

بررسی فقهی - حقوقی «مالیت» صفحات مجازی و تأثیر آن بر بازننگری در مشروعیت و ضوابط بستن آن‌ها توسط نهادهای حاکمیتی

مهدی غفرانی^۱، عبدالله بهمن پوری^۲

۱. کارشناس ارشد، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: mahdi.ghofrani@ut.ac.ir

۲. دانشیار، گروه الهیات، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران. رایانامه: bahmanpouri10@yu.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

متن چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

در این پژوهش، ما به بررسی این پرسش اساسی می‌پردازیم که آیا صفحات مجازی از چنان ارزش اقتصادی برخوردارند که بتوان آن‌ها را در زمره «اموال» به شمار آورد و این مالیت چه تأثیری بر مشروعیت اقدامات نهادهای حاکمیتی در مسدودسازی آن‌ها دارد. ما با اتکا به روش توصیفی-تحلیلی و با استناد به منابع فقهی و حقوقی، ادعا می‌کنیم که صفحات مجازی موفق، با دارا بودن معیارهایی چون منفعت عقلایی، رغبت عمومی، کمیایی نسبی و ارزش اقتصادی آشکار، واجد مالیت هستند. برای نمونه، صفحه‌ای با میلیون‌ها دنبال‌کننده و درآمدزایی قابل توجه از طریق تبلیغات، مصداق بارز یک دارایی دیجیتال با ارزش مبادله‌ای است. در نتیجه، ما به این جمع‌بندی می‌رسیم که اگرچه دولت در موارد ضروری حق اعمال محدودیت را داراست، اما شناسایی این مالیت، الزامات حقوقی سخت‌گیرانه‌تری از جمله ضرورت مجوز قانونی صریح، رعایت اصل تناسب و حق دفاع برای مالک را به همراه می‌آورد و انسداد غیرموجه می‌تواند مسئولیت مدنی دولت را برای جبران خسارات مالی و معنوی به دنبال داشته باشد.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۰۸

تاریخ بازننگری: ۱۴۰۴/۰۳/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۰

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱

کلیدواژه‌ها: مالیت، صفحات مجازی، اعمال حاکمیت، مسئولیت مدنی دولت، دارایی دیجیتال.

استناد: غفرانی، مهدی و بهمن پوری، عبدالله (۱۴۰۴). بررسی فقهی - حقوقی «مالیت» صفحات مجازی و تأثیر آن بر بازننگری در مشروعیت و ضوابط بستن آن‌ها توسط نهادهای حاکمیتی. *حقوق کسب و کار و سرمایه‌گذاری*، ۱۱(۱)، ۱-۱۷.

<http://doi.org/00000000000000000000000000000000>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی.

۱. مقدمه

در دهه‌های اخیر، پیشرفت‌های خیره‌کننده در حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات، به‌ویژه ظهور و گسترش شبکه‌های اجتماعی و پلتفرم‌های مجازی، تغییرات بنیادینی در ساختارهای اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی جوامع بشری ایجاد کرده است. صفحات و حساب‌های کاربری در این فضا، از ابزاری صرف برای ارتباط فراتر رفته و به بسترهایی حیاتی برای فعالیت‌های متنوع تبدیل شده‌اند. اهمیت روزافزون صفحات مجازی در ابعاد اقتصادی، اجتماعی و سیاسی، آن‌ها را به دارایی‌های ارزشمندی برای افراد، کسب‌وکارها و نهادهای تبدیل کرده است؛ دارایی‌هایی که حاصل صرف وقت، هزینه، دانش، خلاقیت و سرمایه‌گذاری مستمر هستند.

با گذشت زمان و توسعه فعالیت‌ها در این فضا، پدیده ارزش اقتصادی و «مالیت» برای صفحات مجازی به‌طور فزاینده‌ای نمود یافته است. بسیاری از این صفحات، به‌ویژه آن‌هایی که دارای مخاطبان گسترده، محتوای پرمخاطب یا کاربری تجاری هستند، به منبع اصلی درآمد، بستر بازاریابی، ابزار کسب‌وکار و یا تجلی‌گاه اعتبار و شهرت صاحب خود تبدیل شده‌اند و در دنیای واقعی نیز دارای ارزش مبادله‌ای و اقتصادی قابل‌توجهی هستند. این تحول، پرسش‌های جدیدی را در خصوص ماهیت حقوقی این دارایی‌های دیجیتال و حقوق مرتبط با آن‌ها مطرح می‌سازد.

در مقابل این تحولات، اقدامات نهادهای حاکمیتی در انسداد یا مسدودسازی صفحات مجازی که معمولاً با استناد به ملاحظات امنیتی، نظم عمومی یا مقابله با محتوای مجرمانه صورت می‌گیرد، به یکی از چالش‌های حقوقی بحث‌برانگیز در حوزه فضای مجازی تبدیل شده است. این اقدامات که می‌تواند به سلب دسترسی افراد به دارایی‌های دیجیتال ارزشمندشان منجر شود، همواره با پرسش‌هایی جدی در خصوص مبانی قانونی، حدود اختیارات نهادهای دولتی و رعایت حقوق بنیادین شهروندان، از جمله حق آزادی بیان و حقوق مرتبط با مالکیت در فضای دیجیتال، مواجه بوده است.

طرح مسئله اصلی این پژوهش از تلاقی این دو پدیده، یعنی ارزش یافتن اقتصادی صفحات مجازی و اقدام نهادهای حاکمیتی به انسداد آن‌ها، شکل می‌گیرد. مسئله محوری این است که آیا و چگونه مفهوم مالیت یافتن صفحات مجازی بر مشروعیت حقوقی اقدام نهادهای حاکمیتی در انسداد آن‌ها تأثیر می‌گذارد؟ به عبارت دیگر، در شرایطی که یک صفحه مجازی واجد ارزش اقتصادی قابل‌توجه است، آیا می‌توان با همان سهولتی که یک صفحه فاقد ارزش مالی مسدود می‌شود، اقدام به انسداد آن نمود؟ اینجاست که ضرورت بررسی مشروعیت این اقدامات با تأکید بر مفهوم مالیت صفحات مجازی آشکار می‌شود؛ چرا که نادیده گرفتن این بُعد اقتصادی می‌تواند به تضییع حقوق صاحبان صفحات و ایجاد مسئولیت برای نهادهای دولتی منجر شود.

اهمیت و ضرورت پژوهش حاضر در پاسخگویی به خلأهای نظری و قانونی موجود در این حوزه است. نظام حقوقی سنتی که عمدتاً بر دارایی‌های مادی و مشهود تمرکز دارد، در مواجهه با دارایی‌های نامشهود دیجیتال و ارزش اقتصادی نوظهور آن‌ها با چالش روبروست. این پژوهش تلاش می‌کند تا با تبیین مفهوم «مالیت» در فضای مجازی از منظر فقهی و حقوقی و بررسی جایگاه آن در نظام حقوقی، به نیاز به تبیین حقوق صاحبان صفحات مجازی به‌عنوان دارندگان یک دارایی دیجیتال ارزشمند پاسخ دهد. همچنین، این تحقیق با بررسی مبانی و حدود اختیارات دولت در فضای مجازی، گامی در جهت نیاز به شفاف‌سازی حدود اختیارات دولت در اعمال محدودیت بر این دارایی‌های دیجیتال برمی‌دارد و می‌کوشد تا معیارهایی برای سنجش مشروعیت این اقدامات با در نظر گرفتن بُعد مالی صفحات مجازی ارائه دهد.

بر این اساس، این پژوهش به واکاوی سؤال اصلی خود می‌پردازد مبنی بر اینکه آیا و چگونه مفهوم مالیت صفحات مجازی بر مشروعیت حقوقی انسداد آن‌ها توسط نهادهای حاکمیتی تأثیر می‌گذارد؟ برای پاسخ به این سؤال اصلی، این تحقیق به بررسی

سؤالات فرعی متعددی می‌پردازد، از جمله اینکه معیار فقهی و حقوقی مالیت چیست و آیا صفحات مجازی واجد این معیارها هستند؛ در صورت پذیرش مالیت برای صفحات مجازی، چه الزامات و محدودیت‌هایی برای نهادهای حاکمیتی در اقدام به انسداد ایجاد می‌شود؛ آیا تفاوتی میان انسداد موقت، دائم، یا حذف محتوا از منظر حقوق مالکانه و مسئولیت دولت وجود دارد؛ و مسئولیت مدنی دولت در قبال انسداد غیرموجه صفحات مجازی دارای مالیت چگونه است.

در زمینه موضوع مورد بحث، پژوهش‌های متعددی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم به مفهوم مالیت و مصادیق آن، به‌ویژه در دنیای نوین و دارایی‌های نامشهود پرداخته‌اند. بخشی از این تحقیقات به واکاوی مبانی فقهی و حقوقی مفهوم مالیت و ضابطه مال بودن اشیاء یا حقوق اختصاص یافته و تلاش کرده‌اند تا معیارهای سنتی فقهی و حقوقی را در خصوص شرط مالیت مورد معامله (احمدلو، ۱۴۰۰؛ باقری، گندمکار و زرگوش نسب، ۱۳۹۹؛ شاه ملک پور و دریائی، ۱۳۹۹؛ موسوی بجنوردی و صباغی ندوشن، ۱۳۹۳؛ یوسفی، ۱۳۹۹) یا مفهوم ضمان مالیت (علی باقری و عزیزالهی، ۱۳۹۸) تبیین نمایند. بخش دیگری از ادبیات موجود، به بررسی انطباق مفهوم «مالیت» با مصادیق جدید و نامشهود نظیر اموال فکری و حقوق معنوی (حبیب و حسین زاده، ۱۳۹۳؛ کریمی و موسوی، ۱۳۹۰؛ موسوی، ۱۳۹۷؛ ولی زاده و سلطانی، ۱۳۹۴)، داده‌های رایانه‌ای (آزرم، ۱۴۰۳؛ بهمن پوری، شادمان فر و پورغلامی فراشبندی، ۱۳۹۳؛ عبدی پور فرد و وصالی ناصح، ۱۳۹۶)، خبر و محتوای رسانه‌ای (فخلعی و علی اکبری بابوکانی، ۱۳۹۳) و حتی رمزارزها (زنگنه شهرکی، محمدی مقدم، پولادین طرقي و مرتضوی کاخکی، ۱۴۰۲) پرداخته و ارزش اقتصادی و جایگاه حقوقی آن‌ها را مورد بحث قرار داده‌اند. محمودخانلی (محمودخانلی، ۱۴۰۱) نیز به اعتبار مالیت در اموال غیرمادی به صورت کلی پرداخته است. همچنین، برخی پژوهش‌ها نیز به صورت موردی به دارایی‌های الکترونیک در فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی پرداخته‌اند، هرچند تمرکز آن‌ها بر موضوعاتی متفاوت از قبیل بررسی ارث دارایی‌های الکترونیک (وجدانی مقدم، ۱۴۰۳) بوده است. این تحقیقات، در مجموع، نشان‌دهنده تحول در مفهوم «مالیت» و گسترش دامنه آن به دارایی‌های نامشهود و دیجیتال بوده و بستر نظری لازم برای پذیرش ارزش اقتصادی در فضای مجازی را فراهم آورده‌اند. با این حال، به نظر می‌رسد تاکنون پژوهشی به صورت مشخص و متمرکز به بررسی مشروعیت حقوقی اقدام نهادهای حاکمیتی در انسداد یا مسدودسازی صفحات مجازی با تأکید بر مفهوم «مالیت» این صفحات به عنوان یک دارایی دیجیتال ارزشمند نپرداخته و خلأ پژوهشی در خصوص تأثیر ارزش اقتصادی صفحات مجازی بر حدود اختیارات دولت و الزامات حقوقی مترتب بر اقدامات محدودکننده در این حوزه وجود دارد. پژوهش حاضر، با در نظر گرفتن دستاوردهای تحقیقات پیشین در خصوص مفهوم مالیت و مصادیق نوین آن، تلاش دارد تا این خلأ را پوشش داده و ارتباط میان مالیت صفحات مجازی و مشروعیت حقوقی انسداد آن‌ها توسط نهادهای حاکمیتی را مورد تحلیل قرار دهد.

هدف این پژوهش، تحلیل حقوقی و فقهی مشروعیت اقدامات نهادهای حاکمیتی در انسداد صفحات مجازی با تمرکز بر مفهوم «مالیت» است. این تحقیق می‌کوشد تا با پاسخ به سؤالات مطرح شده، چارچوبی حقوقی برای ارزیابی این اقدامات ارائه داده و تأثیر ارزش اقتصادی صفحات مجازی بر حقوق صاحبان آن‌ها و الزامات قانونی پیش روی نهادهای دولتی را تبیین نماید. بدین منظور، در بخش‌های آتی مقاله، ابتدا به تبیین مفهوم مالیت و انطباق آن با صفحات مجازی از منظر فقه و حقوق پرداخته، سپس تأثیر مالیت بر مشروعیت این اقدامات و حدود آن‌ها و الزامات قانونی مترتب و مسئولیت احتمالی دولت در قبال انسداد غیرموجه تحلیل خواهد شد.

۲. مفهوم‌شناسی صفحات مجازی و ماهیت و ارزش آن

صفحات مجازی به فضاهای دیجیتال تخصیص یافته در بستر پلتفرم‌های آنلاین اطلاق می‌شود که بر اساس توافقات قراردادی^۱ میان کاربر و ارائه‌دهنده خدمات پلتفرم، به صورت انفرادی در اختیار کاربران حقیقی یا حقوقی قرار می‌گیرد. این صفحات، محل تجسم هویت دیجیتال کاربران بوده و برای ارائه محتوا، تعامل اجتماعی، تبلیغات، کسب‌وکار، اطلاع‌رسانی یا اثرگذاری عمومی مورد استفاده قرار می‌گیرند. صفحات مجازی معمولاً واجد ساختاری متمایز، قابلیت مدیریت توسط کاربر و در بسیاری موارد، دارای ارزش اقتصادی، اجتماعی یا اطلاعاتی هستند. برخی از این پلتفرم‌ها ایرانی هستند و برخی نیز خارجی و البته در میان هر دو گروه ممکن است پلتفرم‌هایی حق بستن حساب را در صورت تخلف از قوانین کشور به حکومت بدهند. از منظر ساختاری، صفحات مجازی به دو دسته اصلی تقسیم می‌شوند: صفحات شخصی و صفحات سازمانی/تجاری. کارکردهای آن‌ها شامل بازنمایی هویت دیجیتال، تبلیغات و بازاریابی، تولید محتوا، کسب درآمد از طریق تبلیغات یا فروش کالا و خدمات و نیز ایجاد ارتباطات اجتماعی و سیاسی است. این صفحات در عمل به بستری برای کنش‌های اقتصادی، فرهنگی و حتی حقوقی تبدیل شده‌اند.

صفحات مجازی از حیث ماهوی، ترکیبی از داده‌های دیجیتال، محتوای تولید شده توسط کاربر و زیرساخت نرم‌افزاری پلتفرم‌ها هستند. با وجود آن‌که زیرساخت فنی متعلق به شرکت میزبان است، اما محتوا، هویت برند و شبکه مخاطبان شکل گرفته توسط کاربران و غیره، جنبه‌ای از دارایی را برای آنان به وجود می‌آورد. به همین دلیل، شاید بتوان صفحات مجازی را نوعی دارایی نامشهود تلقی می‌کرد که مشابه برند تجاری دارای ارزش اقتصادی است. با این حال، ماهیت مختلط آن، تحلیل جامع‌تری را ایجاب می‌کند که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

در جهان امروز صفحات مجازی واجد ارزش اقتصادی هستند و به‌وفور معامله می‌شوند؛ صفحات پرمخاطب می‌توانند محل درآمدزایی از طریق تبلیغات، همکاری‌های تجاری یا فروش مستقیم باشند. همچنین، نقش آن‌ها در برندسازی شخصی یا شرکتی بسیار پررنگ است. از منظر اجتماعی نیز صفحات مجازی شکل‌دهنده سرمایه اجتماعی دیجیتال هستند، جایی که ارتباطات و اعتماد کاربران جمع می‌شود و تبدیل به نفوذ اجتماعی و حتی سیاسی می‌گردد؛ بنابراین، ارزش صفحات مجازی محدود به دارایی اقتصادی نیست، بلکه شامل عناصر فرهنگی، اجتماعی و ارتباطی نیز می‌شود.

مقصود از بستن این صفحات توسط نهادهای حاکمیتی (قضائی، انتظامی، نظامی، امنیتی، اجرائی و...) قطع دسترسی یا انتفاع مالک این صفحات از صفحه به‌وسیله فیلتر کردن و مسدودسازی موقت یا دائم، پاک کردن یا غیرفعال کردن صفحه توسط نهادهای حاکمیتی یا مالک صفحه یا پلتفرم به سبب الزام نهادهای مذکور است.

۳. مفهوم مالیت در نظام فقهی و حقوقی ایران

۳-۱. گفتار اول: تحلیل مفهوم مالیت در فقه امامیه

در فقه امامیه تعاریف و معیارهای متعددی برای مالیت ارائه شده است که در ادامه به آن‌ها می‌پردازیم.

چنانکه برخی اشاره کرده‌اند، دیدگاه رایج میان فقهای امامیه، محوریت منفعت عقلانی و حلال در معنای مالیت است: «المالیه عند فقهاء الإمامية تدور مدار الانتفاع منفعة مقصودة للعقلاء، محللة فی الشرع» (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۳۲: ۴/ ۲۱۵) و کاشف الغطاء نیز با عبارت «منفعة مقصودة للعقلاء محللة فی الشرع» همین مبنا را قبول می‌کند. (کاشف الغطاء، ۱۴۳۳: ۳/ ۱۱۴). شیخ انصاری نیز در مکاسب همین دیدگاه را پذیرفته است (انصاری، ۱۴۱۱: ۲/ ۱۱۰). از نظر

برخی آنچه موجب مالیت چیزی می‌شود، رغبت به آن است. منتظری معتقد است ملاک در مالیت، رغبت شخص در آن به‌حسب نیازهای فعلی عقلانی است به‌گونه‌ای که در ازای آن مالی را پرداخت کند (منتظری، ۱۴۱۵: ۱/ ۳۰۲). جزایری مالیت را خصوصیت تکوینی و ذاتی‌ای است که در عینی وجود دارد که عقلاً بر سر آن رقابت می‌کنند می‌داند و معتقد است که در تحقق مفهوم مال، دو امر در نظر گرفته می‌شود: اول، نیاز مردم به آن؛ دوم، متوقف بودن دستیابی به آن بر انجام کاری (جزایری، ۱۴۱۶: ۶/ ۳۸۶). البته برخی فقهای قدیم نیز معتقد بودند که معنای مالیت واضح است و نیازی به ارائه تعریف برای آن نمی‌دیدند (اراکي، ۱۴۱۵: ۲/ ۷۰).

اما برخی از فقها در تبیین مفهوم مالیت به جزئیات و نشانه‌های بیشتری برای تشخیص آن پرداخته‌اند. به‌عنوان مثال حکیم مالیت را اعتبار عقلانی ناشی از خصوصیتی در شیء می‌داند که موجب رغبت به آن و تنافس و رقابت برای تحصیل آن می‌شود و این نزاع مردم بر سر آن ممکن است برای رفع نیازهای ضروری یا نیازهای ثانوی یا تحصیل لذت باشد و البته علاوه بر این فواید، باید عزیز و محدود بودن آن چیز نیز محقق شده باشد و چنین نباشد که بدون هیچ تلاشی در دسترس همگان قرار داشته باشد. (حکیم، بی‌تا: ۳۲۳). محقق ابروانی معتقد است که در تحقق مفهوم مال، دو موضوع معتبر و لازم است، یکی این که مورد نیاز مردم برای امور دنیوی یا اخروی باشد و دیگر آن که امکان دستیابی به آن بدون انجام کاری ممکن نباشد و از این رو مقدار مالیت اموال با توجه به مقدار نیاز به آنها و سختی و کار مورد نیز برای رسیدن به آنها متفاوت است (ابروانی، ۱۳۷۹: ۱/ ۱۶۵). مرحوم نائینی می‌گوید که مالیت چیزی یا به خاطر قابلیت انتفاع از آن با بقای عین مال است (مانند خانه) و یا به دلیل خاصیتی است که بر آن مترتب است که انتفاع از آن متوقف بر اتلاف و از بین رفتن آن است (مانند حبوبات) که البته این دسته دوم گاهی مورد ابتلای دائمی بشر است و گاهی دائمی نبوده و به‌صورت نادر مورد استفاده واقع می‌شود. این دسته که به‌ندرت مورد استفاده می‌شود نیز گاهی نگهداری آن برای برطرف کردن همان نیاز نادر و اتفاقی متعارف است (مانند داروها که در این صورت معامله آن‌ها صحیح است) و گاهی نگهداری آنها متعارف نیست (مانند کرم که در این صورت معامله آن باطل است). همچنین آن چیز برای مالیت داشتن نباید به دلیل کم بودن مقدارش یا وفور زیاد بی‌ارزش باشد که در مقابل آن چیزی پرداخت نشود. (نائینی، ۱۳۷۳: ۱/ ۳۳۹). شهید مطهری نیز در مورد شرایط مالیت یک چیز می‌گوید: «شرط اول مالیت این است که شیء مورد حاجت باشد، شرط دوم این است که وافر و رایگان نباشد، مثل نور و هوا. شرط سوم این است که قابل اختصاص باشد» (مطهری، ۱۴۰۲: ۶۲). آراء مشابه آنچه ذکر شد در کلام فقها بسیار است و همان‌طور که در پیشینه پژوهش بیان شد، برخی پژوهشگران تعاریف ارائه شده را بررسی کرده‌اند و همچنین اقسام مالیت (مانند ذاتی و اعتباری) و انواع آن (مانند مالیت عرفی و شرعی) را تحلیل کرده‌اند و سعی بر آن داشته‌اند که به تعریف دقیق و درستی از مالیت برسند. به‌عنوان مثال موسوی بجنوردی و صباغی ندوشن پس از بررسی تعاریف مختلف به این نتیجه رسیده‌اند که «اولاً با وجود تعاریف مختلف فقیهان در رابطه با مفهوم مال، قدر متیقن از آن تعاریف، این است که عوضین ارزش داد و ستد را داشته باشند تا بذل مال در مقابل آن صحیح باشد و ثانیاً، این امر میسر نمی‌شود مگر آنکه فی‌الجمله مورد معامله دارای منفعتی باشد که برای تحصیل آن منفعت، مبادلات شکل می‌گیرد» (موسوی بجنوردی و صباغی ندوشن، ۱۳۹۳: ۶۴) و یوسفی نیز بعد از تحلیل مبانی مختلف در معنای مالیت، تنها راه احراز عنوان مال برای یک شیء را معاوضات عرفیه آن می‌داند (یوسفی، ۱۳۹۹: ۵۹).

۳-۲. گفتار دوم: مفهوم مالیت در حقوق ایران

اصطلاح مالیت در ماده ۲۱۵ قانون مدنی چنین بکار رفته است: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد» و در ماده ۱۱ و مواد پس از آن اقسام اموال ذکر شده ولی به تعریف مال اشاره‌ای نشده است. با علی‌رغم اینکه قانون مدنی ایران مال را تعریف نکرده، اما با تحلیل برخی مواد و قوانین و بهره‌مندی از دکترین می‌توان به تعریف مال رسید. البته در بند ب ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی در توضیح اصطلاح مال در این قانون آمده است «مال: هر نوع دارایی اعم از

مادی یا غیرمادی، منقول یا غیرمنقول، مشروع یا غیر مشروع و هر نوع منفعت یا امتیاز مالی و همچنین کلیه اسناد مبین حق اعم از کاغذی یا الکترونیکی نظیر اسناد تجاری، سهام یا اوراق بهادار». جعفری لنگرودی ویژگی‌های مال را قابل اختصاص بودن، قابلیت نقل و انتقال در صورت اختصاص به شخص، نفع عقلایی و ارزش ذاتی داشتن می‌داند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۱۲۶). بر اساس دیدگاه شهیدی، مال چیزی است که دارای ارزش اقتصادی باشد و این دو عنصر برای مالیت یا ارزش اقتصادی یک شیء ضروری است: فایده داشتن و محدود بودن وجود یا عرضه آن. (شهیدی، ۱۳۹۰: ۸۳) از نظر کاتوزیان اگر چیزی بتواند نیازی مادی یا معنوی از انسان برآورده نماید و قابلیت اختصاص به شخص یا ملت معینی را داشته باشد، دارای مالیت است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۱).

۳-۳. گفتار سوم: جمع‌بندی معیارهای تشخیص مالیت

چنانکه پیش‌تر اشاره شد، تعاریف گوناگونی از مفهوم «مال» توسط اندیشمندان فقهی و حقوقی ارائه شده است و در میان آن‌ها، معیار واحدی برای تشخیص مالیت یک شیء وجود ندارد. با توجه به هدف این پژوهش که بررسی مالیت صفحات مجازی بر مبنای معیارهایی است که در دیدگاه‌های مختلف درباره مال پذیرفته شده‌اند، در ادامه مجموعه‌ای از ملاک‌های استخراج‌شده از آراء و نظرات فقیهان و حقوقدانان ارائه می‌گردد. این ملاک‌ها، در برخی موارد تداخل دارند یا از یکدیگر قابل استنباط‌اند، برخی صرفاً در مورد دسته‌ای خاص از اموال مصداق دارند و برخی دیگر ممکن است به دلایلی محل تردید یا رد باشند. با این حال، هدف در اینجا نه ارائه تعریف نهایی یا مختار از مالیت (که خود نیازمند پژوهشی مستقل است)، بلکه گردآوری و عرضه مجموعه‌ای از مهم‌ترین شاخص‌ها و ملاک‌های مطرح‌شده در ادبیات فقهی و حقوقی برای سنجش مالیت است؛ امری که می‌تواند زمینه‌ساز تحلیل تطبیقی و ارزیابی دقیق‌تر مصادیق نوظهور، از جمله صفحات مجازی، باشد. بر این اساس، در ادامه تمامی ملاک‌های تشخیص مالیت، به‌نحوی که در منابع معتبر فقهی و حقوقی مطرح شده‌اند، ارائه می‌شود. روشن است که اگر شیئی تمامی این معیارها را به‌طور هم‌زمان دارا باشد، می‌توان گفت که بر مبنای تمامی دیدگاه‌های مذکور، واجد مالیت است.

۱. وجود منفعت عقلائی و مشروع: از مهم‌ترین ارکان مالیت، وجود نفع عقلایی در شیء است. مقصود از منفعت عقلایی، فایده‌ای است که در نظر عرف و عقلا دارای ارزش و کارکرد بوده و بتوان آن را در زندگی روزمره مورد استفاده قرار داد. همچنین بر اساس برخی دیدگاه‌ها، منفعت باید مشروع باشد؛ به این معنا که از نظر شرع مقدس، استفاده از آن مباح و حلال باشد، نه حرام یا مفسده‌انگیز. البته برخی دیگر نیز شرعی بودن منفعت را دخیل در معنای مالیت نمی‌دانند و آن را شرطی مجزا برای صحت معامله قلمداد می‌کنند.

۲. رغبت و تمایل عقلایی: شیء موردنظر باید موضوع رغبت و تمایل افراد در جامعه باشد، به‌گونه‌ای که مردم برای تحصیل آن حاضر به پرداخت مال دیگری باشند.

۳. مورد حاجت بودن: برای آنکه شیء دارای مالیت تلقی شود، باید در راستای رفع یکی از نیازهای بشر قرار گیرد؛ چه نیازهای اساسی مانند غذا و مسکن و چه نیازهای ثانوی نظیر ابزارهای رفاهی یا اقلام فرهنگی. این نیاز می‌تواند دنیوی یا اخروی باشد.

۴. کمیابی یا محدود بودن: وفور بیش از حد یک شیء یا رایگان بودن آن مانع از مالیت آن است. اشیایی مانند هوا و نور خورشید، با وجود مفید بودن، به دلیل در دسترس بودن برای همه و بدون هزینه، از منظر فقهی و حقوقی واجد مالیت نیستند. بر همین اساس، برای آنکه شیء مالیت داشته باشد، باید نوعی کمیابی یا محدودیت در دسترسی به آن وجود داشته باشد.

۵. نیاز به تلاش برای تحصیل: یکی دیگر از شاخص‌های مالیت آن است که دستیابی به شیء مستلزم نوعی فعالیت، هزینه یا کوشش باشد. اگر شیء بدون هیچ تلاشی در اختیار عموم باشد، مالیت نخواهد داشت.

۶. وجود رقابت یا تنازع برای دستیابی: در بسیاری از موارد، رقابت مردم برای تحصیل یک شیء، نشانه‌ای از مالیت آن است. این رقابت می‌تواند برای رفع نیاز، کسب لذت یا برخورداری از امتیازات خاص آن شیء باشد.
۷. قابلیت اختصاص: برای تحقق مالیت، شیء باید قابلیت آن را داشته باشد که در اختیار و تملک یک فرد یا گروه خاص قرار گیرد. اشیا‌یی که ذاتاً عمومی‌اند و نمی‌توان آن‌ها را به شخصی اختصاص داد (نظیر هوای آزاد)، مالیت ندارند.
۸. قابلیت نقل و انتقال: مال باید بتواند موضوع معامله یا انتقال مالکیت قرار گیرد. اگر شیئی از این قابلیت محروم باشد، ولو دارای منفعت یا ارزش ذاتی باشد، فاقد مالیت محسوب می‌شود.
۹. ارزش عرفی و اقتصادی: معیار مهم دیگر برای تشخیص مالیت، ارزش اقتصادی یا عرفی شیء است. اگر شیء در عرف مردم دارای ارزش مبادله‌ای بوده و در بازار یا معاملات عمومی رد و بدل شود، مال محسوب می‌شود.

۴. بررسی انطباق مفهوم مالیت بر صفحات مجازی

برای بررسی مالیت صفحات مجازی بر اساس تمامی نظریات، لازم است انطباق معیارهایی که در بخش قبلی ارائه شد بر صفحات مجازی ارزیابی شود:

۱. **وجود منفعت عقلانی و مشروع:** صفحات مجازی برای صاحب صفحه و کاربر منافع عقلانی متعددی فراهم می‌سازند. برای صاحب صفحه منافع از جمله امکان کسب درآمد از راه تبلیغات، فروش مستقیم کالا و خدمات، دریافت حمایت مالی و عرضه محتوای ویژه مانند دوره‌های آموزشی؛ همچنین قدرت برندسازی و شهرت آفرینی و تقویت اعتبار شخصی یا تجاری، تسهیل ارتباط مستقیم و گسترده با مخاطبان، انتشار اخبار و اطلاعات و ارائه خدمات مشتریان و بالاخره ظرفیت تأثیرگذاری بر افکار عمومی و شبکه‌سازی از طریق ایجاد جوامع آنلاین و فرصت‌های همکاری. از سوی دیگر، کاربران صفحات مجازی به اطلاعات و اخبار، آموزش و سرگرمی دسترسی پیدا می‌کنند، می‌توانند با دیگران و صاحبان کسب‌وکارها یا شخصیت‌های محبوب خود تعامل کنند و از فرصت خرید کالا و خدمات بهره‌مند شوند. این منافع در صورتی که در چهارچوب شرع و قوانین موضوعه باقی بمانند، مشروع محسوب می‌شوند و حتی می‌توانند در راستای ترویج دین باشند. البته یک صفحه مجازی می‌تواند فی‌نفسه دارای ارزش و منفعت عقلایی باشد، حتی اگر محتوای آن در مواردی نامشروع باشد.

۲. **رغبت و تمایل عقلانی:** تمایل عمومی به صفحات مجازی موفق و پرمخاطب از طریق شواهد عینی مانند شکل‌گیری بازار خرید و فروش صفحات با تعداد فالوور و تعامل بالا، سرمایه‌گذاری‌های گسترده زمانی، مالی و فکری افراد و شرکت‌ها در جهت تولید محتوا و جذب مخاطب و تمایل برندها به همکاری و پرداخت هزینه برای تبلیغ در این صفحات آشکار می‌شود. رغبت و تمایل عقلایی برای داشتن، رشد دادن و حتی خرید صفحات مجازی موفق کاملاً مشهود است.

۳. **مورد حاجت بودن:** صفحات مجازی با ارائه خدمات گسترده خبری و آموزشی، فراهم آوردن فضای ارتباط و تعلق اجتماعی، ایجاد سرگرمی و تفریح از طریق محتوای طنز و هنری، تأمین نیازهای اقتصادی و تجاری نظیر فروشگاه‌های آنلاین و خدمات رسانی، فراهم کردن زمینه ابراز هویت و دیده شدن برای هنرمندان و فعالان اجتماعی و ارتقای سطح فرهنگی و دینی جامعه نقش مهمی در رفع نیازهای دنیوی و حتی اخروی کاربران ایفا می‌کنند.

۴. **کمیابی یا محدود بودن:** اگرچه ایجاد اولیه یک صفحه مجازی رایگان و نامحدود است، اما دستیابی به یک صفحه خاص و موفق با نام کاربری متمایز، تعداد بالای فالوور واقعی و فعال، نرخ تعامل بالا، محتوای منحصر به فرد، اعتبار برند، سابقه

مثبت و داشتن مخاطبان ویژه و هدفمند به شدت دشوار و نیازمند تلاش، زمان و هزینه است و کمیاب و محدود تلقی می‌شود. این کمیابی نسبی است.

۵. نیاز به تلاش برای تحصیل: هرچند راه‌اندازی یک حساب کاربری در پلتفرم‌های مجازی مستلزم کوشش اندکی است، اما رشد و موفقیت آن به تولید محتوای مستمر و باکیفیت، مدیریت و تعامل با مخاطبان، بازاریابی و تبلیغات، تحلیل و بهینه‌سازی عملکرد و صرف هزینه برای ابزارها و نیروی انسانی نیاز دارد؛ بنابراین دستیابی به یک صفحه مجازی ارزشمند و کارآمد، قطعاً مستلزم فعالیت، هزینه و کوشش فراوان است.

۶. وجود رقابت یا تنازع برای دستیابی: در فضای مجازی رقابت شدیدی میان تولیدکنندگان محتوا و کسب‌وکارها برای جلب توجه مخاطبان، افزایش فالوور و نرخ تعامل، کسب جایگاه برتر در حوزه‌های تخصصی، دریافت قراردادهای تبلیغاتی و جلوگیری از سوءاستفاده از نام‌های کاربری یا محتوای کپی شده برقرار است. این تنازع و تنافس ناظر بر ارزش و مطلوبیت صفحات مجازی نزد عقلا است و مؤید صدق معیار مالیت آن‌هاست.

۷. قابلیت اختصاص: هریک از صفحات مجازی تحت کنترل و مدیریت انحصاری یک حساب کاربری است که با ایمیل یا شماره تلفن یا روش‌های دیگر احراز هویت شده و توسط شخص یا گروه معینی اداره می‌شود. هرچند پلتفرم‌ها می‌توانند حق مسدودسازی یا حذف صفحه را برای خود محفوظ دارند، اما در چارچوب قوانین خدمات، برای صاحب صفحه حق کنترل و بهره‌برداری انحصاری ایجاد می‌شود.

۸. قابلیت نقل و انتقال: از نظر فنی با واگذاری دسترسی و نقش ادمین می‌توان مدیریت صفحه را به دیگری انتقال داد؛ اگرچه برخی پلتفرم‌ها این نوع انتقال را ممنوع یا محدود می‌کنند. عملاً بازار خرید و فروش صفحات پرمخاطب وجود دارد و حتی در صورت ممنوعیت انتقال برخی صفحات، دارایی‌های مرتبط با صفحه مانند برند، محتوا، فهرست مخاطبان و داده‌های آماری و تحلیلی به‌عنوان مجموعه‌ای قابل معامله منتقل می‌شوند. این قابلیت نقل و انتقال، با وجود ریسک‌های احتمالی، یکی از شاخص‌های کلیدی مالیت است.

۹. ارزش عرفی و اقتصادی: صفحات مجازی موفق و پرمخاطب به‌عنوان منبع درآمد مستقیم از تبلیغات و فروش یا به‌صورت غیرمستقیم در قالب برندسازی و جذب مشتری برای کسب‌وکار اصلی شناخته می‌شوند و در ارزش‌گذاری مالی کسب‌وکارها، به‌مثابه دارایی نامشهود لحاظ می‌گردند. همچنین در عرف بازاریابان و فعالان اقتصادی، این صفحات ابزار قدرتمندی برای دستیابی به اهداف تجاری و اجتماعی به شمار می‌آیند و مخاطبان عام نیز به آن‌ها ارزش می‌نهند.

جمع‌بندی: با بررسی دقیق معیارهای نه‌گانه، می‌توان نتیجه گرفت که صفحات مجازی، به‌ویژه آن‌هایی که دارای مخاطب قابل توجه، محتوای ارزشمند، تعامل بالا و پتانسیل درآمدزایی یا تأثیرگذاری هستند، می‌توانند بسیاری از ویژگی‌های مال را دارا باشند.

برخی از این صفحات منفعت عقلایی و مشروع دارند، مورد رغبت و تمایل عقلایی برای کسب و توسعه هستند، نیازهای متعددی را برآورده می‌کنند، نوعی کمیابی نسبی دارند، ایجاد و رشد آن‌ها نیازمند تلاش و هزینه است، رقابت برای دستیابی به آن‌ها وجود دارد، قابلیت اختصاص به یک فرد یا نهاد را دارند، قابلیت نقل و انتقال دارند، دارای ارزش عرفی و اقتصادی هستند.

واضح است که تمامی صفحات مجازی معیارهای بیان شده را ندارند و این معیار در برخی از آن‌ها موجود است که البته این مانع مالیت این صفحات نیست؛ همان‌گونه که وقتی از مالیت میوه، خودرو و سایر اموال معروف صحبت می‌کنیم، منظورمان

افرادی از این گروه‌هاست که دارای معیارهای موردنظر باشد و افرادی که دارای این معیارها نیستند موردنظر ما نیست. پس صفحات مجازی مانعی برای مالیت ندارند و معیارهای بر اساس تمامی دیدگاه‌ها بر آن‌ها منطبق است.

۵. تأثیر مالیت صفحات مجازی بر ضوابط اعمال حاکمیت حکومت در مورد آن‌ها

نخست لازم به ذکر است که حکومت بر اساس برخی مبانی فقهی و قانونی، اختیاراتی در محدودسازی حقوق و آزادی‌های فردی در فضای مجازی دارد که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: مبانی فقهی از جمله قاعده لاضرر، قاعده حفظ نظام، قاعده اهم و مهم، ولایت حاکم و همچنین مبانی قانونی مانند اصول قانون اساسی ناظر بر حقوق ملت و حدود آن، قوانین عادی مانند قانون جرائم رایانه‌ای، قانون مجازات اسلامی، قوانین مربوط به مطبوعات و رسانه‌ها.

همچنین در برخی موارد اجازه سلب مالکیت فردی نسبت به اعیان و منافع به حکومت داده شده است. در قوانین ایران، سلب مالکیت فردی توسط حکومت در دو چارچوب اصلی صورت می‌گیرد: تملک برای منافع عمومی با پرداخت بها و مصادره اموال مرتبط با فعالیت‌های مجرمانه. تملک که با پرداخت بهای عادلانه به مالک همراه است، عمدتاً بر اساس قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۱۳۵۸)، به‌ویژه مواد ۱، ۴، ۸ و ۹ آن، برای اجرای طرح‌های کلان (مانند احداث راه یا سد) انجام می‌شود و قوانین خاصی چون قانون حفظ آثار ملی یا ماده ۱۹ قانون توزیع عادلانه آب نیز به این امر در حوزه‌های تخصصی اشاره دارند؛ اما مصادره که جنبه کیفری داشته و معمولاً بدون پرداخت غرامت است، شامل دو دسته اموال می‌شود: اول، اموال حاصل از جرم که اصل ۴۹ قانون اساسی و قانون نحوه اجرای اصل چهل و نهم (به‌ویژه مواد ۲ و ۸) به‌طور کلی به استرداد ثروت‌های نامشروع پرداخته و قوانینی مانند ماده ۲۸ قانون مبارزه با مواد مخدر (اموال ناشی از درآمدها)، تبصره ۲ ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء... (مال ناشی از ارتشاء)، ماده ۵ همین قانون (اموال تحصیل شده از اختلاس) و ماده ۵۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (کالای قاچاق) مصادیق آن هستند؛ دوم، اموال مورد استفاده در ارتکاب جرم که ماده ۳۰ قانون مبارزه با مواد مخدر (وسایل نقلیه مورد استفاده) و ماده ۲۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (وسیله نقلیه مورد استفاده در قاچاق) به ضبط آنها تصریح دارند.

با اذعان به این مبانی و اختیارات، پرسش اساسی آن است که اثبات مالیت برای صفحات مجازی چه تأثیری بر دامنه این اختیارات و حقوق صاحبان این صفحات خواهد داشت. در پاسخ باید گفت، شناسایی ارزش اقتصادی و اعتبار مالی برای صفحات مجازی، به‌هیچ‌وجه نافی اختیارات حاکمیتی دولت در اعمال محدودیت یا مسدودسازی یا الزام به حذف یا غیرفعال کردن آن‌ها در موارد ضروری نیست. دلایل و جهات مشروعیت بخشی چون حفظ نظم عمومی و امنیت ملی، پاسداری از اخلاق حسنه و ارزش‌های دینی و فرهنگی جامعه، جلوگیری از ارتکاب جرائم و نقض حقوق دیگران (از قبیل کلاهبرداری، نشر اکاذیب، توهین، افتراء، نقض حریم خصوصی و نقض حقوق مالکیت فکری) و همچنین الزام به اجرای قوانین و مقررات خاص (مانند مقررات ناظر بر انتخابات، تبلیغات تجاری یا فعالیت‌های صنفی)، همچنان می‌توانند موجبات و دلایل مشروعیت بخش جهت اعمال محدودیت یا حتی مسدودسازی این صفحات باشند؛ لیکن، نکته حائز اهمیت آن است که اثبات مالیت این صفحات، وضعیت حقوقی آن‌ها را از یک ابزار صرف بیان یا انتشار محتوا، به یک «دارایی» ارتقاء می‌بخشد. این امر نتایج حقوقی مهمی دارد و موجب بهره‌مندی صاحبان آنها از برخی حقوق قانونی می‌شود و محدودیت‌هایی را برای حکومت در این زمینه ایجاد می‌کند که در ادامه به آنها اشاره خواهیم کرد.

بنابراین، اثبات مالیت برای صفحات مجازی، ضمن آنکه به معنای مصونیت مطلق آن‌ها از اعمال حاکمیت دولت نیست، موجب ارتقاء جایگاه حقوقی این صفحات و تقویت حقوق صاحبان آن‌ها در برابر اقدامات خودسرانه یا غیرقانونی می‌گردد و محدودیت‌های شکلی و ماهوی بیشتری را بر نحوه اعمال اختیارات دولت در این حوزه تحمیل می‌کند.

۵-۱. گفتار اول: اصول کلی محدودکننده اختیارات دولت در قبال صفحات مجازی دارای مالیت

مالیت صفحات مجازی، به معنای ارزش اقتصادی و قابلیت مبادله آن‌ها، این صفحات را از صرف ابزارهای ارتباطی فراتر برده و در زمره اموال و حقوق مالی اشخاص قرار می‌دهد. این امر، آن‌ها را تحت شمول اصول و قواعد حمایتی ناظر بر مالکیت در نظام حقوقی ایران قرار می‌دهد. ماده ۲۲ قانون اساسی صراحتاً اعلام می‌دارد که «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.» صفحات مجازی که دارای ارزش اقتصادی قابل توجهی هستند، به‌وضوح مصداق «مال» و «حقوق» مذکور در این اصل بوده و در مواردی که منبع اصلی درآمد و «شغل» افراد محسوب می‌شوند، از حمایت مضاعف این اصل برخوردارند؛ بنابراین، هرگونه اقدام محدودکننده یا سلب این حقوق، از جمله انسداد یا فیلترینگ، باید مستند به «تجویز صریح قانون» باشد. این موضوع در مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی نیز مورد تأکید قرار گرفته است. ماده ۳۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» و ماده ۳۱ همان قانون بیان می‌کند: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.» بستن یک صفحه مجازی دارای مالیت، عملاً حق تصرف و انتفاع مالک را سلب می‌کند و لذا باید مبتنی بر «حکم قانون» یا «استثناء قانونی» مشخص باشد. اصول فقهی معتبری چون قاعده تسلیط و اصل احترام مال مسلمان نیز این حمایت را تقویت کرده و هرگونه مداخله بی‌وجه در اموال اشخاص را منع می‌کنند. همچنین، قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، به‌ویژه در ماده ۶۷ که «داده پیام» را دارای اثر قانونی می‌داند، به‌طور ضمنی بر لزوم حمایت از فعالیت‌های اقتصادی مشروع در فضای مجازی تأکید دارد. انسداد بی‌رویه صفحات تجاری می‌تواند ناقض این اهداف حمایتی باشد. همچنین باید محتوای منتشر شده توسط مالک، محتوای منتشر شده توسط کاربران و اصل صفحه تفکیک قائل شد. بستن یا حذف کل یک صفحه تجاری دارای مالیت به دلیل محتوای مجرمانه یک کاربر، بدون اخطار قبلی به مدیر صفحه برای حذف آن محتوا، یا به دلیل انتشار یک محتوای قابل حذف از صفحه، می‌تواند با اصل تناسب داشته باشد.

۵-۲. گفتار دوم: الزامات شکلی و ماهوی در اعمال محدودیت بر صفحات مجازی دارای مالیت

با توجه به شناسایی مالیت برای صفحات مجازی و حمایت‌های قانونی پیش‌گفته، اقدامات دولت در خصوص محدودسازی یا انسداد آن‌ها باید واجد شرایط و الزامات شکلی و ماهوی مشخصی باشد.

اولاً، هرگونه محدودیت بر حقوق مالکانه نسبت به این صفحات باید مستند به مجوز قانونی صریح باشد و این قوانین، به دلیل محدودکننده بودن نسبت به حقوق اساسی، باید به‌صورت مضیق تفسیر شوند. این بدان معناست که دامنه اختیارات نهادهای دولتی نباید فراتر از آنچه قانون به‌صراحت بیان کرده، گسترش یابد.

ثانیاً، رعایت اصل تناسب و ضرورت در اقدامات دولتی الزامی است. اقدام محدودکننده باید متناسب با هدف مشروع باشد که دولت دنبال می‌کند و ضروری‌ترین و کم‌آسیب‌ترین راه برای نیل به آن هدف انتخاب شود. انسداد کامل یک صفحه مجازی که دارای ارزش مالی و محل کسب‌وکار است، یک اقدام بسیار شدید تلقی می‌شود. لذا، پیش از اقدام به انسداد کامل، باید بررسی شود که آیا اقدامات خفیف‌تری مانند دستور حذف محتوای مجرمانه خاص، انسداد موقت صفحه تا زمان رفع تخلف، اخطار رسمی یا حتی جریمه نقدی (در صورت پیش‌بینی قانونی) نمی‌تواند هدف موردنظر را تأمین کند. اصل ضرورت که در فقه تحت عنوان «الضرورات تنقذر بقدرها» شناخته می‌شود، ایجاب می‌کند که اقدام به حداقل میزان لازم محدود شود، به‌ویژه زمانی که پای منافع اقتصادی و مالیت در میان باشد.

ثالثاً، شفافیت در تصمیم‌گیری و اجرا، حق اطلاع و حق دفاع صاحب صفحه از ارکان اساسی است. صاحب صفحه مجازی حق دارد از دلایل، مستندات قانونی و محتوای مشخصی که منجر به تصمیم انسداد شده، به‌طور کامل مطلع شود. این

اطلاع‌رسانی، مقدمه ضروری برای اعمال حق دفاع است. اصل ۳۴ قانون اساسی که «دادخواهی را حق مسلم هر فرد» می‌داند، ایجاب می‌کند که صاحب صفحه بتواند نسبت به تصمیم انسداد در مراجع صالح اعتراض کرده و از حقوق خود دفاع نماید.

رابعاً، صلاحیت نهادهای تصمیم‌گیر و رعایت تشریفات قانونی اهمیت بسزایی دارد. باید به‌طور دقیق مشخص باشد که کدام نهاد (قضایی، انتظامی، نهادهای شبه‌قضایی مانند کارگروه تعیین مصادیق محتوای مجرمانه، امنیتی و نظامی) و بر اساس کدام ضوابط و آیین‌نامه‌های شفاف، بستن این صفحات یا الزام مالک صفحه به حذف آن را دارد. با توجه به آثار مالی قابل توجه بستن این صفحات، نظارت قضایی بر تصمیمات مراجع غیر قضایی یا لزوم اخذ دستور قضایی مستقل در موارد مهم، تضمین بیشتری برای رعایت حقوق افراد فراهم می‌کند. تشریفات نظیر ابلاغ رسمی تصمیم و دلایل آن و اعطای مهلت مناسب برای دفاع یا رفع ایرادات احتمالی، باید به‌دقت رعایت شود.

۵-۳. گفتار سوم: مسئولیت مدنی دولت در قبال بستن غیرموجه صفحات مجازی دارای مالیت

چنانچه دولت یا نهادهای وابسته به آن، در فرآیند انسداد صفحات مجازی دارای مالیت، موازین قانونی و اصول بنیادین حقوقی پیش‌گفته را رعایت نکنند و از این رهگذر خسارتی به صاحب صفحه وارد آید، مسئولیت مدنی دولت برای جبران خسارات مطرح می‌شود. مبنای این مسئولیت را می‌توان در اصل ۱۷۱ قانون اساسی جستجو کرد که هرچند مستقیماً ناظر به اشتباه یا تقصیر قاضی است، اما روح آن و اصول کلی مسئولیت‌پذیری حاکمیت، قابل تسری به اقدامات سایر مقامات و نهادهای دولتی نیز می‌باشد، به‌ویژه با استناد به عمومات قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹. مواد ۱ و ۲ این قانون، مبنای کلی مسئولیت اشخاص (اعم از حقیقی و حقوقی، خصوصی و دولتی) در قبال ایراد خسارت به دیگری را بیان می‌دارد. قواعد فقهی معتبری چون قاعده لاضرر (لزوم جبران هرگونه ضرر ناروا)، قاعده اتلاف که در ماده ۳۲۸ قانون مدنی تجلی‌یافته و قاعده تسبیب مذکور در ماده ۳۳۱ قانون مدنی، همگی می‌توانند مبنای محکمی برای مسئولیت دولت در صورت انسداد غیرموجه و خسارت‌بار صفحات مجازی دارای مالیت باشند. تحقق این مسئولیت منوط به احراز ارکان سه‌گانه یعنی فعل زیان‌بار دولت (مانند انسداد بدون مجوز قانونی، نقض اصل تناسب، یا عدم رعایت تشریفات)، ورود ضرر (که «مالیت» صفحه نقش کلیدی در اثبات و ارزیابی میزان آن دارد، شامل خسارات مادی مانند از دست رفتن درآمد، کاهش ارزش برند، هزینه‌های بازگرداندن کسب‌وکار و حتی خسارات معنوی مانند لطمه به اعتبار تجاری موضوع ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی) و نهایتاً رابطه سببیت میان فعل دولت و ضرر وارده است. شیوه‌های جبران خسارت نیز می‌تواند شامل اعاده وضع به حالت سابق در صورت امکان، پرداخت خسارت مادی و در صورت اثبات، جبران خسارت معنوی باشد.

۶. نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر با هدف بررسی تأثیر مفهوم «مالیت» صفحات مجازی بر مشروعیت حقوقی بستن آن‌ها توسط نهادهای حاکمیتی در نظام حقوقی ایران انجام شد. یافته‌های تحقیق نشان داد که صفحات مجازی، به‌ویژه آن‌هایی که دارای مخاطب قابل توجه، محتوای ارزشمند و پتانسیل درآمدزایی هستند، بر اساس معیارهای مستخرج از فقه امامیه و حقوق ایران (از جمله وجود منفعت عقلانی و مشروع، رغبت و تمایل عقلایی، مورد حاجت بودن، کمیابی نسبی، نیاز به تلاش برای تحصیل، قابلیت اختصاص و نقل و انتقال و ارزش عرفی و اقتصادی) می‌توانند واجد وصف «مالیت» تلقی شوند.

این شناسایی مالیت، هرچند نافه اختیارات حاکمیتی دولت در موارد ضروری نیست، اما وضعیت حقوقی این صفحات را از ابزاری صرف برای بیان، به یک «دارایی» ارتقاء می‌بخشد. در نتیجه این ارتقاء، اعمال حاکمیت دولت، به‌ویژه در اقدام به بستن یا حذف آن‌ها، با محدودیت‌ها و الزامات جدی‌تری مواجه می‌شود. اصل مصونیت اموال و حقوق مذکور در ماده ۲۲ قانون اساسی و مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی، بر این صفحات نیز تسری یافته و هرگونه تعرض به آن‌ها باید مستند به مجوز قانونی صریح و با

تفسیر مضیق قوانین محدودکننده باشد. علاوه بر این، اصول بنیادینی چون تناسب میان اقدام حاکمیتی و هدف موردنظر، ضرورت و اکتفا به قدر متیقن، شفافیت در تصمیم‌گیری و اجرا، حق اطلاع و حق دفاع برای صاحب صفحه و رعایت صلاحیت نهاد اقدام‌کننده و تشریفات قانونی، از الزامات ماهوی و شکلی است که در فرآیند بستن صفحات مجازی دارای مالیت باید به‌دقت رعایت گردد. تفکیک میان مسئولیت مالک صفحه و محتوای کاربران و همچنین ترجیح اقدامات کمتر تهاجمی مانند حذف محتوای خاص بر انسداد کامل صفحه، از دیگر اقتضائات اصل تناسب است. نهایتاً، عدم رعایت این موازین و انسداد غیرموجه صفحات مجازی دارای مالیت، می‌تواند منجر به مسئولیت مدنی دولت گردد. مبانی این مسئولیت در اصل ۱۷۱ قانون اساسی، عموماً قانون مسئولیت مدنی و قواعد فقهی چون لاضرر، اتلاف و تسبیب قابل جستجوست و در صورت احراز ارکان مسئولیت، دولت مکلف به جبران خسارات مادی و معنوی وارده خواهد بود.

با عنایت به یافته‌های این پژوهش، پیشنهاد می‌شود که در راستای تضمین حقوق فعالان اقتصادی در فضای مجازی و پیشگیری از تضییع دارایی‌های دیجیتال، اقدامات اصلاحی جامعی صورت پذیرد. این اقدامات شامل ضرورت تدوین قوانین شفاف‌تر و دقیق‌تر در خصوص شناسایی و حمایت از مالیت صفحات مجازی و تعیین ضوابط روشن برای انسداد آن‌ها، ایجاد سازوکارهای دادرسی تخصصی و سریع برای رسیدگی به اختلافات ناشی از انسداد و جبران خسارات احتمالی، تقویت نقش نهادهای مدنی و صنفی در حمایت از حقوق فعالان فضای مجازی و نظارت بر اجرای صحیح قوانین و همچنین لزوم آموزش و ارتقاء دانش حقوقی کاربران و نهادهای حاکمیتی در خصوص ماهیت و ارزش اقتصادی صفحات مجازی و الزامات حقوقی ناشی از مالیت آن‌ها می‌باشد. اتخاذ چنین رویکردی می‌تواند به ایجاد تعادل میان اختیارات حاکمیتی و حقوق مالکانه در عصر دیجیتال کمک کرده و به رشد پایدار اقتصاد دیجیتال یاری رساند.

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

منابع

- آزرم، میلاد (۱۴۰۳). بررسی ضرورت یا عدم ضرورت مالیت داشتن داده‌های موضوع جرم برای تحقق سرقت رایانه‌ای. *عدلیه*، ۱۰ (۴)، ۳۵-۴۰.
- احمدلو، محمد (۱۴۰۰). لزوم مالیت مورد معامله در خصوص شرایط مبیع. *نهمین همایش پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران*، تهران، ایران.
- اراکي، محمدعلی (۱۴۱۵). *کتاب البیع*، قم: اسماعیلیان.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۱). *کتاب المکاسب*. قم: دار الذخائر.
- ایروانی، علی (۱۳۷۹). *حاشیه المکاسب*. قم: کتبی نجفی.
- باقری، پرویز؛ گندمکار، رضا حسین و زرگوش نسب، عبدالجبار (۱۳۹۹). بازپژوهی شرط مالیت و ملکیت عوضین در بیع از منظر فقه امامیه، *حقوق ایران*، انگلستان و آمریکا. *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۲۵ (۷)، ۲۷-۵۲.
- باقری، علی و عزیزالهی، محمدمهدی (۱۳۹۸). ضمان مالیت از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه. *پژوهش‌های فقهی*، ۳۶ (۱۵)، ۱۴۱-۱۶۳.
- بهمن پوری، عبدالله؛ شادمان فر، محمدرضا و پورغلامی فراشبندی، مجتبی (۱۳۹۳). بررسی فقهی حقوقی مال بودن داده‌های رایانه‌ای. *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۱۱ (۴۷)، ۲۳۱-۲۴۴.
- جزایری، محمدجعفر (۱۴۱۶). *هدی الطالب إلی شرح المکاسب*. [بی‌جا]: طلعة النور.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- حبیب، سعید و حسین زاده، مجید (۱۳۹۳). بررسی فرایند تحصیل ملکیت اموال فکری. *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۸ (۵)، ۳۳۵-۳۵۷.
- حکیم، محسن (بی‌تا). *نهج الفقاهه: تعلیق علی کتاب البیع من مکاسب الشیخ الأعظم الأنصاری «قده»*. قم: ۲۲ بهمن.
- زنگنه شهرکی، جعفر؛ محمدی مقدم، محمدجواد؛ پولادین طرقي، حجت و مرتضوی کاخکی، مرتضی (۱۴۰۲). بررسی انتقادی نظریه مالیت رمزارزها در بستر رغبت عقلا. *معرفت اقتصاد اسلامی*، ۲۹ (۱۵)، ۲۲۰-۲۳۴.
- شاه ملک پور، حسن و دریائی، رضا (۱۳۹۹). جستاری نقادانه پیرامون مالیت مورد معامله از منظر فقه مذاهب اسلامی. *فقه مقارن*، ۱۶ (۸)، ۱۴۹-۱۷۵.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). *حقوق مدنی ۳ (تعهدات)*. تهران: مجد.
- عبدی پور فرد، ابراهیم و وصالی ناصح، مرتضی (۱۳۹۶). توسعه مفهوم و مصادیق مال در فضای مجازی (مطالعه تطبیقی مالیت داده‌های رایانه‌ای در حقوق اسلام، ایران و کامن لا). *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۱۱ (۴)، ۸۷-۱۱۳.
- فخلعی، محمدتقی و علی اکبری بابوکانی، احسان (۱۳۹۳). پژوهشی فقهی در مالیت و مالکیت خبر در رسانه‌های جمعی و حقوق ناشی از آن. *فقه و اصول (دانشگاه فردوسی مشهد)*، ۹۶ (۴۶)، ۱۰۵-۱۳۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). *دوره مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)*. تهران: یلدا.
- کاشف‌الغطاء، احمد (۱۴۲۳). *سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادت*. نجف اشرف عراق: مؤسسه کاشف الغطاء العامة.
- کریمی، عباس و موسوی، أسماء (۱۳۹۰). بیع اموال فکری از منظر حقوق اسلامی. *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۵ (۴۴)، ۵۳-۷۴.
- محمودخانلی، داود (۱۴۰۱). اعتبار مالیت در اموال غیرمادی و کاربست آن در فقه. *فقه و حقوق معاصر*، ۲۲ (۸)، ۴۷-۶۷.

مطهری، مرتضی (۱۴۰۲). *نظری به نظام اقتصادی اسلام*. تهران: صدرا.

منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵). *دراسات فی المکاسب المحرمه*. قم: نشر تفکر.

مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع) (پدیدآور) (۱۴۳۲). *موسوعة الفقه الاسلامی المقارن*. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

موسوی بجنوردی، سید محمد؛ صباغی ندوشن، مریم (۱۳۹۳). شرط مالیت عوضین در صحت معاملات با رویکردی بر نظر امام خمینی (ره). *پژوهشنامه متین*، ۶۵(۱۶)، ۴۵-۶۶.

موسوی، سیدرضا (۱۳۹۷). مالیت محصولات فکری. *پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت*، ۹(۵)، ۱۱۳-۱۳۲.

نایینی، محمدحسین (۱۳۷۳). *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*. تهران: المکتبه المحمدیه.

وجدانی مقدم، دانیال (۱۴۰۳). ارث دارایی‌های الکترونیک با تأکید بر شبکه‌های اجتماعی. *کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق*، ۱۰(۱۰)، ۱۷۸۸-۱۸۰۶.

ولی زاده، محمدجواد و سلطانی، عباس علی (۱۳۹۴). مشروعیت و مالیت شرعی حقوق معنوی. *آموزه‌های فقه مدنی*، ۱۱(۷)، ۱۳۷-۱۶۰.

یوسفی، احمدعلی (۱۳۹۹). ضابطه مال بودن در مباحث فقهی. *اقتصاد اسلامی*، ۷۹(۲۰)، ۳۷-۶۳.

References

- Abdipourfard, E., & Vesali, M. (2017). An Extension in the Concept and Types of Property in the Cyberspace (A Comparative Study on the Proprietary Worth of Computer Data in Islam, Iran and Common Law). *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, 4(1), 85-112. Doi: 10.22091/csiw.2017.1526.1121. (In Persian)
- Ahmadlu, M. (2020). The necessity of the transaction value in relation to the conditions of the sale. *9th International Conference on Management Research and Humanities in Iran*, Tehran, Iran. (In Persian)
- Ansari, M. B. M. A. (1990). *The Book of Al-Makasib*. Qom: Dar al-Zakhaer. (In Persian)
- Araki, M. A. (1994). *The Book of Sale*. Qom: Ismailian. (In Persian)
- Azram, M. (2024). Investigating the necessity or non-necessity of possessing the data of the subject of the crime for the commission of computer theft. *Adliyyah*, 10(4), 35-40. (In Persian)
- Bagheri, A., & Azizolahi, M. M. (2019). Property guarantee from the perspective of jurisprudence and statutory law. *Jurisprudential Research*, 15(1), 141-163. Doi: 10.22059/JORR.2019.254242.1008007. (In Persian)
- Bagheri, P., Gandomkar, R. H., & Zargushnasab, A. (2020). Reinvestigating the Ownability and Ownership of the Considerations in the Sale Contract from the Perspective of Imamiyah Jurisprudence and Law of Iran, England and US. *Comparative Research on Islamic and Western Law*, 7(3), 25-52. Doi: 10.22091/csiw.2020.4808.1659. (In Persian)
- Bahmanpouri, A., Shadmanfar, M. R., & Pourgholami Farashbandi, M. (2014). A jurisprudential study of the ownership of computer data. *Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law*, 47(2), 231-244. Doi: 10.22059/jjfil.2014.53403. (In Persian)
- Fakhlai, M. T., & Ali Akbari Babukani, I. (2014). A Jurisprudential Research in Material Value and Ownership of News in Mass Media and the Rights Resulting from it. *Fiqh and Usul*, 46(1), 105-132. Doi: 10.22067/fiqh.v46i16.11845 (In Persian)
- Habiba, S., & Hosseinzadeh, M. (2014). A study of the process of acquiring ownership of intellectual property. *Comparative Law Studies*, 5(2): 335-357. Doi: 10.22059/jcl.2014.52946. (In Persian)
- Irvani, A. (2000). *Marginalia of Al-Makasib*. Qom: Najafi Manuscript. (In Persian)
- Jafari Langrudi, M. J. (1999). *Detailed in Legal Terminology (Vol 2)*. Tehran: Ganj Danesh. (In Persian)
- Jazayeri, M. J. (1995). *Huda Al-Talib / Al-Makasib*. Taliya Al Noor - [out of place]
- Karimi, A., & Mousavai, A. (2011). Selling intellectual property from the perspective of Islamic law. *Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law*, 44(2), 53-73. (In Persian)
- Katouzian, N. (1995). *Introductory Course in Civil Law: Property and Ownership*. Tehran: Yalda. (In Persian)
- Mahmoud Khanli, D. (2022). The validity of taxation in intangible assets and its application in jurisprudence. *Contemporary Jurisprudence and Law*, 8(22), 47-67. (In Persian)
- Motahari, M. (2023). *A view of the Islamic economic system*. Tehran: Sadra. (In Persian)
- Mousavi Bojnourdi, S. M., & Sabaghi Nadoshan, M. (2015). Condition of Possessory Value in Validity of Transactions with Special Reference to Imam Khomeini's Approach. *Matin Research Journal*, 16(65), 45-66. (In Persian)

- Shahidi, M. (2011). *Obligations (Civil Law 3)*. Tehran: Majd Scientific and Cultural Forum. (In Persian)
- Shahmalekpour, H., & Daryaei, R. (2021). A Critical Study about the Worthiness of the Object of Contract from the Viewpoint of Jurisprudence of Islamic Denominations. *Fiqhe Moqaran*, 8(16), 149-175. (In Persian)
- Valizadeh, M. J., & Soltani, A. A. (2015). The legitimacy and legal value of intellectual property rights. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 7(11), 137-160. (In Persian)
- Vojdani Moghadam, D. (2024). Inheritance of electronic assets with emphasis on social networks. *10th International and National Conference on Management, Accounting and Law Studies*, Tehran, Iran. (In Persian)
- Yosefi, A. A. (2020). The rule of belonging in jurisprudential issues. *Islamic Economics*, 20(79), 37-64. (In Persian)
- Zanganeh Shahraki, J., Mohammadi Moghadam, J., Poladin Tarqi, H., & Mortazavi Kakhaki, M. (2024). A critical examination of the theory of cryptocurrency taxation in the context of rationalists' desires. *Knowledge of Islamic Economics*, 29(15), 220-234. Doi: 10.22034/marefateeqtasadi.2024.5000675. (In Persian)

A Jurisprudential–Legal Examination of the “Propertization” of Virtual Pages and Its Impact on Revising the Legitimacy and Regulatory Framework for Their Closure by Governmental Authorities

Abstract

In the digital age, virtual pages have transformed from simple tools into assets of significant economic value. Using a descriptive-analytical method and based on Iranian jurisprudential and legal sources, this study examines the impact of recognizing the property status (maliyat) of virtual pages on the legal legitimacy of government actions in blocking them. The findings indicate that virtual pages, possessing criteria such as rational benefit, public interest, relative scarcity, and economic value, can be regarded as “property.” Accordingly, in addition to preserving governmental prerogatives under necessary conditions, more serious legal restrictions and obligations—including the requirement for explicit legal authorization, observance of the principle of proportionality, and the right to defense for page owners—are imposed on the state. Ultimately, unjustified blocking of such pages may result in the state’s civil liability to compensate for damages incurred.

English Keywords: Propertization, Virtual Pages, Governmental Authority, State Liability, Digital Asset.



ساختار نوین بورس در شبکه بلاک چین و آثار آن بر معاملات

رحیم مختاری^۱، هادی زارع^۲

۱. استادیار، گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: R_mokhtari@iau.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران. رایانامه: hadi.zare@iau.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: مقاله پژوهشی تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۰۲ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۳/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۴ تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱	متن چکیده بازار بورس اوراق بهادار یکی از مؤلفه های کلیدی اقتصاد جهانی است که از آغاز تاکنون بر اساس ساختاری متمرکز و واسطه محور فعالیت می کند. در حالی که وجود مرجع مرکزی برای تضمین امنیت و اعتبار معاملات مزایایی دارد، این ساختار با چالش هایی مانند عدم شفافیت، کارمزدهای بالا، وابستگی به واسطه ها و آسیب پذیری های سایبری مواجه است. با ظهور فناوری بلاک چین در دو دهه اخیر و به ویژه گسترش قراردادهای هوشمند، امکان بازنگری در مدل سنتی بورس فراهم آمده است. بلاک چین به واسطه ساختار همتا به همتا و قابلیت اجرای خودکار قراردادهای، می تواند جایگزینی غیرمتمرکز برای نظام بورس سنتی باشد. این فناوری توان حل چالش هایی همچون حضور گسترده واسطه ها، اتلاف زمان، هزینه های بالا و ضعف های امنیتی را دارد. با این حال، بلاک چین نیز در مراحل ابتدایی توسعه قرار دارد و چالش هایی حقوقی و فنی نظیر فقدان مقررات، پیچیدگی های ذاتی، مصرف انرژی بالا و محدودیت در مقیاس پذیری را به همراه دارد. با رفع این موانع، استفاده از ساختارهای غیرمتمرکز می تواند تحولی بنیادین در معماری بازارهای مالی ایجاد کند. کلیدواژه ها: بورس، بلاک چین، قرارداد هوشمند، تمرکزگرایی، واسطه محوری.

استناد: مختاری، رحیم و زارع، هادی (۱۴۰۴). ساختار نوین بورس در شبکه بلاک چین و آثار آن بر معاملات. حقوق کسب و کار و سرمایه گذاری، ۱(۱)، ۳۵-۱۸.

<http://doi.org/00000000000000000000000000000000>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی.

۱. مقدمه

جهان امروز ما بر اساس مدل‌ها و پایگاه‌های داده‌ای متمرکز نباشده است به نحوی که شما برای انجام هر فعالیت و کنشی در زندگی اجتماعی روزمره خود به یک یا چند نهاد واسطه نیازمندید. (مختاری، زارع، ۱۴۰۲) این مهم را به خصوص می‌توان در ساختارهای مالی و اقتصادی مشاهده نمود که روزانه تریلیون‌ها دلار را جابه‌جا می‌نمایند و به میلیارد‌ها نفر در سطح جهانی خدمات مالی ارائه می‌نمایند (ال‌شیبانی، لسلا و عبدالله^۱، ۲۰۲۰: ۲۳۱۱). به نحوی که شما برای یک تراکنش مالی ساده مانند انتقال پول از حساب خود به حساب شخص دیگر، به یک ساختار متمرکز مانند بانک نیازمندید. یکی از مهم‌ترین ساختارهای مالی جهانی که به شدت متمرکزگرا می‌باشد بازارهای بورس اوراق بهادار می‌باشد.

بورس اوراق بهادار نقش بسیار متنوع اما بسیار مهمی را در رشد و پیشرفت اقتصاد هر کشور ایفا می‌کند؛ ارزش سالانه این بازار در جهان در سال ۲۰۲۰ مطابق آمار ۸۹/۵ تریلیون دلار بود (میرز و دونالد^۲، ۲۰۱۸: ۳۹)؛ اما این بازار از زمان پیدایش خود در آمستردام^۳ هلند و با وجود گذشت بیش از ۴۰۰ سال همچنان ساختار سنتی و متمرکز خود را حفظ نموده (دژاردن^۴، ۲۰۱۷) رویه‌ای که در بازار بورس ایران نیز مشاهده می‌شود. درواقع بازارهای سنتی بورس در یک بستر متمرکز و واسطه محور اجرا می‌شوند که تمام کنش‌های معاملاتی را به صورت متمرکز ذخیره و اجرا می‌نماید؛ این معماری با داشتن یک مرجع مرکزی که صحت، امنیت و اعتبار معاملات را تضمین می‌کند، مزایای بسیاری دارد (راجپوت، سینگ، خورانا، بانسال و شریشتا^۵، ۲۰۱۹: ۹۰۹)؛ اما با این وجود این ساختار با مشکلات فراوانی همچون، شفافیت نامعلوم اطلاعات، کارمزدهای بالا، نقش و حضور گسترده واسطه‌ها و ... روبرو می‌باشد.

