



دانشکده حقوق

# پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

زمستان ۱۴۰۴

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

---

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

زمستان ۱۴۰۴  
قیمت: ۲۰۰۰۰۰۰ ریال

---

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

E-mail: [ecocolaw@sbu.ac.ir](mailto:ecocolaw@sbu.ac.ir)



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

صاحب امتیاز: دانشگاه شهید بهشتی  
مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد  
سر دبیر: عباس قاسمی حامد  
مدیر داخلی: 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 داورای 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 داورای 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. نشریه 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 سامانه مجله به نشانی <https://ecocomlaw.sbu.ac.ir> امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر نشریه یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل آن خودداری شود.
۴. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله برعهده 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. هزینه‌های واریزی برای داوری مقالات، پس از ارجاع به داوری قابل‌استرداد نخواهد بود.
۸. نوع داوری نشریه به صورت دوسوگور (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 یا تکیه بر مبانی پژوهشی باشد.
۳. نشریه پذیرای مقالات در سه قالب «مقالات پژوهشی»، «نقد رأی» و «نقد کتاب» است.
۴. مقاله نباید قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده یا ترجمه مقاله 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.

### پ) شرایط شکلی

۱. حجم مقاله مشتمل بر کلیه صفحات اعم از عنوان، چکیده‌ها، بدنه، پاورقی، نتیجه‌گیری و منابع برای هر یک از انواع مقالات به شرح آتی است: الف) مقالات بلند: حداکثر ۸۰۰۰ واژه؛ ب) نقد رأی: حداکثر ۵۰۰۰ واژه؛ پ) نقد کتاب: حداکثر ۴۰۰۰ واژه.
- فرمت دریافتی فایل مقاله Docx یا Doc (آفیس ۲۰۰۷ یا جدیدتر) خواهد بود. نویسندگان می‌توانند از فایل فرمت شده برای تدوین مقاله استفاده کنند.
- نویسنده/نویسندگان باید هم‌زمان با بارگذاری مقاله خود نسبت به تکمیل و بارگذاری تعهدنامه و فرم تعارض منافع اقدام کنند.
۲. ارسال مقاله به معنای رعایت کلیه موازین قانونی در خصوص 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	تیتر Abstract
Times New Roman	۱۱	متن چکیده انگلیسی
Times New Roman	۱۳	کلید واژه انگلیسی

۵. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد :

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

حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود.</li> <li>• یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه‌شده در مقاله باشد.</li> <li>• ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده‌شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود.</li> </ul>	بدنه مقاله	صفحه سوم به بعد
<ul style="list-style-type: none"> <li>• منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند.</li> <li>• کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند.</li> </ul>	فهرست منابع	

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) شیوه‌نامه ارجاع‌دهی

۱. ارجاع‌دهی این نشریه براساس شیوه‌نامه 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 شیوه ذکر نام همان منبع در فهرست منابع عمل می‌شود با این تفاوت که در انتهای منبع باید صفحه / صفحات مربوطه در پاورقی ذکر شود.
۴. برای ارجاع با فاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع داده شده است، به روش آتی عمل می‌شود: نام خانوادگی، نام، منبع پیشین، ص. ...
- نمونه: بهمنی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۸.
۵. برای ارجاع بلافاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع شده است، به روش آتی عمل می‌شود: همان منبع، ص. ....
- نمونه: همان منبع، ص. ۱۰.
۶. برای ارجاع با فاصله به منبع به زبان‌های با ریشه 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 ریشه لاتین که سابقاً بدان ارجاع شده است، از (*Ibid.*) استفاده می‌شود.
- *Ibid.*, p. 7.

### ث) شیوه 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»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، د. ۱۸، ش. ۷۰، ۱۳۹۴، صص. ۵۵-۳۱.
- Posner, Eric A, "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?," *Yale Law Journal*, Vol. 112, 2003, pp. 829-880.

## ۳. پایان نامه و رساله:

- توضیح: نام خانوادگی، نام، «عنوان»، رساله دکترا/ پایان نامه کارشناسی ارشد، نام دانشگاه، نام دانشکده، سال دفاع.
  - نمونه: وصالی محمود، منصور، **داوری در حقوق رقابت**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۹.
- Hearsey, Christopher Michael , The evolution of outer space law: an economic analysis of rule formation, Master dissertation, University of North Dakota, Space Studies department, 2015.

## ۴. منبع برخط:

- توضیح: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان»، نام مجله (در صورت وجود)، قابل دسترسی در: <آدرس سایت قابل دسترسی> (تاریخ آخرین بازدید).
  - Imam, Patrick Amir And Kangni Kpodar, "Inclusive citizenship laws tend to foster economic development", available at: <<https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2019/03/citizenship-and-economic-development-imam>> (last visited 28/09/2022)
- در هر مورد از موارد فوق، هرگاه بیش از یک نویسنده برای اثری وجود داشته باشد، نام و نام خانوادگی نویسنده دوم و نویسندگان بعدی، پس از نام نویسنده اول به شرح زیر نوشته می‌شود:

- امینی، منصور و مجتبی محمدی، «رابطه سببیت بین افشای اطلاعات و انعقاد قرارداد بیمه دریایی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، د. ۲۵، ش. ۹۷، ۱۴۰۱، صص. ۱۴۲-۱۱۹.
- Schaerer, Enrique, Richard Kelley and Monica Nicolescu, "Robots as animals: a framework for liability and responsibility in human-robots interactions", *The 18th IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication*, Toyama, Japan, Sept. 27-Oct. 2, 2009.





## فهرست مطالب

### بیمه مخاطرات سایبری دریایی: مسائل نوظهور و راهکارها

منصور امینی - مریم آفاسی جاوید..... ۱۳

### وابستگی متقابل اقتصادی و گسترش بنیادهای همکاری در نظم حقوقی بین‌المللی: تبیینی از منظر چالش‌ها

فریبرز ارغوانی پیرسلامی - نادر مردانی - علیرضا عباسی..... ۳۷

### وضعیت‌سنجی انحلال قراردادهای هوشمند به سبب فسخ با خيارات قانونی

علی الشریف - محمدمهدی الشریف..... ۶۵

### امکان‌سنجی جریان خیار در تجارت معاطاتی

اسرافیل فرزانه - احمد مرتاضی..... ۹۳

### بازخوانی ساختار حقوق مالکیت اقتصادی بر پایه نظریه عدالت حق‌محور استاینر: از آزادی منفی تا جبران تاریخی

محمدقاسم تنگستانی - مهدی مرادی برلیان..... ۱۲۳

### تحلیل تطبیقی توزیع ریسک و حل اختلاف در قراردادهای EPC و تأثیر آن بر کارایی پروژه‌ها: مطالعه در حقوق ایران، فرانسه، انگلستان و آمریکا

سمیه قاسمی حامد - مجتبی قاسمی - شهرزاد حدادی..... ۱۵۳

### بررسی تطبیقی چالش‌های حقوقی مالکیت اختراعات ابداعی توسط هوش مصنوعی مولد

ابراهیم رهبری - سید مصطفی مشکات..... ۱۹۳

### تنظیم‌گری غیرمتمرکز صرافی‌های رمزارز در نظام‌های حقوقی اتحادیه اروپا، ایالات متحده آمریکا و ایران

سید علیرضا حسینی - سید علیرضا طباطبایی..... ۲۲۵

### فرگشت به حقوق رقابت پیشگیرانه و آینده‌نگر؛ تأملی بر ضوابط مواجهه با رفتارهای مخمل رقابت در پلتفرم‌های دیجیتال

علی بهادری‌چهرمی - محمدصادق فراهانی..... ۲۵۵

### لکس مرکاتوریا: نظام حقوقی بازارمحور

محمد جواد عبداللهی - محمد کریمی - مجیدرضا عرب احمدی..... ۲۹۱



## بیمه مخاطرات سایبری دریایی: مسائل نوظهور و راهکارها

منصور امینی\*  
مریم آقاسی جاوید\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۱۷

### چکیده

گسترش استفاده از فناوری‌های نو در حوزه حمل‌ونقل دریایی و اجتناب‌ناپذیر اتصال بخش‌های مختلف به یکدیگر، مخاطرات سایبری را به یکی از تهدیدهای جدی این حوزه مبدل کرده است. از این رو تحت پوشش بیمه قرار دادن این مخاطرات امری ضروری تلقی می‌گردد. اما از آنجا که ابعاد مختلف این نوع مخاطرات برای بیمه‌گرها چندان مشخص نیست، آنان نسبت به ارائه این نوع پوشش بیمه‌ای مردد بوده‌اند؛ حتی اغلب در بیمه‌نامه‌های معمول دریایی نیز سعی دارند تا با استفاده از شروط خاصی، این دسته از مخاطرات را از گستره شمول این بیمه‌نامه‌ها مستثنا سازند. این وضعیت مبهم، بر حقوق بیمه‌گذارها و تصمیمات آنان نیز اثرگذار است. از همین رو لازم است نسبت به مفهوم مخاطره سایبری دریایی، خسارات ناشی از آنها که معمولاً تحت پوشش قرار می‌گیرند، وضعیت حقوقی بیمه‌های معمول دریایی در خصوص پوشش این قسم از مخاطرات و نیز ابزارهای حقوقی تعیین و مدیریت چنین مخاطراتی شناخت حاصل شود تا بیمه‌گر و بیمه‌گذار با کسب اطلاعات بیشتر در خصوص حقوق و تعهدات خود، با اطمینان بیشتری وارد رابطه قراردادی شوند. از این رو، پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی و تحلیلی، ضمن ارائه شناخت در خصوص مفاهیم مرتبط با مخاطره سایبری دریایی و بررسی گستره پوشش‌های بیمه‌ای معمول دریایی در خصوص مخاطرات سایبری؛ سعی کرده است با ارائه تحلیلی نواز نهادهای حقوقی بیمه دریایی موجود و چگونگی اعمال این نهادها در وادی مخاطرات سایبری دریایی و به‌طور کلی از طریق ایجاد قطعیت حقوقی، زمینه را برای تحت پوشش قرار گرفتن این دسته از مخاطرات فراهم نماید.

### کلیدواژگان:

افزایش ریسک، پوشش بیمه‌ای مسکوت، تعهد به افشا، شرط استثناء، مخاطرات سایبری دریایی.

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

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

m\_aghasijavid@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 استفاده از سامانه‌های پیشرفته ناوبری و پایش دریایی به رکن جدایی‌ناپذیر صنعت حمل‌ونقل دریایی مبدل شده است و سامانه‌های ارتباطی<sup>۱</sup> مانند نمایشگر نمودار الکترونیکی و سامانه اطلاعات<sup>۲</sup>، سامانه‌های شناسایی خودکار<sup>۳</sup> و سامانه موقعیت‌یابی جهانی (جی‌پی‌اس)<sup>۴</sup> اغلب مورد استفاده قرار می‌گیرند. این سامانه‌ها در عین حال که در کشتی تعبیه می‌شوند، به سامانه‌های دیگری متصل‌اند که متعلق به شرکت مالک کشتی‌اند و برای پایش و کنترل کشتی و محموله مورد استفاده قرار می‌گیرند و همچنین بنداری که برای انجام عملیات لجستیکی مجهز به سامانه‌های رایانه‌ای‌اند. به‌علت رابطه متقابل میان سامانه‌ها، اختلال در هریک از آنها می‌تواند منجر به اختلال در دیگر سامانه‌ها شود و در نهایت، خسارات اقتصادی قابل توجهی به بار آورد. بنابراین، استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای در حمل‌ونقل دریایی، موجب ایجاد نوعی از مخاطرات می‌شوند که از آن با عنوان مخاطره سایبری در حوزه حمل‌ونقل دریایی یاد می‌شود. تحمل خسارات ناشی از مخاطرات سایبری دریایی از سوی شرکت‌های حمل‌ونقل، از منظر تحلیل اقتصادی بسیار هزینه‌بر و گاه خارج از توان آنهاست. به همین دلیل، استفاده از نهاد بیمه، گزینه جذابی پیش‌روی این شرکت‌ها محسوب می‌شود. اما، از سوی دیگر، بیمه‌گرها به دلیل ناشناخته بودن مفهوم و گستره مخاطرات سایبری دریایی، در دسترس نبودن اطلاعات کافی در خصوص حدود این نوع مخاطرات و همچنین مخاطرات اخلاقی، تمایلی به ورود به این بازار ندارند. مضاف بر این، به‌علت شکل‌گیری اغلب قواعد و مقررات ناظر بر حقوق و تعهدات بیمه‌گر و بیمه‌گذار بر مبنای مخاطرات دریایی مرسوم، عدم قطعیت حقوقی در جنبه‌های مختلف تحت پوشش قرار دادن مخاطرات سایبری موجب شده است که بیمه‌گرها نتوانند پوشش بیمه‌ای مناسب را برای این مخاطرات ارائه دهند و حتی به دلیل عدم شناخت کافی و عدم پیش‌بینی تمهیدات مناسب قراردادی، گرفتار جبران خساراتی شوند که منشأ آن مخاطرات سایبری است که در پوشش بیمه‌ای مسکوت گذارده شده است.

بنابراین، شناخت ابعاد این نوع مخاطره و نیز ارائه پوشش بیمه‌ای مناسب، به موضوعی اجتناب‌ناپذیر مبدل شده است. از همین رو پژوهش حاضر نیز سعی داشته است تا ضمن ارائه شناخت از مفهوم مخاطره سایبری دریایی، خسارات و بیمه آن، به این سؤالات پاسخ دهد که: ۱. پوشش‌های بیمه‌ای معمول چه

1. Bridge systems  
2. Electronic Chart Display and Information System (ECDIS)  
3. Automatic Identification Systems (AIS)  
4. Global Positioning System (GPS)

رویکردی در خصوص این مخاطره دارند؟ و ۲. چگونه می‌توان با به کار گرفتن ابزارهای حقوقی موجود در بیمه دریایی و حقوق و تعهدات طرفین، چنین مخاطراتی را در پوشش بیمه‌ای قطعیت بخشید؟ در مقاله حاضر با رویکرد مذکور و با استفاده از شیوه توصیفی-تحلیلی، ابتدا مفهوم بیمه مخاطره سایبری دریایی و چالش‌های اصلی تحت پوشش بیمه قرار دادن این مخاطرات بررسی شده، در ادامه، عمده خسارات ناشی از مخاطرات سایبری دریایی برشمرده شده است. همچنین وضعیت پوشش‌های بیمه‌ای معمول دریایی درخصوص تحت پوشش قرار دادن یا مستثنا ساختن این مخاطرات مورد تدقیق قرار گرفته و در نهایت چگونگی استفاده از ابزارهای حقوقی موجود جهت تعیین گستره و مدیریت این نوع مخاطرات تحلیل شده است.

## ۱. شناخت مخاطره سایبری دریایی و بیمه کردن آن

همان‌گونه که اشاره شد، امروزه بازار بیمه دریایی با نوع جدیدی از مخاطرات تحت‌عنوان «مخاطره سایبری» روبه‌رو است. اما پیش از بررسی جوانب مرتبط با این مخاطره نوظهور، ضروری است که حدود و ثغور آن از گذر ارائه تعریفی مشخص گردد. متأسفانه، تعریف چندان مشخصی نه‌تنها از مفهوم مخاطره سایبری دریایی، بلکه از مفهوم مخاطره سایبری ارائه نشده است. مطابق یک تعریف، مخاطره سایبری چنین تعریف شده است: «احتمال صدمه دیدن و تحمل خسارت و ضرر به‌دلیل در معرض یک عامل الکترونیکی بودن که می‌تواند منجر به ایجاد آثار سوء بر کسب‌وکار شود».<sup>۱</sup> مطابق تعریف انجمن بیمه لوید نیز مخاطره سایبری، «هر گونه رخداد ناگهانی است که نتیجه آن وارد ساختن ضرر سایبری بر دارایی‌های مادی یا غیرمادی بوده و ناشی از افعال مبتنی بر سوءنیت (همچون حمله سایبری و نفوذ به سامانه به‌وسیله کد مخرب)<sup>۲</sup> یا غیر آن (همچون از بین بردن داده، افعال اتفاقی یا ترک فعل) باشد».<sup>۳</sup>

تعاریفی که پیش‌تر ارائه شد، تصویر چندان روشنی از مفهوم مخاطره سایبری به‌دست نمی‌دهند؛ چراکه تعریف نخست، به‌جای توجه به خودِ مخاطره، اثر آن (یعنی صدمه و خسارت) را مطرح نظر قرار داده و تعریف دوم نیز اگرچه به نسبت تعریف نخست، تعریف مناسب‌تری است، بدون تشریح مصادیق سایبر، از عبارت «ضرر سایبری» استفاده کرده است. به نظر می‌رسد تعریف مناسب از مخاطره سایبری در عین توجه به اثر آن، باید خودِ مخاطره را محور قرار دهد و درعین حال دربردارنده عبارتی که درصدد

۱. السان، مصطفی، *بیمه فضای مجازی: مفاهیم اساسی و برنامه عملیاتی*، تهران: پژوهشکده بیمه، ۱۳۹۵، ص. ۱۹.

۲. Malicious code

۳. Lloyd's Market Bulletin Y5258 dated 4 July 2019.

تعریف آن هستیم، نباشد. بدین ترتیب مخاطره سایبری را می‌توان به این صورت تعریف نمود: «هرگونه اختلال محتمل، براساس سوءنیت یا غیر آن، در کارکرد متعارف یا از پیش تعیین شده هر آنچه مبتنی بر رایانه، شبکه رایانه‌ای، فناوری اطلاعات و واقعیت مجازی است؛ به طوری که نتیجه این اختلال، ورود خسارت بر دارایی‌های مادی یا غیرمادی باشد».

پس از تعریف مخاطره سایبری لازم است مخاطره سایبری دریایی نیز مورد تعریف قرار گیرد تا گستره موضوع مقاله حاضر، وضوح بیشتری یابد. همانند مخاطره سایبری، تعریف مناسبی از مخاطره سایبری دریایی نیز به چشم نمی‌خورد و تنها تعریف ارائه شده در این خصوص، تعریفی است که توسط سازمان بین‌المللی دریانوردی<sup>۱</sup> ارائه گردیده است. مطابق تعریف مزبور، مخاطره سایبری دریایی عبارت است از: «در معرض تهدید قرار گرفتن دارایی مبتنی بر فناوری، به واسطه اختلال، مفقودی یا به خطر افتادن اطلاعات یا سامانه‌ها که منجر به ناکارآمدی عملیاتی، ایمنی یا امنیتی مرتبط با حمل و نقل دریایی شود».<sup>۲</sup>

اگرچه تعریف مزبور تعریف چندان جامع و مانعی نیست، می‌توان با استفاده از آن، مخاطره سایبری دریایی را به این صورت تعریف کرد: «هرگونه اختلال محتمل، براساس سوءنیت یا غیر آن، در کارکرد متعارف یا از پیش تعیین شده هر آنچه که در حمل و نقل دریایی مبتنی بر رایانه‌ها، شبکه‌های رایانه‌ای، فناوری اطلاعات و واقعیت مجازی است؛ به طوری که نتیجه این اختلال، به ورود خسارت بر دارایی‌های مادی یا غیرمادی مرتبط با حمل و نقل دریایی منجر گردد».

لذا، با امعان نظر به این تعریف، می‌توان «بیمه مخاطرات سایبری دریایی» را نیز «تحت پوشش قرار دادن خسارات ناشی از وقوع یا بروز مخاطره سایبری دریایی بر موضوع بیمه از سوی بیمه‌گر، در ازای پرداخت حق بیمه از سوی بیمه‌گذار» تعریف نمود.

شایان ذکر است که موضوع بیمه در بیمه مخاطره سایبری دریایی، می‌تواند شامل طیفی از موضوعات شود که نه تنها شامل کشتی و محموله آن می‌شود، بلکه شرکت‌های کشتی‌رانی و بنادر را نیز دربرمی‌گیرد.

## ۲. چالش‌های بیمه مخاطرات سایبری دریایی

اگرچه اغلب شرکت‌های فعال در زمینه حمل و نقل دریایی تجاری، به خوبی از آثار بالقوه مخاطره سایبری آگاهی دارند و به تازگی نیز تحت پوشش بیمه‌ای قرارداد این نوع مخاطره از سوی شرکت‌های

1. International Maritime Organization (IMO)

2. Guidelines on Maritime Cyber Risk Management, published by the International Maritime Organization (IMO)

بیمه افزایش یافته است؛ با این حال، بیمه مخاطره سایبری دریایی، پوشش بیمه‌ای نسبتاً جدیدی است که از ابعاد مختلف برای بیمه‌گران و بیمه‌گذاران چالش برانگیز تلقی می‌شود.<sup>۱</sup>

از دیدگاه بیمه‌گران، تحت پوشش بیمه قرارداد این نوع مخاطره از منظر اقتصادی چندان قابل توجیه نیست؛ به طوری که هزینه‌های ناشی از حدوث چنین مخاطره‌ای می‌تواند به میزان قابل توجهی بالا باشد؛ چراکه به علت ارتباط سامانه‌های مورد استفاده در حمل و نقل دریایی، ایجاد اختلال و نقض ساختار امنیتی یک سامانه، می‌تواند منجر به اختلال دیگر سامانه‌ها شود و زنجیره اختلالات باعث گردد تا بیمه‌گر در پی هر اختلالی، متعهد به جبران خسارت باشد.<sup>۲</sup> بنابراین، به طور مثال، چنانچه موضوع بیمه مخاطره سایبری دریایی محموله یک کشتی باشد که به سامانه‌های ناوبری دریایی متصل بوده و با شرکت کشتی‌رانی و بنادر مرتبط است، ممکن است هرگونه اختلال در سامانه شرکت یا بنادر، موجب اختلال در سامانه‌های کشتی و در نتیجه آسیب به محموله شود. بنابراین، بیمه‌گر به طور بالقوه در معرض جبران خساراتی است که سبب حدوث آن در حدود پیش‌بینی وی نبوده است.

همچنین احتمال حدوث اختلال سایبری در هر نقطه‌ای از شبکه، تعیین میزان خطر در محدوده جغرافیایی را برای بیمه‌گران دشوار می‌کند و بیمه‌گران نمی‌توانند با استفاده از شروط تضمین (وارانتی)<sup>۳</sup> محدوده جغرافیایی یا شروط استثنا، مخاطره را مدیریت و مسئولیت خود را تحدید نمایند.<sup>۴</sup> مضافاً، به دلیل قلت داده‌های آماری مرتبط با مخاطرات سایبری دریایی، بیمه‌گرها در ورود به این بازار دچار تردید ناشی از عدم کفایت اطلاعات آماری‌اند. تمامی موارد مذکور موجب می‌شوند بیمه‌گرها به واسطه مشخص نبودن گستره تعهدات بیمه‌ای خود، برای ورود به این بازار نوظهور چندان راغب نباشند.<sup>۵</sup>

از منظر بیمه‌گذاران نیز مشخص نبودن گستره خسارات تحت پوشش این نوع پوشش بیمه‌ای امکان شانه خالی کردن بیمه‌گرها از تعهدات خود را افزایش می‌دهد و بدین ترتیب بیمه‌گذار برخلاف آنچه مطلوب بوده است، در مقابل پرداخت حق بیمه، معوض دریافت نمی‌کند. به عنوان نمونه، مخاطراتی که در زمان جنگ، تهاجم و شورش رخ می‌دهند، به موجب بسیاری از بیمه‌نامه‌ها مستثنا می‌شوند؛ از همین رو

1. Marano, Pierpaolo, and Kyriaki Noussia, **InsurTech: A Legal and Regulatory View**, Vol. 1. Switzerland: Springer. 2019. p. 170.

2. Sözer, Bülent, **Unmanned Ships and the Law**, United Kingdom: Routledge, 2023, p.144.

3. Warranty

4. *Ibid.* p. 147.

5. Armstrong, Dean., Shyam Thakerar, and Thomas Steward, **Cyber Risks and Insurance: The Legal Principles**, United Kingdom: Bloomsbury Professional. 2021. p.183.

ممکن است بیمه‌گر با استناد به این شرط استثنا، از جبران خسارات تبعی ناشی از جنگ سایبری بین دو دولت متخاصم در حوزه حمل‌ونقل دریایی، شانه خالی کند.<sup>۱</sup>

مضاف بر این، با توجه به در حال توسعه بودن پوشش بیمه‌ای مخاطره سایبری، محتمل است بیمه‌گذار برای خطری که قبلاً توسط یک بیمه‌نامه جداگانه تحت پوشش بیمه‌ای قرار گرفته است، مجدداً پوشش بیمه‌ای سایبری خریداری کند و این امر موجب حدوث موضوع بیمه مضاعف گردد. برای مثال، ممکن است نرم‌افزاری که برای کنترل دمای کانتینرهای حاوی محموله سریع‌الفساد مورد استفاده قرار می‌گیرد، توسط یک کد مخرب مختل شود. سپس اختلال نرم‌افزار باعث فاسد شدن محموله شود. در چنین فرضی، بسیار محتمل است که بیمه‌گر بیمه محموله به موجب بیمه نامه مزبور، خسارت وارده را جبران کند و در عین حال، بیمه‌گر دیگری نیز مستند به بیمه‌نامه مخاطره سایبری دریایی، خسارت مزبور را مجدداً جبران نماید. بنابراین بیمه مضاعف در چنین مواردی که دو یا چند بیمه‌نامه خسارت واحدی را تحت پوشش قرار دهند، قابل حدوث است. وضعیت ناشی از بیمه مضاعف نه تنها از منظر بیمه‌گرها رخدادی نامطلوب قلمداد می‌شود، بلکه به دلیل مشخص نبودن ضمانت اجرای بیمه مضاعف ناشی از حسن نیت در برخی نظام‌های حقوقی و تسری این عدم قطعیت به منافع بیمه‌گذار، نزد بیمه‌گذاران نیز پدیده مخاطره‌آمیزی محسوب می‌شود.<sup>۲</sup> در چنین فرضی، حتی اگر بیمه‌گذار را مخیر در رجوع به هریک از بیمه‌گرها برای مطالبه جبران خسارت وارده بدانیم، باز هم ممکن است به واسطه اطلاع بیمه‌گرها از حدوث وضعیت بیمه مضاعف، با تأخیر در جبران خسارت خود مواجه شود و بدین ترتیب اعطای چنین اختیاری از منظر اقتصادی، آورده چندانی برای او به همراه نداشته باشد. به علاوه، چنانچه شرط استثنای صریحی در بیمه‌نامه در خصوص بیمه مضاعف گنجانده شده باشد، ممکن است بیمه‌گذار به طور کلی موفق به مطالبه خسارت خود نشود و بدون پوشش بیمه‌ای بماند.<sup>۳</sup>

علاوه بر فقدان مقررات قانونی خاص در این حوزه، عامل چالش‌برانگیز دیگری که بر تصمیم بیمه‌گرها و بیمه‌گذاران در ورود به ترتیبات بیمه‌ای مخاطرات سایبری اثر سوء دارد، نبود رویه مقتضی در خصوص موضوع است. توضیح آنکه به علت نوظهور بودن پوشش‌های بیمه‌ای خطر سایبری، رویه چندانی در مورد کارکرد و آثار این چنین پوشش‌هایی و اصطلاحات فنی مرتبط با آنها وجود ندارد و نیازمند

1. *Ibid*, p.162.

۲. بابایی، ایرج، **حقوق بیمه**، چ ۱۴، تهران: سمت، ۱۳۹۶، صص. ۱۴۸-۱۴۹.

3. *The Australian Agricultural Company v Saunders* (1874-75) LR 10 CP 668. Available at: <https://vlex.co.uk/vid/the-australian-agricultural-company-803513305> (last visited on 16/05/2022).

تصمیم‌گیری و تفسیر مرجع رسیدگی‌کننده در هر پرونده است. همین امر موجب تردید در وضع حقوقی طرفین می‌شود.<sup>۱</sup> به‌عنوان مثال، هیچ تعریف و تفسیر مشخصی درخصوص مفاهیم «ناتوانی مکانیکی / الکترونیکی»<sup>۲</sup> یا «کد مخرب» که در بسیاری پرونده‌ها ملاحظه می‌گردند، وجود ندارد. بنابراین آنچه بیان شد، ارائه‌دهندگان و متقاضیان دریافت پوشش بیمه‌ای معمولاً درخصوص تحت پوشش بیمه‌ای قرار گرفتن مخاطره سایبری دریایی با چالش‌هایی مواجه‌اند که این امر به‌طور می‌تواند آنها را از مشارکت کامل در بازار بیمه سایبری منصرف کند. به‌منظور کاهش گستره این چالش‌ها لازم است تا حد امکان با استفاده از نهادهای حقوقی از دامنه تردیدها کاسته شود. به‌عنوان مثال، می‌توان با بازتعریف نهادهای دیرین حقوق بیمه، همچون «افشا» و «معرفی دقیق اطلاعات راجع به موضوع بیمه»، شرط «تضمین قابلیت دریانوردی»، استفاده صحیح‌تر از «شروط استثنا» و نیز نهاد «افزایش ریسک»، تا حد بسیاری از گستره اطلاعات نامتقارن کاست و در نتیجه، محدوده حقوق و تعهدات بیمه‌گر و بیمه‌گذار را مشخص نمود.

### ۳. خسارات تحت پوشش بیمه مخاطرات سایبری دریایی

هیچ پوشش بیمه‌ای استاندارد درخصوص خسارات تحت پوشش ناشی از مخاطره سایبری دریایی وجود ندارد. پوشش‌های بیمه‌ای که در این خصوص ارائه می‌شوند قصد دارند خلأهایی را که در بیمه‌نامه‌های معمول در ارتباط با خطرات سایبری وجود دارند، پر کنند تا بیمه‌گذاران بتوانند با در نظر گرفتن شرایط و نیازهای خاص خود، بیمه‌نامه سایبری لازم را تحصیل دارند. پوشش بیمه‌ای سایبری دریایی بسته به موضوع بیمه، معمولاً خسارات ذیل را تحت پوشش قرار می‌دهند:

#### ۳.۱. سرقت محموله

سارقان قادرند با دستیابی به شبکه کشتی یا راهبران آن، اظهارنامه بار کشتی را تغییر دهند و با هک کردن سامانه‌های اداره‌کننده امور مربوط به محموله‌ها،<sup>۳</sup> موجب شوند محموله کشتی، به‌جای تسلّم به گیرنده به‌حق آن به سارقان تحویل داده شود. مثال‌های متعددی در این خصوص وجود دارند، اما شاید

1. De Maurier (Jewels) Ltd v. Bastion Insurance Co Ltd [1967] 2 Lloyd's Rep 550. Donaldson, J, disregarding the technical meaning of the words, held that a car "owned by the insured" included cars held on hire-purchase by the company, as a reasonable assured not fully aware of the niceties of law would describe them as "the company cars". Available at: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=146105> (last visited on: 23/05/2022).

2. Mechanical/electronic failure

3. Cargo Handling Systems

بارزترین آن پرونده ایم‌اس‌سی مدیترنین شیپینگ کو اس‌ای علیه گلن کور اینترنشنال آجی (گلن کور)<sup>۱</sup> باشد. در این پرونده، شرکت کشتی‌رانی مدیترانه (ایم‌اس‌سی) به‌عنوان حمل‌کننده، سه کانتینر بار را تحت یک بارنامه از بندر فرمنتل<sup>۲</sup> به بندر آنتورپ<sup>۳</sup> حمل می‌کرد. طبق بارنامه، شرکت گلن کور به‌عنوان فرستنده، و سی‌اِشتاینوگ این‌وی (اِشتاینوگ)<sup>۴</sup> نماینده گلن کور، به‌عنوان «مطلع»<sup>۵</sup> تعیین شده بودند. چند روز پیش از رسیدن کشتی به بندر تخلیه، با تسلیم یکی از بارنامه‌ها توسط اِشتاینوگ به حمل‌کننده، وی از طریق رایانامه، ترخیص‌نامه و کدهای پین<sup>۶</sup> سامانه الکترونیکی ترخیص محموله را به اِشتاینوگ، ارسال نمود. پس از اینکه کشتی به بندر آنتورپ رسید و کانتینرها تخلیه و در ترمینال حمل‌کننده انبار شدند، اِشتاینوگ درصدد ترخیص و تحویل گرفتن محموله برآمد؛ اما مشخص شد محموله این دو کانتینر پیش‌تر توسط گیرندگان ناشناس و غیرمجاز ترخیص شده است. در این پرونده، کاشف به عمل آمد که گیرندگان غیرمجاز به کدهای پین ارسال شده به اِشتاینوگ دست یافته و محموله را قبل از اینکه مالک قانونی آن این کار را انجام دهد، تحویل گرفته بودند.

از همین رو، در اغلب پوشش‌های بیمه‌ای مخاطره سایبری دریایی، خسارات وارده از قبل سرقت موضوع بیمه با استفاده از اختلالات سایبری، در زمره مخاطرات تحت پوشش ذکر می‌شوند.

### ۳.۲. خسارات ناشی از وقفه یا تأخیر در عملیات و فعالیت

امروزه اتکای شرکت‌های حمل‌ونقل به رایانه‌ها و ذخیره‌سازی دیجیتالی داده‌ها، امری انکارناپذیر است و بدون استفاده از فناوری اطلاعات، مراودات و مبادلات تقریباً غیرممکن خواهد بود. این شرکت‌ها در صورت حدوث حمله سایبری، معمولاً به‌عنوان یک اقدام احتیاطی، ابتدا سامانه‌های مربوطه را خاموش می‌کنند که این امر موجب تعلیق فعالیت‌های شرکت‌ها و حتی تأخیر در تسلیم محموله‌هایی که توسط کشتی‌های متصل به این سامانه‌اند، می‌شود و در نهایت ممکن است به زیان مالی قابل توجهی بینجامد. از همین رو، پوشش بیمه مخاطره سایبری دریایی، اغلب این قسم از خسارات را تحت پوشش قرار

1. MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Glencore International AG [2015] EWHC 1989 (Comm); aff'd [2017] EWCA Civ 365. Available at: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=377477> (last visited on: 27/05/2022).

2. Fremantle

3. Antwerp

4. C Steinweg NV (Steinweg)

5. Notify Party

6. Pin Codes

می‌دهد.<sup>۱</sup> شایان ذکر است که اگرچه شرایط و ضوابط ثابت و یکنواخت در همه پوشش‌های بیمه‌ای برای پوشش این نوع خسارات ناشی از مخاطره سایبری وجود ندارد، به‌طور کلی برای تحت پوشش گرفتن این خسارات، لازم است شقی از اختلال در عملکرد شبکه رخ دهد. این اختلال می‌تواند ناشی از این عوامل باشد:

۱. استفاده یا دسترسی غیرمجاز به شبکه،
۲. ممانعت از ارائه خدمات یا محرومیت از دسترسی،
۳. دریافت یا انتقال کدهای مخرب از جمله ویروس‌ها،
۴. آسیب، از دست رفتن یا سرقت داده‌ها، از جمله داده‌های محرمانه. همچنین، لازم است اختلالات مذکور موجب ایجاد وقفه در عملیات تجاری یا تسلیم محموله شوند.<sup>۲</sup>

اغلب، بیمه‌نامه‌های سایبری تمام زیان‌هایی که مستقیماً از چنین رویدادهایی ناشی شوند را تا پایان یک دوره ثابت، معمولاً بین ۶۰ تا ۱۲۰ روز، تحت پوشش قرار می‌دهند که از این دوره با عنوان «حداکثر دوره غرامت»<sup>۳</sup> یاد می‌شود.<sup>۴</sup> همچنین، به‌طور معمول، خسارات ناشی از وقفه یا توقف، به‌عنوان «از بین رفتن سود ناخالص» یا «سود خالص به اضافه هزینه‌های ثابت مداوم»<sup>۵</sup> ذیل خسارت ناشی از «عدم‌النفع»<sup>۶</sup> محاسبه و پرداخت می‌شوند.<sup>۷</sup>

### ۳.۳. خسارت ناشی از اخاذی سایبری

تعاریف متعددی درخصوص اخاذی سایبری ارائه شده است، لکن به‌طور کلی می‌توان آن را «دسترسی عمدی به سامانه حفاظت‌شده از طریق ارتباطات داخلی یا خارجی و تهدید برای صدمه زدن به تمام یا بخشی از سامانه، به‌منظور تحصیل اهداف مالی یا غیرمالی تعریف نمود».<sup>۸</sup> یکی از ابزارهای ایجاد مخاطره سایبری در حوزه حمل‌ونقل دریایی، استفاده از باج‌افزارها<sup>۹</sup> برای اخاذی است. باج‌افزار با استفاده از نوعی بدافزار<sup>۱۰</sup> از یک سامانه رمزگذاری برای قفل کردن داده‌ها در رایانه‌های آلوده استفاده می‌کند و بدین ترتیب، باعث قفل نمودن یا از دسترس خارج کردن کنترل تمام یا برخی از سامانه‌های مرتبط با

1. Tettenborn, Andrew and Barış Soyer, **Ship Operations: New Risks, Liabilities and Technologies in the Maritime Sector**, United Kingdom: Routledge, 2020, p. 120.

2. *Ibid.*

3. Maximum Indemnity Period

۴. السان، مصطفی، منبع پیشین، ص ۲۷.

5. Net profit plus Continuing fixed costs

6. Loss of Profit

7. Marano, Pierpaolo, Ioannis Rokas, and Peter Kochenburger. *Dematerialized Insurance: Distance Selling and Cyber Risks from an International Perspective*. Switzerland: Springer International Publishing. 2016. p 197.

۸. حسینی، سیده آمنه، محمدرضا زندی و عباس تدین، «بررسی جرم قلدری مجازی در حقوق کیفری ایران و آمریکا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۳. ۱۴۰۲. ص ۹۳.

9. Ransomwares

10. Malware

کشتی می‌شود.<sup>۱</sup> فرمانده و کارکنان کشتی تنها در برابر پرداخت مبلغی تحت‌عنوان وجه اخاذی، می‌توانند کنترل دوباره کشتی را به دست آورد. بنابراین، در برخی از بیمه‌نامه‌ها، هزینه‌هایی که بیمه‌گذار برای جلوگیری از عملی ساختن تهدید اختلال سایبری از سوی اخلاالگران با سوءنیت پرداخت می‌کند نیز تحت پوشش قرار داده شده است. بدین ترتیب، حتی در صورتی که تهدید هیچ‌گاه صورت بالفعل به خود نگیرد، بازهم هزینه پرداختی توسط بیمه‌گذار از سوی بیمه‌گر، قابل جبران خواهد بود.<sup>۲</sup>

#### ۳.۴. هزینه‌های مدیریت بحران

پس از حدوث اختلالات سایبری، بیمه‌گذار موظف است در راستای عمل به تعهد مستمر خود مبنی بر رعایت حسن‌نیت، پس از حدوث خسارت، اقدامات متعارف و متناسبی برای جلوگیری از گسترش دامنه خسارات<sup>۳</sup> اتخاذ نماید.<sup>۴</sup> این اقدامات چنانچه مستلزم صرف هزینه باشند، از سوی بیمه‌گرها به‌عنوان خسارات ناشی از حملات سایبری قلمداد می‌شوند و حتی در فرض عدم تصریح به آنها، تحت پوشش بیمه‌ای قرار می‌گیرند.<sup>۵</sup> از همین رو بیمه مخاطره سایبری دریایی معمولاً آن دسته از خسارات بیمه‌گذار را که ناشی از هزینه‌های اطلاع‌رسانی، هزینه‌های روابط عمومی و به‌طور کلی تمام هزینه‌های مصروفه به‌منظور جلوگیری از گسترش دامنه خسارت باشند، تحت پوشش قرار می‌دهد.

#### ۴. مخاطره سایبری و بیمه‌نامه‌های دریایی معمول

بیمه‌نامه‌های دریایی معمول، اغلب درخصوص قابل جبران بودن خسارات ناشی از مخاطره سایبری دریایی ساکت‌اند یا در برخی موارد با گنجانیدن شرطی، خسارات ناشی از این مخاطره را مستثنا ساخته‌اند. لذا، بررسی رویکرد پوشش‌های بیمه‌ای مرسوم دریایی درخصوص این نوع مخاطره و شرط استثنای خسارات ناشی از مخاطره سایبری دریایی برای تعیین حقوق و تعهدات طرفین این نوع پوشش بیمه‌ای بسیار حائز اهمیت است.

1. Reetz, Margaret A., Lauren B. Prunty, Gregory S. Mantych, and David J. Hommel, "Cyber Risks: Evolving Threats, Emerging Coverages, and Ensuing Case Law", *Penn State Law Review*. Vol. 122. Issue 3. 2018. p.736.  
2. Davit, Dadiani, *Cyber-security and marine insurance*, PhD diss. World Maritime University. 2019. p.15.  
3. Mitigation  
4. Dunt, John, *Marine Cargo Insurance*, United Kingdom: Routledge. 2015. p. 347.  
5. Tettenborn, Andrew and Barış Soyer, *Op. cit*, p.111.

#### ۴.۱. مخاطره سایبری دریایی مسکوت

چنانچه یک بیمه‌نامه معمول دریایی همچون «بیمه بدنه و ماشین‌آلات»<sup>۱</sup>، به صراحت خسارات مربوط به مخاطره سایبری را تحت پوشش قرار ندهد یا چنین خساراتی را مستثنا نسازد، چنین فرض می‌شود که بیمه‌نامه مزبور جبران خسارات ناشی از چنین مخاطراتی را نیز دربر می‌گیرد. به این شیوه از پوشش بیمه‌ای مخاطرات سایبری با عنوان پوشش بیمه‌ای مخاطرات سایبری «مسکوت» یا «غیرمصرح»<sup>۲</sup> یاد می‌شود.<sup>۳</sup> در این صورت، به‌عنوان مثال در نظام حقوقی انگلستان، چنانچه مخاطره سایبری، سبب نزدیک و بی‌واسطه خسارت<sup>۴</sup> قلمداد شود، خسارات ناشی از آن را می‌توان تحت پوشش بیمه‌ای محسوب کرد و قابل جبران دانست.<sup>۵</sup> برای مثال، مفروض است محموله کانتینری حاوی تلفن‌های همراه که تحت پوشش بیمه‌ای «بند الف شروط محموله مؤسسه‌ای (آی‌سی‌سی) سال ۲۰۰۹»<sup>۶</sup> قرار گرفته، از چین به بریتانیا در حال حمل است. در همین حین، هکرها در یکی از بنادری که برای انتقال محموله از کشتی به کشتی دیگر معین شده<sup>۷</sup> و دارای دستگاه ردیابی کانتینر رایانه‌ای است، از طریق نصب دستگاه‌های ضبط رمز عبور،<sup>۸</sup> محموله را شناسایی، و با نفوذ در سامانه فناوری اطلاعات ترمینال کانتینری و نصب کدهای ارسال جدید،<sup>۹</sup> آن را به مقصد دلخواه خود هدایت نمایند. در این صورت، ادعای بیمه‌گذار برای دریافت خسارت ناشی از چنین انحراف مسیری، احتمالاً موفقیت‌آمیز خواهد بود، زیرا مخاطره سایبری سبب نزدیک و بی‌واسطه خسارت محسوب می‌شود.

البته باید به این موضوع توجه داشت که چنانچه در یک بیمه‌نامه معمول، که نسبت به پوشش مخاطره سایبری مسکوت است، خطر سایبری باعث اعمال یکی از شروط استثنای مندرج در بیمه‌نامه شود، خسارت ناشی از آن مخاطره، قابل پرداخت نخواهد بود.

برای مثال، تصور کنید در چارچوب بیمه‌نامه بدنه و ماشین‌آلاتی که پوشش بیمه‌ای در برابر خطرات دریایی ارائه می‌کند (مانند شروط بدنه مؤسسه‌ای تایم سال ۱۹۹۵)،<sup>۱۰</sup> کشتی بیمه‌شده به علت وجود نقص

1. Marine Hull & Machinery Insurance
2. Silent Cyber Risk
3. McKenzie, Alicia. **Cyber Risks, Potential Liabilities and Insurance Responses in the Marine Sector**, Ph.D. Dissertation: Swansea University. 2022. p.84.
4. The Proximate Cause
5. Gürses, Özlem, **Marine Insurance Law**, United Kingdom: Routledge. 2023. p.205.
6. Institute Cargo Clauses (ICC) 2009 (A)
7. Transshipment
8. Password Capture Devices
9. New dispatch codes
10. Institute Time Clauses Hulls (ITCH) (1995)

در «نمودار الکترونیکی و سامانه اطلاعات»، قادر به شناسایی سایر کشتی‌ها نباشد و با کشتی دیگری که مطابق با قوانین و مقررات در لنگرگاه قرار داشته، تصادم کند، سپس، معلوم شود که علت چنین نقصی، کد یا نرم‌افزار مخربی بوده است که از روی سوءنیت، توسط رقیب تجاری شرکت مالک کشتی روی سامانه رایانه‌ای کشتی بارگذاری شده است، در این مثال، باتوجه به اینکه بند ۲۶ شروط بدنه مؤسسه‌ای تایم تصریح می‌کند که این بیمه‌نامه، «فقدان، خسارت، مسئولیت یا هزینه‌هایی را که بر اثر اعمال از روی سوءنیت<sup>۱</sup> اشخاص یا با انگیزه سیاسی صورت گرفته است» تحت پوشش بیمه‌ای قرار نمی‌دهد، اگرچه مخاطره سایبری سبب نزدیک و بی‌واسطه خسارت بوده، از آنجا که این مخاطره از پوشش بیمه‌ای مستثنا می‌گردد، خسارت ناشی از آن نیز قابل جبران نخواهد بود.

#### ۴.۲. استثنای مخاطرات سایبری دریایی

بیشتر بیمه‌نامه‌های مرسوم دریایی به‌صراحت، خسارات ناشی از مخاطرات سایبری را از شمول مخاطرات تحت پوشش مستثنا می‌نمایند. بنابراین اگر خسارت به‌واسطه مخاطره سایبری مندرج در شرط ایجاد شود، بیمه‌گر مسئولیتی نخواهد داشت. در این خصوص رابطه سببیت نقش بسیار حیاتی ایفا می‌کند؛ یعنی بیمه‌گر تنها زمانی مسئولیتی ندارد که ریسک سایبری، سبب نزدیک و بی‌واسطه حدوث خسارت باشد.<sup>۲</sup>

در بازار بیمه لندن، نمونه‌های متعددی از شروط استثنا مخاطرات سایبری وجود دارند. از جمله آنها می‌توان به شرط مربوط به «مستثنا ساختن حملات سایبری مؤسسه» معروف به (سی‌ال ۳۸۰) سال ۲۰۰۳ و شروط مستثنا ساختن فقدان ناشی از مخاطرات سایبری انجمن بین‌المللی بیمه‌گران لندن (۲۰۱۹)<sup>۴</sup> اشاره نمود. از آنجایی که شرط استثنای سی‌ال ۳۸۰ مهم‌ترین شرط استثنا مرتبط با مخاطرات سایبری در زمینه حمل‌ونقل دریایی است، لذا به بررسی آن می‌پردازیم.

به‌موجب (سی‌ال ۳۸۰):

«این بیمه به‌هیچ‌وجه فقدان، خسارت، مسئولیت یا هزینه‌ای را که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم به‌واسطه استفاده یا راهبری رایانه، سامانه رایانه‌ای، نرم‌افزار رایانه‌ای، کد مخرب، ویروس یا پردازش یا

1. Malicious  
2. Soyer, Barış. *Warranties in Marine insurance*, London: Routledge-Cavendish. 2016. pp. 46-47.  
3. The Institute Cyber Attack Exclusion Clause – Cl. 380.  
4. IUA Cyber Loss Exclusion Clauses (IUA 09-081 / IUA 09-082) (2019).

هر سامانه الکترونیکی دیگری، به‌عنوان ابزاری جهت وارد کردن آسیب، حادث شود، تحت پوشش قرار نمی‌دهد»<sup>۱</sup>.

اگرچه این شرط تاکنون محل اختلاف حقوقی نبوده و بدین سبب تحت تفسیر قضایی قرار نگرفته است، با به‌کارگیری اصول عام تفسیر، به‌راحتی می‌توان به این نتیجه رسید که گستره این شرط استثنا بسیار عام است؛ چراکه اسباب ایجاد رابطه سببیت<sup>۲</sup> که با استفاده از عبارت «به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم به‌واسطه استفاده یا راهبری» تعیین شده‌اند، این قابلیت را دارند که دامنه این شرط را به میزان قابل‌توجهی گسترش دهند.<sup>۳</sup> در واقع، به‌موجب این شرط، احراز هرگونه رابطه سببیت بین خسارت و استفاده از رایانه یا عملیات رایانه‌ای، سامانه رایانه‌ای، نرم‌افزار رایانه‌ای، کد مخرب، ویروس یا پردازش یا هر سامانه الکترونیکی دیگری، برای استثنا ساختن مسئولیت بیمه‌گر کافی است؛ حتی اگر این ارتباط در سیر عادی امور چندان منطقی به نظر نرسد و منجر به نتایج غیرمعقول گردد.<sup>۴</sup>

با طرح مثالی می‌توان بهتر به اثر سوء چنین شرط بی‌حدومرزی پی‌برد. اگرچه، معمولاً مخاطرات دریایی ازجمله زمین‌گیر شدن کشتی، در اکثر بیمه‌نامه‌های بدنه و ماشین‌آلات تحت پوشش قرار می‌گیرند، در فرضی که یک هکر غیرحرفه‌ای بدافزاری را به‌طور تصادفی و بدون قصد وارد ساختن خسارت به کشتی یا محموله موضوع بیمه، ایجاد و منتشر نماید و این بدافزار در نتیجه انتشار و گردش، به‌طور اتفاقی منجر به اختلال «نمودار الکترونیکی و سامانه اطلاعات» کشتی موضوع بیمه و در نهایت زمین‌گیری آن شود، بیمه‌گر می‌تواند با استناد به شرط مزبور، خود را از مسئولیت برهاند. بنابراین، اگر این تحلیل درست باشد، دامنه سی‌ال ۳۸۰ به‌قدری گسترده می‌شود که گنجاندن آن در بیمه‌نامه، حتی می‌تواند کاربرد بیمه‌نامه‌های دریایی مرسوم را نیز متأثر سازد یا استفاده از آنها را بی‌فایده نماید.

آثار سوء شرط سی‌ال ۳۸۰ باعث شده است تا شرط جدیدی با عنوان «بیمه بدنه سی‌ال ۳۸۰ اصلاح‌شده»<sup>۵</sup> ارائه شود. به‌موجب این شرط اصلاحی:

1. International Underwriting Association, "Institute Cyber Attack Exclusion Clause" (IUA, 10 November 2003). Available at: [www.iaa.co.uk/IUA\\_Member/Clauses/IUA\\_Member/Clauses/eLibrary/Clauses.aspx?hkey=6f7dd1a36ab34b10-94c2-5a8c644b1c32](http://www.iaa.co.uk/IUA_Member/Clauses/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses.aspx?hkey=6f7dd1a36ab34b10-94c2-5a8c644b1c32) (last visited on: 09/05/2022).

2. Causation Triggers

3. *Coxe v. Employers' Liability Assurance Corp Ltd*, [1916] 2 KB 629. Available at: <https://casetext.com/case/cox-v-emp-liability-assur-corp-et-al> (last visited on: 24/07/2022).

4. *Tektrol Ltd v International Insurance Co of Hanover Ltd* [2005] EWCA Civ 845; [2006] 1 All ER 780 (Comm Ct). Available at: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=153089> (last visited on: 28/07/2022).

5. CL380 Hull amended 2019.

«در صورتی که این شرط به بیمه‌نامه‌هایی که مخاطرات دریایی را تحت پوشش قرار می‌دهند، الحاق شود، بند ۱،۱ موجب مستثنا شدن فقدان یا خسارت یا هزینه‌های ناشی از: ... مخاطرات دریا، ...، آتش‌سوزی یا انفجار، ...، غفلت فرمانده، افسر، خدمه و نیز جبران خسارت ناشی از تصادم نخواهد شد.» بنابراین، پس از الحاق این شرط به قرارداد، مخاطرات معمول دریا، حتی در فرض مداخله رایانه و سامانه‌های رایانه‌ای در بروز آنها، تحت پوشش بیمه‌ای قرار می‌گیرند.<sup>۱</sup>

## ۵. ابزارهای تعیین و مدیریت ریسک در بیمه مخاطرات سایبری دریایی

اغلب بیمه‌گرها به دلیل ماهیت مخاطره سایبری و دغدغه‌های ناشی از آن، سعی می‌کنند با درج یک شرط استثنا، خسارات ناشی از این مخاطره را مستثنا سازند. اما چنین رویکردی با توجه به گسترش استفاده از ابزارهای مبتنی بر فناوری اطلاعات و تقاضا برای تحت پوشش قرار دادن این خسارات، چندان مطلوب نیست. بنابراین، بیمه‌گرها می‌توانند با استفاده متناسب از ابزارهای تعیین و مدیریت گستره ریسک، پوشش بیمه‌ای مناسبی برای این نوع از مخاطره ارائه دارند. از همین رو در ادامه، «تعهد به افشا و معرفی اطلاعات»<sup>۲</sup> و نیز شرط تضمین و تعهد به اعلام افزایش ریسک به‌عنوان مهم‌ترین این ابزارها، مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### ۵.۱. تعهد به افشا و معرفی

به دلیل ماهیت معوض قرارداد بیمه و نیز بنیان آن بر حسن‌نیت کامل، برای این‌که بیمه‌گر بتواند ارزیابی درستی نسبت به میزان تعهد خود و عوض آن داشته باشد، لازم است تا بیمه‌گذار طیفی از اطلاعات مرتبط با موضوع بیمه را در اختیار او قرار دهد.

ذیل ماده ۳ قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلستان، بیمه‌گر موظف است به‌طور منصفانه، ریسک موضوع بیمه را نزد بیمه‌گر معرفی نماید. فی‌الواقع به‌موجب این تعهد، بیمه‌گر باید تمام اطلاعات مرتبط با ریسک را که «نسبت به آن آگاه بوده یا آگاه فرض می‌شود» افشا دارد. شق دیگری از این تعهد را می‌توان در قوانین بیمه سایر کشورها از جمله قانون بیمه ۱۳۱۶ ایران نیز یافت.<sup>۳</sup>

1. Mukherjee, Proshanto K., Maximo Q. Mejia, Jr., and Jingjing Xu., **Maritime Law in Motion. Part: Soyer, Barış. Cyber Risks Insurance in the Maritime Sector: Growing Pains and Legal Problems**, Switzerland: Springer. 2020. p. 640.

2. Duty of Disclosure

۳. مواد ۱۲ و ۱۳ قانون بیمه ایران.

اطلاعات سایبری‌ای که بیمه‌گذار در حمل‌ونقل دریایی، متعهد به افشای آن در زمان انعقاد قرارداد به بیمه‌گر است، شامل این موارد است: اطلاعاتی که به آنها عالم بوده یا موظف به آگاهی از آنها فرض می‌شود و همچنین اطلاعاتی که با انجام جست‌وجوی متعارف می‌توان به آنها پی برد. بنابراین، بیمه‌گذار باید در راستای عمل به تعهد خود در این خصوص، هر گونه عدم کفایت ظاهری و اساسی موجود در تجهیزات و ترتیبات امنیت سایبری و نیز نقض موارد مقرر در دستورالعمل صادره توسط سازمان بین‌المللی دریانوردی در خصوص مدیریت مخاطرات سایبری دریانوردی<sup>۱</sup> و کد مدیریت امنیت بین‌المللی<sup>۲</sup> را که باید آگاه به آنها باشد، معرفی نماید.

چنانچه بیمه‌گذار تعهد خود را در این خصوص نقض نماید، بسته به قانون حاکم بر قرارداد بیمه، ضمانت‌های مجزای مختلفی برای آن تعیین شده است. به‌عنوان مثال، به‌موجب قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلستان، در فرض نقض این تعهد، بیمه‌گر بسته به عامدانه یا از روی غفلت بودن نقض تعهد از سوی بیمه‌گذار، از ضمانت اجرای متناسب برخوردار است.<sup>۳</sup> چنانچه نقض، عامدانه یا از روی غفلت باشد، بیمه‌گر محق به ابطال قرارداد با اثر به گذشته است و ممکن است محق به مطالبه حق بیمه نیز باشد. اما چنانچه نقض نه عامدانه و نه از روی غفلت باشد، ضمانت اجرای موجود برای بیمه‌گر بسته به میزان غرور او در ورود به رابطه قراردادی متفاوت خواهد بود.<sup>۴</sup>

در نظام حقوق بیمه ایران نیز بسته به عمدی یا غیرعمدی بودن عدم افشا و اظهار نکردن اطلاعاتی که باید نزد بیمه‌گر افشا می‌شدند، حسب مورد موجب بطلان قرارداد بیمه (در فرض عمدی بودن آن و تغییر موضوع خطر یا کاستن از اهمیت آن نزد بیمه‌گر)، دریافت اضافه حق بیمه یا فسخ قرارداد (در فرض غیرعمدی بودن عدم اظهار اطلاعات و معلوم شدن این موضوع قبل از حدوث حادثه) و تقلیل خسارت به نسبت وجه بیمه پرداختی (در فرض غیرعمدی بودن عدم اظهار اطلاعات و معلوم شدن این موضوع بعد از حدوث حادثه) می‌گردد.<sup>۵</sup>

1. IMO Guidelines - MSC-FAL.1/Circ.3.

2. International Standard for the Safe Management and Operation of Ships (ISM code).

۳. خروشی، عبدالعظیم، حبیب‌الله رحیمی، عباس قاسمی حامد و جلیل مالکی، «معرفی منصفانه» جایگزین «تعهد به افشا» در بیمه‌های تجاری»، فصلنامه علمی - پژوهشی پژوهشنامه بیمه، د. ۳۴، ش. ۲، ۱۳۹۸، ص. ۹۱.

4. Clarke, Malcolm., and Barış Soyer, **The Insurance Act 2015: A new regime for commercial and Marine insurance law**. United Kingdom: Routledge. 2017. pp. 35-36.

۵. بابایی، ایرج، منبع پیشین، صص. ۷۷-۸۵.

## ۵.۲. شرط تضمین و افزایش ریسک مخاطرات سایبری دریایی

نهاد تضمین در نظام حقوق بیمه انگلستان و اغلب نظام‌های حقوقی مبتنی بر رویه قضایی و نهاد افزایش یا تغییر ریسک در نظام‌های حقوق بیمه مبتنی بر نظام حقوقی نوشته، دو نهادی‌اند که به منظور کنترل مدیریت ریسک در اختیار بیمه‌گر قرار گرفته‌اند تا از این طریق همواره تعادل میان دو تعهد متقابل حفظ شود.<sup>۱</sup> مطابق نهاد تضمین، مسئولیت بیمه‌گر منوط به متابعت بیمه‌گذار از تعهداتی است که باید در دوره زمانی خاص یا به صورت مستمر رعایت شوند. یکی از بنیادین‌ترین این تعهدات، تعهد بیمه‌گذار مبنی بر تضمین قابلیت دریاوردی کشتی<sup>۲</sup> است. براساس این تعهد که مختص بیمه‌نامه‌های سفر معین<sup>۳</sup> است، بیمه‌گذار متعهد است کشتی را در زمان «عزیمت»،<sup>۴</sup> جهت مقابله با مخاطرات دریا مهیا کند.<sup>۵</sup>

امروزه با توجه به استفاده بیش از پیش فناوری اطلاعات در حوزه حمل‌ونقل دریایی و نیز پدیدار گشتن مخاطره سایبری، مفهوم قابلیت دریاوردی نیز دستخوش تغییر شده است و بدین ترتیب «قابلیت سایبری»<sup>۶</sup> کشتی را نیز دربر می‌گیرد. یعنی فقدان، عدم کفایت یا ناکارآمدی تدابیر حفاظتی در برابر اختلالات سایبری در کشتی، منجر به عدم قابلیت دریاوردی کشتی می‌شود.<sup>۷</sup> به دلیل صعوبت پیش‌بینی زمان، مکان، منشأ، ماهیت و هدف اختلال سایبری؛ تعیین وظایف بیمه‌گذار برای تمهید قابلیت سایبری کشتی، بسیار دشوار است. برای حل این مشکل باید گفت در صورتی که بیمه‌گذار اقدامات ضروری و متعارف را برای مقابله با مخاطره سایبری احتمالی اتخاذ نموده باشد، به تعهد خود در این خصوص عمل نموده است. برای این منظور، لازم است نرم‌افزار یا سخت‌افزار مناسب انتخاب و نصب شود. همچنین، در همین رابطه، همسویی اقدامات بیمه‌گذار با برخی دستورالعمل‌ها از جمله دستورالعمل سازمان بین‌المللی دریاوردی در خصوص مدیریت ریسک سایبری و دستورالعمل امنیت سایبری بر روی عرشه کشتی<sup>۸</sup> منتشره توسط شورای دریاوردی بین‌المللی و بالتیک، می‌تواند اماره‌ای بر این باشد که بیمه‌گذار به تعهد

۱. امینی، منصور و محمدرضا حادقی اقدم، «تعهد بیمه‌گذار مبنی بر مطلع ساختن بیمه‌گر در فرض افزایش ریسک: مطالعه تطبیقی حقوق بیمه ایران، چین و اصول قراردادهای بیمه اروپا»، *مجله مطالعات حقوقی*، د. ۱۳، ش. ۱، ۱۴۰۰، ص. ۱.

2. Implied Warranty of Seaworthiness

3. The Voyage Policy

4. Sailing

عبارت «عزیمت» در پرونده‌های بیمه دریایی، در معنای جدا شدن از بارانداز و آمادگی برای ورود به دریا، علی‌رغم عدم ترک بندر، به کار رفته است.

5. Tettenborn, Andrew and Bariş Soyer. 2020. *Op. cit.* p. 102.

6. Cyberworthiness

7. *Ibid.* p. 106.

8. The Guidelines on Cyber Security Onboard Ships

خود در خصوص تمهید قابلیت دریانوردی و سایبری کشتی عمل نموده است.<sup>۱</sup> گفتنی است که به دلیل نسبی بودن مفهوم قابلیت دریانوردی کشتی، تمهید کشتی دارای قابلیت سایبری، الزاماً همواره متضمن استفاده از آخرین و بهترین نسخه نرم‌افزار یا سخت‌افزار نیست.<sup>۲</sup> بنابراین، اگرچه لازم است اقدامات بیمه‌گذار همسو با تحولات این حوزه باشد، کمال‌گرایی در این خصوص خالی از محل اعراب است.<sup>۳</sup>

در خصوص ضمانت اجرای نقض این تعهد از سوی بیمه‌گذار، خاصه در نظام حقوق بیمه انگلستان، به موجب قانون بیمه ۲۰۱۵، در صورت نقض این تعهد از سوی بیمه‌گذار، مسئولیت قراردادی بیمه‌گر از بین نمی‌رود،<sup>۴</sup> بلکه مسئولیت او در دوران نقض به حالت تعلیق در می‌آید و به محض بازگشت بیمه‌گذار به اجرای تعهد خود، مسئولیت بیمه‌گذار نیز به حالت سابق برمی‌گردد.<sup>۵</sup>

اما، همان‌گونه که اشاره شد، در بسیاری از کشورهای تابع نظام حقوقی نوشته، تعهد مزبور و ضمانت اجرای آن در قالب نهاد افزایش ریسک، مقرر شده است.<sup>۶</sup> به‌طور خاص در حقوق ایران نیز ماده ۱۶ قانون بیمه، قواعدی را در خصوص افزایش ریسک مقرر داشته است که به موجب آن چنانچه در طول مدت اعتبار قرارداد بیمه، ریسک موضوع تعهد افزایش یابد؛ بیمه‌گذار متعهد است چنین افزایشی را به اطلاع بیمه‌گر برساند. در این صورت، چنانچه بیمه‌گذار حاضر به پرداخت مابه‌التفاوت حق بیمه نباشد، بیمه‌گر می‌تواند قرارداد بیمه را فسخ نماید.<sup>۷</sup> در همین خصوص، باتوجه به استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و انواع حسگرها، وضعیت کشتی و محموله به‌طور مستمر پایش شده، متناسب با داده‌های ارسالی این حسگرها اقدامات ناوبری و نگهداری مقتضی، اتخاذ می‌گردند.<sup>۸</sup> بنابراین، اختلالات سایبری حتی اگر منجر به ورود خسارت نشود، ممکن است باعث افزایش در معرض خطر گرفتن کشتی و محموله شوند. شکی نیست که چنین اختلالاتی افزایش ریسک محسوب می‌شود و بدین ترتیب بیمه‌گذار موظف است در صورت جمع

1. Soyer, Barış, and Andrew Tettenborn, **Maritime Liabilities in a Global and Regional Context**, New York: Routledge. 2019. p. 103.

2. Cooke, Julian., Tim Young, and others, **Voyage Charters**, 5th ed. United Kingdom: Routledge, 2022. p. 234.

3. Girvin, Stephen, **Carriage of Goods by Sea**, 3rd ed, Oxford Publication, 2022. p.385.

4. Soyer, Barış, "Risk Control Clauses in Insurance Law-Law Reform and the future", *Cambridge law Journal*, 2016. p. 4.

5. Alastair, Owen, **The Law of Insurance Warranties: Flawed Reform and a New Perspective**, United Kingdom: Routledge, 2021. p.131.

۶. نعیمی، عمران و محمد مهدی صداقت، **حقوق بیمه**، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۱، صص. ۱۳۶-۱۳۷.

۷. حادقی اقدم، محمدرضا، **وارانتی‌ها در بیمه دریایی در نظام حقوقی رومی-ژرمنی**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷، ص. ۳.

8. Soyer, Barış and Andrew Tettenborn, **Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping**, New York: Routledge. 2022. p. 22.

سایر شرایط لازم برای ایجاد این تعهد، هرگونه اختلال سایبری را به اطلاع بیمه‌گر برساند و او نیز قادر است حسب اقتضا نسبت به افزایش حق بیمه یا فسخ قرارداد بیمه اقدام نماید.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

مقاله حاضر ضمن ارائه شناخت مخاطرات سایبری دریایی، چالش‌های آن و نیز خساراتی که عموماً در این نوع از پوشش‌های بیمه‌ای داخل در تعهدات بیمه‌گر قرار می‌گیرند و چگونگی تطبیق نهادهای موجود در خصوص مدیریت ریسک‌های ناشی از رخداد‌های سایبری را تحلیل کرده است. هدف از ارائه چنین تحلیلی آن است که بیمه‌گرها و بیمه‌گذاران با شناخت نحوه اعمال نهادهای موجود در گستره مخاطرات سایبری، برای ورود به ترتیبات بیمه‌ای سایبری، رغبت پیدا نمایند. با چنین رویکردی اهم یافته‌های مقاله حاضر به شرح ذیل قابل ارائه است:

- در صورت تحصیل پوشش بیمه‌ای مخاطره سایبری دریایی، بیمه‌گر به‌طور پیش‌فرض متعهد خواهد بود هر نوع خسارت وارده که در سیر متعارف امور ناشی از آن مخاطره تلقی و بر موضوع بیمه وارد شود، جبران نماید. در این صورت، بیمه‌گر می‌تواند با استفاده از شرط مربوط به تعیین خسارات تحت پوشش به‌همراه شرط استثنا، گستره تعهد خود را مشخص نماید و براساس آن حق بیمه دریافت کند.
- در صورت عدم تصریح بیمه‌نامه معمول دریایی به پوشش یا استثنای خسارات ناشی از مخاطره سایبری، جز در صورتی که خسارات وارده، به‌موجب یکی از شروط استثنا مندرج در قرارداد قابل جبران نباشد، باید خسارات ناشی از چنین مخاطره‌ای را تحت پوشش بیمه‌ای قلمداد نمود و بیمه‌گر را متعهد به جبران آن خسارات دانست.
- بیمه‌گر در اندراج شرط استثنا خسارات ناشی از مخاطره سایبری، باید گستره آن را به‌گونه‌ای تعیین نماید که سایر تعهدات مقرر در پوشش‌های بیمه‌ای معمول دریایی، مشمول چنین شرطی قرار نگیرند.
- برای اینکه بیمه‌گر بتواند در زمان انعقاد بیمه، ارزیابی دقیق‌تری از مخاطره داشته باشد و متناسب با آن حق بیمه تعیین نماید، بیمه‌گذار باید اطلاعاتی در خصوص وضعیت موضوع بیمه ارائه دهد.

1. Jing, Zhen, "Warranties and Doctrine of Alteration of Risk During the Insurance Period: A critical Evaluation of the UK Law Commissions' proposals for reform of the law of warranties", *Insurance Law Journal*, Vol. 25. No. 2, 2014, p.200.

اما به دلیل ماهیت ویژه مخاطره سایبری، نمی‌توان از بیمه‌گذار انتظار داشت تمامی جوانب سایبری موضوع بیمه را معرفی نماید. لذا، متعهد دانستن بیمه‌گذار به افشا و معرفی نقض موارد مندرج در دستورالعمل‌ها موجب می‌شود بیمه‌گذار تعهد خود را در این خصوص ایفا نموده باشد و از سوی دیگر بیمه‌گر نیز تا حد متعارف نسبت به میزان آسیب‌پذیری موضوع بیمه مطلع شود. همچنین، بیمه‌گر می‌تواند با در نظر گرفتن دستورالعمل‌های موجود، فهرستی از اطلاعات لازم‌الافشا توسط بیمه‌گذار تهیه نماید و بدین طریق گستره تعهدات خود را معین سازد.

- استفاده از نهادهای شرط تضمین و افزایش ریسک، مخاطرات اخلاقی ناشی از تحصیل پوشش بیمه‌ای مخاطره سایبری دریایی را به میزان قابل توجهی کاهش، و به بیمه‌گر اطمینان می‌دهد که اولاً، بیمه‌گذار تلاش متعارف خود را برای مقابله با مخاطره سایبری متعارف به کار خواهد بست و دوماً، با افزایش احتمال ورود خسارت به واسطه اختلال سایبری، حق بیمه متناسب با آن دریافت خواهد نمود.

## منابع

### کتاب

۱. بابایی، ایرج، **حقوق بیمه**، ج. ۱۴. تهران: سمت، ۱۳۹۶.
۲. نعیمی، عمران و محمدمهدی صداقت، **حقوق بیمه**، تهران: انتشارات جنگل. ۱۳۹۱.

### مقاله

۳. امینی، منصور و محمدرضا حاذقی اقدم، «تعهد بیمه‌گذار مبنی بر مطلع ساختن بیمه‌گر در فرض افزایش ریسک: مطالعه تطبیقی حقوق بیمه ایران، چین و اصول قراردادهای بیمه اروپا»، *مجله مطالعات حقوقی*، د. ۱۳، ش. ۱، ۱۴۰۰، صص. ۱-۲۸. doi: 10.22099/jls.2020.35815.3719
۴. حسینی، سیده آمنه، محمدرضا زندی و عباس تدین، «بررسی جرم قلدری مجازی در حقوق کیفری ایران و آمریکا»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ش. ۳، ۱۴۰۲، صص. ۷۶-۱۱۲.
۵. خروشی، عبدالعظیم، حبیب‌الله رحیمی، عباس قاسمی حامد و جلیل مالکی، «معرفی منصفانه» جایگزین «تعهد به افشا» در بیمه‌های تجاری»، *فصلنامه علمی - پژوهشی پژوهش‌نامه بیمه*، د. ۳۴، ش. ۲، ۱۳۹۸، صص. ۸۸-۱۰۵. doi: 10.22056/ijir.2019.02.05

### پایان نامه

۶. حاذقی اقدم، محمدرضا، **وارانتی‌ها در بیمه دریایی در نظام حقوقی رومی-ژرمنی**، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷.

### اسناد

۷. السان، مصطفی، **بیمه فضای مجازی: مفاهیم اساسی و برنامه عملیاتی**، تهران: پژوهشکده بیمه، ۱۳۹۵.

## References

### Books

1. Alastair, Owen, **The Law of Insurance Warranties: Flawed Reform and a New Perspective**, United Kingdom: Routledge. 2021.
2. Armstrong, Dean., Shyam Thakerar, and Thomas Steward, **Cyber Risks and Insurance: The Legal Principles**, United Kingdom: Bloomsbury Professional. 2021.
3. Babaei, Iraj., **Insurance Law**. 14th Edition, Tehran: SAMT, 2017. (in persian)
4. Clarke, Malcolm., and Barış Soyer, **The Insurance Act 2015: A new regime for commercial and Marine insurance law**, United Kingdom: Routledge. 2017.
5. Cooke, Julian., Tim Young, and others, **Voyage Charters**, 5<sup>th</sup> ed. United Kingdom: Routledge. 2022.
6. Dunt, John, **Marine Cargo Insurance**, United Kingdom: Routledge. 2015.
7. Elasan, Mostafa, **Cyber Insurance: Basic Concepts and Action Plan**, Tehran: Insurance Research Center, 2016. (in persian)
8. Girvin, Stephen, **Carriage of Goods by Sea**, 3<sup>rd</sup> ed. Oxford Publication. 2022.
9. Gürses, Özlem, **Marine Insurance Law**, United Kingdom: Routledge. 2023.
10. Marano, Pierpaolo, and Kyriaki Noussia, **InsurTech: A Legal and Regulatory View**, Vol. 1. Switzerland: Springer. 2019.
11. Marano, Pierpaolo, Ioannis Rokas, and Peter Kochenburger, **Dematerialized Insurance: Distance Selling and Cyber Risks from an International Perspective**, Switzerland: Springer International Publishing. 2016.
12. Mukherjee, Proshanto K., Maximo Q. Mejia, Jr., and Jingjing Xu., **Maritime Law in Motion. Part: Soyer, Barış. Cyber Risks Insurance in the Maritime Sector: Growing Pains and Legal Problems**, Switzerland: Springer. 2020.
13. Naeimi, Omran, and Mohammad Mahdi Sedaghat, **Insurance Law**, Tehran: Jangal Publications, 2012. (in persian)
14. Soyer, Barış and Andrew Tettenborn, **Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping**, New York: Routledge. 2022.
15. Soyer, Barış, and Andrew Tettenborn, **Maritime Liabilities in a Global and Regional Context**, New York: Routledge. 2019.
16. Soyer, Barış, **Warranties in Marine insurance**, London: Routledge-Cavendish. 2016.
17. Sözer, Bülent, **Unmanned Ships and the Law**, United Kingdom: Routledge, 2023.

18. Tettenborn, Andrew and Barış Soyer. **Ship Operations: New Risks, Liabilities and Technologies in the Maritime Sector**, United Kingdom: Routledge. 2020.

#### Articles

19. Amini, Mansour, and Mohammad Reza Hazaghi Aghdam, "The Insured's Post-Contract Duty of Notification of Increase of Risk: Comparative study in Iranian, Chinese insurance law and principles of European insurance contracts", *Journal of Legal Studies*, 2021, Vol. 13, No.1, pp. 1-28. (in persian). doi: 10.22099/jls.2020.35815.3719.
20. Hoseini, Seyedeh Ameneh, Mohammad Reza Zandi, and Abbas Tadian, "Examining the Crime of Cyberbullying in Iranian and American Criminal Law", *Comparative Law Researches*, 2023, Issue 3, p. 93. (in persian)
21. Jing, Zhen, "Warranties and Doctrine of Alteration of Risk During the Insurance Period: A critical Evaluation of the UK Law Commissions' proposals for reform of the law of warranties", *Insurance Law Journal*, Vol. 25. No. 2, 2014. pp. 183-209.
22. Khoroushi, Abdolazim, Habibollah Rahimi, Abbas Ghasemi Hamed, and Jalil Maleki, "Fair Presentation as a Replacement for the Duty of Disclosure in Commercial Insurance", *Insurance Research Quarterly*, Vol. 34, No. 2, 2019, pp. 88-105. (in persian). doi: 10.22056/ijir.2019.02.05.
23. Reetz, Margaret A., Lauren B. Prunty, Gregory S. Mantych, and David J. Hommel, "Cyber Risks: Evolving Threats, Emerging Coverages, and Ensuing Case Law", *Penn State Law Review*, Vole 122. Issue 3. 2018. pp. 727-762. Available at: <http://www.pennstatelawreview.org/wp-content/uploads/2018/07/Symposium-Reetz-et-al.pdf> (last visited on 09/08/2022).
24. Soyer, Barış, "Risk Control Clauses in Insurance Law-Law Reform and the Future", *Cambridge law Journal*, 2016. pp 109-127. doi:10.1017/S0008197315000963.

#### Theses

25. Davit, Dadiani, **Cyber-security and marine insurance**, PhD dissertation, World Maritime University, 2019.
26. Hazaghi Aghdam, Mohammad Reza, **Warranties in Marine Insurance under Civil Law Systems**, Master's Thesis. Tehran: Shahid Beheshti University, 2018. (in persian)

27. McKenzie, Alicia, **Cyber Risks, Potential Liabilities and Insurance Responses in the Marine Sector**, Ph.D. Dissertation: Swansea University. 2022.

#### Documents

28. CL380 Hull amended.
29. Guidelines on Maritime Cyber Risk Management, published by the International Maritime Organization (IMO) on 5 July 2017 (MSC-FAL.1/Circ.3). Available at: <https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Facilitation/Facilitation/MSC-FAL.1-Circ.3-Rev.1.pdf> (last visited on 14/07/2022).
30. Institute Cargo Clauses (ICC) 2009 (A).
31. Institute Time Clauses Hulls (ITCH) (1995).
32. International Underwriting Association, “Institute Cyber Attack Exclusion Clause” (IUA, 10 November 2003). Available at: [www.iaa.co.uk/IUA\\_Member/Clauses/IUA\\_Member/Clauses/eLibrary/Clauses.aspx?hkey=6f7dd1a36ab34b10-94c2-5a8c644b1c32](http://www.iaa.co.uk/IUA_Member/Clauses/IUA_Member/Clauses/eLibrary/Clauses.aspx?hkey=6f7dd1a36ab34b10-94c2-5a8c644b1c32) (last visited on: 09/05/2022).
33. IUA Cyber Loss Exclusion Clauses (IUA 09-081 / IUA 09-082) (2019).
34. Lloyd’s Market Bulletin Y5258 dated 4 July 2019. Available at: <https://www.lloyds.com/news-and-insights/market-communications/market-bulletins> (last visited on 30/09/2022).
35. The Guidelines on Cyber Security Onboard Ships.
36. The Institute Cyber Attack Exclusion Clause – Cl. 380.

#### Cases

37. *Coxe v. Employers’ Liability Assurance Corp Ltd*, [1916] 2 KB 629. Available at: <https://casetext.com/case/cox-v-emps-liability-assur-corp-et-al> (last visited on: 24/07/2022).
38. *De Maurier (Jewels) Ltd v. Bastion Insurance Co Ltd* [1967] 2 Lloyd’s Rep 550. Available at: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=146105> (last visited on: 23/05/2022).
39. *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Glencore International AG* [2015] EWHC 1989 (Comm); aff’d [2017] EWCA Civ 365. Available at: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=377477> (last visited on: 27/05/2022).
40. *Tektrol Ltd v International Insurance Co of Hanover Ltd* [2005] EWCA Civ 845; [2006] 1 All ER 780 (Comm Ct). Available at: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=153089> (last visited on: 28/07/2022).
41. *The Australian Agricultural Company v Saunders* (1874–75) LR 10 CP 668. Available at: <https://vlex.co.uk/vid/the-australian-agricultural-company-803513305> (last visited on 16/05/2022).

## Maritime Cyber Risk Insurance: Emerging Issues and Solutions

Mansour Amini\*  
Maryam Aghasi Javid\*\*

Received: 2025.12.08

Accepted: 2024.12.4

### Abstract

Expanding the use of new technologies in the field of maritime transportation and the inevitable interconnection of different sectors has turned cyber risks into one of the serious threats in this domain. Therefore, covering these risks by insurance is assumed necessary. However, since different dimensions of this type of risk are not very clear to insurers; they are hesitant to provide insurance coverage for this type of risk and even try to exclude these risks from common marine insurance by including specific conditions. This ambiguous situation also affects the rights and decisions of insureds. Therefore, it is necessary to become familiar with the concept of marine cyberattacks and damages that are usually covered, the legal status of typical marine insurance covering this kind of the risks, and the legal tools for determining and managing these risks in case they are covered so that the insurer and the insured can more confidently enter into a contractual relationship by learning more about their rights and obligations. Consequently, this article has tried to provide a good basis for covering these risks by providing legal certainty through a new analysis of existing marine insurance legal institutions and the way that these institutions are used, with a descriptive and analytical approach, while providing a comprehension of concepts related to marine cyberattacks and examining the scope of common maritime insurance coverage on cyber risks.

### Keywords:

Increase of Risk, Silent Insurance Coverage, Duty of Disclosure, Exclusion Clause, Marine Cyber Risk.

---

\* (PhD Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Corresponding Author Email: m\_ghasijavid@sbu.ac.ir

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

## وابستگی متقابل اقتصادی و گسترش بنیادهای همکاری در نظم حقوقی بین‌المللی: تبیینی از منظر چالش‌ها

فریبرز ارغوانی پیرسلامی\*

نادر مردانی\*\*

علیرضا عباسی\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۲/۱۳

### چکیده

شکل‌گیری وابستگی متقابل به عنوان یکی از اصلی‌ترین مبانی همکاری در نظام حقوق بین‌الملل معاصر علی‌رغم اهمیت فراوان با چالش‌هایی در حوزه‌های مختلف مواجه است. تشدید وابستگی متقابل میان دولت‌ها در نتیجه تجارت، مهاجرت و فناوری که از ویژگی‌های برجسته دهه ۱۹۹۰ است، سبب شده تا اقتصاد بسیاری از کشورها به صادرات و واردات کالاها متکی شود. هدف این پژوهش، تحلیل ظرفیت‌های وابستگی متقابل در نظام بین‌المللی معاصر و ارزیابی چالش‌ها و موانعی است که در فرایند گسترش بنیادهای همکاری در نظم حقوقی بین‌المللی وجود دارند. در این پژوهش، این پرسش مطرح می‌شود که وابستگی متقابل در تحقق بنیادهای همکاری نظام حقوقی بین‌المللی معاصر با چه چالش‌هایی مواجه است. این پژوهش از روش توصیفی-تحلیلی برای ارزیابی داده‌ها بهره گرفته و داده‌ها را از طریق منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی جمع‌آوری کرده است. فرضیه این پژوهش بر این اساس است که تفاوت سطوح توسعه دولت‌ها، عملکرد ناهماهنگ نهادهای بین‌المللی اقتصادی با اهداف توسعه پایدار و تعمیق و تشدید نظام تحریم‌ها از مهم‌ترین چالش‌های فراروی تحقق وابستگی متقابل و گسترش بنیادهای همکاری بین‌المللی هستند. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهند که با اینکه نظام بین‌المللی معاصر اهمیت ایده وابستگی متقابل را پذیرفته و در عرصه‌هایی نیز به اجرایی‌سازی آن مبادرت کرده است، اما به دلیل چالش‌ها و ضعف‌های حقوقی نتوانسته است زمینه‌های تسهیل وابستگی متقابل و گسترش بنیادهای همکاری بین‌المللی را فراهم کند و به‌جای توسعه بیشتر منطق اقتصادی همچنان بر مناسبات قدرت افزوده است.

### کلیدواژه‌گان:

تحریم، توسعه، سازمان‌های بین‌المللی اقتصادی، وابستگی متقابل، همکاری‌های بین‌المللی.

\* دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسئول).

farghavani@shirazu.ac.ir

\*\* دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

\*\*\* کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، 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

امروزه کشورها به‌طور فزاینده‌ای از نظر اقتصادی به یکدیگر وابسته هستند. درحالی‌که کشورهای درحال توسعه به دانش و فناوری کشورهای صنعتی نیازمندند، کشورهای توسعه‌یافته از مواد اولیه و بازارهای کشورهای درحال توسعه استقبال می‌کنند. در نتیجه این نیاز برآمده از کشورها و نیز سرعت تحولات اقتصادی و تجاری تلاش کشورها برای برآوردن منافع از مرزهای ملی فراتر رفته و ابعاد جدیدی در سطح بین‌المللی و جهانی یافته است؛ پدیده‌ای که دولت‌ها را ناچار ساخته تا در پیوستگی با یکدیگر برای تأمین منافع و رفع نیازها تلاش کنند و این همان چیزی است که به‌مثابه یک روند در نظام جهانی معاصر وابستگی متقابل دانسته می‌شود. عوامل متعددی سبب شده است تا وابستگی متقابل اقتصادی با گذشت زمان، شدت و شتاب بیشتری پیدا کنند. فراهم شدن زیرساخت‌های حمل‌ونقل، ضمن اینکه هزینه‌های حمل‌ونقل را کاهش داده، سبب تسریع واردات و صادرات شده است. توسعه وسایل ارتباطی و مخابراتی نیز از دیگر ویژگی‌های جهان دستخوش وابستگی متقابل اقتصادی است، زیرا از دامنه فاصله‌ها کاسته است و نزدیکی بیشتری میان کنشگران اقتصادی فراهم کرده است.

وابستگی متقابل اقتصادی زمینه‌های صلح و امنیت بین‌المللی را نیز فراهم می‌کند؛ زیرا کشورهای که روابط تجاری گسترده‌ای دارند به شدت به حفظ روابط صلح‌آمیز متمایل هستند، با این محاسبه که تنش و عدم همکاری برای طرفین سودآور نیست.<sup>۱</sup> از سوی دیگر این امر سبب می‌شود تا دولتی که برخلاف هنجارهای بین‌المللی اقدام می‌کند، مشمول انواع مختلفی از هزینه‌ها گردد؛ به عبارتی با اینکه هیچ نیروی پلیس بین‌المللی برای اجرای هنجارهای بین‌المللی وجود ندارد، اما یک دولت متخلف مطلع است که وقتی از هنجاری تعدی می‌کند با واکنش بین‌المللی قابل توجهی مواجه می‌شود. دولت‌ها قادرند از طریق روش‌های انفرادی و هم از طریق نهاد جمعی مانند سازمان ملل متحد، از ابزار تحریم‌های اقتصادی استفاده کنند و یا اینکه علیه دولت متخلف، مداخله نظامی کنند.<sup>۲</sup> بنابراین دولت متخلف ممکن است با خطر از دست دادن مزایای صلح هم مانند تجارت بین‌المللی، کمک‌های خارجی و به رسمیت شناختن دیپلماتیک مواجه شود.

1. Gaiduchok O., Stupnytskyi O, "Economic interdependence: national and international economic security", *Internauka*, Vol 34, No.2, 2020, pp. 88-89.

2. Charter of the United Nations, Articles 41, 42, at: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/>

با این حال، با وجود اینکه وابستگی متقابل اقتصادی موجب عدم تمایل قابل توجه به جنگ شده، امکان کنترل تسلیحات و حل و فصل تعارضات را افزایش داده و بستر مناسبی به منظور تأسیس و تحکیم جنبه هنجاری و قاعده‌مند ساختن نظام بین‌المللی مطابق با حقوق بین‌الملل فراهم کرده است؛ اما این پژوهش بر این نظر است که فاصله تا تحقق مطلوب وابستگی متقابل اقتصادی فراوان است. وابستگی متقابل اقتصادی فراتر از اهمیتی که برای جامعه جهانی دارد با چالش‌ها و موانعی همچون تفاوت سطوح توسعه دولت‌ها، ناهماهنگی عملکرد سازمان‌های بین‌المللی اقتصادی نسبت به اهداف توسعه پایدار و تعمیق و تشدید نظام تحریم‌ها مواجه‌اند.

در راستای واکاوی جایگاه وابستگی متقابل اقتصادی در نظم حقوقی بین‌المللی و شناخت چالش‌های فراروی آن، این مقاله ابتدا به چارچوب نظری وابستگی متقابل به‌مثابه رویکردی در نظام حقوق بین‌الملل معاصر می‌پردازد و بعد از بررسی اثر این تحول بر همکاری‌های بین‌المللی، در مبحث آخر به چالش‌های فراروی تحقق وابستگی متقابل و گسترش همکاری‌های بین‌المللی متمرکز می‌شود.

## ۱. وابستگی متقابل به‌مثابه رویکردی در نظام حقوق بین‌الملل معاصر

مفروضات واقع‌گرایی سیاسی<sup>۱</sup> که پس از دوران جنگ جهانی دوم بر نظام بین‌المللی حاکم بودند، شالوده مطلوبی به‌منظور تحلیل سیاست جهانی پس از جنگ سرد محسوب نمی‌شوند. مفروضات پیشین، جهانی را ترسیم می‌کردند که سیاست به‌طور دائم با منازعه بالفعل و بالقوه بین دولت‌ها مواجه بود و به‌کارگیری زور و غلبه نقش بارزی ایفا می‌کرد. در چنین وضعیتی عقل حکم می‌کند که هر دولتی از قلمرو و منافع ملی خود در مقابل تهدیدهای واقعی و فرضی دفاع نماید. بنابراین در نظام بین‌المللی آنارشیک، منافع ملی هر دولتی ایجاب می‌کند که بر بقای خود تمرکز کند. همگرایی سیاسی میان دولت‌ها به دشواری امکان‌پذیر است و چنین همگرایی به منافع دولت‌های قدرتمند کمک می‌کند. کنشگران فراملی نقش مهمی در نظام بین‌المللی ایفا نمی‌کنند و بازیگران اصلی، دولت‌ها هستند.<sup>۲</sup> افق

۱. واقع‌گرایی یا رئالیسم به عنوان رویکردی در روابط بین‌الملل شناخته می‌شود که بر مفروضاتی پایه‌ای همچون تعارض به عنوان اصل بنیادین روابط بین‌الملل، آنارشیک بودن نظام بین‌الملل، خودیاری دولت‌ها، دولت‌ها به‌مثابه کنشگران اصلی در روابط بین‌الملل و اهمیت بقا برای دولت‌ها تأکید دارد.

۲. مورگنتا، هانس جی، **سیاست میان ملت‌ها: تلاش در راه قدرت و صلح**، ترجمه حمیرا مشیرزاده، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۹۷، صص. ۲۷-۲۹.

Copeland, Dale C., *Economic Interdependence and War*, Princeton University Press, 2015, p. 111.

چنین نگرشی، چندان از علایق سرزمینی دولت‌ها فراتر نمی‌رود. بی‌شک مفروضات آن نمی‌توانند تداوم داشته باشند و توانایی تحلیل سیاست جهانی پس از جنگ سرد و علایق آن را ندارند.

در سال‌های جنگ سرد، سیاست‌های امنیتی به‌عنوان سیاست عالی در روابط بین‌الملل شناخته می‌شدند، به‌گونه‌ای که این نگرش بر تحلیل‌های اقتصادی نیز تسری پیدا کرده بود. واحد اصلی هماهنگ‌کننده سیاست خارجی کاخ سفید، شورای امنیت ملی بود. دولت ترومن برای اعطای وام به بریتانیا و تمام اروپا در راستای طرح مارشال در کنگره به تهدیدات شوروی و توجیهات امنیتی اشاره داشت.<sup>۱</sup> اگر سیاست تجاری حمایت‌گرایانه اتخاذ می‌شد، چنین سیاستی با مفهوم امنیت ملی گره می‌خورد. اگر اعتراض و مخالفت اعضای کنگره نسبت به افزایش مالیات‌ها مطرح می‌شد اتخاذ چنین سیاستی با برنامه‌های امنیت ملی توجیه می‌گردید و چنین تعبیر می‌شد که حفظ امنیت ملی منوط به فداکاری مردم برای نیل به چنین مقصودی است. اما به تدریج، با پایان جنگ سرد، نگرش‌های امنیتی به سمت نگرش اقتصادی و سیاسی متمایل شدند. در اواخر دهه ۱۹۷۰، چنان وابستگی متقابل اقتصادی اهمیت یافت که برخی به‌طور اغراق‌آمیزی مطرح کردند که سیاست‌های امنیتی گذشته رخت بسته است. اما تغییر رویکرد روابط بین‌الملل اشاره‌ای به منسوخ شدن سیاست‌های امنیتی به‌طور کامل نداشت.<sup>۲</sup>

هنگامی که گفتمان امنیت‌محور نتوانست تحلیلی از تمام زوایای جهان پس از جنگ سرد ارائه کند، گفتمان اقتصادمحور در صدر دستورکارها قرار گرفت. فروکش کردن این نگاه امنیتی در دنیای جدید پساجنگ سرد محصول چند رویداد مهم بود: نخست اینکه رقابت‌های ایدئولوژیک و استراتژیک سابق میان بلوک‌بندی‌های شرق و غرب با فروپاشی شوروی فروکش کرد و در نتیجه تمرکز کشورها از صرف ارتقای توان تسلیحاتی به حوزه‌های جدید معطوف شد. دوم اینکه با کاهش رقابت‌های استراتژیک دولت‌ها ناگزیر از تعریف مبانی جدید برای حفظ مشروعیت خود شدند. اگر در دوره جنگ سرد حفظ استقلال و تمامیت سرزمینی ملاک مشروعیت در داخل بود اینک مردمان جوامع به دنبال تأمین نیازهای زندگی و مسائل رفاهی بودند و دولت‌هایی را مشروع می‌پنداشتند که در این حوزه قدرتمند عمل می‌کردند و سوم اینکه از دهه ۱۹۹۰ با تقویت عملکرد نهادهای اقتصادی و گسترش ارتباطات، جهانی‌شدن تشدید شده و در نتیجه آن، رشد و توسعه اقتصادی به گفتمانی رقابتی در دنیا تبدیل شد که کشورها منابع ملی خود را برای تحقق آن بسیج می‌کردند. به منظور چنین مقصودی، دولت‌ها دریافتند

۱. جونز، کرل براین، **جنگ سرد**، ترجمه بابک محقق، تهران: فرهنگ جاوید، ۱۳۹۸، صص. ۵۵-۵۱.

Dalby, S., **Creating the Second Cold War**, London, 1990, p. 46.

2. *Gaiduchok & Stupnytskyi, Op. Cit, p.86.*

که کاربرد زور و غلبه نمی‌تواند ابزاری مفید و مؤثر برای دستیابی به هدف رفاه اقتصادی باشد. به عبارتی، در چارچوب منطقه‌ای یا در خصوص موضوعاتی که به وابستگی متقابل مرتبط هستند، نقش نیروهای نظامی کمتر می‌شوند. نیروهای نظامی به منظور حل و فصل اختلافات اقتصادی، کاربردی ندارند و دولت‌ها معمولاً از روش‌های مسالمت‌آمیز دیگری برای حل و فصل اختلافات اقتصادی و سیاسی استفاده می‌کنند. وابستگی متقابل اقتصادی توانسته است ضریب همکاری‌های بین‌المللی را افزایش دهد و تهدیدات امنیتی جای خود را به رقابت‌های اقتصادی بدهد. با این حال، همچنان مفروضات واقع‌گرایی در حوزه موضوعات خاص خود می‌توانند راهنمای قابل‌انکایی باشند.<sup>۱</sup>

وجود شرکت‌ها و بانک‌های چندملیتی که بر روابط داخلی و هم روابط میان دولت‌ها تأثیر می‌گذارند، حاکی از آن است که مجاری چندگانه‌ای بین جوامع ارتباط برقرار کرده‌اند که برخلاف نگرش واقع‌گرایی، منحصر به کنشگری دولت‌ها نیستند. این بازیگران فراملی به ویژگی معمول و مشخص روابط خارجی تبدیل شده‌اند. با این حال، نقش بارز کنشگری بازیگران فراملی موجب ابهاماتی در خصوص منافع ملی شده است؛ چراکه هنگامی که عوامل دیگری در سیاست خارجی دولت‌ها دخیل باشند به مراتب باعث کاهش کنترل متمرکز خواهند شد و بدین ترتیب اطمینان کمتری وجود دارد که دولت‌ها به‌عنوان تنها واحدهای منسجم رفتار کنند.<sup>۲</sup> با افزایش پیچیدگی مسائل و تعدد کنشگران سیاست جهانی، دستورکار روابط بین‌دولتی از سلسله‌مراتب ثابتی تبعیت نمی‌کنند. بسیاری از مسائل، از سیاست داخلی سرچشمه می‌گیرند و مرزبندی مشخصی میان مسائل داخلی و خارجی قابل تصور نیست. بنابراین سیاست‌های اقتصادی خارجی، بیش از پیش بر فعالیت‌های اقتصادی داخلی تأثیر می‌گذارند و این امر بر شمار مسائل مرتبط با سیاست خارجی دولت‌ها می‌افزاید. با این حال، نمی‌توان نقش سازمان‌های اقتصادی فراملی و شبکه‌های فرادولتی را در جهت پرهیز از سیاسی کردن مسائل نادیده گرفت.<sup>۳</sup>

در جهان متأثر از وابستگی متقابل با ویژگی‌های مطرح‌شده، نقش نهادهای بین‌المللی در چانه‌زنی سیاسی، بسیار تعیین‌کننده خواهد بود. نهادهای بین‌المللی این ظرفیت را دارند تا با تجمیع قدرت سیاسی

1. Babic, M., "Realism and Multipolarity in the XXI Century. Challenges for the Balkans", *Studies in European Affairs*, No. 3, 2024, pp. 9-10.

Knorr, Stephen D., "Global communications and National power: life on the Pareto frontier", *World Politics*, No. 43 (April), 1991, p. 336.

2. Bauer, R., Pool, I., and Dexter, L., *American Business and Public Policy: The Politics of Foreign Trade*, New York: Atherton Press, 1963, pp.472-475.

۳. نای، جوزف و رابرت کیوئن، **از وابستگی متقابل تا حکمرانی جهانی**، ترجمه وحید بزرگی، تهران: قومس، ۱۴۰۰، صص ۴۶-۵۰.

کشورها و درنظرگیری سازوکارهای عادلانه در توجه به نقش کشورها صرفنظر از جایگاه اقتصادی و سیاسی آنها، گام‌های مؤثرتری در مقابله با نگرش‌های نادعالانه در توزیع منابع قدرت در سطح بین‌المللی بردارند. بنابراین وضعیت وابستگی متقابل پیچیده، الگوهای سیاسی متفاوتی را مطرح می‌سازد و نظریه‌های پیشین را محدود به وضعیت‌هایی می‌کنند که به آن قربت دارند.

## ۲. وابستگی متقابل و گسترش همکاری‌های بین‌المللی

ممکن است چنین تصور شود که در نظام بین‌المللی، روابط تجاری زمینه‌ساز نوعی هماهنگی خودجوش خواهند شد؛ چراکه مصرف‌کنندگان کشورهای واردکننده از کالاهای خارجی ارزان‌قیمت سود می‌برند و متقابلاً تولیدکنندگان نیز از توسعه بازارهای صادراتی برخوردار می‌شوند. اما شواهد گویای آن است که گاهی روابط تجاری به هماهنگی خود به خودی ختم نمی‌شوند بلکه اختلافات و تعارضاتی در مسیر روابط تجاری وجود داشته است. برخلاف نگرشی که می‌خواهد از نوعی هماهنگی خودجوش که در آن تعقیب منافع هریک از بازیگران به تحقق منافع دیگر بازیگران کمک می‌کند و بینشی دیگر که چنین گمانه‌زنی می‌کند که اختلافات و تعارضات ریشه در نظام سرمایه‌داری دارند و تلاش‌ها برای رفع تضادها از طریق همکاری‌های بین‌المللی تنها مسائل را دشوارتر می‌سازند، می‌توان به دیدگاه سومی اشاره کرد که مطرح می‌کند که همکاری‌های بین‌المللی وقتی صورت می‌گیرند که کنشگران از طریق هماهنگ‌سازی سیاست‌ها، رفتار خود را با اولویت‌های بالفعل یا بالقوه دیگر کنشگران سازگار می‌نمایند. هماهنگ‌سازی سیاست‌ها، معمولاً با روش مذاکره صورت می‌گیرد. به عبارتی، علاوه بر اینکه هر دولتی می‌کوشد منافع موردنظر خود را پیگیری نماید خواستار انجام معاملاتی به نفع تمام طرف‌های معامله می‌شود؛ گرچه این نفع به صورت نابرابری تحقق یابد. تلاش‌ها برای هماهنگ‌سازی سیاست‌ها، ممکن است به صورت «تعدیل فعالانه» صورت گیرند. دولتی که از این روش استفاده می‌کند دولت دیگر را در برابر عمل انجام‌شده قرار می‌دهد. البته نوعی «تعدیل انفعالی» نیز قابل تصور است به این معنا که دولت مورد نظر، سیاست‌های خود را طبق اولویت‌های دولت دیگر تغییر می‌دهد. به عبارتی، از سیاست‌های کشور دیگر پیروی می‌نماید یا به منظور جلوگیری از بروز عواقب نامطلوب برای شرکای خود، تا حدودی نرمش و انعطاف نشان می‌دهد و سیاست‌های خود را به نفع دیگر کنشگران تغییر می‌دهد.<sup>۱</sup>

1. Lindblom, Charles, *The Intelligence of Democracy*, New York Press, 1965, pp.33-34.

نظریه انتخاب عقلانی به این معناست که تصمیم‌گیری دولت‌ها و سایر کنشگران در خصوص همکاری‌های بین‌المللی مبتنی بر اراده و اختیار است. این فرضی کاملاً یک‌سویه و اشتباه است که کنشگران را همچون افرادی فاقد احساسات و ارزش‌های پیشینی تلقی می‌کند که خارج از جامعه انسانی به سر می‌برند. حال اینکه، حتی بازیگران زیاده‌طلب ممکن است به‌گونه‌ای عمل کنند که از معیارهای اخلاقی مشترک جامعه فاصله نداشته باشند. بنابراین در تحلیل نظریه انتخاب عقلانی، می‌بایستی به بافت تشکیل‌دهنده قدرت، انتظارات و قراردادهایی که روی منافع و محاسبات ناشی از آن تأثیر می‌گذارند، تأمل کرد. بنابراین با نگاهی جامع می‌توان مطرح کرد که در صورتی که کنشگران به‌عنوان موجوداتی خودخواه فرض شوند که حتی با این فرض نیز ممکن است در جهت همکاری‌های بین‌المللی گام بردارند می‌توان کنشگران را نیز هم مانند افرادی دانست که در بستر جامعه خواهان دستیابی به ارزش‌های اکتسابی هستند و بر اساس منطق و انصاف عمل می‌کنند.<sup>۱</sup>

مفهوم رژیم‌های بین‌المللی می‌توانند زمینه‌های توصیف الگوهای همکاری را میسر کنند و به تبیین هر دو پدیده همکاری‌ها و اختلافات کمک می‌کنند. رژیم‌های بین‌المللی مجموعه‌ای از قواعد، ارزش‌ها و هنجارهایی هستند که منافع کنشگران و به ویژه دولت‌ها حول آن‌ها با یکدیگر تلاقی می‌کند.<sup>۲</sup> رژیم‌های بین‌المللی به‌مانند سازمان‌های بین‌المللی نهاد هستند اما در مقایسه با سازمان‌ها فاقد سند تأسیسی بوده و در نتیجه انعطاف بیشتری برای تأمین منافع دولت‌ها دارند. گرچه رژیم‌های بین‌المللی وابسته به عوامل و شرایط تسهیل‌کننده توافقات بین‌المللی هستند، با این حال، خود این رژیم‌ها نیز ممکن است تلاش افزون‌تری برای تسهیل هماهنگ‌سازی سیاست‌ها به عمل آورند. نظریه رژیم‌های بین‌المللی، ضمن اینکه می‌تواند برداشتهای واقع‌گرایی را در خصوص نقش قدرت و منافع به همراه داشته باشد می‌تواند نادرستی نظریاتی که به تعریف محدودی از منافع می‌پردازند و نقش نهادهای بین‌المللی را نادیده می‌انگارند، آشکار نماید. گرچه رژیم‌های بین‌المللی ممکن است با منفعت‌طلبی و خودخواهی‌ها همراه باشند، ممکن است برخلاف آن، به تعقیب مؤثر منافع مبادرت ورزند. این رژیم‌ها زمینه‌های تسهیل نظام‌های سیاسی بین‌المللی غیرمتمرکز را فراهم می‌کنند و نقش ارزنده‌ای برای دولت‌هایی دارند که می‌خواهند با عبور از نظام‌های سلسله‌مراتبی، مسائل مشترک خود را دنبال کنند، بدین‌سان با گذشت زمان اهمیت و آفری پیدا می‌کنند.

۱. نای، جوزف و رابرت کیوتن، منبع پیشین، صص. ۱۱۳-۱۰۷.

2. Axelrod, Robert, "The Emergence of cooperation among egoists", *American Science*, Vol 75, 1981, Krasner, S., *International Regimes*, Cornell University Press, 1983, p.16.

از آنجایی که سیاست جهانی غیرمتمرکز و غیرسلسله مراتبی است به این معنا که دولت‌ها تابع هیچ حکومت برتری نیستند، بنابراین نظام بین‌المللی مبتنی بر اصل «خودیاری»<sup>۱</sup> است. مطابق با این اصل، قواعد حاکم بر رژیم‌های بین‌المللی به‌ناچار ضعیف‌تر از قواعد ملی عمل می‌کنند. به بیانی واضح‌تر، در سیاست جهانی، هنجارها و قواعد رژیم‌های بین‌المللی شکننده هستند؛ چراکه ممکن است این قواعد با اصل خودیاری با تعارض مواجه شوند. گرچه رژیم‌های بین‌المللی ممکن است توسط اعضای قوی و چیره‌ای تشکیل گردند ولی نمی‌توان انکار کرد که همچنان این رژیم‌ها ممکن است روی منافع دیگر دولت‌ها تأثیر بگذارند؛ چراکه منافع، جنبه‌ای انعطاف‌پذیر و عمدتاً ذهنی دارند. با این حال، گرچه تصور می‌شود که قدرت‌های چیره نقش شایانی در ایجاد رژیم‌های بین‌المللی دارند اما تردیدهایی نسبت به آن وجود دارند. قدرت‌های چیره از طریق پاداش و تعیین مجازات برای عدم همکاری‌ها قادر هستند به تحقق منافع مشترک کمک کنند. درحالی‌که، با فقدان قدرت‌های چیره نیز در صورت وجود شرایط مساعد ممکن است پاداش‌ها و مجازات مشابهی وجود داشته باشند که زمینه‌های همکاری‌های بین‌المللی را فراهم کنند. بنابراین انگیزه تشکیل رژیم‌های بین‌المللی ممکن است به وجود منافع مشترک مربوط باشد که این منافع ممکن است از بهره‌کشی از دیگران و تقسیم رانت یا امتیازات ویژه حاصل شوند و ممکن است با تمایل متقابل به افزایش کارایی مبادلات همراه باشند که در چنین شرایطی در فضای فشردگی سیاست‌گذاری و وابستگی متقابل تمایل بیشتری به تشکیل رژیم‌های بین‌المللی وجود دارد.<sup>۲</sup>

در نظام بین‌المللی مبتنی بر خودیاری، هر کنشگری به محاسبه منافع خود در رابطه با هر مسئله خاص مبادرت می‌ورزد. درحالی‌که، رژیم‌های بین‌المللی قادر هستند توانایی کشورهای دارای موقعیت چانه‌زنی قوی را محدود کنند؛ چراکه بدین وسیله، دولت‌ها به محاسبه منافع بلندمدت سوق پیدا می‌کنند و برای دولت‌هایی که توافقات آینده دارای اهمیت بسزایی است شهرت عاملی کلیدی محسوب می‌شود. مهم‌ترین ویژگی شهرت از این موضوع ناشی می‌شود که اطمینان و پیروی از تعهدات از سوی کنشگران، در ذهن سایر کنشگران تثبیت می‌شود. بنابراین رژیم‌های بین‌المللی با فراهم ساختن قواعد کلی همراه با رجحان منافع بلندمدت بر منافع تنگ‌نظرانه، سبب پایداری به مراتب بیشتری نسبت به قواعد می‌شوند و این امر زمانی دارای اهمیت بیشتری خواهد بود که کنشگران صرفاً به صورت عقلانیت محدود رفتار

1. Self-help

۲. نای، جوزف و رابرت کیونن، منبع پیشین، صص. ۹۸-۹۵.

می‌کنند؛ به این معنا که می‌پذیرند رفتارهای آنها می‌تواند تحت تأثیر منافع دیگر دولت‌ها قرار گرفته و تلاقی این منافع همجوار و تلاش مشترک برای تأمین آنها، راه‌حلی با هزینه کمتر است. در اقتصاد سیاسی جهانی معاصر، ارتباطات چندگانه‌ای میان دولت‌ها وجود دارند؛ چراکه دولت‌ها از طریق رژیم‌های بین‌المللی متعدد به یکدیگر مرتبط هستند. بنابراین این تصور اشتباهی است که چنین فرض گردد که رژیم‌های بین‌المللی منفصل و منزوی از یکدیگرند بلکه دولت‌های عضو این رژیم‌های بین‌المللی حتی با فرض خودخواهی برای اینکه با اقدامات تلافی‌جویانه سایر دولت‌ها در حوزه‌های دیگر مواجه نشوند ممکن است منافع دوراندیشانه را بر منافع زودگذر رجحان دهند. البته دولت‌ها ممکن است صرف اینکه شهرت آنها در معرض خطر است به سمت پیروی از تعهدات سوق پیدا کنند.<sup>۱</sup> بنا بر دلایل شهرت و اقدامات تلافی‌جویانه از سوی دیگر دولت‌ها، می‌توان چنین فرض کرد که دولت‌ها نه فقط به انعقاد موافقت‌نامه‌ها تمایل پیدا می‌کنند بلکه به حفظ موافقت‌نامه‌ها نیز حتی در صورت کاهش مطلوبیت ترجیح می‌شوند.

با این استدلال که هنجارها و قواعد رژیم‌های بین‌المللی سبب محدود شدن رفتارهای کنشگران می‌شوند و تردید و عدم اطمینان را کاهش می‌دهند و دسترسی به اطلاعات آسان‌تر می‌گردند و هزینه‌های فریبکاری افزایش می‌یابند، محیط مناسبی برای توافقات و همکاری‌های بین‌المللی فراهم می‌کنند. به بیانی واضح‌تر، اصول و قواعد رژیم‌های بین‌المللی پیوندهایی بین مسائل مختلف ایجاد می‌کنند که سبب ایجاد انگیزه‌هایی برای کنشگران به منظور دستیابی به موافقت‌نامه‌های حاوی منافع متقابل می‌گردند.

### ۳. چالش‌های فراروی تحقق وابستگی متقابل و گسترش همکاری‌های بین‌المللی

وابستگی متقابل، ضمن مزیت‌هایی که در جهت گسترش بنیادهای همکاری بین‌المللی دارد، با چالش‌ها و موانعی مواجه است که این موارد، زمینه‌های عدم همکاری‌های بین‌المللی را موجب شده است. تفاوت سطوح توسعه دولت‌ها، عدم هماهنگی نهادهای بین‌المللی اقتصادی با اهداف توسعه پایدار، تعمیق و تشدید تحریم‌ها، شکنندگی دولت‌ها و مسئله حقوق بشر از مهم‌ترین چالش‌های فراروی تحقق وابستگی متقابل و گسترش بنیادهای همکاری بین‌المللی‌اند.

1. Krasner, *Op.Cit.*, p.22.

Young, O. R., "The Politics of International Regime Formation, Managing Natural Resources and the Environment", *International Organization*, Vol. 43. No. 3, 1989, p.370.

### ۳.۱. چالش تفاوت سطوح توسعه دولت‌ها

رویداد جنگ سرد که جهان را به دو دسته تبدیل کرده بود و همچنین تمایل برخی قدرت‌های استعماری به عدم پذیرش اصل تعیین سرنوشت موجب شد که جنگ‌های آزادی‌بخش ملی افزایش یابد. بنابراین در چنین شرایطی به جای اینکه مسئله توسعه مورد توجه قرار بگیرد، مسائل سیاسی از جمله ایجاد پیمان‌های امنیتی منطقه‌ای با اهمیت شدند. بعد از روند استعمارزدایی، کشورهای استقلال‌یافته به همراه کشورهای دیگر در حال توسعه، موفق به ایجاد نهاد سیاسی قدرتمندی در سازمان ملل متحد مانند گروه ۷۷ شدند که هدف چنین اجتماعی از دولت‌ها به خدمت گرفتن قوانین و نهادهای بین‌المللی برای حمایت از تلاش‌های اعضای خود در جهت توسعه اجتماعی و اقتصادی بود.<sup>۱</sup>

بین سال‌های ۱۹۵۰ و ۱۹۸۰ بیشتر کشورهای در حال توسعه، نقش مهمی در توسعه اقتصادی ایفا می‌کردند. اما چالش زمانی ایجاد شد که صنایع داخلی، توان رقابت با کالاهای وارداتی کشورهای توسعه‌یافته را نداشتند. این امر موجب تمایل دولت‌های در حال توسعه به سیاست‌های حمایتی شد. بنابراین دولت‌ها از طریق فرایند نظارتی زمینه‌های توسعه ظرفیت‌های تولید داخلی را فراهم کردند. گرچه نهادهای برآمده از کنفرانس برتون وودز<sup>۲</sup>، متعهد به سیاست‌های لیبرالی بودند، ولی مانعی برای اجرای سیاست‌های جایگزینی واردات نبودند. همچنین بانک جهانی به تقویت ظرفیت‌های اقتصادی کشورها از طریق کمک‌های فنی و مالی جهت تقویت زیرساخت‌های اقتصادی کشورهای در حال توسعه پرداخت. همچنین گات<sup>۳</sup> که کاهش تعرفه‌های کالاهای صنعتی را محور فعالیت خود قرار داده بود در رابطه با یارانه‌ها و سایر شیوه‌های حمایت دولتی منعطف عمل می‌کرد. به‌ویژه در اواخر دهه ۱۹۶۰، قوانین جدیدی تصویب کرد که دسترسی ترجیحی به بازارهای کشورهای صنعتی را امکان‌پذیر می‌ساخت. در این دوره، کشورهای در حال توسعه، دو هدف مهم را پیگیری می‌کردند؛ تقویت ظرفیت برای کنترل بهره‌برداری از منابع طبیعی خود و اعمال حق خود برای تنظیم مقررات شرکت‌های چندملیتی فعال در این بخش. همچنین به منظور اجرای سیاست‌های جایگزینی واردات به حصول اطمینان در رابطه با دسترسی به فناوری مدرن اقدام کردند. کنترل منابع طبیعی و ملی کردن دارایی‌های شرکت‌های فعال در این بخش موجب حادث شدن اختلافاتی شد. در نهایت قواعد بین‌المللی، آن‌ها را ملزم به پرداخت غرامت

1. The Group of 77 at the United Nations, General Information, (Visited 7/14/2025) at: <https://www.g77.org/doc/>

2. Bretten Woods

3. GATT: General Agreement on Tariffs and Trade

سریع، کافی و مؤثر نمود. نیاز فوری به دسترسی به فناوری، چالشی بود که کشورهای آمریکای لاتین با آن مواجه شده بودند. گرچه سیاست‌های جایگزینی واردات، منجر به نتایج مثبتی شدند، اما کمبود فناوری، مانع تلقی می‌شد.<sup>۱</sup>

از آنجایی که مجمع عمومی سازمان ملل متحد از اکثریت کرسی‌های کشورهای درحال توسعه برخوردار بود زمینه‌ساز تصویب قطعنامه‌هایی از جمله قطعنامه حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی، اعلامیه برقراری نظم جدید اقتصادی، منشور حقوق و وظایف اقتصادی دولت‌ها و اعلامیه سرمایه‌گذاری بین‌المللی و چندملیتی شدن شرکت‌ها بود. گرچه این قطعنامه‌ها و اعلامیه‌ها الزام‌آور نبودند، اما مبنایی برای توسعه منشورهایی در رابطه با مقررات شرکت‌های چندملیتی (پیش‌نویس قانون رفتار در مورد شرکت‌های فراملیتی، تهیه‌شده از سوی شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد) و تنظیم مقرراتی در خصوص انتقال فناوری از سوی کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد (آنکتاد) شدند. این مقررات در خصوص منابع طبیعی، سرمایه‌گذاری خارجی و انتقال فناوری در منشور حقوق اقتصادی و وظایف دولت‌ها، مفادی مطابق با خواسته‌های کشورهای درحال توسعه قلمداد می‌شدند. مفاد این منشور، بر حاکمیت کامل منابع طبیعی و فعالیت‌های اقتصادی تأکید می‌کند. همچنین حق تنظیم فعالیت‌های شرکت‌های چندملیتی فعال در حوزه قضایی و نیز حق ملی کردن اموال منوط به غرامت مناسب به وسیله دادگاه‌های خودارزیابی تثبیت می‌شود. افزون بر این، تأکید می‌شود که هیچ دولتی ملزم به اعطای رفتار ترجیحی به سرمایه‌گذار خارجی نیست و شرکت‌های چندملیتی باید از مداخله در امور داخلی کشورهای میزبان خودداری کنند. همین‌طور، حق هر کشوری را جهت بهره‌برداری از پیشرفت‌های فناوری در راستای پیشبرد توسعه اقتصادی و اجتماعی خود اعلام می‌کند. از دولت‌ها خواسته می‌شود که انتقال فناوری را به نفع کشورهای درحال توسعه تسهیل نمایند و از کشورهای توسعه‌یافته خواسته می‌شود که از زیرساخت‌های علمی و فناوری کشورهای درحال توسعه حمایت نمایند. مطابق با پیش‌نویس کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد (آنکتاد)، رویه‌های تجاری محدودکننده انتقال فناوری مانند معاملات انحصاری و محدودیت در تحقیق، ممنوع شدند.<sup>۲</sup> گرچه سیستم تجارت بین‌الملل مبتنی بر اندیشه لیبرالیسم اقتصادی است، این فرصت به کشورهای درحال توسعه داده شد تا سیاست‌های صنعتی خود را

1. Babb, S., The Third World Demanded Global Redistribution in the 1970s, 2022, Visited 7/14/2025, at: <https://catalyst-journal.com/2022/12/the-third-world-demanded-global-redistribution-in-the-1970s/>

۲. هردگن، ماتیاس، **اصول حقوق بین الملل اقتصادی**، ترجمه صادق ضیائی بیگدلی و همکاران، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰، صص. ۱۸۰-۱۷۵.

