



دانشکده حقوق

# پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

بهار ۱۴۰۵

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

---

صفحه آرا: مهتاب سلیمی  
ویراستاران: مونا عبدی - الهام وحدانی فر  
طراح جلد: نگار توکل مقدم

بهار ۱۴۰۵  
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 داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا، دانشیار حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر عباس شیری ورنامخواستی (دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)  
دکتر عباس طوسی (دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)  
دکتر ابراهیم عبدی‌پور فرد (استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه حضرت معصومه قم)  
دکتر عباس کریمی (استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)  
دکتر علی مقدم ابریشمی (دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)  
دکتر حمیدرضا نیکبخت فینی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا، استاد حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)

چهار

## 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. هزینه 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 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 Doc یا Docx (آفیس ۲۰۰۷ یا جدیدتر) خواهد بود. نویسندگان می‌توانند از [فایل فرمت شده](#) برای تدوین مقاله استفاده کنند.
- نویسنده/نویسندگان باید هم‌زمان با بارگذاری مقاله خود نسبت به تکمیل و بارگذاری [تمهیدنامه](#) و [فرم تعارض منافع](#) اقدام کنند.

۲. ارسال مقاله به معنای رعایت کلیه موازین قانونی درخصوص مالکیت فکری آثار و اخلاق حرفه‌ای پژوهش از سوی نویسندگان است.

۳. در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان الزامی می‌باشد.

۴. اندازه و قلم بخش‌های مختلف مقاله به شرح جدول زیر است:

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

۵. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد :

صفحه	محتویات	توضیحات و نکات ضروری
صفحه اول	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی	<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 به زبان انگلیسی	<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</li> </ul>

<p>تعیین نویسنده مسئول به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه دوم درج خواهد شد.</p> <ul style="list-style-type: none"> <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 حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.</li> </ul>		
<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	

عربه‌منظور 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 درخصوص آن‌ها تعیین تکلیف شده، سایر موارد براساس این شیوه‌نامه به عمل می‌آیند.
  ۲. ارجاع‌دهی در این نشریه در قالب پاورقی انجام می‌شود.
  ۳. در نخستین بار ارجاع به یک منبع، مطابق با 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**، چ ۴، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶.
- Posner, Richard A, **Economic Analysis of Law**, United States: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

#### ۲. مقاله:

- توضیح: نام خانوادگی، نام، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره/سال، شماره مجله، سال انتشار، صفحات شروع تا پایان.
  - نمونه: قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، *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 دکتری/پایان‌نامه کارشناسی ارشد، نام دانشگاه، نام دانشکده، سال دفاع.
  - نمونه: وصالی محمود، منصور، **داوری در حقوق رقابت**، پایان‌نامه 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

- شاخص صحیح مورد استفاده در محاسبه خسارت تأخیر تأدیه (سالانه یا متوسط سال)  
باقر شاملو-امیرحسین همتی-هانی حاجیان-سارا دولت‌نیا..... ۱۱
- الزامات قانونی نسبت کفایت سرمایه و نظارت بانک مرکزی در حمایت از حقوق  
سپرده‌گذاران و تقویت اعتماد عمومی  
صدیقه قارلقی-ابراهیم عبدی‌پور فرد-علیرضا دبیرنیا-سیدهادی عربی..... ۴۱
- امکان سنجی تحقق کارویژه سند مالکیت بودن در بارنامه بلاک‌چین  
مصطفی‌السان-محمد رضا حاذقی اقدم..... ۷۱
- تأثیر قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها بر توثیق دارایی‌های دیجیتال  
نسرین طباطبایی حصاری-غزاله صحرانورد..... ۹۹
- واریز یا دریافت وجه از حساب فردی غیر از طرف معامله؛ مصداق پول‌شویی یا  
جرم‌انگاری خارج از صلاحیت  
فضل‌الله فروغی-زهرا بازوبند..... ۱۲۷
- کاربرد قواعد طرح مواد مسئولیت دولت و پیدایش نظام فرعی مسئولیت در داوری  
معاهده‌ای دولت- سرمایه‌گذار: باز اندیشی در قابلیت استماع دعوا  
میر شهبیز شافع-نیلوفر نظریانی..... ۱۴۹
- داوری الگوریتمی و توسعه قضایی دیجیتال: آینده حل اختلاف در بستر هوش مصنوعی  
پیام شعبانی-بهنام حبیبی درگاه-علی اسلامی‌پناه-جواد خالقیان..... ۱۷۷
- شناسایی و کاربرد «اصل احتیاط» در تنظیم روابط تجاری بین‌المللی دولت‌ها و  
شرکت‌های تجاری  
سیده طاهره ابراهیمی-حجت مبین-حانیه ذاکری‌نیا..... ۲۱۱
- تلاؤ حقوق بین‌الملل اقتصادی بر سه ابزار جنگ تجاری: تأملی بر تقابل چین و آمریکا  
نوید زمانه قدیم..... ۲۴۷

جایگاه مرور زمان، استاپل منصفانه و مهلت قانونی در دعاوی نقض حق اختراع آمریکا؛

درس‌هایی برای حقوق ایران

سیمین عباسی ..... ۲۷۳

## شاخص صحیح مورد استفاده در محاسبه خسارت تأخیر تأدیه (سالانه یا متوسط سال)

باقر شاملو\*

امیرحسین همتمی\*\*

هانی حاجیان\*\*\*

سارا دولت‌نیا\*\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

### چکیده

ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ با تعیین شروطی، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ مطالبه را به میزان تغییر شاخص سالانه قیمت مجاز دانسته است. با وجود اینکه این ماده در خصوص نحوه صحیح محاسبه خسارت تأخیر تأدیه تصریح دارد، بانک مرکزی هم تمام شاخص‌های مورد نیاز برای اجرای ماده مذکور را اعلام کرده است. اما به دلیل شاخص‌هایی که بانک مرکزی در ستون‌های مختلفی ارائه می‌دهد تفسیرهایی از ماده مذکور در بین محاکم مشاهده گردیده است که مطابق آن متوسط شاخص بهای سال قبل باید معیار قرار گیرد. این وضعیت به دوگانگی در رویه و ایجاد تفاوت چشمگیر در نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه منجر شده است که باعث تفاوت فاحش در مبلغ محاسبه شده در اجرای احکام می‌گردد. نتیجه این اختلاف رویه به رأی وحدت رویه شماره ۸۵۰ مورخ ۱۶/۵/۱۴۰۳ منجر گردیده است؛ پژوهش پیش‌رو از نوع نظری بوده و به شکل توصیفی و تحلیلی و با ابزار کتابخانه‌ای و با مراجعه به کتاب‌ها و مقاله‌ها در پاسخ به این سؤال سامان یافته است که مطابق موازین حقوقی، برای محاسبه خسارت تأخیر تأدیه بایستی از چه شیوه‌ای استفاده نمود؟ در این پژوهش نگارندگان به این نتیجه دست یافته‌اند که منظور قانونگذار از شاخص سالانه در ماده ۵۲۲ ق. آ. د. م شاخص‌هایی است که در انتهای هر ماه توسط بانک مرکزی اعلام می‌گردد و روش محاسبه خسارت تأخیر تأدیه به صورت حاصل ضرب مبلغ دین در شاخص مربوط به زمان پرداخت تقسیم‌بهر شاخص مربوط به ماه زمان سررسید دین است.

### کلیدواژگان:

خسارت تأخیر تأدیه، کاهش ارزش پول، شاخص سالانه، شاخص ماهانه، تورم.

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

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)  
a.h.hemmati@ut.ac.ir

\*\*\* دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، تهران، ایران.

\*\*\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد، 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

ماهیت خسارت تأخیر تأدیه بر اساس ماده ۲۲۸ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۰۷ مورد اراده و تصویب قانونگذار قرار گرفته است. از سوی دیگر روش شکلی محاسبه این نوع خسارت نیز در طول زمان دستخوش تغییراتی گردیده است؛ به گونه‌ای که تا پیش از انقلاب اسلامی، پس از چند مقررۀ متفاوت نهایتاً قانونگذار روش شکلی محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را در ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ از قرار سالانه دوازده درصد مقرر نمود. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، بنیاد مستضعفان و کارکنان سازمان ثبت اسناد و املاک در سال ۱۳۶۰ طی استعلامی از حضرت امام خمینی (ره) استفتا نمودند که باتوجه به رقم مشخص که قانون تعیین کرده آیا این خسارت شرعاً بهره تلقی می‌شود یا خیر؟<sup>۱</sup> حضرت امام خمینی (ره) در پاسخ فرمودند: «بسمه تعالی آنچه به حساب دیرکرد تأدیه بدهی گرفته می‌شود ربا و حرام است».<sup>۲</sup> لذا بر همین اساس و در پاسخ به چندین استعلام واصله، شورای نگهبان طی نظریاتی از سال ۱۳۶۰ لغایت ۱۳۶۶، دریافت خسارت تأخیر تأدیه موضوع مواد ۷۱۲ و ۷۱۹ ق. آ. د. م را مغایر با موازین شرعی تشخیص داد. پس از آن از سال ۱۳۷۶ تغییراتی در نحوه پذیرش خسارت تأخیر تأدیه به وجود آمد.

از سال ۱۳۷۶ به بعد موضوع نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه طی قوانین مختلفی مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت و روش‌های مختلفی برای محاسبه آن پیشنهاد شد. در یکی از اولین روش‌های محاسباتی مورد تأیید پس از انقلاب می‌توان به ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۱۳ اشاره نمود که نحوه محاسبه مهریه‌ای را که به وجه رایج مقرر شده معادل متوسط شاخص بهای سال قبل، تقسیم بر متوسط شاخص بها در سال وقوع عقد، ضرب در مهریه مندرج در عقدنامه مقرر نمود. پس از آن در سال ۱۳۷۹، قانونگذار ذیل ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی محاسبه خسارت تأخیر تأدیه دیون رایج را منوط به تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت دانسته و محاسبه آن را بر اساس «رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه اعلامی توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران» مقرر نمود و به تصویب شورای نگهبان رسید. همچنین در راستای اجرای تکلیف مقرر ذیل ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۷ مبنی بر ضرورت اعلام شاخص بها به قوه قضائیه توسط بانک مرکزی،

۱. حاجیان، هانی، جواد سرخوش و میثم اکبری دهنو، «علت تناقض در آرای شورای نگهبان درباره تأخیر تأدیه»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ش. ۲۷، ۱۳۹۹، ص ۲.

۲. حسن‌خانی، داوود، «مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در قوانین موضوعه ایران»، وکالت، بهمن و اسفند ۱۳۸۰، ص ۳۲.

آن بانک هر ساله اقدام به اعلام این شاخص‌ها طی دو دسته مجزا (یکی جهت استفاده در محاسبه خسارت تأخیر تأدیه و دیگری جهت محاسبه مهریه) می‌نمود و این شاخص‌ها طبق جدول اعلامی بانک مرکزی در دواير اجرا مورد استفاده قرار می‌گرفت. حسب بررسی نگارندگان، از اوایل سال ۱۳۹۹، تفسیری متفاوتی از نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در رویه برخی محاکم ایجاد شد؛ بدین صورت که برخی ادعا کردند عددی که بانک مرکزی به‌عنوان متوسط شاخص بها سال اعلام می‌نماید شاخص سالانه نام دارد و باتوجه به حکم ماده ۵۲۲ ق. آ. د. م، محاسبه خسارت تأخیر تأدیه باید با استفاده از این عدد محقق شود. از طرفی چون عدد مربوط به متوسط شاخص بهای سال هیچ‌گاه در طول یک سال قابلیت محاسبه ندارد، دواير موصوف اقدام به استفاده از عدد متوسط شاخص بهای سال قبل از پرداخت می‌نمایند. استفاده از متوسط شاخص بهای سال قبل از پرداخت به‌جای شاخص سالانه منتهی به هر ماه زمان پرداخت منجر به ایجاد مشکلات عدیده‌ای شده که طی این پژوهش عنوان می‌گردند. پژوهش پیش‌رو از جهت جواب به این سؤال است که خسارت تأخیر تأدیه بر اساس چه فرمولی باید محاسبه گردد؟ برای پاسخ‌گویی به این سؤال باید به این سؤالات فرعی نیز پاسخ داده شود که: اولاً؛ منظور قانونگذار از شاخص سالانه زمان پرداخت در ماده ۵۲۲ ق. آ. د. م دقیقاً کدام یک از اعداد اعلامی توسط بانک مرکزی است؟ ثانیاً؛ استفاده از متوسط شاخص بها برای محاسبه خسارت تأخیر تأدیه چه تبعات حقوقی و اقتصادی را در پی دارد؟

فرضیه موجود این است که بر مبنای ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی محاسبه خسارت تأخیر تأدیه باید بر مبنای شاخص سالانه باشد. بر مبنای یافته‌های این تحقیق و بر اساس تفاوت‌های مشروحه در ادامه این پژوهش میان اعداد منتشر شده در انتهای هر ماه و عدد منتشر شده در انتهای هر سال، منظور قانونگذار از شاخص سالانه بانک مرکزی همان شاخص سالانه منتهی به هر ماه است که به‌صورت جدول ماهانه توسط بانک مرکزی منتشر می‌گردد.

## ۱. خسارت تأخیر تأدیه

خسارت را به ضرر، زیان، ضرر کردن، زیان بردن<sup>۱</sup> معنا نموده‌اند. معنی واژه تأخیر را پس انداختن، دیر کردن، دیرکرد، عقب انداختن<sup>۲</sup> گفته‌اند. کلمه تأدیه برحسب متعلقش معانی گوناگونی دارد که شامل انجام دادن و به‌جا آوردن، گزاردن، پرداختن، پرداخت یا ادای پول وام یا دین، مطلق پرداخت.<sup>۳</sup>

۱. معین، محمد، فرهنگ پارسی، ج. ۷، تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۴، مدخل خسارت.  
۲. موسوی بجنوردی، سید محمد، «مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه»، پژوهش‌نامه متین، ش. ۷۳، ۱۳۸۲، ص ۵.  
۳. عمید، حسن، فرهنگ پارسی عمید، ج. ۲۷، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۲، مدخل تأخیر.

در تعریف حقوقی از خسارت تأخیر تأدیه بیان شده است: ضرری که بر اثر عدم پرداخت دین در مهلت مقرر بر دائن وارد می‌شود<sup>۲</sup> و همچنین گفته شده است: هرکس به امری تعهد نماید و تعهد خود را در موعد مقرر انجام ندهد، چنانچه در نتیجه این تأخیر متعهدله متضرر شود متعهد باید خسارت ناشی از تأخیر را جبران کند. اگر این تعهد وجه رایج باشد قانونگذار اصطلاح «خسارت تأخیر تأدیه» را مطرح کرده است.<sup>۳</sup> برخی ضرر را در فرض تأخیر در پرداخت پول امری مسلم دانسته و گفته‌اند: خسارتی را که از بابت دیر پرداخت وجه نقد، از طرف مدیون باید به طلبکار داده شود، «خسارت تأخیر تأدیه» می‌گویند.<sup>۴</sup> از تعاریف فوق نتیجه می‌شود خسارت تأخیر تأدیه فرع بر وجود دین است. دین عبارت است مال کلی که در ذمه یک شخص قرار می‌گیرد. برائت ذمه در اموال مثلی به پرداخت عین و در اموال قیمی به پرداخت قیمت ایجاد می‌شود. در مثلی‌ها تأخیر در بازپرداخت دین ممکن است باعث از دست رفتن حداکثر سود برای صاحب مال در زمان فروش شود که بحث عدم‌النتفع ایجاد می‌گردد. در قیمی‌ها ۱- بحث کاهش ارزش پول و ۲- منافعی که صاحب پول از عدم به جریان انداختن پول بر او وارد گردیده مطرح می‌شود. اینکه خسارت تأخیر تأدیه مذکور در ماده ۵۲۲ ق. آ. د. م چه ماهیتی دارد امری است که باید با دقت‌های حقوقی را مورد توجه قرارداد، اما به‌طور مختصر می‌توان گفت سه نظریه اصلی در این خصوص وجود دارد: ۱- نظریه عدم‌النتفع مسلم پول که همان ماهیت مذکور در ماده ۷۲۹ ق. آ. د. م سابق است. ۲- نظریه کاهش ارزش پول که در واقع ایفاء دین در زمان ایجاد است. ۳- نظریه تعزیرات غیر کیفری یا همان جریمه مدنی.

اینکه ماده ۵۲۲ ق. آ. د. م با کدام یک از این نظریات توجیه می‌شود، تأثیری زیادی در بحث حاضر ندارد، چراکه قانونگذار هر کدام از این نظریات را که پذیرفته باشد دست‌آخر اعلام نموده است، خسارت تأخیر تأدیه باید از طریق شاخص بانک مرکزی جبران شود و اینکه از بین عددهای اعلامی از سوی بانک مرکزی کدام یک منظور قانونگذار است، باید مورد تحلیل قرار گیرد تا اینکه نه اجحاف به محکوم‌علیه شود و نه اینکه حقی از محکوم‌له ضایع گردد.

۱. همان منبع، مدخل تأدیه.
۲. انصاری، جمال و ابوالفضل محبی، «بررسی ماهیت حقوقی خسارت تأخیر تأدیه در حقوق بانکی»، مجله حقوق بانکی، ۳، ش. ۵ و ۶، ۱۳۹۳، صص. ۱۵۹-۱۸۶.
۳. شیروی، عبدالحسین، **حقوق اقتصادی**، ج. ۲، سمت، ۱۴۰۰، صص ۱۴۸-۱۵۵.
۴. سلطانی رنایی، مهدی، «نگاهی تطبیقی به جبران خسارت تأخیر تأدیه در فقه و حقوق»، مجله فقه و مبانی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۰.
۵. وحدتی شبیری، سید حسن، «خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد»، *روش‌شناسی علوم انسانی*، د. ۹، ش. ۳۶، ۱۳۸۲، ص ۷۷.
۶. پنج‌تنی، سید محسن، «خسارت، وجه التزام و خسارت تأخیر تأدیه»، *ماهنامه کانون*، ش. ۱۱۸، ۱۳۹۰، ص ۱۹.

## ۲. تعریف انواع شاخص پولی موجود در کشور

یکی از متغیرهای مهم در اقتصاد کلان سطح عمومی یا متوسط وزنی قیمت‌هاست که کاربردهای فراوانی دارد. در واقع چون در اقتصاد کلان با تعداد بسیار زیادی از کالاها و خدمات مواجهیم، ناچاریم با یک عدد، وضعیت همه قیمت‌ها را بیان نماییم.<sup>۱</sup> شاخص قیمت، معیاری است که براساس آن، ارزش ثابت از ارزش جاری تمیز داده می‌شود.<sup>۲</sup> اصولاً شاخص، کمیته‌ای است که به‌عنوان نماینده کمیته‌های همگن متعدد به کار می‌رود و می‌تواند جهت و میزان تغییر کمیته‌های مورد نظر را در طول زمان نشان دهد.<sup>۳</sup> عدد شاخص، رقمی است که تغییر نسبی قیمت‌های کالای مصرفی یا خدمات مشابه را در یک دوره و هر دوره دیگر، به‌عنوان دوره مبنا نشان می‌دهد. معمولاً دوره مبنا را به رقم صد ارائه می‌دهند.<sup>۴</sup> روش‌های مختلفی برای به‌دست آوردن شاخص وجود دارد که ساده‌ترین آن میانگین گرفتن است. این روش با دو مانع جدی تفاوت واحد اندازه‌گیری کالاها و وزن متفاوت اثربخشی کالاها در زندگی مردم مواجه است. برای حل این مشکل، اولاً، یک سال دارای ثبات نسبی به‌عنوان سال پایه شاخص قرار می‌گیرد. در واقع سال پایه یعنی سالی که در آن کشور، کمتر دچار تغییر و تحول شده باشد. به‌عبارت دیگر سالی که «تورم حداقل باشد؛ بیکاری کم باشد، رشد اقتصادی بالا باشد». البته به‌خاطر ایجاد کالاهای جدید و یا تغییر در مصرف برخی کالاها، سال‌های پایه هر چند سال تغییر می‌یابد. ثانیاً، به هر کالایی به میزان اهمیت آن وزن دهی می‌شود.

یکی از مهم‌ترین کارکردهای شاخص، محاسبه نرخ تورم است؛ چراکه ایجاد تورم کاهش قدرت خرید و بی ارزش‌داری را سبب می‌شود.<sup>۵</sup> روش‌های مختلفی برای اندازه‌گیری شاخص وجود دارد. برخی تغییرات قیمت را بر اساس ثبات مقادیر در سال پایه (لاسیپرز) و برخی تغییرات را براساس ثبات مقادیر خریداری شده در انتهای دوره (پاشه) و برخی نیز ترکیبی از هر دو روش (شاخص ایدئال- فیشر) را برای اندازه‌گیری شاخص معرفی می‌نمایند. از میان روش‌های موجود شاخص لاسیپرز، که بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز بر اساس همین شاخص نرخ تورم را مورد محاسبه قرار می‌دهد، بر اساس وزن به کار رفته در سهم مخارج اسمی کالاها و خدمات در سال پایه است.

۱. دادگر، یدالله و تیمور رحمانی، **مبانی و اصول علم اقتصاد**، ج. ۴، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۴، صص ۴۹-۷۶.

۲. شریف، مصطفی، **اقتصاد کلان**، ج. ۱، تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۷، ص ۵۹.

۳. فرهنگ، منوچهر، **فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی**، ج. ۱، ج. ۱، البرز، ۱۳۷۱، مدخل شاخص.

۴. همان منبع، ص. ۹۷۹.

۵. موتمنی، مانی، شهریار زاروکی و آرمان یوسفی بارفروشی، «سنجش واکنش شاخص رفاه سالانه به تورم ماهانه در ایران: کاربردی از الگوی ترکیبی داده‌های با فرکانس متفاوت فصلنامه پژوهشنامه اقتصاد و برنامه‌ریزی»، **فصلنامه برنامه‌ریزی و بودجه**، د. ۲۸، ش. ۱، ۱۴۰۲، ص ۳۲.

$$I_L = \frac{\sum_{i=1}^n P_i^f X_i^\circ}{\sum_{i=1}^n P_i^\circ X_i^\circ} \times 100$$

$I_L$ : شاخص لاسپیرز  
 $P_i^\circ$ : قیمت کالا یا خدمت  $i$   
 $P_i^f$ : قیمت کالا یا خدمت  $i$  در سال جاری  
 $X_i^\circ$ : مقدار کالا یا خدمت  $i$  در سال پایه  
 $\sum_{i=1}^n$ : جمع کالاها و خدمات ۱ تا  $n$

فرمول ۱. فرمول محاسبه شاخص لاسپیرز<sup>۱</sup>

در محاسبات مربوط به نرخ تورم، تغییرات قیمت هر گروه از کالاها و خدمات در زمان ارائه نرخ نسبت به مبدأ زمانی بررسی می‌شود.<sup>۲</sup> در بررسی‌های اقتصادی، به‌منظور تعیین آثار و عملکرد سیاست‌های اقتصادی، از شاخص قیمت مصرف‌کننده (CPI)<sup>۳</sup> و شاخص قیمت تولیدکننده (PPI)<sup>۴</sup> در ارزیابی سیاست‌های پولی و مالی استفاده می‌شود. از اهداف اصلی محاسبه و انتشار شاخص‌های قیمت، کاربرد آنها در محاسبه تغییرات هزینه زندگی، تغییرات هزینه تولید و تعدیل متغیرهای اقتصادی اسمی به متغیرهای حقیقی است. اگرچه این شاخص‌ها میانگین وزنی قیمت سبد ثابتی از کالاها و خدمات را بر مبنای سال پایه مشخصی اندازه‌گیری می‌کنند، کالاها و خدمات مشمول در هر یک از آنها و سطح قیمت‌ها متفاوت‌اند، کالاها و خدمات مشمول در PPI کل ستانده بخش تولیدکننده است؛ یعنی تمام کالاها و خدماتی که به‌وسیله تولیدکننده به‌عنوان مواد اولیه، کالاهای واسطه‌ای و سرمایه‌ای یا کالاهای نهایی به فروش می‌رسد، در این شاخص گنجانده می‌شود.<sup>۵</sup> اما در شاخص CPI فقط کالاها و خدماتی که برای مصارف مشخص توسط خانوارها خریداری می‌شود، مدنظر قرار می‌گیرند.<sup>۶</sup> این شاخص وسیله‌ای است برای اندازه‌گیری سطح عمومی قیمت‌ها و یکی از بهترین معیارهای سنجش نرخ تورم و قدرت خرید پول کشور است. لذا، همواره مورد توجه سیاستگذاران اقتصادی بوده است.<sup>۷</sup>

۱. همتی، عبدالناصر، **اقتصاد کلان**، مؤسسه عالی آموزش بانکداری ایران، چ. ۴، ۱۳۹۱، ص ۶۵.

۲. رحمانی، تیمور، **اقتصاد کلان**، ج. ۱، چ. ۱۰، انتشارات برداران، ۱۳۸۵.

3. Consumer Price Index

4. Producer Price Index

۵. به طور کلی، PPI به سه شاخص مختلف: ۱- مواد خام ۲- کالاهای واسطه‌ای ۳- کالاهای تمام شده مربوط می‌شود.

۶. CPI به شاخص واحدی که قیمت‌های سبد معینی از کالاها و خدماتی که توسط یک مصرف‌کننده نوعی خریداری می‌شوند، اشاره دارد.

۷. مطهری، محب‌اله، محمدرضا لطفعلی‌پور و شهاب متین، «بررسی رابطه علی میان شاخص قیمت تولیدکننده و مصرف‌کننده در اقتصاد ایران»، پژوهش‌های اقتصادی (رشد و توسعه پایدار)، د. ۱۶، ش. ۱، ۱۳۹۵، ص ۱۴۲.

در نظام مالی و اقتصادی جمهوری اسلامی ایران، از دو نوع شاخص با دو جنس متفاوت جهت سنجش میزان تورم و کاهش ارزش پول ملی استفاده می‌شود: ۱- شاخص نقطه به نقطه، که متولی محاسبه و اعلام آن مرکز آمار ایران بوده؛ ۲- شاخص سالانه که متولی محاسبه آن بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران است. برای فهم دقیق از ماده ۵۲۲ ق. آ. د. م مصوب سال ۱۳۷۹ و همچنین نحوه جبران از ارزش افتادن پول باید نحوه محاسبه، کارکرد و تفاوت‌های اساسی هریک از این شاخص‌ها بررسی گردد.

### ۲.۱. شاخص نقطه به نقطه

شاخص نقطه به نقطه که تغییرات شاخص قیمت را نسبت به زمان مشابه سال قبل مقایسه می‌کند، یک روش محاسباتی در علم اقتصاد است که توسط برخی از کشورها محاسبه و اعلام می‌شود. در حقیقت در محاسبه شاخص نقطه به نقطه در هر نوبت محاسبه، تورم نسبت به مدت متناظر سال قبل بررسی می‌گردد.<sup>۱</sup> به‌عنوان نمونه شاخص نقطه به نقطه اعلامی مرکز آمار مربوط به مهر ماه ۱۴۰۰ بر مبنای مقایسه قیمت‌های موجود در مهر ماه سال ۱۳۹۹ به‌دست‌آمده و خود شاخص مهر ماه سال ۱۳۹۹ نیز بر اساس شاخص مهر ماه سال ۱۳۹۸ محاسبه شده است.

در نتیجه در محاسبه این شاخص، تأثیرات طول یک سال دیده نمی‌شود و علی‌رغم امکان بیشتر یا کمتر بودن شاخص در ماه‌های دیگر، از مؤثر دانستن بازه میان دو نقطه مبدأ و مقصد شاخص صرف‌نظر شده و صرفاً به سید قیمتی روز مبدأ و روز مقصد توجه می‌شود. بر همین اساس، این روش محاسباتی فاقد قدرت ارائه دقیق اطلاعات تورمی است و همواره تحت‌تأثیر هیجانات کوتاه مدت و بعضاً گذرا قرار دارد. لذا این شاخص در محاسبه خسارت‌هایی مانند خسارت تأخیر تأدیه قابل استفاده نیست و مقنن به‌درستی این نوع شاخص را در ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین مرتبط غیر قابل استفاده دانسته است.

### ۲.۲. شاخص سالانه

شاخص سالانه شاخصی است که بانک مرکزی پس از اتمام هر ماه و پس از بررسی بهای کالاها و خدمات مصرفی (CPI) سبیدی تعریف شده و مقایسه با بهای کالاها و خدمات مصرفی دوازده ماه منتهی به آن ماه محاسبه و منتشر می‌نماید.<sup>۲</sup> به‌عبارتی بانک مرکزی جهت اعلام شاخص سالانه منتهی به آبان‌ماه ۱۴۰۲ شاخص را براساس تغییرات قیمتی از ابتدای آبان‌ماه ۱۴۰۱ لغایت انتهای مهرماه ۱۴۰۲ محاسبه می‌نماید. پس از آن برای محاسبه شاخص منتهی به آذرماه ۱۴۰۲، تغییرات بهای کالاها و

1. International Monetary Fund, Consumer Price Index Manual, Aug 2004, p. 572.

۲. وبسایت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به نشانی [www.cbi.ir](http://www.cbi.ir).

خدمات مصرفی (CPI) از ابتدای آذرماه ۱۴۰۱ لغایت انتهای آبان‌ماه ۱۴۰۲ را مدنظر قرار می‌دهد. بنابراین بانک مرکزی تغییرات بهای کالاها و خدمات مصرفی (CPI) طی دوازده ماه را بررسی، و عدد شاخص را محاسبه و اعلام می‌کند. علت نام‌گذاری این نوع شاخص به شاخص سالانه نیز همین روش محاسبه و اعمال تغییرات دوازده‌ماهه منتهی به هر مقطع زمانی است. به عبارتی دیگر، در نحوه محاسبه شاخص سالانه، همواره یک سال تمام منتهی به‌روز محاسبه ملاک عمل است و هیچ الزامی وجود ندارد که یک سال مورد محاسبه منطبق با یک سال تقویمی از ابتدای فروردین تا انتهای اسفند باشد، تا جایی که حتی از نظر علمی و عملی این امکان وجود دارد که تغییرات قیمتی از ۱۵ بهمن‌ماه ۱۴۰۱ تا ۱۴ بهمن‌ماه ۱۴۰۲ را محاسبه، و شاخصی تحت عنوان شاخص سالانه منتهی به ۱۵ بهمن‌ماه ۱۴۰۲ را محاسبه و تولید نمود.

سید تعریف شده بانک مرکزی شامل دوازده گروه اصلی است. هریک از این گروه‌های دوازده‌گانه اصلی دارای ضریب اهمیت تعریف شده و مشخصی‌اند که برآیند تغییرات قیمتی آنها در دوازده ماه منتهی به زمان محاسبه ملاک محاسبه شاخص سالانه است. در جدول ۱ گروه‌های دوازده‌گانه اصلی به‌همراه ضریب اهمیت آنها قابل مشاهده است.

جدول ۱. گروه‌های دوازده‌گانه محاسبه شاخص کالاها و خدمات مصرفی به‌همراه ضریب اهمیت هر گروه<sup>۱</sup>

ردیف	عنوان گروه	ضریب اهمیت (درصد)
۱	مسکن، آب، برق، گاز و سایر سوخت‌ها	۳۷/۰۵
۲	خوراکی‌ها و آشامیدنی‌ها	۲۵/۵۱
۳	حمل و نقل	۸/۹۰
۴	بهداشت و درمان	۷/۸۳
۵	پوشاک و کفش	۴/۶۲
۶	اثاث، لوازم و خدمات مورد استفاده در خانه	۴/۳۳
۷	کالاها و خدمات متفرقه	۳/۱۷
۸	ارتباطات	۲/۳۰
۹	تفریح و امور فرهنگی	۲/۰۷
۱۰	تحصیل	۲/۰۳
۱۱	رستوران و هتل	۱/۸۲
۱۲	دخانیات	۰/۳۷

همان‌طور که عنوان گردید، برآیند تغییرات هر دوازده گروه اصلی تشکیل‌دهنده شاخص بهای کالاها و خدمات مصرفی در مناطق شهری ایران (شاخص تورم) است. هریک از این گروه‌های اصلی دارای

۱. همان منبع.

زیرگروه‌هایی است که هر ماه با مقایسه بهای آن‌ها نسبت به ماه قبل و ماه مشابه سال قبل در کلیه استان‌های کشور، محاسبه عدد شاخص سالانه منتهی به آن ماه رقم می‌خورد. به‌عنوان مثال، بر اساس گزارش شاخص بهای کالاها و خدمات مصرفی در مناطق شهری ایران، شاخص بهای کالاها و خدمات مصرفی در بهمن ماه ۱۴۰۱ به عدد ۷۴۵٫۱ رسیده است. در جدول ۲ تغییرات شاخص مذکور در بهمن ماه ۱۴۰۱ نسبت به ماه قبل و همچنین ماه مشابه سال قبل برای تمامی گروه‌های اصلی نمایش داده شده است.

جدول ۲. عدد شاخص و تغییرات آن در بهمن ماه ۱۴۰۱ نسبت به ماه قبل و ماه مشابه سال قبل<sup>۱</sup>

عنوان	ضریب اهمیت سال پایه	عدد شاخص بهمن ماه ۱۴۰۱	درصد تغییر			
			بهمن ماه ۱۴۰۱ نسبت به ماه قبل		بهمن ماه ۱۴۰۰ نسبت به ماه قبل	
			ماه قبل	ماه مشابه سال قبل	ماه قبل	ماه مشابه سال قبل
شاخص کل گروه‌های اصلی و منتخب فرعی:	۱۰۰/۰۰	۷۴۵/۱	۴/۴	۵۴/۶	۱/۶	۳۲/۸
۱- خوراکی‌ها و آشامیدنی‌ها	۲۵/۵۱	۱۰۵۵/۲	۶/۳	۶۷/۱	۳/۰	۲۳/۶
خوراکی‌ها	۲۴/۵۲	۱۰۵۹/۳	۶/۴	۶۸/۱	۳/۱	۲۳/۲
غلات و نان	۴/۴۳	۹۱۶/۱	۲/۲	۵۵/۸	۶/۹	۶۱/۴
گوشت	۵/۳۱	۹۱۷/۴	۱۳/۳	۹۰/۵	۳/۶	۲۹/۳
ماهی و حیوانات دریایی	۰/۶۱	۱۴۲۳/۸	۶/۸	۶۳/۵	-۰/۳	۱۱/۳
لبنیات و تخم پرندگان	۲/۹۶	۱۰۴۳/۱	-۰/۱	۸۳/۳	-۰/۱	۴۲/۵
روغن‌ها و چربی‌ها	۰/۸۴	۱۶۸۳/۴	-۰/۴	۲۲۶/۰	-۰/۵	۲۷/۸
میوه‌ها و خشکبار	۵/۵۱	۱۱۲۸/۶	۵/۹	۴۵/۲	۱/۸	۰/۵
انواع سبزی، حبوب و فرآورده‌های سبزی	۳/۴۶	۱۲۴۱/۲	۱۳/۵	۶۸/۲	۴/۲	۲۰/۱
قند، شکر، مربا، عسل، شکلات و محصولات قنادی	۱/۰۵	۹۱۷/۴	۱/۶	۵۳/۶	۳/۴	۴۷/۶
نمک و ادویه، سن‌ها و چاشنی‌ها و ترکیبات خوراکی	۰/۳۳	۷۵۸/۷	۱/۵	۵۱/۵	۱/۷	۵۷/۰
آشامیدنی‌ها	۱/۰۰	۹۷۳/۹	۲/۶	۴۴/۴	-۰/۸	۳۴/۶
۲- دخانیات	۰/۳۷	۶۱۲/۸	۱/۲	۲۱/۳	-۰/۹	۳۲/۵
۳- پوشاک و کفش	۴/۶۲	۸۱۴/۹	۴/۰	۴۸/۲	۲/۰	۴۷/۳
۴- مسکن، آب، برق و گاز و سایر سوخت‌ها	۳۷/۰۵	۵۱۹/۰	۳/۱	۴۹/۸	۱/۳	۵۰/۸
اجاره‌بهای مسکن غیرشخصی	۷/۷۱	۵۳۵/۰	۳/۱	۵۰/۹	۱/۳	۵۲/۲
ارزش اجاری مسکن شخصی	۲۵/۴۳	۵۳۱/۰	۳/۲	۵۰/۹	۱/۳	۵۲/۱
تعمیرات و خدمات ساختمانی	۱/۶۷	۷۸۹/۱	۳/۱	۵۱/۶	۲/۲	۵۴/۴
آب	۰/۴۹	۱۶۶/۵	-	۱۳/۰	-	۱۳/۲
برق و گاز و سایر سوخت‌ها	۱/۷۵	۱۱۹/۱	-	-	-	۳/۶
۵- اثاث، لوازم و خدمات مورد استفاده در خانه	۴/۳۳	۹۴۰/۸	۳/۹	۳۷/۵	-۰/۸	۲۹/۲
۶- بهداشت و درمان	۷/۸۳	۴۶۹/۶	۲/۰	۴۱/۰	-۰/۹	۴۲/۵
۷- حمل و نقل	۸/۹۰	۱۰۲۲/۲	۲/۴	۵۰/۳	-۰/۶	۲۱/۶
۸- ارتباطات	۲/۲۰	۳۰۸/۲	۷/۸	۳۸/۱	-۲/۷	-۲/۰
۹- تفریح و امور فرهنگی	۲/۰۷	۸۰/۱	۴/۴	۴۴/۴	-۰/۱	۳۹/۱
۱۰- تحصیل	۲/۰۳	۳۶۹/۴	-۰/۲	۳۹/۴	-	۳۰/۴
۱۱- رستوران و هتل	۱/۸۲	۹۷۵/۳	۴/۳	۸۰/۴	۲/۷	۵۸/۲
۱۲- کالاها و خدمات متفرقه	۳/۱۷	۷۹۱/۸	۴/۶	۴۹/۵	-۰/۲	۲۹/۲
گروه‌های اختصاصی:						
۱- کالا	۴۸/۴۵	۹۵۷/۰	۵/۳	۵۷/۰	۲/۰	۲۷/۸
۲- خدمت	۵۱/۵۵	۵۴۴/۴	۳/۰	۵۰/۸	۱/۱	۴۱/۵

\* اختلاف بین ضریب اهمیت گروه‌ها با جمع ضرایب زیر گروه‌های آن مربوط به سراسر است (رُند کردن اعداد است).

شاخص سالانه می‌تواند برای هر بازه زمانی دلخواهی محاسبه شود. به صورت عرفی این محاسبه در کشورهای مختلف گاه به صورت فصلی و گاه به صورت ماهیانه تحقق می‌یابد. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز در رویه‌ای واحد، اقدام به محاسبه این نوع شاخص در هر ماه نموده و در نتیجه شاخص سالانه منتهی به هر ماه را محاسبه و اعلام می‌دارد. بنابراین در شاخص سالانه، هر ماه از سال عدد شاخص مختص خود را دارد که طبق تعریف دقیق علمی نام آن شاخص سالانه است. با استفاده از این نوع شاخص به علت پیوستگی موجود بین ماه‌ها (بر خلاف شاخص نقطه به نقطه) می‌توان هر ماه از سال را با هر ماه از همان سال یا سال دیگر مقایسه کرد که این ویژگی شاخص سالانه این امکان را می‌دهد تا به راحتی جهت همسان سازی زمان‌های مختلف استفاده شده و ارزش مبلغ مربوط به زمان سررسید دین و زمان تأدیه آن هم‌سنگ و برابر شود. به همین علت است که قانونگذار عنوان نموده که جهت محاسبه خسارت تأخیر تأدیه باید از این نوع شاخص بهره گرفت. در واقع در این روش هر ماه خود یک عدد سال پایه به حساب می‌آید که می‌تواند به عنوان مبنای محاسبه قابل استفاده باشد.

شایان ذکر است که منظور از شاخص سالانه در ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی استفاده از شاخص سالانه منتهی به هر ماه در جدول شاخص سالانه بانک مرکزی است و مقنن استفاده از واژه شاخص سالانه در نص ماده مذکور را به جهت تفکیک از شاخص نقطه به نقطه منتشره توسط مرکز آمار ایران تصریح نموده است. امر مزبور به کرات در نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه از جمله نظریه شماره ۷/۹۸/۱۵۷۱ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۵ و همچنین مصوبات آمره و لازم‌الاجرا ریاست قوه قضائیه از جمله نامه شماره ۱۰۰/۴۹۴۶/۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۲/۱/۲۸ قوه قضائیه و نامه شماره ۱۰۸۹۹/۰۲ مورخ ۱۴۰۲/۱/۲۲ رئیس کل بانک مرکزی که هر ساله در روزنامه رسمی کشور منتشر می‌گردد منعکس شده است.

### ۳. تفسیر اعداد مندرج در جدول شاخص بانک مرکزی

جدول شاخص سالانه منتشره توسط بانک مرکزی، شامل سه نوع از اعداد با ماهیت و جنس متفاوت است که در ادامه تفسیر هر یک به صورت مشروح عنوان می‌گردد:

#### ۳.۱. شاخص سالانه منتهی به هر ماه

بانک مرکزی هر ماهه محاسباتی در خصوص مقایسه قیمت سبد تعریف شده از کالاهای اساسی و نیازهای اولیه انسانی (بهای کالاها و خدمات مصرفی (CPI)) را با قیمت همین سبد در دوازده ماهه منتهی به آن ماه انجام می‌دهد و محاسبات تغییرات حاصله آن را اعلام می‌نماید. در واقع هر سال دارای

دوازده شاخص سالانه است که هر کدام منتهی به یک ماه خاص‌اند. متأسفانه در عرف عامیانه، نام این نوع شاخص به‌جای عبارت صحیح «شاخص سالانه منتهی به هر ماه»، به «شاخص ماهانه» تغییر پیدا کرده که همین مهم منجر به ایجاد اختلاف‌نظر در نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه و همچنین سوءبرداشت از عبارت مندرج در نص ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ گشته است.

### ۳.۲. متوسط شاخص بهای سال

بانک مرکزی در فروردین‌ماه هر سال پس از پایان یافتن محاسبه هر دوازده‌شاخص سالانه سال پایان‌یافته، اقدام به محاسبه و ارائه عددی تحت عنوان متوسط سال می‌نماید که متأسفانه عنوان «شاخص سالانه» به‌عنوان یک غلط مصطلح در خصوص آن مرسوم شده است. این عدد اعلامی تنها بیانگر میانگین و متوسطی از شاخص‌های سالانه منتهی به هر ماه تحقق یافته در سال است و قانونگذار با علم به این موضوع و در نظر گرفتن تفاوت معنا و مفهوم شاخص سالانه (منتهی به هر ماه) و متوسط شاخص بهای سال، اراده خود را بر استفاده از شاخص سالانه (منتهی به هر ماه) در محاسبه تأخیر تأدیه استوار نموده و در مقابل فقط در ماده ۲ آیین نامه اجرایی قانون الحاق یک تبصره به ماده (۱۰۸۲) قانون مدنی مصوب ۱۳۷۷/۲/۱۳ صراحتاً استفاده از متوسط سال را مجاز دانسته است که این خود به‌وضوح بیانگر اراده مقنن در تفکیک این دو نوع شاخص از یکدیگر است.

### ۳.۳. نرخ تورم

تورم به‌عنوان شاخصی برای سنجش کارایی اقتصاد کشورها است. به همین دلیل برای مقایسه قابلیت‌های اقتصادی یک کشور نرخ تورم<sup>۱</sup> را به‌همراه شاخص‌های دیگر مانند شاخص «تولید ناخالص ملی» یا GDP نیز محاسبه، و بین کشورهای مختلف رتبه‌بندی می‌کنند. تورم عبارت است از رشد شاخص قیمت‌ها و به این دلیل که شاخص قیمت‌ها گروه وسیعی از کالاها را شامل می‌شود، در محاسبه تورم اولاً متوسط تغییر قیمت کالاها در کل اقتصاد مدنظر است و ثانیاً رشد قیمت هر کالایی با وزن مناسب در محاسبه شاخص کل لحاظ می‌شود.<sup>۲</sup> فرمول محاسبه تورم عبارت است:

$$\text{Inflation} = \frac{\text{CPI}_2 - \text{CPI}_1}{\text{CPI}_1} \times 100$$

فرمول ۲. فرمول محاسبه درصد تورم<sup>۳</sup>

1. Inflation Rate

۲. همتی، عبدالناصر، منبع پیشین، ص ۶۵.

۳. وبسایت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به نشانی [www.cbi.ir](http://www.cbi.ir).

از فرمول ارائه شده مشخص می‌شود نرخ که به صورت درصد معین می‌شود، صرفاً در تصمیمات کلان اقتصادی مورد استفاده بوده و در بحث حاضر جایگاهی ندارد. با این حال با عنایت به اینکه طی نظریاتی از جمله بخشنامه ۱۴۰۳۲/۱۰ مورخ ۱۴۰۲/۱۰/۱۸ دادگستری کل استان تهران نرخ تورم به‌عنوان معیاری جهت محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در نظر گرفته شده و شاخص سالانه منتهی به هر ماه غیر منطبق با نرخ تورم و بیش از آن عنوان گردیده، لذا توضیحاتی به شرح زیر درج می‌گردد.

اعلام میزان تورم با تصمیم و سیاست وزارت اقتصاد و امور دارایی می‌تواند به صورت کوتاه مدت (مانند روزانه، هفتگی و ماهانه)، میان مدت (مانند فصلی و سالانه) و همچنین بلندمدت (مانند پنج ساله و ده ساله) محاسبه و اعلام گردد. محاسبه نرخ تورم به صورت حاصل تقسیم تفاضل شاخص انتهای دوره و شاخص ابتدای دوره بر شاخص ابتدای دوره ضرب در عدد ۱۰۰ است.

بانک مرکزی نیز هر ماه نرخ تورم موجود را بر حسب فرمول فوق با استفاده از شاخص سالانه منتهی به ماه دوم ( $CPI_2$ ) و شاخص سالانه منتهی به ماه اول ( $CPI_1$ ) طبق فرمول بالا محاسبه و اعلام می‌نماید. در انتهای سال نیز با تقسیم تفاضل متوسط سال و متوسط سال قبل بر متوسط سال قبل نرخ تورم سال را محاسبه و در جدول منتشره درج می‌نماید. لذا توجه به این نکات خالی از لطف نیست که اولاً نرخ تورم هر ماه به صورت رسمی توسط بانک مرکزی محاسبه و اعلام می‌گردد و نمی‌توان به علت عدم درج صریح آن در جدول شاخص‌های اعلامی، رسمیت و موجودیت آنها را زیر سؤال برد. ثانیاً عدد متوسط شاخص هر سال، حاصل میانگین دوازده شاخص سالانه منتهی به هر ماه آن سال ماست. نرخ تورم سال نیز حاصل تقسیم متوسط دو سال متوالی بر هم است. لذا نرخ تورم سال ماهیت و موجودیت خود را از منشأ اصلی ایجاد آن یعنی شاخص‌های سالانه منتهی به هر ماه می‌گیرد و نه از متوسط سال که خودش مستقلاً ماهیت نداشته و موجودیت خود را از همان منشأ اصلی یعنی شاخص سالانه منتهی به هر ماه و به صورت تبعی به دست می‌آورد. ثالثاً نرخ تورم ماهانه اعلامی توسط بانک مرکزی حاصل تقسیم تفاضل شاخص سالانه منتهی به دو ماه متناظر بر شاخص سالانه منتهی به ماه اول است. در نهایت مجموع این نرخ‌های تورم دوازده ماه برابر با نرخ تورم سال می‌گردد. لذا مجدداً ملاحظه می‌شود که نرخ تورم سال یک عدد کاملاً فرعی است و نمی‌تواند بر منشأ محاسبه خود یعنی شاخص سالانه منتهی به هر ماه غلبه و ارجحیت داشته باشد.

طبق نص صریح ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، شرط مطالبه خسارت تأخیر تأدیه، تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت است و نه تغییر فاحش در متوسط نرخ تورم. با

بررسی نص ماده و نیز تفاسیر متفاوتی که پیرامون این ماده صورت گرفته است، می‌توان به یقین رسید که قانونگذار ماده را مقید به قید میزان متوسط تورم سالانه ننموده است، لذا با توجه به این توضیحات و همچنین تفاوت معنی و نحوه محاسبه دو عبارت شاخص سالانه منتهی به هر ماه و متوسط نرخ تورم سال، مسلماً امکان مقید کردن قانون بدون اراده قانونگذار وجود ندارد.

#### ۴. قوانین و مقررات حاکم بر موضوع

نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه دیون در ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه مهریه در ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی قانون الحاق یک تبصره به ماده (۱۰۸۲) قانون مدنی مصوب ۱۳۷۷/۲/۱۳ به تفکیک توسط مقتن تصویب گردیده‌اند. در توضیح تفکیک این مقرره از یکدیگر، قانونگذار در هر یک از مواد موصوف حکمی مجزا به شرح ذیل صادر نموده:

ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی: «در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد».

ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی: «نحوه محاسبه مهریه وجه رایج بدین صورت است: متوسط شاخص بها در سال قبل تقسیم بر متوسط شاخص بها در سال وقوع عقد ضرب در مهریه مندرج در عقدنامه».

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، قانونگذار به درستی میان دو مقرره شاخص سالانه (که در انتهای هر ماه محاسبه و اعلام می‌گردد) و متوسط شاخص بهای سال قائل به تفکیک شده است. این تفکیک تا جایی پیش رفته است که مقتن به فقدان قابلیت محاسبه متوسط شاخص بهای سال زمان پرداخت توجه نموده و پذیرفته است که شاخص مزبور هیچ‌گاه در همان سال قابل محاسبه نیست و بنابراین در محاسبه مهریه به صراحت حکم بر استفاده از متوسط شاخص بهای سال قبل از پرداخت را صادر نموده، اما از سوی دیگر با علم به اینکه شاخص سالانه منتهی به هر ماه در زمان پرداخت موجود و در دسترس است، در ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی صراحتاً شاخص زمان پرداخت را ملاک محاسبه قرار داده و از ارجاع به شاخص سال قبل اجتناب نموده است. در همین راستا نیز اداره کل حقوقی قوه قضائیه طی نظریه شماره ۷/۱۴۰۰/۵۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۶/۶ اعلام نموده است: «چنانچه به علت تأخیر در اعلام شاخص سالانه از سوی مراجع ذی‌ربط در زمان تأدیه محکوم‌به، محاسبه خسارت طبق ماده ۵۲۲ قانون پیش‌گفته (که

محاسبه مبلغ خسارت تأخیر تأدیه را از زمان سررسید تا زمان پرداخت بر اساس شاخص اعلامی بانک مرکزی مقرر داشته) انجام نشده و خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای آخرین شاخص اعلام شده محاسبه شده باشد، واحد اجرا، تحت نظارت دادگاه پس از اعلام شاخص زمان تأدیه برای محاسبه و وصول مابقی خسارت تأخیر تأدیه بر اساس شاخص بانک مرکزی که مربوط به زمان تأدیه است، اقدام مقتضی به عمل می‌آورد».

این تفسیر در تمام نظریات اداره کل حقوقی قوه قضائیه (من جمله نظریه شماره ۷/۱۴۰۱/۳۳۴ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۱۷ و نظریه ۷/۱۴۰۰/۹۶۴ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۲۷) به درستی و دقت لحاظ شده است. برای مثال آن اداره طی نظریه مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۱۷ به شماره ۷/۱۴۰۱/۳۳۴ صراحتاً عنوان نموده است: «طبق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، مبلغ خسارت تأخیر تأدیه از زمان سررسید تا زمان پرداخت بر اساس شاخص سالانه بانک مرکزی تعیین می‌شود و با عنایت به اینکه در جدول شاخص سالانه، عدد هر ماه به تفکیک مشخص می‌شود، در زمان محاسبه خسارت باید عدد مربوط به همان ماه مبنای محاسبه قرار گیرد». ضمناً تمام مصوبات ریاست قوه قضائیه که هر ساله بر مبنای اعلام شاخص‌ها از سوی ریاست بانک مرکزی در راستای اجرای تکالیف ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون الحاق یک تبصره به ماده (۱۰۸۲) قانون مدنی مصوب ۱۳۷۷/۲/۱۳ در روزنامه رسمی منتشر می‌گردد، مؤید همین نظر بوده و شاخص مربوط به هر ماه را برای محاسبه خسارت تأخیر تأدیه قابل استفاده دانسته است.

از مطالب بیان شده مشخص می‌گردد طبق نص صریح ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، شرط مطالبه خسارت تأخیر تأدیه تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت است و نه تغییر فاحش در متوسط نرخ تورم یا متوسط شاخص بهای سال؛ لذا با بررسی نص ماده و نیز تفاوت معانی شاخص سالانه، متوسط شاخص بهای سال و نرخ تورم، می‌توان به یقین رسید که قانونگذار ماده را مقید به قید میزان تورم سال یا تغییر متوسط شاخص بهای سال ننموده است.

در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، مقنن صراحتاً مقرر نموده است که اعمال شاخص باید از زمان سررسید تا زمان پرداخت دین باشد. از طرفی ماهیت عدد متوسط سال به صورتی است که این عدد هیچ‌گاه در طول سال و زمان پرداخت مطالبات محکوم‌له وجود خارجی ندارد و به هیچ‌وجه نمی‌تواند محاسبه و قابل استفاده شود، چراکه خود میانگینی از مجموعه شاخص‌های اول فروردین هر سال تا آخرین روز اسفند ماه همان سال است و صرفاً با پایان گرفتن کامل ۳۶۵ روز هر سال، تنها در سال بعد قابلیت محاسبه پیدا می‌کند. قانونگذار نیز فقط در ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی قانون الحاق یک تبصره به

ماده (۱۰۸۲) قانون مدنی مصوب ۱۳۷۷/۲/۱۳ استثنائاً مجوز محاسبه حقوق محکوم‌له (زوجه) با استفاده از عدد متوسط سال مربوط به سال قبل از اجرای حکم را صادر نموده است. لذا رویه استفاده از شاخص مربوط به سال قبل از پرداخت در محاسبه خسارت تأخیر تأدیه موضوع ماده ۵۲۲ که اتفاقاً نسبت به آیین‌نامه مذکور مؤخرالتصویب است، فاقد وجهت قانونی است و نه تنها قابلیت اجرا ندارد، بلکه مطلقاً خلاف اراده قانونگذار تلقی می‌شود. بدیهی است اگر اراده قانونگذار در ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی بر استفاده از شاخص متوسط یک سال قبل از سال پرداخت مطالبات بود، این مهم را در این قانون به‌مانند ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی قانون الحاق یک تبصره به ماده (۱۰۸۲) قانون مدنی مصوب ۱۳۷۷/۲/۱۳ به‌صراحت اعلام، و به‌جای استفاده از عبارت شاخص سالانه از شاخص متوسط سال و به‌جای عبارت زمان پرداخت، از عبارت متوسط شاخص بهای مربوط به سال قبل از پرداخت استفاده می‌کرد. استفاده از شاخص متوسط سال به‌جای شاخص سالانه منتهی به هر ماه پیامدهای جبران‌ناپذیری دارد که در ادامه برخی از آنان برشمرده می‌گردد:

#### ۴.۱. عدم امکان اجرای صحیح آرای قضایی

با عنایت ماده ۱ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶/۸/۱، احکام به‌محض قطعیت اجرا می‌شوند. همچنین به‌موجب ماده ۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ فقط دادگاه صادرکننده و آن هم فقط در مواردی که قانون معین نموده است، اجازه دارد از اجرای حکم در زمان مقرر جلوگیری کند و به‌نوعی اجرای آن را تعویق اندازد. لذا با عنایت به این توضیحات، نمی‌توان اجرای حکم قطعیت یافته در سال ۱۴۰۲ را تا فروردین ۱۴۰۳ به تعویق انداخت تا دسترسی به عدد متوسط سال ۱۴۰۲ محقق شود. پر واضح است که حتی به فرض محال امکان اعمال چنین تعویقی باشد، سال پرداخت دیگر ۱۴۰۲ نبوده و طبق نص صریح ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی، دین در سال ۱۴۰۳ پرداخت شده است. پس باز هم باید تا یک سال بعد اجرا به تعویق بیفتد تا شاخص ۱۴۰۳ محاسبه شود و در آن زمان دیگر تاریخ سال پرداخت به سال ۱۴۰۴ تغییر، و در نهایت این توالی تا بی‌نهایت ادامه می‌یابد و عملاً احکام دادگستری قابلیت اجرای آرای قطعی خود را از دست می‌دهند.

درعین حال برای رفع این نقیصه، اگر بنا باشد بخشی از رأی براساس عدد شاخص مربوط به متوسط سال قبل اجرا شده و سپس در فروردین ماه سال بعد که شاخص زمان پرداخت محکوم به مربوط به اجرای حکم معوقه از سال قبل به‌دست آمد، اجرای حکم کامل شود نیز مشکلات عدیده و غیرقابل جبرانی به‌وجود خواهد آمد که باعث می‌شود موضوع پیچیده‌تر شود؛ برای مثال در این صورت عدد تأمین

محکوم‌به با مشکل مواجه می‌گردد، تکلیف آزاد نمودن بدهکاری که به موجب ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی از جهت اخذ تأمین جهت رسیدگی به دعوی اعسار مبهم می‌گردد؛ چراکه تأمین باید به میزان محکوم‌به باشد. البته مشکلات دیگری نیز قابل تصور است که بیان آنها باعث اطاله کلام می‌شود. از سوی دیگر، باتوجه به سیاست‌های کلان اقتصادی کشور در تعیین نرخ بهره و همچنین وجود حداقل نرخ سود تعریف شده در نظام اقتصادی و بانکی کشور، ارزش پول در دو ماه متفاوت از یک سال تفاوت فاحش دارد و مستند به ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی مستحق خسارت تأخیر تأدیه است. بنابراین اگر دینی در فروردین ماه ۱۴۰۱ سررسید یا تأدیه شود، ارزشی بسیار متفاوت از سررسید یا تأدیه همان مبلغ در اسفندماه ۱۴۰۱ را خواهد داشت و نمی‌توان ارزش هر دو مبلغ را با شاخص متوسط سال هم‌تراز نمود. لذا اگر بنا باشد که بدون توجه به ماه زمان پرداخت فقط سال زمان پرداخت مورد توجه قرار گیرد و باتوجه به اینکه استفاده از متوسط شاخص سال قبل نیز فاقد وجاهت قانونی است و شاخص سال پرداخت باید ملاک عمل باشد، طبیعتاً حقوق طرفین به درستی رعایت نشده و حتی ممکن است منجر به نصف شدن حقوق قانونی محکوم‌له و یا چند برابر شدن بدهی محکوم علیه گردد و این مهم با فلسفه عدالت و قواعد حقوقی و عقلی در تضاد است؛ چراکه همان‌گونه که بیان شد، اگر ما ماهیت ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی را کاهش ارزش پول بدانیم، چرا که در واقع این ماده بحث از خسارت تأخیر تأدیه دین را نمی‌کند، بلکه وجه رایج را مال مثلی در نظر گرفته که بدهکار به واسطه تورم در زمان پرداخت، هرچند اسماً مبالغ بالاتری را تأدیه می‌کند، ذاتاً و حقیقتاً مثل همان وجهی را که در ذمه دارد پرداخت می‌نماید. لذا همان‌گونه که در خصوص اشتغال ذمه عنوان شده است، ایجاد اشتغال ذمه یقینی احتیاج به افراغ ذمه یقینی را می‌طلبد<sup>۱</sup> و چون عدد متوسط شاخص بها سال باعث می‌شود در قالب موارد عدد محکوم‌به تقلیل پیدا کند، این شک حاصل می‌گردد که افراغ ذمه یقین ایجاد شده است یا خیر که با شک ایجاد شده باید گفت عدد متوسط شاخص بها سال باعث افراغ ذمه نگردیده و آنچه باعث افراغ می‌شود عدد شاخص سالانه منتهی به هر ماه است. از طرفی چون در برخی فروض ممکن است به‌طور نادر عدد محکوم‌به را افزایش دهد، در نتیجه این مخالف عدالت است. برای مثال، اگر سررسید ادای دین برای محکوم علیه اسفندماه ۱۴۰۱ باشد، پایه بدهی وی با شاخصی تقریباً برابر با مهرماه ۱۴۰۱ محاسبه می‌شود که این مهم منجر می‌گردد نام‌برده ۲۴ درصد بیش از آن چیزی که محکوم شده است پرداختی داشته باشند و حکمی به بیش از خواسته صادر و اجرا خواهد شد. یا در نمونه‌ای دیگر اگر سررسید دین

۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود، «احکام فقهی کاهش ارزش پول»، فقه اهل بیت علیه سلام، د. ۱، ش. ۲، ۱۳۷۴، صص ۱۱-۵.

محکوم علیه ۲۸ اسفندماه ۱۴۰۱ باشد اما ایشان دین خود را در ۵ فروردین ماه ۱۴۰۲ پرداخت نمایند، به‌خاطر تأخیری هفت‌روزه مکلف می‌شوند خسارت تأخیر تأدیه یک سال تمام را پرداخت نمایند. این چنین اتفاقی باعث ایفای ناروا می‌شود و همان‌گونه که گفته شد مخالف عدالت است.

#### ۴.۲. مغایرت آرا وحدت رویه با تفسیر متوسط شاخص بهای سال

موضوع دیگری که باید مورد توجه قرار گیرد، تاریخ متوقف شدن محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در اثر صدور حکم اعسار یا توقف تاجر است. به‌موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵ مورخ ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ توقف از ورشکسته قابل مطالبه نیست. همچنین به‌موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۳۹۹/۳/۷۸۸۲۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور خسارت تأخیر تأدیه فوق‌الذکر از ضامن تاجر ورشکسته نیز قابل مطالبه نیست. ازسوی دیگر، رأی وحدت رویه شماره ۸۲۴/۱۴۰۱/۶/۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور چنین مقرر می‌دارد: «باتوجه به اینکه در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، شرط «تمکن مدیون» به‌طور مطلق، بیان شده و در مقررات خاص راجع به چک حکم مغایری پیش‌بینی نشده و چک از این جهت فاقد خصوصیت است، بنابراین در مواردی که به‌موجب حکم دادگاه، اعسار محکوم‌علیه، به‌نحو کلی یا با تعیین مهلت و یا اقساط، ثابت شود، از تاریخ ثبوت اعسار، محاسبه خسارت تأخیر تأدیه وجه چک نیز متوقف می‌شود». لذا اگر بنا باشد که محاسبه خسارت تأخیر تأدیه به‌جای شاخص سالانه منتهی به هر ماه، بر مبنای شاخص متوسط سال انجام پذیرد، دیگر تفاوتی در اینکه تاریخ صدور حکم اعسار یا توقف تاجر در چه زمانی از سال است وجود نخواهد داشت و عملاً ثبوت توقف تاجر یا صدور حکم اعسار چه در اولین روزهای سال باشد و چه در آخرین روزهای سال محقق شود، خسارت تأخیر تأدیه به‌کل آن سال تعلق نمی‌گیرد و نهایتاً خسارت موصوف از یک سال قبل از صدور حکم اعسار یا توقف تاجر متوقف می‌شود که این امر خلاف نص صریح قانون و آرای مذکور هیئت عمومی دیوان عالی کشور است.

#### ۴.۳. تشویق بدهکاران به ماطله و تشویق طلبکاران به طرح دعوا

یکی از مهم‌ترین ارکان قانونگذاری رعایت اصولی است که نتوان از آن قانون سوءاستفاده کرد. حال باوجود این توضیحات، این نکته به‌شدت شایان توجه است که استفاده از عدد متوسط سال به راحت‌ترین شکل راه سوءاستفاده به قانون را باز می‌کند. به‌عنوان مثال در فرض استفاده از عدد متوسط سال به‌جای شاخص سالانه منتهی به هر ماه، افراد دارای سوءنیت همواره تلاش می‌نمایند تا سررسید دیون خود را در فروردین هر سال قرار داده و تأدیه آن را در اسفند ماه انجام دهند؛ چرا که در این صورت:

اولاً، اگر سال سررسید و تأدیه یکی باشد، یعنی مثلاً سررسید در فروردین ماه ۱۴۰۱ (با شاخص سالانه منتهی به فروردین برابر با ۴۹۵,۱) و تأدیه در اسفندماه ۱۴۰۱ (با شاخص سالانه منتهی به اسفندماه برابر با ۷۹۴,۳) محکوم‌علیه بدون آنکه حتی یک ریال بابت تأخیر تأدیه به فرد زیان‌دیده بپردازد، بلاجهت و با تکیه بر سوءنیت خود به سودی برابر ۶۰ درصد مبلغ دین دست پیدا می‌کند. ثانیاً، اگر سال سررسید و سال تأدیه یکی نباشد، محکوم‌علیه اگر با برنامه‌ریزی قبلی سررسید دیون خود را در ماه فروردین قرار دهد و تأدیه را نیز در ماه اسفند سال دیگری انجام دهد، ایشان دلگرم خواهد بود که قانون در زمان اجرای حکم حدود ۵ ماه از زمان تأدیه و حدود ۵ ماه هم از زمان پرداخت به وی تخفیف از دارایی محکوم‌له اعطا می‌نماید و باز هم نام‌برده بلاجهت به سودی حدوداً ۶۰ درصدی می‌رسد. ثالثاً، اجرای احکامی که در ماه‌های ابتدایی سال قطعیت می‌یابند دشوارتر می‌گردد. چراکه محکوم علیه می‌داند که پایان فرایند اجرا چه ابتدا و چه در انتهای آن سال باشد، در هر حال میزان خسارت تأخیر تأدیه پرداختی ایشان یکسان و ثابت است و بنابراین با ایجاد اطاله در اجرای حکم و تلاش برای تعویق آن تا پایان سال هیچ خسارتی از بابت این عمل خود پرداخت نمی‌کند. در نتیجه ملاحظه می‌گردد که وجود چنین مقرره‌ای مبنی بر استفاده از عدد متوسط سال (اصطلاحاً سالانه) به جای شاخص سالانه منتهی به هر ماه (که اصطلاحاً ماهانه نامیده می‌شود) می‌تواند تهدیدکننده بسیار جدی نظم عمومی اقتصادی شود و تبعات اجتماعی غیرقابل جبرانی را ایجاد کند و منجر به فروپاشی اقتصادی ناشی از ناامنی اقتصادی و تحصیل نامشروع مال توسط افراد سوءاستفاده‌گر گردد.

#### ۴.۴. کاهش سطح حمایت قانون از ریال و افزایش تورم

پول ملی یکی از مهم‌ترین شاخصه‌های اقتصادی هر کشور، و وسیله اصلی مبادلات فی ما بین افراد در جامعه است. لذا همان‌طور که دولت وظیفه پشتیبانی از ارزش پول ملی و افزایش پشتوانه آن را دارد، قوه مقننه نیز باید همواره در راستای حمایت از آن تقنین نموده و در نهایت قوه قضائیه به‌عنوان بازوی اجرای عدالت نظام، وظیفه حمایت کامل از آن را دارد. چراکه پول ملی وسیله ایجاد روابط اقتصادی میان افراد جامعه است و تنظیم روابط اقتصادی تحت عنوان حقوق اقتصادی به‌عنوان یک زیرشاخه حقوقی که در بند ۴ ماده ۵۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی شناسایی شده از وظایف و اختیارات قوای حاکمیتی است.<sup>۱</sup> حال اگر قوانین به‌صورتی تقنین گردند یا اجرای آنها با روشی

۱. شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۱۹.

تحقق یابند که این سطح حمایت از حمایت کامل به حمایت ناقص تقلیل یابد، آثاری را خلق می‌نماید که قطعاً به ورود آسیب‌های قابل ملاحظه‌ای به بدنه اقتصاد کشور منجر خواهد شد. زمانی که سطح حمایت از پول ملی تقلیل یابد و افراد جامعه احساس نمایند در صورتی که تعهدی له یا علیه ایشان بر پایه پول ملی ایجاد گردد و آن تعهد ایفا نشود، بخشی از دارایی خود را از دست می‌دهد یا به تأدیه بیش از تعهد خود محکوم می‌شوند، اعتماد ایشان نسبت به پول ملی و در نتیجه تمایل و تقاضا برای ریال کاهش می‌یابد. این بی‌اعتمادی به پول ملی باعث می‌شود تا جامعه ریال را از چرخه معاملات خارج کند و سایر دارایی‌های سرمایه‌ای اعم از سکه، طلا، ارزهای خارجی و امثال آنها را به‌عنوان وسیله مبادلات و معاملات خود قرار دهد و هیچ تعهدی له یا علیه خود را به‌وسیله پول ملی نپذیرند.<sup>۱</sup> در نتیجه میزان تقاضای سایر دارایی‌های سرمایه‌ای به‌صورت فزاینده‌ای افزایش خواهد داشت و به تبع این افزایش تقاضا برای سکه، طلا و ارزهای خارجی به افزایش تورم منجر می‌شود و تبعات آن امنیت اقتصادی و نظم عمومی جامعه را تحت الشعاع قرار می‌دهد و پول از چرخه اقتصاد خارج و سرمایه‌داران به‌جای فعالیت در عرصه تولید سعی می‌کنند پول خود را در اموری سرمایه‌گذاری کنند که ارزش پول خود را حفظ نمایند و هیچ‌گاه فعالیت‌های ریسک‌دار را که امکان طرح دعوی برای آن فعالیت وجود داشته باشد قبول نکنند.

##### ۵. تحلیل و نقد روش پیشنهادی دادگستری کل استان تهران

در پی صدور بخشنامه شماره ۱۴۰۳۲ مورخ ۱۴۰۲/۱۰/۱۸ ریاست دادگستری استان تهران مبنی بر الزام به محاسبه خسارت تأخیر تأدیه با استفاده از شاخص‌های متوسط سال، ایرادات اجرایی قابل ملاحظه‌ای در محاکم ایجاد شد. لذا در ادامه روشی طی نامه شماره ۱۶۳۰۰ مورخ ۱۴۰۲/۱۲/۰۱ مجدداً توسط ایشان پیشنهاد گردید که این روش نیز متضمن ایرادات جدی است. چراکه براساس روش پیشنهادی ریاست دادگستری استان تهران طی نامه موصوف، برای محاسبه شاخص در زمان سررسید باید میانگینی از شاخص سالانه منتهی به آن ماه و ماه‌های بعدی تا انتهای آن سال محاسبه شود و همچنین برای محاسبه شاخص در زمان پرداخت باید میانگینی از شاخص سالانه منتهی به آن ماه و ماه‌های قبلی تا ابتدای آن سال مدنظر قرار گیرد. بنابراین براساس این روش هر ماه دارای دو شاخص جداگانه و متفاوت خواهد شد که یکی به‌عنوان شاخص آن ماه در حالی که ماه موصوف سررسید ادای دین باشد، قابل استفاده و دیگری به‌عنوان شاخص آن ماه در حالتی که ماه موصوف زمان پرداخت دین باشد قابل استفاده است.

۱. میرزائزاد جویباری، اکبر و رضا خشنودی، خسارت تأخیر تأدیه در رویه قضایی با مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه، ج. ۴، پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۴۰۲، ص ۵۸.



همان‌طور که در ادامه ملاحظه می‌گردد، روش پیشنهادی مندرج در نامه شماره ۱۶۳۰۰ دارای ایرادات متعددی است، اما اصلی‌ترین ایراد این روش این است که در فرضی که زمان سررسید و زمان پرداخت هر دو در یک سال باشند، مبلغ دین به‌علاوه خسارت تأخیر تأدیه از اصل دین نیز کمتر شده که این اتفاق خلاف اصول اساسی قانون و بدیهیات علوم حقوق و ریاضی بوده و غیرقابل اجراست.

به‌عنوان مثال در ادامه یک دین فرضی به ارزش ۱,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال با سررسید خردادماه ۱۴۰۰ و تاریخ پرداخت بهمن‌ماه ۱۴۰۰ با روش پیشنهادی مندرج در نامه شماره ۱۶۳۰۰ محاسبه خواهد شد. برابر این نامه، شاخص زمان سررسید یعنی خردادماه ۱۴۰۰ باید با جمع شاخص خرداد تا اسفندماه ۱۴۰۰ و تقسیم حاصل جمع بر عدد ۱۰ به‌دست آید.

شاخص زمان سررسید =  $۳۹۹,۳ + ۴۱۰ + ۴۲۱,۷ + ۴۳۵,۶ + ۴۴۸,۹ + ۴۵۹,۷ + ۴۶۸,۲ + ۴۷۴,۲$   
 $+ ۴۸۲ + ۴۸۴,۶ = ۴۴۸۴,۲$  که این عدد تقسیم بر ۱۰ می‌شود (تعداد ماه‌های باقی مانده تا انتهای سال ۱۴۰۰) و شاخص برابر با ۴۴۸,۴ به‌دست می‌آید.

مجدداً برابر این نامه، شاخص زمان پرداخت یعنی بهمن‌ماه ۱۴۰۰ باید با جمع شاخص فروردین تا بهمن‌ماه ۱۴۰۰ و تقسیم حاصل جمع بر عدد ۱۱ (تعداد ماه‌های گذشته از ابتدای سال ۱۴۰۰) به‌دست آید.  
 شاخص زمان پرداخت =  $۳۷۸,۳ + ۳۸۲ + ۳۹۹,۳ + ۴۱۰ + ۴۲۱,۷ + ۴۳۵,۶ + ۴۴۸,۹ + ۴۵۹,۷ + ۴۶۸,۲ + ۴۷۴,۲ + ۴۸۲ = ۴۷۵۹,۹$  که این عدد تقسیم بر ۱۱ شده و شاخص برابر با ۴۳۲,۷ به‌دست می‌آید.  
 حال برای محاسبه مجموع اصل دین و خسارت تأخیر تأدیه باید مبلغ اصل دین ضرب در شاخص زمان پرداخت و تقسیم بر شاخص زمان سررسید شود.

$$۱,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰ \times X = ۹۶۴,۹۸۶,۶۱۹ \quad \frac{۴۳۲,۷}{۴۴۸,۴}$$

ملاحظه می‌گردد که اشتباه این روش در این است که در محاسبه دیونی که تاریخ سررسید و پرداخت آنها در یک سال شمسی واقع شده باشند (ولو با اختلاف ۱۱ ماهه) به کاهش اصل دین به‌جای تحقق خسارت تأخیر تأدیه منجر می‌گردد؛ لذا روش پیشنهادی دادگستری کل استان تهران در نامه شماره ۱۶۳۰۰ قابلیت اجرایی ندارد.

### ۶. مقایسه عددی روش‌های محاسبه

در این بخش برای درک بهتر موضوع ابتدا در چهار فرض مجزا یک دین ثابت با سررسید و زمان پرداخت ثابت را در نظر گرفته و با هریک از روش‌های محاسبه اعم از روش شاخص سالانه منتهی به هر ماه، شاخص متوسط سال و روش پیشنهادی در نامه شماره ۱۶۳۰۰ دادگستری کل استان تهران اقدام به محاسبه اصل به علاوه خسارت تأخیر تأدیه دیون مذکور می‌گردد.

ملاحظه می‌شود که در مثال ردیف سوم فاصله سررسید تا پرداخت ۴۷ ماه و این فاصله در مثال چهارم ۲۵ ماه است. منطقاً میزان خسارت در مثال سوم باید بسیار بیشتر از مثال چهارم باشد؛ چراکه میزان تأخیر زمانی در تأدیه دین تقریباً دو برابر شده است. باوجود این، ملاحظه می‌گردد که در صورت استفاده از شاخص‌های متوسط سال، مبلغ قابل اجرا در هر دو مثال یکسان می‌شود. یعنی در مثال سوم عملاً محکوم‌له به حق خود نرسیده و در مثال چهارم نیز محکوم علیه بیش از دین خود پرداخت می‌نماید.

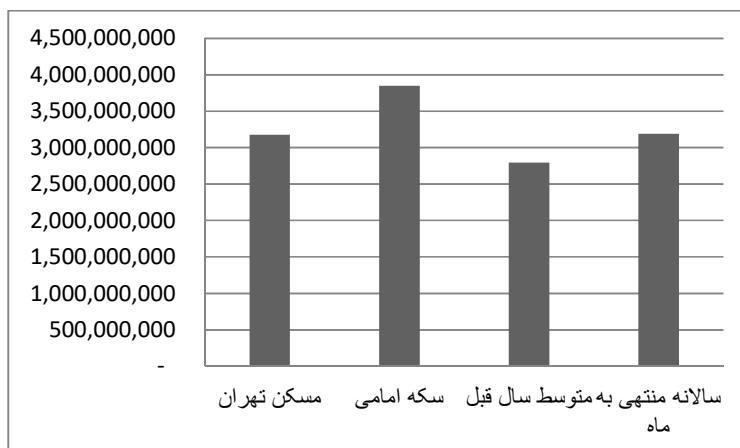
جدول ۴. محاسبه و مقایسه دیون ثابت با روش‌های متفاوت<sup>۱</sup>

روش نام ۱۶۳۰۰ دادگستری کل استان تهران	روش متوسط سال	روش سالانه منتهی به ماه	تاریخ پرداخت	تاریخ سررسید	اصل دین ریال
1,084,708,328	1,522,492,970	1,051,114,188	۵ فروردین ۱۴۰۲	۲۸ اسفند ۱۴۰۱	1,000,000,000
940,391,650	1,000,000,000	1,112,488,521	اسفند ۱۴۰۰	شهریور ۱۴۰۰	1,000,000,000
3,261,625,961	3,262,048,192	4,239,669,421	اسفند ۱۴۰۲	فروردین ۱۳۹۹	1,000,000,000
2,605,291,288	3,262,048,192	2,231,159,807	فروردین ۱۴۰۲	اسفند ۱۳۹۹	1,000,000,000
798,770,710	1,000,000,000	1,000,000,000	اسفند ۱۳۹۹	اسفند ۱۳۹۹	1,000,000,000

۱. محاسبه شده توسط نویسندگان با استفاده از اطلاعات منتشره در وبسایت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به نشانی [www.cbi.ir](http://www.cbi.ir).

همچنین تغییرات قیمت برخی کالاهای اصلی از جمله متوسط قیمت مسکن در شهر تهران و قیمت سکه طلا امامی بانک مرکزی با تغییرات میزان دو دین فرضی با اعمال دو روش استفاده از شاخص‌های سالانه منتهی به هر ماه و استفاده از متوسط شاخص بهای سال قبل مقایسه شده تا نزدیک‌ترین روش به واقعیت نیز معین گردد.

در مثال اول، یک دین فرضی به ارزش ۱,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال که تاریخ سررسید آن تیرماه ۱۳۹۹ و تاریخ پرداخت آن فروردین‌ماه ۱۴۰۲ است، بررسی گردیده است.



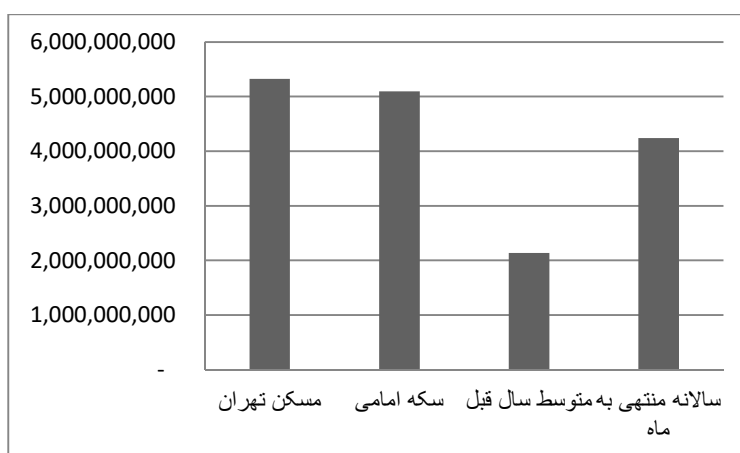
شکل ۱. نمودار مقایسه میزان محکوم به معادل یک میلیارد ریال با تاریخ سررسید تیر ۱۳۹۹ و تاریخ پرداخت فروردین ۱۴۰۲ با میزان افزایش متوسط قیمت مسکن در تهران و سکه امامی در بازه زمانی مطروحه<sup>۱</sup>

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، میزان دین موصوف در فرض محاسبه با روش استفاده از شاخص سالانه منتهی به ماه در زمان سررسید برابر با ۳,۱۸۹,۰۷۵,۶۳۰ ریال و در فرض استفاده از متوسط شاخص بهای سال قبل معادل ۲,۷۹۴,۱۷۶,۷۰۶ ریال است. این درحالی است که براساس آمارهای رسمی منتشره توسط بانک مرکزی، با لحاظ افزایش متوسط قیمت مسکن در شهر تهران در بازه زمانی فوق، ارزش دین معادل ۳,۱۷۷,۵۱۸,۲۴۵ ریال و براساس افزایش قیمت سکه امامی در بازار آزاد معادل ۳,۸۴۵,۳۱۲,۸۸۳ ریال است. لذا مشاهده می‌شود که استفاده از شاخص سالانه منتهی به هر ماه با

۱. منبع پیشین.

واقعیت موجود در جامعه منطبق بوده، اما استفاده از متوسط شاخص بهای سال قبل به ایجاد اختلاف قابل توجه با میزان تورم واقعی جامعه منجر می‌شود.

در مثالی دیگر، مجدداً یک دین فرضی به ارزش ۱,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال که تاریخ سررسید آن فروردین ماه ۱۳۹۹ و تاریخ پرداخت آن اسفندماه ۱۴۰۲ است بررسی شده است.



شکل ۲. نمودار مقایسه میزان محکوم به معادل یک میلیارد ریال با تاریخ سررسید فروردین ۱۳۹۹ و تاریخ پرداخت اسفند ۱۴۰۲ با میزان افزایش متوسط قیمت مسکن در تهران و سکه امامی در بازه زمانی مطروحه<sup>۱</sup>

مجدداً ملاحظه می‌گردد که میزان دین موصوف در فرض محاسبه با روش استفاده از شاخص سالانه منتهی به ماه در زمان پرداخت بسیار با میزان تغییرات متوسط قیمت مسکن در شهر تهران و میزان تغییرات قیمتی سکه امامی نزدیک‌تر است و استفاده از متوسط شاخص بهای سال قبل حتی توان پوشش نیمی از تورم محقق شده در این دو پارامتر اصلی را ندارد.

## ۷. رأی وحدت رویه شماره ۸۵۰ مورخ ۱۴۰۳/۵/۱۶

تضارب آرا موجود در محاسبه خسارت تأخیر تأدیه و شاید نارضایتی از بخشنامه رئیس کل دادگستری استان تهران باعث شد که دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۵۰ مورخ ۱۴۰۳/۵/۱۶ موضوع

۱. محاسبه شده توسط نویسندگان با استفاده از اطلاعات منتشره در وبسایت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به نشانی [www.cbi.ir](http://www.cbi.ir).

را بررسی کند که نتیجه آن این شد که رأی وحدت رویه مذکور به صراحت با ارائه تعریف صحیح از آنچه قانونگذار در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان شاخص سالانه بدان اشاره نموده است، اختلاف را رفع نماید. براساس رأی وحدت رویه مذکور، خسارت تأخیر تأدیه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی به صورت جدول ماهانه منتشر می‌گردد، مقرر شده است که نحوه محاسبه: حاصل تقسیم عدد شاخص در زمان تأدیه بر عدد شاخص در زمان سررسید ضرب در مبلغ اصل دین شده و عدد به دست آمده، مبلغ دین با احتساب خسارت تأخیر تأدیه خواهد بود. لذا با توجه به تصریح ماده قانونی مرقوم و عبارات به کار برده شده در آن، محاسبه خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای «شاخص سالانه» است.<sup>۱</sup> بنابراین شاخص سالانه همان شاخصی است که در جدول ماهانه منتشر شده و در عرف به آن شاخص ماهانه می‌گویند. بر این اساس استفاده از متوسط شاخص بهای سال (که در عرف اشتباهاً به عنوان شاخص سالانه نام‌گذاری شده بود) در محاسبه خسارت تأخیر تأدیه فاقد وجهت قانونی است. در نظریه نماینده دادستان کل کشور نیز به دقت اختلاف میان انواع شاخص بررسی شده است و بر همین اساس مشخص است که منظور قانونگذار از شاخص سالانه همان شاخص سالانه منتهی به هر ماه است که طی جدولی به صورت ماهانه منتشر می‌گردد.

### نتیجه‌گیری

با عنایت به توضیحات مذکور نتیجه‌گیری می‌شود که اولاً شاخص سالانه همان شاخص سالانه منتهی به هر ماه منتشره در جدول ماهانه است و این شاخص منصرف از متوسط شاخص بهای سال است. ضمن اینکه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه باید براساس استفاده از شاخص‌های سالانه منتهی به هر ماه (منتشره در جدول ماهانه) انجام می‌پذیرد و مبلغ دین با احتساب حاصل ضرب مبلغ اولیه دین ضرب در شاخص ماه پرداخت تقسیم بر شاخص ماه سررسید محاسبه می‌شود و صرفاً مهریه وجه رایج بر اساس متوسط شاخص بهای سال قبل محاسبه می‌گردد. لذا نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه منصرف از نحوه محاسبه مهریه وجه رایج است و هرگونه استفاده از شاخص ماه‌های قبل از پرداخت به منزله عدم اجرای صحیح و کامل حکم دادگاه بوده و عملیات اجرایی آن نیازمند تکمیل است.

استفاده از شاخص‌های مختص به مهریه (متوسط شاخص بهای سال) برای محاسبه خسارت تأخیر تأدیه که عموماً منتهی به استفاده از متوسط شاخص سال قبل از پرداخت به علت عدم وجود شاخص

۱. رأی وحدت رویه شماره ۸۵۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۴۰۳/۰۵/۱۶.

زمان پرداخت می‌گردد، نه تنها به ایجاد آثار سوء اجتماعی، اقتصادی و قضایی می‌انجامد و به تضییع بیت‌المال و حق الناس منتج می‌شود، بلکه این روش فاقد جایگاه قانونی و خلاف نص قانون است.

### فهرست منابع الف) منابع فارسی کتاب

۱. دادگر، یدالله و تیمور رحمانی، **مبانی و اصول علم اقتصاد: کلیاتی از اقتصاد برای همه**، ج. ۴، انتشارات بوستان کتاب، ۱۳۸۴.
۲. رحمانی، تیمور، **اقتصاد کلان**، ج. ۱، چ. ۱، انتشارات برادران، ۱۳۸۵.
۳. شریف، مصطفی، **اقتصاد کلان**، ج. ۱، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۷.
۴. شیروی، عبدالحسین، **حقوق اقتصادی**، ج. ۲، سمت، ۱۴۰۰.
۵. عمید، حسن، **فرهنگ فارسی عمید**، چ. ۲۷، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۲.
۶. فرهنگ، منوچهر، **فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی**، ج. ۱، چ. ۱، انتشارات البرز، ۱۳۷۱.
۷. معین، محمد، **فرهنگ فارسی**، چ. ۷، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۴.
۸. میرزائزاد جویباری، اکبر و رضا خشنودی، **خسارت تأخیر تأدیه در رویه قضایی با مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه**، چ. ۴، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۴۰۲.
۹. همتی، عبدالناصر، **اقتصاد کلان**، چ. ۴، مؤسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۹۱.

### مقاله

۱۰. انصاری، جمال و ابوالفضل محبی، «بررسی ماهیت حقوقی خسارت تأخیر تأدیه در حقوق بانکی»، *مجله حقوق بانکی*، د. ۳، ش. ۵ و ۶، ۱۳۹۳، صص. ۱۵۹-۱۸۶.
۱۱. پنج تنی، محسن، «خسارت، وجه التزام و خسارت تأخیر تأدیه»، *کانون*، ش. ۱۱۸، ۱۳۹۰، صص. ۱۵-۲۵.
۱۲. حاجیان، هانی، جواد سرخوش و میثم اکبری دهنو، «علت تناقض در آرای شورای نگهبان درباره تأخیر تأدیه»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، ش. ۲۷، ۱۳۹۹، صص. ۱-۲۸.
۱۳. حسن خانی، داوود، «مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در قوانین موضوعه ایران»، *وکالت، بهمن و اسفند*، ۱۳۸۰، صص. ۳۰-۳۶.

۱۴. سلطانی رنای، مهدی، «نگاهی تطبیقی به جبران خسارت تأخیر تأدیه در فقه و حقوق»، *فقه*، ۱۳۸۵، صص. ۱۳۹-۱۶۶.
۱۵. شیروی، عبدالحسین، «نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به مطالبه خسارات قراردادی و تأخیر تأدیه»، *مجله مجتمع آموزشی عالی قم*، ۱۳۸۰، صص. ۷-۵۰.
۱۶. مطهری، محباله، محمدرضا لطفعلی پور و شهاب متین، «بررسی رابطه علی میان شاخص قیمت تولیدکننده و مصرف کننده در اقتصاد ایران»، *پژوهش‌های اقتصادی (رشد و توسعه پایدار)*، د. ۱۶، ش. ۱، ۱۳۹۵، صص. ۱۴۱-۱۶۴.
- <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.17356768.1395.16.1.10.3>
۱۷. مؤتمنی، مانی، شهریار زروکی و آرمان یوسفی بارفروشی، «سنجش واکنش شاخص رفاه سالانه به تورم ماهانه در ایران: کاربردی از الگوی ترکیبی داده‌های با فرکانس متفاوت فصلنامه پژوهشنامه اقتصاد و برنامه‌ریزی»، *فصلنامه برنامه‌ریزی و بودجه*، د. ۲۸، ش. ۱، ۱۴۰۲، صص. ۳۱-۵۲. doi:10.61186/jpbud.28.1.31
۱۸. موسوی بجنوردی، سید محمد، مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه، پژوهش‌نامه متین، ش. ۷۳، ۱۳۸۲، صص. ۳-۲۲.
۱۹. وحدتی شبیری، سید حسن، «خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد»، *روش‌شناسی علوم انسانی*، د. ۹، ش. ۳۶، ۱۳۸۲، صص. ۷۶-۹۶.
۲۰. هاشمی شاهرودی، سید محمود، «احکام فقهی کاهش ارزش پول»، *فقه اهل بیت علیهم السلام*، د. ۱، ش. ۲، ۱۳۷۴، صص. ۵۲-۹.

## References

### Books

1. Amid, Hassan, **Amid Persian Dictionary**, 27<sup>th</sup> ed, Amir Kabir Publications, 2003. (In Persian)
2. Dadgar, Yadollah and Timour Rahmani , **Foundations and Principles of Economics: Generalities of economy for all**, 4<sup>th</sup> ed, Book Bostan Publications, 2005. (In Persian)
3. Farhang, Manouchehr, **The Great Encyclopedia of Economic Sciences**, Vol 1, 1<sup>st</sup> ed, Alborz Publications, 1992. (In Persian)
4. Hemmati, Abdolnaser, **Macroeconomics**, The Higher Institute of Banking Education of Iran, 4<sup>th</sup> ed, 2012. (In Persian)
5. International Monetary Fund, **Consumer Price Index Manual**, USA: International Monetary Fund, 2004.
6. Mirzanejad Jouybari, Akbar and Reza Khoshnoodi, **Late payment damages in Judicial Practice with a Comparative Study of French Law**, Judiciary Research Center, 4<sup>th</sup> ed., 2023. (In Persian)
7. Mo'in, Mohammad, **Persian Dictionary**, 7<sup>th</sup> ed, Amir Kabir Publications, 1985. (In Persian)
8. Rahmani, Timour, **Macroeconomics**, Vol 1, 10<sup>th</sup> ed, Brothers Publications, 2006. (In Persian)
9. Sharif, Mustafa, **Macroeconomics**, 1<sup>st</sup> ed, Information Publications, 2008. (In Persian)
10. Shiravi, Abdolhossein, **Economic Law**, 2<sup>nd</sup> ed, Samt, 2021. (In Persian)

### Articles

11. Ansari, Jamal and Abolfazl Mohebbi, "A Study of the Legal Nature of Damages for Late Payment in Banking Law", *Journal of Banking Law*, Vol. 3, Issue 5 and 6, 2014, pp. 159-186. (In Persian)
12. Hajian, Hani, Javad Sarkhush and Meysam Akbari Dehno, "The cause of contradiction in the Guardian Council's decisions on Late Payment Damages", *Quarterly Journal of Public Law Studies*, Issue 27, pp. 2020, 1-28. (In Persian)
13. Hashemi Shahroudi, Seyed Mahmoud, "Jurisprudential Rules on the Devaluation of Currency", *Fiqh ahl beyt alayhem al-salam*, Vol. 1, No. 2, 1995, pp. 52-98. (In Persian)
14. Hassan Khani, Davood, "Claim for late payment damages in Iranian positive law", *Advocacy*, 2001, pp. 30-36. (In Persian)
15. Motahari, Mohebollah, Mohammad Reza Lotfali Pour and Shahab Matin, "Examining the Causal Relationship Between the Producer Price Index and

- Consumer Price Index in the Iranian Economy”, *Economic Research (Sustainable Growth and Development)*, Vol. 16, Issue 1, 2016, pp. 141-164. (In Persian) <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.17356768.1395.16.1.10.3>
16. Motameni, Mani, Shahryar Zarouki and Arman Yousefi Barfaroushi, “Testing the Response of the Annual Well-Being Index to Monthly Inflation in Iran: An Application of a Mixed-Data Sampling (MIDAS) Approach”, *Journal of Planning and Budget*, Vol.28 , No.1, 2023, pp. 31-52. (In Persian) doi:10.61186/jpbud.28.1.31
  17. Mousavi Bojnourdi, Seyed Mohammad, “The Legitimacy of Late payment damages”, *Matin Research*, Vol. 73, 2003, pp. 3-22. (In Persian)
  18. Panj Tani, Mohsen, “Damages, Liquidated Damages and Late Payment damages”, *Kanoon*, Issue 118, 2011, pp. 15-25. (In Persian)
  19. Shiravi, Abdol Hossein, “Critique and review of civil procedure regulations regarding the claim for contractual damages and late payment damages”, *Journal of Qom Higher Education Complex*, 2001, pp. 7-50. (In Persian)
  20. Soltani Renani, Mahdi, “A comparative Study of Late Payment Damages in jurisprudence and law”, *Jurisprudence*, 2006, pp. 139-166. (In Persian)
  21. Vahdati Shobeyri, Seyyed Hasan, “late Payment Damage of Cash, Methodology of Humanities”, *Houzeh and Daneshgah*, Vol. 9, Issue 36, 2003, pp. 76-96. (In Persian)

## The Correct Index Used in Calculating Late Payment Damages (Annual or Yearly Average)

Bagher Shamloo\*  
Amirhossein Hemmati\*\*  
Hani Hajian\*\*\*  
Sara Dowlatnia\*\*\*\*

Received: 2025.06.07

Accepted: 2025.09.10

### Abstract

Article 522 of the Civil Procedure Code of Iran, enacted in 2000, establishes the requirements under which delayed payment Damages (khesarat-e takhir-e tadiyeh) can be claimed based on the annual price index changes from the date of demand. Despite the clarity of this article regarding the proper method for calculating such compensation and the provision of necessary indices by the Central Bank of Iran, discrepancies in judicial interpretations have emerged. These discrepancies stem from the varied indices provided by the Central Bank in different columns, leading some courts to adopt the average annual price index of the previous year as the basis for calculation. This inconsistency in judicial practice has resulted in significant variations in the calculated compensation amounts, creating substantial differences in the enforcement of judgments. To address this issue, the Supreme Court issued Unifying Decision No. 850 on August 7, 2024, aiming to standardize the approach. This theoretical study, conducted through descriptive and analytical methods and utilizing library-based research sources including books and articles, seeks to answer the following question: What is the legally appropriate method for calculating delayed payment damages according to legal standards? The findings indicate that the legislator's intent in Article 522 refers to the "annual index" as the monthly indices published by the Central Bank at the end of each month, and the method for calculating late payment damages is the amount of the debt multiplied by the index of the payment time, divided by the index of the maturity month of the debt.

### Keywords:

Late Payment Damages, Currency Devaluation, Annual Index, Monthly Index, Inflation.

---

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

\*\* L.L.M Student, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.  
Corresponding Author Email: a.h.hemmati@ut.ac.ir

\*\*\* PhD Student, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran

\*\*\*\* L.L.M Student, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

## الزامات قانونی نسبت کفایت سرمایه و نظارت بانک مرکزی در حمایت از حقوق سپرده‌گذاران و تقویت اعتماد عمومی

صدیقه قارلقی\*  
ابراهیم عبدی پور فرد\*\*  
علیرضا دبیرنیا\*\*\*  
سیدهای عربی\*\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۶

### چکیده

کفایت سرمایه معیاری است که توانایی یک مؤسسه مالی را در انجام مسئولیت‌های خود و جذب زیان‌های احتمالی ارزیابی می‌کند. این شاخص نشان‌دهنده میزان ثبات و قدرت مالی نهادهای مالی است و به زبان ساده تضمین می‌کند که آنها منابع کافی برای پوشش تعهدات خود، حفاظت از حقوق سپرده‌گذاران و جلب اعتماد عمومی را در اختیار دارند. این پژوهش با بهره‌گیری از شیوه توصیفی-تحلیلی و با تمرکز بر چارچوب‌های قانونی و نظارتی، به بررسی نحوه تبیین الزامات مربوط به کفایت سرمایه در نظام حقوقی ایران و عملکرد نهادهای ناظر در اجرای این الزامات پرداخته است. کنکاش در قوانین و مقررات داخلی نشان می‌دهد که هم‌راستایی محدودی با مقررات و استانداردهای بین‌المللی در تعیین نسبت کفایت سرمایه وجود دارد. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که رعایت الزاماتی که مقنن برای نسبت کفایت سرمایه در قوانین و مقررات مختلف تعیین کرده است و نظارت دقیق و مستمر بانک مرکزی بر اجرای آن، می‌تواند از طرفی موجب افزایش اعتماد عمومی به نظام بانکی شود و از جانب دیگر به بانک‌ها کمک کند تا در برابر نوسانات اقتصادی و بحران‌های مالی مقاوم باشند.

### کلیدواژه‌گان:

نسبت کفایت سرمایه، نظارت بانک مرکزی، استانداردهای بین‌المللی، حقوق سپرده‌گذاران، اعتماد عمومی.

\* دانش‌آموخته دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

gharloghi.sedighe@gmail.com

\*\* استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

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

\*\*\*\* دانشیار، دانشکده علوم اقتصادی و اداری، دانشگاه قم، قم، ایران



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

## مقدمه

امروزه سیستم مالی به تدریج در حال تبدیل شدن به یک دهکده جهانی است. بانکداری فرامرزی در کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه گواه این امر است.<sup>۱</sup> بانک‌ها به عنوان عناصر کلیدی، نقشی حیاتی در سلامت مالی و ثبات اقتصادی کشورها ایفا می‌کنند. گسترش و پیشرفت اساسی بخش مالی در بسیاری از کشورها، به وجود سازوکارهای نظارتی و مدیریتی قوی وابسته است.<sup>۲</sup> قدرت این الزامات نظارتی می‌تواند ثبات اقتصاد کلان و سلامت مالی را تقویت کند.<sup>۳</sup> این مقررات نه تنها شمول مالی را افزایش می‌دهند،<sup>۴</sup> بلکه با حفاظت از مشتریان و سپرده‌گذاران، فرصت‌های شغلی بیشتری را به ویژه در کشورهای در حال توسعه برای عموم افراد جامعه فراهم می‌نمایند. افزون بر این سازوکارهای مذکور با بهبود دسترسی، موجودیت و مقرون به صرفه بودن خدمات و تسهیلات مالی، زمینه رشد و توسعه کسب و کارهای کوچک و متوسط را فراهم نموده و به تقویت اشتغال‌زایی در اقتصادهای مذکور منتهی خواهد شد.<sup>۵</sup>

در کشورهای در حال توسعه همانند ایران، به دلیل توسعه یافتگی کمتر بازار سرمایه نسبت به نظام بانکی، بانک‌ها به عنوان اصلی‌ترین نهاد تأمین مالی نقش آفرینی می‌کنند. با این حال همواره با مشکلات متعددی نیز روبه‌رو هستند که از مهم‌ترین آنها می‌توان به خطر ورشکستگی و ناتوانی در انجام تعهدات مالی از سوی این نهادها مالی اشاره نمود. بحران‌های مالی در دهه‌های اخیر، چه در کشورهای توسعه یافته و چه در حال توسعه، عمدتاً تحت تأثیر عواملی مانند خروج گسترده سپرده‌ها از بانک‌ها، رشد بدهی‌های غیرقابل وصول و رکود اقتصادی شکل گرفته که در نهایت به بی‌ثباتی گسترده در سیستم‌های مالی منجر شده است. این شرایط خطر ورشکستگی بانک‌ها و ایجاد فشار مضاعف بر نظام بانکی را نیز تشدید نموده است. در این میان یکی از محورهای اساسی سیاست‌های پولی و بانکی، حفظ ثبات اقتصادی و پیشگیری از بروز بحران‌های مالی از طریق نظارت دقیق بر عملیات بانکی است. این سیاست‌ها با هدف تأمین سلامت نظام بانکی، جلوگیری از انحرافات اقتصادی و مقابله با بحران‌های نقدینگی دنبال می‌شوند.

1. Weber, Christoph S, "The effect of central bank transparency on exchange rate volatility", *Journal of international money and finance*, Vol.95, 2019, p. 167.

2. Begenau, Juliane, and Tim Landvoigt, "Financial regulation in a quantitative model of the modern banking system", *The Review of Economic Studies*, Vol.89, No. 4, 2022, pp. 1751-1752.

3. Phan, Dinh Hoang Bach, Vuong Thao Tran, and Bernard Njindan Iyke. "Geopolitical risk and bank stability", *Finance Research Letters*, Vol.46, 2022, P. 102453. P 3.

4. Anarfo, Ebenezer Bugri, and Joshua Yindenaba Abor. "Financial regulation and financial inclusion in Sub-Saharan Africa: does financial stability play a moderating role?", *Research in International Business and Finance*, Vol.51, 2020, P. 101070. P 2.

5. Plato-Shinar, Ruth, "Banking regulation in Israel: balancing systemic stability and consumer protection", In *Regulation in Israel: Values, Effectiveness, Methods*, pp. 27-48. Cham: Springer International Publishing, 2020, p. 32.

پژوهشگران هر یک با توجه به حوزه تخصصی خود، نظارت را به گونه‌ای متفاوت تعریف کرده‌اند. برخی بر این باورند که نظارت به معنای کنترل و بررسی فعالیت‌های یک مقام یا نهاد حکومتی توسط نهادهای دیگر است تا اطمینان حاصل شود که اقدامات انجام شده در چارچوب قوانین باقی می‌ماند، بدون آنکه نهاد نظارت‌کننده در مدیریت امور دخالت مستقیم داشته باشد.<sup>۱</sup> شماری دیگر نظارت را به معنای بررسی عملکرد، شناسایی مشکلات و ارائه راهکارهایی برای رفع موانع و تخلفات احتمالی می‌دانند. این دیدگاه علاوه بر ارزیابی، بر بهبود و اصلاح امور نیز تأکید دارد.<sup>۲</sup> در ساده‌ترین تعریف نظارت، مراقبت و کنترل بر فرایندها، فعالیت‌ها یا عملکردها برای اطمینان از دستیابی به اهداف مورد نظر معنا شده است. باین حال با در نظر گرفتن حوزه مورد استعمال، مفهوم نظارت نیز تغییر می‌کند و لایه‌های جدیدی به آن افزوده می‌شود. در دانش اقتصاد، نظارت اغلب به کنترل و پایش شاخص‌های کلان اقتصادی از جمله؛ نقدینگی، سیاست‌های پولی و مالی اشاره دارد.<sup>۳</sup> در مطالعات حقوقی، مفهوم نظارت بر اساس نوع و تعداد ابزارهای به کاررفته در فرایند نظارتی و همچنین میزان کنترلی که بر نهاد مورد نظر اعمال می‌شود، به دو شکل کلی یا محدود شناخته می‌شود.<sup>۴</sup> نظارت بر بازار پول و نقدینگی به عنوان یکی از ارکان اصلی مدیریت اقتصادی هر کشور به شمار می‌آید که نقش بسزایی را در حفظ ثبات مالی، کنترل تورم و جلوگیری از بحران‌های اقتصادی عهده‌دار بوده، همواره نیازمند رویکردهای متناسب با شرایط اقتصادی و ساختارهای مالی کشورهاست. در غالب کشورها رسالت تنظیم‌گری و سیاستگذاری در بازار پول و نقدینگی از جانب دولت اعمال می‌گردد که بانک مرکزی به عنوان نهاد راهبری پولی از طریق ابزارها و رویکردهای متنوع آنها را به اجرا می‌گذارد.

بانک مرکزی در این مسیر به عنوان نهادی که رسالت راهبری سیستم پولی کشورها را برعهده دارد، با اعمال سیاست‌های خاص، اقدام به کنترل، مهار و کاهش خطرات ساختاری، اعتباری و عملیاتی می‌کند. اقداماتی که از مجرای تنظیم مقررات، اعمال محدودیت‌ها و به کارگیری ابزارهای مختلف، موجب می‌شود که بانک‌ها و مؤسسات مالی در معرض تهدیدات کمتری قرار گیرند و پیرو آن زیان‌های احتمالی

۱. صامعی، ناصر و بهروز قاسمی، *آسیب‌شناسی کنترل و نظارت در بازار ایران*، چ. ۱، تهران: نشر کلمه، ۱۳۸۵، ص. ۲.

۲. راسخ، محمد، *نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی*، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۸، ص. ۲۱.

۳. هانگر، جی دیوید و توماس ال ویلن، *مبانی مدیریت استراتژیک*، مترجمان: محمدعلی اعرابی، داود ایزدی، چ. ۱، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، ۱۳۸۴، ص. ۲۶۰.

4. Akbik, Adina, *The European Parliament as an accountability forum: Overseeing the Economic and Monetary union*, Cambridge University Press, 2022, p.46.

و فراگیر که می‌توانند به بروز بحران‌های جدی منجر شوند، به حداقل برسد. به‌عنوان مثال با استفاده از ابزارهایی مانند تعیین حداقل نرخ ذخایر قانونی، سیاست‌های اعتباری و نظارت بر ساختارهای مالی بانک‌ها، تلاش می‌کند تا از چالش‌های پیش‌رو که ممکن است در آینده به بحران تبدیل شوند، تا حد ممکن جلوگیری کند. این شیوه نظارت به‌ویژه در زمانی که بازار با افت‌وخیزها و عدم پیش‌بینی‌پذیری روبه‌رو است، اهمیت بیشتری پیدا می‌کند و می‌تواند زمینه‌ساز ثبات و اطمینان در سیستم بانکی و مالی شود. در میان ابزارهای مذکور، نسبت کفایت سرمایه از مهم‌ترین مکانیزم‌های حفظ ثبات نظام بانکی به‌شمار می‌رود، چراکه معیاری برای سنجش توانایی مالی بانک‌ها در مواجهه با ریسک‌های احتمالی است و نقش مهمی در حفظ حقوق سپرده‌گذاران دارد. نظارت بانک مرکزی بر این نسبت همواره از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. چه آنکه با الزام بانک‌ها به رعایت استانداردهای تعیین‌شده، از یک سو از زیان‌های احتمالی و خطر ورشکستگی جلوگیری و از سوی دیگر اعتماد عمومی به نظام بانکی را تقویت می‌کند. این پژوهش با رویکرد توصیفی-تحلیلی به‌دنبال بررسی قوانین و مقررات مرتبط و پاسخ به این پرسش است که «قانونگذار چه الزاماتی را برای نظارت بانک مرکزی بر نسبت کفایت سرمایه پیش‌بینی کرده و این نظارت چگونه به حمایت از حقوق سپرده‌گذاران و افزایش اعتماد عمومی کمک می‌کند؟»

پژوهش ما بر این فرضیه استوار است که «قانونگذار در قوانین و مقررات مرتبط تلاش نموده است تا با پیش‌بینی برخی الزامات قانونی، زمینه‌ساز نظارتی مؤثر بر نسبت کفایت سرمایه از سوی بانک مرکزی باشد؛ نظارتی که با اجرای سخت‌گیرانه آن می‌تواند ضمن افزایش شفافیت و انضباط بانکی، از حقوق سپرده‌گذاران صیانت کرده و اعتماد عمومی به نظام بانکی را تقویت کند.» از این‌رو ساختار تحقیق در سه مبحث تنظیم شده است. در مبحث نخست، به اهمیت نسبت کفایت سرمایه و ضرورت نظارت بر آن پرداخته می‌شود. در مبحث دوم، نظارت بر کفایت سرمایه در چارچوب قوانین و مقررات مالی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در نهایت مبحث سوم، به آثار تأمین کفایت سرمایه بر حفظ حقوق سپرده‌گذاران و تقویت اعتماد عمومی اختصاص می‌یابد.

