص ۴۶۱؛ فاضل‌لنکرانی، منبع پیشین، ص ۲۴۰؛ صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۷؛ نجفی، منبع پیشین، ص ۴۵۲، سبزواری، منبع پیشین، ص ۱۷.

عادلانه» و «عدم تبعیض» بر رفتار عادلانه و حذف هرگونه تبعیض به‌عنوان اصل معاملاتی تأکید دارد.^۱ شرکت مزدا به‌موجب اصل «عادلانه و بی‌طرف بودن» و رهنمود «با کارکنان، مشتریان و مراجعان به‌طور منصفانه و عادلانه رفتار کنید» عدالت را در برخورد با مشتریان و کارکنان خود یک اولویت می‌داند.^۲ شرکت مرسدس‌بنز نیز با شعار «انصاف و احترام، پایه همکاری ماست» بر اهمیت رفتار عادلانه و محترمانه به‌عنوان پایه و اساس همکاری‌ها و روابط خود تأکید کرده است.^۳

رعایت عدالت، چه در قالب اصول اخلاقی اسلامی و چه در چارچوب استراتژی‌های مدرن تجاری، نقشی اساسی در ایجاد اعتماد، وفاداری، و روابط بلندمدت دارد. این اصل نه‌تنها به ایجاد بازاری سالم و رقابتی کمک می‌کند، بلکه زمینه‌ساز افزایش بهره‌وری، کاهش تعارضات، و تقویت شهرت تجاری است. در نتیجه، عدالت یکی از عوامل کلیدی در تضمین پایداری و موفقیت در تجارت محسوب می‌شود.

۲.۷. انصاف

انصاف در تجارت یکی از اصول اخلاقی بنیادی است که در هر دو نظام اسلامی و تجاری مدرن اهمیت دارد. در تجارت اسلامی، انصاف به‌معنای تعیین سود معقول، پرهیز از زیاده‌روی، و احترام به حقوق مشتریان است. این اصل از جمله با استصحاب «البيع عند حصول الربح»^۴ (فروش هنگام تحقق سود منصفانه) و کراهت «الإستهانه بقليل الرزق»^۵ (بی‌ارزش دانستن سود کم) مورد تأکید قرار گرفته است. رعایت انصاف در سوددهی، به اعتمادسازی، پایداری روابط تجاری، و برکت در کسب‌وکار کمک می‌کند.

در تجارت مدرن، بسیاری از برندهای موفق به ارائه قیمت منصفانه توجه دارند. این اقدام در راستای ایجاد اعتماد و اعتبار برند عمل می‌کند. برای نمونه شرکت آمازون با شعار «کمتر خرج کن، بیشتر لبخند بزن» تأکید می‌کند که با کاهش سود خود به نفع مشتریان، رضایت آنها را

1. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf>

2. <https://www.mazda.com/en/sustainability/governance/compliance/>

3. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/integrity-code.html/>

۴. نجفی، منبع پیشین، ص ۴۶۳؛ سبزواری، منبع پیشین، ص ۲۰.

۵. نجفی، همان منبع، ص ۴۶۷؛ سبزواری، همان منبع، ص ۲۶.

افزایش می‌دهد. فروشگاه سرای ایرانی نیز با شعار «تضمین قیمت واقعی»^۱ بر ارائه قیمت‌های منصفانه تأکید کرده است.

درخصوص شرکت‌های خودروسازی، اگرچه شعارهایی مانند «ما سودآور هستیم تا آینده‌مان را شکل دهیم» (ولو^۲)، «با نگاهی به جستجوی سود معقول عمل کنید» (مزدآ^۳) و «ما سودآور هستیم» (مرسدس بنز^۴) ممکن است در نگاه اول صرفاً به سوددهی تأکید داشته باشند، در واقعیت این شرکت‌ها نیز به رعایت انصاف پایبندند. چراکه اولاً سوددهی، عنصری حیاتی برای تأمین سرمایه و همچنین تحقیق و توسعه محصولات باکیفیت است. ثانیاً ارائه خودروهای باکیفیت، هزینه‌های تعمیر و نگهداری را کاهش داده و در بلندمدت برای مشتری سودمند است. ثالثاً ارائه خودروهای ایمن، نشان‌دهنده تعهد و انصاف در سطحی وسیع‌تر است.

رعایت انصاف در سوددهی و ارائه خدمات، نه تنها به اعتمادسازی و رضایت مشتریان منجر می‌شود، بلکه به‌عنوان یک استراتژی کلیدی در برندسازی و موفقیت بلندمدت شرکت‌ها نقش دارد. بنابراین، انصاف در هر دو نظام اسلامی و تجاری مدرن، پایه‌ای برای تجارت پایدار و اخلاق‌مدار است.

۲.۸. انعطاف نسبت به مشتری

انعطاف‌پذیری در تجارت به‌معنای توانایی تطبیق رفتار و تصمیمات تجاری با شرایط و نیازهای مشتریان است. در فقه اسلامی، استحباب «إقالة النادم فی البیع و الشراء»^۵ بیانگر اهمیت انعطاف‌پذیری و همدلی با مشتریانی است که از تصمیم خود در معامله پشیمان شده‌اند. این قاعده نشان‌دهنده احترام به مشتری و تلاش برای تقویت اعتماد در روابط تجاری است.

انعطاف‌پذیری نسبت به مشتری در تجارت معاصر به‌عنوان یک استراتژی کلیدی برای جلب رضایت و افزایش وفاداری مشتریان شناخته می‌شود. شرکت‌های پیشرو در جهان، سیاست‌هایی

1. <https://sarayeirani.com/>

2. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf/>

3. <https://www.mazda.com/en/sustainability/governance/compliance/>

4. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/integrity-code.html/>

۵. ابن ادریس، منبع پیشین، ص ۲۳۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۲۸۶؛ محقق اردبیلی، منبع پیشین، ص

۱۱۷؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۳۴؛ اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۷؛ فاضل‌لنکرانی، منبع پیشین، ص ۲۴۱؛

صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۷؛ سبزواری، منبع پیشین، صص ۱۶-۱۷.

را برای تسهیل بازگشت کالا و خدمات پس از فروش طراحی کرده‌اند. برای نمونه، شرکت آمازون^۱ با ارائه سیاست «استرداد راحت» اجازه بازگشت کالا در مدت ۳۰ روز را می‌دهد. زارا^۲ و نایک^۳ با عناوین مشابه «استرداد رایگان» امکان بازگشت کالا را به ترتیب در مدت ۳۰ و ۶۰ روز فراهم کرده‌اند. این رویکرد به مشتریان امکان می‌دهد تا در صورت پشیمانی از خرید، به راحتی کالا را بازگردانند. در صنعت خودرو، انعطاف‌پذیری به شکل ارائه خدمات پس از فروش، گارانتی‌های بلندمدت، تعمیرات رایگان و خدمات نگهداری اعمال می‌شود. این اقدامات رضایت مشتریان را تضمین، و اعتماد آنها را به برند تقویت می‌کند.

انعطاف‌پذیری نسبت به مشتری، چه از منظر فقهی و چه از دیدگاه مدرن، نقش کلیدی در ایجاد روابط پایدار تجاری ایفا می‌کند. در اسلام، این انعطاف مبتنی بر ارزش‌های اخلاقی است؛ در حالی که در تجارت مدرن، به عنوان استراتژی بازاریابی و ابزاری برای افزایش وفاداری مشتری و تقویت تصویر برند به کار می‌رود. ترکیب این دو رویکرد می‌تواند الگویی جامع برای توسعه تجارت پایدار ارائه دهد؛ الگویی که هم مبتنی بر ارزش‌های اخلاقی باشد و هم نیازهای بازار رقابتی امروز را پاسخ دهد.

۲.۹. رقابت سالم

رقابت سالم یکی از ارکان اساسی تجارت اخلاق‌مدار و تضمین‌کننده عدالت و پایداری در بازارهای اقتصادی است. از دیدگاه فقه اسلامی، قواعدی نظیر کراهت «الدخول فی سوم المؤمن»^۴ (دخالت در معامله دیگران) و «لا یبیع بعضکم علی بعض»^۵ (برهم زدن معامله دیگران با ارائه پیشنهاد بهتر) با هدف پیشگیری از رقابت ناسالم و حمایت از حقوق طرفین

1. <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=GKM69DUUYKQWKWX7/>

2. <https://www.zara.com/ww/en/help-center/HowToReturn/>

3. <https://www.nike.com/help/a/returns-policy/>

۴. علامه حلی، ۱۴۱۳، منبع پیشین، ص ۱۴؛ علامه حلی، ۱۳۷۴، منبع پیشین، ص ۴۷؛ محقق کرکی، منبع پیشین، ص ۵۱؛ شهید ثانی، بی‌تا، منبع پیشین، ص ۵۲۵؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۵۳؛ اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۷؛ خمینی، منبع پیشین، ص ۴۶۶؛ فاضل لنگرانی، منبع پیشین، ص ۲۴۴؛ صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۸؛ سبزواری، منبع پیشین، ص ۲۶.

۵. علامه حلی، ۱۴۱۳، منبع پیشین، ص ۱۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، منبع پیشین، ص ۲۵۲؛ محقق کرکی، منبع پیشین، ص ۵۳؛ شهید ثانی، بی‌تا، همان منبع، ص ۵۲۵؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۷۲.

معاملات تدوین شده‌اند. این قواعد با تأکید بر اصول اخلاقی و عدالت، علاوه بر حفظ نظم بازار، اعتماد عمومی را تقویت، و از سوءاستفاده‌های اقتصادی جلوگیری می‌کنند. در تجارت مدرن، شرکت‌ها نیز با تدوین سیاست‌ها و شعارهای اخلاقی بر تعهد خود به رقابت سالم تأکید دارند. شرکت ولو^۱ با تأکید بر رقابت عادلانه و اخلاق‌مدار، شعار «رقابت عادلانه» را برگزیده است و تلاش می‌کند تا در تمام تعاملات تجاری خود این اصل را رعایت کند. شرکت مزدا^۲ با انتخاب شعار «عادلانه و بی‌طرف بودن» نشان می‌دهد که انصاف و بی‌طرفی اصول بنیادین این برند در رقابت تجاری است. شرکت مرسدس‌بنز^۳ نیز با شعارهایی همچون «انصاف و احترام، پایه همکاری ماست» و «ما رشوه نمی‌گیریم و نمی‌دهیم»، بر اهمیت اجتناب از رفتارهای نادرست در رقابت تأکید دارد.

از دیدگاه تطبیقی، فقه اسلامی و اخلاق تجاری مدرن، هر دو بر جلوگیری از رفتارهای غیراخلاقی و تقویت رقابت سالم تأکید دارند. قواعد فقهی با پرهیز از دخالت در معاملات دیگران از رقابت ناسالم جلوگیری می‌کنند. در مقابل، اصول اخلاقی مدرن با تأکید بر احترام به رقبای شفافیت و رعایت حقوق تجاری، به تقویت اعتماد و پایداری بازار کمک می‌کنند. در نتیجه، رقابت سالم و منصفانه به‌عنوان ضرورتی برای تضمین عدالت، کاهش تنش‌های اقتصادی و تقویت اعتماد اجتماعی شناخته می‌شود. هر دو نظام فقهی و اخلاق مدرن با تأکید بر اصول مشترک، راه را برای توسعه اقتصادی و پایداری در بازارهای جهانی هموار می‌کنند.

۲.۱۰. عدم سوءاستفاده از موقعیت

یکی از اصول بنیادین در تجارت اخلاق‌محور، پرهیز از استفاده ناعادلانه از قدرت و موقعیت تجاری است. این اصل بر لزوم حمایت از مشتری و اجتناب از اعمال فشار یا تحمیل شرایط نابرابر به او تأکید دارد. در فقه اسلامی، قاعده «مکروه بودن احتکار غیرحرام»^۴ گواهِ بر اهمیت حفظ توازن و رعایت انصاف در تجارت است. این قاعده توصیه می‌کند حتی در مواردی که احتکار شرعاً ممنوع نیست، تاجر از این عمل اجتناب کند. هدف این قاعده جلوگیری از

1. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf/>
2. <https://www.mazda.com/en/sustainability/governance/compliance/>
3. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/integrity-code.html/>

۴. صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۹؛ نجفی، منبع پیشین، صص ۴۷۷ و ۴۸۵؛ سبزواری، منبع پیشین، صص ۳۰-۳۱.

بهره‌برداری از قدرت اقتصادی یا جایگاه تجاری به ضرر مشتری است، حتی زمانی که محدودیت قانونی وجود ندارد.

شرکت‌های پیشرو در تجارت جهانی نیز به‌طور خاص بر اصل عدم سوءاستفاده از موقعیت تأکید دارند. به‌عنوان نمونه، شرکت ولو^۱ با شعار «ما مشتریان مان را پیروز می‌کنیم» تعهد خود را به ایجاد فرصت‌های برابر و حمایت از مشتریان برای موفقیت، به‌جای اعمال فشار یا محدودیت بر آنها اعلام کرده است. شرکت مزدا اصول اخلاقی خود را به‌گونه‌ای تنظیم کرده که هرگونه استفاده ناعادلانه از موقعیت شغلی برای دستیابی به منافع خاص را نفی می‌کند. شعار این شرکت، «از موقعیت تجاری خود برای تحصیل سود یا امتیاز ناعادلانه به نفع خود یا دیگری استفاده نکنید»^۲، تعهدی واضح به جلوگیری از اعمال قدرت علیه مشتریان است. شرکت مرسدس‌بنز^۳ با شعار «عمل با صداقت، پایه اقدامات ماست» و «ما سودآور هستیم و به مردم و محیط زیست متعهدیم» بر رعایت اصول شفافیت و مسئولیت‌پذیری تأکید دارد و از هرگونه بهره‌برداری از موقعیت تجاری علیه مشتری اجتناب می‌کند.

در هر دو نظام، عدم سوءاستفاده از موقعیت به‌عنوان عاملی کلیدی در ایجاد تعادل در روابط تجاری مورد تأکید است. فقه اسلامی این اصل را به ارزش‌های اخلاقی گره می‌زند، درحالی‌که تجارت مدرن آن را به‌عنوان یک ابزار رقابتی و استراتژیک برای تقویت اعتماد مشتری و بهبود تصویر برند به‌کار می‌گیرد. این اصل نه‌تنها از تضییع حقوق مشتریان جلوگیری می‌کند، بلکه به‌عنوان یک شاخص کلیدی در توسعه روابط تجاری پایدار و اعتمادآفرین عمل می‌کند.

۲.۱۱. تخصص و مهارت

تخصص و مهارت از ارکان بنیادین تجارت موفق است که تأثیر مستقیمی بر کیفیت محصولات، جلب اعتماد مشتریان و افزایش رضایت آنان دارد. در فقه اسلامی، کراهت «التعرض للکیل أو الوزن أو العدّ أو المساحة إذا لم یحسنه»^۴ نشان‌دهنده اهمیت تخصص در معاملات و

1. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf>

2. <https://www.mazda.com/en/sustainability/governance/compliance/>

3. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/integrity-code.html/>

۴. شیخ طوسی، منبع پیشین، ص ۳۷۳؛ ابن ادریس حلی، منبع پیشین، ص ۲۳۳؛ محقق حلی، منبع پیشین، ص ۱۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۳۵۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۱، منبع پیشین، ص ۹۵؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، منبع

خدمات است. این قاعده بیان می‌کند که ورود به فعالیت‌هایی که نیازمند دانش و مهارت تخصصی‌اند، بدون داشتن توانایی لازم، می‌تواند منجر به بی‌عدالتی، زیان مشتریان و نقض اصول اخلاقی گردد. این اصل به‌طور ضمنی بر مسئولیت اخلاقی افراد در اجتناب از تقلب یا ناآگاهی در تعاملات تجاری تأکید دارد.

در دنیای تجارت مدرن، تخصص و مهارت نیز به‌عنوان یکی از اصول اساسی برای موفقیت و پیشرفت شناخته می‌شود. برای مثال شرکت ولوو^۱ با شعارهایی مانند «رعایت استانداردهای محصول» و «بهداشت و ایمنی» تأکید بر رعایت اصول ایمنی و کیفیت در تولیدات خود دارد و این امر نیازمند تخصص بالا در طراحی و تولید محصولات است. شرکت مزدا^۲ با شعار «در پی توسعه، تولید و فروش محصولاتی هستیم که ایمنی انسان و محیط زیست را مدنظر قرار دهد» به ضرورت تخصص در تولید محصولات ایمن و دوستدار محیط‌زیست اشاره دارد که هم به بهبود کیفیت محصولات و هم به حفظ حقوق مشتری و جامعه کمک می‌کند. شرکت مرسدس بنز^۳ با شعارهایی مانند «ما مسئولانه عمل کرده و به قوانین احترام می‌گذاریم» و «ما تنوع را تمرین می‌کنیم» نشان می‌دهد که مسئولیت‌پذیری و احترام به قوانین، همراه با استفاده از تیم‌های متخصص و متنوع، اصولی کلیدی در موفقیت این برند هستند.

تطبیق آموزه‌های فقه اسلامی با اصول اخلاقی تجارت مدرن نشان می‌دهد که هر دو نظام ارزشی بر اهمیت تخصص و مهارت به‌عنوان یکی از ارکان اساسی تجارت تأکید دارند. در فقه اسلامی، مهارت نه تنها ابزاری برای تضمین رعایت حقوق مشتریان است، بلکه به‌عنوان یک الزام اخلاقی و شاخصی از مسئولیت‌پذیری محسوب می‌شود. در اخلاق تجاری مدرن نیز تخصص و مهارت از پیش‌نیازهای ضروری برای رقابت‌پذیری در بازارهای جهانی، ارتقای کیفیت محصولات

پیشین، ص ۲۵۰؛ علامه‌حلی، ۱۴۱۳، منبع پیشین، ص ۱۴؛ شهید اول، ۱۴۱۴، منبع پیشین، ص ۱۲؛ شهید اول، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۱۰۹؛ محقق کرکی، منبع پیشین، ص ۵۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، منبع پیشین، ص ۱۲؛ شهید ثانی، بی‌تا، منبع پیشین، ص ۵۲۵؛ محقق اردبیلی، منبع پیشین، صص ۱۲۳ و ۱۳۱؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۴۹؛ اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۷؛ خمینی، منبع پیشین، ص ۴۶۵؛ فاضل‌لنکرانی، منبع پیشین، ص ۲۴۴؛ صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۸؛ نجفی، منبع پیشین، ص ۴۵۸؛ سبزواری، منبع پیشین، ص ۲۵.

1. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf>
2. <https://www.mazda.com/en/sustainability/governance/compliance/>
3. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/integrity-code.html/>

و خدمات و افزایش اعتماد عمومی به کسب‌وکارهاست. هم‌افزایی این دو دیدگاه، الگویی جامع و کاربردی برای ایجاد استانداردهای حرفه‌ای و اخلاقی، تقویت مسئولیت‌پذیری در کسب‌وکارها و توسعه پایدار روابط تجاری ارائه می‌دهد.

۲.۱۲. تعارض منافع

مدیریت تعارض منافع، یکی از مسائل اساسی در تجارت است. تعارض منافع وضعیتی است که در آن منافع شخصی، حرفه‌ای یا مالی فرد می‌تواند تصمیم‌گیری عینی و بی‌طرفانه وی را تحت تأثیر قرار دهد. این وضعیت اغلب به دلیل تضاد نقش‌ها یا مسئولیت‌های هم‌زمان فرد ایجاد می‌شود و احتمال خروج از بی‌طرفی را افزایش می‌دهد.

فقه اسلامی به دنبال مدیریت تعارض منافع از طریق ترویج موازین و معیارهای اخلاقی در جامعه است؛ قواعدی نظیر استحباب «التسویة بین المبتاعین» که بر عدالت در رفتار با خریداران تأکید دارد و کراهت «أن یتوکل حاضر عارف بسر البلد لباد غریب جاهل»، «تلقی الرکبان و القوافل»، «البيع فی موضع یستتر فیه العیب»، «کتمان العیب إذا لم یؤد إلى غش»، «الدخول فی سوم المؤمن»، «لا یبع بعضکم علی بعض» و «مدح البائع ما یبعه و ذم المشتري ما یشتريه»^۱ نیز با جلوگیری از رقابت ناعادلانه و سوءاستفاده از موقعیت‌های خاص یا تبلیغات نادرست، از تعارض منافع پیشگیری می‌کنند.

شرکت ولو^۲ ذیل اصل «ما منافع شخصی را از فعالیت‌های تجاری جدا می‌کنیم» کارکنان خود را ملزم نموده تا از تعارض منافع شخصی با منافع قانونی گروه ولو اجتناب، و در صورت بروز

۱. صدوق اول، منبع پیشین، ص ۱۰۲؛ شیخ طوسی، منبع پیشین، ص ۳۷۲؛ ابن ادریس حلی، منبع پیشین، ص ۲۳۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۳۵۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۱، منبع پیشین، ص ۹۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، منبع پیشین، ص ۲۵۱؛ علامه، ۱۴۱۳، منبع پیشین، ص ۱۳؛ شهید اول، ۱۴۱۴، منبع پیشین، ص ۱۱؛ شهید اول، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۱۰۹؛ محقق کرکی، منبع پیشین، ص ۵۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، منبع پیشین، ص ۱۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، منبع پیشین، ص ۲۹۰-۲۹۱؛ شهید ثانی، بی‌تا، منبع پیشین، ص ۵۲۵؛ محقق اردبیلی، منبع پیشین، ص ۱۲۳؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۴۵؛ اصفهانی، منبع پیشین، ص ۳۲۷؛ خمینی، منبع پیشین، ص ۴۶۳؛ فاضل لنکرانی، منبع پیشین، ص ۲۴۴؛ صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۸؛ نجفی، منبع پیشین، ص ۴۵۴؛ سبزواری، منبع پیشین، صص ۲۲-۲۳؛ شیخ صدوق، منبع پیشین، ص ۳۶۳؛ شیخ مفید، منبع پیشین، ص ۵۹۱؛

2. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf>

تعارض، آن را به‌درستی افشا و مدیریت کنند. مزدا^۱ نیز حتی ظاهر تعارض منافع را برای شرکت و شهرت آن مضر دانسته و با بیان «شما مسئولیت دارید از تعارض منافع اجتناب کنید و هرگز از موقعیت‌تان به نفع خودتان استفاده نکنید»^۲ کارکنان را به رعایت این اصل اخلاقی فرامی‌خواند. مرسدس‌بنز با فراهم کردن فرم‌های آنلاین^۳ برای افشای تضاد منافع، تلاش کرده است تا مدیریت این موضوع را ساده‌تر کرده و تعارضات احتمالی را به‌صورت شفاف حل کند.

در نتیجه، هم در فقه اسلامی و هم در اخلاق تجاری مدرن، مدیریت تعارض منافع به‌عنوان یکی از ابزارهای کلیدی برای ارتقای سلامت روابط تجاری شناخته می‌شود. قواعد فقهی با تأکید بر ارزش‌های معنوی و اصول اخلاقی مدرن در راستای شفافیت و حفظ شهرت برند، هر دو به سمت ایجاد محیطی سالم برای تجارت حرکت می‌کنند. این همگرایی نشان‌دهنده اهمیت جهانی مدیریت تعارض منافع در ایجاد روابط پایدار و اخلاقی است.

۲.۱۳. قانون‌مداری

قانون‌مداری، یکی از اصول بنیادین تجارت سالم و توسعه پایدار است که تضمین‌کننده اعتماد عمومی، رعایت حقوق افراد و نظم در بازارهای اقتصادی به شمار می‌رود. در فقه اسلامی، بطلان «بیع التلجئه»^۴ که به‌معنای معاملات ظاهری و غیرواقعی برای فریب دیگران است، بر اهمیت صداقت و شفافیت در معاملات تأکید دارد. این قاعده، علاوه بر جلوگیری از تضییع حقوق افراد، به استقرار عدالت و پایداری به اصول قانونی کمک می‌کند.

در دنیای تجارت مدرن، شرکت‌های پیشرو نیز با اتخاذ سیاست‌های روشن و الزام به رعایت قوانین، قانون‌مداری را به‌عنوان یکی از ارکان اساسی خود برگزیده‌اند. شرکت ولوو^۵ با تأکید بر اصول «رعایت مقررات تجاری» و «ضدپولشویی»، محصولات خود را مطابق با الزامات قانونی و

1. <https://codeofconduct.mazda-brochures.com/en/conducting-business-lawfully.html/>
«ما معتقدیم که یک عمل غیرقانونی یا نادرست، حتی اگر غیرعمدی باشد، می‌تواند به اعتبار و آینده ما آسیب برساند، بنابراین اصرار داریم که در هرجایی فعالیت می‌کنیم، تجارت اخلاقی و مطابق با قانون انجام دهیم.»

۲. مدیریت تعارض منافع به‌عنوان اصل امانت‌داری

3. <https://www.forms.mercedes-benz.com.au/hr/ConflictofInterest/>

۴. علامه‌حلی، ۱۴۲۰، منبع پیشین، ص ۲۵۳؛ علامه‌حلی، ۱۴۱۳، منبع پیشین، ص ۴؛ محقق کرکی، منبع پیشین، ص ۵۴؛ شهید ثانی، بی‌تا، ص ۵۲۵؛ عاملی، منبع پیشین، ص ۴۷۳.

5. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf/>

استانداردهای داخلی کیفیت، ایمنی و امنیت تولید، بازاریابی و عرضه می‌کند. این شرکت قانون‌مداری را پایه‌ای برای جلب اعتماد مشتریان و دستیابی به موفقیت مشترک می‌داند. شرکت مزدا^۱ نیز با شعار «رعایت قوانین و مقررات، ضوابط شرکت، درک متعارف و رویه‌های صحیح در جامعه بین‌المللی» بر پایبندی به قوانین، مقررات شرکتی و اصول عقلانی در تعاملات بین‌المللی تأکید دارد و راهنمایی می‌کند که در صورت نبود قوانین شفاف، تصمیمات باید براساس روح قانون گرفته شوند. شرکت مرسدس‌بنز^۲ نیز با اصل «ما مسئولانه عمل کرده و به قوانین احترام می‌گذاریم» و مفاهیمی همچون «انطباق حقوقی»^۳ بر تعهد خود به رعایت قوانین و مقررات و مبارزه با هرگونه فساد و تخلف اصرار دارد.

در نگاه تطبیقی، فقه اسلامی و اخلاق تجاری مدرن، هر دو نظام بر لزوم رعایت قوانین و اجتناب از رفتارهای متقلبانه تأکید دارند. قواعد فقهی با محکوم‌کردن معاملات غیرواقعی و تأکید بر صداقت، از بروز تخلفات جلوگیری می‌کنند. در مقابل، اصول اخلاقی مدرن با الزام به رعایت قوانین و استانداردهای شفافیت، به اعتمادسازی و پایداری در بازارهای جهانی کمک می‌کنند. قانون‌مداری، چه در قالب قواعد شرعی و چه به شکل اصول مدرن، بستری برای توسعه اقتصادی و حفظ نظم اجتماعی فراهم می‌سازد.

۲.۱۴. مسئولیت اجتماعی

مسئولیت اجتماعی در تجارت یکی از اصول کلیدی برای حفظ پایداری اقتصادی، حمایت از حقوق جامعه و حفاظت از محیط زیست است. از دیدگاه فقه اسلامی، کراهت «احتکار غیرحرام»^۴ نمونه‌ای از تلاش برای جلوگیری از زیان‌های اجتماعی است. این قاعده بر این نکته تأکید دارد که حتی اگر احتکار در برخی موارد از لحاظ فقهی حرام نباشد، انجام آن عملی نکوهیده است؛ زیرا می‌تواند موجب اختلال در توزیع منابع، آسیب به گروه‌های آسیب‌پذیر و تضعیف عدالت اجتماعی شود. بدین ترتیب، فقه اسلامی بر مسئولیت فردی و اجتماعی فعالان اقتصادی در قبال جامعه تأکید دارد.

1. <https://www.mazda.com/en/sustainability/governance/compliance/>

2. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/integrity-code.html/>

3. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/>

۴. صافی، منبع پیشین، ص ۲۹۹؛ نجفی، منبع پیشین، صص ۴۷۷ و ۴۸۵؛ سبزواری، منبع پیشین، صص ۳۰-۳۱.

در تجارت مدرن، شرکت‌های پیشرو با وضع سیاست‌ها و اصول روشن، تعهد خود به مسئولیت اجتماعی را نشان داده‌اند. شرکت ولوو^۱ با شعار «ما به یکدیگر احترام گذاشته و از همدیگر مراقبت می‌کنیم» و تأکید بر اصول «بهداشت و ایمنی»، «احترام به حقوق بشر و حقوق کار» و «مسئولیت زیست‌محیطی» بر تعهد خود به رفاه انسانی، رعایت حقوق کارگران و حفاظت از محیط زیست تأکید دارد. این اصول، مسئولیت ولوو در قبال جامعه و محیط زیست را به خوبی نشان می‌دهد. شرکت مزدا^۲ نیز با اصل «برای ایفای مسئولیت‌های اجتماعی شرکت» و رهنمود «به‌دنبال توسعه، تولید و فروش محصولاتی هستیم که ایمنی انسان و محیط زیست را مدنظر قرار دهد» نشان می‌دهد که مسئولیت اجتماعی بخشی از فلسفه‌ی بنیادین این شرکت است. این رویکرد با تأکید بر ایمنی انسان‌ها و محیط زیست، مسئولیت شرکت را در قبال نسل‌های آینده برجسته می‌کند. شرکت مرسدس‌بنز^۳ نیز با اصل «ما سودآور هستیم و به مردم و محیط زیست متعهدیم» نشان داده است که موفقیت تجاری را جدای از تعهد به رفاه انسان‌ها و محیط زیست نمی‌بیند. این دیدگاه حاکی از تعهد مرسدس‌بنز به پایداری و عدالت اجتماعی است.

در مجموع، فقه اسلامی و اصول اخلاقی مدرن در شرکت‌های پیشرو، هر دو بر مسئولیت اجتماعی تأکید دارند. این همگرایی نشان‌دهنده اهمیت پیوند مسئولیت اجتماعی با اخلاق و عدالت در تمامی نظام‌های حقوقی و اقتصادی است. رعایت مسئولیت اجتماعی، نه تنها به تقویت اعتماد عمومی و پایداری بازار کمک می‌کند، بلکه راهی برای کاهش آسیب‌های زیست‌محیطی و حمایت از گروه‌های آسیب‌پذیر است.

نتیجه‌گیری

مطالعه تطبیقی اصول اخلاقی در فقه اسلامی و کدهای اخلاقی شرکت‌های موفق نشان می‌دهد که علی‌رغم تفاوت در خاستگاه و زمینه‌های تاریخی، همگرایی قابل توجهی میان این دو نظام وجود دارد. این همگرایی در چهارده محور اصلی قابل مشاهده است که عبارت‌اند از: سهل‌گیری و ساده‌سازی معاملات، حسن‌نیت و شفافیت، اعتبار، امنیت و اعتماد، حق بر کیفیت،

1. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf/>
2. <https://www.mazda.com/en/sustainability/governance/compliance/>
3. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/integrity-code.html/>

عدالت، انصاف، انعطاف نسبت به مشتری، رقابت سالم، عدم سوءاستفاده از موقعیت، تخصص و مهارت، تعارض منافع، قانون‌مداری و مسئولیت اجتماعی.

تفاوت بنیادین این دو نظام در جهان‌بینی و اهداف آنهاست. درحالی‌که نظام‌های پوزیتیویستی و لیبرال، اصول اخلاقی را عمدتاً ابزاری برای تحقق سود و رشد اقتصادی می‌دانند، در آموزه‌های اسلامی، این اصول بر مبنای جهان‌بینی توحیدی و با هدف قرب الی‌الله تعریف می‌شوند. اگرچه رعایت این اصول ممکن است به منافع مادی نیز منجر شود، این نتیجه صرفاً ثانوی و تبعی است و به‌هیچ‌وجه هدف اصلی محسوب نمی‌شود. این تمایز بنیادین در اهداف و مبانی دو نظام، نشان‌دهنده رویکرد متفاوت و متمایز آموزه‌های اسلامی در تنظیم قواعد تجاری است.

اهمیت این اصول اخلاقی در حقوق نیز غیرقابل انکار است. این اصول نه‌تنها در شکل‌گیری قواعد حقوقی نقش دارند، بلکه در تفسیر و اجرای قوانین نیز تأثیرگذارند. مفاهیم بنیادین حقوقی مانند نظم عمومی و اخلاق حسنه، ریشه در همین اصول اخلاقی دارند و نظام دادرسی در مقام اجرای عدالت، ناگزیر از توسل به این اصول است.

مطالعه نشان می‌دهد که رعایت این اصول اخلاقی می‌تواند به توسعه پایدار تجارت کمک

کند؛ زیرا:

۱. اعتماد را به‌عنوان سرمایه اجتماعی کلیدی در تجارت تقویت می‌کند.
۲. روابط بلندمدت و پایدار با مشتریان ایجاد می‌کند.
۳. به کاهش هزینه‌های ناشی از تعارض و اختلاف کمک می‌کند.
۴. تصویر مثبت برند را تقویت می‌کند.
۵. مزیت رقابتی پایدار ایجاد می‌کند.
۶. به توسعه بازارهای جدید کمک می‌کند.
۷. ریسک‌های قانونی و اعتباری را کاهش می‌دهد.

پیشنهاد‌های عملی:

۱. تدوین کد اخلاقی جامع:

- شرکت‌ها باید کد اخلاقی جامعی تدوین کنند که تلفیقی از اصول فقهی و استانداردهای مدرن باشد.

- این کد باید به صورت شفاف و عملیاتی تنظیم شود.
 - مکانیزم‌های اجرایی و نظارتی برای تضمین رعایت کد اخلاقی پیش‌بینی شود.
۲. آموزش و فرهنگ‌سازی:
- برگزاری دوره‌های آموزشی منظم برای کارکنان درباره اصول اخلاقی.
 - ایجاد سیستم تشویقی برای رعایت اصول اخلاقی.
 - تقویت فرهنگ سازمانی مبتنی بر اخلاق.
۳. شفافیت و پاسخ‌گویی:
- ایجاد سیستم گزارش‌دهی منظم از عملکرد اخلاقی.
 - راه‌اندازی کانال‌های ارتباطی برای دریافت بازخورد ذی‌نفعان.
 - انتشار گزارش‌های دوره‌ای از اقدامات انجام شده در حوزه مسئولیت اجتماعی.
۴. نظارت و ارزیابی:
- تشکیل کمیته اخلاق در سازمان.
 - تعیین شاخص‌های عملکرد اخلاقی.
 - ارزیابی دوره‌ای میزان پایبندی به اصول اخلاقی.
۵. مدیریت ریسک اخلاقی:
- شناسایی حوزه‌های پرریسک از نظر اخلاقی.
 - تدوین پروتکل‌های پیشگیرانه.
 - ایجاد سیستم هشدار سریع برای موارد نقض اخلاقی.
۶. همکاری با ذی‌نفعان:
- مشارکت فعال در تدوین استانداردهای صنعتی.
 - همکاری با نهادهای نظارتی و تنظیم‌گر.
 - تعامل سازنده با جامعه مدنی و گروه‌های ذی‌نفع.
۷. نوآوری اخلاقی:
- توسعه محصولات و خدمات با رویکرد اخلاق‌محور.
 - بهره‌گیری از فناوری‌های نوین برای تسهیل رعایت اصول اخلاقی.

• طراحی مدل‌های کسب‌وکار پایدار و اخلاق محور.

۸. توسعه زنجیره تأمین اخلاقی:

• انتخاب تأمین‌کنندگان براساس معیارهای اخلاقی.

• آموزش و توانمندسازی شرکای تجاری.

• نظارت بر رعایت استانداردهای اخلاقی در زنجیره تأمین.

این پیشنهادها می‌توانند به شرکت‌ها کمک کنند تا ضمن حفظ رقابت‌پذیری، به توسعه پایدار

تجارت دست یابند.

منابع

الف) فارسی

مقاله

۱. جاوید، محمدجواد و آرزو رنگچیان. «مقایسه کدهای رفتاری-اخلاقی شرکت‌های چندملیتی در حقوق بین‌الملل و حقوق اسلامی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، د. ۵۰، ش. ۱، ۱۳۹۹، صص. ۱۷۹-۱۵۹.

<https://doi.org/10.22059/jplsq.2018.255081.1706>

۲. ارشدی، وحید، «آموزه‌های اخلاقی خرید و فروش (معاملات) در جامعه اسلامی و تأثیر آن بر انباشت سرمایه اجتماعی و تقویت سایر بخش‌های مولد اقتصادی»، نشریه اقتصاد و بانکداری اسلامی، د. ۲، ش. ۴ و ۵، ۱۳۹۲، صص. ۱۲۳-۱۶۰، <http://mieaoi.ir/article-1-131-fa.html>

۳. شیروی، عبدالحسین و محمدحسین و کیلی مقدم. «حقوق نرم»، مطالعات حقوق تطبیقی، د. ۶، ش. ۱، ۱۳۹۴، صص. ۲۵۱-۲۷۶، <https://doi.org/10.22059/jcl.2015.54412>

۴. شیروی، عبدالحسین و محمدحسین و کیلی مقدم. «ضمانت اجرای فراحقوقی و جایگاه آن در حقوق نرم»، دانشنامه حقوق اقتصادی، د. ۲۱، ش. ۵، ۱۳۹۳، صص. ۲۷-۱، <https://doi.org/10.22067/le.v21i5.48139>

ب) عربی
کتاب

۵. ابن ادريس حلی، **السرائر الحاوی لتحريرالفتاوی**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۰ ه.ق.
۶. اصفهانی، ابوالحسن، **وسيلة النجاة مع حواشی الإمام الخمينی**، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار الإمام الخمينی (قدس سره)، ۱۳۹۲.
۷. خمینی، سيد مصطفى، **مستند تحريرالوسيلة**، ج ۱، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۷۶.
۸. خوبی، سيدابوالقاسم، **منهاج الصالحين**، ج ۲، قم: مدينة العلم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۹. سبزواری، عبدالاعلی، **مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام**؛ ج ۱۶، قم: السيدعبدالاعلی السبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۰. شهيد اول، محمدبن مکي، **اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية**، بيروت: دارالتراث، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۱. شهيد اول، محمدبن مکي، **غايه المراد فی شرح نکت الإرشاد**، ج ۲، قم: دفتر تبليغات اسلامی حوزه علميه قم، ۱۴۱۴ ه.ق.
۱۲. شهيد ثاني، زين الدين بن علي، **الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية** (المحشى - كلاتر)؛ ج ۳، قم: مكتبة الداوری، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۳. شهيد ثاني، زين الدين بن علي، **حاشية الإرشاد**، ج ۲، قم: دفتر تبليغات اسلامی حوزه علميه قم، ۱۴۱۴ ه.ق.
۱۴. شهيد ثاني، زين الدين بن علي، **فوائد القواعد**، قم: دفتر تبليغات اسلامی حوزه علميه قم. بی تا.
۱۵. شهيد صدر، سيدمحمد باقر، **موسوعه الشهيد السيد محمد باقر الصدر**، ج ۱۴، قم: دارالصدر، ۱۴۳۴ ه.ق.
۱۶. شيخ صدوق، محمد، ابن بابويه، **المقنع**، قم: پیام امام هادی (ع)، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۷. شيخ طوسی، **النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی**، بيروت: دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰ ه.ق.

۱۸. شیخ مفید، محمد، **المقنعه**، قم: جماعة المدرسين فى الحوزة العلمیة بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۹. صافی، لطف الله، **هدایة العباد**، ج ۱، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ ه.ق.
۲۰. صدوق اول، علی، ابن بابویه، **رسالتان مجموعتان من فتاوى العلمین**، قم: اخلاص، ۱۴۰۶ ه.ق.
۲۱. عاملی، سید جواد، **مفتاح الکرامه فى شرح قواعد العلامه** (ط-الحديثه)، ج ۱۲، قم، جماعة المدرسين فى الحوزة العلمیة بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۹ ه.ق.
۲۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، **إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان**، جلد ۱، قم: جماعه المدرسين فى الحوزه العلمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، **تبصره المتعلمین فى أحكام الدین**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. سازمان چاپ و انتشارات، ۱۴۱۱ ه.ق.
۲۴. علامه حلی، حسن بن یوسف، **تحریر الأحكام الشرعیة على مذهب الإمامیه (ط-الحديثه)**، ج ۲، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ه.ق.
۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، **قواعد الأحكام**، ج ۲، قم: جماعة المدرسين فى الحوزة العلمیة بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۶. علامه حلی، حسن بن یوسف، **مختلف الشیعه فى أحكام الشریعه**، ج ۵، قم: جماعة المدرسين فى الحوزة العلمیة بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۳۷۴.
۲۷. فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعه فى شرح تحریر الوسیله (المکاسب المحرمه)**، ج ۱۷، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۹۰.
۲۸. محقق اردبیلی، **مجمع الفائده و البرهان فى شرح إرشاد الأذهان**، ج ۸، قم، جماعه المدرسين فى الحوزه العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، بی تا.
۲۹. محقق حلی، جعفر بن حسن، **النهایه و نکتها**، ج ۲، قم: جامعه مدرسین حوزة علمیه قم. دفتر انتشارات اسلامی (محقق)، ۱۴۱۲ ه.ق.

۳۰. محقق کرکی، علی‌بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۴، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۱۴ ه.ق.

۳۱. نجفی، حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۲۲، بیروت: دار إحياء التراث العربی، بی تا.

References

Books

1. Al-Ameli, Syed Jawad, **Key to Dignity in Explaining the Rules of al-Allamah**, vol. 12, Qom: Society of Teachers in the Seminary of Qom, Islamic Publishing Institution, 1419 AH (in Arabic).
2. Al-Ardabili, Al-Muhaqqiq, **Collection of Benefit and Proof in Explaining Guidance of Minds**, vol. 8, Qom: Society of Teachers in the Seminary of Qom, Islamic Publishing Institution, n.d. (in Arabic).
3. Al-Esfahani, Abu al-Hasan, **Means of Salvation with the Marginal Notes of Imam Khomeini**, Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini (may his soul be sanctified), 1392 (in Arabic).
4. Al-Hilli, Al-Allamah Hassan bin Yusuf, **Differences of the Shia in Legal Rulings**, vol. 5, Qom: Society of Teachers in the Seminary of Qom, Islamic Publishing Institution, 1374 (in Arabic).
5. Al-Hilli, Al-Allamah Hassan bin Yusuf, **Editing the Legal Rulings According to the Imami School**, vol. 2, Qom: Imam Al-Sadiq Institute (peace be upon him), 1420 AH (in Arabic).
6. Al-Hilli, Al-Allamah Hassan bin Yusuf, **Guidance of Minds to the Rulings of Faith**, vol. 1, Qom: Society of Teachers in the Seminary of Qom, Islamic Publishing Institution, 1410 AH (in Arabic).
7. Al-Hilli, Al-Allamah Hassan bin Yusuf, **Reminder for Learners in Religious Rulings**, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance, Printing and Publishing Organization, 1411 AH (in Arabic).
8. Al-Hilli, Al-Allamah Hassan bin Yusuf, **Rules of Rulings**, vol. 2, Qom: Society of Teachers in the Seminary of Qom, Islamic Publishing Institution, 1413 AH (in Arabic).
9. Al-Hilli, Al-Muhaqqiq Jafar bin Hassan, **The Conclusion and Its Points**, vol. 2, Qom: Society of Teachers in the Seminary of Qom, Islamic Publications Office (Researcher), 1412 AH (in Arabic).

10. Al-Hilli, Ibn Idris, **The Comprehensive Secrets for the Compilation of Legal Opinions**, vol. 2, Qom: Islamic Publishing Institution affiliated to the Society of Teachers, 1410 AH (in Arabic).
11. Al-Karaki, Al-Muhaqqiq Ali bin Hussein, **Comprehensive Intentions in Explaining the Rules**, vol. 4, Qom: Al al-Bayt Institute (peace be upon them) for Reviving Heritage, 1414 AH (in Arabic).
12. Al-Khomeini, Syed Mustafa, **Documented Commentary on Tahrir al-Wasilah**, vol. 1, Qom: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini (may his soul be sanctified), 1376 (in Arabic).
13. Al-Khoei, Syed Abu al-Qasim, **Path of the Righteous**, vol. 2, Qom: City of Knowledge, 1410 AH (in Arabic).
14. Al-Mufid, Sheikh Mohammad, **The Convincing**, Qom: Society of Teachers in the Seminary of Qom, Islamic Publishing Institution, 1410 AH (in Arabic).
15. Al-Najafi, Hassan, **Jewels of Speech in Explaining the Laws of Islam**, vol. 22, Beirut: House for Reviving Arab Heritage, n.d. (in Arabic).
16. Al-Rouhani, Mohammad Sadiq, **Path of Jurisprudence**, vol. 5, Qom: Anwar al-Huda, 1429 AH (in Arabic).
17. Al-Sabzawari, Abd al-A'la, **Refined Rulings in Explaining the Lawful and the Unlawful**, vol. 16, Qom: Syed Abd al-A'la al-Sabzawari, 1413 AH (in Arabic).
18. Al-Sadr, Syed Mohammad Baqir, **Encyclopedia of Martyr Syed Mohammad Baqir al-Sadr**, vol. 14, Qom: Dar al-Sadr, 1434 AH (in Arabic).
19. Al-Saduq, Sheikh Mohammad Ibn Babawayh, **The Convincing**, Qom: Message of Imam Hadi (peace be upon him), 1415 AH (in Arabic).
20. Al-Saduq the First, Ali Ibn Babawayh, **Two Collected Treatises from the Fatwas of the Two Scholars**, Qom: Ikhlas, 1406 AH (in Arabic).
21. Al-Safi, Lotfollah, **Guidance of the Worshippers**, vol. 1, Qom: House of the Holy Quran, 1416 AH (in Arabic).
22. Al-Shahid al-Awwal, Mohammad bin Makki, **The Damascus Glimmer in Imami Jurisprudence**, Beirut: House of Heritage, 1410 AH (in Arabic).
23. Al-Shahid al-Awwal, Mohammad bin Makki, **The Ultimate Desire in Explaining the Points of Guidance**, vol. 2, Qom: Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom, 1414 AH (in Arabic).

24. Al-Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin Ali, **Benefits of the Rules**, Qom: Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom, n.d. (in Arabic).
25. Al-Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin Ali, **Marginal Notes on Guidance**, vol. 2, Qom: Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom, 1414 AH (in Arabic).
26. Al-Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin Ali, **The Splendid Garden in Explaining the Damascus Glimmer**, vol. 3, Qom: Al-Dawari Library, 1410 AH (in Arabic).
27. Al-Tusi, Sheikh, **The Conclusion in Pure Jurisprudence and Legal Opinions**, Beirut: Arab Book House, 1400 AH (in Arabic).
28. Lankarani, Mohammad Fazel, **Detail of the Sharia in Explaining Tahrir al-Wasilah** (Prohibited Gains), vol. 17, Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini (may God have mercy on him), 1390 (in Arabic).

Articles

29. Javid, Mohammad Javad and A. Rangchian, "A Comparison between Codes of Conducts-Ethics of Multinational Companies in International Law and Islamic Law", *Public Law Studies Quarterly*, Vol 50, No 1, 2020: 159-179. (in Persian),
<https://doi.org/10.22059/jplsq.2018.255081.1706>
30. Arshadi, Vahid, "Ethical Teachings of Buying and Selling (Transactions) in Islamic Society and Its Impact on Accumulation of Social Capital and Strengthening Other Productive Economic Sectors", *Islamic Economics and Banking*, Vol 2, No 4-5, 2013: 123-160. (in Persian)
31. Shiravi, Abdolhossein and Mohammad Hosein Vakili Moghadam, "Soft Law", *Comparative Law Review*, Vol 6, No 1, 2015: 251-276. (in Persian) <https://doi.org/10.22059/jcl.2015.54412>,
32. Shiravi, Abdolhossein and Mohammad Hosein Vakili Moghadam, "Non-Legal Sanctions in Soft Law", *Encyclopedia of Economic Law Journal*, Vol 21, No 5, 2014: 1-27. (in Persian)
<https://doi.org/10.22067/le.v21i5.48139> .

Online Sources

33. <https://codeofconduct.mazda-brochures.com/en/conducting-business-lawfully.html> (last visited 22/01/2025).
34. <https://group.mercedes-benz.com/company/strategy> (last visited 22/01/2025).

35. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/digital-trust/data/data-compliance-management.html> (last visited 22/01/2025).
36. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/no-corruption.html> (last visited 22/01/2025).
37. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity> (last visited 22/01/2025).
38. <https://group.mercedes-benz.com/sustainability/society-governance/compliance-integrity/integrity-code.html> (last visited 22/01/2025).
39. <https://media.mercedes-benz.ca/releases/release-928f67967f4cedab2990503347109616-mercedes-benz-unveils-new-global-brand-strategy-the-best-or-nothing> (last visited 22/01/2025).
40. <https://sarayeirani.com> (last visited 22/01/2025) (in Persian).
41. <https://www.alibaba.com> (last visited 22/01/2025).
42. <https://www.amazon.com> (last visited 22/01/2025).
43. <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=GKM69DUUYKQWKWX7> (last visited 22/01/2025).
44. <https://www.apple.com/shop/trade-in> (last visited 22/01/2025).
45. <https://www.digikala.com> (last visited 22/01/2025) (in Persian).
46. <https://www.forms.mercedes-benz.com.au/hr/ConflictofInterest> (last visited 22/01/2025).
47. <https://www.mazda.com/en/sustainability/governance/compliance> (last visited 22/01/2025).
48. <https://www.mazda.eu/en/code-of-conduct/> (last visited 22/01/2025).
49. <https://www.mercedes-benz-consulting.de/en/cases/ecommerce-solution-flexibility-in-spite-of-standardization> (last visited 22/01/2025).
50. <https://www.mercedes-benz-mobility.com/en/what-we-do/financing> (last visited 22/01/2025).
51. <https://www.nike.com/help/a/returns-policy> (last visited 22/01/2025).
52. <https://www.samsung.com/uk/samsung-upgrade> (last visited 22/01/2025).
53. <https://www.volvocars.com/images/v/-/media/market-assets/intl/applications/dotcom/pdf/ethical-business/ourcode-howweact.pdf> (last visited 22/01/2025).
54. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/global/classic/investors/corporate-governance/volvo-groups-code-of-conduct.pdf> (last visited 22/01/2025).
55. <https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/master/about-us/company-values/code-of-conduct-other->

policies/English-Quality-Policy-PROOF.pdf.coredownload.pdf (last visited 22/01/2025).

56. <https://www.zara.com/ww/en/help-center/HowToReturn> (last visited 22/01/2025).