پیگیری کنند و مدیریت سازنده‌ای در راستای سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی انجام دهند. همچنین نظام پولی بین‌المللی به‌عنوان نهادی تکمیل‌کننده و هماهنگ بر سیستم تجارت بین‌الملل فعالیت نمود.<sup>۱</sup>

در دهه ۱۹۷۰ رقابت در تجارت و سرمایه‌گذاری بین کشورهای صنعتی موجب شد که نهادهای بین‌المللی اقتصادی از آن تأثیر بپذیرند. همچنین ظهور شرکت‌های چندملیتی به‌عنوان عوامل اقتصادی پیشرو در اقتصاد جهانی باعث شد که دولت‌ها با چارچوب نظارتی متفاوت و متضادی مواجه شوند. همچنین عوامل دیگری هم مانند پیشرفت‌هایی در حمل‌ونقل، مخابرات و فناوری اطلاعات سبب شدند زمینه‌های ایجاد سیستم یکنواخت مقررات اقتصادی فراهم گردند. در اواخر دهه ۱۹۷۰، ایالات متحده آمریکا به‌طور فزاینده‌ای از ناتوانی گات در جهت حذف موانع غیرتعرفه‌ای یا در تنظیم روش‌های تجاری ناعادلانه همچون دامپینگ و یارانه‌ها ناامید شده بود و به‌طور عملی، گات فقط برای کشورهایی که آنها را می‌پذیرفتند الزام‌آور بود. در نتیجه، پراکندگی نظارتی منتهی به جستجوی راه‌حلی برای مسائل فوری سیاست تجاری در خارج از چارچوب‌های گات شد. بنابراین کشورهای پیشرو متوسل به روش‌های متفاوتی از جمله محدودیت‌های صادراتی داوطلبانه شدند. برخی پژوهشگران تجارت بین‌الملل اذعان دارند تجارت جهانی در اواخر دهه ۱۹۷۰ و اوایل دهه ۱۹۸۰ از وضعیت چندجانبه‌گرایی تجسم‌یافته در گات، دور شد. ایالات متحده آمریکا از نفوذ مالی و سیاسی خود در سازمان ملل متحد استفاده نمود و وضعیت را برای جلب حمایت از نظریات خود تغییر داد.<sup>۲</sup>

کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد (آنکتاد) که به وسیله کشورهای درحال توسعه ایجاد شده بود، اهمیت خود را از دست داد و از سوی دیگر صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی در صدر دستورکار به منظور توسعه قرار گرفتند. به‌ویژه در اواخر دهه ۱۹۷۰، قیمت نفت افزایش یافت و اقتصاد جهانی با رکود مواجه گردید که نتیجه نامطلوبی برای کشورهای درحال توسعه داشت. این شرایط فرصت ویژه‌ای برای بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول فراهم کردند تا زمینه متقاعد نمودن کشورهای درحال توسعه را به منظور رها کردن سیاست‌های دولت‌محور فراهم کند و آنها را به سیاست‌های بازار محور ترغیب کنند. مذاکرات دور اروگوئه منتهی به ایجاد سازمان تجارت جهانی شد که می‌توانست در جهت اجرایی شدن سیاست‌های اجماع واشنگتن فعالیت داشته باشد. چندین موافقت‌نامه مرتبط تصویب

1. Faundez, J., Tan, C., **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, pp.8-13.

2. Babb, *op. cit.*

شدند و به بسیاری از اختلافات که در زمان گات وجود داشت خاتمه دادند.<sup>۱</sup> همچنین روند یکپارچه‌ای به منظور حل و فصل اختلافات دایر شد. در رابطه با حقوق مالکیت فکری، برخی موافقت‌نامه‌های دوجانبه، کشورهای در حال توسعه را ملزم به استانداردهای حفاظتی بالاتری نسبت به استانداردهای موافقت‌نامه حمایت از حقوق مالکیت فکری می‌کردند. به عنوان نمونه معاهده ایالات متحده آمریکا و اردن در سال ۲۰۰۰، یک منطقه تجارت آزاد را ایجاد می‌نمود و حمایت گسترده‌ای نسبت به اختراعات در رابطه با فناوری، بدون در نظر گرفتن استثنائات پیش‌بینی شده در موافقت‌نامه حمایت از حقوق مالکیت فکری صورت گرفت. صرف نظر از اینکه صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی بتوانند کشورها را به منظور اجرای استانداردهای حکمرانی موجود در اجماع واشنگتن مجبور نمایند، کشورهای صنعتی در این رابطه از قدرت اقتصادی خود به منظور متقاعد کردن کشورهای در حال توسعه استفاده کردند.<sup>۲</sup>

این روندها می‌توانست نقش سازنده‌ای در وابستگی متقابل و گسترش بنیادهای همکاری بین‌المللی فراهم کنند، اما عملکرد نهادهای بین‌المللی اقتصادی بعد از اجماع واشنگتن، متحول گردید و نقش مؤثر کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد (آنکتاد) کاهش یافت.

### ۳.۲. چالش‌های عدم هماهنگی عملکرد نهادهای بین‌المللی اقتصادی با اهداف توسعه پایدار

امروزه وابستگی متقابل اقتصادی، بیش از پیش با اهمیت شده و سیاست‌های خودکفایی کم‌رنگ شده است. این امر زمینه‌های صلح بیشتر را در سایه همکاری‌های اقتصادی و سیاسی فراهم ساخته است. نهادهای بین‌المللی اقتصادی نیز برای رسیدن به مقصود آزادسازی تجاری به وابستگی متقابل متکی‌اند. هیچ دولت ثروتمندی ادعا نکرده است که در تمام زمینه‌ها خودکفا است، بلکه کوشیده است در سایه همکاری‌های اقتصادی و سیاسی زمینه‌های توسعه و پیشرفت را فراهم کنند. این امر مستلزم آن است که نهادهای بین‌المللی اقتصادی نیز عملکردی متوازن و هماهنگ با اهداف توسعه پایدار داشته باشند؛ چراکه بدین وسیله زمینه‌های ایجاد بستری مساعد به منظور گسترش همکاری‌های بین‌المللی فراهم می‌شود. سخنرانی بان کی مون،<sup>۳</sup> دبیرکل پیشین سازمان ملل متحد در مجمع عمومی در سال ۲۰۱۴، به

۱. یکی از مهم‌ترین اختلاف‌های موجود تفاوت دیدگاه در زمینه صادرات محصولات کشاورزی کشورهای در حال توسعه بود که کشورهای توسعه‌یافته حاضر نبودند برای واردات این محصولات ترجیحاتی را از طریق کاهش تعرفه قائل شوند. همچنین انعطاف در توسعه فناوری کشورهای توسعه‌یافته با تسهیل مقررات مالکیت معنوی در این راستا بود.

۲. Faundez & Tan, *op.cit*, pp.8-13.

۳. Ban Ki-moon

اهمیت هدایت تجارت به منظور ابزاری جهت انصاف و توسعه پایدار اشاره داشت.<sup>۱</sup> تجارت می‌تواند زمینه‌های زندگی باکرامت را فراهم کند و عامل مهمی برای دستیابی به سلامت، امنیت غذایی و توسعه اقتصادی باشد. به عبارتی، ایجاد شرایطی مساعد برای توسعه پایدار می‌تواند از هر کمکی، بارزتر باشد.

### ۳.۲.۱. چالش‌های سیاست حمایتی تبعیضی

آخرین دور مذاکرات سازمان تجارت جهانی در سال ۲۰۰۱ در دوحه قطر نتوانست موفقیتی در زمینه ایجاد توافقی جدید در راستای کاهش بیشتر موانع تجارت کسب کند. کشورهای درحال توسعه، بنا بر برنامه‌های تعدیل ساختاری بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول به سمت آزادسازی تجارت متمایل شدند، درحالی‌که کشورهای توسعه‌یافته از جمله کشورهای عضو اتحادیه اروپا از کاهش موانع باقی‌مانده بر سر راه واردات یا کم کردن یارانه‌های کشاورزی خود ممانعت کردند. این امر منجر به طرح انتقادهایی شد و این پرسش را برانگیخت که چرا کشورهای درحال توسعه می‌بایستی بازاری برای صادرات صنایع کشورهای توسعه‌یافته فراهم کنند ولی بخش‌های کشاورزی کشورهای توسعه‌یافته، همچنان از سیاست‌های حمایتی استفاده می‌کنند.<sup>۲</sup>

### ۳.۲.۲. چالش‌های دسترسی آسان به دارو

موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس)<sup>۳</sup> در رابطه با دسترسی به دارو در هنگام اشاعه بیماری‌های همه‌گیر، این امکان را فراهم ساخته است تا دسترسی به لیسانس‌های اجباری بهره‌برداری از ثبت اختراع محصول بدون کسب اجازه از دارنده حق مهیا شود.<sup>۴</sup> با این وجود، مسئله دسترسی آسان به دارو، همچنان از انتقادات مبرا نبوده است؛ به‌گونه‌ای که قطعنامه ۲۰۰۰/۷ کمیسیون فرعی حقوق بشر پیشین، به انتقادات مطروحه واکنش نشان داد و تأیید کرد که موافقت‌نامه مزبور، تا حد زیادی با اسناد حقوق بشری در تضاد است.<sup>۵</sup>

بنیان موافقت‌نامه تریپس، به حقوق مالکیت مرتبط است که از دیدگاه متفکران لیبرالیسم کلاسیک برداشت شده است. مطابق با این نظریه، حقوق مالکیت، جنبه‌ای اخلاقی یافته است و وسیله‌ای برای

1. United Nations, Press Conference by Secretary-General Ban Ki-moon at United Nations Headquarters, Visited: 7/16/2025 at: <https://press.un.org/en/2014/sgsm16150.doc.htm>

۲. اسمیت، روی، کریستوفر فاراندس و عماد الانیس، **اقتصاد سیاسی بین‌الملل در سده بیست و یکم**، ترجمه روح الله طالبی آرانی، امیرمحمد حاجی یوسفی، تهران: نشر مخاطب، ۱۳۹۲، ص. ۱۴۱.

3. TRIPS: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

4. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Article 31.

5. Sub-Commission on Human Rights resolution 2000/7:Para 12.

آزادی شخصی به شمار می‌رود. اما مخالفان چنین اندیشه‌ای، ضمن توجه به اهمیت حقوق مالکیت، بر این باور بوده‌اند که می‌توان با نگرشی به نفع همه بشریت، رفتار مساعدتری با جوامع جنوب جهانی داشت. بنابر چنین استدلال‌هایی بود که موج جدیدی از تفکرات مبتنی بر فایده‌گرایی دارای اهمیت شد. محققانی که در این جرگه قرار داشتند، مطرح می‌کردند که سطح حفاظت ارائه‌شده به موجب موافقت‌نامه تریپس، می‌بایستی بر اساس مزایای به‌دست‌آمده از سوی جامعه اعطا گردد. به‌عبارتی چنین اندیشه‌ای، خواهان پاداشی جهت ترویج منافع عمومی به شیوه حفاظت از خلاقیت و اختراع در حوزه علم بوده است.<sup>۱</sup> این نظریه، رویکردی نتیجه‌گرا داشته و به دنبال تعدیل ایده تمرکز بر حقوق مالکیت بوده است. باین‌حال این نظریه از منظر نیاز به استدلال‌های منطقی‌تر و درعین‌حال جامع‌تر محل نقد بوده است. رویکرد ابزارگرایی در تلاش برای پل زدن میان این دو دیدگاه، می‌کوشد تا کاستی‌های نظریه حقوق مالکیت و نظریه فایده‌گرایانه را مرتفع کند. ابزارگرایی، هم حقوق پدیدآور و هم حقوق دیگران را با عنایت بر اسناد حقوق بشری از جمله حق بهره‌مندی از مزایای علمی، ترویج می‌کند و از این منظر، حقوق بشر به‌عنوان ابزاری تکمیل‌کننده شناخته می‌شود. برخی پژوهشگران، از موضع سوم دفاع می‌کنند و معتقدند که با اصلاحات جزئی متن محور در موافقت‌نامه تریپس، می‌توان راهی به سوی دیدگاه سوم گشود.<sup>۲</sup>

### ۳.۲.۳. چالش‌های تحقق امنیت غذایی

اطمینان از دسترسی جهانی به غذا، کماکان مسئله‌ای حل‌نشده باقی مانده است. افزایش تعداد کسانی که با معضل گرسنگی مواجه هستند و کاهش ظرفیت‌های تولیدی کشاورزان در جنوب جهانی بر این امر گواهی می‌دهد. این در حالی است که امحای گرسنگی و امنیت غذایی از اهداف توسعه پایدار به شمار می‌روند. سازمان خواربار و کشاورزی سازمان ملل متحد (فائو)، در سال‌های آخر جنگ جهانی دوم شکل گرفت و بنا بر مقدمه اساسنامه خود، جهت ارتقای سطح تغذیه جهانی، بهبود کارایی تولید غذا، کمک به توسعه روستایی می‌کوشد.<sup>۳</sup> فائو، این امید را در سطح جهانی برانگیخت که می‌توان از طریق همکاری‌های بین‌المللی به اهداف توسعه پایدار نزدیک‌تر شد.

۱. اسلامی، رضا، علی حسنجانی و حسین کلانتری، «چالش‌های حقوق بشری معاهده تریپس»، نشریه حقوق اساسی، د. ۱۰، ش. ۲۰، ۱۳۹۲، ص. ۳۸.

2. Bodimeade, Chelsea, Deane, Felicity, "Evolving theory of IP rights: promoting human rights in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 18, No. 8, 2023, pp. 613-614.

3. Constitution of FAO, preamble, at: <https://www.fao.org/4/x5584e/x5584e0i.htm/>

در سال ۱۹۴۶ بانک جهانی تصمیم گرفت با سازمان‌های تخصصی سازمان ملل متحد از جمله فائو همکاری نماید و بدین منظور قراردادی منعقد کرد که فائو را جهت پروژه‌های کشاورزی از طریق وام‌دهی مساعدت نماید. برنامه‌های گسترده‌ای با اهداف نیل به کشاورزی پایدار صورت گرفت. همچنین موسسه مالی بین‌المللی جدیدی در سال ۱۹۷۷ ایجاد شد. صندوق بین‌المللی توسعه کشاورزی (ایفاد) قرار بود از طریق کمک‌های داوطلبانه که از کشورهای عضو اوپک دریافت می‌نمود به منظور تأمین بودجه تولید غذا در کشورهای در حال توسعه متمرکز شود. البته حوزه فعالیت آن به سایر حوزه‌ها از جمله شیلات، دامداری، کاهش فقر روستایی و غیره تسری پیدا کرد. صندوق بین‌المللی توسعه کشاورزی (ایفاد) نسبت به بانک جهانی و بانک‌های توسعه منطقه‌ای به ارائه‌دهنده کوچک مالی و وام‌دهی به کشاورزی کشورهای در حال توسعه تبدیل شد.<sup>۱</sup>

بعد از سیاست‌های اجماع واشنگتن، رویه‌های حاکم بر امنیت غذایی تغییر کردند. چرخش فکری از کمک‌رسانی به سمت این باور سوق پیدا کرد که اصلاحات تعدیل ساختاری می‌تواند از طریق ثبات اقتصادی کلان و رشد اقتصادی در نهایت سبب افزایش توانایی مردم به خرید مواد غذایی شود.<sup>۲</sup> بنا بر موضع جدید بانک جهانی در سال ۱۹۸۰، راه‌حل پیشنهادی این بود که افزایش درآمد واقعی خانوارها می‌تواند زمینه‌های تأمین مواد غذایی را برآورده نماید. اتخاذ این رویه منجر به کاهش سیاست‌های وام‌دهی به کشاورزی از سوی بانک جهانی و کاهش نقش حمایتگری فائو شد. بنا بر گزارش‌های بانک جهانی، عامل رخ دادن قحطی به از دست دادن درآمدهای واقعی تقلیل یافت. به عبارتی گفتمان بین‌المللی در خصوص امنیت غذایی از عرضه به تقاضا تغییر کرد.<sup>۳</sup>

### ۳.۳. شکنندگی دولت‌ها در عصر پساجنگ سرد

در دوران جنگ سرد تحت تأثیر ایدئولوژی‌های فراگیر و سلطه قدرت‌های بزرگ بر بلوک‌های امنیتی و ایدئولوژیک دغدغه دولت‌ها عمدتاً حفظ بقا در برابر محیط خارجی بود و همین عامل سبب می‌شد تا مسائل و چالش‌های داخلی خصوصاً در بعد هویتی چندان بحران‌زا نباشد. پس از پایان جنگ سرد و کاهش دغدغه‌های امنیتی سیاست هویت در بیشتر دولت‌ها فعال شده و نتیجه آن یا شکل‌گیری

1. International Fund for Agricultural Development, Who We Are? Visited: 7/17/2025 at: <https://www.ifad.org/en/our-vision/>

2. Gonzalez, Carmen G., "International Economic Law and the Right to Food", Seattle University School of Law, 2013, pp. 18-20.

3. Wolkenhauer, Anna, **International organization and food: nearing the end of the lean season**, Palgrave Macmillan, 2021, pp. 297-300.

جنگ‌های داخلی بود یا شکنندگی دولت‌ها در برابر حرکت‌های گریز از مرکز. اگرچه در این دوره زمانی جهانی شدن اقتصاد بسیار تعمیق یافت، تحت تأثیر همین جهانی شدن نیز هویت‌های فراملی قومی و مذهبی توانایی برقراری ارتباط با محیط خارجی را بیشتر دیده و در نتیجه در برابر دولت‌های امنیتی مسیر اعتراض را پیمودند. تجربه یوگسلاوی، کشورهای جنوب صحرای افریقا، جمهوری‌های برآمده از فروپاشی شوروی و مسائل هویتی موجود در عراق و افغانستان نمونه‌های گویایی از این سیاست هویت و شکنندگی دولت‌ها بود.

هم‌زمان با این تحولات اگرچه رشد و توسعه اقتصادی نیز در دستور کار بسیاری از دولت‌ها قرار گرفت و به تبع وابستگی متقابل اقتصادی نیز به تدریج به یک روند برگشت‌ناپذیر تبدیل شد اما وجود دولت‌های متعددی در مناطق جغرافیایی که از موضوع شکنندگی رنج برده یا قادر به حل چالش‌های هویتی نبودند سبب شد تا چرخه شکل‌گیری وابستگی متقابل در اقصی نقاط جهان با فراز و نشیب‌هایی همراه شد، چنان‌که اگر امروزه بالکان این مسئله خطیر در برابر وابستگی متقابل اقتصادی اروپایی است، همین روند با ایفای نقش پاکستان و افغانستان در جنوب آسیا قابل مشاهده است. چنان‌که خط سیر ناتوانی دولت‌ها در خاورمیانه پیش و پس از بهار عربی نیز نشان داد که خاورمیانه هنوز با تحقق هم‌گرایی و همکاری‌های اقتصادی گسترده فاصله فراوانی دارد. عمده دولت‌های مذکور با درگیری در چالش‌های ناشی از مدیریت هویت‌های خرد مدعی از تمرکز بر توسعه اقتصادی بازمانده و همچنان در گیرودار چالش‌های ناشی از امنیت ملی از انگیزه و توان لازم برای قرارگیری در چرخه‌ها و شبکه اقتصاد جهانی و همکاری‌های بین‌المللی بهره‌مند نیستند. داده‌های مؤسسه اقتصاد جهانی براساس پیمایشی از میزان شکنندگی در حدود ۱۸۰ کشور دنیا (عدد بین صفر به‌عنوان شکنندگی اندک و عدد ۱۲۰ به‌عنوان بیشترین شکنندگی) بین سال‌های ۲۰۰۷ تا ۲۰۲۴ نشان می‌دهد که بیش از ۱۱۰ کشور دنیا که عمدتاً در افریقا، امریکای لاتین و آسیا قرار دارند شاخصی بالاتر از ۵۰ را کسب کرده‌اند<sup>۱</sup> که نشان می‌دهد این شکنندگی در سطح دنیا با شدت و ضعف وجود دارد و همین امر می‌تواند وقفه‌هایی جدی در شکل‌گیری وابستگی متقابل اقتصادی واقعی و در نتیجه تحقق همکاری ناشی از آن باشد.

1. The Global Economy, Fragile State Index - Country rankings, Visited 7/17/2025, at: [https://www.theglobaleconomy.com/rankings/fragile\\_state\\_index/](https://www.theglobaleconomy.com/rankings/fragile_state_index/)

### ۳.۴. چالش‌های تعمیق و تشدید تحریم‌ها

مبنای تحریم‌های اقتصادی مبتنی بر این فرض است که تحریم دولت خاطی سبب می‌شود که به سمت رفتار مطلوب و مطابق با موازین حقوق بین‌الملل گرایش یابد. مشروعیت تحریم‌ها متأثر از مناسبات بین‌المللی بوده است. در زمان جنگ سرد که سیاست‌های قدرت و امنیت بر روابط بین‌الملل چیره بود، تحریم‌ها به‌عنوان چارچوبی ذیل مسائل امنیتی تلقی می‌شدند. بعد از پایان جنگ سرد، سیاست‌های وابستگی متقابل در صدر دستورکار قرار گرفتند؛ به‌گونه‌ای که برخی با اغراق مطرح می‌کردند که دیگر نیازی به اتخاذ سیاست‌های امنیتی نیست و جهان پیش‌رو با سرعت به سمت تغییر حرکت می‌کند. حال اینکه، نظریه وابستگی متقابل ضمن اینکه به گزاره‌های تغییر اشاره داشت، به تداوم سیاست‌های گذشته نیز تأکید داشت. به عبارتی ضمن اینکه بر بنیادهای همکاری بین‌المللی توجه داشت همچنان مانند گذشته معتقد بود که اهمیت سیاست‌های امنیتی هنوز از صحنه بین‌المللی رخت برنیسته است، بلکه به شکل‌های دیگری از جمله امنیت انرژی، امنیت سایبری، امنیت غذایی و غیره متمایل شده است.<sup>۱</sup>

شکل‌گیری جامعه ملل را می‌توان آغازی برای تکوین تحریم‌ها دانست، گرچه امنیت دسته‌جمعی پیش‌بینی‌شده در سطح ابتدایی قرار داشت، تجربه‌ای برای سازمان‌دهی تحریم‌ها برای آینده محسوب می‌شد. ب اساس ماده ۱۰ میثاق جامعه ملل، دولت‌های عضو، متعهد شده‌اند تا تمامیت و استقلال سیاسی دولت‌های عضو دیگر را محترم شمارند و ماده ۱۲ میثاق نیز به حل‌وفصل اختلافات از طریق داوری و یا از طریق تحقیق از سوی شورای جامعه ملل اشاره داشت. دولت‌ها موظف‌اند پیش از گذشت ۳ ماه از تاریخ حکم داوران و یا گزارش شورای جامعه ملل، مبادرت به جنگ نکنند.<sup>۲</sup> بنابراین به‌طور کلی نمی‌توان گفت که جنگ در دوره جامعه ملل کاملاً ممنوع شده بود بلکه جنگ محدود به شرایطی شده بود. نمونه مشخص تحریم‌ها در دوره جامعه ملل مربوط به تصرف ایتوپی توسط ایتالیا بود. شورای جامعه ملل ناگزیر تحریم‌هایی علیه ایتالیا متجاوز تعیین کرد، اما در اقدامات ایتالیا تأثیر مشخصی نداشت. از آنجایی که بیشتر دولت‌ها از امکان نزدیکی موسولینی به هیتلر هراس داشتند، روابط خود را با ایتالیا برقرار کردند. اقدامات جامعه ملل تأثیر بسزایی نداشتند؛ چراکه تحریم‌ها در قالب این نهاد، مستلزم همراهی دولت‌های عضو بود و اگر چنین قدرتی حادث نمی‌شد، تحریم‌ها، کارساز نبودند.<sup>۳</sup>

۱. نای، جوزف و رابرت کیوئن، منع پیشین.

2. The Covenant of the League of Nations, Articles 10,12, at: <https://www.un Geneva.org/en/about/league-of-nations/covenant/>

3. George, Boer, **test case: Italy, Ethiopia of Nations**, Hoover Press, 1976, pp.16-19.

تجربه جامعه ملل برای تشکیل و تغییراتی در ضمانت اجرای سازمان ملل، مؤثر بود و اگر نقص جامعه ملل، عدم تحریم‌های سازمان یافته بود، تلاش گردید با اعطای قدرت سازمان یافته‌ای به تحریم‌ها، این نواقص حل گردد. از آنجایی که حفظ صلح و امنیت بین‌المللی از مسئولیت‌های اولیه شورای امنیت سازمان ملل است، بدین‌سان توسل به اقدامات اجبارکننده از مهم‌ترین ابزارهای دستیابی به چنین مقصودی محسوب می‌گردند. بنابراین اهداف منشور سازمان ملل متحد منوط به اجرای مقررات فصل هفتم این منشور است که طبق ماده ۳۹ منشور، شورای امنیت در صورت تشخیص هرگونه تهدید علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز، توصیه‌هایی ارائه خواهد کرد یا طبق ماده ۴۱ و ۴۲ منشور به منظور اعاده صلح و امنیت جهانی اقدام می‌کند. مطابق با ماده ۴۱ منشور، شورای امنیت به اقداماتی متوسل می‌گردد که متضمن استفاده از نیروهای مسلح نیست. این قبیل اقدامات مواردی همچون قطع تمام یا قسمتی از روابط اقتصادی و ارتباطات ریلی، دریایی، هوایی، پستی، تلگرافی، رادیویی یا سایر وسایل ارتباطی و قطع روابط دیپلماتیک را شامل می‌شوند. نوع دیگر اقدامات تنبیهی مطابق با ماده ۴۲ در صورتی امکان دارند که اقدامات پیش‌بینی شده در ماده ۴۱ منشور کافی نباشند. در این صورت، چنین اقداماتی شامل مواردی هم مانند نمایش قدرت، محاصره و سایر عملیات‌های هوایی، زمینی و دریایی می‌شوند.

علاوه بر تحریم‌های بین‌المللی، می‌توان به تحریم‌های یک‌جانبه‌ای که بنابر وضعیت امنیت ملی از سوی دولت‌ها اتخاذ می‌شوند اشاره کرد. گرچه دولت‌ها می‌توانند با اشاره به وضعیت امنیت ملی خود از سیاست‌های تحریمی استفاده کنند، اما این سیاست‌ها گاهی از اصل حسن نیت فراتر می‌روند؛ چراکه دولت‌ها به جای اینکه اهداف امنیتی خود را پیگیری کنند از آن به‌عنوان شیوه‌ای برای دستیابی به اهداف دیگر خود استفاده می‌کنند. در نمونه آمریکا، سیاست‌های تحریمی این کشور تنها مختص کشورهای مورد هدف نبوده است، بلکه دامنه وسیع‌تری را از جمله شرکت‌هایی که به‌طور غیرمستقیم با کشور مورد هدف، تجارت داشته‌اند نیز شامل شده است. این نگرش فراسرزمینی به تحریم‌ها، حتی اعتراض دولت‌های عضو اتحادیه اروپا را موجب شده است.

در جهان مبتنی بر وابستگی متقابل اقتصادی، استفاده از ابزار تحریم‌ها به‌عنوان شیوه‌ای شناخته می‌شود که نه با دیپلماسی مطابقت دارد نه با مقابله نظامی. وابستگی متقابل دولت‌ها سبب شده است که دولت‌های قدرتمند از ابزار تحریم‌ها به‌عنوان وسیله‌ای برای خواسته‌های سیاسی خود استفاده کنند و از این جهت چالشی برای تحقق مطلوب وابستگی متقابل و گسترش همکاری‌های بین‌المللی به شمار می‌روند. ضمن اینکه اساساً تحریم‌های بین‌المللی چه در قالب‌های مشروع در چارچوب منشور سازمان

ملل متحد و چه در قالب تحریم‌های یکجانبه دولت‌ها علیه یکدیگر بخشی از مسیر همکاری‌های اقتصادی (تجاری، مالی و انرژی) را تضعیف کرده که نتیجه آن قطعاً ضربه به چرخه وابستگی متقابل اقتصادی و در ادامه نقص در همکاری‌های بین‌المللی است.

### ۳.۵. جنگ‌های تعرفه‌ای

اگرچه رقابت‌ها و آنچه از آن به‌عنوان جنگ تعرفه‌ای نام برده می‌شود، قدمتی بسیار طولانی‌تر از شکل‌گیری نظام رسمی تجارت در سطح جهانی دارد اما نکته‌ی اعجاب‌برانگیز این نوع جنگ‌ها آن است که شدت و کیفیت آنها در عصر نظارت سازمان جهانی تجارت و نیز فراگیری عمیق تجارت جهانی بسیار بیشتر شده است. منافع تجاری دولت‌ها سبب شده است تا آنها ضمن توجه به همکاری‌های بین‌المللی تجاری مسیر ایجاد انحراف تجارت آزاد را نیز با ابزارهای تعرفه‌ای و غیرتعرفه‌ای در پیش گیرند. ابزار تعرفه‌ای خصوصاً در دو دهه اخیر و همزمان با ظهور اقتصادهای جدید و ایفای نقش آنها در اقتصاد جهانی بیشتر از سوی قدرت‌های اقتصادی بزرگ‌تر مورد استفاده قرار گرفته و همین عامل سبب شده هم قدرت‌های نوظهور اقتصادی و کشورهای کمتر توسعه‌یافته در مسیر وابستگی متقابل اقتصادی دچار چالش شده و هم در سطح کلی مسیر همکاری‌های ناشی از این وابستگی منحرف شود.<sup>۱</sup> تعرفه‌گذاری‌های گسترده ایالات متحده در برابر صادرات کشورهای مختلف در دوره اول و دوم ریاست‌جمهوری ترامپ یکی از نمونه‌های بسیار نادر و درعین‌حال خطرناک در برابر همکاری‌های اقتصادی جهانی و در نتیجه تحکیم و تثبیت وابستگی متقابل اقتصادی است.<sup>۲</sup>

### ۳.۶. حقوق بشر

یکی دیگر از چالش‌های فراروی همکاری و وابستگی متقابل اقتصادی در نظام حقوقی بین‌المللی معاصر چالش حقوق بشر است. رسمیت یافتن اهمیت حقوق بشر در قالب اسناد بین‌المللی چالشی بزرگ را در برابر دولت‌های اقتدارگرا قرار داد. این دسته از دولت‌ها با استناد به اصل حاکمیت ملی و به‌تبع اصل عدم مداخله در امور داخلی دولت‌ها به‌عنوان بنیان نظم حقوقی بین‌المللی رابطه دولت با جامعه خویش را مصون از مداخله خارجی می‌دانستند. اما از زمانی که حقوق بشر در ابعاد گوناگون مورد توجه و پیگیری جامعه بین‌المللی قرار گرفت این دولت‌ها با دو واکنش متفاوت وارد عمل شدند: برخی این هنجارها را

1. Lashkaripour, Ahmad, "The cost of a global tariff war: A sufficient statistics approach", *Journal of International Economics*, 131, 2021, p.2.

2. Vanzetti, David, "Economic consequences of a US-initiated tariff war", 69th annual Conference of the Australasian Agricultural and Resource Economics Society, 2025, pp.2-4.

پذیرفته و درصدد برآمدند تا بدون ایجاد چالش لاقلم بخشی از فرایند را درونی کنند و مورد احترام قرار دهند. این سیاست پذیرش عمدتاً ناشی از درک فشارهای جامعه بین‌المللی و به‌خصوص پیشگیری از تحریم‌ها و انزوای بین‌المللی بود. دسته دیگری از دولت‌ها این هنجارها را وفق اصول و معیارهای فرهنگی خود ندانسته یا در برابر اجرا و پذیرش آن‌ها مقاومت کرده یا آنکه به شکلی گزینشی و صوری با آنها برخورد کرده‌اند که نتیجه آن فشار جامعه بین‌المللی عمدتاً با ابزارهای سیاسی و تحریمی بوده است.<sup>۱</sup> این اهمیت‌یابی هنجارهای حقوق بشری لاقلم در دو دهه اخیر به‌منابه چالشی در برابر گستره وابستگی متقابل اقتصادی عمل کرده است زیرا تعدادی از دولت‌ها را به‌عنوان خاطیان هنجارهای حقوق بشری از چرخه وابستگی متقابل کنار زده و مشکلات را در زمینه توسعه برای آن ایجاد کرده است. از این‌رو توازن میان التزام به هنجارهای حقوق بشری به‌عنوان ضرورت انسانی شدن جامعه بین‌المللی و حفظ و تداوم وابستگی متقابل به‌عنوان زمینه‌ای برای همکاری جهانی و جلوگیری از تشدید تعارض‌ها به چالشی مهم فراروی جامعه بین‌المللی معاصر تبدیل شده است.

### نتیجه‌گیری

یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهند که برخلاف انتظار با اینکه نظام حقوقی و اقتصادی جهانی بر پایه ایده وابستگی متقابل است، اما به‌دلیل موانع و ضعف‌های حقوقی نتوانسته است زمینه‌های تسهیل وابستگی متقابل را فراهم کند و به‌جای تقویت بیشتر منطق اقتصادی همچنان بر منطق قدرت افزوده است. تفاوت سطوح توسعه دولت‌ها، نبود هماهنگی نهادهای بین‌المللی اقتصادی با اهداف توسعه پایدار و استفاده یک‌جانبه از ابزار تحریم، از مهم‌ترین چالش‌های فراروی تحقق وابستگی متقابل و گسترش بنیادهای همکاری بین‌المللی‌اند.

تداوم جنگ‌ها، شکل‌گیری سطحی از مسابقه تسلیحاتی و واگرایی دولت‌ها بعضاً در شرایط بحران اگرچه به روندهایی ظاهراً پایان‌ناپذیر در نظام بین‌المللی معاصر تبدیل شده است، روی دیگر سکه همکاری‌ها و هم‌گرایی‌هایی که بشر اگرچه به تجربه‌ای تلخ، اما به‌هرحال آنها را آزموده و از مزایای آن بهره‌مند شده است. شکل‌گیری نهادهای بین‌المللی در هر دو قالب سازمان‌ها و رژیم‌ها نموده‌ای عینی از اثرگذاری وابستگی متقابل کشورها در مقاطع زمانی گوناگون برای چیره شدن بر اختلاف و تعارض بوده

1. The World Bank, Human Rights and Economics: Tensions and Positive Relationships, Visited 7/17/2025 at: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/568971607704442026/pdf/Human-Rights-and-Economics-Tensions-and-Positive-Relationships.pdf/>

است. به همین نسبت عملکردهای منطقه مانند اتحادیه اروپا در غرب یا آسه‌آن در شرق آسیا نشان می‌دهد که همکاری و وابستگی در ورای مرزها هم تأمین‌کننده منافع مشترک بوده و هم در زمانه‌های بحرانی می‌توانسته است به‌مثابه کنترلگری در برابر سیاست قدرت باشد. از این رو می‌توان ادعا کرد که شاید در نظام بین‌المللی قدرت پایه امروزی انتظاراتی که از همکاری‌ها و وابستگی متقابل وجود داشته، در منتهای خود شکل و تبلور حداکثری نیافته است، اما زمینه‌ساز رویکردهایی برای تصور بدیل‌هایی جهت بهبود اوضاع جهان یا حداقل جلوگیری از تشدید اوضاع بوده است.

در حوزه ایجاد مزایای اقتصادی نیز وابستگی متقابل توانسته است برای نظام بین‌المللی توسعه به ارمغان بیاورد. این توسعه شاید ناهمگون و گاه غیرمتوازن بوده، اما در عمل ثابت شده که می‌توان با اصلاحاتی در داخل و تداوم همکاری در محیط بیرون زمینه‌های عزیمت آن را مهیا کرد؛ گرچه گفته می‌شود دولت‌های توسعه‌گرا با سایر دولت‌های توسعه‌گرا همکاری بین‌المللی مطلوب‌تری دارند و وابستگی متقابل میان آنها بیشتر مشاهده می‌شود. از طرفی، دولت‌های توسعه‌یافته دارای منفعتی ملی‌اند تا دامنه همکاری‌ها و وابستگی متقابل اقتصادی را به کشورهای جهان سوم تسری دهند و همکاری‌های بین‌المللی زمینه مستعدی برای اجلاس‌های آینده به‌منظور رفع چالش‌ها و موانع همکاری‌های بین‌المللی فراهم می‌کنند. اما به نظر می‌رسد اگر نظام بین‌المللی جهت رفع چالش‌های موجود اقدامی عملی انجام ندهد و نهادهای بین‌المللی خوب کار نکنند، این امر بر دامنه واگرایی در عرصه سیاست جهانی می‌افزاید. البته نباید از این امر غافل بود که حکمرانی جهانی را نمی‌توان موضوعی محتوم تصور نمود، بلکه به عملکرد کنشگران بین‌المللی بستگی دارد.

## منابع

### کتاب

۱. اسمیت، روی، کریستوفر فاراندس و عماد الانیس، **اقتصاد سیاسی بین‌الملل در سده بیست و یکم**، ترجمه روح الله طالبی آرانی، امیرمحمد حاجی یوسفی، تهران: نشر مخاطب، ۱۳۹۲.
۲. جونز، کرل بر این، **جنگ سرد**، ترجمه بابک محقق، تهران: فرهنگ جاوید، ۱۳۹۸.
۳. مورگن تا، هانس جی، **سیاست میان ملت‌ها: تلاش در راه قدرت و صلح**، ترجمه حمیرا مشیرزاده، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۹۷.

۴. نای، جوزف، کیوئن، رابرت، از **وابستگی متقابل تا حکمرانی جهانی**، ترجمه وحید بزرگی، تهران: قومس، ۱۳۹۹.

۵. هردگن، ماتیاس، **اصول حقوق بین‌الملل اقتصادی**، ترجمه صادق ضیائی بیگدلی، محمد ضیائی بیگدلی، محمدرضا ضیائی بیگدلی، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰.

#### مقاله

۶. اسلامی، رضا، علی حسن‌خانی و حسین کلانتری، «چالش‌های حقوق بشری معاهده تریپس»، نشریه حقوق اساسی، د. ۱۰، ش. ۲۰، ۱۳۹۲، صص. ۳۱-۵۸.

## References

### Books

1. Bauer, R., Pool, I., and Dexter, L., **American Business and Public Policy: The Politics of Foreign Trade**, New York: Atherton Press, 1963.
2. Copeland, Dale C., **Economic Interdependence and War**, Princeton University Press, 2015.
3. Dalby, S., *Creating the Second Cold War*, London, 1990.
4. Faundez, J., Tan, C., **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Edward Elgar Publishing Limited, 2010.
5. George, Boer, **test case: Italy, Ethiopia of Nations**, Hoover Press, 1976.
6. Herdgen, Matthias, **Principles of International Economic Law**, translated by Sadeq Ziaei Bigdali et al., Tehran: Ganj Danesh Publications, 2011. (In Persian)
7. Jones, Carol Brian, **The Cold War**, translated by Babak Mohaqeq, Tehran: Farhang Javid, 2019. (In Persian)
8. Lindblom, Charles, **The Intelligence of Democracy**, New York Press, 1965.
9. Morganta, Hans J., **Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace**, translated by Humaira Moshirzadeh, Tehran: Political and International Studies Office, 2018. (In Persian)
10. Nye, Joseph, Keohen, Robert, **From Interdependence to Global Governance**, translated by Vahid Bozorgy, Tehran: Qomes, 2011. (In Persian).
11. Smith, Roy, Farrands, Christopher, Alanis, Emad, **International Political Economy in the Twenty-First Century**, translated by Ruhollah Talebi Arani, Amir Mohammad Haji Yousefi, Tehran: Mokhatab, 2013. (In Persian)
12. Wolkenhauer, Anna. **International Organization and Food: Nearing the End of the Lean Season**. Palgrave Macmillan, 2021.

### Articles

13. Axelrod, Robert, "The Emergence of cooperation among egoists", *American Science*, vol. 75, 1981. pp. 306-318. <https://doi.org/10.2307/1961366>
14. Babic, M., "Realism and Multipolarity in the XXI Century. Challenges for the Balkans", *Studies in European Affairs*, No. 3, 2024, pp. 9-25. <https://doi.org/10.33067/SE.3.2024.1/>
15. Bodimeade, Chelsea, Deane, Felicity, "Evolving theory of IP rights: promoting human rights in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 18, No. 8, 2023, pp 603-614. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad056>

16. Eslami, Reza, Hassankhani, Ali, Kalantari, Hossein, "Human Rights Challenges of the TRIPS Agreement", *Journal of Fundamental Rights*, Volume 10, Issue 20, 2013, pp. 31-58. (In Persian)
17. Gaiduchok O., Stupnytskyi O, "Economic interdependence: national and international economic security", *Internauka*, Vol. 34, No.2, 2020, pp. 85-90. <https://doi.org/10.25313/2520-2294-2020-2-5661/>
18. Gonzalez, Carmen G., "International Economic Law and the Right to Food", Seattle University School of Law, 2013, pp. 1-25.
19. Knorr, Stephen D., "Global communications and National power: life on the Pareto frontier" *World Politics*, No. 43 (April), 1991, pp. 336-366. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139680738.004>
20. Krasner, S., *International Regimes*, Cornell University Press, 1983.
21. Lashkaripour, Ahmad, "The cost of a global tariff war: A sufficient statistics approach", *Journal of International Economics*, 131, 2021, pp. 1-38. <https://doi.org/10.1016/j.jinteco.2020.103419/>
22. Vanzetti, David, Economic consequences of a US-initiated tariff war, 69th annual Conference of the Australasian Agricultural and Resource Economics Society, 2025. pp.1-19.
23. Young. O. R., "The Politics of International Regime Formation, Managing Natural Resources and the Environment." *International Organization*. Vol. 43. No. 3, 1989, pp. 349-375. <https://doi.org/10.1017/S0020818300032963/>

#### Online Sources

24. Babb, S., The Third World Demanded Global Redistribution in the 1970s, 2022, Visited 7/14/2025, at: <https://catalyst-journal.com/2022/12/the-third-world-demanded-global-redistribution-in-the-1970s/>
25. Charter of the United Nations, Articles 41, 42, at: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/>
26. Constitution of FAO, preamble, at: <https://www.fao.org/4/x5584e/x5584e0i.htm/>
27. International Fund for Agricultural Development, Who We Are? Visited: 7/17/2025 at: <https://www.ifad.org/en/our-vision/>
28. The Covenant of the League of Nations, Articles 10,12, at: <https://www.ungeneva.org/en/about/league-of-nations/covenant/>
29. The Global Economy, Fragile State Index - Country rankings, Visited 7/17/2025, at: [https://www.theglobaleconomy.com/rankings/fragile\\_state\\_index/](https://www.theglobaleconomy.com/rankings/fragile_state_index/)
30. The Group of 77 at the United Nations, General Information, (Visited 7/14/2025) at: <https://www.g77.org/doc/>

31. The World Bank, Human Rights and Economics: Tensions and Positive Relationships, Visited 7/17/2025 at:  
<https://documents1.worldbank.org/curated/en/568971607704442026/pdf/Human-Rights-and-Economics-Tensions-and-Positive-Relationships.pdf/>
32. United Nations, Press Conference by Secretary-General Ban Ki-moon at United Nations Headquarters, Visited: 7/16/2025 at:  
<https://press.un.org/en/2014/sgsm16150.doc.htm/>

**Documents**

33. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.  
34. Sub-Commission on Human Rights resolution 2000/7

## **Interdependence and the Expansion of Cooperation Foundations in the International Legal Order: An Explanation from the Perspective of Challenges**

**Fariborz Arghavani Pirsalami\***

**Nader Mardani\*\***

**Alireza Abbasi\*\*\***

Received: 2025.11.04

Accepted: 2025.05.02

### **Abstract**

The establishment of interdependence as a principal foundation for cooperation within the contemporary international legal system, despite its considerable significance, encounters multifaceted challenges. The escalation of interdependence among states, caused by increased trade, migration, and technological advancements—a defining characteristic of the 1990s—has rendered the economies of numerous countries dependent upon the export and import of goods. The purpose of this study is to critically examine the capacities inherent in interdependence within the contemporary international system and to assess the challenges and impediments to the expansion of cooperative foundations within the international legal order. This research examines the specific challenges that confront interdependence in implementing the foundational principles of cooperation within the modern international legal order. Employing a descriptive-analytical methodology, the study synthesizes data collected from library and internet sources. The central hypothesis posits that disparities in governmental development levels, the misalignment of international economic institutions with the objectives of sustainable development, and the intensification of sanctions regimes constitute the most significant challenges to realizing interdependence and advancing the foundations of international cooperation. The findings demonstrate that, although the contemporary international system has embraced the notion of interdependence and endeavored to implement it in certain domains, persistent legal challenges and systemic weaknesses have hindered the facilitation of interdependence and the expansion of international cooperative foundations. Rather than furthering economic rationality, these obstacles have perpetuated the predominance of power dynamics.

### **Keywords:**

Sanctions, Development, International Economic Organizations,  
Interdependence, International Cooperation

---

\* Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.  
Corresponding Author Email: farghavani@shirazu.ac.ir

\*\* Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.

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



## وضعیت‌سنجی انحلال قراردادهای هوشمند به سبب فسخ با اختیارات قانونی

علی الشریف\*  
محمد مهدی الشریف\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۰۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۲۳

### چکیده

«قراردادهای هوشمند» از دستاوردهای پیشرفت شتابان فناوری در عرصه‌های بشری و به‌طور ویژه در حیطه روابط حقوقی در دهه‌های اخیر محسوب می‌شوند. این‌گونه از قراردادها عقده‌هایی خوداجرا و مبتنی بر سیستم نرم‌افزاری زنجیره بلوکی‌اند که مفاد آنها در قالب کدهای رایانه‌ای است. «قراردادهای هوشمند» دارای ویژگی‌هایی همچون انعطاف‌ناپذیری و خوداجرایی‌اند. با توجه به این خصوصیات، ممکن است این‌طور تصور شود که در این سنخ از قراردادهای نوین جایی برای ثبوت یا اعمال اختیارات خصوصاً اختیارات قانونی وجود ندارد. در این نوشتار به این مشکلات و چالش‌های احتمالی به‌طور ویژه در حیطه انحلال قراردادهای هوشمند به سبب فسخ با اختیارات قانونی پرداخته شده و نظریات احتمالی مربوط به این مسئله مورد بررسی و نقد قرار گرفته‌اند. در پایان، این نتیجه به دست آمده است که بر اساس حقوق مدنی ایران و فقه امامیه، ویژگی‌های یادشده راجع به قراردادهای هوشمند هیچ‌یک مانع از ثبوت و اعمال اختیارات قانونی یا قراردادی نیستند و هیچ تفاوت بنیادین و شایان توجهی میان قرارداد هوشمند و قرارداد سنتی در ساحت انحلال به سبب فسخ با اختیار نمی‌توان یافت که البته این سخن مانع از آن نیست که در برخی از قراردادهای هوشمند، به حسب شرایط خاصی که هر معامله دارد، اسقاط ضمنی همه یا برخی از اختیارات از سوی طرف‌های قرارداد هوشمند رخ داده باشد که امری طبیعی در هر معامله‌ای است.

### کلیدواژه‌گان:

قرارداد هوشمند، زنجیره بلوکی (بلاک‌چین)، اختیار، فسخ، انحلال.

\* دانشجوی کارشناسی‌ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).  
alialsharif1380@gmail.com

\*\* دانشیار، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، 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

با رسیدن به دوران مدرنیته که بیشینه‌سازی انتفاع مادی محوریت روابط تجاری و بازرگانی را در آن تشکیل می‌دهد، قراردادهای سنتی مبتنی بر اعتماد و اطمینان میان طرف‌ها و شیوه‌های غیرقضایی حل‌وفصل اختلافات، دیگر کارایی سابق را که در جوامع کهن بشری داشتند، ندارند. طرف‌های معاملات امروزی اصولاً یکدیگر را نمی‌شناسند و طبعاً به یکدیگر اعتماد ندارند. از سوی دیگر، با پیشرفت روزافزون فناوری‌های نوین و شتاب گرفتن کنش‌ها و واکنش‌های حقوقی انسان‌ها و اهمیت یافتن عنصر سرعت در این زمانه، نیاز به جایگزینی شیوه‌هایی جدید برای سازوکارهای قراردادی و رسیدگی به آنها در هنگامه نزاع، بیشتر احساس می‌شود. بدین ترتیب، اندیشمندان سال‌هاست به فکر یافتن راه‌های متناسب با این فضا افتاده‌اند. یکی از ابداعات که به همین منظور صورت گرفت، ایده «قرارداد هوشمند»<sup>۱</sup> است که دانشمند علوم رایانه، نیک سابو<sup>۲</sup>، آن را برای نخستین بار در سال ۱۹۹۶ میلادی مطرح ساخت که دروازه‌ای شد برای ورود به قراردادهای فناوری‌محور و فاصله گرفتن از قراردادهای سنتی. هدف اصلی از ایجاد این گونه از قراردادها بر بنیان اندیشه‌های میدع آن و نیز دیگر دانشمندان توسعه‌دهنده‌اش، تحقق قراردادهایی میان اشخاص است که فرایندهای آنها از آغاز تا پایان بی‌نیاز به حضور عناصر انسانی است و اجرای مفاد آنها به‌نحو خودکار انجام می‌گیرد، بی‌آنکه طرف‌های قراردادی نیازی به شناخت یکدیگر و برقراری اعتماد و اطمینان شخصی و حضور وسایط داشته باشند. حتی از این هم بالاتر، ایشان در نظر دارند قرارداد هوشمند به نقطه‌ای برسد که در آن هیچ نهادی قضایی نتواند در این گونه از قراردادها دخالت کند و قرارداد هوشمند از هر حیث، خودکار، مستقل و خود پایه باشد.<sup>۳</sup> البته به نظر می‌رسد هنوز تا رسیدن به غایات ترسیم‌شده برای این‌سرخ از قراردادها فرسنگ‌ها فاصله است و شاید اصلاً شدنی نباشد، ولی با این حال، قراردادهای هوشمند هم‌اکنون در جهان از سوی اشخاص غالباً حقوقی و نیز گاه حقیقی مورد استفاده قرار می‌گیرند و نفوذ روزافزون آنها قابل‌انکار نیست.

باید توجه داشت قراردادهای هوشمند برای فعالیت، از همان آغاز نیازمند یک بستر نرم‌افزاری بودند. این بستر بعدها پس از طرح ایده قرارداد هوشمند از سوی نیک سابو، در سال ۲۰۰۸ میلادی با راه‌اندازی

1. Smart Contract

2. Nick Szabo

3. Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, and Shaheez Lalani, eds., *Blockchain and Private International Law*, International and Comparative Business Law and Public Policy 4 (Brill Nijhoff, 2023), p. 570. Nicolas Cornell and Kevin Werbach, "Contracts Ex Machina", *Duke Law Journal* 67, No. 2 (November 21, 2017), p. 352.

سیستم نرم‌افزاری‌ای به نام «زنجیره بلوکی» یا همان «بلاک‌چین»<sup>۱</sup> حاصل شد. درباره مبدع یا مبدعان آن اطلاع چندانی در دست نیست. تنها چیزی که مشخص است که این است که شخص یا اشخاصی ناشناس با نام غیرواقعی ساتوشی ناکاموتو<sup>۲</sup> آن را ایجاد کرده‌اند. به هر روی، با تلاقی دو فناوری قرارداد هوشمند و زنجیره بلوکی، فصل نوینی در دانش حقوق آغاز شد و قراردادهایی به قلمروی حقوقی پای نهادند که پیش از این اثری از آنها در اتمسفر حقوق سنتی نبود و همین امر سبب حصول چالش‌های جدیدی در این دانش شد.

تاکنون نوشته‌های زیادی در میان حقوق‌دانان جهان راجع به قراردادهای هوشمند به رشته تحریر درآمده است که هرکدام از منظری به این عنوان نوظهور حقوقی و چالش‌های مربوط به آن نگریسته‌اند. این آثار غالباً بیگانه از فضای دانش حقوق در ایران هستند. همین امر ایجاب می‌کند به قراردادهای هوشمند از دیدگاه حقوق داخلی نیز پرداخته شود؛ چراکه دیر یا زود پای این‌گونه از قراردادها به عرصه تجارت و بازرگانی ایران هم باز خواهد شد و همان‌طور که فرمانروایی فناوری در ساحت‌های جهانی به‌طور روزافزون در حال بسط است، خواه‌ناخواه، قراردادهای هوشمند نیز به‌عنوان مصداقی از تکنولوژی، روزی بر قراردادهای سنتی فائق آمده و کرسی آنها را تصاحب خواهند کرد.

از میان مراحل تشکیل، اجرا و انحلال که سه گام حقوقی یک قرارداد قلمداد می‌گردند، مسئله انحلال قراردادهای هوشمند از چالش‌برانگیزترین مسائل است. ویژگی‌های خاص این سنخ از قراردادها یعنی انعطاف‌ناپذیری و خوداجرای که آنها را از قراردادهای سنتی متمایز می‌سازد، درباره وجود و اعمال خيارات قانونی در این‌گونه از قراردادها تردیدهایی جدی مطرح ساخته است که محل اصلی بحث حقوقی این مقاله درباره صورتی است که طرف‌های قرارداد هوشمند در باب نسبت میان قرارداد هوشمند و خيارات نه ایجاباً نه سلباً در هنگام انعقاد توافقی نکرده‌اند و از سوی دیگر نیز، خيارات قانونی از آن دست خيارات قانونی‌ای هستند که به‌طور طبیعی بستر و زمینه وجود یافتن آنها در قرارداد هوشمند موجود است. به‌طور کلی، در این زمینه چهار صورت شکل می‌گیرد که در آینده بیان خواهند شد و عمده کار این نوشتار بررسی حقوقی صورت چهارم یعنی همین صورت اخیر یاد شده است.

1. Blockchain  
2. Satoshi Nakamoto

بدین ترتیب، چندین پرسش کلیدی در باب مسئله نسبت میان قرارداد هوشمند و اختیارات رخ می‌نماید. پرسش اصلی این است که آیا اساساً قرارداد هوشمند در باب انحلال با اختیارات قانونی، پیرو قواعد عمومی سنتی قراردادها است یا نه.

اما در این میان، پرسش‌هایی فرعی و مرتبط با سؤال اصلی قابل طرح‌اند که در این مقاله به آنها نیز پرداخته خواهد شد. این پرسش‌ها از این قرارند:

- اگر تحقق خیار قانونی در قرارداد هوشمند ممکن است، بستر و زمینه طبیعی شکل‌گیری اختیارات قانونی در آن می‌تواند حاصل گردد یا نه؟

- اگر تحقق خیار قانونی در قرارداد هوشمند ممکن است و بستر طبیعی شکل‌گیری آن نیز قابل حصول، اعمال آن در قرارداد هوشمند شدنی است یا ناشدنی؟

- اگر تحقق خیار قانونی در قرارداد هوشمند ممکن و زمینه طبیعی شکل‌گیری آن نیز قابل حصول است، صرف اقدام اشخاص به انعقاد قرارداد هوشمند می‌تواند توافق ضمنی ایشان مبنی بر اسقاط همه یا دست‌کم بخشی از اختیارات قانونی قلمداد شود؟

براساس این پرسش‌ها، درباره وضعیت حقوقی اختیارات قانونی و انحلال قرارداد هوشمند به واسطه آنها، پنج فرضیه مطرح می‌گردد که فرضیه پنجم مورد پذیرش نگارندگان این مقاله است؛ به این مضمون که انحلال به واسطه فسخ با اختیارات قانونی به‌عنوان قاعده‌ای کلی از قواعد عمومی قراردادها، بی‌هیچ اشکالی، در قرارداد هوشمند جریان می‌یابد و در نه در مرحله وجود نه در مرحله اعمال دارای هیچ مانعی نیست.

در بخش نخست این نوشتار به چیستی، نحوه عملکرد و ویژگی‌های خاص چالش‌برانگیز قرارداد هوشمند پرداخته می‌شود؛ سپس در بخش پسین، با توجه به ویژگی‌های خاص یادشده، به تحقق اختیارات قانونی و اعمال آنها در این دست از قراردادها و انحلال آنها به واسطه فسخ با اختیارات قانونی پرداخته می‌شود و صورت‌ها و فرضیات مطرح‌شده در این مقدمه یک‌به‌یک تحلیل و نقد می‌شوند و در پایان، در باب صورت چهارم که مهم‌ترین صور این بحث است، نتیجه نهایی پژوهش کنونی ابراز می‌گردد.

## ۱. چیستی قرارداد هوشمند

قراردادهای هوشمند قراردادهای خود اجرایی‌اند که مفاد، شرایط و شروط توافق حقوقی به‌طور مستقیم به‌صورت کدهای رایانه‌ای نوشته می‌شوند. این قراردادها روی سیستم نرم‌افزاری زنجیره بلوکی

اجرا می‌شوند و اجرای خودکار، شفاف و امن توافقات حقوقی را میان طرف‌های غیرقابل اعتماد، در فضای عدم برقراری اطمینان، بی‌نیاز به واسطه‌ها ممکن می‌سازند.<sup>۱</sup>

در مقایسه با قراردادهای سنتی، قراردادهای هوشمند به کاربران این امکان را می‌دهند که روابط حقوقی و به‌طور ویژه قراردادهای مورد نیاز خود را با فراهم کردن تراکنش‌های خودکار بدون نظارت یک نهاد مرکزی کنترل‌گر، در شبکه توزیع‌شده زنجیره بلوکی کدگذاری و اجرا کنند.<sup>۲</sup>

قراردادهای هوشمند می‌توانند تراکنش‌های بسیط و ساده‌ای باشند که در عرض چند ثانیه اجرا می‌شوند یا تراکنش‌های پیچیده و طولانی‌ای شامل مذاکرات و ده‌ها صفحه متن مکتوب با حقوق و تعهدات مشخص که ممکن است اجرای آنها روزها، ماه‌ها یا حتی سال‌ها به طول بینجامد.<sup>۳</sup>

قراردادهای هوشمند کاربردهای بالقوه بسیاری دارند که برخی از آنها هم‌اکنون در جهان فعلی به فعلیت رسیده است. از جمله مهم‌ترین کاربردهای آن می‌توان به این موارد اشاره کرد: مدیریت زنجیره تأمین و قابلیت ردیابی کالاها و خدمات<sup>۴</sup>، پرداخت‌ها و تراکنش‌های مالی<sup>۵</sup>، بازارهای سرمایه و اوراق بهادار<sup>۶</sup>، بیمه<sup>۷</sup>، ثبت املاک و مستغلات<sup>۱</sup> و سازمان‌های خودمختار نامتمرکز (DAO)<sup>۲</sup>.

1. Jonathan Rohr, "Smart Contracts in Traditional Contract Law, Or: The Law of the Vending Machine", *Cleveland State Law Review* 67, no. 1 (2019): 67-88, p. 68. Weiqin ZOU et al., "Smart Contract Development: Challenges and Opportunities", *IEEE Transactions on Software Engineering*, Vol. 47, No. 10, 2021, 2084-2106, p. 2. Shafaq Khan et al., "Blockchain Smart Contracts: Applications, Challenges, and Future Trends", *Peer-to-Peer Networking and Applications*, Vol. 14, No. 5, 2021, 2901-25, p. 2901. Roger Wattenhofer, *The Science of the Blockchain*, 2016, p. 87.

پوراسماعیل، حسن، محمدحسن هدایتی و مهدی سیفی‌پور، «بررسی ظرفیت‌های فناوری قرارداد هوشمند و برخی ملاحظات حقوقی آن»، *راهبردی*، ۱۴۰۳، ص. ۷.

2. Khan et al., *Ibid.* p. 2901. Rohr, *Ibid.* p. 68. ZOU et al., *Ibid.* p. 2.

3. Merit Ko'lvart, Margus Poola, and Addi Rull, "Smart Contracts", ed. Tanel Kerikma'e and Addi Rull, *Springer*, The Future of Law and eTechnologies, 2016, p. 134. Rohr, *Ibid.* p. 68. ZOU et al., *Ibid.* p. 2. Khan et al., *Ibid.* p. 2901.

4. Sara Hourani, "Cross-Border Smart Contracts: Boosting International Digital Trade through Trust and Adequate Remedies", in *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development: Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law Vienna (UNCITRAL Congress on 'Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development, Vienna: United Nations, 2017, 118-19, p. 1.*

5. Bikramaditya Singhal, Gautam Dhameja, and Priyansu Panda, **Beginning Blockchain: A Beginner's Guide to Building Blockchain Solutions**, 2018, p. 26.

6. J. Dax Hansen, Laurie Rosini, and Carla L. Reyes, "More Legal Aspects of Smart Contract Applications (Token Sales, Capital Markets, Supply Chain Management, Government and Smart Cities, Real Estate Registries, and Enabling Self-Sovereign Identity)", *Perkins Coie LLP*, 2018, p. 15.

7. Primavera De Filippi and Aaron Wright, **Blockchain and the Law: The Rule of Code**, 2018, p. 77.

نکته شایان‌ذکر در اینجا تفاوت میان دو مفهوم «قرارداد هوشمند» و «قرارداد الکترونیکی» است. مفهوم «قرارداد الکترونیکی» بر هر قراردادی اطلاق می‌شود که در آن واسطه‌ای الکترونیکی وجود دارد؛<sup>۳</sup> حال آنکه مفهوم «قرارداد هوشمند» همان‌طور که گفته شد، به معنای قراردادی خوداجراست که مفاد آن در قالب کدهای رایانه‌ای ریخته و در سیستم نرم‌افزاری زنجیره بلوکی عملیاتی می‌شود.<sup>۴</sup> از این رو، می‌توان مفهوم «قرارداد الکترونیکی» را از حیث مصداق، اعم مطلق از مفهوم «قرارداد هوشمند» برشمرد؛ چراکه هر قراردادی با هر واسطه الکترونیکی‌ای «قرارداد الکترونیکی» دانسته می‌شود، چه آن واسطه زنجیره بلوکی باشد چه غیر آن؛ در حالی که «قرارداد هوشمند» منحصرأ با واسطه زنجیره بلوکی است.

## ۲. نحوه عملکرد قرارداد هوشمند

قراردادهای هوشمند در واقع مجموعه‌ای از گزاره‌های شرطی به هم پیوسته‌اند که به زبان منطق ریاضیاتی یعنی اگر P-آنگاه Q کدگذاری شده‌اند و به این شکل عمل می‌کنند که وقتی شرایط از پیش تعیین شده به عنوان «مقدم»<sup>۵</sup> این گزاره‌های شرطی محقق شوند، زنجیره بلوکی به‌طور خودکار بندهایی از قرارداد هوشمند را، که مربوط به «تالی»<sup>۶</sup> این گزاره‌های شرطی است، اجرا می‌کند. شکل بسیط و اولیه این‌گونه از قراردادها که مورد الهام نیک سابو برای طرح ایده «قرارداد هوشمند» واقع شد، دستگاه فروش خودکار است.<sup>۷</sup>

به عنوان نمونه‌ای دیگر، در قرارداد بیع ارز دیجیتال خاصی با عوضیت ارز دیجیتالی دیگر، قرارداد هوشمند می‌تواند این‌گونه عمل کند که وقتی خریدار ارز دیجیتال توافق شده به عنوان ثمن را به کیف پول دیجیتال معین و معلوم فروشنده منتقل کند، یعنی بخش مقدم گزاره شرطی تحقق یابد، آن ارز دیجیتال دیگر به عنوان مبیع، به‌طور خودکار از سوی زنجیره بلوکی به کیف پول معلوم و معین دیجیتال خریدار منتقل شود، یعنی بخش تالی گزاره شرطی متحقق شود. همان‌طور که در این نمونه مشاهده می‌شود،

1. Daniel Kraus, Thierry Obrist, and Olivier Hari, eds., **Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law** (Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 57.

2. Khan et al., "Blockchain Smart Contracts: Applications, Challenges, and Future Trends.", p. 2916.  
۳. بر بنیان ماده ۱ قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب سال ۱۳۸۲ هجری خورشیدی.

4. "ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection", 2023, p. 20.

5. Antecedent

6. Consequent

7. Primavera De Filippi, Chris Wray, and Giovanni Sileno, "Smart Contracts", *Internet Policy Review*, 2021, p. 2. Nick Szabo, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", 1996 p. 1.

زنجیره بلوکی به‌عنوان بستر قرارداد هوشمند، به انتظار تحقق مقدم گزاره شرطی می‌نشیند و به محض حصول آن، بی‌درنگ تالی گزاره شرطی را جامه عمل می‌پوشاند و طبعاً در جهان بیرون از زنجیره بلوکی آثار آن قابل مشاهده خواهد بود.<sup>۱</sup>

یکی از تفاوت‌های مهم میان قراردادهای هوشمند و قراردادهای سنتی آن است که پس از انعقاد قرارداد سنتی ممکن است کارهایی مربوط به قرارداد همچنان برعهده طرف‌ها نهاده شده باشد، ولی در قرارداد هوشمند پس از انعقاد هیچ‌کاری بر دوش هیچ‌یک از خود طرف‌ها برای انجام دادن باقی نمی‌ماند و هر آنچه باید پس از انعقاد رخ دهد، برعهده زنجیره بلوکی گذارده می‌شود.<sup>۲</sup> برای نمونه، اگر میان یک شخص و یک شرکت هواپیمایی قرارداد هوشمند اجاره هواپیما در قالب فروش بلیط منعقد گردد که به موجب شرط ضمن آن، شرکت هواپیمایی باید در صورتی که پرواز آن شخص به‌عنوان مسافر هواپیما بیش از نیم ساعت تأخیر داشته باشد، ارزش دیجیتالی وثیقه‌شده خود را به حساب معلوم و معین شخص مسافر واریز کند، در چنین قراردادی پس از انعقاد، هیچ‌یک از طرف‌ها تعهدی برای اقدام ندارد و نهایتاً، اگر شرکت هواپیمایی در انجام پرواز بیش از نیم ساعت تأخیر کند، قرارداد هوشمند به‌طور خودکار به‌وسیله زنجیره بلوکی، آن ارزش دیجیتال وثیقه‌شده مربوط به شرکت هواپیمایی را به حساب مسافر هواپیما واریز می‌کند.<sup>۳</sup>

## ۲.۱. اوراکل

قراردادهای هوشمند در روند کاری خودشان عموماً از ابزارهایی به‌نام «اوراکل»<sup>۴</sup> استفاده می‌کنند. اوراکل منبع اطلاعاتی بیرون از زنجیره بلوکی است که این سیستم نرم‌افزاری داده‌های خارجی مورد نیاز

1. Morgan Temte, "Blockchain Challenges Traditional Contract Law: Just How Smart Are Smart Contracts", *Wyoming Law Review*, Vol.19, No. 1, 2019, 87, p. 98. Rohr, *Op.Cit*, p. 68. ZOU et al., *Op.Cit*, p. 2. Khan et al., *Op.Cit*, p. 2902.

پوراسماعیل، حسن، محمدحسن هدایتی، و مهدی سیفی‌پور، منبع پیشین، ص. ۹.  
۲. آنچه در اینجا بیان شد، مبتنی بر فرض غیریت میان عاملیت طرف‌های قرارداد هوشمند و عاملیت زنجیره بلوکی است که نظر برخی از حقوق‌دانان همچون «مورگانان تمتی» در مقاله «Blockchain Challenges Traditional Contract Law: Just How Smart Are Smart Contracts?» است؛ لیکن اگر این نظریه مبنا قرار گیرد که طرف قرارداد هوشمند و زنجیره بلوکی دست واحد هستند و غیریتی میان آنها برقرار نیست و اساساً هر آنچه زنجیره بلوکی در رابطه با قرارداد هوشمند انجام می‌دهد، در واقع این خود طرف‌ها هستند که آن را تحقق می‌بخشند، در این صورت، مضمونی که در متن آمده است، متفاوت خواهد بود و از این جهت نمی‌توان میان قرارداد هوشمند و قرارداد سنتی فرقی قائل شد؛ چراکه در هر دو گونه قرارداد ممکن است به‌طور کلی افعال و اعمالی چه در قالب شرط فعل چه غیر آن، بر دوش طرف‌های قرارداد نهاده شود و ایشان ملزم گردند خودشان پس از انعقاد قرارداد به آنها جامه عمل بپوشانند که در قرارداد هوشمند این امر با ابزار زنجیره بلوکی انجام می‌گردد؛ همان‌طور که در قرارداد سنتی ممکن است با ابزارهای گوناگونی روی دهد.

3. Temte, *Op.Cit*, p. 103.

4. Oracle

را از آن دریافت می‌کند. در واقع، اوراکل پنجره اطلاعاتی زنجیره بلوکی به‌عنوان یک سیستم نرم‌افزاری با جهان خارج است. اوراکل‌ها هرگونه بانک‌ها و مخازن اطلاعاتی‌ای می‌توانند باشند و موضوع داده‌های آنها هر چیزی می‌تواند قرار گیرد. تنها مطلبی که مهم است این است که آیا بلاک‌چین‌ی مشخص به اوراکلی مشخص متصل شده یا نشده است؛ اگر متصل شده باشد، می‌تواند از اطلاعات آن در روند کارش بهره‌بردار، ولی اگر متصل نشده باشد، از چنین استفاده‌ای محروم می‌ماند.<sup>۱</sup>

### ۳. ویژگی‌های چالش‌برانگیز قرارداد هوشمند

از میان ویژگی‌های قراردادهای هوشمند، به‌طور خاص، دو ویژگی بسیار اساسی وجود دارد که ممکن است وجود آنها به‌عنوان موانعی بر سر راه تحقق یا اعمال خیارهای قانونی و فسخ قرارداد هوشمند به سبب آنها به نظر آید. اینجا به‌اندازه مورد نیاز در این نوشتار، درباره این دو ویژگی بحث می‌شود سپس در ادامه مقاله، به اثرگذاری یا عدم تأثیر این ویژگی‌ها در مسئله تحقق و اعمال خیار قانونی در قرارداد هوشمند پرداخته می‌شود.

#### ۳.۱. انعطاف‌ناپذیری

از آنجایی که زنجیره بلوکی یک سیستم نرم‌افزاری توزیع شده است؛ یعنی دارای هیچ نقطه مرکزی‌ای برای کنترل شبکه نیست<sup>۲</sup> و از روش‌های رمزنگاری نامتقارن نیز برای محافظت از داده‌هایش استفاده می‌کند،<sup>۳</sup> دگرگونی مفاد قرارداد هوشمند پس از استقرار آن در زنجیره بلوکی تقریباً ناشدنی است. اگر یک طرف قرارداد هوشمند بخواهد به‌طور یک‌سویه آن را تغییر دهد، به‌راحتی از سوی هم‌تاهای این سیستم، که همان خرده‌رایانه‌های تشکیل‌دهنده زنجیره بلوکی هستند، شناسایی می‌شود و از این امر جلوگیری به عمل می‌آید.<sup>۴</sup> تنها راهی که برای دست‌کاری یک‌سویه مفاد قرارداد هوشمند وجود دارد، «حمله ۵۱ درصدی»<sup>۵</sup> نام دارد که در آن شخص مهاجم تلاش می‌کند اکثریت قدرت رأی‌گیری هم‌تاهای زنجیره بلوکی را که به مکانیزم اجماع توزیع‌شده معروف است، کنترل کند که کاری تقریباً ناممکن است. چنین

1. De Filippi, Wray, and Sileno, *Op.Cit.*, p. 4. Temte, *Op.Cit.*, p. 96. Khan et al., *Op.Cit.*, p. 2910.  
2. Daniel Drescher, *Blockchain Basics: A Non-Technical Introduction in 25 Steps*, 2017, p. 10. ZOU et al., *Op.Cit.*, p. 2. Hancock and Vaizey, *Op.Cit.*, p. 47. Primavera De Filippi and Aaron Wright, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, 2018, p. 33. Wattenhofer, *Op.Cit.*, p.1. Blaise Carron and Valentin Botteron, *How Smart Can a Contract Be?*, Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, 2019, p. 101.  
3. Drescher, *Op.Cit.*, p. 96. Hancock and Vaizey, *Op.Cit.*, p. 6. De Filippi and Wright, *Op.Cit.*, p. 33.  
4. Drescher, *Op.Cit.*, p. 209. Rohr, *Op.Cit.*, p. 68.  
5. 51 Percent Attack

ویژگی‌ای در قراردادهای سنتی وجود ندارد. در قراردادهای سنتی به‌سادگی امکان جعل، دست‌کاری و تغییر در امور دال بر عقد و شرایط آن همچون سند عادی وجود دارد.<sup>۱</sup>

ویژگی انعطاف‌ناپذیری قرارداد هوشمند در موقعیت‌هایی مانند تغییرات بنیادین اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد<sup>۲</sup>، خطاها و اشتباهات طرف‌های قراردادی<sup>۳</sup> و بطلان یا عدم نفوذ قرارداد<sup>۴</sup> می‌تواند سایه افکند. همچنین این ویژگی با برخی از قواعد و اصول حقوقی مورد پذیرش نیز ظاهراً در تنافی است. برای نمونه، می‌توان از حق فراموش‌شدن (در باب حریم خصوصی داده‌ها)<sup>۵</sup>، اثرگذارای عیب در رضای طرف قرارداد در صحت قرارداد<sup>۶</sup>، تأثیر ناعادلانه بودن شروط قرارداد بر آن<sup>۷</sup>، نظم عمومی و کفایت اجرای اساسی و عمدۀ قرارداد در عدم خدشه در آن<sup>۸</sup> نام برد.

ممکن است در بدو نظر این‌طور به نظر آید که ویژگی انعطاف‌ناپذیری قرارداد هوشمند مانع از ثبوت یا اعمال اختیارات قانونی و انحلال قراردادهای هوشمند بدین وسیله می‌گردد؛ چه اینکه به حسب فرض، اصولاً امکان هیچ‌گونه دگرگونی‌ای در قرارداد هوشمند پس از استقرارش در زنجیره بلوکی وجود ندارد. حتی برخی از حقوق‌دانان این ویژگی را مانعی برای انحلال چنین قراردادی از سوی نهاد قضایی نیز به‌شمار آورده‌اند.<sup>۹</sup>

### ۳.۲. خوداجرایی

وصف هوشمند برای قراردادهای هوشمند، از میان سه مرحله حقوقی یک قرارداد یعنی تشکیل، اجرا و انحلال، به اعتبار اجرای خودکار است؛ به این معنا که اصولاً در اجرای این سنخ از قراردادها، عنصر

1. Temte, *Op.Cit*, p. 97.

2. Kraus, Obrist, and Hari, **Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law**, p. 122.

3. *Ibid*, p. 118.

4. Olaf Meyer, "Stopping the Unstoppable - Termination and Unwinding of Smart Contracts", *Social Science Research Network*, October 29, 2019, p. 1.

5. Kraus, Obrist, and Hari, *Op.Cit*, p. 291.

6. Jasper Verstappen, *Legal Agreements on Smart Contract Platforms in European Systems of Private Law*, 2023rd edition (Cham: Springer, 2024), p. 311.

7. Reggie O'Shields, "Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain", *North Carolina Banking Institute* 21, No. 1 (March 1, 2017), 177, p. 187.

8. Alexander Savelyev, "Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law", *National Research University Higher School of Economics Research Paper Series* 26, No. 2, 2016, 116-34, p. 13.

9. Rohr, *Op.Cit*, p. 68.

پوراسماعیل، حسن، محمدحسن هدایتی، و مهدی سیفی‌پور، منبع پیشین، ص. ۲۲؛ ربانی موسویان، سیدعلی، «قواعد حاکم بر قراردادهای هوشمند در فقه امامیه و حقوق موضوعه»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش. ۶۶، ۱۴۰۰، ص. ۱۹۸.

انسانی مداخله ندارد و همه عملیات براساس الگوی رایانه‌ای از پیش طراحی شده و مورد توافق در زنجیره بلوکی صورت می‌پذیرد.<sup>۱</sup> این ویژگی، قراردادهای هوشمند را از قراردادهای سنتی که اجرای آنها خودکار و هوشمند نیست و عنصر انسانی اثری مهم در مرحله اجرای آن دارد، متمایز می‌سازد.

ذیل ویژگی خوداجرایی قرارداد هوشمند، گزاره «کد همان قانون است»<sup>۲</sup> از سوی دانشمندان علوم رایانه مطرح می‌شود؛ به این معنا که در قرارداد هوشمند آن چیزی که دارای بالاترین سیطره و حکمرانی حقوقی است، کدهای رایانه‌ای استقرار یافته در زنجیره بلوکی و در واقع، آن‌ها هستند که قوانین و مقررات مربوط به قرارداد هوشمند را مشخص می‌کنند.<sup>۳</sup> البته این اندیشه نزد حقوق دانان چندان مقبول نیفتاده و بسیاری از ایشان قرارداد هوشمند را در حال نیازمند پیروی از یک نظام حقوقی مشخص و قرارگیری ذیل آن برای تمییز صحت، بطلان، عدم نفوذ و دیگر مفاهیم حقوقی می‌دانند. از این رو، گزاره «کد همان قانون است» باید تنها یک بلندپروازی نابجا از سوی نظریه‌پردازان آن قلمداد گردد.<sup>۴</sup>

اکنون این تردید موجه به نظر می‌رسد که باتوجه به اینکه از یک سو، امکان تغییر در قرارداد هوشمند ناممکن است و از سوی دیگر، غرض اصلی از فسخ با خیار قانونی جلوگیری از اجرای عقد است و با فرض اجرای خودکار و غیرقابل توقف قرارداد هوشمند، این غرض غیرقابل دسترس است، آیا همچنان می‌توان از امکان تحقق خیار و اعمال آن در قراردادهای هوشمند سخن گفت؟

#### ۴. تحلیل حقوقی تحقق و اعمال خیار در قرارداد هوشمند

قرارداد هوشمند، همان‌طور که از نامش پیداست، از دیدگاه دانش حقوق، عمل حقوقی و به‌طور خاص، عقد است و از این جهت هیچ تفاوتی میان قرارداد سنتی و قرارداد هوشمند نیست. قرارداد هوشمند منحصر به بیع نیست و به حسب محتوا می‌توان عقدهایی دیگر همچون بیمه یا عقدی بی‌نام را براساس ماده ۱۰ قانون مدنی ایران و اصل حاکمیت اراده، به‌صورت قرارداد هوشمند منعقد نمود.<sup>۵</sup> در قوانین برخی از کشورها نظیر ایالات متحده آمریکا به اینکه قرارداد هوشمند می‌تواند به‌عنوان قالبی برای یک قرارداد مورد پذیرش نظام حقوقی، مورد استفاده قرار گیرد، تصریح شده است.<sup>۶</sup>

1. Temte, *Op.Cit*, p. 99. Rohr, *Ibid*. p. 68.

2. code is law.

3. Kraus, Obrist, and Hari, *Op.Cit*, p. 58.

4. Giesela Rühl, "Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?", in *Blockchain, Law and Governance*, ed. Benedetta Cappiello and Gherardo Carullo, Springer International Publishing, 2021, 159–80, p. 3.

۵. همچنین نک: ربانی موسویان، سید علی، منع پیشین، ص. ۱۸۵.

6. Rohr, *Op.Cit*, p. 70.

از سوی دیگر، در اصل وجود مقوله خیار به‌عنوان یکی از اسباب انحلال قراردادهای لازم، نه در فقه امامیه نه در حقوق مدنی ایران تردیدی وجود ندارد؛ هرچند در امور جزئی این موضوع هم در میان فقیهان<sup>۱</sup> هم در میان حقوق‌دانان اختلاف نظر به چشم می‌خورد.<sup>۲</sup>

مقدمتاً باید گفت اولاً فسخ یک عمل حقوقی و به‌طور دقیق‌تر، یک ایقاع است که ذی‌نفع آن باید وقوعش را در آن دوره زمانی‌ای که قانون یا قرارداد در اختیار او می‌نهد، به‌نحو یک‌جانبه اراده کند تا معامله منحل و از ادامه حیات حقوقی آن جلوگیری به عمل آید.<sup>۳</sup> ثانیاً اختیارات ابزارهای انحصاری برای فسخ یک‌جانبه عقد لازم محسوب می‌شوند.<sup>۴</sup> ثالثاً وجود خیار نیازمند سبب قانونی یا قراردادی است.<sup>۵</sup>

آنچه اکنون منشأ تردید است، اینکه آیا باوجود ویژگی‌های خاص قرارداد هوشمند که پیش از این بیان شد، همچنان این قراردادها از حیث وجود و اعمال اختیارات خصوصاً اختیارات قانونی مانند قراردادهای سنتی‌اند یا نه. برای یافتن پاسخ این مسئله باید میان صورت‌های مختلف این چالش تفکیک نمود که تفصیل آنها در بخش پسین خواهد آمد.

مبنای طرح این صورت‌های حقوقی این است که مسئله نسبت میان قرارداد هوشمند و اختیارات گاه برای طرف‌های این‌گونه از قراردادها در هنگام انعقاد محل التفات است و گاه محل توجه ایشان در آن زمان نیست. در حالت نخست، ایشان در زمان تشکیل قرارداد هوشمند یا توافق می‌کنند بر برقراری خیار

۱. نک: محقق حلی، جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸، ص. ۱۵؛ علامه حلی، حسن بن یوسف، **تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، ۱۴۱۱، ص. ۹۷.

۲. نک: کاتوزیان، امیرناصر، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: میزان، ۱۴۰۲، ص ۳۱۹؛ کاتوزیان، امیرناصر، **دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷، صص. ۱۳۵ و ۳۳۷ و ۳۳۸؛ صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، تهران: میزان، ۱۴۰۲، ص. ۲۹۷؛ جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، ج ۳، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰، ص. ۱۸۳۹؛ شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی ۶: عقود معین ۱**، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲، ص. ۴۸.

۳. کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، ج ۵، ص ۵۱؛ امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، تهران: اسلامیه، ۱۳۴۷، ص. ۴۷۶. شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص. ۴۸؛ صفایی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۲۹۷؛ هاشمی‌شاهرودی، محمود، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام**، ج ۵، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، ۱۳۸۲، ص. ۶۹۸.

۴. شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص. ۴۸؛ کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، ج ۵، ص. ۵۱؛ صفایی، سید حسین، منبع پیشین، ص. ۲۹۷؛ هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، ص. ۶۹۸.

۵. کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، ج ۵، ص. ۵۶؛ شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص. ۴۸؛ صفایی، سید حسین، منبع پیشین، ص. ۲۹۷؛ هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، ص. ۶۹۸.

یا تراضی می‌کنند بر سقوط آن که فرض یکم صورت یکم آتی خواهد بود و فرض دوم صورت دوم آتی. اما در جایی که مسئله نسبت میان قرارداد هوشمند و اختیارات در هنگام انعقاد این سنخ از قراردادها محل التفات طرف‌های آن نیست، یا سخن از برخی از اختیارات است که اصولاً بستر طبیعی تحقق آنها در چنین قراردادهایی حاصل نمی‌گردد که این فرض صورت سوم آتی خواهد بود یا سخن از اختیاراتی است که اصولاً مانعی طبیعی از وجود یافتن آنها در قراردادهای هوشمند وجود ندارد که این فرض صورت چهارم آتی را شکل خواهد داد.

عمده مباحث حقوقی این نوشتار با محوریت صورت چهارم پیش‌گفته مطرح می‌گردد که چالش‌برانگیزترین صورت بحث کنونی است.

#### ۴.۱. صورت‌های مسئله

##### ۴.۱.۱. صورت یکم

صورت یکم این است که طرف‌های قرارداد هوشمند از همان آغاز و در مرحله کدنویسی رایانه‌ای نخستین، خیار را پیش‌بینی و برای اعمال آن نیز سازوکاری از پیش طراحی کرده باشند. این فرض فقط می‌تواند ناظر به خیار قراردادی یا همان خیار شرط باشد. روشن است که در این صورت، تردیدی در امکان تحقق خیار و نیز امکان اعمال آن وجود ندارد.

باید توجه داشت که مقصود از سازوکاری که طرف‌های قرارداد هوشمند برای خیار شرط در مرحله تشکیل عقد ترتیب می‌دهند، این است که بستر اعمال اراده آزادانه طرف ذوالخیار برای جاری ساختن خیار را برای او فراهم سازند که او این امکان را داشته‌باشد که اگر خواست، به‌نحو ارادی، خیار را اعمال و قرارداد را منحل کند و اگر نخواست، این کار را نکند، نه اینکه آن سازوکار به این شکل باشد که زنجیره بلوکی انحلال قرارداد را به‌طور خودکار براساس شرط مورد توافق طرف‌ها در هنگام انعقاد، محقق سازد که در این صورت آنچه رخ داده شرح فاسخ و امری غیرارادی است، نه خیار شرط که نیازمند به‌کارگیری اراده است.

پس، خیار شرط اعم از آنکه منجز بوده و مثلاً ناظر به مهلت خاصی باشد یا معلق به امری همچون عدم کارسازی به‌موقع عوض قراردادی، مانعی برای تحقق و اعمال آن در قرارداد هوشمند به چشم نمی‌خورد، به‌شرط آنکه به‌نحو پیش‌گفته برای آن سازوکاری از پیش، تهیه گردد.

### ۴.۱.۲. صورت دوم

صورت دوم فرضی است که در هنگام انعقاد قرارداد هوشمند، سقوط همه اختیارات قانونی یا بخشی از آنها به صراحت شرط شده باشد. در این صورت وضعیت روشن است و بی‌تردید اختیارات قانونی اسقاط شده امکان وجود و طبعاً اعمال ندارند. البته اگر هم‌داستان با برخی از حقوق دانان ایرانی این اندیشه برگزیده شده باشد که برخی اختیارات قانونی مانند خیار تدلیس اساساً قابل اسقاط نیستند،<sup>۱</sup> طبعاً این دسته از اختیارات از این صورت تخصصاً خارج می‌مانند.

باین حال، به نظر می‌رسد در دیدگاه اخیر که اسقاط برخی از اختیارات قانونی را نمی‌پذیرد، میان جایگاه ثبوت و جایگاه اثبات خلطی صورت گرفته است؛ زیرا چپستی و ماهیت همه اختیارات از حیث اینکه همگی حق بر هم زدن قرارداد هستند،<sup>۲</sup> یکسان است و امکان اسقاط حق در حقوق ایران به پیروی از فقه امامیه، امری مسلم است. به این ترتیب، اگر در عقد، طرف‌ها به صراحت خیاری را ساقط کنند، در سقوط آن نباید تردیدی روا داشت و این خیار می‌تواند هر کدام از اختیارات قانونی باشد بی‌هیچ فرقی. آری، آنچه ممکن است محل تردید واقع شود این است که آیا طرف‌ها از تصریح به اسقاط کافه اختیارات، خیاری چون خیار تدلیس را نیز قصد کرده‌اند یا این تصریح ایشان منصرف از خیاری همچون خیار یادشده است. به هر روی، این موضوع امری اثباتی است و تأثیری در اصل مسئله که مربوط به جایگاه ثبوت است، ندارد.

### ۴.۱.۳. صورت سوم

صورت سوم فرضی است که به علت طبیعت قرارداد هوشمند، شرایط مورد نیاز برای تحقق و وجود یافتن همه یا برخی از اختیارات قانونی رأساً منتفی باشد با توجه به اینکه همان‌طور که پیش از این اشاره شد، تحقق اختیارات نیازمند اسبابی خاص است.

به عنوان نمونه، خیار تخلف از شرط فعل با توجه به طبیعت قراردادهای هوشمند و اجرای خودکار آنها و منتفی بودن فرض تخلف مشروط‌علیه از انجام شرط فعل، قاعدتاً مجالی برای تحقق نخواهد یافت. البته همچنان نمی‌توان به طور کلی امکان حضور شرط فعلی در قرارداد هوشمند را نفی کرد که بتواند از

۱. نک: کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، ص. ۳۴۰؛ کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، ج. ۴، ص. ۱۱۸؛ صفایی، سید حسین، منبع پیشین، ص. ۳۲۱؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۹، ص. ۲۹۲.

۲. کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، ج. ۵، ص. ۵۲؛ شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۴۰۳، ص. ۲۰۲؛ رشتی، حبیب‌الله بن محمدعلی، فقه الإمامیه، با محمد کاظم خلخالی، قم: مکتبه‌الداوری، ۱۴۰۷، ص. ۲۲۴؛ حلی، حسین، الخیارات، با محمدحسین حسینی‌طهرانی، مشهد: علامه طباطبایی، ۱۴۳۵، ص. ۱۵۰.

سوی مشروط‌علیه نقض گردد و طبعاً بستر را برای خیار تخلف از شرط فعل در این دست از قراردادها فراهم سازد.

خیار مجلس نیز دیگر خیاری است که صرف‌نظر از اختصاص آن به عقد بیع، علی القاعده با توجه به فقدان وحدت مجلس میان طرف‌های قراردادی در قرارداد هوشمند بیع، منتفی است.

#### ۴.۱.۴. صورت چهارم

صورت چهارم که دشوارترین فرض مسئله کنونی است و محل اصلی نزاع به‌شمار می‌شود، درباره دیگر اختیارات قانونی مانند اختیارات عیب و تبعض صفت است، در فرضی که نه در قرارداد هوشمند به سقوط آنها تصریح شده نه همچون خیار مجلس به‌طور جازمانه می‌توان از انتفای اسباب تحقق آنها در قرارداد هوشمند سخن گفت. با توجه به اینکه این فرض چالش‌برانگیزترین فرض این نوشتار است، احتمالات حقوقی مختلف در خصوص آن مطرح و مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرند.

##### ۴.۱.۴.۱. نظریات حقوقی احتمالی درباره صورت چهارم

بر بنیان آنچه گفته شد، در مجموع، دو ویژگی مهم قراردادهای هوشمند را از قراردادهای سنتی متمایز می‌سازند: نخست انعطاف‌ناپذیری و عدم امکان دگرگون ساختن آنها پس از مرحله انعقاد و دوم خوداجرای و خودکار بودن در مرحله اجرا. اکنون پرسش اساسی این است که آیا این ویژگی‌های یادشده در تحقق یا اعمال اختیارات قانونی در قراردادهای هوشمند از حیث حقوقی اثرگذارند یا نه. از آنجاکه به سبب نوین بودن مفهوم قرارداد هوشمند، ادبیات حقوقی چندانی پیرامون آن در ایران شکل نگرفته است، برای تحلیل این موضوع کوشیده شده احتمالات قابل طرح در ساحت وضعیت اختیارات قانونی در قرارداد هوشمند مطرح و ضمن نقد و بررسی آنها، دیدگاه برگزیده مطرح شود.

##### ۴.۱.۴.۱.۱. احتمال یکم: مانعیت نوین بودن قرارداد هوشمند از جریان احکام عمومی اختیارات در آن

نخستین احتمال این است که گفته شود قراردادهای هوشمند عقدهایی نوین و مستحدثاند و به‌علت ویژگی‌های خاصشان، مشمول احکام کلی قراردادهای سنتی همچون جریان اختیارات قانونی در آنها نیستند، مگر در فرض پیش‌بینی آغازین چنین چیزی در مرحله کدنویسی رایانه‌ای نخستین که پیش‌تر بدان اشاره شد. طبیعت قراردادهای هوشمند و ویژگی‌های خاص آنها اقتضا دارند که این سنخ از قراردادها اصولاً قابل‌برهم‌زدن نبوده و انحلال به سبب فسخ ناشی از اختیارات قانونی با طبیعت این گونه جدید از عقود به‌طور کلی ناسازگار باشد.

اما نادرستی این دیدگاه روشن است؛ زیرا اولاً آنچه برای تشخیص چستی و ماهیت حقوقی یک عقد تعیین‌کننده است، مضمون انشایی آن است و ابزار انشای عقد جایی در مضمون انشایی و به عبارتی دیگر، مُنشأ عقد ندارد تا بتواند در ماهیت و چستی حقوقی آن دخیل باشد.<sup>۱</sup> بنابراین، تملیک عین در برابر عوض، همواره عقد بیع است، خواه با لفظ واقع شود یا با فعل یا با ابزار الکترونیکی یا با کد رایانه‌ای. در حقوق مدنی ایران و نیز در میان فقیهان معاصر امامیه، هیچ‌گاه در اینکه استفاده از فعل برای انشای یک عقد اثری در چستی آن ندارد، تردیدی نشده و برای معاطات از حیث آثار و احکام هیچ تفاوت بنیادینی با عقد لفظی برشمرده نشده است. بنابراین قرارداد هوشمند اگر محتوایش تملیک عین در برابر عوض باشد، هر آینه، عقد بیع است و ابزار انشای آن که کدهای رایانه‌ای است، موجب تغییر عنوان آن و مستحدث و نوین به‌شمار رفتنش نمی‌گردد؛ ثانیاً بر فرض آنکه قرارداد هوشمند قراردادی نوین و مستحدث قلمداد شود، باتوجه به اینکه خيارات قانونی به‌جز سه‌خیار مختص به قرارداد بیع، همه از احکام عمومی قراردادها هستند و به تصریح ماده ۴۵۶ قانون مدنی ایران، در همه قراردادهای لازم‌جریان دارند، قراردادهای هوشمند نیز به‌رغم نوین بودن، از این احکام کلی مستثنا نیستند. بنابراین، وجود خيارات قانونی در قراردادهای هوشمند حتی با فرض عقد نوین و مستحدث بودن آنها، نیازی به تصریح قانونی ندارد، بلکه عدم آنها در این دست از قراردادها نیازمند تصریح قانون‌گذار است که در بحث کنونی فعلاً چنین بیانی در نظام حقوقی ایران یافت نمی‌شود.

#### ۴.۱.۴.۱.۲. احتمال دوم: فقدان شرایط مورد نیاز برای تحقق خيارات قانونی

چنان‌که قبلاً اشاره شد، تحقق خيارات نیازمند اسباب خاص خود هستند. بر بنیان این احتمال، به‌علت دقت و امنیت زیادی که در قراردادهای هوشمند حکمفرماست، زمینه تحقق خيارات قانونی رأساً منتفی است و تنها می‌توان از خیار قراردادی و شرط فاسخ یا همان شرط خودنابودگر سخن گفت. باتوجه به استفاده از اوراکل‌ها در زنجیره بلوکی نیز سبب‌هایی همچون عیب، غبن و تخلف از وصف که مبتنی بر عدم اطلاع کافی و درست از موضوع قرارداد از سوی طرف آن است، منتفی است. باتوجه به اجرای خودکار قرارداد هوشمند، خيارات قانونی‌ای چون تعذر تسلیم که مبتنی بر عدم اجرای تمام و کمال تعهد قراردادی به‌نحو توافق‌شده به‌شمار می‌روند، اصلاً زمینه بروز ندارند.

۱. نک: بجنوردی، حسن، القواعد الفقهية، ج ۳، قم: الهادی، ۱۳۷۷، ص. ۱۴۲.

اما به نظر می‌رسد ادعای منتفی بودن سبب و زمینه ایجاد اختیارات قانونی در قراردادهای هوشمند، بیش از حد خیال‌پردازانه است. همان‌گونه که در بخش‌های مختلف این نوشتار اشاره شد، فرایندهای اجرایی مربوط به قراردادهای هوشمند فعلاً با توجه به زیرساخت‌های فناورانه موجود در جهان و ابزارهای الکترونیکی کنونی، تنها بخش کوچکی از آنها به‌طور تام و کامل در فضای سایبری صورت می‌گیرند و هنوز به‌ناچار، بخش عمده‌ای از فرایندهای اجرایی آن‌ها معطوف به جهان خارج از زنجیره بلوکی می‌گردند و طبیعی است که در این حالت، احتمال بروز اسباب اختیارات به‌طور کلی منتفی نیست. در مواردی نیز که اجرای قرارداد هوشمند ارتباطی با جهان خارج از زنجیره بلوکی ندارد و به‌طور تام و کامل در همان اتمسفر سایبری صورت می‌گیرد، هرچند سببی مانند تأخیر در اجرای قرارداد، قاعداً منتفی است، با این حال، فرض سببی مانند غبن همچنان قابل حصول قلمداد می‌گردد. بنابراین، حتی اگر پذیرفته شود که به‌علت برخی از ویژگی‌های خاص قراردادهای هوشمند همچون خوداجرایی و انعطاف‌ناپذیری، احتمال ثبوت برخی از اختیارات قانونی مانند خیار تخلف از شرط فعل در این‌گونه از قراردادها بسیار کمتر از احتمال ثبوت آنها در قراردادهای سنتی است، ادعای عدم تحقق اختیارات قانونی به‌جهت عدم تحقق اسبابشان در قراردادهای هوشمند، به‌نحو گزاره کلی، ادعایی گزاف و مخالف با واقعیات قابل ادراک فعلی از این سنخ از قراردادهاست.

### ۴.۱.۴.۱.۳. احتمال سوم: وجود مانع عملی برای اعمال فسخ

احتمال سوم این است که گفته شود طرف‌های قرارداد هوشمند همانند طرف‌های قرارداد سنتی، همه اختیارات حتی اختیارات قانونی را می‌توانند در قرارداد هوشمند دارا شوند و در واقع، ثبوت آنها نه از حیث حکمی نه از حیث موضوعی مشکلی ندارد، لیکن به‌علت خصلت‌هایی مانند انعطاف‌ناپذیری و خوداجرایی در این‌گونه از قراردادها، اطراف قرارداد امکان اعمال آنها را ندارند، مگر اینکه چنین چیزی از آغاز در مرحله کدنویسی رایانه‌ای نخستین قرارداد هوشمند، از قبل، پیش‌بینی شده باشد. براساس این احتمال، همه اختیارات اعم از قانونی و قراردادی و نیز شرط فاسخ، در قراردادهای هوشمند به‌لحاظ ثبوتی امکان تحقق دارند، ولی به‌علت محدودیت‌های تکنیکی و فنی این سنخ از قراردادها، امکان اعمال اختیارات قانونی وجود ندارد و خیار قراردادی و شرط فاسخ نیز فقط در فرضی که امکان فنی و تکنیکی آنها از ابتدا در قرارداد هوشمند پیش‌بینی شده باشد، قابل اعمال‌اند.

اما این احتمال نیز قابل پذیرش نیست؛ چراکه بر این پیش‌فرض نادرست استوار شده که برای اعمال فسخ ناشی از خیار در قرارداد هوشمند، لزوماً باید تغییر و دگرگونی خود قرارداد هوشمند میسر باشد و

چون این گونه از قراردادها نوعاً قابل تغییر نیستند؛ پس، اعمال خیار در قراردادهای هوشمند با مانعی جدی روبه‌رو است؛ درحالی‌که به‌طور کلی، فسخ یک قرارداد به‌معنای انحلال آن در جهان اعتبار است نه تغییر و دگرگونی در خود قرارداد. آری، قراردادهای هوشمند به‌گونه‌ای طراحی شده‌اند که امکان جعل، انحراف و تغییر در آنها عادتاً ناشدنی است، ولی این نکته ربطی به انحلال قراردادهای هوشمند در جهان اعتبار که منزلگاه کنش‌ها و واکنش‌های حقوقی است، ندارد. برای نمونه، در یک قرارداد هوشمند بیع، هنگامی که خریدار پس انعقاد قرارداد، به‌استناد غبن، قصد منحل ساختن آن معامله را با خیار غبن دارد، در واقع، در مفاد خود قرارداد تغییری رخ نمی‌دهد، بلکه این دگرگونی، یعنی همان انحلال عقد، در جهان اعتبار است که رخ می‌نماید. وصف انعطاف‌ناپذیری قراردادهای هوشمند را می‌توان با وصف رسمی بودن سند رسمی مقایسه نمود که امکان جعل، انحراف و دست‌کاری در سند رسمی در نسبت با سند عادی بسیار کمتر است، اما در بحث از اختیارات، سخن بر سر نادرستی یکی از اجزا یا عبارات قرارداد هوشمند نیست، بلکه با فرض صحت محتواس است که ادعای غبن می‌شود. طبعاً رسمی بودن و غیر قابل‌تغییر بودن سند رسمی مانعی برای انحلال قراردادی که در قالب سند رسمی تنظیم‌شده، به‌وسیله فسخ، در جهان اعتبار نیست که همانند این نکته در باب قرارداد هوشمند و وصف انعطاف‌ناپذیری آن نیز جاری است.

#### ۴.۱.۴.۱.۴ احتمال چهارم: سقوط اختیارات قانونی به‌عنوان شرط ضمنی عرفی

احتمال چهارم این است که گفته شود در این سنخ از قراردادها با توجه به اطلاع پیشینی طرف‌ها از ویژگی‌های خاص قرارداد هوشمند خصوصاً انعطاف‌ناپذیری، خوداجرایی و عدم امکان جلوگیری از اجرای آن، ایشان به‌طور ضمنی بر اسقاط همه اختیارات قانونی در هنگام انعقاد قرارداد هوشمند اقدام می‌کنند و عرفاً چنین چیزی از رفتار آنان قابل برداشت است. در این احتمال، در عین پذیرش امکان تحقق همه اختیارات چه قانونی چه قراردادی و نیز شرط فاسخ، به‌لحاظ جایگاه ثبوت، عدم ثبوت اختیارات قانونی و طبعاً عدم امکان اعمال آنها، مستند به تراضی و توافق ضمنی خود طرف‌ها بر اسقاط آنها در هنگام انعقاد قرارداد هوشمند است و ارتباطی با موانع فنی و تکنیکی این دسته از قراردادها ندارد.

این احتمال نیز به ادله متعددی قابل پذیرش نیست؛ زیرا اولاً چنان‌که پیش از این گفته شد، انعطاف‌ناپذیری قرارداد هوشمند، ملازمه‌ای با غیرقابل‌انحلال بودن آن ندارد و اساساً با آن بیگانه است. خوداجرا بودن قرارداد هوشمند نیز مانعی برای اعمال اختیارات نیست؛ همچنان‌که در قراردادهای سنتی نیز اجرای قرارداد، لزوماً مانع از اعمال خیار نیست. قراردادی که عوض‌های آن تسلیم شده‌اند، نیز به‌استناد سببی مانند عیب قابل فسخ است و در غالب موارد حتی انتقال موضوع قرارداد به شخصی دیگر

نیز مانع از اعمال خيار تلقی نمی‌شود.<sup>۱</sup> ثانیاً آنچه اشخاص را به سوی انعقاد قراردادهای هوشمند سوق می‌دهد، اجرای مطمئن و امن آن است؛ به گونه‌ای که خیال طرف‌ها از اجرای درست و صحیح آن آسوده باشد و هیچ‌کدام از ایشان نگران امتناع، تخلف یا تأخیر طرف دیگر معامله در مقام اجرای آن نباشد. روشن است که این انگیزه هیچ تلازمی با پذیرش مثلاً اجرای معیوب قرارداد ندارد تا از آن، اسقاط ضمنی همه خيارات قانونی در زمان انعقاد این سنخ از قراردادها برداشت شود. وانگهی همان‌طور که سابقاً گفته شد، اسقاط خيار به‌عنوان یک حق قانونی، نیازمند قطع، اطمینان یا دست‌کم، ظن معتبر به اسقاط آن از سوی طرف‌های قرارداد است و صرف احتمال اسقاط برای حکم به اسقاط خيارات کافی نیست. البته آنچه گفته شد به معنای نفی اسقاط خيارات قانونی به‌عنوان لازمه عرفی اقدام به انعقاد قرارداد هوشمند است و اگر نه احراز اسقاط یک یا چند خيار قانونی به‌صورت موردی و جزئی در هر قرارداد هوشمند امری ممکن است و قابل انکار نیست.

#### ۴.۱.۴.۱.۵. احتمال پنجم: جریان قواعد عمومی خيارات در قرارداد هوشمند به‌عنوان قاعده کلی

احتمال پنجم که دیدگاه برگزیده در این مقاله است، اینکه در قراردادهای هوشمند نیز همانند قراردادهای سنتی اصولاً فسخ به‌استناد خيارات قانونی به‌جز خياراتی که پیش‌تر مستثنا شدند، شدنی است و موارد عدم امکان تحقق فسخ به‌سبب خيار قانونی امری استثنایی و خلاف قاعده است. به‌عبارت دیگر، خيارات قانونی نه از حیث اصل ثبوت و تحقق نه از حیث اعمال و به‌کارگیری، با مانعی روبه‌رو نیستند، جز اینکه دلیلی روشن بر اسقاط صریح یا ضمنی یک یا چند یا همه خيارات قانونی در قرارداد هوشمند از سوی طرف‌های آن در دست باشد. ویژگی‌های خاص فنی و تکنیکی قراردادهای هوشمند همچون انعطاف‌ناپذیری و خوداجرای ناظر به جایگاه تنظیم و اجرای قرارداد هستند و اثری در حیطه ثبوت و اعمال خيارات قانونی ندارند. به بیانی روشن‌تر، ویژگی انعطاف‌ناپذیری و عدم امکان تغییر کدهای رایانه‌ای مربوط به قرارداد هوشمند جلوگیری‌کننده از دست‌کاری‌ها و تغییرات ناموجه در این دست از قراردادهاست، لیکن آنچه در صورت تحقق سبب خيار قانونی همچون عیب موضوع معامله محقق می‌شود، علت وجود یافتن حق قانونی فسخ در جهان اعتبار است و انعطاف‌ناپذیری قرارداد هوشمند هیچ مانعی برای ایجاد حق قانونی فسخ در جهان اعتبار محقق نمی‌سازد. اعمال فسخ و انحلال قرارداد هوشمند به‌سبب آن نیز امری است که در جهان اعتبار رخ می‌دهد و اصلاً متوقف بر تغییر مفاد خود

۱. کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، ج، ۵، ص. ۵۳؛ صفایی، سید حسین، منبع پیشین، ص. ۳۳۶؛ شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص. ۷۶؛ کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، ص. ۲۵۹.

قرارداد نیست تا گفته شود تغییرناپذیری قرارداد هوشمند مانع از اعمال فسخ ناشی از خیار و انحلال عقد به سبب آن است. ویژگی خوداجرایی و عدم امکان توقف اجرای قرارداد هوشمند نیز نمی‌تواند مانع از تحقق خیار یا اعمال آن گردد؛ زیرا چنان‌که سابقاً اشاره شد، تحقق خیار منوط به تحقق سبب آن است و اجرا شدن یا نشدن قرارداد در این خصوص اثری ندارد. اجرا شدن قرارداد مسلماً مانع از اعمال خیار نیز نیست؛ زیرا چستی و ماهیت حقوقی فسخ، انحلال و ازهم‌گسستن قرارداد و در پی آن، بازگشت عوض‌ها در جهان اعتبار به مالکان پیشین است و همان‌گونه‌که در قراردادهای سنتی اجرای عقد مانعی برای اعمال فسخ قلمداد نمی‌گردد، در قراردادهای هوشمند نیز با اعمال فسخ، گره قرارداد در جهان اعتبار گشوده می‌شود و به این ترتیب، عوض‌ها به‌جای سابق خودشان بازمی‌گردند. آری، در قرارداد سنتی این احتمال وجود دارد که فسخ قبل از اجرای عقد صورت گیرد که در این صورت طرف‌ها تکلیفی به بازگشت و استرداد عوض‌ها در جهان خارج ندارند، ولی روشن است که در فرض اجرایی شدن قرارداد، فسخ همچنان ممکن است و طرف‌ها باید عین عوض‌ها در صورت وجود یا بدل آنها را در صورت تلف واقعی یا حکمی به مالکان پیشین بازپس دهند.

#### ۴.۲. جایگاه نهاد قضایی

صرف‌نظر از قانون حاکم بر قرارداد هوشمند، شکی نیست که هر طرف قرارداد هوشمند که مدعی است سبب خیراری در این قرارداد روی داده، می‌تواند به نهاد قضایی مراجعه، و صدور حکم اعلامی فسخ و تأیید آن را از آنجا درخواست کند و هوشمند بودن قرارداد و ویژگی‌هایی چون قابل‌تغییر نبودن کدهای رایانه‌ای استفاده‌شده در آن و خوداجرایی، مانعی برای مداخله نهاد قضایی در این دست از معاملات نیست. ناگفته پیداست که در حقوقی مدنی ایران و فقه امامیه، فسخ ایقاعی است که باید از سوی ذی‌نفع آن انشا گردد و مراجعه به نهاد قضایی صرفاً برای تأیید صحت وقوع آن و صدور حکم اعلامی بر وقوع آن است.<sup>۱</sup> در مورد شرط فاسخ نیز اگر چه انحلال قرارداد با انفساخ به‌صورت خودکار اجرا می‌شود، امکان اعتراض به صحت آن یا درخواست تأیید آن از سوی نهاد قضایی در صورت اختلاف طرف‌ها در این موضوع، هرگز منتفی نیست و در هیچ صورتی نمی‌توان قرارداد هوشمند را از حیطة اقتدار نهاد قضایی خارج ساخت؛ اگرچه نیک سابو و دیگر دانشمندان علوم رایانه توسعه‌دهنده قراردادهای هوشمند،

۱. کاتوزیان، امیرناصر، منبع پیشین، ج ۵، ص. ۶۸؛ شیروی، عبدالحسین، **حقوق قراردادهای (انعقاد، آثار و انحلال)**، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۶، ص. ۲۹۳.

ایدئالشان از طرح این سنخ از قراردادهای نوین، بریده شدن قرارداد هوشمند از هر آنچه غیر از خود آن و از جمله نهاد قضایی است؛ ولی با این حال، اولاً از حیث فناوری و تکنولوژی همان‌طور که پیش از این بیان شد، فرسنگ‌ها تا تحقق این غایات فاصله است؛ ثانیاً با فرض پیشرفت چشمگیر فناوری و تکنولوژی باز هم هیچ نظام حقوقی‌ای به سلب نظارت و سرکشی خود بر هیچ قراردادی حتی اگر طرف‌هایش بر آن تصریح کرده باشند، تن در نمی‌دهد.

### نتیجه‌گیری

دانسته شد که قراردادهای هوشمند قراردادهایی نوین بر پایه کدهای رایانه‌ای طراحی شده در بستر سیستم نرم‌افزاری زنجیره بلوکی‌اند که به‌طور خودکار اجرا می‌گردند و مناسب برای فضای فقدان اعتماد و اطمینان میان طرف‌های قراردادی‌اند. همچنین این مطلب عنوان شد که این دست از قراردادها دارای ویژگی‌هایی منحصر به فرد همچون انعطاف‌ناپذیری و خوداجرایی‌اند که ظاهراً می‌توانند مشکلات و چالش‌هایی حقوقی را در باب نسبت قراردادهای هوشمند با ضوابط، قواعد و امور جاری در حقوق قراردادهای سنتی همچون انحلال به سبب فسخ ناشی از اختیارات قانونی، به وجود آورند. گفته شد که چند صورت در باب نسبت قرارداد هوشمند و اختیارات وجود دارد که صورت چهارم دشوارترین آنها از حیث تحلیل است که در این زمینه، نظریات گوناگونی ممکن است از سوی حقوق‌دانان طرح و اتخاذ گردد که در این نوشتار، این نظریات که در مجموع، پنج نظریه بودند، احصا و یک‌به‌یک بررسی شدند و در پایان، دیدگاه برگزیده نزد نویسندگان که همان نظریه پنجم بود، بیان شد و وجوه پذیرش آن و نیز وجوه رد دیگر آرای احتمالی در این زمینه مطرح گردید.

نتیجه‌ای که از این مباحث حاصل آمد این بود که به نظر می‌رسد، به‌رغم چالش‌ها و مشکلات حقوقی‌ای که ظاهراً در نگاه نخست، راجع به انحلال قراردادهای هوشمند به سبب فسخ ناشی از اختیارات خصوصاً اختیارات قانونی قابل‌تصور است، همچنان بتوان از ابزارهای تحلیلی حقوق مدنی ایران و فقه امامیه خصوصاً جهان اعتبار و لحاظ آن به‌عنوان منزلگاه کنش‌ها و واکنش‌های حقوقی، در مطالعه این گونه از قراردادهای نوین و چالش‌های آنها در این زمینه بهره برد و آنها را خارج از این ساحت نشمرد. از نظر تحلیل حقوقی، این گونه از قراردادهای نوین به‌رغم اوصاف ویژه‌ای که دارند، همچنان براساس ضوابط عمومی و کلی حقوق مدنی ایران قابل‌بررسی‌اند و می‌توان گفت قراردادهای هوشمند همانند قراردادهای سنتی بی‌آنکه دارای تفاوت شایان توجهی باشند، می‌توانند محل جریان اختیارات چه قراردادی

چه قانونی و نیز شرط فاسخ واقع شوند و انحلال آنها به سبب فسخ ناشی از اختیارات یا شرط فاسخ اصولاً می‌تواند صورت گیرد. از این باب است که سخن از «پایان عصر حقوق قراردادهای سنتی» به سبب پیدایش قراردادهای هوشمند، دست کم در حقوق مدنی ایران، اندیشه‌ای سست است. در پایان نیز گفته شد که قابل‌تصور نیست که قراردادی از حیثه اقتدار و نظارت همه نظامات حقوقی جهان به کلی بیرون باشد و از این رو، قراردادهای هوشمند هیچ گاه نمی‌توانند غیرقابل‌دسترسی برای نهاد قضایی به‌شمار روند؛ هرچند برخی از دانشمندان علوم رایانه و نیز حتی برخی از حقوق‌دانان این رأی ناصواب را اختیار کرده‌اند.

## منابع

### فارسی

#### کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، تهران: اسلامیة، ۱۳۴۷.
۲. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰.
۳. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، **مجموعه محشای قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۹.
۴. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی ۶: عقود معین ۱**، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲.
۵. شهیدی، مهدی، **سقوط تعهدات**، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۴۰۳.
۶. شیروی، عبدالحسین، **حقوق قراردادها (انعقاد، آثار و انحلال)**، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت). پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۶.
۷. صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، تهران: میزان، ۱۴۰۲.
۸. کاتوزیان، امیر ناصر، **دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷.
۹. کاتوزیان، امیر ناصر، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: میزان، ۱۴۰۲.
۱۰. هاشمی‌شاهرودی، محمود، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام**، قم: مؤسسه دائرة‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت (علیهم‌السلام)، ۱۳۸۲.

#### مقاله

۱۱. پوراسماعیل، حسن، محمدحسن هدایتی، و مهدی سیفی‌پور، «بررسی ظرفیت‌های فناوری قرارداد هوشمند و برخی ملاحظات حقوقی آن»، *راهبردی*، ۱۴۰۳، صص. ۳۰-۱. (<http://noo.rs/eL2o7>)
۱۲. ربانی موسویان، سید علی، «قواعد حاکم بر قراردادهای هوشمند در فقه امامیه و حقوق موضوعه»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۶۶، ۱۴۰۰، صص. ۲۰۴-۱۷۸. (<https://doi.org/10.22034/ijrz.2022.689984>)

#### عربی

#### کتاب

۱۳. بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیة*، قم: الهادی، ۱۳۷۷.
۱۴. حلی، حسین، *الخيارات*، با محمدحسین حسینی‌طهرانی، مشهد: علامه طباطبایی، ۱۴۳۵.
۱۵. رشتی، حبیب‌الله بن محمدعلی، *فقه الإمامیه*، با محمدکاظم خلخالی، قم: مکتبه‌الداوری، ۱۴۰۷.
۱۶. علامه حلی، حسن بن یوسف، *تبصره المتعلمین فی احکام الدین*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، ۱۴۱۱.
۱۷. محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸.