## ۱. اهمیت کفایت سرمایه و ضرورت نظارت بر آن

سرمایه<sup>۱</sup> یکی از ارکان مهم پشتوانه مالی بانک‌ها به‌شمار می‌رود که باوجود آن، بانک امکان می‌یابد به‌هنگام رویارویی با مشکلات کلان اقتصادی، توانایی پرداخت بدهی‌های خود را داشته باشد. نیز

به‌عنوان سپر دفاعی نهایی در برابر زیان‌های ناشی از ریسک<sup>۱</sup> عمل می‌کند و مادامی که زیان‌ها از میزان سرمایه فراتر نروند، توانایی بانک در پرداخت بدهی‌ها آسیب نمی‌بیند. هرچه سرمایه ذخیره شده بانک، نسبت به ریسک‌های موجود بیشتر باشد، توانایی آن در مقابله با آسیب مالی و جلوگیری از شکست افزایش می‌یابد.<sup>۲</sup> این رویکرد به‌عنوان یک اقدام پیشگیرانه برای ممانعت از وقوع آشفتگی مالی عمل نموده، با وضع مقررات مشخص، بانک‌ها را ملزم می‌کند که زیان‌های ناشی از ریسک‌ها را به‌منظور جلوگیری از بی‌ثباتی اقتصادی به‌صورت دقیق ارزیابی و مدیریت کنند. برای ارزیابی عملکرد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، امروزه از مجموعه‌ای از شاخص‌های مالی استفاده می‌شود که در میان این شاخص‌ها، نسبت کفایت سرمایه<sup>۳</sup> از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.<sup>۴</sup> کفایت سرمایه بر مبنای تعریف ارائه شده از سوی بانک جهانی،<sup>۵</sup> به توانایی یک مؤسسه مالی همچون بانک برای انجام تعهدات مالی و جذب زیان‌های محتمل اشاره دارد. این معیار نشان‌دهنده قدرت و ثبات مالی نهاد پولی است. به‌عبارت ساده‌تر، کفایت سرمایه تضمین می‌کند که بانک‌ها دارای سرمایه کافی برای پوشش ریسک‌های خود و محافظت از منافع سرمایه‌گذارانی همچون سپرده‌گذاران یا دارندگان اوراق قرضه‌اند. حفظ سطح مناسب کفایت سرمایه برای نگهداشت پایداری و سلامت مؤسسات مالی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. این نسبت معمولاً از مقایسه سرمایه موجود بانک با سرمایه مورد نیاز برای پوشش زیان‌ها به‌دست می‌آید.<sup>۶</sup> نسبتی که یکی از مفاهیم کلیدی در مدیریت ریسک و مقررات بانکی بوده و به‌منظور تضمین پایداری و استحکام مالی بانک‌ها در شرایط بحرانی تدوین شده است.<sup>۷</sup> عمده‌ترین هدف آن نیز محافظت از واحد بانکی در برابر زیان‌های مالی و اطمینان از توانایی آنها در مقابله با خطرهای پیش‌بینی نشده و ادامه

۱. ذکر این نکته ضروری است که دانش مدیریت، اقتصاد و بانکداری در مباحث مرتبط با کفایت سرمایه همواره از واژه «ریسک» استفاده می‌کند و معادل فارسی آن به‌معنای «خطر» مرسوم نیست. از این‌رو در این پژوهش نیز همین واژه مورد استفاده قرار می‌گیرد.

2. Bessis, Joel, **Risk management in banking**, John Wiley & Sons, 2011, p. 14.

3. Capital Adequacy Ratio

۴. ولی‌مقدم زنجانی، محمد و مهناز بهرامی، **کفایت سرمایه در بانک‌های مالی ایران، مجموعه مقالات علوم انسانی**، دفتر سوم، ۱۳۸۰، ص. ۱۹۰.

5. World Bank

6. An Introduction to Capital Adequacy in IDA's Hybrid Financial Model, April 2024 | Development Finance World Bank, Available at: <https://www.worldbank.org/ext/en/home/>

7. Tadesse Bogale, Addisaiem, "Effect of bank specific and macroeconomic determinants on capital adequacy ratio a study on Ethiopian private commercial banks", *Journal of Business and Economic Management*, Vol. 9, No. 2, February 2021, p. 49, DOI: 10.15413/jbem.2020.0152, 2021.

فعالیت در شرایط بحرانی است. برخی<sup>۱</sup> بر این عقیده‌اند که تئوری کفایت سرمایه‌بر دو دیدگاه اصلی استوار است:

دیدگاه اول، بر این باور است که تعیین سطح بهینه سرمایه باید به بانک‌ها واگذار شود، چراکه با شناخت بهتری که از شرایط و ویژگی‌های خود دارند، نیازی به مداخله تنظیم‌کنندگان در تعیین نسبت‌های کفایت سرمایه نمی‌بینند.

دیدگاه دوم، ضمن پذیرش تأثیرات خاص هر بانک، بر ضرورت تعیین حداقل استانداردهای ایمنی برای نسبت‌های کفایت سرمایه تأکید دارد و درعین‌حال، به بانک‌ها آزادی عمل بیشتری در سطوح بالاتر از این حداقل می‌دهد.

نسبت مذکور نخستین بار در سال ۱۹۸۸ توسط «کمیته مقررات بانکداری و نظارت بر عملیات بانکی»<sup>۲</sup> به نظام بانکی جهان معرفی شد.<sup>۳</sup> در همان سال، این کمیته مجموعه‌ای از الزامات حداقلی سرمایه را برای مؤسسات مالی ارائه نمود که بعدها تحت عنوان «توافق‌نامه بازل»<sup>۴</sup> شناخته شد. به عبارت دقیق‌تر نسبت کفایت سرمایه یک استاندارد بین‌المللی محسوب می‌شود که میزان ریسک ناتوانی در پرداخت تعهدات مالی ناشی از زیان‌های سنگین را در مؤسسات مالی ارزیابی می‌کند.<sup>۵</sup> نظارت بر کفایت سرمایه از سوی بانک مرکزی به‌عنوان مهم‌ترین مقام ناظر در عرصه پولی و بانکی، در قوانین و مقررات مختلف به‌ویژه در بخش‌های مالی و بانکی، نقش حیاتی در تضمین ثبات اقتصادی و مدیریت ریسک‌های ساختاری دارد. این نظارت در چارچوب الزاماتی از سوی قانونگذار به‌عنوان ابزاری اساسی برای حفظ سلامت نظام مالی مورد تأکید قرار گرفته است. در ادامه به کنکاش در قوانین و مقررات مرتبط با هدف بررسی این مقوله پرداخته می‌شود.

1. AlZoubi, Marwan, "Bank capital adequacy: The impact of fundamental and regulatory factors in a developing country", *Journal of Applied Business Research*, Vol. 37, No. 6, 2021, p.2.

2. Basel Committee on Banking Supervision or BCBS

۳. بانک تسویه حساب‌های بین‌المللی (Bank for International Settlements or BIS) که به بانک‌های مرکزی خدمات ارائه می‌دهد، در سال ۱۹۳۰ تأسیس شده و از کمیته‌های مختلفی تشکیل شده است که یکی از مهم‌ترین آنها کمیته بازل است. این کمیته شامل نمایندگان ارشد بانک‌های مرکزی کشورهای صنعتی پیشرفته بوده و وظیفه تدوین رهنمودهایی در حوزه مدیریت ریسک، حاکمیت شرکتی و حسابرسی داخلی بانک‌ها را بر عهده دارد. اجرای این رهنمودها برای کشورهای عضو الزامی است، اما سایر کشورها به صورت اختیاری می‌توانند از آنها پیروی کنند. تاکنون سه بیانیه مهم از سوی این کمیته منتشر شده است که هر یک به دلیل شرایط اقتصادی و بحران‌های مالی جهانی شکل گرفته‌اند: <https://www.bis.org/about/index.htm?m=2>

4. Basel Accords

5. Tadesse Bogale, Addisaiem, *Op. Cit*, p. 48.

## ۲. نظارت بر کفایت سرمایه در قوانین و مقررات مالی

برخی از قوانین و مقررات در نظام حقوقی ایران به موضوع نظارت بر کفایت سرمایه در بانک‌ها و مؤسسات اعتباری پرداخته‌اند؛ مقرراتی که با هدف تضمین ثبات مالی، مدیریت مخاطرات و جلوگیری از بحران‌های بانکی تدوین شده‌اند. قانونگذار برای بانک مرکزی که به تعبیر پل ساموئلسون<sup>۱</sup> بانک بانک‌داران و بانک دولت بوده و وظیفه اصلی و اساسی آن کنترل عرضه پول و اعتبارات است،<sup>۲</sup> نقش کلیدی را در تعیین ضوابط و چارچوب‌های مرتبط با کفایت سرمایه در نظر گرفته است. مصوبات شورای پول و اعتبار، برخی از برنامه‌های پنج‌ساله توسعه و دیگر قوانین، وظایف و اختیارات بانک مرکزی را در این زمینه مشخص کرده‌اند که در ادامه بررسی می‌شوند.

همسو با موافقت‌نامه بازل در تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۲۷ شورای پول و اعتبار «آیین‌نامه سرمایه پایه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری» و در تاریخ ۱۳۸۲/۱۱/۲۵ «آیین‌نامه کفایت سرمایه بانک‌های دولتی و غیردولتی» را تصویب کرد. این آیین‌نامه‌ها که بر مبنای سند بازل I تدوین شده بود، شیوه محاسبه نسبت کفایت سرمایه و تخصیص وزن ریسک به هر طبقه از دارایی‌ها را مشخص می‌کرد و تا سال ۱۳۹۶ به عنوان مرجع محاسبه نسبت کفایت سرمایه در نظام بانکی ایران مورد استفاده قرار می‌گرفت. در تاریخ ۱۳۹۶/۰۳/۲۳ شورای پول و اعتبار دستورالعمل دیگری را با عنوان «دستورالعمل محاسبه سرمایه نظارتی و کفایت سرمایه مؤسسات اعتباری» به تصویب رساند. این دستورالعمل، با الهام از اسناد بین‌المللی نظیر «استاندارد کفایت سرمایه برای مؤسسات ارائه‌دهنده خدمات مالی اسلامی»<sup>۳</sup> و نیز بازل II و III تهیه شده است. بر اساس ماده ۶ این دستورالعمل، نسبت کفایت سرمایه مؤسسه اعتباری که عبارت است از نسبت سرمایه نظارتی به کل دارایی‌های موزون به ریسک،<sup>۴</sup> حداقل ۸ درصد تعیین شده است. بانک‌ها و مؤسسات اعتباری موظف‌اند در صورت کاهش نسبت کفایت سرمایه به کمتر از ۸ درصد، طی یک بازه

1. Paul Samuelson

۲. زمانی فراهانی، مجتبی، پول، ارز و بانکداری، ج. ۱۵، تهران: انتشارات ترمه، ۱۳۸۹، ص. ۲۶۱.

۳. هیئت خدمات مالی اسلامی یک سازمان بین‌المللی تنظیم‌کننده استاندارد است که به‌طور رسمی در ۳ نوامبر ۲۰۰۲ افتتاح شد و در ۱۰ مارس ۲۰۰۳ فعالیت خود را آغاز کرد. (IFSB) اولین استاندارد کفایت سرمایه (IFSB-2) خود را برای مؤسسات ارائه‌دهنده خدمات مالی اسلامی (HFS) در دسامبر ۲۰۰۵ تحت عنوان استاندارد شماره ۱۵ صادر کرد. استاندارد شماره ۲۳ نیز در سال ۲۰۲۱ در این خصوص صادر شده است.

۴. به‌موجب ماده ۱۰ دستورالعمل مذکور، دارایی‌های موزون به ریسک اعتباری در بالای خط ترازنامه و اقلام زیر خط ترازنامه (با لحاظ ضرایب تبدیل) به دست می‌آید.

پنج‌ساله این نسبت را به حداقل استاندارد برسانند.<sup>۱</sup> بانک مرکزی همچنین برای مؤسساتی که نتوانند به حداقل الزامات کفایت سرمایه دست یابند، محدودیت‌هایی زیر را اعمال می‌کند:

در صورتی که نسبت کفایت سرمایه مؤسسه اعتباری غیردولتی به کمتر از ۸ درصد و بیش از ۵ درصد کاهش یابد، هیئت‌مدیره مؤسسه موظف است حداکثر ظرف مدت ۱۵ روز کاری، برنامه‌ای جامع برای اصلاح ترکیب دارایی‌ها یا افزایش سرمایه تهیه کند و به بانک مرکزی ارائه دهد. بانک مرکزی نیز موظف است حداکثر ظرف مدت ۱۰ روز کاری از تاریخ دریافت برنامه، آن را بررسی و نتیجه را به مؤسسه اعتباری اعلام کند. تا زمانی که نسبت کفایت سرمایه به سطح مقرر نرسیده باشد، بانک مرکزی اختیار دارد که با مدنظر قرار دادن شرایط، مؤسسه اعتباری را به صورت موقت از انجام برخی عملیات بانکی مجاز محروم نماید.<sup>۲</sup> اگر نسبت کفایت سرمایه مؤسسه اعتباری غیردولتی به کمتر از ۵ درصد و بیش از ۳ درصد کاهش یابد، علاوه بر الزامات مقرر در بند الف این ماده، بانک مرکزی موظف است حسب مورد، یک یا چند مورد از اقدامات زیر را انجام دهد:

کاهش حدود احتیاطی مؤسسه اعتباری، از جمله؛ محدودسازی سقف تسهیلات و تعهدات کلان و تسهیلات به اشخاص مرتبط؛ ممنوعیت انجام عملیات در بازار بین‌بانکی؛<sup>۳</sup> سلب صلاحیت حرفه‌ای مدیرعامل و یا یک یا چند نفر از اعضای موظف هیئت‌مدیره مؤسسه اعتباری؛ محدود کردن پرداخت سود به سهام‌داران، تنها تا سقف ۱۰ درصد از سود ویژه سالانه قابل تقسیم مؤسسه اعتباری؛ ممنوعیت پرداخت هرگونه پاداش به مدیران مؤسسه اعتباری.<sup>۴</sup> چنانچه نسبت کفایت سرمایه مؤسسه اعتباری به کمتر از ۳ درصد کاهش یابد، هیئت‌مدیره مؤسسه اعتباری موظف است حداکثر ظرف مدت ۹۰ روز کاری نسبت به افزایش سرمایه اقدام نماید و در غیر این صورت، باید تشریفات قانونی مربوط به انحلال مؤسسه را فراهم نماید. در این شرایط بانک مرکزی موظف است تا زمان ثبت افزایش سرمایه نزد مراجع ثبتی، مؤسسه اعتباری را از انجام یک یا چند مورد از این اقدامات منع کند:

پرداخت سود به سهام‌داران بیش از ۱۰ درصد از سود ویژه سالانه قابل تقسیم مؤسسه اعتباری؛ پرداخت پاداش به مدیران؛ افزایش حقوق کارکنان مؤسسه اعتباری؛ دریافت انواع سپرده؛ اعطای انواع تسهیلات؛ ایجاد انواع تعهدات؛ فعالیت در بازار بین‌بانکی. به موجب تبصره بند مذکور، در صورتی که

۱. ماده ۲۶.

۲. بند ۱ ماده ۲۴.

3. Interbank Market

۴. بند ۲ ماده ۲۴.

مؤسسه اعتباری هیچ‌یک از اقدامات مقرر در این بند را انجام ندهد، مشمول مفاد ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی<sup>۱</sup> خواهد شد.<sup>۲</sup>

با وجود الزامات مقرر در ماده ۲۴ دستورالعمل مرتبط با کفایت سرمایه مؤسسات اعتباری، ماده ۲۶ تصریح می‌نماید که این دستورالعمل از تاریخ ابلاغ، لازم‌الاجراست و در صورتی که نسبت کفایت سرمایه محاسبه‌شده مؤسسه اعتباری در چارچوب این دستورالعمل کمتر از ۸ درصد باشد، مؤسسه اعتباری موظف است طی یک دوره گذار پنج‌ساله، این نسبت را به ۸ درصد برساند. بر این اساس می‌توان چنین استنباط کرد که مؤسسات اعتباری از تاریخ ابلاغ دستورالعمل، به مدت پنج سال فرصت دارند تا نسبت کفایت سرمایه خود را به سطح مورد نظر بانک مرکزی ارتقا دهند. با این حال به نظر می‌رسد اعطای چنین بازه زمانی طولانی اگر با سخت‌گیری‌های مستمر همراه نباشد، منجر به تسریع در اصلاح ساختار نسبت کفایت سرمایه نخواهد شد. مطلوب‌تر آن بود که شورای پول و اعتبار چنین مهلت گسترده‌ای را برای مؤسسات اعتباری در نظر نمی‌گرفت و با تعیین دوره‌ای کوتاه‌تر، مؤسسات را به صورت جدی‌تری نسبت به افزایش نسبت کفایت سرمایه ملزم می‌ساخت؛ چراکه با اعطای فرصت پنج‌ساله امکان تأخیر در اقدام به بهانه‌های مختلف وجود دارد، درحالی‌که تحقق اهداف نظارتی و تقویت ثبات مالی، مستلزم واکنش قاطع است. گفتنی است که در دستورالعمل ذکرشده، بر مبنای سندهای بازل II و III، رتبه اعتباری وام‌گیرندگان در محاسبه ریسک دارایی‌ها در نظر گرفته شده است، البته تنها رتبه‌های اعتباری ناشران ابزار مالی و وام‌گیرندگان به رسمیت شناخته می‌شود<sup>۳</sup> که توسط مؤسسات معتبری نظیر «استاندارد اند پورز»<sup>۴</sup>، «مودیز اینوستور سرویس»<sup>۵</sup> و «فیچ ریتینگز»<sup>۶</sup> صادر شده باشند.<sup>۷</sup>

قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۲ به‌عنوان تخصصی‌ترین قانون در حوزه پولی و بانکی، درباره کفایت سرمایه و چگونگی نظارت بر آن مطلبی را بیان نکرده است. فقط در بند الف ماده ۲۰ خود بیان می‌دارد: تمام مؤسسات اعتباری موظف‌اند سامانه‌های عملیاتی خود را مطابق الگوی

۱. گفتنی است که ماده مذکور به موجب بند ب ماده ۶۷ قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران منسوخ شده است.

۲. بند ۳ ماده ۲۴.

۳. بند ۱-۲۱- از ماده ۱.

4. Standard and Poor's

5. Moody's Investors Service

6. Fitch Ratings

۷. مؤسسات مذکور، سه مؤسسه بزرگ رتبه‌بندی اعتباری (Big Three) به شمار می‌روند که از سال ۲۰۱۳ سهم بازار جهانی جمعی تقریباً برابر با ۹۵ درصد را در اختیار خود داشته‌اند. از این میزان Moody's و Standard & Poor's هر یک «۴۰ درصد» و Fitch Ratings «۱۵ درصد» را از آن خود کرده‌اند.

تعیین شده توسط بانک مرکزی تنظیم کنند، به گونه‌ای که هرگونه تغییر در موارد مذکور به صورت فوری و برخط، برای بانک مرکزی و تمام اعضای هیئت‌مدیره، هیئت عامل و مدیران مرتبط مؤسسه اعتباری قابل مشاهده باشد. یکی از این موارد به موجب جزء ۱۶ بند مذکور «نسبت کفایت سرمایه مؤسسه اعتباری» در نظر گرفته شده است. طرح گزیر نظام بانکی (حل و فصل مسئله بانک‌های ناسالم) در تاریخ ۱۴۰۳/۱۰/۱۸ به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده است که ماده ۶ آن ذیل عنوان «فصل پنجم» با تفصیل بیشتری به موضوع کفایت سرمایه اختصاص یافته است. ماده مذکور نحوه محاسبه نسبت کفایت سرمایه در مؤسسات اعتباری را بیان نموده و در این رابطه سه نکته کلیدی را مطرح می‌کند:

**الف) ذخیره‌گیری:** اگر ذخیره‌گیری مؤسسه کمتر از حداقل تعیین شده توسط دستورالعمل بانک مرکزی باشد، میزان این کمبود از سرمایه اصلی مؤسسه اعتباری کسر می‌شود.

**ب) اندوخته قانونی:** در صورت کمبود اندوخته قانونی یا احتیاطی، بانک مرکزی موظف است در محاسبه نسبت کفایت سرمایه مؤسسه اعتباری به میزان کمبود اندوخته‌ها، از سرمایه اصلی آنها کسر نماید.

**ج) مطالبات و تعهدات کلان:** بدهی‌های اشخاص مرتبط یا تعهدات خارج از حدود دستورالعمل بانک مرکزی نیز از سرمایه اصلی کسر می‌شود. ریسک مطالبات از دولت و شرکت‌های دولتی بسته به نوع اوراق مالی متفاوت است.

اقدام بدیعی که در طرح مذکور مشاهده می‌شود، ذکر تعاریف انواع نسبت کفایت سرمایه به این ترتیب است:

۱. **نسبت مناسب:** برابر یا بالاتر از حداقل تعیین شده.
۲. **نسبت قابل قبول:** کمتر از حداقل تعیین شده اما تا دو واحد درصد پایین‌تر.
۳. **نسبت نامناسب:** کمتر از حداقل تعیین شده بین دو تا چهار واحد درصد.
۴. **نسبت بحرانی:** کمتر از حداقل تعیین شده بین چهار تا شش واحد درصد.
۵. **نسبت به شدت بحرانی:** کمتر از حداقل تعیین شده بیش از شش واحد درصد.

در بند پایانی ماده نیز بیان می‌شود: اگر نسبت کفایت سرمایه مؤسسات اعتباری دولتی کمتر از حد «مناسب» باشد، دولت موظف است با پیش‌بینی الزامات لازم در لایحه بودجه، سود سهام دولتی در این مؤسسات و مالیات دریافتی از بانک مرکزی و سایر مؤسسات اعتباری را به میزان مورد نیاز برای افزایش سرمایه این بانک‌ها اختصاص دهد تا به سطح کفایت سرمایه مناسب دست یابند.

ماده ۷ قانون برنامه پنج‌ساله هفتم پیشرفت جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۳ بیان می‌دارد: در راستای اجرای بند ۲ سیاست‌های کلی برنامه پنج‌ساله هفتم<sup>۱</sup> ابلاغی ۱۴۰۲ رهبری و به‌منظور دستیابی به اهداف کمی زیر، مطابق با احکام این فصل<sup>۲</sup> اقدام می‌شود:

ردیف	سنجه عملکردی	واحد متعارف	هدف کمی در پایان برنامه
۱	رشد نقدینگی	درصد	۱۳/۸
۲	تورم	درصد	۹/۵
۳	کاهش اضافه برداشت غیرمجاز مؤسسات اعتباری از بانک مرکزی	درصد	۱۰۰ با کاهش ۲۰ درصدی در هر سال
۴	شاخص کفایت سرمایه مؤسسات اعتباری	درصد	حداقل ۸

در این راستا بند «الف» ماده ۸ قانون ذکرشده، همسو با اصلاح ساختار مالی نظام بانکی، رفع ناترازی مؤسسات اعتباری و دستیابی به حداقل نسبت در نظر گرفته شده برای کفایت سرمایه، وظایفی را برای دستگاه‌های متولی، شامل وزارت امور اقتصادی و دارایی، بانک مرکزی و سازمان برنامه و بودجه تعیین کرده است. بر اساس این بند، هیئت‌مدیره هریک از مؤسسات اعتباری، اعم از دولتی و غیردولتی که نسبت کفایت سرمایه آنها در زمان لازم‌الاجرا شدن قانون مذکور، کمتر از میزان مقرر در جدول فوق باشد، مکلف است حداکثر ظرف مدت دو ماه از زمان اجرایی شدن این قانون، برنامه افزایش سرمایه مؤسسه اعتباری مربوطه را برای تحقق هدف تعیین‌شده در این جدول به بانک مرکزی ارائه نماید. بانک مرکزی نیز موظف است حداکثر ظرف دو ماه برنامه پیش‌گفته را بررسی و به‌صورت کامل یا با اصلاحات لازم به مؤسسه اعتباری برای اجرا ابلاغ کند.

شایان ذکر است که جزء ۲ از بند «الف» ماده ۸ قانون برنامه هفتم در ارتباط با افزایش سرمایه مؤسسات اعتباری غیردولتی نیز بیان می‌دارد: این مؤسسات ملزم‌اند پس از دریافت برنامه افزایش سرمایه از سوی بانک مرکزی، آن را در مجمع عمومی فوق‌العاده خود مطرح کنند و به تصویب برسانند. سپس باید فرایند قانونی مربوط به افزایش سرمایه را آغاز کنند. اگر پس از دو ماه از مهلت تعیین‌شده، به هر

۱. ایجاد ثبات در سطح عمومی قیمت‌ها و نرخ ارز و تکریمی کردن تورم طی پنج سال و جهت‌دهی به نقدینگی و اعتبارات بانکی به‌سمت فعالیت‌های مولد و جذابیت‌زایی از فعالیت‌های غیرمولد.

۲. فصل دوم قانون برنامه هفتم پیشرفت.

دلیلی، از جمله؛ عدم برگزاری مجمع عمومی مؤسسه، عدم تصویب برنامه افزایش سرمایه ابلاغی از جانب بانک مرکزی در مجمع عمومی فوق‌العاده یا عدم اجرای مصوبات مربوطه، افزایش سرمایه طبق برنامه ابلاغ شده بانک مرکزی محقق نشود، اختیارات مجمع عمومی فوق‌العاده در این خصوص به بانک مرکزی واگذار می‌شود. در این حالت، بانک موظف است از طریق عرضه سهام در بازار بورس و اوراق بهادار و با روش حذف حق تقدم سهام‌داران فعلی، اقدام به افزایش سرمایه مؤسسه اعتباری غیردولتی نماید. سپس در ادامه نظارت بر اجرای برنامه افزایش سرمایه و بهبود نسبت کفایت سرمایه مؤسسات مذکور را برعهده بانک مرکزی نهاده است و آن را مکلف نموده است تا هر شش ماه یک‌بار گزارشی را از روند اجرای برنامه افزایش سرمایه و وضعیت کفایت سرمایه این مؤسسات به رئیس‌جمهور، رئیس مجلس شورای اسلامی و شورای عالی راهبری برنامه، موضوع بند الف ماده ۱۱۸<sup>۱</sup> ارائه نماید.

در ادامه ماده ۸ این قانون در جزء ۳ بند «الف»، چگونگی افزایش سرمایه بانک‌های دولتی را بیان نموده است. در این راستا وزیر امور اقتصادی و دارایی و رئیس سازمان برنامه و بودجه موظف‌اند حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ اجرای قانون برنامه هفتم پیشرفت، برنامه‌ای برای افزایش سرمایه بانک‌های دولتی و نحوه تأمین منابع مالی لازم برای اجرای برنامه مذکور تهیه کنند و به تأیید هیئت‌وزیران برسانند. تمام منابع حاصل از تجدید ارزیابی دارایی بانک‌های دولتی که به تشخیص بانک مرکزی می‌تواند به بهبود نسبت کفایت سرمایه کمک کند، به‌علاوه سود خالص سالانه این بانک‌ها، باید تا رسیدن نسبت کفایت سرمایه به حد تعیین شده در جدول فوق‌الذکر، منحصراً برای افزایش سرمایه استفاده شود. وزیر امور اقتصادی و دارایی از سوی قانونگذار به‌عنوان مسئول اجرای دقیق این بند در نظر گرفته شده است. همچنین انتقال دارایی بانک‌های دولتی به سایر دستگاه‌های اجرایی را در طول سال‌های اجرای برنامه ممنوع دانسته و علاوه بر آن، تجدید ارزیابی دارایی بانک‌های دولتی در مدت اجرای برنامه را معاف از پرداخت مالیات در نظر گرفته است. مسئولیت اجرای برنامه افزایش سرمایه و بهبود نسبت کفایت سرمایه بانک‌های دولتی، برعهده وزیر امور اقتصادی و دارایی است و بانک مرکزی نظارت بر اجرای این بند از قانون برنامه را برعهده دارد. وزیر امور اقتصادی و دارایی و رئیس کل بانک مرکزی

۱. به‌موجب بند الف ماده ۱۱۸ قانون برنامه هفتم قانونگذار مقرر نموده است: «برای تضمین اجرای صحیح قانون و به منظور هماهنگ‌سازی فعالیت‌های دستگاه‌های اجرایی، «شورای عالی راهبری برنامه» به ریاست معاون اول رئیس‌جمهور و با ترکیب اعضای شامل رئیس سازمان (به عنوان دبیر شورا)، وزیر امور اقتصادی و دارایی، وزرایی که ریاست کمیسیون‌های دائمی هیئت دولت را برعهده دارند و رئیس کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس شورای اسلامی (به‌عنوان ناظر) تشکیل می‌شود. وظیفه دبیرخانه این شورا بر عهده سازمان خواهد بود.»

همچنین موظف‌اند هر شش ماه یک بار گزارشی را از وضعیت نسبت کفایت سرمایه بانک‌های دولتی و پیشرفت برنامه مندرج در بند «الف» به رئیس‌جمهور، رئیس مجلس شورای اسلامی و شورای عالی راهبری برنامه هفتم ارائه نمایند.

با وجود الزاماتی که قانونگذار به منظور ارتقای نسبت کفایت سرمایه بانک‌ها در نظر گرفته است و تعیین نهادهایی نظیر وزارت امور اقتصادی و دارایی به‌عنوان مسئول اجرای این الزامات، یکی از چالش‌های ساختاری مستمر در نظام بانکی ایران، تضعیف این نسبت در نتیجه مداخلات مستقیم و غیرمستقیم دولت است. دولت با استفاده از ابزارهایی نظیر تبصره‌های قانون بودجه سالانه کل کشور، تکالیفی را بر بانک مرکزی تحمیل می‌کند که به‌صورت مستقیم به شبکه بانکی منتقل می‌شود و هزینه‌های مالی قابل توجهی را متوجه بانک‌ها می‌سازد. به‌عنوان نمونه، تبصره ۱۶ قانون بودجه ۱۴۰۲ کل کشور و بند «ث» تبصره ۱۳ قانون بودجه سال ۱۴۰۳ کل کشور،<sup>۱</sup> بانک مرکزی را مکلف ساخته است تا در اجرای قوانین مختلفی همانند قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، قانون حمایت از حقوق معلولان، قانون جهش تولید دانش‌بنیان و سایر قوانین ذکرشده در بند ث تبصره ۱۳، از محل منابع قرض‌الحسنه پس‌انداز و جاری شبکه بانکی، پس از کسر سپرده قانونی، حداقل مبلغ «دو میلیون میلیارد ریال» را به تسهیلات قرض‌الحسنه در حوزه‌هایی نظیر ازدواج، فرزندآوری، ودیعه، خرید یا ساخت مسکن و سایر موارد مقرر در قوانین مذکور اختصاص دهد.

اگرچه هدف دولت و مجلس شورای اسلامی از تصویب این تسهیلات، کمک به اقشار خاص جامعه و حمایت از آنها است، اما لازم است سازوکاری مالی و پایدار برای تأمین منابع آنها پیش‌بینی شود تا تراز مالی بانک‌ها در این فرایند آسیب نبیند. چنانچه این امر محقق نشود، اثر نهایی این تسهیلات می‌تواند به‌شکل افزایش فشار بر بانک مرکزی، رشد پایه پولی و در نتیجه تشدید تورم نمایان گردد. امری که در نهایت به زیان همان اقشاری است که دولت و مجلس شورای اسلامی در تلاش برای حمایت از آنها بوده است. همسو با این استدلال برخی بر این عقیده‌اند که بخش عمده‌ای از این تسهیلات دارای نرخ سود پایین و دوره تنفس‌اند و به‌دلیل عدم تخصیص بهینه و کارشناسی، می‌توانند بانک‌ها را با ریسک نکول بالاتری مواجه کنند. ازسوی دیگر تداوم این رویکرد، بانک را با مشکل کسری نقدینگی و کاهش توان اعطای تسهیلات به فعالیت‌های مولد روبه‌رو می‌کند و آنها را ناچار می‌سازد از روش‌های جایگزین

۱. در قانون بودجه سال‌های مختلف تکرار شده است. به‌عنوان نمونه تبصره ۱۵ قانون بودجه ۱۴۰۴ کل کشور با عنوان «تسهیلات تکلیفی و اشتغال‌زایی» در نظر گرفته شده است.

تأمین مالی، همچون استقراض از بازار بین‌بانکی یا برداشت اضافه از بانک مرکزی به‌عنوان وام‌دهنده نهایی استفاده کنند.<sup>۱</sup>

از نقاط ضعف قابل توجهی دیگری که در قوانین و مقررات مرتبط با نسبت کفایت سرمایه باید به آن توجه نمود، عدم تصریح چگونگی نظارت بانک مرکزی بر این نسبت در «بانک‌های غیردولتی» است. در قوانین و مقررات ایران، تعریف مشخص و جامعی از بانک غیردولتی به‌صورت مستقل ارائه نشده است. در ماده‌واحد «قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیردولتی» مصوب ۱۳۷۹ مجلس شورای اسلامی که انتظار می‌رود با توجه به عنوان قانون، تعریفی از مفهوم بانک غیردولتی از سوی قانونگذار صورت می‌گرفت، تنها بیان شده است که اجازه تأسیس بانک توسط بخش غیردولتی داده می‌شود. در قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۵۱ نیز تمایز خاصی میان مفهوم بانک دولتی و غیر دولتی در نظر گرفته نشده است. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶ نیز که در ماده ۵ خود به خصوصی‌سازی بانک‌ها اشاره دارد و از تأسیس بانک‌های غیردولتی سخن می‌گوید، باز هم تعریف دقیقی از بانک غیردولتی ارائه نکرده است.

با وجود این، از آنجا که مطابق الزام بند «الف» ماده ۳۱ قانون پولی و بانکی، بانک‌ها باید به‌صورت شرکت سهامی عام تأسیس و فعالیت نمایند، براساس تمایزات قانونی میان شرکت دولتی و شرکت غیردولتی، می‌توان وجه تمایز میان بانک دولتی و بانک غیر دولتی را بیان کرد. به‌موجب ماده ۴ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶، شرکت دولتی، واحد سازمانی مشخص است که براساس قانون ایجاد شده باشد یا به دستور قانون یا حکم دادگاه، ملی و به‌عنوان شرکت دولتی شناخته شود. در این شرکت‌ها، بیش از نیمی از سرمایه آن تحت مالکیت دولت قرار دارد. همچنین هر شرکت تجاری که با سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی راه‌اندازی شود، تا زمانی که بیش از ۵۰ درصد سهام آن متعلق به این شرکت‌ها باشد، به‌عنوان شرکت دولتی شناخته می‌شود. ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز شرکت دولتی را واحد اقتصادی می‌داند که به‌موجب قانون، برای انجام بخشی از مسئولیت‌های دولت و در چارچوب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی که از سوی رهبری ابلاغ شده، تأسیس شود. بیش از ۵۰ درصد از سرمایه و سهام این نوع شرکت‌ها متعلق به دولت است. علاوه بر این، هر شرکتی که از طریق سرمایه‌گذاری وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی به‌صورت انفرادی یا مشترک تأسیس

۱. لّه گانی، اسماعیل، تأثیر تسهیلات تکلیفی دولت بر اضافه برداشت بانک‌ها از بانک مرکزی، مطالعاتی در مدیریت بانکی و بانکداری اسلامی، د. ا. ش. ۲۱، ۱۴۰۱، ص. ۲.

شود، تا زمانی که بیش از ۵۰ درصد سهام آن به صورت انفرادی یا مشترک متعلق به این واحدهای سازمانی باشد، به عنوان شرکت دولتی محسوب می‌شود.<sup>۱</sup>

تنها مقرره‌ای که به صورت صریح بانک غیردولتی را تعریف کرده است، آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری غیردولتی، موضوع تبصره ۲ ماده ۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۸ شورای پول و اعتبار است. به موجب بند ۵ از ماده ۱ این آیین‌نامه، بانک غیردولتی بانکی است که به موجب قانون و با عنایت به موضوع ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور و ماده ۸۶ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با مالکیت و مدیریت اشخاص غیردولتی، با مجوز بانک مرکزی و براساس مقررات مربوطه تأسیس می‌گردد و می‌تواند در چارچوب قوانین و مقررات ذی‌ربط به کلیه عملیات مجاز بانکی مبادرت نماید. با این وجود پس از تصویب آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره مؤسسات اعتباری غیردولتی مصوب ۱۳۹۳/۱۱/۰۴ هیئت‌وزیران، کلیه مواد آیین‌نامه مصوب ۱۳۸۸ ملغی گردید. این درحالی است که در آیین‌نامه مزبور تعریفی از بانک غیردولتی ارائه نشده است. تنها در ماده یک از «مؤسسه اعتباری غیربانکی» یاد می‌کند که همانند «بانک» و «سایر بنگاه‌های واسطه پولی» که به موجب قانون یا با مجوز بانک مرکزی تأسیس شده‌اند، به عملیات بانکی اشتغال دارند و در ادامه نیز بیان می‌دارد که بیش از ۵۰ درصد سهام این مؤسسات به اشخاص غیر دولتی تعلق داشته و تحت نظارت بانک مرکزی فعالیت می‌کنند.

باتوجه به مباحث مطرح‌شده و دیدگاه قانونگذار نسبت به اهمیت نسبت کفایت سرمایه، این برداشت حاصل می‌گردد که یکی از اصلی‌ترین معیارهای ارزیابی سلامتی مالی بانک‌ها و توانایی آنها در مدیریت مخاطرات، حفظ سرمایه در سطح استاندارد تعیین‌شده است. این نسبت، نقش حیاتی در تضمین پایداری بانک‌ها و حفاظت از منافع سپرده‌گذاران ایفا می‌کند. رعایت استانداردهای تعیین‌شده نه تنها نشان از توانایی بانک در مدیریت بحران‌ها و جبران خسارات احتمالی دارد، بلکه به تقویت اعتماد عمومی و ثبات نظام بانکی نیز کمک شایانی می‌کند. از این رو نگهداری سرمایه بانک‌ها در سطح مطلوب، مطابق با معیارهای قانونی و استانداردهای بین‌المللی، از الزامات اساسی برای بهبود عملکرد و سلامت نظام بانکی به‌شمار می‌رود.

۱. عبدی پور فرد، ابراهیم، **حقوق تجارت (حقوق شرکت‌های تجاری)**، ج. ۲، چ. ۱، تهران: انتشارات مجد، ۱۴۰۲، ص. ۷۴.

گفتنی است، در پی رکود اقتصادی سال‌های ۲۰۰۷ و ۲۰۰۸، الزامات بازل III، بانک‌ها را موظف کرد که در وضعیت پایدار حداقل نسبت کفایت سرمایه ۱۰/۵ درصد را رعایت کنند. این مقدار شامل ۸ درصد کفایت سرمایه پایه مطابق با مقررات بازل II و یک حاشیه اطمینان ۲/۵ درصدی است که به بانک‌ها کمک می‌کند در شرایط بحران و فشار مالی، همچنان سرمایه کافی برای ادامه فعالیت‌های خود داشته باشند و کفایت سرمایه آنها به زیر ۸ درصد کاهش نیابد. همچنین برای کاهش ریسک‌های سیستماتیک و کنترل پیامدهای رشد سریع اعتبارات در دوران رونق اقتصادی، بازل III یک ذخیره سرمایه ۲/۵ درصدی اضافی نیز تعیین کرده است. این اقدام باعث افزایش تاب‌آوری بانک‌ها در برابر نوسانات اقتصادی و تقویت پایداری مالی آنها می‌شود.<sup>۱</sup> بازل III برای بانک‌های بزرگ که نقش حیاتی‌تری در نظام مالی دارند، الزام به نگهداری ۲/۵ درصد سرمایه اضافی نسبت به سایر بانک‌ها نموده است. به این ترتیب، نسبت کفایت سرمایه این بانک‌ها به ۱۵/۵ درصد می‌رسد. هدف این اقدام جلوگیری از بزرگ‌شدن بیش از حد بانک‌ها و کاهش ریسک‌های ساختاری است تا در مواقع بحران، دولت‌ها مجبور به مداخله و حمایت مالی از آنها نشوند.<sup>۲</sup>

باوجود این، همان‌گونه که پیش‌تر بیان گردید، قوانین ایران برای بانک‌های دولتی و مؤسسات اعتباری غیردولتی، حداقل نسبت کفایت سرمایه را ۸ درصد تعیین کرده‌اند که پایین‌تر از استانداردهای جهانی است. به‌نظر می‌رسد یکی از دلایل اصلی این اختلاف، ناتوانی بانک‌ها در ایفای تعهدات مالی و مواجهه با ریسک‌های بالاست. برخی بر این عقیده هستند که بخش عمده‌ای از دارایی بانک‌های ایران را تسهیلات بانکی تشکیل می‌دهد و اگر افزایش حجم این تسهیلات متناسب با سرمایه بانک‌ها نباشد، نسبت کفایت سرمایه کاهش می‌یابد و بانک‌ها در معرض ورشکستگی قرار می‌گیرند. این وضعیت سپرده‌گذاران را در معرض ریسک قرار داده، به تدریج قدرت تسهیلات‌دهی بانک‌ها را کاهش می‌دهد.<sup>۳</sup> یکی دیگر از دلایل کاهش نسبت کفایت سرمایه در بانک‌های ایران، درصد سودآوری کم آنهاست. افزایش سرمایه بانک‌ها عمدتاً از محل سود انباشته تأمین می‌شود و بانک‌هایی که زیان‌ده‌اند، توانایی

۱. توحیدی‌نیا، ابوالقاسم و حمید نصیری، «ضرورت یا عدم ضرورت پایبندی به الزامات کفایت سرمایه در بانکداری بدون ربا: دیدگاه‌های رقیب»، فصلنامه راهبرد توسعه، ش. ۵۵، ۱۳۹۷، صص. ۱۹۱-۱۹۰.

۲. بی‌نام، مروری بر استانداردهای بین‌المللی بازل I، II، III و مدیریت ریسک، قابل دسترس در: [file:///C:/Users/Gharloghi/Downloads/۱۴۴۱۵۲۹۰۰۹۱۷۹cdgi۲mAtiqog۰۲۳b۴fiqrikdfv\(۳\)۲۰٪۱.pdf](file:///C:/Users/Gharloghi/Downloads/۱۴۴۱۵۲۹۰۰۹۱۷۹cdgi۲mAtiqog۰۲۳b۴fiqrikdfv(۳)۲۰٪۱.pdf).

۳. بهرامی زنوز، پریم، آزاده محرابیان، رویا سیفی‌پور، ناریس امین‌رشتی، «بررسی عوامل مؤثر بر کفایت سرمایه در نظام بانکداری (مطالعه موردی ایران و مالزی)»، فصلنامه اقتصاد مالی، د. ۱۵، ش. ۵۴، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۷.

افزایش سرمایه را ندارند. این موضوع موجب می‌شود عملکرد آنها در حفظ و ارتقای نسبت کفایت سرمایه ضعیف باشد و در نهایت پایداری مالی آنها به خطر بیفتد.<sup>۱</sup>

علاوه بر دلایل مذکور، به نظر می‌رسد عدم دسترسی مناسب بانک‌ها به بازارهای مالی بین‌المللی نیز از عوامل مهم کاهش نسبت کفایت سرمایه است. این محدودیت، آنها را مجبور می‌کند تا فقط به سود انباشته خود برای تأمین مالی متکی باشند. در شرایطی که بانک‌ها با زیان یا سود اندک مواجه‌اند، این وابستگی باعث تشدید مشکلات مالی و کاهش بیشتر نسبت کفایت سرمایه می‌شود. نسبت کفایت سرمایه پایین در بانک‌های ایران ارتباط تنگاتنگی با آسیب‌پذیری بیشتر آنها در برابر بحران‌های مالی دارد. این مسئله، علاوه بر تضعیف اعتماد عمومی، قدرت رقابت بانک‌ها را در سطح بین‌المللی کاهش داده، منافع سپرده‌گذاران را در معرض خطر قرار می‌دهد. برای حل این مشکل، ضروری است بانک‌ها از یک سو سودآوری خود را افزایش دهند و از سوی دیگر، دسترسی به بازارهای مالی را تسهیل کنند تا بتوانند سرمایه خود را تقویت و نسبت کفایت سرمایه را به سطح استانداردهای جهانی نزدیک کنند. در این میان نظارت بانک مرکزی بر نسبت کفایت سرمایه بانک‌ها نیز نقش کلیدی در حفظ سلامت نظام مالی برعهده دارد؛ نظارتی که کمک می‌کند تا بانک‌ها سرمایه کافی را برای مقابله با ریسک‌ها و بحران‌های مالی در اختیار داشته باشند؛ امری که می‌تواند از ایجاد ناپایداری‌های کلان برای آنها جلوگیری نماید.

در این راستا، سطح استقلال بانک مرکزی در حوزه تنظیم‌گری و نظارت، از جمله مؤلفه‌های بنیادینی است که در ادبیات نظارت بانکی کمتر واکاوی شده است. به روشنی آشکار است که استقلال بانک مرکزی صرفاً به استقلال در سیاست‌گذاری پولی محدود نمی‌شود، بلکه شامل سطوح مختلفی از جمله؛ استقلال نهادی، عملیاتی و نظارتی نیز می‌گردد. استقلال نظارتی به معنای آن است که بانک مرکزی بتواند در طراحی، اجرا و پیگیری سیاست‌های نظارتی خود، بدون مداخله مستقیم نهادهای دولتی یا ملاحظات سیاسی، تصمیم‌گیری کند.<sup>۲</sup> این نوع استقلال، به‌ویژه در محیط‌هایی که دولت از طریق سیاست‌های تکلیفی یا مداخلات بودجه‌ای در بازار پول و اعتبارات حضور پررنگ دارد، اهمیتی دوچندان می‌یابد. در نبود این استقلال، سیاست‌مداران تمایل دارند با مداخلات مستقیم یا غیرمستقیم، اعتباردهی بانک‌ها را گسترش دهند تا رشد اقتصادی کوتاه‌مدتی به وجود آورند یا حمایت اجتماعی کسب کنند. این

۱. همان منبع، ص. ۱۴۷.

2. Fraccaroli, Nicolò, Rhiannon Sowerbutts, and Andrew Whitworth, "Does regulatory and supervisory independence affect financial stability?", 2020, p.6.

امر غالباً با کاهش کیفیت تسهیلات همراه است و در بلندمدت، به افزایش مطالبات غیرجاری، بی‌ثباتی مالی و کاهش کارایی نظام بانکی می‌انجامد. ادبیات اقتصادی و مالی به صورت مستند نشان داده است که ناظران و تنظیم‌گران مستقل از نظر سیاسی، با اتکا به ابزارهایی نظیر الزامات کفایت سرمایه، نظارت‌های میدانی و سیاست‌های کنترل مطالبات غیرجاری، می‌توانند رفتار ریسک‌پذیر بانک‌ها را محدود کنند.<sup>۱</sup> این نهادهای مستقل با جدا بودن از ملاحظات سیاسی کوتاه‌مدت، قادرند سیاست‌های اعتباردهی پایدارتر، غیر سیاسی و منطبق با ارزیابی‌های کارشناسی را تدوین کنند.<sup>۲</sup>

بررسی تطبیقی نظام‌های نظارتی در کشورهای مختلف حاکی از آن است که سطح استقلال قانونی نهاد ناظر بازار پول لزوماً معادل با میزان استقلال عملی آن در برابر نفوذ سیاسی نیست. به عنوان نمونه، نهاد ناظر مالی آلمان<sup>۳</sup> علی‌رغم برخورداری از استقلال قانونی محدود، به دلیل تحت نظارت حقوقی و فنی بودن وزارت دارایی فدرال و وابستگی بودجه‌ای به آن، در عمل از سطح بالایی از استقلال در تصمیم‌گیری‌های نظارتی برخوردار است. این موضوع در ارزیابی سال ۲۰۱۶ صندوق بین‌المللی پول نیز تأکید شده و در آن هیچ شواهدی دال بر دخالت وزارت دارایی در تصمیمات حرفه‌ای نهاد ناظر مالی مشاهده نشده است. با وجود این، بیان شده است که پتانسیل نفوذ غیرمستقیم دولت و صنعت در اجرای اهداف نظارتی نهاد ناظر مالی آلمان از طریق فرایند تصویب بودجه و تأیید اجباری سازمان و ساختار داخلی آن توسط وزارت دارایی وجود دارد.<sup>۴</sup> در مورد دیگری، صندوق بین‌المللی پول در گزارش سال ۲۰۱۹ خود نسبت به استقلال قانونی پایین سازمان تنظیم مقررات احتیاطی استرالیا<sup>۵</sup> ابراز نگرانی کرده است، چراکه پارلمان این کشور به صورت نظری اختیار رد استانداردهای احتیاطی مصوب این نهاد را داراست؛ باین حال با توجه به عدم استفاده از این اختیار در عمل، سازمان تنظیم مقررات احتیاطی همچنان واجد استقلال عملی بالا ارزیابی شده است.<sup>۶</sup>

1. Gale, D, "Capital Regulation and Risk Sharing", *International Journal of Central Banking*, Vol. 6, No. 4, 2010, P 190.

2. Herrera, H., Ordonez, G., and Trebesch, C, "Political Booms, Financial Crises", *Journal of Political Economy*, forthcoming, 2020, p. 515.

3. BaFi

4. IMF. Germany: Financial sector assessment program - financial system stability assessment. IMF Financial Sector Assessment Program 16/189, International Monetary Fund, 2016.

5. Australian Prudential Regulatory Authority (APRA).

6. IMF. Australia: Financial Sector Assessment Program-Detailed Assessment of Observance-Basel Core Principles for Effective Banking Supervision. IMF Financial Sector Assessment Program 19/53, International Monetary Fund, 2019.

در نقطه مقابل آژانس تنظیم و نظارت بانکی ترکیه<sup>۱</sup> نمونه‌ای از وضعیتی است که در آن باوجود استقلال قانونی بالا، استقلال عملی نهاد ناظر به واسطه تعاملات گسترده و غیررسمی با دولت، در سطحی پایین تر قرار دارد. صندوق بین‌المللی پول در گزارش سال ۲۰۱۷ خود به صراحت به این نکته اشاره می‌کند که کانال‌های ارتباطی متعدد میان آژانس تنظیم و نظارت بانکی و دولت، زمینه‌ساز اعمال نفوذ سیاسی بالقوه بر عملکرد این نهاد شده‌اند.<sup>۲</sup> در مبحث آتی به بررسی تأثیر رعایت نسبت کفایت سرمایه از سوی بانک‌ها بر صیانت از حقوق سپرده‌گذاران و پیامد آن در تقویت اعتماد عمومی پرداخته می‌شود.

### ۳. آثار تأمین کفایت سرمایه بر رعایت حقوق سپرده‌گذاران و تقویت اعتماد عمومی

الزامات قانونگذار در سطح داخلی و بین‌المللی برای تأمین کفایت سرمایه توسط مؤسسات مالی و نظارت نهادهای ناظری همچون بانک مرکزی بر این امر، به وضوح اهمیت بالایی این نسبت را در حفظ حقوق مردم و سپرده‌گذاران نشان می‌دهد؛ مسئله‌ای که در قوانین مالی غالب کشورهای مشاهده می‌شود. الزاماتی که نه تنها با هدف حفظ ثبات مالی و کاهش ریسک‌های بانکی تدوین شده‌اند، بلکه به عنوان ابزاری برای تضمین امنیت سپرده‌های شهروندان و جلوگیری از آسیب‌های اقتصادی نیز به کار گرفته می‌شوند. به عبارت دقیق‌تر، نظارت بر کفایت سرمایه در نظام بانکی نه تنها برای حفظ و مدیریت ریسک مؤسسات مالی اهمیت دارد، بلکه تأثیر قابل توجهی بر رعایت حقوق عمومی شهروندان، تحقق حقوق شهروندی و تأمین رفاه جامعه برجای می‌گذارد. به بیان دقیق‌تر نظارت مؤثر بر کفایت سرمایه از طریق ایجاد نظام مالی سالم و کارآمد، زمینه تأمین اعتبارات پایدار و مطمئن برای بخش‌های مختلف اقتصادی را فراهم می‌کند و مانع از بروز بحران‌های مالی می‌شود که می‌توانند به صورت مستقیم رفاه و امنیت مالی شهروندان را تحت تأثیر قرار دهند. در ادامه به دو اصل که می‌توان آنها را به عنوان برآیند نظارت مؤثر بر رعایت میزان کفایت سرمایه در راستای تحقق حقوق عمومی شهروندان در نظر گرفت، اشاره می‌شود.

#### ۳.۱. ثبات اقتصادی و کاهش نابرابری‌ها

بحران‌های مالی که اغلب ریشه در معضلات بانکی نظیر بی‌ثباتی نظام بانکی، ورشکستگی بانک‌ها و کمبود منابع مالی تأمین‌کننده سرمایه و مطالبات معوق و بلاوصول دارند، موجب کاهش حجم تولید ملی

1. Banking Regulation and Supervisory Agency (BRSA).  
2. IMF. Turkey: Financial sector assessment program-detailed assessment of observancebasel core principles for effective banking supervision. IMF Financial Sector Assessment Program 17/46, International Monetary Fund, 2017.

و بروز اختلال در روند رشد و توسعه اقتصادی کشورها می‌شوند.<sup>۱</sup> به خوبی از مباحث مطرح شده در الزامات تأمین کفایت سرمایه و نظارت بر آن از سوی نهادهای ناظری همچون بانک مرکزی، برمی‌آید که بانک‌ها مادامی که از میزان کافی سرمایه برخوردار باشند، قادر خواهند بود در برابر بحران‌های اقتصادی مقاوم‌تر عمل کنند و ریسک‌های کلان اقتصادی را به گونه‌ای مطلوب‌تر مدیریت نمایند. این امر نه تنها به جلوگیری از وقوع بحران‌های مالی و آسیب‌های اقتصادی کمک می‌کند، بلکه موجب تقویت اعتماد عمومی به نظام مالی و افزایش دسترسی عموم افراد جامعه به خدمات مالی نیز می‌شود. از سوی دیگر، رعایت کفایت سرمایه می‌تواند نقش مؤثری در کاهش نابرابری‌های اجتماعی ایفا کند. چه آنکه بانک‌ها با داشتن پشتوانه مالی کافی قادر خواهند بود منابع اعتباری را به صورت عادلانه‌تری توزیع کنند و برای اقشار مختلف جامعه، به ویژه گروه‌های کم‌درآمد و آسیب‌پذیر، شرایط دسترسی به اعتبار و تسهیلات مالی را فراهم آورند. مسئله‌ای که تحقق هدف مندرج در بند دوازدهم از اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را که بهبود شرایط اقتصادی و اجتماعی صحیح و عادلانه جهت ایجاد رفاه و نیز کاهش فقر و نابرابری‌ها را از وظایف دولت دانسته‌است، آسان‌تر می‌کند.

### ۳.۲. حفاظت از حقوق سپرده‌گذاران و تقویت اعتماد عمومی

افزون بر نقش کلیدی نسبت کفایت سرمایه در تضمین پایداری نظام بانکی و مدیریت ریسک‌های مالی، این نسبت نقش مهمی در حفاظت از حقوق سپرده‌گذاران ایفا می‌کند. هنگامی که بانک‌ها سرمایه کافی دارند، توانایی بیشتری برای جذب زیان‌های پیش‌بینی نشده دارند؛ امری که از ورشکستگی آنها جلوگیری می‌کند. این مسئله به صورت مستقیم از منافع مالی شهروندانی که سرمایه‌های خود را به بانک‌ها سپرده‌اند، حمایت می‌کند و مانع از وقوع بحران‌هایی نظیر ناتوانی بانک‌ها در بازپرداخت سپرده‌ها می‌شود. به بیان دقیق‌تر، سپرده‌گذاران هنگامی احساس امنیت می‌کنند که اطمینان یابند بانک‌ها در برابر بحران‌های مالی مقاومت دارند. این اعتماد نه تنها به افزایش سپرده‌گذاری منجر می‌شود، بلکه باعث ثبات و رشد بازارهای مالی نیز خواهد شد. از این رو نسبت کفایت سرمایه نه فقط به عنوان یک الزام نظارتی، بلکه ابزاری راهبردی برای حفظ منافع سپرده‌گذاران و تقویت اعتماد عمومی به بانک‌ها اهمیت دارد.<sup>۲</sup>

۱. شایگانی، بیتا و مصعب عبداللہی آرنی، «بررسی ثبات در بخش بانکی اقتصاد ایران»، *دوفصلنامه جستارهای اقتصادی*، د. ۸ ش. ۱۶، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۹.

2. Sang, Nguyen Minh, "Capital adequacy ratio and a bank's financial stability in Vietnam", *Banks and Bank Systems*, Vol. 16, No. 4, 2021, p. 64.

از سوی دیگر سرمایه کافی به بانک‌ها این امکان را می‌دهد که فعالیت‌های خود را به صورت مستمر و پایدار ادامه دهند و به جای تمرکز بر جبران خسارات ایجاد شده، برای ارائه خدمات مالی بهتر به مردم و بهبود کیفیت آنها تلاش کنند. این امر موجب تقویت اعتماد عمومی به نظام بانکی و مشارکت فعال‌تر آنها در عرصه اقتصادی می‌شود. اعتماد عمومی هنگامی تقویت می‌شود که شهروندان مطمئن گردند، بانک‌ها تحت نظارت دقیق مقام ناظر و با پشتوانه مالی کافی فعالیت می‌کنند و در شرایط نامساعد اقتصادی نیز توانایی حفظ سلامت مالی خود را دارند. رویکردی که نه تنها به تحقق حقوق سپرده‌گذاران و حفاظت از دارایی‌های آنان منجر می‌شود، بلکه با تقویت حس امنیت اقتصادی در جامعه، در راستای تأمین منافع عمومی و ایجاد نظام اقتصادی پایدار و منصفانه عمل می‌کند. کوتاه‌سخن آنکه رعایت استانداردهای مرتبط با نسبت کفایت سرمایه، به‌عنوان یکی از الزامات کلیدی در سیاست‌گذاری‌های مالی و بانکی در جهت تحقق رفاه عمومی و حفظ اعتماد عمومی همواره از اهمیت قابل توجهی برخوردار است.

### نتیجه‌گیری

مطالعه قوانین و مقررات داخلی در حوزه نسبت کفایت سرمایه، حاکی از آن است که باوجود تصویب آیین‌نامه‌های مربوطه توسط شورای پول و اعتبار و همچنین قانون برنامه هفتم پیشرفت، نظام بانکی ایران همچنان با چالش‌هایی در زمینه رعایت نسبت کفایت سرمایه مواجه است. ازجمله این چالش‌ها می‌توان به عدم هم‌راستایی کامل با استانداردهای بین‌المللی بازل، عدم تعیین دقیق شیوه نظارت بانک مرکزی بر نسبت کفایت سرمایه بانک‌های غیردولتی به دلیل نامشخص بودن تعریف دقیق آنها از سوی قانونگذار و ناتوانی برخی بانک‌ها در تأمین حداقل سرمایه مورد تأکید هیئت‌وزیران اشاره کرد. این ناتوانی بیش از آنکه ناشی از خلأ قانونی باشد، ریشه در عوامل ساختاری و اجرایی دارد. ضعف در ساختار سرمایه بانک‌ها، حجم بالای مطالبات غیر جاری، سودآوری پایین، محدودیت‌های ساختاری بازار سرمایه برای تأمین سرمایه و نقدینگی بنگاه‌ها از طریق ابزارهای مالی و از همه مهم‌تر، ضعف در ضمانت اجرای قوانین و عملیاتی‌سازی چارچوب‌های نظارتی، ازجمله عواملی محسوب می‌شوند که باعث شده است که بانک‌ها توان پایبندی عملی به نسبت کفایت سرمایه را نداشته باشند. همچنین در برخی موارد، مداخلات بیرونی و فشارهای سیاسی بر روند اعطای تسهیلات و تخصیص منابع، بانک‌ها را به پذیرش ریسک‌های بالا واداشته و رعایت الزامات احتیاطی را برای آنها دشوار کرده است. ازاین‌رو مسئله اصلی نه در وجود مقررات، بلکه در کارآمدسازی اجرای آنها و تقویت ظرفیت نهادی و اقتصادی بانک‌ها قابل شناسایی است.

در این راستا این پیشنهادها مطرح می‌گردد:

۱. بانک مرکزی به‌عنوان نهاد ناظر بر رعایت نسبت کفایت سرمایه در نظام بانکی، باید از ابزارهای اجرایی قوی‌تری برای الزام بانک‌ها به تأمین سرمایه مورد نیاز و دستیابی به سطح مطلوب آن استفاده کند. هرچند قانون برنامه هفتم پیشرفت با تعیین مهلت مشخص برای ارائه برنامه‌های اصلاحی بانک‌ها و مکلف کردن بانک مرکزی به بررسی و ابلاغ این برنامه‌ها، گام مؤثری در جهت اصلاح این وضعیت برداشته است، اما اجرای دقیق و مؤثر این اصلاحات نیز از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.
۲. گرچه تدوین الزامات قانونی در زمینه کفایت سرمایه عامل مهمی در ارتقای سلامت نظام بانکی به‌شمار می‌آید، باوجود این، کارآمدی این مقررات مستلزم اجرای دقیق و پایدار آنهاست. در این راستا، علاوه بر تقویت نظارت رسمی، توجه به ظرفیت‌های نظارت عمومی به‌عنوان مکملی برای مقررات و سیاست‌های نظارتی موجود، می‌تواند نقش بسزایی در ارتقای انضباط مالی ایفا کند. شفافیت اطلاعاتی و امکان واکنش آگاهانه سپرده‌گذاران و سایر اعضای جامعه نسبت به عملکرد بانک‌ها، این اثربخشی را دارد که آنها را به رعایت دقیق‌تر الزامات نظارتی و حفظ ثبات مالی ترغیب کند. از این رو ایجاد بسترهای نهادی برای تقویت این نوع نظارت، به‌عنوان یکی از محورهای سیاستگذاری آتی در حوزه نظارت بانکی پیشنهاد می‌گردد.
۳. ناتوانی برخی بانک‌ها در تأمین حداقل نسبت کفایت سرمایه که براساس قانون برنامه هفتم پیشرفت ۸ درصد تعیین شده است، نشان‌دهنده ضعف آنها در تأمین سرمایه کافی برای ارائه خدمات مطلوب به سپرده‌گذاران و حفظ اعتماد عمومی است. این مشکل به‌ویژه در شرایط بحرانی و نوسانات اقتصادی می‌تواند پیامدهای جدی برای ثبات نظام بانکی به‌همراه داشته باشد، زیرا بانک‌هایی که سرمایه کافی ندارند، در مواجهه با ریسک‌های مالی و کاهش نقدینگی، توان مقابله با چالش‌های اقتصادی را نیز نخواهند داشت. در این راستا، پیشنهاد می‌گردد سیاست ادغام بانک‌های دارای ضعف سرمایه‌ای به‌عنوان راهکاری مؤثر برای افزایش ثبات مالی، کاهش تعداد بانک‌های مشکل‌دار و بهبود کارایی نظام بانکی مورد پیگیری قرار گیرد. ادغام مؤسسات اعتباری می‌تواند با افزایش سرمایه، کاهش هزینه‌های عملیاتی و بهبود مدیریت ریسک، توانایی بانک‌های ادغام‌شده را در ارائه خدمات به سپرده‌گذاران تقویت کند و موجب افزایش اعتماد مردم به شبکه بانکی گردد.

## فهرست منابع الف) منابع فارسی کتاب

۱. راسخ، محمد، **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی**، چ. ۱، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۸.
۲. زمانی فراهانی، مجتبی، **پول، ارز و بانکداری**، چ. ۱۵، تهران: انتشارات ترمه، ۱۳۸۹.
۳. صامعی، ناصر و بهروز قاسمی، **آسیب شناسی کنترل و نظارت در بازار ایران**، چ. ۱، تهران: نشر کلمه، ۱۳۸۵.
۴. عبدی پور فرد، ابراهیم، **حقوق تجارت (حقوق شرکت‌های تجاری)**، ج ۲، چ. ۱، تهران: انتشارات مجد، ۱۴۰۲.
۵. هانگر، جی دیوید و توماس آل ویلن، **مبانی مدیریت استراتژیک**، مترجمان: محمدعلی اعرابی، داوود ایزدی، چ. ۱، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، ۱۳۸۴.

## مقاله

۶. بهرامی زنوز، پریمه، آزاده محرابیان، رؤیا سیفی پور، نرسیس امین‌رشتی، «بررسی عوامل مؤثر بر کفایت سرمایه در نظام بانکداری (مطالعه موردی ایران و مالزی)»، *فصلنامه اقتصاد مالی*، د. ۱۵، ش. ۵۴، ۱۴۰۰، صص. ۱۵۹-۱۳۷.
۷. بی‌نام، مروری بر استانداردهای بین‌المللی بازل I، II، III و مدیریت ریسک، قابل دسترس در:  
file:///C:/Users/Gharloghi/Downloads/1441529009179 cdgi 2m 8tiqog 023b4 iqrkdfv (3) 20%1 pdf.
۸. توحیدی‌نیا، ابوالقاسم و حمید نصیری، «ضرورت یا عدم ضرورت پایبندی به الزامات کفایت سرمایه در بانکداری بدون ربا: دیدگاه‌های رقیب»، *فصلنامه راهبرد توسعه*، ش. ۵۵، ۱۳۹۷، صص. ۲۱۷-۱۸۷.
۹. شایگانی، بیتا و مصعب عبداللهی آران، «بررسی ثبات در بخش بانکی اقتصاد ایران»، *دوفصلنامه جستارهای اقتصادی*، د. ۸، ش. ۱۶، ۱۳۹۰، صص. ۱۶۷-۱۴۷.

۱۰. لکه گانی، اسماعیل، «تأثیر تسهیلات تکلیفی دولت بر اضافه برداشت بانک‌ها از بانک مرکزی»، مطالعاتی در مدیریت بانکی و بانکداری اسلامی، د. ۸، ش. ۲۱، ۱۴۰۱، صص. ۱-۱۲.

۱۱. ولیمقدم زنجانی، محمد و مهناز بهرامی، «کفایت سرمایه در بانک‌های مالی ایران»، مجموعه مقالات علوم انسانی، دفتر سوم، ۱۳۸۰، صص. ۲۱۵-۱۸۹.

### قوانین و مقررات

۱۲. آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری غیردولتی، موضوع تبصره ۲ ماده ۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۸ شورای پول و اعتبار.

۱۳. آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره مؤسسات اعتباری غیر دولتی مصوب ۱۳۹۳/۱۱/۰۴ هیئت‌وزیران.

۱۴. آیین‌نامه سرمایه پایه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری ۱۳۸۲/۱۰/۲۷ شورای پول و اعتبار.

۱۵. آیین‌نامه کفایت سرمایه بانک‌های دولتی و غیر دولتی مصوب ۱۳۸۲/۱۱/۲۵ شورای پول و اعتبار.

۱۶. دستورالعمل محاسبه سرمایه نظارتی و کفایت سرمایه مؤسسات اعتباری مصوب ۱۳۹۶/۰۳/۲۳ شورای پول و اعتبار.

۱۷. سیاست‌های کلی برنامه پنج‌ساله هفتم ابلاغی ۱۴۰۲ رهبری.

۱۸. قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیر دولتی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ مجلس شورای اسلامی.

۱۹. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۰۸.

۲۰. قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۲/۰۳/۳۰.

۲۱. قانون برنامه پنج‌ساله هفتم پیشرفت جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۳ ۱۴۰۷) مصوب ۱۴۰۳/۰۴/۱۸ مجلس شورای اسلامی.

۲۲. قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۵۱/۰۴/۱۸ مجلس شورای ملی.

۲۳. قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶/۰۶/۰۱ مجلس شورای اسلامی.

۲۴. قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۰۷/۲۴ مجلس شورای اسلامی.

## References

### Books

1. Abdipour Fard, Ebrahim, **Commercial Law (Commercial Companies Law)**, 1st edition, Volume 2, Tehran: Majd Publications, ۲۰۲۳. (in Persian)
2. Akbik, Adina, **The European Parliament as an accountability forum: Overseeing the Economic and Monetary union**, Cambridge University Press, 2022.
3. Bessis, Joel, **Risk management in banking**, John Wiley & Sons, 2011.
4. Hunger, J. David, Thomas L. Willen, **Fundamentals of Strategic Management**, Translators: Mohammad Ali Arabi, Davud Izadi, 1st edition, Tehran: Cultural Research Office, 2005. (in Persian)
5. Rasek, Mohammad, **Checks and Balances in the Constitutional Law System**, 1st edition, Tehran: Drak Publications, 2009. (in Persian)
6. Samee, Nasser and Behrouz Ghasemi, **Pathology of Control and Supervision in the Iranian Market**, 1st edition, Tehran: Kalameh Publishing House, 2006. (in Persian)
7. Zamani Farahani, Mojtaba, **Money, Currency and Banking**, 15th edition, Tehran: Termeh Publications, 2010. (in Persian)

### Articles

8. AlZoubi, Marwan, "Bank capital adequacy: The impact of fundamental and regulatory factors in a developing country", *Journal of Applied Business Research*, Vol. 37, No. 6, 2021, pp. 1-22.
9. An Introduction to Capital Adequacy in IDA's Hybrid Financial Model, April 2024 | Development Finance World Bank, Available at: <https://www.worldbank.org/ext/en/home>.
10. Anarfo, Ebenezer Bugri, and Joshua Yindenaba Abor, "Financial regulation and financial inclusion in Sub-Saharan Africa: does financial stability play a moderating role?," *Research in International Business and Finance*, Vol.51, 2020, pp. 1-17.
11. Anonymous, An overview of international standards Basel I, II, III and risk management, available at: [file:///C:/Users/Gharloghi/Downloads/1441529009179cdgi2m8tiqog023b4iqrikdfv1%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Gharloghi/Downloads/1441529009179cdgi2m8tiqog023b4iqrikdfv1%20(3).pdf) (in Persian)
12. Bahrami Zenouz, Prima, Azadeh Mehrabian, Roya Seifipour, Narsis Aminrashti, "Investigation of Factors Affecting Capital Adequacy in the Banking System (Case Study of Iran and Malaysia)", *Quarterly Journal*

- of Financial Economics, Vol. 15, Issue 54, 2019, pp. 159-137 (in Persian)
13. Begenau, Juliane, and Tim Landvoigt, "Financial regulation in a quantitative model of the modern banking system", *The Review of Economic Studies*, Vol. 89, No. 4, 2022, PP. 1-45.
  14. Fraccaroli, Nicolò, Rhiannon Sowerbutts, and Andrew Whitworth, "Does regulatory and supervisory independence affect financial stability?", 2020, pp. 1-24.
  15. Gale, Douglas, "Capital Regulation and Risk Sharing", *International Journal of Central Banking*, Vol. 6, No. 4, 2010, pp. 187-204.
  16. Herrera, H., Ordonez, G., and Trebesch, C, "Political Booms, Financial Crises", *Journal of Political Economy*, forthcoming, 2020, pp. 507-543.
  17. Laleh Gani, Ismail, "The Effect of Government Mandatory Facilities on Banks' Overdrafts from the Central Bank", *Studies in Banking Management and Islamic Banking*, Vol. 8, No. 21, 2018, pp. 12-14. (in Persian)
  18. Phan, Dinh Hoang Bach, Vuong Thao Tran, and Bernard Njindan Iyke, "Geopolitical risk and bank stability", *Finance Research Letters*, Vol. 46, 2022, P. 102453. pp. 1-22.
  19. Plato-Shinar, Ruth, "Banking regulation in Israel: balancing systemic stability and consumer protection", In *Regulation in Israel: Values, Effectiveness, Methods*, Cham: Springer International Publishing, 2020, pp. 27-48.
  20. Sang, Nguyen Minh, "Capital adequacy ratio and a bank's financial stability in Vietnam", *Banks and Bank Systems*, Vol. 16, No. 4, 2021, pp. 61-71.
  21. Shaygani, Bitā, Mosab Abdollahi Arani, "Stability Study in the Banking Sector of the Iranian Economy", *Bi-Quarterly Journal of Economic Research*, Vol. 8, No. 16, 2011, pp. 147-16. (in Persian)
  22. Tadesse Bogale, Addisaiem, "Effect of bank specific and macroeconomic determinants on capital adequacy ratio a study on Ethiopian private commercial banks", *Journal of Business and Economic Management*, Vol. 9, No. 2, 2021, pp. 47-57.
  23. Tohidinia, Abolghasem, and Hamid Nasiri, "The Necessity or Non-Necessity of Adherence to Capital Adequacy Requirements in Interest-Free Banking: Competing Views", *Development Strategy Quarterly*, No. 55, 2018, pp. 217-187. (in Persian)

24. Valighadam Zanjani, Mohammad and Mahnaz Bahrami, "Capital Adequacy in Iranian Financial Banks, Humanities Papers Collection", Third Issue, 2001, pp. 215-189. (in Persian)
25. Weber, Christoph S, "The effect of central bank transparency on exchange rate volatility", Journal of international money and finance, Vol. 95, 2019, pp.165-181.
26. Legislative Instruments
27. Capital adequacy regulations for state-owned and non-state banks, approved in 2003 (in Persian)
28. Civil Service Management Law, approved in 1987. (in Persian)
29. General policies of the Seventh Five-Year Plan announced in 2023. (in Persian)
30. Guidelines for calculating regulatory capital and capital adequacy of credit institutions, approved in 2017. (in Persian)
31. Law of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran, approved in 2023. (in Persian)
32. Law on the Implementation of General Policies of Principle 44 of the Constitution, approved in 2007. (in Persian)
33. Law on the Seventh Five-Year Development Plan of the Islamic Republic of Iran (1403-1407) approved in 2023. (in Persian)
34. Law permitting the establishment of non-governmental banks, approved in 1999. (in Persian)
35. Monetary and Banking Law approved in 1972. (in Persian)
36. Public Accounting Law, approved in 1987. (in Persian)
37. Regulations on the Basic Capital of Banks and Credit Institutions, 2003. (in Persian)
38. Regulations on the establishment and management of banks and non-governmental financial and credit institutions, subject to Note 2, Article 5 of the Law on the Implementation of General Policies, Principle 44 of the Constitution, approved in 2009. (in Persian)
39. Regulations on the establishment and management of non-governmental credit institutions, approved by the Council of Ministers on 2014. (in Persian)
40. Online Resources
41. <https://www.bis.org/about/index.htm?m=2>. (Last visited 2025/04/12).
42. <https://www.cbi.ir/showitem/30838.aspx>. (Last visited 2025/05/21).

43. IMF. Australia: Financial Sector Assessment Program-Detailed Assessment of Observance-Basel Core Principles for Effective Banking Supervision. IMF Financial Sector Assessment Program 19/53, International Monetary Fund (2019). Available at: <https://www.imf.org> (last visited 2025/06/04).
44. IMF. Germany: Financial sector assessment program - financial system stability assessment. IMF Financial Sector Assessment Program 16/189, International Monetary Fund (2016). Available at: <https://www.imf.org> (last visited 2025/06/04).
45. IMF. Turkey: Financial sector assessment program-detailed assessment of observancebasel core principles for effective banking supervision. IMF Financial Sector Assessment Program 17/46, International Monetary Fund, 2017, Available at: <https://www.imf.org> (last visited 2025/06/05).

## Legal Requirements of the Capital Adequacy Ratio and the Central Bank Supervision in Protecting Depositors' Rights and Strengthening Public Confidence

Sedigheh Gharloghi\*

Ebrahim Abdipour Fard\*\*

Alireza Dabirnia\*\*\*

Syed Hadi Arabi\*\*\*\*

Received: 2025.02.14

Accepted: 2025.08.30

### Abstract

The capital adequacy ratio is a key indicator used to assess a financial institution's ability to meet its obligations and absorb potential losses. This ratio serves as a proxy for the financial stability and soundness of financial institutions, ensuring that they maintain sufficient resources to meet their obligations, protect depositors' interests, and sustain public confidence. Using a descriptive-analytical methodology and focusing on legal and regulatory frameworks, this study examines how capital adequacy ratio requirements are formulated within the Iranian legal system and evaluates the performance of supervisory authorities in enforcing these requirements. A review of domestic legislative and regulatory instruments reveals a limited degree of alignment with international standards regarding the determination of the capital adequacy ratio. The findings suggest that compliance with statutory requirements, along with rigorous and continuous oversight by the Central Bank, can strengthen public trust in the banking system and enhance banks' resilience against economic volatility and financial crises.

### Keywords:

Capital Adequacy Ratio, Central Bank Supervision, International Standards, Depositors' Rights, Public Confidence.

---

\* Ph.D., Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. Corresponding Author Email: gharloghi.sedighe@gmail.com

\*\* Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

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

\*\*\*\* Associate Professor, Faculty of Economics and Administrative Sciences, University of Qom, Qom, Iran.



## امکان سنجی تحقق کارویژه سند مالکیت بودن در بارنامه بلاک چین

مصطفی السان\*  
محمدرضا حاذقی اقدم\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۲۲

### چکیده

تمایل به ایجاد فرصت‌های نوین، توجهات به استفاده از فناوری بلاک چین در تجارت بین‌الملل را افزایش داده است. این فناوری، تأثیری تعیین‌کننده بر توسعه اسناد حمل الکترونیکی خاصه بارنامه بر جای نهاده است. اما از آنجاکه مهم‌ترین کارویژه بارنامه، سند مالکیت بودن آن است، تردیدها درخصوص امکان تحقق این کارویژه در صورت استفاده از بارنامه بلاک چین میان ذی‌نفعان این سند حیاتی، وجود دارد. آثار ویژه ناشی از تصرف بارنامه کاغذی از جمله امکان تخصیص حقوق ناشی از بارنامه به شخص واحد در هر زمان، تحقق این کارویژه در بارنامه الکترونیکی از جمله بارنامه بلاک چین را دشوار می‌سازد. برای رفع این نقیصه، الزامات خاصی در اسناد و قوانین بین‌المللی و داخلی وضع شده‌اند که بارنامه الکترونیکی از جمله بارنامه بلاک چین در صورت متابعت از آنها، متمتع از کارویژه مزبور خواهد بود. لذا، در این مقاله به شیوه توصیفی، تحلیلی و تطبیقی، ضمن بررسی کارکرد بارنامه دریایی به‌عنوان سند مالکیت، سازوکار بارنامه بلاک چین و متابعت آن با الزامات مقرر در این خصوص بررسی شده است. حسب یافته این مقاله، بارنامه بلاک چین، در متابعت با الزامات مقرر در مقررات مزبور بوده و متمتع از کارویژه سند مالکیت بودن است. اما در نظام حقوقی ایران، با توجه به فقدان الزامات قانونی مقتضی، وضع حقوقی این نوع بارنامه و کارویژه خاص آن مشخص نبوده و ضروری است برای امکان استفاده از این شق از بارنامه، الزامات خاصی به صورت جامع نسبت به معادل الکترونیکی اسناد کاغذی که تصرف بر آنها متضمن آثار و حقوق ویژه‌ای است یا به‌طور خاص نسبت به بارنامه الکترونیکی، وضع گردد.

### کلیدواژه‌گان:

بارنامه الکترونیکی، بارنامه بلاک چین، فهرست توزیع شده، سند مالکیت بودن، الزامات خاص قانونی.

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

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

m\_hazeghiaghdam@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

همسو با توسعه کاربردهای فناوری بلاک‌چین در بخش‌های مختلف، تمایل به استفاده از بارنامه بلاک‌چین در تجارت بین‌المللی کالا نیز رو به افزایش است. استفاده از فناوری بلاک‌چین، در رابطه با مهم‌ترین سند حمل دریایی، علاوه بر اینکه ریشه در تحولات سریع فناوریانه دارد، ناشی از گرایش فعالان عرصه تجاری بین‌المللی به انجام سریع و ایمن مراودات مبتنی بر این سند حمل حیاتی است. اما همانند سایر انواع بارنامه الکترونیکی، نخستین مانعی که اشخاص دخیل در جریان صدور و گردش این سند مهم با آن مواجه می‌یابند، امکان تحقق کارکرد سند مالکیت بودن، توسط این شق از بارنامه است. چنین امری زاده این واقعیت است که بارنامه دریایی در زمره اسناد حملی قرار می‌گیرد که تصرف فیزیکی آن، به واسطه آثار ویژه چنین تصرفی، معطی حقوق خاصی به متصرف است؛ به گونه‌ای که حق مطالبه کالای مشروح در بارنامه و نیز انتقال تصرف حکمی کالای مشروح در آن، منوط به تصرف فیزیکی بارنامه است که عملاً در خصوص شق کاغذی آن قابل تصور است.<sup>۱</sup> اما از آنجاکه امکان تصرف فیزیکی بارنامه الکترونیکی به گونه‌ای که در خصوص معادل کاغذی آن متصور است، منتفی است، تحقق کارکرد اصلی بارنامه دریایی کاغذی در خصوص معادل الکترونیکی آن، از حیث ترتیب آثار حقوقی همسان، مورد تردید است.

لذا، در مقاله حاضر پرسش اصلی آن است که سازوکار حقوقی رفع این مانع چیست و بارنامه بلاک‌چین با ویژگی‌های ذاتی خود که مبتنی بر فناوری بلاک‌چین و فهرست توزیع شده است،<sup>۲</sup> تا چه اندازه منطبق با سازوکار مزبور است؟ بر همین اساس، نویسندگان با ابتنا به شیوه توصیفی، تحلیلی و تطبیقی و با استفاده از رویکردی نو نسبت به سایر پژوهش‌های موجود در خصوص موضوع که صرفاً به بررسی اعتبار بارنامه بلاک‌چین در حوزه تجاری خاص پرداخته‌اند، ضمن تبیین دقیق بنیان حقوقی کارویژه سند مالکیت بودن بارنامه و سازوکار حقوقی تحقق این کارویژه در خصوص معادل الکترونیکی بارنامه، مطابقت خصایص ذاتی بارنامه بلاک‌چین را با الزامات ناشی از سازوکار حقوقی مزبور بررسی کرده‌اند تا از این طریق ضمن پاسخ به امکان تحقق کارویژه سند مالکیت بودن توسط چین بارنامه نوظهوری، راهکارهای حقوقی مقتضی جهت تمتع این نوع بارنامه از کارویژه سند مالکیت بودن در نظام حقوقی ایران، ارائه دهند.

1. Ioannou, Ilias, "Is Enabling Legislation Sufficient to Promote the Uptake of Electronic Paperless Trading Systems?" *NUS Law Working Paper, National University of Singapore*, Vol. 23 , No. 04, 2023, p.9.

2. Distributed Ledger

مقاله حاضر متشکل از پنج مبحث اصلی است: در مبحث نخست، کارویژه بارنامه دریایی به‌عنوان سند مالکیت و سازوکار حقوقی تسری این کارویژه به بارنامه‌های الکترونیکی، به‌طور کلی، مورد تبیین قرار گرفته است؛ سپس طی مبحث دوم، باتوجه‌به ابتدای بارنامه بلاک‌چین به فناوری بلاک‌چین و فهرست توزیع‌شده و لزوم شناخت ویژگی‌های خاص این دو فناوری در مقام بررسی متابعت بارنامه بلاک‌چین از الزامات خاص ناشی از سازوکار حقوقی تحقق کارویژه سند مالکیت بودن درخصوص بارنامه الکترونیکی، به‌اختصار دو فناوری مزبور مورد بررسی قرار گرفته‌اند؛ در مبحث سوم، شمای کلی از سازوکار عملیاتی بارنامه بلاک‌چین ارائه شده است؛ در ادامه ذیل مبحث چهارم، مخاطرات این شق از بارنامه مورد تدقیق قرار گرفته و در مبحث پنجم، متابعت بارنامه بلاک‌چین با الزامات خاص ناشی از سازوکار حقوقی تحقق کارویژه سند مالکیت بودن درخصوص بارنامه الکترونیکی بررسی شده است تا بدین طریق مشخص شود که آیا بارنامه بلاک‌چین قابلیت آن را دارد تا آثار ویژه ناشی از تصرف بارنامه کاغذی را دارا شود و از این طریق متمتع از کارویژه سند مالکیت بودن شناخته شود. درنهایت در بخش نتیجه‌گیری ضمن مرور اهم مطالب، به‌منظور توسعه استفاده از این نوع بارنامه، راهکارهای حقوقی مقتضی جهت ایجاد قطعیت حقوقی درخصوص تحقق کارویژه سند مالکیت بودن چنین بارنامه‌ای در نظام حقوقی ایران ارائه شده است.

## ۱. سند مالکیت بودن بارنامه و سازوکار حقوقی تسری این کارویژه به معادل الکترونیکی آن

پیش‌تر در نظام حقوقی انگلستان، مفهوم کارکرد بارنامه به‌عنوان سند مالکیت، در قالب انتقال مالکیت کالا تفسیر می‌شد؛<sup>۱</sup> اما این تفسیر، به‌موجب رویه قضائی متأخر تغییر نمود. در پرونده‌های *ساندرز بروس علیه مک‌لین آند کو*<sup>۲</sup> و نیز *سئول علیه بوردیک (دِزُو)*<sup>۳</sup> محاکم انگلستان تصریح نمودند که مالکیت کالا به‌صرف ظهنویسی و تسلیم بارنامه منتقل نمی‌گردد، مگر آنکه طرفین چنین قصد داشته‌باشند. اما، تشبیه بارنامه به‌عنوان «کلید انبار»<sup>۴</sup> که برای نخستین‌بار در پرونده *باربر علیه میراستین*<sup>۵</sup> جهت تشریح

1. *Lickbarrow v Mason* (1794) 5 TR 683 (KB), Available at: <https://charterpartycases.com/case/233-lickbarrow-v-mason-1787-2-t-r-63-kb-1790-h-bi-357-ec-1793-iv-brown-57-hl>, (Last Visited at: 29/03/2025).

2. *Sanders Bros v Maclean & Co*, (1883) 11 QB 327 (CA), Available at: <https://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=130515>, (Last Visited at: 29/03/2025).

3. *Sewell v Burdick (The Zoe)*, (188-85) All ER 223, (1884) 10 AC 74 (HL), Available at: <https://www.scribd.com/document/233535712/Sewell-v-Burdick>, (Last Visited at: 29/03/2025).

4. Key to Warehouse

5. *Barber v Meyerstein* (1870) 4 LR 317 (HL), Available at: <https://charterpartycases.com/case/238-meyerstein-v-barber-and-others-1866-%E2%80%9367-lr-2-cp-38-1866-67-lr-2-cp-661-1869-%E2%80%9370-ir-4-hl-317>, (Last Visited at: 29/03/2025).

مفهوم کارکرد بارنامه دریایی به‌عنوان سند مالکیت، مورد اشاره قرار گرفت، اهمیت بیشتری در تبیین دقیق این کارویژه بارنامه دریایی داشته است. مطابق تفسیر ارائه‌شده در این پرونده، تصرف بارنامه باید به‌منزله تصرف نمادین بر کالا تلقی شده و تسلیم بارنامه معادل تسلیم کالای مشروح در آن قلمداد شود. از این حیث، ارزش عملی بارنامه به‌عنوان سند مالکیت در نظام حقوق انگلستان در تأثیر آن بر تسلیم کالا نهفته است. مطابق با این تفسیر، که تا به امروز نیز پابرجاست، کارویژه بارنامه دریایی به‌عنوان سند مالکیت دارای دو اثر است: نخست، اعطای امکان تصرف در کالای مشروح در بارنامه توسط دارنده؛ دوم، اعطای امکان مطالبه تحویل کالا از متصدی حمل از سوی دارنده بارنامه.<sup>۱</sup> این آثار هم برای ذی‌نفعان کالا و هم متصدی حمل و نقل، اهمیت به‌سزایی دارند. از یک سو، کارکرد سند مالکیت به ذی‌نفعان کالا اجازه می‌دهد در زمان حمل، از طریق انتقال بارنامه، در کالا تصرف نموده و از گذر انتقال بارنامه، تصرف بر کالای مشروح در آن را نیز منتقل نمایند. از سوی دیگر، همین کارکرد به متصدی حمل این امکان را می‌دهد که پس از تحویل کالا در قبال ارائه نسخه اصلی بارنامه، تعهد خود در خصوص تحویل کالا را ایفا و بری‌الذمه گردد.<sup>۲</sup>

در حقوق ایران، قانون دریایی، اشاره صریحی به کارویژه سند مالکیت بودن بارنامه ندارد.<sup>۳</sup> اما می‌توان نشانه‌هایی از مترادف بودن تصرف بر بارنامه با تصرف بر کالاهای مشروح در آن یافت. به‌عنوان مثال مواد ۶۱ و ۶۵ قانون مزبور، اشاره به امکان صدور بارنامه به‌صورت حامل یا حواله‌کرد دارد، در صورتی که اگر کارکرد تصرفی بارنامه مدنظر نبود عملاً نظر به کفایت صرف ایجاب و قبول جهت انتقال مالکیت مبیع در حقوق ایران، صدور بارنامه به‌شکل قابل‌انتقال به‌غیر، اساساً فاقد فایده عملی می‌بود. لذا، در حقوق ایران نیز در اینکه تصرف بر بارنامه دریایی به‌منزله تصرف بر کالاهای مندرج در آن است نباید تردید نمود.

بارنامه کاغذی بدین جهت قابلیت تحقق آثار مارال ذکر را دارد که کاغذی بودن آن، به‌علت ملموس و فیزیکی بودن، آثار ویژه‌ای به‌همراه دارد. از جمله امکان تمتع از آثار حقوقی مزبور در هر مقطع از زمان توسط یک شخص یا زوال حقوق انتقال‌دهنده یا ارائه‌کننده بارنامه به‌مجرد انتقال به منتقل‌آلیه یا ارائه آن

1. Caslav Pejovic, *International Maritime Law and Practice Comparative Law in Context*, London: Routledge, 2025, p. 226.

2. Tianya, Jing and Zhen, Jing, "Bills of Lading as Documents of Title — Chinese Law and Policy", *Journal of Business Law*, Vol. 7, No. 1, 2019, p. 534.

۳. عرب احمدی، مجیدرضا، مصطفی‌السان و ابراهیم نوشادی، «بررسی تطبیقی کارکرد بارنامه به‌عنوان سند مالکیت»، دو فصلنامه علمی-پژوهشی دانش حقوق مدنی، د. ۲۰، ش. ۹۶، ۱۳۹۸، ص. ۳۷.

به متصدی حمل. اگرچه این ویژگی‌ها را نباید منحصرأً قابل تحقق در قالب بارنامه کاغذی قلمداد نمود،<sup>۱</sup> اما تحقق آنها در وادی الکترونیکی نیازمند الزامات خاصی است. به همین دلیل، اسناد و قوانین بین‌المللی و داخلی خاصه کنوانسیون ملل متحد راجع به قراردادهای حمل کلی یا جزئی کالا از طریق دریا (قواعد روتردام)،<sup>۲</sup> قانون نمونه آنسیترال درباره سوابق الکترونیک قابل انتقال (می‌لیتر)،<sup>۳</sup> کد متحد تجارت آمریکا (یوسی‌سی)<sup>۴</sup> و قانون اسناد تجاری الکترونیکی انگلستان (ای‌تی‌دی‌ای)،<sup>۵</sup> الزاماتی را وضع نموده‌اند که درواقع تحقق ویژگی‌های مزبور در وادی الکترونیکی را تضمین نموده و در نتیجه بارنامه الکترونیکی که همسو با آن الزامات باشد، کارکرد سند مالکیت بودن و آثار آن را همچون بارنامه کاغذی، دارا خواهد بود. از این رو، پاسخ به این پرسش که آیا بارنامه بلاک‌چین، امکان تحقق کارویژه سند مالکیت بودن بارنامه را دارد یا خیر، در گرو بررسی متابعت این نوع از بارنامه با الزامات مقرر هر یک از اسناد و قوانین مزبور است.

## ۲. فناوری بلاک‌چین و فهرست توزیع‌شده

اگرچه فناوری بلاک‌چین و فهرست توزیع‌شده، اغلب در معیت یکدیگر مورد مذاقه قرار می‌گیرند، اما نباید این دو فناوری را همسان محسوب نمود. فناوری بلاک‌چین، فهرست‌های الکترونیکی<sup>۶</sup> را به کار می‌گیرد و فناوری فهرست توزیع‌شده شیوه‌ای برای نگهداری فهرست‌های الکترونیکی است.<sup>۷</sup> کمیسیون حقوقی انگلستان در خلال بررسی جوانب حقوقی مرتبط با اسناد تجاری الکترونیک، تعریف ذیل را از بلاک‌چین ارائه داده است:

«شیوه‌ای برای ثبت داده به‌طریق ساختارمندانه.<sup>۸</sup> داده (که ممکن است در پایگاه داده یا فهرست، ثبت شود) اغلب در قالب بلوک‌های منقش به نشانگر زمان<sup>۹</sup> که به‌صورت محاسباتی<sup>۱۰</sup> متصل و زنجیر شده<sup>۱۱</sup> به بلوک پیشین هستند تا به بلوک اصلی یا منشأ<sup>۱۲</sup> برسد؛ دسته‌بندی می‌شوند».<sup>۱۳</sup>

1. Caslav, Pejovic and Unho, Lee, "Blockchain Bills Of Lading: A New Generation Of Electronic Transport Documents", *International Business Law*, Vol. 61, No. 176, 2022, p.41.

2. The UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (The Rotterdam Rules) 2009

3. The Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR) 2017.

4. The Uniform Commercial Code (UCC) 2003 with 2022 Amendments

5. The Electronic Trade Documents Act (ETDA) 2023.

6. Electronic Ledgers

7. Girvin, Stephen and Vibe Ulfbeck, **Maritime Organization, Management and Liability: A Legal Analysis of New Challenges in the Maritime Industry**, London, Hart Publishing, 2020, p.200.

8. Structured Way

9. Timestamped

10. Mathematically

11. Chained

12. Genesis

13. Law Commission of England and Wales, **Electronic trade documents**, 2022, Glossary, page viii.

این شیوه از اتصال و زنجیر نمودن بلوک‌ها در لسان فنی «هشینگ»<sup>۱</sup> نام دارد.<sup>۲</sup> فناوری فهرست توزیع‌شده از این سازوکار از طریق تمهید امکان ذخیره فهرست الکترونیکی در شبکه همتابه‌همتا<sup>۳</sup> که در واقع متشکل از رایانه‌هایی (یا از منظر فنی «نودها»<sup>۴</sup> یی یا گره‌هایی) است که تحت مجموعه‌ای یکسان از پروتکل کدنویسی‌شده رایانه‌ای،<sup>۵</sup> کار کرده و در بستر اینترنت با هم در ارتباط‌اند پشتیبانی می‌کند.<sup>۶</sup> هر رایانه‌ای در شبکه می‌تواند اضافه شدن بلوک یا داده جدید به فهرست را پیشنهاد نماید. لکن، بلوک زمانی اضافه می‌گردد که «سازوکار اجماع»<sup>۷</sup> حاصل شود.<sup>۸</sup> منظور از سازوکار اجماع آن است که تمام یا برخی از گره‌ها در شبکه، حکم به معتبر بودن ورود داده پیشنهادی دهند.<sup>۹</sup>

امروزه، دو فناوری مارال ذکر در وادی حمل‌ونقل دریایی به کار بسته‌شده‌اند و بسیاری از سکوها و سامانه‌های بارنامه الکترونیک مبتنی بر بلاک‌چین، از جمله ادوکس آنلاین،<sup>۱۰</sup> کارگوایکس،<sup>۱۱</sup> ویو<sup>۱۲</sup> و تریدلنز<sup>۱۳</sup> توسط گروه بین‌المللی باشگاه حفاظت و جبران خسارت (پی‌اند‌آی)<sup>۱۴</sup> به رسمیت شناخته شده‌اند.<sup>۱۵</sup> عمده ویژگی‌های بلاک‌چین عبارت‌اند از:

### ۲.۱. غیرمتمرکز بودن

برخلاف پایگاه‌های داده سنتی که نگهداشت آن بر عهده یک مقام مرکزی است، بلاک‌چین بر اقتدار و سلطه هیچ شخص ثالث مشخصی ابتننا ندارد، بلکه ابتننای آن بر شبکه‌ای غیرمتمرکز متشکل از

1. Hashing
2. Wang, Feng, "Blockchain Bills of Lading and Their Future Regulation", *NUS Centre for Maritime Law Working Paper*, Vol.21, No.1, 2021, pp. 503, 506.
3. Peer to Peer
4. Nodes
5. Computer-Coded Protocol
6. Mukherjee, Proshanto K., Maximo Q. Mejia and Jr., Jingjing Xu, **Maritime Law in Motion**, Germany, Springer, 2020, p. 413, 416.
7. Consensus Mechanism
8. Law Commission of England and Wales, *Op. Cit.*, para 3.2.
9. *Ibid*, para 3.3.
10. Edoxonline
11. CargoX
12. WAVE
13. TradeLens
14. P & I Clubs
15. The Swedish Club, "Electronic (paperless) Trading Systems", 2019, Available at: <https://www.swedishclub.com/news/circulars/p-and-i-circulars/electronic-paperless-trading>. (Last Visited at: 29/03/2025).

استخراج‌کنندگان<sup>۱</sup> و نودهاست<sup>۲</sup> که مسئولیت تأیید و بررسی اعتبار بلوک‌ها را به عهده دارند.<sup>۳</sup>

## ۲.۲. تغییرناپذیری سوابق

تغییر هر داده‌ای که در یک بلوک تأیید شده در بستر بلاک‌چین ثبت شده باشد، بدون حصول اجماع تمام شبکه، ممکن نیست.<sup>۴</sup> بنابراین، سوابق موجود در بلاک‌چین زمانی قابل‌تغییر خواهند بود که اکثریت نودها با چنین تغییری موافق باشند و این امر به معنای موافقت بیش از پنجاه درصد منابع محاسباتی<sup>۵</sup> کل شبکه است. اگرچه چنین اکثریتی در وادی نظر، قابل تحقق است، در عمل رسیدن به آن دشوار و هزینه‌بر محسوب شده و تقریباً غیر ممکن است.

## ۲.۳. گمنامی

کاربران بلاک‌چین، معاملات خود را با استفاده از آنچه با عنوان پایساخت کلید عمومی (پی‌کی‌آی)<sup>۶</sup> یا پایساخت امضا بدون کلید (کی‌سی‌آی)<sup>۷</sup> یاد می‌شوند، انجام می‌دهند.<sup>۸</sup> لکن، عموماً احراز هویت کاربران جهت ورود به شبکه ضروری نیست. هر شخصی می‌تواند چندین حساب با کلید مختص به آن حساب، ایجاد کند و هر بار با یک هویت الکترونیکی جدید وارد معامله شود.<sup>۹</sup> اما این‌که ویژگی‌های فوق تا چه اندازه در جوهره یک بلاک‌چین وجود داشته‌باشند، حسب نوع آن بلاک‌چین متفاوت می‌تواند باشد. اساساً، دو نوع بلاک‌چین وجود دارد: بلاک‌چین بدون نیاز به مجوز<sup>۱۰</sup> و بلاک‌چین نیازمند تحصیل مجوز.<sup>۱۱</sup> ۱۲ بلاک‌چین‌های فاقد مجوز، ماهیتی کاملاً غیرمتمرکز و گمنام

### 1. Miners

استخراج‌کنندگان را می‌توان به‌عنوان گره‌های مشارکت‌کننده‌ای تعریف نمود که حل مسئله محاسباتی مربوطه را انجام می‌دهند.

2. Raskin, Max, "The Law and Legality of Smart Contracts", *Georgetown Law Technology Review*, Vol. 304, No. 1, 2017, p. 317.

3. Bacon, Jean, Michels, Johan David, Singh, Jatinder, "Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralized Ledgers", *Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. 25, No. 1, 2018, p.21.

4. Raskin, Max, *Op.Cit.*, p.318.

5. Computational Resources

6. Public Key Infrastructure (PKI)

7. Keyless Signature Infrastructure (KSI)

۸. پایساخت کلید عمومی و پایساخت امضا بدون کلید دارای هسته‌ای مشترک هستند؛ هر دو بر پایه رمزنگاری عمل می‌کنند. با این حال، درحالی‌که پایساخت کلید عمومی بر یک سیستم کلیدگذاری نامتقارن متکی است و بنابراین بر ساختار کلید استوار است، پایساخت بدون امضا بر تابع هش متکی بوده و این امر امنیت بیشتری را برای سامانه‌ای که از آن استفاده می‌کند، فراهم می‌سازد.

9. Werbach, Kevin and Cornell, Nicolas, "Contracts Ex Machina", *Duke Law Journal*, Vol. 67, No. 1, 2017, p. 371.

10. Permissionless

11. Permissioned

12. Bacon, Jean, Michels, Johan David and Singh, Jatinder, *Op.Cit.*, p. 21.

داشته و سوابق مندرج در آنها در سطح بسیار بالایی غیرقابل‌تغییرند. لکن، درجه غیرمتمرکز، گمنام و غیرقابل‌تغییر بودن در بلاک‌چین‌های نیازمند مجوز، به‌مراتب پایین‌تر است.

### ۳. سازوکار بارنامه بلاک‌چین

چگونگی کارکرد فناوری بلاک‌چین و فهرست توزیع‌شده در رابطه با بارنامه، چندان شفاف و به‌دوراز ابهام نیست. بنا به توضیح یکی از شارحان، سازوکار بارنامه بلاک‌چین، با ایجاد بارنامه بلاک‌چین توسط متصدی حمل در بلوک منشأ آغاز می‌شود.<sup>۱</sup> متعاقباً متصدی حمل، آن را با استفاده از کلید خصوصی خود یا هَش،<sup>۲</sup> همچنین با کلید عمومی فرستنده؛ امضا می‌کند.<sup>۳</sup> زمانی که فرستنده قصد انتقال این بارنامه به گیرنده کالا یا تحویل‌گیرنده را داشته‌باشد، می‌تواند این کار را با استفاده از کلید خصوصی خود یا هَش و کلید عمومی گیرنده کالا یا تحویل‌گیرنده، انجام دهد.<sup>۴</sup> اما آنچه بیان شد، به‌روشنی مشخص نمی‌کند که چگونه بارنامه در زمان وصول کالاها به مقصد، تسلیم می‌شود. همچنین مشخص نمی‌نماید که این سازوکار به چه صورت با فناوری فهرست توزیع‌شده و سازوکار اجماع که پیش‌تر بدان اشاره شد، در ارتباط است. وفق تشریح یکی از شارحان در این خصوص، به‌محض تحویل کالاها توسط فرستنده به متصدی حمل، متصدی حمل اوصاف محموله، هویت طرفین و دیگر اطلاعات را به‌همراه تصمیم خود مبنی بر مشروط بودن یا نبودن بارنامه را مبتنی بر فناوری فهرست توزیع‌شده، ثبت می‌نماید.<sup>۵</sup> متعاقباً، این اقدام که از آن با عنوان تراکنش یاد می‌شود در شبکه اعلام می‌گردد؛ لکن تا زمان جمع‌آوری آن توسط استخراج‌کنندگان، پردازش‌نشده باقی می‌ماند.<sup>۶</sup> سپس همان تراکنش در بلوک متعلق به هر استخراج‌کننده اضافه می‌شود.<sup>۷</sup> اما بلوک تنها زمانی به بلاک‌چین اضافه می‌گردد که استخراج‌کنندگان به‌صورت موفقیت‌آمیزی، راه‌حل محاسباتی را انجام دهند. در همین زمان، فرستنده کرایه حمل را به متصدی حمل

1. Shope, Mark. L., "The Bill of Lading on the Blockchain: An Analysis off its Compatibility with International Rules on Commercial Transactions", *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 6, No.1, p.169.

2. *Ibid.*

3. Primavera, De Filippi and Aaron Wright, **Blockchain and the Law: The Rule of Code**, USA, Harvard University Press, 2018, p. 15.

4. Shope, Mark. L., *Op.Cit.*, p.169.

5. Herd, Jack, "Blocks of Lading: Distributed Ledger Technology and The Disruption of Sea Carriage Regulation", *QUT Law Review*, Vol. 18, No.2 , 2018, pp. 306, 309.

6. *Ibid.*, pp.309,310.

7. *Ibid.*, p.310.

می‌پردازد و توکن‌ها<sup>۱</sup> برای فرستنده صادر می‌شوند.<sup>۲</sup> حسب ظاهر، آنچه منتقل می‌شود، توکن‌ها می‌باشند. به محض وصول کالا به مقصد، متصدی حمل کالا را تسلیم شخصی می‌کند که کلید عمومی او با کلید آخرین دریافت‌کننده توکن‌ها در بلاک‌چین همخوانی داشته باشد.<sup>۳</sup>

برخلاف تحلیل فوق که مبنای آن عدم ایجاد بلوک جدید در نتیجه انتقال توکن‌هاست، شارح دیگری ضمن پذیرش سازوکاری که فوقاً مذکور افتاد، بر این باور است انتقال توکن‌ها مستلزم ایجاد بلوک جدید است. مطابق دیدگاه ایشان: «هر تراکنش جدید در بلوک جدیدی ثبت می‌شود... متصدی حمل کالا را به شخصی تسلیم می‌نماید که کلید عمومی با کلید خصوصی آخرین دریافت‌کننده توکن‌ها موجود در آخرین بلوک، همخوانی داشته باشد. استفاده از کلیدهای عمومی و خصوصی، الگوریتم امضا و هشینگ این امکان را فراهم می‌سازد که دارنده بارنامه بتواند اثبات کند که حق دریافت کالا را دارد. در لحظه تحویل کالا، گیرنده، کنترل توکن را به نفع متصدی حمل منتقل می‌کند؛ امری که مشابه تحویل کالا در قبال ارائه بارنامه کاغذی است».<sup>۴</sup> بارنامه بلاک‌چین می‌تواند کارکرد ظهنویسی و انتقال را محقق سازند، زیرا توکن در زنجیره‌ای از امضاهای الکترونیکی قرار دارد که ترتیب آن تثبیت شده و برگشت‌ناپذیر است. این امر به سبب امنیت ذاتی فرایند هش امکان‌پذیر است؛ بنابراین، منتقل‌آلیه بارنامه بلاک‌چین به‌عنوان دارنده آن، عملاً در موقعیتی همسان با دارنده یک بارنامه کاغذی قرار می‌گیرد.

بارنامه مبتنی بر سامانه بلاک‌چین به‌واسطه عدم دخالت اداره‌کننده مرکزی،<sup>۵</sup> در رسته سامانه‌های غیرمتمرکز قرار می‌گیرد.<sup>۶</sup> چنین ساختار غیرمتمرکز، مخاطره ناشی از هرگونه تلاش برای هک نمودن یا سایر رویدادها و وقایع را کاهش می‌دهد. همچنین، باعث کاهش مخاطرات ناشی از خطاهای بالقوه انسانی می‌شود که حدوث آن در سازوکارهای مبتنی بر اداره مرکزی بسیار محتمل است.<sup>۷</sup> مضافاً، به‌کارگیری کلید عمومی-خصوصی در معیت سازوکارهای هش و اجماع، تضمینی بر آن است که هرگونه تغییر در داده ثبت‌شده روی سامانه بلاک‌چین، به غایت مشکل باشد.<sup>۸</sup>

۱. به این فرایند، توکنیزاسیون اطلاق می‌شود. توکنیزاسیون فرایند پیوند دادن دارایی‌های فیزیکی یا غیرملموس با توکن‌های دیجیتال است؛ توکن‌هایی که نوعی دارایی دیجیتال به‌شمار می‌روند و در فهرست توزیع‌شده ثبت می‌شوند. این توکن‌ها نمایانگر مالکیت، حقوق قراردادی یا ارزش دیگری هستند.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

4. Fava, Jake, "Chip Off the Old Block: Acknowledging the Obstacles to Widespread Adoption of Blockchain Bills of Lading", *LSE Law Review*, Vol. 3, No.1, 2021, pp.186-187

5. Central Administrator

6. Takahashi, Koji, "Blockchain Technology and Electronic Bills of Lading", *Journal of International Maritime Law*, Vol. 22, No.1, 2016, p. 206.