A Comparative Study of Trade Etiquette (Adab al-Tijarah) in Islamic Jurisprudence and Business Ethics of Successful Companies: A Solution for Sustainable Trade Development

Mostafa Etemad Shafee*
Seyed Mahdi Dadmarzi**

Received: 2025.01.23

Accepted: 2025.04.19

Abstract

Adab al-Tijarah (Trade Etiquette) in Islamic jurisprudence comprises a codified set of ethical guidelines and principles that emphasize honesty, fairness, transparency, and trust-building. In the modern global marketplace, many successful multinational corporations likewise adopt analogous ethical norms, particularly in branding and customer trust maintenance. A fundamental distinction is that Islamic teachings frame these principles as oriented toward divine proximity (qurb il-Haqq), whereas liberal frameworks regard them as instruments for profit realization. Moreover, these ethical principles significantly influence the formation and implementation of legal rules. This article analyzes these principles across fourteen key dimensions, including leniency in transactions, good faith, security and trust, the right to quality, and social responsibility. The primary objective of this study is to conduct a comparative analysis of these principles in Islamic jurisprudence and contemporary ethical models, illustrating how they can contribute to sustainable trade and healthy competition. The conclusion underscores the importance of implementing a comprehensive ethical code for long-term corporate success and provides actionable recommendations for integrating these principles into business strategy.

Keywords:

Law, Jurisprudence (Fiqh), Trade, Ethics, Development, Trade Etiquette (Adab al-Tijarah), Corporation.

* Ph.D. Candidate, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran Corresponding Author
Email: m.etemadshafee@stu.qom.ac.ir

** Associate Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

امکان سنجی دعوی الزام به پرداخت دین از سوی ضامن علیه دریافت کننده تسهیلات بانکی، پس از صدور اجرائیه علیه ضامن

محمد جابر قنبری*
جلال سلطان احمدی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۳

چکیده

آشکار است که به منظور تصریح عبارت صدر ماده ۷۰۹ قانون مدنی، ضامن مأذون، پس از پرداخت دین، حق رجوع به مضمون عنه و طرح دعوی الزام به بازپرداخت دین را خواهد داشت. لکن در خصوص امکان اقامه دعوی الزام به پرداخت از سوی ضامن در مقطع پیش از پرداخت دین و پس از صدور اجرائیه علیه او، تصریحی در قانون وجود ندارد. هدف از نگارش این مقاله، بررسی امکان طرح دعوی الزام به پرداخت ضامن علیه مضمون عنه یا منتقل الیه تسهیلاتی است که به منظور صدور اجرائیه، با تحمل ضرر مسلم مواجه شده است. طبق یافته‌های مقاله که با روش توصیفی - تحلیلی است، چنین دعوی در ضمان ضم ذمه به ذمه، قابل پذیرش است. هم‌زمان با انعقاد عقد، تعهد مضمون عنه به ضامن، در برابر تعهد ضامن به مضمون له قرار می‌گیرد. در نتیجه، اگر مضمون له طلب خود را از ضامن مطالبه کند، ضامن هم حق مراجعه به مضمون عنه را خواهد داشت. سبب دعوی ضامن، ابتدا تسبیب و سپس دارا شدن بلاجهت است.

کلید واژگان:

الزام به پرداخت دین، رجوع ضامن به مضمون عنه، صدور اجرائیه علیه ضامن، تسبیب، دارا شدن بلاجهت.

* مربی، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

ghanbari.law@pnu.ac.ir

** دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.



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

طبق اصل عدم تبرع^۱ ضمانت ضامن، مجانی نبوده و وی متعاقباً حق رجوع به مضمون‌عنه را خواهد داشت، مگر اینکه قصد تبرعش احراز شود.^۲ در راستای غیرمجانای محسوب شدن عمل ضامن مأذون، قسمت اول ماده ۷۰۹ قانون مدنی^۳ زمان حق رجوع او به مضمون‌عنه و اقامه دعوی الزام به باز پرداخت علیه مدیون اصلی را پس از ادای دین توسط ضامن دانسته است؛ حکمی که منطبق با قول مشهور در فقه نیز است.^۴ با وجود این، سؤال این است که حکم مزبور در ضمانت ضم که ضامن نقش وثیقه دارد، نیز جاری است یا خیر؟ در این راستا یکی از مواردی که در مقام عمل شایع بوده و سؤال اصلی این پژوهش نیز است، بررسی امکان یا عدم امکان طرح دعوی ضامن علیه دریافت‌کننده تسهیلات بانکی، به خواسته الزام به پرداخت اقساط وام، قبل از پرداخت دین از سوی ضامن و پس از صدور اجرائیه علیه اوست؛ به‌خصوص در فرضی که ضامن تودیع وثیقه نیز کرده باشد که با صدور اجرائیه، وثیقه مزبور در معرض مزایده و فروش قرار خواهد گرفت. درخصوص خواننده این دعوا، دو فرض متصور است: فرض اول آنجایی است که ضامن علیه مضمون‌عنه‌ی که صاحب‌امتیاز وام و استفاده‌کننده از آن بوده، مبادرت به طرح دعوا کند. اما در فرض دوم، مضمون‌عنه صرفاً صاحب‌امتیاز وام بوده، بدون آنکه استفاده‌کننده از تسهیلات دریافتی باشد. در واقع او (معمولاً در ازای گرفتن وجه)، تسهیلات دریافتی را به فرد یا افراد دیگری منتقل می‌کند که نهایتاً به‌دلیل عدم پرداخت اقساط وام توسط استفاده‌کننده تسهیلات (منتقل‌الیه)، ضامن شخص اخیر را نیز طرف دعوی خود قرار می‌دهد.

درخصوص این سؤال و در راستای صدر ماده ۷۰۹ ق.م.غالب حقوق دانان معطوف به مقطع پس از پرداخت دین توسط ضامن، اظهارنظر کرده‌اند؛ زیرا رجوع ضامن به مضمون‌عنه، به‌منظور جبران خسارتی است که از راه ضمانت به او رسیده، پس این ضرر زمانی واقع خواهد شد که

۱. ماده ۲۶۵ قانون مدنی: «هر کس مالی به دیگری بدهد، ظاهر در عدم تبرع است...»

۲. ماده ۷۲۰ قانون مدنی: «ضامنی که به قصد تبرع، ضمنت کرده باشد، حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد.»

۳. ماده ۷۰۹ قانون مدنی: «ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد، مگر بعد از ادای دین...»

۴. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، **العروه الوثقی**، ج ۲، چ ۲، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق، صص. ۷۶۷ و ۷۶۸؛ عاملی، زین‌الدین، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه**، ج ۴، چ ۱، قم: داورى، ۱۴۱۰ ق، ص. ۱۲۲؛ نجفی، محمدحسن، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۶، چ ۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق، صص. ۱۳۳، ۱۵۳ و ۱۵۴.

ضامن، دین را پرداخت کرده باشد.^۱ همین تمرکز و تأکید بر حق ضامن در مقطع پس از پرداخت دین، در آرای صادره نیز مشاهده می‌شود. از باب نمونه، دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دعوی ضامن (خواهان) علیه مضمون‌عنه (خوانده)، به خواسته مطالبه وجه ۱۱ فقره سفته را با قرار عدم استماع دعوا، مردود اعلام نمود، با این استدلال که ضامن دین مضمون‌عنه را پرداخت نکرده است و صرف ارجاع به پرونده اجرایی، دلالت بر پرداخت وجه مزبور نمی‌کند.^۲ بعضی دیگر از نویسندگان هم بدون هرگونه بررسی تحلیلی، صرفاً به عدم امکان پذیرش دعوی ضامن، پیش از پرداخت دین و پس از صدور اجرائیه علیه او پرداخته و به همین مقدار بسنده کرده‌اند که اگر مضمون‌له طلب خود را از ضامن مطالبه کرده یا علیه او اقامه دعوا کند، ضامن پیش از پرداخت، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد، حتی اگر منتهی به محکومیت ضامن و صدور اجرائیه علیه او نیز شود.^۳ تأکید حقوق‌دانان و رویه بر حق رجوع ضامن، پس از پرداخت دین، نتیجه تصریح حکم قسمت ابتدایی ماده ۷۰۹ ق.م. بوده که البته مورد نقد نیز قرار گرفته است. چنان‌که برخی از حقوق‌دانان در جایی که مضمون‌له درصدد مطالبه طلب خویش از ضامن برمی‌آید، حکم مزبور را محتاج اصلاح دانسته‌اند تا در فرض مطالبه مضمون‌له از ضامن، وی نیز حق مراجعه به مضمون‌عنه را داشته باشد.^۴ خلاصه اینکه نظر پذیرفته شده بین مشهور حقوق‌دانان و فقها که هماهنگ با عبارت صدر ماده ۷۰۹ ق.م. است، امکان رجوع ضامن پس از ادای دین و در واقع برای بازپرداخت و بازیافت آن خواهد بود. در مقابل این نظر و با حاکمیت مواد قانونی موجود، نظری در برخی از آرای صادره انعکاس یافته است که دعوی ضامن مبنی بر الزام به پرداخت استفاده‌کننده تسهیلات، پیش از پرداخت دین و پس از صدور اجرائیه را تجویز می‌کند. در این راستا، طبق پرونده‌ای که به تأیید دیوان عالی کشور نیز رسیده است، خوانده ردیف اول یک فقره وام اخذشده از بانک سپه را از خوانده ردیف دوم (صاحب‌امتیاز وام)، خریداری و مبلغ آن را بین

۱. ره‌پیک، حسن، **حقوق مدنی، عقود معین** ۲، ج ۱، تهران: خرسندی، ۱۳۸۷، ص. ۱۲۳؛ کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین**، ج ۲، چ ۶، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۳، ص. ۱۴۹؛ کاشانی، محمود، **حقوق مدنی، قراردادهای ویژه**، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص. ۳۷۹.
 ۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۱۲۶۹، شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، سامانه ملی آرای قضایی.
 ۳. صفایی، حسین و محمدهادی جواهرکلام، **حقوق مدنی پیشرفته، تضمین‌های دین (رهن و ضمان)**، ج ۱، چ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹، ص. ۳۹۸.
 ۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ضمان عقدی در حقوق مدنی**، چ ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶، ص. ۳۷۵.

خود و خوانده ردیف سوم تقسیم می‌کند. خواهان نیز در قبال دریافت مبلغی مشخص، ضامن وام می‌شود و ملک خود را در رهن بانک قرار می‌دهد. متعاقباً به دلیل عدم پرداخت اقساط وام از سوی دریافت‌کنندگان واقعی وام (خوانده ردیف اول و خوانده ردیف سوم)، بانک اقدام به صدور اجرائیه و روند مزایده مال مرهونه می‌کند. در نتیجه این وضعیت، خواهان (ضامن و رهن ثالث) علیه خواندگان (سه نفر) به خواسته الزام به ایفای تعهد، مبنی بر الزام خواندگان به پرداخت اقساط وام اخذ شده از بانک، مبادرت به اقامه دعوا می‌کند. النهایه در پرونده مزبور، برخلاف نظر مشهور، به ضامنی که اجرائیه علیه وی صادر شده و وثیقه تودיעی او در معرض مزایده قرار گرفته است، پیش از پرداخت دین، حق اقامه دعوی الزام به پرداخت، علیه دریافت‌کننده تسهیلات داده شده است.^۱ از همین رو مقاله حاضر درصدد است تا از زاویه اصول و موازین مدنی و آیین دادرسی مدنی، مبانی حقوقی، استدلال‌ها و ایرادات دعوی الزام به پرداخت ضامن علیه دریافت‌کننده تسهیلات بانکی، پیش از پرداخت دین و پس از صدور اجرائیه را در راستای پاسخ به سؤال پژوهش، مورد نقد و ارزیابی قرار می‌دهد تا مشخص شود که آیا با ظرفیت قانونی موجود، چنین دعوایی قابل پذیرش خواهد بود یا خیر. مباحث پژوهش به دو بخش کلی تقسیم می‌شود: در بخش نخست، زمان رجوع ضامن به مضمون‌عنه در فرض ضمان ضم مورد تحلیل قرار می‌گیرد. در بخش دوم، مباحث شکلی و ماهوی دعوی ضامن مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. زمان رجوع ضامن به مضمون‌عنه در ضمان ضم

صدور اجرائیه علیه ضامن دریافت‌کننده تسهیلات بانکی، بدان معناست که مضمون‌له (بانک)، طلب خود را از ضامن مطالبه کرده است. بررسی استدلال‌های مربوط به ماهیت و شکل دعوایی که متعاقباً ضامن، علیه دریافت‌کننده تسهیلات اقامه می‌کند، تابع روشن ساختن زمان رجوع ضامن به مضمون‌عنه در فرض ضم بودن ضمان است. اینکه حکم قسمت اول ماده ۷۰۹ ق.م. در ضمانت ضم نیز جاری است یا خیر، در پایان این قسمت روشن خواهد شد.

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۵۱۵، شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور، منبع پیشین.

۱.۱. ایجاد تعهد مضمون‌عنه در برابر ضامن، به محض انعقاد عقد

با توجه به تصریح ماده ۶۹۸ ق.م. براءت ذمه مضمون‌عنه در برابر مضمون‌له امری واضح و مسلّم است. اما درباره اینکه آیا مضمون‌عنه در برابر ضامن نیز بری است یا خیر، هرچند ماده مزبور ساکت است، ماده ۷۰۹ ق.م. به آن پاسخ منفی می‌دهد. دلیل آن غیرتبرعی بودن ضامن و وجود اذن است که مضمون‌عنه را در برابر ضامن مأذون متعهد می‌سازد. درخصوص تعیین زمان اشتغال ذمه مضمون‌عنه در برابر ضامن، امری که بدواً و از ظاهر عبارت نخست ماده ۷۰۹ ق.م. نتیجه می‌شود، آن است که زمان مزبور پس از پرداخت دین از سوی ضامن بوده، در نتیجه پیش از آن تعهدی بر ذمه مدیون اصلی قرار نمی‌گیرد. طبق این نظر، حق رجوع ضامن با پرداخت دین از سوی او حاصل می‌شود؛ زیرا دین به سبب انتقالی که به ذمه ضامن یافته است، برعهده و در ذمه اوست تا زمانی که پرداخت کند.^۱

این نظر مخدوش به نظر می‌رسد؛ زیرا اولاً استدلال بالا مبتنی بر ضمان نقل است و در فرض جایگزینی ضامن به جای مضمون‌عنه معنا می‌یابد، نه آنجا که انتقال دینی صورت نگرفته، بلکه ضامن وثیقه‌ای است در عرض یا در طول مدیون اصلی. ثانیاً توجه به برخی از مواد مربوط به عقد ضمان در قانون مدنی نیز ما را از نتیجه‌گیری ظاهری بالا دور خواهد کرد. اول، عبارت دوم ماده ۷۰۹ ق.م. است که طبق آن اگر مضمون‌عنه متعهد شده باشد که تا مدت معینی براءت ضامن را تحصیل کند و مدت مزبور بدون تحصیل براءت وی منقضی شده باشد، ضامن پیش از پرداخت نیز حق رجوع به مضمون‌عنه را خواهد یافت. این عبارت قرینه‌ای بر اشتغال ذمه مضمون‌عنه به ضامن، قبل از پرداخت دین از سوی ضامن است؛ زیرا اگر مضمون‌عنه از زمان عقد در برابر ضامن مشغول نباشد، حق رجوع ضامن به او پیش از پرداخت، که در عبارت اخیر ماده فوق‌الذکر آمده است، بدون معنی خواهد بود.^۲

دوم، استنباطی است که از ماده ۷۱۸ ق.م.^۳ می‌شود. توضیح اینکه از مفاد این ماده مستفاد می‌شود که نه پس از پرداخت دین از سوی ضامن، بلکه به محض عقد، مضمون‌عنه در برابر

۱. الکرکی، علی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۵، ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴ ق، ص. ۳۳۵.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *منبع پیشین*، ص. ۳۰۰.

۳. ماده ۷۱۸ قانون مدنی: «هرگاه مضمون‌له، ضامن را از دین، ابراء کند، ضامن و مضمون‌عنه، هر دو بری می‌شوند.»

ضامن متعهد شده است؛ زیرا از آنجایی که به تصریح ماده ۶۹۸ ق.م، برائت مضمون‌عنه در برابر مضمون‌له با انعقاد عقد حاصل می‌شود، لاجرم برائت ماده ۷۱۸ ق.م را باید ناظر بر برائت مضمون‌عنه از تعهدی دانست که با انعقاد عقد در برابر ضامن دارا شده است.^۱ نتیجه اینکه باید پذیرفت در لحظه‌ای که ضامن عهده‌دار دین می‌شود (به محض عقد)، مضمون‌عنه نیز در برابر او متعهد خواهد شد.

۱.۲. تقابل و توازن تعهد ضامن مأذون با تعهد مضمون‌عنه

در بحث قبلی مشخص شد که با انعقاد ضمان، دو تعهد ایجاد می‌شود: یکی تعهد ضامن در برابر مضمون‌له و دیگری تعهد مضمون‌عنه در برابر ضامن. بین این دو تعهد هم تقابل وجود دارد و هم توازن. اولین رابطه بین تعهدهای مزبور تقابل بین آنهاست. تقابل دو تعهد به این است که علت تعهد ضامن مأذون در برابر مضمون‌له، تعهد متقابلی است که به حکم قانون، مضمون‌عنه در برابر او (ضامن) عهده‌دار شده است؛ تعهدهای متقابلی که همزمان با انعقاد عقد برعهده ضامن و مضمون‌عنه قرار گرفته است.^۲ مؤید این نظر، عقیده برخی فقهاست، مبنی بر اینکه اشتغال ذمه مضمون‌عنه به ضامن در ازای اشتغال ذمه ضامن به مضمون‌له بوده و از زمان انعقاد ضمانت است؛ چه ضامن بپردازد و چه نپردازد؛ امری که مقتضای قاعده نیز دانسته شده است.^۳ همچنین برخی از حقوق‌دانان نیز گفته‌اند که به محض انعقاد ضمان، سبب دین مضمون‌عنه به ضامن ایجاد می‌شود.^۴

دومین رابطه بین تعهد ضامن با تعهد مضمون‌عنه، عبارت است از موازنه و هم‌سطحی آنها با یکدیگر. توضیح اینکه وجود تقابل بین دو تعهد و اینکه هر کدام علت دیگری است، منجر به وجود توازن و تناسب بین آنها شده، در نتیجه مطالبه مضمون‌له از ضامن، متقابلاً به ضامن نیز حق مطالبه از مضمون‌عنه را خواهد داد. در واقع، به موازات آنکه برای ضامن، پیش از مطالبه

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین، منبع پیشین، ص. ۳۲۷.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، منبع پیشین، صص. ۲۹۹ و ۳۰۰.

۳. الطباطبائی الیزدی، محمدکاظم، مع تعلیقات مکارم الشیرازی، ناصر، العروه الوثقی مع تعلیقات، ج ۲، چ ۱، قم: مدرسه الامام علی، ۱۴۲۸ ق، ص. ۷۰۶.

۴. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی، عقود معین، عقود اذنی - وثیقه‌های دین، ج ۴، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴، صص. ۳۳۰ و ۳۳۱.

مضمون‌له، امکان مطالبه از مضمون‌عنه وجود ندارد،^۱ استحقاق ضامن برای مطالبه از مضمون‌عنه، با مطالبه مضمون‌له از ضامن نیز ثابت خواهد شد. همچنان که برخی از حقوق‌دانان، به استناد وجود قاعده علیت بین تعهد ضامن با تعهد مضمون‌عنه، حق مطالبه ضامن از مضمون‌عنه را پس مطالبه مضمون‌له از ضامن، منطقی و موافق اصول حقوقی دانسته‌اند.^۲ به‌علاوه می‌توان گفت همچنان که به صرف ضمانت و بدون آنکه مضمون‌عنه مالی به ضامن پرداخته باشد، ذمه‌اش بری شده است، پس لازم می‌آید که رجوع ضامن به مضمون‌عنه نیز منحصر به ادای دین نشده و پیش از پرداخت نیز امکان‌پذیر باشد. یکی از فقهای معاصر نیز به ضامن، حق رجوع به مضمون‌عنه را پیش از ادای دین داده است.^۳

۱.۳. انصراف مواد قانون مدنی از ضمان ضم

با تأسی از نظر مشهور فقها، عقد ضمان در قانون مدنی مبتنی بر انتقال دین بوده و به معنای جایگزینی مدیون جدید با مدیون اصلی است،^۴ به‌جای آنکه موجد تضمین و وثیقه به نفع طلبکار باشد. حداکثر اگر حکم اخیر ماده ۶۹۹^۵ و ماده ۷۲۳ ق.م. را پذیرش ضمنی قانون‌گذار مدنی به ضمان ضم بدانیم، سایر مواد مربوط به ضمان، همگی همچنان با پیش‌فرض ضمان نقل و ناظر به احکام ضمان انتقالی نگارش یافته است. از باب نمونه، طبق ماده ۷۰۷ ق.م، در صورتی که مضمون‌له ذمه مضمون‌عنه را ابرا نماید، ضامن بری نخواهد شد؛ امری که مبتنی بر ضمان نقل بوده و اگر ضمان ضم باشد، ابرای مضمون‌عنه، بری شدن ضامن را نیز در پی خواهد داشت. بنابراین حکم قسمت اول ماده ۷۰۹ ق.م مبنی بر حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه پس از ادای دین را باید از منظر انتقالی بودن ضمان نگریست.

۱. الحلّی، الحسن، **تلخیص المرام فی معرفه الاحکام**، مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه، بی تا، ص. ۱۱۷.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **منبع پیشین**، صص. ۳۰۲ و ۳۰۳.

۳. سیستانی، علی، **منهاج الصالحین**، ج ۲، چ ۵، قم: دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق، ص. ۳۵۳.

۴. ماده ۶۹۸ قانون مدنی: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه، بری و ذمه ضامن به مضمون‌له، مشغول می‌شود.»

۵. ماده ۶۹۹ قانون مدنی: «...ولی التزام به تأدیه، ممکن است معلق باشد.»

۶. ماده ۷۲۳ قانون مدنی: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی، به تأدیه دین دیگری ملتزم شود. در این صورت، تعلیق به التزام، مبطل نیست. مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید.»

اما هرگاه منظور از ضمان ضمان ضم و عرفی یعنی ایجاد وثیقه و تضمین برای مضمون‌له باشد، اعطای حق رجوع به ضامنی که در معرض مطالبه مضمون‌له قرار گرفته است، پیش از پرداخت نیز منطبق با ماهیت ضمانت، حکم عقل و تراضی ضمنی طرفین خواهد بود. از همین روست که از جمله در حقوق انگلستان، به محض اقامه دعوی مضمون‌له علیه ضامن، وی نیز حق خواهد داشت از مضمون‌عنه پرداخت دین را مطالبه کند.^۱ در فقه عامه نیز که ضمان ضم نظر مشهور است، فقهای اهل سنت معتقدند در صورت مطالبه مضمون‌له از ضامن، ضامن هم حق مطالبه از مضمون‌عنه را دارا خواهد شد^۲ و اگر مضمون‌له مبادرت به اقامه دعوا علیه ضامن نماید، ضامن نیز حق خواهد داشت علیه مضمون‌عنه اقامه دعوا کند و محکومیت وی مبنی بر پرداخت دین را خواستار شود.

نتیجه اینکه از یک طرف، حکم ماده ۷۰۹ ق.م.حمل بر ضمان مورد نظر قانون‌گذار مدنی، یعنی ضمان انتقالی، می‌شود و حکم آن منصرف از ضمان ضم است و از طرف دیگر، با توجه به شناسایی صریح ضمان ضم طبق مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ ق.ت. در حقوق ایران و توجه به استدلال‌های مذکور در دو بند پیشین مبنی بر اینکه اولاً ایجاد تعهد مضمون‌عنه، همزمان با ایجاد تعهد ضامن و به محض عقد بوده و ثانیاً بین این دو تعهد با یکدیگر، تقابل و توازن نیز وجود دارد، حق رجوع به مضمون‌عنه از سوی ضامنی که با مطالبه مضمون‌له مواجه شده است، از حیث ماهوی، منطقی بوده و پذیرش کافی برای دفاع خواهد یافت.

۲. بررسی شکلی و ماهوی دعوا

دعوایی که ضامن، قبل از پرداخت دین و پس از صدور اجرائیه، علیه مضمون‌عنه (و عندالاقضاء، علیه منتقل‌الیه تسهیلات) اقامه می‌کند، از حیث شکلی مستلزم بررسی است تا

1. Chitty on Contracts, *Specific Contracts*, 26 edition, London: Sweet & Maxwell Publication, 1989, n. 4457.

۲. ابن قدامه، عبدالرحمن، *الشرح الکبیر*، ج ۵، بیروت: دار الکتب العربی، بی تا، ص. ۹۰؛ الحسینی العاملی، جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۵، بیروت: دارالاحیاء التراث، بی تا، ص. ۳۸۷؛ الحلّی، الحسن، *تذکره الفقهاء*، ج ۲، طهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا، ص. ۱۱۲؛ الکرکی، علی، منبع پیشین.

مشخص شود که آیا ایرادات ماده ۸۴ ق.آ.د.م در دعوای فوق وجود دارد یا خیر. همچنین است بررسی وجود یا عدم وجود شرایط استماع دعوا.

۲.۱. ذی‌نفعی خواهان

شرط اصلی یا رکن اقامه دعوا ذی‌نفعی خواهان است. ذی‌نفعی یعنی با فرض پیروزی خواهان و صدور حکم علیه خواننده، نفع و سودی نصیب خواهان شود.^۱ در همین خصوص، از شرایط نفع قابل مطالبه، مستقیم بودن آن است. بدین معنا که در فرض پیروزی خواهان، دعوا نفعی مستقیم برای او به بار آورد.^۲ طرح دعوای الزام به پرداخت از سوی ضامن به طرفیت دریافت‌کننده تسهیلات، در دو مقطع قابل تصور است که برای بررسی ذی‌نفعی خواهان، لازم است مورد توجه قرار گیرد: مقطع نخست عبارت است از پس از پرداخت دین توسط ضامن. در این دعوا که مستند قانونی آن، صدر ماده ۷۰۹ ق.م. مبنی بر حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه، پس از پرداخت دین است، بدون تردید، ضامن واجد نفع مستقیم خواهد بود؛ چراکه در فرض پیروزی او، خواننده محکوم به پرداخت دینی می‌شود که مستقیماً وارد دارایی خواهان خواهد شد. اما مقطع دوم، پیش از پرداخت دین از سوی ضامن و پس از صدور اجرائیه علیه اوست. در این دعوا خواهان محکومیت خواننده به پرداخت دین را در برابر خود تقاضا می‌کند.

در چنین دعوایی و برای توجیه ذی‌نفعی خواهان (ضامن)، می‌توان استدلال کرد که با اجرائیه صادر شده، اموال او در معرض توقیف قرار گرفته یا در صورت وجود وثیقه، مزایده و فروش آن حتمی و قریب‌الوقوع است. این وضعیت هرچند مصداق ضرر گذشته محسوب نمی‌شود؛ زیرا او هنوز دین مضمون به را نپرداخته است، به‌طور حتم مصداق ضرر آینده خواهد بود؛ چراکه صدور حکم مبنی بر محکومیت خواننده و پرداخت دین از سوی او، به آزادی و فک مال توقیف‌شده ضامن منجر خواهد شد و جلوی ضرر ناشی از فروش مال او را خواهد گرفت. در واقع، با توجه به اینکه از شرایط ضرر قابل مطالبه، مسلم بودن ضرر است و ضرری که طبق روند طبیعی و متعارف امور، در آینده وارد آید، نیز مصداقی از ضرر مسلم محسوب می‌شود.^۳ پس دفع ضرر مسلم از خواهان و

۱. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته**، ج ۱، چ ۱۶، تهران: دراک، ۱۳۸۶، ص. ۲۸۱.

۲. افتخارچهرمی، گودرز و مصطفی‌السان، **آیین دادرسی مدنی**، ج ۱، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص. ۵۲.

۳. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی**، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴، صص. ۴۶ و ۴۷.

جلوگیری از مزایده مال ضامن، مصداق بارز ذی‌نفعی اوست که در نتیجه صدور حکم علیه خواننده، عاید خواهان خواهد شد. مؤید این استدلال برخی از آرای صادره است.^۱

۲.۱.۱. نقد رأی

با وجود ذی‌نفعی خواهان (ضامن) در دعوی مزبور، توجه به یک نکته ضروری است؛ توضیح اینکه ضامن باید محکومیت خواننده (دریافت‌کننده تسهیلات) به پرداخت دین را در برابر خود تقاضا کند، نه در برابر بانک؛ در غیر این صورت، ایراد عدم ذی‌نفعی خواهان موجه خواهد شد. توضیح اینکه در چنین فرضی، ذی‌نفع مستقیم بانکی است که خواننده به پرداخت اقساط تسهیلات دریافتی از آن محکوم می‌شود و اینکه به تبع پرداخت اقساط وام توسط وام‌گیرنده، ضامن هم منتفع شده، در نتیجه پرداخت اقساط وام، مال او نیز رفع توقیف خواهد شد. نفع غیرمستقیم ضامن از حکم صادره خواهد بود، نه نفع مستقیمی که از صدور حکم برای او ایجاد می‌شود. ایرادی که در رأی صادره پیشین در مرحله بدوی نیز وجود داشته و دادگاه وام‌گیرنده را به پرداخت مبالغ اقساط در حق بانک محکوم کرده است.^۲ در نتیجه لازم است ضامن دریافت‌کننده وام را به پرداخت دین در برابر خود تقاضا نماید تا از این ایراد فوق مصون بماند.

۲.۲. استماع دعوا

ایراد بعدی که در خصوص دعوی موضوع مقاله محل بحث است، ایراد عدم استماع دعواست. تنها ایرادی که صرفاً یک بار در ماده ۳۳۲ ق.آ.د.م به کار رفته، بدون آنکه توسط قانونگذار تعریف، و موارد صدور آن احصا شود. با وجود این، حقوق‌دانان و بیش از آن رویه قضایی نقص قانون درباره موارد صدور قرار عدم استماع دعوا را جبران کرده است. چنان که می‌توان گفت قرار عدم استماع دعوا به‌طور کلی وقتی صادر می‌شود که دعوا صحیحاً و منطبق با قانون طرح نشده باشد.^۳ به تعبیر دقیق‌تر، صدور قرار عدم استماع را باید مخصوص فرضی دانست که دعوا اولاً برابر قانون طرح نشده باشد و ثانیاً مورد از موارد صدور قرار رد دعوا در قانون آیین دادرسی مدنی

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۵۱۵، شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور، منبع پیشین.

۲. همان.

۳. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۷۴۳، شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، منبع پیشین.

نیز نباشد.^۱ در این راستا ممکن است استدلال شود که دعوای ضامن پس از صدور اجرائیه و به خواسته الزام به پرداخت اقساط تسهیلات اعطایی، چه علیه مضمون‌عنه (صاحب امتیاز وام) و چه علیه منتقل‌الیه تسهیلات صحیحاً اقامه نشده، پس مستنداً به ماده ۲ ق.آ.د.م با قرار عدم استماع دعوا مواجه خواهد شد. در پاسخ، بین دو فرض تفکیک می‌کنیم.

در فرض نخست، اگر منظور خواهان (ضامن) محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ وام در حق بانک باشد، منشأ عدم انطباق طرح این دعوا با قانون، به ایراد عدم ذی‌نفعی خواهان می‌رسد که قبلاً بررسی کردیم و در این فرض آن را وارد دانستیم. پس منطقی‌اً به این نتیجه می‌رسیم که با وجود قرار رد دعوا در نتیجه عدم ذی‌نفعی خواهان، نیاز به صدور قرار عدم استماع نخواهد بود. هرچند طبق یک نظر که در رویه قضایی نیز طرف‌دارانی دارد، قرار عدم استماع دعوا صرفاً در جایی که منع قانونی برای طرح دعوا موجود باشد، صادر نشده، بلکه اگر ممنوعیت قانونی برای ذی‌نفعی خواهان وجود داشته باشد نیز صادر خواهد شد.^۲ نتیجه اینکه اگر این نظر پذیرفته شود، صدور قرار عدم استماع دعوا نیز در فرض نخست موجه خواهد بود.

در فرض دوم، مقصود خواهان (ضامن) محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ وام در حق خود (خواهان) است که طبق نتیجه بند پیشین، ضامن ذی‌نفع در این دعواست. حال ممکن است استدلال شود که چنین دعوایی به دلیل عدم انطباق با قانون، شایسته قرار عدم استماع دعواست. بدین توضیح که طبق عبارت صدر ماده ۷۰۹ ق.م.ح. مزبور، پس از پرداخت دین توسط ضامن به وی داده شده است نه پیش از آن.

در پاسخ می‌توان گفت، اولاً همچنان که پیش‌تر گفته شد، مواد قانون مدنی در خصوص ضمان از جمله ماده ۷۰۹ ق.م.ناظر به ضمان نقل بوده و قانون‌گذار مدنی حین تصویب قانون توجهی به احکام ضمان ضم نداشته است؛ از همین روست که در ماده ۴۰۳ قانون تجارت،^۳ که مؤخر بر قانون مدنی است، به‌عنوان یک قاعده کلی، ضمان ضم را در نظام حقوقی ایران به

۱. افتخارچهرمی، گودرز و مصطفی‌السان، **آیین دادرسی مدنی**، ج ۲، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص. ۱۸۰.

۲. دادنامه شماره ۴۰۶۳۳۰۴۰۶۹۸۲۱۶۰۹۳، شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، منبع پیشین.

۳. ماده ۴۰۳ قانون تجارت: «در کلیه مواردی که به‌موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت، تضامنی باشد، طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی، مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.»

رسمیت شناخته تا بدین نحو نقص قانون مدنی را در این خصوص جبران کند. پس موضع قانون‌گذار درخصوص زمان رجوع ضامن به مضمون‌عنه سکوت است. ثانیاً استفاده از وحدت ملاک عبارت صدر ماده ۷۰۹ ق.م و گسترش آن به ضامن ضم نیز مغایر با موازین اصولی و منطقی است؛ زیرا وحدت ملاک (قیاس مواسات)، یعنی تسری حکم یک موضوع (زمان رجوع ضامن در ضامن نقل) به موضوع دیگر (زمان رجوع ضامن در ضامن ضم)، وقتی ممکن است که دو موضوع شبیه به یکدیگر باشند؛^۱ امری که در بین ضامن نقل و ضم مفقود است. توضیح اینکه در ضامن نقل، جایگزینی ضامن به جای مضمون‌عنه (مدیون اصلی) رخ داده و اساساً وثیقه‌ای به نفع طلبکار ایجاد نمی‌شود؛ درحالی که ضامن ضم عبارت است از ایجاد وثیقه و تضمین برای طلبکار. در این خصوص، فرقی هم بین ضامن وثیقه‌ای با ضامن تضامنی نیست؛ زیرا در هر دوی آنها، ضامن فرع است و مضمون‌عنه اصل. چه ضامن در طول مضمون‌عنه باشد (وثیقه‌ای) و چه در کنار او (تضامنی)، ماهیت فرع و وثیقه بودن خود را از دست نخواهد داد. نتیجه اینکه وحدت ملاک از عبارت اول ماده ۷۰۹ ق.م در ضامن ضم نیز صحیح به نظر نمی‌رسد. ثالثاً از حیث فقهی و اصولی، مشهور فقها معتقدند که اصل بر اباحه است نه حظر و منع.^۲ بنابراین ممنوعیت یک امر است که دلیل می‌خواهد، بدون آنکه جواز و اباحه آن موضوع محتاج دلیل باشد. نتیجه اینکه با توجه به سکوت قانون‌گذار و نبود منع قانونی بر اقامه دعوای رجوع ضامن در ضامن ضم، پیش از پرداخت، مستنداً به اصل اباحه، استناد به قرار عدم استماع دعوا خالی از وجه به نظر می‌رسد.

۲.۳. سبب دعوا

همچنان که در مقدمه ذکر شد، بین دو فرض باید تفکیک کرد. در حالت نخست، مضمون‌عنه تسهیلات دریافتی را به دیگری انتقال نداده، یعنی علاوه بر دریافت‌کننده وام، استفاده‌کننده از آن نیز است. اما در حالت دوم، مضمون‌عنه تسهیلات را به دیگری منتقل کرده و استفاده‌کننده وام شخصی غیر از دریافت‌کننده آن است. در فرض نخست، از یک طرف رابطه قراردادی بین طرفین دعوا وجود دارد (قرارداد مشتری و ضامن با بانک)، یعنی طبق قرارداد

۱. قافی، حسین و سعید شریعتی، اصول فقه کاربردی، ادله و منابع فقه، ج ۲، چ ۱، قم: انتشارات حوزه و دانشگاه با همکاری انتشارات سمت، ۱۳۹۰، ص. ۲۱۹.
۲. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، بخش جزایی، ج ۴، چ ۲۶، تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۲، ص. ۲۳.

منعده، دریافت‌کننده وام در برابر بانک، متعهد به پرداخت اقساط آن است. اما از طرف دیگر، طبق آنچه در بند مربوط به ذی‌نفعی خواهان آمد، در دعوی ضامن علیه مشتری بانک، ضامن محکومیت خوانده به پرداخت دین در حق خود را تقاضا می‌کند، نه در حق بانک. در نتیجه، اگر این دعوا به استناد سبب قراردادی (قرارداد اعطای وام) اقامه گردد، خواهان محکوم به بی‌حقی خواهد شد. در فرض دوم که مضمون‌عنه صرفاً صاحب امتیاز وام بوده، بدون آنکه استفاده‌کننده از آن باشد، نیز همین نتیجه حاکم است. توضیح اینکه چه در فرضی که در قرارداد انتقال وام به منتقل‌آلیه، رضایت ضامن اخذ شده باشد، و چه آنجا که در قرارداد مزبور موافقت ضامن اخذ نشده باشد، با همان استدلال مذکور در فرض نخست، حق مطالبه ضامن از منتقل‌آلیه فاقد سبب قراردادی است و محکوم به بی‌حقی خواهد شد. در هر دو فرض مذکور، به دلیل نبود سبب قراردادی، رهایی خواهان (ضامن) از شکست، منوط به اثبات سبب قانونی برای دعواست. موضوعی که در ادامه و ذیل دو قاعده «تسبیب» و «دارا شدن بلاجهت» مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۳.۱. نقد رأی

در راستای توضیحات بند پیش، در پرونده‌ای که ضامن پس از صدور اجرائیه، علیه منتقل‌آلیهم تسهیلات (خوانندگان ردیف اول و سوم) و صاحب امتیاز تسهیلات یعنی مضمون‌عنه (خواننده ردیف دوم) اقامه دعوا کرد، دادگاه بدوی نسبت به خوانندگان ردیف اول و سوم (منتقل‌آلیهم)، با این استدلال که ایشان نه طبق قرارداد اعطای تسهیلات، دریافت‌کننده وام از بانک بوده و نه ضامن پرداخت آن است، به سبب عدم توجه دعوا، قرار رد دعوا صادر کرد و خواننده ردیف دوم (صاحب امتیاز وام) را به پرداخت اقساط وام اخذشده از بانک محکوم نمود. رأیی که در دادگاه تجدیدنظر نقض شد، با این استدلال که هرچند وام مأخوذه متعلق حق خواننده ردیف دوم بوده است، خوانندگان ردیف اول و سوم اقرار کرده‌اند که وام مزبور بین ایشان تقسیم شده است. پس به انتقال گرفتن وام اعطایی به تجدیدنظرخوانندگان، محرز بوده و ایشان استفاده‌کنندگان واقعی وام‌اند؛ در نتیجه دادگاه تجدیدنظر قرار رد دعوی ناشی از عدم توجه دعوی صادره از دادگاه بدوی را نقض کرد.^۱ رأی دادگاه تجدیدنظر قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا همچنان که اشاره شد، وجود هرگونه سبب قراردادی برای محکومیت خوانده در دعوی فوق

^۱ دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۵۱۵، شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور، منبع پیشین.

مفقود بوده و در نتیجه ضامن نمی‌تواند به استناد قرارداد، الزام ایشان به پرداخت اقساط تسهیلات را تقاضا نماید، مگر اینکه سبب غیرقراردادی (قانونی) برای این دعوا مورد توجه و استدلال قرار گیرد.

۲.۳.۲. سبب نخست: قاعده تسبیب

برای دعوی مورد بحث، اولین سبب قانونی قاعده «تسبیب» است. توضیح اینکه با توجه به ضم بودن ضمانت در قراردادهای بانکی، دریافت‌کننده وام پس از انعقاد عقد ضمانت نیز همچنان نسبت به وام دریافتی مدیون محسوب شده، مکلف به پرداخت اقساط آن به بانک خواهد بود. در این دعوا، عدم پرداخت دین از سوی دریافت‌کننده تسهیلات (خواننده)، فعل زیان‌بار بوده، اما ممکن است چنین دفاع شود که ضامنی که با اهلیت و آگاهی مبادرت به قبول ضمانت کرده، عمداً سبب ورود ضرر به خویش را فراهم ساخته است. در نتیجه، با استناد خواننده به قاعده اقدام، مسئولیت و معافیت او (عامل زیان)، نسبت به جبران خسارت وارده ساقط خواهد شد.^۱ یا اینکه استدلال شود رضایت ضامن به انعقاد عقد، ملازمه با عدم حق رجوع او به مضمون‌عنه، پیش از پرداخت دین دارد. اما در پاسخ می‌توان گفت اولاً برای استناد به قاعده اقدام، عمد در ورود زیان به خود شرط است؛ حال آنکه به‌ویژه در ضمانت‌ضم که مضمون‌عنه همچنان مدیون باقی می‌ماند، چنین اراده‌ای در ضامن وجود نداشته و اصل نیز بر عدم آن است. ثانیاً با توجه به عدم جایگزینی ضامن به‌جای مضمون‌عنه در ضمانت‌ضم، و اینکه بعد از انعقاد عقد ضمانت نیز همچنان رابطه ضامن با مضمون‌عنه رابطه فرع با اصل است، رضایت ضامن به ضمانت را نیز نمی‌توان حمل بر سقوط حق رجوع او به مضمون‌عنه، پیش از پرداخت دین دانست. ثالثاً برای استناد به قاعده تسبیب، باید عامل اصلی را شناخت تا عنصر ضروری در اتلاف و تسبیب که «استناد» است برقرار گردد.^۲ در این خصوص، بین دو فرض تفکیک می‌کنیم: فرض نخست، دعوی ضامن علیه مضمون‌عنه است. در این دعوا، از یک طرف رضایت ضامن به ضمانت وجود دارد و از طرف دیگر اذن یا درخواست مضمون‌عنه از ضامن به همراه عدم پرداخت اقساط وام توسط او،

۱. تقی‌زاده، ابراهیم و احمدعلی هاشمی، **مسئولیت مدنی (ضمان قهری)**، ج ۱، تهران: دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۵، صص. ۱۴۸ و ۱۴۹؛ حائری شاه‌باغ، علی، **شرح قانون مدنی**، ج ۲، چ ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶، ص. ۷.

۲. محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه، بخش مدنی، مالکیت و مسئولیت**، ج ۱، چ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴، ص. ۲۲۲.

درحالی‌که به‌موجب عقد ضمان ضم، همچنان مدیون اصلی باقی مانده است. از بین این دو، فعل زیان‌بار دریافت‌کننده تسهیلات (اذن او به‌همراه عدم پرداخت دین به‌عنوان مدیون)، به‌مثابه سببی اقوی است که منجر به احراز رابطه سببیت عرفی بین فعل خواننده و خسارت وارده به خواهان شده، سبب قانونی دعوی اقامه‌شده ضامن قرار خواهد گرفت.^۱ در فرض دوم، دعوا بین ضامن با منتقل‌الیه وام است. اگر رضایت ضامن در قرارداد انتقال وام اخذ شده باشد، مسئولیت منتقل‌الیه همچون مسئولیت ناقل (مضمون‌عنه) بوده؛ بنابراین مثل فرض نخست، مضمون‌عنه سبب اقوی و متعارف است. اگر هم رضایت ضامن در قرارداد انتقال وام اخذ نشده باشد، به‌علت عدم وجود رضایت ضامن، تقصیر منتقل‌الیه سنگین‌تر است و به طریق اولی باید او را از باب تسبیب محکوم نمود. نتیجه اینکه چه خواننده، مضمون‌عنه باشد و چه منتقل‌الیه، سبب قانونی دعوی اقامه‌شده توسط ضامن، تسبیب خواهد بود. دادگاه بدوی چهارم نیز با همین استدلال (تسبیب)، که متعاقب نقض قرار رد دعوا از دادگاه تجدیدنظر استان فارس صادر شد، دریافت‌کنندگان وام را محکوم به پرداخت اقساط کرد. استدلالی که با فرجام‌خواهی محکوم‌علیه‌م از رأی مزبور، مورد تأیید دیوان عالی کشور هم قرار گرفت.^۲

۲.۳.۳. سبب دوم: استفاده بلاجهت

یکی از قواعد مسئولیت مدنی استفاده بلاجهت است؛ بدین معنا که شخصی بدون سبب و به زیان دیگری دارا شود. البته درخصوص اینکه آیا استفاده بلاجهت در حقوق ما به‌عنوان یک منبع مستقل مورد پیش‌بینی قانون‌گذار قرار گرفته است یا خیر، بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد؛ به‌نحوی که برخی از ایشان با اذعان به عدم تصریح در متون قانونی موجود به‌عنوان یک قاعده، نهایتاً وجود آن را در نظام حقوقی ایران پذیرفته‌اند،^۳ حال آنکه در مقابل، برخی دیگر قاعده مزبور در معنای خاص خود را به‌عنوان یک منبع مستقل مورد پذیرش قرار نداده‌اند.^۴ این اختلاف به رویه قضایی نیز کشیده شده است. از همین روست که در برخی از آرای صادره مرتبط با

۱. صفایی، حسین و حبیب‌الله رحیمی، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، ج ۹، تهران: سمت، ۱۳۹۵، صص. ۱۰۳ و ۱۰۴.

۲. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۵۱۵، شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور، منبع پیشین.

۳. کاتوزیان، ناصر، **منبع پیشین**، ۱۳۸۴، صص. ۲۵۲ تا ۲۵۶.

۴. صفایی، حسین و حبیب‌الله رحیمی، **منبع پیشین**، صص. ۵۸ - ۶۰.

موضوع مقاله، استناد به قاعده استفاده بلاجهت به‌عنوان سبب حکم نیز به چشم می‌خورد. به‌عنوان نمونه در رأی مورد اشاره در این مقاله، پس از آنکه دادگاه عمومی جهرم نسبت به خواندگان ردیف اول و سوم (منتقل‌البهم وام) به سبب بی‌توجهی قرار رد دعوا صادر نمود، دادگاه تجدیدنظر استان فارس ضمن وارد دانستن تجدیدنظرخواهی چنین مقرر داشت که هرچند وام مأخوذه متعلق حق خوانده ردیف دوم بوده است (صاحب امتیاز وام)، خواندگان ردیف اول و سوم (منتقل‌البهم وام) اقرار کرده‌اند که وام مزبور بین ایشان تقسیم شده است. در نتیجه، انتقال گرفتن وام اعطایی به تجدیدنظرخواندگان محرز بوده و ایشان استفاده‌کنندگان واقعی وام‌اند که با نپرداختن اقساط آن، سبب ورود زیان به تجدیدنظرخواه می‌شوند؛ امری که از مصادیق دارا شدن ناعادلانه است. در نتیجه این استدلال، دادگاه تجدیدنظر ضمن قبول تجدیدنظرخواهی، دادنامه تجدیدنظرخواسته را در قسمتی، که منجر به صدور قرار رد دعوا شده بود، نقض کرد و برای رسیدگی ماهوی به دادگاه بدوی عودت داد. در ادامه، دادگاه بدوی هم منطبق با همین استدلال دادگاه تجدیدنظر، رأی خود را صادر و از قرار پیشین خود عدول کرد.^۱ درخصوص این رأی، آنچه در این بند موضوع بحث است، استناد دادگاه تجدیدنظر به استفاده بلاجهت، به‌عنوان سبب دعوی محکومیت خواندگان به پرداخت اقساط وام است. با فرض همگام شدن با نظری که استفاده بلاجهت در معنای خاص را به‌عنوان قاعده در حقوق ایران می‌پذیرد، برای بررسی امکان استناد به این قاعده در دعوی حاضر، اولاً باید پذیرفت که عدم پرداخت اقساط توسط دریافت‌کننده تسهیلات، نوعی دارا شدن است که ملازمه با کاهش اموال ضامن دارد و از این حیث، شرط وجود رابطه بین دارا شدن یکی و ضرر دیگری موجود است. ثانیاً یکی دیگر از شرایط لازم برای استناد به قاعده دارا شدن بلاجهت، فقدان سبب برای دارا شدن است؛ یعنی اگر سبب مشروعی برای دارا شدن وجود داشته باشد، اقامه دعوی مزبور بلاوجه خواهد بود، هرچند برخلاف انصاف یا اخلاق باشد. سبب مشروع نیز اعم از قرارداد یا قانون است.^۲ در حقیقت، شخص در صورتی می‌تواند به دارا شدن ناعادلانه استناد کند و آن را مبنای دعوی خود قرار دهد که مبنای دیگری برای دعوا، به‌خصوص مبنای قراردادی وجود نداشته باشد؛ زیرا استفاده بلاجهت با قرارداد قابل جمع نیست. در نتیجه اگر دارا شدن ناشی از قرارداد منعقد بین طرفین

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۵۱۵، شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور، منبع پیشین.

۲. صفایی، حسین و حبیب‌الله رحیمی، منبع پیشین، ص. ۵۷.

باشد، استفاده مزبور نه ناعادلانه است و نه بدون سبب؛ به این دلیل که قرارداد مزبور جهت و مجوز قانونی برای استفاده و دارا شدن به حساب خواهد آمد.^۱ این شرط نیز در دعوی حاضر وجود دارد. ثالثاً شرط بعدی، که برای استناد به قاعده دارا شدن بلاجهت ضروری است، آن است که حق اقامه دعوی دیگری برای خواهان وجود نداشته باشد؛ چه علیه همین خواننده و چه علیه خواننده دیگر.^۲ بنابراین با توجه به نتیجه بند پیشین، اقامه دعوا علیه دریافت‌کننده تسهیلات از باب تسبیب، مقدم بر اقامه دعوا به استناد دارا شدن بلاجهت خواهد بود؛ به نحوی که با وجود تسبیب، نوبت به دارا شدن بلاجهت نخواهد رسید.

نتیجه‌گیری

در مقام نتیجه‌گیری و در پاسخ به سؤال اصلی تحقیق باید گفت که دعوی ضامن مأذون (خواهان) مبنی بر الزام به پرداخت، پیش از ادای دین و پس از صدور اجرائیه علیه مضمون‌عنه یا منتقل‌الیه تسهیلات بانکی (خواننده)، که مبتنی بر ضمان ضم است، قابل پذیرش خواهد بود. این نتیجه از حیث عملی هم با طبیعت عرفی ضمان (وثیقه بودن ضامن) سازگار است و هم در راستای کاهش اطاله دادرسی و کاستن از طرح دعاوی متعدد است. خلاصه و جمع‌بندی موضوع مقاله به این شرح است:

۱. زمان رجوع ضامن مأذون به مضمون‌عنه حین انعقاد عقد بوده است؛ یعنی هم‌زمان با ایجاد تعهد ضامن در برابر مضمون‌له، مضمون‌عنه نیز در برابر ضامن متعهد می‌شود. علاوه بر استدلال‌های ذکر شده، قسمت دوم ماده ۷۰۹ و ماده ۷۱۸ ق.م.ق.رائی است که حکایت از رابطه ضامن با مضمون‌عنه به محض انعقاد عقد می‌کند. تعهد ضامن با تعهد مضمون‌عنه هم متقابل است؛ یعنی هر کدام علت دیگری است و هم متوازن. بدین معنا که در فرض عدم مطالبه مضمون‌له از ضامن، ضامن نیز حق مطالبه از مضمون‌عنه ندارد. همچنان که به موازات مطالبه مضمون‌له از ضامن، ضامن نیز حق مطالبه از مضمون‌عنه را خواهد داشت.