## References

### Books

1. Allameh Hilli, Hassan ibn Yusuf, **Commentary of the Learners in the Rulings of the Religion**, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance, 1990. (in Arabic)
2. Bojnourdi, Hassan. **Al-Qawa'id al-Fiqhiyya (Jurisprudential Maxims)**, Qom: Al-Hadi, 1998. (in Arabic)
3. Bonomi, Andrea, Matthias Lehmann, and Shaheeza Lalani, eds., **Blockchain and Private International Law**, International and Comparative Business Law and Public Policy 4. Brill Nijhoff, 2023.
4. Carron, Blaise, and Valentin Botteron, **How Smart Can a Contract Be? Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law**, 2019.
5. De Filippi, Primavera, and Aaron Wright, **Blockchain and the Law: The Rule of Code**, 2018.
6. Drescher, Daniel, **Blockchain Basics: A Non-Technical Introduction in 25 Steps**, 2017.
7. Emami, Seyed Hassan. **Civil Law**. Tehran: Eslamiyeh, 1968. (in Persian)
8. Hancock, Matthew, and Ed Vaizey, **Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain**, 2016.
9. Hashemi-Shahroudi, Mahmoud. **Jurisprudential Encyclopedia According to the School of Ahl al-Bayt**. Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence Institute, 2003. (in Persian)
10. Hilli, Hussein. **Al-Khiyarat (Options)**. With Mohammad Hossein Hosseini-Tehrani. Mashhad: Allameh Tabataba'i, 2014. (in Arabic)
11. Jafari-Langeroudi, Mohammad Jafar. **Annotated Civil Code Collection (Scientific, Comparative, Historical)**. Tehran: Ganj-e Danesh, 2000. (in Persian)
12. Jafari-Langeroudi, Mohammad Jafar. **Extensive Terminology of Law**. Tehran: Ganj-e Danesh Publishing, 2021. (in Persian)
13. Katouzian, Nasser. **Civil Code in the Current Legal System**. Tehran: Mizan, 2023. (in Persian)
14. Katouzian, Nasser. **Civil Law Series: General Rules of Contracts**. Tehran: Ganj-e Danesh, 2018. (in Persian)
15. Kořlvart, Merit, Margus Poola, and Addi Rull, **Smart Contracts**, Edited by Tanel Kerikmaõe and Addi Rull. *Springer*, The Future of Law and

- eTechnologies, 2016.
16. Kraus, Daniel, Thierry Obrist, and Olivier Hari, eds., **Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law**, Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2019.
  17. Muhaqqiq Hilli, Ja'far ibn Hassan, **Islamic Jurisprudence on Permissible and Forbidden Issues (Shara'i' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram)**, Qom: Esma'ilian, 1988. (in Arabic)
  18. Rashti, Habibollah ibn Mohammad Ali. **Fiqh al-Imamiyya**, With Mohammad Kazem Khalkhali. Qom: Al-Dawari Library, 1987. (in Arabic)
  19. Safaei, Seyed Hossein. **Introductory Course on Civil Law: General Rules of Contracts**. Tehran: Mizan, 2023. (in Persian)
  20. Shahidi, Mehdi. **Civil Law**, Vol. 6: Nominated Contracts I. Tehran: Majd Scientific and Cultural Center, 2003. (in Persian)
  21. Shahidi, Mehdi. **Extinction of Obligations**. Tehran: Majd Scientific and Cultural Center, 2024. (in Persian)
  22. Shiravi, Abdolhossein. **Contract Law (Formation, Effects, and Termination)**. Tehran: SAMT, Institute for Research and Development in Humanities, 2017. (in Persian)
  23. Singhal, Bikramaditya, Gautam Dhameja, and Priyansu Panda, **Beginning Blockchain: A Beginner's Guide to Building Blockchain Solutions**, 2018.
  24. Verstappen, Jasper, **Legal Agreements on Smart Contract Platforms in European Systems of Private Law**, 2023rd edition. Cham: Springer, 2024.
  25. Wattenhofer, Roger, **The Science of the Blockchain**, 2016.

#### Articles

26. "ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection," 2023, pp. 1-52. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4751468>
27. Cornell, Nicolas, and Kevin Werbach, "Contracts Ex Machina", *Duke Law Journal*, Vol. 67, No. 2, November 21, 2017, pp. 82-313. <https://doi.org/10.5040/9781509937059.ch-001>
28. De Filippi, Primavera, Chris Wray, and Giovanni Sileno, "Smart Contracts." *Internet Policy Review*, 2021, pp. 1-9. <https://doi.org/10.14763/2021.2.1549>
29. Hansen, J.Dax, Laurie Rosini, and Carla L. Reyes, "More Legal Aspects of Smart Contract Applications (Token Sales, Capital Markets, Supply Chain Management, Government and Smart Cities, Real Estate Registries, and Enabling Self-Sovereign Identity)", *Perkins Coie LLP*, 2018, pp. 1-26. [PerkinsCoie.com/Blockchain](https://PerkinsCoie.com/Blockchain)
30. Hourani, Sara, "Cross-Border Smart Contracts: Boosting International Digital

- Trade through Trust and Adequate Remedies”, In *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development: Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law Vienna*, 118–19. Vienna: United Nations, 2017, pp. 118-119. [http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers\\_for\\_Programme/11-HOURANI-Cross-Border\\_Smart\\_Contracts.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/11-HOURANI-Cross-Border_Smart_Contracts.pdf)
31. Khan, Shafaq, Faiza Loukil, Chirine Ghedira-Guegan, Elhadj Benkhelifa, and Anoud Bani-Hani, “Blockchain Smart Contracts: Applications, Challenges, and Future Trends”, *Peer-to-Peer Networking and Applications*, Vol. 14, No. 5, 2021, pp. 2901–2925. <https://doi.org/10.1007/s12083-021-01127-0>
32. Meyer, Olaf, “Stopping the Unstoppable - Termination and Unwinding of Smart Contracts”, *Social Science Research Network*, October 29, 2019, pp. 1-15. <https://ssrn.com/abstract=3537477>
33. O’Shields, Reggie, “Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain.” *North Carolina Banking Institute*, Vol. 21, No. 1, March 1, 2017, pp. 177-194. <https://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol21/iss1/11>
34. Pour-Esmaeil, Hassan, Mohammad Hassan Hedayati, and Mehdi Seifipour. “Exploring the Capacities of Smart Contract Technology and Some of Its Legal Considerations.” *Rahbordi*, 2024, pp. 1-30. (in Persian) <http://noo.rs/eL2o7>
35. Rabbani-Mousavian, Seyed Ali. “Rules Governing Smart Contracts in Imami Jurisprudence and Positive Law.” *Journal of Islamic Jurisprudence and Law Studies*, no. 66 (2021), pp. 178-204. (in Persian) <https://doi.org/10.22034/ijrj.2022.689984>
36. Rohr, Jonathan, “Smart Contracts in Traditional Contract Law, Or: The Law of the Vending Machine.” *Cleveland State Law Review*, Vol. 67, No. 1, 2019, pp. 67–88. (<https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol67/iss1/9>)
37. Rühl, Giesela, “Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts? ”, In *Blockchain, Law and Governance*, edited by Benedetta Capiello and Gherardo Carullo, 159–80. Springer International Publishing, 2021, pp. 1-21. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-52722-8\\_6](https://doi.org/10.1007/978-3-030-52722-8_6)
38. Savelyev, Alexander, “Contract Law 2.0: ‘Smart’ Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law”, *National Research University Higher School of Economics Research Paper Series*, Vol. 26, No. 2, 2016, pp. 116–34. <https://doi.org/10.1080/13600834.2017.1301036>
39. Szabo, Nick, “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, 1996, pp. 1-11. (<https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Litera>)

- ture/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\_contracts\_2.html)
40. Temte, Morgan, “Blockchain Challenges Traditional Contract Law: Just How Smart Are Smart Contracts”, *Wyoming Law Review*, Vol. 19, No. 1, 2019, pp. 87-117. <https://doi.org/10.59643/1942-9916.1409>.
58. ZOU, Weiqin, David LO, Pavneet KOCHHAR, Xuan-Bach LE, Xin XIA, Yang FENG, Zhenyu CHEN, and Baowen XU, “Smart Contract Development: Challenges and Opportunities”, *IEEE Transactions on Software Engineering*, Vol. 47, No. 10, 2021, pp. 2084–2106. <https://doi.org/10.1109/TSE.2019.2942301>

## Evaluation of Smart Contracts Dissolution due to Termination with Statutory Options

Ali Alsharif\*  
Mohammadmehdi Alsharif\*\*

Received: 2025.09.14

Accepted: 2025.06.29

### Abstract

“Smart contracts” are among the achievements of the rapid advancement of technology in various fields of human life, particularly in the domain of legal relations in recent decades. These contracts are self-executing agreements based on blockchain software systems, with their terms expressed in computer code. Smart contracts are characterized by features such as inflexibility and automatic execution. Given these characteristics, it might be assumed that there is no room for the existence or exercise of options (*khiyārāt*) especially those granted by law within such modern forms of contracts. This article addresses the potential issues and challenges related to the termination of smart contracts due to the exercise of legal options, critically analyzing the possible views surrounding this matter. It concludes that, under Iranian civil law and Imamiya jurisprudence, the aforementioned features of smart contracts do not preclude the establishment or exercise of either legal or contractual options. No fundamental or significant difference can be found between smart contracts and traditional contracts with respect to termination through options. However, this does not rule out the possibility that, in some smart contracts and depending on the specific circumstances of each transaction, the parties may have implicitly waived some or all of their options — a phenomenon that is natural in any transaction.

### Keywords:

Smart Contract, Blockchain, Option (*khiyār*), Termination, Dissolution.

---

\* L.L.M Student, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran  
Corresponding Author Email: alialsharif1380@gmail.com

\*\* Associate Professor, Faculty of Administrative Sciences & Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.



## امکان سنجی جریان خيار در تجارت معاطاتی

اسرافیل فرزانه\*

احمد مرتاضی\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۱۰

### چکیده

یکی از مسائل فرعی مطرح در باب معاطات، امکان یا عدم امکان جریان خيارات در آن است. در صورتی که قصد متعاطیان از معاطات، مجرد اباحه تصرف باشد، در این صورت از نظر بیشتر اندیشمندان، معاطات اصلاً بیع نیست تا محل جریان خيارات باشد. اما در فرضی که قصد متعاطیان، تملیک و تملک و معامله بوده، ولی در خارج تنها مفید اباحه تصرف باشد، مطابق یک دیدگاه، جریان خيارات به نحو مطلق ممنوع است و طبق نظر دیگر، باید قائل قائل به تفصیل شد؛ بدین نحو که اگر مقصود از جعل خيار، مترتب ساختن اثر فعلی بر عقد باشد، خيار در اینجا جریان پیدا نمی‌کند، ولی اگر هدف، تمکن صاحب خيار در الغا کردن چیزی باشد که مؤثر در نقل و انتقال است، خيار قابل جریان است. مبنای دیگر اینکه قصد متعاطیان تملیک است و عرفاً و شرعاً نیز معاطات همچون بیع قوی، مفید ملک لازم قلمداد گردد که در این صورت، جریان خيار در معاطات پذیرفته شده گرچه، در خصوص خيار شرط، اقوال مختلفی ارائه گردیده است. به لحاظ حقوقی باید گفت که از اطلاق ماده ۳۳۹ ق.م. به ضمیمه اطلاق ماده ۴۵۶ ق.م و همچنین با تمسک به ظاهر ماده ۱۹۳ ق.م نیز می‌توان قبول همین نظریه، یعنی جریان همه خيارات حتی خيار شرط را در معاطات، از دیدگاه قانون‌گذار ایران استظهار کرد. بر مبنای نظریه مفید ملک جایز و متزلزل بودن معاطات، سه قول: جریان، عدم جریان و تفصیل بین انواع خيارات اظهار شده است. تحقیق مطلب این است که مطابق همه مبانی مذکور، جریان همه خيارات، حتی خيار شرط، در معاطات امکان‌پذیر است و در معاطات ایقاعی هم به استثنای برخی از ایقاعات، مثل طلاق که خروج تعدی دارد، جریان خيارات منعی ندارد.

### کلیدواژگان:

معاطات، خيار در معاطات، معاطات ایقاعی، اباحه تصرف، بیع قوی.

\* کارشناس ارشد، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. (نویسنده مسئول)  
d.m.a.fiqh@gmail.com

\*\* دانشیار، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، 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

امکان جریان خیار در معاطات برخلاف معاملات لفظی، مورد ابهام واقع شده است؛ به‌ویژه در خصوص خیار شرط که از مقوله لفظ است و شاید در نگاه اول، قابل درج و لحاظ در ضمن معاطات که از مقوله فعل است، نباشد. دیدگاه‌ها و مبانی مختلفی که در خصوص اثر معاطات، اعم از افاده اباحه تصرف یا ملکیت جایز یا لازم، وجود دارد ابهام یادشده را دوچندان کرده است. نکته قابل توجه اینکه ممکن است دو فقیه دارای یک مبنا، مثلاً افاده ملکیت لازم در معاطات باشند، ولی نظرات مختلفی در خصوص اصل جریان خیار در معاطات یا تعداد اختیارات جاری در آن، داشته باشند. بنابراین، باید با لحاظ مبانی مختلف در مورد ماهیت و اثر فقهی-حقوقی معاطات اعم از حصول ملکیت لازم یا جایز یا اباحه تصرف و با بررسی ادله اقوال مختلف در مورد امکان یا عدم امکان جریان خیار در معاطات، به نظریه صحیح در این رابطه دست‌یافت. شایان‌ذکر است که معاملات معاطاتی به دلیل عدم نیاز به تشریفات لفظی، فرآیند معامله را ساده‌تر و سریع‌تر می‌کند و از این‌رو، نقش مهمی در تسهیل و تسریع مبادلات روزمره دارد و به شکل گسترده‌ای مورد استفاده قرار می‌گیرد و همین امر، حاکی از ضرورت و کارایی حقوقی معاملات معاطاتی است. فلسفه وجود اختیارات در معاطات به عنوان معاملات پرکاربرد در روابط تجاری بین افراد و شرکت‌ها و نیز در زندگی روزمره، بر پایه اصل «عدم ضرر» و «لزوم وفای به عهد» استوار است و به همین سبب، ثمره جریان خیار در این نوع معاملات، قابل انکار نیست؛ به‌ویژه در معاملات بزرگ و پیچیده که احتمال بروز اختلاف و ضرر بیشتر است. با وجود این، مسئله امکان جریان خیار در معاطات، فاقد پیشینه پژوهشی در قالب مقالات و پایان‌نامه‌ها بوده و فقط در معدودی از دروس خارج فقه، آن هم بر محور خیار شرط و نه همه اختیارات، مورد طرح و تدریس قرار گرفته است. حال، با توجه به اینکه معاطات در معاوضات یعنی اعمال حقوقی مبتنی بر دو اراده و همچنین در اعمال حقوقی تک‌اراده‌ای، یعنی ایقاعات، جاری است، در دو بخش مجزا، جریان یا عدم جریان اختیارات مورد بررسی قرار می‌گیرد:

### ۱. امکان سنجی جریان اختیارات در معاطات مبتنی بر دو اراده

یکی از چالش‌های مهم بحث معاطات یافتن پاسخ به این پرسش است که آیا همان طور که در بیع لفظی، اختیارات مختلفی مثل خیار مجلس، خیار حیوان، خیار شرط، خیار غبن و نظایر آن جریان دارد، در معاطات نیز قابل جریان است یا نه؟ اما مناسب است که قبل از هر چیز معنای خیار در معاطات روشن شود. در همین راستا باید گفت: خیار در معاطات به معنای «ملک فسخ التزام و اقرار» نیست؛ به این جهت

که معاطات متضمن التزامی که از متعاملین انشا شده باشد، نیست؛ بلکه معنای خیار در معاطات، منحل کردن چیزی است که ایجاد کرده‌اند و ثبوت این معنا برای متعاطیین، از حین معاطات تا بعد از تلف، امکان دارد.<sup>۱</sup> پس کارایی خیار در معاطات همان کارایی است که برای اختیارات مصطلح است و فقط تفاوتشان در این است که در اختیارات مصطلح، التزام و عقدی وجود دارد که با اعمال خیار، آن التزام و عقد از بین می‌رود و صاحب خیار می‌تواند از این مزیت استفاده کند و خسارتی را که برای او وارد آمده است جبران نماید. اما در معاطات، چون عقد و التزامی نیست، عبارت «فسخ» مورد استفاده واقع نمی‌شود، بلکه از عبارت «انحلال» استفاده می‌شود. البته به نظر می‌رسد در صورتی که معاطات مفید «ملکیت لازم» باشد، معنایش همان معنای موجود در اختیارات مصطلح خواهد بود. حال، به طرح و ارزیابی دیدگاه‌های موجود درباره ماهیت و اثر معاطات و ارتباط آن با امکان جریان خیار در معاطات، پرداخته می‌شود:

#### ۱.۱.۱. ارتباط سنجی ماهیت معاطات با امکان جریان خیار در آن

به منظور سنجش امکان یا عدم امکان جریان خیار در معاطات، باید اثر فقهی و حقوقی مترتب بر آن مدنظر قرار گیرد و در این مورد، بر مبنای قصد متعاطیین، چندین دیدگاه مطرح است که طبق آنها ثبوت یا عدم ثبوت اختیارات در معاطات، طرح و بررسی می‌شود:

##### ۱.۱.۱.۱. مبنای اول: قصد طرفین، مجرد اباحه تصرف باشد

برخی از اندیشمندان در خصوص مسئله مورد بحث، معتقدند که اگر منظور و مقصود متعاطیین مجرد اباحه باشد، در آن صورت، امکان جریان اختیارات در چنین معاطاتی ممکن نیست؛ زیرا معنای خیار «سلطنت و ملک فسخ عقد» است و ناگفته پیداست معاطاتی که مقصود از آن، صرف اباحه باشد، از شمار عقود محسوب نمی‌شود تا اختیارات در آن قابل جریان باشد. بنابراین، از آنجا که ثبوت خیار ممکن نیست، نمی‌تواند مشمول ادله خیار در مقام اثبات باشد.<sup>۲</sup> بر اساس همین مبنای اول، برخی از محققان علت‌های دیگری را نیز بر عدم امکان جریان خیار، بیان نموده‌اند که در ادامه به اختصار بیان می‌گردد:

از جمله علت‌های بیان شده در این خصوص، آن است که چنانچه رجوع مبیح بر مال خویش تا زمان بقای مال جایز باشد، در آن صورت دیگر، جایی برای جریان خیار وجود ندارد. مطابق این استدلال، جواز

۱. نائینی، میرزا محمدحسین، **منیة الطالب**، ج ۱، تهران: المکتبۃ المحمدیة، ۱۳۷۳ ق، ص ۹۹.

۲. خوبی، سیدابوالقاسم، **مصباح الفقاهة**، ج ۲، قم: مؤسسه الامام خوئی، بی‌تا، ص ۱۶۱.

رجوع مبیح، علت عدم جریان خیار و در واقع بی‌معنا بودن جریان خیار دانسته شده است.<sup>۱</sup> تحلیل دیگر اینکه اختیارات در معاوضات ملکیه جاری می‌شود و در اباحه، رنگ و بوی تملیک وجود ندارد<sup>۲</sup>، چون سالبه به انتفای موضوع‌اند.

حال سؤالی که در این راستا مطرح می‌شود اینکه، آن دسته از فقیهان که امکان جریان خیار را، در صورتی که قصد متعاطیین اباحه باشد، بی‌معنا می‌دانند<sup>۳</sup>، در فرض مفید اباحه دانستن معاطات، **بدون توجه به قصد متعاطیین**، نیز همین نظر را دارند؟ تحقیقات نشان می‌دهد که اکثر فقها و اندیشمندان اسلامی بر این باورند که در معاطات مفید اباحه مجرد، جریان خیار معنا ندارد<sup>۴</sup>. گرچه بیشتر ایشان، دلیل عدم جریان خیار را به صراحت نیاورده‌اند، اما به ظن قوی عمده دلیل این عده آن است که در معاطات، جواز رجوع هریک از متعاطیین، جریان خیار را بی‌معنا، لغو و موجب تحصیل حاصل می‌نماید<sup>۵</sup>. در یک جمع‌بندی، می‌توان چنین گفت که علت عدم جریان خیار، جواز رجوع، و علت جواز رجوع، مفید اباحه بودن معاطات، و علت مفید اباحه بودن معاطات، لزوم وجود صیغه‌ای است که دلالت بر رضایت باطنی داشته باشد<sup>۶</sup>.

البته علت‌های مذکور بی‌اساس به نظر می‌رسد؛ بدین جهت که اولاً: پذیرفته نیست که جواز رجوع متعاطیین در صورت مفید اباحه بودن معاطات، ثبوت خیار را لغو و بی‌معنا کند؛ بدین جهت که در فایده وجود خیار، همین بس که در برخی اوقات، جواز ذاتی با عروض یک عامل خارجی تبدیل به لزوم می‌شود<sup>۷</sup>. برخی از محققین در این رابطه چنین می‌نویسند: «اختیارات در معاطاتی که مفید اباحه تصرف است جریان دارد، چون معاطات بیع عرفی است و نهایت امر این است که، حصول ملکیت، مشروط به تلف یا یکی از تصرفات متوقف بر ملک است و ادعای عدم جریان خیار به‌خاطر لغویت و بی‌معنا بودن جعل خیار، ادعای بدون دلیل است. آری، در صورتی که قصد متعاملین از معاطات اباحه باشد، در این

۱. مروج جزائری، سیدمحمد، **هدی الطالب**، ج ۲، قم: موسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق، ص ۴۰.
۲. حسینی میلانی، سیدمحمدهادی، **محاضرات فی فقه الامامیه - کتاب البیع**، مشهد، دانشگاه فردوسی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۰.
۳. خوبی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۱۶۱.
۴. شیخ انصاری، مرتضی، **کتاب المکاسب**، ج ۳، قم: کنکره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۷۲.
۵. ر.ک: مروج جزائری، سیدمحمد، منبع پیشین، ص ۴۰.
۶. حسینی عاملی، جواد، **مفتاح الکرامه**، ج ۱۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق، ص ۵۰۰.
۷. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص ۶۸؛ شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، **هدایه الطالب**، ج ۲، تبریز: چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق، ص ۱۷۸.

صورت خیارات اختصاصی و غیراختصاصی بیع جاری نمی‌شود، چون در این صورت، سبب معاملی وجود ندارد تا اقدام به ازاله آن نمود.<sup>۱</sup>

### ۱.۱.۲. مبنای دوم: قصد طرفین، تملیک و تملک و اثر خارجی معاطات، اباحه تصرف باشد

مطابق مبنای دوم، متعاطیان گرچه از داد و ستد، قصد تملیک و تملک را دارند، اما در خارج، ملکیتی بر آن مترتب نمی‌شود، بلکه شارع و قانون‌گذار به صرف حصول اباحه تصرف در مال دریافتی حکم می‌نماید. در این صورت، هرچند اباحه حاصل از قصد متعاطیان، اباحه مالکی است، اباحه حاصل از خود معاطات، بدون توجه به قصد متعاطیین، اباحه شرعی است که مستند آن شرع است و تصرف طرفین، حرام نیست.

برخی از اندیشمندان اسلامی درخصوص مبنای دوم، چنین اظهار داشته‌اند که: بدون تردید براساس این مبنا، معاطات، بیع عرفی محسوب می‌شود<sup>۲</sup>، نه بیع شرعی؛ چراکه بیع شرعی مفید ملکیت و لزوم است، درحالی‌که مطابق مبنای مذکور، معاطات مجرد از ملکیت و پیرو آن، خالی از لزوم است؛ بدین جهت که لزوم فرع ملکیت است؛ مگر اینکه بر عدم تأثیر معاطات در حصول ملکیت در نزد شارع تا زمان معین، مثل زمان تلف یکی از عوضین یا وقوع تصرفات متوقف بر ملک، اجماع باشد که با این‌همه، اجماع یادشده مانع از صدق بیع به حمل شایع به چنین معاطاتی نمی‌شود<sup>۳</sup>. در نتیجه، ادله عمومی صحت بیع شامل معاطات هم می‌شود و در نظر شارع، محکوم به حکم بیع می‌گردد؛ همان‌گونه که حصول ملکیت - به معنای بیع شرعی و لازم شدن - در بیع صرف و سلم نیز متوقف بر قبض خارجی است و تا زمانی معین، یعنی زمان حصول قبض، تأثیری در حصول ملکیت ندارد<sup>۴</sup>.

بنابراین، اگر مقصود از ثبوت خیار در عقد، سلطنت صاحب‌خیار بر فسخ فعلی عقد باشد، یعنی امکان این را داشته باشد تا چیزی را که از ملکیت خودش منتقل شده به ملکیتش بازگرداند، در این صورت بی‌تردید، معاطات بنابر صرف افاده اباحه تصرف، مشمول ادله خیارات نمی‌شود<sup>۵</sup>. اما اگر مقصود از ثبوت خیار در معاطات، متمکن شدن صاحب‌خیار بر الغای آن چیزی باشد که در نقل و انتقال تأثیر دارد، در این

۱. حسینی‌روحانی، سیدصادق، **منهاج الفقاهه**، ج ۳، قم: انوارالهدی، ۱۴۲۹ ق، ص ۱۲۱؛ خوانساری، محمد، **الحاشیة**

**الاولی علی المکاسب**، قم: تبلیغات اسلامی، بی‌تا، ص ۲۸.

۲. شیخ‌انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۶ ص ۱۶۲.

۳. مروج‌جزائری، سیدمحمد، منبع پیشین، ص ۱۶.

۴. حجت‌کوه‌کمری، سیدمحمد، **کتاب‌البیع**، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق، ص ۱۰۸.

۵. نجفی کاشف‌الغطاء، عباس، **الفوائد الجعفریة**، عراق: مؤسسه کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ص ۲۰۴.

صورت شکی در جریان خیار مصطلح در چنین معاطاتی وجود ندارد، چون در فرض مذکور، معاطات قابلیت تأثیر در ملکیت را دارد<sup>۱</sup>.

### ۱.۱.۳. مبنای سوم: قصد متعاطیان، تملیک بوده و عرفاً و شرعاً نیز مفید ملکیت لازم باشد

طبق این مبنا، چون معاطات مفید ملکیت لازم است، هیچ تفاوتی بین آن و سایر بیوع از جهت حکم و جریان اختیارات نخواهد بود<sup>۲</sup>. از اطلاق ماده ۳۳۹ ق.م. به ضمیمه اطلاق ماده ۴۵۶ ق.م. و همچنین با تمسک به ظاهر ماده ۱۹۳ ق.م. می‌توان قبول جریان همه اختیارات را در معاطات، از دیدگاه قانون‌گذار ایران استظهار کرد. توضیح بیشتر اینکه از یک سو، برحسب ماده ۱۹۳ قانون مدنی ایران، «انشای معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض حاصل گردد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد» و وفق ماده ۳۳۹ ق.م. بیع می‌تواند به وسیله عمل و به صورت معاطات نیز اجرا شود و مصداق بیع به‌عنوان یکی از عقود لازم بشود؛ چراکه این ماده مقرر می‌دارد: «... ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد». از سوی دیگر، طبق ماده ۴۵۶ قانون مذکور، «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است». در نتیجه، مطابق قانون، همه اختیارات می‌توانند در معاطات به‌عنوان یکی از مصادیق بیع به‌عنوان یک معامله لازم جریان پیدا کنند؛ چراکه بر مبنای مواد مذکور و به اذعان حقوق‌دانان، معاطات مصداق عقد است؛ زیرا لفظ عنصر عقود نیست<sup>۳</sup> و ضرورتی ندارد که لفظ وسیله بیان اراده، باشد؛<sup>۴</sup> چون ایجاب و قبول از جنس الفاظ نبوده، بلکه مدلول و مکشوف به آن الفاظاند و حتی ممکن است بدون الفاظ هم ایجاب و قبول پدید آید<sup>۵</sup> و لزوم عقود لازم هم تابع الفاظ ایجاب و قبول نیست. از سوی دیگر، مانع «ارتباط لزوم عقد با نظم عمومی» که سبب عدم امکان جریان خیار در نکاح و وقف و ضمان شده است<sup>۶</sup>، در خصوص معاطات، به‌ویژه بیع معاطاتی، محرز نیست. پس مقتضی، موجود و مانع، مفقود است و در نتیجه، اطلاق عبارت قانون‌گذار مبنی بر اینکه «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد»، عقود و معاملات لازم معاطاتی و فاقد عنصر لفظ را هم شامل می‌شود.

۱. خوبی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۱۶۴.

۲. تبریزی، جوادبن علی، ارشاد الطالب، ج. ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق، ص ۶۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۲۳.

۴. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین، ج ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۶، ص ۳۳.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج ۴، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۲، ص ۵۶.

۶. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها (انحلال قراردادها)، ج ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۱۴۲.

#### ۱.۱.۴. مبنای چهارم: قصد متعاطیان تملیک بوده و در خارج، مفید ملکیت جایز باشد

برخی از محققان معتقدند که داد و ستد معاطاتی به قصد تملیک، مفید ملکیت جایز است و این ملکیت متزلزل، مستفاد از مقتضای قواعد شرعیه و ادله مأثوره است.<sup>۱</sup> بر این مبنای، علت اینکه معاطات افاده ملکیت جایز می‌کند، آن است که موجب و عامل لازم‌شدن عقد در اینجا محقق نیست؛ چراکه عامل لزوم یا حکم شرعی تبعیدی است، کما اینکه در عقد نکاح و ضمان همین‌طور است و یا مثل بیع عقدی از جهت التزام متعاقبین به لزوم آن همراه با امضای شرعی است؛ در حالی که معاطات فاقد این دو عامل است.<sup>۲</sup>

بر این اساس، میان اندیشمندان اسلامی دیدگاه‌های مختلفی در امکان جریان خیار وجود دارد. دسته‌ای از ایشان قول به عدم جریان مطلق خیار را برگزیده و برای اثبات ادعای خود به «دلیل انصراف» و «حصول لغویت» استناد جسته‌اند. با این توضیح که معتقدند هر چند بر معاطات مفید ملکیت متزلزل نیز عنوان بیع صادق است، تمامی ادله خیار در معاملات که **برحسب طبیعت** مبتنی بر **لزوم** است، ظهور دارد<sup>۳</sup> و ادله خیار، انصراف به موردی دارد که دارای اثر ملکیت لازم باشد.<sup>۴</sup> چون خیار یعنی رفع ملک التزام و حال اینکه در معاطات مذکور التزامی وجود ندارد و از این جهت، خیار در معاطات معنا ندارد.<sup>۵</sup> همچنین، هیچ‌گونه اطلاقی در ادله شروط بیع، وجود ندارد تا شامل بیع عرفی که مفید ملک جایز است نیز بشود.<sup>۶</sup>

آنچه در نقد این برداشت به نظر می‌رسد این است که اگر منشأ انصراف مورد ادعا، کثرت استعمال باشد، این ادعا قابل پذیرش است، چون در فرض بروز شک، حمل بر همان مورد غالب می‌شود؛ اما در مسئله مورد بحث ما منشأ انصراف، کثرت وجودی و خارجی است. یعنی غالباً خیار در ملک لازم، موجود است و چون کثرت وجودی، انصراف بدوی ایجاد می‌کند نه انصراف ظهوری، از این رو، ادعای مذکور وجهی ندارد.<sup>۷</sup>

۱. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص ۴۹.

۲. نائینی، میرزا محمدحسین، همان منبع؛ اصفهانی، سید ابوالحسن، **وسيلة النجاة**، قم: نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۲ ق، ص ۳۳۴.

۳. مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهة - کتاب البیع**، قم: مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۲۲ ق، ص ۹۰.

۴. ابروانی، علی بن عبدالحسین، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، تهران: وزارت ارشاد، ۱۴۰۶ ق، ص ۶۹.

۵. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص ۶۸.

۶. مروج جزائری، سید محمد، منبع پیشین، ص ۱۹.

۷. موسوی خمینی (امام)، سید روح‌الله، **کتاب البیع**، ج ۱، تهران: نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق، ص ۲۴۷.

همچنین، باید توجه داشت که به اذعان فقیهان، لزوم و جواز از خصوصیات سبب (عقد) است نه مسبب<sup>۱</sup>؛ زیرا ملکیت، که مسبب است، امر اعتباری واحدی است و تعدد سبب موجب تعدد مسبب نمی‌شود. تعدد مسبب به تعدد معروض آن است نه به تعدد سبب. بر این پایه، حقیقت ملک، متنوع به لزوم و جواز نمی‌شود، بلکه این دو، حکم شرعی مترتب بر ملک محسوب می‌شوند، گرچه غالباً به سبب مملک استناد داده می‌شوند.<sup>۲</sup>

دلیل دیگری که پیروان نظریه عدم جریان مطلق اختیارات مطرح ساخته‌اند عبارت است از: «لغویت و تحصیل حاصل بودن خیار». بدین بیان که وقتی معاطات خودش جایز است و هروقت طرفین اراده کنند می‌توانند آن را فسخ نمایند، چه نیازی به وجود و جعل خیار است و اگر خیار هم باشد، لغو خواهد بود، چون تحصیل حاصل است و تحصیل حاصل هم محال است.<sup>۳</sup> اما در نقد این دلیل باید گفت: بدیهی است که جواز ثابت در معاطاتی که مفید ملکیت جایز است یا جواز حقی است که از حیث بقا و ارتفاع به دست متعاملین است و یا جواز حکمی است که مثل جواز در هبه، به دست شارع است. بنا به هر دو فرض، متعلق جواز یا خود عقد است یا عین مأخوذه به معاطات که در مجموع، چهار صورت می‌شود که طبق هریک از این صور، باید مسئله جریان یا عدم جریان خیار و همچنین لغویت و تحصیل حاصل بودن خیار در معاطات مفید ملکیت جایز مورد بررسی قرار بگیرد:

**صورت اول:** اینکه جواز مذکور، جواز حقی و متعلق به عقد قلمداد شود. در این حالت، بدون تردید، ادله اختیارات، معاطات را نیز شامل می‌شود و حق خیار در بیع معاطاتی از طریق دو سبب جداگانه برای هر یک از متعاطیان ثابت می‌شود. بدین معنا که چون معاطات به یک اعتبار معاطات بیعی است، خیار بیعی، مثل خیار مجلس، در آن جریان دارد و به اعتباری دیگر، چون از مجلس عقد متفرق شدند، خیار مجلس ساقط می‌شود؛ اما خیار و جواز معاطاتی بر حال خود باقی می‌ماند. یعنی در این صورت، دو سبب و دو مسبب وجود دارد: یکی خیار بیعی و دیگری خیار و جواز معاطاتی و هیچ محذوری در جمع بین آن دو نیست. ثمره آن نیز در اینجا ظاهر می‌شود که اگر در مجلس واحد، بایع جنسی مثل شیشه را به مشتری داد و همان لحظه از دست مشتری افتاد و تلف شد، اینجا خیار معاطاتی از بین می‌رود، برای اینکه

۱. عراقی، آقاضیاءالدین، حاشیة المکاسب، قم: انتشارات غفور، ۱۴۲۱ ق، ص ۱۱۷.

۲. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، منبع پیشین، ج ۱، ص ۴۹۸؛ حسینی روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، ۱۴۲۹، ص ۱۱۴.

۳. حسینی میلانی، سیدمحمدهادی، منبع پیشین، ص ۱۲۲؛ رشتی، میرزا حبیب‌الله، فقه‌الإمامیه - قسم الخیارات، قم: دآوری، ۱۴۰۷ ق، ص ۹۲.

معاطات مفید ملکیت جایز، بعد از تلف عین، لازم می‌شود و جواز آن از بین می‌رود؛ اما هنوز خیار مجلس باقی است، چون هنوز مجلس عقد بهم نخورده است.<sup>۱</sup>

**صورت دوم:** اینکه مراد از جواز فوق‌الذکر جواز حقی باشد، اما خیار به عین تعلق پیدا کند نه به خود عقد. یعنی اصولاً به خود معاطات نباید گفت که «جایز» است، بلکه این «عین» است که «یجوز ردّها و یجوز أخذها». در این صورت اجنبی بودن متعلق خیار معاطاتی یا همان جواز معاطاتی با خیار مصطلح روشن است و در مورد واحدی جمع نمی‌شوند تا مناقشه شود که در اینجا وجود خیار، لغو و تحصیل حاصل است. توضیح بیشتر اینکه، متعلق تمام خیارات عقد است، چون در تعریف آن گفته می‌شود: «الخیار، ملک فسخ العقد». بنابراین، خیار مجلس، شرط، عیب، غبن، حیوان و تمام اینها به خود عقد و معامله تعلق پیدا می‌کنند. حال اگر ما خیار معاطاتی را جواز حقی متعلق به عین قلمداد کنیم، در این حالت، متعلق هر کدام از این دو، یعنی خیار معاطاتی و خیار مصطلح، فرق می‌کند. مثلاً خیار مجلس به معامله و خیار معاطاتی به خود عین، تعلق پیدا می‌کند.<sup>۲</sup>

**صورت سوم:** اینکه جواز «حکمی» و متعلق به خود عین باشد. این صورت نیز مثل صورت دوم روشن است، چون در صورت دوم گفته می‌شود که مالک قبلی حق دارد مال خود را بازپس گیرد، اما در اینجا گفته می‌شود که شارع به او اجازه داده تا آن مال را بگیرد. یعنی به لحاظ ماهوی، حکم است و حکم هم به هیچ‌عنوان قابل اسقاط و بر هم زدن نیست. طبق صورت دوم، چنانچه صاحب حق، به درخواست طرف مقابل «تمام حقوق خود» را اسقاط کند، این اسقاط، «حق به‌عین» را هم شامل می‌شود و دیگر حق استرداد ندارد. اما در فرض صورت سوم، جواز به‌عنوان حکم است و مطلق خیارات مصطلح، عنوان حقوق را دارند و ذوالخیار ملکیت و سلطنتی به سبب خیار پیدا می‌کند. بنابراین، میان متعلق خیارات مصطلح و جواز و خیار معاطاتی تفاوت چشمگیری وجود دارد و روشن می‌شود که در فرض سوم، یعنی فرض تغایر بین متعلق‌ها، طرح اشکال لغویت خودش لغو است.<sup>۳</sup>

**صورت چهارم:** اینکه، جواز، «حکمی» بوده است، اما به خود عقد تعلق یابد. در این فرض، چنانچه جواز معاطاتی جواز حکمی باشد و قائل به تفاوت و تغایر متعلق آن با متعلق خیار مصطلح باشیم، هیچ تردیدی در عدم لزوم لغویت نیست. ولی در صورتی که متعلق هر دو اتحاد داشته باشد، چه بسا توهم شود

۱. مروج جزائری، سیدمحمد، منبع پیشین، ص ۲۶۳.

۲. همان منبع.

۳. خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۱۶۲.

که در اینجا لغویت و تحصیل حاصل پیش می‌آید که البته این توهم نیز فاسد است؛ چراکه لزوم لغویت در صورتی پیش می‌آید که انفکاک و جدایی بین دو خیار و جواز ممکن نباشد، در حالی که رابطه این دو عموم و خصوص من وجه است. با این توضیح که گاهی خیار و جواز معاطاتی ساقط می‌شود، اما خیار مصطلح ثابت و باقی است و گاه نیز خیار مصطلح ساقط می‌گردد، ولی خیار معاطاتی ثابت است و گاهی هم از حیث سقوط و بقا با هم جمع می‌شوند. بنابراین، هیچ منعی در اجتماع خیار معاطات با خیار مصطلح وجود ندارد.<sup>۱</sup>

نتیجه‌ای که از ترسیم و تبیین چهار صورت فوق اخذ می‌شود اینکه بدون تردید، خیارات در معاطات مفید ملکیت جایز، جاری است و تصور باطل و لغو بودن جریان آن، سخنی بدون دلیل است. در مقابل، گروه دیگری از اندیشمندان معتقدند که برطبق مبنای چهارم، باید بین خیارات مختلف قائل به تفصیل شد؛ یعنی بین خیاراتی که دلیل آنها دلالت بر این دارد که باید معامله با قطع نظر از وجود خیار و فی نفسه لازم باشد، با خیاراتی که ادله آنها عام است و در تمام معاملات جریان دارند، تفکیک داد. مثلاً دلیل خیار مجلس این است که «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» و دلالت بر این دارد که بیع با قطع نظر از خیار مجلس فی نفسه لازم است. اما دلیل خیار غبن، که عبارت است از بنای عقلا، دال بر این است که اگر در معامله‌ای با بیع یا مشتری مغبون واقع شدند، کسی که مغبون است خیار دارد و دلالتی ندارد بر اینکه معامله با قطع نظر از خیار غبن باید لازم باشد. بنابراین در معاطات مفید ملکیت جایز، خیارات قسم اول جریان ندارد، چون اگر این خیار هم نباشد، ملکیت حاصل از آن لازم نیست. حاصل سخن اینکه، قسم اول خیارات که دلیل آنها خاص است، در معاطات مفید ملکیت جایز جریان ندارد، اما قسم دوم خیارات، مثل خیار غبن و عیب که دلیلشان عام است، در معاطات جریان دارند.<sup>۲</sup>

در نقد این دیدگاه، گفته می‌شود که: پذیرش قول به تفصیل، مستلزم آن است که تفصیل یادشده در بیع لفظی نیز هم جاری گردد. چون در بیع لفظی، در صورتی که اسباب متعددی برای خیار وجود داشته باشد و مثلاً مبیع حیوان باشد، با قطع نظر از دلیل خیار مجلس، باز هم این معامله لازم نخواهد بود؛ چون تا سه روز برای مشتری خیار حیوان وجود دارد. پس قهراً باید پذیرفت که در اینجا هم خیار جریان ندارد و این اشکال نقضی حاکی از آن است که لازمه قول به تفصیل، عدم پذیرش وجود دو یا چند خیار در یک معامله است در حالی که هیچ‌یک از فقیهان ملتزم به این نشده و نمی‌شوند. جواب حلی قابل بیان هم

۱. همان منبع.

۲. شیخ‌انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۲۳۷.

اینکه، هر دلیلی که خیار را اثبات می‌کند، معنایش این است که با قطع نظر از این خیار، معامله از جهت خود لازم است، اما منافات ندارد که از جهات دیگر جایز باشد. مثلاً وقتی گفته می‌شود: «البیع بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا وجب البیع» معنایش این است که بیع از ناحیه خیار مجلس و به دلیل افتراق واجب می‌شود، اما منافاتی ندارد که از جهت سایر اختیارات بتواند جایز باشد؛ چرا که لزوم آن، «نسبی» است.<sup>۱</sup>

با توضیحات پیشین و نقد ادله قول به عدم جریان مطلق اختیارات و نیز قول به تفصیل، نظریه جریان همه اختیارات در معاطات حتی بنا بر مبنای افاده ملکیت جایز به اثبات می‌رسد و بدین ترتیب، ثابت می‌شود که اگر قصد متعاطیان صرف اباحه تصرف نباشد، همه اختیارات، اعم از اختیارات مختص بیع و غیر آن در معاطات، قابل جریان است، خواه مبنای منتخب در مورد ماهیت و اثر معاطات اباحه تصرف باشد یا ملکیت جایز یا ملکیت لازم. اما با توجه به اینکه عده‌ای از معتقدین به قابلیت جریان اختیارات در معاطات، در خصوص خیار شرط، به صورت ویژه، تشکیک نموده‌اند، در ادامه به صورت مجزا به طرح ادله مخالفین امکان جریان خیار شرط در بیع فعلی و نقد آنها پرداخته می‌شود:

## ۱.۲. جریان یا عدم جریان خیار شرط در معاطات

طرفین عقد در بیع لفظی این حق را دارند که شرط نمایند تا در مدتی معین برای فروشنده، خریدار یا برای هر دو یا برای شخص ثالث، اختیار فسخ قرارداد وجود داشته باشد. وفق ماده ۳۹۹ ق.م. این نوع اختیار برای فسخ معامله، خیار شرط نامید می‌شود. سؤالی که در این خصوص به میان می‌آید این است که آیا بایع می‌تواند در معاطات، یعنی هنگام اعطای مال به مشتری به قصد ایجاب، شرط فعل، وصف یا نتیجه را نیز ضمن آن، طرح و درج نماید؟ در این خصوص، گروهی دیدگاه عدم جواز را انتخاب نموده و ادله‌ای مطرح ساخته‌اند که بررسی آنها ضروری است. اولین دلیل این عده، عدم ارتباط شرط قولی با انشای فعلی اعلام شده است. برای نمونه، شیخ انصاری در این خصوص می‌گوید: «هر معامله‌ای که مثل معاطات، انشا و ایجاد آن با فعل باشد، امکان جریان خیار شرط که از مقوله لفظ و قول است، در آن وجود ندارد، زیرا قول (خیار شرط) نمی‌تواند با فعل ارتباط پیدا کند».<sup>۲</sup> مراد ایشان از عدم ارتباط شرط قولی با انشای فعلی آن است که خیار شرط باید در متن عقد ذکر شود؛ حال اینکه در معاطات و داد و ستد فعلی، عقدی وجود ندارد که بتوان خیار شرط را در متن آن قرار داد.<sup>۳</sup>

۱. خوبی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۱۶۳.

۲. شیخ انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۵، ص ۱۵۶.

۳. کلانتر، سیدمحمد، محشّی کتاب المکاسب، ج ۱۵، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۰ ق، ص ۱۲۸.

علت مذکور، برای اثبات عدم جریان خیار شرط در معاطات کافی نیست، چون ارتباط امری اعتباری است و اگر عقلاً این ارتباط را اعتبار کنند، مانعی ندارد و بدون نیاز به مؤونه، می‌شود بین قول و فعل ارتباط برقرار نمود. بنابراین اگر یکی از طرفین معاطات مقارن با فعل بگوید: «به این شرط که...» و کلام خود را با فعلش ربط دهد، همین کفایت می‌کند و ربط کلام با فعل حاصل می‌شود و التزام به این شرط از جزئیات الزام در التزام است.<sup>۱</sup> ضمن اینکه فعل گاهی به قول مرتبط می‌شود و بلکه از حیث اقتران به قول و وجود مناسبات بین فعل و قول، جزوی از قول محسوب می‌شود، مثل قرینه حالیه که در قرینه بودن، مثل قرینه مقالیه است؛ به نحوی که به سبب همانندی با قرینه حالیه، لفظ در غیر معنای حقیقی خود، ظهور پیدا می‌کند. بر این پایه، اگر شخصی مقارن با تعاطی بگوید: «برای من حق خیار باشد»، این قول مقارن با تعاطی، به انشای فعلی مرتبط می‌شود و موجب می‌گردد که آن فعل مقید به التزام مزبور باشد<sup>۲</sup> و معنای حقیقی شرط، یعنی «التزام فی ضمن التزام آخر»<sup>۳</sup>، تحقق خارجی پیدا کند.

دلیل دوم این گروه بر عدم جریان خیار شرط در معاطات، آن است که ماهیت معاطات از عقود جایز است و شروط در عقود جایز لزوم وفا ندارد. به عنوان مثال، اگر مالی به دیگری هبه شود، این عقد جایز است و واهب هر وقت بخواهد، می‌تواند از هبه خود رجوع کند و مال موهوبه را پس بگیرد. حال اگر واهب در ضمن عقد جایز هبه، شرطی کند، بنابر نظر مشهور، آن شرط چون در ضمن عقد جایز جعل شده، وجوب وفا ندارد، چون لزوم وفای به شرط به خاطر لزوم وفای به عقد است و از این رو، عقدی که اصلاً خودش لزوم وفا ندارد، معنا ندارد که شرطش لازم‌الوفا باشد.<sup>۴</sup> بر همین اساس، اشتراط خیار در معاطات نیز لغو محض است.<sup>۵</sup>

در نقد دلیل تنافی باید گفت که اولاً: همان‌طور که قبلاً ذکر شد، لغویت زمانی لازم می‌آید که جدایی یکی از خیارها یعنی خیار معاطاتی (جواز رجوع) و خیار مصطلح از دیگری، ممکن نباشد، درحالی‌که جدایی این خیارها از یکدیگر به وضوح روشن است، چون نسبت بین این دو جواز، عموم و خصوص

۱. ایروانی، علی بن عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۲۷.

۲. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۴، قم: انوارالهدی، ۱۴۱۸ ق، ص ۲۳۱.

۳. همان منبع، ج ۳، ص ۷۸.

۴. فاضل لنکرانی، محمدجواد، درس خارج فقه-بیع و معاطات، ۱۳۸۸، جلسه ۷۶.

۵. ر.ک: (خوبی شهید)، سیدمحمدتقی، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، ج ۲، بیروت: دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴ ق، ص ۴۲.

منوجه است و هیچ محذوری در اجتماع خیارات مصطلح با خیار معاطات چه از لحاظ ثبوت و چه از لحاظ اثبات نیست.<sup>۱</sup> **ثانیاً:** دلیل و مستند وجوب وفای به شرط «لزوم عقد» نیست، چون در آن صورت، با عقود لازم خیار نقض می‌شود، بلکه دلیل آن، حدیث «المؤمنون عند شروطهم» و قاعده فقهی مستخرج از آن است. شاهد مدعا اینکه، اگر کسی در عقود خیاری، یعنی عقودی که فی‌نفسه لازم است اما در آنها خیار وجود دارد، شرطی را مطرح کند، این شرط وجوب وفا دارد و باید به آن وفا کنند، اما اگر بایع معامله را فسخ کند، دیگر موضوع وجوب وفا منتفی می‌شود و چیزی باقی نمی‌ماند تا بخواهد به آن وفا کند. در عقود جایز مثل هبه نیز همین‌طور است و اگر کسی شرط کرد، آن شرط وجوب وفا دارد، اما واهب چون می‌تواند عقد را بهم بزند، اگر آن را فسخ کند، موضوع وجوب وفا نسبت به شرط هم از بین می‌رود. پس، شرط در جایی است که عقد باشد و هرگاه عقد از بین برود، دیگر موضوعش منتفی می‌شود.<sup>۲</sup>

**ثالثاً:** دلیل تنافی اخص از مدعاست؛ چون مدعای مذکور این بود که در معاطات، مطلقاً خیار شرط جریان ندارد، خواه قائل به جواز شویم یا قائل به لزوم. درحالی‌که با کمی دقت روشن می‌گردد که دلیل تنافی فقط به جایی مربوط می‌شود که ما معاطات را مستلزم ملکیت جایز، بدانیم و نسبت به نظریه حصول ملکیت لازم، کارساز نیست.

## ۲. امکان سنجی جریان خیار در معاطات مبتنی بر یک اراده (ایقاعی)

در مقابل معاطات مبتنی بر دو اراده، معاطات ایقاعی قرار دارد؛ چون انجام عمل حقوقی معاطات به‌عنوان یکی از مصادیق انشای فعلی، هم به‌صورت تعاطی و هم به‌شکل اعطا از جانب واحد، قابل ترسیم است. ایقاع در یک دسته‌بندی به «ایقاع معین» که در قانون دارای نام معینی است و احکام آن توسط قانون‌گذار بیان شده است، مانند طلاق (ماده ۱۱۳۳ به بعد ق. م) ابراء (ماده ۲۸۹ به بعد ق. م) اخذ به شفعه (ماده ۸۰۸ به بعد ق. م)، و «ایقاع نامعین» که در قانون نام معینی ندارد، تقسیم می‌شود و در نگاه دیگر، به «ایقاع منجز»، مثل طلاق و «ایقاع معلق» تقسیم می‌شود؛ مانند شخصی که ابراء ذمه مدیون خود را معلق به موفقیت او در آزمونی مشخص بنماید.<sup>۳</sup> ایقاع همچنین به «ایقاع رضایی» در مقابل

۱. همان منبع؛ خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۱۶۳.

۲. فاضل‌لنکرانی، محمدجواد، درس خارج فقه-بیع و معاطات، ۱۳۸۸، جلسه ۷۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی-ایقاع، ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۴۸.

«ایقاع تشریفاتی» و به «ایقاع اصلی، مثل حيازت مباحات» در مقابل «ایقاع تبعی (که مستلزم وجود امری مقدم، بر آن است) مثل طلاق که مستلزم وجود رابطه نکاح مقدم بر آن است» تقسیم می‌گردد.<sup>۱</sup>

قاعده اولیه این است که معاطات در همه عقود و ایقاعات جریان دارد، مگر اینکه دلیلی بر لزوم لفظ وجود داشته باشد، همان‌طور که در انعقاد شرعی نکاح و طلاق چنین است؛ چون بدیهی است برای اعتبارات نفسانی، میرزی جز میرز خارجی فعلی و قولی وجود ندارد<sup>۲</sup> و از این رو، لفظ و فعل هر دو می‌توانند وسیله اثباتی ایقاعات باشند. برای ایقاع معاطاتی می‌توان چنین مثال زد که در ابراء، طلبکار اصل سند عادی طلب خود را که به امضای بدهکار رسیده است، به او تسلیم نماید یا پاره کند و قرآینی برخلاف این دلالت عرفی، موجود نباشد.<sup>۳</sup> مطابق ماده ۴۴۹ قانون مدنی نیز «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود» و این مثالی است برای ایقاع معاطاتی. حال پرسش بنیادین در این خصوص آن است که آیا در معاطات ایقاعی نیز همانند معاطات مبتنی بر اراده، امکان جریان خیار وجود دارد یا نه؟

برخی از محققان بر این باورند که جریان هیچ‌یک از خیارات در ایقاعات فعلی و لفظی ممکن نیست و برای اثبات ادعای خود به دلایلی مانند: «عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات» و «سازگار نبودن مفهوم شرط با مفهوم ایقاع»، و غیر آن استناد جسته‌اند. در مقابل، برخی قول به امکان را برگزیده و بیان داشته‌اند که: قاعده لاضرر، اختلال رضا در ایقاعات و سایر ادله، اثباتگر امکان تعدیل نظریه اختصاص خیارات به عقود معاوضی است. بر این پایه، جریان خیار در همه ایقاع‌ها در فرض تحقق شرایط و وجود سبب آن و در نبود مانعی منطقی ممکن است و بدین ترتیب، می‌توان در اخذ به شفعه به‌عنوان یک ایقاع، خیار عیب و خیار غبن و تدلیس و حتی رؤیت را تصور نمود و در صورت اجتماع شرایط هر یک از این خیارات، شفعه خواهد توانست نهادی را که با اراده یک‌طرفه خویش به وجود آورده است فسخ کند.<sup>۴</sup> برای نمونه، دکتر امامی ضمن اذعان به ایقاع بودن شفعه، در این خصوص می‌نویسد: «ماده ۴۵۶ ق. م که می‌گوید: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد...»؛ شامل شفعه نیز می‌گردد؛ زیرا شفعه یکی از معاملات لازمه شناخته می‌شود و ناچار مفاد مواد مربوطه به خیار عیب نسبت

۱. حیاتی، علی‌عباس، **حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها**، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۹۶.

۲. خوبی، سیدابوالقاسم، **منبع پیشین**، ص ۱۹۴.

۳. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی (سقوط تعهدات)**، ج ۵، تهران: مجد، ۱۳۹۵، ص ۱۳۶.

۴. محمدی، سام؛ عبدالکریمی، هیوا، «بررسی جریان خیار در ایقاعات»، تهران: مجله پژوهش حقوق خصوصی) دانشگاه علامه طباطبائی، د. ۵، ش. ۱۷، زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۷۴.

به آن جاری خواهد گشت»<sup>۱</sup>. اذعان نویسندگان حقوقی به اینکه واژه معامله به معنای خاص آن، شامل ایقاعات هم می‌شود<sup>۲</sup>، شمول امکان جریان خیار نسبت به معاطات ایقاعی را از منظر قوانین موضوعه تقویت می‌کند. در ادامه، به بررسی هر یک از ادله مخالفین و پاسخ مقتضی به آنها جهت اثبات امکان جریان خیار در معاطات ایقاعی پرداخته می‌شود:

### ۲.۱. نبود موضوع فسخ در ایقاعات

این دسته بر این باورند که خیار همان ملکیت فسخ است و فسخ نیز فقط بین دو امر مرتبط به همدیگر وجود دارد و آن دو امر مرتبط، عبارت‌اند از دو قرار طرفین معامله. بنابر این، فسخ در ایقاعی که ماهیت آن التزام واحد است، معقول نیست<sup>۳</sup>. در نقد دلیل مذکور به‌طور اختصار می‌توان چنین گفت که اولاً: برای قابلیت رفع و فسخ، لزومی به وجود دو طرف و دو قرار نیست، بلکه وجود دو امر مرتبط به هم کفایت می‌کند<sup>۴</sup> و ثانیاً فسخ به معنای زایل نمودن و رفع امر ثابت و واحد بودن یا متعدد بودن امر ثابت، تأثیری در قابلیت رفع آن ندارد<sup>۵</sup> و این ویژگی‌ها در معاطات ایقاعی وجود دارد.

### ۲.۲. استلزام اعاده معدوم

از جمله ادله مخالفین جریان خیار در ایقاعات اعم از معاطات و غیر آن این است که جریان خیار در ایقاعات منجر به اعاده معدوم می‌شود که امری است محال. بدین بیان که مضامین ایقاعات در اکثر موارد، مثل زوال زوجیت در طلاق و زوال رقیب در عتق و سقوط ما فی‌الذمه در ابراء، اموری عدمی است<sup>۶</sup> و بدین علت، جعل خیار و حق رجوع در ایقاعات، از قبیل اعاده معدوم و باطل است؛ برعکس عقود که مضامین و مفاهیم آنها امور وجودی بوده و ممکن است با فسخ از آن رجوع شود<sup>۷</sup>. در نقد این استدلال باید گفت: حقیقت فسخ و رجوع به‌طور کلی، تملک جدید است و اثبات دوباره زوجیت و رقیب به‌عنوان اعاده امر موجود است؛ چون در غیر این صورت، لازم می‌آید که اعاده ملکیت زایل شده در بیع

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۳، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۳۴، صص ۵۳-۵۲.

۲. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق، ص ۹.

۳. ر.ک: حسینی‌روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، ۱۴۲۹، ج ۵، ص ۳۸۹.

۴. اصفهانی، محمدحسین، منبع پیشین، ص ۲۱۹.

۵. حسینی‌روحانی، سیدصادق، فقه الصادق علیه السلام، ج ۱۷، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق، ص ۱۶۴.

۶. خویی، سیدابوالقاسم، منبع پیشین، ج ۶، ص ۲۷۱.

۷. ر.ک: کلانتر، سیدمحمد، منبع پیشین، ص ۱۱۰.

نیز اعاده معدوم محسوب گردد. باید توجه داشت که حکم یک شیء، به‌عنوان و اعتبار آن سرایت نمی‌کند و از این رو، توهم عدم بازگشت سقوط آنچه در ذمه بوده، فاسد است؛ زیرا آنچه ساقط شده است، به وجود شخصی و حقیقی‌اش باز نمی‌گردد؛ اما عقلاً به وجود اعتباری خود و عنواناً قابل اعاده است.<sup>۱</sup> پس، نمی‌توان دلیل اعاده معدوم را به‌عنوان دلیل بر عدم جریان خیار در ایقاعات و معاطات ایقاعی، پذیرفت. گفتنی است که مخالفین جریان خیار در ایقاعات دلیل‌های دیگری نیز بر اثبات مدعای خود ارائه نموده‌اند که اخص از مدعا بوده و بر محور خیار شرط، مطرح گردیده است که در ادامه، به طرح و بررسی آنها پرداخته می‌شود:

### ۲.۳. عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات

برخی از اندیشمندان اسلامی چنین استدلال نموده‌اند که فسخ در ایقاع مشروعیت ندارد و پیرو آن، جعل خیار در ایقاعات، ممکن نیست. یعنی همان‌طور که در ضمن عقد، شرط تزویج دختر مشتری به بایع، بدون عقد نکاح صحیح نیست، همین‌طور صحیح نیست ایقاعی را که غیرقابل انفساخ است با شرط نمودن قابل فسخ کرد.<sup>۲</sup> شیخ انصاری در این خصوص می‌گوید: «فسخ در ایقاعات مشروعیت ندارد تا قابلیت اشتراط تسلط بر فسخ را داشته باشد. بنابراین رجوع در عده فسخ طلاق محسوب نمی‌شود، بلکه حکم شرعی در بعضی از اقسام طلاق بوده که در این اقسام قابل اسقاط نیست؛ همچنان که در غیر آن موارد قابل ثبوت نیست. برای مشروعیت فسخ باید دلیل داشت که در عقود برخلاف ایقاعات، به‌جهت مشروعیت اقاله و ثبوت خیار مجلس و حیوان و غیر آن، چنین دلیلی، موجود است، اما در ایقاعات، جواز شرعی فسخ آن محرز نیست تا اینکه اشتراط نقض اثر آن حین وقوع، صحیح باشد».<sup>۳</sup>

این استدلال، مبتنی بر قاعده فقهی «کلّ ما تجری فیہ الإقاله یصحّ فیہ شرط الخیار» است<sup>۴</sup> که مشروعیت جعل خیار شرط در قرارداد را منوط به مشروعیت و جواز اقاله در آن کرده<sup>۵</sup> و بیانگر آن است که خیار شرط فقط در قراردادهایی قابل درج است که به‌لحاظ شرعی و قانونی، قابلیت اقاله را داشته باشد و چون جعل خیار شرط نیازمند رضای طرفین بر فسخ است، از این رو، نازل منزله اقاله بوده و در نتیجه،

۱. اصفهانی، محمدحسین، منبع پیشین، ص ۲۱۹.

۲. حسینی شیرازی، سیدمحمد، **ایصال الطالب**، ج ۱۲، تهران: منشورات اعلمی، بی‌تا، ص ۱۲.

۳. شیخ انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۴، ص ۱۵۰.

۴. موسوی خمینی (امام)، سیدروح‌الله، منبع پیشین، ج ۴، ص ۳۹۰.

۵. شیخ انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۵، ص ۱۵۶.

قابلیت جعل آن منوط به وجود قابلیت اقاله است و چون معاطات ایقاعی و سایر ایقاعات قابل اقاله نیستند، از این رو، جعل خیار شرط نیز در آن صحیح نیست.

**در نقد استدلال** مذکور مبنی بر اینکه فسخ در ایقاعات مشروع نیست، همین بس که فسخ در وقف منقطع، نذر فرزند توسط ابوبن و همچنین فسخ نذر زن توسط شوهر و همین‌طور رجوع مرد در عده طلاق رجعی مشروعیت دارد.<sup>۱</sup> بنابراین، به موجب کلیه نمی‌شود گفت که فسخ در ایقاعات مشروعیت ندارد؛ بلکه اطلاق ادله شروط حاکی از آن است که اصل، دخول خیار شرط در تمامی عقود و ایقاعات است، مگر دلیلی بر اخراج وجود داشته باشد و دلیلی بر مخصص بودن قابلیت تقابل وجود ندارد<sup>۲</sup>، بلکه شرط خیار امری عقلایی است که شارع آن را امضا می‌کند و خارج شدن ایقاعات از تحت امر عقلایی (شرط) نیازمند دلیل است.<sup>۳</sup> در قالب یک ضابطه می‌توان گفت: در صحت اشتراط خیار، محور توجه قابلیت تقابل نیست، بلکه ضابطه در آن، وجود سلطنت انحلال معامله برای مجموع طرفین است که اگر چنین باشد، یکی از طرفین می‌تواند سهم خود را از سلطنت بر انحلال در قالب پذیرش خیار شرط، به طرف مقابل تفویض نماید.<sup>۴</sup>

#### ۲.۴. سازگار نبودن مفهوم شرط و ایقاع

دلیل دیگر بر عدم امکان جریان خیار شرط در ایقاعات، بی‌سنخیتی و ناسازگاری مفهوم شرط با مفهوم ایقاع است.<sup>۵</sup> بدین معنا که ایجاد شرط بین دو طرف، یعنی مشروطه و مشروط‌علیه، قابل تحقق است؛ در حالی که ایقاع، طرفینی نیست و قائم به فرد واحد است.<sup>۶</sup> برخی از محققان اسلامی نیز چنین آورده‌اند که: مفهوم شرط این است که بین دو نفر باشد؛ چنان‌که برخی از روایات<sup>۷</sup> بر این مطلب دلالت دارند، در حالی که ایقاع قائم به فرد واحد است.<sup>۸</sup>

۱. لاری، سیدعبدالحسین، **التعلیقہ علی المکاسب**، ج ۲، قم: المعارف‌الاسلامیہ، ۱۴۱۸ ق، ص ۳۳۳.

۲. مامقانی، ملاعبدالله، **نہایۃ المقال**، قم: الذخائر الإسلامیہ، ۱۳۵۰ ق، ص ۷۱.

۳. حسینی شیرازی، سیدمحمد، منبع پیشین، ص ۱۱.

۴. ایروانی، علی بن عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۲۶.

۵. طباطبایی‌یزدی، سیدمحمدکاظم، **حاشیہ مکاسب**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق، ص ۳۱.

۶. شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

۷. کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، ج ۵، تهران: دارالکتب الإسلامیہ، ۱۴۰۷ ق، ص ۱۶۹.

۸. حسینی‌عاملی، جواد، منبع پیشین، ج ۴، ص ۵۶۸.

در نقد این دلیل، گفتنی است که آنچه از روایات برداشت می‌شود اینکه، شرط به وجود دو شخص مشروطه و مشروط‌علیه قائم است؛ نه اینکه متوقف بر ایجاب و قبول و قائم به طرفین باشد.<sup>۱</sup> شاهد این ادعا این است که فقها در آزاد کردن برده به‌عنوان یک نوع ایقاع، با تمسک به عموم «المؤمنون عند شروطهم»، شرط خدمت برای یک مدت مشخص را جایز شمرده‌اند. نهایت امر اینکه بنا بر قول بعضی از فقها لزوم آن همچون شرط مال بر ذمه بنده، بر قبول او متوقف است، اما این غیر از اشتراط وقوع شرط بین ایجاب و قبول است.<sup>۲</sup> همچنین به‌واسطه توقف شرط بر قبول، ایقاع از حقیقت خود خارج نمی‌شود، بلکه این شرط گاهی برعهده خود شخص ایقاع‌گر است؛ مثل اینکه طلاق‌دهنده بگوید: «انت طالق علی أن أعطیک درهما» که در این صورت او مشروط‌علیه نیز محسوب می‌شود و دلیلی بر اعتبار رضایت او نیست.<sup>۳</sup>

## ۲.۵. انصراف

انصراف خیار از ایقاعات و مخصوص شدن آنها به عقود معاوضی، یکی دیگر از ادله عدم جریان خیار در ایقاعات، از جمله معاطات ایقاعی، است. بدین بیان که ماهیت شرط، الزام و التزام در ضمن بیع و مانند آن است و به همین خاطر، ایقاعات را شامل نمی‌شود؛ چون شرط خیار فقط می‌تواند در ضمن دو التزام جاری شود. برخی از فقها و حقوق‌دانان چنین آورده‌اند که دلیل عدم جواز شرط خیار در ایقاعات، منع صدق شرط در ایقاعات و انصراف آن به عقود، است.<sup>۴</sup>

**در نقد استدلال** ابتدا باید گفت که انصراف انواع مختلفی دارد که در ادامه به آنها اشاره می‌گردد:

۱. انصراف بدوی: چنین انصرافی ناشی از کثرت خارجی بوده و با اندک تأملی از میان می‌رود و از این رو مانع از اطلاق نیست.
۲. انصراف ظهوری: که در اثر کثرت استعمال لفظ در یک فرد یا صنف خاص، ذهن شنونده با آن فرد و صنف انس پیدا می‌کند و به محض شنیدن آن لفظ، همان فرد یا صنف خاص به ذهن متبادر می‌شود.
۳. انصراف تیقنی: گاهی خود لفظ ظهور در آن فرد یا صنف ندارد ولی قدر متیقن در مقام مخاطب همین فرد یا صنف است که این نیز همانند انصراف ظهوری، مانع از تمسک به اطلاق می‌شود و متفرع بر مقدمه سوم از مقدمات حکمت یعنی فقدان قدر متیقن در مقام مخاطب، است.

۱. ابروانی، علی بن عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۱۴۹.

۲. شیخ انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ج ۵، ص ۱۴۹.

۳. طباطبایی‌یزدی، سیدمحمدکاظم، منبع پیشین، ص ۳۱.

۴. شیخ انصاری، مرتضی، منبع پیشین؛ شهیدی، مهدی، منبع پیشین؛ موسوی خمینی (امام)، سیدروح‌الله، منبع پیشین، ص ۳۷۴.

۴. انصراف اشتراکی: گاهی کثرت استعمال مطلق در فرد یا صنف به درجه‌ای رسیده که در آن حقیقت شده، ولی معنای اصلی مطلق هم مهجور نشده و هر دو موجود است و نتیجه، اشتراک لفظی است که باز مانع از تمسک به اطلاق است و سبب اجمال خطاب می‌شود.

۵. انصراف نقلی: گاهی از اشتراک لفظی هم بالاتر می‌رود و به درجه‌ای می‌رسد که در خصوص این فرد یا صنف حقیقت می‌شود و معنای اصلی مهجور و به معنای جدید نقل می‌شود؛ در این صورت چنین انصرافی مانع از تمسک به اطلاق است.<sup>۱</sup>

باتوجه به انواع انصراف، انصرافی را که برخی از مخالفین جریان خیار در ایقاعات مطرح ساخته‌اند، جز انصراف ظهوری و اشتراکی نمی‌تواند باشد. چون انصراف بدوی مانع از اطلاق نیست و انصراف تیقنی هم در مسئله مورد بحث منتفی است؛ چه اینکه در انصراف تیقنی گفته شد که خود لفظاً، ظهور در آن فرد یا صنف ندارد؛ درحالی‌که در مورد بحث، ظهور وجود دارد. انصراف نقلی هم در اینجا به سبب فقدان نقل، سالبه به انتفای موضوع است.

حال، در تحلیل دلیل فوق به نظر می‌رسد که استناد به انصراف ظهوری و اشتراکی، در خصوص عدم جریان شرط خیار در ایقاعات ناتمام است؛ زیرا فقیهان منشأ انصراف را تعریف لغوی شرط به «الزام شیء و التزام آن در بیع و مانند آن» می‌دانند که در قاموس و بعضی از کتب لغوی<sup>۲</sup>، آمده است؛ درحالی‌که واژه‌شناسان در تبیین معنا و مفهوم شرط، هم‌رأی نیستند، بلکه معدودی از ایشان شرط را معروف در بیع دانسته‌اند، نه منحصر در بیع و نظایر آن<sup>۳</sup> و برخی از واژه‌شناسان تصریح کرده‌اند که شرط به هر حکم معلومی گفته می‌شود که به امری تعلق دارد که با وقوع شرط، آن امر هم تحقق یافته و در واقع، آن امر همسان علامتی برای آن شرط است<sup>۴</sup>. بنابراین، ادعای انصراف ظهوری یا اشتراکی خیار شرط در عقود درست نیست و اینکه لازم است شرط در ضمن دو التزام باشد و در ضمن التزام واحد بودن کفایت نمی‌کند، سخنی بدون دلیل است، بلکه نصوص شرعی بر عدم لزوم آن دلالت می‌کند.<sup>۵</sup>

۱. محمدی‌خراسانی، علی، شرح کفایة الأصول، ج ۳، قم: امام حسن (ع)، ۱۳۸۵، ص ۳۷۸.

۲. فیروزآبادی، محمد، القاموس المحيط، ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۳۰ ق، ص ۵۷۳؛ ابن منظور، محمد بن مکرّم، لسان العرب، ج ۷، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۲۹؛ واسطی‌زبیدی، سیدمحمد مرتضی، تاج العروس، ج ۱۰، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۰۵.

۳. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ج ۶، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۳۴؛ ابن عبّاد، ابوالقاسم اسماعیل، المحيط فی اللغة، ج ۷، بیروت: عالم‌الکتاب، ۱۴۱۴ ق، ص ۲۹۱.

۴. راغب اصفهانی، حسین، مفردات الفاظ قرآن، بیروت: دارالعلم، ص ۴۵۰.

۵. اصفهانی، محمدحسین، منبع پیشین، ص ۲۱۹؛ حسینی‌روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، ۱۴۲۹، ج ۵، ص ۳۸۷.

## ۲.۶. عدم امکان انضمام شرط به عوضین، در ایقاع

برخی از فقهای امامیه در توجیه عدم جواز دخول شرط خیار در ایقاعات و الزام‌آور نبودن آن چنین استدلال آورده‌اند که با درج شرط در ضمن قرارداد، شرط مذکور ضمیمه یکی از عوضین می‌شود و در مقابل عوض دیگر قرار می‌گیرد؛ حال اینکه در ایقاع، برخلاف عقود، عوضی وجود ندارد تا شرط بتواند ضمیمه آن شود و در نتیجه، ربط و پیوندی بین شرط و قرارداد ایجاد نخواهد شد. چون در ایقاع، متعلق (انشاء) منشأ، به صرف انشاء، به وجود می‌آید و متوقف بر قبول طرف مقابل نیست و از این رو، شرطی که پس از انشای ایقاع واقع شود در فرض عدم اناطه و انضمام آن به منشأ، مصداق شرط ابتدایی خواهد شد که لازم‌الوفاء نیست و در صورت اناطه هم به معنای تعلیق منشأ خواهد بود که آن نیز باطل است و بنابراین، در هر حالت، خارج از محل بحث، یعنی التزام در ضمن التزام، می‌شود.<sup>۱</sup>

در نقد این اشکال باید گفت که تعلیق در منشأ، آسیبی به التزام طرف مقابل نمی‌رساند؛ چون تعلیق بر امری است که وجودش مسلم و احراز شده است.<sup>۲</sup> افزون بر این، معیار در تحقق بابی مفهوم شرط، آن است که الزام و التزام مشروطه و مشروط‌علیه، مستقل از یکدیگر نباشند و به گونه‌ای به هم مرتبط باشند و این ملاک در مسئله مورد بحث ما نیز تحقق یافته است؛ چون هنگامی که الزام در ضمن ایقاع ایجاد می‌شود و التزام طرف مقابل نیز با داشتن وصف ارتباط، بدان الزام تعلق می‌یابد، مجموع الزام و التزام مرتبط به آن ایقاع حاصل می‌گردد. ولی اینکه الزام و التزام باید به شکلی باشد که ضمیمه یکی از عوضین محسوب شود، هیچ دلیلی بر آن وجود ندارد. در عقود هم منشأ با این معنا، منوط به شرط نمی‌گردد و به همین خاطر است که هیچ‌وقت، یک مقدار از عوض، که در برابر شرط قرار گرفته، بازگردانده نمی‌شود.<sup>۳</sup>

اشکال دیگر یعنی بازگشت شرط نام‌برده به تعلیقی که اجماع بر بطلان آن وجود دارد، با دو جواب رد می‌شود:

اولاً اشکال یادشده مختص شرط خیار در ایقاعات نیست بلکه در شرط خیار در عقود نیز بحث به همین شکل است؛ یعنی عدم جواز تعلیق و لزوم تجزیه در هر دو یکسان است.

۱. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ج ۲، ص ۵۶.

۲. طباطبایی قمی، سیدتقی، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، ج ۴، قم: مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ ق، ص ۱۷۷.

۳. حسینی روحانی، سیدصادق، منبع پیشین، ۱۴۱۲، ص ۱۶۴.

ثانیاً، اساساً شرط خیار به تعلیق در منشأ بازگشت ندارد، زیرا ملکیت عین که با عقد بیع انشا می‌شود، ملکیتی دائمی است و جدایی حاصل به وسیله ایقاعی مثل طلاق هم دائمی است و نهایت امر، ذوالخیار می‌تواند آن ملکیت و جدایی را با ابطال بیع و طلاق رفع نماید، همسان تأثیر اقاله در عقد؛ چراکه بین اقاله و ملکیت مطلقه بودن منشأ در حین انشا تنافی وجود ندارد. با این فرق که اقاله حق طبیعی طرفین است، ولی حق فسخ ایجادشده با شرط خیار حقی جعلی است که برای ثبوت خود به اشتراط آن در ضمن انشا نیازمند است.<sup>۱</sup>

## ۲.۷. اجماع

شیخ طوسی در مبسوط، علت عدم مشروعیت جعل خیار در طلاق و عتق را اجماع اعلام داشته<sup>۲</sup> و ابن‌ادریس بر عدم جریان خیار مجلس و خیار شرط در خصوص طلاق و عتق، ادعای عدم خلاف کرده است.<sup>۳</sup> برخی نیز عدم ثبوت خیار در عتق، ابراء و طلاق را دیدگاه اتفاقی فقیهان اعلام داشته‌اند.<sup>۴</sup> از این میان، ابن‌ادریس ذیل بیان عدم خلاف، استدلال دیگری نیز بر این نظریه ارائه داشته و چنین آورده است: «در طلاق، از آنجا که عقد نیست، خیار شرط و مجلس داخل نمی‌شود».<sup>۵</sup> همان‌طور که مشاهده می‌گردد، مقتضای تعلیل وی بر «عقدنبودن طلاق»، تعمیم حکم به سایر ایقاعات است و بر همین اساس، صاحب جواهر نیز بر این تعلیل وی صحه می‌گذارد و می‌افزاید: «ثبوت خیار در این موارد با ایقاع بودن آنها منافات دارد؛ لذا در سرائر علت عدم ثبوت خیار در طلاق را ایقاع بودن آن دانسته و مقتضای این سخن، تعمیم حکم به سایر ایقاع‌هاست و شاید مسئله همین‌گونه باشد».<sup>۶</sup>

در بررسی دلیل اجماع باید گفت: چنانچه به لحاظ صغروی، اجماع اصولی و کاشف از قول معصوم (ع) بر عدم صحت درج شرط خیار در همه ایقاعات یا بعضی از آنها وجود داشته باشد، باید براساس آن عمل شود و گر نه مقتضای عموم «المؤمنون عند شروطهم» صحت شرط خیار در ایقاعات است. تحقیق مطلب نیز آن است که اعتبار چنین اتفاق نظری با وجود روایات صحیحی که در مورد ثبوت خیار شرط در عتق،

۱. خوبی (شهید)، سیدمحمدتقی، منبع پیشین، ص ۱۱۰.

۲. شیخ طوسی، محمد، المبسوط، ج ۲، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق، ص ۸۱.

۳. ابن‌ادریس حلی، محمد، السرائر، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق، ص ۲۴۶.

۴. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی، مسالک الأفهام، ج ۳، قم: المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق، ص ۲۱۲.

۵. ابن‌ادریس حلی، محمد، منبع پیشین.

۶. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، بیروت: إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق، ص ۶۴.

وارد شده مشکل است<sup>۱</sup> و شائبه مدرکی بودن آن را القا می‌کند. چون بعضی از فقیهان در مورد عتق، اشتراط بازگرداندن برده آزاد شده به حالت رقیب را در فرض تخلف از چیزی که بر او شرط شده است، به دلیل وجود خبر واحد معتبر و خاص<sup>۲</sup> جایز دانسته‌اند<sup>۳</sup>. ضمن اینکه، اجماع ادعا شده فقط منحصر در سه مورد از ایقاعات یعنی، عتق، طلاق و ابراء است نه هر نوع ایقاع معاطاتی و لفظی<sup>۴</sup> و از این رو، افزون بر اینکه اخص از مدعاست، کاشف از قول معصوم نیز نیست<sup>۵</sup>.

حاصل سخن اینکه از مطالب مربوط به ادله مخالفین جریان خیار در ایقاعات و نقد آنها، می‌توان به این نتیجه دست یافت که در معاطات ایقاعی نیز همه خیارات، جریان دارد.

### نتیجه گیری

در خصوص اثر فقهی و حقوقی معاطات، دیدگاه‌های مختلفی از دانشمندان اسلامی بیان شده است؛ از جمله، لزوم معاطات مطلقاً، عدم لزوم معاطات مطلقاً، لزوم معاطات به شرط لفظ بودن دال بر رضا یا معامله، مفید اباحه جمیع تصرفات حتی تصرفات موقوف بر ملک؛ مفید اباحه تصرفات غیرمالکانه و نهایتاً عقد فاسد بودن معاطات. گفتنی است، عمده دلیل مشترک بین اقوال مختلف به استثنای قول اول (لزوم مطلق)، متوقف بودن لزوم عقد به ایجاب و قبول لفظی است. اما با عنایت بر اقوال مختلف در آثار فقهی و حقوقی معاطات و نقد و بررسی استنادات و دلایل خاص هر یک از اقوال، ادله قول به لزوم معاطات، از آیات و روایات و همچنین بنای عقلا و اصل استصحاب به عنوان محکم‌ترین دلیل از میان سایر ادله به شمار می‌آید؛ چه اینکه، انشا و ایجاد معامله، منحصر به ایجاب و قبول لفظی نیست، بلکه فقط یکی از راه‌های ایجاد معامله محسوب می‌شود و تحقق آن از طریق ایجاب و قبول فعلی نیز امکان پذیر است؛ به دیگر سخن، ایجاب و قبول از مقوله الزام و التزام است نه الفاظ. یافته‌های تحقیق نشان داد که بین امکان و عدم امکان جریان خیار در معاطات عقدی و ایقاعی، با برداشت اندیشمندان از وضعیت فقهی و

۱. سبزواری، عبدالاعلی، **مهذب الاحکام**، ج ۱۷، قم: موسسه المنار، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۲۲.

۲. موثقه اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) درباره مردی است که برده خود را آزاد کرده و دخترش را به ازدواج او در آورده و شرط کرده که در صورت فریب دادن دخترش او را به رقیب برگرداند و حضرت فرمودند: این شرط به نفع آن مرد خواهد بود (حرعاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه**، ج ۲۳، قم: موسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ ق، ص ۲۷).

۳. ابن‌براج، قاضی عبدالعزیز، **المهذب**، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق، ص ۳۵۹؛ فاضل‌هندی، محمد، **کشف اللتام و الایهام**، ج ۸، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۶۲.

۴. طباطبایی‌یزدی، سیدمحمد کاظم، **منبع پیشین**، ص ۳۲.

۵. حسینی‌روحانی، سیدصادق، **منبع پیشین**، ۱۴۱۲، ص ۱۶۲.

حقوقی معاطات و آثار مترتب بر آن، ارتباط معناداری وجود دارد. بدین ترتیب که اگر قصد متعاطیان از معاطات صرف اباحه تصرف باشد، در این فرض، به باور بیشتر اندیشمندان، معاطات اساساً بیع نخواهد بود تا محل جریان خیار باشد. ولی چنانچه قصد طرفین معاطات، تملیک و تملک و معامله باشد، ولی در خارج تنها مفید اباحه تصرف باشد، گروهی از ایشان به منع مطلق جریان خیار رأی دادند و وفق نظر رقیب، باید قائل به تفصیل شد؛ به این نحو که چنانچه هدف از جعل خیار، مترتب ساختن اثر فعلی بر عقد باشد، خیار در اینجا جریان پیدا نمی‌کند؛ اما اگر مراد متمکن ساختن صاحب خیار در الغای امر مؤثر در نقل و انتقال باشد، خیار قابل جریان است. اندیشمندی هم که معتقدند در تجارت‌های معاطاتی، قصد متعاطیان تملیک است و عرفاً و شرعاً نیز معاطات همچون بیع قولی مفید ملک لازم قلمداد می‌گردد و از این رو، جریان خیار در معاطات قابل پذیرش است، گرچه در بین این گروه، در خصوص خیار شرط احوال مختلفی ارائه شده است. بر مبنای نظریه مفید ملک جایز و متزلزل بودن معاطات نیز سه قول: جریان، عدم جریان و تفصیل بین انواع خیار اظهار شده است. اما به باور نویسندگان پژوهش حاضر، تحقیق مطلب این است که با توجه به آثار مطرح برای معاطات و دیدگاه‌های مختلف اندیشمندان اسلامی در خصوص جریان یا عدم جریان خیارها بر مبنای هر یک از آثار مذکور و با عنایت به نقد و بررسی ادله و استنادات هر یک از دیدگاه‌ها، روشن شد که خیار در معاطات، با توجه به تمام آثار آن اعم از افاده اباحه تصرف یا ملکیت جائزه یا ملکیت لازم، جاری است. همچنین با تأمل در نقد و اشکالات وارده بر ادله قائلین عدم جواز جریان خیار شرط در معاطات مبتنی بر دو اراده معلوم گردید که در جریان خیار در معاطات، هیچ فرقی میان خیار جعلی، مثل خیار شرط که منوط به جعل و قرارداد طرفین معامله است و خیار حکمی، مثل خیار مجلس و حیوان، وجود ندارد. در مورد جریان خیار در معاطات ایقاعی هم اثبات گردید که به استثنای برخی از ایقاعات، مثل طلاق، که تعبداً به صورت معاطاتی واقع نمی‌شود، جریان خیار در معاطات ایقاعی بلامانع است.

گفتنی است که از اطلاق ماده ۳۳۹ ق.م. به ضمیمه اطلاق ماده ۴۵۶ ق.م و نیز با تمسک به ظاهر ماده ۱۹۳ ق.م می‌توان قبول جریان همه خیارها حتی خیار شرط را در معاطات، از دیدگاه قانون‌گذار ایران استظهار کرد. مستنبط از ظاهر ماده ۴۵۶ قانون مذکور نیز، که تمام خیارها را در معاملات لازمه جاری می‌داند، این است که امکان جریان خیارها مختص معاملات مبتنی بر دو اراده نیست، بلکه معاطات ایقاعی را هم در برمی‌گیرد؛ چراکه به اذعان حقوق دانان، معامله به معنای خاص آن شامل ایقاعات هم می‌شود.

## منابع

### فارسی

#### کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۳، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۳۴.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **الفارق**، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۲.
۴. حیاتی، علی‌عباس، **حقوق مدنی-قواعد عمومی قراردادها**، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۵. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی (سقوط تعهدات)**، ج ۵، تهران: مجد، ۱۳۹۵.
۶. طاهری، حبیب‌الله، **حقوق مدنی**، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۷. فاضل‌لنکرانی، محمدجواد، **درس خارج فقه-بیع و معاطات-جلسه ۷۶**، ۱۳۸۸.
۸. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی-ایقاع**، ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۹. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها (انحلال قراردادها)**، ج ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین**، ج ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۶.
۱۱. محمدی خراسانی، علی، **شرح کفایة الأصول**، ج ۳، قم: امام‌حسن (ع)، ۱۳۸۵.

#### مقاله

۱۲. محمدی، سام، و هیوا عبدالکریمی، «بررسی جریان خیار در ایقاعات»، تهران، **مجله پژوهش حقوق خصوصی**، د. ۵، ش. ۱۷، زمستان ۱۳۹۵، صص. ۱۸۰-۱۵۹.

<https://doi.org/10.22054/jplr.2017.7129>

### عربی

#### کتاب

۱۳. ابن‌ادریس‌حلی، محمد، **السرائر**، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. ابن‌براج، قاضی‌العزیز، **المهذب**، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۱۵. ابن عبّاد، ابوالقاسم اسماعیل، **المحیط فی اللغة**، ج ۷، بیروت: عالم‌الکتاب، ۱۴۱۴ ق.
۱۶. ابن‌منظور، محمد بن مکرم، **لسان العرب**، ج ۷، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۷. اصفهانی، سیدابوالحسن، **وسیله النجاه**، قم: نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۲ ق.
۱۸. اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه کتاب‌المکاسب**، ج ۴، قم: انوارالهدی، ۱۴۱۸ ق.
۱۹. ایروانی، علی بن عبدالحسین، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲۰. تبریزی، جواد بن علی، **ارشاد الطالب الی التعلیق علی‌المکاسب**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۲۱. حجت‌کوه‌کمری، سیدمحمد، **کتاب‌البیع**، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۲۲. حر عاملی، محمد بن حسن، **وسائل‌الشیعه**، ج ۲۳، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
۲۳. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، **فقه‌الصادق علیه‌السلام**، ج ۱۷، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق.
۲۴. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، **منهاج‌الفقاهه**، ج ۳، قم: انوارالهدی، ۱۴۲۹ ق.
۲۵. حسینی شیرازی، سیدمحمد، **ایصال‌الطالب الی‌المکاسب**، ج ۱۲، تهران: منشورات اعلمی، بی‌تا.
۲۶. حسینی عاملی، جواد، **مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلماء**، ج ۱۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۷. حسینی میلانی، سید محمدهادی، **محاضرات فی فقه‌الامامیه-کتاب‌البیع**، مشهد: دانشگاه فردوسی، ۱۳۹۵ ق.
۲۸. خوانساری، محمد (بی‌تا)، **الحاشیه‌الاولی علی‌المکاسب**، قم: تبلیغات اسلامی، بی‌تا.
۲۹. خوبی (شهید)، سیدمحمدتقی، **الشروط أو‌الالتزامات‌التبعیه فی‌العقود**، ج ۲، بیروت: دارالمؤرخ‌العربی، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. خوبی، سیدابوالقاسم، **مصباح‌الفقاهه**، ج ۲، قم: مؤسسه‌الامام‌خوئی، بی‌تا.
۳۱. راغب‌اصفهانی، حسین، **مفردات‌الفاظ‌قرآن**، بیروت: دارالعلم، ۱۴۱۲ ق.
۳۲. رشتی، میرزا حبیب‌الله، **فقه‌الإمامیه-قسم‌الخيارات**، قم: داوری، ۱۴۰۷ ق.
۳۳. سبزواری، عبدالاعلی، **مهذب‌الاحکام فی بیان‌الحلال و‌الحرام**، ج ۱۷، قم: مؤسسه‌المنار، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، **مسالك‌الأفهام**، ج ۳، قم: المعارف‌الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، **هدایه‌الطالب الی اسرار‌المکاسب**، ج ۲، تبریز: چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.

۳۶. شیخ‌انصاری، مرتضی، **کتاب المکاسب**، ج ۳، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۳۷. شیخ‌طوسی، محمد، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، ج ۲، تهران: المكتبة‌المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۳۸. طباطبایی قمی، سید تقی، **دراساتنا من الفقه الجعفری**، ج ۴، قم: مطبعة‌الخيام، ۱۴۰۰ ق.
۳۹. طباطبایی‌یزدی، سیدمحمدکاظم، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۴۰. عراقی، آقا ضیاء‌الدین، **حاشیه المکاسب**، قم: انتشارات غفور، ۱۴۲۱ ق.
۴۱. فاضل‌هندی، محمد، **کشف اللثام و الابهام عن قواعد الأحكام**، ج ۸، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۴۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، **کتاب العین**، ج ۶، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۴۳. فیروزآبادی، محمد، **القاموس المحيط**، ج ۲، بیروت: دارالکتب‌العلمیه، ۱۴۳۰ ق.
۴۴. کلانتر، سیدمحمد، **محشی کتاب المکاسب**، ج ۱۵، قم: دارالکتب، ۱۴۱۰ ق.
۴۵. کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، ج ۵، تهران: دارالکتب‌الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۶. لاری، سید عبدالحسین، **التعلیقہ علی المکاسب**، ج ۲، قم: المعارف‌الإسلامیة، ۱۴۱۸ ق.
۴۷. مامقانی، ملاعبدالله، **نهایة المقال فی تکملة غایة الآمال**، قم: الذخائر‌الإسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۴۸. مروج‌جزائری، سیدمحمد، **هدی الطالب فی شرح المکاسب**، ج ۲، قم: مؤسسه دارالکتب، ۱۴۱۶ ق.
۴۹. مکارم‌شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهة - کتاب البیع**، قم: مدرسه امام‌علی (ع)، ۱۴۲۲ ق.
۵۰. موسوی‌خمینی (امام)، سید روح‌الله، **کتاب البیع**، ج ۱، تهران: نشر آثار امام‌خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.
۵۱. نائینی، میرزاحمدحسین، **منیة الطالب فی شرح المکاسب**، ج ۱، تهران: المكتبة‌المحمدیة، ۱۳۷۳ ق.
۵۲. نجفی کاشف‌الغطاء، عباس، **الفوائد الجعفریة**، عراق: مؤسسه کاشف‌الغطاء، بی‌تا.
۵۳. نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، ج ۲۳، بیروت: إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۴. واسطی‌زیبیدی، سیدمحمدمرتضی، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج ۱۰، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.

## References

### Books

1. Emami, Seyyed Hasan, **Civil Law**, Vol. 3, Tehran, Islamia Publications. 1955. (in Persian)
2. Esfahani, Mohammad Hossein, **Margin of Kitab Al-Makasib**, Vol. 4, Qom, Anwar Al-Hadi. 1997. (in Arabic)
3. Esfahani, Sayyed Abd Al-Hassan, **Wasile Al-Najat**, Qom, Publishing the Works of Imam Khomeini. 2001. (in Arabic)
4. Farahidi, Khalil ibn Ahmad, **Kitab Al-Eyn**, Vol. 6, Qom, Hijrat Publishing. 1989. (in Arabic)
5. Fazel Hendi, Muhammad, **Kashf Al-Letham Va Al-Ebham An Ghavaed Al-Ahkam**, Vol. 8, Qom, Islamic Publications. 1995. (in Arabic)
6. Fazel Lankarani, Mohammad Javad, **Jurisprudence Course - Sale and Payments - Session 76**. 2009. (in Persian)
7. Firuzabadi, Mohammad, **Al-Qamus Al-Mohit**, Vol. 2, Beirut, Dar Al-Kutb Al-Ilmiyah. 2008. (in Arabic)
8. Hayati, Ali Abbas, **Civil Law-General Rules of Contracts**, Tehran, Mizan. 2013. (in Persian)
9. Hojjat-Kuh-Kamari, Seyyed Muhammad, **Kitab Al-Biya**, Qom, Islamic Publications. 1988. (in Arabic)
10. Horr Ameli, Muhammad ibn Hassan, **Wasa'il Al-Shi'ah**, Vol. 23, Qom, Al-Bayt Institute. 1988. (in Arabic)
11. Hosseini Rouhani, Seyyed Mohammad Sadiq, **Fiqh Al-Sadiq**, Vol. 17, Qom, Dar al-Kitab. 1991. (in Arabic)
12. Hosseini Rouhani, Seyyed Mohammad Sadiq, **Minhaj al-Fiqhahat**, Vol. 3, Qom: Anwar al-Huday, 2008. (in Arabic)
13. Hosseini-Ameli, Javad, **Miftah Al-Karamah Fi Sharh Ghavaed Al-Allamah**, Vol. 12, Qom, Islamic Publications. 1998. (in Arabic)
14. Hosseini-Milani, Seyyed Mohammad Hadi, **Lectures on Imami Jurisprudence - Book of Sale**, Mashhad, Ferdowsi University. 1975. (in Arabic)
15. Hosseini-Shirazi, Seyyed Mohammad, **Isaal-Talib Ela Al-Makasib**, Vol. 12, Tehran, Scientific Publications. n.d. (in Arabic)
16. Ibn-Barraj, Ghazi-Abd Al-Aziz, **Al-Muhadzb**, Vol. 2, Qom, Islamic Publications. 1985. (in Arabic)
17. Ibn-Idris-Helli, Muhammad, **Al-Saraer**, Vol. 2, Qom, Islamic Publications, 1991. (in Arabic)

18. Ibn-Manzoor, Muhammad ibn Makram, **Lesan Al-Arab**, Vol. 7, Beirut, Dar al-Fikr. 1993. (in Arabic)
19. Ibn-Obbad, Abu Al-Ghasim Ismail, **Al-Muhit Fi Al- Lughah**, Vol. 7, Beirut, Alam al-Kutb. 1993. (in Arabic)
20. Iraqi, Agha Zia Al-Din, **Marginalia of al-Makasib**, Qom, Ghafour Publications. 2001. (in Arabic)
21. Irvani, Ali ibn Abdul Hussein, **Margin of Makasib**, Vol. 2, Tehran, Ministry of Culture & Islamic Guidance. 1985. (in Arabic)
22. Jafari Langroodi, Mohammad Jafar, **Al-Fariq**, Tehran: Ganj Danesh, 1402. (in Persian)
23. Jafari Langroodi, Mohammad Jafar, **Detailed in Legal Terminology**, Tehran: Ganj Danesh, 2012. (in Persian)
24. Kalantar, Seyyed Mohammad, **Commentary on Al-Makasib**, Vol. 15, Qom, Dar Al-Kitab. 1989. (in Arabic)
25. Katouzian, Nasser, **Civil Law: Unilateral Acts**, Vol. 1, Tehran, Mizan. 2005. (in Persian)
26. Katouzian, Nasser, **General Rules of Contracts (Termination of Contracts)**, Vol. 5, Tehran: Publishing Joint Stock Company, 2008. (in Persian)
27. Katouzian, Nasser, **Introductory Course in Civil Law: Lessons from Specific Contracts**, Vol. 1, Tehran: Ganj Danesh, 2017. (in Persian)
28. Khansari, Mohammad, **The First Commentary on Al-Makasib**, Qom, Islamic Publication. n.d. (in Arabic)
29. Khoiy (Martyr), Seyyed Muhammad Taqi, **The Conditions or Subordinate Obligations in Contracts**, Vol. 2, Beirut, House of the Arab Historian. 1993. (in Arabic)
30. Khoiy, Seyyed Abul-Qasim, **Misbah Al-Fiqhahat**, Vol. 2, Qom, Dar al-Ilm. 1988. (in Arabic)
31. Koleyni, Muhammad bin Yaqub, **Al-Kafi**, Vol. 5, Tehran, Islamic Books House. 1986. (in Arabic)
32. Lari, Seyyed Abd al-Hussein, **Annotations on Al-Makasib**, Vol. 2, Qom, Al-Ma'arif Al-Islamiya. 1997. (in Arabic)
33. Makarem-Shirazi, Nasser, **Anwar Al-Fiqhahat: The Book of Sale**, Qom, Imam Ali School. 2001. (in Arabic)
34. Mamaqani, Mulla Abdullah, **Nihayat Al-Maghal Fi Takmelat Ghayat Al-Amal**, Qom, Al-Zhakhar al-Islami. 1931. (in Arabic)
35. Mohammadi-Khorasani, Ali, **Commentary on Al-Kifaya al-Usul**, Vol. 3, Qom, Imam Hassan. 2006. (in Persian)
36. Moravej-Jazayeri, Seyyed Mohammad, **Hoda Al-Talib Fi Sharh Al-Makasib**, Vol. 2, Qom, Dar al-Kitab Institute. 1995. (in Arabic)

37. Mousavi-Khomeini (Imam), Seyyed Ruh-Allah, **Kitab Al-Beyea**, Vol. 1, Qom, Dar al-Elam. n.d. (in Arabic)
38. Naini, Mirza Mohammad Hossein, **Moniyat Al-Talib Fi Sharh Al-Makasib**, Vol. 1, Tehran, Al-Muhammadiya Library. 1994. (in Arabic)
39. Najafi Kashif Al-Ghita, Abbas, **The Ja'fari Virtues**, Iraq, Kashf-al-Ghata Institute. n.d. (in Arabic)
40. Najafi, Mohammad Hassan, **Javaher Al-Kalam**, Vol. 23, Beirut, Revival of Arab Heritage. 1983. (in Arabic)
41. Raghیب Esfahani, Hussein, **Dictionary of the Words of the Quran**, Beirut: Dar Al-Ilm, 1991. (in Arabic)
42. Rashti, Mirza Habibullah, **Imami Jurisprudence - Section of the Rights of Option in Transaction**, Qom: Davari, 1986. (in Arabic)
43. Sabzevari, Abdul Aali, **Mohazab Al-Ahkam Fi Bayan Al-Halal Va Al-haram**, vol. 17, Qom: Al-Manar Institute, 1992. (in Arabic)
44. Shahid Thani, Zeyn Al-Din ibn Ali, **Masalik Al-Afham**, Vol. 3, Qom, Al-Ma'arif al-Islamiyyah. 1992. (in Arabic)
45. Shahidi, Mahdi, **Civil Law (The Fall of Obligations)**, Vol. 5, Tehran, Majd. 2016. (in Persian)
46. Shahidi-Tabrizi, Mirza Fattah, **Hidayat Al-Talib Ela Asrar Al-Makasib**, Vol. 2, Tabriz, Information Printing House. 1996. (in Arabic)
47. Sheikh Ansari, Murtaza, **Kitab Al-Makasib**, Vol. 3, Qom, Sheikh Ansari's Congress. 1994. (in Arabic)
48. Sheikh Tusi, Muhammad, **Al-Mabsut Fi Fiqh Al-Imamiah**, Vol. 2, Tehran: Al-Maktabah Al-Murtazawiyah, 1967. (in Arabic)
49. Tabatabaei-Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, **Marginalia of al-Makasib**, Vol. 2, Qom, Ismailian. 2000. (in Arabic)
50. Tabatabayi-Qommi, Seyyed Taqi, **Our studies in Ja'fari jurisprudence**, Vol. 4, Qom, Al-Khayyam Publication. 1979. (in Arabic)
51. Tabrizi, Javad ibn Ali, **Ershad Al-Talib Ela Al-Taligh Ala Al-Makasib**, Vol. 2, Qom, Ismailian. 1995. (in Arabic)
52. Taheri, Habibollah, **Civil Law**, Vol. 2, Qom: Islamic Publications, 1997. (in Persian)
53. Vaseti-Zubaidi, Seyyed Mohammad Murtaza, **Taj Al-Arus Men Javaher Al-Ghamus**, Vol. 10, Beirut, Dar Al-Fikr. 1993. (in Arabic)

#### Articles

54. Mohammadi, Sam; Abdul Karimi, Hiwa, "Critical Analysis of Rights of Rescission in Unilateral Acts", *Journal of Private Law Research*, No. 17, winter. 2016, pp. 159-180. (in Persian) <https://doi.org/10.22054/jplr.2017.7129>

## Examining the Possibility of Exercising the Right of Option in Transaction by Conduct

Israfil Farzaneh\*  
Ahmad Mortazi\*\*

Received: 2025.10.02

Accepted: 2025.02.12

### Abstract

One of the minor issues raised regarding transaction by conduct is the possibility of exercising the right of option therein. If the intention of the parties to the transaction by conduct is simply to allow possession, then, according to most jurists, the transaction is not a sale at all and consequently, it is not possible to exercise options thereto. On the other hand, if their intention is owning, possession, and transaction, but the only benefit is the permission to possess; according to one opinion, exercising the right of option is absolutely prohibited, and according to another, a distinction must be made: In this way, if the purpose of including the right of withdrawal is to create an actual effect on the contract, the option will not be valid here, but if the purpose is to enable the option holder to cancel something that is effective in the transfer, the option is valid. Another viewpoint is that if the transactors' intention is ownership transfer and, according to custom and law, transactions such as a verbal sale are considered effective to irrevocable ownership, in this case, the option is accepted, although different opinions have been presented regarding the option of condition. From a legal perspective, it should be stated that from the totality of Article 339 of the Civil Code together with the totality of Article 456 of the Civil Code, likewise, by invoking the appearance of Article 193 of the Civil Code, it is possible to accept the same theory, namely the exercising of all options, even option of condition, in transactions by conduct, from the perspective of the Iranian legislator. Based on the theory that transactions by conduct, give rise to volatile (cancellable) ownership, three propositions have been stated: exercising, non-exercising, and distinction between types of options. This research has proven that, according to all the aforementioned principles, the exercising of all options, even the option of condition, is possible in transaction by conduct, and in unilateral transaction by conduct, with the exception of some unilateral, such as divorce, which involves an obligatory exit, the exercising of options is not prohibited.

### Keywords:

Transaction by Conduct, Options in Transaction by Conduct, Unilateral Transaction by Conduct, Permission to Possess, Verbal Sale

---

\* L.L.M., Faculty of Theology & Islamic Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran. Corresponding Author Email: d.m.a.fiqh@gmail.com

\*\* Associate Professor, Faculty of Theology & Islamic Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

## بازخوانی ساختار حقوق مالکیت اقتصادی بر پایه نظریه عدالت حق محور استاینر: از آزادی منفی تا جبران تاریخی

محمدقاسم تنگستانی\*

مهدی مرادی برلیان\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۲۳

### چکیده

در بسیاری از نظام‌های حقوقی، مالکیت خصوصی بر منابع طبیعی و ثروت‌های عمومی اغلب بر پایه تصرفات تاریخی فاقد رعایت حق برابر همگان نسبت به این مواهب استوار شده است. نظریه عدالت حق محور هیلل استاینر، با تأکید بر آزادی منفی و لزوم جبران تاریخی در توزیع منابع اولیه، نقدی بنیادین بر چنین مبانی متعارف مالکیت خصوصی وارد می‌کند. پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و تطبیقی به بازخوانی ساختار حقوقی مالکیت اقتصادی از دیدگاه استاینر می‌پردازد تا ضمن شناسایی موارد بی‌عدالتی در نظام‌های حقوقی موجود، چارچوبی نوین مبتنی بر حقوق برابر افراد نسبت به منابع طبیعی اولیه پیشنهاد کند. ابتدا مؤلفه‌های کلیدی نظریه استاینر از جمله اصالت آزادی‌های منفی افراد (آزادی از دخالت دیگران)، خودمالکی اشخاص و اشتراک همگان در منابع طبیعی، تبیین و سپس با اصول حقوق مالکیت در نظام‌های حقوقی موجود مقایسه شده است. این مطالعه نشان می‌دهد که حقوق موضوعه مالکیت اقتصادی، در صورت بی‌توجهی به سهم برابر اشخاص از منابع اولیه و فقدان سازوکارهای جبران خسارت برای تصرفات تاریخی، از منظر عدالت توزیعی ناپایدار می‌ماند. در پایان نتیجه‌گیری می‌شود که با به‌کارگیری اصول عدالت حق محور استاینر در سیاست‌گذاری حقوقی می‌توان ضمن تضمین آزادی‌های منفی و حقوق مالکیت مشروع، ابزارهای لازم برای جبران بی‌عدالتی‌های تاریخی و توزیع منصفانه منابع اولیه را در نظام حقوقی نهادینه کرد. بدین ترتیب می‌توان از نظریه استاینر به‌عنوان مبنایی برای اصلاح قوانین مالکیت و تحقق نظم پایدارتر بر مبنای عدالت توزیعی بهره گرفت.

### کلیدواژه‌گان:

عدالت حق محور، استاینر، آزادی منفی، جبران تاریخی، حقوق مالکیت اقتصادی.

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

m.tangestani@khu.ac.ir

\*\* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابل، 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

برقراری عدالت در مالکیت از اساسی‌ترین دغدغه‌های بشری است که در طول تاریخ، همواره در معرض تردید، منازعه و بازانندیشی قرار گرفته است. انباشت ثروت، تصرف منابع و تمرکز مالکیت در دست اقلیتی محدود، از استعمار و فتودالیسم گرفته تا سرمایه‌داری مدرن، بیش از آنکه محصول شایستگی و کار باشد، اغلب نتیجه امتداد تاریخی روابط نابرابر قدرت بوده است. البته باید اذعان داشت که این گزاره لزوماً در همه موارد به‌ویژه در جوامع غیرسرمایه‌داری صحیح نیست. این پیش‌زمینه تاریخی، نه تنها واقعیت نابرابری موجود را توضیح می‌دهد، بلکه ضرورتی معرفت‌شناختی برای بازانندیشی در مبانی حقوقی مالکیت نیز پدید می‌آورد؛ چراکه آنچه امروز به‌عنوان «حق مالکیت مشروع» خوانده می‌شود، همواره بر بستری از قواعد پیشینی تاریخی، عرفی یا نهادی استوار شده است که خود می‌تواند ناعادلانه بوده باشد.

در بستر فلسفه عدالت، دو رویکرد متعارض در قبال مالکیت اقتصادی غالباً رودرروی یکدیگر قرار می‌گیرند: از یک سو، نگرش لیبرتارین مبتنی بر «آزادی منفی» که تکیه بر خودمالکی فرد و مصونیت دارایی او از مداخله دارد و از سوی دیگر، رویکردهای عدالت توزیعی که سامان‌دهی مالکیت را تابع اصول برابری، جبران تاریخی و منفعت عمومی می‌دانند. نظریه استحقاق رابرت نوزیک بر این پیش‌فرض استوار است که اگر تملک نخستین مشروع باشد و انتقالات پسین به‌صورت داوطلبانه صورت گرفته باشند، آنگاه هر نابرابری حاصل از آن نیز عادلانه تلقی می‌شود. در مقابل، نظریه عدالت رالز تصریح می‌کند که نابرابری‌های اقتصادی فقط زمانی مشروع‌اند که بیشترین نفع را برای محروم‌ترین اقشار جامعه فراهم سازند. بدین ترتیب، تقابل میان حق فردی بر مالکیت و الزام بازتوزیع منابع به مسئله‌ای بنیادین در تفسیر عدالت بدل می‌شود.

یکی از حساس‌ترین نقاط این تقابل، مسئله «تصرف نخستین»<sup>۱</sup> و انحصار منابع طبیعی است. اگر منابع طبیعی به‌مثابه مواهبی همگانی فرض شوند، هیچ فردی نمی‌تواند فقط بر پایه تقدم زمانی، آن‌ها را به‌گونه‌ای تصرف کند که دیگران از دسترسی برابر به آن محروم شوند. نظریه عدالت حق‌محور هیلل استاینر، افقی بدیع و ترکیبی را پیش می‌نهد که می‌کوشد تضاد کلاسیک میان آزادی منفی و عدالت

توزیعی را در چارچوبی مبتنی بر حقوق بازتعریف کند. استاینر با تأکید بر «هم‌ساز بودن حق‌ها»<sup>۱</sup> و تفسیر رادیکالی از خودمالکی، بر این باور است که هر فرد نه تنها نسبت به بدن خویش، بلکه نسبت به سهمی برابر از جهان خارج نیز حق دارد و مالکیت مشروع فقط زمانی تحقق می‌یابد که آزادی فرد با آزادی دیگران در تعارض نباشد. از این منظر، حق مالکیت به‌عنوان تابعی از اصل آزادی منفی قابل دفاع است، مشروط بر اینکه آثار انباشته تصرفات اولیه، فرصت برابر برای دیگران را نقض نکند.

ضرورت این بازخوانی، به‌ویژه در نظام‌های حقوقی‌ای که مالکیت را مطلق و غیرقابل مناقشه تلقی کرده‌اند، دوچندان است. در اغلب نظام‌های حقوقی سرمایه‌محور، به‌ویژه در بستر اقتصاد بازار، اصل تقدم در تصرف، بدون بررسی مشروعیت تاریخی آن، مبنای شکل‌گیری حقوق مالکیت محسوب شده است. در نظام حقوقی ایران نیز، با وجود تصریح قانون اساسی به مالکیت عمومی منابع طبیعی (اصل ۴۵) و مالکیت مشروع خصوصی (اصل ۴۷)، کمتر مشاهده می‌شود که اصول عدالت تاریخی یا سهم برابر اولیه در تملک منابع، وارد گفتمان حقوقی مالکیت شود. به‌ویژه در سیاست‌گذاری‌های اقتصادی مرتبط با بهره‌برداری از انفال، اراضی ملی و ثروت‌های طبیعی، اصول جبرانی عدالت‌محور مغفول مانده‌اند.

پژوهش حاضر با تکیه بر مبانی نظری هیلل استاینر و تحلیل تطبیقی آن با نظریات کلاسیک مالکیت، در پی بازخوانی ساختار حقوقی مالکیت اقتصادی از منظر حق، آزادی منفی و جبران تاریخی است. هدف آن است که نشان داده شود چگونه می‌توان از درون سنت لیبرتارین، خوانشی عدالت‌محور استخراج کرد که نه تنها به آزادی فردی وفادار می‌ماند، بلکه در پرتو بازتوزیع منصفانه و حق برابر در منابع، افق نوینی برای عدالت اقتصادی فراهم می‌آورد. این خوانش می‌کوشد نظریه کمتر شناخته‌شده استاینر را به‌مثابه چارچوبی بدیل برای بازآرایی نظم حقوقی مالکیت اقتصادی، وارد گفتمان حقوق عمومی ایران سازد.

در این چارچوب، پرسش اصلی تحقیق به این ترتیب قابل صورت‌بندی است که نظریه عدالت حق‌محور استاینر چه نوآوری‌هایی در تبیین نسبت مالکیت خصوصی، آزادی منفی و جبران تاریخی ارائه می‌دهد؟ همچنین پرسش‌های فرعی به شرح زیر قابل طرح است: آیا ساختار موجود حقوق مالکیت اقتصادی در نظام‌های حقوقی مدرن با اصول عدالت توزیعی و حق برابر افراد در منابع طبیعی سازگار است؟ چه میزان هم‌پوشانی یا واگرایی میان مؤلفه‌های نظریه استاینر و ساختار حقوقی ایالات متحده، آلمان و جمهوری اسلامی ایران وجود دارد؟ نظام حقوقی ایران با تکیه بر قانون اساسی و فقه امامیه تا چه اندازه ظرفیت مفهومی و نهادی برای نهادینه‌سازی عدالت منابع‌محور استاینر دارد؟

در پاسخ به این پرسش‌ها، فرضیه اصلی آن است که نظریه استاینر با تلفیق دو اصل خودمالکی و حق برابر بر منابع طبیعی، الگوی ترکیبی بدیعی از مشروعیت مالکیت و الزام بازتوزیع ارائه می‌دهد. همچنین فرضیه‌های فرعی زیر در پاسخ به پرسش‌های فرعی قابل طرح است: در اغلب نظام‌های حقوقی، نابرابری‌های مالکیتی بر پایه تصرفات نخستین تاریخی فاقد سازوکار جبران شکل گرفته‌اند و این امر با مبانی عدالت حق محور ناسازگار است. نظام حقوقی آلمان، برخلاف ایالات متحده، از حیث نهادی و حقوق عمومی ظرفیت بیشتری برای تحقق مؤلفه‌های نظریه استاینر دارد. اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (به‌ویژه اصول ۴۳، ۴۵ و ۴۸) و مفاهیم فقه امامیه (مانند انفال، بیت‌المال و مشارکت در منابع حیاتی) با نظریه استاینر هم‌راستا هستند و می‌توانند مبنای تقنین مناسبی برای اصلاح عدالت‌محور مالکیت اقتصادی فراهم سازند.

روش تحقیق در این پژوهش، تحلیلی-نظری و تطبیقی است. در مرحله نخست، از رهیافت فلسفه حقوق برای استخراج مفاهیم محوری نظریه عدالت حق محور استاینر استفاده شده و مبانی آن در تقابل با دو نظریه تأثیرگذار عدالت (رالز و نوزیک) تحلیل شده است. در ادامه، مطالعه تطبیقی میان سه نظام حقوقی (ایالات متحده، آلمان و ایران) با تمرکز بر مبانی نظری، ساختار حقوقی، سازوکارهای بازتوزیعی و مفاهیم نهادینه‌شده در قوانین اساسی و عادی صورت گرفته است. تحلیل نظام حقوقی ایران نیز بر ترکیب منابع فقهی (به‌ویژه فقه امامیه درباره انفال و بیت‌المال) و اسناد حقوق اساسی تمرکز دارد. منابع پژوهش از میان آثار نظری کلاسیک، متون حقوقی، قوانین، اسناد بین‌المللی و مقالات علمی روز انتخاب شده‌اند.

## ۱. چارچوب مفهومی و نظری عدالت حق محور استاینر

در تاریخ فلسفه سیاسی و نظریه عدالت، همواره میان دو قطب تنش‌آلود (آزادی و برابری) درگیری نظری وجود داشته است؛ یکی در دفاع از حقوق فردی و مالکیت خصوصی، و دیگری در تلاش برای تضمین عدالت اجتماعی و توزیع منصفانه منابع. لیبرتارینی سم کلاسیک، با اتکا بر اصل خودمالکی، اغلب در مظان اتهام بی‌اعتنایی به نابرابری ساختاری و پیامدهای تاریخی قرار داشته است. اما هیلل استاینر با بازآرایی این سنت از درون، می‌کوشد الگوی بدیلی از عدالت ارائه دهد که در آن، حق فردی، آزادی منفی و خودمالکی، با الزام‌های تاریخی برابری در منابع طبیعی و جبران نابرابری‌های موروثی ترکیب شوند.

### ۱.۱. آزادی منفی و عدم سلطه

در نظریه عدالت حق محور هیلل استاینر، آزادی اساساً به معنای «آزادی منفی» تعریف می‌شود؛ یعنی نبود مداخله بیرونی در افعال ارادی فرد. استاینر تصریح می‌کند که فرد تنها زمانی آزاد است که انجام یک فعل برای او با اقدام شخصی دیگر ناممکن نشده باشد.<sup>۱</sup> استاینر بر آن است که مجموعه حقوق افراد، تنها زمانی می‌تواند عادلانه تلقی شود که واجد سازگاری متقابل باشد. این مفهوم توسط کریمر به عنوان یکی از ارکان کلیدی درک نظریه استاینر تشریح شده است.<sup>۲</sup> به بیان دیگر، حق‌ها نباید با یکدیگر در تعارض باشند و باید بتوانند هم‌زمان اجرا شوند. از نظر او، راه حل تعارض حق‌ها، بازگشت همه آنها به شکل‌هایی از حق‌های مالکانه است؛ بدین معنا که هر فرد قلمروی از آزادی دارد که دیگران مجاز به ورود یا تصرف آن نیستند.<sup>۳</sup> در برابر این رویکرد، نظریه پردازانی همچون فیلیپ پتیت، بر ناکفایتی آزادی منفی تأکید دارند. پتیت آزادی را به مثابه «عدم سلطه» تعریف می‌کند؛ بدین معنا که فرد نباید تحت اراده خودسرانه دیگران باشد، حتی اگر مداخله‌ای مستقیم در کار نباشد.<sup>۴</sup> فقر و وابستگی اقتصادی، می‌تواند فرد را در موقعیتی سلطه‌پذیر قرار دهد. اگرچه استاینر از واژه عدم سلطه بهره نمی‌گیرد، اما نظریه‌اش در عمل، با فرض حقوق برابر در منابع، به نوعی مهار ساختاری سلطه اقتصادی می‌انجامد.