مطالعات تاریخی نشان می‌دهد که حکومت‌ها و دولت‌ها همواره سعی نموده‌اند انواع فناوری‌ها، سیستم‌ها و نهادها را برای بهبود عملکرد بازارهای بورس اوراق بهادار و حل چالش‌های آن به کار ببرند. یکی از بحث‌برانگیزترین پیشرفت‌های چند دهه اخیر فناوری بلاکچین بوده است. صاحبان این فناوری معتقدند که بلاکچین می‌تواند جهان را تغییر دهد، چراکه این فناوری به شیوه‌ای متفاوت از سیستم‌های مالی سنتی عمل می‌کند (گرگ، علام و مادان^۶، ۲۰۲۱: ۵۰۴)؛ اما پرسش اساسی ما در این پژوهش آن است که بلاکچین چگونه و با چه معماری و ساختاری می‌تواند ما را در حل چالش‌های بازارهای بورس اوراق بهادار یاری نماید؟ و در صورت بهره‌گیری از این فناوری ما با چه چالش‌ها و فرصت‌هایی روبرو خواهیم بود؟ به نظر می‌رسد فناوری بلاکچین می‌تواند به پشتوانه ساختار غیرمتمرکز خود یک معماری غیرمتمرکز را جانشین ساختار متمرکز فعلی بازارهای بورس اوراق بهادار فعلی نماید و بر بسیاری از چالش‌های موجود در این بازار همچون شفافیت، امنیت، کارمزدها و ... تأثیرگذار باشد.

متأسفانه در ادبیات حقوقی کشور ما تاکنون تحلیلی حقوقی و اقتصادی از کارکردهای بلاکچین^۷ در بورس ارائه نشده و عمده مطالعات صورت گرفته در ایران در حوزه این فناوری حول محور ارزهای دیجیتال بوده است. هرچند گاهی در تحقیقات صورت گرفته از کارکرد بلاکچین در حوزه بورس اشاره شده است؛ ولی به شرح و تفسیر این مهم پرداخته نشده است. از همین رو هدف ما در این پژوهش آن است که با تحلیل و توصیف این فناوری با ساختار و ماهیت بورس، سعی در ایجاد یک معماری نوین عاری از چالش‌های فعلی معماری سنتی بورس نماییم.

1. Al-Shaibani, Lasla & Abdallah

2. Miraz & Donald

3. Amsterdam

4. Desjardins

5. Rajput, Singh, Khurana, Bansal & Shreshtha

6. Garg, Alam & Madan

7. Blockchain

روش این پژوهش به شیوه توصیفی - تحلیلی خواهد بود. به این معنی که در وهله نخست، کتاب‌ها، مقالات و دیگر آثار، جمع‌آوری و مطالعه شده و سپس نتایج مطالعات صورت گرفته به بوته نقد، تحلیل و استنتاج درآمده است. بدیهی است که نوین بودن فناوری‌های بلاکچین و قرارداد هوشمند و نیز کمبود منابع علمی به‌خصوص در نظام حقوقی ایران موجب ایجاد محدودیت‌های برای نگارنده در این پژوهش بوده است.

۲. مفهوم‌شناسی، فناوری بلاکچین

زندگی اجتماعی امروز ما عمدتاً بر پایه ساختارها و شبکه‌های متمرکز بنا شده است. برای مثال، اگر شما به‌عنوان شخص «الف» قصد داشته باشید مبلغی پول بابت بدهی خود به شخص «ب» پرداخت کنید، به یک شبکه بانکی نیاز خواهید داشت. در این شبکه، بانک به‌عنوان یک پایگاه داده متمرکز و در نقش واسطه‌ای بین شما و شخص «ب»، امکان انجام تراکنش را فراهم می‌کند. این واسطه‌ها و شبکه‌های متمرکز، اطلاعات و تراکنش‌های شما را در پایگاه‌های داده‌ای خود، مانند رایانه‌ها، ذخیره می‌کنند و این اطمینان را به شما می‌دهند که اطلاعات و تراکنش‌هایتان ثبت شده و در صورت لزوم در دسترس خواهد بود. به‌عنوان مثال، شخص «ب» نمی‌تواند در آینده منکر دریافت این تراکنش شود. در واقع، این ساختارهای واسطه‌محور مسئولیت تضمین امنیت مبادلات را بر عهده دارند و در صورت بروز نقص، پاسخگو هستند (پوتال، مالیک، موهانتی، کویانوس و یانگ^۱، ۲۰۱۸: ۱۸). واسطه‌گری، راه‌حل غالب امروزی برای تأیید مالکیت دارایی‌ها و پردازش معاملات است (چیریک^۲، ۲۰۱۷: ۱۸۵).

حتی زمانی که از شبکه‌های اجتماعی برای ارسال و اشتراک‌گذاری پیام، عکس، موسیقی و غیره استفاده می‌کنید، در واقع از یک پایگاه داده متمرکز به‌عنوان واسطه بهره می‌برید. به‌عنوان مثال، پلتفرم‌هایی مانند واتس‌آپ^۳، اینستاگرام^۴، جی‌میل^۵ و بسیاری دیگر، علاوه بر تسهیل ارسال پیام یا فایل، داده‌ها را ذخیره می‌کنند؛ اما این پایگاه‌های داده متمرکز، هرچند گاهی در اختیار همگان قرار می‌گیرند، تحت کنترل و مدیریت یک شخص یا مجموعه خاص هستند. برای نمونه، تمام اطلاعات شبکه‌های اجتماعی واتس‌آپ و اینستاگرام تحت مدیریت شرکت متا^۶ قرار دارد که به همه داده‌ها و اطلاعات کاربران در این شبکه‌ها دسترسی کامل دارد. در چنین ساختارهایی، اگر صاحبان این پایگاه‌ها به هر دلیلی تصمیم به ایجاد تغییر در داده‌ها بگیرند، این کار برای آن‌ها بسیار ساده است. به‌عنوان مثال، آن‌ها می‌توانند حساب کاربری شما را مسدود کنند، تغییراتی را به‌گونه‌ای اعمال کنند که کسی متوجه نشود، سرورها را از دسترس خارج کنند یا حتی در معرض حملات سایبری^۷ قرار گیرند که منجر به دست‌کاری یا سرقت اطلاعات شود؛ بنابراین، این واسطه‌ها چندان قابل‌اعتماد نیستند.

اما در ۳۱ اکتبر ۲۰۰۸، در جریان بحران مالی آن سال‌ها، فرد یا گروهی ناشناس با نام ساتوشی ناکاموتو^۸ که هویتش تا امروز نامعلوم مانده است (سهانی، سینگ و کومار^۹، ۲۰۲۰: ۱)، مقاله‌ای پیشگامانه با عنوان «بیت‌کوین: سیستم نقدی الکترونیکی همتا به همتا»^{۱۰} منتشر کرد که به سپیدنامه بیت‌کوین^{۱۱} نیز شهرت دارد (راجپوت و همکاران، ۲۰۱۹: ۹۰۹). ناکاموتو علت بحران مالی آن سال‌ها را دخالت بانک‌ها و دولت‌ها در اقتصاد می‌دانست و ایده شبکه بلاکچین را مطرح کرد که در آن، افراد بتوانند

^۱. Puthal, Malik, Mohanty, Kougianos & Yang

^۲. Schiereck

^۳. WhatsApp

^۴. Instagram

^۵. Gmail

^۶. Meta

^۷. Cyberattack

^۸. Satoshi Nakamoto

^۹. Sahani, A., Singh, P., Kumar

^{۱۰}. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System

^{۱۱}. Bitcoin Whitepaper

بدون نیاز به پایگاه داده متمرکز یا واسطه‌ای مانند بانک، به صورت مستقیم با یکدیگر تراکنش مالی انجام دهند. ناکاموتو سرانجام این ایده را در سال ۲۰۰۹ عملی کرد و برای اولین بار در تاریخ، شبکه بلاکچین اجرایی شد.

بلاکچین در مفهومی ساده، یک دفتر کل غیرمتمرکز در یک شبکه همتابه‌همتا^۱ است (سرمه^۲، ۲۰۱۸: ۲۷)؛ که امکان تأیید و ذخیره تراکنش‌ها را بدون نیاز به واسطه‌ها یا مرجع تهاتر فراهم می‌کند.

برای درک بهتر مفهوم بلاکچین، لازم است با ساختار و عملکرد این شبکه آشنا شویم. همان‌طور که اشاره شد، بلاکچین یک پایگاه داده است، اما تفاوت اصلی آن با پایگاه‌های داده رایج در جهان امروز، غیرمتمرکز بودن آن است. منظور از غیرمتمرکز بودن این است که بلاکچین تحت مدیریت یا کنترل نهاد یا سازمانی مانند بانک‌ها در شبکه‌های مالی نیست و مرکزیت خاصی ندارد. در واقع، اطلاعات در بلاکچین روی یک سرور مرکزی ذخیره نمی‌شوند، بلکه در کل شبکه توزیع می‌گردند (سرمه، ۲۰۱۸: ۲۷) برای فهم مفهوم شبکه در بلاکچین، باید گفت که این فناوری از زیرساخت شبکه همتابه‌همتا استفاده می‌کند. این شبکه از رایانه‌هایی تشکیل شده است که افراد در سراسر جهان از طریق اینترنت به بلاکچین متصل می‌کنند و در این شبکه به‌عنوان «گره» شناخته می‌شوند. هر گره نسخه‌ای از تمام اطلاعات شبکه بلاکچین را ذخیره می‌کند؛ بنابراین، مدیریت و کنترل بلاکچین تنها بر عهده این گره‌هاست. از آنجاکه بلاکچین در قالب فایلی باقابلیت توزیع آزاد ارائه می‌شود، هیچ نسخه اصلی وجود ندارد و به جای یک مرجع مرکزی مانند بانک، سوابق توسط جامعه بزرگی از گره‌ها نظارت می‌شود و هیچ فردی به‌تنهایی بر آن کنترل ندارد (سلطان، روحی و لاکانی^۳، ۲۰۱۸: ۵۱). در غیاب یک نهاد متمرکز، نقش گره‌ها در مدیریت، تأیید و ذخیره تراکنش‌ها و داده‌ها از اهمیت بسزایی برخوردار است. این نقش در شبکه‌های متمرکز، مانند شبکه‌های بانکی که کاربران هیچ‌گونه دخالتی در مدیریت، تأیید یا ذخیره داده‌ها ندارند و این وظایف بر عهده بانک‌هاست، وجود ندارد. در شبکه همتابه‌همتای بلاکچین، ارتباطات درون‌شبکه‌ای به جای استفاده از یک سرور مرکزی به‌عنوان واسطه، مستقیماً بین شرکت‌کنندگان انجام می‌شود (لاو^۴، ۲۰۱۷: ۱۴). این ویژگی به کاربران امکان می‌دهد بدون نیاز به واسطه، با یکدیگر ارتباط برقرار کنند و کنش‌ها و مبادلات خود را انجام دهند. برای مثال، در شبکه بلاکچین می‌توانید بدون نیاز به شبکه بانکی، از کیف پول دیجیتال خود به کیف پول دیجیتال شخص «ب» ارز منتقل کنید.

آنچه بیش از هر چیز در بلاکچین موردتوجه قرار می‌گیرد، رویکرد آن در ذخیره‌سازی اطلاعات است. فناوری بلاکچین ممکن است پیچیده به نظر برسد، اما با بررسی جداگانه اجزای آن می‌توان آن را ساده‌تر درک کرد. بلاکچین از سه بخش اصلی تشکیل شده است: بلاک، زنجیره و شبکه.

این فناوری در حقیقت شبکه‌ای از زنجیره بلاک‌هاست که به صورت منظم شکل گرفته و اطلاعات در آن با استفاده از فناوری رمزنگاری داده‌ها به صورت سازمان‌یافته ذخیره می‌شود. اطلاعات ذخیره‌شده در این سیستم بین تمام گره‌های شبکه بلاکچین به اشتراک گذاشته می‌شود. هر بلاک در بلاکچین شامل سه بخش است: (۱) داده‌های ذخیره‌شده، (۲) هش^۵ بلاک، (۳) هش بلاک قبلی.

^۱. Peer-to-Peer

شبکه همتابه‌همتا تعدادی از سیستم‌های کامپیوتری را با هدف اشتراک‌گذاری فایل‌ها، به یکدیگر متصل می‌کند. سیستم‌های کامپیوتری (نود) در شبکه نظیر به نظیر از طریق اینترنت به یکدیگر متصل می‌شوند. در این ساختار شبکه سرور مرکزی وجود ندارد. در واقع هر کامپیوتر در شبکه همتابه‌همتا به‌طور همزمان نقش سرور و کاربر را ایفا می‌کند.

^۲. Sarmah

^۳. Sultan, Ruhi & Lakhani

^۴. Lav

^۵. Hash

در ابتدا، داده‌ها از هر طریقی که به‌دست‌آمده باشند، در یک بلاک جمع‌آوری می‌شوند. هر بلاک دارای یک شناسه منحصر به فرد به نام «هش» است. هش با استفاده از الگوریتمی پیچیده ریاضی ایجاد می‌شود که به منزله اثر انگشت هر بلاک بوده و از هش سایر بلاک‌ها متمایز است (ژنگ، ژی، دای، چن و وانگ^۱، ۲۰۱۸: ۳۶۸). پس از درج هش، تمام اطلاعات بلاک مجدداً رمزگذاری می‌شوند. پس از تکمیل رمزگذاری، گره‌های شبکه باید آن را تأیید کنند که این فرایند درواقع به معنای تأیید صحت تراکنش‌هاست. این تأیید از طریق مکانیسم‌های اجماع^۲ انجام می‌شود که در بلاک‌چین‌های مختلف متفاوت هستند. گره‌هایی که در فرایند اجماع و اعتبارسنجی شرکت می‌کنند، پاداش دریافت می‌کنند و به آن‌ها «ماینر^۳» یا «استخراج‌کننده» گفته می‌شود. مشارکت در استخراج نیازمند ظرفیت محاسباتی بالای نرم‌افزاری و سخت‌افزاری است. بلاک تأییدشده پس از اعتبارسنجی به بلاک‌های قبلی متصل می‌شود (میک^۴، ۲۰۱۷: ۵). این اتصال از طریق «هش بلاک قبلی» یا «پیش‌هش» انجام می‌شود که به‌عنوان کدی برای برقراری ارتباط بین بلاک‌های زنجیره عمل می‌کند. اهمیت پیش‌هش زمانی آشکار می‌شود که در صورت حمله سایبری و دست‌کاری اطلاعات یک بلاک، هش آن بلاک تغییر می‌کند. در واقع، بلاک‌ها از طریق هش بلاک قبلی به یکدیگر متصل شده و زنجیره‌ای از بلاک‌ها را تشکیل می‌دهند. اگر بلاک قبلی تغییر کند، هش آن متفاوت خواهد شد و این امر باعث تغییر هش تمام بلاک‌های بعدی می‌شود (یاگا، مل و رابی^۵، ۲۰۱۸: ۱۸). از آنجاکه هر بلاک علاوه بر هش خود، هش بلاک قبلی را نیز ذخیره می‌کند، به این ساختار «زنجیره بلاک» گفته می‌شود. این ویژگی امکان شناسایی و حذف بلاک‌های دستکاری شده را به‌سادگی فراهم می‌کند؛ بنابراین، خرابی یا هک بلاک به‌سرعت تشخیص داده شده و بلاک معیوب حذف می‌شود.

در سال‌های ابتدایی پیدایش بلاک‌چین بیت‌کوین، برخی توسعه‌دهندگان معتقد بودند که این بلاک‌چین هنوز به پتانسیل کامل خود نرسیده است. یکی از این توسعه‌دهندگان، ویتالیک بوتترین^۶، نابغه کانادایی - روسی علوم رایانه بود. او معتقد بود بیت‌کوین برای ساخت برنامه‌های غیرمتمرکز به یک‌زبان برنامه‌نویسی نیاز دارد؛ اما چون نتوانست موافقت سایر اعضای انجمن بیت‌کوین را جلب کند، تصمیم گرفت پلتفرمی محاسباتی و توزیع‌شده مبتنی بر بلاک‌چین ایجاد کند. این پلتفرم «اتریوم»^۷ نام گرفت (گرگ و همکاران، ۲۰۲۱: ۵۰۳). اتریوم نه‌تنها یک شبکه همتا به همتا بود، بلکه قابلیت انجام کارهای متنوعی را نیز داشت. با پیدایش اتریوم، اولین پلتفرم بلاک‌چین برای توسعه قراردادهای هوشمند^۸ شکل گرفت (ناهد خان و لوکیل^۹، ۲۰۲۱: ۲۹۰۳). بوتترین با فعال‌سازی اتریوم، به افراد امکان داد تا علاوه بر ارزش‌های دیجیتال، سایر دارایی‌ها و قراردادها را نیز در بلاک‌چین ثبت و

هش تابعی است که ورودی از حروف و اعداد را به یک خروجی رمزگذاری شده با طولی ثابت تبدیل می‌کند. توابع Hash در سرتاسر اینترنت به‌منظور ذخیره ایمن کلمه عبور، یافتن سوابق تکراری، ذخیره سریع و بازیابی اطلاعات و موارد این چنین به کار برده می‌شوند. هش با استفاده از یک الگوریتم ایجاد می‌شود که برای مدیریت بلاک چین در فضای کریپتوکارنسی‌ها بسیار ضروری است و در واقع پایه و اساس شبکه بلاک چین نیز محسوب می‌شود.

1. Zheng, Xie, Dai, Chen & Wang
2. Consensus

مکانیزم اجماع در بلاک‌چین اهمیت زیادی دارد، زیرا به شبکه‌های بلاک‌چین کمک می‌کند تا بدون نیاز به یک مقام مرکزی، به توافق جمعی درباره‌ی وضعیت داده‌ها برسند. این مکانیزم از صحت و یکپارچگی داده‌ها اطمینان حاصل می‌کند و به جلوگیری از مشکلاتی مانند تقلب و تغییر غیرمجاز در تراکنش‌ها کمک می‌کند.

3. Miner
4. Mik
5. Yaga, Mell & Roby
6. Vitalik Buterin
7. Ethereum (ETH)
8. Smart Contract

قراردادهای هوشمند کدهای برنامه‌نویسی شده بین طرفین قرارداد می‌باشند که در شبکه بلاک‌چین ذخیره شده و بیانگر توافق اطراف قرارداد بر محتوای قرارداد بوده؛ که پس از تحقق شروط مندرج در قرارداد مفاد قرارداد در شبکه بلاک‌چین به اجرا گذاشته می‌شود.

9. Naheed Khan & Loukil

منتقل کنند. این ویژگی، قابلیت‌های اتریوم را از یک ارز دیجیتال صرف به یک پلتفرم برای توسعه برنامه‌های غیرمتمرکز گسترش داد.

۳. شیوه عملکرد بورس در شبکه بلاک چین

آنچه مشخص است، این است که بورس یک بازار مالی سازمان‌یافته است. بورس اوراق بهادار را می‌توان از دیدگاه‌های مختلف و به روش‌های گوناگون تعریف کرد؛ با این حال، همان‌طور که از نام آن پیداست، بورس اساساً مکانی (فیزیکی یا مجازی) است که در آن اوراق بهادار، مانند سهام، اوراق خزانه، گواهی‌های سپرده و صندوق‌های سرمایه‌گذاری، معامله می‌شوند (میرز و دونالد، ۲۰۱۸: ۳۵). معماری سنتی بورس ساختاری به شدت متمرکز دارد (ال‌شیبانی، ۲۰۲۰: ۱۳۷۱۳). حتی بورس‌های پیشرو، مانند بورس اوراق بهادار نیویورک و لندن که به عنوان بورس‌های علمی شناخته می‌شوند، در واقع مجموعه‌ای از فناوری‌های صنعتی و فرایندهای مبتنی بر کاغذ هستند که در قالبی دیجیتال ارائه شده‌اند (تاپ اسکات و تاپ اسکات^۱، ۲۰۱۷: ۳). برای درک بهتر این موضوع و ضرورت گذار از معماری سنتی، در ادامه به بررسی مهم‌ترین چالش‌های معماری سنتی بورس‌های کنونی می‌پردازیم. با توجه به اینکه بررسی همه چالش‌ها از حوصله این پژوهش خارج است، در این بخش تنها به سه مورد از مهم‌ترین چالش‌ها که در ساختار بورس ایران نیز مشاهده می‌شوند، پرداخته می‌شود:

(الف) اتکا به پایگاه داده متمرکز: همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، معماری سنتی بورس از ابتدا بر پایه ساختار متمرکز بنا شده است. در این معماری، تمام داده‌ها و تراکنش‌های سرمایه‌گذاران و سایر بازیگران بورس در پایگاه داده نهاد بورس ذخیره می‌شوند. این معماری با وجود یک مرجع مرکزی که صحت، امنیت و اعتبار معاملات را تضمین و ذخیره می‌کند، مزایایی دارد (پاپ، مارسل و همکاران^۲، ۲۰۱۸: ۱). با این حال، اشکالات متعددی نیز به همراه دارد. برای مثال، تنها مرجع مرکزی به اطلاعات دسترسی دارد و می‌تواند به راحتی آن‌ها را تغییر یا حذف کند؛ این موضوع نقطه ضعف اصلی هر ساختار متمرکز است. همچنین، این معماری به شدت در برابر حملات سایبری آسیب‌پذیر است.

(ب) واسطه‌محوری محض: یکی از مهم‌ترین چالش‌های بازارهای مالی، به ویژه در حوزه بورس، نقش گسترده واسطه‌ها در این بازار است. برای حدود هزار سال، بازرگانان انواع اوراق بهادار را به صورت مستقیم بین خود معامله می‌کردند (میرز و دونالد، ۲۰۱۸: ۳۴). با این حال، از سال ۱۸۰۰ تاکنون، ساختارهای واسطه‌محور بخش فزاینده‌ای از معاملات بورس را در اختیار گرفته و روند معاملات را به طور فعال کنترل می‌کنند. در واقع، در معماری سنتی بورس، انجام هرگونه تراکنش یا اقدام تنها از طریق واسطه‌ها ممکن است (پاپ و همکاران، ۲۰۱۸: ۴). واسطه‌هایی مانند کارگزاری‌ها، بانک‌ها، بازارگردان‌ها، صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک، شرکت‌های سبدگردان و حتی دولت‌ها نقش کلیدی دارند. به همین دلیل، می‌توان گفت معماری سنتی بازار سهام به ساختارهای واسطه‌محور وابسته است. برای مثال، به دلیل تنظیم بازار، سرمایه‌گذاران نمی‌توانند مستقیماً سفارشی در سیستم ثبت کنند و باید از طریق واسطه‌ها، یعنی کارگزاران، اقدام کنند. نقش بانک‌ها نیز به عنوان واسطه در بورس بسیار برجسته است؛ آن‌ها معاملات سرمایه‌گذاران را به صورت الکترونیکی انجام می‌دهند و امکان خرید و فروش اوراق بهادار را فراهم می‌کنند. همچنین، بانک‌ها نقش مهمی در مدیریت صندوق‌های سرمایه‌گذاری دارند و خدمات متنوعی به مشتریان حقیقی و شرکت‌ها ارائه می‌دهند. این چالش را می‌توان یکی از مهم‌ترین عوامل ضعف بازار بورس ایران دانست.

1. Tapscott & Tapscott

2. Pop, Marcel, Vesa, Petrican, Cioara,... & Salomie

ج) محدودیت‌های مالی و زمانی: در ساختارهای متمرکزی مانند بورس اوراق بهادار، معمول است که تسویه معاملات چندین روز طول بکشد (باندکار و شیوا^۱، ۲۰۱۹: ۴۶). این تأخیر عمدتاً به دلیل پروتکل‌های تعریف‌شده در نرم‌افزارهای انتقال سهام، بانک‌ها و محدودیت ساعات کاری مؤسسات مالی (پنج روز در هفته در ساعات اداری) است.

از نظر مالی نیز، ساختار واسطه محور معماری سنتی بورس هزینه‌هایی را به سرمایه‌گذاران تحمیل می‌کند. برای مثال، کارگزاران درصدی از دارایی‌های معامله‌شده را به‌عنوان کارمزد دریافت می‌کنند. این رویه در مورد بانک‌ها نیز صدق می‌کند.

برای رفع محدودیت‌ها و کاستی‌های معماری سنتی بورس اوراق بهادار، فناوری بلاکچین پیشنهاد می‌شود تا معماری نوینی برای بورس ارائه شود. برای تحقق این معماری، از قراردادهای هوشمند در بستر بلاکچین استفاده می‌شود (ال‌شیبانی و همکاران، ۲۰۲۰: ۱۳۳۷۱۴).

قراردادهای هوشمند، قراردادهای حقوقی در قالب کدهای برنامه‌نویسی هستند (شیخ، عظمت الله و رضوان^۲، ۲۰۱۹: ۳۲۱) که در شبکه بلاکچین ذخیره می‌شوند و تمام الزامات یک قرارداد معتبر را دارا هستند (اُشیلدز^۳، ۲۰۱۷: ۱۸۰). این قراردادها می‌توانند به‌صورت خودکار تمام یا بخشی از تعهدات را اجرا کنند (تای^۴، ۲۰۱۸: ۲). پیشنهاد ما این است که به‌جای ساختار متمرکز سازمان بورس، تمام قوانین و مقررات تجاری ضروری بورس در یک قرارداد هوشمند کدنویسی شده و در بستر شبکه بلاکچین با حضور بازیگران بورس به اشتراک گذاشته شود (ال‌شیبانی و همکاران، ۲۰۲۰: ۱۳۳۷۱۲). به بیان ساده، تمام اقداماتی که در معماری سنتی بورس توسط ساختارهای متمرکز و واسطه محور انجام می‌شد، در معماری نوین به‌صورت خودکار توسط قراردادهای هوشمند در شبکه بلاکچین اجرا خواهد شد.

به‌کارگیری قراردادهای هوشمند در بستر بلاکچین، مانند هر فناوری دیگر، ویژگی‌ها و آثاری به همراه دارد. مهم‌ترین ویژگی این قراردادها، خود اجرایی بودن آن‌هاست. قراردادهای هوشمند از طریق کدنویسی جملات شرطی «اگر... آنگاه...»^۵ در بلاکچین اجرا می‌شوند. به همین دلیل، هرگاه شرایط قراردادی محقق شود، قرارداد هوشمند مفاد قرارداد را بدون نیاز به واسطه یا اقدام طرفین اجرا می‌کند. برای مثال، فرض کنید قصد خرید سهام یک شرکت را دارید. اگر موجودی کیف پول ارز دیجیتال^۶ شما بیشتر از مبلغ موردنیاز باشد و هنوز خرج نشده باشد، درخواست پذیرفته شده، وجه به‌صورت خودکار از کیف پول شما برداشت و به کیف پول شرکت منتقل می‌شود. به دلیل ماهیت همتابه‌همتای بلاکچین، نیازی به واسطه‌هایی مانند کارگزار یا بانک نیست. تراکنش با رعایت قوانین بورس که در قرارداد هوشمند کدنویسی شده‌اند، انجام می‌شود و در زمان و هزینه صرفه‌جویی می‌کند.

۴. محاسن بورس در شبکه بلاکچین

۴-۱. حذف واسطه‌ها

واسطه‌گری روش غالب امروزی برای تأیید مالکیت دارایی‌ها و پردازش معاملات است (نوفر، گامبر، هینز و چریک، ۲۰۱۷: ۱۸۳). همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، یکی از مهم‌ترین چالش‌های معماری سنتی بورس، نقش فعال واسطه‌ها در این بازار است.

1. Bhandarkar & Shiva

2. Sheikh, Azmathullah & Rizwan

3. O'Shields

4. Tai

5. if/when... then...

6. Crypto Wallet

7. Nofer, Gomber, Hinz & Schiereck

اگرچه واسطه‌ها در گذشته برای بهبود عملکرد ساختار بورس ایجاد شدند، در دهه‌های اخیر با ظهور فناوری‌های نوین مانند اینترنت و بلاکچین، نیاز به حضور آن‌ها کاهش یافته است. در واقع، فناوری به راه‌حلی مناسب برای جایگزینی واسطه‌ها تبدیل شده است.

یکی از مهم‌ترین کاربردهای فناوری بلاکچین در ساختار نوین و غیرمتمرکز بورس، حذف واسطه‌ها است. برای مثال، در این معماری دیگر نیازی به کارگزاران برای خرید و فروش سهام نخواهد بود (باندراکار و همکاران، ۲۰۱۹: ۴۶). در این روش، سرمایه‌گذاران می‌توانند به صورت مستقیم از طریق قراردادهای هوشمند در بستر بلاکچین و با استفاده از ساختار همتا به همتا، اقدام به خرید یا فروش سهام شرکت مورد نظر خود کنند. حتی برای پرداخت و دریافت وجه نیز نیازی به واسطه‌گری بانک نیست و تمام پرداخت‌ها و واریزها به صورت مستقیم توسط قراردادهای هوشمند و از طریق آدرس کیف پول دیجیتال سهام‌داران انجام می‌شود. در واقع، تمام فرایندهای بورسی به صورت خودکار در شبکه بلاکچین و از طریق این قراردادها اجرا می‌شوند (اسفندیاری بیات و زارع، ۱۴۰۲: ۹۰۲). این امر به پشتوانه ساختار همتا به همتای بلاکچین محقق می‌شود.

حتی فرایندهای نظارتی نیز توسط قراردادهای هوشمند انجام می‌شوند. در یک قرارداد هوشمند، از لحظه انعقاد تا اجرا و پایان قرارداد، تمام مراحل توسط هوش مصنوعی قرارداد هوشمند نظارت می‌شود. این مکانیسم نظارتی بر اساس دستورالعمل‌های تعریف شده در قرارداد هوشمند عمل کرده و اجرای قرارداد را تضمین می‌کند (صادقی و ناصر، ۱۳۹۷: ۱۴۸). مشخص است که حذف واسطه‌ها در بازارهای بورسی، به ویژه در بورس‌های به شدت واسطه محور مانند ایران، نقش مهمی در بهبود کارایی بورس خواهد داشت.

۴-۲. صرفه جویی در زمان و هزینه

اصولاً فلسفه ایجاد بلاکچین بیت‌کوین، انتقال سریع‌تر تراکنش‌ها با هزینه کمتر بود. در واقع، فناوری بلاکچین بیت‌کوین با قرارداد هوشمند ابتدایی خود توانست به صورت شفاف و امن، جایگزینی کارآمدتر برای صنعت انتقال پول ارائه دهد. برای مثال، می‌توانید به راحتی با وارد کردن آدرس کیف پول دیجیتال طرف مقابل در هر نقطه از جهان، پول را به کیف پول او منتقل کنید و این فرایند در چند لحظه انجام می‌شود. این در حالی است که روش‌های کنونی انتقال پول به خدمات اشخاص ثالث و مؤسسات مالی وابسته‌اند. این وابستگی به چندین واسطه، سیستم موجود را ناکارآمد می‌کند؛ زیرا خدمات نه تنها پرهزینه هستند، بلکه انتقال پول ممکن است روزها یا حتی هفته‌ها طول بکشد.

ساختار سنتی بورس به دلیل تمرکزگرایی و واسطه‌محوری، همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، سرمایه‌گذاران را با محدودیت‌های مالی و زمانی مواجه می‌کند. برای مثال، بازار بورس ایران از ساعات کاری مشخصی پیروی می‌کند. خارج از این ساعات، امکان خرید و فروش سهام وجود ندارد و سرمایه‌گذاران تنها می‌توانند پرتفوی خود را بررسی کنند. ساعات کاری بورس ایران در حال حاضر از شنبه تا چهارشنبه، از ساعت ۹:۰۰ تا ۱۲:۳۰ تعیین شده است؛ اما معماری نوین بورس مبتنی بر قراردادهای هوشمند در بستر بلاکچین، تغییرات شگرفی در رفع محدودیت‌های زمانی و مالی ایجاد می‌کند. فناوری بلاکچین به صورت ۲۴ ساعته و هفت روز هفته فعال است و تراکنش‌های مبتنی بر آن بسیار سریع‌تر انجام می‌شوند (باندراکار و همکاران، ۲۰۱۹: ۴۶)؛ بنابراین، در بورس‌های مبتنی بر بلاکچین هیچ محدودیت زمانی برای فعالیت بازار وجود ندارد. این ویژگی هم‌اکنون در صرافی‌های فعال در حوزه بلاکچین قابل مشاهده است.

از سوی دیگر، از آنجاکه تمام فرایندهای بورسی سرمایه‌گذاران به صورت خودکار توسط قراردادهای هوشمند اجرا می‌شوند، سرعت پردازش و حسابرسی در بورس افزایش می‌یابد. همچنین، به دلیل نبود نیاز به واسطه یا شخص ثالث در تراکنش‌های بلاکچین، هزینه‌ها و زمان انجام معاملات کاهش می‌یابد. برای مثال، در این معماری نیازی به کارگزار برای ثبت سفارش نیست.

و سرمایه‌گذاران می‌توانند مستقیماً با قرارداد هوشمند تعامل کرده و سفارش خود را ثبت کنند. این امر کارمزدهای پرداختی به کارگزاران را حذف می‌کند و هزینه‌های تراکنش در سیستم پیشنهادی مبتنی بر بلاک‌چین به‌طور کلی کمتر از کارمزدهای معماری سنتی بورس اوراق بهادار است (ال‌شیبانی و همکاران، ۲۰۲۰: ۱۳۳۷۱۷).

۴-۳. شفافیت و امنیت

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، یکی از اشکالات اصلی معماری سنتی بورس‌های کنونی، مالکیت و تنظیم شبکه توسط یک شخص ثالث مرکزی است. در این معماری، بیشتر معاملات به‌صورت الکترونیکی انجام می‌شوند، اطلاعات از راه دور منتقل شده و سوابق به‌صورت دیجیتال ذخیره می‌شوند. به همین دلیل، نگرانی‌های امنیتی در مورد هک و حملات سایبری همواره وجود دارد. از این‌رو، نیاز به ارتقای سطح امنیتی بورس‌ها بیش‌ازپیش احساس می‌شود (میرز و دونالد، ۲۰۱۸: ۴۰). بر اساس بررسی فدراسیون جهانی بورس^۱ بر ۴۶ بورس بین‌المللی، بیش از نیمی از آن‌ها (۵۳ درصد) دست‌کم یک حمله سایبری شدید را تجربه کرده‌اند.

همچنین، بورس اوراق بهادار سنتی می‌شود. به همین دلیل، الگوریتم‌ها و اطلاعات اغلب شفافیت کافی ندارند (پاپ و همکاران، ۲۰۱۸: ۵). در محیط پرتلاطم امروزی، بسیاری از سرمایه‌گذاران بر اهمیت شفاف‌سازی اطلاعات تأکید دارند و فقدان اطلاعات یا عدم اطمینان به آن‌ها به مشکلی اساسی در بازارهای مالی تبدیل شده است (فروغی، امیری و میرزایی، ۱۳۹۰: ۱۶). شاید بتوان گفت مهم‌ترین چالش سال‌های اخیر در بازارهای بورس، به‌ویژه بورس ایران، فقدان شفافیت است. اصولاً شفافیت در همه ساختارها و نظام‌ها از اهمیت بالایی برخوردار است، زیرا نبود آن پیامدهای منفی متعددی به دنبال دارد.

اما معماری بورس اوراق بهادار مبتنی بر بلاک‌چین، امنیت و شفافیت را تضمین می‌کند. از آنجاکه بلاک‌چین به دلیل ساختار غیرمتمرکز خود هیچ نقطه شکست مرکزی ندارد، در برابر حملات امنیتی مقاوم است. یک هکر برای نفوذ به بلاک‌چین با چالش‌های فراوانی مواجه است؛ او ابتدا باید مشخص کند کدام بلاک حاوی اطلاعات موردنظرش است. حتی اگر بتواند این بلاک را شناسایی کند، برای هک کردن بلاک‌چین باید به‌طور هم‌زمان به حداقل ۵۱ درصد از گره‌های شبکه حمله کرده و داده‌ها را تغییر دهد. این فرایند که به «حمله ۵۱ درصدی» معروف است، در شبکه بلاک‌چین بسیار پرهزینه و دشوار است. دشواری کار زمانی بیشتر می‌شود که مهاجم باید این حمله را در بازه زمانی محدود (فاصله بین دو بلاک) انجام دهد. در نتیجه، حمله به این شبکه تقریباً غیرممکن است، زیرا مهاجم تنها در صورتی می‌تواند شبکه را تحت تأثیر قرار دهد که کنترل ۵۱ درصد از گره‌ها را به دست آورد (سِرمه، ۲۰۱۸: ۲۷). همچنین، از آنجاکه نیازی به مرجع مرکزی نیست، کاربران می‌توانند مطمئن باشند که تراکنش‌ها طبق دستورات برنامه‌نویسی شده در قراردادهای هوشمند اجرا می‌شوند. از آنجاکه بلاک‌چین یک دفتر کل باز است، هر گره و کاربر می‌تواند به آن دسترسی داشته باشد و تراکنش‌ها را حسابرسی کند (سلطان و همکاران، ۲۰۱۸: ۵۱). این ویژگی شفافیت را ترویج کرده و سیستم را در برابر فساد مقاوم می‌کند (گِرج و همکاران، ۲۰۲۱: ۵۰۳). اطلاعات در سیستم بلاک‌چین برای هر گره شفاف و قابل‌دسترسی است و به‌روزرسانی داده‌ها نیز به‌صورت شفاف انجام می‌شود. به همین دلیل، بلاک‌چین قابل‌اعتماد است (چانگ، لین و لیائو^۲، ۲۰۱۷: ۶۵۳).

۵. چالش‌های بورس در شبکه بلاک‌چین

بلاک‌چین نیز مانند بسیاری از فناوری‌های نوین، از چالش‌های مخصوص به خود برخوردار است؛ از همین رو ما در این بخش به بررسی مهم‌ترین چالش‌های بلاک‌چین می‌پردازیم:

1. WFE

2. Chang, Lin & Liao

۵-۱. چالش‌های حقوقی

تاکنون هیچ چارچوب قانونی مدون و جامعی در سطح جهانی برای بلاکچین تدوین نشده است (دکاریا^۱، ۲۰۱۸: ۷۳۳). در حال حاضر، پذیرش بلاکچین و قراردادهای هوشمند از منظر قانونی با چالش‌ها و ابهاماتی مواجه است و تمرکز اصلی دولت‌ها بیشتر بر ارزشهای دیجیتال بوده است. با این حال، در برخی کشورها مانند ایالات متحده، در سطح قوانین ایالتی، مقرراتی در این زمینه وضع شده یا در حال تدوین است. ایالت‌های دلاور^۲، ورمونت^۳، نوادا^۴ و آریزونا^۵ در ایالات متحده همگی به دنبال تصویب قوانینی برای شناسایی و استفاده از بلاکچین و قراردادهای هوشمند هستند. به‌ویژه ایالت آریزونا قانون مفصلی در این زمینه وضع کرده است (همان).

اروپا نیز خیلی زود ظرفیت‌های فناوری بلاکچین و منافع آن برای بخش‌های عمومی و خصوصی را درک کرد. برای مثال، استونی^۶ از سال ۲۰۱۲ تاکنون از بلاکچین در بسیاری از فعالیت‌ها استفاده کرده است. بخش‌های خاصی در اروپا فعالانه در حوزه بلاکچین سرمایه‌گذاری می‌کنند که این سرمایه‌گذاری‌ها از تولید تا بانکداری را شامل می‌شود. متأسفانه در ایران تاکنون هیچ چارچوب قانونی در مورد بلاکچین و قراردادهای هوشمند تصویب نشده است و تمرکز دولت و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران عمدتاً بر ارزشهای دیجیتال و رمزارزها بوده است. حتی در حوزه ارزشهای دیجیتال نیز وضعیت قانونی مبهمی وجود دارد. بانک مرکزی در سال ۲۰۱۸ اعلام کرد که فعالیت با ارزشهای رمزنگاری شده برای تمامی مؤسسات مالی، از جمله بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، ممنوع است (شیرانی و طلایش، ۱۳۹۹: ۱۷۷). این در حالی است که پیش از سال ۲۰۱۸، بانک مرکزی تنها به هشدار درباره خطرات احتمالی ارزشهای دیجیتال بسنده کرده بود (فتحی‌زاده و عطاءآبادی، ۱۳۹۸: ۴۶۰)؛ بنابراین، تاکنون هیچ قانون مدونی در مورد بلاکچین، به‌ویژه در زمینه کارکرد آن در بورس، تصویب نشده است. با این وجود، در سال‌های اخیر شاهد اجرای چند پروژه بلاکچینی باهدف بهره‌مندی از مزایای این فناوری بوده‌ایم (ملک شعار، امیران و مینویی، ۱۴۰۲: ۱۶۶). نزدیک^۷ اولین بازار بورسی بود که در سال ۲۰۱۵ از فناوری دفتر کل بلاکچین رونمایی کرد. این راه‌حل به شرکت‌های خصوصی امکان می‌دهد مالکیت سهام را به‌صورت دیجیتال و با استفاده از فناوری مبتنی بر بلاکچین ثبت کنند (سیستم مالی پایدار^۸، ۲۰۱۸).

به نظر می‌رسد با انطباق اصول و قواعد حقوقی موجود با قراردادهای هوشمند و بلاکچین، نیازی به تدوین مجموعه قوانین یا مقررات جدید در این حوزه نباشد (اشیلدز، ۲۰۱۷: ۱۷۸). با این حال، اصول حقوقی کنونی برای رسیدگی صریح به قراردادهای هوشمند و سایر فناوری‌های نوظهور، بافاصله زمانی قابل‌توجهی بین پذیرش فناوری و تعدیل قوانین (چه از نظر قانونی و چه قضایی) تطبیق داده می‌شوند (گلدن‌فاین و لیتر^۹، ۲۰۱۸: ۱۴۴).

یکی از مهم‌ترین چالش‌های حقوقی قراردادهای هوشمند در شبکه بلاکچین، ویژگی تغییرناپذیری آن است. در سیستم‌های متمرکز، اطلاعات را می‌توان تغییر داد یا حذف کرد، زیرا تصمیم‌گیری توسط یک فرد یا نهاد انجام می‌شود. این رویه در بورس‌های کنونی نیز وجود دارد و سازمان بورس ممکن است به دلایل مختلف معاملات یک سهام را ابطال کند؛ اما در سیستم غیرمتمرکز بلاکچین، هر تراکنش پس از اتصال به بلاکچین در تمام رایانه‌ها یا دستگاه‌های متصل به شبکه کپی می‌شود؛

1. De Caria
2. Delaware
3. Vermont
4. Nevada
5. Arizona
6. Estonia
7. NASDAQ

نزدک به‌عنوان دومین بازار سهام بزرگ در دنیا شناخته می‌شود که سهام شرکت‌های بزرگ در حوزه‌های فناوری را عرضه می‌کند.

8. Sustainable Financial System
9. Goldenfein & **Letter**

بنابراین، پس از اجماع روی یک تراکنش، امکان تغییر یا حذف آن وجود ندارد، مگر اینکه فردی بتواند به‌طور هم‌زمان کنترل بیش از ۵۱ درصد گره‌های شبکه را در دست بگیرد (چانگ و همکاران، ۲۰۱۷: ۶۵۵). تغییرناپذیری یکی از اساسی‌ترین ویژگی‌های شبکه بلاکچین است. از آنجاکه قراردادهای هوشمند به‌عنوان کدهایی در شبکه بلاکچین ثبت و اجرا می‌شوند، پس از تنظیم، طرفین نمی‌توانند به‌راحتی آن‌ها را تغییر دهند (علام^۱، ۲۰۱۸: ۱۴۲). این ویژگی سبب می‌شود قراردادهای هوشمند با چالش‌های حقوقی مانند فسخ، اقاله و تعدیل قرارداد مواجه شوند.

به نظر می‌رسد سکوت دولت‌ها به‌خصوص در ایران، در قبال قراردادهای هوشمند و بلاکچین ناشی از احتیاط و نبود زیرساخت‌های فنی لازم است؛ اما گسترش تعاریف متناقض و برخورد قانونی بالقوه با قراردادهای هوشمند ممکن است موجب عدم قطعیت قانونی و خطاهای نظارتی شود؛ بنابراین قانون‌گذاران باید از نزدیک پیشرفت‌های قراردادهای هوشمند و بلاکچین را پیگیری کنند؛ و با تصویب قوانین لازم به رفع عدم اطمینان قانونی و بالا بردن جایگاه این صنعت به سرمایه‌گذاران و مصرف‌کنندگان کمک کنند.

۵-۲. چالش‌های فنی

بلاکچین و ساختارهای مبتنی آن از حیث فنی نیز با چالش‌هایی روبرو هستند که بر عملکرد آن تأثیرگذار است. هرچند باید گفت فناوری بلاکچین همچنان در ابتدای مسیر خود قرار دارد و مشهود است که در آینده می‌توان این چالش‌ها را حل نمود. ما در ادامه به بررسی مهم‌ترین چالش‌های فعلی قرارداد هوشمند می‌پردازیم:

۱) پیچیدگی فناوری بلاکچین

یکی از معایب بلاکچین، پیچیدگی آن برای درک افراد عادی است (سرمه، ۲۰۱۸: ۲۷). پیچیدگی انعقاد قراردادهای هوشمند در شبکه بلاکچین نیز به‌عنوان یکی از چالش‌های اصلی به چشم می‌خورد (ناصر، ۱۳۹۷: ۱۱۷). در واقع، قراردادهای هوشمند به‌جای استفاده از ادبیات حقوقی، از کدنویسی رایانه‌ای با زبان‌های برنامه‌نویسی مانند جاوا^۲، پایتون^۳ و سالیدیتی^۴ استفاده می‌کنند؛ بنابراین، فردی که قصد ایجاد یک قرارداد هوشمند در بازار بورس را دارد، باید به یکی از این زبان‌های برنامه‌نویسی تسلط داشته باشد.

باید توجه داشت که پس از نوشتن یک قرارداد هوشمند و ثبت آن در شبکه بلاکچین، امکان تغییر یا حذف آن وجود ندارد و برنامه به‌صورت خودکار و دائمی در شبکه اجرا می‌شود. از این‌رو، لازم است افرادی که تسلط کافی بر زبان‌های برنامه‌نویسی دارند، قراردادهای هوشمند را ایجاد کنند؛ زیرا کدها توسط انسان نوشته می‌شوند و انسان ممکن است اشتباه کند. وقوع چنین خطایی، به‌ویژه در بازار بورس، می‌تواند نتایج زیان‌بار و جبران‌ناپذیری برای سرمایه‌گذاران و شرکت‌ها به دنبال داشته باشد.

۲) مصرف زیاد انرژی

یکی از معایب اصلی بلاکچین، مصرف بالای انرژی آن است. نگهداری دفتر کل توزیع‌شده نیازمند مصرف مقدار زیادی برق است. هرگاه گره جدیدی ایجاد شود، ماینرها باید انرژی قابل‌توجهی صرف کنند، زیرا هر تراکنش باید با رمزنگاری امضا شود. این فرایند به قدرت محاسباتی بالایی نیاز دارد که یکی از دلایل اصلی مصرف بالای انرژی است. تخمین زده می‌شود که ۰/۲۱ درصد از کل برق جهان برای تأمین انرژی مزارع استخراج بیت‌کوین مصرف می‌شود که تقریباً معادل مصرف سالانه برق

1. Allam
2. Java
3. Python
4. Solidity

کشور سوئیس است. همچنین، برآورد شده است که ماینرهای بیت‌کوین بین ۶۰ تا ۸۰ درصد از درآمد حاصل از استخراج را صرف هزینه‌های برق می‌کنند (اشفورد^۱، ۲۰۲۲).

۳) مقیاس‌پذیری محدود شبکه بلاکچین

مقیاس‌پذیری به این معناست که بلاکچین باید ظرفیت پردازش تعداد تراکنش‌های موردنیاز کاربران را داشته باشد. در واقع، یک بلاکچین مناسب باید بتواند به هر تعداد تراکنش پاسخ دهد و از این نظر محدودیت‌های کمتری داشته باشد. برای مثال، شبکه‌های پرداخت سنتی مانند پی‌پال^۲ سرعت پردازش بسیار بالایی دارند و قادر به انجام حدود ۲۰,۰۰۰ تراکنش در ثانیه هستند. در مقابل، در بلاکچین بیت‌کوین، اندازه هر بلاک به یک مگابایت محدود است و هر ۱۰ دقیقه یک بلاک استخراج می‌شود (سهمانی و همکاران، ۲۰۲۰: ۱). در نتیجه، شبکه بیت‌کوین به نرخ ۷ تراکنش در ثانیه محدود می‌شود و نمی‌تواند با معاملات با فرکانس بالا رقابت کند (جرونی^۳، ۲۰۲۱). بلاکچین اتریوم نیز می‌تواند حدود ۲۰ تراکنش در ثانیه را مدیریت کند، اما این میزان تنها برای تعداد محدودی از کاربران کافی به نظر می‌رسد. با افزایش روزافزون حجم تراکنش‌ها، شبکه بلاکچین سنگین‌تر می‌شود. از آنجاکه ظرفیت بلاک‌ها محدود است، بسیاری از تراکنش‌های کوچک ممکن است به تعویق بیفتند، زیرا ماینرها تراکنش‌هایی با کارمزد بالاتر را در اولویت قرار می‌دهند (ژانگ و همکاران، ۲۰۱۸: ۳۶۷)؛ بنابراین، عوامل مؤثر در چالش مقیاس‌پذیری بلاکچین نشان می‌دهند که افزایش تعداد تراکنش‌ها و کاربران برای شبکه‌های بلاکچین مشکل‌ساز است، به‌ویژه اگر قرار باشد این فناوری در بازار بورس به کار گرفته شود.

۶. آینده شبکه بلاکچین در بورس ایران

در کشورهایی مانند ایران که دولت نقش پررنگی در حاکمیت و تصدی‌گری دارد و بخش خصوصی نسبتاً کوچک است، طبیعی است که بهره‌گیری از فناوری بلاکچین با مقاومت‌های شدیدی مواجه شود؛ زیرا بلاکچین در ذات خود به دنبال حذف واسطه‌ها، کاهش پیچیدگی‌های ناشی از حضور آن‌ها و ایجاد ارتباط مستقیم بین کسب‌وکارهاست. در سال‌های اخیر، تلاش‌های متعددی برای تدوین سیاست‌های کلان در زمینه فناوری بلاکچین در ایران انجام شده است. در همین راستا، هیئت‌مدیره بلاکچین و رمزارز ایران زیر نظر اتاق بازرگانی تأسیس شد تا به‌عنوان نهادی از بخش خصوصی، فعالیت در حوزه فناوری بلاکچین را تسهیل کند، از کسب‌وکارهای مبتنی بر این فناوری حمایت کند و برای رفع خلأهای قانونی و رسمیت‌بخشی به فعالیت‌های این حوزه تلاش نماید.

در سال‌های اخیر، ایران شاهد شکل‌گیری پروژه‌های متعددی در حوزه بلاکچین، به‌ویژه در بخش خدمات مالی، بوده است. یکی از مهم‌ترین آن‌ها «پروژه ققنوس» است که با پشتیبانی بانک‌های ملی، ملت، تجارت، پارسیان و پاسارگاد و همچنین شرکت‌های توسن و ققنوس راه‌اندازی شد. این پروژه با ارائه کیف پول رمزنگاری‌شده و ایجاد زیرساخت مدیریت ثروت خرد، امکان توکنیزه کردن دارایی‌های ارزشمند فیزیکی مانند طلا، الماس و املاک را در قالب ارزهای دیجیتال فراهم کرده است. بدین ترتیب، افراد می‌توانند با سرمایه‌گذاری در این ارزها، ارزش دارایی‌های خود را حفظ و مدیریت کنند.

باوجود تمام مزیت‌هایی که فناوری بلاکچین می‌تواند برای بازار بورس ایران به همراه داشته باشد، به‌کارگیری این فناوری با محدودیت‌های متعددی، به‌ویژه به دلیل فقدان زیرساخت‌های فنی و قانونی، مواجه است.

۷. نتیجه‌گیری

بورس اوراق بهادار به‌عنوان یکی از ارکان اصلی رشد و توسعه اقتصادی هر کشور، نقشی کلیدی و چندوجهی ایفا می‌کند. باین‌حال، ساختار سنتی و متمرکز بورس که تمام داده‌ها و تراکنش‌های سرمایه‌گذاران در پایگاه‌های داده‌ای مرکزی ذخیره می‌شود، مزایایی مانند تضمین صحت، امنیت و اعتبار معاملات دارد، اما با چالش‌های متعددی نیز مواجه است. مهم‌ترین این چالش‌ها، وابستگی گسترده به واسطه‌ها (مانند کارگزاری‌ها و بانک‌ها) است که سبب تأخیر در تسویه معاملات (گاه چندین روز) و تحمیل هزینه‌های مالی قابل‌توجه به سرمایه‌گذاران می‌شود. برای رفع این محدودیت‌ها، فناوری بلاکچین با استفاده از قراردادهای هوشمند به‌عنوان راه‌حلی نوین پیشنهاد شده است. این فناوری امکان ایجاد معماری غیرمتمرکزی را برای بورس فراهم می‌کند که در آن قوانین و مقررات تجاری بورس در قالب قراردادهای هوشمند در شبکه بلاکچین تعریف و با بازیگران بازار به اشتراک گذاشته می‌شود. این رویکرد با حذف واسطه‌ها، هزینه‌ها و زمان انجام معاملات را به‌طور چشمگیری کاهش می‌دهد و سرمایه‌گذاران را از محدودیت‌های مالی و زمانی سنتی رها می‌سازد. علاوه بر این، بلاکچین با ساختار غیرمتمرکز و نبود نقطه شکست مرکزی، امنیت بالایی در برابر حملات سایبری فراهم می‌کند و با شفافیت کامل داده‌ها برای همه کاربران، اعتماد و مبارزه با فساد را تقویت می‌کند. باین‌حال، این فناوری نیز چالش‌هایی دارد؛ از منظر حقوقی، نبود چارچوب قانونی جامع و جهانی برای بلاکچین و قراردادهای هوشمند، پذیرش آن را با ابهاماتی مواجه کرده است. از منظر فنی نیز، پیچیدگی‌های فنی، محدودیت‌های مقیاس‌پذیری و مصرف بالای انرژی از جمله موانع هستند. با وجود این چالش‌ها، بلاکچین و قراردادهای هوشمند هنوز در مراحل اولیه توسعه قرار دارند و با پیشرفت‌های آتی، انتظار می‌رود این محدودیت‌ها برطرف شده و این فناوری به راه‌حلی کارآمد برای تحول بورس اوراق بهادار تبدیل شود.

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

منابع

- اسفندیاری بیات، حمزه و زارع، هادی (۱۴۰۲). بررسی کارکردها و چالش‌های به‌کارگیری قراردادهای هوشمند در بیمه‌های خسارات. *اولین همایش ملی تأثیر متقابل حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در توسعه قوانین*، گرگان.
- اسماعیلی عطاآبادی، عقیل و فتحی زاده، امیرهوشنگ (۱۳۹۸). تعیین استاندارد برای تغییر و انحلال قراردادهای هوشمند. *اولین کنفرانس بین‌المللی مدیریت دانش، بلاک چین و اقتصاد*، تهران.
- شبروانی، مسعود و طلایش، ملیکا سادات (۱۳۹۹). قانون‌گذاری بلاک چین در ایران، چین و انگلستان. *مجله تمدن حقوق*، ۳(۷)، ۱۷۵-۱۸۵.
- صادقی، محسن و ناصر، مهدی (۱۳۹۷). ملاحظات برای سیاست‌گذاری حقوقی قراردادهای هوشمند. *سیاست‌گذاری عمومی*، ۴(۲)، ۱۴۳-۱۶۷. Doi: 10.22059/PPOLICY.2018.67873
- فروغی، داریوش؛ امیری، هادی و میرزایی، منوچهر (۱۳۹۰). تأثیر شفاف نبودن اطلاعات مالی بر ریسک سقوط آتی قیمت سهام در شرکت‌های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران. *فصلنامه پژوهش‌های حسابداری مالی*، ۳(۴)، ۱۵-۴۰. Doi: 20.1001.1.23223405.1390.3.4.3.8
- مختاری، رحیم و زارع، هادی (۱۴۰۲). بررسی ساختار خود اجرایی قراردادهای هوشمند در اجرای تعهدات قراردادی. *هفتمین کنفرانس ملی دستاوردهای نوین در حقوق و روانشناسی*، تهران.
- ملک شعار، محمدرضا؛ امیران، حیدر و مینویی، مهرزاد (۱۴۰۲). ارائه مدل امکان‌سنجی استقرار فناوری بالک چین در معاملات بورس اوراق بهادار تهران. *نشریه علمی دانش مالی تحلیل اوراق بهادار*، ۱۶(۵۹)، ۱۶۰-۱۷۳. Doi: 10.30495/jfksa.2023.23084
- ناصر، مهدی (۱۳۹۷). *قراردادهای هوشمند (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و آمریکا)*. چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.

References

- Allam, Z. (2018). On smart contracts and organisational performance: A review of smart contracts through the blockchain technology. *Review of Economic and Business Studies (REBS)*, (22), 137-156.

- Al-Shaibani, H., Lasla, N., & Abdallah, M. (2020). Consortium blockchain-based decentralized stock exchange platform. *IEEE Access*, 8, 123711-123725.
- Ashford, K. (2022). *What is cryptocurrency?*. Source: forbes, [access: 2022-08-28].
- Bhandarkar, V. V., Bhandarkar, A. A., & Shiva, A. (2019). Digital stocks using blockchain technology the possible future of stocks?. *International Journal of Management (IJM)*, 10(3).
- De Caria, R. (2018). The legal meaning of smart contracts. *European Review of Private Law*, 26(6).
- Desjardins, J. (2017). *The Blockchain Could Change the Backbone of the Stock Market*. Source: visualcapitalist, [access: 2024-08-25].
- Esfandiari Bayat, H., & Zare, H. (2023). Examining the functions and challenges of using smart contracts in property and casualty insurance. *The first national conference the mutual influence of international law and domestic law in the development of laws*, Gorgan. (In Persian)
- Esmaili Attabadi, A., & Fathizadeh, A. H. (2019). Setting the standard for changing and terminating smart contracts. *The First International Conference on Knowledge Management, Blockchain and Economics*, Tehran. (In Persian)
- Foroghi, D., Amiri, H., & Mirzae, M. (2012). The Impact of Opacity in Financial Reporting on the Future Stock Price Crash Risk of Listed Companies in Tehran Stock Exchange. *Financial Accounting Research*, 3(4), 15-40. Doi: 20.1001.1.23223405.1390.3.4.3.8 (In Persian)
- Garg, V., Alam, T., & Madan, S. (2021). A study on blockchain technology: history, features and applications. *International Research Journal of Modernization in Engineering Technology and Science*, (pp.501-508).
- Geroni, D. (2021). *Blockchain Scalability Problem – Why is it Difficult to Scale Blockchain?* Source: 101blockchains.com, [access: 2022-08-29].
- Goldenfein, J., & Leiter, A. (2018). Legal engineering on the blockchain: Smart contracts' as legal conduct. *Law and Critique*, 29, 141-149.
- Khan, S. N., Loukil, F., Ghedira-Guegan, C., Benkhelifa, E., & Bani-Hani, A. (2021). Blockchain smart contracts: Applications, challenges, and future trends. *Peer-to-peer Networking and Applications*, 14(5), 2901-2925.
- Law, A. (2017). *Smart contracts and their application in supply chain management*. Doctoral dissertation, Massachusetts Institute of Technology.
- Lee, L. (2016). New kids on the blockchain: How bitcoin's technology could reinvent the stock market. *Hastings Business Law Journal*, 12(2), 81-132. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2656501>
- Lin, I. C., & Liao, T. C. (2017). A survey of blockchain security issues and challenges. *Int. J. Netw. Secur*, 19(5), 653-659.
- Malekshoar, M. R., Amiran, H., & Minouei, M. (2024). Providing a feasibility model for the establishment and development of block chain technology in Tehran Stock Exchange market transactions. *Financial Knowledge of Securities Analysis*, 16(59), 160-173. Doi:10.30495/jfksa.2023.23084 (In Persian)
- Mik, E. (2017). Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity. *Law, Innovation and Technology*, 9(2), 1-26.
- Miraz, M. H., & Donald, D. C. (2018, August). Application of blockchain in booking and registration systems of securities exchanges. In *2018 International Conference on Computing, Electronics & Communications Engineering (iCCECE)* (pp. 35-40). IEEE.

- Mokhtari, R., & Zare, H. (2023). Examining the self-executing structure of smart contracts in the implementation of contractual obligations. The 7th National Conference Of New Achievements In Law And Psychology, Tehran. (In Persian)
- Naser. M. (2018). *Smart Contracts: A Comparative Study of Iranian and American Law*. Tehran: Majd. (In Persian)
- Nofer, M., Gomber, P., Hinz, O., & Schiereck, D. (2017). Blockchain. *Business & Information Systems Engineering*, 59(3), 183-187
- Nofer, M., Gomber, P., Hinz, O., & Schiereck, D. (2017). Blockchain. *Business & Information Systems Engineering*, 59(3), 183-187.
- O'Shields, R. (2017). Smart contracts: Legal agreements for the blockchain. *NC Banking Inst*, 21, 177.
- Pop, C., Pop, C., Marcel, A., Vesa, A., Petrican, T., Cioara, T.,... & Salomie, I. (2020). Decentralizing the Stock Exchange using Blockchain. In *2018 IEEE 14th International Conference on Intelligent Computer Communication and Processing (ICCP)*.
- Puthal, D., Malik, N., Mohanty, S. P., Kougianos, E., & Yang, C. (2018). The blockchain as a decentralized security framework [future directions]. *IEEE Consumer Electronics Magazine*, 7(2), 18-21.
- Rajput, S., Singh, A., Khurana, S., Bansal, T., & Shreshtha, S. (2019, February). Blockchain technology and cryptocurrenices. In *2019 Amity international conference on artificial intelligence (AICAI)* (pp. 909-912). IEEE.
- Sadeghi, M., & Nasser, M. (2018). Consideration for Policy Making of Smart Contracts. *Iranian Journal of Public Policy*, 4(2), 143-167. Doi: 10.22059/ppolicy.2018.67873 (In Persian)
- Sahani, A., Singh, P., & Kumar, A. (2020) Introduction to Blockchain. *Journal of Informatics Electrical and Elecrtonics Engineering*, 1(4), 1-9.
- Sarmah, S. S. (2018). Understanding blockchain technology. *Computer Science and Engineering*, 8(2), 23-29.
- Sheikh, H., Azmathullah, R. M., & Rizwan, F. (2019). Smart contract development, adoption and challenges: the powered blockchain. *International Research Journal of Advanced Engineering and Science*, 4(2), 321-324.
- Shirani, M., & Talakesh, M. S. (2021). Blockchain Legislation in Iran, China and the United Kingdom. *Fares Law Research*, 3(7), 175-185. (In Persian)
- Sultan, K., Ruhi, U., & Lakhani, R. (2018). Conceptualizing blockchains: Characteristics & applications. *11th IADIS International Conference on Information SystemsAt*, Lisbon, Portugal.
- Sustainable Financial System, (2018). *Applications for blockchain*. Source: Sustainable financial system, [access: 2024-08-25].
- Tai, E. T. T. (2018). Force majeure and excuses in smart contracts. *European Review of Private Law*, 26(6), 787-904.
- Tapscott, A., & Tapscott, D. (2017). How blockchain is changing finance. *Harvard Business Review*, 1(9), 2-5.
- Yaga, D., Mell, P., Roby, N., & Scarfone, K. (2018). Blockchain technology overview. *National Institute of Standards and Technology*, This publication is available free of charge from: DOI:10.48550/arXiv.1906.11078.

Zheng, Z., Xie, S., Dai, H. N., Chen, X., & Wang, H. (2018). Blockchain challenges and opportunities: A survey. *International Journal of Web and Grid Services*, 14(4), 352-375.

The New Structure of the Stock Exchange on the Blockchain Network and its Impact on Transactions

Abstract

The stock exchange is considered one of the key pillars of the global economy, yet it has historically operated through a centralized, intermediary-based structure. While a central authority provides important benefits such as guaranteeing the integrity and security of transactions, this model also faces significant challenges—including lack of transparency, high fees, dependence on intermediaries, and cybersecurity vulnerabilities. Over the past two decades, and especially with the rise of smart contracts, blockchain technology has opened the door to rethinking this traditional framework. With its peer-to-peer architecture and automated contract execution, blockchain offers a decentralized alternative to conventional stock markets. It has the potential to eliminate intermediaries, reduce costs and delays, and enhance security and transparency. Nevertheless, blockchain remains in the early stages of development and, like many emerging technologies, brings legal and technical challenges—such as regulatory gaps, complexity, high energy consumption, and scalability limitations. Overcoming these obstacles could pave the way for a fundamental transformation in the architecture of financial markets through decentralized models.

English Keywords: Stock Exchange, Blockchain, Smart Contract, Centralization, Intermediary-based Systems.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی.

۱. مقدمه

از پیشوایان دین، روایت‌های فراوانی درباره رعایت کردن راست‌گویی، درست‌کاری و امانت‌داری در تجارت بیان شده است، چنان که پیامبر اعظم صلی‌الله علیه و آله می‌فرماید: «تاجر راست‌گو و امین با پیغمبران، صدیقین و شهدا محشور می‌شود.» از امام صادق علیه‌السلام نیز روایت است: «سه گروه بی‌حساب وارد بهشت می‌شوند: امام عادل، تاجر راست‌گو و شخصی که عمر خود را در طاعت خدا صرف کند.»

بنابراین؛ اسلام به‌صورت مستقیم از راه قوانین و مقررات و به‌صورت غیرمستقیم از راه اخلاق، با اقتصاد پیوند دارد. انسان‌ها برای پرداختن به تجارت و خرید و فروش کالاها، محیطی به نام بازار به وجود می‌آورند و این محیط زمانی سالم است که تاجران اصول اخلاقی را در آن رعایت کنند. تجارت، وسیله‌ای برای گذران زندگی و کسب روزی است و در آیات و روایات ائمه معصوم علیهم‌السلام نیز کاری پسندیده به شمار می‌آید.

پیامبر عظیم‌الشان اسلام، خود، با سرمایه همسر فداکارش، حضرت خدیجه علیهما‌السلام تجارت می‌کرد و می‌فرمود: «روزی، ده جزء دارد که نه جزء آن در تجارت و یکی در غیر تجارت است.»

در مقابل، اگر محیط بازار از چارچوب اخلاقی خود، خارج و اموری چون ربا، کم‌فروشی، دروغ‌گویی و احتکار بر فضای آن حاکم شود، به مکانی زشت و فساد زده تبدیل می‌شود. پیامبر خدا با عنایت به همین نکته می‌فرماید: «مبغوض‌ترین مکان‌های شهرها نزد خداوند، بازارهای آن است.» در نتیجه؛ بازار سالم، مکانی است که موازین اخلاقی و تجارت دینی در آن رعایت می‌شود و در بازار ناسالم، ربا، کم‌فروشی و احتکار رواج می‌یابد.

۲. داد و ستد؛ ستوده یا نکوهیده

بنا بر روایتی از امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام: «شیطان همیشه اول فردی است که به بازار وارد می‌شود و آخرین کسی است که از آن خارج می‌شود.»

از این سخن درمی‌یابیم بازار، مکانی است که در آن امکان لغزش برای آدمی همواره وجود دارد. به همین دلیل، شیطان مایل است که زودتر از همه وارد بازار و دیرتر از همه از آنجا خارج شود. در مقابل، خداوند برخی از تاجران و کاسبانی را می‌ستاید که تجارت و داد و ستد، هیچ‌گاه آنها را از یاد پروردگارشان باز نمی‌دارد. چنان که در قرآن می‌خوانیم:

مردانی که هیچ کسب و کار و تجارتی، آنان را از یاد خداوند غافل نمی‌گرداند و نماز را به پا می‌دارند و زکات می‌پردازند (نور: ۳۷).

اگر انسان مراقبت لازم را در بازار به عمل آورد، می‌تواند از بازار، مکانی بسازد که عزت او را تأمین کند و دنیا و آخرتش آباد شود و آن را وسیله‌ای برای خدمت به مردم قرار دهد.

۱. خداوند، تاجرانی را که از یاد خداوند غافل نمی‌شوند، نماز به پا می‌دارند و زکات می‌دهند، می‌ستاید.
۲. بازار و تجارت سالم می‌تواند یکی از عوامل عزت‌آفرین برای شخص باشد و موجب آبادانی دنیا و آخرت او شود.

۳. فضیلت‌های اخلاقی تجارت در حدیث

روایات اخلاقی فراوانی در زمینه بازار وجود دارد که عمل به آنها، بازار را به محیطی سالم و مطلوب برای کسب و تجارت تبدیل می‌سازد. اکنون برخی از آنها را می‌آوریم:

۱- آگاهی دقیق از اصول فقهی کسبی که فرد عهده‌دار آن است.

امام علی علیه‌السلام با اشاره به این مضمون می‌فرماید: «هر کس بدون آگاهی تجارت کند، به‌طور فزاینده‌ای در باتلاق ربا فرو می‌رود.» (واحدی، ۱۴۱۱ ق: ۴۹).

۲- اقاله یا همان فسخ قرارداد در صورت پشیمانی خریدار

از امام صادق علیه‌السلام در این باره نقل است: «هر کس تقاضای فسخ قرارداد را بپذیرد، خداوند سختی‌اش را در قیامت از او برطرف می‌کند.» (میرمعزی، ۱۳۷۸: ۳۵).

البته لازم است پیش از عقد قرارداد، جنبه‌ها و ویژگی‌های امر به‌طور کامل سنجیده شود تا قرارداد به فسخ نینجامد. (کرمی و پورمند (کرمی و پورمند (نبی‌زاده)، ۱۳۸۰: ۷۷).

۳- آسان گرفتن در خرید و فروش

این کار برکت و فروزی مال را در پی دارد. پیامبر اعظم صلی‌الله علیه و آله در حدیثی به تاجران این‌گونه مژده می‌دهد: «خداوند بخشید کسی را که پیش از شما بوده و هنگام خرید و فروش، آسان‌گیر بود.» (نمازی، ۱۳۷۴: ۸۶).

۴- شجاعت

از دیگر ویژگی‌های پسندیده اخلاقی تاجر است: امیرالمؤمنین علیه‌السلام می‌فرماید: «تاجر ترسو محروم می‌ماند و خداوند به تاجر شجاع روزی می‌دهد.» (اعتصامی، ۱۳۸۱: ۶۷).