۱. صفایی، حسین، «استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش.

۲، ۱۳۶۴، صص. ۵۳ و ۵۴.

۲. صفایی، حسین، و حبیب‌الله رحیمی، منبع پیشین، ص. ۵۷.

۲. در دعوی اقامه‌شده، اگر خواهان (ضامن) محکومیت خوانده به پرداخت دین را در حق خود تقاضا کند، ذی‌نفع است؛ زیرا جلوگیری از توقیف و فروش اموال ضامن، که ناشی از صدور اجرائیه علیه اوست، مصداق بارز ضرر مسلم در آینده و دلیل بر ذی‌نفعی اوست.
۳. دعوی فوق قابل استماع نیز است؛ زیرا علاوه بر آنکه حکم قسمت اول ماده ۷۰۹ ق.م.م.بی‌بر رجوع ضامن به مضمون‌عنه، پس از پرداخت، حمل بر ضمان موردنظر قانون‌گذار مدنی، یعنی ضمان نقل شده و منصرف از ضمان ضم است، با وحدت ملاک نیز قابل تسری به ضمان ضم نیست؛ زیرا شرط اصلی قیاس مواسات، شباهت دو موضوع است؛ حال آنکه ضمان نقل، که ماهیتش جایگزینی مدیون به‌جای مدیون در برابر طلبکار است، شباهتی به ضمان ضم، که ماهیتش ایجاد وثیقه به نفع طلبکار است، ندارد. بنابراین طبق اصل اباحه، چون منعی درخصوص دعوی مزبور در قوانین موجود نیست، دعوی او قابل استماع هم خواهد بود.
۴. درخصوص سبب دعوی ضامن، اعم از اینکه علیه دریافت‌کننده تسهیلات (مضمون‌عنه) یا منتقل‌الیه تسهیلات اقامه گردد، فاقد سبب قراردادی و محتاج احراز سبب قانونی است.
۵. سبب قانونی اول تسبیب است. در فرض نخست، اگر دعوا علیه مضمون‌عنه اقامه شود، اذن مضمون‌عنه به همراه عدم پرداخت او به‌عنوان مدیون اصلی در عقد ضمان ضم، به‌مثابه سبب اقوی بوده و فعل زبان‌باری است که باعث خسارت به خواهان شده است. در فرض دوم، اگر دعوا علیه منتقل‌الیه تسهیلات اقامه شود و رضایت ضامن در قرارداد ناقل (مضمون‌عنه) با منتقل‌الیه اخذ شده باشد، به‌دلیل همسانی مسئولیت منتقل‌الیه با ناقل، تابع فرض نخست است. همچنین اگر رضایت ضامن در قرارداد ناقل با منتقل‌الیه اخذ نشده باشد، خوانده به طریق اولی مسبب خواهد بود.
۶. سبب قانونی بعدی دارا شدن بلاجهت است؛ زیرا عدم پرداخت اقساط توسط دریافت‌کننده تسهیلات، نوعی دارا شدن است که ملازمه با کاهش اموال ضامن دارد. اما برای استناد به قاعده دارا شدن بلاجهت، ضروری است حق اقامه دعوی دیگری برای خواهان وجود نداشته باشد. بنابراین هرچند استناد به قاعده مزبور صحیح بوده، باوجود تسبیب، نوبت به استناد به دارا شدن بلاجهت نخواهد رسید.

منابع

فارسی

کتاب

۱. افتخارچهرمی، گودرز و مصطفی‌السان، **آیین دادرسی مدنی**، ج ۱، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۲. افتخارچهرمی، گودرز و مصطفی‌السان، **آیین دادرسی مدنی**، ج ۲، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۳. تقی‌زاده، ابراهیم و احمدعلی هاشمی، **مسئولیت مدنی (ضمان قهری)**، چ ۱، تهران: دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۵.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ضمان عقدی در حقوق مدنی**، چ ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶.
۵. حائری شاه باغ، علی، **شرح قانون مدنی**، ج ۲، چ ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶.
۶. ره پیک، حسن، **حقوق مدنی، عقود معین ۲**، چ ۱، تهران: خرسندی، ۱۳۸۷.
۷. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته**، ج ۱، چ ۱۶، تهران: دراک، ۱۳۸۶.
۸. صفایی، حسین و محمدهادی جواهرکلام، **حقوق مدنی پیشرفته، تضمین‌های دین (رهن و ضمان)**، ج ۱، چ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹.
۹. صفایی، حسین و حبیب‌الله رحیمی، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، چ ۹، تهران: سمت، ۱۳۹۵.
۱۰. قافی، حسین و سعید شریعتی، **اصول فقه کاربردی، ادله و منابع فقه**، ج ۲، چ ۱، قم: انتشارات حوزه و دانشگاه با همکاری انتشارات سمت، ۱۳۹۰.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، **دوره حقوق مدنی، عقود معین، عقود اذنی - وثیقه‌های دین**، چ ۴، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین**، چ ۲، چ ۶، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۳.

۱۳. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی**، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
۱۴. کاشانی، محمود، **حقوق مدنی، قراردادهای ویژه**، چ ۱، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
۱۵. محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه، بخش مدنی، مالکیت و مسئولیت**، ج ۱، چ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴.
۱۶. محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه، بخش جزایی**، ج ۴، چ ۲۶، تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۲.

مقاله

۱۷. صفایی، حسین، «استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د. ۲، ش. ۲، ۱۳۶۴، صص. ۵۵ - ۷. <https://doi.org/10.22066/cilamag.1985.18460>

عربی

۱۸. ابن قدامه، عبدالرحمن، **الشرح الكبير**، ج ۵، بیروت: دارالکتب العربی، بی‌تا.
۱۹. الحسینی العاملی، جواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۵، بیروت: دارالاحیاء التراث، بی‌تا.
۲۰. الحلّی، الحسن، **تذکره الفقهاء**، ج ۲، طهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی‌تا.
۲۱. الحلّی، الحسن، **تلخیص المرام فی معرفه الاحکام**، مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه، بی‌تا.
۲۲. الکرکی، علی، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۵، چ ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴.
۲۳. الطباطبائی البزدی، محمدکاظم، **مع تعلیقات ناصر مکارم الشیرازی، العروه الوثقی مع تعلیقات**، ج ۲، چ ۱، قم: مدرسه الامام علی، ۱۴۲۸.
۲۴. سیستانی، علی، **منهاج الصالحین**، ج ۲، چ ۵، قم: دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۱۷.

۲۵. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، **العروه الوثقی**، ج ۲، چ ۲، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹.
۲۶. عاملی، زین الدین، **الروضه البهیه فی شرح اللمه دمشقیه**، ج ۴، چ ۱، قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۰.
۲۷. نجفی، محمدحسن، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۶، چ ۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴.

منبع برخط

۲۸. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۵۱۵، شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور، سامانه ملی آراء قضایی، آخرین بازدید: ۱۴۰۴/۰۴/۲۹ در: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7626>
۲۹. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۱۲۶۹، شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، سامانه ملی آراء قضایی، آخرین بازدید: ۱۴۰۴/۰۴/۲۹ در: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/656>
۳۰. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۷۴۳، شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، سامانه ملی آراء قضایی، آخرین بازدید: ۱۴۰۴/۰۴/۲۹ در: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/118>
۳۱. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۱۶۰۴۰۰۶۳۳، شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، سامانه ملی آراء قضایی، آخرین بازدید: ۱۴۰۴/۰۴/۲۹ در: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/28038>

قانون

۳۲. قانون تجارت ایران.
۳۳. قانون مدنی ایران.

References

Books

1. Aamili, Zain Addin, **Al-Rudha Al-Bahiyah in the Explanation of Al-Luma Al- Damashqiya**, Vol.4. 1st edition, Qom: Davari Publications, 1989. (in Arabic)
2. Al-Helly al-Hasan, **Tadhkirat Al-Fuqaha**, Vol.2. al-Maktabah al-Murtadawyah Liihyaya al-Athar al-Jafariya, undated. (in Arabic)
3. Al-Helly al-Hasan, **Talkhis Al-Mariam fi Maerifat Al- Ahkam**, Center for Islamic Research and Studies, undated. (in Arabic)
4. Al-Husseini al-Amili Javad, **The Key to Dignity (Miftah Al-Karamah in the Explanation of Qawaeid Al-Allamah)**, Vol.5. Beirut: Dar al-Ihyaya al-Truth, undated. (in Arabic)
5. Al-Karaki, Ali, **The Compendium Objectives in Explaining the Qawaeid**, Vol.5. 2th edition, Qom: Aal al-Bayt Foundation, 1993. (in Arabic)
6. Al-Tabatabai al-Yazdi, Mohammad Kazim, with Comments Nasser Makarem al-Shirazi, **al-Eurwat Al-Wuthqa with Commentaries**, Vol.2. 1st edition, Qom: Imam Ali School, 2007. (in Arabic)
7. Chitty on Contracts, **Specific Contracts**, 26th edition, London: Sweet & Maxwell, 1989.
8. Eftekhar Jahromi, Goodarz, Elsan, Mustafa, **Civil Procedure Code**, Vol.1. 1st edition, Tehran: Mizan Publication, 2017. (in Persian)
9. Eftekhar Jahromi, Goodarz, Elsan, Mustafa, **Civil Procedure Code**, Vol.2. 1st edition, Tehran: Mizan Publication, 2017. (in Persian)
10. Ghafi, Hussein, Shariati, Saeed, **Applied Principles of Islamic Jurisprudence (Fiqh)**, 1st Edition, Tehran: HozeH & Daneshgah Publication, 2011. (in Persian)
11. Haeri Shah Bagh, Ali, **Description of Civil Law**, Vol.2. 1st edition, Tehran: Ganj Danesh Publication, 1997. (in Persian)
12. Ibn Qudamah, Abdur Raman, **The Great Explanation**, Vol.5. Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, undated. (in Arabic)
13. Jafari Langroodi, Mohammad Jafar, **Guarantee Contract in Civil Law**, 1st edition, Tehran: Ganj Danesh Publication, 2007. (in Persian)
14. Kashani, Mahmoud, **Civil Law, Special Contracts**, 1st Edition, Tehran: Mizan Publication, 2009. (in Persian)

15. Katouzian, Naser, **Elementary Course of Civil Law, Juridical Facts**, 8th edition, Tehran: Sherkat Sahami Enteshar Publication, 2005. (in Persian)
16. Katouzian, Nasser, **Course of Civil Law, Specific Contracts, Subordinate Contracts, Debt Guarantees**, Vol.4. 8th Edition, Tehran: Sherkat Sahami Enteshar Publication, 2015. (in Persian)
17. Katouzian, Nasser, **Elementary Course of Civil Law, Lessons from Specific Contract**, Vol.2. 6th edition, Tehran: Ganj Danesh Publication, 2004. (in Persian)
18. Mohaqeq Damad, Mustafa, **The Rules of Islamic Jurisprudence, Civil Section**, 12th edition, Tehran: Islamic Science Publication Center Publication, 2005. (in Persian)
19. Mohaqeq Damad, Mustafa, **The Rules of Islamic Jurisprudence, Penal Section**, 26th edition, Tehran: Islamic Science Publication Center Publication, 2013. (in Persian)
20. Najafi, Mohammad Hassan, **Jawaher al-Kalam in the Explanation of Shari al-Islam**, Vol.26. 7th edition, Beirut: Dar Ihya Attorath al –Arabi, 1983. (in Arabic)
21. Rahpeik, Hasan, **Civil Law, Specific Contracts 2**, 1st Tehran: Khorsandi Publication, 2008. (in Persian)
22. Safai, Hussein, Javaherkalam, Mohammadhadi, **Advanced Civil Law, Debt Guarantees (Mortgage and Guarantee)**, Vol.1. 1st edition, Tehran: Sherkat Sahami Enteshar Publication, 2020. (in Persian)
23. Safai, Hussein, Rahim, Habibollah, **Civil Liability (Non-Contractual Obligations)**, 9th edition, Tehran: Samt Publication, 2016. (in Persian)
24. Shams Abdullah, **Civil Procedure Code, Advanced Course**, Vol.1. 16th edition, Tehran: Derak Publication, 2007. (in Persian)
25. Sistani, Ali, **Minhaj Assalihin**, Vol.2. 5th edition, Qom: Ayatollah Sistani's Office, 1996. (in Arabic)
26. Tabatabai Yazdi, Mohammad Kazim, **Al-Eurwat Al-Wuthqa**, Vol.2. 2th edition, Beirut: al-Aalami Foundation for Publications, 1988. (in Arabic)
27. Taghizadeh, Ebrahim, Hashemi, Ahmad Ali, **Civil Liability (Zamane Ghahri)**, 1st edition, Tehran: Payam Noor University Publication, 2016. (in Persian)

Articles

28. Safai, Hussein, “Relying on Unjust Enrichment Despise the Existence of a Contractual Relationship”, *International Law Review*, 2, No. 2, 1985, PP. 7-55. (in Persian) <https://doi.org/10.22066/cilamag.1985.18460>.

Online Sources

29. Judgment No.9109970220300743. from Branch 3 of Tehran Court of Appeals, National Judicial Opinions Website, last visited on 2025/07/20. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/118> (in Persian)
30. Judgment No. 9109970270401269. from Branch 59 of Tehran Court of Appeals, National Judicial Opinions Website, last visited on 2025/07/20. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/656> (in Persian)
31. Judgment No. 9209970908500515. from Branch 25 of the Supreme Court, National Judicial Opinions Website, last visited on 2025/07/20. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7626> (in Persian)
32. Judgment No. 9309982160400633. from Branch 8 of Tehran Court of Appeals, National Judicial Opinions Website, last visited on 2025/07/20. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/28038> (in Persian)

Laws

33. Trade Law of Iran. (in Persian)
34. Civil Law of Iran. (in Persian)

Feasibility Assessment of A Claim for Payment by the Guarantor Against the Recipient of Bank Loans Following the Issuance of an Executive Order Against the Guarantor

Mohammad Jabber Ghanbari*
Jalal Soltan Ahmadi**

Received: 2025.01.07

Accepted: 2025.08.19

Abstract

It is clear that due to the clarification of the first sentence of Article 709 of the Civil Code, the authorized guarantor, after paying the debt, will have the right to recourse to the debtor and file a lawsuit for obligation to repayment of the debt. However, there is no clarification in the law regarding the possibility of filing a lawsuit to force payment by the guarantor before the debt is paid and after the issuance of an executive order against him. The purpose of this article is to examine the possibility of filing a lawsuit by a guarantor to enforce payment against the debtor or the transferee of a loan who has faced certain damages due to the issuance of an executive order. According to the findings of the article, which is based on a descriptive-analytical method, such a claim is acceptable in joint and several guarantees. At the time of guarantee contract's conclusion, the debtor's obligation to the guarantor is exchanged for the guarantor's obligation to the creditor. As a result, if the creditor demands his claim from the guarantor, the guarantor will also have the right to refer to the debtor. Causation and unjust enrichment is the guarantor's cause of lawsuit.

Keywords:

Obligation to Payment of the Debt, Recourse of the Guarantor to the Debtor, Issuance of an Executive Order against the Guarantor, Causation, Unjust Enrichment.

* Instructor, Faculty of Law, Payam-e- Noor University, Tehran, Iran.
Corresponding Author Email: ghanbari.law@pnu.ac.ir

** Associate Professor, Faculty of Law, Payam-e- Noor University, Tehran, Iran.

ابعاد حقوقی بازی‌های تلگرامی؛ مطالعه موردی بازی همستر کامبت

محمدهادی جواهر کلام*

فرشید قدیم‌خانی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۰

چکیده

در این مقاله ابعاد حقوقی بازی‌های تلگرامی و به‌طور خاص بازی همستر کامبت با روش تحقیق توصیفی تحلیلی و با هدف بررسی چالش‌هایی نظیر مشروعیت و مالیت سکه‌های به‌دست آمده از بازی و شناسایی رویکرد قانون‌گذار نسبت به این بازی‌ها مورد بررسی قرار گرفته است. پرسش اصلی این است که با توجه به نظام حقوقی ایران، ماهیت حقوقی استخراج (تولید سکه) در سبک جدید بازی‌های تلگرامی چیست؟ وانگهی، آیا سکه‌های به‌دست‌آمده از این قبیل بازی‌ها در بازه زمانی پیش از عرضه دارای مالیت هستند و اساساً آیا مفاهیمی چون غرر و قمار در این بازی‌ها و سکه‌های به‌دست‌آمده مطرح و جاری می‌شود؟ نتایج پژوهش حاکی از آن است که استخراج (تولید سکه) در این قبیل بازی‌ها با حیازت مباحات هم‌خوانی دارد؛ هرچند ایجاد نهاد حقوقی جدید به‌نظر نویسندگان شایسته‌تر است. به‌علاوه، ضمن رد قمار و غرری بودن این بازی‌ها با توجه به بُعد هدفمندی در بازیکنان، مالیت سکه‌های به‌دست‌آمده در پرتو نظام حقوقی ایران محرز شناخته شد.

کلیدواژه‌گان:

بازی‌های تلگرامی، همستر کامبت، رمز ارز، مالیت، غرر.

* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

** دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
ghadimkhani_f@atu.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/>).

در عصر کنونی، توسعه فناوری‌های دیجیتال و گسترش شبکه‌های اجتماعی موجب شکل‌گیری پدیده‌های نوظهوری شده است که برخی از آنها چالش‌های جدیدی را در حوزه‌های مختلف، به‌ویژه در زمینه حقوق ایجاد کرده‌اند. یکی از این پدیده‌ها، بازی‌های آنلاین و به‌طور خاص، بازی‌های تلگرامی است که به دلیل ماهیت نوین و ویژگی‌های خاص خود، نیازمند بررسی‌های دقیق در ابعاد گوناگون‌اند.

بازی‌های تلگرامی، از جمله همستر کامبت، با بهره‌گیری از فناوری‌های پیشرفته و تعاملات مالی مبتنی بر ارزهای دیجیتال، بستری برای ایجاد تعاملات اقتصادی و اجتماعی فراهم کرده‌اند. این تعاملات از منظر حقوقی مسائل متعددی را مطرح کرده است. از جمله این مسائل می‌توان به مشروعیت فعالیت‌های مرتبط، تطابق آنها با اصول و قواعد حقوقی، و نحوه تنظیم و مدیریت آنها در چارچوب حقوق ملی و الزامات بین‌المللی اشاره کرد. علاوه بر این، برخی از چالش‌های حقوقی همچون مالیت سکه‌های دیجیتال، وجود عناصر غرر و قمار در این بازی‌ها، و مخاطراتی مانند پول‌شویی و نقص قوانین مالیاتی، پرسش‌هایی را برانگیخته است که نیازمند بررسی عمیق حقوقی‌اند.

به‌ویژه در کشور ما، خرید و فروش گسترده سکه‌های دیجیتال در بستر این بازی‌ها و معامله آنها در قبال دارایی‌های مشهود، توجهات زیادی را به خود جلب کرده است. برای مثال، فروش چهارصد میلیون سکه بازی همستر کامبت در ازای یک‌دستگاه خودروی ۲۰۶ نشان‌دهنده ابعاد اقتصادی این بازی‌ها و ضرورت واکاوی جنبه‌های حقوقی آنهاست. همچنین، ماهیت مبهم استخراج (تولید سکه) و تعیین مالکیت دارایی‌های دیجیتال در این سبک از بازی‌ها موجب بروز تردیدها و ابهاماتی شده است.

باتوجه به این چالش‌ها، پژوهش حاضر در پی آن است که با تحلیل ابعاد حقوقی بازی‌های تلگرامی، چارچوبی روشن برای مسائل مطرح‌شده ارائه دهد. پرسش‌های اصلی این پژوهش عبارت‌اند از: ماهیت حقوقی استخراج (تولید) سکه در این قبیل بازی‌ها چیست؟ آیا سکه‌های به‌دست‌آمده در بازه زمانی آغاز بازی تا عرضه در بازار دارای مالیت‌اند؟ آیا این بازی‌ها از منظر شرعی و قانونی محل اشکال‌اند و مفاهیمی چون غرر و قمار در آنها جاری است یا خیر؟

به‌منظور پاسخ به این پرسش‌ها، این مقاله ابتدا تاریخچه‌ای از بازی‌های آنلاین و بازی‌های تلگرامی جدید را بررسی می‌کند (بخش نخست). سپس در بخش دوم، ماهیت حقوقی عملیات تولید یا استخراج سکه در این بازی‌ها را تحلیل می‌کند و در بخش سوم، به چالش‌های مربوط به مالیت و امکان سنجی تطبیق قواعد مال آتی بر سکه‌های به‌دست آمده می‌پردازد. در نهایت در بخش چهارم، مسئله قمار و غرری بودن این بازی‌ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت. از حیث پیشینه تحقیق، اگرچه تاکنون پژوهش‌هایی در زمینه ابعاد مختلف رمزارزها انجام شده است، عنوان پژوهش حاضر برای نخستین بار مطرح شد و مورد مشابهی یافت نشد. لذا این مطالعه می‌تواند به‌عنوان یک پژوهش نوآورانه در حوزه حقوق بازی‌های آنلاین، تعاملات دیجیتال و رمزارزها تلقی شود.

۱. سیر تحول بازی‌ها و موقعیت بازی‌های تلگرامی

۱.۱. سیر تحول بازی‌ها و ترکیب آنها با رمزارزها

در گذشته، بازی‌ها به فعالیت‌های فیزیکی ساده و رایگان محدود می‌شدند؛ اما انقلاب رایانه و اینترنت (۱۹۴۰-۱۹۹۱) زمینه‌ساز تحول بازی‌های ویدئویی شد. با ظهور کنسول‌های بازی در ۱۹۷۲، صنعت بازی از سرگرمی فراتر رفت و جنبه تجاری یافت. جنبه تجاری بازی‌ها محدود به توسعه‌دهندگان آنها نبود؛ به‌طوری‌که ایجاد نخستین مراکز بازی - گیم‌نت‌ها در دهه ۸۰ به دلیل محدودیت دسترسی به بازی‌ها شکل گرفتند، اما با گسترش رایانه‌های شخصی، بازی‌ها وارد خانه‌ها شدند. اما این به معنی نقطه پایان بازی‌های ویدئویی نبود؛ رواج بازی‌های ویدئویی باعث شد تا افراد به فکر کسب درآمد از آن برآیند. در واقع، علاوه بر توسعه‌دهندگان بازی‌ها و مالکین گیم‌نت‌ها، افراد با ضبط بازی کردن خود و انتشار آن در شبکه‌های مجازی به کسب درآمد پرداختند. امروزه هزاران صفحه منتسب به بازیکنان در شبکه‌های مجازی موجود است که با انتشار ویدئو بازی‌های خود، میلیون‌ها مخاطب را جذب، و از این طریق کسب درآمد می‌کنند (استریمینگ). خرید و فروش اکانت‌های بازی نیز وجهه دیگری از کسب درآمد بود. مروری بر پنج دهه بازی‌های ویدئویی نشان می‌دهد که این دسته از بازی‌ها از سرگرمی صرف به صنعت، شغل و پدیده اجتماعی فراگیری تبدیل شده است. جامعه ایرانی نیز همگام با این تحول در عرصه بازی‌ها، به‌ویژه بازی‌های رایانه‌ای، در حرکت بوده است؛ به‌گونه‌ای که طبق آخرین پیمایش بنیاد

ملی بازی‌های رایانه‌ای در سال ۱۴۰۰، برآورد شده است که از بین ۸۴ میلیون ایرانی، ۳۴ میلیون نفر روی مجموع پلتفرم‌ها بازی انجام می‌دهند.

رواج گوشی‌های هوشمند تحول بازی‌ها را شتاب داد. توسعه‌دهندگان با ارائه نسخه‌های موبایلی، دسترسی به بازی‌ها را گسترده‌تر کردند. در سال‌های اخیر، بازی‌های موبایلی رشد چشمگیری داشته‌اند و نسبت به رایانه و کنسول، کاربران بیشتری را جذب کرده‌اند. این رشد با افزایش در دسترس بودن دستگاه‌های تلفن همراه، افزایش پلتفرم‌های بازی سازگار با موبایل و محبوبیت فزاینده بازی‌های تلفن همراه عجین بوده است. پیش‌بینی شده است که درآمد بخش بازی‌های موبایلی از ۳۱۵/۹۰ میلیارد دلار در سال ۲۰۲۳ به ۴۱۹/۷۰ میلیارد دلار تا سال ۲۰۲۷ افزایش یابد و تعداد کاربران به ۲/۳۲ میلیارد نفر برسد.^۱

رمزارزها به‌عنوان جدیدترین مرحله در سیر تکوین پول،^۲ در سال‌های ۲۰۰۷-۲۰۰۸ میلادی به‌عرصه فناوری معرفی شدند و تحولات گسترده‌ای را در حوزه‌های اقتصاد، پول، بانکداری، مالیات و موارد مشابه به‌همراه آوردند. با انتشار اولین وایت‌پیپر^۳ در دنیای رمزارز توسط ساتوشی ناکاماتو در سال ۲۰۰۸ و معرفی بیت‌کوین و سازوکارهای آن، این فناوری یک سال بعد به‌طور رسمی وارد جریان عمومی شد و دیری نپایید که رمزارز در جوامع، شناخته و دولت‌ها در جهت شناخت دقیق، پیش‌بینی، تقنین و تنظیم‌گری آن اقداماتی را در دستور کار خود قرار دادند. اولین سابقه بررسی دقیق به‌سال ۲۰۱۱ بازمی‌گردد که شبکه جرایم مالی آمریکا به‌مقررات‌گذاری کار مراکز مبادله بیت‌کوین پرداخت.^۴ به‌رغم تلاش دولت‌ها در شناخت این پدیده نوظهور، هنوز اجماع بین‌المللی برای ارائه تعریفی واحد از این مفهوم ارائه نشده است. یکی از دلایل این امر به‌تفاوت رویکرد کشورها در مورد ماهیت رمزارزها برمی‌گردد.^۵ پیشرفت فناوری در کشورها با

۱. مرکز تحقیقات بازی‌های دیجیتال - دایرک، «پیمایش ملی بازیکنان بازی‌های دیجیتال»، ۱۴۰۰.
۲. خواجوی، اصغر و سید مرتضی قاسم‌زاده، «ماهیت فقهی و حقوقی رمزارز اتریوم (اتر)»، معرفت اقتصاد اسلامی، ش ۲۶، ۱۴۰۱، صص ۱۶۷-۱۸۲.
۳. وایت‌پیپر- White Paper که نام دیگر آن سفیدنامه است، به‌سندی اطلاق می‌شود که توضیحی جامع از یک پروژه غیرمتمرکز در آن ارائه می‌شود. برای مطالعه بیشتر: Arzdigital.com/what-is-white-paper.
۴. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «سیاست‌گذاری کشورهای آمریکا، چین و آلمان در زمینه ابزارهای مالی دیجیتالی جدید مانند بیت‌کوین»، شماره مسلسل ۲۸۰۱۳۶۹۱.
۵. امام، علیرضا، علی زارع و علی تقی‌خانی، «تبیین ماهیت فقهی و حقوقی استخراج و بیع رمزارزها در حقوق ایران»، ماهنامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، ش ۴، ۱۴۰۱، صص ۲۸۹-۴۰۶.

شناخت این پدیده رابطه مستقیمی دارد؛ به‌صورتی که کشورهای آمریکایی و اروپایی زودتر از سایر کشورها درگیر مسائل تقنینی آن شدند. اینکه اولین مصوبه در مورد رمزارزها در ایران^۱ در سال ۱۳۹۶ (۲۰۱۷ میلادی) بوده است، به‌وضوح بر این امر اشاره دارد. امروزه بازار رمزارزها به‌رغم وجود برخی چالش‌ها، حجم زیادی از مسائل و چالش‌های پولی-بانکی، مالیاتی، تقنینی و... را به‌وجود آورده است. تا ۲۳ دسامبر ۲۰۲۳، تعداد ۱۱۷۰۷ در بازار ارزهای دیجیتال وجود داشته و ارزش کل این بازار در سال ۲۰۲۳ به میزان ۱/۶۶ تریلیون دلار رسیده است.^۲ بنابراین می‌توان اظهار داشت که دنیای ارزهای دیجیتال به‌پدیده‌ای فراگیر تبدیل شده است. در کنار بازار خریدوفروش رمزارزها، استخراج یا ماین کردن^۳ آنها نیز از موضوعات بعدی بود. استخراج از طریق انجام برخی معادلات ریاضی که رایانه آن را انجام می‌داد- و تأثیر آن بر امنیت شبکه است- صورت می‌گیرد. بدین ترتیب، امکانی فراهم آمده بود تا بدون نیاز به‌صرف هزینه خرید، افراد به‌رمزارزها دست یابند. به‌رغم به‌وجود آمدن مشکلات جدید ناشی از استخراج نظیر گسترش موارد کلاهبرداری^۴، مصرف بالای برق و ورود دولت‌ها در جهت کنترل امر، استخراج رمزارزها به‌یکی از مهم‌ترین منابع درآمدی در کشورهای با اقتصاد ضعیف تبدیل شده است.

اما این تحولات پایان راه نبود؛ ترکیب بازی‌ها و رمزارز یکی دیگر از اتفاقات مهیج بعدی بود. اقتصاد و ارزش بالای بازار رمزارزها و محبوبیت بازی‌های ویدئویی باعث شد تا نوع جدیدی از بازی‌ها پا به عرصه وجود بگذارند که با انجام بازی و مأموریت‌های آن، امکان دریافت مستقیم و غیرمستقیم رمزارز فراهم شود. بدین ترتیب، شاهد تغییر مفهوم پول یا سکه در بازی‌ها بودیم؛ بدین صورت که سکه، پول، الماس یا هر شکل دیگری از چیزی که درون بازی‌ها مفهوم پول را می‌رساند، در ابتدا کاربرد درون بازی داشت. این ارزها غیرقابل تبدیل بوده و به‌هیچ‌عنوان امکان تبدیل به پول‌های بانکی را نداشتند.^۱ به‌عبارت دیگر، همان‌طور که در گزارش بانک مرکزی اتحادیه اروپا در سال ۲۰۱۲ آمده و در سال ۲۰۱۵ نیز مجدد تکرار شده است، این ارزها [به‌طور

۱. مصوبه مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۹ شورای عالی مبارزه با پول‌شویی.

۲. آمار و ارقام صنعت ارزهای دیجیتال در سال ۲۰۲۳؛ قابل دسترسی در وب‌سایت: www.bitpin.ir

3. Mining

۴. برای مثال ر.ک: <https://sarmayex.com/college/mining/scam-in-the-name-of-free-bitcoin-mining>

۱. خادمان، محمود، ابوطالب کوشا و فاطمه نوری، «شناسایی ماهیت حقوقی رمزارزها با تحلیل ساختاری آن‌ها در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، د ۸۵، ش ۱۱۵، ۱۴۰۰، صص ۳۳۹-۳۷۲.

کلی] در فضای مجازی (معمولاً بازی) در گردش‌اند؛ یعنی همان‌جا تولید و همان‌جا هم مصرف می‌شوند.^۱ امروزه نیز در برخی از بازی‌ها شاهد این قسم از دارایی‌ها هستیم. به تدریج امکان خرید سکه‌های بازی با پول واقعی فراهم آمد که در واقع با پرداخت پول واقعی، مقداری سکه درون بازی به‌کاربر تعلق می‌رفت. این امر با چالش‌های جدی فقهی - حقوقی نیز روبه‌رو بوده و هستند: به‌عنوان مثال، یکی از مفاهیم رایج در حقوق ایران، مفهوم غرر است که در پرتوی آن، خرید سکه درون بازی را فارغ از کاربرد آن، تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. مالیت این نوع سکه‌ها نیز در سایه ادبیات فقهی - حقوقی از جمله «نسبیت مالیت» از موضوعات دیگری است که بررسی آن، مجال دیگری را می‌طلبد. در ادامه تحولات انواع پول در بازی‌ها، امکان کسب رایگان آنها با انجام بازی و مأموریت و قابلیت تبدیل آنها به رمزارزها واقعی که مالیت داشته و هر آن قابل تبدیل به پول واقعی است، در نوع خود توجهات زیادی را جلب کرد.

نقطه‌نهایی این تحولات جایی بود که بازی مستقیماً یک نوع رمزارز را که در بازار نیز خریدوفروش می‌شود در ازای انجام مأموریت‌های مختلف به‌کاربر می‌داد. از این نوع بازی‌ها تحت عنوان بازی‌های «بازی کن تا به‌دست بیاری» یا P2E که مخفف Play to Earn است، شناخته می‌شوند. بازی‌های P2E مدلی از کسب‌وکارند که براساس فناوری بلاک‌چین کار می‌کنند و به‌زبان ساده، بازیکنان می‌توانند در این سبک از بازی‌ها به‌سرگرمی پرداخته، ارزش دیجیتال کسب کنند.^۲ این سبک از بازی با ترکیب سرگرمی و درآمدزایی، نه‌تنها موجب تغییر در صنعت بازی‌ها شده که به‌عنوان یکی از پیش‌ران‌های اقتصاد دیجیتال در آینده نزدیک نیز مطرح شده و مطمئناً در آینده نه‌چندان دور، نقش مهمی را در تحولات اقتصادی دنیای دیجیتال ایفا خواهد کرد. از انواع این بازی‌ها می‌توان به Axie Infinity، Sand Box، Decentraland و Splinterlands اشاره کرد. درآمد حاصل از این بازی‌ها باعث شده تا بسیاری از افراد در سرتاسر جهان به‌این سبک روی بیاورند. برای مثال، در Axie Infinity بازیکن قادر خواهد بود روزانه تعداد ۲۰۰ عدد سکه بازی را کسب کند که این سکه در فروردین ۱۴۰۳ معادل ۰/۳۹ دلار ارزش

۱. خداوردی آرش، حسین، محمد رضوی و مهدی منتظر، «آسیب‌شناسی حقوقی تنظیم‌گری دولت در حوزه رمزارزها»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ش ۱۴، ۱۴۰۲، صص ۶۷-۸۸.
 ۲. بازی Play to Earn چیست؟ همه‌چیز درباره کسب درآمد با بازی کردن؛ قابل دسترسی در: www.bit24.cash

داشته است.^۱ بی‌دلیل نیست که برخی پژوهشگران اعتقاد دارد بازی‌های P2E مرزهای بین بازی و تجارت را محو می‌کند.^۲

۱.۲. موقعیت بازی‌های تلگرامی

تلگرام، پیام‌رسانی که در ۲۰۱۳ راه‌اندازی شد، در ۱۴ آگوست ۲۰۲۴ به یک میلیارد کاربر رسید که ۴۲ درصد رشد سالانه داشت و در ۲۰۲۳ رتبه دهم شبکه‌های اجتماعی را کسب کرد. این امر باعث شده تا توسعه‌دهندگان آن، برای ارتقا و ارائه خدمات بیشتر برنامه‌ریزی و آن را از یک پیام‌رسان صرف به یک ابراپلیکیشن کاربردی تبدیل کنند. افزودن کیف پول ارز دیجیتال به تلگرام در سال‌های ۲۰۲۲ و ۲۰۲۳ را می‌توان یکی از این اقدامات دانست.

در ژانویه ۲۰۲۴ (دی ۱۴۰۲) تلگرام بازی جدیدی به نام نات‌کوین معرفی کرد.^۳ شیوه بازی به این صورت بود که کاربر با کلیک کردن بر روی یک آیکن سکه که در صفحه نخست بازی تعبیه شده بود، سکه درون بازی دریافت می‌کرد. به‌رغم آنکه از میزان اعتبار این بازی اطلاعاتی در دست نبود و به‌نوعی استراتژی توسعه‌دهندگان بر عدم افشای اطلاعات استوار بود، این بازی به‌سرعت به محبوبیت زیادی بین کاربران تلگرامی رسید؛ به‌طوری‌که در سه‌ماهه اول، ۳۵ میلیون نفر مشغول به این بازی شدند.^۴ رویکرد کاربران ایرانی تلگرام نسبت به نات‌کوین تحت تأثیر دو نظر بود: نظر نخست، بر بی‌فایده بودن این نوع بازی تأکید می‌کرد و عمده دلایل خود را متوجه اشاراتی از توسعه‌دهندگان استوار کرده بودند. بازی به‌گونه‌ای طراحی شده بود که پیش از ورود به بازی، یک پیام تحت عنوان «شاید هیچ چیز نباشد - probably nothing» توجه را به خود جلب می‌کرد. نظر دوم، باتوجه به حمایت برخی صرافی‌ها و اشخاص، بر آینده درخشان این نوع بازی و طبیعتاً رمارازز بودن آن اشاره می‌کرد. اردیبهشت ۱۴۰۳ نات‌کوین به‌عنوان یک توکن در صرافی‌ها عرضه و مورد خریدوفروش قرار گرفت.

۱. معرفی هفت روش برای کسب درآمد از بازی آکسی اینفینیتی؛ قابل دسترسی در: www.bttm.ir

2. Delfabbro, Paul, Delic, Amelia & King, Danil L., Understanding the mechanics and consumer risks associated with play-to-earn (P2E) gaming, *Journal of Behavioral Addictions*, Vol 11, No 3, 2022, pp. 716-726.

۳. نسخه اولیه این بازی در اواسط نوامبر ۲۰۲۳ (آبان ۱۴۰۲) راه‌اندازی شده است.

4. Notco.in

بدین ترتیب، دور از انتظار نبود که نات‌کوین به‌عنوان اولین بازی با قابلیت تبدیل سکه‌های به‌دست آمده به‌رمزارز با اقبال عمومی مواجه شود. پس از تحقق وعده تبدیل نات‌کوین به‌رمزارز، بسیاری از کاربران تلگرام تحت تأثیر عناصر روانی منتظر بازی‌های مشابه بودند تا «از قافله عقب نمانند». در این میان بازی جدید همستر کامبت^۱ در ۲۵ مارس ۲۰۲۴ (۶ فروردین ۱۴۰۳) در تلگرام معرفی و با استقبال گسترده کاربران روبه‌رو شد.

علت اصلی گرایش کاربران به‌بازی همستر کامبت را می‌توان پدیده فومو^۲ دانست. این اصطلاح مخفف از دست دادن است و به‌اضطرابی اشاره دارد که فرد به‌دلیل ترس از دست دادن فرصت، اغلب بدون تحلیل منطقی و تحت تأثیر عناصر روانی، اقدام به ورود به کاری می‌کند. در حوزه رمزارزها، فومو به‌معنای ورود شتاب‌زده به‌بازار، بدون تحقیقات کافی، صرفاً به‌دلیل ترس از عقب ماندن از دیگران است. این پدیده که از آن به‌عنوان «بلای جان معامله‌گران» یاد می‌شود، برابر مشاهدات عینی در گرایش کاربران ایرانی به این بازی نقش مؤثری داشته است.

این بازی، مشابه نات‌کوین، با سازوکاری ساده، اما بخش‌های متنوع‌تر معرفی شد که جذابیت آن را افزایش می‌داد. برخلاف نات‌کوین، کاربران با سکه‌های کسب‌شده کارت‌هایی می‌خریدند که سود ساعتی را افزایش می‌داد. همچنین، امکان جمع‌آوری خودکار سکه و مأموریت‌های جدید، پیچیدگی بازی را بیشتر کرد. طولانی شدن فرایند عرضه در بازار رمزارزها در کنار حمایت صرافی‌هایی نظیر Bingx و چهره‌هایی نظیر پاول دوروف، نقش مهمی در جلب توجه کاربران داشت. در نهایت توکن این بازی با نام HMSRT در ۲۶ سپتامبر ۲۰۲۴ (۵ مهر ۱۴۰۳) در صرافی‌ها لیست شد.

۲. ماهیت حقوقی استخراج (تولید سکه)

استخراج رمزارزها به‌عنوان روشی کم‌هزینه و در مواردی بی‌هزینه، محبوبیت زیادی میان فعالان این حوزه دارد. این فرایند به‌معنای تولید و تأیید تراکنش ارز رمزنگاری‌شده از طریق حل مسائل محاسباتی است که در قبال آن پاداش‌هایی به‌مشارکت‌کنندگان اعطا می‌شود.^۱ رویکرد

1. Hamster Combat
2. FOMO – Fear of Missing Out

۱. خواجوی، اصغر و سیدمرتضی، قاسم زاده، منبع پیشین، ص ۱۷۱.

دولت‌ها نسبت به استخراج رمزارزها بسته به شرایط متفاوت است: در بسیاری از کشورها این عمل قانونی است یا در نتیجه سکوت قوانین، حکم به بلامانع بودن آن می‌شود. آمریکا و بریتانیا را می‌توان از دسته نخست (قانونی بودن عملیات استخراج به‌رغم وجود برخی محدودیت‌ها نظیر لزوم پرداخت عوارض گمرکی، عوارض راه اندازی یا مالیات بر درآمد) دانست و امارات، کانادا و هند در دسته دوم (عدم وجود مقرره سلبی یا ایجابی) جای می‌گیرند.^۱ در مقابل، برخی کشورها با استناد به دلایلی، عملیات استخراج رمزارزها را ممنوع کردند و تحت مجازات‌های شدیدی قرار دادند. چین و قطر در این دسته قرار دارند.^۲ وضعیت استخراج رمزارزها در ایران تا زمان انتشار سند «چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری بانک مرکزی در حوزه رمپول‌ها» در آذر ۱۴۰۳، بر دسته‌ای از کشورهای مجاز منطبق می‌شد که درمورد آن مقرره‌ای، اعم از سلبی یا ایجابی، وجود ندارد. علی‌رغم عدم حمایت قانونی از مبادلاتی که با رمزارز انجام می‌شد (بند ۱ تصویب‌نامه مورخ ۱۳/۵/۱۳۹۸ هیئت‌وزیران)، با توجه به شناسایی مراکز استخراج به‌عنوان واحد تولید صنعتی (بند ۶ تصویب‌نامه اخیر) و نیز تنظیم‌گری وزارت نیرو در زمینه تأمین برق مراکز استخراج (مصوبه مقررات تأمین برق مراکز استخراج رمزارزها- ۱۳۹۸/۱۸/۸ و اصلاحیه ۱۴۰۰/۱/۱۶ وزیر نیرو) این امکان وجود داشت که در پرتو اصل اباحه، حکم به بلامانع بودن عملیات استخراج در ایران نمود. ۱۳ آذر ۱۴۰۳ با تصویب و انتشار سند «چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری بانک مرکزی در حوزه رمپول‌ها» مصوب هیئت‌عالی بانک مرکزی، به‌طور رسمی رمپول‌ها مورد شناسایی قرار گرفت، لکن همچنان بانک مرکزی با اشاره به درجه بالای مخاطره و ریسک بازار، ضمن عدم توصیه فعالیت در این حوزه، عدم مسئولیت خود در قبال ضرر و زیان احتمالی کاربران را متذکر می‌شود.

گفتنی است که به‌رغم قانونی بودن استخراج رمزارزها در برخی از کشورها، تدابیری اتخاذ شده تا نظم عمومی نیز حفظ شود؛ مشکلات ناشی از مصرف بالای برق در استخراج جزو آن دسته از مسائل است که دولت‌ها در امر تنظیم‌گری مورد بررسی قرار داده‌اند. مجاز بودن

۱. لطفی، رضا، «چگونگی مواجهه کشورها با رمزارزهایی‌ها»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۹۹۱۰-۱۴۰۳.
۲. همان منبع، صص ۲۷ و ۲۸.

استخراج به‌همراه محدودیت‌هایی در آن در روسیه،^۱ بازنگری‌های نحوه پردازش درخواست‌های استخراج کنندگان در کانادا و یا مصرف بالای انرژی به‌عنوان یکی از دلایل ممنوعیت استخراج در چین از این جمله است.

نکته حائز اهمیت آنکه مفهوم استخراج در بازی‌های تلگرامی با مفهوم رایج آن متفاوت است. تفاوت در مفهوم، تمایز در ماهیت را نیز در پیش خواهد داشت. بدین ترتیب، نخست مفهوم و تمایز استخراج در بازی‌های تلگرامی نسبت به مفهوم رایج بررسی می‌شود و سپس ماهیت آن مطالعه می‌گردد.

۲.۱. مفهوم و تمایز استخراج (تولید سکه) در سبک جدید بازی‌های تلگرامی

فرایند Mining که در فارسی به‌استخراج ترجمه شده، به‌طور کلی عملی ساده، گاه رایگان و بدون نیاز به کار فیزیکی است که در نتیجه آن، رمزارز یا واحدی قابل تبدیل به رمزارز به فرد تعلق می‌گیرد. باتوجه به اینکه واژه Mine در انگلیسی به‌معنی معدن است و Mining می‌تواند به معدن‌کاوی ترجمه شود، برخی تطبیق قواعد حقوقی مربوط به حیات معدن در حقوق ایران - که ریشه در فقه اسلامی دارد - بر استخراج رمزارزها را نقد و در رد این ادعا اقدام کرده‌اند.^۲ این تطبیق به‌دلیل عدم درک صحیح از ماهیت استخراج، غیرموجه به‌نظر می‌رسد.

معمولاً شکل استخراج یکسان است و لزوم بررسی موردی شیوه استخراج انواع رمزارزها و بیان قواعد ویژه مختص هر یک ضروری به‌نظر نمی‌رسد. این سخن با شکل و شیوه استخراج (تولید سکه) در بازی‌های تلگرامی نیز سازگار است؛ به‌طوری‌که استخراج اغلب با کلیک بر یک آیکن صورت می‌گیرد. با این حال، صرف خلاقیت از سوی توسعه‌دهندگان برای عدم تبعیت از شکل یکسان نیز در این قبیل بازی‌ها دیده می‌شود. بنابراین، قاعده کلی بر کلیک کردن استوار است و برخی مأموریت‌ها نظیر عضویت در کانال تلگرام، دنبال کردن صفحه یوتیوب، اینستاگرام و X، بازدید از برخی سایت‌ها و تماشای ویدئو را نیز می‌توان از طرق مشترک کسب سکه و

1. Putin signs bill legalizing cryptocurrency mining in Russia into law, available in: <https://interfax.com/newsroom/top-stories/104968/>

۲. رنجبر، حسین؛ وحید امید، ثریا جاویدان و احمد محمدی، «بررسی ماهیت فقهی استخراج رمزارزها»، فقه و اصول، ش ۱۳۷، ۱۴۰۳، صص ۱۴۳-۱۶۵.

استخراج در این سبک بازی‌ها نام برد. بازی همستر کامبت نیز از این قاعده پیروی کرد و افراد با کلیک بر روی آیکون حیوان همستر قادر به دریافت سکه بودند.

اما نکته حائز اهمیت در استخراج در این گونه بازی‌ها، تمایز آن با مفهوم رایج استخراج است: در مفهوم مرسوم استخراج، کاربر با انجام فعالیت‌های مدنظر توسعه‌دهندگان قادر به دریافت رمزارزی خواهد شد که در بازار مورد خریدوفروش قرار گرفته و مالیت دارد. این درحالی است که سکه‌های دریافتی در بازی‌های تلگرامی هنوز به مرحله عرضه در بازار نرسیده و قابلیت خریدوفروش را ندارند. تفاوت دیگر بر سادگی فرایند استوار است: برخلاف شیوه رایج استخراج که بر مبنای توان پردازشی و حل مسائل صورت می‌گیرد، بازی‌های تلگرامی که معمولاً سبک کلیک دارند، فرایند ساده‌تری را دنبال می‌کنند. بدین ترتیب، در مالیت آنها نیز شبهه وجود دارد و احتمال غرر در آن می‌رود. این تمایز باعث خواهد شد تا علاوه بر لزوم بررسی ماهیت استخراج، به‌طور کلی انجام بازی و برخی اعمال که در قالب مأموریت توسط توسعه‌دهندگان بر کاربران تحمیل می‌شود- نظیر پرداخت‌های درون بازی با واحدهای پولی واقعی- مورد بررسی دقیق قرار گیرد.

۲.۲. ماهیت حقوقی استخراج در سبک جدید بازی‌های تلگرامی

در انطباق‌پذیری استخراج رمزارزهایی که در بازار عرضه شده‌اند، نویسندگان تلاش کرده‌اند تا با بررسی ابواب مختلف فقهی و حقوقی، قالبی نزدیک به این عمل را بیابند و بدین ترتیب با انتخاب و تحمیل آن قواعد، عملیات استخراج را تحت نظم قانونی درآوردند. علی‌رغم بررسی‌های متعدد در منابع موجود، در ماهیت استخراج میان حقوق دانان و گاه اقتصاددانان و فقهای معاصر اختلاف نظر وجود دارد. برخی در بررسی‌های خود بر جعاله، هبه، حیازت مباحات و اجاره اشخاص اشاره کرده‌اند.^۱ پاره‌ای نیز علاوه بر موارد ذکرشده، استخراج معدن، گنج‌یابی، مسابقه و کار را نیز بر بررسی‌های خود افزوده‌اند.^۲ باتوجه به تمایز مفهوم استخراج در بازی‌های تلگرامی و در مقام مطالعه و ارزیابی نهادهای حقوقی موجود برای نمایاندن ماهیت استخراج رمزارز در بازی‌های مزبور، به جعاله و حیازت مباحات پرداخته می‌شود و تفاوت‌های این مفاهیم با ماهیت استخراج

۱. رنجبر، حسین و دیگران، منبع پیشین، ص ۱۶.

۲. خردمند، محسن، «بررسی فقهی استخراج و مبادله رمزارزها با تمرکز بر شبکه بیت‌کوین»، معرفت اقتصاد اسلامی، ش ۲۰، ۱۳۹۸، صص ۱۰۹-۱۲۴.

نیز از نظر خواهد گذشت و در نهایت از ضرورت ایجاد نظم حقوقی جدید در این حوزه سخن خواهیم گفت.