### ۱.۲. خودمالکی و تصرف نخستین

نقطه عزیمت نظریه استاینر اصل بنیادین خودمالکی<sup>۵</sup> است. مطابق این اصل، هر فرد مالک انحصاری بدن، ذهن و نیروی کار خویش است و دیگران تنها با رضایت او به بهره‌برداری از آن مجازند.<sup>۶</sup> این اصل در سنت لیبرتارینی سم کلاسیک، از جمله نزد جان لاک و رابرت نوزیک، پذیرفته شده است.<sup>۷</sup> اما دفاع مطلق از خودمالکی، چنان‌که جرالده کوهن نشان می‌دهد، می‌تواند به بازتولید سلطه و نابرابری بینجامد. کوهن استدلال می‌کند که در غیاب تضمین‌های توزیعی، افراد فقیر، گرچه در ظاهر آزادند، عملاً چاره‌ای جز فروش آزادی خود ندارند.<sup>۸</sup> استاینر اصل دومی را وارد می‌کند: حق برابر در بهره‌مندی از منابع طبیعی.

1 Steiner, H., *An Essay on Rights*, Wiley-Blackwell, 1994, p. 8.

2. Kramer, M. H., "Introduction". In M. H. Kramer (Eds.), *Rights, Wrongs and Responsibilities* (pp. 13-20). New York: Palgrave Macmillan, 2001, p. 15.

3. Steiner, H., *op. cit.*, pp. 213-216.

4. Pettit, P., *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1997, p. 22.

5. Self-Ownership

6. Steiner, H., *op. cit.*, pp. 213-214.

7. Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, 1974, pp.169-172.

8. Cohen, G. A., *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge University Press, 1995, pp. 210-218.

او با بازخوانی اصل لاکی تصرف نخستین، معتقد است که تملک منابع طبیعی تنها زمانی عادلانه است که سهم ارزشمندی برای سایرین محفوظ بماند یا معادل آن به صورت جبران پرداخت شود.<sup>۱</sup> در این نظریه، افراد آزادند منابع را تصرف کنند، اما تنها در حد سهم عادلانه‌شان. این دیدگاه، استاینر را در زمره لیبرتارین‌های چپ قرار می‌دهد؛ جریانی که ضمن وفاداری به اصول مالکیت فردی و آزادی منفی، به توزیع عادلانه منابع طبیعی نیز ملتزم است.<sup>۲</sup> در مقابل، نوزیک تفسیر سهل‌گیرانه‌تری از شرط لاکی دارد و صرفاً می‌گوید که وضع دیگران نباید بدتر شود.<sup>۳</sup> اما استاینر معیار را «برابری ارزشی» می‌داند؛ بدین معنا که تصرف بیش از حد مجاز مستلزم جبران است.

### ۱.۳. عدالت توزیعی و جبران تاریخی

در بخش پایانی نظریه استاینر، عدالت توزیعی در پیوند مستقیمی با تاریخ تملک منابع ظاهر می‌شود. او تصریح می‌کند که اگر منابع طبیعی به‌طور برابر میان همه تقسیم نشده‌اند، عدالت ایجاب می‌کند که این نابرابری با سازوکارهایی مانند مالیات بر منابع، اصلاح شود.<sup>۴</sup> این مالیات، نه به‌منزله دخالت دولت، بلکه به‌مثابه غرامت در برابر بهره‌برداری بیش از سهم تلقی می‌شود. در مقابل، رالز بر پیامدهای نهایی توزیع تأکید دارد؛ اصل تفاوت او مقرر می‌دارد که نابرابری تنها زمانی مجاز است که بیشینه‌ساز منافع محرومان باشد.<sup>۵</sup> اما استاینر معیار را در تاریخ و مشروعیت آغازین می‌جوید: نابرابری مشروع است، فقط اگر بر بنیاد حقوق عادلانه اولیه شکل گرفته باشد. این تمایز مهم همان است که محمد راسخ در تبیین نظریات حق محور بدان اشاره می‌کند. وی تأکید دارد که در این نظریه‌ها، عدالت بر مبنای توازن و تعادل حقوقی سنجیده می‌شود، نه صرف پیامدهای اجتماعی.<sup>۶</sup> به همین دلیل، نظریه استاینر توان آن را دارد که بدون نفی مالکیت فردی، الزام‌های عدالت تاریخی را نیز لحاظ کند. عدالت فقط زمانی محقق است که تملک منابع طبیعی، سهم برابر همگان را محترم شمارد یا جبران کند.<sup>۷</sup> استاینر با تلفیق اصول خودمالکی و برابری در منابع طبیعی، چارچوبی بدیع از عدالت ارائه می‌دهد. عدالت در این رویکرد، نه به‌معنای برابری نتیجه‌ها، بلکه به‌معنای برابری در حقوق اولیه و جبران نابرابری‌های تاریخی است.

1. Steiner, H., *op. cit.*, pp. 233-238.

2. Shnayderman, Ronen, "Freedom, Self-Ownership, and Equality in Steiner's Left-Libertarianism", *Politics, Philosophy & Economics*, Vol. 12, No. 3, 2013, pp. 219-221.

3. Nozick, R., *op. cit.*, p. 178.

4. Steiner, H., *op. cit.*, pp. 237-240.

5. Rawls, J., *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971, pp. 75-83.

۶. راسخ، محمد، «حق، جزء مؤلف عدالت»، *دانشنامه‌های حقوقی*، د. ۳، ش. ۶، ۱۳۹۹، ص. ۸۶.

۷. استاینر، هیلل، «مفهوم عدالت»، ترجمه محمد راسخ، *فصلنامه مجلس و پژوهش*، ش. ۳۸، ۱۳۸۲، ص. ۲۵.

## ۲. تحلیل تطبیقی نظری عدالت حق محور استاینر در نظام‌های حقوقی

نظریه عدالت حق محور استاینر، هرچند در سنت لیبرتارینی ریشه دارد، با خوانشی رادیکال از مفاهیم «حق»، «مالکیت» و «جبران تاریخی»، مرزهایی تازه در تقابل با نظریه‌های کلاسیک عدالت ترسیم می‌کند. برای سنجش توان تبیینی این نظریه، به‌ویژه در نسبت با دو نظریه شاخص یعنی عدالت به‌مثابه انصاف نزد رالز و لیبرتارینی سم اصالت‌گرا نزد نوزیک، تحلیل تطبیقی ضروری می‌نماید.

### ۲.۱. استاینر در برابر رالز: عدالت به‌مثابه حق یا انصاف؟

نخستین نقطه تقابل نظریه عدالت هیلل استاینر با نظریه‌پردازان برجسته معاصر را می‌توان در نسبت میان آزادی، مالکیت و برابری در اندیشه جان رالز جست‌وجو کرد. رالز در نظریه عدالت به‌مثابه انصاف، به‌روشنی تأکید می‌کند که توزیع مزایای اجتماعی و اقتصادی نباید مبتنی بر تفاوت‌های طبیعی یا موقعیتی افراد باشد؛ زیرا این تفاوت‌ها نه حاصل شایستگی، بلکه زائیده بخت‌اند.<sup>۱</sup> از نظر رالز، افراد ممتاز تنها در صورتی می‌توانند از موهبت‌های طبیعی خود بهره‌مند شوند که این بهره‌مندی به بهبود وضعیت محرومان بینجامد؛ اصلی که به‌عنوان «اصل تفاوت» شهرت یافته است.<sup>۲</sup>

در مقابل، استاینر به‌جای نفی شایستگی‌ها، آن‌ها را از حیطة عدالت توزیعی خارج می‌سازد. وی تنها درباره منابع طبیعی، مانند زمین یا نفت، بر اصل حق برابر افراد تأکید می‌کند و معتقد است که نابرابری ناشی از استعداد، کوشش یا انتخاب‌های فردی، تا زمانی که حقوق دیگران را نقض نکند، عادلانه است. به‌بیان روشن‌تر، استاینر استعدادهای فردی را نه «دارایی مشترک»، بلکه بخشی از حقوق اولیه فرد تلقی می‌کند که استحقاق بهره‌برداری اختصاصی دارند. در نتیجه، برخلاف رالز که جبران نابرابری‌های طبیعی را محور عدالت می‌داند، استاینر تنها نابرابری ناشی از تصرف نامشروع منابع طبیعی را مستلزم بازتوزیع می‌بیند. از این منظر، عدالت نزد رالز، بر طراحی ساختار نهادهای پایه جامعه به‌نحوی استوار است که مزایای اجتماعی و اقتصادی صرفاً در صورتی توجیه‌پذیر باشند که به سود محرومان تمام شود. اما استاینر طراحی نهادها را تابع شناسایی و تضمین حقوق اولیه می‌داند: حق مالکیت بر خویشتن و سهم برابر در منابع طبیعی.<sup>۳</sup> وی در عین حال، تأکید می‌کند که تفاوت در توانایی‌های فردی یا تصمیم‌های شخصی افراد، نباید مستمسکی برای بازتوزیع قهری و نقض حقوق استحقاقی آنها شود.

1. Rawls, J., *op. cit.*, p. 101.

2. Rawls, J., *Ibid.*, pp. 75-78.

3. Steiner, H., *op. cit.*, pp. 233 & 245.

جالب آنکه رالز نیز گاه به‌گونه‌ای ضمنی بر مرز میان عدالت و جبران ناشی از همبستگی اخلاقی اذعان دارد. وی در بخش‌هایی از کتاب خود می‌پذیرد که اجرای اصل تفاوت مستلزم آن است که جامعه مالک منابع یا استعدادها تلقی شود و توزیع آنها به‌مثابه یک کل اجتماعی توجیه گردد.<sup>۱</sup> اما در نگاه استاینر، این تلقی با آزادی منفی و حق اولیه مالکیت بر خود ناسازگار است. به همین دلیل است که استاینر از سازوکارهایی مانند «سرمایه اولیه برابر» دفاع می‌کند که از محل مالیات منابع طبیعی به همه شهروندان اعطا شود؛ اما هرگونه بازتوزیع بر مبنای تفاوت استعداد یا دستاورد فردی را نفی می‌کند.<sup>۲</sup> البته از این جهت، دیدگاه او با نظریه نوزیک قرابت دارد؛ هر دو بر تاریخچه مالکیت مشروع و آزادی منفی تأکید می‌ورزند، با این تفاوت که استاینر شرط بازگرداندن مازاد ارزش منابع به همگان را نیز ضروری می‌داند. در نهایت، این تفاوت نظری دو جهان‌بینی متمایز در باب عدالت را نمایان می‌سازد: یکی مبتنی بر «برابری نهادی» که بر قرارداد اجتماعی و طراحی ساختار اجتماعی تأکید می‌گذارد (رالز) و دیگری مبتنی بر «حقوق استحقاقی» که بر مالکیت اولیه و آزادی منفی تکیه دارد (استاینر). درحالی‌که رالز عدالت را فرایند بهینه‌سازی وضعیت محرومان می‌بیند، استاینر عدالت را در رعایت مرزهای مالکیت مشروع می‌جوید.

## ۲.۲. استاینر در برابر نوزیک: خودمالکی و عدالت در تصرف منابع طبیعی

نقطه آغاز اشتراک میان هیلل استاینر و رابرت نوزیک را باید در اصل بنیادین «خودمالکی» جست‌وجو کرد. نوزیک در کتاب تأثیرگذار خود، *انارشی، دولت و آرمان‌شهر*، مالکیت فرد بر خویش را امری مطلق و غیرقابل نقض می‌داند و بر این اساس، هرگونه مالیات بر درآمد کار را معادل با «کار اجباری» تلقی می‌کند.<sup>۳</sup> از منظر او، اگر فردی ثمره کار خود را از آن خویش بداند، هیچ نهاد عمومی‌ای نمی‌تواند بخشی از آن را بدون رضایت او تصاحب کند. نوزیک به‌شدت با هر نوع الگوی بازتوزیعی مخالفت می‌کند، مگر آنکه در مسیر انتقالات داوطلبانه میان اشخاص یا از طریق تصرف نخستین مشروع حاصل شده باشد.<sup>۴</sup> استاینر نیز مانند نوزیک از اصل خودمالکی دفاع می‌کند و آن را بنیان هر نظریه عدالت می‌داند. اما تفاوت اساسی آنجاست که استاینر به تصرف منابع طبیعی به‌عنوان حوزه‌ای مستقل از

1. Rawls, J., *op. cit.*, p. 102.

2. Steiner, H., *op. cit.*, p. 268.

3. Nozick, R., *op. cit.*, p. 169.

4. Nozick, R., *Ibid*, pp. 151-152.

خودمالکی می‌نگرد که در آن، حق برابر همگان باید رعایت شود. درحالی‌که نوزیک به «قید لاکِی» در تصرف نخستین بسنده می‌کند؛ یعنی اینکه تصرف نباید وضعیت دیگران را وخیم‌تر کند.<sup>۱</sup>

از نظر نوزیک هرگاه منابع طبیعی فراوان باشد یا کار فرد موجب افزایش بهره‌وری شود، تصرف وی عادلانه است، حتی اگر دیگری چیزی به دست نیاورد. اما استاینر تصرف مشروع را تنها زمانی ممکن می‌داند که شخص مازاد ارزش سهم خود را به دیگران بپردازد، خواه این پرداخت به صورت مالیات بر منابع باشد یا به شکل پرداختی نقدی برای جبران نقض حق برابر اولیه.<sup>۲</sup> براین اساس، استاینر با بهره‌گیری از سنت چپ لیبرتارینی، مدافع نوعی «برابری استحقاقی» در بهره‌مندی از ثروت‌های طبیعی است، درحالی‌که نوزیک حتی امکان ملی‌سازی منابع یا ایجاد صندوق مشترک ملی را ناقض مالکیت فردی می‌داند.<sup>۳</sup> در دیدگاه استاینر، منابع طبیعی چون ساخته هیچ انسانی نیستند، نمی‌توانند به تملک انحصاری درآیند، مگر با رعایت سهم برابر دیگران. این منطق، بنیان استدلال او برای دریافت مالیات سالانه بر زمین یا منابع طبیعی و پرداخت آن به صورت سرمایه اولیه به شهروندان است.<sup>۴</sup> در واقع، استاینر با حفظ اصل خودمالکی، نظریه نوزیک را اصلاح می‌کند: تاریخچه مشروع مالکیت زمانی معتبر است که نقطه آغاز آن (تصرف اولیه) مشروع بوده باشد.

### ۳. تحلیل تطبیقی نهادی عدالت حق محور استاینر در نظام‌های حقوقی

نظریه استاینر در زمینه حقوق مالکیت و عدالت توزیعی، تصویری آرمانی ترسیم می‌کند که میزان تحقق آن در نظام‌های حقوقی موجود محل تأمل است. برای سنجش عملی بودن این نظریه، می‌توان به صورت تطبیقی به دو نمونه متفاوت (ایالات متحده آمریکا و آلمان) نگریست. این دو کشور به ترتیب نمایندگان سنت حقوقی کامن‌لا و رومی-ژرمنی‌اند و رویکردهای متمایزی به مالکیت منابع طبیعی، قاعده تصرف نخستین، مالیات بر ثروت و سازوکارهای بازتوزیعی دارند.

#### ۳.۱. ایالات متحده آمریکا

سنت حقوقی آمریکا عمیقاً تحت تأثیر لیبرالیسم مالکیتی و اندیشه لاکِی قرار دارد. اصل تصرف نخستین و کاربست آن در تاریخ آمریکا به وضوح در قوانین موسوم به هموستد<sup>۵</sup> نمود یافته است که از

1. Nozick, R., *Ibid*, 1974, p. 178.

2. Steiner, H., "A Liberal Theory of Exploitation", *Ethics*, Vol. 87, No. 2, 1977, p. 230

3. Nozick, R., *Ibid*, pp. 172-174.

4. Steiner, H., 1994, *op. cit.*, pp. 245, 268, 269.

5. Homestead Acts

اواسط قرن نوزدهم میلیون‌ها/یکر (هر/یکر معادل تقریباً ۴۰۴۷ متر مربع) از اراضی عمومی غرب ایالات متحده را به‌رایگان در اختیار متصرفان مهاجر قرار داد. بر پایه این قوانین، هر فرد واجد شرایط می‌توانست با بهره‌گیری از قاعده «زمین آزاد برای آبادگر»، قطعه زمینی از انفال را ابتدا تصرف کند و پس از کشت و عمران، مالک آن شناخته شود. از منظر استاینر، این نحوه توزیع ابتدایی زمین آشکارا ناقص حق برابر کسانی است که دیرتر متولد شدند یا به هر دلیل از دستیابی به این اراضی بازماندند؛ زیرا عملاً ارزش منابع طبیعی به تملک خصوصی گروهی درآمد، بی‌آنکه غرامتی به سایرین پرداخت شود. در نظریه استاینر، می‌بایست معادل ارزش آن اراضی به سایر اعضای جامعه (مثلاً به صورت صندوق یا سرمایه همگانی) تعلق می‌گرفت تا اصل سهم برابر رعایت شود.<sup>۱</sup> در واقعیت نظام حقوقی امریکا، هیچ‌گاه چنین مکانیسمی برقرار نشد. سنت حقوقی امریکا مالکیت خصوصی را تا آنجا محترم شمرده است که حتی حقوق دولت در ملی کردن منابع نیز محدود است. طبق متمم پنجم قانون اساسی ایالات متحده، سلب مالکیت خصوصی حتی برای منفعت عمومی تنها با پرداخت غرامت عادلانه ممکن است. این اصل، همراه با فرهنگ حقوقی لیبرال، سبب شده است تملک عمومی منابع طبیعی امری استثنایی باشد و بخش عمده منابع زیرزمینی و زمینی در ملک اشخاص خصوصی قرار گیرد. برای نمونه، در حقوق امریکا برخلاف بسیاری از کشورها، مالک زمین عموماً مالک منابع نفت، گاز و کانی‌های زیر آن نیز است و دولت صرفاً از طریق مقررات و مالیات بهره‌برداری دخالت می‌کند.<sup>۲</sup>

در حوزه مالیاتی و بازتوزیعی نیز ایالات متحده از لحاظ تاریخی گرایش به حداقل مداخله داشته است. نه‌تنها مالیات بر مجموع ثروت هرگز در سطح فدرال برقرار نشده، بلکه حتی مالیات بر ارث و درآمد نیز نسبت به بسیاری کشورهای توسعه‌یافته نرخ نازل تری دارد. گفتمان سیاسی مسلط به تأسی از نوزیک و هایک اغلب مالیات تصاعدی سنگین را طرد کرده و آن را معایر آزادی‌های بنیادین قلمداد نموده است.<sup>۳</sup> پیامد عملی این رویکرد، تشدید نابرابری‌های ثروت و درآمد در امریکا بوده است. بنا بر مطالعات توزیعی، سهم یک درصد ثروتمند ایالات متحده از درآمد ملی از حدود یازده درصد در سال ۱۹۸۰ به حدود بیست‌ویک درصد در دهه‌های اخیر افزایش یافته‌است. این درحالی است که در بسیاری از کشورهای اروپایی این شاخص حدود نصف امریکاست.<sup>۴</sup>

1. Steiner, H., *op. cit.*, p. 268.

2. Merrill, T. W., and H. E. Smith., **Property: Principles and Policies**. 3rd ed. New York: Foundation Press, 2017, p. 125.

3. Nozick, R., *op. cit.*, p. 169.

4. Chancel, L., Piketty, T., Saez, E., & Zucman., "World Inequality Report 2022. World Inequality Lab", 2022, pp. 9- 11.

آمار مذکور بازتاب آن است که ساختار حقوقی- اقتصادی امریکا، با تأکید بر حقوق مالکیت فردی و عدم مداخله در توزیع بازار، فاصله زیادی با آرمان عدالت استاینر دارد که در آن باید مکانیسم‌هایی برای تعدیل ثروت‌های ناشی از مواهب طبیعی و اتفاقی برقرار شود. با این حال، حتی در امریکا نیز نمونه‌های محدودی که یادآور طرح استاینر باشند دیده می‌شود. ایالت آلاسکا از اوایل دهه ۱۹۸۰ «صندوق دائمی آلاسکا» را تشکیل داده است و بخشی از عواید نفتی را به صورت «سهم شهروندی» سالانه به تمام ساکنان خود می‌پردازد. در این برنامه، این ایده برقرار شده است که منابع زیرزمینی (نفت) به همه مردم ایالت تعلق دارد و هر کس محق دریافت سهم برابر از درآمد حاصل از آن است.<sup>۱</sup>

هرچند از حیث حقوقی، ساکنان آلاسکا سهامی قابل نقل و انتقال در آن صندوق ندارند و در واقع مالکیتی جمعی و مسلوب‌الاجتهار اعمال می‌شود، مع الوصف تجربه آلاسکا نشان می‌دهد که اصل موضوعه استاینر یعنی حق برابر بر منابع طبیعی می‌تواند در چارچوب حقوق عمومی به رسمیت شناخته شود و آثار عملی (هرچند محدود) داشته باشد. به بیان دیگر، آلاسکا نمونه‌ای منحصر به فرد از تحقق جزئی «سودمندی استاینری» در دل نظام سرمایه‌داری امریکایی است: دولتی که به جای اخذ مالیات از شهروندان، هر سال چکی بابت سهم آنان از ثروت ملی برایشان صادر می‌کند.<sup>۲</sup>

با وجود این استثنا، در مجموع می‌توان گفت که نظام حقوقی ایالات متحده چه در اصول قانون اساسی و چه در سیاست‌گذاری مالی و مالکیتی بیشتر منعکس‌کننده فلسفه نوزیکی است تا استاینری. مالکیت خصوصی کاملاً محترم است، منابع طبیعی عمدتاً قابل تملک خصوصی‌اند، قاعده تصرف نخستین بدون مکانیسم جبرانی اجرا شده و بازتوزیع عمدتاً به تأمین حداقلی از رفاه (آن هم به صورت مشروط) منحصر است. چنین فضایی برای پذیرش نظریه عدالت استاینر چندان مهیا به نظر نمی‌رسد.

### ۳.۲. آلمان

در سنت حقوقی آلمان هم به اعتبار تاریخ اندیشه و هم به واسطه صراحت متون قانونی، ردپایی پررنگ‌تر از الزامات اجتماعی مالکیت دیده می‌شود. قانون اساسی آلمان<sup>۳</sup> در اصل چهاردهم خود، ضمن به رسمیت شناختن حقوق مالکیت خصوصی، تصریح می‌کند که «مالکیت متضمن تکالیفی است. استفاده از آن باید در خدمت مصلحت عمومی باشد». دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان نیز در آرای متعددی، این

1. Goldsmith, S., "The Alaska Permanent Fund Dividend: An Experiment in Wealth Distribution", Paper presented at the Ninth International Congress of the Basic Income European Network, Geneva, 2002, pp. 2-3.

2. *Ibid.*, p. 6.

3. Grundgesetz

اصل را به معنای جواز محدودسازی حقوق مالکیت برای تأمین عدالت اجتماعی و رفاه عمومی تفسیر کرده است.<sup>۱</sup> افزون بر این، اصل پانزدهم قانون اساسی آلمان اجازه می‌دهد زمین‌ها، منابع طبیعی و صنایع مهم «برای هدف اجتماعی شدن» به مالکیت عمومی درآید. هرچند این اصل در عمل به ندرت اجرا شده است، وجود آن حکایت از پذیرفته شدن نوعی حق عمومی بر منابع طبیعی در منظومه حقوقی آلمان دارد. برای نمونه، قوانین مربوط به معادن و منابع زیرزمینی در آلمان، حقوق اکتشاف و استخراج را درید حاکمیت عمومی قرار داده‌اند و بهره‌برداری خصوصی را مشروط به کسب امتیاز یا پرداخت حق‌السهم به دولت کرده‌اند؛ به عبارت دیگر، مالک زمین در آلمان لزوماً مالک مطلق زیرزمین خویش نیست و جامعه در بهره‌برداری از منابع طبیعی سهم دارد.<sup>۲</sup> چنین مقرراتی نزد استاینر قطعاً پسندیده‌تر از وضعیت حقوقی ایالات متحده است؛ زیرا لاقلاً بخشی از ارزش منابع طبیعی ابتدا به خزانه عمومی وارد می‌شود و امکان بازتوزیع آن از طریق بودجه فراهم است.

در زمینه مالیات بر ثروت و توزیع مجدد نیز آلمان رویکردی متفاوت از امریکا دارد. سنت دولت رفاه در آلمان ریشه‌دار و مستحکم است و از اواخر قرن بیستم، نظام مالیاتی تصاعدی نسبتاً گسترده‌ای برای تأمین مالی خدمات اجتماعی وجود داشته است. اگرچه آلمان از سال ۱۹۹۷ اخذ مالیات سالانه بر دارایی خالص افراد<sup>۳</sup> را به دلیل مشکلات اجرایی به حالت تعلیق درآورده است، اما همچنان مالیات بر ارث، نقل و انتقال سرمایه و ساختار مالیاتی بر درآمد تصاعدی آن از ابزارهای توزیعی مؤثر به‌شمار می‌روند.<sup>۴</sup>

افزون بر این، آلمان دارای نظام تأمین اجتماعی و بیمه‌های عمومی گسترده‌ای است که عملاً بازتوزیع درآمد میان اقشار مختلف و حتی نسل‌ها را تسهیل می‌کند؛ از جمله نظام بازنشستگی بین‌نسلی<sup>۵</sup> که در آن نسل فعال با پرداخت حق‌بیمه، مستمری نسل بازنشسته را تأمین می‌کند. این ساختارها نقش مهمی در مهار نابرابری ایفا کرده‌اند، چنان‌که داده‌های توزیعی نشان می‌دهند سهم یک درصد پردرآمد در آلمان از کل درآمد ملی، بسیار پایین‌تر از امریکا باقی مانده و طبقه متوسط سهم نسبتاً بزرگی از کیک درآمدی را حفظ کرده است.<sup>۶</sup>

1. Lubens, R., "The social obligation of property ownership: A comparison of German and U.S. law", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 24(2), 2007, p. 43.

2. Federal Mining Act, 1980

3. Vermögensteuer

4. World Inequality Lab, *op. cit.*, p. 15.

5. Umlageverfahren

6. World Inequality Lab, *Ibid*, pp. 16-18.

از منظر استاینر، می‌توان استدلال کرد که آلمان زمینه ساختاری مساعدتری برای تحقق عدالت حق محور دارد: ایده‌هایی مانند تعلق همگانی منابع طبیعی، مشروط بودن مالکیت به عدم اضرار به منافع عمومی و پذیرش مالیات‌های معنادار بر ثروت‌های غیر بازاری، همگی با روح نظریه استاینر همسازند. اصل وظیفه اجتماعی مالکیت در حقوق آلمان از این پیش‌فرض برمی‌خیزد که هر مال خصوصی، در عین حال، تعهدی عمومی را متوجه مالک می‌کند؛ مفهومی نزدیک به همان «حق برابر دیگران بر منابع» که استاینر بدان تأکید دارد.<sup>۱</sup> افزون بر این، تمهیداتی مانند امکان اجتماعی‌سازی منابع طبیعی طبق اصل ۱۵ قانون اساسی آلمان پیام روشنی دارد که منابع طبیعی، نه صرفاً مال شخصی، بلکه دارایی جمعی‌اند که دولت به نمایندگی از همگان درباره توزیع آن می‌تواند تصمیم بگیرد.

با وجود این نکات مثبت، نباید در تخمین تطابق عملی حقوق آلمان با آرمان‌های استاینر دچار اغراق شد. درآمدهای حاصل از منابع عمومی (همچون حق امتیاز معادن، جنگل‌ها یا آب‌ها) عمدتاً در بودجه کل دولت ادغام می‌شود و سهمی مشخص و برابر به صورت نقدی به شهروندان پرداخت نمی‌گردد. خدمات عمومی رایگان، هرچند نوعی بهره‌مندی از ثروت ملی محسوب می‌شود، با تصور «سهم مساوی مستقیم» فاصله دارد. همچنین در نظام مالیاتی کنونی آلمان، شخصی که زمین یا معدن ارزشمندی را تصرف کند، ملزم به جبران صریح به دیگر شهروندان بابت استفاده افزون‌تر از منابع نیست؛ بلکه فقط مکلف به پرداخت مالیات‌های عمومی است، نه جبران شخصی یا حقوقی مبتنی بر حق برابر. از نظر استاینر، عدالت ایجاب می‌کرد که هرگونه تصرف بیش از سهم برابر، مستلزم غرامت مستقیم و مشخص به سایرین باشد.<sup>۲</sup> در نتیجه، می‌توان گفت آلمان با وجود پیشرفت‌های قابل توجه در حقوق اجتماعی و نهادهای بازتوزیعی، تنها برخی عناصر پراکنده از نظریه استاینر را محقق ساخته است و هنوز با الگوی کامل عدالت مبتنی بر حق برابر منابع طبیعی فاصله دارد.

مطالعه تطبیقی ایالات متحده و آلمان نشان می‌دهد که تحقق عملی نظریه عدالت منابع محور استاینر در نظام‌های حقوقی موجود با درجات متفاوتی از انطباق و واگرایی روبه‌روست. ایالات متحده، با تأکید تاریخی بر اصل تصرف نخستین، مالکیت فردی مطلق و مقاومت ایدئولوژیک در برابر هرگونه مداخله بازتوزیعی، نمودار کامل الگوی نوزیکی است که در آن، نابرابری‌های ناشی از تصاحب اولیه و مزایای موهبتی، فاقد سازوکار جبرانی مؤثر باقی‌مانده‌اند. حتی استثنائاتی نظیر «صندوق آلاسکا» نیز

1. Steiner, H., *op. cit.*, p. 235.

2. *Ibid.*, p. 268.

اگرچه از نظر مفهومی به نظریه استاینر نزدیک‌اند، در ساختار حقوقی امریکا جایگاه فراگیری نیافته‌اند. در مقابل، آلمان با پذیرش اصل وظیفه اجتماعی مالکیت، امکان ملی‌سازی منابع و نظام مالیاتی-رفاهی گسترده، ظرفیت‌های ساختاری بیشتری برای تحقق عدالت توزیعی فراهم آورده است. با این حال، حتی در آلمان نیز مفهوم «حق برابر همگان در ارزش منابع طبیعی» هنوز در سطح قواعد حقوقی الزام‌آور نهادینه نشده و اصولی همچون غرامت مستقیم به دیگران بابت بهره‌برداری مازاد، همچنان غایب است.

جدول زیر نشان می‌دهد نظام حقوقی ایالات متحده با فلسفه لیبرترینیسم راست‌گرا، کمترین هم‌پوشانی را با نظریه عدالت استاینری دارد و فقط در استثنائاتی مانند آلاسکا نشانه‌هایی از آن دیده می‌شود. در مقابل، آلمان با اتکا بر حقوق عمومی اجتماعی، اصل تعهد اجتماعی مالکیت و نهادهای توزیعی قوی، زمینه بهتری برای پذیرش عناصر نظریه استاینر فراهم کرده است، گرچه هنوز از تحقق کامل آن فاصله دارد.

ایالات متحده امریکا	آلمان	مؤلفه کلیدی در نظریه استاینر
تأکید بر تصرف نخستین، مالکیت مطلق فردی، با الهام از لاک و نوزیک؛ حق مالکیت بر زمین و زیرزمین برای فرد خصوصی <sup>۱</sup> .	تأکید بر اصل وظیفه اجتماعی مالکیت طبق اصل ۱۴ قانون اساسی؛ مالکیت لزوماً باید در خدمت مصلحت عمومی باشد.	۱. مبنای فلسفی مالکیت
نبود قاعده جبرانی برای تصرف اولیه؛ اکثر منابع طبیعی تحت تملک خصوصی قرار دارند؛ غیاب حق برابر دیگران در ارزش منابع طبیعی.	منابع طبیعی (نظیر معادن) عموماً در اختیار حاکمیت‌اند؛ بهره‌برداری مشروط به اخذ مجوز و پرداخت حق‌السهم؛ نزدیک‌تر به تلقی استاینری از «مالکیت مشاع اولیه».	۲. حقوق منابع طبیعی
عدم برقراری مالیات بر ثروت در سطح فدرال؛ مالیات بر درآمد و ارث نسبتاً پایین؛ گفتمان ضدمداخله.	ساختار مالیاتی تصاعدی و گسترده؛ مالیات بر ارث، انتقال سرمایه و درآمد؛ ابزار فعال بازتوزیع با هدف کاهش نابرابری.	۳. مالیات بر ثروت و بازتوزیع منابع
استثنای آلاسکا: صندوق دائمی آلاسکا بخشی از درآمد نفت را	درآمد حاصل از منابع در بودجه عمومی ادغام می‌شود؛ فاقد سازوکار مستقیم برای توزیع	۴. نهادهای بازتوزیعی با پیوند مستقیم به منابع

1. Nozick, R., *op. cit.*, p. 169.

طبیعی	برابر فردی، اما خدمات عمومی همگانی وجود دارد (مانند بیمه و آموزش رایگان).	به صورت سالانه میان شهروندان تقسیم می‌کند.
۵. امکان اجتماعی‌سازی منابع طبیعی	اصل ۱۵ قانون اساسی اجازه اجتماعی‌سازی زمین و منابع را برای اهداف عمومی می‌دهد؛ ظرفیت نهادی بالاتر برای مداخله عمومی در مالکیت.	بسیار محدود؛ متمم پنجم قانون اساسی تصرف عمومی را مشروط به غرامت کامل می‌داند؛ منابع عمدتاً تحت مالکیت خصوصی‌اند.
۶. سازوکارهای جبرانی یا غرامت برای تصرف بیش از سهم برابر	از لحاظ نظری ممکن، اما در عمل محقق نشده است؛ بهره‌بردار منابع تعهدی به پرداخت غرامت به دیگران بابت تصرف مزاد ندارد، مگر از طریق مالیات‌های عمومی.	وجود ندارد؛ مالکیت خصوصی تثبیت شده است، بدون تعهد به جبران به سایر شهروندان.
۷. میزان تطابق با عدالت منابع محور استایتری	نسبی؛ با وجود فقدان تطابق کامل، بسیاری از اصول هنجاری نظریه استایتر در نظام حقوقی-اقتصادی آلمان زمینه پذیرش دارند (مثلاً وظیفه اجتماعی مالکیت، بازتوزیع گسترده و...).	بسیار محدود؛ عناصر کلیدی نظریه استایتر همچون «سهم برابر» یا «حق جهانی منابع» عملاً غایب‌اند.

#### ۴. عدالت منابع محور و نظام حقوقی - فقهی ایران در پرتو نظریه هیلل استایتر

نظریه عدالت منابع محور که توسط هیلل استایتر صورت‌بندی شده، بر این بنیاد استوار است که تمام افراد به‌طور برابر در مالکیت منابع طبیعی سهیم‌اند. مطابق این دیدگاه، هیچ‌کس در آغاز نسبت به طبیعت «حق خاصی» ندارد، بلکه هر انسان حق برابر اولیه‌ای نسبت به کل منابع دارد و هرگونه تصرف انحصاری باید همراه با پرداخت جبران به دیگران باشد تا حق آنان مخدوش نشود. این نظریه در قالب لیبرتارینی سم چپ جای می‌گیرد، اما برخلاف لیبرتارینی سم سنتی (مانند نوزیک)، به تمایز میان «خودمالکی» و «مالکیت منابع» تأکید می‌ورزد. بر پایه این تمایز، هر فرد مالک کامل خویشتن است، اما نه مالک پیشینی هیچ بخشی از منابع طبیعی. لذا اگر کسی بخواهد بهره‌برداری انحصاری از بخشی از طبیعت داشته باشد، باید حق سایرین را با نوعی مکانیزم مالی (مثلاً مالیات بر ارزش زمین) جبران کند. استایتر و والتین به‌صراحت تأکید می‌کنند که «مالکیت عادلانه» فقط در صورتی ممکن است که دسترسی برابر همه به ارزش منابع تضمین شده باشد. بر همین مبنا، آها پیشنهاد می‌کنند که دولت‌ها می‌توانند به‌جای مالکیت مستقیم یا کنترل اقتصادی، صرفاً درآمد ناشی از ارزش منابع را دریافت، و میان

همه افراد به‌طور برابر توزیع کنند. به تعبیر آنها، این راهکار ترکیبی است از آزادی کامل فردی در کار و تولید، و برابری اخلاقی در برخورداری از جهان طبیعی.

#### ۴.۱. اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و حق بهره‌مندی از منابع

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، اصول متعددی در قانون اساسی به‌وضوح با بنیان‌های نظری استاینر هم‌خوانی دارند، به‌ویژه در زمینه مالکیت عمومی منابع و توزیع عادلانه فرصت‌ها و امکانات. برای نمونه، اصل ۴۵ قانون اساسی مقرر می‌دارد که انفال و ثروت‌های عمومی نظیر جنگل‌ها، دریاها، معادن، کوه‌ها، زمین‌های موات و میراث فرهنگی، متعلق به امت اسلامی است و «در اختیار حکومت اسلامی قرار دارد تا بر طبق مصالح عامه اداره شود». این اصل، عملاً مالکیت خصوصی را نسبت به منابع طبیعی محدود می‌کند و حق بهره‌برداری را مشروط به رعایت منافع عمومی می‌داند. چنین رویکردی با پیش‌فرض بنیادین استاینر درباره حق برابر همگان نسبت به ارزش منابع طبیعی جهان سازگار است. از سوی دیگر، اصل ۴۸ قانون اساسی تصریح می‌کند که منابع طبیعی و امکانات کشور باید به‌گونه‌ای توزیع شود که «هر منطقه به تناسب نیاز و استعداد رشد خود از سرمایه و امکانات کشور برخوردار گردد». این اصل، جلوه‌ای از عدالت منطقه‌ای در بهره‌برداری از منابع عمومی است و با مدل استاینری توزیع منابع هم‌راستا می‌نماید.

در همین راستا، اصل ۴۷ قانون اساسی مشروعیت مالکیت خصوصی را منوط به مطابقت آن با شرع و قانون کرده است؛ این قید، همان نقطه‌ای است که می‌تواند برای تحدید تصرفات ناعادلانه از منابع طبیعی و تضمین حقوق مشترک افراد به کار رود. از نگاه استاینر، هرچا مالکیت فردی موجب سلب حق برابر دیگران در بهره‌برداری از منابع شود، باید با سازوکارهای جبرانی تعدیل شود. در نهایت، اصل ۴۳ قانون اساسی نیز مبنای سیاست اقتصادی دولت را «رفع فقر و تأمین نیازهای اساسی برای همه مردم» قرار می‌دهد و بر اجتناب از تمرکز ثروت در دست گروه‌های خاص تأکید دارد. این مضمون با اندیشه استاینری درباره منع تراکم ناعادلانه ثروت از محل منابع عمومی، کاملاً هم‌خوان است.

#### ۴.۲. مبانی فقهی: انفال، اموال عمومی و حق بهره‌مندی همگانی

در فقه اسلامی امامیه، مفهوم مالکیت عمومی و جایگاه انفال نقشی محوری در تنظیم نسبت مردم با منابع طبیعی ایفا می‌کند. «انفال» در ادبیات فقهی به اموالی اطلاق می‌شود که در مالکیت شخصی افراد قرار ندارند و به‌صورت پیشینی متعلق به حاکم اسلامی‌اند تا براساس مصالح امت اداره شوند.

مستندات این مفهوم در قرآن کریم (سوره انفال، آیه ۱) و روایات معتبر شیعه وجود دارد و در فقه امامیه به تفصیل مورد تحلیل قرار گرفته است.

فقه‌های امامیه از جمله شیخ طوسی، علامه حلی و صاحب جواهر، انفال را شامل زمین‌های موات، معادن، جنگل‌ها، دریاها، کوه‌ها و ثروت‌های بدون مالک می‌دانند که «فیء» یا ملک حکومت اسلامی محسوب می‌شوند. این اموال نه در تملک شخصی امام، بلکه در اختیار «منصب امامت» به عنوان نهاد شرعی حاکمیت قرار دارند. بر همین اساس، پس از دوران حضور معصوم، ولایت امر و نیابت عامه فقیه واجد همان اختیارات برای اداره انفال به نفع جامعه است. این بینش فقهی نزدیکی چشمگیری با نظریه عدالت منابع محور هیلل استاینر دارد که بر تعلق همگانی منابع طبیعی و امانت‌داری حاکم عادل در بهره‌برداری تأکید می‌ورزد.

علاوه بر انفال، فقه اسلامی میان اموال متعلق به عموم مسلمانان و اموال دولتی تمایز قائل است. در منابع فقهی و حدیثی آمده است: «المسلمون شرکاً فی ثلاث: علما و الکلاً و النار»؛ به این معنا که مسلمانان در منابع حیاتی مانند آب، مرتع و سوخت، حق مشترک دارند.<sup>۱</sup> این حکم، ماهیتی اجتماعی برای منابع طبیعی قائل است و با فلسفه استاینری مبنی بر حق برابر در دسترسی به مواهب طبیعت همسو است.<sup>۲</sup> در این چارچوب، احیای اراضی موات به عنوان یکی از راه‌های تملک در فقه، مقید به عدم تعارض با منافع عمومی است. قاعده مشهور «من أحیا أرضاً مواتاً فهي له» مشروط به آن است که عمل احیا به مصالح عامه آسیب نرساند. بسیاری از فقها از جمله امام خمینی (ره) تصریح کرده‌اند که در عصر غیبت، ولی فقیه می‌تواند احیای اراضی را در مواردی که موجب تضييع حقوق عمومی یا اخلال در نظام باشد، ممنوع سازد.<sup>۳</sup> در واقع، فقه امامیه با حفظ احترام به حقوق مکتسبه، امکان تحدید تصرفات جدید را برای رعایت عدالت اجتماعی و توزیع متوازن فراهم می‌کند. همین رویکرد در سال ۱۳۵۸ در قالب قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری به تصویب شورای انقلاب درآمد و به دولت اجازه داد اراضی بایر را در جهت مصالح عمومی مسکن در اختیار گیرد. این اقدام نمونه‌ای از تطبیق فقه شیعه با مقتضیات عدالت توزیعی مدرن است که با دیدگاه استاینر درباره الزام تصرف به پرداخت جبران به سایر شهروندان مطابقت دارد.

۱. حر عاملی، محمدبن حسن، *وسائل‌الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۳۹۳، باب ۴، ص. ۴۱۷.

2. Steiner, H., *op. cit.*, p. 248.

۳. خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیله*، ج ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی‌تا، ص. ۵۳۲.

همچنین مفهوم «بیت‌المال» در فقه اسلامی، به‌عنوان خزانه عمومی مسلمین، جایگاهی کلیدی در تنظیم روابط دولت و ملت دارد. امام‌علی (ع) در عهدنامه مالک‌اشتر تأکید کرده‌اند که هیچ گروهی نباید در بهره‌مندی از بیت‌المال بر دیگران تقدم یابد، حتی اگر دارای نسب، قبیله یا قدرت خاصی باشد. این آموزه در راستای اندیشه عدالت‌محور اسلامی، مبتنی بر برابری همگان در دسترسی به ثروت‌های عمومی است. براین‌اساس، می‌توان نتیجه گرفت که فقه امامیه ظرفیت گسترده‌ای برای تحقق مدل عدالت منابع‌محور دارد. از تملک مشروط منابع طبیعی توسط حاکم اسلامی، تا حق همگانی در آب، مرتع و اراضی موات، و نظارت فقیه در توزیع عادلانه منابع، همگی مؤید این حقیقت‌اند که فقه شیعه می‌تواند مبنای نیرومند حقوقی برای تحقق عملی نظریه استاینر در بافت اسلامی معاصر فراهم آورد.

البته باید اذعان کرد که فقه اسلامی صرفاً در راستای تقویت مالکیت عمومی حرکت نکرده است. در کنار نهادهایی مانند انفال و بیت‌المال، قواعد قدرتمندی نیز در فقه وجود دارد که بر مالکیت فردی و تصرف خصوصی تأکید می‌کنند. از جمله، قاعده «من أحميا أرضاً مواتاً فهي له» که بر پایه آن، هر کس زمین مواتی را احیا کند، مالک آن خواهد بود؛ یا قاعده «الحیازة سبب للملك» که حیزات اشیای مباح را موجب تملک می‌داند. همچنین در فقه امامیه، اصل بر این است که مالکیت زمین به فروع آن نیز سرایت می‌کند، مگر آنکه دلیل شرعی یا قانونی خلاف آن را ثابت کند. این قواعد، در عمل زمینه گسترش مالکیت خصوصی را فراهم می‌سازند و نشان می‌دهند که فقه اسلامی واجد نوعی دوگانگی مفهومی میان «مالکیت عمومی بر منابع طبیعی» و «مالکیت خصوصی ناشی از حیزات و احیا» است. از منظر نظریه استاینر، همین دوگانگی محل تأمل است: اگرچه فقه ظرفیت بالایی برای پذیرش ایده «حق برابر همگان» دارد، قواعد مربوط به حیزات و احیای اراضی، در صورت فقدان مکانیسم‌های جبرانی، می‌تواند به بازتولید همان نابرابری‌هایی بینجامد که استاینر نقد می‌کند. بنابراین، بازخوانی فقه در پرتو عدالت منابع‌محور باید هم به ظرفیت‌ها و هم به چالش‌های آن توجه کند تا از گزینش یک‌سویه ادله پرهیز شود.

### ۴.۳. سازوکارهای جبرانی و بازتوزیعی در نظام کنونی جمهوری اسلامی ایران

نظام جمهوری اسلامی ایران، علاوه بر چارچوب‌های حقوقی مالکیت عمومی منابع، در عمل نیز از سازوکارهایی بازتوزیعی برای تحقق عدالت بهره گرفته است. از مهم‌ترین این سازوکارها طرح «سهام عدالت» است که در دهه ۱۳۸۰ اجرا شد. سهام عدالت طرحی بود که طی آن بخشی از سهام شرکت‌های دولتی بزرگ به مردم واگذار گردید تا علاوه بر تسریع در خصوصی‌سازی، ثروت عمومی

عدالانه‌تر توزیع شود.<sup>۱</sup> در این طرح، مضمولان (شامل روستاییان، کارگران، افراد تحت پوشش نهادهای حمایتی و...) برگه‌های سهامی دریافت کردند و مقرر بود اقساط این سهام از محل سود شرکت‌ها پرداخت شود تا در عمل مالکیت بدون پرداخت نقدی اولیه منتقل گردد. سهام عدالت را می‌توان تلاشی دانست در راستای تحقق این ایده که توده‌های مردم در مالکیت منابع و صنایع ملی سهیم شوند. به بیان دیگر، به جای آنکه صنایع بزرگ (که عمدتاً به منابع طبیعی یا سرمایه‌های ملی متکی‌اند) صرفاً در اختیار دولت یا گروه محدودی سرمایه‌دار باشد، آحاد مردم سهام‌دار آن شوند و از عوایدش منتفع گردند. این ابتکار هرچند با چالش‌هایی در اجرا و اثربخشی مواجه بوده است، از منظر عدالت منابع محور گامی مثبت تلقی می‌شود؛ زیرا بخشی از ثروت ملی به شکل مستقیم‌تر به مردم منتقل شده است. سهام عدالت را می‌توان معادل ایرانی ایده استاینر در خصوص «سهام برابر از منابع» دانست که به جای اعطای نقدی، در قالب مالکیت تولیدی ارائه گردید.<sup>۲</sup>

سازوکار مهم دیگر یارانه‌های عمومی است. دولت ایران سال‌ها از محل درآمدهای نفت و گاز، انرژی، نان، دارو و سایر اقلام ضروری را با قیمت ارزان در اختیار مردم قرار می‌داد که نوعی بهره‌مندی همگانی از ثروت ملی بود. با تصویب «قانون هدفمند کردن یارانه‌ها» در سال ۱۳۸۸، که از یک منظر مخالف نظریه حیزت در فقه امامیه است، رویکرد توزیع عوض شد: قیمت حامل‌های انرژی و کالاهای اساسی به نرخ واقعی نزدیک شد و در عوض دولت شروع به پرداخت یارانه نقدی ماهانه به تمام شهروندان کرد. این یارانه نقدی در واقع سهم مستقیم هر ایرانی از محل صرفه‌جویی و درآمد اضافی دولت بود. هرچند مبلغ آن به مرور بر اثر تورم کم‌ارزش شد و به تدریج از شمول ثروتمندان کاسته شد، در سال‌های آغازین، تجلی روشنی از تقسیم درآمد ملی به صورت مساوی میان مردم به شمار می‌رفت. این پرداخت نقدی را می‌توان شبیه «سهام شهروندی» در نظریات عدالت منابع محور و به ویژه نظریه استاینر تلقی کرد؛ چراکه به تحقق «حق مالی برابر از منابع» کمک می‌کند.<sup>۳</sup>

سومین سازوکار صندوق توسعه ملی است که رویکردی میان‌نسلی دارد. این صندوق در سال ۱۳۸۹ براساس ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه و ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴، با هدف تبدیل بخشی از

۱. جلال‌آبادی، اسدالله و همکاران، «ارزیابی طرح سهام عدالت از منظر خصوصی‌سازی»، *مجله مجلس و پژوهش*، ش. ۵۴، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۵.

2. Steiner, H., *op. cit.*, p. 268.

3. Salehi-Isfahani, D., & Mostafavi-Dehzoeei, M. H., "Cash transfers and labor supply: Evidence from a large-scale program in Iran", (Economic Research Forum Working Paper No. 1090). Economic Research Forum, 2017, p.5

عواید فروش نفت و گاز به ثروت‌های ماندگار و سرمایه‌های زاینده اقتصادی تأسیس شد. طبق اساسنامه صندوق، هر سال درصدی از درآمد نفتی (حداقل بیست درصد) به این صندوق واریز می‌شود تا در پروژه‌های سرمایه‌گذاری (عمدتاً به صورت تسهیلات به بخش خصوصی و تعاونی) مصرف شود و اصل و سود آن برای آیندگان باقی بماند. ایده تشکیل صندوق دقیقاً مبتنی بر این دغدغه بود که منابع طبیعی تجدیدناپذیر (نفت و گاز) میراث مشترک نسل فعلی و نسل‌های بعدی است و نباید تمام آن در زمان حال مصرف گردد. از منظر عدالت منابع محور، صندوق توسعه ملی ابزاری برای رعایت عدالت بین نسلی است؛ به نحوی که فرزندان و نوادگان ما نیز در ثروت‌های طبیعی سهم عادلانه داشته باشند و نسل حاضر همه دارایی را مصرف نکند.<sup>۱</sup>

#### ۴.۴. خلأها و ظرفیت‌ها برای هم‌راستاسازی نظام موجود با نظریه استاینر

باوجود زمینه‌های حقوقی و فقهی مناسب و سیاست‌های توزیعی یادشده، نظام فعلی ایران تا دستیابی کامل به ایدئال استاینر (حق برابر همگان در منابع طبیعی) فاصله دارد. یکی از خلأهای مهم، نبود یک سازوکار حقوقی صریح برای جبران است. در نظریه استاینر، اگر فرد یا نهادی بیش از سهم برابر خود از منابع بهره‌برداری کند، باید مابه‌ازایی به دیگران بپردازد تا توازن برقرار شود.<sup>۲</sup>

در ایران، به موجب اصل ۴۸ قانون اساسی «در بهره‌برداری از منابع طبیعی و استفاده از درآمدهای ملی در سطح استان‌ها و توزیع فعالیت‌های اقتصادی میان استان‌ها و مناطق مختلف کشور، باید تبعیض در کار نباشد؛ به طوری که هر منطقه فراخور نیازها و استعداد رشد خود، سرمایه و امکانات لازم در دسترس داشته باشد». البته اقتضای اصل عدم تبعیض، برخورداری برابر مناطق مختلف کشور از درآمدهای ملی نیست. باوجود این، در عمل ملاحظه می‌شود شکاف توسعه‌ای میان برخی استان‌ها وجود دارد و شواهد نشان می‌دهد استان‌های نفت‌خیز یا معدن‌خیز کشور (مانند خوزستان، بوشهر، کرمان و...) علی‌رغم سهم عمده در تولید ثروت ملی، از نظر شاخص‌های رفاه و عمران لزوماً در رتبه‌های برتر نیستند.

خلأ دیگر، نبود حقوق مالی مستقیم و موروثی برای شهروندان از محل منابع ملی است. نظریه استاینر اعطای «سهم‌الارث اولیه» به هر فرد را پیشنهاد می‌کند،<sup>۳</sup> اما در سیستم ما چنین حقی تعریف نشده است. سهام عدالت نزدیک به این ایده بود، ولی همگان را پوشش نداد و ارزش آن نیز نسبت به کل

1. Steiner, H., *op. cit.*, pp. 245-246.

2. Steiner, H., *Ibid.*, pp. 235-236.

3. *Ibid.*, p. 268, Vallentyne, P., & Steiner, H., "Libertarian Theories of Intergenerational Justice", In A. Gosseries & L. Meyer (Eds.), *Justice Between Generations*, Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 62.

ثروت ملی اندک بود. می‌توان اندیشید که هر ایرانی در بدو تولد یا هنگام بلوغ، سهمی از ثروت ملی (مثلاً اوراق مالکیت دولتی، سهام منابع یا مبلغی در صندوق سرمایه‌گذاری) داشته باشد که تا پایان عمر پشتیبان مالی او گردد. این ایده تاکنون در قوانین مطرح نشده است، درحالی‌که هم با عدالت اجتماعی همخوان است و هم با مبانی فقهی منافاتی ندارد؛ زیرا می‌توان آن را نحوه‌ای از مصالحه عمومی بر سر انفال دانست. ظرفیت قانونی برای چنین ابتکاری را می‌توان در اصل ۴۳ (تأمین نیازهای اساسی برای همه) و اصل ۳ و ۳۱ قانون اساسی (حق مسکن، رفاه و...) جست‌وجو کرد.

نکته مهم دیگر، شفافیت و پاسخ‌گویی در اداره ثروت‌های عمومی است. نظریه استاینر بر حق همگان تأکید دارد و لازمه آن این است که مردم بدانند منابعشان چگونه مصرف می‌شود و بتوانند در تصمیم‌گیری‌ها دخیل باشند. قانون اساسی ایران در اصل ۵۵ به نظارت دیوان محاسبات و انتشار عمومی گزارش تفریح بودجه اشاره کرده که گامی در راستای شفافیت است.

اگر اداره انفال واقعاً به نمایندگی از مردم است، باید مکانیسم‌های دموکراتیک قوی‌تری برای تضمین استفاده عادلانه از آنها وجود داشته باشد. به‌عنوان مثال، صندوق‌های ثروت ملی در کشورهایی مانند نروژ زیر نظر هیئت‌های امنای مستقل و پاسخ‌گو به ملت اداره می‌شوند. در ایران نیز می‌توان ترکیبی از نمایندگان دولت، مجلس، نهادهای مدنی و حتی بخش خصوصی را در نظارت بر صندوق توسعه ملی و سایر منابع عمومی دخیل کرد تا تصمیمات بهینه و منافع بلندمدت مردم تضمین شود.

در جمع‌بندی، می‌توان گفت نظام حقوقی و فقهی جمهوری اسلامی ایران جهت‌گیری‌های کلی مناسبی برای رعایت عدالت منابع‌محور دارد؛ از ملی کردن منابع و ممنوعیت تملک خصوصی مطلق گرفته تا سیاست‌های بازتوزیعی چون سهام عدالت و صندوق نسل‌های آینده. این‌ها نقاط قوت است که در بسیاری از نظام‌های دیگر نظیرش کمتر یافت می‌شود. اما تا رسیدن به وضعیت مطلوب استاینری همچنان راه باقی است. باید برپایه ظرفیت‌های فقهی غنی (اصل انفال و بیت‌المال) و اصول قانون اساسی (عدالت، نفی تبعیض، حمایت از مستضعفان)، ابتکارات حقوقی نوینی طراحی کرد که حق مالکیت عمومی مردم بر منابع را از حالت شعاری و دولتی، به حقوقی عملی و قابل مطالبه توسط تک‌تک شهروندان تبدیل کند.

برای نمونه، تعریف «سهام منابع ملی» برای هر ایرانی، تقویت نهادهای مدیریت عمومی مستقل، وضع مالیات بر ارزش زمین و منابع برای جلوگیری از انباشت ثروت ناشی از رانت منابع در دست عده‌ای محدود، اصلاحاتی است که با روح اسلام و عدالت نیز سازگار است. در بُعد اجرایی نیز لازم است

سازوکارهای جبرانی تقویت شود؛ بدین معنا که بهره‌برداران بزرگ منابع (مثل شرکت‌های نفتی، معادن خصوصی شده و...) سهم عادلانه‌ای به جامعه پرداخت کنند تا شکاف طبقاتی تعدیل شود. خوشبختانه فقه امامیه مفاهیمی چون خمس انقال یا مصالحه با حاکم برای این موارد پیش‌بینی کرده است که می‌توان در قالب قوانین مالیاتی عادلانه به کار بست.

باری، نظریه هیلل استاینر با تأکید بر حق برابر افراد در منابع طبیعی، برای نظام حقوقی ایران یک فرصت فکری فراهم می‌کند تا ضمن وفاداری به مبانی اسلامی خود، سازوکارهای عدالت اقتصادی را بهبود بخشد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول اقتصادی خود بارقه‌های این اندیشه را دارد و فقه شیعه نیز پشتیبان آن است؛ اکنون وظیفه حقوق‌دانان و سیاست‌گذاران است که با بهره‌گیری از این پشتوانه‌ها و تجربه‌های عملی گذشته (سهام عدالت، یارانه‌ها و صندوق توسعه)، طرحی نو دراندازند و عدالت منابع محور را هرچه بیشتر از قوه به فعل درآورند؛ طرحی که در آن نه تنها منابع خدادادی به انصاف بین مردم تقسیم شود، بلکه کرامت انسانی و تعالی جامعه که آرمان والا تر نظام حقوقی است نیز تحقق یابد.

نکته‌ای که در اینجا باید به‌عنوان محدودیت نظری رویکرد استاینری در بستر حقوق ایران مورد تأمل قرار گیرد، این است که استاینر منابع طبیعی را میراث مشترک «همه انسان‌ها» می‌داند و بر حق برابر نوع بشر در بهره‌برداری از آنها تأکید می‌کند. بر این اساس، اگر نظریه وی به‌صورت کامل پذیرفته شود، منطقی آن است که منافع ناشی از منابع نفتی ایران نه فقط میان ایرانیان، بلکه میان همه انسان‌ها توزیع گردد. باین حال، در حقوق موضوعه بین‌الملل، اصل «حاکمیت دائمی ملت‌ها و دولت‌ها بر منابع طبیعی»<sup>۱</sup> به رسمیت شناخته شده است و بر اساس آن، هر دولت مالک و متولی منابع سرزمینی خود دانسته می‌شود. از همین رو، در سیاست‌گذاری‌های داخلی، توزیع عواید منابع طبیعی عملاً به شهروندان همان کشور محدود می‌شود و نه به جامعه جهانی. این محدودیت، گرچه با مبنای جهانی عدالت استاینر فاصله دارد، اما در پرتو اصول حقوق بین‌الملل موجود و ساختار دولت-ملت، اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. بدین سان، می‌توان گفت که ترجمان نظریه استاینر در ایران ناگزیر است در سطح ملی متوقف شود و توزیع جهانی منابع را به مثابه افقی هنجاری و نه الزام حقوقی تلقی کند.

جمع‌بندی تطبیقی تطابق ساختارهای سه کشور منتخب با عناصر اصلی نظریه استاینر

ایالات متحده	آلمان	ایران	شاخص‌ها / کشورها
X	تا حدی X	✓(در فقه و اصل ۴۵ قانون اساسی)	مالکیت اولیه برابر منابع
فقط در آلاسکا ✓	X	✓(سهام عدالت، یارانه، صندوق توسعه ملی)	وجود صندوق / سهم مستقیم شهروندان
X	✓(مالیات بر ارث، درآمد تصاعدی)	تا حدی ✓ (خمس، مالیات منابع)	مالیات بر منابع / ثروت غیرکاری
X	✓	✓(مشروط بودن مالکیت به شرع و قانون)	اصل اجتماعی بودن مالکیت
X	تا حدی ✓	✓(صندوق توسعه ملی)	عدالت بین نسلی منابع
X	✓	تا حدی X (اصل ۴۸ قانون اساسی، اما اجرا ناقص)	بازتوزیع بر اساس مکان جغرافیایی

### نتیجه‌گیری

نظریه عدالت منابع محور هیلل استاینر، با تأکید بر حق برابر همگان نسبت به منابع طبیعی، کوشش می‌کند تا راهی برای برقراری آشتی میان آزادی فردی با برابری اقتصادی بیابد؛ آن هم نه از رهگذر تقلیل آزادی، بلکه با بازتعریف مبنای مشروعیت مالکیت اولیه بر منابع. استاینر، برخلاف لیبرتارین‌های کلاسیک چون نوزیک، بر این باور است که تخصیص خصوصی منابع طبیعی، بدون جبران به دیگران، ناقض عدالت است؛ چراکه بهره‌مندی انحصاری از موهبت‌های خدادادی، به معنای محروم‌سازی دیگران از حق برابر در آنهاست. این نظریه، از حیث فلسفی، در تقاطع دو جریان مهم قرار می‌گیرد: از یک سو پایبند به کرامت و خودمختاری فرد است و از سوی دیگر، بازتوزیع منابع را نه لطف دولت یا فرایند سیاسی، بلکه مطالبه‌ای حقوقی برای هر شهروند می‌داند.

تحلیل تطبیقی نشان داد که هیچ‌یک از نظام‌های حقوقی بررسی شده به‌طور کامل با الگوی استاینری انطباق ندارند، اما درجاتی از هم‌پوشانی در برخی ساختارها یا سیاست‌ها قابل مشاهده است. ایالات متحده، با سنت حقوقی مبتنی بر مالکیت فردی مطلق و قاعده تصرف نخستین، فاصله‌ای آشکار با عدالت

منابع محور دارد؛ منابع طبیعی اغلب در تملک اشخاص خصوصی است، مالیات بر ثروت اندک و مکانیسم جبرانی فراگیری برای توزیع مواهب طبیعی وجود ندارد. تنها تجربه ایالت آلاسکا از حیث تقسیم سود نفتی نمونه‌ای محدود، اما الهام‌بخش از عملی‌سازی ایده استاینر در بستر لیبرالیسم امریکایی است.

در نقطه مقابل، آلمان با قانون اساسی‌ای که بر وظیفه اجتماعی مالکیت تأکید می‌کند، سنتی غنی از اقتصاد اجتماعی بازار و نهادهایی فعال در بازتوزیع ثروت، زمینه حقوقی مساعدتری برای تحقق عدالت استاینری دارد. اصل ۱۵ قانون اساسی این کشور، امکان انتقال منابع طبیعی به مالکیت عمومی را به رسمیت می‌شناسد و دادگاه قانون اساسی نیز با تفسیرهایی پیشرو، مالکیت خصوصی را در تعارض با منافع عمومی محدود می‌سازد. با این حال، حتی در آلمان نیز بهره‌برداری از منابع با پرداخت سهم مستقیم به همه شهروندان همراه نیست و حق برابر نسبت به منابع به شکل رسمی نهادینه نشده است.

در نظام جمهوری اسلامی ایران، مبانی فقهی و اصول قانون اساسی ظرفیت‌هایی درخور برای پذیرش عدالت منابع محور فراهم کرده‌اند. مفاهیمی چون انفال، بیت‌المال، قاعده «المسلمون شرکاء فی ثلاث»، اصل ۴۵ قانون اساسی و تجربه‌هایی مانند سهام عدالت، یارانه نقدی و صندوق توسعه ملی، همگی بیانگر نوعی گرایش به عدالت توزیعی در منابع عمومی‌اند. اما در عمل، فقدان یک نظام حقوقی منسجم برای تضمین حق برابر مردم در منابع، ضعف شفافیت، نابرابری منطقه‌ای در بهره‌برداری، و نبود نهادهای پاسخ‌گو مانع از تحقق کامل مدل استاینری شده‌اند.

با عنایت به مراتب مذکور، می‌توان گفت که ترجمان عملی نظریه استاینر در نظام حقوقی ایران مستلزم آن است که قانون‌گذار و قضات، عدالت منابع محور را نه صرفاً یک ایده اخلاقی، بلکه یک مطالبه حقوقی و نهادی برای همه شهروندان تلقی کنند. در این مسیر، چند جهت‌گیری عملی برجسته می‌تواند راهنمای اصلاحات آینده باشد:

- **تعریف حق برابر در منابع ملی به عنوان حق مالی عینی و قابل مطالبه:** قانون‌گذار، بر پایه اصول ۴۳، ۴۵ و ۴۸ قانون اساسی و پشتوانه فقهی انفال و بیت‌المال، می‌تواند صریحاً مقرر کند که هر ایرانی از بدو تولد، سهمی از عواید منابع طبیعی دارد و هیچ بهره‌برداری خصوصی یا دولتی بدون جبران این حق مشروعیت نمی‌یابد.
- **اصلاح نظام مالیات منابع و ارزش زمین بر مبنای منطق جبرانی استاینر:** اخذ مالیات مشخص از بهره‌برداران بزرگ منابع (نفتی، معدنی و...) و تبدیل آن به سهمی برابر برای همه

- شهروندان، می‌تواند بازتاب عملی همان قید برابری در تصرف نخستین باشد و از تمرکز رانت‌های ناشی از منابع جلوگیری کند.
- **تقویت عدالت بین‌نسلی از طریق بازتعریف صندوق‌های عمومی:** صندوق توسعه ملی و نهادهای مشابه باید از وضعیت دولت‌محور و غیرشفاف کنونی خارج شوند و به‌صورت امانت مشترک نسل‌ها، با نظارت عمومی و نمایندگی واقعی مردم اداره گردند؛ به‌نحوی که سهم آیندگان در منابع طبیعی تضمین شود.
  - **نهادینه‌سازی اصل «حق برابر مردم» در رویه قضایی:** قضات می‌توانند در دعاوی مرتبط با منابع طبیعی و انفال، با تفسیر موسع از اصول قانون اساسی و قواعد فقهی، این اصل را به‌مثابه قاعده‌ای بنیادین به کار گیرند؛ بدین‌گونه که بهره‌برداری خصوصی یا دولتی مقید به رعایت حق عمومی باشد و شهروندان بتوانند جبران تضییع حق خویش را مطالبه کنند.
  - **تضمین شفافیت و پاسخ‌گویی در اداره ثروت‌های ملی:** شرط تحقق عدالت منابع‌محور آن است که مردم بدانند دارایی‌هایشان چگونه مدیریت می‌شود. الزام دولت به انتشار گزارش‌های سالانه از مصرف منابع و مشارکت نهادهای مدنی در نظارت، می‌تواند گامی اساسی در جهت بازگرداندن منابع به جایگاه «حق مشترک همگان» باشد.
- بدین‌ترتیب، نظریه استاینر از سطح فلسفی به عرصه نهادی راه می‌یابد و می‌تواند همسو با مبانی فقهی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تلفیقی پایدار از آزادی فردی و برابری اقتصادی را در ساختار حقوقی کشور محقق سازد.

## منابع

### فارسی

#### کتاب

۱. خمینی، روح‌الله، **تحریر الوسیله**، ج ۱. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی‌تا.

#### مقاله

۲. استاینر، هیلل، «مفهوم عدالت»، ترجمه محمد راسخ. *فصلنامه مجلس و پژوهش*، ش. ۳۸، ۱۳۸۲، صص. ۴۰-۱۱.

<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/>

۳. جلال آبادی، اسدالله و همکاران، «ارزیابی طرح سهام عدالت از منظر خصوصی سازی»، *مجله مجلس و پژوهش*، ش. ۵۴، ۱۳۸۶، صص. ۱۰۳-۱۲۶.

<https://lib.majles.ir/parvan/resource/134741/>

۴. راسخ، محمد، «حق، جزء مؤلف عدالت»، *دانشنامه‌های حقوقی*، د. ۳، ش. ۶، ۱۳۹۹، صص. ۱۰۰-۷۷.  
Doi: 10.22034/law.2021.525140.1048

عربی

کتاب

۵. حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۳۹۳.

## References

### Books

1. Cohen, G. A., **Self-Ownership, Freedom, and Equality**, Cambridge University Press, 1995.
2. Hurr Ameli, Muhammad ibn Hassan, **Wasa'il-Shi'ah to the Study of Sharia Issues**, Vol. 17, Qom: Al-Bayt Institute, 2014. (In Arabic)
3. Khomeini, Ruhollah, **Tahrir al-Wasilah**, vol. 1. Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, undated. (In Persian)
4. Merrill, T. W., and H. E. Smith. **Property: Principles and Policies**. 3<sup>rd</sup> edition. New York: Foundation Press, 2017.
5. Nozick, R., **Anarchy, State, and Utopia**, Basic Books, 1974.
6. Pettit, P., **Republicanism: A Theory of Freedom and Government**, Oxford University Press, 1997.
7. Rawls, J., **A Theory of Justice**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.
8. Steiner, H., **An Essay on Rights**, Wiley-Blackwell, 1994.

### Articles

9. Goldsmith, S., "The Alaska Permanent Fund Dividend: An Experiment in Wealth Distribution", *Paper presented at the Ninth International Congress of the Basic Income European Network*, Geneva, 2002, pp. 1-17 [https://basicincome.org/bien/pdf/2002Goldsmith.pdf?utm\\_source=chatgpt.com](https://basicincome.org/bien/pdf/2002Goldsmith.pdf?utm_source=chatgpt.com)
10. Jalalabadi, Asadollah et al., "Evaluation of the Justice Shares Plan from a Privatization Perspective", *Journal of Parliament and Research*, Vol. 54, 2007, pp. 103–126. (In Persian) <https://lib.majles.ir/parvan/resource/134741/>
11. Kramer, M. H., "Introduction". In M. H. Kramer (Eds.), *Rights, Wrongs and Responsibilities* (pp. 13-20). New York: Palgrave Macmillan, 2001. 10.1057/9780230523630
12. Lubens, R., "The social obligation of property ownership: A comparison of German and U.S. law", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 24(2), 2007, pp.389–449. [https://arizonajournal.org/wp-content/uploads/2015/11/Lubens\\_Article.pdf](https://arizonajournal.org/wp-content/uploads/2015/11/Lubens_Article.pdf)Rasekh,
13. Mohammad, R., "Right, Part of the Justice Component", *Legal Encyclopedias*, Vol. 3, No. 6, 2010, pp. 100–77. (In Persian) 10.22034/law.2021.525140.1048

14. Salehi, Isfahani, D., & Mostafavi, Dehzoeei, M. H., "Cash transfers and labor supply: Evidence from a large scale program in Iran", (Economic Research Forum Working Paper No. 1090). Economic Research Forum, 2017, pp.1-28 <https://erf.org.eg/wp-content/uploads/2017/05/1090>.
15. Shnayderman, Ronen, "Freedom, Self-Ownership, and Equality in Steiner's Left-Libertarianism", *Politics, Philosophy & Economics*, Vol. 12, No. 3, 2013, pp. 219–227. [10.1177/1470594X12460638](https://doi.org/10.1177/1470594X12460638)
16. Steiner, H., "A Liberal Theory of Exploitation", *Ethics*, Vol. 87, No. 2, 1977, pp. 225–241 [10.1086/292529](https://doi.org/10.1086/292529)
17. Steiner, H., "The Concept of Justice", translated by Mohammad Rasekh, *Quarterly Journal of Parliament and Research*, Vol. 38, 2003, pp. 11–40. (In Persian)  
<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/428089/%D9%85%D9%81%D9%87%D9%88%D9%85-%D8%B9%D8%AF%D8%A7%D9%84%D8%AA>
18. Vallentyne, P., & Steiner, H. "Libertarian Theories of Intergenerational Justice", In A. Gosseries & L. Meyer (Eds.), *Justice Between Generations* (pp. 50–76). Oxford: Oxford University Press. 2009. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199282951.003.0003>
19. Chancel, L., Piketty, T., Saez, E., & Zucman., "World Inequality Report 2022. World Inequality Lab", 2022, pp. 1-235 <https://lib.icimod.org/records/mmxhy-6vn34>

## **Restudying the Legal Structure of Economic Property Rights Based on Steiner's Rights-Based Theory of Justice: From Negative Liberty to Historical Restitution**

**Mohammad Ghasem Tangestani\***  
**Mahdi Moradi Berelian\*\***

Received: 2025.10.15

Accepted: 2024.07.21

### **Abstract**

In many legal systems, private ownership of natural resources and public assets has often been founded on historical appropriations made without regard to the equal rights of all individuals to those resources. Hillel Steiner's rights-based theory of justice emphasizing negative liberty and the need for historical restitution in the initial distribution of natural resources fundamentally challenges these conventional foundations of private property. Using a descriptive-analytical and comparative approach, this study revisits the legal structure of economic property rights from Steiner's perspective. It aims to identify injustices in the existing system and to propose a novel legal framework grounded in individuals' equal rights to natural resources. First, Steiner's key theoretical components including the originality of negative liberty (freedom from interference), the principle of self-ownership, and the notion of common ownership of natural resources are explained and then compared with those of the existing property law regime. The findings indicate that the existing economic property law regime, if it ignores individuals' equal shares of original resources and lacks mechanisms of compensation for past appropriations, remains unstable from a distributive justice standpoint. In conclusion, applying Steiner's rights-based principles in legal policymaking can safeguard negative liberty and legitimate property rights while institutionalizing tools for historical injustice restitution and the fair distribution of original resources. Thus, Steiner's framework can serve as a foundation for reforming property law and achieving a more sustainable order grounded in distributive fairness.

### **Keywords:**

Rights-Based Justice, Steiner, Negative Liberty, Historical Restitution, Economic Property Rights.

---

\* Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran.  
Corresponding Author Email: m.tangestani@khu.ac.ir

\*\* Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



## تحلیل تطبیقی توزیع ریسک و حل اختلاف در قراردادهای EPC و تأثیر آن بر کارایی پروژه‌ها: مطالعه در حقوق ایران، فرانسه، انگلستان و امریکا

سمیه قاسمی حامد\*

مجتبی قاسمی\*\*

شهرزاد حدادی\*\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۲۰

### چکیده

قراردادهای EPC به‌عنوان ابزاری کلیدی در اجرای پروژه‌های بزرگ صنعتی و زیربنایی به‌شمار می‌آیند؛ زیرا با تمرکز مسئولیت‌ها در یک پیمانکار، قابلیت کاهش مدت اجرا و بهبود هماهنگی پروژه را فراهم می‌کنند. این پژوهش با رویکرد تحلیلی تطبیقی به بررسی سه محور اصلی «توزیع ریسک»، «سازوکارهای حل اختلاف» و «ضمانت اجراها»، در نظام‌های حقوقی ایران، فرانسه، انگلستان و ایالات متحده می‌پردازد و تلاش دارد رابطه این تفاوت‌های حقوقی را با کارایی اجرای پروژه‌ها روشن سازد. روش پژوهش توصیفی تحلیلی و تطبیقی است که با استفاده از مطالعات کتابخانه‌ای، اسناد فنی قراردادی (شامل اسناد فیدیک) و بررسی رویه‌های حقوقی و تجربیات پروژه‌های نمونه، اجرا شده است. یافته‌ها نشان می‌دهند که شفافیت در توزیع ریسک، وجود نهادهای تخصصی حل اختلاف و چارچوب‌های تضمینی روشن، همگی با افزایش کارایی اجرایی پروژه‌ها رابطه مثبت دارند؛ در مقابل، فقدان مقررات اختصاصی در ایران به ابهام در توزیع ریسک و طولانی شدن فرایند حل اختلاف می‌انجامد که کارایی را کاهش می‌دهد. براین‌اساس، تدوین مقررات بومی برای قراردادهای EPC، تقویت سازوکارهای داوری تخصصی و شفاف‌سازی نظام تضمین‌ها به‌عنوان اقدامات کلیدی پیشنهادی ارائه می‌شوند.

### کلیدواژه‌گان:

قراردادهای EPC، توزیع ریسک، حل اختلاف، ضمانت اجرا، تحلیل تطبیقی، کارایی پروژه.

\* دانشجوی دکتری، گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی: پردیس بین‌المللی کیش، کیش، ایران.

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

mojtaba\_ghasemi@sbu.ac.ir

\*\*\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، 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

در جهان معاصر، سرعت روزافزون تحولات صنعتی، اقتصادی و اجتماعی، نیاز به شیوه‌های نوین و کارآمد در اجرای پروژه‌های بزرگ را بیش‌ازپیش نمایان ساخته است. در این میان، قراردادهای طرح و ساخت (EPC)<sup>۱</sup> به‌عنوان یکی از کارآمدترین ابزارهای حقوقی برای مدیریت پروژه‌های عظیم صنعتی، عمرانی و زیربنایی شناخته می‌شوند.<sup>۲</sup> این قالب قراردادی با تجمیع سه مرحله طراحی،<sup>۳</sup> تدارکات<sup>۴</sup> و ساخت<sup>۵</sup> در تعهدات یک پیمانکار واحد، روشی مؤثر برای کاهش مدت‌زمان پروژه، کنترل هزینه‌ها، بهبود کیفیت اجرا و تسهیل فرایند مدیریت به‌شمار می‌رود.<sup>۶</sup>

اهمیت قراردادهای EPC به‌ویژه در پروژه‌هایی با پیچیدگی‌های فنی بالا و حساسیت‌های مالی و زمانی، دوچندان می‌شود. این قراردادها با اتکا بر اصل «تحمیل مسئولیت یکپارچه»،<sup>۷</sup> تمرکز مسئولیت‌های اجرایی را برعهده یک نهاد قراردادی قرار می‌دهد و امکان پاسخ‌گویی مؤثرتر در برابر کارفرما را فراهم می‌سازد.<sup>۸</sup> با این حال، این ویژگی در کنار مزایای قابل‌توجه برای کارفرما، چالش‌های حقوقی متعددی را نیز به‌همراه دارد؛ از جمله انتقال حجم گسترده‌ای از ریسک‌های مالی، فنی و زمانی به پیمانکار، ضرورت تنظیم دقیق تعهدات قراردادی، تعیین مکانیسم‌های مناسب برای نظارت، کنترل کیفی، ارزیابی عملکرد و پیش‌بینی روش‌های حل‌وفصل اختلافات.<sup>۹</sup>

نظام‌های حقوقی مختلف بسته به ویژگی‌های خود، قواعد متفاوتی را درخصوص قراردادهای EPC اتخاذ کرده‌اند. در برخی نظام‌ها همچون حقوق کامن‌لا<sup>۱۰</sup> با تأکید بر آزادی قراردادی، امکان انعطاف بیشتری در تنظیم روابط حقوقی میان طرفین فراهم می‌شود؛ درحالی‌که در برخی نظام‌های حقوق

1. Engineering, Procurement, and Construction

2. Kabirfar, K., & Mojtahedi, M. The Impact of Engineering, Procurement and Construction (EPC) Phases on Project Performance. *Buildings*, 9(1), 2019, p 15.

3. Engineering

4. Procurement

5. Construction

6. Assaf, S. A., & Al-Hejji, S., "Causes of delay in large construction projects". *International Journal of Project Management*, 24(4), 2006, p 353

7. Single Point Responsibility

8. Malhotra, D., & Lumineau, F. "Trust and collaboration in the aftermath of conflict". *Academy of Management Journal*, 2011, p 984

9. Elawi, G. S. A., Algahtany, M., & Kashiwagi, D. "Owners' perspective of factors contributing to project delay: case studies of road and bridge projects in Saudi Arabia". *Procedia Engineering*, 2016, p 145

10. Common Law

11. Civil Law

قواعد الزام‌آور بیشتری در حوزه حمایت از منافع عمومی و تنظیم روابط قراردادی اعمال می‌شود. این تفاوت‌ها به‌طور مستقیم بر کارایی اجرای پروژه‌ها و توزیع ریسک میان طرفین تأثیرگذار است.

در نظام حقوقی ایران، گرچه قراردادهای EPC در پروژه‌های بزرگ، به‌ویژه در صنایع نفت، گاز، پتروشیمی و زیرساخت‌های عمرانی، به‌طور گسترده مورد استفاده قرار گرفته‌اند، فقدان قوانین خاص ناظر بر این قالب قراردادی موجب شده است تا تنظیم و اجرای این قراردادها بر مبنای اصول کلی حقوق قراردادهای عرف‌های صنعتی و نمونه‌های بین‌المللی همچون شرایط عمومی فیدیک<sup>۱</sup> صورت پذیرد.<sup>۲</sup>

این وضعیت در عمل با مشکلاتی همچون عدم شفافیت در تعیین مسئولیت‌ها، چالش در توزیع مناسب ریسک، تعارض با قواعد آمره حقوق عمومی و مشکلات در حل اختلافات همراه بوده است. برخی از پژوهش‌ها نشان می‌دهد که نبود الگوی استاندارد ملی برای قراردادهای EPC، موجب بروز تفسیرهای متضاد در مراجع قضائی و داوری شده و هزینه‌های اضافی برای پروژه‌ها به‌همراه داشته است.<sup>۳</sup> لذا، بررسی تطبیقی قراردادهای EPC در نظام‌های حقوقی مختلف و تحلیل تأثیر تفاوت‌های حقوقی بر کارایی اجرای پروژه‌ها، نه‌فقط از منظر توسعه علمی دانش حقوق قراردادهای اهمیت دارد، بلکه می‌تواند در بهبود کیفیت تنظیم این قراردادها و ارتقای کارایی آنها در نظام حقوقی ایران نیز نقش مهمی ایفا کند.

در خصوص ماهیت حقوقی قراردادهای EPC در نظام حقوقی ایران، هرچند برخی آن را ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل می‌کنند، اما با استناد به قوانین ثانویه نظیر «قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی» (۱۳۷۵) و رویه‌های بین‌المللی فیدیک، باید این قرارداد را یک «عقد معین و مستقل» تلقی کرد که دارای آثار و احکام خاص خود است.<sup>۴</sup> این استقلال ماهوی، پیمانکار را از یک مجرد ساز و ساز به یک «ضامن نهایی نتیجه» تبدیل می‌کند.

تحقیق حاضر با رویکرد تحلیلی - توصیفی و با بهره‌گیری از روش تطبیقی، در پی آن است تا با ارزیابی ساختار حقوقی قراردادهای EPC در نظام‌های منتخب (ایران، فرانسه، انگلستان و ایالات متحده آمریکا)، ضمن شناسایی نقاط قوت و ضعف آنها، میزان تأثیرگذاری این تفاوت‌ها بر کارایی پروژه‌های

1. FIDIC

2. FIDIC, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book)*. 1st ed., Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), Geneva, Switzerland, 1999.

3. Ahmed, S. M., Azher, S., Castillo, M., & Kappagantula, P. "Construction delays in Florida; an empirical study". *International Journal of Project Management*, 2002, p 20 & Elawi, G. S. A., Algahtany, M., & Kashiwagi, D. "Owners' perspective of factors contributing to project delay: case studies of road and bridge projects in Saudi Arabia", *Procedia Engineering*, 2016, p 145

۴. بزرگ‌پور، علی، «بررسی قرارداد طراحی، تهیه و ساخت باتمرکز بر ویژگی‌های بنیادین آن»، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، دوره ۳، شماره ۱، بهار ۱۳۹۶، ۱۳۹۶، ص ۹۲.

اجرای را تحلیل کند. به همین منظور، مقاله نه براساس تقسیم‌بندی کشورها، بلکه بر مبنای سه محور تحلیلی (توزیع ریسک، حل اختلاف و ضمانت‌اجراها) سازمان یافته است تا از تکرار مکررات جلوگیری و بار تحلیلی پژوهش تقویت شود. نهایتاً این مطالعه با بهره‌گیری از منابع دست‌اول و رویه‌های داوری و قضای به‌روز، و با ارائه پیشنهادها کاربردی، تصویری از الگوی حقوقی کارآمد برای بهره‌گیری بهینه از ظرفیت‌های بالقوه قراردادهای EPC در نظام حقوقی ایران ترسیم خواهد کرد.

ضرورت این تحقیق از آنجا ناشی می‌شود که در نمونه قراردادهای EPC داخلی (مانند نشریه اختصاصی صنعت نفت)، برخلاف استانداردهای بین‌المللی فیدیک، سازوکار جامعی برای «مدیریت ادعا» پیش‌بینی نشده است. این خلأ باعث می‌شود ادعاهای زمانی و هزینه‌ای به جای حل و فصل در حین پروژه، به اختلافات قضایی پیچیده تبدیل شوند که کارایی قرارداد را به شدت کاهش می‌دهد.<sup>۱</sup> پرسش اصلی تحقیق این است: «نظام‌های حقوقی مختلف در قراردادهای EPC چگونه به توزیع ریسک و حل اختلاف می‌پردازند و این تفاوت‌ها چه تأثیری بر کارایی اجرای پروژه‌ها دارند؟»

در راستای این پرسش، فرضیه‌های تحقیق به این شرح ارائه می‌گردد:

فرضیه ۱: نظام‌های حقوقی فرانسه، انگلستان و امریکا به دلیل شفافیت در توزیع ریسک‌ها و وجود نهادهای تخصصی حل اختلاف، کارآمدتر از ایران عمل می‌کنند.

فرضیه ۲: نبود چارچوب قانونی خاص برای قراردادهای EPC در ایران، موجب ابهام در توزیع ریسک‌ها و افزایش اختلافات می‌شود و کارایی پروژه‌ها را کاهش می‌دهد.

## ۱. چارچوب نظری تحقیق

قراردادهای (Engineering, Procurement, and Construction EPC) به‌عنوان ابزاری کارآمد در پروژه‌های بزرگ صنعتی و عمرانی شناخته می‌شوند. این قراردادها که شامل سه مرحله طراحی، تأمین و ساخت‌اند، برای پروژه‌های پیچیده با هدف مدیریت یکپارچه ریسک‌ها، بهبود کیفیت و کاهش زمان

1. Sambasivan, M., & Soon, Y. W. "Causes and effects of delays in Malaysian construction industry". *International Journal of Project Management*, 25(5), 2007, p 521

همچنین ر.ک:

Chappell, D. *Building Contract Claims* (5th ed.) 2011 & Wiley-Blackwell; Pickvance, K. *Delay and Disruption in Construction Contracts* (3rd ed.). *Informa Professional*. 2005, p 243.

پروژه استفاده می‌شوند.<sup>۱</sup> با وجود مزایای قابل توجه، چالش‌های حقوقی بسیاری نیز در این قراردادها وجود دارد که نیازمند تحلیل دقیق ابعاد مختلف آنهاست.

اگرچه قرارداد EPC ماهیتاً یک عقد عهدی (تعهد به انجام کار) است، اما بر اساس بند ۵ ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان ایران و کتاب نقره‌ای فیدیک، دارای جنبه‌های تملیکی مرحله‌ای نیز می‌باشد. به این معنا که با پرداخت هر صورت‌وضعیت، مالکیت تجهیزات و مصالح «اناً» به کارفرما منتقل می‌شود. این ویژگی، قرارداد EPC را از پیمانکاری ساده متمایز کرده و آثار حقوقی مانند «ضمان معاوضی» و «حق حبس» را در آن جاری می‌سازد.<sup>۲</sup>

در قراردادهای EPC، پیمانکار متعهد می‌شود پروژه را در زمان مقرر و با کیفیت مشخص به بهره‌برداری برساند. این ویژگی سبب شده است که این نوع قراردادها در پروژه‌های بزرگ نفت، گاز، پتروشیمی و زیرساختی بیش از سایر قراردادها مورد استفاده قرار گیرند. در عین حال، همین ماهیت نتیجه‌محور سبب شده که مسائل حقوقی پیچیده‌تری در زمینه توزیع ریسک، نحوه اجرای تعهدات و شیوه‌های حل اختلاف مطرح شود.

در چارچوب نظری قراردادهای EPC، سه مؤلفه اساسی مورد توجه قرار می‌گیرد: ۱. نحوه توزیع ریسک‌ها میان کارفرما و پیمانکار؛ ۲. سازوکارهای حل اختلاف؛ ۳. ضمانت‌اجراها. هر کدام از این مؤلفه‌ها نقشی اساسی در موفقیت یا شکست پروژه ایفا می‌کنند. به عنوان مثال، اگر ریسک‌ها به طور غیرمنصفانه بر دوش پیمانکار قرار گیرد، احتمال افزایش هزینه‌ها، تأخیر و بروز اختلاف بالا می‌رود.

بر همین اساس، بسیاری از اسناد بین‌المللی همچون شرایط عمومی فیدیک (نسخه ۲۰۱۷)، قواعد روشنی را در خصوص این سه محور ارائه کرده‌اند. این شرایط، ضمن تعیین تکالیف پیمانکار و کارفرما، سازوکارهای داوری و رسیدگی تخصصی را نیز پیش‌بینی کرده‌اند تا از بروز اختلافات گسترده جلوگیری شود. تحلیل این مقررات و مقایسه آنها با نظام‌های حقوقی ملی، بستر نظری لازم برای پژوهش حاضر را فراهم می‌سازد.

1. Yeo, K. T., & Ning, J. H. Integrating supply chain and critical chain concepts in engineer-procure-construct (EPC) projects. *International Journal of Project Management*, 20(4), 2002, p 259

۲. نوروزی، محمد، وفای به عهد در قرارداد EPC یا طراحی و تدارک و ساخت، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۰، ۱۳۹۳، صص ۱۲۴-۱۲۶.

در پروژه‌های عظیم صنعت نفت و گاز، به دلیل پیچیدگی‌های فنی و نیاز به سرمایه‌گذاری سنگین، پیمانکاران EPC غالباً در قالب «مشارکت‌های قراردادی» عمل می‌کنند.<sup>۱</sup> این نوع ائتلاف‌های استراتژیک به شرکت‌های مستقل اجازه می‌دهد تا منابع سازمانی متنوع خود را به اشتراک گذاشته و خطرهای مرتبط با پروژه را تقسیم کنند. از منظر مدیریت بازرگانی، این مشارکت‌ها نه تنها یک ضرورت حقوقی، بلکه ابزاری برای دستیابی به هم‌افزایی مالی و عملیاتی در بازارهای نوظهور محسوب می‌شوند.<sup>۲</sup> این چارچوب نظری، اساس تحلیل‌های این تحقیق را فراهم می‌کند و به درک بهتر نحوه تأثیر تفاوت‌های حقوقی بر کارایی قراردادهای EPC کمک می‌کند.

## ۲. پیشینه تحقیق

بررسی پیشینه پژوهش‌های موجود در حوزه قراردادهای EPC نشان می‌دهد که هرچند مطالعات قابل توجهی در این زمینه انجام شده، غالباً محدود به بررسی‌های داخلی، یا صرفاً متمرکز بر جنبه‌های حقوق خصوصی یا اقتصادی این قراردادها بوده است و پژوهشی که به صورت تطبیقی نظام‌های حقوقی مختلف را تحلیل کند و تأثیر ساختار قراردادی بر کارایی اجرای پروژه‌ها را مورد ارزیابی قرار دهد، مشاهده نمی‌شود.

راهنمای قراردادهای فیدیک<sup>۳</sup> به‌عنوان یکی از معتبرترین منابع بین‌المللی، اصول اساسی تنظیم قراردادهای EPC را تبیین کرده است. این سند با ارائه الگوهای استاندارد و مشخص، بهینه‌سازی روند اجرای پروژه‌ها را هدف قرار داده، اما به بررسی تطبیقی کارایی این قالب قراردادی در نظام‌های حقوقی مختلف پرداخته است.

حیدری (۱۳۹۱) در پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد خود با عنوان «قراردادهای EPC از منظر حقوق اقتصادی» به بررسی آثار اقتصادی این نوع قراردادها پرداخته است. باین‌حال، تمرکز صرف بر تحلیل حقوق اقتصادی، سبب شده است تا ابعاد تطبیقی و اثرات ساختار حقوقی قراردادها بر بهبود یا تضعیف کارایی پروژه‌ها مغفول واقع شود.<sup>۴</sup>

1. Morgan, R. M., & Hunt, S. D. "The commitment-trust theory of relationship marketing". *Journal of Marketing*, 58(3), 1994, p 29.

2. Doloi, H., Sawhney, A., Iyer, K. C., & Rentala, S. "Analysing factors affecting delays in Indian construction projects". *International Journal of Project Management*, 30(4), 2012, p 483

3. FIDIC Contracts Guide, 2000.

۴. حیدری، محمدرضا. قراردادهای EPC از منظر حقوق اقتصادی. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.

نوروزی (۱۳۹۳) در مقاله خود با عنوان «وفای به عهد در قرارداد EPC یا طراحی و تدارک و ساخت»، به تفصیل فرایند وفای به عهد در قراردادهای EPC را واکاوی کرده است. هرچند تحلیل‌های ایشان درباره تشریفات وفای به عهد ارزشمند است، اما مطالعه وی محدود به حقوق داخلی ایران است و از تحلیل تطبیقی با سایر نظام‌های حقوقی یا بررسی تأثیر ساختارهای مختلف بر کارایی پروژه‌ها فاصله دارد.<sup>۱</sup>

طاهری (۱۴۰۲) در مقاله «رویگردی به ماهیت قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت؛ با تکیه بر سند فیدیک و حقوق ایران» ضمن اتکا به فقه امامیه و حقوق خصوصی، به برخی وجوه تفاوت میان قراردادهای EPC و قراردادهای طرح و ساخت پرداخته است. با وجود این، رویکرد وی بیشتر نظری و توصیفی، و فاقد تحلیل کاربردی اجرایی این تفاوت‌ها بر موفقیت پروژه‌ها در عمل است.<sup>۲</sup>

مسعودی و همکاران (۱۳۹۹) در پژوهش خود با عنوان «اصول حقوقی عمومی حاکم بر قراردادهای مهندسی، تأمین کالا، خدمات و ساخت در صنعت نفت و گاز ایران»، به تبیین ضرورت بومی‌سازی قراردادهای EPC پرداخته‌اند. با وجود این، کار آنها عمدتاً در محدوده حقوق داخلی باقی می‌ماند و فاقد مقایسه تطبیقی با نظام‌های حقوقی دیگر و تحلیل کارایی اجرایی در بسترهای مختلف است.<sup>۳</sup>

صادقی نسب و گودرزی (۱۳۸۷) در مقاله «بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، تفکیکی دقیق میان قراردادهای EPC و BOT ارائه داده‌اند. اگرچه معرفی مفاهیم اولیه ارزشمند است، پژوهش ایشان نیز صرفاً به سطح توصیفی بسنده کرده و به بررسی آثار حقوقی این تفاوت‌ها بر فرایند اجرا و موفقیت پروژه‌ها نپرداخته است.<sup>۴</sup>

در متون بین‌المللی، فیدیک به‌عنوان مرجع قراردادی غالب در پروژه‌های بین‌المللی شناخته شده و تحلیل بندهای آن یکی از محورهای اصلی در مطالعات حقوقی قراردادی است (مثلاً FIDIC Contracts Guide). مقالات انگلیسی‌زبان درباره توزیع ریسک و نقش داوری در پروژه‌های ساخت در کشورهای کامن‌لا و سیویل‌لا نشان می‌دهند که وجود سازوکارهای نهادی و شفافیت قراردادی رابطه مستقیمی با کاهش

۱. نوروزی، محمد، منبع پیشین، ص ۱۲۹.

۲. طاهری، یاشاره، «رویگردی به ماهیت قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت؛ با تکیه بر سند فیدیک و حقوق ایران»، فصلنامه تحقیقات نوین میان رشته‌ای حقوق، دوره ۳، شماره ۴، ۱۴۰۲، ص ۲۵.

۳. ابراهیمی، سیدنصرالله؛ مسعودی، فرزاد، قراردادهای EPC در صنعت نفت و گاز: اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای EPC در صنعت نفت و گاز با تأکید بر قراردادهای فیدیک، انتشارات سمت، ۱۴۰۳، ص ۹۲.

۴. صادقی، محسن و حبیب گودرزی. «بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲، ۱۳۸۷، صص. ۱۸۹-۱۷۳.

مناقشات و افزایش احتمال تکمیل موفق پروژه دارد.<sup>۱</sup> برخی تحقیقات معاصر به موضوعات خاصی مانند مدل‌های تخصیص ریسک دینامیک، نقش بیمه‌های پروژه‌ای (OCIP) و توسعه نهادهای داوری تخصصی پرداخته‌اند.<sup>۲</sup> باوجود این، خلأ مطالعاتی در زمینه یک مطالعه تطبیقی منسجم میان ایران و کشورهای منتخب (فرانسه، انگلستان، آمریکا) با تمرکز بر کارایی پروژه احساس می‌شود. برآیند نقد پیشینه نشان می‌دهد که نیاز به پژوهشی است که هم‌زمان سه محور توزیع ریسک، حل اختلاف و ضمانت‌اجراها را در نظام‌های مختلف حقوقی بررسی و سپس تأثیر حقوقی آنها را بر کارایی پروژه‌ها تحلیل کند؛ خلأیی که این تحقیق درصدد پر کردن آن است.

### ۳. روش‌شناسی تحقیق

#### ۳.۱. نوع تحقیق

این مقاله از نوع کاربردی است و هدف آن شناسایی ظرفیت‌های حقوقی و اقتصادی قراردادهای EPC با تمرکز بر الزامات حقوق عمومی و نقش دولت در اجرای آنهاست. تحقیق به تحلیل چالش‌ها و ظرفیت‌های سیستم حقوقی ایران و به نحوه مدیریت ریسک‌ها، مسئولیت‌ها و وظایف دولت در این قراردادها می‌پردازد. نتایج تحقیق به تدوین سیاست‌های مناسب برای بهبود پروژه‌های زیربنایی و کاهش چالش‌های اجرایی کمک می‌کند.

#### ۳.۲. رویکرد و روش تحقیق

روش تحقیق شامل سه رویکرد اصلی است:

**روش توصیفی تحلیلی:** برای تبیین اصول حقوقی و تحلیل جنبه‌های حقوق عمومی قراردادهای EPC به کار رفته است. در این روش، اسناد فیدیک و الزامات حقوق عمومی بررسی می‌شوند.

**روش تحلیلی تطبیقی:** قراردادهای EPC در نظام‌های حقوقی مختلف (ایران، کامن‌لا، و حقوق نوشته) مقایسه می‌شوند. هدف شناسایی تفاوت‌ها و تحلیل چالش‌ها و انطباق اسناد فیدیک با نظام حقوقی ایران است.

1. Kotabe, M., Jiang, C. X., & Murray, J. Y. "Managerial ties, knowledge acquisition, and new product market performance". *Journal of World Business*, 46(2), 2011, p 167.  
2. Joslin, R., & Müller, R., "The relationship between project governance and project success", *International Journal of Project Management*, 34(4), 2016, p 613.

**روش تحلیل اقتصادی حقوق:** به تحلیل ابعاد اقتصادی قراردادهای EPC و تأثیر آن‌ها بر توزیع ریسک، هزینه و زمان پروژه‌ها پرداخته می‌شود. این روش به ارزیابی کارآمدی اقتصادی قراردادها و تأثیر آن‌ها بر حقوق عمومی و منافع اجتماعی می‌پردازد.

### ۳.۳. تعامل روش‌ها

روش‌های فوق به‌طور مشترک استفاده شده‌اند تا تحلیلی کاربردی از قراردادهای EPC به دست آید. این روش‌ها به تحلیل حقوقی، مقایسه تطبیقی و ارزیابی اقتصادی قراردادها کمک، و چالش‌های عملیاتی در سیستم اجرایی ایران را شناسایی می‌کنند.

### ۳.۴. جامعه آماری و روش تحلیل داده‌ها

این تحقیق به تحلیل نظری و تطبیقی قراردادهای EPC پرداخته و به‌جای جامعه آماری مشخص، پروژه‌های اجرایی منتخب در ایران (نفت و گاز، حمل‌ونقل، زیرساخت‌ها) به‌عنوان نمونه‌های مطالعاتی انتخاب شده‌اند. این پروژه‌ها برای تحلیل چالش‌ها و ظرفیت‌های حقوقی و اقتصادی قراردادهای EPC در شرایط واقعی استفاده می‌شوند.

#### روش تحلیل داده‌ها:

- طبقه‌بندی داده‌ها: داده‌ها براساس مباحث کلیدی مانند مبانی نظری، اصول حقوقی، تقسیم ریسک‌ها، و مسئولیت‌ها طبقه‌بندی می‌شوند.
  - تفسیر تحلیلی: داده‌ها با استفاده از اصول حقوق عمومی، قواعد تحلیل اقتصادی حقوق و اصول بین‌المللی (مانند فیدیک) تحلیل می‌شوند.
  - مقایسه تطبیقی: مقایسه اسناد فیدیک با نمونه‌های داخلی و حقوق کشورهای پیشرو در زمینه EPC، به‌ویژه در زمینه‌های مسئولیت‌ها، توزیع ریسک‌ها و حل اختلافات.
  - استخراج الگوهای حقوقی: تحلیل‌ها برای استخراج الگوهای حقوقی مطلوب و ارائه پیشنهادها اصلاحی برای بهبود قراردادهای EPC در ایران استفاده می‌شوند.
- این روش‌ها کمک می‌کنند تا چالش‌ها شناسایی و بهترین شیوه‌ها برای بهبود کارایی قراردادهای EPC در ایران پیشنهاد شود.

## ۴. تحلیل تطبیقی توزیع ریسک در قراردادهای EPC

### ۴.۱. حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران، قراردادهای EPC عمدتاً تحت قالب قراردادهای پیمانکاری طرح و ساخت مورد شناسایی قرار می‌گیرند، اما قوانین داخلی فاقد چارچوب حقوقی اختصاصی برای این نوع قراردادها هستند. در عمل، تنظیم این قراردادها غالباً مبتنی بر شرایط عمومی پیمان‌های عمرانی و با بهره‌گیری از اسناد بین‌المللی نظیر فیدیک صورت می‌گیرد. هرچند اسناد فیدیک در پروژه‌های بزرگ ملی کاربرد گسترده‌ای دارند، تطبیق آنها با قوانین داخلی ایران می‌تواند با چالش‌هایی همراه باشد، به‌ویژه در مواردی که بین مقررات بین‌المللی و قواعد آمره حقوق داخلی تضاد وجود دارد.

ویژگی اساسی قراردادهای EPC این است که مسئولیت‌های طراحی، تأمین تجهیزات و اجرای پروژه به‌طور یکپارچه به پیمانکار واگذار می‌شود. این مدل در بسیاری از نظام‌های حقوقی<sup>۱</sup> به‌عنوان راهکاری مؤثر برای تسهیل هماهنگی بین اجزای پروژه و کاهش پیچیدگی‌های اجرایی شناخته می‌شود.<sup>۲</sup> با این حال، در ایران به دلیل فقدان استانداردهای بومی و شفافیت ناکافی در تدوین قراردادها، توزیع دقیق ریسک‌ها به صورت روشن و نظام‌مند صورت نمی‌گیرد. چنین وضعیتی احتمال بروز اختلافات اجرایی و مالی را در طول پروژه افزایش می‌دهد.<sup>۳</sup>

از منظر حقوق ایران، در غیاب مقررات خاص برای قراردادهای EPC، توزیع ریسک‌ها عمدتاً تابع توافق‌های قراردادی طرفین و قواعد عمومی حقوق قراردادهاست. این وضعیت منجر به ابهام و تفسیرهای متفاوت می‌شود؛ به‌گونه‌ای که در بسیاری از پروژه‌ها، تعیین مسئولیت افزایش هزینه یا تأخیر در اجرا به دادگاه یا داوری ارجاع می‌گردد. این امر ضعف نظام حقوقی ایران در پیش‌بینی قواعد شفاف برای مدیریت ریسک‌های مرتبط با قراردادهای EPC را آشکار می‌سازد و ضرورت تدوین مقررات اختصاصی یا استانداردهای قراردادی بومی را برای کاهش مخاطرات حقوقی و اجرایی پروژه‌ها برجسته می‌کند.<sup>۴</sup>

1. Sears, S. K., Sears, G. A., Clough, R. H., et al. Construction Project Management. John Wiley & Sons, 2015, p 46

2. Yeo, K. T., & Ning, J. H. "Integrating supply chain and critical chain concepts in engineer-procure-construct (EPC) projects", *International Journal of Project Management*, 20(4), 2002, p 254.

3. Aziz, R. F., & Abdel-Hakam, A. A. "Exploring delay causes of road construction projects in Egypt". *Alexandria Engineering Journal*, 55(2), 2016, p 153.

4. Ruqaishi, M., & Bashir, H. A. "Causes of Delay in Construction Projects in the Oil and Gas Industry in the GCC Countries", *Journal of Management in Engineering*, 31(3), 2015, p 49

هرچند طبق ماده ۲۶۷ قانون مدنی، ایفای دین توسط غیرمدیون جایز است، اما در قراردادهای EPC، به دلیل تشریفات سخت‌گیرانه انتخاب پیمانکار (لیست‌های صلاحیت‌سنجی) و تخصص‌محور بودن پروژه، «مباشرت پیمانکار» شرط صحت وفای به عهد است. بر اساس ماده ۶۸ شرایط عمومی پیمان و بند ۷ ماده ۱ کتاب نقره‌ای فیدیک، واگذاری کل پیمان به ثالث بدون اجازه کارفرما، نه تنها وفای به عهد محسوب نمی‌شود، بلکه از موجبات برکناری پیمانکار و ضبط تضامین است؛ چراکه شخصیت حقوقی و توان فنی پیمانکار، علت عمده عقد (انتخاب بر مبنای صلاحیت) بوده است.<sup>۱</sup>

#### ۴.۲. حقوق فرانسه

در نظام حقوقی فرانسه، قراردادهای EPC عمدتاً تحت عنوان قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی<sup>۲</sup> یا قراردادهای طرح و ساخت<sup>۳</sup> تعریف می‌شوند. این قراردادها دارای پشتوانه قانونی مشخص بوده و چارچوب حقوقی آنها در قوانین مختلف به‌طور شفاف تعیین شده است. از مهم‌ترین قوانین مرتبط با این نوع قراردادها می‌توان به «Code de la Commande Publique» اشاره کرد که تمام ضوابط مربوط به قراردادهای دولتی، از جمله قراردادهای EPC، را پوشش می‌دهد. هدف از این قانون‌گذاری، تسهیل فرایندهای قراردادی دولتی، شفاف‌سازی حقوق و تکالیف طرفین و کاهش ابهامات قانونی در پروژه‌های بزرگ است.

در قراردادهای EPC فرانسه، مسئولیت‌ها به‌طور دقیق و شفاف مشخص می‌شوند. پیمانکار مسئولیت کامل انجام پروژه را برعهده دارد که شامل تکمیل پروژه مطابق با مشخصات فنی و زمان‌بندی تعیین شده است. یکی از اصول اساسی حاکم بر این قراردادها، اصل «تعهد به نتیجه»<sup>۴</sup> است. این اصل پیمانکار را ملزم می‌سازد که نتیجه‌ای مشخص و مطلوب را ارائه دهد و در صورتی که نتواند پروژه را مطابق شرایط قرارداد به پایان برساند، مسئولیت کامل خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات برعهده او خواهد بود. این رویکرد، تمایز مهمی با نظام‌های حقوقی مبتنی بر تعهد به وسیله<sup>۵</sup> ایجاد می‌کند، که در آن

۱. نوروزی، محمد، منبع پیشین، ص ۱۳۴

2. PublicPrivate Partnership – PPP

3. Contrat de Conceptionréalisation

4. Obligation de Résultat

5. Isobe, T., Makino, S., & Montgomery, D. B. "Resource commitment, entry timing and market performance of foreign direct investments in emerging economics: the case of japanese international joint ventures in china", *Academy of Management Journal*, 43(3), 2000, p 468.

6. Obligation de Moyen

پیمانکار فقط متعهد به انجام تلاش‌های معقول خود است و نه تضمین نتیجه نهایی.<sup>۱</sup> علاوه بر این، در حقوق فرانسه اصل توزیع منصفانه ریسک مورد توجه ویژه قرار دارد. در صورتی که یک ریسک به‌طور غیرمنصفانه به یکی از طرفین تحمیل شود، دادگاه‌ها اختیار دارند قرارداد را تعدیل کنند تا توزیع ریسک به‌صورت عادلانه برقرار شود. این مکانیزم از اعمال فشار غیرمنصفانه کارفرما بر پیمانکار جلوگیری می‌کند و تعادل منافع طرفین را در اجرای پروژه حفظ می‌نماید.

### ۴.۳. حقوق انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان، یکی از ویژگی‌های برجسته قراردادهای EPC، تأکید بر تعهد به تحقق نتیجه<sup>۲</sup> است. بر اساس این اصل، پیمانکار مسئول است تا پروژه را مطابق مشخصات فنی، شرایط قراردادی و زمان‌بندی تعیین‌شده به پایان برساند و حتی در صورت بروز مشکلات پیش‌بینی‌نشده نیز مسئولیت کامل دارد. این مسئولیت می‌تواند شامل جبران خسارات، تأخیر در تحویل یا مسائل کیفی پروژه باشد. همزمان، انگلستان بر توزیع منصفانه ریسک‌ها<sup>۳</sup> تأکید دارد؛ به‌گونه‌ای که در قراردادهای EPC، از طریق بندهای قراردادی خاص مانند *Clauses for Unforeseen Conditions* یا استانداردهای *FIDIC Silver Book*، مسئولیت هر ریسک قابل پیش‌بینی یا غیرمترقبه به‌طور شفاف مشخص و توزیع می‌شود. در این چارچوب، پیمانکار فقط ریسک‌هایی را می‌پذیرد که تحت کنترل و پیش‌بینی‌پذیر باشد و ریسک‌های غیرقابل پیش‌بینی معمولاً به کارفرما منتقل می‌شوند.<sup>۴</sup>

همچنین، باوجود تأکید انگلستان بر اصل آزادی قراردادی و انعطاف در توزیع ریسک‌ها، نظام قضایی این کشور نقش تنظیم‌کننده دارد و هنگام تفسیر قراردادها، اصل انصاف و معقول بودن را مدنظر قرار می‌دهد. بنابراین، هرچند طرفین آزادی گسترده‌ای در توافق بر سر ریسک‌ها دارند، دادگاه‌ها از آن جلوگیری می‌کنند که توزیع ناعادلانه ریسک‌ها موجب شکست پروژه شود و بدین ترتیب، تعادل میان آزادی قراردادی و حفاظت از عدالت در اجرای پروژه‌های EPC حفظ می‌شود.<sup>۵</sup>

1. Gulati, R., & Sytch, M. "Dependence asymmetry and joint dependence in interorganizational relationships". *Administrative Science Quarterly*, 52(1), 2007, p 39.

2. Duty to Achieve the Result

3. Risk Allocation

4. Inkpen, A. C., & Beamish, P. W. "Knowledge, bargaining power, and the instability of international joint ventures", *Academy of Management Review*, 22(1), 1997, p 187.

5. Gaur, A. S., Ma, X., & Ding, Z. "Perceived home country supportiveness/unfavorableness and Outward Foreign Direct Investment from China", *Journal of International Business Studies*, 2018, pp 17-18.

#### ۴.۴. حقوق ایالات متحده

در ایالات متحده آمریکا، قراردادهای EPC به گونه‌ای تنظیم می‌شوند که مسئولیت کامل پیمانکار بر تمام مراحل پروژه، از طراحی و تأمین تجهیزات گرفته تا ساخت و تحویل نهایی به صورت عملیاتی اعمال شود. مسئولیت پیمانکار در این نظام معمولاً مبتنی بر تعهد به تحقق نتیجه مطلوب است؛ به این معنا که پیمانکار موظف است پروژه را مطابق مشخصات قراردادی و زمان بندی تعیین شده تکمیل کند و در صورت تأخیر یا نقص در عملکرد، مسئول جبران خسارات خواهد بود.

در زمینه تقسیم ریسک‌ها، ایالات متحده از رویکرد اقتصادی و عملیاتی پیروی می‌کند که بر انتقال ریسک به طرفی که بیشترین توانایی کنترل یا بیمه آن را دارد تأکید دارد. پیمانکار معمولاً ریسک‌هایی را می‌پذیرد که تحت کنترلش باشد یا برای آنها بیمه مناسبی فراهم شود؛ در حالی که ریسک‌های خارج از کنترل پیمانکار مانند تغییرات عمده در قوانین دولتی یا بحران‌های اقتصاد به کارفرما منتقل می‌شوند.<sup>۱</sup> این چارچوب توزیع ریسک براساس اصل بیمه‌پذیری ریسک موجب شفافیت بیشتر، کاهش اختلافات اجرایی و مدیریت بهینه خطرها در پروژه‌های بزرگ و پیچیده می‌شود.

#### ۴.۵. تحلیل تطبیقی

تحلیل تطبیقی نظام‌های حقوقی فرانسه، انگلستان و ایالات متحده نشان می‌دهد که هر یک با رویکردی متفاوت، اما با هدف مشترک، به مدیریت ریسک در قراردادهای EPC می‌پردازند. در فرانسه، اصل انصاف و امکان تعدیل قرارداد توسط دادگاه‌ها، تضمین می‌کند که ریسک‌ها به طور منصفانه بین طرفین توزیع شوند و از تحمیل فشار غیرمنصفانه بر پیمانکار جلوگیری شود. در انگلستان، اصل آزادی قراردادی امکان انعطاف در تعیین مسئولیت‌ها و ریسک‌ها را فراهم می‌آورد، با این حال سیستم قضایی با تکیه بر معیار انصاف، مانع توزیع ناعادلانه ریسک‌ها می‌شود و بدین ترتیب تعادل بین آزادی طرفین و حفاظت از عدالت برقرار می‌گردد. در ایالات متحده، رویکرد اقتصادی و عملیاتی بر بیمه‌پذیری ریسک متمرکز است؛ بدین معنا که ریسک‌ها به طرفی منتقل می‌شوند که توانایی کنترل یا بیمه آنها را دارد و این مکانیزم موجب شفافیت بیشتر و کاهش اختلافات اجرایی می‌شود.

در مقابل، نظام حقوقی ایران فاقد مقررات اختصاصی برای قراردادهای EPC است و توزیع ریسک‌ها عمدتاً تابع توافق طرفین و قواعد کلی حقوق قراردادهاست. این وضعیت موجب ابهام و تفسیرهای

1. Hitt, M. A., Ahlstrom, D., et al. "The institutional effects on strategic alliance partner selection in transition economies: China vs. Russia". *Organization Science*, 15(2), 2004, p 180.

متفاوت می‌شود و در عمل، اختلافات گسترده‌ای در پروژه‌های EPC رخ می‌دهد؛ به‌ویژه در مواردی که ریسک‌های ناشناخته یا تغییرات غیرقابل پیش‌بینی ایجاد می‌شود.<sup>۱</sup>

باتوجه به این مقایسه، می‌توان نتیجه گرفت که توزیع منصفانه و شفاف ریسک، نخستین گام اساسی برای موفقیت قراردادهای EPC است. در ایران، دستیابی به چنین شفافیت مستلزم تدوین مقررات اختصاصی یا حداقل استفاده از شروط استاندارد قراردادی است تا ابهامات کاهش یابد و از بروز اختلافات گسترده در طول اجرای پروژه جلوگیری شود. به‌عبارت دیگر، تجربه نظام‌های فرانسه، انگلستان و ایالات متحده نشان می‌دهد که هرچند رویکردها متفاوت است، تضمین تعادل میان مسئولیت‌ها و ریسک‌ها، کلید جلوگیری از فروپاشی مالی و حقوقی پروژه‌های بزرگ EPC است؛ امری که در ایران هنوز به‌طور کامل تحقق نیافته است.