۵- مشتری پس از خریدن کالا سه بار تکبیر بگوید و دو بار شهادتین را بر زبان آورد. (توسلی، ۱۳۷۵: ۶۲)

در روایت از پیامبر نقل شده: انی بعثت لاتمم مکارم الاخلاق یعنی «من برای تکمیل کرامت‌های اخلاقی به پیامبری برانگیخته شدم.» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ۵۵).

اخلاق در اسلام بر مبنای فطرت الهی انسان است که ناشی از دمیده شدن روح خداوند در انسان است. در حقیقت بر مبنای این آیه، این روح الهی است که انسان را لایق سجده ملائکه نموده است. «هنگامی که آن را نظام بخشیدم و از روح خود در آن دمیدم، برای او به سجده افتید.» (قرآنی، ۱۳۸۳: ۲۱۵-۲۱۳).

روش و راه رسیدن به اخلاق تزکیه و تهذیب نفس است. به یقین کسی که پاکی جست (و خود را تزکیه کرد)، رستگار شد.

هدف اخلاق، ظهور و بروز این اخلاق الهی در انسان است. هر چه انسان بتواند این صفات را در خود برجسته کند به همان میزان به خداوند نزدیک‌تر شده است. (مصباح یزدی، ۱۳۷۵: ۱۸۵).

۴. اصول اخلاقی اقتصادی در عرصه توزیع از دیدگاه قرآن

تحقق اخلاق اقتصادی در توزیع عادلانه ثروت، بر پایه سلسله اصول اعتقادی و زیرساخت‌های معرفتی استوار است که بایسته است بدان توجه گردد. از دیدگاه اسلام، اخلاق و آداب تجارت با وجود تنوع و گستردگی خود، در واقع، نتیجه اصولی است که از نوع جهان‌بینی و نگرش انسان‌شناختی اسلام (همچون اصالت خدا و نیز جانشینی و مسئول بودن آدمی) نشئت می‌گیرد (اعتصامی، ۱۳۸۱، ج ۳: ۲۳۴ - ۲۳۰). برخی از این اصول به شرح ذیل می‌باشد:

۳-۱. دخالت نکردن در معامله دیگران

رقابت در فعالیت‌های اقتصادی و تجاری زمانی سودمند است که در چارچوب احکام و ارزش‌های اخلاقی، به‌ویژه رعایت حقوق دیگران و اصل عدالت انجام پذیرد. یکی از آسیب‌های رقابت در دادوستد، دخالت بی‌جا و غیراخلاقی در معامله دیگران است که در آموزه‌های اسلامی بازداشته شده است. امام صادق(ع) می‌فرماید: «نَهَى [رَسُولُ اللَّهِ (ص)] أَنْ يُدْخَلَ الرَّجُلُ فِي سُومِ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ: [رسول خدا(ص)] از دخالت مرد در معامله برادر مسلمان خود نهی فرمود» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ۳)

۳-۲. سود عادلانه

از دیدگاه آموزه‌های دینی، نرخ سود، بر اساس قانون عرضه و تقاضا و به اندازه هزینه‌ها و کارهایی است که در تولید و توزیع کالا انجام می‌شود و به دیگر سخن، سود عادلانه، سودی است که به هیچ یک از دو طرف معامله، زیان و اجحافی نشود، چنان‌که امیر مؤمنان، علی(ع) می‌فرماید: «... وَ أَسْعَارٌ لَا تَجْحَفُ بِالْفَرِيقَيْنِ مِنَ الْبَائِعِ: با نرخ‌هایی که بر فروشنده و خریدار زیانی نرساند» (همان). از این رو، پیامبر اکرم(ص) و علی(ع) با درخواست برخی مردم مبنی بر نرخ‌گذاری کالاها و تعیین قیمت تحمیلی بر فروشندگان، سخت مخالفت می‌کردند (کلینی، ۱۳۶۹ق، ج ۵: ۱۶۴۴).

چون امتناع از نرخ‌گذاری، مربوط به شرایط طبیعی بازار و برای جلوگیری از اجحاف به فروشندگان و اخلال در روند عرضه و تقاضاست؛ بنابراین، تردیدی نیست که سودخواهی بیش از اندازه متعارف، نکوهیده است (توسلی، ۱۳۷۵ق، ج ۲: ۳۶ و محمدی ری‌شهری، ۱۳۸۰: ۱۸۷)

بر اساس آموزه‌های دینی، شایسته است خریدار برای جلوگیری از مغبون شدن خود، از فروشنده تخفیف بگیرد، چنان‌که درخواست کاهش قیمت که در میان مردم به «چانه زدن» معروف است، در سیره و گفتار معصومان نیز دیده می‌شود (کلینی، ۱۳۶۹ق، ج ۴: ۵۴۶)

چون تجارت و دادوستد بر پایه سودآوری استوار است و مغبون نه اجری نزد خداوند دارد و نه از ستایش مردم برخوردار است، چنان‌که امام باقر(ع) می‌فرماید: «فَإِنَّ الْمَغْبُونِ فِي بَيْعِهِ وَ شِرَائِهِ غَيْرُ مَحْمُودٍ وَ لَا مَأْجُورٍ: به راستی آن که در دادوستد خود مغبون گردد، نه [پیش مردم] ستایش شود و نه [نزد خدا] اجر یابد» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۱۹۷۷)

۳-۳. نفی کم‌فروشی

کم‌فروشی یکی از مظاهر ظلم و فساد اقتصادی است که در قرآن و روایات نکوهش فراوان شده است و سوره‌ای در قرآن با نام مطففین (کم‌فروشان) هست که آیات آغازین آن به کم‌فروشان و فرجام آنان اشاره دارد. البته آیات دیگری به گونه‌ای مستقیم یا اشاره‌وار به این موضوع اشاره کرده‌اند؛ از جمله: «وَإِلَىٰ مَدِينٍ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُم مِّنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ قَدْ جَاءَتْكُم بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ»: «و به‌سوی مدین، برادرشان شعیب را (فرستادیم). گفت: ای قوم من! خدا را پرستید که جز او معبودی ندارید!

دلیل روشنی از طرف پروردگارتان برای شما آمده است؛ بنابراین، حق پیمانه و وزن را ادا کنید و از اموال مردم چیزی نگاهید؛ و در روی زمین، بعد از آنکه (در پرتو ایمان و دعوت انبیاء) اصلاح شده است، فساد نکنید. این برای شما بهتر است، اگر بایمان هستید» (الأعراف/ ۸۵)

در این آیه که به داستان حضرت شعیب(ع) اشاره دارد، پس از دعوت به توحید، به مبارزه با مفاسد اجتماعی و اخلاقی و اقتصادی آنها برخاسته است: نخست آنان را که آلوده کم‌فروشی و تقلب و تزویر در معامله بودند، از این کار باز می‌دارد و می‌گوید: اکنون که راه خدا برای شما آشکار شده، حق پیمانه و وزن را ادا کنید و از حقوق مردم چیزی کم نگذارید: «فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ؛ بنابراین، حق پیمانه و وزن را ادا کنید و از اموال مردم چیزی نگاهید!» (الأعراف/ ۸۵)

۳-۴. پرهیز از سوگند

از آموزه‌های اخلاقی مؤکد در معامله، پرهیز از سوگند است، هرچند به حق و راست باشد. امیر مؤمنان، علی(ع) می‌فرماید: «يَبْعُوا وَلَا تَلْحُقُوا فَإِنَّ الْيَمِينَ يَنْفِقُ السَّلْعَةَ وَ يُمَحِقُ الْبَرَكَهَ» (بفروشید، [ولی] سوگند مخورید، چراکه سوگند، کالا را به فروش می‌رساند، [اما] برکت را از میان می‌برد) (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۴۰: ۳۳۱)

سوگند در معامله، افزون بر آنکه استفاده ابزاری و تبلیغاتی از مقدسات است، تأثیر زیادی بر خریداران مؤمن و معتقد بر جای می‌گذارد، چنان‌که اندیشه مخاطب را از تمرکز بر جنبه‌های کلیدی و محاسبه دقیق اطلاعات ارائه شده باز می‌دارد (قرضاوی، ۱۴۱۷ق: ۲۸۸)

۳-۵. گذشت و آسان‌گیری در معامله

آسان‌گیری در معامله و برخورد مهرآمیز با خریداران، یکی از موارد برجسته در اخلاق تجارت است که از یک سو، موجب تحکیم پیوندهای عاطفی در میان افراد می‌شود و از دیگر سو، با جلب و جذب خریداران بیشتر، رونق تجارت و برکت مال را در پی دارد، چنان‌که رسول خدا(ص) به روایت امام صادق(ع) می‌فرماید: «بَارَكَ اللَّهُ عَلَى سَهْلِ الْبَيْعِ، سَهْلِ الشَّرَاءِ، سَهْلِ الْقَضَاءِ، سَهْلِ الْإِقْتِضَاءِ؛ خداوند برکت دهد کسی را که در فروش، خرید، پرداخت و دریافت آسان‌گیر باشد» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷: ۱۸۸).

آن حضرت در سخنی دیگر تصریح فرموده‌اند که سهولت در معامله، خود عامل کسب سود بیشتر است: «السَّامَحَةُ مِنَ الرَّبَاحِ؛ سهل‌گیری از [عوامل افزایش] سود است» (کلینی، ۱۳۶۹، ج ۵: ۱۵۲).

از نمونه‌های مهم سهل‌گیری و احسان در معامله، قرض دادن به مستمندان و محرومان است که می‌تواند با فروش کالا به‌صورت نسیه و مانند آن و نیز مهلت دادن در بازپرداخت بدهی انجام شود. این مسئله در آیات و روایات، تأکید و تشویق فراوان شده است.

در آیات قرآن کریم، به مهلت دادن در پرداخت بدهی، سفارش شده است: «إِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (و اگر (بدهکار) قدرت پرداخت نداشته باشد، او را تا هنگام توانایی مهلت دهید (و در صورتی که به‌راستی قدرت پرداخت را ندارد)، برای خدا به او ببخشید، بهتر است. اگر (منافع این کار را) بدانید» (البقره/ ۲۸۰).

در روایات نیز پاداش قرض، بیش از پاداش صدقه دانسته شده است (کلینی، ۱۳۶۹، ج ۴: ۱۰ و مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰۰: ۱۳۹-۱۳۸).

از سوی دیگر، در روایات مطالبه حقوق مالی از برادران مؤمن که درآمد اندکی دارند، نوعی اسائه و بی‌ادبی به آنان و نقطه مقابل احسان جای می‌گیرد و سخت نکوهش می‌شود. امام صادق(ع) به یکی از یاران خود فرمود: چرا فلانی از تو شکایت دارد؟

گفت: به این دلیل که حق خود را تا آخر از او خواستم. امام(ع) با شنیدن این سخن خشمناک نشست و فرمود: «كَانَكَ إِذَا اسْتَقْضَيْتَ حَقَّكَ لَمْ تُسَيِّءْ... فَمَنْ اسْتَقْضَى فَقَدْ أَسَاءَهُ؛ چنین می‌پنداری که اگر حق خود را به صورت کامل مطالبه کنی، بدی نکرده‌ای؟!... هر کس در حسابرسی سختگیری کند، بدحسابی کرده است» (کلینی، ۱۳۶۹، ج ۵: ۱۰۱-۱۰۰).

از دیدگاه اسلام، اقتصاد و رفتارهای اقتصادی به طور کامل تحت تأثیر باورهای ارزشی و اخلاقی است و به طور کلی، تمام برنامه‌ها و رفتارهای اقتصادی باید با هدف تهذیب و تزکیه نفس انجام گیرد. قرآن کریم، همان گونه که فلسفه بعثت را تزکیه و تعلیم می‌داند، بر فلسفه اخلاقی رفتارهای اقتصادی نیز تأکید می‌ورزد، چنان که درباره زکات و انفاق می‌فرماید: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا...» «از اموال آنها صدقه‌ای (به عنوان زکات) بگیر تا به وسیله آن، آنها را پاک سازی و پرورش دهی...» (التوبه/ ۱۰۳۳).

بنابراین، تأثیر اخلاق و اقتصاد بر یکدیگر دوسویه است، همان گونه که اخلاق و فضیلت‌های اخلاقی بر سالم سازی اقتصاد تأثیر دارد، رفتارهای اقتصادی مطلوب اسلام نیز در پاک سازی روحی و اخلاقی، نقش بسزایی عهده دار هستند. با توجه به مباحث مطرح، نکات زیر به عنوان نتیجه و توصیه‌های اساسی ارائه می‌گردد:

۱. اسلام توزیع صحیح را نیاز بشر و ضرورت برای زندگی او می‌داند.
۲. التزام به توزیع، نه تنها از دید اسلام پسندیده است، بلکه به آن امر شده است و موجب تقویت رابطه خلق با خالق می‌شود و سعادت زندگی دنیوی او را به همراه خواهد داشت.

۴. نقش تعهد کاری و اخلاق کسب و کار در تجارت الکترونیک

بررسی اخلاق کسب و کار، تعهد کاری و تجارت الکترونیک داد و ستدهای میان آن دو، مطلبی اساسی و پر دامنه است و توجه بسیاری را به سوی خود معطوف داشته است. رعایت اخلاق و حفظ ارزش‌های اخلاقی به صورت یکی از مهم ترین پدیده‌هایی درآمده است که در بیشتر سازمان‌ها مورد توجه قرار می‌گیرد. اصول اخلاقی به صورت بخشی از سیاست‌های رسمی و فرهنگ غیررسمی سازمان درآمده است.

در سال ۱۹۹۲ رونالد^۱ بیان کرد که با آغاز قرن بیست و یکم سازمان‌ها با مسائل و مشکلاتی روبرو می‌شوند که شامل رقابت‌های بین‌المللی، تکنولوژی جدید، افزایش کیفیت، تعهد و انگیزه کارکنان، مدیریت نیروهای کاری متفاوت و رفتارهای اخلاقی است. که مهم ترین آنها رفتارهای اخلاقی می‌باشد. شاید بتوان گفت با رعایت رفتارهای اخلاقی از سوی کارکنان و مدیران، سازمان با موفقیت این مسائل و مشکلات را حل می‌نماید. یکی از این مسائل رقابت‌های بین‌المللی است هر سازمان، بزرگ و کوچک، با مسئله رقابت جهانی روبرو است، چه این سازمان کوچک در داخل کشور بوده و یا شعبه‌ای در خارج از کشور داشته باشد. به هر حال باید در بازارهای بین‌المللی به رقابت برخیزد. گسترش تجارت به خصوص تجارت الکترونیک باعث می‌شود که سازمان در بازارهای بین‌المللی و در مواجهه با این تغییرات به سرعت واکنش دهد آنچه در تجارت الکترونیک بیشترین اهمیت را به خود جلب کرده است رعایت رفتارهای اخلاقی است. ملاحظه و مرور کلی بر کارکرد روزانه بازارهای مختلف (بازار کالاها و خدمات، بازار پول و ارز و طلا، بازار بورس و اوراق بهادار، بازار مسکن و اتومبیل و حتی بازار بیمه) اهمیت رفتارهای اخلاقی اعم از اخلاق کسب و کار و تعهد کاری نمایان تر می‌گردد. ظهور و گسترش معاملات الکترونیکی در دهه اول قرن ۲۱ و انجام معاملات فراوان اینترنتی، اهمیت موضوع را چند برابر کرده است. التزام به اخلاق در بازرگانی و کسب و کار نوعی اعتماد به وجود می‌آورد که خود سرمایه‌ای اجتماعی و ارزشمند است؛ و موفقیت بلندمدت بنگاه‌های مربوطه را تضمین می‌نماید.

^۱ Ronald

از سوی دیگر بسیاری از نامالیقات مربوط به کارکرد شرکت‌ها و بنگاه‌ها به عدم التزام اخلاقی کارگزاران اقتصادی (اعم از بنگاه‌ها، خانوارها و دولتمردان) برمی‌گردد.

ارائه اطلاعات غلط در مورد کالاها، مبادرت به دروغ در معاملات، تبلیغ غیرواقعی، ارائه آمار و گزارش غلط، دزدی اینترنتی و هزاران مورد مشابه از نمونه بی‌توجهی به اخلاق کسب و کار می‌باشد (دادگر، ۱۳۸۵).

راجع به رعایت اصول و ارزش‌های اخلاقی در تجارت مباحث مختلفی وجود دارد. گروه‌هایی از مردم تصور می‌کنند اخلاقیات در قلمرو تجارت جایگاهی ندارد؛ زیرا هدف تجارت انجام فعالیت‌هایی به منظور کسب سود و دستیابی به نفع شخصی است و بقا در فضای رقابتی بازار مستلزم آن است که حداکثر کردن سود در رأس اهداف هر بنگاه باشد؛ درحالی‌که باید‌ها و نبایدهای اخلاقی، ارزش‌گذاری درباره افعال بشر و قضاوت درباره خوب یا بد بودن اقدامات و تصمیم‌گیری‌ها در حیطه اخلاق مطرح می‌شود و هدف اخلاق دستیابی جوامع انسانی به خیر و سعادت است. از این منظر، اخلاق و تجارت دو مقوله ناسازگار با یکدیگر به شمار می‌آیند. در برابر اظهارنظر نخست دیدگاه دیگری وجود دارد. بر اساس این دیدگاه با توسعه فناوری و طرح نیازها و انتظارات جدید در جوامع بشری، برای پرداختن به تجارت در محیط فیزیکی یا دنیای مجازی توجه به جنبه‌های اخلاقی امری اجتناب‌ناپذیر و الزامی است. تجربه‌های حاصل از مدیریت بنگاه‌ها نیز نمایانگر آن است که در عصر حاضر علاوه بر وجود مقررات داخلی که برای اداره امور تولیدی، فنی، اجرایی و مدیریت بنگاه‌ها از آنها استفاده می‌شود، ابزار دیگری نیز موردنیاز است که حسب مورد، آنها را اخلاق حرفه‌ای یا اخلاق سازمانی می‌نامند (مصطفوی منتقمی، ۱۳۸۹).

۴-۱. تجارت الکترونیک

تجارت الکترونیک انجام کلیه فعالیت‌های تجاری با استفاده از شبکه‌های ارتباطی کامپیوتری، به‌ویژه اینترنت است. تجارت الکترونیک، به‌نوعی، تجارت بدون کاغذ است. به‌وسیله تجارت الکترونیک تبادل اطلاعات خرید و فروش و اطلاعات لازم برای حمل‌ونقل کالاها، با زحمت کمتر و مبادلات بانکی با شتاب بیشتر انجام خواهد شد. شرکت‌ها برای ارتباط با یکدیگر، محدودیت‌های فعلی را نخواهد داشت و ارتباط آنها با یکدیگر ساده‌تر و سریع‌تر صورت می‌پذیرد. ارتباط فروشندگان با مشتریان نیز می‌تواند به‌صورت یک به یک با هر مشتری باشد؛ به عبارت دیگر، تجارت الکترونیک نامی عمومی برای گستره‌ای از نرم‌افزارها و سیستم‌ها است که خدماتی مانند جستجوی اطلاعات، مدیریت تبادلات، بررسی وضعیت اعتبار، اعطای اعتبار، پرداخت به‌صورت آنلاین، گزارش‌گیری و مدیریت حساب‌ها را در اینترنت به عهده می‌گیرند. این سیستم‌ها زیربنای اساسی فعالیت‌های مبتنی بر اینترنت را فراهم می‌آورند (سرمد سعیدی و نوده فراهانی، ۱۳۸۲).

هدف از بکارگیری تجارت الکترونیک، ارائه روشی جدید در انجام امور بازرگانی می‌باشد. به‌واسطه این روش، تاجران قادرند که محصولات و خدمات خود را به شکل تمام‌وقت و به تمام خریداران در سرتاسر جهان مستقل از مرزهای جغرافیایی و ملیت‌ها عرضه کنند (سرمد سعیدی و نوده فراهانی، ۱۳۸۲).

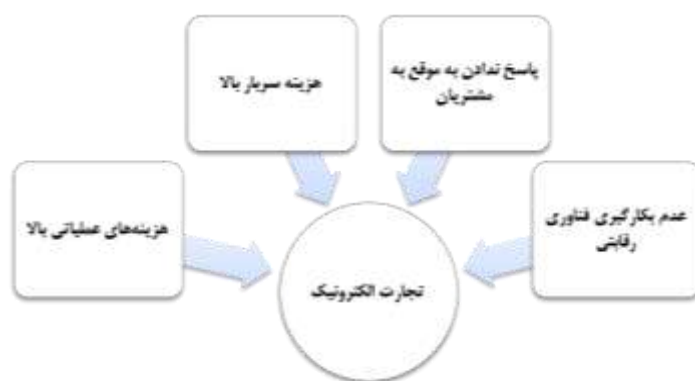
بسیاری از مردم، تجارت الکترونیک را منحصر به خرید و فروش از طریق شبکه اینترنت می‌دانند، درحالی‌که این امر فقط بخش کوچکی از تجارت الکترونیک را تشکیل می‌دهد و این مفهوم اکنون گستره وسیعی از جنبه‌های مختلف تجاری و اقتصادی را در بر گرفته است. به‌سادگی می‌توان هرگونه فعالیت تجاری و مالی بین مؤسسات و افراد مختلف را در حیطه تجارت الکترونیک گنجانده (سرمد سعیدی و نوده فراهانی، ۱۳۸۲).

تجارت الکترونیک روش دیگری برای تبادلات الکترونیکی اطلاعات و انجام مبادلات تجاری است که یک پل الکترونیکی را بین مراکز تجاری ایجاد کرده است. تجارت الکترونیک با حجم کمتری از اطلاعات که لزوماً در قالب یکسانی نبوده و بین مردم عادی ردوبدل می‌شود، سروکار دارد. تجارت الکترونیک در ابتدای پیدایش خود، چیزی بیش از یک اطلاع‌رسانی ساده تجاری

نبود و هرکس می‌توانست محصولات خود را با استفاده از صفحات وب بر روی اینترنت تبلیغ نماید (سرمد سعیدی و نوده فراهانی، ۱۳۸۲).

در دهه‌های اخیر سازمان‌ها با شتاب فراوانی به سوی بهره‌گیری از فناوری ارتباطات و اطلاعات در زمینه‌های تجاری و بازرگانی رفته‌اند. در واقع می‌توان علل ورود به تجارت الکترونیک را برای سازمان‌ها چنین برشمرد:

۱. هزینه سربار بالا،
۲. هزینه‌های عملیاتی بالا،
۳. عدم به‌کارگیری فناوری رقابتی،
۴. پاسخ ندادن به موقع به مشتریان (صرافی‌زاده، ۱۳۸۳) (شکل ۱)



شکل ۱- علل ورود سازمان‌ها به تجارت الکترونیک

۴-۲. تعهد کاری و اخلاق کسب و کار

تعهد از زمره واژه‌هایی است که تعاریف زیادی برای آن از دیدگاه‌های مختلف ارائه شده است. مفاهیم متعددی مانند وجدان، اخلاق کاری و غیره با وجود داشتن تفاوت‌های مفهومی معادل با تعهد مورد استفاده قرار می‌گیرند که منظور واژه Commitment می‌باشد.

از نظر ویلیامسون و اندرسون^۱ (۱۹۹۱) تعهد عبارت است از شدت و گستردگی مشارکت فرد در سازمان، احساس تعلق به سازمان و شغل و احساس هویت. وجود احساس‌های مزبور در فرد به افزایش وابستگی گروهی، رفتار همکاری منجر خواهد شد. سالانسیک^۲ (۱۹۷۷) تعهد را عبارت از پیوند دادن فرد به اعمال و اقدامات فردی وی می‌داند. این تعریف که خود از تعاریف ارائه شده توسط کیزلر و ساکومورا^۳ (۱۹۶۶) اقتباس شده، یک تعریف عملیاتی از این واژه است. منظور کلی از این تعریف آن است که تعهد زمانی واقعیت می‌یابد که فرد نسبت به رفتار و اقدامات خود احساس مسئولیت و وابستگی نماید. به عبارت دیگر، در این مفهوم، حرف زدن تنها کافی نیست و باید به دنبال آن عمل همراه با مسئولیت باشد.

به‌طور کلی، تعهد را می‌توان احساس وفاداری، داشتن هویت و احساس مسئولیت فردی و شغلی و سازمانی تعریف نمود. مشخص است که وجود این عوامل می‌تواند با عوامل و شاخص‌های اداری و ساختاری یک رابطه متقابل داشته باشد. این عوامل

^۱ Williams & Anderson

^۲ Salancik

^۳ Kiesler & Sakumura

باعث افزایش کارایی و اثربخشی سازمان می‌شود که به‌نوبه خود در مراحل بعدی افزایش تعهد را به همراه دارد (احمدپور و شائمی، ۱۳۷۹).

توجه به اصول اخلاقی و تعالیم مذهبی در داد و ستد و انجام برخی از اقدامات یا خودداری از انجام اقدامات دیگر برای پرداختن به فعالیت‌های تجاری از گذشته‌های دور در اجتماعات مطرح بوده است مانند خودداری از دریافت رشوه یا فریبکاری و تقلب در انجام معامله. می‌توان گفت مبنای اخلاق کسب و کار استفاده از قواعد اخلاقی در تجارت است؛ بنابراین اخلاق کسب و کار به رعایت اصول و هنجارهای اخلاقی در فعالیت‌های تجاری ارتباط دارد. از گذشته‌های دور تا دوره معاصر عوامل گوناگون در ایجاد اخلاق کسب و کار و تحول آن مؤثر بوده است مانند اندیشه‌های فلاسفه و دانشمندان درباره موضوعاتی از قبیل عدالت، صداقت، درستکاری، رعایت انصاف و توجه به موازین اخلاقی در معامله و رفتار با افراد دیگر. گرچه در دوره مدرن با طرح اندیشه‌های جدید مباحثی مانند جدایی دین از سیاست در دنیا به صورتی افراطی مطرح شد، اما اعتقادات مذهبی و تعالیم انبیا نیز از جمله عوامل تأثیرگذار بر شکل‌گیری و تحول اخلاق کسب و کار به شمار می‌آید (مصطفوی منتقمی، ۱۳۸۹).

۴-۳. ارزش‌های اخلاقی در تجارت الکترونیک

رعایت اخلاق و حفظ ارزش‌های اخلاقی به‌صورت یکی از مهم‌ترین پدیده‌های درآمده است که در بیشتر سازمان‌ها موردتوجه قرار می‌گیرد. اصول اخلاقی به‌صورت بخش از سیاست‌های رسمی و فرهنگی غیررسمی سازمان درآمده است (دفت، ۱۳۸۶: ۶۴۸).

آغاز قرن بیست و یکم سازمان‌ها با مسائل و مشکلاتی روبرو می‌شوند که شامل رقابت‌های بین‌المللی، تکنولوژی‌های جدید، افزایش کیفیت، تعهد و انگیزه کارکنان، مدیریت نیروهای کاری متفاوت و رفتارهای اخلاقی است؛ که مهم‌ترین آنها رفتارهای اخلاقی می‌باشد (سیمز و رونالد^۱، ۱۹۹۲).

پس می‌توان گفت عدم توجه به مسائل اخلاقی از جمله عوامل مؤثر در شکل‌گیری بعضی از مشکلات کنونی سازمان‌های قرن ۲۱ است. شاید با رعایت رفتارهای اخلاقی از سوی کارکنان و مدیران، سازمان با موفقیت این مسائل و مشکلات را حل می‌نماید. یکی از این مسائل رقابت‌های بین‌المللی است، هر سازمان بزرگ و کوچک، با مسئله رقابت جهانی روبرو است، چه این سازمان کوچک در داخل کشور بوده و یا شعبه‌ای در خارج از کشور داشته باشد به‌هرحال باید در بازارهای بین‌المللی به رقابت برخیزد (دفت، ۱۳۸۶: ۱۲).

تحولات پرشتاب در حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات تغییرات سیاسی، اقتصادی و گسترده‌ای را موجب شده است، جهانی شدن در حقیقت ثمره پیشرفت‌های شگفت‌انگیز در بخش فناوری اطلاعات است. به گفته کارشناسان علم مدیریت، شرکت‌هایی می‌توانند در عصر حاضر در بازار امروز به رقابت بپردازند که با زبان و ابزارهای آن آشنا باشند. گسترش تجارت به‌خصوص تجارت الکترونیک باعث می‌شود که سازمان در بازارهای بین‌المللی موفق شود. در تجارت سنتی، وقتی که طرفین با یک زبان گفتاری صحبت می‌کردند؛ توانایی برقراری ارتباط را باهم داشتند اما در تجارت الکترونیک، طرفین عمدتاً باید با زبان دیجیتالی یکسان با هم به گفتگو بنشینند برخلاف تجارت سنتی، خریدار و فروشنده همدیگر را در هنگام مبادله تجاری نمی‌بینند، رعایت رفتارهای اخلاقی باعث امنیت ارتباط و برقراری تجارت بین طرفین می‌شود. اخلاق غالباً به‌عنوان راهی برای قانونمند ساختن افراد در جوامع، پنداشته شده است. اخلاق عکس‌العملی است نسبت به مشکل همکاری در میان افراد یا گروه‌های رقیب و هدفش فرو نشاندن نزاع‌هایی است که ممکن است در ظروف اجتماعی رخ دهد. البته اعمال قدرت هم راهی است که برای داوری در مقام تنازع، ولی اخلاق با اعمال قدرت فرق می‌کند: اخلاق به اصول و قواعدی از عمل متمسک می‌شود که قانونی موجه به شمار

^۱ Sims & Ronald

می‌آیند، یعنی در نماد خود با نوعی وجاهت و تأیید همراه‌اند که بالقوه مورد قبول آحاد جامعه‌اند. بر طبق تعریف، اخلاق و رعایت آن با تأیید آحاد جامعه همراه و این اخلاق خصوصاً رفتارهای اخلاقی نه‌تنها در جامعه بلکه در سازمان بیشترین اهمیت را دارد، اخلاق زمینه‌ساز موفقیت سازمان در همه عرصه‌ها خصوصاً تجارت الکترونیک می‌باشد.

رفتارهای اخلاقی یکی از عواملی است که در گسترش تجارت الکترونیک در سازمان نقش دارد. از ارکان اساسی سعادت پیشرفت در زندگی مادی و معنوی انسان، اخلاق و فضایل اخلاقی می‌باشد؛ زیرا در پرتو محاسن اخلاق و خلیات حمیده موجبات تحکیم روابط اجتماعی فراهم می‌گردد. اخلاق علاوه بر اینکه در پیشرفت زندگی انسان تأثیر دارد باعث پیشرفت و گسترش تجارت الکترونیک در سازمان می‌شود. اگر توجهی به رفتارهای اخلاقی نشود سازمان در زمینه تجارت بخصوص تجارت الکترونیک موفق نمی‌شود؛ بنابراین رفتارهای اخلاقی در گسترش تجارت الکترونیک سازمان نقش دارند. علاوه بر این، اهمیت نقش اخلاق در جهان امروز بیش از پیش نمایان شده است، زیرا که شکل امروزی داد و ستدها نشان از وجود نوعی ارتباطات غیرحضوری در میان فعالان حوزه کسب و کار و این شکل حساسیت توجه به اخلاقیات را فراهم کرده است؛ زیرا که عدم توجه به آن، موجب ایجاد موج عظیمی از بی‌اعتمادی در فضای کسب و کار می‌شود که خود مانند مانعی برای انجام فعالیت‌ها است. در یک بیان ساده و صریح، می‌توان اذعان داشت که بخش قابل توجهی از مقتضیات رشد اقتصادی هر کشور در گرو فضای کسب و کار مناسب در آن کشور است (شریف الرضی، ۱۳۸۹: ۱۱۹).

آنچه تحت عنوان «فضای کسب و کار خاکستری» در ادبیات اقتصادی و مدیریتی کشور ایران مطرح می‌شود، می‌تواند بر عملکرد مدیران بنگاه‌های تولیدی، نیروی کار، سرمایه‌گذاران اقتصادی، روند تولید و فرآیندهای اقتصادی نظیر فروش، رقابت در عرصه‌های داخلی و جهانی و توسعه صنعتی و اقتصادی کشور تأثیر گذاشته و چهره اقتصادی، سیاسی و اجتماعی کشور را مخدوش سازد. از سوی دیگر، توسعه اقتصادی بر پایه رقابت‌پذیری کشورها استوار است و سلامت محیط کسب و کار از عوامل مؤثر بر رقابت‌پذیری می‌باشد. محیط کسب و کار روشن و سالم که منتج از سلامت اقتصاد و سیاست درست کشورها بوده و منجر به نتیجه‌های مثبت اقتصادی از قبیل صادرات مفید، رشد اقتصادی و توسعه صنعتی می‌شود. پس توجه به اخلاقیات موجبات ایجاد فضای کسب و کار مناسب در کشور را شامل می‌شود که خود به مقوله تجارت الکترونیک که از جمله مهم‌ترین حوزه‌های نیازمند این فضا است، توجه دارد که از جمله مسائل اساسی در آن رعایت اخلاقیات و تعهد به کار برای نیل به رقابت سالم و تجارت موفق الکترونیک را می‌توان نام برد.

۵. چگونه توان رقابت‌پذیری کسب و کارمان را ارتقاء دهیم؟

یافتن کسب و کاری که در فضایی غیررقابتی فعالیت می‌نماید، تقریباً ناممکن است. هیچ کسب و کاری در بازار امروز نمی‌تواند ادعا کند رقابت با رقبای ریز و درشت آزارش نمی‌دهد. از این رو، هرچه سریع‌تر اگر بپذیریم که ما نیز فارغ از کسب و کارمان در حال رقابت هستیم، به همان نسبت زودتر خواهیم توانست در حوزه رقابت‌پذیری دانش خود را ارتقاء داده و دست به اتخاذ تصمیمات کارآمد بزنیم. این یادداشت، تلاشی است برای واشکافی مفهوم رقابت در بازار امروز و نیز ارائه راهکارهایی برای ارتقاء توان رقابت‌پذیری.

۵-۱. رقابت یعنی چه؟

پیش‌تر تصور بر این بود که رقیب آن کسب و کاری است که کالایی مشابه کالای تولیدی ما تولید می‌کند یا خدمتی عین خدمات ما ارائه می‌نماید؛ اما بعدها پیتز دراکر بزرگ، تعریف طبقه‌بندی شده بهتری از رقابت ارائه نمود.

رقیب کسی است که:

۱. شرکتی که محصول و خدمات مشابهی به همان مشتریان با قیمت مشابه ارائه می‌دهد.
۲. شرکتی که همان محصول یا همان دسته از محصولات را تولید می‌کند.
۳. شرکتی که محصولاتی با کارایی مشابه تولید می‌کنند.
۴. شرکتی که برای پول قابل خرج کردن همان مشتری رقابت می‌کند.

این دسته‌بندی نشان می‌دهد که مفهوم رقابت بسیار عمیق‌تر از آنی است که در ظاهر دیده می‌شود. در نتیجه، برای ارتقاء توان رقابت‌پذیری خود، باید حوزه رقابت را به‌خوبی بشناسیم و تصمیمات صحیح اتخاذ نماییم.

۵-۲. رقابت اخلاقی و رقابت غیر اخلاقی

فاصله میان اخلاق و بی‌اخلاقی، یک خط بسیار نازک است که اغلب اوقات انسان‌ها بدون اینکه خبردار شوند از این خط باریک عبور می‌نمایند؛ اما در حوزه تجارت به‌ویژه در بحث رقابت، عبور از خط قرمز اخلاقیات امری بدیهی شده است. درست است که مدنظر من در این یادداشت چیزی جز رقابت اخلاق مدارانه نیست، اما شاید همین یادداشت تلنگری باشد برای کسانی که رقابت به دور از اخلاق را ملاک عمل خود قرار داده‌اند. اگر شما در بازار امروز به‌واسطه تخریب رقیب، استفاده ناجوانمردانه از نقاط ضعف وی، تشویش اذهان مشتریان و هزار و یک راه دیگر توانسته‌اید موفقیتی به دست آورید، خیلی به خود غره نشوید، چرا که این به‌ظاهر پیروزی، هیچ ارزشی ندارد (راغب اصفهانی، ۱۴۰۶ ق: ۵۵).

۵-۳. حوزه‌های رقابت در بازار

طبق آنچه در ادامه این بخش خواهید خواند، در حوزه‌های مختلفی باید با رقبای خود به‌گونه‌ای اخلاقی دست و پنجه نرم کنید و مواظب تاکتیک‌های رقابتی آنها باشید (صدر، ۱۴۰۸ ق: ۹۶-۹۴). این حوزه‌ها را به این ترتیب طبقه‌بندی می‌نماییم:

- رقابت قیمتی

بدترین نوع رقابت است که ورود به چنین رقابتی را هرگز توصیه نمی‌کنم. رقابت قیمتی در طولانی‌مدت برنده‌ای نخواهد داشت و بازنده اصلی آن مشتری خواهد بود. رقابت قیمتی شاید در کوتاه‌مدت جواب ده باشد، اما اگر نگرشی اصیل و ادامه‌دار به کسب و کارتان دارید، ورود به رقابت قیمتی ارمغانی جز کاستن از کیفیت نخواهد داشت.

- رقابت کیفیتی

برعکس رقابت قیمتی، یکی از کارآمدترین شیوه‌ها، رقابت در کیفیت است. کیفیت مفهومی بزرگ است که می‌توان آن را به هر آنچه مشتری از مجموعه شما دریافت می‌نماید اعم از کالا، خدمات پس از فروش، توزیع، تحویل و ... بسط داد. هرچه بتوانید با ارائه نسخه‌ای برتر از کیفیت، مشتریان خود را ترغیب به خرید از مجموعه خود نمایید، به همان نسبت خواهید توانست قدرت رقابتی خود را روز به روز بالا و بالاتر ببرید.

- رقابت بازاریابی

در حال حاضر به‌ویژه با توسعه شبکه‌های اجتماعی، کارآمدترین شیوه رقابت به شمار می‌آید. هرچه شما بتوانید خود در زمینه معرفی صحیح و اصولی محصولات یا خدماتتان را ارتقاء دهید، به همان نسبت خواهید توانست محصول و خدمت خود را به تعداد مشتریان بیشتری بفروشید. کاربست صحیح دنیای مجازی، یکی از جنبه‌های پنهان پیروزی در رقابت بازاریابی می‌باشد. در آینده در دوره‌های آموزشی به‌تفصیل به این موضوع پرداخت خواهد کرد.

– رقابت بر مبنای برند

رقابت موردعلاقه من، رقابت بر مبنای برند می‌باشد. درست است که به هیچ عنوان استراتژی مناسبی برای کوتاه‌مدت و حتی میان‌مدت نیست، اما سرمایه‌گذاری در این حوزه، بی‌شک آورده‌های فراوانی در آینده به همراه خواهد داشت. هرچه بتوانید با هوشمندی، ارزش ویژه برند خود را ارتقاء دهید، به همان نسبت خواهید توانست قدرت رقابت‌پذیری‌تان را بالاتر برده و به‌مرور زمان، پیروزی‌های بیشتری در بازار به دست آورید.

– رقابت بر مبنای شبکه توزیع

یکی از اساسی‌ترین عناصر پیروزی‌بخش در کسب و کارهایی که تولید کالا می‌نمایند، برخورداری از یک شبکه توزیع کارآمد می‌باشد. بپذیریم بسیاری از محصولات که بازار را تقدیم به رقبای قدرتمند خود نموده‌اند، نه در کیفیت و نه در قیمت، چیزی از آنها کم نداشته‌اند، فقط یک شبکه توزیع نامناسب بوده است آنها را در رسیدن به دست مشتری ناکام گذاشته است.

۴-۵. اصول اخلاقی حاکم بر تجارت

مهم‌ترین اصول اخلاقی که رعایت آنها در تجارت در سطح بین‌المللی پذیرفته شده است عبارت‌اند از:

صداقت؛ صداقت یا دستکاری یکی از خصایص والای انسانی است و در همه مراحل دادوستد رعایت آن ضروری است. کتمان حقیقت یا ارائه اطلاعات نادرست درباره ویژگی‌های کالا یا فریب دادن مشتری اقدامی ناپسند است و به تداوم فعالیت‌های تجاری لطمه می‌زند.

بر پایه این اصل، هر تاجری باید منافع طرف مقابل یا شریک تجاری خود را مانند منافع خود در نظر داشته باشد و از روش «برنده – برنده» پیروی کند.

بر پایه اصل مسئولیت‌پذیری، تجار باید کلیه اطلاعات مرتبط با کالا یا خدمات قابل‌ارائه یا نکاتی را که به نحوی در انجام معامله تجاری تأثیر می‌گذارند در اختیار طرف مقابل یا شریک تجاری آتی خود قرار دهند. اصل مسئولیت‌پذیری یا پاسخگو بودن با اصل صداقت رابطه تنگاتنگ دارد و در حقیقت مکمل آن است.

حفظ اسرار تجاری (رازداری)؛ بازرگانان از لحاظ اخلاقی موظف‌اند که اسرار مربوط به سفارش‌های دریافتی یا قراردادهایی را که برای انجام معاملات تجاری با یکدیگر منعقد می‌کنند، حفظ کنند. اطلاعات مربوط به قراردادها، ۳ مذاکرات تجاری یا معاملاتی که صورت خواهد گرفت، جزو اطلاعات شخصی است و افشای آنها می‌تواند مشکلات زیادی برای طرفین ایجاد نماید یا به نوسانات غیرعادی قیمت‌ها در بازار منجر شود.

پایبندی به تعهدات؛ پایبندی به تعهدات در چارچوب قراردادهای تجاری و عدم تخلف از مفاد آنها به‌عنوان یکی از اصول اخلاقی مهم در تجارت شناخته شده است. اگرچه در اغلب موارد قوانین و مقررات تجاری وظایف طرفین را در زمینه ایفای تعهدات مشخص می‌کند اما در هر قراردادی به مواردی می‌توان برخورد کرد که قانون در آن زمینه تکلیف مشخص برای تجار تعیین نکرده است و صرفاً پایبند بودن به اصول اخلاقی می‌تواند انجام کامل معامله یا مفاد قرارداد را تضمین نماید. (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۱۴۷-۱۴۵).

۶. اخلاق حرفه‌ای در فقه اسلامی

فقه اسلامی یکی از منابع غنی و مهم برای مطالعه و بررسی اخلاق حرفه‌ای و معیارهای آن است. بر اساس تعالیم دین مبین اسلام، مسلمانان موظف‌اند در رفتار، گفتار، کردار، افکار و احساسات خود معیارها و ارزش‌های اخلاقی را رعایت کنند. در احکام خرید و فروش کالا در فقه اسلامی نکات اخلاقی متعددی که رعایت آنها متضمن خیر و صلاح طرفین معامله و جامعه است، به‌وضوح دیده می‌شود (نجفی، ۱۳۶۷: ۱۲۶).

برای نمونه به موارد زیر اشاره می‌شود:

تبعیض قائل شدن میان خریداران جایز نیست و مستحب است که فروشنده در تعیین قیمت کالا بین خریداران فرق نگذارد. (محمّدی ری‌شهری، ۱۳۸۰: ۲۵۶).

هرگاه مشتری به سبب پشیمان شدن، از انجام معامله منصرف شود و درخواست فسخ معامله را مطرح کند مستحب است که فروشنده این درخواست را قبول نماید. (مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۲۶).

فروش اشیای تقلبی بدون آگاه کردن خریدار از ویژگی‌های کالا حرام است. (متقی‌الهندی، ۱۴۰۹: ۱۸۶).

غش در معامله از گناهان بزرگ به شمار می‌رود. (کلینی، ۱۳۶۹: ۶۶).

هر نوع حيله یا فریب‌کاری به قصد زیان رساندن به طرف دیگر معامله مجاز نیست و حرام شمرده می‌شود. (طوسی، ۱۳۶۵: ۱۹۰).

خرید و فروش انواع مسکرات (به سبب زیانی که مصرف این فراورده‌ها به سلامت انسان، جامعه و نسل‌های آینده وارد می‌کند) حرام است. (قرضاوی، ۱۴۱۷: ۱۴۴).

در موارد متعددی به خریدار یا فروشنده اجازه داده شده است که نسبت به فسخ معامله‌ای که انجام داده‌اند اقدام نمایند. از جمله:

– فروش کالای معیوب بدون آگاه کردن خریدار؛

– تقلب در معرفی کالا و تحویل کالایی که ویژگی‌هایی موصوف را نداشته است (تدلیس)؛

– فروش مال غیر بدون رضایت صاحب آن؛

– عدم توانایی فروشنده در تحویل کالای مورد معامله؛

– کشف عیب در کالا قبل از تحویل دادن آن به طرف معامله. (طبرسی، ۱۴۰۶: ۲۳۰).

فروشنده مکلف است که تمام اطلاعات مرتبط با کالا را که در افزایش یا کاهش بهای کالا تأثیرگذار است هنگام معامله به آگاهی خریدار برساند.

رضایت طرفین معامله (خریدار و فروشنده) از شرایط صحت و اعتبار معاملات تجاری است؛ بنابراین وادار کردن یکی از طرفین به خرید یا فروش کالا از طریق تهدید، اجبار یا توسل به زور سبب بطلان معامله است. (ابن‌بابویه (صدوق)، ۱۴۰۳: ۲۹۰).

دروغ‌گویی یا کتمان حقیقت در معاملات تجاری سبب از دست رفتن برکت مال خواهد. (ابن‌بابویه (صدوق)، ۱۴۱۳: ۵۴).

۶-۱. رابطه اخلاق تجاری و سودآوری

در گزارشی که با عنوان «انستیتوی اخلاق حرفه‌ای بریتانیا» منتشر کرده، یادآور شده است به‌منظور آگاهی از تأثیر رفتارهای اخلاقی در سودآوری شرکت‌ها طی سال‌های ۱۹۹۷ و ۲۰۰۱ معیارهای زیر:

- ارزش افزوده اقتصادی

- ارزش افزوده بازار

- نسبت قیمت به درآمد

در مورد ۳۵۰ شرکت بریتانیایی بررسی شد. طی این بررسی مشخص گردید که میانگین سود شرکت‌های بزرگ انگلیسی که دارای رهنمودهای اخلاقی بوده و معیارها و ضوابط شناخته شده اخلاق حرفه‌ای را رعایت کرده‌اند، بالاتر از میانگین سود شرکت‌هایی بوده است که به اخلاق حرفه‌ای توجهی نداشته یا برای کارکنان خود «نظام‌نامه‌های اخلاقی» تعیین نکرده‌اند. بدین ترتیب روشن شده است که پایبند بودن به موازین اخلاقی در بخش تجارت یک مزیت رقابتی بسیار مهم در عرصه مناسبات بین‌المللی است. با وجود این، برخی از اقتصاددانان صحت نتیجه‌گیری فوق را زیر سؤال برده و مدعی شده‌اند که اخلاق تجاری را نمی‌توان با معیارهای کمی سنجید. موفقیت شرکت‌های تحت بررسی را می‌توان ناشی از مدیریت صحیح یا برخورداری آنها از کادر تخصصی ماهر، قابلیت پیش‌بینی تحولات بازار و عوامل دیگری دانست که در تحقق اهداف یک بنگاه اقتصادی تأثیرگذار است (رشید رضا، ۱۴۱۴ق: ۱۹۳).

لازم است یادآور شویم که تحقیقات دکتر کورتیسورس چور استاد دانشگاه دوپل شیکاگو رابطه مثبت بین رفتارهای اخلاقی و عملکردهای مالی بسیار خوب را به اثبات رسانده است.

دارا نظام «بودن نامه به» اخلاقی طرف‌های تجاری یک بنگاه اقتصادی اطمینان می‌دهد که همتای تجاری آنها به‌گونه‌ای جدی به اصول و معیارهای اخلاقی پایبند است. سازمان یا تشکیلاتی که دارای کد اخلاقی است کارکنان خود را نیز به رعایت آن مکلف می‌کند. هرچه شرکتی قابل‌اعتمادتر باشد کارکنان آن به آینده خود امیدوارتر خواهند بود و این امیدواری در میزان کارایی و کیفیت ارائه خدمات آنها تأثیر می‌گذارد. قابل‌اعتماد بودن یک شرکت در نتیجه رعایت معیارهای اخلاق تجاری به حسن شهرت آن شرکت کمک می‌کند و حسن شهرت در اغلب موارد نوعی سرمایه معنوی است که ارزش آن با سرمایه‌های مادی قابل‌مقایسه نیست (حکیمی و دیگران، ۱۳۶۸: ۵۵).

به‌رغم تأکیدی که برای تدوین نظام‌نامه‌های اخلاقی در شرکت‌ها به عمل می‌آید در مواردی دیده شده است که برخی از مؤسسات یا بنگاه‌های اقتصادی به سبب سودجویی یا تحت تأثیر محیط اقتصادی که در آن فعالیت می‌کنند به معیارها و ضوابط اخلاقی پشت پا می‌زنند تا بتوانند سهم خود را در بازار حفظ کنند. از نمونه‌های بارز تخلفات اخلاقی می‌توان به آگهی‌های تجاری اشاره کرد که بر مبنای آن یک بنگاه اقتصادی تلاش می‌کند تصویر نادرستی از محصولات شرکت‌های رقیب خود ارائه دهد تا از تعداد مشتریان آن بکاهد نوع تبلیغات منفی در مورد یک شرکت غالباً به حساسیت جامعه نسبت به موضوع یا موضوعات خاص بستگی دارد؛ مثلاً اگر جامعه‌ای نسبت به مسائل زیست‌محیطی حساس باشد ممکن است یک شرکت، رقیب خود را متهم کند که مقررات زیست‌محیطی را در تولید محصولات خود رعایت نمی‌کند. در مواردی ممکن است تضييع حقوق کارکنان یک شرکت یا بدرفتاری نسبت به آنان سوژه تبلیغات منفی رقبا باشد. به‌رحال از آنجا که توجه به حفظ محیط‌زیست یا حسن رفتار با کارکنان

¹ Does Business Ethics Pay

یا مشتریان جزو مواردی است که در نظام‌نامه‌های اخلاقی منعکس است این قبیل تبلیغات منفی نمی‌تواند در سودآوری شرکت‌هایی که خود و کارکنانش به معیارهای اخلاقی پایبند هستند تأثیرگذار باشد.

برخی از فعالیت‌ها ممکن است در کوتاه‌مدت در سودآوری یک شرکت اثر منفی داشته باشد اما در درازمدت این اقدامات به سود شرکت تمام شود؛ مثلاً یک بنگاه اقتصادی ممکن است با کاهش حق کمیسیون یا کارمزد کارکنان بخش فروش خود از ۱۰٪ به ۳۰٪ موجبات عدم رضایت آنان را فراهم نماید اما از آنجا که این اقدام سودآوری شرکت را در نتیجه افزایش حجم فروش آن بالا می‌برد رضایت سهام‌داران را جلب خواهد کرد و بهای سهام شرکت را بالا خواهد برد که کارکنان آن بنگاه اقتصادی نیز از چنین وضعی بهره‌مند خواهند شد (حسینی شیرازی، ۱۴۱۰ق: ۶۳).

تعیین معیارهای اخلاقی که رعایت آنها در سودآوری بنگاه‌های اقتصادی تأثیرگذار است، کار ساده‌ای نیست و هر حرفه‌ای معیارها یا ارزش‌های خاص خود را داراست؛ مثلاً شرکت‌هایی که سهام آنها در بورس اوراق بهادار پذیرفته شده است به موجب قوانین و مقررات برخی از کشورها مکلف‌اند که گزارش‌ها و صورت‌حساب‌های مالی خود را در مقاطع زمانی معین، به‌طور شفاف و قابل‌درک، کامل و صحیح با رعایت اصل انصاف منتشر نمایند. این قبیل شرکت‌ها باید دارای نظام‌نامه‌های اخلاقی باشند در قبال تخلفات کارکنان و مدیران خود به‌سرعت واکنش مناسب انجام دهند، انطباق گزارش‌ها و صورت‌حساب‌ها با مقررات و قوانین و پاسخگویی شرکت‌ها در برابر سهام‌داران و حفظ منافع آنان کاملاً ضروری به نظر می‌رسد. اگرچه قانون می‌تواند حافظ منافع سهام‌داران بوده و شرکت‌هایی را که گزارش‌های مالی خود را بدون رعایت ضوابط یاد شده ارائه می‌کنند یا از انتشار به‌موقع گزارش‌ها و صورت‌حساب‌های مالی تعلل می‌نمایند مجازات کند اما رعایت اصول یاد شده:

- اصل انصاف

- صحت اطلاعات ارائه شده

- پاسخگو بودن در قبال سهام‌داران

- شفافیت گزارش‌ها

- حفظ منافع مشتریان (سهام‌داران)

در زمره معیارهای اخلاقی است که رعایت آنها متضمن افزایش سودآوری بنگاه‌های اقتصادی است که سهام آنها مورد پذیرش قرار گرفته است (حرّ عاملی، ۱۴۰۳ق: ۱۶۹).

۶-۲. انواع دیدگاه‌ها در مورد رابطه بین اخلاق و کسب سود تجاری

در دنیای تجارت فرد تاجر می‌کوشد با تصاحب سهم مناسبی از بازار، مشتریان بیشتری را به سمت خود جذب کند. در این مسیر، موفقیت تاجر به‌طور عمده به عواملی چون توانایی رقابت با دیگران، بازاریابی مناسب، رونق بازار و عواملی این‌چنینی نسبت داده می‌شود. در میان عوامل مؤثر بر موفقیت تجارت، گاه از اخلاق حرفه‌ای تجارت نیز سخن به میان می‌آید. این ادعا به‌گونه‌ای متناقض نما است؛ زیرا ماهیت سودگرایانه کسب و کار تجاری، به‌ظاهر تناسبی با مباحث اخلاقی ندارد بر همین اساس دو دیدگاه در مورد سود تجاری و اخلاق در تجارت به وجود می‌آید. (تمیمی، ۱۳۸۵: ۲۶۰).

۱. دیدگاه سود گرایانه:

بر اساس این دیدگاه‌های سنتی در اقتصاد، تجارت و اخلاق دو گونه فضیلت متفاوت را ترویج می‌کنند. تجارت کسب سود و منفعت را دنبال می‌کند؛ درحالی‌که اخلاق به دنبال کسب فضیلت است. این دو هدف متفاوت، موجب تمایز این دو از یکدیگر

می‌شود. از این رو، نمی‌توان از تاجر انتظار داشت در حوزه کسب و کار به دنبال اخلاق باشد. وی بنا بر نوع کار خود، می‌باید در پی کسب سود و منفعت باشد و این امر قابل جمع شدن با توصیه‌های اخلاقی نیست. (ابن‌منظور، ۱۴۱۰ق: ۲۸۰).

۲. دیدگاه اخلاق گرایانه:

در مقابل، برخی با رد این پیش‌داوری معتقدند تجارت توأم با اخلاق می‌تواند تاجران را در دستیابی به موفقیت در کسب و کار خود کمک رساند. این مهم می‌تواند با کسب اعتبار و شهرت در فضای کسب و کار و در نتیجه جلب اعتماد مشتریان صورت گیرد. گذشته از آنکه تجارت بدون اخلاق، همواره آسیب‌های اجتماعی فراوانی را دربر داشته است و به‌طور مستقیم و یا غیرمستقیم حتی به خود تاجران و بازاریان آسیب می‌رساند. این دیدگاه به‌طور خاص در ده‌های اخیر طرفداران زیادی در میان متفکران علوم اجتماعی و همچنین افکار عمومی پیدا کرده است (ابن‌فارس، (بی‌تا): ۱۷۵).

۷. نتیجه‌گیری

بررسی مبانی فقهی، اخلاقی و عملی کسب‌وکار، چه در شکل سنتی و چه در قالب تجارت الکترونیک، نشان می‌دهد که رعایت اصول اخلاقی نه‌تنها یک الزام دینی و انسانی است، بلکه از منظر اقتصادی نیز عاملی تعیین‌کننده در پایداری و موفقیت بلندمدت کسب‌وکار به شمار می‌آید. آموزه‌های اسلامی با تأکید بر صداقت، انصاف، امانت‌داری، وفای به عهد، پرهیز از کم‌فروشی و فریب، چارچوبی شفاف برای رفتارهای تجاری ترسیم کرده‌اند که در صورت پایبندی، منجر به جلب اعتماد مشتریان، ایجاد سرمایه اجتماعی، کاهش تنش‌های تجاری و بهبود فضای رقابتی می‌شود.

در عصر تجارت الکترونیک که ارتباطات عمدتاً غیرحضوری است و فضای مجازی امکان ناشناس ماندن یا پنهان کردن بخشی از حقیقت را فراهم می‌کند، پایبندی به اخلاق حرفه‌ای بیش از گذشته اهمیت می‌یابد. تجربه‌های جهانی نشان داده است که شرکت‌ها و سازمان‌هایی که کدهای اخلاقی مدون دارند و آن را اجرا می‌کنند، هم از نظر سودآوری و هم از نظر اعتبار برند جایگاه بالاتری نسبت به رقبای پیدا می‌کنند.

با توجه به سرعت تغییرات فناوری و رقابت شدید جهانی، تنها سازمان‌هایی که اخلاق را به بخشی جدایی‌ناپذیر از سیاست‌ها و فرهنگ سازمانی خود تبدیل کنند، خواهند توانست در بلندمدت جایگاه رقابتی خود را تثبیت و تقویت نمایند. اخلاق رقابتی در واقع ترکیبی از رعایت اصول انسانی، انصاف در معاملات، مسئولیت‌پذیری اجتماعی و تمرکز بر منافع پایدار همه ذینفعان است. در پایان پیشنهاد می‌شود:

۱. تدوین و اجرای کد اخلاقی سازمانی: هر کسب‌وکار، اعم از سنتی یا آنلاین، باید مجموعه‌ای شفاف از اصول اخلاقی مرتبط با فعالیت خود را طراحی و به‌طور رسمی اجرا کند. این کد باید شامل صداقت در ارائه اطلاعات، حفظ محرمانگی داده‌ها، پرهیز از تبلیغات گمراه‌کننده و احترام به حقوق رقبای باشد.

۲. آموزش و نهادینه‌سازی اخلاق حرفه‌ای: برگزاری دوره‌های آموزشی مستمر برای کارکنان در زمینه مبانی اخلاق اسلامی و استانداردهای بین‌المللی اخلاق کسب‌وکار، به‌ویژه در حوزه تجارت الکترونیک، می‌تواند ضامن پایداری این اصول در عمل باشد.

۳. ایجاد سازوکارهای نظارت و پاسخگویی: برای پیشگیری از تخلفات اخلاقی، لازم است سیستم‌های گزارش‌دهی داخلی و کمیته‌های نظارت بر اجرای کدهای اخلاقی در سازمان ایجاد شود تا شفافیت و پاسخگویی تضمین گردد.

۴. **تقویت فرهنگ رقابت سالم:** حمایت از فعالیتهایی که بر کیفیت، نوآوری و ارزش‌آفرینی تمرکز دارند و پرهیز از روش‌هایی مانند تخریب رقبا، رقابت قیمتی مخرب یا شایعه‌پراکنی.
۵. **پشتیبانی از مسئولیت‌پذیری اجتماعی:** سرمایه‌گذاری در پروژه‌های اجتماعی و زیست‌محیطی و ایفای نقش فعال در توسعه پایدار، به‌عنوان بخشی از استراتژی برند، موجب تقویت اعتماد عمومی و وفاداری مشتریان می‌شود.
۶. **توجه به ابعاد فقهی در معاملات:** تطبیق کامل قراردادها و فرآیندهای تجاری با احکام فقه اسلامی، از جمله پرهیز از ربا، کم‌فروشی، غش در معامله و رعایت حقوق مشتریان، به‌ویژه در بستر تجارت آنلاین.
۷. **ایجاد سامانه شفاف اطلاع‌رسانی:** استفاده از پلتفرم‌های شفاف برای ارائه اطلاعات دقیق درباره محصولات و خدمات، شرایط فروش، ضمانت‌ها و خدمات پس از فروش که باعث کاهش اختلافات و افزایش رضایت مشتریان می‌شود.

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

منابع

- ابن بابویه (صدوق)، محمد بن علی (۱۴۰۳ق.). *الخصال*. چاپ دوم. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- ابن بابویه (صدوق)، محمد بن علی (۱۴۱۳ق.). *من لا یحضره الفقیه*. چاپ سوم. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیّه قم.
- ابن فارس، ابی‌الحسین احمد (بی‌تا). *معجم‌المقاییس اللّغه*. قم: دار الکتب العلمیه.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۰ق.). *لسان‌العرب*. چاپ اول. بیروت: دارالفکر.
- اعتصامی، منصور (۱۳۸۱). *مفهوم تجارت*. مجموعه مقالات فارسی دومین مجمع بررسی‌های اقتصادی اسلامی. زیر نظر محمد واعظ‌زاده خراسانی. چاپ اول، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
- تمیمی، نعمان بن محمد (۱۳۸۵). *دعائم‌الاسلام*. چاپ دوم. مصر: دار المعارف.
- توسلی، غلامعبّاس (۱۳۷۵). *جامعه‌شناسی کار و شغل*. چاپ اول. تهران: سمت.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳ق.). *وسائل‌الشّیعه‌إلى تحصیل مسائل الشّریعه*. چاپ ششم. تهران: مکتبه‌الاسلامیه.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۱۰ق.). *الفقه*. چاپ دوم. بیروت: دارالعلوم.
- حکیمی، محمدرضا؛ حکیمی، سید محمد و حکیمی، علی (۱۳۶۸). *الحیاه*. چاپ اول، تهران: مکتب نشر الثقافه الاسلامیه.
- دادگر، یداله (۱۳۸۵). *اخلاق بازرگانی (و کسب و کار) از منظر اقتصاد و اقتصاد اسلامی*. پژوهشنامه بازرگانی، ۱۰ (۳۸)، ۸۷-۱۲۰.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۰۶ق.). *مفردات‌الفاظ قرآن*. چاپ اول. دمشق - بیروت: دارالقلم.
- رشید رضا، محمد (۱۴۱۴ق.). *تفسیر المنار*. چاپ دوم. بیروت: دار المعرفه.
- زبیدی، سید محمد مرتضی (۱۴۰۹ق.). *تاج‌العروس من جواهرالقاموس*. تحقیق مصطفی حجازی. بی‌جا: دار هدایه.
- سرمد سعیدی، سهیل و نوده فراهانی، محمدرضا (۱۳۸۲). *انواع تجارت الکترونیک*. نامه اتاق بازرگانی، ۱۰ (۳۸)، ۴۲۱-۱۵.
- شریف الرضی، محمد بن حسین (۱۳۸۹). *نهج‌البلاغه*. ترجمه محمد دشتی. چاپ دوم. قم: نشر دیوان.
- صدر، محمدباقر (۱۴۰۸ق.). *اقتصادنا*. چاپ دوم. بی‌جا: المجمع العلمی للشّهیة الصدر.
- صرافی‌زاده، اصغر (۱۳۸۳). *فناوری اطلاعات در سازمان (مفاهیم و کاربردها)*. انتشارات میر.
- طباطبائی، سید محمدحسین (۱۴۱۷ق.). *المیزان فی تفسیر القرآن*. چاپ اول. بیروت: مؤسسه‌الاعلمی للمطبوعات.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۰۶ق.). *مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن*. چاپ اول. بیروت: دار المعرفه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۵). *تهذیب‌الأحكام*. چاپ چهارم. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- قزائنی، محسن (۱۳۸۳). *تفسیر نور*. چاپ یازدهم. تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن.
- قرضاوی، یوسف (۱۴۱۷ق.). *دور‌القیم و الأخلاق فی اقتصاد الاسلامی*. چاپ اول. بیروت: مؤسسه‌الرساله.
- کرمی، محمد مهدی و محمد پورمند (نبی‌زاده) (۱۳۸۰). *میانی فقهی اقتصاد اسلامی*. چاپ اول. تهران: سمت.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۹). *الکافی*. چاپ چهارم. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- متقی‌الهندی، علاء‌الدین علی (۱۴۰۹ق.). *کنز‌العمال فی سنن‌الأقوال والأفعال*. تحقیق بکری حیانی و صفوة السقا. بیروت: مؤسسه‌الرساله.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق.). *بحار‌الأنوار*. چاپ سوم. بیروت: مؤسسه‌الوفاء.
- محمدی ری‌شهری، محمد (۱۳۸۰). *التنمیة الإقتصادیة فی کتاب و السنّة*. چاپ اول. قم: دارالحديث.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۷۵). *اخلاق در قرآن*. تحقیق محمدحسین اسکندری. چاپ اول. قم: مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی (ره).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). *تفسیر نمونه*. چاپ اول. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- میرمعزی، حسین (۱۳۷۸). *نظام اقتصادی اسلام (اهداف و انگیزه‌ها)*. چاپ اول. تهران: مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷). *جواهر‌الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. تحقیق عبّاس قوچانی. چاپ سوم. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- نمازی، حسین (۱۳۷۴). *نظام‌های اقتصادی*. چاپ اول. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- واحدی، علی بن احمد (۱۴۱۱ق.). *اسباب نزول القرآن*. تحقیق کمال بسیونی. چاپ اول. بیروت: دار الکتب العلمیه.

References

- Al-Najafi, M. H. (1988). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ sharā'ī' al-islām*. Third edition, Tehran: Darul-Kutub al-Islamiyya. (In Persian)
- Dadgar, Y. (2006). Business Ethic from Islamic Perspective. *Iranian Journal of Trade Studies (IJTS)*, 10(38), 87-120. (In Persian)
- Etesami, M. (1994). *Business concept*. Persian collection of articles from the Second Islamic Economic Studies Conference, Author: Vaezzadeh Khorasani, M. First edition, Mashhad: Islamic Studies Association. (In Persian)
- Hakimi, M. R., Hakimi, S. M., & Hakimi, A. (1989). *Al-Hayat*. First edition, Tehran: Al-Thaqafa al-Islamiya Publishing School. (In Persian)
- Ḥurr al-ʿĀmilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1403 AH). *Wasā'il al-Shī'a ilā Taḥṣīl Masā'il al-Sharī'a*. 6th ed. Tehran: Maktabat al-Islāmiyya.
- Ḥusaynī Shīrāzī, Sayyid Muḥammad. (1410 AH). *al-Fiqh*. 2nd ed. Beirut: Dār al-ʿUlūm.
- Ibn Bābūya (al-Ṣadūq), Muḥammad b. ʿAlī. (1403 AH). *al-Khiṣāl*. 2nd ed. Qom: Jāmi'at al-Mudarrisīn Publications.
- Ibn Bābūya (al-Ṣadūq), Muḥammad b. ʿAlī. (1413 AH). *Man Lā Yaḥḍuruhu al-Faqīh*. 3rd ed. Qom: Jāmi'at al-Mudarrisīn Ḥawzat ʿIlmiyya Qom.
- Ibn Fāris, Abū al-Ḥusayn Aḥmad. (n.d.). *Mu'jam al-Maqāyīs al-Lughā*. Qom: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyya.
- Ibn Manẓūr, Muḥammad b. Mukarram. (1410 AH). *Lisān al-ʿArab*. 1st ed. Beirut: Dār al-Fikr.
- Kiesler, Ch. A., & Sakumura, J. (1966). A test of a model for commitment. *Journal of Personality and Social Psychology*, 3(3): 349-53. Doi: 10.1037/h0022943.
- Kulayni, M. I. Y. (1990). *Al-Kaḥf*. Fourth edition, Tehran: Darul-Kutub al-Islamiyya. (In Persian)
- Majlisī, Muḥammad Bāqir. (1403 AH). *Biḥār al-Anwār*. 3rd ed. Beirut: Mu'assasat al-Wafā'.
- Makarem Shirazi, N. (1995). *Sample Commentary*. First edition, Tehran: Darul Kutub Al-Islamiya. (In Persian)
- Mesbah Yazdi, M. T. (2000). *Ethics in the Quran*. Mohammad Hossein Eskandari, First edition, Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute (RA). (In Persian)
- Mirmoezi, S. H. (2010). *The Islamic Economic System: Goals and Motivations*. First edition, Young Thought Center, affiliated with the Young Thought Center of Tehran Institute. (In Persian)
- Muḥammadī Ray-Shahrī, Muḥammad. (1380 AH). *al-Tanmiya al-Iqtiṣādiyya fī al-Kitāb wa-l-Sunna*. 1st ed. Qom: Dār al-Ḥadīth.
- Muttaqī al-Hindī, ʿAlā' al-Dīn ʿAlī. (1409 AH). *Kanz al-ʿUmmāl fī Sunan al-Aqwāl wa-l-Af'āl*. Edited by Bakrī Ḥayyānī & Ṣafwat al-Saqqā. Beirut: Mu'assasat al-Risāla.
- Namazi, H. (2033). *Economic systems*. Publishing Joint Stock Company, (In Persian)

- Pourmand (Nabizadeh), M, & Karami, M. M. (2012). Jurisprudential foundations of Islamic economics. Tehran: Samt Organization. (In Persian)
- Qara'ati, M. (2004). *Interpretation of light*. Tehran: Lessons from the Quran Cultural Center, (In Persian)
- Qarḍāwī, Yūsuf. (1417 AH). *Dawr al-Qiyam wa-l-Akhlāq fī Iqtisād al-Islāmī*. 1st ed. Beirut: Mu'assasat al-Risāla.
- Raghib al-Isfahani, H. I. M. (1985). *Mufradat al-Afas al-Quran*. First edition, Damascus - Beirut: Dar al-Qalam.
- Rashīd Riḍā, Muḥammad. (1414 AH). *Tafsīr al-Manār*. 2nd ed. Beirut: Dār al-Ma'rifa.
- Ṣadr, Muḥammad Bāqir. (1408 AH). *Iqtisād-nā*. 2nd ed. [n.p.]: al-Majma' al-'Ilmī li-l-Shahīd al-Ṣadr.
- Salancik, G. (1977) *Commitment and the Control of Organizational Behavior and Belief*. In: Staw, B. and Salancik, G., Eds., *New Directions in Organizational Behavior*, St. Clair Press, Chicago, 1-54.
- Sarafizadeh, A. (2004). *Information Technology in the Organization (Concepts and Applications)*. Tehran: Mir. (In Persian)
- Sarmad Saeedi, S., & Noodeh Farahani, M. R. (2003). *Types of E-commerce*. Chamber of Commerce Letter, 421, 12-15. (In Persian)
- Sharif al-Razi, M. I. H. (2012). *Nahj al-Balagha*. Translator: Mohammad Dashti, Qom: Amir al-Mu'minin (A.S.) Research Institute. (In Persian)
- Ṭabāṭabā'ī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. (1417 AH). *al-Mizān fī Tafsīr al-Qur'ān*. 1st ed. Beirut: Mu'assasat al-'Ilmī li-l-Maṭbū'āt.
- Ṭabrisī, Faḍl b. Ḥasan. (1406 AH). *Majma' al-Bayān fī Tafsīr al-Qur'ān*. 1st ed. Beirut: Dār al-Ma'rifa.
- Tamīmī, Nu'mān b. Muḥammad. (1385 AH). *Da'ā'im al-Islām*. 2nd ed. Cairo: Dār al-Ma'ārif.
- Tavasli, Gh. A. (2013). *Sociology of work and occupation*. First edition, Tehran: Samt Organization. (In Persian)
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1365 AH). *Tahdhīb al-Aḥkām*. 4th ed. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Wāḥidī, 'Alī b. Aḥmad. (1411 AH). *Asbāb Nuzūl al-Qur'ān*. Edited by Kamāl Basyūnī. 1st ed. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya.
- Williams, L. J., & Anderson, S. E. (1991). Job satisfaction and organizational commitment as predictors of organizational citizenship and in-role behavior. *Journal of Management*, 17, 601-617.
- Zubaydī, Sayyid Muḥammad Murtaḍā. (1409 AH). *Tāj al-'Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. Edited by Muṣṭafā Ḥijāzī. [n.p.]: Dār al-Hidāya.