۲.۲.۱. جعاله

جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم، در مقابل عملی؛ اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین (ماده ۵۶۱ قانون مدنی). البته در بحث امکان‌سنجی تطبیق جعاله بر عمل استخراج، باتوجه به اینکه اشخاص گوناگونی می‌توانند به این بازی و عملیات استخراج مبادرت ورزند، بدیهی است که جعاله خاص از شمول موضوع خارج بوده و تنها قسم دوم جعاله، یعنی جعاله عام ممکن است قابلیت انطباق با عملیات استخراج در بازی‌های تلگرامی را داشته باشد. براین اساس، برخی معتقدند استخراج رمزارزها بر جعاله عام قابل انطباق است؛ زیرا در تمام ارکان، یعنی ایجاب و قبول، جاعل، عامل، عمل و جعل، استخراج رمزارزها با جعاله منطبق می‌شود.^۱ باین‌حال، دیدگاه مزبور قابل انتقاد می‌نماید؛ زیرا اولاً به‌رغم کفایت علم اجمالی به جعل (ماده ۵۶۳ ق.م.)، اجرت در این سبک از بازی‌ها از جمیع جهات مجهول است. درست است که ماحصل عملیات استخراج، به‌دست‌آوردن مقداری رمزارز است که دارای مالیت است، اما در امکان رمزارز شدن و نیز مقدار آن هیچ اطلاعاتی در دست نیست. به‌عبارت دیگر، گسترش مصادیق کلاهبرداری از طریق رمزارزها و افزایش شدید این سبک بازی‌ها در بستر تلگرام باعث شده است که برخی نه‌تنها عرضه نشود، که به‌عناوین مختلف، مقادیر مختلفی پول یا رمزارز واقعی از کاربران مطالبه، و در نهایت تمام کاربران را از دسترسی به‌بازی منع کرده است. البته باید توجه داشت که صرف افزایش موارد سوءاستفاده از این بازی‌ها دلیلی بر بی‌اعتباری آنها نیست. ثانیاً اگر استخراج را عملی لغو، و هزینه صورت‌گرفته برای استخراج، نظیر هزینه‌های برق و اینترنت، را بیهوده بدانیم و سپس بر اقدامات صورت‌گرفته ارزشی حاصل نشود، عمل مصداق اسراف، اتلاف عمر و سرمایه و در نتیجه عملی نامشروع و غیرعقلایی خواهد بود که به‌صراحت ماده ۵۷۰ ق.م. جعاله بر آن باطل است. لزوم اهلیت عامل و جاعل از دیگر موضوعات چالشی است. همچنین، عمل صورت‌گرفته در قالب کلیک کردن، برخلاف مفهوم رایج استخراج در رمزارزها که دارای نفعی برای شبکه است و همین امر نیز در تطبیق استخراج بر جعاله توانسته نقش مؤثری را ایفا

۱. همان منبع، ص ۱۶.

کند، در واقع هیچ نفعی را برای توسعه‌دهندگان شامل نمی‌شود که به واسطه آن، جعل را بر بازیکنان بپردازند. با در نظر گرفتن این امر، که مالکیت توسعه‌دهندگان بر سکه‌ها وجود ندارد، پذیرش جعله دشوارتر خواهد شد.

۲.۲.۲. حیازت مباحات

مقصود از حیازت مباحات به‌عنوان یکی از اسباب تملک (ماده ۱۴۰ ق.م.) تصرف و وضع ید یا مهیا نمودن وسائل تصرف و استیلاست که بر اموال آزاد و مباح صورت می‌گیرد. علاوه بر نداشتن مالک و امکان تملک یا انتفاع از مال به‌عنوان دو رکن مادی حیازت مباحات، وجود قصد برای صحت تملک ضروری است (ماده ۱۴۳ ق.م.)^۱. حیازت را می‌توان به دو گونه اصلی و بالعرض طبقه‌بندی کرد. فقها معتقدند اموالی که به‌طور طبیعی در دسترس همگان قرار دارند و مالکیت خاصی برای آنها تعیین نشده است، به‌عنوان مباحات اصلی شناخته می‌شوند. در مقابل، اموالی که صاحبان آنها از مالکیت خود صرف‌نظر کرده‌اند، در زمره مباحات بالعرض قرار می‌گیرند.^۲ بدین ترتیب با تحقق عناصر مادی (تصرف و وضع ید یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا) و عنصر معنوی (قصد تملک) به‌نظر می‌رسد مشکلی در تطبیق موضوع با استخراج رمازها، به‌مفهوم اعم آن، وجود نداشته باشد.^۳ باین‌حال، نویسندگان با اذعان به‌اینکه قوام مباح بالعرض به اعراض است و در استخراج رمازها اعراضی صورت نمی‌گیرد و همچنین نظر به فقدان سابقه مالکیت از پذیرش مباح اصلی و بالعرض خودداری نموده‌اند.^۴ به‌نظر می‌رسد پذیرش استخراج صورت‌گرفته با توجه به مباح اصلی مقبول‌تر باشد.

براین‌اساس، اگر مباح اصلی به‌معنای سنتی خود، یعنی آنچه در طبیعت موجود است، نظیر ماهی در دریا، به‌کار رود، به‌هیچ‌روی نمی‌توان از حیازت مباحات برای سامان‌دهی عملیات استخراج در بازی‌های تلگرامی استفاده کرد. دلیل این امر وجود پدیده‌ای است که نه‌تنها در فقه،

۱. صفایی، سیدحسین و سید احسان حسینی، **اشخاص و اموال**، چ ۲۹، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۲۲؛

کاتوزیان، ناصر، **اموال و مالکیت**، چ ۵۸، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۲، صص ۷۱ و ۱۵۹-۱۶۲.

۲. خمینی، سید روح‌الله، **تحریر الوسیله**، چ ۲، چ ۱، تهران: دارالعلم، بی‌تا، صص ۱۹۵؛ صفایی، سیدحسین، **حقوق مدنی و حقوق تطبیقی**، چ ۴، تهران: میزان، ۱۳۸۶، صص ۳۰.

۳. خردمند، محسن، منبع پیشین، ص ۱۲۲.

۴. رنجبر، حسین و دیگران، منبع پیشین، ص ۱۰.

بلکه در جوامع پیشرفته نیز تا پانزده سال گذشته مفهومی نداشته است و آن پدیده رمزارزهاست. از این رو، بازی‌های جدید تلگرامی نظیر همستر کامبت، که نه تنها تولید آنها به صورت مجازی و با کلیک کردن صورت می‌گیرد، بلکه به شکل و قالب فیزیکی وجود ندارند (دارایی نامشهود) و سابقه ملکیت نیز ندارند، قابل تطبیق با مباح اصلی به مفهوم رایج نیستند. با این حال، بازاندیشی در مفهوم مباح اصلی بدین صورت که رمزارزها پیش از استخراج نیز در طبیعت دیجیتال به صورت آزاد و بدون مالک وجود دارد و نیز علم به وجود یا نبود محدودیت سکه‌های استخراجی، می‌تواند در پذیرش استخراج در پرتو حیازت مباحات مؤثر باشد. بدین ترتیب، مشابه حیازت مباحات اصلی در معنای فقهی، که شامل جمع آوری دارایی‌های طبیعی و آزاد است، استخراج رمزارزها نیز مشمول جمع آوری و تولید دارایی‌های دیجیتال آزاد است که قبلاً مالک نداشته است، تعبیر خواهد شد. در مورد وجود یا فقدان محدودیت در سکه‌های استخراجی و نقش آن در تطبیق عنوان استخراج با حیازت مباحات نیز می‌توان گفت: در حیازت مباحات اصلی محدودیت استخراج وجود دارد. برای مثال، صید ماهی از یک دریاچه محدود به تعداد موجود آن در زیستگاه است؛ همچنان که قطع درختان یک جنگل محدود به جغرافیای جنگل، تعداد آن و نیز قوانین و مقررات است. وانگهی، بیت‌کوین نیز به عنوان اولین و معروف‌ترین رمزارز موجود از حیث عددی از سوی توسعه‌دهندگان محدود به ۲۱ میلیون عدد شده است.^۱ اما در مورد دیگر رمزارزها اطلاعاتی دقیقی در دسترس نیست. بی‌اطلاعی از این واقعیت در بازی‌های جدید تلگرامی نظیر همستر کامبت هم از بدو امر مشهود بوده است. البته در زمینه بازی‌های تلگرامی، پس از اتمام فرایند بازی و استخراج، تعداد توکن‌های عرضه‌شده توسط توسعه‌دهندگان افشا می‌شود. به عبارت دیگر، جهل از تعداد توکن‌های یک بازی تلگرامی معطوف به زمانی است که بازی در جریان است. به هر روی، اگر تعداد کل سکه‌های قابل استخراج در این بازی‌ها مشخص باشد، شاید بتوان از این موضوع، برای تطبیق بر حیازت مباحات اصلی بودن عملیات استخراج آنها یاری جست. با این حال، به نظر می‌رسد که نمی‌توان بر حیازت مباحات بودن عملیات استخراج بازی‌های تلگرامی پافشاری نمود. دلایل و توجیه این نظریه در عنوان بعدی روشن خواهد شد.

1. Nakamoto, Satoshi, **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**, 2008, pp1-9.

۲.۲.۳. ضرورت ایجاد نظم حقوقی جدید

حقوق به‌عنوان نظم‌دهنده به‌پدیده‌های اجتماعی، همیشه از این قسم پدیده‌ها عقب بوده و تحت نظم درآوردن پدیده‌های اجتماعی با کمک ابزارهای حقوقی، همواره جنبه پسینی داشته است. رمزارزها نیز پدیده جدیدی‌اند که تنظیم‌گری و تقنین در این زمینه، لازمه شناخت دقیق موضوع و جنبه‌های گوناگون آن در کنار یافتن شیوه‌ای برای بهره بردن از آنهاست. به‌عبارت دیگر، حقوق باید تلاش کند تا پدیده‌های اجتماعی جدید را به‌نوعی مدیریت کند که تمام اشخاص بتوانند جز در مواردی که بیم ضرر آن وجود دارد، از آن بهره ببرند؛ نه‌اینکه با وضع مقررات سلبی به‌جهت عدم توانایی در شناخت آن، امکان انتفاع عمومی را از آن سلب و خود را اقناع کند. همان‌طور که هرگونه تلاش برای محدود کردن فناوری بیت‌کوین فقط به‌استفاده مشروع از آن آسیب خواهد زد و در استفاده غیرقانونی از آن تأثیری نخواهد گذاشت،^۱ اتخاذ رویکرد سلبی در قبال این دست از بازی‌ها نیز بر پذیرش اجتماعی آن تأثیری نخواهد داشت. بنابراین، ضرورت دارد که نهاد قانون‌گذار یا تنظیم‌گر با بررسی دقیق موضوع از هر طریق ممکن و بهره‌گیری از نظرات صاحب‌نظران در شاخه‌های مرتبط با موضوع، ضمن گذر از قوانین قدیمی، سعی در ایجاد یک نهاد حقوقی متناسب با موضوع کنند. بر همین بنیاد، استفاده از ظرفیت‌ها و فرصت‌های نهفته در توسعه فناوری‌های نوین مالی به‌عنوان یکی از اهداف تدوین و تصویب سند چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری بانک مرکزی در حوزه رمزپول‌ها مورد توجه هیئت‌عالی بانک مرکزی جمهوری اسلامی بوده است.

ایجاد یک نهاد حقوقی جدید به‌تناسب موضوع از چند جهت دارای رجحان است: اولاً قوانین موجود، مانند قانون مدنی و قانون تجارت، که از تاریخ تصویب آنها نزدیک به یک سده گذشته است، طبیعتاً فاقد رویکرد مشخص نسبت به موضوع حاضر خواهد بود. حتی فقدان ماده‌ای در زمینه رمزارزها در لوایح متعدد تجارت و نیز لایحه‌ای که به‌تازگی به‌تصویب رسیده، گویای این واقعیت است که همچنان به‌این پدیده، با دیده تردید نگریسته می‌شود. در نتیجه، در وضعیت کنونی، دکتترین حقوقی و رویه قضایی باید تلاش کنند از ظرفیت‌های قانون تجارت در جهت استفاده از رمزارزها در مبادلات تجاری استفاده نمایند؛ همچنان که این تکلیف متوجه حقوق‌دانان

۱. تقوا، محمدرضا و زهرا جلالیان زعفرانی، **رمزارز (مفاهیم و کاربردها)**، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۹، ص ۲۳۶.

مدنی خواهد بود تا در باب حقوق اموال و حقوق قراردادها و حتی در مسئولیت مدنی و ارث، زمینه‌های تشریح و مشروعیت‌بخشی به رمزارزها را فراهم نمایند. تصویب سند چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری بانک مرکزی در حوزه رمزیبول‌ها نتیجه تلاش‌های دکتربین حقوقی و اقتصادی و انعکاسی از ضرورت‌های تقنینی در این حوزه است، هرچند که فقدان قانون خاص و جامع در این زمینه به شدت احساس می‌شود. ثانیاً ایجاد نهاد حقوقی جدید علاوه بر برطرف کردن چالش‌ها و خلأهای موجود، نظیر امکان اخذ مالیات از اشخاص، رفع مسئولیت و سلب حمایت دولت از مبادلات انجام‌گرفته با رمزارزها و غیره، از پذیرش صرف آنچه مورد قبول کشورهای دیگر بوده است، به مراتب شایسته‌تر است. این امر بدان جهت است که کشورها با توجه به رویکردی که خود، نسبت به رمزارزها دارند، وارد تنظیم‌گری و تقنین می‌شوند و واقعیات جوامع خود را مدنظر قرار می‌دهند. برای مثال، ایالات متحده آمریکا برای مقاصد مالیاتی، رمزارزها را به‌عنوان دارایی تلقی کرده است تا از فعالیت‌های رمزارزشی اشخاص حقیقی و حقوقی مالیات اخذ نماید و برای امکان تحریم یا تحت پیگرد قانونی قرار دادن افراد و کشورهایی که از رمزارزها استفاده می‌کنند، آنها را نوعی ارز دارای پشتوانه تعریف کرده است.^۱

۳. چالش‌های حقوقی مالیت سکه‌های به‌دست‌آمده از بازی‌های تلگرامی

علاوه بر مباحث مرتبط با استخراج در بازی‌های نوین، این دسته از بازی‌ها چالش‌های بسیاری را به‌همراه دارند. برای نمونه، در یک مورد در ایران، یک‌دستگاه خودرو ۲۰۶ در ازای چهارصد میلیون سکه بازی همستر کامبت معامله شد.^۲ این امر موجب شد در جامعه حقوقی، پرسش‌هایی پیرامون مالیت سکه‌های به‌دست‌آمده و امکان خریدوفروش آنها مطرح شود. منشأ این تردید، چنان‌که در بخش‌های پیشین نیز اشاره شد، به عدم عرضه این رمزارزها در بازار بازمی‌گردد. در صورتی که رمزارز در بازار عرضه شده و قابلیت خریدوفروش داشته باشد، پر واضح است که دارای مالیت است. در چنین حالتی باوجود نبود حمایت قانونی صریح، براساس اصل

۱. کشاورزی، محمدرضا، محسن رضایی صدرآبادی و مهدی ساقی، «تحلیل راهبردی - حقوقی مبانی نظری و ماهیت رمزارزهای قابل استخراج با مکاتب پولی اقتصاد (مطالعه موردی بیت‌کوین)»، *راهبرد اقتصادی*، ش ۴۵، ۱۴۰۲، صص ۲۴۹-۲۸۲.

۲. معامله پژو ۲۰۶ با همستر کوین؛ قابل دسترسی در وبسایت: www.tabnak.ir

آزادی قراردادهای و ماده ۱۰ ق.م.، می‌توان خرید و فروش آن را صحیح تلقی کرد. اما پیش از عرضه رمزارزها در بازار، چالش‌های فقهی و حقوقی زیادی در باب مشروعیت و ماهیت و مالیت داشتن و موجود بودن و امکان خرید و فروش آنها و غرری و قماری بودن این بازی‌ها و درآمدهای حاصل شده فراروی جامعه حقوقی قرار دارد. به‌ویژه آنکه علی‌رغم ماهیت مبهم و تردید در وضعیت حقوقی این بازی‌ها، بخش گسترده‌ای از جامعه به این بازی‌ها به‌چشم یک منبع درآمد نگریسته، ماه‌ها وقت خود و همچنین سرمایه خویشتن را صرف انجام بازی و کسب سکه‌های درون بازی می‌کنند.

به‌منظور غنای مطالب نگارش‌یافته و نیز کسب آرای بازیکنان این قبیل بازی‌ها، پرسش‌نامه‌ای آنلاین طراحی شد که به‌صورت تصادفی و از طریق دعوت در شبکه‌های اجتماعی در اختیار شرکت‌کنندگان قرار گرفت؛^۱ جامعه آماری شامل ۱۰۰ نفر، که ۵۵ درصد آن در بازه سنی ۲۰-۲۵، و ۱۴ درصد در بازه سنی ۱۵-۲۰ بودند.^۲ همچنین ۴۷ درصد از شرکت‌کنندگان دارای مدرک کارشناسی یا شاغل به‌تحصیل در این مقطع بوده و ۴۳ شرکت‌کنندگان را دانش‌آموختگان و شاغلین به‌تحصیل در مقطع کارشناسی ارشد تشکیل داده است.^۳ به‌لحاظ داشتن دانش تخصصی در زمینه رمزارزها، ۵۵ درصد شرکت‌کنندگان کم، ۲۸ درصد متوسط و در نهایت ۱۷ درصد اعلام داشتند که در این زمینه دانش تخصصی زیادی دارند. به‌لحاظ انجام بازی‌های تلگرامی، داده‌های زیر از پرسش‌نامه به‌دست آمد:

گزینه	فراوانی پاسخ	درصد فراوانی
کم / هیچ یک / تا به حال بازی نکرده ام	۴۴	۴۴%
متوسط	۴۲	۴۲%
زیاد	۱۴	۱۴%
جمع	۱۰۰	۱۰۰%

تصویر ۱- پاسخ شرکت‌کنندگان به سؤالی که میزان مشغول بودن آنها به بازی‌های تلگرامی را نشان می‌داد.

۱. روش نمونه‌گیری به‌صورت تصادفی هرچند باعث محدودیت در تعمیم‌پذیری نتایج می‌شود، برای تحقیقات ابتدایی مناسب است. به‌رغم تلاش نویسندگان برای انعکاس نظر عرف در این موضوع، امید است با طراحی و انتشار گسترده یک پرسش‌نامه جامع، ضمن جمع‌آوری نظرات بیشتر، بر دقت و شمولیت تحقیقات کمک شود.
۲. بازه سنی ۱۰-۱۵ سال صفر درصد، ۱۵-۲۰ سال ۱۴ درصد، ۲۰-۲۵ سال ۵۵ درصد، ۲۵-۳۰ سال ۱۳ درصد، ۳۰-۳۵ سال ۴ درصد، ۳۵-۴۰ سال ۶ درصد و بازه سنی بالای ۴۰ سال شامل ۸ درصد از شرکت‌کنندگان است.
۳. شرکت‌کنندگان در این پرسش‌نامه به‌لحاظ تحصیلات شامل ۳ درصد دیپلم و پایین‌تر از آن، ۴۷ درصد کارشناسی، ۴۳ درصد کارشناسی ارشد، ۷ درصد دکتری و صفر درصد حوزوی بودند.

۳.۱. مالیت

سخن از مالیت سکه‌های حاصل از بازی‌های تلگرامی را باید معطوف به دوره‌ای دانست که همچنان بازی جریان داشته و امکان استخراج وجود دارد. تجربه نزدیک به یک‌ساله این سبک از بازی‌ها نشان می‌دهد که پس از اتمام فرایند استخراج و سپس عرضه رمزارز آن در بازار، عموماً بازی ادامه ندارد یا کاربران تمایلی به ادامه ندارند. بنابراین، بخش حاضر بررسی مالیت سکه‌ها را در بازه معرفی و آغاز به کار بازی تا عرضه در بازار رمزارز را برعهده دارد.

در این زمینه، چنان که مرسوم است، مالیت یک شیء به پذیرش عرفی آن بستگی دارد.^۱ بنابراین، در مورد سکه‌های به‌دست‌آمده از بازی‌ها، زمانی که در بازار عرضه و خریدوفروش می‌شوند، مالیت آنها مورد تردید نیست و تمام معاملات صورت‌گرفته در پرتو ماده ۱۰ ق.م. و اصل صحت معتبر خواهند بود. اما در مالیت داشتن سکه‌ها پیش از عرضه در بازار باید نکاتی در نظر گرفته شود: اولاً «مال» حقیقت شرعیه یا متشرعه ندارد، بلکه دارای حقیقت عرفی است؛ یعنی هر چیزی که انسان بدان میل و رغبت دارد و حاضر است در ازای تحصیل آن، وجهی بپردازد، مال به حساب می‌آید.^۲ براین‌مبنا، با گذر از قواعد سخت حقوقی، به‌سادگی می‌توان حکم بر مالیت سکه‌های بازی نمود. ثانیاً به‌رغم عدم حمایت دولت از معاملات صورت‌گرفته با رمزارزهای عرضه‌شده و توجه ریسک آنها بر متعاملین، با توجه به ماهیت سکه‌های به‌دست‌آمده از بازی‌ها، می‌توان حکم اخیر را بر معاملات صورت‌گرفته با این قبیل سکه‌ها جاری ساخت؛ چنان که در بسیاری از موارد سکه‌های به‌دست‌آمده در بازی نات‌کوین نیز پیش از آنکه در بازار

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ ۱، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۸۸، ص ۱۷۶-۱۷۷؛ صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، چ ۳۲، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۱۴۴-۱۴۵؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، چ ۶، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، صص ۳۵ به‌بعد؛ کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، چ ۹، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۸۳، صص ۱۲۹-۱۳۰؛ همان منبع، صص ۱۰-۱۱.

۲. حمد شراره، عبدالجبار، أحكام الغصب فی الفقه الإسلامي، چ ۱، بیروت - بغداد: مؤسسة الأعلمی - دار التربية، ۱۳۹۵، ص ۶۹؛ «و فی المذهب الجعفری: المال: ما یتمول به و لیست له حقیقه شرعیه بل مردّ تحدید المقصود به الی العرف فما اعتبره العرف مالا فهو كذلك»؛ خوبی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۲، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا، صص ۳ به‌بعد؛ کاشف الغطاء، عباس بن علی، المال المثلی و المال القیمی فی الفقه الإسلامي، مؤسسه کاشف الغطاء، بی‌تا، صص ۱۳ به‌بعد؛ عبدالرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة، ج ۳، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا، صص ۱۹۴-۱۹۵؛ کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریر المجله، ج ۱، چ ۱، نجف اشرف، المکتبه المرتضویة، ۱۳۵۹، ص ۱۲۸؛ مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۱۱، چ ۱، تهران: مرکز کتاب لترجمه و النشر، ۱۴۰۲، صص ۲۱۵-۲۱۹.

عرضه شود، مورد خرید و فروش قرار می‌گرفت. البته باید توجه نمود که خرید و فروش‌های صورت‌گرفته در مواردی بود که دو طرف برای سکه‌ها ارزشی قائل بودند. بدین ترتیب، هیچ‌گاه شاهد خرید اقلام سوپرمارکت و پرداخت آن با سکه‌های درون بازی نبودیم؛ اما می‌توان خرید اکانت پریمیوم تلگرام و پرداخت مابه‌ازای ریالی (مورد توافق طرفین) را به‌عنوان مثال مشهود آن نام برد. این موارد نشان‌دهنده آن است که حتی پیش از ورود به بازار، سکه‌های دیجیتال در عرف جامعه به‌عنوان یک مال پذیرفته شده بودند. در یک مورد خاص از بازی همستر کامبت، بازیکنی با سکه‌های درون بازی خودروی پژو ۲۰۶ خرید. این امر نشان می‌دهد که در برخی موارد، سکه‌های درون بازی حتی به‌عنوان یک دارایی با ارزش مادی در معاملات واقعی مورد استفاده قرار می‌گیرند. این پذیرش اجتماعی بر مالیت آنها صحنه می‌گذارد. با توجه به اینکه مفید بودن، برآوردن نیاز و قابلیت اختصاص به‌شخص یا ملت معین به‌عنوان اوصاف و شرایط مال به‌شمار آمده‌اند^۱ و نیز پذیرش این واقعیت که تعریف‌های قدیمی از مال، مانند انحصار اموال به‌اعیان و خروج حقوق از شمول اموال، منسوخ شده است^۲ و عناصر گوناگون دارایی تحت عنوان مال قرار می‌گیرند، می‌توان نتیجه گرفت که سکه‌های درون بازی حتی پیش از عرضه، دارای مالیت شناخته می‌شود. این موضوع با اصل نسبیت مال در حقوق ما، به‌ویژه شناسایی مالیت سکه‌های درون بازی بین بازیکنان، نیز همخوانی دارد. همچنین باید توجه داشت که تعداد کل توکن‌های عرضه‌شده در این بازی‌ها محدود است؛ اگرچه این تعداد در طول مدت بازی مشخص نیست، پس از عرضه و لیست شدن آنها، این تعداد معین خواهد شد و از این جهت نیز مانع مال بودن آنها مرتفع می‌شود.

۳.۲. مال آینده

مال آتی یا آینده به مالی اطلاق می‌شود که هنگام انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارد، ولی قرار است در آینده ایجاد شود.^۳ نکته مهم در مورد مفهوم مال آینده، وجود علت و زمینه قوی برای پیدایش آن مال در آینده در دید عرف است که به آن معنا می‌بخشد. برای مثال، میوه آینده درخت،

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۱؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، منبع پیشین، ص ۳۷.
۲. برای تفصیل بحث، ر.ک.: کریمی، عباس، محمدهادی جواهرکلام و حسن اسکندری، «تأملی بر تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، د ۸، ش ۱۵، ۱۳۹۵، صص ۲۴۷-۲۴۴؛ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۱۷۳-۱۷۶.
۳. جواهرکلام، محمدهادی، *معامله نسبت به اموال آتی: بیع مال آینده و وثیقه دارایی در گردش*، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲، ص ۲۳؛ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۱۱-۱۲.

در صورتی که به حکم عادت انتظار حصول آن میوه در آتیه متعارف بوده و ظن قوی بر پیدایش آن در آینده برود، در نظر عرف مال محسوب می‌شود و بر همین اساس، بیع آن صحیح است.^۱

از طرف دیگر، برخلاف برخی تعریف‌های فقهی،^۲ مال آینده اختصاص به اموال فیزیکی (مثل محصولات کشاورزی و مصنوعات بشری) ندارد، بلکه شامل اموال غیرمادی نیز می‌شود. بر این اساس، سکه‌های به‌دست‌آمده در بازی‌های تلگرامی نیز چنین ماهیتی دارند: توسعه‌دهندگان در تلاش‌اند تا با جذب سرمایه‌گذاران و نیز برخی اقدامات فرعی، رمزارز خود را عرضه کنند. در واقع تمام تلاش‌های صورت‌گرفته از بدو امر تا پایان آن به یک دلیل صورت می‌گیرد: عرضه رمزارز. بنابراین، می‌توان از سکه‌های به‌دست‌آمده در این قسم بازی‌ها به‌مالی که در آینده ایجاد خواهد شد تعبیر کرد. البته دو نکته نباید دور از ذهن بماند: نخست آنکه، چنان‌که گذشت، در مالیت رمزارزهای عرضه‌شده تردیدی نیست. دوم آنکه وجود مصادیقی از کلاهبرداری یا عدم افشای اطلاعات مربوط به رمزارزها، که در این سبک بازی‌ها متداول شده است، نباید دلیل بر عدم رسمیت رمزارزها شود؛ بلکه بیشتر ایرادها به‌دلیل عدم آشنایی با سازوکار آنهاست. پیش از عرضه یک رمزارز در بازار جهانی، اطلاعات آن، سازوکار و اهداف تیم سازنده در قالب سفیدنامه منتشر می‌شود. سفیدنامه مانند کاتالوگ محصول، سعی در جذب سرمایه‌گذاران دارد. به‌عبارت دیگر، اگر بخواهیم به‌شکلی ساده‌تر موضوع را بررسی کنیم می‌توان با اندکی مسامحه و از باب تمثیل، این موضوع را به‌سازوکار تشکیل شرکت‌های سهامی عام تشبیه نمود: اگر تیم سازنده را مؤسسان اولیه شرکت سهامی، رمزارز را سهامی که قرار است در بازار بورس عرضه شود و سفیدنامه را به اظهارنامه تشبیه کنیم، متوجه می‌شویم که اطلاعات ارائه‌شده از سوی تیم سازنده یک رمزارز همانند اطلاعات افشاشده از سوی مؤسسان اولیه شرکت‌های سهامی است. هرچند

۱. برای ملاحظه تفصیل بحث در مورد شرایط صحت بیع مال آینده و نیز وضعیت پیش‌فروش میوه در فقه اسلامی و حقوق ایران، ر.ک.: جواهرکلام، محمدهادی، همان منبع، صص ۳۹-۵۹ و ۶۱-۸۳ به‌بعد؛ کریمی، عباس و محمدهادی جواهرکلام، «معامله به‌مال آینده»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۹۰، ۱۳۹۴، صص ۱۰۱-۱۲۷؛ صادقی‌مقدم، محمدحسن و محمدهادی جواهرکلام، «فروش سر درختی از منظر فقه امامیه و حقوق ایران؛ بررسی روایی - تحلیلی»، دانش حقوق مدنی، د ۳، ش ۲، ۱۳۹۳، صص ۶۴-۷۴؛ و برای نظر مخالف به‌عنوان قاعده، ر.ک.: کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ج ۲، صص ۱۸۷-۱۸۸.

۲. برای مثال، آیت‌الله خویی از عین تعریفی به‌دست می‌دهد که شامل مال آینده هم می‌شود، اما صرفاً به‌اموال فیزیکی نظر دارد. برای ملاحظه بیشتر ر.ک.: خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۲، ص ۱۶.

این تمثیل در عالم واقع صحیح نیست، از این نظر حائز بررسی است که عدم شناخت سازوکارهای مربوط به رمزارزها ناشی از بی‌توجهی به بدیهیات موجود، از جمله سفیدنامه است. ممکن است برخی با این استدلال که اطلاعات سفیدنامه توسط تیم سازنده منتشر می‌شود و آنها در گزارش‌های خود تلاش به تعریف و تمجید دارند یا به دلیل نبود تضامین قانونی، نظیر آنچه در مواد ۱۰ و ۱۹ قانون تجارت پیش‌بینی شده، کاربرد سفیدنامه را نفی کنند. بر همین اساس، مؤلفان ضمن پذیرش این ایرادات دو نکته را یادآور می‌شوند: نخست آنکه سفیدنامه را نمی‌توان اظهارنامه یا اعلامیه پذیره‌نویسی در قوانین داخلی دانست. چنین تمثیلی تنها به منظور سهولت درک جایگاه سفیدنامه در دنیای رمزارزهاست. بنابراین، با اذعان به اینکه نیاز به ایجاد نظم حقوقی جدیدی در موضوع رمزارزها وجود دارد، سفیدنامه در این نظم حقوقی به‌عنوان یک سند پایه جایگاه ویژه‌ای خواهد داشت. ثانیاً صرف مطالعه سفیدنامه، که حاوی اطلاعات تخصصی است، نمی‌تواند به‌تنهایی در تصمیم‌گیری برای ورود به دنیای رمزارز مؤثر باشد؛ همان‌گونه که صرف مطالعه اظهارنامه مؤسسان شرکت سهامی موجب تصمیم به خرید سهام یک شرکت سهامی نمی‌شود.

با این حال، نکته‌ای که کمتر مورد توجه قرار گرفته این است که سفیدنامه با ارائه نقشه‌ای از آینده یک رمزارز، توضیحاتی از محصول یا فناوری، مسئله‌ای که قرار است حل کند و جزئیاتی از تیم توسعه‌دهنده، جزئیاتی درباره پروژه به مخاطبان می‌دهد. طبق قوانین افشای اطلاعات در بازارهای مالی، تیم‌های توسعه باید اطلاعات پروژه‌های خود را منتشر کنند. عدم ارائه این اطلاعات می‌تواند به‌عنوان نقص قانونی تلقی گردد و بابتی برای ورود به مباحث حقوق مصرف باشد.^۱ نبود دانش فنی و حقوقی لازم در رویه قضایی نیز مشهود است؛ چنان که یک بازپرس جرایم رایانه‌ای در تهران در مصاحبه‌ای، این‌گونه بر این موضوع تأکید کرده است: «تشتت [آرا در

۱. قاسمی‌حامد، عباس، حامد تیموری و بهزاد صغیری، «اعمال قواعد حقوق مصرف در عرضه دارایی‌های رمزنگاری‌شده از طریق تعهد به‌ارائه اطلاعات»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، د ۲، ش ۵، ۱۴۰۳، صص ۱۱-۳۹.

حوزه رمزارزها] بیشتر از اینکه ناشی از کمبود قوانین باشد ناشی از کمبود اطلاع و فقدان دانش کافی در این زمینه است، یعنی هم دانش فنی و هم دانش حقوقی...»^۱

به‌هرروی، پذیرش اینکه سکه‌های بازی‌های تلگرامی در قالب مال آینده قابل بررسی‌اند، با توجه به قابلیت تبدیل آنها به رمزارز در آینده و انتظار بازیکنان برای تحقق این تبدیل، ساده‌تر می‌شود. بازیکنان بازی‌ها را به امید کسب سهمی از رمزارز اجرا می‌کنند. براین اساس، بیع سکه‌های به‌دست‌آمده از بازی‌ها، که در آینده به رمزارز تبدیل می‌شوند، از نظر عرف و قانون بدون اشکال به‌نظر می‌رسد. این سخن با تفسیری که صرفاً وجود جهل و خطر ریسک شدید را برای بطلان قراردادهای مربوط به مال آتی مدنظر قرار داده و در بررسی‌های خود دید عرف را به‌نحوی که عقلا و خردمندان جامعه به‌چنین معاملاتی مبادرت ورزند، ملاکی برای صحت چنین قراردادهایی قرار داده‌اند،^۲ نیز سازگار است.

از آنچه گذشت، چنین برمی‌آید که در موقعیت کنونی دو مشکل عمده در راه پذیرش این نظریه ممکن است مطرح شود: نخست عدم شفافیت ارزش این ارزها و ابهام در تعداد ارزهای تعلق گرفته به افراد، که ممکن است موجب بطلان معاملات به‌سبب غرر شود و در عنوان بعدی بدان خواهیم پرداخت. ثانیاً سفیدنامه این بازی‌ها یا منتشر نمی‌شود یا با فاصله از شروع جریان بازی منتشر می‌گردد. درمورد نات‌کوین نیز سفیدنامه بازی به‌صورت ۹ صفحه خالی منتشر شد. عدم افشای اطلاعات ضروری و عدم شفافیت درمورد تیم توسعه‌دهنده و اهداف پروژه نات‌کوین بر عدم امکان اعتماد و اتخاذ رویکرد منفی بسیار مؤثر بود. به‌عبارت دیگر، این بازی فاقد مؤلفه‌های استاندارد ارزهای دیجیتال بود. تیم توسعه‌دهنده بازی همستر کامبت با ارائه نسخه اولیه و سپس ویرایش دوم سفیدنامه در تاریخ ۳۰ جولای ۲۰۲۴ (۹ مرداد ۱۴۰۳) تا حدودی از حجم ابهام عمومی نسبت به پروژه کاستند. هرچند به‌نظر می‌رسد وجود و انتشار سفیدنامه در امکان تطبیق قواعد مال آینده بر سکه‌های به‌دست‌آمده (پیش از عرضه رسمی و قابلیت خریدوفروش و تبدیل به پول ملی) مؤثر خواهد بود، اما تصور می‌رود که وجود یا فقدان سفیدنامه توسط تیم توسعه‌دهنده در تصمیم به ورود به این بازی‌ها تأثیر چندانی ندارد؛ بلکه پذیرش و

۱. بازپرس دادرسی جرایم رایانه‌ای تهران: تشتت آرا در پرونده‌های رمزارز ناشی از فقدان دانش کافی در این زمینه است؛ قابل دسترسی در: www.ekhtebare.ir
۲. جواهر کلام، محمدهادی، منبع پیشین، صص ۵۹-۶۱.

انتظار عرضه سکه‌های بازی به‌عنوان ارز در بازار برای این تطبیق شرط لازم و کافی است. طبق داده‌های به‌دست آمده از پرسش‌نامه، ۸۳ درصد از شرکت‌کنندگان نمی‌دانستند وایت پیپر چیست یا آن را مطالعه نکرده بودند که این نتیجه با آنچه در سطور پیشین بیان شد هم‌خوانی دارد.

گزینه	فراوانی پاسخ	درصد فراوانی
خیر / نمی‌دانم چیست	۸۳	۸۳%
بلی	۱۷	۱۷%
جمع	۱۰۰	۱۰۰%

تصویر ۲. پاسخ شرکت‌کنندگان به سؤالی مبنی بر مطالعه یا عدم مطالعه سفیدنامه بازی‌های تلگرامی

با این حال، با گذشت بیش از یک سال از تجربه‌های موفق و ناموفق بازی‌های تلگرامی و به‌رغم اینکه ۵۶ درصد از بازیکنان علاوه بر سرگرمی، هدف کسب درآمد را نیز از انجام این قبیل بازی‌ها دنبال می‌کنند، اما ۵۵ درصد از شرکت‌کنندگان اظهار داشتند که انتظار کمی از این بازی‌ها به‌لحاظ قابلیت تبدیل به پول را دارند. همچنین ۳۳ درصد به‌حد متوسط و ۱۲ درصد به‌میزان زیادی انتظار دارند تا در پایان دوره بازی، پولی کسب کنند.

گزینه	فراوانی پاسخ	درصد فراوانی
بلی	۴۴	۴۴%
خیر (هدف کسب درآمد هم دارم)	۵۶	۵۶%
جمع	۱۰۰	۱۰۰%

تصویر ۳. پاسخ شرکت‌کنندگان به سؤالی مبنی بر اینکه در انجام بازی صرف سرگرمی را دنبال می‌کنند یا علاوه بر سرگرمی، هدف کسب درآمد هم دارد.

در نتیجه، بیع سکه‌های بازی، با وجود مسائل فنی و حقوقی مطرح، در صورتی که با شرایط قانونی و عرفی تطبیق یابد، می‌تواند به‌عنوان یک معامله معتبر شناخته شود.

۴. غرر و قمار در بازی‌های تلگرامی

بررسی‌های پیرامون غرری و قمار بودن این بازی‌ها در دو بخش عمده، استخراج و ماهیت عمل، متمرکز است. برخی شبهات نیز به اتلاف انرژی، توزیع ناعادلانه ثروت و مغایرت با حفظ

نظام اسلامی اشاره دارند که توسط پژوهشگران رد شده‌اند.^۱ این سخن در مورد بازی‌های تلگرامی نیز صادق است: این بازی‌ها نه تنها از نظر ماهیت تفاوتی با بازی‌های رایانه‌ای یا موبایلی ندارند، بلکه دارای مزایایی نیز هستند. در واقع تصمیم به ورود بازیکنان به این قسم از بازی‌ها با نوعی هدفمندی آمیخته است. هدف اصلی بازی‌های سنتی سرگرمی است و ارزش زمانی که صرف این بازی‌ها می‌شود به عنوان سرمایه‌گذاری در نظر گرفته نمی‌شود؛ در نتیجه این امر آنها را در چارچوب صرف سرگرمی باقی و مسائل فقهی مانند قمار را خارج می‌کند. اما در بازی‌های رمزارزی، ماجرا متفاوت است: این بازی‌ها علاوه بر عنصر سرگرمی، دارای بُعد هدفمند اقتصادی هم است. بازیکنان نه تنها برای سرگرمی وارد بازی می‌شوند، بلکه انتظار دارند در پایان بازی پاداش مالی (معمولاً به صورت رمزارز) به دست آورند. این هدفمندی به معنای سرمایه‌گذاری زمان و مهارت در ازای کسب منافع اقتصادی است. از منظر حقوقی، این تفاوت اساسی میان بازی‌های رمزارزی و بازی‌های صرفاً سرگرمی وجود دارد: به دلیل وجود پاداش مالی، حقوق بازیکنان و ماهیت اقتصادی این نوع بازی‌ها بیشتر مورد توجه قرار می‌گیرد. تفاوت در هدفمندی، تأثیر مستقیمی بر ماهیت حقوقی و فقهی بازی‌ها دارد. در بازی‌های رمزارزی، چون منافع عقلانی وجود دارد و این منافع قابل تبدیل به رمزارز یا پول هستند، دیگر نمی‌توان آن را صرفاً لعب دانست.^۲ در نتیجه، بحث‌های فقهی مرتبط با قمار (مثل برد و باخت مالی) یا غرر در این نوع بازی‌ها کنار گذاشته می‌شود. این تمایز سبب می‌شود که بازی‌های رمزارزی از نظر حقوقی در چارچوب قمار قرار نگیرند؛ زیرا معیارهای قمار، نظیر نبود منافع عقلایی و صرفاً سرگرم‌کننده بودن، در آنها وجود ندارد.

در حال، در متون فقهی قدر متیقن از قمار عبارت است از: «شرطبندی در بازی با آلات و وسایل خاصی که به منظور قمار ساخته و آماده شده است». بنابراین، قمار سه عنصر دارد: شرطبندی، بازی (لعب) و آلات قمار. بر این اساس، تحقق یا عدم تحقق قمار در چهار فرض قابل بررسی است: ۱- شرطبندی در بازی با آلات قمار که به اجماع فقها نامشروع و باطل است. ۲-

۱. مددی، مهدی، «جستار فقهی-حقوقی در مسئله قانونمدسازی استخراجگری ارزهای رمزنگاری شده»، فصلنامه علمی اقتصاد و بانکداری اسلامی، ش ۴۱، ۱۴۰۱، صص ۳۰۷-۳۳۳.
۲. برای دیدن وضعیت بازی از منظر فقه اسلامی و شرایط تحقق قمار، ر.ک: صفایی، سیدحسین و محمدهادی جواهر کلام، عقود معین: قراردادهای غیرمعاوضی، ج ۲، تهران: شرکت انتشار، ۱۴۰۳، صص ۴۵۲ به بعد.

شرط‌بندی در بازی با غیرآلات قمار که فقها جز در موارد منصوص (مثل اسب‌سواری و تیراندازی) آن را باطل می‌شمارند. ۳- بازی با آلات قمار بدون شرط‌بندی که به نظر فقیهان امامیه مشمول قمار یا در حکم قمار بوده و نامشروع و باطل است. ۴- بازی با غیرآلات قمار بدون شرط‌بندی که گروهی از فقها جز در موارد تصریح‌شده، آنها را نامشروع می‌شمارند؛ اما جمعی عقیده بر عدم حرمت و جواز این قسم از بازی‌ها دارند.^۱ بازی‌های تلگرامی که بنا به فرض بدون شرط‌بندی صورت می‌گیرد، مشمول قسم اخیر است^۲ که ماده ۷۰۵ قانون مجازات اسلامی نیز در مورد آنها حکمی ندارد و طبق اصل اباحه و حلیت باید بر جواز آنها باورمند بود. بر همین اساس، برخی بر این باورند که در تمام انواع بازی‌ها، اعم از بازی‌های رایانه‌ای (مجازی) و سنتی (یا غیر رایانه‌ای)، نامشروع بودن بازی مستلزم وجود یکی از دو شرط بازی با آلات قمار یا قرارداد گرویندی است. بنابراین، در صورت فقدان هر دو شرط، دلیلی بر بی‌اعتباری و نامشروع بودن بازی وجود ندارد. از این رو، تمامی بازی‌ها، اعم از رایانه‌ای و غیر رایانه‌ای، منع شرعی و قانونی ندارند؛ زیرا نه ابزارآلات انجام آنها قمار است و نه در آنها برد و باخت و گرویندی مطرح است. به همین دلیل، اشیای مجازی و کالاهای مجازی که حین بازی مورد معامله و دادوستد قرار می‌گیرد، تحت عنوان دارایی‌های مجازی یا تولیدات مجازی حقوقی، مالیت و منفعت عقلایی دارد و خرید و فروش کالاهای مجازی درون بازی نیز صحیح است.^۳ نتیجه آنکه، وجود منافع عقلایی در بازی‌های تلگرامی از صدق لعب بر آن جلوگیری می‌کند و پاداش اعطاشده را نمی‌توان شرط‌بندی (بردوباخت) دانست.^۴ با این حال، در مورد انواع بازی‌های رایج نمی‌توان حکم کلی داد، بلکه باید مؤلفه‌های قمار به صورت موردی بررسی شود. برای مثال، بازی لاست‌کتس با مکانیزم پرداخت ارز TON و انتخاب شانس محور کارت‌ها، ماهیت قمار دارد. پس، برای بررسی قمار بودن این بازی‌ها، باید رویکرد جداگانه‌ای برای هر بازی اتخاذ شود.

۱. برای دیدن تفصیل بحث، ر.ک.: همان منبع، صص ۴۵۲-۴۵۴.

۲. محمدی، احمد و جواد سلطانی‌فر، «انطباق سنجی استخراج رمزرها در بستر بلاکچین با قمار از منظر فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ش ۶۲، ۱۴۰۲، صص ۸۱۴.

۳. عبدی‌پور فرد، ابراهیم و مرتضی وصالی ناصح، «ابعاد فقهی و حقوقی بازی‌های مجازی»، فصلنامه راهبردی اجتماعی فرهنگی، ش ۲۳، ۱۳۹۶، صص ۶۱-۷۲.

۴. محمدی، احمد و جواد سلطانی‌فر، منبع پیشین، ص ۷۸۱.

درمورد غرری بودن درآمدهای حاصله از بازی‌های تلگرامی، باتوجه به چالش‌ها و تحلیل‌های پیش‌گفته، به‌اختصار بیان می‌شود که هر نوع خطر یا جهلی منجر به تحقق غرر نمی‌شود؛ همچنان‌که هر نوع معامله‌ای نسبت به اموال آینده و هر قسم بازی و تحصیل رمزارز، ولو پیش از عرضه آن، مشمول قاعده نفی غرر نمی‌شود.^۱ به‌ویژه آنکه عرف عقلا و خردمندان جامعه به این درجه از مخاطره‌ها اعتنا نمی‌کنند و به استقبال چنین ریسکی می‌روند و از این‌رو، تحقق افتادن در مهلکه و وقوع خطر شدید در بازی‌های مورد بحث عموماً منتفی است. به‌خصوص آنکه در بازی همستر کامبت، غیر از صرف وقت و هزینه خرید اشتراک اینترنت، که جزء لوازم و مقتضای هر نوع بازی امروزی است، بازیکنان در حین بازی هزینه‌ای پرداخت نمی‌کنند و خطر از دست دادن دارایی و از بین رفتن مال منتفی است؛ تنها بحث درمورد امکان و درجه حصول مالی در آینده (تبدیل سکه‌های استخراجی به رمزارز و عرضه در بازار) و ارزش آن در آتیه است که باتوجه به عدم پرداخت عوض متناسب و تحقق هدف از بازی و وجود منفعت عقلایی و هدفمندی اقتصادی در ورود به بازی، چنین جهلی موجب پیدایش غرر نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

در این مقاله تلاش شد تا ابعاد فقهی و حقوقی بازی‌های تلگرامی و رمزارزهای مرتبط با آنها مورد تحلیل قرار گیرد. عملیات تولید یا استخراج صورت‌گرفته در این بازی‌ها بر بسیاری از مفاهیم و نهادی موجود، مانند جعاله عام، قابل تطبیق نیست و از میان قواعد حقوقی موجود، حیازت مباحات با لزوم در نظر گرفتن پدیده‌های جدید بر این عملیات قابل انطباق است؛ هرچند بر ضرورت پی‌ریزی نظم حقوقی جدید و ایجاد قاعده‌ای تازه، همگام با بررسی‌های فنی و سازگار با جوانب گوناگون آن، به‌عنوان ماهیت استخراج در این بازی‌ها تأکید شد. همچنین، در چارچوب ادبیات فقهی - حقوقی موجود، مال بودن و مالیت داشتن سکه‌های به‌دست‌آمده در بازی‌های تلگرامی پیش از عرضه رسمی و قابلیت خریدوفروش آنها محرز است. امکان شناسایی سکه‌های به‌دست‌آمده با قواعد مربوط به مال آینده در فقه و حقوق ایران، عدم صدق غرر و قمار بر نفس

۱. برای دیدن مفهوم و معیار غرر در متون فقهی و حقوقی، ر.ک.: جواهرکلام، محمدهادی، منبع پیشین، صص ۴۹-۵۴.

بازی و استخراج به دلیل وجود منفعت عقلایی و هدفمندی اقتصادی در ورود به بازی از دیگر مباحث بررسی شده در این مقاله است.

بعلاوه، نتایج حاصل شده از پرسش‌نامه‌ای که به صورت آنلاین طراحی و در اختیار شرکت‌کنندگان قرار گرفته بود، حاکی از آن است که ۵۶ درصد از بازیکنان این قبیل بازی‌ها علاوه بر سرگرمی، هدف کسب درآمد را هم در انجام بازی مدنظر دارند. با گذشت بیش از یک سال از رواج بازی‌های تلگرامی و تجربه‌های موفق و ناموفق در این زمینه، ۵۵ درصد به میزان کم، ۳۳ درصد متوسط و ۱۲ درصد انتظار زیادی در راستای تبدیل سکه‌های درون بازی به پول را دارند. این نتایج نشان می‌دهد که نه تنها بازی‌های تلگرامی در ایران مورد توجه بسیاری از افراد قرار گرفته؛ بلکه در مواردی سکه‌های به دست آمده پیش از عرضه در مقابل مال ارزشمند خرید و فروش شده است. بر این بنیاد، اگرچه شناسایی رمزارزها از سوی بانک مرکزی در آذرماه ۱۴۰۳ اقدامی مثبت و روبه‌جلو ارزیابی می‌شود، ضرورت دارد مقنن از طریق وضع قانونی ویژه و جامع، بازار رمزارزها و بازی‌هایی را که با هدف تحصیل رمزارز انجام می‌شود، سامان‌دهی نماید.

به‌طور کلی محدودیت در زمینه پذیرش رمزارزها فاقد توجیه است و نقشی در استفاده یا عدم استفاده اشخاص از آن ندارد؛ چنان‌که تجربه نزدیک به چند سال اخیر در ایران مؤید این نظر است. در این وضعیت پذیرش و سامان‌دهی فعالیت‌های مرتبط با این پدیده نوظهور مالی، نیازمند بررسی همه‌جانبه و چه بسا تبعیت از قواعد چندگانه نظیر رویکرد ایالات متحده آمریکا باشد. سامان‌دهی رمزارزها در کشور علاوه بر جهت‌دهی به پژوهشگران و فعالان این زمینه، راهنمای مفیدی برای محاکم قضایی در آینده خواهند بود. یکی از دلایل فقدان رویه قضایی مشخص در زمینه رمزارزها، نبود قوانین و مقررات موجد حق و تکلیف است که به نظر می‌رسد تحولات اخیر در شناسایی و سامان‌دهی رمزارزها در ایران، نه تنها از حجم بالاتر تکلیفی در این زمینه نمی‌کاهد که تا حدودی بر آنها می‌افزاید. بدین منظور تشکیل کارگروه‌های تخصصی فنی، حقوقی، بانکی و... به منظور بررسی تمام ابعاد و اتخاذ رویکرد مشخص در خصوص رمزارزها مفید و ضروری است.

منابع

الف) فارسی

کتاب

۱. تقوا، محمدرضا و زهرا جلالیان زعفرانی، **رمزارز (مفاهیم و کاربردها)**، چ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۹.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق اموال**، چ ۶، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۳. جواهرکلام، محمدهادی، **معامله نسبت به اموال آتی: بیع مال آینده و وثیقه دارایی در گردش**، چ ۳، تهران: شرکت انتشار، ۱۴۰۲.
۴. خمینی، سید روح‌الله، **تحریر الوسیله**، چ ۲، ۱، تهران: دارالعلم، بی‌تا.
۵. صفایی، سید حسین، **حقوق مدنی و حقوق تطبیقی**، چ ۴، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۶. صفایی، سید حسین و محمدهادی جواهرکلام، **عقود معین: قراردادهای غیرمعاوضی**، چ ۲، تهران: شرکت انتشار، ۱۴۰۳.
۷. کاتوزیان، ناصر، **اعمال حقوقی**، چ ۹، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۸۳.
۸. کاتوزیان، ناصر، **اموال و مالکیت**، چ ۵۸، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۲.
۹. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، چ ۲، ۱، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۸۸.