7. *Ibid.*

8. Primavera, De Filippi and Aaron Wright, *Op. Cit.*, p. 35.

#### ۴. مخاطرات بارنامه بلاک‌چین

با وجود آنچه فوقاً مذکور افتاد، نباید مخاطرات مرتبط با بارنامه بلاک‌چین را نادیده گرفت. اگرچه سازوکار کلید عمومی-خصوصی این امکان را فراهم می‌نماید تا طرفین با استفاده از نام مستعار با یکدیگر تراکنش انجام دهند؛<sup>۱</sup> لکن همین مهم باعث ایجاد انگیزه در طرفین برای دخالت در فعالیت‌های اقتصادی غیرقانونی می‌شود.<sup>۲</sup> همچنین، در صورت حدوث هرگونه اختلاف، نظر به اینکه در بسیاری از قلمروهای صلاحیت‌دار، صلاحیت شخصی بر مبنای اقامتگاه یا حضور طرفین تعیین می‌شود؛ استفاده از نام مستعار، مانعی جدی برای امکان طرح دعوی ایجاد می‌کند.<sup>۳</sup> این امر همچنین می‌تواند روند تعیین دارنده قانونی بارنامه ذخیره‌شده بر روی بلاک‌چین را پیچیده کند.<sup>۴</sup> مضافاً، همان‌طور که برخی شارحان با مبنا قرار دادن سازوکار سامانه کارگوایکس بیان کرده‌اند، همچنان برای تنظیم بارنامه بلاک‌چین، به ورود اطلاعات از سوی عامل انسانی، خاصه متصدی حمل و کارگزاران او اتکا می‌شود؛ این امر مگر آنکه رایانه ای که به‌طور مستقیم به سامانه بلاک‌چین متصل است روی کشتی نصب شود، باعث می‌شود که کل منطق و فلسفه صدور بارنامه بلاک‌چین در معرض تحریف قرار گیرد.<sup>۵</sup>

با وجود آنچه در باب چالش‌ها و مخاطرات بارنامه بلاک‌چین گفته شد؛ نباید به‌سمت طرد این نوع بارنامه رفت. استفاده از چنین بارنامه‌ای موجب افزایش کارآمدی، اعتماد و امنیت معاملاتی می‌شود. لکن، اینکه آیا می‌توان از بارنامه بلاک‌چین در گستره وسیعی استفاده نمود، نتنها به مزایای آن وابسته‌است؛ بلکه به این امر نیز بستگی دارد که آیا نظام حقوقی موجود، توان فائق آمدن به چالش‌ها و مخاطرات ناشی از آن به‌صورت کارآمد را دارد یا خیر.<sup>۶</sup>

#### ۵. بارنامه بلاک‌چین در پرتو الزامات قانونی مقرر در اسناد بین‌المللی و داخلی

همان‌گونه که پیش‌تر نیز مورد اشاره قرار گرفت، تحقق کارویژه سند مالکیت بودن بارنامه دریایی درخصوص بارنامه بلاک‌چین در گرو متابعت این شق از بارنامه از الزامات خاص مقرر در اسناد و قوانین بین‌المللی و داخلی است که از گذر وضع الزاماتی خاص، سعی داشته‌اند تا آثار ناشی از تصرف اسناد

1. *Ibid.* p.38.

2. *Ibid.* p.39.

3. The Law Commission, "Smart legal contracts: Advice to Government", (Law Com No. 401), 2021, para 7.15.

4. Wang, Feng, *Op. Cit.*, pp.503, 513.

5. Law Commission of England and Wales, "Digital Assets: Electronic Trade Documents", No 254, 2021, para 3.7.

6. Krebs, Thomas, "Electronic bills of lading, transnational and English law: blocking the blockchain?", *Uniform Law Review*, Vol. 28, No. 3-4, 2024, p.13.

کاغذی که تصرف بر آنها واجد آثار ویژه‌ای است، بر معادل الکترونیکی آنها بار نمایند. لذا، بررسی این نوع برنامه در پرتو الزامات مقرر در کنوانسیون ملل متحد راجع به قراردادهای حمل کلی یا جزئی کالا از طریق دریا (قواعد روتردام) و می‌لیتر به‌عنوان مهم‌ترین اسناد بین‌المللی موجود در خصوص موضوع و نیز کد متحد تجارت آمریکا و قانون اسناد تجاری انگلستان، به‌عنوان قوانین داخلی نظام‌های حقوقی پیشرو در خصوص موضوع، بسیار حائز اهمیت است که ذیلاً به این مهم می‌پردازیم.

**۵.۱. در پرتو کنوانسیون ملل متحد راجع به قراردادهای حمل کلی یا جزئی کالا از طریق دریا**  
کنوانسیون برای معادل‌سازی شق الکترونیکی اسناد حمل با نوع کاغذی آنها، از عبارت سابقه الکترونیک حمل<sup>۱</sup> استفاده کرده است. طبق کنوانسیون، سابقه الکترونیک حمل به‌مانند سند حمل<sup>۲</sup>، به دو نوع قابل معامله<sup>۳</sup> و غیرقابل معامله<sup>۴</sup> تقسیم شده است. وفق بند ۱ ماده ۱۹ سابقه الکترونیک حمل قابل معامله، به سابقه‌ای اطلاق می‌شود که: الف) با عباراتی نظیر به حواله‌کرد، قابل معامله، یا سایر عبارات‌های مناسب، که طبق قانون حاکم بر سابقه، دارای همین اثر شناخته می‌شوند، دلالت کند بر اینکه کالا به حواله‌کرد فرستنده یا گیرنده حمل شده است و در عین حال، به صراحت به‌عنوان غیرقابل معامله یا غیرقابل انتقال توصیف نشده باشد؛ و ب) استفاده از آن، الزامات مندرج در بند ۱ ماده ۹ را برآورده سازد. لذا، مطابق تعریف مزبور، برنامه دریایی الکترونیک قابل انتقال، برای آنکه به‌عنوان سابقه الکترونیک حمل قابل معامله شناخته شود و از همان آثار و کارکردهای برنامه دریایی قابل انتقال کاغذی متمتع گردد، باید الزامات مقرر در ماده ۹ و البته ماده ۱(۲۱) کنوانسیون را دارا باشد. در واقع عمده این الزامات، تضمین‌کننده تحقق آثار ناشی از کاغذی بودن برنامه در خصوص معادل الکترونیکی آن است. ذیلاً، امکان سازگاری برنامه بلاک‌چین با الزامات مقرر در مواد مزبور را که به‌اختصار عبارت‌اند از: تضمین تمامیت سابقه، انتساب داده به دارنده، تصدیق تحویل کالای موضوع سابقه به دارنده آن یا تصدیق خاتمه اعتبار سابقه، تضمین کنترل انحصاری بر سابقه، بررسی می‌شود.

1. Electronic Transport Record

۲. ماده بند ۱۴ ماده ۱: سند حمل به سندی اطلاق می‌شود که از سوی متصدی حمل، وفق قرارداد حمل صادر شده که: الف) حاکی از دریافت کالا از سوی متصدی حمل یا طرف اجراکننده به موجب قرارداد حمل باشد؛ و ب) حاکی از وجود قرارداد حمل بوده یا مشتمل بر مفاد آن باشد.

3. Negotiable

4. Non-Negotiable

**۵.۱.۱. تضمین تمامیت سابقه**

ماده (ب) ۹(۱) کنوانسیون بر حفظ تمامیت سابقه الکترونیک حمل قابل معامله، تأکید دارد. دلیل این امر آن است که سند حمل کاغذی قابل معامله از جمله بارنامه دریایی قابل انتقال به واسطه تشکیل یافتن از نگاشته‌های مندرج بر یک وسیله فیزیکی با دوام، عموماً تمامیت خود را حفظ می‌کند. اما چنین امری در مورد سابقه الکترونیک حمل قابل معامله خاصه بارنامه دریایی الکترونیکی قابل انتقال یک امر ذاتی محسوب نمی‌شود. بنابراین، برای اینکه سابقه الکترونیک حمل قابل معامله، کارکردی برابر با سند حمل قابل معامله داشته باشند، باید تمامیت اطلاعات مندرج در سابقه الکترونیک حمل حفظ شوند. هدف از وضع چنین الزامی تأمین اصالت<sup>۱</sup> و وثوق<sup>۲</sup> سند است.

در خصوص متابعت بارنامه بلاک‌چین از الزام مزبور باید گفت که فناوری بلاک‌چین دارای مجموعه‌ای از سازوکارهای فناورانه است که تمامیت بارنامه بلاک‌چین را تضمین می‌کند؛ به این معنا که سوابق ثبت شده در این سامانه در برابر دست‌کاری مقاوم‌اند و به آسانی قابل تغییر نیستند.<sup>۳</sup> یکی از این سازوکارها، پایساخت کلید عمومی و احراز هویت از طریق امضا الکترونیکی است. همچنین، سازوکار هَش بلوک‌های قبلی که برای امضای بلوک‌های بعدی به کار می‌رود، تضمین‌کننده آن است که پس از ایجاد یک بلوک، وضعیت آن قابل تغییر نخواهد بود. بر این اساس، بارنامه بلاک‌چین می‌تواند الزام ناظر بر حفظ تمامیت سابقه را که در بند (ب) مقرر شده است برآورده نماید.

**۵.۱.۲. انتساب داده به دارنده سابقه**

مطابق ماده (پ) ۹(۱)، سامانه یا فناوری مورد استفاده در رابطه با سابقه الکترونیک حمل قابل معامله باید این قابلیت را داشته باشد که دارنده سابقه بتواند دارندگی خود نسبت به سابقه را اثبات دارد. هدف از این الزام، امکان انتساب سابقه به شخصی است که سابقه الکترونیک حمل قابل معامله برای ایشان صدور یا به ایشان منتقل شده است. کنوانسیون روش مشخصی برای اثبات چنین انتسابی تعیین نکرده است و می‌لتر نیز تصریح می‌کند که لزومی به نام بردن از شخص دارنده کنترل وجود ندارد.<sup>۴</sup> از جمع این دو امر، می‌توان استنباط نمود که گمنامی به‌عنوان یکی از خصایص فناوری بلاک‌چین که بارنامه بلاک‌چین بر آن مبتنی است، از منظر کنوانسیون نیز منع نشده است. به‌موجب پایساخت کلید عمومی -

1. Original

2. Authentic

3. Shaverdian, Phillip, "Start with Trust: Utilizing Blockchain to Resolve the Third-Party Data Breach Problem", *UCLA Law Review*, Vol.66, 2019, p.1277.

4. UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records: Explanatory Note, 2017, p.37.

خصوصی و هشینگ، دارنده بارنامه بلاک‌چین می‌تواند اثبات نماید که دارنده قانونی بارنامه است و بدین‌وسیله الزام مقرر در بند (ج) محقق می‌گردد.<sup>۱</sup>

### ۵.۱.۳. تصدیق تحویل کالای موضوع سابقه به دارنده آن یا تصدیق خاتمه اعتبار سابقه

ماده (ت) (۱) ناظر به پایان اعتبار سابقه است. الزام مقرر در این ماده از طریق پیکربندی سامانه بلاک‌چین به‌نحوی که یک تراکنش در زمان انتقال بارنامه بلاک‌چین به متصدی حمل در لحظه تحویل کالا به‌عنوان «تکمیل‌شده» شناخته شود، محقق می‌گردد.<sup>۲</sup> خریدار می‌تواند با امضای بارنامه بلاک‌چین استفاده از کلید خصوصی خود، هَش و کلید عمومی متصدی حمل، آن را به متصدی حمل منتقل کند. متصدی حمل نیز می‌تواند با استفاده از طریق سازوکار تأیید موجود در سامانه، بارنامه بلاک‌چین را بررسی کرده و کالا مشروح در آن را تحویل دهد. با پایان آثار حقوقی و اعتبار این سابقه الکترونیک حمل، یک بلوک پایانی برای ثبت و مستندسازی این امر ایجاد می‌گردد.<sup>۳</sup> لذا، این سازوکار، در متابعت با الزام مقرر در ماده (ت) (۱) کنوانسیون قرار دارد.

### ۵.۱.۴. تضمین کنترل انحصاری بر سابقه

کنوانسیون طی ماده (۲۱) در مقام ارائه تعریف صدور سابقه الکترونیک حمل قابل معامله، این شرط را مقرر داشته است، بی‌آنکه تعریفی از ارائه دهد یا معیاری برای ارزیابی تحقق این الزام تعیین نماید. میلیتر نیز رویه مشابهی را اتخاذ نموده است. اما آنچه از قانون اسناد تجاری الکترونیک انگلستان می‌توان برداشت نمود، کنترل انحصاری دارای دو عنصر است: نخست، توانایی شخص در استفاده، انتقال و پایان دادن به هستی سابقه و دوم، در هر زمان تنها یک شخص بتواند اعمال مزبور انجام دهد. با مبنا قرار دادن ساختار و سازوکار بارنامه بلاک‌چین، هر دو عنصر مزبور قابل تحقق است و با این تحلیل، الزام مقرر در ماده (۲۱) نیز درخصوص بارنامه بلاک‌چین محقق است.

### ۵.۲. در پرتو قانون نمونه آنسیترال راجع به سوابق الکترونیک قابل انتقال

قانون نمونه برای اشاره به مُعادل الکترونیک سند یا مدرک قابل انتقال کاغذی، از عنوان سابقه الکترونیک قابل انتقال<sup>۴</sup> استفاده کرده است و آن را سابقه‌ای تعریف می‌کند که واجد معیارهای مقرر در

1. Bacon, Jean, Michels, Johan David and Singh, Jatinder, *Op. Cit.*, p 22.

۲. نوری یوشانلوئی، جعفر و زهره تیموری، «تحلیل حقوقی اعتبار بارنامه‌های مبتنی بر فناوری زنجیره بلوکی در تجارت نفت»، *مطالعات حقوقی انرژی*، د. ۸، ش ۲۰، ۱۴۰۱، ص. ۴۸۹.

3. Todd, Paul, "Electronic bills of lading, blockchains and smart contracts", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 27, No.4, 2019, p.364.

4. Electronic Transferable Record

ماده ۱۰ باشد.<sup>۱</sup> این معیارها عبارت‌اند از:

نخست، همسانی اطلاعات مندرج در سابقه با اطلاعات مقرر در معادل کاغذی آن. دوم، استفاده از فناوری مطمئن به‌منظور: (۱) شناسایی سابقه الکترونیک به‌عنوان سابقه قابل‌انتقال واحد، (۲) اعطای قابلیت تحت کنترل قرار گرفتن به آن سابقه الکترونیک و (۳) حفظ تمامیت آن سابقه الکترونیک. از میان این الزامات، الزامات گروه دوم، در راستای معادل‌سازی آثار ناشی از کاغذی بودن این شق از اسناد با معادل الکترونیکی آنها. بر همین اساس، ذیلاً مطابقت بارنامه بلاک‌چین با این دسته الزامات تحلیل می‌شود. پیش از ورود به بحث، گفتنی است باتوجه‌به اینکه نحوه تحقق الزام مربوط حفظ تمامیت سابقه در بستر سامانه مبتنی‌بر فناوری بلاک‌چین پیش‌تر در خلال بررسی الزامات مقرر در قواعد روتردام واکاوی شد، این الزام ذیلاً بررسی نمی‌شود. همچنین، همسو با الزام مقرر در صدر بند (ب) ماده ۱۰ مبنی‌بر لزوم استفاده از سامانه مطمئن، مطمئن بودن هر سامانه بلاک‌چین که بارنامه دریایی مبتنی‌بر آن است، حسب اقتضا بر اساس بند الف یا ب ماده ۱۲ قانون نمونه قابل‌ارزیابی است<sup>۲</sup> و این موضوع خارج از حیطه بررسی مقاله حاضر قرار می‌گیرد.

#### ۵.۲.۱. قابلیت سامانه در شناسایی سابقه الکترونیک به‌عنوان سابقه قابل‌انتقال واحد

درخصوص این الزام دو تفسیر قابل ارائه است: نخست، سامانه‌ای که سابقه قابل‌انتقال همچون بارنامه دریایی قابل‌انتقال مبتنی‌بر آن است، باید قابلیت آن را داشته باشد که سابقه الکترونیک قابل‌انتقال

1. UNCITRAL, *op. cit.*: Art.2

مطابق ماده ۱۰: چنانچه به موجب قانون، استفاده از سند یا مدرک قابل انتقال [کاغذی] مطلوب باشد؛ این مقصود در صورتی با استفاده از سابقه الکترونیک، حاصل خواهد شد که سابقه مزبور واجد ویژگی‌های زیر باشد:

(الف) متضمن همان اطلاعاتی باشد که اندراج آنها در سند یا مدرک قابل انتقال [کاغذی] ضروری است؛ و

(ب) از فناوری مطمئنی جهت تحقق موارد ذیل استفاده شود:

(۱) شناسایی آن سابقه الکترونیک به‌عنوان سابقه الکترونیک قابل انتقال واحد؛

(۲) اعطای قابلیت تحت کنترل قرار گرفتن به آن سابقه الکترونیک، از زمان ایجاد تا پایان اثر یا اعتبار سابقه مزبور؛ و

(۳) حفظ تمامیت آن سابقه الکترونیک.

۲. به موجب بند الف این ماده، فناوری مورد استفاده باید «با امعان نظر به کلیه اوضاع‌واحوال مربوطه، از جمله اوضاع‌واحوال احصاء شده در این ماده، تا حدی مطمئن باشد که برای تحقق کارکرد موردنظر مناسب محسوب می‌شود». ماده ۱۲ متضمن فهرستی غیرحصری از اوضاع و احوالی است که می‌توان در مقام ارزیابی مطمئن بودن یا نبودن فناوری مورد استفاده، مطمح‌نظر قرار داد. از جمله این اوضاع‌واحوال می‌توان به وضعیت حفظ تمامیت داده، وضعیت امنیت سخت‌افزاری و نرم‌افزاری و نیز قابلیت آن در ممانعت از دسترسی‌های غیرمجاز اشاره نمود. همچنین وفق بند ب ماده مزبور چنانچه اثبات شود که فناوری مورد استفاده در عمل کارکردهای مربوط به خود را ایفا نموده یا از گذر سایر ادله این امر اثبات شود، مطمئن محسوب می‌شود.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), "Taxonomy of Legal Issues Related to The Digital Economy", 2023, p.83 (para. 201).

را به صورت مجزا و مستقل در معنای یگانه بودن، از سایر نسخ آن سابقه متمایز نماید. دوم، سامانه‌ای که سابقه قابل انتقال همچون برنامه دریایی قابل انتقال مبتنی بر آن است باید قابلیت تمهید حق تقاضای ایفای تعهدات برای شخص معین را فراهم آورد.<sup>۱</sup>

سامانه مبتنی بر فناوری بلاک‌چین، همسو با هر دو تفسیر مزبور، الزام مقرر در ماده (۱) (ب) ۱۰ میلی‌لیتر را محقق می‌سازد. چنین سامانه‌ای از این جهت همسو با تفسیر نخست است که فرایند هَش کردن و استفاده از برجسب زمانی، سابقه‌ای یگانه ایجاد می‌کند؛ چراکه مقدار هَش ذاتاً یکتا بوده و به راحتی قابل تکرار نیست. بدین سان، الزام مقرر در بند (۱) (ب) محقق می‌شود. از سوی دیگر، با مبنا قرار دادن تفسیر دوم نیز سامانه مبتنی بر فناوری بلاک‌چین با استفاده از دو سازوکار پایساخت کلید عمومی و نیز هَش نمودن، این امکان را به نحو آتم مهیا می‌نماید که در هر زمان تنها یک شخص حق تقاضای حقوق مندرج در سابقه از جمله برنامه دریایی را داشته باشد. در نتیجه الزام مزبور بر مبنای تفسیر اخیر نیز کاملاً توسط برنامه بلاک‌چین قابل تحقق است.

#### ۵.۲.۲. اعطای قابلیت تحت کنترل قرار گرفتن به آن سابقه الکترونیک

مطابق ماده (۲) (ب) ۱۰ میلیتر، سابقه الکترونیکی باید از زمان ایجاد تا زمانی که اثر یا اعتبار خود را از دست می‌دهد، قابل کنترل باشد. همچنین، ماده بند الف ماده ۱۱ رکن دیگری را نیز بر کنترل افزوده است که عبارت از انحصاری بودن است. به عبارت دیگر مطابق می‌لیتر کنترلی مورد قبول است که انحصاری باشد. اما، میلیتر نه تنها تعریفی از کنترل ارائه نداده و شرایط ماهوی تحقق آن را نیز احصا ننموده است، بلکه همین شیوه را در خصوص رکن انحصاری بودن آن نیز در پیش گرفته است. بدین ترتیب، همانند رویکردی که در خصوص کنوانسیون اتخاذ شد، به ناچار بایستی به دنبال این مفاهیم در سایر اسناد مشابه گشت و تنها سند مشابه موجود در این خصوص، قانون اسناد تجاری الکترونیک انگلستان است. مطابق با این سند، همان گونه که پیش تر نیز مورد اشاره قرار گرفت، کنترل انحصاری دارای دو عنصر است: نخست، توانایی شخص در استفاده، انتقال و پایان دادن به هستی سابقه و دوم، در هر زمان تنها یک شخص بتواند اعمال مزبور انجام دهد. در سامانه مبتنی بر فناوری بلاک‌چین با ابتنا به پایساخت کلید عمومی-خصوصی و سازوکار هَش، دارنده کلید خصوصی طبق آخرین بلوک، تنها شخصی

۱. السان، مصطفی و محمدرضا حاذقی اقدم، «مطالعه تطبیقی الزامات حقوقی اسناد تجاری الکترونیک در پرتو کد متحد تجارت آمریکا، قانون نمونه آنسیترا ل راجع به سوابق الکترونیک قابل انتقال و قانون اسناد تجاری الکترونیک انگلستان: با تأکید بر اسناد حمل دریایی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، د. ۲۸، ش ۱، ۱۴۰۳، ص. ۶۸.

است که می‌تواند از توکن (بارنامه در وادی بلاک‌چین) استفاده کرده، آن را منتقل نموده یا به هستی آن پایان دهد.<sup>۱</sup> بنابراین، امکان اعمال کنترل بر بارنامه الکترونیکی در بستر بلاک‌چین پیش‌بینی شده و بدین‌گونه الزام بند (۲) (ب) ماده ۱۰ نیز در بارنامه بلاک‌چین قابل تحقق است.

### ۵.۳. در پرتو کد متحد تجارت آمریکا

کد متحد تجارت آمریکا، مطمئن بودن سامانه را پیش‌شرط تحقق کنترل بر سند مالکیت الکترونیکی قرار داده است که کنترل بر سند نیز به نوبه خود شرط تشکیل سند مالکیت الکترونیکی از جمله بارنامه دریایی الکترونیکی و ایفای کارویژه‌های آن خاصه کارویژه سند مالکیت بودن چنین سند حملی و آثار ناشی از آن است. لذا، آنچه در این خصوص از منظر کد متحد تجارت اهمیت دارد، مطمئن بودن سامانه است. این کد طی اصلاحات سال ۲۰۲۲ معیار جدیدی برای سنجش مطمئن بودن سامانه موضوع بحث مقرر نمود که وفق یادداشت توضیحی این اصلاحات بر سامانه مبتنی بر فناوری بلاک‌چین قابل اعمال است. این الزامات به‌منظور تضمین تحقق آثار ناشی از کاغذی بودن اسناد مالکیت بر معادل الکترونیکی این قسم از اسناد وضع شده‌اند. مطابق بند (پ) ماده ۱۰۶-۷ که متعاقب اصلاحات سال ۲۰۲۲ به کد متحد تجارت آمریکا افزوده شده است:

«پ. سامانه مورد استفاده، در صورتی همسو با الزام مقرر در بند (الف) فرض شده و شخص به‌عنوان کنترل‌کننده سند مالکیت الکترونیکی تلقی می‌گردد که نسخه الکترونیکی معتبر سند، سابقه منضم به و یا منطقیاً همراه با آن نسخه الکترونیکی یا سامانه‌ای که نسخه الکترونیکی در آن ثبت شده است:

(۱) شخص را قادر سازد تا بتواند به‌راحتی معتبر یا غیرمعتبر بودن هر نسخه را تشخیص دهد؛

(۲) شخص بتواند به هر طریقی از جمله از طریق نام، شماره شناسایی،... خود را به‌عنوان شخصی معرفی نماید که نسخه معتبر به نفع او صادر شده یا انتقال یافته است؛

(۳) وفق بند (ت)، معطی اختیار انحصاری به شخص جهت تحقق موارد ذیل باشد:

(الف) بازداشتن دیگران از افزودن یا تغییر شخصی که نسخه الکترونیکی معتبر سند به نفع او صادر یا انتقال یافته است؛ و

(ب) انتقال کنترل نسخه الکترونیکی معتبر سند.

1. Hinkes, Andrew M, "Throw Away the Key, or the Key Holder? Coercive Contempt for Lost or Forgotten Cryptocurrency Private Keys, or Obstinate Holders", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 16, No.4, 2019, p.231.

ذیلاً به بررسی سازگاری بارنامه بلاک‌چین با الزامات فوق پرداخته می‌شود، لکن به دلیل آنکه الزام مقرر در بند (۲) (پ) ماده ۱۰۶-۷ در خلال بررسی الزامات مقرر در قواعد روتردام، واکاوی شد، این الزام مجدداً در این قسمت، پرداخته نمی‌شود.

#### ۵.۳.۱. اعطای امکان به شخص جهت تمیز نسخه معتبر از سایر نسخ

همان‌گونه که اشاره شد، با استفاده از سازوکار هَش، ایجاد سابقه (سند مالکیت الکترونیک) یگانه ممکن می‌شود؛ چراکه مقدار هَش ذاتاً یکتا بوده و به راحتی قابل تکرار نیست. از سوی دیگر در سامانه مبتنی بر فناوری بلاک‌چین هر نسخه از بارنامه که در زنجیره بلوکی قرار می‌گیرد، دارای برچسب زمانی است. این دو سازوکار باعث می‌شود تا در هر لحظه از زمان تنها یک نسخه معتبر از بارنامه وجود داشته باشد که متمایز از سایر نسخ است و در نتیجه، الزام مقرر در بند (۱) (پ) ماده ۱۰۶-۷ در خصوص بارنامه بلاک‌چین قابل تحقق است.

#### ۵.۳.۲. اعطای اختیار انحصاری به شخص

اصلاحات سال ۲۰۲۲ کد متحد تجارت آمریکا ضمن تعیین معیارهای تحقق اختیار انحصاری، از جمله الزامات لازم برای سند مالکیت الکترونیک قلمداد شدن در معنای مقرر در این کد را قابلیت سامانه در اعطای کنترل انحصاری به شخص عنوان نموده است، به طوری که در نتیجه چنین اختیاری شخص بتواند: (الف) دیگران را از افزودن یا تغییر شخصی که نسخه الکترونیک معتبر سند به نفع او صادر یا انتقال یافته است، بازدارد و (ب) کنترل نسخه الکترونیک معتبر سند را به دیگری انتقال دهد.

بارنامه بلاک‌چین از طریق پایساخت کلید عمومی-خصوصی این اختیار انحصاری را به شخص اعطا می‌کند. توضیح آنکه این آخرین دارنده توکن است که می‌تواند با استفاده از کلید خصوصی خود، هَش و کلید عمومی منتقل‌آلیه، سند مالکیت الکترونیک را به دیگری انتقال دهد. این سازوکار دارای دو اثر عملی است: نخست، بازداشتن دیگران از چنین دخل و تصرفی در سند مالکیت الکترونیک و دوم، اختیار انحصاری در انتقال کنترل نسخه معتبر سند مالکیت الکترونیک. لذا، پر واضح است که بارنامه بلاک‌چین، همسو با الزام مقرر در بند (۳) (پ) ماده ۱۰۶-۷ کد متحد تجارت آمریکا است.

#### ۵.۴. در پرتو قانون اسناد تجاری الکترونیک انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان، اسناد تجاری الکترونیک از جمله بارنامه دریایی به واسطه غیرملموس بودنشان، از منظر حقوقی قابل تصرف نبوده و به تبع این امر آثار خاص تصرف سند تجاری کاغذی

همچون برنامه دریایی بر آنها قابل تسری نیست.<sup>۱</sup> به‌منظور حل این خلأ قانونی، کمیسیون حقوقی انگلستان طرحی پیشنهاد نمود که نهایتاً در سال ۲۰۲۳ میلادی تبدیل به قانون اسناد تجاری الکترونیک شد. به‌موجب این قانون، اسناد تجاری الکترونیک به‌شرط دارا بودن معیارهای احصا شده، سند تجاری الکترونیک در معنا و مفهوم مقرر در این قانون محسوب می‌گردند و در زمره مال قابل تصرف قرار می‌گیرند و در نتیجه همان آثار ناشی از تصرف اسناد تجاری کاغذی در رابطه با اسناد تجاری الکترونیک نیز جریان می‌یابد. قانون اسناد تجاری الکترونیک انگلستان طی ماده ۲ قانون مزبور، الزامات ناظر بر اسناد تجاری الکترونیک خاصه اسنادی که تصرف بر معادل کاغذی آنها منشأ آثار حقوقی است؛<sup>۲</sup> احصا نموده است. این الزامات عبارت‌اند از: (۱) همسانی اطلاعات؛ (۲) مطمئن بودن سامانه؛ (۳) قابلیت سامانه در حفظ تمامیت سند؛ (۴) قابلیت اعمال کنترل انحصاری؛ (۵) زوال اختیار اعمال کنترل به‌مجرد انتقال سند؛ (۶) قابل تمیز بودن سند؛ (۷) امکان شناسایی اشخاص دارای اختیار کنترل بر سند. از میان الزامات مزبور، به‌غیر از الزام نخست، سایر الزامات به‌منظور تضمین تحقق آثار ناشی از کاغذی بودن اسناد تجاری که تصرف آنها واجد آثار ویژه‌ای برای متصرف است، در رابطه با معادل الکترونیکی که نوع اسناد، در قانون مزبور گنجانده شده‌اند. لذا، بررسی متابعت برنامه بلاک‌چین با این الزامات ضروری است. لکن، باتوجه‌به اینکه در خلال بررسی و تطبیق برنامه بلاک‌چین با الزامات مقرر در سایر اسناد و قوانین بین‌المللی و داخلی، اغلب قریب به اتفاق این الزامات بررسی شدند. در این قسمت، صرفاً الزام پنجم (زوال اختیار اعمال کنترل به‌مجرد انتقال سند) و متابعت برنامه بلاک‌چین با این الزام بررسی می‌شود.

این الزام که در ماده (ث) ۲(۲) قانون اسناد تجاری الکترونیک بدان تصریح شده، بدین جهت مقرر گردیده است تا از انتقال چندباره سند توسط یک شخص (خرج کردن چندباره) جلوگیری شود و در نهایت انحصاری بودن کنترل نیز تضمین گردد.<sup>۳</sup> توضیح آنکه، انتقال سند تجاری کاغذی همچون برنامه، ذاتاً موجب می‌شود تا کنترل انتقال‌دهنده بر سند پایان یابد و سند از تصرف فیزیکی او خارج شود و در نتیجه نتواند حقوق مشروح در سند را مطالبه کند؛ انتقال سند تجاری الکترونیک نیز باید به‌گونه‌ای باشد که

1. Law Commission of England and Wales, 2022, *Op.Cit.*, p.13.

۲. این قانون، ابتدا به تعریف سند تجاری کاغذی می‌پردازد. مطابق ماده ۱، «سند تجاری کاغذی» در سیاق این قانون سندی است که (الف) در قالب کاغذی باشد، (ب) حداقل در قسمتی از پادشاهی بریتانیا در رابطه با (۱) تجارت یا حمل کالاها؛ یا (ب) تأمین مالی چنین تجارت یا حملی مورد استفاده قرار گیرد و (پ) به موجب قانون یا عرف یا عادت یا رویه تجاری؛ تصرف چنین سندی برای تقاضای ایفای تعهدات مشروح در آن لازم باشد. بند ۲ ماده ۱، اسنادی همچون برنامه و بیمه‌نامه دریایی، گواهی بیمه، رسید دستور کشتی و رسید فرمانده کشتی را در زمره اسناد تجاری کاغذی برمی‌شمارد.

3. Law Commission of England and Wales, 2022, *Op.Cit.*, p. 123.

به مجرد انتقال سند، هر شخصی که پیش از چنین انتقالی، اختیار اعمال کنترل بر سند را دارا بوده است، این اختیار را از دست بدهد.

در خصوص سازگاری برنامه بلاک‌چین با این الزام، توجه به توضیح ارائه شده از سوی یکی از شرکت‌های ارائه‌دهنده سامانه برنامه بلاک‌چین که بر مطابقت برنامه بلاک‌چین با الزام مزبور صحنه می‌گذارد، حائز توجه است. مطابق این توضیح «استفاده از فهرست مبتنی بر بلاک‌چین (فناوری فهرست توزیع شده) تضمین می‌کند که توکن (که نمایانگر تصرف منحصر به فرد بر یک سند در وادی بلاک‌چین است)، از انتقال‌دهنده به منتقل‌آلیه یا متصدی حمل منتقل می‌شود؛ بدین‌سان، کنترل انتقال‌دهنده بر اسناد الکترونیکی خاتمه یافته و بدون نیاز به تأیید منتقل‌آلیه، به وی منتقل می‌گردد»<sup>۱</sup>.

#### ۵.۵. در پرتو نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی ایران، قواعد مربوط به استفاده از ابزارهای الکترونیک در مراودات تجاری، عمدتاً مبتنی بر قانون تجارت الکترونیکی است.<sup>۲</sup> در این قانون، برخلاف قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیک که طی ماده ۱۷ خود به معتبر بودن اسناد الکترونیک حمل، تصریح نموده و مقررات محدودی در خصوص آن وضع نموده، ماده مشابهی به این دسته از اسناد الکترونیکی اختصاص داده نشده است. از سوی دیگر، مستند به عمومات ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی که داده پیام را معادل نوشته قرار می‌دهد، تبصره اصلاحی ماده ۸۴ قانون دریایی ایران که سند الکترونیک مطمئن را جایگزینی مکفی برای اسناد مقرر در آن ماده از جمله اسناد حمل می‌داند، تبصره ماده ۱ قانون صدور چک و نیز ماده ۶۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری که اعتبار برابر برای اسناد الکترونیکی قائل‌اند، نباید در خصوص اعتبار اسناد الکترونیک حمل از جمله برنامه بلاک‌چین تردید نمود. اما، آنچه در خصوص معادل الکترونیکی اسناد حملی همچون برنامه حائز اهمیت است، صرف شناسایی اعتبار حقوقی آن در نظام ادله اثباتی نیست.<sup>۳</sup> بلکه مهم آن است که معادل الکترونیکی برنامه کاغذی، بتواند کارویژه‌های آن خاصه کارویژه سند مالکیت بودن را ایفا نماید. از آنجایی که تحقق کارویژه سند مالکیت برنامه، با آثار ناشی از کاغذی و ملموس بودن برنامه عجین است، سازوکار چگونگی معادل‌سازی این آثار در وادی الکترونیکی و در نتیجه

1. Law Commission of England and Wales, 2022, *Op.Cit.*, p.127

۲. السان، مصطفی، **حقوق تجارت الکترونیکی**، تهران: انتشارات سمت، ۱۴۰۱، ص. ۲۰.

۳. در خصوص جایگاه اثباتی برنامه بلاک‌چین در نظام حقوقی ایران، ر.ک به: به مواد ۱۲، ۱۴ و ۱۵ قانون تجارت الکترونیکی.

انتساب این کارویژه به شق الکترونیکی برنامه حائز اهمیت است. این مهم، در اسناد و قوانینی که پیش‌تر مورد بررسی قرار گرفتند، از گذر تعیین الزامات خاص برای معادل الکترونیکی آن دسته از اسناد کاغذی که تصرف بر آنها موجد حقوق ویژه‌ای برای متصرف (دارنده) است، محقق شده است. به عبارت دیگر، در چهارچوب اسناد و قوانین مزبور، چنانچه برنامه الکترونیکی همسو با الزامات خاص مقرر در آن سند یا قانون باشد، آثاری همسان با آثار تصرف برنامه کاغذی بر آن بار شده و متمتع از آثار تبعی ناشی از آن خاصه کارویژه سند مالکیت بودن برنامه، خواهد بود.

اما در نظام حقوقی ایران، باتوجه به فقدان الزامات قانونی خاص درخصوص معادل الکترونیکی اسناد کاغذی متضمن حقوق ویژه به واسطه امکان تصرف فیزیکی آنها مشخص نیست که با ابتنا به چه سازوکاری می‌توان آثار ناشی از تصرف برنامه کاغذی را درخصوص معادل الکترونیکی آن جاری نمود. بر همین اساس نیز نمی‌توان با قطعیت در خصوص تحقق آثار ناشی از تصرف برنامه کاغذی در برنامه بلاک‌چین و به تبع این امر قابل تحقق بودن کارویژه سند مالکیت بودن در این نوع برنامه الکترونیکی در نظام حقوقی ایران سخن گفت. لذا، برای رفع این مانع حقوقی، ضروری است تا به‌عنوان راهکار بنیادین براساس الزامات مقرر در اسناد و قوانین بین‌المللی و داخلی که پیش‌تر بدان‌ها اشاره شد، الزامات خاصی برای معادل الکترونیکی اسنادی که تصرف شق کاغذی آنها معطی حقوق ویژه‌ای است، تقنین شود تا از طریق شمول آن الزامات بر برنامه الکترونیکی خاصه برنامه بلاک‌چین، بتوان با قطعیت درخصوص امکان تحقق کارویژه سند مالکیت بودن توسط برنامه بلاک‌چین در نظام حقوقی ایران اظهارنظر نمود.<sup>۱</sup> همچنین به‌عنوان راهکار خاص برنامه الکترونیکی، مقتضی است براساس طرح تقنینی پیشنهادی در قسمت نتیجه‌گیری و پیشنهادها، ماده‌ای متضمن الزامات خاص برنامه الکترونیکی در قانون دریایی گنجانده شود و بدین طریق استفاده از برنامه بلاک‌چین در نظام حقوقی ایران، قطعیت حقوقی یابد.

### نتیجه‌گیری

فناوری بلاک‌چین، قابلیت آن را دارد تا از طریق تمهید جریان مطمئن و سریع اطلاعات و داده‌ها، کارآمدی صنعت حمل‌ونقل بین‌المللی را افزایش دهد. از جمله مهم‌ترین حوزه‌هایی که استفاده از فناوری بلاک‌چین در آن، در کانون توجه فعالان و ذی‌نفعان قرار گرفته است؛ صدور و گردش برنامه دریایی در

۱. برای مشاهده پیشنهاد تقنینی جامع در این خصوص ر.ک به: السان، مصطفی و محمدرضا حاذقی اقدم، منبع پیشین، صص ۷۸-۸۰.

تجارت کالا از طریق دریاست. دلیل این امر آن است که این سند حمل به واسطه کارویژه خاص خود که با عنوان سند مالکیت بودن از آن یاد می‌شود، موجود آثار حقوقی خاصی برای ذی‌نفعان و متصدی حمل است و در نتیجه آمیختن آن با ویژگی‌های خاص فناوری بلاک‌چین، موجب می‌شود تا جریان صدور و گردش چنین سند حملی، به شیوه‌ای مطمئن‌تر و سریع‌تر صورت پذیرد. اما توسعه استفاده از بارنامه بلاک‌چین، فارغ از آنکه منوط به توسعه ابعاد فنی است، نیازمند قطعیت حقوقی است. اهمیت ایجاد قطعیت حقوقی خاصه درخصوص بارنامه بلاک‌چین در آن است که بارنامه دریایی کاغذی بنا به ماهیت ذاتی خود متضمن آثاری است که جوهره کارویژه بارنامه به‌عنوان سند مالکیت را تشکیل می‌دهد و در نتیجه در نظر فعالان عرصه تجارت بین‌المللی کالا از طریق دریا، تغییر قالب بارنامه از کاغذی به الکترونیکی، به‌منزله سلب آن آثار و در نتیجه عدم امکان تحقق کارویژه سند مالکیت بودن درخصوص بارنامه الکترونیکی است. این گزاره درباره بارنامه بلاک‌چین با شدت بیشتری صادق است؛ چراکه از یک‌سو ساختار فناورانه نسبتاً پیچیده بلاک‌چین و آشنا نبودن اشخاص فعال این عرصه با آن، امکان تغییر قالب بارنامه کاغذی به بارنامه بلاک‌چین را نزد این اشخاص با تردید روبه‌رو نموده و از سوی دیگر بارنامه بلاک‌چین به‌عنوان شقی نو از بارنامه الکترونیکی کماکان با ابهام ناشی از چگونگی تحقق کارویژه سند مالکیت در این نوع از بارنامه‌ها مواجه است. در همین راستا، سازمان‌ها و نهادهای تقنینی بین‌المللی و داخلی سعی بر آن داشته‌اند تا آثار ناشی از تصرف بارنامه کاغذی را شناسایی کرده و از گذر وضع الزامات خاص سازگار با فضای الکترونیکی، آن آثار را به بارنامه‌های الکترونیکی تسری بخشند. از جمله مهم‌ترین تلاش‌های تقنین در این رابطه را می‌توان قواعد روتردام، می‌لیتر، کد متحد تجارت آمریکا و قانون اسناد تجاری الکترونیکی انگلستان دانست. این اسناد و قوانین بین‌المللی و داخلی سعی بر آن داشته‌اند تا با وضع الزامات عموماً مشابه، این قطعیت را ایجاد نمایند که بارنامه الکترونیکی در صورت همسویی با الزامات مزبور همان آثار و کارویژه‌های معادل کاغذی را خواهد داشت. بدین ترتیب، در مقاله حاضر، در مقام ایجاد قطعیت حقوقی درخصوص امکان تحقق کارویژه سند مالکیت بودن درباره بارنامه بلاک‌چین، ضمن پرداختن به سازوکار بارنامه بلاک‌چین، این نوع نوظهور از بارنامه با الزامات خاص مقرر در اسناد و قوانین مزبور بررسی شد. مطابق این بررسی، مشخص گردید که باتوجه‌به سازوکار فناورانه بلاک‌چین خاصه استفاده از امضای الکترونیکی و هشینگ، تمام الزامات مقرر در این اسناد و قوانین، در بستر بارنامه بلاک‌چین قابل تحقق‌اند.

اما، در نظام حقوقی ایران در خصوص امکان تحقق کارویژه خاص بارنامه در صورت استفاده از بارنامه بلاک‌چین، باتوجه به فقدان الزامات خاص قانونی که بتوان آن الزامات را معیار ارزیابی تحقق یا عدم تحقق آثار ناشی از کاغذی بودن بارنامه در فرض استفاده از معادل الکترونیکی این سند قرار داد، امکان تحقق کارویژه سند مالکیت بودن بارنامه در صورت استفاده از بارنامه بلاک‌چین، قابل بررسی نیست. این امر، مانعی جدی بر سر راه توسعه استفاده از بارنامه بلاک‌چین در آن دسته از مرادوات تجاری است که از گذر یک یا چند عامل ارتباطی در پیوند با کشور ایران قرار می‌گیرند. لذا پیشنهاد می‌شود که به‌عنوان راهکاری بنیادین، قانون‌گذار، با ابتنا به الزامات مقرر در اسناد و قوانینی که بدان‌ها اشاره شد، الزامات قانونی مقتضی درخصوص آن دسته از اسناد تجاری که تصرف بر شق کاغذی آن‌ها واجد آثار حقوقی خاصی است، وضع نماید تا در چارچوب این الزامات، قابل تحقق بودن کارویژه سند مالکیت در فرض استفاده از بارنامه بلاک‌چین قابل ارزیابی باشد و بدین ترتیب قطعیت حقوقی در این خصوص ایجاد شود. همچنین، به‌عنوان راهکار جایگزین و سریع که مختص بارنامه الکترونیکی، پیشنهاد می‌شود که پیشنهاد تقنین زیر در قانون دریایی گنجانده شود:

- ماده ۱.** بارنامه الکترونیکی زمانی مشمول مقررات مقرر در این قانون خواهد بود که ابتدای آن بر سامانه مطمئنی باشد که قابلیت تحقق موارد ذیل را دارد:
- (الف) تمییز و شناسایی نسخه‌ای از بارنامه که در کنترل داشتن آن، حق مطالبه حقوق مشروح در بارنامه را به ارمغان می‌آورد، از هر نسخه‌ای که فاقد چنین قابلیت‌ای است؛
- (ب) حفاظت از بارنامه در برابر تغییرات غیرمجاز؛
- (پ) تضمین عدم امکان اعمال کنترل بیش از یک شخص بر بارنامه در هر زمان؛
- (ت) متمتع ساختن هر شخص دارای اختیار اعمال کنترل بر بارنامه جهت اثبات چنین اختیاری به هر طریقی از جمله از طریق شماره شناسایی یا کلید رمزنگاری شده؛
- (ث) از بین رفتن اختیار اعمال کنترل بر بارنامه به‌مجرد انتقال آن؛ مگر اینکه انتقال دهنده مجدداً به‌عنوان منتقل‌آلیه چنین اختیاری را دارا شود.
- تبصره ۱:** اعمال کنترل شخص بر بارنامه زمانی محقق است که وی بتواند از آن استفاده نماید، آن را انتقال دهد یا به هستی آن پایان بخشد. قانونی بودن یا نبودن حق شخص نسبت به انجام هر یک از اعمال مزبور، مؤثر در مقام نخواهد بود.
- تبصره ۲:** صرف مطالعه یا بررسی بارنامه فی‌نفسه به‌منزله استفاده از آن در سیاق تبصره ۱ نیست.

**تبصره ۳:** اشخاصی که مشترکاً کنترل بارنامه را دارا می‌باشند، کنترلی واحد بر سند دارند.

**ماده ۲-** از جمله اوضاع و احوالی که می‌توان در مقام ارزیابی مطمئن بودن سامانه در سیاق ماده ۱ مطمح نظر قرار داد، عبارت‌اند از:

(الف) هرگونه قواعد و مقررات مرتبط با سامانه که نسبت به بهره‌برداران آن قابل اعمال است؛

(ب) هرگونه اقدام اتخاذی در راستای حفاظت از تمامیت اطلاعاتی که در آن سامانه نگهداری می‌شوند؛

(پ) هرگونه اقدام اتخاذی به منظور ممانعت از دسترسی و استفاده غیرمجاز از سامانه؛

(ت) امنیت سخت‌افزار و نرم‌افزار مورد استفاده سامانه؛

(ث) منظم بودن و گستره انجام ارزیابی سامانه توسط یک نهاد حسابرسی مستقل؛

(ج) ارزیابی صورت گرفته از میزان مطمئن بودن سامانه توسط نهاد ناظر یا تنظیم‌گر.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### مقاله

۱. نوری یوشانلویی، جعفر و زهره تیموری، «تحلیل حقوقی اعتبار بارنامه‌های مبتنی بر فناوری زنجیره بلوکی در تجارت نفت»، *مطالعات حقوق انرژی*، د. ۸، ش. ۲، ۱۴۰۱، صص. ۴۷۹-۴۹۸.
۲. السان، مصطفی و محمدرضا حادقی اقدم، «مطالعه تطبیقی الزامات حقوقی اسناد تجاری الکترونیک در پرتو کد متحد تجارت آمریکا، قانون نمونه آنسیترال راجع به سوابق الکترونیک قابل انتقال و قانون اسناد تجاری الکترونیک انگلستان: با تأکید بر اسناد حمل دریایی»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، د. ۲۸، ش. ۱، ۱۴۰۳، صص. ۵۸-۸۶.
۳. عرب احمدی، مجید رضا، مصطفی السان و ابراهیم نوشادی، «بررسی تطبیقی کارکرد بارنامه به عنوان سند مالکیت»، *دو فصلنامه علمی-پژوهشی دانش حقوق مدنی*، د. ۲۰، ش. ۹۶، ۱۳۹۸، صص. ۳۱-۴۱.

## References

### Books

1. Caslav Pejovic, **International Maritime Law and Practice Comparative Law in Context**, London: Routledge, 2025.
2. Girvin, Stephen and Vibe Ulfbeck, **Maritime Organization, Management and Liability: A Legal Analysis of New Challenges in the Maritime Industry**, London, Hart Publishing, 2020.
3. Mukherjee, Proshanto K., Maximo Q. Mejia, Jr. and Jingjing Xu, **Maritime Law in Motion**, Germany, Springer, 2020.
4. Primavera, De Filippi and Aaron Wright, **Blockchain and the Law: The Rule of Code**, USA, Harvard University Press, 2018.

### Articles

5. Arab Ahmadi, Majidreza, Mostafa Elsan & Ebrahim, Noshadi, "Comparative Study of Bill of Lading Function as Title Document", *Semi- Annual Journal of Civil Law Knowledge*, Vol. 20, No. 1396, pp. 31-41. (in Persian)
6. Bacon, Jean, Michels, Johan David & Singh, Jatinder, "Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralized Ledgers", *Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. 25, No. 1, 2018, pp. 1-106.
7. Caslav, Pejovic and Unho, Lee, "Blockchain Bills of Lading: A New Generation Of Electronic Transport Documents", *International Business law*, Vol. 61, No. 176, 2022, pp. 31-62.
8. Elsan Mostafa & Mohammadreza, Hazeghi Aghdam " A Comparative Study of The Legal Requirements on the Electronic Trade Documents under Uniform Commercial Code, Model Law on Electronic Transferable Records and Electronic Trade Documents Act: With Emphasis on Shipping Documents.", *Comparative Law Researches*, Vol. 28, No. 1, 1403, pp. 58-86. (in Persian)
9. Fava, Jake, "Chip Off the Old Block: Acknowledging the Obstacles to Widespread Adoption of Blockchain Bills of Lading", *LSE Law Review*, Vol. 3, No.1, 2021, pp.181 - 231.
10. Giusella, Finocchiaro & Luca Castellani, "The UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records: Introduction and Overview" *European Review of Private Law*, Vol. 31, No.5, 2023, pp. 955-978.
11. Herd, Jack, "Blocks of Lading: Distributed Ledger Technology and The Disruption of Sea Carriage Regulation", *QUT Law Review*, Vol. 18, No.2 , 2018, pp. 306-317.
12. Hinkes, Andrew M, "Throw Away the Key, or the Key Holder? Coercive Contempt for Lost or Forgotten Cryptocurrency Private Keys, or Obstinate

12. Holders”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 16, No.4, 2019, pp. 225-263.
13. Nouri Youshanlouei, Jafar & Zohreh Teymouri, " Legal Analysis of the Validity of Block Chain-based Bills of Lading in Oil Trade.", *Journal Of Researches Energy Law Studies*, Vol. 8, No. 2, 1401, pp. 479-498. (in Persian)
14. Ioannou, Ilias, “Is Enabling Legislation Sufficient to Promote the Uptake of Electronic Paperless Trading Systems? ” *NUS Law Working Paper, National University of Singapore*, Vol. 23, No. 04, 2023, pp. 1-19.
15. Krebs, Thomas, “Electronic bills of lading, transnational and English law: blocking the blockchain? ”, *Uniform Law Review*, Vol. 28, No. 3-4, 2024, pp.1-16.
16. Raskin, Max, “The Law and Legality of Smart Contracts”, *Georgetown Law Technology Review*, Vol. 304, No.1, 2017, pp. 305-341.
17. Shaverdian, Phillip, “Start with Trust: Utilizing Blockchain to Resolve the Third-Party Data Breach Problem”, *UCLA Law Review*, Vol.66, No.5, 2019, pp.1244-1288.
18. Shope, Mark. L, “The Bill of Lading on the Blockchain: An Analysis off its Compatibility with International Rules on Commercial Transactions”, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 6, No. 1, 2022, pp. 162-264.
19. Takahashi, Koji, “Blockchain Technology and Electronic Bills of Lading”, *Journal of International Maritime Law*, Vol. 22, No.1, 2016, pp.202-211.
20. Tianyia, Jing & Zhen, Jing, “Bills of Lading as Documents of Title — Chinese Law and Policy”, *Journal of Business Law*, Vol. 7, No. 1, 2019, pp. 534-553.
21. Todd, Paul, “Electronic bills of lading, blockchains and smart contracts”, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 27, No.4, 2019, pp. 339-371.
22. Wang, Feng, “Blockchain Bills of Lading and Their Future Regulation”, *NUS Centre for Maritime Law Working Paper*, Vol.21, No.1, 2021, pp. 503-543.
23. Werbach, Kevin & Cornell, Nicolas, “Contracts Ex Machina”, *Duke Law Journal*, Vol 67, No. 1, 2017, pp. 313-382.

### Cases

24. Barber v Meyerstein (1870) 4 LR 317 (HL), Available at: <https://charterpartycases.com/case/238-meyerstein-v-barber-and-others-1866-%E2%80%9367-lr-2-cp-38-1866-67-lr-2-cp-661-1869-%E2%80%9370-ir-4-hl-317>, (Last Visited at: 29/03/2025).

25. Lickbarrow v Mason (1794) 5 TR 683 (KB), Available at: <https://charterpartycases.com/case/233-lickbarrow-v-mason-1787-2-t-r-63-kb-1790-h-bi-357-ec-1793-iv-brown-57-hl>, (Last Visited at: 29/03/2025).
26. Sanders Bros v Maclean & Co, (1883) 11 QB 327 (CA), Available at: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=130515>, (Last Visited at: 29/03/2025).
27. Sewell v Burdick (The Zoe), (188-85) All ER 223, (1884) 10 AC 74 (HL), Available at: <https://www.scribd.com/document/233535712/Sewell-v-Burdick>, (Last Visited at: 29/03/2025).

### Documents

28. Law Commission of England and Wales, “Electronic Trade Documents”, 2022.
29. Law Commission of England and Wales, Digital Assets: Electronic Trade Documents”, No 254, 2021.
30. The Law Commission, “Smart legal contracts: Advice to Government”, (Law Com No. 401), 2021.
31. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), “Taxonomy of Legal Issues Related to The Digital Economy”, 2023, pp.1-94.

### Acts

32. Electronic Trade Documents Act (2023).
33. Uniform Commercial Code (2003, 2022).
34. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (2017). UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR).
35. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (1996). UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (MLEC).

### Websites

36. The Swedish Club, “Electronic (paperless) Trading Systems”, 2019, Available at: <https://www.swedishclub.com/news/circulars/p-and-i-circulars/electronic-paperless-trading>. (Last Visited at: 29/03/2025).
37. TradeLens, Available at: <https://www.tradelens.com/legal-notice>, (Last Visited at: 29/03/2025).

## Feasibility of Fulfilling the Function of a Document of Title in Blockchain Bills of Lading

Mostafa Elsan\*

Mohammadreza Hazeghi Aghdam\*\*

Received: 2025.09.13

Accepted: 2025.09.27

### Abstract

The growing pursuit of innovation has drawn significant attention to the use of blockchain technology in international trade. Blockchain has had a profound impact on the development of electronic transport documents, particularly the bill of lading. Yet, as the bill of lading's principal function is to operate as a document of title, doubts remain among stakeholders as to whether a blockchain bill of lading can effectively discharge this role. The distinctive legal effects of possessing a paper bill of lading—most notably the capacity to allocate rights embodied in it to a single holder at any time—render the realization of this function in electronic bills, including blockchain-based versions, highly complex. To remedy this, international instruments and domestic laws have set forth specific requirements. An electronic bill of lading, including one based on blockchain, may serve as a document of title if it complies with such requirements. This article, through a descriptive, analytical, and comparative approach, examines the title function of bills of lading, the mechanisms of blockchain bills, and whether they conform to established requirements. The findings demonstrate that, where such conformity exists, blockchain bills of lading may indeed operate as documents of title. However, under Iranian law, in the absence of a proper statutory framework, the legal status of these instruments and their particular function remain indeterminate. Thus, comprehensive legislation—either addressing electronic equivalents of paper documents whose possession carries special legal effects or specifically regulating electronic bills of lading—is essential for their effective implementation.

### Keywords:

Electronic Bill of Lading, Blockchain Bill of Lading, Distributed Ledger, Document of Title, Specific Legal Requirements.

---

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

\*\* Ph.D. Student, Faculty of Law, Shahid Beheshti, Tehran, Iran . Corresponding Author Email: m\_hazeghiaghdam@sbu.ac.ir



## تأثیر قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها بر توثیق دارایی‌های دیجیتال

نسرین طباطبایی حصاری\*  
غزاله صحرانورد\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۰۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۸/۱۶

### چکیده

با ظهور دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان طبقه جدیدی از اموال و افزایش روزافزون ارزش اقتصادی آنها، برای دارندگان این نوع از دارایی‌ها، نیاز به توثیق آنها به‌منظور اخذ تسهیلات در نظام بانکی و به‌تبع ضرورت تنظیم احکام خاص در این زمینه را فراهم آورده است؛ علی‌الخصوص که در عمل، مؤسسات موازی سیستم بانکی با هدف اعطای اعتبار، دارایی‌های دیجیتال را به‌عنوان وثیقه مورد پذیرش قرار داده‌اند. اگرچه امکان توثیق دارایی‌های غیرمادی براساس برخی قوانین قبلی نیز قابل پذیرش است، هدف از این پژوهش، بررسی آثار قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها ۱۴۰۳ بر امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال و آثار آن است. این پژوهش با رویکرد تحلیلی و مطالعه تطبیقی به این نتیجه رسید که پذیرش توثیق دارایی‌های دیجیتال به‌موجب ماده ۷ قانون اخیر همسو با اعتباربخشی بیشتر به اصل مالکیت، کارایی مؤثرتر اصل آزادی قراردادی، افزایش امنیت معاملاتی و تجاری‌سازی این نوع از دارایی است و به افزایش سهم اقتصاد رقومی (مندرج در قانون برنامه پنج‌ساله هفتم توسعه کشور) کمک خواهد کرد؛ به‌موجب این قانون و با استناد به اصل رضایی بودن عقود، حق وثیقه دارایی‌های دیجیتال میان متعاقبین به صرف توافق طرفین (اعم از کتبی یا شفاهی) به وجود می‌آید، اما قابلیت اجرای آن و همچنین حق تقدم وثیقه‌سپاران متعدد در مال واحد، با ثبت وثیقه در سامانه جامع وثایق (مندرج در ماده ۹ ق. ت. م. ت. ز) محقق خواهد شد؛ همچنین تمام مراحل اجرای حق وثیقه بر طبق سامانه مذکور صورت خواهد گرفت، اگرچه برخی نارسایی‌های سامانه مذکور و ویژگی‌های خاص دارایی‌های دیجیتال نیازمند تدوین مقررات خاص است.

### کلید واژگان:

تضمین، رهن، ایجاد حق وثیقه، قابلیت استناد حق وثیقه، مال غیرمادی.

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

nasrintaba@ut.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، 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 راستای وظیفه واسطه‌گری بانک‌ها، نظام بانکی با خطراتی از منظر بازپرداخت به‌موقع تسهیلات پرداختی به مشتریان مواجه است که ضروری است با اتخاذ تدابیر مناسب سامان‌دهی شود؛ از جمله این تدابیر اخذ وثیقه از تسهیلات‌گیرنده است تا در صورت عدم قدرت بر بازپرداخت تسهیلات، با وصول طلب خود از محل دارایی‌های مورد توثیق، بتواند ریسک معاملاتی خود را به حداقل برساند. با این حال، مفهوم و مصادیق مال در قلمرو زمان، ثابت نبوده و همواره به موازات تحولات اقتصادی، اجتماعی و حتی سیاسی، با بسط مفهومی و مصداقی همراه بوده است؛ از جمله به‌دنبال تحولات روابط تجاری ناشی از پیدایش فضای مجازی، مفاهیم جدیدی از قبیل «دارایی‌های دیجیتال» پدید آمده است.<sup>۱</sup> دارایی‌های دیجیتال به هر موجودیت رقمی (دیجیتال) اطلاق می‌شود که حاکی از ارزش یا حق مالی است و در فضای مجازی قابل تولید، نگهداری، انتقال و معامله است.<sup>۲</sup>

ظهور دارایی‌های دیجیتال و افزایش ارزش اقتصادی آنها، نظام حقوقی ایران را با این مسئله مواجه ساخته است که تأمین‌کنندگان مالی از جمله بانک‌ها چگونه می‌توانند این دارایی‌ها را به وثیقه بگیرند به طوری که بانک تسهیلات‌دهنده با اخذ این دارایی‌ها به‌عنوان وثیقه، در صورت عدم ایفای تعهدات توسط اعتبار‌گیرنده بتواند از این محل، طلب خود را برداشت نماید؟

با وجود آنکه در برخی مقررات بانکی و به‌صورت موردی، امکان اخذ وثیقه از اموال غیرمادی به‌منظور کسب اعتبار و اعطای تسهیلات به رسمیت شناخته شده است. از جمله قانون «عدم الزام سپردن وثیقه‌ی ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به‌منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰» و «قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانک‌ها مصوب ۱۳۸۶» - همچنان بانک‌ها در این خصوص با چالش‌هایی روبه‌رو هستند؛ به‌ویژه آنکه مقررات مزبور ناظر به اخذ تسهیلات در طرح‌های تولیدی و صادراتی حسب مورد بوده و در همه موارد اخذ تسهیلات قابل استناد نیست؛ از جمله این چالش‌ها در نظام حقوقی ایران، با وجود مقررات متعدد و

۱. عبدی‌پور فرد، ابراهیم و مرتضی وصالی ناصح، «توسعه مفهوم و مصادیق مال در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی مالیت داده‌های رایانه‌ای در حقوق اسلام، ایران، ایران و کامن‌لا)»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، د. ۴، ش. ۱، ۱۳۹۶، ص. ۹۵.

۲. ماده ۳-۱ نظام‌نامه رمز ارز اعم از ایجاد رمز ارز ملی و سامان‌دهی کاربری رمز ارزهای جهان روا.

بعضاً متعارض در خصوص اعتبار معاملات با محوریت دارایی‌های دیجیتال<sup>۱</sup>، این مسئله همچنان مورد تردید است؛ مضافاً بر اینکه امکان ترهین دارایی‌های دیجیتال باتوجه به قواعد سنتی عقد رهن در خصوص لزوم عینیت رهینه (ماده ۷۷۴ ق. م) و قابلیت قبض فیزیکی آن (ماده ۷۷۲ ق. م) در حاله‌ای از ابهام است و دارایی‌های دیجیتال به دلیل ماهیت ناملموس خود، حتی در فرضی که معرف یک مال ملموس و واقعی در عالم خارج‌اند (دارایی دیجیتال دارای پشتوانه)، واجد هیچ‌یک از دو شرط اخیر نیستند و همین مسئله باعث افزایش ریسک معاملاتی و کاهش اطمینان برای بانک تسهیلات‌دهنده می‌شود.<sup>۲</sup> همچنین در صورتی که توثیق این نوع از دارایی‌ها پذیرفته شود، شرایط ایجاد حق وثیقه نسبت به طرفین، استقرار و قابلیت استناد آن در برابر ثالث، نحوه تعیین حق تقدم وثیقه‌پذیران متعدد در مال واحد و همچنین اجرای آن حق، مباحثی است که به تعیین تکلیف حقوقی نیاز دارد و باتوجه به ویژگی‌های خاص این نوع از دارایی‌ها (از جمله غیرملموس بودن، تملک یا تصرف از طریق دسترسی به حق کنترل و قابلیت نقل و انتقال متمایز با اموال سنتی) با چالش‌هایی روبه‌رو است.

با وجود حرکت پیشنهادات اصلاحی برخی قوانین در حوزه‌های مختلف و به‌طور خاص در حقوق بانکی مبنی بر عدم الزام وثیقه‌پذیران و بانک‌ها به پذیرش وثایق مادی به‌ویژه با تصویب قانون تأمین مالی تولید و زیر ساخت‌ها در سال ۱۴۰۳ و توسعه قلمرو دارایی‌های قابل توثیق به‌موجب ماده ۷ این قانون این سؤال ایجاد می‌شود که ارتباط میان نهاد حقوقی «رهن» و «وثیقه» چیست؛ آیا عمل حقوقی مذکور در مقررات فوق، همان عقد رهن است یا قالبی غیر از عقد رهن در توثیق اموال غیرمادی از جمله دارایی‌های دیجیتال ایجاد شده است؟

در جهت پاسخ به چالش‌های حقوقی اخیر، کشورهای مختلف و سازمان‌های بین‌المللی مربوطه تلاش‌هایی نموده‌اند که حاصل آن در قالب قوانین و اسناد مختلف قابل مشاهده است؛ از جمله در نظام حقوقی ایران با تصویب قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها مصوب ۱۴۰۳/۰۲/۱۱، امکان توثیق کلیه اموال و دارایی‌ها (از جمله دارایی‌های دیجیتال) به رسمیت شناخته شده و احکام و مقرراتی در خصوص

۱. مانند ماده ۱ تصویب‌نامه هیئت وزیران در خصوص «شرایط استفاده از رمزارزها» ۱۳/۰۵/۱۳۹۸، مصوبه درخصوص «دارندگان دستگاه‌های استخراج رمزارز» ۱۳۹۹/۰۴/۰۸، ماده ۲۳ «دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها» ۱۴۰۰.

۲. طباطبایی حصری، نسرین و سحر آیین‌پرست، «جایگاه نهاد ثبت در تأمین ثبات و وضعیت حقوقی اموال منقول و امنیت معاملاتی با تأکید بر معاملات وثیقه‌ای»، نشریه مطالعات حقوق خصوصی، د. ۵۳، ش. ۳، صص. ۵۸۶ و ۵۸۷.

نحوه ایجاد وثیقه، استقرار و اجرای آن و شرایط شکلی ماهوی حاکم بر این موضوعات تبیین گردیده است؛ به همین مناسبت شایسته است به‌طور جامع به بررسی امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال و احکام و شرایط حاکم بر حق وثیقه در این نوع از دارایی‌ها با تکیه بر قواعد مندرج در این قانون پرداخته شود. در این راستا با رویکردی تطبیقی-تحلیلی، در قسمت یکم امکان‌سنجی توثیق دارایی‌های دیجیتال از منظر ق.ت.م.ت. ز، در قسمت دوم احکام و شرایط ایجاد و استقرار حق وثیقه و در قسمت سوم نحوه تعیین حق تقدم و اجرای حق وثیقه از قانون اخیرالذکر استخراج شده است.

### ۱. مبانی نظری و پیشینه پژوهش

چرایی امکان‌سنجی توثیق دارایی‌های دیجیتال و اهمیت پذیرش آن در نظام بانکی کشور، با ادله حقوقی، اقتصادی و فنی قابل توجیه است؛

الف) یکی از اهداف نظام حقوقی معاملات توثیقی این است که دامنه‌ی دارایی‌های قابل استفاده در توثیق را برای تضمین امنیت بیشتر در معاملات و تسهیل اعطای وام‌های کم‌هزینه، گسترش دهد؛<sup>۱</sup> همان‌طور که «قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به‌منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی ۱۳۸۰» در جهت تحقق این هدف تصویب شد. این مهم نه تنها کمبود سایر دارایی‌های مادی را جبران خواهد کرد و منجر به پذیرش وثایق خارج از حوزه‌ی ملی کشورها خواهد شد، بلکه افزایش امنیت در سرمایه‌گذاری‌های داخلی و بین‌المللی را در پی خواهد داشت. درحالی‌که اگر توثیق این اموال را نپذیریم، در چنین مواردی یا طلبکار بدون تضمین باقی می‌ماند یا تسهیلات‌دهنده به‌دلیل عدم وجود تضمین مناسب برای بازپرداخت دیون در سررسید، اصلاً حاضر به اعطای تسهیلات نمی‌شود.

ب) اگرچه در نظام‌های مختلف حقوقی به‌طور سنتی در مقوله‌ی حق مالکیت، تمرکز بر روی اموال ملموس و مادی بوده<sup>۲</sup> اما در عصر حاضر، شاهد خلق مفاهیم جدیدی مانند مالکیت مجازی

۱. عباسی‌منش، حمیدرضا، «حق وثیقه در اموال فکری و ارائه الگوی بهینه (مطالعه تطبیقی در الحاقیه راهنمای قانونگذاری آنسیترال در مورد حقوق وثیقه در اموال فکری و قانون متحدالشکل تجاری آمریکا و حقوق ایران)»، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده حقوق ۱۳۹۷، ص. ۴۰.

۲. بادینی، حسن و جواد شیخ‌سیاه، «از حق مالکیت تا حقوق مالکیت، بررسی تطبیقی سیر تحول مفهوم مالکیت»، حقوقی تطبیقی، د. ۱، ش. ۱، ۱۳۸۹، صص. ۶ و ۷.

هستیم.<sup>۱</sup> بنابراین از آنجا که اموال دیجیتال همانند اموال مادی، دارای ظرفیت ایجاد حقوق متنوع با درجات مختلف برای صاحبانش است، در کنار سایر انتفاعاتی که برای این نوع از اموال متصور است، امکان توثیق آن نزد وثیقه‌پذیر به‌عنوان تضمین بازپرداخت دیون ممکن به‌نظر می‌رسد.<sup>۲</sup>

(ج) با استناد به نظریه «کارایی»، با پذیرش توثیق دارایی‌های دیجیتال، نه‌تنها منافع واقعی، بلکه منافع مالی این‌گونه از اموال جاری می‌شود و حمایت کامل از صاحبان این اموال حاصل می‌گردد<sup>۳</sup> که این مسئله به تولید ثروت بیشتری منجر خواهد شد.<sup>۴</sup> همچنین مطابق «اصل هزینه اتکا»، در فرضی که شخصی برای تحصیل دارایی‌های دیجیتال متحمل هزینه‌هایی می‌شود، این هزینه زمانی از نظر اقتصادی برای او کارآمد خواهد بود که بتواند با اتکا به آن، از تمام مزایای اقتصادی مال از جمله توثیق آن جهت اخذ اعتبار و تضمین بازپرداخت تعهدات خود بهره‌مند شود.<sup>۵</sup>

(د) از نظر فنی نیز زیرساخت‌های فناوری دارایی‌های دیجیتال (فناوری بلاک‌چین به‌طور خاص) برای به حداقل رساندن خطر و تقلب طراحی شده‌اند و ریسک‌های معاملاتی را به حداقل می‌رسانند. لذا مزایای مذکور، وثیقه‌سپاری دارایی‌های دیجیتال را در مرکز توجه صاحب‌نظران قرار داده است؛ از جمله در حقوق ایران ارز دیجیتال پیمان به‌منظور پاسخ‌گویی به نیاز معامله‌گران بازارهای دیجیتال توسط شرکت ققنوس راه‌اندازی شده است که توسط چهار بانک ملی، ملت، پارسیان و پاسارگاد پشتیبانی می‌شود و صاحبان این توکن می‌توانند با وثیقه‌سپاری آن، اعتبار یا وام اخذ نمایند.<sup>۶</sup> همچنین سامانه توثیق الکترونیکی دارایی (ست) بانک صادرات، با پذیرش تمام دارایی‌های افراد (اعم از مادی و غیرمادی) به‌عنوان وثیقه، به مشتریان خود وام اعطا می‌نماید.<sup>۷</sup>

۱. پناهی، مهدی، علی نجاد الماسی، احمد شمس و محمود رضا محمد طاهری، «مؤلفه‌ها و اصول حقوقی حاکم بر مالکیت در فضای مجازی»، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، د. ۱۳، ش. ۴۸، ۱۳۹۹، ص. ۲۴.

۲. ذوالفقاری، سهیل و محمد ابوعطا و حمید مسجدسرای، «تأملی بر توثیق سهام در شرکت‌های سهامی»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، د. ۱۱، ش. ۴۲، ۱۳۹۷، ص. ۱۹۳.

3. Gervais, Daniel J., "The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges from the very Old and the very New", *FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J.*, Vol. 12, No. 4. 2002, P.45.

۴. باقری، محمود و محمود جعفری چالستری، «تحلیل اقتصادی رهن اموال فکری»، نشریه تحقیقات حقوقی، ش. ۶۲، ۱۳۹۲، ص. ۳۷۹.

۵. صادقی، محسن، «تئوری موازنه استاد جعفری لنگرودی؛ تحلیل اقتصادی رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ دیوان عالی کشور (۱۴۰۳/۰۳/۱۴۰۰)»، دو فصلنامه نقد و تحلیل آراء قضایی، د. ۲، ش. ۴۰، ۱۴۰۲، ص. ۹۲.

۶ قابل مشاهده در: [kuknos.ir/loan-with-paymon](http://kuknos.ir/loan-with-paymon)، آخرین بازدید ۱۴۰۳/۰۵/۱۱

۷ قابل مشاهده در: <https://set.bsi.ir/home>، آخرین بازدید ۱۴۰۳/۰۵/۱۱

اگرچه بررسی نظام حقوقی ایران نشان می‌دهد علی‌رغم دیدگاه‌های حقوقی مبنی بر پذیرش اعیان برای توثیق، این نظام ضرورت وثیقه‌سپاری اموال غیرمادی را دریافته و این موضوع به‌صورت موردی در برخی قوانین پیش از قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت قابل مشاهده است، مسائل اخیر مقنن را بر آن داشت تا با تصویب قوانین جدید، زمینه را برای پذیرش این نهاد فراهم آورد؛ از جمله، «قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها» مصوب ۱۴۰۳/۰۲/۱۱ مجلس شورای اسلامی که با هدف بهبود دسترسی به تأمین مالی بیرونی از طریق توسعه دامنه وثایق در ماده ۷ خود توثیق انواع اموال و دارایی‌ها (از جمله دارایی‌های دیجیتال) را به رسمیت شناخته و از این طریق، مبنای قانونی در جهت پذیرش توثیق این اموال به‌عنوان یکی از مصادیق اموال غیرمادی در حقوق ایران ایجاد شده است. هرچند علی‌رغم اطلاق ماده ۷ درخصوص وثیقه‌سپاری کلیه اموال و دارایی‌ها اعم از اموال مادی و غیرمادی، عنوان قانون و ماده یک که ناظر بر تأمین مالی تولید و زیر ساخت است این ابهام را به وجود می‌آورد که این توسعه قلمرو اموال قابل توثیق صرفاً ناظر بر امکان توثیق این دارایی‌ها در طرح‌های تولید و طرح‌های زیرساختی است. اما حتی در صورت پذیرش دیدگاه اخیرالذکر، قانون مزبور بدون تردید حرکت نظام حقوقی ایران در پذیرش قابلیت توثیق این اموال را نشان می‌دهد.

همسو با حرکت اصلاحی قانون ت.م.ت. ز، در بند (چ) ماده ۶۶ قانون برنامه پنج‌ساله هفتم پیشرفت جمهوری اسلامی مصوب ۱۴۰۳/۰۴/۱۸ به‌منظور افزایش سهم اقتصاد رقومی از تولید ناخالص ملی مقرر شده: «به‌منظور تأمین منابع مالی برای توسعه اقتصاد رقومی و دانش بنیان و امکان مشارکت تمامی مردم، وزارت امور اقتصادی و دارایی مکلف است با همکاری وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات نسبت به فراهم آوردن امکان پذیرش شرکت‌های فعال این حوزه در بازار اوراق‌بهادار با ایجاد بهابازار (بورس) تخصصی، استقرار شاخص‌های بهابازار (بورسی) ویژه، ایجاد ابزارهای مالی جدید و پذیرش دارایی‌های رقومی و نیز پذیرش کلیه اموال و دارایی‌ها اعم از عین، منفعت، طلب و حقوق مالی، اموال منقول و غیرمنقول، سرقتی، حق اکتشاف، اموال مادی و غیرمادی نظیر واحدهای مسکونی یا تجاری شهری یا روستایی، زمین‌های کشاورزی، ماشین آلات و تجهیزات تولیدی، فلزات گران‌بها، اوراق‌بهادار، عواید قابل تصرف از سهام، عواید قابل تصرف از قراردادهای یا اجرای طرح (پروژه) ها، مانده پاداش پایان خدمت و ذخیره مطالبات کارکنان، حقوق و مزایای مستمر دریافتی، مطالبات قراردادی، نشان تجاری (برند)، مالکیت‌های فکری، یارانه‌های نقدی و موجودی انبار (مواد اولیه یا محصول) واحدهای تولیدی از سوی مؤسسات اعتباری، صندوق‌های مالی و سازمان بورس و اوراق‌بهادار با قابلیت تبادل در بازار در فرایندهای

اعتبارسنجی، وثیقه‌گذاری، ضمانت و پذیره‌نویسی با رعایت قوانین و مقررات مربوط از جمله قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار اقدام نماید».

اگرچه مسئله توثیق اموال غیرمادی در مقالات متعددی مورد بررسی قرار گرفته، به توثیق دارایی‌های دیجیتال که ویژگی‌های خاص آن احکام متفاوتی برای آن می‌طلبد، به‌طور مستقل در نوشته‌های موجود آن هم از منظر قانون تأمین مالی و توسعه زیرساخت مصوب ۱۴۰۳ پرداخته نشده است. لذا در این نوشتار به بررسی ابعاد توثیق دارایی‌های دیجیتال و قواعد و شرایط حاکم بر ایجاد، قابلیت استناد، حق رجحان و اجرای حق وثیقه در این اموال با استخراج احکام مربوطه مندرج در ق.ت.م.ت. ز پرداخته خواهد شد.

## ۲. پذیرش امکان وثیقه‌سپاری دارایی‌های دیجیتال به موجب ماده ۷ ق.ت.م.ت. ز

در حقوق ایران با وجود سلطه‌ی دیدگاه مبنی بر پذیرش اعیان برای توثیق مطابق قانون مدنی، علاوه بر پیشنهاد‌های اصلاحی و تدوین قوانین جدیدالتصویب در این حوزه که در ادامه بررسی خواهد شد- امکان توثیق دارایی‌های غیرمادی به صورت موردی در برخی قوانین قدیمی‌تر در حوزه حقوق بانکی قابل مشاهده است؛ از جمله «دستورالعمل نحوه اعطای تسهیلات ویژه به طرح‌های اختراعی و ابتکاری مصوب ۱۳۶۶/۰۴/۱۳»، «دستورالعمل اجرایی عملیات پولی و بانکی در مناطق آزاد تجاری- صنعتی شورای پول و اعتبار مصوب ۱۳۷۹/۰۶/۱۳»، ماده ۷ آیین‌نامه فصل سوم «قانون عملیات بانکی بدون ربا» مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۴ هیئت وزیران، ماده ۲ «آیین‌نامه صدور ضمانت نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها مصوب ۱۳۸۲» و «قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰»، «قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانک‌ها مصوب ۱۳۸۶».

پس از رواج استفاده مردم از دارایی‌های دیجیتال و تصویب برخی مصوبات از جمله «تصویب‌نامه هیئت وزیران در خصوص شرایط استفاده از رمز ارزها مصوب ۱۳۹۸/۰۵/۱۳»، «مصوبه در خصوص دارندگان دستگاه‌های استخراج رمز ارز مصوب ۱۳۹۹/۰۴/۰۸»، «سند تحول مردمی ۱۴۰۰ (ذیل عنوان سرمایه‌گذاری و نظام تأمین مالی)» و «ماده ۲۳ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب شورای پول و اعتبار بانک مرکزی ۱۴۰۰/۰۳/۰۹»، نیاز به بررسی امکان توثیق این نوع

از دارایی‌ها نزد بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری به منظور اخذ تسهیلات و تعیین احکام و آثار آن در جهت ارتقای نظام مالی و افزایش رشد اقتصادی کشور احساس می‌شد؛ همین مسئله مقنن را بر آن داشت تا با تصویب قوانین جدید، زمینه را برای پذیرش این نهاد فراهم آورد، هرچند صراحتاً دارایی دیجیتال مورد اشاره قرار نگرفته است.

از جمله، «قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها» مصوب ۱۴۰۳/۰۲/۱۱ مجلس شورای اسلامی است که با هدف بهبود دسترسی به تأمین مالی بیرونی از طریق توسعه دامنه وثایق در ماده ۷ مقرر می‌دارد: «کلیه اموال و دارایی‌ها اعم از عین، منفعت، طلب و حقوق مالی، اموال منقول و غیر منقول، اموال مادی و غیرمادی مانند واحدهای مسکونی یا تجاری شهری یا روستایی، زمین‌های کشاورزی شهری یا روستایی، ماشین‌آلات و تجهیزات تولیدی فلزات گران‌بها اوراق بهادار سپرده‌ها و گواهی سپرده‌های ربالی در چهارچوب مصوبات هیئت عالی بانک مرکزی و سپرده‌ها و گواهی سپرده‌های ارزی، عواید قابل تصرف از سهام عواید قابل تصرف از قراردادهای یا اجرای طرح (پروژه)‌های تولیدی و زیربنایی اشیا، آثار و ابنیه میراثی و تاریخی با مالکیت غیردولتی مانده پاداش پایان خدمت و ذخیره مطالبات کارکنان حقوق و مزایای مستمر دریافتی مطالبات، قراردادی نشان تجاری (برند)، مالکیت‌های فکری، کالاهای بادوام، بیمه‌های مسئولیت، مجوزهای اداری، یارانه‌های نقدی و موجودی انبار (مواد اولیه یا محصول) واحدهای تولیدی در چهارچوب آیین‌نامه اجرایی که حداکثر ظرف سه ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون با پیشنهاد شورا به تصویب هیئت وزیران می‌رسد قابل توثیق می‌باشند». بنابراین این قانون در جهت توسعه قلمرو دارایی‌های قابل توثیق به‌ویژه دارایی‌های غیرمادی (مانند دارایی‌های دیجیتال) گام برداشته است. هرچند همان‌طور که گفته شد علی‌رغم اطلاق ماده ۷ در خصوص وثیقه‌سپاری کلیه اموال و دارایی‌ها اعم از اموال مادی و غیرمادی، عنوان قانون و ماده یک که ناظر بر تأمین مالی تولید و زیرساخت است، این ابهام را به وجود می‌آورد که این توسعه قلمرو اموال قابل توثیق، صرفاً ناظر بر امکان توثیق این دارایی‌ها در طرح‌های تولید و طرح‌های زیرساختی است؛ اما حتی در صورت پذیرش دیدگاه اخیرالذکر، قانون مزبور بدون تردید حرکت نظام حقوقی ایران در پذیرش قابلیت توثیق این اموال را نشان می‌دهد.

همین دیدگاه در بند ۳ ماده ۳ «قانون برنامه هفتم توسعه جمهوری اسلامی ایران» مورد تأیید واقع شده و متن فوق عیناً آورده شده، که البته به دلیل وجود حکمی مشابه در «لایحه وظایف بانک مرکزی» (که در متن نهایی از لایحه حذف شد) تا تعیین تکلیف نهایی در مجمع تشخیص مصلحت‌نظام، مراعی

گذاشته و سپس از متن نهایی حذف شد؛ همچنین تفوق این دیدگاه در لایحه جدید قانون تجارت نیز که به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و نیازمند تایید شورای نگهبان برای اجرایی شدن است، قابل مشاهده است؛ در فصل هفتم این لایحه تحت‌عنوان «وثیقه تجاری» و در ماده ۱۸۴ این لایحه چنین ادعان شده است: «هر مال منقول یا در حکم منقول مانند مطالبات، ورقه اختراع و حق سرقفلی می‌تواند مورد وثیقه قرار گیرد، مشروط بر اینکه قابل واگذاری به‌غیر باشد». لذا از آنجایی که مصادیق ذکر شده در این ماده حصر نبوده و حکم مندرج در آن، تمام اموال منقول غیرمادی را که قابلیت نقل و انتقال داشته باشند دربرمی‌گیرد، قابل تسری به دارایی‌های دیجیتال نیز خواهد بود.

از منظر حقوق تطبیقی نیز رویکرد اتخاذ شده در ماده ۷ ق.ت.م.ت. ز مطابق با تحول رویکرد جهانی نسبت به توثیق اموال و پذیرش امکان وثیقه‌سپاری انواع دارایی‌ها، اعم از مادی و غیرمادی مندرج در قوانین و اسناد عام مربوط به وثیقه‌سپاری دارایی‌های غیرمادی (از جمله ماده ۸۶ «قانون نمونه‌ی معاملات توثیقی آنسیترال»،<sup>۱</sup> «اصول بانک جهانی در خصوص ورشکستگی و نظام حقوق طلبکار»<sup>۲</sup> و ماده ۹ «قانون متحدالشکل تجاری» آمریکا) و علی‌الخصوص قوانین و اسناد خاص درخصوص امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال جهت اخذ اعتبار و تضمین تعهدات و دیون است؛ ازجمله، یکی از مهم‌ترین اقدامات در زمینه امکان‌سنجی توثیق دارایی‌های دیجیتال جهت تضمین بازپرداخت دیون و اعتبارات مالی، «اصول مؤسسه حقوق اروپایی درخصوص استفاده از دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان وثیقه ۲۰۲۲»<sup>۳</sup> است که در بند ۱ اصل ۱ این سند، امکان وثیقه‌سپاری تمام انواع دارایی‌های دیجیتال، به‌معنای ایجاد حق عینی برای دارنده و رجحان او نسبت به دیگر طلبکاران، به رسمیت شناخته شده است؛ مثال دیگر «اصول مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی درمورد دارایی‌های دیجیتال و حقوق خصوصی ۲۰۲۳»<sup>۴</sup> است که اصول ۱۴ تا ۱۷ این سند، ضمن پذیرش امکان وثیقه‌سپاری دارایی‌های دیجیتال، به احکام و آثار معاملات توثیقی با محوریت این نوع از دارایی‌ها اختصاص یافته است؛ همچنین گروه ویژه قضایی انگلستان در نوامبر ۲۰۱۹ با انتشار سندی در خصوص دارایی‌های رمزنگاری شده و قراردادهای هوشمند، به تبیین این موضوع می‌پردازد که سوابق الکترونیکی (دارایی‌های دیجیتال) می‌توانند به‌عنوان مال تلقی

۱. کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد.

۲. The World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights System (Revised 2005).

۳. ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security 2022.

۴. UNIDROIT Working Group Principles on Digital Assets and Private Law 2023.

شوند و در قالب قراردادهای هوشمند (مشابه کارکرد قراردادهای سنتی)، موضوع حقوق و تعهدات الزام‌آور قانونی برای طرفین قرار گیرند. همچنین در مبحث «توثیق»<sup>۱</sup> این سند، ضمن تأیید امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال، احکام و آثار آن مورد بحث قرار گرفته است.

اما بررسی قانون تأمین مالی در خصوص امکان توثیق اموال غیرمادی در حقوق ایران، یک مسئله مهم را به ذهن متبادر می‌سازد و آن تعیین ارتباط میان نهاد حقوقی «رهن» و «وثیقه» است؛ با این توضیح که بارزترین شیوه توثیق قراردادی، رهن است و مفاد مصوبات فوق نیز مبین این امر است که توثیق قراردادی مورد نظر آنها بوده است.

به نظر می‌رسد قانونگذار در «قانون تأمین مالی و تولید زیرساخت‌ها»، به معرفی «عقد وثیقه» به‌عنوان یک عقد نامعین که منطبق با حاکمیت اراده و آزادی طرفین در انعقاد عقود است، پرداخته و در این راستا ضمن عدول از دو شرط لزوم عین معین بودن مال مرهونه (با قید عبارت «دارایی» در تعریف عقد وثیقه<sup>۲</sup> که محدود به دارایی‌های مادی نیست و انواع دارایی‌های غیرمادی از جمله دارایی‌های دیجیتال را دربرمی‌گیرد) و لزوم قبض فیزیکی مرهونه در عقد رهن،<sup>۳</sup> عقد وثیقه را به‌عنوان عقدی که اعم از عقد رهن بوده و تابع شرایط اختصاصی آن نیست، به رسمیت شناخته است. مضافاً بر اینکه در بند الف ماده ۸ این قانون، امکان تجزیه‌پذیری مال مورد وثیقه در صورت بازپرداخت یا ایفای بخشی از تعهدات (بر خلاف ماده ۷۸۳ قانون مدنی)، پذیرفته شده و ذی‌نفع وثیقه مکلف گردیده در چهارچوب قراردادی و در صورت درخواست وثیقه‌سپار، متناسب با بازپرداخت هر بخش از اعتبارات و یا ایفای تعهدات، نسبت به آزادسازی وثیقه مازاد یا جایگزینی آن اقدام نماید.

عدول از قیود مقرر در قانون مدنی در لایحه جدید قانون تجارت نیز قابل مشاهده است؛ بدین ترتیب که در فصل هفتم این لایحه از «وثیقه» تجاری به‌جای «رهن» استفاده شده است و در ماده ۱۸۲ آن مقرر گردیده که امکان توافق بر عدم تسلیم و قبض مال مورد وثیقه وجود دارد که این خود گویای این مسئله است که در عقد وثیقه برخلاف رهن، قبض شرط صحت نیست.

۱. UKJT Legal statement on cryptoassets and smart contracts 2019.

۲. بند «ض» ماده ۱ آن قانون مقرر می‌نماید: «وثیقه مال یا دارایی است که به منظور ایجاد اطمینان ضمانت قرارداد، در گرو قرار داده می‌شود...».

۳. در تبصره ماده ۷ قانون مذکور آمده است: «قبض، شرط صحت قرارداد وثیقه نیست...».

البته این دیدگاه از آنجایی که تعدد در ابزار توثیقی را منجر می‌شود (و این برخلاف دیدگاه اتخاذ شده در اسناد جهانی در خصوص وحدت‌گرایی در ابزار توثیق است)<sup>۱</sup> مورد انتقاد است و بهتر بود قانونگذار به جای تصویب قانون جدید، باتوجه به مبانی فقهی عقد رهن که در آن لزوم عین معین بودن و قبض فیزیکی مال مرهونه مورد اختلاف فقها بوده است،<sup>۲</sup> به اصلاح مواد قانون مدنی در خصوص عقد رهن می‌پرداخت.

**۳. ایجاد حق وثیقه بین طرفین و قابلیت استناد آن نسبت به ثالث در ق.ت.م. ت. ز**  
با اتخاذ رویکرد پذیرش امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال در ماده ۷ ق.ت.م. ت. ز که همسو با دیدگاه اتخاذ شده در تدوین اسناد و قوانین عام و خاص بین‌المللی نوین در این زمینه است، تعیین چهارچوب حقوقی وثیقه‌سپاری دارایی‌های دیجیتال از منظر شرایط ایجاد حق وثیقه میان طرفین و نحوه استقرار و تأثیرگذاری آن حق در برابر اشخاص ثالث، حائز اهمیت است.

### **۳.۱. شرایط شکلی و ماهوی ایجاد حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال**

در قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها، باوجود پذیرش توثیق انواع دارایی‌ها از جمله اموال دیجیتال، مقرره خاصی به تبیین شرایط ماهوی و شکلی ایجاد حق وثیقه میان طرفین قرارداد توثیق اختصاص نیافته است؛ لذا در این قسمت و با دید تطبیقی به بررسی شرایط شکلی و ماهوی ایجاد حق وثیقه مندرج در اسناد و قوانین بین‌المللی مربوطه پرداخته خواهد شد تا بهترین دیدگاه منطبق با نظام حقوقی ایران استخراج شود.

۱. در «قانون نمونه بانک اروپایی بازسازی و توسعه در خصوص معاملات توثیقی» مقرر شده است که این سند با هدف ادغام انواع ابزارهای سنتی جهت برقراری حق وثیقه مانند وثیقه همراه با قبض (pledges)، حق حبس (Lien) و وثیقه با انتقال مالکیت و بدون قبض (Mortgages) تدوین گشته و درصدد ایجاد «حق وثیقه واحد» در انواع اموال مختلف (صرف‌نظر از قالب و شکل) است:

European Bank for Reconstruction and Development, "Model Law on Secured Transactions", 2004, Introduction.

همین مقرره در ذیل پاراگراف شماره ۳۷ ماده ۲ قانون نمونه آنسیترال در تعریف حق وثیقه مقرر شده است.  
۲. دیدگاه اتخاذ شده در قانون مدنی همسو با نظر مشهور فقهای امامیه در خصوص ضرورت عین معین بودن رهینه و قبض فیزیکی آن نگارش یافته درحالی‌که برخی فقها نظر مخالف دارند؛ از جمله: نجفی، شیخ محمد حسن، **جواهرالکلام**، ج. ۲۵، چ. ۳، تهران: دارالکتاب‌الاسلامیه، ۱۳۷۲ق. ص. ۱۰۳؛ شهید ثانی، **تحریرالروضه فی شرح‌اللمعه**، چ. ۱، قم: موسسه فرهنگی طاها، ۱۳۷۵ق. ص. ۱۱۷.

برای مطالعه بیشتر ر.ک به: کریمی، عباس و محمد معین اسلام، «رهن اموال فکری»، نشریه مطالعات حقوق خصوصی، د. ۲۸، ش. ۲، ۱۳۸۷، صص. ۳۱۵-۳۲۴.

گفتنی است که باتوجه به ماهیت و عملکرد متفاوت دارایی‌های دیجیتال نسبت به مال در مفهوم سنتی، «حق کنترل» در این دسته از دارایی‌ها، کارکردی معادل «حق مالکیت یا تصرف»<sup>۱</sup> در اموال منقول مادی دارد.<sup>۲</sup> بنابراین صاحب حق کنترل در دارایی دیجیتال، امکان بهره‌مندی از منافع، انتقال و اعراض (از طریق انتقال حق کنترل) از این دارایی‌ها را دارد؛<sup>۳</sup> در نتیجه شخصی می‌تواند این دسته از اموال را جهت اخذ اعتبار یا تضمین معاملات خود به وثیقه گذارد که با داشتن حق کنترل، مالک مال دیجیتال بوده یا این اختیار را از جانب مالک آن داشته باشد<sup>۴</sup> و به‌منظور ایجاد حق وثیقه، «حق کنترل» خود را بر آن دارایی به وثیقه‌پذیر منتقل کند.

اما ایجاد حق وثیقه در دارایی دیجیتال با انتقال حق کنترل از وثیقه‌سپار به وثیقه‌پذیر چالش‌هایی به‌همراه دارد؛ با این توضیح که اگرچه حمایت کامل از وثیقه‌پذیر محقق می‌شود، در نقطه مقابل، وثیقه‌پذیر با در اختیار داشتن حق کنترل، امکان انجام هر نوع معامله‌ای بر دارایی دیجیتال را به‌دست می‌آورد و این موضوع مالکیت وثیقه‌سپار را، با فراهم آوردن زمینه سوءاستفاده وثیقه‌پذیر از مال، با خطر مواجه می‌کند؛ در این راستا و برای حمایت هم‌زمان از «حق مالکیت» وثیقه‌سپار از یک سو و «حق وثیقه» وثیقه‌پذیر از سوی دیگر، اصول مؤسسه حقوق اروپایی با تغییر معیار «انتقال حق کنترل به وثیقه‌پذیر» به «سلب آن از وثیقه‌سپار» برای توثیق دارایی‌های دیجیتال، پیشنهاد می‌کند که آن حق به شخص ثالث که امین طرفین است منتقل گردد<sup>۵</sup> یا «سلب حق کنترل» بر دارایی دیجیتال با روش‌هایی همچون قفل کردن و مسدود کردن آن دارایی در فضای بلاک‌چین محقق گردد؛ عمشابه این مقرر در «دستورالعمل توثیق اوراق بهادار» مصوب ۱۳۸۹/۰۳/۲۹ هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار که در آن، ثبت وثیقه‌گذاری از طریق تغییر کد مالکیت اموال به کد وثیقه و مسدود نمودن آنها در پایگاه داده‌ها به نفع وثیقه‌گیر به منزله قبض در نظر گرفته شده است، قابل مشاهده است.

1. Ownership or Possession.

2. UK Law Commission, "Digital Assets Final Report", printed in the UK by HH Associates Ltd, 2023, available at: <https://www.gov.uk/government/publications>, last seen 02/20/2024.

3. UNIDROIT Working Group, "Principles on Digital Assets and Private Law", 2023, principle 6 and 7, P. 26,30.

۴. السان، مصطفی و محمد سلیم اردشیری لردجانی، «مطالعه تطبیقی اجرای حق وثیقه منقول در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا و حقوق ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش. ۹۵، ۱۳۹۹، ص. ۱۶۲.

5. ELI 12, "Principles on the Use of Digital Assets as Security", 2022, Comment on Principle 3, P 28, available at: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects/use-of-digital-assets-as-security/>, Last seen 2/10/2024.

6. Lehmann, Matthias and Matthias Haentjens, .Cit, PP 20 and 21.

درخصوص قالب قرارداد موجد حق وثیقه در اموال غیرمادی (از جمله دارایی‌های دیجیتال) دو دیدگاه متعارض در اسناد بین‌المللی و قوانین ملی مرتبط می‌توان یافت:

در برخی اسناد و قوانین به ضرورت انعقاد قرارداد کتبی برای ایجاد حق وثیقه در اموال غیرمادی اشاره شده و از این حیث، عقد وثیقه در این اموال تشریفاتی در نظر گرفته شده است؛ مانند ماده (ب) - ۹- ۲۰۳ «قانون متحدالشکل تجاری آمریکا» و بند ۳ ماده ۶ «قانون نمونه معاملات توثیقی آنسیترا».

اما در مقابل برخی اسناد، بدون اشاره به لزوم انعقاد قرارداد کتبی، صرف توافق شفاهی طرفین بر وثیقه‌سپاری دارایی‌های دیجیتال را به‌عنوان معیار ایجاد حق وثیقه معرفی می‌نمایند؛ مانند اصل سوم سند «اصول مؤسسه حقوق اروپایی درخصوص استفاده از دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان وثیقه ۲۰۲۲» که از واژه «توافق»<sup>۱</sup> و بدون اشاره به ضرورت انعقاد قرارداد کتبی استفاده نموده است و اصل چهاردهم «اصول مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی در مورد دارایی‌های دیجیتال ۲۰۲۳» که در آن اشاره‌ای به لزوم کتبی بودن قرارداد موجد حق وثیقه نشده است.

در نهایت به‌نظر می‌رسد از آنجایی که در ق.ت.م.ت. ز، مقرره‌ای به‌طور خاص به تبیین این موضوع نپرداخته است، باید قائل بر این بود که مطابق اصل رضایی بودن عقود و ضرورت تصریح قانونگذار بر تشریفاتی بودن عقود خاص، قرارداد توثیق دارایی‌های دیجیتال، عقدی رضایی است و نیازی به انعقاد قرارداد کتبی یا سایر تشریفات قانونی وجود ندارد.

### ۳.۲. استقرار و تأثیرگذاری حق وثیقه نسبت به اشخاص ثالث

فلسفه ضرورت تعیین زمان استقرار و تأثیرگذاری حق وثیقه نسبت به اشخاص ثالث اعلام وضعیت حقوقی مال مورد وثیقه است تا اشخاص ثالث که قصد انعقاد قرارداد نسبت به آن مال را دارند، از وضعیت آن مطلع شده و با علم به وجود حق وثیقه بر دارایی دیجیتال، اقدام به انجام معامله نمایند<sup>۲</sup> و از این طریق خطر وجود حق وثیقه مخفی از بین برود.<sup>۳</sup>

در اکثریت نظام‌های حقوقی دنیا، دیدگاه مبتنی بر جایگزینی «سیستم ثبت وثایق» به‌جای قبض در اموال مادی، به‌عنوان معیار قابلیت استناد حق وثیقه نسبت به ثالث در دارایی‌های غیرمادی و از جمله

1. Security Agreement

۲. السان، مصطفی و محمد سلیم اردشیری لردجانی، منبع پیشین، ص. ۱۶۳.

3. World Bank Group, **Secured-Transactions-Collateral-Registries-and-Movable-Asset-Based Financing**, Washington; WORLD BANK Publishing, 1nd Ed, 2019, P. 72.

دارایی‌های دیجیتال تفوق یافته؛ از جمله ماده ۹ «قانون متحدالشکل تجاری آمریکا» که با تفکیک مرحله ایجاد و استقرار حق وثیقه برای تکمیل یا استقرار آن حق در اموال غیرمادی و قابل استناد بودن آن نسبت به ثالث، «ثبت» حق وثیقه را به‌عنوان معیار معرفی می‌نماید؛<sup>۱</sup> چراکه با ثبت، یک فرض قانونی بر اطلاع اشخاص ثالث از حق وثیقه ایجاد خواهد شد و به‌تبع این حق در برابر ثالث قابل استناد خواهد بود. همچنین در بند ۱ ماده ۱۸ «قانون نمونه آنسیترال در خصوص معاملات توثیقی» نیز به جایگزینی ثبت به‌جای قبض در توثیق اموال غیرمادی، اشاره شده است.

به‌تبع همین رویکرد، در حقوق ایران و درخصوص ضرورت ثبت حق وثیقه برای قابلیت استناد آن نسبت به ثالث، در قوانین قدیمی‌تر مقرراتی می‌توان یافت که به جایگزینی ثبت با قبض در اموال منقول اشاره شده که اگرچه در آن قوانین صراحتاً به توثیق دارایی‌های دیجیتال اشاره نشده، از مبنای مورد استفاده در آنها می‌توان در توثیق این نوع از دارایی‌ها نیز استفاده نمود؛ به‌عنوان مثال در ماده ۴۲ قانون دریایی، با عدول از شرط لزوم قبض فیزیکی مال برای صحت عقد رهن کشتی، به جایگزینی ثبت به‌جای قبض برای اطلاع اشخاص ثالث از وجود حق وثیقه بر کشتی و قابلیت استناد آن حق در برابر آنان اشاره شده است؛ همچنین ثبت وثیقه‌گذاری اوراق‌بهدار، در دستورالعمل توثیق اوراق‌بهدار ۱۳۸۹، به‌منزله قبض در نظر گرفته شده است.

اما همچنان چالش حقوقی نبود بانک اطلاعاتی جامع درخصوص وضعیت حقوقی اموال منقول و نبود نظام جامع برای ثبت که امکان اطلاع دقیق اشخاص ثالث از آخرین وضعیت مال را فراهم کند، در نظام حقوقی ایران وجود داشت؛<sup>۲</sup> به‌منظور رفع این معضل، در ماده ۹ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها، سامانه‌ی جامع وثایق، یعنی «سامانه‌ای که کلیه اطلاعات مربوط به فرایندهای توثیق اعم از معرفی مال و دارایی، درخواست ترهین، ارزش‌گذاری، اجرا و آزادسازی وثایق و سایر اطلاعات مورد نیاز را دربرگرفته و به هر وثیقه، یک شناسه یکتا اختصاص می‌دهد»،<sup>۳</sup> معرفی شده است که جهت تکمیل اطلاعات مندرج در آن سامانه درخصوص مال موضوع وثیقه، نه‌تنها به‌موجب بند (الف) ماده ۱۰ قانون اخیر، «کلیه دستگاه‌های اجرایی که اطلاعات مرتبط با مال و دارایی موضوع وثیقه دارند، از جمله سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، دیگر دستگاه‌های تابعه قوه قضائیه و فرماندهی کل انتظامی جمهوری اسلامی ایران،

1. UCC, 9-320(b)(1).

۲. طباطبایی حصاری، نسرین و سحر آیین‌پرست، منبع پیشین، ص. ۵۹۰.

۳. بند (ژ) ماده ۱ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها.

مکلفن‌اد ظرف سه ماه از تاریخ اعلام وزارت امور اقتصادی و دارایی به آنها ضمن ایجاد زیرساخت‌های لازم و اتصال به سامانه و ثبت اطلاعات و وثایق و اموال مرهون، اقدامات زیر را انجام دهند: ۱. تبادل اطلاعات از طریق سامانه و دریافت درخواست نهاد وثیقه‌پذیر به همراه سایر مدارک مورد نیاز به صورت برخط. ۲. تمهید مقدمات و انجام عملیات تنظیم یا ثبت قرارداد و یا گواهی توثیق و جلوگیری از نقل و انتقال آن به نفع نهاد وثیقه‌پذیر و ارسال برخط نسخه‌ای از مستندات مربوط به عملیات انجام شده به سامانه نظیر سند و یا گواهی توثیق و ممنوعیت نقل و انتقال وثیقه به انضمام مستندات مانند استعلام مربوط به مفاسحساب و عدم بدهی مالیاتی که در تنظیم اسناد مذکور از مراجع ذی‌ربط اخذ شده است. ۳. انجام اقدامات مربوط به آزادسازی وثایق پس از دریافت برخط درخواست آزادسازی وثایق و ارسال نتیجه اقدامات انجام شده به سامانه». بلکه به موجب بند (ب) و (پ) آن ماده، «نهادهای وثیقه‌پذیر موظف‌اند در فرایند اعطای اعتبار ضمن ایجاد زیرساخت‌های لازم و اتصال به سامانه ظرف شش ماه از لازم‌الاجرا شدن این قانون، اقدامات زیر را انجام دهند: ۱. ارسال برخط قرارداد توثیق و سایر مدارک و مستندات مربوط به انضمام درخواست انجام عملیات تنظیم یا ثبت قرارداد مزبور برای اشخاص موضوع صدر این ماده از طریق سامانه. ۲. ارسال درخواست آزادسازی وثایق از اشخاص موضوع صدر این ماده و نتیجه اقدامات انجام شده به سامانه به صورت برخط» و همچنین «سایر دستگاه‌های اجرایی و نیز اشخاص حقوقی که اطلاعاتی از وثیقه را در اختیار دارند، با اعلام وزیر امور اقتصادی و دارایی، مکلف به انجام تکلیف مقرر در این ماده می‌باشند».

درنهایت نیز در صورت امتناع دستگاه‌ها و اشخاص مذکور در این ماده از انجام تکلیف مقرر، برای شخص خاطی ضمانت اجرای کیفری (حسب مورد شخص حقیقی به مجازات تعزیری درجه شش موضوع ماده (۱۹) قانون مجازات اسلامی و شخص حقوقی به مجازات موضوع ماده (۲۰) قانون مزبور) در نظر گرفته شده است.

البته نکته حائز اهمیت آن است که برخلاف رویه بین‌المللی، سامانه مذکور ثبت را شرط قابلیت استناد حق وثیقه در برابر ثالث به‌طور صریح قرار نداده، بلکه آن را شرط اجرای حق وثیقه لحاظ نموده است. البته از این امر که مقنن ملاک تعیین تقدم و تاخر میان وثایق متعدد را بر مبنای زمان ثبت در سامانه قرار داده است، می‌توان نتیجه گرفت قابلیت استناد در برابر ثالث منوط به ثبت در سامانه است و به این علت مقدم بر سایر وثایق است. اما برای دوری از هر ابهامی لازم بود مقنن به منوط بودن قابلیت

استناد در برابر ثالث به لزوم ثبت در سامانه تصریح می‌کرد. علاوه بر آن، این سامانه با ایراداتی مواجه است که ضرورت دارد در اصلاحات بعدی قانون مرتفع گردد؛

اولاً نهاد متولی برای طراحی و اجرای این سامانه وزارت امور اقتصادی معرفی شده و در بند ج ماده ۱۰ این قانون از رسمیت داشتن ثبت وثیقه پس از پذیرش قطعی آن در سامانه و دریافت شناسه یکتا سخن به میان آمده، در حالی که رسمیت بخشیدن به اسناد در نظام حقوقی ایران به عهده دفاتر اسناد رسمی به عنوان زیرمجموعه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور است؛

ثانیاً، مطابق تبصره ۲ ماده ۹، ثبت وثیقه در سامانه پیش‌بینی شده، نافی احکام قانونی ثبت وثیقه در سازمان ثبت اسناد و املاک کشور نیست؛ امری که منجر به تعدد مراجع ثبتی در توثیق اموال منقول خواهد شد.

ثالثاً، با وجود آنکه یکی از مهم‌ترین کارکردهای ایجاد نظام جامع ثبت وثایق، اطلاع‌رسانی به اشخاص در خصوص وضعیت حقوقی مال، مطابق اصل اعلام است، در این سامانه امکان دسترسی اشخاص به اطلاعات اموال پیش‌بینی نشده است.

همچنین ماده ۱۹۰ لایحه جدید قانون تجارت، ضمن معرفی سامانه ثبت وثایق اموال منقول، اذعان می‌دارد: «در مورد اموال دارای سند رسمی، چنانچه وثیقه بودن به‌طور رسمی ثبت نگردد، وثیقه در مورد اشخاص ثالث قابل استناد نیست... در خصوص سایر اموال، قرارداد وثیقه باید در سامانه‌ای متمرکز نزد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که به این منظور ایجاد می‌شود، به ثبت برسد و مراتب در وثیقه بودن مال، جنس، وصف و مقدار آن برای عموم قابل دسترس باشد. ثبت قرارداد وثیقه در سامانه مذکور بر عهده وثیقه‌گذار است. پس از ایجاد این سامانه، وثیقه بدون ثبت در سامانه مذکور، در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد نیست...».

بنابراین صرف‌نظر از این مسئله که آیا با توجه به ماهیت دارایی‌های دیجیتال و مبتنی بودن انتقال و توثیق آنها بر فناوری بلاک‌چین - که خود نوعی دفتر توزیع شده اطلاعات است - استفاده از سامانه جامع وثایق برای ایجاد محدودیت در نقل و انتقال آنها ممکن است یا خیر، به نظر می‌رسد مبنای مورد استفاده در این قانون در خصوص تبیین معیار ثبت حق وثیقه جهت قابلیت اجرا، قابل گسترش به حوزه دارایی‌های دیجیتال نیز است.