Presenting a Theoretical and Practical Jurisprudential Model Regarding Competitive Ethics in Business

Abstract

Islam, as a complete and comprehensive religion, has special orders and customs for all material and spiritual aspects of human life, including the economy, which undoubtedly can be achieved by practicing these principles and customs. The holy religion of Islam is directly and indirectly linked to the economy. In the direct link between Islam and the economy, there is a series of economic regulations on ownership, trade, and financial penalties that directly and openly address the issue. For example, we can mention the prohibition of trading in amusement and play equipment, gambling machines, and misleading books. The indirect link between Islam and the economy is through ethics. Therefore, the present article seeks to present a systematic model of ethical and legal requirements in the field of medical business, using an analytical and descriptive method with a view to the pragmatic dimension of the subject, for the readers. Therefore, this article has presented a theoretical and practical jurisprudential model regarding competitive ethics in business using an analytical and descriptive method.

English Keywords: Ethics, Business, Education, Islamic Medicine, Islamic Teachings.

حل و فصل اختلافات ناشی از تله مدیسین (پزشکی از راه دور) در حقوق ایران، انگلیس

و آمریکا

رضا رستگار^۱، محمدباقر فیجان^۲، داریوش بابایی^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران. رایانامه: reza.rastgar@iau.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق، واحد نورآباد ممسنی، دانشگاه آزاد اسلامی، نورآباد ممسنی، ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: Mohammad.Fijan@iau.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران. رایانامه: dariush.babaei@iau.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

متن چکیده

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۰۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۴/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱

در این مقاله، ما به بررسی شیوه‌های حل و فصل اختلافات ناشی از تله‌مدیسین در سه نظام حقوقی ایران، انگلیس و آمریکا می‌پردازیم. پرسش اصلی ما این است که در فقدان قوانین مدون و مشخص، چگونه می‌توان مسئولیت مدنی ناشی از خطاهای پزشکی از راه دور را تبیین کرد و مرجع صالح برای رسیدگی به این اختلافات کجاست؟ همچنین، آیا استاندارد مراقبت در تله‌مدیسین باید هم‌سطح خدمات حضوری باشد یا متناسب با محدودیت‌های ذاتی این فناوری تعریف شود؟ ادعای مهم ما این است که روشن‌نبودن چارچوب‌های حقوقی و تعارض قوانین در حیطه‌های قضایی مختلف، مهم‌ترین مانع در توسعه و پذیرش گسترده تله‌مدیسین است. برای نمونه، در پرونده «وایت در برابر هریس» در آمریکا، دادگاه به‌رغم استفاده از ویدئوکنفرانس، استاندارد مراقبت را معادل خدمات حضوری دانست، حال آنکه در عمل، ناتوانی در معاینه فیزیکی ممکن است به تشخیص نادرست بینجامد. در ایران نیز با فقدان قوانین خاص، مسئولیت پزشک راه دور عمدتاً بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی و با اثبات تقصیر پیگیری می‌شود. در پایان، ما به این نتیجه می‌رسیم که تدوین قوانین شفاف، تعیین نهادهای ناظر و توسعه زیرساخت‌های فناوری، نه تنها زمینه‌ساز گسترش امن تله‌مدیسین خواهد بود، بلکه اعتماد عمومی و حقوق بیماران را نیز تضمین می‌کند.

کلیدواژه‌ها: اختلافات، تله مدیسین (پزشکی از راه دور)، ایران، انگلیس، آمریکا.

استناد: رستگار، رضا؛ فیجان، محمدباقر و بابایی، داریوش (۱۴۰۴). حل و فصل اختلافات ناشی از تله مدیسین (پزشکی از راه دور) در حقوق ایران، انگلیس و آمریکا، *حقوق کسب و کار و سرمایه‌گذاری*، ۱(۱)، ۷۷-۵۵.

<http://doi.org/00000000000000000000000000000000>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی.

۱. مقدمه

چنانچه وسایل الکترونیکی واسطه عرضه خدمات پزشکی باشند، به آن شیوه درمانی تله مدیسین یا پزشکی از راه دور گفته می‌شود. مشاوره ساده تلفنی بین پزشک و بیمار، مشاوره پزشکی بین صاحبان حرفه پزشکی، ویزیت‌های اینترنتی، نظارت بر عمل جراحی از طریق ویدئو کنفرانس، عمل جراحی پزشک از راه دور به‌طور مستقیم توسط بازوهای مکانیکی (روبات) و حتی عمل جراحی توسط روبات با برنامه طراحی شده قبلی پزشک، همگی نمونه‌هایی از پزشکی از راه دور هستند (فرهمند و همکاران، ۱۳۹۷: ۳-۴).

تله مدیسین یا پزشکی از راه دور برای اولین بار در سال ۱۹۲۰ وارد واژه‌نامه پزشکی شد. سازمان ناسا اولین مرکزی بود که برای ارائه‌ی مشاوره‌های پزشکی به فضانوردان و درمان آنان از راه دور با استفاده از ماهواره اقدام به برقراری ارتباط بین فضانوردان با پزشکان حاضر در کره زمین کرد و به این طریق این فناوری وارد عرصه پزشکی گردید (فرهمند و همکاران، ۱۳۹۷: ۲).

در ایران توجه به مبانی نظری در زمینه‌ی سلامت الکترونیک از اواسط دهه‌ی قبل آغاز شده است و در سالیان اخیر نیز اقداماتی برای اجرای بعضی از سیستم‌ها و نرم‌افزارها و ... انجام شده است. در زمینه‌ی ^۱EMR و ^۲HIS از جمله تله مدیسین نیز موردی از اجرای تله مدیسین در خرم‌آباد در سال ۱۳۸۵ در دومین همایش راهکارهای توسعه استفاده از IT در دانشگاه‌های علوم پزشکی گزارش شد. یک مورد از پایش از راه دور نیز در سال ۱۳۸۵ در بیرجند گزارش شده است (قهرمانی تبار و همکاران، ۱۳۹۳: ۹) در بهمن ۱۳۸۷ هم طرحی با نام میاد در بیمارستان‌های مسیح دانشوری و فیروزکوه شروع شده است که قصد بکارگیری خدمات مشاوره از راه دور را دارد. همچنین بنیاد شهدا و ایثارگران نیز بر آن است تا از این فناوری برای ارائه‌ی بهینه‌ی خدمات به جانبازان قطع نخاعی و بدحال استفاده کند. اولین ویزیت با روش تله مدیسین (پزشکی از راه دور) توسط متخصصین مرکز درمان ناباروری جهاد دانشگاهی قم با حضور رئیس دانشگاه علوم پزشکی قزوین در سال ۱۳۹۲ انجام شد. در این روش که بیمار در قزوین حضور داشت، متخصصین مرکز درمان ناباروری جهاد دانشگاهی از قم نسبت به ویزیت و بررسی شرایط بیمار اقدام کردند. (قهرمانی تبار و همکاران، ۱۳۹۳: ۲-۵)؛ و نیز فناوری پزشکی از راه دور در بیمارستان‌های امام خمینی فیروزکوه و زعیم پاکدشت (هر دو در تهران) انجام گرفته است (مسجدی و همکاران، ۱۳۹۳).

تله مدیسین اغلب به‌عنوان یک مدل دوست دار محیط‌زیست است. بهبود دسترسی و نتایج برای بیماران و کاهش هزینه‌های مراقبت‌های بهداشتی را در پی دارد. این فناوری در کشورهای پیشرو نرخ پذیرش سریع‌تری نسبت به کشور ما داشته و این امر منجر به تکامل قوانین بهداشت از راه دور در این کشورها شده است. از مدت‌ها قبل فناوری پزشکی از راه دور، به کشور ما ورود پیدا کرده؛ اما همچنان در کشور ما منبع قانونی مدونی در رابطه با مسئولیت مدنی ناشی از پزشکی از راه دور وجود ندارد؛ نبود قوانین، پایین بودن درک مردم و آگاهی کادر درمان از مسئولیت‌هایشان را در پی دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳) فلذا از آنجایی که تاکنون قانون‌گذار ما به تدوین و تصویب قوانین متناسب با این فناوری نوین و روشن کردن مفاهیم و مؤلفه‌های این تکنولوژی نپرداخته است در این راستا و قبل از تصویب قوانینی متناسب با این موضوع، اساسی‌ترین کار پرداختن به این مهم و بررسی زوایای پوشیده و پنهان آن از سوی حقوقدانان و متخصصان حقوقی می‌باشد که این تحقیق هم درصدد است در جهت تحقق بخشیدن به این هدف، گامی هر چند کوچک بردارد.

^۱ پرونده الکترونیک بیمار

^۲ سامانه الکترونیک بیمارستان

با پیشرفت فناوری و گسترش استفاده از تله مدیسین، اهمیت تضمین و تعیین مرجع صلاحیت‌دار برای نظارت بر کیفیت و اعتبار خدمات ارائه شده، بیش از پیش مشهود است. این امر به منظور حفظ حقوق بیماران و اطمینان از ارائه خدمات بهداشتی با کیفیت و ایمن ضرورت دارد. کشورهای پیشرو در زمینه تله مدیسین با تدوین قوانین و مقررات جامع و مشخص، توانسته‌اند چارچوب‌های قانونی مناسبی برای تعیین مسئولیت مدنی و نحوه نظارت بر این نوع خدمات پزشکی فراهم کنند (ره پیک، ۱۳۹۵). در این کشورها، نهادهای مشخصی به عنوان مراجع صلاحیت‌دار تعیین شده‌اند که وظیفه نظارت و تضمین کیفیت خدمات تله مدیسین را بر عهده دارند. این نهادها با اعمال استانداردها و پروتکل‌های مشخص، از حقوق بیماران و پزشکان حمایت می‌کنند و به ارتقای کیفیت خدمات کمک می‌نمایند. در ایران، اگرچه تله مدیسین به تدریج جایگاه خود را در نظام سلامت پیدا کرده است، اما همچنان نیاز به تدوین مقررات جامع و تعیین مرجع صلاحیت‌دار برای نظارت بر این خدمات احساس می‌شود (حیدری و همکاران، ۱۳۹۷). بررسی و تحلیل قوانین و مقررات موجود نشان می‌دهد که نیاز به اصلاح و تکمیل چارچوب‌های قانونی و اجرایی در این زمینه وجود دارد. این امر می‌تواند به حفظ حقوق بیماران و اطمینان از کیفیت خدمات پزشکی از راه دور کمک کند.

۲. رویکرد قانونی کشورها در رابطه با تله مدیسین

الف) انگلیس

در حال حاضر هیچ قانون یا مقررات خاصی در بریتانیا وجود ندارد که به سلامت از راه دور و پزشکی از راه دور بپردازد؛ بنابراین، این خدمات مانند سایر خدمات مراقبت‌های بهداشتی تنظیم می‌شوند. ارائه‌دهندگان مراقبت‌های بهداشتی (به عنوان مثال کلینیک‌هایی که خدمات پزشکی و دندانپزشکی ارائه می‌دهند) توسط سازمان‌های مختلف در هر یک از کشورهای انگلستان تنظیم می‌شوند: کمیسیون کیفیت مراقبت^۱ در انگلستان، بهبود مراقبت‌های بهداشتی اسکاتلند^۲، بازرسی مراقبت‌های بهداشتی ولز^۳ و مرجع تنظیم و بهبود کیفیت در ایرلند شمالی^۴ (سادات اخوی، ۱۳۹۴).

بر اساس آیین‌نامه فعالیت‌های تنظیم‌شده قانون مراقبت‌های بهداشتی و اجتماعی ۲۰۰۸ (۲۰۱۴)، «خدمات حمل و نقل، تریاژ و توصیه‌های پزشکی ارائه شده از راه دور» یک فعالیت تنظیم شده است و در انگلستان CQC فعالیت‌های ارائه‌دهندگان پزشکی از راه دور را تحت این قانون می‌داند. ارائه‌دهندگان باید در CQC ثبت نام کنند و آن را متقاعد کنند که الزامات مقررات مربوطه را برآورده می‌کنند. این امر عملاً این معنی است که ارائه‌دهندگان پزشکی از راه دور مانند ارائه‌دهندگان حضوری تنظیم می‌شوند (قاسمی و همکاران، ۱۳۹۳: ۹).

بنابراین هیچ تفاوتی بین مقررات ارائه‌دهندگان پزشکی از راه دور و متخصصان مراقبت‌های بهداشتی در یک محیط دیجیتال در مقایسه با یک محیط غیر دیجیتال وجود ندارد (فجری، ۱۳۹۵).

پزشکان فردی، توسط شورای پزشکی عمومی^۵ تنظیم می‌شوند. همه پزشکانی که در انگلستان به طبابت می‌پردازند باید در GMC ثبت نام کرده و استانداردهای خاصی را برای عملکرد خوب پزشکی که توسط GMC تعیین شده است رعایت کنند. استانداردهای تعیین شده توسط GMC برای پزشکان به طور یکسان در مورد مشاوره از راه دور و مشاوره حضوری اعمال می‌شود. به طور مشابه، شورای عمومی دندان پزشکی^۶، حرفه دندان پزشکی را در بریتانیا تنظیم می‌کند و استانداردهای رفتاری،

^۱ CQC

^۲ HIS

^۳ HIW

^۴ RQIA

^۵ The GMC

^۶ The GDC

عملکرد و اخلاقی را منتشر می‌کند که بر متخصصان دندان پزشکی حاکم است. این موارد برای مشاوره از راه دور و حضوری به‌طور یکسان اعمال می‌شود. شورای عمومی بینایی^۱، تنظیم‌کننده متخصصان بینایی در بریتانیا و شورای داروسازی عمومی^۲، تنظیم‌کننده مستقل برای داروسازان است (کریمی و همکاران، ۱۳۸۹).

با توجه به فقدان مقررات، نهادهای مختلف نظارتی، دستورالعمل‌هایی را برای متخصصانی که آنها را تنظیم می‌کنند، صادر کرده‌اند. در نوامبر ۲۰۱۹، تعدادی از نهادها (از جمله چهار سازمانی که ارائه‌دهندگان مراقبت‌های بهداشتی را در هر یک از کشورهای انگلستان تنظیم می‌کنند، GMC, GDC, GOC & GPC)، با همکاری یکدیگر، مجموعه‌ای از اصول سطح بالا را برای مشاوره و تجویز از راه دور، تألیف و منتشر کردند (اصول سطح بالا^۳). اینها بیان می‌کنند که: متخصصان مراقبت‌های بهداشتی ثبت‌شده در بریتانیا، باید ایمنی بیمار را در اولویت قرار دهند، از بیماران آسیب‌پذیر محافظت کنند؛ اطمینان حاصل کنند که بیماران از نحوه کار مشاوره از راه دور و اینکه ممکن است محدودیت‌هایی در تجویز وجود داشته باشد، کسب رضایت آگاهانه، انجام یک ارزیابی بالینی کافی، ارائه تمام گزینه‌های موجود به بیماران، برنامه‌ریزی کردن پس از مراقبت، یادداشت‌برداری کنند و با راهنمایی‌های مربوطه به‌روز باشند (مسجدی و همکاران، ۱۳۹۲).

علاوه بر این، GMC اسناد راهنمایی متعددی در رابطه با مشاوره و تجویز از راه دور صادر کرده است. این موارد نشان می‌دهد که پزشکان باید همیشه در نظر بگیرند که آیا مشاوره از راه دور مناسب است یا خیر، اطمینان حاصل کنند که بیماران تمام اطلاعات مورد نیاز خود را دارند (و می‌توانند آن را درک کنند) و اطمینان حاصل کنند که بیماران ظرفیت تصمیم‌گیری را دارند. علاوه بر این، پزشکان باید برای اطمینان از تداوم مراقبت، تاریخچه بیمار را از پزشک عمومی خود دریافت کنند. این اصل، استانداردهایی را تعیین می‌کند که تحت پنج اصل دسته‌بندی شده‌اند که صاحبان داروخانه‌ها باید قبل از تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا خدمات داروخانه‌شان را، به‌جای روش سنتی رو در رو، می‌توان به‌طور ایمن و مؤثر، از راه دور ارائه کرد، در نظر بگیرند. آنها باید از ترتیبات، کارکنان، محیط و وضعیت محل، نحوه ارائه خدمات و تجهیزات و امکانات مورد استفاده از سلامت، ایمنی و رفاه بیماران اطمینان حاصل کنند (محسنی و جوهر، ۱۳۹۳: ۹۸).

انجمن پزشکی بریتانیا، یک اتحادیه صنفی و نهاد حرفه‌ای برای پزشکان در بریتانیا، توصیه‌هایی را در مورد مشاوره از راه دور منتشر کرده است که به‌طور مرتب به روز می‌شود. این توصیه بر اهمیت حفاظت از اطلاعات محرمانه بیمار با اطمینان از اینکه مشاوره‌ها با استفاده از دسترسی امن به اینترنت و ابزارهای رمزگذاری انجام می‌شود، تأکید و خاطرنشان می‌کند که: پزشکان باید اطمینان حاصل کنند که مشاوره از راه دور در این شرایط مناسب است (محسنی و جوهر، ۱۳۹۳: ۹۹).

در مارس ۲۰۱۷، CQC پیشنهادهایی را برای تنظیم ارائه‌دهندگان مراقبت‌های بهداشتی دیجیتال، در مراقبت‌های اولیه، ارائه کرد که آن، بیان می‌کند که CQC اطلاعاتی را از ارائه‌دهندگان درخواست می‌کند، از جمله: خدمات ارائه‌شده، شکایات و عوارض جانبی و داروهای تجویز شده. CQC همچنین بازرسی‌هایی را انجام خواهد داد که دارای چارچوب ارزیابی واضح و بازدید از محل خواهد بود. پس از هر بازرسی، CQC گزارشی را تهیه خواهد کرد. اگر نگرانی‌هایی پیدا و شناسایی شود، CQC ممکن است اقدامات اجرایی را انجام دهد.

¹ The GOC

² The GPC

³ The "High Level Principles"

(ب) آمریکا**- قانون محلی (مکان) در مقابل استاندارد ملی مراقبت**

چندین روش فراگیر وجود دارد که حوزه‌های قضایی استاندارد مراقبت از یک پزشک را تعیین می‌کنند: یا استاندارد مراقبت در یک سطح محلی تنظیم می‌شود، بر اساس اینکه یک پزشک که در آن محل طبابت می‌کند چه استانداردی دارد؛ یا در یک استاندارد ملی در رابطه با یک تخصص خاص تنظیم می‌شود. قانون محلی "ایجاب می‌کند که یک متخصص از همان جامعه پزشکی باشد که پزشکِ متهم هست و اقدامات پزشک را با استاندارد قابل اجرا در جامعه یا محلی که خدمات بهداشتی و درمانی در آن ارائه می‌شود، مقایسه کند." از سوی دیگر، استاندارد ملی مراقبت، پزشک را ملزم می‌کند که "مراقبتی قابل مقایسه با مراقبت ارائه شده به بیماران در هر نقطه از ایالات متحده، بدون توجه به مهارت و دانش متخصص خاص و منطقه‌ای که در آن مراقبت می‌شود، ارائه دهد. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۶: ۶۵).

در حال حاضر، دادگاه‌ها در بیشتر حوزه‌های قضایی، استاندارد ملی مراقبت را به رسمیت می‌شناسند، اگرچه چندین ایالت به برخی از بقایای قانون محلی پایبند هستند. دادگاه‌های ایالتی که قانون محلی را به رسمیت می‌شناسند، عموماً به تمایل برای حفاظت از پزشکانی اشاره می‌کنند که در جوامع روستایی فعالیت می‌کنند. فرض بر این است که پزشکان روستایی فاقد دسترسی و دانش مشابه پزشکانی هستند که در مناطق بزرگ شهری کار می‌کنند. با از بین رفتن قانون محلی، برخی از ایالت‌هایی که این قانون را حفظ می‌کردند آن را طوری تنظیم کردند که راحت‌تر در چشم‌انداز پزشکی مدرن جای گیرد، درحالی که برخی دیگر آن را تا حد زیادی دست‌نخورده باقی گذاشتند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۶: ۶۶).

استاندارد ملی مراقبت و قانون محلی نشان‌دهنده یکی از دو متغیر مورد استفاده برای تعیین استاندارد مراقبت در یک حوزه قضایی است. متغیر دیگر که توسط یک محقق به عنوان "متغیر ابزار مقایسه"^۱ نامیده می‌شود، به روشی اشاره دارد که در آن رفتار متهم (پزشک) در یک پرونده قصور با رفتار پزشکان دیگر مقایسه می‌شود. استاندارد سنتی "مبتنی بر عرف"^۲ درمان یک پزشک خاص را با درمان پزشکی مرسوم در هنگام تعیین اینکه آیا پزشک در محدوده "هنجارهای صنعتی"^۳ عمل کرده است، مقایسه می‌کند. این استاندارد در نظر می‌گیرد که آیا متهم (پزشک) به عنوان یک پزشک منطقی در شرایط مشابه عمل کرده است یا خیر (عرفانی فرا و همکاران، ۱۴۰۳: ۴۹).

از نظر استفاده از خدمات پزشکی از راه دور، تعیین استاندارد مراقبت برای پزشک معالج از اهمیت حیاتی برخوردار است. تفاوت در استاندارد مراقبت می‌تواند برای پزشکانی که از خدمات پزشکی از راه دور برای ارائه مراقبت در خارج از ایالتی که در آن فعالیت دارند، استفاده می‌کنند، مشکل‌ساز باشد. چنین تفاوت‌هایی می‌توانند پزشکان را مجبور به یادگیری و پیروی از استانداردهای متعدد مراقبت کنند تا حدی که آن‌ها باید خود را با نکات ظریف در استانداردهای موجود در ایالت‌ها و ایالت‌های خاص آشنا کنند. این خطرِ مسئولیت، احتمالاً برای استفاده گسترده از پزشکی از راه دور مضر است، زیرا ارائه‌دهندگان خدمات بهداشتی ممکن است از استفاده از خدمات پزشکی از راه دور برای درمان بیماران، خارج از حوزه استحفاظی خود اجتناب کنند. درحالی که نهادهای قانون‌گذاری در بسیاری از حوزه‌های قضایی قبلاً استانداردهای مراقبت از راه دور را مورد توجه قرار داده‌اند، سایرین هنوز در حال تلاش برای رسیدگی به این موضوع هستند (فرهمند و همکاران، ۱۳۹۸: ۸).

¹ Means of Comparison Variable² Custom-Based³ Industry Norms

– مراقبت حضوری در مقابل مراقبت از راه دور

فراتر از تفاوت‌های قضایی در استانداردهای مراقبت برای شیوه‌های پزشکی سنتی حضوری، تفاوت‌های دیگری در چگونگی تعیین استانداردهای مناسب مراقبت برای شیوه‌های پزشکی از راه دور توسط دولت‌ها وجود دارد. آن دسته از ایالت‌هایی که استاندارد پزشکی از راه دور را مورد توجه قرار داده‌اند، عموماً از رویکردی طرفداری می‌کنند که استاندارد را در همان سطحی تنظیم می‌کند که یک پزشک در حال انجام مراقبت‌های حضوری سنتی است. این امر برای آن دسته از کشورها که هنوز در حال تصویب قوانین مربوط به این استاندارد مراقبتی هستند، صادق است. با این حال، هاوایی یک استثنا برای این رویکرد ارائه می‌دهد: در اساسنامه این کشور تصریح شده است که توصیه‌های درمانی پزشک از طریق پزشکی از راه دور، همان استانداردهایی را دارد که توصیه‌های پزشکی در محیط‌های سنتی بیمار-پزشک، حتی در صورت عدم ویزیت حضوری، دارا هستند. (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۶: ۸۴).

مفهوم تفاوت بین این روش‌ها این است که پزشکی که پزشکی از راه دور را در ایالتی مانند تگزاس انجام می‌دهد، ممکن است نسبت به پزشکی که پزشکی از راه دور را در هاوایی انجام می‌دهد، از استاندارد بالاتری در مراقبت برخوردار باشد. اگر یک ایالت قانون محلی زبان قانونی مشابه با ایالت تگزاس را اتخاذ کند، دادگاه‌های آن احتمالاً پزشک در حال تمرین را در همان استاندارد مراقبتی نگه می‌دارند که یک پزشک به صورت حضوری و در همان محلی که مراقبت برای او فراهم شده است، انجام می‌دهد. نیویورک نمونه‌ای از ایالتی است که یک قانون محلی را اعمال می‌کند و پزشکی را که پزشکی از راه دور را در آن ایالت انجام می‌دهند، به همان استاندارد مراقبتی که یک پزشک مراقبت‌های حضوری سنتی را انجام می‌دهد، نگه می‌دارد (قاسم‌زاده، ۱۳۹۵: ۸۵).

برعکس، اگر پزشکی که در یک ایالت قانون محلی تمرین می‌کند (عملی انجام می‌دهد)، از پزشکی از راه دور برای تمرین در ایالتی که یک استاندارد ملی مراقبت را رعایت می‌کند، استفاده کند، ممکن است خود را در معرض یک استاندارد بالقوه بالاتر مراقبتی ببیند. این امر ممکن است چنین پزشکانی را از استفاده از خدمات پزشکی از راه دور منصرف کند. مطالعات نشان می‌دهد که تکنیک‌های مدرن‌تر توسط دولت‌هایی اتخاذ می‌شوند که قانون محلی خود را با استاندارد ملی مراقبت جایگزین می‌کنند. چنین روندهایی نشان می‌دهند که پزشکان با اجرای شیوه‌های فعلی، به تغییرات در استاندارد قصور درمان پاسخ می‌دهند. این امر از این استدلال حمایت می‌کند که قانون محلی ممکن است مانع پذیرش خدمات پزشکی از راه دور در جایی شود که مشاهده می‌شود (شریفی و ثقفی، ۱۳۹۳: ۴۷).

در حالی که در حال حاضر در مورد استاندارد تعیین مراقبت در پرونده‌های قصور پزشکی از راه دور بین ایالتی کمبود قانون پرونده حل و فصل شده (قانون قضایی ثابت) وجود دارد، رویه قضایی نشان می‌دهد که دادگاه‌ها ابتدا به قوانین ایالتی برای تعیین استاندارد مناسب مراقبت نگاه می‌کنند. در پرونده وایت در برابر هریس^۱، دادگاه عالی ورمونت پرونده‌ای را بررسی کرد که در آن یک روان‌پزشک با یک بیمار از طریق ویدئوکنفرانس مشورت می‌کرد و توصیه‌هایی را برای یک طرح درمانی به تیم درمان بیمار ارائه می‌داد. این بیمار بعدها خودکشی کرد و شاکیان با طرح شکایتی مدعی شدند که مراقبت‌های ارائه شده توسط روان‌پزشک پایین‌تر از حد استاندارد مراقبت‌های لازم بوده است. در حالی که این پرونده در درجه اول بر این موضوع تمرکز داشت که آیا رابطه پزشک و بیمار از طریق ویدئو کنفرانس برقرار شده است یا خیر، دادگاه استاندارد مراقبت را تا حدی مورد توجه قرار داد. دادگاه نشان داد که استاندارد کلی مراقبت بر اساس اساسنامه دولت تنظیم شده است، اگرچه جزئیات استاندارد مراقبت را توضیح نداد. این امر نشان می‌دهد که دادگاه‌ها به دنبال مقررات قانونی برای راهنمایی در مورد استاندارد مراقبت از پرونده‌های قصور پزشکی

^۱ White v. Harris, 36 A.3d 203, 205, 207-08 (Vt. 2011)

از راه دور هستند؛ بنابراین، اگر قانون ایالتی، استاندارد مراقبت پزشکی از راه دور را با استاندارد مراقبت‌های حضوری سنتی برابر کند، همانطور که اکثریت ایالت‌ها انجام می‌دهند، دادگاه‌ها به‌جای پابندی به قانون مشترک ایجاد شده (قانون عرفی تعیین شده)، این قانون را به تعویق می‌اندازند (شریفی و ثقفی، ۱۳۹۳: ۴۹).

یک مسئله مهم در برابر کردن و یکسان قرار دادن استاندارد مراقبت‌های پزشکی از راه دور با مراقبت‌های حضوری، این واقعیت است که اگر پزشکان قادر به انجام یک معاینه حضوری نباشند، ممکن است شانس تشخیص اشتباه افزایش یابد. درحالی‌که قانون مورد حل و فصل مستقیماً به این مشکل نپرداخته است، حقایق موجود در پرونده مک‌دونالد در برابر شریرو^۱ این مسئله را نشان می‌دهد. در این پرونده قصور پزشکی ناشی از یک کنفرانس پزشکی از راه دور، یک زندانی (شاکی) پس از افتادن از تختش زانویش را زخمی کرد. شاکی از طریق یک ویدئو کنفرانس پزشکی از راه دور MRI گرفت و پزشک (متهم) را دید. در طول این قرار، شاکی شلوار بلندی پوشیده بود و نشسته بود، زیرا پزشک (متهم) او را برای نشان دادن تحرک مجبور به ایستادن نمی‌کرد. بر اساس قرار، پزشک (متهم) دستور هیچ نوع جراحی را صادر نکرد، در عوض توصیه کرد که شاکی یک زانویند بپوشد و داروهای ضدالتهاب مصرف کند. سه سال بعد، شاکی بار دیگر متهم را دید و متهم دستور عمل جراحی داد که منجر به خارج شدن تکه استخوانی شل از زانوی شاکی شد؛ متهم (پزشک) قبلاً این قطعه استخوان را نادیده گرفته بود (درماتریوسان و همکاران^۲، ۲۰۲۲).

دادگاه در نهایت با اشاره به اینکه هیئت‌منصفه می‌تواند تشخیص دهد که پزشک آزمایش انجام نداده و نتایج اشتباه MRI را بررسی کرده است، پیشنهاد متهم برای قضاوت خلاصه و اجمالی در مورد ادعای قصور پزشکی را رد کرد. در این مورد خاص، اشتباه پزشک در رابطه با خواندن ام‌آرآی نادرست، واضح است، اما هنوز مسئله معاینه وجود دارد. متهم (پزشک) این پرونده در گزارش پزشکی خود مدعی شده بود که معاینه جسمی نشان‌دهنده تحرک در زانوی شاکی است، اما چه می‌شود اگر استاندارد مناسب مراقبت برای معاینه فردی ایجاب کند که زانو به‌طور فیزیکی توسط پزشک لمس شود؟ اگر قانون دولتی استاندارد مراقبت برای معاینات پزشکی از راه دور را به همان سطح معاینات حضوری نگه می‌داشت، آنگاه پزشک احتمالاً با استفاده از خدمات پزشکی از راه دور برای انجام معاینات، استاندارد مناسب مراقبت را نقض می‌کرد. تشخیص چنین شرایطی از طریق خدمات پزشکی از راه دور ممکن است برای پزشک دشوارتر باشد. با این حال، در شرایطی که یک پزشک واجد شرایط به آسانی در دسترس نیست، این احتمال وجود دارد که سطحی از مراقبت به‌هیچ‌وجه ارجحیت نداشته باشد (رید و همکاران^۳، ۲۰۲۳: ۱۳۴۹).

ایالات متحده به‌وضوح رویکردی شکست‌خورده نسبت به استاندارد مراقبت از پزشکان دارد. این نتیجه پنجاه ایالت است که به‌طور مستقل استانداردهای خود را تعیین می‌کنند، اگرچه این کشور در سال‌های اخیر به سمت یکنواختی حرکت کرده است. برای کاهش نگرانی‌های پزشکان در رابطه با قصور پزشکی از راه دور، باید یکنواختی بیشتری وجود داشته باشد. علاوه بر این، رویکرد اکثریت فعلی، نگه‌داشتن پزشکان تله مدیسین به همان استاندارد پزشکانی که به‌صورت حضوری تمرین می‌کنند، محدودیت‌های ذاتی تله مدیسین را در نظر نمی‌گیرد. این موضوع ممکن است باعث نگرانی پزشکانی شود که می‌خواهند از این روش محبوب استفاده کنند (هایز^۴، ۲۰۲۲).

^۱ MacDonald v. Schriro

^۲ Der-Martirosian et al

^۳ Reed et al

^۴ Hays

ج) ایران

در ارائه خدمات به روش تله مدیسین، مسئولیت ورود خسارات و ضرر و زیان وارده به بیماران را می‌توان بر مراکز درمانی، پزشکان داخل مراکز درمانی و پزشکان خارج از مراکز یا پزشکان راه دور تحمیل نمود.

– مسئولیت مراکز درمانی

در اغلب مواردی که بیماران به مراکز درمانی مراجعه می‌نمایند، رابطه بیماران و مرکز، مبتنی بر قرارداد بوده و به تبع آن، مسئولیت مرکز درمانی نیز مسئولیت قراردادی است. لذا چنانچه خدمات تله مدیسین از جانب مرکز درمانی ارائه شود، مسئولیت مرکز درمانی مبتنی بر قرارداد است. البته لازم به ذکر است که وجود مسئولیت قراردادی، مانع از اقامه دعوی بر مبنای مسئولیت مدنی و ضمان قهری نمی‌باشد و از این رو بیمار می‌تواند از هر دو چهره مسئولیت منتفع شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۱۶).

مسئولیت مراکز درمانی گاه مستقیماً ناشی از تقصیر و خطای خود آنان است که مطابق نظریه مسئولیت مستقیم یا مسئولیت قانونی^۱ می‌بایستی صدمات وارده بر بیمار را جبران نمایند. زیرا به محض انعقاد قرارداد با بیمار، تعهداتی ایجاد می‌شود که عدم ایفای هر یک از این تعهدات از سوی مرکز درمانی، تقصیر محسوب می‌شود و موجب مسئولیت است (خشنودی، ۱۳۹۲: ۴۵).

در برخی مواقع نیز، مسئولیت مرکز درمانی به موجب خطا و تقصیری است که پزشکان و پرسنل درمانی آنان مرتکب می‌شوند. در فرض اخیر، مسئولیت مراکز درمانی مطابق نظریاتی چون مسئولیت کارفرما^۲، مسئولیت جانشینی^۳، نظریه نمایندگی ظاهری^۴ یا تقصیر سازمانی^۵ توجیه می‌شود. لیکن از آنجا که غالباً پزشک از راه دور از پرسنل و خدمه مرکز درمانی محسوب نمی‌شود، نمی‌توان نظریاتی نظیر مسئولیت کارفرما یا مسئولیت جانشینی را اعمال نمود. لذا به نظر می‌رسد نظریه نمایندگی ظاهری مناسب‌تر از نظریات دیگر باشد. مطابق این نظریه، بیماران با مراجعه به یک مرکز درمانی معتبر گمان می‌کنند که کادر درمانی مرکز، دارای تخصص و مهارت کافی هستند و بر همین اساس، جواز ورود به مرکز و ارائه خدمات بهداشتی درمانی به آنان داده شده است (کاوالر و اسپیکل^۶، ۲۰۰۳: ۲۵۵). از این رو، چنانچه از اعمال پزشک راه دور و خارج از مرکز، صدمه‌ای به بیماران وارد شود می‌توانند مطابق نظریه مذکور، از مرکز درمانی مطالبه خسارت نمایند؛ زیرا برخی پزشک راه دور را نماینده مرکز درمانی می‌دانند (کارل^۷، ۲۰۰۱: ۳۹۷). البته لازم به ذکر است که نظریه نمایندگی ظاهری، به دلیل عدم پذیرش و شناسایی در نظام حقوقی ایران نمی‌تواند مبنای مسئولیت مراکز درمانی باشد؛ اما نکته حائز اهمیت این است که در تله مدیسین، خطر عمده و اساسی از جانب پزشکان و پرسنل نیست، بلکه خطر عمده این نوع خدمات، از سوی تجهیزات پیشرفته‌ای نظیر بازوهای روباتیک در جراحی از راه دور، یا اینترنت و وسایل ارتباطی است. زیرا قطع اینترنت و رابطه با پزشک راه دور یا اخلال در کار تجهیزات دیگر خطرات و صدمات جبران‌ناپذیری به همراه دارد. از این رو، برخی معتقدند در ارائه خدمات از طریق تله مدیسین، بیش‌ترین مسئولیت متوجه مراکز درمانی است زیرا هرگونه اخلال در تجهیزات مربوطه، موجب صدمه به بیمار شده و مسئولیت اخلال تجهیزات نیز با مرکز درمانی ذی‌ربط است (هافمن و پدگرسکی^۸، ۲۰۰۹: ۱۵۳۶).

¹ Direct or Legal Liability

مطابق نظریه مسئولیت مستقیم یا قانونی، هر شخص مستقیماً مسئولیت قانونی دارد و بر این اساس، تمامی کارکنان گروه درمانی در قبال اعمال خود از یک سطح اولیه مسؤولیت برخوردارند.

² Respondeat Superior

³ Vicarious Liability

⁴ Apparent Agency

⁵ Corporate Negligence

⁶ Kavalier & Spiegel

⁷ Carroll

⁸ Hoffman & Podgurski

– مسئولیت پزشک داخل در مرکز درمانی

در برخی نظام‌های حقوقی نظیر نظام حقوقی آمریکا، رابطه میان پزشک معالج و پزشک راه دور را مطابق احکام و قوانین وکالت تبیین می‌کنند (کالاکمب و همکاران^۱، ۲۰۰۶: ۶۱۵). مطابق این نظر، پزشک از راه دور که به مشاوره یا درمان بیمار می‌پردازد به نیابت از پزشک معالج اقدام می‌کند، در نتیجه اعمال او برای پزشک معالج بوده و مسئولیت نیز متوجه پزشک معالج است. لیکن با فرض پذیرش این نظر نیز، مسئولیت موکل، مانع از مسئولیت وکیل نسبت به خطا و تقصیر خود نمی‌باشد.^۲ در نظر دیگری آمده که در خدمات تله مدیسین، مسئولیت صدمات وارده به بیمار، متوجه هر دو پزشک است: هم پزشک معالج و هم پزشک از راه دور، مسئول جبران خسارات وارده هستند (آنگود^۳، ۲۰۱۱: ۱۴۴۹). لازم به ذکر است که در مواقعی که نقش پزشک از راه دور بسیار کم‌رنگ بوده باشد به‌نوعی که صرفاً در مسئله‌ای خاص نظیر تفسیر آزمایشات بیمار، مورد مشورت پزشک معالج قرار گیرد، مسئولیت اصلی و عمده خسارات وارده به بیمار، متوجه پزشک معالج است که ممکن است این مسئولیت، قراردادی (در مواقعی که پزشک به‌صورت مستقل و در مطب خود به معالجه بیمار اشتغال دارد و طرف قرارداد بیمار است) یا قهری باشد (ساعی و ثقفی، ۱۳۹۳: ۱۵۷).

– مسئولیت پزشک خارج از مرکز درمانی (پزشک راه دور)

بیمار برای مطالبه خسارات وارده از پزشک راه دور می‌بایست امور ذیل را اثبات نماید:

۱. رابطه بیمار و پزشک راه دور که مطابق این رابطه، پزشک وظیفه مراقبت از بیمار را داشته و این وظیفه را نقض کرده باشد؛
۲. نقض وظیفه مراقبت از سوی پزشک موجب خسارت به بیمار شده باشد؛
۳. زیان وارده مستقیماً نتیجه نقض وظایف از سوی پزشک باشد (کارل، ۲۰۰۱: ۳۹۲).

مطابق یک نظریه سنتی، هنگامی که میان پزشک و بیمار رابطه‌ای متصور باشد که در اکثر مواقع این رابطه به شکل قراردادی نمایان می‌شود؛ پزشک، وظیفه مراقبت از بیمار را دارد و در صورت نقض آن، مسئول است. همان‌گونه که گذشت، در اکثر خدمات تله مدیسین، تصور رابطه میان بیمار و پزشک راه دور امکان‌پذیر است لیکن با این حال برخی، مسئولیت پزشک راه دور را محدودتر و کمتر از پزشکان داخل در مرکز درمانی می‌دانند (کومر^۴، ۲۰۰۸: ۱۷۴-۱۷۳). در مقابل این نظر باید گفته شود، در مواقعی که پزشک راه دور همچون پزشک معالج عادی که در مطب و مرکز درمانی حضور دارد به درمان بیمار می‌پردازد، نظیر ارائه خدمات از طریق تلفن و اینترنت به بیمار، مسئولیت پزشک راه دور همچون پزشکان عادی است. بنابراین در مقابل انجام خطا و تقصیر خود، مسئول می‌باشند. از مصادیق خطای خدمات این‌چنینی نیز می‌توان به عدم پیگیری و عدم پاسخ‌گویی اینترنتی یا تلفنی پزشک یا اهمال در دعوت از بیمار به مرکز درمانی در صورت نیاز مبرم و فوری بیمار، اشاره نمود. این مصداق، مورد حکم دادگاه نیز واقع شده و در پرونده‌ای^۵، قاضی، پزشک راه دور را مسئول شناخت، زیرا او می‌توانست با پیگیری تلفنی وضعیت بیمار خود، جان او را که طفلی مبتلا به مننژیت بود، نجات دهد (هافمن و پُدگرسکی، ۲۰۰۹: ۱۵۵۰).

همچنین در مواقعی که پزشک راه دور به‌عنوان یک راهنما به مدیریت تیم جراحی می‌پردازد، در صورت قصور و خطا، مسئولیت او مفروض است. البته در این فرض می‌توان با نظریاتی چون نظریه ناخدای کشتی، پزشک راه دور را نه‌تنها مسئول خطا و تقصیر

^۱ Challacombe et al

^۲ ماده ۶۶۶ قانون مدنی: «هرگاه از تقصیر وکیل خساراتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب می‌گردد مسؤول خواهد بود.»

^۳ Angood

^۴ Kumar

^۵ Fletcher v. Ford 377 S.E.2d 206,207,209 (Ga.Ct. App. 1988)

خود، بلکه مسئول دیگر اعضای تیم جراحی نیز محسوب نمود. البته این نظر در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده نیست و هیچ یک از اعضای تیم جراحی، مسئول اعمال دیگری نیستند و هرکس مسئولیت خطا و تقصیر خود را بر عهده دارد؛ اما گذشته از مباحث مذکور در نظام حقوقی ایران، مسئولیت پزشک راه دور را همواره می توان با اثبات خطا و تقصیر او بر اساس ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی^۲ اثبات نمود (ساعی و ثقفی، ۱۳۹۳: ۱۵۸).

۳. حل مسائل بین صلاحیتی

یکی از مسائل کلیدی ناشی از فقدان مقررات در این زمینه، این است که خدمات پزشکی از راه دور در کدام حوزه واقع شده است: در حوزه قضایی که بیمار در آن مستقر است، حوزه قضایی که پزشک در آن مستقر است، یا حوزه قضایی که شرکت ارائه دهنده تله مدیسین در آنجا واقع است (تارن و همکاران^۳، ۲۰۲۱).

الف) انگلیس

در اتحادیه اروپا، مشخص نیست. در رابطه با انگلستان، پزشکان معالج بیماران مستقر در بریتانیا، باید در GMC ثبت نام کرده و دارای مجوز فعالیت باشند؛ بنابراین، یک بیمار در بریتانیا تنها در صورتی می تواند از یک پزشک مستقر در خارج از بریتانیا، درمان دریافت کند که آن پزشک نیز در GMC ثبت نام کرده باشد. درحالی که GMC صلاحیت انجام اقدامات اجرایی در خارج از بریتانیا را ندارد، آنها می توانند به فردی که صلاحیت قانونی دارد مشاوره دهند و اظهارهای توقف و دست نگه داشتن، ارسال کنند. سازمان استانداردهای تبلیغاتی، افرادی را که در GMC یا GDC ثبت نام نکرده اند، از استفاده از عنوان «دکتر^۴» یا «دکتر^۵» در تبلیغاتی که برای افراد در بریتانیا، از جمله در اینترنت، ارسال می شود، منع می کند. در صورتی که تبلیغات از کشوری خارج از بریتانیا منشأ گیرد، به عنوان یک شکایت فرامرزی تلقی می شود و به تنظیم کننده محلی ارجاع می شود، اگرچه ASA^۶ می پذیرد و قبول دارد که اختیاراتش در این زمینه محدود است (باومن و همکاران^۷، ۲۰۲۲: ۴۸).

ب) آمریکا

بر اساس گزارش اروپا اکونومیکس^۸، اکثر قانون گذاران ایالات متحده و کانادا معتقدند که صلاحیت قضایی مربوطه، مربوط به بیمار است. (یعنی دادگاهی صلاحیت رسیدگی دارد که بیمار در حوزه قضایی آن تحت معالجه یا مشاوره یا ... قرار گرفته است). (کاسی و همکاران^۹، ۲۰۲۴: ۶۳).

^۱ بخش نامه وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، ۳۸۳۷۹۸/پ/گ، مورخ ۱۳۸۲/۰۲/۲۷.

^۲ «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.»

^۳ Tarn et al

^۴ Doctor

^۵ DR

^۶ اداره استانداردهای تبلیغاتی (ASA) تنظیم کننده مستقل تبلیغات بریتانیا است و از سال ۱۹۶۲ فعالیت می کند.

^۷ <https://www.iabuk.com/member-directory/advertising-standards-authority-asa>.

^۸ Baughman et al

^۹ Europe Economics

^۹ Casey et al

ج) ایران

– رابطه بیمار با مرکز درمانی و پزشک حاضر در مرکز

اصولاً رابطه بیمار با مرکز درمانی یا پزشک معالج، مبتنی بر قرارداد است و این قرارداد هنگام مراجعه بیمار به مراکز درمانی یا مطب یک پزشک با پرداخت حق ویزیت یا تکمیل فرم‌های پذیرش ایجاد می‌شود. لذا غیر از موارد استثنایی، نظیر فوریت‌های پزشکی، رابطه بیمار و ارائه‌کنندگان خدمات بهداشتی-درمانی، مبتنی بر قرارداد است (ثقفی، ۱۳۹۱: ۶۴). بنابراین هنگامی که بیمار برای دریافت خدمات بهداشتی-درمانی، حتی از طریق تله مدیسین به یک مرکز درمانی نظیر بیمارستان یا درمانگاه مراجعه می‌کند، رابطه‌ای قراردادی میان بیمار و مرکز درمانی ایجاد می‌شود. همچنین اگر بیمار برای بهره‌مندی از خدمات مذکور به مطب پزشک مراجعه کند که به صورت مستقل و خارج از مراکز درمانی نظیر بیمارستان‌ها به امر طبابت می‌پردازد، رابطه قراردادی میان بیمار و پزشک شکل می‌گیرد.

از سوی دیگر، در مواردی نظیر فوریت‌های پزشکی که امکان انعقاد قرارداد درمان موجود نیست، روابط بیمار و ارائه‌کننده خدمات، غیر قراردادی و بر مبنای قوانینی است که پزشکان و مراکز درمانی را ملزم به ارائه خدمات به بیماران می‌نماید^۱ (ساعی و ثقفی، ۱۳۹۳: ۱۵۱-۱۵۲).

– رابطه بیمار و پزشک خارج از مرکز درمانی (پزشک راه دور)

برخی معتقدند در تله مدیسین روابط میان پزشک و بیمار هنگامی قابل‌تصور است که پزشک از راه دور، اگرچه برخورد فیزیکی با بیمار نداشته باشد، تعهد به تشخیص، معاینه یا درمان بیمار نماید و بیمار نیز این تعهد را بپذیرد. بسیاری از دادگاه‌ها نیز با نظر مذکور موافق هستند و روابط پزشک و بیمار را حتی در شرایطی که این دو هیچ‌گونه مواجهه و رویارویی با یکدیگر ندارند نیز متصور می‌دانند (فلشر و دیشن^۲، ۲۰۰۴: ۱-۴۵). برای برقراری این روابط، نیازی نیست حتماً پزشک بیمار را ببیند یا به مداوای او بپردازد. در نتیجه، پزشک مسئول صدماتی است که بیمار به سبب اعمال عمدی یا غیرعمدی او متحمل می‌شود (ساعی و ثقفی، ۱۳۹۳: ۱۵۲). در پرونده‌ای^۳ نیز این مورد بررسی واقع شد و دادگاه حکم کرد که رابطه میان پزشک و بیمار حتی در صورتی که پزشک با بیمار ملاقاتی نداشته یا صحبت نکرده است نیز محقق می‌شود؛ زیرا برای خدمات ارائه‌شده حق الزحمه‌ای در نظر گرفته می‌شود و بیمار هزینه‌های معین‌شده و اجرت پزشک را پرداخت می‌کند (دار و کرنر، ۱۹۹۷: ۱۹). مع‌الوصف، با لحاظ چنین رابطه‌ای، باز هم مسئولیت و وظایف پزشک از راه دور را محدودتر از مراکز درمانی و پزشکان آنان شناختند. تا حدی

^۱ بند ۱ ماده واحده قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی: «هرکس شخص یا اشخاصی را در معرض خطر جانی مشاهده کند و بتواند با اقدام فوری خود یا کمک طلبیدن از دیگران یا اعلام فوری به مراجع یا مقامات صالحیت‌دار از وقوع خطر یا تشدید نتیجه آن جلوگیری کند بدون اینکه با این اقدام خطری متوجه خود خود او یا دیگران شود و با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید، به حبس جنجه‌ای تا یک سال و یا جزای نقدی تا پنجاه هزار ریال محکوم خواهد شد. در این مورد اگر مرتکب از کسانی باشد که به اقتضای حرفه خود می‌توانسته کمک مؤثری بنماید به حبس جنجه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده هزار ریال تا یکصد هزار ریال محکوم خواهد شد. مسئولان مراکز درمانی اعم از دولتی یا خصوصی که از پذیرفتن شخص آسیب‌دیده و اقدام به درمان او یا کمک‌های اولیه امتناع نمایند به حداکثر مجازات ذکر شده محکوم می‌شوند.»

ماده ۳ قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی: «خودداری بیمارستان‌ها از پذیرش و ارائه خدمات اولیه لازم به بیماران اورژانس‌ریال جرم محسوب شده و متخلف به مجازات‌های زیر محکوم می‌گردد: مرتبه اول - جریمه نقدی از یکصد هزار تا پانصد هزار ریال، توبیخ کتبی و درج در پرونده پزشکی. مرتبه دوم - جریمه نقدی پانصد هزار تا یک میلیون ریال، لغو پروانه مسئول فنی مؤسسه، توبیخ کتبی و درج در پرونده پزشکی. مرتبه سوم - جریمه نقدی از مبلغ یک میلیون تا پنج میلیون ریال، لغو پروانه مسئول فنی مؤسسه، لغو پروانه تأسیس، توبیخ کتبی و درج در پرونده پزشکی.»

ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی مرکز اورژانس تهران وابسته به سازمان خدمات درمانی: «کلیه بیمارستان‌ها و مراکز درمانی تهران اعم از عمومی و خصوصی موظفند بیماران اورژانس را پذیرفته و خدمات درمانی اورژانس مورد نیاز را انجام دهند.»

^۲ Fleisher & Dechene

^۳ 15-Hand v. Tavera. 864 s.w.2d 678 (cr.APP.Tex.1993)

که حتی در شرایطی که پزشک معالج برای مشاوره با پزشک دیگر با او مذاکره می‌کند، به دلیل عدم تأثیر مستقیمی که پزشک مشاور بر درمان بیمار دارد، رابطه‌ای میان وی و بیمار قائل نیستند (فلشر و دیشن، ۲۰۰۴: ۱-۴۶). درحالی‌که در فرض مذکور نیز اگر پزشک مشاور به ارزیابی بیمار بپردازد و پزشک معالج، مطابق توصیه‌های او بیمار را درمان کند، رابطه میان پزشک مشاور و بیمار مفروض است (فوست^۱، ۲۰۰۷: ۵۱). زیرا در این حالت پزشک مشاور به صورت غیرمستقیم در امر درمان دخیل می‌شود (یانبرگ^۲، ۲۰۱۲: ۵۶۳).

از طرفی، هنگامی که دخالت پزشک خارج از مرکز درمانی و از راه دور تا اندازه‌ای است که خود او پزشک معالج محسوب می‌شود، مانند جراحی از راه دور با بازوهای رباتیک، رابطه بیمار و او یقیناً حاصل شده و وظایف و مسؤولیت‌های پزشک مذکور مانند یک پزشک معالج است. بنابراین، چنانچه رابطه‌ای میان بیمار و پزشک از راه دور قائل باشیم - که این امر اجتناب‌ناپذیر است - می‌بایست وظایف معینی نیز برای این گونه پزشکان تعریف نماییم و آنان را مسئول ضرر و زیان حاصل از معاینات، تشخیص، درمان و اهمال و تقصیر در توصیه‌ها و مشاورات خود بدانیم (یانبرگ، ۲۰۱۲: ۵۶۳).

از سوی دیگر با پذیرش روابط میان بیمار و پزشک راه دور این سؤال مطرح می‌شود که مبنای این روابط چیست؟ در پاسخ، هر چند برخی بر این نظرند که رابطه بیمار و اینگونه پزشکان در اغلب موارد مبتنی بر رابطه قراردادی است (سیمرز و سیمرز نارتکر^۳، ۲۰۰۹: ۳۲۶).

اما باید گفت که در غالب موارد نمی‌توان رابطه قراردادی را لحاظ نمود بلکه می‌بایست میان موارد مختلف تفاوت قائل شد. از این رو در جایی که بیمار از طریق اینترنت یا سایر وسایل ارتباطی با پزشکی از راه دور مستقیماً ارتباط برقرار می‌کند و از توصیه‌ها و تشخیص و درمان او بهره‌مند می‌شود، تحقق رابطه قراردادی میان بیمار و پزشک مفروض است. لیکن زمانی که بیمار به یک مرکز درمانی مراجعه می‌نماید و در آن مرکز و با استفاده از تجهیزات مرکز مزبور از طریق ویدیوکنفرانس جراحی می‌شود یا توسط بازوهای رباتیک حرکت دست جراح به درون بدن بیمار منتقل می‌شود یا اینکه پزشک از طریق اینترنت، نقش راهنما و سرپرست تیم جراحی با جراحان کم‌تجربه را به عهده دارد (حسینی و همکاران، ۱۳۹۱: ۶۵) تصور رابطه قراردادی میان بیمار و پزشک خارج از مرکز صحیح به نظر نمی‌رسد. زیرا در این مواقع، بیمار توسط مرکز درمانی پذیرش می‌شود و هزینه‌های درمان را نیز به مرکز پرداخت می‌کند و گاه پزشک خارج از مرکز و از راه دور را نمی‌شناسد، بنابراین، رابطه قراردادی بیمار با مرکز درمانی ایجاد می‌شود و رابطه بیمار و پزشک راه دور را باید در قالب روابط غیر قراردادی و مسئولیت او را مطابق مسئولیت مدنی بررسی نمود (ساعی و ثقفی، ۱۳۹۳: ۱۵۴).

۴. صلاحیت و حل مسئله تعارض قوانین در بحث مسئولیت مدنی ناشی از تله مدیسین

۴-۱. رابطه بین تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها

در روابط بین‌المللی علاوه بر مسئله تعارض در صلاحیت قوانین، صورت دیگری از تعارض وجود دارد که عبارت است از تعارض در صلاحیت دادگاه‌ها. این تعارض هنگامی پیش می‌آید که یک عامل خارجی در دعوی وجود داشته باشد و این پرسش به میان می‌آید که آیا دادگاه ایران برای رسیدگی به دعوی صلاحیت دارد یا دادگاه خارجی؟ به طور مثال، هرگاه در مورد مالی که در خارج ایران واقع است دعوی مطروح شود باید دید دادگاه ایران برای رسیدگی به آن واجد صلاحیت است یا دادگاه خارجی، یا فرضاً هرگاه در مورد قراردادی بین دو نفر خارجی که در ایران اقامت دارند اختلافی بروز کند می‌خواهیم بدانیم که آیا دادگاه‌های

¹ Faust

² Youngberg

³ Simmers & Simmers-Nartker

ایران برای رسیدگی به این اختلاف صلاحیت دارند یا نه؟ باید متذکر شویم که حل مسئله تعارض دادگاه‌ها مقدم بر حل مسئله تعارض قوانین است چه دادگاه باید قبل از تعیین قانون حاکم بر دعوی نسبت به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اظهارنظر کرده باشد.

به علاوه تذکر این نکته ضروری است که صلاحیت دادگاه یک کشور الزاماً همراه با صلاحیت قانون آن کشور نیست، یعنی هر گاه در دعوایی دادگاه یک کشور واجد صلاحیت باشد این صلاحیت با صلاحیت قانون دولت متبوع دادگاه ملازمه ندارد مثلاً در دعوای مربوط به احوال شخصیه بیگانگان، دادگاه‌های ایران صلاحیت دارند ولی قانون ایران صلاحیت ندارد (ماده ۷ قانون مدنی). مگر اینکه مسئله با نظم عمومی ارتباط پیدا کند که در این حالت دادگاه ایران مکلف است نسبت به ماهیت دعوی، قانون ایران را به موقع اجرا گذارد (الماسی، ۱۴۰۱: ۱۷-۲۲).

علاوه بر این، امروزه به دلیل تغییر مبنای فلسفی حقوق بین‌الملل خصوصی، رجوع به داوری به عنوان وسیله‌ای برای حل و فصل اختلافات در کنار دادگاه‌ها پذیرفته شده است. تحت تأثیر این دیدگاه، امروزه مقررات برخی کشورها توافق بر صلاحیت را با رعایت شرایطی صحیح و معتبر می‌دانند. در این زمینه توجه به کنوانسیون لاهه راجع به توافقی‌های انتخاب دادگاه (۲۰۰۵) به عنوان مهم‌ترین کنوانسیون در حوزه حاکمیت اراده در تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها قابل توجه است. این کنوانسیون که همه کشورهای اتحادیه اروپا، مکزیک، انگلستان و همچنین سنگاپور به عضویت آن درآمده‌اند، توافق صلاحیت را معتبر دانسته و مقرر داشته که دادگاه منتخب طبق توافق صلاحیت باید به دعوی رسیدگی کند، مگر اینکه توافق مزبور طبق قانون دولت متبوع دادگاه منتخب، باطل و بلااثر باشد و سایر دادگاه‌ها جز دادگاه منتخب باید از رسیدگی به دعوی خودداری کنند. همچنین مطابق ماده ۱۷ کنوانسیون بروکسل (۱۹۶۸)^۱، ماده ۲۳ مقررات بروکسل یک ۲۴۴/۲۰۰۱^۲، ماده ۲۵ مقررات بروکسل یک جدید ۱۲/۲۰۱۲^۳، ماده ۱۷ کنوانسیون لوگانو (۱۹۸۸)^۴ و ماده ۲۳ کنوانسیون لوگانو (۲۰۰۷)^۵ شرط تعیین دادگاه صالح لازم‌الاجرا است (کابری و انصاری، ۱۳۹۸: ۲۲۹).

۴-۲. روش حل تعارض

مسئله روش حل تعارض از آن جهت واجد اهمیت است که برحسب این که کدام روش را انتخاب کنیم نحوه طرح مسائل مربوط به تعارض قوانین و یافتن پاسخ برای آنها متفاوت می‌شود.

به طور کلی در این مورد دو روش وجود دارد که در واقع معرف دو مکتب متفاوت هستند: یکی روش اصولی یا جزمی و دیگری روش حقوقی یا روش انتخاب انساب.

- روش اصولی یا جزمی

روشی است که به موجب آن برای تعیین قاعده حل تعارض قوانین ابتدا باید یک مسئله اصلی یا عقیده جزمی مورد قبول قرار گیرد و نظریات کلی بر روی آن بنا نهاده شود سپس احکام مورد خاص از آن نظریات کلی استنتاج گردد. طرفداران این روش عقیده دارند که حقوق بین‌الملل خصوصی دارای ماهیت سیاسی است. بدین معنی که این رشته حقوقی را عوامل سیاست

¹ Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 1968.

² Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial matters ('Brussels I').

³ The Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (recast) ('Brussels I Recast').

⁴ The Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial matters, 1988.

⁵ The Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 2007.

بین‌المللی چنان احاطه کرده است که دیگر نمی‌توان هدف آن را به دست آوردن بهترین حکم از لحاظ حقوقی دانست و بنابراین جنبه حقوقی آن تحت‌الشعاع جنبه سیاسی قرار می‌گیرد. هر گاه طرفداران روش اصولی یا جزمی بخواهند برای یک تعارض معین راه‌حلی پیدا کنند منافع خاص هر کشور را در نظر می‌گیرند و سپس احکام مربوط به آن تعارض معین را استنتاج می‌کنند مثلاً اگر بخواهند راه‌حلی برای مسائل مربوط به احوال شخصیه ارائه دهند ابتدا به این مسئله توجه می‌کنند که کشوری که قاعده حل تعارض برای آن باید تعیین شود از کشورهای مهاجرپذیر است یا از کشورهای مهاجرفرست می‌گویند مصلحت کشورهای دسته اول ایجاب می‌کند که احوال شخصیه را تابع قانون اقامتگاه بدانند. (همچنان که در مسئله تابعیت نیز مصلحت این کشورها ایجاب می‌کند که سیستم خاک را اعمال نمایند). درحالی که کشورهای دسته دوم مصلحت خود را در آن می‌بینند که احوال شخصیه را مطیع قانون ملی بدانند (همچنان که در مسئله تابعیت نیز مصلحت خود را در آن می‌بینند که سیستم خون را اعمال نمایند). (عرفانی فر و همکاران، ۱۴۰۳: ۴۸).

- روش حقوقی یا انتخاب انساب

برخلاف روش اصولی یا جزمی، روش حقوقی یا انتخاب انساب روشی است که به‌موجب آن برای تعیین قاعده به‌منظور حل تعارض قوانین صرفاً از لحاظ علمی و نظری، حکمی را که مناسب هر دسته از تعارض باشد جستجو می‌کنند. در این روش هیچ‌گونه فرضیه قبلی یا اصل مسلم و غیرقابل بحثی وجود ندارد و جنبه سیاسی مسئله تعارض قوانین تحت‌الشعاع جنبه حقوقی آن قرار می‌گیرد.

پیروان روش حقوقی در مواردی که با مسئله‌ای از مسائل تعارض قوانین از قبیل نکاح، طلاق، نسب، قرارداد و مانند اینها روبرو می‌شوند، قطع‌نظر از اینکه منافع و مصالح خاص هر کشوری چیست راه‌حل مسئله را از لحاظ علمی جستجو می‌کنند و می‌کوشند تا قانون مناسب را کشف نمایند؛ به‌عبارت‌دیگر در این روش عامل سیاسی موردنظر قرار نمی‌گیرد و در نتیجه برای آثار مساعد یا نامساعد ناشی از اعمال قواعد متخذه به‌هیچ‌وجه اهمیتی قائل نمی‌شوند (قاسمی و همکاران، ۱۳۹۳).

حال این سؤال مطرح می‌شود که برای حل تعارض قوانین کدام‌یک از این دو روش را باید کار برد؟

به نظر می‌رسد که این مسئله جواب قاطع و کلی نداشته باشد زیرا حقوق بین‌الملل خصوصی و به‌ویژه در مبحث اساسی آن یعنی تعارض قوانین، ما با موضوعات مختلفی مواجه هستیم که با توجه به خصوصیات هر یک از آنها باید روشی را که مناسب است به کار ببریم؛ به‌عبارت‌دیگر، برای به کار بردن روش حل تعارض قوانین، هر مسئله را باید جداگانه در نظر بگیریم و برحسب اینکه جنبه سیاسی یا حقوقی آن غلبه داشته باشد روش مناسب را اعمال کنیم؛ زیرا بین مسئله مطروحه و روش حل آن همیشه باید نوعی تناسب و سازگاری وجود داشته باشد.

اعمال روش اصولی یا جزمی در مورد بعضی موضوعات مانند تابعیت و صلاحیت دادگاه‌ها که بیشتر جنبه سیاسی دارند مناسب‌تر است درحالی که برای موضوعاتی دیگر که بیشتر جنبه حقوقی داشته و در آنها منافع افراد بیشتر از مصالح سیاسی ملحوظ می‌گردد (از قبیل مسائل مربوط به قراردادهای بهتر است روش حقوقی یا انتخاب انساب را اعمال کنیم) (الماسی، ۱۴۰۱: ۵۱-۵۵).

۴-۳. قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در حقوق ایران و انگلیس و آمریکا

الف) ایران

– قانون مدنی و راه حل های ارائه شده

برخلاف قوانین مدنی بسیاری از کشورها قانون مدنی ایران در خصوص قواعد حل تعارض حاکم بر مسئولیت مدنی ساکت است و در این قانون ماده ای که در ارتباط با قانون حاکم بر مسئولیت مدنی باشد ملاحظه نمی گردد. با این حال در این خصوص چند فرض را می توان تصور نمود:

فرض اول، اعمال قانون مقر دادگاه: یکی از اصول بنیادین حقوقی در دعاوی بین المللی، اصل سرزمینی بودن قوانین است. به موجب اصل مزبور قوانین هر کشوری در قلمرو هوایی، دریایی و زمینی آن کشور اعمال می گردد و کلیه اشخاصی که در آن قلمرو ساکن هستند ناگزیر از تبعیت از آن قانون هستند. در موضوع مورد بحث، با توجه به عدم وجود قاعده ای خاص در خصوص قواعد حل تعارض حاکم بر مسئولیت مدنی با اتکا به ماده ۵ قانون مدنی و اصل سرزمینی بودن قوانین، می توان قائل به اجرای قانون مقر دادگاه (قانون مدنی ایران) شد. یکی از حقوقدانان معتقد است: «در مقام رفع تعارض قوانین، هر جا که تردید در اجرای قانون خارجی باشد اصل، اجرای قانون ایران، درباره ساکنان است» بعضی دیگر گفته اند در حقوق ایران، قاعده کلی تعارض قوانین، درون مرزی هستند و حاکمیت برون مرزی قوانین نیاز به تصریح دارد که در اینجا وجود ندارد (کرمانشاهی و بهرامپوری، ۱۳۹۷: ۴۱).

اعمال این فرض، از این مزیت برخوردار است که در خصوص قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی تعیین تکلیف می نماید و دادرس را از سرگردانی نبودن قاعده رها می سازد. با وجود این، اعمال این فرض با ایراداتی مواجه است: اساساً چه دلیلی وجود دارد که به صرف مراجعه به دادگاه ایرانی قانون ایران در این مورد حاکم باشد؛ به عبارت دیگر، اجرای قانون مدنی ایران در فرضی که اصحاب دعوا هر دو تبعه خارجی بوده و محل وقوع فعل زیان بار نیز خارج از قلمرو ایران باشد واجد هیچ گونه تناسبی نیست. همچنین اعمال این فرض، این اختیار را به خواهان می دهد که اگر قانون ایران را مناسب به حال خویش دید به دادگاه مراجعه کند؛ و اگر قانون ایران به ضرر وی بود از مراجعه به قانون ایران خودداری کند (فجری، ۱۳۹۵: ۸۳).

فرض دوم، اعمال قانون مناسب: طبق این فرض بهترین گزینه در خصوص قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی، قانون مناسب است. در واقع در مسائل مربوط به مسئولیت مدنی در حقوق بین الملل خصوصی بهتر است که دادرس با مراجعه به اوضاع و احوال موجود در پرونده و با توجه به شرایط خاص دعوا از قبیل تابعیت طرفین دعوا، اقامتگاه طرفین دعوا، محل وقوع فعل زیان بار و غیره، از میان قانون مقر دادگاه، قانون محل وقوع فعل زیان بار، قاعده سبب و منشأ وقوع فعل زیان بار، قانون مناسب را انتخاب کند. اعمال این فرض در حقوق ایران از این مزیت برخوردار است که نظریه اعمال قانون مناسب همگام با جدیدترین دکتترین پذیرفته شده در ایالات متحده است. افزون بر این، اعمال این نظریه، فاقد ایرادات نظریه قانون مقر دادگاه است. با وجود این، اعمال مطلق این نظریه در حقوق ایران خالی از اشکال نیست. نظریه اعمال قانون مناسب هیچ گونه راه حلی را ارائه نمی دهد. از طرفی اعمال قانون مناسب نیز امر نسبی است و ممکن است در یک دعوا، قانون یک کشور حاکم باشد و در پرونده ای مشابه، قانون کشور دیگر حاکم باشد و این امر منجر به تشت آراء محاکم می شود، البته علت این امر نبود قاعده ای ثابت در این خصوص است. (فرهمند و همکاران، ۱۳۹۸: ۶۶).

- بررسی امکان اعمال قاعده محل وقوع فعل زیان بار در حقوق ایران

قانون محل وقوع فعل زیان بار در خصوص مسائل مسئولیت مدنی در دعاوی حقوق بین الملل خصوصی در حقوق بسیاری از کشورها مورد پذیرش قرار گرفته است: ماده ۲۰ قانون مدنی الجزایر، ماده ۲۲ قانون مدنی اردن، قانون حقوق بین الملل خصوصی ترکیه، قانون حقوق بین الملل خصوصی آلمان مصوب ۱۹۷۵، ماده ۲۱ قانون مدنی مصر، ماده ۲۱ قانون مدنی لیبی، ماده ۲۲ قانون مدنی سوریه، ماده ۲۷ قانون مدنی عراق، ماده ۲۸ قانون مدنی سودان و ... از نظریه قانون محل وقوع فعل زیان بار استفاده شده است. در ابتدا به نظر می رسد که در حقوق ایران نیز بتوان از این قاعده پیروی کرد، چرا که قاعده مزبور از اصول بنیادین حقوق بین المللی خصوصی است و با اتکا به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی «اجرای اصول حقوقی» (در صورت سکوت قانون) می توان قائل به اجرای قانون محل وقوع فعل زیان بار شد. برخی از نویسندگان از این نظر پیروی کرده اند. یکی از استادان نیز به وحدت ملاک ماده ۹۶۸ ق.م. در خصوص تعهدات ناشی از عقد، قائل به اجرای قانون محل وقوع فعل زیان بار در خصوص وقایع حقوقی و ضمان قهری است.