مقاله

۱۰. امام، علیرضا، علی زارع و علی تقی‌خانی، «تبیین ماهیت فقهی و حقوقی استخراج و بیع رمزارزها در حقوق ایران»، *ماهنامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، ش ۴، ۱۴۰۱، صص ۳۸۹-۴۰۶.
۱۱. خادم‌ان، محمود، ابوطالب کوشا و فاطمه نوری، «شناسایی ماهیت حقوقی رمزارزها با تحلیل ساختاری آن‌ها در نظام حقوقی ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، د ۸۵، ش ۱۱۵، ۱۴۰۰، صص ۳۴۹-۳۷۲.
۱۲. خداوردی‌آرش، حسین، محمد رضوی و مهدی منتظر، «آسیب‌شناسی حقوقی تنظیم‌گری دولت در حوزه رمزارزها»، *پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، ش ۱۴، ۱۴۰۲، صص ۶۷-۸۸.

۱۳. خردمند، محسن، «بررسی فقهی استخراج و مبادله رمزارزها با تمرکز بر شبکه بیت کوین»، معرفت اسلامی، ش ۲۰، ۱۳۹۸، صص ۱۰۹-۱۲۴.
۱۴. خواجهی، اصغر و سیدمرتضی قاسمزاده، «ماهیت فقهی و حقوقی رمزارز اتریوم (اتر)»، معرفت اقتصاد اسلامی، ش ۲۶، ۱۴۰۱، صص ۱۶۷-۱۸۲.
۱۵. رنجبر، حسین، وحید امیدی، ثریا جاویدان و احمد محمدی، «بررسی ماهیت فقهی استخراج رمزارزها»، فقه و اصول، د ۵۶، ش ۱۳۷، ۱۴۰۳، صص ۱۴۳-۱۶۵.
۱۶. صادقی مقدم، محمدحسن و محمدهادی جواهرکلام، «فروش سر درختی از منظر فقه امامیه و حقوق ایران؛ بررسی روایی-تحلیلی»، دانش حقوق مدنی، د ۳، ش ۲، ۱۳۹۳، صص ۶۴-۷۴.
۱۷. عبدی پور فرد، ابراهیم و مرتضی وصالی ناصح، «ابعاد فقهی و حقوقی بازی‌های مجازی»، راهبرد اجتماعی فرهنگی، ش ۲۳، ۱۳۹۶، صص ۵۳-۷۴.
۱۸. قاسمی حامد، عباس، حامد تیموری و بهزاد صغیری، «اعمال قواعد حقوق مصرف در عرضه دارایی‌های رمزنگاری شده از طریق تعهد به ارائه اطلاعات»، پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، د ۲، ش ۵، ۱۴۰۳، صص ۱۱-۳۹.
۱۹. کریمی، عباس و محمدهادی جواهرکلام، «معامله به مال آینده»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۹۰، ۱۳۹۴، صص ۱۰۱-۱۲۷.
۲۰. کشاورزی، محمدرضا، محسن رضایی صدرآبادی و مهدی ساقی، «تحلیل راهبردی-حقوقی مبانی نظری و ماهیت رمزارزهای قابل استخراج با مکاتب پولی اقتصاد (مطالعه موردی بیت کوین)»، راهبرد اقتصادی، ش ۴۵، ۱۴۰۲، صص ۲۴۹-۲۸۲.
۲۱. لطفی، رضا، «چگونگی مواجهه کشورها با رمزدارایی‌ها»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۹۹۱۰، ۱۴۰۳.
۲۲. محمدی، احمد و جواد سلطانی فر، «انطباق سنجی استخراج رمزارزها در بستر بلاکچین با قمار از منظر فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ش ۶۲، ۱۴۰۲، صص ۷۸۱-۸۱۴.
۲۳. مددی، مهدی، «جستار فقهی-حقوقی در مسئله قانونمند سازی استخراجگری ارزهای رمزنگاری شده»، اقتصاد و بانکداری اسلامی، ش ۴۱، ۱۴۰۱، صص ۳۰۷-۳۳۳.
۲۴. مرکز تحقیقات بازی‌های دیجیتال-دایرک، «پیمایش ملی بازیکنان بازی‌های دیجیتال»، ۱۴۰۰.
۲۵. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «سیاست‌گذاری کشورهای آمریکا، چین و آلمان در زمینه ابزارهای مالی دیجیتال مانند بیت‌کوین»، شماره مسلسل ۲۸۰۱۳۶۹۱، ۱۳۹۳.

۲۶. تصویب‌نامه شماره ۳۹۲۲۸/ت/۵۷۳۷۳ هـ هیئت وزیران.
۲۷. تصویب‌نامه شماره ۵۸۱۴۴/ت/۵۵۶۳۷ هـ هیئت وزیران.
۲۸. چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری بانک مرکزی در حوزه رمزیول‌ها، ۱۴۰۳.
۲۹. قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۴۰۲.
۳۰. مصوبه مقررات تأمین برق مراکز استخراج رمزارزها، ۱۳۹۸.
۳۱. مصوبه مقررات تأمین برق مراکز استخراج رمزدارایی‌ها، بهمن ۱۴۰۱.
۳۲. مصوبه مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۹ شورای عالی مبارزه با پول‌شویی.
۳۳. نظام‌نامه رمزارز اعم از ایجاد رمزارز ملی و سامان‌دهی رمزارزهای جهان‌روا، دی ۱۴۰۳.

ب) عربی

۳۴. حمد شراره، عبدالجبار، **أحكام الغصب في الفقه الإسلامي**، ج ۱، بیروت- بغداد: مؤسسه الأعلمی- دار التریبیه، ۱۳۹۵.
۳۵. خویی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهة (المکاسب)**، ج ۲، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۳۶. عبدالرحمان، محمود، **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة**، ج ۳، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۳۷. کاشف الغطاء، عباس بن علی، **المال المثلی و المال القیمی فی الفقه الإسلامي**، مؤسسه کاشف الغطاء، بی‌تا.
۳۸. کاشف الغطاء، محمدحسین، **تحریر المجله**، ج ۱، چ ۱، نجف اشرف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹.
۳۹. مصطفوی، حسن، **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**، ج ۱۱، چ ۱، تهران: مرکز الكتاب للترجمه و النشر، ۱۴۰۲.

منابع برخط

40. Putin signs bill legalizing cryptocurrency mining in Russia into law, available at: <https://interfax.com/newsroom/top-stories/104968> (last visited 11/9/2025).
۴۱. تویسرکانی، امین، «بازپرس دادسرای جرایم رایانه‌ای تهران: تشتت آرا در پرونده‌های رمزارز ناشی از فقدان دانش کافی در این زمینه است» قابل دسترسی در: <ekhtebare.ir> (آخرین بازدید ۱۴۰۴/۰۶/۲۰).

References

Books

1. Abdulrahman, Mahmoud, **Dictionary of Jurisprudential Terms and Expressions**, Vol. 3. N.p.: n.p., n.d
2. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, **Property Law**, 6th ed. Tehran: Ganj-e Danesh, 2009.
3. Javaherkalam, Mohammad Hadi. **Transactions on Future Assets: Sale of Future Property and Collateral of Circulating Assets**. Tehran: Sherkat-e Enteshar, 3rd edition, 2023. (in Persian)
4. Kashif al-Ghita', Muhammad Hussain. **Tahrir al-Majallah [A Commentary on the Majallah (Ottoman Civil Code)]**. Vol. 1. 1st ed. Najaf Ashraf: Al-Murtadawiyah Library, 1940.
5. Kashif al-Ghita', Abbas bin Ali, **Fungible and Non-Fungible Property in Islamic Jurisprudence**, Kashif al-Ghita' Foundation, n.d.
6. Katouzian, Nasser, **General Rules of Contracts**, Vol. 2. 1st ed. Tehran: Sherkat-e Enteshar, 2009.
7. Katouzian, Nasser, **Legal Acts**, 9th ed. Tehran: Sherkat-e Enteshar, 2004
8. Katouzian, Nasser. **Property and Ownership**. Tehran: Mizan Publishing, 58th edition, 2023. (in Persian)
9. Khui, Seyyed Abul-Qasim, **The Lantern of Jurisprudence (On Gains)**, Vol. 2. N.p.: n.p., n.d.
10. Khomeini, Ruhollah. **Tahrir al-Wasilah**, Vol. 2. 1st ed. Tehran: Dar al-'Ilm, n.d.
11. Mustafawi, Hassan. **Al-Tahqiq fi Kalimat al-Quran al-Karim [In-Depth Study of the Words of the Noble Quran]**. Vol. 11. 1st ed. Tehran: Markaz al-Kitab lil-Tarjama wa al-Nashr [Center for Book Translation and Publication], 1982.
12. Safaei, Seyyed Hossein, **Civil Law and Comparative Law**, 4th ed. Tehran: Mizan, 2007
13. Safaei, Seyed Hossein, and Javaherkalam, Mohammad Hadi. **Specific Contracts: Non-Exchange Contracts**. Tehran: Sherkat-e Enteshar, 2nd edition, 2024. (in Persian)
14. Sharrarah, Hamd Abdul-Jabbar, **Rules of Usurpation in Islamic Jurisprudence**. 1st ed. Beirut - Baghdad: Al-A'lami Foundation - Dar al-Tarbiyah, 1975.

15. Taghva, Mohammad Reza, and Jalalian Zafaran, Zahra. **Cryptocurrency** (Concepts and Applications). Tehran: Allameh Tabatabai University Press, 1st edition, 2020. (in Persian)

Articles

16. --, "Notcoin Whitepaper", November 2023, 1-9.
17. Abdipour Fard, Ebrahim, and Vassali Naseh, Morteza, "Jurisprudential and Legal Dimensions of Virtual Games", *Social and Cultural Strategy*, Year 6, Issue 23, Summer 2017, PP. 53-74. (in Persian)
18. Delfabbro, Paul, Delic, Amelia & King, Danil L. "Understanding the Mechanics and Consumer Risks Associated with Play-to-Earn (P2E) Gaming", *Journal of Behavioral Addictions*, Vol. 11, No. 3, PP. 716–726.
19. Digital Games Research Center - DIREC. "National Survey of Digital Game Players", 2021, 1-36 (in Persian)
20. Ghasemi Hamed, Abbas, Timouri, Hamed, and Saghiri, Behzad, "Application of Consumer Protection Rules in the Offering of Cryptographic Assets Through Information Disclosure Obligations", *Economic and Commercial Law Research*, Vol 2, Issue 5, April 2024, PP. 11-39. (in Persian) <https://doi.org/10.48308/eclr.2023.103865>.
21. Imam, Alireza, Zare, Ali, and Taghikhani, Ali, "Explaining the Jurisprudential and Legal Nature of Mining and Selling Cryptocurrencies in Iranian Law", *Iranian Political Sociology Monthly*, Year 5, Issue 4, July 2022, PP. 389-406. (in Persian)
<https://doi.org/10.30510/psi.2022.334183.3264>.
22. Islamic Parliament Research Center. "Policy-Making in the United States, China, and Germany Regarding New Digital Financial Instruments Such as Bitcoin", Serial Number 28013691, 2014, 1-4. (in Persian)
23. Karimi, Abbas, Javaherkalam, Mohammad Hadi, "Transaction of Future Property", *The Judiciarys Law Journal*, 79(90), pp. 101-12. (in persian)
<https://doi.org/10.22106/jlj.2015.14391>
24. Keshavarzi, Mohammad Reza, Rezaei Sadrabadi, Mohsen, and Sagh, Mehdi, "Strategic-Legal Analysis of Theoretical Foundations and the Nature of Mineable Cryptocurrencies in Monetary Economics Schools (Case Study: Bitcoin)", *Economic Strategy*, Year 12, Issue 45, Summer 2023, PP. 249-282. (in Persian)
<https://doi.org/10.22034/es.2024.412913.1699>.

25. Khademan, Mahmoud, Kosha, Abutalib, and Nouri, Fatemeh, "Identifying the Legal Nature of Cryptocurrencies Through Structural Analysis in the Iranian Legal System", *Judiciary Law Journal*, Volume 85, Issue 115, Autumn 2021, PP. 349-372. (in Persian)
26. Khajavi, Asghar, and Ghasemzadeh, Seyed Morteza, "Jurisprudential and Legal Nature of Ethereum (Ether) ," *Islamic Economics Knowledge*, Year 13, Issue 26, Spring and Summer 2022, PP. 167-182. (in Persian)
27. Kheradmand, Mohsen, "Jurisprudential Analysis of Mining and Trading Cryptocurrencies with a Focus on the Bitcoin Network", *Islamic Knowledge*, Year 10, Issue 20, Spring and Summer 2019, PP. 109-124. (in Persian)
28. Khodavardi Arash, Hossein, Razavi, Mohammad, and Montazer, Mehdi, "Legal Pathology of Government Regulation in the Field of Cryptocurrencies", *Modern Administrative Law Research*, Year 5, Issue 14, Spring 2023, PP. 67-88. (in Persian)
[https://doi.org/ 10.22034/mral.2022.554417.1318](https://doi.org/10.22034/mral.2022.554417.1318).
29. Lotfi, Reza. "How Countries Deal with Crypto Assets", *Islamic Parliament Research Center*, Serial Number 19910, 2024, PP. 1-53. (in Persian)
30. Madadi, Mehdi, "Jurisprudential-Legal Inquiry into the Issue of Legalizing Cryptocurrency Mining", *Islamic Economics and Banking*, Issue 41, Winter 2023, PP. 307-333. (in Persian)
31. Mahmoudi, Asghar, "Analysis of Virtual Currencies in Light of Jurisprudence, Law, and Comparative Studies", *Private Law Studies*, Vol 49, Issue 3, Fall 2019, PP. 503-522. (in Persian) [https://doi.org/ 10.22059/jlq.2019.265685.1007095](https://doi.org/10.22059/jlq.2019.265685.1007095).
32. Mohammadi, Ahmad, and Soltanifar, Javad, "Compatibility Assessment of Cryptocurrency Mining in the Blockchain Context with Gambling from the Perspective of Imami Jurisprudence", *Islamic Law Research Journal*, Year 24, Issue 62, Winter 2023, PP. 781-814. (in Persian)
[https://doi.org/ 10.30497/law.2023.244900.3403](https://doi.org/10.30497/law.2023.244900.3403).
33. Ranjbar, Hossein, Omidi, Vahid, Javidan, Soraya, and Mohammadi, Ahmad, "Jurisprudential Analysis of Cryptocurrency Mining", *Jurisprudence and Principles*, Issue 2 (Serial 137), Vol 56, September 2024, PP. 143-165. (in Persian)
[https://doi.org/ 10.22067/jfiqh.2022.75678.1322](https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75678.1322).

Laws and Regulations

34. Approval No. 39228/T57373 H by the Board of Ministers. (in Persian)
35. Approval No. 58144/T55637 H by the Board of Ministers. (in Persian)
36. Central Bank Code of the Islamic Republic of Iran, enacted in 2023. (in Persian)
37. Policy Framework and Regulation of the Central Bank in the Field of Cryptocurrencies, 2024. (in Persian)
38. Cryptocurrency Regulations, Including the Creation of a National Cryptocurrency and the Regulation of Global Cryptocurrencies, January 2024. (in Persian)
39. Regulations on Supplying Electricity to Crypto Asset Mining Centers, February 2023. (in Persian)
40. Regulations on Supplying Electricity to Cryptocurrency Mining Centers, 2019. (in Persian)
41. Regulation enacted by the Supreme Anti-Money Laundering Council, 2017. (in Persian)

Legal Dimensions of Telegram Games; A Case Study of the Hamster Kombat Game

Mohammad Hadi Javaherkalam*

Farshid Ghadimkhani**

Received: 2025.02.8

Accepted: 2025.05.29

Abstract

In this article, the legal dimensions of Telegram games, particularly Hamster Kombat game, are examined using a descriptive-analytic research method. The aim is to explore challenges such as the legitimacy and financial value of the coins obtained from the game, as well as to identify the legislator's approach to these games. The main questions addressed are: What is the legal nature of mining (coin production) in the new genre of Telegram games within Iran's legal system? Do the coins obtained from such games have financial value before being released into the market? Moreover, are concepts such as *Gharar* (uncertainty) and gambling applicable to these games and acquired coins? The findings indicate that mining (coin production) in such games aligns with the concept of permissible acquisition (*hiyazat-e- mubaḥat*), although the authors suggest that establishing a new legal institution would be more appropriate. Furthermore, while the gambling and *gharar* aspects of these games are rejected due to the purposeful nature of the players, the financial value of the coins obtained is recognized within the framework of the Iranian legal system.

Keyword:

Telegram Games, Hamster Kombat, Cryptocurrency, Monetary Value, Gharar (Uncertainty)

* Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

** Master Student in Economic Law, Department of Private and Economic Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran (Corresponding Author) Ghadimkhani_f@atu.ac.ir

تحلیل تطبیقی و اقتصادی نقطه انتقال ریسک در بیع اموال کلی

محسن علیجانی*
علی ساعتچی**
امید محمدی نیا***
ابوالقاسم قربانی****

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۸

چکیده

در پژوهش حاضر، به تحلیل تطبیقی و اقتصادی زمان انتقال ریسک در بیع اموال کلی پرداخته شده است. محققین در این تحقیق درصدد پاسخ به این سؤال بودند که در بیع اموال کلی نقطه انتقال ریسک چه زمانی است؟ در همین راستا موضوع از منظر کنوانسیون وین و همچنین نظام حقوقی ایران و انگلیس بررسی شد. مطالعه سه نظام حقوقی مبین این است که ریسک مفهومی مادی و عینی است؛ یعنی در هر سه نظام حقوقی ملاک انتقال ریسک در اموال کلی، زمان در تصرف بودن کالا است، لذا در نظام‌های حقوقی از جمله حقوق ایران که براساس باوری قابل دفاع (باوجود نظر مخالف) انتقال مالکیت مبیع کلی به محض توافق طرفین در عالم اعتبار محقق می‌شود؛ نقطه انتقال ریسک لزوماً با یک واقعه مادی (تسلیم یا قبض یا شرایط قابل تسلیم) همراه است؛ چراکه طبیعتاً ریسک برعهده شخصی است که مال در تصرف او است یا حداقل نسبت به طرف دیگر شرایط مناسب‌تری دارد. در حقوق انگلیس نیز در تحلیل نقطه انتقال ریسک اموال کلی میان عالم اعتبار و خارج تفکیک شده است. باین‌حال، مسئله اصلی معیار تشخیص زمان و نقطه مذکور است که اغلب براساس اوضاع و احوال قرارداد یا عرف آن تعیین می‌شود؛ موضوعی که در مقررات کنوانسیون وین به‌روشنی در برخی موارد تعیین شده است. از منظر تحلیل اقتصادی نیز اجتناب از مخاطره اخلاقی که حاصل برتری اطلاعاتی بایع است ایجاد می‌نماید ریسک در نقطه تحویل کالا به مشتری، به‌نحوی که متمکن از انحای تصرفات باشد، منتقل گردد. ازسویی محرز گردید به‌لحاظ منطق تحلیل اقتصادی موقعیت بایع در بیع مال کلی برای بیمه کردن مبیع، نسبت به مشتری مناسب‌تر است.

کلید واژگان:

نقطه انتقال ریسک، مال کلی، تسلیم، انتقال مالکیت، تحلیل اقتصادی.

* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران.
** استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)
alisaatchi@um.ac.ir

*** استادیار، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ولی عصر (عج)، رفسنجان، ایران.

**** دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران؛ دانشکده‌گان فارابی، تهران، ایران.



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

زمان انعقاد قرارداد ابهاماتی از جمله ریسک‌هایی مربوط به آینده مورد معامله را تهدید می‌نماید و از طریق شروط قراردادی یا از طریق دادرسی و با تکیه بر قواعد تکمیلی برطرف می‌گردند.^۱ انتقال ریسک یا ضمان معاوضی از جمله مسائل مهم در حقوق مدنی و تخصیص ریسک از پیچیده‌ترین مراحل تنظیم قراردادهاست.^۲ تا آنجا که کنوانسیون وین مواد ۶۶ تا ۷۰ را به آن اختصاص داده است. در حقوق ایران براساس نظر مشهور و ظاهر قانون، مسئولیت تلف مبیع قبل از قبض یا ضمان معاوضی برعهده بایع است. در نتیجه، باوجود اینکه عقد بیع تملیکی است، اگر مبیع قبل از قبض و تسلیم به مشتری بر اثر حادثه‌ای تلف شود از دارایی بایع است و او باید ثمنی را که اخذ نموده‌است، مسترد دارد.^۳ در حقوق انگلیس به‌جای ماهیت ریسک، به بررسی نقطه انتقال آن پرداخته شده‌است و این امر منبث از مواد قانونی و عرف تجاری است. قرارداد از لحاظ تحلیل اقتصادی ابزاری برای توزیع ریسک است، لذا اگر نقطه انتقال ریسک مشخص نشود، اجرای قراردادها با مشکل مواجه می‌گردد.^۴ مضاف بر این، اقتصاد اطلاعات تأثیر منفی بر توانایی خریدار خواهد داشت در حقیقت برتری اطلاعاتی بایع سبب می‌شود خریدار در موضع ضعف قرار گیرد و به‌جای توجه به زمان و مکان انتقال ریسک، بر مسائلی مثل قیمت تمرکز کند.^۵ هدف تحلیل اقتصادی حقوق ارزیابی قواعد حقوقی از منظر کارایی است، در صورتی که قاعده حقوقی با معیار تحلیل اقتصادی کارا تلقی گردد، تقویت می‌شود، والا ممکن است تعدیل، تکمیل یا حذف شود.^۶ در تحلیل اقتصادی مسئله اصلی پیش‌بینی اثر ضمانت اجرا بر رفتار است؛^۱

۱. انصاری، مهدی، **تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها**، انتشارات جاودانه، ۱۳۹۰، ص ۱۴۲.

2. Mazher KM, **Review of Studies on Risk, Allocation and Sharing in Public-Private Partnership Projects for Infrastructure Delivery**, Front. Built Environ. 2025, p. 9.

۳. کاتوزیان، ناصر، **عقود معین**، ج ۱، چ ۱۰، تهران: انتشارات شرکت سهامی، ۱۳۸۷، ص ۲۸۷.

4. Shavell, Steven, **Economic Analysis of Contract Law**, National Bureau of Economic Research Working Papers 9696, 2003, p.4.

۵. فنوائی، جلیل، یدالله، دادگر و محمدعلی رضاپور آکردی، «نگاهی نو به شروط استاندارد قراردادهای مصرف از دیدگاه حقوق و اقتصاد رفتاری؛ با تأکید بر دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا و حقوق ایران»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، بهار و تابستان ۱۴۰۲، شماره ۲۳، ص ۱۰۲.

۶. بلوری‌فر، مینا، بیژن حاجی عزیزی و فیض‌الله جعفری، «تحلیل اقتصادی حقوق از منظر فقهی در نظام حقوقی ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۴۰۲، د ۳۰، ش ۱۴، ص ۳۹.

1. Cooter, Robert & Ulen, Thomas, **Law and Economic**, Prentice Hall Pub, 6 edition, 2011, p. 13.

خصوصاً در تحلیل هنجاری باید گفت قواعد حقوقی چگونه به کارایی ختم می‌گردند،^۱ چون برای کنترل آینده طراحی شده‌است؛^۲ انتقال ریسک، بر تعهدات طرفین قرارداد تأثیر می‌گذارد. موضوع این تحقیق بررسی نقطه انتقال ریسک در اموال کلی در نظام‌های حقوقی ایران، انگلیس و کنوانسیون وین است و تعیین زمان مذکور از این نظر مهم است که اکثر مبادلات صورت‌گرفته در خصوص اموال کلی است.^۳ لذا نخست مفهوم و معیارهای تخصیص انتقال ریسک در سه نظام حقوقی و سپس نقطه انتقال ریسک و در نهایت ریسک در کالاهای متضمن حمل مورد مطالعه قرار گرفته است.

۱. مفهوم ریسک و معیار تخصیص آن

۱.۱. ضرورت بحث و مفهوم

تخصیص ریسک به‌طور کلی یا قرارداد است یا قضائی،^۴ هدف از تخصیص ریسک به حداقل رساندن موقعیت‌های خطرناک و کاهش هزینه در صورت بروز ریسک است، یکی از رایج‌ترین این طرق انتقال ریسک از طریق بیمه است.^۵ قبل از بررسی تخصیص ریسک شایسته است ابتدا مفهوم و مصادیق ریسک بررسی شوند. ریسک پنج معنا دارد؛ ۱- عدم اطمینان به یک نتیجه واقعه یا اتفاق یا شانس آسیب، خسارت یا فقدان و خصوصاً وجود و امکان آسیب؛ ۲- مسئولیت آسیب، خسارت یا فقدان اگر به وقوع بپیوندد؛ ۳- شانس یا درجه‌ای از احتمال فقدان یک موضوع در بیمه‌نامه؛ ۴- مقداری که یک بیمه‌گر برای از دست دادن به آن تکیه می‌کند؛ ۵- شخص یا چیزی که بیمه‌گر آن را یک خطر می‌داند.^۱ معانی فوق مفهوم ریسک را نشان می‌دهد؛ چراکه

۱. انصاری، مهدی، منبع پیشین، صص ۵۴ و ۸۰.

2. Faber, Denial, "Contract Law and Modern Economic Theory", *Northwestern University Law Review*, pp 38-50, James, Gordley, **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**, New York, Oxford University Press INC, 2011, p 152.

۳. در پژوهش‌های پیشین عمده تمرکز نویسندگان در تحلیل‌های حقوقی بر اموال و کالاهای معین معطوف بوده و کمتر به اموال کلی نگریسته شده است. مضافاً بر اینکه تحلیل‌های اقتصادی در این خصوص چندان نبوده است.

۴. انصاری، مهدی، منبع پیشین، صص ۱۴۴-۱۴۸؛

Kelsen, Hans, **General Theory of Law and State**, Cambridge, Harvard University Press, 1945, p 14.

5. Brockett, Patrick L., Golden, Linda L., Betak, John, **Risk Management in Construction Projects**, IntechOpen, 2019, p.1.

1. Bryan A. Garner (Editor-in-Chief), **Black's Law Dictionary**, Thomson West, United States, 2004, p. 1353

ریسک به معنای مسئولیت تلف و خسارت وارده به کالا است و این خسارات، هنگامی تحت عنوان ریسک مورد مطالعه قرار می‌گیرند که توسط بیمه قابل حمایت و پوشش باشند. ریسک یکی از موضوعات محوری در علم اقتصاد و همراهی آن با قرارداد غیرقابل اجتناب است.^۱

هرجا صحبت از ریسک در کتب حقوقی می‌شود با عباراتی چون ریسک فقدان،^۲ ریسک نابودی^۳ و ریسک خرابی^۴ همراه است و این تقارن بیان‌گر بار منفی ریسک برای شخصی است که آن را تحمل می‌نماید.

لذا این امر که ریسک برعهده بائع یا مشتری باشد دارای آثاری متفاوت خواهد بود، اگر ریسک تلف، بر عهده بائع باقی بماند مشتری تعهدی به پرداخت ثمن نخواهد داشت یا اگر ثمن را پرداخته باشد حق در خواست استرداد آن را دارد بائع نمی‌تواند به‌استناد خودداری مشتری از دریافت کالای معیوب اقامه دعوی خسارت نماید. در مقابل، اگر ریسک برعهده مشتری باشد او نمی‌تواند به‌استناد فقدان و یا خرابی کالا ثمن را نپردازد.^۵

مفهوم ریسک، در نظام حقوقی انگلیس، به تبعیت از مفهوم قانونی آن (ماده ۲۰ از قانون بیع کالا)،^۶ مفهومی مضیق بوده و این امر، مرتبط با ثمن قراردادی و تعهد مشتری به پرداخت ثمن است بنابراین اگر فروشنده قادر به تسلیم کالا نباشد، مشتری تعهدی به پرداخت ثمن نخواهد داشت.^۷ اگر مبیع کلی، قبل از تسلیم تشخیص یابد، منتها پیش از آنکه تسلیم مشتری گردد تلف شود، ریسک کالا برعهده کدام یک از طرفین خواهد بود؟ به نظر می‌رسد صرف تشخیص مبیع کافی است.^۱ بنابراین ضمان تلف برعهده بائع بوده و از کیسه دارایی او محاسبه خواهد شد.^۲

۱. سرمدی، عباس و صبا حقیقت، «تحلیل حقوقی ریسک در نظام قراردادها با رویکردی برنظر امام خمینی(س)» پژوهشنامه متین، سال هفدهم، ش ۶۷، تابستان ۱۳۹۴، ص ۹۸.

2. Risk of loss.

3. Risk of destroyed.

4. Risk of damage.

5. Bridge, M. G., **Sale of Goods**, Oxford University Press, 1998, p. 112.

6. Sale of Goods Act 1979.

Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property in them is transferred to the buyer, but when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not.

7. *Ibid*: p.131-132.

۱. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۲۳، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴، ص ۸۵.

۲. «ولو كان المبيع کلیاً و تصور تشخصه بغیر القبض لحقه الحکم مع صدق اسم المبيع علیه».

ضمان تلف هنگامی مطرح خواهد شد که تلف به وقوع پیوندد؛ ولی چنانچه اتلاف واقع شود، مشتری اختیار دارد میان رجوع به مختلف براساس ضمان قهری و فسخ عقد و دریافت ثمن المسمی یکی را انتخاب نماید.^۱

با توجه به اینکه رویکرد این مقاله تحلیل اقتصادی است، باید در نظر داشت از حیث تحلیل اقتصادی گاهی ممکن است یکی از طرفین، که درخصوص موضوع قرارداد اطلاعات بیشتری دارد، در انجام تکلیف خود بی احتیاطی نماید و باعث ورود ضرر شود، در موضوع تلف عین کلی نیز چنانچه ریسک تلف را طی بازه زمانی که تسلیم صورت نگرفته برعهده بایع نگذاریم، امکان بروز مخاطره اخلاقی و استفاده از عدم تقارن اطلاعاتی برای زیان رساندن به مشتری افزایش می‌یابد.^۲ مخاطره اخلاقی و عدم تقارن اطلاعاتی^۳ بین طرفین در توزیع ریسک مؤثر است، در وضعیت عدم تقارن اطلاعاتی، قانون‌گذار یا باید تکلیف افشا اطلاعات را برعهده طرف مطلع قرار دهد یا او را در مقابل زیان‌های وارده نسبت به طرف ناآگاه مقابل مسئول بداند.^۴ بر همین مبنا است که مقنن در ماده ۳۸۷ ق. م فرض نموده غالباً اطلاعات بایع درخصوص وضعیت مبیع بیشتر از اطلاعات مشتری است و به‌منظور مقابله با خطر اخلاقی ریسک تلف مبیع قبل از تسلیم را برعهده بایع نهاده است که مطابق اصول تحلیل اقتصادی نیز این امر به کاهش هزینه‌های معاملاتی کمک می‌نماید.^۱ با توجه به اینکه قراردادها مبنای نظم اقتصادی هستند.^۲ برخلاف ضمانت اجرای حقوقی که تنها متکی بر ادله و شواهد است، تحلیل اقتصادی آثار اقتصادی

۱. البته برخی حقوقدانان با این نظر که به استناد خیار تعذر تسلیم می‌توان عقد را فسخ نمود به طور کامل مخالف هستند و بیان می‌دارند تعذر باید عارض بر تسلیم باشد؛ در حالی که در ضمان معاوضی تسلیم به طور کامل منتفی است. ر.ک (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **تئوری موازنه**، چ ۱، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۱، ص ۷۳).

2. Kontautas, Tomas, **Duty of Disclosure in Insurance Law**, Rotterdam Institute of Law and Economics, Faculty of Law, Master Thesis, Erasmus University Rotterdam in Law and Economics 2001/2002, Rotterdam, July 2002, p. 7.; Sugata, Bag, **Economic Analysis of Contract Law Incomplete Contracts and Asymmetric Information**, Department of Economics Delhi School of Economics Delhi, India, 2018, p.8.

گریگوری منکیو **علم اقتصاد**، ترجمه حمیدرضا ارباب، نشر نی، ۱۳۹۷، ص ۴۹۰.

3. Asymmetry of information.

4. Veljanovski, Cento G, **Economic Principles of Law**, U.S.A, Cambridge University Press, 2007, pp 125,126.

۱. محمدی، پژمان و محبت مظفری، «تحلیل اقتصادی قاعده تلف مورد معامله پیش از تسلیم»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۶، ش ۴، زمستان ۱۳۹۵، صص ۵۷۳ و ۵۷۷.

2. Ethang, J. Leib, "Contract and Friendships", *Emary Law Journal*, vol. 59, 2010, p. 654; Cimino, Chapin F., "The Relational Economics of Commercial Contract", *Texas A&M Law Review*, vol. 6, 2015, p. 97.

ضمانت اجراها را در نظر دارد؛ چراکه ضمانت اجراها را قیمت ضمنی^۱ و طرفین را از لحاظ اقتصادی آگاه فرض می‌کنند که به این قیمت‌ها پاسخ منطقی می‌دهند.^۲

مضاف بر این، از نظر برخی تحلیلگران اقتصادی حقوق، در یک تقسیم‌بندی اشخاص به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ کسانی که تنها در صورت قرار گرفتن در معرض ضمانت اجرایی که به ضرر خودشان است به قانون احترام می‌گذارند^۳ و کسانی که صرف‌نظر از سود یا زیان رعایت قانون را لازم می‌دانند.^۴ با فرض اینکه بایع از دسته اول باشد، تنها محرک او به تحویل مبیع گریز از تحمل ریسک عدم تحویل است و دقیقاً همین ویژگی منفعت‌محوری است که نقض کارآمد را توجیه می‌نماید.^۵ یعنی در این صورت ممکن است با ارزیابی هزینه و فایده قرارداد را نقض نموده و از تحمل ضمانت اجرا استقبال کند، تحلیل‌گران اقتصادی در چنین موقعیتی مسئولیت را متوجه فروشنده می‌دانند.^۶ در واقع منطق تحلیل اقتصادی حقوق استفاده از اقتصاد در فرایند تصمیم‌گیری حقوقی است و تضمین‌های حقوقی به مثابه قیمت عمل می‌نمایند^۷ و انگیزه‌ها و انتخاب‌های عقلایی اشخاص تأثیر اساسی بر سرنوشت قرارداد دارد^۸ و متعهد براساس سنجش سود و زیان خود بین ابقای قرارداد یا نقض آن و پرداخت خسارت اقدام می‌نماید.^۹

۱.۲. نقش بیمه در تخصیص ریسک

یکی از شیوه‌های کاهش ریسک تلف مورد معامله قبل از تسلیم بیمه نمودن آن است، با توجه به اینکه در حقوق ما قبل از تسلیم، تلف برعهده بایع است ذی‌نفع در بیمه نمودن نیز اصولاً بایع است؛ اما از تحلیل مالکیت کالا و ذی‌نفع بیمه تعارضی حاصل می‌گردد، چراکه مال

1. Posner, Eric A., "A Theory of Contract Law under Conditions of Judicial Law Error", *N.W.L. Law Review*, vol. 94, 2000, pp. 749-751.

2. Sugata. *Ibid.*p.12.

3. Externalizer

4. Internalizer

5. Stone, Rebecca, "Economic Analysis of Contract Law from the International Point of View", *Columbia Law Review*, 2016, vol. 116, p. 2027.

6. Akerlof, G., "The Market for Lemons: Quality, Uncertainty, and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, no. 3, 1970, p. 499.

۷. انصاری، مهدی، منبع پیشین، ص ۹.

8. Goetz, Charles J., and Scott, Robert E., "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract", *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, p. 1263.

1. Barton, John H., "The Economic Basis of Damages for Breach of Contract", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 277-304; Bagri, Shown J., "False Efficiency and Missed Opportunities in Law and Economics", *Tulane Law Review*, no. 86, 2011, pp. 135-160.

موضوع بیمه که مبیع است، براساس ماده ۳۶۳ قانون مدنی^۱ به محض انعقاد بیع به مشتری تملیک گشته، و خسارتی که بیمه‌گر می‌پردازد نیز جایگزین مال شده و قاعدتاً به خریدار تعلق دارد! برای حل این تعارض یعنی بیمه نمودن مال از طرف بایع و منتفع شدن مشتری از بیمه برخی نویسندگان پیشنهاد نموده‌اند؛ مالکیت مشتری بر مبیع برخلاف نص ماده ۳۶۳ تا زمان تسلیم به تأخیر افتد، راه‌حل دیگر این است که هزینه بیمه نیز به ثمن افزوده شده و برعهده مشتری قرار گیرد.^۲ به نظر می‌رسد برای اجتناب از این پیچیدگی‌ها انتقال مالکیت و انتقال ریسک به صورت هم‌زمان انجام شود. در همین راستا، در توجیه انتقال ریسک به خریدار از زمان تسلیم که در ماده ۶۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قید شده نیز مقرر گردیده با توجه به اینکه متصرف کالا نسبت به انتقال گیرنده وضعیت بهتری برای جلوگیری از خطرات از طریق در نظر گرفتن تمهیدات لازم مانند بیمه دارد، شایسته است ریسک تا زمان تسلیم کالا برعهده انتقال‌دهنده باشد؛^۳ به عبارت دیگر، قاعده کلی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا این است که هنگام تسلیم کالا، ریسک به خریدار منتقل می‌گردد و مبنای این امر نیز این است که ریسک باید به کسی تحمیل شود که بر کالا تسلط دارد.^۱ در واقع، اقدام پیشگیرانه و توزیع کارآمد مستلزم این است که قواعد تکمیلی، ریسک را به عهده طرفی قرار دهند که می‌تواند با حداقل هزینه متحمل ریسک گردد.^۲ حتی قوانین نیز طریقتی دارند و در مقام اجرا باید به پیامد آنها توجه نمود.^۳ بعضی نویسندگان نیز رویکردهای اجتماعی‌گرا را در مقابل تمرکزگرایی حقوقی قرار می‌دهند تا به آداب و سنن نیز جایگاهی به‌عنوان ضمانت اجرا بخشند.^۴

۱. «در عقد بیع، وجود خیار فسخ برای متبایعین یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا ثمن، مانع انتقال نمی‌شود؛ بنابراین اگر ثمن یا مبیع عین معین بوده و قبل از تسلیم آن، احد متعاملین مُفلس شود. طرف دیگر حق مطالبه آن عین را خواهد داشت.»

۲. محمدی، پژمان و محبت مظفری، منبع پیشین، ص ۵۸۷.

3. Audit, Bernard, *La Vente Internationale de Merchandises*, L.G.D.J., Paris, 1990, p. 87

به نقل از صفایی، سید حسین و همکاران، *حقوق بیع بین‌المللی*، ۱۳۹۰ انتشارات دانشگاه تهران، ص. ۸۵.

1. Risteski, Filip, "Passing of Risk under the Domestic Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods," *Iustinianus Primus Law Review (Iustinianus Primus L. Rev.)*, 2021, vol. 12, no. 1, p. 9.

۲. کوتر، رابرت و یولن تامس، *حقوق و اقتصاد*، ترجمه یدالله دادگیر و حامده اخوان هزاوه، انتشارات نورعلم، ۱۳۸۹، ص ۳۹۳.

3. Trevino, A. J., *Classic Writings in Law and Society*, New Jersey: Transaction Publishers, 2007, p. 204..

4. Teichman, Dovon, "Non-Legal Sanctions and Damages: An Economic Analysis", *European Journal of Legal Studies*, vol. 13, 2009, p. 21.

۲. نقطه انتقال ریسک

از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق، یکی از اهداف حقوق قراردادهای به حداکثر رساندن رفاه مشترک طرفین است، مقنن برای کاهش هزینه‌های معاملاتی قواعد تکمیلی ارائه می‌دهد، یکی از معیارهای تخصیص ریسک این است که مسئولیت پیامدهای منفی به شخصی تخصیص داده شود که می‌توانست از طریق بیمه یا به صورت مستقیم از وقوع حادثه جلوگیری یا خسارت وارده را با هزینه کمتر جبران نماید.^۱ در حقوق ایران در خصوص اثر بیع مال کلی اختلاف است، برخی معتقدند اثر آن تملیک است و فوراً مالکیت به مشتری منتقل می‌گردد؛^۲ اما مشهور حقوق دانان بر این باورند اثر بیع مال کلی تملیک نبوده، بلکه تنها موجب تعهد است،^۳ البته گروه اخیر خود دو دسته‌اند: عده‌ای معتقدند مال کلی با تشخیص توسط بایع، تملیک می‌شود^۴ و به زعم گروهی انتقال مالکیت زمان تسلیم صورت می‌پذیرد.^۱ در هر صورت خواه اثر بیع کلی تعهد باشد و خواه تملیک ضمان معاوضی از زمان تسلیم منتقل می‌شود، براساس ماده ۳۸۷ ق.م.ا. ضامن تلف از زمانی که مال، تسلیم مشتری شود، ریسک به او انتقال خواهد یافت و از این زمان مشتری ضامن هرگونه خسارات وارده به کالا خواهد بود، حتی اگر گفته شود، این قاعده مخصوص عین معین است،^۳ نتیجه تفاوتی ندارد. زیرا اگر اثر بیع کلی را تعهد بدانیم که ریسک برعهده مالک است، اگر اثر آن را تملیک بدانیم نیز دو صورت متصور است: نخست اینکه معتقد به انتقال مالکیت زمان تسلیم باشیم و در این صورت نیز انتقال ریسک تا زمان تسلیم برعهده مالک است

۱. انصاری، مهدی، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

۲. قبولی درافشان و سید محمد مهدی، «واکاوی عهده‌ی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقه امامیه و فقه موضوعه»، جستارهای فقهی و اصولی، فصلنامه اداره کل آموزش دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، ۱۳۹۴، ص ۸۹.

۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، ص ۱۴؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۲۷۶؛ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، چ ۵، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۳، ص ۴۱۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۳۰۵.

۱. امامی، سیدحسین، منبع پیشین، ص ۴۴۸؛ صفایی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۱۴.

۲. ماده‌ای ۳۸۷ ق. م «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری بازگردانده شود ...».

۳. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین.

و دوم اینکه انتقال مالکیت را اثر فوری عقد می‌دانیم؛ حالتی که مشمول حکم ماده ۳۸۷ ق. م قرار است.

مستفاد از مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون مدنی تسلیم اعم است از تسلیم مادی یا غیرمادی و در حقیقت هدف از تسلیم آن است که تعهدات ناشی از عقد بیع اجرا شود.^۱

در فقه امامیه نیز نقطه انتقال ضمان لحظه قبض کالا توسط مشتری است و هرگاه خریدار کالا را قبض نماید، ضمان تلف نیز بر عهده او است و مقصود از قبض نیز صرف استیلا مادی بر مال آن‌گونه نیست که در غصب نزد فقها مطرح می‌شود.^۲ زیرا قبض حقیقت شرعیه نیست که از طرف شارع صادر شده باشد، بلکه باید به معنای لغوی و عرفی آن توجه نمود،^۳ معنای عرف قبض آن است که مبیع تحت اختیار و استیلا مشتری یا قائم مقام او قرار گیرد و به نظر نمی‌رسد در این مفهوم، ابهامی وجود داشته‌باشد.^۴

در نتیجه به این جهت که اساس معاوضه تسلیم واقعی کالا است و این امر از طریق تسلیم مادی یا غیرمادی (تحت اختیار بودن) مال حاصل می‌شود، هرگاه تسلیم انجام نشود و مبیع در اثر حادثه قهری تلف شود قرارداد منفسخ شده، اما اگر تسلیم واقع شود، ضمان تلف عهده خریدار است، تشخیص آنکه تسلیم واقع شده‌است یا خیر با عرف خواهد بود.^۱ از دیدگاه تحلیل اقتصادی، تخصیص ریسک ابزاری است که می‌توان از طریق آن طرفین را ملزم نمود تمام سعی خود را

۱. قاسم زاده، سید مرتضی، «تأثیر متقابل عقد و قبض و تسلیم»، دیدگاه‌های حقوقی، ش ۹، ۱۳۷۷، ص ۹۰.
۲. برای ملاحظه نظر مخالف در خصوص مفهوم قبض ر.ک (خوبی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، ج ۷، بی تا، ص ۶۰۲) البته ایشان چنین مفهومی را در ضمان معاوضی نپذیرفته‌اند و صرف در تصرف مبیع را کافی برای انتقال ضمان می‌دانند.

۳. مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی حسینی، **العناوین الفقہیة**، ج ۲، ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷، ص ۲۶۱.

۴. محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۱.

۱. اینکه برخی تحویل مال به متصدی حمل را در خصوص انتقال ضمان نپذیرفته‌اند ناشی از همین تفکر است که مال با تحویل به متصدی حمل در اختیار خریدار قرار نمی‌گیرد. ر.ک (آقا مشهدی، فخرالدین و مینا مهاجر، «انتقال ضمان معاوضی در قراردادهای بیع متضمن حمل کالا (مطالعه تطبیقی در کنوانسیون وین و حقوق ایران)»، پژوهشنامه بازرگانی، ش ۳۵، تابستان ۱۳۸۴، ص ۱۱۸). درحالی‌که در مقابل، برخی فقها تسلیم مال به متصدی حمل را به منزله‌ای تسلیم مال به خریدار می‌دانند، ر.ک. (حکیم، سید محسن طباطبایی، **منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)**، ج ۲، ۱، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ه ق، ص ۶۵).

جهت اجرای قرارداد به عمل آورند و با توجه به اینکه فروشنده دارای موقعیت بهتری برای کاهش ریسک قرارداد است، شایسته است تبعات مالی عدم امکان اجرای قرارداد را به او تحمیل نمود و هرگونه تخفیف یا تلاش برای اجتناب از تحمیل ریسک به او انگیزه کاهش ریسک را از بین می‌برد.^۱ براساس اصل هزینه اتکا نیز مسئولیت فروشنده قابل توجیه است، براساس این اصل، زمانی که شخصی در راستای نیل به منافع متعارف و قانونی یک نهاد حقوقی متحمل هزینه می‌گردد باید بتواند از منافع آن نیز بهره‌بردار،^۲ با این استدلال مشتری در صورتی باید متحمل ضمان معاوضی گردد که سود احتمالی نیز نصیب او شود و تحمل ضمان بدون انتظار منافع با اصل هزینه اتکا مغایرت دارد.

در مقابل، اصولاً تسلیم کالا باعث می‌گردد اطلاعات مورد نیاز خریدار به او منتقل گردد و دیگر فروشنده در وضعیت برتر از لحاظ اطلاعاتی قرار نداشته‌باشد و پس از تسلیم مبیع خطر اخلاقی نیز وجود ندارد. از این رو به نظر می‌رسد در حقوق ایران در مبادلات اموال کلی نقطه انتقال ریسک که زمان تسلیم کالا است از نقطه نظر تحلیل اقتصادی موجه است. به عبارت دیگر با اینکه قرارداد حق را ایجاد می‌نماید، ولی نظام حقوقی باید با طرح ضمانت اجرا تدبیر لازم برای اجرای آن را فراهم نماید،^۱ البته با همه تدابیر باز هم امکان فرصت‌طلبی طرفین برای رسیدن به حداکثر منافع خود و سوءاستفاده از قرارداد وجود دارد.^۲

در حقوق کامن‌لا هرگاه اجرای قرارداد به دلیل رخدادی غیرقابل پیش‌بینی مستلزم هزینه‌ای سنگین و غیر منطقی شود، قرارداد غیرقابل اجرا تلقی می‌گردد^۳ و در چنین وضعیتی در فرضی که مبیع از بین رفته باشد ریسک تلف برعهده بایع است، در واقع متعهدله موضوع متعهد را به دست نمی‌آورد و متعهد کالا و سود مورد انتظار را از دست می‌دهد.^۴

1. Ceuini, Marta; Luppi, Barbara; Parisi, Francesco, "The Comparative Law and Economics of Frustration in Contract," *Legal Studies Research Paper*, No. 09-20, 2009, p. 15.

۲. صادقی، محسن، «جزوه حقوق اقتصادی کارشناسی حقوق تجاری و اقتصادی بین‌المللی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، زمستان، ص ۱۵.

1. Harver, W. B., **Law and Social Change**, Princeton University Press, 1996, p. 343; Hoebel, E. Adam, **The Law of Primitivism**, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 26..

2. Calabresi, G., "Transaction Costs: Resource, Allocation, and Liability Rules," *Journal of Law and Economics*, no. 11, 1968, pp. 67-98; Williamson, Oliver, "Comparative Economic Organization," *Administrative Science*, vol. 36, no. 2, 1991, p. 269.

3. Brow, Charles G., "The Doctrine of Impossibility of Performance and the Foreseeability Test," *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 6, 1975, p. 576.

۴. *Ibid.* p. 592.

در حقوق انگلیس باید میان شرط ایجاد ریسک و نقطه انتقال آن قائل به تفکیک شد؛ زیرا براساس ماده ۲۰ (۱) از قانون بیع کالا، با وقوع عقد، ریسک کالا برعهده بایع قرار می‌گیرد و تا هنگامی که او مالکیت کالا را به مشتری منتقل نماید، عهده‌دار خطر تلف یا نقص کالا خواهد بود. البته طبق ماده هفتم قانون مذکور، اگر توافق برای فروش^۱ صورت گرفته باشد و قبل از انتقال مالکیت کالا در اثر حادثه‌ای که مربوط به مشتری یا بایع نباشد، تلف واقع شود، قرارداد از میان خواهد رفت درحالی‌که در فرض وجود ریسک و باقی بودن آن بر بایع که در قرارداد فروش^۲ محقق شده، قبل از آنکه ریسک به مشتری منتقل شود، کالا در اثر حادثه‌ای از میان رود. قرارداد از میان نرفته است و بایع همچنان مسئول خسارات وارده خواهد بود. اما در خصوص شرط انتقال ریسک ماده بیستم قانون بیع کالا صراحت دارد که این امر با انتقال مالکیت به‌طرف مقابل، محقق خواهد شد.^۳

در نتیجه می‌توان گفت انتقال ریسک با انتقال مالکیت مرتبط شده‌است و برای مشخص نمودن لحظه انتقال ریسک باید لحظه انتقال مالکیت را شناسایی نمود، بر همین اساس در خصوص کالای معین لحظه انتقال مالکیت به‌وسیله قصد طرفین مشخص می‌شود و برای احراز قصد طرفین شروط مندرج در قرارداد، رفتار طرفین یا اوضاع و احوال قرارداد قابل استفاده است و این نقطه با لحظه انتقال مالکیت مرتبط شده‌است. تعیین زمان انتقال مالکیت به‌خصوص در کالاهای نامعین مشکلاتی دارد، چون انتقال مالکیت امری اعتباری است و برخلاف ریسک که یک امر کاملاً مادی است، قابل جمع نیست. البته همچنان که ملاحظه خواهیم کرد، در نظام حقوقی انگلیس با ارائه راه‌کارهایی، این ایراد را تا اندازه‌ای بر طرف نموده‌اند. این قواعد به‌صورت یک پارچه توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی^۱ جهت یکسان‌سازی، با تعیین تعهدات طرفین و لحظه انتقال مالکیت و ریسک ارائه می‌شود.^۲

1. Agreement to sale

2. Sale of goods

3. section 20(1): "Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property in them is transferred to the buyer. But when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not".