## ۵. تحلیل تطبیقی حل اختلافات در قراردادهای EPC

### ۵.۱. حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران، روش‌های حل اختلاف در قراردادهای EPC عمدتاً مبتنی بر دادگاه‌ها و داوری‌های موردی‌اند. به‌دلیل فقدان مقررات اختصاصی برای این نوع قراردادها، اختلافات معمولاً براساس قواعد عمومی حقوق قراردادها مورد رسیدگی قرار می‌گیرند. بااین‌حال، دادگاه‌های عمومی به‌دلیل تراکم پرونده‌ها و فقدان دانش تخصصی در زمینه پروژه‌های پیچیده EPC، کارآمدی لازم را ندارند و رسیدگی از طریق آنها ممکن است به تأخیرهای طولانی‌مدت و افزایش هزینه‌ها منجر شود.<sup>۲</sup> از همین رو، در بسیاری از قراردادهای EPC شرط داوری درج می‌شود تا اختلافات با سرعت و دقت بیشتری حل‌وفصل شوند. باوجود این، چالش مهم در ایران همچنان کمبود نهادهای داوری تخصصی است؛ نهادهایی که علاوه بر توان حقوقی، دانش فنی لازم در زمینه پروژه‌های عمرانی و زیرساختی را داشته باشند. همچنین، محدودیت‌های مربوط به اجرای آرای داوری خارجی و دشواری انتخاب نهادهای

۱. مسعودی، فرزاد؛ ابراهیمی، نصرالله؛ ماندگار، مصطفی؛ زنجیر، مسعودرضا، «اصول حقوقی عمومی حاکم بر قراردادهای مهندسی، تأمین کالا، خدمات و ساخت در صنعت نفت و گاز ایران»، نشریه تعالی حقوق، سال یازدهم شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۱۵۴

۲. خانزادی، مصطفی؛ افندی زاده، شهریار، «برآورد تأخیر در ساخت پروژه‌های راهسازی بر اثر شرایط آب و هوایی با تحلیل فازی- احتمالاتی»، پژوهشنامه حمل و نقل، دوره: ۸، شماره: ۴؛ ۱۳۹۰، صص ۹۷-۹۸

داوری بین‌المللی، بر کارآمدی این روش‌ها اثر می‌گذارد. بنابراین، ایجاد نهادهای داوری تخصصی پروژه‌ای، با ترکیب دانش حقوقی و فنی، برای حل سریع و دقیق اختلافات در قراردادهای EPC ضروری است.

## ۵.۲. حقوق فرانسه

در نظام حقوقی فرانسه، رویکرد اصلی برای حل اختلافات در قراردادهای EPC بر سازش و داوری قراردادی متمرکز است. قراردادها معمولاً شامل موافقت‌نامه‌های داوری‌اند که طرفین را ملزم به حل اختلافات از طریق نهادهای داوری معتبر می‌سازد؛ از جمله مهم‌ترین این نهادها می‌توان به CMAP<sup>۱</sup> اشاره کرد. این روش نسبت به مراجعه به دادگاه‌های عمومی، سریع‌تر و مؤثرتر است و باعث کاهش زمان و هزینه‌های رسیدگی به اختلافات می‌شود.<sup>۲</sup> علاوه بر این، حل اختلاف در فرانسه غالباً از طریق داوری بین‌المللی یا نهادهای تخصصی انجام می‌شود و دادگاه‌ها با اتخاذ سیاست حمایتی، نقش تسهیل‌کننده در اجرای آرای داوری را ایفا می‌کنند.<sup>۳</sup> سیاست «حمایت مثبت از داوری» موجب افزایش اعتماد طرفین به سازوکارهای داوری شده و فرانسه را به یکی از مقاصد مطلوب برای حل اختلافات EPC در سطح اروپا تبدیل کرده است. این ترکیب از داوری تخصصی و حمایت قضایی، کارآمدی و اطمینان بالایی در مدیریت اختلافات پیچیده قراردادهای EPC فراهم می‌آورد.

## ۵.۳. حقوق انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان، حل اختلافات مرتبط با قراردادهای EPC عمدتاً از طریق مکانیزم‌های چندمرحله‌ای انجام می‌شود که معمولاً شامل مذاکره، میانجیگری<sup>۴</sup> و در نهایت داوری و در برخی موارد مراجعه به دادگاه‌های تخصصی است.<sup>۵</sup> این فرایند چندمرحله‌ای با هدف جلوگیری از درگیری‌های حقوقی طولانی و پیچیده طراحی می‌شود و امکان حل اختلافات به صورت سریع‌تر و کم‌هزینه‌تر را فراهم می‌آورد. در این چارچوب، مذاکره نخستین مرحله برای تلاش در راستای توافق مستقیم طرفین است و

1. Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris

2. Arditi, D., Nayak, S., & Damci, A. "Effect of organizational culture on delay in construction". *International Journal of Project Management*, 35(2), 2017, p 142.

3. Doloi, H., Sawhney, A., Iyer, K. C., & Rentala, S. "Analysing factors affecting delays in Indian construction projects". *International Journal of Project Management*, 30(4), 2012, p 483.

4. Mediation

5. Joslin, R., & Müller, R. "The relationship between project governance and project success". *International Journal of Project Management*, 34(4), 2016, p 620.

در صورتی که به نتیجه نرسد، میانجیگری به عنوان مرحله دوم برای تسهیل توافق به کار گرفته می‌شود. اگر این روش‌ها کارآمد واقع نشوند، اختلافات نهایتاً به داوری نهادی ارجاع داده می‌شوند.<sup>۱</sup> یکی از ارکان کلیدی حل اختلافات در انگلستان TCC<sup>۲</sup> است که به طور ویژه به اختلافات حقوقی در زمینه ساخت‌وساز و پروژه‌های بزرگ ساختمانی رسیدگی می‌کند. همچنین، انگلستان با سابقه تاریخی در داوری تجاری، یکی از مهم‌ترین مراکز بین‌المللی حل اختلاف EPC محسوب می‌شود و LCIA<sup>۳</sup> از معتبرترین مراجع داوری در این حوزه است. شفافیت رویه‌های قضایی و پیش‌بینی‌پذیری قوانین در انگلستان، بستر مناسبی برای اجرای مؤثر قراردادها و آرای داوری فراهم می‌آورد<sup>۴</sup> و همین امر این کشور را به یکی از مقاصد اصلی حل اختلافات EPC در سطح بین‌المللی تبدیل کرده است.

#### ۵.۴. حقوق ایالات متحده

در نظام حقوقی ایالات متحده، حل اختلافات در قراردادهای EPC عمدتاً از طریق شرط داوری<sup>۵</sup> در قراردادها مدیریت می‌شود. این شرط به‌ویژه در پروژه‌های بزرگ و پیچیده که احتمال اختلافات فنی و حقوقی بالا است، امکان ارجاع اختلافات به مراجع داوری به جای دادگاه‌های عمومی را فراهم می‌کند. این روش، نسبت به مراجعه به دادگاه، سریع‌تر، خصوصی‌تر و کم‌هزینه‌تر است و به طرفین امکان می‌دهد اختلافات را با دقت و سرعت بیشتری حل کنند. یکی از نهادهای برجسته داوری در ایالات متحده AAA<sup>۶</sup> است که از داورانی با تخصص فنی و حقوقی بهره می‌برد و قادر به صدور تصمیمات دقیق در زمینه پروژه‌های EPC است. علاوه بر داوری، استفاده از مراجع میانجیگری نیز در بسیاری از قراردادها رایج است<sup>۷</sup> تا طرفین قبل از ورود به داوری یا دادگاه، اختلافات خود را از طریق گفت‌وگو و مصالحه حل کنند.

1. Jo, S. H., Lee, E. B., & Pyo, K. Y. "Integrating a Procurement Management Process into Critical Chain Project Management (CCPM): A Case-Study on Oil and Gas Projects". *Sustainability*, 10(6), 2018, p 181

2. Technology and Construction Court

3. London Court of International Arbitration

4. Elawi, G. S. A., Algahtany, M., & Kashiwagi, D. "Owners' perspective of factors contributing to project delay: case studies of road and bridge projects in Saudi Arabia". *Procedia Engineering*, 145, 2016, p 1402.

5. Arbitration Clause

6. American Arbitration Association

7. Assaf, S. A., & Al-Hejji, S. "Causes of delay in large construction projects", *International Journal of Project Management*, 24(4), 2006, p 355.

ایالات متحده با بهره‌گیری از نهادهای متنوعی مانند AAA و JAMS، طیف گسترده‌ای از روش‌های حل اختلاف را ارائه می‌دهد. ویژگی بارز این کشور، انعطاف‌پذیری در استفاده از روش‌های جایگزین حل اختلاف (ADR) است که شامل میانجیگری و داوری تسهیل می‌شود.<sup>۱</sup> این انعطاف، به‌ویژه در پروژه‌های بزرگ و چندملیتی، نه فقط به کاهش هزینه‌ها کمک می‌کند، بلکه در حفظ روابط تجاری میان طرفین نیز نقش مهمی ایفا می‌نماید و کارآمدی و اطمینان بالایی در مدیریت اختلافات پیچیده پروژه‌های EPC فراهم می‌آورد.

### ۵.۵. تحلیل تطبیقی حل اختلافات در قراردادهای EPC

بررسی تطبیقی نشان می‌دهد که تفاوت اساسی ایران با کشورهای پیشرفته، عمدتاً در ضعف نهادهای داوری داخلی و فقدان حمایت مؤثر از آرای داوری است. در حالی که نظام‌های حقوقی فرانسه، انگلستان و ایالات متحده، هریک از نهادهای داوری تخصصی بهره می‌برند و سیاست‌های حمایتی مشخصی برای تسهیل حل اختلاف و اجرای آرای داوری تدوین کرده‌اند، در ایران همچنان دادگاه‌های عمومی مرجع اصلی رسیدگی به اختلافات قراردادی باقی مانده‌اند. این وضعیت موجب طولانی شدن روند رسیدگی، افزایش هزینه‌ها و کاهش کارایی پروژه‌ها می‌شود و توانایی طرفین در مدیریت سریع و مؤثر اختلافات را محدود می‌کند.

باتوجه به این مقایسه، می‌توان نتیجه گرفت که برای ارتقای نظام مدیریت قراردادهای EPC در ایران، ضروری است که نهادهای داوری داخلی تقویت شوند و پذیرش عملی آرای داوری خارجی مورد توجه قرار گیرد. علاوه بر این، توسعه و کاربرد روش‌های جایگزین حل اختلاف (ADR) مانند میانجیگری و داوری تسهیل، نقش مهمی در افزایش سرعت و دقت حل اختلافات و کاهش بار دادگاه‌های عمومی خواهد داشت. به این ترتیب، ایجاد چارچوبی منسجم و شفاف برای حل اختلاف، گامی اساسی در راستای ارتقای کارآمدی، کاهش ریسک حقوقی و تضمین موفقیت پروژه‌های EPC در ایران خواهد بود.

### ۶. تحلیل تطبیقی ضمانت اجراها در قراردادهای EPC

#### ۶.۱. حقوق ایران

قراردادهای EPC در چهارچوب نظام حقوقی ایران، ضمانت‌اجراها عمدتاً شامل ضمانت‌نامه‌های بانکی برای پیش‌پرداخت‌ها، حسن انجام کار و دوره نگهداری است که به‌ویژه در پروژه‌های زیرساختی

1. Martens, M. L., & Carvalho, M. M. "Key factors of sustainability in project management context: A survey". *International Journal of Project Management*, 35(6), 2017, p 1085.

کاربرد فراوان دارند. این ابزارها نقش مهمی در کاهش ریسک‌های اجرایی و اقتصادی ایفا می‌کنند، با این حال، در بسیاری از پروژه‌ها تضمین‌های عملکرد کلی به‌اندازه کافی به کار گرفته نمی‌شوند.<sup>۱</sup> علاوه بر این، در حقوق ایران، ضمانت‌اجراها بیشتر بر پایه قواعد عمومی قراردادها و شروط قراردادی تنظیم می‌شوند و متداول‌ترین آنها شامل وجه التزام، ضبط تضمین حسن انجام کار و امکان فسخ قرارداد از سوی کارفرماست.

نبود چارچوب اختصاصی برای قراردادهای EPC موجب می‌شود که ضمانت‌اجراها گاهی غیرمنصفانه و نامتوازن تعیین شوند و این موضوع به اختلافات جدید میان طرفین منجر شود. برای مثال، تعیین وجه التزام‌های سنگین یا شروط فسخ یک‌جانبه بدون موازنه منطقی، از مشکلات رایج در قراردادهای داخلی است.<sup>۲</sup> در بسیاری از کشورهای پیشرفته، ضمانت‌های عملکرد دقیق‌تر و با استانداردهای بین‌المللی انطباق دارند و به‌طور کامل اجرایی می‌شوند، درحالی‌که در ایران، به‌ویژه در پروژه‌های حساس، اجرای کامل این نوع تضمین‌ها ممکن است با محدودیت مواجه شود. این وضعیت نشان‌دهنده نیاز به تدوین چارچوب اختصاصی و استانداردسازی ضمانت‌اجراها در قراردادهای EPC برای کاهش ریسک‌ها و افزایش کارآمدی پروژه‌هاست.

در نظام حقوقی ایران، یکی از چالش‌های بنیادین در اجرای ضمانت‌اجراهای قراردادهای EPC، عدم به رسمیت شناختن شخصیت حقوقی کنسرسیوم‌ها توسط نظام بانکی و بیمه‌ای است. بر اساس یافته‌های پژوهشی در میزگرد تخصصی رتبه‌بندی شرکت‌های EPC، بانک‌های داخلی به دلیل خلأ قانونی، از افتتاح حساب جاری یا صدور ضمانت‌نامه به نام کنسرسیوم خودداری می‌کنند. این موضوع باعث می‌شود که توزیع مسئولیت و اجرای ضمانت‌اجراها بین ارکان E، P و C دچار اختلال شده و عملاً مفهوم «تعهد به نتیجه واحد» در قراردادهای EPC ایرانی با مانع جدی روبرو شود.<sup>۳</sup>

۱. سلیمی، شیده شیدا؛ حاجیان، محمدمهدی؛ علومی یزدی، حمیدرضا، «بررسی توزیع ریسک‌های حقوقی-قراردادی در اسناد EPC کلیددر دست وزارت نفت ایران»، نشریه ۵۴۹۰ و فیدیک، فصلنامه مطالعات حقوق انرژی، دوره ۹، شماره ۱، ۱۴۰۲، صص ۱۲۷-۱۲۸

۲. رضایی‌زاده، محمدجواد؛ عبدی، صادق، برخی، نسیم، «بررسی ریسک‌های قراردادی در شرایط عمومی قراردادهای EPC وزارت نفت و نمونه بین‌المللی FIDICT»، فصلنامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۹۹، ص ۱۲۸

۳. اعرابی، سیدمحمد؛ کرمانشاهی، علی، «گزارش پژوهشی با موضوع کنکاشی در رتبه‌بندی شرکت‌های مهندسی تدارک و اجرا رتبه بندی eps تبیین دستاوردها و مسیر آینده»، نشریه تدبیر، اردیبهشت ۱۳۹۲، شماره ۲۵۱، ص ۱۵

## ۶.۲. حقوق فرانسه

در نظام حقوقی فرانسه، استفاده از ضمانت‌نامه‌های بانکی برای پیش‌پرداخت‌ها، حسن انجام کار و دوره نگهداری به‌طور گسترده در پروژه‌های EPC مورد تأکید قرار دارد. علاوه بر این، بیمه‌های تخصصی مانند بیمه ده‌ساله<sup>۱</sup> به‌طور اجباری برای پوشش مسئولیت‌های بلندمدت پیمانکار پیش‌بینی شده است.<sup>۲</sup> این بیمه‌ها یکی از ویژگی‌های برجسته قراردادهای EPC در فرانسه محسوب می‌شوند و به‌ویژه در پروژه‌های ساختمانی و زیرساختی اهمیت دارند؛ بیمه ده‌ساله تضمین می‌کند که پیمانکار مسئول تعمیرات و جبران خسارات ناشی از خرابی‌ها یا مشکلات ساختاری در طول ده سال پس از اتمام پروژه باشد. علاوه بر این، در فرانسه اصل تناسب ضمانت اجرا با میزان تعهد نقض شده به رسمیت شناخته شده است. دادگاه‌ها اختیار دارند در صورت غیرمنصفانه بودن وجه التزام یا شروط قراردادی، آن‌ها را تعدیل کنند.<sup>۳</sup> این رویکرد مانع از سوءاستفاده کارفرما و تبدیل ضمانت‌اجرا به ابزاری برای اعمال فشار غیرمتعارف علیه پیمانکار می‌شود و به ایجاد تعادل میان طرفین و کاهش اختلافات حقوقی کمک می‌کند. به این ترتیب، چارچوب ضمانت‌ها و بیمه‌ها در فرانسه با تأکید بر شفافیت، انصاف و پوشش کامل ریسک‌ها، زمینه اجرای موفق و پایدار پروژه‌های EPC را فراهم می‌آورد.

## ۶.۳. حقوق انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان، استفاده از تضمین‌ها و بیمه‌های مختلف در پروژه‌های EPC الزامی است. ضمانت‌نامه‌های بانکی یکی از اصلی‌ترین ابزارهای تضمین به‌شمار می‌آیند و معمولاً برای تأمین پیش‌پرداخت‌ها، ضمانت حسن انجام کار و دوره نگهداری در قراردادها گنجانده می‌شوند. علاوه بر این، بیمه‌های تخصصی مانند بیمه حرفه‌ای<sup>۴</sup> و بیمه کارهای ساختمانی<sup>۵</sup> نقش مهمی در پوشش ریسک‌های مالی ناشی از خطاهای حرفه‌ای یا خسارت‌های فیزیکی به پروژه دارند.<sup>۶</sup> بیمه ده‌ساله<sup>۷</sup> نیز برای پوشش مسئولیت‌های بلندمدت و محافظت در برابر مشکلات ساختاری در پروژه‌های بزرگ ضروری است و

1. Assurance Décennale

2. Sambasivan, M., & Soon, Y. W. Op. cit., p 522.

3. Yeo, K. T., & Ning, J. H. "Integrating supply chain and critical chain concepts in engineer-procure-construct (EPC) projects". *International Journal of Project Management*, 20(4), 2002, p 255.

4. Professional Indemnity Insurance

5. Contract Works Insurance

6. Ruqaishi, M., & Bashir, H. A. "Causes of Delay in Construction Projects in the Oil and Gas Industry in the GCC Countries". *Journal of Management in Engineering*, 31(3), 2015, p 354

7. assurance décennale

تضمین می‌کند که کارفرما حتی در صورت بروز خرابی‌های ناشی از طراحی یا ساخت پس از تحویل پروژه، امکان جبران خسارت داشته باشد.<sup>۱</sup>

در حقوق انگلستان، اصل اجرای دقیق مفاد قرارداد غالب است. بنابراین، اگر طرفین وجه التزام یا شرط فسخ درج کنند، دادگاه‌ها اغلب آن را محترم می‌شمارند.<sup>۲</sup> این رویکرد موجب تقویت امنیت می‌شود و طرفین را نسبت به تعهدات و ضمانت‌ها پاسخ‌گو نگاه می‌دارد، هرچند در برخی موارد ممکن است به نتایجی سخت‌گیرانه علیه پیمانکار منجر شود. به این ترتیب، ترکیب تضمین‌های بانکی، بیمه‌های تخصصی و رعایت دقیق مفاد قراردادی، چارچوبی مطمئن برای کاهش ریسک و اجرای موفق پروژه‌های EPC در انگلستان فراهم می‌آورد.

#### ۶.۴. حقوق ایالات متحده

در نظام حقوقی ایالات متحده، استفاده از تضمین‌ها و بیمه‌ها بخش جدایی‌ناپذیر از قراردادهای EPC است. از جمله ابزارهای اصلی تضمینی، ضمانت‌نامه‌های بانکی‌اند که به‌طور رایج برای تأمین پیش‌پرداخت‌ها و تضمین حسن انجام کار استفاده می‌شوند. علاوه بر این، بیمه‌های حرفه‌ای و بیمه کارهای ساختمانی برای پوشش خسارت‌های احتمالی ناشی از خطاهای حرفه‌ای یا خسارت‌های فیزیکی به پروژه ضروری محسوب می‌شوند.<sup>۳</sup>

یکی از مهم‌ترین انواع بیمه در این نظام حقوقی، بیمه تکمیل پروژه<sup>۴</sup> است که امکان پوشش خسارات ناشی از تأخیر یا نقص در تکمیل پروژه را برای پیمانکار و کارفرما فراهم می‌کند. همچنین، برنامه‌های بیمه کنترل‌شده توسط کارفرما<sup>۵</sup> به کارفرما اجازه می‌دهند تمام ریسک‌های پروژه را تحت یک برنامه بیمه مدیریتی واحد مدیریت کند که این رویکرد به‌ویژه در پروژه‌های بزرگ و پیچیده اهمیت زیادی دارد. از منظر ضمانت اجرا، ایالات متحده میان شرط وجه التزام و شرط جریمه تمایز قائل است؛ اگر مبلغ پیش‌بینی‌شده در قرارداد متناسب با خسارت مورد انتظار باشد، وجه التزام معتبر شناخته می‌شود، اما در صورت افراط و غیرواقعی بودن، دادگاه آن را به‌عنوان شرط جریمه باطل اعلام می‌کند.<sup>۶</sup> این تمایز،

1. Aziz, R. F. "Ranking of delay factors in construction projects after Egyptian revolution". *Alexandria Engineering Journal*, 52(3), 2013, p 390.

2. Kabirfar, K., & Mojtahedi, M. "The Impact of Engineering, Procurement and Construction (EPC) Phases on Project Performance". *Buildings*, 9(1), 2019, p 15.

3. Ahmed, S. M., Azher, S., Castillo, M., & Kappagantula, P, Op.cit, p 28.

4. Completion Insurance

5. Owner Controlled Insurance Program OCIP

6. Li, J., Xin, K. R., et al. "Building effective international joint venture leadership teams in China". *Journal of World Business*, 34(1), 1999, p 58.

انعطاف بیشتری در حمایت از توازن منافع طرفین ایجاد می‌کند و موجب می‌شود ابزارهای تضمینی به‌طور متعادل و کارآمد در پروژه‌های EPC به کار گرفته شوند.

### ۶.۵. تحلیل تطبیقی

تحلیل تطبیقی نشان می‌دهد که ایران به دلیل فقدان چارچوب قانونی اختصاصی برای قراردادهای EPC، بیش از سایر کشورها در معرض سوءاستفاده یا عدم توازن در تعیین ضمانت‌اجراها قرار دارد. در بسیاری از قراردادهای داخلی، شرایطی مانند وجه التزام‌های سنگین، شروط فسخ یک‌جانبه یا ضبط تضمین‌ها بدون موازنه منطقی، می‌تواند منجر به افزایش اختلافات میان طرفین و کاهش کارایی پروژه‌ها شود. فقدان استانداردهای مشخص در زمینه ضمانت‌اجراها، موجب می‌شود که اجرای این ابزارهای حقوقی اغلب با ابهام و تفسیرهای متناقض مواجه باشد.

در مقابل، نظام حقوقی فرانسه با اختیار تعدیل قضایی، از افراط در تعیین ضمانت‌ها جلوگیری می‌کند. دادگاه‌ها می‌توانند در صورت غیرمنصفانه بودن وجه التزام یا شروط قراردادی، آن‌ها را تعدیل کنند و مانع تبدیل ضمانت اجرا به ابزاری فشار بر پیمانکار شوند. این رویکرد به حفظ تعادل منافع طرفین و کاهش اختلافات حقوقی کمک می‌کند.

انگلستان رویکرد متفاوتی اتخاذ کرده است؛ در این کشور اصل اجرای دقیق مفاد قرارداد غالب است و دادگاه‌ها معمولاً شروط قرارداد، از جمله وجه التزام و فسخ، را محترم می‌شمارند. این روش موجب ایجاد امنیت قراردادی بالا و پیش‌بینی‌پذیری برای طرفین می‌شود؛ هرچند در برخی موارد ممکن است نتایج سخت‌گیرانه‌ای علیه پیمانکار داشته‌باشد.

در ایالات متحده نیز با تفکیک میان وجه التزام و شرط جریمه، توازن میان منافع طرفین حفظ می‌شود. وجه التزام معتبر زمانی شناخته می‌شود که متناسب با خسارت مورد انتظار باشد و در صورت افراط، به‌عنوان شرط جریمه باطل اعلام می‌گردد. این تمایز موجب انعطاف‌پذیری بیشتر و مدیریت متوازن ریسک‌های قراردادی در پروژه‌های EPC می‌شود.<sup>۱</sup>

نتیجه‌گیری این تحلیل تطبیقی نشان می‌دهد که ایجاد چارچوب قانونی شفاف و اختصاصی در ایران، به‌ویژه در زمینه تعیین وجه التزام، شرایط فسخ قرارداد و تضمین‌های بانکی و بیمه‌ای، امری ضروری و

1. Pickvance, K. Delay and Disruption in Construction Contracts (3rd ed.). Informa Professional, 2005, p 311

اجتناب‌ناپذیر است. تدوین چنین مقرراتی نه فقط می‌تواند سطح انصاف و تعادل بین طرفین را ارتقا دهد، بلکه زمینه کاهش اختلافات و افزایش موفقیت پروژه‌های EPC را نیز فراهم می‌آورد.

## ۷. تحلیل آثار تفاوت‌های حقوقی بر اجرای پروژه‌ها و کارایی آنها

بررسی تطبیقی سه محور اصلی قراردادهای EPC- شامل توزیع ریسک، حل اختلاف و ضمانت اجراها- نشان می‌دهد که نظام‌های حقوقی فرانسه، انگلستان و ایالات متحده، با وجود تفاوت در مبانی نظری و رویکردهای حقوقی، همگی به دنبال تضمین کارآمدی و موفقیت پروژه‌ها هستند. در مقابل، ایران به دلیل فقدان چارچوب اختصاصی و اتکای صرف بر قواعد عمومی قراردادهای، با چالش‌های ساختاری و عملی اساسی مواجه است که کارایی پروژه‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

خاطرنشان می‌سازد تفاوت بنیادین EPC با EPCM در نقش پیمانکار است؛ در EPCM پیمانکار صرفاً یک «ارائه‌دهنده خدمات حرفه‌ای و نماینده مالک» است و اصیل (Principal) محسوب نمی‌شود، اما در EPC، پیمانکار «اصیل» قرارداد است. این جایگاه حقوقی باعث می‌شود ریسک دعاوی میان کارفرما و پیمانکاران جزء (Sub-contractors) حذف شده و کارایی پروژه از طریق تمرکز مسئولیت در یک نقطه واحد افزایش یابد.<sup>۱</sup>

### ۷.۱. توزیع ریسک‌ها

در حوزه توزیع ریسک، هریک از نظام‌ها رویکرد مشخصی را اتخاذ کرده‌اند:

- فرانسه با تکیه بر اصل انصاف و تعدیل قضایی، از بار غیرمنصفانه ریسک‌ها بر پیمانکار یا کارفرما جلوگیری می‌کند.
- انگلستان با آزادی قراردادی همراه با نظارت قضایی، به طرفین اجازه می‌دهد ریسک‌ها را با شفافیت توزیع کنند و درعین حال دادگاه‌ها در صورت افراط، ورود متعادل‌کننده دارند.
- ایالات متحده با رویکرد بیمه‌پذیری ریسک، تلاش می‌کند ریسک‌ها به طرفی واگذار شود که بیشترین توانایی کنترل یا بیمه آن را داشته باشد.

در ایران، فقدان استانداردها و چارچوب مشخص برای توزیع ریسک، باعث ابهام، اختلافات گسترده و ارجاع مکرر به دادگاه یا داوری شده و به کاهش کارایی پروژه‌ها می‌انجامد.

۱. بزرگ پور، علی، «بررسی قرارداد طراحی، تهیه و ساخت باتمركز بر ویژگی‌های بنیادین آن»، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، دوره ۳، شماره ۱، بهار ۱۳۹۶، ص ۹۳.

یکی از موانع اصلی در توزیع عادلانه ریسک در پروژه‌های EPC ایران، وجود «عدم تقارن اطلاعات» (Information Asymmetry) میان کارفرمایان و پیمانکاران است. بر اساس گزارش سازمان مدیریت صنعتی، کارفرمایان به دلیل عدم دسترسی به اطلاعات شفاف از توانمندی‌های واقعی پیمانکاران، ریسک‌های سنگینی را به طرف مقابل تحمیل می‌کنند که در نهایت منجر به شکست پروژه یا ادعاهای (Claims) متعدد می‌شود. رتبه‌بندی تخصصی می‌تواند با شفاف‌سازی این فضا، ریسک انتخاب پیمانکار ناصالح را کاهش دهد.<sup>۱</sup>

یکی از تفاوت‌های مبنایی در توزیع ریسک، وجود مهلت‌های «سقوط حق» در مقابل مهلت‌های «توصیه‌ای» است.<sup>۲</sup> در کتاب نقره‌ای فیدیک، مدعی باید ظرف ۲۸ روز از آگاهی نسبت به رخداد، خطا یا زیان صادر کند و ظرف ۸۴ روز ادعای تکمیل شده را ارائه دهد، در غیر این صورت حق او ساقط شده و طرف مقابل مبرا می‌گردد. این در حالی است که در قراردادهای EPC نفت ایران، مهلت‌هایی (مانند مهلت ۱۴ روزه بررسی طراحی) فاقد ضمانت‌اجرای مؤثر هستند<sup>۳</sup> که این امر منجر به عدم شفافیت و ناهماهنگی در طراحی‌های پایه و تفصیلی می‌شود.

## ۷.۲. حل اختلافات

در حوزه حل اختلاف، فرانسه، انگلستان و آمریکا از نهادهای داوری تخصصی و روش‌های جایگزین حل اختلاف (ADR) بهره می‌برند. این سازوکارها موجب تسریع در رسیدگی، کاهش هزینه‌ها و ارتقای کیفیت تصمیم‌گیری‌ها می‌شوند.

در فرانسه، داوری‌های قراردادی و حمایت قضایی از اجرای آرای داوری، طرفین را به استفاده از راهکارهای تخصصی تشویق می‌کند. انگلستان با سیستم چندمرحله‌ای مذاکره، میانجیگری و داوری نهادی (LCIA و TCC) از درگیری‌های طولانی جلوگیری می‌کند، و آمریکا با انعطاف در انتخاب نهادهای داوری (AAA و JAMS) و میانجیگری، امکان مدیریت کارآمد اختلافات را فراهم می‌سازد.

۱. اعرابی، سیدمحمد؛ کرمانشاهی، علی، منبع پیشین، ص ۱۷؛ همچنین ر.ک:

Ruqaishi, M., & Bashir, H. A. "Causes of Delay in Construction Projects in the Oil and Gas Industry in the GCC Countries". *Journal of Management in Engineering*, 31(3), 2015, p 228.  
2. Pickvance, K. Op. cit., p 176

۳. اسدالله نژاد رنجبر، آرزو؛ ارجمند، سیدامیر محمد؛ هداوند، مهدی، «آیین ادعا در نمونه قرارداد epc فیدیک و مقیاسه آن با نمونه اختصاصی صنعت نفت ایران»، دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری، سال اول، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۲۴۶-۲۴۴.

در ایران، اتکای بیش از حد به دادگاه‌های عمومی و ضعف نهادهای داوری تخصصی، موجب کندی روند رسیدگی، عدم اعتماد طرفین و افزایش احتمال بروز اختلافات تکراری می‌شود.

### ۷.۳. ضمانت اجراها

در زمینه ضمانت اجرا، نظام‌های حقوقی پیشرفته نیز رویکردهای متفاوت اما کارآمدی دارند:

- فرانسه با امکان تعدیل قضایی، از افراط و سوءاستفاده جلوگیری می‌کند.
- انگلستان با اصل اجرای دقیق مفاد قرارداد، امنیت و پیش‌بینی‌پذیری را تأمین می‌کند، اگرچه گاهی سخت‌گیری علیه پیمانکار ایجاد می‌شود.

- آمریکا با تفکیک میان وجه التزام و شرط جریمه، تعادل میان طرفین را برقرار می‌سازد.

در ایران، نبود چارچوب اختصاصی موجب شده‌است که ضمانت اجراها گاهی غیرمنصفانه و یک‌جانبه تنظیم شوند و منجر به بی‌ثباتی قراردادی و اختلافات جدید شوند.

باید توجه داشت وفای به عهد در قراردادهای EPC، برخلاف عقود ساده، صرفاً یک عمل فیزیکی نیست، بلکه یک عقد تشریفاتی است. این فرآیند با «ایجاب» پیمانکار (درخواست تحویل موقت) آغاز و با «قبول» کارفرما (امضای صورت‌جلسه) تکمیل می‌شود.<sup>۱</sup> اهمیت این تشریفات در این است که تنها با امضای این صورت‌جلسه، «ضمان حفاظت» از ذمه پیمانکار ساقط و به کارفرما منتقل می‌شود. این نقطه، مرز حساس مسئولیت حقوقی در حوادث قهری و خسارات وارده به پروژه است.»

در فرآیند وفای به عهد، رعایت «شرایط شکلی» طرح ادعا نقشی تعیین‌کننده در کاهش اختلافات دارد. در نمونه فیدیک، واژه Notice با حرف اول بزرگ، بیانگر یک اخطاریه با ساختار و زمان‌بندی صلب است که از زمان دریافت در آدرس مخاطب مؤثر واقع می‌شود.<sup>۲</sup> این دقت در جزئیات، وضعیت قرارداد را از حیث قابل فسخ یا قابل تعدیل بودن شفاف کرده و برای طرفین پیش‌بینی‌پذیری حداکثری ایجاد می‌کند؛ در حالی که در نشریات عمومی پیمان ایران، به دلیل فقدان این جزئیات شکلی، طرفین تا زمان تنظیم صلح‌نامه قطعی و نهایی، همواره در معرض ادعاهای پیش‌بینی‌نشده بر اساس قواعد عام مسئولیت مدنی و تسبیب باقی می‌مانند.»

۱. نوروزی، محمد، منبع پیشین، ص ۱۳۵

۲. اسدالله نژاد رنجبر، آرزو و دیگران، منبع پیشین، ص ۲۳۲

## ۸. تأثیر قراردادهای EPC بر کارایی اجرای پروژه‌ها

قراردادهای (Engineering, Procurement, and Construction EPC) به‌عنوان یکی از رایج‌ترین روش‌های اجرای پروژه‌های بزرگ صنعتی، نفت و گاز، نیروگاهی، عمرانی و زیرساختی، نقش اساسی در ارتقا یا کاهش کارایی پروژه‌ها ایفا می‌کنند. این نوع قراردادها، که در آن پیمانکار مسئولیت طراحی، تأمین تجهیزات، ساخت و تحویل پروژه به‌صورت کامل و آماده بهره‌برداری را برعهده دارد، به‌طور مستقیم بر ابعاد مختلف پروژه‌ها مانند زمان اجرا، هزینه‌ها و کیفیت اثر می‌گذارند. ساختار منحصر به فرد قراردادهای EPC به‌ویژه در نحوه تخصیص ریسک‌ها، تخصیص مسئولیت‌ها و روند حل اختلافات، باعث می‌شود که این قراردادها تأثیرات عمیقی بر کارایی پروژه‌ها داشته باشند. در این قسمت از مقاله، اثرات حقوقی قراردادهای EPC بر کارایی پروژه‌ها در کشورهای مختلف مورد بررسی قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup>

کارایی قرارداد EPC تنها در گرو یکپارچگی مسئولیت نیست، بلکه ریشه در حفظ تعادل اقتصادی پروژه از طریق «مدیریت ادعا» دارد.<sup>۲</sup> ارکان اصلی پروژه (زمان، هزینه و موضوع) در ارتباطی تنگاتنگ با یکدیگرند؛ لذا هرگونه تغییر در محصول نهایی یا کشف اطلاعات جدید حین اجرا، باید با مکانیسمی منعطف برای اصلاح سایر ارکان همراه باشد.<sup>۳</sup> عدم پیش‌بینی چنین سازوکاری در قراردادهای اختصاصی صنعت نفت ایران، برخلاف کتاب نقره‌ای فیدیک، منجر به بن‌بست در مدیریت مهندسی مالی پروژه و افزایش احتمال شکست قرارداد می‌گردد.<sup>۴</sup>

### ۸.۱. ویژگی‌های حقوقی قراردادهای EPC و تأثیر آنها بر کارایی پروژه

کارایی در پروژه‌های EPC تابعی از چهار رکن اصلی است: نیروی انسانی، ساختار و تشکیلات، سیستم‌ها و روش‌ها، و قوانین و مقررات در پروژه‌های داخلی، تمرکز بیش از حد بر "قوانین و مقررات" (مانند بخشنامه‌های دولتی) و بی‌توجهی به «سیستم‌ها و روش‌ها» (مانند مدیریت یکپارچه طراحی و ساخت) موجب شده است که قراردادهای EPC از ماهیت اصلی خود که «تولید ارزش افزوده» است، فاصله بگیرند.<sup>۴</sup>

1. Yeo, K. T., & Ning, J. H. "Integrating supply chain and critical chain concepts in engineer-procure-construct (EPC) projects". *International Journal of Project Management*, 20(4), 2002, p 259

2. Jo, S. H., Lee, E. B., & Pyo, K. Y. "Integrating a Procurement Management Process into Critical Chain Project Management (CCPM): A Case Study on Oil and Gas Projects", *Sustainability*, 10(6), 2018, p 181

۳. اسدالله نژاد رنجبر، آرزو و دیگران، منبع پیشین، ص ۲۳۵

4. Kerzner, H. *Project Management Metrics, KPIs, and Dashboards*. John Wiley & Sons, 2017, p 49

ویژگی‌های خاص حقوقی قراردادهای EPC می‌توانند به‌طور مستقیم بر کارایی پروژه‌ها تأثیر بگذارند. این ویژگی‌ها نه فقط در روند اجرایی پروژه‌ها، بلکه در نحوه مدیریت ریسک‌ها، حل اختلافات و تخصیص منابع نقش تعیین‌کننده دارند:

باید توجه داشت که ارتقای کارایی در پروژه‌های EPC مستلزم گذار از «سازمان فعالیت‌گرا» به «سازمان فرایندگرا» است. بر اساس اصول مهندسی مجدد فرایندهای کسب‌وکار (BPR)، قراردادهای EPC زمانی به حداکثر اثربخشی می‌رسند که با حذف فعالیت‌های تکراری و فاقد ارزش افزوده، بر تفکر بنیادین و ریشه‌ای تمرکز کنند. در واقع، تعهد به نتیجه در EPC، نوعی بازمهندسی در ساختار سنتی پیمانکاری است که با تکیه بر فناوری اطلاعات و مدیریت یکپارچه، «شگفت‌انگیزی» در معیارهای عملکرد (هزینه، کیفیت و سرعت) را هدف قرار می‌دهد.

**تعهد به نتیجه:**<sup>۱</sup> یکی از برجسته‌ترین ویژگی‌های قراردادهای EPC، تعهد پیمانکار به تحویل پروژه‌ای آماده بهره‌برداری است. این تعهد موجب می‌شود که پیمانکار نه فقط به تکمیل فعالیت‌ها، بلکه به تحویل پروژه مطابق با ویژگی‌های از پیش تعیین‌شده در قرارداد متعهد شود. این ویژگی باعث افزایش مسئولیت‌پذیری پیمانکار و تمرکز بیشتر بر مدیریت مؤثر پروژه می‌شود.<sup>۲</sup> همچنین، این ویژگی از نظر قانونی باعث تسهیل تفسیر قرارداد و جلوگیری از تعارضات احتمالی می‌شود.

مسئولیت پیمانکار در EPC، یک مسئولیت «تک‌بعدی و یک‌جانبه» (One-sided Responsibility) است. برخلاف قراردادهای سنتی که پیمانکار می‌تواند نقص را به طراحی (طراح) نسبت دهد، در EPC به دلیل ادغام مهندسی و ساخت، پیمانکار ضامن قطعی صحت، ثبات و امنیت پروژه است. این تعهد از نوع «تعهد به نتیجه» محسوب می‌شود؛ چراکه تمامی عوامل مؤثر بر خروجی کار در کنترل مستقیم پیمانکار قرار دارد.<sup>۳</sup>

تعهد پیمانکار در EPC از نوع «تعهد به نتیجه» است و ذمه او تنها زمانی بری می‌شود که خروجی با مشخصات قراردادی انطباق کامل داشته باشد. یک نوآوری حقوقی در این حوزه، لزوم «نو و غیرمستعمل بودن» تمامی مصالح و تجهیزات است (بند ۶ ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان)؛ به گونه‌ای که تحویل

1. Obligation of Result

2. Koka, B. R., & Prescott, J. E, "Strategic alliances as social capital: A multidimensional view". *Strategic Management Journal*, 23(9), 2002, p 796.

۳. بزرگ‌پور، علی، «بررسی قرارداد طراحی، تهیه و ساخت باتمرکز بر ویژگی‌های بنیادین آن»، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، دوره ۳، شماره ۱، ۱۳۹۶، ص ۹۶

تجهیزات مستعمل، حتی اگر کارایی لازم را داشته باشند، وفای به عهد تلقی نشده و پیمانکار موظف به جایگزینی با هزینه شخصی است. این سخت‌گیری در جهت تضمین طول عمر پروژه و به حداقل رساندن هزینه‌های بهره‌برداری کارفرماست.

**تخصیص ریسک روشن و مشخص:** یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های قراردادهای EPC، تخصیص ریسک‌هاست که به‌طور شفاف و منطقی بین طرفین قرارداد توزیع می‌شود. در این قراردادها، ریسک‌های طراحی، تأمین، ساخت و بهره‌برداری از پروژه به‌عهده پیمانکار است، مگر اینکه این ریسک‌ها به‌طور مشخص در قرارداد به کارفرما واگذار شوند. این روش باعث می‌شود که هر طرف مسئولیت ریسک‌هایی را برعهده گیرد که توانایی مدیریت و کنترل آن را دارد. این ویژگی علاوه‌بر کاهش اختلافات، به پروژه کمک می‌کند که به‌طور مؤثرتری پیش برود.<sup>۱</sup>

**قیمت مقطوع:**<sup>۲</sup> یکی از ویژگی‌های برجسته قراردادهای EPC، تعیین قیمت مقطوع برای پروژه است. در این مدل، هزینه نهایی پروژه از پیش مشخص می‌شود که این امر به کارفرما اجازه می‌دهد تا برنامه‌ریزی مالی دقیقی داشته باشد. این ویژگی همچنین موجب کنترل بیشتر بر هزینه‌ها و جلوگیری از هزینه‌های غیرمترقبه می‌شود. در صورتی که پیمانکار نتواند پروژه را طبق زمان‌بندی و بودجه تحویل دهد، باید هزینه‌های اضافی را متحمل شود که به نفع کارفرماست.<sup>۳</sup>

**برنامه زمان‌بندی قطعی (Fixed Completion Date):** یکی دیگر از ویژگی‌های برجسته قراردادهای EPC، الزام به تحویل پروژه در تاریخ مشخص شده است. این ویژگی باعث می‌شود که پیمانکار در چارچوب زمانی مشخصی پروژه را تحویل دهد. این الزام، نظم و انضباط را در فرایند اجرا ارتقا می‌دهد و از تأخیرهای غیرضروری جلوگیری می‌کند.<sup>۴</sup> در کشورهای با سیستم‌های حقوقی پیشرفته، این ویژگی موجب کاهش زمان اجرای پروژه‌ها و افزایش کارایی می‌شود.

**نتیجه:** ویژگی‌های حقوقی ذکرشده، در صورت طراحی صحیح و اجرای مناسب، می‌توانند منجر به افزایش بهره‌وری، کاهش هزینه‌ها، تسریع اجرای پروژه‌ها و افزایش کیفیت نهایی پروژه شوند.

1. Kale, P., & Singh, H. "Managing strategic alliances: What do we know now, and where do we go from here?". *The Academy of Management Perspectives*, 23(3), 2009, p 49.

2. Lump Sum Price

3. Johanson, J., & Vahlne, J. E. "The mechanism of internationalisation". *International Marketing Review*, 7(4), 1990, p 20.

4. Koka, B. R., & Prescott, J. E. Op. cit, p 799.

در قراردادهای EPC ایران، به دلیل پیوند این پروژه‌ها با نظم عمومی اقتصادی (نفت، نیرو، فولاد)، پیمانکار علی‌رغم داشتن «حق حبس» در تملیک، حق توقف کار در صورت بروز اختلاف را ندارد (بند ۵ ماده ۳۲ شرایط عمومی پیمان). این محدودیت قانونی، کارایی پروژه را فدای اختلافات مالی نمی‌کند و پیمانکار را موظف می‌سازد حتی در زمان دعوا، به برنامه زمانی وفادار بماند؛ رویکردی که در جهت حمایت از منافع ملی و جلوگیری از مطول شدن پروژه‌های زیربنایی اتخاذ شده است.

### ۸.۲. تحلیل جنبه‌های مثبت و منفی در نظام‌های مختلف حقوقی

تأثیر قراردادهای EPC بر کارایی پروژه‌ها ممکن است در کشورهای مختلف به‌ویژه به دلیل تفاوت‌های حقوقی و اجرایی بسیار متفاوت باشد. این تفاوت‌ها تأثیر مستقیمی بر نحوه تخصیص ریسک‌ها، حل اختلافات، شفافیت در اجرای پروژه‌ها و مدیریت منابع دارند. اینجا، اثرات قراردادهای EPC در برخی از کشورهای مهم مورد بررسی قرار می‌گیرد:

**نظام‌های حقوقی فرانسه و انگلستان:** در این کشورها، چارچوب‌های استاندارد قراردادهای EPC، مانند FIDIC Silver Book، به‌طور گسترده به کار می‌روند. در این سیستم‌ها، پیمانکاران و کارفرمایان با انتظارات و مسئولیت‌های مشخص خود آشنایی دارند و بنابراین از تفسیرهای متفاوت جلوگیری می‌شود. در این کشورها، سیستم‌های حل اختلاف تخصصی مانند TCC در انگلستان، به‌طور مؤثری اختلافات را حل می‌کنند و پروژه‌ها را از توقف‌های طولانی نجات می‌دهند.<sup>۱</sup>

اثر:

- افزایش کارایی پروژه‌ها به دلیل شفافیت حقوقی؛
- کاهش زمان اجرای پروژه‌ها به دلیل حل سریع اختلافات؛
- کنترل بهتر هزینه‌ها و کاهش هزینه‌های غیرمنتظره.

**نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا:** در ایالات متحده، انعطاف‌پذیری قراردادها همراه با رعایت استانداردهای حرفه‌ای بالا (مانند AIA یا DBIA) باعث شده است که پروژه‌های EPC با ریسک پایین‌تر و کیفیت بالاتر اجرا شوند. در این کشور، وجود مکانیزم‌های حل اختلاف مانند داوری تخصصی و محاکم تخصصی باعث می‌شود که پروژه‌ها به‌طور مؤثری پیش روند و اختلافات سریع‌تر حل شوند.<sup>۲</sup>

1. Reuer, J. J., & Arino, A. "Strategic alliance contracts: Dimensions and determinants of contractual complexity". *Strategic Management Journal*, 2007, p 28.

2. Parkhe, A. "Strategic alliance structuring: A game theoretic and transaction cost examination", *Academy of Management Journal*, 36(4), 1993, p 154

اثر:

- افزایش نوآوری در اجرای پروژه‌ها؛
- مدیریت بهتر تغییرات پروژه در طول زمان؛
- ارتقای مسئولیت‌پذیری پیمانکاران.

**نظام حقوقی ایران:** در ایران، فقدان چارچوب‌های حقوقی جامع برای قراردادهای EPC و همچنین نبود آشنایی کافی با ماهیت این نوع قراردادهای، به‌ویژه در برخی پروژه‌ها، موجب کاهش کارایی پروژه‌ها می‌شود. نبود مکانیزم‌های حل اختلاف تخصصی و تخصیص ریسک به‌درستی باعث بروز اختلافات فراوان و تأخیر در اجرای پروژه‌ها می‌شود.<sup>۱</sup> این مشکلات همچنین موجب افزایش هزینه‌های غیرمترقبه و کاهش کیفیت نهایی پروژه‌ها می‌شود.

در مدل EPC، اصل بر این است که کلیه «مخارج تأدیه» (موضوع ماده ۲۸۱ قانون مدنی) از جمله حق بیمه، مالیات، عوارض گمرکی و حتی هزینه‌های خرید دانش فنی (حق لیسانس و اختراع) بر عهده پیمانکار است. پیمانکار مکلف است کارفرما را در برابر هرگونه ادعای شخص ثالث در خصوص حقوق مالکیت فکری «مصون» (Indemnify) نگه دارد. این تمرکز هزینه‌ها در سمت پیمانکار، به کارفرما اجازه می‌دهد تا با یک بودجه‌بندی فیکس و قطعی، وارد پروژه‌های بزرگ صنعتی شود.

اثر:

- افزایش احتمال تأخیرهای طولانی؛
- بروز اختلافات گسترده در مرحله اجرا؛
- رشد هزینه‌های پیش‌بینی‌نشده و کاهش کیفیت نهایی پروژه.

### نتیجه‌گیری

قراردادهای (Engineering, Procurement, and Construction EPC) یکی از مهم‌ترین قراردادهای در پروژه‌های بزرگ صنعتی و عمرانی محسوب می‌شوند که با تجمیع مراحل طراحی، تأمین تجهیزات و ساخت در یک پیمانکار واحد، به تسهیل مدیریت پروژه، کاهش هزینه‌های نظارتی و افزایش سرعت اجرای پروژه کمک می‌کنند. این قراردادهای به‌دلیل ویژگی‌های خاص خود، در کشورهای مختلف

1. Luo, Y. "Are joint venture partners more opportunistic in a more volatile environment?" *Strategic Management Journal*, 28(1), 2007, p 273.

تحت تأثیر نظام‌های حقوقی متفاوتی قرار دارند که این تفاوت‌ها تأثیرات قابل توجهی بر تخصیص ریسک‌ها، مسئولیت‌ها و حل اختلافات دارند.

در این پژوهش، نظام‌های حقوقی چهار کشور ایران، فرانسه، انگلستان و ایالات متحده آمریکا مورد بررسی قرار گرفتند. در ایران، نبود چارچوب‌های قانونی خاص برای قراردادهای EPC و نبود شفافیت در تخصیص ریسک‌ها باعث بروز مشکلات اجرایی و افزایش اختلافات می‌شود. در مقابل، فرانسه با سیستم حقوقی مدون و شفاف، به کاهش اختلافات و تسهیل اجرای پروژه‌ها کمک می‌کند. انگلستان و ایالات متحده با سیستم‌های حقوقی منعطف‌تر و استفاده از ابزارهای داوری و بیمه‌ای، شرایط مساعدی برای اجرای این قراردادها فراهم کرده‌اند. این ویژگی‌ها باعث شده است که این کشورها توانسته‌اند پروژه‌های EPC را به‌طور مؤثرتر و با هزینه کمتر اجرا کنند.

پژوهش حاضر با هدف بررسی تطبیقی قراردادهای EPC در چهار نظام حقوقی ایران، فرانسه، انگلستان و آمریکا و تحلیل سه محور اصلی شامل توزیع ریسک، حل اختلاف و ضمانت‌اجراها انجام شد. سؤال اصلی تحقیق این بود که: نظام‌های حقوقی مختلف در قراردادهای EPC چگونه ریسک‌ها را توزیع و اختلافات را حل می‌کنند و این تفاوت‌ها چه تأثیری بر کارایی اجرای پروژه‌ها دارند؟

بررسی‌ها نشان داد که در فرانسه، انگلستان و ایالات متحده، به دلیل پیش‌بینی شفاف قواعد و نهادهای تخصصی، توزیع ریسک‌ها متعادل‌تر است و اختلافات سریع‌تر و کارآمدتر حل و فصل می‌شوند؛ در نتیجه کارایی پروژه‌ها ارتقا می‌یابد. در مقابل، در ایران نبود چارچوب قانونی خاص برای EPC و اتکای صرف به قواعد عمومی قراردادهای موجب ابهام در توزیع ریسک‌ها و کندی در حل اختلافات می‌شود که نهایتاً بر کارایی پروژه‌ها اثر منفی دارد.

براین اساس، فرضیه اول تحقیق مبنی بر اینکه نظام‌های حقوقی اروپایی و آمریکایی در اجرای قراردادهای EPC کارآمدتر از ایران هستند، تأیید می‌شود. همچنین فرضیه دوم تحقیق مبنی بر اینکه نبود چارچوب قانونی شفاف در ایران منجر به کاهش کارایی پروژه‌ها می‌گردد، نیز مورد تأیید قرار گرفت.

در نتیجه می‌توان گفت که کلید ارتقای کارایی قراردادهای EPC در ایران، تدوین مقررات بومی و شفاف درباره توزیع ریسک‌ها، پیش‌بینی سازوکارهای حل اختلاف تخصصی و تعیین ضمانت‌اجراهای متناسب است. چنین اصلاحاتی ضمن کاهش اختلافات، موجب افزایش اعتماد میان کارفرما و پیمانکار و ارتقای موفقیت پروژه‌های ملی خواهد شد.

### پیشنهاد‌های کاربردی

با توجه به یافته‌های تحقیق و تحلیل تطبیقی انجام شده، می‌توان پیشنهاد‌های زیر را برای بهبود وضعیت قراردادهای EPC در ایران مطرح کرد:

#### - تدوین مقررات اختصاصی برای قراردادهای EPC

[ضروری است قانون‌گذار یا نهادهای تخصصی، مقرراتی شفاف و جامع برای قراردادهای EPC تدوین کنند.] این مقررات باید شامل ضوابط مشخص در زمینه توزیع ریسک‌ها، روش‌های حل اختلاف و ضمانت‌اجراها باشد.

#### - تقویت نهادهای داوری داخلی

ایجاد نهادهای داوری تخصصی در حوزه پروژه‌های بزرگ عمرانی و صنعتی می‌تواند اعتماد طرفین قراردادها را افزایش دهد و از اتکای بیش از حد به دادگاه‌های عمومی بکاهد.

#### - پذیرش و اجرای مؤثر آرای داوری خارجی

باتوجه به ماهیت بین‌المللی بسیاری از پروژه‌های EPC، [ضروری است ایران در اجرای آرای داوری خارجی رویکردی حمایتی‌تر اتخاذ کند.] این امر موجب افزایش جذابیت ایران برای سرمایه‌گذاران خارجی خواهد شد.

#### - بازنگری در ضمانت‌اجراهای قراردادی

مقررات ایران باید از تعیین وجه التزام‌های غیرمنصفانه و شروط فسخ یک‌جانبه جلوگیری کند. پیش‌بینی معیارهای متناسب و امکان تعدیل قضایی می‌تواند از سوءاستفاده طرفین پیشگیری نماید.

#### - استانداردسازی قراردادهای EPC

[تهیه الگوهای قراردادی استاندارد] مشابه نمونه‌های بین‌المللی (مانند قراردادهای FIDIC) می‌تواند از بروز اختلافات ناشی از ابهام یا عدم توازن در قراردادها جلوگیری کند.

#### - آموزش و ارتقای دانش حقوقی و قراردادی

ضروری است برای مهندسان، مدیران پروژه و وکلای فعال در حوزه EPC دوره‌های تخصصی آموزشی برگزار شود. این امر آگاهی طرفین را افزایش خواهد داد و موجب تنظیم قراردادهای متوازن‌تر خواهد شد.

## منابع

### کتاب

۱. ابراهیمی، سید نصرالله؛ مسعودی، فرزاد، **قراردادهای EPC در صنعت نفت و گاز: اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای EPC با تأکید بر قراردادهای فیدیک**. تهران: انتشارات سمت، ۱۴۰۳.

### مقاله

۲. اسدالله‌نژاد رنجبر، آرزو؛ ارجمند، سیدامیرمحمد؛ هداوند، مهدی، «آیین ادعا در نمونه قرارداد EPC فیدیک و مقایسه آن با نمونه اختصاصی صنعت نفت ایران»، *دوفصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری*، سال ۱، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۲۵۶-۲۲۹. 10.22034/JMEAL.2022.546693.1003
۳. اعرابی، سیدمحمد؛ کرمانشاهی، علی، «کنکاشی در رتبه‌بندی شرکت‌های مهندسی، تدارک و اجرا (EPS)؛ تبیین دستاوردها و مسیر آینده»، *نشریه تدبیر*، شماره ۲۵۱، ۱۳۹۲.
۴. بزرگ‌پور، علی، «بررسی قرارداد طراحی، تهیه و ساخت با تمرکز بر ویژگی‌های بنیادین آن»، *فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی*، دوره ۳، شماره ۱، بهار ۱۳۹۶، ۱۳۹۶، صص ۱۳۳-۱۲۳. <http://uctjournals.com/farsi/index.php/component/content/article?id=145:archive-socials-6>
۵. خانزادی، مصطفی؛ افندی‌زاده، شهریار، «برآورد تأخیر در ساخت پروژه‌های راهسازی بر اثر شرایط آب‌وهوایی با تحلیل فازی-احتمالاتی»، *پژوهشنامه حمل‌ونقل*، دوره ۸، شماره ۴، ۱۳۹۰. <https://civilica.com/doc/326899>
۶. رضایی‌زاده، محمدجواد؛ عبدی، صادق؛ برخی، نسیم، «بررسی ریسک‌های قراردادی در شرایط عمومی قراردادهای EPC وزارت نفت و نمونه بین‌المللی FIDIC». *فصلنامه حقوق اداری*، سال ۷، شماره ۲۲، ۱۳۹۹، صص ۱۴۷-۱۲۵. <https://qjal.smtc.ac.ir/article-1-586-fa.html>
۷. سلیمی، شیده شیدا؛ حاجیان، محمدمهدی؛ علومی یزدی، حمیدرضا، «بررسی توزیع ریسک‌های حقوقی-قراردادی در اسناد EPC کلید در دست وزارت نفت ایران، نشریه ۵۴۹۰ و فیدیک»، *فصلنامه مطالعات حقوق انرژی*، دوره ۹، شماره ۱، ۱۴۰۲، صص ۱۴۲-۱۱۹. 10.22059/jrels.2023.303545.369
۸. صادقی، محسن؛ گودرزی، حبیب، «بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، شماره ۲، ۲۰۰۸، صص ۱۸۹-۱۷۳. 20.1001.1.25885618.1387.38.2.9.8

۹. طاهری، یاشار، «رویکردی به ماهیت قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت با تکیه بر سند فیدیک و حقوق ایران»، فصلنامه تحقیقات نوین میان‌رشته‌ای حقوق، دوره ۳، شماره ۴، ۱۴۰۲، صص ۲۸-۷.
۱۰. مسعودی، فرزاد؛ ابراهیمی، نصرالله؛ ماندگار، مصطفی؛ زنجبر، مسعودرضا، «اصول حقوقی عمومی حاکم بر قراردادهای مهندسی، تأمین کالا، خدمات و ساخت در صنعت نفت و گاز ایران»، نشریه تعالی حقوق، سال ۱۱، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۱۷۷-۱۵۰. 10.22034/thdad.2020.242064
۱۱. نوروزی، محمد، «وفای به عهد در قرارداد EPC یا طراحی و تدارک و ساخت»، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۰، ۱۳۹۳، صص ۱۴۳-۱۲۱. [https://www.ghazavat.org/article\\_153527.html](https://www.ghazavat.org/article_153527.html)

## References

### Books

1. Chappell, D, **Building Contract Claims**, 5th ed, Wiley-Blackwell, 2011.
2. Ebrahimi, Seyed Nasrollah, & Masoudi, Farzad, **EPC Contracts in the Oil and Gas Industry: Governing Principles and Rules with Emphasis on FIDIC Contracts**. Tehran: SAMT Publications, 2024. (in Persian)
3. FIDIC, **FIDIC Contracts Guide**. Geneva: FIDIC, 2000.
4. FIDIC. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book)**, 1st ed., Geneva: Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils. 1999.
5. Kerzner, H. **Project Management Metrics, KPIs, and Dashboards**. John Wiley & Sons, 2017.
6. Pickvance, K. **Delay and Disruption in Construction Contracts**, (3rd ed.). Informa Professional. 2005.
7. Sears, S. K., Sears, G. A., Clough, R. H., et al., **Construction Project Management**, John Wiley & Sons, 2015.

### Articles

8. Ahmed, S. M., Azher, S., Castillo, M., & Kappagantula, P. "Construction delays in Florida: An empirical study", *International Journal of Project Management*, 20(2), 2002, pp 1-44. [https://www.academia.edu/47097404/Construction\\_Delays\\_in\\_Florida\\_An\\_Empirical\\_Study](https://www.academia.edu/47097404/Construction_Delays_in_Florida_An_Empirical_Study)
9. Arabi, Seyed Mohammad, & Kermanshahi, Ali. "An inquiry into the ranking of Engineering, Procurement, and Construction (EPS) companies: Explaining achievements and future pathways", *Tadbir Journal*, No. 251, 2013. (in Persian)
10. Arditi, D., Nayak, S., & Damci, A, "Effect of organizational culture on delay in construction", *International Journal of Project Management*, 35(2), 2017, 136–147. DOI:10.1016/j.ijproman.2016.10.018
11. Asadollah-Nejad Ranjbar, Arezoo; Arjmand, Seyed Amir Mohammad; & Hedayvand, Mehdi, "Claims procedures in the FIDIC EPC standard contract and its comparison with the Iranian oil industry model contract", *Journal of New Administrative Law Studies*, Vol. 1, No. 2, 2021, pp. 229-256. (in Persian) 10.22034/JMEAL.2022.546693.1003
12. Assaf, S. A., & Al-Hejji, S. "Causes of delay in large construction projects", *International Journal of Project Management*, 24(4), 2006, 349–357. DOI:10.1016/j.ijproman.2005.11.010

13. Aziz, R. F, "Ranking of delay factors in construction projects after Egyptian revolution", *Alexandria Engineering Journal*, 52(3), 2013, 387–406.  
DOI:10.1016/j.aej.2013.03.002
14. Aziz, R. F., & Abdel-Hakam, A. A. "Exploring delay causes of road construction projects in Egypt", *Alexandria Engineering Journal*, 55(2), 2016, 1515-1539. <https://doi.org/10.1016/j.aej.2016.03.006>
15. Bozorgpour, Ali. "Analysis of design–procurement–construction contracts with emphasis on their fundamental characteristics", *Quarterly Journal of Social Sciences Studies*, Vol. 3, No. 1, Spring, 2017. pp. 123-133. (in Persian) <http://uctjournals.com/farsi/index.php/component/content/article?id=145:archive-socials-6>
16. Doloi, H., Sawhney, A., Iyer, K. C., & Rentala, S. "Analysing factors affecting delays in Indian construction projects", *International Journal of Project Management*, 30(4), 2012, 479–489. DOI:10.1016/j.ijproman.2011.10.004
17. Elawi, G. S. A., Algahtany, M., & Kashiwagi, D, "Owners' perspective of factors contributing to project delay: Case studies of road and bridge projects in Saudi Arabia", *Procedia Engineering*, 145, 2016, 1402–1409.
18. Gaur, A. S., Ma, X., & Ding, Z. " Perceived home country supportiveness/unfavorableness and outward foreign direct investment from China" *Journal of International Business Studies*, 49 (3), 2018. pp: 324-345. DOI:10.1057/s41267-017-0136-2
19. Gulati, R., & Sytch, M. "Dependence asymmetry and joint dependence in interorganizational relationships", *Administrative Science Quarterly*, 52(1), 2007, pp 32–69.
20. Hitt, M. A., Ahlstrom, D., et al. "Institutional effects on strategic alliance partner selection in transition economics: China v. Russia", *Organization Science*, 15(2), 2004, pp 173–185. DOI:10.1287/orsc.1030.0045
21. Inkpen, A. C., & Beamish, P. W., "Knowledge, bargaining power, and instability of international joint ventures", *Academy of Management Review*, 22(1), 1997, pp 177–202.
22. Isobe, T., Makino, S., & Montgomery, D. B. "Resource commitment, entry timing and market performance of foreign direct investments in emerging economics: the case of Japanese international joint ventures in China", *Academy of Management Journal*, 43(3), 2000, pp 468-484. <https://doi.org/10.2307/1556405>

23. Jo, S. H., Lee, E. B., & Pyo, K. Y, "Integrating procurement management into CCPM: A case study on oil and gas projects", *Sustainability*, 10(6), 2018, pp 1-22. <https://doi.org/10.3390/su10061817>
24. Johanson, J., & Vahlne, J. E. "The mechanism of internationalization", *International Marketing Review*, 7(4), 1990, pp. 11-24. <https://doi.org/10.1108/02651339010137414>
25. Joslin, R., & Müller, R. "The relationship between project governance and project success", *International Journal of Project Management*, 34(4), 2016, pp 613-626. <https://doi.org/10.1016/j.ijproman.2016.01.008>
26. Kabirfar, K., & Mojtahedi, M. "The impact of engineering, procurement and construction (EPC) phases on project performance". *Buildings*, 9(1), 15, 2019. [10.3390/buildings9010015](https://doi.org/10.3390/buildings9010015)
27. Kale, P., & Singh, H. (2009). "Managing strategic alliances: what do we know now, and where do we go from here", *Academy of Management Perspectives*, 23(3), 2009, pp 45-62. DOI:10.1108/sd.2010.05626bad.004
28. Khanzadi, Mostafa, & Afandizadeh, Shahriar. "Estimation of delays in road construction projects caused by weather conditions using fuzzy-probabilistic analysis", *Transportation Research Journal*, Vol. 8, No. 4., 2011. (in Persian) <https://civilica.com/doc/326899>
29. Koka, B. R., & Prescott, J. E. "Strategic alliances as social capital: A multidimensional view", *Strategic Management Journal*, 23(9), 2002, pp 795-816. DOI:10.1002/amj.252
30. Kotabe, M., Jiang, C. X., & Murray, J. Y. "Managerial ties, knowledge acquisition, and new product market performance", *Journal of World Business*, 46(2), 2011, pp 166-176. DOI:10.1016/j.jwb.2010.05.005
31. Li, J., Xin, K. R., et al, "Building effective international joint venture leadership teams in China", *Journal of World Business*, 34(1), 1999, pp 52-68. [https://doi.org/10.1016/S1090-9516\(99\)00007-3](https://doi.org/10.1016/S1090-9516(99)00007-3)
32. Luo, Y, "Are joint venture partners more opportunistic in a more volatile environment", *Strategic Management Journal*, 28(1), 2007, pp 39-60. <https://www.jstor.org/stable/20142420>
33. Malhotra, D., & Lumineau, F. "Trust and collaboration in the aftermath of conflict", *Academy of Management Journal*, 2011, pp 981-998. DOI:10.5465/amj.2009.0683
34. Martens, M. L., & Carvalho, M. M. "Key sustainability factors in project management context", *International Journal of Project Management*, 35(6), 2017, pp 1084-1102. <https://doi.org/10.1016/j.ijproman.2016.04.004>

35. Masoudi, Farzad; Ebrahimi, Nasrollah; Mandegar, Mostafa; & Zanjbar, Masoudreza. "Public legal principles of engineering, procurement, and construction contracts in Iran's oil and gas industry", *Culmination of Law Journal*, Year 11, No. 1, 2020, pp 150-177. (in Persian) 10.22034/thdad.2020.242064
36. Morgan, R. M., & Hunt, S. D. "The commitment-trust theory of relationship marketing", *Journal of Marketing*, 58(3), 1994, pp 20-38. <https://eli.johogo.com/Class/Morgan.pdf>
37. Norouzi, Mohammad. "Performance of contractual obligations in EPC (Engineering, Procurement and Construction) contracts", *Judgment Quarterly*, No. 80, 2014, pp. 121-143. (in Persian) [https://www.ghazavat.org/article\\_153527.html](https://www.ghazavat.org/article_153527.html)
38. Parkhe, A. "Strategic alliance structuring", *Academy of Management Journal*, 36(4), 1993, pp 794- 829. <https://doi.org/10.5465/256759>
39. Reuer, J. J., & Arino, A, "Strategic alliance contracts", *Strategic Management Journal*, 28, 2007, pp 313-330. <https://doi.org/10.1002/smj.581>
40. Rezaeizadeh, Mohammad Javad; Abdi, Sadegh; & Barkhi, Nasim. "Analysis of contractual risks in the general conditions of EPC contracts of the Ministry of Oil and the international FIDIC model", *Administrative Law Quarterly*, Year 7, No. 22, 2020, pp 125-147. (in Persian) <https://qjal.smtc.ac.ir/article-1-586-fa.html>
41. Ruqaishi, M., & Bashir, H. A. "Causes of delay in construction projects in the oil and gas industry in GCC countries", *Journal of Management in Engineering*, 31(3), 2015. DOI:10.1061/(ASCE)ME.1943-5479.0000248
42. Sadeghi, Mohsen, & Goudarzi, Habib. "The Survey of Engineering-Procurement and Construction Contracts; With View to Their Position in Iranian Law", *Private Law Studies Quarterly*, No. 2, 2008, pp. 173-189. (in Persian) 20.1001.1.25885618.1387.38.2.9.8
43. Salimi, Shideh Shida; Hajian, Mohammadmehdi; & Oloumi Yazdi, Hamidreza. "Study of Legal-Contractual Risks Distribution in EPC Turnkey Documents of the Oil Industry, 5490 Journal and FIDIC", *Energy Law Studies Quarterly*, Vol. 9, No. 1, 2023, pp. 119-142. (in Persian) 10.22059/jrels.2023.303545.369
44. Sambasivan, M., & Soon, Y. W. "Causes and effects of delays in Malaysian construction industry", *International Journal of Project Management*, 25(5), 2007, pp 517-526. <https://doi.org/10.1016/j.ijproman.2006.11.007>

45. Taheri, Yashar. "An approach to the legal nature of engineering, procurement, and construction contracts with reference to FIDIC documents and Iranian law", *Journal of Interdisciplinary Legal Research*, Vol. 3, No. 4, 2023, pp 7-28.
46. Yeo, K. T., & Ning, J. H. "Integrating supply chain and critical chain concepts in EPC projects", *International Journal of Project Management*, 20(4), 2002, pp 253–262. [https://doi.org/10.1016/S0263-7863\(01\)00021-7](https://doi.org/10.1016/S0263-7863(01)00021-7)

**Thesis**

47. Heidari, Mohammad Reza, EPC Contracts from Economic Law Perspective, L.L.M Thesis, Shahid Beheshti University, 2012. (in Persian)

## Comparative Analysis of Risk Allocation and Dispute Resolution in EPC Contracts and Their Impact on Project Efficiency: A Study in Iranian, French, English, and American Law

Somayyeh Ghasemi Hamed\*  
Mojtaba Ghasemi\*\*  
Shahrzad Haddadi\*\*\*

Received: 2025.10.12

Accepted: 2024.08.06

### Abstract

EPC (Engineering, Procurement, and Construction) contracts are regarded as a key instrument in the implementation of large-scale industrial and infrastructural projects, as they centralize responsibilities in a single contractor, thereby reducing execution time and improving project coordination. This study, adopting a comparative-analytical approach, examines three main aspects- risk allocation, dispute resolution mechanisms, and remedial measures- within the legal systems of Iran, France, England, and the United States. It further seeks to clarify the relationship between these legal differences and project efficiency. The research employs descriptive, analytical, and comparative methods, drawing upon library resources, contractual instruments (including FIDIC documents), and the review of legal practices and sample project experiences. The findings indicate that clarity in risk allocation, the existence of specialized dispute resolution institutions, and well-defined remedial frameworks are all positively correlated with improved project efficiency. Conversely, the lack of dedicated regulations in Iran leads to ambiguity in risk allocation and prolonged dispute resolution processes, which undermine efficiency. Accordingly, the study proposes the development of localized regulations for EPC contracts, the strengthening of specialized arbitration mechanisms, and the clarification of guarantee systems as key measures to enhance the effectiveness of EPC project implementation.

### Keywords:

EPC Contracts, Risk Allocation, Dispute Resolution, Remedies, Comparative Analysis, Project Efficiency.

---

\* Phd Candidate, Department of Public Law, Islamic Azad University: Kish International Branch, Kish, Iran.

\*\* Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran  
Corresponding Author Email: mojtaba\_ghasemi@sbu.ac.ir

\*\*\* Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



## بررسی تطبیقی چالش‌های حقوقی مالکیت اختراعات ابداعی توسط هوش مصنوعی مولد

ابراهیم رهبری\*  
سید مصطفی مشکات\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۰۱

### چکیده

آهنگ سریع تحولات هوش مصنوعی مولد، تجهیز و تناسب‌سازی هرچه سریع‌تر نظام مالکیت فکری با آن را بیش از هر زمان دیگری در کانون توجه قرار داده است. امروزه، تنوع و پویایی ابداعات خلق‌شده از طریق هوش مصنوعی مولد بر هیچ‌کس پوشیده نیست. این در صورتی است که متولیان امر هنوز نتوانسته‌اند به پرسش‌ها و چالش‌های مرتبط با اختراعات یادشده به‌ویژه در حوزه مالکیت آنها پاسخی درخور دهند. فقدان رویکردی منسجم و شفاف در قبال شناسایی دارنده حق ثبت اختراعات ابداعی از ناحیه هوش مصنوعی مولد در پرونده دابوس (DABUS) نیز قابل مشاهده است؛ پرونده‌ای که به‌وضوح نشان داد نظام قضایی هم نتوانسته با تفسیر سنجیده و مؤثر از قوانین، کاستی‌ها و نارسایی‌های قانون‌گذاری در عرصه مذکور را رفع نماید؛ با این اوصاف، یافته‌های این جستار به تفصیل نشان می‌دهد که می‌توان با انعطاف در تفسیر، تفکیک میان حقوق مادی و معنوی ناشی از ثبت اختراعات هوش مصنوعی مولد و توجه بیشتر به نقش کاربر نهایی، تا حدودی دشواری‌های موضوع را برطرف کرد. همچنین در این پژوهش تلاش بر آن است تا با اتکا به یک مطالعه توصیفی و تحلیلی و در پرتو آموزه‌های حقوق تطبیقی به تبیین این مسئله مبادرت شود که فعالان نظام اختراعات از جمله کنشگران نظام حقوقی ایران در مواجهه با ابداعات هوش مصنوعی مولد بهتر است چه راهبردها و سیاستی را اتخاذ نمایند.

### کلیدواژه‌گان:

هوش مصنوعی مولد، یادگیری ماشین، حقوق اختراعات، حقوق مالکیت فکری، حقوق فناوری‌های نوین.

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

e\_rahbari@sbu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، 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

امروزه هوش مصنوعی به‌عنوان یکی از برجسته‌ترین مصادیق فناوری‌های پیشرفته در پی تحقق بخشیدن به این هدف است که رایانه‌ها همان کاری را انجام دهند که ذهن انسان قادر بر انجام آن است.<sup>۱</sup> کشورها ابداعات عرصه هوش مصنوعی را به‌طور جدی حمایت می‌کنند. برای نمونه در سال ۲۰۲۳ اعلام شد، تعداد اختراعات ثبت شده مرتبط با هوش مصنوعی در چین در سال ۲۰۲۲ دوبرابر میزان اختراع ثبت‌شده در امریکا بوده است.<sup>۲</sup> در ایران نیز اخیراً مزیت‌های هوش مصنوعی مورد توجه سیاست‌گذاران قرار گرفته است و در همین راستا، سند ملی هوش مصنوعی در سال ۱۴۰۳<sup>۳</sup> در شورای عالی انقلاب فرهنگی تصویب شد و به‌تدریج مباحث حقوقی آن نیز در کشورمان پررنگ‌تر می‌شود. اما در حال حاضر هیچ مقررره یا رویه خاصی در زمینه ابعاد مالکیت فکری هوش مصنوعی در ایران تدوین نشده است که همین امر لزوم توجه به نوع رویکرد و راهکارهای سایر نظام‌های حقوقی در این زمینه را بااهمیت می‌سازد. در پرتو پیشرفت‌های روزافزون حوزه هوش مصنوعی اکنون مشاهده می‌شود که «هوش مصنوعی مولد»<sup>۴</sup> در ابداع طیف وسیعی از نوآوری‌ها از قبیل طراحی وسایل، دستگاه‌های پزشکی، فرمول دارو، سلاح‌ها و غیره نقش ایفا می‌کند.<sup>۵</sup> هرچقدر نقش هوش مصنوعی مولد در حوزه ابداعات بیشتر شود، به همان نسبت نیز چالش‌های راجع به ثبت اختراع نیز پیچیده‌تر می‌شود؛ با این اوصاف، پرسش اساسی آن است که این دسته از اختراعات را، که نقش انسان‌ها در خلق آنها ضعیف است و توسط هوش مصنوعی مولد ایجاد شده‌اند، می‌توان به‌مثابه سایر اختراعات به ثبت رساند؟ و نظام حق اختراع در این مسیر با چه دشواری‌هایی مواجه است؟

در نوشتار حاضر، با اتکا به روش مطالعه توصیفی-تحلیلی و تطبیقی، تلاش بر آن است تا چالش‌های اصلی حول مالکیت اختراعات تولیدی توسط هوش مصنوعی مولد مشمول بررسی و واکاوی قرار گیرد. در گام نخست، گونه‌شناسی اختراعات هوش مصنوعی مولد تبیین و سپس ملاحظات مربوط به

1. Schlagwein, Daniel, and Leslie Willcocks, "ChatGPT et al.: The ethics of using (generative) artificial intelligence in research and science", *Journal of Information Technology* 38, No. 3, 2023, p. 232.

2. Bloomberg. China Widens Lead Over US in AI Patents After Beijing Tech Drive. 2023. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-10-24/china-widens-lead-over-us-in-ai-patents-after-beijing-tech-drive> (accessed: February 25, 2025).

3. <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/1811432> (accessed: February 25, 2025).

4. Generative artificial intelligence (GAI).

5. Abbott, Ryan, ed. **Research handbook on intellectual property and artificial intelligence**. Edward Elgar Publishing, 2022, p. 31.

شرایط شکلی و ماهوی اختراعات مذکور بررسی می‌شود. در فراز سوم، موضوع مهم مالکیت اختراعات ایجادشده توسط هوش مصنوعی مولد تبیین می‌شود و در قسمت چهارم، پرونده قضایی موسوم به «دابوس» و نوع رویکرد نظام‌های حقوقی مختلف نسبت به امکان ثبت اختراع به نام هوش مصنوعی مولد تحلیل می‌گردد. پس از آن نیز چالش‌های آتی پیش‌روی نظام اختراعات در مورد این دست ابداعات و لزوم بازنگری در دیدگاه‌های سنتی مورد مذاقه قرار خواهد گرفت و در خاتمه نیز نتایج حاصل از نوشتار ارائه خواهد شد.

## ۱. گونه‌شناسی اختراعات هوش مصنوعی

در مقطع کنونی، انواع مختلفی از اختراعات مرتبط با هوش مصنوعی<sup>۱</sup> وجود دارند. این اختراعات به ترتیب زیر ذکر می‌شوند:

الف) اختراعات فناوری هوش مصنوعی.<sup>۲</sup> این دسته مربوط به اختراع فناوری‌های هوش مصنوعی است

که توسط انسان‌ها برای بهبود خود فناوری‌های هوش مصنوعی ایجاد شده‌اند؛

ب) اختراعات با کمک هوش مصنوعی.<sup>۳</sup> این اختراعات توسط انسان‌ها با استفاده از هوش مصنوعی

ایجاد شده‌اند. در اینجا هوش مصنوعی به‌عنوان ابزاری به‌منظور کمک به انسان در خلق اختراعات

در زمینه‌های مختلفی به کار می‌رود؛

ج) اختراعات تولید شده توسط هوش مصنوعی.<sup>۴</sup> این گروه از اختراعات نیز به‌وسیله هوش مصنوعی از

طریق پرامپت از قبل داده‌شده و فرایندهای خودبهبودی تولید می‌شوند.

هر دو نوع اول و دوم به شرح بالا، توسط مخترعان انسانی ایجاد شده‌اند. اگر شرایط ثبت اختراع،

از جمله واجد شرایط بودن حق ثبت اختراع را برآورده کنند، ممکن است تحت قانون ثبت اختراع فعلی

محافظت شوند. از سوی دیگر، نوع سوم، اختراعات هوش مصنوعی مولد، به‌طور مستقل توسط

هوش مصنوعی تولید می‌شود. البته باید متذکر شد، این مسئله لزوماً به‌معنای عدم دخالت انسان نیست،

بلکه ممکن است انسان‌ها به هوش مصنوعی دستورات یا دستوراتی مانند «تولید چیزی شبیه به...»

بدهند.<sup>۵</sup>

1. AI-related inventions

2. Inventions of AI technologies

3. AI-assisted inventions

4. AI-generated inventions

5. **Artificial Intelligence and Intellectual Property**, United Kingdom: Oxford University Press, 2021, p. 100.

## ۲. مبانی نظری و تحلیلی حمایت از اختراعات هوش مصنوعی مولد

پیش از ورود به بحث اصلی، لازم است مشخص گردد که چه مبانی نظری حمایت از اختراعات هوش مصنوعی را پشتیبانی می‌کند. در اینجا، به صورت خلاصه، اهم مزایای حمایت و معایب فقدان آن به این صورت شرح داده می‌شود:

### ۲.۱. مزایای حمایت

- **جذب و توسعه سرمایه‌گذاری:** ترغیب، جذب و توسعه سرمایه‌گذاری در حوزه فناوری هوش مصنوعی، پیش از هر چیزی مستلزم حمایت از ابداعات است که در بستر چنین فناوری متولد می‌شوند. در واقع، لازمه سرمایه‌گذاری، جذب اطمینان حداکثری سرمایه‌گذاران است. حمایت از چنین اختراعاتی از طریق شناسایی یک نظام حقوقی متناسب و روزآمد، می‌تواند زمینه چنین اطمینان و اعتمادی را فراهم آورد؛ در غیر این صورت، در فضایی که چنین ابداعات حمایت نظام حقوقی را به دست نمی‌آورند، سرمایه‌گذاری نمی‌تواند از توجیه عقلانی برخوردار باشد؛ زیرا هر لحظه، امکان نقض حقوق سرمایه‌گذار و هدررفت سرمایه‌گذاری وی وجود دارد.
- **افزایش رفاه جامعه:** اختراعاتی که هوش مصنوعی انجام می‌دهد در پیشبرد ابعاد متنوعی از رفاه جامعه نقش مؤثری دارد. برای نمونه، پروژه اینر آی میکروسافت<sup>۱</sup> یک سیستم ابداعی هوش مصنوعی است که به انکولوژیست‌ها کمک می‌نماید تا درمان سرطان را در زمان کوتاه‌تری هدف قرار دهند. این کار با استفاده از تکنیک‌های یادگیری ماشین<sup>۲</sup> در تجزیه و تحلیل اسکن‌های تصویربرداری تشدید مغناطیسی، از بیماران و تعیین تومورها از بافت سالم اطراف و استخوان انجام می‌شود.<sup>۳</sup> چنین ابتکاری نشان می‌دهد که حمایت از اختراعات هوش مصنوعی می‌تواند مستقیماً به بهبود سلامت همگانی و افزایش رفاه اجتماعی منجر شود.
- **حفظ انگیزه‌های انسانی و نهادی:** اختراعات هوش مصنوعی، هر چند محصول فرایندهای فناورانه و الگوریتمی‌اند، در عمل بدون نقش انسان‌ها و نهادها شکل نمی‌گیرند. پژوهشگران، شرکت‌ها و دانشگاه‌ها در طراحی، آموزش و توسعه سامانه‌های هوش مصنوعی سهم بسزایی دارند. حال اگر نظام‌های حقوقی نسبت به اختراعات تولیدشده توسط هوش مصنوعی، رویکرد

1. InnerEye

2. Machine-learning techniques

3. Chikhaoui, Emna, and Saghir Mehar, "Artificial intelligence (AI) collides with patent law", *J. Legal Ethical & Regul. Isses* 23, 2020, p. 4.

تنظیم‌گری خاص و حمایت‌گرانه در پیش بگیرند، انگیزه این بازیگران برای کنشگری فکری و مالی در این حوزه حفظ و استمرار می‌یابد.

## ۲.۲. معایب فقدان حمایت

- **سواری مجانی:**<sup>۱</sup> در شمار مهم‌ترین معایب مترتب بر عدم حمایت از ابداعات هوش مصنوعی، بروز پدیده سواری مجانی است. منظور آن است که یک‌سری اشخاص با صرف زمان و سرمایه قابل توجه، در پیشرفت و توسعه خروجی‌ها و ابداعات هوش مصنوعی سهیم باشند و سایر اشخاص با کپی‌برداری از چنین آثاری، به‌طور رایگان و غیرمنصفانه منافع و عواید مالی ناشی از عملکرد دیگران را نصیب خود کنند و به‌نوعی مفت‌سواری نمایند. این مسئله نه‌تنها باعث کاهش انگیزه سرمایه‌گذاری در حوزه هوش مصنوعی می‌شود، بلکه به‌کندی رشد و توسعه چنین فناوری نیز می‌انجامد.

- **ابهام در مالکیت و مسئولیت:** عدم حمایت از اختراعات هوش مصنوعی، منجر به ابهام‌افزایی در تعیین نظام مالکیت و مسئولیت پیرامون اختراعات هوش مصنوعی می‌شود. موضوعی که به‌دلیل فقدان تنظیم‌گری متناسب، نارسایی‌ها و ابهام‌های متعددی را در حوزه مواجهه نظام سستی مالکیت فکری با اختراعات هوش مصنوعی به وجود می‌آورد.

- **پیچیدگی قانونی و اجرایی:** فقدان تبیین چهارچوب حقوقی حمایت‌گر، متناسب و شفاف در حوزه اختراعات هوش مصنوعی منجر به بروز پیچیدگی‌های قانونی و اجرایی در مسیر روبرویی با چنین اختراعاتی می‌شود. مسئله‌ای که در پرونده دابوس نیز مشاهده می‌شود (در ادامه ابعاد متنوع این پرونده تبیین و بررسی می‌شود).

بررسی مبانی نظری نشان می‌دهد حمایت از اختراعات هوش مصنوعی مولد، از یک سو می‌تواند موجب جذب سرمایه‌گذاری، ارتقای رفاه اجتماعی و حفظ انگیزه‌های انسانی و نهادی شود و از سوی دیگر، عدم حمایت، پیامدهایی چون گسترش مفت‌سواری، ابهام در مالکیت و مسئولیت و نیز افزایش پیچیدگی‌های قانونی و اجرایی را به‌همراه دارد؛ از این‌رو، ضرورت طراحی چهارچوبی متوازن و روزآمد در نظام حقوقی برای مواجهه با این نوع اختراعات بیش از پیش احساس می‌شود.

1. Free riding Gmeiner, Robert, "International free riding on institutions", *Economic Affairs*, Vol. 41, No. 1, 2021, p. 7.

### ۳. چالش‌های ناظر به شرایط ماهوی و شکلی اختراعات در حوزه ابداعات هوش مصنوعی مولد

#### ۳.۱. چالش‌های مرتبط با شرایط ماهوی ثبت اختراع

هر اختراع باید واجد سه شرط ماهوی جدید بودن، گام ابتکاری داشتن و کاربرد صنعتی باشد تا قابلیت ثبت پیدا کند. این شرایط در ماده ۱۲ قانون حمایت از مالکیت صنعتی ۱۴۰۳ نیز مورد اشاره قرار گرفته است. شرط کاربرد صنعتی، ابعاد خاصی در زمینه اختراعات ناشی از هوش مصنوعی مولد ندارد، اما دو شرط تازگی و گام ابتکاری داشتن با چالش‌های جدی‌تری مواجه است. درخصوص شرط تازگی باید گفت هوش مصنوعی قادر است ابداعات جدید را به وجود آورد؛<sup>۱</sup> در فرایند تأیید تازگی باید احراز کرد که آیا اطلاعات مربوط به اختراع ادعا شده در دانش پیشین وجود داشته است یا خیر. در این خصوص، می‌توان از سیستم‌های هوش مصنوعی که به این منظور طراحی شده‌اند نیز برای بررسی پیشینه اختراعات کمک گرفت.<sup>۲</sup> از طرف دیگر، اختراع ادعا شده باید برای شخص صاحب مهارت معمول در حوزه مربوطه بدیهی نباشد. احراز چنین موضوعی در عرصه اختراعات هوش مصنوعی مولد دشوار است؛ زیرا شاکله اختراعات یاد شده را الگوریتم‌ها و فرایند فنی یادگیری ماشین تشکیل می‌دهد. همچنین باید دید چگونه می‌توان معیار ارزیابی، یعنی شخص دارای مهارت معمولی در رشته مربوطه را تعریف کرد.<sup>۳</sup> برخی بر این باورند<sup>۴</sup> اگر هوش مصنوعی مولد بتواند به سادگی و با فشردن یک دکمه و با اجرای یک دستور رایانه‌ای، اختراعات متعددی را ایجاد کند، آیا می‌توان صحبت از گام ابتکاری کرد و قائل شد که ابداع قابل توجهی صورت گرفته و مبدع به سختی‌های نوآوری دچار شده است؟<sup>۵</sup> روند افزایشی تعداد اختراعات تولید شده توسط هوش مصنوعی می‌تواند زمینه‌ساز تعیین استانداردهای بالاتری برای ثبت اختراع شود. با توجه به توسعه چشمگیر فناوری هوش مصنوعی، گاهی ممکن است تشخیص اینکه اختراع حاصل شده از

1. Fessenko, Dessislava, "Can Artificial Intelligence (Re) Define Creativity?", 2022, p. 10.

2. Van Der Herten, kathy, "Patent Office Sustainability and the Role of Artificial Intelligence", WIPO Magazine, 2023. Available at: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine\\_digital/en/2023/article\\_0001.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine_digital/en/2023/article_0001.html) (accessed: February 25, 2025).

3. Dornis, Tim W, "Artificial intelligence and innovation: the end of patent law as we know it", *Yale JL & Tech*, 23,2020, No.97, p. 104.

4. Kreps, David, Robert Davison, Taro Komukai, and Kaori Ishii, **Human Choice and Digital by Default: Autonomy vs Digital Determination**, Springer International Publishing, 2022, p. 133.

۵. به نظر می‌رسد در این دیدگاه بین لزوم برخورداری از گام ابتکاری با دشواری‌هایی که یک مخترع برای خلق ابداع خود متحمل می‌شود و پیچیدگی‌های موضوع اختراع و دشواری حل مسئله‌ای که اختراع برای حل کردن آن ارائه شده، خلط صورت گرفته است.

هوش مصنوعی مولد، متفاوت و پیشرفته‌تر از آنچه در دانش پیشین موجود بوده است، مشکل باشد؛ بنابراین شاید داشتن مهارت و دانش عادی در این حوزه برای بررسی و ارزیابی کفایت نکند و لازم باشد فرد ماهر در صنعت، از بین افرادی که تخصص و مهارت قابل توجهی در عرصه فنی و ابداعی هوش مصنوعی مولد دارند، برگزیده شود.<sup>۱</sup> اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا برای احراز شرط گام ابتکاری، معیار باید «انسان ماهر در فن مربوط» باشد یا «هوش مصنوعی ماهر». ارائه پاسخ واحد که تمام موارد را پوشش دهد، ساده نیست؛ از این رو لازم است با توجه به مقتضیات روز و شدت مداخله هوش مصنوعی در اختراع، تفکیک مناسب اعمال شود. در برخی اختراعات پیچیده، ممکن است در آینده بتوان از خود هوش مصنوعی برای ارزیابی گام ابتکاری بهره گرفت. در پایان این بحث باید چنین جمع‌بندی نمود، اگر در آینده، هوش مصنوعی مولد به‌عنوان مخترع مورد شناسایی قرار گیرد، با توجه به برتری نسبی آن نسبت به انسان مبتکر، باید در دیدگاه‌های فعلی ناظر به بدیهی نبودن تجدیدنظر کرد.<sup>۲</sup>

### ۳.۲. چالش‌های مربوط به شرایط شکلی اظهارنامه اختراع

چالش مهم دیگر اطمینان از این موضوع است که اظهارنامه ثبت اختراع از شرایط لازم برای طرح توصیف و ادعاهای مناسب و بهترین یا یک شیوه اجرایی مناسب برخوردار باشد. در بند ۲ ماده ۱۲ قانون حمایت از مالکیت صنعتی ۱۴۰۳ اشعار شده است که ادعای مذکور در اظهارنامه، برای شخص دارای مهارت عادی در فن مربوط واضح و کامل نباشد. در حقیقت، با توجه به این‌که اختراعات ناشی از هوش مصنوعی مولد به لحاظ فنی پیچیده هستند، توصیف و افشا دقیق آنها نیز بسیار مشکل است؛<sup>۳</sup> زیرا در اینجا صحبت از مباحث پیچیده‌ای چون یادگیری ماشین و الگوریتم‌هاست. تشریح این مسئله، که سیستم چگونه توانسته است رشد و بهبود پیدا کند و اختراعی را پدید آورد، امر ساده‌ای نیست. از طرف دیگر، احراز کفایت افشا نیز دشوار است؛ چراکه به دلیل فقدان یک ساختار معین و شاخصه معلوم، این احتمال کاملاً وجود دارد که در این عرصه، افشا به‌صورت مناسبی صورت نگیرد و همچنان اطلاعات کلیدی مربوط به اختراعات مذکور در جعبه سیاه باقی بماند.<sup>۴</sup> به بیان دیگر، چه بسا هوش مصنوعی مولد صرفاً

1. Sharma, Sakshi, and Devesh Pandey, "The Use of AI in Patent Law: Issues and Challenges", Issue 5 *Indian JL & Legal Rsch.* 4, 2022, No.1, pp. 7-9.

2. Heon, Lexi, "Artificially obvious but genuinely new: how artificial intelligence alters the patent obviousness analysis", *Seton Hall L. Rev.* No.53, 2022, p. 386.

۳. در این باره آمده است، سیستم‌های هوش مصنوعی به دلیل اینکه از ماهیتی پیچیده و توصیف‌نشده برخوردارند، افشای آنها با یک سری مشکلات و چالش‌هایی همراه است (شاگری، زهرا و و سید امیر امیر شاه کرمی، «چشم‌اندازی از نظام حق اختراع در پرتو کاربرد هوش مصنوعی»، *سیاست‌نامه علم و فناوری*. د. ۱۳، ش. ۲، ۱۴۰۲، ص. ۴۸).

4. Ferrero Guillén, Rebeca, and Altair Breckwoldt Jurado, "Vagueness in Artificial Intelligence: The 'Fuzzy Logic' of AI-Related Patent Claims", *Digital Society* 2, No. 1, 2023, p. 3.

برون داد یک فرایند ابداعی را نشان دهد که لزوماً همه ابعاد آن برای انسان قابل درک نیست، در نتیجه ممکن است افشای آنها به اندازه کافی واضح و کامل صورت نگیرد. همچنین بسیاری از تحلیل‌ها روی مشخصات اختراع، به عنوان کل واحد متمرکز می‌شود؛ در حالی که اطمینان از اینکه جزئیات اختراع در همه ابعادش به وضوح تبیین شده باشد، ضروری است.<sup>۱</sup> به علاوه، مقررات ایجاد می‌کند که اظهارنامه ثبت اختراع شامل روش اجرایی یا شرح بهترین روش اجرای اختراع باشد. اما هنگامی که هوش مصنوعی در فرایند اختراع دخالت دارد، دستیابی به این امر، به دلیل پیچیدگی‌های فنی و نحوه عملکرد پنهان آن دشوار می‌نماید.<sup>۲</sup>

فعالان نظام حقوقی اروپا در تدوین قانون هوش مصنوعی<sup>۳</sup> با درک اهمیت بالای این امر، الزامات شفافیت و افشا در تولیدات هوش مصنوعی را در ماده ۵۰ قانون مذکور مدنظر قرار دادند. به موجب این ماده، سیستم‌های هوش مصنوعی که مستقیماً با کاربران تعامل دارند، باید به گونه‌ای طراحی شوند که کاربران بدانند با هوش مصنوعی مواجه‌اند. خروجی‌های مصنوعی (صوت، تصویر، ویدئو یا متن) باید قابل شناسایی و علامت‌گذاری باشند. سیستم‌های تشخیص احساس و بیومتریک نیز باید کاربران را از نحوه عملکرد مطلع کنند و داده‌ها طبق مقررات حفاظت داده‌ها پردازش شوند. تولید یا دست‌کاری محتوا توسط هوش مصنوعی، از جمله جعل عمیق و متون خبری، باید مشخص شود، مگر آنکه بازبینی انسانی وجود داشته باشد. این اطلاعات باید به وضوح و در اولین تعامل ارائه شوند.<sup>۴</sup>

#### ۴. چالش‌های شناسایی مخترع تولیدات ناشی از هوش مصنوعی مولد<sup>۵</sup>

##### ۴.۱. دیدگاه‌های مرتبط با مالکیت انفرادی

- سیستم هوش مصنوعی: مخترع انگاشتن هوش مصنوعی مولد یکی از نظریات چالش‌برانگیز در حوزه حقوق مالکیت فکری است؛ چراکه طبق رویکرد سنتی حاکم بر نظام ثبت اختراعات،

1. Gastaldi, Laura, Tiberio, Massimiliano, Crisci, Francesca, "AI as inventor: Legal challenges and implications for patent law", 2023. <https://www.dlapiper.com/en-pe/insights/publications/law-in-tech/ai-as-inventor-legal-challenges-and-implications-for-patent-law> (accessed: February 25, 2025).

2. IcMiller Law Firm, "Patents in the AI Era: Navigating the Complexities of AI Inventorship", 2023. <https://www.icemiller.com/thought-leadership/patents-in-the-ai-era-navigating-the-complexities-of-ai-inventorship> (accessed: February 25, 2025).

3. EU AI act

4. <https://artificialintelligenceact.eu/article/50/> (accessed: February 25, 2025).

۵. نخست باید یادآور شد که چالش‌های مربوط به مالکیت اختراعات هوش مصنوعی مولد در حوزه کپی‌رایت آثار تولیدی این فناوری نیز مطرح است؛ از این رو، درباره اینکه مالک خروجی آثار تولیدی توسط هوش مصنوعی مولد چه شخص یا اشخاصی است (هوش مصنوعی، برنامه‌نویس، کاربر، ترکیبی از برنامه‌نویس و کاربر یا حوزه عمومی)، همانند مالکیت اختراعات هوش مصنوعی مولد، نظریات متعددی تاکنون ارائه شده است. در این باره: ر.ک: ساورایی، پرویز، «چالش‌های پیش‌روی رژیم کپی‌رایت انسان محور با تحولات هوش مصنوعی»، پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، ش. ۳، ۱۴۰۳، ص. ۱۱.

مخترع صرفاً باید یک فرد انسانی باشد. در ماده ۱ قانون ایران نیز قانون‌گذار، اختراع را نتیجه فکر فرد یا افراد می‌داند، منتها هوش مصنوعی فاقد عناصر شخصیت است و در هیچ‌یک از نظام‌های حقوقی، دارنده شخصیت حقوقی شناخته نمی‌شود.<sup>۱</sup> اکنون پرسش اصلی آن است که آیا با توجه به پیشرفت‌های صورت‌گرفته، هوش مصنوعی صرفاً وسیله و ابزاری در دست بشر قلمداد می‌شود؟ شاید در ابتدای ظهور هوش مصنوعی پاسخ به این پرسش بدون شک مثبت بود، اما با پیشرفت‌های رخ داده و ظهور سیستم‌های پیچیده خود فراگیر، پذیرش این موضوع با تردید مواجه است. بنا به نظر برخی از نویسندگان، هوش مصنوعی مولد می‌تواند به‌عنوان مخترع شناخته شود؛ زیرا براساس باورهای سنتی، مخترع، شخصی است که محصول یا فرایندی را بر اساس ایده‌ای از پیش تعیین شده تصور کرده، پرورش می‌دهد و در نهایت خلق می‌کند و توسعه می‌بخشد. هوش مصنوعی مولد اکنون قادر است ایده‌های نوآورانه را به اختراع بدل سازد؛ اگرچه هوش مصنوعی به‌خودی‌خود فکر نمی‌کند، ولی سیستم‌های مبتنی بر هوش مصنوعی می‌تواند طیف گسترده‌ای از مشکلات فنی را براساس داده‌های ورودی و تکنیک‌های یادگیری ماشین و تجربه‌ای که کسب نموده است، به شیوه‌ای خلاقانه و نوین حل کند. با توجه به موارد یادشده، به نظر می‌رسد که اگر آشکار شود که یک سیستم مبتنی بر هوش مصنوعی در تجسم انتزاعی ایده‌ای که ظرفیت تبدیل شدن به اختراع دارد، نقش برجسته‌ای ایفا نموده و سپس توانسته است این ایده را جامه عمل بپوشاند، می‌تواند به‌مثابه مخترع یا حداقل یکی از مخترعان شناخته شود.<sup>۲</sup>

– **مبدع سیستم هوش مصنوعی:** طراح سیستم هوش مصنوعی مولد در شمار اشخاصی است که در میان گزینه‌های دارنده اختراع تولیدی توسط هوش مصنوعی مولد قرار دارد. در این زمینه، «دکترین الحاق»<sup>۳</sup> قابل طرح و استناد است؛ به این معنا که شخصی به‌واسطه و پیرو مالکیت نسبت به یک مال خاص، مالک مال دیگری نیز می‌شود. برای مثال اگر شخصی یک چاپگر سه‌بعدی داشته باشد و به کمک آن ظرف فیزیکی نوشیدنی بسازد، وی صاحب آن ظرف خواهد

1. Hopes, Briana, "Rights for Robots? US Courts and Patent Offices Must Consider Recognizing Artificial Intelligence Systems as Patent Inventors", *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.*, No. 23, 2021, pp. 128-130.

2. Odeh, Morris K, "Patenting Inventions Generated by Artificial Intelligence: The Way Forward", *The Gravitas Review of Business & Property Law*, Vol.11, No. 2, 2020, p. 7.

3. Accession doctrine.

- بود؛ بنابراین، اگر سیستم هوش مصنوعی را طراحی کند و از طریق آن، ابداعی صورت گیرد و اختراع مذکور قابل ثبت باشد، وی دارنده حقوق انحصاری آن نیز تلقی می‌شود.<sup>۱</sup>
- **توسعه‌دهنده سیستم هوش مصنوعی:** با همین دیدگاه توسعه‌دهنده، یعنی شخصی که به آموزش، ارتقا و بهبود عملکرد فنی سیستم هوش مصنوعی دست زده است، به‌عنوان دارنده حق اختراع تولیدی توسط هوش مصنوعی مولد مطرح می‌شود؛ چراکه تأثیر تلاش و خلاقیت وی در ارتقای کارکرد هوش مصنوعی قابل کتمان نیست.<sup>۲</sup>
- **کاربر:** مطابق با نظر اکثریت محققان در میان افراد مختلفی که درگیر ابداعات هوش مصنوعی مولدند، مالکیت کاربر بیشتر موجه می‌نماید. وفق این نظریه، کاربری که داده‌های ورودی ارزشمندی را به هوش مصنوعی ارائه می‌کند و متعاقباً هوش مصنوعی مولد به تولید اختراع نائل می‌شود، دارنده اختراع مزبور است. هرچقدر هم هوش مصنوعی مولد به سطوحی برسد که بتواند بخش بیشتری از تجزیه و تحلیل‌های مربوط را به‌طور مستقل انجام دهد، باز هم به دستوره‌های اولیه و اطلاعات ولو کلی، به‌منظور راهنمایی و جهت‌دهی فرایند خلق نوآوری نیاز دارد؛ اینجاست که نقش کاربر برجسته می‌شود؛ چراکه نوع و میزان اطلاعات واردشده باعث خلق نتایج و ابداعات متفاوت خواهد شد.<sup>۳</sup>

#### ۴.۲. رهیافت‌های ناظر به مالکیت مشترک

به عقیده برخی نویسندگان، در کنار خود سیستم هوش مصنوعی، نحوه مداخله عوامل انسانی در توسعه و خلق نوآوری‌های مربوط به هوش مصنوعی مولد بارز است.<sup>۴</sup> این نگرش توجیه‌کننده راه‌حل مالکیت مشترک است.<sup>۵</sup> در این رهیافت عنوان مخترع قابل اطلاق و اختصاص به بیش از یک شخص است؛ مشروط بر آنکه اشخاص برای یک هدف مشترک، همسازی خلاقانه کرده باشند؛ به این ترتیب، مشترک بودن عنوان مخترع بین هوش مصنوعی و شخص حقیقی یا حقوقی (طراح سیستم، توسعه‌دهنده یا کاربر) موجه قلمداد می‌شود. به باور برخی صاحب‌نظران، هوش مصنوعی بدون برخورداری از عنوان دارنده حقوق

1. Ryan, A. *Op.cit.* p. 17.

2. Sun, Haochen, "Artificial Intelligence Inventions", *Fla. St. UL Rev*, No. 50, 2022, p. 90.

3. Dornis, T. W. *Op.cit.* p. 154.

4. Mendoza-Caminade, Alexandra, ed, *L'entreprise et l'intelligence artificielle-Les réponses du droit*. Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2023, p. 36.

5. Schwein, Rachel L. "Patentability and Inventorship of AI-Generated inventions", *Washburn LJ*, No.60, 2020, pp. 583-585.

مادی، مخترع و صاحب حقوق معنوی قلمداد می‌شود و شخص انسانی یا حقوقی دارنده و صاحب حق مادی شناخته شود؛ در این رهیافت، بین مخترع بودن و مالک بودن تمایز صورت گرفته است.<sup>۱</sup>

### ۴.۳. دیدگاه ابداع بدون مالک

برخی معتقدند اختراعات تولیدی توسط هوش مصنوعی مولد نه قابل ثبت برای خود هوش مصنوعی و نه افرادی است که به نحوی در پیدایش یا توسعه سیستم هوش مصنوعی و به تبع، اختراع خلق شده نقش داشته‌اند؛ بنابراین این دست ابداعات در شمار اختراعات بدون مالکی‌اند که وارد عرصه عمومی شده، همه می‌توانند از آن بهره‌مند شوند. در تقویت این دیدگاه و با تشبیه هوش مصنوعی به حیوان، به پرونده‌ای در حقوق امریکا<sup>۲</sup> استناد می‌شود که در آن میمونی با دوربین یک عکاس حیات وحش، تصویری خویش‌انداز گرفته بود که بر سر کپی‌رایت آن مناقشه در گرفت و در نهایت دادگاه وجود کپی‌رایت برای حیوانات را رد کرد و آن را اثری بدون مالک قلمداد نمود که در قلمرو عمومی قرار می‌گیرد.<sup>۳</sup>

### ۴.۴. تحلیل دیدگاه‌ها و نظر برگزیده

در مقام جمع‌بندی نظرهای ارائه‌شده، نخست باید گفت در وضعیت کنونی حقوقی، شناسایی هوش مصنوعی به‌عنوان دارنده حق انحصاری اختراع با موانع جدی مواجه است؛ زیرا هوش مصنوعی بدون دخالت انسانی (ولو ضعیف) توانایی ابداع و کنشگری مرسوم را ندارد. به بیانی روشن‌تر، هوش مصنوعی فعال مایشاء به حساب نمی‌آید؛ با این حال، گفته شده است، دیدگاه مذکور با حفظ انسجام نظام اختراعات همسو است که اختراع را به نام شخصی می‌داند که آن را ابداع کرده است نه صرفاً شخصی که با فشردن صفحه کلید رایانه یا دادن دستورهایی ساده، نقش بارزی در جریان ابداع نداشته است و شایسته عنوان مخترع نیست.<sup>۴</sup> اما همان‌طور که اشاره شد، در نظام‌های حقوقی فعلی، تاکنون مقرره‌ای که برای هوش مصنوعی شخصیت مستقل قانونی قائل گردد، تصویب نشده است. برخی نیز بر

1. Abbott, Ryan, ed., **Research handbook on intellectual property and artificial intelligence**, Edward Elgar Publishing, 2022, pp. 358-359.

2. *Naruto v. Slater*. Case Available at: <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/04/23/16-15469.pdf> (accessed: February 25, 2025).

3. Gaon, Aviv H. **The future of copyright in the age of artificial intelligence**, Edward Elgar Publishing, 2021, p 128.

4. Abbott, Frederick M., Thomas Cottier, Francis Gurry, Ryan B. Abbott, Mira Burri, Henning Grosse Ruse-Khan, and Maegan McCann, **International Intellectual Property in an Integrated World Economy**: [Connected EBook]. Aspen Publishing, 2024, pp. 213-214.

این باورند که هوش مصنوعی را می‌توان مخترع محسوب کرد؛ چنانچه به درجه‌ای از خودمختاری رسیده باشد که به صورت مستقل قادر باشد، اظهارنامه اختراع را به اداره ثبت اختراع تقدیم کند.<sup>۱</sup> بدیهی است که پدیدآورندگان هوش مصنوعی مولد، دارای حقوق انحصاری و قانونی ناظر به سیستم هوش مصنوعی قلمداد می‌شوند، اما اینکه اظهار شود اشخاص مدنظر مالک تمام اختراعات بعدی ناشی از هوش مصنوعی مولد نیز هستند، موجه نیست؛ چراکه ایشان در خصوص اختراعات بعدی هوش مصنوعی مولد، نقش نوآورانه خاصی نداشته‌اند، بلکه این سیستم بوده که با اتکا به فرایند رشد محوری و به مدد داده‌های ورودی، به خلق ابداعی خاص نائل شده است.<sup>۲</sup> افزون بر آن، مطابق با دیدگاه غالب نویسندگان، سیستم‌های هوش مصنوعی مولد حتی آن دسته که از سطح بالایی از استقلال برخوردارند، تنها می‌توانند به مثابه وسیله و ابزاری در خدمت انسان در نظر گرفته شوند.<sup>۳</sup> همان‌طور که سازنده یک ساز، دارنده کپی‌رایت آثار موسیقایی که هنرمندان دیگر با آن تولید کرده‌اند، نمی‌شود، صاحبان و توسعه‌دهندگان سیستم‌های هوش مصنوعی مولد نیز بر خروجی سیستم‌های خود حقی پیدا نمی‌کنند.<sup>۴</sup> به عقیده برخی، برنامه‌نویسان و متخصصان رایانه که سیستم هوش مصنوعی را طراحی می‌کنند و پدید می‌آورند، فقط شبیه آموزش‌دهندگان اند و چنین افرادی، بدون مشارکت مستقیم در شکل‌گیری اختراع، به‌عنوان مخترع واجد شرایط برخوردار از حقوق انحصاری نیستند.<sup>۵</sup>

همچنین اینکه برنامه‌نویس‌ها و توسعه‌دهندگان پلتفرم‌های مبتنی بر هوش مصنوعی مولد، دارنده حق اختراع تمامی تولیدات بعدی آن به‌شمار آیند، نیز به‌دور از انصاف است؛ زیرا نقش فعالانه کاربر نهایی را

1. Knutson, Kaelyn R, "Anything you can do, AI can't do better: An analysis of conception as a requirement for patent inventorship and a rationale for excluding AI inventors", *Cybaris Intell. Prop. L. Rev.*, No. 11, 2020, p. 29.

2. Sun, *Op.cit.* p. 90.

۳. در اینجا ممکن است این دیدگاه نیز مطرح شود که اختراعات هوش مصنوعی به‌مثابه تولیدات رایانه‌ای در نظر گرفته شود؛ این در صورتی است که تمایزهای مهمی میان آنها وجود دارد. از حیث ماهیت، اختراعات هوش مصنوعی مولد وجوه اشتراک و افتراق مهمی با برنامه‌های رایانه‌ای دارند. هر دو بر مبنای الگوریتم و پردازش داده عمل می‌کنند و معمولاً در قالب نرم‌افزار پیاده‌سازی می‌شوند، اما تفاوت اساسی آنها در سطح خلاقیت و نقش انسان است. درحالی‌که برنامه‌های رایانه‌ای غالباً به‌عنوان ابزار طراحی‌شده توسط انسان تلقی می‌شوند و حمایت حقوقی آنها عمدتاً در چهارچوب کپی‌رایت یا به طور استثنایی در نظام اختراعات صورت می‌گیرد، اختراعات هوش مصنوعی می‌توانند پس از آموزش، به‌طور خودکار دستاوردهایی نو و مستقل ایجاد کنند. به همین دلیل، چالش‌های حقوقی مرتبط با آنها نه تنها شامل بحث مالکیت است، بلکه پرسش‌های نوینی درباره احراز گام ابتکاری، تعیین مخترع و مسئولیت حقوقی نیز مطرح می‌گردد.

4. Smits, Jan, and Tijn Borghuis, "Generative AI and intellectual property rights", *In Law and artificial intelligence: regulating AI and applying AI in legal practice*, pp. 323-344. The Hague: TMC Asser Press, 2022, p. 341.

5. Ratnam. *Op.cit.*

که با صرف زمان از طریق نوشتن کدهای رایانه‌ای به هدایت هوش مصنوعی در خلق ابداعات پرداخته است، دست کم می‌گیرد.

در خصوص مالکیت مشترک انسان و هوش مصنوعی باید گفت شاید تصور تعامل بین هوش مصنوعی و افراد چندان دشوار نباشد؛ اما به نظر می‌رسد در فرایند نوآوری مشترک، به تدریج نقش انسان به دلیل عملکرد پیچیده و قوی‌تر هوش مصنوعی تضعیف می‌شود و به حاشیه می‌رود؛ در حالی که زمانی می‌توان یک اختراع را مشترک دانست که افراد دخیل در فرایند ابداع، مشارکت و کنشگری چشمگیری داشته باشند. در بسیاری از موارد نقش انسان صرفاً محدود به فشردن یک دکمه و دادن دستورهای محدود به سیستم می‌شود، و در واقع این هوش مصنوعی مولد است که جایگزین عمده بشر می‌شود و اختراعی را به منصفه ظهور می‌رساند. از منظری دیگر وارد دانستن اختراع تولیدی توسط هوش مصنوعی در عرصه عمومی، مفسده بزرگ از دست رفتن انگیزه و رغبت سرمایه‌گذاران برای بهبود و ارتقا هوش مصنوعی مولد را در پی دارد.

در جمع‌بندی نهایی می‌توان گفت مادام که برای هوش مصنوعی شخصیتی خالق و مستقل در نظر گرفته نشده باشد، شاید مناسب‌ترین گزینه برای استحقاق برخورداری از حقوق مادی ناشی از اختراعات تولیدی توسط هوش مصنوعی مولد شخص کاربر باشد؛ چراکه دادن دستورهای هدایتگر و نوع داده‌های ورودی انتخاب شده به‌عنوان وسیله‌ای برای ارتباط مؤثر با هوش مصنوعی، خود نیازمند داشتن نوعی مهارت خلاقانه است. صرف‌نظر از اینکه در آینده ممکن است هوش مصنوعی چقدر هوشمند شود، باز هم این حقیقت وجود دارد که ورودی‌های بهتر که از جانب انسان به سیستم داده می‌شود، منجر به خروجی‌های باکیفیت‌تر می‌گردد.<sup>۱</sup> در واقع، این کاربر است که با دادن ورودی‌های دقیق‌تر و جزئی‌تر، برون‌داد مناسب و نوآورانه را از هوش مصنوعی دریافت می‌کند. اینجاست که نقش هر کاربر از کاربر دیگر متمایز جلوه می‌کند؛ با این مراتب، ترغیب کاربران در انجام مؤثر فرایند یادشده اقتضا می‌کند تا آنها به‌عنوان دارندگان حقوق مادی ناظر به اختراعات تولیدی هوش مصنوعی مورد شناسایی قرار گیرند، به‌ویژه اگر سیستم گزینه‌های احتمالی متنوعی را پیشنهاد کند و کاربر مجبور باشد از مهارت خلاقانه برای انتخاب راهکار بهینه برای خلق اختراع استفاده کرده و نقش پررنگ‌تری ایفا نماید.<sup>۲</sup>

1. Drude, Niklas, **How to Prompt Better: A Beginner's Guide to Working with AI**. Germany: Amazon Digital Services LLC – Kdp. 2023, p. 1.  
2. WIPO. The Artificial Inventor Project, WIPO Magazine. 2019, [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2019/06/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html) (accessed: February 25, 2025).

## ۵. رویه قضایی در خصوص امکان ثبت اختراعات ناشی از هوش مصنوعی مولد

### ۵.۱. وقایع پرونده‌های دابوس

یکی از افرادی که تلاش وافر به منظور معرفی هوش مصنوعی به عنوان مخترع نموده، دکتر «استفن تالر»<sup>۱</sup> است. این دانشمند برجسته حوزه هوش مصنوعی با معرفی پروژه «دابوس»<sup>۲</sup> سعی داشته است تا دادگاه‌ها و ادارات مالکیت فکری را مجاب نماید که سیستم‌های مبتنی بر هوش مصنوعی می‌توانند اختراعات و آثار ادبی و هنری پدید آورند و مالکیت آنها را نیز داشته باشند.<sup>۳</sup> دابوس در واقع نوعی هوش مصنوعی پیشرفته است که از آنها به عنوان ماشین‌های خلاقیت نیز یاد می‌شود و می‌تواند شبیه به یک کودک یاد بگیرد و پس از آن، قادرند بدون نیاز به انسان، به‌طور مستقل دست به خلاقیت و ابداع بزنند. البته هوش مصنوعی مولدی که دست به اختراع می‌زند، محدود به پروژه دابوس نیست و محققان و شرکت‌های دیگری نیز در این عرصه فعالیت‌هایی داشته‌اند؛ اما دابوس از این نظر اهمیت دارد که اقدام عملی به منظور ثبت اختراعات آن صورت گرفته است.<sup>۴</sup>

در این راستا، اظهارنامه‌های ثبت اختراع دابوس به برخی مراجع ثبت اختراع تقدیم گردید که در آنها ادعا شد، دابوس به‌طور مستقل دو اختراع انجام داده است: یکی ظروف غذا یا نوشیدنی که مبتنی بر هندسه فراکتال بوده و توسط ربات‌ها قابل استفاده و حمل است و دیگری، دستگاه و روش‌های هشداردهنده (چراغ هشدار). این‌گونه ادعا شد که دابوس حاوی چندین شبکه عصبی است و با اطلاعات عمومی در زمینه‌های مختلف آموزش دیده است.<sup>۵</sup>

با این اوصاف، موضع مهم‌ترین نظام‌های حقوقی درگیر در پرونده دابوس به این شرح تبیین و بررسی می‌شود.