با وجود این، اعمال نظریه مزبور با ایراداتی مواجه است. ممکن است اعمال قانون محل وقوع فعل زیان بار هیچ گونه سختی با اوضاع و احوال موجود در پرونده نداشته باشد. به طور مثال هرگاه متعاقدين تابعیت یکسانی داشته باشند ولی فعل زیان بار در کشور بیگانه تحقق یافته باشد، اعمال قانون محل وقوع فعل زیان بار (قانون کشور بیگانه) منجر به نتایج ناعادلانه ای می گردد. همچنین کشورهایی که از نظریه قانون محل وقوع فعل زیان بار پیروی می کنند، هیچ گاه قاعده مزبور را به طور مطلق اجرا نمی کنند و هرگاه بر طبق محل وقوع فعل زیان بار، مدعی، ذی حق باشد اما بر طبق قانون مقر دادگاه حقی برای وی به اثبات نرسد، ادعای وی با شکست مواجه می گردد. همچنین در برخی موارد در مورد محل وقوع فعل زیان بار ممکن است اختلاف نظر حاصل شود. مضافاً در فرضی که محل وقوع فعل زیان بار نامشخص باشد، یا فعل زیان بار در محدوده جغرافیایی چند کشور مختلف واقع شده باشد، یا محل وقوع فعل زیان بار در حاکمیت هیچ کشوری نباشد (همانند تصادم دو کشتی یا دو هواپیما در دریا و فضای بین المللی)، یا فعل زیان بار در نقطه صفر مرزی تحقق یابد، اجرای قاعده محل وقوع فعل زیان بار با دشواری مواجه می گردد؛ و آن ها که از قاعده مزبور پیروی کرده اند دچار تکلف شده اند، اگرچه راه حل هایی را ارائه نموده اند.

برخی نیز معتقدند که در خصوص قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در حقوق بین الملل خصوصی ایران، بهتر است قاعده محل وقوع فعل زیان بار را مبنا قرار داده و در پاره ای از موارد استثنائی، قانون مناسب اعمال شود. همچنین در خصوص مسئولیت کارفرما در مورد خساراتی که کارگران آن ها به اشخاص ثالث وارد می گردد، مطابق اصل کلی، قانون محل وقوع فعل زیان بار حاکم است (شریفی و ثقفی، ۱۳۹۳: ۶۰)؛ اما چنانچه محل وقوع فعل زیان بار و محل خسارت متعدد باشد، قانون محل خسارت حاکم می گردد. همچنین در خصوص قانون حاکم بر حوادث جاده ای تمایل بر این است که قانون مناسب (قانون اقامتگاه، قانون ملیت طرفین) جایگزین قانون محل وقوع فعل زیان بار شود. پیرامون مسئولیت مدنی تولیدکننده و سازندگان کالا، اعمال قانون محل وقوع فعل زیان بار با این ایراد مواجه است که در برخی موارد، تولیدکنندگان، انتظار مصرف کالای تولیدشده را در منطقه خاصی ندارند، در نتیجه آن ها ملزم به رعایت ضوابط (ضوابط تولید) در منطقه مزبور نیستند. در صورت بروز حادثه ناشی از تولید در آن منطقه، قانون کشور مزبور نباید قانون صالح باشد.

نظریه مزبور در حقوق انگلستان مورد پذیرش قرار گرفته که آمیزه ای از قانون محل وقوع فعل زیان بار (قانون فرانسه) و قانون مناسب (حقوق آمریکا) است. به نظر می رسد در حقوق ایران باید دیدگاهی را که ترکیبی از قانون محل وقوع فعل زیان بار و قانون مناسب است، پذیرفت. در تأیید و تقویت این نظر می توان گفت در حال حاضر با توجه به فقدان قاعده خاص در خصوص مسئولیت مدنی، محاکم ناگزیر از پذیرش قانون مقر دادگاه هستند (خواه محل وقوع فعل زیان بار در ایران باشد یا خارج از ایران). با وجود این در صورت وضع قانونی در خصوص قانون حاکم بر مسئولیت مدنی بهتر است که قانون محل وقوع فعل زیان بار،

قانون حاکم بر دعوای مسئولیت مدنی در دعوای حقوق بین الملل خصوصی باشد و در مواردی که از اوضاع و احوال موجود در پرونده بتوان قانون کشور ثالث را مناسب دانست آن قانون را اعمال نمود (طباطبائی و شنیور، ۱۳۹۴، صص ۳۵-۳۹).

– آمریکا

در ایالات متحده آمریکا برای سالیان متمادی، قانون محل وقوع خطا را، بدون در نظر گرفتن سایر عوامل ارتباط به عنوان قانون حاکم بر دعوای مسئولیت مدنی برگزیده بودند؛ لیکن رویه قضایی این کشور در حال حاضر متحول گشته و در آخرین تحولات خود، قانون محل وقوع خطا را تنها به عنوان یکی از عوامل ارتباط مورد بررسی قرار می دهد و ملاک اصلی این کشور برای تعیین قانون حاکم، رعایت مصالح عمومی و تأمین حداکثر منافع طرفین دعوا و ایالت های درگیر حادثه است. دادگاه ها محل وقوع خطا را برای سالیان متمادی، در دعوای مسئولیت مدنی اعمال می کردند. صرف نظر از مسائل مطروحه نزد دادگاه نظیر رفتار طرفین دعوی، جاری ماندن دعوا، قابلیت اعمال قانون مربوط به قتل غیر عمد، مصونیت از مسئولیت یا سایر قواعد اثبات کننده خسارت. درواقع این طور فرض می شد که قانون محل وقوع خطا، سبب دعوا را ایجاد نموده و ضرورتاً قلمرو مسئولیت را تعیین می کند. به غیر از دشواری های دادرسی، این نظریه زمانی به خوبی کاربرد دارد که همه رویدادهای مرتبط، در یک حوزه قضایی به وقوع پیوسته باشد ولی دعوا در حوزه قضایی دیگری اقامه گردد. در یک وضعیت پیچیده و مرتبط با چند ایالت نمی توان بر این عقیده بود که قوانین یک ایالت به تنهایی قادر به تعیین حقوق انحصاری حاکم بر موضوع باشد. (باوی و بهمنی، ۱۳۹۳: ۴۵)

دادگاه باید با توجه به منافع طرفین دعوا و ایالت های درگیر موضوع، در پی یافتن قانون مناسب برای اعمال بر مسئله باشد؛ یعنی قاضی می تواند قانونی را که صلاح می بیند اعمال نماید. هنگامی که نظریه مزبور ملاک عمل قرار گیرد، این امر به معنای اعمال حقوق خارجی نیست بلکه انتخاب یک قاعده خارجی برای تصمیم گیری به عنوان قاعده ای مناسب برای اعمال در پرونده مطرح شده، نزد دادگاه است. به علاوه، اکنون ثابت شده است که در مسئله حاکم نمودن قانون خارجی به منظور تعیین حق مکتسب، اگر انتخاب قانون با یک معیار نامناسب صورت گرفته باشد ممکن است باعث تضییع منافع مشروع طرفین دعوا و ایالت های درگیر شود (ره پیک، ۱۳۹۵: ۳۸).

بر این اساس، زمانی که اعمال قانون محل وقوع خطا، منافع خواهان و ایالات مربوطه را تضییع نماید ما هیچ گاه آن قانون را اعمال نمی کنیم.

با این حال، عملی بودن تعیین قانون قابل اعمال و حفظ یکنواختی قواعد حاکم بر تصمیمات تا حدود زیادی به این هدف مناسب که از تعیین قانون حاکم بر دعوا دنبال می شود، بستگی دارد که باید قانونی به عنوان قانون حاکم بر دعوا تعیین و اعمال گردد که دارای بیشترین تناسب با دعوای مربوطه است. افزون بر آن، حوزه های قضایی یکی پس از دیگری، صرف نظر از موضوع دعوا، از انتخاب قانون محل وقوع خطا به عنوان قانون حاکم بر دعوای مسئولیت مدنی، فاصله گرفته اند؛ و دیگر حتی قانون محل وقوع خطا ظاهراً نیز قاعده عمومی قابل اعمال در دعوای مسئولیت مدنی نیست (این موضوع سابقاً به عنوان نقطه قوت بزرگ قانون محل وقوع خطا، محسوب می شد). ما این گونه نتیجه گرفتیم که قانون محل وقوع خطا، الزاماً قانون حاکم در تمامی دعوای مسئولیت مدنی که در دادگاه های این ایالت اقامه شده، نبوده است (کرمانشاهی و بهرامپوری، ۱۳۹۷، صص ۳۹-۴۵).

– انگلیس

قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در رویه قضایی انگلیس دارای پیشینه ای طولانی است و بیش از صد سال از تعیین قاعده ای مشخص در این مورد می گذرد. رویه قضایی انگلیس در ابتدا قاعده تجانس و همانندی را به عنوان قاعده حاکم بر دعوای مسئولیت مدنی برگزید، لیکن با گذشت زمان دادگاه ها به این نتیجه رسیدند که اعمال قاعده مزبور منجر به نتایج نامطلوب و

ناعادلانه‌ای می‌گردد. لذا به کرات از اعمال قاعده مزبور خودداری نمودند و قواعد دیگر را جایگزین قاعده مزبور ساختند. با این وجود، این قاعده تا پیش از تصویب مقررات سال ۱۹۹۵ به حیات خود ادامه داد و با تصویب قانون حقوق بین‌الملل خصوصی، قاعده محل وقوع فعل زیان‌بار جانشین قاعده مزبور گردید. البته قانون حقوق بین‌المللی خصوصی انگلیس از تاریخ اول می ۱۹۹۶ لازم‌الاجرا گردیده است و عطف به ماسبق نمی‌گردد و در خصوص دعاوی پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون مزبور، قاعده تجانس و همانندی حاکم می‌باشد (باهوم، ۱۳۹۱: ۴۸)

۵. نتیجه‌گیری

تله مدیسین، جایگاه ویژه‌ای در سراسر دنیا در امور آموزشی و درمانی به خود اختصاص داده است و موجب به وجود آمدن نوع خاصی از روابط پزشک و بیمار گردیده است؛ اما در کشور عزیزمان ایران، هیچ‌گونه منبع قانونی مدونی برای حل مسائل تعارض و اختلاف در صلاحیت که به‌طور تخصصی به تله مدیسین بین‌المللی بپردازد، مشاهده نمی‌شود. در نتیجه ما به‌ناچار با استفاده از معاهدات موجود در حوزه بین‌المللی باید به پاسخ این سؤال خود دست یابیم. با بررسی رابطه پزشک و بیمار به این پی بردیم که این رابطه، یک قرارداد است؛ تحت عنوان قرارداد درمان و قانون حاکم بر آن می‌تواند قانون محل انعقاد قرارداد، قانون اقامتگاه مشترک طرفین، قانون محل اجرای تعهد، قانون دولت متبوع طرفین یا قانون مورد تراضی طرفین باشد. در سطح معاهدات بین‌المللی نیز می‌توان برای حل و فصل اختلافات ناشی از این نوع قرارداد، قرارداد درمان را ذیل کنوانسیون رم ۱۹۸۰ که در مورد (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی) است بررسی کرد. ماده ۳ این معاهده که شاید مهم‌ترین ماده آن باشد، تحت عنوان «آزادی انتخاب» به‌صراحت قاعده آزادی انتخاب قانون قابل‌اعمال بر قرارداد را می‌پذیرد.

نتایج این پژوهش همچنین تأکید دارد بر اینکه پزشکان در صورتی که ابعاد حقوقی و قانونی تله مدیسین روشن و شفاف شود، تمایل بیشتری به استفاده از این فناوری خواهند داشت. این یافته‌ها با تحقیقات گذشته که نشان می‌دهند قوانین و چارچوب‌های قانونی مناسب می‌تواند پذیرش فناوری‌های نوین را تسهیل کند، سازگار است. از آنجاکه عدم اطمینان در زمینه‌های حقوقی می‌تواند پزشکان را از استفاده گسترده‌تر از تله مدیسین بازدارد، ضروری است که سیاست‌گذاران و نهادهای قانونی در این زمینه اقدامات مؤثری انجام دهند.

بنابراین، این پژوهش نشان می‌دهد که پذیرش تله مدیسین در ایران، مشابه بسیاری از کشورها، تحت تأثیر عواملی چون آگاهی از فناوری و آشنایی با چالش‌های حقوقی آن است. آگاهی پزشکان از مزایا و معایب این فناوری، همراه با تعیین و روشن ساختن ابعاد حقوقی آن، می‌تواند منجر به استفاده گسترده‌تر از تله مدیسین شود. همچنین، نیاز به قوانین شفاف و جامع در این زمینه به‌ویژه در کشورهایی که این فناوری در مراحل ابتدایی پذیرش قرار دارند، به‌طور جدی احساس می‌شود.

بنابراین در راستای پژوهش حاضر، این پیشنهادات مطرح می‌گردند:

۱- تدوین و تنظیم قوانین جامع برای تله مدیسین: یکی از مهم‌ترین اقدامات برای بهبود نظام حقوقی تله مدیسین در ایران، تدوین و تنظیم قوانین جامع و مشخص است. این قوانین باید تمامی جنبه‌های حقوقی، اخلاقی و عملیاتی تله مدیسین را در برگیرد و به‌وضوح مسئولیت‌های پزشکان، بیمارستان‌ها و سایر عوامل مرتبط را تعیین کند. این اقدام می‌تواند به کاهش تعارضات حقوقی و افزایش اعتماد عمومی به خدمات پزشکی از راه دور کمک کند.

۲- تعیین مراجع صلاحیت‌دار برای نظارت بر کیفیت خدمات: برای اطمینان از کیفیت و ایمنی خدمات تله مدیسین، ضروری است که نهادهای مشخصی به‌عنوان مراجع صلاحیت‌دار تعیین شوند. این نهادها باید وظیفه نظارت بر استانداردهای کیفیت و ایمنی، ارزیابی عملکرد ارائه‌دهندگان خدمات و رسیدگی به شکایات بیماران را بر عهده داشته باشند. ایجاد چنین مراجع نظارتی می‌تواند به ارتقای کیفیت خدمات و حفظ حقوق بیماران کمک کند.

۳- آموزش و توانمندسازی پزشکان و سایر عوامل مرتبط: با توجه به نوظهور بودن تله مدیسین، آموزش و توانمندسازی پزشکان و سایر عوامل مرتبط با این حوزه ضروری است. برنامه‌های آموزشی می‌تواند شامل آموزش‌های فنی، حقوقی و اخلاقی باشد تا پزشکان و کارکنان بهداشتی بتوانند خدمات تله مدیسین را با کیفیت بالا و مطابق با استانداردهای قانونی ارائه دهند. این اقدام می‌تواند به افزایش کارایی و اثربخشی خدمات پزشکی از راه دور منجر شود.

۴- توسعه زیرساخت‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات: برای اجرای موفقیت‌آمیز تله مدیسین، نیاز به زیرساخت‌های پیشرفته فناوری اطلاعات و ارتباطات داریم. توسعه و بهبود این زیرساخت‌ها شامل ایجاد شبکه‌های ارتباطی پایدار و امن، توسعه نرم‌افزارهای کاربرپسند و اطمینان از حفظ حریم خصوصی بیماران است. سرمایه‌گذاری در این حوزه می‌تواند به گسترش دسترسی به خدمات تله مدیسین و افزایش رضایت بیماران کمک کند.

۵- همکاری بین‌المللی و تبادل تجربیات: بهره‌گیری از تجارب کشورهای پیشرو در زمینه تله مدیسین می‌تواند به بهبود نظام حقوقی و عملیاتی این فناوری در ایران کمک کند. همکاری بین‌المللی و تبادل تجربیات با سایر کشورها، از طریق مشارکت در کنفرانس‌ها، سمینارها و پروژه‌های تحقیقاتی، می‌تواند به ارتقای دانش و توانمندی‌های داخلی در زمینه تله مدیسین کمک کند. این همکاری‌ها می‌تواند به تنظیم استانداردهای بین‌المللی و هماهنگ‌سازی قوانین کمک شایانی کند.

ملاحظات اخلاقی

این پژوهش کد اخلاق را به شماره از کمیته اخلاق دانشکده/دانشگاه دریافت کرده است.

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

مقاله حاضر با حمایت مالی معاونت پژوهشی دانشگاه انجام شد.

حمایت مالی از این پژوهش از طرف دانشگاه، دانشکده در قالب پژوهانه پایان‌نامه دانشجویی نویسنده اول و همچنین پژوهانه برای سایر نویسندگان انجام شده است.

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از معاونت محترم پژوهشی دانشگاه / مرکز به خاطر حمایت مالی / حمایت معنوی / همکاری در اجرای پژوهش حاضر سپاسگزاری می‌شود.

از آقای دکتر / خانم دکتر به خاطر بازبینی متن مقاله و ارائه نظرهای ساختاری تشکر و قدردانی می‌شود.

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

نگارندگان بر خود لازم می‌دانند از آقای دکتر / خانم دکتر به خاطر مطالعه متن مقاله حاضر و ارائه نظرهای ارزشمند سپاسگزاری نمایند.

منابع

- باوی، محمود و بهمنی، مجید (۱۳۹۳). مقایسه تقصیر در مسئولیت مدنی و کیفری. *دانش و پژوهش حقوقی*، ۶، ۱-۲۶.
- باهو، م (۱۳۹۱). *پزشکی از راه دور و مسئولیت کیفری ناشی از آن در نظام حقوقی ایران*. پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳). *تاریخ حقوق ایران از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسینی نژاد، حسینقلی (۱۳۹۱). *مسئولیت مدنی*، انتشارات مجد.
- حیدری، قاسم؛ عامری، پرویز و آل بویه، علی (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی مبانی مسئولیت مدنی در حقوق ایران و آمریکا. *فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل*، ۸(۲) (پیاپی ۲۸)، ۲۶۳-۲۹۲.
- ره پیک، حسن (۱۳۹۵). *حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها (با تجدیدنظر)*. چاپ بیست و سوم. تهران: انتشارات خرسندی.
- سادات اخوی، سید محسن (۱۳۹۴). مبنا و هدف مسئولیت انتظامی پزشک، خواستگاه و غایت اخلاقی. *فصلنامه حقوق پزشکی*، ۹(۳۲)، ۱۱-۵۲.
- ساعی، سید محمد هادی و ثقفی، مریم (۱۳۹۳). مطالعه تله مدیسین (پزشکی از راه دور) از منظر حقوقی. *فصلنامه حقوق پزشکی*، ۲۸، ۱۴۳-۱۶۷.
- شریفی، سید الهام الدین و ثقفی، مریم (۱۳۹۳). بررسی تطبیقی ضمان قهری پزشکان و مراکز درمانی در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس. *سامانه نشریات دانشگاه تربیت مدرس*، ۱۸(۱)، ۴۹-۷۴.
- صفایی، حسین و رحیمی، حبیب‌اله (۱۳۹۶). *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*. چاپ دهم، تهران انتشارات سمت.
- طباطبائی، سیدمحمد صادق و شنیور، قادر (۱۳۹۴). مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در حقوق ایران و انگلیس از منظر تعارض قوانین. *دو فصلنامه علمی حقوقی تطبیقی*، ۲(۲) (شماره پیاپی ۴)، ۲۵-۴۴.
- فرهمند، مجتبی؛ رستگار، عصمت و نجفی، شکوفه (۱۳۹۸). نگاه حقوقی به تله مدیسین به‌عنوان حقیقت مجازی. *سومین کنفرانس ملی نوآوری و تحقیق در علوم انسانی و مطالعات فرهنگی اجتماعی*، تهران، ۷ شهریور، ص ۸.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۹۵). *مبانی مسئولیت مدنی*. تهران: نشر میزان.
- قجری، ا (۱۳۹۵). *مسئولیت کیفری و مدنی پزشکان در عملیات پزشکی*. پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی واحد همدان.
- قهرمانی تبار، مجتبی؛ خیری، محمد و قلی پور، محمد (۱۳۹۳). بررسی وضعیت پزشکی از راه دور در ایران. *مجموعه مقاله‌های دومین همایش ملی فناوری‌های نوین در مهندسی برق و کامپیوتر*، فسا، دانشگاه آزاد اسلامی واحد فسا، ۳ مهر، ص ۹-۱.
- کاتوزیان، سید ناصر (۱۴۰۲). *الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی (قواعد عمومی)*، ج ۱، چاپ پنجم، انتشارات گنج دانش.
- سیاه بیدی کرمانشاهی، سعید و بهرامپوری، محمد (۱۳۹۷). قانون حاکم بر دعاوی مسئولیت مدنی: بحثی پیرامون تحول قواعد حل تعارض قوانین در دعاوی مسئولیت مدنی. *فصلنامه رأی*، ۷(۲۵)، ۳۹-۴۸.
- کریمی، عباس؛ رحیمی پور، ایمان و حسنی، مهدی (۱۳۸۹). جرائم پزشکی از راه دور ناشی از سلامت الکترونیک. *فصلنامه حقوق پزشکی*، ۴(۱۴)، ۴۷-۶۹.
- محسنی، فرید و جوهر، سعید (۱۳۹۳). ارتباط مسئولیت اجتماعی و مسئولیت کیفری تعامل یا تقابل. *پژوهش حقوق کیفری*، ۳۰۸، ۸۷-۱۱۳.
- مسجدی، محمدرضا؛ فدائی زاده، لیدا؛ سادات حسینی، مهسا و ابراهیمی ختمی، سید محمدرضا (۱۳۹۲). تجربه مقدماتی تله مدیسین در دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی. *مجله علمی سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران*، ۳۱(۲)، ۱۱۳-۱۱۸.

فهرست قوانین

- قانون حقوق بین‌الملل خصوصی آلمان مصوب ۱۹۷۵
- قانون حقوق بین‌الملل خصوصی ترکیه

- قانون مدنی
- قانون مدنی اردن
- قانون مدنی سودان
- قانون مدنی سوریه
- قانون مدنی عراق
- قانون مدنی لیبی

References

- Baho, M. (2012). Telemedicine and its resulting criminal liability in the Iranian legal system. Master's thesis, Faculty of Law, Shahid Beheshti University. (In Persian)
- Baughman, D. J., Jabbarpour, Y., Westfall, J. M., Jetty, A., Zain, A., Baughman, K., & et al. (2022). Comparison of quality performance measures for patients receiving in-person vs telemedicine primary care in a large integrated health system. *JAMA Netw Open*, 5(9), e2233267-e.
- Bavi, M., & bahmaee, M. (2014). The comparison of fault in the civil and criminal liability. *Academic Journal of Knowledge and Research of Law*, 3(2), 1-26. Doi: 10.22055/ajkrl.2014.11808. (In Persian)
- Casey, S. D., Sax, D. R., Mark, D. G., Rana, J. S., Solomon, M. D., Huang, J., & et al. (2024). Comparison of Short-Term Health Care Utilization Between Telemedicine-Delivered vs In-Person Care Visits for Heart Failure. *JACC Adv*, 3(6), 100969.
- Der-Martirosian, C., Chu, K., Steers, W. N., Wyte-Lake, T., Balut, M. D., Dobalian, A., & et al. (2022). Examining telehealth use among primary care patients, providers, and clinics during the COVID-19 pandemic. *BMC Prim Care*, 23(1), 155.
- Farahmand, M., Rastghar, E., & Najafi, Sh. (2019). A legal perspective on telemedicine as virtual reality. *The Third National Conference on Innovation and Research in the Humanities and Sociocultural Studies*, Tehran, 16 October 2019. (In Persian)
- Ghahramani Tabar, M., Khairy, M., & Gholipour, M. (2014). Surveying the status of telemedicine in Iran. *The Second National Conference on New Technologies in Electrical and Computer Engineering*, Fasa – Fars, 02 October 2014. (In Persian)
- Ghasemzadeh, S. M. (2008). *Fundamentals of Civil Responsibility*. Mizan Publications, ISBN: 964-7896-72-71. (In Persian)
- Harlow, C. (2005). *Understanding Tort Law*, 3rd ed. 2005, London, Sweet & Maxwell.
- Hays, R. D., & Skootsky, S. A. (2022). Patient experience with in-person and telehealth visits before and during the COVID-19 pandemic at a large integrated health system in the United States. *J Gen Intern Med*, 37(4), 847-852.
- Heydari, Gh., Ameri, P., & Al-Boueh, A. (2018). 'A Comparative Study of the Principles of Civil Liability Iranian and American law. *International Relations Research*, 8(2), 263-299. (In Persian)
- Hosseinejad, H. G. (2013). *Civil liability*. Tehran: Majd Publications. (In Persian)
- Jafari Langroodi, M. J. (2024). *History of Iranian Law from the Extinction of the Sasanians to the Beginning of the Constitutional Era*. Fourth edition, Tehran: Ganj Danesh Publications. (In Persian)
- Karimi, A., Rahimipour, I., & Hassani, M. (2010). Telemedicine Crimes Resulted from Electronic Health. *Medical Law Journal*, 4(14), 47-69. (In Persian)
- Katouzian, N. (2023). *Non-contractual obligations of civil liability, volume one (general rules)*. Tehran: Ganj Danesh Publications. (In Persian)
- Masjedi, M. R., Fadaeizadeh, L., Sadat Hosseini, M., & Ebrahimi Khomkhami, S. M. R. (2013). Preliminary experience of telemedicine at Shahid Beheshti University of Medical Sciences. *Journal of Medical Council of Iran*, 31(2), 113-118. (In Persian)
- Mohseni, F., & Johar, S. (2014). The Relationship between Social Responsibility and Criminal Responsibility; Interaction or Confrontation. *Journal of Criminal Law Research*, 3(8), 87-113. (In Persian)
- Qajari, A. (2016). *Criminal and civil liability of physicians in medical operations*. Master's thesis, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Hamedan Branch. (In Persian)

- Rahpik, H. (2016). *Civil liability rights and compensations*. Sixth edition (25 edition), Tehran: Khorsandi. (In Persian)
- Reed, M., Huang, J., Somers, M., Hsueh, L., Graetz, I., Millman, A., & et al. (2023). Telemedicine versus in-person primary care: treatment and follow-up visits. *Ann Intern Med*, 176(10), 1349-1357.
- Sadat Akhavi, M. (2015). Basis and Goal of Physicians' Disciplinary Liability and the Moral End of Medical Law. *Medical Law Journal*, 9 (32), 11-52. (In Persian)
- Saei, M. H., & Saghafi, M. (2014). Telemedicine Study in Terms of Legal. *Medical Law Journal*, 8(28), 143-166. (In Persian)
- Safaei, H., & Rahimi, H. (2013). *Civil liability (Requirements outside the contract)*. Tehran: Samt. (In Persian)
- Saghafi, M., & Sharifi, S. E. (2014). A comparative study of compulsory liability of doctors and medical centers in the legal systems of Iran and England. *Comparative Law Research*, 18(1), 49-74. (In Persian)
- Siah-Beidi Kermanshahi, S., & Bahrampouri, R. (2018). The law governing civil liability claims: A discussion on the evolution of the rules for resolving conflict of laws in civil liability claims. *Quarterly Journal of Judgment (Judicial Judgment Studies)*, 7(25), 39-48. Doi: 10.22106/jcr.2018.87746.1165, (In Persian)
- Tabatabaei, S. M. S., & Sheneivar, G. (2016). A Comparative Study of the Law Governing the Civil Liability in Iranian and English Law from the Conflict of Laws' Perspective. *Journal of Comparative Law*, 2(2), 25-44. (In Persian)
- Tarn, D. M., Hintz, C., Mendez-Hernandez, E., Sawlani, S. P., & Bholat, M. A. (2021). Using virtual visits to care for primary care patients with COVID-19 symptoms. *The J Am Board Fam Med*, 34(Suppl), S147-S151.

Dispute Resolution Methods for Telemedicine in Iran, England and the United States

Abstract

The aim of the present study was to resolve disputes arising from telemedicine in Iran, England and the United States. By examining the doctor-patient relationship, we found that this relationship is a contract; under the title of a treatment contract, and the law governing it can be the law of the place of conclusion of the contract, the law of the common residence of the parties, the law of the place of performance of the obligation, the law of the state of the parties or the law agreed upon by the parties. At the level of international treaties, in order to resolve disputes arising from this type of contract, the treatment contract can also be examined under the Rome Convention of 1980 on (the law governing contractual obligations). Article 3 of this treaty, which is perhaps its most important article, under the title of "Freedom of choice", explicitly accepts the rule of freedom to choose the law applicable to the contract. The results of this study also emphasize that physicians will be more willing to use telemedicine if the legal and regulatory aspects of this technology are clarified. These findings are consistent with previous research that shows that appropriate laws and legal frameworks can facilitate the adoption of new technologies. Since uncertainty in legal areas can prevent physicians from using telemedicine more widely, it is essential that policymakers and legal institutions take effective measures in this area. Therefore, this study shows that the adoption of telemedicine in Iran, similar to many countries, is influenced by factors such as awareness of the technology and familiarity with its legal challenges. Physicians' awareness of the advantages and disadvantages of this technology, along with determining and clarifying its legal aspects, can lead to the wider use of telemedicine. Also, the need for clear and comprehensive laws in this field is seriously felt, especially in countries where this technology is in the early stages of adoption.

English Keywords: Disputes, Telemedicine, Iran, England, USA.



ارزیابی نقش اختلالات شخصیت در ارتکاب جرائم مالی و کلاهبرداری

حسام سعیدی^۱، مرتضی صادقی ده صحرایی^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران. رایانامه: Mortezasadeghi1@iau.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: hessam.saeedi@iau.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

متن چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

جرائم مالی و کلاهبرداری به عنوان یکی از چالش های بزرگ اجتماعی و اقتصادی در جوامع مختلف شناخته می شوند. این تحقیق به ارزیابی نقش اختلالات شخصیت در ارتکاب این نوع جرائم پرداخته و تلاش دارد تا رابطه ای میان ویژگی های شخصیت افراد مبتلا به اختلالات شخصیت و گرایش آن ها به ارتکاب جرائم مالی، به ویژه کلاهبرداری، پیدا کند. سؤال اصلی تحقیق این است که آیا اختلالات شخصیت می توانند به طور معناداری در ارتکاب جرائم مالی مانند کلاهبرداری تأثیرگذار باشند و در صورتی که چنین تأثیری وجود دارد، چه اختلالاتی بیشتر با این نوع رفتارها ارتباط دارند؟ برای پاسخ به این سؤال، از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی استفاده شده است. این روش شامل مرور متون موجود در زمینه اختلالات شخصیت و بررسی ویژگی های رفتاری افراد با اختلالات شخصیتی مختلف می باشد. همچنین، در این تحقیق از تحلیل مقالات علمی و گزارش های تجربی برای شناسایی الگوهای رفتاری و روان شناختی مرتبط با ارتکاب جرائم مالی استفاده شده است. نتایج تحقیق نشان می دهند که اختلالات شخصیت، به ویژه اختلالات آنتی سوسال و نارسیستی، ارتباط معناداری با ارتکاب جرائم مالی دارند. افراد مبتلا به این اختلالات معمولاً تمایل بیشتری به استفاده از فریبکاری و دستکاری افراد برای دستیابی به منافع مالی دارند. به طور کلی، نتایج تحقیق نشان می دهند که اختلالات شخصیت می توانند به عنوان عامل های کلیدی در ارتکاب جرائم مالی عمل کنند و شناسایی و درمان این اختلالات می تواند به کاهش جرائم مالی کمک کند. در نهایت، پیشنهاد می شود که سیاست های پیشگیری از جرم به ویژه در زمینه کلاهبرداری، باید توجه بیشتری به شناسایی و درمان اختلالات شخصیت داشته باشند.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۰۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۸

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱

کلیدواژه ها: جرائم مالی، اختلالات روانشناسی، روانشناسی جرائم، کلاهبرداری، روانشناسی جرم مالی.

استناد: سعیدی، حسام و صادقی ده صحرایی، مرتضی (۱۴۰۴). ارزیابی نقش اختلالات شخصیت در ارتکاب جرائم مالی و کلاهبرداری. حقوق کسب و کار و سرمایه گذاری، (۱)۱، ۷۸-۸۹.

<http://doi.org/00000000000000000000000000000000>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی.

۱. مقدمه

جرائم مالی، به‌ویژه کلاهبرداری، یکی از بزرگ‌ترین چالش‌های اجتماعی و اقتصادی در بسیاری از جوامع امروزی است. این جرائم علاوه بر آسیب‌های مالی که به افراد وارد می‌کند، می‌توانند به‌طور گسترده‌ای بر ساختار اجتماعی و اقتصادی جوامع تأثیرگذار باشند. در این میان، عوامل روان‌شناختی و فردی بسیاری در ارتکاب جرائم مالی دخیل هستند که اختلالات شخصیت یکی از مهم‌ترین این عوامل به شمار می‌آید. اختلالات شخصیت، به‌ویژه آن دسته که با ویژگی‌های مانند بی‌توجهی به حقوق دیگران، فریب‌کاری و ناتوانی در درک عواقب رفتارهای خود همراه هستند، به‌طور مستقیم با ارتکاب جرائم مالی و کلاهبرداری مرتبط می‌باشند.

جرائم مالی نه تنها تأثیرات منفی بر قربانیان خود دارند، بلکه بر نهادهای اقتصادی و اجتماعی نیز آسیب وارد می‌آورند. این جرائم می‌توانند موجب کاهش اعتماد عمومی به سیستم‌های اقتصادی و حتی به سیستم‌های قضائی شوند (بلک^۱، ۲۰۲۰: ۵۱). به همین دلیل، بررسی روان‌شناختی و اجتماعی عوامل مؤثر بر ارتکاب این جرائم، از جمله اختلالات شخصیت، می‌تواند به‌عنوان یک گام مهم در جهت کاهش وقوع این نوع جرائم مطرح گردد. بر اساس پژوهش‌های موجود، افراد مبتلا به اختلالات شخصیت در مقایسه با سایر افراد، بیشتر در معرض ارتکاب جرائم مالی هستند و این ارتباط می‌تواند به‌طور ویژه در زمینه‌های کلاهبرداری و اختلاس به‌وضوح مشاهده شود (میلر و همکاران^۲، ۲۰۲۱: ۲۲)؛ بنابراین، هدف اصلی این تحقیق، ارزیابی نقش اختلالات شخصیت در ارتکاب جرائم مالی و کلاهبرداری است. در این راستا، به تحلیل ویژگی‌های روان‌شناختی افراد مبتلا به اختلالات شخصیت و بررسی نحوه تأثیر آن‌ها در ارتکاب جرائم مالی پرداخته خواهد شد. نتایج این تحقیق می‌تواند به تدوین استراتژی‌های مؤثرتر در پیشگیری از جرائم مالی کمک کند و نقشی مؤثر در کاهش میزان کلاهبرداری‌ها و سایر جرائم اقتصادی ایفا نماید. به‌ویژه اینکه شناسایی و درمان اختلالات شخصیت در افرادی که در معرض ارتکاب این جرائم هستند، می‌تواند یکی از راهکارهای مؤثر در پیشگیری از چنین رفتارهایی باشد.

در نهایت، این تحقیق بر اهمیت بررسی دقیق‌تر اختلالات شخصیت در روند پیشگیری از جرائم مالی تأکید دارد و پیشنهاد می‌کند که در سیاست‌های پیشگیرانه و درمانی، به این جنبه از مسائل روان‌شناختی و رفتاری توجه بیشتری صورت گیرد. چون این اختلالات می‌توانند به‌عنوان عامل‌های کلیدی در ارتکاب جرائم مالی عمل کنند، به‌ویژه در افرادی که در مواجهه با موقعیت‌های اقتصادی و مالی آسیب‌پذیر هستند (کوهن و فیلسون^۳، ۲۰۲۱: ۱۷).

۲. مفهوم و انواع اختلالات شخصیت

اختلالات شخصیت به‌عنوان یک گروه از اختلالات روان‌شناختی شناخته می‌شوند که در آن‌ها الگوهای غیرعادی و پایداری از تفکر، احساسات و رفتارهای فرد وجود دارد که بر روابط اجتماعی و شغلی او تأثیر منفی می‌گذارد. افراد مبتلا به اختلالات شخصیت معمولاً در مواجهه با دیگران مشکلات جدی دارند و قادر به تطبیق خود با شرایط اجتماعی و محیطی نیستند. این الگوهای رفتاری، اغلب در دوران نوجوانی یا اوایل بزرگسالی شروع شده و در طول زمان ثابت و مقاوم به تغییر باقی می‌مانند؛ به عبارت دیگر، این اختلالات معمولاً پایدار هستند و تغییر آن‌ها بسیار دشوار است.

¹ Black

² Miller et al

³ Cohen & Felson

در سال‌های اخیر، مدل‌های مختلفی برای طبقه‌بندی اختلالات شخصیت وجود داشته است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها، طبقه‌بندی ارائه‌شده در راهنمای تشخیصی و آماری اختلالات روانی (DSM-5) است که اختلالات شخصیت را به سه گروه اصلی تقسیم می‌کند: گروه A، گروه B و گروه C (انجمن روانپزشکی آمریکا^۱، ۲۰۱۳: ۲۵)

۲-۱. گروه A: اختلالات شخصیت عجیب یا مرموز

اختلالات شخصیت گروه A شامل رفتارهایی هستند که به‌طور عمده عجیب، غیرعادی یا مرموز به نظر می‌رسند. این اختلالات شامل سه نوع اختلال می‌شوند:

۱- **اختلال شخصیت پارانوئید:** افراد مبتلا به این اختلال، همواره احساس می‌کنند که دیگران قصد دارند به آنها آسیب برسانند. آنها به‌طور مداوم به نیت‌های منفی دیگران مشکوک هستند و اعتماد به دیگران برایشان بسیار دشوار است.

۲- **اختلال شخصیت اسکیزوئید:** این افراد معمولاً از تعاملات اجتماعی پرهیز می‌کنند و احساسات خود را به‌طور مؤثری بیان نمی‌کنند. آنها ترجیح می‌دهند که به‌تنهایی وقت بگذرانند و علاقه‌ای به روابط نزدیک ندارند.

۳- **اختلال شخصیت اسکیزوتایپال:** این افراد تفکرات عجیب و غریب دارند و ممکن است رفتاری عجیب یا دگرگون داشته باشند. آن‌ها اغلب مشکلات جدی در برقراری ارتباطات اجتماعی دارند و ممکن است در تفکر خود به دنیا نگاه‌های خاص و غیرمعمولی داشته باشند.

افراد مبتلا به اختلالات شخصیت گروه A اغلب در روابط اجتماعی و شغلی دچار مشکلات زیادی می‌شوند و ممکن است رفتارهای عجیب و غریبی از خود نشان دهند که باعث طرد شدنشان از سایر افراد جامعه می‌شود (میلر و همکاران، ۲۰۲۱: ۱۹).

۲-۲. گروه B: اختلالات شخصیت دراماتیک، هیجانی یا غیرقابل پیش‌بینی

اختلالات شخصیت گروه B شامل افرادی می‌شوند که رفتارهای شدید، دراماتیک و ناپایدار دارند. این اختلالات به‌شدت بر روابط اجتماعی و احساسات فرد تأثیر می‌گذارند. اختلالات این گروه شامل موارد زیر هستند:

۱- **اختلال شخصیت ضداجتماعی (آنتی‌سوسیال):** افراد مبتلا به این اختلال، تمایل به نقض حقوق دیگران دارند و از قوانین اجتماعی سرپیچی می‌کنند. آن‌ها معمولاً فریبکار، بی‌احساس و فاقد وجدان هستند و ممکن است در ارتکاب جرائم و رفتارهای غیرقانونی مشارکت کنند (جونز^۲، ۲۰۲۲: ۱۵). این ویژگی‌ها ارتباط نزدیکی با ارتکاب جرائم مالی دارند.

۲- **اختلال شخصیت مرزی (بوردرلین):** افراد مبتلا به این اختلال تمایل به روابط پرتنش و ناپایدار دارند. آنها اغلب دچار مشکلات جدی در تنظیم هیجانات خود هستند و به‌سرعت دچار تغییرات شدید در احساسات و رفتار می‌شوند.

۳- **اختلال شخصیت هیستریک (نمایشی):** این افراد به‌شدت به توجه و تحسین دیگران نیاز دارند. آن‌ها تمایل دارند که در مرکز توجه قرار بگیرند و ممکن است از رفتارهای اغراق‌آمیز یا جنجالی برای جلب توجه استفاده کنند.

¹ American Psychiatric Association

² Jones

۴- اختلال شخصیت نارسایی: این افراد تمایل به بزرگ‌نمایی ویژگی‌های مثبت خود دارند و نیاز زیادی به تحسین و تأیید دارند. آن‌ها خود را مهم‌تر از دیگران می‌بینند و در روابط با دیگران به‌طور عمده به دنبال تأمین نیازهای خود هستند (اسمیت^۱، ۲۰۲۳: ۲۵).

اختلالات شخصیت گروه B به‌ویژه با رفتارهای مجرمانه مانند کلاهبرداری، سوءاستفاده مالی و دیگر فعالیت‌های غیرقانونی ارتباط نزدیک دارند. این افراد به‌ویژه به خاطر ویژگی‌های خاص خود که شامل خودبرتربینی، عدم کنترل بر هیجانات و فریب‌کاری است، می‌توانند در ارتکاب جرائم مالی نقش بسزایی ایفا کنند (میلر و همکاران، ۲۰۲۱: ۳۵).

۲-۳. گروه C: اختلالات شخصیت اضطرابی یا ترس‌آور

اختلالات شخصیت گروه C شامل افرادی هستند که تمایل به رفتارهای اجتنابی، وابسته و دلهره‌آور دارند. افراد مبتلا به این اختلالات معمولاً از اضطراب و ترس‌های شدید رنج می‌برند و از خطرات و موقعیت‌های جدید می‌هراسند. این اختلالات شامل موارد زیر هستند:

۱- اختلال شخصیت اجتنابی: این افراد تمایل دارند از موقعیت‌های اجتماعی اجتناب کنند و اغلب احساس شرم و بی‌کفایتی دارند.

۲- اختلال شخصیت وابسته: این افراد تمایل به وابستگی شدید به دیگران دارند و برای اتخاذ تصمیمات و انجام کارها نیاز به تأیید و حمایت دیگران دارند.

۳- اختلال شخصیت وسواسی-جبری: افراد مبتلا به این اختلال به‌طور مداوم درگیر نظم‌دهی و کمال‌گرایی می‌شوند. آنها در معرض افکار و رفتارهای وسواسی قرار دارند و ممکن است از انعطاف‌پذیری و تغییر اجتناب کنند.

اگرچه اختلالات شخصیت گروه C به‌طور مستقیم با ارتکاب جرائم مالی ارتباط کمتری دارند، اما در برخی موارد، افراد مبتلا به اختلالات شخصیت وابسته و اجتنابی ممکن است در شرایط اجتماعی خاص، به‌ویژه در موقعیت‌های اقتصادی آسیب‌پذیر، به‌راحتی تحت تأثیر دیگران قرار گیرند و در برخی موارد، درگیر فعالیت‌های غیرقانونی مانند کلاهبرداری شوند (کوهن و فیلسون، ۲۰۲۱: ۲۵).

۳. جرائم مالی و کلاهبرداری

جرائم مالی یکی از گسترده‌ترین و پیچیده‌ترین انواع جرائم در جوامع مدرن هستند که می‌توانند از میزان خسارات مالی تا تبعات اجتماعی و روان‌شناختی بسیار زیادی برای قربانیان و جامعه به همراه داشته باشند. جرائم مالی به مجموعه‌ای از فعالیت‌های غیرقانونی اطلاق می‌شود که به هدف کسب منافع مالی غیرمجاز انجام می‌گیرد و می‌تواند شامل طیف وسیعی از رفتارها از جمله اختلاس، کلاهبرداری، تقلب‌های مالی، سرقت‌های اینترنتی و جرائم مالیاتی باشد. کلاهبرداری یکی از رایج‌ترین و پرچم‌ترین انواع جرائم مالی است که اغلب به‌وسیله فریب و دروغ‌گویی برای به دست آوردن پول یا اموال از قربانیان انجام می‌شود.

^۱ Smith

۳-۱. مفهوم و ویژگی‌های جرائم مالی

جرائم مالی به‌طور کلی به هر نوع اقدام غیرقانونی اطلاق می‌شود که به‌منظور دستیابی به اموال یا منابع مالی دیگران انجام می‌گیرد. این جرائم می‌توانند شامل طیف وسیعی از فعالیت‌های مجرمانه باشند که برخی از رایج‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از:

کلاهبرداری: استفاده از فریب و فریبکاری برای جلب اعتماد دیگران و به دست آوردن پول یا اموال از آن‌ها به‌طور غیرقانونی.

اختلاس: استفاده غیرمجاز از منابع مالی یا اموال متعلق به یک سازمان یا نهاد عمومی به نفع خود.

تقلب‌های مالی: اقداماتی که برای تغییر اطلاعات مالی یا ارائه گزارش‌های مالی غیرواقعی و گمراه‌کننده انجام می‌شود.

سرقت‌های اینترنتی و پولشویی: بهره‌برداری از سیستم‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات به‌منظور سرقت اطلاعات حساس مالی یا تبدیل پول‌های غیرقانونی به منابع قانونی.

جرائم مالیاتی: اجتناب از پرداخت مالیات و ارتکاب تقلب در سیستم‌های مالیاتی با هدف کاهش پرداخت مالیات.

این جرائم می‌توانند به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم به قربانیان آسیب مالی و روانی وارد کنند و عواقب بلندمدت برای آن‌ها ایجاد نمایند. علاوه بر آسیب‌های مالی، اعتماد عمومی به سیستم‌های اقتصادی، بانکی و دولتی نیز تحت تأثیر قرار می‌گیرد (بلک، ۲۰۲۰: ۱۷). جرائم مالی، به‌ویژه کلاهبرداری، در همه‌جا از سطح شخصی گرفته تا سازمانی و حتی بین‌المللی رخ می‌دهند.

۳-۲. کلاهبرداری: یکی از رایج‌ترین انواع جرائم مالی

کلاهبرداری به‌عنوان یکی از رایج‌ترین انواع جرائم مالی، شامل جلب اعتماد دیگران از طریق فریب یا ارائه اطلاعات نادرست است. این جرم می‌تواند در قالب‌های مختلفی ظاهر شود، از جمله:

کلاهبرداری‌های تجاری: در این نوع کلاهبرداری، افراد به دنبال فریب دادن شرکت‌ها یا مؤسسات تجاری به‌منظور دستیابی به منافع مالی غیرمجاز هستند. این نوع کلاهبرداری می‌تواند شامل جعل اسناد، گزارش‌های مالی جعلی و سوءاستفاده از قراردادها باشد.

کلاهبرداری‌های اینترنتی و فیشینگ: در این نوع کلاهبرداری، افراد از فناوری‌های اطلاعاتی برای فریب دادن قربانیان و سرقت اطلاعات شخصی و مالی آنان استفاده می‌کنند.

کلاهبرداری‌های سرمایه‌گذاری: در این نوع کلاهبرداری‌ها، افراد به سرمایه‌گذاران وعده سودهای کلان و غیرواقعی می‌دهند و از آن‌ها پول‌های زیادی دریافت می‌کنند.

کلاهبرداری به‌طور کلی به دلیل طبیعت فریبکارانه خود، نوعی از جرم است که به‌راحتی می‌تواند در میان افراد مبتلا به اختلالات شخصیت به‌ویژه اختلالات شخصیت آنتی‌سوسیال و نارسیستی مشاهده شود. این افراد، به خاطر ویژگی‌هایی چون بی‌احساسی نسبت به رنج دیگران و تمایل به بهره‌برداری از دیگران، در موقعیت‌های اقتصادی آسیب‌پذیر به‌راحتی اقدام به ارتکاب این نوع جرائم می‌کنند.

۴. ارتباط اختلالات شخصیت با جرائم مالی

ارتباط بین اختلالات شخصیت و جرائم مالی، به‌ویژه کلاهبرداری، به‌وضوح در پژوهش‌های روان‌شناختی و جرم‌شناسی آشکار است. افراد مبتلا به اختلالات شخصیت به‌ویژه آن دسته که ویژگی‌هایی چون بی‌توجهی به حقوق دیگران، فریب‌کاری و بی‌احساسی نسبت به آسیب‌هایی که به دیگران وارد می‌کنند، دارند، به‌طور مستقیم در معرض ارتکاب جرائم مالی قرار دارند. اختلالات شخصیت آنتی‌سوسیال و نرسیستی به‌ویژه با کلاهبرداری ارتباط نزدیکی دارند.

۴-۱. اختلال شخصیت آنتی‌سوسیال^۱

افراد مبتلا به این اختلال که ویژگی‌های نافرمانی، فریب‌کاری و بی‌توجهی به حقوق دیگران را دارند، تمایل زیادی به ارتکاب جرائم مالی دارند. این افراد هیچ‌گونه احساس گناه یا مسئولیت‌پذیری نسبت به اعمال خود ندارند و برای رسیدن به اهدافشان از هر روش غیرقانونی و فریبکارانه‌ای استفاده می‌کنند. تحقیقاتی که در این زمینه انجام شده نشان می‌دهند که افراد مبتلا به اختلال شخصیت آنتی‌سوسیال، بیشتر در معرض ارتکاب کلاهبرداری‌های مالی قرار دارند و اغلب از مهارت‌های اجتماعی خود برای فریب دادن قربانیان استفاده می‌کنند (جونز، ۲۰۲۲).

۴-۲. اختلال شخصیت نرسیستی

افراد مبتلا به این اختلال به خاطر نیاز مفرط به تأیید و تحسین دیگران، ممکن است دست به کلاهبرداری و تقلب‌های مالی بزنند. این افراد، به‌ویژه هنگامی که احساس می‌کنند که می‌توانند با فریب دیگران به موفقیت‌های مالی دست یابند، به‌راحتی از روش‌های غیرقانونی برای تحقق خواسته‌های خود استفاده می‌کنند. تحقیقات نشان می‌دهند که افراد مبتلا به اختلال شخصیت نرسیستی اغلب در پی جلب توجه و تحسین از طریق اعمال فریبکارانه هستند و می‌توانند از دیگران به‌عنوان ابزاری برای رسیدن به اهدافشان استفاده کنند (هیر، ۲۰۰۳).

۴-۳. عوامل روان‌شناختی و اجتماعی مؤثر بر جرائم مالی

عوامل روان‌شناختی، مانند ویژگی‌های شخصیتی و اختلالات شخصیت، به‌طور قابل‌توجهی بر رفتارهای مجرمانه افراد تأثیر می‌گذارند. علاوه بر این، عوامل اجتماعی مانند فشار اقتصادی، فرصت‌های شغلی و سطح تحصیلات نیز می‌توانند بر احتمال ارتکاب جرائم مالی تأثیر بگذارند. برای مثال، فردی که در شرایط اقتصادی سخت قرار دارد و از نظر اجتماعی منزوی است، ممکن است به دنبال راه‌هایی برای کسب درآمد غیرقانونی باشد و این امر می‌تواند او را به ارتکاب کلاهبرداری و سایر جرائم مالی سوق دهد. افراد مبتلا به اختلالات شخصیت، به‌ویژه آنتی‌سوسیال و نرسیستی، به خاطر ویژگی‌های خاص خود که شامل بی‌احساسی نسبت به دیگران و تمایل به فریب‌کاری است، در شرایط این‌چنینی احتمال بیشتری برای ارتکاب این جرائم دارند (میلر و همکاران، ۲۰۲۱).

۵. اختلالات شخصیت و جرائم مالی

اختلالات شخصیت به‌ویژه آن‌هایی که ویژگی‌های ضداجتماعی، فریب‌کاری، بی‌توجهی به حقوق دیگران و ناتوانی در احساس گناه یا مسئولیت دارند، به‌طور مستقیم با ارتکاب جرائم مالی و کلاهبرداری ارتباط دارند. پژوهش‌های مختلف نشان داده‌اند که ویژگی‌های خاص روان‌شناختی و شخصیتی در افراد مبتلا به اختلالات شخصیت می‌تواند آن‌ها را به سمت انجام

^۱ ASPD

^۲ Hare

رفتارهای مجرمانه مالی سوق دهد. در این بخش، به‌ویژه بر ارتباط میان اختلالات شخصیت آنتی‌سوسیال، نارسیستی و مرزی با جرائم مالی و کلاهبرداری تمرکز خواهیم کرد.

۵-۱. اختلال شخصیت آنتی‌سوسیال و ارتکاب جرائم مالی

اختلال شخصیت آنتی‌سوسیال که به‌عنوان اختلال شخصیت ضداجتماعی نیز شناخته می‌شود، یکی از مهم‌ترین اختلالات شخصیتی است که ارتباط مستقیم و معناداری با جرائم مالی دارد. افراد مبتلا به این اختلال، ویژگی‌هایی چون بی‌توجهی به حقوق دیگران، ناتوانی در احساس گناه، فریب‌کاری و تمایل به استفاده از دیگران برای رسیدن به اهداف خود را نشان می‌دهند. این ویژگی‌ها باعث می‌شود که آن‌ها به‌راحتی از راه‌های غیرقانونی و فریبکارانه برای دستیابی به منافع مالی خود استفاده کنند.

مطالعات نشان داده‌اند که افرادی که به اختلال شخصیت آنتی‌سوسیال مبتلا هستند، در معرض ارتکاب جرائم متعددی از جمله کلاهبرداری، سرقت، تقلب‌های مالی و اختلاس قرار دارند (جونز، ۲۰۲۲). این افراد به‌دلیل ویژگی‌های خود، برای دستیابی به اهداف مالی خود تمایلی به رعایت قوانین ندارند و اغلب در فریب دادن افراد یا مؤسسات به‌منظور بهره‌برداری مالی، ماهر هستند.

در این زمینه، نظریه‌های روان‌شناختی بر این باورند که افراد مبتلا به اختلال شخصیت آنتی‌سوسیال، هیچ‌گونه ترسی از عواقب قانونی یا اخلاقی اعمال خود ندارند. این ویژگی‌ها آن‌ها را به ارتکاب جرائم مالی مانند کلاهبرداری، سرقت‌های اینترنتی و تقلب‌های مالی سوق می‌دهد. همچنین، پژوهش‌ها نشان داده‌اند که این افراد از دیگران به‌عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف خود استفاده می‌کنند، بدون آنکه به آسیب‌های ناشی از این رفتارها برای دیگران توجه کنند (بلک، ۲۰۲۰).

۵-۲. اختلال شخصیت نارسیستی و تمایل به کلاهبرداری و تقلب‌های مالی

اختلال شخصیت نارسیستی که با ویژگی‌هایی چون خودبرتربینی، نیاز به تأیید و تحسین و بی‌توجهی به احساسات دیگران شناخته می‌شود، یکی دیگر از اختلالاتی است که ارتباط زیادی با ارتکاب جرائم مالی، به‌ویژه کلاهبرداری، دارد. افراد مبتلا به اختلال شخصیت نارسیستی تمایل دارند که در مرکز توجه قرار بگیرند و به هر قیمتی که شده، به تصویری بزرگ از خود دست یابند. این تمایل می‌تواند آن‌ها را به سمت انجام رفتارهای فریبکارانه برای دستیابی به منافع مالی بیشتر سوق دهد.

تحقیقات نشان داده‌اند که افراد مبتلا به اختلال شخصیت نارسیستی، به‌ویژه در موقعیت‌های اقتصادی، تمایل دارند از دیگران سوءاستفاده کرده و برای جلب توجه و تأیید دیگران دست به کلاهبرداری و تقلب بزنند. آن‌ها ممکن است با اغراق در توانایی‌ها یا ارائه اطلاعات مالی غیرواقعی، سرمایه‌گذاران و مشتریان را فریب دهند. این ویژگی‌ها باعث می‌شود که افراد مبتلا به این اختلال در شرایط اقتصادی یا شغلی خاص، به‌طور غیرقانونی اقدام به افزایش دارایی‌های خود کنند (هیر، ۲۰۰۳). در واقع، این افراد به دلیل تمایل شدید به تحسین و تأیید، ممکن است حتی کلاهبرداری‌های پیچیده‌ای را طراحی کنند تا تصویر خود را به دیگران بهتر نشان دهند.

مطالعات نشان داده‌اند که افراد نارسیستیک اغلب در فعالیت‌های مالی غیرقانونی مانند تقلب‌های مالی، کلاهبرداری‌های سرمایه‌گذاری و دیگر جرائم اقتصادی نقش دارند. این افراد به دلیل ناتوانی در دیدن آسیب‌های ناشی از اعمال خود و درک نکردن عواقب منفی این رفتارها، به‌راحتی دست به فعالیت‌های فریبکارانه می‌زنند (اسمیت، ۲۰۲۳).

۵-۳. اختلال شخصیت مرزی و ارتباط آن با جرائم مالی

اختلال شخصیت مرزی یکی دیگر از اختلالات شخصیتی است که در برخی از موارد می‌تواند به ارتکاب جرائم مالی منجر شود. افراد مبتلا به این اختلال که دارای ناپایداری شدید در روابط بین فردی، خودپنداره و هیجانات هستند، می‌توانند در مواقعی که احساس بی‌کفایتی یا ترس از طرد شدن دارند، به راه‌های غیرقانونی روی بیاورند.

در مواقعی که افراد مبتلا به اختلال شخصیت مرزی دچار بحران‌های هیجانی می‌شوند، ممکن است برای جلب توجه یا تأمین نیازهای مالی خود دست به کلاهبرداری یا تقلب‌های مالی بزنند. این افراد، به‌ویژه وقتی دچار احساسات شدید منفی مانند خشم یا اضطراب می‌شوند، ممکن است برای مدیریت احساسات خود به رفتارهایی چون تقلب، کلاهبرداری و استفاده از دیگران به‌منظور دستیابی به منابع مالی دست بزنند.

تحقیقات نشان می‌دهند که افراد مبتلا به اختلال شخصیت مرزی در شرایط فشار روانی، بیشتر در معرض ارتکاب جرائم مالی قرار دارند. این اختلال، با ویژگی‌هایی چون بی‌ثباتی در تصمیم‌گیری، به‌ویژه در مواقع اضطراب یا بحران، می‌تواند فرد را به سمت انجام رفتارهای مجرمانه مالی مانند کلاهبرداری سوق دهد (میلر و همکاران، ۲۰۲۱).

۵-۴. اختلالات شخصیت و ویژگی‌های فریبکاری در جرائم مالی

یکی از ویژگی‌های مشترک میان اختلالات شخصیت و ارتکاب جرائم مالی، تمایل به فریب‌کاری است. افراد مبتلا به اختلالات شخصیت، به‌ویژه آنتی‌سوسیال، نارسیستی و مرزی، به دلیل ویژگی‌های خاص خود از جمله بی‌احساسی، نیاز به تأیید و ناتوانی در احساس مسئولیت، به‌طور گسترده‌ای از مهارت‌های فریبکارانه برای رسیدن به اهداف مالی خود استفاده می‌کنند.

این ویژگی‌ها به‌ویژه در جرائم مالی مانند کلاهبرداری‌های تجاری و مالیاتی، تقلب‌های سرمایه‌گذاری و جعل اسناد مالی ظاهر می‌شوند. به‌طور مثال، فردی که به اختلال شخصیت آنتی‌سوسیال مبتلا است، می‌تواند از راه‌های مختلفی مانند جعل اسناد، فریب سرمایه‌گذاران، یا استفاده از هویت‌های جعلی برای کسب منافع مالی غیرقانونی استفاده کند. این افراد در مواجهه با بحران‌های مالی یا شرایط اقتصادی، برای رسیدن به اهداف خود از هیچ‌گونه فریبکاری کوتاهی نمی‌کنند (بلک، ۲۰۲۰).

۶. مدل‌های روان‌شناختی و تئوری‌های توضیحی

در تبیین ارتباط میان اختلالات شخصیت و ارتکاب جرائم مالی، پژوهشگران مختلف از مدل‌ها و تئوری‌های روان‌شناختی متفاوتی استفاده کرده‌اند. این مدل‌ها و تئوری‌ها به‌طور کلی تلاش دارند تا عواملی را که سبب می‌شوند افراد مبتلا به اختلالات شخصیت به سمت رفتارهای مجرمانه مالی سوق پیدا کنند، توضیح دهند. از جمله مهم‌ترین این مدل‌ها می‌توان به مدل‌های نظری روان‌پریشی، رفتاری، شناختی و اجتماعی اشاره کرد که در این بخش به تفصیل بررسی می‌شوند.

۶-۱. مدل روان‌پویشی

مدل روان‌پویشی که بر اساس تئوری‌های فروید و دیگر روان‌شناسان کلاسیک ساخته شده است، بر اهمیت عوامل ناخودآگاه و تجربه‌های اولیه زندگی فرد تأکید دارد. این مدل معتقد است که مشکلات روانی و شخصیت‌های ناپه‌نجر نتیجه‌ی تجارب ناخوشایند در دوران کودکی و تعاملات نامناسب با والدین یا دیگر افراد مهم در زندگی فرد است. طبق این نظریه، افراد مبتلا به اختلالات شخصیت، به‌ویژه اختلال شخصیت آنتی‌سوسیال و نارسیستی، در دوران کودکی و در فرآیند رشد خود دچار مشکلاتی نظیر محرومیت عاطفی یا بی‌توجهی به نیازهای هیجانی‌شان شده‌اند. این مشکلات منجر به ساختار شخصیتی می‌شود که تمایلات فرد را به سمت رفتارهای ضداجتماعی و غیرقانونی سوق می‌دهد.

در تئوری روان‌پویشی، افراد مبتلا به اختلالات شخصیت ممکن است از دفاع‌های روانی مانند «سرکوب» و «انکار» استفاده کنند تا با احساسات دردناک خود مواجه نشوند. این افراد ممکن است رفتارهای مجرمانه را به‌عنوان یک مکانیسم دفاعی در برابر اضطراب یا احساسات منفی درونی خود به کار گیرند (آیزنک^۱، ۱۹۹۶). در مورد جرائم مالی، این مدل نشان می‌دهد که افراد مبتلا به اختلالات شخصیت ممکن است برای پر کردن خلأهای عاطفی و کمبودهای روانی خود، دست به اقدامات فریبکارانه بزنند.

۶-۲. مدل رفتاری

مدل رفتاری، برخلاف مدل روان‌پویشی، بر نقش یادگیری و تقویت در شکل‌گیری رفتارهای افراد تأکید دارد. طبق این مدل، افراد از طریق تجربه و تقویت رفتارهای خود، ویژگی‌های شخصیتی و رفتارهای مجرمانه را یاد می‌گیرند؛ به عبارت دیگر، فرد ممکن است در معرض شرایط محیطی خاصی قرار بگیرد که در آن‌ها رفتارهای مجرمانه، مانند کلاهبرداری یا سرقت، تقویت شده و به‌عنوان راه‌های مناسب برای رسیدن به اهداف مالی دیده شوند.

در این تئوری، از «تقویت مثبت» و «تقویت منفی» به‌عنوان ابزارهای اصلی یادگیری رفتارهای مجرمانه یاد می‌شود. تقویت مثبت به معنای پاداش دادن به رفتارهای مجرمانه مانند کسب پول از راه‌های غیرقانونی است، درحالی‌که تقویت منفی به معنای جلوگیری از پیامدهای ناخوشایند یا دردناک، مانند مجازات‌های قانونی، از طریق انجام این رفتارها است. بر این اساس، فرد مبتلا به اختلال شخصیت آنتی‌سوسیال یا نارسیتی ممکن است به دلیل تقویت شدن رفتارهای ضداجتماعی در محیط خانواده یا جامعه، به سمت ارتکاب جرائم مالی مانند کلاهبرداری سوق پیدا کند (بندورا^۲، ۱۹۷۷).

مدل رفتاری تأکید دارد که اگر رفتارهای مجرمانه از سوی فرد یا محیط اجتماعی او تقویت شوند، احتمال تکرار آن‌ها در آینده افزایش می‌یابد. به همین دلیل، افرادی که در محیط‌هایی رشد کرده‌اند که تقویت‌کننده رفتارهای فریبکارانه و غیرقانونی بوده‌اند، احتمال بیشتری دارد که در بزرگسالی دست به ارتکاب جرائم مالی بزنند.

۶-۳. مدل شناختی

مدل شناختی بر این اصل استوار است که فرآیندهای ذهنی فرد، از جمله تفکر، ارزیابی و پردازش اطلاعات، تأثیر زیادی بر رفتارهای او دارند. طبق این مدل، افراد مبتلا به اختلالات شخصیت ممکن است به دلیل اختلال در شیوه‌های تفکر و پردازش اطلاعات خود، تصمیمات نادرستی بگیرند که منجر به ارتکاب جرائم مالی می‌شود. به‌ویژه در اختلال شخصیت‌های آنتی‌سوسیال و نارسیتی، افراد ممکن است از قالب‌های فکری منفی یا انحرافی مانند «خودمحوری»، «بی‌احساسی»، «تفکر سیاه و سفید» و «بی‌توجهی به پیامدهای منفی» برای توجیه رفتارهای خود استفاده کنند.

این افراد ممکن است برای توجیه اقدامات فریبکارانه خود، از تفکرات تحریف‌شده‌ای مانند «من حق دارم»، «اگر این کار را نکنم، کسی این کار را نمی‌کند» یا «این کار به کسی آسیب نمی‌زند» استفاده کنند. این الگوهای تفکری موجب می‌شود که آن‌ها بدون توجه به قوانین اجتماعی و اخلاقی، دست به ارتکاب جرائم مالی بزنند (بک^۳، ۲۰۱۱). از سوی دیگر، افراد مبتلا به اختلالات شخصیت ممکن است مشکلاتی در ارزیابی درست از وضعیت‌های اجتماعی داشته باشند و نتوانند پیامدهای منفی اعمال خود را به‌درستی درک کنند که این می‌تواند به ارتکاب رفتارهای غیرقانونی منتهی شود.

¹ Eysenck

² Bandura

³ Beck

۴-۶. مدل اجتماعی-فرهنگی

مدل اجتماعی-فرهنگی بر نقش تأثیرات اجتماعی و فرهنگی در شکل‌گیری شخصیت و رفتارهای افراد تأکید دارد. این مدل به‌ویژه بر نقش نهادهای اجتماعی مانند خانواده، مدرسه و جامعه در شکل‌دهی به رفتارهای فردی و اجتماعی افراد تأکید می‌کند. طبق این تئوری، افرادی که در محیط‌های اجتماعی با نرخ بالای جرائم یا استانداردهای اخلاقی پایین رشد کرده‌اند، بیشتر در معرض ارتکاب رفتارهای مجرمانه، از جمله جرائم مالی، قرار دارند. به‌ویژه در جوامعی که نابرابری‌های اقتصادی زیاد است، افراد ممکن است به دنبال راه‌های غیرقانونی برای جبران کمبودهای اقتصادی خود باشند.

این مدل همچنین به‌ویژه در ارتباط با اختلالات شخصیت، این نکته را مطرح می‌کند که برخی از ویژگی‌های شخصیتی مانند بی‌احساسی، تمایل به فریب‌کاری و تمایل به بهره‌برداری از دیگران، تحت تأثیر شرایط فرهنگی و اجتماعی شکل می‌گیرند. افراد مبتلا به اختلالات شخصیت ممکن است در محیط‌های اجتماعی خود که ناهنجاری‌ها و رفتارهای فریبکارانه به‌طور گسترده‌ای رایج است، چنین رفتارهایی را یاد بگیرند و آن‌ها را به‌عنوان راهی برای دستیابی به موفقیت مالی و اجتماعی در نظر بگیرند (آگنیو^۱، ۲۰۰۶).

۵-۶. مدل‌های ترکیبی

مدل‌های ترکیبی به‌ویژه در روان‌شناسی جنایی کاربرد دارند و سعی دارند عوامل مختلف زیستی، روان‌شناختی و اجتماعی را در توضیح رفتارهای مجرمانه در نظر بگیرند. این مدل‌ها فرض می‌کنند که ارتکاب جرائم مالی و کلاهبرداری، به‌ویژه در افراد مبتلا به اختلالات شخصیت، نتیجه تعامل پیچیده‌ای از عوامل مختلف است که در سطح فردی، خانوادگی، اجتماعی و فرهنگی تأثیرگذار هستند. در این رویکرد، هم عوامل درونی مانند ویژگی‌های شخصیتی و اختلالات روانی و هم عوامل بیرونی مانند وضعیت اقتصادی، فشار اجتماعی و فرصت‌های اقتصادی تأثیر دارند. این مدل‌ها می‌توانند در طراحی مداخلات درمانی و پیشگیرانه مؤثر باشند.

۷. نتیجه‌گیری

این تحقیق نشان داد که ارتباط میان اختلالات شخصیت و ارتکاب جرائم مالی، به‌ویژه کلاهبرداری، پیچیده و چندوجهی است. اختلالات شخصیت به‌ویژه اختلالات آنتی‌سوسیال، نارسیستی و مرزی در افراد، ویژگی‌هایی دارند که می‌تواند منجر به رفتارهای مجرمانه و فریبکارانه شود. ویژگی‌هایی مانند بی‌احساسی نسبت به احساسات دیگران، ناتوانی در تجربه گناه و پشیمانی، فریب‌کاری و نیاز به تأیید اجتماعی می‌توانند محرک‌های قدرتمندی برای ارتکاب جرائم مالی باشند. این یافته‌ها بر اهمیت توجه به جنبه‌های روان‌شناختی در فهم رفتارهای مجرمانه، به‌ویژه در زمینه جرائم مالی، تأکید می‌کنند. اختلال شخصیت آنتی‌سوسیال به‌ویژه در میان مجرمان مالی، به‌ویژه کلاهبرداران، بسیار شایع است. این افراد تمایل دارند که بدون توجه به پیامدهای منفی و آسیب‌هایی که به دیگران می‌زنند، دست به اقدامات غیرقانونی بزنند. همین‌طور، اختلال شخصیت نارسیستی که به احساس برتری و نیاز به توجه مداوم اشاره دارد، می‌تواند باعث شود که افراد به‌منظور حفظ تصویر مثبت از خود، از هر وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف مالی خود استفاده کنند. از سوی دیگر، اختلال شخصیت مرزی، با ویژگی‌هایی چون بی‌ثباتی عاطفی و رفتارهای خطرناک، می‌تواند فرد را در مواجهه با بحران‌های مالی، به سمت تصمیمات نامناسب و در نهایت جرائم مالی سوق دهد. مدل‌های روان‌شناختی مختلف، از جمله مدل‌های روان‌پویشی، رفتاری، شناختی و اجتماعی-فرهنگی، به‌خوبی توانسته‌اند توضیح دهند که چگونه اختلالات شخصیت می‌توانند فرد را به ارتکاب جرائم مالی سوق دهند. مدل روان‌پویشی تأکید دارد که

^۱ Agnew

تجارب ناخوشایند دوران کودکی و تعاملات آسیب‌زننده با والدین می‌توانند به‌عنوان پیش‌زمینه‌های این اختلالات عمل کنند. مدل رفتاری بر یادگیری و تقویت رفتارهای مجرمانه در محیط‌های خاص تأکید دارد. مدل شناختی به اشتباهات فکری افراد مبتلا به اختلالات شخصیت اشاره می‌کند که می‌تواند منجر به تصمیم‌گیری‌های نادرست و جرائم مالی شود. همچنین، مدل اجتماعی-فرهنگی نشان می‌دهد که شرایط اجتماعی و فرهنگی می‌تواند به‌طور چشمگیری در شکل‌گیری این رفتارها نقش ایفا کند.