1. ICC, International Chamber of Commerce.

۲. این قواعد در قالب اصطلاحات تجاری با نام اینکوترمز {International Commercial Terms} Incoterms تدوین می‌شود.

بنابراین در برخی موارد که شروط قراردادی مالکیت را تحت شعاع قرار می‌دهد ریسک نیز از این شروط قراردادی متأثر خواهد شد؛ به‌عنوان نمونه، طرفین ممکن است توافق نمایند که مالکیت سریعاً انتقال یابد یا آنکه شرط نمایند در صورت وقوع اتفاق خاص مالکیت به بایع بازگردد. حال اگر در این مدت، یعنی در زمانی که مالکیت به مشتری منتقل شده‌است و قبل از آنکه آن شرط محقق شود کالا معیوب شود، اصولاً طبق قاعده کلی مشتری ضامن ریسک و خسارات وارده است، اما قاضی «Cleasby» در پرونده «هد در برابر ترسال»^۱ این نظر را نپذیرفت، شرح پرونده به این صورت است که اسبی به خواهان فروخته شده بود، با این شرط که اگر صفات مورد توافق را نداشته‌باشد، خواهان بتواند قرارداد را فسخ نماید؛ اما اگر ظرف مدت معین مبیع (اسب) بازگردانده نشود قرارداد قابل فسخ نخواهد بود که در این حین، اسب شرایط مربوط را نداشته‌اند؛ اما قبل از آنکه خواهان اسب را بازگرداند، اسب دچار آسیب و نقص شد، قاضی برای رد نظریه فوق بیان نمود: «به‌عنوان قاعده‌ای عمومی، ریسک کالا باید برعهده صاحب مال باشد، اما به نظر می‌رسد در مواردی مثل پرونده حاضر که بازگشت مالکیت به بایع، مشروط به واقعه‌ای خاص شده‌است، خریدار نهایتاً حق بازگرداندن مالکیت را داراست و ریسک فقدان کالا نیز باید برعهده فروشنده نهاده شود؛ منتها این حالت نباید تعمیم داده شود و در وضعیتی که مشتری اجازه می‌یابد کالا را به بایع بازگرداند، باید ریسک کالا باید بر عهده مشتری باقی بماند».^۱ طبق این رأی، هرگاه مشتری حق فسخ عقد را داشته‌باشد ریسک برعهده بایع خواهد بود که این موضوع در حقیقت به توافق و قواعد موجود قبولی^۲ در قراردادها بازمی‌گردد؛ چراکه چنین موضوعی (باقی بودن ریسک برعهده فروشنده با وجود انتقال مالکیت) مستند قانونی ندارد.^۳ اما نکته مهم این است که انتقال مالکیت تنها با قصد طرفین ممکن نخواهد شد، بلکه علاوه بر قصد طرفین، باید کالا در شرایط قابل تسلیم^۴ (آن‌گونه که در ماده ۱۷ قانون بیع کالا منعکس شده‌است) نیز قرار بگیرد.^۵

1. Head v Tattersall (1871) L.R. 7 Ex. 7

1. Benjamin's, *Sale of Goods*, Sweet and Maxwell, London, 1997, Guest, A. G., pp. 289-290.

2. Acceptance

3. Atiyah, P S, *The sale of goods*, Longman, Tenth Edition, 2001.p.352.

4. Deliverable state.

5. Marsh, P. D. V, *Comparative contract law England*. France. Germany, 1996, p.240.

بنابراین اگر طرفین قصد نمایند که مالکیت در زمان معین منتقل شود، اما کالا در شرایط قابل تسلیم قرار نگرفته باشد، ممکن است عقد مشمول تئوری عدم امکان اجرا شود. برای نمونه، در پرونده «کرسل علیه شرکت تیمبر»^۱ خواننده درختان موجود در جنگل لتویان^۲ را با ابعاد بیان شده به خواهان واگذار نمود، اما به دلیل ملی شدن آن جنگل، امکان واگذاری به مشتری از میان رفت. دادگاه این گونه رأی داد که در چنین موردی به جهت آنکه کالا در وضعیت قابل تسلیم قرار نگرفته است، انتقال مالکیت و به تبع انتقال ریسک وجود ندارد. بنابراین خواننده در برابر خواهان مسئولیتی نخواهد داشت.^۳ در نتیجه برای انتقال مالکیت، علاوه بر قصد طرفین باید کالا در شرایط قابل تسلیم^۴ نیز قرار گیرد و این دو شرط برای انتقال مالکیت و به تبع، انتقال ریسک ضروری است.

در حقوق انگلیس کالای نامعین^۵ ممکن است به دو گونه باشد: یک حالت، در مورد بیع کالاهای آینده است و حالت دیگر، زمانی است که کالا، مال کلی یا جزئی معین از یک مجموعه‌ای مشخص باشد،^۱ در کالاهای نامعین، طبق بند پنجم از ماده ۱۸ قانون بیع کالا انتقال مالکیت در بیع کلی منوط به تعیین مبیع و اختصاص آن به قرارداد شده است^۲ که البته قصد طرفین در این مورد نیز انکارناپذیر است، انتقال مالکیت در کالاهای نامعین همچون کالاهای

1. *Kursell v Timber Operators* [1927] 1 KB 298

2. Latvian

3. *Bridge, op.cit.* p.132.

۴. شرایط قابل تسلیم در حقوق انگلیس مساوی با زمانی است که کنترل کالا از سلطه و حیطه‌ای اختیار فروشنده خارج شود کالا در وضعیتی قرار بگیرد که خریدار بتواند بر آن اعمال کنترل نماید. برای ملاحظه توضیح بیشتر ر.ک. (علومی یزدی، حمید رضا، «مفهوم تسلیم و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک (ضمان معاوضی) در عقد بیع»، پژوهش حقوق عمومی، د ۳، ش ۵، ۱۳۸۰، صص ۶۶-۹۷.

5. Unascertained goods

1. *Marsh, op.cit.*, p 242.

۲. البته طبق قانون اصلاحی Sale of Goods (Amendment) 1995 این نظر را تقویت می‌کند. در مواردی که مال کلی در معین باشد و فروخته شود، مالکیت و به تبع ریسک در همان لحظه‌ای انعقاد عقد، به صورت مشاع انتقال یابد. اگرچه برخی حقوقدانان در این زمینه معتقدند با وجود قانون اصلاحی، انتقال مالکیت در مال کلی همچنان براساس ماده‌ای ۱۸ سابق خواهد بود، علاوه بر آنکه طبق قانون اصلاحی ریسک کالا نیز مشخص نیست که دقیقاً این ریسک برعهده چه شخصی است و در این خصوص نیز اختلاف نظر به چشم می‌خورد، برای ملاحظه این اختلافات ر.ک. (Atiyah, op. cit., 2001, pp 350-351) همچنین آن گونه که بیان شده است فرض انتقال مالکیت مشاعی صرفاً یک اقدام تأمینی و احتیاطی محسوب می‌شود که براساس حقوق خریدار را در فرض ورشکستگی فروشنده نسبت به مبیع حفظ می‌نماید نه آنکه همچون سایر مواردی باشد که در حقوق اموال و مالکیت برای شخص ایجاد می‌شود.

معین است؛ چراکه علاوه بر آنکه قصد طرفین در این رابطه وجود دارد، مبیع نیز باید تعیین شود. البته شرط اخیر، در حقیقت احراز قابلیت تسلیم بودن مبیع می‌باشد که در مورد کالاهای معین نیز صادق و محرز است.

اما نکته مهم این است که در انتقال مالکیت دو عنصر قصد طرفین و قابل تسلیم بودن کالا وجود دارد و باوجود یک عنصر نمی‌توان موضوع دیگر را نادیده پنداشت، اگر قصد طرفین در انتقال مالکیت وجود داشته، اما مال تعیین نشده و یا قابل تسلیم نباشد انتقال مالکیت میسر نخواهد بود همچنین عکس قضیه نیز کاملاً واضح می‌باشد یعنی در مواردی که کالا قابل تسلیم است اما قصد طرفین مبنی بر انتقال مالکیت تعلق نگرفته باشد انتقال مالکیت بی‌معنا است.

با این حال، مسئله مهم انتقال ریسک در کالاهای نامعین این است که امکان دارد طرفین توافق نمایند انتقال ریسک قبل از انتقال مالکیت محقق شود؛ اما به شرط اینکه مال، به گونه‌ای معین شده باشد در حقیقت شرط اخیر این استدلال را تقویت می‌کند، همان‌طور که اراده طرفین در انتقال مالکیت به وسیله عنصر دیگر (که همانا قابلیت تسلیم بودن کالا است) محدود شده است در انتقال ریسک نیز صرف اراده طرفین به تنهایی کافی نیست، بلکه باید مبیع در وضعیت قابل تسلیمی قرار گرفته باشد که این وضعیت عموماً با تعیین مبیع میسر می‌شود؛ اما تنها راه حل نخواهد بود. به عنوان نمونه، در پرونده «شرکت استرن در برابر شرکت ویکرز»^۱ که در آن خواهان ۱۲۰۰ گالن نوشیدنی از ۲۰۰۰۰ گالن را بدون آنکه به ظاهر تعیین و جداسازی شده باشد خریداری نمود، اما خریدار سند قبض انبار را دریافت نمود که به وسیله آن بتواند کالا را هر زمان که بخواهد تقاضا نماید. اما در اثر حادثه نوشیدنی‌ها فاسد شدند؛ در این رابطه قاضی Scrutton معتقد بود که ریسک کالا باید برعهده مشتری قرار گیرد؛ چون می‌توانست با سند قبض انباری که در دست دارد کالا را تقاضا نماید و بنابراین نوعی تسلط بر کالا داشته است و همچنین لازمه این نظر آن است که بایع نیز این حق را نخواهد داشت که به انبار رجوع کرده و تقاضا نماید که از تسلیم کالا به مشتری خودداری شود.^۱ رأی صادره در این پرونده هماهنگ با نظر ارائه شده است؛ زیرا در این حالت با دریافت نمودن سند قبض، کالاها در وضعیت قابل تسلیمی قرار گرفته‌اند؛ چراکه به وسیله سند مذکور خریدار می‌تواند آن را به دیگران منتقل یا تسلیم کالا را

1. *Sterns v Vickers* [1923] 1 KB 78
1. Benjamin, *op.cit.*, p. 285.

تقاضا نماید؛ بنابراین ریسک کالا به مشتری منتقل شده است.^۱ اما به سبب آنکه طرفین در خصوص انتقال مالکیت با وجود قابل تسلیم بودن کالا تصمیمی اتخاذ نکرده‌اند مالکیت انتقال نیافته است، در حقیقت تلازمی لزوماً میان تبعیت ریسک از انتقال مالکیت وجود ندارد.

البته این موضوع که در حالت کلی، حقوق داخلی کاملاً دادن دستور تسلیم کالا را به منزله انتقال ریسک نمی‌دانند بحث دیگری است؛ زیرا این حالت که موردی را به منزله قابل تسلیم بودن کالا بدانیم یا خیر، با عرف است که تعیین نماید؛ درحالی که قاعده مهم و محل بحث آن است که ریسک ممکن است قبل از انتقال مالکیت منتقل شود، اما مشروط بر آنکه کالا تعیین یا قابل تسلیم باشد و شرط اخیر به نظر می‌رسد به وسیله اراده طرفین قابل تخلف نباشد.

در پرونده «هلی در برابر هاولرت و پسران»^۲ که در آن فروشنده، ماهی‌هایی را که از ساحل جنوبی ایرلند گرفته شده بود، با دستور خود برای خریداری در لندن فرستاد. دادگاه حکم نمود که ریسک کالا همچنان برعهده فروشنده خواهد بود و داشتن سهمی مشاع از مالکیت، تأثیری در انتقال ریسک نخواهد داشت؛ چراکه مالکیت هنوز منتقل نشده است.

دعوی فوق از حیث موضوع با پرونده نخست مشابه نیست؛ چراکه در پرونده نخست ریسک با تسلیم سند قبض، منتقل شده است؛ درحالی که چنین واقعیتی در پرونده اخیر وجود ندارد و دادگاه به درستی بیان نموده است داشتن سهم مشاع به تنهایی تأثیری در انتقال ریسک نخواهد داشت؛ اما طبق واقعیات موجود در پرونده از این حیث که این احتمال وجود دارد کالاها در اثر قصور مشتری فاسد شده باشد و به تبع باید ریسک به خریدار منتقل شود، قابل انتقاد به نظر می‌رسد.^۱

از نقطه نظر تحلیل اقتصادی، همان‌طور که بیان شد براساس اصل تخصیص بهینه ریسک،^۲ اصولاً با رعایت شرایط بهتری برای جلوگیری از ورود خسارت دارد و لذا برای تحمل ریسک و ضمان

۱. با این حال، نظر فوق از این حیث که ریسک کالا را به طور کلی برعهده فروشنده می‌گذارد قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ چراکه کالا به طور کامل تعیین و مشخص نشده است و بنابراین در چنین مثالی که خریدار و فروشنده در کالا به صورت نامعین شریک‌اند، ریسک کالا تا قبل از تفکیک، باید به صورت مشترک و به نسبت سهم هر یک تعیین شود.

2. Healy v Howlett [1917] 1 K.B. 337

1. Bridge, *op.cit.*, pp.115-116.

۲. انصاری، مهدی، منبع پیشین، صص ۱۴۴-۱۴۹ و صادقی، محسن، منبع پیشین، ص ۲۰.

معاوضی مناسب‌تر است.^۱ از طرف دیگر فروشنده اصولاً نسبت به خریدار دارای اطلاعات بیشتری نسبت به موضوع معامله است و از این جهت نیز شایسته است ضمان معاوضی نه تنها تا زمان تسلیم مادی، بلکه تا زمان ارائه اطلاعات کامل برای مشتری جهت استفاده برعهده او قرار گیرد.^۲ در تحلیل اقتصادی حقوق باید اصل ماهیت محوری را که تکیه بر مفاهیم انتزاعی دارد از اصل پیامد محوری که هدف آن بررسی مزایا و مضار یک نهاد حقوقی است تفکیک نمود؛ در بحث ماهیت انتقال مالکیت به عنوان جابه‌جایی عوضین مورد نظر قرار می‌گیرد و از این منظر ممکن است تلف مال به یکی از طرفین تحمیل شود؛ ولی تحلیل اقتصادی با انتخاب راه‌کارهایی که منجر به کارایی می‌شود ممکن است نتیجه‌ای بگیرد که با قاعده حقوقی حاکم منطبق نباشد.^۳

۳. انتقال ریسک در کالاهای متضمن حمل

انتقال مالکیت و به تبع آن، انتقال ریسک هنگامی صورت خواهد گرفت که طرفین آن را قصد کرده باشند؛ البته با این پیش شرط که کالا در وضعیت قابل تسلیمی واقع شده باشد و تحت اختیار و کنترل و یا تصاحب مشتری قرار گرفته باشد. بنابراین اگر برای خریدار امکان کنترل بر کالا وجود نداشته باشد، تحمیل ریسک بر عهده او غیرمنطقی است. کالاهای متضمن حمل نیز از قاعده فوق مستثنا نیست، بنابراین، انتقال مالکیت و متعاقب آن، انتقال ریسک هنگامی خواهد بود که علاوه بر توافق طرفین، کالا عرفاً تحت ید مشتری باشد که عمل مذکور با تسلیم به متصدی حمل محقق خواهد شد؛ زیرا اصولاً متصدی حمل نماینده مشتری تلقی می‌شود. در حقوق انگلیس به صرف تحویل مال به متصدی حمل، مالکیت و ریسک کالا منتقل نخواهد شد، بلکه محدودیت‌هایی دارد که عدم رعایت موارد آن منجر می‌شود ریسک همچنان برعهده فروشنده باقی بماند.

نخستین محدودیت در پرونده «بیر علیه والکر»^۱ مطرح شده که بیان داشته است در قراردادهای بیعی که متضمن حمل کالا است، این تعهد ضمنی^۱ وجود دارد که کالا باید به گونه‌ای

۱. محمدی، پژمان و محبت مظفری، منبع پیشین، ص ۵۷۴.

۲. نظری، وحید، مرتضی قاسم زاده و عباس کریمی، «تعهد به ارائه اطلاعات و همبستگی قراردادی»، فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضایی، د ۲۷، ش ۹۹، پاییز ۱۴۰۱، ص ۲۰.

۳. صادقی، محسن، منبع پیشین، ص ۶۰.

1. Beer v. Walker(1877)

ارسال شود که قابلیت حمل دریایی داشته، با رسیدن به مقصد قابل استفاده و از نظر کیفی رضایت‌بخش باشد. این شرط ضمنی ناشی از تعهد فروشنده به تسلیم کالا است. البته خساراتی برعهده فروشنده است که در شرایط عادی حاصل می‌شود و خساراتی ناشی از وقایع غیرقابل پیش‌بینی بر عهده خریدار خواهد بود.^۲

مقرر فوق در ماده (۲) ۳۲ قانون بیع کالا منعکس شده است که به موجب آن فروشنده باید قراردادی را با متصدی حمل از جانب خریدار منعقد نماید که به‌طور معقول و متعارف، طبیعت کالا و دیگر شرایط آن را مورد توجه قرار داده باشد، در غیر این صورت و چنانچه کالا در اثر این قصور مفقود یا فاسد شود خریدار می‌تواند از تسلیم کالا خودداری نماید یا آنکه فروشنده را به‌جهت عدم توانایی در تسلیم کالا مسئول بداند.^۳

دومین اصلی که قاعده بیان شده را محدود می‌نماید، در ماده (۳) ۳۲ قانون بیع کالا بیان شده که از حقوق اسکاتلند اخذ شده است. در مواردی که کالا در سفر دریایی عموماً بیمه می‌شود باید توسط فروشنده به خریدار اطلاع داده شود^۱ و اگر فروشنده در انجام این وظیفه قصور ورزد ریسک تلف کالا برعهده او خواهد بود.

۱. این تعهد ضمنی در پرونده مشهور به سیب‌زمینی قبرسی مبنای حکم قرار گرفته است که به موجب آن فروشنده باید کالاها را به گونه‌ای برای خریدار ارسال می‌نمود که تحمل یک سفر معمول دریایی (normal voyage) را داشته باشند. برای مشاهده رای کامل و وقایع پرونده ر.ک:

Read, P A, **Commercial Law Casebook, (Sale of Goods, Consumer Credit Agency)**, Vol. 1, HLT Publication, London, 1992, pp. 180-181
2. Benjamin, *op.cit.* pp. 291-292.

۳. در پرونده‌ای کانادایی که در این خصوص وجود دارد، به موجب آن، به‌جهت آنکه کاهوها باید در جای گرم نگهداری شود اما به این جهت که فروشنده این موضوع را به متصدی حمل اعلام ننمود و کالاها در اثر سرمازدگی غیرقابل استفاده شدند، خریدار و متصدی هیچ‌گونه مسئولیتی نداشته اند. ر.ک. (Bridge, *op.cit.*, 117)
p. البته ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که در اینکوترمزهای اتاق بازرگانی بین‌المللی در برخی موارد تعهدات فروشنده و خریدار متفاوت است؛ به عنوان نمونه، در متون حقوقی کشور انگلیس طبق عرف تجارتی انعقاد قرارداد حمل عموماً بر عهده فروشنده است؛ در حالی که اگر طرفین قرارداد خود را تابع یکی از اینکوترمزها نمایند و در صورت عدم شرط مخالف تابع آن قراردادند و این امکان وجود دارد که فروشنده تعهدی به انعقاد قرارداد با متصدی حمل نداشته و به تبع امکان چنین بحثی وجود نخواهد داشت. به عنوان نمونه، در آخرین اصلاحاتی که توسط اتاق بازرگانی در این زمینه تدوین شده است در قراردادهای که در قالب (f. o. b) انعقاد می‌یابد فروشنده تعهدی به انعقاد قرارداد با متصدی حمل نخواهد داشت. برای دیدن تعهدات خریدار و فروشنده در قواعد اینکوترمز و اصلاحات جدید ر.ک طارم سری، مسعود، **اینکوترمز ۲۰۱۰**، موسسه مطالعات و پژوهش بازرگانی، چ اول، ۱۳۹۰.

1. Notification of shipment.

البته قاعده مذکور با رویه حقوق انگلیس در خصوص بیع‌های بین‌المللی اسنادی به‌طور کامل منطبق نیست؛ زیرا در قراردادهایی که در قالب (c . i . f) و (Ex ship) انعقاد می‌یابد، این مسئله مطرح نخواهد شد در واقع در قرارداد نخست، بیمه کالا برعهده فروشنده است و چنین موضوعی مطرح نیست؛ البته اگر خطراتی که به‌موجب قرارداد، تحت پوشش بیمه قرار نمی‌گیرند و عموماً چنین خطراتی در سفر دریایی بیمه می‌شوند. وظیفه مذکور همچنان برعهده فروشنده باقی خواهد ماند. همچنین در قرارداد دوم به این جهت که ریسک کالا تا هنگام تحویل کالا در اسکله بندر مقصد برعهده فروشنده است، چنین موضوعی قابلیت طرح را نخواهد داشت. اما در قراردادهایی که در قالب (f. o . b)^۲، (c . f) منعقد می‌گردد، چون بیمه نمودن کالا برعهده خریدار است امکان اعمال مقررات ماده (۳) ۳۲ وجود دارد.^۳ از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق علاوه بر اینکه هدف طرفین از معامله کاهش ریسک‌های اقتصادی است، قراردادهای نیز ابزار کاهش ریسک و توزیع آن هستند،^۴ یعنی طرفین با لحاظ هزینه و فایده نسبت به سنجش ریسک‌های احتمالی اقدام یا در خصوص آنها سکوت می‌کند و آنها را به قواعد تکمیلی و دادرسی می‌سپارند. فلسفه انتقال ریسک نیز افزایش انگیزه منتقل‌الیه برای جلوگیری از بروز خسارت و قراردادن خسارات در صورت بروز برعهده طرفی است که بتواند آن را بیمه یا تحمل نماید.^۱ از این رو خسارت بر طرفی بازمی‌گردد که نفعی در بیمه نمودن داشته‌باشد^۲ و در بحث حاضر بایع ذی‌نفع بیمه تلقی می‌گردد. محدودیت دیگر ناشی از اراده‌ای طرفین و در ماده ۳۳ قانون بیع کالا آمده است که وفق آن در مواردی که بر اساس توافق صریح طرفین ریسک کالا برعهده فروشنده قرار دارد، باید حتی خطراتی را که به‌طور غیرمعمول برای کالا ایجاد می‌شود متحمل شود و به صرف تسلیم کالا به متصدی حمل، ریسک به خریدار منتقل نخواهد شد. همچنین در مواردی که به‌طور ضمنی (همچون قراردادهای (ex ship) چنین ریسکی برعهده فروشنده قرار می‌گیرد مقررات فوق جاری خواهد بود.

1. Cost -insurance and freight
2. Free on board
3. Benjamin, *op.cti.* p. 293.

۴. انصاری، مهدی، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

1. Veljanovski, Cento G, *op.cti.* p.126.

۲. بادینی، حسن، **فلسفه مسئولیت مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، ص ۴۵۸.

اما در خصوص کالاهایی که متضمن حمل است، مهم‌ترین و رایج‌ترین روش، حمل از طریق دریاست و قواعد نسبتاً مفصلی در این زمینه نگاشته شده‌است تا آنجا که حقوق دریایی در این خصوص، خود به‌عنوان رشته‌ای مجزا ایجاد شده‌است.

در حقوق انگلیس نیز مبحث فوق در قالب فروش‌های صادراتی^۱ مطرح شده‌است، در این نوع از فروش‌ها کالا باید به کشور دیگر صادر شود.^۲ در این موارد عرف تجاری وجود دارد که قراردادهای در قالب آن اصطلاحات تجاری^۳ منعقد شده، تعهدات طرفین مشخص و نقطه انتقال مالکیت و ریسک در این قراردادهای معین شده‌است. در اینجا قراردادهای تجاری مذکور تنها از بُعد انتقال مالکیت و ریسک بررسی می‌گردند.

همچنان که سابقاً بیان شد در حقوق انگلیس انتقال مالکیت با انتقال ریسک همراه شده‌است؛ اما این امکان نیز وجود داشت که در برخی موارد از این قاعده تخلف نمود و لزوماً این دو نقطه بر یکدیگر منطبق نیست و نکته اخیر در قراردادهای حمل دریایی در حقوق انگلیس وجود دارد.

در قراردادهای (c. i. f), (f. o. b) نقطه انتقال ریسک لزوماً تابع نقطه انتقال مالکیت نیست و ریسک کالا از زمان حمل برعهده خریدار قرار می‌گیرد؛ اما درخصوص اینکه مقصود از «از زمان حمل» چیست، چند دیدگاه وجود دارد: یکی آن است که ریسک هنگامی منتقل می‌شود که کالا از ریل کشتی به سلامت عبور کرده باشد، اما دیدگاه مرجعی که اغلب حقوق‌دانان انگلیسی با آن موافق‌اند زمانی است که فروشنده وظیفه خود را در قبال تسلیم کالا نسبت به متصدی حمل به‌صورت کامل انجام داده باشند. حتی بیان شده‌است در برخی موارد که قرارداد این اجازه را به طرفین قرارداد می‌دهد که اسناد حمل از زمان قرارداد به خریدار منتقل شود، قبل از آنکه کالا روی عرشه کشتی قرار بگیرد ریسک منتقل خواهد شد.

1. Export sales

۲. البته در اینکوترمز ۲۰۱۰ بیان شده که این قراردادهای تجاری مختص به تجارت بین‌الملل نیست، بلکه در تجارت داخلی نیز می‌تواند کاربرد داشته باشد؛ امری که در اینکوترمزهای ۱۹۹۰، ۱۹۸۰، ۱۹۷۶، ۱۹۶۷، ۱۹۵۳، ۲۰۰۰ دیده نشده است. ر.ک. (طارم سری، مسعود، منبع پیشین).

۳. اصطلاحات تجاری موجود در متون حقوقی کشور انگلیس عموماً (ex ship) (f. o. b) (c. f) (c. i. f) است و سایر شیوه‌های حمل دریایی یا غیردریایی در اینکوترمز وجود دارد.

در قراردادهای (c. i. f) این احتمال وجود دارد که وجود دارد ریسک کالا به صورت عطف به ماسبق انتقال یابد،^۱ یعنی قبل از انعقاد قرارداد ریسک تلف مال، برعهده خریدار قرار گیرد؛ گرچه این نظر در دعوایی^۲ که فروشنده بابت اسناد حملی که (راجع به کالاهایی که قبل از انعقاد قرارداد تلف شده بودند) به خریدار تسلیم، و پیرو آن تقاضای ثمن قراردادی را نموده بود، مردود اعلام شد.^۳

بنابراین در قراردادهای مذکور، حتی اگر مالکیت کالا همچنان در اختیار فروشنده باشد، ریسک کالا به محض سپردن به متصدی حمل، برعهده خریدار قرار می‌گیرد، زیرا در قراردادهای (c. i. f) انتقال مالکیت تنها با تسلیم اسناد حمل محقق می‌شود که این زمان می‌تواند مقارن با نقطه انتقال ریسک یا زمان دیگری باشد و همچنین در قراردادهای (f. o. b) انتقال مالکیت در کالاهای معین می‌تواند به هنگام حمل کالا باشد یا آنکه فروشنده انتقال مالکیت را در ازای دریافت ثمن در قبال اسناد حمل قرار دهد. اما در خصوص کالاهای نامعین، انتقال مالکیت منوط به تعیین در قرارداد است.^۴

البته چنانکه در پرونده «Stock v. Inglis» آمده در قراردادهای (f. o. b) کالاهای نامعین (البته از یک کل معین) می‌توان به محض حمل، ریسک را انتقال یافته به خریدار تلقی نمود.^۵ در نتیجه رویه عملی تجاری در زمینه حمل دریایی قواعد فوق را ایجاد کرده است و در برخی موارد بدون آنکه اراده‌ای صریح طرفین در خصوص نوع قرارداد حمل در قرارداد ذکر شود، احکام آن نوع خاص از اصطلاحات تجاری اعمال می‌شود و این موضوع از رویه‌های معمول در آن تجارت یا از شرایط قراردادی که در عقد درج می‌شود استنباط می‌شود. بر اساس اصول اقتصادی حقوق، در انتخاب شروط قراردادی و رویه عملی، نباید اجازه بروز مخاطره اخلاقی^۱ داده شود، یعنی نباید امتیازی برای یکی از طرفین در نظر گرفته شود که بتواند از طریق آن احتمال ورود زیان به دیگران را افزایش دهد^۲ و بر اساس رویکرد سنتی تحلیل اقتصادی زمانی که اجرای

1. Retrospective transfer of the risk.

2. Couturier v. Hastie

3. Bridge, *op.cit.* p.121.

4. Guest, G., **Chitty on Contracts**, Sweet and Maxwell Limited, London, 1983, p. 4212.

5. Benjamin, *op.cit.* p. 291.

1. Moral Hazard

۲. صادقی، محسن، منبع پیشین، ص ۳۲.

قرارداد ناممکن می‌شود، ضررهای وارده باید به طرفی تحمیل گردند که بهتر می‌توانست از بروز آن جلوگیری نماید،^۱ برخی نظریه‌پردازان تحلیل اقتصادی حقوق معتقدند، هرگاه حادثه‌ای باعث عدم امکان اجرای قرارداد گردد و قابل انتساب به هیچ‌کدام از طرفین نباشد، کارایی ایجاب می‌نماید ریسک به طرفی تخصیص یابد که برای تحمل آن مناسب‌تر است و برای تشخیص این امر دو معیار ارائه می‌نمایند؛ یکی توانایی برای کاهش احتمال عدم اجرا یا کاهش ضرر و دیگری دارا بودن قابلیت توزیع ریسک از طریق بیمه^۲ و بر اساس هر دو معیار فروشنده نسبت به خریدار وضعیت مناسب‌تری برای پذیرش ریسک دارد. پیش‌فرض تحلیل اقتصادی حقوق این است که رسالت قراردادهای تأمین رفاه اجتماعی است،^۳ تخصیص ریسک به این صورت سبب افزایش رفاه اجتماعی نیز می‌گردد^۴ و به همین جهت معیاری پیشنهادی با این رسالت مطابق است.

نتیجه‌گیری

ضمان معاوضی در مفهوم عام به این معناست که تا قبل از تسلیم مبیع، ریسک کالا برعهده بایع است؛ زیرا علی‌رغم انتقال مالکیت مبیع، شخص بایع نسبت به خریدار از وضعیت مناسب‌تری برخوردار است. در نتیجه نقطه انتقال ضمان تلف در حقوق ایران با تسلیم مبیع مرتبط است و تسلیم طبق مواد قانون مدنی و متون فقهی، مفهومی کاملاً عرفی است که با توجه به هر مورد داوری عرف نیز متفاوت خواهد بود.

در حقوق انگلیس نیز ریسک به معنای خطر تلف و خسارت کالا است (و عموماً ریس کی مدنظر است که به وسیله شرکت‌های بیمه قابل پوشش باشد) و طرفی که ریسک به او انتقال یافته است، باید به تعهدات خود در قبال طرف مقابل عمل نماید. از نهادهای مشابهی، که در برخی موارد به سختی قابل بازشناسی از ریسک است، تئوری عدم اجرای تعهد است که بر اساس

1. Benoliel, Uri, "The Impossibility Doctrine in Commercial Contracts: An Empirical Analysis," *Brook L. Rev.*, vol. 85, 2020, p. 394.

2. Posner, R. A., and A. M. Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrine in Contract Law: An Economic Analysis," *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, pp. 90-92.

3. Stone, Rebecca, "Economic Analysis of Contract Law From the International Point of View", *Columbia Law Review*, Vol. 116, 2016.p.2006.

4. Sertar, Yusuf Sertaç, "A Brief Survey on Law and Economics of Contract Law," *Juridical Tribune*, vol. 9, 2019, p. 134.

آن، در مواقعی که تعهدات فروشنده غیر قابل اجرا باشد قرارداد منفسخ شده و طرفین تعهدی در قبال یکدیگر نخواهند داشت.

در حقوق این کشور، نقطه انتقال ریسک همزمان با لحظه‌ی انتقال مالکیت است؛ البته طرفین می‌توانند بر خلاف آن تراضی نمایند اما با دقت در نظام حقوقی انگلیس این نکته حاصل می‌شود که انتقال مالکیت موضوعی اعتباری و انتزاعی نیست؛ زیرا علاوه بر آنکه طرفین باید در خصوص لحظه انتقال مالکیت با یکدیگر توافق نمایند، کالای مورد قرارداد نیز باید در شرایط قابل تسلیمی قرار گرفته باشد؛ یعنی فروشنده کنترل و تسلط خود را از بیع برداشته و کالا را در اختیار خریدار قرار دهد. وضعیت قابل تسلیم در حقوق انگلیس معنای وسیع‌تری نسبت به مفهوم تسلیم در حقوق ایران دارد؛ اما در حقوق انگلیس همچون سایر نظام‌های حقوقی، ریسک مفهومی مادی و محسوس داشته و نمی‌توان به صرف عالم اعتبار آن را انتقال یافته به غیر دانست. همچنین بر اساس عرف موجود در خصوص حمل کالاها ممکن است نقطه انتقال ریسک و سایر تعهدات طرفین از قبل تعیین شده باشد و طرفین تنها با الحاق به آن قرارداد خاص، تابع شرایط آن قرارداد باشند (در خصوص انتقال ریسک نحوه‌ای تسلیم کالا مشخص شده است)؛ موضوعی که در تجارت امروزه مرسوم است.

با مطالعه مواد کنوانسیون و برخی آرای صادره از محاکم خارجی مشخص می‌شود که به‌عنوان قاعده، ریسک کالا برعهده طرفی خواهد بود که در وضعیت بهتری در خصوص نگهداری کالا و بیمه نمودن آن باشد و این مهم با توجه به اوضاع و احوال قرارداد و یا قصد طرفین قابل استنباط است. البته در برخی موارد استثنایی (بیع درحال حمل) این امکان وجود دارد که نقطه انتقال ریسک از هنگام قرارداد باشد که این امر نیز به‌جهت شرایط خاص قابل توجیه است.

همچنین نوآوری که در کنوانسیون در خصوص انتقال ریسک وجود دارد و در حقوق ایران کمتر به آن توجه شده، این است که مواد کنوانسیون مواردی را که عرفاً به منزله تسلیم کالا تلقی شده است، در قالب مواد قانونی به‌صورت قاعده‌مند آورده است و این نیاز احساس می‌شود که در حقوق ما نیز این اقدام صورت گیرد تا از اختلافات مربوط به تشخیص مصادیق جلوگیری شود. مطالعه این سه نظام حقوقی در خصوص انتقال ریسک، نشان داد ریسک مفهومی مادی و عینی است و به همین علت در نظام‌های حقوقی که انتقال مالکیت به‌محض توافق طرفین در

عالم اعتبار محقق می‌شود، نقطه انتقال ریسک باید با یک واقعه مادی (تسلیم یا قبض یا شرایط قابل تسلیم) همراه باشد؛ چراکه طبیعتاً ریسک باید برعهده کسی باشد که مال در تصرف یا اختیار او قرار دارد یا حداقل نسبت به طرف دیگر در شرایط مناسب‌تری واقع شده باشد و در بسیاری از موارد تشخیص این موضوع با عرف است. از نقطه نظر تحلیل اقتصادی با توجه نقش قرارداد در توزیع ریسک است و با توجه به اینکه فروشنده نسبت به خریدار دارای اطلاعات بیشتری در خصوص کالا است و چنانچه ریسک زیان را برعهده او قرار ندهیم، ممکن است با ایجاد مخاطره اخلاقی از عدم تقارن اطلاعاتی سوءاستفاده نماید؛ از طرفی تحمیل ریسک به فروشنده تا زمان تسلیم کالا سبب می‌گردد بیشترین احتیاط از جمله بیمه کالا را برای ممانعت از تلف به عمل آورد و از سوی دیگر اصل هزینه اتکا نیز ایجاب می‌نماید شخص ذی‌نفع نسبت به بیمه نمودن کالا اقدام کند و با تحلیل صورت گرفته مشخص شد فروشنده در بیع اموال کلی در خصوص بیمه ذی‌نفع است، با این استدلال، فروشنده مناسب‌ترین طرف برای تحمل ریسک تا قبل از تسلیم کالا به خریدار است، مگر اینکه طرفین تشخیص دهند برای کاهش هزینه‌های معاملاتی ضمانت بایع را قبل از تسلیم اسقاط نمایند.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن **حقوق مدنی**، چ ۵، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۳.
۲. انصاری، مهدی، **تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها**، انتشارات جاودانه، ۱۳۹۰.
۳. بادینی، حسن، **فلسفه مسئولیت مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **تئوری موازنه**، چ ۱، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱.
۵. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی ۶**، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
۶. صفایی، سیدحسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)**، نشر میزان، ۱۳۸۵.

۷. صفایی، سیدحسین و جمعی از نویسندگان، **حقوق بیع بین‌الملل**، چ ۳، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۸. طارم سری، مسعود، **اینکوترمز ۲۰۱۰**، چ ۱، مؤسسه مطالعات و پژوهش بازرگانی، ۱۳۹۰.
۹. کاتوزیان، ناصر، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، میزان ۱۳۸۵.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **عقود معین**، ج ۱، چ ۱۰، تهران: انتشارات شرکت سهامی، ۱۳۸۷.
۱۱. کوتر، رابرت ویولن، تامس، **حقوق و اقتصاد**، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، انتشارات نور علم، ۱۳۸۹.
۱۲. گریگوری منکیو، **مبانی علم اقتصاد**، نشر نی، ترجمه حمیدرضا ارباب، ۱۳۹۷.
۱۳. محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، چ ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.

مقاله

۱۴. آقا مشهدی، فخرالدین و مینا مهاجر، «انتقال ضمان معاوضی در قراردادهای بیع متضمن حمل کالا (مطالعه تطبیقی در کنوانسیون وین و حقوق ایران)»، *پژوهش‌نامه بازرگانی*، ش ۳۵، تابستان ۱۳۸۴، صص ۱۱۰-۱۳۵.
۱۵. بلوری فر، مینا، بیژن حاجی عزیزی و فیض‌الله جعفری، «تحلیل اقتصادی حقوق از منظر فقهی در نظام حقوقی ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۴، ۱۴۰۲، صص ۶۹-۳۷، doi: 10.22034/law.2022.37342.3087
۱۶. سرمدی، عباس و صبا حقیقت، «تحلیل حقوقی ریسک در نظام قراردادها با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)» *پژوهش‌نامه متین*، سال هفدهم، ش ۶۷، تابستان ۱۳۹۴، صص ۹۷-۱۲۴، doi:20.1001.1.24236462.1394.17.67.5.9
۱۷. علومی یزدی، حمیدرضا، «مفهوم تسلیم و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک (ضمان معاوضی) در عقد بیع»، *پژوهش حقوق عمومی*، د ۳، ش ۵، ۱۳۸۰، صص ۶۶-۹۷.
۱۸. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، «تأثیر متقابل عقد و قبض و تسلیم»، *دیدگاه‌های حقوقی*، ش ۹، صص ۸۷-۱۱۸.

۱۹. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی، «واکاوی عهده‌ی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقه امامیه و فقه موضوعه، جستارهای فقهی و اصولی»، فصلنامه اداره کل آموزش دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، ۱۳۹۴، صص ۸۹-۱۱۸. doi:10.22081/JRJ.2016.20956
۲۰. قنواتی، جلیل، یدالله دادگر و محمد علی رضاپور آکردی، «نگاهی نو به شروط استاندارد قراردادهای مصرف از دیدگاه حقوق و اقتصاد رفتاری»، با تأکید بر دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا و حقوق ایران، دانشنامه حقوق اقتصادی، ش ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، صص ۹۵_۱۱۵. doi.org/10.22067/economlaw.2023.76138.1167
۲۱. محمدی، پژمان و محبت مظفری، «تحلیل اقتصادی قاعده تلف مورد معامله پیش از تسلیم»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، د ۴۶، ش ۴، زمستان ۱۳۹۵، صص ۵۹۰-۵۷۳. doi:10.22059/JLQ.2016.60011
۲۲. نظری وحید، مرتضی قاسم‌زاده و عباس کریمی، «تعهد به ارائه اطلاعات و هم‌بستگی قراردادی»، فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضایی، د ۲۷، ش ۹۹، پاییز، ۱۴۰۱، صص ۱-۲۴. RL: doi://jlvIEWS2.ujsas.ac.ir/article-1-2121-fa.html

جزوه

۲۳. صادقی، محسن، «جزوه حقوق اقتصادی کارشناسی حقوق تجاری و اقتصادی بین‌المللی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، زمستان ۱۴۰۰.

عربی

۲۴. حکیم، سید محسن طباطبایی، منهج الصالحین (المحشی للحکیم)، ج ۲، چ ۱، بیروت لبنان: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ه ق.
۲۵. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۷، بی تا.
۲۶. مراغی، سیدمیرعبد الفتاح بن علی حسینی، العناوین الفقهیه، ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه ق.
۲۷. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۳، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه ق.

References

Books

1. Ansari, Mehdi, **Economic Analysis of Contract Law**, 2019. (in Persian)
2. Atiyah, P S, **The Sale of Goods, Longman**, 10th edition, 2001.
3. Audit, Bernard, **La Vente Internationale de Merchandises**, L.G.D.J., Paris, 1990.
4. Badini, Hassan, **Philosophy of Civil Responsibility**, Tehran, 2013. (in Persian)
5. Bag Sugata, **Economic Analysis of Contract Law Incomplete Contracts and Asymmetric Information**, Palgrave Macmillan, London, 2018.
6. Benjamin's Sale of goods, **Sweet and Maxwell**, London, Guest A G, 1997.
7. Benoliel, Uri, **The Impossibility Doctrine in Commercial Contracts: An Empirical Analysis**, 85 Brook. L.Rev. 2020.
8. Bridge, M.G, **Sale of Goods**, Oxford university press, 1998.
9. Bryan A. Garner (Editor-in-Chief), **Black's Law Dictionary**, Thomson West, United States, 2004,
10. Cooter, Robert, Ulen, Thomas, **Law and Economic**, Prentice Hall Pub, 6th edition, 2011.
11. Emami, Seyyed Hassan, **Civil Law**, Vol. 5, Islamia Publications, 1994 (in Persian)
12. Guest. G., **Chitty on Contracts**, Sweet and Maxwell Limited, London, 1983.
13. Hakim, Seyyed Mohsen Tabatabayi, **Minhaj al-Salehin** (Al-Mahshi Lal-Hakim), vol. 2, 1st edition, Lebanon, 1410 AH. (in Arabic)
14. Harver, w.B, **Law and Social Change**, Princeton University Press .1996.
15. Hoebel, E .Adam . **The Law of Primitive Man : Study In Comparative Legal Dynamics**, Cambridge, Harvard university press . 1997.
16. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, **Equilibrium Theory**, Tehran, 1st edition, 2002. (in Persian)
17. James, Gordley, **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**, New York Clarendon Press. 2011.
18. Katouzian, Nasser, **Civil Law in the Current Legal System**, May 2006 (in Persian)

19. Katouzian, Nasser, **Specific Contracts**, Vol. 1, Tehran, 2008. (in Persian)
20. Kelsen, Hans, **General Theory of Law and State**, The Lawbook Exchange, Ltd.1945.
21. Khoi, Seyyed Abu al-Qasim Mousavi, **Misbah al-Fiqahah** (Al-Makasab), vol. 7, no.d. (in Arabic)
22. Mankiw, Gregory, **Fundamentals of Economics**, Translated by Hamid Reza Arbab , 2017. (in Persian)
23. Maraghi, Seyyed Mir Abdul Fattah bin Ali Hosseini, **Al-Tawheel al-Fiqhiyyah**, Vol. 2, Qom, 1st edition, 1417 AH. (in Arabic)
24. Marsh, P. D. V, **Comparative Contract Law**, England, France, Germany, Gower, Michigan,1996.
25. Mazher, KM, **Review of Studies on Risk Allocation and Sharing In Public-Private Partnership Projects for Infrastructure Delivery**, Frontiers Media S.A. Switzerland.2025.
26. Mohaghegh Damad, Seyyed Mustafa, **General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law**, Tehran,1st edition, 2009. (in Persian)
27. Najafi, Sahib Al-Jawahar, Mohammad Hassan, **Jawaher Kalam in the Explanation of Islamic Laws**, Vol. 23, Dar Ihya Al-Trath al-Arabi, Beirut, 7th Edition, 1404 A.H. (in Arabic)
28. Patrick L. Brockett, Linda L. Golden and John Betak, **Risk Management in Construction Projects**, intechopen. 2019.
29. Read, P A, **Commercial Law Casebook, (Sale of Goods, Consumer Credit Agency)**, Vol. 1, HLT Publication, London, 1992.
30. Sadeghi, Mohsen, **Economic Law Text Books: Bachelor's Degree in International Commercial and Economic Law**, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Winter 2022, (in Persian)
31. Safaei, Seyyed Hossein, **Introductory Course in Civil Law (General Rules of Contracts)**, Mizan Publishing, 2006, (in Persian)
32. Safaie, Seyyed Hossein & A Group of Authors, **International Sales Law**, Tehran University Press, Tehran, 3rd edition, March 2013. (in Persian)
33. Shahidi, Mehdi, **Civil Law**, 6th edition, Majd Publications, 2003. (in Persian)
34. Tarem Seri, Massoud, **Incoterms 2010**, Business Studies and Research Institute, 1st edition, 2010. (in Persian)

35. Trevino.A.j. **Classic Writings In Law and Society**, New jersey: Transaction Publishers. 2007.
36. Veljanovski, Cento G, **Economic Principles of Law**, U. S.A,Cambridge University Pres, 2007.
37. Williamson, Oliver, **Comparative Economic Organization**, administrative science, 1991.

Articles

38. Agha Mashhadi, Fakhreddin, Mohajer, Mina, "Transfer of Exchange Guarantee in Sales Contracts Involving the Carriage of Goods (Comparative Study on the Vienna Convention and Iranian law) ", *Commercial Research*, No. 35, Summer 2014, PP.110-135. (in Persian)
39. Akerlof, G. "The Market for Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism" , *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No.3, 1970, PP.488-500.
40. Bagrn, Shown. J., "False Efficiency and Missed Opportunities in Law and Economic", *Tul.Law Review* , No.86, 2011, PP.135 -160.
41. Barton, John. H., "The Economic Basis of Damages for Breach of Contract", *Journal of Legal Studies*, Vol.1, 1972, PP 277-304.
42. Bolurifar, Mina, Haji Azizi, Bijan, Jafari, Feizollah, "An Economic Analysis of Law from a Jurisprudential Perspective in Iran's Legal System", *Contemporary Comparative Legal Studies*, Vol. 14, Issue 14, 2023, PP 37-69. (in Persian) doi: 10.22034/law.2022.37342.3087
43. Calabresi, G., "Transaction Costs: Resource, Allocation and Liability Rules ", *Comment Journal of Law and Economics*, No .11, 1968, PP 67-98.
44. Ceuini, Marta, Luppi, Barbara, Parisi, Francesco, "The Comparative Law and Economics of Frustration in Contract," *Legal Studies Research Paper*, No. 09-20, 2009, PP. 1-22.
45. Charles G.Brow,"The Doctrine of Impossibility of Performance and the Foreseeability Test", *Loyola University Chicago Law Journal*.Vol. 6, 1975, PP 575-585.
46. Cimino, Chapin F, "The Relational Economic of Commercial Contract", *Texas Andm Law Review*, Vol.6, 2015, PP 91-130.
47. Ethan J. Leib, "Contract and Friendships", *Emary law Journal*, Vol. 59, 2010, PP.649-726.

48. Faber, Denial, "Contract Law and Modern Economic Theory", *Northwestern University Law Review*. 1983, PP.303-339.
49. Filip Risteski," Passing of Risk under the Domestic Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Iustinianus Primus Law Review* (Iustinianus Primus L. Rev.) Vol. 12, No. 1, 2021, PP 1–11.
50. Ghabooli Dorafshan, Sayyed Mohammad Hadi, "An Analysis of General Sale in Imamiyeh Jurisprudence and Substantive Law: Is It Promissory or Possessory?", *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*, Vol.1, No. 1, 2016, PP 89-118. (in Persian) doi:10.22081/JRJ.2016.20956
51. Ghanavati, Jalil, Dadgar, Yadollah, Rezapoor Akerdi, Mohammad Ali, "A New Insight into the Standard Terms of Consumer Contracts from the "Behavioral Law and Economics" perspective; Emphasizing EU Directions and Iranian law", *Encyclopedian of Economic Law Journal*, Vol. 30, No. 23, 2023, PP 95-115. (in Persian) doi.org/10.22067/economlaw.2023.76138.1167
52. Goets, Charles.J and Scott , Robert.E. "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract", *Yale Law Journal*.Vol. 89, 1980, PP.1261-1322.
53. Mohammadi, Pejman and Mozafary, Mohabbat, "Economic Analysis of the Transaction Loss Rule Before Delivery", *Private Law Studies Quarterly*, Vol. 46, No. 4, Winter 2015, PP 573-590. (in Persian) doi:10.22059/JLQ.2016.60011
54. Nazari,Vahid,Ghasemzadeh, Morteza, Karimi, Abbas, "Obligation to Provide Information and Contractual Solidarity", *Scientific Quarterly of Judicial Law Perspectives*, No. 27, 2022, PP 1-24. (in Persian) RL: doi://jlvviews2.ujsas.ac.ir/article-1-2121-fa.html
55. Olomi Yazdi, Hamid Reza, "The Concept of Submission and Its Relationship with the Transfer of Ownership and Risk in the Contract of Sale", *Law and Politics Research Journal*, Allameh Tabatabai University Press,2000, PP.66-97. (in Persian)
56. Posner, Eric .A. "A Theory of Contract Law under Condition of Judicial Law Error" , *N.W.L Law Review*, Vol. 94, 2000, PP.749-774.
57. Posner, R. A., and A. M. Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrine in Contract Law: An Economic Analysis," *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, PP. 90–92.

58. Qasemzadeh, Seyyed Morteza, "The Mutual Effect of Contract", *Contract and Delivery, Legal Views*, No. 9, 2017, PP 87-118. (in Persian)
59. Sarmadi, Abbas and Saba Haqirat, "Legal Analysis of Risk in the System of Contracts with an Approach According to Imam Khomeini (PBUH)", *Matin Research Journal*, Vol. 17, No. 67, Summer 2014, PP. 97-124. (in Persian) :20.1001.1.24236462.1394.17.67.5.9
60. Serter, Yusuf Sertaç, "A Brief Survey on Law and Economics of Contract Law", *Juridical Tribune*, Vol. 9, 2019, PP.126-136.
61. Shavell, Steven, "Economic Analysis of Contract Law", *National Bureau of Economic Research*., NBER Working Paper No. 9696 Cambridge, 2003.
62. Stone, Rebecca, "Economic Analysis of Contract Law From the International Point of View", *Columbia Law Review*, Vol. 116, 2016, PP. 2006-2055.
63. Teichman, Dovon, "Non –Legal Sanctions and Damages: as Economic Analysis", *European journal of legal studies*, Vol. 13, 2009, PP 18-35.

Thesisi

64. Kontautas Tomas. "Duty of Disclosure in Insurance Law. Rotterdam Institute of Law and Economics", Faculty of Law, Erasmus University Rotterdam in Law and Economics 2001/2002 Rotterdam, JULY 2002.