رویکرد اتخاذ شده در ق.ت.م.ت. ز، متفاوت با رویکرد ماده ۱۹۰ لایحه جدید قانون تجارت است که ضمن معرفی سامانه ثبت وثایق اموال منقول اذعان می‌دارد: «در مورد اموال دارای سند رسمی، چنانچه وثیقه بودن به‌طور رسمی ثبت نگردد، وثیقه در مورد اشخاص ثالث قابل استناد نیست... در خصوص سایر اموال، قرارداد وثیقه باید در سامانه‌ای متمرکز نزد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که به این منظور ایجاد می‌شود، به ثبت برسد و مراتب در وثیقه بودن مال، جنس، وصف و مقدار آن برای عموم قابل دسترس باشد. ثبت قرارداد وثیقه در سامانه مذکور برعهده وثیقه‌گذار است. پس از ایجاد این سامانه، وثیقه بدون ثبت در سامانه مذکور، در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد نیست...».

#### ۴. ترتیب حق تقدم در وثایق متعارض

از دیگر مسائل و چالش‌های حقوقی در خصوص وثیقه‌سپاری اموال دیجیتال، در مواردی که وثیقه واحد برای دیون متعدد مورد استفاده می‌گیرد، مسائل حقوقی مربوط به تعیین ترتیب اولویت یا حق رجحان برای دارندگان این حقوق متعارض است؛ اهمیت این مسئله در این است که قواعد و مقررات حق رجحان در وثایق متعدد باید به‌گونه‌ای تعیین گردد تا ذی‌نفع مقدم در حق وثیقه بتواند منافع اقتصادی حق خود را در برابر سایر مدعیان به‌دست آورد.<sup>۱</sup> این موضوع غالباً در زمان اجرای حق وثیقه و در فرضی که ارزش مال موضوع وثیقه برای استیفای طلب تمامی دارندگان کفایت نکند، مطرح خواهد شد.

در حقوق ایران تا قبل از تصویب قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها، بدون توجه به معیار لزوم ثبت حق وثیقه در تشخیص حق تقدم دارندگان حق وثیقه، حق تقدم براساس تقدم یا تأخر قرارداد توثیق تعیین می‌شد؛ اما با تصویب قانون اخیرالذکر که به‌موجب ماده ۹ آن، سامانه جامع وثایق (که پیش‌تر به آن اشاره شد) معرفی شده است، می‌توان گفت معیار «ثبت حق وثیقه» توسط قانونگذار ایران، نه تنها به‌عنوان معیاری برای قابلیت اجرای حق وثیقه است، بلکه به‌عنوان معیار جدیدی برای تشخیص حق رجحان وثیقه‌پذیران متعدد در مال واحد پیش‌بینی گردیده است؛ بنابراین در صورتی که دارایی‌های منقول (اعم از مادی و غیرمادی و از جمله دارایی‌های دیجیتال)، موضوع عقود وثیقه‌ای متعددی واقع شود، بستانکاری که حق وثیقه خود را مقدم بر دیگران تکمیل و ثبت نموده باشد، صرف‌نظر از تاریخ انعقاد قراردادش، نسبت به سایرین حق تقدم دارد.

۱. السان، مصطفی و محمد سلیم اردشیری لردجانی، منبع پیشین، ص. ۱۷۰.

این دیدگاه همسو با اسناد و قوانین نوین در سطح بین‌المللی‌اند که به موجب آنها حق وثیقه در اموال منقول، با ثبت آن حق در سامانه ثبت ملی در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد یافته و مقدم بر دیگر حقوق وثیقه‌ای خواهد شد؛ مثلاً در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا<sup>۱</sup> درخصوص تبیین معیار حق تقدم دارندگان حق وثیقه در دارایی منقول واحد، وثیقه‌پذیری را که مقدم بر سایر طلبکاران حق وثیقه خود در دارایی مورد وثیقه را تکمیل و ثبت نموده باشد، بر سایر وثیقه‌پذیران رجحان می‌دهد، حتی اگر تاریخ قرارداد توثیق ایشان موخر بر سایرین باشد.<sup>۲</sup>

در ماده ۱۹۰ لایحه جدید قانون تجارت نیز معیار ثبت حق وثیقه (ثبت رسمی در خصوص اموال دارای سند رسمی و ثبت در سامانه متمرکز نزد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در خصوص سایر اموال) به منظور قابلیت استناد حق وثیقه در برابر اشخاص ثالث در نظر گرفته شده است؛ بنابراین باتوجه به اینکه رویکرد غالب در اسناد و قوانین بین‌المللی بر این است که در هر مورد، معیاری که درخصوص قابلیت استناد حق وثیقه نسبت به اشخاص ثالث اتخاذ شده، درخصوص نحوه تقدم وثیقه‌پذیران متعدد در آن دارایی نیز اعمال می‌شود،<sup>۳</sup> می‌توان چنین نتیجه گرفت که در لایحه جدید قانون تجارت نیز ثبت حق وثیقه برای تعیین حق رجحان ذی‌نفعان متعدد حق وثیقه به رسمیت شناخته شده است.

## ۵. اجرای حق وثیقه در دارایی دیجیتال در ق.ت.م.ت. ز

«وثیقه‌سپاری مال» به‌طور کلی، نوعی سازوکار حمایتی به‌منظور افزایش اطمینان وثیقه‌پذیر از معامله انجام شده است که کاربرد آن در عمل، در صورتی که وثیقه‌سپار از عمل به تعهدات قراردادی خود تخلف کند و این موضوع احراز شود، با «اجرای حق وثیقه» به‌منظور ایفای تعهدات از محل آن و بدین ترتیب دفع ضرر از وثیقه‌سپار نمایان می‌شود. در واقع اجرای وثایق دیجیتال به‌معنای توانایی وثیقه‌پذیر نسبت به جبران دین مورد نظر (مثلاً تسهیلات معوق بانکی و...) از محل مال دیجیتال مورد وثیقه با توسل به شیوه‌های مختلف قضایی و غیرقضایی است؛ اما اجرای حق وثیقه در این موارد، یعنی در صورتی که مال موضوع وثیقه از انواع دارایی‌های دیجیتال است، قانونگذاران و مجریان را با این سؤال مواجه کرده که باتوجه به

1. UCC, 9-322(a)(3) .

۲. السان، مصطفی و محمد سلیم اردشیری لردجانی، منبع پیشین، ص ۱۵۹.

3. Lohansoon, Erica, **Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity**, Berlin; Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2009, P. 144.

اوصاف و ویژگی‌های این نوع از دارایی‌ها، نظامات عام اجرای وثایق نسبت این اموال نیز قابل اعمال است یا گسترش روزافزون دارایی‌های دیجیتال، مستلزم طراحی نظام خاص اجرای وثایق دیجیتال است؟

به‌طور کلی در نظام‌های حقوقی دنیا، فرایند اجرای وثایق منقول از روش‌های مختلفی از جمله اخذ حکم یا دستور مقام قضایی صالح، صدور سند رسمی یا اسناد لازم‌الاجرا دیگری که از مقامی رسمی مانند سردفتر یا سایر مقامات صالح در این امر صادر شده است، رأی داوری و یا اقدامات شخصی ذی‌نفع که بدون نیاز به دخالت مقامات قضایی یا رسمی انجام خواهد بود، تبعیت می‌کند؛<sup>۱</sup> باوجود آنکه در برخی نظام‌های حقوقی اجرای وثایق دیجیتال تابع نظام عام اجرای وثایق منقول غیرمادی است (مانند قواعد مندرج در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا درخصوص اجرای وثایق منقول)، اما گرایش‌ها درخصوص امکان اجرای خودکار حق وثیقه در دارایی دیجیتال ایجاد شده است و بدین ترتیب، فناوری به‌عنوان ابزاری برای مقابله با چالش‌های سنتی اجرای وثایق از طریق مراجع قانونی، یعنی هزینه‌بر بودن، طولانی بودن و عدم شفافیت مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ این دیدگاه جهت اجرای سهل وثایق دیجیتال، با تکیه بر ماهیت خوداجرایی و امکانات خاص قراردادهای هوشمند در جهت اجرای مفاد قرارداد بدون نیاز به دخالت عوامل ارادی، که درنهایت به کاهش دعاوی موجود درخصوص اجرای وثایق دیجیتال منجر می‌شود، اجرای خودکار آن وثایق را پیشنهاد می‌کند؛<sup>۲</sup> اجرای خودکار وثایق دیجیتال به‌معنای اجرای آن وثایق از طریق عامل هوش مصنوعی است که رأی یا تصمیم آن مستقیماً در بسترهای دیجیتالی اجرا می‌شود.<sup>۳</sup>

در حقوق ایران، برخلاف اموال غیرمنقول، در اموال منقول ضرورتی بر ثبت رسمی معاملات وجود ندارد، اما در صورتی که چنین باشد، اجرای حق وثیقه منقول (اعم از مادی و غیرمادی) همانند اموال غیرمنقول و بر طبق قانون ثبت و آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و از طریق دوایر اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا انجام می‌پذیرد. اما در صورت عدم ثبت رسمی وثایق منقول، اجرای آن حق الزاماً از طریق دادگاه و مراجع قضائی انجام خواهد شد.<sup>۴</sup>

در قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها و طبق تبصره ۱ ماده ۹ آن قانون، با تکیه بر دیدگاه اجرای وثایق دیجیتال به تبعیت از نظام عام اجرای وثایق و البته با پیش‌بینی سامانه جامع وثایق به‌عنوان یکی

1. UNIDROIT Working Group. .Cit. Principle 18.

2. Keating, Rebecca, "The Digital Dispute Resolution Rules: the future of digital disputes", Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, 2021, P.476.

3. UKJT, Legal Statement on the issuance and transfer of digital securities, 2021, N.2.

۴. ماده ۷۷۹ قانون مدنی: « هرگاه مرتهن برای فروش عین مرهونه وکالت نداشته باشد و راهن هم برای فروش آن و ادای دین حاضر نگردد، مرتهن به حاکم رجوع می‌نماید تا اجبار به بیع و یا ادای دین به محو دیگر بکند».

از نوآوری‌های آن قانون مقرر می‌دارد که تمام مراحل و تشریفات اجرای حق وثیقه اعم از ابلاغ اجراییه، ارزیابی، فروش مورد وثیقه و... بر طبق سامانه جامع وثایق موضوع ماده ۹ آن قانون صورت خواهد گرفت که البته هنوز دستورالعمل این تبصره توسط وزارت اقتصادی ابلاغ نشده است: «... اجرای وثیقه، وصول مطالبات و ایفای تعهدات از محل وثیقه صرفاً در صورتی ممکن است که پس از ایجاد سامانه، اطلاعات مربوط به فرایندهای توثیق همزمان با پذیرش قطعی وثیقه در سامانه ثبت شده و شناسه یکتا دریافت شده باشد. دستورالعمل اجرایی این ماده توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی تهیه و تصویب می‌گردد». بنابراین طبق تبصره اخیر، تمام مراحلی که برای اجرای اسناد رهنی رسمی و غیررسمی ضروری است، در سامانه مذکور نیز تعبیه شده و فرایند و تشریفات اجرای وثایق از جمله ابلاغ اجراییه و ارزیابی مورد وثیقه و... از طریق سامانه جامع مذکور صورت خواهد گرفت.

یکی دیگر از نوآوری‌های این قانون، معرفی سامانه «تدارک الکترونیکی دولت (ستاد)» مندرج در تبصره ۳ ماده ۹ به منظور یکپارچه‌سازی فرایند فروش اموال موضوع وثیقه از طریق مزایده است: «به منظور افزایش قیمت فروش و نقدشوندگی وثایق و شفافیت در مزایده‌ها، قوه قضائیه و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور موظفانند مزایده‌های شعب اجرای احکام، دوایر اجرای ثبت و تصفیه امور ورشکستگی را» از طریق این سامانه برگزار نمایند.

البته این ماده با ماده ۱۹۴ لایحه تجارت جدید (که هنوز به تأیید نهایی فقهای محترم شورای نگهبان نرسیده) که مقرر می‌دارد: «در صورت عدم تأدیه دین تا سی روز پس از سررسید، وثیقه‌پذیر می‌تواند مال مورد وثیقه را از طریق مؤسسه حراجی به فروش رساند»، در تناقض است؛ زیرا طبق این لایحه مورد وثیقه باید از طریق مؤسسه حراجی، یعنی «شرکتی تجارتي که اموال منقول اشخاص را از طریق حراجی به فروش می‌رساند»<sup>۱</sup> به فروش برسد، درحالی‌که طبق ماده مذکور قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها، فروش وثیقه باید در قالب مزایده و از طریق سامانه ستاد انجام گردد. بنابراین در صورت تأیید نهایی این لایحه و تبدیل آن به قانون، ضروری است ترتیبات لازم برای هماهنگی مفاد آن با تبصره ۱ ماده ۹ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها انجام شود؛ مثلاً می‌توان چنین پیشنهاد کرد که مؤسسات حراجی مندرج در لایحه قانون تجارت، به سامانه مذکور در قانون تأمین مالی تولید و

۱. ماده ۱۹۶ لایحه جدید قانون تجارت.

زیرساخت‌ها متصل شوند و تمام اقدامات خود را- همچون ادارات اجرای اسناد رسمی- در سامانه مذکور ثبت نمایند.

### نتیجه‌گیری

با افزایش ارزش اقتصادی دارایی‌های دیجیتال و تمایل مشتریان بانکی به اخذ وام و کسب اعتبار از طریق توثیق این دارایی‌ها، در نظام‌های حقوقی مختلف چالش‌هایی در خصوص امکان وثیقه‌سپاری این اموال و ضوابط حاکم بر ایجاد، تأثیرگذاری نسبت به ثالث، تعیین حق تقدم وثیقه‌پذیران متعدد و نحوه‌ی اجرای حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال پدیدار شد. در این نوشتار ضمن تبیین رویکرد تقنین حقوق ایران نسبت به امکان توثیق دارایی‌های غیرمادی از دیرباز تاکنون این نتیجه حاصل شد که با توجه به افزایش مصادیق دارایی‌های غیرمادی، ضرورت تدوین قوانینی به منظور پذیرش توثیق این دسته از اموال (به‌عنوان مصادیقی از اموال غیرمادی) احساس و بدین منظور قوانین نوینی از جمله قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها ۱۴۰۳ به تصویب رسیده که در آن به منظور عدول از شرایط مضیق عقد رهن قانون مدنی، به «عقد وثیقه» که اعم از عقد رهن بوده و در آن ضرورتی به عین معین بودن مال مورد توثیق یا قبض فیزیکی آن وجود ندارد، اشاره شده است.

چرایی این موضوع با ادله حقوقی و اقتصادی قابل توجیه است؛ نظام حقوقی حاکم بر توثیق اموال، باید در راستای تحکیم حق مالکیت اشخاص و آزادی طرفین در قرارداد، برای صاحبان تمام انواع دارایی‌ها از جمله دارایی‌های دیجیتال، امکانات استفاده از تمام منافع مال (اعم از واقعی و مالی) از جمله وثیقه‌سپاری آن را فراهم کند؛ در نتیجه جواز توثیق این نوع از دارایی با قراردادن اموال دیجیتال در ردیف اموال مادی، به حمایت کامل از دارندگان دارایی‌های دیجیتال، جلوگیری از متروک شدن این اموال، درآمدزایی بیشتر، افزایش نفوذ در بازار و تسهیل فرایند تجاری‌سازی این نوع از دارایی‌ها برای صاحبان‌شان منجر می‌شود؛ مضافاً بر اینکه اگر قانون دایره وثایق قابل پذیرش را موسع نماید و آن را به دارایی‌های دیجیتال تسری دهد، نه تنها کمبود سایر دارایی‌های مادی جبران می‌شود، بلکه وثایق خارج از حوزه ملی کشورها مورد پذیرش قرار می‌گیرد که این مسئله افزایش امنیت و کاهش دعاوی در معاملات داخلی و خارجی و به تبع افزایش انگیزه سرمایه‌گذاران برای فعالیت را در پی دارد؛ در صورتی که اگر توثیق

این اموال را نپذیریم، دارایی‌های دیجیتال ارزش و جایگاه واقعی خود را در دنیای امروز پیدا نخواهند کرد و اصل تخصیص بهینه منابع و اصل هزینه اتکا در علم اقتصاد نقض خواهد شد؛ در این فضا یا اشخاص حاضر به اعطای تسهیلات نمی‌شوند یا اعتبارات اعطایی بدون تضمین باقی می‌ماند. در نتیجه پذیرش توثیق دارایی‌های دیجیتال با افزایش کارایی نهاد وثیقه، تأمین مالی و کاهش هزینه‌های مبادلاتی، به تسهیلات‌دهنده، تسهیلات‌گیرنده و در نهایت عموم جامعه نفع‌رسانی می‌کند.

باتوجه به فقدان مقرره خاص در قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها درخصوص شرایط ایجاد حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال، به نظر می‌رسد باتوجه به اصل رضایی بودن عقود، ایجاد حق وثیقه در دارایی دیجیتال به صرف توافق طرفین عقد وثیقه و سلب حق کنترل از وثیقه‌سپار، بدون نیاز به انعقاد قرارداد کتبی محقق می‌شود. هرچند منوط شدن قابلیت استناد و تأثیرگذاری این حق در برابر ثالث، به ثبت آن در سامانه جامع وثایق ماده ۹ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها در هاله‌ای از ابهام است، بدون تردید قابلیت اجرای آن منوط به ثبت است. مضافاً بر اینکه وثیقه‌پذیری که مقدم بر دیگر وثیقه‌پذیران در آن مال نسبت به ثبت حق خود در سامانه مذکور اقدام نماید، بر دیگر وثیقه‌پذیران رجحان خواهد داشت، ولو آنکه تاریخ انعقاد قرارداد توثیقش مؤخر بر دیگری باشد. البته در راستای انجام این تکالیف، این سامانه نارسایی‌هایی دارد که با اصلاح آنها بر تأثیرگذاری و مطلوبیت آن افزوده می‌شود؛ بدین منظور پیشنهاد می‌گردد ضمن فراهم آوردن امکان دسترسی اشخاص به اطلاعات حقوقی مال مورد وثیقه (با حفظ حریم خصوصی) به منظور تأمین هرچه بیشتر اصل اعلام و جلوگیری از پدیده ثروت کاذب، با هدف هماهنگ‌سازی این سامانه با نظام حقوقی ایران و جلوگیری از تعدد مراجع ثبتی، نهاد متولی آن سازمان ثبت اسناد و املاک کشور معرفی گردد.

همچنین اجرای حق وثیقه و انجام کلیه مراحل و تشریفات آن اعم از ابلاغ اجرائیه، ارزیابی، فروش مورد وثیقه و... بر طبق سامانه جامع وثایق مذکور و فروش آن در قالب مزایده از طریق سامانه «تدارک الکترونیکی دولت (ستاد)» مندرج در تبصره ۳ ماده ۹ ق.ت.م. ت. ز انجام می‌پذیرد که البته در صورتی که لایحه جدید قانون تجارت به تأیید نهایی فقهای محترم شورای نگهبان برسد، با ماده ۱۹۴ آن در تعارض خواهد بود؛ چراکه به موجب ماده اخیر فروش مورد وثیقه باید از طریق مؤسسات حراجی انجام پذیرد. می‌توان چنین پیشنهاد کرد که مؤسسات حراجی مندرج در ماده ۱۹۴ لایحه، به سامانه مذکور در ق.ت.م. ت. ز متصل شوند و تمام اقدامات خود را در سامانه مذکور ثبت نمایند.

## فهرست منابع الف) منابع فارسی مقاله

۱. السان، مصطفی و محمد سلیم اردشیری لردجانی، «مطالعه تطبیقی اجرای حق وثیقه منقول در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا و حقوق ایران»، *فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی*، ش. ۹۵، د. ۲۴، ۱۴۰۰، صص. ۱۵۹-۱۸۱. doi: 10.29252/JLR.2021.184782.1568
۲. بادینی، حسن و جواد شیخ سیاه، «از حق مالکیت تا حقوق مالکیت، بررسی تطبیقی سیر تحول مفهوم مالکیت»، *حقوق تطبیقی*، د. ۱، ش. ۱، ۱۳۸۹، صص. ۱-۲۲. doi 10.22059/jcl.2010.80783
۳. باقری، محمود و محمود جعفری چالشری، «تحلیل اقتصادی رهن اموال فکری»، *نشریه تحقیقات حقوقی*، ش. ۶۲، ۱۳۹۲، صص. ۷-۲۶.
۴. پناهی، مهدی، علی نجاد الماسی، احمد شمس و محمودرضا محمد طاهری، «مؤلفه‌ها و اصول حقوقی حاکم بر مالکیت در فضای مجازی»، *فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد*، د. ۱۳، ش. ۴۸، ۱۳۹۹، صص. ۲۳-۳۸. doi: 10.30495/alr.2020.673129
۵. حمیدی اول، امیررضا و میرقاسم جعفرزاده، «توثیق حقوق ناشی از قرارداد اعطای مجوز بهره‌برداری مال فکری»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، د. ۲۵، ش. ۱، ۱۴۰۰، صص. ۲۹-۵۶. doi: 20.1001.1.22516751.1400.25.1.5.0
۶. ذوالفقاری، سهیل، محمد ابوعطا و حمید مسجد سرایبی، «تأملی بر توثیق سهام در شرکت‌های سهامی»، *تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، د. ۱۱، ش. ۴۲، ۱۳۹۷، صص. ۱۹۳-۲۲۹.
۷. صادقی، محسن، «تئوری موازنه استاد جعفری لنگرودی؛ تحلیل اقتصادی رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ دیوان عالی کشور (۰۴/۰۳/۱۴۰۰)»، *دوفصلنامه نقد و تحلیل آرا قضایی*، د. ۲، ش. ۴، ۱۴۰۲، صص. ۷۵-۱۰۵. doi: 10.22034/analysis.2023.2008016.1067
۸. طباطبایی حصار، نسرين و سحر آیین‌پرست، «جایگاه نهاد ثبت در تأمین ثبات و وضعیت حقوقی اموال منقول و امنیت معاملاتی با تأکید بر معاملات وثیقه‌ای»، *نشریه مطالعات حقوق خصوصی*، د. ۵۳، ش. ۳، ۱۴۰۲، صص. ۵۸۱-۶۰۲. doi: 10.22059/jlq.2024.337869.1007642
۹. عبدی‌پور فرد، ابراهیم و مرتضی وصالی ناصح، «توسعه مفهوم و مصادیق مال در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی مالیت داده‌های رایانه‌ای در حقوق اسلام، ایران، ایران و کامن لا)»، *پژوهش تطبیقی*

حقوق اسلام و غرب، د. ۴، ش. ۱، ۱۳۹۶، صص. ۸۷-۱۱۲.  
doi: 10.22091/csiw.2017.1526.1121

۱۰. کریمی، عباس و محمد معین اسلام، «رهن اموال فکری»، نشریه مطالعات حقوق خصوصی، د. ۳۸، ش. ۲، ۱۳۸۷، صص. ۳۱۵-۳۲۴.

۱۱. ملا کریمی، فرشته، «بررسی فقهی حقوقی وثایق بانکی»، پژوهشکده پولی و بانکی، ش. ۹، ۱۳۹۱، صص. ۱-۱۲.

#### پایان نامه

۱۲. عباسی منش، حمیدرضا، حق وثیقه در اموال فکری و ارائه الگوی بهینه (مطالعه تطبیقی در الحاقیه راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال در مورد حقوق وثیقه در اموال فکری و قانون متحدالشکل تجاری آمریکا و حقوق ایران، رساله دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۷.

#### ب) منابع عربی کتاب

۱۳. شهید ثانی، *تحریر الروضه فی شرح اللمعه*، ج. ۱، قم: مؤسسه فرهنگی طاهرا، ۱۳۷۵ ق.  
۱۴. شیخ محمد حسن، نجفی، *جواهر الکلام*، ج. ۲۵، چ. ۳، تهران: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۷۲ ق.  
۱۵. نراقی، ملااحمد، *عواید الایام*، قم: مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.

## References

### Books

1. Gerard, Mc Cormack, **Secured Credit under English and American law**, Cambridge, Cambridge studies in corporate law, 2004.
2. Lohansoon, Erica, **Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity**, Berlin; Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2009.

### Articles

3. Abdipourfard, Ebrahim and Morteza Vesali Naseh, "Development of the Concept and Examples of Property in Cyberspace (Comparative Study of Computer Data Property in Islamic, Iranian, Iranian and Common Law Law), " *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, Vol. 4, No. 1, 2017, pp. 87-112. (in Persian) doi: 10.22091/csiw.2017.1526.1121.
4. Badini, Hassan and Javad Sheikh Siah, "From Right of property to Property Rights, a Comparative Study of the Evolution of the Concept of Ownership", *Comparative Law*, Vol. 1, No. 1, 2020, pp. 1-22. (in Persian) doi:10.22059/jcl.2010.80783.
5. Bagheri, Mahmoud and Mahmoud Jafari Chaleshtari, "Economic Analysis of Intellectual Property Mortgage", *Legal Research Quarterly*, Vol. 61, 2013, pp. 373-407. (in Persian)
6. Elsan, Mostafa and Mohammad Salim Ardeshiri Lordjani, "A Comparative Study of the Enforcement of Movable Security Interest in the Uniform Commercial Code of the United States and Iranian Law", *Legal Research Quarterly*, Vol. 95, 2020, pp.159-181. (in Persian) doi: 10.29252/JLR.2021.184782.1568 .
7. Gervais, Daniel J., "The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges from the very Old and the very New", *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J*, Vol: 12, No.4, pp. 929- 990, 2002.
8. Hamidi Awal, Amir Reza and Mirghasem Jafarzadeh, "Using Rights Arising from the Contract for Granting a License to Exploit Intellectual Property as secueiry", *Comparative Law Research Quarterly*, Vol. 25, No. 1, 2021, pp. 29-56, -20. (in Persian) doi: 20.1001.1.22516751.1400.25.1.5.0
9. Karimi, Abbas and Mohammad Moein Islam, " The Pledge of Intellectual Property", *Journal of Private Law Studies*, Vol. 38, No. 2, 2008, pp. 315-324. (in Persian).
10. Keating, Rebecca, "The Digital Dispute Resolution Rules: the future of digital disputes", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2021.
11. Mollakarimi, Fereshteh, "A Legal Jurisprudential Study of Bank Securities", *Monetary and Banking Research Institute*, Vol. 9, 2012, pp. 1-12. (in Persian)

12. Panahi, Mehdi and Alinejad Almasi and Ahmad Shams and Mahmoud Reza Mohammad Taheri, "Components and Legal Principles Governing Ownership in Cyberspace", *Scientific Quarterly of Free Legal Research*, Vol. 13, No. 48, 2019, pp. 23-38. (in Persian) doi: 10.30495/alr.2020.673129.
13. Sadeghi, Mohsen, "The Theory of Equilibrium of Professor Jafari Langroodi; Economic Analysis of the Supreme Court's Unanimous Decision No. 810 (1400/03/04)", *Two Quarterly Journals of Criticism and Analysis of Judicial Decisions*, Vol. 2, No. 4, 2024, pp. 75-105. (in Persian) doi: 10.22034/analysis.2023.2008016.1067.
14. Tabatabaei Hesari, Nasrin and Sahar Ainparast, "The Position of the Registration Institution in Ensuring the Stability and Legal Status of Movable Properties and Transaction Security with an Emphasis on Collateral Transactions", *Journal of Private Law Studies*, vol. 53, No. 3, 2024, pp. 581-602. (in Persian) doi: 10.22059/jlq.2024.337869.1007642.
15. Zolfaghari, Soheil and Mohammad Abu Atta and Hamid Masjeedsaraei, "A Reflection on the Using Shares in Joint Stock Companies as Security", *Comparative Legal Research in Iran and International*, Vol. 11, No. 42, 2018, pp. 193-229. (in Persian) 3156085101116216.

### Thesis

16. Abbasi-Manesh, Hamidreza, **Security Rights in Intellectual Property and Providing an Optimal Model (Comparative Study in the Annex to the UNCITRAL Legislative Guide on Security Rights in Intellectual Property and the Uniform Commercial Code of the United States and Iranian Law**, PhD Thesis, Tarbiat Modares University, Faculty of Law, 2018. (in Persian)

### Sites

17. Florent D., "La Société Générale fait une proposition à MakerDAO", 2021, available at: <https://cryptoast.fr/societe-generale-collaboration-historique-defi-makerdao/>. Last visited **June 7, 2026**
18. Lehmann, Matthias and Matthias Haentjens, "The Law Governing Secured Transactions in Digital Assets", *Leiden Law School, Hazelhoff Research Paper*, Series no. 12, 2023, available at: <https://ssrn.com/abstract=4353371/>. Last visited **June 7, 2026**

### International documents

19. ELI, "Principles on the Use of Digital Assets as Security", 2022, available at: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects/use-of-digital-assets-as-security/>, Last seen 2/10/2024.

20. UK Law Commission, "Digital Assets Final Report", printed in the UK by HH Associates Ltd, 2023, available at:  
<https://www.gov.uk/government/publications>, last seen 02/20/2024.
21. UKJT, "Legal Statement on the issuance and transfer of digital securities", 2021. last seen 02/20/2024.
22. UNCITRAL, "UNCITRAL Model Law on Secured Transactions", United Nations Publication, Sales No. E.17.V.1, 2016. last seen 02/20/2024.
23. UNIDROIT Working Group, "Principles on Digital Assets and Private Law", 2023. last seen 02/20/2024.
24. World Bank Group, "Secured-Transactions-Collateral-Registries-and-Movable-Asset-Based Financing", Washington; WORLD BANK Publishing, 1st Ed, 2019. last seen 02/20/2024.

## The Impact of the Production and Infrastructures Financing Law on Using of Digital Assets as Security

Nasrin Tabatabai Hesari\*

Ghazaleh Sahranavard\*\*

Received: 2025.11.07

Accepted: 2026.01.26

### Abstract

With the emergence of digital assets as a new asset class and their ever-increasing economic value, their use as security has been noted in order to obtain credit in the banking system, so it is necessary to regulate special provisions for it; especially, acceptance of digital assets as security by institutions parallel to the banking system in practice (with the purpose of obtaining credit) makes it necessary to pay attention to this issue. Although the possibility of using intangible assets as security is also acceptable based on some previous laws, the purpose of this research is to examine the effects of the Production and Infrastructure Financing Law on the possibility of using digital assets as security and its effects. This research, with an analytical-comparative approach to the Production and Infrastructure Financing Law, national law, and international documents, has reached the conclusion that, pursuant to Article 7 of the said law, acceptance of using digital assets as security is in line with the principle of freedom of contracting and strengthens the principle of ownership and its efficiency, and it is superior by increasing the safety of transactions and commercializing this type of assets. The security right in digital assets is created by the agreement of the parties (either written or oral), and it will be enforceable by registering the security right in the comprehensive registration system (listed in Article 9 of the Production and Infrastructure Financing Law). Also, this system has deficiencies that need to be resolved.

### Keywords:

Guarantee, Mortgage, Creation of security right, Effectiveness of security right, Intangible property.

---

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

\*\* PhD Candidate, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

## واریز یا دریافت وجه از حساب فردی غیر از طرف معامله؛ مصداق پول‌شویی یا جرم‌انگاری خارج از صلاحیت

فضل‌الله فروغی\*  
زهرا بازوبند\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۰/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۲۴

### چکیده

تطهیر منشأ غیرقانونی درآمدها، از تهدیدات جدی برای نظام اقتصادی یک کشور است که با پنهان‌سازی منبع واقعی دارایی‌های ناشی از جرم، موجب اخلال در شفافیت مالی و بی‌ثباتی اقتصادی می‌گردد؛ در همین راستا، واریز یا دریافت وجه از حساب اشخاص ثالث در معاملات مالی، از جمله رویه‌های رایج اما چالش‌برانگیز در نظام حقوقی و بانکی کشورهاست. اگرچه در ظاهر امر، این اقدام ممکن است ناشی از تسهیل تراکنش یا ملاحظات تجاری باشد، در عمل بستر مناسبی برای پنهان‌سازی منشأ واقعی وجوه و تطهیر عواید ناشی از جرم فراهم می‌سازد. برای مقابله با این امر، بانک مرکزی طی اطلاعیه‌ای، واریز یا دریافت وجه از حساب فردی غیر از طرف معامله در زمان انجام معاملات را مشمول مجازات‌های مقررات مبارزه با پول‌شویی اعلام کرده است؛ در نوشتار حاضر با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و روش توصیفی تحلیلی احراز می‌گردد، صرف‌نظر از اطلاعیه بانک مرکزی، در صورت احراز سوءنیت و ارتباط این اقدام با جرم منشأ، استفاده از حساب ثالث می‌تواند در چارچوب جرم پول‌شویی قابل تعقیب باشد؛ در غیر این صورت، با عنایت به اینکه این رفتار فاقد ارکان سه‌گانه ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی است و مصداق جرم پول‌شویی نیست و حداکثر می‌تواند مصداقی از معاملات مشکوک باشد، اطلاعیه بانک مرکزی، متضمن توصیف مجرمانه یک رفتار مباح با واکنش جزایی است که در جرم‌انگاری این رفتار، به عناصر سه‌گانه قانونی، مادی و روانی جرم توجهی نشده است و توصیف مجرمانه آن، مغایر با قوانین و اصول حقوقی هم چون عقد ضمان، حواله، اصل سرعت در معاملات و... است و نمی‌تواند مبنای مجازات اشخاص قرار گیرد؛ بنابراین این اطلاعیه عملاً فاقد اثر و نتیجه است، ولیکن باتوجه به اهمیت موضوع، نیازمند قانونگذاری در این زمینه هستیم.

### کلیدواژگان:

پول‌شویی، قانونگذاری بانک مرکزی، مسئولیت کیفری در تراکنش مالی، نقل و انتقال غیرمستقیم وجوه، واسطه‌گری مالی غیرمجاز.

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

forughi@shirazu.ac.ir

\*\* دانش‌آموخته دکتری، 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

در چند دهه اخیر، پول‌شویی از جمله جرایمی است که باتوجه به آثار گسترده آن، دغدغه‌های بسیاری در پی داشته، به‌نحوی که حتی ترک پیشگیری از این جرم نیز مورد بحث و مذاقه، و در ماده ۴ قانون مبارزه با پول‌شویی اصلاحی ۱۳۹۷، صراحتاً تکالیفی در راستای پیشگیری وضعی از جرم پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم برعهده شورای عالی مقابله و پیشگیری از جرائم پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم قرار گرفته است.

نگرانی‌های گسترده‌ای در سطح بین‌المللی و ملی وجود دارد، مبنی بر اینکه پول‌شویی حاکمیت قانون، دموکراسی و عملکرد اقتصادی را تضعیف می‌کند.<sup>۱</sup> غول‌های تجاری چندملیتی با سرمایه فراوان، لابی‌گران قدرتمند، مداخله‌کنندگان در سیاست و فرارکنندگان دیرینه از مقررات سرمایه و کار محسوب می‌شوند. مقامات تمایل دارند بدون پاسخ‌گویی عمومی و شفافیت کافی به پول‌های کلان دست یابند. به‌عنوان مثال، جدا از اقدامات غیرقانونی مانند فرار مالیاتی، فساد مالی با رویه‌های مشروع، منافع قدرتمندان را ارتقا می‌دهد و در نتیجه نابرابری‌های سیستماتیک را در جامعه تشدید می‌کند.<sup>۲</sup>

با تکیه بر رویکردهای نظری، رفتارگرایان استدلال می‌کنند که طمع، شناخته‌شده‌ترین انگیزه برای جرائم مالی توسط مجرمان یقه‌سفید است.<sup>۳</sup> به همین ترتیب از مهم‌ترین اهداف پول‌شویی نیز طمع پول بیشتر و پیشگیری از کشف درآمدهای نامشروع به‌وسیله مجریان قانون است. تطهیرکننده پول در پی آن است، وجوه حاصل از جرم اصلی را به‌گونه‌ای تغییر شکل دهد که کشف آن برای مراجع قانونی به‌راحتی امکان‌پذیر نباشد؛ زیرا این وجوه در خطر کشف و مصادره قرار دارند.<sup>۴</sup>

بنابراین مجرم باید توجیهی قابل‌پذیرش برای مایملک خود داشته باشد، در غیر این صورت وجود وجوه حاصل از جرم در ید او، دلیلی بر ارتکاب جرم اصلی است. به‌عنوان مثال، کارمندی که درآمد و هزینه‌های او با هم تناسب ندارد یا شخصی که از طریق قاچاق مواد مخدر درآمد بسیاری کسب کرده،

1. Van Dijk, J. J. "Mafia markers: Assessing organized crime and its impact upon societies", Trends in Organized Crime, Vol 10, No 4, 2007, pp.39-56.

2. Hock, B. "Policing fiscal corruption: Tax crime and legally corrupt institutions in the United Kingdom", Law and Contemporary Problems, Vol 85, No 4, 2023, pp. 159-183.

3. Gottschalk, P, "Trusted Chief Executives in Convenient White-Collar Crime. Crime & Delinquency", Online First, ۲۰۲۲, pp. ۲۹۸-۲۸۸. doi.org/۰۰۱۱۱۲۸۷۲۲۱۱۰۴۷۳۷/۱۰,۱۱۷۷

۴. محبتی، حسن و عطا حکیمی، پول‌شویی پاشنه آشیل اقتصاد، ج. ۱، تهران: نشر آوای سبحان، ۱۳۹۳، ص. ۸۱.

در خصوص منبع و منشأ دارایی‌های خود باید بتوانند توضیحی قابل‌پذیرش به مراجع ذی‌صلاح ارائه دهند، در غیر این صورت دارایی‌های این اشخاص به‌عنوان اموال مشکوک شناسایی می‌شود و امکان توقیف و مصادره آنها وجود دارد.<sup>۱</sup> هم‌زمان با رشد پول‌شویی به‌عنوان یک جرم فراملی، باین‌حال، مانند سایر اشکال جرم اقتصادی، به‌دلیل پیچیدگی و تصور نادرست از بدون قربانی بودن آن، این جرم همچنان در سطح نظری و عملی کم ارزش تلقی می‌شود.<sup>۲</sup>

نکته حائز اهمیت در جرم‌انگاری پول‌شویی، پیشگیری از بزه پوشی جرم منشأ و جلوگیری از ورود پول‌های نامشروع به بازار است؛ بنابراین مهم این است که درآمد حاصله، غیرمشروع و ناشی از ارتکاب جرم باشد. به‌عبارت دیگر، مجرمانه بودن رفتاری که اثر آن، کسب درآمد است، عنصر مهمی در وقوع بزه پول‌شویی است و تلاش بر آن است که با اتخاذ واکنش جزایی مناسب، کسب سود حاصل از این جرم، به حداقل ممکن برسد.

فقدان مقررات دولتی مؤثر و اخلاق حرفه‌ای کسب‌وکار، رویه‌ها و سیاست‌های نامناسب، به تسهیل ارتکاب جرم پول‌شویی منتهی می‌گردد.<sup>۳</sup> گسترش سریع سیستم‌ها و فناوری‌های مالی جهانی، بستری را برای فعالیت‌های مجرمانه مانند پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم فراهم کرده است. بخش مهمی از عملیات مبارزه با پول‌شویی (AML) نظارت بر تراکنش‌هاست که شامل تجزیه و تحلیل مداوم تراکنش‌های مالی برای شناسایی فعالیت‌های مشکوک و گزارش آن به مقامات بالاتر است.<sup>۴</sup> در راستای ایجاد محدودیت در این امر و به‌منظور مقابله با جرم پول‌شویی، در سوم اردیبهشت ماه ۱۴۰۴، طی اطلاعیه‌ای، بانک مرکزی صراحتاً اعلام کرده است، «واریز یا دریافت وجه از حساب فردی غیر از طرف معامله در زمان انجام معاملات، مشمول مجازات‌های مقررات مبارزه با پول‌شویی است و عواقب حقوقی و ممنوعیت‌های بانکی را به‌همراه دارد».<sup>۵</sup> پرسش اینجاست که این رفتار مصداقی از جرم پول‌شویی است یا از آن دسته رفتارهایی است که به‌عنوان جرمی جدید و تازه تأسیس، توأم با مجازات جرم پول‌شویی، واجد وصف مجرمانه گشته است. به دیگر سخن، واریز یا دریافت وجه از حساب شخصی غیر از طرف

۱. آذری راد، مریم، «معیارهای ضدپول‌شویی و مبارزه با تروریسم مالی»، *مجله دانشکده حقوق تهران*، ش. ۱۱، ۱۳۹۰، ص. ۱۹۸.  
2. Button, M., Hock, B., & Shepherd, D, **Economic crime: From conception to respons**, 1st ed, Routledge, 2022, p. 2.  
3. Khan, M., "International anti-money laundering measures and professional", *International Journal of Business and Management Research*, 2021, Vol 9, No 3, pp.307-319.  
4. Alkhalili M., Qutqut M.H., Almasalha, "Investigation of applying machine learning for watch-list filtering in anti-money laundering", 2021, Vol 9, pp. 18481-18496 .  
5. <https://cbi.ir/showitem/32246.aspx>.

معامله، منطبق با رفتار مجرمانه جرم پول‌شویی است یا بانک مرکزی به جرم‌انگاری و پاسخ‌دهی جزایی به یک رفتار مباح اقدام کرده است. برای پاسخ به این پرسش با توجه به قوانین موجود، علی‌الخصوص قانون مبارزه با پول‌شویی، رفتار مذکور مورد بحث و بررسی قرار داده شده است.

## ۱. عنوان مجرمانه

برای شناسایی ماهیت رفتار موضوع پژوهش و در راستای تبیین اینکه، این رفتار زیرعنوان جرائم موجود است یا یک جرم‌انگاری جدید، با توجه به اینکه واکنش جزایی تصریحی در اطلاعیه بانک مرکزی، مجازات جرم پول‌شویی است، نخست با توجه به عناوین مجرمانه موجود در قانون مبارزه با پول‌شویی، درباره اقدام موصوف بحث و بررسی شده است.

### ۱.۱. پول‌شویی

پول‌شویی عبارت است از تبدیل، رد و بدل، یا انتقال درآمدها، به‌منظور پنهان کردن منشأ غیرقانونی آن و به‌منظور فرار از قانون و تبدیل آن به پول تمیز و قانونی که به بدنه اقتصاد تزریق می‌شود.<sup>۱</sup> در عملیات پول‌شویی، پول غیرقانونی ناشی از فعالیت‌های مجرمانه (کلاهبرداری، قاچاق مواد مخدر، قاچاق کالا و...) با گذر از مراحل قانونی به‌صورت پولی مشروع جلوه‌گر می‌شود. پول‌شویی متضمن آثار منفی فراوان در عرصه‌های اجتماعی و اقتصادی از جمله تضعیف بخش خصوصی، کاهش درآمد دولت، گسترش فساد و ارتشا در جامعه و تقویت منابع مجرمین است. این عملیات هم درآمدهای غیرقانونی را موجه می‌سازد و هم موجب استمرار تخلفات تبهکاران می‌گردد که این امر موجب اشتباه نشان دادن تراز مالی سالانه و برهم‌خوردن موازنه اقتصادی کشور می‌گردد<sup>۲</sup> و تمایز بین تجارت مشروع و نامشروع مبهم می‌شود؛ زیرا سودهای فرار مالیاتی و سایر درآمدهای مجرمانه در جریان سرمایه پول‌شویی ادغام می‌شوند.<sup>۳</sup>

۱. ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی (اصلاحی مصوب ۱۳۹۷/۱۰/۱۵) پول‌شویی عبارت است از:  
الف) تحصیل، تملک، نگهداری یا استفاده از عواید حاصل از ارتکاب جرائم با علم به منشأ مجرمانه آن.  
ب) تبدیل، مبادله یا انتقال عوایدی به‌منظور پنهان یا کتمان کردن منشأ مجرمانه آن با علم به اینکه به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم از ارتکاب جرم به دست آمده یا کمک به مرتکب جرم منشأ به‌نحوی که وی مشمول آثار و تبعات قانونی ارتکاب آن جرم نشود.  
پ) پنهان یا کتمان کردن منشأ، منبع، محل، نقل و انتقال، جابه‌جایی یا مالکیت عوایدی که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در نتیجه جرم تحصیل شده باشد.

۲. جزایری، مینا، «پول‌شویی و مؤسسات مالی»، *مجله مجلس و پژوهش*، د. ۱۰، ش. ۳۷، ۱۳۸۲، ص. ۳۴.

3. Burcher, C. U., "Assessing the threat of nexus between organized crime and democratic politics: Mapping the factors", *Nternational Relations and Diplomacy*, 2017, Vol. 5, No. 1, pp. 1-19.

جرم پول‌شویی معمولاً در سه مرحله انجام می‌شود: ابتدا پول‌های کثیف وارد سیستم مالی می‌شوند. در واقع، پول‌شویان پول‌های کثیف را از منبع غیرقانونی خود جدا کرده و وارد سیستم مالی می‌کنند. این کار معمولاً با روش‌هایی مانند افتتاح حساب بانکی، خرید املاک و مستغلات یا سرمایه‌گذاری در کسب‌وکار، تقسیم پول‌ها به مبالغ کوچک، خرید و فروش اجناس گران‌قیمت، استفاده از صندوق‌های امانات، انتقال پول به حساب‌های خارجی و غیره انجام می‌شود.

در این مرحله درآمدهای غیرقانونی نزد نهادهایی همچون بانک یا انواع نهادهای مالی رسمی یا غیررسمی سپرده‌گذاری یا به خارج از کشور ارسال می‌شود یا کالای باارزشی هم چون سنگ‌ها و فلزات گران‌بها، آثار هنری و... که به سهولت قابل فروش است، خریداری می‌شوند. هدف تطهیرکننده این است که درآمد حاصله را از منبع و منشأ آن دور و از پیگیری مراجع ذی‌صلاح مصون دارد.<sup>۱</sup>

در مرحله بعد، پول‌های کثیف با پول‌های مشروع ادغام می‌شوند تا ردیابی آنها دشوار گردد. در این مرحله پول‌شویان تلاش دارند ردپای پول‌های خود را گم و منشأ آنها را نامشخص و پیچیده نشان دهند. این کار با استفاده از روش‌های مختلفی همچون استفاده از شرکت‌های صوری یا پوششی، انجام تراکنش‌های متعدد و پیچیده، خرید و فروش دارایی‌ها، استفاده از پارادایس‌های مالیاتی، استفاده از نمایندگان حقیقی یا حقوقی، انتقال پول بین حساب‌های مختلف و غیره انجام می‌گردد.

در مرحله ادغام، درآمدهای غیرقانونی با فعالیت‌های تجاری و قانونی تطهیر و سپس به اقتصاد کشور وارد می‌شود و جنبه مشروع می‌یابد. ادغام این وجوه در اقتصاد کشور به نحوی است که در ظاهر امر این گمان حاصل می‌شود که درآمد، ناشی از فعالیت‌های مشروع و قانونی است. پس از آن، تشخیص و تمایز وجوه غیرقانونی و قانونی دشوار است.<sup>۲</sup>

در این مرحله درآمدهای نامشروع به صورت دارایی‌های مشروع جلوه‌گر و در اقتصاد مشروع کشور تلفیق می‌شوند. این اقدام به صورت انتقال دارایی‌های در معرض نقل و انتقال به حساب بانکی مشروع و استفاده مرتکب جرم از این حساب است.<sup>۳</sup>

پس از آن، پول‌های کثیف به‌عنوان پول‌های مشروع تلقی می‌شوند و می‌توان از آنها برای اهداف قانونی استفاده کرد. در واقع در این مرحله، پول‌شویان پول‌های تمیز شده را به سیستم اقتصادی

۱. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، ج. ۹، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۸۵، ص. ۷۳.

۲. باقرزاده، احمد، جرایم اقتصادی و پول‌شویی، ج. ۱، تهران: نشر وفاق، ۱۳۸۲، ص. ۸۷.

3. Cox, Dennis, *Handbook of Anti Money Laundering*, John Wiley & Sons publication, 2014, PP. 18, 19.

بازمی‌گردانند و به‌عنوان درآمدهای قانونی نشان می‌دهند. این کار را می‌توانند با استفاده از روش‌های مختلفی همچون خرید و فروش سهام و اوراق بهادار، صدقات و کمک‌های خیرخواهانه، سرمایه‌گذاری در کسب و کارهای قانونی یا نیمه‌قانونی، خرید و فروش املاک و مستغلات و غیره انجام دهند.

در مجموع می‌توان گفت، پول‌شویی عملیاتی است که در آن وجوه ناشی از فعالیت‌های غیرقانونی، قانونی جلوه‌گر می‌شود. به دیگر سخن، پول‌شویی هر فعل یا ترک فعلی است که درآمدهای نامشروع و منشأ اصلی پول، برای قانونی جلوه دادن اموال یا وجوه با منشأ غیرقانونی مستور می‌گردد.<sup>۱</sup>

باتوجه به مراتب مذکور، صرف واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از طرف معامله، نمی‌تواند در زمره جرم پول‌شویی قرار گیرد، چراکه آنچه در ارتکاب جرم پول‌شویی حائز اهمیت است اینکه منشأ پول مجرمانه باشد؛ بنابراین نخست باید نامشروع بودن درآمد حاصله احراز گردد و بدون احراز این مهم و به‌صورت مطلق نمی‌توان هرگونه واریز یا دریافت وجه را مضمول مقررات پول‌شویی قرار داد و مرتکب را مجازات کرد؛ در صورتی که پول ناشی از معامله‌ای قانونی یا متکی بر قرارداد باشد و به‌عبارتی دارای منشأ مشروع و قانونی باشد، بخش نخست جرم پول‌شویی که همان غیرمشروع بودن پول اولیه است، حاصل نشده و اثبات آن تنها در صورتی است که احراز گردد وجه واریز یا دریافت شده از ثالث، فاقد منشأ قانونی بوده، فلذا نمی‌توان صرف واریز یا دریافت وجه ناشی از معامله به‌حساب ثالث را، تحت عنوان جرم پول‌شویی قرار داد.

از دیگر مصادیق پول‌شویی که می‌توان واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از طرف معامله را ذیل آن مورد بحث و بررسی قرار داد، عبارت مذکور در تبصره ۱ ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی است که بیان می‌دارد، در صورت ایجاد ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال، مسئولیت اثبات صحت آنها برعهده متصرف است.<sup>۲</sup>

به‌موجب این تبصره، که زیر عنوان پول‌شویی قرار گرفته و در صورت حصول آن مجازات پول‌شویی اعمال می‌گردد، برخلاف اصل شرعی و قانونی صحت مذکور در ماده ۲۳۲ قانون مدنی،<sup>۳</sup> بار اثبات صحت

۱. بابایی کنگ لو، جابر و امید رستمی، «پیشگیری از جرم پولشویی با نگاهی به سیاست جنایی تقنینی ایران»، کارآگاه، ش. ۱، ۱۳۸۹، ص. ۱۱.

۲. تبصره ۱: هرگاه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد، مانند آنکه نوعاً و باتوجه 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.

۳. هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول به صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود. این قاعده در فقه به «اصاله الصحه» مشهور است.

معامله را در مواردی که ظن نزدیک به علم به عدم صحت معامله وجود داشته باشد، برعهده مدعی صحت گذاشته و در غیر این صورت، درآمد حاصل از این معامله مشمول عنوان جرم پول‌شویی قرار می‌گیرد. واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از طرف معامله، در صورتی که ظن نزدیک به علم به عدم صحت معامله وجود داشته باشد و مدعی صحت معامله نتواند آن را اثبات کند، مشمول عنوان پول‌شویی قرار می‌گیرد و مجازات این جرم اعمال می‌گردد؛ نکته حائز اهمیت این است که حصول ظن نزدیک به علم برای قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده برای اثبات این جرم موضوعیت دارد و به صرف واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از طرف معامله، نمی‌توان رفتار را مشمول عنوان پول‌شویی قرار داد و مجازات پول‌شویی را اعمال کرد.

در نهایت می‌توان گفت، واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از طرف معامله، به صورت مطلق مشمول عنوان جرم پول‌شویی قرار نمی‌گیرد، بلکه این عنوان در صورتی است که احراز گردد مبلغ واریزی ناشی از جرم است یا ظن نزدیک به علم به عدم صحت معامله برای قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده وجود داشته باشد و مدعی صحت معامله نتواند آن را اثبات کند.

## ۱.۲. معاملات و عملیات مشکوک

پول‌شویی جرمی است که تلاش می‌کند منبع پول را پنهان و آن را در سیستم مالی قانونی بگنجانند<sup>۱</sup> و عملیاتی است با منشأ مجرمانه که مرتکب آن در صدد است به درآمدهای غیرقانونی خود مشروعیت ببخشد.<sup>۲</sup> به دیگر سخن، مجرمین مال ناشی از جرایمی هم چون، قاچاق کالا و مواد مخدر، خرید و فروش عتیقه، خرید و فروش سلاح، قاچاق انسان، اخذ رشوه، را با درآمدهای ناشی از فعالیت و اقدامات قانونی و مشروع ادغام و به اقتصاد کشور وارد می‌کنند.<sup>۳</sup> حدوث چنین رفتارهای مجرمانه‌ای به دلیل موجود نبودن سیستم اقتصادی کارآمد، برنامه‌ریزی‌های نامناسب اقتصادی و عدم اتخاذ واکنش‌های متناسب قانونی نسبت به سرمایه‌های با منشأ نامشخص نمود می‌یابد.<sup>۴</sup>

1. Al-Suwaidi N., Nobanee H, "Anti-money laundering and anti-terrorism financing: a survey of the existing literature and a future research agenda", *J. Money Launder, Control*, Vol. 24, No. 2, 2021, pp. 396-426.

۲. صحرائیان، مهدی، زیان‌های ناشی از تطهیر پول (اولین کارگاه سراسری علمی کاربردی قضات دادگاه‌های انقلاب اسلامی کشور در امر مبارزه با مواد مخدر)، تهران: نشر آبی، ۱۳۸۱، ص. ۸۲.

۳. سلیمی، صادق، جنایت سازمان یافته فراملی، تهران: جنگل، ۱۳۸۲، ص. ۵۸.

۴. هادیان، ابراهیم، پول‌شویی و اثرات اقتصادی آن (مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات همایش بین‌المللی مبارزه با پول‌شویی)، تهران: نشر وفاق، ۱۳۸۲، ص. ۱۴۳.

امروزه دامنه جرائم منشأ، محدود به پول ناشی از مواد مخدر نیست، بلکه به دلیل ویژگی فراملی جرم، به جرائم سازمان یافته، جرائم جدی و تروریسم نیز گسترش یافته است. این گسترش بیشتر به تأمین مالی تروریسم، تمرکز را به پول غیرقانونی حاصل از جرم محدود نکرده، بلکه به وجوه قانونی و غیرقانونی نیز گسترش یافته است و در نتیجه این مفهوم را از دیدگاه حقوق جزا پیچیده تر می کند. اگرچه هدف بسیاری از قانونگذاران ملی از جرم انگاری پول شویی، مبارزه با قاچاق مواد مخدر بود، سیاست بین المللی مبارزه با پول شویی، کشورها را به سمت تصویب جرائم مقدماتی جدید برای جرم پول شویی سوق داد که در نتیجه به گسترش دامنه این جرم منجر شد.<sup>۱</sup> به عنوان مثال، جرائم سازمان یافته، فعالیت های تروریستی، گروگان گیری، قاچاق مواد مخدر، معاملات دلالی، قمار، تقلبات مالی و اینترنتی، مالیات گریزان، و غیره<sup>۲</sup> از جمله جرائمی است که به عنوان جرم منشأ پول شویی مطرح نظر قرار گرفته است.

در راستای کشف جرم منشأ، مؤسسات مالی با چالش ها و پیچیدگی های زیادی در نظارت بر تراکنش ها مواجه اند، از جمله نرخ بالای مثبت کاذب، توسعه روش های پول شویی و نبود فرایند تشخیص مؤثر و کارآمد.<sup>۳</sup> به همین منظور، در بعضی نظام های حقوقی باینکه هیچ حکم محکومیتی نسبت به جرم اصلی صادر نمی شود و این جرم اثبات نمی گردد، درآمدها و دارایی های مشکوک شخص در معرض توقیف و مصادره قرار می گیرد. برای مثال در ایالات متحده آمریکا، اگر فرد مبلغ ده هزار دلار را در یک نوبت به حساب بانکی واریز کند، از نظر قانونی بانک باید موضوع را به مراجع قانونی اعلام کند و این احتمال وجود دارد که شخص مورد پیگرد مراجع ذی صلاح قرار گیرد. همچنین در صورتی که معامله ای با جایگاه طرف معامله تناسب نداشته یا اموالی در اختیار شخص باشد، این امور می تواند شخص را در مظان اتهام قرار دهد و در صورتی که این شخص نتواند منبع و منشأ قانونی این وجوه و اموال را اثبات کند، صرف نظر از اثبات یا عدم اثبات جرم اصلی، این اموال از جانب مقامات ذی صلاح توقیف و مصادره می گردند؛<sup>۴</sup> چراکه گسترش سیاست حقوقی جهانی مبارزه با پول شویی، گسترش مداوم فهرست جرائم منشأ پول شویی را نشان می دهد، همان طور که بسیاری از حوزه های قضایی در قوانین ملی خود نیز این

1. Zoppei, V. , **The german law-making process: tracing legislative intents, AML Law: Socio-Legal Perspectives on the Effectiveness of German Practices**, Springer, New York, N, 2017.

۲. زارع فرد، قائم مقام، **استانداردهای مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم**، تهران: بانک مرکزی، ۱۳۹۲، صص. ۶۷ - ۸۰.

3. Eifrem E, "How graph technology can map patterns to mitigate money-laundering risk Comput, Fraud Secur", 2019, Vol. 10, pp. 6-8.

۴. آذری راد، مریم، **منبع پیشین**، ص. ۳۳.

کار را انجام داده‌اند. قانونگذاران گسترش دامنه جرائم منشأ را با این منطوق توجیه کردند که این اقدام برای محافظت از اقتصاد مشروع در برابر دستکاری وجوه با منشأ مجرمانه ضروری است؛ بنابراین هدف، دفاع از سیستم مالی در برابر سوءاستفاده است. با این حال، این هدف هنوز محقق نشده است.<sup>۱</sup>

در حقوق داخلی، با استناد به بند چ ماده ۱ قانون مبارزه با پول‌شویی اصلاحی سال ۱۳۹۷،<sup>۲</sup> هر نوع معامله، دریافت یا پرداخت مال که براساس قرائن و اوضاع و احوالی هم چون، معاملات یا عملیاتی که به هر ترتیب مشخص شود، صوری یا ظاهری بوده و مالک شخص دیگری است، می‌تواند در زمره معاملات و عملیات مشکوک قرار گیرد؛ بنابراین واریز یا دریافت وجه از شخص غیر از طرف معامله، علی‌الخصوص زمانی که مبلغ کلانی جابه‌جا گردد، از جمله مواردی است که می‌تواند در زمره معاملات و عملیات مشکوک قرار گیرد و ظن وقوع پول‌شویی را تقویت کند.

در این میان، نکته قابل‌ذکر این است که این معاملات مشمول عنوان و مجازات جرم پول‌شویی قرار نمی‌گیرد، بلکه به موجب بند پ ماده ۷ قانون مبارزه با پول‌شویی، اشخاص، نهادها و دستگاه‌های مشمول این قانون ملزم‌اند گزارش این معاملات را به مرکز اطلاعات مالی ایران ارسال کنند تا موضوع مورد بررسی قرار گیرد.

بنابراین واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از طرف معامله، ممکن است در زمره معاملات و عملیات مشکوک قرار گیرد که در این صورت، با استناد به قانون این رفتار متضمن عنوان و مجازات جرم پول‌شویی نیست، بلکه حداکثر می‌تواند ظن به وقوع جرم پول‌شویی را ایجاد کند که در صورت احراز پول‌شویی، می‌توان مجازات آن را اعمال کرد. در غیر این صورت، به موجب تبصره ۳ ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی، چنانچه ظن نزدیک به علم بر تحصیل مال از طریق نامشروع وجود داشته باشد، در حکم

1. Slot, B. and Swart, D.L., *Assessing the Outcomes of AML Policies, Ambitions and reality* New York, NY, 2019.

۲. «چ - معاملات و عملیات مشکوک:

معاملات و عملیات مشکوک شامل هر نوع معامله، دریافت یا پرداخت مال اعم از فیزیکی یا الکترونیکی یا شروع به آنهاست که براساس قرائن و اوضاع و احوالی مانند موارد زیر ظن وقوع جرم را ایجاد کند:

- ۱- معاملات و عملیات مالی مربوط به ارباب رجوع که بیش از سطح فعالیت مورد انتظار وی باشد.
- ۲- کشف جعل، اظهار کذب یا گزارش خلاف واقع از سوی مراجعان قبل یا بعد از آنکه معامله یا عملیات مالی صورت گیرد و نیز در زمان اخذ خدمات پایه.
- ۳- معاملات یا عملیات مالی که به هر ترتیب مشخص شود صوری یا ظاهری بوده و مالک شخص دیگری است.
- ۴- معاملات یا عملیات مالی بیش از سقف مقرر در آیین‌نامه اجرایی این قانون هر چند مراجعان قبل یا حین معامله یا عملیات مزبور از انجام آن انصراف داده یا بعد از انجام آن بدون دلیل منطقی نسبت به فسخ قرارداد اقدام نمایند».

مال نامشروع محسوب می‌شود و در صورتی که مشمول مجازات شدیدتری نباشد، به حبس درجه شش محکوم می‌شود.

در نهایت می‌توان گفت، پیش‌بینی مجازات جرم پول‌شویی برای واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از طرف معامله، با عدم اثبات جرم پول‌شویی، حتی در صورتی که ظن نزدیک به علم بر تحصیل مال از طریق نامشروع وجود داشته باشد، نمی‌تواند مشمول مجازات پول‌شویی قرار گیرد و این اقدام مغایر با قانون مبارزه با پول‌شویی است؛ چراکه این رفتار، در صورتی که ظن به تحصیل مال از طریق نامشروع را ایجاد کند، نه تحت عنوان جرم پول‌شویی، بلکه در قالب یک جرم خاص با مجازات مشخص مذکور در تبصره ۳ ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی، قابل مجازات است.

نکته قابل تأمل اینجاست که باتوجه به اصل برائت، نه تنها باید ظن نزدیک به علم حاصل گردد، بلکه به موجب تبصره ۱ ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی، حصول آن فقط برای قاضی باید محرز گردد؛ بنابراین واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از طرف معامله، به صورت مطلق ضمان‌آور نیست و در صورتی که ظن نزدیک به علم برای قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده مبنی بر احتمال تحصیل مال از طریق نامشروع حاصل گردد، قابل مجازات است که در این صورت مجازات مقرر در تبصره ۳ ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی قابل اعمال است نه مجازات پول‌شویی.

در ادامه باتوجه به موارد مذکور و با عنایت به اینکه بزه مذکور در اطلاعیه بانک مرکزی یک جرم خاص است، عناصر آن در قسمت بعد مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲. عناصر جرم

هر جرم متشکل از سه عنصر قانونی، مادی و روانی است که بررسی آنها در شناخت یک بزه حائز اهمیت است و بالتبع بررسی هر یک از این عناصر در شناسایی جرم موضوع مقاله نیز باید مطمح نظر قرار گیرد.

### ۲.۱. عنصر قانونی

عنصر قانونی به این معناست که تنها ترک فعل یا فعلی که در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده، جرم است که به «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها» شناخته می‌شود؛ بنابراین هیچ جرمی وجود ندارد، مگر قانون به آن تصریح کرده باشد.<sup>۱</sup>

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج. ۱، چ. ۷۴، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۳، ص. ۳۵.

به‌استناد اصل ۷۱ قانون اساسی، وضع قانون از اختیارات قوه مقننه است و تنها مرجع قانونگذاری و صلاحیت‌دار در تحدید آزادی‌های مردم، قوه مقننه است. به‌عبارت دیگر، هیچ‌یک از قوا و سازمان‌ها، حق ندارند آزادی‌های افراد را با استناد به وضع قانون از جانب خود محدود کنند.

ازجمله قوانین مصوبه مجلس، قانون مبارزه با پول‌شویی است که در جهت مبارزه با تطهیر عواید حاصل از جرم، تصویب شده است. به‌موجب این قانون، جرم پول‌شویی تعریف و مصادیق آن ذکر شده است، اما از مجرمانه بودن واریز یا دریافت وجه از حساب شخص ثالث، سخنی به میان نیامده است؛ به‌عبارت دیگر، به‌موجب این قانون، این رفتار، جرم و توأم با واکنش جزایی نیست، مگر تحت شرایطی که در قسمت قبل بحث و بررسی شد.

از دیگر قوانین مرتبط با جرم پول‌شویی، قانون مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم است که در این قانون نیز واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از طرف معامله، جرم‌انگاری نشده است. بنابراین تنها جایی که از مجرمانه بودن این رفتار سخن به میان آمده، اطلاعیه بانک مرکزی جمهوری اسلامی است که در آن، این رفتار توأم با واکنش جزایی گردیده است، ولی با توجه به اینکه این منبع نمی‌تواند به‌عنوان عنصر قانونی جرم‌انگاری این رفتار مطمح نظر قرار گیرد، باید اذعان داشت، واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از طرف معامله، فاقد رکن قانونی در جرم‌انگاری است.

در نظام حقوقی ایران، مطابق اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، تنها مراجع ذی‌صلاح تقنین، مجلس شورای اسلامی است که مجاز به جرم‌انگاری و تعیین مجازات است. بر این اساس، هرگونه اقدام در جهت توصیف مجرمانه یک رفتار، صرفاً زمانی مشروع و قابل استناد خواهد بود که مستند به قانون مصوب مجلس و در چارچوب اصول حقوق کیفری باشد. در نتیجه، نمی‌توان بخشنامه‌ها، دستورالعمل‌ها یا اطلاعیه‌های اداری را به‌عنوان مبنای قانونی برای تعقیب کیفری افراد تلقی نمود.

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران گرچه به‌عنوان نهاد ناظر بر نظام پولی و مالی کشور وظیفه وضع مقررات نظارتی و انتظامی برای بانک‌ها و مؤسسات مالی را برعهده دارد، این نهاد، مرجع قانونگذاری کیفری محسوب نمی‌شود. اطلاعیه‌ها و بخشنامه‌های صادره از سوی بانک مرکزی در مقام تنظیم‌گری و ارتقای شفافیت مالی صادر می‌شوند، اما قابلیت ایجاد وصف مجرمانه برای یک رفتار را ندارند. در واقع، اطلاعیه مذکور حداکثر می‌تواند بیانگر یک توصیه یا الزام اداری برای بانک‌ها باشد نه مبنایی برای تعقیب کیفری شهروندان.

باتوجه به مراتب فوق، هرچند بانک مرکزی در اطلاعیه خود نسبت به اجتناب از واریز یا دریافت وجه از حساب اشخاص ثالث هشدار داده و آن را اقدامی مشکوک به پول‌شویی تلقی کرده است، این امر به‌تنهایی برای تحقق عنصر قانونی جرم کافی نیست. مادامی که قانون مصوب و مشخصی درخصوص جرم‌انگاری این رفتار وجود نداشته باشد، نمی‌توان صرفاً با استناد به اطلاعیه یک نهاد اجرایی، افراد را تحت تعقیب کیفری قرار داد یا رفتار آنان را جرم محسوب کرد. در نتیجه، این عمل فاقد مبنای قانونی لازم برای جرم‌انگاری است و نمی‌تواند موجب مسئولیت کیفری افراد شود.

## ۲.۲. عنصر مادی

در تبیین عنصر مادی، رفتار مرتکب عبارت است از واریز کردن یا دریافت وجه. مراد از واریز یا دریافت وجه، انتقال پول از یک حساب به حساب دیگر است و در این میان شرط لازم این است که حساب مذکور متعلق به طرف معامله نباشد و نتیجه این امر، انتقال وجه از حساب یک شخص به حساب شخص دیگر است که یکی از اشخاص صاحب حساب، طرف معامله نباشد.

واریز وجه به حساب دیگری بر مبنای اصل آزادی قراردادهای، عملی مجاز و مشروع است و همه اشخاص این اختیار را دارند که نسبت به هر نوع معامله و قراردادی که معایر با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد با یکدیگر توافق کنند و در این میان تعهدی به نفع شخص ثالث نیز در ضمن قرارداد، انجام دهند، ولو با عدم اطلاع به متعهدله.<sup>۱</sup> دریافت وجه از حساب دیگری نیز بر مبنای قواعد کلی و علی‌الخصوص ماده ۲۶۵ قانون مدنی<sup>۲</sup> و قوانین مرتبط با عقد ضمان و حواله، عملی مباح است. در چارچوب حقوق مدنی و مطابق با قوانین مربوط به عقد ضمان و حواله، انتقال دین از ذمه بدهکار اصلی به ذمه شخص ثالث امری کاملاً مباح و مشروع است. به موجب عقد ضمان، شخص ثالث متعهد می‌شود که در صورت عدم پرداخت بدهی توسط بدهکار اصلی، این شخص مسئول پرداخت دین باشد. این عقد در نظام حقوقی ایران شناخته شده است و کاربرد گسترده‌ای در معاملات و تعهدات مالی دارد.

۱. ماده ۱۹۶ قانون مدنی: کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود. معذک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.

۲. ماده ۲۶۵ قانون مدنی: هر کس مالی به دیگری بدهد، ظاهر در عدم تبرع است. بنابراین، اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد، می‌تواند استرداد کند. به عبارت دیگر، پرداخت وجه یا مال به دیگری، به‌طور معمول نشان می‌دهد که این عمل به‌عنوان پرداخت بدهی انجام شده است و نه به‌عنوان یک بخشش یا تبرع. اگر کسی ادعا کند که به‌طور اشتباه یا بدون بدهی، مالی را به دیگری داده است، می‌تواند برای استرداد آن مال اقدام کند.

عقد حواله نیز به‌عنوان یکی از عقود معین، فرایند انتقال دین را تسهیل می‌کند؛ به‌گونه‌ای که طلبکار می‌تواند حق دریافت طلب خود را به شخص ثالث منتقل کند یا بدهکار می‌تواند پرداخت دین خود را به شخص ثالث محول نماید. این سازوکارها از ارکان مهم اجرای تعهدات مالی در روابط حقوقی محسوب می‌شوند و در قانون مدنی به آنها تصریح شده است.

با عنایت به مراتب مذکور، واریز وجه یا دریافت آن از حساب شخص ثالث نه‌تنها از نظر حقوقی فاقد اشکال است، بلکه مطابق با قواعد حاکم بر انتقال دین و تعهدات مالی محسوب می‌شود. بنابراین، نمی‌توان این‌گونه اقدامات را صرفاً به‌دلیل انجام آنها از حساب شخص ثالث، مشمول ممنوعیت یا اتهامات کیفری دانست.

از دیگر سو، به‌موجب اصل سرعت در معاملات، معاملات و قراردادهای باید با سرعت و فوریت انجام شوند تا از فرصت‌ها به بهترین نحو استفاده شود و اطمینان و ثبات در روابط تجاری حفظ گردد. این اصل یکی از ویژگی‌های مهم معاملات تجاری است که آنها را از معاملات مدنی متمایز می‌کند؛ چراکه در معاملات تجاری، زمان نقشی حیاتی دارد و تأخیر در انجام تعهدات می‌تواند باعث از دست رفتن فرصت‌های اقتصادی یا وارد آمدن ضرر به طرفین شود.

اصل سرعت الزام می‌کند که طرفین در انجام قراردادهای، اجرای تعهدات و انجام مراحل مربوط به معاملات تسریع کنند و از هرگونه تأخیر غیرموجه پرهیز نمایند. این اصل باعث تسهیل جریان مالی و کالا در بازار می‌شود و از بروز اختلافات ناشی از طولانی شدن روند معامله جلوگیری می‌کند. اگرچه در قوانین ایران اصل سرعت به‌طور مستقیم ذکر نشده، در مقررات مربوط به معاملات تجاری و اجرای تعهدات، بر اهمیت سرعت و فوریت تأکید شده است. همچنین، قواعد عمومی قراردادهای در قانون مدنی که در حقوق تجارت نیز کاربرد دارد، بر اجرای سریع تعهدات تأکید دارند.

بنابراین مجازات رفتار مباحی که این رفتار موجب تعجیل در معاملات و اجرای تعهدات علی‌الخصوص تعهدات مالی می‌گردد، نه‌تنها امری مذموم، بلکه مغایر با اصل سرعت در معاملات تجاری است. این‌گونه رفتارها، به‌دلیل نقش مهمی که در تسهیل تبادل مالی و افزایش نقدینگی در بازار دارند، نباید نادیده انگاشته شوند. ایجاد موانع حقوقی و مجازات می‌تواند روند طبیعی و منطقی معاملات تجاری را مختل کند و پیرو آن، به کاهش اعتماد و کارایی بازار منجر شود.

اصل سرعت در معاملات تجاری تأکید دارد که اجرای تعهدات باید با فوریت و بدون تأخیر صورت پذیرد تا جریان اقتصادی و تجاری به‌صورت روان و کارآمد ادامه یابد. مجازات اعمالی که موجب تعجیل

در انجام معاملات و تسریع در ایفای تعهدات مالی می‌شوند، نه تنها موجب توقف این روند مثبت می‌گردد، بلکه با منطبق حاکم بر حقوق تجارت، که تأکید بر سرعت و سهولت در انجام تعهدات دارد، منافات دارد. لذا، از منظر حقوقی و اقتصادی، اعمال مجازات در چنین مواردی فاقد توجیه کافی است.

از دیگر سو، اصل بر براءت و حفظ آزادی اشخاص است. در ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، حق آزادی شخصی تحت عنوان آزادی از بازداشت خودسرانه، به صورت ضمانت اجرای شکلی در مقابل بازداشت غیرقانونی نمود یافته است. حق آزادی و امنیت شخصی در بند ۱ ماده ۹ به عنوان اصل ذکر شده و سلب غیرقانونی آن ممنوع است. در چهار بند بعدی ماده ۹ میثاق به تأمین و حفاظت از آزادی شخصی اشاره شده است. در خصوص ماده ۹ میثاق، در تفسیر عمومی شماره ۸ کمیته حقوق بشر، بیان شده است که بند ۱ این ماده بر همه موارد سلب آزادی قابل اعمال است. فارغ از دعوی کیفری، این بند بر بیماری‌های روانی، ولگردی، اعتیاد به مواد مخدر و... نیز حاکم است؛ اگرچه بندهای ۲ و ۳ این ماده غالباً در خصوص اشخاص دارای مسئولیت کیفری است.<sup>۱</sup>

باتوجه به ضرورت رعایت آزادی‌های اشخاص و جلوگیری از تعدیل خودسرانه آن، اقدام به تحدید آزادی باوجود دلایل قابل پذیرش، علی‌الخصوص در مواردی که این محدودیت توأم با ضمانت اجرای جزایی است، تنها در اختیار قوه مقننه و مقام قانونگذاری است و هیچ سازمان یا نهادی نمی‌تواند به بهانه تأمین امنیت و حفظ نظم عمومی، به ممنوعیت رفتار مباح و مجازات اشخاص اقدام نماید؛ واریز یا دریافت وجه از حساب شخصی غیر از طرف معامله، مصداق بارز یک رفتار مباح است که ممنوعیت این رفتار و مجازات مرتکب باید در قوانین موضوعه ذکر گردد، در غیراین صورت مجرمانه انگاشتن این رفتار از سوی بانک مرکزی، ایجاد یک جرم تأسیسی است که نه از جانب قوه مقننه، بلکه از سوی مقامی که فاقد اختیار قانونگذاری است، وضع گردیده و مجازات شخص بر پایه چنین رفتاری، غیرقانونی است.

### ۲.۳. عنصر روانی

در حقوق جزا، گاه واکنش جزایی به رفتار مرتکب نیازمند علم و اراده مرتکب نسبت به موضوع و قصد نتیجه یا علم به آن است که در این حالت سخن از جرائم عمد به میان می‌آید<sup>۲</sup> و غالب جرم‌انگاری‌های موجود در قوانین نیز از این شاخصه تبعیت می‌کنند. در مقابل، گونه‌ای دیگر از جرائم

1. Human Rights Committee, General Comment No.8, HRI/GEN/1/Rev.8, 1982.

۲. ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی: در تحقق جرائم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد. در جرائمی که وقوع آنها بر اساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود.

تحت عنوان جرائم غیرعمد قرار می‌گیرند که مجازات مرتکب منوط به احراز تقصیر مرتکب اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است.<sup>۱</sup>

بنابراین توصیف مجرمانه یک رفتار یا نیازمند وجود علم و عمد نسبت به رفتار و قصد نتیجه مجرمانه است یا متضمن عنوان جرائم غیرعمد است و نیازمند احراز تقصیر مرتکب مبتنی بر مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آنهاست.

در اطلاعیه بانک مرکزی، صرف واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از متعاملین، متضمن مجازات پول‌شویی قرار گرفته است به عبارتی، واکنش جزایی مابه ازای رفتار مرتکب است و صرف‌نظر از قصد ارتکاب جرم پول‌شویی یا عدم قصد آن، و نیز صرف‌نظر از احراز تقصیر مرتکب در بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی یا عدم احراز این تقصیر، با ارتکاب رفتار، واکنش جزایی اعمال می‌گردد و این در صورتی است که حتی در فرضی که قوه مقننه به‌عنوان مرجع قانونی وضع جرائم، اقدام به جرم‌انگاری رفتار می‌کند، اصل بر این است که قصد حصول نتیجه مجرمانه را در ثبوت جرم لازم می‌داند و فقط در برخی جرائم خاص و باتوجه به اهمیت موضوع، به جرم‌انگاری رفتار بدون قصد نتیجه اقدام می‌کند که در این موارد نیز احراز تقصیر مرتکب را لازم می‌داند.

بنابراین صرف‌نظر از صلاحیت یا عدم صلاحیت قانونی بانک مرکزی در جرم‌انگاری واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از متعاملین، باینکه صرف رفتار در این جرم عملی مباح است، در این اطلاعیه، وجود قصد ارتکاب پول‌شویی یا تقصیر مرتکب ضرورتی ندارد و به صرف رفتار، ولو اینکه هیچ قصد و تقصیری وجود نداشته باشد، مجازات پول‌شویی باید اعمال گردد.

این در صورتی است که در بندهای ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی، بر علم به منشأ مجرمانه به‌صراحت تأکید شده و مجرمانه بودن رفتار و وقوع جرم، منوط به وجود رکن روانی شده است. این به آن معناست که مصادیق این جرم نیازمند سوءنیت است؛ بنابراین صرف انجام عملی مانند دریافت یا انتقال وجه، بدون آگاهی از اینکه مال حاصل از جرم بوده، نمی‌تواند مصداق جرم پول‌شویی تلقی شود. در واقع،

۱. ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی: تحقق جرائم غیرعمدی منوط به احراز تقصیر مرتکب است. در جنایات غیرعمدی اعم از شبه‌عمدی و خطای محض مقررات کتاب قصاص و دیات اعمال می‌شود.  
تبصره: تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آنها، حسب مورد، از مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی محسوب می‌شود.

عنصر روانی یا قصد مجرمانه (سوءنیت) بخش جدایی‌ناپذیر این جرم است و نبود آن، به معنای فقدان وصف مجرمانه در رفتار خواهد بود.

بر همین اساس، اگر شخصی وجهی را دریافت کند یا انتقال دهد و نسبت به منشأ آن ناآگاه باشد، یا وجه را ناشی از یک معامله عادی و مشروع بداند، نمی‌توان وی را تحت عنوان مرتکب جرم پول‌شویی مورد تعقیب قرار داد؛ زیرا قانونگذار به صراحت «علم به منشأ مجرمانه» را شرط لازم برای تحقق جرم پول‌شویی می‌داند و در غیاب این علم، عنصر معنوی جرم مخدوش است. چنین تفسیری با اصول دادرسی کیفری، از جمله اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و اصل براءت نیز سازگار است.

از این منظر، هرگونه تفسیر موسع یا تسری مفاد قانون مبارزه با پول‌شویی به رفتارهایی که فاقد عنصر روانی لازم‌اند، مغایر با اصول مسلم حقوق کیفری است و امکان دارد موجب سلب امنیت حقوقی افراد و تزلزل در آزادی‌های مشروع معاملاتی شود و در همین راستا اطلاعیه بانک مرکزی در جرم‌انگاری واریز یا دریافت وجه از حساب فردی غیر از طرف معامله بدون نیاز به اثبات رکن روانی مرتکب، برخلاف نص ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی است که اثبات این جرم را نیازمند احراز سوءنیت دانسته است.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

اخیراً طی اطلاعیه‌ای، بانک مرکزی به صراحت اعلام کرده است: «واریز یا دریافت وجه از حساب فردی غیر از طرف معامله در زمان انجام معاملات، مشمول مجازات‌های مقررات مبارزه با پول‌شویی است و عواقب حقوقی و ممنوعیت‌های بانکی را به همراه دارد». با بررسی قوانین موجود و اصول و قواعد حقوقی آنچه روشن است اینکه در صورت احراز سوءنیت و ارتباط با جرم منشأ، استفاده از حساب غیر از متعاملین می‌تواند در چارچوب جرم پول‌شویی قابل تعقیب باشد؛ همچنین در صورتی که، ظن نزدیک به علم بر تحصیل مال از طریق نامشروع، برای قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده وجود داشته باشد، در حکم مال نامشروع محسوب می‌شود و در صورتی که مشمول مجازات شدیدتری نباشد، به حبس درجه شش

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص رکن روانی در جرم پول‌شویی ر.ک به: ساریخانی، عادل و مرتضی فتاحی، «عناصر موضوعی جرم پول‌شویی در قانون مبارزه با پول‌شویی ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، د. ش. ۴ و ۵، ۱۳۹۴، صص. ۲۵۶-۲۳۷؛ رستمی، هادی، «تحصیل مال از طریق نامشروع در پرتو مقررات پول‌شویی»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، د. ش. ۴۹، ۲، ۱۳۹۸، صص ۴۱۷-۳۹۷؛ اکبری، محمود، احمد امی و عباس مظفری، «فرض مجرمیت در جرم پول‌شویی مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فقه امامیه و کنوانسیون پالمو»، *فصلنامه فقه جزای تطبیقی*، د. ش. ۴، ۲، ۱۴۰۳، صص. ۱۵۷-۱۴۵.

محکوم می‌شود. در مواردی نیز که ظن نزدیک به علم به عدم صحت معامله برای قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده وجود داشته باشد و مدعی صحت معامله نتواند آن را اثبات کند، مشمول عنوان پول‌شویی قرار می‌گیرد؛ اما در فقدان چنین شرایطی، واریز یا دریافت وجه از حساب غیر از متعاملین متضمن عنوان مجرمانه قانونی نیست و جرم‌انگاری آن، مغایر با قوانین و اصول حقوقی همچون عقد ضمان، حواله، اصل سرعت در معاملات و... است و بانک مرکزی جمهوری اسلامی با صدور این اطلاعیه، به توصیف مجرمانه یک رفتار مباح توأم با واکنش جزایی اقدام نموده و جرم جدیدی به دایره قوانین جزایی کشور وارد کرده است. اما در جرم‌انگاری این رفتار، به عناصر سه‌گانه جرم توجهی نشده است؛ زیرا از حیث رکن قانونی، بانک مرکزی ایران گرچه به‌عنوان نهاد ناظر بر نظام پولی و مالی کشور وظیفه وضع مقررات نظارتی و انتظامی برای بانک‌ها و مؤسسات مالی را بر عهده دارد، اما این نهاد، مرجع قانون‌گذاری کیفری محسوب نمی‌شود. از منظر رکن مادی نیز، واریز وجه به حساب دیگری بر مبنای اصل آزادی قراردادهای، عملی مجاز و مشروع است و همه اشخاص این اختیار را دارند که نسبت به هر نوع معامله و قراردادی که مغایر با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد با یکدیگر توافق کنند و در این میان تعهدی به نفع شخص ثالث نیز در ضمن قرارداد انجام دهند، ولو با عدم اطلاع به متعهدله. دریافت وجه از حساب دیگری نیز بر مبنای قواعد کلی و علی‌الخصوص ماده ۲۶۵ قانون مدنی و قوانین مرتبط با عقد ضمان و حواله و اصولی همچون اصل سرعت در معاملات، عملی مباح است که این اطلاعیه مغایر با این قوانین و اصول است. از حیث رکن روانی نیز در بندهای ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی، علم به منشأ مجرمانه صراحتاً مورد تأکید قرار گرفته و مجرمانه بودن رفتار و وقوع جرم، منوط به وجود رکن روانی شده است. این به آن معناست که مصادیق این جرم نیازمند سوءنیت است؛ بنابراین صرف انجام عملی مانند دریافت یا انتقال وجه، بدون آگاهی از اینکه مال حاصل از جرم بوده، نمی‌تواند مصداق جرم پول‌شویی تلقی شود. در واقع، عنصر روانی یا قصد مجرمانه (سوءنیت) بخش جدایی‌ناپذیر این جرم است و نبود آن به معنای فقدان وصف مجرمانه در رفتار خواهد بود. در نهایت باتوجه به اختیار مطلق قوه مقننه در قانونگذاری و تحدید آزادی‌های اشخاص، این اطلاعیه نمی‌تواند مبنای الصاق برچسب مجرمانه به مرتکب آن و مجازات شخص گردد؛ چراکه در این صورت، عملی خلاف قانون صورت گرفته است. حال آنکه باتوجه به اهمیت موضوع، نیاز به قانونگذاری در این زمینه وجود دارد.

## فهرست منابع الف) منابع فارسی کتاب

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج. ۱، چ. ۷۴، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۳.
۲. باقرزاده، احمد، جرائم اقتصادی و پول شویی، چ. ۱، تهران: نشر وفاق، ۱۳۸۲.
۳. زارع فرد، قائم مقام، استانداردهای مبارزه با پول شویی و تأمین مالی تروریسم، تهران: بانک مرکزی، ۱۳۹۲.
۴. سلیمی، صادق، جنایت سازمان یافته فراملی، تهران: جنگل، ۱۳۸۲.
۵. صحراییان، مهدی، زبان‌های ناشی از تطهیر پول (اولین کارگاه سراسری علمی کاربردی قضات دادگاه‌های انقلاب اسلامی کشور در امر مبارزه با مواد مخدر)، تهران: نشر آبی، ۱۳۸۱.
۶. محبتی، حسن و عطا حکیمی، پول شویی؛ پاشنه آشیل اقتصاد، چ. ۱، تهران: نشر آوای سبحان، ۱۳۹۳.
۷. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، چ. ۹، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۸۵.
۸. هادیان، ابراهیم، پول شویی و اثرات اقتصادی آن»، در: مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات همایش بین‌المللی مبارزه با پول شویی، تهران: نشر وفاق، ۱۳۸۲.

## مقاله

۹. اکبری، محمود، احمد امی و عباس مظفری، «فرض مجرمیت در جرم پول شویی: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فقه امامیه و کنوانسیون پالمو»، فصلنامه فقه جزای تطبیقی، د. ۴، ش. ۲، ۱۴۰۳، صص. ۱۵۷-۱۴۵. doi: jccj.2024.441316.1482/10.22034.
۱۰. بابایی کنگلو، جابر و امید رستمی، «پیشگیری از جرم پول شویی با نگاهی به سیاست جنایی تقنینی ایران»، کارآگاه، ش. ۱، ۱۳۸۹، صص. ۱۳۱-۱۰۸.
۱۱. جزایری، مینا، «پول شویی و مؤسسات مالی»، مجله مجلس و پژوهش، د. ۱۰، ش. ۳۷، ۱۳۸۲، صص. ۷۶-۵۹.
۱۲. رستمی، هادی، «تحصیل مال از طریق نامشروع در پرتو مقررات پول شویی»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، د. ۴۹، ش. ۲، ۱۳۹۸، صص. ۴۱۷-۳۹۷. doi: jqclcs.2020.287559.1460/10.22059.
۱۳. ساریخانی، عادل و مرتضی فتحی، «عناصر موضوعی جرم پول شویی در قانون مبارزه با پول شویی ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، د. ۲، ش. ۴ و ۵، ۱۳۹۴، صص. ۲۵۶-۲۳۷. doi: JQCLCS-201602-1098.

## References:

### Books

1. Ardabili, Mohammad Ali, **General Criminal Law**, Vol. 1, 74th ed, Tehran: Mizan Publishing, 2024. (in Persian)
2. Bagherzadeh, Ahmad, **Economic Crimes and Money Laundering**, 1st ed, Tehran: Vefagh Publishing, 2023. (in Persian)
3. Button, Mark, Branislav, Hock., & David, Shepherd, **Economic Crime: From Conception to Response**, 1st ed, Routledge, 2022.
4. Cox, Dennis, **Handbook of Anti-Money Laundering**, John Wiley & Sons, 2014.
5. Salimi, Sadegh, **Transnational Organized Crime**, Tehran: Jangal Publishing, 2003. (in Persian)
6. Sahraian, Mehdi, **Damages Arising from Money Laundering (Proceedings of the First National Applied Scientific Workshop for Judges of Islamic Revolution Courts on Combating Narcotics)**, Tehran: Abi Publishing, 2002. (in Persian)
7. Hadian, Ebrahim, **Money Laundering and Its Economic Effects, In Proceedings of the International Conference on Combating Money Laundering**, Tehran: Vefagh Publishing, 2003. (in Persian)
8. Mohabbati, Hassan & Ata, Hakimi, **Money Laundering: The Achilles' Heel of the Economy**, 1st ed, Tehran: Avaye Sobhan Publishing, 2014. (in Persian)
9. Mohammadi, Abolhassan, **Principles of Islamic Jurisprudence (Fiqh Rules)**, 9th ed, Tehran: Dadgostar Publications, 2006. (in Persian)
10. Zarei Fard, Ghaem-Maghani, **Standards for Combating Money Laundering and Terrorism Financing**, Tehran: Central Bank of Iran, 2013. (in Persian)
11. Slot, B., & D. L., Swart, **Assessing the Outcomes of AML Policies: Ambitions and Reality**, New York, NY, 2019.

### Articles

12. Akbari, Mahmoud, Ahmad Ami & Abbas, Mozaffari, "Presumption of Guilt in the Crime of Money Laundering: A Comparative Study in Iranian Law", Imamiyya Jurisprudence and the Palermo Convention, *Comparative Criminal Jurisprudence Quarterly*, Vol. 4, No. 2, 2024, pp. 145–157. (in Persian) doi: jccj.2024.441316.1482/10.22034.
13. Alkhalili, Mohammad., Mahmoud. H., Qutqut, & Fadi, Almasalha, "Investigation of Applying Machine Learning for Watch-List Filtering in Anti-Money Laundering", Vol. 9, 2021. PP: 18481-18496. DOI:10.1109/ACCESS.2021.3052313

14. Al-Suwaidi, Noura., & Haitham, Nobanee., "Anti-Money Laundering and Anti-Terrorism Financing: A Survey of the Existing Literature and a Future Research Agenda", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 24, No. 2, 2021. PP: 396-426. DOI:10.1108/JMLC-03-2020-0029.
15. Babaei Kangloul, Jaber & Omid Rostami, "Crime Prevention of Money Laundering with Emphasis on Iran's Legislative Criminal Policy", *Karagah*, No. 1, 2010, pp. 108-131. (in Persian)
16. Burcher, Catalina. Uribe., "Assessing the Threat of Nexus between Organized Crime and Democratic Politics: Mapping the Factors", *International Relations and Diplomacy*, Vol. 5, No. 1, 2017, pp: 127-142. doi.org/10.1177/2631309X241261656.
17. Eifrem, Emil, "How Graph Technology Can Map Patterns to Mitigate Money-Laundering Risk", *Computer Fraud & Security*, Vol. 10, 2019, pp. 161-171. doi.org/10.1016/S1361-3723(19)30105-8.
18. Gottschalk, Petter, "Trusted Chief Executives in Convenient White-Collar Crime. Crime & Delinquency", Online First, 2022, pp. 288-298. doi.org/10.1177/00111287221104737.
19. Hock, Branislav, "Policing Fiscal Corruption: Tax Crime and Legally Corrupt Institutions in the United Kingdom", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 85, No. 4, 2023, pp. 159-183.
20. Khan, Mansoor, "International Anti-Money Laundering Measures and Professionals", *International Journal of Business and Management Research*, Vol. 9, No. 3, 2021. DOI:10.37391/IJBMR.090309/
21. Jazayeri, Mina, "Money Laundering and Financial Institutions", *Majles and Research Journal*, No. 37, Year 10, pp. 59-76, 2003. (in Persian)
22. Rostami, Hadi, "Acquisition of Property through Illicit Means in Light of Anti-Money Laundering Regulations", *Criminal Law and Criminology Studies*, Vol. 49, No. 2, 2020, pp. 397-417. (in Persian) doi: jqclcs.2020.287559.1460/10.22059.
23. Sarikhani, Adel & Morteza Fathi, "Thematic Elements of the Crime of Money Laundering in Iran's Anti-Money Laundering Act and International Conventions", *Criminal Law and Criminology Studies*, Vol. 2, Nos. 4-5, 2015, pp. 237-256. (in Persian) doi: JQCLCS-201602-1098.
24. Van Dijk, Jan Jacob Maria, "Mafia Markers: Assessing Organized Crime and Its Impact upon Societies", *Trends in Organized Crime*, Vol. 10, No. 4, 2007, pp. 39-56. DOI:10.1007/S12117-007-9013-X.

25. Zoppei, Verena, "The German Law-Making Process: Tracing Legislative Intents, In AML Law: Socio-Legal Perspectives on the Effectiveness of German Practices", Springer, New York, NY, 2017, pp:69-81.

#### **Legislative Instruments**

26. Human Rights Committee, General Comment No. 8. HRI/GEN/1/Rev.8, 1982.  
27. Central Bank of Iran. Anti-Money Laundering Regulations and Related Materials. Available at the official website of the Central Bank of Iran: <https://cbi.ir/showitem/32246.aspx> (in Persian)

#### **Online Sources**

28. Central Bank of Iran. Anti-Money Laundering Regulations and Related Materials. Available at the official website of the Central Bank of Iran. (in Persian)

## **Depositing or Receiving Funds from an Account of a Person other than the party to the Transaction; an Instance of Money Laundering or Criminalization outside Jurisdiction**

**Fazlollah Foroughi\***  
**Zahra Bazoband\*\***

Received: 2025.07.15

Accepted: 2026.01.19

### **Abstract**

Money laundering is a serious threat to a country's economic system, as it conceals the true source of assets derived from crime, disrupting financial transparency and causing economic instability. In this regard, depositing or receiving funds from third-party accounts in financial transactions is one of the common but challenging practices in the legal and banking systems of countries. Although on the surface, this action may be due to transaction facilitation or commercial considerations, in practice it provides a suitable platform for concealing the true origin of funds and laundering the proceeds of crime. To counter this, the Central Bank has announced in a notice that depositing or receiving funds from an account of a person other than the party to the transaction at the time of the transaction is subject to penalties under the Anti-Money Laundering Regulations; This article establishes, using library resources and a descriptive-analytical method, that regardless of the Central Bank's announcement, if malicious intent and the connection of this action with the source crime are established, the use of a third-party account can be prosecuted within the framework of the crime of money laundering. Otherwise, given that this behavior lacks the three elements of Article 2 of the Anti-Money Laundering Law and is not an example of the crime of money laundering and at most can be an example of suspicious transactions, the Central Bank's announcement contains a criminal description of a permissible behavior with a criminal response. In criminalizing this behavior, the three legal, material and psychological elements of the crime have not been taken into account, and its criminal description is contrary to laws and legal principles such as the principles of guarantee contract, remittance, speed in transactions, etc, and it cannot be the basis for punishing individuals, so this announcement is practically ineffective and has no consequences. However, given the importance of the issue, legislation in this field is necessary

### **Keywords:**

Money laundering, Central Bank legislation, Criminal liability in financial transactions, Indirect transfer of funds, Unauthorized financial intermediation.

---

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

\*\* PhD., Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.

## کاربرد قواعد طرح مواد مسئولیت دولت و پیدایش نظام فرعی مسئولیت در داوری معاهده‌ای دولت- سرمایه‌گذار: باز اندیشی در قابلیت استماع دعوا

میر شهپیز شافع\*  
نیلوفر نظریانی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

### چکیده

تمایل حقوق بین‌الملل معاصر به سمت چندپارگی است؛ به این معنا که حقوق عام مسئولیت دولت به نظام‌های فرعی ناشی از معاهدات خاص تقسیم می‌شود. این مقاله به بررسی کاربرد طرح مواد مسئولیت ۲۰۰۱ و شکل‌گیری یک نظام فرعی مسئولیت در دعاوی دولت-سرمایه‌گذار می‌پردازد. بررسی رویه داوری‌ها نشان می‌دهد که بخش‌های اول و چهارم طرح (انتساب، نقض، معاذیر و مقررات کلی) بیشترین کاربرد را داشته‌اند؛ در حالی که بخش دوم (جبران خسارت) با وجود تعلق به روابط دولت-دولت، اغلب به‌طور قیاسی اعمال شده و بخش سوم (اقدامات متقابل) کمتر مورد توجه بوده است. مقاله همچنین بر ایجاد یک نظام فرعی مسئولیت دولت در دعاوی سرمایه‌گذار-دولت تأکید می‌کند. این نظام با اتکا به مواد ۳۳ و ۵۵ شکل گرفته و با اعطای مستقیم حقوق به سرمایه‌گذاران، از قواعد سنتی قابلیت استماع دعوا مانند «تابعیت دعاوی» یا «انزوم طی مراجع داخلی» فاصله می‌گیرد؛ مگر آنکه در معاهده صراحتاً مقرر شده باشد. رویه داوری‌ها نیز این تمایز را تأیید کرده و مواد کمیسیون را بیشتر به‌عنوان بازتاب عرف و مقررات تکمیلی به کار بسته‌اند. نتیجه آنکه، اگرچه دیوان‌های سرمایه‌گذاری به‌طور گسترده به طرح کمیسیون استناد کرده‌اند، این استناد همراه با تعدیل و انطباق بوده و اینگونه می‌توان از شکل‌گیری یک نظام فرعی مسئولیت در این حوزه سخن گفت.

### کلید واژگان:

مسئولیت دولت، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، دعاوی دولت-سرمایه‌گذار، انتساب، قابلیت استماع دعوا

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

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

n. nazaryani@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

ارتباط نزدیکی بین تکامل قواعد مسئولیت دولت و حوزه مدرن، آنچه که ما اکنون به عنوان حقوق بین الملل سرمایه‌گذاری می‌دانیم وجود دارد. در طول مرحله اول کار کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت در طول دهه ۱۹۵۰ و اوایل دهه ۱۹۶۰، تلاش شد تا قواعد اساسی حقوق بین‌الملل مربوط به حمایت از اموال بیگانگان در کشورهای میزبان تنظیم شود.<sup>۱</sup> این تلاش به طور کامل شکست خورد، اگرچه با توجه به مناقشه بین کشورهای توسعه یافته و تازه مستقل بر سر چنین مسائل سیاسی در این دوره تعجب‌آور نیست. مشکلات دستیابی به توافق در این زمینه به شدت مورد مناقشه باعث تغییر چشم‌انداز و استراتژی در کار کمیسیون در دهه ۱۹۶۰ شد. به جای تدوین قواعد ماهوی حقوق بین‌الملل، کمیسیون تلاش می‌کند تا قواعد چارچوبی بین‌المللی را در زمینه مسئولیت دولت تعیین کند. به صورتی که کمیسیون بین قواعد اولیه و ثانویه تمایز قائل گردید. به عبارت دیگر وظیفه کمیسیون شناسایی تعهدات اولیه دولت‌ها نبود- این تعهدات بدیهی است که به تعهدات معاهده و یا حقوق بین‌الملل عرفی بستگی دارد- بلکه آشکار ساختن شرایط ثانویه‌ای بود که تحت آن‌ها می‌توان دولت‌ها را برای نقض این تعهدات و با چه پیامدهایی مسئول دانست. کمیسیون سپس زیر نظر گزارشگران ویژه روبرتو آگو، ویلم ریفاگن و گائانو آرانجیو روئیز برای ایجاد اولین خوانش مواد در سال ۱۹۹۶ کار کرد.<sup>۲</sup> جیمز کرافورد مسئولیت تدوین قرائت دوم متن را طی چهار سال آینده بر عهده گرفت. این متن در سال ۲۰۰۱ توسط کمیسیون به تصویب رسید<sup>۳</sup> و سپس به مجمع عمومی سازمان ملل ارسال شد.<sup>۴</sup>

زمانی که کمیسیون حقوق بین‌الملل مواد مسئولیت دولت راجع به اعمال متخلفانه بین‌المللی را تصویب نمود، کمتر از صد فقره دعاوی سرمایه‌گذاری به ثبت رسیده بود. از آن زمان افزایش قابل ملاحظه‌ای در شمار پرونده‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری مطرح شده است.<sup>۵</sup> اما تا سال ۲۰۲۳ این

1. See, e.g., Amador, FV García, *Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of the Alien, Part II: The International Claim*. Third Report on State Responsibility. U.N. Doc. A/CN.4/111. In Yearbook of the International Law Commission 2, 1958.

2. Arangio-Ruiz, Gaetano, *State Responsibility, Eighth Report on State Responsibility*, U.N. Doc. A/CN.4/476 and Add. 1, In Yearbook of the International Law Commission 2, 1996.

3. International Law Commission, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. 10, Ch. 4, U.N. Doc. A/56/10 (2001) ["ILC Articles"].

4. GA Res. 56/83 (Dec. 12, 2001).

5. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, Accessible at:

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Accessed at August 28, 2025)

عدد بالغ بر ۱۳۰۰ فقره شد.<sup>۱</sup> پرونده‌هایی که در مورد دعاوی دولت-سرمایه‌گذار مطرح شده است عموماً بر روی مسئولیت دولت ناشی از نقض‌های حقوق بین‌الملل تمرکز می‌کند. با این وجود خود معاهدات سرمایه‌گذاری غالباً در مورد قواعد مرتبط با ارزیابی محتوا و نتایج مسئولیت دولت سکوت کرده‌اند. این امر دیوان‌های سرمایه‌گذاری و طرف‌های آن را به این سمت سوق می‌دهد که برای حل این موضوع یا راهنمایی برای تحلیل موضوعات کلیدی مرتبط برای نتایج دعاوی معاهده‌ای سرمایه‌گذاری به مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل مراجعه کنند.

مسئله حائز اهمیت در این نوشتار این است که معاهدات سرمایه‌گذاری معمولاً دو مکانیسم حل و فصل اختلافات متمایز را ایجاد می‌کنند: اختلافات بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان؛ اختلافات بین دولت‌های عضو معاهده. معاهدات سرمایه‌گذاری معمولاً مقرر می‌کنند که مکانیسم دولت در برابر دولت اختلافاتی را شامل می‌شود که راجع به تفسیر یا اجرای معاهده است، در حالی که اختلافات راجع به عمل خاص سرمایه‌گذاری از سوی یک سرمایه‌گذار (که البته ممکن است مسائل تفسیری را نیز موجب گردد)، مشمول آیین حل و فصل اختلاف بین دولت در برابر سرمایه‌گذار می‌شود. به عبارت دیگر در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دو نوع دعا (داوری) وجود دارد: دعاوی مبتنی بر معاهده سرمایه‌گذاری (دولت-دولت) و دعاوی مبتنی بر قرارداد (دولت-سرمایه‌گذار).<sup>۲</sup> بحث اصلی این مقاله در خصوص دعاوی دولت-سرمایه‌گذار است.

در قسمت اول به بخش‌ها و ویژگی‌های کلی طرح مواد مسئولیت دولت ۲۰۰۱ شامل معاهده نبودن، عرفی بودن برخی مواد و نیز تحلیل آماری استناد به مواد کمیسیون در داوری‌های سرمایه‌گذاری می‌پردازیم سپس در بخش دوم به امکان‌سنجی استناد به هر کدام از چهار بخش پیش‌نویس طرح مواد در دعاوی دولت-سرمایه‌گذار پرداختیم. در واقع به دنبال بررسی این امر بودیم که چه بخش‌هایی از مواد کمیسیون قابلیت اعمال در این دعاوی را دارند. در قسمت سوم مقاله از ایجاد یک نظام فرعی مسئولیت

1. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator. *Full Data Release as of 31/12/2023* Accessible at: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Accessed at August 28, 2025)

۲. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به:

دالزر، رودلف و کریستف شروتر، **اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری**، مترجمان: سید قاسم زمانی و به‌آذین حسینی، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.

مک لاکن، کمپل لارنس شور و متیو واینیگر، **داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی**، مترجمان: ترجمه لعیا جنیدی، محمدرضا شکیب و بهاره احمدپور، ج ۱، چ ۲، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۳.

دولت سخن می‌گوییم که مبنای آن را می‌توان در خود مواد طرح مسئولیت دولت- مواد ۵۵ و ۳۳- یافت. برای اثبات این نظریه به تفاوت اساسی میان مواد طرح ۲۰۰۱ و رویه داوری موجود در دعاوی سرمایه‌گذار- دولت در خصوص قابلیت استماع دعوا (قاعده تابعیت و طی کامل مراجع داخلی) پرداخته شد.

### ۱. تجلی ویژگی‌های کلی طرح مواد مسئولیت دولت در داوری‌های سرمایه‌گذاری

پیش‌نویس طرح مواد مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بین‌المللی دولت‌ها ۲۰۰۱ دارای چهار بخش است. بخش نخست با عنوان فعل متخلفانه بین‌المللی دولت (اصول کلی، انتساب رفتار به دولت، نقض تعهد بین‌المللی، مسئولیت دولت در رابطه با فعل دولت دیگر، معاذیر رافع وصف متخلفانه فعل)؛ بخش دوم با عنوان محتوای مسئولیت بین‌المللی دولت (اصول کلی، جبران خسارت، نقض‌های شدید تعهدات ناشی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام) بخش سوم (استناد به مسئولیت دولت، اقدامات متقابل) و بخش چهارم با عنوان مقررات کلی است.

در سال ۲۰۱۰ طبق گزارش کرافورد ۳۲ ماده از ۵۹ ماده طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت‌ها حداقل یکبار مورد استناد قرار گرفته است (این در حالی است که در برخی پرونده‌ها به چند ماده استناد شده است). تا سال ۲۰۲۱ شمار مواد مورد استناد افزایش یافته است؛ علاوه بر آن استناد به مواد ۶، ۹، ۲۴، ۱۶، ۲۸، ۲۹، ۳۰، ۳۲، ۳۷ و ۳۹ اضافه شده است. تعداد صرف استنادات هم نسبت به گزارش کرافورد افزایش داشته است، هر چند این امر می‌تواند ناشی از افزایش کلی تعداد پرونده‌ها باشد، ولی ناشی از افزایش تمایل از سوی طرفین دعوا و دیوان‌ها برای استناد به مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز می‌باشد.<sup>۱</sup>

یکی از ویژگی‌های مهم طرح مواد مسئولیت دولت ۲۰۰۱ این است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل یک معاهده نیست و شاید هیچ‌گاه هم به یک معاهده تبدیل نگردد.<sup>۲</sup> این مهم در بسیاری از دیوان‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری مورد شناسایی قرار گرفته است.<sup>۳</sup> اگرچه این دیوان‌ها به مواد مسئولیت دولت به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل که قابل اعمال برای حل و فصل اختلافات دولت-

1. Crawford, James, "Investment Tribunals and the ILC Articles on State Responsibility", *ICSID Rev FILJ*, Vol. 25, No. 1, 2010, p.129; Shirlow, Esmé, and Kabir Duggal, "The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Review*, Vol. 37, No. 1-2, 2022, p 379.

2: Crawford, *Op.cit.*, p 128.

3: See e.g. *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Award (22 May 2007), Para. 303.

سرمایه‌گذار طبق معاهده سرمایه‌گذاری است دائماً استناد کرده‌اند.<sup>۱</sup> این امر مبتنی بر این است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل منعکس‌کننده عرف بین‌المللی<sup>۲</sup>، تدوین اصول کلی حقوق بین‌الملل<sup>۳</sup> و یا مقررکننده راهنمایی بر مبنای رویکردهایی است که می‌بایست به وسیله دیوان‌ها راجع به مسائل کلیدی مسئولیت دولت مورد پذیرش قرار گیرد.<sup>۴</sup> چنین رویه‌ای همچنین منعکس‌کننده این تشخیص دیوان‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به عنوان یک راه تکمیلی<sup>۵</sup> (مقررات تکمیلی) مورد استفاده قرار می‌گیرد. این مسئله در ماده ۵۵ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به صراحت منعکس شده است.<sup>۶</sup> این امر همچنین در تحلیل دیوان‌ها به عنوان یک امری بیان شده است که جایگاه مواد کمیسیون را به عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عام در حوزه مسئولیت دولت تأکید می‌کند.