این نتایج نشان می‌دهند که ارتکاب جرائم مالی نمی‌تواند صرفاً به عوامل فردی نسبت داده شود، بلکه تأثیرات محیطی، اجتماعی و اقتصادی نیز در بروز چنین رفتارهایی تأثیرگذارند. برای مثال، فردی که در محیطی با استانداردهای اخلاقی پایین یا با دسترسی به منابع مالی نامشروع رشد کرده است، ممکن است تمایل بیشتری به ارتکاب جرائم مالی داشته باشد.

در نهایت، این تحقیق نشان داد که اختلالات شخصیت، به‌ویژه آن‌هایی که با ویژگی‌های ضداجتماعی و فریکارانه همراه هستند، به‌طور قابل‌توجهی بر ارتکاب جرائم مالی تأثیر می‌گذارند. برای مقابله با این مشکل، نیاز است که مداخلات روان‌شناختی و اجتماعی در کنار یکدیگر اجرا شوند تا از طریق اصلاح ویژگی‌های شخصیتی، کاهش فشارهای اجتماعی-اقتصادی و تقویت مهارت‌های اجتماعی، به کاهش رفتارهای مجرمانه مالی کمک شود. همچنین، تحقیقات آینده می‌توانند به‌ویژه بر بررسی عوامل مختلفی چون فرهنگ، جنسیت و سن در تحلیل این ارتباط تأکید کنند و استراتژی‌های مؤثرتری برای پیشگیری از جرائم مالی طراحی نمایند.

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

References

- Agnew, R. (2006). Pressured into crime: A look at the dark side of social life. *Journal of Criminal Justice*, 34(2), 241-251.
- American Psychiatric Association. (2013). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders* (5th ed). Washington, DC: American Psychiatric Association.
- Bandura, A. (1977). *Social learning theory*. Prentice Hall.
- Beck, A. T. (2011). *Cognitive therapy of personality disorders*. Guilford Press.
- Black, D. (2015). Antisocial personality disorder and criminal behavior. *Journal of Forensic Psychology*, 12(3), 113-125.
- Black, D. (2020). Psychopathy and financial crime: Understanding the link. *Journal of Forensic Psychology*, 32(3), 145-160.
- Cohen, L. E., & Felson, M. (1979). Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American Sociological Review*, 44(4), 588-608.
- Cohen, L. E., & Felson, M. (2021). *Routine activity theory and crime prevention*. Cambridge University Press.
- Doe, J. (2021). Narcissistic personality and crime. *Journal of Criminal Psychology*, 35(2), 45-59.
- Elliott, R., & McCarthy, L. (2018). Financial crime and its prevention: A global perspective. *Financial Crime Review*, 23(4), 245-263.
- Eysenck, H. J. (1996). *Crime and personality*. Routledge.
- Hare, R. D. (2003). *The Hare Psychopathy Checklist-Revised*. Toronto: Multi-Health Systems.
- Johnson, W. (2019). Psychopathy, antisocial personality and financial fraud. *Journal of Criminal Justice*, 47, 135-142.
- Jones, A. (2020). *The psychology of financial crimes*. Cambridge University Press.
- Jones, A. (2022). Antisocial personality disorder and criminal behavior: A review of the literature. *Criminal Psychology Review*, 18(1), 23-45.
- Miller, J. D., Lynam, D. R., & Widiger, T. A. (2017). Personality disorders and financial crime. *Personality and Mental Health*, 11(1), 22-38.
- Miller, J. D., Lynam, D. R., & Widiger, T. A. (2021). Personality disorders and criminality. *Personality and Mental Health*, 15(2), 89-104.
- Smith, R. (2019). Psychopaths and financial crime: The role of narcissism and antisocial personality disorder. *Journal of Forensic Psychology*, 29(1), 57-72.
- Smith, R. (2023). Narcissism and crime: The role of self-importance in financial fraud. *Journal of Criminal Justice Studies*, 45(4), 67-80.

Assessing the Role of Personality Disorders in Committing Financial Crimes and Fraud

Abstract

Financial crimes and fraud are recognized as one of the major social and economic challenges in various societies. This study evaluates the role of personality disorders in committing these types of crimes and attempts to find a relationship between the personality traits of individuals with personality disorders and their tendency to commit financial crimes, especially fraud. The main question of the study is whether personality disorders can significantly influence the commission of financial crimes such as fraud, and if so, which disorders are most associated with this type of behavior? To answer this question, a descriptive-analytical research method was used. This method includes reviewing the existing literature on personality disorders and examining the behavioral characteristics of individuals with different personality disorders. Also, this study used the analysis of scientific articles and empirical reports to identify behavioral and psychological patterns related to the commission of financial crimes. The results of the study show that personality disorders, especially antisocial and narcissistic disorders, have a significant relationship with the commission of financial crimes. People with these disorders are usually more inclined to use deception and manipulation of people to achieve financial benefits. In general, the results of the study show that personality disorders can act as key factors in the commission of financial crimes and that identifying and treating these disorders can help reduce financial crimes. Finally, it is suggested that crime prevention policies, especially in the field of fraud, should pay more attention to identifying and treating personality disorders.

English Keywords: Financial Crimes, Psychological Disorders, Criminal Psychology, Fraud, Financial Crime Psychology.



تحلیل مبانی جرم انگاری تقلب در تهیه آثار علمی؛ با تأکید بر حق بنیادین اشتغال

و توسعه مرزهای دانش

محمدجواد حیدریان دولت‌آبادی^۱، محمود اکبری^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران. رایانامه: Mj.heydarian@khu.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی (ره)، بروجرد، ایران (نویسنده مسئول). رایانامه: m.akbari@abru.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله:	متن چکیده
مقاله پژوهشی	
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۱۱	
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۵/۲۱	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۸	
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱	
	قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی با هدف سالم‌سازی فضای علمی پژوهشی کشور در سال ۱۳۹۶ به تصویب رسید. صرف‌نظر از ایرادهای وارده بر قانون ازجمله تمرکز بیشتر بر معلول (نه عامل جرم)، پرسش‌های دیگری نیز در خصوص مبانی جرم‌انگاری آن مطرح است و اینکه آیا در تدوین آن به مبانی و اصول جرم‌انگاری توجه شده است یا خیر؟ در واقع این پرسش مطرح است که رفتار تهیه‌کنندگان آثار علمی که با رضایت و گرفتن حق‌الزحمه، حاصل اندیشه خود را به دیگران ارائه می‌کنند با کدام یک از مبانی جرم‌انگاری همخوانی دارد؟ اگر مهم‌ترین مبانی جرم‌انگاری را اصل صدمه بدانیم، آیا این رفتار به چه منافع اساسی و حیاتی لطمه وارد می‌کند؟ افزون بر این رابطه جرم‌انگاری این رفتار با اصل بنیادین حق اشتغال و توسعه مرزهای دانش چگونه است؟ فرضیه مقاله آن است که گرچه تا حدودی می‌توان مبانی صدمه به فضای علمی پژوهشی را در جرم‌انگاری این قانون ملاحظه کرد ولی در مورد حق بنیادین اشتغال برای فارغ‌التحصیلان بیکار که بعضاً به تهیه آثار علمی برای دیگران مبادرت می‌کنند و نیز حق جامعه بر توسعه مرزهای دانش نمی‌توان دفاع قابل قبولی داشت. کلیدواژه‌ها: حق بنیادین اشتغال، آثار علمی تقلبی، مبانی جرم‌انگاری، اصل صدمه، توسعه علم.
	استناد: حیدریان دولت‌آبادی، محمدجواد و اکبری، محمود (۱۴۰۴). تحلیل مبانی جرم‌انگاری تقلب در تهیه آثار علمی؛ با تأکید بر حق بنیادین اشتغال و توسعه مرزهای دانش. <i>حقوق کسب و کار و سرمایه‌گذاری</i>، ۱(۱)، ۹۰-۱۰۴.
	http://doi.org/00000000000000000000000000000000
ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی.	© نویسندگان.

۱. مقدمه

به دنبال علنی شدن اوج گیری سفارش ها برای تهیه آثار علمی به خصوص پایان نامه کارشناسی ارشد و رساله دکتری و ایجاد دفاتری توسط تهیه کنندگان این آثار برای تسهیل این امر، سیاست گذاران جنایی کشور به فکر جرم انگاری این رفتار افتادند و نهایتاً با مداخله دو وزارتخانه علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی در سال ۱۳۹۶ به تصویب رسید. صرف نظر از ایرادات مبنایی که به این قانون وارد است؛ از جمله اینکه تنها به مقابله با تهیه کنندگان آثار علمی پرداخته و رفتار سفارش دهندگان این آثار را جرم انگاری (و نه تخلف انگاری) نکرده است، سؤال اساسی تر دیگری در ارتباط با مبانی جرم انگاری این قانون مطرح است. در نگاه نخست علت جرم انگاری این رفتار را باید سالم سازی فضای پژوهش و حمایت از صداقت علمی ارزیابی کرد. در واقع این قانون به دنبال سالم سازی فضای پژوهش و جلوگیری از رواج نوشتن رساله، پایان نامه و مقالات سفارشی است. رفتاری که برعکس سرقت های ادبی که همیشه یک طرف زیان دیده و ناراضی و شاکی است، هر دو طرف سفارش دهنده (مقتضی) و سفارش پذیرنده راضی هستند.

در مقام دغدغه مندی و تحلیل انتقادی^۱ نگارندگان بر مبنای تئوری کارکردی جرم مذکور، به این صورت سؤالاتی را به شرح ذیل می بایست بیان نمود؛ از جمله اینکه آیا در جرم انگاری این جرم، مبانی جرم انگاری رعایت شده است؟ آیا اصل صدمه، مدنظر بوده است؟ علاوه بر این، آیا اصل تولید علمی، پیشرفت کشور و توسعه دانش در همه رشته های حقوقی لحاظ شده است؟ به عبارتی سؤال اصلی این پژوهش عبارت از این بررسی خواهد بود که آیا: «این جرم انگاری صدمه به پیشرفت های علمی و حق بنیادین اشتغال می زند یا خیر؟»

مهم ترین مبانی جرم انگاری از منظر فایده گرایی و سزادهی، اصل صدمه به منافع اساسی و حیاتی است به این معنا که رفتاری شایسته جرم انگاری است که به منافع اساسی و حیاتی شهروندان صدمه وارد کند. با توجه به اینکه اصل صدمه و اخلاق گرایی قانونی بیشترین ارتباط را با جرم انگاری رفتار تقلب در تهیه آثار علمی دارند، در این مقاله به بررسی این دو می پردازیم.

۱-۱. ارزیابی مبانی صدمه در جرم انگاری تقلب در تهیه آثار علمی

در این قسمت، مطلوب خواهد بود که مختصری معیار کارکردی^۲ «اصل صدمه» تبیین گردد و در این راستا، به این سؤال اساسی پاسخ گویی نمود که: تقلب در آثار علمی، اساساً به چه منفعت اساسی و حیاتی شهروندان، صدمه می زده که مقنن مبادرت به جرم انگاری جرم مزبور نموده است؟ به بیان دیگر، تنها هدفی که به خاطر آن می توان بر عضوی از اعضای یک شهروند و برخلاف میل او، اعمال زور و قدرت کرد، جلوگیری از صدمه به دیگران است. از نظر تاریخی تأثیر اصل صدمه در جرم انگاری و تعیین مجازات غیرقابل انکار بوده و بی تردید برخی از آسیب های مادی همچون ایراد ضرب و جرح، قتل، تخریب و ربودن اموال مردم، تجاوز جنسی و غیره از مصادیق مسلم و بارز صدمه هستند. از جمله صدماتی که قابلیت جرم انگاری و مداخله کیفری دارند تعرضات نسبت به مصلحت حفظ و نگهداری چیزی که شخصی مستحق به داشتن آن است، جرائم علیه احساسات و صدمات موجود در برخی تعرضات علیه مصلحت دولت و آسیب های مربوط به رفاه جمعی است که شاید جرم انگاری جرم ما نحن فیه نیز در راستای فلسفه انگاری اخیرالذکر، گام برداشته شده است.

مقدمتاً باید گفت که فقدان صداقت علمی یکی از آسیب های جدی نظام های آموزشی و پژوهشی است که می تواند پایه های پژوهش و به تبع آن سایر حوزه های اجتماعی را متزلزل کند. رواج مدرک گرایی باعث شده است تا ناتوانان از پژوهش و در عین

^۱ Critical Thinking

^۲ Functional

حال عاشقان مدارک و مدارج علمی، افرادی را در جهت تهیه آثار علمی به خصوص پایان نامه کارشناسی ارشد، رساله دکتری و مقالات علمی پژوهشی به کار گیرند. از طرفی نیافتن شغل مناسب توسط برخی از فارغ التحصیلان با استعداد باعث شده تا این افراد هم در جهت کسب درآمد به امر نامطلوب تهیه این آثار برای دسته اول تشویق شوند. نیاز این افراد حتی باعث شده تا به تقاضای اشخاص حقوقی هم که برای تهیه آثار علمی تقلبی ایجاد شده اند، پاسخ مثبت دهند. به هر حال با توجه به عدم انگیزه افراد دسته دوم، مطالبی هم که نهایتاً به عنوان اثر علمی عرضه می شوند، مطالبی نیست که وصف پژوهش را داشته باشد و از سر رفع تکلیف و گرفتن پول است؛ زیرا غرض علمی در میان نیست و بر این اساس صرفاً گردآوری هایی بدون رعایت تخصص و بعضاً با سرقت های ادبی متعدد در قالب پایان نامه، رساله و مقاله عرضه می شود. افزون بر این کسانی که از این آثار تقلبی بهره مند می شود، عمدتاً افراد فاقد صلاحیت علمی هستند که نشانه صلاحیت آن ها همین اثر علمی تقلبی است! عوارض و اثرات قرار گرفتن افراد فاقد صلاحیت در جایگاهی که حقشان نیست و تصمیم و برنامه ریزی آن ها برای یک کشور و جمعیت بزرگ بر هیچ کس پوشیده نیست. بنابراین لازم است که با چنین پدیده ای به مقابله برخاست. قانون گذاران کشورهای مختلف تدابیر گوناگونی را برای پیش گیری و مقابله با چنین رفتارهایی اندیشیده اند که اعمال مجازات های اداری در قالب تخلفات صرفاً واجد وجه اداری و نه شمول قوانین عقوبات، بخشی از این تدابیر را تشکیل می دهد.

آگاهی نسبت به اینکه مرز دخالت کیفری در موضوع حاضر چیست، پرسشی است که در بحث از مبانی جرم انگاری به آن پرداخته خواهد شد؛ بنابراین آنچنان که دیگر محققان، ضرورت مداخله حداقلی حمایت کیفری را مفروض دانسته اند (فرجیها و علمداری، ۱۳۹۶: ۱۶۶-۱۶۷)، می توان در این زمینه بحث نیز این امر بدیهی را در وهله نخست با قاطعیت سخن راند. علاوه بر این گرچه اصل استقلال فردی را با هاله ای از ابهام مواجه می سازد (همان، ۱۶۸-۱۷۰)، با این حال، ایراد عمده در این رهگذر، فقدان مدل سازی و سازوکار منطقی^۱، توسط واضعان و حتی پیشنهاددهندگان آن است؛ بلکه صرفاً بر مبنای مصلحت سنجی و مفسده انگاری، آنچنان که به طور دقیق و مشخص در ادامه این نوشتار مورد کنکاش جدی واقع می گردد، مسئله را بغرنج می سازد تا آنجا که نگارندگان در حکمت مقنن کیفری، شک و تردید به خود راه می دهند؛ آنچنان که به نظر می رسد پروپاگانداری سیاسی، ژست مسئولان ذی ربط در کمیته های اخلاق در پژوهش و حتی اگر حسن ظن بیشتر داشته باشیم، تلاش برای اقدامات عملی در راستای ارتقای رنکینگ و معیارهای علمی دانشگاه های خود می باشد که فی المثل، چند مقاله Q1 و یا لااقل Q2 اسکوپوس دار به نام ایشان منتشر می شود؛ بنابراین با قاطعیت می توان گفت که ارزشمندی علم هرچند امری ذاتی و مطلوب است؛ اما در رویکرد و ابعاد عملی موضوع، دست خوش تنزلات بسیار حقیرانه حتی در قشر فرهیخته دانشگاهی می باشد. لذا پایه های اخلاق جاویدان (سبحانی تبریزی، ۱۳۶۵)، در قلمروی واقعیت امری ثابت نبوده و تغییرپذیر است. (پارسانیا، ۱۳۹۳: ۱۵).

بر این اساس، در راستای تبیین نهایی قسمت نخست این مقاله، نظر نگارندگان بر این نکته استوار است که این جرم انگاری با «اصل صدمه» به طور خاص همخوانی ندارد؛ چرا که در غیر این صورت، با ضمانت های اجرای دیگری از جمله ضمانت اجرای اداری، حفظ ارزش و کرامت انسانی، مطابقتی ندارد و اساساً نیازی به جرم انگاری نبوده است؛ در این راستا، در خاتمه باید تأکید بر مبنای اصولی اصل «اخلاق گرایی قانونی» نمود و صرفاً از این رهگذر، مسئله را قابل توجیه دانست. (ر.ک: پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۲۵-۵۲).

۲. تعارض اصل صدمه با اصل بنیادین حق اشتغال

^۱ Reasonable Mechanism

در این قسمت لازم است تا در سیر منطقی بحث، مختصری در خصوص اصل بنیادین حق اشتغال و جایگاه آن در زمره نسل‌های سه‌گانه حقوق بین‌الملل بشر نیز بحث و در انتها به تقابل واقعیت مذکور با جرم انگاری حاضر مباحث دقیقی اشاره گردد؛

۲-۱. حق بنیادین بر اشتغال

حق بر اشتغال^۱ از زمره حقوق موسوم به حقوق رفاهی یا حقوق بشری نسل دوم (حقوق مثبت^۲ و غیرخوداجرا^۳)، از منزلت بسیار رفیعی برخوردار است. ارزشمندی این حق به‌طور خاص، آنچنان می‌باشد که با اعمال و تضمین سایر حق‌های بشری پیوندی مقارن می‌دهد؛ البته این موضوع به یک امر بسیار بدیهی بازمی‌گردد و آن توجه به این نکته است که اشتغال و بیکاری همواره اهمیتی انکار نشدنی در مسائل اقتصادی، سیاسی و اجتماعی دارند که تحقق آن را با لزوم مواجه می‌سازد. با این اوصاف حق بر اشتغال از زمره حقوقی است که دولت و مردم در مورد آن‌ها هم تکلیف سلبی دارند، به این معنا که دولت و مردم نباید اشخاص را از انتخاب شغل مناسب خودشان محروم کنند و نمی‌توان اشخاص را از داشتن شغل و انتخاب شغل مناسب محروم کرد و هم آنکه تکلیف دولت در این مسئله یک تکلیف ایجابی نیز است و دولت باید شرایطی فراهم کند تا برای اشخاص شغل ایجاد شود؛ این حق به‌اندازه‌ای اهمیت دارد که در ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸^۴ و ماده ششم میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶^۵ نیز از آن سخن به میان آورده است. مضاف بر این در اسناد منطقه‌ای و قوانین اساسی کشورهای مختلف نیز این حق را مورد شناسایی قرار داده‌اند؛ برای مثال می‌توان به ماده ۱۳ اعلامیه اسلامی حقوق بشر، ماده ۱۴ اعلامیه آمریکایی حقوق و تکالیف انسان، بند ۱ (ماده ۱) منشور اجتماعی اروپا اشاره کرد. ماده ۱ مقوله‌نامه ۱۲۲ سازمان بین‌المللی کار، حق انسان به انتخاب آزادانه شغل را به رسمیت شناخته‌اند. آن ماده دولت‌ها را مکلف به اتخاذ سیاستی منسجم در زمینه اشتغال می‌کند که هدف از آن رسیدن به اشتغال کامل و مولدی است که آزادانه انتخاب شده باشد. توصیه‌نامه شماره ۱۳۶ سازمان پیرامون طرح‌های اشتغال جوانان نیز به تأمین حداکثر آزادی در انتخاب فعالیت که فرد بدان می‌پردازد اشاره کرده است. مدیرکل دفتر بین‌المللی کار نیز در گزارش سال ۲۰۰۹ این واقعیت را پذیرفته است که بر اساس اشاره صریح مقوله‌نامه شماره ۱۲۲ به «شغلی که آزادانه انتخاب شده باشد»، حتی اگر موقعیت‌هایی را که در آن فرد رضایت کامل نداشته، کار اجباری در نظر بگیریم، باید در پی راهکارهایی قانونی بود که این وضعیت را بهبود بخشید (سازمان جهانی کار، ۲۰۰۹: ۶).

۲-۲. ملاحظات داخلی در باب حق بر اشتغال

در قانون اساسی به‌عنوان قانون مادر نیز به مسئله آزادی در انتخاب شغل اشاره شده است؛ اصل بیست و هشتم قانون اساسی اشعار می‌دارد که: «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد کند». همان‌طور ملاحظه می‌شود، هر کس حق دارد شغل مورد علاقه خویش را انتخاب کند و البته در همین جا باید خاطر نشان کرد اصولاً حقوق به‌صورت مطلق امکان ایفاء ندارد؛ خصوصاً که در این اصل اساسی، از سه منظر

^۱ Labor Right

^۲ Positive

^۳ Non Executive

^۴ این ماده اشعار می‌کند: «هر کس حق دارد کار کند، کار خود را آزادانه انتخاب کند، شرایط منصفانه و رضایت‌بخشی برای کار خواستار باشد و در مقابل بیکاری مورد حمایت قرار گیرد».

^۵ این ماده بیان می‌دارد: «کشورهای طرف این میثاق حق کارکردن را که شامل حق هر کس است به اینکه فرصت یابد به‌وسیله و کاری که آزادانه انتخاب یا قبول می‌کند، معاش خود را تأمین کند، به رسمیت می‌شناسند و اقدامات مقتضی را برای حفظ این حق معمول خواهند داشت».

^۶ International Labour Organization (ILO)

تخصیص زده شده است؛ بحث مشاغلی که مخالف اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران باشند. در یک ارزیابی بسیار کلی در خصوص موضوع پژوهش حاضر «تقلب علمی»، اگر که آن به مثابه یک شغل، حرفه، کسب و پیشه تلقی شود و فارغ از آن که ابتدا به ساکن از حسن و قبح ذاتی آن سخن برانیم، می توان گفت که با عنایت به قواعد اسلامی مانند احترام عمل شخص مسلمان ذیل تئوری اصیل اسلامی مورد اتفاق بنیان گذار جمهوری اسلامی^۱ «زکات العلم نشرها» و ملاحظات انسانی، لا اقل نمی توان مدعی مخالف بین بودن شرع نسبت به این موضوع حکم نمود؛ علاوه بر این اگر که موضوع مالکیت فکری و ملاحظات سرقت ادبی، به طور خاص مراعات گردد، سخن گفتن از حقوق ثالث بی مفهوم خواهد بود. تنها دلیل متقنی را که می توان در این باب از اصل ۲۸، استخراج نمود تعارض این موضوع با مسئله مصلحت عمومی است؛ بایستی اشاره کرد که مفهوم مصلحت، به اعتراف قاطبه فقها، دائر مدار مفسده و عدم مفسده می باشد و اگر که بتوان در چارچوب های حقوق بشری سازگاری آن را با منفعت عمومی^۲ اثبات نمود؛ در این صورت این تعارض به عنوان یک تعارض مستقر مطرح نخواهد بود؛ بلکه بر اساس قاعده «الجمع مهما و امکن اولی من الطرح» عقل حکم می نماید که در شرایطی که اوضاع اقتصادی کشور در وضعیت بسیار نابسامان و پیش بینی نشده ای قرار دارد، افرادی که بهره ای از تخصص در نگارش آثار علمی در تمامی قالب های شناخته شده دارند، بتوانند به عنوان یک شغل اولیه و نه ثانویه، از این ظرفیت بهره مند شود و این سؤال اساسی شکل می گیرد که آیا حق بر معیشت که ثمره حق بر اشتغال است، با این مقرر انگاری در باب جرم زایی مفهوم تقلب علمی که مخاطب اصلی آن تهیه کنندگان این آثار و نه سفارش دهندگان می باشند، به فراموشی سپرده شده است و یا عاصداً و از روی همان معیار «مصلحت» (عدم مراعات اخلاق پژوهشی، بی سواد و مولد نبودن آثار علمی و ...) چنین رویکردی اتخاذ شده است؟

۲-۳. مجرای حق بر اشتغال در تهیه آثار علمی

در مبانی نظری این موضوع اگر قصد تعمیق داشته باشیم باید اظهار نماییم که وقتی گفته می شود که فرد باید شغلی داشته باشد که آن را آزادانه انتخاب کرده باشد، نخستین برداشت این است که نمی توان کسی را به انجام کار مشخصی وادار کرد و اجبار فرد به انجام کاری به وسیله زور یا تهدید و برخلاف میل او با آزادی انتخاب مغایر است. با این حال در این برداشت سطحی، نخستین نتیجه اصل انتخاب آزادانه شغل، «منع کار اجباری» مدنظر می باشد؛ اما توجه به متن ماده ۶ میثاق و اطلاق آن در این که فرد باید شغل خود را آزادانه انتخاب یا قبول کرده باشد، مانع محدود کردن این مفهوم به منع کار اجباری خواهد بود؛ به عبارت دیگر وقتی صحبت از این موضوع می شود که هر کس باید آزاد باشد شغل خود را برگزیند، نه تنها هیچ کس نباید با زور یا تهدید به کاری واداشته شود (برداشت حداقلی) بلکه باید آزاد باشد که به هر شغلی که می خواهد و در انجام آن توانمند است (برداشت حداکثری)، بپردازد. (سی.آر. کریون، ۱۳۸۷: ۹۸) و مفید این ادعا، اصل اثر مفید^۳ در ساحت عالم اعتبار، ثبوت و پزیتویسم حقوقی، همین است و هر برداشت دیگری خلاف «اصل انصاف»^۴ و «حسن نیت»^۵ است. گفتنی است که انصاف مدنظر

^۱ پر واضح است که مسئله حقوق مالکیت فکری، رهنمون تبادلات با حقوق بین الملل و مقررات خاص سازمان جهانی تجارت WTO در باب معاهداتی مانند «تربیس» می باشد و لا اقل نمی توان ادعا نمود که این مسائل ریشه در حقوق بومی و خصوصی دارند.

^۲ Public Interest

^۳ The Fullest of Meaning

این اصل در قضیه کانال کورفو (۱۹۴۹) توسط دیوان بین المللی دادگستری (ICJ) برای نخستین بار تصریح شده و علاوه بر آن در دهه ۸۰ میلادی نیز به وسیله کارشناس کمیسیون حقوق بین الملل (ILC)، «فیتس موریس» در اصول شش گانه تفسیری، در اصل چهارم، با عنوان: «اصل اثر مفید» همین ادعا را داشته است؛ بنابراین استفاده حداقلی از مراد مقنن و بلکه تفسیر حداقلی، حرکتی ارتجاعی محسوب می شود.

^۴ Equity

^۵ Good Faith

نگارندگان در اینجا، هم «انصاف نتیجه گرا»^۱ و هم «انصاف اصلاح گرا»^۲ است (تمرکز بر رویه متقدم و اخیر از ۱۹۹۲ در خصوص تعیین شاخص‌ها در حقوق بین الملل).

نگارندگان خود نیز می‌توانند آن روی سکه مصلحت را پیش روی جامعه حقوقی به معرض دید بگذارند؛ به این ترتیب که در شرایط کنونی وضعیت اشتغال کشور، وضعیت مناسبی ارزیابی نمی‌شود و خیل کثیری از نیروی کار و متخصصان، جذب بیش از حد دانشجویان در رشته‌های مختلف (در صدر همه گرایش‌ها، رشته حقوق) و همچنین عدم وجود امنیت شغلی مناسب و ثبات شغلی و در نهایت مشاهده مشاغل مانند کولبری و قاچاق‌های خرد در شهرهای مرزی، قاچاق بنزین، اشتغال به تجارت مواد مخدر، تجارت زیرزمینی پوشاک و مواد خوراکی و بسیاری از امور دیگر، نشان از این امر دارد که باید در جهت حمایت از حق بر اشتغال گام‌های اساسی برداشت و با حمایت‌های حقوقی و پیش‌بینی راه‌کارهای قانونی، مشکلات پیش روی نسل جوان را کاهش دهیم؛ (نادری، ۱۳۸۵: ۴۴)؛ نه آن خود با جرم انگاری، مسئله را بیش از پیش بغرنج نماییم.

۳. تعارض اصل صدمه با اصل توسعه‌ی مرزهای دانش

در قسمت نهایی تحلیل یافته‌های پژوهش، بایستی این موضوع را مطرح کرد که آن چیزی که مهم است توسعه دانش و درنوردیدن قله‌های پیشرفت علمی است. حال چه تفاوتی می‌کند که دانشجویی با فکر خودش دنیا را به این قله برساند یا مثلاً با فکر دانشمندی که مقاله یا پایان‌نامه را برای او نگاشته است، این هدف مهم شود. توسعه مرزهای دانش در هر لحظه و ضرورت به روز شدن هر لحظه اساتید که متأسفانه در اکثریت قریب به اتفاق این موارد بسته به مشغولیت‌های اجرایی و آموزشی همین قشر، ایفای تعهد قابل‌تقدیری به وظیفه ایشان به‌موجب قوانین ارتقاء، تبدیل وضعیت و یا حتی ترفیع سالیانه دفتر نظارت و ارزیابی و برنامه‌ریزی درسی خود مؤسسات آموزشی ملاحظه نمی‌گردد. این چه انتظاری است که اکنون که در نسل چهارم دانشگاه‌ها هستیم که برون داد آن پول‌ساز بودن پایان‌نامه‌ها و رساله‌های دکتری است، با مقرره‌های نارسا که مثل جرم انگاری استعمال ماهواره در دهه‌های اخیر و یا حتی ضرورت پوشیدن دامن در منطقه‌ای خاص از پاریس^۳، عملاً از سال ۲۰۱۳ به همین صورت خطی، متروک و بلااستفاده بوده و معیارهای دوگانه درس سزاده‌ی (حقوق جزای عمومی ۳) را نیز مبتنی بر یافته‌های منبعث از واقعیت، در بر ندارد؛ بلی این گزاره بسیار متین و صحیح است که می‌بایست از علوم تجربی و یا الهیات محض عبور کرد و با گذار از نسل سوم، دخالت‌های غیرمتخصصان به واسطه جنبش‌های پروتستان در اروپا، مورد مقبولیت افکار عمومی قرار داد، اما متأسفانه عقل عرفی، در موارد بسیاری به حالت «قطع» اصولی دست نمی‌یابد و به بیراهه رفته؛ مثال بارز آن همین پرتاب سنگ در چاه جهالت دانش است که عقلای علوم را با سردرگمی مواجه ساخته است؛ بنابراین الگوی قابل‌ارائه در این رهگذر در باب مبانی این تئوری، به‌صورت مدل بندی زیر قابل‌ارائه است:

۳-۱. مسئولیت مشترک ما؛ جهانی انسانی‌تر

اظهار شده است که همه نحل‌های فکری و مکاتب فلسفی، تحدید آزادی را برای تأمین و تضمین بقای خود آزادی فردی و نیز امکان حیات و زندگی اجتماعی مورد پذیرش قرار داده‌اند؛ ولی با این تفاوت که در تعیین حد آزادی، در نوع قدرت تهدیدکننده آزادی و مشروعیت^۴ آن و همچنین چگونگی شکل‌گیری آن اختلاف‌نظر اساسی وجود داشته است. (محمودی جانکی، ۱۳۸۶: ش ۱/۱۱۸)

^۱ Outcome Equity

^۲ Reform Equity

^۳ کلیسای نوتردام پارس.

^۴ Legality

بدین ترتیب هر جامعه با توجه به ریشه‌های ساختاری و تکوینی خویش و مبانی مشروعیت بخش به اقدام دولتی در ایجاد محدودیت برای آزادی فردی، اصولی را در به‌کارگیری این محدودیت‌ها مدنظر قرار می‌دهد. اینکه این اصول کدام‌اند، اتفاق نظر وجود ندارد، اما در سنت فلسفی و حقوقی غربی یکی از مهم‌ترین اصولی که از آنها با عنوان «اصول محدودکننده آزادی» و «اصول مشروعیت بخش اجبار» یاد می‌شود، «اصل لاضرر و لاضرار فی الاسلام» است که در بسیاری از نظام‌های حقوقی، مبنایی معقول برای تحدید آزادی فردی و امکان مداخله قدرت عمومی و نه لزوماً اقدام کیفری پذیرفته شده است (محمودی جانکی، ۱۳۸۶: ۲۱).

اصل مذکور که به‌طور تفصیلی از آن در جای خود یاد شده، به همان اصل صدمه نیز شهرت دارد و در ساحت فقه اسلامی^۱ به «قاعده لاضرر» معروف است (محقق داماد، ۱۳۹۷: ۱۵۱).^۲

اصل دیگری که سرلوحه عمل دولت‌ها در ایجاد محدودیت برای آزادی‌های فردی می‌باشد، «اصل امنیت» است (محمودی جانکی، ۱۳۸۲: ش ۸/ ۱۷۱) که به بهانه آن شکل سنتی که صرفاً در حفظ تمامیت ارضی و حیات خلاصه می‌شد تا شکل جدید و امروزی مستمسکی در دست حکومت‌ها برای تعیین قلمرو اقتدار خویش بوده است. (ر.ک: جانی پور کرم و معروفی مختار، ۱۳۹۲: ش ۶).

در این راستا تبیین مفهوم «مسئولیت مشترک»^۳ ضروری است؛ مشارکت عاملان متعدد در نتیجه زیان‌بار واحد می‌تواند یا ناشی از افعال متخلفانه جداگانه یا ناشی از یک فعل متخلفانه واحد باشد. در وضعیت نخست، چند عامل برای چند فعل متخلفانه که منجر به یک زیان می‌شود، مسئول هستند. رابطه سببیت، در محدودیت و توزیع تعهد ثانویه ناشی از افعال متخلفانه جداگانه، نقش اصلی ایفا می‌کند (نولکاامپر^۴، ۲۰۱۱: ۳۷؛ فرهادینا و هنجنی، ۱۳۹۶). در حالتی که چند فعل متخلفانه، هریک ارتباط سببی با زیانی دارد که هدف ادعای جبران خسارت است، کدام یک از موجودیت‌های متخلف باید غرامت بدهد؟ این امر مستلزم درک رابطه بین اسباب متعدد است (فرهادینا و هنجنی، ۱۳۹۶). سؤال اصلی این است که در صورت جمع بودن دیگر شرایط مسئولیت، مسئولیت جبران زیان وارده با توجه به تعدد مسببان زیان، به چه نحو تعیین و تقسیم می‌شود؟ اصل کلی در حقوق بین‌الملل که در حوزه حقوق موضوعه^۵ نیز راه یافته و یک امر مطلوب، آرمانی و انتزاعی صرف نیست، نیز مسئول این است که هر تابع حقوق بین‌الملل، جداگانه با توجه به میزان اهمیت رابطه سببی بین فعل متخلفانه‌اش و زیان کلی، مسئولیت دارد. از آنجا که وحدت نتیجه زیان‌بار، امری صرفاً صوری است، مشارکت هر دولت یا سازمان متخلف باید با توجه به اثر واقعی فعل متخلفانه ارتكابی آن دولت یا سازمان بین‌المللی بر زیان کلی در نظر گرفته می‌شود (دارجنت^۶، ۲۰۱۴: ۲۲۴). (تأکید بر اقدامات نیروهای حافظ صلح).

با این اوصاف روشن شد که ماهیت مسئولیت مشترک که ناشی از همکاری میان عاملان مختلف در ارتكاب فعل متخلفانه است، توزیع مسئولیت فی‌مابین آن‌ها را توجیه می‌کند. علیرغم اهمیت بالای مسائل مربوط به توزیع مسئولیت مشترک بین‌المللی، مواد هر دو طرح مسئولیت در این خصوص ساکت است و رویه قضایی بین‌المللی نیز راه‌حل مشخصی ارائه نمی‌دهد. رابطه سببیت به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای توزیع مسئولیت مشترک بین‌المللی مستلزم بررسی و تحلیل این معیار در وضعیت‌های

^۱ Islamic Jurisprudence

^۲ با این تفاوت که دامنه به‌کارگیری آن محدودتر از اصل صدمه در قرائت لیبرالیستی از آن است. علاوه بر اینکه موارد به‌کارگیری قاعده لاضرر در فقه اسلامی در حقوق خصوصی متعین شده است، در حالی که مبنای هنجاری این اصل فراخ‌تر از حوزه حقوق خصوصی است و در امور کیفری هم می‌توان بدان متوسل شد.

^۳ Share Responsibility

^۴ Nollkaemper

^۵ Lex Lata

^۶ D'argent

مختلف مسئولیت مشترک است که با توجه به روابط میان افعال متخلفانه متعدد در چارچوب نظریه‌هایی مانند «اسباب مرکب» یا «اسباب تکمیلی» قابل بررسی است. در این چارچوب، راه‌حلی برای این وضعیت‌ها ارائه داده‌اند. توزیع و اختصاص مسئولیت جبران خسارت به اوضاع و احوال و شرایط هر پرونده واگذار شده است؛ اما این پراکندگی و اختلاف رویکرد محاکم، حاصلی جز تضییع حقوق زیان دیدگان یا توزیع ناعادلانه جبران خسارت میان عاملان مسئولیت مشترک در پی نخواهد داشت؛ لذا با توجه به افزایش همکاری‌های بین‌المللی و به دنبال آن، رشد فزاینده رسیدگی قضایی به این پرونده‌ها، چاره‌ای جز تدوین اصول مشخص توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل یا شکل‌گیری رویه قضایی منسجم و از رهگذر آن، تدوین قواعد عرفی بین‌المللی در خصوص موضوع توزیع یا اختصاص مسئولیت جبران خسارت نیست (ضیائی بیگدلی و ترازوی، ۱۳۹۹: ۴۵-۴۶).

این موارد در حقوق بومی ما نیز برای همسان شدن با نظم بین‌المللی، می‌بایست جای پای خود را پیدا نماید. با بررسی بعد دیگر موضوع در ساحت عنوان بعدی، می‌توان ادعا نمود که مسئله را به تمامه، جامع و کامل بررسی شده است:

۴. اخلاق‌گرایی قانونی

یکی از رویکردهای بحث‌برانگیز در فلسفه حقوق و جرم‌انگاری است که بر این باور است دولت، با پشتوانه ابزار کیفری، مجاز است نه تنها از نظم عمومی و امنیت اجتماعی حمایت کند، بلکه از اخلاق عمومی نیز پاسداری نماید. این دیدگاه محل جدال همیشگی میان اخلاق‌گرایان (مدافعان حقوق طبیعی) و پوزیتیویست‌ها که اعتبار حقوق را بر پایه اراده جمعی و قوانین وضعی تعریف می‌کنند بوده است. چنان‌که فروغی (۱۳۸۳: ۳۸) بیان می‌کند، این کشمکش یک جدال پایان‌ناپذیر واقع‌گرایانه در حوزه فلسفه حقوق است.

در کنار دو اصل بنیادین ضرر و امنیت که پیش‌تر بررسی شد، اخلاق‌گرایی قانونی دیدگاهی متفاوت ارائه می‌دهد؛ در این رویکرد، معیار تحلیل، بازتاب اخلاق در رفتارهای واقعی مردم و چگونگی نقض آن در عمل است. به بیان دیگر، قانون‌گذار در این نگرش، صرفاً به پیشگیری از ضرر فیزیکی یا اخلاق در امنیت بسنده نمی‌کند، بلکه پاسداری از ارزش‌های اخلاقی جامعه را نیز هدف می‌گیرد.

نمونه بارز این دیدگاه را می‌توان در جرم‌انگاری تقلب علمی مشاهده کرد. این اقدام نه صرفاً به دلیل ایجاد ضرر مادی، بلکه به دلیل لطمه به پیوند میان ارزش ذاتی علم و اخلاق صورت می‌گیرد. در اندیشه حقوق طبیعی و فطری، علم و اخلاق پیوندی ناگسستنی دارند، اما با غلبه رویکرد پوزیتیویستی در دوران مدرن، این پیوند به اذعان بسیاری از حقوقدانان تا حدی کمرنگ شده است.

مشکل زمانی بروز می‌کند که چنان‌که وکیو (۱۳۸۶: ۴۷) اشاره می‌کند علم ممکن است عملی را توصیه یا تجویز کند که نظام حقوقی، ممنوع دانسته است. این تعارض، بحثی فلسفی را شکل می‌دهد: اگر عملی بر اساس اصول اخلاقی پذیرفته باشد، چرا باید فرد دیگری حق ممانعت از انجام آن را داشته باشد؟ (همان، ۳۴) این پرسش در قلب مناقشه اخلاق‌گرایی قانونی قرار دارد.

طرفداران اخلاق‌گرایی قانونی معتقدند حمایت از اخلاق عمومی و سلامت اخلاقی جامعه نه تنها یکی از وظایف دولت است، بلکه حتی می‌تواند اصلی‌ترین هدف حقوق کیفری باشد (ر.ک: محمودی جانکی، ۱۳۸۲؛ جانی‌پور و معروفی، ۱۳۹۲). آنان بر این باورند که نهاد قانون باید در برابر تهدیدهای اخلاقی حتی اگر پیامد مادی مستقیم نداشته باشند - واکنش نشان دهد، چرا که فرسایش اخلاق عمومی در نهایت به آسیب‌های اجتماعی و فروپاشی اعتماد عمومی می‌انجامد.

در این راستا، سزار بکاربا حقوقدان و متفکر ایتالیایی دیدگاهی متمایز ارائه می‌دهد و بیان می‌کند که مردم، برای بسیاری از تخلفاتی که به آنان آسیب مستقیم نمی‌زند، اهمیت چندانی قائل نیستند، مگر آنکه این تخلفات به حدی باشد که «نفرت عمومی» را برانگیزد (بکاریا، ۱۳۸۶: ۱۰۷). این بیان، پرسشی بنیادین را پیش می‌کشد: آیا باید تنها به سراغ رفتارهایی رفت که حساسیت جمعی را تحریک می‌کنند، یا آنکه قانون باید به‌طور پیش‌گیرانه از بروز فساد اخلاقی جلوگیری نماید؟

از این منظر، وقتی به حوزه علم و آموزش عالی بازمی‌گردیم، موضوعی مانند توسعه علم و دانش و حتی تئوری‌های اقتصادی مبنی بر ثروت‌زایی پایان‌نامه‌ها و رساله‌ها، رنگ و بویی تازه می‌گیرد. تخلفاتی چون خرید و فروش پایان‌نامه، جعل داده یا سرقت علمی، نه تنها نقض قواعد دانشگاهی، بلکه حمله‌ای مستقیم به بنیان اعتماد علمی و ارزش اخلاقی دانش محسوب می‌شوند؛ بنابراین، اخلاق‌گرایی قانونی استدلال می‌کند که جرم‌انگاری چنین رفتارهایی یک ضرورت است، زیرا از یک سو پاسدار حیثیت علم و از سوی دیگر حافظ اخلاق عمومی در جامعه علمی است.

به این ترتیب، اخلاق‌گرایی قانونی در مقام یک رویکرد نظری، پل میان فلسفه اخلاق و حقوق کیفری را برقرار می‌سازد و بر این اصل پای می‌فشارد که قانون، نه تنها باید نظم و امنیت را حفظ کند، بلکه مأموریت ذاتی در صیانت از ارزش‌های اخلاقی نیز دارد، حتی اگر این ارزش‌ها در نگاه نخست، صرفاً جنبه غیرمادی داشته باشند.

۵. یافته‌ها

بنابراین به‌عنوان پیشنهاد نهایی این پژوهش، باید متذکر شد که نگارندگان بر این باور هستند که جرم انگاری تقلب در تهیه آثار علمی (۱۳۹۶)، چه بسا امری لازم و ضروری نبوده است؛ و صرفاً تخلف انگاری اداری، کفایت تامی می‌نمود؛ مؤید این ادعا به شرح فوق، دائر مدار این مسئله است که در جرم انگاری، رفتار سفارش‌دهندگان یا مباشرین معنوی جرم انگاری نشده و رها کردن آن‌ها و مته به خش خاش زدن حق بنیادین اشتغال چندین فارغ‌التحصیل بیکار مدارج عالی‌ه آن هم با نهایت تخصص و تعهدی که اکثریت این جمع، قاعدتاً برخوردار از آن هستند؛ ضمن اینکه باید توجه نمود سفارش‌دهنده‌ای که فرصت، انگیزه و یا حتی متأسفانه ظرفیت شخصی چنین اقداماتی را ندارد، با طوع خاطر برای آنکه دیگر در قالب عقد خصوصی محترم در ماده ۱۰ قانون مدنی، برایش چنین می‌نماید، هیچ‌گاه مخالفتی نداشته و حتی قیمت سفارش‌پذیر را از صمیم جان و بلکه برای تسریع، بیش از میزان توافقی، تقدیم می‌کند تا بتواند دهان مؤسسات رو به تزاید کنونی وابسته خود را ببندد؛ بنابراین سخن بر سر یک قرارداد خصوصی (اجاره اشخاص و یا با مسامحه جعاله) است و مداخله حاکمیت اساساً از نظر عقل عرفی، نیز فضولی بی‌مورد است! سخن پایانی که تأییدیه بر این مطالب است؛ سخن مرحوم کی‌نیا می‌باشد که فرمودند: «باید با عامل یا علت مبارزه کرد؛ نه با معلول آن».

به بیان آخر، آنچه مهم است تقلب عملی است و نه علمی؛ چرا که شعب دادگاه فرانسه هم خانم دوبوفرمون را که تقلب نسبت به «قانون تابعیت» و عدول از مسیحیت کاتولیک داشت، به واسطه رفتار وی و نه ذهن خلاق و سرشار از استعداد وی، محکوم نمودند و تابعیت آلمانی آن را سلب؛ به این معنی که رویکرد مقنن در این بحث نیز هم و کاملاً ذهنی بوده و اثرات عینی آن به مراتب کمتر است. نکته پایانی آن است که با تنقیح مناط از حکم مربوط به تخلف «تقلب در برگزاری آزمون‌های پایان‌ترم» در آیین‌نامه انضباطی مصوب مرداد ۱۳۹۸ (معاونان دانشجویی وزارت علوم و وزارت بهداشت) - که متأخر بر جرم‌انگاری سال ۱۳۹۶ است - می‌تواند برای وجه تخلف انگاری آن مددگر باشد؛ مگر اینکه وصف متقلبانه بودن به شکل سراسری، یا سیستماتیک و سازمان یافته صورت گیرد که با الهام از جرم انگاری تقلب در آزمون‌های سراسری می‌توان با ملحوظ دانستن شدت و هنجار شکنانه بودن وصف مزبور، واکنش کیفری را منطقی دانست.

این مقاله تمرکز خود را بر موارد زیر قرار داده است:

۱. تعریف دقیق تقلب علمی

در این پژوهش، تقلب علمی به معنای هرگونه تولید، ارائه یا انتساب نادرست آثار علمی به خود، بدون مشارکت واقعی در تولید دانش تعریف می‌شود. این تعریف، مواردی همچون سرقت ادبی، جعل داده، خرید و فروش پایان‌نامه، تولید سفارش‌محور آثار علمی برای دیگران را شامل می‌شود. در مقابل، مشاوره علمی یا ویرایش تخصصی که به ارتقاء کیفیت پژوهش کمک می‌کند، در صورتی که تولید کامل اثر توسط شخص ثالث انجام نشود، مصداق تقلب محسوب نمی‌گردد. این تمایز در بحث‌های نظری و حقوقی اهمیت کلیدی دارد.

۲. پیوند اخلاق‌گرایی قانونی با صداقت علمی

هرچند مقاله به اخلاق‌گرایی قانونی پرداخته است، اما باید تصریح شود که ارزش ذاتی صداقت علمی نه‌فقط یک الزام حرفه‌ای، بلکه اساس اعتماد عمومی به‌نظام دانشگاهی و پژوهشی است. تقلب علمی مستقیماً این اعتماد را فرسوده و سرمایه اجتماعی حوزه علم را تهدید می‌کند؛ ازاین‌رو جرم‌انگاری آن، علاوه بر جنبه حقوقی، یک ضرورت اخلاقی- فرهنگی نیز هست.

۳. ضرورت راهکارهای غیر کیفری در کنار جرم‌انگاری

هدف این مقاله صرفاً تأکید بر جرم‌انگاری نیست، بلکه پیشنهاد می‌شود این سیاست کیفری با راهکارهای مکمل همراه شود، از جمله: اصلاح نظام ارزیابی علمی در دانشگاه‌ها، مقابله با مدرک‌گرایی و ارتقاء فرهنگ کیفیت محور در آموزش عالی، حمایت مادی و معنوی از پژوهشگران واقعی، ایجاد بانک اطلاعاتی برای شناسایی و رصد آثار علمی معتبر، بررسی جایگزین‌هایی مانند تخلف اداری به‌جای جرم کیفری نیز بخشی از سیاست جنایی افتراقی است که نیازمند تحلیل بیشتر می‌باشد، اما نفی کامل جرم‌انگاری بدون ارائه ابزار جایگزین مؤثر، منطقی نخواهد بود.

۴. تعادل میان حق اشتغال و حق جامعه به دانش واقعی

حق اشتغال یک حق بنیادین است، اما این حق نمی‌تواند بهانه‌ای برای تخریب نظام علمی و کاهش کیفیت آموزش عالی باشد. جامعه نیز حقی اساسی برای دسترسی به دانش اصیل و معتبر دارد. تعارض میان این دو حق باید با رویکردی متوازن و مبتنی بر حفظ منافع عمومی حل شود، به‌گونه‌ای که هم فرصت‌های شغلی سالم ایجاد شود و هم سلامت علمی کشور حفظ گردد. بر این اساس، جرم‌انگاری تقلب علمی در چارچوب تعریف شفاف، تمایزگذاری دقیق و همراهی با سیاست‌های فرهنگی و آموزشی نه‌تنها با اصول اخلاق‌گرایی قانونی سازگار است، بلکه ضرورتی برای صیانت از اعتماد عمومی و اعتبار نظام علمی محسوب می‌شود.

۶. نتیجه‌گیری

در سال‌های اخیر بازار تهیه و تدوین آثار علمی پژوهشی مانند پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رساله دکتری و مقاله بنا به سفارش دیگران و به‌قصد انتفاع رواج یافته است. مقنن در جهت مقابله با این پدیده قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی را در تاریخ ۱۳۹۶/۰۶/۰۸ تصویب کرد. مقصود اصلی قانون‌گذار از جرم‌انگاری تهیه متقلبانه آثار علمی و هنری، مبارزه با مشاغل کاذبی که در حوزه فعالیت‌های علمی و هنری به وجود آمده، بوده است. بر همین اساس مقنن تمرکز اصلی خود را بر مقابله با

تهیه‌کنندگان یعنی سفارش‌پذیرندگان تهیه آثار علمی تقلبی قرار داده و از جرم‌انگاری صریح رفتار سفارش‌دهندگان خودداری کرده است و این امری است که غرض مقنن مبنی بر مقابله با ریشه جرم را نقض می‌کند؛ زیرا تا سفارش‌دهنده‌ای باشد، جرم موجود است و حداکثر آن است که جرمی که تا قبل از تصویب این قانون به صورت تبلیغات فراوان و به صورت مشهود واقع می‌شد، در خفا صورت می‌گیرد. ممکن است تصور شود که علت عدم ورود مقنن به مقابله با سفارش‌دهندگان آن بوده است که رفتار آنها می‌تواند مصداقی از سرقت ادبی باشد که این تصور درست نیست زیرا تهیه‌کننده با طیب خاطر و در مقابل پولی که اخذ می‌کند آثار علمی تهیه شده را در اختیار سفارش‌دهنده قرار می‌دهد. به عبارت دیگر در جرم تقلب در تهیه آثار علمی، هر دو طرف سفارش‌دهنده و پذیرنده، از رضایت لازم برخوردار هستند؛ درحالی که در سرقت ادبی، یک طرف ناراضی و شاکی است. علاوه بر این، جرم سرقت ادبی از جرائم قابل گذشت است ولی این جرم با توجه به اهمیت سالم بودن فضای پژوهش و تحقیق که می‌تواند زیربنای قانون‌گذاری و سیاست‌گذاری در عرصه‌های مختلف اجتماعی باشد، از زمره جرائم غیرقابل گذشت بوده و شروع و ادامه تعقیب آن نیاز به شکایت شاکی خصوصی ندارد. بدین ترتیب تحقق سرقت ادبی نسبت به رفتار سفارش‌دهنده که می‌تواند دانشجوی کارشناسی ارشد، دکتری، عضو هیأت علمی، کارمند اداری یا طلبه باشد، منتفی است. با این حال مقنن در برخوردی ضعیف رفتار سفارش‌پذیرنده را واجد «تخلف انتظامی» که تنها دارای مجازات اداری است، دانسته است.

به‌عنوان ثمره مستقیم این بحث نظری باید اشعار نمود که آنچنان که از صراحت اسناد یادشده و حتی مقرر اساسی اصل ۲۸، استنباط می‌گردد که نه تنها فرد نباید در اشتغال به کار خاصی مجبور باشد، بلکه باید آزاد باشد تا شغل خود را برگزیند. آزادی فرد در انتخاب شغل نمودی از کرامت بشری او است. اقتضای شأن و کرامت انسان آن است که فرصت یابد زندگی خود را مصروف اموری نماید که با اراده آزاد آن را برگزیده است؛ بنابراین چنانچه کسی به دلیل فشارهای اقتصادی و ناتوانی در تأمین نیازهای اولیه انسانی خود و خانواده خویش مجبور شود به کاری تن دهد، آزادی او خدشه‌دار گردیده است که البته مسئله گرایش به تدوین آثار علمی به واسطه شخصی غیر از ذینفع نیز در این رهگذر بسیار قابل تأمل است. می‌توان ادعا نمود که بروز این وضعیت، در درجه نخست متوجه حاکمیت دولتی در این خصوص است؛ چرا که دولت متعهد است در راه تضمین و تحقق این آزادی حتی‌الامکان^۱ بکوشد. با عنایت به مبانی نظری حق بر اشتغال بایستی اذعان کرد که این تعهد را می‌توان در سه ساحت تعهد به احترام^۲ و حمایت^۳ و تضمین^۴ در نظر گرفت. ناگفته بسیار پر واضح است که نمی‌توان از دولت‌ها انتظار داشت برای هر فرد شغلی را دقیقاً مطابق با خواسته‌هایش ایجاد کند، ولیکن، نیک می‌توان انتظار داشت برنامه‌ریزی و سیاست‌گذاری‌ها به گونه‌ای اشد که اشخاص حتی‌الامکان نزدیک‌ترین انتخاب به خواست خود را داشته باشند و برای تأمین نیازهای اولیه خود مجبور نباشند به هر کاری تن دهد و در خم یک کوچه باقی بمانند. زیرا انسان زمانی با شور و اشتیاق به کاری می‌پردازد که آن را به صورت داوطلبانه انتخاب کرده باشد، و جامعه نیز از تنوع توانایی‌ها و استعدادهای شهروندان خود بیشترین بهره را می‌برد. با توجه به این مصلحت، می‌توان تا حدی در مقرره‌ی ممنوعیت دریافت سفارش برای تدوین آثار علمی تردید وارد کرد و آن را مورد نقد قرار داد.

^۱ Due Diligence^۲ Respect^۳ Protect^۴ Ensure

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

منابع

- بکاریا، چزاره (۱۳۸۶). رساله جرائم و مجازات‌ها. ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ پنجم، تهران: میزان.
- پارسانیا، حمید (۱۳۹۳). جامعه‌شناسی سال سوم نظام قدیم آموزش متوسطه. تهران: دفتر برنامه‌ریزی درسی وزارت آموزش و پرورش.
- پوربافرانی، حسن (۱۳۹۲). بایدها و نبایدهای جرم انگاری در حقوق کیفری ایران. مجلس و راهبرد، ۲۰(۷۵)، ۲۵-۵۲.
- پوربافرانی، حسن (۱۳۹۷). حقوق جزای عمومی (مجرم و مسئولیت کیفری). چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- جانی پور، کرم و معروفی، مختار (۱۳۹۲). تحلیلی در لزوم جرم انگاری پولشویی (با نگاهی تطبیقی به مدل جرم انگاری پالایش). مجله آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۰(۶)، ۱۲۷-۱۵۴.
- سیحانی تبریزی، جعفر (۱۳۶۵). حسن و قبح عقلی یا پایه ارزش‌های اخلاقی جاویدان. نور علم، ۱۹، ۲۲-۳۷.
- ضیائی بیگدلی، محمدرضا و تراز، نسرین (۱۳۹۹). توزیع جبران خسارت در وضعیت مسئولیت مشترک بین‌المللی. مجله حقوقی بین‌المللی، ۳۷(۶۳)، ۲۹-۵۰.
- طاهری، آزاده السادات (۱۳۹۲). حق اشتغال به‌مثابه حق بشری. ماهنامه اجتماعی، اقتصادی، علمی و فرهنگی کار و جامعه، ۱۶۲، ۹-۲۰.
- فرجیها، محمد و علمداری، علی (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی مبانی جرم انگاری جرائم سایر در نظام کیفری ایران و آلمان. مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۱(۴)، ۱۶۳-۱۹۰.
- فروغی، محمدعلی (۱۳۸۳). سیر حکمت در اروپا، تهران: انتشارات هرمس.
- فرهادنیا، سعید و هنجنی، سید علی (۱۳۹۶). جایگاه مفهوم سببیت در حقوق بین‌الملل. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ۴۷(۳)، ۷۹۷-۸۱۷.
- کریون، سی. آر متیو (۱۳۸۷). چشم‌اندازی به توسعه میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی. ترجمه دکتر محمد حبیبی مجنده، قم: دانشگاه علوم انسانی مفید.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۷). *قواعد فقه جزائی*. ویراست سوم، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.

محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۲). امنیت و ناامنی از دیدگاه سیاست جنایی. *مجله دیدگاه‌های حقوقی*، ۸، ۱۶۸-۱۹۶.

نادری، ابوالقاسم (۱۳۸۵). پارادوکس کمبود نیروی انسانی متخصص و بیکاری فارغ‌التحصیلان دانشگاهی. *کار و جامعه*، شماره ۷۶.

وکیو، دل (۱۳۸۶). *فلسفه حقوق*. ترجمه جواد واحدی، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.

References

- Beccaria, C. (2007). *Treatise on Crimes and Punishments*. Ardebili, M.A. (5th ed), Tehran: Mizan. (In Persian)
- Craven, M.C.R. (2009). *Perspectives on the Development of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Mojanda, M.H. ISBN: 9789648092059, Qom: Mofid University. (In Persian)
- D'argent, P. (2014). *Reparation, Cessation, Assurances and Guarantees of Non-Repetition*. In Principle of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art, Nollkaemper, A., and Plakokefalos (eds.), Cambridge University Press.
- Farajiha, M., & Alamdari, A. (2017). The Foundations of Criminalization of Cyber Crimes (Comparative Study in The Iranian and German laws). *Comparative Law Researches*, 21(4), 163-190. (In Persian)
- Farhadnia, S., & Hanjani, S.A.H. (2017). The Status of Causation in International Law. *Public Law Studies Quarterly*, 47(3), 797-817. Doi: 10.22059/jplsq.2017.227268.1466. (In Persian)
- Foroughi, M.A. (2004). *The Journey of Wisdom in Europe*. Tehran: Hermes. (In Persian)
- Hughes, J. (2007). *The philosophy of intellectual property*. International Property Rights Index.
- International Labour Organization (ILO). (2009). *Note on Convention No 158 and Recommendation 166*. International Labor Organization, Meeting Document, March.
- Janipour, K., & Marouf, M. (2013). An analysis of the necessity of criminalizing money laundering (with a comparative look at the criminalization model of refining). *Criminal Law Doctrines*, 10(6), 127-154. (In Persian)
- Locke, (2004). *Cited in Seealso John Schrems*. At: <http://www.constitution.org/j1/2ndtros.txt>.
- Mahmoudi Janaki, F. (1997). Security and insecurity from the perspective of criminal policy (Part One). *Legal Perspectives*, 8, 168-196. (In Persian)
- Mohaqeq Damad. S.M. (2018). *Jurisprudence rules (criminal section)*. (3th ed), Tehran: Humanities Publishing Center. (In Persian)
- Naderi, A. (2006). The paradox of the shortage of specialized human resources and unemployment of university graduates. *Work and Society*, No. 76. (In Persian)
- Nollkaemper, A. (2011). Issues of Shared Responsibility before the International Court of Justice. *Amsterdam Law School Research Paper*, No. 2011-01, Amsterdam Center for International Law, No. 2011-01, 51.
- Parsania, H. (2014). *Sociology of the Third Year of the Old Secondary Education System*. Tehran: Curriculum Planning Office of the Ministry of Education. (In Persian)
- Poorbafrani, H. (2013). Some Oughts and Ought-nots on Criminalization in Iranian Criminal Law. *Majlis and Rahbord*, 20(75), 25-52. (In Persian)
- Poorbafrani, H. (2018). *General Criminal Law, Criminal Responsibility*. (1th ed), Tehran: Jangal. (In Persian)
- Sobhani Tabrizi J. (1986). Intellectual goodness and ugliness or the basis of eternal moral values. *Noor Alam*, 19, 22-37. (In Persian)
- Sucharitkul, S. (1996). State Responsibility and International Liability under International Law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 18(4), 821-839.

Taheri, A.S. (2013). The right to employment as a human right. *Work and Society*, 162, 9-20. (In Persian)

Vecchio, D. (2007). *Philosophy of Law*. Vahedi, J. (2th ed), Tehran: Mizan. (In Persian)

Ziai Bigdeli, M., & Tarazi, N. (2020). Distribution of Reparation in the Context of International Shared Responsibility. *International Law Review*, 37(63), 29-50. Doi: 10.22066/cilamag.2020.113672.1780. (In Persian)

Websites

http://en.wikipedia.org/wiki/Scientific_literature

<http://abanpix.com>

Analysis of the Principles of Criminalization of Fraud in the Preparation of Scientific Works; with Emphasis on the Fundamental Right to Employment and the Development of Knowledge Frontiers

Abstract

The Law on Prevention and Combating Fraud in the Preparation of Scientific Works with the aim of creating a hall for the research space of the country was approved in 2017. Apart from the objections to this law, such as its focus on the disabled rather than the perpetrator, there are other questions about this law, such as whether the principles of criminality have been taken into account in the drafting of this law or not. In fact, the behavior of the producers of scientific works who present their ideas to others with their consent for the applicants and by receiving a fee, is consistent with which of the principles of criminalization? If we consider the most important basis of criminalization as the principle of harm, what are the basic and vital benefits of this behavior? In addition, what is the criminalization of this behavior with the fundamental principle of the right to employment? This article seeks to answer these questions.

English Keywords: Financial Crimes, Psychological Disorders, Criminal Psychology, Fraud, Financial Crime Psycholog.

اطلاعات مقاله	نوع مقاله:
چکیده	متن چکیده
مقاله پژوهشی	
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۱۱	
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۶/۱۵	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۲۱	
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱	
ثبات اقتصادی و پیشگیری از نوسانات ارزی از مهم‌ترین دغدغه‌های نظام حقوقی و بانکی کشور است و به همین دلیل جرم‌انگاری اقتصادی جایگاهی ویژه یافته است. از این رو ضروری است که در نظم قانونی، معاملات فردایی ارز از منظر جرم‌شناسی اقتصادی مورد تحلیل و ارزیابی قرار گیرد. هدف پژوهش حاضر تحلیل این معاملات بر اساس معیارهای اصلی جرم اقتصادی، به‌ویژه اصل شفافیت، می‌باشد. به همین جهت، با بهره‌مندی از استدلال قیاسی، فرضیه تحقیق بر احتمال نقض اصل شفافیت به‌وسیله معاملات فردایی ارز استوار می‌باشد. بر این اساس در پژوهش حاضر که مبتنی بر شیوه توصیفی - تحلیلی همراه با بهره‌مندی از مطالعات کتابخانه تدوین‌یافته است، ضمن تعریف جرم اقتصادی به‌عنوان عملیات ناقض امنیت اقتصادی در ابتدا مشخص گردید که معاملات فردایی ارز به دلیل ماهیت «قماری بودن» و «نامعلوم بودن» موضوع و جهت معامله به‌طور جدی ناقض اصل شفافیت در عملیات اقتصادی است در نتیجه می‌تواند منجر به تقویت جرم «پولشویی» در نظام اقتصادی کشور شود و همچنین ملاحظه گردید که معاملات فردایی ارز به دلیل ماهیت غرر و عنصر احتمال، منجر به تقویت نوسانات اقتصادی و در نتیجه نقض امنیت اقتصادی می‌گردد. کلیدواژه‌ها: جرم انگاری اقتصادی، معاملات فردایی ارز، غرر، قمار، امنیت اقتصادی.	
استناد: نی آوران، مهلا و امام وردی، محمدحسن (۱۴۰۴). معاملات فردایی ارز از منظر جرم انگاری اقتصادی در نظام حقوقی ایران. حقوق کسب و کار و سرمایه‌گذاری، (۱۱)، ۱۲۰-۱۰۵.	

مقدمه

امروزه دولت‌ها و نظام‌های سیاسی علاوه بر قلمرو موضوعات اجتماعی و فرهنگی با طیف گسترده‌تری از چالش‌های حقوقی و قضائی روبه‌رو می‌باشند که هم‌زمان با توسعه روابط اقتصادی و مالی بین اعضای جامعه، شکل می‌گیرد که از آن با عنوان جرائم اقتصادی یاد می‌شود. جرم اقتصادی از دسته جرائم محسوب می‌گردد که علاوه بر آثار حقوقی و کیفری بر وضعیت فرد، آثار منفی اجتماعی گسترده‌ای را به همراه دارد که از جمله مهم‌ترین آنها می‌توان به مواردی همچون پولشویی و فرار مالیاتی اشاره نمود. در این میان یکی از بسترهای مساعد جهت وقوع جرائم اقتصادی، بازارهای معاملاتی مرتبط با داد و ستد ارزهای خارجی، به‌ویژه معاملات فردایی می‌باشد که طی آن افراد در قالب توافقات شفاهی غیر مکتوب، بی‌آنکه مورد معامله را رد و بدل نمایند، بر اساس پیش‌بینی قیمت ارز در روز آینده، به داد و ستد ارز مبادرت می‌ورزند. بر این اساس ضرورت بحث اقتضا دارد که معاملات فردایی از منظر «جرم اقتصادی بودن» مورد تحلیل و ارزیابی حقوقی واقع گردد. در بحث این ارتباط، لازم است که در گام اول نسبت میان حاکمیت اراده از منظر حقوق قراردادهای در نظام حقوقی ایران از یک‌سو و ارزیابی عناصر وقوع جرم اقتصادی از سوی دیگر مورد تحلیل قرار گیرد از این رو هدف اصلی در پژوهش حاضر بر امر تطبیق اوصاف جرم اقتصادی با عملیات فردایی ارز متمرکز می‌باشد. قبل از آغاز بحث لازم است ابتدا درک خود را از مفهوم شفافیت^۱ مالی و اقتصادی بیان داریم.

امروزه در ادبیات حقوقی، شفافیت اقتصادی به‌عنوان قاعده بنیادین در نظام اقتصادی کشور به‌عنوان ابزاری جهت برنامه‌ریزی و تکامل روند اقتصادی توسط دولت و نظام مدیریتی مدنظر قرار می‌گیرد. اساس امر شفافیت بر آن است که داده‌های اطلاعات مالی که در اختیار دولت قرار داده می‌شود با امر واقع انطباق داشته تا از طریق آن دولت بتواند برنامه‌ریزی، سیاست‌گذار و چاره‌سازی اقدامات اقتصادی خود را بر اساس واقعیات موجود تدوین نماید. بر این اساس به هر میزان که این داده‌های اطلاعاتی دقیق‌تر و شفاف‌تر باشند، سیاست‌های اقتصادی دولت با واقعیات زیست اقتصادی - مدنی اشخاص (اعم از حقیقی یا حقوقی) هماهنگی بیشتری داشته و راه‌حل‌های آن اثرگذارتر عمل می‌نمایند. بدین نحو شفافیت اقتصادی شامل کلیه اطلاعات مالی اعم از اطلاعات داد و ستدی، مالکیت محور و تعاونی مردم، شرکت‌ها، سرمایه‌داران، دولتمردان، فعالان اقتصادی اعم از تجار و تولیدکنندگان، اطلاعات مربوط به زمین و مسکن، تولیدات داخل، مقدار و اقلام وارداتی و صادراتی در اختیار دولت می‌باشد. با این حال با توجه به شکل‌گیری شیوه‌های جدید در امر داد و ستد کالا و خدمات مانند معاملات فردایی ارز که بر عنصر «احتمال» و «پیش‌بینی قیمت‌ها در روز بعد» استوار است، به نظر می‌رسد که میزان انطباق این روش با اصل شفافیت اقتصادی با تردیدهای جدی همراه است. از این رو در پژوهش حاضر که به شیوه توصیفی - تحلیلی همراه با بهره‌مندی از مطالعات کتابخانه‌ای تدوین می‌گردد، سؤال اصلی بر این امر استوار می‌باشد که: رویکرد حقوقی در قلمرو جرم انگاری اقتصادی در قبال معاملات فردایی ارز چیست؟ همچنین سؤال فرعی که پرداخت به آن به تحلیل هدف اصلی در پژوهش حاضر کمک خواهد کرد عبارت است از اینکه: معاملات فردایی ارز تا چه میزان با اصل شفافیت در حقوق اقتصادی انطباق دارد؟ بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که پاسخ به سؤالات مندرج در این پژوهش می‌تواند موقعیت معاملات فردایی ارز از منظر رویکرد حقوقی را مشخص نموده و دیدگاه جرم شناختی در قبال نقض اصل شفافیت در ابزار داد و ستد ارزی را نمایان بسازد.

۱. معاملات فردایی

بازار ارز بزرگ‌ترین و سریع‌ترین بازار در حال رشد در جهان است. به‌طور کلاسیک، بازار ارز قرارگاهی است که از طریق آن دولت‌ها، مشاغل، سرمایه‌گذاران، مسافران و سایر اشخاص ذینفع، ارز را تبدیل یا «تبادل» می‌کنند. در بنیادی‌ترین سطح خود،

^۱ Transparency

بازار ارز یک بازار فرا بورس (OTC)^۱ محسوب می‌شود که در آن صرافی مرکزی و اتاق پایاپای^۲ وجود ندارد که در آن سفارش‌ها مطابقت داده شوند؛ بنابراین فروشندگان و بازارسازان در سراسر جهان شبانه‌روز از طریق تلفن، رایانه و فکس با یکدیگر مرتبط هستند و یک بازار منسجم را به صورت مشترک راهبری می‌کنند. در طول سال‌ها، بسیاری از مؤسسات که ابزارهای قابل معامله در بورس را ارائه می‌دهند، تغییر کرده است، اما همه قیمت‌ها هنوز از بازار ارز اصلی یا نقطه‌ای استخراج می‌شوند.