Websites

65. Case Law in www.cisg.law.pace.edu., Institute of International Commercial Law, <https://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>

Cases

66. Beer v. Walker
67. Couturier v. Hastie
68. Healy v Howlett [1917] 1 K.B. 337
69. Kursell v Timber Operators
70. Sterns v Vickers

Comparative and Economic Analysis of Risk Transfer Point in General Property

Mohsen Alijani*

Ali Saatchi**

Omid Mohammadinia***

Abolghasem Ghorbani****

Received: 2024.10.09

Accepted: 2025.06.07

Abstract

This research is about comparative and economic analysis of risk transfer point in general property sale. Authors sought to answer this question: “what is the time of risk transfer point in general property sale”? This question is addressed through examination of the Vienna Convention, Iranian and English legal systems. Studying these three legal systems shows that the risk is a material and objective concept; meaning that in each of these three legal systems, the criterion of risk transfer in general property is the time during which the goods are in possession. Therefore, in legal systems, including Iranian law, based on a defensible belief (despite contrary opinions), the transfer of ownership of general property is effected as soon as the parties agree; the point at which risk transfers is not necessarily linked to a material event (delivery, possession, or other deliverable conditions). Because the party who possess the property is naturally responsible for risk, or at least has more suitable condition than the other party. In English law as well, the analysis of risk transfer point in general property, distinguishes between abstract and external realm. However the main issue is the required criterion to assess the time and point that is often determined in accordance with the circumstances of the contract or its customary practice, which is clearly addressed in Vienna Convention in some cases. From the economic analysis perspective, avoidance of moral risk, resulted by the information superiority of the seller, necessitate transfer of risk at the point of delivery to the customer, in such a way that the he is capable of various forms of disposal. In other hand, it is concluded that according to the logic of economic analysis, the seller’s position in a sale of a general property is more suitable for insuring the subject matter than the buyer.

Keywords:

Risk Transfer Point, General Property, Delivery, Transfer of Ownership, Economic Analysis

* Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran.

** Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Corresponding Author Email: alisaatchi@um.ac.ir.

*** Assistant Professor, Faculty of Literature & Humanities, Vali-e-Asr University of Rafsanjan, Kerman, Iran.

**** LLM Student, Faculty of Law, University of Tehran: Farabi College, Tehran, Iran.

مطالعه تطبیقی اثر توافق خصوصی بر حقوق دارنده سند تجاری در حقوق ایران، کنوانسیون ژنو و کامن لا

سید حسن حسینی مقدم*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۳

چکیده

بر اساس اصل حاکمیت اراده، در قلمروی حقوق مدنی توافقاتی برای انعقاد قراردادهای شکل می‌گیرد که مطلوب طرفین را در دستیابی به خواسته‌هایشان با آن عقد فراهم می‌نماید. اما در بستر حقوق تجارت شناخت قلمروی تأثیر اثر توافق خصوصی بر حقوق دارنده سند تجاری، که عموماً مواجه با قواعد آمره‌اند، بسیار مهم است. دارنده سند تجاری علاوه بر حق مسلم وصول وجه سند، دارای حقوق مهمی مانند ظهرنویسی، مراجعه به نحو تضامنی به مسئولین پرداخت، تغییر مبلغ برات و... هم است. در برابر این حقوق قطعاً تکالیفی برعهده اشخاصی که متعهد پرداخت‌اند، قرار می‌گیرد. در این مقاله با این پرسش مواجهیم که توافق بین دارنده و برخی یا تمام ایادی بعدی، برای تغییر حقوق دارنده، مانند شرط عدم مسئولیت تضامنی، منع ظهرنویسی مجدد و افزایش یا کاهش مبلغ، بر حقوق دارنده در برابر مسئولین پرداخت سند که در آن توافق دخالت نداشتند در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی و نظام کامن‌لا، مؤثر است یا خیر؟ در اسناد بین‌المللی و نظام کامن‌لا، این موارد از شفافیت و حمایت‌های صریحی نسبت به حقوق ایران برخوردارند و جز در مواردی که توافقات خصوصی سبب تحمیل مسئولیت مضاعف می‌شود و مغایر با حقوق اشخاصی است که در توافق نقش نداشته‌اند و تراضی با ذات همان تأسیس حقوقی منافات نداشته باشد؛ این قبیل توافق در قلمرو اسناد تجاری نیز عموماً می‌تواند لازم‌الاجرا باشد.

کلید واژگان:

اسناد تجاری، تراضی، حقوق دارنده، ظهرنویسی، مسئولیت تضامنی، اسناد بین‌المللی.

* دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

s.h.hoseinimoghdam@umz.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

برخی از حقوق دارنده سند تجاری، نظیر حق وصول وجه، از ارکان ذاتی و فلسفه وجودی این اسناد محسوب می‌شوند. در مقابل، دسته‌ای دیگر از حقوق وی، مستقیماً با تعهدات و تکالیف مسئولین پرداخت سند مرتبط‌اند. در مورد دسته اخیر، این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان با تراضی میان دارنده و هریک از مسئولین پرداخت یا ایادی مابعد، در قلمرو حقوق دارنده مداخله کرد؟ آیا چنین توافقی می‌تواند منجر به افزایش، کاهش یا حتی سقوط این حقوق شود؟ برای نمونه، آیا می‌توان با توافق خصوصی، مبلغ مندرج در سند را افزایش داد، مسئولیت تضامنی را ساقط نمود، حق ظهنویسی را منع کرد یا ضامن را از مسئولیت پرداخت وجه سند معاف ساخت؟ برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که بهترین شیوه برای تنظیم روابط مالی میان اشخاص، احترام به توافقات خصوصی آنان است. از این رو، قانون‌گذار نیز کوشیده است از مداخله مستقیم در این روابط پرهیز نماید و ترجیح دهد به‌جای تحمیل مقررات پیچیده و آمره، اراده آزاد طرفین را محترم شمارد.^۱ مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی، اشخاص می‌توانند خواسته‌های خود را از طریق قراردادهای خصوصی جامه عمل ببوشانند؛ مشروط بر آنکه چنین توافقاتی با قواعد آمره و موانع قانونی مغایرتی نداشته باشند. براساس اصل لزوم، طرفین چنین قراردادهایی به رعایت مفاد آن ملزم‌اند. لذا، اصل آزادی قراردادها در مرحله انعقاد و اصل لزوم در مرحله اجرای قرارداد، در مورد اسناد تجاری نیز برای طرفین سند قابل اعمال و تصور است.

با این حال، قانون‌گذار علاوه بر ماده ۱۰ قانون مدنی، در سایر مواد قانون پیش‌گفته نظیر مواد ۹۷۵، ۱۲۸۸ و ۱۲۹۵ نیز بر ضرورت رعایت قوانین آمره و اصول نظم عمومی در تنظیم اسناد و قراردادها تأکید کرده است. افزون بر این، بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شروط نامشروع را غیرمعتبر می‌داند. بنابراین، هرگونه توافق خصوصی که خلاف قواعد آمره یا نظم عمومی باشد، بی‌اعتبار است و قانون برای آن هیچ اثر حقوقی قائل نمی‌شود.^۲ در خصوص اسناد تجاری نیز اگر مقررات ناظر بر ایجاد حق، تعهد یا مسئولیت، از نوع قواعد آمره تلقی شوند، توافق برخلاف آنها

۱. کاتوزیان، ناصر، **اعمال حقوقی**، ج ۸، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۷۲، ص ۱۴۵.

۲. شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، ج ۱، تهران: نشر حقوقدانان، ۱۳۷۷، ص ۶۰.

فاقد وجاهت قانونی خواهد بود؛ همچنان‌که در حقوق مدنی نیز چنین تعهداتی نامشروع شناخته شده‌اند.^۱

وانگهی اگر توافق‌های خصوصی به گونه‌ای باشند که به حقوق اشخاص ثالثی که در قرارداد دخیل نیستند لطمه وارد آورد، این امر برخلاف اصل نسبی بودن قراردادهای محسوب می‌شود. مطابق ماده ۲۳۱ قانون مدنی، معاملات و عقود تنها نسبت به طرفین عقد و قائم‌مقام قانونی آنان مؤثر است و پیرو آن، ایجاد تعهد علیه اشخاص خارج از قرارداد از اعتبار حقوقی برخوردار نخواهد بود. از این رو، توافق دو یا چند شخص به ضرر فردی که در انعقاد قرارداد نقشی نداشته است، معتبر تلقی نمی‌شود.^۲

این مقاله درصدد است تا با مطالعه تطبیقی اثر توافقات خصوصی بر حقوق دارنده اسناد تجاری، چارچوب حقوقی این موضوع را در سه نظام حقوقی ایران، کنوانسیون ژنو و کامن‌لا بررسی کند. ابتدا، مفهوم حقوق دارنده و دسته‌بندی آنها در اسناد تجاری تحلیل می‌شود. سپس، قلمرو و محدودیت‌های توافقات خصوصی در حقوق ایران با تأکید بر قواعد آمره و نظم عمومی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. در ادامه، رویکرد کنوانسیون ژنو و نظام کامن‌لا در این زمینه بررسی و نقاط اشتراک و افتراق آنها در هر بخش با نظام حقوقی ایران شناسایی می‌شود.

۱. تبیین توافق درباره کاهش یا افزایش حقوق دارنده سند تجاری

هیچ محدودیت مطلق در انتقال اسناد تجاری به دارنده آن اعمال نمی‌شود، بلکه دارنده هر سند تجاری از آزادی عمل نسبی برخوردار است؛ این آزادی عمل اعم است از تغییر و تحولی است که می‌تواند هم‌زمان با انتقال سند تجاری ایجاد شود یا تحدید مسئولیتی که علی‌رغم وجود ممنوعیت‌هایی خاص، می‌تواند مورد اعمال گیرد که گاهی منتج به تحدید حقوق منتقل‌الیه شده

۱. قاسم‌زاده، مرتضی، *اصول قراردادهای و تعهدات*، ج ۱۳، تهران: دادگستر، ۱۳۸۸، ص ۵۲؛ رفیعی مقدم، علی، *اصل رضایی بودن اعمال حقوقی*، ج ۱، تهران: نشر دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰، ص ۵۵؛ السنهوری، احمد عبدالرزاق، *الوسیط، فی شرح القانون مدنی الجدید*، ترجمه محمد حسین دانش‌کیا و سید مهدی دادمزری، ج ۱، ص ۱، قم: انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۲، ص ۲۶۲.

۲. قاسم‌زاده، مرتضی، *منبع پیشین*، ص ۵۲؛ رفیعی مقدم، علی، *منبع پیشین*، ص ۵۵؛ السنهوری، احمد عبدالرزاق، *منبع پیشین*، ص ۲۶۲.

و اگر مطابق با مقرره‌های قانون تجارت باشد، آثاری را به دنبال خواهد داشت.^۱ علاوه بر آن، در مقالاتی که در موضوع تعارض قوانین نوشته شده است، به طور معمول صدور اسناد تجاری و انتقال آن را نوعی قرارداد دانسته‌اند. دکترین حقوقی اسناد تجاری را متضمن چندین عقد مستقل می‌دانند. بر همین اساس، قانون بروات انگلیس مصوب ۱۸۸۲، برای برات دو نوع قرارداد، اصلی و فرعی، تعریف می‌کند. قرارداد اصلی بین صادرکننده و اولین دارنده، و قرارداد فرعی بین قبول‌کننده و دارندگان بعدی است.^۲

قلمروی تراضی دارنده سند تجاری با مسئولین پرداخت آن، به‌ویژه ظهرنویسان و محال‌علیه، می‌تواند شامل افزایش حقوق او گردد و از جنبه مثبت برخوردار باشد یا بالعکس، دارای جنبه منفی باشد و سبب کاهش یا سقوط حق دارنده شود. اعتبار یا عدم اعتبار این توافقات به تعارض یا عدم تعارض آنها با قواعد آمره یا حقوق اشخاص ثالث وابسته است.^۳ برای مثال، اگر منع ظهرنویسی به‌عنوان بخشی از ذات سند تلقی شود، توافق بر منع آن بی‌اعتبار خواهد بود، اما شروطی در مورد افزایش یا کاهش مبلغ مندرج در سند، در صورتی که با قانون و حقوق سایر مسئولین سند مغایرت نداشته باشد، معتبر است. از این‌رو، به بررسی شایع‌ترین حقوق دارنده که توافق و تغییر در آنها متداول است، خواهیم پرداخت.^۴

۱.۱. توافق دارنده با مسئولین سند تجاری نسبت به تغییر مبلغ

پس از به گردش درآمدن سند تجاری حجم معاملاتی که بین دارنده با ایادی مابعد او صورت می‌گیرد، عیناً به میزان وجه مندرج در سند نیست. به‌عنوان مثال ممکن است الف در وجه ب چکی به مبلغ یکصد میلیون ریال بابت خرید کالا صادر نماید و ب با دریافت چک، طی معامله‌ای که با ج به ارزش دویست میلیون ریال می‌نماید، با تغییر در مبلغ چک و افزایش آن، سند را به ج انتقال می‌دهد. همچنین امکان آن وجود دارد، به‌دلیل انجام معامله با ارزش کمتر بین دارنده و ید بعدی، اقتضای کاهش مبلغ سند نیز به وجود آید.

1. Mann, Mann, R.A., & Roberts, B.S. **Smith and Roberson's Business Law**, 17th edition. Boston, MA: Cengage Learning, 2017. PP 466-470.

2. Graveson, R.H., **The Conflict of laws: Private International Law**, 7th edition, London: Sweet and Maxwell Ltd, 1974. PP 374-378.

۳. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت، برات، سفته، چک**، چ ۱، تهران: نشر سمت، ۱۳۸۷، صص ۱۴۲-۱۴۳.

۴. همان منبع، صص ۱۴۵، ۱۴۶ و ۱۴۸.

در ادامه باید خاطرنشان کرد که یقیناً صادرکننده در سند تجاری سفته و برات‌گیر قبول‌کننده در سند تجاری برات، به‌عنوان مسئول اولیه این اسناد شناخته می‌شوند؛ اما در چک باوجود آنکه مبلغ آن باید در بانک محال‌علیه پرداخت شود، بانک محال‌علیه را نمی‌توان مسئول اولیه پرداخت چک دانست؛ زیرا برای آن بانک در قانون حق امتناع از پرداخت مقرر شده است.^۱ دارنده نیز مطابق ماده ۲ قانون بروات انگلیس این‌گونه تعریف شده است: «دارنده، دریافت‌کننده یا ذی‌نفع ظهنویسی برات یا سفته است که متصرف و یا حامل آن می‌باشد». با توجه به تعریف مذکور، یکی از دکرین حقوق تجارت، دارنده سند تجاری را این‌گونه تعریف نموده است: «دارنده شخصی است که متصرف سند باشد مع‌ذلک این اصطلاح شامل شخصی نخواهد شد که سند ظهنویسی شده و یا قابل پرداخت به دیگری را در دست دارد».^۲

اساساً در حقوق ایران، منع صریحی بر افزایش یا کاهش مبلغ اسناد تجاری وجود ندارد. تغییر مبلغ با اراده و تراضی طرفین، به شرط حفظ شرایط مقوم ذات، مغایرتی با ذات سند تجاری نخواهد داشت. از این‌رو برخی نویسندگان، با استناد به ماده ۶۹ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰، تغییر مبلغ سند تجاری را در قالب شروط اضافی یا اختیاری مجاز می‌دانند.^۳

تغییر مبلغ سند تجاری به دو صورت خواهد بود: نخست، کاهش مبلغ مندرج در سند تجاری که ضرری به سایر مسئولین ندارد و به آن ایرادی نیز وارد نیست به ندرت واقع می‌شود و دوم، افزایش مبلغ که در این صورت دارنده مسئول تأمین مبلغ اضافه شده است. در این صورت دارنده‌ای که مبلغ را تغییر داده است، باید نسبت به تأمین محل مبلغ اضافه شده، اقدام ورزد و در این صورت وجه آن، حسب مورد از سوی محال‌علیه یا صادرکننده پرداخت خواهد شد.

تغییر مبلغ سند تجاری بدون توافق صادرکننده یا محال‌علیه، تعهدی برای آنان در قبال مبلغ افزایش‌یافته ایجاد نمی‌کند. در این حالت، افزایش‌دهنده و منتقل‌الیه بعدی، در صورت مراجعه مستقیم دارنده نهایی، به پرداخت کل مبلغ سند ملزم‌اند؛ اما پس از پرداخت، مراجعه آنان به

1. David P. Twomey, Marianne Moody Jennings, **Business Law and the Legal Environment**, Thomson, South-Western, 2011. PP 636-637.

2. Clive Hamblin, Frank Brian Wright, **Introduction to Commercial Law**, 2nd edition, London, Sweet and Maxwell, 1998. PP 242-245.

۳. ستوده، حسن، **حقوق تجارت**، ج ۳، چ ۱، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۴، ص ۳۳؛ اسکینی ربیعا، منبع پیشین، ص ۴۹؛ کاویانی کورش، **حقوق اسناد تجاری**، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۳، ص ۷۵؛ صفری، محمد، **حقوق بازرگانی**، اسناد، چ ۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۱۷۰.

ظهرنویسان قبل از تغییر، صرفاً برای مبلغ اصلی امکان‌پذیر خواهد بود. همچنین، دارنده نهایی می‌تواند برای مبلغ افزوده به ظهرنویس افزایش‌دهنده یا ایادی مابعد او رجوع کند.^۱ مواد ۶۹ و ۵۱ کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ در مورد برات و چک، تغییر متن سند را برای امضاکنندگان پس از تغییر، مطابق متن جدید، و برای امضاکنندگان قبل از تغییر، مطابق متن اصلی، می‌دانند. از این رو، برخی معتقدند چون این تغییرات موجب افزایش تکالیف امضاکنندگان قبلی نمی‌شود و به حقوق آنان لطمه‌ای وارد نمی‌کند، مجاز است.^۲ علی‌القاعده می‌توان همین روش پیش‌بینی‌شده در کنوانسیون ژنو را در حقوق ایران برابر اصول حقوقی لازم‌الرعایه دانست؛ چراکه این توافق ضرری بر مسئولین سند که در آن مداخله نداشته‌اند تحمیل نخواهد کرد.

ماده ۲۴ قانون بروات انگلیس اشعار می‌دارد: «چنانچه امضای رو یا ظهر برات مجعول باشد یا اینکه شخص بدون هیچ‌گونه سمتی از طرف شخصی که برات منتسب به وی است برات را امضا بنماید، این امضا هیچ‌گونه اثری نخواهد داشت». علاوه بر این، باید به این موضوع اشاره کنیم که در بند ۲ ماده ۳۸ قانون بروات انگلیس و نیز در بند ۱ و ۲ ماده ۳۰۵-۳ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا به اصل عدم توجه به ایرادات اشاره شده است. با توجه به مفاد ماده ۲۴ قانون بروات انگلیس، این‌گونه است که صادرکننده و ظهرنویسان سند تجاری تا قبل از امضای مجعول تنها در برابر دارنده واقعی سند تجاری تکلیف به پرداخت خواهند داشت و اگر مبلغی را که در سند تجاری درج شده است به ایادی مابعد امضای مجعول تأدیه کنند، قطعاً تعهد برواتی که وجود داشته، ساقط نمی‌شود و کماکان باید مبلغ مندرج در سند تجاری را به ایادی مابعد امضای مجعول تأدیه نمایند. بنابراین می‌توان این‌گونه استنباط کرد که درست همانند ماده ۶۹ کنوانسیون ژنو در صورت جعل یا هر تغییر دیگری در متن اسناد تجاری، اشخاصی که قبل از آن امضا کرده‌اند، تنها در حدود آنچه امضا کرده‌اند، مسئول خواهند بود.^۳ این قاعده بر این مبنا استوار است که «شخصی که مالک چیزی نیست نمی‌تواند آن را به دیگری انتقال دهد».

بنابراین چنانچه در فرضی که سند تجاری با تغییری از سوی یکی از ظهرنویسان آن سند یا حتی اگر سند تجاری به صورت جعلی به دیگری منتقل شده باشد و آن شخص مجدداً آن را به

۱. همان منبع.

۲. فخاری، امیرحسین، پلی کی «حقوق تجارت»، کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۸۵، ص ۱۱۲.
۳. Kessler, Friedrich, "Forged Endorsement", *Yale Law Journal*, Vol. 47, No. 6, 1938, pp. 876-879.

دیگری انتقال دهد و آن سند تجاری مکرراً با ظهرنویسی به اشخاص متعدد دیگری منتقل گردد، دارنده آن سند تجاری این حق را دارد که به دارندگان ماقبل خود رجوع کند و هریک از ظهرنویسان نیز چنین حق رجوعی را به هریک از ظهرنویسان قبل خود خواهند داشت تا آنکه به مسئول اصلی تغییر برسند. علت این امر آن است که هر دارنده‌ای با ظهرنویسی، سند تجاری را به دیگری انتقال داده و به صورت ضمنی، صحت امضا و مبالغ مندرج در سند تجاری را مورد ضمانت خویش قرار داده است.^۱

۱.۲. توافق طرفین بر منع ظهرنویسی سند تجاری

لازمه ایفای نقش پول به وسیله سند تجاری آن است که این اسناد از قابلیت نقل و انتقال آسان برخوردار باشند تا در مقام تأدیه وجه ثمن و یا مابه‌ازای دیگر خدمات واگذار شوند. از این جهت تأسیس حقوقی به نام ظهرنویسی پایه‌گذاری شد و هر دارنده می‌تواند سند تجاری و حقوق مربوط به آن را با امضا، اعم از با درج نام شخص معین و یا با قید عبارت در وجه حامل و حتی به نحو سفیدامضا، به دیگری واگذار کند و منتقل‌الیه دارنده قانونی آن تلقی گردد.^۲

به موجب ماده ۲۴۵ قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «انتقال برات به وسیله ظهرنویسی به عمل می‌آید.» می‌توان گفت؛ عبارت ظهرنویسی به طور اطلاق، محمول بر مفهوم شایع آن، یعنی انتقال است.^۳ بنابراین دیگر انواع ظهرنویسی مانند وکالت، وثیقه یا تضمین نیازمند تصریح و اطلاق ظهرنویسی منصرف از موارد اخیرالذکر است. این امر در ماده ۳۵۶ لایحه جدید قانون تجارت نیز مورد پیش‌بینی قرار گرفت.^۴ بنابراین ظهرنویسی از یک منظر، نوعی حقوق برای دارنده تلقی می‌گردد، اما در برابر آن، تعهداتی نیز برای ظهرنویس پس از امضا و انتقال سند وفق ماده ۲۴۹ ق.ت. پیش‌بینی شده و ظهرنویس در کنار صادرکننده و محال‌علیه قبول‌کننده دارای

1. Judge, Stephen, **Business Law**, 2nd Edition, London, Macmillan Press, 1999, P.412.

۲. حسینی تهرانی، مرتضی، «ظهرنویسی و انواع آن»، فصل‌نامه حق، دفتر چهارم، ۱۳۶۴، ص ۱۱۳؛ اخلاقی، بهروز، پلی کیبی «حقوق تجارت ۳»، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ص ۱۱۴.

۳. صادقیان، ابوالحسن، **مطالعه تطبیقی، راجع به برات و محل آن**، رساله دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، ۱۳۴۰، ص ۱۶۹.

۴. این قانون هنوز به تصویب شورای نگهبان قرار نگرفت، ولی بدان جهت که گامی برای تحول در حقوق تجارت است درخور تأمل است. ماده ۳۵۶ آن لایحه مقرر می‌دارد «ظهرنویسی سبب انتقال برات است مگر اینکه ظهرنویس عبارت صریحی حاکی از وکالت در وصول یا ظهرنویسی به عنوان وثیقه را در سند قید کند.»

مسئولیت تضامنی است.^۱ لیکن ظهرنویس مدیون اصلی نیست و تعهداتش صرفاً پرداخت دین است؛ زیرا از یک سو در برات، برات‌گیر قبول‌کننده مدیون اصلی است و طبق ماده ۲۳۰ و ۲۳۱ ق.ت. و همچنین اصل استقلال امضاها، مسئول پرداخت وجه سند خواهد بود.^۲ از سویی دیگر، در سفته و چک و نیز در برات در فرض عدم قبولی برات توسط برات‌گیر، صادرکننده متعهد اصلی پرداخت تلقی می‌گردد؛ زیرا سند به وسیله صادرکننده انشا و صدور یافته و ظهرنویس در پی معامله‌ای با اشخاص ماقبل خویش، پس از ارائه مابه‌ازا، قادر به دریافت سند خواهد شد. بنابراین ناقل سند خود زمانی دارنده بوده و آن را به شخص دیگر واگذار نموده است؛ در نتیجه ظهرنویس را نباید مدیون اصلی شناخت، بلکه او تنها مسئول پرداخت سند تجاری به حکم قانون است. لذا ممکن است ظهرنویس برای مصون ماندن از مراجعه هر دارنده ناشناخته بعدی، در مقام ظهرنویسی شرط نماید که ذی‌نفع ظهرنویسی حق ظهرنویسی مجدد سند تجاری را نداشته باشد. با ایجاد این شرط، علی‌القاعده دارنده وادار به مراجعه مستقیم به مدیون اصلی پرداخت سند تجاری می‌شود. چون همیشه برای ظهرنویس بیم آن وجود دارد که ایادی مابعد او، به‌عنوان دارنده به وی مراجعه کنند و خواستار مطالبه وجه سند شوند. پس او باید پاسخ‌گوی دارنده شود؛ در غیر این صورت به‌ناچار تهدید ورشکستگی بر سر آنان سایه خواهد افکند. از این حیث تمایل به منع ظهرنویسی مجدد برای ناقل سند وجود دارد. اکثر نویسندگان نسبت به اعتبار شرطی که ظهرنویس حق انتقال بعدی سند را سلب می‌نماید، تردیدی نکرده‌اند.^۳

درحالی‌که شرط مذکور از امتیازات دارنده بعدی خواهد کاست، باوجود این، براساس اصل حاکمیت اراده شرط معتبر تلقی و مغایرتی با ذات ظهرنویسی و انتقال حاصل از آن نخواهد داشت و به عقیده برخی جزء مندرجات اختیاری در سند تلقی می‌گردد.^۴ اختیار برای منع ظهرنویسی مجدد در شق دوم ماده ۱۵ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ راجع به برات و سفته پیش‌بینی شده است. این ماده اشعار می‌دارد: «ظهرنویس می‌تواند ظهرنویسی جدید را منع کند...». مفاد این ماده در شق

۱. دمیرچیلی محمد، محسن قرایی و علی حاتمی، **قانون تجارت در نظم کنونی**، ج ۱، تهران: میثاق عدالت، ۱۳۸۷، ص ۵۱۸.

۲. فخاری امیرحسین، **حقوق تجارت**، ج ۱، تهران: مجد، ۱۳۸۷، ص ۶۸.

۳. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۷۸، ص ۱۲۰.

۴. ستوده، حسن، منبع پیشین، ص ۵۰؛ صادقیان، ابوالحسن، منبع پیشین، ص ۱۸۰.

دوم ماده ۱۸ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۱ راجع به چک نیز تکرار شد. این شرط با وجود آنکه موجب سلب امتیاز ذی‌نفع ظهرنویسی و منتقل‌الیه محسوب می‌شود، ولی از حقوق و اختیارات ظهرنویس ناقل تلقی می‌شود.^۱

برخی نویسندگان با استناد به ماده ۱۱ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰^۲ خط زدن عبارت «حواله‌کرد» را مانع انتقال سند تجاری نمی‌دانند، زیرا قابلیت انتقال سند تجاری را امری ذاتی می‌شمرند.^۳ در مقابل، برخی دیگر معتقدند این خط‌خوردگی اراده صادرکننده مبنی بر عدم انتقال سند را نشان می‌دهد.^۴ نظر اخیر با پذیرش صراحت در منع انتقال منطقی‌تر است. درعین حال تردیدهایی دو نظریه قبلی را دربر ندارد.^۵

باین حال، عدم پذیرش نظر اول مشکلاتی عملی ایجاد می‌کند؛ زیرا در شروط ضمن عقد نیز قصد انشا باید با علم و آگاهی صورت پذیرد. پس اراده کسی که حواله‌کرد را خط زده است، نادیده گرفته می‌شود، چراکه او با این اقدام قصد داشته است تا از ظهرنویسی مجدد جلوگیری نماید و درعین حال ذی‌نفع ظهرنویسی نیز بی‌توجه به قصد ظهرنویس آن سند را با این توجه که قابلیت ظهرنویسی بعدی دارد پذیرفته است؛ درنتیجه این دو اراده تطابق ندارند و طبق قاعده «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» به جهت عدم تطابق دو اراده اصل ظهرنویسی زیر سؤال رفته و معتبر نیست و دشواری تفسیر قراردادها به بار می‌آید. خوشبختانه ماده ۳۵۷ لایحه جدید قانون تجارت نیز تأکید بر آن دارد تا منع انتقال صراحتاً در سند پیش‌بینی شود.^۶

۱. صفری، محمد، منبع پیشین، ص ۸۱؛ عرفانی، محمود، **حقوق تجارت بین‌الملل**، ج ۱، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۲، ص ۳۸.

۲. این ماده مقرر می‌دارد: هر نوع برات را ولو اینکه صراحتاً به حواله‌کرد صادر نشده باشد می‌توان با ظهرنویسی منتقل کرد.

۳. ستوده، حسن، منبع پیشین، ص ۲۹؛ کاتبی، حسینقلی، **حقوق تجارت**، ج ۲، تهران: نشر فروزان، ۱۳۶۴، ص ۱۹۰.

۴. اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص ۴۰؛ عرفانی، محمود، **حقوق تجارت به زبان ساده**، ج ۸، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۳۱.

۵. اخلاقی، بهروز، منبع پیشین، ص ۳۷۳.

۶. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه انتقال برات با درج عبارتی مانند غیرقابل انتقال یا فقط قابل پرداخت در وجه شخص معین به صراحت منع شود، در صورتی که مشروط‌علیه سند را به عنوان انتقال ظهرنویسی کند، شخصی که انتقال را منع کرده است، می‌تواند در مقابل منتقل‌الیه و ایادی مابعد وی به ایرادات ناشی از رابطه مبنایی خود با مشروط‌علیه استناد کند.» اما نظریه قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران مطابق نظریه اول و عکس مفاد این ماده است. این نظریه در پاسخ به این پرسش که، خط زدن عبارت حواله‌کرد در متن چک که در وجه شخص معین ←

از حیث سلب مسئولیت ظهرنویس شرط‌کننده، در برابر ایادی مابعدی که علی‌رغم منع انتقال، با ظهرنویسی بعدی دارنده آن شده‌اند، به‌موجب این ماده تردیدی نیست. اکثر نویسندگان این انتقال را انتقال مدنی سند تلقی می‌کنند و مسئولیتی را متوجه ظهرنویس شرط‌کننده نمی‌دانند.^۱ به‌نظر برخی از نویسندگان، دارنده‌ای که باوجود منع ظهرنویسی، سند را از شخص ممنوع شده از انتقال تجاری اخذ نماید، صرفاً حق مراجعه دارنده اخیر به ظهرنویس شرط‌کننده از بین خواهد رفت؛ ولیکن به ایادی ماقبل و مابعد شرط‌کننده همچنان حق رجوع خواهد داشت.^۲ این عقیده از این حیث که منطبق با اصل نسبی بودن قراردادهاست و صرفاً فی‌مابین طرفین آن مؤثر و ایجاد حق یا تعهد می‌نماید، متقن است. لیکن در صورت نقض این شرط، دارنده بعدی دیگر نمی‌تواند از تمام امتیازات آن از جمله مواد ۲۴۹، ۲۹۲، ۲۳۷ ق. ت. به ترتیب راجع به مسئولیت تضامنی، تأمین خواسته، اخذ ضامن و...، در برابر شرط‌کننده و ایادی ماقبل او برخوردار باشد. زیرا انتقال سند پس از شرط مذکور در واقع نقض آن شرط تلقی و نوعی انتقال مدنی است. در این صورت دشوار است گفته شود که قلمروی این شرط صرفاً محدود به شرط‌کننده خواهد بود. موضوع شرط نیز عدم انتقال و تسری کلیه امتیازات ناشی از سند تجاری به ایادی و دارندگان مابعد شرط است. در این صورت، دارنده موصوف دیگر حق مراجعه به شرط‌کننده و ایادی ماقبل او را نخواهد داشت؛ کمااینکه عدم رعایت مواعد قانونی توسط دارنده یا هریک از ظهرنویسان به‌موجب ماده ۲۸۹ ق. ت. سالب حق رجوع آن دارنده به کلیه ایادی ماقبل خواهد شد.

در نظام کامن‌لا، تشخیص اسناد قابل انتقال تابع معیارهای مشخصی است که در ماده ۳(۱) قانون بروات انگلیس ۱۸۸۲ و ماده ۳-۱۰۴ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا پیش‌بینی شده است. رویه قضایی تأیید کرده است که عرف تجاری می‌تواند مصادیق جدیدی را به فهرست

→ صادر شده است آیا قابل ظهرنویسی است یا خیر مقرر می‌دارد: «ماده ۳۱۲ قانون تجارت که مفید جواز انتقال هر نوع چک به صرف امضا است قلم‌خوردگی عبارت حواله‌کرد در متن چک مانع واگذاری آن از طریق ظهرنویسی نیست و رویه بانک‌ها مسقط حق قانونی دارنده چک نمی‌شود.» (نوبخت، یوسف، **اندیشه‌های قضایی**، ج ۳، تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۰، صص ۱۶۶-۱۶۵). در همین راستا می‌توان نیز به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۱۱۴۳ مورخ ۱۳۵۷/۹/۲۷ و نظریه ۷/۶۷۵۹ مورخ ۶۷/۱۰/۱۲ که معارض هم صادر گردید توجه نمود. (برای ملاحظه عین نظریه مراجعه کنید به: دمیرچیلی محمد، محسن قرایی و علی حاتم‌ی، منبع پیشین، ص ۵۹۲).
۱. اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص ۴۰؛ اخلاقی، بهروز، منبع پیشین، ص ۱۴۰؛ ستوده، حسن، منبع پیشین، ص ۵۰.
۲. صفری، محمد، منبع پیشین، ص ۱۸۱.

اسناد قابل انتقال بیفزاید.^۱ با این حال، دستور پرداخت به دلیل فقدان شرایط اساسی انتقال پذیری - از جمله عدم ایجاد مصونیت در برابر ایرادات برای انتقال گیرنده و ماهیت خاص رابطه بانکی - عموماً خارج از شمول این مقررات قرار می‌گیرد.^۲ این تمایز ناشی از تفاوت ماهوی بین اسناد تجاری کلاسیک و دستورات پرداخت در نظام پرداخت‌های مدرن است.

در نظام کامن‌لا، اسناد قابل انتقال ابزارهایی‌اند که پرداخت وجه را تسهیل می‌کنند و از طریق عرف تجاری به عنوان قابل انتقال شناخته می‌شوند. براساس قانون بروات انگلیس ۱۸۸۲، هر سندی که حاوی تعهد یا دستور پرداخت مبلغ معینی باشد، در صورتی که عرف بازرگانی آن را تأیید کند، می‌تواند ویژگی‌های اسناد قابل انتقال، مانند انتقال پذیری با ظهرنویسی یا تسلیم را دارا شود. این ویژگی‌ها، که در ماده ۸(۱) قانون فوق‌الذکر تعریف شده‌اند، به اسناد امکان می‌دهند تا در تجارت به صورت آزاد گردش کنند و به دارنده با حسن نیت مصونیت در برابر ایرادات اعطا کنند. با این حال، گسترش دامنه اسناد قابل انتقال به ابزارهای جدید در نظام کامن‌لا موضوعی اختلافی است؛ زیرا شناسایی این اسناد به پذیرش عرفی وابسته است که به طور مداوم در حال تحول است. با وجود این، عرف بازرگانی تاکنون ابزارهایی مانند دستور پرداخت را به عنوان اسناد قابل انتقال نپذیرفته است. بنابراین، دستور پرداخت فاقد قابلیت انتقال است، زیرا به صورت مستقیم از سوی پرداخت کننده به بانک صادر می‌شود. عده‌ای تأکید دارند که دستور پرداخت از آنجاکه بانک را مستقیماً متعهد به پرداخت نمی‌کند، در چارچوب اسناد قابل انتقال قرار نمی‌گیرد. این تمایز نشان‌دهنده محدودیت‌های ذاتی در گسترش مفهوم انتقال پذیری در کامن‌لا است.^۳

۲. شروط راجع به تغییر قلمرو مسئولیت در سند تجاری

عموماً دارنده یا منتقل‌الیه سند تجاری، حسب مورد، تمایل به اخذ تضمین یا امتیازاتی از صادرکننده یا ناقل خویش دارد. ظهرنویس مسئول تحصیل قبول و پرداخت سند است، مگر خلاف آن شرط شود. وی می‌تواند ظهرنویسی جدید را منع کند که در این صورت، در قبال اشخاصی که سند با ظهرنویسی به آنها منتقل می‌شود، مسئولیتی ندارد. اما صادرکننده یا

1. Ellinger, E. P., Lomnicka, E., & Hare, C. **Ellinger's Modern Banking Law**, Oxford University Press, 2011, P. 180.

2. Geva, B. **The law of electronic funds transfers**, LexisNexis, 2011, p. 218.

3. Borrie, Gordon, **Commercial Law**, 6th Edition, London: Butterworths. 1988. pp. 104-107.

ظهنویس ناقل و همچنین ضامن بر آن‌اند اقداماتی به‌منظور کاهش مسئولیت خود ایجاد نمایند. لیکن شروط تحدیدکننده و سالب مسئولیت ممکن است در مواردی مغایر با حقوق دارنده تلقی شود یا مخالف مقتضای ذات آن اثر حقوقی باشد. به‌عنوان مثال تردیدی در بی‌اعتباری شرط عدم مسئولیت مطلق ضامن سند تجاری وجود ندارد؛ زیرا لازمه مداخله ضامن، وجود مسئولیت او در برابر مضمون‌له خواهد بود.

شروط افزایشده مسئولیت موجب حفظ بیشتر حقوق دارنده خواهد بود و صرفاً نسبت به اشخاصی که در افزایش آن مداخله داشته و یا با وضعیت تغییر یافته آن سند را پذیرا شده‌اند، مؤثر است. بنابراین تردیدی نسبت به عدم تأثیر این شروط بر مسئولیت کسانی که قبل از تغییر در سند با هر عنوانی مداخله نکرده‌اند، وجود نخواهد داشت. ماده ۶۹ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ راجع به برات و ماده ۵۱ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۱ راجع به چک، و همچنین عدم مخالفت مقنن در حقوق ایران، نسبت به این موضوع، نباید ظاهراً تردیدی در معتبر بودن آن توافق نمود و به‌دلیل بدهات نیازی به بررسی نخواهد داشت، لیکن به مهم‌ترین مصادیق تغییر قلمرو مسئولیت از حیث کاهش یا سلب خواهیم پرداخت.

در ماده ۲۴ قانون بروات انگلیس این‌گونه آمده است که هرچند امضای اشخاص فاقد اهلیت یا اشخاصی که امضای آنها جعل شده است، ایجاد تعهد نمی‌کند، ولی این امر مانع از اقامه دعوای دارنده سند تجاری علیه سایرین نیست. به‌عبارتی، سایرین به‌موجب امضای خود استقلال دارند؛ پس اصل استقلال امضاها در قانون بروات انگلیس پذیرفته شده است. اما در ماده ۹۴ قانون بروات انگلیس نیز این‌گونه بیان شده است که هر تغییر اساسی در هریک از بندهای سند تجاری، موجب بطلان آن سند می‌شود. قانون‌گذار در قانون مذکور، منظور خود را از تغییرات اساسی این‌گونه بیان می‌دارد: «تغییرات اساسی عبارت از تغییراتی است که موجب شود در استفاده از سند تجاری یا در تعهدات فرد تغییراتی پدید آید که موردنظر صادر کننده آن سند تجاری نبوده است». با توجه به تصریح ماده مذکور و تفسیر ماده از تغییرات اساسی، مشخص است که بطلان منظور ماده ۹۴ قانون بروات انگلیس نسبت به همه افراد مؤثر خواهد بود. چنین نظری در بند ۲ ماده ۳-۴۰۷ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا نیز پذیرفته شده است. بنابراین با توجه به پذیرش اصل استقلال امضاها در نظام کامن‌لا، اگر بعد از صدور سند تجاری، توسط

هریک از ظهرنویسان شرط افزایش مبلغ آن، ایجاد شود؛ چنانچه چنین شرطی موجب ایجاد تغییرات اساسی در سند تجاری نگردد، شرط مذکور نسبت به آن ظهرنویسان و ظهرنویسان پس از صحیح است، اما نسبت به ظهرنویسان ماقبل و صادرکننده سندی که در وضع آن شرط مداخله نداشته‌اند، مؤثر نخواهد بود.^۱

در حقوق ایران هرچند به صورت صریح مانند قانون بروات انگلستان، از اصل استقلال امضاها در اسناد تجاری نام برده نشده، اما با تأمل در مقررات قانون تجارت و تحلیل دکتترین می‌توان دریافت که این اصل به طور ضمنی مورد پذیرش قرار گرفته است. براساس ماده ۲۴۹ قانون تجارت، ظهرنویس، صادرکننده و ضامن هرکدام مستقلاً در برابر دارنده مسئول پرداخت وجه برات‌اند و مسئولیت هریک از آنها به صورت مستقل و بدون وابستگی به امضای سایرین تعیین شده است. همچنین، ماده ۲۲۶ همین قانون مقرر می‌دارد که هرگونه خدشه یا بطلانی که نسبت به یکی از امضاها وارد باشد، تنها همان امضا را از اعتبار ساقط می‌کند و تأثیری بر سایر امضاها ندارد. این مفاد به خوبی دلالت دارد بر اینکه مسئولیت امضاکنندگان سند تجاری، متکی بر امضای خود آنان بوده و نه سایرین.

باین حال، برخی از حقوق دانان معتقدند در صورتی که تغییرات اساسی در سند تجاری پدید آید، به گونه‌ای که ساختار یا ارکان اصلی آن دگرگون شود، دیگر نمی‌توان از اصل استقلال امضاها دفاع کرد؛ زیرا سند در چنین حالتی وحدت و انسجام ماهوی خود را از دست می‌دهد و از قالب سند تجاری خارج می‌شود. بنابراین، تمایز میان بطلان امضای یکی از مسئولین و تغییر کلی در سند، از منظر آثار حقوقی آن، دارای اهمیت اساسی است. در مجموع می‌توان گفت که حقوق ایران نیز همانند نظام‌های پیشرفته حقوقی همچون انگلستان، اصل استقلال امضاها را پذیرفته است؛ مشروط بر اینکه خدشه‌ای اساسی بر تمامیت سند وارد نیامده باشد.^۲

۲.۱. توافق بر عدم حاکمیت مسئولیت تضامنی

ماده ۲۴۹ قانون تجارت، مسئولیت تضامنی امضاکنندگان اسناد تجاری بیان می‌دارد که از مهم‌ترین ویژگی‌های اسناد تجاری است. برخی نویسندگان این نوع از مسئولیت را استثنایی و

1. Bradgate, Robert, **Commercial law**, 2nd Edition, Butterworths, London: Dublin Edinburgh, 1995, P 529.

۲. اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص ۲۳۹.

وفق ماده ۴۰۳ ق.ت. محدود به موارد قانونی یا قراردادی می‌دانند؛^۱ درحالی‌که برخی دیگر با توجه به کثرت موارد مسئولیت تضامنی در قانون تجارت و اقتضات معاملات و اسناد تجاری، آن را قاعده‌ای حاکم در قانون تجارت می‌شمارند.^۲ به‌هرحال نباید از تغییر روند قوانین در زمینه ایجاد مسئولیت تضامنی در تعهدات جمعی به‌آسانی گذر نمود و در تمام موارد به استناد حکم مذکور در ماده ۴۰۳ قانون تجارت قائل بر آن شد که مسئولیت تضامنی یک حکم استثنایی است؛ زیرا این قابلیت در قوانین پراکنده در زمینه موضوعات تجاری و غیرتجاری وجود دارد تا مقنن مسئولیت تضامنی را حداقل در حقوق تجارت و خاصه در اسناد تجاری، صراحتاً به‌عنوان قاعده به رسمیت بشناسد. باوجود این، به استناد ماده ۲۴۹ ق.ت. می‌توان گفت در اسناد تجاری این اصل منقلب شد و اعمال مسئولیت تضامنی بر کلیه مسئولین و امضاکنندگان این قبیل اسناد حاکمیت دارد و تردیدی در آن نباید داشت؛ زیرا ماده ۲۴۹ ق.ت. به دارنده اجازه داده است علیه هر یک از صادرکننده، ظهرنویس، ضامن و برات‌گیر قبول‌کننده، به‌طور هم‌زمان و تضامنی اقامه دعوا نماید. در نظام کامن‌لا نیز به موجب بند ۲ ماده ۳۸ قانون بروات انگلیس و بند هـ ماده ۱۱۶-۳ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، مسئولیت تضامنی در این نظام حقوقی پذیرفته شده است. قانون‌گذار به‌منظور تأمین کارکرد اقتصادی اسناد تجاری توسط کلیه امضاکنندگان آن، همه امضاکنندگان آن را مسئول تادیه وجه سند تجاری دانسته است و فلسفه این حکم آن است که علاوه بر آنکه تلاش دارد تا بتواند کارایی این سیستم پرداخت غیرنقدی را افزایش دهد، سعی می‌کند تا بتوان ریسک نکول محال علیه اسناد تجاری کاهش یابد.^۳

آیا مسئولین سند می‌توانند با توافق دارنده، مسئولیت تضامنی را ساقط کنند؟ چنین توافقی بدو امکان است مغایر مقررات اسناد تجاری تلقی شود. چون از فحوای کلام مقنن در ماده مذکور برمی‌آید مسئولیت تضامنی مسئولین سند در برابر دارنده، حکم امری تلقی می‌شود.

۱. کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، ج ۱، تهران: یلدا، ۱۳۷۴، ص ۲۰۵؛ جعفری لنگرودی محمدجعفر، **دایره‌المعارف مدنی و تجارت**، ج ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۸۱۰؛ کاشانی، محمود، **حقوق مدنی، قراردادهای ویژه**، ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۹۴.

۲. عرفانی، محمود، منبع پیشین، ص ۷۹؛ شهنازی، خلیل، «قلمرو مسئولیت تضامنی در حقوق ایران»، بررسی‌های بازرگانی، ش ۲۱، ۱۳۸۵، ص ۳۹؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق تعهدات**، ج ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۱۰۸.

3. Mc John & Stephen M, **The Glannon Guide to Commercial Paper and Payment Systems**, 2nd Edition, New York: Wolters Kluwer Law & Business publication, 2012. p.513.

بنابراین اجازه تغییر در نوع مسئولیت از تضامنی به غیر تضامنی به منزله قبول سلب مسئولیت یکی از آن مسئولین خواهد بود. اما برخلاف این استدلال باید گفت، بنای دارنده با درج چنین شرطی به نفع یکی از مسئولین سند، این نیست تا عهده آن مسئول از پرداخت به‌طور کامل رهایی یابد. اگر قائل بر آن باشیم که دارنده سند تجاری از اعمال حق تضامن در برابر یکی از مسئولین طی توافق انصراف حاصل نماید، چون هریک از مسئولین میزان دین آنها معین و مشخص نیست، در این صورت انصراف از تضامن تالی فاسدش این خواهد شد که در توزیع نهایی بدهی، سهم بدهکاری که از گردونه خارج شده است، بر دیگران تحمیل شود.^۱ باوجود آنکه ظهروپوسی در اسناد تجاری به‌منزله انتقال طلب در حقوق مدنی نیست^۲ تا موجب سقوط تعهد شود، وانگهی امکان تراضی برای اسقاط مسئولیت تضامنی وجود دارد. زیرا اصولاً قواعد مربوط به معاملات به‌ویژه در بخش آثار، وفق ماده ۱۰ ق.م جنبه تخییری دارد و قاعده «العقود تابعه للقصود» حاکم است. ظهروپوسان به‌عنوان مسئولین ثانوی، تنها مسئول پرداخت بدهی بدهکار واقعی‌اند، نه آنکه خود به‌عنوان مدیون اصلی در برابر دارنده سند تلقی شوند. در واقع مقنن برای اسناد تجاری امتیازات خاصی پیش‌بینی نمود و یکی از این امتیازات حق مراجعه به کلیه امضاءکنندگان سند تجاری به‌عنوان مسئولین پرداخت است تا در فرض عدم تمکن مالی یا بروز ورشکستگی یکی از مسئولین، آن ضعف با استفاده از اموال سایر مسئولین جبران شود. به‌منظور جلوگیری از اختلال در امور مالی دارنده سند و تسهیل وصول وجه، استفاده از مسئولیت تضامنی الزامی نیست و حذف آن صرفاً حق رجوع به برخی مسئولین را منتفی می‌کند. اما این امر بدان معنا نیست تا دارنده حق مراجعه به مدیون اصلی را از دست بدهد. طبق ماده ۳۱۵ ق.ت دارنده چک باید در مهلت مقرر برای مطالبه وجه به بانک مراجعه نماید و عدم رعایت آن مهلت نیز مانع از حق رجوع دارنده به ظهروپوسان است. پس تفاوتی ندارد که با انعقاد قرارداد حق رجوع تضامنی به مسئولین سند تجاری را از دست بدهد یا با عدم رعایت مهلت مقرر فاقد این حقوق شود و مسئولیت تضامنی برچیده شود. همین امر در مواد دیگری مانند ۲۸۶ و ۲۸۷ ق.ت. به‌جهت عدم رعایت تکالیف قانونی توسط دارنده مشهود است و حق رجوع دارنده به ظهروپوسان

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۲۴۱.

۲. اخلاقی، بهروز، منبع پیشین، ص ۵۲.

وفق ماده ۲۸۹ ق.ت. از بین خواهد رفت. لذا شرط عدم تضامن بعنوان نوعی تغییر در حقوق دارنده امکان‌پذیر است و این نظر در حقوق ایران دارای طرف‌دارانی نیز است.^۱ لیکن در کنوانسیون ژنو نسبت به این موضوع سکوت به عمل آمده است.

۲.۲. توافق نسبت به تحدید یا سلب مسئولیت در اسناد تجاری

علی‌القاعده حقوقی که برای اشخاص به حکم قانون یا قرارداد به‌وجود می‌آید، قابل اسقاط است. اسقاط حق دینی می‌تواند به وسیله ایقاع و در قالب ابرای صورت پذیرد. در این صورت نیازی به تراضی با مدیون نیست، مگر آنکه قاعده‌ای آن را منع یا منوط به رعایت تشریفات نماید.^۲ در بسیاری از موارد مقنن صریحاً مراتب مخالفت خویش را به‌عنوان قواعد آمره و یا مغایرت آن نهاد حقوقی با مقتضای ذات همان اثر حقوقی اعلام و بر بلااثر بودن چنین توافقی تأکید نمود که می‌توان به مواد ۱۱۸ و ۱۱۶ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ راجع به سلب یا تحدید مسئولیت متصدی حمل و نقل در برابر مسافر و کالا اشاره نمود.^۳ بالعکس مقنن خود در ماده ۳۸۱، ۳۸۶ ق.ت. امکان قید عدم مسئولیت یا تقلیل پرداخت خسارات از سوی متصدی حمل و نقل را در مواردی که مال‌التجاره تلف یا گم می‌گردد، پیش‌بینی نمود. اکنون اثر توافق دارنده با هریک از مسئولین پرداخت سند را بررسی می‌کنیم تا اعتبار یا عدم اعتبار آن محرز گردد.