### ۵.۲. دیدگاه اکثریت: رد امکان ثبت اختراع برای هوش مصنوعی مولد

امریکا: پس از آنکه در سال ۲۰۱۹ اظهارنامه‌ای که به منظور ثبت اختراعات مذکور برای سیستم دابوس تقدیم اداره ثبت اختراع و علائم تجاری آمریکا شد و در قسمت نام مخترع سیستم دابوس قید شده بود، اداره مزبور اظهارنامه مذکور را به دلیل فقدان مخترع معتبر، ناقص ارزیابی و در نهایت رد کرد.

1. Stephen Thaler

2. DABUS (Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience).

3. Chesterman, Simon, "Good models borrow, great models steal: intellectual property rights and generative AI", *Policy and Society*, 2024, puae006, p. 12.

4. Ward, Trevor F. "DABUS, An Artificial Intelligence Machine, Invented Something New and Useful, but the USPTO is not Buying It", *Me. L. Rev.* No. 75, 2023, 71, pp. 80-81.

5. *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, *Op.cit.* p. 101.

مرجع یادشده در نیل به این نتیجه، به ماده ۱۰۰ بخش ۳۵ مجموعه قوانین آمریکا استناد کرد که مخترع را به‌عنوان فرد یا در صورت اختراع مشترک، افراد در نظر گرفته و در واقع مخترعان را به اشخاص حقیقی محدود کرده است. در نظر این مرجع، ماشین‌ها و سیستم‌ها نمی‌توانند دارای حق اختراع باشند؛ به‌خصوص که شخصیت حقوقی مستقلی نیز ندارند و قادر نیستند تا همچون مالک بر چیزی سیطره پیدا کنند. در سال ۲۰۲۲، تالر به تصمیم رد اظهارنامه اختراع اعتراض نمود و اظهار داشت که اصطلاح مخترع در مقررات را می‌توان به‌نحوی ترجمه و تفسیر کرد که ماشین‌ها را نیز دربرگیرد. اما این بار نیز اعتراض مذکور مورد پذیرش قرار نگرفت. دادگاه فدرال در تصمیم خود در سال ۲۰۲۲ بر تعریف فرد چه به‌لحاظ لغوی و چه پس از بررسی سابقه قوانین و نگاه به پیشینه موضوع در هنگام تدوین قانون در کنگره و مذاقه در نوع رویکرد دیوان عالی آمریکا، استناد نمود و مخترع را محدود به فرد انسانی کرد. دادگاه استدلال‌های تالر را حدس و گمان دانست و تأکید کرد که هیچ ابهامی در مورد انسان بودن مخترع وجود ندارد؛ زیرا قانون از اصطلاح فرد استفاده کرده است نه واژه «هر شخصی»؛ لذا برخلاف ادعای تالر عنوان مخترع قابل تعمیم به هوش مصنوعی نیست.<sup>۲</sup> همچنین مقررات فعلی ایجاب می‌کند که «فکر»<sup>۳</sup> یک مخترع در تصور و شکل‌گیری اختراع درگیر شده و زاینده باشد. مشخص نیست که آیا سیستم هوش مصنوعی می‌تواند یک اختراع را تصور کند یا اینکه صرفاً ابزاری است که توسط انسان مبتکر استفاده می‌شود؟ در واقع اصطلاح «فکر» مصرح در مقررات اختراع<sup>۴</sup> به یک شخص طبیعی اشاره دارد.<sup>۵</sup> در نهایت نیز دیوان عالی آمریکا در یک اظهار نظر قاطع در سال ۲۰۲۳ بر لزوم فرد بودن مخترع تأکید و تصمیمات دادگاه‌های عالی را در عدم شناسایی سیستم هوش مصنوعی به‌عنوان مخترع تأیید کرد.<sup>۶</sup>

اتحادیه اروپا: در قانون ثبت اختراعات اروپا، تعریفی از مخترع ارائه نشده است، اما آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۹ قانون ثبت اختراعات اروپا تصریح می‌کند که اظهارنامه ثبت اختراع باید شامل نام خانوادگی و

1. Whoever

2. Lavrichenko, Michelle, "Thaler v. Vidal: Artificial Intelligence-Can the Invented Become the Inventor", *CARDozo L. REV*, No.44,2022, pp. 723-726.

3. Mental and Mind

۴. وفق ماده ۱ قانون حمایت از مالکیت صنعتی ۱۴۰۳: «اختراع نتیجه فکر فرد یا افراد است که...».

5. Patra, Dr Soumya Prakash, "Artificial Inventors: A Shift in traditional policy paradigm", *Journal of Intellectual Property Rights (JIPR)* 26, No. 3,2022, p. 123.

6. McDermott, Eileen. "Supreme Court Dodges AI Inventor Question with Denial of DABUS Case. 2023," <https://ipwatchdog.com/2023/04/24/supreme-court-dodges-ai-inventor-question-denial-dabus-case/id=159986/>. (accessed: February 25, 2025).

آدرس مخترع یا مواردی از این قبیل باشد و در بند ۳ ماده ۱۹ نیز مقرر داشته است که اگر مخترع براساس تشخیص اداره ثبت اختراعات اروپا، واقعی و مشخص نباشد، باید برای تعیین مخترع تلاش کرد.<sup>۱</sup> با همین دیدگاه، درخواست ثبت اختراع دابوس توسط اداره ثبت اختراعات اروپا نیز رد شد. در توجیه رد این تقاضا گفته شده است که فقط اشخاص حقیقی مخترع قلمداد می‌شوند.<sup>۲</sup> پس از اعتراض تالر به تصمیم مزبور، هیئت تجدیدنظر اداره ثبت اختراع اروپا در سال ۲۰۲۱ نیز دیدگاه اداره را تأیید می‌کند و با تأکید بر اینکه ماده ۸۱ معاهده ثبت اختراع اروپایی ضروری می‌داند که در هنگامی که مخترع و تقدیم‌کننده اظهارنامه دو شخص متفاوت‌اند، متقاضی باید دلایل موجه خود را مبنی بر داشتن حق تقدیم اظهارنامه را مستند کند، درحالی‌که در پرونده مزبور تشریفات مقرر رعایت نشده است و به‌علاوه مخترع باید دارای شخصیت حقوقی معتبر باشد که دابوس در قامت سیستم هوش مصنوعی فاقد آن است.<sup>۳</sup>

انگلستان: اداره ثبت اختراعات بریتانیا به‌موجب قانون اختراعات که مخترع را فرد حقیقی می‌داند، اظهارنامه دابوس را رد کرد و دادگاه نیز این تصمیم را تأیید نمود. پس از اعتراض مجدد دادگاه تجدیدنظر انگلستان با اکثریت دو به یک، تصمیم گرفت که براساس قوانین، مخترع باید یک انسان واقعی باشد و نمی‌توان دابوس را به‌عنوان مخترع شناسایی کرد. اما نکته قابل توجه این است که قاضی سوم، «لرد بیرس»،<sup>۴</sup> نظر دیگری داشت. اگرچه وی معتقد بود که ماشین‌ها شخص نیستند، اظهار داشت که قانون اصلاً اقتضا نمی‌کند که از فرد مشخصی تحت عنوان مخترع نام برده شود. او تصریح کرد: «این واقعیت که هیچ مخترع قابل شناسایی نیست، به‌سادگی به این معناست که هیچ نامی وجود ندارد که [اداره ثبت اختراعات] باید در گواهی‌نامه اختراع به‌عنوان مخترع ذکر کند». اداره مذکور مجبور نیست از کسی (یا چیزی) نام ببرد.<sup>۵</sup> بنا به نظر قاضی اخیر استنباط می‌شود که قانون هیچ الزامی ندارد تا نام شخص یا اشخاص معینی در گواهی ثبت اختراع ذکر شود و لذا امکان ثبت اختراع یادشده بدون اشاره به مخترع آن

1. Peng, Shin-yi, Ching-Fu Lin, and Thomas Streinz, eds, **Artificial Intelligence and International Economic Law**, Cambridge University Press, 2021, pp. 145-146.

2. Gassmann, Oliver, Martin A. Bader, and Mark James Thompson, **Patent management: Protecting intellectual property and innovation**, Cham: Springer, 2021, p. 229.

3. Mckinlay, Andrew. EPO publishes reasons for decision in DABUS AI inventorship case. 2022. <https://www.pagewhite.com/news/epo-publishes-reasons-for-decision-in-dabus-ai-inventorship-case>(accessed: February 25, 2025).

4. Lord Birss

5. Taplin, Ruth. *Artificial intelligence, intellectual property, cyber risk and robotics: A new digital age*. Routledge, 2023, p. 3.

یعنی هوش مصنوعی وجود دارد. در این خصوص، سرانجام پرونده نزد دیوان عالی انگلستان مطرح شد و در سال ۲۰۲۳، اعتراض با استدلال مشابه لزوم فرد بودن مخترع<sup>۱</sup> رد شد.

آلمان: رأی دادگاه فدرال اختراعات آلمان در سال ۲۰۲۱ جایگاه منحصر به فردی را در مجموعه پرونده‌های دابوس دارد. از یک طرف این مرجع تأیید کرد که سیستم هوش مصنوعی را نمی‌توان به‌مثابه مخترع که باید یک فرد باشد، شناسایی نمود. از سوی دیگر، به متقاضی (تالر) اجازه داد تا در اظهارنامه به‌عنوان مخترع تعیین گردد<sup>۲</sup> یا حتی نام شخص دیگری که ارتباطی به اختراع ندارد، تحت عنوان مخترع ذکر شود؛ یعنی مرجع مذکور به‌طور ضمنی ایراد اظهارات گمراه‌کننده و خلاف واقع را مجاز می‌شمرد، در حالی که این امر مورد اعتراض جدی و کلای تالر قرار گرفت که آن را سرآغاز رویه‌ای خطا برشمردند.<sup>۳</sup>

### ۵.۳. دیدگاه اقلیت: پذیرش امکان ثبت اختراع برای هوش مصنوعی مولد

افریقای جنوبی: تنها کشوری که در سال ۲۰۲۱ مبادرت به ثبت اختراع دابوس به نام سیستم هوش مصنوعی نمود، افریقای جنوبی است. البته باید متذکر شد که مطابق مقررات، مرجع مربوطه به ارزیابی وجود شروط ماهوی اختراعات مبادرت نمی‌کند،<sup>۴</sup> بلکه مشروط بر اینکه تشریفات شکلی مقرر در قانون رعایت شده باشد و فرم‌های درخواست و همچنین هزینه‌ها همراه با مدارک و مشخصات، پیوست اظهارنامه شده باشد، گواهینامه اختراع صادر می‌گردد.<sup>۵</sup> به همین دلیل یعنی فقدان سیستم بررسی ماهوی اختراع، اهمیت صدور گواهینامه اختراع برای دابوس چندان برجسته نیست. اما این پیشرفت باز هم نقطه عطف مهمی در حوزه اختراعات تولیدی توسط هوش مصنوعی محسوب می‌شود. در این راستا، بنا به نظر برخی از نویسندگان، نکته مهم آنجاست که اظهارنامه ثبت اختراع بدون درج نام انسان، ناقص در نظر گرفته نشده است.<sup>۶</sup>

1. The text of the case is available at: <https://www.theguardian.com/technology/2023/dec/20/ai-cannot-be-named-as-patent-inventor-uk-supreme-court-rules> (accessed: February 25, 2025).

2. Kim, Daria. "The paradox of the DABUS judgment of the German Federal Patent Court." *GRUR International* 71, No. 12, 2022, p. 1.

3. Sandys, Amy. Germany's latest Dabus decision aligns with European approach. (28 June 2023). <https://www.juve-patent.com/cases/germanys-latest-dabus-decision-aligns-with-european-approach/> (accessed: February 25, 2025).

4. Ryan. *Op.cit.* p. 18.

5. Villasenor, John. "Reconceptualizing conception: Making room for artificial intelligence inventions." *Santa Clara High Tech. LJ*, No.39, 2022, p. 212.

۶. قیصری اطربی، زهره، زهرا شاکری و احمد یوسفی صادقلو، «نگاهی به پرونده دابوس، چشم‌اندازی به نظام آتی ثبت اختراعات»، *مجله علمی حقوق خصوصی*، ش. ۱، ۱۴۰۳، ص. ۸۱.

استرالیا: در رویکرد نسبتاً مشابهی، دادگاه فدرال استرالیا [در مرحله بدوی] در سال ۲۰۲۱ حکمی را صادر کرد که به موجب آن پذیرفت سیستم هوش مصنوعی دابوس را می‌توان مخترع در نظر گرفت.<sup>۱</sup> در نیل به این نتیجه، قاضی پرونده با بررسی قانون ثبت اختراع استرالیا ۱۹۹۰، چنین حکم داد که سیستم هوش مصنوعی می‌تواند مخترع قلمداد شود، ولی نمی‌تواند متقاضی ثبت اختراع یا دارنده حقوق باشد. این رویکرد مصداق‌های مخترع را به سیستم ماشین تعمیم داده است؛ درحالی‌که حقوق بنیادین انسانی نسبت به مقوله مالکیت را نیز حفظ می‌کند.<sup>۲</sup> در این ارتباط، استدلال قاضی یادشده نیز جالب توجه است: «ما [انسان و هوش مصنوعی] هر دو خلق شده‌ایم و خلق می‌کنیم. چرا اختراعات ما نمی‌توانند خلق کنند؟»<sup>۳</sup> اگرچه متخصصان این تصمیم را نقد کرده و معتقدند شواهد کافی مبنی بر اینکه دابوس به‌طور مستقل به خلق اختراع پرداخته است و حتی اینکه ابداعات مربوط با توجه به مقررات فعلی اختراع استرالیا قابل ثبت در شکل اختراع باشد، ارائه نشده است و تفاسیر ارائه شده را دور از ظاهر مقررات خوانده‌اند. با همین دیدگاه، متعاقباً هیئت کامل دادگاه فدرال استرالیا در سال ۲۰۲۲ رأی پیشین را لغو و اعلام کرد که فقط اشخاص انسانی می‌توانند مخترع محسوب شوند، اما استدلال مذکور در دادگاه بدوی کماکان قابل توجه است؛<sup>۴</sup> با وجود این، برخی از نویسندگان ادعا کردند: «رویه تقنین در کشورهای مختلف دنیا به سمت پذیرش نسبی شخصیت برای هوش‌های مصنوعی خودمختار می‌رود؛ برای مثال اعطای حق اختراع به ریات دابوس در آفریقای جنوبی و استرالیا نشان‌دهنده تغییر در این مسیر است»<sup>۵</sup>؛ اگرچه این برداشت از منظر نظری قابل توجه است، حداقل تا زمان نگارش این نوشتار، هیچ‌یک از نظام‌های قانون‌گذاری جهان برای هوش مصنوعی، شخصیت حقوقی شناسایی نکرده‌اند. تنها نظام ثبت اختراعات آفریقای جنوبی، به دلیل ماهیت شکلی فرایند ثبت، مخترع بودن هوش مصنوعی را در اظهارنامه ثبت اختراع رد نکرده

1. Drexl, Josef, Reto Hilty, Daria Kim, and Peter R. Slowinski, "Artificial intelligence systems as inventors? A position statement of 7 September 2021 in view of the evolving case-law worldwide", A Position Statement of 7, 2021, 10-11, p 10.

2. Taplin. *Op.cit.* p. 33.

3. Afshar, Mimi S, "Artificial Intelligence and Inventorship-Does the Patent Inventor Have to Be Human?", *Hastings Sci. & Tech. LJ*, No.13, 2022, p. 59.

4. Matulionyte, Rita. "AI as an Inventor: Has the Federal Court of Australia Erred in DABUS?", *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.* No.13, 2022, pp. 105-112.

۵. شاکری، زهرا و محمد متین میلادی قمی، «جستاری در برخی ابعاد حقوقی چت‌بات‌ها؛ واکاوی حقوق شخصیت، مسئولیت مدنی و مالکیت فکری»، *حقوق فناوری‌های نوین*، د. ۶، ش. ۱۱، ۱۴۰۴، ص. ۱۲.

است. به‌علاوه، هیئت کامل دادگاه فدرال استرالیا در سال ۲۰۲۲<sup>۱</sup> به‌صراحت اعلام کرد که عنوان «مخترع» منصرف از هوش مصنوعی است و فقط به اشخاص انسانی تعلق دارد.

### ۶. دیدگاه‌های ناظر به ضرورت بازنگری در نظام اختراعات و چالش‌های پیش‌رو

در مقطع کنونی، تخمین زده شده است که هوش مصنوعی مولد می‌تواند باعث افزایش هفت تریلیون دلاری در تولید ناخالص داخلی جهانی شود. شناسایی انحصار ناشی از حق اختراع برای ابداعات هوش مصنوعی مولد می‌تواند با افزایش انگیزه در میان سرمایه‌گذاران و با تأثیرات مثبت اقتصادی که در پی دارد، این آمار را بهبود بخشد.<sup>۲</sup> برخی معتقدند اگرچه برخی مسائل نظیر خودآگاهی در خلاقیت برای هوش مصنوعی قابل‌تصور نیست، نباید از خاطر برد که سرعت پیشرفت فناوری از قانون بیشتر است و نظام اختراعات باید خود را مهیای تغییرات پیش‌روی فناوری هوش مصنوعی کند که بتواند گام‌های کارایی در جهت حمایت از ابداعات این حوزه بردارد.<sup>۳</sup> در این راستا دادگاه‌ها و قانون‌گذاران باید منتظر باشند تا دریابند که روند تحولات و پیشرفت‌های فناوری هوش مصنوعی مولد به کجا می‌انجامد. اگرچه نظام‌های حقوقی ممکن است آماده تصمیم‌گیری در مورد موضوع مخترع هوش مصنوعی نباشند، باین‌حال، مقنن و محاکم باید در نگاهی بلندمدت راهکارهایی برای مواجهه با چالش‌های مسئله در نظام مالکیت فکری ببینند.<sup>۴</sup>

برخی متخصصان برجسته نظام اختراعات نیز با این رویکرد هم‌داستان‌اند: پرفسور مارک لملی، از متخصصان نام‌آور حوزه حقوق مالکیت فکری، معتقد است پروژه هوش مصنوعی مخترع، نظام‌های حقوقی را وادار کرده است به ارزیابی مجدد این موضوع بپردازند که آیا قوانین موجود برای مواجهه با ابعاد اختراعات تولید شده توسط هوش مصنوعی کارا و روزآمد هستند؟ یا برای اطمینان از حمایت کارساز از اختراعات تولیدی توسط هوش مصنوعی مولد، به سیاست‌ها و راهبردهای جدیدی نیاز است؟<sup>۵</sup> نباید از خاطر برد هنگامی که بایسته‌های نظام حقوق اختراعات شکل می‌گرفت، مفهوم و کارکرد هوش مصنوعی

1. <https://www.wipo.int/wipolex/en/judgments/details/1529> (accessed: February 25, 2025).

2. Ooi, Keng-Boon, Garry Wei-Han Tan, Mostafa Al-Emran, Mohammed A. Al-Sharaf, Alexandru Capatina, Amrita Chakraborty, Yogesh K. Dwivedi et al. "The potential of generative artificial intelligence across disciplines: Perspectives and future directions." *Journal of Computer Information Systems*, 2023, p. 1.

3. Daniel, R. E., "Can Courts Protect the Patent System from Creative AI?. *Practical Lawyer*", Vol. 69, No. 3. 2023. P. 9.

4. Ackerman, Rachel, "Is the World Ready to Accept Artificial Intelligence as an Inventor?," *DePaul L. Rev.* No.72,2022, pp. 859-862.

5. Lohr, Steve, "Can AI Invent", *The Newyork Times.* (July 15, 2023).

قابل‌تصور نبوده است؛ اما امروزه همین فناوری‌های برافکن نظم موجود، ضرورت تأمل دوباره در انگاره‌های سنتی حقوق اختراعات و بازاندری در تعریف مخترع را بیش از پیش عیان ساخته است. در این راستا، برخی حقوق‌دانان و پژوهشگران معتقدند باید تعریف مخترع در پرتو اقتضائات جدید، شفاف‌سازی شود و به سیستم هوش مصنوعی تعمیم یابد تا در تعاقب آن، بتوان عنوان مالک را نیز به هوش مصنوعی نسبت داد.<sup>۱</sup> برخی با تفسیر تاریخی مفهوم مخترع در حقوق امریکا معتقدند می‌توان مخترع را در اختراعات تولیدی توسط هوش مصنوعی مولد به انسان اطلاق کرد؛ زیرا مخترع در نظام کاملاً محدود به مبدع تحت‌اللفظی نیست. بلکه افرادی را نیز شامل می‌شود که برای اولین بار اختراعی را در دسترس عموم قرار داده‌اند، مانند اولین واردکننده فناوری از خارج کشور به داخل کشور؛ بنابراین یک شخص حقیقی که نقش مشابهی در خصوص اختراعات تولید شده توسط هوش مصنوعی ایفا می‌کند، مثلاً فردی که برون‌داد خلاقانه سیستم هوش مصنوعی مولد را تجاری‌سازی می‌کند، در گستره مفهوم تاریخی مخترع جای می‌گیرد.<sup>۲</sup> برخی نیز پیشنهاد داده‌اند در راستای لزوم ذکر نام یک فرد به‌عنوان مخترع در اظهارنامه، به‌جای ذکر یک نام صوری به‌جای مخترع، می‌توان از اصطلاح «حامی»<sup>۳</sup> بهره گرفت که شامل طراح، آموزش‌دهنده، توسعه‌دهنده و یا کاربر هوش مصنوعی مولد باشد.<sup>۴</sup>

بعضی نیز پیشنهاد اصلاح مقررات قانونی و هماهنگ‌سازی نظام حقوق اختراعات را در سطح بین‌المللی داده‌اند که طی آن، عنوان مخترع مشترک به هوش مصنوعی و انسان اطلاق شود و مخترع انسانی از جانب هوش مصنوعی مولد نیز به تنظیم اظهارنامه بپردازد.<sup>۵</sup> پیشنهاد دیگر ایجاد یک دسته جدید در نظام مالکیت فکری به‌طور خاص برای اختراعات ابداعی هوش مصنوعی است که از اختراعات سنتی متمایز و تابع مجموعه موازین خاص خود است.<sup>۶</sup> این رویکرد می‌تواند فرصت‌های جدیدی برای نوآوری و سرمایه‌گذاری در فناوری هوش مصنوعی مولد ایجاد کند. اگرچه تغییر دیدگاه‌ها و همساز کردن آنها با تحولات و پیشرفت فنی در زمینه اختراعات ایدئال به نظر می‌رسد، اما نمی‌توان نادیده گرفت هنگامی که موازین دیرینه به چالش کشیده می‌شود، نظام اختراعات نیز همانند سایر شاخه‌های حقوقی، برای تغییر

1. IeMiller Law Firm. *Op.cit.*

2. Schwartz, David L., and Max Rogers, "Inventorless" Inventions? The Constitutional Conundrum of AI-Produced Inventions", *Harv. JL & Tech*, No.35, 2021, p. 579.

3. Sponsor

4. WIPO. Getting the innovation ecosystem ready for AI an IP policy toolkit. By World Intellectual Property Organization Publication, Swiss. 2024, p. 29.

5. Smith, Jessica. "Let Me Get My Human for That: The Struggles of a Broken Patent System for AI Inventors." *Sw. J. Int'l L*, No.29, 2023, pp. 185-186.

6. Merritt, Cole G, "A Compulsory Solution to the Machine Problem: Recognizing Artificial Intelligence as Inventors in Patent Law", *Vand. J. Ent. & Tech. L*, No.25, 2023, p. 213.

مقاومت جدی از خود نشان دهد.<sup>۱</sup> بعضی صاحب‌نظران بر این باورند که نظام موجود اختراعات هرچقدر هم انعطاف‌پذیر باشد، نمی‌تواند مقوله مخترع بودن هوش مصنوعی مولد را بپذیرد. از سوی دیگر با توجه به اینکه مخترع شخصی است که فکر و تصور می‌کند، افراد طبیعی را نیز که در این فرایند دخالتی نداشته‌اند، نمی‌توان مخترع قلمداد نمود. لذا با ابداعی مواجهیم که نمی‌توان آن را به‌عنوان اختراع برای هیچ شخصی ثبت کرد و لذا بهتر است با اقتباس تئوری پذیرفته‌شده در نظام کپی‌رایت، که مالک اثر را شخصی می‌داند که هنرمند یا مؤلفی را به استخدام درآورده است تا اثری را خلق کند، مخترع قانونی را شخصی بدانیم که به سیستم هوش مصنوعی دستور داده است تا ابداعی انجام دهد. این رهیافت با اهداف سیستم ثبت اختراع نیز همساز است.<sup>۲</sup> پرفسور لارنس لسیگ، استاد برجسته حقوق آمریکا، نیز معتقد است پافشاری بر دیدگاه‌های سنتی در رویکرد نظام اداری و قضایی آمریکا در بررسی اظهارنامه‌های اختراع کل یک طبقه از اختراعات مهم و قابل ثبت را از هرگونه حمایت محروم می‌کند و میلیاردها دلار سرمایه‌گذاری فعلی و آتی را به مخاطره می‌اندازد.<sup>۳</sup> به‌علاوه وارد دانستن اختراع ناشی از هوش مصنوعی در عرصه عمومی باعث می‌شود توسعه دانش و فناوری در این حوزه متوقف شود یا توسعه‌دهندگان به این راهبرد روی بیاورند که آنها را به‌شکل اسرار تجاری نگاه دارند و از به‌اشتراک‌گذاری جزئیات دستاوردهای خلاقانه آنها خودداری ورزند؛ امری که با مصالح جوامع در توسعه نوآوری و فناوری همسو نیست.<sup>۴</sup> شاید با همین دغدغه باشد که مراجع رسمی نیز به‌طور نامحسوس و با احتیاط بسیار امکان اعمال برخی تغییرات را در آینده مدنظر قرار داده‌اند. برای مثال در سال ۲۰۲۳ اداره ثبت اختراع و علائم تجاری آمریکا یک نظرسنجی برگزار کرده و از متخصصان خواستار اظهار نظر در این موضوع شده است که با در نظر گرفتن ملاحظات مربوط به هوش مصنوعی مولد، آیا اداره باید رویه و انگاره‌های فعلی خود را در مورد فرد مخترع تغییر دهد یا خیر و همچنین اینکه چه استدلال‌های فنی و حقوقی پشتیبان این نظر می‌تواند باشد.<sup>۵</sup> با همین رهیافت، به‌دنبال صدور فرمان اجرایی بایدن در ۳۰ اکتبر ۲۰۲۳ در خصوص

1. IcMiller Law Firm. *Op.cit.*

2. Wu, Jeffrey, "Bridging the AI inventorship gap", *Fordham L. Rev.*, No.91, 2022, p. 2547.

3. Lohr. *Op.cit.*

4. Ward, Trevor F, "DABUS, An Artificial Intelligence Machine, Invented Something New and Useful, but the USPTO is not Buying It", *Me. L. Rev.*, No.75, 2023, p. 85.

5. Request for Comments Regarding Artificial Intelligence and Inventorship A Notice by the Patent and Trademark Office on 02/14/2023 <https://www.federalregister.gov/documents/2023/02/14/2023-03066/request-for-comments-regarding-artificial-intelligence-and-inventorship/>

استفاده و توسعه ایمن، مطمئن و قابل اعتماد از هوش مصنوعی،<sup>۱</sup> سند راهنمایی درباره ثبت اختراعات هوش مصنوعی توسط اداره ثبت اختراعات و علائم تجاری آمریکا مورخ ۱۳ فوریه ۲۰۲۴<sup>۲</sup> منتشر شد. مطابق با این راهنما، اداره ثبت اختراع و علائم تجاری از مراجع قانونی خواسته است که در مقام ثبت اختراعات مدنظر، آزمون پنو (pannu)<sup>۳</sup> را در نظر بگیرند؛ انتشار این راهنما شاید نشانگر آن باشد که از منظر متخصصان حقوق اختراعات آمریکا، اختراعات با کمک هوش مصنوعی نیز امکان ثبت اختراع را پیدا می‌کنند مشروط بر آنکه کنشگر انسانی در اختراع صورت گرفته مشارکت قابل توجهی داشته باشد.

در حقوق اتحادیه اروپا نیز اندکی پس از انتشار تصمیمات اداره ثبت اختراعات و هیئت استیناف، بعضی متخصصان خواستار اصلاح کنوانسیون ثبت اختراع اروپا شدند و بر این باورند که پیشرفت‌های آینده می‌تواند دست مرجع یادشده را برای اعطای گواهینامه اختراع برای سیستم‌های هوش مصنوعی باز کند. حتی برخی فراتر رفته‌اند و معتقدند نوع قرائت از ماده ۵۲ معاهده ثبت اختراع اتحادیه اروپا می‌تواند به گونه دیگری باشد که طریق ثبت اختراع برای هوش مصنوعی مولد را هموار سازد. براساس ماده مزبور، هر اختراعی که از سه شرط ماهوی برخوردار باشد، قابل ثبت است؛ یعنی تأکید روی صرف شرایط ماهوی اختراع است، نه اینکه مخترع چه شخصی است.<sup>۴</sup>

در انگلستان نیز مراجع رسمی اظهار داشته‌اند که چه‌بسا تغییرات یک‌جانبه یا گسترده در نظام اختراعات موجود، مخاطرات جدی به‌همراه داشته باشد؛ ولی باتوجه به سرعت تحولات و نیازهایی که در آینده بیشتر خود را نمایان خواهد ساخت، ضرورت دارد درخصوص اختراعات هوش مصنوعی مولد هم‌فکری در سطح بین‌المللی صورت گیرد تا اختراعات ابداع‌شده توسط هوش مصنوعی در آینده، به‌طور مناسب محافظت شوند.<sup>۵</sup>

1. Executive Order Available at: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/> (accessed: February 25, 2025).

2. <https://www.federalregister.gov/documents/2024/02/13/2024-02623/inventorship-guidance-for-ai-assisted-inventions> (accessed: February 25, 2025).

3. The Pannu test. Bucknell, Duncan Geoffrey, ed. **Pharmaceutical, Biotechnology and Chemical Inventions: World Protection and Exploitation**. Vol. 1. Oxford University Press, USA, 2011, p. 121.

4. Sandys. *Op.cit.*

5 The latest news on the DABUS patent case 20 December 2023 | by Kingsley Egbuonu. <https://www.ipstars.com/NewsAndAnalysis/The-latest-news-on-the-DABUS-patent-case/Index/7366> (accessed: February 25, 2025).

## نتیجه‌گیری

با پیشرفت فناوری، سهم هوش مصنوعی در اختراعات نیز افزایش خواهد یافت. در حال حاضر، اختراعات هوش مصنوعی مولد از چنان سطحی از نوآوری برخوردارند که واجد شرایط ماهوی ثبت اختراع شناخته شوند. درخصوص موضوعات شکلی نیز مانع جدی ملاحظه نمی‌شود و مسائل گام ابتکاری و کفایت افشای اطلاعات به میزانی نیست که مانع از ثبت اختراعات هوش مصنوعی مولد گردد. اما مباحث مربوط به مخترع قلمداد کردن هوش مصنوعی مولد و همچنین مالکیت اختراعات مذکور، محل بحث و مناقشه جدی حقوق دانان است. در حال حاضر ثبت اختراع به نام هوش مصنوعی مولد، به‌استناد لزوم شخص حقیقی بودن مخترع رد شده و پذیرش کاربر استخدام‌کننده سیستم هوش مصنوعی به‌عنوان دارنده حقوق انحصاری، با اقبال بیشتری مواجه است؛ زیرا از یک طرف، کاربر مبادرت به ثبت و انتقال داده‌های ورودی به سیستم هوش مصنوعی کرده و کنشگری وی هرچند ضعیف در این عرصه مشهود است و از طرف دیگر، وی با پرداخت حقوق مالی توسعه‌دهنده هوش مصنوعی، سزاوار آن است که از رهگذر تأدیه هزینه‌های ورودی، خروجی متناسبی را نیز در قالب دریافت حقوق انحصاری اختراع تحصیل نماید.

البته آنچه در حوزه اختراعات بیشتر محل مناقشه است، حقوق مادی است نه حقوق معنوی؛ درحالی‌که در بعضی دیدگاه‌های ناظر به اختراعات هوش مصنوعی مولد، این دو دسته حقوق خلط شده است. در صورتی‌که تحولات حقوقی و کم‌رنگ شدن انگاره‌های سنتی اجازه دهد از هوش مصنوعی می‌توان به‌مثابه مخترع و دارنده حقوق معنوی یاد کرد و دارنده حقوق مادی را غالباً کاربری دانست که آن را به کار گرفته و هدایت نموده است. بنابراین به‌لحاظ منطقی پذیرش هوش مصنوعی مبدع در قامت مخترع موجه می‌نماید؛ اما باید حقوق مادی را متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی دانست که هوش مصنوعی مولد را در این راه به کار گرفته‌اند. این موضوع شباهت تامی با توافقات استخدام برای ابداع دارد؛ با این توضیح که به‌کارگیری یک شخص مبدع، که اختراع به نام او نامیده می‌شود، مانعی برای برخورداری از حقوق مادی توسط شخص دیگری نیست؛ باوجود این، قابل‌کتمان نیست که اگرچه نظام حق اختراع به‌طور خاص مهبیای مقابله با چالش‌های مزبور می‌شود، رهیافت‌های سنتی و انگاره‌های تثبیت‌شده در نظام اختراعات، روند وقوع تحولات در این عرصه را با مانع مواجه کرده است و به نظر می‌رسد که ساختارهای حمایتی، نیازمند تغییر و تحول باشند تا بتوانند پاسخ‌گوی پیشرفت‌های نوین در حوزه فناوری هوش مصنوعی مولد باشند. پذیرش تغییرات در ساختارهای فعلی نیز چندان سهل نیست و

همه‌چیز به نوع قرائت از مقررات موجود یا درک تحولات به‌منظور بازاندیشی در موازینی است که سال‌هاست ایستا باقی مانده است. اما پذیرش تحولات مذکور سبب می‌گردد تا روند نوآوری و سرمایه‌گذاری در عرصه اختراعات هوش مصنوعی مولد با قوت بیشتری تداوم یابد.

در ایران در ابتدای مسیر توسعه هوش مصنوعی قرار داریم و کاربرد هوش مصنوعی مولد در حوزه ابداعات در آینده نزدیک بعید می‌نماید؛ زیرا قابل‌انکار نیست که در حال حاضر دیدگاه‌های تثبیت‌شده نظام اختراعات ایران همانند سایر کشورها، محافظه‌کارانه عمل می‌کند. باتوجه به ماده ۱ قانون حمایت از مالکیت صنعتی ۱۴۰۳ تردیدی باقی نمی‌ماند که مخترع باید فرد انسانی باشد؛ باوجود این، پذیرش اعتبار قانونی اختراعات ابداعی توسط هوش مصنوعی مولد در کشورمان می‌تواند راهبردی قلمداد شود که تأثیر مستقیم بر توسعه صنعت هوش مصنوعی دارد و شایسته است تا در پرتو ارائه تفسیرهای نو یا تغییر قوانین، راه را برای شناسایی هوش مصنوعی مولد مخترع هموار نمود و نباید از منافعی که این دست فناوری‌های نوین به ارمغان می‌آورند، به‌سادگی چشم‌پوشی کرد. باوجود این دیدگاه‌های غیرمنعطف شاید بتوان مواجهه با تحولات آتی را در تفسیری نو از ماده ۹ قانون اخیر که مقرر می‌دارد در صورتی که اختراع ناشی از استخدام یا قرارداد باشد، حقوق مادی آن متعلق به کارفرما خواهد بود و دیدگاه مشابه مصرح در ماده ۶ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای جست‌وجو کرد و قائل بر این شد که کاربری که هوش مصنوعی مولد را به کار می‌گیرد، دارنده حقوق مادی آن است و درخصوص نام مخترع نیز نباید سخت‌گیری زیادی به خرج داد؛ زیرا در غیر این صورت، دسته مهمی از ابداعات آینده را از شمول نظام حمایتی اختراعات خارج خواهیم داد که همسو با الزامات و ضروریات توسعه فناوری‌های هوش مصنوعی و بهره‌مندی از ثمرات آن نخواهد بود، ناگفته هویداست که نیل به این نقطه مطلوب نیازمند تغییر بنیادین در انگاره‌های فعلی نظام اختراعات است که به‌سختی می‌توان متصور شد که در آینده نزدیک رخ دهد.

## منابع

### مقاله

۱. ساورایی، پرویز، «چالش‌های پیش‌روی رژیم کپی‌رایت انسان‌محور با تحولات هوش مصنوعی»، پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، ش. ۳، ۱۴۰۳، صص. ۱۱-۴۰.

<https://doi.org/10.48308/eclr.2025.236827.1078>

۲. شاکری، زهرا و محمد متین میلادی قمی، «جستاری در برخی ابعاد حقوقی چت‌بات‌ها؛ واکاوی حقوق شخصیت، مسئولیت مدنی و مالکیت فکری»، *حقوق فناوری‌های نوین*، ش. ۱۱، صص. ۲۲-۱.
- <https://doi.org/10.22133/mtlj.2024.433651.1284>
۳. امیر شاه‌کرمی، سید حمید و زهرا شاکری، «چشم‌اندازی از نظام حق اختراع در پرتو کاربرد هوش مصنوعی»، *سیاست‌نامه علم و فناوری*، ش. ۲، ۱۴۰۲، صص. ۸۹-۲۳.
- <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.24767220.1402.13.2.3.7>
۴. قیصری اطربی، زهره، زهرا شاکری و احمد یوسفی صادقلو، «نگاهی به پرونده دابوس، چشم‌اندازی به نظام آتی ثبت اختراعات»، *مجله علمی حقوق خصوصی*، ش. ۱، ۱۴۰۳، صص. ۸۹-۷۱.
- <https://doi.org/10.22059/jolt.2024.365991.1007232>

## References

### Books

1. Abbott, Frederick M., Thomas Cottier, Francis Gurry, Ryan B. Abbott, Mira Burri, Henning Grosse Ruse-Khan, and Maegan McCann. **International Intellectual Property in an Integrated World Economy**: [Connected EBook]. Aspen Publishing, 2024.
2. Abbott, Ryan, ed. **Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence**. Edward Elgar Publishing, 2022.
3. **Artificial Intelligence and Intellectual Property**. United Kingdom: Oxford University Press, 2021.
4. Bucknell, Duncan Geoffrey, ed. **Pharmaceutical, Biotechnology and Chemical Inventions: World Protection and Exploitation**. Vol. 1. Oxford University Press, USA, 2011.
5. Drude, Niklas. **How to Prompt Better: A Beginner's Guide to Working with AI**. Germany: Amazon Digital Services LLC – Kdp. 2023.
6. Gaon, Aviv H. **The Future of Copyright in the Age of Artificial Intelligence**. Edward Elgar Publishing, 2021.
7. Gassmann, Oliver, Martin A. Bader, and Mark James Thompson. **Patent Management: Protecting Intellectual Property and Innovation**. Cham: Springer, 2021.
8. Kreps, David, Robert Davison, Taro Komukai, and Kaori Ishii. **Human Choice and Digital by Default: Autonomy vs Digital Determination**. Springer International Publishing, 2022.
9. Peng, Shin-yi, Ching-Fu Lin, and Thomas Streinz, eds, *Artificial Intelligence and International Economic Law*, Cambridge University Press, 2021.
10. *Taplin, Ruth. Artificial Intelligence, Intellectual Property, Cyber Risk and Robotics: A New Digital Age*. Routledge, 2023.
11. WIPO. **Getting the Innovation Ecosystem Ready for AI an IP Policy Toolkit**. By World Intellectual Property Organization Publication, Swiss. 2024.

### Articles

12. Ackerman, Rachel, "Is the World Ready to Accept Artificial Intelligence as an Inventor?," *DePaul L. Rev*, No. 72, 2022, pp. 835-865.  
<https://via.library.depaul.edu/law-review>
13. Afshar, Mimi S, "Artificial Intelligence and Inventorship-Does the Patent Inventor Have to Be Human?", *Hastings Sci. & Tech. LJ* 13, 2022, PP 56-72.  
[https://repository.uclawsf.edu/hastings\\_science\\_technology\\_law\\_journal](https://repository.uclawsf.edu/hastings_science_technology_law_journal)

14. Amir Shahkarami, Seyed Hamid. and shakeri, Zahra., "A Perspective of the Patent Regime in the Light of the Use of Artificial Intelligence." *Science and Technology Policy Letters*, Vol.13, No. 2, 2023, PP. 23-89. (in Persian) <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.24767220.1402.13.2.3.7>
15. Chesterman, Simon, "Good Models Borrow, Great Models Steal: Intellectual Property Rights and Generative AI", *Policy and Society*, 2024, Puae006, PP. 1-22.
16. Chikhaoui, Emna, and Saghir Mehar, "Artificial Intelligence (AI) Collides with Patent Law", *J. Legal Ethical & Regul. Issues*, No.23, 2020, PP 1-10.
17. Daniel, R. E, "Can Courts Protect the Patent System from Creative AI?" , *Practical Lawyer*, Vol. 69, No. 3. 2023, PP 1-9.
18. Dornis, Tim W, "Artificial Intelligence and Innovation: the End of Patent Law as We Know It", *Yale JL & Tech*, No.23, 2020, PP. 97-159. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3668137> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3668137>
19. Drexler, Josef, Reto Hilty, Daria Kim, and Peter R. Slowinski, "Artificial Intelligence Systems as Inventors? A Position Statement of 7 September 2021 in View of the Evolving Case-Law Worldwide", A Position Statement of 7, 2021, PP. 1-11.
20. Ferrero Guillén, Rebeca, and Altair Breckwoldt Jurado, "Vagueness in Artificial Intelligence: The 'Fuzzy Logic' of AI-Related Patent Claims", *Digital Society 2*, No. 1 2023, PP. 1-25. <https://doi.org/10.1007/s44206-022-00032-0>
21. Fessenko, Dessimlava, "Can Artificial Intelligence (Re) Define Creativity?", 2022.
22. Gheysari Atrabi, Zahra, Shakeri, Zahra and Yousefi Sadeghlou, Ahmad, "A Look at the DABUS Case: A Perspective on the Future Patent System", *Journal of Private Law* Vol.21, No. 1, 2024, PP. 71-89. (in Persian) <https://doi.org/10.22059/jolt.2024.365991.1007232>
23. Gmeiner, Robert, "International Free Riding on Institutions." *Economic Affairs*, Vol.41, No. 1 2021, PP. 123-140. <https://doi.org/10.1111%2Fecaf.12452>
24. [hastings\\_science\\_technology\\_law\\_journal](https://doi.org/10.22059/jolt.2024.365991.1007232)
25. Heon, Lexi, "Artificially Obvious But Genuinely New: How Artificial Intelligence Alters the Patent Obviousness Analysis", *Seton Hall L. Rev*, No.53, 2022, PP. 359-386.
26. Hopes, Briana, "Rights for Robots? US Courts and Patent Offices Must Consider Recognizing Artificial Intelligence Systems as Patent Inventors", *Tul. J. Tech. & Intell. Prop*, No. 23, 2021, PP. 120-134.

27. Kim, Daria, "The Paradox of the DABUS Judgment of the German Federal Patent Court", *GRUR International*, Vol. 71, No. 12, 2022, PP. 1-5. <https://doi.org/10.1093/grurint/ikac125>
28. Knutson, Kaelyn R, "Anything You Can Do, AI Can't Do Better: An Analysis of Conception As a Requirement for Patent Inventorship and a Rationale for Excluding AI Inventors", *Cybaris Intell. Prop. L. Rev.* No.11,2020, PP. 1-28. <https://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol11/iss2/2>
29. Lavrichenko, Michelle, "Thaler v. Vidal: Artificial Intelligence-Can the Invented Become the Inventor", *CARDOzo L. REv*, No. 44, 2022, PP. 700-735.
30. Matulionyte, Rita, "AI as an Inventor: Has the Federal Court of Australia Erred in DABUS?", *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, No.13, 2022, PP. 1-24.
31. Mendoza-Caminade, Alexandra, ed. *L'entreprise et l'intelligence artificielle-Les réponses du droit. Presses de l'Université Toulouse Capitole*, 2023, PP. 197-221.
32. Merritt, Cole G, "A Compulsory Solution to the Machine Problem: Recognizing Artificial Intelligence as Inventors in Patent Law", *Vand. J. Ent. & Tech. L.* No.25, 2023, pp 211-237. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/jetlaw/vol25/iss1/5>
33. Odeh, Morris K. "Patenting Inventions Generated by Artificial Intelligence: The Way Forward." *The Gravitas Review of Business & Property Law*, Vol. 11, No. 2, 2020, PP. 1-12. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3910124> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3910124>
34. Ooi, Keng-Boon, Garry Wei-Han Tan, Mostafa Al-Emran, Mohammed A. Al-Sharafi, Alexandru Capatina, Amrita Chakraborty, Yogesh K. Dwivedi et al, "The Potential of Generative Artificial Intelligence Across Disciplines: Perspectives and Future Directions", *Journal of Computer Information Systems*, 2023, PP. 1-32.
35. Patra, Dr Soumya Prakash, "Artificial Inventors: A Shift in Traditional Policy Paradigm", *Journal of Intellectual Property Rights (JIIPR)*, Vol. 26, No. 3, 2022, pp. 119-126.
36. Savrai, P., "The Challenges Facing the Human-Centered Copyright Regime with the Evolution of Artificial Intelligence." *Economic and Commercial Law Researches*, Vol. 2, No.3, 2025, PP. 11-40. (in Persian). <https://doi.org/10.48308/eclr.2025.236827.1078>.
37. Schlagwein, Daniel, and Leslie Willcocks, "'ChatGPT et al.': The Ethics of Using (Generative) Artificial Intelligence in Research and Science", *Journal of Information Technology*, Vol.38, No. 3, 2023, PP. 232-238.

- <https://doi.org/10.1177/02683962231200411>
- 38.Schwartz, David L., and Max Rogers, "Inventorless" Inventions? The Constitutional Conundrum of AI-Produced Inventions." *Harv. JL & Tech*, No.35, 2021, PP. 530-579. <https://ssrn.com/abstract=4025434>
- 39.Schwein, Rachel L. "Patentability and Inventorship of AI-Generated inventions." *Washburn LJ*, No. 60, 2020, pp 583-585.
- 40.Shakeri, Zahra, and Miladi Qomi, Mohammad Matin, "An Inquiry into Some Legal Aspects of Chatbots: Examining Personality Rights, Civil Liability, and Intellectual Property", *Journal of New Technologies Law*, Vol.6, No. 11, 2025, PP. 1-22. <https://doi.org/10.22133/mtlj.2024.433651.1284>
- 41.Sharma, Sakshi, and Devesh Pandey, "The Use of AI in Patent Law: Issues and Challenges", Issue 5 *Indian JL & Legal Rsch.* No.4, 2022, PP. 1-9.
- 42.Smith, Jessica. "Let Me Get My Human for That: The Struggles of a Broken Patent System for AI Inventors", *Sw. J. Int'l L.* No.29,2023, PP 160-186.
- 43.Smits, Jan, and Tijn Borghuis, "Generative AI and Intellectual Property Rights." In *Law and Artificial Intelligence: Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*, 2022, pp. 323-344.
- 44.Sun, Haochen, "Artificial Intelligence Inventions", *Fla. St. UL Rev*, No. 50, 2022, PP. 61-122. <https://ir.law.fsu.edu/lr/vol50/iss1/2>
- 45.Villasenor, John, "Reconceptualizing Conception: Making Room for Artificial intelligence inventions", *Santa Clara High Tech. LJ*, No. 39, 2022, PP. 197-230. <https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol39/iss2/2>
- 46.Ward, Trevor F. "DABUS, An Artificial Intelligence Machine, Invented Something New and Useful, but the USPTO is not Buying I.", *Me. L. Rev.* No.75, 2023, PP. 72-100.  
<https://digitalcommons.maine.law.maine.edu/mlr/vol75/iss1/4>
- 47.Wu, Jeffrey. "Bridging the AI inventorship gap", *Fordham L. Rev.* No.91, 2022, PP. 2515-2547. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol91/iss6/11>
- 48.Yilmaz, Ramazan, and Fatma Gizem Karaoglan Yilmaz. "Augmented Intelligence in Programming Learning: Examining Student Views on the Use of ChatGPT for Programming Learning." *Computers in Human Behavior: Artificial Humans*, Vol. 1, No. 2, 2023, PP. 1-6.  
<https://doi.org/10.1016/j.chbah.2023.100005>

#### Online Sources

- 49.Bloomberg. China Widens Lead Over US in AI Patents After Beijing Tech Drive, 2023. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-10-24/china->

- widens-lead-over-us-in-ai-patents-after-beijing-tech-drive (accessed: February 25, 2025).
50. Brittain, Brittain. Patents on AI Creations Require 'Significant' Human Input, USPTO Says, Reuters. 2024. <https://www.reuters.com/legal/litigation/patents-ai-creations-require-significant-human-input-uspto-says-2024-02-12/> (accessed: February 25, 2025).
51. Gastaldi, Laura, Tiberio, Massimiliano, Crisci, Francesca. AI as Inventor: Legal Challenges and Implications for Patent Law, 2023. <https://www.dlapiper.com/en-pe/insights/publications/law-in-tech/ai-as-inventor-legal-challenges-and-implications-for-patent-law> (accessed: February 25, 2025).
52. <https://www.wipo.int/wipolex/en/judgments/details/1529> (accessed: February 25, 2025).
53. IcMiller Law Firm. Patents in the AI Era: Navigating the Complexities of AI Inventorship. 2023. <https://www.icemiller.com/thought-leadership/patents-in-the-ai-era-navigating-the-complexities-of-ai-inventorship> (accessed: February 25, 2025).
54. Lohr, Steve. "Can AI Invent," The New York Times. (July 15, 2023).
55. McDermott, Eileen. "Supreme Court Dodges AI Inventor Question with Denial of DABUS Case. 2023," <https://ipwatchdog.com/2023/04/24/supreme-court-dodges-ai-inventor-question-denial-dabus-case/id=159986/>. (accessed: February 25, 2025).
56. McKinlay, Andrew. EPO Publishes Reasons for Decision in DABUS AI Inventorship Case. 2022. <https://www.pagewhite.com/news/epo-publishes-reasons-for-decision-in-dabus-ai-inventorship-case>(accessed: February 25, 2025).
57. *Naruto v. Slater*. Case Available at: <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/04/23/16-15469.pdf> (accessed: February 25, 2025).
58. Sandys, Amy. Germany's Latest Dabus Decision Aligns with European Approach. (28 June 2023). <https://www.juve-patent.com/cases/germanys-latest-dabus-decision-aligns-with-european-approach/>(accessed: February 25, 2025).
59. Van Der Herten, kathy. Patent Office Sustainability and the Role of Artificial Intelligence, *WIPO Magazine*, 2023. Available at: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine\\_digital/en/2023/article\\_0001.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine_digital/en/2023/article_0001.html) (accessed: February 25, 2025).
60. WIPO. The Artificial Inventor Project, *WIPO Magazine*, 2019. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2019/06/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html) (accessed: February 25, 2025).

## **A Comparative Study on the Legal Challenges of Ownership of Inventions Created by Generative Artificial Intelligence**

**Ebrahim Rahbari\***  
**Seyed Mustafa Meshkat\*\***

Received: 2025.12.20

Accepted: 2025.01.21

### **Abstract**

The rapid pace of developments in generative artificial intelligence has placed the urgent adaptation and alignment of the intellectual property system with these advancements at the center of attention more than ever before. Today, the diversity and dynamism of innovations created through generative AI are undeniable. Nevertheless, policymakers have yet to provide adequate answers to the legal questions and challenges associated with such inventions—particularly regarding their ownership. The absence of a coherent and transparent approach to identifying the rightful holder of patent rights for AI-generated inventions is clearly reflected in the DABUS case, which demonstrated that even the judiciary has not been able to remedy the legislative shortcomings and deficiencies in this area through thoughtful and effective interpretation of the law. In light of this, the findings of this study reveal that, through flexible interpretation, distinguishing between the economic and moral rights arising from patents generated by generative AI, and by giving greater consideration to the role of the end user, some of the complexities surrounding this issue can be alleviated. Furthermore, this research seeks—through a descriptive and analytical study and in light of comparative legal teachings—to clarify what strategies and policies actors within the patent system, including those in Iran’s legal framework, should adopt when dealing with generative AI inventions.

### **Keywords:**

Generative AI, Machine Learning, Patent Law, Intellectual Property Law, Modern Technologies Law.

---

\* Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Corresponding Author Email: e\_rahbari@sbu.ac.ir

\*\* Ph.D. Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.



## تنظیم‌گری غیرمتمرکز صرافی‌های رمزارز در نظام‌های حقوقی اتحادیه اروپا، ایالات متحده آمریکا و ایران

سید علیرضا حسینی\*  
سید علیرضا طباطبایی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۵

### چکیده

پیدایش و توسعه پرشتاب رمزارزها، نظام‌های حقوقی سراسر جهان را بر آن داشت تا از رهگذر علم حقوق و در چارچوب مقررات موضوعه یا رویه‌های قضایی به تنظیم‌گری این نهادهای مالی بپردازند. پیشرفت روزافزون فناوری تبادلات مالی مستلزم اصلاحات و تغییرات پیاپی در مقررات و رویه‌هاست؛ این در حالی است که هیچ نظام حقوقی‌ای تاب‌آور چنین دگرگشتی نیست. از سوی دیگر قانون‌گذاری به‌شکل سنتی در حوزه مبادلات رمزارز چالشی دست‌وپایگیر برای این مؤسسات است که آنها را به سمت دور زدن مقررات سوق می‌دهد. از این‌رو به‌تدریج در برخی نظام‌های حقوقی، نهادهای تنظیم‌گر اصطلاحاً «غیرمتمرکز» شکل گرفته است تا ضمن ایجاد فضای نظارتی به‌روز و منعطف برای صرافی‌های رمزارز و همگام با آن، اقتدار حاکمیت بر آنان را نیز تأمین نماید. پژوهش فرا رو، به‌روش توصیفی-تحلیلی و رویکرد تطبیقی و با ابزار کتابخانه و اینترنت، به بررسی حقوقی نهادهای تنظیم‌گری غیرمتمرکز در نظام‌های حقوقی منتخب پرداخته و در مجموع به این نتیجه رسیده است که نظام‌های حقوقی اروپایی و امریکایی به‌ترتیب با اجرای «رژیم آزمایشی دفتر کل توزیع‌شده» و «سازمان‌های خودتنظیم‌گر» گام بزرگی در این راه برداشته‌اند. قانون‌گذار ما نیز در سال‌های اخیر کمابیش ضرورت بهره‌گیری از این نهادهای شبه‌قانونی را دریافته و درصدد پیاده‌سازی هر دو نهاد محیط آزمون و خودتنظیم‌گری به‌ویژه در حقوق حاکم بر صرافی‌های رمزارز بوده است؛ امری که در بادی امر چالش‌برانگیز، ولی غایت‌الامر ممکن بوده و بی‌گمان می‌تواند تأثیر چشمگیری در تکامل حکمرانی منعطف بر صرافی‌های رمزارز در نظام حقوقی کشورمان ایران داشته باشد.

### کلیدواژه‌گان:

تنظیم‌گری صرافی‌های رمزارز، تنظیم‌گری غیرمتمرکز، خودتنظیم‌گری، محیط آزمون تنظیم‌گر.

\* کارشناس ارشد، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)  
seyed.a.r.h.3774@gmail.com

\*\* استادیار، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، 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

در سال ۲۰۰۹ میلادی نابغه‌ای ناشناس با نام احتمالاً مستعار «ساتوشی ناکاموتو» با معرفی پول الکترونیکی جدیدی به نام «بیت‌کوین» که بدون پشتوانه و دخالت دولتی، و مبتنی بر نظارت غیرمتمرکز تأییدکنندگان تراکنش و با قابلیت انتقال راحت به هر فردی در هر نقطه کره زمین بود، انقلابی جدید در دنیای تبادلات مالی رقم زد. اما اندکی بعد نهادهایی تحت‌عنوان صرافی‌های رمزارز پا به دنیای ارزهای دیجیتال نهادند که انگیزه اولیه و اصلی آنان ایجاد بستری برای تسهیل مبادلات رمزارزها بوده است. اکثر این صرافی‌ها به دلیل داشتن دفتر یا بنیان‌گذار مشخص از ماهیتی متمرکز برخوردارند که این ویژگی آنها برخلاف ساختار غیرمتمرکز رمزارزهاست. با وجود این، به جهت سادگی محیط کاربری‌شان و ارائه خدمات متنوع و پاسخ‌گویی به کاربران با استقبال بسیار بیشتری نسبت به صرافی‌های غیرمتمرکز و سایر روش‌های مبادله نظیر روش هم‌تا به هم‌تا روبه‌رو شدند. همین مختصات متمرکز بودن این مؤسسات مالی علی‌رغم مشخصه قانون‌گریزی رمزارزها موجب قابلیت قانون‌پذیری آنها شده و از سوی دیگر اقبال بسیاری از مردم به دنیای ارزهای دیجیتال به واسطه این مؤسسات اهمیت تقنین و تنظیم نمودن این نهادهای مالی رو مضاعف نموده است.

نظام‌های حقوقی مختلف هریک به فراخور اقتضائات خود به وضع مقررات نوشته یا تکوین رویه‌های قضایی مناسب برای قاعده‌مند کردن این حوزه پرداختند؛ اما دیری نپایید که دریافتند فضای تبادلات نوین رمزارزی به سرعت در حال پیشرفت و دگرگونی است و قانون‌گذاری به شکل سنتی پاسخ‌گوی چالش‌های نوظهور این صنعت نیست. همین امر سبب گردید تا نظام‌های حقوقی به تناسب درجه متری بودن، به تدریج به اسلوب‌های جایگزین ضابطه‌مند کردن صرافی‌ها و رمزارزها رو بیاورند تا بدین ترتیب از یک سو استحکام حاکمیت دولت بر این عرصه حفظ گردد و از سوی دیگر مقررات دنیای مبادلات رمزارزها از انعطاف کافی برخوردار باشد تا از این رهگذر ضمن بازتعریف مأموریت دست‌اندرکاران امر قانون‌گذاری در نحوه تنظیم روابط اشخاص، علاوه بر تشویق نضج این صنعت نوپا و بهره‌برداری از توسعه دنیای فین‌تک، رکن قانون‌مندی این تشکیلات را نیز در بلندمدت تضمین نماید؛ چه مناط تراز پیشرفته بودن یک نظام حقوقی، پویایی در پذیرش موضوعات جدیدالظهور در عین پابندی به اصول است. در حقیقت روی آوردن حقوق‌دانان از مقرره‌گذاری آمرانه و مداخله‌جویانه به استفاده از ظرفیت روش‌های

جایگزین در حوزه رمزارابی‌ها- که ما از این روش‌های نوآورانه به «تنظیم‌گری غیرمتمرکز» تعبیر می‌کنیم- بر این نظریه استوار است که «دارایی‌های غیرمتمرکز، تنظیم‌گری غیرمتمرکز می‌طلبند». روش‌های غیرمتمرکز تنظیم‌گری نظیر «خودتنظیم‌گری» یا «محیط آزمون»، پیش از ظهور تمدن‌های اجتماعی و شکل‌گیری حکومت‌ها وجود دارد و ریشه در طبع هنجارمندی انسان دارد؛ مضافاً اینکه وجود این روش‌های نوین نظارتی در جوامع دمکراتیک از نمودهای بارز جمهوری‌ت نظام سیاسی-حقوقی آن کشور است.

در این مقاله سعی در شناسایی و بررسی ساختارهای غیرمتمرکز تنظیم‌گری در نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته جهان، یعنی اتحادیه اروپا و ایالات متحده آمریکا و نیز نظام حقوقی کشورمان ایران در حوزه حقوق صرافی‌های رمزارز شده است و رسالت این پژوهش، اساساً پاسخ به این پرسش است که نظام‌های حقوقی منتخب در موضوع پژوهش، کدام سامان‌های غیرمتمرکز را برای تنظیم‌گری صرافی‌های رمزارز به کار بسته‌اند و ماهیت و چارچوب این نظامات به چه نحو است.

در این راستا، ساختار کلی مقاله در ادامه به این صورت خواهد بود که به بررسی نهادهای غیرمتمرکز تنظیم‌گر سکوهای مبادله رمزارز به‌ترتیب در نظام‌های حقوقی اتحادیه اروپا، ایالات متحده آمریکا و ایران پرداخته و دست‌آخر در قسمت نتیجه‌گیری به مقایسه تطبیقی این تأسیسات حقوقی مبادرت ورزیده تا درنهایت به قانون‌گذار ایرانی به‌منظور بهبود مقررات نهادهای غیرمتمرکز سامان‌بخشی حوزه فناوری‌های مالی پیشنهادهایی ارائه دهیم.

اما پیش از ورود به مباحث اصلی مقاله، لازم است به مطالبی چند درخصوص تعاریف مورد استعمال در مباحث پیش‌رو و تاریخچه مختصری از هریک اشاره شود:

#### **الف) تعریف محیط آزمون تنظیم‌گری در حقوق اتحادیه اروپا**

در دستورالعمل رژیم آزمایشی دفتر کل توزیع‌شده مصوب اتحادیه اروپا تعریفی دقیقی از محیط آزمون تنظیم‌گری ارائه نشده است. باین‌حال حقوق‌دانان آن را چنین تعریف می‌نمایند: «محیطی است نظارتی برای آزمایش و تأیید خدمات مالی، ابزارهای پرداخت، طرح‌های تسویه‌حساب، محصولات و فناوری‌های نوآورانه که معمولاً به ابزارهایی نظارتی اشاره می‌کنند که به کسب‌وکارها اجازه می‌دهد محصولات و خدمات جدید و نوآورانه را برای مدت زمان محدودی تحت نظارت و آزمایش قرار دهند که با هدف امکان آزمایش نوآوری در چارچوب ریسک‌های کنترل شده و نظارت و همچنین بهبود درک

تنظیم‌کننده از فناوری‌های جدید ایجاد می‌شود.<sup>۱</sup> به‌لحاظ ساختاری، این رژیم یک محیط آزمایشی نظارتی و نوعی «سندباکس»<sup>۲</sup> است. سیستم نظارتی سندباکس محیط آزمایش نظارتی برای فناوری‌های مالی ایجاد می‌کند که در آن خدمات و محصولات پیش از ارائه به کاربران، در محیطی آزمایشی بررسی می‌شوند.<sup>۳</sup>

### ب) پیشینه محیط آزمون تنظیم‌گری در حقوق اروپا و انواع آن

عبارت «محیط آزمون تنظیم‌گری» اولین بار توسط مرجع راهبرد امور مالی انگلستان<sup>۴</sup> رواج یافت. این نهاد در سال ۲۰۱۶ برای حمایت از فناوری‌های مالی و ایجاد محیطی پویا برای آنها، ایده محیط آزمون را مطرح کرد.

محیط‌های آزمون که با توجه به ماهیت موقتشان به‌عنوان «جعبه‌های شنی»<sup>۵</sup> نیز از آنان یاد می‌شود، به چهار نوع تقسیم می‌شوند:

۱. جعبه‌های شنی متمرکز بر سیاست: این جعبه‌های شنی از فرایند جعبه شنی برای ارزیابی مقررات یا سیاست‌های خاص استفاده می‌کنند.

۲. جعبه‌های شنی نوآورانه یا محصول‌محور: این جعبه‌های شنی با کاهش هزینه ورود به بازار تنظیم می‌شوند، نوآوری را تشویق یا ترویج می‌کنند و به شرکت‌ها اجازه می‌دهند تا قابلیت بازار مدل‌های تجاری جدید را آزمایش کنند.

۳. جعبه‌های شنی موضوعی: جعبه‌های شنی از این نوع روی یک موضوع دقیق با هدف تسریع در پذیرش یک سیاست یا نوآوری خاص یا حمایت از توسعه یک زیربخش خاص یا حتی محصولات خاص با هدف بخش‌های خاصی از جمعیت تمرکز می‌کنند.

۴. جعبه‌های شنی فرامرزی: جعبه‌های شنی فرامرزی در چند حوزه قضایی از حرکت و عملیات فرامرزی شرکت‌ها حمایت می‌کنند، درحالی‌که همکاری تنظیم‌کننده را تشویق می‌کنند و دلال‌بازی را کاهش می‌دهند.<sup>۶</sup>

1. Kushchyk, Anatoly and Kairachka, Nataliia, "Functioning of Regulatory "Sandboxes": Problems, Problems, Prospects", *World economy and international economic relations, Economics and Region*, Vol.1, No 88, 2023, p. 2.

2. sandbox

3. Peng, Kuan-Jung, **Regulating FinTech: The perspectives of law, economics, and technology**, Erasmus University Rotterdam, 2023, p. 225.

4. Financial Conduct Authority (FCA)

5. Sandboxes

6. "Global Experience from Regulatory Sandboxes", *Finance, Competitiveness & Innovation Global Practice. Fintech Note No.8, World Bank Group*, 2020, pp. 5-6.

### ج) تعریف خودتنظیم‌گری و سازمان خودتنظیم‌گر در حقوق ایالات متحده آمریکا

مطابق تعریفی که لغت‌نامه کمبریج از سازمان خودتنظیم‌گر ارائه می‌کند: «سازمان خودتنظیم‌گر سازمانی است رسمی که نماینده یک حرفه یا صنعت بوده و اطمینان می‌دهد اعضایش مطابق مقررات توافق شده عمل می‌نمایند. همچنین خودتنظیمی عبارت است از فعالیت خودکار و ابتکاری انجام‌شده توسط اشخاص فعال در فعالیتهای حرفه‌ای و تجاری که شامل توسعه و استقرار استانداردها و مقررات این فعالیت و نیز نظارت بر رعایت آنها می‌شود»<sup>۱</sup>. در حقیقت، ابزارهای خودتنظیمی شامل قوانین داخلی اعمال شده توسط اپراتورهای بازار و نظم و انضباطی است که به‌واسطه کسانی که [داوطلبانه] برای تجارت در آنها انتخاب می‌کنند اعمال می‌شود.<sup>۲</sup> وجه اشتراک تمام این تعاریف، توافقی بودن کدهای رفتاری و التزام اعضای نهاد به آن از طریق عضویت اختیاری در سازمان خودتنظیم‌گر است.

### د) پیشینه خودتنظیم‌گری در ایالات متحده آمریکا

نظام مقررات اوراق‌بهادار فدرال آمریکا از زمان پیدایش آن پس از سقوط بازار سهام در سال ۱۹۲۹ به سازمان‌های خودتنظیم‌گر متکی بوده است. طبق گفته جوئل سلیگمان،<sup>۳</sup> نویسنده کتاب «تحول وال استریت»،<sup>۴</sup> ویلیام ا. داگلاس،<sup>۵</sup> رئیس وقت «کمیسیون بورس و اوراق‌بهادار آمریکا»<sup>۶</sup> نیروی محرکه اصلی ایجاد مدل خودتنظیم‌گری بود. در اواخر دهه ۱۹۳۰، داگلاس معتقد بود «غیرعملی، غیرعاقلانه و غیرقابل اجرا» است که کمیسیون مستقیماً شش هزار یا بیشتر از کارگزاران و معامله‌گران «از راه دور»<sup>۷</sup> را که در سال ۱۹۳۸ معامله می‌کردند، تنظیم کند. لذا «قانون مالونی»<sup>۸</sup> تصویب و اجرایی شد که قانون اوراق‌بهادار مبادله را اصلاح کرد تا مقررات خودتنظیمی را تحت نظارت کمیسیون فراهم کند. اندکی پس از تصویب قانون مالونی، کمیسیون، ثبت «انجمن ملی معامله‌گران اوراق‌بهادار»<sup>۹</sup> را تصویب کرد که برای دهه‌ها برجسته‌ترین سازمان خودتنظیم‌گر برای شرکت‌های اوراق‌بهادار ایالات متحده باقی ماند. ظرف دو

1. Sitdikova, Lubov, "Legal Nature and Legal Personality of the Self-regulatory Organizations (SRO)", *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Vol 6, No 6, December 2015, p. 91.

2. E. Howell, Bronwyn and H. Potgieter, Petrus, "Industry self-regulation of crypto exchanges", *Innovation in Distributed Governance in the Cryptosphere*, Indiana University Bloomington, June 2019, p. 1.

3. Joel Seligman

4. *The Transformation of Wall Street*

5. William O. Douglas

6. Securities and Exchange Commission (SEC)

7. over the counter (OTC)

8. The Maloney Act

9. the National Association of Securities Dealers (NASD)

سال از تشکیل آن، عضویت در آن از ۸۰ درصد کارگزاران خارج از بورس ثبت شده در کمیسیون فراتر رفت. امروزه، شناخته‌شده‌ترین سازمان‌های خودتنظیم‌گر آمریکا «سازمان نظارتی صنعت مالی»<sup>۱</sup> (جانشین انجمن ملی معامله‌گران اوراق بهادار) و «انجمن ملی آتی»<sup>۲</sup> (تنظیم‌کننده واسطه‌ها در صنعت معاملات آتی و مشتقات) هستند.<sup>۳</sup>

### ه) تعریف خودتنظیم‌گری در حقوق ایران

خودتنظیم‌گری از ترکیب دو واژه «خود» و «تنظیم‌گری» تشکیل شده و در لغت‌نامه کمبریج چنین ترجمه شده است: «انجام فعالیت‌های خود یا کارکنان براساس قوانین، بدون اینکه دیگران آن را اعمال کنند» و «شرایطی که در آن یک صنعت، حرفه و... نظارت می‌کند که اعضای آن براساس قوانین خاصی عمل می‌کنند نه اینکه سازمان دیگری این کار را انجام دهد». در فضای پلتفرم‌های دیجیتال، کاربران بی‌شماری مشغول به فعالیت‌اند که با اهداف گوناگونی در کنار یکدیگر قرار گرفته‌اند و تلاش شده است با ایجاد ارتباط میان ایشان، بخشی از نیازهای هریک رفع شود. طبیعی است که این فضا نیز مانند فضای واقعی مورد سوءاستفاده برخی قرار گیرد و در پی آن حقوق کاربران و اشخاص یا گاهی حتی حقوق صاحب پلتفرم نیز تضییع شود. در نتیجه صاحبان پلتفرم می‌کوشند، هنگام طراحی پلتفرم خود، با شناسایی ریسک‌های احتمالی موجود در فرایند استفاده کاربران از پلتفرم و امکانات آنکه در تعامل میان ایشان با یکدیگر یا با پلتفرم شکل می‌گیرد، راهکارهای احتمالی را طراحی کنند و ریسک‌ها را کاهش دهند؛ رفتاری شبیه به کسانی که در طراحی نظام حقوقی برای تنظیم روابط اجتماعی اشخاص با کمترین ریسک و چالش ممکن می‌کوشند.<sup>۴</sup>

### و) پیشینه خودتنظیم‌گری صرافی‌های رمزارز در ایران

جامعه ایرانی که تا یک قرن اخیر به‌وضوح از فقدان قانون رنج می‌برده و از رهگذار سنت‌های اجتماعی (از قبیل مذهب و...) گذران عمر و تمشیت امور می‌کرده است، پر بیراه نیست اگر بگوییم که

1. the Financial Industry Regulatory Authority (FINRA)

2. the National Futures Association (NFA)

3. G. Massad, Timothy and E. Jackson Howell, "How to Improve Regulation of Crypto Today—Without Congressional Action—and Make the Industry Pay For It", *Hutchins Center on Fiscal & Monetary Policy at Brookings*, vol 79, October 2022, pp. 4-5.

۴. طحان نظیف، هادی و محمدرضا علی‌پور، «جایگاه و آثار حقوقی خودتنظیم‌گری پلتفرم‌های دیجیتال»، فصلنامه علمی حقوق فناوری‌های نوین، د. ۳، ش. ۶، ۱۴۰۱، صص ۱۳۲-۱۳۳.

اکنون دچار معضل کثرت نهادهای هنجارساز و شمار فراوان مصوبات آنها شده است.<sup>۱</sup> در اولین تجربه رسمی خودتنظیم‌گری در حقوق صرافی‌های رمزارز، در مهرماه ۱۴۰۱ به موجب تصویب‌نامه پلیس فتا در راستای اختیار اعطایی کمیسیون عالی تنظیم مقررات فضای مجازی کشور به ایشان - موسوم به «الزامات انتظامی سایبری تخصصی کارگزاران مبادله» - به نهاد خودتنظیم‌گری در امر تنظیم صرافی‌های رمزارز پرداخته شده است که در این سند از صرافی‌های رمزارز با عناوین «سکوهای تبادل رمزارز» و «کارگزاران مبادله رمزارز» یاد شده است.

### ز) تعریف و ماهیت محیط آزمون تنظیم‌گری در حقوق ایران

بنا بر بند ۲ ماده ۱ «دستورالعمل ایجاد نظام مدیریت یکپارچه محیط‌های آزمون تنظیم‌گری کسب و کارهای نوآورانه در فضای مجازی» و نیز بند ۱۳ ماده ۱ «چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری بانک مرکزی در حوزه رمزیبول‌ها»، محیط آزمون تنظیم‌گری محیطی است متشکل از یک گروه متخصص و مجموعه‌ای از رویه‌های بررسی و سنجش ایده که پس از دریافت ایده نوآورانه، نسبت به ایجاد محیط کنترل شده برای شروع فعالیت در دوره‌های موقت و زمان‌بندی‌شده با شرایط مختص ایده، اقدام نموده و مورد تأیید بانک مرکزی است. این محیط در صورت تحقق شاخص‌های موفقیت تعیین شده و تشخیص امکان‌پذیری تنظیم و کنترل رفتار کسب‌وکار، شرایط صدور مجوز دائم و توسعه مقیاس عملکردی فعالیت کسب‌وکار تحت کنترل و نیز متقاضیان جدید این زمینه را توسط نهادهای قانونی مرتبط فراهم می‌نماید. آنچه از این تعریف استنباط می‌شود این است که اولاً این محیط که مجموعه‌ای از رویه‌های بررسی و سنجش ایده است، برای یک بازه زمانی موقت فعال خواهد بود که متولی آن یک گروه متخصص در این حوزه است؛ ثانیاً امکان استمرار دائم این نهاد تنظیم‌گر در صورت تحقق شاخص‌های موفقیت تعیین شده و تشخیص امکان‌پذیری تنظیم و کنترل رفتار کارگزاران رمزیبول وجود دارد؛ ثالثاً برای کارگزاران رمزیبول تحت کنترل این محیط و نیز متقاضیان جدید آن شرایط صدور مجوز دائمی فعالیت و توسعه عملکرد را از طریق نهادهای قانونی مرتبط فراهم خواهد نمود؛ رابعاً تنها آن محیط آزمونی مجاز و رسمی است که مورد تأیید بانک مرکزی باشد.

۱. شاطریان، محمود و جواد یحیی‌زاده، «هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی بر نظام تقنینی جمهوری اسلامی»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، د. ۳، ش. ۶، بهار ۱۴۰۰، ص. ۱۴۸.

**ح) پیشینه محیط آزمون تنظیم‌گری در حقوق ایران**

پیرو مصوبه جلسه هشتاد و هشتم کمیسیون عالی تنظیم مقررات در مورد مدیریت محیط آزمون در تاریخ ۱۳۹۸/۱۰/۳۰ درخصوص ایجاد نظام مدیریت یکپارچه محیط آزمون تنظیم‌گری، «کارگروه مدیریت یکپارچه و هماهنگی محیط‌های آزمون» به دستور رئیس‌جمهور ایجاد شد که دبیرخانه آن، مرکز فناوری اطلاعات و اقتصاد هوشمند، در وزارت امور اقتصادی و دارایی قرار دارد. وظیفه این کارگروه طبق دستورالعمل ابلاغی سامان‌دهی محیط‌های آزمون، رصد و پیگیری فعالیت‌ها و پاسخ‌گو نمودن آنها برای اجرای مسئولیت‌های مورد انتظار در نظر گرفته شده است.<sup>۱</sup> در حقیقت آنچه باعث شده است مقنن ایرانی به نهاد محیط آزمون تنظیم‌گری روی بیاورد، مطابق مقدمه این دستورالعمل: «مقررات و سازوکارهای موجود در نظام مجوزدهی و حمایت از کسب‌وکارها در فضای مجازی در پاره‌ای از فناوری‌های نوپدید همانند اینترنت اشیا، هوش مصنوعی، خدمات مبتنی بر زنجیره‌های بلوکی و رمزارزها به‌علت ابعاد پیچیده و غیرقابل پیش‌بینی پیامدهای فعالیت آنها، پاسخ‌گو نیستند. در این‌گونه موارد از روش محیط آزمون تنظیم‌گری برای شناخت وجوه مختلف و نحوه تنظیم و صدور مجوزهای مورد نیاز استفاده می‌گردد. پس از مدت زمان معینی که فعالیت آنها در یک شرایط مشخص و از قبل تعیین شده توسط سازوکارهای محیط آزمون رصد و کنترل شده است، امکان دارد تنظیم‌گر به این نتیجه برسد که می‌تواند قواعد لازم برای تنظیم رفتار و فعالیت مورد نظر را وضع و یا تغییرات لازم را اعمال نماید. در این شرایط مقررات تنظیم‌گری مورد نیاز تدوین و به‌صورت عمومی اعلام می‌گردد و کسب‌وکار تحت کنترل و سایر کسب وکارهای متقاضی جدید نیز مشمول مقررات اعلامی بوده و مسیر فعالیت دائم خود را آغاز می‌نمایند».

حال به بررسی تنظیم‌گری غیرمتمرکز صرافی‌های رمزارز در سه نظام حقوقی منتخب می‌پردازیم:

**۱. تنظیم‌گری غیرمتمرکز صرافی‌های رمزارز در اتحادیه اروپا**

ارتباط بین مقررات و نوآوری، صرفاً محدود به اثرگذاری مقررات بر نوآوری نمی‌شود؛ بلکه ظهور پدیده‌های نوین، تدوین قوانین و مقررات منطبق با آنها را تبدیل به امری ضروری می‌کند. یکی از راهکارهای مواجهه با این چالش‌ها، بهره‌مندی از سازوکارهای قانون‌گذاری پویا و مبتنی بر عملکرد است. رویکرد محیط آزمون، روشی است که از نظام دستوری و بالا‌به‌پایین فاصله گرفته و از طریق آزمایش

۱. خسروپور، حسین و اشکان رحیمی و محمدحسین ابراهیم‌خان، «بازشناسی الزامات موفقیت و چالش‌های محیط آزمون تنظیم‌گری فین‌تک در ایران»، د. ۱۴، ش. ۴، زمستان ۱۴۰۰، صص. ۸-۹.

زمان‌دار به مقررات مبتنی بر عملکرد، خودتنظیم‌گری، مشارکتی و مبتنی بر اصول همگرا می‌شود. لذا به دلیل عدم انطباق قوانین و مقررات فعلی با این نوع کسب‌وکارها و ناکارآمدی رویکردهای سنتی، مسیرهای کوتاه تنظیم‌گری همچون محیط آزمون، کارکرد بی‌نظیری پیدا کرده‌اند.<sup>۱</sup> همین امر سبب شده است تا اتحادیه اروپا رسماً از سال ۲۰۲۳ میلادی و با تصویب دستورالعمل «رژیم آزمایشی دفتر کل توزیع‌شده» به این روش تنظیم‌گری روی بیاورد.

### ۱.۱. کارکرد و اهداف رژیم آزمایشی دفتر کل توزیع‌شده

براساس مطالبی که در مقدمه این دستورالعمل آمده است؛ با توجه به شکاف‌های مقرراتی و نظارتی در حوزه فناوری دفتر کل توزیع‌شده، به منظور حصول اطمینان از به‌روز بودن و پاسخ‌گویی مقررات اتحادیه اروپا در این حوزه و ایجاد امکان توسعه دارایی‌های رمزنگاری و توسعه فناوری دفتر کل توزیع‌شده، ضمن حمایت از سرمایه‌گذار، یکپارچگی بازار، ثبات و شفافیت مالی، و اجتناب از آربیتراژ<sup>۲</sup> و خلأهای نظارتی، ایجاد یک رژیم آزمایشی براساس فناوری دفتر کل توزیع‌شده برای آزمایش این زیرساخت‌های بازار مفید خواهد بود.<sup>۳</sup>

در ۲۳ مارس ۲۰۲۳، رژیم آزمایشی دفتر کل توزیع‌شده به اجرا درآمد. این رژیم به اپراتورهای بازار این فرصت را می‌دهد که معاملات اوراق بهادار مبتنی بر بلاک‌چین / دفتر کل توزیع‌شده را با رعایت کامل مقررات بازار مالی اتحادیه اروپا ارائه دهند. اگرچه این دستورالعمل به اندازه مقررات بازارهای دارایی‌های رمزنگاری<sup>۴</sup> توجه زیادی را به خود جلب نکرده است، تأثیر رژیم آزمایشی ممکن است قابل توجه باشد. این رژیم اجازه می‌دهد تا معامله، پاک‌سازی و تسویه اوراق بهادار قابل انتقال مبتنی بر دفتر کل توزیع‌شده در معنای ماده ۴(۱)(۴۴) «دستورالعمل بازارگاه‌های ابزارهای مالی»<sup>۵</sup> در یک مرکز معاملاتی چندجانبه انجام شود.<sup>۶</sup> ساختار نظارتی رژیم آزمایشی بر سه نوع جدید از اپراتورهای زیرساخت بازار استوار است:

۱. خسروپور، حسین و اشکان رحیمی و محمدحسین ابراهیم‌خان، همان منبع، ص. ۲.

2. Arbitrage

3. REGULATION (EU) 2022/858 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 30 May 2022 on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, and amending Regulations (EU) No 600/2014 and (EU) No 909/2014 and Directive 2014/65/EU (DLTR), REGULATIONS, paragraphs. 1,4,5,6,7 (pp. 1-3).

4. Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA/MiCAR)

5. DIRECTIVE 2014/65/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU (MiFID2)

6. Maume, Philipp and Kesper, Finn, "The EU DLT Pilot Regime for Digital Assets", *European Company Law Journal* 20, pp. 1-2.

۱. تسهیل‌گران معاملاتی چندجانبه دفتر کل توزیع‌شده<sup>۱</sup> تسهیلات معاملاتی چندجانبه‌ای که فقط به معامله‌ا ابزارهای مالی دفتر کل توزیع‌شده اجازه تبادل می‌دهند.

۲. سیستم‌های تسویه دفتر کل توزیع‌شده<sup>۲</sup> یعنی سیستم‌های تسویه که تراکنش‌ها در ابزارهای مالی دفتر کل توزیع‌شده را در برابر پرداخت یا در برابر تحویل تسویه می‌کنند.

۳. سیستم‌های معاملاتی و تسویه دفتر کل توزیع‌شده<sup>۳</sup> که ترکیبی از دو مورد قبل است.<sup>۴</sup>

گفتنی است صرافی‌های رمزارز با توجه به اینکه اولاً کارکرد اولیه‌شان تسهیل معاملات رمزارزها بوده و از طرفی دیگر همچون سیستم‌های معاملاتی و تسویه دفتر کل توزیع‌شده (نوع دوم و سوم) تحت قالب یک کارگزاری سپرده‌گذاری مرکزی عمل نمی‌کنند، لذا در مقررات اتحادیه اروپا غالباً از قسم تسهیل‌گران معاملاتی چندجانبه دفتر کل توزیع‌شده (یعنی نوع اول) محسوب می‌شوند.

#### ۱.۲. ماهیت موقت رژیم آزمایشی دفتر کل توزیع‌شده؛ مزایا و معایب

رژیم آزمایشی به‌طور مشروط اجازه می‌دهد تا زیرساخت‌های بازار (از جمله صرافی‌ها) از الزامات خاص مقررات خدمات مالی اتحادیه اروپا معاف شوند، بدون اینکه هیچ‌یک از الزامات یا ضمانت‌های موجود اعمال شده بر زیرساخت‌های بازار سنتی تضعیف شوند.<sup>۵</sup> تجربه‌ای که در سال‌های آینده [از اجرای این رژیم] به‌دست می‌آید به قانون‌گذاران اتحادیه اروپا اجازه می‌دهد تا تعدیلات هدفمندی در قوانین اتحادیه اروپا در مورد صدور، نگهداری و خدمات‌داری، معامله و تسویه ابزارهای مالی دفتر کل توزیع‌شده انجام دهند. بنابراین، رژیم آزمایشی اروپایی را می‌توان نوعی «آشپزخانه آزمایشی»<sup>۶</sup> برای اجرای فناوری دفتر کل در مقیاس بزرگ‌تر در آینده تلقی کرد.

همچنین به‌دلیل ماهیت موقت این مقررات، [طبق بند ۴۸ مقدمه این دستورالعمل] کاربرد آن به حداکثر شش سال محدود شده و مجوزهای خاص برای اپراتورها فقط برای این مدت اعطا می‌شود. علاوه بر این، سازمان اوراق‌بهادار و بازارهای اروپا<sup>۷</sup> طبق ماده ۱۱۴(۱) این دستورالعمل موظف است تا ۲۴ مارس ۲۰۲۶ گزارشی در مورد عملکرد و اثربخشی این رژیم تهیه کند. براساس این گزارش، پارلمان و

1. DLT Multilateral Trading Facilities (DLT MTF)

2. DLT Settlement System (DLT SS)

3. DLT trading and settlement system (DLT TSS)

4. *Ibid.*, pp. 5-6.

5. Platis - Anastassiadis & Associates Law Partnership, "Regulation (EU) 2022/858 on Distributed Ledger Technology Market Infrastructures", *Law Alert – September 2022*, p.2.

6. Test kitchen

7. European Securities and Markets Authority (ESMA)

شورای اروپا باید در مورد تمدید مقررات برای یک دوره دیگر سه‌ساله (طبق ماده ۱۴(۲) دستورالعمل) تصمیم‌گیری کنند.

مجوز اعطایی تحت این نظام‌نامه به‌عنوان گذرنامه اتحادیه اروپا عمل می‌کند و امکان به رسمیت شناختن مجوزها و معافیت‌ها را در سراسر اتحادیه اروپا فراهم می‌نماید. این مجوز پس از انقضای مجوز خاص لغو خواهد شد، مگر اینکه نهاد صالح درخواست جامعی تحت «دستورالعمل بازارگاه‌های ابزارهای مالی» یا «دستورالعمل کارگزاری سپرده‌گذاری مرکزی»<sup>۱</sup> برای تبدیل شدن به یک محل معامله یا کارگزاری سپرده‌گذاری مرکزی ارائه دهد.<sup>۲</sup>

این محدودیت‌ها و ماهیت موقت رویکرد جعبه شنی با مشکلات اساسی برای شرکت‌کنندگان بازار همراه است. تبدیل یک «صرافی رمزنگاری» به یک اپراتور زیرساخت موضوع این دستورالعمل برای متقاضیان مستلزم سرمایه‌گذاری مالی است و سرمایه‌گذاری نیز به اطمینان مقرراتی نیاز دارد. مهم است که قانون‌گذاران و ناظران اتحادیه اروپا در اسرع وقت اعلام کنند که آیا مایل به ادامه رژیم آزمایشی در اصل هستند یا خیر، و در نتیجه اطمینان حقوقی را افزایش دهند.<sup>۳</sup>

به‌طور کلی اولاً، ماهیت موقت جعبه‌های شنی نظارتی منجر به عدم قطعیت برای اپراتورهای زیرساخت می‌شود؛ این احتمال وجود دارد که آنها مجبور شوند سرمایه‌گذاری‌های خود را حذف کنند، اگر اتحادیه اروپا تصمیم به توقف پروژه رژیم آزمایشی (یا ایجاد تغییرات اساسی) بگیرد. ثانیاً، نظام‌نامه در مورد استانداردهای فنی و الزامات خاص نسبتاً ساکت می‌ماند و آن را به بازار واگذار می‌کند تا در مقیاس کوچک راه‌حل‌های عملی پیدا کند.<sup>۴</sup> در مقابل، تنظیمگرها نیز باید امکان یادگیری بیشتر در مورد مزایا و خطرات فناوری را قبل از اصلاح قوانین مالی موجود داشته باشند.<sup>۵</sup>

### ۱.۳. چارچوب تنظیم‌گری رژیم آزمایشی اتحادیه اروپا

حال می‌خواهیم بررسی کنیم مطابق دستورالعمل رژیم آزمایشی، چه مقررات و تکالیفی برای اپراتورهای مشمول این قانون از جمله صرافی‌های رمزارز مقرر شده است:

1. Central Securities Depositories Regulation (CSDR)

2. *Ibid.*, p. 13.

3. Maume, Philipp and Kesper, Finn, *Op. Cit.*, pp. 5-6.

4. *Ibid.*, p. 15.

5. Central Securities Depositories Regulation (CSDR)

5. Priem, Randy, "Experimenting with the distributed ledger technology: A comparison between the EU DLT Pilot Regime Regulation and the UK Digital Securities Sandbox", August 2024, p. 3.

### الف) تعهدات گزارش‌دهی

ماده ۲۶ «دستورالعمل بازارگاه‌های ابزارهای مالی»<sup>۱</sup> تعهدات گسترده گزارش‌دهی معاملات را برای شرکت‌های مشمول تعیین می‌کند. از جمله اینکه، جزئیات کامل و دقیق معاملات باید در اسرع وقت و حداکثر تا پایان روز کاری بعد برای تنظیم‌کننده ملی ارائه شود؛ اما طبق ماده ۴(۳) مقررات رژیم آزمایشی، متقاضیان اداره یک تسهیل‌گر معاملاتی چندجانبه دفتر کل توزیع‌شده (صرافی) یا اعضای آن ممکن است از این تکلیف معاف شوند.<sup>۲</sup>

### ب) افشای اطلاعاتی

ماده ۷ (۱-۳) نظام‌نامه آزمایشی مذکور انواع مختلف تعهدات اطلاعاتی را بر اپراتور تحمیل می‌کند که اولاً اپراتور موظف است مستندات کتبی به‌روز، واضح و دقیق درمورد قوانینی که ساختار بازار بر اساس آن کار می‌کند، در دسترس عموم قرار دهد که شامل شرایط قانونی تعریف حقوق، تعهدات و مسئولیت‌های اپراتور، و همچنین مشخصات قانون حاکم، مکانیزم‌های حل اختلاف قبل از دادرسی و اقدامات جلوگیری از ورشکستگی است؛ ثانیاً مستندات درمورد قوانین عملکرد دفتر کل توزیع‌شده استفاده شده، از جمله رسیدگی به تعارض منافع احتمالی و مدیریت ریسک ارائه دهد، و ثالثاً اطلاعاتی واضح و بدون ابهام درمورد نحوه انجام وظایف و نحوه کار، خدمات و فعالیت‌های خود را در وب‌سایت خود ارائه دهد.<sup>۳</sup>

### ج) ترتیبات فناوری اطلاعات و امنیت

مطابق ماده ۷(۴) نظام‌نامه، اپراتورها باید ترتیبات فناوری اطلاعات و سایبری متناسبی با ماهیت، مقیاس و پیچیدگی فعالیت تجاری خود ارائه دهند. در این زمینه، دستورالعمل جدید اتحادیه اروپا درمورد تاب‌آوری عملیاتی دیجیتال برای بخش مالی<sup>۴</sup> چارچوب کلی را ارائه خواهد داد. اپراتور همچنین باید اطمینان حاصل کند که ترتیبات فناوری اطلاعات و سایبری مذکور در ماده ۷(۴) نظام‌نامه از محافظت توکن‌ها در برابر خطرات «دسترسی غیرمجاز، تخریب، حمله سایبری، سرقت، کلاهبرداری، سهل‌انگاری و سایر نقص‌های عملیاتی جدی» مقاوم هستند.<sup>۵</sup>

1. Markets in Financial Instruments Directive (MiFID2)

2. Maume, Philipp and Kesper, Finn, *Op.Cit.*, pp. 9-10.

3. *Ibid.*, p. 11

4. REGULATION (EU) 2022/2554 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 December 2022 on digital operational resilience for the financial sector (digital operational resilience act (DORA))

5. Maume, Philipp and Kesper, Finn, *Op.Cit.* pp. 11-12.

#### د) تعهدات نگهداری و مسئولیت

کلید محافظت مؤثر از سرمایه‌گذار در ماده ۷(۶) نظام‌نامه مشخص شده است. در صورت از دست رفتن وجوه یا (مهم‌تر از آن) ابزارهای مالی دفتر کل توزیع‌شده، اپراتور در قبال ضرر تا سقف ارزش بازار دارایی‌های از دست رفته مسئول است. با این حال، اپراتور در صورتی که ثابت کند ضرر ناشی از یک رویداد خارجی خارج از کنترل بوده که عواقب آن با وجود تمام تلاش‌های معقول اجتناب‌ناپذیر بوده است، مسئولیتی نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

#### ه) سایر تعهدات

اپراتورهای مضمون این دستورالعمل باید:

۱. طرح‌های تجاری واضح و مفصلی در خصوص نحوه انجام خدمات و فعالیت‌های خود فراهم کنند.
۲. ترتیبات شفاف و کافی را برای اطمینان از حفاظت سرمایه‌گذار ایجاد کنند و مکانیزم‌هایی را برای رسیدگی به شکایات مشتریان و رویه‌هایی برای جبران خسارت ایجاد کنند.
۳. در صورت وقوع ضرر بر وجوه، وثایق یا ابزارهای مالی فناوری دفتر کل توزیع‌شده در قبال سرمایه‌گذاران مسئول باشند (نظیر بیمه‌نامه)،
۴. پردازش داده‌ها را مطابق با قوانین قابل اجرای اتحادیه در مورد حفاظت از داده‌های شخصی انجام دهند.<sup>۲</sup>

#### ۲. تنظیم‌گری غیرمتمرکز صرافی‌های رمزارز در ایالات متحده آمریکا

پیش از آنکه اتحادیه اروپا روش تنظیم‌گری محیط آزمایشی را اجرایی نماید، در آمریکا روش تنظیمی غیرمتمرکز دیگری تحت عنوان خودتنظیم‌گری جهت نظارت بر صرافی‌های رمزارز معرفی و اجرایی شد. این روش، از مجرای انجمن‌ها یا سازمان‌های خودتنظیم‌گر به منصفه ظهور می‌رسد و ارتباط تنگاتنگی با آن دارد. در مطالب ذیل به بررسی این روش می‌پردازیم.

##### ۲.۱. کارکرد و اهداف نهادهای خودتنظیم‌گر صرافی‌ها در آمریکا

در حالی که صنعت رمزنگاری چالش‌های نظارتی متعددی را ایجاد می‌کند، حقوق‌دانان آمریکا معتقدند که یک سازمان خودتنظیم‌گر به‌ویژه برای رسیدگی به کمبود استانداردها برای واسطه‌هایی مانند

1. Platis - Anastassiadis & Associates Law Partnership, "Regulation (EU) 2022/858 on Distributed Ledger Technology Market Infrastructures", *Law Alert - September 2022*, p.3.

2. *Ibid.*, p. 3.

صرافی‌ها، پلتفرم‌های وام‌دهی، کارگزاران، معامله‌گران و متولیان، و همچنین پلتفرم‌های غیرمتمرکز که عملکردهای مشابهی دارند، بسیار مناسب است. مقرراتی غنی برای نظارت بر صرافی‌ها، کارگزاران و سایر واسطه‌ها در بازارهای اوراق بهادار و مشتقات که توسط کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا و کمیسیون معاملات آتی کالای آمریکا<sup>۱</sup> در ارتباط با سازمان‌های خودتنظیم‌گر مربوطه در طی چندین دهه تدوین و اجرا شده است، بازارهای اوراق بهادار و مشتقات آمریکا را به عمیق‌ترین و قوی‌ترین بازارهای جهان تبدیل کرده است که مقررات شفافیت، صداقت در معاملات و حمایت از سرمایه‌گذاران را ارتقا می‌دهند. اما بخش قابل توجهی از فعالیت‌های تجاری که در صنعت رمزنگاری انجام می‌شود، با استانداردهای قوانین و مقررات منطبق نیست. حقوق‌دانان آمریکایی معتقدند که این امر به دو دلیل است: اولاً، شکاف‌های عمیقی در قوانین وجود دارد که منجر به عدم اختیارات کافی نظارتی آژانس‌های فدرال می‌شود. دلیل دوم ضعف استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذار، صرفاً عدم انگیزه کافی جهت رعایت قانون است. بنابراین، حقوق‌دانان آمریکا دریافته‌اند ایجاد یک سازمان خودتنظیم‌گر می‌تواند استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذار را در صنعت رمزارزها تقویت کند، بدون آنکه منجر به تضعیف یا به خطر انداختن اختیارات یا تلاش‌های اجرایی کمیسیون بورس و اوراق بهادار و کمیسیون معاملات آتی کالای آمریکا، یا قانون‌گذاری جدید گردد. این راه‌حلی است که خطر تغییر قوانین سنتی اوراق بهادار یا مشتقات در تلاش برای آوردن دارایی رمزنگاری شده به قلمروی نظارتی آنان را دفع می‌کند.<sup>۲</sup>

## ۲.۲. ماهیت خودتنظیم‌گری و سازمان‌های خودتنظیم‌گر

یک سازمان خودتنظیم‌گر می‌تواند صرافی‌های رمزارز، پلتفرم‌های وام‌دهی، کارگزاران، معامله‌گران و متولیان فعال در تجارت یا نگهداری دارایی‌های رمزنگاری را به‌عنوان اعضای خود پذیرفته و استانداردهایی را برای روش تجارت و نگهداری ایجاد کند که اعضای آن موافقت می‌کنند برای تمام دارایی‌هایی که آن‌ها اداره می‌کنند، رعایت کنند؛ به‌جز مواردی که تجارت یا نگهداری این دارایی‌ها یا فعالیت‌های آنها در حال حاضر تحت قوانین اوراق بهادار یا کالاها قرار داشته باشد. این استانداردها برگرفته از استانداردهایی‌اند که در بازارهای اوراق بهادار و مشتقات استفاده می‌شوند، اما برای رسیدگی به برخی از جنبه‌های جدید یا غیرمعمول رمزنگاری مانند نحوه نگهداری اصلاح‌شده‌اند. چنین سازمانی می‌تواند پیشنهاد اخیر رئیس کمیسیون بورس و اوراق بهادار مبنی بر اینکه دو کمیسیون بورس و معاملات

1. Commodity Futures Trading Commission (CFTC)  
2. G. Massad, Timothy and E. Jackson, Howell, *Op.Cit.*, pp. 8-10.

آتی امریکا باید یک کتاب قانون واحد را برای صرافی‌های رمزارز جهت محافظت از سرمایه‌گذاران- صرف‌نظر از نوع طبقه‌بندی دارایی معامله‌شده- داشته باشند برآورده کند.

صاحب‌نظران معتقدند مزایای خودتنظیمی صنعت به‌اندازه کافی برای حرکت بازار به سمت خودتنظیمی وجود دارد، مانند تخصص بیشتر رهبران صنعت در مقایسه با مقامات دولتی و همچنین توانایی سازمان‌های خودتنظیم‌گر برای ارائه مقررات مؤثر به صورت متناسب. با ایجاد تحولاتی مانند «انجمن بازارهای دارایی دیجیتال»<sup>۱</sup> و «انجمن کالاهای مجازی»<sup>۲</sup>، رهبران صنعت ارزش دیجیتال ایالات متحده گام‌های بزرگی در جهت ایجاد این بستر و تحقق این ایده برداشته‌اند. این سازمان‌ها حتی توسط جامعه نظارتی ایالات متحده از جمله کمیسیون معاملات آتی کالا حمایت می‌شوند. رئیس این کمیسیون -برایان کوینتز<sup>۳</sup>- آشکارا از انجمن کالاهای مجازی حمایت و استدلال کرده است که «یک سازمان خودتنظیم‌گر دارایی‌های مجازی که بیشترین استقلال را در پذیرش اعضای خود، بیشترین تنوع را در دیدگاه‌ها و قوی‌ترین توانایی را برای کشف، افشا و مجازات رفتارهای نادرست داشته باشد، حداکثر یکپارچگی را به این بازارها خواهد افزود»<sup>۴</sup>.

### ۲.۳. مصادیق سازمان‌های خودتنظیم‌گر صرافی‌ها در امریکا؛ کدهای رفتاری

صرافی‌های فعال در امریکا می‌توانند به «انجمن»هایی بپیوندند که در آنها بتوانند بر معیارهای عضویت توافق کنند، کدهای رفتاری برای کاهش ریسک وضع کنند و سازوکارهایی برای اجرای این قوانین به منظور تضمین پایبندی به آنها ایجاد نمایند. مزایای چنین انجمن‌هایی، فراتر از معامله‌گران و به مشتریانانشان که دانش تخصصی نرم‌افزاری ندارند نیز گسترش می‌یابد. مشتریان می‌توانند اطمینان بیشتری داشته باشند از اینکه صرافی‌های عضو این انجمن که رفتار آنها توسط سایر اعضا از طریق کدهای رفتاری و تعهدات مالی مشترک به هم مرتبط بوده (و حتی مشتریان در صورت نقض قوانین) و تحت نظارت انجمن است.<sup>۵</sup> در ادامه به بررسی دو سازمان خودتنظیم‌گر صرافی‌ها در ایالات متحده امریکا می‌پردازیم:

1. Association for Digital Asset Markets (ADAM)  
2. Virtual Commodity Association (VCA)  
3. Brian Quintez  
4. Shulman, Rani, "Are Centralized Cryptocurrency Regulations the Answer? Three Countries; Three Different Directions", *Brooklyn Journal of International Law*, vol.45, issue 2, pp. 873-876.  
5. G. Massad, Timothy and E. Jackson, Howell, *Op.Cit.*, pp 9-10.

### ۲.۳.۱. انجمن کالاهای مجازی

در اوت سال ۲۰۱۸ میلادی، انجمن کالاهای مجازی با حمایت چهار صرافی رمزارز امریکایی بیت‌استمپ، بیت‌فلایر، بیت‌رکس و جمینی با برنامه‌ای برای بحث در مورد دستورالعمل‌های عضویت، حل اختلاف، نگهداری سوابق و ایجاد هیئت مدیره راه‌اندازی شد. مأموریت این انجمن «ایجاد یک سازمان خودتنظیم حمایت‌شده توسط صنعت برای بازارهای ارز رمزنگاری ایالات متحده جهت نظارت بر بازارهای کالاهای مجازی» است. انجمن کالاهای مجازی توسط هیئت مدیره‌ای متشکل از رئیس و دبیر اداره می‌شود، شامل تعداد مشخصی از مدیران مستقل است و «روش‌های صحیح» را که اعضای آن باید رعایت کنند، تصویب کرده است. این روش‌ها شامل پایبندی به پروتکل‌های قانون رازداری بانکی امریکا<sup>۱</sup> مانند شناسایی مشتری و مبارزه با پول‌شویی، بهترین روش‌های فعلی برای نگهداری ارز رمزنگاری و اجرای چارچوب نظارتی ایجاد شده توسط انجمن می‌شود. در طول سال ۲۰۱۹، انجمن کالاهای مجازی شش کمیته راه‌اندازی نمود و دو مشاور ویژه و هیئت‌مدیره را برای آغاز این روش‌های صحیح و برداشتن گام‌های اساسی به سمت خودتنظیمی بازار منصوب کرد.<sup>۲</sup>

این انجمن یک نهاد غیرانتفاعی خواهد بود که توسط اعضای خود سرمایه‌گذاری شده و توسط یک ساختار هیئت‌مدیره مستقل و منصوب شده توسط اعضا اداره می‌شود. انجمن کالاهای مجازی براساس کد رفتاری معرفی شده‌اش، از اعضای خود انتظار دارد:

۱. اقدامات حفاظتی و امنیتی مناسب برای کالاهای مجازی تدارک ببینند؛
۲. به استانداردهای ارتباط با مشتری و افشای اطلاعات که واضح، دقیق، منصفانه و به‌موقع بوده و اعضای آن نباید اظهارات یا ادعاهای واهی، نادرست یا اغراق‌آمیز ارائه دهند، پایبند باشند؛
۳. شفافیت مناسب در مورد پیشنهادهای، عملیات‌ها و سایر داده‌های مرتبط را برای عموم ارائه دهند و سیاست‌هایی را برای جلوگیری از تعارض منافع اتخاذ کنند؛
۴. یک سیستم از قوانین رفتار بازار را حفظ و اجرا کنند و سیاست‌ها و رویه‌هایی را برای پاسخ‌گویی و رسیدگی به نگرانی‌ها و شکایات مشتریان اجرا کنند؛
۵. مناسب‌ترین شیوه‌ها را در رابطه با امنیت سایبری، امنیت اطلاعات و نگهداری سوابق اجرا کنند؛
۶. بر بازارها جهت شناسایی و جلوگیری از اقدامات و شیوه‌های دست‌کاری و کلاهبرداری نظارت کنند؛

1. Bank Secrecy Act (BSA)  
2. Shulman, Rani, *Op.Cit.*, p. 874.

۷. موافقت کنند که موارد مربوط به رفتار دست‌کاری و کلاهبرداری را در صورت لزوم به کمیسیون معاملات آتی کالا و سایر آژانس‌ها گزارش دهند.

گرچه هیچ اشاره‌ای به بزرگی هزینه‌های عضویت یا جریمه‌هایی که در صورت نقض یا سایر موارد عدم موفقیت اعمال می‌شود نشده است، اگر روند سایر نهادهای مشابه را دنبال کند، هزینه عضویت سنگین خواهد بود و به‌عنوان وثیقه‌ای است که در صورت تشخیص شرکت نمودن عضو در فعالیت‌های نامطلوب، مصادره می‌شود.<sup>۱</sup>

اهداف اصلی انجمن، بهبود «شفافیت، پاسخ‌گویی و امنیت در تمام پلتفرم‌های تجاری ارز مجازی» است. دو مورد از مهم‌ترین راه‌هایی که انجمن کالاهای مجازی می‌تواند برای کاهش برخی از نگرانی‌های کمیسیون بورس و اوراق بهادار انجام دهد، افزایش اطلاعات در مورد حجم معاملات در سراسر پلتفرم‌ها و ایجاد گروهی با ارزش بازار قابل توجه ترکیبی با حضور بین‌المللی است. این انجمن همچنین «اشتراک‌گذاری اطلاعات» را - احتمالاً جهت جلب اعتماد کمیسیون بورس - به‌عنوان یکی از اهداف اولیه خود قرار داده است. انجمن کالاهای مجازی شانس خوبی برای برآورده کردن الزامات «بازار بزرگ» کمیسیون بورس دارد؛ زیرا انجمنی متشکل از چهار پلتفرم بین‌المللی صرافی بزرگ جهان بوده است.<sup>۲</sup>

### ۲.۳.۲. انجمن بازارهای دارایی دیجیتال

در نوامبر سال ۲۰۱۸ (کمی بعد از تشکیل انجمن کالاهای مجازی)، ده رهبر صنعت ارزهای مجازی انجمن بازارهای دارایی دیجیتال را تشکیل دادند. این انجمن با هدف ایجاد یک کد رفتاری برای بازار ارزهای رمزنگاری و همچنین یک استاندارد جامع برای شرکت‌کنندگان صنعت و با تمرکز بر حل اختلافات میان صرافی‌ها و تنظیم‌گران امریکایی ایجاد شد. این ده شرکت قصد دارند اعتماد قانون‌گذاران را جلب کنند و دستورالعملی ایجاد کنند که کنگره بتواند هنگام وضع قوانین و مقررات برای این صنعت از آن استفاده کند. دانکن نایدراور،<sup>۳</sup> مدیرعامل سابق بورس سهام نیویورک<sup>۴</sup> و عضو هیئت‌مدیره فعلی انجمن بازارهای دارایی دیجیتال، گفته است که این انجمن به دلیل لزوم ساختارمندی و نظارت بر این بازار رهگیری‌ناپذیر و غیرمتمرکز بدون نقض آزادی‌های خود بازار از طریق مقررات دست‌وپاگیر فعلی،

1. E. Howell, Bronwyn and H. Potgieter, Petrus, *Op.Cit.*, pp. 9-10.

2. Marion A. Brown, Cryptocurrency and Financial Regulation: The SEC's Rejection of Bitcoin-Based ETPs, 23 N.C. Banking Inst. 139 (2019). Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol23/iss1/10>, pp. 154-155.

3. Duncan Neiderauer

4. The New York Stock Exchange (NYSE)

برای توسعه صنعت ارزهای رمزنگاری در حال رشد بسیار مهم است. نایدراور انجمنش را با گروه نظارتی داخل بورس سهام نیویورک مقایسه کرد که در آن رهبران صنعت گرد هم آمدند تا مجموعه‌ای از دستورالعمل‌ها برای بازار سهام ایجاد کنند که تا زمان ایجاد «سازمان نظارتی صنعت مالی» در سال ۲۰۰۷ باقی‌ماند. تقریباً یک سال بعد، کد رفتاری انجمن بازارهای دارایی دیجیتال در ۱۲ نوامبر ۲۰۱۹ منتشر شد. هدف از این کد رفتاری «ترویج صداقت، انصاف و کارایی در بازارهای دارایی دیجیتال» است و همه اعضای فعلی انجمن موظف بودند تا اوایل سال ۲۰۲۰ این کد رفتاری را امضا کنند.<sup>۱</sup> این انجمن نیز همچون انجمن کالاهای مجازی، کد رفتاری مخصوص به خود را دارد که برای جلوگیری از اطاله کلام بدان اشاره نمی‌شود.

### ۳. تنظیم‌گری غیرمتمرکز صرافی‌های رمزارز در ایران

نظام حقوقی ایران با وجود آنکه با تعلق فراوان به تقنین و تنظیم‌گری حوزه رمزارزها و به‌ویژه صرافی‌های رمزارز روی آورد، اما خیلی زود به اهمیت و جایگاه تعیین‌کننده روش‌های غیرمتمرکز در تنظیم‌گری صرافی‌های رمزارز پی برد. به‌طور مشخص، حدود دو سال بعد از معرفی محیط آزمون در انگلستان و زمانی که هنوز اتحادیه اروپا تدوین دستورالعمل رژیم آزمایشی را آغاز نکرده بود، قانون‌گذار ایرانی در سال ۱۳۹۸ با تصویب «دستورالعمل ایجاد نظام مدیریت یکپارچه محیط‌های آزمون تنظیم‌گری» جایگاه تنظیم‌گری غیرمتمرکز را در نظام حقوقی کشور به رسمیت شناخت. مدتی بعد در مهرماه سال ۱۴۰۱ و به‌موجب تدوین و ابلاغ آیین‌نامه موسوم به «الزامات انتظامی سایبری تخصصی کارگزاران مبادله رمزارز» توسط پلیس فضای تبادل اطلاعات و ارتباطات به برخی صرافی‌های رمزارز ایرانی فعال در سطح کشور - که در آن از «تشکل‌های خودتنظیم‌گر» یاد شده است - مقنن عزم جدی خود را در خصوص توجه به این نهادهای غیرمتمرکز دخیل در امر تنظیم‌گری نشان داد. به این ترتیب، قانون‌گذار ایرانی دریافته است که نیل به اهداف و سیاست‌های تنظیم‌گرانه در حوزه فین‌تک بدون استفاده از ظرفیت نهادهای تنظیم‌گر غیرمتمرکز امری اجتناب‌ناپذیر است؛ مستند این سخن ما بند ۶ ماده ۵ «نظام‌نامه رمزارز اعم از ایجاد رمزارز ملی و سامان‌دهی کاربری رمزارزهای جهان‌روا» مصوب یکصد و پنجاه و هفتمین جلسه کمیسیون عالی تنظیم مقررات فضای مجازی کشور مورخ ۱۴۰۳/۱۰/۱۹ تحت نظارت شورای عالی فضای مجازی است که در آن قانون‌گذار ایرانی به‌صراحت تنظیم‌گران حوزه رمزارز

1. Shulman, Rani, *Op.Cit.*, pp. 874-875.

را مکلف نموده است تا استفاده از پتانسیل‌های فناوری‌های نوین تنظیم‌گری<sup>۱</sup> در رصد و نظارت بر فعالیت‌های حوزه رمزارز را در دستور کار خود قرار دهند که بدون شک دو نمونه بارز از این روش‌های نوین، محیط آزمون تنظیم‌گری و خودتنظیم‌گری است. در ادامه درصددیم به بررسی این دو نهاد در زمینه تنظیم‌گری صرافی‌های رمزارز در حقوق ایران بپردازیم.

### ۳.۱. محیط آزمون تنظیم‌گر

به‌منظور آنکه قوانین و مقررات برای ارتقای سطح نوآوری مؤثر باشند، باید بیشترین فرصت برای نوآوری‌ها را به‌همراه داشته باشد و از تحدید نوآوری در سطحی معین با نظام‌های دستوری دائمی پرهیز کنند. نوآوری‌های فناورانه با واکنش‌های متعددی از جانب تنظیم‌گران روبه‌رو شده‌اند که از طریق رویکردهای نظارتی هدفمند فرصت‌های جدیدی برای آنها ایجاد شده است. یکی از این رویکردها، رویکرد محیط آزمون تنظیم‌گری است که محیط مناسبی را برای آزمایش فراهم می‌کند؛ ضمن اینکه به‌نوعی با اصلاح قوانین و مقررات به تأمین منافع فین‌تک‌ها کمک می‌کند. تنظیم‌گرها از محیط آزمون تنظیم‌گری به‌عنوان ابزاری برای فراهم آوردن یک محیط نظارتی پویا و مبتنی بر شواهد جهت آزمون فین‌تک‌های نوظهور بهره می‌برند. محیط آزمون به‌دلایل زیادی توسط تنظیم‌گرها مورد استفاده قرار گرفته است؛ ازجمله این دلایل، کمک به ارزیابی و انطباق چارچوب نظارتی یک حوزه قضایی و اعلام رضایت ناظران نسبت به نوآوری است.<sup>۲</sup>

#### ۳.۱.۱. کارکرد و اهداف محیط آزمون تنظیم‌گر

در الگوی محیط آزمون که بانک مرکزی ایران آن را به «محیط کنترل نوآورانه» بازگردانی کرده، نهاد ناظر از فناوران مالی دعوت می‌کند تا پیش از ورود به بازار، محصول خود را تحت نظارت تنظیم‌گر در یک فرایند آزمایشی و کنترل‌شده به گروهی نمونه عرضه نماید، به‌طوری‌که در طول این فرایند، کسب‌وکار نوآورانه از منظر تمام قوانین و مقررات مربوطه بررسی شود. از طرف دیگر، نهاد ناظر در تلاش است تا ابعاد مختلف کسب‌وکارهای نوآورانه و فرصت‌ها و تهدیدهایی را که می‌تواند برای جامعه داشته باشد، شناسایی کرده و براساس آن، پیشنهادهای سیاستی برای توسعه مقررات ارائه نماید.

1. Regulatory Technology (RegTech)

۲. خسروپور، حسین و اشکان رحیمی و محمدحسین ابراهیم‌خان، منبع پیشین، صص. ۶-۷.