هم‌زمان با توسعه اقتصادی و گرایش جامعه جهانی به تبادل کالا و خدمات، ارزش و اعتبار ارزهای خارجی، طلا و سایر کالاهای سرمایه‌ای رو به افزایش بوده به نحوی که این دسته از کالاها بیش از آنکه وسیله معاملات بین‌المللی قرار گیرند خود به موضوع آن تبدیل شده و بازار متفاوتی را به وجود آورده‌اند. این امر به‌ویژه در کشورهای در حال توسعه که ممکن است تحت تأثیر تحولات بین‌المللی، تهدید به درگیری نظامی یا تحریم‌های اقتصادی قرار داشته باشند، با نوسانات بالاتری همراه است که این نوسانات امروزه مولود شکل‌گیری روش‌های نوینی در داد و ستد شده است که از آن جمله می‌توان به معاملات فردایی ارز اشاره نمود. معاملات فردایی ارز عبارت‌اند از معاملاتی که: در قالب عضویت در کانال‌های تلگرامی تحت پوشش یک فرد به‌عنوان مدیر گروه، سازمان‌یافته که اشخاص عضو در آن کانال مبتنی بر اعتبار خویش اقدام به معاملات ارزی می‌نمایند که در پایان روز آن را تسویه نموده بی‌آنکه ارز به صورت فیزیکی رد و بدل شود و در مقابل، نوسان قیمت آن در روز آینده مبنای مابه‌التفاوت قیمت قرار گرفته و تنها در صورت کاهشی بودن قیمت روز آینده، طرف مقابل متعهد به جبران نوسان آن خواهد بود. معاملات فردایی به‌عنوان یکی از ابزارهای مشتقه، شباهت ویژه‌ای به معاملات آتی دارند و این در حالی است که ابزار مشتقه عبارت‌اند از: ابزار مالی که ارزش آن وابسته به ارزش دارایی دیگر و متغیر است. ابزار مشتقه اساساً برای پوشش ریسک و مخاطره مربوط به خرید، نگهداری و فروش دارایی‌هایی که قیمت آنها نوسان می‌کند، استفاده می‌شود (مشهدی زاده، ۱۳۹۵: ۳۷-۳۸). مبتنی بر ماده ۱ از مقررات ناظر بر عملیات ارزی صرافی‌ها، معاملات فردایی عبارت‌اند از معاملاتی که در آن مبادله ارز و ریال به روز یا روزهای آینده موکول شده، به‌طور عمده توسط اشخاص حقیقی انجام پذیرفته و اغلب موارد منجر به تحویل فیزیکی ارز نشده و تنها در آن تفاوت قیمت، تسویه می‌گردد. با این حال در نظام حقوقی ایران مبتنی بر ماده ۱۳ از همین قانون، ابلاغی بانک مرکزی به سال ۱۳۹۵، معاملات فردایی ارز توسط اشخاص حقیقی و حقوقی ممنوع بوده و متخلفین بر اساس ماده ۱۵ مقررات ناظر بر عملیات ارزی صرافی‌ها به استناد قانون پولی و بانکی کشور، قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی، قانون اخلاص در نظام اقتصادی و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تحت تعقیب قرار خواهند گرفت.

در خصوص معاملات فردایی می‌توان به سه بازیگر مهم اشاره داشت. اول: فروشندگان که در فرآیند معاملات فردایی ارز افرادی هستند که احتمال کسب سود ایشان از دیگران بیشتر است. این دسته از افراد در صورت کاهشی بودن قیمت ارز در روز بعد به دلیل فروش در روز قبل متحمل ضرر نمی‌شوند زیرا قبل از کاهش قیمت نوسانی ایشان موفق به فروش مال موردنظر داشته‌اند. در فرض افزایش قیمت نیز ایشان همچنان بخشی از دارایی ارزی خود را حفظ می‌نمایند که در صورت افزایشی بودن قیمت ارزهای خارجی ایشان متحمل خسارت نشوند. دسته دوم: خریداران ارزهای خارجی و فردایی می‌باشند. این افراد به‌نوعی از طریق معاملات فردایی اقدام به پیش‌خرید مال موردنظر می‌نمایند و طبیعتاً از نوسان قیمت، کم رنج می‌برند. دسته سوم: تحلیلگران نوسانات بازار ارز می‌باشند که معمولاً با نوسان‌گیری و پیش‌بینی سعی در خرید یا فروش به‌موقع داشته و معمولاً این دسته نیز از فرآیند معاملات فردایی ارز سود به دست می‌آورند.

^۱ Over-the-Counter

^۲ Clearing House

۱-۱. عناصر و ماهیت حقوقی معاملات فردایی ارز

در ارتباط با عناصر و ماهیت حقوقی معاملات فردایی ارز در نظام حقوقی ایران، سه محور اساسی و مستقل حائز اهمیت می‌باشند که در ادامه به تفکیک مورد ارزیابی قرار خواهند گرفت.

محور اول: شامل ارزیابی معاملات فردایی از منظر اصل «حاکمیت اراده در حقوق قراردادها» می‌باشد.

محور دوم: معاملات فردایی ارز از منظر خصوصیت «قماری» و «نوسانی» بودن.

محور سوم: معاملات فردایی ارز از منظر «شفافیت و شناسایی منشأ».

۱-۲. معاملات فردایی ارز از منظر حاکمیت اراده

قانون اساسی به‌عنوان یک قاعده بالادستی و زیربنایی در نظام حقوقی ایران به‌صورت مکتوب نقش‌آفرینی کرده به نحوی که کلیه قواعد و قوانین دیگر، اعتبار خود را از آن اخذ می‌نمایند. یکی از مهم‌ترین حقوق بنیادین برای انسان در نظام حقوق اساسی، تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین انسانی از جمله حق بر آزادی قراردادی یا همان حاکمیت اراده است. به‌ویژه آنکه در مقام امور اقتصادی و تنظیم معیارهای آن، نسبت بین حاکمیت و حقوق اشخاص جاری است و اگر قانون اساسی نتواند آزادی‌های مشروع مردمان یک جامعه را در مقابل قدرت حاکم تضمین نماید، جامعه با بحران‌های متعددی روبه‌رو خواهد شد. به همین دلیل است که لازمه برقراری نظم حقوقی نیز تسلط امری به نام حاکمیت قانون بر تمام جنبه‌های یک زندگی اجتماعی و تابعان حقوق من‌جمله حکومت‌ها می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۸۰). با این حال حاکمیت اراده مفهومی مدرن است که نظام حقوق اساسی ایران از ابتدای نظام مشروطه آن را پذیرفته و درک نموده است و در قانون مدنی ایران در موادی همچون ماده ۱۰ و ماده ۹۵۷ مورد شناسایی قرار گرفته است.

در مقام تشریح آزادی اراده در حقوق قراردادها و معاملات خصوصی، مبتنی بر نظام حقوق تعهدات غرب، طرفین دارای اهلیت، در انعقاد عقد آزادند و می‌توانند هر نوع تعهدی را که بخواهند در مقابل یکدیگر قبول نمایند. این آزادی تنها توسط قانون (نظم عمومی یا اخلاق حسنه) مقید خواهد بود. قانون خود برآمده از اراده افراد در سطحی بالاتر است. اخلاق نیز مقوله‌ای ناشی از اراده افراد در سطح جامعه و عرف بوده و مقوله‌ای نسبی است: به عبارتی افراد برای ایجاد تعهد به هر نحوی که خود بخواهند آزادی مطلق دارند مگر آن که قانون فرم خاصی را لازم بشمرد یا موضوع تعهد خلاف قانون باشد. تعهد در واقع صورت ابراز شده اراده است، تعهد قدرت الزام و اقتدار خود را از اراده می‌گیرد (لئوبون^۱، ۱۸۶۲). در نظام قانون اساسی ایران، اصل حاکمیت اراده به‌نوعی در راستای محدود نمودن اراده قدرت و حاکمیت سیاسی در تنظیم چهارچوب توافقات اشخاص بنا گردیده است اما در کنار آن و همسوی با آن برای دولت در جهت تنظیم استانداردهایی جهت مراقبت و تضمین اخلاق حسنه در امور اقتصادی نیز جواز صادر شده است. از سوی دیگر کشورهای اسلامی همواره با مسئله تطابق قوانین با موازین فقهی و شرعی روبه‌رو می‌باشند. در ایران نیز مطابق با اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد و این اصل بر اطلاق و عموم همه قوانین حکومت دارد. با این حال حقوقدانان و صاحب‌نظران در کشورهای اسلامی نظرات متفاوتی در مورد حاکمیت اراده مشروعیت و اعتبار معاملات فردایی از منظر فقهی دارند (کریمی، ۱۴۰۱: ۲). رویکرد بانکداری پس از انقلاب اسلامی در ایران، تطبیق معیارهای بانکداری نوین با موازین فقه اسلامی است. بر اساس همین رویکرد، بند ۱۲ اصل سوم از قانون اساسی نقش بانکداری در نظام حقوقی و اقتصادی این‌چنین بیان گردیده است: «پی‌ریزی اقتصادی صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه و مسکن و کار و بهداشت و تعمیم بیمه».

^۱ Léobon

به تبع این اصل و تأکید بر نظام بانکداری منصفانه و اسلامی، مطابق اصل ۴۹ قانون اساسی، دولت موظف است: «ثروت‌های ناشی از ربا، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار، سوءاستفاده از موقوفات، سوءاستفاده از مقاطعه‌کاری‌ها و معاملات دولتی، فروش زمین‌های موات و مباحات اصلی، دایر کردن اماکن فساد و سایر موارد غیر مشروع را گرفته و به صاحب حق رد کند و در صورت معلوم نبودن او به بیت‌المال بدهد».

۱-۲-۱. ویژگی قماری بودن

معاملات فردایی ارز به واسطه برخی از آثار سوء بر نظام اقتصادی، در طیف رویکردهای جرم شناختی اقتصادی قرار می‌گیرد. در این راستا باید دانست که: ماهیت جرائم اقتصادی و حقوق کیفری مرتبط با آن مبتنی بر دو رسالت عمده دنبال می‌گردد: (۱) حمایت از منافع خصوصی افراد. (۲) مدیریت اداره اقتصاد کشور (تضمین منافع عمومی و امنیت اقتصادی پایدار). از نظر لغوی، واژه قمار به معنای چیزی است که مانند قمر (ماه) گاه کم و گاه زیاد می‌شود (ابن منظور، ۱۹۹۵: ۱۱۳) و این مفهوم به طور ویژه با احتمالات موجود در عملیات قمار مانند بازی و یا شرط بندی که در آن احتمال افزایش دارایی و یا کاهش آن موجود است، انطباق داشته و به همین جهت به صورت تاریخی لفظ قمار بر درآمد حاصل از «احتمال» بار گردیده است. قمار دارای آثار اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی متعددی است. در این خصوص از نظر فقهی، قمار از مصادیق «اکل مال به باطل» به شمار می‌رود (مطهری، ۱۳۸۷: ۲۴۳). از طرف دیگر زمانی که قمار برای فرد انسان به شکل یک رفتار پایدار و ثابت تجلی پیدا می‌کند، می‌تواند خود مولود جرائم دیگری باشد که فرد برای تداوم ثبات قمار و منافع مالی از آن مجبور به ارتکاب آن می‌شود مانند حمل و جابجایی مواد مخدر، سرقت، کلاهبرداری. از طرف دیگر در یک نگاه کلی‌تر، قمار زمینه‌ای برای پولشویی توسط گروه‌های مافیایی و مجرمان سازمان‌یافته فراهم می‌کند تا منابع اموال نامشروع خود را در پوشش قمار پنهان نمایند (صوری پور و ترکاشوند، ۱۳۹۷). از این رو پدیده قمار تنها یک امر تشریعی صرف نمی‌باشد بلکه عملیات مرتبط با آن می‌تواند آثار متعدد سوء اجتماعی و اقتصادی را به همراه خود بیاورد.

معاملات فردایی با خصوصیات موجود در امر شرط بندی، احتمال، شانس و قمار سازگار است زیرا در این گونه معاملات هیچ گونه فعالیت تخصصی و یدی اقتصادی انجام نمی‌شود و فقط بر اساس متغیری احتمالی و شانس شرط بندی انجام می‌شود. در منابع فقهی قمار به دو شیوه بیان می‌شود، مورد اول زمانی است که قمار با ابزار آلات مخصوص اتفاق می‌افتد، به آن در فقه اسلامی آلات قمار گفته می‌شود؛ اما در جای دیگر از آلات قمار استفاده نشده و به آن شرط بندی مراهنه گفته می‌شود. در معاملات فردایی ارز و سکه ما آلات اختصاصی قمار را نداریم، چون ارز و سکه آلات اختصاصی قمار نیستند و آلات مشترک هم حساب نمی‌شوند و لذا در اینجا نوع دوم قمار اتفاق افتاده که بر اساس آن هر نوع معامله همراه با شرط بندی نوعی قمار محسوب می‌شود و شبهه قمار در رابطه با این نوع معاملات بسیار جدی است. تصمیم بسیاری از فعالان در این بازار وابسته به شانس و تصادف است و فرمول دقیق و معینی بر آن بار نمی‌شود. اشخاصی که با محاسبه اقدام می‌کنند نسبت به درجه تأثیر معیارهای پیش‌بینی نشده‌ای که ممکن است بر معامله حاکم شود، آگاه هستند. لذا با هدف کسب سود و پذیرفتن ریسک ضررهای احتمالی در این معامله ریسکی وارد می‌شوند، از این حیث عمل آنها مشابه قماربازان است (فرخی کاشانی و عرب مازار، ۱۳۹۲: ۲۴۷-۲۵۰).

۱-۲-۲. معاملات فردایی ارز از منظر شفافیت و شناسایی منشأ

با تغییر مدل‌های داد و ستد جمعی در عصر حاضر و تمایل نسبت به استفاده از گستره تجارت بین‌الملل در سال‌های آینده، اکثر کشورها در زمینه تسهیل تجارت با چالش‌های زیادی مواجه خواهند شد. گمرک در سطح جهانی به صورت شبکه‌ای خواهد شد، محدودیت‌ها و تضاد در رویه گمرکی به حداقل می‌رسد و استانداردهای یکسان جایگزین آن می‌گردد، به ویژه آنکه این دسته

از رویه‌ها به صورت الکترونیکی انجام می‌شوند و قابلیت همکاری بین بازرگانان به شدت افزایش خواهد یافت. این تغییرات قریب‌الوقوع بر اساس اصل اساسی شفافیت^۱ در قوانین ارائه اطلاعات و شفافیت رویه‌های تجدیدنظر (گمرک، مقامات ملی و دادگاه‌ها) قوام پیدا خواهند نمود. علیرغم آنکه توافق بر امر شفافیت به ویژه در امر داد و ستد کالا و خدمات، نقل و انتقال وجوه معاملاتی و نیز تحصیل مالکیت مشروع روبه افزایش است، اما همچنان در تعریف شفافیت نزد پژوهشگران و صاحب‌نظران اتفاق نظر وجود ندارد. با این حال تعریف اصل شفافیت از دید سازمان شفافیت بین‌المللی عبارت است از: «اصلی که به افراد متأثر از تصمیمات اداری، معاملات تجاری و فعالیت‌های خیریه، امکان آگاهی از حقایق، ارقام، فرآیندها و مکانیسم‌های اصلی و بنیادین را می‌دهد. بر اساس اصل مذکور، مستخدمین دولتی، مدیران و متولیان، باید به شیوه‌ای آشکار و قابل‌رویت، قابل پیش‌بینی و قابل درک عمل نمایند» (محسنی، ۱۳۹۲: ۱۵۱). ملاحظه می‌شود که در گام اول اصل شفافیت ناظر بر رفتار و عمل کارکنان و کارمندان دولتی بنا شده است و این در حالی است که گستره عملکرد و فعالیت اقتصادی به طور جدی شامل رفتار و عملکرد صاحبان سرمایه خصوصی می‌باشد.

در ارتباط بین اصل شفافیت و معاملات فردایی ارز باید گفت که: معاملات فردایی ارز به دلیل غیررسمی بودن، نبود قرارداد مکتوب و فقدان چارچوب قانونی و ثبت رسمی، عملاً از وضعیت شفافیت برخوردار نمی‌باشد و به همین دلیل بستر برای نقض ارزش‌های مربوط به شفافیت و شناسایی منشأ سرمایه و درآمد در آن بسیار مناسب خواهد بود. به همین دلیل است که نظام بانکی ایران اساساً معاملات فردایی ارز را به دلیل عدم شفافیت در منشأ و نیز ردیابی اقتصادی و نظارت مستمر بر آن مردود دانسته و ناقض اصول بنیادین شفافیت می‌داند. قانون مدنی ایران طی مواد ۲۱۴ الی ۲۱۶ شرایط مورد معامله را بیان داشته و بر اساس قواعد عمومی قراردادها، صحت معامله موکول به معلوم و تفصیلی بودن موضوع معامله است به نحوی که حتی اگر موضوع معامله در هنگام انعقاد قرارداد برای یک طرف مجهول یا نامشخص باشد، قرارداد صحت خود را از دست خواهد داد. این وضعیت می‌تواند حتی در خصوص منافع و مزیت‌های مرتبط با معامله مزبور نیز سرایت نموده و چنانچه مزیت مرتبط با معامله مشخص و معین نباشد، وضعیت غرر بر معامله مزبور واقع شده و این امر صحت معامله را از بین خواهد برد.

یکی از مهم‌ترین خصوصیات مربوط به موضوع معامله که در قانون مدنی مورد تأکید قرار گرفته عبارت است از «عقلانی بودن» موضوع و مزیت‌های متقابل آن می‌باشد. مواد ۴۱۳ و ۴۱۴ قانون مدنی بر لزوم وصف معامله تأکید ورزیده‌اند.

بنابراین ملاحظه می‌شود عدم شفافیت در موضوع و منافع مرتبط با معامله، وضعیت معامله را قمار و احتمالی می‌سازد. در واقع قانون‌گذار ملی در جهت پیشگیری از ورود بخت و اقبال به ساحت معاملات، از وضعیت غرری بودن دفاع ننموده و آن را از موجبات بطلان قرارداد لحاظ نموده است. البته باید دانست که در معاملاتی که مبتنی بر مغایره نیستند علم اجمالی برای صحت عقد کافی است: برای نمونه می‌توان به مقررات عقد ضمان ماده ۶۹۴ قانون مدنی، عقد صلح موضوع ماده ۷۶۶ قانون مدنی و عقد جعاله موضوع ماده ۵۶۳ قانون مدنی اشاره نمود. البته در این عقود نیز اگر مورد معامله به کلی مجهول باشد، باطل خواهند بود (شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۱).

۲. جرم اقتصادی

جرم و جنایت بیانگر یک رویداد پیچیده جرم‌شناسی و حقوقی است که در جامعه معاصر با توسعه اقتصاد به سرعت گسترش یافته است. در رابطه با مفهوم جرم اقتصادی دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. تعیین و تعریف جرم اقتصادی یک موضوع بسیار پیچیده، هم در قلمرو ملی کشورها است و هم در قلمرو بین‌الملل. مبتنی بر مطالعات جرم‌شناختی، جرم اقتصادی محصول تحول در زیست اجتماعی انسان و خروج وی از زندگی روستائینی به زیست شهروندی است که لازمه بقای در آن کار کردن،

^۱ Principle of Transparency

کسب درآمد و خرید کالا یا خدمات بوده است. به همین دلیل جرم‌شناسی اقتصادی تلاشی جهت برقراری ثبات و امنیت در جامعه، تضمین سنت‌ها، ارزش‌های دموکراتیک، اخلاق، عدالت و ضرورت پاسخگو بودن دولت در مقابل افکار عمومی بوده است. با این حال تاریخچه شکل‌گیری این مفهوم برای اولین بار به سال ۱۹۰۵ میلادی بازمی‌گردد جایی که بنگر^۱، پژوهشگر و صاحب‌نظر هلندی، جرم اقتصادی را وابسته به جرائم تجار و بازرگانان دانسته و آن را در مقابل جرائم موسوم به «جرم خیابانی» تفسیر نموده است. رویکرد بنگر نسبت به جرائم اقتصادی، رویکردی غیرسیاسی بود به نحوی که وقوع جرائم اقتصادی را در قلمرویی خارج از اراده حاکمیت‌ها دانسته و بیش از آنکه دلایل وقوع آن را در قدرت سیاسی دنبال نماید، وقوع آن را به زیاده‌خواهی و میل به چپاول از سوی صاحبان سرمایه غیردولتی (خصوصی) متصف می‌دانست و این در حالی است که جرم اقتصادی از منظر ساترلند به جرائم «بقه سفیدان» تعبیر شده است که به‌طور جدی وقوع این جرائم را در قلمرو اعمال اراده دولتی یا ترک فعل مقامات حاکمیتی در نظر می‌گیرد؛ اما رویکرد میانی در دسته‌بندی جرائم اقتصادی به‌ویژه در ادبیات حقوقی فرانسه تحت عنوان «جرائم حوزه کسب و کار»^۲ مطرح شده و منظور از آن نیز مجموعه قواعد ناظر بر تضمین امنیت معامله و تلاش برای حاکم کردن قانون به‌ویژه نسبت به اشخاصی است که بعضاً تمایل به نقض آن دارند، یا پاره‌ای موارد، جرائمی هستند مربوط به حوزه تولید، توزیع و مصرف. این رویکرد دربردارنده جرائم ساختار اقتصادی بر علیه حوزه رقابت و مبادلات شفاف تجاری سازمان‌یافته است. از این رو همسوی با توسعه اقتصادی نیمه دوم قرن بیستم و گسترش کسب و کارهای عمده در بازار جهانی، جرم اقتصادی بر علیه رقابت سالم، شفاف و پایدار قوام یافته و دنبال گردیده است. مبتنی بر همین رویکرد، یکی از نویسندگان در سال ۱۹۹۶ جرم اقتصادی را اقدام مجرمانه‌ای دانست که ضمن لطمه به اصل اعتماد، نظم جاری حوزه کسب و کار را نیز در معرض خطر قرار می‌دهد (ساترلند^۳، ۱۹۷۰؛ بونیک^۴، ۱۹۹۶: ۱۸).

مبتنی بر یک مطالعه تطبیقی، جرائم اقتصادی، همان‌طور که در توصیه شورای اروپا R 81(12) در سال (۱۹۸۵، CoE) تعریف شده است، برای دهه‌ها یکی از دغدغه‌های اصلی جوامع اروپایی بوده است. این توصیه بر این فرض استوار است که جرائم اقتصادی باعث از بین رفتن درآمد عمومی، تأثیر منفی بر جامعه به‌طور کلی و تغییر شکل اقتصاد ملی یا بین‌المللی و همچنین تضعیف اعتماد به سیستم اقتصادی می‌شود. این امر همچنین به دموکراسی، حاکمیت قانون، حقوق بشر و پیشرفت اقتصادی و اجتماعی آسیب می‌رساند (پروژه منطقه‌ای کارپو^۵، ۲۰۰۶: ۵۰). جرائم اقتصادی اغلب به‌عنوان یک اقدام هماهنگ مستمر بین بنگاه‌های مختلف اقتصادی مطرح می‌شود که با زیر پا گذاشتن قانون به منافی دست می‌یابند و هدفشان «تصرف» قدرت سیاسی با تمرکز بر اعمال نفوذ در تصمیم‌گیری‌های کلان است. ایجاد بنگاه یا مؤسسه متقلبانه در داخل یا خارج از کشور با هدف کتمان مسئولیت‌های مالیاتی، دستکاری برات و اوراق بهادار، استفاده از انواع حق بیمه صادراتی، قاچاق کالاهای مختلف، فرار مالیاتی و گمرکی از قبیل واردات غیرقانونی مشتقات نفتی و مشروبات الکلی است (گاشی^۶، ۲۰۲۳: ۶۴). با این تفاسیر می‌توان جرائم اقتصادی را به دو دسته عمده تقسیم نمود:

دسته اول: جرائم اقتصادی علیه مقررات دولتی - به عبارت دیگر فعالیت‌های مجرمانه علیه اقتصاد دولتی مانند (بانک‌ها، بازارهای مالی، اصل رقابت)، بودجه عمومی مانند (مالیات، گمرک و نهادهای نظارتی دولتی)، حمایت از مصرف‌کننده و محیط‌زیست.

^۱ Bonger

^۲ Business Crimes, Corporate Crimes /Les Délits D'affaires

^۳ Sutherland

^۴ Bunic

^۵ Carpo Regional Project

^۶ Gashi

دسته دوم: جرائم حوزه کسب و کار و تجارت - یعنی مجموعه جرائم ارتكابی دنیای کسب و کار و تجارت که معمولاً توسط صاحبان حرفه‌های تخصصی و از طریق نقض قانون در روابط تجاری مانند رویه‌های ضد رقابتی، سوءاستفاده از اعتماد، حسن نیت و... ارتکاب می‌یابد (کوئلوزو همکاران^۱، ۲۰۰۰: ۱۷).

۲-۱. منابع حقوقی جرم اقتصادی

جرم اقتصادی در نظام حقوقی ایران از دو ظرفیت مستقل تأثیر می‌پذیرد: ۱. منابع حقوقی و قانونی داخلی: که مشخصاً فعالیت‌های اقتصادی اشخاص را بر اساس حفظ منافع و امنیت شخص دنبال می‌نماید که این دسته از قوانین هم شامل قوانین پیش از انقلاب اسلامی در ایران است و هم شامل قوانین مصوب پس از انقلاب اسلامی. ۲. منابع حقوقی بین‌المللی: که در جهت حفظ امنیت اقتصادی جامعه انسانی و معیارهای مربوط به توسعه پایدار، مبارزه با عملیات پولشویی و تأمین مالی تروریسم گسترش یافته است که به برخی از آنها به شرح ذیل اشاره می‌نماییم:

- قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۸.
- مقررات جزایی قانون دیوان محاسبات، قانون تشدید مجازات جاعلان اسکناس و واردکنندگان و توزیع‌کنندگان اسکناس مجعول.
- قانون مجازات مرتکبان قاچاق، قانون تعزیرات حکومتی.
- قانون مجازات اسلامی و تعزیرات (مصوب ۱۳۷۵).
- قانون ممنوعیت دولت از مذاکره و عقد قرارداد راجع به امتیاز نفت با خارجی‌ها.
- قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزرا و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و مؤسسه‌های وابسته به آنها مصوب ۱۳۳۷.
- قانون ممنوعیت دریافت پورسانت در معاملات خارجی، مصوب ۱۳۷۲.
- قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با فساد، مورخ ۱۳۸۵.
- قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی مصوب ۱۳۱۵.
- قانون تشدید مجازات محتکران و گران‌فروشان مصوب ۱۳۶۷.
- قانون تشدید مجازات مرتکبان اختلاس و ارتشا و کلاهبرداری، مصوب ۱۳۶۷.
- قانون مجازات اخلاگران در نظام اقتصادی کشور، مصوب ۱۳۷۲ و اصلاحی ۱۳۸۴.

۲-۲. انگیزه در جرائم اقتصادی

در وقوع جرم اقتصادی، معمولاً انگیزه جرم بر شیوه وقوع آن یا عنصر مادی تأثیر مستقیم می‌گذارد. این رویکرد به جرم اقتصادی به‌عنوان عمل غیرقانونی اشاره دارد که در آن انگیزه اصلی مجرم برای ارتکاب جرم، منفعت اقتصادی است. از این منظر، جرم اقتصادی به‌عنوان جرمی تلقی می‌شود که در آن فرد یا گروهی از افراد عمداً به شیوه‌ای غیرقانونی برای کسب بازده مالی بالا اقدام می‌کنند. در حال حاضر در نظام حقوقی ایران عناوین مجرمانه متعددی در قلمرو قوانین کیفری کشور وجود دارند که بخش قابل توجهی از آنها بر مصادیق جرائم اقتصادی استوار می‌باشند که از جمله مهم‌ترین آنها می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

^۱ Queloz et al

۱. قاچاق کالا و ارز ۲. پولشویی ۳. احتکار ۴. ربا و رباخواری ۵. اخلال در نظام پولی و ارزی کشور ۶. اخلال در نظام صادراتی کشور ۷. تشکیل شرکت‌های حرمی ۸. جرائم مالیاتی ۹. تخلف از قانون و تحصیل مال از طریق نامشروع ۱۰. تبانی در معاملات و قراردادهای. با این حال، این نظریه از این فرض مهم اثر می‌پذیرد که انگیزه مجرم همیشه از خود عمل مجرمانه قابل مشاهده است، با این حال جرم اقتصادی دارای مفهومی گسترده‌تر از جرائم مرتبط با کسب و کار است. همین گستردگی موجب شده تا جرائم اقتصادی ویژگی‌هایی به این شرح داشته باشد:

۱. در قالب تجارت و فعالیت‌های حرفه‌ای به‌طور عمده عاملان به دنبال سود است ۲. به‌صورت یک مجموعه یا سیستم منسجم و سازمان‌یافته رفتار می‌کند ۳. باید با استفاده از فعالیت‌های تجاری، صنعتی و فنی، قانونی و حرفه‌ای صورت بگیرد ۴. مرتکبین به‌طور کلی و نه الزاماً از یک موقعیت یا قدرت اجتماعی یا سیاسی یا هردو برخوردارند (خوزه ریکو^۱، ۲۰۱۲: ۲۱). باید دانست که برخی از جرائم ممکن است اساساً از انگیزه‌های متعددی برخوردار بوده و سود اقتصادی ممکن است در آن هدف ثانویه باشد. علاوه بر این، مجرمان در برخی موارد از انگیزه‌های خود آگاه نیستند، بنابراین ممکن است قادر به تشخیص دلایل اعمال خود و همچنین توجیه یا منطقی بودن آنها نباشند؛ اما آنچه که در تمامی مصادیق وقوع جرم اقتصادی مشترک است، تمایل به توسل بر روش‌هایی از کسب منافع اقتصادی است که منشأ آن قابل اختفا یا کتمان باشد تا از طریق آن دولت نتواند به‌طور مشخص فرد مجرم یا متهم را مورد شناسایی قرار بدهد؛ بنابراین مجرمان اقتصادی ثروت‌های خود را در جاهایی سرمایه‌گذاری می‌کنند که هم سود بیشتری عایدشان شود و هم امکان فرار قانونی وجود داشته باشد (معتمدی و مستوفی، ۱۳۸۸: ۹۷-۹۸). یکی از مهم‌ترین دلایلی که وقوع جرم اقتصادی می‌تواند امنیت اقتصادی جامعه را با تهدید جدی روبه‌رو سازد این است که اساس وقوع آن بر پنهان‌سازی منشأ یا منابعی است که فرد به‌واسطه آنها توانسته است به میزان بالاتری از درآمد یا ثروت دست یابد. این عنصر معنوی وقوع جرم اقتصادی باعث می‌شود که روش‌های نوینی در امر تعاملات اقتصادی بین اشخاص شکل گیرد که در آن یا نظارت دولتی به حداقل رسیده باشد و یا به‌کل خارج از نظامات نظارتی دولت یا دستگاه قضائی انجام شود. یکی از روش‌های زمینه‌ساز وقوع جرم اقتصادی، انجام معاملاتی است که از شفافیت حداقلی، نامشخص بودن جهت معامله یا به‌کل نامشروع بودن موضوع برخوردار می‌باشند. در نتیجه قربانیان جرائم اقتصادی نه‌تنها کسانی هستند که به‌طور مستقیم از این گونه جرائم آسیب می‌بینند مانند اشخاص حقوقی اقتصادی یا دولت، بلکه مردم به‌عنوان مشتریان در موارد دستکاری در قیمت، کیفیت پایین محصول یا خدمات و حتی محیط‌زیست، به‌طور غیرمستقیم قربانی جرائم اقتصادی هستند و فرار مالیاتی نیز منجر به کسری درآمد دولت شده و با تضعیف دولت در ارائه خدمات، اثر غیرمستقیم بر مردم می‌گذارد (شاینوست و همکاران^۲، ۲۰۰۳: ۲).

۲-۳. رویکرد شکلی به وقوع جرم اقتصادی

جرائم اقتصادی را بایستی از دو رویکرد متفاوت مورد ارزیابی و طبقه‌بندی قرارداد. حالت اول: به وضعیتی اطلاق می‌شود که در آن وقوع جرم اقتصادی به نفع مقاصد تجاری و اقتصادی یک شخص خاص صورت می‌پذیرد مانند حالتی که در آن تجار و یا بازرگانان برای کسب منافع اقتصادی بیشتر از پرداخت مالیات خود اجتناب نموده و یا به اختفای منشأ اموال و دارایی می‌پردازند که در اختیار ایشان قرار دارد. حالت دوم: به وضعیتی اطلاق می‌شود که در آن عملیات جرم اقتصادی در قالب یک شبکه و برای انتفاع یک سیستم مبتنی بر سلسله‌مراتب انجام گرفته و بی‌آنکه مرتکبین به‌طور مستقیم از منافع آن بهره‌مند شوند، گردش مالی در یک مجموعه و سیستم صورت می‌پذیرد و افراد به‌طور با واسطه از امتیازات جرم مزبور بهره‌مند خواهند شد. در هردو نوع جرم، عمل فیزیکی برای به دست آوردن سود مال یا منفعت شغلی انجام می‌گیرد (بلک و گارنر^۳، ۲۰۰۹: ۱۴).

^۱ Jose Rico

^۲ Scheinost et al

^۳ Black & Garner

در قبال جرم اقتصادی می‌توان دو تفسیر مستقل ارائه نمود.

رویکرد اول: تفسیر موسع که مبتنی بر آن کلیه جرائمی که می‌توانند جنبه اقتصادی یا مالی داشته باشند به نحوی که بر امر داد و ستد، اعتماد عمومی به بانکداری ملی، اقتصاد کشور و یا ثبات قیمت‌ها اثر منفی و مخرب داشته باشند اعم از اینکه در قانونی خاص پیش‌بینی شده باشند و یا آنکه به‌صورت پراکنده در سایر قوانین قابل ملاحظه قرار گیرند. طرفداران تفسیر موسع از جرم اقتصادی درصدد آن هستند که موارد و بسترهای متعددی را در چهارچوب جرم انگاری اقتصادی قرار بدهند.

مبتنی بر تفسیر موسع از جرم اقتصادی، شرایط فردی نیز در وضعیت جرم ارتكابی حائز اهمیت است. اینکه آیا فردی که مرتکب جرم خاصی می‌شود اغلب به شرایطی که فرد در حال حاضر در آن قرار دارد، شیوه زندگی او تاکنون، شرایط شخصی و خانوادگی، سلامتی، وضعیت مالی و عاطفی و همچنین عوامل اقتصادی کلان در جامعه، جریان عرف محیطی که فرد در آن زندگی می‌کند بستگی پیدا می‌کند. از این رو وقتی فرد بی‌آنکه اساساً مشغول به داد و ستد ارز باشد، به دلیل تورم و با هدف حفظ ارزش دارایی خویش به معاملات فردایی ارز روی می‌آورد در واقع در بستر شرایط پیرامونی است که مرتکب این عمل می‌گردد؛ بنابراین، رفتار مجرمانه فردی و گروهی، در هر حوزه‌ای، به‌طور کلی می‌تواند «به‌عنوان شدیدترین شکل انحراف اجتماعی تعریف شود».

رویکرد دوم: تفسیر مضیق در قبال جرم اقتصادی دربردارنده این مفهوم است که جرم اقتصادی تنها به پارامترهای نوعاً اقتصادی و مالی از جمله وضعیت دستورالعمل‌های صادره از بانک مرکزی، قواعد و هنجارهای عرفی در تعاملات مالی و سیاست‌گذاری‌های دولت در قبال عملیات اقتصادی، پولی و مالیاتی دلالت دارد. از این رو در تفسیر مضیق از جرم اقتصادی دو عنصر اساسی مطرح است: اول «قانونی بودن عملیات اقتصادی یا ویژگی شفافیت داشتن» و دوم «پرداخت دقیق مالیات همراه با مبارزه با پولشویی». از این رو با دقت نظر در عنصر شفافیت و پیشگیری از پولشویی، جرم اقتصادی مبتنی بر تفسیر مضیق مورد ارزیابی و تحلیل واقع می‌گردد. ملاحظه می‌شود که رویکرد دوم می‌تواند به‌صورت دقیق و مستقیم با عملیات مربوط به معاملات فردایی ارز تطبیق یافته و منشأ رویکرد قضائی در قبال این عملیات واقع شود. از این رو در پژوهش حاضر، مبنای شناسایی رویکرد موجود در قلمرو عملیات حقوقی و اقتصادی در خصوص جرم اقتصادی و به‌تبع آن شناسایی آرای صادره در این خصوص بر مدار عنصر شفافیت و مبارزه با پولشویی دنبال خواهد شد.

۳. نسبت معاملات فردایی در نقض شفافیت و تقویت پولشویی

یکی از جلوه‌های وقوع جرم اقتصادی به‌واسطه عملیات مربوط به معاملات فردایی ارز که به دلیل عدم شفافیت، عدم شناسایی منشأ، عدم قطعیت موضوع و عدم قطعیت در قبال ارزش معامله، در قالب جرم پولشویی تجلی می‌یابد از این رو عملیات فردایی ارز می‌تواند به‌طور جدی بر تقویت پولشویی در نظام اقتصادی کمک نماید. در بحث این ارتباط یکی کلیدواژه‌های میان‌رشته‌ای حقوق و اقتصاد که بر ضرورت‌های پیشگیری از وقوع جرم پولشویی کمک می‌نماید عبارت است از امر گزارش دهی در خصوص «معاملات مشکوک»^۱. تولید، تأکید و اعمال گزارش دهی در خصوص معاملات مشکوک به تأکیدات و دستورالعمل‌های صادره از سوی اف ای تی اف^۲ بازمی‌گردد که به‌مثابه یک نهاد سیاست‌گذار بین‌المللی درصدد نظارت و تقویت اراده سیاسی لازم جهت اصلاحات قانونی به‌منظور پیشگیری و مبارزه با پولشویی تلاش می‌نماید. به‌طور کلی تراکنش یا معامله مشکوک وضعیتی است که یک معامله یا تراکنش از حالت معاملات و تراکنش‌های معمول منحرف شده و به‌موجب دلایل و قرائن منطقی، ظن ایجاد گردد که وجوه مربوطه حاصل از یک جرم منشأ می‌باشند یا به فعالیت‌های تروریستی مرتبط هستند

^۱ Suspicious Transactions Reporting (STR)

^۲ Financial Action Task Force (FATF)

(DBH، ۲۰۱۶: ۱). البته باید دانست که پولشویی به عنوان جرمی تبعی و ثانویه، متعاقب یک یا چند جرم اصلی و به منظور تطهیر عواید حاصل از آن جرم یا جرائم منشأ ارتکاب می‌یابد. از این رو ملاحظه می‌شود که معاملات فردایی می‌تواند به عنوان ابزاری در جهت پنهان نمودن منشأ معاملات مشکوک به لایه چینی متعدد انجامیده و از این طریق شناسایی درآمد نامشروع را خنثی نماید.

معاملات و عملیات مشکوک مطابق بند (ج) ماده ۱ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی هر نوع معامله، دریافت یا پرداخت مال اعم از فیزیکی یا الکترونیکی یا شروع به آنها است که بر اساس قرائن و اوضاع و احوالی ظن وقوع جرم ایجاد می‌نماید، مانند معاملات و عملیات مالی بیش از سطح فعالیت مورد انتظار مشتری به میزان فاحش یا معاملاتی که صوری بوده و شخص دیگری مالک است. پولشویی معمولاً در سه مرحله انجام می‌شود:

۱. **جایابی^۲:** وجوهی که به طور غیرقانونی به دست آمده‌اند، اغلب از طریق بانک‌ها یا مشاغل به سیستم مالی وارد می‌شوند.
 ۲. **لایه‌بندی^۳:** وجوه از طریق تراکنش‌های مختلف جابه‌جا می‌شوند تا مبدأ یا منشأ آنها پنهان شود که می‌توان با خرید دارایی‌هایی با ارزش بالا که ممکن است خریداری شود، انجام گردد.^۴
 ۳. **یکپارچه‌سازی^۵:** پول شسته شده دوباره به اقتصاد وارد می‌شود و به عنوان درآمد یا دارایی مشروع ظاهر می‌گردد. این سه مرحله ممکن است لزوماً از یک ساختار صلب و بدون انحراف پیروی نکنند. با تغییرات اخیر ناشی از فناوری، جهان احتمالاً رویکردهای جدیدی را برای پولشویی تجربه خواهد کرد که به احتمال زیاد مدل‌های از پیش تعیین شده را شکست می‌دهد.
- یکی از مهم‌ترین زمینه‌های وقوع جرم پولشویی مبتنی بر عملیات معاملات فردایی ارز که به طور جدی می‌تواند نظام اقتصادی و نظام قضائی یک کشور را تحت تأثیر خود قرار بدهد بر دو محور مهم استوار است:

۱. عدم استفاده از پلتفرم‌های نظام بانکی کشور در عملیات نقل و انتقال وجه.
۲. عدم مکتوب سازی قراردادها و توافقات مالی میان کاربران اقتصادی.

ملاحظه می‌شود که هر دو عنصر در خصوص معاملات فردایی مشهود است و کاربران معاملات فردایی ارز از طریق پیوستن به گروه‌های مجازی مربوط به معاملات فردایی بی‌آنکه از قراردادی مکتوب بهره‌مند بوده و یا از پلتفرم‌های بانکی و رسمی استفاده نمایند به داد و ستد فردایی ارز مبادرت می‌ورزند. در نتیجه عملاً از این طریق، امکان وقوع پولشویی را تقویت می‌نمایند.

۳-۱. جنبه غرری بودن و نقض شفافیت

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های مرتبط با نقض شفافیت به‌ویژه در معاملات فردایی ارز، تطبیق آن با وضعیت غرر^۶ است. غرری بودن از اوصاف مشترک در ادبیات حقوقی و فقهی است که در شناسایی، قطعیت و شفافیت در موضوع معامله تأثیرگذار می‌باشد. از نظر فقه شیعه عواملی می‌توانند منجر به بطلان معاملات گردند که یکی از این عوامل، غرری بودن معامله است که ریشه در نهی پیامبر از «بیع الغرر» دارد (طائی، ۱۴۰۶ ق: ۸۶). غرر در لغت به معنی «مانند خطر» آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰ ق: ۳۴۶)؛ بنابراین همان‌طور که از مفهوم لغوی غرر برمی‌آید، این حالت دلالت بر وضعیتی دارد که خطر در آن محتمل است و از آنجایی

^۱ Delta Brac Housing

^۲ Placement

^۳ Layering

^۵ Integration

^۶ Risk-Taking

^۴ توسط پروکسی برای پنهان کردن هویت شویی در معامله.

که وضعیت پر خطر در قلمرو معاملات و یا تعاملات اقتصادی بر وقوع خسارت مالی یا عدم نفع منطقی استوار است می‌توان وضعیت غرر در معاملات را وقوع بالاترین میزان ریسک در معامله تلقی نمود.

یکی از مهم‌ترین اثرات حاصل از غرر در معاملات، تأثیر آن بر مورد معامله است. فقها که در متون فقهی از مورد معامله را با تعبیر «معقود علیه» یاد نموده‌اند در تعریف آن چنین بیان داشته‌اند که: «معقود علیه، هر چیزی است که تحصیل یا استیفای آن به وسیله عقد انجام می‌شود» (مکی عاملی، بی‌تا). بر این اساس مورد معامله در اصل نبایستی مبهم و یا مجهول باشد و این امر نیز تفاوتی در عینی یا دینی بودن آن نداشته به نحوی که قانون‌گذار ملی ایران در ماده ۲۱۴ قانون مدنی، مورد معامله را مال یا عملی دانسته است که طرف عقد، تعهد به تسلیم یا اجرای آن می‌نماید. حال در وضعیت غرر به دلیل آنکه اساساً منفعت و میزان آن مشخص نمی‌باشد و در بسیاری از موارد مانند معاملات فردایی احتمال یا شانس و اقبال در تعیین تعهد مرتبط با مورد معامله اثرگذار است، غرر به مجهول شدن مورد معامله می‌افزاید. با توجه به آنکه غرر در اصطلاح در جایی به کار می‌رود که بیع یا ثمن در بیع و عوض یا معوض در معاملات معاوضی در معرض خطر و ریسک قرار می‌گیرد (نجفی، ۱۳۶۵ ق: ۳۶۷)، بر حالت فریب و نیرنگ انجامیده و موجبات بطلان عقد را فراهم می‌آورد.

در خصوص تأثیر وضعیت غرر در معاملات و توافقات نوعاً مالی میان فقها اتفاق نظر وجود ندارد. در بحث این ارتباط می‌توان نظرات ایشان را به چهار دسته عمده به شرح زیر تقسیم نمود:

الف) مهم‌ترین خصوصیت مشروعیت یک معامله از سوی فقها، مقدور التسلیم بودن مورد معامله است. شهید اول (ره) معامله غرری را معامله‌ای می‌داند که به دست آمدن موضوع معامله مجهول باشد و برای معاملات غرری معامله فروش کبوتر در آسمان یا ماهی در آب را مثال می‌زند. به نظر ایشان اگر کیفیت یا کمیت مورد معامله معلوم نباشد و مورد معامله مجهول باشد، مصداق معامله غرری نیست و به همین خاطر نتیجه می‌گیرند که رابطه میان معامله مجهول و معامله غرری عموم و خصوص من وجه است؛ به عبارت دیگر ممکن است مورد معامله مجهول باشد ولی به دلیل مقدور التسلیم بودن، آن معامله غرری به حساب نیاید. از طرف دیگر ممکن است معامله معلوم ولی غیرقابل دسترسی باشد که معامله آن غرری است و نیز ممکن است مورد معامله هر دو وصف را دارا باشد یعنی مجهول و غیرمقدور التسلیم باشد (طالب احمدی، ۱۳۸۰: ۲).

ب) فقها اسلامی بر معلوم بودن مورد معامله اجماع نموده‌اند و عقدی را که موضوع آن مجهول است باطل می‌دانند. اگر طرفین معامله به جنس مقدار و اوصاف موضوع معامله آگاه باشند، یعنی مورد معامله معلوم است. از نظر برخی علما مجهول بودن مورد معامله، موجب غرری شدن معامله می‌گردد. قانون مدنی ایران طی مواد ۲۱۴ الی ۲۱۶ شرایط مورد معامله را بیان داشته و بر اساس قواعد عمومی قراردادها، صحت معامله موکول به معلوم و تفصیلی بودن موضوع معامله است به نحوی که حتی اگر موضوع معامله در هنگام انعقاد قرارداد برای یک طرف مجهول یا نامشخص باشد، قرارداد صحت خود را از دست خواهد داد. این وضعیت می‌تواند حتی در خصوص منافع و مزیت‌های مرتبط با معامله مزبور نیز سرایت نموده و چنانچه مزیت مرتبط با معامله مشخص و معین نباشد، وضعیت غرر بر معامله مزبور واقع شده و این امر صحت معامله را از بین خواهد برد. یکی از مهم‌ترین خصوصیات مربوط به موضوع معامله که در قانون مدنی مورد تأکید قرار گرفته است عبارت است از «عقلانی بودن» موضوع و مزیت‌های متقابل آن می‌باشد. مواد ۴۱۳ و ۴۱۴ قانون مدنی بر لزوم وصف معامله تأکید ورزیده‌اند.

۴. نتیجه‌گیری

با توجه به اهمیت تحقق امنیت اقتصادی، پیشگیری از وقوع جرائم اقتصادی یک ضرورت غیرقابل انکار محسوب می‌گردد به‌ویژه در کشورهایی مانند ایران که دولت به واسطه تحریم‌های اقتصادی با چالش‌های جدی مانند نوسانات نرخ ارز مواجه می‌باشد. با توجه به مباحث مطروحه در پژوهش حاضر می‌توان نتیجه گرفت که: نظام حقوقی ایران جرم اقتصادی را به‌عنوان

طیف مهمی از جرائم بر علیه امنیت اقتصادی و نظم عمومی مورد شناسایی قرار داده است و در راستای آن قوانین و مقررات مهمی را به تصویب رسانیده است. در این میان معاملات فردایی ارز به دلیل غیرثابت بودن و ماهیت «احتمال گونه» که از آن برخوردار است به طور جدی می تواند در وقوع نوسانات نرخ ارز و در نتیجه وقوع خسارت های مالی گسترده بر پیکره امنیت اقتصادی عمومی تأثیرگذار باشد از این رو نظام حقوقی ایران با تأکید بر دو عنصر «قماری بودن» و «غرری بودن» معاملات فردایی، این نوع از معاملات را مؤثر در عدم شفافیت و تقویت جرم پولشویی دانسته و در نتیجه معاملات فردایی ارز را غیرقانونی قلمداد می نماید. معاملات فردایی به واسطه عدم تحویل موضوع و نامشخص بودن ارزش توافق می تواند زمینه را برای وقوع جرم پولشویی به صورت ثانویه فراهم آورده و از آنجایی که این عملیات بدون تنظیم قراردادی معین، صرفاً بر اساس احتمال افزایش یا کاهش قیمت ارز در روز آتی اجرا می شود بستر را برای نقض شفافیت در تعاملات اقتصادی تقویت نموده و به همین دلیل مبتنی قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به عنوان جرم اقتصادی لحاظ گردیده است. از این رو رویکرد نظام حقوقی ایران از منظر جرم شناسی اقتصادی بر جرم انگاری معاملات فردایی ارز استوار می باشد.

۵. پیشنهادات پژوهشی

بر اساس یافته های این پژوهش، شایسته است تحقیقات آینده با تمرکز بر مطالعات تطبیقی در نظام های حقوقی پیشرفته و نیز تحلیل ارتباط معاملات فردایی با پدیده هایی چون پولشویی و اخلال در بازار ارز ادامه یابد تا مبانی علمی و حقوقی جامع تری برای قانون گذاری فراهم شود. در مقام راهکار نیز می توان بر ایجاد بازار رسمی مشتقات ارزی تحت نظارت بانک مرکزی، تدوین مقررات شفاف و جامع برای تحدید یا سامان دهی این معاملات، تقویت سازوکارهای نظارتی و الکترونیکی و همچنین اعمال ضمانت اجرای کیفری متناسب و بازدارنده تأکید کرد؛ امری که در مجموع می تواند به ارتقای شفافیت مالی و تحکیم ثبات اقتصادی کشور منجر گردد.

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می شود.

منابع

- ابن منظور، محمدبن مكرم (۱۹۹۵). *لسان العرب*. بيروت: دار احیاء التراث العرب.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. ج اول، تهران: نشر حقوق دانان.
- صبوری پور، مهدی و ترکاشوند، عرفانه (۱۳۹۷). *پولشویی در بستر بانکداری مجازی، در سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی*. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۰). تأثیر غرر در معاملات. *مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، ۱۷(۱۹) (پیاپی ۳۳)، ۴۳-۵۵.
- طائی، احمد بن عامر (۱۴۰۶ ق). *صحیفه الامام الرضا*. مشهد: کنگره جهانی امام رضا ۷، چاپ اول.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ ق). *کتاب العین*. قم: نشر هجرت، چ دوم.
- فرخی، زهرا و فرخی، فاطمه (۱۳۹۵). *مفاهیم مقدماتی و ارزش‌گذاری اوراق مشتقه با نگاهی اجمالی به وضعیت اوراق مشتقه در ایران*. تهران: انتشارات بورس وابسته به شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). *دوره حقوق مدنی: عقود معین جلد اول: معاملات معوض، عقود تملیکی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کریمی، عبدالصمد (۱۴۰۱). *بررسی مشروعیت و ماهیت معاملات فردایی در حقوق ایران*. هفتمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام.
- محسنی، فرید (۱۳۹۲). *پیشگیری از فساد اداری با تأکید بر فناوری اطلاعات*. دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۱۸(۶۱): ۱۳۹-۱۷۴.
- مشهدی زاده، علیرضا (۱۳۹۵). *بررسی حقوق قراردادهای آتی و اختیار در بازارهای نفت خام*. چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۷). *مجموعه آثار*. تهران: انتشارات صدرا.
- معمودی، هادی و مستوفی فر، فرزانه (۱۳۸۸). *قاجاق انسان، چالش‌ها و راهکارهای پیشگیری*. تهران: مجمع تشخیص مصلحت نظام، مرکز تحقیقات استراتژیک، پژوهشکده تحقیقات استراتژیک، گروه پژوهش‌های فرهنگی و اجتماعی.
- مکی عاملی، ابوعبدالله محمد (بی‌تا). *القواعد و الفوائد*، جلد دوم، تحقیق سید عبدالهادی حکیم، قم: مکتبه المفید.
- میثمی، حسین و ندری، کامران (۱۳۹۷). *آسیب‌شناسی معاملات فردایی ارز و طراحی ابزارهای جایگزین در چهارچوب اسلامی*. پژوهشکده پولی و بانکی، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۵ ق). *جواهر الکلام*. جلد بیست و دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

References

- Black, H.C., & Garner, B.A. (2009). *Black's Law Dictionary*. ISBN: 0314199500, 9780314199508.
- Bonger, W. (2016). *Criminality and Economic Conditions*. Boston, Massachusetts: Little, Brown and Company, Translation of Criminalité et conditions économiques 1905, 1916.
- Bunic, D. (1996). *Criminalistique économique*. Tom 1, ISBN: 9782839906333.
- Carmo Regional Project. (2006). *Report on the Sate of Organized Crime and Economic Crime in South East Europe*, Strasbourg, August, 2005. pp. 50-51.

- DBH. (2016). *Procedure for Identification, Evaluation and Reporting of Suspicious Transaction & Suspicious Activity*. at: https://dbhfinance.com/downloads/STR_Reporting_Procedure.pdf.
- Farahidi, Kh.A. (1985). *Al-Ayn Book*. Makhzuni, M., & Samraei, E. Qom: Hejrat. (In Persian)
- Farokhi, Z., & Farokhi, F. (2016). *Basic concepts and valuation of derivatives (with a brief look at the situation of derivatives in Iran)*. Tehran: Borse (affiliated with Borse Information and Services Company). (In Persian)
- Gashi, R. (2023). *Organized Crime*. 46-47.
- Ibn Manzur, M.M. (1995). *Lisān al- 'Arab*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al- 'Arabī, p. 113. (In Persian)
- Jose Rico. (2012). *Notes introductives a letude de la Criminalite des affaires*. Luniversite Dc Montereal, P12.
- Karimi, A. (2022). Examining the legitimacy and nature of futures transactions in Iranian law. *The 7th International Conference on Religious Research, Islamic Sciences, Jurisprudence and Law in Iran and the Islamic World*, Tehran.
- Katouzian, N. (2016). *Civil Law Course - Specific Contracts Volume 1: Indemnified Transactions, Acquisition Contracts*. Tehran: Enteshar. (In Persian)
- Léobon, L. (1862). *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV. livre III du Code Napoléon*, Art. 1101 à 1386, T: 1, Bruxelles: Durand.
- Mashhadizadeh, A.R. (2016). *A legal review of futures and options contracts in crude oil markets*. First ed, Tehran: Majd. (In Persian)
- Meysami, H., & Nadri, K. (2021). *Pathology of currency futures trading and design of alternative instruments in the Islamic framework*. Monetary and Banking Research Institue Central Bank of the Islamic Republic of Iran. (In Persian)
- Mohseni, F. (2023). Prevention of Administrative Corruption Emphasizing Information Technology. *The Quarterly Journal of Judicial Law Views*, 18(61), 139-174. (In Persian)
- Motahari, M. (2008). *Collection of works*. Tehran: Sadra. (In Persian)
- Motamedi, H., & Mostofifar, F. (2009). *Human trafficking, challenges and prevention strategies*. Tehran: Expediency Council, Strategic Research Center, Strategic Research Institute, Cultural and Social Research Group. (In Persian)
- Najafi, M.H. (1885). *Jawāhir al-Kalām*, Vol. 22. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya. (In Arabic)
- Queloz, N., Borghi, M., & Cesoni, M.L. (2000). *Processus de corruption en Suisse: résultats de recherche, analyse critique du cadre légal et de sa mise en oeuvre, stratégie de prévention et de riposte*. Helbing & Lichtenhahn, ISBN: 3719019055, 9783719019051.
- Sabouripour, M., & Torkashvand, E. (2018). *Money Laundering in the Context of Virtual Banking, in Criminal Policy against Economic Offenders*. First Edition. Tehran: Mizan. (In Persian)
- Scheinost, M., Baloun, V., Kaderabkova, D., Krejcova, S., Necada, V., Karla Trdlicova, K., Diblikova, S., Machackova, R., & Rozum, J. (2003). *Research into Economic Crime 2000-2003 (From Selected Results of Research Activities of ICSP in the Years 2002-2004)*. Institute of Criminology and Social Prevention AddressNamesti 14, rijna 12, 150 21 Prague 5 Czech Republic, Czechia.
- Shahidi, S.M. (1998). *Forming Contracts and Obligations*. Vol 1, Shiraz: Lawyer. (In Persian)
- Sutherland, E. (1970). *White - Collar Crime*. New York: The Dryden Presst, p2.

Taleb Ahmadi, H. (2001). The effect of Gharar on transactions. *Journal of Social Sciences and Humanities, Shiraz University*, 17(1)(33), 43-55.

Futures Currency Transactions from the Perspective of Economic Criminalization in the Iranian Legal System

Abstract

Economic stability and prevention of currency fluctuations are among the most important concerns of the country's legal and banking system, and for this reason, economic criminology has gained a special place. Therefore, it is necessary to analyze and evaluate currency futures transactions from the perspective of economic criminology in the legal order. The aim of the present study is to analyze these transactions based on the main criteria of economic crime, especially the principle of transparency. Therefore, by using deductive reasoning, the research hypothesis is based on the possibility of violating the principle of transparency through currency futures transactions. Accordingly, in the present study, which is based on a descriptive-analytical method and has been compiled with the benefit of library studies, while defining economic crime as an operation that violates economic security, it was initially determined that: futures currency transactions, due to the nature of "gambling" and "unknownness" of the subject and direction of the transaction, seriously violate the principle of transparency in economic operations. As a result, it can lead to strengthening the crime of "money laundering" in the countries economic system. It was also observed that futures currency transactions, due to the nature of uncertainty and the element of probability, lead to strengthening economic fluctuations and, as a result, a violation of economic security.

English Keywords: Economic Criminalization, Forward Currency Transactions, Uncertainty, Gambling, Economic Security.



حمایت کیفری از بزه‌دیدگان جرایم رمزارزی: چالش‌های حقوقی و راهکارهای تقنینی

مصطفی کافی^۱، یاسر عباسی^۲

۱. استادیار، گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: m.kafi64@iau.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. رایانامه: 1271853450@iau.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

ظهور رمزارزها به‌عنوان یکی از نمودهای اقتصاد دیجیتال، زمینه‌ساز شکل‌گیری نوعی بزه‌دیدگی فناورانه شده که نظام حقوق کیفری ایران را با چالش‌های نوظهوری در سطوح تقنینی و نهادی مواجه ساخته است. مختصاتی نظیر ناشناسی فاعل، تمرکززدایی بستر ارتکاب و فقدان زیرساخت‌های حقوقی هم‌ساز با فناوری بلاک‌چین، فرآیند شناسایی مرتکب، استیفای حقوق بزه‌دیده و احراز مسئولیت کیفری را با موانع پیچیده‌ای روبه‌رو کرده است. پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی و با استناد به منابع تقنینی، اسناد قضایی و رویه‌های موجود، به بررسی نارسایی‌های ساختاری نظام کیفری ایران در مواجهه با جرائم رمز ارزی و چالش‌های ناشی از آن در حمایت از بزه‌دیدگان می‌پردازد. یافته‌ها مؤید آن است که خلأ جرم‌انگاری اختصاصی، فقدان تعریف قانونی از بزه‌دیده رمز ارزی، ضعف در تعیین صلاحیت قضایی و فقدان نهادهای تخصصی جبرانی، از جمله موانع بنیادین در تحقق حمایت کیفری مؤثر محسوب می‌شوند. در پایان، راهکارهایی با رویکرد بزه‌دیده‌محور جهت اصلاح سیاست جنایی افتراقی، حمایت کیفری، فناوری بلاک‌چین.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۱۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۶/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۲۱

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱

کلیدواژه‌ها: بزه‌دیده رمز ارزی، سیاست جنایی افتراقی، حمایت کیفری، فناوری بلاک‌چین.

استناد: کافی، مصطفی و عباسی، یاسر (۱۴۰۴). حمایت کیفری از بزه‌دیدگان جرایم رمزارزی: چالش‌های حقوقی و راهکارهای تقنینی. حقوق کسب و کار و سرمایه‌گذاری، (۱)۱، ۱۳۸-۱۲۱.

<http://doi.org/00000000000000000000000000000000>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی.

مقدمه

با ظهور فناوری‌های نوین مالی در دهه‌های اخیر، ساختار سنتی تبادلات اقتصادی دچار تحولاتی بنیادین شده است. در این میان، رمزارزها به‌عنوان جلوه‌ای برجسته از فناوری بلاک‌چین، با فراهم‌سازی امکان انتقال سریع، ناشناس و فرامرزی دارایی، بسیاری از قواعد تثبیت‌شده در نظام‌های مالی و کیفری را به چالش کشیده‌اند. ویژگی‌هایی چون عدم تمرکز، گمنامی نسبی کاربران و پیچیدگی فنی تراکنش‌ها، این دارایی‌های دیجیتال را در جایگاهی مبهم و آسیب‌پذیر از منظر حقوق کیفری قرار داده‌اند (رحمان‌زاده و همکاران، ۱۴۰۲: ۸۵۲؛ تاج‌لنگرودی و دهدار، ۱۴۰۳: ۹۰). در کنار مزایای اقتصادی و فناورانه رمزارزها، بُعد تاریک آن نیز به‌سرعت بروز یافته است؛ جرائمی نظیر کلاهبرداری پیچیده، پول‌شویی، اخاذی دیجیتال و جعل هویت در بستر بلاک‌چین، با دشواری‌هایی جدی در شناسایی مرتکب و جبران خسارت برای بزه‌دیدگان همراه است. در نظام کیفری ایران، علی‌رغم برخی تلاش‌ها، هنوز چارچوب قانونی مستقل و کارآمدی برای مواجهه با این وضعیت شکل نگرفته است (تاج‌الدینی و مختاری افراکتی، ۱۴۰۳: ۲۷). علاوه بر خلأهای تقنینی، سازوکارهای سنتی حمایت از بزه‌دیده نیز پاسخ‌گوی وضعیت خاص جرائم مبتنی بر فناوری نیست. فقدان تعریف قانونی از بزه‌دیده رمز ارزی، ضعف در تعیین صلاحیت قضایی و نبود نهادهای تخصصی حمایتی، موجب شده بزه‌دیدگان نه تنها از حیث مالی متضرر شوند، بلکه در فرآیند دادرسی نیز در موقعیتی غیرمتوازن قرار گیرند.

مسئله اصلی این پژوهش آن است که نظام کیفری ایران چگونه می‌تواند با اصلاح قوانین و توسعه نهادهای حمایتی، حمایت مؤثر از بزه‌دیدگان جرائم رمز ارزی را تضمین نماید. مقاله حاضر با روش توصیفی - تحلیلی و با تکیه بر منابع تقنینی و اسناد قضایی، ضمن تبیین خلأهای ساختاری، راهکارهایی را با رویکرد بزه‌دیده‌محور و مبتنی بر اصولی چون عدالت کیفری، جبران خسارت و دسترسی مؤثر به فرآیند دادرسی ارائه می‌دهد.

۱. ویژگی‌های متمایز بزه‌دیدگان جرائم رمزارز محور

۱-۱. چالش شناسایی مرتکب برای بزه‌دیده در بسترهای ناشناس رمز ارزی

یکی از مهم‌ترین موانع پیش روی بزه‌دیدگان در فضای تبادلات رمز ارزی، دشواری در شناسایی مرتکب جرم و انتساب دقیق رفتار مجرمانه به شخص معین است. این مشکل ناشی از ویژگی‌های فنی ذاتی بسیاری از رمزارزهاست که تراکنش‌ها را بدون اتصال به داده‌های هویتی شفاف مانند نام، شناسه ملی یا اطلاعات بانکی انجام می‌دهند (تاج‌لنگرودی و دهدار، ۱۴۰۳: ۹۲). در اغلب رمزارزها از جمله بیت‌کوین، تنها آدرس عمومی کیف پول دیجیتال^۱ در معرض دید قرار دارد که به خودی خود، هیچ پیوندی با هویت حقیقی یا حقوقی کاربران ندارد. در رمزارزهای با تمرکز ویژه بر حفظ حریم خصوصی مانند مونرو یا زاش، حتی همین میزان از شفافیت نیز وجود ندارد و ساختار تراکنش‌ها به‌گونه‌ای طراحی شده است که ردیابی فنی و حقوقی آنها، حتی برای مراجع رسمی نیز عملاً ناممکن می‌گردد (ربیع پور و نوروی، ۱۴۰۰: ۲۱).

در چنین شرایطی، بزه‌دیده با مانعی اساسی در مسیر استیفای حقوق خود مواجه می‌شود؛ زیرا بدون امکان شناسایی دقیق بزه‌کار، فرآیند تعقیب کیفری، مطالبه ضرر و زیان و حتی توقیف مال دیجیتال غیرممکن یا فاقد اثربخشی لازم خواهد بود. در نتیجه، ناشناس بودن مرتکب نه تنها ابزار ارتکاب جرم را فراهم می‌سازد، بلکه از منظر حقوقی، جایگاه بزه‌دیده را نیز متزلزل کرده و وی را از بهره‌مندی مؤثر از سازوکارهای عدالت کیفری محروم می‌سازد.

^۱ Crypto Wallet

۱-۲. آسیب‌پذیری ناشی از ضعف آگاهی مالی و امنیتی

در بسیاری از موارد، قربانیان جرائم رمز ارزی افرادی هستند که دانش کافی نسبت به مبانی فناوری بلاک‌چین، امنیت اطلاعات یا مفاهیم مالی نوین ندارند. این ناآگاهی، آن‌ها را در معرض طرح‌های اغواگرانه‌ای نظیر سرمایه‌گذاری‌های رمز ارزی کاذب، توکن‌های جعلی یا نرم‌افزارهای فیشینگ^۱ قرار می‌دهد (آذرنژاد، ۱۴۰۱: ۵۱). تبلیغات فریبنده در فضای مجازی که سودهای هنگفت و سریع را وعده می‌دهند، اغلب با استقبال همین دسته از کاربران ناآگاه مواجه می‌شود. در نبود آموزش عمومی یا هشدارهای منسجم از سوی نهادهای مسئول، بزه‌دیدگان نه تنها به راحتی فریب می‌خورند، بلکه در ادامه نیز به دلیل احساس شرم یا خودسرزنش‌گری، از گزارش‌دهی به نهادهای قضایی خودداری می‌ورزند. این چرخه پنهان ماندن بزه، نه تنها مانع تحقق عدالت می‌شود، بلکه زمینه‌ساز تکرار بزهکاری توسط همان مجرمان خواهد بود.

۱-۳. ناتوانی بزه‌دیدگان در پیگیری کیفی در سطح فراملی

یکی از دشوارترین موانع پیش روی بزه‌دیدگان جرائم رمز ارزی، فقدان امکان پیگیری مؤثر در عرصه بین‌المللی است. در بسیاری از موارد، مرتکبان با هویت‌های جعلی و بهره‌گیری از زیرساخت‌های اینترنتی برون‌مرزی، بزه خود را علیه کاربران داخلی مرتکب می‌شوند و پس از آن، عملاً از دسترس نظام قضایی ایران خارج می‌گردند (تاج لنگرودی و دهدار، ۱۴۰۳: ۹۴). عدم عضویت ایران در برخی از کنوانسیون‌های کلیدی مبارزه با جرائم سایبری نظیر «کنوانسیون بوداپست»، ضعف شدید در همکاری‌های قضایی بین‌المللی و محدودیت‌های ناشی از تحریم‌ها، موجب شده است که حتی در موارد شناسایی عامل جرم، مسیر استرداد، محاکمه یا توقیف اموال وی در خارج از کشور مسدود یا به شدت پیچیده باشد (قوامی پور سرشکه و محمودی، ۱۴۰۲: ۸۱). نتیجه آن، محرومیت بزه‌دیدگان از دسترسی به سازوکارهای مؤثر جبران خسارت در سطح فرامرزی است.

۱-۴. دشواری در ارائه و جمع‌آوری ادله اثبات و احراز بزه در مرجع قضایی

اثبات وقوع جرم در فضای رمز ارزی، یکی از دشوارترین مراحل برای بزه‌دیدگان محسوب می‌شود؛ زیرا برخلاف جرائم سنتی که غالباً با ادله محسوس و متعارف نظیر شهادت شهود، قراردادهای مکتوب یا شواهد فیزیکی قابل پیگیری‌اند، جرائم مبتنی بر رمزارز در بستری صورت می‌گیرند که بسیاری از ادله سنتی در آن یا اساساً قابل تحقق نیستند یا اعتبار حقوقی محدودی دارند (رحمان‌زاده و همکاران، ۱۴۰۲: ۸۵۶). در نظام حقوقی ایران نیز ساختار اثبات جرم، عمدتاً بر پایه ادله معنوی همچون اقرار، بینه و سوگند بنا شده که در بستر دیجیتال و رمز ارزی یا وجود ندارند یا کاربرد عملی بسیار اندکی دارند.

از سوی دیگر، هرچند ممکن است بزه‌دیده در اختیار داشتن داده‌هایی چون هش تراکنش^۲، آدرس عمومی کیف پول، یا سابقه فعالیت در شبکه بلاک‌چین را به عنوان ادله ارائه کند، اما این داده‌ها اغلب نزد مراجع قضایی سنتی به عنوان دلیل مستقل تلقی نمی‌شوند، مگر آنکه در کنار سایر قرائن و تحت ضوابط دقیق کارشناسی، بتوانند موجبات علم قاضی را فراهم سازند. ضعف زیرساخت کارشناسی رسمی در حوزه رمزارز نیز موجب شده است این داده‌ها در اغلب موارد یا نادیده گرفته شوند یا فاقد تحلیل فنی معتبر باقی بمانند.

در نتیجه، فقدان سازوکار روشن و قابل اتکا برای ارائه، تحلیل و پذیرش ادله دیجیتال، یکی از مهم‌ترین موانع در مسیر تحقق عدالت کیفی و حمایت مؤثر از بزه‌دیدگان در جرائم رمز ارزی است.