برای مثال در پرونده عادل الحمادی التیمی علیه عمان دیوان بیان داشت که طرف‌های معاهده می‌توانند به وسیله مقرر خاص (حقوق خاص)<sup>۷</sup> شرایطی که به وسیله آن یک موجودیت به یک دولت منتسب می‌گردد را محدود کنند.<sup>۸</sup> دیوان خاطر نشان ساخت شرایط انتساب طبق ماده ۱، ۲، ۱۰ موافقت‌نامه تجارت آزاد بین ایالات متحده و عمان به طور قابل توجهی مضیق‌تر از دلایل و علی از انتساب است که طبق مواد مسئولیت دولت کمیسیون مقرر شده است.<sup>۹</sup> این اعمال تکمیلی مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌تواند تأیید روز افزونی را در اختلافات آینده مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری بدست آورد، با توجه به تمایل دولت‌ها برای مذاکرات با جزئیات بیش‌تر در معاهدات سرمایه‌گذاری که از رویکردهای مسئولیت

1. See e.g. *El Paso Energy International Company v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, Award (31 October 2011), Para. 130; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, PCA Case Nos 2005-04/AA227, 2005-05/AA228, Final Award (18 July 2014), Para. 113; *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S A U v Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/14/34, Decision on Jurisdiction, Liability, Quantum (30 December 2019), Para. 399.

2. See e.g. *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/11/28, Award (10 March 2014) Para. 281; *Bilcon of Delaware et al v Government of Canada*, PCA Case No 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015) Para. 307; *Uni'on Fenosa Gas, SA v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/14/4, Award (31 August 2018) Para. 9.49.

3. See eg *Sun Reserve Luxco Holding SRL v Italy*, SCC Case No 132/2016, Final Award (25 March 2020) Para. 982; *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/26, Award (8 December 2016), Para. 709.

4. See eg *Flemingo Duty Free Shop Private Limited v Republic of Poland*, UNCITRAL, Award (12 August 2016), Para. 419; *Adel A Hamadi Al Tamimi v Sultanate of Oman*, ICSID Case No ARB/11/33, Award (3 November 2015), Para. 324.

5. Residual Way

6. See e.g. *Vestey Group Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/06/4, Award (15 April 2016), Para. 327.

7. Lex Specialis

8. Al Tamimi, *Op.cit.*, Para. 321.

9. *Ibid.*

دولت طبق حقوق عام سرمایه‌گذاری دچار انشعاب و جدایی می‌گردد. چنین مقررات حقوق خاصی می‌تواند در مورد مسائل انتساب (به خصوص به عنوان مثال در مقابل رفتار دولت محلی) و جبران خسارت تدوین گردد. به ماده ۵۵ و نقش آن در قسمت بعدی مقاله بیشتر خواهیم پرداخت.

ویژگی مهم دیگر مواد کمیسیون این است که همه مقررات کمیسیون حقوق بین‌الملل منعکس‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی نیستند. معمولاً دیوان‌های سرمایه‌گذاری عرفی بودن مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را به مقررات خاصی نسبت داده‌اند و این‌گونه نبوده است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را به عنوان منعکس‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی به طور کلی تلقی کنند. این رویه دیوان‌های سرمایه‌گذاری بدون شک در خصوص مقرراتی است که به طور روزافزونی به عنوان منعکس‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شده است. همان‌گونه که کرافورد در سال ۲۰۱۰ عنوان داشت غیر ممکن است که هر پیشنهاد و گزاره‌ای در حقوق بین‌الملل نوشته شود بدون این‌که در آن خلقتی صورت نگیرد.<sup>۱</sup> دیوان‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری برخی اوقات مقررات خاصی را به عنوان انعکاس عرف بین‌المللی اعلام داشته‌اند علی‌رغم وضعیت چنین مقرراتی که به عنوان عرف به خوبی پذیرفته نشده‌اند. به عنوان مثال، در پرونده چاورن علیه اکوادور دیوان دآوری بیان داشت که ماده ۱۶ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به عنوان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است.<sup>۲</sup> در موردی مشابه همچنین دیوان دآوری بیان داشت که ماده ۹ به طور کلی به عنوان بیان‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی موجود می‌باشد<sup>۳</sup> و نیز در پرونده کوپر علیه اکوادور دیوان به ماده ۳۹ به عنوان اعلام حقوق بین‌الملل عرفی یاد می‌کند.<sup>۴</sup> غالباً چنین اظهاراتی هماهنگ با رویه دولت‌ها و نیز دکتترین در مورد عرفی بودن این مواد نیست؛ همچنین توسط دیگر دیوان‌های بین‌المللی این مواد به عنوان منعکس‌کننده عرف بین‌المللی آورده نشده است. البته این امر باقی خواهد ماند که در آینده تکرار چنین بیاناتی می‌تواند موجب مشارکت در پذیرش وضعیت این قواعد به عنوان عرف بین‌المللی گردد یا منجر به ظهور قواعد عرفی جدیدی خواهد شد.

1. Crawford, *Op.cit.*, p 128.

2. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v Republic of Ecuador*, PCA Case No 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018), Para. 9.10.

3. *Paushok, Sergei, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (28 April 2011), Para. 576.

4. *Copper Mesa Mining Corporation v Republic of Ecuador*, PCA Case No 2012-2, Award (15 March 2016) Para. 6.91.

## ۲. امکان سنجی استناد به بخش‌های مختلف مواد طرح مسئولیت دولت در دعوای دولت - سرمایه‌گذار

در این قسمت از مقاله به بحث امکان استناد به بخش‌های مختلف طرح مواد ۲۰۰۱ با توجه به جایگاه و ویژگی‌های خاص هر بخش می‌پردازیم. استنادات به مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل از سال ۲۰۰۱-۲۰۲۰ هم انسجام و هم انشعاب<sup>۱</sup> را نشان می‌دهد. چندین ماده به هیچ عنوان توسط دیوان‌های داوری مورد استناد قرار نگرفته است؛ این موارد شامل مواد ۱۹-۱۷ (در مورد مسئولیت یک دولت در رابطه با دولت دیگر) مواد ۴۷ و ۴۶ (راجع به استناد به مسئولیت در شرایطی که تعدد دولت‌های مسئول و آسیب دیده وجود دارد). با توجه به کارکرد آنها در مورد مسئولیت دولت در ارتباط با عمل سایر دولت‌ها (مواد ۱۷-۱۹) و تعدد دولت‌ها (مواد ۴۶-۴۷) این امر چندان تعجب آور نیست. هر دوی این حوزه‌ها به ندرت در داورهای سرمایه‌گذاری مرتبط به نظر می‌رسند.<sup>۲</sup> استناد کم تعداد به چندین ماده دیگر نشان‌گر این است که یا خیلی مواد تاثیرگذار نیستند و یا در اختلافات سرمایه‌گذاری به همان صورت طرح مواد می‌باشند.

بین سه بخش ابتدایی اصلی متن تفاوت اساسی وجود دارد. به طور خاص، بخش اول از نظر دامنه با قسمت‌های دو و سه متفاوت است و این تفاوت به داوری معاهده سرمایه‌گذاری بسیار مرتبط است. بخش یک، شرایطی را تعیین می‌کند که تحت آن دولت در قبال نقض تعهدی که بر عهده آن دولت است، مسئول است. محتوای تعهد در مواد مشخص نشده است. این موضوعی است که به قواعد اولیه واگذار شده است. آنچه که مواد بیان می‌کنند شرایطی است که تحت آن می‌توان مسئولیت را پذیرفت، از جمله انتساب، برخی گزاره‌های کلی پیرامون مسائل مربوط به نقض و شرایط رافع وصف متخلفانه عمل می‌گردد. به دلیل نحوه تفکیک متن مسائل مربوط به تعهدات از مسئله استناد، بخش اول یک دامنه کلی دارد، به صورتی که مربوط به کلیه نقض قواعد بین‌المللی توسط دولت‌ها است و هیچ ارتباطی با نقض‌های مرتکب شده به عنوان مثال توسط سازمان‌های بین‌المللی یا بازیگران غیردولتی ندارد. در زمینه داوری معاهده سرمایه‌گذاری، این بدان معنی است که مسائل کلی در مورد نقض یک تعهد بین‌المللی مندرج در یک معاهده سرمایه‌گذاری، موضوعی است که اصولاً توسط قسمت اول از مواد کمیسیون پوشش داده می‌شود. به طور کلی، دیوان‌های معاهده سرمایه‌گذاری این موضع را پذیرفته‌اند. در زمینه

1. Consistencies and divergences

2. *Ibid.*

ضرورت (ماده ۲۵) و نیز فورس ماژور (ماده ۲۳) استنادات زیادی صورت گرفته است. در مورد ماده ۲۵ تصمیمات دیوان سرمایه‌گذاری بسیار بیش‌تر از تصمیمات دادگاه‌های بین‌المللی دیگری است که این شانس را داشته‌اند که دفاع ضرورت را بررسی کرده‌اند. طبیعتاً می‌توان فرض کرد که تفاسیر آن‌ها در آینده به فراتر از حقوق سرمایه‌گذاری پرتو خواهد افکند. در خود حقوق سرمایه‌گذاری، می‌توان انتظار داشت که دیوان‌های سرمایه‌گذاری فرصت‌های زیادی را برای رسیدگی به درخواست ضرورت در سال‌های آتی داشته باشند، وقتی پیامدهای واکنش دولت به همه‌گیری ویروس کووید ۱۹ راه خود را به دادگاه‌های بین‌المللی پیدا کرد.<sup>۱</sup> مسئله انتساب در پیش‌نویس طرح مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بیش‌ترین تعداد ارجاع را دارد (به ویژه مواد ۴ و ۵ و ۸). برخی از دیوان‌ها در هنگام نسبت دادن رفتار به یک دولت، از توضیح اینکه در واقع به کدام ماده استناد می‌کنند خودداری می‌کنند. انتساب همچنین نمونه خوبی از استفاده از مواد کمیسیون است، زیرا در عمل نشان می‌دهد که چگونه کشورها علاقه‌مندند که قوانین خاصی وضع کنند که از رژیم کلی مواد کمیسیون متفاوت است.<sup>۲</sup>

وقتی نوبت به بخش دوم مواد طرح مسئولیت دولت می‌رسد، به‌طور قیاس به مقررات مربوط به غرامت و بهره، به‌ویژه مواد ۳۱ تا ۳۸، ارجاعات مکرری وجود داشته است. در نهایت، ارجاعات بسیار کمی به بخش سوم صورت گرفته است، به این دلیل که فصل اول آن بخش مربوط به استناد به تعهدات توسط دولت‌ها است و بنابراین اصولاً به داوری معاهده سرمایه‌گذاری که شامل اشخاص خصوصی می‌شود بی‌ربط است. برای مثال، مواد ۱۷-۱۹ و ۴۶-۴۷ توسط دیوان‌ها مورد استناد قرار نگرفته است. بخش سوم یکی دیگر از حوزه‌های پیش‌نویس مواد که به‌طور مکرر در دیوان‌های بین‌المللی مورد استناد و بررسی قرار نگرفته است، رژیم اقدامات متقابل است (مواد ۴۹-۵۴). در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، فضایی برای مفهوم «قدیمی» اقدامات متقابل وجود دارد. مواردی وجود دارد که به امکان کشورهای میزبان برای توجیه اقدامات خود به عنوان اقدامات متقابل پرداخته‌اند، همچنین حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی را با سؤال اصلی دیگری از حقوق بین‌الملل عمومی مرتبط می‌کند که دارنده نهایی حقوق کیست - سرمایه‌گذار یا دولت.<sup>۳</sup>

1. Crawford, James and Freya Baetens, "The ILC Articles on State Responsibility: More than a 'Plank in a Shipwreck'?", *ICSID Review*, Vol. 37, No. 1-2, 2022, p 18.

2. Hanessian, Grant, and Kabir Duggal, "The final 2015 Indian model BIT: Is this the change the world wishes to see?" *ICSID Rev FILJ*, Vol. 32, No. 1, 2017, p 219.

3. On this, in the context of countermeasures, see also Partlett, Kate, "The Application of the Rules on Countermeasures in Investment Claims: Visions and Realities of International Law as an Open→

تفاوت بین سه بخش متن مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل اساسی است و اغلب به خوبی درک نمی‌شود، این تفاوت به اندازه زیادی به داوری معاهده سرمایه‌گذاری مربوط می‌شود.<sup>۱</sup> رویه سال ۲۰۱۰ تا سال ۲۰۲۰ تأیید می‌کند که چنین کج‌فهمی‌هایی در دیوان‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری دنبال شده است. همان‌گونه که توسط کرافورد بیان گردیده، بخش اول مواد کمیسیون (مواد ۲۷-۱) قلمرو کلی دارند که در مورد همه نقض‌های حقوق بین‌الملل به وسیله دولت‌ها هستند.<sup>۲</sup> بخش چهارم (مواد ۵۹-۵۵) نیز در قلمرو کلی هستند. بخش اول و چهارم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به وسیله بسیاری از دیوان‌های سرمایه‌گذاری به عنوان نقطه شروع مرتبط در مورد مسائلی مورد اختلاف در پرونده، پذیرفته شده است. با این حال در چندین مورد دیوان‌ها مقرر داشته‌اند که مقررات بخش اول فقط در روابط دولت-دولت (و نه دولت-سرمایه‌گذار) اعمال می‌گردد. به عنوان مثال، در پرونده مصدر سولار علیه اسپانیا دیوان، مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را به عنوان بیانی از حقوق بین‌الملل عرفی در مورد موضوع انتساب در خصوص ادعای مسئولیت دولت در قبال دولت دیگر - که به وسیله قیاس برای مسئولیت دولت در قبال طرف‌های خصوصی هم قابل اعمال است - می‌داند.<sup>۳</sup> دیوان‌ها همچنین (اشتهاها) به ماده ۳۳ - در بخش دوم - که به طریقی مربوط به تحدید حدود حوزه اعمال مواد بخش اول است استناد کرده‌اند.<sup>۴</sup> بخش‌های دو (مواد ۴۱-۲۸) و سه (۵۴-۴۲) برعکس دو بخش نخست؛ در اجرا مضیق هستند.<sup>۵</sup> همان‌گونه که در پرونده کیبوراکس علیه بولیوی دیوان اظهار داشت:

«باید به خاطر داشت که بخش دوم از مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل شامل قواعدی در مورد جبران خسارت است، .... در مورد تعهدات جبران خسارت، تا جایی که این تعهدات در قبال شخص یا موجودیتی غیر از دولت ایجاد شده یا مورد استناد قرار گرفته است؛ اعمال نمی‌گردد».<sup>۶</sup>

←System”, in Chinkin, Christine, and Freya Baetens (eds), *Sovereignty, statehood and state responsibility*, Cambridge University Press, 2015.

1. Crawford, *Op.cit.*, p 129.

2. *Ibid.*

3. *Masdar Solar and Wind Cooperatief UA v Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/14/1, Award (16 May 2018) Para. 167. *Belenergia SA v Italian Republic*, ICSID Case No ARB/15/40, Award (6 August 2019)

که در آن خواننده استناد نمود که ماده ۴ طرح مواد مسئولیت دولت، فقط در خصوص تعهدات بین دولت‌ها و نه اشخاص با دولت‌ها اعمال می‌گردد.

4. *Flemingo Duty Free Shop Private Limited v Republic of Poland*, UNCITRAL, Award (12 August 2016), Para. 420.

5. Shirlow and Duggal, *Op.cit.*, p 383.

6. *Quiborax SA and Non-Metallic Minerals SA v Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No ARB/06/2, Award (16 September 2015), Para. 555.

بین سال‌های ۲۰۱۰ تا ۲۰۲۰ بالغ بر ۱۷۰ استناد به وسیله دیوان‌های داوری به مقررات بخش دوم و دو استناد به مقررات بخش سوم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل وجود داشته است. این موضوع نشان می‌دهد که تمایل روز افزونی توسط طرف‌ها و دیوان‌ها برای استناد به این اصول به عنوان اصولی مرتبط در زمینه دولت-سرمایه‌گذار وجود دارد. با این وجود دیوان‌ها شناسایی کردند که مقررات بخش دوم نیازمند اعمال تغییراتی به منظور انطباق در زمینه معاهده سرمایه‌گذاری است.<sup>۱</sup> این انطباق‌ها و اصلاحات توسط دیوان‌های سرمایه‌گذاری در خصوص ماده ۳۵ (اعاده وضع به حال سابق)<sup>۲</sup> و ۳۷ (رضایت)<sup>۳</sup> از بخش دوم است.

اعمال مقررات بخش دوم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل همواره با اعتراض دولت خوانده مواجه شده است بر این مبنا که این مقررات در روابط بین دولت-دولت اعمال می‌گردد. به عنوان مثال خوانده در قضیه شرکت آ ای اس علیه قزاقستان بیان داشت که بخش دوم از مقررات کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با داوری سرمایه‌گذاری بین شرکت و دولت اعمال نمی‌گردد.<sup>۴</sup> دیوان‌ها عموماً به چنین بیاناتی به طور عمیق نپرداخته‌اند. بلکه بسیاری از دیوان‌ها تمایل به قبول قابلیت اعمال بخش دوم مقررات کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه دعاوی دولت-سرمایه‌گذار را دارند. به عنوان نمونه، در پرونده بانک بریتانیایی-کارائیبی با مسئولیت محدود علیه بلیز دیوان به مواد ۳۱، ۳۴ و ۳۵ استناد می‌کند:

«در نبود یک مقرر قابل اعمال در چارچوب خود معاهده که استاندارد غرامت را به عنوان حقوق خاص ایجاد کند، استاندارد غرامت قابل اعمال همان استاندارد است که در حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد».<sup>۵</sup>

در یک مورد مشابه، در پرونده وستی گروپ علیه ونزوئلا دیوان اظهار داشت که:

«در حالی مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل بر مسئولیت دولت علیه دولت دیگر و نه بر شخص خصوصی حاکم است، به طور کلی پذیرفته شده است که مقررات مهم کمیسیون حقوق بین‌الملل مانند ماده ۳۱ (۱) می‌تواند در زمینه اختلافات دولت-سرمایه‌گذار تغییر مکان دهد».<sup>۶</sup>

1. *The Rompetrol Group NV v Romania*, ICSID Case No ARB/06/3, Award (6 May 2013). Para. 190.

2. Restitution

3. Satisfaction

4. *AES Corporation and Tau Power BV v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/10/16, Award (1 November 2013), Para. 460. See, similarly: *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB(AF)/09/1, Award (22 September 2014) Para. 679.

5. *British Caribbean Bank Limited v The Government of Belize*, PCA Case No 2010-18, Award (19 December 2014) Para. 288-91.

6. *Vestey Group Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/06/4, Award (15 April 2016), Para. 326.

در واقع برخی دیوان‌ها حتی استنادات دولت خوانده در مورد قابلیت اعمال مقررات بخش دوم و سوم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را برای اختلافات دولت-سرمایه‌گذار به عنوان ایرادات فنی رد کرده‌اند.<sup>۱</sup> در جایی که برخی دیوان‌ها ارتباط یا عدم ارتباط بخش‌های دوم و سوم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد اختلافات دولت-سرمایه‌گذار را مورد بررسی قرار داده‌اند تلاش کرده‌اند که آن‌ها را به وسیله قیاس یا به عنوان راهنما<sup>۲</sup> درباره محتویات مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بین‌المللی در مقابل سرمایه‌گذاران نیز اعمال کنند. همان‌گونه که دیوان در پرونده برلینگتون علیه اکوادور توضیح می‌دهد:

«استاندارد غرامت مناسب استاندارد حقوق بین‌الملل عرفی در مورد جبران خسارت کامل است که در ماده ۳۱ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به وسیله قیاس اعمال می‌گردد، می‌باشد. در حالی که بخش دوم از مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل که نتایج حقوقی اعمال متخلفانه بین‌المللی را تنظیم می‌کند که ماده ۳۱ نیز به آن تعلق دارد، در مورد مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در مقابل موجودیت‌های غیردولتی اعمال نمی‌گردد، به طور کلی پذیرفته شده است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌توانند در زمینه اختلافات دولت-سرمایه‌گذار مورد استفاده قرار گیرند».<sup>۳</sup>

در حالی که چندین دیوان پیشنهاد داده‌اند که مقررات بخش دوم و سوم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌بایست برای زمینه دولت-سرمایه‌گذار سازگار و منطبق گردد، آن‌ها کمتر توضیح داده‌اند که این انطباق‌ها دقیقاً چگونه است. با این حال، این امکان وجود دارد که رویه اخیر انواع انطباق‌هایی که ممکن است نیاز باشد را تشخیص داد. مخصوصاً هنگامی که غرامت همچنان به عنوان روش مرجع جبران خسارت کامل در اختلافات دولت-سرمایه‌گذار باقی مانده است، دیوان‌ها به طور فزاینده‌ای به مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در حمایت از تحلیل‌هایشان از درخواست‌ها برای اعاده وضع به حال سابق و رضایت استناد می‌کنند. در انجام این کار، دیوان‌ها انطباق‌های خاصی برای رأی اعاده وضع به حال سابق یا رضایت را به منظور انعکاس ماهیت منحصر به فرد جبران خسارت در دعاوی مطرح شده به وسیله اشخاص علیه دولت‌ها طبق حقوق بین‌الملل را نشان می‌دهد.<sup>۴</sup>

1. *Teinver SA, Transportes de Cercanías SA and Autobuses Urbanos del Sur SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/09/1, Award (21 July 2017), p 1089.

2. Guidance

3. *Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award (7 February 2017), Para. 177.

4. Shirlow and Duggal, *Op.cit.*, p 389.

همچنین در مورد شکل جبران خسارت طبق مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، اعاده وضع به حال سابق به عنوان شکل ارجح جبران خسارت مشخص شده است. ماده ۳۶ به عنوان مثال مقرر می‌دارد که غرامت تنها زمانی لازم است که خسارت به وسیله اعاده وضع به حال سابق قابلیت اعمال نداشته باشد. این اصل به وسیله دیوان‌های سرمایه‌گذار-دولت مورد تأیید قرار گرفته است. به عنوان مثال در پرونده برنهارد علیه زیمباوه دیوان بیان داشت که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل اعاده وضع به حال سابق را به عنوان شکل اصلی از جبران خسارت در حقوق بین‌الملل تأیید می‌کند.<sup>۱</sup> به طور مشابه در پرونده محمد امر البهلول علیه تاجیکستان دیوان اذعان داشت که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل اعاده وضع به حال سابق را به عنوان جبران اصلی برای رفتار متخلفانه بین‌المللی تلقی می‌کند.<sup>۲</sup> دیوان‌های سرمایه‌گذاری بیان داشتند که اصولاً اعاده وضع به حال سابق به عنوان خسارت برای نقض معاهده سرمایه‌گذاری اعمال می‌گردد.<sup>۳</sup> همان‌گونه که در پرونده برنهارد دیوان عنوان داشت که:

«متن کنوانسیون ایکسید به طور مشخص بیان نکرده است که آیا دیوان‌های ایکسید تنها می‌توانند به جبران نقدی رأی دهند یا این که آیا اعاده وضع به حال سابق همچنین می‌تواند مورد حکم قرار گیرد. نتیجه اصلی از تحلیل بالا این است که بدون شک جبران‌های غیر نقدی شامل اعاده وضع به حال سابق می‌تواند در داوری‌های کنوانسیون ایکسید طبق معاهدات سرمایه‌گذاری مورد حکم قرار گیرد».<sup>۴</sup>

همچنین در سال ۲۰۱۵ اولین پرونده سرمایه‌گذار-دولت در مورد ماده ۳۷ (رضایت) از مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل تشکیل شد. در این پرونده-کیبوراکس علیه بولیوی- دیوان بیان داشت که:

«باید به خاطر داشت که بخش دوم از مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل از جمله قواعد جبران خسارت و به ویژه ماده ۳۷، در مورد تعهدات جبران خسارت تا جایی که توسط یا علیه شخص یا موجودیت‌هایی غیر از دولت مورد استناد قرار گیرد اعمال می‌گردد. اگرچه مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل بیانگر مجدد عرف حقوق بین‌الملل است و قواعد آن در مورد جبران خسارت به عنوان راهنما برای بسیاری از دیوان‌ها در اختلافات دولت-سرمایه‌گذار استفاده می‌شود. در نظر این

1. *Bernhard von Pezold and others v Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No ARB/10/15, Award (28 July 2015), Para. 686.

2. *Mohammad Ammar Al-Bahloul v The Republic of Tajikistan*, SCC Case No V 064/2008 Final Award (8 June 2010) Para. 52.

3. Shirlow and Duggal, *Op.cit.*, p. 390.

4. *Bernhard von Pezold and others v Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No ARB/10/15, Award (28 July 2015), Para. 684, 694, 700.

دیوان، جبران خسارت‌هایی که به وسیله مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل قبلاً تعیین شده است می‌تواند در داوری دولت- سرمایه‌گذار بسته به ماهیت جبران خسارت و آسیبی که وسیله‌ای برای جبران است، اعمال گردد»<sup>۱</sup>.

با پذیرش ماده ۳۷ به عنوان راهنما برای مسئله رضایت در مرحله بعد، دیوان بیان داشت که چگونه ماده ۳۷ می‌تواند برای دعاوی سرمایه‌گذار- دولت تطبیق و سازگاری داده شود. دیوان به طور خاص بیان داشت که بعضی از انواع رضایت به عنوان جبران خسارت قابل اعمال برای اختلافات دولت- سرمایه‌گذار نیستند.<sup>۲</sup> برعکس، برخی از انواع رضایت جبران‌هایی هستند که منحصراً برای دولت‌ها تعیین شده است<sup>۳</sup> به صورتی که نوعی از رضایت که وسیله‌ای برای جبران آسیب ایجاد شده به عزت، شرافت و اعتبار یک دولت باشد، قابل اعمال در اختلافات دولت- سرمایه‌گذار نیست.<sup>۴</sup> با این حال، دیوان هنوز هم این واقعیت را در نظر دارد که برخی انواع رضایتی که در دسترس نیستند به این معنی نیست که دیوان نمی‌تواند یک رأی اعلامی به عنوان یک ابزار رضایت طبق ماده ۳۷ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل صادر نماید.<sup>۵</sup> این پیشرفت‌ها در خصوص در دسترس بودن اعاده وضع به حال سابق و رضایت برای نقض‌های معاهدات سرمایه‌گذاری هنوز هم به نسبت در مرحله ابتدایی پیشرفت است. با این وجود همان‌گونه که آرای دیوان معاهده سرمایه‌گذاری در حال افزایش است و با تقاضاهای آن‌ها برای اشکال جبران خسارت، امکان دارد که دیوان‌ها این گزینه‌های ممکن را برای بدست آوردن جبران خسارت کامل با تکرار بیشتر مد نظر قرار دهند.<sup>۶</sup>

### ۳. ایجاد نظام فرعی مسئولیت دولت در دعاوی دولت - سرمایه‌گذار

در حقوق بین‌الملل مجموعه واحدی از قواعد ثانویه مسئولیت دولت برای همه اعمال متخلفانه بین‌المللی وجود ندارد. برعکس، تمایل در تکامل معاصر حقوق بین‌الملل این است که چندپارگی حقوق عام مسئولیت بین‌المللی به نظام‌های فرعی ایجاد شده به وسیله معاهدات راجع به موضوعات خاصی از مقررات بین‌المللی اتفاق بیافتد. در خصوص تحلیل موضوع فعلی این امر مهم است که رژیم‌های

1. *Quiborax SA and Non-Metallic Minerals SA v Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No ARB/06/2, Award (16 September 2015), Para. 555.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*, Para. 557.

4. *Ibid.*, Para. 557.

5. *Ibid.*, Para. 560.

6. Shirlow, Esmé, and Kabir Duggal, *Op.cit.*, p 390.

معاهداتی نسبتاً جدیدی که حقوق را به طور مستقیم به اشخاص غیردولتی اعطا می‌کند و فرآیند حل و فصل اختلاف را برای اجرای چنین حقوق در دعوی بازیگران غیردولتی ایجاد می‌کند مورد بررسی قرار دهیم. در حوزه حقوق بشر، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نمونه برجسته چنین معاهداتی است. موافقت‌نامه الجزایر تأسیس‌کننده دیوان دآوری دعاوی بین ایران و ایالات متحده نیز نمونه دیگری است که رژیم مسئولیت بین‌المللی که به نظر می‌رسد که از دوگانگی سنتی عمومی/خصوصی فراتر رفته است.<sup>۱</sup>

همانند کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و موافقت‌نامه الجزایر؛ معاهدات سرمایه‌گذاری سیستم متمایزی از قواعد ثانویه مسئولیت دولت در خصوص شناسایی منفعت حقوقی اعطا شده به سرمایه‌گذار به وسیله معاهدات سرمایه‌گذاری را ایجاد می‌کند. اصول عام مسئولیت دولت برای تخلفات بین‌المللی نمی‌تواند مفروض تلقی شود، زیرا در چنین موردی استناد به وسیله بازیگر غیردولتی در مورد مسئولیت دولت صورت می‌گیرد به عبارت دیگر در این روابط حقوقی جدید ناشی از ارتکاب نقض یک تعهد بین دولت‌های طرف معاهده نیست بلکه بین سرمایه‌گذار و دولت است.<sup>۲</sup>

لازم به ذکر است که نظام فرعی ایجاد شده به وسیله معاهداتی که حقوق مستقیمی را به بازیگران غیردولتی اعطا می‌کنند که باید به وسیله طرح دعوی بازیگران غیردولتی اجرا شود، هیچ لطمه‌ای به اجرای قواعد عام مسئولیت دولت بین طرف‌های دولتی معاهده وارد نمی‌کند.<sup>۳</sup> معاهدات سرمایه‌گذاری دو فرآیند حل و فصل اختلاف متمایز دارند؛ یکی اختلافات بین دولت-سرمایه‌گذار از یک سو و اختلافات بین دولت-دولت از سوی دیگر؛ در این خصوص باید عنوان کرد که تردیدی وجود ندارد که قواعد عام مسئولیت دولت نتایج حاصل از مسئولیت برای تخلفات بین‌المللی بین دولت‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهد.

وجود نظام فرعی مسئولیت دولت با قواعد ثانویه مجزا از مسئولیت دولت در مرحله اول از پروژه تدوین طرح مسئولیت کمیسیون حقوق بین‌الملل مورد شناسایی قرار گرفته بود. در رابطه با نتایج متفاوت حاصل از جرم و تخلف بین‌المللی گفته شده بود که:

«... با این وجود کمیسیون در اینجا تأکید می‌کند که اعتقاد به این امر کاملاً اشتباه است که حقوق بین‌الملل معاصر تنها مشتمل بر یک رژیم مسئولیت قابل اعمال برای تمامی انواع اقدامات متخلفانه بین‌المللی است...».

1. Zachary, Douglas, "The hybrid foundations of investment treaty arbitration", *The British Year Book of International Law*, Vol. 74, No. 1, 2004, p 185-6.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*, p 186.

چالش شناسایی و دسته‌بندی رژیم‌های متمایز مسئولیت بین‌المللی به وسیله ریفانگن- سومین گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل - برای اولین بار مورد بررسی قرار گرفت. او بخش مرتبط سومین گزارش خود را با اظهاراتی همسو با کمیسیون حقوق بین‌الملل شروع می‌کند:

«... حقوق بین‌الملل آن‌گونه که امروز وجود دارد تنها در یک سیستم واحد طراحی نشده است، بلکه در قالب نظام‌های فرعی متنوع است که هر کدام قواعد اولیه و قواعد ثانویه‌ای دارند که بسیار در هم تنیده و در واقع جدایی ناپذیرند...»<sup>۱</sup>

در نهایت توجه فکری ریفانگن در رابطه با موضوع پیچیده روابط بین نظام‌های فرعی در حقوق بین‌الملل جای خود را به تأکید بیشتر بر مخرج مشترک قواعد ثانویه در کار اخیر کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مواد طرح مسئولیت داد. این امر در واقع در نتیجه یک عمل‌گرایی خاصی بود که در فرآیند تدوین پروژه حقوق بین‌الملل رخنه کرده بود. در پیش‌نویس‌های بعدی یک اماره ضمنی وجود دارد که حقوق بین‌الملل یک مجموعه واحدی از حقوق است.<sup>۲</sup> با این وجود مشکلات و مسائلی که توسط ریفانگن شناسایی شده بود به وسیله گزارشگران چهارم و پنجم نادیده گرفته نشد و بنابراین یک رزرو قواعد خاص<sup>۳</sup> در ماده ۵۵ از مواد مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بین‌المللی در رابطه با نظام‌های فرعی حقوق بین‌الملل به طرح مواد مسئولیت دولت اضافه گردید:

این مواد در جایی و تا اندازه‌ای که شرایط برای وجود عمل متخلفانه بین‌المللی یا محتوا یا اجرای مسئولیت بین‌المللی دولت به وسیله قواعد خاص حقوق بین‌الملل تحت حاکمیت قرار می‌گیرد، اعمال نمی‌گردد.<sup>۴</sup>

همان‌گونه که قبلاً بیان گردید، رژیم‌های معاهده‌ای مدرن مکانیسمی ایجاد می‌کنند که به وسیله آن افراد و موجودیت‌های خصوصی می‌توانند به مسئولیت طرف دولتی به طور مستقیم برای نقض تعهدی که در معاهده گنجانده شده است استناد کنند. ماده ۵۵ باید در این شرایط اعمال گردد. مواد طرح

1. *Ibid.*

2. Bodansky, Daniel M., and John R. Crook, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles: Introduction and Overview", *Am. J. Int'l L.*, Vol. 96, No. 773, 2002, p 772.

3. *Lex Specialis*

4. Crawford, James, *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, Cambridge University Press, 2002.

«تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۵۵، نمونه‌هایی از تفاهم‌نامه حل اختلاف سازمان تجارت جهانی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را به عنوان رژیم‌هایی ارائه می‌دهد که به درجات مختلف، جایگزین قواعد مندرج در مواد مربوط به مسئولیت دولت می‌شوند، که با این وجود به شکلی تکمیلی عمل می‌کنند».

مسئولیت دولت درگیر نتایج ناشی از نقض تعهدات بین‌المللی بین‌دولت‌ها است. ریفگان محدودیت این مواد را به شکل مسئله ای ضمنی بیان می‌دارد:

«مسئله‌ای که دوباره مطرح می‌شود این است که آیا پیش‌نویس مواد می‌تواند در مورد همه انواع قواعد حقوق بین‌الملل اعمال گردد؟...»<sup>۱</sup>

اگرچه دیوان‌های سرمایه‌گذاری به مواد مسئولیت دولت به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل که قابل اعمال برای حل و فصل اختلافات دولت-سرمایه‌گذار طبق معاهده سرمایه‌گذاری است دائماً استناد کرده‌اند. این امر مبتنی بر این است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل منعکس کننده عرف بین‌المللی، تدوین اصول کلی حقوق بین‌الملل است. اما امری که از رویه دیوان‌های سرمایه‌گذاری قابل استنباط است این است که رویه دیوان‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را به عنوان یک راه تکمیلی (مقررات تکمیلی) مورد استفاده قرار می‌گیرد مسئله‌ای که همانا در ماده ۵۵ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به صراحت منعکس شده است. این امر به ویژه در مورد مسئله انتساب و جبران خسارت وجود داشته است.

مواد مسئولیت دولت خود مسئله تعهدات ثانویه متعلق به بازیگران غیردولتی را به صورت رزرو در ماده ۳۳ در حوزه تعهدات مقرر شده در بخش ۲ این مواد ایجاد کرده‌اند:

۱. تعهدات کشور مسئول که در این بخش تصریح شده است، به خصوص بسته به ویژگی و محتوای تعهد بین‌المللی و کیفیات نقض، ممکن است در برابر کشور دیگر، چند کشور یا جامعه بین‌المللی در مجموع باشد.

۲. این بخش، بدون لطمه به هر حق نشأت‌گیرنده از مسئولیت بین‌المللی یک کشور است که ممکن است مستقیماً به هر شخص یا واحدی جز یک کشور، تسری یابد.<sup>۲</sup>

معاهدات سرمایه‌گذاری به صراحت در گزارش تفسیری کمیسیون حقوق بین‌الملل برای ماده ۳۳ (۲) به آن به عنوان وضعیتی که تعهد اولیه متعلق به موجودیت غیردولتی است اشاره کرده است و همچنین بیان داشته است که چنین موجودیتی امکان استناد به مسئولیت دولت را از جانب خود بدون دخالت

1. Riphagen, Willem, "Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (Part 2 of the Draft Articles)", 1983, 2 Ybk Int L Commission 22, UN Doc A/CN.41354/Add. 1 & 2.

2. Crawford, *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, Op.cit., p 209.

هیچ‌گونه دولتی دارد.<sup>۱</sup> بنابراین بخش ۲ و ۳ این مواد به دلیل رزرو ماده ۳۳(۲) برای این روابط حقوقی قابل اجرا نیستند. همچنین می‌بایست به ماده ۲۸ گزارش تفسیری استناد کرد که بیان می‌دارد بخش ۲ نسبت به تعهدات جبران خسارت تا اندازه‌ای که این‌ها به وسیله شخص یا موجودیتی غیر از دولت ایجاد شود یا مورد استناد قرار گیرد؛ اعمال نمی‌گردد.<sup>۲</sup>

برخی از نویسندگان از اندک بودن ملاحظات مستقیم به وسیله مواد در مورد امکان استناد بازیگران غیردولتی به مسئولیت بین‌المللی انتقاد کرده‌اند.<sup>۳</sup> با این وجود مطالعه اجمالی در مورد این موضوع گسترده نشان می‌دهد که توجه صرف به مسئولیت بین‌المللی بین دولت‌ها می‌تواند پیشرفت سریع در این عرصه را با تاخیر مواجه کند.

به طور کلی، معاهدات سرمایه‌گذاری یک سیستم فرعی<sup>۴</sup> از حقوق بین‌الملل است که روابط بین دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خصوصی را که در نتیجه نقض معاهده ایجاد می‌شود را بدون لطمه به قوانین عام مسئولیت دولت که بر روابط بین دولت‌های طرف معاهده حاکم است؛ تنظیم می‌کنند. مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت‌ها این نتیجه‌گیری را کمرنگ نمی‌کند بلکه برعکس، آن‌ها لزوم چارچوب مفهومی برای تمایز بین سیستم عام مسئولیت دولت و سیستم‌های فرعی مسئولیت را ایجاد می‌کنند. سیستم فرعی ایجاد شده به وسیله معاهدات سرمایه‌گذاری، حقوق خاص (منحصر به فرد)<sup>۵</sup> می‌باشد و استفاده از قواعد ثانویه‌ای که برای نتایج حاصل از دعوی حمایت دیپلماتیک بین دولت‌ها حاکم است؛ نامناسب می‌باشد.<sup>۶</sup>

یکی از موارد مهمی که خصوصیت فرعی بودن (انحراف از طرح مسئولیت دولت) این نظام مسئولیت را نشان می‌دهد ماده ۴۴ طرح مواد مسئولیت دولت در مورد قابلیت استماع دعوی است. این ماده بیان می‌دارد:

مسئولیت یک کشور، نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد؛ اگر:

الف) دعوی، مطابق با قاعده قابل اعمال مربوط به تابعیت دعوی اقامه نگردد؛

1. *Ibid.*, p 210.

2. *Ibid.*, p 193.

3. Weiss, Edith Brown, "Invoking state responsibility in the twenty-first century", *Am. J. Int'l L.*, Vol. 96, No. 4, 2002, p 802.

4. Sub-system

5. *Sui Generis*

ب) دعوی، نوعی باشد که نسبت بدان قاعده طمی مقدماتی مراجع داخلی، قابل اعمال گردد و هرگونه طمی مقدماتی مؤثر مراجع داخلی، تمام نشده باشد.

شرح تفصیلی کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد ماده ۴۴ آشکار می‌سازد که قواعد تابعیت دعاوی و طمی مقدماتی مراجع داخلی، فقط به صلاحیت یا قابلیت پذیرش دعوا نزد مراجع قضایی<sup>۱</sup> مربوط نمی‌شود؛ بلکه دارای یک ویژگی اساسی<sup>۲</sup> است تا اندازه‌ای که آن‌ها شرط‌هایی برای استناد مسئولیت دولت در وهله نخست می‌باشند.<sup>۳</sup> اگر یک معاهده ایجاد کننده مرجع قضایی برای استماع دعاوی بین دولت‌ها ناشی از صدمه‌ها به اتباع؛ در مورد قواعد مربوط به تابعیت دعاوی و طمی مقدماتی مراجع داخلی سکوت اختیار کرده باشد؛ طبق مقررات کمیسیون حقوق بین‌الملل این قواعد را پیش شرط استناد مسئولیت دولت می‌داند که می‌بایست در هر حال راجع به این مورد اعمال گردد.

با این وجود، قاعده تابعیت دعاوی یا طمی مقدماتی مراجع داخلی در مورد نظام فرعی مسئولیت بین‌المللی دولت/سرمایه‌گذار در صورتی که در سند معاهده‌ای مربوطه چنین شرطی به صراحت نیامده باشد، اعمال نمی‌گردد. چرا که سرمایه‌گذار حقوق خود در مقابل دولت میزبان را به وسیله توسل به مکانیسم داوری دولت/سرمایه‌گذار اعمال می‌کند.

در راستای این نظر و تأیید آن، می‌بایست اضافه نمود که دیوان‌های مبتنی بر معاهده به طور متحدالشکلی اعمال قاعده طمی مقدماتی مراجع داخلی در غیاب هر گونه مقرر صریح در معاهدات سرمایه‌گذاری رد کرده‌اند.<sup>۴</sup> این رویکرد نمی‌تواند به سادگی به این دلیل که معاهده ساکت است همان گونه که در این آراء پذیرفته شده است؛ توجیه گردد. برعکس، اگر اختلافات سرمایه‌گذار-دولت تابع

1. *Ibid.*

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

معاهدات پیشرو در حقوق بین‌الملل نیز قواعد مربوط به تابعیت دعاوی و طمی مراحل جبران خسارت محلی را به عنوان پیش شرط‌های کلی برای استناد به مسئولیت دولت در نظر می‌گیرند، نه صرفاً بخشی از قانون مربوط به پذیرش دعاوی بین دولتی در برابر دادگاه‌ها و محاکم بین‌المللی.

۴. این امر در قضایای زیر بیان شده است:

*CME Partial Award*, Para. 411, 417. Implicitly in: *Waste Management Inc. v United Mexican States*, (Decision on Preliminary Objection, 26 June 2002) Case No. ARB(AF)/0013, 6 ICSID Rep 549, Para. 30; *Compañia de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Generale des Eaux/Vivendi Universal v Argentine Republic*, (Award, 21 November 2000) Case No. ARB/97/3, 5 ICSID Rep 299, Para. 81; *Compañia de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Generale des Eaux/Vivendi Universal v Argentine Republic*, (Decision on Annulment, 3 July 2002) Case No. ARB/9713, 6 ICSID Rep 340, Para. 52; *Societe Generale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan* (Decision on Jurisdiction, 6 August 2003) Case No. ARB/OI/13, (2003) 42 ILM 1290, Para. 151.

قواعد مسئولیت بین‌المللی دولت-دولت بود قاعده طی مقدماتی مراجع داخلی می‌بایست در غیاب هر گونه صرف‌نظر کردن در معاهده اجرا می‌گردید.<sup>۱</sup>

در خصوص جبران خسارت همچنین می‌توان به ماده ۲۶ کنوانسیون ایکسید اشاره کرد:

«رضایت طرفین به داوری تحت مقررات این کنوانسیون، در صورتی که به شکل دیگری مقرر نشده باشد، رضایت با در نظر گرفتن همه راه‌های دیگر می‌باشد. هر دولت متعهد می‌تواند رضایت به داوری تحت مقررات این کنوانسیون را مشروط به مراجعه قبلی به مراجع اداری یا قضایی (و عدم حصول نتیجه از آن‌ها) بنماید.»<sup>۲</sup>

دیوان بین‌المللی دادگستری آستانه بالایی را برای صرف‌نظر ضمنی در متن معاهده در قضیه الکترونیکا سیکولا اسپا در نظر گرفته است.<sup>۳</sup> دیوان بیان می‌دارد که نمی‌تواند بپذیرد که از یک اصل مهم حقوق بین‌الملل عرفی در غیاب کلماتی که به طور آشکار این قصد را نشان می‌دهد صرف‌نظر کرد و مستثنی نمود.<sup>۴</sup> بنابراین یک فرض روشنی در حقوق بین‌الملل عرفی علیه صرف‌نظر کردن ضمنی از قاعده طی مقدماتی مراجع داخلی وجود دارد.<sup>۵</sup> در قضیه تابعیت مضاعف در دیوان داوری ایران و ایالات متحده<sup>۶</sup> ایران اظهار داشت که داوری‌ها نزد دیوان نمونه حمایت دیپلماتیک است به گونه‌ای که راه‌حل پذیرش دعاوی به وسیله اتباع دو تابعیتی می‌بایست در حقوق بین‌المللی عمومی پیدا شود و نه در اختلافات بین یک دولت و اتباع دولت دیگر که به وسیله حقوق بین‌الملل خصوصی قابل حل و فصل است.<sup>۷</sup> دیوان این اظهارات را نپذیرفت، زیرا هدف و موضوع موافقت‌نامه الجزایر گسترش حمایت دیپلماتیک در معنای معمول خود نبود. بنابراین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی دیوان را از اعمال صلاحیت شخصی بر خواهان‌های آمریکایی که همزمان تابعیت ایرانی را نیز دارند منع نمی‌کند.<sup>۸</sup>

1. *Majjezini v Kingdom of Spain* (Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000) Case No. ARB/97/7, 5 ICSID Rep 396, the Tribunal noted that 'Article 26 [of the ICSID Convention].

2. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States art. 26, (Mar. 18, 1965), 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159.

3. Case Concerning *Electronica Sicula SpA (ELSI)* (United States v Italy) [1989] ICJ Rep 14.

4. *Ibid.*, p 42.

5. Trindade, AA Cançado, "Exhaustion of Local Remedies in International Law experiments granting procedural status to individuals in the first half of the twentieth century", *Netherlands International Law Review*, Vol. 24, No. 3, 1977, p 375.

6. *Islamic Republic of Iran and United States* (Case A/18) (Dual Nationality) (6 April 1984) DEC 32-AI8-FT, (1984) 5 Iran-US CTR 251.

7. Memorial of the Islamic Republic of Iran in Case A/18 (21 October 1983), 25-6.

8. *In Sedco, Inc. for itself and on behalf of Sedco International, S. A. and Sediran Drilling Company v National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran* (28 October 1985) ITL 55-129-3, (1985) 9 Iran-US CTR Para. 245, 256.

بنابراین در مجموع می‌توان بیان داشت که فرض قاعده طی مراجع داخلی برای دعاوی دولت-دولت وجود دارد همان‌گونه که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه الکترونیکا سیکولا اسپا این موضع را اتخاذ نموده است. در مقابل این قاعده در دعاوی دولت-سرمایه‌گذار یک فرض تلقی نمی‌گردد. بدین معنی که در صورت سکوت معاهده در این مورد، این قاعده محلی از اجرا پیدا نخواهد کرد. به طور کلی همان‌گونه که شروتر در بررسی اصل «الزام به طی کامل مراجع داخلی»، ضمن بیان برخی ملاحظات مهم، از قاعده‌ی اساسی کنوانسیون ایکسید در خصوص عدم لزوم طی کامل مراجع داخلی حمایت کرده است. او سه دلیل اصلی را مطرح می‌کند: (۱) رجوع به تمام راهکارهای محلی پیش از رسیدگی ایکسید می‌تواند برای سرمایه‌گذار اتلاف وقت و هزینه باشد (۲) برگزاری دادرسی‌های علنی در دادگاه‌های کشور میزبان ممکن است اختلاف با سرمایه‌گذار خارجی را شدیدتر کرده و حتی بر فضای سرمایه‌گذاری اثر منفی بگذارد. (۳) در صورتی که دیوان ایکسید رأی عالی‌ترین دادگاه کشور میزبان را نقض کند، این امر به طور قطع برای کشور میزبان موجب وضعیتی بسیار ناخوشایند و دشوار خواهد شد.<sup>۱</sup>

به طور کلی می‌توان بیان داشت که نظام فرعی مسئولیت سه خصوصیت ویژه دارد که آن را از نظام عام مسئولیت متمایز می‌نماید؛ از یک سو، این نظام به فرعی که مبتنی بر قواعد معاهداتی است به سرمایه‌گذار حقوق مستقیمی اعطا می‌کند (بر خلاف نظام عام که مختص روابط بین دولت‌ها است) و در واقع یک طرف این رابطه سرمایه‌گذار است که در ماده ۵۵ و ۳۳ طرح مواد به آن اشاره کردیم و از سوی دیگر، به دلیل فلسفه وجودی این معاهدات که در واقع تسهیل جریان سرمایه و پیش‌بینی‌پذیری قراردادی در برابر حفظ تعادل متقابل دولت‌ها است که این دو موضوع خود موجب ایجاد قواعد خاص در این نظام حقوقی شده است که در رویه داوری دولت‌ها در خصوص قابلیت استماع دعوا در مورد تابعیت دعاوی و حذف قاعده طی مراجع داخلی تجلی یافته است.

## نتیجه‌گیری

به طور کلی می‌توان بیان داشت که استناد فراگیر در تصمیمات داوری معاهده سرمایه‌گذاری بر روی مواد کمیسیون وجود داشته است. مواد کمیسیون برای راهنمایی برای حل طیف وسیعی از مسائل مربوط به محتوا و پیامدهای مسئولیت دولت در مورد نقض معاهده سرمایه‌گذاری مورد استناد قرار گرفته است، به ویژه در مواردی که معاهده سرمایه‌گذاری قابل اجرا در مورد قوانین قابل اعمال برای حل و فصل

1. Kaul, Divesh, "A Functional Approach to Local Exhaustion of Remedies in International Law", *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Vol. 24, No. 2, 2024, p 179.

چنین مسائلی سکوت کرده است. بخش اول و چهارم مواد کمیسیون طبق اصول قابل استناد در دعای دولت- سرمایه‌گذار هستند و استنادات زیادی از این بخش‌ها صورت گرفته است- از جمله در انتساب، ضرورت و فورس ماژور- ولی استناد به بخش‌های دوم و سوم از نظر اصول و در دکتترین مورد پذیرش قرار نگرفته است، اما به خصوص در زمینه جبران خسارت این استنادات به وسیله قیاس صورت گرفته است که ایجاد رویه نیازمند استدلال‌های قوی‌تری در رویه داوری دیوان‌های سرمایه‌گذاری و صدور آراء بیشتری در این زمینه است.

در عین حال، رویه قضایی همیشه به طور کامل منسجم نبوده است. چنین ناسازگاری‌هایی ممکن است با افزایش بار پرونده‌های داوری قرارداد سرمایه‌گذاری برجسته‌تر شوند، اما همچنین ممکن است به طور فزاینده‌ای در مورد کاربرد و عناصر برخی از مقررات کمیسیون در داوری سرمایه‌گذاری، اجماع ایجاد شود. آنچه با اطمینان می‌توان نتیجه گرفت این است که از تمام حوزه‌های متفاوت حقوق بین‌الملل که در آن مواد کمیسیون نقش ایفا می‌کند، یک رویه مهم- هم از نظر کمی و هم از نظر کیفی- از طریق تصمیمات دیوان‌های سرمایه‌گذار- دولت افزایش می‌یابد. این سهم داوری سرمایه‌گذاری در حقوق بین‌الملل را نباید دست کم گرفت، زیرا تفسیر و کاربرد مواد کمیسیون را نه فقط در این زمینه حقوق، بلکه به طور بالقوه فراتر از آن در آینده نیز خواهد داشت.

همچنین در این نوشتار نتیجه گرفتیم که نظام مسئولیت در دعاوی سرمایه‌گذار- دولت در عین این که از قواعد عام این طرح بسیار استفاده نموده است، از نظام عام مسئولیت (طرح ۲۰۰۱)- به دلیل ماهیت خاص این دعاوی- دچار انحرافات شده است به صورتی که می‌توان از ایجاد یک نظام فرعی مسئولیت دولت در این دعاوی سخن گفت. این امر به عنوان مثال و به صورت برجسته‌ای در قابلیت استماع دعوا (قاعده طی کامل مراجع داخلی و تابعیت دعاوی) ظهور و بروز پیدا کرده است. به طور کلی منظور از نظام فرعی مسئولیت دولت نه تنها بحث قواعد مجزای مقرر شده در معاهدات سرمایه‌گذاری است (همان بحث مقرر شده در ماده ۵۵ طرح مسئولیت دولت) بلکه در مواردی هم که در معاهده در مورد قواعد ثانویه مسئولیت دولت سکوت وجود دارد و به قواعد عام مسئولیت دولت (طرح مواد مسئولیت دولت) استناد می‌کنند، این استناد همراه با تغییراتی است. همچنین طبق ماده ۳۳ طرح مواد مسئولیت دولت متفاوت عمل کردن در قواعد مسئولیت در خصوص دعاوی دولت- سرمایه‌گذار که یک طرف آن بازیگر غیردولتی است دارای مجوز است.

## منابع

### کتاب

۱. دالزر، رودلف و کریستف شروتر، **اصول حقوق بین الملل سرمایه‌گذاری**، مترجمان: سید قاسم زمانی و به‌آذین حسینی، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.
۲. مک لاکن، کمپل لارنس شور و متیو واینیگر، **داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی**، مترجمان: ترجمه لعیا جنیدی، محمدرضا شکیب و بهاره احمدپور، ج ۱، چ ۲، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۳.

## References

### Book

1. Crawford, James, **The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries**, Cambridge University Press, 2002.

### Articles

2. Amador, FV García, *Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of the Alien, Part II: The International Claim*. Third Report on State Responsibility. U.N. Doc. A/CN.4/111. In *Yearbook of the International Law Commission 2*, 1958.
3. Arangio-Ruiz, Gaetano. *State Responsibility. Eighth Report on State Responsibility*. U.N. Doc. A/CN.4/476 and Add. 1. In *Yearbook of the International Law Commission II (Part Two)*, 1996.
4. Bodansky, Daniel M., and John R. Crook, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles: Introduction and Overview", *Am. J. Int'l L*, Vol. 96, No. 773, 2002, pp. 773-791. <https://doi.org/10.2307/3070677>
5. Crawford, James and Freya Baetens, "The ILC Articles on State Responsibility: More than a 'Plank in a Shipwreck'?", *ICSID Review*, Vol. 37, No. 1-2, 2022, pp. 13-19. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siab048>
6. Crawford, James, "Investment Tribunals and the ILC Articles on State Responsibility", *ICSID Rev FILJ*, Vol. 25, No. 1, 2010, pp.127-199. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/25.1.127>
7. Hanessian, Grant, and Kabir Duggal, "The final 2015 Indian model BIT: Is this the change the world wishes to see?" *ICSID Rev FILJ*, Vol. 32, No. 1, 2017, pp. 216-226. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siw020>
8. Kaul, Divesh, "A Functional Approach to Local Exhaustion of Remedies in International Law", *Wash. U. Global Stud. L. Rev*, Vol. 24, No. 2, 2024, pp. 151-179. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5211256>
9. Partlett, Kate, "The Application of the Rules on Countermeasures in Investment Claims: Visions and Realities of International Law as an Open System", in Chinkin, Christine, and Freya Baetens (eds), *Sovereignty, statehood and state responsibility*, Cambridge University Press, 2015. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107360075.027>
10. Riphagen, Willem. "Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (Part 2 of the Draft Articles)." *Yearbook of the International Law Commission 2*, 1983, 22. UN Doc. A/CN.4/354/Add. 1 & 2.

11. Shirlow, Esmé, and Kabir Duggal, “The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review*, Vol. 37, No. 1-2, 2022, pp. 378, 542. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siac008>
12. Trindade, AA Cançado, “Exhaustion of Local Remedies in International Law experiments granting procedural status to individuals in the first half of the twentieth century”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 24, No. 3, 1977, 373-392.
13. Weiss, Edith Brown, “Invoking state responsibility in the twenty-first century”, *Am. J. Int'l L.*, Vol. 96, No. 4, 2002, pp. 798-816. <https://doi.org/10.2307/3070679>
14. Zachary, Douglas, “The hybrid foundations of investment treaty arbitration”, *The British Year Book of International Law*, Vol. 74, No. 1, 2004, pp. 151-289

#### **Precedents and case law**

15. *Adel A. Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*. ICSID Case No. ARB/11/33, Award, November 3, 2015.
16. *AES Corporation and Tau Power BV v. Republic of Kazakhstan*. ICSID Case No. ARB/10/16, Award, November 1, 2013.
17. *Belenergia SA v. Italian Republic*. ICSID Case No. ARB/15/40, Award, August 6, 2019.
18. *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*. ICSID Case No. ARB/10/15, Award, July 28, 2015.
19. *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*. PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, March 17, 2015.
20. *Case Concerning Electronica Sicula SpA (ELSI) (United States v. Italy)*. ICJ Rep. 1989: 14.
21. *CME v. Czech Republic*. Partial Award, paras. 411, 417.
22. *Compañía de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/97/3, Award, November 21, 2000, 5 ICSID Rep. 299.
23. *Compañía de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, July 3, 2002, 6 ICSID Rep. 340.
24. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011.
25. *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007.

26. *Flemingo Duty Free Shop Private Limited v. Republic of Poland*. UNCITRAL, Award, August 12, 2016.
27. *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, September 22, 2014.
28. *Islamic Republic of Iran and United States (Case A/18) (Dual Nationality)*. Decision, April 6, 1984, DEC 32-A18-FT, (1984) 5 Iran–US CTR 251.
29. *Majjezini v. Kingdom of Spain*. ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, 5 ICSID Rep. 396.
30. *Masdar Solar and Wind Cooperatief UA v. Kingdom of Spain*. ICSID Case No. ARB/14/1, Award, May 16, 2018.
31. *Memorial of the Islamic Republic of Iran in Case A/18*, October 21, 1983.
32. *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan*. SCC Case No. V 064/2008, Final Award, June 8, 2010.
33. *Quiborax SA and Non-Metallic Minerals SA v. Plurinational State of Bolivia*. ICSID Case No. ARB/06/2, Award, September 16, 2015.
34. *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case No. ARB/14/34, Decision on Jurisdiction, Liability, Quantum, December 30, 2019.
35. *Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*. Case ITL 55-129-3, Award,
36. *Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, August 6, 2003, 42 ILM 1290.
37. *Sun Reserve Luxco Holding SRL v. Italy*. SCC Case No. 132/2016, Final Award, March 25, 2020.
38. *The Rompetrol Group NV v. Romania*. ICSID Case No. ARB/06/3, Award, May 6, 2013.
39. *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v. Republic of Turkey*. ICSID Case No. ARB/11/28, Award, March 10, 2014.
40. *Unión Fenosa Gas, SA v. Arab Republic of Egypt*. ICSID Case No. ARB/14/4, Award, August 31, 2018.
41. *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/07/26, Award, December 8, 2016.
42. *Waste Management Inc. v. United Mexican States*. ICSID Case No. ARB(AF) /00/3, Decision on Preliminary Objection, June 26, 2002, 6 ICSID Rep. 549.

43. *Yukos Universal Limited (Isle of Man); Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation*. PCA Case Nos. 2005–04/AA227, 2005–05/AA228, Final Award, July 18, 2014.

#### **Legislative Instruments**

44. International Law Commission. *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*. U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, ch. 4, U.N. Doc. A/56/10 (2001).
45. GA Res. 56/83 (Dec. 12, 2001).
46. Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, March 18, 1965, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159.

#### **Online Sources**

47. UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*. (Accessed at August 28, 2025). <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>
48. UNCTAD. *Investment Dispute Settlement Navigator: Full Data Release as of 31/12/2023 (Excel format)*. (Accessed at August 28, 2025). <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

## **The Application of the Articles on State Responsibility and the Emergence of a Subsystem of Responsibility in Investor–State Treaty Arbitration: Rethinking Admissibility of Claims**

**Mirshahbiz Shafe\***  
**Niloufar Nazaryani\*\***

Received: 2025.09.09

Accepted: 2025.10.01

### **Abstract**

Contemporary international law exhibits a tendency towards fragmentation, meaning that the general law of state responsibility is divided into treaty-specific subsidiary systems. This article examines the application of the 2001 International Law Commission (ILC) Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts and the formation of a subsidiary system of responsibility in investor-state dispute settlement (ISDS). An examination of arbitral practice reveals that Parts One and Four of the ILC Articles (concerning attribution, breach, circumstances precluding wrongfulness, and general provisions) have been most frequently applied. In contrast, Part Two (content of responsibility, i.e., reparations), although pertaining to state-to-state relations, has often been applied by analogy, and Part Three (implementation of responsibility, i.e., countermeasures) has received less attention. The article also emphasizes the emergence of a subsidiary system of state responsibility within investor-state arbitration. This system, shaped by reliance on Articles 33 and 55 of the ILC Articles, and through the direct conferral of rights to investors, distances itself from traditional rules on the admissibility of claims, such as “the nationality of claims” rule or the “exhaustion of local remedies” requirement—unless explicitly stipulated in the treaty. Arbitral practice has confirmed this distinction, applying the ILC Articles more as a reflection of custom and supplementary rules. Consequently, although investment tribunals have extensively referred to the ILC Articles, such reference has involved modification and adaptation, thus allowing one to speak of the formation of a subsidiary system of responsibility in this field.

### **Keywords:**

State Responsibility, International Investment Law, Investor-State Disputes, Attribution, Admissibility of Claims

---

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

\*\* Ph.D Student, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran., Corresponding Author  
Email: n.nazaryanin@sbu.ac.ir



## داوری الگوریتمی و توسعه قضایی دیجیتال: آینده حل اختلاف در بستر

هوش مصنوعی

پیام شعبانی \*

بهنام حبیبی درگاه \*\*

علی اسلامی پناه \*\*\*

جواد خالقیان \*\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۲۳

### چکیده

با گسترش سریع فناوری‌های نوین به‌ویژه هوش مصنوعی و یادگیری ماشینی، حوزه حل‌وفصل اختلافات با تحولات اساسی مواجه شده است. یکی از نمودهای شاخص این تحول، داوری الگوریتمی است که در آن، الگوریتم‌های پیشرفته جایگزین داور انسانی شده و فرایند داوری را به‌صورت خودکار، سریع، مقرون‌به‌صرفه و دیجیتال انجام می‌دهند. این مقاله با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی و رویکرد تطبیقی، به بررسی مبانی نظری، پیامدهای حقوقی و آثار قضایی این سازوکار نوین می‌پردازد. تأثیر این مدل نوآورانه از منظر شاخص‌های توسعه قضایی همچون کارآمدی، دسترسی به عدالت، شفافیت، بی‌طرفی، کاهش اطاله دادرسی و هزینه‌ها تحلیل شده و تجارب کشورهایمانند استونی، هلند، چین، سنگاپور، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا بررسی گردیده است. مقاله در پایان ضمن شناسایی چالش‌هایی نظیر شفافیت الگوریتم، مسئولیت قانونی و حق برخورداری از دادرسی منصفانه، پیشنهادهایی برای پیاده‌سازی تدریجی داوری الگوریتمی در ایران ارائه می‌کند، از جمله اصلاح مقررات داوری، طراحی چارچوب‌های فنی و اخلاقی، توسعه پلتفرم‌های بومی و ایجاد نهاد نظارتی تخصصی.

### کلیدواژه‌گان:

داوری الگوریتمی، هوش مصنوعی، توسعه قضایی دیجیتال، شاخص‌های عدالت، حل اختلاف آنلاین.

\* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرج، کرج، ایران

\*\* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرج، کرج، ایران (نویسنده مسئول)

Behnam.habibidargah@iau.ir

\*\*\* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

\*\*\*\* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرج، کرج، 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

تحول دیجیتال در عدالت از آرمان فناورانه به ضرورتی انکارناپذیر تبدیل شده است. کشورهای مختلف با توسعه زیرساخت‌های عدالت دیجیتال به این نیاز پاسخ داده‌اند. فناوری‌های هوش مصنوعی<sup>۱</sup>، یادگیری ماشین<sup>۲</sup> و داده‌کاوی<sup>۳</sup> امکان طراحی و اجرای مدل‌های نوین مانند داوری الگوریتمی را فراهم کرده‌اند؛ مدلی که با جایگزینی انسان با الگوریتم، ساختار سنتی داوری را متحول می‌کند. هوش مصنوعی با تحلیل داده‌های پیچیده، فرایند داوری را تسهیل و تسریع می‌کند.

در ادبیات جهانی، داوری الگوریتمی در قالب بخشی از «عدالت هوشمند»<sup>۴</sup> یا «حل اختلاف دیجیتال»<sup>۵</sup> مورد بحث قرار گرفته و مورد بهره‌برداری اولیه قرار گرفته است.<sup>۶</sup> این سامانه‌ها با تکیه بر الگوریتم‌های یادگیری ماشین، موجب تسریع، کاهش هزینه و افزایش شفافیت شده‌اند.<sup>۷</sup> در ایران، هرچند زیرساخت‌های کامل مهیا نشده، اما اسنادی چون «نقشه جامع علمی کشور» و «سند ملی راهبردی هوش مصنوعی» و به‌تازگی «سند ستاد توسعه فناوری و کاربرد هوش مصنوعی» و «آیین‌نامه اجرایی نحوه استفاده از فناوری‌های نوین در فرایندهای قضایی» مسیر توسعه عدالت دیجیتال را ترسیم کرده‌اند.<sup>۸</sup>

قانون برنامه پنج‌ساله هفتم توسعه پیشرفت جمهوری اسلامی ایران، قوه قضائیه و وزارت دادگستری را به هوشمندسازی فرایندهای قضایی مکلف کرده است. طبق ماده ۱۱۳، تا پایان سال دوم، برخی امور با هوش مصنوعی انجام شود و پرونده‌ها کاملاً الکترونیکی شوند. طبق ماده ۲۹۲ لایحه<sup>۹</sup> برنامه هفتم توسعه پیشرفت جمهوری اسلامی ایران، نیز هوشمندسازی فرایندهای قضایی، انجام امور ساده توسط سامانه‌ها و انجام خدمات قضایی از طریق شبکه ملی عدالت باید آنالاین و آئی ارائه شود.

1. AI
2. Machine Learning
3. Data Mining
4. Smart Justice
5. Digital Dispute Resolution

۶. در استونی تا سال ۲۰۲۳ از فرایند نیمه‌خودکار ODR استفاده شده است. در چین «دادگاه اینترنتی» مبتنی بر هوش مصنوعی فعال است.

7. Katsh, Ethan, and Orna Rabinovich-Einy, **Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes**, Oxford University Press, 2017. pp. 37-38.

۸. شورای عالی انقلاب فرهنگی. «نقشه جامع علمی کشور»، مصوب ۱۳۸۹؛ و نیز: معاونت علمی ریاست جمهوری، «سند ملی راهبردی هوش مصنوعی»، ۱۴۰۳.

۹. اگرچه این ماده از لایحه است، اما در بسیاری منابع رسمی نیز به آن ارجاع می‌شود.

<<https://www.tasnimnews.com/fa/news/1402/02/31/2898870>>(last visited 05/03/2025).

همچنین در بند الف ماده ۴ «آیین‌نامه اجرایی نحوه استفاده از فناوری‌های نوین در فرایندهای قضایی»، که به‌تازگی به تصویب رسیده است، آمده: «مرکز امکانات و زیر ساخت‌های مورد نیاز برای انجام امور زیر را به‌صورت خودکار با استفاده از سامانه و فناوری‌های نوین فراهم می‌نماید: الف انجام اموری از قبیل کارشناسی، داوری و سایر شیوه‌های حل اختلاف با استفاده از هوش مصنوعی؛ «موضوع داوری از طریق هوش مصنوعی پیش‌بینی شده است. قانون برنامه توسعه قضایی که در واقع بخشی از قوانین برنامه توسعه است که به مسائل حقوقی و قضایی که به‌عنوان برنامه‌ای جامع برای اصلاحات ساختاری در دستگاه قضائی جمهوری اسلامی ایران تدوین شده است، استفاده از داوری را به‌عنوان یکی از ابزارهای اساسی برای تسریع در رسیدگی به پرونده‌ها و کاهش هزینه‌های دادرسی مورد تأکید قرار داده است»<sup>۱</sup>.

در همین راستا، این مقاله با تمرکز بر داوری الگوریتمی به‌عنوان یکی از جلوه‌های عدالت دیجیتال، در پی پاسخ به این پرسش اصلی است که: «داوری الگوریتمی چگونه می‌تواند بر شاخص‌های کلیدی توسعه قضایی در ایران اثرگذار باشد؟»

مقاله با رویکرد توصیفی-تحلیلی، ابتدا به تبیین داوری الگوریتمی و آثار آن بر شاخص‌های کارآمدی، شفافیت و دسترسی به عدالت پرداخته و سپس تجارب بین‌المللی و ظرفیت‌های ایران برای پیاده‌سازی این شیوه را بررسی می‌کند. در پایان، چالش‌ها و فرصت‌ها شناسایی و راهکارهایی برای توسعه زیرساخت‌های حقوقی و فناورانه ارائه می‌شود.

## ۱. مبانی نظری و مفهومی

هوش مصنوعی به سامانه‌هایی اطلاق می‌شود که توانایی تحلیل، تصمیم‌گیری، یادگیری و پیش‌بینی دارند. این فناوری به دو شاخه اصلی تقسیم می‌شود: سمبولیک (مبتنی بر قواعد منطقی) و پیوندگرا (مبتنی بر یادگیری از داده‌ها). مدل‌های سمبولیک از منطق ریاضی بهره می‌برند، درحالی‌که مدل‌های پیوندگرا مانند یادگیری ماشین، الگوها را از داده‌های تجربی استخراج می‌کنند.<sup>۲</sup> این تفاوت بر طراحی سامانه‌های داوری هوشمند تأثیرگذار است و حدود شفافیت و مداخله انسانی را مشخص می‌کند.

۱. شعبانی، پیام، بهنام حبیبی درگاه، علی اسلامی‌پناه و جواد خالقیان، «نقش نهاد داوری در توسعه قضایی با نگاهی به اسناد بالادستی»، *دانشنامه فقه و حقوق تطبیقی*، د. ۲، ش. ۲، ۱۴۰۳، ص. ۱۰۶.

۲. خوشنویس حسینی، آیدین، *هوش مصنوعی*، تهران: انتشارات اسدزاده، ۱۳۹۸، صص. ۳۸-۴۲.

تحول در شیوه‌های حل و فصل اختلافات، علی‌الخصوص «داوری الگوریتمی»<sup>۱</sup> به‌عنوان یکی از جلوه‌های بارز استفاده از فناوری در خدمت عدالت مطرح شده است. درک صحیح از جایگاه این نوع داوری در بستر نظری عدالت، کارآمدی قضایی و مفهوم «توسعه قضایی دیجیتال» مستلزم تحلیل مفاهیمی همچون عدالت هوشمند<sup>۲</sup>، حکمرانی الگوریتمی<sup>۳</sup> و شاخص‌های بین‌المللی توسعه قضایی است. توسعه قضایی دیجیتال فرایندی است که عدالت را با تکیه بر فناوری، سریع‌تر، ارزان‌تر و در دسترس‌تر می‌سازد.<sup>۴</sup> شاخص‌هایی مانند کارآمدی، شفافیت، کاهش اطاله دادرسی و دسترسی عمومی، معیارهای سنجش آن هستند.<sup>۵</sup> تجربه کشورها نشان می‌دهد که سامانه‌های هوشمند نقشی مؤثر در ارتقای این شاخص‌ها داشته‌اند.<sup>۶</sup>

### ۱.۱. مفهوم داوری الگوریتمی و تمایز آن با داوری سنتی

داوری الگوریتمی یکی از شیوه‌های نوین حل و فصل اختلافات است که بر مبنای استفاده از الگوریتم‌های هوش مصنوعی، داده‌کاوی و یادگیری ماشین شکل گرفته است. در این مدل، داده‌های حقوقی به‌صورت خودکار تحلیل می‌شوند و فرایند تصمیم‌گیری، به‌جای آنکه صرفاً در اختیار انسان باشد، در قالبی دیجیتال و با بهره‌گیری از سامانه‌های هوشمند انجام می‌گیرد. تصمیمات حقوقی در این ساختار، ممکن است به‌صورت خودکار یا نیمه‌خودکار توسط سامانه‌های هوشمند صادر شوند؛ به‌گونه‌ای که نقش انسان، به‌عنوان داور، یا کاملاً حذف می‌شود یا صرفاً در حد نظارت و ارزیابی نهایی باقی می‌ماند.<sup>۷</sup> درک دقیق جایگاه داوری الگوریتمی در تحولات قضایی نیازمند بررسی مفاهیم کلیدی مانند «هوش مصنوعی»، «داوری دیجیتال»، «عدالت هوشمند» و «توسعه قضایی دیجیتال» است.

تفاوت‌های بنیادی داوری الگوریتمی با داوری سنتی در چند محور برجسته می‌شود: اولاً در داوری سنتی، تفسیر قانون و تحلیل وضعیت دعوا و اعمال تشخیص انسانی در ارزیابی ادله و مصالح طرفین توسط انسان (داور یا قاضی) صورت می‌گیرد، درحالی‌که در داوری الگوریتمی، مدل‌های مبتنی بر

1. Algorithmic Arbitration

2. Smart justice

3. Algorithmic Governance

4. Shabani, P., Habibi Dargah, B., Eslamipannah, A., & Khaleghiyani, J., "Judicial Development and the Institution of Arbitration in Comparative Analysis: Case Studies of Selected Countries", *Legal Studies in Digital Age*, Vol.42, No.1, 2025. P. 1.

5. Zeleznikow, J., "Technology and Dispute Resolution: A Review", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol.25, No. 3, 2017. pp. 207-210.

6. Cortés, Pablo, *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market: Upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*, Cambridge University Press, 2018. pp. 45-48.

7. Katsh.. *Op.Cit.*, pp. 15-20.

داده‌های تاریخی، قوانین از پیش تعریف شده و قواعد یادگیری ماشین، نقش داور را ایفا می‌کنند. ثانیاً الگوریتم‌ها از قدرت پردازشی بالا برای تحلیل انبوه اطلاعات بهره می‌برند که سرعت، دقت و هزینه‌های رسیدگی را به‌طور چشمگیری کاهش می‌دهد.<sup>۱</sup>

## ۱.۲. طبقه‌بندی سطوح داوری الگوریتمی

سطوح داوری الگوریتمی را می‌توان در سه دسته طبقه‌بندی کرد:<sup>۲</sup>

الف) نیمه‌خودکار: الگوریتم صرفاً برای تحلیل اولیه داده‌ها و پیشنهاد تصمیمات به داور انسانی کاربرد دارد. (ب) ترکیبی (انسان+ماشین):<sup>۳</sup> تصمیم‌گیری مشترک انسان و الگوریتم، مانند سامانه‌های ODR<sup>۴</sup> موجود در پلتفرم‌های تجارت الکترونیکی (مثل eBay).

پ) خودکار کامل:<sup>۵</sup> تمام فرایند رسیدگی و تصمیم‌گیری بدون دخالت انسان و صرفاً از طریق الگوریتم صورت می‌گیرد<sup>۶</sup> (مانند برخی پروژه‌های آزمایشی در ایالات متحده آمریکا و...).

این سطوح از نظر الزامات حقوقی و چالش‌های مشروعیت و نظارت نیز متفاوت‌اند. به‌ویژه سطح سوم، بیش از دیگر سطوح، مستلزم تدوین قوانین حمایتی، پیش‌بینی سازوکارهای نظارتی و امکان اعتراض است.<sup>۷</sup>

این تمایز از جنبه حقوقی اهمیت دارد؛ زیرا مدل‌های ترکیبی بهتر می‌توانند اصول آیین دادرسی نظیر حق اعتراض و شفافیت را تضمین کنند، درحالی‌که مدل‌های تمام‌خودکار با چالش‌های قانونی بیشتری مواجه‌اند. لذا، تفکیک این مدل‌ها از نظر نظری و تقنین ضرورت دارد. این فناوری‌ها، ضمن کاهش احتمال خطای انسانی و تسریع فرایند تحلیل، می‌توانند ابزارهای کمکی مؤثری برای داوران انسانی باشند، مشروط بر آنکه چارچوب‌های حقوقی و نظارتی مناسب برای آنها تدوین شده باشد.<sup>۸</sup>

1. Susskind, Richard, **Online Courts and the Future of Justice**, Oxford University Press, 2019. pp. 68-70.

2. Aslı Budak, S.et al., **Artificial Intelligence in Arbitration-Current Uses and the Turkish Law Approach**, Lexology, 2021. pp. 2-4.

3. Semi-Automated

4. Hybrid AI + Human

5. Online Dispute Resolution

6. Fully Automated

7. Coglianese, Cary & Lehr, David, "Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era", *Georgetown Law Journal*, Vol. 105, No1147, 2017. pp. 1168-1169.

8. Winkler, Victoria, "Technology and Access to Justice in Europe", *CEPEJ Report, Council of Europe*, 2021. pp. 53-55.

۹. اسمعیل پور، محمدامین، فاطمه قناد و شهاب جعفری ندوشن، «روش‌های هوش مصنوعی در صحت‌سنجی ادله داوری»، *مجله پژوهش‌های حقوق خصوصی*، د. ۱۲، ش. ۴۶، ۱۴۰۳، ص. ۸۱.

### ۱.۳. ارتباط داوری الگوریتمی با نظریه عدالت الگوریتمی

رویکرد داوری الگوریتمی را می‌توان بر پایه نظریه‌های متعددی در حوزه فناوری و حقوق تبیین کرد. از جمله می‌توان به نظریه «عدالت الگوریتمی»<sup>۱</sup> اشاره کرد که ناظر بر تضمین انصاف، شفافیت و پاسخ‌گویی سیستم‌های مبتنی بر هوش مصنوعی در فرایندهای قضایی است.<sup>۲</sup> همچنین نظریه «حکمرانی الگوریتمی» مطرح می‌سازد که چگونه الگوریتم‌ها نه تنها ابزاری برای اجرای تصمیمات محسوب می‌شوند، بلکه خود به صورت مستقیم در ساختار حکمرانی و تصمیم‌سازی نقش ایفا می‌کنند.<sup>۳</sup>

عدالت الگوریتمی به تضمین اصولی چون بی‌طرفی، انصاف و اعتراض‌پذیری در تصمیمات ماشینی می‌پردازد.<sup>۴</sup> مهم‌ترین دغدغه در عدالت الگوریتمی، قابل‌فهم بودن منطق تصمیم‌گیری برای ذی‌نفعان است؛ در غیر این صورت، امکان نقد و اصلاح رأی وجود نخواهد داشت.<sup>۵</sup> از این رو، «توضیح‌پذیری الگوریتم»<sup>۶</sup> به عنوان یکی از الزامات عدالت در نظام‌های مبتنی بر هوش مصنوعی شناخته می‌شود.<sup>۷</sup>

یکی از مهم‌ترین چالش‌های داوری الگوریتمی، تعارض بین کارآمدی و انصاف است. هرچند اتوماسیون می‌تواند باعث کاهش اطاله دادرسی، کاهش هزینه‌ها، و ارتقای سرعت رسیدگی شود، همین فرایند ممکن است اصول بنیادین مانند حق اعتراض، بی‌طرفی، حق شنیده شدن، و تفسیر انسانی را به حاشیه براند.<sup>۸</sup>

در برخی موارد، الگوریتم‌ها تصمیماتی اتخاذ می‌کنند که نه تنها قابل درک نیستند،<sup>۹</sup> بلکه به دلیل پیچیدگی فنی یا ساختار یادگیری ماشین، حتی برای توسعه‌دهندگان نیز توضیح‌پذیر نیستند. برای مثال، در برخی ایالات آمریکا، که در رسیدگی‌های کیفری از سیستم پیش‌بینی ریسک COMPAS استفاده شد، این تجربه نشان می‌دهد که حتی الگوریتم‌های دقیق نیز می‌توانند نتایج غیرقابل توضیح داشته باشند. این مسئله با عنوان حق به توضیح<sup>۱۰</sup> در ادبیات حقوق دیجیتال شناخته شده و مورد مناقشه جدی

1. Algorithmic Justice

2. Virginia, Dignum, "Responsible Artificial Intelligence: How to Develop and Use AI in a Responsible Way", *Springer*, 2019. pp. 96,98,112.

3. Hildebrandt, Mireille, "Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol.20, No. 2, 2019. p. 439.

4. Kroll, Joshua A. et al, "Accountable Algorithms", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, No. 3, 2017. pp. 671-674.

5. Cali, Basak, and Leiser, Mathias, "Algorithmic Justice: Foundations and Prospects", *Journal of Legal Theory and Ethics*, 2021. pp. 637-639.

6. Explainability

7. Burrell, Jenna. "How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms", *Big Data & Society*, 2016. pp. 11-12.

8. Susskind..., *Op.Cit.*, P. 58-62.

9. Opacity

10. Right to Explanation'

در مقررات اروپایی نیز بوده است.<sup>۱</sup>

الگوریتم‌های غیرقابل توضیح، اصل حساب‌پذیری را نقض می‌کنند و ممکن است با بازتولید سوگیری‌های داده‌ای به نابرابری دامن بزنند.<sup>۲</sup> چالش‌های استفاده از هوش مصنوعی در داوری شامل نگرانی‌های اخلاقی و حقوقی مانند سوگیری، تبعیض، عدم شفافیت و مسئولیت تصمیمات است. داده‌های سوگیرانه عدالت را تهدید کرده و نبود دخالت انسانی، مسئولیت را مبهم می‌کند. پژوهشگران تأکید دارند که تعیین ضمانت‌های جبران خسارت و مسئولیت‌ها در قرارداد داوری ضروری است.<sup>۳</sup> یکی از چالش‌های مهم حقوقی در داوری هوش مصنوعی، تعیین مسئولیت عملکرد آن است. برخلاف داوری سنتی که قاضی یا داور مسئول است، در داوری الگوریتمی به دلیل پیچیدگی و نبود شفافیت، تعیین مسئولیت دشوار است.<sup>۴</sup>

پیشنهادهایی همچون طراحی الگوریتم‌های «اخلاق‌محور»،<sup>۵</sup> ایجاد نهادهای نظارت اخلاقی، و الزام به انتشار مدل‌های استفاده‌شده پیشنهاد شده است.<sup>۶</sup> ضمناً الگوریتم‌های مورد استفاده در داوری پیش از اجرا، ارزیابی شفافیت، بی‌طرفی و قابلیت توضیح آنها در یک فرایند دقیق کارشناسی انجام گیرد.<sup>۷</sup> اعتراض به تصمیمات الگوریتمی، به‌ویژه در مدل‌های «جعبه سیاه»، چالشی اساسی است. استفاده از الگوریتم‌های قابل توضیح و امکان بازبینی انسانی برای حفظ حقوق طرفین ضروری است؛ زیرا در غیر این صورت حقوقی مانند «حق شنیده شدن»، «حق اعتراض مؤثر» و «دسترسی به دلایل تصمیم» نقض می‌شود.<sup>۸</sup> فقدان این مکانیسم‌ها ممکن است منجر به عدم شناسایی یا اجرای داوری الگوریتمی در دادگاه‌ها شود.

1. Wachter, S., Mittelstadt, B., & Floridi, L., "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation", *International Data Privacy Law*, 2017. pp. 85-89.

2. Burrell..., *Op.Cit.*, P.6.

۳. اسمعیل‌پور، محمدامین، «هوش مصنوعی در مقام داور؛ صورت‌بندی چالش‌های حقوقی و اخلاقی کاربست هوش مصنوعی در فرایند داوری»، *مجله پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ۱۴۰۳، صص. ۱۳۱۷-۱۳۱۸.

۴. کریمی، ماشالله و علی‌آبادی، عبدالصمد. «امکان‌سنجی بهره‌گیری از دادرسی هوش مصنوعی؛ مطالعه فقهی و حقوق ایران»، *دوفصلنامه مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب*، د. ۷، ش. ۱، ۱۴۰۳، صص. ۱۴۰-۱۴۱.

5. Value-Sensitive Design

6. Virginia..., *Op.Cit.*, pp.47-50.

7. Kroll, ..., *Op.Cit.*, pp.665, 679, 683.

8. Baum, K., Mantel, S., Schmidt, E., & Speith, T., "From responsibility to reason-giving: Explainable artificial intelligence", *Philosophy & Technology*, Vol.35, No.12, 2022. pp. 4-8.

#### ۱.۴. زیرساخت‌های توسعه قضایی دیجیتال و جایگاه داوری الگوریتمی

توسعه قضایی دیجیتال مستلزم ترکیب سه لایه زیرساختی است:

**الف) زیرساخت فناوریانه:** شامل سامانه‌های الکترونیکی اطمینان‌پذیر، فضای ابری قضایی، رمزنگاری

داده‌ها و سیستم‌های ثبت خودکار مستندات؛

**ب) چارچوب حقوقی و مقرراتی:** مانند تعیین جایگاه حقوقی رأی الگوریتمی، پیش‌بینی امکان

تجدیدنظر، مسئولیت مدنی در خطاهای هوش مصنوعی و قواعد اعتبار اسنادی؛

**پ) پذیرش نهادی و فرهنگی:** شامل افزایش سواد دیجیتال قضات، کاربران و وکلا و همچنین

ارتقای اعتماد عمومی به عدالت غیرانسانی.

فقدان چارچوب حقوقی مناسب در ایران و نیز در قوانین بین‌المللی، مانع از توسعه و رشد کامل داوری

آنلاین شده است،<sup>۱</sup> گرچه هنوز چارچوب جامعی برای داوری الگوریتمی طراحی نشده، زمینه‌های مناسبی

برای توسعه آن وجود دارد؛ از جمله قانون برنامه پنج‌ساله هفتم توسعه پیشرفت جمهوری اسلامی ایران

(ماده ۱۱۳)، «سند تحول و تعالی قوه قضائیه»،<sup>۲</sup> «سند ستاد توسعه فناوری و کاربرد هوش مصنوعی» و

«آیین‌نامه اجرایی نحوه استفاده از فناوری‌های نوین در فرایندهای قضایی» (بند الف ماده ۴) در تحقق

عدالت دیجیتال گام‌های مهمی برداشته است. این سیاست‌ها همراه با تأکید ماده ۶۷ قانون برنامه

پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مبنای حرکت به عدالت

هوشمند به شرط تدوین مقررات شفاف، ارزیابی مخاطرات و طراحی نظام نظارت است.

#### ۱.۵. تأثیر داوری الگوریتمی بر شاخص‌های توسعه قضایی

داوری الگوریتمی با استقرار مناسب می‌تواند نقش کلیدی در ارتقای شاخص‌های توسعه قضایی ایفا

کند. براساس شاخص‌های تعریف‌شده توسط بانک جهانی و سازمان همکاری اقتصادی و توسعه<sup>۳</sup> توسعه

قضایی شامل کارآمدی، دسترسی به عدالت، شفافیت، بی‌طرفی و کاهش اطاله دادرسی است.<sup>۴</sup>

داوری الگوریتمی می‌تواند با کاهش زمان و هزینه رسیدگی، دسترسی به عدالت را برای گروه‌های

کم‌برخوردار افزایش دهد؛ مداخلات انسانی، بی‌طرفی ساختاری را تقویت کند؛ از طریق شفاف‌سازی

۱. میرفتاح، سید احمدرضا، احمد محمدی و مسعود زمانی، «چالش‌های داوری آنلاین در نظام حقوقی ایران و نظام حقوق بین‌الملل»، فصلنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، د. ۲، ش. ۷، پاییز ۱۳۹۸، ص. ۲۲۴.

2. <<https://rc.majlis.ir/fa/law/show/1802660?utm>> (last visited 05/08/2024)

3. OECD

4. OECD. "Access to Justice and the Rule of Law" 2020.

مدل‌های تصمیم‌گیری، شفافیت داوری را ارتقا دهد؛ با حذف تشریفات زائد و بهره‌گیری از اتوماسیون، اطلاع دادرسی را کاهش دهد.<sup>۱</sup>

بررسی تجارب بین‌المللی کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه نشان می‌دهد با فراهم‌سازی چارچوب‌های قانونی قوی و تضمین امنیت و شفافیت فنی می‌توان از ظرفیت داوری الگوریتمی برای تحقق عدالت دیجیتال بهره‌برداری کرد.<sup>۲</sup> مطابق گزارش CEPEJ در سال ۲۰۲۱، به‌کارگیری سامانه‌های الگوریتمی در استونی و هلند باعث کاهش زمان دادرسی به‌طور متوسط ۳۵ درصد و افزایش شفافیت عملکرد قضات شده است.

ممکن است دانش، شخصیت و تشخیص دادرسان انسانی و همچنین سوگند بی‌طرفی آنان، مایه پذیرش و اعتماد آنها باشد. به‌گونه‌ای که اگر یک دادرس به‌دلیل کار زیاد، دادنامه‌ای کوتاه بدون پروراندن استدلال‌ات خود صادر نماید، بسیاری از شهروندان آن را خواهند پذیرفت، حال آنکه چنین اعتماد و اطمینانی نسبت به حسن نیت دادرس هوش مصنوعی در کار نیست و استدلال‌ات نوشته شده او در دادنامه تنها وسیله‌ای برای پذیرفتن یا نپذیرفتن آن به‌شمار می‌رود.<sup>۳</sup>

## ۲. بررسی تطبیقی تجارب جهانی در داوری الگوریتمی

داوری بین‌المللی تحت‌تأثیر هوش مصنوعی قرار گرفته، هرچند مقررات کشورها و کنوانسیون‌هایی مانند UNCITRAL هنوز چارچوب صریحی ارائه نکرده‌اند. مزایایی چون سرعت، کاهش هزینه و یکنواختی در تصمیم‌گیری، در مقابل فقدان وحدت‌رویه و قوانین مشخص قرار دارد.<sup>۴</sup> بررسی تطبیقی این تجارب می‌تواند زمینه‌ساز بهره‌گیری بومی از فناوری‌های نوین در نظام حقوقی ایران باشد.

تفاوت مهم میان «داوری آنلاین» و «داوری الگوریتمی» در این است که داوری آنلاین ODR از بسترهای الکترونیکی برای ثبت و رسیدگی استفاده می‌کند، اما لزوماً شامل الگوریتم‌های هوش مصنوعی برای صدور رأی نیست. درحالی‌که داوری الگوریتمی از الگوریتم‌های پیشرفته و تحلیل خودکار داده‌ها برای تصمیم‌گیری نهایی استفاده می‌کند. بنابراین، دیجیتالی بودن فرایند معادل داوری الگوریتمی نیست.

1. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). European Judicial Systems, 2022 Edition.

2. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). "Technical Notes on Online Dispute Resolution," 2017. Introduction.

3. Volokh, E., "Chief Justice Robots", *Duke Law Journal*, Vol.6, No.2, 2019, p.1159.

۴. مهرافزا، محمدرضا، افشین زرگر و بهنام حبیبی درگاه، «هوش مصنوعی و داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی بین‌الملل*، د. ۱۱، ش. ۴۲، ۱۳۹۷، صص. ۳۴۶-۳۴۸.

در مقررات فعلی نهادهای برجسته بین‌المللی مانند ICC و UNCITRAL صراحتی در خصوص داوری صرفاً الگوریتمی وجود ندارد. این قواعد داور را همواره به‌عنوان شخص حقیقی یا هیئت داوری متشکل از انسان‌ها فرض کرده‌اند.<sup>۱</sup> با این حال، در چارچوب قواعد UNCITRAL، به‌دلیل انعطاف‌پذیری و پذیرش توافق ارادی طرفین و همچنین براساس «یادداشت‌های فنی» درباره ODR که به توسعه ابزارهای دیجیتال تأکید شده است، امکان درج شرط داوری الگوریتمی به‌صورت محدود وجود دارد. بنابراین، باید یا قواعد موجود اصلاح شود یا پروتکل‌های الحاقی برای مشروعیت داوری الگوریتمی تدوین گردد.

### ۲.۱. استونی

کشور استونی را می‌توان یکی از پیشگامان جهانی در زمینه عدالت دیجیتال دانست. این کشور با راه‌اندازی دادگاه‌های الکترونیک و پیاده‌سازی سیستم‌های شبه‌قضایی هوشمند، بسترهای لازم برای حل اختلافات بدون مداخله انسانی را فراهم کرده است. در پروژه‌های e-Court و e-Justice، فرایند رسیدگی به برخی دعاوی کوچک به‌طور کامل دیجیتال و با استفاده از الگوریتم‌های تصمیم‌یار<sup>۲</sup> انجام می‌شود.<sup>۳</sup> پروژه e-Justice توانست دعاوی کم‌ارزش را با الگوریتم‌های شفاف، سریع‌تر حل و فصل و زمان رسیدگی را تا ۳۰ درصد کاهش و رضایت کاربران را افزایش دهد.<sup>۴</sup> در این کشور، قاضی هوش مصنوعی در حال توسعه است که می‌تواند به دعاوی کمتر از ۷۰۰۰ یورو رسیدگی کند. در این نمونه، با توجه به کاربرد الگوریتم‌ها در تصمیم‌گیری، می‌توان آن را نمونه‌ای از داوری شبه‌الگوریتمی یا گامی به‌سوی داوری الگوریتمی تلقی کرد.

### ۲.۲. سنگاپور

در سنگاپور، مفهوم «عدالت هوشمند»<sup>۵</sup> در برنامه‌ای پنج‌ساله برای تحول فناوری در نظام حقوقی سنگاپور به‌عنوان بخشی از طرح کلان تحول حقوقی، به کار گرفته شده است.<sup>۶</sup> در این کشور، مراکز

1. U.N. COMM. ON INT'L TRADE LAW, UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, at 4, art 11(1), U.N. Doc. A/40/17, U.N. Sales No. E.08.V.4, 1985. No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator.

2. Decision Support

3. Government of Estonia, e-Estonia Briefing Centre, <<https://e-estonia.com/solutions/security-and-safety/e-justice/>>(last visited 15/10/2024).

4. Government of Estonia, "e-Justice," e-Estonia Briefing Centre, <<https://e-estonia.com/solutions/security-and-safety/e-justice/>>(last visited 15/10/2024).

5. Smart Justice

6. Singapore Academy of Law, Legal Technology Vision, 2017.

داوری بین‌المللی مانند SIAC<sup>۱</sup> به‌طور گسترده از ابزارهای تحلیل داده حقوقی و الگوریتم‌های پیشنهادی در روند رسیدگی استفاده می‌کنند، این اختیارات ناشی از قانون نیست، بلکه راهنمای استفاده از AI در سیستم قضایی سنگاپور است.<sup>۲</sup> حتی در مواردی، تنظیم پیش‌نویس رأی داوری به‌کمک نرم‌افزارهای هوشمند انجام می‌پذیرد. براساس چارچوب‌های منتشرشده توسط دولت سنگاپور مانند Model AI Governance Frame work<sup>۳</sup> و AI Verify Toolkit<sup>۴</sup>، این کشور تلاش کرده است تا مسئولیت‌پذیری و الزامات اخلاقی در کاربرد سیستم‌های هوش مصنوعی، ازجمله در فرایندهای قضایی و تجاری را تدوین و پیاده‌سازی کند. بااین‌حال، همچنان نقش نهایی در تصمیم‌گیری بر عهده داور انسانی باقی می‌ماند و به‌طور کامل در حیطه داوری الگوریتمی قرار نمی‌گیرد.

### ۲.۳. هلند

در ماده ۱۰۷۲ (ب) ۳ مبحث داوری قانون آیین دادرسی مدنی هلند به این امر اشاره نموده است که داوری می‌تواند به‌صورت الکترونیکی اجرا، صادر و امضا گردد.<sup>۵</sup> این کشور از طریق پلتفرم Rechtwijzer<sup>۶</sup> تلاش کرد فرایند حل اختلافات خانوادگی و مالکیتی را به‌شکل دیجیتال و مشارکتی درآورد. مدل ساختاری آن مبتنی بر مراحل تعامل تدریجی، پیشنهاد راه‌حل و رسیدن به توافق بود، مورد توجه پژوهشگران حوزه ODR قرار گرفت. توجه به این نکته ضروری است که Rechtwijzer بیشتر در حوزه داوری آنلاین قرار می‌گیرد و نه داوری الگوریتمی؛ چراکه تصمیم‌گیری نهایی در این پلتفرم به صورت الگوریتمی صورت نمی‌گرفت. شایان‌ذکر است، این پلتفرم، به‌دلیل نبود حمایت مالی و مشارکت عمومی کافی، متوقف گردید.<sup>۷</sup>

1. Singapore International Arbitration Centre

2. Guide on the Use of Generative AI Tools by Court Users.

3. Infocomm Media Development Authority & Personal Data Protection Commission. 2020. Model AI Governance Framework (2nd Ed.). Singapore.

4. Infocomm Media Development Authority & Personal Data Protection Commission, May, 2022. AI Verify Toolkit and Governance Testing Framework. Singapore.

5. Kaufmann-Kohler, Gabrielle, **Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration**, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution Liber Amicorum in Honour of Robert Briner ICC Publishing, Publication 693, 2005. p. 437.

۶ در کشور هلند سامانه‌ای با عنوان Rechtwijzer (به معنای راهنمای حل‌وفصل حقوقی یا سامانه هدایت حقوقی) طراحی شده که به کاربران در انتخاب مسیرهای حقوقی مناسب، تنظیم اسناد، و حل‌وفصل اختلافات خانوادگی و مدنی یاری می‌دهد.

7. Hörnle, Julia, **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, Cambridge University Press, 2009. pp. 114–118.

## ۲.۴. چین

دادگاه عالی خلق چین در سال ۲۰۱۵، طرح تضمین عدالت در دادگاه‌ها را با هدف ایجاد دادگاه‌های هوشمند ارائه کرد. اصطلاح دادگاه هوشمند اولین بار توسط قاضی ژوکیانگ در ۱۳ مارس ۲۰۱۶ مطرح گردید. گزارش صادر شده نشان داده که دادگاه‌های هوشمند با عملکرد نقش کمکی یا دستیار هوشمند به مانند راهنمای هوشمند در مرحله تشکیل پرونده، رونویسی صدا در فرایند جلسه دادگاه، ایجاد و جمع آوری خودکار اسناد در فرایند محاکمه راه اندازی شده‌اند.<sup>۱</sup>

دادگاه اینترنتی هانگژو از سال ۲۰۱۷ آغاز به کار کرده است و از طریق سامانه‌های هوشمند، شکایات را دریافت، پردازش و پاسخ‌دهی می‌کند. در این دادگاه، سامانه‌های پیشرفته NLP<sup>۲</sup> برای تفسیر قراردادها و مقررات، تحلیل دعاوی و پیشنهاد نتیجه مناسب به قاضی انسانی به کار گرفته می‌شود.<sup>۳</sup> در چین دادگاه‌های دیجیتالی ایجاد شده است که توسط قاضی هوش مصنوعی اداره می‌شود. قاضی زیائوژو در سال ۲۰۱۹، اختلاف مربوط به وام را فقط در ۳۰ دقیقه، با سؤال از طرفین اختلاف و تجزیه و تحلیل مدارک آنها، اقدام به صدور رأی نموده و اختلاف را حل نمود.<sup>۴</sup> در برخی موارد، این سامانه‌ها در تهیه پیش‌نویس رأی نیز مداخله دارند، اما تصمیم نهایی همچنان برعهده قاضی انسانی است. بنابراین همچنان در مرز بین داوری دیجیتال و داوری الگوریتمی قرار دارد.

پذیرش فناوری در حل اختلافات می‌تواند به افزایش دقت، کاهش هزینه و تسریع در صدور رأی منجر شود، مشروط بر آنکه ملاحظات حقوقی و اخلاقی رعایت شود. این موضوعات با تحلیل نمونه‌هایی مانند دادگاه اینترنتی چین به دست آمده است.<sup>۵</sup>

## ۲.۵. ایالات متحده آمریکا

ایالات متحده آمریکا از پیشگامان جهانی در بهره‌گیری از فناوری‌های هوش مصنوعی در فرایندهای حقوقی و داوری است. توسعه ابزارهای دیجیتال در حل و فصل اختلافات، استفاده از الگوریتم‌های پیش‌بینی تصمیم، و شکل‌گیری نهادهای تنظیم‌گر در این کشور موجب شده است آمریکا به عنوان

۱. لشگری، رضا و جواد حسن‌نجاجلوداری، **هوش مصنوعی در قوه قضائیه: مفاهیم، کاربردها، تکنیک‌ها و ابزارها**، انتشارات فناوری نوین، ۱۴۰۲، ص. ۴۵.

2. Natural Language Processing

3. <[https://en.wikipedia.org/wiki/Hangzhou\\_Internet\\_Court?utm=\(last visited 10/03/2025\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Hangzhou_Internet_Court?utm=(last%20visited%2010/03/2025))>.

4. Wang, N., & Tian, M.Y., "Intelligent Justice: human-centered considerations in China's legal AI transformation", *AI Ethics*, Vol. 3, No.2, 2023. pp. 349-354.

۵. حسینی، سیدامیرعلی و سیدعلیرضا هاشمی‌زاده کهنی، «انقلاب دیجیتال در داوری تجاری بین‌المللی»، **فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری**، د. ۲، ش. ۴، ۱۴۰۳، صص. ۱۶۹-۱۷۱.

نمونه‌ای راهبردی در تحلیل داوری الگوریتمی مورد توجه قرار گیرد. در بخش ۵ قانون داوری فدرال ایالات متحده نیز داوران را با استفاده از ضمائر او و آنها (He-They) خطاب می‌کند. ایالات متحده آمریکا نیز الگوریتم‌های پیش‌بینی را برای کمک به کاهش بار دستگاه قضایی خود به کار گرفته است. مرکز داوری و میانجیگری «سیلیکون ولی» در سال ۲۰۲۳، چارچوب و اصولی برای استفاده از هوش مصنوعی را در داوری ارائه کرد. در این دستورالعمل‌ها به‌طور صریح داوری هوش مصنوعی را منع نکرده است. اما دستورالعمل ششم خود، تفویض بخشی از اختیارات داور به هوش مصنوعی ممنوع و تأکید می‌کند که داور در امر تصمیم‌گیری به‌هیچ‌وجه نباید از هوش مصنوعی استفاده کند.<sup>۱</sup>

پلتفرم‌هایی نظیر Modria<sup>۲</sup> و Matterhorn<sup>۳</sup> از جمله سیستم‌هایی‌اند که در ایالات متحده توسعه یافته و در حوزه حل اختلاف دیجیتال به کار گرفته شده‌اند. Modria که بنیان‌گذاران آن از مدیران پیشین eBay و PayPal بوده‌اند، ابتدا در حوزه دعاوی مصرف‌کننده و مالیات شهری مورد استفاده قرار گرفت و سپس در سراسر آمریکا توسط دولت‌های محلی و دادگاه‌های کوچک مورد استفاده قرار گرفت.<sup>۴</sup> طبق گزارش شرکت Tyler Technologies، از این پلتفرم‌ها در بیش از بیست ایالت آمریکا برای حل‌وفصل غیرحضوری دعاوی کوچک، تخلفات رانندگی و دعاوی خانوادگی به کار گرفته می‌شوند و با کاهش میانگین زمان رسیدگی تا ۵۰ درصد، موجب افزایش رضایت کاربران شده است. فرایند در این پلتفرم‌ها نیمه‌خودکار یا ترکیبی است؛ یعنی تحلیل اولیه داده‌ها توسط الگوریتم انجام شده و داور یا قاضی انسانی تصمیم نهایی را اتخاذ می‌کند.

سامانه داوری eBay با حل حدود شصت میلیون اختلاف در سال، الگوریتم‌هایی برای پیشنهاد راه‌حل و گاه تصمیم‌گیری نهایی با امکان اعتراض و بازبینی انسانی به کار می‌برد.<sup>۵</sup> پرونده State v. Loomis در دیوان عالی ایالت ویسکانسین، یکی از مهم‌ترین نمونه‌های مواجهه نظام قضایی آمریکا با الگوریتم‌های تصمیم‌یار است. در این پرونده، دادگاه از سیستم COMPAS<sup>۶-۷</sup> برای ارزیابی خطر تکرار

1. Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration: Draft of 31 August 2023, Silicon Valley arb. & Mediation ctr, 2023, p. 17.

۳. سامانه حل و فصل اختلاف آنلاین که از فناوری تحلیل داده و منطق تصمیم‌یار برای پیشنهاد راه‌حل‌های حقوقی استفاده می‌کند.

۴. پلتفرم دیجیتال تعامل قضایی که به کاربران امکان می‌دهد بدون حضور فیزیکی در دادگاه، اختلافات کوچک را حل‌وفصل کنند.

4. Katsch, *Op.Cit.*, pp. 69-70.

5. *Ibid.*, pp.70-73.

6. Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.

۳. سامانه‌ای برای ارزیابی ریسک مجدد ارتکاب جرم توسط متهم.

جرم استفاده کرد. متهم در دفاع از خود ادعا کرد که عدم شفافیت الگوریتم، حق اعتراض و دادرسی منصفانه را نقض کرده است. دادگاه علی‌رغم پذیرش وجود نگرانی‌ها، رأی را تأیید کرد، ولی هشدار داد که نمی‌توان تصمیم را صرفاً بر پایه الگوریتم گرفت.<sup>۱</sup>

این رأی، آغازگر بحث‌های حقوقی گسترده در آمریکا درباره عدالت الگوریتمی شد و نهادهایی مانند اتحادیه آزادی‌های مدنی آمریکا<sup>۲</sup> که در حوزه نظارت بر فناوری‌های تأثیرگذار بر عدالت فعال است و مراکز دانشگاهی همچون مرکز پژوهشی دانشگاه هاروارد در حوزه اخلاق فناوری، داده<sup>۳</sup> خواستار شفاف‌سازی الگوریتم‌ها و طراحی سازوکارهای نظارت انسانی شدند.

با رشد سریع استفاده از هوش مصنوعی در داوری و دادرسی، چالش‌هایی نظیر: سوگیری داده‌ها<sup>۴</sup>، عدم توضیح‌پذیری<sup>۵</sup> و تعیین مسئولیت حقوقی موجب شده‌اند نهادهایی مانند مؤسسه ملی استاندارد و فناوری ایالات متحده<sup>۶</sup> (مسئول تدوین دستورالعمل‌های فنی و اخلاقی برای هوش مصنوعی) و دفتر سیاست‌گذاری علم و فناوری کاخ سفید<sup>۷</sup>، تدوین‌کننده «منشور حقوق کاربران در برابر هوش مصنوعی»<sup>۸</sup> راهبردهایی برای طراحی اخلاق‌محور و پاسخ‌گو ارائه کنند. در سال ۲۰۲۲ منشوری برای محافظت از حقوق شهروندان در برابر آسیب‌های احتمالی ناشی از الگوریتم‌ها و سامانه‌های هوش مصنوعی را پیشنهاد داد که اصولی نظیر حق به توضیح، عدم تبعیض، و امکان مداخله انسانی را به‌عنوان مبنای استفاده مشروع از هوش مصنوعی معرفی می‌کند.<sup>۹-۱۰</sup>

تجربه آمریکا نشان می‌دهد مدل‌های ترکیبی در صورت رعایت اصول دادرسی منصفانه، می‌توانند دسترسی به عدالت را بهبود دهند. با این حال، احتیاط نسبت به داوری تمام‌خودکار و تأکید بر شفافیت و نظارت انسانی همچنان وجود دارد.

1. State v. Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

2. ACLU (American Civil Liberties Union)

3. Berkman Klein Center (Harvard)

4. Algorithmic Bias

5. Lack of Explainability

6. NIST (National Institute of Standards and Technology)

7. OSTP (Office of Science and Technology Policy)

8. Bill of Rights for AI

9. OSTP, the AI Bill of Rights, 2022 <<https://www.whitehouse.gov/ostp/ai-bill-of-rights/>> (last visited 20/03/2025).

10. NIST, U.S. Department of Commerce, 2023. AI Risk Management Framework.

## ۲.۶. اتحادیه اروپا

در اتحادیه اروپا، پروژه‌هایی مانند ODReurope، ECODIR و طرح‌های Horizon نقش مهمی در تدوین الگوهای حقوقی ODR و داوری دیجیتال ایفا کرده‌اند. این اتحادیه با تصویب مقررات ODR در سال ۲۰۱۳، برای نخستین بار یک چارچوب الزام‌آور برای داوری دیجیتال میان مصرف‌کنندگان و فروشندگان طراحی کرد.<sup>۱</sup> اما لازم به دقت است که این مقررات در حوزه ODR بوده و به مفهوم داوری الگوریتمی به معنای خاص آن (یعنی داوری توسط سامانه هوشمند بدون مداخله انسانی) ورود نکرده‌اند.