از اهداف این الگو می‌توان به نظارت و کنترل بر کسب‌وکارهای جدیدی اشاره کرد که مشمول مقررات فعلی نیست یا متولی واحدی برای نظارت بر آنها وجود ندارد. هدف از ایجاد محیط آزمون تنظیم‌گری، تطبیق فعالیت‌های فناوری‌های مالی با مقررات مالی است؛ به طوری که هیچ مانعی برای توسعه این شرکت‌ها نباشد و موجب تضييع حقوق کاربران نیز نگردد. شرکت‌های پذیرفته‌شده برای مدت مشخصی به طور مستقیم با نهاد ناظر همکاری می‌کنند تا اجرایی بودن و قابلیت اطمینان محصولات و خدمات آنها مورد اعتبارسنجی قرار گیرد. در صورتی که فناوری بتواند تمام مراحل را با موفقیت سپری نماید، باید گزارشی از برنامه‌های خود برای ادامه و توسعه فعالیت خود ارائه نماید. فعالیت‌های پذیرفته‌شده در محیط آزمون باید الزامات تعریف شده توسط نهاد نظارتی را رعایت نمایند که با توجه به نوع کسب‌وکار و اهداف سیاست‌گذار، در کشورهای مختلف می‌تواند متفاوت باشد. از جمله این الزامات می‌توان به محدودیت در تعداد کاربران، حجم و تعداد تراکنش‌های مالی، مدت زمان محدود و سایر موارد اشاره کرد که شاخص‌های تعریف‌شده در هر دسته متفاوت است. همچنین شرکت‌های فناوری مالی حاضر در محیط آزمون باید حداقل سرمایه‌ای را برای جبران هرگونه ضرر و زیان احتمالی در نظر بگیرند. در مورد حمایت از حقوق کاربران، فناوران باید سازوکار حقوقی مناسبی را تعریف و رعایت کنند، به طور کلی منافع مشتریان با حصول اطمینان از اینکه فعالیت‌های فناوری مالی طبق تمام مقررات مربوطه فعالیت می‌کنند، محافظت می‌شوند.<sup>۱</sup>

### ۳.۱.۲. چارچوب تنظیم‌گرانه محیط آزمون تنظیم‌گر

بر اساس دستورالعمل ابلاغی، کارگروه مدیریت یکپارچه و هماهنگی محیط‌های آزمون دارای ۱۴ عضو (۱۲ عضو حقوقی و ۲ عضو حقیقی) است و عملیات اجرایی آن براساس حداکثر رأی اعضا (نصف به اضافه یک) مدیریت و راهبری خواهد شد. درگاه الکترونیکی «ایران‌تما»<sup>۲</sup> مدیریت چرخه درخواست تا صدور مجوز برای کسب‌وکارها را برعهده خواهد داشت. مطابق ماده ۴ این دستورالعمل، کلیه کسب‌وکارها در صورتی که نظام‌های مجوزدهی کنونی پاسخ‌گوی آن نباشند، می‌توانند در پنجره واحد محیط‌های آزمون درخواست خود را ارائه نمایند. کارگروه مدیریت یکپارچه محیط‌های آزمون دو هفته کاری فرصت دارد نتیجه بررسی را در پنجره واحد اعلام نماید. متقاضی پس از دریافت موافقت اولیه کارگروه از طریق پنجره واحد، نسبت به مراجعه برخط به تنظیم‌گر بخشی - که درخصوص صرافی‌های

۱. همان منبع، صص. ۷-۸.

۲. به نشانی: [www.iranama.ir](http://www.iranama.ir)

رمزارز طبق ماده ۳ دستورالعمل، بانک مرکزی است- اقدام می‌نماید. کارگروه برای هر متقاضی شرایط اولیه را بسته به نوع کسب‌وکار تعیین می‌نماید که شامل تسهیل شرایط و کاهش مخاطرات محیط آزمون برای دوره آزمون عملیات اجرایی کسب‌وکار است. محیط آزمون تنظیم‌گری نسبت به تعیین شرایط دقیق و تکمیلی مانند موارد ذیل اقدام و نسبت به صدور مجوز دوره موقت و اخذ تعهدنامه اقدام می‌نماید: مدت اعتبار مجوز، حداکثر افزایش تعداد کاربران، حداکثر حجم تراکنش‌ها و گردش مالی، شاخص‌های موفقیت و عملکرد، و شرایط خروج از محیط آزمون.

کارگروه مدیریت یکپارچه محیط‌های آزمون نتایج و عملکرد عوامل اجرایی در پنجره واحد را مورد رصد و پایش قرار داده و تصمیم‌های لازم را برای هدایت و هماهنگی در این زمینه اتخاذ می‌کند.

[بر اساس ماده ۲ این دستورالعمل] اصول حاکم بر محیط‌های آزمون تنظیم‌گری عبارت‌اند از:

۱. اصل مقررات حداقلی: در محیط‌های آزمون برخی از مقررات به صورت ساده‌تر در نظر گرفته می‌شود تا بتوان عواقب ناشی از فعالیت‌ها را رصد و سپس تنظیم‌گری را اعمال نمود.
۲. اصل اهتمام به تنظیم‌گری: خروجی اصلی محیط‌های آزمون حوزه مرتبط با ایده نوآورانه و تنظیم همه فعالیت‌های مرتبط است و از تمرکز بر ایده‌ای خاص اجتناب می‌کند.
۳. اصل پاسخ‌گویی: تنظیم‌گر بخشی محیط آزمون و کسب‌وکار باید نسبت به پیامدها پاسخ‌گو باشند.
۴. اصل شفافیت: محیط‌های آزمون باید نسبت به بررسی دقیق و ارائه توضیحات شفاف در مورد درخواست‌ها اقدام نمایند.<sup>۱</sup>

### ۳.۲. خودتنظیم‌گری

پلتفرم‌های دیجیتال بستر جدیدی برای برقراری تعاملات گوناگون میان افراد شده است و عرضه‌کنندگان این خدمات نیز مانند کسب‌وکارهای سنتی تلاش کرده‌اند تا با روش‌های متعددی روابط خصوصی مابین خود و دریافت‌کنندگان خدمت را مشخص نمایند. روابط کاربران با پلتفرم و همچنین روابط کاربران با یکدیگر یکی از مهم‌ترین مسائل حقوقی است که طراحان پلتفرم‌های دیجیتال با آن مواجه می‌شوند. نتیجه تلاش‌های گروه‌های متعدد در جهان ظهور ادبیات خودتنظیم‌گری پلتفرم‌های دیجیتال در این سال‌ها بوده است.<sup>۲</sup>

۱. خسروپور، حسین و اشکان رحیمی و محمدحسین ابراهیم‌خان، منبع پیشین، ص. ۹.

۲. طحان نظیف، هادی و محمدرضا علی‌پور، منبع پیشین، ص. ۱۲۹.

### ۳.۲.۱. ماهیت خودتنظیم‌گری صرافی‌های رمزارز در ایران و انواع آن

در مصوبه پلیس فتا، نهاد خودتنظیم‌گر صرافی‌ها «کمیته خودتنظیم‌گر تشکل ناظر» یا «کارگروه SRO»<sup>۱</sup> نامیده می‌شود که کارگروهی مشورتی متشکل از تشکل‌های بخش خصوصی دخیل در فرایند خودتنظیم‌گری بوده و از صلاحیت‌های نظارتی بسیاری به‌موجب این سند برخوردار است که بنا بر فصل اول این سند («تعاریف») اصطلاحاً «ممیزی»<sup>۲</sup> نام دارد و عبارت است از فرایند نظام‌مند و جامع برای ارزیابی امنیت اطلاعات براساس الزامات این سند که در فصل سوم آن تحت‌عنوان «الزامات کسب و کارها» بدان پرداخته شده است. آنچه از این تعریف قابل استنتاج بوده، این است که کمیته مزبور صرفاً شأن مشورتی و نظارتی اطلاعی داشته و صلاحیت جعل قواعد رفتاری صرافی‌های رمزارز از این نهاد خودتنظیم‌گر سلب و به نهادهای عمومی از جمله پلیس فتا واگذار شده است. لذا به نظر می‌رسد خودتنظیمی مدّ نظر قانون‌گذار داخلی از نوع «خودتنظیمی مشروط» باشد که در آن، نهادهای حاکمیتی به دلیل تعیین کم‌و کیف چارچوب خودتنظیمی و مقررات آن نقش فعال‌تری داشته و در مقابل، نهادهای خودتنظیم‌گر جز در مواردی استثنایی صرفاً شأن نظارتی داشته و در انفعال نامطلوبی به سر می‌برند. این درحالی است که مقنن در راستای تقویت نهاد خودتنظیم‌گری، در مصوبه سابق‌الذکر بانک مرکزی (ماده ۱۷) و نظام‌نامه شورای عالی فضای مجازی (بند ۸ ماده ۵) لزوم استفاده از ظرفیت مشاوره تشکل‌های تخصصی بخش خصوصی در تدوین مقررات را مورد تأکید قرار داده است.

خودتنظیمی را می‌توان علی‌الاصول به سه دسته «خودتنظیمی محض یا خالص»، خودتنظیمی تکمیلی یا جایگزین» و «خودتنظیمی مشروط» تقسیم کرد. در خودتنظیمی محض، ابتکار عمل کاملاً با طرفین خصوصی است؛ دولت دخالتی نکرده و نتایج را تا جایی که برخلاف اصول کلی مشخصی از قبیل رقابت عادلانه نباشد می‌پذیرد. قسم جایگزین از خودتنظیمی به وضعیتی اشاره دارد که ابتکار عمل با فاعلین خصوصی است لیکن دولت، آن فرایند را به‌منظور محافظت از منفعت عمومی احتمالی مورد توجه قرار می‌دهد؛ مانند حقوق مصرف‌کنندگان. خودتنظیمی مشروط نیز به‌معنای درهم تنیده شدن قواعد عمومی و خصوصی است.<sup>۳</sup>

1. Self-Regulatory Organization  
2. Audit

۳. شاطریان، محمود و جواد یحیی‌زاده، منبع پیشین، ص. ۱۴۷.  
۲۴۶

### ۳.۲.۲. چارچوب تنظیم‌گرانه خودتنظیم‌گری صرافی‌های رمزارز

فصل سوم از سند خودتنظیمی مصوب پلیس فتا، تحت عنوان «الزامات کسب‌وکارها» به مقررات خودتنظیمی صرافی‌ها در پنج جنبه «الزامات مدیریتی»، «الزامات حساب ریالی-رمزارزی»، «الزامات احراز هویت»، «الزامات بستر تبادل رمزارز» و «الزامات انتظامی» می‌پردازد. پیش از پرداختن به این الزامات، این نکته شایان ذکر است که تشکل‌های بخش خصوصی کارگروه خودتنظیمی موضوع این سند عبارت از سه تشکل «سازمان نظام صنفی رایانه‌ای»، «انجمن فناوری‌های نوین مالی» و «انجمن فناوری‌های زنجیره‌بلوک» اند که علاوه بر صلاحیت‌های نظارتی- که ذیلاً بدان خواهیم پرداخت- صلاحیت معرفی صرافی‌های واجد شرایط به مرکز توسعه تجارت الکترونیکی وزارت صنعت، معدن و تجارت جهت اخذ نماد الکترونیک (اینماد) را نیز دارند.<sup>۱</sup>

الف) الزامات مدیریتی: این الزامات عمدتاً شامل مقرراتی درخصوص مهلت ۶۰ روزه ثبت شرکت، اعلام کتبی تغییرات شرکت، و اعتبارسنجی مالی شرکت است.

ب) الزامات حساب ریالی-رمزارزی: براساس این الزامات، شرکت کارگزار علاوه بر لزوم تعریف حساب حقوقی واحد جهت هر گونه واریز، برداشت، دریافت و انتقال وجوه ریالی مشتریان، مکلف به رعایت امانت‌داری و تأمین امنیت کیف پول اصلی شرکت بوده و ایجاد بستر مبادلات توکن‌ها و رمزارزهای ممنوعه و نیز تبلیغات فریبنده برای صرافی ممنوع است.

ج) الزامات احراز هویت: درخصوص احراز هویت کاربران، صرافی موظف به اخذ مؤلفه‌های هویتی از قبیل نام و نام خانوادگی، کد ملی، شماره تلفن همراه، شماره کارت، اسکن کارت ملی، الزام احراز هویت با آی‌پی ایران (از کاربران حقیقی کم تراکنش)، کلیه مؤلفه‌های کاربر کم تراکنش، تصویر کارت، فیلم ویدئویی از کاربر به همراه اظهار قبول و تأیید شرایط و با رعایت کامل کلیه شئون اسلامی (از کاربران حقیقی پر تراکنش)، و شناسه ملی شرکت، معرفی‌نامه رسمی نماینده قانونی شرکت، معرفی اطلاعات حساب حقوقی بانک، آگهی دفترنامه رسمی (از کاربران حقوقی) از کاربران فعلی و آتی خود بوده و مکلف به نشانه‌گذاری و ذخیره مدارک کاربران به صورت آفلاین جهت ارائه به مقام قضایی و ضابطین در موقع لزوم‌اند.

۱. وبسایت ارز دیجیتال، «سازمان توسعه تجارت الکترونیکی تأیید کرد؛ اعطای اینماد به صرافی‌ها اولین تجربه خودتنظیم‌گری در کشور»، قابل مشاهده در: [www.arzdigital.com/teta-enamad-crypto-exchanges/](http://www.arzdigital.com/teta-enamad-crypto-exchanges/) (تاریخ آخرین مشاهده ۱۴۰۳/۱۰/۱۱)

د) الزامات بستر تبادل رمزارز: به موجب این الزامات، صرافی باید: اولاً برای برقراری امنیت پلتفرم معاملاتی ضمن تخصیص بودجه کافی، استفاده از کد کپچا و تأیید دومرحله‌ای و نیز ارزیابی امنیتی بستر را به صورت دوره‌ای در دستور کار خود قرار دهد؛ ثانیاً در راستای شفافیت اطلاعاتی، شرایط و ضوابط کاری کاربران، ورود موفق / ناموفق کاربر، زمان انجام تراکنش و هرگونه تغییر در کارمزدها را به اطلاع کاربر رسانده و به منظور رفاه حال مشتریان ارائه هشدارهای لازم، آموزش و پشتیبانی شبانه‌روزی از کاربران را مد نظر قرار دهد؛ ثالثاً فرایند حل و فصل اختلافات با کاربران را به صورت مشخص (فلوچارت) از طریق وبسایت شرکت در معرض دید کاربران قرار دهند.

ه) الزامات انتظامی: این الزامات دائرمدار این است که هیچ‌یک از اعضای هیئت‌مدیره شرکت نباید دارای سوءپیشینه کیفری یا حقوقی مرتبط با جرائم مالی و امنیتی بوده و در راستای سیاست‌های پیشگیری یا پیگیری جرائم مالی، علاوه بر ایجاد سازوکارهای فرایندی و فنی لازم برای شناسایی معاملات مشکوک و عدم ارائه خدمات به اتباع خارجی فاقد کد فراگیر، باید یک خط ارتباطی مستقل و شبانه‌روزی برای پاسخ‌گویی به ضابطین قضایی پیش‌بینی نمایند.

### نتیجه‌گیری

در اتحادیه اروپا با به رسمیت شناخته شدن محیط آزمون و تصویب دستورالعمل موسوم به رژیم آزمایشی شاهد یک نظام حقوقی دقیق و جامع و حساب‌شده درخصوص پیش‌بینی و چارچوب‌بندی یک محیط آزمایشی در حوزه فناوری دفتر کل توزیع‌شده شامل صرافی‌های رمزارز هستیم که به‌ویژه در مورد مجوز موقت مشتمل بر معافیت از برخی مقررات اتحادیه در عین جریان اصول بنیادی مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم، مدت اعتبار مقررات رژیم و قابلیت تمدید آن برای یک دوره مشخص دیگر، نحوه فعالیت صرافی‌ها در محیط آزمایشی، تبیین سازوکار خروج از محیط و امکان دائمی کردن مقررات پربازده تعیین ضابطه شده است. در ایالات متحده، از اواخر دهه ۲۰۱۰ میلادی، تشکیل خودجوش سازمان‌های خودتنظیم‌گر توسط برخی صرافی‌های بزرگ در امریکا - که اقدامی مقتبس از نهاد متناظر در بورس اوراق بهادار این کشور بوده - حاکی از شروع عصر جدیدی در تنظیم‌گری عرصه تبادلات رمزارز در امریکا است که در آن، برخی از صرافی‌های فعال در خاک امریکا ضمن ائتلاف بر تشکیل یک نهاد خودتنظیم‌گر، با هم‌فکری یکدیگر شالوده یک کد رفتاری خصوصی و مشخص را برای اعضای خود

تعیین می‌نمایند که نه فقط خود را متعهد به رعایت آن می‌کنند، بلکه شرط اصلی پذیرش عضو جدید نیز التزام به این کدهای رفتاری است.

به این ترتیب تأسیس‌های حقوقی فعلی در هر دو نظام سیاسی، گرچه در اوصاف غیرمتمرکز بودن و برقراری یک بستر قانونی منعطف برای صرافی‌های رمزارز اشتراک و مشابهت دارند، مختصات نهاد غیرمتمرکز تنظیم‌گری در اتحادیه اروپا توسط یک نهاد قانون‌گذار رسمی طرح‌ریزی شده و از حیث اجرایی ماهیتی مختلط (دولتی-خصوصی) دارد، این درحالی است که نهاد غیرمتمرکز تنظیم‌گری در ایالات متحده از حیث تأسیس و چارچوب هیچ‌گونه اتکایی به کنگره و سنا نداشته، ولی در عمل مورد تأیید آژانس‌های صلاحیت‌دار فدرال نظیر کمیسیون بورس و کمیسیون معاملات آتی قرار گرفته است. اما در نظام حقوقی ایران، قانون‌گذار در اقدامی جالب توجه قصد دارد با اجرای هم‌زمان روش محیط آزمون در کنار روش خودتنظیم‌گری از مزایای هر دو روش تنظیم‌گری غیرمتمرکز سود ببرد؛ امری که در نگاه اول غیرممکن به نظر می‌رسد، ولی امری قابل جمع است که البته مستلزم بررسی همه‌جانبه ابعاد آن است. از نگاه نگارندگان، به لحاظ منطقی علت عدم تعارض و تراحم اجرایی نمودن هم‌زمان این دو روش این است که روش محیط آزمون ناظر بر مختصات شکلی یک سامانه حقوقی است؛ درحالی که روش خودتنظیم‌گری ناظر بر مختصات ماهوی و عملگری فعال در آن سامانه است که این دو امر نه فقط منافاتی با یکدیگر ندارد، بلکه تکمیل‌کننده یکدیگر نیز هستند.

اما در ورطه عمل، مشخصات این دو سامانه در حقوق ایران با نهادهای اجراشده متناظر در دو نظام حقوقی دیگر تفاوت‌هایی دارد. در خصوص محیط آزمون، علی‌رغم تعریف مشخصه‌ها و سازوکار اجرایی آن، این روش هنوز در کشور عملیاتی نشده است. در خصوص خودتنظیم‌گری نیز مقررات فعلی دلالت بر تمایزی عمیق با نهاد خودتنظیم‌گری موجود در امریکا دارد؛ در حقیقت خودتنظیم‌گری در نظام امریکایی از نوع «خودتنظیمی محض» یا لاقلاً «خودتنظیمی جایگزین» است که در آن سازمان‌های خودتنظیم‌کننده از ابتکار عمل و استقلال کافی در تدوین کدهای رفتاری خود برخوردارند؛ درحالی که در نظام ایرانی، نهادهای خودتنظیم‌گر در انفعال مفرطی به سر می‌برند و جز در مواردی اندک، پویایی قابل توجهی ندارند و عملاً فقط وصف خودتنظیم‌گری را یدک می‌کشند.

در مجموع ضمن تحسین گام‌های برداشته شده توسط قانون‌گذار حکیم ایرانی، پیشنهاد می‌شود ضمن تسریع در تدوین، تصویب و ابلاغ مقرراتی جامع و فنی برای محیط آزمون تنظیم‌گر صرافی‌های رمزارز که باید حاوی سازوکار نحوه ورود یا خروج صرافی‌های متقاضی، مدت اعتبار محیط آزمایشی، تعیین

بازه‌های زمانی مشخص برای بازنگری در مقررات محیط آزمون، پیش‌بینی امکان تمدید مدت اعتبار محیط آزمون، چگونگی اخذ مجوز موقت محیط آزمایشی و امکان دائمی نمودن مجوز اعطایی، و سایر مقررات این مقوله، در تمام مراحل مقررگذاری، نظارت بر صرافی‌ها و ارائه راه‌حل‌های فنی و تخصصی باشد، از مشورت‌ها و راهکارهای صائب تشکل‌های بخش خصوصی فعال در این زمینه به‌طور عملی استفاده نماید و در راستای اجرای هم‌زمان نهاد خودتنظیم‌گری در کنار محیط آزمون- که ظاهراً مراد فعلی و غایی قانون‌گذار است- از ظرفیت‌های این تأسیس بدیع حقوقی برای تنظیم چگونگی فعالیت صرافی‌ها در محیط آزمایشی کمال بهره‌وری را داشته باشد. امید که هرچه زودتر، حقوق ناظر بر صرافی‌های رمزارز در ایران از قوام و انسجام مطلوبی برخوردار گردد تا از این رهگذر، هم صرافی‌های رمزارز در یک فضای چارچوب‌مند امکان فعالیت و توسعه خدمات داشته باشند و هم کاربران پرشمار ایرانی این مؤسسات با اطمینان خاطر به سرمایه‌گذاری و مبادله در حوزه ارزهای دیجیتال مبادرت نمایند.

## منابع

### مقاله

۱. خسروپور، حسین و اشکان رحیمی و محمدحسین ابراهیم‌خان، «بازشناسی الزامات موفقیت و چالش‌های محیط آزمون تنظیم‌گری فین‌تک در ایران»، فصلنامه سیاست علم و فناوری، د. ۱۴، ش. ۴، زمستان ۱۴۰۰، صص ۱۵-۱. DOI: 10.22034/jstp.2022.14.4.1429
۲. شاطریان، محمود و جواد یحیی‌زاده، «هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی بر نظام تقنین جمهوری اسلامی»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، د. ۳، ش. ۶ بهار ۱۴۰۰، صص ۱۹۴-۱۳۹. DOI: 10.22034/MRAL.2021.520469.1085
۳. طحان نظیف، هادی و محمدرضا علی‌پور، «جایگاه و آثار حقوقی خودتنظیم‌گری پلتفرم‌های دیجیتال»، فصلنامه علمی حقوق فناوری‌های نوین، د. ۳، ش. ۶، ۱۴۰۱، صص. ۱۴۱-۱۲۷. <http://doi.org/10.22133/MTLJ.2022.366647.1131>

### تارنماها

۴. وبسایت ارز دیجیتال، «سازمان توسعه تجارت الکترونیکی تأیید کرد؛ اعطای این ماد به صرافی‌ها اولین تجربه خودتنظیم‌گری در کشور»، قابل مشاهده در: [www.arzdigital.com/teta-enamad-crypto-exchanges/](http://www.arzdigital.com/teta-enamad-crypto-exchanges/) (تاریخ آخرین مشاهده ۱۴۰۳/۱۰/۱۱)

## مقررات

۵. الزامات انتظامی سایبری تخصصی کارگزاران مبادله رمزارز (مصوب ۱۴۰۲ پلیس فتا).
۶. چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری بانک مرکزی در حوزه رمزپول‌ها (مصوب ۱۴۰۳ بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران).
۷. دستورالعمل ایجاد نظام مدیریت یکپارچه محیط‌های آزمون تنظیم‌گری کسب و کارهای نوآورانه در فضای مجازی (مصوب ۱۳۹۸ شورای عالی فضای مجازی).
۸. نظام‌نامه رمزارز اعم از ایجاد رمزارز ملی و سامان‌دهی کاربری رمزارزهای جهان‌روا (مصوب ۱۴۰۳ شورای عالی فضای مجازی).

## References

### Books

1. Peng, Kuan-Jung, **Regulating FinTech: The perspectives of law, economics, and technology**, Erasmus University Rotterdam, 2023.

### Articles

2. "Global Experience from Regulatory Sandboxes", *Finance, Competitiveness & Innovation Global Practice. Fintech Note No.8, World Bank Group*, 2020, pp: 1-71.
3. E. Howell, Bronwyn and H. Potgieter, Petrus, "Industry self-regulation of crypto exchanges", *Innovation in Distributed Governance in the Cryptosphere, Indiana University Bloomington*, June 2019, pp. 1-10.
4. G. Massad, Timothy and E. Jackson Howell, "How to Improve Regulation of Crypto Today—Without Congressional Action—and Make the Industry Pay For It", *Hutchins Center on Fiscal & Monetary Policy at Brookings*, vol 79, October 2022, pp. 4-22.
5. Khosrowpour, Hossein, Ashkan Rahimi, and Mohammad Hossein Ebrahim Khan. "Identifying the Requirements for Success and Challenges of the Fintech Regulatory Sandbox Test Environment in Iran." *Journal of Science & Technology Policy*, Vol. 14, No. 4, Winter 2022. pp. 1-15. DOI: 10.22034/jstp.2022.14.4.1429. (in Persian)
6. Kushchik, Anatoly and Kairachka, Nataliia, "Functioning of Regulatory "Sandboxes": Problems, Problems, Prospects", *World economy and international economic relations, Economics and Region*, Vol. 1, No 88, 2023, p.2 DOI: 10.26906/EiR.2023. Vol.1, No.88, pp: 46-51.
7. Marion A. Brown, Cryptocurrency and Financial Regulation: The SEC's Rejection of Bitcoin-Based ETPs, 23 N.C. Banking Inst. 139 (2019). Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol23/iss1/10>, pp. 139-157.
8. Maume, Philipp and Kesper, Finn, "The EU DLT Pilot Regime for Digital Assets", *Un European Company Law Journal* 20, pp. 1-15.
9. Platis - Anastasiadis & Associates Law Partnership, "Regulation (EU) 2022/858 on Distributed Ledger Technology Market Infrastructures", *Law Alert – September 2022*, pp: 1-4.
10. Priem, Randy, "Experimenting with the distributed ledger technology: A comparison between the EU DLT Pilot Regime Regulation and the UK Digital Securities Sandbox", August 2024, pp: 1-43.
11. Shaterian, Mahmoud, and Javad YahyaZadeh. "The Art of Self-Regulation in Public Law; With a Reflection on the Legislative System of the Islamic

- Republic of Iran." *Journal of New Research in Administrative Law*, Vol. 3, No. 6, Spring 2021, pp: 139-191. DOI: 10.22034/MRAL.2021.520469.1085. (in Persian)
12. Shulman, Rani, "Are Centralized Cryptocurrency Regulations the Answer? Three Countries; Three Different Directions", *Brooklyn Journal of International Law*, vol.45, issue 2, 2020, pp: 835-878.
13. Sitdikova, Lubov, "Legal Nature and Legal Personality of the Self-regulatory Organizations (SRO) ", *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Vol 6, No 6, December 2015, pp: 91-95.
14. Tahan Nazif, Hadi, and Mohammad Reza Alipour. "The Position and Legal Effects of Self-Regulation of Digital Platforms", *Journal of New Technology Law*, Vol. 3, No. 6, 2023, pp: 127-141.  
<http://doi.org/10.22133/MTLJ.2022.366647.1131> (in Persian)

#### Online Sources

15. Digital Currency Website, "Electronic Commerce Development Organization Confirmed; Granting E-Namad to Exchanges is the First Self-Regulatory Experience in the Country", Available at: [www.arzdigital.com/teta-enamad-crypto-exchanges/](http://www.arzdigital.com/teta-enamad-crypto-exchanges/) (Last visited 2024/12/31) (in Persian)

#### Legislative Instruments

16. Central Bank Policy and Regulatory Framework in the Field of Cryptocurrencies (Approved 2024, by the Central Bank of the Islamic Republic of Iran). (in Persian)
17. Cryptocurrency System, Including the Creation of a National Cryptocurrency and the Organization of the Use of Universal Cryptocurrencies (Approved 2024, by the Supreme Council of Cyberspace). (in Persian)
18. Instructions for Establishing an Integrated Management System for Regulatory Sandbox Environments for Innovative Businesses in Cyberspace (Approved in 2019 by the Supreme Council of Cyberspace). (in Persian)
19. REGULATION (EU) 2022/2554 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 December 2022 on digital operational resilience for the financial sector (digital operational resilience act (DORA)).
20. REGULATION (EU) 2022/858 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 30 May 2022 on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, and amending Regulations (EU) No 600/2014 and (EU) No 909/2014 and Directive 2014/65/EU (DLTR).
21. Specialized Cyber Police Requirements for Cryptocurrency Exchange Brokers (Approved in 2023 by I.R.I Cyber Police). (in Persian)

## Decentralized Regulation of Cryptocurrency Exchanges in the Legal Systems of the EU, the US and Iran

Seyed Alireza Hosseini\*  
Seyed Alireza Tabatabaei\*\*

Received: 2025.10.07

Accepted: 2024.02.14

### Abstract

The emergence and rapid development of cryptocurrencies have prompted legal systems around the world to regulate these financial institutions through laws and within the framework of existing regulations or judicial procedures. The increasing advancement of the FinTech requires continuous amendments in regulations and procedures; however no legal system can withstand such a rapid transformation. On the other hand, traditional legislation in the field of cryptocurrency exchanges is a cumbersome challenge for these institutions, which leads them to circumvent regulations. Therefore, gradually in some legal systems, cryptocurrency exchanges, so-called "Decentralized Regulatory" have been established, while simultaneously maintaining their authority over cryptocurrency exchanges and along with it, providing authority to govern them. The present article, using a descriptive-analytical method and a comparative approach using library sources and the internet, examines the legal aspects of decentralized regulatory methods in the mentioned legal systems and has generally concluded that the European and American legal systems, respectively, by implementing the "DLT Pilot Regime" and "SROs" have taken great steps. The Iranian legislator has also more or less realized the necessity of using these quasi-legal institutions in recent years and is seeking to implement both the Pilot Regime and Self-Regulatory, especially in the law governing cryptocurrency exchanges; a matter that is challenging at first, but ultimately possible, and can undoubtedly have a significant impact on the evolution of flexible governance of cryptocurrency exchanges in the Iranian legal system.

### Keywords:

Regulation of Cryptocurrency Exchanges, Decentralized Regulation, Self-Regulation, Pilot Regime.

---

\* L.L.M., Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences & Administrative Services, Tehran, Iran Corresponding Author Email: [seyed.a.r.h.3774@gmail.com](mailto:seyed.a.r.h.3774@gmail.com)

\*\* Assistant Professor, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences & Administrative Services, Tehran, Iran.

## فرگشت به حقوق رقابت پیشگیرانه و آینده‌نگر؛ تأملی بر ضوابط مواجهه با رفتارهای مخل رقابت در پلتفرم‌های دیجیتال

علی بهادری جهرمی\*  
محمدصادق فراهانی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۵

### چکیده

بروز انگاره‌های نوینی چون «پویایی بسیار زیاد بازار»، «تمرکز و انحصارگرایی فزاینده آن»، «بازگشت‌ناپذیری رقابت»، «ماهیت دوگانه پلتفرم» و «صعوبت اثبات دعوی» در زیست‌بوم پلتفرمی، نظام سنتی مواجهه با رفتارهای مخل رقابت در این عرصه را با چالش‌های جدی روبه‌رو ساخته است. پژوهش پیش‌رو با بهره‌گیری از مطالعات کتابخانه‌ای و اتخاذ شیوه‌ای تحلیلی - توصیفی در مقام دستیابی به پاسخ این پرسش که ضوابط نوین مواجهه با رفتارهای مخل رقابت پلتفرم‌های دیجیتال کدام‌ها هستند، به این نتیجه دست یافته است که ریشه بخش قابل توجهی از ناکارآمدی ضوابط سنتی در این حوزه، به محوریت رویکرد «درمانی و گذشته‌نگر» حاکم بر آنها بازمی‌گردد. بر همین اساس، راهکار اصلی برون‌رفت از چالش‌ها، تکمیل ضوابط سنتی با به‌کارگیری ضوابطی «پیش‌گیرانه و آینده‌نگر» است. ضوابطی که در ساحت «رفتاری» از مسیر «تنظیم استانداردهای رفتاری» و «تأمین شفافیت الگوریتمی آزمایشی»، در ساحت ساختاری از مسیر «تحدید ساختاری پلتفرم» و «بازتنظیم ماهیت ساختاری پلتفرم» و نهایتاً در ساحت قضایی از مسیر «تغییر و تسهیل بار اثبات» و «تحدید پیشینی حق دفاع» قابل پیاده‌سازی‌اند.

### کلید واژگان:

اقتصاد دیجیتال، الگوریتم، بازار، پلتفرم، حقوق رقابت، هوش مصنوعی.

\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

\*\* پژوهشگر پسادکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

m.farahani@modares.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

به اذعان بسیاری از مراجع رقابتی جهان پارادایم تنظیم رقابت در زیست‌بوم پلتفرمی، به صورت بنیادین متفاوت از پارادایم مربوط به زیست‌بوم سنتی کسب‌وکارهاست؛<sup>۱</sup> چه در انگاره‌های «مدل کسب‌وکار» و از باب حضور هم‌زمان و بی‌سابقه ویژگی‌هایی چون «اثر شبکه‌ای»، «کاهش هزینه‌های مبادله»، «شکسته و خرد شدن عرضه و تقاضا»، «صرفه ناشی از مقیاس»، «صرفه ناشی از گستره»، «قابلیت شخصی‌سازی» و «نقش بسزای داده‌ها»، چه در انگاره‌های «تعریف بازار و سنجش قدرت بازاری» و چه در انگاره‌های «وقوع رفتارهای منحل رقابت» و از باب وقوع رفتارهای بی‌سابقه‌ای چون «حذف دسترسی»، «تحدید تعامل‌پذیری»، «جهت‌دهی و اخلال در اراده کاربران»، «هماهنگی‌های ناخواسته و خودمختار»، «خود ترجیحی» و «به‌کارگیری داده‌ها در سایر بازارها». مسئله‌ای که سبب شده

1. See: ACCC (Australian Competition and Consumer Commission), Digital Platforms Inquiry, Australian Competition and Consumer Commission. <https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries-ongoing/digital-platforms-inquiry>, (Last visited 2023/9/15). Belgian Competition Authority, Dutch Authority for Consumers & Markets, and Luxembourg Conseil de la Concurrence, Joint Memorandum on Challenges Faced by Competition Authorities in a Digital World, Belgian Competition Authority, <https://www.belgiancompetition.be/en/about-us/publications/joint-memorandum-belgian-dutch-and-luxembourg-competition-authorities>, (Last visited 2023/9/15). CMA (UK Competition and Markets Authority), Online Platforms and Digital Advertising, Competition and Markets Authority cases and projects, <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>, (Last visited 2023/9/15). Crémer, J., Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H., Competition Policy for the Digital Era. European Commission, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, (Last visited 2023/9/15). French Competition Authority, Contribution to the Debate on Competition Policy and Digital Challenges. Autorite de la Concurrence. [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-03/2020.03.02\\_contribution\\_adlc\\_enjeux\\_numeriques\\_vf\\_en\\_0.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-03/2020.03.02_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf_en_0.pdf), (Last visited 2023/9/15). German Commission 'Competition Law 4.0', A New Competition Framework for the Digital Economy. Federal Ministry for Economic Affairs and Energy. [https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3), (Last visited 2023/9/15). Nordic Competition Authorities, Digital Platforms and the Potential Changes to Competition Law at the European Level. Nordic Competition Authorities. <https://www.kfst.dk/analyser/kfst/publikationer/dansk/2020/20200928-digital-platforms-and-the-potential-changes-to-competition-law/>, (Last visited 2023/9/15). Stigler Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee, Stigler Committee for the Study of Digital Platforms, <https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single9-events/antitrust-competition-conference/digital-platforms-committee>, (Last visited 2023/9/15). Swedish Competition Authority, Competition in Digital Markets in Sweden. Swedish Competition Authority, <https://www.konkurrensverket.se/en/news/risk-for-competition-problems-on-swedish-digital-markets/>, (Last visited 2023/9/15). UK Digital Competition Expert Panel, Unlocking Digital Competition, Digital Competition Expert Panel, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf), (Last visited 2023/9/15).

است ضوابط جاری و حاکم بر تنظیم رقابت در زیست‌بوم سنتی کسب‌وکارها، یارای مواجهه با چالش‌های رقابتی به وجود آمده در زیست‌بوم پلتفرمی را نداشته باشند.

ساحت نهایی تنظیم رقابت در پلتفرم‌های دیجیتال، «نحوه مواجهه با رفتارهای مخل رقابت» این زیست‌بوم است. در واقع، به‌منظور اعمال مطلوب قواعد رقابتی در حوزه پلتفرم‌های دیجیتال، لازم است تا بایسته‌های نوین مواجهه با رفتارهای مخل رقابت پلتفرم‌ها، مبتنی بر انگاره‌های تغییر یافته در آنها مشخص شود. بایسته‌هایی که به‌دلیل سلطه انگاره‌های پارادایم سابق، طبیعتاً تاکنون در زیست‌بوم سنتی کسب‌وکارها مورد توجه نبوده و در مواجهه با رفتارهای مخل رقابت این حوزه به کار گرفته نشده‌اند.

تاکنون نیز آثار علمی برجسته‌ای در زمینه رقابت پلتفرم‌های دیجیتال به رشته تحریر در آمده است که از آن جمله می‌توان به مقالاتی چون «حقوق رقابت در پلتفرم‌های دیجیتال؛ ضرورت بازنگری در قواعد سنتی»<sup>۱</sup>، «ضوابط حاکم بر تنظیم پیش‌نیازهای اعمال قواعد رقابتی در پلتفرم‌های دیجیتال؛ آسیب‌شناسی ضوابط سنتی و ارائه راهکارهای نوین»<sup>۲</sup>، «رویه‌های نوین ضد رقابتی در سکوه‌های فضای مجازی»<sup>۳</sup> و «تأملی بر رابطه کلان‌داده‌ها و قدرت بازاری در بازارهای پلتفرمی از منظر تحولات نوین حقوق رقابت»<sup>۴</sup> اشاره کرد. آثار یادشده علی‌رغم پرداختن به چالش‌های مختلف تنظیم رقابت در پلتفرم‌های دیجیتال نظیر ناکارآمدی ضوابط سنتی، تعریف بازار، قدرت بازاری و رفتارهای نوین مخل رقابت، راهکارها و ضوابط مواجهه با رفتارهای نوین مخل رقابت در پلتفرم‌های دیجیتال را جزئی از رسالت خود تعریف نکرده و به آن نپرداخته‌اند.

نوشتار حاضر درصدد پاسخ‌گویی به این مسئله است که اولاً انگاره‌های تغییر یافته در زیست‌بوم پلتفرمی که سبب عدم کفایت ضوابط سنتی در مواجهه با رفتارهای مخل رقابت این حوزه شده‌اند، کدام‌اند؟ ثانیاً مبتنی بر اقتضائات انگاره‌های جدید، لازم است چه ضوابط نوینی جهت مواجهه با رفتارهای

۱. فراهانی، محمدصادق، عباسعلی کدخدایی و ولی رستمی، «حقوق رقابت در پلتفرم‌های دیجیتال؛ ضرورت بازنگری در قواعد سنتی»، پژوهش حقوق عمومی، د. ۲۵، ش. ۷۹، ۱۴۰۲، صص. ۴۰-۷.

۲. کدخدایی، عباسعلی، ولی رستمی و محمدصادق فراهانی، «ضوابط حاکم بر تنظیم پیش‌نیازهای اعمال قواعد رقابتی در پلتفرم‌های دیجیتال؛ آسیب‌شناسی ضوابط سنتی و ارائه راهکارهای نوین»، مطالعات حقوقی، د. ۱۵، ش. ۳، ۱۴۰۲، صص. ۳۸۲-۳۳۷.

۳. بهادری جهرمی، علی، محمدصادق فراهانی، محمدمهدی جعفریان و رضا قاسمی‌پور، «رویه‌های نوین ضد رقابتی در سکوه‌های فضای مجازی»، مطالعات حقوق عمومی، د. ۵۲، ش. ۷۸، ۱۴۰۳، صص. ۴۲۱-۳۹۲.

۴. رهبری، ابراهیم، «تأملی بر رابطه کلان‌داده‌ها و قدرت بازاری در بازارهای پلتفرمی از منظر تحولات نوین حقوق رقابت»، مطالعات حقوق خصوصی، د. ۵۳، ش. ۲، ۱۴۰۲، صص. ۲۲۸-۲۰۵.

مخل رقابت زیست‌بوم پلتفرمی به کار گرفته شود؟ فرضیه نوشتار حاضر آن است که ریشه بی‌کفایتی ضوابط سنتی مواجهه با رفتارهای مخل رقابت پلتفرم‌های دیجیتال، انحصار نحوه مواجهه با این رفتارها در مواجهه پسینی و درمانی است. تکمیل نحوه مواجهه با به‌کارگیری سازوکارهای پیشگیرانه و آینده‌نگر راهکار اصلی حل معضل یادشده است.

بر همین اساس و در ادامه، پس از بررسی و ارزیابی اصلی‌ترین انگاره‌های تغییر یافته مؤثر بر مواجهه با رفتارهای مخل رقابت (بخش نخست)، به استخراج ضوابط نوین رفتاری (بخش دوم)، ساختاری (بخش سوم) و قضایی (بخش چهارم) مواجهه با رفتارهای مخل رقابت در زیست‌بوم پلتفرمی خواهیم پرداخت.

### ۱. شناسایی انگاره‌های تغییر یافته مواجهه با رفتارهای مخل رقابت

شاید بتوان مهم‌ترین انگاره‌های تغییر یافته زیست‌بوم پلتفرمی را که در عین حال، مؤثر بر تنظیم نحوه مواجهه با رفتارهای مخل رقابت‌اند «پویایی بسیار زیاد بازار»، «تمرکز و انحصارگرایی فزاینده آن»، «بازگشت‌ناپذیری رقابت»، «ماهیت دوگانه پلتفرم» و «صعوبت اثبات دعوی» دانست. انگاره‌هایی که در زیست‌بوم سنتی کسب‌وکارها با شدت و گستره کنونی وجود نداشته‌اند و تبعاً قواعد تنظیم شده جهت مواجهه با رفتارهای مخل رقابت، به‌منظور حل و برون‌رفت از آنها طراحی نشده است.

در واقع از یک سو، «پویایی بسیار زیاد بازار» سبب می‌شود که تنظیمگران عموماً نتوانند به‌سرعت، ضوابط و هنجارهای خود را با تحولات بازار، به‌روز و متناسب سازند. به‌عنوان نمونه، در مواجهه با یکی از ظرفیت‌های نوین کسب‌وکارهای پلتفرمی مانند بهره‌گیری از هوش مصنوعی که خود می‌تواند عامل وقوع انواع جدیدی از تبانی‌های ناخواسته و خودمختار میان پلتفرم‌ها و اضرار به حقوق مصرف‌کننده شود، علی‌رغم اینکه مدت‌ها از به‌کارگیری این فناوری و وقوع رفتار مخل رقابت مذکور می‌گذرد، تاکنون نظام حقوقی ایران، موفق به تنظیم اسناد هنجاری لازم‌الاجرا جهت مواجهه با آن نشده است و اقدامات صورت گرفته همچنان محدود به تبادل نظرهای علمی و پژوهشی در مجامع علمی و دستگاه‌های اجرایی است. تنها سند لازم‌الاجرا «سند ملی هوش مصنوعی» مصوب ۱۴۰۳/۳/۲۹ شورای عالی انقلاب فرهنگی است که محتوای آن فاقد ضوابط حقوقی و محدود به اصول و مبانی ارزشی، چشم‌انداز، اهداف کلان و شاخص‌های ارزیابی است.

از سوی دیگر، وجود اثر شبکه‌ای، اثر قفل‌شدگی و صرفه ناشی از مقیاس و گستره سبب می‌شود که کسب‌وکارهای بزرگ با قدرت بازاری فزاینده در بازارهای مختلف شکل بگیرند. برخورداری از ویژگی‌های

مذکور و به‌کارگیری رفتارهای محل رقابت متنوع از سوی این کسب‌وکارها، سبب «تمرکز و انحصارگرایی فزاینده بازار» می‌شود، عموماً امکان رقابت مؤثر در بازار را از رقبا سلب می‌کند و در موارد قابل توجهی موجب حذف رقبا از بازار مربوطه می‌شود.<sup>۱</sup>

در چنین وضعیتی، تلاقی اثر شبکه‌ای، دسترسی به داده‌ها و تجزیه و تحلیل آنها و نیز هزینه‌های جابه‌جایی بالا در پلتفرم‌ها، موانع ورود جدی را برای راهیابی رقبای نوپا به بازار پدید می‌آورد و سبب «بازگشت‌ناپذیری رقابت» در بازار می‌شود.<sup>۲</sup> مسئله به اینجا ختم نمی‌شود و با تسخیر بازار اولیه از سوی کسب‌وکارهای مذکور و عدم امکان پیشرفت قابل توجه در آن، خودبه‌خود انگیزه ورود به بازارهای مجاور و گسترش سلطه شرکت بر آنها ظهور و بروز می‌یابد.<sup>۳</sup> با گذر زمان، این بار چرخه پیش‌گفته با تملک کسب‌وکارهای فعال در بازارهای جدید با سرعت بیشتری بازتکرار می‌شود.<sup>۴</sup>

علاوه بر چالش‌های یادشده، «ماهیت دوگانه پلتفرم» نیز یکی دیگر از مواردی است که ضوابط سنتی مواجهه با رفتارهای محل رقابت نسبت به آن ساکت است. در واقع، پیش‌فرض سیاست‌ها و ضمانت‌اجراهای سنتی در مواجهه با رفتارهای محل رقابت بر این گزاره استوار است که تمام کسب‌وکارهای فعال در یک بازار، از ماهیتی یکسان برخوردار بوده است و همه «رقیب» یکدیگر محسوب می‌شوند؛ باین‌حال، نمی‌توان از این واقعیت غافل شد که امروزه پلتفرم علاوه بر ایفای نقش خود به‌عنوان یک فعال اقتصادی بازار و رقیب دیگر فعالان، می‌تواند با بهره‌گیری از قابلیت زیرساختی خود، هم‌زمان به‌عنوان یک تنظیمگر و قاعده‌گذار نیز عمل نماید و نقش خود را به یک «کسب‌وکار - تنظیمگر» بدل

۱. به‌عنوان نمونه می‌توان به توقف فعالیت شرکت «چیلیوری» در رقابت با شرکت «اسنپ‌فود» در بازار تهیه غذای برخط اشاره کرد. هیئت‌مدیره این شرکت در بیانیه رسمی خود درخصوص علل توقف فعالیت آن آورده‌اند: «در دو سال گذشته، بخش بزرگی از انرژی و هزینه ما به جای تمرکز روی کسب‌وکار، صرف خنثی‌سازی اقدامات انحصارگرایانه رقیبان / اسنپ‌فود شد که با رقابت ناسالم خود جلوی همکاری رستوران‌ها با چیلیوری را می‌گرفت». (نیری، امیر، «چیلیوری رسماً به فعالیت خود پایان داد»، آی تی ایران، قابل دسترسی در:

<https://itiran.com/1402/6/16>).

۲. به‌عنوان نمونه، پس از اعلام توقف فعالیت شرکت چیلیوری از سال ۱۳۹۸ تاکنون، علی‌رغم اینکه شرکت‌های مختلفی مانند «دلینو»، «دیدفود»، «لقمه‌یاب»، «الو غذا»، «دارچین» و... وارد بازار تهیه غذای برخط شده‌اند؛ اما رقیب ویژه‌ای که بتواند به رقابت مؤثر با شرکت اسنپ‌فود بپردازد و قدرت بازاری آن را تحت تأثیر قرار دهد، در بازار مربوطه به چشم نمی‌خورد.

۳. ورود شرکت «دیجی‌کالا» به بازارهای «درگاه‌های پرداخت» و «سرویس‌های اعتباری» نمونه‌هایی از ورود به بازارهای مجاور است.

۴. ورود شرکت «اسنپ» به بازارهای تهیه غذا و گردشگری به ترتیب از طریق تملک شرکت‌های «زود فود» و «پین تا پین» نمونه‌هایی از ورود به بازارهای مجاور، همراه با تملک کسب‌وکارهای فعال در آن به شمار می‌آیند.

نماید.<sup>۱</sup> این مسئله آنجا چالش برانگیزتر می‌شود که پلتفرم، دروازه اصلی ورود به یک بازار باشد، عدم همکاری با آن منتج به محرومیت از بخش قابل توجهی از بازار شود و کسب‌وکارها برای دیده شدن، ناگزیر از فعالیت بر بستر و قواعد تنظیمی آن باشند.

علاوه بر این‌ها، در برخی موارد، ناکارآمدی ضوابط سنتی دادرسی رقابت در دعوی مربوط به زیست‌بوم پلتفرمی، تضمین رقابت در بازار و نهایتاً صیانت از حقوق مصرف‌کننده را با آسیب‌های جدی مواجه ساخته است. به‌عنوان نمونه، تاکنون چهار دعوا از معدود دعوی مطروحه کسب‌وکارهای پلتفرمی در شورای رقابت که عمدتاً از سوی کسب‌وکارهای غیربرخوردار از سهم بازاری قابل توجه علیه کسب‌وکارهای برخوردار از قدرت بازاری بالا یا واجد موقعیت مسلط اقامه شده است، به دلیل «صعوبت اثبات» و با این استدلال که «دلایل کافی مبنی بر احراز وقوع تخلف ضدرقابتی ارائه نشده است»، به سرانجام مطلوب رقابتی منتهی نشده است.<sup>۲</sup> حتی پرونده شکایت شرکت «چیلیوری» علیه «اسنپ‌فود»

۱. به عنوان نمونه، شرکت «دیجی‌کالا» از سال ۱۳۹۶ با تغییر مدل کسب‌وکار خود از «فروشگاه برخط» به «بازارگاه برخط»؛ (مستکین، امیر، «از خرده فروشی به مارکت پلیس؛ دیجی‌کالا چگونه متحول شد؟»، دیجیاتو، قابل دسترسی در: <https://digiato.com/article/1402616>).

علاوه بر اینکه به رقابت با سایر خرده‌فروشان می‌پردازد، از ظرفیت پلتفرمی خود در راستای تعیین قواعد فعالیت سایر کسب‌وکارها در آن نیز بهره می‌برد. به عبارت دیگر، امروزه این شرکت صرفاً به عنوان یک فعال اقتصادی بازار خرده‌فروشی در کنار سایر فعالان این بازار فعالیت نمی‌کند؛ بلکه خود نیز تنظیمگری است که قواعد حاکم بر ورود، فعالیت، خروج یا حتی اخراج طیف وسیعی از سایر فعالان را تنظیم می‌نماید. دور از انتظار نیست که در آینده‌ای نزدیک شرکت اسنپ‌فود نیز با ایجاد آشپزخانه‌هایی در شهرها، واجد ماهیت دوگانه مذکور شود.

همچنین گزارشی درخصوص بازارگاه آمازون وجود دارد که نشان می‌دهد این بازارگاه دیجیتالی در سال ۲۰۲۲ الگوریتم‌های رتبه‌بندی متفاوتی را بر مبنای هویت فروشنده و حمل‌کننده کالا اعمال می‌کرده و در قرارگیری کالاها به‌عنوان اولین گزینه پیشنهادی خرید کاربران، اولویت را به کالاهای متعلق به خود شرکت آمازون و کالاهای مورد حمل توسط خدمات حمل‌ونقل آمازون اختصاص می‌داده است ( Franck, Jens-Uwe. & Petiz, Martin, "Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act". *Journal of European Competition Law & Practice*. (Vol. 12, No. 7, 2021, p. 25).

۲. رأی شماره ۴۰۶ به تاریخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۴ صادره از شورای رقابت (پرونده شکایت آقایان علی ایماندوست و محمد پورمیراب علیه مؤسسه فرهنگی، هنری آواسازان ققنوس):

«درخصوص موضوع شکایات آقایان علی ایماندوست (شکوائیه شماره ۸-۹۸-۱۷- مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۰۶) و محمدپورمیراب آذری (شکوائیه شماره ۴۳۱-۹۸-۱۷- مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۱۰) به طرفیت مؤسسه فرهنگی، هنری آواسازان ققنوس مبنی بر انحصارطلبی سایت ایران کنسرت تحت مدیریت شرکت مذکور، اعضای شورا با بررسی دلایل و مستندات مربوط به موضوع شکایت، با اکثریت آرا مقرر نمودند: **دلایل کافی مبنی بر احراز وقوع تخلف ضد رقابتی ارائه نشده است؛ لذا رویه ضد رقابتی احراز نگردید و شکایت شاکی رد می‌گردد.**»

بند (۲) رأی شماره ۴۳۷ به تاریخ ۱۳۹۹/۷/۱۹ صادره از شورای رقابت (پرونده شکایت شرکت شبکه گستران سبز پرشیا علیه شرکت ایرانسل): ←

که نهایتاً منجر به محکومیت رفتارهای مخل رقابت مشتکی عنه پس از رسیدگی بدوی و تجدیدنظر شد، نظر به صلاحیت نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر شورای رقابت<sup>۱</sup>، پس از رسیدگی در شعبه دیوان با استدلالی مشابه و به همین دلیل ابطال گردید.<sup>۲</sup> این درحالی است که شرکت «چیلیوری» هفت ماه قبل از صدور رأی دیوان عدالت اداری با اشاره به آنچه «اقدامات انحصارگرایانه رقیب» خوانده بود، رسماً توقف فعالیت خود را اعلام کرده بود. به عبارت واضح‌تر، علی‌رغم وقوع رفتار مخل رقابت در عالم واقع و نیز حذف جدی‌ترین رقیب از صحنه رقابت بر اثر آن، همچنان ضوابط سنتی دادرسی رقابت قاصر از محکومیت متخلف و تضمین رقابت در زیست‌بوم پلتفرمی بوده است.

واقعیت آن است که آنچه مانع از کفایت نظام سنتی مواجهه با رفتارهای مخل رقابت در برابر انگاره‌های نوین یادشده گشته، آن است که این نظام چه در ساحت سیاست‌گذاری رقابتی و چه در ساحت

→ «درخصوص ادعای شاکی درخصوص بند (۲) ماده (۴۴) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی، با توجه به اینکه این بند قانونی درخصوص تبانی است و ابتدا باید یک تبانی و توافقی صورت بگیرد، سپس درخصوص اثر مذکور در بند (۲) این ماده که ناشی از تبانی است بحث شود. درحالی که هیچ مستندی یا آثاری از تبانی ارائه نشده است، لذا اعضای شورا با اتفاق آرا تصویب نمودند که این بند قانونی مورد استناد شاکی نیز موضوعیت ندارد و احراز نمی‌گردد».

رأی شماره ۵۴۰ به تاریخ ۱۴۰۱/۱۱/۴ صادره از شورای رقابت (پرونده شکایت شرکت حس ماندگار زیبا علیه شرکت دیجی‌کالا):

«با عنایت به اینکه شاکی در محتوای شکواییه خود مدعی شده است که مشتکی عنه با فروش محصولات تحت انحصار آن شرکت با قیمت‌های کمتر از قیمت واقعی بازار اقدام به اعمال قیمت‌گذاری تهاجمی نموده است و متعاقب آن، ادله کافی اثبات‌کننده مبنی بر آن را ارائه ننموده است... شکایت شاکی دایر بر ارتکاب رفتارهای ضدرقابتی از ناحیه مشتکی عنه مردود و ادعای ایشان به مرحله احراز و اثبات نمی‌رسد».

رأی شماره ۵۵۰ به تاریخ ۱۴۰۱/۱۲/۲ صادره از شورای رقابت (پرونده شکایت شرکت سرزمین شاتل علیه شرکت سام سرویس):

«درخصوص موضوع شکایت شرکت سرزمین شاتل به طرفیت شرکت سام سرویس با موضوع ممانعت از نصب اپلیکیشن نماوا روی تلویزیون‌های هوشمند یا اینترنتی سامسونگ؛ با توجه به مفاد شکایت تقدیمی، دفاعیات مشتکی عنه و گزارش کارشناسی پرونده، بروز رویه ضدرقابتی برای شورای رقابت محرز نگردید و لذا اعضای شورای رقابت به اتفاق آرا رأی به رد شکایت و مختومه نمودن پرونده صادر و اعلام می‌نمایند».

۱. میرزاده کوهشاهی، نادر، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر شورای رقابت و نهادهای مرتبط»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، د. ۹، ش. ۳، ۱۴۰۱، ص. ۳۸۰.

۲. رأی مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۲ صادره از شعبه دیوان عدالت اداری (تجدیدنظر از رأی صادره در پرونده شکایت شرکت چیلیوری علیه شرکت اسنپ):

«... طرف شکایت [= شورای رقابت] صرفاً با توسل به اظهارات کلی و بدون ارائه مدارک و اسناد مثبت وقوع تخلف از سوی خواهان، مبادرت به صدور حکم نموده و هیچ‌گونه مدرکی دال بر این موضوع وجود ندارد، لذا رأی صادره واجد ایرادات شکلی و ماهوی مؤثر است».

اعمال ضمانت‌اجراهای رقابتی یک نظام «درمانی و گذشته‌نگر» است. در چنین نظامی مواجهه با رفتارهای مخل رقابت به دو شیوه «اکتشافی» و «بازدارنده» صورت می‌پذیرد: در شیوه «اکتشافی» پس از کشف رفتار مخل رقابت، ادامه ارتکاب آن با مداخله مستقیم مقام رقابتی متوقف و از استمرار آن جلوگیری می‌شود.<sup>۱</sup> انجام تحقیق و بازرسی از سوی مقامات رقابتی و اعمال ضمانت‌اجراها در صورت احراز رفتارهای مخل رقابت، نمونه اعمال این شیوه از مواجهه با رفتارهای مخل رقابت به‌شمار می‌آیند.<sup>۲</sup> در شیوه «بازدارنده» نیز تلاش می‌شود تا ابتدا با وضع ممنوعیت رفتارهای یک، دو یا چندجانبه مخل رقابت، در اسناد هنجاری و در نظر گرفتن ضمانت‌اجراهایی نسبت به آنها، انگیزه و رفتار فعالان بازار در راستای ممانعت از ارتکاب رفتارهای مخل رقابت جهت‌دهی شود.<sup>۳</sup> آنگاه در صورت نقض این ممنوعیت‌ها، ضمانت‌اجراهای ساختاری و رفتاری، جریمه‌های مالی، بطلان عمل مخل رقابت و... بر متخلف بار شود.<sup>۴</sup> چنان‌که ملاحظه می‌شود، در هر دو شیوه، ابتکار عمل در ارتکاب رفتارهای مخل رقابت همچنان در اختیار فعالان بازار است و مواجهه مقام رقابتی با این رفتارها نیز محدود به واکنش‌های پسا تخلف، درمانی و گذشته‌نگر می‌شود.

باتوجه به انگاره‌های نوظهور یادشده و دقت در آنها می‌توان دریافت که با وجود چالش‌هایی چون «پویایی بسیار زیاد بازار»، «بازگشت‌ناپذیری رقابت»، «انحصارگرایی فزاینده بازار»، «ماهیت دوگانه پلتفرم» و «صعوبت اثبات دعوی» اکتفا به سیاست‌ها و ضمانت‌اجراهای گذشته‌نگر و درمانی در زیست‌بوم پلتفرمی، همچون نوش‌دارویی است که قادر به جبران بخش قابل توجهی از رقابت آسیب‌دیده در بازار نخواهد بود.<sup>۵</sup>

1. Broulík, Jan, "Preventing Anticompetitive Conduct Directly and Indirectly: Accuracy Versus Predictability", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64, No. 1, 2019, pp. 118-119.

۲. در نظام حقوقی ایران، ماده (۶۰) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی این صلاحیت را برای شورای رقابت به رسمیت شناخته است.

3. Broulík, *Op.cit.*, pp. 118-119.

۴. جهت مطالعه تفصیلی درخصوص انواع ضمانت‌اجراهای رقابتی متناسب با زیست‌بوم سنتی کسب‌وکارها ر.ک: (رهبری، ابراهیم و حسنی سنگانی، وحید، **حقوق رقابت در عرصه مالکیت‌های فکری**، ج. ۲، تهران: سمت، ۱۳۹۸، صص. ۲۷۱-۳۸۱). در نظام حقوقی ایران، مواد (۴۴) تا (۵۲) و ماده (۶۱) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی به این مهم اشاره دارند.

5. Cappai, Marco & Colangelo, Giuseppe, "Navigating the Platform Age: the 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law in the EU and the U.S.", *Stanford-Vienna TTLF*, 2020, Vol. 55, No. 1, pp. 25-26.

ارزیابی ابعاد مختلف پرونده رقابتی اخیر میان دو شرکت «تپسی» و «اسنپ» با موضوع «شکایت از شرکت اسنپ در خرید حدود هزار سیم‌کارت و ساخت حساب‌های کاربری جعلی در سامانه تپسی به‌عنوان کاربر مسافر» نشان می‌دهد که علی‌رغم صدور رأی مراحل بدوی<sup>۱</sup> و تجدیدنظر<sup>۲</sup> مبنی بر محکومیت رفتار ضدرقابتی شرکت «اسنپ»، همچنان هنجارهای سنتی حوزه مواجهه با رفتارهای مخل رقابت تا حد بسیاری در مسیر تضمین رقابت زیست‌بوم پلتفرمی ناکام‌اند. توضیح آنکه براساس ادعای مدیر حقوقی «تپسی»، این رفتار در آذر و دی‌ماه سال ۱۳۹۸ رخ داده و منجر به کسب اطلاعات چهارده هزار راننده این شرکت شده است که نهایتاً به‌صورت آماده به خدمت شرکت «اسنپ» درآمده‌اند. ثبت شکایت در شورای رقابت نیز، ابتدای سال ۱۳۹۹ صورت گرفته<sup>۳</sup> که نهایتاً منجر به صدور رأی مرحله بدوی در اسفند ۱۴۰۱ و رأی مرحله تجدیدنظر در تیر ۱۴۰۲ شده است.<sup>۴</sup> در واقع، همان‌طور که ملاحظه می‌شود، اولاً نظام حقوق رقابت وقت، علی‌رغم به رسمیت شناختن عمل مذکور به‌عنوان یک رفتار مخل رقابت و تعیین

۱. رأی شماره ۵۵۵ به تاریخ ۱۴۰۱/۱۲/۲۰ صادره از شورای رقابت (پرونده شکایت شرکت تپسی علیه شرکت اسنپ): «درخصوص پرونده شکایت شرکت پیشگامان فناوری و دانش آرامیس دارنده نام تجاری تپسی به طرفیت شرکت ایده‌گزين ارتباطات روماک دارنده نام تجاری اسنپ، اعضای شورای رقابت به اتفاق آرا به شرح آتی مبادرت به اتخاذ تصمیم می‌نمایند. تصمیم شورا رقابت با توجه به محتویات و مستندات مضبوط در پرونده: اقدام مشتکی‌عنه (شرکت اسنپ) مبنی بر تهیه حدود ۱۰۰۰ سیم‌کارت و ساخت حساب‌های کاربری به عنوان کاربر مسافر در سامانه شرکت تپسی و دسترسی به اطلاعات تماس حدود ۱۴۰۰۰ راننده شرکت تپسی منطبق با بند (۱) جزء «ک» ماده (۴۵) تشخیص داده شد و ارتکاب به رویه ضد رقابتی مذکور از سوی شرکت اسنپ برای اعضای شورای رقابت محرز است. - فلذا تصمیم بر محکومیت شرکت اسنپ به توقف رویه ضد رقابتی مذکور به استناد بند (۳) ماده (۶۱)، اطلاع‌رسانی عمومی در جهت شفافیت بیشتر بازار به استناد بند (۴) ماده (۶۱) و دستور به استرداد اضافه درآمد از طریق مراجع قضایی ذی‌صلاح به استناد بند (۸) ماده (۶۱) صادر و اعلام می‌نماید. تصمیم صادره حضوری و ظرف مدت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل اعتراض در هیات تجدیدنظر شورا می‌باشد».

۲. رأی شماره ۰۲/۱۵۰/ه ت به تاریخ ۱۴۰۲/۴/۲۶ صادره از هیئت تجدیدنظر شورای رقابت (پرونده شکایت شرکت تپسی علیه شرکت اسنپ):

«درباره تجدیدنظرخواهی شرکت اسنپ از تصمیم شماره ۵۵۵ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۲۰ شورای رقابت که طی آن شرکت تجدیدنظرخواه شرح مذکور در گردشکار پیش گفته محکوم شده است، نظر به محتویات پرونده و اظهارات و مدافعات شرکت‌های یادشده در جلسه مورخ ۱۴۰۲/۴/۲۶ هیئت تجدیدنظر و خرید غیرمتعارف این تعداد سیم‌کارت توسط تجدیدنظرخواه، علی‌هذا ایراد و اعتراض شرکت اسنپ به‌گونه‌ای نیست که به ارکان رأی تجدید خواسته خلل وارد نماید؛ مع‌هذا با توجه به میزان تأثیر عمل نامبرده، ضمن حذف قسمت اخیر رأی موصوف مبنی بر «دستور به استرداد اضافه درآمد از طریق مراجع قضایی ذی‌صلاح» این رأی با اصلاح ذکر شده تأیید می‌شود. رأی صادره قطعی است».

۳. سراب‌پور، سونیتا، «اسنپ: رویه ضدرقابتی علیه تپسی را تکذیب می‌کنیم/ تپسی: با رأی شورای رقابت از اسنپ شکایت می‌کنیم»، کارنگ، قابل دسترسی در:

<https://karangweekly.ir/> (۱۴۰۲/۶/۱۶).

۴. علی‌رغم تجدیدنظرخواهی اسنپ از رأی صادره در دیوان عدالت اداری، تا لحظه نگارش نوشتار حاضر، رأیی از مرجع مزبور صادر نشده است.

ضمانت‌اجرا نسبت به آن، نتوانسته است مانع از شکل‌گیری و ارتکاب رفتار مخل رقابت یادشده از سوی شرکت «اسنپ» شود، همچنان ابتکار عمل در ارتکاب این رفتار در اختیار شرکت اسنپ قرار داشته است. ثانیاً فرایند دادرسی رقابت وقت، متناسب با پویایی بازار زیست‌بوم پلتفرمی طراحی نشده است؛ به‌نحوی که از طرح شکایت تا صدور رأی مرحله بدوی، قریب به سه سال به طول انجامیده است. ثالثاً ارتکاب این رفتار در بازاری با خصلت انحصارگرایی فزاینده، در طول زمان سبب بازگشت‌ناپذیری رقابت در بازار شده است؛ به‌نحوی که بنابر بیانیه رسمی (اقرار) روابط عمومی اسنپ در مرداد ۱۴۰۲، اکنون این شرکت «بیش از (۹۰) درصد سهم از بازار تاکسی‌های اینترنتی را به خود اختصاص داده است».<sup>۱</sup> چه بسا اگر در سال ۱۳۹۸ با بهره‌گیری از رویکرد «آینده‌نگرانه»<sup>۲</sup> از وقوع چنین رفتاری پیش‌گیری می‌شد، وضعیت رقابت بازار حمل‌ونقل برخط به‌گونه‌ای دیگر رخم می‌خورد.

حال که انگاره‌های نوظهور پیش‌گفته، عدم کارایی ضوابط درمانی و گذشته‌نگر موجود در تضمین رقابت زیست‌بوم پلتفرمی را آشکار نموده است، ضرورت بازتنظیم ضوابط مواجهه با رفتارهای مخل رقابت این زیست‌بوم با نگاهی «پیش‌گیرانه و آینده‌نگر» بیش از پیش نمایان می‌شود. بر این اساس، در ادامه به ارائه ضوابط نوین با رویکردی آینده‌نگرانه در سه سطح «رفتاری»، «ساختاری» و «قضایی» خواهیم پرداخت. شایان ذکر است که ضوابط پیش‌رو، در راستای تکمیل ضوابط جاری و سنتی حاکم بر زیست‌بوم سنتی پلتفرم‌ها ارائه می‌شوند و نافی آنها نخواهند بود.

## ۲. تنظیم ضوابط آینده‌نگرانه رفتاری

فارغ از ضرورت ممنوعیت‌انگاری رفتارهای نوین مخل رقابت زیست‌بوم پلتفرمی و درعین‌حال، در نظر گرفتن ضمانت‌اجراهایی در برابر نقض آنها به‌عنوان یک ضابطه پسینی و گذشته‌نگر، مواجهه آینده‌نگرانه با رفتارهای مخل رقابت این زیست‌بوم، مستلزم پیش‌بینی بایسته‌هایی است که به‌صورت فعالانه و با الزام کسب‌وکارها به انجام اقداماتی، عدم ارتکاب رفتارهای مخل رقابت را تضمین کنند و به این وسیله ایشان را به حرکت در مسیر رقابتی رهنمون سازند.<sup>۳</sup> ضوابطی که تلاش دارند از طریق تنظیم

۱. آستانه، مجتبی، «هیئت تجدیدنظر شورای رقابت، اسنپ را از پرداخت خسارت معاف کرد»، دیجیاتو، قابل دسترسی در: <https://digiato.com/iran-technology-news/snapp-was-exempted-paying-damages-case-of-tapsi-complaint> (1402.06.16).

2. ex-ante

3. Jackson, Eoen, "Upping the (Ex) Ante - Digital Competition Reform in the Era of Google Shopping", *Plassey Law Review*, Vol. 2, No.7, 2022, p. 7.

استانداردها و نیز تسهیل رصد، نظارت و ارزیابی رفتارهای پلتفرم‌های دیجیتال، انحصارگرایی فزاینده بازار را کنترل و از وقوع وضعیت بازگشت‌ناپذیری در این بازار پویا پیش‌گیری کنند. به‌منظور آشنایی با این مهم، در ادامه به تشریح ضوابط آینده‌نگرانه رفتاری زیست‌بوم پلتفرمی خواهیم پرداخت.

### ۲.۱. تنظیم استانداردهای رفتاری

وقوع بخش قابل توجهی از رفتارهای مخل رقابت پلتفرمی را می‌توان با تنظیم فعالانه استانداردهای رفتاری و الزام پلتفرم‌ها به رعایت آنها، با نگاهی آینده‌نگرانه از ابتدا مانع شد. برقراری استانداردهایی در راستای «تضمین دسترسی و ورود کاربران به پلتفرم»، «تضمین تعامل‌پذیری و امکان جابه‌جایی داده‌ها» و «تضمین تساوی در استفاده از پلتفرم» که مستلزم اعمال تغییرات فناورانه در پلتفرم‌ها است، نمونه‌هایی از ضوابط رفتاری‌اند که می‌توانند با جهت‌دهی رفتار پلتفرم‌ها، مانع از وقوع برخی رفتارهای مخل رقابت مانند «حذف دسترسی به پلتفرم»، «تحدید تعامل‌پذیری با سایر پلتفرم‌ها»، «خود ترجیحی» و «به‌کارگیری داده‌ها در سایر بازارها» شوند.

به‌عنوان نمونه در ایالات متحده جزء (۷) بند «b» بخش (۴) لایحه «قانون کمیسیون پلتفرم‌های دیجیتال» تضمین ایمنی و رقابت در رابطه با پلتفرم‌های دیجیتال را برعهده کمیسیونی (۵) نفره موسوم به «کمیسیون پلتفرم‌های دیجیتال فدرال» نهاده است. مبتنی بر بخش (۸) این لایحه، کمیسیون مکلف است شورایی به‌نام «شورای کُد» را تأسیس نماید تا کدهای رفتاری الزام‌آور یا اختیاری و نیز استانداردهای فناورانه در حوزه‌های یادشده را تنظیم و به کمیسیون پلتفرم‌های دیجیتال فدرال پیشنهاد نماید. نکته قابل توجه در این باره، حضور جمعی (۶) نفره از متخصصان حوزه‌های مختلف فناوری مانند علوم کامپیوتر، توسعه برنامه‌ها، علم داده، یادگیری ماشین، ارتباطات و مطالعات رسانه در ترکیب (۱۸) نفره شورا در کنار (۶) عضو به‌عنوان نماینده پلتفرم‌های دیجیتال و (۶) عضو به‌عنوان حافظان منافع عمومی از دانشگاهیان و کارشناسان غیروابسته به شرکت‌های تجاری است.

کمیسیون مکلف است حداکثر ظرف ۱۸۰ روز پس از انتصاب حداقل (۳) عضو خود، نسبت به لازم‌الاجرا ساختن و انتشار پیشنهادها واصله از شورا تصمیم مقتضی را اتخاذ نماید. مبتنی بر اجزای شش‌گانه بند «b» بخش (۵) این لایحه، استانداردها و کدهای رفتاری و فناورانه در حوزه‌های مختلفی چون قابلیت جابه‌جایی، تعامل‌پذیری و منصفانگی در ارائه خدمات پلتفرم‌ها و نیز فقدان جانبداری‌های

مضر، فریبنده و ضد رقابتی در فرایندهای الگوریتمی، تأمین قابلیت حسابرسی، مسئولیت‌پذیری و توضیح‌پذیری آنها تنظیم خواهند شد.

اتحادیه اروپایی نیز در این رابطه ذیل ماده (۴۸) قانون بازارهای دیجیتال مقرر داشته است: «در صورت اقتضا و ضرورت، مرجع رقابتی می‌تواند نهادهای حوزه استاندارد اروپا را مکلف کند تا با تدوین استانداردهای مناسب، اجرای تعهدات مندرج در این قانون را تسهیل کنند».

در نهایت باید گفت، کدهای رفتاری یادشده، پلتفرم‌های مشمول را موظف می‌کنند تا با اعمال تغییرات فناورانه، به‌هنگام ارتکاب هر گونه رفتاری مطابق با استانداردهای تنظیم‌شده عمل نمایند و پیشاپیش امکان وقوع رفتار مخل رقابت در زیست‌بوم پلتفرمی را به حداقل می‌رسانند.

اخیراً کمیسیون اروپایی شرکت اپل را به دلیل محدودسازی دسترسی توسعه‌دهندگان به قابلیت‌های دستگاه‌های فیزیکی متصل (مانند ساعت و ابزارهای جانبی) روی سیستم عامل آی. او. اس جریمه کرد و با صدور دستور الزام‌آور، اپل را وادار نمود تا واسط‌های برنامه‌نویسی<sup>۱</sup> را به‌طور منصفانه و برابر در اختیار رقبا بگذارد تا بدین وسیله با رویکردی پیشگیرانه مانع از ورود رفتارهای مخل رقابتی چون عدم تعامل‌پذیری و خود ترجیحی گردد.<sup>۲</sup>

علاوه بر آن، بند (۲) ماده (۷۴) قانون هوش مصنوعی اتحادیه اروپایی، سیستم‌های هوش مصنوعی را موظف به ارائه فعال گزارش‌های سالانه مرتبط با رقابت به مقامات ذی صلاح جهت نظارت بر بازار نموده است. باین‌حال، به‌منظور صیانت از رقابت در زیست‌بوم مذکور نمی‌توان به برقراری بایسته‌ها و استانداردهایی که مستلزم اعمال تغییرات فناورانه‌اند اکتفا نمود. در کنار استانداردهای یاد شده، قسم دیگری از الزامات و بایسته‌ها جهت تکمیل ضوابط آینده‌نگرانه رفتاری نسبت به این دسته از کسب‌وکارها ضروری است تا از وقوع رفتارهای مخل رقابت پیش‌گیری نمایند. در ادامه به تحلیل و بررسی تضمین شفافیت الگوریتمی خواهیم پرداخت.

## ۲.۲. تأمین شفافیت الگوریتمی آزمایشی

یکی از اقسام رفتارهای نوین مخل رقابت در زیست‌بوم پلتفرمی، رفتارهای منبعث از دسترسی پلتفرم‌ها به داده‌ها و فناوری‌های مرتبط با آن است؛ امری که می‌تواند هم از طریق «اخلال در اراده

1. API (Application Programming Interface).

2. Ribera, T., Commission provides guidance under Digital Markets Act to facilitate development of innovative products on Apple's platforms, European Commission, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_25\\_816](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_816), (Last visited 2025/9/20).

کاربران»، مستقیماً رفاه مصرف‌کننده را تحت‌تأثیر قرار دهد، هم از طریق ارتکاب «هماهنگی‌های ناخواسته و خودمختار» بر عملکرد بازار اثرات منفی بر جای بگذارد. در واقع از یک سو اقتصاد بازارهای پلتفرمی متکی به گزینش‌گری و انتخاب مصرف‌کنندگان است، اما از سوی دیگر، اراده مصرف‌کنندگان این زیست‌بوم در معرض خطر اخلال و گمراهی قرار دارد.<sup>۱</sup> بر همین اساس، اشاره شد که اسناد هنجاری کشورهای مختلف با اتخاذ «رویکردی درمانی» (پس از راه‌اندازی و آغاز به کار الگوریتم‌ها)، پلتفرم‌های دیجیتال را مکلف به تضمین شفافیت الگوریتمی در قبال مراجع رقابتی نموده‌اند و برخی نیز علاوه بر مراجع رقابتی، کاربران پلتفرم‌ها را نیز در قبال چنین تکلیفی ذی‌حق دانسته‌اند.

به‌عنوان نمونه، براساس بندهای (۱) و (۳) ماده (۲۱) «قانون بازارهای دیجیتال» اتحادیه اروپایی، مرجع رقابتی می‌تواند بنگاه‌ها را ملزم نماید تا الگوریتم‌های خود را در اختیار این نهاد قرار دهند و از آنها بخواهد که توضیحات مرتبط با نحوه عملکرد الگوریتم‌ها را نیز ارائه نمایند. براساس ماده (۳۱) این قانون، در صورت استنکاف پلتفرم‌ها از این اقدام، کمیسیون می‌تواند پلتفرم خاطی را به جریمه‌ای معادل با (۵) درصد میانگین گردش مالی روزانه جهانی آن محکوم نماید. همچنین در ایران نیز بند (۲) ماده (۷) مصوبه مربوط به «سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار پلتفرم‌های فضای مجازی»، پلتفرم‌ها را مکلف نموده است تا الگوریتم‌های خود را در اختیار شورای رقابت قرار دهند؛ به‌نحوی که قابل احراز و تصدیق باشند.<sup>۲</sup> بند (۲) ماده (۴)<sup>۳</sup> و بند (۴) ماده (۵)<sup>۴</sup> این مصوبه نیز هر دو بازارهای پلتفرمی یعنی ارائه‌کنندگان خدمات به پلتفرم (کسب‌وکارها) و دریافت‌کنندگان خدمات از پلتفرم

1. Fabiana, Diporto, & Maggiolino. Mariaterza, "Algorithmic Information Disclosure by Regulators and Competition Authorities", *Global Jurist*, Vol. 19, No. 2, 2019, p. 4.

۲. ماده ۷- الزامات ارائه‌دهندگان خدمات سکو در برابر حاکمیت

۷-۲. الگوریتم‌ها و شیوه‌های رتبه‌بندی کسب‌وکارهای بهره‌بردار از سکوها باید در اختیار شورای رقابت قرار گیرد و عدم دستکاری نتایج جست‌وجو بر خلاف رویه‌های اعلام‌شده برای این شورا قابل احراز و تصدیق باشد.

۳. ماده ۴- الزامات ارائه‌دهندگان خدمات سکو در قبال کاربران (دریافت‌کنندگان خدمات از سکو یا سویه‌های دیگر بازار):  
۲-۴- شفافیت رتبه‌بندی نتایج الزامی است، به‌نحوی که ایجاد تمایز میان: الف) نتایج نمایش داده شده بر اساس الگوریتم‌های طبیعی جست‌وجو، ب) پیشنهادات تبلیغاتی و ج) نتایجی که مالک سکو یا وابستگان آن سهمی از منافع آن در اختیار دارند، برای کاربران ممکن باشد.

۴. ماده ۵- الزامات ارائه‌دهندگان خدمات سکو در برابر کسب‌وکارهای بهره‌بردار (ارائه‌دهندگان خدمات به سکو یا سویه‌های دیگر بازار):

۴-۵- اطلاعات مربوط به معیارهای رتبه‌بندی و چگونگی اثرگذاری کسب‌وکارهای بهره‌بردار بر این رتبه‌بندی باید به‌صورت شفاف اعلام و مشخص شود. کسب‌وکارها باید مطلع باشند که آیا ویژگی‌هایی چون مشخصات کالا و خدمات ارائه شده، تناسب این ویژگی‌ها با کاربران، ویژگی‌های طراحی الگوریتم و... بر رتبه‌بندی آنها اثرگذار است یا خیر.

(مصرف‌کنندگان) را نیز در این باره ذی‌حق می‌داند. با این حال، ضروری است تا علاوه بر در نظر گرفتن سازوکارهای درمانی در این باره، سازوکاری آینده‌نگرانه نیز در رابطه با شفافیت الگوریتمی پلتفرم‌ها پیش‌بینی شود.

«شفافیت الگوریتمی آزمایشی» سازوکاری است که با استفاده از آن، مرجع رقابتی می‌تواند پیش از به‌کارگیری بدوی الگوریتم‌ها در گستره و مقیاس کلان یا اعمال تغییرات معتابه در آنها، اولاً به ارزیابی محتوای الگوریتم از منظر شاخص‌های رقابتی مانند صحت و بی‌طرفی خروجی‌های الگوریتم بپردازد،<sup>۱</sup> ثانیاً با اجرا و پیاده‌سازی آن در گستره و مقیاسی جزئی‌تر – مثلاً در یک منطقه خاص – به صورت آزمایشی و در یک بازه زمانی مشخص، به ارزیابی پیشینی تأثیرات رقابتی الگوریتم در آینده بپردازد تا مبتنی بر نتایج حاصل از آزمایش انجام شده نسبت به تأیید، اصلاح یا منع به‌کارگیری آن الگوریتم در آینده اقدام نماید.<sup>۲</sup> در چنین فرایندی، مرجع رقابتی قادر خواهد بود تا با ارزیابی پیشینی، آزمایشی، محدود و عملیاتی اثرات به‌کارگیری الگوریتم‌هایی که در آینده بر گستره‌ای کلان از کاربران اعمال خواهند شد، کنشی آینده‌نگرانه را نسبت به کلیه رفتارهای محل رقابت ناشی از دسترسی پلتفرم‌ها به داده‌ها و فناوری‌های مرتبط با آن اتخاذ و از ارتکاب آنها پیش‌گیری نماید.

حال پس از آشنایی با ضوابط آینده‌نگرانه رفتاری مواجهه با رفتارهای محل رقابت زیست‌بوم پلتفرمی نوبت به بررسی ضوابط آینده‌نگرانه ساختاری می‌رسد.

### ۳. تنظیم ضوابط آینده‌نگرانه ساختاری

سنجش واقعی رقابت در بازارهای پلتفرمی، علاوه بر ارزیابی «نتیجه‌محور»، مستلزم تحلیل و ارزیابی «فرایندمحور» است. در واقع، برخلاف ضوابط سنتی که عمدتاً وضعیت رقابت در بازار را با تمرکز بر نتایج رقابتی مانند رفاه مصرف‌کننده و وضعیت قیمت کالاها و خدمات اندازه‌گیری می‌کنند، ارزیابی ساختارها به منظور صیانت از رقابت به‌هنگام پیش‌بینی ضوابط نوین رقابتی در کنار ضوابط سنتی، امری حیاتی است. ماهیت زیرساختی و قابلیت خودتنظیمی سبب می‌شود که پلتفرم بتواند علاوه بر ظرفیت واسطه‌گری و ارائه خدمات به کاربران، به صورت هم‌زمان از اختیار قاعده‌گذاری جهت تنظیم ضوابط حاکم بر نحوه ورود، فعالیت، خروج و اخراج سایر کسب‌وکارهای فعال در پلتفرم نیز برخوردار باشد. مسئله‌ای که ریشه

1. Paterson, Marie, "Misleading AI: Regulatory Strategies for Algorithmic Transparency in Technologies Augmenting Consumer Decision-Making", *Loyola Consumer Law Review*, 34 (Symposium Issue), 2023, p. 580.

2. Fabiana & Maggiolino, *Op. cit.*, p. 11.

در مدل و ساختار تجاری پلتفرم‌ها دارد و زمینه‌ساز تفوق پلتفرم نسبت به سایر کسب‌وکارها و ارتکاب برخی رفتارهای مخل رقابت مانند «خود ترجیحی»، «به‌کارگیری داده‌ها در سایر بازارها»، «حذف دسترسی به پلتفرم» و «تحدید تعامل‌پذیری با سایر پلتفرم‌ها» خواهد شد.

علی‌رغم ضرورت مواجهه گذشته‌نگر با این رفتارها در قالب ممنوعیت‌انگاری و نیز در نظر گرفتن ضمانت‌اجراهایی نسبت به آنها در اسناد هنجاری تنظیم ضوابط ساختاری با رویکرد آینده‌نگرانه جهت پیش‌گیری از وقوع چنین رفتارهایی ضروری می‌نماید که در ادامه به تحلیل و بررسی هریک خواهیم پرداخت.

### ۳.۱. تحدید ساختاری پلتفرم

تحدید ساختاری پلتفرم، راهکاری است به‌منظور خنثی‌سازی قدرت ارتکاب آن دسته از رفتارهای مخل رقابت که ریشه در ساختار این دسته از کسب‌وکارها دارد. ساختاری که پلتفرم را در موقعیت یک «کسب‌وکار-تنظیمگر» قرار می‌دهد، آن را دچار تعارض منافع می‌سازد و در نهایت- به شرحی که گذشت- زمینه وقوع رفتارهای ضدرقابتی از سوی آن را فراهم می‌نماید. بدیهی است که اتخاذ رویکرد آینده‌نگرانه در این خصوص و پیشگیری از شکل‌گیری چنین موقعیتی، بسیار مؤثرتر از رویکرد درمانی و کنترل رفتارهای مخل رقابت نشئت‌گرفته از موقعیت یادشده، صیانت از رقابت را در زیست‌بوم پلتفرمی رقم خواهد زد.

به‌کارگیری این راهکار به‌معنای «وضع ممنوعیت درخصوص ورود پلتفرم به بازارهای جانبی<sup>۱</sup> و رقابت مستقیم با مشاغل فعال در آن بازارها» است.<sup>۲</sup> در واقع، «انحصار فعالیت تجاری پلتفرم به واسطه‌گری و ممانعت از ورود به سایر بازارها»، گزاره محوری و بنیادین این سازوکار آینده‌نگرانه به‌شمار می‌رود<sup>۳</sup> که به‌صورت پیشینی مانع از قرار گرفتن پلتفرم در موقعیت زمینه‌ساز اختلال در رقابت خواهد شد.

اهمیت و ضرورت این مسئله، ایالات متحده را بر آن داشت تا با تنظیم لایحه «قانون خاتمه انحصارات پلتفرم»<sup>۴</sup> تحقق سازوکار آینده‌نگرانه مذکور را در قالب سندی هنجاری دنبال نماید. براساس بخش (۲) این لایحه، قرار گرفتن پلتفرم‌ها در موقعیت‌های متضمن تعارض منافع، ممنوع خواهد بود. توضیح آنکه مبتنی بر بند «a» این بخش، هرگونه مالکیت، کنترل یا برخورداری از منافع ناشی از فروش

۱. منظور از بازارهای جانبی، کلیه بازارهای غیر از بازار اصلی فعالیت سکو یعنی بازار واسطه‌گری است که سکو از ظرفیت ورود به آنها برخوردار است.

2. Khan, Lina, "Amazon's Antitrust Paradox". *the Yale Law Journal*, Vol. 126, No. 3, 2017, p. 793.

3. Wu, Tim, "Antitrust via Rulemaking: Competition Catalysts", *Columbia Law Review*, Vol. 16, No. 1, 2017, p. 49.

4. Ending Platform Monopolies Act Bill

یا ارائه کالاها و خدمات در بستر پلتفرم، هم‌زمان با ارائه خدمت اصلی آن یعنی واسطه‌گری، غیرقانونی محسوب و تخلف به‌شمار خواهد آمد. همچنین کشور هندوستان نیز تحدید ساختاری را نسبت به پلتفرم‌های خرده‌فروشی برخط خارجی اعمال کرده است که براساس آن شرکت «آمازون» ملزم شده است تا تجارت با کالاهای ویژند خود در پلتفرمی فعالیتش را در این کشور متوقف نماید.<sup>۱</sup> حال پس از آشنایی با نخستین ضابطه ساختاری، در ادامه به بررسی ضابطه دوم یعنی «بازتنظیم ماهیت ساختاری پلتفرم» خواهیم پرداخت.

### ۳.۲. بازتنظیم ماهیت ساختاری پلتفرم

بسیاری از پلتفرم‌ها، به‌خصوص آنان که از موقعیت مسلط بازار برخوردارند، به‌سبب ساختار خود نقش فراتر از صرف یک کسب‌وکار خصوصی را در عرصه اجتماعی ایفا می‌کنند و به بنیان و ستون فقرات بسیاری از مراودات اقتصادی و اجتماعی اشخاص جامعه بدل شده‌اند؛ به‌نحوی که هریک از آنها قادرند به‌صورت گسترده، منافع عمومی را تحت‌تأثیر قرار دهند.<sup>۲</sup> در واقع، علی‌رغم اینکه هدف از تأسیس پلتفرم و ارائه خدمات، نزد صاحبان پلتفرم‌ها کسب درآمد و نفع شخصی است، اما خدمت ارائه‌شده از سوی ایشان با برآورده ساختن بخش قابل توجهی از «نیازهای عمومی»، بر «منافع عمومی» جامعه اثرگذار خواهد بود. امری که ماهیت خدمات ارائه‌شده از سوی آنها را بیش از هر چیز به یک «خدمت عمومی» بدل می‌سازد.

علاوه بر این، اگر خدمتی به‌سبب رفع نیازهای عمومی و اثرگذاری بر منفعت عمومی جامعه، به‌عنوان یک «خدمت عمومی» شناخته شود، اساساً خصوصی یا عمومی بودن نهاد ارائه‌دهنده آن، تأثیری در ماهیت خدمت ایجاد نمی‌کند.<sup>۳</sup> بر همین اساس است که اشخاص خصوصی نیز می‌توانند با ایفای نقش در راستای رفع نیازهای عمومی و اثرگذاری بر منافع عمومی جامعه، به‌عنوان ارائه‌دهنده خدمات عمومی شناخته شوند.<sup>۴</sup> با این حال، اهدافی چون «صیانت از حقوق بنیادین اشخاص» در بهره‌مندی از خدمات عمومی سبب می‌شود تا زمانی که اشخاص خصوصی، نسبت به ارائه خدمتی با ماهیت عمومی اقدام

1. Khan, Lina, "The Separation of Platform and Commerce", *Columbia Law Review*, Vol. 119, No. 4, 2019, p. 1091.

2. Sabeel, Rahman, "Regulating Informational Infrastructure: Internet Platforms as the New Public Utilities", *Georgetown Law and Technology Review*, Vol. 2, No. 2, 2018, pp. 238-239.

۳. رضایی‌زاده، محمدجواد و داود کاظمی، «بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، د. ۳، ش. ۵، ۱۳۹۱، ص. ۲۳.

4. Cabral, Sandro, Lazzarini, Sergio & Furquim, Azevedo, "Private Entrepreneurs in Public Services: A Longitudinal Examination of Outsourcing and Statization of Prisons", *Strategic Entrepreneurship Journal*, Vol. 7, No. 1, 2013, p. 8.

می‌کنند، محدودیت‌هایی بر فعالیت آنها اعمال شود.<sup>۱</sup> به‌عنوان مثال، یک پلتفرم دیجیتال مجاز نیست با استناد به ماهیت خصوصی خود، اصول مندرج در قانون اساسی و حقوق بنیادین اشخاص مانند حق بر نظام اقتصادی صحیح و عادلانه، حق بر حریم خصوصی، حق بر برابری، حق بر امنیت یا اصول مسلم حاکم بر خدمات عمومی مانند برابری و بی‌طرفی را به‌هنگام بهره‌مندی اشخاص از خدماتش نقض نماید. باین‌حال امروزه، بسیاری از پلتفرم‌های دیجیتال برخوردار از موقعیت مسلط در بازار، علی‌رغم ارائه خدمات با ماهیت عمومی، همچنان تابع قواعد حاکم بر اشخاص حقوقی خصوصی بوده و بدون التزام به محدودیت‌های حاکم بر ارائه‌دهندگان خدمات عمومی مانند رعایت حقوق بنیادین، برابری، بی‌طرفی، شفافیت، پاسخ‌گویی، مسئولیت‌پذیری و... در انحصار و تحت کنترل و اراده صاحبان پلتفرم‌ها قرار دارند. با تغییر نگرش نسبت به ماهیت پلتفرم‌های مذکور از «فعالان اقتصادی متمرکز بر منفعت شخصی» به «ارائه‌دهندگان خدمات عمومی»، زمینه برای اعمال بسیاری از قواعد الزام‌آور یادشده به‌عنوان «پیش‌فرض‌های حاکم بر اقدامات پلتفرم‌های دیجیتال» فراهم خواهد شد و از گستره آزادی اراده این دسته از کسب‌وکارها در ارتکاب رفتارهای مخل رقابت، به میزان قابل توجهی کاسته خواهد شد. به‌بیان ساده‌تر، با در نظر گرفتن ماهیت پلتفرم‌ها به‌عنوان ارائه‌دهندگان خدمات عمومی، به‌هنگام ارزیابی رفتارهای مظنون به اخلاف در رقابت آنها، در بسیاری از موارد اصل بر آن است که پلتفرم به‌دلیل ماهیت خود (ارائه‌دهنده خدمات عمومی) و فارغ از آثار ضدرقابتی احتمالی رفتار، اساساً صلاحیت ارتکاب رفتار یادشده را نداشته است. در چنین نگرش آینده‌نگرانه‌ای، نوبت به ارزیابی رفتار یا آثار ضدرقابتی آن نخواهد رسید و فرایند صیانت از رقابت در بازار، تسهیل خواهد شد. حال پس از آشنایی با ضوابط آینده‌نگرانه ساختاری مواجهه با رفتارهای مخل رقابت زیست‌بوم پلتفرمی، نوبت به بررسی ضوابط آینده‌نگرانه قضایی می‌رسد.

#### ۴. تنظیم ضوابط آینده‌نگرانه قضایی

چنان‌که در گفتار نخست گذشت، صعوبت اثبات دعاوی رقابتی در زیست‌بوم پلتفرمی یکی از انگاره‌های مهم تغییر یافته پارادایم تنظیم رقابت این حوزه نسبت به زیست‌بوم سنتی کسب‌وکارهاست. مسئله‌ای که در کُنه خود بر دو چالش اساسی ضوابط سنتی دادرسی رقابت در زیست‌بوم پلتفرمی دلالت

۱. زارعی، محمدحسین و مجید نجاززاده هنجنی، «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکترین کارکرد عمومی»، پژوهش حقوق عمومی، د. ۵۶، ش. ۱۹، ۱۳۹۶، صص. ۱۴۹-۱۴۷.

دارد: نخست آنکه انعطاف و سرعت عمل این ضوابط، متناسب با پویایی رقابت در زیست‌بوم پلتفرمی نیست؛ تا جایی که ممکن است حتی عمر کسب‌وکار دادخواه، تا اتمام مرحله نهایی دادرسی بسنده نباشد. دوم آنکه اعمال پیش‌فرض‌های سنتی دادرسی مانند «تحمیل بار اثبات بر مدعی» در بسیاری از دعاوی رقابت زیست‌بوم پلتفرمی لزوماً منتهی به صیانت از رقابت در بازار نخواهد شد. دو مسئله‌ای که به‌وضوح در پرونده مورد اشاره شکایت شرکت چیلیوری علیه شرکت اسنپ‌فود نمایان شد. در ادامه به بررسی راهکارهای قضایی آینده‌نگرانه جهت برون‌رفت از این چالش‌ها خواهیم پرداخت.

#### ۴.۱. تغییر و تسهیل بار اثبات

ناگفته پیداست که تحمیل بار اثبات بر دوش مدعی، یکی از اصول دادرسی منصفانه به‌شمار می‌رود که از مدت‌ها پیش در فقه اسلامی تحت عنوان قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» تجلی یافته است. اصل (۳۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز، اصل را بر براءت اشخاص نهاده<sup>۱</sup> و نظم حقوقی کنونی، اجرای آن را در دعاوی مدنی و کیفری تضمین نموده است.<sup>۲</sup> «اصل عدم»، «اصل صحت» و «ضرورت تضمین امنیت حقوقی اشخاص» از مهم‌ترین مبانی فقهی و حقوقی قاعده بینه و اصل براءت شناخته شده‌اند. در واقع از یک سو «دلیل برای اثبات امر مثبت یا وجودی به دادگاه داده می‌شود. عدم نیاز به اثبات ندارد؛ زیرا هرگاه درباره وجود یا عدم پدیده‌ای اختلاف شود، اصل با کسی است که وجود را انکار می‌کند».<sup>۳</sup> از سوی دیگر، در راستای قوام نظم اجتماعی و بنا بر ظاهر، اصل بر صحت و درستی اعمال حقوقی ارتكابی اشخاص در جامعه است،<sup>۴</sup> مگر اینکه دلیلی بر عدم صحت آنها

۱. اصل (۳۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸/۹/۱۲: «اصل، براءت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد».

۲. ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱: «اصل براءت است، بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند، در غیر این صورت با سوگند خوانده حکم به براءت صادر خواهد شد».

ماده (۴) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴: «اصل، براءت است. هرگونه اقدام محدود کننده، سالب آزادی و ورود به حریم خصوصی اشخاص جز به حکم قانون و با رعایت مقررات و تحت نظارت مقام قضایی مجاز نیست و در هر صورت این اقدامات نباید به گونه‌ای اعمال شود که به کرامت و حیثیت اشخاص آسیب وارد کند».

۳. کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات**، ج. ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص. ۲۹.

۴. علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل و مهدیه معالی، «تعارض و دلیل‌آوری معکوس شدن بار اثبات دلیل در پول‌شویی با اصول و قواعد فقهی»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، د. ۱۸، ش. ۶۸، ۱۴۰۱، ص. ۱۱۴.

یافت شود و لازم است مدعی خلاف آن، ادعای خود را اثبات نماید<sup>۱</sup> و در نهایت در پناه این قاعده است که امنیت حقوقی اشخاص تضمین خواهد شد و حیثیت، جان و مال ایشان از هرگونه تعرض و دعوای واهی مصون خواهد ماند.<sup>۲</sup>

باین‌حال، چنان‌که اشاره شد، بسیاری از دعوای رقابتی مربوط به زیست‌بوم پلتفرمی در ایران که عمدتاً از سوی کسب‌وکارهای غیربرخوردار از سهم بازاری قابل توجه علیه کسب‌وکارهای برخوردار از قدرت بازاری بالا یا واجد موقعیت مسلط اقامه شده است، با این استدلال که «دلایل کافی مبنی بر احراز وقوع تخلف ضدرقابتی ارائه نشده است»، به سرانجام مطلوب رقابتی منتهی نشده و تشدید تمرکز بازار را در پی داشته است. چنین وضعیتی مختص ایران نیست و بررسی گزارش‌های سایر مراکز رقابتی جهان در خصوص زیست‌بوم مذکور نیز حکایت از وجود چنین چالشی دارد.<sup>۳</sup>

طبیعتاً جدی‌ترین راهکاری که به‌منظور برون‌رفت از این چالش به ذهن متبادر می‌شود، «تغییر» بار اثبات و تسهیل آن است. بدین معنا که تکلیف اثبات ادعا از دوش مدعی (خواهان دعوای رقابتی) برداشته و بر دوش مدعی‌علیه (خواننده دعوای رقابتی) نهاده شود تا در نهایت، با این جابه‌جایی، علاوه بر افزایش هزینه ارتکاب رفتارهای ضدرقابتی، فرایند اثبات رفتارهای مخل رقابت تسهیل شود و صیانت از رقابت را به‌نحو شایسته‌تری برقرار سازد. البته واضح و مبرهن است که پیاده‌سازی چنین ایده‌ای در نگاه نخست در تعارض با مبانی پیش‌گفته خواهد بود و پذیرش آن مستلزم ارائه ادله توجیهی است. بدین‌منظور و در مقام ارائه استدلال حقوقی در راستای موجه ساختن معکوس کردن بار اثبات در دعوای رقابتی زیست‌بوم پلتفرمی باید گفت که:

اولاً در رابطه با مبنای نخست، یعنی «اصل عدم»، باید خاطر نشان کرد که مراجعه به اصول، زمانی امکان‌پذیر است که اماره‌ای وجود نداشته باشد یا احتمال وجود آن نرود و نیز یأس از دستیابی به اماره پس از فحص حاصل شود؛ دلیل این برتری آن است که اماره کاشف از واقع است و اصل فاقد این ویژگی است.<sup>۴</sup> بر همین اساس، در زیست‌بوم پلتفرمی نیز در صورتی که اماره‌ای مبنی بر وقوع رفتار مخل

۱. داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه**، ج. ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ هـ. ق، صص. ۱۱۱-۱۱۰.

۲. رحمدل، منصور، «قانون اساسی ایران و اصل برائت»، *نشریه حقوق اساسی*، د. ۴، ش. ۶ و ۷، ۱۳۸۵، صص. ۱۲۱-۱۱۹.

3. Ennis, Sean. & Fletcher, Amelia, "Developing International Perspectives on Digital Competition Policy", *Centre for Competition Policy and Norwich Business School, University of East Anglia*, Vol. 1, No. 20-05, 2020, pp. 9-11.

۴. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام**.

ج. ۶، قم: مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۲۶ هـ. ق، ص. ۶۷۴.

رقابت وجود داشته باشد، نمی‌توان به مبنای یادشده تمسک جست. به‌عنوان مثال، در پرونده شکایت شرکت چیلیوری علیه شرکت اسنپ‌فود، علی‌رغم عدم کفایت ادله خواهان در اثبات رفتار ضدرقابتی خوانده از نظر شعبه دیوان عدالت اداری، اعلام ورشکستگی خواهان پیش از صدور رأی نهایی شعبه، می‌توانست به‌عنوان اماره‌ای نشئت‌گرفته از ظن قوی به وقوع رفتار مخل رقابت، مانع از استناد قاضی به اصل براءت و قاعده بینه شود.

ثانیاً درخصوص مبنای دوم، یعنی «اصل صحت»، باید گفت، این اصل زمانی جاری می‌شود که قرائن ظنی مبنی بر فساد عمل خوانده وجود نداشته باشد وگرنه مانع از اجرای اصل صحت و پیاده‌سازی قاعده بینه خواهد شد.<sup>۱</sup> به‌عنوان مثال در پرونده یادشده، قاضی شعبه دیوان عدالت اداری قادر بود با مشاهده متن پیش‌نویس قراردادهای شرکت اسنپ‌فود- که به‌صورت برخط و عمومی قابل دسترس برای همگان است- یا مشاهده سابقه شکایات رقابتی علیه شرکت اسنپ از جمله شکایت شرکت تپسی، ظن قوی نسبت به وقوع رفتار مخل رقابت ممانعت از معامله با رقیب توسط این شرکت را ادراک نماید و اصل براءت و قاعده بینه را جاری نسازد.

ثالثاً در رابطه با مبنای سوم یعنی «تضمین امنیت حقوقی اشخاص» باید گفت که مبنای مذکور استوار بر فرض «بی‌گناهی اشخاص» است. در صورتی که قرائن و نشانه‌های ظاهری، ظن وقوع رفتار ممنوعی را از سوی خوانده سبب شود، فرض مذکور منتفی خواهد شد و تبعاً محلی برای اجرای قاعده بینه باقی نخواهد ماند.<sup>۲</sup> برای نمونه در پرونده مذکور، ویژگی‌های کسب‌وکار پلتفرمی شرکت اسنپ‌فود نظیر «اثر شبکه‌ای»، «کاهش هزینه‌های مبادله»، «صرفه ناشی از مقیاس»، «صرفه ناشی از گستره»، «قابلیت شخصی‌سازی»، «نقش بسزای داده‌ها» و... از یک سو، «انحصارگرایی فزاینده بازار» از سوی دیگر و از همه مهم‌تر برخورداری این شرکت از «قدرت بازاری بالا»، آن را در موقعیتی متفاوت از سایر بازیگران و رقبای بازاری قرار می‌دهد. موقعیتی که به‌دلیل برخورداری از ویژگی‌های یادشده، احتمال وقوع رفتارهای مخل رقابت را غیرقابل چشم‌پوشی می‌نماید. بنابراین، با انتفای فرض یادشده در چنین موقعیتی، استناد به قاعده بینه و اصل براءت وجهی نخواهد داشت. بدیهی است که معکوس کردن بار

۱. فهیمی، عزیزالله، **مبانی و قلمرو اصل صحت در معاملات**. قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۶، ص. ۳.

۲. جوادی، فاطمه، سیدمهدی صالحی و سیدمهدی قریشی، «واکاوی مبانی فقهی اماره مجرمیت در جرم پولشویی»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، د. ۵۲، ش. ۱، ۱۳۹۸، ص. ۱۲.

اثبات نسبت به سایر بازیگران بازار که از چنین موقعیت راهبردی برخوردار نیست به‌سادگی امکان‌پذیر نخواهد بود.

شایان ذکر است که پذیرش تغییر بار اثباتی درخصوص موضوعات واجد شرایط و ضوابط یادشده، هرچند در قوانین و مقررات داخلی حوزه رقابت در نظام حقوقی ایران پیاده‌سازی نشده است، اما اجرای آن در سایر حوزه‌ها بی‌سابقه نیست. تبصره‌های ماده (۲) قانون مبارزه با پول‌شویی الحاقی ۱۳۹۷/۷/۳<sup>۱</sup> - که مورد ایراد شورای نگهبان نیز واقع نشده‌اند<sup>۲</sup> - و مسئله قسامه موضوع مواد ۳۱۷، ۳۱۸ و ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی که ریشه در فقه اسلامی دارد، نمونه‌هایی از تغییر بار اثبات در نظام حقوقی ایران به‌شمار می‌روند.<sup>۳</sup>

۱. تبصره‌های ۱، ۲ و ۳ قانون مبارزه با پول‌شویی الحاقی ۱۳۹۷/۷/۳:

«تبصره ۱- هرگاه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد، مانند آنکه نوعاً و با توجه به شرایط امکان تحصیل آن میزان دارایی در یک زمان مشخص وجود نداشته باشد، مسئولیت اثبات صحت آنها برعهده متصرف است. منظور از علم در این تبصره و تبصره (۳) همان است که در قانون مجازات اسلامی برای علم قاضی تعریف شده است.

تبصره ۲- دارا شدن اموال موضوع این قانون منوط به ارائه اسناد مثبت می‌باشد. علاوه بر این چنانچه ارزش اموال مزبور بیش از ۱۰ میلیارد (۰۰۰/۰۰۰/۱۰) ریال برای سال پایه و معادل افزایش یافته آن براساس نرخ تورم برای سال‌های بعد باشد، وجود سابقه از آن در سامانه‌های مربوطه مطابق قوانین و مقررات لازم است. عدم تقدیم اسناد مثبتی که قابل راستی‌آزمایی باشد به حکم دادگاه مستوجب جزای نقدی به میزان یک‌چهارم ارزش آن اموال خواهد بود، در این صورت اصل مال موضوع قانون تا زمان رسیدگی قضایی توقیف می‌شود. چنانچه پس از رسیدگی اثبات شود، دارا شدن مشروع بوده از مال رفع توقیف و در غیر این صورت ضبط می‌شود.

تبصره ۳- چنانچه ظن نزدیک به علم بر تحصیل مال از طریق نامشروع وجود داشته باشد در حکم مال نامشروع محسوب و مرتکب در صورتی که مشمول مجازات شدیدتری نباشد، به حبس درجه شش محکوم می‌شود. در هر صورت مال مزبور ضبط خواهد شد، مگر اینکه تحصیل مشروع آن اثبات شود».

۲. رک نظر شماره ۹۷/۱۰۲/۶۶۴۸ به تاریخ ۱۳۹۷/۵/۲۴ صادره از شورای نگهبان در خصوص مصوبه «لایحه اصلاح قانون مبارزه با پولشویی»، آخرین بازدید در تاریخ ۱۴۰۲/۶/۱۶ از:

<http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmShenasname.aspx>

۳. در سه بخش از قسامه، قاعده بینه و اصل برائت اجرا نمی‌شود: ۱- ابتدا از متهم درخواست دلیل بر بی‌گناهی می‌شود. ۲- از متهم بدون وجود دلیل و صرفاً به دلیل وجود لوٹ ظنی، اخذ تأمین می‌شود. ۳- در نهایت بدون وجود دلیل قطعی و حتی عدم اقامه قسامه توسط اولیای دم درخواست پرداخت دیه از متهم می‌شود. مواد ۳۱۷ تا ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در این باره مقرر می‌دارند:

«ماده ۳۱۷- در صورت حصول لوٹ، نخست از متهم، مطالبه دلیل بر نفی اتهام می‌شود. اگر دلیلی ارائه شود، نوبت به قسامه شاکی نمی‌رسد و متهم تبرئه می‌گردد. در غیر این صورت با ثبوت لوٹ، شاکی می‌تواند اقامه قسامه کند یا از متهم درخواست قسامه نماید. ماده ۳۱۸- اگر شاکی اقامه قسامه نکند و از مطالبه قسامه از متهم نیز خودداری ورزد، متهم در جنایات عمدی، با تأمین مناسب و در جنایات غیرعمدی، بدون تأمین آزاد می‌شود، لکن حق اقامه قسامه یا مطالبه آن برای شاکی باقی می‌ماند. تبصره - در مواردی که تأمین گرفته می‌شود، حداکثر سه ماه به شاکی فرصت داده می‌شود تا اقامه

به‌لحاظ تطبیقی نیز بخش ۱۹(a) قانون رقابت آلمان<sup>۱</sup> اصلاحی ۲۰۲۲/۷/۱۹ پس از احصای مجموعه‌ای از رفتارهای رقابتی ممنوعه نسبت به کسب‌وکارهای برخوردار از ویژگی‌های راهبردی همچون موقعیت مسلط، توان و دسترسی مالی بالا، دسترسی به داده‌های رقابتی و... بار اثبات و ارائه توجیه در خصوص ضدرقابتی نبودن رفتارهای مذکور را<sup>۲</sup> برعهده کسب‌وکارهای یادشده نهاده است.<sup>۳</sup> حال پس از آشنایی با نخستین ضابطه قضایی، در ادامه به بررسی ضابطه دوم یعنی «تحدید پیشینی حق دفاع» خواهیم پرداخت.

#### ۴.۲. تحدید پیشینی حق دفاع

«حق دفاع» یکی از لوازم دادرسی منصفانه و مصداقی بارز از حقوق بنیادین بشر است که از یک سو امکان طرح ادعا توسط اصحاب دعوا، استماع و آگاهی از استدلال‌های طرف مقابل و احياناً پاسخ به آنها را فراهم می‌سازد و از سوی دیگر، بازدارنده از اشتباهات مراجع رسیدگی‌کننده محسوب می‌شود. بی‌شک ضروری است که این حق در کلیه مراجع رسیدگی‌کننده به دعاوی- اعم از قضایی و شبه‌قضایی- همچون مراجع رقابتی محترم شمرده و رعایت شود.<sup>۴</sup>

مقتضی حق دفاع آن است که مرجع رسیدگی‌کننده در فرایند رسیدگی، کلیه تمهیداتی را که تضمین‌کننده حق دفاع طرفین است، در نظر بگیرد.<sup>۵</sup> یکی از تمهیدات ویژه دعاوی رقابتی در این زمینه، اصل «به‌کارگیری و استناد به دلایل موجه و معقول»<sup>۶</sup> ضمن دعاوی یادشده است. مبتنی بر این اصل، مرجع رسیدگی‌کننده ملزم است تا ضمن رسیدگی به دعاوی مربوط به برخی از رفتارهای محل رقابت، نسبت میان اثرات ضدرقابتی رفتار مربوطه و نیز تأثیرات مثبت آن بر رقابت را بسنجد و در صورت تفوق

قسامه نماید یا از متهم مطالبه قسامه کند و پس از پایان مهلت از تأمین اخذ شده رفع اثر می‌شود. ماده ۳۱۹ - اگر شاکی از متهم درخواست قسامه کند و وی حاضر به قسامه نشود به پرداخت دیه محکوم می‌شود و اگر اقامه قسامه کند، تبرئه می‌گردد و شاکی حق ندارد برای بار دیگر، با قسامه یا بینه، دعوی را علیه او تجدید کند. در این مورد متهم نمی‌تواند قسامه را به شاکی رد نماید».

1. Competition Act (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB)
2. Schnitzer, Monika, Crémer, Jacques, Crawford, Gregory, Dinielli, David, Fletcher, Amelia, Heidhues, Paul, Scott-Morton, Fiona & Seim, Katja, "International Coherence in Digital Platform Regulation: An Economic Perspective on the US and EU Proposals". *Digital Regulation Project - Policy Discussion Paper in Yale University*. Vol. 5, No. 1, 2021, p. 20.
3. Franck & Petiz, *Op.cit.*, p. 514.

۴. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، ج. ۳، تهران: دراک، ۱۳۹۳، ص. ۷۸.
۵. رستمی، ولی و داود کاظمی، «ارزیابی اصول «حق دفاع» و «علنی بودن» دادرسی مالیاتی در نظام حقوقی ایران و انگلیس»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، د. ۴۹، ش. ۴، ۱۳۹۸، ص. ۱۰۶۹.

6. the Rule of Reason

دومی بر اولی، حکم فقدان مسئولیت مرتکب رفتار یادشده را صادر نماید.<sup>۱</sup> بخش (۱) قانون شرمن ایالات متحده، جزء (۳) ماده ۱۰۱ معاهده کارکرد اتحادیه اروپایی (TFEU) و ماده (۴۴) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی ایران چنین ظرفیتی را در دعوای رقابتی نسبت به برخی رفتارهای مخل رقابت به رسمیت شناخته‌اند. به‌عنوان نمونه، اگر خواننده دعوای رقابتی قادر به اثبات این مسئله باشد که رفتارهای ارتكابی وی منجر به بهبود وضعیت تولید یا توزیع کالا، ارتقای پیشرفت فنی یا رشد اقتصادی شده است و درعین‌حال، سهم عادلانه‌ای از منافع حاصل‌شده نیز به مصرف‌کنندگان اختصاص یافته است، رفتار ارتكابی وی، علی‌رغم اینکه به‌عنوان یک رفتار مخل رقابت در قانون شناخته شده است، بنا به دلایل موجهه مذکور، مشمول ضمانت‌اجراهای رقابتی نخواهد شد.<sup>۲</sup>

یکی از سازوکارهای آینده‌نگرانه قضایی و جهت‌بخش به رفتارهای فعالان اقتصادی که می‌توان با استفاده از آن، آسیب‌های فضای رقابتی زیست‌بوم پلتفرمی همچون صعوبت اثبات دعوا را به حداقل رساند، تحدید پیشینی حق دفاع از طریق «تضییق امکان به‌کارگیری و استناد به دلایل موجه و معقول» درخصوص رفتارهای مخل رقابت و نیز «جابه‌جایی موعد استعمال این حق به زمان پیش از ارتکاب رفتارها» است. در واقع، براساس این سازوکار، لازم است پلتفرم‌های برخوردار از موقعیت مسلط، اولاً پیش از ارتکاب هر نوع رفتار مخل رقابت به رسمیت شناخته‌شده، ضمن درخواست از مرجع رقابتی، مجوز ارتکاب آن را دریافت نمایند، ثانیاً به‌هنگام ارائه ادله جهت توجیه ارتکاب رفتارهای مذکور، برخلاف ضوابط سنتی یادشده،<sup>۳</sup> جز با استناد به ادله مربوط به شرایط استثنایی و اضطراری ویژه از حق توجیه رفتار مخل رقابت برخوردار نیستند.

قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپایی نمونه بارز پیاده‌سازی چنین رویکردی است که در آن، استناد به ادله موجه بسیار محدود و تابع ضوابط و تشریفات خاصی است. براساس جزء (۱) ماده (۹) این قانون، شرکت‌های دروازه‌دار<sup>۴</sup> مکلف‌اند اولاً پیش از ارتکاب هر نوع رفتار مخل رقابت (نقض تعهدات مندرج در

1. Bailey, David, "Rule of Reason", In *Global Dictionary of Competition Law, Concurrences*, 2002, p. 758.

۲. به‌منظور آشنایی با ضوابط پیاده‌سازی اصل مذکور در فضای سنتی کسب‌وکارها و نیز سکویای رقومی ر.ک: MacLeod, 2023: 1001-1076; 13. Evans, David & Schmalensee, Richard, "Applying the Rule of Reason to Two-Sided Platform Businesses", *University of Miami Business Law Review*, Vol. 26, No. 1, 2018 Evans, David & Schmalensee, Richard, "Applying the Rule of Reason to Two-Sided Platform Businesses", *University of Miami Business Law Review*, Vol. 26, No. 1, 2018, 1-16.

۳. استناد به دلایل موجهه‌ای چون بهبود وضعیت تولید یا توزیع کالا، ارتقای فنی، رشد اقتصادی یا اختصاص منافع حاصله به مصرف‌کنندگان.

4. Gatekeepers

مواد (۵) و (۶)، درخواستی را مبنی بر ضرورت تعلیق استثنایی یکی از تعهدات یادشده به کمیسیون ارائه دهند، ثانیاً درخواست خود را منضم به ادله مثبتی شرایط اضطراری خارج از اراده و مرتبط با امنیت، سلامت، اخلاق یا حیات اقتصادی نمایند. پس از آن، حداکثر ظرف سه ماه با انجام بررسی‌های لازم در کمیسیون، تصمیم مربوطه اتخاذ خواهد شد.