۲.۲.۱. توافق بین دارنده و صادرکننده

ممکن است توافقی بین دارنده و صادرکننده نسبت به عدم مسئولیت یا کاهش میزان مسئولیت صادرکننده برای پرداخت صورت گیرد؛ آیا صادرکننده معاف از کل یا جزئی از مسئولیت پرداخت وجه سند تجاری خواهد شد؟ در سفته صادرکننده، همان پرداخت‌کننده نهایی است. اما در برات فرض بر آن است که برات‌گیر نسبت به پرداخت برات اقدام می‌ورزد؛ لیکن در صورت عدم قبول یا عدم تأدیه وجه برات توسط برات‌گیر، مسئولیت متوجه صادرکننده و سایر امضاکنندگان است. در چک هم پرداخت برعهده بانک است و بانک حسب دستور و از وجوه

۱. اخلاقی، بهروز، منبع پیشین، ص ۲۱۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، ج ۱، تهران: یلدا، ۱۳۷۰، ص ۱۴۱؛ جعفری لنگرودی، محمدباقر، منبع پیشین، ص ۱۶۹.

۳. ایزانلو، محسن، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها، ج ۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۱۱۲؛ کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی، ج ۶، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۲، صص ۱۸۶-۱۸۹؛ جعفری لنگرودی، محمدباقر، منبع پیشین، ص ۲۲۶.

موجود در حساب صادرکننده مبادرت به پرداخت وجه خواهد نمود. بنابراین بانک مبادرت به قبولی سند نمی‌کند و مسئولیت او ناشی از چک نیست؛ بلکه بر مبنای قرارداد افتتاح حساب، تعهداتی برعهده می‌گیرد. پس وضعیت صادرکنندگان سند تجاری در هریک از اسناد مذکور کاملاً مشابه و یکسان نیست.

صادرکننده برات دارای دو نوع تعهد است. از آنجایی که برات کش به برات‌گیر دستور پرداخت وجه سندی را می‌دهد؛ مسئولیت عدم قبول و نیز عدم پرداخت وجه برات از سوی برات‌گیر برعهده برات‌کش است. این امر از مفاد ماده ۲۳۷ ق.ت. نیز قابل استناد است. برخی از نویسندگان معتقدند مسئولیت قبولی برات، ممکن است با تراضی دارنده و صادرکننده از عهده صادرکننده سلب گردد؛ زیرا برات‌گیر حتی اگر مدیون برات‌دهنده باشد، الزامی برای قبولی برات ندارد. به دلیل همین تردید صادرکننده از قبول برات توسط برات‌گیر، او می‌تواند شرط عدم مسئولیت ناشی از نکول را در سند درج نماید.^۱ این نظر منطبق با مفاد ماده ۹ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ است که اشعار می‌دارد: «ممکن است برات‌کش مسئولیت در اخذ قبولی برات را از خود سلب نماید...». عموماً برات‌دهنده در ازای صدور برات کالا یا خدماتی دریافت نموده و عوضی جز سند تجاری تسلیم نموده است. ولی ظهرنویس و ضامن حسب مورد یا مابه ازای دریافت سند را ارائه نموده‌اند تا سند را تحصیل نمایند یا بدون دریافت هیچ عوضی قبول مسئولیت برای تأدیه وجه سند نمودند. نکول برات، مسئولیت ظهرنویس و ضامن را افزایش می‌دهد؛ بنابراین، تراضی دارنده و صادرکننده برای سلب مسئولیت صادرکننده ناشی از نکول، ناعادلانه است. لیکن از آنجایی که مسئولیت اصلی پرداخت برعهده صادرکننده باقی می‌ماند، لذا معتبر دانستن توافق مربوط به سلب مسئولیت ناشی از عدم قبول صادرکننده مورد ایراد نیست.

در خصوص عدم امکان تقلیل یا شرط سلب کامل مسئولیت صادرکننده برات، چک و سفته، اساساً نویسندگان کمتر تردید نموده‌اند و به نظر چنین شرطی باطل و بلااثر است. زیرا در سفته تنها صادرکننده به‌عنوان مدیون واقعی تلقی می‌گردد و ظهرنویسان و ضامنان صرفاً مسئول پرداخت‌اند. از این جهت درج شرط عدم مسئولیت صادرکننده سفته نوعی شرط مخالف مقتضای

۱. کاویانی کورش، منبع پیشین، ص ۱۲۵؛ صادقیان، ابوالحسن، منبع پیشین، ص ۱۳۳.

ذات معامله و باطل است.^۱ در برات و چک نیز مسئولیت صادرکننده تا پرداخت آن سند از سوی محال‌علیه پابرجاست؛ زیرا در برات، برات‌گیر هیچ الزامی به قبولی برات ندارد، ولو آنکه محل برات توسط برات‌دهنده تأمین شده باشد. در چک نیز بانک تعهدی در برابر دارنده، به‌جز پرداخت از طریق وجوهی که صادرکننده نزد بانک تأمین می‌نماید، نخواهد داشت. بنابراین صادرکننده‌ای که به دارنده در ازای دریافت کالا یا خدمات سند تجاری صادر و تسلیم نموده است، حق سلب مسئولیت را ولو با تراضی دارنده نخواهد داشت. ممکن است سند توسط محال‌علیه یا دیگر مسئولین پرداخت نگردد، اگر صادرکننده نیز از مسئولیت‌رهایی یابد؛ پس تکلیف دارنده بعدی چگونه خواهد بود؟

شرط عدم مسئولیت صادرکننده باطل است؛ چون دارنده سند قصد نداشت تا با قبول شرط، کلاً از طلب خود محروم شود و صرف‌نظر نماید و نتیجه این امر به «اکل مال به باطل» منتهی می‌شود. باوجود آنکه در آمره بودن مفاد ماده ۲۴۹ ق.ت. ممکن است اختلاف نظر باشد، نویسندگان نسبت به بی‌اثر بودن شرط عدم مسئولیت پرداخت صادرکننده کمتر اختلاف عقیده دارند.^۲ با همه این اوصاف، در قانون مدنی، مواردی مانند ماده ۴۳۶ وجود دارد که شرط تبری از عیوب را اجازه داده است. برخی نیز شرط عدم مسئولیت را در ضمان درک مبیع معتبر می‌دانند^۳ و مفاد بند ۲ ماده ۳۶۲ و ماده ۳۹۱ ق.م. را آمره ندانسته‌اند و تراضی خلاف مواد قانون مدنی مذکور را معتبر تلقی کرده‌اند. از این جهت، بعید نخواهد بود که گفته شود اگر توافق صرفاً بین دارنده سند تجاری و صادرکننده واقع گردد و دامنه آن بر حقوق سایر اشخاص یا دارندگان احتمالی بعدی مؤثر نباشد، در روابط طرفینی چنین توافقی طبق ماده ۱۰ ق.م. معتبر خواهد بود. در نظام‌های حقوقی، منظور از روابط طرفینی، توافقاتی است که اثر حقوقی آن صرفاً محدود به طرفین قرارداد بوده و به اشخاص ثالث تسری نمی‌یابد. بنابراین چنانچه شرط عدم مسئولیت

۱. کاویانی، کوروش، منبع پیشین، ص ۱۲۶.

۲. افتخاری جواد، **حقوق تجارت ۳، اسناد تجاری - بانکی**، ج ۲، تهران: ققنوس، ۱۳۸۴، ص ۶۷؛ صفری، محمد، «ارزیابی کلی پیش‌نویس ضمیمه اول کنوانسیون برات و سفته بین‌المللی»، **مجله حقوقی**، ش ۱۲، ۱۳۶۹، ص ۱۶۹؛ شیوا رضوی، کاظم، **مطالعه تطبیقی گردش چک**، رساله دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، ۱۳۴۸، صص ۴۱۱ و ۴۲۰.

۳. افتخاری جواد، منبع پیشین، ص ۶۷؛ صفری، محمد، منبع پیشین، ص ۱۶۹؛ شیوا رضوی، کاظم، منبع پیشین، صص ۴۱۱ و ۴۲۰.

صادرکننده، تنها در چارچوب توافق با دارنده اولیه مطرح شود و موجب تضییع حق هیچ شخص ثالثی نگردد، مجاز است. وفق مفاد مواد ۲۷۴ و ۲۹۰ ق.ت. نیز صرفاً در مواردی که دارنده به تکالیف قانونی خویش عمل نکرده باشد و درعین حال، صادرکننده محل سند را نزد برات‌گیر تأمین نموده باشد، در برابر دارنده معاف از مسئولیت پرداخت می‌شود. در غیر این صورت، صادرکننده مسئول پرداخت خواهد بود. ماده ۹ کنوانسیون ژنو مصوب ۱۹۳۰ نیز در این خصوص مقرر می‌دارد: «برات‌کش ضامن قبولی و پرداخت برات است ... هر شرطی که به موجب آن ضمانت برات‌کش در پرداخت سند ساقط گردد، باطل تلقی خواهد شد.» ماده ۱۲ کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو راجع به چک نیز اشعار می‌دارد: «صادرکننده چک ضامن پرداخت آن است و هر شرطی که صادرکننده را بری‌الذمه نماید، باطل تلقی می‌شود.» بنابراین در کنوانسیون به‌طور اطلاق منع مذکور پیش‌بینی شده است، لیکن این امر نمی‌تواند مانع اعمال آن در روابط طرفینی باشد، زیرا چنین توافقی موجب ضرر به هیچ شخص دیگری نخواهد شد و اطلاق ماده، محمول بر استناد به اسقاط مسئولیت در برابر دارنده با حسن نیت است که به موجب اصل عدم توجه ایرادات، قابلیت استماع ندارد.

در نظام حقوقی ایران، صادرکننده سند تجاری به‌عنوان متعهد اصلی، نقشی بنیادین در تضمین پرداخت وجه سند ایفا می‌کند. ماده ۲۲۳ قانون تجارت با تأیید اصل استقلال امضاها، مسئولیت مستقل هر امضاکننده، از جمله صادرکننده، را به رسمیت می‌شناسد و ماده ۲۴۹ این قانون، مسئولیت تضامنی امضاکنندگان را در برابر دارنده تضمین می‌کند. در مورد چک، ماده ۳۱۰ قانون تجارت و ماده ۲ قانون صدور چک ۱۳۵۵ مسئولیت تضامنی صادرکننده را به صراحت پیش‌بینی کرده‌اند. این مواد نشان‌دهنده تعهد غیرقابل‌انکار صادرکننده به پرداخت وجه سند است. درج شرطی که صادرکننده را از این مسئولیت معاف کند، با چالش‌های حقوقی اساسی مواجه است. ماده ۲۳۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد شروطی که مغایر با مقتضای ذات عقد باشند، باطل و بلااثرند و از آنجاکه تعهد به پرداخت وجه، جوهره اصلی مسئولیت صادرکننده در اسناد تجاری است، شرط عدم مسئولیت این تعهد را از محتوا تهی می‌کند و به استناد بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی باطل تلقی می‌شود. به عقیده برخی از دکترین حقوقی برجسته، هر شرطی که تعهد بنیادین

صادرکننده را نفی کند،^۱ به دلیل تعارض با فلسفه اسناد تجاری که تضمین پرداخت و گردش‌پذیری است، فاقد اعتبار است. دکتر اسکینی نیز تأکید دارد که مسئولیت تضامنی صادرکننده بخشی از نظم عمومی اسناد تجاری محسوب می‌شود و توافقات خصوصی نمی‌توانند آن را سلب کنند.^۲

با وجود این، در روابط خصوصی بین صادرکننده و دارنده اولیه، ممکن است توافقاتی مانند تعلیق پرداخت یا محدود کردن مسئولیت مطرح شود. این توافقات، اگرچه در روابط بین طرفین ممکن است مورد توجه قرار گیرند، به دلیل اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در برابر دارندگان بعدی با حسن نیت فاقد اثرند.^۳ برای مثال، اگر صادرکننده چکی شرط کند که مسئول پرداخت وجه نیست، این شرط در برابر دارنده‌ای که سند را با حسن نیت دریافت کرده، قابل استناد نخواهد بود؛ زیرا قواعد آمره اسناد تجاری از حقوق دارنده حمایت می‌کنند.

صادرکننده سند تجاری، بدهکار واقعی و متعهد اصلی سند تجاری است. در خصوص اینکه آیا صادرکننده می‌تواند ضمن صدور و امضا سند تجاری مسئولیت خود را در پرداخت آن اسقاط کند، قانون تجارت ساکت است و نصی در مقررات حقوق تجارت ایران وجود ندارد. اما رویه قضایی، شرط عدم مسئولیت مطلق صادرکننده را باطل و بلااثر می‌داند. حال که می‌توان تفکیکی در مورد این شرط قائل شد، به عنوان مثال چنانچه در صدور چک چنین شرطی گردد، اگر شرط معلق بر قبول یا تضمین بانک محال‌علیه باشد و بانک پرداخت آن را تعهد کرده باشد، اعم از اینکه وجه چک در حساب صادرکننده در بانک موجود باشد یا واریز نشده باشد، با توجه به ماده ۶۳۵ قانون مدنی و نقل‌ذمه این شرط مغایرتی با قواعد عمومی قراردادها ندارد و صحیح است. اما در صورتی که شرط معلق به قبول یا تضمین بانک نبوده و پرداخت آن به وسیله بانک تضمین نشده باشد، چنین شرطی برخلاف مقتضای ذات عمل حقوقی صدور چک، و باطل است. از سویی دیگر، اگر صادرکننده، چک را به عنوان ضمانت در روابط قراردادی میان اشخاص ثالث صادر کرده باشد، شرط عدم مسئولیت صادرکننده صحیح است؛ بنابراین صادرکننده مسئولیتی در پرداخت وجه چک ندارد. همین رویه در دادنامه شماره ۹۳۰۱۰۸ صادره از شعبه ۴۰ دادگاه

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۲۵۵.

۲. اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص ۱۴۸.

۳. همان منبع، ص ۱۴۹.

عمومی حقوقی تهران نیز رعایت شده و عیناً در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۱۶۰۵۰۰۶۸۹ صادره از شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید گردیده است

در نظام کامن‌لا، که عمدتاً برپایه قانون بروات انگلیس ۱۸۸۲ و قانون متحدالشکل تجاری آمریکا اداره می‌شود، صادرکننده سند تجاری نیز تعهدی اصلی برای تضمین پرداخت وجه دارد. ماده ۵۵ قانون بروات انگلیس مسئولیت صادرکننده برات را در صورت عدم پرداخت توسط برات‌گیر تضمین می‌کند و ماده ۵۳ مسئولیت مشابهی را برای صادرکننده چک پیش‌بینی کرده است. در نظام حقوقی آمریکا، ماده ۳-۴۱۴ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا صادرکننده چک را ملزم به پرداخت وجه در صورت عدم پرداخت توسط بانک محال‌علیه می‌داند. این مواد نشان‌دهنده تعهد غیرقابل اجتناب صادرکننده در اسناد تجاری است.

درج شرط عدم مسئولیت صادرکننده در نظام کامن‌لا با محدودیت‌هایی مشابه حقوق ایران مواجه است، اما با رویکردی متفاوت تحلیل می‌شود. اصل بنیادین در اسناد تجاری کامن‌لا، حمایت از دارنده با حسن نیت است. ماده ۳۰ قانون بروات انگلیس مقرر می‌دارد که دارنده با حسن نیت از ایرادات شخصی، مانند توافقات خصوصی بین طرفین قبلی مصون است. بنابراین، شرطی که صادرکننده را از مسئولیت معاف کند، اگرچه ممکن است در روابط خصوصی بین صادرکننده و دارنده اولیه معتبر باشد، در برابر دارنده با حسن نیت غیرقابل استناد است. به عقیده برخی، هر شرطی که تعهد اصلی صادرکننده را نفی کند، به دلیل تعارض با ماهیت سند تجاری، در برابر دارندگان بعدی محدود یا بی‌اثر است.^۱ گروه دیگری از حقوق‌دانان نیز خاطر نشان می‌کنند که اصل حمایت از دارنده با حسن نیت در نظام کامن‌لا، توافقات خصوصی مغایر با تعهدات صادرکننده را در برابر اشخاص ثالث بی‌اعتبار می‌سازد.^۲

۲.۲.۲. توافق بین دارنده و ظهرنویس

ممکن است بین ظهرنویس و ذی‌نفع ظهرنویسی که دارنده بعدی خواهد بود، توافقی بر کاهش یا سلب مسئولیت پرداخت انتقال‌دهنده یا ظهرنویس در سند پیش‌بینی گردد. حقوق‌دانان در خصوص صحت یا بطلان آن شرط اتفاق نظر ندارند. امضای ظهرنویس در زمان انتقال دارای

1. Goode, Roy, **Commercial Law**, London: Penguin Books, 2016, P. 112.

2. Ellinger, E.P., Lomnicka, E., & Hare, C., **Ellinger's Modern Banking Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011, P 93.

دو جنبه متفاوت است: از یک سو اثر امضای ظهرنویس موجب انتقال حقوق او به ید بعدی می‌گردد و از سوی دیگر اثر آن ایجاد مسئولیت در قبال ظهرنویس یا ظهرنویس‌های بعدی است. بنابراین انتقال سند مصادف با واگذاری حقوق توأم با حفظ مسئولیت ظهرنویس است. برخی از نویسندگان معتقدند در حقوق ایران با اطلاق ماده ۲۴۹ ق.ت. ظهرنویس نمی‌تواند با قید شرط، مسئولیت خود را به صورت مطلق محدود یا منتفی سازد. تنها مورد محدود کردن مسئولیت همان حکم ماده ۲۷۶ ق.ت. است. این ماده اشعار می‌دارد: «اگر ظهرنویس برای تقاضای قبولی مدتی معین کرده باشد، دارنده برات باید در مدت مزبور تقاضای قبولی نماید، والا در مقابل آن ظهرنویس نمی‌تواند از مقررات مربوط به بروات استفاده کند.» عدم پیش‌بینی محدودیت دیگر، با وجود اصل صریح مسئولیت مندرج در ماده ۲۴۹ ق.ت. دلیل مخالفت قانون‌گذار ایران با درج چنین شرطی در برات است.^۱ اما نویسندگان دیگر یا صراحتاً نسبت به پذیرش اعتبار این شرط اعلام نظر نموده یا با سکوت و عدم اعلام مخالفت، بر اعتبار شرط صحه نهاده‌اند.^۲ به نظر می‌رسد پذیرش اعتبار شرط عدم مسئولیت ظهرنویس منطبق با منطبق حقوقی است؛ زیرا اگرچه ظهرنویس مانند صادرکننده مسئول پرداخت سند است، مبنای مسئولیت آنها متفاوت است. ظهرنویس برای تملک سند، مبلغی را به دارنده قبلی پرداخته است، درحالی‌که صادرکننده با صدور سند، کالا یا خدماتی دریافت می‌کند. همچنین بانک محال‌علیه یا قبول‌کننده برات نیز با توجه به وجوه تأمین‌شده توسط صادرکننده یا بدهی قبلی، وجه سند را پرداخت می‌کنند. لذا، حسب مورد، صادرکننده یا محال‌علیه، مدیون واقعی سند هستند و مسئولیت ظهرنویسان صرفاً برای حفظ حقوق دارنده است.

مقنن وفق ماده ۲۴۹، ۲۸۸ و ۲۸۹؛ به ظهرنویس اجازه می‌دهد تا پس از تأدیه وجه برات به دارنده، به ایادی ماقبل، به‌ویژه به صادرکننده رجوع نماید. لذا چون متعهد اصلی پرداخت وجه سند اشخاص دیگری، به‌جز ظهرنویس‌اند، درج شرط کاهش یا عدم مسئولیت ظهرنویس در سند تجاری، موجب اکل مال به باطل نمی‌شود. از این رو، تردیدی در اعتبار آن شرط و تراضی وجود

۱. اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص ۹۶.

۲. ستوده، حسن، منبع پیشین، ص ۵۸؛ صفری، محمد، منبع پیشین، ص ۸۱؛ صادقیان، ابوالحسن، منبع پیشین، ص ۷۶؛ شیوا رضوی، کاظم، منبع پیشین، ص ۱۵۶؛ کاویانی، کوروش، منبع پیشین، ص ۱۲۷؛ اخلاقی، بهروز، منبع پیشین، ص ۱۳۳.

ندارد. ماده ۱۵ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ نیز مقرر می‌دارد: «در صورت عدم وجود شرط خلاف، ظهرنویس ضامن تحصیل قبولی و پرداخت سند است». همچنین ماده ۱۸ کنوانسیون ۱۹۳۱ راجع به چک عیناً حکم ماده ۱۵ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ راجع به برات را تکرار نمود. لایحه جدید قانون تجارت نیز در ماده ۷۳۶، تا حدودی مفاد ماده ۱۵ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ را پذیرفت. این ماده اشعار می‌دارد: «هرکدام از ظهرنویسان می‌توانند با تصریح به عدم مسئولیت در متن سند، خود را از مسئولیت مقرر در ماده ۷۳۰ این قانون معاف کنند». مسئولیت مذکور در ماده ۷۳۰ نیز چیزی جز مسئولیت تضامنی مسئولین سند نیست.

با توجه به ماده ۳۵ قانون بروات انگلیس ۱۸۸۲ و ماده ۲۰۶ بخش ۳ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا در نظام کامن‌لا، ظهرنویسی محدود شده به‌عنوان یکی از ابزارهای حقوقی در اسناد تجاری پذیرفته شده است. این نوع ظهرنویسی می‌تواند به‌گونه‌ای باشد که ظهرنویس انتقال بعدی سند را ممنوع کند، مسئولیت خود را صرفاً به دارنده خاص محدود سازد یا حقوق ناشی از سند را به شخص دیگری برای استفاده یا نمایندگی واگذار کند.^۱ با این حال، نبود عبارات صریح که بر محدودیت انتقال دلالت کنند، نباید به‌عنوان ظهرنویسی محدود شده تلقی شود. ظهرنویسی محدود شده ممکن است مانع انتقال‌های بعدی سند تجاری شود و در نتیجه، ظهرنویس در برابر دارندگان بعدی که سند را برخلاف محدودیت انتقال دریافت کرده‌اند، تعهدی نخواهد داشت.^۲

۲.۲.۳. توافق دارنده و ضامن

برخلاف اثر عقد ضمان در ماده ۶۹۸ ق.م. که اثرش نقل ذمه به ذمه است؛ در ماده ۲۴۹ ق.ت. مسئولیت ضامن به‌نحو تضامنی بوده و ذمه ضامن به ذمه مضمون‌عنه ضمیمه خواهد شد. مداخله ضامن در مواقعی صورت می‌پذیرد که اعتبار ناقل یا مسئولین پرداخت، برای ذی‌نفع سند مورد تردید باشد. همچنین این مداخله ضامن ممکن است به حکم قانون، مانند مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.ت. الزامی گردد.^۳ در برخی موارد ممکن است ضامن تصریح کند تنها بخشی از دین موضوع

1. Goode, Roy, **Commercial Law**. London: Penguin Books. 2016, P 108.

2. Ellinger, E.P., Lomnicka, E., & Hare, C. **Ellinger's Modern Banking Law**. Oxford: Oxford University Press. 2011, P 340.

۳. فخاری، امیرحسین، منبع پیشین، ص ۷۰؛ اخلاقی، بهروز، منبع پیشین، ص ۱۳۵.

سند را ضمانت می‌نماید؛^۱ در این صورت او نسبت به مبلغ مازاد مسئولیتی نخواهد داشت. همین طور ممکن است ضامن از ابتدا شرط نماید که تنها در مقابل یکی از دارندگان سند تجاری به‌عنوان ضامن، مسئولیت داشته باشد و سایر کسانی که سند تجاری به آنها منتقل می‌شود، قادر به استفاده از امتیاز ضمانت او نباشند.^۲ این موارد را نباید در قالب کاهش مسئولیت ضامن قرار داد؛ زیرا ضامن می‌تواند قلمرو مسئولیت خویش را تعیین نماید، اما سایر مسئولین با امضای سند تجاری با هر عنوان، مسئولیت پرداخت به حکم قانون بر آنان بار خواهد شد؛ درحالی‌که ضامن به‌وجودآورنده یا ناقل سند نیست تا به حکم قانون آنچه را که ایجاد نموده است یا منتقل ساخته، تا زمان پرداخت وجه مسئولیت وی نیز ادامه یابد. پس مفهوم شرط عدم مسئولیت به‌معنای اینکه ضامن با درج شرطی بار مسئولیت پرداخت همان وجه ازعهده وی برداشته شود، امکان‌پذیر نیست؛ زیرا فلسفه مداخله ضامن، تضمین پرداخت وجه در سررسید، به وسیله دیگر مسئولین است.^۳ پس ضامن هیچ تکلیف دیگری نخواهد داشت و نمی‌تواند با قید چنین شرطی آن مسئولیت را از عهده خود ساقط نماید؛ در غیر این صورت فایده و اثر مداخله ضامن بر چه امر معقولی مبتنی است؟ این شرط از مصادیق بارز شرط خلاف مقتضای ذات عقد مذکور در ماده ۲۳۳ ق.م. است و سبب بطلان شرط و عقد ضمان می‌گردد. این نظر نه‌تنها به‌طور تلویحی مورد تأیید برخی از نویسندگان واقع شده است،^۴ بلکه در کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ در مواد ۳۰، ۳۱، ۳۲ و کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو در مواد ۲۵، ۲۶، ۲۷ مربوط به ضمانت، تعمداً به انگیزه عدم ایجاد آن حق، موضوع به سکوت و مخالفت واگذار شد. درحالی‌که در صدر ماده ۱۵ همان کنوانسیون این اجازه به ظهرنویس داده شد تا مسئولیت پرداخت یا قبولی را از خود سلب نماید. همین منوال برای برات‌گیر قبول‌کننده نیز صادق است؛ زیرا در فرض قبول سند ازسوی برات‌گیر، این امکان وجود دارد که تا سررسید بین دارنده و برات‌گیر، توافق بر عدم مسئولیت برات‌گیر گردد. چون در برات

۱. بررسی اینکه حدود مسئولیت ضامن در اسناد تجاری تضامنی است و چگونه ضامن از مضمون‌عنه خویش تبعیت می‌کند یا آنکه در چه مواردی علی‌رغم مسئول نبودن مضمون‌عنه، ضامن همچنان مسئول است، از موضوع این مقاله خارج است. برای مطالعه در این زمینه‌ها رجوع نمایید به: اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، صص ۸۹-۷۳؛ فخاری، امیرحسین، منبع پیشین، صص ۷۰-۸۵؛ صادقیان، ابوالحسن، صص ۲۳۶-۲۳۵؛ اخلاقی، بهروز، منبع پیشین، صص ۱۳۶-۱۳۵.

۲. اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص ۱۱۴؛ ستوده، حسن، منبع پیشین، ص ۴۴؛ صفری، محمد، منبع پیشین، ص ۲۱۴.

۳. فخاری، امیرحسین، منبع پیشین، ص ۷۲.

۴. اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص ۱۱۳.

مدیون واقعی برات‌گیر قبول‌کننده است؛ در این صورت برات‌گیر به‌موجب اصل استقلال امضائات مسئول است و تراضی برخلاف این تکلیف قانونی و تعهد قراردادی برای پرداخت، به ضرر صادرکننده، ظهرنویس و ضامن محسوب و بلااثر خواهد بود.

در نظام کامن‌لا، مسئولیت ضامن اسناد تجاری تحت‌تأثیر دو منبع اصلی قانونی قرار دارد: قواعد عمومی قراردادها و مقررات خاص حاکم بر اسناد تجاری. براساس ماده ۵۶ قانون برات انگلیس و ماده ۳-۴۱۹ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، مسئولیت ضامن می‌تواند به دو شکل تضامنی یا تکمیلی اعمال شود. این رویکرد با نظام حقوقی ایران که در ماده ۲۴۹ قانون تجارت مسئولیت کاملاً تضامنی پیش‌بینی شده است، تفاوت ماهوی دارد.

یکی از ویژگی‌های بارز نظام کامن‌لا در این زمینه، انعطاف‌پذیری در تعیین حدود مسئولیت ضامن است. برخلاف حقوق ایران که طبق ماده ۲۳۳ قانون مدنی، شروط محدودکننده مسئولیت ممکن است به‌عنوان شرط خلاف مقتضای ذات عقد باطل شناخته شوند، در کامن‌لا ضامن می‌تواند، صراحتاً مسئولیت خود را به بخشی از مبلغ سند محدود نماید.^۱ همچنین، ضامن این اختیار را دارد که شرط کند تنها در مقابل دارنده خاصی مسئول باشد و این شرط در صورت تصریح، در برابر دارندگان بعدی نیز معتبر خواهد بود.^۲

در مقایسه با کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱، نظام کامن‌لا از انعطاف بیشتری در پذیرش شروط محدودکننده مسئولیت برخوردار است. هرچند کنوانسیون‌های مذکور در مواد ۳۰-۳۲ و ۲۵-۲۷ به‌صورت تلویحی امکان محدودسازی مسئولیت را پذیرفته‌اند، اما همانند کامن‌لا به‌صراحت به ضامن اجازه نمی‌دهند مسئولیت خود را به‌طور کامل سلب نماید.^۳ این اشتراک در تمام نظام‌های حقوقی مورد بحث، ناشی از فلسفه تضمین پرداخت در اسناد تجاری است که حفظ اعتبار این اسناد را ضروری می‌سازد.

باوجود این انعطاف‌پذیری، کامن‌لا نیز مانند دیگر نظام‌های حقوقی، سلب کامل مسئولیت ضامن را نمی‌پذیرد. براساس تفسیر رسمی ماده ۳-۴۱۹ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا،

1. Chalmers, M. D., **Chalmers and Guest on Bills of Exchange**. Sweet & Maxwell, 2012. P 215.

2. Ellinger, E. P., Lomnicka, E., & Hare, C. **Ellinger's Modern Banking Law**, Oxford University Press, 2011, P 460.

3. Geva, B. **The Law of Electronic Funds Transfers**. LexisNexis. 2011, P 320.

هرگونه شرطی که به‌طور کامل مسئولیت ذاتی ضامن را نفی کند، مغایر با ماهیت تعهد تجاری در اسناد قابل انتقال شناخته می‌شود. این رویکرد حاکی از آن است که اگرچه ضامن می‌تواند دامنه مسئولیت خود را محدود سازد، اما نمی‌تواند به کلی از تعهدات ناشی از ضمانت شانه خالی کند.^۱

نتیجه‌گیری

در قلمروی حقوق مدنی با رعایت قواعد امری انعقاد قرارداد در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی به منظور دستیابی به خواسته‌های اشخاصی که در عقود معین راهکاری برای حصول موارد مدنظرشان وجود ندارد یا ایجاد تغییر وضعیت در مقررات عقود معین که از جنبه تکمیلی برخوردارند امکان‌پذیر است. مقررات حاکم بر اسناد تجاری در بسیاری از مواد قواعد امری تلقی می‌گردد که متابعت از آن الزام‌آور است. وانگهی مواردی که این مقررات از وصف آمرانه برخوردار نیست، علی‌القاعده دارنده سند تجاری طی توافق با ایادی بعدی یا مسئولین پرداخت سند می‌تواند، با تغییر در متن سند یا درج شروطی که معطوف به حقوق اوست و در برابرش تکالیف سایر مداخله‌کنندگان قرار می‌گیرد، تحولی ایجاد نماید. این امر موجب تسهیل معاملات تجاری و تقویت استفاده از اسناد تجاری می‌شود؛ زیرا می‌تواند پشتیبانی مطمئن برای انجام معاملات تجاری باشد. لایحه جدید قانون تجارت نیز با اقتباس از کنوانسیون ژنو، گام‌های مثبتی در جهت توافق دارنده با مسئولین پرداخت برداشته است، اما اعتبار و آثار این توافق نیازمند بررسی دقیق است. اگر تغییر در حقوق دارنده مربوط به افزایش مبلغ طی تراضی با منتقل‌الیه باشد، اثر آن نمی‌تواند بر مسئولین قبل از توافق مؤثر واقع و آنان را نسبت به مبلغ افزایش یافته، مسئول دانست. اما طرفین توافق و ایادی مابعد براساس مبلغ افزایش‌یافته در سند، در برابر آخرین دارنده مسئول‌اند. وضعیت کنوانسیون ژنو در ماده ۶۹ راجع به برات و ماده ۵۱ راجع چک مؤید همین نظر است. در مواردی که تغییرات راجع به منع حق ظهرنویسی برای انتقال بعدی باشد، در فرض شرط بر منع صریح حق ظهرنویسی بعدی، انتقال بدون رعایت شرط صرفاً دارای جنبه مدنی است و دارنده جدید از آثار و امتیازات ظهرنویسی در اسناد تجاری برخوردار نیست. این محدودیت در مراجعه به شرط‌کننده و ایادی ماقبل وی نیز وجود دارد؛ کما اینکه عدم اعمال مواعد در مواد ۲۸۶ و ۲۸۷ وفق ماده ۲۸۹ مانع از مراجعه دارنده به ظهرنویسان خواهد شد. در کنوانسیون ژنو

1. Goode, R., & McKendrick, E., **Commercial Law**. Penguin. 2020, P 512.

ماده ۱۵ راجع به برات و ماده ۱۸ راجع به چک اجازه سلب حق ظهرنویسی بعدی را برای دارنده در زمان انتقال داده است. راجع به تراضی بر سلب حق مراجعه دارنده به نحو تضامنی به سایر مسئولین سند، این امر امتیازات حقوق دارنده است و سلب آن با تراضی موجب نقض قواعد آمره نیست. پیش‌بینی این شرط سبب از دست رفتن تضمین‌های دارنده می‌گردد، ولی ضرری متوجه هیچ‌یک از مسئولین نیست، لذا معتبر خواهد بود. لیکن اعمال این حق برای دارنده در کنوانسیون ژنو مورد سکوت قرار گرفت. در نظام کامن‌لا از جمله آمریکا قابلیت انتقال اسناد ناشی از عرف تجاری دانسته شده است. در این نظام حقوقی این‌گونه بیان شده است که قضات این اختیار را دارند که هر سندی را که متضمن تعهد یا دستور پرداخت مبلغی باشد، سند قابل انتقال بنامند. اما مطابق با دکترین حقوقی در نظام کامن‌لا، هرگاه دستور پرداخت از سوی پرداخت‌کننده باشد؛ به نحوی که پرداخت‌کننده سند مستقیماً بانک را ملزم به پرداخت نماید، ذی‌نفع چنین سندی از انتقال آن به شخصی دیگر منع شده است. همچنین مطابق با ظهرنویسی محدود شده در این نظام حقوقی، ظهرنویس می‌تواند دارنده را از انتقال بعدی سند به شخص دیگری منع نماید.

نهایت آنکه در توافقات راجع به سلب مسئولیت پرداخت در سند تجاری تنها توافق بین دارنده و ضامن به جهت مغایرت این شرط با مقتضای ذات ضمانت باطل و حتی مبطل توافق است؛ اما توافق با سایر مسئولین اعم از ظهرنویس و صادرکننده در این راستا معتبر است. با این تفاوت که شرط عدم مسئولیت صادرکننده برات نسبت به عدم قبول آن توسط محال‌علیه، به معنای از بین رفتن مسئولیت نهایی صادرکننده نیست و این شرط معتبر است. لیکن شرط سلب مسئولیت از پرداخت، توسط صادرکننده که موجب ضرر دارنده می‌گردد معتبر نیست؛ مگر آنکه اثر این شرط صرفاً محدود به روابط طرفینی شرط‌کننده و همان دارنده باشد. در کنوانسیون ژنو، در ماده ۹ راجع برات و در ماده ۱۲ راجع به چک، شرط اسقاط مسئولیت صادرکننده را باطل دانسته است، اما این حق به ترتیب در برات در ماده ۱۵ و در خصوص چک در ماده ۱۸، برای ظهرنویس پیش‌بینی شد تا شرط عدم مسئولیت نماید و درعین حال در خصوص ضامن سکوت اختیار نموده است. بدین ترتیب توافق خصوصی بین دارنده با مسئولین پرداخت سند راجع به حقوق دارنده اساساً وفق ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر است. اما اگر آن توافق خلاف مقتضای ذات همان اثر حقوقی باشد یا آنکه برخلاف ماده ۲۳۱ قانون مدنی سبب تحمیل مسئولیت اضافی به مسئولین

پرداخت سندی گردد که در توافق موصوف مداخله نداشته‌اند، یقیناً به حقوق این اشخاص صدمه می‌زند و معتبر نیست. با نگارش قانون متحدالشکل تجاری آمریکا به مسئولیت امضاکنندگان اسناد تجاری - صادرکننده، ظهرنویس و برات‌گیر قبول‌کننده - به نحو تضامن پرداخته شده است. در ماده ۱۱۷-۳ این قانون که با عنوان «دیگر توافقات مؤثر در سند» آمده است، هر توافق جداگانه‌ای بین متعهد سند اعم از صادرکننده یا ظهرنویس و دارنده آن درمورد تغییر، تکمیل و حتی ابطال مسئولیت پذیرفته شده است. مبتنی بر چنین توافقی، صدور یا ایجاد هر تعهدی امکان‌پذیر است. لذا از آنجاکه تغییر، تکمیل یا ابطال تعهد تجاری با توجه به توافق طرفین لحاظ شده است، بنابراین در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، این نوع از تعهدات را تعهد قراردادی برشمرده شده است. از این رو شرط عدم مسئولیت صادرکننده سفته به این دلیل که وی متعهد پرداخت نیز است، خلاف مقتضای ذات عقد بوده و چنین شرطی باطل و مبطل است، اما چنین شرطی نسبت به صادرکننده چک یا برات‌گیر قبول‌کننده دارای منفعت عقلایی بوده و صحیح است.

منابع

کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت: اسناد تجاری**، ویرایش نهم. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
۲. السنهوری، احمد عبدالرزاق، **الوسیط، فی شرح القانون مدنی الجدید**، ترجمه دانش کیا، محمد حسین، دادرزی سید مهدی، ج ۱، چ ۱، قم، انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۲.
۳. ایزانلو، محسن، **شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها**، چ ۱، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
۴. افتخاری جواد، **حقوق تجارت ۳، اسناد تجاری - بانکی**، چ ۲، تهران: ققنوس، ۱۳۸۴.
۵. جعفری لنگرودی محمدجعفر، **حقوق تعهدات**، چ ۳، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
۶. جعفری لنگرودی محمدجعفر، **دایره المعارف مدنی و تجارت**، چ ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۷. دمیرچیلی محمد، محسن قرایی و علی حاتمی، **قانون تجارت در نظم کنونی**، چ ۱، تهران: میثاق عدالت، ۱۳۸۷.

۸. رفیعی مقدم علی، **اصل رضایی بودن اعمال حقوقی**، چ ۱، تهران: نشر دانشگاه امام‌صادق، ۱۳۹۰.
۹. ستوده، حسن، **حقوق تجارت**، چ ۳، چ ۱، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۴.
۱۰. شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، ویرایش ششم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۷۸.
۱۱. صفری، محمد، **حقوق بازرگانی، اسناد**، چ ۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۱۲. عرفانی، محمود، **حقوق تجارت بین‌الملل**، چ ۱، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۲.
۱۳. عرفانی، محمود، **حقوق تجارت به زبان ساده**، چ ۸، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۱۴. فخاری امیرحسین، **حقوق تجارت**، چ ۱، تهران: مجد، ۱۳۸۷.
۱۵. قاسم‌زاده، مرتضی، **اصول قراردادها و تعهدات**، چ ۱۳، تهران: دادگستر، ۱۳۸۸.
۱۶. کاتبی، حسینقلی، **حقوق تجارت**، چ ۲، تهران: نشر فروزان، ۱۳۶۴.
۱۷. کاشانی، محمود، **حقوق مدنی، قراردادها و ویژه**، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
۱۸. کاویانی کورش، **حقوق اسناد تجاری**، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۳.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، **ایقاع**، چ ۱، تهران: یلدا، ۱۳۷۰.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، **وقایع حقوقی**، چ ۶، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، چ ۱، تهران: یلدا، ۱۳۷۴.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، **اعمال حقوقی**، چ ۸، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۷۲.
۲۳. نوبخت یوسف، **اندیشه‌های قضایی**، چ ۳، تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۰.

مقاله

۲۴. شهنازی، خلیل، «قلمرو مسئولیت تضامنی در حقوق ایران»، *مجله بررسی‌های بازرگانی*، ۱۳۸۵، ش ۲۱.
۲۵. حسینی تهرانی، مرتضی، «ظهورنویسی و انواع آن»، *فصل‌نامه حق*، دفتر چهارم، ۱۳۶۴، صص ۱۵۰-۱۰۴.
۲۶. صفری، محمد، «ارزیابی کلی پیش‌نویس ضمیمه اول کنوانسیون برات و سفته بین‌المللی»، *مجله حقوقی*، ۱۳۶۹، ش ۱۲، صص ۱۶۴-۱۳۹.

درس‌نامه

۲۷. فخاری امیرحسین «پلی کپی حقوق تجارت» کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه امام صادق(ع). ۱۳۸۵.

۲۸. اخلاقی، بهروز «پلی کپی حقوق تجارت ۳» انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران. ۱۳۷۳.

پایان‌نامه و رساله

۲۹. شیوا رضوی، کاظم، **مطالعه تطبیقی گردش چک**، رساله دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران. ۱۳۴۸.

۳۰. صادقیان، ابوالحسن، **مطالعه تطبیقی، راجع به برات و محل آن**، رساله دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران. ۱۳۴۰.

References

Books

1. Al-Sanhouri, Abd Al-Razzaq Ahmad, **The Mediator in Explaining the New Civil Code**, Vol. 1, Translated by: Mohammad Hossein Daneshkia and Seyyed Mehdi Dadmarzi, 1st edition, Qom: University of Qom Publications, 2003. (in Persian)
2. Borrie, G., **Commercial Law**, 6th edition, London: Butterworths, 1998.
3. Bradgate, R., **Commercial Law**, 2nd edition, London: Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1995.
4. Chalmers, M. D., **Chalmers and Guest on Bills of Exchange**, Sweet & Maxwell, 2012.
5. Damircheli, Mohammad, Gharaei, Mohsen, and Hatami, Ali. **The Commercial Code in Its Current Structure**, 1st edition, Tehran: Misagh-e-Adalat, 2008. (in Persian)
6. Eftekhari, Javad, **Commercial Law 3: Banking and Commercial Instruments**, 2nd edition, Tehran: Ghoqnos Publications, 2005. (in Persian)
7. Eizaanlou, Mohsen, **Limiting and Excluding Clauses in Contracts**, 3rd edition, Tehran: Enteshar Company., 2011. (in Persian)
8. Ellinger, E. P., Lomnicka, E., & Hare, C., **Ellinger's Modern Banking Law**, 5th edition, Oxford: Oxford University Press, 2011.
9. Erfani, Mahmoud, **Commercial Law in Simple Language**, 8th edition, Tehran: Mizan Publications, 2007. (in Persian)
10. Erfani, Mahmoud, **International Commercial Law**, 1st edition, Tehran: Jihad Daneshgahi, 1993. (in Persian)
11. Eskini, Rabee'a, **Commercial Law: Negotiable Instruments**, 9th edition, Tehran: SAMT Publications, 2013. (in Persian)
12. Fakhari, Amir Hossein, **Commercial Law**, 1st edition, Tehran: Majd Publications, 2008. (in Persian)
13. Geva, B., **The Law of Electronic Funds Transfers**, LexisNexis, 2011.
14. Ghasemzadeh, Morteza, **Principles of Contracts and Obligations**, 13th edition, Tehran: Dadgostar Publications, 2009. (in Persian)
15. Goode, R., **Commercial Law**, London: Penguin Books, 2016.
16. Gravelson, R. H., **The Conflict of Laws**, 6th edition, London: Sweet & Maxwell Ltd, 1974.
17. Hamblin, C., & Wright, F. B., **Introduction to Commercial Law**, 2nd edition, London: Sweet & Maxwell, 1998.

18. Jafari Langaroudi, Mohammad Jafar, **Encyclopedia of Civil and Commercial Law**, 1st edition, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2009. (in Persian)
19. Jafari Langaroudi, Mohammad Jafar, **Law of Obligations**, 3rd edition, Tehran: Ganj-e-Danesh, 1999. (in Persian)
20. Judge, S., **Business Law**, 2nd edition, London: Macmillan Press, 1999.
21. Kashani, Mahmoud, **Civil Law: Special Contracts**, 1st edition, Tehran: Mizan Publications, 2009. (in Persian)
22. Katbi, Hossein Gholi, **Commercial Law**, 2nd edition, Tehran: Foroozan Publishing, 1985. (in Persian)
23. Katouzian, Nasser, **General Theory of Obligations**, 1st edition, Tehran: Yalda Publications, 1995. (in Persian)
24. Katouzian, Nasser, **Legal Acts**, 8th edition, Tehran: Enteshar Company, 1993. (in Persian)
25. Katouzian, Nasser, **Legal Events**, 6th edition, Tehran: Enteshar Company, 2003. (in Persian)
26. Katouzian, Nasser, **Unilateral Legal Acts (Iqaa)**, 1st edition, Tehran: Yalda Publications, 1991. (in Persian)
27. Kaviani, Kourosh, **Law of Negotiable Instruments**, 1st edition, Tehran: Mizan Publications, 2004. (in Persian)
28. Mann, R., & Roberts, B., **Smith and Roberson's Business Law**, Cengage Learning, 2014.
29. McJohn, S. M., **The Glannon Guide to Commercial Paper and Payment Systems**, 2nd edition, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.
30. Nobakht, Yousef, **Judicial Thoughts**, 3rd edition, Tehran: Keyhan Publications, 1991. (in Persian)
31. Rafiei Moghaddam, Ali, **The Principle of Consensualism in Legal Acts**, 1st edition, Tehran: Imam Sadiq University Press, 2011. (in Persian)
32. Safari, Mohammad, **Business Law: Negotiable Instruments**, 3rd edition, Tehran: Enteshar Company, 2008. (in Persian)
33. Shahidi, Mehdi, **Formation of Contracts and Obligations**, 1st edition, Tehran: Hoquqdan Publishing, 1998. (in Persian)
34. Sotoudeh, Hassan, **Commercial Law**, Vol. 3, 1st edition, Tehran: Dadgostar Publications, 1995. (in Persian)

35. Twomey, D. P., & Jennings, M. M., **Business Law and the Legal Environment**, South-Western: Thomson, 2011.

Articles

36. Hosseini Tehrani, Morteza, "Endorsement and Its Types", *Haq Quarterly*, Vol. 4, 1985, pp. 104–150. (in Persian)
37. Kessler, F., "Forged Endorsement", *Yale Law Journal*, Vol. 47, No. 6, 1938, pp 876–879.
38. Safari, Mohammad, "General Assessment of the Draft Annex I of the Convention on International Bills and Promissory Notes", *Legal Journal*, No. 12, 1990, pp. 139–164. (in Persian)
39. Shahnayi, Khalil, "The Scope of Joint Liability in Iranian Law", *Journal of Commercial Studies*, 2006, No. 21. (in Persian)

Theses and Dissertations

40. Rezavi, Shiva Kazem, **A Comparative Study of the Circulation of Checks**, Ph.D. Dissertation, Faculty of Law, University of Tehran, 1969. (in Persian)
41. Sadeghian, Abolhassan, **A Comparative Study on Bills of Exchange and Their Place of Payment**, Ph.D. Dissertation, Faculty of Law, University of Tehran, 1961. (in Persian)

Text Books

42. Akhlaqi, Behrooz. "Photocopied Notes on Commercial Law 3", Faculty of Law Publications, University of Tehran, 1994. (in Persian)
43. Fakhari, Amirhossein. "Photocopied Notes on Commercial Law", Master's level, Tehran, Imam Sadiq University, 2006. (in Persian)

A Comparative Study of the Impact of Private Agreements on the Rights of the Holder of a Negotiable Instrument under Iranian Law, the Geneva Convention, and Common Law

Seyyed Hassan Hosseini Moghaddam*

Received: 2024.08.25

Accepted: 2025.09.06

Abstract

Based on the Principle of Freedom of Contract, agreements are formed within the civil-law context to facilitate the realization of the parties' objectives through contractual arrangements. However, in commercial law, determining the scope of the impact of private agreements on the rights of a holder of a negotiable instrument—who is generally subject to mandatory rules—is of considerable importance. The holder of a negotiable instrument, in addition to the inherent right to demand payment of the instrument's face value, possesses important rights such as endorsement, recourse against obligors on a joint-and-several liability basis, modification of the instrument's amount, and other related prerogatives. Correspondingly, certain obligations are imposed on the parties liable for payment. This article examines whether an agreement between the holder and some or all subsequent endorsees to modify the holder's rights—such as a clause excluding joint-and-several liability, prohibiting further endorsements, increasing or reducing the instrument's amount—affects the holder's rights against obligors who were not parties to such an agreement, under Iranian law, international instruments, and common law. In international instruments and in common law, these issues are generally addressed with greater clarity and explicit protections compared to Iranian law. Except in cases where private agreements impose an additional burden of liability, and are incompatible with the rights of third parties who were not involved in the agreement and the consent does not conflict with the fundamental nature of the legal institution at issue, such agreements are generally enforceable within the domain of negotiable instruments.

Keywords :

Negotiable Instrument, Mutual Consent, Holder's Rights, Endorsement, Joint-and-Several Liability, International Instrument

* Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

Contents:

Ijtima Amr and Nahi in Usul Al Fiqh and Feasibility Study of Its Realization in Contracts

Sayyed Mostafa Mohaghegh Damad-Mahdi Niazabadi- Mohammadreza Abbasirad 39

The Arbitral Panel's Approach to Countering Instances of Economic Corruption in International Commercial Contracts

Pouria Ebrahimzadeh 69

The Importance and Legal Challenges of Data Pseudonymization: Considering the Principles of Personal Data Processing

Amirmohammad Ghorban Nia- Zahra Shakeri..... 100

A Comparative Study of Trade Etiquette (Adab al-Tijarah) in Islamic Jurisprudence and Business Ethics of Successful Companies: A Solution for Sustainable Trade Development

Mostafa Etemad Shafee- Seyed Mahdi Dadmarzi 138

Feasibility Assessment of A Claim for Payment by the Guarantor Against the Recipient of Bank Loans Following the Issuance of an Executive Order Against the Guarantor

Mohammad Jabber Ghanbari- Jalal Soltan Ahmadi 163

Legal Dimensions of Telegram Games; A Case Study of the Hamster Kombat Game

Mohammad Hadi Javaherkalam-Farshid Ghadimkhani 199

Comparative and Economic Analysis of Risk Transfer Point in General Property

Mohsen Alijani- Ali Saatchi- Omid Mohammadinia- Abolghasem Ghorbani 231

A Comparative Study of the Impact of Private Agreements on the Rights of the Holder of a Negotiable Instrument under Iranian Law, the Geneva Convention, and Common Law

Seyyed Hassan Hosseini Moghaddam 266

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 VARNAMKHAZI (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)