## ۳. تحلیل حقوقی و الزامات پیاده‌سازی داوری الگوریتمی در ایران

ورود داوری الگوریتمی و هوش مصنوعی به دادرسی، بازنگری در قواعد سنتی آیین دادرسی را ضروری می‌کند، زیرا این قواعد بر حضور فیزیکی قاضی و تصمیم‌گیری انسانی بنا شده‌اند، درحالی‌که در سیستم دیجیتال، نقش انسان کاهش می‌یابد. از دیدگاه فقه اسلامی، قضاوت مستلزم داشتن صفاتی همچون قصد قربت، عدالت، بلوغ، عقل، ایمان و اجتهاد است<sup>۲</sup> و تنها انسان می‌تواند واجد این شرایط باشد.<sup>۳</sup> بنابراین، هوش مصنوعی نمی‌تواند به‌عنوان قاضی مستقل مشروعیت فقهی داشته باشد، اما می‌تواند در نقش مشاور یا کمک‌رسان قاضی به کار رود.<sup>۴</sup> علاوه بر اصلاح قوانین شکلی و ماهوی، نیازمند آماده‌سازی ساختارهای اجرایی و آموزش قضات، وکلای، داوران و کاربران برای تعامل با فناوری‌های نوین است.

مشروعیت داوری الگوریتمی در نظام‌های حقوقی معاصر، به‌خصوص از نظر انطباق با اصول بنیادین آیین دادرسی مدنی و کیفری، یکی از دغدغه‌های اصلی قانونگذاران و دادگاه‌هاست. اصولی مانند حق دادرسی عادلانه، امکان دفاع، بی‌طرفی داور و حق اعتراض، اساس هر نظام داوری مشروع را تشکیل می‌دهند. براساس ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی<sup>۵</sup> که ایران نیز به آن پیوسته است، حق بر دادرسی منصفانه و علنی در برابر دادگاهی صالح، مستقل و بی‌طرف تضمین شده است.

1. European Commission, Regulation (EU) No 524/2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes.

۲. جهت کسب اطلاعات بیشتر مراجعه به **تحریر الوسیله**، ج ۱، **کتاب القضاء** و نیز **جواهر الکلام**، باب شروط قاضی.

۳. کریمی، ماشالله و عبدالصمد علی‌آبادی، **منبع پیشین**، صص. ۱۳۱-۱۳۳.

۴. رهبری، ابراهیم و علی شعبان‌پور، «چالش‌های کاربرد هوش مصنوعی به‌عنوان قاضی در دادرسی‌های حقوقی»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی**، د. ۲۵، ش. ۱۶، ۱۳۴۱، ص. ۴۳۳.

۵. ماده ۱۴: حق رسیدگی عادلانه، برابر و علنی در دادگاه مستقل را برای متهمان تضمین و اصل بی‌گناهی را تا اثبات جرم مقرر می‌کند.

هرچند هوش مصنوعی هنوز در حقوق ایران به صراحت شناسایی نشده است، ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی با تفسیر موسع<sup>۱</sup> «داور»، امکان پذیرش داور غیرانسانی با توافق طرفین را فراهم می‌کند. برای پذیرش این نوع داوری این امر نیازمند اصلاح قانون یا تفاسیر نوآورانه است.<sup>۲</sup> همچنین، مواد ۱۰ و ۱۹۰ قانون مدنی که اصل حاکمیت اراده را تأیید می‌کنند، می‌توانند پایه‌ای برای پذیرش داوری الگوریتمی در قالب توافق طرفین باشند، البته با رعایت نظم عمومی.<sup>۳</sup>

همچنین برخی مقررات مانند بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی پذیرش تدریجی داوری الگوریتمی را ممکن می‌سازند. این بند اجازه می‌دهد داور رأی خود را براساس اصول انصاف و عدالت صادر کند. این اختیار، موسوم به «داوری بر مبنای عدل و انصاف»<sup>۴</sup> داور را از محدودیت مقررات کلاسیک آزاد می‌کند و به استفاده از معیارهای عدالت و ابزارهای غیرمتعارف اما منصفانه مجوز می‌دهد. اگر الگوریتم‌های داوری بر اصول انصاف، بی‌طرفی و مشارکت طرفین بنا شوند، می‌توان آنها را ابزار تحقق داوری منصفانه دانست. این الگوریتم‌ها با پیروی از قواعد عادلانه، تعارضات را براساس منطق حقوقی تحلیل کرده و تحت نظارت انسانی‌اند که هم‌راستا با هدف داوری عادلانه است.

پذیرش داوری بر مبنای انصاف، مجوزی برای استفاده تدریجی از فناوری‌های نوین مانند هوش مصنوعی است و پل گذار از داوری سنتی به الگوریتمی محسوب می‌شود. بند ۳ ماده ۲۷ قانون فوق، روزه‌های مهم برای مشروعیت داوری الگوریتمی در ایران است.<sup>۵</sup> اگرچه عملکرد داور هوش مصنوعی به میزان و کیفیت داده‌ای که بدان داده می‌شود، بستگی دارد.

الگوریتم‌ها ممکن است بی‌طرفی و سرعت بالایی داشته باشند، اما فقدان شفافیت می‌تواند به تبعیض یا سوگیری منجر شود.<sup>۶</sup> بنابراین، باید سازوکارهایی برای ارزیابی و نظارت بر الگوریتم‌ها طراحی شود تا انصاف و حق اعتراض حفظ گردد.<sup>۷</sup> یکی از موانع مهم داوری الگوریتمی، تبعیض غیرعمدی ناشی از

۱. حکم قانون برای موضوعات مشابه به غیر از آن چه در قانون آمده، سرایت داده می‌شود.

۲. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ماده ۴۵۴.

۳. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، مواد ۱۰ و ۱۹۰.

4. Ex Aequo et Bono

۶. اسمعیل پور، محمد امین، فاطمه قناد و شهاب جعفری ندوشن، «امکان‌سنجی به‌کارگیری هوش مصنوعی در ارزیابی ادله داوری از منظر فقه و حقوق»، مجله حقوقی پزشکی، د. ۱۷، ش. ۵۸، ۱۴۰۲، ص. ۱۰۰۹.

6. Wachter, ... *Op. Cit.*, pp. 76-78.

7. Deeks, A., "The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence", *Columbia Law Review*, Vol. 119, No. 1829, 2019. p. 1832.

داده‌های سوگیرانه یا طراحی نادرست است که عدالت را تهدید می‌کند. در ایران، مقابله با این مشکل نیازمند شفاف‌سازی الگوریتم‌ها، آموزش داده‌های بی‌طرف و تضمین امکان اعتراض و بازبینی است.<sup>۱</sup> ابزارهای هوش مصنوعی با شناسایی الگوهای پیچیده داده‌ها، دقت ارزیابی ادله را افزایش می‌دهند، اما اتکای صرف به الگوریتم بدون ملاحظات حقوقی و انسانی می‌تواند به خطا و ناعدالتی منجر شود. استفاده مؤثر از هوش مصنوعی نیازمند سازوکارهای نظارتی دقیق است.<sup>۲</sup> علاوه بر مسائل حقوقی، فراهم کردن زیرساخت‌های فناورانه ضروری است. به گزارش شورای عالی فضای مجازی، ایران با کمبود زیرساخت‌های داده‌ای و پلتفرم‌های امن مواجه است.<sup>۳</sup> برای طراحی و اجرای سامانه داوری الگوریتمی، همکاری قوه قضائیه، نهادهای فناوری اطلاعات، دانشگاه‌ها و بخش خصوصی ضروری است. نمونه‌ای مانند «سامانه ثبت قراردادهای داوری» مرکز داوری اتاق بازرگانی می‌تواند پایه‌ای برای توسعه‌های آینده باشد.<sup>۴</sup>

چهار محور کلیدی برای پیاده‌سازی موفق داوری الگوریتمی در ایران عبارت‌اند از:

الف) تدوین قوانین جدید درباره صلاحیت سامانه‌های هوشمند، مسئولیت ناشی از خطا، حریم خصوصی و سازوکار اعتراض؛  
 ب) ایجاد نهادهای ارزیابی الگوریتم و شاخص‌های شفاف برای امنیت، کارایی و بی‌طرفی؛  
 پ) آموزش حقوق دانان، داوران، قضات و کاربران درباره فناوری‌های هوشمند؛  
 ت) پذیرش تدریجی و آزمایش در حوزه‌های کم‌ریسک مانند دعوی مالی خرد یا مصرف‌کننده.<sup>۵</sup>

با وجود پیش‌بینی‌های کلان اسناد بالادستی که شناسایی ظرفیت‌های موجود فناوری و زیرساخت‌های لازم به شناخت چالش‌ها و موانع توسعه زیرساخت‌های هوش مصنوعی اشاره که به نظر برای توسعه عدالت دیجیتال، با توجه به شواهد میدانی و نگاه به ظرفیت‌های بالفعل کشور برای پیاده‌سازی داوری الگوریتمی با موانع متعددی روبه‌رو هستیم.<sup>۶</sup>

۱. انصاری، باقر، «مطالعه حقوقی تبعیض الگوریتمی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، د. ۱۱، ش. ۳۸، ۱۴۰۱، صص. ۱۶۵-۱۶۸.

۲. اسمعیل‌پور، محمد امین، «امکان‌سنجی به‌کارگیری هوش مصنوعی در ارزیابی ادله داوری در قواعد فراملی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، د. ۲۵، ش. ۶۷، ۱۴۰۳، ص. ۱۹.

۳. مرکز ملی فضای مجازی، «گزارش سالانه تحول دیجیتال در ایران»، ۱۴۰۲.

۴. مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، سامانه ثبت قراردادهای داوری،

<https://Arbitrationcenter.ir>.>(last visited 15/01/2025).

5. Zeleznikow, J., "A Comparative Study of Online Dispute Resolution in Australia, the UK, and Canada", *International Journal of Law and Information Technology*, 2020. pp. 90-95.

۶. شورای عالی انقلاب فرهنگی، نقشه جامع علمی کشور، مصوب ۱۳۹۰؛ معاونت علمی و فناوری ریاست‌جمهوری، سند ملی راهبردی هوش مصنوعی، ۱۴۰۱، صص. ۴۸-۵۰.

نخست، یکی از موانع مهم، مقاومت ساختاری نهادهای سنتی در برابر تحولات فناورانه است که از نگرانی نسبت به کاهش نقش انسانی در تصمیم‌گیری ناشی می‌شود.<sup>۱</sup> دوم، کمبود بودجه و عدم اولویت‌دهی به فناوری در دستگاه قضایی باعث توقف بسیاری از پروژه‌های فناورانه در مراحل اولیه شده است.<sup>۲</sup> سوم، نبود نیروی انسانی متخصص در تقاطع حقوق و فناوری، به‌ویژه در حوزه طراحی و نظارت بر الگوریتم‌های حقوقی، مانعی جدی در مسیر پیاده‌سازی داوری الگوریتمی به‌شمار می‌رود.<sup>۳</sup>

صحت‌سنجی ادله مرحله‌ای کلیدی در داوری الگوریتمی است. الگوریتم‌های هوش مصنوعی با فناوری‌هایی مانند یادگیری ماشین (ML) و پردازش زبان طبیعی (NLP) قادر به تحلیل دقیق داده‌ها، شناسایی تقلب و ارائه نتایج پیشنهادی هستند. این فناوری‌ها مستندات و استدلال‌های طرفین را تحلیل، طبقه‌بندی و ارزیابی می‌کنند و در سه سطح اصلی نقش ایفا می‌کنند:

پیش‌پردازش<sup>۴</sup> و غربال‌گری اولیه ادله برای تشخیص ناسازگاری یا تقلب؛ اعتبارسنجی و رتبه‌بندی اسناد براساس شباهت به سوابق حقوقی معتبر؛ تحلیل منطقی و ارائه نتیجه پیشنهادی یا خودکار براساس الگوهای پرونده‌های مشابه که می‌تواند به پیش‌نویس تصمیم داوری منجر شود. الگوریتم‌هایی مانند درخت تصمیم یا شبکه‌های عصبی به تحلیل روابط حقوقی و استدلال طرفین پرداخته و نتیجه ارائه می‌کنند.<sup>۵</sup>

#### ۴. تأثیر داوری الگوریتمی بر شاخص‌های توسعه قضایی

نهاد داوری الگوریتمی با بهره‌گیری از هوش مصنوعی می‌تواند در بهبود شاخص‌های توسعه قضایی مانند دسترسی به عدالت، کارآمدی، شفافیت و کاهش اطاله دادرسی نقش مهمی ایفا کند. این شیوه با تحلیل داده‌ها و تصمیم‌گیری سریع، زمان رسیدگی را کاهش می‌دهد. داوری الگوریتمی از حل اختلاف دیجیتال (ODR) متمایز است، زیرا ODR لزوماً مبتنی بر هوش مصنوعی نیست، اما داوری الگوریتمی تصمیم نهایی را به‌طور خودکار صادر می‌کند.

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «بررسی ابعاد حقوق هوش مصنوعی و ضرورت تنظیم‌گری آن در ایران»، شماره گزارش ۱۷۲۱۱، تهران، ۱۴۰۱، صص. ۵۴-۵۵.

۲. شورای عالی فضای مجازی، «گزارش سالانه تحول دیجیتال در ایران»، تهران: مرکز ملی فضای مجازی، ۱۴۰۲.

۳. حسینی، سیدامیر علی و سیدعلیرضا هاشمی‌زاده کهنی، منبع پیشین، ص. ۱۷۰.

4. Pre-processing

5. Ashley, Kevin D., **Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age**, Cambridge University Press, 2017. pp. 38, 73, 128.

گزارش‌ها نشان می‌دهند که در پلتفرم‌های ODR مبتنی بر هوش مصنوعی، رسیدگی به اختلاف ساده به کمتر از ۴۸ ساعت کاهش یافته است؛<sup>۱</sup> در حالی که در محاکم سنتی ایران، ممکن است ماه‌ها طول بکشد. داوری الگوریتمی فراتر از دیجیتالی‌سازی است و فرایند حل اختلاف را متحول می‌کند. این فناوری دسترسی به عدالت را برای افراد محروم و مناطق دورافتاده تسهیل می‌کند و با کاهش هزینه‌ها، عدالت را برای اقشار آسیب‌پذیر فراهم می‌آورد.

در داوری الگوریتمی برخلاف ODRهای معمول، سیستم خود رأی نهایی را صادر می‌کند که موجب افزایش کارآمدی، کاهش هزینه و شفافیت می‌شود. با کاهش مداخله انسانی، ریسک فساد و سوگیری نیز کاهش می‌یابد.<sup>۲</sup> با این حال، نبود شفافیت کافی و امکان اعتراض مؤثر، یکی از چالش‌های داوری الگوریتمی است؛ به‌ویژه در مواردی که الگوریتم‌ها به صورت «جعبه سیاه» عمل می‌کنند.

تجربه سیستم COMPAS در آمریکا نشان داد حتی الگوریتم‌های دقیق نیز ممکن است به دلیل داده‌های ناعادلانه، دچار سوگیری نژادی یا اجتماعی شوند.<sup>۳</sup> همچنین، تفسیر تصمیمات مدل‌های یادگیری ماشین دشوار است و این ابهام به‌ویژه در داوری که بر اعتماد طرفین استوار است، مشکل‌ساز می‌شود.<sup>۴</sup> برای رفع این چالش‌ها، پیشنهاد شده از الگوریتم‌های قابل توضیح،<sup>۵</sup> نظارت انسانی در تصمیم‌گیری‌های حساس، و ارائه مستندات تصمیم‌گیری در قالب گزارش‌های فنی-حقوقی استفاده شود.<sup>۶</sup>

همچنین، برخی پژوهشگران هشدار داده‌اند که «فقدان حق توضیح» در تصمیمات الگوریتمی، حق اعتراض افراد را تضعیف می‌کند.<sup>۷</sup> استفاده صرف از الگوریتم‌ها، بدون نظارت یا سازوکارهای پاسخ‌گویی، می‌تواند اصول دادرسی منصفانه را نقض کند.<sup>۸</sup> «بر پایه یافته‌ها، حتی در مدل Human-on-the-Loop نیز باید نظارت مداوم انسان بر مراحل آموزش و اجرا وجود داشته باشد تا شفافیت، انصاف و

1. Report on 2022 APEC Workshop on Providing Effective Dispute Resolution Mechanisms, Asia-Pacific Econ. Coop. Econ. Comm. 2022, p. 24.

2. Wahyudi, A., "Digitalization and the Fight against Judicial Corruption", IJLIT, 2021, pp. 14-18.

3. Angwin, Julia et al., "Machine Bias", *ProPublica*, May 23, 2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. (paragraphs 17-18). (last visited 08/11/2024)

۴. اسمعیل پور، محمدمین، منبع پیشین، ص. ۱۹.

5. Explainable AI

۶. حسینی، احمد و همکاران، «کاربرد هوش مصنوعی در رسیدگی‌های قضایی: چالش شفافیت و راهکارهای آن»، فصلنامه

علمی دیدگاه‌های حقوق قضایی، د. ۲۸، ش. ۱۰۱، ۱۴۰۲، صص. ۸۳-۸۵.

7. Wachter, *Op.Cit.*, PP. 85-87.

8. Kroll, *Op.Cit.*, pp.640-642, 650-654.

9. Floridi, L. et al., "AI4People—An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations", *Minds and Machines*, Vol.28, No. 4, 2019, p. 673.

مسئولیت‌پذیری تضمین شود. او یادآور می‌شود که «حذف عامل انسانی منجر به تداوم تعصب و افزایش ریسک تصمیم‌گیری مغرضانه می‌شود»<sup>۱</sup>.

از نظر بی‌طرفی و یکنواختی، داوری الگوریتمی با منطق تصمیم‌گیری واحد و تحلیل داده‌های کلان قضایی، می‌تواند به عدالت و انسجام آرا کمک کند.<sup>۲</sup> البته این مزیت تنها با طراحی صحیح و حذف سوگیری‌های داده‌ای محقق می‌شود؛ در غیر این صورت، نتیجه معکوس خواهد بود. در نهایت، داوری الگوریتمی به‌عنوان ابزار عدالت دیجیتال می‌تواند محرکی برای تقویت زیرساخت‌های عدالت هوشمند و تحول نظام قضایی باشد. اجرای این سامانه‌ها ضمن تسهیل بهره‌گیری از فناوری‌های دیگر، به ارتقای فرهنگ دیجیتال و تسریع حرکت به سوی عدالت نوین کمک می‌کند.<sup>۳</sup>

#### ۵. پیشنهاد‌های تقنین و سیاستی در چارچوب توسعه قضایی دیجیتال

در مسیر توسعه قضایی دیجیتال، داوری الگوریتمی به‌عنوان روشی پیشرفته با هوش مصنوعی، ظرفیت زیادی برای کاهش هزینه‌ها، تسریع رسیدگی و افزایش دسترسی به عدالت دارد. اگرچه پلتفرم‌های گفت‌وگو، میانجی‌گری و داوری دیجیتال توسعه یافته‌اند، داوری الگوریتمی فراتر رفته و تصمیم‌گیری را مستقیماً به الگوریتم‌ها می‌سپارد. البته باید الزامات فنی، حقوقی و اخلاقی الگوریتم‌ها، حدود اختیارات داور الگوریتمی، امکان اعتراض، شفافیت پردازش داده و مسئولیت مدنی یا کیفری عملکرد سامانه را تعیین کرد.<sup>۴</sup>

مالکین و توسعه‌دهندگان باید همه تغییرات الگوریتمی را ثبت و اعلام کنند تا در صورت بروز خطا یا تبعیض، امکان شناسایی مسئولان و جبران خسارت فراهم باشد. همچنین ضروری است دولت به‌منظور حمایت از دانشمندان و متخصصان تمهیدات و اقدامات مقتضی از جمله لزوم انعقاد قرارداد بیمه برای جبران خسارت‌های احتمالی ناشی از عملکرد هوش مصنوعی را مقرر و فراهم نماید.<sup>۵</sup>

تعیین مسئولیت حقوقی وقتی هوش مصنوعی به‌عنوان داور یا تحلیل‌گر مستقل عمل می‌کند، چالش بزرگی است. در اغلب نظام‌های حقوقی، تصمیمات سامانه‌های هوشمند به افراد حقیقی یا حقوقی پشت

۱. اسمعیل‌پور، محمدامین، منبع پیشین، ص ۹.

2. Zliobaite, I. "Measuring Discrimination in Algorithmic Decision Making", *Data Mining and Knowledge Discovery*, Vol. 31, No. 4, 2017. pp. 1060-1065.

۳. حسینی، سیدامیر علی و سید علیرضا هاشمی‌زاده کهنی، منبع پیشین، صص ۱۸۱-۱۸۲.

4. Završnik, A., "Criminal Justice, Artificial Intelligence Systems and Human Rights", *ERA Forum*, 2020. pp. 569-575.

۵. اسمعیل‌پور، محمدامین، منبع پیشین، ص ۲۳.

آن نسبت داده می‌شود، زیرا هنوز شخصیتی حقوقی مستقل برای هوش مصنوعی به رسمیت شناخته نشده است.<sup>۱</sup> فرض اعطای شخصیت برای سیستم‌های هوش مصنوعی یکی از نظرات مطرح برای مدیریت فعالیت این سیستم‌هاست که در میان حقوق‌دانان مورد انتقادات فراوانی قرار گرفته و وارد قوانین و رویه‌های قضایی این کشورها نشده و در کنوانسیون‌های منطقه‌ای یا بین‌المللی نیز نیامده است.<sup>۲</sup>

در داوری الگوریتمی، مسئولیت حقوقی همچنان متوجه انسان‌هایی است که الگوریتم را طراحی یا به کار گرفته‌اند، نه خود سیستم. چون هوش مصنوعی با وجود نقش در تصمیم‌سازی، هنوز واجد حق یا تکلیف نیست. باید قواعد سنتی مسئولیت مدنی با دقت اجرا شود تا هم از زیان‌دیده حمایت شود و هم نوآوری تضعیف نگردد.<sup>۳</sup> برای تحقق این هدف، وجود نهادی مستقل جهت اعتبارسنجی و نظارت بر الگوریتم‌ها ضروری است؛ نهادی که بر طراحی و عملکرد سیستم‌ها نظارت داشته باشد و اصول شفافیت، بی‌طرفی و عدالت رویه‌ای را تضمین کند.<sup>۴</sup>

بهره‌گیری از داوری الگوریتمی نیازمند زیرساخت‌های فناورانه امن و پیشرفته است. تقویت پلتفرم‌های دیجیتال، رمزنگاری پیشرفته و حفظ محرمانگی داده‌ها از ملزومات فنی این حوزه محسوب می‌شود.<sup>۵</sup> هوش مصنوعی با تحلیل داده‌های حجیم، کشف الگوها و پیش‌بینی نتایج، ابزار ارزشمندی برای ارتقای فرایند داوری محسوب می‌شود. فناوری‌هایی مانند شبکه‌های عصبی، درخت تصمیم، پردازش زبان طبیعی<sup>۶</sup> و هوش مصنوعی قابل توضیح<sup>۷</sup> الگوریتم‌ها می‌توانند در مراحل مختلف رسیدگی، از غربال‌گری تا صحت‌سنجی ادله، نقش‌آفرین باشند؛ اما بهره‌برداری مؤثر از آنها مستلزم مهندسی دقیق، نظارت شفاف و همکاری میان متخصصان حقوقی و فنی است.<sup>۸</sup> موفقیت داوری الگوریتمی نیز نیازمند نظام حقوقی همگام با فناوری است.

۱. فدوی، احمد و محسن لعل‌علیزاده، «مالکیت آفریده‌های هوش مصنوعی؛ مروری بر چالش نوین حقوق مالکیت فکری در عصر فناوری»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، د. ۲۵، ش. ۴، ۱۴۰۳، صص. ۹۶۸-۹۷۰.

۲. گندمکار، رضا حسین، محمد صالحی مازندرانی و محمد مهدی حمیدی، «بررسی تطبیقی امکان وجود شخصیت حقوقی برای سامانه‌های هوشمند در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق غرب»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، د. ۸، ش. ۴، ۱۴۰۰، ص. ۲۳۷.

۳. حکمت‌نیا، محمود، مرتضی محمدی و محسن واثقی، «مسئولیت مدنی ناشی از تولید ربات‌های مبتنی بر هوش مصنوعی خودمختار»، حقوق اسلامی، د. ۱۶، ش. ۶۰، ۱۳۹۸، ص. ۲۵۱.

۴. حسینی، سید امیرعلی و سید علیرضا هاشمی‌زاده کهنی، منبع پیشین، ص. ۱۷۴.

5. Katsh.. *Op.Cit.*, pp. 82-85.

6. NLP

7. XAI

۸. لشگری، رضا و جواد حسن نتاج جلوداری، منبع پیشین، ص. ۵۱.

تجربه جهانی نشان می‌دهد که توسعه دادگاه‌های هوشمند تنها با همکاری مداوم حقوق دانان، متخصصان اخلاق و مهندسان و رعایت اصول دادرسی عادلانه در طراحی الگوریتم‌ها امکان‌پذیر است.<sup>۱</sup> برای ارزیابی عملی داوری الگوریتمی، می‌توان آن را به صورت آزمایشی در دعاوی کم‌اهمیت، ساده و سبک اجرا کرد تا زمینه‌ای برای اصلاحات و توسعه تدریجی فراهم شود.<sup>۲</sup> همچنین، استفاده از هوش مصنوعی به عنوان داور یا قاضی مستقل، مستلزم بازنگری فقهی و حقوقی است. با گسترش فناوری‌های نوین، روش‌های آنلاین به‌تنهایی پاسخ‌گوی حل اختلافات داوری نیستند. برای تحول در فرایند رسیدگی، به سرمایه‌گذاری کلان و حمایت دولت و بخش خصوصی نیاز است. هوش مصنوعی علاوه بر تسهیل و تسریع داوری، هزینه‌های روش‌های سنتی را کاهش می‌دهد.<sup>۳</sup>

### ۶. شناسایی و اجرا آرای داوری الگوریتمی

کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸، مهم‌ترین چارچوب بین‌المللی برای شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی است و با عضویت بیش از ۱۷۰ کشور، نقش کلیدی در داوری‌های تجاری ایفا می‌کند. یکی از چالش‌های حقوقی در داوری الگوریتمی، شناسایی و اجرای بین‌المللی رأی صادره توسط الگوریتم است. براساس این کنوانسیون، رأی داوری باید توسط «مرجع صالح» صادر شود و تصریح نشده است که داور باید حتماً انسان باشد، در چارچوب موافقت‌نامه داوری باشد و اصول دادرسی منصفانه در آن رعایت شده باشد.<sup>۴</sup>

اگر رأی داوری به‌طور کامل توسط هوش مصنوعی و بدون دخالت انسان صادر شود، این پرسش مطرح می‌شود که آیا چنین رأیی را می‌توان داوری تلقی کرد؟ برخی تفاسیر از بند اول ماده ۷ کنوانسیون نیویورک معتقدند، نبود داور انسانی می‌تواند رأی را مغایر با توافق‌نامه داوری یا نظم عمومی کشور محل اجرا جلوه دهد.<sup>۵</sup> در کشورهایایی چون فرانسه، آلمان و بریتانیا، ممکن است چنین رأیی به دلیل نقض

۱. دهقان پور فراشاه، سبحان و نوید رهبر، «بررسی ضرورت و چالش‌های طراحی و بهره‌گیری از دادگاه‌های هوشمند»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د. ۲۵، ویژه‌نامه استانداردهای و کالت، ۱۴۰۱، صص. ۱۵۶-۱۵۹.

۲. کریمی، ماشالله و عبدالصمد علی‌آبادی، منبع پیشین، ص. ۱۴۵.

۳. مافی، همایون، فاطمه قناد و محمد امین اسماعیل‌پور، «جایگاه هوش مصنوعی در صحت‌سنجی ادله داوری»، فصلنامه تمدن حقوقی، د. ۶، ش. ۱۸، ۱۴۰۲، صص. ۲۱-۲۲.

4. Vij, Abhilasha, "Arbitrator-Robot: Is A(I)DR the future?". 39 ASA Bulletin 1/202, 2020. p.16.

5. Calo, Ryan, "Robots as Legal Metaphors", Harvard Journal of Law and Technology, 2016. p. 210.

بی‌طرفی یا حق اعتراض رد شود.<sup>۱</sup> از این رو، یا باید موافقت‌نامه، داوری الگوریتمی را صراحتاً بپذیرد<sup>۲</sup> یا اسناد بین‌المللی مکمل تدوین شود.

برای اینکه رأی داوری الگوریتمی در قالب کنوانسیون نیویورک قابلیت اجرا پیدا کند، باید:

۱. در موافقت‌نامه داوری به صراحت اجازه استفاده از داوری الگوریتمی داده شده باشد؛
۲. فرایند رسیدگی عادلانه و قابل دفاع باشد (یعنی حق اعتراض، شفافیت و فرصت دفاع حفظ شود)؛
۳. مفهوم «داور» یا «هیئت داوری» به گونه‌ای تفسیر شود که شامل الگوریتم، تحت نظارت انسانی نیز باشد.

در نبود تصریح قراردادی، مقررات مکمل و یا جدید و ناشناخته بودن، ممکن است کشور محل اجرا با استناد به ماده ۷ کنوانسیون نیویورک از شناسایی رأی صادره توسط الگوریتم خودداری کند.<sup>۳</sup> بنابراین، تا زمان تدوین قواعد تکمیلی، اجرای بین‌المللی چنین آرای مستلزم احتیاط، شفافیت قراردادی و استفاده از مدل‌های ترکیبی انسان‌ماشین است. در حقوق ایران نیز طبق ماده ۴۵۴ ق. آ. د. م، داور باید شخص حقیقی یا حقوقی باشد؛ در نتیجه، رأی صرفاً الگوریتمی بدون دخالت انسان، مگر با توافق صریح طرفین، قابل شناسایی نیست.

### نتیجه‌گیری

گسترش هوش مصنوعی افق‌های تازه‌ای برای تحول نظام‌های حقوقی گشوده است. داوری الگوریتمی با پردازش داده و تصمیم‌گیری سریع می‌تواند جایگزینی کارآمد برای داوری سنتی باشد. کشورهایی که مقررات و زیرساخت‌های حقوقی و فنی مناسبی ایجاد کرده‌اند، موفق به کاهش هزینه، اطلاع دادرسی و افزایش شفافیت و دسترسی به عدالت شده‌اند.

داوری الگوریتمی به عنوان بخشی از تحول دیجیتال، پاسخی به چالش‌های ساختاری نظام قضایی قرن ۲۱ است. تجربه کشورها نشان می‌دهد که کاربرد هدفمند هوش مصنوعی در داوری، کاهش هزینه و زمان رسیدگی، افزایش رضایت عمومی و اعتماد به نظام حل اختلاف را به همراه دارد و با تقویت عدالت و نهادهای شبه‌قضایی، با توجه به چالش‌هایی مانند تراکم پرونده‌ها، اطلاع دادرسی و محدودیت منابع،

۱. Netherlands Supreme Court (2019) در قضیه‌ای مربوط به قراردادهای تصمیم‌یار دیجیتال، بیان کرد که اگر فرایند تصمیم‌گیری فاقد امکان بازبینی انسانی باشد، اصل شفافیت و انصاف قضایی نقض می‌شود.

2. Kasap, Gizem Halis, "Can Artificial Intelligence (AI) Replace Human Arbitrators?" *Technological Concerns and Legal Implications*, J. Disp. Resol., 2021. p. 237.

3. *Ibid*, P. 252.

نهادینه‌سازی داوری الگوریتمی در ایران می‌تواند مکمل عدالت مدرن در راستای شاخص‌های توسعه قضایی باشد.

در ایران ظرفیت‌های بومی حقوقی، فنی و نهادی برای داوری الگوریتمی وجود دارد، اما خلأهای قانونی، فقدان نهاد نظارتی، ناآشنایی حقوق‌دانان با فناوری و نبود زیرساخت دیجیتال ایمن، موانع اصلی‌اند. تحقق داوری الگوریتمی در ایران نیازمند مسیری تدریجی شامل تدوین مقررات، اجرای پروژه‌های پایلوت، آموزش نیروی انسانی و ارزیابی مستمر است. جمهوری اسلامی ایران باید با بهره‌گیری از ظرفیت شورای عالی فضای مجازی، مرکز داوری اتاق بازرگانی، قوه قضائیه و پژوهشگاه‌ها، تدوین «سند ملی توسعه داوری الگوریتمی» را در اولویت قرار دهد تا عدالت دیجیتال در چارچوب حقوق داخلی و حاکمیت داده نهادینه شود. این گام، آغاز تحول نظام حقوقی ایران در عصر هوش مصنوعی خواهد بود.

توسعه داوری الگوریتمی نیازمند توانمندسازی داوران، قضات و حقوق‌دانان در حوزه فناوری حقوقی است. نظام آموزشی حقوقی باید میان‌رشته‌ای شود و دروس «حقوق هوش مصنوعی»، «اخلاق فناوری» و «تحلیل داده در حقوق» را اضافه کند. زیرساخت‌ها و پلتفرم‌های بومی نیز باید با استانداردهای بین‌المللی امنیت و بازیابی سازگار باشند.

برای عملیاتی کردن داوری الگوریتمی در ایران، تدوین چارچوبی مرحله‌ای و زمان‌بندی شده ضروری است:

جدول عملیاتی داوری الگوریتمی در ایران

مرحله	اقدام پیشنهادی	زمان	نهاد مسئول
۱	تدوین مقررات اختصاصی درباره داوری الگوریتمی با تعریف حدود صلاحیت، مسئولیت، اعتراض و چارچوب اصول اخلاقی	۶ تا ۱۲ ماه	قوه قضائیه، مرکز پژوهش‌های مجلس، شورای عالی فضای مجازی
۲	اجرای آزمایشی با استفاده از الگوریتم‌های شفاف در حوزه دعاوی کم‌ارزش	۱ تا ۲ سال	مرکز داوری اتاق بازرگانی، معاونت فناوری قوه قضائیه
۳	طراحی دوره‌های آموزشی برای قضات، وکلا، داوران، دانشجویان	۲ تا ۳ سال	معاونت آموزش قوه قضائیه، دانشگاه‌ها، پژوهشگاه قوه قضائیه
۴	ارزیابی عملکرد، ایجاد نهاد نظارت تخصصی، اصلاح مقررات مبتنی بر تجربیات اجرایی	۳ تا ۴ سال	نهاد نظارت الگوریتم‌ها، وزارت دادگستری، پژوهشگاه فناوری اطلاعات قوه قضائیه

## فهرست منابع:

## الف) منابع فارسی

## کتاب

۱. خوشنویس حسینی، آیدین. **هوش مصنوعی**، تهران: انتشارات اسدزاده، ۱۳۹۸.
۲. لشگری، رضا و جواد حسن نتاج جلوداری، **هوش مصنوعی در قوه قضائیه: مفاهیم، کاربردها، تکنیک‌ها و ابزارها**، انتشارات فناوری نوین، ۱۴۰۲.

## مقاله

۳. اسماعیل پور، محمدمین، «هوش مصنوعی در مقام داور؛ صورت‌بندی چالش‌های حقوقی و اخلاقی کاربست هوش مصنوعی در فرایند داوری»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، د. ۲۶، ش. ۴، ۱۴۰۴، صص. ۱۳۰-۱۳۳.
۴. اسماعیل پور، محمدمین، «امکان‌سنجی به‌کارگیری هوش مصنوعی در ارزیابی ادله داوری در قواعد فراملی»، *پژوهش‌های حقوقی*، د. ۲۵، ش. ۶۷، ۱۴۰۳، صص. ۱-۲۱.
۵. اسمعیل پور، محمدمین، فاطمه قناد، و شهاب جعفری ندوشن، «امکان‌سنجی به‌کارگیری هوش مصنوعی در ارزیابی ادله داوری از منظر فقه و حقوق»، *حقوق پزشکی*، د. ۱۷، ش. ۵۸، ۱۴۰۲، صص. ۹۷۷-۱۰۱۲.
۶. اسمعیل پور، محمدمین، فاطمه قناد و شهاب جعفری ندوشن، «روش‌های هوش مصنوعی در صحت‌سنجی ادله داوری»، *پژوهش‌های حقوق خصوصی*، د. ۱۲، ش. ۴۶، ۱۴۰۳، صص. ۶۱-۱۰۴.
۷. انصاری، باقر، «مطالعه حقوقی تبعیض الگوریتمی»، *دانش حقوق عمومی*، د. ۱۱، ش. ۳۸، ۱۴۰۱، صص. ۱۴۷-۱۷۸.
۸. حسینی، امیرعلی و سید علیرضا هاشمی‌زاده کهنی، «انقلاب دیجیتال در داوری تجاری بین‌المللی از منظر پژوهش‌های حقوقی ایران»، *پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری*، د. ۲، ش. ۴، ۱۴۰۳، صص. ۱۵۳-۱۹۱.
۹. حسینی، احمد و همکاران، «کاربرد هوش مصنوعی در رسیدگی‌های قضایی: چالش شفافیت و راهکارهای آن»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، د. ۲۸، ش. ۱۰۱، ۱۴۰۳، صص. ۶۷-۹۰.
۱۰. حکمت‌نیا، محمود، مرتضی محمدی و محسن واثقی، «مسئولیت مدنی ناشی از تولید ربات‌های مبتنی بر هوش مصنوعی خودمختار»، *حقوق اسلامی*، د. ۱۶، ش. ۶۰، ۱۳۹۸، صص. ۲۳۱-۲۵۵.
۱۱. دهقان پور فراشاه، سبجان و نوید رهبر، «بررسی ضرورت و چالش‌های طراحی و بهره‌گیری از دادگاه‌های هوشمند»، *تحقیقات حقوقی*، د. ۲۵، ویژه‌نامه استانداردهای وکالت، ۱۴۰۱، صص. ۱۵۳-۱۷۹.

۱۲. رهبری، ابراهیم و علی شعبان‌پور، «چالش‌های کاربرد هوش مصنوعی به‌عنوان قاضی در دادرسی‌های حقوقی»، *تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، د. ۲۵، ش. ۱۶، ۱۳۴۱، صص. ۴۱۹-۴۴۴.
۱۳. شعبانی، پیام، بهنام حبیبی درگاه، علی اسلامی‌پناه و جواد خالقیان، «نقش نهاد داوری در توسعه قضایی با نگاهی به اسناد بالادستی»، *دانشنامه فقه و حقوق تطبیقی*، د. ۲، ش. ۲، ۱۴۰۳، صص ۹۴-۱۱۳.
۱۴. فدوی، احمد و محسن لعل‌علیزاده، «مالکیت آفریده‌های هوش مصنوعی؛ مروری بر چالش نوین حقوق مالکیت فکری در عصر فناوری»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، د. ۲۵، ش. ۴، ۱۴۰۳، صص. ۹۴۹-۹۷۶.
۱۵. کریمی، ماشاءالله و عبدالصمد علی‌آبادی، «امکان‌سنجی بهره‌گیری از دادرسی هوش مصنوعی؛ مطالعه فقهی و حقوق ایران»، *مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب*، د. ۷، ش. ۱، ۱۴۰۳، صص. ۱۲۷-۱۵۰.
۱۶. گندمکار، رضا حسین، محمد صالحی مازندرانی، محمد و محمد مهدی حمیدی، «بررسی تطبیقی امکان وجود شخصیت حقوقی برای سامانه‌های هوشمند در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق غرب»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، د. ۸، ش. ۴، ۱۴۰۰، صص. ۲۳۵-۲۶۶.
۱۷. مافی، همایون، فاطمه فناد و محمدامین اسماعیل‌پور، «جایگاه هوش مصنوعی در صحت سنجی ادله داوری»، *فصلنامه تمدن حقوقی*، د. ۶، ش. ۱۸، ۱۴۰۲، صص. ۵-۲۴.
۱۸. مهرافزا، محمدرضا، افشین زرگر، و بهنام حبیبی درگاه، «هوش مصنوعی و داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی بین‌الملل*، د. ۱۱، ش. ۴۲، ۱۳۹۷، صص ۳۳۱-۳۵۲.
۱۹. میرفتاح، سید احمدرضا، احمد محمدی و مسعود زمانی، «چالش‌های داوری آنلاین در نظام حقوقی ایران و نظام حقوق بین‌الملل»، *جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، د. ۲، ش. ۷، ۱۳۹۸، صص. ۲۲۴-۲۴۸.

### گزارش

۲۰. شورای عالی فضای مجازی، «گزارش سالانه تحول دیجیتال در ایران»، تهران: مرکز ملی فضای مجازی، ۱۴۰۲.
۲۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «بررسی ابعاد حقوق هوش مصنوعی و ضرورت تنظیم‌گری آن در ایران»، گزارش شماره ۱۷۲۱۱، ۱۴۰۱.

### اسناد

۲۲. شورای عالی انقلاب فرهنگی، «نقشه جامع علمی کشور»، ۱۳۹۰.
۲۳. معاونت علمی و فناوری ریاست‌جمهوری، «سند ملی راهبردی هوش مصنوعی»، ۱۴۰۱.

## References

### Books

1. Ashley, Kevin D., **Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age**, Cambridge University Press, 2017.
2. Cortés, Pablo, **The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market**, Cambridge University Press, 2018.
3. Hörnle, Julia, **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, Cambridge University Press, 2009.
4. Katsh, Ethan, and Orna Rabinovich-Einy, **Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes**, Oxford University Press, 2017.
5. Kaufmann-Kohler, Gabrielle, **Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration**, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution Liber Amicorum in Honour of Robert Briner ICC Publishing, Publication 693, 2005. [www.iccbooks.com](http://www.iccbooks.com)
6. Khoshnevis Hosseini, Aydin, **Artificial Intelligence**, Tehran: Asadzadeh Publications, 2019. (in Persian)
7. Lashgari, Reza, & Netaj Jelodari, Javad Hasan, **Artificial Intelligence in the Judiciary: Concepts, Applications, Techniques, and Tools**, Tehran: Modern Technology Publications, 2023. (in Persian)
8. Susskind, Richard, **Online Courts and the Future of Justice**, Oxford University Press, 2019.
9. Virginia, Dignum, **Responsible Artificial Intelligence: How to Develop and Use AI in a Responsible Way**, Springer International Publishing, 2019.

### Articles

10. Ansari, Baqer, "Algorithmic discrimination, Legal Analysis", *Public Law Knowledge Quarterly*, Vol. 11, No. 38, 2023. pp. 147-178. (in Persian) <https://doi.org/10.22034/qjplk.2022.1507.1408/>
11. Ashl Budak, S. et al., "Artificial Intelligence in Arbitration-Current Uses and the Turkish Law Approach", *Lexology*, 2021. pp. 2-4. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a38af5ee-271343b1-abb3-367955126604&utm/>
12. Baum, K., Mantel, S., Schmidt, E., & Speith, T., "From responsibility to reasoning: Explainable artificial intelligence", *Philosophy & Technology*, Vol.35, No.12, 2022. pp. 1-30. DOI: 10.1007/s13347-022-00510-w/

13. Burrell, Jenna, "How the Machine 'Thinks': Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms", *Big Data & Society*, 2016. pp. 1-12. [10.1177/2053951715622512/](https://doi.org/10.1177/2053951715622512/)
14. Cali, Basak, & Mathias Leiser, "Algorithmic Justice: Foundations and Prospects", *Journal of Legal Theory and Ethics*, 2021. pp. 637-639.
15. Calo, Ryan, "Robots as Legal Metaphors", *Harvard Journal of Law and Technology*, 2016. pp. 209-237. <https://digitalcommons.law.uw.edu/faculty-articles/18/?utm/>
16. Coglianese, Cary, & David Lehr, "Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era", *Georgetown Law Journal*, Vol. 105, No. 1147, 2017. pp. 1147-1223. [https://ssrn.com/abstract=2928293? Utm/](https://ssrn.com/abstract=2928293?utm/)
17. Deeks, A., "The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence", *Columbia Law Review*, Vol. 119, No. 1829, 2019. pp. 1829-1850. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3440723&utm/](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3440723&utm/)
18. Dehghanpour Farashah, Sobhan, & Navid Rahbar, "Smart Courts: a study of necessity and Challenges", *Legal Research Quarterly*, Vol. 25, 2023. pp. 153-179. (in Persian) [10.52547/JLR.2023.230059.2421/](https://doi.org/10.52547/JLR.2023.230059.2421/)
19. Esmailpour, Mohammad Amin. "Artificial Intelligence as an Arbitrator: Formulating the Legal and Ethical Challenges of Applying Artificial Intelligence in the Arbitration Process", *Islamic Legal Research Journal*, Vol. 26, No. 4, 2025. pp. 1305-1330. (in Persian). DOI: [10.30497/law.2025.247407.3669/](https://doi.org/10.30497/law.2025.247407.3669/)
20. Esmailpour, Mohammad Amin, "Feasibility of using artificial intelligence in the evaluation of arbitration evidence in transnational rules", *Legal Research Journal*, Vol. 27, No. 67, 2024. pp. 1-21. (in Persian) <https://doi.org/10.48300/jlr.2024.485425.2775/>
21. Esmailpour, Mohammad Amin, Fatemeh Ghanad, & Shahab Jafari Nedooshian, "The Feasibility of Using Artificial Intelligence in the Evaluation of Arbitration Evidence from the Perspective of Jurisprudence and Law", *Medical Law Journal*, Vol. 17, No. 58, 2023. pp. 997 to 1012. (in Persian) <http://ijmedicallaw.ir/article-1-1783-fa.html/>
22. Esmailpour, Mohammad Amin, Fatemeh Ghanad, & Shahab Jafari Nedooshian, "Artificial intelligence methods in validation of arbitration evidence", *Private Law Research Journal*, Vol. 12, No. 2, 2023. pp. 61-105. (in Persian) <https://doi.org/10.22054/jplr.2024.77464.2800/>

23. Fadavi, Ahmad, & Mohsen Laleh-AliZadeh, "Ownership of Artificial Intelligence-Generated Works: An Overview of the Emerging Intellectual Property Challenges in the Technology Era", *Islamic Law Research Journal*, Vol. 25, No. 4, 2024. pp. 949-976. (in Persian) <https://doi.org/10.30497/law.2024.245828.3492/>
24. Floridi, L. et al., "AI4People—an Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations", *Minds and Machines*, Vol.28, No. 4, 2019. pp.689-707. 10.1007/s11023-018-9482-5/
25. Gandamkar, Reza Hossein, Mohammad Salehi Mazandarani, & Mohammad Mahdi Hamidi, "A Comparative Study of the Possibility of the Existence of Legal Personality for Intelligent Systems in Islamic Jurisprudence, Iranian law and Law of the West", *Comparative Research in Islamic and Western Law*, 2022. pp.235-266. (in Persian) 10.22091/CSIW.2021.5944.1903/
26. Hildebrandt, Mireille, "Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol.20, No. 2, 2019. pp. 423-441. <https://utppublishing.com/doi/10.3138/utlj.2017-0044/>
27. Hosseini, Amir Ali, & Seyed Alireza Hashemi Zadeh Kehni, "The Digital Revolution in International Commercial Arbitration: Investigating Potential of Artificial Intelligence in Dispute Resolution", *Quarterly Journal of Economic and Commercial Law research*, Vol. 2, No. 4, 2025. pp. 153-191. (in Persian) <https://doi.org/10.48308/eclr.2025.237427.1102/>
28. Hosseini, Ahmad, and Colleagues, "Application of Artificial Intelligence in Judicial Proceedings, the Challenge of Transparency and its Solutions", *Quarterly Scientific Journal of Judicial Legal Perspectives*, Vol. 28, No. 101, 2023. pp. 67-90. (in Persian) <https://jlvviews2.ujsas.ac.ir/article-1-2139-fa.html/>
29. Hekmatnia, Mahmoud, Morteza Mohammadi, & Mohsen Vâtheqi, "civil Liability for damages caused by robots based on autonomous artificial intelligence", *Islamic Law*, Vol. 16, No. 60, 2019. pp. 231-255. (in Persian) [https://hoquq.iict.ac.ir/article\\_36476.html/](https://hoquq.iict.ac.ir/article_36476.html/)
30. Karimi, Mashallah, & Abdolsamad Aliabadi, "The Feasibility of Using Artificial Intelligence Proceedings in Iranian Jurisprudence and Law", *Comparative Studies of Islamic Jurisprudence and Legal Principles Quarterly*, Vol. 7, No. 1, 2024. pp. 127-150. (in Persian) [https://mfu.uok.ac.ir/article\\_63430.html/](https://mfu.uok.ac.ir/article_63430.html/)

31. Kasap, Gizem Halis, “Can Artificial Intelligence (AI) Replace Human Arbitrators? ”, *Technological Concerns and Legal Implications*, J. Disp. Resol. 2021. pp. 208-254.  
a. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3863136&utm/](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3863136&utm/)
32. Kroll, Joshua A. et al., “Accountable Algorithms”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, No. 3, 2017. pp. 633–705.  
b. [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol165/iss3/3/?utm/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol165/iss3/3/?utm/)
33. Mafi, Homayoun, Fatemeh Ghanad, & Mohammad Amin Esmailpour, “The Place of Artificial Intelligence in the Validation of Arbitration Evidence”, *Legal Civilization Quarterly*, Vol. 6, No. 18, 2023. pp. 5-24. (in Persian) [https://www.pzhfars.ir/article\\_193005.html/](https://www.pzhfars.ir/article_193005.html/)
34. Mehrafza, Mohammad Reza, Afshin Zargar, & Behnam Habibi Dargah, “Artificial Intelligence and International Commercial Arbitration”, *International Legal Research Journal*, Vol. 11, No. 42, 2018. pp. 331-352. (in Persian)  
[https://journals.iau.ir/article\\_673049\\_44fca6c1c04427cb610c172c7f2297fc.pdf/](https://journals.iau.ir/article_673049_44fca6c1c04427cb610c172c7f2297fc.pdf/)
35. Mirftah, Seyed Ahmadreza, Ahmad Mohammadi, & Masoud Zamani, “Challenges of Online Arbitration in the Iranian Legal System and International Legal System”, *Quarterly Journal of Political Sociology of Iran*, Vol. 2, No. 7, 2019. pp. 224-248. (in Persian)  
[https://jou.spsiran.ir/article\\_138569.html/](https://jou.spsiran.ir/article_138569.html/)
36. Rahbari, Ibrahim, & Ali Shabampour, “The Challenges in Employing of AI Judge in Civil Proceedings”, *Legal Research Journal of Shahid Beheshti University*, Vol. 25, No. 16, 1962. pp. 419-444. (in Persian)  
10.52547/JLR.2022.228967.2335/
37. Shabani, Payam, Behnam Habibi Dargah, Ali Islāmi Panah, & Javad Khaleqiān, “The Role of the Arbitration Institution in Judicial Development with a Focus On Upstream Documents”, *Encyclopedia of Comparative Fiqh and Law*, Vol. 2, No. 2, 2024. pp. 94-113. (in Persian) <https://jecjl.com/index.php/jecjl/article/view/54/>
38. Shabani, Payam, Behnam Habibi Dargah, Ali Islāmi Panah, & Javad Khaleqiān, J. Judicial, “Judicial Development and the Institution of Arbitration in Comparative Analysis: Case Studies of Selected Countries”, *Legal Studies in Digital Age*, Vol. 42, No. 1, 2025. pp.1-13. (in Persian) <https://jlsda.com/index.php/lstda/article/view/136/>
39. Vij, Abhilasha, “Arbitrator-Robot: Is A (I) DR the future?”, 39 ASA Bulletins 1/2021, 2020. pp. 1-30.

- [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3815946/](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3815946/)
40. Volokh, E., “Chief Justice Robots”, *Duke Law Journal*, 2019. pp. 1159-1180.
41. Wachter, S., Mittelstadt, B., & Floridi, L., “Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the GDPR”, *International Data Privacy Law*, 2017. pp. 76–99. <https://doi.org/10.1093/idpl/ix005/>
42. Wahyudi, A., “Digitalization and the Fight against Judicial Corruption”, *IJLIT*, 2021. pp. 14-18.
43. Wang, N., & Tian, M.Y., “Intelligent Justice: human-centered considerations in China’s legal AI transformation”, *AI Ethics*, Vol. 3, No.2, 2023. pp. 349-354. <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00202-3>
44. Webster, Thomas, “Artificial Intelligence and Arbitration: The Rise of the Machine Arbitrator”, *Journal of International Arbitration*, 2019. pp. 649–672.
45. Winkler, Victoria, “Technology and Access to Justice in Europe”, *CEPEJ Report, Council of Europe*, 2021. pp. 53-55.
46. Završnik, A., “Criminal Justice, Artificial Intelligence Systems and Human Rights”, 2020. pp. 567-583. <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00602-0>
47. Zeleznikow, J., “Technology and Dispute Resolution: A Review”, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol.25, No. 3, 2017. pp. 207-210.
48. Zeleznikow, J., “A Comparative Study of Online Dispute Resolution in Australia, the UK, and Canada”, *International Journal of Law and Information Technology*, 2020. pp.90-95.
49. Zliobaite, I., “Measuring Discrimination in Algorithmic Decision Making”, *Data Mining and Knowledge Discovery*, Vol. 31, No. 4, 2017. pp. 1060-1089. <https://link.springer.com/article/10.1007/s10618-017-0506-1/>

### **Legislative and Regulatory Instruments:**

50. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). *European Judicial Systems 2022*.
51. *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration: 2023*.
52. Infocomm Media Development Authority & Personal Data Protection Commission. *Model AI Governance Framework*. Singapore. 2020 & *AI Verify Toolkit and Governance Testing Framework*. Singapore. 2022.
53. NIST, U.S. Department of Commerce. *AI Risk Management Framework*, 2023.
54. Parliamentary Research Center of the Islamic Consultative Assembly, “Examining the Legal Aspects of Artificial Intelligence and the Need for Regulation in Iran”, Report No. 17211, 2022. (in Persian)

55. Report on 2022 APEC Workshop on Providing Effective Dispute Resolution Mechanisms, Asia-Pacific Econ. Coop. Econ. Comm. 2022.
56. Supreme Council of the Cultural Revolution, “Comprehensive Scientific Map of the Country”, 2011. (in Persian)
57. Supreme Council of Cyberspace, “Annual Report on Digital Transformation in Iran”, Tehran: National Center for Cyberspace, 2023. (in Persian)
58. UNCITRAL, “Technical Notes on Online Dispute Resolution”, 2017.
59. United Nations Commission on International Trade Law. Technical Notes on Online Dispute Resolution, 2017.
60. Vice Presidency for Science and Technology of the Presidency, “National Strategic Document on Artificial Intelligence”, 2022. (in Persian)

#### Websites

61. Angwin, Julia et al., “Machine Bias”, ProPublica, May 23, 2016. (Paragraphs 17–18). <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>(last visited 08/11/2024)
62. Government of Estonia, “e-Justice”, e-Estonia Briefing Centre, <https://e-estonia.com/solutions/security-and-safety/e-justice/> >(last visited 15/10/2024)
63. Government of Estonia, e-Estonia Briefing Centre, <https://e-estonia.com>>(last visited 15/10/2024)
64. <https://www.tasnimnews.com/fa/news/1402/02/31/2898870>>(last visited 05/03/2025).
65. <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/1802660?utm>>(last visited 05/08/2024)
66. <https://Arbitrationcenter.ir>>(last visited 15/01/2025).
67. OSTP, the AI Bill of Rights, 2022. <https://www.whitehouse.gov/ostp/ai-bill-of-rights/>>(last visited 20/03/2025).

---

## Algorithmic Arbitration and Digital Judicial Development: The Future of Dispute Resolution in the Age of Artificial Intelligence

Payam Shabani\*  
Behnam Habibi dargah\*\*  
Ali Eslamipناه\*\*\*  
Javad khaleghian\*\*\*\*

Received: 2025.05.13

Accepted: 2025.09.13

### Abstract

With the rapid advancement of emerging technologies particularly Artificial Intelligence (AI) and machine learning the field of dispute resolution is undergoing fundamental transformations. One of the most significant manifestations of this shift is algorithmic arbitration, where advanced algorithms replace human arbitrators and conduct the arbitration process in an automated, rapid, cost-effective, and digital manner. This paper adopts a descriptive-analytical methodology and a comparative legal approach to examine the theoretical foundations, legal implications, and judicial consequences of this innovative mechanism. It analyzes the impact of algorithmic arbitration through key judicial development indicators such as efficiency, access to justice, transparency, impartiality, reduction of case backlog, and litigation costs, while drawing on the experiences of countries like Estonia, the Netherlands, China, Singapore, United States of America and European Union. The paper concludes by identifying critical challenges such as algorithmic transparency, legal responsibility, and the right to a fair trial, and offers policy recommendations for the gradual implementation of algorithmic arbitration in Iran including regulatory reform, design of ethical and technical frameworks, development of domestic platforms, and establishment of a specialized supervisory authority.

### Keywords:

Algorithmic Arbitration, Artificial Intelligence, Digital Judicial Development, Justice Indicators, Online Dispute Resolution.

---

\* Ph.D. Candidate, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University of Karaj, Karaj, Iran

\*\* Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University of Karaj, Karaj, Iran. Corresponding Author Email: Behnam.habibidargah@iau.ir

\*\*\* Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran,

\*\*\*\* Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University of Karaj, Karaj, Iran.



## شناسایی و کاربرد «اصل احتیاط» در تنظیم روابط تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری

سیده طاهره ابراهیمی\*

حجت مبین\*\*

حانیه ذاکری نیا\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۷/۲۵

### چکیده

در حالی که اصل احتیاط در حقوق بین‌الملل در اسناد حقوقی مختلفی بیان شده، کاربرد آن با تفاسیر متفاوتی روبه‌رو بوده است. این اصل به‌منظور مشروعیت بخشیدن به اقدامات احتیاطی دولت‌ها نسبت به خطرات بالقوه زیست‌محیطی جدی و جبران‌ناپذیر بنیان نهاده شده است. براساس این اصل، عدم قطعیت علمی مانعی برای عدم انجام اقدامات پیشگیرانه محسوب نمی‌شود. این پژوهش با روش تحلیلی توصیفی به دنبال بررسی آثار و کاربرد اصل احتیاط در روابط تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌هاست. با وجود برخی چالش‌های جدی همانند تعارض ذاتی اصل احتیاط و آزادی تجارت، ابهامات مفهومی و سوءاستفاده دولت‌ها از این اصل برای دستیابی به مقاصد سیاسی و اقتصادی، کاربرد این اصل در این عرصه در حال افزایش است. تأثیر این اصل از طریق وضع استانداردها و ایجاد مسئولیت مدنی (تأثیر غیرمستقیم)، ایجاد تکلیف برای دولت‌ها جهت نظارت بر عملکرد بازارهای تجاری و ایجاد محدودیت برای تولید و واردات محصولات خطرناک برای سلامت و محیط‌زیست (ایجاد تکلیف) و ورود به توافق‌نامه‌های تجاری و رویه قضایی محاکم داوری سرمایه‌گذاری (تأثیر مستقیم) از مهم‌ترین آثار اصل احتیاط در تنظیم روابط تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری به‌شمار می‌رود. به‌نظر می‌رسد که جلوگیری از سوءاستفاده دولت‌ها از این اصل مستلزم شفافیت، استفاده از روش‌های نوین ارزیابی ریسک و توجه به چهار اصل تناسب، حداقل اعمال محدودکننده تجارت، عدم تبعیض و سازگاری است.

### کلیدواژه‌گان:

اصل احتیاط، روابط تجاری بین‌المللی، اصل آزادی تجارت، اقدامات پیشگیرانه، ارزیابی ریسک.

\* دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

\*\* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

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

h.zakerinia@shirazu.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

اصل احتیاط که شکل‌گیری مفهوم اولیه آن در حقوق بین‌الملل به دهه ۱۹۷۰ میلادی باز می‌گردد، بر این دیدگاه استوار است که حتی در شرایط عدم قطعیت علمی، باید اقدامات پیشگیرانه برای جلوگیری از آسیب‌های جدی یا غیرقابل بازگشت به محیط‌زیست و سلامت انسانی اتخاذ شود. پیدایش اصل احتیاط در حقوق بین‌الملل و به‌ویژه در زمینه حقوق محیط‌زیست مبتنی بر سه مقدمه است؛ نخست اینکه علم بشری همواره محصولات و فرایندهای جدیدی تولید می‌کند، اما نمی‌تواند با درجه‌ای از قطعیت که مصرف‌کنندگان آن را می‌پذیرند، ثابت کند که این محصولات خطری بیش از حد قابل قبول برای محیط‌زیست یا سلامت انسان ندارند؛ دوم اینکه مصرف‌کنندگان و سازمان‌های غیردولتی زیست‌محیطی و سایر سازمان‌های جامعه مدنی به دنبال اشکال پایدارتر تولید و مصرف هستند؛ و در نهایت اینکه شک و تردید فزاینده‌ای نسبت به توانایی‌های علمی بشر و نظام‌های سیاسی تصمیم‌گیرنده در صوص خطرات قابل قبول ایجاد شده است. به عبارت ساده‌تر، شرکت‌ها و حتی دولت‌ها به منظور دستیابی به اهداف تجاری، گاهی تصمیمات یا اقداماتی اتخاذ می‌کنند که نتیجه آن آسیب به محیط‌زیست و سلامت انسان‌هاست؛ آسیب‌هایی که گاهی سال‌ها طول می‌کشد تا خود را نشان دهد یا حتی کشف شود.<sup>۱</sup> وجود همین خسارات که گاه بسیار سنگین و غیرقابل جبران نیز هستند، سبب شده تا امروزه «اصل احتیاط» به‌عنوان فلسفه‌ای برای پایه‌گذاری یک سیاست نوین در عرصه حقوق بین‌الملل مورد استفاده قرار گیرد.

کشورهای اروپایی و اتحادیه اروپا منشأ و اصلی‌ترین طرفداران «اصل احتیاط» در زمینه مقررات زیست‌محیطی هستند. اصل احتیاط اکنون از مقررات زیست‌محیطی به حوزه‌های دیگر سیاست‌های اتحادیه اروپا، مانند ایمنی مواد غذایی و تنوع زیستی<sup>۲</sup> گسترش یافته و در بدنه قانون و عمل اتحادیه اروپا جای گرفته است. در اسناد بین‌المللی نیز اصل احتیاط به طیف گسترده‌ای از توافقاتی

1. Stapleton, Jane, "Compensating Victims of Diseases", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 5, Issue 2, 1985, p. 252.

۲. تنوع زیستی مفهومی متنوع است که شامل تنوع بین موجودات زنده از همه منابع، از جمله اکوسیستم‌های زمینی، دریایی و سایر اکوسیستم‌های آبی و همچنین مجموعه اکولوژیکی که بخشی از آن هستند، می‌شود؛ Ekdardt, Felix; Philipp Günther; Katharina Hagemann; Beatrice Garske; Katharine Heyl, and Raphael Weyland, "Legally Binding and Ambitious Biodiversity Protection Under the CBD, the Global Biodiversity Framework, and Human Rights Law", *Environmental Sciences Europe*, Vol. 35, Issue 80, 2023, p. 2.

زیست‌محیطی چندجانبه و منطقه‌ای و همچنین به چارچوب «کدکس آلیمنتاریوس»<sup>۱</sup> راه یافته؛ لیکن هنوز ابعاد زیادی از این اصل، ناشناخته مانده است. از یک سو، ابهامات مهمی در مورد قلمروی اصل احتیاط وجود دارد؛ اتحادیه اروپا تمایل دارد استفاده از اصل احتیاط را به حوزه‌های مختلف توسعه دهد، در حالی که ایالات متحده و دیگران در مقابل اعمال اصل احتیاط در حوزه‌های سیاستی دیگر مانند ایمنی مواد غذایی، آنگونه که برای محیط‌زیست توسعه یافته است، مقاومت می‌کنند. از سوی دیگر، در توافق‌نامه‌های بین‌المللی اختلاف‌نظرهای جدی در خصوص درجه احتیاطی که باید اتخاذ شود، وجود دارد. علاوه بر این امکان و نحوه کاربرد اصل احتیاط در حوزه حقوق تجارت بین‌الملل و به‌ویژه در رابطه دولت‌ها و شرکت‌های تجاری که ماهیتاً تفاوت‌های بنیادین با حوزه حقوق بین‌الملل (عمومی) دارد، از جمله چالش‌های این حوزه است.

اگرچه تاکنون پژوهش‌هایی در زمینه اعمال اصل احتیاط در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل و برخی حوزه‌های خاص مثل مسئولیت مدنی یا اختلافات نفتی صورت پذیرفته، تاکنون تأثیر این اصل در حقوق تجارت بین‌الملل و به‌ویژه در رابطه دولت‌ها و شرکت‌های تجاری کمتر مورد توجه قرار گرفته است. در این مقاله تلاش شده است، ضمن تبیین مفهوم اصل احتیاط و قلمروی آن، اعمال این اصل در روابط تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری و آثار آن مورد مطالعه و ارزیابی قرار گیرد. لذا به‌طور مشخص به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که اصل احتیاط به‌عنوان یکی از اصول نوین حقوق بین‌الملل، چه تأثیر و کاربردهایی در روابط تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری دارد؟

## ۱. مفهوم اصل احتیاط و شکل‌گیری آن در حقوق بین‌الملل

برای مطالعه تأثیر اصل احتیاط در روابط تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری، ضروری است ابتدا زمینه‌های شکل‌گیری و مفهوم این اصل در حقوق بین‌الملل، بررسی گردد.

۱. کدکس آلیمنتاریوس (Codex Alimentarius) اصطلاحی لاتین به معنای «قانون غذا» و در بردارنده مجموعه استانداردهای ناظر به ایمنی و کیفیت مواد غذایی است که به عادلانه بودن تجارت بین‌المللی مواد غذایی کمک می‌کند. میزان استفاده و وجود داروهای دام‌پزشکی، آفت‌کش‌ها، افزودنی‌های غذایی و آلاینده‌ها در مواد غذایی، از جمله مهم‌ترین موضوعاتی است که در جلسات کدکس مطرح می‌شود. مقررات کدکس در کنار سایر قوانین همانند قوانین بهداشت و کیفیت در زمینه تولید انواع مواد غذایی اعم از تبدیلی، نیمه تبدیلی، خام یا آماده مصرف مورد استفاده قرار می‌گیرد. هر چند مقررات کدکس ارشادی بوده و جنبه الزام‌آور ندارد، لیکن مبنای تدوین بسیاری از قوانین و استانداردهای ملی قرار گرفته است.

### ۱.۱. مفهوم اصل احتیاط

اصل احتیاط بر اتخاذ اقدامات پیشگیرانه در مواجهه با تهدیدهای زیست‌محیطی، حتی در شرایط عدم قطعیت علمی تأکید دارد. هانس یوناس، فیلسوف آلمانی، با انتشار کتاب «ضرورت مسئولیت: در جستجوی اخلاق برای عصر فناوری»، پایه‌های نظری این اصل را گسترش داد. او معتقد بود که انسان‌ها مسئولیت اخلاقی دارند تا از فناوری‌ها و اقداماتی که می‌تواند پیامدهای جبران‌ناپذیر برای محیط‌زیست و نسل‌های آینده داشته‌باشد، اجتناب کنند، حتی اگر مدارک علمی کاملاً قطعی نباشد.<sup>۱</sup> در حقوق ایران نیز برخی اصل احتیاط را چنین تعریف کرده‌اند: «اصل احتیاط بدین معناست که اگر رابطه سببیت میان فعل زیان‌بار و وقوع آسیب جدی (یا) برگشت‌ناپذیر غیرقطعی باشد، در چنین شرایطی نیز باید اقدامات مقرون‌به‌صرفه لازم برای جلوگیری از تحقق زیان صورت گیرد».<sup>۲</sup> براساس این اصل عدم قطعیت کامل علمی نباید به‌عنوان دلیلی برای تعویق اقدامات احتیاطی مقرون‌به‌صرفه برای منافع جهانی، محسوب شود.<sup>۳</sup> زیربنای اصل احتیاط پاسخ به این سؤال اساسی است که چگونه می‌توان سیاست‌های بهداشتی، ایمنی و محیط‌زیست عمومی را تدوین کرد، وقتی از یک سو درخصوص وجود خطر اجماع علمی وجود ندارد و از سوی دیگر ممکن است در یک حوزه عمومی، دیدگاه‌های غیرقطعی علمی، وجود خطر را تأیید نماید. در حقیقت اصل احتیاط، شیوه برخورد با اطلاعات علمی ناقص یا غیرقطعی را تبیین می‌کند. این اصل تلاش می‌کند که شکاف عدم قطعیت علمی و تنظیم ریسک را پر کند.<sup>۴</sup> برای اعمال مدلی به‌منظور بررسی هنجاری اصل احتیاط، لازم است عناصر سازنده آن را تجزیه کنیم. با وجود تعاریف مختلف ارائه‌شده از این اصل، برخی مؤلفه‌های مفهومی بنیادین در همه این تعاریف مشترک است. این عناصر عبارت‌اند از: ۱. پتانسیل آسیب‌های قابل توجه به محیط‌زیست و سلامت؛ ۲. وجود شرایط محرک و ۳. نیاز به یک پاسخ احتیاطی مناسب.<sup>۵</sup>

1. Jonas, Hans, **The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age**. Chicago: University of Chicago Press, 1984, pp. 24-28.

۲. اسدی، زهرا و محمدعلی خورسندیان، «مطالعه تطبیقی اصل احتیاط در حقوق مدرن و حقوق ایران و اسلام»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، د. ۹، ش. ۲، ۱۴۰۱، ص. ۶.

3. McIntyre, Owen and Thomas Mosedale, "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", *Journal of Environmental Law*, Vol.9, No.2, 1997, p. 227.

4. Shaw, Sabrina and Risa Schwartz, **Trading Precaution: The Precautionary Principle and WTO**. UNU-IAS Report, 2005, p. 3.

5. Masumy, Naimeh & Sara Hourani, "The Invocation of the Precautionary Principle within the Investor-State Dispute Settlement Mechanism: Not Seizing the Occasion", *Laws*, Vol. 13, Issue 22, 2024, p. 3.

هیچ‌یک از این عناصر، زمینه محکمی برای ایجاد الگوی منسجم از این اصل فراهم نمی‌کند؛ لذا برخی معتقدند که این اصل، تنها به‌عنوان یک آرمان بلندپروازانه عمل می‌کند، نه به‌عنوان یک هنجار مستقل؛<sup>۱</sup> تا سال ۲۰۰۰، علی‌رغم وجود اسناد بین‌المللی، برخی محققان معتقد بودند که این اصل انسجام هنجاری لازم به‌عنوان یک اصل حقوقی مستقر را ندارد؛ همچنین، از آنجا که این اصل براساس احتمالات غیرقطعی بنا شده، ممکن است، باعث محدودیت‌های بیش از حد در توسعه فناوری و سیاستگذاری‌های اقتصادی شود و در نتیجه مورد حمایت کامل مراجع دآوری بین‌المللی قرار نمی‌گیرد.<sup>۲</sup> به‌طور کلی می‌توان گفت که با ارائه سه نسخه متمایز از اصل احتیاط، این اصل به‌مرور زمان تکمیل شد و قدرت الزام‌آور آن افزایش یافت. در ابتدا صرفاً بیان می‌شد که عدم قطعیت علمی، عدم اقدام (پیشگیرانه) را توجیه نمی‌کند؛ در ادامه این اصل ارتقا یافته و بیان داشت که صرف احتمال نیز می‌تواند لزوم انجام اقدامات پیشگیرانه را توجیه نماید و در نهایت سومین نسخه اصل احتیاط بیان نمود که عدم قطعیت مستلزم تغییر بار اثبات است؛ در نتیجه ناشناخته بودن یک ریسک نیز موجب ممنوعیت آن عمل خواهد بود، مگر اینکه کسی که فعالیت را انجام می‌دهد، ثابت کند که اقدام وی هیچ خطری ندارد یا خطر آن قابل پذیرش است.<sup>۳</sup>

گنجاندن این مفهوم در پروتکل کارتاها، کنوانسیون استکهلم ۲۰۰۱ و سایر اسناد بین‌المللی، توسعه دامنه کاربرد اصل احتیاط را تسهیل نمود. همین امر سبب شد تا اصل احتیاط، با وجود برخی ابهامات ساختاری، خیلی زود به‌عنوان یک اصل کلی در حقوق بین‌الملل پذیرفته شود. در حقیقت اصل احتیاط و مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده آنکه در مدت دو تا سه دهه تلاش سازمان ملل متحد شکل گرفت، در مدت زمان نسبتاً کوتاهی یک وضعیت یا اصل کلی را در حقوق بین‌الملل بنیان نهاد. لیکن ابعاد این اصل و کاربرد آن در روابط حقوقی تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری دارای ابهاماتی است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

1. cf. O'Riordan, Timothy, James Cameron & Andrew Jordan, (eds), **Reinterpreting the Precautionary Principle**. London: Cameron May, 2001.

2. Wainwright, David, "Disenchantment, Ambivalence, and the Precautionary Principle: The Becalming of British Health Policy", *International Journal of Health Services*, Vol. 28, Issue 3, 1998, p. 425; Freestone, David and Ellen Hey, "Origins and Development of the Precautionary Principle" In *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, International Environmental Law and Policy Series, Cambridge: Kluwer Law International, Vol. 31, 1996, pp. 13-15.

3. Wiener, Jonathan B. and Michael D. Rogers, "Comparing Precaution in the United States and Europe", *Journal of Risk Research*, Vol.5, No. 4, 2002, pp. 320-321.

## ۱.۲. شکل‌گیری اصل احتیاط در بستر اسناد بین‌المللی

«اصل احتیاط»<sup>۱</sup> در دهه ۱۹۷۰ در آلمان و در سیاست‌گذاری‌های زیست‌محیطی، به‌ویژه در رابطه با آلودگی هوا و تخریب محیط‌زیست، مطرح شد.<sup>۲</sup> این اصل، در کنفرانس محیط‌زیست انسانی سازمان ملل متحد<sup>۳</sup> (استکهلم، ۱۹۷۲) که بر حفاظت از محیط‌زیست، مبارزه با آلودگی و توسعه پایدار تأکید داشت، به‌طور غیرمستقیم و با طرح مبانی آن در سیاست‌های زیست‌محیطی، ارائه گردید.<sup>۴</sup> لذا می‌توان گفت که کنفرانس استکهلم مبنای اصلی شکل‌دهنده اصل احتیاط در حقوق بین‌الملل است. این مفهوم متعاقباً در کنوانسیون حفاظت از لایه اوزون<sup>۵</sup> (وین، ۱۹۸۵) نیز مطرح شد. اعلامیه وزارتی کنفرانس بین‌المللی دوم برای حفاظت از دریای شمال (لندن، ۱۹۸۷) بر ضرورت اتخاذ یک رویکرد احتیاطی در برابر اثرات مضر احتمالی مواد خطرناک، حتی بدون احراز رابطه علیت از طریق شواهد علمی تأکید نمود<sup>۶</sup> و در اعلامیه وزارتی کنفرانس بین‌المللی سوم برای حفاظت از دریای شمال (لاسه، ۱۹۹۰)، این مفهوم گسترش در همین راستا، ماده (۱) ۱۹ معاهده منشور انرژی (لاسه، ۱۹۹۱)<sup>۷</sup> با اشاره مختصر، عملکرد آن را در کاهش تخریب محیط‌زیست توضیح داد.

اصل احتیاط به‌صورت جدی و رسمی، برای اولین بار در اعلامیه کنفرانس سازمان ملل متحد در مورد محیط‌زیست و توسعه<sup>۸</sup> (ریودوژانیرو، ۱۹۹۲) و معاهده ماستریخت (۱۹۹۲) به کار برده شد.<sup>۹</sup> اعلامیه ریو در اصل ۱۵ خود، چارچوب هنجاری اصل احتیاط را تقویت نموده و مبنای نظری آن را گسترش داد. به‌موجب این اصل «به‌منظور حفاظت از محیط‌زیست، دولت‌ها باید با توجه به ظرفیت‌های خود، رویکرد احتیاطی را به‌طور گسترده اعمال نمایند. در صورت وجود تهدیدهای جدی یا جبران‌ناپذیر به محیط‌زیست، عدم قطعیت کامل علمی نباید دلیلی برای به تعویق انداختن اقداماتی شود که مقرون‌به‌صرفه و لازمه

1. Vorsorgeprinzip

۲. مولائی، آیت و حسن لطفی، «شکندگی مرزها بین اصول احتیاط و پیشگیری»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش. ۶۰، ۱۳۹۸، ص. ۲۷۱.

3. United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 1972.

4. Stockholm Declaration on the Human Environment, in the Report of the United Nations Conference on the Human Environment, UN Doc. A/CONF. 48/14, at 2 and Corr.1 (1972).

5. Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, Vienna, 1985.

6. Ministerial Declaration of the Second International Conference on the Protection of the North Sea, London, 24-25 November 1987.

7. Ministerial Declaration of the Third International Conference on the Protection of the North Sea, The Hague, 8 March 1990.

8. Energy Charter Treaty (ECT), (The Hague, 1991), available at <http://www.energy-character.org/>

9. United Nations Conference on the Environment and Development (Earth Summit), Rio de Janeiro, 1992.

۱۰. حیاتی، علی‌عباس، «مفهوم «اصل احتیاط» و جایگاه آن در مسئولیت مدنی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، د. ۱۵، ش. ۲، ۱۳۹۳، ص. ۱۸۹.

جلوگیری از تخریب محیط‌زیست هستند»<sup>۱</sup> همچنین در دستور کار ۲۱، کنوانسیون چارچوب سازمان ملل متحد درباره تغییرات آب‌وهوایی<sup>۲</sup> و کنوانسیون تنوع زیستی<sup>۳</sup> نیز از این اصل نام برده شده است. پروتکل کیوتو (۱۹۹۷) اشاره مستقیمی به اصل احتیاط نکرده، اما به رویکردهای پیشگیرانه و احتیاطی در کاهش گازهای گلخانه‌ای و مقابله با اثرات تغییرات اقلیمی توجه نموده که اشاره غیرمستقیم به اصل احتیاط در این حوزه است. به‌ویژه، کشورهای عضو پروتکل متعهد به کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای، بدون نیاز به اثبات علمی قطعی در مورد همه آثار آن، شدند.<sup>۴</sup> در ژانویه ۱۹۹۸، کنفرانس وینگسپرد با مشارکت دانشمندان، فیلسوفان، وکلا و فعالان محیط‌زیستی، اصل احتیاط را به‌عنوان یک ضرورت در تصمیم‌گیری‌های بهداشت عمومی و محیط‌زیست معرفی کرد. شرکت‌کنندگان اشاره کردند که سیاست‌های فعلی مانند ارزیابی ریسک و تحلیل هزینه-فایده، بیشتر به محصولات و فناوری‌های جدید اجازه می‌دهند، بدون توجه به خطرهای ممکن به کار گرفته شوند؛ خطرهایی که ممکن است بعدها مضر شناخته شوند. همچنین، هنگام بروز خسارت، زیان‌دیدگان وظیفه دشواری دارند که ثابت کنند، خسارت وارده ناشی از یک محصول یا فعالیت مشخص است. بدین ترتیب، کنفرانس وینگسپرد بر تغییر بار اثبات و مسئولیت‌پذیری به‌منظور حفاظت از محیط‌زیست و سلامت عمومی تأکید کرد.<sup>۵</sup>

از سال ۲۰۰۰ به بعد، رفته‌رفته قلمروی اصل احتیاط در حوزه‌های مختلف زیست‌محیطی گسترش یافت؛ پروتکل کارتاژنا (۲۰۰۰) که مکمل کنوانسیون تنوع زیستی است، به کشورها اجازه داد تا حتی در صورت نبود اطمینان علمی کامل، تدابیری را برای حفاظت از تنوع زیستی اتخاذ کنند. این پروتکل به‌طور مکرر اصل احتیاط را به‌عنوان مبنایی برای تصمیم‌گیری و ارزیابی ریسک در ارتباط با انتقال فرامرزی ارگانسیم‌های اصلاح‌شده ژنتیکی (تراریخته: GMOs) که ممکن است آثار نامطلوبی بر حفظ و استفاده پایدار از تنوع زیستی داشته‌باشند، به کار می‌برد.<sup>۶</sup> همچنین براساس کنوانسیون استکهلم (۲۰۰۱)،<sup>۷</sup> حتی ریسک آلودگی‌های مواد آلی پایدار نیز می‌تواند به‌عنوان دلیلی برای ممنوعیت استفاده از

1. United Nations, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 August 1992, Principle 15.

2. United Nations Conference on Environment & Development (Rio de Janeiro, 1992), Agenda 21, Vol.17, No. 1, PP.22 (5-c)

3. United Nations Framework Convention on Climate Change (1992) Article 3(3).

4. Convention on Biological Diversity (1992) Preamble. Retrieved from: <https://www.cbd.int>

5. United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), Kyoto Protocol, 1997 UNFCCC [https://unfccc.int/kyoto\\_protocol](https://unfccc.int/kyoto_protocol).

6. Wingspread Conference on the Precautionary Principle, 1998.

7. Goklany, Indur M., The Precautionary Principle: A Critical Appraisal of Environmental Risk Assessment. Washington D.C.: Cato Institute, 2001, pp. 14-15.

8. Secretariat of the Stockholm Convention. (2001). Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs). United Nations Environment Programme (UNEP). <https://www.pops.int>

یک ماده شیمیایی محسوب شود.<sup>۱</sup> علاوه بر این، معاهده لیسبون ۲۰۰۷ به‌عنوان معاهده شکل‌دهنده اتحادیه اروپا، به اصل احتیاط به‌عنوان یک اصل کلی در حوزه محیط‌زیست اشاره نموده است. به‌موجب بند (۲) ماده (۱۳۰۲) این معاهده، «سیاست اتحادیه در خصوص محیط‌زیست، باید براساس سطح بالایی از حفاظت، با در نظر گرفتن تنوع موقعیت‌ها در مناطق مختلف اتحادیه، هدف‌گذاری شود. این سیاست باید براساس اصل احتیاط و سایر اصولی باشد که اقدامات پیش‌گیرانه را به‌دنبال دارد؛ اینکه آسیب‌های محیط‌زیستی باید به‌عنوان یک /ولویت در اصلاح منابع لحاظ شود و اینکه /آلوده کننده باید پرداخت کند. الزامات حفاظت از محیط‌زیست، باید در تعریف و اجرای سایر سیاست‌های اتحادیه ادغام گردد...» توافق‌نامه پاریس (۲۰۱۵) نیز اصل احتیاط را به‌طور غیرمستقیم، در راستای «اقدامات پیشگیرانه و احتیاطی» برای مقابله با تغییرات اقلیمی پیشنهاد نموده و از کشورها می‌خواهد که حتی در صورت عدم وجود شواهد قطعی علمی درباره اثرات تغییرات اقلیمی، اقدامات لازم را برای کاهش تغییرات اقلیمی انجام دهند و از خطرات بزرگ‌تر در آینده جلوگیری کنند.<sup>۲</sup>

همان‌گونه که ملاحظه گردید، شکل‌گیری اصل احتیاط در چارچوب مفهومی حقوق بین‌الملل و در راستای حمایت از محیط‌زیست وضع شده است؛ لذا مخاطب این اصل، اصولاً دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی (تابعان حقوق بین‌الملل) اند. می‌توان گفت که این اصل به دولت‌ها این اختیار را می‌دهد تا با طیف وسیعی از اقدامات ممکن، اعمال نظارتی خود را بر فعالیت‌هایی که به محیط‌زیست صدمه وارد می‌کند، انجام دهند. اصل احتیاط، مبنای معتبری را برای تصمیماتی که براساس احتمالات غیردقیق و نامعین اتخاذ می‌شود، ارائه می‌دهد. بنابراین، هدف اصلی این اصل، تدوین یک تصمیم درست براساس مکانیسم احتمالات غیردقیق است.<sup>۳</sup>

## ۲. عناصر تشکیل‌دهنده اصل احتیاط در پرتو رابطه تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری

برای بررسی چگونگی اعمال اصل احتیاط در روابط تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری، باید شرایط و عناصر تشکیل‌دهنده این اصل با اقتضائات خاص این حوزه تطبیق داده شود.

1. Hagen, Paul E. & Michael P. Walls, "The Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants", *Natural Resources & Environment, American Bar Association*, Vol. 19, No 4, 2005, p. 51.  
2. Paris Agreement (2015). [https://unfccc.int/sites/default/files/english\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf).  
3. Trouwborst, Arie, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*. International Environmental Law and Policy (Series), Vol. 62, Dordrecht: Kluwer Law International, 2002, pp. 387-95.

## ۲.۱. وجود خطر آسیب برای محیط‌زیست یا سلامت عمومی

نخستین شرط اعمال اصل احتیاط در مناسبات تجاری دولت‌ها و شرکت‌های تجاری، وجود خطر یک آسیب<sup>۱</sup> است. اصل احتیاط زمانی اعمال می‌شود که تهدیدی جدی یا برگشت‌ناپذیر برای محیط‌زیست یا سلامت عمومی وجود داشته باشد؛ خطر موضوع اصل احتیاط باید ویژگی‌هایی داشته باشد:

اولاً: خطرهای مرتبط با این اصل ذاتاً پیچیده‌اند و پتانسیل ایجاد اثرات چشمگیر و شدید دارند که گاهی ممکن است ریسک‌های چند دهه‌ای به‌دنبال داشته باشند. این پیچیدگی‌ها عمدتاً به‌دلیل طبیعت پیچیده و پویای خطرات حوزه سلامت و محیط‌زیست است. آثار نامطلوب این خطرات می‌تواند پیامدهای قابل توجه و بلندمدت بر سلامت نسل‌های حاضر و آینده داشته باشد.<sup>۲</sup>

ثانیاً: خطرها نباید فرضی، دور از ذهن یا حدسی باشند. مبنای ریسک باید براساس اطلاعات علمی معتبر و موجود باشد؛ درحالی‌که آستانه آسیب‌ها می‌تواند از طریق تعامل علم و سیاست که آستانه دانش را تشکیل می‌دهد، تعیین گردد.<sup>۳</sup> در نتیجه حتی در صورتی که شواهد علمی کافی برای تأیید قطعی وجود یک خطر خاص وجود نداشته باشد، اگر آثار آن به‌طور بالقوه به‌قدری بزرگ و غیرقابل‌انکار باشند، اصل احتیاط باید به کار گرفته شود. چه اینکه در این موارد، حتی اگر احتمال وقوع خطر کم باشد، به‌دلیل شدت آثار آن، پیشگیری از وقوع خطر، اولویت خواهد داشت.

کمسیون اروپا استدلال می‌کند که تحقیقات علمی از جمله استفاده از داده‌های آماری برای ارزیابی احتمال ورود خطر، برای تصمیم‌گیری در خصوص ریسک (اقدامات شرکت تجاری در کشور میزبان) ضروری است. ارزیابی ریسک به چهار مرحله تقسیم می‌شود:

۱. شناسایی خطر که به‌معنای شناسایی عوامل بیولوژیکی، شیمیایی یا فیزیکی است که ممکن است آثار نامطلوبی مانند آسیب به سلامت یا محیط‌زیست داشته باشد.

۲. بررسی رابطه علی بین استفاده یا انتشار محصولات مورد نظر شرکت تجاری و آسیب.

۳. ارزیابی مواجهه که احتمال مواجهه محصول تحت بررسی با خطر مورد نظر را ارزیابی می‌کند.

۴. تخمین (کمی یا کیفی) از احتمال و شدت هرگونه اثر نامطلوب.<sup>۴</sup>

1. Threat of Harm.

2. Van Asselt, Marjolein B.A., and Ellen Vos, "The Precautionary Principle and the Uncertainty Paradox", *Journal of Risk Research*, Vol.9, No. 4, 2007, pp. 313-314.

3. cf. Whiteside, Kerry H., **Precautionary Politics: Principle and Practice in Confronting Environmental Risk**. Cambridge: MIT Press, 2006.

4. Wiener and Rogers, *op. cit.*, pp. 317-322.

## ۲.۲. عدم قطعیت علمی

یکی از اساسی‌ترین مبانی اصل احتیاط، پذیرش این واقعیت است که فرایندهای علمی همواره با درجاتی از عدم قطعیت<sup>۱</sup> همراه‌اند. بسیاری از تهدیدهای زیست‌محیطی، به‌ویژه در حوزه‌هایی مانند تغییرات اقلیمی، مهندسی ژنتیک و آلودگی‌های ناشناخته، به‌دلیل پیچیدگی و ماهیت بلندمدت اثراتشان، هنوز به‌طور قطعی تأیید نشده‌اند.<sup>۲</sup> اصل احتیاط با تأکید بر پیشگیری در شرایط عدم قطعیت علمی، بر این نکته تأکید دارد که فقدان دانش قطعی، نباید دلیلی برای تعویق اقدامات حفاظتی دولت‌ها باشد. این مفهوم در پروتکل کارتاگنا درباره ایمنی زیستی<sup>۳</sup> به‌روشنی منعکس شده است؛ جایی که کشورها مجازند واردات موجودات اصلاح‌شده ژنتیکی (LMOs) را حتی در صورت نبودن شواهد علمی قطعی در مورد خطرات آن، محدود یا ممنوع کنند.<sup>۴</sup>

عدم قطعیت علمی که از ارکان تشکیل‌دهنده اصل احتیاط شناخته می‌شود، وضعیتی فراتر از یک حدس و احتمال ساده و پایین‌تر از قطعیت علمی (فرضیه اثبات شده بر مبنای یک روش علمی) است. یعنی ضمن اینکه شواهد علمی برای تأیید وجود خطر ارائه گردیده، لیکن این شواهد به حدی نیست که بتواند خطر مورد نظر را اثبات نماید؛ چه اینکه دانش علمی فعلی برای درک دقیق میزان آسیب کافی نیست. این امر که اصطلاحاً «آستانه دانش» نامیده می‌شود، به ناکافی بودن وضعیت فعلی دانش اشاره دارد که نتوانسته است احتمالات زیربنایی را به‌طور واضح و کافی درک و رابطه علت و معلولی و میزان آسیب را به‌طور کمی و آماری از طریق داده‌های علمی پیشرفته، شناسایی نماید. در حقیقت، دانش فعلی به ما اجازه نمی‌دهد تا احتمال عینی ریسک‌های زیربنایی را به‌دست آوریم.<sup>۵</sup> در این حالت، معیار علمی برای تعیین واضح و مشخص درجه و بزرگی آسیب‌ها براساس احتمالات آماری وجود ندارد، هرچند که رابطه‌های علمی و سیاستی فعلی، پتانسیل ریسک‌های زیست‌محیطی را که می‌توانند آسیب‌های جبران‌ناپذیر بر جای بگذارند، تشخیص می‌دهد.<sup>۶</sup>

عدم قطعیت علمی در اصل احتیاط، در ماده ۱۰ کنفرانس سازمان ملل متحد درباره محیط‌زیست و توسعه،<sup>۷</sup> مفهوم‌سازی و چهار جنبه کلیدی برای آن بیان گردیده است:

1. Scientific Uncertainty

2. Foster, K. R., P. Vecchia, & M. H. Repacholi, "Risk Management: Science and the precautionary principle", *Science*, 288 (5468), 2000, p. 979.

3. Cartagena Protocol on Biosafety, 2000, Article 10.

4. United Nations Environment Programme (UNEP). *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity: Text and Annexes*, Montreal, Canada: 2000, p.15.

5. Lemons, John; Kristin Shrader-Frechette; Carl Cranor, "The Precautionary Principle: Scientific Uncertainty and Type I and Type II Errors", *Foundations of Science*, Vol. 2, 1997, PP.216-218.

6. cf. O'Riordan et al., *op. cit.*

7. United Nations Conference on Environment and Development, 1992, Article 10.

الف) درجه احتمال وقوع آثار نامطلوب پیش‌بینی نشده؛

ب) فقدان «شواهد کافی» برای ارائه یک رابطه علیت واضح بین عدم قطعیت و آثار نامطلوب احتمالی؛

ج) عدم توانایی در پیش‌بینی دقیق پیامدها و منافع اقدامات پیشگیرانه؛

د) اختلاف نظر در مورد میزان خطر.<sup>۱</sup>

برای تحقق عدم قطعیت علمی، حتی وجود نظریه اکثریت دانشمندان و متخصصان یک رشته لازم نیست؛ بلکه بیانیه کمیسیون اروپا صراحتاً اجازه می‌دهد که به نظریه «اقلیت معتبر» نیز استناد شود، حتی اگر اکثریت دانشمندان خلاف آن را باور داشته باشند.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر اگر یک نظریه اقلیت معتبر وجود داشته باشد که ایمن‌تر از چیزی باشد که اکثریت بیان می‌کنند، اقدامات احتیاطی باید صورت پذیرد.<sup>۳</sup> بدین ترتیب دولت‌ها می‌توانند در مواجهه با اقدامات شرکت‌های تجاری در روش‌های اجرایی و موضوعاتی که برای امنیت، محیط‌زیست و سلامت، هرچند با شواهد علمی غیرقطعی، مخاطره‌آمیز ارزیابی و پیش‌بینی می‌گردند، مقاومت نمایند.

### ۲.۳. ضرورت انجام اقدامات پیشگیرانه

چنان که بیان شد، برای اعمال اصل احتیاط، باید یک احتمال علمی در ورود خسارت وجود داشته باشد. هرچند که وجود داده‌های علمی، درک از یک موضوع برای سیاست‌گذاری را افزایش می‌دهد، ولی صرف وجود احتمال ورود خسارت، برای اعمال اصل احتیاط کافی نیست و ضروری است که عناصر دیگری از جمله ارزش‌های اخلاقی بر تصمیم‌گیری نهایی اثرگذار باشد.<sup>۴</sup> مجموع عوامل اثرگذار در کنار احتمال علمی را می‌توان تحت عنوان ضرورت انجام اقدامات پیشگیرانه<sup>۵</sup> معرفی نمود. بدین معنا که اصل احتیاط زمانی اعمال می‌گردد که انجام اقدامات پیشگیرانه ضرورت داشته باشد و این ضرورت بر مبنای دو اصل کلیدی تناسب<sup>۶</sup> و مؤثر بودن (اثربخشی)<sup>۷</sup> تبیین می‌گردد.<sup>۸</sup> «تناسب» به این معناست که اقدامات

1. Holm, Søren; John Harris, "Precautionary Principle Stifles Discovery", *Nature*, 400, 1999, p. 398.  
2. European Commission, **Communication from the Commission on the Precautionary Principle**. Brussels: The Commission of the European Communities, 2000, p.17.  
3. Graham, John D.; Susan Hsia, "Europe's Precautionary Principle: Promise and Pitfalls", *Journal of Risk Research*, Vol.5, No. 4, 2002, pp. 381-382.  
4. Van den Hove, Sybille, "A Rationale for Science-Policy Interfaces", *Futures*, Vol. 39, 2007, p. 820.  
5. Preventive Action  
6. Proportionality  
7. Effectiveness

۸. ساورایی، پرویز و مرجان فاضلی، «تفسیر اصل احتیاطی در اختلافات نفتی در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د. ۲۳، ش. ۸۹، ۱۳۹۹، ص. ۲۵۶.

پیشگیرانه باید بر مبنای شدت و احتمال خطر مرتبط، اتخاذ شوند و مقصود از «اثر بخشی»، نقش این اقدامات در جلوگیری از ورود آسیب است. بنابراین اگر با وجود احتمال خطر آسیب جدی، اقدامات قابل تصور، مؤثر نبوده یا متناسب با خطر احتمالی نباشد، اصل احتیاط قابل اعمال نیست. می‌توان گفت که این اصل بر اجرای سیاست‌هایی از سوی دولت‌ها تأکید دارد که علاوه بر تضمین حفاظت محیط‌زیست، به لحاظ اقتصادی و اجتماعی نیز پایدار و معقول باشند و از این رو مناسبات آنها را در رابطه با شرکت‌های تجاری تحت تأثیر قرار می‌دهد.

تأکید بر ضرورت اقدامات پیشگیرانه، مبتنی بر نظریات مدیریت ریسک است. مدیریت ریسک در شرایطی اعمال می‌شود که خطرات و اثرات بالقوه نامطلوب از طریق معیارهای علمی، دقیقاً توصیف شوند. بنابراین، شناسایی این ریسک‌ها منجر به اجرای اقداماتی می‌شود که به جلوگیری از پیامدهای منفی آثار نامطلوب کمک می‌کند. مدیریت ریسک ماهیت پیشگیرانه دارد و بر اساس ریسک‌های از پیش تعریف شده یا وقوع ریسک‌های مشخص، بر اساس دانش علمی موجود استوار است.<sup>۱</sup>

#### ۲.۴. مقرون به صرفه بودن

اصل احتیاط باید به گونه‌ای اجرا شود که از حیث اقتصادی با میزان خطر ناشی از فعالیت شرکت‌های تجاری، متناسب و مقرون به صرفه باشد؛ برای رعایت این شرط، از معیار تناسب و هزینه-فایده<sup>۲</sup> استفاده می‌شود؛ یعنی باید بهترین راهکار ممکن با کمترین هزینه را انتخاب نمود. این اصل نه تنها باید از ایجاد آسیب‌های جدی و برگشت‌ناپذیر به محیط‌زیست جلوگیری کند، بلکه باید به طور اقتصادی و منطقی اجرا گردد. به عبارت دیگر، اقدامات پیشگیرانه به نسبت خطری که از آن پیشگیری می‌شود، نباید هزینه‌بر باشد. مداخله‌های پیشگیرانه نه تنها از منظر علمی و فنی باید قابلیت اجرایی داشته باشند، بلکه از لحاظ اقتصادی نیز باید معقول و مقرون به صرفه باشد. این اصل مانع از آن می‌شود که پیشگیری به عنوان ابزاری برای توقف غیرضروری فعالیت‌های توسعه‌ای و نوآوری‌های فناورانه شرکت‌های تجاری، مورد استفاده قرار گیرد. بلکه هدف آن، ایجاد تعادل میان حفاظت از محیط‌زیست و استمرار پیشرفت‌های اقتصادی و تکنولوژیکی است.<sup>۳</sup> به همین دلیل، بر این نکته تأکید شده که «یک رویکرد احتیاطی افراطی

1. Stirling, Andrew, "Risk, Precaution and Science: Towards a more Constructive Policy Debate; Talking Point on the Precautionary Principle", *EMBO Reports*, Vol. 4, 2007, p. 314.

2. Proportionality & Cost-Effectiveness

3. Foster et al., *op. cit.*, p. 981.

می‌تواند منجر به ناکارآمدی‌ها و پیامدهای منفی غیرمنتظره شود.<sup>۱</sup> این بیان به این نکته اشاره دارد که وقتی هزینه‌ها بیش از حد لازم باشد، ممکن است به انسداد نوآوری‌ها و پروژه‌های ضروری در زمینه‌های مختلف علمی و صنعتی و کاهش روابط تجاری دولت‌ها با شرکت‌ها در عرصه‌ی بین‌المللی، بینجامد. اصل (۱۵) اعلامیه ریو (۱۹۹۲) در خصوص این شرط تأکید دارد که در مواجهه با تهدیدات جدی محیطی، تصمیم‌گیرندگان باید راه‌حلهایی را انتخاب کنند که هزینه‌های اجتماعی، اقتصادی و زیست‌محیطی، و نیز آثار خطرناک را کاهش دهند. برای ارزیابی مقرون‌به‌صرفه بودن اقدامات پیشگیرانه می‌توان تحلیلی مشتمل بر سه ارزیابی مهم را مورد توجه قرار داد:

نخست اینکه تمام گزینه‌های محتمل برای کاهش و مهار مؤثر خطر کاملاً ارزیابی شود؛ در تدوین اقدام مناسب، سیاستگذاران باید عوامل مختلفی را مانند سیاست‌های سخت‌گیرانه یا سنگین و اینکه آیا یک اقدام معین، مضرات نامتناسب در پی دارد در نظر بگیرند. علاوه بر این، آنها به دنبال سناریوهای جایگزین برای شناسایی مسیری‌هایی خواهند بود که براساس متغیرها، زمینه‌ها و منابع جایگزین، پیامدهای کمتری داشته باشند. برای شناسایی ارزیابی بهینه، تجزیه و تحلیل کامل هزینه و فایده ضروری است. در مرحله دوم، باید تعادل ظریفی بین هزینه‌ها و مزایا، همراه با تحلیل اقتصادی، علمی و سیاستی، ایجاد شود. در طول این فرایند تصمیم‌گیری، طرفین (دولت‌ها و شرکت‌های تجاری) باید فرصت بررسی گزینه‌های مختلف جهت جست‌وجوی مناسب‌ترین معیارها و ارزیابی طیف وسیعی از استراتژی‌ها برای انجام اقدامات را داشته باشند.

مرحله سوم، اجرای اقدامات پیشگیرانه به‌روشن سازگار است. برای این کار، باید این اقدامات به‌صورت غیر تبعیض‌آمیز و سازگار و با ارزیابی گزینه‌های محتمل اعمال شوند. این بدان معناست که سیاستگذاران باید اطمینان حاصل کنند که هیچ گروهی از جامعه به‌طور ناعادلانه تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد و همچنین تصمیمات باید به‌گونه‌ای اتخاذ شوند که با اصول عدالت و برابری در سطوح مختلف اجتماعی و محیط‌زیستی هماهنگ باشند.<sup>۲</sup> این امر به شرکت تجاری این اطمینان را می‌دهد که دولت در روابط تجاری بین‌المللی خود، بی‌جهت شرکت دیگر را ترجیح نمی‌دهد.

1. Sunstein, Cass. R., *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005, p. 96.

2. Owens, Susan, "Siting, Sustainable Development and Social Priorities", *Journal of Risk Research*, Vol. 7, Issue 2, 2004, pp. 110-112.

در مقام اجرا ارزیابی شرط «مقرون به صرفه بودن اقدامات پیشگیرانه» به عنوان یکی از شرایط اعمال اصل احتیاط در تجارت بین الملل چالش برانگیز است. دولت‌ها به عنوان تابعان حقوق بین الملل عمومی وظیفه تأمین منافع عمومی ملت خود را برعهده دارند؛ در نتیجه در تحلیل هزینه- فایده، عمده فعالیت‌های پیشگیرانه برای دولتی که این امر، یکی از وظایف ذاتی و حاکمیتی او محسوب می‌شود، مقرون به صرفه تلقی می‌گردد. برای مثال وقتی تأمین حق شهروندان بر سلامت عمومی تعهدی بین المللی برای دولت‌ها محسوب می‌شود، تمام هزینه‌هایی که دولت‌ها در راستای پیشگیری از مخاطرات احتمالی و حفظ سلامت عمومی انجام می‌دهند، مقرون به صرفه خواهد بود؛ چه اینکه اگر این هزینه‌ها را برای مقابله با خطرهای احتمالی انجام ندهند، باید بعداً چند برابر این هزینه را صرف درمان نمایند. لیکن هدف یک شرکت تجاری، در مرحله اول کسب سود و توسعه کسب و کار است؛ لذا براساس رویکرد سنتی تحلیل هزینه- فایده، هزینه‌ای که شرکت برای ارتقای سلامت محصولات خود در برابر یک خطر احتمالی انجام می‌دهد، اصولاً مقرون به صرفه نیست. باوجود این چالش‌ها، به اعتقاد بسیار، ی اصل احتیاط دارای پیامدهای اقتصادی و اجتماعی در رابطه دولت‌ها و شرکت‌های تجاری است.<sup>۱</sup>

### ۳. آثار اعمال اصل احتیاط در روابط تجاری بین المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری

پس از شناخت اصل احتیاط و مؤلفه‌های سازنده آن، باید این موضوع را بررسی نمود که اثر اعمال اصل احتیاط در روابط تجاری بین المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری چیست؟ به طور کلی می‌توان گفت که الزام به انجام اقدامات پیشگیرانه و انتقال بار اثبات، دو اثر مهم اعمال اصل احتیاط همچنین در این عرصه است.

#### ۳.۱. الزام به انجام اقدامات پیشگیرانه

برخلاف رویکردهای سنتی مدیریت ریسک و مسئولیت مدنی که عمدتاً بر واکنش پس از وقوع آسیب تأکید دارند، اصل احتیاط بر اقدام پیشگیرانه، حتی در شرایطی که شواهد علمی قطعی در دسترس نیست، تأکید می‌ورزد؛ لذا وقتی شرایط پیش‌گفته محقق گردید، دولت یا شرکت‌هایی که اقدامات آنها احتمال ایجاد ضررهای قابل توجه به محیط زیست و سلامت انسانی را ایجاد می‌نماید، مکلف به اعمال اقدامات پیشگیرانه‌اند. اقدامات مناسب، محدود به اقدامات پیشگیرانه نیست و ممکن است در قالب سفارش تحقیقات بیشتر در مورد اثرات محصول یا فرایند، الزام به تهیه و تصویب برنامه ارزیابی آثار

1. Shaw and Schwartz, *op. cit.*, p. 9.

زیست‌محیطی، اخذ مجوز زیست‌محیطی پیش از شروع عملیات، لغو مجوز، عدم تمدید مجوز، تعلیق یا فسخ قرارداد<sup>۱</sup> و یا اطلاع‌رسانی به عموم<sup>۲</sup> درمورد خطر بالقوه استفاده از محصول باشد. این نکته هم قابل توجه است که در کنار اصل احتیاط، اصل پیشگیری نیز وجود دارد که اصولاً ناظر به زمانی است که یافته‌های دقیق علمی و فنی و دلایل معتبر و قابل اثبات علمی، وقوع خسارت را پیش‌بینی نماید که در این صورت مقامات پیش از وقوع رخداد، مداخله می‌نمایند.<sup>۳</sup> هرچند که برخی هر دو دسته تدابیر پیشگیرانه و احتیاطی را در راستای اصل احتیاط تفسیر نموده‌اند<sup>۴</sup>، لیکن به نظر می‌رسد که این دو اصل را باید از یکدیگر متمایز نمود. با وجود برخی شباهت‌ها، تفاوت بنیادین اصل احتیاط و اصل پیشگیری، در این است که در اصل پیشگیری تهدیدات زیست‌محیطی و رابطه آن با ورود خسارت، قطعی و در اصل احتیاط، غیرقطعی است.<sup>۵</sup>

در اعمال اصل احتیاط و انجام اقدامات پیشگیرانه، تصمیمات نهایی در خصوص آستانه‌ها و هزینه‌های عدم اقدام و موضوعات مخاطره‌آمیز برای جامعه، صرفاً با پذیرش دیدگاه علمی نبوده، بلکه در یک فرایند سیاسی اتخاذ می‌شود.<sup>۶</sup> در حقیقت توسل به اقدامات احتیاطی به سطح حفاظت انتخابی مرجع دولتی بستگی دارد که بیشتر یک تصمیم هنجاری و انتخاب سیاسی است.<sup>۷</sup> بنابراین از مکانی به مکان دیگر، متغایر خواهد بود. به عنوان مثال، یک کشور در حال توسعه ممکن است با تأکید بیشتر بر رشد اقتصادی، کمتر بر آسیب زیست‌محیطی یا خطرات احتمالی سلامتی تمرکز نماید، درحالی که یک اقتصاد توسعه‌یافته با درآمد سرانه بالا آسیب‌های زیست‌محیطی را بیشتر مورد توجه قرار می‌دهد.

در «مقررات راجع به ارزیابی ثبت، مجوز و محدودیت‌های مواد شیمیایی اتحادیه اروپا» (۲۰۰۶)، رویکرد پیشگیرانه به‌گونه‌ای طراحی گردیده که تولیدکنندگان و واردکنندگان مواد شیمیایی به ارائه

۱. ساورایی، پرویز و مرجان فاضلی، منبع پیشین، ص. ۲۵۶.

۲. بنافی، فرشته و علیرضا آرش‌پور، «جایگاه اصل احتیاط در حمایت از محیط زیست دریایی»، *مجله مطالعات حقوقی*، د. ۹، ش. ۴، ۱۳۹۶، ص. ۴۴.

۳. مولائی، آیت و حسن لطفی، منبع پیشین، ص. ۲۸۵.

۴. رضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «بررسی تطبیقی اجرای اصل احتیاط زیست محیطی در پرتو آرا و تصمیمات مراجع بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، د. ۱۵، ش. ۴۰، ۱۳۹۲، ص. ۱۴۳.

5. de Sadeleer, Nicolas, "The Principles of Prevention and Precaution in International Law: Two Heads of the Same Coin?", In T. Kuokkanen, O. Mejía-Lemos, & E. Tedschi (Eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, 2nd ed., Edward Elgar, 2020, p. 152.