چنان که ملاحظه می‌شود، به‌کارگیری سازوکار آینده‌نگرانه یادشده، با نظارت پیش‌گیرانه مرجع رقابتی، مانع از وقوع رفتارهای مخل رقابت از ابتدا خواهد شد.

### نتیجه‌گیری

براساس یافته‌های نوشتار حاضر مشخص شد که بروز انگاره‌های نوینی چون «پویایی بسیار زیاد بازار»، «تمرکز و انحصارگرایی فزاینده آن»، «بازگشت‌ناپذیری رقابت»، «ماهیت دوگانه پلتفرم» و «صعوبت اثبات دعوی»، نظام سنتی مواجهه با رفتارهای مخل رقابت را در زیست‌بوم پلتفرمی با چالش‌های جدی روبه‌رو ساخته‌است. از یک سو «پویایی بسیار زیاد بازار» سبب شده است که ضوابط و هنجارهای مواجهه، متناسب با تحولات بازار به‌روز نشوند و تبعاً از کارایی لازم نیز برخوردار نباشند. از سوی دیگر، «تمرکز و انحصارگرایی فزاینده بازار» امکان رقابت مؤثر را از رقبای سلب کرده و در موارد قابل توجهی سبب حذف آنها از بازار شده است. این مسئله در کنار اثر شبکه‌ای و هزینه بالای جابه‌جایی نه فقط «بازگشت‌ناپذیری رقابت» و عدم امکان ترمیم رقابت آسیب‌دیده در بازار مرتبط را به‌دنبال داشته است، بلکه تسری چنین وضعیتی به سایر بازارها را نیز موجب شده و عدم کفایت ضوابط سنتی مواجهه با رفتارهای مخل رقابت را نمایان ساخته است. به‌علاوه، امروزه نقش پلتفرم‌ها در بازارها از «کسب‌وکار» صرف به «کسب‌وکار-تنظیم‌گر» ارتقا یافته است؛ حال آنکه سامان‌دهی ضوابط سنتی مواجهه با رفتارهای مخل رقابت، همچنان مبتنی بر نقش سابق، باقی مانده است. در نهایت نیز ضوابط سنتی دادرسی در دعاوی پلتفرمی، به‌دلیل کاستی در انعطاف و سرعت‌عمل، قادر به تضمین رقابت و صیانت از حقوق مصرف‌کننده نبوده است.

ریشه بخش قابل توجهی از ناکارآمدی‌های یادشده آن است که نظام سنتی مواجهه با رفتارهای مخل رقابت تاکنون، یک نظام «درمانی و گذشته‌نگر» بوده است. طبیعتاً راهکار برون‌رفت از چالش‌های یادشده، تکمیل ضوابط آن با به‌کارگیری ضوابطی «پیش‌گیرانه و آینده‌نگر» در سه ساحت «رفتاری»، «ساختاری» و «قضایی» است. در همین راستا «تنظیم استانداردهای رفتاری» پلتفرم‌ها را موظف می‌کند

تا با اعمال تغییرات فناورانه به‌هنگام ارتکاب هرگونه رفتاری، مطابق با استانداردهای تنظیم‌شده عمل نمایند و پیشاپیش امکان وقوع رفتار مخل رقابت در زیست‌بوم پلتفرمی را منتفی می‌سازد. «تأمین شفافیت الگوریتمی آزمایشی» دومین ضابطه آینده‌نگرانه رفتاری است که پیاده‌سازی آن، مرجع رقابتی را قادر می‌سازد تا پیش از به‌کارگیری الگوریتم‌ها از جانب پلتفرم‌ها، هم به ارزیابی محتوای الگوریتم از منظر شاخص‌های رقابتی بپردازد، هم با ارزیابی تأثیرات اجرا و پیاده‌سازی آزمایشی آن در گستره و مقیاسی کوچک‌تر، نسبت به تأیید، اصلاح یا منع به‌کارگیری آن در آینده اقدام نماید. «تحدید ساختاری پلتفرم» نیز به‌معنای انحصار فعالیت پلتفرم به واسطه‌گری و ممانعت از ورود آن به بازارهای جانبی و رقابت مستقیم با مشاغل فعال در آن بازارها است. به‌کارگیری ضابطه ساختاری مذکور از ابتدا مانع از قرار گرفتن پلتفرم در موقعیت‌های مخل رقابت می‌شود. «بازتنظیم ماهیت ساختاری پلتفرم» ضابطه آینده‌نگرانه دیگری است به‌معنای ارتقای ماهیت پلتفرم‌های دیجیتال از کسب‌وکارهای خصوصی صرف به ارائه‌دهندگان خدمات عمومی. به‌کارگیری چنین ضابطه‌ای، الزاماتی چون رعایت حقوق بنیادین اشخاص، برابری، بی‌طرفی، شفافیت، پاسخ‌گویی، مسئولیت‌پذیری و... را بر پلتفرم‌ها بار می‌کند و صلاحیت ارتکاب بسیاری از رفتارهای مخل رقابت، حتی آنهایی را که واجد توجیه‌اند از پلتفرم سلب می‌نماید. در نهایت، ضابطه آینده‌نگرانه قضایی «تغییر و تسهیل بار اثبات» مرجع رقابتی را قادر می‌سازد تا با احراز شرایطی، ضمن جابه‌جایی بار اثبات از خواهان به خواننده دعوی رقابتی، علاوه بر افزایش هزینه ارتکاب رفتارهای ضدرقابتی، فرایند اثبات در دعوی رقابتی پلتفرمی - که عمدتاً از دعاوی صعب‌الاثبات محسوب می‌شوند - تسهیل شود و صیانت از رقابت را به‌نحو شایسته‌تری برقرار گردد. براساس «تحدید پیشینی حق دفاع» نیز طیفی از پلتفرم‌ها مکلف‌اند پیش از ارتکاب هر نوع رفتار مخل رقابت به رسمیت شناخته‌شده، ضمن درخواست از مرجع رقابتی، مجوز ارتکاب آن را دریافت نمایند و نیز به‌هنگام ارائه ادله جهت توجیه ارتکاب رفتارهای مذکور، جز با استناد به ادله مربوط به شرایط استثنایی و اضطراری ویژه از حق توجیه برخوردار نیستند.

## منابع

### کتاب

۱. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سیدمحمد هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ج. ۶، قم: مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۲۶ ه. ق.

۲. رهبری، ابراهیم و وحید حسنی سنگانی، **حقوق رقابت در عرصه مالکیت‌های فکری**، ج. ۲، تهران: سمت، ۱۳۹۸.
۳. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین**، ج. ۳، تهران: دراک، ۱۳۹۳.
۴. فهیمی، عزیزالله، **مبانی و قلمرو اصل صحت در معاملات**، قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۶.
۵. کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات**، ج. ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۶. محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه**، ج. ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶، ه. ق.

## مقاله

۷. بهادری جهرمی، علی، محمدصادق فراهانی، محمدمهدی جعفریان و رضا قاسمی‌پور، «رویه‌های نوین ضدرقابتهی در سکوه‌های فضای مجازی». *مطالعات حقوق عمومی*، د. ۵۲، ش. ۷۸، ۱۴۰۳، صص. ۳۹۲-۴۲۱.

<https://doi.org/10.22059/jplsq.2024.370291.3540>

۸. جوادی، فاطمه، سید مهدی صالحی و سید مهدی قریشی، «واکاوی مبانی فقهی اماره مجرمیت در جرم پول‌شویی»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، د. ۵۲، ش. ۱، ۱۳۹۸، صص. ۲۹-۴۸.

<https://doi.org/10.22059/jzfil.2019.269465.668606>

۹. رحمدل، منصور، «قانون اساسی ایران و اصل برائت»، *نشریه حقوق اساسی*، د. ۴، ش. ۶ و ۷، ۱۳۸۵، صص. ۹۱-۱۱۱.

۱۰. رستمی، ولی و داوود کاظمی، «ارزیابی اصول «حق دفاع» و «علنی بودن» دادرسی مالیاتی در نظام حقوقی ایران و انگلیس»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، د. ۴۹، ش. ۴، ۱۳۹۸، صص. ۱۰۸۸-۱۰۶۷.

<https://doi.org/10.22059/jplsq.2017.235097.1525>

۱۱. رضایی‌زاده، محمدجواد و داوود کاظمی، «بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، د. ۳، ش. ۵، ۱۳۹۱، صص. ۲۳-۴۶.

۱۲. رهبری، ابراهیم، «تأملی بر رابطه کلان‌داده‌ها و قدرت بازاری در بازارهای پلتفرمی از منظر تحولات نوین حقوق رقابت»، *مطالعات حقوق خصوصی*، د. ۵۳، ش. ۲، ۱۴۰۲، صص. ۲۲۸-۲۰۵.

<https://doi.org/10.22059/jlq.2023.347799.1007709>

۱۳. زارعی، محمدحسین و مجید نجارزاده هنجنی، «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکترین کارکرد عمومی»، پژوهش حقوق عمومی، د. ۵۶، ش. ۱۹، ۱۳۹۶، صص. ۱۳۵-۱۵۶.

<https://doi.org/10.22054/qjpl.2017.8834.1193>

۱۴. علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل و مهدیه معالی، «تعارض و دلیل‌آوری معکوس شدن بار اثبات دلیل در پول‌شویی با اصول و قواعد فقهی»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، د. ۱۸، ش. ۶۸-۱۴۰۱، صص. ۱۰۱-۱۱۹.

<https://doi.org/10.22034/ijrz.2022.694912>

۱۵. فراهانی، محمدصادق، عباسعلی کدخدایی و ولی رستمی، «حقوق رقابت در پلتفرم‌های دیجیتال؛ ضرورت بازنگری در قواعد سنتی»، پژوهش حقوق عمومی، د. ۲۵، ش. ۷۹، ۱۴۰۲، صص. ۴۰-۷.

<https://doi.org/10.22054/qjpl.2023.63811.2683>

۱۶. کدخدایی، عباسعلی، ولی رستمی و محمدصادق فراهانی، «ضوابط حاکم بر تنظیم پیش‌نیازهای اعمال قواعد رقابتی در پلتفرم‌های دیجیتال؛ آسیب‌شناسی ضوابط سنتی و ارائه راهکارهای نوین»، مطالعات حقوقی، د. ۱۵، ش. ۳، ۱۴۰۲، صص. ۳۸۲-۳۳۷.

<https://doi.org/10.22099/jls.2023.44359.4775>

۱۷. میرزاده کوهشاهی، نادر، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر شورای رقابت و نهادهای مرتبط»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، د. ۹، ش. ۳، ۱۴۰۱، صص. ۳۵۵-۳۸۴.

<https://doi.org/10.22091/csiw.2022.8269.2287>

## قوانین

۱۸. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸.

## پرونده‌ها

۱۹. رأی شماره ۴۰۶ به تاریخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۴ صادره از شورای رقابت.

۲۰. رأی شماره ۴۳۷ به تاریخ ۱۳۹۹/۷/۱۹ صادره از شورای رقابت.

۲۱. رأی شماره ۵۴۰ به تاریخ ۱۴۰۱/۱۱/۴ صادره از شورای رقابت.

۲۲. رأی شماره ۵۵۰ به تاریخ ۱۴۰۱/۱۲/۲ صادره از شورای رقابت.

۲۳. رأی شماره ۵۵۵ به تاریخ ۱۴۰۱/۱۲/۲۰ صادره از شورای رقابت.

۲۴. رأی مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۲ صادره از شعبه دیوان عدالت اداری.

۲۵. رأی شماره ۰۲/۱۵۰/ه ت به تاریخ ۱۴۰۲/۴/۲۶ صادره از هیئت تجدیدنظر شورای رقابت.

### نظرات

۲۶. نظر شماره ۰۲/۶۶۴۸/۹۷/۱۰۲ به تاریخ ۱۳۹۷/۵/۲۴ صادره از شورای نگهبان.

### منبع الکترونیک

۲۷. آستانه، مجتبی، «هیئت تجدیدنظر شورای رقابت، اسنپ را از پرداخت خسارت معاف کرد»، دیجیاتو،

قابل دسترسی در:

<https://digiato.com/iran-technology-news/snapp-was-exempted-paying-damages-case-of-tapsi-complaint> (۱۴۰۲/۶/۱۶).

۲۸. سراب‌پور، سونیتا، «اسنپ: رویه ضدرقابتی علیه تپسی را تکذیب می‌کنیم / تپسی: با رأی شورای

رقابت از اسنپ شکایت می‌کنیم»، کارنگ، قابل دسترسی در:

<https://karangweekly.ir/> (۱۴۰۲/۶/۱۶).

۲۹. مستکین، امیر، «از خرده فروشی به مارکت پلیس؛ دیجی کالا چگونه متحول شد؟»، دیجیاتو، قابل

دسترسی در:

<https://digiato.com/article/2020/01/25> (۱۴۰۲/۶/۱۶).

۳۰. نیری، امیر، «چیلیوری رسماً به فعالیت خود پایان داد»، آی تی ایران، قابل دسترسی در:

<https://itiran.com/>

(۱۴۰۲/۶/۱۶).

## References

### Books

1. A group of Researchers under the Supervision of Seyyed Mahmoud Hashemi Shahroudi, **Encyclopedia of Jurisprudence According to the Religion of the Ahl al-Bayt (peace be upon them)**, Vol. 6, Qom: Institute of the Encyclopedia of Islamic Jurisprudence on the Religion of the Ahl al-Bayt (peace be upon them), 1426 AH. (in Persian)
2. Fahimi, Azizollah, **Principles and Scope of the Principle of Authenticity in Transactions**, Qom: Qom University, 2017. (in Persian)
3. Katouzian, Naser, **Proof and Reason for Proof**, Vol. 2, Tehran: Mizan, 2014. (in Persian)
4. Mohaqq Damad, Seyyed Mustafa, **Rules of Jurisprudence**, Vol. 4, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 1406 AH. (in Persian)
5. Rahbari, Ebrahim and Vahid, Hassani Sangani, **Competition Law in the Field of Intellectual Property**, Vol.2, Tehran: Samt, 2019. (in Persian)
6. Shams, Abdullah, **Civil Procedure (Basic Course)**, Vol. 3, Tehran: Drak, 2014. (in Persian)

### Articles

7. Alishahi Qalejooghi, Abolfazl and Mahdih Maali, "Conflict and Justification of the Reversal of the Burden of Proof in Money Laundering with the Principles and Rules of Jurisprudence", *Islamic Law and Jurisprudence Research*, Vol. 18, No. 68, 2017, pp. 101-119. (in Persian)  
<https://doi.org/10.22034/ijrj.2022.694912>
8. Bahadori Jahromi, Ali, Mohammad Sadeq Farahani, Mohammad Mehdi Jafarian, Reza Ghasemipour, "New Anti-Competitive Practices in Cyberspace Platforms", *Public Law Studies*, Vol. 52, No. 78, 1403, pp. 421-392. (in Persian)  
<https://doi.org/10.22059/jplsq.2024.370291.3540>
9. Bailey, David, "Rule of Reason", In *Global Dictionary of Competition Law, Concurrences*, 2002, pp. 758-768.
10. Broulík, Jan, "Preventing Anticompetitive Conduct Directly and Indirectly: Accuracy versus Predictability", *The Antitrust Bulletin*. Vol. 64, No. 1, 2019, pp. 115-127. <https://doi.org/10.1177/0003603X18822611/>
11. Cabral, Sandro, Lazzarini, Sergio & Furquim, Azevedo, "Private Entrepreneurs in Public Services: A Longitudinal Examination of Outsourcing and Statization of Prisons", *Strategic Entrepreneurship Journal*, Vol. 7, No. 1, 2013, pp. 6-25. <https://doi.org/10.1002/sej.1149/>

12. Cappai, Marco & Colangelo, Giuseppe, "Navigating the Platform Age: the 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law in the EU and the U.S.", *Stanford-Vienna TTLF*, 2020, Vol. 55, No. 1, pp. 1-35.  
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3572629/>
13. Evans, David & Schmalensee, Richard, "Applying the Rule of Reason to Two-Sided Platform Businesses", *University of Miami Business Law Review*, Vol. 26, No. 1, 2018, pp. 1-16.
14. Ennis, Sean. & Fletcher, Amelia, "Developing International Perspectives on Digital Competition Policy", *Centre for Competition Policy and Norwich Business School, University of East Anglia*, Vol. 1, No. 20-05, 2020, pp. 1-21.  
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3565491/>
15. Fabiana, Diporto, & Maggiolino. Mariateresa, "Algorithmic Information Disclosure by Regulators and Competition Authorities", *Global Jurist*. Vol. 19, No. 2, 2019, pp. 1-33. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3363169/>
16. Farahani, Mohammad Sadeq, Abbasali Kadkhodaei and Vali Rostami, "Competition Law in Digital Platforms; The Necessity of Revisiting Traditional Rules", *Public Law Research*, Vol. 25, No. 79, 1402, pp. 40-7. (in Persian)  
<https://doi.org/10.22054/qjpl.2023.63811.2683>
17. Franck, Jens-Uwe. & Petiz, Martin, "Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 7, 2021, pp. 513-528.  
<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab055/>
18. Jackson, Eoen, "Upping the (Ex) Ante - Digital Competition Reform in the Era of Google Shopping", *Plassey Law Review*, Vol. 2, No.7, 2022, pp. 7-19.
19. Javadi, Fatemeh, Seyyed Mehdi Salehi and Seyyed Mehdi Qureshi, "Analysis of the Jurisprudential Basis of the Evidence of Guilt in the Crime of Money Laundering", *Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law*, Vol. 52, No. 1, 1398, pp. 29-48. (in Persian) <https://doi.org/10.22059/jjfil.2019.269465.668606>
20. Kadkhodaei, Abbas Ali, Vali Rostami, and Mohammad Sadeq Farahani, "The Rules Governing the Regulation of Prerequisites for the Application of Competition Rules in Digital Platforms; Pathology of Traditional Rules and Presentation of New Solutions", *Legal Studies*, Vol. 15, No. 3, 1402, pp. 382-337. (in Persian) <https://doi.org/10.22099/jls.2023.44359.4775>
21. Khan, Lina, "Amazon`s Antitrust Paradox", *the Yale Law Journal*, Vol. 126, No. 3, 2017, pp. 710-805.
22. Khan, Lina, "The Separation of Platform and Commerce", *Columbia Law Review*, Vol. 119, No. 4, 2019, pp. 973-1098.

23. Mirzadeh Koohshahi, Nader, "Judicial Supervision of the Administrative Court of Justice over the Competition Council and Related Institutions", *Quarterly Journal of Comparative Research on Islamic and Western Law*, Vol. 9, No. 3, 1401, pp. 355-384. (in Persian) <https://doi.org/10.22091/csiw.2022.8269.2287>
24. Paterson, Marie, "Misleading AI: Regulatory Strategies for Algorithmic Transparency in Technologies Augmenting Consumer Decision-Making." *Loyola Consumer Law Review*, 34 (Symposium Issue), 2023, pp. 558-581.
25. Rahmdel, Mansour, "The Constitution of Iran and the Principle of Innocence", *Journal of Fundamental Law*, Vol. 4, No. 6 and 7, 2006, pp. 91-111. (in Persian)
26. Rahbari, Ebrahim, "A Reflection on the Relationship between Big Data and Market Power in Platform Markets from the Perspective of New Developments in Competition Law", *Private Law Studies*, Vol. 53, No. 2, 1402, pp. 228-205. (in Persian) <https://doi.org/10.22059/jlq.2023.347799.1007709>
27. Rezaeizadeh, Mohammad Javad and Davud Kazemi, "Recognizing the Theory of "Public Services" and Its Governing Principles in the Constitution of the Islamic Republic of Iran", *Journal of Islamic Jurisprudence and Law*, Vol. 3, No. 5, 2012, pp. 23-46. (in Persian)
28. Rostami, Vali and Davoud Kazemi, "Evaluation of the Principles of "Right of Defense" and "Publicity" of Tax Proceedings in the Legal Systems of Iran and England", *Quarterly Journal of Public Law Studies*, Vol. 49, No. 4, 2019, pp. 1088-1067. (in Persian) <https://doi.org/10.22059/jplsq.2017.235097.1525>
29. Sabeel, Rahman, "Regulating Informational Infrastructure: Internet Platforms as the New Public Utilities", *Georgetown Law and Technology Review*, Vol. 2, No. 2, 2018, pp. 234-251.
30. Schnitzer, Monika, Crémer, Jacques, Crawford, Gregory, Dinielli, David, Fletcher, Amelia, Heidhues, Paul, Scott-Morton, Fiona & Seim, Katja, "International Coherence in Digital Platform Regulation: An Economic Perspective on the US and EU Proposals", *Digital Regulation Project - Policy Discussion Paper in Yale University*, Vol. 5, No. 1, 2021, pp. 1-29. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3923604/>
31. Wu, Tim, "Antitrust via Rulemaking: Competition Catalysts", *Columbia Law Review*, Vol. 16, No. 1, 2017, pp. 33-63.
32. Zarei, Mohammad Hossein and Majid Najarzadeh Henjani, "The Concept of Public Services and Its Evolution in the Light of the Public Function Doctrine", *Public Law Research*, Vol. 56, No. 19, 2017, pp. 135-156. (in Persian) <https://doi.org/10.22054/qjpl.2017.8834.1193>

**Online Sources**

33. ACCC (Australian Competition and Consumer Commission), Digital Platforms Inquiry, Australian Competition and Consumer Commission.  
<https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries-ongoing/digital-platforms-inquiry>,  
 (Last visited 2023/9/15. (
34. Astana, Mojtaba, "The Competition Council's Appeals Board Exempted Snapp from Paying Damages," Digiato, available at: <https://digiato.com/iran-technology-news/snapp-was-exempted-paying-damages-case-of-tapsi-complaint>, (Last visited 2023/9/15. ((in Persian)
35. Belgian Competition Authority, Dutch Authority for Consumers & Markets, and Luxembourg Conseil de la Concurrence, Joint Memorandum on Challenges Faced by Competition Authorities in a Digital World, Belgian Competition Authority, <https://www.belgiancompetition.be/en/about-us/publications/joint-memorandum-belgian-dutch-and-luxembourg-competition-authorities>, (Last visited 2023/9/15).
36. CMA (UK Competition and Markets Authority), Online Platforms and Digital Advertising, Competition and Markets Authority cases and projects, <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>, (Last visited 2023/9/15).
37. Crémer, J., Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H., Competition Policy for the Digital Era. European Commission, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, (Last visited 2023/9/15).
38. Ribera, T., Commission provides guidance under Digital Markets Act to facilitate development of innovative products on Apple's platforms, European Commission, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_25\\_816](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_816), (Last visited 2025/9/20).
39. French Competition Authority, Contribution to the Debate on Competition Policy and Digital Challenges. Autorite de la Concurrence. [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-03/2020.03.02\\_contribution\\_adlc\\_enjeux\\_numeriques\\_vf\\_en\\_0.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-03/2020.03.02_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf_en_0.pdf), (Last visited 2023/9/15).
40. German Commission 'Competition Law 4.0', A New Competition Framework for the Digital Economy. Federal Ministry for Economic Affairs and Energy. [https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3), (Last visited 2023/9/15).

41. Mustekin, Amir, “From Retail to Marketplace; How did digital goods evolve?», Digiato, available at: <https://digiato.com/article/۲۵/۰۱/۲۰۲۰>., (Last visited 2023/9/15. ((in Persian)
42. Nayiri, Amir, “Chiliori Officially Ended Its Activity,” IT Iran, available at: <https://itiran.com/۱۶/۰۳/۲۰۲۰/> ., (Last visited 2023/9/15. ((in Persian)
43. Nordic Competition Authorities, Digital Platforms and the Potential Changes to Competition Law at the European Level. Nordic Competition Authorities. <https://www.kfst.dk/analyser/kfst/publikationer/dansk/2020/20200928-digital-platforms-and-the-potential-changes-to-competition-law/>, (Last visited 2023/9/15).
44. Sarabpour, Sunita, “Snap: We Deny Anti-Competitive Procedures Against Tapsi / Tapsi: We Complain About Snap Following the Competition Council’s Decision,” Karang, available at: <https://karangweekly.ir/>., (Last visited 2023/9/15. ((in Persian)
45. Stigler Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee, Stigler Committee for the Study of Digital Platforms, <https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single9-events/antitrust-competition-conference/digital-platforms-committee>, (Last visited 2023/9/15).
46. Swedish Competition Authority, Competition in Digital Markets in Sweden. Swedish Competition Authority, <https://www.konkurrensverket.se/en/news/risk-for-competition-problems-on-swedish-digital-markets/>, (Last visited 2023/9/15).
47. UK Digital Competition Expert Panel, Unlocking Digital Competition, Digital Competition Expert Panel, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf), (Last visited 2023/9/15).

#### **Rules & Regulations**

48. Competition Act (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB), [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/englisch\\_gwb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html), (Last visited 2023/8/26).
49. Digital Markets Act, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ EN/TXT/ PDF/?uri=CELEX:32022R1925>, (Last visited 2023/8/26).
50. Digital Platform Commission Act Bill, <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/1671/text>, Last visited 2023/8/26.
51. Ending Platform Monopolies Act Bill,

- <https://www.govtrack.us/congress/bills/117/hr3825/text>, (Last visited 2023/8/26).
52. Implementation of General Policies of Article Forty-Four (44) Act, <https://qavanin.ir/Law/TreeText/?IDS=8609157198573593908>, (Last visited 2026/2/13). (in Persian)
53. Opinion No. 6648/102/97 dated 2018/8/15 issued by the Constitutional Council. (in Persian)
54. Sherman Anti-Trust Act, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-3055/pdf/COMPS-3055.pdf>, (Last visited 2023/8/26).
55. Treaty on the Functioning of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, (Last visited 2023/8/26).

#### Cases

56. Case No. 406 decision dated 2020/1/4 issued by the Competition Council. (in Persian)
57. Case No. 437 decision dated 2020/10/10 issued by the Competition Council. (in Persian)
58. Case No. 540 decision dated 2023/1/24 issued by the Competition Council. (in Persian)
59. Case No. 550 decision dated 2023/2/21 issued by the Competition Council. (in Persian)
60. Case No. 555 decision dated 2023/3/11 issued by the Competition Council. (in Persian)
61. Case No. 150/02/H.T decision dated 2023/7/17 issued by the Appeals Board of the Competition Council. (in Persian)
62. The judgment dated 2020/10/13 issued by the Branch of Administrative Justice Court (in Persian)

## **Evolution to Ex-ante Competition Law A Reflection on the New Rules for Dealing with Anti-Competitive Practices in Digital Platforms**

**Ali Bahadori Jahromi\***  
**Mohammad Sadegh Farahani\*\***

### **Abstract**

The emergence of new concepts such as "extremely dynamic market", "its increasing concentration and exclusivity", "irreversibility of competition", "dual nature of the platform" and "difficulty of proving a claim" in the platform ecosystem, the traditional system of dealing with anti-competitive behavior in this field has faced serious challenges. By using library studies and adopting an analytical-descriptive method, in order to find the answer to the question of what are the new criteria for dealing with anti-competitive practices of digital platforms, it has concluded that a significant part of the inefficiency of traditional criteria in this field returns to the centrality of the "therapeutic and retrospective" approach that governs them. Accordingly, the main solution to overcome the challenges is to complete the traditional criteria by applying "Proactive and forward-looking" criteria. The criteria in the field of "practice" from the path of "setting behavioral standards" and "providing experimental algorithmic transparency", in the structural field from the path of "structural determination of the platform" and "resetting the structural nature of the platform" and finally in the judicial field from the path of "changing and facilitating the burden of proof" and "prior limitation of the right to defense" can be implemented.

### **Keywords:**

Digital Economy, Algorithm, Market, Platform, Competition Law, Artificial Intelligence.

---

\* Assistant Professor, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

\*\* Post-Doctoral Researcher, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran  
Corresponding Author Email: m.farahani@modares.ac.ir



## لکس مرکاتوریا: نظام حقوقی بازارمحور

محمد جواد عبداللهی\*  
محمد کریمی\*\*  
مجیدرضا عرب احمدی\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۰۱

### چکیده

جوامع تخصصی در عرصه‌های مختلف حقوقی و به‌ویژه حقوق بازرگانان، از قدیم‌الایام فراتر از قدرت ساخت قانون توسط قانون‌گذاری‌های ملی، گرایش به سمت ایجاد قواعد حقوقی داشته‌اند. این ویژگی خودتنظیم ناشی از قدرت ذاتی بازارهای بین‌المللی است که نشان داده توانایی خلق قانون بدون دخالت یک قوه قانون‌گذاری دولتی دارد. در این راستا لکس مرکاتوریا به‌عنوان یک نظام حقوقی فرادولتی، تحت‌تأثیر وضعیت بازارهای بین‌المللی، ایجاد و تکامل یافته است؛ از این جهت از یک طرف می‌توان از لکس مرکاتوریا به‌عنوان یک رژیم حقوقی «بازار محور» یاد کرد و از طرف دیگر لکس مرکاتوریا در عمل قابلیت لازم برای انطباق با شرایط سیال و درحال تکامل بازارهای بین‌المللی را دارد. نویسندگان در پاسخ به این سؤال اساسی پژوهش، که بازارهای بین‌المللی و لکس مرکاتوریا به‌طور متقابل چه تأثیری در ایجاد و تکامل لکس مرکاتوریا و برآورده کردن الزامات بازارهای بین‌المللی داشته‌اند، با روش کتابخانه‌ای و با ابزار فیش‌برداری ضمن بررسی سیر تاریخی پیدایش لکس مرکاتوریا و تحلیل نقش مؤثر و قدرت‌سازنده بازارهای بین‌المللی در ایجاد شرایط اقتصادی لازم برای توسعه لکس مرکاتوریا، مناسب بودن لکس مرکاتوریا برای شرایط فراملی بازارهای بین‌المللی را تحلیل نموده‌اند. مطالب ارائه‌شده نشان می‌دهد لکس مرکاتوریا به‌عنوان یکی از مصادیق حقوق نرم توانسته است بر مبنای شرایط ویژه بازارهای بین‌المللی، در شاخه‌های تخصصی و معمولاً پیرامون یک صنعت خاص رشد کند و تکامل یابد و به‌طور متقابل پاسخ‌گوی شرایط ویژه بازارهای بین‌المللی باشد.

### کلیدواژگان:

لکس مرکاتوریا، بازرگانان، نظام‌های حقوقی ملی، بازارهای بین‌المللی، حقوق تجارت بین‌الملل.

\* استادیار، دانشکده حقوق و اقتصاد، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد خمینی‌شهر، خمینی شهر، ایران (نویسنده مسئول)  
dr.abdollahi@iauo.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد نجف‌آباد، نجف‌آباد، ایران.

\*\*\* استادیار، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد فراهان، فراهان، 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

بر مبنای نگرش اقتصادی به حقوق قراردادهای، قوانین منسوخ شده و سازوکارهای ناکافی برای اجرای تعهدات یکی از عوامل ناکارآمدی بازارها بوده است، مانع توسعه اقتصادی پایدار تلقی می‌شوند و از این جهت قواعد و اصول حقوقی باید منطبق با شرایط اقتصادی جوامعی باشند که برای مدیریت معاملات آنها در نظر گرفته شده‌اند. به‌طور خاص در بازرگانی بین‌المللی با توجه به شرایط ویژه بازارهای بین‌المللی و تجار شرکت‌کننده در این بازارها، ایجاد اصول و قواعد یکنواخت و استاندارد که فراتر از سیاست‌های خاص قانون‌گذاری کشورهای مختلف ایجاد شده باشند، امری حیاتی برای رونق تجارت محسوب می‌شود؛ از این جهت لکس مرکاتوریا یا همان حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک نظام حقوقی فرادولتی به‌تدریج بر مبنای آداب و رسوم متداول بازرگانان در جوامع بین‌المللی به وجود آمد و تا به امروز نیز به حیات خویش ادامه داده است. از لحاظ مفهومی بحث‌های نظری فراوانی پیرامون معنی، وجود، محتوا و مناسبت‌های اعمال لکس مرکاتوریا<sup>۱</sup> مخصوصاً در داوری تجاری بین‌المللی وجود دارد به‌نحوی که در طول سال‌ها این مباحث جهان داوری را به دو دسته تقسیم کرده است: «مرکاتوریست‌ها»<sup>۲</sup> از یک سو و «ضدمرکاتوریست‌ها»<sup>۳</sup> از سوی دیگر. پروفیسور گلدمن<sup>۴</sup> یکی از حقوق‌دانان برجسته و از مدافعان قوی لکس مرکاتوریا، به‌طور مثال مفهوم مضیق را ارائه می‌دهد که بر مبنای آن لکس مرکاتوریا به‌عنوان مجموعه‌ای از اصول کلی و قواعد عرفی خودجوش گسترش یافته در چارچوب تجارت بین‌الملل، بدون ارجاع به یک نظام حقوقی مشخص در نظر گرفته می‌شود.<sup>۵</sup> گلدمن قوانین دولتی یا بین دولتی را استثنا می‌کند و حقوق بازرگانی فرادولتی را ترکیب شده از قوانین ویژه‌ای می‌داند که فراملیتی‌اند و ماهیت خودجوش عرفی دارند.<sup>۶</sup> پروفیسور امانوئل گایلارد<sup>۷</sup> نیز لکس مرکاتوریا را بر مبنای حقوق تطبیقی که در نهایت منجر به شناخت قاعده‌ای می‌شود که به‌طور گسترده پذیرفته شده است، تحلیل می‌نماید.<sup>۸</sup> لاگارد<sup>۹</sup>

1. Lew, Julian D.M., Mistelis, Loukas A., Kröll, Stefan, **Comparative International Commercial Arbitration**, Hague: Kluwer Law International, 2003, P.460.

2. Mercatorists

3. Anti- mercatorists

4. Berthold Goldman

5. Lim, Chin L., **The Cambridge Companion to International Arbitration**, United Kingdom: Cambridge University Press, 2021, P.13.

6. Zenedin Glitz, Frederico Eduardo, **Globalization of Contract Law: A Brazilian Perspective**, Curitiba: Curitiba Edição Do Autor, 2014, P.160.

7. Emmanuel Gaillard

8. Klabbbers, Jan, Piiparinen, Touko, **Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance**, USA: Cambridge University Press, 2013, P. 205.

9. Lagarde

قانون بازرگانان را به‌عنوان یک قانون فراملی با یک شخصیت محدود شده توصیف می‌نماید و معتقد است این قانون فقط می‌تواند به‌وسیله داوران در کنار قانون ملی انتخاب شده به‌وسیله طرفین یا نسبت به تفسیر عبارات خاص مربوط به تجارت بین‌الملل اعمال شود.<sup>۱</sup> صرف‌نظر از این تفاوت دیدگاه‌ها باید توجه داشت فلسفه وجودی لکس مرکاتوریا جلوگیری از رجوع به قوانین کشورهای توسعه‌یافته یا در حال توسعه است؛<sup>۲</sup> چراکه رجوع به قوانین ملی با توجه به تفاوت‌های موجود در میان آنها، می‌تواند روند معاملات در تجارت خارجی را دشوار و پیچیده سازد. از این جهت، قواعد لکس مرکاتوریا به‌عنوان یک نظام حقوقی فراملی و فراتر از احکام حقوقی متفاوتی که در میان نظام‌های حقوقی ملی مختلف وجود دارد، در عمل توانسته است اعمال و رویدادهای فراسرزمینی را تنظیم کند<sup>۳</sup> و بنابراین دارای نقش مؤثری در ترویج ارزش‌های مشترک در جامعه بازرگانی بین‌المللی است.<sup>۴</sup>

در حقوق داخلی ایران نیز امکان استناد به لکس مرکاتوریا به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد در اسناد حقوقی مختلف از جمله در بند ۱ از ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی و همچنین در بند ۱ از ماده ۳۱ قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران (مصوب ۱۴۰۲) پیش‌بینی شده است. از این جهت با توجه به پذیرش امکان استناد به لکس مرکاتوریا در نظام حقوقی ایران، تحلیل مباحث و نتایج پژوهش در حقوق داخلی نیز درخور توجه است. به‌طور کلی فراتر از تشت آرا مربوط به جنبه‌های نظری لکس مرکاتوریا، مبحثی که لازم است در راستای ایجاد نگرشی عمل‌گرایانه به آن پرداخته شود، نقش بازارها در ایجاد و تکامل لکس مرکاتوریا است. این نگرش از این نظر خلاقانه است که برخلاف تحقیقات قبلی که اکثراً به مباحث حقوقی مرتبط با جنبه‌های حقوقی مختلف لکس مرکاتوریا پرداخته‌اند، در پژوهشی مستقل به تحلیل ارتباط متقابل بازارهای بین‌المللی و لکس مرکاتوریا، با هدف تحلیل چگونگی ارتباط مستقیم بین بازارها و ضرورت وجود یک نظم حقوقی فراملی، به نام لکس مرکاتوریا پرداخته است. این رویکرد از این

1. Baddack, Frank, *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*, LL.M. (International Trade Law), Thesis, Faculty of Law, University of the Western Cape, Supervisor: Adv. M S Wandrag (University of the Western Cape), P. 35.

2. Damjanovic, Ivana, *The European Union and International Investment Law Reform Between Aspirations and Reality*, USA: Cambridge University Press, 2023, P.67.

3. Lynch-Wood, Gary, K. Osuji, Onyeka, N. Ngwu, Franklin, *corporate social responsibility across the globe: Innovative resolution of regulatory and governance challenges*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2023, P. 235.

۴. کریمی، محمد و مجیدرضا عرب احمدی، «بررسی چگونگی رفع مشکلات مربوط به اعمال تعارض قوانین در تجارت خارجی از طریق اعمال لکس مرکاتوریا»، *دانش حقوق ملنی*، شماره ۲، ۱۴۰۱، ص. ۳۷.

لحاظ دارای اهمیت مضاعف است که نمونه‌ای عینی از قدرت خلق قانون به‌وسیله قوای غیر دولتی را نشان می‌دهد که محصول آن به‌عنوان لکس مرکاتوریا شناخته می‌شود.<sup>۱</sup>

بر مبنای این نگرش، در پرتو ویژگی‌های بازارهای بین‌المللی، بازرگانان به‌عنوان منبعی بالقوه و بدون دخالت دولت‌های ملی می‌توانند ایجادکننده قانونی یکنواخت برای تحولات جدید در حوزه تجارت خارجی باشند<sup>۲</sup> و از این جهت در راستای برآورده ساختن ارزش‌ها و نیازهای مربوط به جهانی‌سازی بازارها، بازرگانان نوع جدیدی از قانون را ایجاد کردند که «لکس مرکاتوریای جدید» نام گرفت.<sup>۳</sup> درخصوص چرایی این نام‌گذاری باید توجه داشت که از نیمه دوم قرن بیستم، نظریه‌ای به نام لکس مرکاتوریای جدید در برخی آثار حقوقی توسعه یافت<sup>۴</sup> که واژه «جدید» در این عبارت اشاره به آغاز نهضتی علمی در شناسایی تفکری جدید در نیمه دوم قرن بیستم برای توسعه لکس مرکاتوریا دارد که بر مبنای آن لکس مرکاتوریا می‌تواند به‌عنوان یکی نظام حقوقی مستقل، فراتر از نظام‌های حقوقی ملی درگیر در تجارت بین‌الملل شناخته شود. از این نظر، لکس مرکاتوریای جدید می‌تواند به‌عنوان شروع (ایده‌پردازی) در رابطه با یک حقوق تجاری بین‌المللی جدید تلقی شود که قواعد حقوقی‌اش پس از آن از طریق اصول قوانین ملی ایجاد نخواهد شد.<sup>۵</sup>

علاوه بر موارد مذکور، امروزه به اثبات رسیده است قوانین ملی در ایجاد محیطی منطبق با توسعه و تکامل سریع تجارت بین‌الملل و همچنین در تطابق با تخصص‌گرایی مرتبط با حوزه‌های مختلف (بازار جهانی) ناتوان‌اند و در مدیریت قراردادهای خارجی مشکلات حقوقی متعددی را به وجود آورده‌اند. در این زمینه در پرونده مشهور IBM و «فوجیتسو» ثابت شد که قوانین کی‌رایت داخلی قادر نیستند برای نرم‌افزارهای کامپیوتری پیچیده محافظت قابل قبولی را فراهم کنند. در این پرونده، IBM و فوجیتسو در دهه ۱۹۸۰ درگیر اختلاف قابل توجهی در زمینه حقوق مالکیت فکری شدند. آن‌ها تصمیم گرفتند

1. Cutler, A. Claire Cutler., **Private Power and Global Authority Transnational Merchant Law in the Global Political Economy**, New York: Cambridge University Press, 2023, P.16.

2. Elcin, Mert, **Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and Practice, Volume 1, Thesis Submitted for Assessment with a View to Obtaining the Degree of Doctor of Laws of the European University Institute**, Florence, Prof. Fabrizio Cafaggi (EUI Supervisor), P. 44.

3. Zamboni, Mauro, **Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory**, Berlin: Springer Science & Business Media, 2007, P.132.

4. SZWAJCZAK, Natalia, **Effectiveness of Indication of Lex Mercatoria in a Choice-Of-Law Clause in International Commercial Contracts**, MMR, vol. XXIII, 25 (4/2018), 2018, p. 223.

5. Cheng, Chia-Jui, **Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law**, Netherlands: Brill, 2024, pp.138-139.

6. International Business Mach. Corp. v. Fujitsu Ltd., No. 13T-117-0636-85 American Arbitration Ass'n Commercial Arbitration Tribunal 4,1987.

به جای مراجعه به دادگاه، گزینه داوری را انتخاب کردند. طرفین در نهایت به انتخاب یک هیئت داوری متشکل از یک متخصص سیستم‌های کامپیوتری، یک مدیر بازنشسته فناوری اطلاعات و یک استاد دانشکده حقوق استنفورد و متخصص در حل اختلافات خارج از دادگاه، به‌عنوان داوران رسیدگی‌کننده به اختلاف، توافق نمودند.<sup>۱</sup> در این پرونده که در انجمن داوری آمریکا<sup>۲</sup> رسیدگی شد، IBM مدعی شده بود فوجیتسو از برنامه‌نویسی IBM در جهت نقض حقوق مالکیت فکری IBM استفاده کرده است. داوران در مقام فصل خصومت از قوانین ایالات متحده و ژاپن استفاده نکردند، بلکه در نهایت تصمیم به اعمال اصول لکس مرکاتوریا گرفتند.<sup>۳</sup>

در رابطه با معاملات منعقد در بازارهای سرمایه‌ای و در بازارهای مالی نیز قوانین داخلی برای ارائه راه‌حل‌های کارآمد و عملی مناسب نیستند و از این نظر به‌مرور زمان حجم بزرگی از اسناد استاندارد همانند توافقات پیش‌نویس شده به‌وسیله انجمن بین‌المللی سوآپ و مشتقات<sup>۴</sup> برای قراردادهای فرابورس، به‌وسیله اتحادیه بازار تسهیلات<sup>۵</sup> (بریتانیا) برای موافقت‌نامه‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری بین‌المللی تنظیم شدند.<sup>۶</sup>

1. Bello, Temitayo, **Entertainment Industry Disputes; Arbitration As a Catalyst to Perennial**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3055732>, 2017, P. 18.

2. American Arbitration Association

3. Schaffer, Richard, Earle, Beverley, Agusti, Filiberto, **International Business Law and Its Environment**, USA: West Educational Publishing Company, 1999.

4. International Swap and Derivatives Association (ISDA)

۵. انجمن بین‌المللی سوآپ و مشتقات (ISDA)، یک سازمان تجاری متشکل از شرکت‌کنندگان در بازار مشتقات فرابورس است. ISDA با تکیه بر اعتبار خود به‌عنوان تنظیم‌کننده استانداردهای بازار، چندین ابتکار تنظیم استاندارد را برای حمایت از تغییرات تکنولوژیکی و کمک به نزدیک‌تر کردن صنعت به آینده‌ای بدون اصطکاک راه‌اندازی نموده است

(Schammo, Pierre, **Of Standards and Technology: ISDA and Technological Change in the OTC Derivatives Market**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4059245> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4059245>, 2022: 3)

به‌طور کلی درخصوص اهمیت ISDA به این مهم تأکید شده است که با توجه به موفقیت ISDA به‌عنوان یک استاندارد جهانی، چارچوب ISDA یک نقطه مرجع برای هر تحلیل لکس مرکاتوریا را تشکیل می‌دهد (Ramos Muñoz, David, )  
Lamandini, Marco, **Effective Judicial Protection and Cross-Border Financial Disputes in Europe** A **Complex Status Quo**, Italy: Franco Angeli, 2025, p.92) چراکه به‌عنوان مصدافی از مقررات خصوصی

غیردولتی (قواعد خصوصی حاکم بر معاملات فرامرزی)، می‌تواند نمونه‌ای کلاسیک از آن چیزی باشد که مفسران وقتی از لکس مرکاتوریا صحبت می‌کنند، به آن اشاره می‌نمایند (Riles, Annelise, **Collateral Knowledge Legal Reasoning in the Global Financial Markets**, United States: University of Chicago Press, 2011, p. 32)

6. Loan Market Association (LMA)

7. Berger, Klaus Peter. **Transnational Commercial Law in the Age of Globalization**, Rome, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2010, pp. 26-27.

نویسندگان در این پژوهش و در پاسخ به این سؤال اساسی که بازارهای بین‌المللی چه تأثیری در ایجاد و تکامل قواعد حقوقی لکس مرکاتوریا داشته‌اند و همچنین لکس مرکاتوریا چگونه با شرایط بازارهای بین‌المللی تطابق دارد، ضمن تحلیل مباحث پژوهش، با روش کتابخانه‌ای و با ابزار فیش‌برداری به تحلیل مسائل و اطلاعات مرتبط با موضوع پژوهش پرداخته‌اند. در این راستا و در راستای ترسیم نحوه تأثیرگذاری بازارهای بین‌المللی بر ایجاد و توسعه لکس مرکاتوریا و همچنین تحلیل پیوستگی متقابل آنها، نویسندگان در ابتدا بخش اول مقاله به تحلیل مفهوم لکس مرکاتوریا و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران پرداخته‌اند. در بخش دوم مقاله نیز به بررسی سابقه تاریخی لکس مرکاتوریا پرداخته شده که مطالب این بخش نیز نشان‌دهنده نقش بازارها، شرایط و تحولات جدید اقتصادی در روند ایجاد و تکامل لکس مرکاتوریا است. در بخش سوم مقاله نیز به بررسی چگونگی تأثیر شرایط بازارهای جهانی بر ایجاد و توسعه قواعد لکس مرکاتوریا و همچنین ارتباط متقابل و سازنده لکس مرکاتوریا با بازارهای بین‌المللی پرداخته شده است.

به‌طور کلی در پاسخ به سؤال اصلی پژوهش، مطالب ارائه شده در این تحقیق نشان می‌دهد بازارهای بین‌المللی نقش قابل توجهی در ایجاد و تکامل تدریجی لکس مرکاتوریا دارند و لکس مرکاتوریا نیز گزینه مناسب برای اداره روابط حقوقی در بازارهای بین‌المللی است و از این جهت به‌درستی می‌توان لکس مرکاتوریا را به‌عنوان یک نظام حقوقی بازار محور تلقی نمود.

## ۱. تعریف لکس مرکاتوریا و جایگاه آن در حقوق داخلی ایران

برخی از نویسندگان اعتقاد به ابهام موجود در لکس مرکاتوریا دارند.<sup>۱</sup> دلیل این وضعیت می‌تواند در تمایل داوران به تبیین محتوای لکس مرکاتوریا به شیوه‌ای باشد که انعکاس‌دهنده فرهنگ حقوقی آنها باشد.<sup>۲</sup> در رابطه با ویژگی خود قانون‌سازی<sup>۳</sup> انتزاعی لکس مرکاتوریا<sup>۴</sup> یا همان قابلیت خودتنظیمی<sup>۵</sup> آن اختلاف‌نظرهای متعددی وجود دارد و البته برخی نیز در مقایسه با قانون‌گذاری‌های ملی (دولتی)، ایده

1. Shapira, Amos, Tabory, Mala, *New Political Entities in Public and Private International Law with Special Reference to the Palestinian Entity*, Boston: Brill, 2024, P. 337.

2. Martsekis, Georgios, *Good Faith in International Commercial Arbitration*, New York: Taylor & Francis, 2025, p. 92.

3. Self-constitutionalizing

4. Brousseau, Eric, Glachant, Jean-Michel, Sgard, Jérôme, *The Oxford Handbook of Institutions of International Economic Governance and Market Regulation*, New York: Oxford University Press, 2025, p. 835.

5. Self-regulation

لکس مرکاتوریا (به‌عنوان یک نظم خصوصی فراملی) را نشان‌دهنده رقابت سنگین بین بازیگران خصوصی با بازیگران دولتی (در خلق قانون) می‌دانند.<sup>۱</sup> باوجود تمام این اختلاف‌نظرها، ملاحظه دیدگاه نویسندگان مختلف نشان می‌دهد دو دیدگاه متفاوت درخصوص تعریف لکس مرکاتوریا وجود دارد: دیدگاه مضیق و دیدگاه موسع. در مفهوم وسیع، لکس مرکاتوریا براساس موضوع منابع تشکیل‌دهنده آن قطع نظر از منشأ و ماهیت این منابع تعریف می‌شود. به این اعتبار لکس مرکاتوریا، حقوق مناسب برای روابط اقتصادی بین‌المللی است. این مفهوم نه تنها حقوق عرفی فراملی اعم از مدون و غیر مدون را دربرمی‌گیرد؛ بلکه شامل قوانین بین دولتها همانند کنوانسیون‌های وین و لاهه جهت متحدالشکل کردن قوانین مربوط به بیع بین‌المللی کالا و برخی قوانین دولتی مربوط به تجارت بین‌المللی نیز می‌شود.<sup>۲</sup> در مقابل دیدگاه موسع، طرف‌داران دیدگاه مضیق همانند پروفیسور گلدمن، ضمن استثنا کردن قوانین ملی وضع شده در قلمرو تجارت بین‌الملل از دامنه شمول لکس مرکاتوریا، آن را تشکیل شده از قواعد ویژه‌ای می‌داند که فراملیتی‌اند و ماهیت خودجوش عرفی دارند. در نظر این گروه از نویسندگان، ویژگی متمایز این نظام حقوقی، ماهیت «عرفی» و «خودجوش» آن است<sup>۳</sup> که همین ویژگی زمینه سبب پیوستگی مداوم آن با حوزه‌های نوظهور بازارهای بین‌المللی همانند لکس اینفورماتیکا<sup>۴</sup> شده است.<sup>۵</sup>

به‌طور کلی باتوجه‌به دیدگاه‌های فوق و نظر به ماهیت فراملی و غیردولتی لکس مرکاتوریا و پذیرش گسترده اصول و قواعد آن در جوامع بازرگانی و نظر به اینکه لکس مرکاتوریا در جرگه آن بخش‌هایی از حقوق محسوب می‌شود که بیشترین ارتباط را با اقتصاد دارد؛ در نظر نویسندگان، لکس مرکاتوریا را می‌توان «به‌عنوان یک نظام حقوقی عرفی خودتنظیم تلقی نمود که اصول و قواعد آن در تطابق با نیازها و شرایط بازارهای بین‌المللی ایجاد و تکامل یافته و به‌دلیل تطابق آن با رویه عرفی بازرگانی بین‌المللی در اکثر نظام‌های حقوقی پیشرو در تجارت خارجی نیز به رسمیت شناخته شده است». بنابراین به‌طور کلی لکس مرکاتوریا را باید قانون مناسب برای بازرگانی بین‌المللی تلقی نمود که خصیصه اصلی قواعد آن، به رسمیت شناخته شدن در متن جامعه بازرگانی بین‌المللی، به‌طور مثال از طریق استناد مکرر در آرا داور

1. Muñoz, *Cit.*, P.110

۲. جنیدی، لعی، «نظریه حقوق فراملی بازرگانی»، فصلنامه حقوق: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش. ۱، ۱۳۹۰، ص. ۱۳۲.

۳. کریمی، محمد، جواد کاشانی، محسن محبی و داود نصیران، «لکس مرکاتوریا قانونی کارآمد برای بازرگانان»، پژوهشنامه بازرگانی، ش. ۱۰۳، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۷.

4. *Lex informatica*

5. Dell'Erba, Marco, **Technology in Financial Markets Complex Change and Disruption**, United Kingdom, Oxford University Press, 2024, p.124.

تجاری بین‌المللی یا مرسوم بودن آنها در رویه عرفی بازرگانان یا درج در اصول نمونه حقوق تجارت بین‌الملل، همانند اصول یونیدروا<sup>۱</sup> یا کنوانسیون‌های بین‌المللی مرتبط با تجارت بین‌الملل، همانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالاها<sup>۲</sup> است.

در نظام حقوقی ایران نیز لکس مرکاتوریا به رسمیت شناخته شده است. در این خصوص در ابتدا می‌توان به مقررات جدید مرکز داوری اتاق ایران، مصوب ۱۴۰۲ اشاره نمود. در این مقررات به صراحت در بند اول از ماده ۳۱ با عنوان «قانون حاکم» بیان شده است: «"داور" مکلف است براساس قانون حاکم و یا قواعد حقوقی قابل اعمال رأی صادر کند». ذکر عبارت «قواعد حقوقی» به اعتقاد مفسرین داوری تجاری بین‌المللی دلالت بر امکان انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد دارد که در بند اول از ماده ۳۱ این مقررات در کنار عبارت «قانون حاکم» که دلالت بر انتخاب یک قانون ملی<sup>۳</sup> دارد، به کار گرفته شده است. بنابراین استفاده از عبارت «قواعد حقوقی»<sup>۴</sup> که دلالت بر آزادی طرفین در انتخاب قواعد لکس مرکاتوریا (همانند اصول یونی‌درویت)<sup>۵</sup> در اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی دارد،<sup>۶</sup> در مقررات فوق در نظر گرفته شده است.

علاوه بر این، بند ۱ از ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز بیان می‌کند: «داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد» که عبارت «قواعد حقوقی» دلالت بر امکان انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد دارد. علاوه بر بند مذکور، برخی از نویسندگان بر این اعتقادند که به موجب بند ۳ از ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند براساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد» و از این جهت هنگامی که قانون‌گذار اجازه می‌دهد داوران بتوانند با موافقت طرفین فارغ از شروط و اقتضاهای قانونی، صرفاً براساس آنچه عادلانه و منصفانه تشخیص می‌دهند رأی صادر کنند، به طریق اولی طرفین می‌توانند به داوران اجازه دهند که داوران بتوانند براساس

1. Unidroit Principles Of International Commercial Contracts.

2. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980).

3. State Law

4. Rules of law

5. UNIDROIT

6. Kadner Graziano, Thomas, **Comparative Contract Law**, Fourth Edition Exercises in Comparative Methodology, USA, Edward Elgar Publishing, 2025, P.659.

اصول مشترک حقوقی یا حقوق بازرگانی نیز رأی صادر نمایند.<sup>۱</sup> بنابراین در حقوق ایران به نظر می‌رسد، در امکان استناد به لکس مرکاتوریا به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد در زمینه قراردادهای تجاری بین‌المللی، اختلاف نظری در میان حقوق‌دانان، به‌ویژه در فرض انتخاب صریح لکس مرکاتوریا به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد، وجود نداشته باشد.

## ۲. تأثیر بازارهای بین‌المللی در پیدایش و روند تکاملی لکس مرکاتوریا از لحاظ تاریخی

بررسی سابقه تاریخی نشان می‌دهد در قرون وسطی بازرگانان در سراسر اروپا مسافت‌های طولانی را به‌منظور مبادله کالاها در نمایشگاه‌ها و بازارهای روستایی با اشخاصی که هم اطلاعات کمی در مورد آن‌ها داشتند و هم از فرهنگ‌های متفاوتی بودند، طی می‌کردند. به‌مرور زمان با درگیر شدن بازرگانان در تعاملات تجاری فراسرزمینی، رویه‌های بازرگانی بهتر تعریف شدند و در عمل باعث به وجود آمدن نظام حقوقی منسجمی شد که به زبان تجاری رایج آنها بسیار نزدیک بود. این قانون مشترک تجاری، که با نام لکس مرکاتوریا شناخته می‌شود، توانست توانایی بازرگانان برای مشارکت در فعالیت‌های تجاری را افزایش دهد.<sup>۲</sup>

ملاحظه رویدادهای تاریخی نشان می‌دهد افزایش ملی‌گرایی در طول قرن نوزدهم سبب شد لکس مرکاتوریا بیش از پیش در حقوق داخلی کشورها می‌گنجانند و با قوانین ملی ادغام شود؛ با این وصف لکس مرکاتوریا استقلال، یکنواختی و انعطاف خود را از دست داد و با محدود شدن به مرزهای ملی روبه‌افول نهاد.<sup>۳</sup> در قرن نوزدهم در واقع پس از معرفی قوانین تجاری توسط دولت‌های ملی در حال ظهور، لکس مرکاتوریا جذابیت خود را از دست داد. با وجود این، از دهه ۱۹۶۰ لکس مرکاتوریا مجدداً مورد توجه قرار گرفت و از دهه ۱۹۸۰ نیز به‌طور گسترده مورد تمجید قرار گرفت.<sup>۴</sup>

۱. شیروی، عبدالحسین، **داوری تجاری بین‌المللی**، چ ۶ سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۹۵، صص. ۲۲۶-۲۲۷.

2. Druzin, Bryan H, "Anarchy, Order, and Trade: A Structuralist Account of Why a Global Commercial Legal Order is Emerging", *Vanderbilt journal of transnational law*, Vol. 47, 2014, p. 1072.

۳. محمودی کردی، زهرا، مهدی زاهدی و عاطفه قدیری‌نژاد، «از لکس مرکاتوریا تا حقوق تجارت فراملی در معنای مقتضی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، د. ۸ ش. ۱۳، ۱۳۹۹، ص. ۷۳.

4. Von Daniels, Detlef, **The Concept of Law from a Transnational Perspective**, New York: Taylor & Francis, 2016, p.71.

در قرن بیستم، با پیشرفت تجارت بین‌الملل و نقش‌آفرینی اشخاص خصوصی در این عرصه، به‌تدریج از برتری قوانین ملی درخصوص اجرای قراردادهای تجاری فرامرزی کاسته شد و موازین عرفی مورد قبول تجار در عرصه بازرگانی بین‌المللی و همچنین در رویه داوری تجاری بین‌المللی نفوذ کرد. از این جهت در قرن بیستم لکس مرکاتوریا احیای قابل توجهی را تجربه نمود و در عمل «جهانی شد».<sup>۱</sup> در این زمان و پس از گذر از دوران ملی سازی قوانین، تحقق دو پدیده خاص قابل توجه بود: گشایش بازارهای جدید و تغییر در موقعیت چانه‌زنی کشورها به‌عنوان شرکت‌کنندگان در بازارهای بین‌المللی. در این خصوص از زمان افزایش چشمگیر قدرت و درآمد کشورهای عضو اوپک<sup>۲</sup> در دهه ۱۹۷۰ میلادی، بازارهای مهم تکنولوژی برای کشورهای صادرکننده نفت افتتاح شد. علاوه بر این، در اواسط دهه ۱۹۶۰ نیز رشد بازارهای مالی و سرمایه‌ای بین‌المللی جدید در اروپا و متعاقب آن در آسیا تحقق یافت؛ سیستم بانکی بین‌المللی به‌طور قابل توجهی گسترش داده شد و زیرساخت‌های بانکداری بسیاری از کشورهای درحال توسعه به سطح مشابه کشورهای صنعتی رسید. این عوامل باعث شد تا عملاً قدرت چانه‌زنی و وضعیت بسیاری از کشورهای شرکت‌کننده در بازار جهانی تغییر پیدا کند.<sup>۳</sup> بنابراین تحولات قرن بیستم باعث شد تا گرایش فزاینده‌ای به سمت بازارهای بین‌المللی در جهت انتقال و استفاده از کالاها، خدمات و فناوری‌های جدید به وجود آید که این وضعیت بیش از پیش مطالبات جدی برای ایجاد و توسعه یک نظام حقوقی فراملی، که بتوان با اتکا به اصول و قواعد آن توازن و برابری را در منافع طرفین قراردادهای بین‌المللی ایجاد نمود، نمایان ساخت.

### ۳. تأثیر متقابل و سازنده بازارهای بین‌المللی و لکس مرکاتوریا

لکس مرکاتوریا تحت‌تأثیر ویژگی‌های منحصربه‌فرد بازارهای بین‌المللی به وجود آمده و می‌توان آن را پاسخی به نیازها و شرایط درحال‌ظهور و درحال‌تکامل تجارت بین‌الملل تلقی کرد. علاوه بر این روند جهانی‌سازی امروزه از جهات مختلف آداب و رسوم و قواعد تجارت را تحت‌تأثیر قرار داده و توانسته است فراتر از قلمرو سرزمینی کشورهای مختلف، قواعد جدیدی را در جامعه بازرگانی بین‌المللی به رسمیت بشناسد که خودتنظیمی آنها از طریق جوامع بازرگانی بین‌المللی، به‌جای وضع شدن یا تبعیت از هر

1. Pulkowski, Dirk, *The Law and Politics of International Regime Conflict*, United Kingdom: OUP Oxford, 2014, p.192.

2. OPEC (*Organization of the Petroleum Exporting Countries*).

3. Horn, Norbert. "Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts: Studies in Transnational Economic Law", *Stupra Note*, Vol. 11, 1982, p.1516.

نظام‌های حقوقی ملی، مشخصه اصلی آنهاست.<sup>۱</sup> در این خصوص بازارهای بین‌المللی به‌عنوان هسته اصلی جامعه بازرگانی بین‌المللی، فراتر از مرزهای ملی کشورهای مختلف، قواعدی با خصیصه عرفی را ایجاد نموده‌اند که در عمل به‌دلیل تطابق با نیازهای بازرگانان، توانسته به قانون زندگی تجاری آنها تبدیل شود. این قواعد در پرتو قدرت خودتنظیم جوامع تخصصی در تجارت بین‌الملل، همانند جامعه داوری تجاری بین‌المللی، جوامع تخصصی که پیرامون تکنولوژی یا صنعتی خاص، ایجاد و به‌مرور زمان تکامل یافته‌اند؛ امروزه دارای مصادیق مختلفی در شاخه‌های مختلف تجارت و بازرگانی بین‌المللی‌اند. در این خصوص به‌طور مثال درباره صنعت نوظهور هوا-فضا در دهه‌های گذشته میزان مشارکت بخش خصوصی در فعالیتهای فضایی به میزان قابل توجهی افزایش یافته و از این لحاظ حتی برخی از پژوهشگران این حوزه به‌صراحت بیان کرده‌اند بخش خصوصی به بازیگر مسلط در حوزه فضایی تبدیل شده است. در این خصوص با مشاهده تمایل و پیشرفت شرکت‌های فضایی خصوصی در گسترش کسب‌وکار خود در سطح جهانی، به‌عنوان مثال شرکت اسپایر (Spire) اکنون دفاتر متعددی در سانفرانسیسکو، گلاسکو و سنگاپور ایجاد نموده است که نمونه برجسته‌ای از یکپارچگی اقتصادی منطقه‌ای در بخش فضایی از طریق فعالان خصوصی بازار بین‌المللی مرتبط با هوافضا محسوب می‌شود. چنین مصادیق عینی که موارد آن به‌شکل فزاینده‌ای در حال افزایش‌اند، دلالت بر این مهم دارد که روابط خصوصی اشخاص در تجارت فرامرزی فراتر از مرزهای ملی در حال شکل‌گیری و تکامل است.

در ادامه پژوهش و در جهت تبیین نحوه تأثیرگذاری بازارهای بین‌المللی بر ایجاد و تکامل لکس مرکاتوریا، به بررسی عوامل ارتباطی ناشی از تعامل‌های بازارهای جهانی در ایجاد و توسعه این نظام حقوقی فراملی خواهیم پرداخت. در این خصوص مطالب ارائه‌شده در این بخش از مقاله را در دو بخش تحلیل و بررسی خواهیم نمود: در بخش اول، به نقش بازارها در ایجاد قواعد حقوقی بازار محور و تبیین برخی از مصادیق تخصصی در این زمینه و همچنین تبیین تکامل مکانی و خصیصه غیردولتی بازارهای جهانی و تأثیر در آن توجه فزاینده به لکس مرکاتوریا خواهیم پرداخت و در بخش دوم این بخش نیز به بررسی و تحلیل جنبه‌های سازنده لکس مرکاتوریا برای بازارهای جهانی خواهیم پرداخت.

۱. عرب احمدی، مجیدرضا و محمد کریمی، «تحلیلی بر نظریه استقلال در داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی خصوصی، ش. ۴۴، ۱۴۰۲، ص. ۲۱۳.

### ۳.۱. نقش بازارهای بین‌المللی در ایجاد قواعد لکس مرکاتوریا

بازارهای بین‌المللی به دلایل متعدد نقش مستقیم در ایجاد و تکامل «نظم‌های حقوقی خصوصی» در جامعه بازرگانی بین‌المللی داشته‌اند که در عمل به‌عنوان مصادیق عینی لکس مرکاتوریا بین‌المللی محسوب می‌شوند. در این خصوص، بازارها توانسته‌اند هم به‌طور کلی و هم در شاخه‌های تخصصی، قواعد حقوقی فراملی برای اداره روابط بازرگانان در تجارت خارجی، فراتر از اراده دولت‌های ملی ایجاد نمایند و به تدریج آنها را تکامل دهند.

#### ۳.۱.۱. ایجاد قواعد حقوقی تخصصی و غیرمتمرکز

الگو برای قانون‌گذاری متمرکز در واقع یک فرمان است که در آن مقامات دولتی احکام و قوانینی را تنظیم می‌کنند و مردم به پیروی از آنها مکلف‌اند. با وجود این، به‌جای صدور احکام و فرامین از بالا به پایین، قانون‌گذاری می‌تواند از پایین به بالا نیز جریان داشته باشد که به آن قانون‌گذاری غیرمتمرکز<sup>۱</sup> گفته می‌شود که به چندین شکل می‌تواند محقق شود که یکی از صور آن تصویب یا اجرایی شدن آداب و رسوم مورد عمل در جوامع مختلف است که بر مبنای آن در زمانی که دادگاه‌ها استانداردهای جامعه را اعمال می‌کنند؛ به‌جای خلق قانون، قانون ساخته شده به‌وسیله اعضای جامعه را به رسمیت شناخته و اعمال می‌کنند.

آنچه مبرهن است، امروزه اقتصاد مدرن توانسته است بسیاری از جوامع بازرگانی تخصصی را ایجاد کند. در این خصوص به‌طور مثال در خصوص ظهور و تکامل قواعد حقوقی فراملی در صنعت نفت، آنچه در نظر برخی حقوق‌دانان به نام لکس پترولیا شهرت یافته است، تصریح شده در دهه گذشته، جامعه فراملی نفت شاهد ظهور قواعد جدیدی با منشأ خصوصی بوده است که به‌طور خاص برای حاکم کردن قراردادهای نفتی طراحی شده‌اند که با قوانین دولتی رقابت می‌کند و به‌عنوان قواعد حقوقی تلقی می‌شوند.<sup>۲</sup> در خصوص لکس دیجیتال نیز به‌عنوان یکی از مجموعه قواعد خصوصی تنظیم شده توسط جوامع تخصصی، که مرتبط با ایجاد و تکامل قواعد حقوقی خصوصی در حوزه دیجیتال و فناوری اطلاعات است، نیز باید بیان کنیم این قواعد غیردولتی به‌عنوان یکی از مصادیق لکس مرکاتوریا، متضمن قواعدی حقوقی‌اند که از طریق قانون‌گذاران «خصوصی» دنیای دیجیتال، توسط شرکت‌های

1. Decentral Lawmaking

۲. ساردوئی نسب، محمد، عمران عبدی، «لکس پترولیا: نظام حقوقی مستقل و فراملی یامنبع فرعی و تکمیلی در صنعت نفت و گاز»، *مطالعات حقوق انرژی*، د. ۸، ش. ۲، ۱۴۰۱، صص. ۳۴۲-۳۴۱.

فناوری وضع شده و از بدو تشکیل، مستقل از قوانین ملی،<sup>۱</sup> به‌عنوان سیستم‌هایی از قواعد خصوصی برای اداره حوزه‌های تخصصی دیجیتال<sup>۲</sup> در نظر گرفته شده‌اند که در عمل به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نظم‌های خصوصی و به‌عنوان نتیجه یک پلورالیسم (کثرت‌گرایی) در حقوق جهانی<sup>۳</sup> تلقی می‌شوند.<sup>۴</sup> در خصوص لکس اسپورتیوا نیز به‌عنوان مجموعه قوانین و مقررات خصوصی مرتبط با ورزش باید بیان کنیم لکس اسپورتیوا چیزی جز بخشی از لکس مرکاتوریا نیست. در این خصوص همان‌طوری که لکس مرکاتوریا مختص هیچ کشور یا حوزه قضایی نیست، لکس اسپورتیوا نیز دقیقاً همین ویژگی را دارد.<sup>۵</sup>

از این جهت در عمل با مذاقه در سابقه تاریخی و همچنین مصادیق نوظهور لکس مرکاتوریا به‌وضوح می‌توان مشاهده نمود که در عمل این ویژگی غیردولتی و فراملی جوامع تخصصی مختلف است که توانسته است فراتر از اراده دولت‌های ملی با ایجاد و تکامل تدریجی هنجارهای فراملی تخصصی، در بخش‌های مختلف، نیازها و انتظارات اشخاص فعال در چنین جوامع تخصصی را برآورده سازد و با توجه به کارآمدی این قواعد است که به‌طور مثال در رویه قضایی انگلستان برخی قضات همانند قاضی «مأنس فیلد»<sup>۶</sup> به‌عنوان یکی از قضات با تجربه انگلیسی تصمیم گرفتند، تلاشی برای ایجاد قواعد بهتری از آنچه در رویه بازرگانان جاری بود، نمایند و به‌جای آن به‌دقت معاملات بازرگانان را مورد بررسی قرار دهند و به‌جای خلق قانون، شناسایی و اتخاذ تصمیم براساس بهترین رویه مورد عمل بازرگانان نمایند.<sup>۷</sup> در عرصه بین‌المللی نیز چنین رویکردی در تدوین اسناد مهم و برجسته بین‌المللی همانند اصول قراردادهای اروپایی یا همان PECL<sup>۸</sup> به‌عنوان روشی برای حفظ امتیازات غیررسمی و تمرکز زدایی از روندهای ساخت قانون در نظر گرفته شده است.<sup>۹</sup> در این خصوص شایان ذکر است بسیاری از اسناد مهم بین‌المللی در زمینه

1. Febrajo, Alberto, Corsi, Giancarlo, **Sociology of Constitutions A Paradoxical Perspective**, New York, Taylor & Francis, 2016, p. 294.

2. Sassen, Saskia, **Territory, Authority, Rights From Medieval to Global Assemblages**, USA, Princeton University Press, 2008, P. 230.

3. Global legal pluralism

4. Niehaus, Manuela, **Global Climate Constitutionalism "from Below" The Role of Climate Change Litigation for International Climate Lawmaking**, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2023, p. 290.

5. A. R. Nafziger, James, Gauthier, Ryan, **Handbook on International Sports Law**, United Kingdom: Edward Elgar, 2022, p. 173.

6. Mansfield

7. Cooter, Robert D. "Decentralized Law for A Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant, *Formerly American Law Register*, Vol. 144, 1996, p.1648.

8. Principles of European Contract Law

9. Hondius, Elo, **Towards a European Civil Code**, USA, Kluwer Law International, 2004, p.48.

تسهیل تجارت بین‌الملل و جهانی‌سازی قواعد حاکم بر معاملات بین‌المللی، همانند یوسی پی ۶۰۰<sup>۱</sup> به‌عنوان یکی از مصادیق لکس مرکاتوریا تدوین شده‌اند که در عمل به‌دلیل تطابق با شرایط و رویه‌های متعارف بین‌المللی و در نظر گرفتن ملاحظات بازرگانان در تجارت خارجی توانسته‌اند نقشی سازنده در تسهیل معاملات در تجارت بین‌الملل داشته باشند و به‌نوبه‌خود سبب توسعه تجارت و معاملات در بازارهای بین‌المللی شده‌اند. البته در برخی از قوانین ملی نیز توجه به نقش سازنده آداب و رسوم تجاری، که به‌عنوان یکی از مهم‌ترین منابع لکس مرکاتوریا محسوب می‌شود، مورد توجه واقع شده است. به‌طور مثال، در لایحه جدید قانون تجارت ایران به‌صراحت در ماده ۲۸ آن مقرر شده است: «طرفین به رعایت عرف‌هایی که به‌طور معمول در معاملات مرتبط به‌وسیله اشخاص رعایت می‌شود، ملزم‌اند، مگر آنکه اعمال عرف مذکور درخصوص آن رابطه قراردادی، نامتعارف باشد»؛ بدیهی است لزوم رعایت و پایبندی به عرف‌های متعارف در معاملات، عملاً اشاره به رعایت آداب و رسوم متعارف در بازار معاملاتی دارد و از این جهت لزوم تبعیت از قواعد عرفی بازار محور نیز در قانون‌گذاری جدید در حوزه حقوق تجارت، در حقوق ایران مورد توجه قرار داده شده است که به نظر رویکردی مفید و مؤثر در هماهنگی قوانین با شرایط بازارها محسوب می‌شود.

### ۳.۱.۲. فراملی سازی قواعد بازرگانی

در سطح فراملی و فراتر از قوانین ملی کشورهای دخیل در تجارت خارجی، توسعه لکس مرکاتوریا جدید همراه با نهادهایی همانند داوری بین‌المللی مشاهده می‌شود که نقشی اساسی در توسعه تجارت بازی می‌کنند. به‌طور کلی مفهوم جهانی‌سازی بازارها، فراتر از اراده دولت‌های ملی به سه دلیل توانسته است سبب تکامل لکس مرکاتوریا شود. اولین دلیل هزینه‌های مربوط به اعمال قوانین داخلی نسبت به معاملات تجاری فراملی است که عملاً مانعی در برابر توسعه بازارهای جهانی محسوب می‌شود. دومین دلیل بر این موضوع تأکید دارد که جهانی‌سازی با حاکمیت دولتی تناقض دارد و از این جهت حاکمیت دولتی یکی از موانع بزرگ در مقابل حقوق بازرگانی مدرن محسوب می‌شود. سومین دلیل که اولین نظریه‌پردازان نظریه لکس مرکاتوریا همیشه به آن تأکید داشته‌اند این است که فاکتورهای اقتصادی بالاتر از تمام تلاش‌هایی که در افزایش بهره‌وری و عقلانیت تولید مدنظر دارند، در جهت کاهش هزینه‌های معامله و همچنین عبور از محیط داخلی و منطقه‌ای به سمت بازارهای جهانی عمل کرده‌اند.<sup>۲</sup>

1. The Uniform Customs & Practice for Documentary Credits (UCP 600).

2. Berger, Klaus Peter, Op. cit, p. 3.

در این خصوص از جمله تحولات اقتصادی و سیاسی که بر نظریه لکس مرکاتوریا تأثیر گذاشته‌اند عبارت‌اند از به پایان رسیدن جنگ سرد و اختلافات شمال و جنوب، پیشرفت در روندهای پیوستن و ایجاد همبستگی در اتحادیه اروپا و ایجاد یک بازار واحد اروپایی، افزایش چشمگیر شرکت‌های فراملی از طریق میلیون‌ها ادغام،<sup>۱</sup> تغییر فرهنگ جهانی شرکت‌ها (حاکمیت شرکتی)،<sup>۲</sup> که از فعالیت‌های شرکت‌های فراملی تبعیت می‌نمود، به وقوع پیوستن انقلاب در فناوری ارتباطات جهانی، افزایش استفاده از اینترنت و تبادل الکترونیکی داده‌ها، افزایش جریان‌های مالی جهانی و همچنین گسترش بازارهای مالی و سرمایه‌ای جهانی.<sup>۳</sup>

به‌طور کلی سرعت بسیار بالایی تحولات بازارهای مالی نیازمند قانونی بود که از یک طرف همگام با تحولات جدید بازارهای بین‌المللی به‌روزرسانی شود و از طرف دیگر خود این قانون گرایش به رها شدن از تأثیرپذیری دولت‌ها و سیاست‌های محلی‌سازی شده داشت<sup>۴</sup> و بر این مینا ایجاد و تکامل بازار جهانی و تمایلات به سمت فراملی سازی قوانین توانست بستر مناسب برای نظریه حقوق بازرگانی فراملی را پرورش دهد<sup>۵</sup> که فراتر از قلمرو سرزمینی دولت‌های ملی، مرزهای لکس مرکاتوریا را که بازارها، جوامع حرفه‌ای و شبکه‌های اجتماعی بدون سرزمین بودند<sup>۶</sup> با هدف کمک به رشد و توسعه فعالیت‌های بازرگانی، تحت فشارهای بازارهای بین‌المللی و در انطباق با محیط فراسرزمینی بازارهای بین‌المللی توسعه داد. در این رابطه لکس مرکاتوریا تحت تأثیر شرایط بازارهای بین‌المللی و در تطابق با شرایط در حال تغییر بازارهای بین‌المللی، راهگشای تدوین مقررات و قواعد حقوقی کارآمدی شد که با توجه به ویژگی خودتنظیم (آن) که در عمل با نیازهای محیط پیرامونی خود مطابقت داشت،<sup>۷</sup> برای حل مشکلات حقوقی بازارها مناسب بود. در زمینه داوری تجاری بین‌المللی نیز به‌عنوان یکی از مهم‌ترین جوامع خصوصی در تجارت بین‌الملل باید توجه داشت که تمایل به سمت غیرملی‌سازی این نهاد شبه‌قضایی، فراتر از دخالت قانون‌گذاری

1. Mega-Mergers

2. Corporate Governance

3. Teubner, Gunther., "Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of Lex Mercatoria", *European Journal of Social Theory*, Vol. 5, 2022, p. 200.

4. Benson, Bruce L., "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal*, Vol. 55, 1989, p. 644.

5. Noussia, Kyriaki, *Confidentiality in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, Germany, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, p. 174.

6. Snyder, Francis, *Snyder Globalisation and the Law in the 21st Century*, Blackwell Publishing, 2024. <https://www.researchgate.net>, p. 6.

7. Buitendag, Nicolaas, *States of Exclusion A Critical Systems Theory Reading of International Law*, South Africa, AOSIS, 2022, p. 47.

دولت‌های ملی، در پرتو قدرت خلاقانه ساخت قوانین توسط داوران بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است و از این جهت صراحتاً باید گفت که داوری تجاری بین‌المللی نقشی مؤثر در توسعه و ترویج لکس مرکاتوریا داشته است. در این خصوص قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران با در نظر گرفتن امکان اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی بر مبنای لکس مرکاتوریا در بند ۱ از ماده ۲۷ گامی مؤثر در تطابق با رویه داوری تجاری بین‌المللی، همانند احکام متعدد صادره از سوی دیوان داوری ICC<sup>۱</sup> برداشته است.

### ۳.۲. لکس مرکاتوریا و تطابق با شرایط بازارهای بین‌المللی

همان‌طوری که بازارهای بین‌المللی از جهات مختلف در ایجاد و تکامل لکس مرکاتوریا، تأثیر قابل توجهی دارند، به‌طور متقابل لکس مرکاتوریا نیز به‌دلایل متعدد، نظام حقوقی مناسب برای اداره روابط فراملی بازارهای بین‌المللی محسوب می‌شود و از این جهت در مقایسه با نظام‌های حقوقی ملی، لکس مرکاتوریا گزینه مناسب‌تری برای حکومت بر روابط بازرگانان در بازارهای بین‌المللی محسوب می‌شود.

#### ۳.۲.۱. لکس مرکاتوریا؛ محصول تعاملات بازرگانی

به‌موازات جریان تجارت فراتر از مرزهای ملی، رژیم حقوق تجاری همراه با این تعاملات، سبب توسعه سیستمی در حال تکامل از ارتباطات فرامنطقه‌ای<sup>۲</sup> می‌شود که توانسته است قانون را عملاً فراتر از مرزهای جغرافیایی و فرهنگی کشورهای مختلف هدایت کند. در این خصوص، به‌موازات مشارکت بازرگانان از مناطق سیاسی، فرهنگی و جغرافیایی مختلف با یکدیگر، آن‌ها شیوه‌ها و دستورالعمل‌های تجاری و قانونی را که از رویه‌های بازرگانی حمایت می‌کنند، در روابط خود جاری می‌سازند و از این جهت در زمانی که فعالیت تجاری‌شان در مناطق مختلف جهان صورت می‌گیرد، به‌تدریج در سرتاسر این مناطق درجه‌ای از یکنواختی حقوقی را ایجاد می‌کنند.<sup>۳</sup> این یکنواختی ماحصل قانون‌گذاری هیچ نظام ملی خاصی نیست، بلکه منبعث از ویژگی فراملی بازرگانی است که تمایل به ایجاد و گسترش قواعد و آداب و رسوم مشترک برای جامعه بازرگانی بین‌المللی دارد؛ چراکه در عمل نیز استانداردسازی و یکنواخت‌سازی قانون بازرگانی، کمک به افزایش فعالیت اقتصادی فراسرزمینی می‌نماید که این مهم منافع اقتصادی برای جامعه بازرگانان به‌همراه دارد. گفتنی است، چنین استانداردسازی در دیدگاه بسیاری از کشورها نیز امری مهم و ضروری تشخیص داده شده است و از این جهت به‌خصوص کشورهای

1. Channel V. Beauty Balfour(1993), Icc Case No 9474(1999), ICC Final Award No. 11849, YCA 2006, Icc case No 19127, Final Award 2013, ICC Award 18203(2016).

2. Transregional Connections

3. Druzin, *Cit.*, p. 1085.

در حال توسعه، اصلاح قانون تجاری داخلی‌شان را در راستای این استانداردها در دستور کار قرار داده‌اند و صندوق بین‌المللی پول<sup>۱</sup> و بانک جهانی<sup>۲</sup> نیز کشورها را به انجام چنین اصلاحاتی تشویق کرده‌اند.<sup>۳</sup>

### ۳.۲.۲. لکس مرکاتوریا مبتنی بر ویژگی سیال معاملات بازارهای بین‌المللی

ویژگی سیال روابط در معاملات بازرگانی بین‌المللی، اشاره به این واقعیت دارد که در تعاملات بازرگانی، اشخاص نقش‌های در حال تغییر، زمانی به‌عنوان خریدار و زمانی به‌عنوان فروشنده دارند که این وضعیت سبب تحقق تکالیف معاملات تجاری به‌طور متقابل شده است. بر مبنای این ویژگی، در واقع موقعیت بازرگانان نسبت به قواعد حقوقی جامعه بازرگانان در حال تغییر است و آنها در حالی که امروز ممکن است در بازارها فروشنده باشند، فردا می‌توانند به‌عنوان خریدار ظاهر شوند و از این جهت می‌دانند که رعایت حقوق خریداران و فروشندگان در حقیقت رعایت حقوق آینده احتمالی خود آنها در بازارهای بین‌المللی است. چنین نگرشی در عمل می‌تواند سبب نهادینه شدن هنجارها و آداب و رسوم بازارهای بین‌المللی شود؛ زیرا بازرگانان نفع خود را در رعایت دقیق هنجارهای متداول بازرگانی می‌دانند، چراکه بازرگانی که به یک قاعده خاص در زمان خرید استناد می‌کند و در عین حال حاضر به پیروی از همان قاعده در زمان فروش نیست، به‌عنوان نقض‌کننده هنجارها و قواعد بازرگانی محسوب می‌شود که برای او هزینه‌های اعتباری و حیثیتی به‌همراه دارد.

در همین راستا و به‌منظور تأکید بر لزوم رعایت و پایبندی به قواعد عرفی سیال و تکالیف متقابل در روابط معاملاتی، حتی در مرحله مذاکرات مقدماتی، ماده ۱۶ لایحه قانون تجارت جدید مصوب ۲۸ فروردین ماه ۱۴۰۳ به‌صراحت بیان داشته است: «شروع مذاکره قراردادی و ادامه آن باید با هدف حصول توافق صورت گیرد و طرفین در طول مذاکرات مکلف‌اند کلیه اطلاعاتی را که عرفاً برای اتخاذ یک تصمیم متعارف در خصوص انعقاد قرارداد لازم است به‌طرف مقابل ارائه نمایند، در غیر این صورت و نیز در صورتی که یکی از اطراف مذاکره به‌نحو غیرمتعارف، غیرموجه و یک‌جانبه مذاکرات را قطع نماید، مسئول خسارات و هزینه‌های تحمیل شده بر طرف مقابل است».

حکم مقرر در این ماده، مصداق بارز تمایل قانون‌گذار ایرانی در لایحه جدید قانون تجارت، در تمایل به شناسایی نقش متقابل طرفین قراردادهای تجاری، در ارائه کلیه اطلاعات لازم به‌طرف مقابل برای

1. International Monetary Fund

2. World Bank

3. Markell, Bruce, "A View from the Field: Some Observations on the Effect of International Commercial Law Reform Efforts on the Rule of Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 6, 1999, p. 502.

اتخاذ یک تصمیم معقولانه در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد است که این مهم به‌عنوان یک تکلیف متقابل برای هر دو طرف قرارداد، در عمل تأکید بر لزوم اقدام بر مبنای قواعد عرفی حسن‌نیت در روابط معاملاتی حتی از مرحله مذاکرات مقدماتی، از جمله درخصوص وجود قصد جدی در شروع مذاکرات و به‌طور متقابل بر لزوم ارائه صادقانه اطلاعات لازم در کلیه مراحل انعقاد قرارداد از سوی هر دو طرف قرارداد، حتی قبل از مرحله انعقاد قرارداد، دارد.

### ۳.۲.۳. تأمین قطعیت حقوقی مورد نیاز بازرگانان

هر شخصی اذعان دارد که وجود قانون، پیش‌نیاز لازم برای معاملات تجاری است؛ زیرا قانون اهداف تجارت را تعریف می‌کند، انجام معاملات تجاری را اجازه می‌دهد و البته از آنها محافظت می‌کند. باوجود این، خود تجارت و بازرگانی، ترویج‌دهنده قانون تجارت‌اند؛ زیرا این بازرگانی است که نیازها را تعریف و تقاضا برای حمایت قانونی را ایجاد می‌کند. جایی که تجارت وجود دارد، درستی نیز وجود دارد.<sup>۱</sup> از این جهت بسیاری از اقتصاددانان، از جمله «آدام اسمیت»<sup>۲</sup>، به این مهم تأکید دارند که کارایی اقتصادی نیازمند قاعده حقوقی و احترام به عدالت است؛ زیرا بازارها و حقوق انسانی از فرضیه‌های مشابهی که بر مبنای آن استقلال اشخاص (کرامت انسانی)<sup>۳</sup> باید مورد حمایت واقع شود، تبعیت می‌کنند و از این جهت ارزش‌های آنها از رضایت اشخاص نشئت می‌گیرد.<sup>۴</sup> یکنواخت‌سازی قوانین به ایجاد قطعیت و قابلیت پیش‌بینی برای بازرگانان کمک می‌کند. قطعیت و قابلیت پیش‌بینی در قانون به این معنا درک شده است که «یک مشکل باید یک جواب» داشته باشد.<sup>۵</sup> در این رابطه اشخاصی که قرارداد آنها به‌وسیله لکس مرکاتوریا اداره می‌شود، باتوجه به اینکه اصول و قواعد آن فراتر از نظام‌های حقوقی مختلف ملی، بر مبنای اصول و قواعد شناخته شده بازرگانی بین‌المللی ایجاد شده است که در اکثر نظام‌های حقوقی پیشرو در تجارت بین‌الملل به رسمیت شناخته شده‌اند، باتوجه به تطابق آنها با رویه بازرگانی بین‌المللی<sup>۶</sup>

1. Ubi commercium, ibi ius.

2. Meessen, Karl M, Bungenberg, Marc, Puttler, Adelheid, **Economic Law as an Economic Good: Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems**, Munich, Walter de Gruyter, 2009, p.44.

3. Adam Smith

4. Human Dignity

5. Yueh, Linda Y., **The Law and Economics of Globalisation: New Challenges for a World in Flux**, USA: Edward Elgar Publishing, 2009, p.57.

6. Heidemann, Maren, **Methodology of Uniform Contract Law: The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice**, United Kingdom, Springer Science & Business Media, 2007, pp. 40-41.

۷. کریمی، محمد، جواد کاشانی، محسن محبی، و داود نصیران نجف‌آبادی، **داوری تجاری بین‌المللی بر مبنای انصاف، میانجیگری دوستانه و حقوق بازرگانی فراملی**، پژوهش‌های روابط بین‌الملل، ش ۲، ۱۳۹۸، ص ۲۱۶.

می‌توانند قطعیت بیشتری را در پیش‌بینی نتایج حاصله از اداره قراردادهای بین‌المللی در مقایسه با اعمال قواعد حل تعارض ملی که هرکدام می‌توانند موضع متفاوتی را اتخاذ کرده باشند، به‌همراه داشته باشد و از این جهت تأکید شده قواعد ملی طراحی شده برای اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی، قطعیت موردنیاز جامعه بازرگانی بین‌المللی را ایجاد نمی‌کنند. لکس مرکاتوریا در واقع از آنجایی که مجموعه روشنی از قواعد ماهوی را برای فعالیت‌های تجاری و تضمین قطعیت (حقوقی) طراحی کرده، می‌تواند جایگزینی مناسبی برای قواعد حل تعارض ملی تلقی شود.<sup>۱</sup> در این خصوص از یک طرف نظر به اینکه قواعد حل تعارض یکسانی در سطح بین‌المللی وجود ندارد و در عمل سیاست‌های تقنین نظام‌های حقوقی ملی، در کشورهای مختلف، منافع نظمی و حاکمیتی متفاوتی را دنبال نموده و از طرف دیگر با توجه به اینکه معاملات منعقد در بازارهای بین‌المللی با چندین نظام حقوقی مختلف، اعم از قانون محل انعقاد قرارداد، قانون محل اجرای قرارداد، قانون دولت‌های متبوع طرفین قرارداد مرتبطاند که هرکدام از این قوانین می‌توانند پتانسیل اداره یک قرارداد بین‌المللی مشخص را داشته باشند، باوجود این، استناد به قواعد فراملی لکس مرکاتوریا، که در عمل در رویه بازرگانی بین‌المللی به رسمیت شناخته می‌شود اولاً سبب عدم اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی براساس اصول پیچیده و بعضاً متعارض قواعد حل تعارض ملی کشورهای مختلف مرتبط با یک قرارداد بین‌المللی خواهد شد و ثانیاً با از بین رفتن پتانسیل اداره قرارداد تحت نظام‌های حقوقی ملی مختلف، با مدیریت قرارداد بر مبنای قواعد لکس مرکاتوریا، به دلیل شفافیت و خصیصه عرفی قواعد فراملی آن، قطعیت و قابلیت پیش‌بینی مورد انتظار جوامع بازرگانی بین‌المللی تا حد زیادی تحقق خواهد یافت.

#### ۳.۲.۴. لکس مرکاتوریا مبتنی بر عنصر رقابت و یکسانی‌سازی بازارهای بین‌المللی

رقابت الگوی مبنایی برای تجارت است. در واقع نظام حقوقی بازرگانی از سیستم تجاری که بر مبنای رقابت پیش‌بینی شده‌اند، به وجود آمده و براین اساس رویه‌های تجاری در مواردی که در جوامع بازرگانی موفقیت‌آمیز بوده‌اند، تمایل به سمت خودتکراری<sup>۲</sup> و مدل‌سازی داشته‌اند؛ چراکه تسهیل‌کننده تجارت محسوب شده‌اند و به دلیل کارآمدی آنها، به‌طور فزاینده در مناطق مختلف بازرگانی از آنها استفاده شده است. بازرگانان در واقع در راستای حفظ توان رقابتی‌شان مجبور به اجرای رویه‌های تجاری هستند که ثابت‌شده است عملکرد بهتری دارند. عنصر مبنایی رقابت در واقع مدلی را ترویج می‌دهد که به‌طور

1. Wasserstein-Fassberg, Celia. "Lex Mercatoria — Hoist with Its Own Petard?", *Chicago journal of International Law*, Vol 5, 2004, p. 77.

2. Self-replicate

مضعف سبب استانداردسازی و یکنواخت‌سازی می‌شود؛ زیرا هنگامی که این رویه‌های حقوقی کارآمد در قالب لکس مرکاتوریا بین‌المللی تجلی پیدا کنند، عنصر رقابت در عمل پایبندی به قواعدی را که توسعه یافته‌اند تضمین می‌کند و آنها را در مکان و جایگاهشان نگاه می‌دارد و در نتیجه همان پویایی که در ابتدای استانداردسازی، این قواعد حقوقی را به وجود آورده است در ادامه آنها را حفظ می‌کند و در عمل هیچ شخصی در بازارهای بین‌المللی حاضر به تقبل ریسک‌رها کردن چنین رویه‌هایی که کارآمدی آنها ثابت شده، نخواهد بود.<sup>۱</sup> در این زمینه، لکس مرکاتوریا جدید به‌خوبی نشان داده با حذف قدرت انحصاری دولت‌ها از فرایند قانون‌گذاری، تا چه اندازه می‌توان در ایجاد قوانین یکنواخت (منبعث از رویه‌های یکنواخت و مرسوم در جامعه بازرگانی بین‌المللی) موفق باشد.<sup>۲</sup>

### نتیجه‌گیری

بازارهای بین‌المللی از جهات مختلف نقش سازنده در ایجاد و تکامل لکس مرکاتوریا داشته‌اند. در این میان بازرگانان به‌عنوان مهم‌ترین رکن بازارهای بین‌المللی همواره بر مبنای ایدئولوژی‌های اقتصادی به‌دنبال اتخاذ تصمیم در مسیری‌اند که سود حداکثری برای آنها داشته باشد و از این جهت چگونگی مشارکتشان در بازارهای بین‌المللی در پرتو تحصیل منافع مادی‌شان تحلیل می‌شود. به‌طور کلی، از آنجایی که رعایت ارزش‌ها و اصول مشترک بازرگانی در تجارت بین‌الملل می‌تواند تضمین‌کننده منافع اقتصادی مشترک بازرگانان باشد، به‌مرور زمان و در پاسخ به آداب و رسوم مشترک بازرگانان و ویژگی‌های منحصربه‌فرد بازارهای بین‌المللی، همانند خصیصه فراملی بازارهای بین‌المللی، فراسرزمینی بودن مکان انجام مبادلات، تمایل به جهانی‌سازی و رعایت آداب و رسوم مشترک، در عمل قابل مشاهده است که فراتر از سنت‌های حقوقی نظام‌های مختلف ملی، قواعد و اصول حقوقی متناسب با شرایط و آداب و رسوم این جوامع شکل گرفتند و به‌تدریج به‌عنوان فرهنگ و قانون نانوشته جامعه بازرگانی بین‌المللی محسوب شدند. در این خصوص در کنار قواعد کلی حاکم بر بازارهای بین‌المللی که سنگ‌بنای اولیه تشکیل لکس مرکاتوریا بودند، برخی جوامع تخصصی نیز پیرامون تکنولوژی‌ها یا یک حرفه خاص، قواعد مشترکی را تولید کردند و به‌طور پیوسته تکرار و توسعه دادند و در نتیجه به‌تدریج سبب ایجاد شاخه‌های تخصصی در لکس مرکاتوریا بین‌المللی، همانند لکس پترولیا، لکس دیجیتال، لکس

1. Druzin, *Cit.*, p. 1088.

2. Cemil YILDIRIM, Ahmet, **Solid, Liquid and Gas Forms of the New Lex Mercatoria: How Do They Operate in Practice?** AC YILDIRIM available at < cisgw3. law. pace. edu/cisg/biblio/Yildirim.pdf, 2014, p. 22.

اسپورتیوا شدند که این خصوصی‌سازی در جوامع حرفه‌ای مختلف، همانند صنایع نوظهور هوافضا نیز قابل مشاهده است.

گفتنی است، چنین قواعد خصوصی و بازارمحور، از آنجایی که با نیازها و شرایط بازارهای مالی بین‌المللی تطابق دارند، فراتر از الزام ایجاد شده به وسیله یک قوای دولتی، با رویکردی فراسرزمینی، که منطبق با خصیصه بازرگانی بین‌المللی است، در بطن جامعه بازرگانان نهادینه شده‌اند و در عمل تخلف از آن‌ها، خدشه دار شدن شهرت بازرگان متخلف را به همراه دارد. در حقوق ایران نیز در مصادیق مختلف قابلیت استناد و اعمال لکس مرکاتوریا به رسمیت شناخته شده است که این مهم دلالت بر نگرش مثبت قانون‌گذار ایرانی در امکان اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی بر مبنای لکس مرکاتوریا دارد. بنابراین ویژگی‌های منحصر به فرد بازارهای بین‌المللی همانند فراملی و غیردولتی بودن، رقابت‌پذیر و سیال بودن، قدرت هنجارسازی آن‌ها، گرایش فزاینده به ایجاد و همچنین احترام به اصول و قواعد مشترک بین‌المللی؛ فراتر از نگرش سوسیالیسمی به قدرت خلق قانون، در عمل توانسته است مبنای اصلی برای ایجاد و توسعه قانون‌گذارهای خودجوش در جوامع بازرگانی بین‌المللی شود و از این جهت اذعان به قدرت خلاق و هنجارساز بازارهای بین‌المللی در جوامع مختلف بازرگانی، حقیقتی غیرقابل انکار است که امروزه بسیاری از حقوق دانان به عنوان مصادیقی عینی از حقوق نرم، به آن تأکید دارند و معتقدند به جای وضع قوانین دولتی با سیاست‌های تقنینی خاص در زمینه تجارت خارجی، بهترین راه برای اداره کارآمد اختلافات بازرگانی، شناسایی، احترام و رعایت هنجارهای در حال تغییر و تکامل بازارهای بین‌المللی است.

## منابع

### کتاب

۱. شیروی، عبدالحسین، **داوری تجاری بین‌المللی**، ج. ۶، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۵.

### مقاله

۲. جنیدی، لعیا، «نظریه حقوق فراملی بازرگانی»، *فصلنامه حقوق: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش. ۱، ۱۳۹۰، صص. ۱۴۸-۱۲۷.

20.1001.1.25885618.1390.41.1.8.6<https://doi.org/>

۳. ساردوئی نسب، محمد و عمران عبدی، «لکس پترولیه: نظام حقوقی مستقل و فراملی یا منبع فرعی و تکمیلی در صنعت نفت و گاز»، *مطالعات حقوق انرژی*، د. ۸، ش. ۲، ۱۴۰۱، صص. ۳۳۳-۳۵۳.  
<https://doi.org/10.22059/jrels.2023.358648.529>
۴. عرب احمدی، مجیدرضا و محمد کریمی، «تحلیلی بر نظریه استقلال در داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله حقوق خصوصی*، ش. ۴۴، ۱۴۰۲، صص. ۱۸۷-۲۱۹.  
<https://doi.org/10.22054/jplr.2023.73545.2742>
۵. کریمی، محمد و مجیدرضا عرب احمدی، «بررسی چگونگی رفع مشکلات مربوط به اعمال تعارض قوانین در تجارت خارجی از طریق اعمال لکس مرکاتوریا»، *دانش حقوق مدنی*، د. ۱۱، ۱۴۰۱، صص. ۲۵-۴۰.  
<https://doi.org/10.30473/clk.2022.65192.3107>
۶. کریمی، محمد، جواد کاشانی، محسن محبی و داوود نصیران نجف‌آبادی، «داوری تجاری بین‌المللی بر مبنای انصاف، میانجیگری دوستانه و حقوق بازرگانی فراملی»، *پژوهش‌های روابط بین‌الملل*، ش. ۲، ۱۳۹۸، صص. ۲۱۵-۲۳۸.  
<https://doi.org/10.22034/irr.2019.103895>
۷. کریمی، محمد، جواد کاشانی، محسن محبی و داوود نصیران نجف‌آبادی، «لکس مرکاتوریا قانونی کارآمد برای بازرگانان»، *پژوهشنامه بازرگانی*، ش. ۱۰۳، ۱۴۰۱، صص. ۲۶۳-۲۳۳.  
<https://doi.org/10.22034/ijts.2021.246915>
۸. محمودی کردی، زهرا، مهدی زاهدی و عاطفه قدیری‌نژاد، «از لکس مرکاتوریا تا حقوق تجارت فراملی در معنای مقتضی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، د. ۸، ش. ۱۳، ۱۳۹۹، صص. ۶۵-۸۵.  
<https://doi.org/10.22054/jplr.2019.36593.2024>

## References

### Books

1. R. Nafziger, James, Gauthier, Ryan, **Handbook on International Sports Law**, United Kingdom: Edward Elgar, 2022.
2. Berger, Klaus Peter, **Transnational Commercial Law in the Age of Globalization**, Rome, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2001.
3. Brousseau, Eric, Glachant, Jean-Michel, Sgard, Jérôme, **The Oxford Handbook of Institutions of International Economic Governance and Market Regulation**, New York: Oxford University Press, 2025.
4. Buitendag, Nicolaas, **States of Exclusion A Critical Systems Theory Reading of International Law**, South Africa, AOSIS, 2022.
5. Cheng, Chia-Jui, **Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law**, Netherlands, Brill, 2024.
6. Cutler, A. Claire Cutler, **Private Power and Global Authority Transnational Merchant Law in the Global Political Economy**, New York, Cambridge University Press, 2023.
7. Damjanovic, Ivana, **The European Union and International Investment Law Reform Between Aspirations and Reality**, USA, Cambridge University Press, 2023.
8. Dell'Erba, Marco, **Technology in Financial Markets Complex Change and Disruption**, United Kingdom, Oxford University Press, 2024.
9. Febbrajo, Alberto, Corsi, Giancarlo, **Sociology of Constitutions A Paradoxical Perspective**, New York, Taylor & Francis, 2016.
10. Gary, Kio. Osuji, Onyeka, Ngwu, Franklin, **Corporate social responsibility across the globe: Innovative resolution of regulatory and governance challenges**, United Kingdom, Cambridge University Press, 2023.
11. Heidemann, Maren, **Methodology of Uniform Contract Law: The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice**, United Kingdom, Springer Science & Business Media, 2007.
12. Hondius, Elo, **Towards a European Civil Code**, USA, Kluwer Law International, 2004.
13. Kadner Graziano, Thomas, **Comparative Contract Law**, Fourth Edition Exercises in Comparative Methodology, USA, Edward Elgar Publishing, 2025.
14. Klabbers, Jan, Piiparinen, Touko, **Normative Pluralism And International Law: Exploring Global Governance**, USA, Cambridge University Press, 2013.

15. Lew, Julian D.M., Mistelis, Loukas A., Kröll, Stefan, **Comparative International Commercial Arbitration**, Hague, Kluwer Law International, 2003.
16. Lim, Chin L, **The Cambridge Companion to International Arbitration**, United Kingdom: Cambridge University Press, 2021.
17. Lynch-Wood, Gary, K. Osuji, Onyeka, N. Ngwu, Franklin, **corporate social responsibility across the globe: Innovative resolution of regulatory and governance challenges**, United Kingdom: Cambridge University Press, 2023.
18. Martsekis, Georgios, **Good Faith in International Commercial Arbitration**, New York: Taylor & Francis, 2025.
19. Meessen, Karl M, Bungenberg, Marc, Puttler, Adelheid, **Economic Law as an Economic Good: Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems**, Munich, Walter de Gruyter, 2009.
20. Niehaus, Manuela, **Global Climate Constitutionalism “from Below” The Role of Climate Change Litigation for International Climate Lawmaking**, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2023.
21. Noussia, Kyriaki, **Confidentiality in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law**, Germany, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010.
22. Pulkowski, Dirk, **The Law and Politics of International Regime Conflict**, United Kingdom: OUP Oxford, 2014.
23. Ramos Muñoz, David, Lamandini, Marco, **Effective Judicial Protection and Cross-Border Financial Disputes in Europe A Complex Status Quo**, Italy: FrancoAngeli, 2025.
24. Riles, Annelise, **Collateral Knowledge Legal Reasoning in the Global Financial Markets**, United States: University of Chicago Press, 2011.
25. Sassen, Saskia, **Territory, Authority, Rights From Medieval to Global Assemblages**, USA, Princeton University Press, 2008.
26. Schaffer, Richard, Earle, Beverley, Agusti, Filiberto, **International Business Law and Its Environment**, USA: West Educational Publishing Company, 1999.
27. Shapira, Amos, Tabor, Mala, **New Political Entities in Public and Private International Law with Special Reference to the Palestinian Entity**, Boston, Brill, 2024.
28. Shiravi, Abdolhossein, **International Commercial Arbitration**, Vol. 6, Tehran: Organization for the Study and Compilation of University Humanities Books (SAMT), 2016. (In Persian)
29. Von Daniels, Detlef, **The Concept of Law from a Transnational Perspective**, New York: Taylor & Francis, 2016.

30. Yueh, Linda, **The Law and Economics of Globalisation: New Challenges for a World in Flux**, USA, Edward Elgar Publishing, 2009.
31. Zamboni, Mauro, **Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory**, Berlin, Springer Science & Business Media, 2007.
32. Zenedin Glitz, Frederico Eduardo, **Globalization of Contract Law: A Brazilian Perspective**, CURITIBA EDIÇÃO DO AUTOR, Curitiba, 2014.

#### Articles

33. Arab Ahmadi, Majidreza & Mohammad Karimi, “An Analysis of the Autonomous Theory in International Commercial Arbitration”, *Private Law Research*, Vol 12, No. 44, 2023, pp. 187-219. (in Persian). <https://doi.org/10.22054/jplr.2023.73545.2742>.
34. Bello, Temitayo, Entertainment Industry Disputes; Arbitration As a Catalyst to Perennial Malady, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3055732>, 2017, PP. 1-27. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3055732> [<https://perma.cc/EBD9-QK7B>].
35. Benson, Bruce L. “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”. *Southern Economic Journal*, Vol. 55, 1989, pp. 644-661. <https://doi.org/10.2307/1059579>.
36. Cemil YILDIRIM, Ahmet, “Solid, Liquid and Gas Forms of the New Lex Mercatoria: How Do They Operate in Practice?” *AC YILDIRIM available at < cisgw3. law. pace. edu/cisg/biblio/Yildirim. pdf*, 2014, PP. 5-26. [https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/cemil\\_yildirim](https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/cemil_yildirim).
37. Cooter, Robert D. “Decentralized Law for A Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant”, *Formerly American Law Register*, Vol 144, 1996, pp. 1643-1696. <https://doi.org/doi.10.2307/3312636>
38. Druzin, Bryan H. “Anarchy, Order, and Trade: A Structuralist Account of Why a Global Commercial Legal Order is Emerging”, *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, Vol. 47, 2014, pp. 1049-1090. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol47/iss4/4/>
39. Horn, Norbert. “Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts: Studies i Transnational Economic Law”, *Stupra Note*, Vol. 11, 1982, PP. 55-89.
40. Joneydi, Laya, “Theory of Lex Mercatoria”, *Private Law Studies Quarterly*, Volume 41, Issue 1, April 2012, pp. 127-148. (in Persian). <https://doi.org/20.1001.1.25885618.1390.41.1.8.6>.
41. Karimi, Mohamma, Kashani, Javad, Mohebi, Mohsen, Nasiran, Dawood, “Arbitration on the basis of “Equity”, “Amiable Composition”, and “Lex

- Mercatoria”, *International Relations Researches*, Vol.9, No.2, 2019, pp. 215-238 (in persian). [https://www.iisajournals.ir/article\\_103895.html](https://www.iisajournals.ir/article_103895.html)
42. Karimi, Mohammad & Majidreza Arabahmadi, "Examining How to Solve the Problems Related to the Application of Conflicting Laws in Foreign Trade Through the Application of Lex Mercatoria", *Civil Law Knowledge*, Vol. 11, Issue 2, Serial Number 22, June 2023, PP. 25-40. (in Persian). <https://doi.org/10.30473/clk.2022.65192.3107>.
43. Karimi, Mohammad, Kashani, Javad, Mohebi, Mohsen, Nasiran, Dawood, "Lex Mercatoria An Efficient Law for Businessmen", *IRANIAN JOURNAL OF TRADE STUDIES (IJTS)*, Vol.26, No.103, pp. 233-263 (in persian). <https://doi.org/10.22034/ijts.2021.246915>.
44. Mahmoodi Kordi, Zahra, Zahedi, Mehdi, Ghadirinezhad, Seyyedeh Atefeh, Seyyedeh Atefeh, "From Lex Mercatoria to Transnational Commercial Law in Proper Sens", Vol 8, Issue 31, 2020, pp. 65-85. (in Persian). <https://doi.org/10.22054/jplr.2019.36593.2024>.
45. Markell, Bruce. "A View from the Field: Some Observations on the Effect of International Commercial Law Reform Efforts on the Rule of Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 6, 1999, pp. 497-510. <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol6/iss2/5/>.
46. Sardoueinassab, Mohammad & Emran Abdi, "Lex Petrolia; An independent and Transnational legal System or a Secondary and Complementary Source in the Oil and Gas Industry", *Journal of Researches Energy Law Studies*, Volume 8, Issue 2, 2023, pp. 333-353. (in Persian). <https://doi.org/10.22059/jrels.2023.358648.529>.
47. Schammo, Pierre, Of Standards and Technology: ISDA and Technological Change in the OTC Derivatives Market, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4059245> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4059245>, 2022, PP. 1-37. <https://doi.org/10.1080/17521440.2022.2063030>
48. Snyder, Francis. *Snyder Globalisation and the Law in the 21<sup>st</sup> Century*, Blackwell Publishing, 2024. <https://www.researchgate.net>, pp. 1-18. [https://www.researchgate.net/publication/30527915\\_Globalisation\\_and\\_the\\_Law\\_in\\_the\\_21st\\_Century](https://www.researchgate.net/publication/30527915_Globalisation_and_the_Law_in_the_21st_Century).
49. SZWAJCZAK, Natalia, *Effectiveness of Indication of Lex Mercatoria in a Choice-Of-Law Clause in International Commercial Contracts*, MMR, vol. XXIII, 25 (4/2018), 2018, pp. 221-234. <https://doi.org/10.7862/rz.2018.mmr.56>

50. Teubner, Gunther. "Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of Lex Mercatoria", *European Journal of Social Theory*, Vol. 5, 2022, pp. 199-217.

<https://doi.org/10.1177/13684310222225414>.

51. Wasserstein-Fassberg, Celia. "Lex Mercatoria — Hoist with Its Own Petard? ", *Chicago journal of International Law*, Vol 5, 2004, pp. 67-82. <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol5/iss1/7/>

### Thesis

52. Baddack, Frank. *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*, LL.M. (International Trade Law), Thesis, Faculty of Law, University of the Western Cape, Supervisor: Adv. M S Wandrag (University of the Western Cape), 2005.

53. Elcin, Mert. *Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and Practice*, Vol 1, Thesis Submitted for Assessment with a View to Obtaining the Degree of Doctor of Laws of the European University Institute, Florence, Prof. Fabrizio Cafaggi (EUI Supervisor), 2012.

### Cases

54. *International Business Mach. Corp. v. Fujitsu Ltd.*, No. 13T-117-0636-85 American Arbitration Ass'n Commercial Arbitration Tribunal 4, 1987

## Lex Mercatoria: Market-Oriented Legal System

Mohammad Javad Abdollahi\*  
Mohammad Karimi\*\*  
Mahid Reza Arabahmadi\*\*\*

Received: 2025.08.20

Accepted: 2025.01.21

### Abstract

Specialized communities in various fields of law, particularly those concerned with the rights of merchants, have long demonstrated a tendency to create legal rules that extend beyond the legislative authority of national legislators. This phenomenon arises from the inherent power of international markets, which, in practice, have proven ability of generating legal norms without state legislature's intervention. In this context, "*Lex Mercatoria*"—as a transgovernmental legal system—has emerged and evolved under the influence of international markets. As such, *Lex Mercatoria* can be characterized as a "market-oriented" legal system. At the same time, it has the required practical ability for adapt to the fluid and evolving conditions of international markets. Addressing the central research question of how international markets and *Lex Mercatoria* have mutually influenced each other—both in the creation and evolution of *Lex Mercatoria* and in meeting the demands of international markets—this study employs a library-based research methodology supplemented by note-taking in research. By examining the historical development of *Lex Mercatoria* and analyzing the pivotal role of international markets in creating the economic conditions necessary for its growth, the authors assess the suitability of *Lex Mercatoria* for the transnational nature of international markets. The findings indicate that *Lex Mercatoria*, as an example of soft law, has successfully developed and adapted to the unique conditions of international markets. *Lex Mercatoria*, as one of the examples of soft law, has grown and evolved based on the special conditions of international markets, developing in specialized branches—normally around a particular industry—and, in turn, has to respond to the distinctive conditions of international markets.

### Keywords:

*Lex Mercatoria*, Merchants, National Legal Systems, International Markets, International Trade Law.

---

\* Assistant Professor, Faculty of Law & Economics, Islamic Azad University: Khomeinishahr Branch, Khomeinishahr, Iran. Corresponding Author Email: dr.abdollahi@iau.ac.ir

\*\* Ph.d Candidate, Faculty of Law, Theology & Political Science, Islamic Azad University: Najafabad Branch, Najafabad, Iran.

\*\*\* Assistant Professor, Department of law, Islamic Azad University: Farahan Branch, Farahan, Iran.

**Contents:**

<b>Maritime Cyber Risk Insurance: Emerging Issues and Solutions</b> Mansour Amini -Maryam Aghasi Javid .....	36
<b>Interdependence and the Expansion of Cooperation Foundations in the International Legal Order: An Explanation from the Perspective of Challenges</b> Fariborz Arghavani Pirsalami -Nader Mardani- Alireza Abbasi .....	63
<b>Evaluation of Smart Contracts Dissolution due to Termination with Statutory Options</b> Ali Alsharif- Mohammadmehdi Alsharif .....	91
<b>Examining the Possibility of Exercising the Right of Option in Transaction by Conduct</b> Israfil Farzaneh - Ahmad Mortazi .....	122
<b>Restudying the Legal Structure of Economic Property Rights Based on Steiner’s Rights-Based Theory of Justice: From Negative Liberty to Historical Restitution</b> Mohammad Ghasem Tangestani - Mahdi Moradi Berelian .....	151
<b>Comparative Analysis of Risk Allocation and Dispute Resolution in EPC Contracts and Their Impact on Project Efficiency: A Study in Iranian, French, English, and American Law</b> Somayyeh Ghasemi Hamed-Mojtaba Ghasemi - Shahrzad Haddadi .....	191
<b>A Comparative Study on the Legal Challenges of Ownership of Inventions Created by Generative Artificial Intelligence</b> Ebrahim Rahbari - Seyed Mustafa Meshkat .....	223
<b>Decentralized Regulation of Cryptocurrency Exchanges in the Legal Systems of the EU, the US and Iran</b> Seyed Alireza Hosseini - Seyed Alireza Tabatabaei .....	254
<b>Evolution to Ex-ante Competition Law A Reflection on the New Rules for Dealing with Anti-Competitive Practices in Digital Platforms</b> Ali Bahadori Jahromi - Mohammad Sadegh Farahani .....	289
<b>Lex Mercatoria: Market-Oriented Legal System</b> Mohammad Javad Abdollahi- Mohammad Karimi- Mahid Reza Arabahmadi....	318

## **Economic and Commercial Law Research**

Shahid Beheshti University Faculty of Law  
in Cooperation with  
Iran Scientific Association of Economic Law

Published by: Shahid Beheshti University  
Director in Charge & Editor in Chief: A. GHASEMI HAMED  
Executive Director: E. SHAMS

### **Editorial Board (Alphabetical Order)**

**Saeed Reza ABADI (Associate Professor of Public Law & Economic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)**

**Ebrahim ABDIPOUR FARD (Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Hazrat-e Masoumeh University)**

**Iraj BABAEI (Associate Professor of Private Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)**

**Homayoun HABIBI (Associate Professor of International Law, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)**

**Mirghasem JAFARZADE (Associate Professor of International Trade Law, Intellectual Property Law & Cyberspace Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)**

**Abbas KARIMI (Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran)**

**Ali MOGHADAM ABRISHAMI (Associate Professor of Private Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)**

**Hamid Reza NIKBAKHT FINI (Member of Iran- United States Claims Tribunal, Professor of International Trade Law department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)**

**Abbas SHIRI VARNAMKHASTI (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran)**

**Mohammad ROSHAN (Associate Professor of Private Law Department, Family Research Institute, Shahid Beheshti University)**

**Seyed Jamal SEYFI (Member of Iran- United States Claims Tribunal, Associate Professor of International Law department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)**

**Abbas TOOSI (Associate Professor of Private Law, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)**

**Mohammad Hossein ZAREIE (Associate Professor of Public Law & Economic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)**