6. Cf. Haritz, Miriam, **An Inconvenient Deliberation: The Precautionary Principle's Contribution to the Uncertainties Surrounding Climate Change Liability**. Wolters Kluwer, 2011.

7. Shaw and Schwartz, *op. cit.*, p. 8.

داده‌های کافی در مورد ایمنی محصولات خود پیش از عرضه به بازار ملزم‌اند.<sup>۱</sup> در پروتکل مونترال (۱۹۸۷)، بر الزام به انجام اقدامات پیشگیرانه، بدون وجود قطعیت کامل علمی در مورد اثرات کلروفلوئوروکربن‌ها (CFCs) بر لایه اوزن تأکید شده است. این سیاست، نه تنها در حفاظت از محیط‌زیست موفقیت‌آمیز بود، بلکه با معرفی جایگزین‌های مناسب، از تحمیل هزینه‌های بیش از حد به صنایع نیز جلوگیری نمود.<sup>۲</sup> بنابراین، اصل احتیاط اتخاذ تدابیر پیشگیرانه را نه به‌عنوان یک مانع توسعه‌ای، بلکه به‌عنوان یک راهکار مدیریتی برای کاهش ریسک‌های زیست‌محیطی و انسانی در شرایط عدم قطعیت علمی ضروری می‌داند.

### ۳.۲. انتقال بار اثبات

بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی و اصول دادرسی، در دعوی زیست‌محیطی اصولاً بار اثبات بر عهده کسی است که به‌دنبال تنظیم یا ممنوعیت یک محصول یا فرایند است. این امر به‌ویژه زمانی که ارزیابی‌های آسیب یا خسارت بر اساس شواهد علمی باشد، مانعی بزرگ تلقی می‌شود، چه اینکه به‌دست آوردن شواهد علمی هزینه‌بر است و تولیدکنندگان اغلب دسترسی به داده‌های لازم را محدود می‌کنند. انتقال بار اثبات<sup>۳</sup> از آثار مهم اصل احتیاط است. اصل احتیاط بار اثبات را برای دولت‌ها که به‌دنبال اعمال کنترل هستند، آسان‌تر می‌کند. اگر اثبات علمی وجود خطر غیرقابل اغماض در خصوص آسیب به سلامت یا محیط‌زیست، نیاز نباشد، اقامه دعوی به‌منظور کنترل اقدامات آسان‌تر است. در واقع، پیش‌بینی سطوح بالای احتیاط در قوانین، می‌تواند بار اثبات را معکوس کند و آن را بر عهده شرکت‌هایی قرار دهد که به‌دنبال ارائه فرایندها یا محصولات جدید هستند.<sup>۴</sup>

اعمال اصل احتیاط می‌تواند بار اثبات مسئولیت را تغییر دهد؛ بر اساس این اصل، اگر از دیدگاه علمی و فنی انجام عملی عاری از زیان احتمالی سنگین و جبران‌ناپذیر نباشد، باید اقدام مقتضی برای احتراز از آن به عمل آید و در صورت ورود زیان، فرض بر این است که عامل زیان تلاش کافی برای بررسی‌های دقیق علمی و فنی ننموده است.<sup>۵</sup> در شرایط عدم قطعیت علمی، نهادها و شرکت‌ها باید شواهد کافی و معتبر برای اثبات ایمنی و بی‌خطر بودن فعالیت‌های خود ارائه دهند. به‌موجب این اصل، هرگاه فعالیت

1. European Commission. (2006). *Regulation (EC) No 1907/2006 concerning the Registration Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH)*, p. 22.

2. United Nations Environment Programme (UNEP), *Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*, 1987, p. 8.

3. Burden of Proof Shift

4. Graham and Hsia, *op. cit.*, p. 375.

۵. حیاتی، علی‌عباس، منبع پیشین، ص. ۲۰۲.

خاصی، همراه با تهدیدهای جدی برای محیط‌زیست یا سلامت انسان‌ها باشد، این مسئولیت بر دوش طرف پیشنهاددهنده است تا نشان دهد که این فعالیت‌ها موجب آسیب نخواهند شد.<sup>۱</sup> مفهوم انتقال بار اثبات را می‌توان بسته به نوع و شدت تهدیدات، مسئولیت‌ها و انتظارات در سطوح مختلف تقسیم‌بندی کرد. در سطح ابتدایی که فعالیت‌ها خطرات محیط‌زیستی کمی دارند، تنها ارائه شواهد معتبر همچون گزارش‌های علمی و ارزیابی‌های زیست‌محیطی به منظور اثبات بی‌خطر یا کم‌خطر بودن فعالیت‌های مطرح‌شده کافی است. اما در سطح بالاتر، آنجا که فعالیت‌ها یا تکنولوژی‌های پیشنهادی ممکن است خطرات جدی یا برگشت‌ناپذیر را برای محیط‌زیست یا سلامت انسان‌ها ایجاد کنند (مثل استفاده از مواد شیمیایی سمی یا فناوری‌های نوظهور)، اثبات دقیق و مستندتر لازم است و باید تمامی شواهد و اطلاعات علمی موجود به منظور تأیید ایمنی این فعالیت‌ها و کاهش خطرات ارائه شوند که ارائه آنها بر دوش شرکت‌های خارجی به‌عنوان طرف‌های پیشنهاددهنده است.

تغییر بار اثبات به‌عنوان تفسیری از اصل احتیاط، که مورد انتقاداتی نیز قرار گرفته است،<sup>۲</sup> به‌طور مؤثری تضمین می‌کند که برای فعالیت‌هایی که پتانسیل ایجاد آسیب‌های جدی دارند، هیچ اقدامی بدون ارزیابی دقیق و مستند علمی انجام نخواهد شد. این امر نهادها و شرکت‌ها را به اثبات بی‌خطر بودن فعالیت‌های خود و از این رهگذر به جلوگیری از بروز آسیب‌های محیط‌زیستی و اجتماعی ملزم می‌کند.

#### ۴. کاربرد اصل احتیاط در تنظیم روابط تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری

چنانکه بیان شد، اصل احتیاط در بستر حقوق بین‌الملل عمومی شکل گرفت و تکالیف ناشی از آن، عموماً متوجه دولت‌هاست؛ لیکن با توسعه قلمروی این اصل، مسئله کاربرد و اثرگذاری آن بر شرکت‌های تجاری فعال در عرصه تجارت بین‌الملل و همچنین داوری‌های بین‌المللی، به موضوع بحث تبدیل شد. بنیادی‌ترین چالش نظری در توسعه قلمروی اصل احتیاط به این حوزه، تعارض ذاتی میان فلسفه اصل احتیاط و قواعد حقوق تجارت بین‌الملل است. درحالی‌که اصل احتیاط به دنبال محدود نمودن فعالیت‌های دارای زیان احتمالی است، تجارت بین‌الملل مبتنی بر تجارت آزاد و حذف محدودیت‌های تجاری است. برخی مکانیسم‌ها و جهات حقوقی، اجرای این اصل را برای شرکت‌های تجاری بین‌المللی الزامی می‌نماید که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

1. Lemons et al. *op. cit.*, pp. 227-230.

2. Resnik, David B., *Precautionary Reasoning in Environmental and Public Health Policy*. Switzerland: Springer, 2021, pp. 95-97.

#### ۴.۱. ارتقای استانداردهای تولید محصولات غذایی و سلامت‌محور

یکی از الزامات ناشی از اعمال اصل احتیاط برای دولت‌ها، ارتقای استانداردهای تولید مواد غذایی و سلامت‌محور است. اعمال اصل احتیاط از سوی دولت‌ها سبب خواهد شد که استانداردهای سخت‌گیرانه‌تری برای تولید مواد غذایی و سلامت‌محور وضع گردد که شرکت‌های تجاری نیز مکلف به تبعیت از آن‌اند. برای مثال وقتی این احتمال مطرح شد که برخی هورمون‌های مورد استفاده‌ی دامداران برای افزایش شیر گاوها موجب افزایش مصرف آنتی‌بیوتیک شده و خطرهایی برای سلامت انسان دارد، اتحادیه اروپا استفاده از این هورمون‌ها را باوجود دریافت مجوز از FDA (اژانس غذا و داروی آمریکا)، ممنوع کرد.<sup>۱</sup> در حقیقت اتحادیه اروپا از طریق ارتقای استانداردهای تولید مواد غذایی، به‌صورت غیرمستقیم، تولیدکنندگان را ملزم نمود که اصل احتیاط را در تولید محصولات خود رعایت نمایند؛ درحالی‌که شاید از نظر تحلیل هزینه-فایده، اعمال این اصل برای این تولیدکنندگان مقرون‌به‌صرفه نبوده باشد. نمونه دیگری از تأثیرگذاری اصل احتیاط را می‌توان در تولید و ورود محصولات غذایی تراریخته مشاهده نمود؛ علی‌رغم تولید محصولات تراریخته در برخی کشورهای درحال توسعه، صادرات این محصولات به‌ویژه به کشورهای توسعه‌یافته بسیار محدود است که این امر به‌دلیل درک اهمیت بالای جایگاه اصل احتیاط در پروتکل ایمنی زیستی است.<sup>۲</sup> چه اینکه برخی کشورها، بر مبنای اصل احتیاط ورود این نوع محصولات را ممنوع یا محدود نموده‌اند.

کمیسیون اروپا در این خصوص اصولاً رویکرد سختگیرانه‌ای دارد. کمیسیون استدلال می‌کند که اتحادیه اروپا مانند سایر اعضای سازمان تجارت جهانی حق دارد، استانداردهای حفاظت از محیط‌زیست و بهداشت انسان، حیوان و گیاه را در سطح مورد نظر خود تعیین کند. مقررات معاهده اتحادیه اروپا، اتحادیه را ملزم به توسعه استانداردهای بالای حفاظت از محیط‌زیست و مصرف‌کننده می‌نماید. اتحادیه اروپا، در این خصوص صرفاً به‌دنبال رویکرد تجاری و توسعه بازارها نیست؛ بلکه اهداف خود در سیاست‌های اجتماعی و زیست‌محیطی را نیز دنبال می‌کند. باید توجه داشت که تعیین استانداردها اصولاً یک فرایند سیاسی نیست، بلکه یک فرایند علمی است که با رأی‌گیری در مجامع مختلف مرتبط انجام می‌گیرد. دستورالعمل‌های سیاستی اتحادیه اروپا و سایر اسناد سیاست‌گذاری اتحادیه، مانند مقررات ایمنی مواد غذایی اتحادیه اروپا، بر توجه به اصل احتیاط در تدوین استانداردهای مواد غذایی تأکید دارند؛ در نتیجه

1. Wiener and Rogers, *op. cit.*, pp. 323-325.

2. Shaw and Schwartz, *op. cit.*, p. 10.

بسیاری از شرکت‌های خصوصی که در بازار مواد غذایی اتحادیه اروپا فعال‌اند، مکلف‌اند که اصل احتیاط را در ایمنی مواد غذایی رعایت نمایند. کدکس آلیمنتریوس نیز نقش مهمی در تعریف استانداردهای ایمنی مواد غذایی ایفا کرده و نقش تعیین‌کننده‌ای در اختلافاتی مانند پرونده هورمون‌های رشد گاو داشته است. می‌توان گفت که کدکس در مرکز تلاش‌ها برای یافتن تفسیر یا کاربرد توافق‌شده اصل احتیاط یا رویکرد احتیاطی در مسائل مربوط به ایمنی و سلامت مواد غذایی قرار دارد. در عین حال انتقاداتی نظیر حمایت‌گرایی، وضع استانداردهای خودسرانه توسط دولت‌ها و تهدید نوآوری،<sup>۱</sup> به وضع استانداردها براساس اصل احتیاط وارد شده است.

این نکته نیز حائز اهمیت است که رویکرد نظام‌های حقوقی به تجزیه و تحلیل ریسک، در تدوین استانداردها یکسان نیست. برای مثال، ایالات متحده زمانی اصل احتیاط را اعمال می‌کند که ثابت شود، تجزیه و تحلیل ریسک براساس یک معیار علمی محکم، صورت پذیرفته است؛ درحالی‌که اتحادیه اروپا، علم را به‌عنوان یک عنصر مهم در تجزیه و تحلیل ریسک، اما نه تنها عنصر، مورد توجه قرار می‌دهد. در نتیجه در وضع استانداردهای استفاده از هورمون‌های رشد گاو برای تولید شیر، رویکرد اروپایی‌ها نسبت به رویکرد آمریکایی‌ها محتاطانه‌تر بوده و به صرف وجود احتمال خطر، استفاده از این هورمون‌ها را ممنوع نموده‌اند؛ درحالی‌که ایالات متحده استدلال نمود که نظر رسمی اتحادیه اروپا در مورد ایمنی هورمون‌ها، با بررسی‌های علمی متعدد توسط سازمان‌های بین‌المللی معتبر، سازگار نیست.<sup>۲</sup>

#### ۴.۲. الزام شرکت‌های تجاری به انجام اقدامات پیشگیرانه از طریق ایجاد مسئولیت

امروزه در حقوق بین‌الملل، حق بر محیط‌زیست و سلامت، به‌عنوان یک تعهد عمومی شناسایی شده که در برخی معاهدات شمول این تعهدات، حتی نسبت به شرکت‌های خصوصی نیز گسترش یافته است؛ به‌گونه‌ای که اگر یک شرکت تجاری، تعهد خود را در تأمین سلامت عمومی یا حفظ محیط‌زیست انجام ندهد، از حیث قواعد مسئولیت مدنی، مسئول جبران خسارات وارده شناخته می‌شود. اصل احتیاط این تکلیف را برعهده اشخاص می‌گذارد که اگر احتمال می‌دهند از فعل آنها خسارتی به بار می‌آید، باید اقدامات لازم را جهت احتراز از آن خسارت معمول دارند و در غیر این صورت، تقصیر و موجد مسئولیت محسوب می‌گردد. اگر مبنای مسئولیت نظریه خطر باشد، استناد به احتیاط ملموس‌تر و پذیرفتنی‌تر است؛ زیرا این نظریه اشخاص را ملزم می‌نماید از اعمال خطرناک پرهیز نموده و خسارات ناشی از آن را جبران

1. de Sadeleer, *op. cit.*, p. 168.

2. Wiener and Rogers, *op. cit.*, pp. 326.

نمایند؛ این الزام همسو با انجام اقدامات پیشگیرانه درخصوص خطرات احتمالی است که از اصل احتیاط نشئت می‌گیرد.<sup>۱</sup> ازسوی دیگر با توجه به اینکه اصولاً اتخاذ تدابیر پیشگیرانه کم‌هزینه‌تر از جبران خسارات بعدی است، در مواردی که برای تولید کالاها و انجام اقدامات مضر به محیط‌زیست و سلامت عمومی، مسئولیت جبران خسارت پیش‌بینی شده است، انجام اقدامات پیشگیرانه برای شرکت‌های تجاری، مقرون به‌صرفه و مشمول اصل احتیاط خواهد بود. ولی اگر عدم رعایت این موارد، مسئولیتی برای شرکت به‌همراه نداشته باشد، اتخاذ این تدابیر از حیث اقتصادی، منطقی و متناسب نخواهد بود.

مصادیق بارز شناسایی تعهد در قبال محیط‌زیست و سلامت عمومی که به توسعه قلمروی اصل احتیاط به شرکت‌های تجاری منجر شده، مقرراتی است که توسط اتحادیه اروپا در این خصوص وضع گردیده است. بنابراین در مواردی که براساس این مقررات، برای تولید یک کالا یا انجام یک فعالیت ازسوی شرکت‌های تجاری، تعهدی نسبت به سلامت عمومی یا محیط‌زیست پیش‌بینی شده که می‌تواند مسئولیت مدنی یا حتی مسئولیت اجتماعی برای این شرکت‌ها به‌دنبال داشته باشد، به صرف احتمال بروز خسارت نیز این شرکت‌ها ملزم خواهند بود، بر مبنای اصل احتیاط اقدامات پیشگیرانه لازم را به انجام رسانند. این رویکرد سبب شده که برخی بر این عقیده باشند که اعمال این اصل در مسئولیت مدنی، سبب تجویز «مسئولیت پیشگیرانه» در کنار «مسئولیت جبران‌گرایانه» شده است.<sup>۲</sup>

### ۴.۳. ایجاد مقررات نظارتی بر بازارهای تجاری

یکی از مهم‌ترین آثار اعمال اصل احتیاط در حوزه تجارت بین‌الملل، ایجاد یک مجموعه مقررات نظارتی بر بازارهای بین‌المللی و منطقه‌ای است. امروزه اتحادیه اروپا به‌عنوان حامی اصلی اصل احتیاط، هم در سیاست‌های نظارتی خود و هم در توافقات بین‌المللی، اصل احتیاط را مورد توجه قرار داده است. عملکرد اتحادیه اروپا در نظارت بر بازاریابی محصولات زیست-فناوری و ممنوعیت واردات محصولات تراریخته با تکیه بر اصل احتیاط، در همین راستا ارزیابی می‌گردد.<sup>۳</sup> این اصل که در ابتدا در مسئله تنظیم محیط‌زیست و توسعه اعمال شد، متعاقباً در زمینه‌های سیاستی مرتبط مانند سلامت انسان‌ها کاربرد پیدا کرد؛ به‌گونه‌ای که حتی ادعا شده این اصل به یک هنجار در حقوق بین‌الملل عرفی تبدیل شده که هیچ

۱. حیاتی، علی‌عباس، منبع پیشین، صص. ۱۹۶-۱۹۷.

۲. همان منبع، ص. ۲۰۳.

۳. بلک، ژانت الیزابت و فاطمه رضایی‌پور، «تأثیر اصل احتیاط در حل تعارضات میان‌بخشی تجارت محیط زیست بر یکپارچگی حقوق بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، د. ۴۹، ش. ۴، ۱۳۹۸، ص. ۱۰۱۷.

کشوری نمی‌تواند با آن مخالفت کند.<sup>۱</sup> مسئله اصلی در مورد اعمال اصل احتیاط توسط اتحادیه اروپا و کشورهای عضو آن این است که آیا این اصل مبنایی برای سیاست متوازن سیاسی- تجاری است که پایداری را ارتقا می‌بخشد و رشد تجارت و سرمایه‌گذاری را تسهیل می‌کند؟ یا اینکه به‌عنوان شیوه‌ای خودسرانه توسط دولت‌ها و صرفاً برای توجیه کنترل‌های تجاری و سرمایه‌گذاری، بر مبنای ملاحظات اقتصادی یا سیاسی، مورد استفاده قرار خواهد گرفت؟ که بنابراین می‌توان گفت از منظر تجارت بین‌الملل، اختلاف نه بر سر استفاده از اصل احتیاط، بلکه بر میزان احتیاط و جلوگیری از اعمال این اصل در راستای «تجارت غیرمنصفانه» یا به‌عبارتی سوءاستفاده از اصل احتیاط توسط دولت‌هاست.

کمسیون اروپا مجموعه‌ای از دستورالعمل‌ها را براساس قوانین اتحادیه و قوانین تجارت بین‌المللی، برای اقداماتی که براساس اصل احتیاط انجام می‌شود، تعیین نموده است که به‌طور کلی خطر سوءاستفاده از اصل احتیاط در اعمال تصمیمات سیاسی را محدود می‌کنند. از آنجاکه اعمال اصل احتیاط صرفاً یک تصمیم‌گیری دولتی و سیاسی نیست و ابعاد گسترده تجاری و بین‌المللی دارد، برای اعمال نظارت از سوی دولت‌ها بر فعالیت‌های تجاری (نظارت بر بازار براساس اصل احتیاط) رعایت اصولی لازم است.

نخستین اصلی که باید در وضع مقررات نظارتی دولت از جمله در مواجهه با شرکت‌های خارجی مورد توجه قرار گیرد، «اصل تناسب»<sup>۲</sup> است؛ اعمال اصل احتیاط در نظارت بر بازار از یک سو، باید خطرهای احتمالی را کاهش دهد و از سوی دیگر منجر به ممنوعیت کامل نشود. البته در موارد خاصی ممکن است، ممنوعیت استفاده از یک محصول، جایگزینی نداشته باشد و در نتیجه متناسب تلقی شود. تناسب، باید تحولات بلندمدت را نیز در نظر بگیرد و نباید به انتقال ریسک به نسل‌های آینده منجر شود. دومین اصل، «حداقل اقدام محدودکننده تجارت»<sup>۳</sup> است؛ یعنی در مواردی که ابزارهای مختلفی برای دستیابی به سطح یکسانی از حفاظت از سلامت یا محیط‌زیست وجود دارد، باید اقدامی انتخاب شود که حداقل محدودیت را برای تجارت و شرکت تجاری به‌همراه داشته باشد.<sup>۴</sup> از این رو اقداماتی مثل اعمال محدودیت، تشدید نظارت‌ها، محدودیت‌های موقت، جایگزینی با محصولات جایگزین یا توصیه‌های غیرالزام‌آور، محدودیت کمتری نسبت به ممنوعیت مطلق یک محصول ایجاد می‌کند. براساس «اصل عدم تبعیض»<sup>۵</sup>، نظارت بر محصولات، صرف‌نظر از منشأ جغرافیایی آن، باید به‌صورت یکسان اعمال

1. McIntyre and Mosedale, *op. cit.*, p. 241; Wiener and Rogers, *op. cit.*, p. 318.

2. Principle of proportionality

3. Principle of least-trade restrictive

4. Shaw and Schwartz, *op. cit.*, pp. 4-5.

5. Principle of non-discrimination

شود. علاوه بر این، اقدامات انجام شده در مقابله با ریسک، باید تا حد امکان با سیاست‌های دنبال شده در موارد دیگر سازگار باشند (اصل سازگاری) و از نظر تحلیل هزینه-فایده نیز چه در کوتاه‌مدت و چه در بلندمدت، مقرون به صرفه باشد؛ در نهایت اینکه هرگونه اقدامات نظارتی باید همراه با بررسی مستمر تحولات علمی باشد و اگر علم بتواند نشان دهد که میزان ریسک کمتر از پیش‌بینی بوده است، آنگاه باید اقدامات نظارتی و احتیاطی اصلاح یا لغو شود.

#### ۴.۴. توجیه محدودیت‌های تجاری وضع شده از سوی دولت‌ها

دولت‌ها با وضع محدودیت‌های تجاری، در معرض شکایت شرکت‌های ذینفع مبنی بر ارتکاب اقدامات برخلاف مقررات تعرفه و تجارت (GATT/WTO) و مخل تجارت، در مراجع قانونی قرار می‌گیرند. لیکن قوانین سازمان تجارت جهانی (WTO) و رکن حل اختلاف این سازمان، در موارد مرتبط با بهداشت یا محیط‌زیست، اصل احتیاط را به‌عنوان یک دفاع قابل پذیرش از سوی دولت‌ها، در چارچوب موافقت‌نامه مربوط به اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی<sup>۱</sup>، پذیرفته است.<sup>۲</sup> برای نمونه در پرونده سالمون و دولت استرالیا<sup>۳</sup>، رکن استیناف این سازمان، سطح مناسب حفاظت را حق دولت‌ها تلقی و با پذیرش تمایز بین خطر فرضی و سطح خطر صفر، حتی تعیین سطح خطر صفر را نیز که در رأی هیئت رسیدگی (بدوی) رد شده بود، مورد پذیرش قرار داد.<sup>۴</sup> همچنین در پرونده هورمون‌ها و جامعه اروپا<sup>۵</sup>، رکن استیناف تصریح نمود که انعکاس اصل احتیاط در موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی، از حق دولت‌ها در انتخاب سطح حفاظت بالاتر از معیارها و دستورالعمل‌های بین‌المللی، حمایت می‌کند.<sup>۶</sup> این رویه در پرونده‌های دیگری نیز اتخاذ شد<sup>۷</sup>، تاجایی که حق بر تعیین سطح حفاظت، به‌عنوان یک اصل بنیادین ذیل ماده ۲۰ گات شناسایی گردید.<sup>۸</sup> به‌موجب این ماده که استثنائات وارد بر قواعد گات را بیان می‌کند، دولت عضو در صورتی می‌تواند به این استثنائات در حوزه محیط‌زیست متوسل شود که نشان دهد، موازین متخذه کمترین محدودیت تجاری را ایجاد می‌کند و حفاظت از محیط‌زیست داخلی ضروری و منوط به

1. Agreements on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS), 1995.

2. Shaw and Schwartz, *op. cit.*, p. 11.

3. WTO, *Australia-Salmon Case* (Appellate Body Report, 1998).

۴. کدخدایی، عباسعلی و اسماء سالاری، «سطح حفاظت دولت؛ جایگاهی برای اصل احتیاط در نظام حقوقی سازمان تجارت جهانی؟»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، د. ۲۴، ش. ۱، ۱۳۹۹، صص. ۱۶۴-۱۶۳.

5. WTO, *Beef Case* (Appellate Body Report, 2000); WTO, *Asbestos Case* (Appellate Body Report, 2000); WTO, *Retreaded Tyres* (Appellate Body Report, 2007).

۶. کدخدایی، عباسعلی و اسماء سالاری، منبع پیشین، صص. ۱۶۹-۱۶۵.

7. WTO, *Hormones Case* (Appellate Body Report, 1998).

۸. همان منبع، ص. ۱۷۵.

اتخاذ این موازین است.<sup>۱</sup> البته گفتنی است که رکن حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی، در جهت استناد به اصل احتیاط برای تحمیل ضوابط ایمنی و بهداشت گیاهی، بسیار سخت‌گیرانه عمل می‌نماید<sup>۲</sup> و در مواردی از اجرای مستقیم این اصل سرباز می‌زند؛ چه اینکه این اصل را در مقابل تضاد و همگرایی بین اصل آزادی مبادلات و تدابیر حمایتی می‌داند.<sup>۳</sup>

#### ۴.۵. کاربرد اصل احتیاط در توافق‌نامه‌های تجاری

توجه به اصل احتیاط در توافقات دو یا چندجانبه و یا منطقه‌ای تجاری، می‌تواند به‌عنوان یک پشتوانه حقوقی مناسب برای این اصل به‌شمار رود.<sup>۴</sup> هرچند که از حیث نظری، اعمال این اصل در این توافق‌نامه‌های بین‌المللی از سوی سازمان تجارت جهانی مورد پذیرش قرار گرفته، لیکن به‌اعتقاد برخی، تعارض هنجاری میان حقوق بین‌الملل محیط‌زیست مبتنی بر اصل احتیاط، و حقوق تجارت بین‌الملل مبتنی بر تجارت آزاد، به‌دلیل کم‌رنگ شدن مرز میان دعاوی تجاری و دعاوی محیط‌زیستی، می‌تواند چالش‌هایی را در رابطه دولت‌ها و شرکت‌های تجاری ایجاد نماید.<sup>۵</sup> هرچند در گذشته، این اصل بیشتر در توافق‌نامه‌های زیست‌محیطی مورد استفاده قرار می‌گرفت که ارتباط اندکی با حوزه تجارت بین‌الملل دارد،<sup>۶</sup> ولی امروزه پیش‌بینی موازین محیط‌زیستی در معاهدات و توافق‌نامه‌های تجاری، رواج بیشتری یافته و در حال توسعه نیز است.

همین سطح از کاربرد اصل احتیاط در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی نیز می‌تواند تأثیرات جدی بر حوزه تجارت محصولات غذایی، دارویی، بهداشتی و... بگذارد. از مهم‌ترین مصادیق این توافق‌نامه‌ها، موافقت‌نامه مربوط به اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی (SPS:1995) است که برخلاف گات، این حق را برای اعضای سازمان تجارت جهانی، شناسایی نموده که با هدف حفاظت از بهداشت یا حیات انسان، جانوران و گیاهان، موازین بهداشتی و بهداشت گیاهی را اتخاذ نمایند که ممکن است بر تجارت بین‌الملل تأثیرگذار باشد. ماده (۷) این موافقت‌نامه، با وجود ناکافی بودن شواهد علمی مربوطه، اجازه اعمال موقتی موازین SPS را می‌دهد که بیانگر اصل احتیاط است.<sup>۷</sup>

۱. بلک، ژانت الیزابت و فاطمه رضایی‌پور، منبع پیشین، ص. ۱۰۰۹.

۲. بنافی، فرشته و علیرضا آرش‌پور، منبع پیشین، ص. ۳۹.

۳. بلک، ژانت الیزابت و فاطمه رضایی‌پور، منبع پیشین، ص. ۱۰۰۸.

4. Shaw and Schwartz, *op. cit.*, p. 11.

۵. همان منبع، ص. ۱۰۲۰.

6. Shaw and Schwartz, *op. cit.*, pp. 8-9.

۷. همان منبع، ص. ۱۰۱۰.

#### ۴.۶. کاربرد اصل احتیاط در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی

تا به امروز، کاربرد اصل احتیاط در حل و فصل اختلافات فی‌مابین سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان برای ارزیابی مشروعیت سیاست‌های دولت‌ها و در نتیجه کاهش غرامت پرداختی، کمتر مورد توجه قرار گرفته بود. در سال‌های اخیر برخی مراجع داوری، به‌منظور کاهش مسئولیت دولت‌ها به اصل احتیاط استناد نموده‌اند. در پرونده متانکس علیه ایالات متحده،<sup>۱</sup> دیوان داوری با حمایت از اصل احتیاط، تصمیم دولت آمریکا مبنی بر ممنوعیت اضافه نمودن MTBE به بنزین را اقدامی مشروع و در جهت منافع عمومی تلقی نمود. دیوان پس از بررسی دقیق فرایند قانونی، آن را شفاف، مبتنی بر شواهد علمی و مطابق با موازین دادرسی منصفانه و بازبینی کارشناسان دانست. دیوان تأکید کرد که این ممنوعیت، یک اقدام غیرتبعیض‌آمیز و در راستای حفاظت از سلامت عمومی و محیط‌زیست بوده و با مفهوم «اختیارات حاکمیتی» در حقوق بین‌الملل سازگار است. در پرونده موزینیانکا،<sup>۲</sup> یک شرکت لهستانی قصد داشت از طریق خط لوله، اقدام به استخراج و انتقال آب معدنی از اسلواکی به لهستان نماید. در سال ۲۰۱۴، اسلواکی اصلاحیه‌ای به قانون اساسی خود اضافه کرد که صادرات آب زیرزمینی و معدنی از طریق خطوط لوله ممنوع و قرارداد سرمایه‌گذاری شرکت لهستانی لغو شد. شرکت مزبور ۱۶۶,۳ میلیون یورو خسارت مطالبه نمود. دیوان داوری آنسیترال، براساس شواهد علمی موجود (هرچند قطعی نبودند) تأیید نمود که منابع آب زیرزمینی اسلواکی تحت تأثیر تغییرات اقلیمی قرار دارند و احتمال خسارت جدی زیست‌محیطی وجود دارد؛ خواهان نیز نتوانست خلاف این امر را اثبات نماید. در نهایت دیوان داوری، اقدامات پیشگیرانه اسلواکی در حفاظت از منابع آب را (براساس اصل احتیاط) مشروع دانست و درخواست شرکت لهستانی برای مطالبه غرامت را رد کرد. در پرونده واتنفال،<sup>۳</sup> دولت آلمان بدون وجود شواهد علمی کامل، مقررات زیست‌محیطی سختگیرانه‌ای با هدف حفاظت از محیط‌زیست و سلامت عمومی برای نیروگاه‌های زغال‌سنگ و هسته‌ای وضع کرد. خواهان‌ها این اقدامات را نقض حقوق سرمایه‌گذاری، اصل رفتار منصفانه و عادلانه و تملک غیرمستقیم تلقی کردند. هرچند این دعوا در نهایت با توافق طرفین خاتمه یافت، روند رسیدگی حاکی از پذیرش دفاعیات دولت آلمان براساس اصل احتیاط بود؛ به‌گونه‌ای که خسارت مورد توافق کمتر از نصف مبالغ مورد ادعای خواهان‌ها بود.

1. Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

2. UNCITRAL Case No. 2017-08, półdzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic, 2020.

3. ICSID Case No. ARB/12/12, Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, 2021.

در عین حال، پذیرش این اصل در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی، همچنان با چالش‌هایی روبه‌روست. اتخاذ رویکرد دوگانه در به‌کارگیری این اصل، نشئت گرفته از دلایل متعددی است. نخستین دلیل، عدم توجه کافی به مبانی حقوقی مؤثر در پذیرش اصل احتیاط به‌عنوان یک دفاع در مراجع داوری سرمایه‌گذاری، از جمله ماده ۲۵ قواعد مسئولیت دولت‌ها<sup>۱</sup> (DASR) است که به‌عنوان یک قاعده بین‌المللی برای دفاع دولت‌ها در موارد اضطراری شناخته می‌شود. این ماده تأکید دارد که در شرایط خاص، مانند بحران‌های اقتصادی یا تهدیدات زیست‌محیطی که ممکن است منافع امنیت ملی یا نظم عمومی به خطر بیفتد، دولت‌ها می‌توانند در مقابل دعوای نقض تعهدات، به دفاع ضرورت استناد کنند. در نتیجه، اصل احتیاط می‌تواند با تبیین مفاهیم «تهدید جدی» نسبت به «منافع اساسی» در دفاع ضرورت، در داوری‌های سرمایه‌گذاری به‌عنوان ابزاری برای حمایت از اقدامات دولت‌ها به‌شمار رود. این دفاع به‌ویژه در مواردی که تعهدات دولت میزبان به‌طور خاص با شرایط اضطراری اقلیمی تضاد دارد، قابل اعمال است. در این موارد، ماده ۲۵ DASR می‌تواند به‌عنوان مبنایی برای معافیت کلی یا جزئی دولت میزبان در برابر سرمایه‌گذار خارجی به کار رود.<sup>۲</sup> در دعوای مطروحه ذیل این ماده، مفهوم «منافع اساسی» شامل مسائلی مانند امنیت ملی، ثبات سیاسی و اقتصادی و محیط‌زیست است و بر همین اساس، در پرونده بحران اقتصادی آرژانتین<sup>۳</sup> این دفاع موفقیت‌هایی داشته است. در پرونده مامیدویل علیه دولت آلبانی<sup>۴</sup> نیز دیوان داوری، اقدامات دولت آلبانی را سلب مالکیت غیرمستقیم محسوب ننموده و آن را مبتنی بر سیاست‌های نظم عمومی کشور میزبان دانسته است؛ چه اینکه سرمایه‌گذار با اقدام خواننده از

۱. DASR یا پیش‌نویس مواد مسئولیت دولت‌ها (Draft Articles on State Responsibility)، مجموعه‌ای از قواعد و اصول حقوقی است که توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد (ILC)، به‌منظور تعیین قواعد حاکم بر مسئولیت دولت‌ها در قبال نقض تعهدات بین‌المللی‌شان، تدوین شده است. ماده ۲۵ این پیش‌نویس درخصوص دفاع ضرورت از سوی دولت چنین مقرر می‌دارد: «ماده ۲۵ (ضرورت)

۱. یک دولت نمی‌تواند برای توجیه نقض تعهدات خود به دلیل ضروری بودن اقدامات، دفاع کند، مگر در صورتی که:

(الف) نقض برای حفاظت از منافع اساسی آن دولت که در معرض تهدید جدی قرار دارد، ضروری باشد.

(ب) نقض این تعهدات باعث آسیب جدی به منافع اساسی دیگر دولت‌ها یا به سایر منافع بین‌المللی که تحت تعهدات دیگر در حقوق بین‌الملل حفاظت می‌شود، نگردد.

۲. این ماده نباید به‌گونه‌ای تفسیر شود که برای دولت‌ها حق نقض تعهدات بین‌المللی‌شان را در هر شرایط اضطراری فراهم کند، بلکه تنها در شرایط خاص و استثنایی اجازه اعمال دفاع ضرورت را می‌دهد.

2. Rodríguez, Tomás Restrepo, *Investment Treaty Law and Climate Change*, Switzerland: Springer, 2022, pp. 209-212.

3. Award in ICSID Case No. ARB/02/1, *LG&E Energy Corp. v. Argentina*, 3 July 2007.

4. Award in ICSID Case No. ARB/11/24, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe SA v. Albania*, 2015.

هیچ‌کدام از جنبه‌های مالکیت خود بر سرمایه‌گذاری اش محروم نشده و از تحولات آینده سرمایه‌گذاری خود نیز باخبر بوده است.<sup>۱</sup> در پرونده شرکت فنوسا علیه دولت مصر نیز هرچند دیوان ادعای مصر مبنی بر عدم توازن در عرضه گاز به دلیل ناآرامی‌های انقلاب مصر (بهار عربی) را نپذیرفت، اذعان داشت که «براساس حقوق بین‌الملل عرفی، «ضرورت» یکی از شرایطی است که یک دولت می‌تواند برای جلوگیری از نادرستی یک اقدام که ناقض تعهدات بین‌المللی آن است، از جمله نقض تعهدات تحت یک معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه، به آن استناد کند».<sup>۲</sup> در بحث عدم قطعیت علمی در اصل احتیاط نیز تهدید تغییرات اقلیمی و خطرات زیست‌محیطی می‌تواند با استناد به شواهد معتبر و معقول در آن زمان، به‌عنوان یک «تهدید جدی منافع اساسی دولت» در نظر گرفته شود و شرط موجود در بند ۱(الف) ماده ۲۵ DADR را تأمین کند.

از دیگر چالش‌های موجود در پذیرش اصل احتیاط به‌عنوان دفاعی قابل قبول در دعوی بین‌المللی، تردید نسبت به جایگاه آن به‌عنوان یک اصل معتبر در حقوق بین‌الملل است؛ چه اینکه بسیاری از مراجع بین‌المللی در شناسایی این اصل خیلی محتاطانه عمل کرده‌اند.<sup>۳</sup> با این حال، شواهد متعدد از جمله بیش از پنجاه سند الزام‌آور و چهل سند غیرالزام‌آور<sup>۴</sup> رویه‌های قضایی و مواضع دولت‌ها، نشان از پذیرش گسترده و تدریجی این اصل به‌عنوان قاعده‌ای در حال تبدیل به عرف بین‌المللی دارد.<sup>۵</sup> در سطح داخلی، کشورهایی چون آلمان، فرانسه، سوئد، بلژیک، فنلاند، استرالیا، کانادا، هند، پاکستان، موزامبیک، کامرون، آفریقای جنوبی، آرژانتین، پرو، اکوادور و کاستاریکا اصل احتیاط را در قوانین محیط‌زیستی یا اساسی خود پذیرفته و در آرا محاکم به آن استناد نموده‌اند.<sup>۶</sup> در فرانسه، این اصل از سال ۲۰۰۵ به منشور زیست‌محیطی

۱. ساورایی، پرویز و مرجان فاضلی، منبع پیشین، ص. ۲۶۴.

2. Award in ICSID Case No. ARB/03/9, *Fenosa v. Egypt*, 11 April 2005.

۳. رضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، منبع پیشین، ص. ۱۶۱.

۴. از جمله منشور جهانی طبیعت، بیانیه وزرای برمن (۱۹۸۴)، کنوانسیون وین (۱۹۸۵)، کنوانسیون حفاظت از محیط زیست دریایی شمال شرق آتلانتیک، کنوانسیون‌های هلسینکی، سوفیا، اصلاحیه کنوانسیون بارسلون، کنوانسیون روتردام، اعلامیه لندن، پروتکل مونترال، اعلامیه ریو، کنوانسیون تغییرات اقلیمی (۱۹۹۲)، و پروتکل ایمنی زیستی به اصل احتیاط اشاره کرده‌اند. در اتحادیه اروپا، معاهده ماستریخت اصل احتیاط را وارد نظام حقوق محیط‌زیست کرده و آیین‌نامه‌هایی نظیر ۲۰۰۲/۱۷۸، ۲۰۰۶/۱۹۰۷، ۲۰۰۹/۱۱۰۷ و ۲۰۱۲/۵۲۸ نیز بر اجرای آن در حوزه‌های سلامت مصرف‌کننده، مواد شیمیایی و آفت‌کش‌ها تأکید دارند.

۵. کدخدایی، عباسعلی و اسماء سالاری، «احتیاط در حقوق بین‌الملل: اصل عرفی یا اصل کلی حقوق؟»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، د. ۲۰، ش. ۵۹، ۱۳۹۷، صص. ۴۳-۴۱.

۶. برای نمونه دادگاه‌های آلمان در پرونده‌های مرتبط با معادن و انرژی هسته‌ای (۱۹۷۸)، دادگاه عالی اداری فرانسه در پرونده خون‌های آلوده (۱۹۹۳)، دیوان عالی کانادا در پرونده «کاستونگوا بلاستینگ»، دیوان عالی هند در پرونده «ولور» و همچنین دادگاه‌های پاکستان و کاستاریکا، همگی به اصل احتیاط در آرای خود استناد کرده‌اند. در سطح بین‌المللی نیز ←

قانون اساسی اضافه شد و با اصول سلامت عمومی پیوند یافت. در حقوق ایران نیز هرچند تصریح مستقیمی به اصل احتیاط نشده، اصل ۵۰ قانون اساسی به‌طور ضمنی بر منع فعالیت‌هایی که به تخریب غیرقابل جبران محیط‌زیست منجر شوند، تأکید دارد که می‌توان آن را با اصل احتیاط مرتبط دانست.<sup>۱</sup>

سومین دلیل اتخاذ رویکرد دوگانه مراجع داوری در به‌کارگیری اصل احتیاط، توسل به روش‌های سنتی ارزیابی ریسک است. روش سنتی ارزیابی ریسک، برخی از خطرهای زیست‌محیطی را لحاظ نمی‌کند و غالباً جبران را بر پیشگیری ترجیح می‌دهد؛ لذا ارزیابی خطرها از طریق روش سنتی، مانعی برای اتخاذ یک رویکرد جامع به حساب می‌آید.<sup>۲</sup> در پرونده شرکت برلینگتون علیه دولت اکوادور<sup>۳</sup>، برلینگتون در دفاع از دعوای تقابل دولت اکوادور مبنی بر اینکه نقض تعهدات شرکت مزبور باعث ایجاد ریسک‌های زیست‌محیطی شده است، اعلام کرد که ریسک‌های ادعایی مبتنی بر معیارهای قابل شناسایی و مشخص نیست و گزارش‌های ارائه‌شده، ریسک‌های واقعی را اثبات نمی‌کند، بلکه صرفاً انتزاعی و دور از ذهن است. دولت اکوادور ۲/۵ میلیارد دلار، بابت خسارات زیست‌محیطی و بازگرداندن میادین نفتی به وضعیت اولیه مطالبه نمود، ولی دیوان داوری با رویکرد سنتی ارزیابی ریسک فقط ریسک‌های تقریباً قطعی را پذیرفت و شرکت برلینگتون را تنها به پرداخت ۳۹/۲ میلیون دلار بابت خسارات زیست‌محیطی محکوم نمود.<sup>۴</sup> همچنین دیوان، اقدام اکوادور را مصداق سلب مالکیت غیرقانونی دانست.<sup>۵</sup> روش‌های سنتی ارزیابی ریسک معمولاً مبتنی بر داده‌های قبلی و پیش‌بینی‌های کوتاه‌مدت هستند و در بسیاری موارد نمی‌توانند عدم قطعیت‌ها و تهدیدهای محیط‌زیستی پیچیده را به خوبی شناسایی کنند. روش‌های قدیمی ارزیابی ریسک اغلب انعطاف‌پذیری لازم را برای پاسخ‌گویی به بحران‌های زیست‌محیطی مدرن، و در ارزیابی غرامات نیز کارایی لازم را ندارند، زیرا نمی‌توانند

→ دولت‌هایی چون ایرلند (پرونده کارخانه ماکس)، نیوزلند، ساموا، سلیمان، میکرونزی (در موضوع آزمایش‌های اتمی)، استرالیا (در دعوای ماهی بلوفین)، مجارستان (در گایچیکو-تاگیماروس)، آرژانتین و اروگوئه (قضیه خمیر کاغذ)، اکوادور (دعوی سمپاشی)، و سنگاپور (در بحث استحصال اراضی)، اصل احتیاط را به عنوان مبنای استدلال در دعوای خود مطرح کرده‌اند (همان منبع، صص. ۳۹-۳۸ و ۴۳).

۱. همان منبع، ص. ۴۴.

2. Cohen, Steven, "The Growing Awareness and Prominence of Environmental Sustainability", *State of the Planet*, Columbia Climate School, September 19, 2022.

3. Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/05/

4. Award in ICSID Case No. ARB/08/05, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Decision on Counterclaims, 7 February 2017, p. 462.

۵. ساورایی، پرویز و مرجان فاضلی، منبع پیشین، ص. ۲۶۲.

هزینه‌های بلندمدت تخریب محیط‌زیست و پیامدهای غیرمستقیم آن را در نظر بگیرند.<sup>۱</sup> برای رفع این کاستی‌ها، استفاده از روش‌های نوین ارزیابی ریسک یا «ارزیابی ریسک عمومی»<sup>۲</sup> و ترکیب آن با «مدیریت حسابداری زیست‌محیطی»<sup>۳</sup> ضروری است. حسابداری زیست‌محیطی یک رویکرد نوین است که می‌تواند هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم ناشی از تخریب محیط‌زیست را شناسایی و در تصمیم‌گیری‌های مرتبط با مدیریت ریسک لحاظ کند. استفاده از ارزیابی ریسک عمومی به سیاستگذاران این امکان را می‌دهد که علاوه بر بررسی علمی خطرات، عوامل اجتماعی، اقتصادی، اخلاقی و سیاسی را نیز در تصمیم‌گیری‌ها لحاظ کنند. این رویکرد می‌تواند در مدیریت مسائل زیست‌محیطی، بهداشت عمومی، امنیت غذایی و توسعه پایدار بسیار مؤثر باشد و به ایجاد اعتماد عمومی و پذیرش بهتر سیاست‌های کنترلی کمک کند.<sup>۴</sup>

### نتیجه‌گیری

اعمال اصل احتیاط در عرصه روابط تجاری بین‌المللی دولت‌ها و شرکت‌های تجاری با چالش‌های نظری و اجرایی همراه بوده است. تعارض ذاتی اصل احتیاط و اصل آزادی تجارت، دشواری تبیین تعهد شرکت‌های تجاری نسبت به سلامت عمومی، نحوه توجیه مقرون‌به‌صرفه بودن اقدامات پیشگیرانه شرکت‌های تجاری در چارچوب اصل احتیاط و سوءاستفاده دولت‌ها در کاربرد اصل احتیاط برای دستیابی به مقاصد سیاسی و اقتصادی خود از مهم‌ترین این چالش‌هاست. در عمل نیز سازمان تجارت جهانی و ارکان تجاری کشورهای مختلف در مقابل توسعه اصل احتیاط به حوزه‌های مرتبط با تجارت مانند سلامت و مواد غذایی از خود مقاومت نشان می‌دهند و سعی می‌کنند به بهانه‌های مختلف از اعمال این اصل خودداری نمایند. باوجود این چالش‌ها، در سال‌های اخیر اعمال اصل احتیاط در این عرصه به‌ویژه در اتحادیه اروپا گسترش یافته است.

به‌طور کلی می‌توان گفت اصل احتیاط در روابط تجاری دولت‌ها و شرکت‌ها، در سه سطح تأثیرگذار است: نخست، تأثیر غیرمستقیم از طریق وضع استانداردها و ایجاد مسئولیت مدنی ناشی از عدم رعایت اصل احتیاط که برای شرکت‌های تجاری الزام‌آور بوده و بیشترین سطح تأثیرگذاری را بر آنها دارد. دوم،

1. Hartman, Laura P., **Perspectives in Business Ethics**. 3rd edition, McGraw-Hill/Irwin, 2004, p. 120.

2. Public Risk Assessment

3. Environmental Management Accounting (EMA)

4. Renn, Ortwin, **Risk Governance: Coping with Uncertainty in a Complex World**. 1st edition, London: Routledge, 2008, pp. 149-200.

از طریق ایجاد تکلیف برای دولت‌ها جهت نظارت بر عملکرد بازارهای تجاری و ایجاد محدودیت برای تولید و واردات محصولات خطرناک برای سلامت و محیط‌زیست؛ اعمال این سطح از نظارت تا حدود زیادی به اراده سیاسی و شرایط اقتصادی و اجتماعی دولت‌ها بستگی دارد. سوم تأثیر مستقیم از طریق ورود به توافق‌نامه‌های تجاری و رویه قضایی محاکم داوری سرمایه‌گذاری که درخصوص این مورد، همچنان تردیدها و سختگیری‌های جدی وجود دارد.

تحلیل نظری موضوع، حکایت از این دارد که اصل احتیاط لزوماً به‌عنوان یک مانع توسعه‌ای محسوب نمی‌شود و اعمال صحیح و متناسب آن، نه تنها موجب محدود شدن تجارت و فشار بر تولیدکنندگان و بازرگانان نمی‌شود، بلکه می‌تواند با جلب اعتماد مصرف‌کنندگان و توسعه بازارها، باعث ارتقا روابط تجاری گردد. آنچه درخصوص اعمال اصل احتیاط در این عرصه باید محدود گردد، سوءاستفاده از این اصل برای اعمال محدودیت‌های تجاری از سوی دولت‌هاست. در حقیقت آنچه سبب اختلال در روابط تجاری می‌گردد، این است که دولت‌ها اصل احتیاط را به ابزاری برای توجیه تصمیمات و اقدامات سیاسی و یا تأمین منافع اقتصادی خود تبدیل نمایند. جلوگیری از این امر مستلزم شفافیت در اعمال اصل احتیاط و رعایت دقیق شرایط اعمال این اصل در روابط بین دولت‌ها و شرکت‌هاست. به‌ویژه در مواردی که شائبه تصمیم‌گیری سیاسی از سوی دولت‌ها وجود دارد، باید به اعمال اصل احتیاط با دیده تردید نگریست. توجه به چهار اصل تناسب، حداقل اعمال محدودکننده تجارت، عدم تبعیض و سازگاری می‌تواند تا اندازه زیادی مانع سوءاستفاده از اصل احتیاط در این حوزه گردد. درعین حال باتوجه به ماهیت وابستگی اقتصادی بین‌المللی (جهانی‌سازی) و ارتباطاتی که بین مسائل زیست‌محیطی و ایمنی مواد غذایی وجود دارد، نیاز فوری به توسعه معیارهای گسترده‌تر برای کاربرد اصل احتیاط وجود دارد. همچنین استفاده از روش‌های نوین ارزیابی ریسک یا ارزیابی ریسک عمومی و ترکیب آن با مدیریت حسابداری زیست‌محیطی و کمی‌سازی ارزیابی خطرها براساس مستندات علمی در کنار توجه به سایر عوامل مؤثر از جمله مسائل اقتصادی، اجتماعی، اخلاقی و سیاسی، می‌تواند ما را به سمت کاربرد صحیح اصل احتیاط در عرصه روابط بین دولت‌ها و شرکت‌ها رهنمون سازد.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### مقاله

۱. اسدی، زهرا و محمدعلی خورسندیان، «مطالعه تطبیقی اصل احتیاط در حقوق مدرن و حقوق ایران و اسلام»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، د. ۹، ش. ۲، ۱۴۰۱، صص. ۳۶-۱.

۲. بلک، ژانت الیزابت و فاطمه رضایی‌پور، «تأثیر اصل احتیاط در حل تعارضات میان‌بخشی تجارت- محیط‌زیست بر یکپارچگی حقوق بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، د. ۴۹، ش. ۴، ۱۳۹۸، صص. ۱۰۲۳-۱۰۰۳.
۳. بنافی، فرشته و علیرضا آرشدپور، «جایگاه اصل احتیاط در حمایت از محیط‌زیست دریایی»، مجله مطالعات حقوقی، د. ۹، ش. ۴، ۱۳۹۶، صص. ۵۴-۲۹.
۴. حیاتی، علی‌عباس، «مفهوم «اصل احتیاط» و جایگاه آن در مسئولیت مدنی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، د. ۱۵، ش. ۲، ۱۳۹۳، صص. ۲۰۶-۱۸۵.
۵. رضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «بررسی تطبیقی اجرای اصل احتیاط زیست‌محیطی در پرتو آرا و تصمیمات مراجع بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، د. ۱۵، ش. ۴۰، ۱۳۹۲، صص. ۱۶۴-۱۴۱.
۶. ساورایی، پرویز و مرجان فاضلی، «تفسیر اصل احتیاطی در اختلافات نفتی در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د. ۲۳، ش. ۸۹، ۱۳۹۹، صص. ۲۷۱-۲۴۳.
۷. کدخدایی، عباسعلی و اسماء سالاری، «احتیاط در حقوق بین‌الملل: اصل عرفی یا اصل کلی حقوق؟»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، د. ۲۰، ش. ۵۹، ۱۳۹۷، صص. ۶۳-۳۵.
۸. کدخدایی، عباسعلی و اسماء سالاری، «سطح حفاظت دولت؛ جایگاهی برای اصل احتیاط در نظام حقوقی سازمان تجارت جهانی؟»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، د. ۲۴، ش. ۱، ۱۳۹۹، صص. ۱۸۱-۱۵۳.
۹. مولایی، آیت و حسن لطفی، «شکندگی مرزها بین اصول احتیاط و پیشگیری»، مجله حقوقی بین‌المللی، د. ۱۰، ش. ۶۰، ۱۳۹۸، صص. ۲۹۰-۲۶۹.

## References

### Books

1. European Commission, **Communication from the Commission on the Precautionary Principle**. Brussels: The Commission of the European Communities, 2000.
2. Goklany, Indur M., **The Precautionary Principle: A Critical Appraisal of Environmental Risk Assessment**. Washington D.C.: Cato Institute, 2001.
3. Haritz, Miriam, **An Inconvenient Deliberation: The Precautionary Principle's Contribution to the Uncertainties Surrounding Climate Change Liability**. Wolters Kluwer, 2011.
4. Hartman, Laura P., **Perspectives in Business Ethics**, 3<sup>rd</sup> edition, McGraw-Hill/Irwin, 2004.
5. Jonas, Hans, **The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age**. Chicago: University of Chicago Press, 1984.
6. O'Riordan, Timothy; James Cameron & Andrew Jordan (eds), **Reinterpreting the Precautionary Principle**. London: Cameron May, 2001.
7. Renn, Ortwin, **Risk Governance: Coping with Uncertainty in a Complex World**. 1<sup>st</sup> edition, London: Routledge, 2008.
8. Resnik, David B., **Precautionary Reasoning in Environmental and Public Health Policy**. Switzerland: Springer, 2021.
9. Rodríguez, Tomás Restrepo, **Investment Treaty Law and Climate Change**. Switzerland: Springer, 2022.
- Shaw, Sabrina and Risa Schwartz, **Trading Precaution: The Precautionary Principle and WTO**. UNU-IAS Report, 2005.
- Sunstein, Cass. R., **Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge University Press, 2005.
- Trouwborst, Arie, **Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law**. International Environmental Law and Policy (Series), Vol. 62, Dordrecht: Kluwer Law International, 2002.
- Whiteside, Kerry H., **Precautionary Politics: Principle and Practice in Confronting Environmental Risk**. Cambridge: MIT Press, 2006.

### Articles

14. Asadi, Zahra and Mohammadali Khorsandiyani, "A Comparative Study of the Principle of Precaution in Modern Law and Iranian and Islamic Law", *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, Vol. 9, Issue 2, 2022, pp. 1-36. (in Persian) <https://doi.org/10.22091/csiw.2022.6719.2033/>

15. Banafi, Fereshteh and Alireza Arashpour, "The Stance of Precautionary Principle in the Protection of Marine Environment", *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, Issue 4, 2018, pp. 31-58. (in Persian)  
<https://doi.org/10.22099/jls.2018.14934.1754/>
16. Blake, Janet Elizabeth and Fatemeh Rezaipour, "An Examination of the Impact of Precautionary Principle in Cross-Sectoral Trade-Environment Dispute Settlement on the Unity of International Law", *Public Law Studies Quarterly*, Vol. 49, Issue 3, 2020, pp. 1003-1023. (in Persian)  
<https://doi.org/10.22059/jpls.2019.260648.1790/>
17. Cohen, Steven, "The Growing Awareness and Prominence of Environmental Sustainability", *State of the Planet*, Columbia Climate School, September 19, 2022.
18. de Sadeleer, Nicolas. "The Principles of Prevention and Precaution in International Law: Two Heads of the Same Coin?" In T. Kuokkanen, O. Mejía-Lemos, & E. Tedschi (Eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Edward Elgar, 2020, pp. 151-170.  
<https://doi.org/10.4337/9781849807265.00017/>
19. Ekardt, Felix; Philipp Günther; Katharina Hagemann; Beatrice Garske; Katharine Heyl and Raphael Weyland, "Legally Binding and Ambitious Biodiversity Protection Under the CBD, the Global Biodiversity Framework, and Human Rights Law", *Environmental Sciences Europe*, Vol. 35, Issue 80, 2023, pp. 1-26.
20. Foster, K. R., P. Vecchia, & M. H. Repacholi, "Risk Management: Science and the Precautionary Principle", *Science*, Vol. 288, No. 5468, 2000, pp. 979-981.  
<https://doi.org/10.1126/science.288.5468.979/>
21. Freestone, David and Ellen Hey, "Origins and Development of the Precautionary Principle" In *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, International Environmental Law and Policy Series, Vol. 31, Cambridge: Kluwer Law International, 1996, pp. 13-15.
22. Graham, John D.; Susan Hsia, "Europe's Precautionary Principle: Promise and Pitfalls", *Journal of Risk Research*, Vol. 5, No. 4, 2002, pp. 371-391.  
<https://doi.org/10.1080/1366987021058580/>
23. Hagen, Paul E. & Michael P. Walls, "The Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants", *Natural Resources & Environment, American Bar Association*, Vol. 19, No. 4, 2005, pp. 49-52.
24. Hayati, Ali Abbas, "Concept of the 'Precautionary Principle' and its Place in Civil Responsibility", *Journal of Islamic Law Research*, Vol. 15, Issue 2, 2015, pp. 185-206. (in Persian) <https://doi.org/10.30497/law.2015.1672/>

25. Holm, Søren; John Harris, “Precautionary Principle Stifles Discovery”, *Nature*, 400, 1999, p. 398. <https://doi.org/10.1038/22626/>
26. Kadkhodaei, Abbasali and Asma Salari, “Level of State Protection; A Place for the Precautionary Principle in the Legal System of the World Trade Organization? ”, *Quarterly Journal of Comparative Law Research*, Vol. 24, Issue 1, 2019, pp. 153-181. (in Persian)
27. Kadkhodaei, Abbasali and Asma Salari, “Precautionary in International Law: A Customary Principle or a General Principle of Law? ”, *Public Law Research*, Vol. 20, Issue 59, 2018, pp. 33-63. (in Persian)  
<https://doi.org/10.22054/qjpl.2017.20009.1473/>
28. Lemons, John; Kristin Shrader-Frechette; Carl Cranor, “The Precautionary Principle: Scientific Uncertainty and Type I and Type II Errors”, *Foundations of Science*, Vol. 2, 1997, pp.207–236.  
<https://doi.org/10.1023/A:1009611419680/>
29. Masumy, Naimeh & Sara Hourani, “The Invocation of the Precautionary Principle within the Investor-State Dispute Settlement Mechanism: Not Seizing the Occasion”, *Laws*, Vol. 13, Issue 22, 2024, pp.1-19.  
<https://doi.org/10.3390/laws13020022/>
30. McIntyre, Owen and Thomas Mosedale, “The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law”, *Journal of Environmental Law*, Vol.9, No.2, 1997, pp. 221- 241. [https://www.jstor.org/stable/44248131 /](https://www.jstor.org/stable/44248131/)
31. Moulaei, Ayat and Hassan Lotfi, “The Fragility of the Borders of Precautionary and Preventive Principles”, *International Law Review*, Vol. 36, Issue 60, 2019, pp. 269-290. (in Persian) <https://doi.org/10.22066/cilamag.2019.35085/>
32. Owens, Susan, “Siting, Sustainable Development and Social Priorities”, *Journal of Risk Research*, Vol. 7, Issue 2, 2004, pp. 101–114.  
<https://doi.org/10.1080/1366987042000158686/>
33. Ramazani Ghavam Abadi, Mohammad Hossein, “A Comparative Study of 'Precautionary Principle' in Opinions and Decisions of Internationals Tribunals”, *Public Law Research*, Vol. 15, Issue 40, 2013, pp. 141-164. (in Persian)
34. Savrai, Parviz and Marjan Fazeli, “The Role of International Investment Arbitration in Interpretation of Precautionary Principle in Oil Disputes”, *Legal Research Quarterly*, Vol. 23, Issue 89, 2020, pp. 243-271. (in Persian)  
<https://doi.org/10.52547/lawresearch.23.89.243/>
35. Stapleton, Jane, “Compensating Victims of Diseases”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 5, Issue 2, 1985, pp. 248–268. <https://doi.org/10.1093/ojls/5.2.248/>

36. Stirling, Andrew, "Risk, Precaution and Science: Towards a more Constructive Policy Debate; Talking Point on the Precautionary Principle", *EMBO Reports*, Vol. 4, 2007, pp. 309-315. <https://doi.org/10.1038/sj.embor.7400953/>
37. Van Asselt, Marjolein B.A. and Ellen Vos, "The Precautionary Principle and the Uncertainty Paradox", *Journal of Risk Research*, 2007, Vol.9, No.4, pp. 313–36. <https://doi.org/10.1080/13669870500175063/>
38. Van den Hove, Sybille, "A Rationale for Science-Policy Interfaces", *Futures*, Vol.39, 2007, pp. 807-826. <https://doi.org/10.1016/j.futures.2006.12.004/>
39. Wainwright, David, "Disenchantment, Ambivalence, and the Precautionary Principle: The Becalming of British Health Policy", *International Journal of Health Services*, Vol. 28, Issue 3, 1998, pp. 407–426. <https://doi.org/10.2190/C5D9-6GXM-6GWQ-89DF/>
40. Wiener, Jonathan B. and Michael D. Rogers, "Comparing Precaution in the United States and Europe", *Journal of Risk Research*, Vol.5, No.4, 2002, pp. 317-349. <https://doi.org/10.1080/13669870210153684/>

#### **Legislative Instruments and Awards**

41. Award in ICSID Case No. ARB/02/1, *LG&E Energy Corp. v. Argentina*, 3 July 2007.
42. Award in ICSID Case No. ARB/03/9, *Fenosa v. Egypt*, 11 April 2005.
43. Award in ICSID Case No. ARB/08/05, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Decision on Counterclaims, 7 February 2017.
44. Award in ICSID Case No. ARB/11/24, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe SA v. Albania*, 2015.
45. Award in ICSID Case No. ARB/12/12, *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, 2021
46. Award in WTO, *Australia-Salmon* Case (Appellate Body Report, 1998).
47. Award in WTO, *Hormones* Case (Appellate Body Report, 1998).
48. UNCITRAL Case No. 2017-08, *półdzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic*, 2020.
49. UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, *Methanex Corporation v. United States of America*, 2005.
50. United Nations Environment Programme (UNEP). *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity: Text and Annexes*, Montreal, Canada: 2000.
51. WTO, *Asbestos* Case (Appellate Body Report, 2000).
52. WTO, *Beef* Case (Appellate Body Report, 2000).
53. WTO, *Retreaded Tyres* (Appellate Body Report, 2007).

## **Recognition and Application of the “Precautionary Principle” in Regulating International Commercial Relations between States and Business Companies**

Seyedeh Tahereh Ebrahimi\*

Hojjat Mobayen\*\*

Haniyeh Zakerini\*\*\*

Received: 2025.10.17

Accepted: 2025.11.17

### **Abstract**

While the precautionary principle has been articulated in various international legal instruments, its application remains subject to differing interpretations. Established to legitimize state-led precautionary measures against potential serious and irreversible environmental hazards, the principle stipulates that scientific uncertainty shall not justify postponing preventive action. Using a descriptive-analytical method, this research examines the principle's effects and application within international commercial relations between states and business companies. Despite significant challenges—including its inherent conflict with free trade, conceptual ambiguities, and its misuse by states for political and economic objectives—the principle's application in this arena is increasing. The most significant effects of the precautionary principle in regulating these relations include indirect influence through standard-setting and the creation of civil liability; the imposition of obligations on states to monitor commercial markets and restrict hazardous products, and the direct incorporation into trade agreements and the jurisprudence of investment arbitration tribunals. Preventing the misuse of the principle by states necessitates transparency, novel risk assessment methods, and adherence to the four principles of proportionality, least trade-restrictive measures, non-discrimination, and consistency.

### **Key Words:**

Precautionary Principle, International Commercial Relations, Principle of Freedom of Trade, Preventive Actions, Risk Assessment.

---

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

\*\* Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran,

\*\*\* Assistant Professor, School of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.  
Corresponding Author Email: h.zakerinia@shirazu.ac.ir



# تالو حقوق بین الملل اقتصادی بر سه ابزار جنگ تجاری: تأملی بر تقابل چین و آمریکا

نوید زمانه قدیم\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۱۹

## چکیده

جنگ‌های تجاری به‌ویژه در سطح بین‌المللی، به‌عنوان یکی از چالش‌های مهم اقتصادی و سیاسی در روابط کشورها شناخته می‌شوند. در این مقاله، به تحلیل سه ابزار اصلی جنگ تجاری، شامل افزایش تعرفه‌ها، ممنوعیت صادرات فناوری، سیاست‌های حمایتی، با تمرکز بر تقابل اقتصادی چین و آمریکا پرداخته می‌شود. هدف این تحقیق بررسی نحوه تأثیرگذاری اصول و قواعد حقوق بین‌الملل اقتصادی بر این ابزارها و تحلیل چالش‌های حقوقی مرتبط با آنها است. با روش توصیفی-تحلیلی ضمن بررسی اسناد مرتبط با سازمان تجارت جهانی و توافقات دوجانبه نظیر توافقنامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری و نیز نقش صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی، مقاله به‌ویژه بر رویکردهای حقوقی در مواجهه با این ابزارها متمرکز می‌شود و تلاش دارد تا محدودیت‌ها و فرصت‌های موجود برای حل و فصل اختلافات تجاری از منظر حقوق بین‌الملل اقتصادی را تبیین نماید. در نهایت، مقاله با نگاهی بر جنگ تجاری چین و آمریکا راهکارهایی برای بهبود هماهنگی حقوقی در عرصه تجارت جهانی ارائه می‌کند. یافته‌ها نشان می‌دهد که اصلاحات نهادی در سازمان تجارت جهانی، ارتقای انسجام میان نهادهای اقتصادی بین‌المللی، و طراحی سازوکارهای شفاف‌تر برای تبیین مرزهای مشروعیت اقدامات حمایتی و امنیتی ضرورت دارد.

## کلید واژگان:

جنگ تجاری چین و آمریکا، افزایش تعرفه‌ها، ممنوعیت صادرات فناوری، سیاست‌های حمایتی، حقوق بین‌الملل اقتصادی

\* استادیار، دانشکده علوم انسانی، مؤسسه آموزش عالی رشدیه، تبریز، ایران.

navid.zamaneh@roshdiyeh.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

جنگ تجاری<sup>۱</sup> به مجموعه‌ای از سیاست‌ها و اقدامات اقتصادی اطلاق می‌شود که با هدف حمایت از صنایع داخلی، اعمال فشار اقتصادی بر کشور مقابل یا تقویت قدرت چانه‌زنی در مذاکرات بین‌المللی انجام می‌گیرد. این اقدامات معمولاً شامل افزایش تعرفه‌ها، اعمال محدودیت‌های غیرتعرفه‌ای (مانند سهمیه‌بندی واردات و استانداردهای سخت‌گیرانه)، تحریم‌های اقتصادی، و سیاست‌های تلافی‌جویانه می‌شود.<sup>۲</sup> جنگ‌های تجاری اغلب زمانی رخ می‌دهند که کشورها در مسیر توسعه اقتصادی، با رقابت‌های شدید بر سر سهم بازار، فناوری‌های استراتژیک، یا توازن تجاری روبه‌رو می‌شوند. این نوع درگیری‌ها نه تنها پیامدهای اقتصادی مهمی به دنبال دارند، بلکه می‌توانند به بحران‌های ژئوپلیتیکی نیز منجر شوند.<sup>۳</sup>

جنگ‌های تجاری ریشه‌ای طولانی در تاریخ اقتصاد بین‌الملل دارند. از دوران باستان، کشورها و امپراتوری‌ها برای کنترل مسیرهای تجاری و اعمال محدودیت بر کالاهای خارجی، سیاست‌های تجاری خاصی اتخاذ می‌کردند. در دوران مدرن، یکی از نخستین نمونه‌های برجسته، جنگ تجاری میان بریتانیا و چین در قرن نوزدهم بود که منجر به جنگ‌های تریاک<sup>۴</sup> شد. در این دوره، بریتانیا برای تأمین تراز تجاری خود در برابر چین، به صادرات گسترده تریاک روی آورد، اما سیاست‌های محدودکننده چین موجب تشدید تنش‌ها و در نهایت جنگ شد. در قرن بیستم، یکی از مهم‌ترین جنگ‌های تجاری، اعمال تعرفه‌های سنگین توسط ایالات متحده در قالب قانون تعرفه اسموت-هاولی<sup>۵</sup> در سال ۱۹۳۰ بود. این قانون که با هدف حمایت از صنایع داخلی آمریکا به تصویب رسید، منجر به افزایش قابل توجه تعرفه‌های وارداتی شد و به‌عنوان یکی از عوامل تشدید رکود بزرگ اقتصادی شناخته می‌شود.<sup>۶</sup> پس از جنگ جهانی دوم و با تشکیل گات و سپس سازمان تجارت جهانی، تلاش‌های زیادی برای کاهش تنش‌های تجاری و تنظیم مقررات جهانی صورت گرفت، اما رقابت‌های اقتصادی میان قدرت‌های بزرگ همچنان ادامه یافت.

1. Trade War.

2. Krugman, P., & Obstfeld, M. **International Economics: Theory and Policy**. Pearson, 2022, p.305.

3. Irwin, D. A. **Clashing Over Commerce: A History of US Trade Policy**. University of Chicago Press, 2017, p.212.

4. Opium Wars.

5. Smoot-Hawley Tariff Act

6. Eichengreen, B. **Golden Fetters: The Gold Standard and the Great Depression, 1919-1939**. Oxford University Press, 1992, p.164.

یکی از برجسته‌ترین جنگ‌های تجاری در دهه‌های اخیر، تنش اقتصادی میان چین و آمریکا است که از سال ۲۰۱۸ آغاز شد. این جنگ تجاری با اعمال تعرفه‌های گسترده از سوی دولت دونالد ترامپ علیه کالاهای وارداتی از چین کلید خورد. ایالات متحده با استناد به ماده ۳۰۱ قانون تجارت<sup>۱</sup> و به بهانه نقض مالکیت فکری و اقدامات ناعادلانه تجاری از سوی چین، تعرفه‌هایی به ارزش صدها میلیارد دلار بر کالاهای چینی اعمال کرد. در مقابل، چین نیز با افزایش تعرفه‌ها بر کالاهای آمریکایی و اتخاذ سیاست‌های حمایتی، به این اقدامات واکنش نشان داد.<sup>۲</sup> این جنگ تجاری نه تنها آثار عمیقی بر اقتصاد دو کشور داشت، بلکه موجب ایجاد تنش در زنجیره تأمین جهانی، کاهش رشد اقتصادی، و افزایش عدم اطمینان در بازارهای بین‌المللی شد. از منظر حقوق بین‌الملل اقتصادی، این تقابل مسائل حقوقی پیچیده‌ای را درباره میزان مشروعیت اقدامات تعرفه‌ای، تعهدات کشورها در چارچوب سازمان تجارت جهانی، و امکان حل‌وفصل اختلافات از طریق مکانیسم‌های حقوقی مطرح کرد. این مقاله در پی آن است که تأثیر اصول و قواعد حقوق بین‌الملل اقتصادی بر سه ابزار اصلی جنگ تجاری (افزایش تعرفه‌ها، ممنوعیت صادرات فناوری، سیاست‌های حمایتی) را بررسی کند. تمرکز ویژه بر جنگ تجاری میان چین و آمریکا است و تلاش دارد تا با تحلیل چالش‌های حقوقی این درگیری، راهکارهایی را در چارچوب نظام تجارت بین‌الملل ارائه دهد. در ادامه، ابتدا مفهوم ابزارهای جنگ تجاری تشریح می‌شود، سپس پیامدهای حقوقی آن در پرتو حقوق بین‌الملل اقتصادی بررسی شده و در نهایت، راهکارهای موجود برای حل‌وفصل این تنش‌ها مورد بحث قرار خواهد گرفت.

**۱. افزایش تعرفه‌ها و وضع تعرفه‌های متقابل: مطالعه موردی ایالات متحده آمریکا و چین**  
تعرفه‌های تجاری یکی از ابزارهای کلیدی سیاست‌های تجاری کشورها برای حمایت از صنایع داخلی، ایجاد توازن در تراز تجاری، و اعمال فشار اقتصادی بر سایر کشورها محسوب می‌شود. در حقوق بین‌الملل اقتصادی، تعرفه‌ها به‌عنوان مالیات‌های اعمال‌شده بر کالاهای وارداتی تعریف شده‌اند که تأثیر مستقیمی بر قیمت کالاهای خارجی و رقابت‌پذیری آنها در بازار داخلی دارند.<sup>۳</sup> در چارچوب سازمان تجارت جهانی، کشورها موظف به رعایت تعهدات تعرفه‌ای خود بر اساس موافقت‌نامه عمومی تعرفه و

1. Section 301 of the Trade Act.

2. Bown, C. P. *The US-China Trade War and Phase One Agreement*. Peterson Institute for International Economics, 2020, p. 45.

3. Matsushita, M., Schoenbaum, T., Mavroidis, P. C., & Hahn, M. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. Oxford University Press, 2017, p.152.

تجارت هستند که در ماده ۲ این موافقت‌نامه، کشورهای عضو را از افزایش تعرفه‌ها بالاتر از نرخ‌های توافق‌شده منع می‌کند. با این حال، افزایش تعرفه‌ها در موارد خاص تحت شرایط معین قابل توجیه است، از جمله:

- ماده ۱۹ گات که اجازه اعمال «اقدامات حفاظتی»<sup>۱</sup> را در صورت وارد آمدن آسیب جدی به صنایع داخلی می‌دهد.

- ماده ۲۱ گات که به کشورها اجازه می‌دهد در شرایطی که امنیت ملی در خطر است، اقدامات محدودکننده‌ای از جمله افزایش تعرفه‌ها را اتخاذ کنند.

- همچنین از منظر قانون داخلی آمریکا، ماده ۳۰۱ قانون تجارت ایالات متحده که به آمریکا اجازه می‌دهد در صورت تشخیص رفتار تجاری ناعادلانه از سوی یک کشور دیگر، اقدامات تلافی‌جویانه، از جمله افزایش تعرفه‌ها، را اعمال کند.<sup>۲</sup>

حقوق بین‌الملل اقتصادی کشورها را به رعایت تعهدات خود در چارچوب سازمان تجارت جهانی و دیگر موافقت‌نامه‌های تجاری ملزم می‌داند. کشورهای عضو سازمان باید طبق اصل ملت کامله الوداد<sup>۳</sup> و اصل تثبیت تعرفه‌ها<sup>۴</sup> عمل نمایند؛ افزایش تعرفه‌ها بدون توجیه قانونی می‌تواند نقض تعهدات بین‌المللی تلقی شده و منجر به طرح شکایت در سازوکار حل اختلاف سازمان تجارت جهانی شود.

جنگ تجاری میان ایالات متحده و چین، که از سال ۲۰۱۸ آغاز شد، نمونه‌ای از استفاده گسترده از ابزار تعرفه برای اعمال فشار اقتصادی و سیاسی است. دولت ترامپ با استناد به ماده ۳۰۱ قانون تجارت آمریکا و ادعای نقض حقوق مالکیت فکری توسط چین، مجموعه‌ای از تعرفه‌های تنبیهی را علیه واردات چینی به ارزش ۲۵۰ میلیارد دلار اعمال کرد.<sup>۵</sup> این اقدام، که شامل افزایش تعرفه بر کالاهای الکترونیکی، فولاد، و قطعات صنعتی بود، واکنش شدید چین را به همراه داشت. پکن نیز به‌عنوان اقدام تلافی‌جویانه، تعرفه‌هایی به ارزش ۱۱۰ میلیارد دلار بر کالاهای وارداتی از آمریکا، به‌ویژه محصولات کشاورزی، اعمال کرد.<sup>۶</sup> این افزایش تعرفه‌ها چالش‌های حقوقی قابل‌توجهی ایجاد کرد، زیرا ایالات متحده بدون ارجاع اولیه به سازوکار حل اختلاف سازمان تجارت جهانی اقدام به اعمال تعرفه کرد که مغایر با تعهدات آن

1. Safeguard Measures.

2. Jackson, J. H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**. MIT Press, 2000, p.265.

3. Most-Favored Nation Principle.

4. Tariff Binding.

5. Bown, C. P. Op. cit. p.46.

6. Hua, Sh., & Zeng, K. "The US-China Trade War: Economic Statecraft, Multinational Corporations, and Public Opinion". *Business and Politics*, Vol.24, 2022, p. 324.

تحت سند گات تلقی می‌شود. در مقابل، چین نیز با اتخاذ اقدامات متقابل، به نوعی از اصل اقدام متقابل در حقوق بین‌الملل اقتصادی بهره برد که مشروعیت آن همچنان مورد بحث است.<sup>۱</sup>

مشروعیت افزایش تعرفه‌ها در حقوق بین‌الملل اقتصادی به میزان انطباق این اقدامات با تعهدات کشورها در چارچوب سازمان تجارت جهانی بستگی دارد. از منظر حقوقی، اقدامات تعرفه‌ای آمریکا به دلایل زیر چالش برانگیز است:

اولاً) نقض تعهدات تعرفه‌ای در چارچوب گات: آمریکا تعرفه‌هایی بالاتر از سقف مجاز اعمال کرد که بر خلاف ماده ۲ گات است.

ثانیاً) عدم توجیه معتبر تحت استثنائات امنیتی: استناد آمریکا به ماده ۲۱ گات برای توجیه این تعرفه‌ها از سوی بسیاری از کارشناسان<sup>۲</sup> به‌عنوان تفسیر نادرست از مفهوم «امنیت ملی» در تجارت بین‌الملل تلقی شده است.

ثالثاً) عدم رعایت فرآیندهای حل اختلاف سازمان تجارت جهانی: آمریکا به جای طرح شکایت در رکن حل اختلاف سازمان، مستقیماً اقدام به افزایش تعرفه‌ها کرد که با مقررات این سازمان در تضاد است. در مقابل، چین با اعمال تعرفه‌های تلافی‌جویانه، استراتژی «اقدام متقابل متناسب»<sup>۳</sup> را اتخاذ کرد که هرچند در سیاست بین‌الملل رایج است، اما در حقوق بین‌الملل اقتصادی همچنان محل بحث می‌باشد.

---

۱. اصل اقدام متقابل در حقوق بین‌الملل اقتصادی به اعمالی اطلاق می‌شود که در پاسخ به اقدام مشابه کشور دیگر صورت می‌گیرد. این اقدامات می‌توانند از نظر ماهیت، هدف، و جبران نقض حقوق بین‌الملل مشابه اقدام متقابل باشند، اما این نوع اقدامات ممکن است شرایط مشخص حقوقی و شروط قانونی را رعایت نکنند و بیشتر در راستای تلافی‌جویی و مبادله رفتار مشابه به کار می‌روند. پذیرش مشروعیت "Countermeasure" در حقوق بین‌الملل اقتصادی با چالش‌هایی روبه‌رو است، زیرا: اولاً) کشورهای مختلف ممکن است نگرش‌های متفاوتی به مفاهیم حقوقی داشته باشند. برخی کشورها ممکن است استفاده از این ابزار را در زمینه اقتصادی محدود کنند، زیرا می‌تواند به شدت به روابط تجاری و اقتصادی بین کشورها آسیب وارد کند. ثانیاً) بسیاری از کشورها نگرانند که اجرای اقدامات متقابل ممکن است به بحران‌های اقتصادی یا حتی جنگ‌های تجاری منجر شود. این نگرانی‌ها باعث می‌شود که موافقت با مشروعیت آن به‌طور دقیق‌تر و با رعایت شرایط خاص صورت گیرد. ثالثاً) در بسیاری از موارد، مشخص نیست که آیا نقض حقوق بین‌الملل از سوی کشور ناقض کافی برای اتخاذ اقدام متقابل به‌عنوان "Countermeasure" است یا خیر. کشورهای مختلف ممکن است به دلیل تفاسیر مختلف از حقوق بین‌الملل، شرایط لازم برای استفاده از اقدامات متقابل را درک کنند. برا مطالعه بیشتر رج کنید به:

Stern, R. "The evolution of trade sanctions in international economic law". *Journal of International Economic Law*, Vol.18. No.3, 2015, pp. 561-589.

2. Howse, R., & Eliason, A. "The Legality of US Tariffs under the National Security Exception of GATT Article XXI". *Journal of International Economic Law*, Vol. 22. No.3, 2019, p.215.

3. Proportional Retaliation

برخی کارشناسان<sup>۱</sup> معتقدند که اقدامات چین نیز مغایر با ماده ۲۳ گات است که کشورها را از اقدام یک‌جانبه علیه تخلفات تجاری دیگر کشورها بدون طی روند قانونی منع می‌کند. فلذا افزایش تعرفه‌ها و وضع تعرفه‌های متقابل در جنگ تجاری چین و آمریکا نمونه‌ای از چالش‌های حقوقی در نظام تجارت بین‌الملل است.<sup>۲</sup> اقدامات ایالات متحده از نظر حقوقی به دلیل عدم رعایت مقررات سازمان تجارت جهانی، مشروعیت کافی ندارد. از سوی دیگر، واکنش چین نیز اگرچه مبتنی بر اصل اقدام متقابل بود، اما از لحاظ قانونی با محدودیت‌های گات روبه‌رو است. این درگیری نشان داد که نظام تجارت بین‌الملل برای مدیریت منازعات تجاری میان قدرت‌های بزرگ نیازمند اصلاحات و تقویت سازوکارهای حل اختلاف است.

## ۲. ممنوعیت صادرات فناوری: محدودیت‌های جدید بر صادرات فناوری‌های هوش مصنوعی و نیمه‌هادی‌ها از سوی آمریکا

ممنوعیت یا محدودیت صادرات فناوری یکی از ابزارهای کنترل تجارت بین‌الملل است که دولت‌ها از آن برای اهداف امنیتی، اقتصادی، یا ژئوپلیتیکی استفاده می‌کنند. در حقوق بین‌الملل اقتصادی، صادرات فناوری‌های پیشرفته (مانند نیمه‌هادی‌ها و هوش مصنوعی) تحت قواعد کلی تجارت بین‌الملل، به‌ویژه مقررات سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت، قرار دارد. مطابق ماده ۱۱ گات، کشورها به‌طور کلی از اعمال ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های کمی<sup>۳</sup> بر صادرات منع شده‌اند، مگر در شرایط

1. Van den Bossche, P., & Zdouc, W. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge University Press, 2021, p.409.

۲. شایان ذکر است در ماه آوریل ۲۰۲۵، دعوی مهمی در محکمه فدرال تجارت بین‌الملل ایالات متحده علیه سیاست‌های تعرفه‌ای دولت ترامپ مطرح شد. در این دعوا، شرکت‌های کوچک آمریکایی از جمله V.O.S. Selections، با حمایت مرکز عدالت آزادی (Liberty Justice Center)، مدعی شدند که رئیس‌جمهور ترامپ با استفاده از قانون قدرت‌های اقتصادی اضطراری بین‌المللی (IEEPA) برای وضع تعرفه‌های گسترده، از اختیارات خود فراتر رفته است. این قانون معمولاً برای تحریم‌های اقتصادی در مواقع اضطراری استفاده می‌شود و تاکنون برای وضع تعرفه‌های تجاری به‌کار نرفته بود. خواهان‌ها استدلال کردند که کسری تجاری مزمن، که به‌عنوان دلیل وضع تعرفه‌ها ذکر شده، نه یک تهدید غیرعادی و فوق‌العاده است و نه شرایطی اضطراری را ایجاد می‌کند که استفاده از IEEPA را توجیه کند. آن‌ها همچنین به اصل «عدم تفویض» (nondelegation doctrine) اشاره کردند و اظهار داشتند که اعطای چنین اختیارات گسترده‌ای به رئیس‌جمهور بدون هدایت‌های مشخص از سوی کنگره، مغایر با اصول قانون اساسی است. این پرونده، که با عنوان V.O.S. Selections, Inc. v. Trump در دادگاه فدرال تجارت بین‌الملل ایالات متحده در حال رسیدگی است، می‌تواند به‌عنوان یک آزمون مهم برای محدودیت‌های اختیارات اجرایی در سیاست‌های تجاری و اقتصادی تلقی شود. جلسه دادرسی برای بررسی درخواست دستور موقت در تاریخ ۱۳ مه ۲۰۲۵ برگزار خواهد شد.

<https://libertyjusticecenter.org/cases/v-o-s-selections-inc-v-trump/>

3. Quantitative Restrictions.

استثنایی که در ماده ۲۱ گات (استثنائات امنیتی) و ماده ۲۰ (استثنائات عمومی) آمده است. دولت‌ها در چارچوب موافقت‌نامه‌های بین‌المللی موظف به رعایت اصل آزادی تجارت و عدم اعمال محدودیت‌های غیرموجه بر صادرات هستند. دو اصل کلیدی که پیشتر اشاره شد در این زمینه نیز قابل اعمال هستند که عبارتند از: اول) اصل ملت کامله الوداد؛ کشورها نمی‌توانند صادرات فناوری را علیه یک کشور خاص محدود کرده و هم‌زمان برای دیگر کشورها آزاد بگذارند. دوم) اصل جلوگیری از محدودیت‌های کمی؛ ممنوعیت کامل صادرات، مگر در شرایط استثنایی، ناقض این ماده محسوب می‌شود. با این حال، ماده ۲۱ گات اجازه می‌دهد که کشورها در شرایطی که امنیت ملی در خطر است، اقدامات محدودکننده‌ای از جمله ممنوعیت صادرات فناوری را اعمال کنند.

شایان ذکر است علاوه بر مقررات سازمان تجارت جهانی برخی از اسناد بین‌المللی نیز راجع به ممنوعیت صادرات فناوری مقررهای در نظر گرفته‌اند.<sup>۱</sup> که از میان آنها می‌توان به توافقات دوجانبه و منطقه‌ای درباره محدودیت‌های صادرات فناوری اشاره کرد. قانون کنترل صادرات ایالات متحده،<sup>۲</sup> آمریکا را قادر می‌سازد تا فناوری‌های نوظهور مانند هوش مصنوعی، بیوتکنولوژی و نیمه‌هادی‌ها را تحت کنترل شدید قرار دهد. واشنگتن از این قانون برای اعمال ممنوعیت صادرات فناوری به چین استفاده کرده است.<sup>۳</sup> ایالات متحده در سال‌های اخیر مجموعه‌ای از محدودیت‌ها را بر صادرات فناوری‌های پیشرفته به‌ویژه در حوزه نیمه‌هادی‌ها و هوش مصنوعی اعمال کرده است. این محدودیت‌ها که در دوران ریاست

۱. الف) معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای (NPT - 1968): این معاهده صادرات فناوری‌های حساس هسته‌ای را به کشورهای که سلاح هسته‌ای ندارند، محدود می‌کند. کشورهای دارای فناوری هسته‌ای موظف به عدم انتقال دانش و تجهیزات مرتبط به کشورهای غیرهسته‌ای هستند، مگر اینکه تحت نظارت آژانس بین‌المللی انرژی اتمی باشد. ممنوعیت صادرات برخی فناوری‌های دوگانه (Dual-Use) در این چارچوب قرار می‌گیرد. ب) معاهده تجارت تسلیحات (ATT - 2013): این معاهده صادرات فناوری‌های پیشرفته‌ای که در تولید سلاح‌های متعارف کاربرد دارند را محدود می‌کند. بر اساس این معاهده، کشورها نباید فناوری‌های حساس را به دولت‌هایی که احتمال دارد از آنها برای نقض حقوق بشر استفاده کنند، صادر نمایند. ج) رژیم کنترل فناوری موشکی (MTCR - 1987): هدف اصلی این رژیم جلوگیری از صادرات فناوری‌های مرتبط با توسعه موشک‌های بالستیک و سامانه‌های حمل سلاح‌های کشتار جمعی است که محدودیت‌هایی بر صادرات نرم‌افزارها و تجهیزات مرتبط با تولید موشک‌ها اعمال می‌کند. د) گروه استرالیا (Australia Group - 1985): اعضای این گروه موظف‌اند صادرات برخی فناوری‌های پیشرفته مانند تجهیزات مهندسی ژنتیک را محدود کنند. ه) رژیم واسنا (1996 Wassenaar Arrangement): شامل مقرراتی درباره کنترل صادرات فناوری‌های حساس از جمله هوش مصنوعی، نیمه‌هادی‌ها و فناوری‌های سایبری است. کشورهای عضو موظف‌اند هنگام صادرات این فناوری‌ها، ملاحظات امنیتی و حقوق بشری را در نظر بگیرند.

2. Export Control Reform Act - ECRA 2018

3. Chukwuma, N. & Ngoc, L. & Mativenga, P. "The US-China trade war: interrogating globalisation of technology". *Cogent Social Sciences*. Vol. 10. No. 2, 2024, p. 3.

جمهوری جو بایدن تشدید شد، بخشی از راهبرد گسترده‌تر آمریکا برای مهار پیشرفت فناوری چین محسوب می‌شود. مهم‌ترین اقدامات آمریکا در این زمینه عبارتند از:

در اکتبر ۲۰۲۲، وزارت بازرگانی ایالات متحده قوانینی را تصویب کرد که صادرات نیمه‌هادی‌های پیشرفته و تجهیزات تولید آنها را به چین محدود می‌کند. این مقررات شرکت‌های آمریکایی مانند NVIDIA و AMD را از فروش پردازنده‌های گرافیکی پیشرفته (GPU) که برای توسعه هوش مصنوعی ضروری هستند، منع کرد. در اکتبر ۲۰۲۳، این محدودیت‌ها با افزودن ۱۳ شرکت دیگر چینی به «لیست نهادها» گسترش یافت، به طوری که نه تنها شرکت‌های آمریکایی، بلکه هر شرکت خارجی که از فناوری آمریکایی استفاده می‌کند، ملزم به دریافت مجوز ویژه برای صادرات این محصولات به چین شد.<sup>۱</sup> آمریکا همچنین با همکاری کشورهای متحد مانند هلند و ژاپن، محدودیت‌هایی را بر صادرات تجهیزات لیتوگرافی پیشرفته<sup>۲</sup> که برای تولید نیمه‌هادی‌های مدرن استفاده می‌شود، وضع کرده است.<sup>۳</sup>

مطابق توافق امنیتی سه‌جانبه آمریکا، بریتانیا و استرالیا<sup>۴</sup> کشورهای امضاکننده باید صادرات فناوری‌های خاص را به کشورهای غیرعضو محدود کنند یکی از اهداف این توافق، محدودیت در اشتراک‌گذاری فناوری‌های پیشرفته نظامی و هسته‌ای است.<sup>۵</sup> اتحادیه اروپا در سال‌های اخیر تحریم‌های گسترده‌ای بر صادرات فناوری‌های پیشرفته به چین و روسیه اعمال کرده است. این تحریم‌ها شامل ممنوعیت فروش نیمه‌هادی‌های پیشرفته، تجهیزات مخابراتی و فناوری‌های نظارت دیجیتال است.

با توجه به آنچه که گفته شد محدودیت‌های صادراتی آمریکا علیه چین از دو جنبه حقوقی قابل بررسی است. اول اینکه، آمریکا ادعا می‌کند که این ممنوعیت‌ها بر اساس ماده ۲۱ گات، که به کشورها اجازه می‌دهد تجارت را در صورت تهدید امنیت ملی محدود کنند، مشروع است. با این حال، این استدلال از نظر حقوقی چالش‌برانگیز است زیرا ماده ۲۱ گات باید به‌عنوان یک استثناء، تفسیر محدود داشته باشد، درحالی‌که آمریکا آن را به‌طور گسترده برای توجیه هر نوع محدودیت فناوری به کار می‌برد. رکن حل

1. <https://www.csis.org/analysis/where-chips-fall-us-export-controls-under-biden-administration-2022-2024>.

برای مطالعه بیشتر رج کنید به:

Puślecki, Z. "The new protectionism between the USA and China and international trade policy amid worldwide geopolitical turbulence". *Ekonomista*. Issue. 2, 2023, p. 125-151.

2. EUV Lithography Machines.

3. Solingen, E. **Geopolitics, Supply Chains, and International Relations in East Asia**. Cambridge University Press, 2021, p.65.

4. AUKUS – 2021.

5. Medcalf, R. **Indo-Pacific Empire: China, America and the Contest for the World's Pivotal Region**. La Trobe University Press, 2022, p.65.

اختلاف سازمان تجارت جهانی در پرونده‌ای مشابه<sup>۱</sup> اعلام کرده است که کشورها نمی‌توانند بدون دلیل معتبر به ماده ۲۱ استناد کنند و باید نشان دهند که تهدید امنیتی «واقعی و فوری» وجود دارد.<sup>۲</sup> دوم اینکه، برخی از کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی معتقدند که آمریکا با محدود کردن صادرات فناوری به چین و نه سایر کشورها، اصل ملت کامله الوداد را نقض کرده است علاوه بر این، این اقدامات به نوعی محدودیت کمی بر صادرات محسوب می‌شود که طبق ماده ۱۱ گات غیرقانونی است. ممنوعیت‌های آمریکا بر صادرات فناوری می‌تواند به فرسایش رژیم حقوقی تجارت بین‌الملل منجر شود، زیرا اگر سایر کشورها نیز از همین استدلال برای محدودیت‌های تجاری استفاده کنند، نظام تجارت آزاد دچار تضعیف خواهد شد. تصمیم‌گیری در مورد مشروعیت یا عدم مشروعیت این اقدامات در آینده ممکن است از طریق سازوکار حل اختلاف سازمان مورد بررسی قرار گیرد.

### ۳. سیاست‌های حمایتی: کنترل سرمایه و محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی

سیاست‌های حمایتی، به‌ویژه در قالب کنترل سرمایه و محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی، به‌عنوان ابزاری مهم برای حفظ ثبات اقتصادی و امنیت ملی در حقوق بین‌الملل اقتصادی شناخته می‌شوند. با رشد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و پیچیده‌تر شدن روابط اقتصادی، کشورها بیش از پیش به ابزارهای قانونی و مقرراتی برای تنظیم ورود و خروج سرمایه متوسل شده‌اند.

کنترل سرمایه به اقدامات قانونی اطلاق می‌شود که برای محدود کردن جریان سرمایه به داخل یا خارج کشور اعمال می‌گردد. این اقدامات می‌توانند موقتی یا دائمی باشند و اهدافی چون جلوگیری از بحران‌های ارزی، حفاظت از ذخایر ارزی و مهار سرمایه‌های سوداگرانه را دنبال کنند. به‌رغم انتقادات نئولیبرالی علیه کنترل سرمایه، مطالعات نشان داده‌اند که اعمال این سیاست‌ها در شرایط بی‌ثباتی مالی می‌تواند مشروع و مؤثر باشد.<sup>۳</sup> در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه، برخی کشورها صراحتاً حق استفاده از کنترل سرمایه را برای خود محفوظ داشته‌اند. با این حال، بسیاری از این معاهدات فاقد مقررات روشن در این زمینه هستند و این امر می‌تواند منجر به بروز اختلافات سرمایه‌گذاری شود.

1. Russia – Traffic in Transit.

2. Pauwelyn, J., Guzman, A., & Hillman, J. **International Trade Law**. Wolters Kluwer, 2016, p. 202.

3. Dolzer, R., & Schreuer, C. **Principles of International Investment Law** (2nd ed.). Oxford University Press, 2012, pp.160-165.

در دهه‌های اخیر، بسیاری از دولت‌ها به اعمال محدودیت‌هایی بر سرمایه‌گذاری خارجی در بخش‌های حساس اقتصادی نظیر انرژی، مخابرات و فناوری اطلاعات روی آورده‌اند. انگیزه اصلی این محدودیت‌ها حفاظت از امنیت ملی، جلوگیری از تملک دارایی‌های راهبردی و حفظ حاکمیت اقتصادی است.<sup>۱</sup> به‌طور خاص، ایالات متحده با گسترش صلاحیت‌های کمیته سرمایه‌گذاری خارجی<sup>۲</sup> توانسته است سرمایه‌گذاری‌هایی را که تهدید بالقوه برای امنیت ملی تلقی می‌شوند، متوقف یا مشروط کند.<sup>۳</sup> این رویکرد از نظر حقوق بین‌الملل اقتصادی در مرز باریکی میان اعمال حاکمیت ملی و نقض تعهدات معاهداتی قرار دارد.

یکی از مهم‌ترین چالش‌ها، توازن میان حق حاکمیت دولت‌ها برای تنظیم اقتصاد خود و تعهدات بین‌المللی‌شان در قبال سرمایه‌گذاران خارجی است. در بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری، دولت‌ها متعهد به رعایت رفتار منصفانه و عادلانه، عدم تبعیض و انتقال آزاد سرمایه هستند. با این حال، در مواقع اضطراری یا برای حفظ نظم عمومی، برخی استثناها در معاهدات پیش‌بینی شده است. مراجع داوری سرمایه‌گذاری در پرونده‌های متعددی از جمله پرونده سالینی علیه مراکش<sup>۴</sup> و پرونده کنتیننتال کاسوالتی علیه آرژانتین<sup>۵</sup> تلاش کرده‌اند میان منافع عمومی و حقوق سرمایه‌گذاران تعادل برقرار کنند، اما نبود رویه واحد در این زمینه موجب تردید در حدود مجاز مداخله دولت‌ها شده است.<sup>۶</sup> سیاست‌های حمایتی در قالب کنترل سرمایه و محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی، گرچه در شرایط خاص اقتصادی و ژئوپلیتیکی ضروری هستند، اما اجرای آن‌ها باید با ملاحظات حقوقی دقیق و با احترام به تعهدات بین‌المللی همراه باشد. حقوق بین‌الملل اقتصادی به دولت‌ها اجازه می‌دهد که در شرایط خاص، این ابزارها را برای حفظ ثبات اقتصادی و امنیت ملی به کار گیرند، مشروط بر اینکه این اعمال تبعیض‌آمیز، خودسرانه یا مغایر با اصول حقوقی تثبیت‌شده نباشند.

محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی در بخش فناوری در ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا امروزه به‌عنوان ابزاری برای حفاظت از امنیت ملی، حاکمیت دیجیتال و تضمین رقابت منصفانه در

1. Muchlinski, P. **Multinational Enterprises and the Law** (2nd ed.). Oxford University Press, 2007, p.515.

2. The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS).

3. Sauvant, K. P. "The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned". *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.16. No.1, 2015, p.43.

4. Salini v. Morocco.

5. Continental Casualty v. Argentina.

6. Dolzer, R., Op. cit., p.191.

بازارهای داخلی مورد استفاده قرار می‌گیرند. آمریکا با تصویب قانون اصلاح ریسک سرمایه‌گذاری خارجی<sup>۱</sup> اختیارات کمیته سرمایه‌گذاری خارجی در ایالات متحده را گسترش داد تا بررسی سرمایه‌گذاری‌های اقلیت و معاملات غیرکنترلی در فناوری‌های حساس به صلاحیت کلی ممنوعیت یا اصلاح معاملات مرتبط با فناوری‌ها افزوده شود. مصداق بارز این مورد در سال ۲۰۲۳، که ایالات متحده قوانینی را نهایی نمود که سرمایه‌گذاری در بخش‌های هوش مصنوعی، نیمه‌هادی‌ها و فناوری‌های کوانتومی در چین را محدود می‌کند تا از تقویت قابلیت‌های نظامی خارجی جلوگیری گردد. اتحادیه اروپا نیز قوانینی را تصویب کرده است که شرکت‌های بزرگ فناوری را ملزم به رعایت مقررات سخت‌گیرانه‌تری می‌کند تا از انحصار و رفتارهای ضدرقابتی جلوگیری شود. اتحادیه اروپا در سال ۲۰۱۹ مکانیزم غربالگری FDI را تصویب کرد که به کشورهای عضو اجازه می‌دهد سرمایه‌گذاری‌های خارجی را که ممکن است امنیت یا نظم عمومی را تهدید کنند، بررسی نمایند. قانون بازارهای دیجیتال نیز با هدف محدود کردن قدرت شرکت‌های بزرگ فناوری و تضمین رقابت منصفانه در بازار دیجیتال اتحادیه اروپا تدوین شده است.

#### ۴. اقدامات چین برای کنترل سرمایه و تقویت یوان در برابر دلار

جمهوری خلق چین در دهه‌های اخیر مجموعه‌ای از سیاست‌ها را برای مدیریت جریان‌های سرمایه و تقویت واحد پولی خود (رنمینی<sup>۲</sup> یا یوان) در برابر دلار آمریکا به کار گرفته است. این اقدامات در حالی صورت می‌گیرد که چین به عنوان یکی از بازیگران اصلی اقتصاد جهانی در نظام پولی بین‌المللی نقش فزاینده‌ای یافته است. از منظر حقوق بین‌الملل اقتصادی- شامل مقررات سازمان تجارت جهانی، رژیم حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی و اصول صندوق بین‌المللی پول- پرسشی مهم آن است که این سیاست‌ها تا چه حد با تعهدات بین‌المللی چین سازگار است و چه تأثیری بر نظم پولی و تجاری جهانی دارد. در این بند، ابتدا سیاست‌های کنترلی چین بر جریان سرمایه و تلاش‌های این کشور برای ارتقای جایگاه یوان را بررسی می‌کنیم. سپس مطابقت یا تعارض این اقدامات با تعهدات چین در سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه تحلیل می‌شود. در ادامه، موضع نهادهای بین‌المللی مانند صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی ارزیابی شده و در نهایت پیامدهای حقوقی و اقتصادی اقدامات چین بر نظام پولی بین‌المللی و تجارت جهانی مورد بحث قرار می‌گیرد.

1. Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018.

2. The renminbi.

چین از گذشته تا امروز نظامی مبتنی بر حساب سرمایه بسته داشته و جریان ورود و خروج سرمایه را تحت کنترل شدید نگه داشته است. بانک جمهوری خلق چین با نرخ ارز شناور مدیریت شده، این جریان را تنظیم می‌کنند. پس از اصلاحات دهه ۷۰ میلادی، تسهیلاتی در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی ایجاد شد، اما سرمایه‌گذاری‌های غیرمستقیم مانند پرتفو و وام، همچنان به شدت محدود باقی ماندند. با وقوع بحران مالی آسیا در ۱۹۹۷، سیاست کنترل سرمایه تشدید شد. ورود چین به سازمان تجارت جهانی در سال ۲۰۰۱، مزاد تجاری بزرگی به همراه آورد و ورود سرمایه سوداگران، فشار افزایشی بر رنمینبی وارد کرد. چین با سیاست «ورود سخت‌تر و خروج آسان‌تر» تلاش کرد کنترل بیشتری اعمال کند و خروج سرمایه به شکل پروژه‌های واقعی را تسهیل کرد.<sup>۱</sup> از ۲۰۱۲ به بعد، چین به سوی مدل متوازن‌تری حرکت کرد؛ اقداماتی نظیر اصلاحات تدریجی، افزایش سهمیه‌های سرمایه‌گذاری برون‌مرزی مانند RQFII و QDII<sup>۲</sup> و کاهش محدودیت‌ها در بازار اوراق قرضه داخلی از این قبیل هستند. اما همچنان در زمان بی‌ثباتی، اداره دولتی ارز خارجی قدرت اعمال مقررات سخت‌گیرانه را حفظ کرده است. مطالعات بانک تسویه‌حساب‌های بین‌المللی<sup>۳</sup> تأیید می‌کند که کنترل‌ها در چین همچنان «به طور قابل توجهی محدودکننده» باقی مانده‌اند.<sup>۴</sup> در مواقعی مانند سال ۲۰۱۶، هم‌زمان با بحران بازار بورس، دولت نظارت‌ها را تشدید کرد و مقررات گزارش‌دهی معاملات مشکوک را الزامی ساخت.<sup>۵</sup> مبنای قانونی کنترل سرمایه، قانون مدیریت ارز خارجی چین و آیین‌نامه‌های آن است که اداره دولتی ارز خارجی و کمیسیون توسعه و اصلاحات ملی بر اجرای آن نظارت دارند. ابزارهایی چون ثبت قراردادهای ارزی، سهمیه‌بندی و نظارت بر پروژه‌های خارجی شرکت‌ها (به‌ویژه از ۲۰۱۷ به بعد) هم در همین راستا اجرا شده‌اند.

1. <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/09/legality-capital-controls-covid-induced-retreat-financial#:~:text=distinct%20phases> [last visited: 1/4/2025]

۲. QDII (Qualified Domestic Institutional Investor) این برنامه یک مجوز قانونی است که توسط دولت چین برای نهادهای سرمایه‌گذاری داخلی صادر می‌شود تا بتوانند در بازارهای خارجی سرمایه‌گذاری کنند. هدف از این برنامه، تسهیل ورود سرمایه‌گذاران چینی به بازارهای مالی بین‌المللی و متنوع‌سازی پورتفو سرمایه‌گذاری است. RQFII (Renminbi Qualified Foreign Institutional Investor) این برنامه مشابه QDII است، با این تفاوت که برای نهادهای سرمایه‌گذاری خارجی طراحی شده است تا به آن‌ها این امکان را بدهد که با استفاده از یوان چین (Renminbi) در بازارهای مالی چین سرمایه‌گذاری کنند. این برنامه به‌ویژه در راستای افزایش استفاده از یوان در تجارت بین‌المللی و بازارهای مالی جهانی است.

3. Bank for International Settlements (BIS)

4. Ma, Guonan, Do China's capital controls still bind? Implications for monetary autonomy and capital liberalization, BIS Working Papers, No 233, 2007.

5. <https://www.centralbanking.com/central-banks/currency/7860946/chinas-capital-controls-here-to-stay#:~:text=Since%20the%20mid,beginning%20of%20stricter%20capital%20controls> [last visited: 20/3/2025]

در نهایت، این چارچوب کنترلی توانسته است چین را از بسیاری از بحران‌های مالی بین‌المللی در امان نگه دارد و ثبات مالی و استقلال سیاست‌گذاری پولی را حتی در بستر تجارت جهانی حفظ کند. چین از اواخر دهه ۲۰۰۰ با هدف کاهش وابستگی به دلار و افزایش نفوذ مالی خود در نظام جهانی، پروژه بین‌المللی‌سازی یوان (RMB) را آغاز کرد.<sup>۱</sup> این برنامه در چهار محور اصلی پیگیری شده است: الف) افزایش استفاده از یوان در تجارت دوجانبه: پس از بحران مالی ۲۰۰۸، چین به شرکت‌های داخلی و شرکای تجاری امکان داد تجارت را با یوان انجام دهند. تا سال ۲۰۱۵، بیش از ۳۰٪ از تجارت کالایی چین با یوان تسویه می‌شد. و یوان به دومین ارز در تأمین مالی تجارت جهانی و پنجمین ارز پراستفاده در پرداخت‌های بین‌المللی تبدیل شد.<sup>۲</sup> ب) ایجاد بازارهای آفشور یوان و تأمین مالی بین‌المللی: هنگ‌کنگ نخستین مرکز برون‌مرزی یوان (CNH) شد و انتشار اوراق قرضه RMB موسوم به اوراق دین سان<sup>۳</sup> به سرمایه‌گذاران خارجی امکان جذب منابع با یوان را داد. این مراکز در شهرهایی مانند لندن و سنگاپور نیز گسترش یافتند. ج) انعقاد سوآپ‌های ارزی دوجانبه: از ۲۰۰۸، بانک خلق چین بیش از ۳۰ توافق‌نامه سوآپ ارزی با کشورهای مختلف امضا کرد که دسترسی به نقدینگی یوان و کاهش وابستگی به دلار را تسهیل کردند. این قراردادها از منظر حقوقی به عنوان تفاهم‌نامه‌های معتبر بین‌المللی شناخته می‌شوند.<sup>۴</sup> د) پیوستن یوان به سبد حق برداشت ویژه:<sup>۵</sup> در سال ۲۰۱۶، یوان با تصویب هیأت اجرایی صندوق بین‌المللی پول به سبد حق برداشت ویژه پیوست و ارزش آن ۱۰٫۹۲٪ تعیین شد؛ این اقدام، فشارهایی برای اصلاحات مالی بیشتر در چین، از جمله آزادی نرخ بهره و گسترش بازار اوراق قرضه، ایجاد کرد.<sup>۶</sup> ه) یوان دیجیتال (ارز دیجیتال بانک مرکزی چین):<sup>۷</sup> از سال ۲۰۲۰، چین پروژه یوان دیجیتال را آزمایش کرد. هدف داخلی، حرکت به اقتصاد بدون پول نقد، و هدف خارجی، ایجاد ابزار

1. Liu, Li-Gang (2015). "Why the West Should Welcome Chinese Yuan's Inclusion into the SDR." Op-ed, Peterson Institute for International Economics (originally in South China Morning Post), June 8, 2015.

2. <https://www.piic.com/commentary/op-eds/why-west-should-welcome-chinese-yuans-inclusion-sdr#:~:text=The%20RMB%20is%20now%20the,for%20International%20Settlements%20in%202013> [last visited: 17/3/2025]

3. Dim-Sum Bonds.

4. Zhang, L. **Renminbi Internationalization: Achievements, Prospects, and Challenges**. Springer, 2016, p.88.

5. Special drawing rights (SDR).

6. Lagarde, C. IMF Adds Chinese Renminbi to SDR Basket: A Historic Milestone. International Monetary Fund. 2015. Available at:

<https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/28/04/53/sdrr121515a>.

7. e-CNY.

پرداخت مستقل از سیستم‌های مالی مبتنی بر دلار برخی تحلیلگران نگران‌اند که یوآن دیجیتال بتواند برای دور زدن تحریم‌ها یا کاهش شفافیت مالی استفاده شود.<sup>۱</sup>

#### ۱.۴. تطابق یا تعارض اقدامات چین با مقررات سازمان تجارت جهانی (سرمایه‌گذاری و سیاست ارزی)

سیاست‌های ارزی و سرمایه‌ای چین، اگرچه تحت کنترل شدید قرار دارند، اما به‌طور کلی ناقض صریح مقررات سازمان تجارت جهانی نیستند. مقررات سازمان تجارت جهانی بیشتر ناظر به معاملات جاری (تجارت کالا و خدمات) است، نه جریان آزاد سرمایه. ماده ۱۱ گاتس و تعهدات چین در بخش‌های مالی (بانکداری و بیمه) ایجاب می‌کند که انتقالات پولی مرتبط با خدمات تعهدشده آزاد باشد، و چین در عمل این الزام را تا حدود زیادی رعایت کرده است. چین پس از الحاق به سازمان تجارت جهانی در سال ۲۰۰۱، برخی مقررات پیشین خود مانند شرط موازنه ارز و الزام صادرات را حذف کرد تا با توافقنامه تدابیر سرمایه‌گذاری مرتبط با تجارت موسوم به تریمز<sup>۲</sup> سازگار شود. با اجرای برنامه‌هایی مثل QFII و RQFII، امکان ورود سرمایه‌گذاران خارجی به بازار اوراق فراهم شد که در چارچوب تعهدات چین قرار دارد.

در حوزه سیاست ارزی، مهم‌ترین انتقاد به چین مربوط به پایین نگه داشتن ارزش یوآن پیش از ۲۰۱۰ بود. بنا بر استدلال برخی دولت‌ها، به‌ویژه آمریکا، این امر به مثابه مزیت رقابتی ناعادلانه برای صادرات چین عمل می‌کند. ماده ۱۵ گات ۱۹۹۴ مقرر می‌دارد اعضا نباید مزایای معاهده را از طریق اقدامات ارزی عقیم سازند و بر همکاری با صندوق بین‌المللی پول تأکید دارد.<sup>۳</sup> با این حال، به دلیل صلاحیت اصلی صندوق بین‌المللی پول در امور ارزی و نبود سازوکار مؤثر در سازمان تجارت جهانی برای مقابله با دستکاری ارز، تاکنون هیچ شکایت رسمی علیه چین در این زمینه مطرح نشده است. طبق موافقت‌نامه یارانه‌ها و اقدامات جبرانی<sup>۴</sup> مداخله ارزی دولت الزاماً به‌عنوان یارانه مستقیم قابل شناسایی نیست، مگر آن‌که نفع خاصی برای صادرکنندگان اثبات شود؛ گرچه وزارت بازرگانی آمریکا تلاش کرده در حقوق داخلی خود مداخله ارزی را در ارزیابی یارانه‌ها لحاظ کند، اما انطباق آن با حقوق سازمان تجارت جهانی مورد تردید است.

1. Choer Moraes, H. & Kim, J. "Digital Currencies and the Future of the International Monetary System". *Harvard International Law Journal*. Vol.63. No.2, 2022, p.531.

2. Trade-Related Investment Measures (TRIMS).

3. Qin, Julia Ya. "The Challenge of Interpreting 'WTO-Plus' Provisions." *Journal of World Trade*, Vol. 127. No.44, 2010, p. 150.

4. Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement).

در نهایت، از منظر سرمایه‌گذاری نیز سازمان تجارت جهانی الزام صریحی برای آزادی کامل سرمایه ندارد. توافقنامه تریمز الزاماتی مانند حذف الزامات صادرات یا تخصیص ارز خاص را در بر دارد و چین آن‌ها را رعایت کرده است. موضوع خروج سود و سرمایه بیشتر در حوزه معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه (BITS) مطرح است. بنابراین اقدامات چین در چارچوب قواعد سازمان تجارت جهانی، به‌ویژه در حوزه خدمات و سرمایه‌گذاری مرتبط، در حال حاضر تناقض آشکاری با تعهدات ندارد.<sup>۱</sup> هرچند دغدغه‌هایی درباره دستکاری ارزی وجود داشته، اما ساختار مقررات سازمان تجارت جهانی و نقش محوری صندوق بین‌المللی پول موجب شده این موضوع بیشتر در سطح سیاسی-اقتصادی باقی بماند تا حقوقی.

#### ۲.۴. جایگاه اقدامات چین در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه

چین از فعال‌ترین کشورهای منعقدکننده معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری است و بیش از ۱۰۰ معاهده با کشورهای مختلف دارد.<sup>۲</sup> این معاهدات اصولی چون رفتار منصفانه، حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی، و آزادی انتقال سرمایه را تضمین می‌کنند. در نسل اول این معاهدات چین (دهه‌های ۱۹۸۰ و اوایل ۱۹۹۰)، انعطاف زیادی برای کنترل سرمایه دیده می‌شد. اما از اواخر دهه ۹۰ به بعد، معاهدات جدید چین، اصل «انتقال آزاد وجوه» را به‌طور صریح پذیرفته‌اند؛ مانند معاهدات چین-هلند (۲۰۰۱)، چین-آلمان (۲۰۰۳) و چین-کانادا (۲۰۱۲) که به آن تصریح شده است.<sup>۳</sup>

با این حال، چین در بیشتر این معاهدات بندهای استثنایی برای بحران‌های مالی، تراز پرداخت، یا ثبات اقتصادی اضافه کرده است. این بندها معمولاً اجازه می‌دهند دولت‌ها در شرایط بحرانی، محدودیت‌هایی موقتی بر انتقال سرمایه اعمال کنند، مشروط بر اینکه این اقدامات بر اساس مقررات صندوق بین‌المللی پول، غیرتبعیض‌آمیز و موجه باشند (مثلاً در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری چین-فنلاند ۲۰۰۴ و چین-مکزیک ۲۰۰۸). از منظر حقوقی، وجود این بندها به چین اجازه می‌دهد بدون نقض معاهده، در مواقع بحرانی کنترل سرمایه را اعمال کند. مشابه چنین استدلالی در پرونده داوری معروف

1. Mercurio, Bryan, Shaffer, Gregory, & Gao, Henry. "WTO Reform and China: Defining or Defiling the Multilateral Trading System?" *Journal of International Economic Law*, Vol.24. No.2, 2021, p.440.

2. UNCTAD. World Investment Report 2021: Investing in sustainable recovery. United Nations Conference on Trade and Development. Retrieved from <https://unctad.org/webflyer/world-investment-report-2021>.

3. Hufbauer, Gary Clyde & Miner, Sean. "China's BITS and Financial Services Liberalization." In: Sauvants, Karl P. & Sachs, Lisa E. (eds.), **The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options**. Oxford University Press, 2015, p.10.

پرونده کنتیننتال کاسوالتی علیه آرژانتین پذیرفته شد، جایی که اقدامات ارزی آرژانتین تحت بند «امنیت ملی» موجه دانسته شد.

بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری جدید چین همچنین مشروط به رعایت قوانین داخلی کشور میزبان هستند، به این معنا که اگر اقدامات کنترلی طبق قوانین عمومی کشور و به صورت غیرتبعیض‌آمیز اعمال شوند، ممکن است ناقض معاهده تلقی نشوند. با این حال، در برخی داورها این دفاع کافی نبوده، چون تعهدات معاهده‌ای بر قوانین داخلی اولویت دارند. تا به امروز، چین با استفاده از این ساختار حقوقی و وجود بندهای استثنائی، از بروز منازعات جدی در داورهای سرمایه‌گذاری جلوگیری کرده است. سرمایه‌گذاران خارجی معمولاً قادر به انتقال سود خود هستند، اگرچه انجام آن مستلزم طی مراحل قانونی نظیر ارائه اسناد به SAFE و پرداخت مالیات است. در موافقت‌نامه جامع سرمایه‌گذاری چین و اتحادیه اروپا CAI (که در ۲۰۲۰ مذاکره شد)، آزادی انتقالات به رسمیت شناخته شده، اما هم‌زمان امکان اقدامات احتیاطی برای ثبات مالی نیز لحاظ شده است.<sup>۱</sup>

مع هذا رژیم معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری چین به‌گونه‌ای طراحی شده که ضمن حفظ اصل حمایت از سرمایه‌گذاران، فضای کافی برای اعمال سیاست‌های کنترلی در شرایط استثنائی باقی بگذارد. این رویکرد به چین امکان داده هم با استانداردهای بین‌المللی تطابق یابد، هم استقلال سیاست‌گذاری اقتصادی خود را حفظ کند.

#### ۳.۴. موضع صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی نسبت به اقدامات چین

صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی همواره سیاست‌های ارزی و سرمایه‌ای چین را زیر نظر داشته‌اند. چارچوب حقوقی اصلی، اساسنامه صندوق است که بر اساس ماده ۸ آزادی معاملات جاری را الزامی می‌داند، اما طبق ماده ۶ اعضا مجازند بر معاملات سرمایه کنترل‌هایی اعمال کنند. در دهه ۲۰۰۰، صندوق بین‌المللی پول چین را برای اصلاح نرخ ارز تحت فشار گذاشت و بین سال‌های ۲۰۰۷ تا ۲۰۱۰ RMB را «کم‌ارزش‌گذاری شده» اعلام کرد.<sup>۲</sup> با این حال، به دلیل نبود تعریف دقیق از «دست‌کاری ارزی» و حساسیت سیاسی موضوع، صندوق هیچ بیانیه رسمی علیه چین صادر نکرد. از ۲۰۰۵ چین به تدریج نرخ ارز را اصلاح کرد و در سال ۲۰۱۵ صندوق اعلام کرد صندوق دیگر به‌طور مصنوعی پایین نیست.

1. European Commission & Government of the People's Republic of China. (2020). Comprehensive Agreement on Investment (CAI) – Draft Text. Art.5.

2. International Monetary Fund (IMF). (2007–2010). People's Republic of China: Article IV Consultation Reports (2007, 2008, 2009, 2010). IMF Country Reports No. 07/385, 08/235, 09/262, and 10/238. Washington, D.C.: International Monetary Fund.

در موضوع کنترل سرمایه، صندوق بین‌المللی پول موضعی تدریجی و انعطاف‌پذیر دارد. گرچه اساسنامه تعهدی به آزادسازی سرمایه ایجاد نمی‌کند، اما صندوق همواره کشورهای در حال توسعه را به آزادسازی محتاطانه تشویق کرده است.<sup>۱</sup> در همین راستا، چین در ۱۹۹۶ ماده ۸ را پذیرفت و معاملات جاری را آزاد کرد، ولی حساب سرمایه را تحت کنترل نگه داشت. تحول مهم در سیاست صندوق، تصویب "دیدگاه نهادی" در سال ۲۰۱۲ بود که کنترل جریان سرمایه را در شرایط خاص مشروع دانست و تأکید کرد که راه واحدی برای آزادسازی وجود ندارد.<sup>۲</sup> این دیدگاه ضمن پذیرش واقعیت‌های کشورهایمانند چین، حمایت از مدل ترکیبی کنترل و آزادسازی را توجیه‌پذیر دانست. صندوق همچنان از چین می‌خواهد اصلاحات ساختاری بیشتری مانند ارتقاء شفافیت مالی و تقویت سیستم بانکی انجام دهد. در مورد بین‌المللی‌سازی یوان، صندوق ورود RMB به SDR را در سال ۲۰۱۵ مثبت ارزیابی کرد و آن را عاملی برای پیشبرد اصلاحات دانست.<sup>۳</sup>

بانک جهانی نیز دیدگاهی مشابه دارد. در سال ۲۰۱۶، این نهاد با صدور اوراق قرضه SDR (شامل یوان) در بازار چین، از نقش جهانی RMB استقبال کرد. همچنین در گزارش «China 2030» توصیه کرد چین به تدریج آزادسازی مالی را همراه با تقویت نهادهای نظارتی و حقوقی پیش ببرد.<sup>۴</sup> در مجموع، موضع نهادهای بین‌المللی نسبت به اقدامات چین ترکیبی از پذیرش محتاطانه و ترغیب به اصلاحات بوده است. صندوق بین‌المللی پول ضمن پذیرش حق چین در کنترل سرمایه (بر اساس مقررات خود صندوق)، از سیاست‌های ثبات‌محور چین تمجید کرده اما همزمان چین را به سمت شفافیت بیشتر و همسویی با استانداردهای جهانی سوق داده است. بانک جهانی نیز اقدامات چین را به عنوان بخشی از گذار این کشور به یک اقتصاد پیشرفته می‌بیند و تأکید می‌کند که ادغام کامل یوان در سیستم مالی جهانی نیازمند تداوم اصلاحات داخلی است. در بعد حقوقی، هیچ‌یک از این نهادها اقدام چین را ناقض تعهدات بین‌المللی قلمداد نکرده‌اند؛ برعکس، با به‌روزرسانی چارچوب‌های تحلیلی خود، جایی برای مدل چین باز کرده‌اند. برای مثال، صندوق در سند «دیدگاه نهادی ۲۰۱۲» خود صریحاً افزود که توصیه‌های

1. International Monetary Fund (IMF). Annual Report of the Executive Board for the Financial Year Ended April 30, 1997. Washington, D.C.: International Monetary Fund. 1997.

2. International Monetary Fund (IMF). The Liberalization and Management of Capital Flows: An Institutional View. IMF Policy Paper, November 14, 2012. Washington, D.C.: International Monetary Fund. 2012, p.34.

3. IMF, Review of the Method of Valuation of the SDR—Final Report, 2016, pp. 10–12.

4. World Bank & Development Research Center of the State Council, the People's Republic of China. China 2030: Building a Modern, Harmonious, and Creative Society. Washington, D.C.: World Bank. 2013, p.120.

این دیدگاه حقوق و تعهدات اعضا تحت سایر توافقات بین‌المللی (از جمله مقررات سازمان تجارت جهانی و موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه) را تغییر نمی‌دهد، بلکه صرفاً راهنمای مشورتی است. این جمله احتمالاً با در نظر داشتن کشورهایی چون چین اضافه شد تا روشن کند صندوق از اعضا نمی‌خواهد با عمل به توصیه‌های این نهاد، در معرض نقض تعهدات دیگر قرار گیرند. خوشبختانه در مورد چین، چنانکه گفتیم، تعهدات مندرج در مقررات سازمان تجارت جهانی و موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه هم اجازه انعطاف لازم را می‌دهند و تناقض عملی رخ نداده است.

##### ۵. تأثیر حقوقی و اقتصادی اقدامات چین و آمریکا بر نظام پولی بین‌المللی و تجارت جهانی

رقابت اقتصادی و سیاست‌گذاری‌های یک‌جانبه چین و ایالات متحده در حوزه سرمایه، ارز، و تجارت فناوری، فراتر از یک تقابل دوجانبه، به سطحی رسیده که آثار ساختاری بر نظم پولی بین‌المللی و رژیم حقوقی تجارت جهانی برجای گذاشته است. از منظر حقوق بین‌الملل اقتصادی، اتخاذ سیاست‌های محدودکننده از سوی این دو قدرت- چه در قالب کنترل سرمایه توسط چین و چه از طریق اعمال محدودیت‌های صادرات فناوری توسط آمریکا- سؤالات مهمی درباره کارایی، توازن، و مشروعیت قواعد حاکم بر نظام تجارت و پول بین‌الملل مطرح کرده است.

در حوزه پولی، تلاش چین برای بین‌المللی‌سازی یوآن و کاهش وابستگی به دلار، در کنار کنترل مستمر سرمایه، به بازتعریف برخی مفاهیم کلاسیک در نظریه لیبرالی تجارت منجر شده است. پیوستن یوآن به سید حق برداشت مخصوص صندوق بین‌المللی پول در سال ۲۰۱۵، درحالی‌که این ارز همچنان تحت کنترل سرمایه قرار دارد، نشان‌دهنده پذیرش ضمنی مدل ترکیبی چین از سوی نهادهای بین‌المللی است. با این حال، این مدل پرسش‌هایی درباره حدود مشروعیت کنترل سرمایه در فضای حقوقی بین‌المللی، به‌ویژه در تعامل با تعهدات ناشی از موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه و مقررات گتس، پدید آورده است. از سوی دیگر، اقدامات آمریکا در محدودسازی دسترسی چین به فناوری‌های پیشرفته از جمله نیمه‌هادی‌ها و هوش مصنوعی، به استناد ماده ۲۱ گات، به نگرانی‌هایی درباره «استفاده ابزاری از استثنائات امنیتی» دامن زده و موجب تضعیف تدریجی اصل عدم تبعیض و پیش‌بینی‌پذیری در تجارت بین‌الملل شده است.

از بعد اقتصادی، این سیاست‌ها زنجیره تأمین جهانی را با اختلال مواجه کرده، روند جهانی‌سازی را کند، و به تشکیل بلوک‌های تجاری-ارزی منطقه‌ای شتاب بخشیده است. چین با ایجاد شبکه سوآپ‌های

ارزی دوجانبه و تقویت بازارهای آف‌شور یوان، عملاً بنیانی برای نظام پرداخت غیروابسته به دلار ایجاد کرده که برخی پژوهشگران<sup>۱</sup> آن را نوعی «چندقطبی شدن پولی» تلقی کرده‌اند. این تحول، چالش‌هایی برای ثبات نرخ ارز، هماهنگی سیاست‌های پولی، و وحدت بازارهای مالی ایجاد می‌کند که نظام حقوقی فعلی قادر به پاسخ‌گویی جامع به آن نیست.

از منظر حقوقی، ضعف ساختاری سازمان تجارت جهانی در پاسخ به اقدامات ارزی و سرمایه‌ای آشکار شده است. ماده ۱۵ گات بر لزوم همکاری نزدیک با صندوق بین‌المللی پول تأکید دارد، اما در عمل، فقدان سازوکار اجرایی مؤثر و عدم تعریف دقیق از «دست‌کاری ارزی»، سازمان را از ورود جدی به موضوع بازداشته است. همچنین، فقدان موافقت‌نامه جامع در سازمان درباره سرمایه‌گذاری، موجب شده کنترل‌های سرمایه‌ای دولت‌ها عمدتاً در حاشیه‌ی نظارت سازمان باقی بمانند و مناقشات مربوط به آن بیشتر در چارچوب موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه و داوری‌های سرمایه‌گذاری حل‌وفصل شوند.

به‌طور کلی، اقدامات چین و آمریکا نشان می‌دهد که فضای حقوق بین‌الملل اقتصادی نیازمند نوسازی است؛ نوسازی‌ای که نه تنها شامل بازنگری در مقررات مربوط به تجارت فناوری و سرمایه‌گذاری خارجی باشد، بلکه باید قواعد نظام پولی بین‌الملل را نیز با واقعیت‌های نوین اقتصاد جهانی - از جمله نقش فزاینده ارزهای دیجیتال، کنترل سرمایه و بلوک‌های ارزی - منطبق سازد. در غیر این صورت، خطر بی‌اعتباری نهادهای چندجانبه و افزایش گرایش کشورها به اقدامات یک‌جانبه افزایش خواهد یافت؛ موضوعی که مشروعیت، ثبات و انسجام رژیم حقوقی تجارت بین‌الملل را در معرض تهدید قرار می‌دهد.

## ۶. راهکارهای حقوقی برای ارتقای نظم تجاری و پولی بین‌المللی در پرتو چالش‌های ناشی از رقابت چین و آمریکا

پویایی‌های اقتصادی اخیر میان چین و ایالات متحده، که در قالب جنگ تجاری، محدودیت‌های فناوری، و رقابت ارزی نمود یافته‌اند، نظام حقوق بین‌الملل اقتصادی را در برابر آزمونی جدی قرار داده‌اند. این وضعیت نشان می‌دهد که رژیم فعلی - با تکیه بر اصولی چون آزادی تجارت، عدم تبعیض، و تثبیت قواعد سرمایه‌گذاری - به تنهایی قادر به مدیریت تعارضات ژئوپلیتیکی میان قدرت‌های بزرگ نیست. در این راستا، ارائه راهکارهای حقوقی با هدف تقویت سازوکارهای چندجانبه، کاهش رفتارهای یک‌جانبه و افزایش شفافیت سیاست‌های اقتصادی کشورها ضروری به نظر می‌رسد. که برخی از مهم‌ترین آنها به شرح ذیل است:

1. Zhang, Op. cit. p.90.

الف) بازتعریف و تقویت همکاری سازمان تجارت جهانی با صندوق بین‌المللی پول در حوزه سیاست‌های ارزی و سرمایه‌ای: فقدان ابزارهای حقوقی لازم در سازمان تجارت جهانی برای نظارت بر دستکاری‌های ارزی و کنترل‌های سرمایه، باعث تضعیف کارایی آن شده است. بازنگری در ماده ۱۵ گات و ایجاد پروتکل همکاری عملیاتی با صندوق می‌تواند به پر کردن این خلأ کمک کند. در این راستا، تعریف دقیق‌تری از «مداخله ارزی مغایر با تجارت» و «کنترل سرمایه غیرموجه» می‌تواند مبنای ارزیابی حقوقی مشترک فراهم آورد.

ب) توسعه موافقت‌نامه‌ای جامع در سازمان تجارت جهانی برای سرمایه‌گذاری بین‌المللی: با توجه به تمرکز موافقت‌نامه‌های فعلی مانند تریمز بر جنبه‌های محدود سرمایه‌گذاری، نیاز به توافقی جامع و چندجانبه مشابه مدل معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه (BITs) وجود دارد که حقوق و تعهدات سرمایه‌گذاران و دولت‌ها را به‌روشنی مشخص کند، در عین حال استثنائات بحران‌های مالی را به رسمیت بشناسد. چنین توافقی می‌تواند مانع از تفسیرهای متضاد و داوری‌های غیرهمسان در دعاوی سرمایه‌گذاری شود.

ج) ایجاد سازوکار حل‌وفصل اختلافات تخصصی در حوزه فناوری و امنیت اقتصادی: با توجه به افزایش تنش‌ها بر سر صادرات فناوری‌های پیشرفته، توصیه می‌شود رکن حل اختلاف سازمان تجارت جهانی یک نهاد فرعی تخصصی با صلاحیت در حوزه «تجارت و امنیت» تأسیس کند. این نهاد می‌تواند به تفسیر محدود و دقیق از استثنائات امنیتی در ماده ۲۱ گات کمک کرده و مانع از سوءاستفاده ابزارهای کشورها از این ماده گردد.<sup>۱</sup>

د) تدوین چارچوب حقوقی بین‌المللی برای ارزش‌های دیجیتال ملی: با توجه به گسترش ارزش‌های دیجیتال بانکی از جمله یوآن دیجیتال، لازم است قواعدی مشترک در سطح بین‌المللی درباره قابلیت استفاده فرامرزی، شفافیت، و عدم سوءاستفاده از این ارزش‌ها تدوین شود. این چارچوب می‌تواند در قالب یک موافقت‌نامه تحت نظارت IMF یا BIS تنظیم شده و مانع از بهره‌برداری ژئوپلیتیکی از ابزارهای نوین پولی گردد.<sup>۲</sup>

1. Howse, R. "The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary". *European Journal of International Law*, Vol.24. No.1, 2013, p.20.

2. Zhang, W. "Sovereign digital currencies and the fragmentation of the international monetary system". *Harvard International Law Journal*, Vol.63. No.2, 2022, p.518.

ه) بازنگری در ضوابط استناد به استثنائات امنیت ملی در گات: توسعه رویه‌های تفسیر ماده ۲۱ گات در رکن حل اختلاف سازمان تجارت جهانی، همراه با تدوین دستورالعمل‌هایی درباره بار اثبات «تهدید امنیتی واقعی و فوری»، می‌تواند موجب پیش‌بینی‌پذیری بیشتر در حقوق تجارت شود. این امر، به‌ویژه در مواجهه با محدودیت‌های صادرات فناوری، از سوءاستفاده کشورها جلوگیری خواهد کرد. در مجموع، حفظ مشروعیت و پایداری نظام حقوق بین‌الملل اقتصادی در گرو پاسخ مؤثر به چالش‌های نوظهور است. اقدامات چین و آمریکا به‌عنوان قدرت‌های اقتصادی برتر جهان باید در قالب نظم حقوقی شفاف‌تر، مسئولانه‌تر و چندجانبه‌محور تحلیل و مدیریت شود. ایجاد توازن میان حاکمیت اقتصادی کشورها و الزامات نظم جهانی، اصلی‌ترین هدف این اصلاحات پیشنهادی است.

### نتیجه‌گیری

تحولات سال‌های اخیر در روابط اقتصادی چین و ایالات متحده، به‌ویژه از منظر حقوق بین‌الملل اقتصادی، نمایانگر پیچیدگی فزاینده تعاملات تجاری در عصر جهانی‌شدن و رقابت‌های ژئوپلیتیکی است. سه ابزار کلیدی جنگ تجاری - افزایش تعرفه‌ها، ممنوعیت صادرات فناوری، و سیاست‌های حمایتی در قالب کنترل سرمایه و محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی - هر یک به‌نوعی چالش‌های حقوقی مهمی برای نظام تجارت جهانی و نظم پولی بین‌المللی ایجاد کرده‌اند. تحلیل داده‌ها نشان داد که اگرچه اقدامات طرفین، به‌ویژه چین، در برخی موارد با اصول بنیادین حقوق بین‌الملل اقتصادی از جمله تعهدات سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه در تنش قرار گرفته‌اند، اما در مجموع کشورها توانسته‌اند با بهره‌گیری از استثناهای پیش‌بینی‌شده، فضای مانور حقوقی قابل توجهی حفظ کنند. در این میان، چین با استفاده از سیاست‌های کنترل سرمایه، مدیریت نرخ ارز، و راهبرد بین‌المللی‌سازی یوآن، توانسته است هم ثبات مالی داخلی را حفظ کند و هم تدریجاً جایگاه پولی و اقتصادی خود را در سطح بین‌المللی ارتقا دهد، بدون آنکه به‌طور آشکار تعهدات بین‌المللی خود را نقض کند. در سوی مقابل، ایالات متحده نیز با توسل به استثنائات امنیتی و ابزارهای حقوق داخلی چون ماده ۳۰۱ قانون تجارت و قوانین کنترل صادرات، تلاش کرده حیطه مشروعیت اقداماتش را از منظر حقوق تجارت بین‌الملل گسترش دهد. این امر اگرچه در کوتاه‌مدت منافع راهبردی خاصی را دنبال می‌کند، اما در بلندمدت خطر فرسایش قواعد حقوقی چندجانبه و تشویق سایر کشورها به اقدامات مشابه را به همراه دارد.

با توجه به این وضعیت، به نظر می‌رسد نظام حقوق بین‌الملل اقتصادی در برابر چالش جنگ تجاری چین و آمریکا نه با نقض صریح، بلکه با نوعی «تنش در تفسیر و کاربرد قواعد» مواجه است. برای مواجهه با این وضعیت و حفظ اعتبار نظام چندجانبه، اصلاحات نهادی در سازمان تجارت جهانی، ارتقای انسجام میان نهادهای اقتصادی بین‌المللی (از جمله صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی)، و طراحی سازوکارهای شفاف‌تر برای تبیین مرزهای مشروعیت اقدامات حمایتی و امنیتی ضرورت دارد.

در پایان، تجربه جنگ تجاری چین و آمریکا یک پیام روشن دارد؛ کارآمدی حقوق بین‌الملل اقتصادی در قرن بیست‌ویکم نه در سخت‌گیری بر قواعد، بلکه در انعطاف هوشمندانه و تعادل‌بخش آن میان ملاحظات اقتصادی، امنیتی و حاکمیتی خواهد بود. تنها با چنین رویکردی است که می‌توان به سوی نظام تجاری جهانی باثبات‌تر، عادلانه‌تر و قابل پیش‌بینی‌تر حرکت کرد. از منظر پژوهش‌های آتی، بررسی تقاطع سیاست‌های تجاری، پولی و فناورانه در قالب حقوق بین‌الملل اقتصادی اهمیت فزاینده‌ای خواهد یافت. به‌ویژه با توجه به گسترش استفاده از ارزهای دیجیتال ملی، توسعه مکانیسم‌های پرداخت غیردلاری، و شکل‌گیری بلوک‌های جدید اقتصادی، مطالعات میان‌رشته‌ای در حوزه‌های حقوق تجارت، حقوق پولی، و اقتصاد سیاسی بین‌الملل می‌توانند به روشن‌تر شدن ابعاد حقوقی رفتار دولت‌ها کمک کنند. همچنین واکاوی رویه‌های حل اختلاف و داوری‌های مربوط به تعارضات سرمایه‌گذاری و ارزی در سال‌های آینده، بستر مناسبی برای تحلیل پویایی‌های نوظهور در حقوق اقتصادی بین‌المللی فراهم می‌آورد. در این راستا، شناسایی ظرفیت‌ها و خلأهای نظام حقوقی فعلی و بازطراحی سازوکارهای منصفانه، شفاف و مؤثر، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر برای صیانت از نظم اقتصادی جهانی خواهد بود.

## References

### Books

1. Bown, C. P. **The US–China Trade War and Phase One Agreement**. Peterson Institute for International Economics, 2020.
2. Dolzer, R., & Schreuer, C. **Principles of International Investment Law** (2nd ed.). Oxford University Press, 2012.
3. Solingen, E. **Geopolitics, Supply Chains, and International Relations in East Asia**. Cambridge University Press, 2021.
4. Eichengreen, B. **Golden Fetters: The Gold Standard and the Great Depression, 1919-1939**. Oxford University Press, 1992.
5. Hufbauer, Gary Clyde & Miner, Sean. “China’s BITs and Financial Services Liberalization.” In: Sauvant, Karl P. & Sachs, Lisa E. (eds.), **The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options**. Oxford University Press, 2015.
6. Irwin, D. A. **Clashing Over Commerce: A History of US Trade Policy**. University of Chicago Press, 2017.
7. Jackson, J. H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**. MIT Press, 2000.
8. Krugman, P., & Obstfeld, M. **International Economics: Theory and Policy**. Pearson, 2022.
9. Matsushita, M., Schoenbaum, T., Mavroidis, P. C., & Hahn, M. **The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy**. Oxford University Press, 2017.
10. Medcalf, R. **Indo-Pacific Empire: China, America and the Contest for the World's Pivotal Region**. La Trobe University Press, 2022.
11. Muchlinski, P. **Multinational Enterprises and the Law** (2nd ed.). Oxford University Press, 2007.
12. Pauwelyn, J., Guzman, A., & Hillman, J. **International Trade Law**. Wolters Kluwer, 2016.
13. Van den Bossche, P., & Zdouc, W. **The Law and Policy of the World Trade Organization**. Cambridge University Press, 2021.
14. Zhang, L. **Renminbi Internationalization: Achievements, Prospects, and Challenges**. Springer, 2016.

### Articles

15. Choer Moraes, H. & Kim, J. “Digital Currencies and the Future of the International Monetary System”. *Harvard International Law Journal*. Vol.63. No.2, 2022, p. 528-542.

16. Chukwuma, N. & Ngoc, L. & Mativenga, P. “The US-China trade war: interrogating globalisation of technology”. *Cogent Social Sciences*. Vol. 10. No. 2, 2024, p. 1-39.
17. Howse, R. “The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary”. *European Journal of International Law*, Vol.24. No.1, 2013, p. 9-77.
18. Howse, R., & Eliason, A. “The Legality of US Tariffs under the National Security Exception of GATT Article XXI”. *Journal of International Economic Law*, Vol.22. No.2, 2019, p. 199-222.
19. Hua, Sh., & Zeng, K. “The US–China Trade War: Economic Statecraft, Multinational Corporations, and Public Opinion”. *Business and Politics*, Vol.24, 2022, p. 319-331.
20. Mercurio, Bryan, Shaffer, Gregory, & Gao, Henry. “WTO Reform and China: Defining or Defiling the Multilateral Trading System?” *Journal of International Economic Law*, Vol.24. No.2, 2021, 621-639.
21. Puślecki, Z. “The new protectionism between the USA and China and international trade policy amid worldwide geopolitical turbulence”. *Ekonomista*. Issue. 2, 2023, p. 125-151.
22. Qin, Julia Ya. “The Challenge of Interpreting 'WTO-Plus ' Provisions.” *Journal of World Trade*, Vol.127. No.44, 2010, pp. 127-172.
23. Sauvart, K. P. “The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned”. *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.16. No.1, 2015, pp.11-87.
24. Stern, R. “The evolution of trade sanctions in international economic law”. *Journal of International Economic Law*, Vol.18. No.3, 2015, pp. 561-589.
25. Zhang, W. “Sovereign digital currencies and the fragmentation of the international monetary system”. *Harvard International Law Journal*, Vol.63. No.2, 2022, pp. 498-525.

### **Legislative and Policy Documents**

26. European Commission & Government of the People's Republic of China. (2020). Comprehensive Agreement on Investment (CAI) – Draft Text.
27. IMF, Review of the Method of Valuation of the SDR—Final Report, 2016.
28. International Monetary Fund (IMF). (2007–2010). People’s Republic of China: Article IV Consultation Reports (2007, 2008, 2009, 2010). IMF Country Reports No. 07/385, 08/235, 09/262, and 10/238. Washington, D.C.: International Monetary Fund.

29. International Monetary Fund (IMF). Annual Report of the Executive Board for the Financial Year Ended April 30, 1997. Washington, D.C.: International Monetary Fund. 1997.
30. International Monetary Fund (IMF). The Liberalization and Management of Capital Flows: An Institutional View. IMF Policy Paper, November 14, 2012. Washington, D.C.: International Monetary Fund. 2012.
31. Lagarde, C. IMF Adds Chinese Renminbi to SDR Basket: A Historic Milestone. International Monetary Fund. 2015. Available at: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/28/04/53/sdr121515a>
32. UNCTAD. World Investment Report 2021: Investing in sustainable recovery. United Nations Conference on Trade and Development. Retrieved from <https://unctad.org/webflyer/world-investment-report-2021>
33. World Bank & Development Research Center of the State Council, the People's Republic of China. China 2030: Building a Modern, Harmonious, and Creative Society. Washington, D.C.: World Bank. 2013.

#### Online Sources

34. <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/09/legality-capital-controls-covid-induced-retreat-financial#:~:text=distinct%20phases> [last visited: 1/4/2025]
35. <https://www.centralbanking.com/central-banks/currency/7860946/chinas-capital-controls-here-to-stay#:~:text=Since%20the%20mid,beginning%20of%20stricter%20capital%20controls> [last visited: 20/3/2025]
36. <https://www.piie.com/commentary/op-eds/why-west-should-welcome-chinese-yuans-inclusion-sdr#:~:text=The%20RMB%20is%20now%20the,for%20International%20Settlements%20in%202013> [last visited: 17/3/2025]
37. Liu, Li-Gang (2015). "Why the West Should Welcome Chinese Yuan's Inclusion into the SDR." Op-ed, Peterson Institute for International Economics (originally in South China Morning Post), June 8, 2015. Available at: <https://www.piie.com/commentary/op-eds/why-west-should-welcome-chinese-yuans-inclusion-sdr> [last visited: 17/3/2025]
38. Ma, Guonan, "Do China's capital controls still bind? Implications for monetary autonomy and capital liberalization", BIS Working Papers, No 233, 2007. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1014311](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014311)
39. <https://www.csis.org/analysis/where-chips-fall-us-export-controls-under-biden-administration-2022-2024>

## **The Splendor of International Economic Law on the Three Tools of Trade War: A Reflection on the Confrontation between China and the United States**

**Navid Zamaneh Ghadim\***

Received: 2025.02.07

Accepted: 2025.11.16

### **Abstract**

Trade wars, especially at the international level, are recognized as one of the most important economic and political challenges in relations between countries. This article analyzes the three main tools of trade war, including tariff increases, technology export bans, and protectionist policies, focusing on the economic confrontation between China and the United States. The aim of this research is to examine how the principles and rules of international economic law affect these tools and to analyze the legal challenges associated with them. Using a descriptive-analytical method, while examining documents related to the World Trade Organization and bilateral agreements such as international investment agreements, as well as the role of the International Monetary Fund and the World Bank, the article focuses in particular on legal approaches to dealing with these tools and attempts to explain the limitations and opportunities available for resolving trade disputes from the perspective of international economic law. Finally, the article, looking at the China-US trade war, presents solutions for improving legal coordination in the field of global trade. The findings indicate that institutional reforms within the World Trade Organization, the enhancement of coherence among international economic institutions, and the design of clearer mechanisms to define the boundaries of legitimacy for protective and security measures are necessary.

### **Key words:**

China-US trade war, tariff increases, technology export bans, protectionist policies, international economic law

---

\* Assistant Professor, Faculty of Humanities, Roshdiyeh Higher Education Institute, Tabriz, Iran.  
navid.zamaneh@roshdiyeh.ac.ir

## جایگاه مرور زمان، استاپل منصفانه و مهلت قانونی در دعاوی نقض حق اختراع آمریکا؛ درس‌هایی برای حقوق ایران

سیمین عباسی\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۱۹

### چکیده

بدیهی است آموزه مرور زمان در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا از جمله سازوکارهایی است که می‌تواند به ایجاد تعادل میان حقوق مخترعان و ناقضان نوآور کمک کند. با این حال، دیوان عالی در برخی آرای خود، به‌ویژه در پرونده *SCA Hygiene Products v. First Quality*، دامنه اجرای این آموزه را محدود کرده است و به‌جای آن بر نهادهایی چون استاپل منصفانه و مهلت قانونی تأکید نموده است. این رویکرد با انتقاد برخی حقوق‌دانان مواجه شده است، زیرا حذف یا تضعیف آموزه مرور زمان ممکن است تعادل میان حقوق طرفین را برهم زند. از آنجاکه حفظ تعادل میان این حقوق نقش مهمی در توسعه اقتصادی و پیشرفت کشور دارد، این مقاله به تحلیل حقوقی این موضوع پرداخته است و تلاش می‌کند الگویی مناسب ارائه نماید. پرسش اصلی این است که چگونه می‌توان با در نظر گرفتن آموزه مرور زمان، استاپل منصفانه و مهلت قانونی، تعادل میان حقوق مخترعان و ناقضان نوآور را در نظام حقوقی آمریکا برقرار کرد و چه الگوهایی می‌توان برای حقوق ایران استخراج نمود. براساس یافته‌های این مطالعه که به روش توصیفی و تحلیلی انجام شده است، آرای مذکور موافقان و مخالفانی دارد، اما به نظر می‌رسد با توجه به تفاوت عناصر، شرایط و آثار هر یک از این سازوکارها، جمع میان آنها براساس شرایط هر پرونده، جهت حفظ تعادل حقوقی، بهتر از کنار گذاشتن هر یک است. در حقوق ایران نیز با بهره‌گیری از اصول کلی حقوقی، نهادهای موجود و الگو برداری از نظام‌های پیشرفته می‌توان نمونه مناسبی تدوین و اعمال نمود.

### کلیدواژگان:

پرونده آکرمن، پرونده اس‌سی‌ای‌هایجین، پرونده پترلا، تأخیر ناعادلانه، رفتار گمراه‌کننده.

\* دانش‌آموخته دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران  
Std\_abbasi378@alumni.khu.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

حمایت مؤثر از مخترعان و هم‌زمان جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی در دعاوی ثبت اختراع، نیازمند سازوکارهای حقوقی متوازن است. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، از جمله آمریکا، ابزارهایی چون مرور زمان، مهلت قانونی و آموزه عدم تغییر موقعیت حقوقی (استاپل منصفانه) برای ایجاد این توازن به کار گرفته می‌شوند. این ابزارها مانع از آن می‌شوند که دارندگان اختراع پس از گذشت سال‌ها، علیه اشخاص یا شرکت‌هایی که به توسعه فناوری کمک کرده‌اند، طرح دعوا کنند.

باین‌حال، برخی آرای دیوان عالی آمریکا، به‌ویژه در پرونده *SCA Hygiene Products v. First Quality* مورد اعتراض پژوهشگران قرار گرفته است. در این پرونده، دیوان عالی مرور زمان را در دعاوی جبران خسارت شش‌ساله مهلت قانونی غیرقابل‌اعمال دانست و راه‌حل را صرفاً در آموزه استاپل منصفانه جست‌وجو کرد؛ رویکردی که به اعتقاد بسیاری از صاحب‌نظران، تعادل میان حمایت از مخترعان و حمایت از ناقضان نوآور را برهم زده است.

در حقوق ایران، باوجود گسترش تدریجی نظام مالکیت فکری، مقررات صریحی درباره مرور زمان، مهلت قانونی و استاپل منصفانه در دعاوی نقض اختراع پیش‌بینی نشده است. این خلأ قانونی می‌تواند زمینه‌ساز طرح دعاوی دیرهنگام یا ناعادلانه علیه شرکت‌های دانش‌بنیان و فعالان حوزه فناوری شود. از آنجاکه صنایع دانش‌بنیان در ایران به‌سرعت درحال توسعه‌اند، بهره‌گیری از تجربه نظام‌های حقوقی پیشرفته، به‌ویژه آمریکا، می‌تواند در طراحی چارچوبی منصفانه و کارآمد برای حمایت از نوآوران و مخترعان سودمند باشد.

پس از صدور رأی *SCA*، پژوهشگران آمریکایی باتوجه‌به پیامدهای این رأی، توجه بیشتری به کارآمدی این سازوکارها معطوف کردند. در حقوق ایران، اما پژوهش مستقلی درباره پرونده‌های نقض اختراع و مفاهیمی مانند مرور زمان و سازوکارهای مربوط انجام نشده است. بر این اساس، پرسش اصلی پژوهش حاضر این است که چگونه می‌توان با تکیه بر آموزه‌های مرور زمان، مهلت قانونی و استاپل منصفانه، تعادلی میان حقوق مخترعان و ناقضان نوآور در نظام حقوقی آمریکا برقرار کرد، و این آموزه‌ها چه نقشی در اصلاح و تقویت نظام حقوقی ایران می‌توانند ایفا کنند.

ساختار مقاله به‌این‌ترتیب است: ابتدا مبانی نظری و حقوقی مرور زمان، مهلت قانونی و استاپل منصفانه در حقوق آمریکا بررسی می‌شود. سپس نمونه‌هایی از پرونده‌های مهم، به‌ویژه پرونده *SCA*,

تحلیل می‌گردد. در پایان، با رویکردی تطبیقی، وضعیت حقوق ایران بررسی و قابلیت استفاده از این آموزه‌ها برای تقویت حمایت از نوآوران تحلیل می‌شود.

## ۱. مفاهیم و مبانی

در این بخش، مبانی و مفاهیم مرور زمان، استاپل منصفانه و مهلت قانونی بررسی می‌شوند تا دیدگاهی کلی نسبت به موضوع ارائه گردد.

### ۱.۱. مفاهیم

برای تبیین بهتر موضوع، ابتدا هریک از مفاهیم مرور زمان، مهلت قانونی و استاپل منصفانه توضیح داده می‌شود. در نظام قضایی آمریکا، آموزه‌های استاپل منصفانه گاهی به‌عنوان جایگزینی برای یکدیگر مورد استفاده قرار گرفته‌اند. در این بخش، تلاش می‌شود عناصر، شرایط و آثار حقوقی هر یک از این سازوکارها به‌صورت روشن بیان شود تا خواننده بتواند نقش آنها در تعادل میان حقوق مخترعان و ناقضان نوآور را درک کند.

### ۱.۱.۱. مفهوم مرور زمان

آموزه مرور زمان به‌عنوان یک اصل قضایی ابزاری برای محدود کردن دعاوی کهنه است آموزه‌ای که مقرر می‌دارد انصاف به خواهانی کمک نخواهد کرد که تأخیر غیرموجه و غیرمنطقی او، در صورت طرح دعوا، موجب زیان به خواننده می‌شود. هدف مرور زمان این است که با منع طرح دعاوی کهنه، از خواننده در برابر زیانی حمایت کند که ممکن است به دلیل تأخیر غیرمنطقی خواهان متحمل شود.<sup>۱</sup> در حقوق اختراع، آموزه مرور زمان دارندگان حق اختراع را به طرح سریع دعاوی ترغیب می‌کند، زیرا تأخیر در طرح دعوا ممکن است آنها را با خطر از دست دادن کلی یا جزئی حق جبران خسارات مواجه سازد.<sup>۲</sup> سیر تحول مرور زمان نشان می‌دهد پیش از سال ۱۹۳۸، یعنی پیش از ادغام نظام‌های جداگانه حقوق و انصاف، قاعده رایج این بود که دفاع بر مبنای مرور زمان صرفاً در دادگاه‌های انصاف قابل طرح بود. در قانون سال ۱۹۵۲، در بند دوم ماده ۲۸۲ در خصوص دفاعیات نقض از عدم قابلیت اجرا نام برده

1. DeFranco, Denise W and Nancy J. Mertz. "Brief of Amicus Curiae American Intellectual Property Law Association in Support of Neither Party, SCA Hygiene Products Aktiebolag v. First Quality Baby Products, LLC, No. 15-927". Supreme Court of the United States, July 22, 2016. Available At: <https://www.aipla.org/docs/default-source/advocacy/judicial/aippla-amicus-sca-v-first-quality.pdf>. (last visited 2025.03.02). pp. 4-5.

2. Broder, Amie N. "Comparing Apples to Apples: Importing the Doctrine of Adverse Possession in Real Property to Patent Law" *NYU Journal of Law & Liberty*. Vol.557. 2007. P.575.

می‌شود. همان‌طور که در بیانیه‌های رسمی مجلس نمایندگان کنگره ذکر شده است، دفاع از عدم قابلیت اجرا به واژه‌ای اشاره دارد که در بسیاری از آرای دادگاه‌ها به کار می‌رود. در زمان تصویب این قانون، مفهوم عدم قابلیت اجرا شامل مواردی چون مرور زمان و عدم تغییر موقعیت حقوقی (استاپل) می‌شد. برای شفاف‌سازی مفهوم قانون سال ۱۹۵۲ و اطمینان از اینکه این موارد تحت عنوان عدم قابلیت اجرا قرار می‌گیرند، یکی از نویسندگان قانون اختراعات دو سال پس از تصویب آن اظهار داشت که ماده ۲۸۲ این قانون شامل دفاعیات انصافی نظیر مرور زمان و استاپل خواهد بود.<sup>۱</sup>

آموزه مرور زمان نیازمند اثبات دو عنصر است: نخست عدم دقت از سوی طرفی که دفاع علیه او مطرح شده است؛ یعنی حق اختراع پس از تأخیر غیرمنطقی و بدون توضیح پیگیری شده باشد که سوءاستفاده فاحشی از نظام قانونی حق اختراع در شرایط کلی محسوب شود، و دوم زیان به طرفی که دفاع را مطرح کرده است.<sup>۲</sup> یعنی باید نشان داده شود که خواننده در دوره تأخیر، در فناوری مورد ادعا سرمایه‌گذاری کرده، روی آن کار کرده یا از آن استفاده کرده است.<sup>۳</sup> مخترع همچنین می‌تواند برای رد دفاع مبتنی بر مرور زمان، مدارکی ارائه کند که نشان دهد تأخیر او منطقی بوده، یا اینکه خواننده در طول دوره تأخیر هیچ‌زبانی متحمل نشده است، یا هر دو مورد به‌طور هم‌زمان صدق می‌کند.<sup>۴</sup>

آموزه مرور زمان می‌تواند حتی زمانی اعمال شود که هیچ ارتباط مستقیمی میان دارنده حق اختراع و ناقض وجود ندارد و ممکن است خواننده از وجود حق اختراع یا مالک آن بی‌اطلاع باشد. با این حال، حتی در صورت اطلاع ناقض از نقض، مرور زمان قابل دفاع است، اگر دارنده حق اختراع در طول دوره مذکور اقدامی نکرده باشد.<sup>۵</sup> گفتنی است که اثر مرور زمان از زمان وقوع نقض تا زمان طرح دعوا ادامه دارد.<sup>۶</sup>

1. Laser, Christa J. "Equitable Defenses in Patent Law". *UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW*, Vol. 75, 1, 2020, p. 33.

2. DeFranco, Denise W and Nancy J. Mertz. *op.cit.* pp. 4-5.

3. United States District Court for the Eastern District of California, " Seaboard International, Inc. v. Cameron International Corp., Case No. 1:13-CV-00281-MLH-SKO Fresno Division, Order Granting in Part and Denying in Part Plaintiff's Motion to Dismiss Counterclaims and Strike Affirmative Defenses". Available At: [https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-caed-1\\_13-cv-00281/pdf/USCOURTS-caed-1\\_13-cv-00281-5.pdf](https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-caed-1_13-cv-00281/pdf/USCOURTS-caed-1_13-cv-00281-5.pdf). p. 6.

4. Sprint Communications Company L.P. v. Comcast Cable Communications LLC, et al. Case No. 11-2684-JWL, and Sprint Communications Company L.P. v. Time Warner Cable, Inc., et al. Case No. 11-2686-JWL. United States District Court for the District of Kansas. Memorandum and Order. Available At: [https://ecf.ksd.uscourts.gov/cgi-bin/show\\_public\\_doc?2011cv2684-318.p.44](https://ecf.ksd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2011cv2684-318.p.44).

5. Broder. *Op.cit.* p.565.

6. Peñalver, Eduardo and Oskar Liivak. "The Right Not to Use in Property and Patent Law", *Cornell Law Review*, Vol. 98, 1437, 2013, p.1492.

دفاع مبتنی بر مرور زمان یک دفاع شخصی است و موجب بی‌اعتباری گواهینامه اختراع نمی‌شود. به عبارت دیگر، مخترع همچنان می‌تواند علیه اشخاص ثالث طرح دعوا کند.<sup>۱</sup> بنابراین، آموزه مرور زمان مفهومی رایج در دادگاه‌های انصاف بوده و براساس نظر برخی مفسران، در ماده ۲۸۲ قانون اختراعات سال ۱۹۵۲ آمریکا به‌عنوان دفاع قانونی برای خوانندگان در برابر نقض حق اختراع تدوین شده است. طبق این آموزه، خواننده باید تأخیر غیرموجه و غیرمنطقی خواهان را اثبات کند و نشان دهد که این تأخیر موجب زیان او شده است. در صورت اثبات این عناصر، درخواست جبران خسارت‌های پیش از طرح دعوا از سوی خواهان رد خواهد شد.

#### ۱.۱.۲. استاپل منصفانه

آموزه استاپل منصفانه در حقوق اختراع ابتدا از طریق رویه قضایی شکل گرفت و همانند مرور زمان، دفاعی با سابقه طولانی در پرونده‌های اختراع است. این آموزه به‌عنوان راهکاری مبتنی بر انصاف علیه مالکین اختراع بی‌وجدان به رسمیت شناخته شده است و به‌ویژه زمانی کاربرد دارد که گمراهی خواننده و زیان ناشی از آن به اثبات برسد.<sup>۲</sup>

اغلب مفسران معتقدند که در اواسط قرن بیستم، به‌دلیل اهمیت این آموزه، کنگره تلاش کرد؛ مانند مرور زمان، آن را در قانون اختراعات تثبیت کند؛ به‌ویژه از طریق تصویب دفاع «غیرقابل اجرا بودن» در ماده ۲۸۲ قانون اختراعات ۱۹۵۲.<sup>۳</sup>

اولین عنصر استاپل منصفانه به رفتار یا اظهارات دارنده حق اختراع مربوط است که باید به‌نحوی گمراه‌کننده اطلاعاتی منتقل کند. نقض‌کننده باید به‌واسطه این رفتار به این باور برسد که فعالیت‌های او با مزاحمت از سوی دارنده حق اختراع روبه‌رو نخواهد شد. به عبارت دیگر، دارنده حق اختراع باید رفتاری انجام دهد که ناقض به‌طور منطقی نتیجه بگیرد او قصد اقامه دعوا علیه وی ندارد. این رفتار می‌تواند شامل اظهارات خاص، اقدامات، عدم اقدام، یا حتی سکوت در شرایطی باشد که تعهدی برای اظهارنظر وجود دارد.

1. Karshedt. Dmitry. Mark D Janis and Ted M. Sichelman, 2021, "Patent Law: An Open-Source Casebook," GW Law Faculty Publications & Other Works, Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3837431](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3837431), p. 2.

2. United States District Court for the Eastern District of California, " Seaboard International, Inc. v. Cameron International Corp., Case No. 1:13-CV-00281-MLH-SKO Fresno Division, Order Granting in Part and Denying in Part Plaintiff's Motion to Dismiss Counterclaims and Strike Affirmative Defenses". Available At: [https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-caed-1\\_13-cv-00281/pdf/USCOURTS-caed-1\\_13-cv-00281-5.pdf](https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-caed-1_13-cv-00281/pdf/USCOURTS-caed-1_13-cv-00281-5.pdf). p. 6

3. Laser. *Op.cit.* pp.6-7.

علاوه بر این، ناقض ادعایی باید بر این رفتار تکیه کند و به واسطه آن دچار زیان مادی شده باشد. اگر دارنده حق اختراع بتواند دعوای خود را پیگیری کند، خواننده به شدت ضرر خواهد دید.<sup>۱</sup> دفاع مرور زمان و استاپل منصفانه شباهت‌هایی دارند و حتی عناصر مشترکی را دربرمی‌گیرند، زیرا هر دو می‌توانند مانع رسیدگی به دعوا معتبر شوند. با این حال، این دو آموزه یکسان نیستند و برای مقابله با انواع مشخصی از رفتارهای غیرمنصفانه طراحی شده‌اند. استاپل منصفانه برخلاف مرور زمان، مستلزم وجود ارتباط میان طرفین است و آگاهی ناقض از حق اختراع ادعا شده ضروری است.<sup>۲</sup> اثبات استاپل منصفانه به مراتب دشوارتر از مرور زمان است. در دفاع مرور زمان، خواننده کافی است تأخیر غیرمنطقی و غیرقابل توجیه مخترع را اثبات کند و نشان دهد که دچار زیان شده است. اما در استاپل، خواننده باید سه عنصر را ثابت کند: رفتار یا کردار گمراه‌کننده دارنده حق اختراع، تکیه ناقض بر این رفتار، و زیان ناشی از آن.

تفاوت دیگر این است که هرچند هر دو آموزه صرفاً بر قابلیت اجرای ادعای نقض تأثیر می‌گذارند و به اعتبار کلی اختراع خدش‌های وارد نمی‌کنند،<sup>۳</sup> استاپل منصفانه می‌تواند مانع پیشبرد دعوای خواهان و رد کامل دعوای جبران خسارت‌های گذشته و آینده شود.<sup>۴</sup> بنابراین، این آموزه آثار قوی‌تر و جامع‌تری برای حمایت از خواننده فراهم می‌کند، در حالی که مرور زمان عمدتاً خسارت‌های گذشته را محدود می‌کند. در مجموع، خواننده در صورت اثبات عناصر استاپل منصفانه، از کلیه ادعاهای جبران خسارت چه پیش از طرح دعوا و چه پس از آن معاف خواهد شد و دعوای خواهان رد می‌شود. شدت ضمانت اجرا در این آموزه ناشی از رفتار گمراه‌کننده خواهان است. گفتنی است که در استاپل نیازی به اثبات تأخیر غیرموجه و غیرمنطقی خواهان نیست، اما خواننده باید نشان دهد که به رفتار و گفتار گمراه‌کننده خواهان تکیه کرده و بر روی اختراع سرمایه‌گذاری نموده است.

### ۱.۱.۳ مهلت قانونی

قواعد مهلت قانونی، مشابه آموزه مرور زمان، برای تضمین عدالت به نفع خواننده وضع می‌شوند. این قواعد به خواننده اطمینان می‌دهند که پس از گذشت مدت‌زمان مشخصی، برای برخی خسارات احتمالی

1. Karshedt. Dmitry, Mark D Janis and Ted M. Sichelman. pp.65-66.

2. Broder. *Op.cit.* p.65.

3. Crain. N. Andrew. Dan R. Green, and Thomas Horstemeyer. "Morris & Associates, Inc. v. John Bean Technologies Corporation, Petition for Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit. Available At: [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-495/66897/20181015154405505\\_Petition.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-495/66897/20181015154405505_Petition.pdf). P.1.

4. DeFranco. Denise W and Nancy J. Mertzal, *Op.cit.*, pp.4-5.

مسئول شناخته نخواهد شد. هدف از این قوانین ارتقای انصاف و جلوگیری از غافلگیری‌هایی است که ممکن است از احیای دعاوی رها شده یا فراموش شده ناشی شود.<sup>۱</sup>

در قانون ثبت اختراع آمریکا مصوب ۱۹۵۲، کنگره به‌طور صریح دوره‌ای مشخص کرده است که طی آن خواهان می‌تواند برای جبران خسارت ناشی از نقض حق اختراع اقدام نماید. این بازه زمانی مطابق ماده ۲۸۶ قانون ۳۵ ایالات متحده (35 U.S.C. § 286) تعیین شده است.<sup>۲</sup> براساس این ماده، جبران خسارت برای نقض‌هایی که بیش از شش سال قبل از طرح دعوا رخ داده‌اند، امکان‌پذیر نیست. با این حال، هر عملی که در طول این شش سال انجام شود، حتی اگر پس از این مدت ادامه یابد، قابل پیگیری و مستحق خسارت خواهد بود.<sup>۳</sup>

پیش از آن نیز در سال ۱۸۹۷، کنگره قانونی تصویب کرد که مدت‌زمان مشخصی برای طرح دعاوی نقض اختراعات در دادگاه‌های انصاف تعیین می‌کرد و مشابه قانون ۱۹۵۲، هیچ سود یا خسارتی برای نقض‌هایی که بیش از شش سال قبل از طرح دعوا رخ داده باشد، قابل جبران نبود.<sup>۴</sup>

قواعد مهلت قانونی با مرور زمان تفاوت‌هایی دارند. مهلت قانونی از پیش تعیین شده و غیرقابل تغییر است، درحالی‌که اعمال مرور زمان (laches) به نظر و تشخیص قاضی وابسته است. مهلت قانونی میان تأخیرهای موجه و غیرموجه تمایزی قائل نمی‌شود و با هدف تضمین نتایج عینی و منصفانه وضع شده است،<sup>۵</sup> درحالی‌که مرور زمان به دادگاه امکان می‌دهد بین تأخیرهای موجه و غیرموجه تمایز قائل شود.

برخی صاحب‌نظران معتقدند تصویب ماده‌ای برای مهلت قانونی نشان می‌دهد که کنگره تصمیم گرفته است زمان‌بندی دعاوی را براساس یک قاعده ثابت و عمومی تعیین کند، نه از طریق تصمیم‌گیری قضایی موردی که معمولاً در دفاع مرور زمان رخ می‌دهد. در مجموع، قانون مهلت قانونی زمان مشخصی را برای دریافت جبران خسارت قانونی تعیین می‌کند و خواهان باید طی شش سال از تاریخ وقوع نقض اقدام کند. این مهلت هم به خواهان فرصت مناسبی برای پیگیری حقوق خود می‌دهد و هم از خواننده حمایت می‌کند تا ضررهای ناشی از جبران خسارت هنگفت بر سرمایه‌گذاری‌های قبلی وی کاهش یابد. برخلاف مرور زمان، این مهلت تابع نظر قضات نیست و یک قاعده قانونی مشخص است.

1. Carter, *Op.cit*, p.707.

2. DeFranco. Denise W and Nancy J. Mertzal, *Op.cit*, pp.2-3.

3. Karshedt. Dmitry. Mark D Janis and Ted M. Sichelman, *Op.cit*, pp.65-66.

4. Karshedt, Dmitry, Mark D Janis and Ted M. Sichelman, *Op.cit*, p.61.

5. DeFranco, Denise W and Nancy J. Mertzal, *Op.cit*, p.5.

## ۱.۲. مبانی

### ۱.۲.۱. مبانی حقوقی مرور زمان، استاپل منصفانه و مهلت قانونی

مرور زمان، استاپل منصفانه و مهلت قانونی هر یک از جمله نهادهای حقوقی‌اند که باهدف ایجاد تعادل میان حقوق مالک اختراع و منافع عمومی نهادینه شده‌اند. مرور زمان به‌عنوان دفاعی شکلی، مانع از مطالبه حقوق پس از گذشت مدتی مشخص می‌شود و به جلوگیری از دعاوی دیر هنگام کمک می‌کند. در حقوق آمریکا، مرور زمان به‌طور مستقل قابل استناد است و می‌تواند علیه خواهان منفع‌ال اعمال شود. استاپل منصفانه زمانی اعمال می‌شود که خواننده بتواند ثابت کند خواهان با رفتار یا اظهارات خود او را گمراه کرده و براساس این اعتماد، اقدامی کرده که منجر به زیان شده است. این نهاد از سوءاستفاده خواهان و ایجاد بی‌عدالتی جلوگیری می‌کند. مهلت قانونی توسط قانونگذار تعیین می‌شود و مدت مشخصی برای طرح دعوا در نظر می‌گیرد. مهلت قانونی فرصت کافی برای استیفای حقوق مخترع فراهم می‌کند و درعین حال از طرح دعاوی دیر هنگام جلوگیری می‌کند.

### ۱.۲.۲. مبانی اقتصادی

کارکرد اقتصادی این نهادها قابل توجه است و هدف آنها ایجاد اطمینان برای سرمایه‌گذاران و نوآوران است: مرور زمان از طریق محدود کردن دوره مطالبه، خطر سرمایه‌گذاری و برنامه‌ریزی اقتصادی شرکت‌ها و نوآوران را کاهش می‌دهد. شرکت‌ها می‌دانند که پس از مدت مشخص، امکان طرح دعوا علیه آنها محدود می‌شود و می‌توانند با اطمینان سرمایه‌گذاری کنند. استاپل منصفانه تضمین می‌کند که مخترع بتواند از رفتار فریبنده خود برای ایجاد سود نامشروع بهره‌بردار می‌کند. این امر از سرمایه‌گذاری‌های غلط جلوگیری و فضای بازار را شفاف‌تر و پیش‌بینی‌پذیرتر می‌کند. مهلت قانونی با ایجاد چارچوب زمانی مشخص، از هزینه‌های دادرسی بی‌جهت و دعاوی دیر هنگام جلوگیری می‌کند و منابع اقتصادی را به‌سمت فعالیت‌های مولد هدایت می‌کند. باتوجه به تفکیک‌پذیری و کارکرد متفاوت این سه نهاد، جمع آنها می‌تواند به ایجاد توازن میان حقوق مخترعان، منافع سرمایه‌گذاران و توسعه نوآوری کمک کند. در نبود هریک از این سازوکارها، خطر و عدم قطعیت اقتصادی افزایش می‌یابد و ممکن است منافع عمومی و نوآوران آسیب ببینند. در نتیجه، هرچند

قانون ایران هنوز مقررات مستقلی در این زمینه ندارد، می‌توان با بهره‌گیری از اصول کلی حقوقی و تطبیق تجربیات بین‌المللی، چنین تعادلی را در نظام حقوقی کشور ایجاد نمود.

## ۲. پرونده‌های مشهور

درخصوص مرور زمان، دفاع مهلت قانونی و استاپل منصفانه آرای مهمی صادر شده است که به بررسی آنها پرداخته می‌شود.

### ۲.۱. پرونده مشهور SCA<sup>۱</sup>

در اوت سال ۲۰۱۰، شرکت SCA دعوی نقض حق اختراع خود را علیه شرکت First Quality مطرح کرد. در پاسخ، خواننده دفاعیات مبتنی بر مرور زمان و استاپل منصفانه را ارائه داد و دادگاه بدوی این دفاعیات را پذیرفت.<sup>۲</sup>

پس از تجدیدنظرخواهی، محور اصلی پرونده این بود که آیا آموزه مرور زمان می‌تواند مانع جبران خسارات در دوره شش‌ساله مهلت قانونی شود. دادگاه تجدیدنظر حکم داد که مرور زمان می‌تواند مانع جبران خسارات پیش از اقامه دعوا شود که در مهلت قانونی شش‌ساله ایجاد شده‌اند،<sup>۳</sup> هرچند در رسیدن به این نتیجه اختلاف نظر شدیدی وجود داشت.

پیش از صدور رأی تجدیدنظر، دیوان عالی ایالات متحده در پرونده Petrella در صوص حقوق مالکیت ادبی و هنری حکم صادر کرده بود. با این حال، دادگاه تجدیدنظر استدلال کرد که حقوق اختراع با حقوق مالکیت ادبی و هنری متفاوت است و نگرانی‌های دیوان عالی در پرونده Petrella درخصوص تفکیک قوا در حقوق اختراع صدق نمی‌کند، زیرا کنگره به‌طور خاص دفاع مرور زمان را در قانون اختراعات تصویب کرده است. طبق تحلیل دادگاه، ماده § ۲۸۶ قانون اختراعات بازه زمانی شش‌ساله برای جبران خسارت قانونی تعیین می‌کند و ماده § ۲۸۲ مرور زمان را به‌عنوان یک دفاع قانونی در برابر جبران خسارت در نظر می‌گیرد؛ بنابراین این دو دفاع قانونی هستند و نگرانی در مورد تفکیک قوا وجود ندارد.<sup>۴</sup>

1. SCA Hygiene Products Aktiebolag v. First Quality Baby Products, LLC.

2. Congressional Research Service, Patent Law: "A Primer and Overview of Emerging Issues", Available At: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44962.p.7>.

3. Laser, *Op.cit.*, p.36.

4. Congressional Research Service, Patent Law, *Op.cit.*, p.8.

ماده ۲۸۶ با عبارت «مگر اینکه قانون به گونه‌ای دیگر مقرر کرده باشد» آغاز می‌شود و ماده ۲۸۲ در واقع استثنایی برای آن محسوب می‌شود.<sup>۱</sup>

باین‌حال، در سال ۲۰۱۷، دیوان عالی ایالات متحده در پرونده SCA تصمیم گرفت که مرور زمان در چارچوب مهلت قانونی شش‌ساله قابل‌اعمال نیست.<sup>۲</sup> دیوان عالی توضیح داد که وقتی کنگره به‌طور صریح مهلت قانونی برای طرح دعوا تعیین کرده باشد، مرور زمان نمی‌تواند قصد روشن قانونگذار را نادیده بگیرد.

باوجود این، دیوان عالی به‌طور صریح تأکید کرد که استاپل منصفانه همچنان به‌عنوان یک راه‌حل منصفانه معتبر است و می‌تواند در شرایط مناسب مانع پیشبرد دعوا یا کاهش جبران خسارت شود؛ بنابراین، پرونده SCA نشان‌دهنده اهمیت استاپل منصفانه در حفاظت از خوانده‌هاست، حتی زمانی که قوانین مهلت قانونی به‌طور صریح دوره زمانی مشخصی برای جبران خسارت تعیین کرده‌اند.

## ۲.۲. پرونده Petrella

پرونده Petrella ناشی از اختلاف در حوزه حقوق مالکیت ادبی و هنری و مربوط به یک فیلم<sup>۳</sup> بود.<sup>۴</sup> هرچند این پرونده مستقیماً به حقوق اختراع مربوط نمی‌شود، تأثیر قابل توجهی بر پرونده‌های نقض اختراع و تحلیل دفاعیات مبتنی بر مرور زمان و استاپل منصفانه داشت و به همین دلیل در این بخش ذکر می‌شود. طبق قانون، دعاوی مربوط به حقوق مالکیت ادبی و هنری دارای مهلت قانونی سه‌ساله‌اند. خواننده در پرونده ادعا کرد که تأخیر خانم Petrella در طرح دعوا به شرکت آسیب رسانده است، زیرا سرمایه‌گذاری‌های قابل توجهی برای بهره‌برداری از فیلم انجام داده است و برخی از شاهدانی که می‌توانستند به نفع او شهادت دهند، پیش از طرح دعوا فوت کرده یا دچار فراموشی شده‌اند. با توجه به تأخیر طولانی Petrella، هم دادگاه بدوی و هم دادگاه تجدیدنظر به نفع خواننده رأی دادند و پرونده به دلیل مرور زمان رد شد.<sup>۵</sup>

باین‌حال، دیوان عالی ایالات متحده حکم داد که آموزه مرور زمان برای جلوگیری از دعاوی نقض حقوق مالکیت ادبی و هنری که در چارچوب دوره زمانی سه‌ساله مهلت قانونی مطرح می‌شوند، قابل اعمال نیست. دیوان تأکید کرد که مرور زمان نمی‌تواند مانع از جبران خسارت‌های قانونی شود که مهلت

1. Karshedt. Dmitry, Mark D Janis and Ted M. Sichelman, *Op.cit*, pp.54-55.

2. Crain. N. Andrew, Dan R. Green, and Thomas Horstemeyer, *Op.cit*, p.1.

3. Raging Bull

4. Karshedt. Dmitry, Mark D Janis and Ted M. Sichelman, *Op.cit*, p.52.

5. Congressional Research Service, Patent Law, *Op.cit*, p.7.

قانونی مشخص دارند. این آموزه صرفاً در مواردی کاربرد دارد که قانونگذار برای ارزیابی به موقع بودن دعوا، راه حل قانونی تعیین نکرده باشد.<sup>۱</sup>

شایان ذکر است که دیوان عالی در این پرونده نیز بر اعتبار استاپل منصفانه به عنوان یک راه حل انصاف محور تأکید کرد. استاپل منصفانه، به ویژه در دعاوی مربوط به مالکین بی وجدان که موجب گمراهی و زیان خواننده شده اند، مدت هاست به رسمیت شناخته شده است.<sup>۲</sup> زمانی که مالک حقوق مالکیت ادبی و هنری در خودداری از طرح دعوا، اطلاعات گمراه کننده و فریبنده ارائه دهد و خواننده بر اساس آن اطلاعات، سرمایه گذاری یا اقدامات خود را انجام دهد، دکتربین استاپل می تواند تمام ادعاهای مالک و تمام طرق جبران خسارت را غیر قابل اجرا کند.<sup>۳</sup>

### ۲.۳. پرونده آکرمن<sup>۴</sup>

در این پرونده، خواهان پیش از طرح دعوا، ادعای نقض حق اختراع را به خواننده اعلام کرده بود. باین حال، بیش از هشت سال هیچ گونه ارتباطی میان طرفین برقرار نشد. در این فاصله، خواننده سرمایه گذاری گسترده ای در تجهیزات انجام داد و فعالیت تجاری خود را به شکل چشمگیری گسترش داد. دادگاه بدوی با استناد به هر دو دفاع «استاپل منصفانه» و «مرور زمان»، حکم به رد دعوی خواهان صادر کرد.<sup>۵</sup>

دادگاه تجدیدنظر نیز در سال ۱۹۹۲ این رأی را تأیید نمود. بر اساس نظر دادگاه، دفاع مرور زمان می تواند مانع مطالبه خسارت ناشی از نقض حق اختراع شود، حتی اگر دعوا در مهلت قانونی پیش بینی شده از سوی کنگره اقامه شده باشد. در استدلال دادگاه آمده بود که ماده ۲۸۲ قانون اختراعات ایالات متحده، آموزه مرور زمان را به عنوان یکی از دفاعیات پذیرفته است و ادغام قواعد حقوقی و انصاف، امکان استناد به مرور زمان را در دعاوی مربوط به خسارت فراهم می کند.<sup>۶</sup> دادگاه تصریح کرد که مرور زمان دفاعی شناخته شده ذیل ماده ۳۵ 282 U.S.C. است و مطابق دیدگاه سنتی، تنها مانع از مطالبه خسارات پیش از زمان اقامه دعوا می شود.<sup>۷</sup>

1. DeFranco, Denise W and Nancy J. Mertz, *Op.cit*, p.8.  
2. Crain. N. Andrew, Dan R. Green, and Thomas Horstemeyer, *Op.cit*, p.1.  
3. Shaffer. Molly and Van Houweling, *Op.cit*, p.554.  
4. A.C. Aukerman Co. v. R.L. Chaides Construction Co.  
5. Carter, *Op.cit*, p.705.  
6. Karshedt. Dmitry. Mark D Janis and Ted M. Sichelman, *Op.cit*, p.14.  
7. Carter, *Op.cit*, p.707.

به‌طور کلی، این پرونده و موارد مشابه نشان می‌دهند که دادگاه‌های تجدیدنظر، مرور زمان را دفاعی مستقل و درعین حال قابل جمع با دفاعیات مبتنی بر مهلت قانونی و استاپل منصفانه تلقی کرده‌اند. باین حال، دیوان عالی در پرونده *SCA* تأکید کرده است که در صورت تعیین مهلت قانونی از سوی قانونگذار، امکان استناد به دفاع مرور زمان وجود ندارد و نمی‌توان حقوق قانونی مخترع در طرح دعوا را نادیده گرفت.

### ۳. تحلیل پرونده *SCA*

پرونده *SCA* از دید بسیاری از حقوق دانان نقطه عطفی در رویه دادگاه‌های ایالات متحده در حوزه اختراعات تلقی می‌شود؛ به باور برخی مفسران، این رأی نظم و هماهنگی میان آموزه‌های «مرور زمان» و «استاپل منصفانه» را بر هم می‌زند. باین حال، رأی صادره موافقان و مخالفانی دارد که در ادامه به دیدگاه‌های آنان اشاره می‌شود.

#### ۳.۱. نظر موافقان رأی دیوان

طرفداران رأی دیوان عالی بر این باورند که رعایت هماهنگی حقوقی، احترام به قانون و اهداف سیاستگذاری در نظام ثبت اختراع ایجاب می‌کند که «مرور زمان» به‌عنوان مانعی برای مطالبه خسارت شناخته نشود. به اعتقاد آنان، همان‌طور که در پرونده *Petrella* نیز تصریح شده است، وقتی قانونگذار برای طرح دعوا مهلت مشخصی تعیین کرده است، نیازی به ایجاد قاعده‌ای موازی تحت عنوان مرور زمان وجود ندارد.<sup>۱</sup> از این منظر، دیوان عالی با این حکم کوشیده است نظام ثبت اختراع را با سایر حوزه‌های حقوق فدرال همسو سازد.<sup>۲</sup>

بر اساس این نظر، ماده ۲۸۶ قانون اختراعات ایالات متحده (35 U.S.C. § 286) با تعیین یک بازه زمانی مشخص برای طرح دعاوی خسارت، فضای مناسبی در اختیار خواهان قرار می‌دهد تا پس از اطلاع از نقض احتمالی، با دقت و آرامش تصمیم بگیرد. این بازه زمانی به او فرصت می‌دهد تا موضوع را بررسی کند، با وکیل مشورت نماید، با خواننده وارد مذاکره شود و امکان حل و فصل دوستانه اختلاف را ارزیابی کند.<sup>۳</sup> در مقابل، اگر مرور زمان بر این بازه قانونی تحمیل شود، عملاً فرصت کافی از خواهان

1. DeFranco. Denise W and Nancy J. Mertzal, *Op.cit.*, pp.2-3.

2. Holbrook, *Op.cit.*, p.16.

3. DeFranco. Denise W and Nancy J. Mertzal, *Op.cit.*, p.9.

سلب می‌شود و او ناچار می‌گردد صرفاً به منظور جلوگیری از انقضای مهلت، به سرعت طرح دعوا کند. چنین وضعی برخلاف هدفی است که کنگره صراحتاً در ماده ۲۸۶ دنبال کرده است.<sup>۱</sup> علاوه بر این، موافقان استدلال می‌کنند حتی اگر ماده ۲۸۲ (1) (b) دفاع مرور زمان را شامل شود، این به معنای امکان استفاده از آن برای جلوگیری از طرح دعوی خسارت در محدوده زمانی مقرر در ماده ۲۸۶ نیست. به نظر آنان، چنین تفسیری امری نامتعارف و تقریباً بی‌سابقه خواهد بود؛ زیرا منطقی نیست کنگره در قانون اختراعات هم مهلت قانونی مستقل و هم مقرره‌ای موازی برای مرور زمان وضع کرده باشد.<sup>۲</sup> در نتیجه، موافقان بر این عقیده‌اند که عدم پذیرش مرور زمان در بازه قانونی مقرر، رأی دیوان عالی را با پرونده‌های مشابه در حوزه مالکیت ادبی و هنری هماهنگ می‌سازد. به باور آنان، این رویکرد به مخترعان اطمینان خاطر بیشتری برای استفاده از حق اقامه دعوا می‌دهد و اجرای مؤثرتر حقوق ایشان را تضمین می‌کند.

### ۳.۲. نظرات مخالفان رأی دیوان

مخالفان رأی دیوان عالی بر این باورند که با صدور این حکم، تعادل میان دفاعیات انصاف‌محور - از جمله مرور زمان، استاپل منصفانه و مهلت قانونی - مختل شده و نظم سنتی این حوزه تحت تأثیر قرار گرفته است. هریک از این دفاعیات سابقه طولانی در پرونده‌های اختراع دارند و به رفع چالش‌های ویژه در این حوزه کمک می‌کردند.

به عقیده آنان، ممنوعیت کامل استفاده از مرور زمان به عنوان دفاع در برابر خسارات نقضی که طی شش سال پیش از ثبت دادخواست رخ داده، شکافی در حمایت از خوانندگان ایجاد کرده است. حذف این امکان به این معناست که هیچ‌یک از دفاعیات قانونی یا انصاف‌محور نمی‌تواند خوانندگان را در برابر مخترعان که با تأخیر غیرموجه و سوءاستفاده از فرصت‌ها زیان ایجاد می‌کنند، به طور کامل محافظت کند.<sup>۳</sup> مخالفان تأکید می‌کنند که حتی با وجود مهلت قانونی در قانون ۱۹۵۲، هنوز چالش‌هایی باقی است. نادیده گرفتن پیشینه حقوقی آموزه مرور زمان ممکن است شکافی جدید در نظام ثبت اختراع ایجاد کند و پیامدهای حقوقی ناعادلانه‌ای به همراه داشته باشد.<sup>۴</sup> شرایط خاص هر پرونده ممکن است ایجاب کند که حتی طرح دعوا در سال پنجم نیز دیر هنگام باشد؛<sup>۵</sup> بنابراین دفاع مرور زمان باید در چنین مواردی پذیرفته شود.

1. DeFranco, Denise W and Nancy J. Mertz, *Op.cit*, p.10.

2. Karshedt, Dmitry. Mark D Janis and Ted M. Sichelman, *Op.cit*, pp.54-55.

3. Carter, *Op.cit*, p.720.

4. Karshedt, Dmitry. Mark D Janis and Ted M. Sichelman, *Op.cit*, p.59.

5. DeFranco, Denise W and Nancy J. Mertz, *Op.cit*, p.13.

وقتی خواننده اقداماتی انجام می‌دهد که ادعای قانونی نقض ایجاد می‌کند، اغلب پیش از آن تصمیمات تجاری و فناوری مهمی اتخاذ شده است که او را در موقعیت ضعیفی نسبت به مخترع بی‌وجدان قرار می‌دهد.<sup>۱</sup> بدون وجود مرور زمان، ناقضان نوآور هیچ حمایتی در برابر ادعاهای دیر هنگامی که موفقیت تجاری آنها را به چالش می‌کشد، نخواهند داشت.<sup>۲</sup>

مخالفان همچنین بر این باورند که آموزه استاپل منصفانه در دعاوی اختراع به‌طور کامل قابل اجرا نیست. استاپل منصفانه نیازمند وجود ارتباط مستقیم میان خواهان و خوانده و اتکا به رفتار گمراه‌کننده خواهان است،<sup>۳</sup> اما در بسیاری از پرونده‌های اختراع، این عناصر موجود نیستند. در شرایطی که شواهد به نفع خواننده از بین رفته است یا خواننده در محصول ناقص سرمایه‌گذاری کرده باشد، استاپل نمی‌تواند جایگزین مرور زمان شود.<sup>۴</sup>

سابقه قضایی نیز نشان می‌دهد که پیش از تصویب قانون ۱۹۵۲، همه دادگاه‌های تجدیدنظر بر این باور بودند که مرور زمان می‌تواند مانع از جبران خسارات شود. حتی پس از تصویب قانون، بسیاری از دادگاه‌ها معتقد بودند که این دفاع در مهلت قانونی نیز قابل اعمال است.<sup>۵</sup> برخی مخالفان حتی پیشنهاد می‌کنند در صورت کوتاهی مخترعان منفعلی یا بی‌وجدان، حق خودکار به ناقص منتقل شود تا مخترع مجبور شود فوراً اقدام کند یا خطر از دست دادن کامل حقوق مالکیت فکری را بپذیرد.<sup>۶</sup>

در نتیجه، مخالفان بر این نظرند که عدم اعمال مرور زمان در مهلت قانونی موجب از دست رفتن کارکرد این آموزه در حمایت از سرمایه‌گذاران و ناقضان نوآور شده است. آنان جمع میان قواعد مرور زمان، مهلت قانونی و استاپل منصفانه را مطلوب‌تر می‌دانند؛ چراکه هر یک شرایط و آثار خاص خود را دارند و به رفع چالش‌های ویژه‌ای کمک می‌کنند. به این ترتیب، اگر خواننده در مهلت قانونی ثابت کند که تأخیر خواهان موجب زیان شده است، می‌تواند از جبران خسارت معاف شود و در مقابل خواهان نیز می‌تواند توجیه منطقی برای تأخیر ارائه کند. چنین رویکردی حقوق طرفین را به‌طور متوازن حمایت می‌کند و با هدف قانونگذار یعنی حمایت متعادل از مخترعان و ناقضان نوآور همسو است.

1. Peñalver, Eduardo and Oskar Liivak, *Op.cit*, 1492.

2. Congressional Research Service. Patent Law, *Op.cit*, p.12.

3. Carter, *Op.cit*, p.720.

4. Congressional Research Service. Patent Law, *Op.cit*, p.555.

5. Waxman. Seth P, "May You Live in Interesting Times: Patent Law in the the Supreme Court", *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, Vol. 17, No.1, 2018. pp. 225.

6. Broder, *Op.cit*, p.765.

#### ۴. تطبیق موضوع با وضعیت حقوقی ایران

نهادهای مرور زمان، استاپل منصفانه و مهلت قانونی در بسیاری از کشورهای دیگر وجود دارند، هرچند شکل و کاربرد آن‌ها متفاوت است. به‌عنوان نمونه در نظام حقوق نوشته فرانسه مهلت قانونی معمولاً به‌صورت Prescription تعریف می‌شود و محدودیت زمانی مشخصی برای طرح دعوا یا مطالبه حق ایجاد می‌کند و هدف اصلی آن حفظ امنیت حقوقی، جلوگیری از دعاوی دیرهنگام و کاهش نااطمینانی اقتصادی است. این مهلت به‌عنوان ابزاری قانونی برای ایجاد تعادل میان طرفین و جلوگیری از دعاوی دیرهنگام عمل می‌کند. نهاد Equitable Estoppel در حقوق کامن لا شکل کلاسیک دارد. در نظام حقوقی فرانسه نیز در سال‌های اخیر به‌ویژه از سال ۲۰۱۱ مفهوم principe de l'estoppel مورد توجه مراجع قضایی کشور فرانسه قرار گرفته است هرچند به‌دلیل سابقه تاریخی به‌صورت محدود از آن استفاده می‌شود. در حقوق اختراع فرانسه مهلت قانونی پنج‌ساله برای مخترعان در دعاوی نقض از تاریخ اطلاع نوعی یا شخصی پیش‌بینی شده است.

در حقوق ایران عدم وجود این سازوکارها ناقضان را مدام در معرض دعاوی قرار می‌دهد و هزینه خطرات قانونی را بالا می‌برد.<sup>۱</sup> اهمیت سازوکارهایی مانند مرور زمان چنان است که حتی باوجود غیرمشروع دانستن مرور زمان از سوی اکثریت شورای نگهبان، در برخی قوانین خاص، قانونگذار عدم انجام عملی را در مدت معین را اعراض تلقی نموده و به‌نوعی مرور زمان را مشروعیت بخشیده است.<sup>۲</sup>

در قانون مالکیت صنعتی مصوب ۱۴۰۳ ایران، هیچ ماده‌ای به‌طور مستقیم به نهادهای مرور زمان، مهلت قانونی یا استاپل منصفانه اختصاص نیافته است. به‌نظر می‌رسد قانونگذار ایران برای جلوگیری از ایراد شورای نگهبان، وارد بحث مرور زمان نشده است. باین‌حال، برخی اساتید حقوق معتقدند شورای نگهبان مخالفتی با مرور زمان در خصوص مزایایی ندارد که در شرع به صراحت نیامده است و در حقیقت منطقه الفراغ هستند.<sup>۳</sup> به‌عبارت‌دیگر، حقوق مالکیت فکری در منابع شرعی به‌طور مستقیم مورد اشاره قرار نگرفته است و فقهای بزرگ ایجاد چنین مقرراتی را به‌دلیل مصالح عمومی و اقتصادی کشور مجاز

۱. نوری، جعفر، و عبدالرشید آخوندی، «تحلیل اقتصادی حقوق در باب مرور زمان»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، د.

۲. ش. ۵، زمستان ۱۳۹۲، ص. ۵۸.

۲. صدیقی، علیرضا و ابوالحسن مجتهد سلیمانی، «نقش مرور زمان در ایجاد و تثبیت نهاد مالکیت (مطالعه تطبیقی حقوق اسلام، ایران و انگلستان)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، د. ۲۴، ش. ۱، بهار ۱۳۹۹، ص. ۱۰۹.

۳. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، ج. ۶، تهران: سمت، ۱۳۸۱، ص. ۱۷۲.

دانسته‌اند. بر این اساس، نهادهایی مانند مرور زمان، مهلت قانونی و استاپل منصفانه می‌توانند به منظور ایجاد تعادل میان حقوق مخترعان و ناقضان نوآور و نیز توسعه اقتصادی کشور مفید باشند و قانونگذار می‌تواند از آنها بهره‌برداری کند.

تا زمان تصویب قوانینی صریح در خصوص موضوعات مورد بحث می‌توان از مفاد قانون حمایت مالکیت صنعتی جهت ایجاد تعادل میان حقوق مخترعان و ناقضان استفاده است؛ به‌عنوان مثال بر اساس قانون حمایت از مالکیت صنعتی مصوب ۱۴۰۳، مقرراتی درباره عدم استفاده از اختراع وجود دارد که می‌تواند تا حدی نزدیک به فلسفه استاپل منصفانه تلقی شود. مطابق بند ۵ ماده ۶۷، اگر چهار سال از تاریخ تسلیم اظهارنامه اختراع یا سه سال از تاریخ ثبت اختراع هر کدام طولانی‌تر باشد گذشته است و دارنده گواهینامه بدون عذر موجه اقدام مؤثری برای ساخت یا استفاده از آن در ایران انجام نداده باشد، دادگاه می‌تواند نسبت به ابطال گواهینامه اختراع اقدام کند. این حکم نشان می‌دهد که قانونگذار ایرانی، کوتاهی در بهره‌برداری از اختراع را به‌عنوان رفتاری غیرقابل قبول تلقی کرده و برای آن ضمانت اجرای شدید، یعنی ابطال گواهینامه در نظر گرفته است. در نتیجه، مالک اختراعی که برای مدت طولانی از حق خود استفاده نکرده است، عملاً حق ندارد بعداً به زیان اشخاص ثالث به حقوق خود استناد کند. هر چند مبنای این حکم در ایران یک نص قانونی صریح است و مبتنی بر قاعده انصاف‌محور نیست، اما از نظر کارکردی می‌توان آن را مشابه استاپل منصفانه دانست؛ چرا که در هر دو حالت، سکوت یا بی‌عملی طولانی صاحب حق مانع از آن می‌شود که وی بتواند در آینده با استناد به همان حق، وضعیت حقوقی دیگران را متزلزل سازد.

همچنین ماده ۶۲ قانون مالکیت صنعتی، موارد زوال حقوق انحصاری اختراع را مشخص کرده است و ماده ۶۳ اثر اعمال اعراض را تعیین می‌کند. براساس این مواد، پس از زوال حقوق انحصاری، هر شخص می‌تواند در چارچوب مقررات مربوط، از اختراع بهره‌برداری کند. قانونگذار ایران می‌تواند از این ماده برای اعمال مفهوم استاپل منصفانه بهره‌گیرد؛ به‌ویژه زمانی که خواهان با اعمال یا رفتار گمراه‌کننده خود، خواننده را به سرمایه‌گذاری بیشتر وادار می‌کند و نقض اختراع ادامه می‌یابد. در این شرایط، اعمال این ماده می‌تواند حمایت مؤثری از ناقضان فریب‌خورده، مجوز گیرندگان و سایر ذی‌نفعان بازار فراهم کند.

باوجود فقدان مقررات صریح، در حقوق ایران نهادهایی در قواعد و نظام حقوقی ایران وجود دارد که می‌توانند تا حدی عملکرد مشابه را ایفا کنند. از جمله، قاعده سوءاستفاده از حق که در پرونده‌های نقض اختراع قابلیت کاربرد دارد. اگر مخترع با تأخیر غیرموجه در اجرای حقوق خود، موجب ضرر خواننده شود،

دادگاه می‌تواند بر اساس اصل عدم سوءاستفاده از حق، دعوی وی را رد کند. همچنین، قواعد اقدام و لاضرر می‌توانند برای خواننده مفید باشند تا با اثبات زیان ناشی از تأخیر غیرمنطقی خواهان، از محکومیت به خسارات نقض رهایی یابد. بر این اساس، هرگونه اقدام خواهان که زیان غیرموجه به خواننده وارد کند، تحت شمول این قواعد قابل مقابله است.

نهادهای دیگری نیز در حقوق ایران وجود دارند که می‌توانند مفاهیم مشابه مهلت قانونی را شبیه‌سازی کنند. برای مثال، در مطالبه خسارات نقدی یا چک، قانونگذار زمان‌های مشخصی را برای طرح دعوا تعیین کرده است. در حوزه اختراعات، قانونگذار می‌تواند مشابه نظام حقوقی آمریکا، خسارات مربوط به دوره‌ای بیش از شش سال پیش از اقامه دعوا را مشمول محدودیت نماید و بدین ترتیب مهلت قانونی مشخصی برای خواهان ایجاد کند.

هر چند نهادهای فوق و قواعدی مانند غرور و قاعده حقوقی منع انکار پس از اقرار نشان می‌دهند می‌توان از امکان استناد به این نهادها در فرایند قضایی ایران بهره برد؛ ولی نمی‌توان این اطمینان را به وجود آورد که به‌طور قطع و بدون تصریح قانونگذار بر روابط در جامعه ایران حاکم خواهد بود.<sup>۱</sup> ضمن اینکه باید توجه داشت نهادهایی که در حقوق اسلام وجود دارد؛ مانند غرور دارای مبانی و اثر متفاوتی در مقایسه با نهادهایی مانند استاپل برخوردارند. به‌عنوان نمونه استاپل بر حفظ وضعیت سابق تأکید دارد؛ ولی طبق قاعده غرور غار باید جبران خسارت کند؛ بنابراین نمی‌توانند کارکردهایی دقیقاً مشابه داشته باشند.<sup>۲</sup>

وضعیت نوآوری در کشور مستلزم آن است که قانونگذار هم زمان که از مخترعان حمایت کند فضای ایمن حقوقی برای نوآرانی فراهم سازد که با پذیرش خطر، سرمایه‌گذاری کرده‌اند و موجب اشتغال و توسعه اقتصادی شده‌اند. فقدان حمایت به‌موقع قانونگذار از نوآوران، به‌ویژه زمانی که مخترعان فراتر از حقوق خود از سرمایه و سود خواننده بهره‌مند شوند، می‌تواند وضعیت بگرنجی برای کشور ایجاد نماید.

در نهایت، می‌توان گفت قانونگذار می‌تواند با الهام از تجارب نظام‌های پیشرفته، به‌ویژه نظام حقوقی آمریکا، قواعد متعادل و مناسبی برای حفظ منافع مخترعان و ناقضان نوآور وضع کند. تا آن زمان، قضات

۱. مشایخی، ستار، و حمیدرضا آدابی، «گستره و ویژگی‌های قاعده استاپل در حقوق عمومی داخلی»، مجله بین‌المللی پژوهش ملل، د. ۴، ش. ۴۰، فروردین ۱۳۹۸، ص. ۸۷.  
۲. پورسید، بهزاد و رسول آقاداتاشی، «تشابه و تمایز قاعده استاپل با قاعده غرور و اقرار»، آموزه‌های حقوقی گواه، د. ۳، ش. ۲ (شماره پیاپی ۵)، آبان ۱۳۹۶، ص. ۱۲۳.

می‌توانند با استناد به اصول کلی حقوقی و تطبیق قواعد خارجی با حقوق داخلی، فضای ایمن حقوقی برای اهداف حق اختراع ایجاد کنند و هم‌زمان از سرمایه‌گذاران و نوآوران حمایت نمایند.

### نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی آمریکا، مرور زمان در دعاوی نقض حق اختراع همراه با نهادهایی مانند مهلت قانونی و استاپل منصفانه نقش مهمی در ایجاد تعادل میان حقوق دارندگان اختراع و منافع عمومی ایفا می‌کند. هریک از این سازوکارها کارکرد ویژه‌ای دارد و نباید به دلیل وجود نهاد دیگر، بدون توجه به شرایط خاص هر پرونده کنار گذاشته شود. در ایران، باوجود فقدان مقررات مشخص در این زمینه، می‌توان با استفاده از اصول کلی حقوقی و تجربه نظام‌های پیشرو، قواعدی برای تعیین مرور زمان و سایر موانع طرح دعوا در دعاوی حق اختراع تدوین کرد که هم حقوق مخترعان را تضمین کند و هم امنیت حقوقی برای شرکت‌های فناوری و عموم مردم فراهم نماید.

در حقوق آمریکا خواننده می‌تواند با اثبات تأخیر غیرموجه و غیرمنطقی خواهان و زبانی که از این تأخیر متحمل شده است، مانع از مطالبه خسارات مربوط به دوره پیش از طرح دعوا شود. این رویکرد باهدف ایجاد تعادل میان حقوق مخترعان و ناقضان و جلوگیری از طرح دعاوی دیر هنگام و ناعادلانه طراحی شده است.

استاپل منصفانه نیز در حقوق آمریکا به‌عنوان دفاعی در دعاوی نقض حق اختراع اعمال می‌شود. وقتی که خواننده بتواند ثابت کند خواهان با رفتار یا اظهارات خود او را گمراه کرده، وی به این رفتار اتکا کرده و در نتیجه متحمل زیان شده است. در چنین شرایطی، خواننده از جبران تمام خسارات، چه قبل و چه بعد از طرح دعوا، معاف می‌شود و ادعای خواهان رد خواهد شد.

مهلت قانونی شش‌ساله در حقوق آمریکا، فرصت مشخص قانونی برای طرح دعاوی خسارت از سوی خواهان فراهم می‌کند و هم‌زمان از خواننده در برابر دعاوی دیر هنگام حمایت می‌کند. برخلاف مرور زمان، مهلت قانونی صراحتاً توسط قانونگذار تعیین می‌شود و وابسته به نظر قضات نیست.

رویه دادگاه‌های تجدیدنظر آمریکا نشان می‌دهد که مرور زمان به‌عنوان دفاعی مستقل تلقی می‌شود و می‌توان آن را هم‌زمان با دفاعیات مربوط به مهلت قانونی و استاپل منصفانه مطرح کرد. با این حال، دیوان عالی آمریکا، به‌ویژه در پرونده SCA، تصریح کرده که وقتی قانونگذار مهلت قانونی تعیین کرده است، استناد به دفاع مرور زمان مجاز نیست و حقوق قانونی مخترع نباید نادیده گرفته شود.

طرفداران عدم اعمال مرور زمان در مدت مهلت قانونی معتقدند این رویکرد همسو با رویه دیوان عالی در حوزه مالکیت ادبی و هنری است و امنیت حقوقی بیشتری برای مخترعان فراهم می‌کند. اما مخالفان بر این باورند که چنین رویکردی کارکرد اصلی مرور زمان را در حمایت از سرمایه‌گذاران و ناقضان نوآور تضعیف می‌کند و مرور زمان حتی در طول مهلت قانونی علیه خواهان‌های منغل قابل اعمال است.

باتوجه به تفاوت کارکرد مرور زمان، مهلت قانونی و استاپل منصفانه، ترکیب این قواعد در صورت امکان، مطلوب‌تر خواهد بود. اگر خواننده در مدت مهلت قانونی ثابت کند تأخیر خواهان به او زیان رسانده است، می‌تواند از جبران خسارت معاف شود؛ درحالی‌که خواهان نیز می‌تواند دلایل موجه برای تأخیر ارائه دهد. این رویکرد تعادل حقوقی میان طرفین را حفظ می‌کند و با هدف قانونگذار در حمایت متوازن از مخترعان و ناقضان نوآور سازگار است.

هرچند قانون مالکیت صنعتی ایران فعلاً سازوکارهای مرور زمان، مهلت قانونی و استاپل منصفانه را ندارد و به نظر می‌رسد قانونگذار پیشین تمایل به ورود به این نهادها نداشته است، اما باتوجه به مصلحت و ضرورت، قانونگذار ایران می‌تواند با اقتباس و تطبیق نهادهای خارجی، قواعد مناسبی در این حوزه وضع کند. تا آن زمان، قضات می‌توانند با استفاده از اصول حقوقی و تجربیات کشورهای پیشرفته مانند آمریکا، فضای حقوقی امنی در حوزه اختراعات ایجاد کنند و ضمن حمایت از حقوق مخترعان، از سرمایه‌گذاران نیز حفاظت نمایند.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد دروجه حامل و چک)**، ج ۶، تهران: سمت، ۱۳۸۱.

#### مقاله

۲. پورسید، بهزاد و رسول آقاداتاشی، «تشابه و تمایز قاعده استاپل با قاعده غرور و اقرار»، *آموزه‌های حقوقی گواه*، د. ۳، ش. ۲ (شماره پیاپی ۵)، آبان ۱۳۹۶، صص. ۹۷-۱۲۶. ۱۰. ۰۴۹۷

LEG.2017.2648. <https://doi.org//>

۳. صدیقی، علیرضا و ابوالحسن مجتهد سلیمانی، «نقش مرور زمان در ایجاد و تثبیت نهاد مالکیت (مطالعه تطبیقی حقوق اسلام، ایران و انگلستان)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، د. ۲۴، ش. ۱، بهار ۱۳۹۹، صص. ۸۷-۱۲۱. <https://doi.org/10.22516/1399.24.1.20>
۴. مشایخی، ستار، و حمیدرضا آدابی، «گستره و ویژگی‌های قاعده استاپل در حقوق عمومی داخلی»، مجله بین‌المللی پژوهش ملل، د. ۴، ش. ۴۰، فروردین ۱۳۹۸، صص. ۶۹-۸۸. <https://doi.org/10.30497/leg.2017.2648>
۵. نوری، جعفر و عبدالرشید آخوندی، «تحلیل اقتصادی حقوق در باب مرور زمان، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، د. ۲، ش. ۵، زمستان ۱۳۹۲، صص. ۳۵-۶۰»

## References

### Books

1. Skini, Rabiah, **Commercial Law (Bill of Exchange, Promissory Note, Warrant, Bearer Bonds, and Cheque)**, 6th ed, Tehran: Samt, 2002. (in Persian)

### Articles

2. Broder, Amie N., "Comparing Apples to Apples: Importing the Doctrine of Adverse Possession in Real Property to Patent Law", *NYU Journal of Law & Liberty*, Vol. 557, 2007, pp. 557-598.
3. Carter, Cody M., "Filling the Gap Left by SCA Hygiene Prods. Aktiebolag v. First Quality Baby Prods., LLC: The Role of Equitable Estoppel in Patent Law", *Baylor Law Review*, Vol. 72, No. 3, 2020, pp. 695-720.
4. Holbrook, Timothy R., "The Supreme Court's Quiet Revolution in Induced Patent Infringement", *Notre Dame Law Review*, Vol. 91, No. 3, 2016, pp. 1007-1044.
5. Karshtedt, Dmitry, Mark D. Janis, and Ted M. Sichelman, "Patent Law: An Open-Source Casebook", GW Law Faculty Publications & Other Works, 2021. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3837431](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3837431). (Last visited on: 02/03/2025).
6. Laser, Christa J., "Equitable Defenses in Patent Law", *University of Miami Law Review*, Vol. 75, No. 1, 2020, pp. 1-75.
7. Mashaikhi, Satar, and Hamidreza Adabi, "Scope and Characteristics of the Estoppel Rule in Domestic Public Law", *International Journal of Nations Research*, Vol. 4, No. 40, Farvardin 2019, pp. 69-88. <https://doi.org/10.30497/leg.2017.2648> (in Persian)
8. Nouri, Jafar, and Abdurashid Akhundi, "Economic Analysis of Law on limitation (laps of time)", *Private Law Research Quarterly*, Vol. 2, No. 5, Winter 2013, pp. 35-60. (in Persian)
9. Peñalver, Eduardo and Oskar Liivak, "The Right Not to Use in Property and Patent Law", *Cornell Law Review*, Vol. 98, 2013, pp. 1437-1494.
10. PoorSeyed, Behzad, and Rasoul Aghadadashi, "Similarity and dissimilarity of Promissory Estoppel Doctrine to Misleading Rule and Confession", *Bi-quarterly Journal Govah Legal Education Article 4*, Vol.3, No.2 (Serial 5), Autumn & Winter 201۷, pp. 97-126. <https://doi.org/10.30497/LEG.2017.2648> (in Persian)
11. Sedighi, Alireza, and Abolhasan Mojtahed Soleimani, The role of prescription rules in the establishment and consolidation of the ownership entity a comparative study of Islam, Iran and the English Law *Comparative Law*

*Researches Quarterly*, Vol. 24, No. 1, Spring 2020, pp. 87-121.  
<https://doi.org/20.1001.1.22516751.1399.24.1.2.0>. (in Persian)

12. Shaffer, Molly and Van Houweling, "Equitable Estoppel and Information Costs in Contemporary Copyright", *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 23, No. 2, 2019, pp. 553-570.
13. Waxman, Seth P., "May You Live in Interesting Times: Patent Law in the Supreme Court", *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, Vol. 17, No. 1, 2018, pp. 213-225.

### Online Resources

14. Congressional Research Service, "Patent Law: A Primer and Overview of Emerging Issue.," Available at: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44962>. (Last visited 02/03/2025).
15. Crain, N. Andrew, Dan R. Green, and Thomas Horstemeyer, "Morris & Associates, Inc. v. John Bean Technologies Corporation, Petition for Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit", Available at: [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-495/66897/20181015154405505\\_Petition.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-495/66897/20181015154405505_Petition.pdf). (Last visited 02/03/2025).
16. DeFranco, Denise W. and Nancy J. Mertz, "Brief of Amicus Curiae American Intellectual Property Law Association in Support of Neither Party, SCA Hygiene Products Aktiebolag v. First Quality Baby Products, LLC, No. 15-927", Supreme Court of the United States, July 22, 2016. Available at: <https://www.aipla.org/docs/default-source/advocacy/judicial/aipla-amicus-sca-v-first-quality.pdf>. (Last visited 02/03/2025).
17. Peters, Diane M., "Understanding Patent Pledges: An Overview of Legal Considerations." Available at: [https://patentcommons.org/publications/OSDL\\_Whitepaper\\_Final\\_final\\_4-12-06.pdf](https://patentcommons.org/publications/OSDL_Whitepaper_Final_final_4-12-06.pdf). (Last visited 02/03/2025).
18. Sprint Communications Company L.P. v. Comcast Cable Communications LLC, et al. Case No. 11-2684-JWL, and Sprint Communications Company L.P. v. Time Warner Cable, Inc., et al. Case No. 11-2686-JWL. United States District Court for the District of Kansas. Memorandum and Order. Available at: [https://ecf.ksd.uscourts.gov/cgi-bin/show\\_public\\_doc?2011cv2684-318](https://ecf.ksd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2011cv2684-318). (Last visited 02/03/2025).

## **The Role of Laches, Equitable Estoppel and Statute of Limitations in Patent Infringement Litigation under U.S Law: Lessons for Iranian Law**

**Simin Abbasi\***

Received: 2025.12.08

Accepted: 2024.12.4

### **Abstract**

Undoubtedly, the doctrine of laches is employed in U.S. law as a tool to balance the rights of patent holders and patent infringers. However, certain decisions, such as the U.S Supreme Court's decision in SCA, have disregarded this doctrine in favor of others, such as equitable estoppel and statutory limitations, which some believe have disrupted this balance. Given that maintaining equilibrium between the rights of patent holders and infringers plays a crucial role in economic development and national progress, this article aims to provide a legal analysis of this issue and propose an appropriate framework. The main research question is: How can a balance be established between the rights of patent holders and innovative infringers in the U.S. legal system by considering the doctrines of laches, equitable estoppel, and statutory limitations? Additionally, what model can be proposed for Iranian law? Based on the findings of this study, which adopts a descriptive-analytical approach, the aforementioned decisions have both supporters and critics. However, given the distinct elements, conditions, and effects of each of these mechanisms, combining them in legal cases based on specific circumstances is preferable to discarding any of them in order to maintain a fair balance between the rights of patent holders and infringers. Similarly, in Iranian law, a suitable model can be developed and implemented by utilizing existing legal principles, institutional frameworks, and drawing insights from advanced legal systems.

### **Keyword:**

Aukerman, misleading behaviour, Petrella, SCA, unjust delay.

---

\* Ph.D., Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran. Std\_abbasi378@alumni.khu.ac.ir



**Contents:**

<b>The Correct Index Used in Calculating Late Payment Damages (Annual or Yearly Avarage)</b>	
Bagher Shamloo-Amirhossein Hemmati-Hani Hajian-Sara Dowlatnia.....	40
<b>Legal Requirements of the Capital Adequacy Ratio and the Central Bank Supervision in Protecting Depositors' Rights and Strengthening Public Confidence</b>	
Sedigheh Gharloghi-Ebrahim Abdipour Fard-Alireza Dabirnia-Seyed Hadi Arabi69	
<b>Feasibility of Fulfilling the Function of a Document of Title in Blockchain Bills of Lading</b>	
Mostafa Elsan-Mohammadreza Hazeghi Aghdam .....	97
<b>The Impact of the Production and Infrastructures Financing Law on Using of Digital Assets as Security</b>	
Nasrin Tabatabai Hesari-Ghazaleh Sahranavard.....	126
<b>Depositing or Receiving Funds from an Account of a Person other than the party to the Transaction; an Instance of Money Laundering or Criminalization outside Jurisdiction</b>	
Fazlollah Foroughi-Zahra Bazoband.....	148
<b>The Application of the Articles on State Responsibility and the Emergence of a Subsystem of Responsibility in Investor–State Treaty Arbitration: Rethinking Admissibility of Claims</b>	
Mirshahbiz Shafe-Niloufar Nazaryani.....	175
<b>Algorithmic Arbitration and Digital Judicial Development: The Future of Dispute Resolution in the Age of Artificial Intelligence</b>	
Payam Shabani-Behnam Habibi dargah-Ali Eslamipanah-Javad khaleghian .....	209
<b>Recognition and Application of the“ Precautionary Principle” in Regulating International Commercial Relations between States and Business Companies</b>	
Seyedeh Tahereh Ebrahimi-Hojjat Mobayen-Haniyeh Zakerini .....	245
<b>The Splendor of International Economic Law on the Three Tools of Trade War: A Reflection on the Confrontation between China and the United States</b>	
Navid Zamaneh Ghadim .....	272
<b>The Role of Laches, Equitable Estoppel and Statute of Limitations in Patent Infringement Litigation under U.S Law: Lessons for Iranian Law</b>	
Simin Abbasi .....	295

## **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)**