^۱ Phishing

^۲ Transaction Hash

۱-۵. فقدان نهادهای حمایتی مؤثر برای قربانیان رمزارز

در نظام حقوقی ایران، برای قربانیان برخی از جرائم سنتی نهادهایی مانند صندوق تأمین خسارت بدنی، دفاتر معاضدت حقوقی یا سازوکارهای بیمه‌ای پیش‌بینی شده است؛ اما در مواجهه با بزه‌دیدگان جرائم رمزارز، فقدان کامل یک نهاد تخصصی حمایتی به چشم می‌خورد. نه دولت، نه قوه قضاییه و نه نهادهای مالی، هیچ‌کدام تاکنون چارچوب مشخصی برای رسیدگی به نیازهای قربانیان رمزارز، همراهی اولیه، آموزش، جبران خسارت یا حتی ارجاع به مرجع صالح ارائه نداده‌اند. این وضعیت، حس رهاشدگی و بی‌اعتمادی را در میان بزه‌دیدگان تقویت کرده و آن‌ها را در موقعیتی انفعالی و آسیب‌پذیر قرار داده است.

این خلأ تنها به اشخاص حقیقی محدود نمی‌شود؛ شرکت‌های دانش‌بنیان، استارت‌آپ‌ها و نهادهای عمومی نیز در بسیاری موارد قربانی تخلفات رمزارز شده‌اند، اما ساختارهای موجود، ظرفیت پوشش‌دهی حمایتی برای این گروه‌ها را نیز ندارند. در واقع، طیف گسترده‌ای از بزه‌دیدگان بالقوه، از حمایت‌های کیفی و حقوقی نهادهای بی‌بهره‌اند و این امر، چالش جدی برای کارآمدی عدالت کیفی در حوزه فناوری‌های نوین به وجود آورده است (تاج‌الدینی و مختاری افراکتی، ۱۴۰۳: ۳۵).

مجموعه‌ای از ویژگی‌های خاص - از دشواری شناسایی مرتکب، ضعف در آگاهی فنی، ناتوانی در پیگیری بین‌المللی تا مشکلات اثباتی و نبود نهادهای پشتیبان - بزه‌دیدگان جرائم رمزارز را در موقعیتی به‌مراتب شکننده‌تر از قربانیان جرائم سنتی قرار داده است. این شرایط، نظام تقنینی و قضایی کشور را با ضرورتی فوری برای بازاندیشی در سیاست‌گذاری کیفی مواجه می‌سازد؛ ضرورتی که بدون اصلاحات ساختاری، تدوین قوانین اختصاصی و تقویت ظرفیت‌های حمایتی، نمی‌توان به تحقق آن امید داشت.

۲. بررسی سیاست جنایی تقنینی ایران در حمایت از بزه‌دیدگان جرائم رمزارز محور

نظام تقنینی ایران در مواجهه با جرائم نوپدید مرتبط با رمزارزها، هنوز از جامعیت و انسجام لازم برای حمایت مؤثر از بزه‌دیدگان برخوردار نیست. اگرچه برخی از این جرائم تحت عناوین کیفی موجود مانند کلاهبرداری، سرقت داده^۱ یا جعل قابل پیگیری‌اند، اما در عمل، فقدان قوانین خاص و روزآمد موجب شده است که حقوق بزه‌دیدگان در مراحل مختلف تعقیب، اثبات جرم، استرداد اموال و جبران خسارت با موانع جدی مواجه گردد (زارع و امین نژاد، ۱۴۰۴: ۳۶).

در این بخش، سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال بزه‌دیدگان جرائم رمزارز محور مورد تحلیل قرار می‌گیرد. هدف، شناسایی ظرفیت‌های قانونی موجود، بررسی ناکارآمدی‌ها و نارسایی‌ها و ارزیابی تطابق قوانین فعلی با نیازهای حمایتی خاص این دسته از قربانیان است. تمرکز اصلی بر قوانین کیفی، آیین دادرسی کیفی، قانون جرائم رایانه‌ای^۲ و سایر مقررات پراکنده خواهد بود که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در فرآیند حمایت از بزه‌دیدگان نقش دارند.

با توجه به ویژگی‌های خاص جرائم رمزارز، انتظار می‌رود قانون‌گذار با بازاندیشی در ساختار موجود، به سمت طراحی سازوکارهای حمایتی نوین، متناسب با چالش‌های فنی و ساختاری این نوع جرائم حرکت کند. تحلیل حاضر، پایه‌ای برای تبیین ضرورت این اصلاحات و زمینه‌ساز پیشنهادی راهبردی در بخش‌های بعدی مقاله خواهد بود.

^۱ Data theft

^۲ Cybercrimes

۲-۱. حمایت تقنینی از بزه‌دیدگان کلاهبرداری رمزارزی

در نظام تقنینی ایران، جرم کلاهبرداری به‌عنوان یکی از ابزارهای حمایتی از بزه‌دیدگان رفتارهای متقلبانه در فضای رمزارزها قابل‌اعمال است. ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، استفاده از وسایل متقلبانه برای بردن مال غیر را جرم‌انگاری کرده و امکان تعقیب کیفی بزهکاران این حوزه را فراهم ساخته است.

همچنین ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، ناظر به کلاهبرداری رایانه‌ای^۱ بوده و دربرگیرنده رفتارهایی چون ورود متقلبانه به سامانه‌های رایانه‌ای و فریب سیستم‌های اطلاعاتی با هدف تحصیل مال می‌باشد. این ماده ظرفیت قانونی مناسبی برای پیگرد کیفی کلاهبرداری‌های مبتنی بر رمزارزها از جمله وعده‌های دروغین و صرافی‌های جعلی فراهم کرده است.

بر این اساس، نظام قانون‌گذاری ایران از طریق جرم‌انگاری رفتارهای فریبکارانه در فضای دیجیتال، امکان حمایت کیفی از بزه‌دیدگان رمزارزی را در قالب عناوین مصرح قانونی فراهم آورده است.

۲-۲. حمایت تقنینی از بزه‌دیدگان سرقت رمزارز و داده‌های دیجیتال

قوانین کیفی ایران در حوزه سرقت فیزیکی و دیجیتال، قابلیت استفاده در حمایت از بزه‌دیدگان رفتارهایی چون ربایش رمزارز، دسترسی غیرمجاز به کیف پول‌های دیجیتال و تخریب اطلاعات مربوط به دارایی‌های رمزارزی را دارا می‌باشند (تاج‌الدینی و مختاری افراکتی، ۱۴۰۳: ۲۹).

مطابق ماده ۷۴۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، دسترسی غیرمجاز به داده‌های رایانه‌ای جرم تلقی شده و در حوزه رمزارزها نیز قابل تطبیق با رفتارهایی مانند استخراج غیرمجاز کلیدهای خصوصی^۲ یا نفوذ به حساب‌های کاربری رمزارزی است.

همچنین ماده ۲۶۷ قانون مجازات اسلامی، ناظر به سرقت فیزیکی بوده و در مواردی چون ربایش کیف پول‌های سخت‌افزاری یا تجهیزات استخراج رمزارز قابل استناد می‌باشد. ماده ۷۳۶ همین قانون نیز امکان حمایت از بزه‌دیدگان در برابر حذف یا تخریب اطلاعات رمزارزی را فراهم می‌سازد.

در نتیجه، مجموعه مقررات کیفی موجود، سازوکارهایی برای حمایت از بزه‌دیدگان جرائم مبتنی بر سرقت فیزیکی یا دیجیتال در بستر رمزارزها پیش‌بینی کرده‌اند.

۲-۳. حمایت تقنینی از بزه‌دیدگان جعل رایانه‌ای^۳ و تحریف اطلاعات رمزارزی

بر اساس ماده ۷۳۴ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، هرگونه تغییر، ورود، حذف یا توقف داده‌های رایانه‌ای با قصد تقلب، تحت عنوان جعل رایانه‌ای جرم‌انگاری شده است. این حکم در فضای رمزارزی، پوشش‌دهنده رفتارهایی نظیر جعل هش تراکنش، تغییر داده‌های کیف پول دیجیتال یا تحریف اطلاعات پلتفرم‌های معاملاتی است.

جرم جعل رایانه‌ای به‌عنوان یکی از ابزارهای قانونی برای حمایت از بزه‌دیدگان رفتارهای متقلبانه و تحریف اطلاعات دیجیتال در حوزه رمزارز، این امکان را فراهم ساخته است که دادگاه‌ها در مواجهه با شکایات مربوط به تغییرات غیرمجاز در داده‌های رمزارزی، از مقررات موجود بهره‌گیرند (کرمی‌پور و رجب‌زاده باغی، ۱۴۰۲: ۲۳۲).

^۱ Cyber Fraud

^۲ Private Keys

^۳ Computer Forgery

به این ترتیب، سیاست جنایی تقنینی ایران از طریق شمول مفاد قانونی در حوزه جعل رایانه‌ای، ظرفیت مناسبی برای حمایت از بزه‌دیدگان در برابر تحریف‌های فنی و داده‌ای در بستر رمزارز فراهم آورده است.

۲-۴. مقررات اجرایی و آیین‌نامه‌های مرتبط

افزون بر قوانین کیفری، شماری از مقررات اجرایی و آیین‌نامه‌های تخصصی نیز به‌طور غیرمستقیم به موضوع رمزارزها پرداخته‌اند. از جمله، سیاست‌نامه بانک مرکزی در سال ۱۳۹۸ که دستورالعمل‌هایی را درباره نحوه فعالیت در این حوزه صادر کرده، یا آیین‌نامه‌هایی که به موضوعاتی چون مصرف برق ماینرها یا واردات با رمزارز پرداخته‌اند.

این مقررات، هرچند اغلب ناظر به جنبه‌های اقتصادی یا فناورانه‌اند، اما از حیث تقنینی و نظام حقوقی رمزارزها، بخشی از بستر حقوقی موجود تلقی می‌شوند و در داوری حقوقی دادگاه‌ها نقش ایفا می‌کنند.

۲-۵. آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ الحاقی قانون مبارزه با پول‌شویی

یکی از مهم‌ترین مقررات تکمیلی در این زمینه، آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ الحاقی قانون مبارزه با پول‌شویی (مصوب ۱۳۹۸) است. این آیین‌نامه، شامل ۱۵۸ ماده، با هدف کنترل نقل و انتقال غیرقانونی دارایی‌های مجازی، به‌ویژه رمزارزها، تدوین شده و تکالیفی را برای مؤسسات مالی در زمینه شناسایی و گزارش تراکنش‌های مشکوک مقرر داشته است.

در ماده ۳۷ این آیین‌نامه، مسئولیت روشنی برای واحدهای مبارزه با پول‌شویی در خصوص رمزارزها تعیین شده و بانک مرکزی نیز به‌موجب مصوبات شورای عالی مبارزه با پول‌شویی، دامنۀ فعالیت مؤسسات مالی در این حوزه را به رمزارزهای استخراج‌شده داخلی محدود ساخته است. گرچه تمرکز این آیین‌نامه بر بزه‌کاری مالی است و نه بزه‌دیدگی، اما به‌عنوان سند راهبردی، نقش مهمی در تنظیم ساختار قانونی حوزه رمزارز دارد.

۲-۶. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در بستر رمزارز

در ساختار تقنینی ایران، موضوع مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در جرائم رایانه‌ای نیز مورد توجه قرار گرفته است. مطابق مواد ۷۴۷ و ۷۴۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات)، چنانچه ارتکاب جرم در بستر رایانه‌ای توسط مدیر یا با اطلاع وی صورت گیرد، شخص حقوقی نیز تحت شرایطی مسئول شناخته می‌شود. همچنین، مواد ۷۵۱ و ۷۵۲ این قانون، بر وظایف ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی در زمینه پالایش محتوای مجرمانه تأکید کرده‌اند.

در فضای رمز ارزی، این احکام می‌توانند ناظر بر پلتفرم‌هایی مانند صرافی‌های دیجیتال، کیف پول‌های آنلاین یا درگاه‌های ارائه‌دهنده خدمات مبتنی بر بلاک‌چین باشند. چنانچه این بسترها با سهل‌انگاری یا بی‌توجهی نسبت به الزامات قانونی، زمینه وقوع جرم را فراهم سازند یا نسبت به هشدارهای قضایی بی‌اعتنا باشند، در چارچوب مسئولیت کیفری قابل تعقیب خواهند بود. این حال، نبود معیارهای دقیق در تمایز میان فعل و ترک فعل مؤثر، موجب ابهام در اجرای مؤثر این مقررات شده است (عمرانی فر و بیرنگ، ۱۴۰۳: ۵۲).

۲-۷. ظرفیت‌های آیین دادرسی کیفری در مواجهه با جرائم رمز ارزی

مواد ۶۶۴ تا ۶۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری، به‌طور خاص به نحوه رسیدگی به جرائم رایانه‌ای اختصاص یافته‌اند. در این بخش از قانون، مواردی چون نحوه بازرسی سیستم‌های رایانه‌ای، شنود قانونی، حفظ داده‌ها، تحلیل دیجیتال و قواعد جمع‌آوری و اعتبارسنجی ادله الکترونیکی تشریح شده است.

در مواجهه با جرائم رمز ارزی که به‌طور ذاتی بر بستری فنی و دیجیتال رخ می‌دهند، این مقررات می‌توانند ابزارهایی اولیه برای کشف جرم و شناسایی مرتکب فراهم سازند. با این حال، فقدان دستورالعمل‌های جزئی‌تر در حوزه خاص رمزارز و نیز کمبود نیروی انسانی متخصص در تحلیل فنی ادله، موجب شده است کارایی این مقررات در عمل با چالش‌هایی همراه باشد (کرمی‌پور و رجب زاده باغی، ۱۴۰۲: ۲۳۴).

مرور قوانین کیفری و مقررات آیین دادرسی نشان می‌دهد که نظام حقوقی ایران، به‌ویژه در سال‌های اخیر، در تلاش بوده است تا بخشی از مصادیق جرائم رمز ارزی را در قالب عناوین کیفری موجود جای دهد. مقرراتی چون کلاهبرداری رایانه‌ای، جعل دیجیتال، سرقت داده، مسئولیت اشخاص حقوقی و دستورالعمل‌های آیین دادرسی، در ظاهر قابلیت‌هایی برای مداخله کیفری ایجاد کرده‌اند (حسینی، ۱۴۰۳: ۷۵).

با این حال، این چارچوب حقوقی بیش از آنکه مبتنی بر فهم دقیق از ماهیت رمزارزها و اقتضات فناوری بلاک‌چین باشد، بیشتر نوعی تطبیق منفعلانه با مفاهیم موجود کیفری به نظر می‌رسد. در نتیجه، در بسیاری از موارد، بزه‌دیدگان جرائم رمز ارزی یا در قالب مفاهیم سنتی جای نمی‌گیرند، یا در اثبات بزه و بازیابی حقوق خود با موانع جدی مواجه می‌شوند. همین مسئله، ضرورت بازنگری جدی در قوانین موجود و تدوین مقررات اختصاصی برای حمایت مؤثر از بزه‌دیدگان را تقویت می‌کند.

۳. چالش‌های تقنینی حمایت از بزه‌دیدگان جرائم رمز ارزی

با توجه به ماهیت پیچیده و فناورانه رمزارزها، ساختار فعلی نظام کیفری ایران در حمایت مؤثر از بزه‌دیدگان این حوزه با چالش‌های بنیادین روبروست. بسیاری از مقررات موجود یا اساساً ناظر به چنین بسترهایی تدوین نشده‌اند، یا کوشیده‌اند با توسعه تفسیری مفاهیم کلاسیک، پاسخ‌گوی موقعیت‌های نوظهور باشند. (عباس پور ایکدر و همکاران، ۱۴۰۲: ۴۸) با این حال، تجربه‌های عملی در رسیدگی به پرونده‌های رمز ارزی، نشان می‌دهد که این تلاش‌ها کافی نبوده و خلأهای جدی در حوزه تقنین و اجرا باقی مانده است (کرمی‌پور و رجب زاده باغی، ۱۴۰۲: ۲۳۵). در این بخش، مهم‌ترین چالش‌های تقنینی ناظر بر بزه‌دیدگان جرائم رمز ارزی مورد تحلیل قرار می‌گیرند.

۳-۱. ابهام در شناسایی بزه‌دیده و فقدان تعریف قانونی از آن

در حال حاضر، هیچ تعریف خاص و روشنی از «بزه‌دیده رمز ارزی» در قوانین کیفری ایران ارائه نشده است. ویژگی‌هایی نظیر ناشناسی تراکنش‌ها، ناپایداری روابط قراردادی و اختفای هویت طرفین، شناسایی قربانیان را با ابهام مواجه ساخته‌اند. همین امر موجب می‌شود در بسیاری از موارد، امکان بهره‌مندی از حقوق قانونی مانند طرح شکایت مؤثر، مطالبه خسارت یا استفاده از وکیل معاضدتی از بزه‌دیدگان سلب شود. (دالوندی و همکاران، ۱۴۰۴: ۲۴۸)

این خلأ نه فقط موجب کاهش اثربخشی فرآیند رسیدگی کیفری، بلکه به تضعیف اعتماد عمومی نسبت به توان نظام حقوقی در پاسخ‌گویی به تحولات فناوری منجر شده است. نبود چنین تعریفی در نهایت به حذف تدریجی بزه‌دیده از مرکز توجه عدالت کیفری می‌انجامد.

۳-۲. ناکارآمدی در جرم‌انگاری رفتارهای خاص رمزارزی

بخش قابل توجهی از جرائم مرتبط با رمزارزها در قالب مفاهیم سنتی نظیر کلاهبرداری، جعل یا سرقت داده مورد بررسی قرار می‌گیرند. با این حال، رفتارهایی چون فیشینگ رمزارزی^۱، جعل کلید خصوصی، سوءاستفاده از باگ‌های قراردادهای هوشمند^۲، یا هک کیف پول‌های غیرمتمرکز، خارج از شمول دقیق این عناوین قرار می‌گیرند (آذرنژاد، ۱۴۰۱: ۷۲).

این فقدان عناوین کیفری خاص، موجب دوگانگی در تشخیص جرم، تشتت آراء و سردرگمی در مرحله تعقیب کیفری شده است. در نتیجه، برخی از مراجع قضایی به دلیل اصل تفسیر مضیق در حقوق کیفری، از اعمال عنوان مجرمانه امتناع می‌ورزند و همین امر امکان حمایت کیفری از بزه‌دیده را تضعیف می‌کند.

۳-۳. دشواری شناسایی و ردیابی مرتکب

ساختار فناوریانه رمزارزها، به‌ویژه در رمزارزهایی با تمرکز بر حفظ حریم خصوصی به‌گونه‌ای طراحی شده است که امکان شناسایی مرتکب را به‌شدت محدود می‌کند. کاربران می‌توانند بدون افشای هویت واقعی، در شبکه‌هایی فعالیت کنند که نه تحت نظارت قانونی‌اند و نه تابع مقررات احراز هویت^۳ (زررخ، ۱۳۸۹: ۷۱).

در کنار این ویژگی فنی، خلأ قانونی نیز مزید بر علت شده است؛ به‌گونه‌ای که در نظام حقوقی ایران هیچ الزام صریحی برای صرافی‌ها یا پلتفرم‌های رمزارزی داخلی در زمینه ثبت هویت کاربران یا نگهداری تراکنش‌های مشکوک مقرر نشده است. این وضعیت، فرآیند شناسایی بزه‌کار و اثبات عنصر انتساب را در عمل دشوار و بعضاً غیرممکن می‌سازد.

۳-۴. فقدان نظام حمایتی برای جبران خسارت

بزه‌دیدگان جرائم رمزارزی، در فقدان سازوکارهای جبرانی مؤثر، عملاً امکان بازیابی دارایی خود را از دست می‌دهند. نه صندوقی برای جبران خسارت در این حوزه وجود دارد، نه سازوکار بیمه‌ای و نه نهادی برای ارائه معاضدت حقوقی و پیگیری تخصصی (میرزاخانی و دعائی، ۱۴۰۲: ۱۸).

در بسیاری از موارد، حتی با اثبات وقوع جرم، به دلیل عدم شناسایی مرتکب یا فرار دارایی دیجیتال از قلمرو ملی، اجرای حکم جبرانی عملاً امکان‌پذیر نیست. در غیاب نهادهای مکمل حمایت از بزه‌دیده، این وضعیت به‌نوعی «بزه‌دیدگی مضاعف» منجر شده و احساس بی‌پناهی در میان قربانیان تقویت می‌شود.

۳-۵. ضعف ساختاری در تعیین صلاحیت قضایی

تراکنش‌های رمزارزی در ذات خود ماهیتی فرامرزی دارند. کاربر می‌تواند از داخل ایران با پلتفرمی در کشور دیگر تعامل داشته باشد و مرتکب جرم نیز ممکن است در حوزه قضایی متفاوتی اقامت داشته باشد. در چنین شرایطی، تعیین مرجع صالح برای رسیدگی کیفری، به یکی از چالش‌های جدی بدل شده است (قوامی پور سرشکه و محمودی، ۱۴۰۲: ۹۲).

نظام حقوقی ایران که عمدتاً بر اصل صلاحیت سرزمینی استوار است، در مواجهه با چنین جرائمی، فاقد انعطاف لازم برای اعمال صلاحیت مؤثر است. از سوی دیگر، نبود توافق‌نامه‌های همکاری قضایی با بسیاری از کشورها و عدم عضویت در کنوانسیون‌های بین‌المللی مبارزه با جرائم سایبری، مسیر احقاق حق بزه‌دیده را در سطح بین‌المللی مسدود ساخته است.

^۱ Crypto Phishing

^۲ Smart Contracts

^۳ Identity Verification

۳-۶. چالش‌های اعتبارسنجی و نگهداری ادله دیجیتال

در پرونده‌های مرتبط با جرائم رمز ارزی، ادله اثباتی عمدتاً در قالب داده‌های فنی و تخصصی ارائه می‌شوند؛ نظیر هش تراکنش‌ها، لاگ کیف پول‌ها و داده‌های ثبت شده در شبکه‌های بلاک‌چین. این نوع ادله، برخلاف شواهد سنتی، نیازمند سازوکارهای خاص برای جمع‌آوری، تحلیل، نگهداری و پذیرش در فرآیند قضایی هستند (رحمان‌زاده و همکاران، ۱۴۰۲: ۸۵۴).

اگرچه آیین‌نامه جمع‌آوری ادله الکترونیکی چارچوبی ابتدایی برای پذیرش این داده‌ها پیش‌بینی کرده، اما در عمل، این مقررات فاقد جزئیات کافی برای پاسخ‌گویی به اقتضائات فنی جرائم رمز ارزی هستند. به‌ویژه در مواردی مانند اعتبارسنجی هش تراکنش‌ها، ذخیره‌سازی امن کلیدهای رمزنگاری شده یا ثبت زنجیره زمانی داده‌ها، ضعف‌های جدی در دستورالعمل‌های اجرایی احساس می‌شود (محمدی و همکاران، ۱۴۰۳: ۲۴۵).

علاوه بر این، عدم وجود کارشناسان رسمی متخصص در حوزه رمزارز و بلاک‌چین در فهرست رسمی کارشناسان دادگستری، موجب شده است که بسیاری از داده‌های دیجیتال با تردید یا عدم پذیرش در فرآیند رسیدگی مواجه شوند. این خلأ، نه‌تنها موجب تضییع حقوق بزه‌دیده در مرحله اثبات می‌شود، بلکه زمینه فرار بزه‌کار از پاسخ‌گویی کیفری را نیز فراهم می‌سازد.

مجموعه چالش‌هایی که در این بخش مورد بررسی قرار گرفت، گویای آن است که قوانین کیفری و رویه‌های موجود در نظام قضایی ایران، از منظر حمایت مؤثر از بزه‌دیدگان جرائم رمز ارزی، با نارسایی‌های ساختاری روبه‌رو هستند. فقدان تعریف روشن از بزه‌دیده رمز ارزی، عدم جرم‌انگاری دقیق برای رفتارهای نوظهور، دشواری در شناسایی مرتکب، خلأ نهادهای حمایتی و ناکارآمدی در تعیین صلاحیت قضایی، همگی نشان از آن دارند که ساختار تقنینی کنونی، برای مواجهه با پیچیدگی‌های فناوری بلاک‌چین و جرائم مرتبط با آن کفایت نمی‌کند.

در غیاب اصلاحات حقوقی بنیادین، این خلأها می‌توانند موجب بی‌اعتمادی گسترده نسبت به نظام عدالت کیفری، گسترش بزه‌کاری دیجیتال و حذف تدریجی بزه‌دیدگان از فرآیند قضایی شوند. از این‌رو، بازنگری تقنینی و نهادسازی تخصصی، ضرورتی انکارناپذیر در مسیر تحقق عدالت دیجیتال است.

۴. پیشنهادهاى تقنینی برای تقویت حمایت کیفری از بزه‌دیدگان جرائم رمز ارزی

۴-۱. پیشنهاد اصلاح و تکمیل قواعد شکلی و ماهوی حمایت کیفری از بزه‌دیدگان رمز ارزی

۴-۱-۱. جرم‌انگاری اختصاصی و تعریف قانونی بزه‌دیده رمز ارزی

تحقق حمایت کیفری مؤثر از بزه‌دیدگان جرائم رمز ارزی، مستلزم تدوین مقرراتی اختصاصی (با تدوین سیاست جنایی افتراقی) است که به‌روشنی متناسب با ویژگی‌های فنی و ساختاری این دسته از جرائم طراحی شده باشند. در وضعیت فعلی، رفتارهایی نظیر جعل کلید خصوصی، فیشینگ رمز ارزی، بهره‌برداری از آسیب‌پذیری‌های فنی در قراردادهای هوشمند یا پول‌شویی در پلتفرم‌های فاقد احراز هویت، در قالب مفاهیم سنتی مانند کلاهبرداری یا جعل به‌سختی قابل انطباق‌اند. این ناهماهنگی سبب سردرگمی در مراجع قضایی و تضعیف جایگاه حقوقی بزه‌دیدگان شده و در مواردی نیز به صدور قرار منع تعقیب به استناد اصل تفسیر مضیق انجامیده است. (عمرانی فر و بیرنگ، ۱۴۰۳: ۷۳).

افزون بر این، در نظام تقنینی ایران، تعریف روشن و مستقلی از «بزه‌دیده رمز ارزی» وجود ندارد. تعاریف عمومی بزه‌دیده پاسخ‌گوی وضعیت خاص قربانیان جرائم مبتنی بر بلاک‌چین نیستند؛ کسانی که در معرض آسیب‌هایی چون گمنامی مرتکب، فرامرزی بودن بستر ارتکاب جرم و نبود امکان انتساب هویت فنی قرار دارند. همین خلأ موجب سلب امکان بهره‌مندی از حقوقی

چون پیگیری قضایی مؤثر، مطالبه خسارت و دسترسی به حمایت‌های معاضدتی برای شمار زیادی از آسیب‌دیدگان شده است (محمدی و همکاران، ۱۴۰۳: ۲۴۸).

در راستای رفع این نارسایی‌ها، پیشنهاد می‌شود بخشی مستقل تحت عنوان «جرائم مرتبط با رمزارز و دارایی‌های دیجیتال» به قانون مجازات اسلامی یا قانون جرائم رایانه‌ای افزوده شود. در این بخش، مفاهیم کلیدی نظیر رمزارز، کیف پول دیجیتال، قرارداد هوشمند، کلید خصوصی و تراکنش بلاک‌چینی^۱ باید به صورت دقیق تعریف و رفتارهای نوپدید مانند جعل دیجیتال رمز ارزی، فیشینگ بلاک‌چینی، سوءاستفاده از نقص‌های فنی، اخاذی رمز ارزی و پول‌شویی در بسترهای غیرمتمرکز، به طور مستقل جرم‌انگاری شود.

همچنین، تعریف بزه‌دیده رمز ارزی باید شامل سه عنصر اساسی باشد: اول، وقوع خسارت مستقیم در قالب دارایی دیجیتال؛ دوم، امکان انتساب فنی یا عرفی زیان حتی در صورت ناشناسی مرتکب؛ و سوم، ارتباط ذاتی بزه با ماهیت فناوری رمزارز. (دالوندی و همکاران، ۱۴۰۴: ۲۶۰) در کنار آن، باید حقوقی همچون امکان شناسایی رسمی بزه‌دیده، اولویت در توقیف دارایی‌های دیجیتال مشکوک، الزام دستگاه‌های ذی‌ربط به ثبت و پیگیری شکایات و بهره‌مندی از وکیل معاضدتی برای بزه‌دیدگان جرائم مهم پیش‌بینی شود.

چنین اصلاحی، ضمن ارتقای جایگاه بزه‌دیده در فرآیند دادرسی، زمینه تدوین یک سیاست جنایی افتراقی و متناسب با چالش‌های اقتصاد دیجیتال را نیز فراهم می‌آورد و چهره‌ای فعال‌تر و روزآمدتر از نظام کیفری در مقابله با جرائم فناوری به نمایش خواهد گذاشت.

۴-۱-۲. تقویت صلاحیت قضایی و الزامات قانونی افشای داده در جرائم رمز ارزی با بعد فرامرزی

فناوری بلاک‌چین با ویژگی‌هایی همچون تمرکززدایی و ناشناسی، امکان شناسایی بزه‌کار در بسیاری از جرائم رمز ارزی را دشوار ساخته است (تاج لنگرودی و دهدار، ۱۴۰۳: ۱۰۰). در غیاب الزامات حقوقی روشن و زیرساخت‌های فنی لازم، بزه‌دیدگان این جرائم در مسیر احقاق حق با بن‌بست‌های جدی مواجه می‌شوند. عدالت کیفری اقتضا دارد که قربانی بتواند به صورت مؤثر اقدام به طرح شکایت کند و از اطلاعات لازم برای شناسایی مرتکب برخوردار شود، اما نبود الزام قانونی برای همکاری پلتفرم‌های داخلی با مراجع قضایی، در کنار فقدان سامانه‌ای برای ثبت تراکنش‌های مشکوک، تحقق این هدف را با مانع مواجه کرده است (عباس پور ایکدر و همکاران، ۱۴۰۲: ۴۹).

برای رفع این نقیصه، پیشنهاد می‌شود مقرره‌ای الزام‌آور برای پلتفرم‌های فعال در حوزه رمزارزها وضع شود که آن‌ها را ملزم به اجرای فوری دستورات قضایی، افشای اطلاعات کاربران و ارائه لاگ تراکنش‌ها و آدرس‌های کیف پول نماید. تدوین آیین‌نامه‌ای تخصصی جهت تعیین «حد آستانه» برای تراکنش‌هایی که مستلزم احراز هویت دقیق هستند، از دیگر اقدامات ضروری است. علاوه بر آن، ایجاد سامانه‌ای متمرکز در سطح ملی ثبت و پایش تراکنش‌های مشکوک با دسترسی محدود مقام قضایی و نیز الزام به استقرار واحدهای پاسخ‌گویی کیفری در صرافی‌های داخلی، از جمله ابزارهایی است که می‌تواند فرآیند شناسایی مرتکب و حفاظت از حقوق بزه‌دیدگان را تسهیل کند.

اجرای این اصلاحات، نه تنها موجب افزایش قابلیت تعقیب مجرمان در بستر رمزارز خواهد شد، بلکه اعتماد عمومی به ظرفیت‌های نظام کیفری در برخورد با تهدیدات نوین دیجیتال را نیز تقویت می‌کند.

^۱ Blockchain Transaction

۴-۱-۳. طراحی سازوکار جبران خسارت و ارتقاء استانداردپذیری ادله دیجیتال در حمایت از بزه‌دیدگان رمز ارزی

از ارکان بنیادین حمایت کیفری، تضمین جبران خسارت برای بزه‌دیده است؛ امری که در بستر رمزارز به دلیل پیچیدگی‌های فنی، فقدان شفافیت هویتی و فرامرزی بودن تراکنش‌ها، با موانع متعدد روبه‌روست. در بسیاری از موارد، قربانیان نه تنها توانایی شناسایی و پیگیری مرتکب را از دست می‌دهند، بلکه حتی در صورت شناسایی نیز، به علت فقدان سازوکارهای مؤثر برای توقیف دارایی دیجیتال یا نبود نهاد جبران خسارت، به حق خود نمی‌رسند. این وضعیت موجب بروز بزه‌دیدگی مضاعف می‌شود (کرمی‌پور و رجب زاده باغی، ۱۴۰۲: ۲۳۶).

برای پاسخ به این خلأ، تشکیل یک صندوق ملی جبران خسارت برای بزه‌دیدگان جرائم سایبری و رمز ارزی پیشنهاد می‌شود. این صندوق می‌تواند از محل جرائم مکشوفه، جرائم نقدی، یا منابع عمومی تأمین اعتبار شود. همچنین لازم است مسئولیت مدنی و کیفری صرافی‌ها و ارائه‌دهندگان خدمات رمز ارزی در قبال نقص امنیتی یا عدم همکاری با مراجع قضایی، به‌صراحت در قانون پیش‌بینی شود. از سوی دیگر، پیش‌بینی امکان صدور فوری دستور توقیف دارایی دیجیتال، ثبت آن در سامانه‌های پیگیری و رهگیری رمزارزها و طراحی سازوکار بیمه‌گذاری برای تراکنش‌های رمز ارزی با مشارکت بیمه‌گران داخلی، از جمله راهکارهایی است که می‌تواند جبران خسارت و استیفای حقوق بزه‌دیدگان را محقق سازد.

این مجموعه اقدامات، زیرساختی کارآمد برای تحقق عدالت جبرانی در نظام کیفری دیجیتال فراهم خواهد ساخت و جایگاه بزه‌دیده را در سیاست جنایی مرتبط با رمزارز، به‌طور بنیادین ارتقاء می‌دهد.

۴-۲. چالش‌های مربوط به نهادهای حمایتی از بزه‌دیدگان رمز ارزی

۴-۲-۱. پیشنهاد تأسیس نهاد تخصصی حمایت کیفری از بزه‌دیدگان رمز ارزی

فقدان یک نهاد تخصصی با توانایی فنی و حقوقی برای حمایت از بزه‌دیدگان جرائم رمز ارزی، از خلأهای آشکار در نظام کیفری ایران است. با توجه به ماهیت پیچیده و فرامرزی فناوری بلاک‌چین و ناشناس بودن مرتکبان، بسیاری از بزه‌دیدگان قادر به پیگیری مؤثر حقوق خود نیستند. عدم دسترسی به مشاوره، ناتوانی در تشخیص نوع جرم، تحلیل فنی تراکنش‌ها و مستندسازی ادله، موجب حذف تدریجی آنان از فرآیند عدالت کیفری شده است (زارع و امین نژاد، ۱۴۰۴: ۴۱).

برای رفع این کاستی، پیشنهاد می‌شود نهادی مستقل با عنوان «مرکز ملی حمایت کیفری از بزه‌دیدگان جرائم سایبری و رمز ارزی» تأسیس شود. این مرکز دارای شخصیت حقوقی مستقل، بودجه اختصاصی و صلاحیت اختصاصی باشد. وظایف آن شامل دریافت اولیه شکایات، ارائه مشاوره رایگان، تحلیل کیف پول و ادله، تنظیم شکایات کیفری و تعامل مؤثر با مراجع تخصصی مانند پلیس فتا، دادسراهای فضای مجازی، صرافی‌ها و نهادهای بین‌المللی خواهد بود.

ترکیب مرکز باید از تیم‌های تخصصی در حوزه وکالت کیفری، امنیت رمزارز، بلاک‌چین و روان‌شناسی تشکیل شود. همچنین تدوین دستورالعمل‌های فنی و قضایی برای مستندسازی ادله دیجیتال در حوزه رمزارز نیز در صلاحیت آن باشد. این مرکز می‌تواند ابتدا ذیل شورای عالی فضای مجازی یا مرکز توسعه عدالت الکترونیکی قوه قضائیه مستقر شود و سپس به نهادی مستقل تبدیل گردد.

۴-۲-۲. پیشنهاد طراحی نظام الزام‌آور احراز هویت کیفری در فضای رمزارز

احراز هویت کیفری کاربران، شرط بنیادین برای شناسایی مرتکب، تعقیب کیفری و جبران ضرر بزه‌دیده در جرائم رمز ارزی است؛ اما ویژگی‌هایی مانند ناشناسی تراکنش‌ها و استفاده از کیف پول‌های غیرمتمرکز، این امکان را به‌شدت محدود کرده‌اند. در

وضعیت فعلی، نبود الزام قانونی صریح برای پلتفرم‌های رمز ارزی در خصوص ثبت هویت کاربران، موجب شده است بزه‌دیدگان علیرغم اثبات وقوع جرم، امکان معرفی فاعل قابل تعقیب را نداشته باشند (ربیع پور و نوروزی، ۱۴۰۰: ۵۸).

برای رفع این خلأ، ضروری است «نظام احراز هویت کیفری رمز ارزی» در قالب قانون جامع حمایت از بزه‌دیدگان فضای مجازی طراحی شود. این نظام باید شامل الزام کلیه پلتفرم‌های داخلی به ثبت دقیق اطلاعات هویتی (مانند شماره ملی، IP، شناسه بانکی و تصویر شناسنامه)، ایجاد «سامانه ملی هویت کیفری رمز ارزی» با نظارت مرکز ملی فضای مجازی یا پلیس فتا و پیش‌بینی دسترسی محدود مقام قضایی به اطلاعات این سامانه باشد.

همچنین، برای اجرای مؤثر این نظام، باید ضمانت اجرای کیفری و انضباطی برای پلتفرم‌های متخلف و الزام به انطباق با استانداردهای بین‌المللی نیز در نظر گرفته شود. این اقدامات، پیش‌نیاز تحقق عدالت کیفری در حوزه رمزارز و عاملی کلیدی در توانمندسازی بزه‌دیده برای احقاق حق در برابر فناوری‌های نوپدید و پُر ریسک است (قوامی پور سرشکه و محمودی، ۱۴۰۲: ۹۵).

۴-۲-۳. طراحی نظام صلاحیت قضایی اختصاصی برای جرائم رمز ارزی

نبود ساختار مشخص برای تعیین صلاحیت قضایی در جرائم رمز ارزی، یکی از موانع اساسی در حمایت کیفری از بزه‌دیدگان این حوزه است. ویژگی‌های فناورانه رمزارزها نظیر غیرمتمرکز بودن، ناشناسی کاربران و ماهیت فرامرزی تراکنش‌ها، موجب شده‌اند که بزه‌دیدگان در همان مراحل ابتدایی طرح شکایت، با ابهام در مرجع صالح، اطاله دادرسی و حتی صدور قرار منع تعقیب مواجه شوند (کریمی‌پور و رجب زاده باغی، ۱۴۰۲: ۲۳۷).

ماده ۱۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری که ملاک صلاحیت را محل کشف ادله می‌داند، پاسخگوی شرایط خاص فضای رمز ارزی نیست؛ چراکه در بسیاری از موارد، نه محل وقوع جرم قابل تعیین است و نه ادله فیزیکی وجود دارد. این وضعیت، موجب سردرگمی مراجع رسیدگی و سلب حق بزه‌دیدگان در پیگیری مؤثر می‌شود؛ درحالی‌که اصول ۳۴ و ۱۵۹ قانون اساسی بر حق دادخواهی در دادگاه صالح تأکید دارند.

برای رفع این خلأ، پیشنهاد می‌شود:

الف) ماده‌ای مستقل در قانون آیین دادرسی کیفری افزوده شود که معیارهایی مانند اقامتگاه بزه‌دیده، محل برداشت رمزارز، IP مبدأ یا مقصد، محل کشف کیف پول یا ادله دیجیتال را به‌عنوان محل وقوع جرم بپذیرد؛ ب) دادسرای تخصصی جرائم رمز ارزی با صلاحیت کشوری تأسیس شود، با حضور قضاتی آشنا به فناوری‌های دیجیتال؛ ج) اعمال صلاحیت فراسرزمینی در صورتی که بزه‌دیده ایرانی باشد یا بخشی از جرم در داخل کشور رخ دهد، با استناد به اصول حمایتی و شخصی حقوق بین‌الملل کیفری؛ د) تنظیم موافقت‌نامه‌های قضایی با کشورهای که زیرساخت رمز ارزی فعال دارند، برای همکاری فرامرزی در تعقیب و استرداد مرتکبان.

این اقدامات با تمرکز بر حمایت فعال از بزه‌دیده، می‌تواند نظام قضایی را در برابر جرائم رمز ارزی توانمند ساخته و از اطاله و انفعال در روند دادرسی پیشگیری کند.

۴-۳. راهکارهای تقنینی برای جبران خسارت و حمایت مؤثر از بزه‌دیدگان در مرحله پس از جرم

۴-۳-۱. لزوم تأسیس صندوق جبران خسارت برای بزه‌دیدگان جرائم رمز ارزی

در عدالت کیفری نوین، حمایت از بزه‌دیده صرفاً به مجازات مرتکب محدود نیست، بلکه شامل جبران خسارت و ترمیم آسیب نیز می‌شود. تأسیس صندوق جبران خسارت در جرائم رمز ارزی، از جمله سازوکارهای ترمیمی است که حتی در فرض ناشناس

بودن یا ناتوانی مالی مجرم، حقوق بزه‌دیده را تأمین می‌نماید و نقش مهمی در ارتقای کارآمدی نظام کیفری ایفا می‌کند (حسینی، ۱۴۰۳: ۱۰۲).

الف) در وضعیت فعلی، به دلیل عدم شناسایی مرتکب، پیچیدگی فنی تراکنش‌ها و نبود نهاد حمایتی، اجرای احکام مالی در این حوزه اغلب با شکست مواجه می‌شود. این امر بزه‌دیدگان را از جبران خسارت محروم کرده و اعتماد عمومی به عدالت کیفری را تضعیف نموده است.

ب) پیشنهاد می‌شود با تصویب قانونی مستقل یا ذیل قانون جامع رمزارز، «صندوق جبران خسارت بزه‌دیدگان جرائم سایبری و رمزارزی» تأسیس گردد. این صندوق می‌تواند تحت نظارت قوه قضائیه یا وزارت دادگستری، از منابع زیر تغذیه شود:

۱. بخشی از جرائم نقدی محکومان سایبری؛

۲. بودجه عمومی؛

۳. وجوه حاصل از ضبط رمزارزهای غیرقانونی؛

۴. مشارکت داوطلبانه پلتفرم‌ها و شرکت‌ها.

ج) فعالیت صندوق باید تحت نظارت هیئتی متشکل از نمایندگان دادستانی کل، بانک مرکزی، سازمان فناوری اطلاعات و سازمان بازرسی انجام شود. همچنین، امکان بازیافت مبالغ پرداختی در صورت شناسایی مرتکب، در قانون پیش‌بینی گردد.

چنین نهادی می‌تواند خلأ جدی در جبران خسارت بزه‌دیدگان را پر کرده و عدالت کیفری را به معنای واقعی، محقق سازد.

۴-۳-۲. تعیین مسئولیت قانونی ارائه‌دهندگان خدمات رمزارزی در قبال بزه‌دیدگان

یکی از الزامات تقنینی در راستای حمایت کیفری از بزه‌دیدگان رمزارزی، وضع مقررات صریح پیرامون مسئولیت قانونی ارائه‌دهندگان خدمات رمزارزی، اعم از صرافی‌های دیجیتال، کیف پول‌های آنالین، پلتفرم‌های معاملات غیرمتمرکز و ارائه‌دهندگان واسط انتقال دارایی‌های رمزنگاری شده است. در حال حاضر، بسیاری از این فعالان، به‌ویژه در بسترهای غیررسمی داخلی یا پلتفرم‌های خارجی بدون مجوز، بدون شفافیت در مقررات ناظر بر تعهدات کیفری و مدنی نسبت به کاربران، به فعالیت مشغول‌اند. این وضعیت سبب شده در مواردی که جرائمی نظیر فیشینگ، جعل کلید خصوصی، سرقت رمزارزی یا انتقال غیرمجاز دارایی‌ها از طریق این پلتفرم‌ها صورت می‌گیرد، بزه‌دیدگان راه مشخصی برای پیگیری مؤثر و مطالبه خسارت نداشته باشند (چراغی، ۱۴۰۲: ۱۹۵).

در همین راستا، ضروری است قانون‌گذار، ارائه‌دهندگان خدمات رمزارزی را به‌عنوان بازیگران دارای مسئولیت قانونی در فرآیند مبارزه با جرائم رمزارزی شناسایی کرده و مجموعه‌ای از الزامات مشخص را بر ایشان تحمیل کند. مهم‌ترین این الزامات، ایجاد سامانه‌های احراز هویت چندمرحله‌ای، ثبت سوابق تراکنش‌ها، همکاری با مراجع قضایی در تحلیل زنجیره تراکنش‌ها و اعلام موارد مشکوک به بزهکاری است. فقدان چنین الزامی، نه‌تنها روند شناسایی مرتکب را برای ضابطان و قضات دشوار می‌سازد، بلکه زمینه گسترش بسترهای بی‌هویت و آسیب‌پذیر را نیز فراهم می‌آورد.

بنابراین، پیشنهاد می‌شود قانونی مستقل یا فصلی مجزا در قوانین موجود، به‌صورت خاص به تعیین حدود مسئولیت کیفری و مدنی ارائه‌دهندگان خدمات رمزارزی اختصاص یابد. در این مقررات باید الزام به احراز هویت کاربران، ثبت کامل و قابل بازیابی تراکنش‌ها، نگهداری امن کلیدهای خصوصی (در کیف پول‌های امانی) و همکاری با مراجع نظارتی و قضایی به‌روشنی پیش‌بینی شود. تنها در چنین شرایطی می‌توان از این نهادهای فنی، انتظار ایفای نقش مؤثر در تحقق عدالت کیفری و حمایت فعال از بزه‌دیدگان را داشت.

۴-۳-۳. تأسیس مرجع قضایی تخصصی برای رسیدگی به جرائم رمز ارزی: ضرورتی بنیادین در حمایت کیفری از بزه‌دیدگان

تحقق عدالت کیفری بزه‌دیده‌محور در گرو طراحی فرآیندهای تخصصی، منسجم و کارآمد در رسیدگی قضایی است. جرائم رمز ارزی به دلیل ویژگی‌هایی چون پیچیدگی فنی، ساختار غیرمتمرکز و فرامرزی، در چارچوب دادرسی‌های سنتی پاسخ مناسبی نمی‌یابد و همین امر منجر به حذف تدریجی بزه‌دیده از چرخه حمایت کیفری مؤثر شده است (کرمی‌پور و رجب زاده باغی، ۱۴۰۲: ۲۳۸). در وضعیت موجود، نظام قضایی ایران فاقد مرجع اختصاصی برای رسیدگی به این دسته از جرائم است و با آنکه برخی پرونده‌ها به دادرسی ویژه جرائم رایانه‌ای ارجاع می‌شوند، اما عدم شمول صلاحیتی جامع، فقدان آموزش تخصصی میان قضات و ضابط، و پراکندگی در فرایند رسیدگی، بزه‌دیدگان را با اطاله دادرسی و سردرگمی مواجه می‌سازد. از این‌رو، پیشنهاد می‌شود با اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری یا در قالب قانون خاص رمزارزها، نهادی با عنوان «شعبه تخصصی جرائم رمز ارزی» تأسیس گردد که کلیه جرائم مرتبط با رمزارزها، از جمله کلاهبرداری، جعل، پول‌شویی، اخاذی، استخراج غیرمجاز و فیشینگ رمز ارزی، در صلاحیت انحصاری آن قرار گیرد. قضات و ضابطان این مرجع باید آموزش‌های لازم در حوزه فناوری بلاک‌چین، رمزنگاری و تحلیل تراکنش‌ها را گذرانده باشند و بهره‌گیری از کارشناسان رسمی دادگستری در حوزه رمزارز، الزامی تلقی شود (چراغی، ۱۴۰۲: ۱۹۷).

همچنین طراحی سامانه‌ای الکترونیکی برای ثبت، پیگیری و توقیف دارایی‌های رمز ارزی با قابلیت تعامل با صرافی‌ها و بسترهای بین‌المللی ضروری است. مشارکت فعال بزه‌دیده از طریق مشاوره رایگان، دسترسی به اطلاعات پرونده و پیگیری هوشمند روند دادرسی باید در این ساختار پیش‌بینی شود. ایجاد چنین مرجعی، ضمن ارتقاء کارایی سیاست جنایی، اعتماد عمومی به نظام قضایی را افزایش داده و موجب بازگشت بزه‌دیده به جایگاه حقوقی فعال خود خواهد شد.

۵. نتیجه‌گیری

تحلیل ساختاری نظام عدالت کیفری ایران در مواجهه با جرائم مبتنی بر رمزارز، نشان‌دهنده ضعف بنیادی در پاسخ‌دهی به اشکال نوظهور بزه‌دیدگی فناورانه است. یافته‌های این پژوهش گویای آن است که سیاست جنایی ایران در قلمرو رمزارزها، فاقد جامعیت تقنینی، انسجام نهادی و کارآمدی اجرایی در تأمین حقوق بزه‌دیدگان است. در بُعد ماهوی، عدم جرم‌انگاری اختصاصی برای رفتارهای مجرمانه خاص رمز ارزی نظیر جعل کلید خصوصی، فیشینگ بلاک‌چینی، سوءاستفاده از آسیب‌پذیری‌های فنی قراردادهای هوشمند و پول‌شویی در بسترهای غیرمتمرکز، موجب تزلزل در مبانی مسئولیت کیفری و ممانعت از شناسایی رفتارهای قابل تعقیب شده است.

در سطح شکلی نیز خلأ در تعریف مفهومی و قانونی از «بزه‌دیده رمز ارزی»، فقدان مکانیزم‌های مؤثر در احراز هویت کیفری کاربران، ضعف در استنادپذیری ادله رمزنگاری‌شده و دشواری در تعیین صلاحیت قضایی، به حذف تدریجی بزه‌دیده از فرآیند عدالت کیفری انجامیده است. همچنین، غیبت نهادهای جبرانی و حمایتی تخصصی و عدم پیش‌بینی مسئولیت قانونی برای ارائه‌دهندگان خدمات رمز ارزی در قبال ارتکاب بزه یا امتناع از همکاری قضایی، نظام حمایت کیفری را در وضعیت انفعالی قرار داده است.

پیشنهادهای ارائه‌شده در این مقاله، با رویکرد بزه‌دیده‌محور و متکی بر اصول کارآمدی، تناسب و تخصص‌گرایی در سیاست جنایی، بر محورهایی چون جرم‌انگاری مستقل رمزارزمحور، تأسیس نهادهای جبرانی از جمله صندوق حمایت از بزه‌دیدگان، وضع الزام قانونی برای پلتفرم‌ها در ارائه داده و احراز هویت و طراحی مراجع قضایی با صلاحیت اختصاصی مبتنی بر فناوری بلاک‌چین متمرکز بوده است.

بر این اساس، تحقق حمایت کیفری مؤثر از بزه‌دیدگان جرائم رمزارزی، مستلزم تدوین یک نظم حقوقی افتراقی است که با گسست از ساختارهای سنتی، بتواند با تکیه بر اصول حاکم بر جرم‌انگاری نوین و عدالت ترمیمی دیجیتال، کارآمدی نظام کیفری را در بستر اقتصاد رمزنگاری‌شده تضمین کند. بی‌تردید، تداوم وضعیت موجود، نه‌تنها موجب افزایش بزه‌دیدگی مضاعف و ناکارآمدی رویه قضایی خواهد شد، بلکه به بی‌اعتمادی عمومی نسبت به صلاحیت نظام عدالت کیفری در مدیریت مخاطرات نوپدید منجر می‌گردد.

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

منابع

- آذر نژاد، مهدی (۱۴۰۱). *حقوق دارایی‌های رمز نگاری شده (مبانی، مقدمات، قواعد، مقررات)*. تهران: مجد.
- بابک، محمد؛ حاجی ملامیرزایی، حامد و نجفی جزه، حامد (۱۴۰۳). ابعاد الگوی خط‌مشی‌گذاری رمزارزها در جمهوری اسلامی ایران. *مطالعات بین رشته‌ای دانش راهبردی*، ۱۴(۵۶)، ۲۲۳-۲۴۵.
- عباس پور ایکدر، نازنین؛ رضانی، احمد و ملکی، محمدامین (۱۴۰۲). طراحی و اعتبار سنجی مدل مطلوب در برابر جرائم مخاطره‌آمیز مرتبط با رمز ارز در حقوق کیفری ایران. *مدیریت مخاطرات محیطی*، ۱۱(۱)، ۵۵-۴۳.
- تاج‌الدینی، علی و مختاری افراکتی، نادر (۱۴۰۳). قانون‌گذاری در حوزه رمز ارزها در ایران، ضرورت‌ها و پیشنهادها. *رهیافت انقلاب اسلامی*، ۱۸(۶۶)، ۲۳-۴۲.
- تاج لنگرودی، محمدحسن و دهدار، فرزین (۱۴۰۳). چالش‌های استفاده از رمز ارزها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران. *حقوق فناوری‌های نوین*، ۵(۹)، ۸۷-۱۰۶.
- چراغی، محمدجواد (۱۴۰۲). کلاهبرداری به واسطه توکن سازی در رمز ارزها. *فصلنامه بین‌المللی قانون یار*، ۲۸، ۱۸۹-۲۰۸.
- حسینی، سید علی (۱۴۰۳). *رمز ارزها (ماهیت حقوقی و صلاحیت در آیین دادرسی ایران)*. تهران: میراث فرهیختگان.
- دالوندی، محمدرضا؛ موسوی، سید ابراهیم و غضنفری، هنگامه (۱۴۰۴). بررسی کارکردهای رمز ارزها از منظر حقوقی و نظم اجتماعی. *پژوهش‌های اخلاقی*، ۱۵(۳)، ۲۴۵-۲۶۷.
- ربیع پور، علی‌اصغر و نوروزی، نیما (۱۴۰۰). *حقوق در عصر فناوری‌های پویا و غیرمتمرکز با نگاهی به رمز ارزها و فناوری بلاک چین*. تهران: گنجور.
- زارع، محمدکاظم و امین نژاد، محمد صادق (۱۴۰۴). *جرائم رمز ارزها در پرتو رویه قضایی*. تهران: دوراندیشان.

- زررخ، احسان (۱۳۸۹). بزه دیده شناسی سایبری. *مجلس و راهبرد*، ۶۴، ۱۲۷.
- عمرانی فر، عدنان و بیرنگ، یگانه (۱۴۰۳). *جرم‌انگاری رمز ارزها در حقوق ایران*. تهران: گیتی قلم.
- قاطعی، مهرداد (۱۴۰۳). رهیافت‌های فقهی خرید و فروش رمز ارزها. *پژوهشنامه مطالعات راهبردی علوم انسانی و اسلامی*، ۵ (۶۴).
- قوامی پور سرشکه، محدثه و محمودی، امیررضا (۱۴۰۲). *جرم‌انگاری حوزه کسب و کار ارز دیجیتال در اسناد بین‌المللی*. کرج: انتشارات جهان سیاست.
- کرمی‌پور، مصطفی و رجب زاده باغی، مونا (۱۴۰۲). نقش سیاست کیفی ایران در مدیریت رمز ارزها. *تملن حقوقی*، ۱۶ (۱۵)، ۲۲۵-۲۴۰.
- محمدی، امیرحسین؛ میرزایی، فرهاد و صعیدی، یاسین (۱۴۰۳). سیاست جنایی حاکم بر رمز ارزها با چشم‌انداز به نظام حقوق کیفی اقتصادی. *تحولات سیاست اجتماعی معاصر ایران*، ۳ (۱)، ۲۴۴-۲۵۸.
- رحمان‌زاده، زهرا؛ محمودی، اصغر و ابافت، رسول (۱۴۰۲). بررسی ماهیت و آثار حقوقی رمز ارزها در نظام حقوقی ایران. *مطالعات حقوقی*، دوره جدید (۳۲)، ۸۴۳-۸۶۰.
- میرزاخانی، رضا و دعائی، میثم (۱۴۰۲). راهکارها و چالش‌های استفاده از رمز ارزها در بازار سرمایه نگرش فقهی حقوقی. *نشریه اقتصاد و بانکداری اسلامی*، ۱۲ (۴۵)، ۷-۲۸.

References

- Abbas Pour-Ikdar, N., Ramezani, A., & Maleki, M.A. (2023). Design and validation of the optimal model against risky crimes related to cryptocurrency in Iranian criminal law. *Environmental Risk Management*, 11(1), 43-55. (In Persian)
- Azarnejad, M. (2022). *Crypto Asset Law (Basics, Prerequisites, Rules, Regulations)*. Tehran: Majd. (In Persian)
- Babak, M., Haji Mollamirzaei, H., & Najafi Jazeh, H. (2024). Dimensions of the Cryptocurrency Policy-Making Pattern in the Islamic Republic of Iran. *Interdisciplinary Studies in Strategic Knowledge*, 14(56), 223-245. (In Persian)
- Cheraghi, M.J. (2023). Cryptocurrency tokenization fraud. *Qanon Yar Magazine*, 28, 189-208. (In Persian)
- Dalvandi, M.R., Mousoui, S.E., & Ghazanfari, H. (2025). Examining the functions of cryptocurrencies from a legal and social order perspective. *Ethics and Islamic Education*, 15(3), 245-267. (In Persian)
- Ghatei, M. (2024). Jurisprudential approaches to buying and selling cryptocurrencies. *Journal of Strategic Studies in Humanities and Islamic Sciences*, 5(64). (In Persian)
- Ghavamipour Sarsheke, M., & Mahmoudi, A.R. (2023). *Book on the Criminalization of the Digital Currency Business in International Documents*, Karaj: World Politics Publications. (In Persian)
- Hoseini, S.A. (2024). *Cryptocurrencies (Legal Nature and Jurisdiction in Iranian Procedure)*. Tehran: Heritage of the Educated. (In Persian)

- Karami Pour, M., & Rajabzade Baghi, M. (2023). The Role of Iran's Criminal Policy in the Management of Cryptocurrencies. *Fares Law Research*, 6(15), 225-240. Doi: 10.22034/lc.2023.401114.1356. (In Persian)
- Mirzakhani, R., Doaei, M. (2023). Solutions and challenges of using crypto-currencies in the capital market: jurisprudential-legal perspective. *Journal of Islamic Economics and Banking*, 12(45), 7-28. (In Persian)
- Mohammadi, A.H., Mirzaei, F., & Saeidi, Y. (2024). Legislative criminal policy governing the codes of conduct with a perspective on the economic criminal law system. *Contemporary Socio-Political Developments in Iran*, 3(1), 244-258. Doi: 10.30510/pscii.2024.490077.1139. (In Persian)
- Omranifar, A., & Birang, Y. (2024). *Criminalization of cryptocurrencies in Iranian law*. Tehran: Giti Qalam. (In Persian)
- Rabipour, A.A., & Norouzi, N. (2022). *Law in the era of dynamic and decentralized technologies with a look at cryptocurrencies and blockchain technology*. Tehran: Ganjur. (In Persian)
- RahmanzadehE, Z., Mahmoudi, A., & Abafat, R. (2023). Examining the nature and legal effects of cryptocurrencies in the Iranian legal system. *Journal of Legal Studies*, 3(320), 843-860. (In Persian)
- Taj Aldini, A., & Mokhtari Afrakti, N. (2024). Legislation in the field of cryptocurrencies in Iran: necessities and suggestions. *The Islamic Revolution Approach*, 18(66), 23-42. (In Persian)
- Taj Langerudi, M.H., & Dehdar, F. (2024). The challenges of using cryptocurrencies in the legal system of Islamic Republic of Iran. *ModernTechnologies Law*, 5(9), 87-106. Doi: 10.22133/mtlj.2023.401446.1216. (In Persian)
- Zare, M.K., & Aminnejad, M.S. (2025). *Cryptocurrency Crimes in the Light of Judicial Practice*. Tehran: Doorandishann. (In Persian)
- Zarrokh, E. (2010). Cyber victimology. *Majles and Strategy Magazine*, 64, 127. (In Persian)

Criminal Protection of Victims of Cryptocurrency-Related Offenses: Legal Challenges and Legislative Solutions

Abstract

The emergence of cryptocurrencies as a manifestation of the digital economy has led to a new form of technological victimization, posing novel challenges to Iran's criminal justice system at both legislative and institutional levels. Features such as offender anonymity, decentralized platforms, and the lack of legal infrastructures compatible with blockchain technology have significantly hindered offender identification, victim restitution, and criminal liability attribution. This study, using a descriptive-analytical method and based on statutory sources, judicial documents, and prevailing legal practice, examines the structural deficiencies of Iran's criminal justice system in addressing cryptocurrency-related crimes and the challenges they pose to the protection of victims. The findings indicate that the absence of specific criminalization, lack of a legal definition for cryptocurrency victims, ambiguity in jurisdictional competence, and the nonexistence of specialized compensatory mechanisms constitute fundamental obstacles to effective criminal protection. Ultimately, the article proposes victim-centered criminal policy reforms to address these deficiencies.

English Keywords: Crypto-Crime Victims, Criminal Policy, Penal Protection, Blockchain Technology, Legal Reform.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامي.

مقدمه

از جلوه‌های بارز حقوق خصوصی، توانایی آن در سازگار نمودن خود با نیازهای اجتماعی و اقتصادی است. قراردادهای به‌عنوان مهم‌ترین ابزار تنظیم روابط اشخاص، نه تنها وسیله‌ی مبادله و همکاری‌اند، بلکه مظهر آزادی اراده و امنیت حقوقی نیز به شمار می‌آیند. در این میان، پرسشی بنیادین ذهن حقوقدانان را مشغول داشته است: آیا آنچه بر پایه‌ی اراده‌ی طرفین شکل گرفته است، می‌تواند از مرز شخصیت آنان فراتر رود و در دست دیگری استمرار یابد؟ به تعبیر دیگر، آیا قرارداد و آثار آن همچون کالایی عینی قابل انتقال است یا هم چنان در حصار شخصیت طرفین باقی می‌ماند؟

این پرسش در حوزه‌ی «موافقت‌نامه داوری» صورتی خاص و پیچیده‌تر به خود می‌گیرد. موافقت‌نامه داوری از یک سو تجلی بارز آزادی اراده است؛ زیرا طرفین به‌جای مراجعه به دادگاه‌های عمومی، به اختیار خود نهادی خصوصی برای حل اختلاف برمی‌گزینند. از سوی دیگر، ماهیت آن با استقلال و اتکا همراه است: استقلال، از آن رو که به‌عنوان قراردادی جداگانه شناسایی می‌شود و اتکایی، از آن جهت که معمولاً بر بستر قرارداد اصلی قرار دارد و بدون آن دشوار می‌توان کارایی آن را تصور کرد. از همین روست که هنگام انتقال قرارداد اصلی یا حق ناشی از آن، این پرسش به طور جدی رخ می‌نماید که آیا موافقت‌نامه داوری نیز به‌طور تبعی منتقل می‌شود یا باید انتقال آن را مستقل و محتاج به تصریح دانست؟ پاسخ به این پرسش نه تنها در نظریه، بلکه در عمل و رویه‌ی قضایی نیز اهمیت حیاتی دارد؛ زیرا از یک طرف، حفظ امنیت حقوقی و پیش‌بینی‌پذیری روابط تجاری ایجاب می‌کند که انتقال قرارداد به انتقال موافقت‌نامه داوری نیز بینجامد؛ و از طرف دیگر، رعایت اصل نسبی بودن قراردادهای و احترام به شخصیت طرفین، مانعی در برابر توسعه‌ی بی‌قید و شرط انتقال خواهد بود.

بدین ترتیب، مطالعه‌ی قابلیت انتقال موافقت‌نامه داوری، نه صرفاً بررسی یک مسئله‌ی فنی در داوری، بلکه بازتابی از جدال میان دو ارزش بنیادین در حقوق قراردادهاست: آزادی اراده در برابر نسبی بودن آثار قرارداد. مقاله‌ی حاضر با تحلیل مبانی قانونی، رویه‌های قضایی و دیدگاه‌های دکترین حقوقی ایران، در پی آن است که تصویری روشن از این تعارض ارائه دهد و راهی برای جمع میان امنیت حقوقی و عدالت قراردادی بیابد.

۱. انواع انتقال ارادی موافقت‌نامه‌ی داوری

اغراق نیست اگر ادعا شود امروزه، تجارت پویا بدون انتقال قراردادهای قابل تصور نیست. انتقال قهری قراردادهای، موضوعی است که اصولاً مقارن یا اندکی پس از تشکیل هر نظام حقوقی، مورد توجه قرار گرفته و آثار و احکام آن تعیین شده است؛ اما انتقال ارادی قراردادهای موضوعی به نسبت جدیدتر است که گاه در برخی نظام‌های حقوقی یا پاره‌ای موضوعات نظیر موافقت‌نامه‌ی داوری، مغفول مانده و در نتیجه، ممکن است نویسندگان از ورود به این بحث غافل مانده یا ابا نمایند. منابع حقوقی ایران نیز به تبع درگیری‌های نظری در خصوص جایگاه شرط و عقد داوری، در زمینه‌ی امکان انتقال ارادی موافقت‌نامه‌ی داوری نیز در انفعال کامل به سر می‌برد و به جز تعداد اندکی از آثار حقوقی، نویسندگان نفی یا اثباتاً هیچ اشاره‌ای به امکان انتقال این قرارداد ننموده‌اند.

با عنایت به این که موافقت‌نامه‌ی داوری ممکن است به موجب قراردادی مستقل و یا شرط ضمن عقد منعقد شود،^۱ طبعاً انتقال آن نیز به دو صورت مستقل و یا به همراه انتقال قرارداد پایه صورت می‌پذیرد. در موردی که با انتقال قرارداد پایه، شرط داوری مندرج در ضمن آن نیز منتقل شود، ظاهراً طرفین، با چالش مهمی روبه‌رو نیستند اما اگر موافقت‌نامه‌ی داوری در قالب یک قرارداد جداگانه، منعقد شده باشد در امکان انتقال مستقل موافقت‌نامه‌ی داوری تردید بیش‌تری وجود دارد.

^۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، بند ج ماده‌ی ۱: «موافقت‌نامه‌ی داوری توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه‌ی حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید، به داوری ارجاع می‌شود. موافقت‌نامه‌ی داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد و یا به صورت قرارداد جداگانه باشد».

۱-۱. انتقال مستقل موافقت‌نامه‌ی داوری بدون قرارداد پایه

اگرچه موافقت‌نامه‌ی داوری، توافقی مستقل از قرارداد پایه است اما به هر حال قراردادی اتکایی است که بدون وجود یک رابطه‌ی حقوقی مشخص سالبه به انتفاء موضوع می‌گردد. موافقت‌نامه‌ی داوری همواره باید بر بستر یک قرارداد اصلی منعقد و به حیات خود ادامه دهد و به عبارت دیگر، اگرچه وجود یک اختلاف معین برای اعتبار موافقت‌نامه‌ی داوری ضروری نیست اما بدون وجود یک رابطه‌ی حقوقی مرتبط، جایگاهی برای آن متصور نیست؛ بنابراین نمی‌توان فرضی را در نظر گرفت که موافقت‌نامه‌ی داوری بدون انتقال قرارداد پایه به شخص ثالثی منتقل شود و با تفکیک موافقت‌نامه‌ی داوری از قرارداد مذکور و انتقال مستقل آن، جنبه‌ی جانبی بودن موافقت‌نامه‌ی داوری منتفی شده و وجهه‌ای مجزا از آن می‌یابد. در این حالت موافقت‌نامه‌ی داوری را شاید بتوان التزام به مالم یجب دانست زیرا موضوع موافقت‌نامه‌ی داوری متکی به هیچ رابطه‌ی حقوقی نخواهد بود.

۱-۲. انتقال قرارداد پایه بدون موافقت‌نامه‌ی داوری

اما اگر قراردادی که با عدم اشاره به وجود یک موافقت‌نامه‌ی داوری منعقد شده و متعاقباً متعاقدين مبادرت به انعقاد موافقت‌نامه‌ی داوری مرتبط نموده‌اند، به نحوی از انحاء منتقل شود، وضعیت متفاوت است. در این فقره به نظر می‌رسد چنانچه، قرارداد پایه بدون تصریح به انتقال موافقت‌نامه‌ی داوری متکی به آن، منتقل شود یا در فرضی بعید، موافقت‌نامه‌ی داوری بدون آن که قرارداد پایه منتقل شده باشد به شخص دیگری منتقل شود، موافقت‌نامه‌ی داوری خود به خود از لحظه‌ی انتقال قرارداد پایه بلاوجه و منفسخ خواهد شد. به تعبیر برخی حقوق‌دانان، انتقال موافقت‌نامه‌ی داوری بدون انتقال قرارداد پایه، اقدامی نامناسب و ناسازگار است (گیلارد و همکاران^۱، ۱۹۹۹: ۴۲۷) زیرا از آن پس طرفین قرارداد با اصحاب داوری متفاوت بوده و موافقت‌نامه‌ی داوری مهجور و منتفی خواهد شد و دیگر به اعتقاد حقوق‌دانان، یک توافق مستقل و غیر تبعی نبوده (شعاریان، ۱۳۹۴: ۳۰۹) و به‌صورت قراردادی مجزا و فاقد نفع جلوه می‌کند مگر آن که با توسل به قواعد عمومی قراردادها، اولاً علم طرفین نسبت به وجود یک موافقت‌نامه‌ی داوری احراز و ثانیاً قصد و اراده‌ی ایشان بر تمیم آثار آن موافقت‌نامه‌ی داوری به منتقل‌الیه محرز گردد. با این اوصاف اگر قرارداد پایه منتقل شود و هم‌زمان یا پس از انتقال، طرفین قصد انتقال موافقت‌نامه‌ی داوری را نیز داشته باشند با ایراد چشم‌گیری مواجه نیستند. زیرا به این ترتیب ماهیت حقوقی موافقت‌نامه‌ی داوری از قرارداد پایه جدا نشده و به توافقی بیهوده تبدیل نمی‌شود.

از سوی دیگر، موافقت‌نامه‌ی داوری حتی اگر در قالب شرط داوری نیز توافق شود، پاسخ به این سؤال که آیا با انتقال قرارداد پایه، شرط داوری نیز منتقل می‌شود چندان ساده نیست؛ زیرا هرچند موافقت‌نامه‌ی داوری در قامت یک شرط ضمن عقد در یک قرارداد درج شده اما نباید آن را شرط ضمن عقد دانست و صرفاً با اتکا بر مواد ۲۳۲ به بعد قانون مدنی و به‌حکم تبعیت شرط از عقد، قائل به انتقال تبعی آن بود؛ زیرا شرط داوری از شروطی نیست که تعهدی تبعی باشد و از اجزای قرارداد پایه تلقی شود بلکه یک عقد مستقل و دارای عنصر قصد و رضای مخصوص است که به‌موجب مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی لازم‌الاتباع می‌باشد. (نیکبخت، ۱۳۷۶: ۲۷۲) برخی حقوق‌دانان به فراست دریافته‌اند که بدون تردید، با تصریح در قرارداد انتقال عقد، می‌توان انتقال شرط داوری در انتقال ارادی عقد را پذیرفت و به عبارت دیگر طرف اصلی قرارداد، چنانچه رضایت خود به انتقال را منوط به تسری شرط داوری نماید و انتقال عقد تحقق یابد، انتقال گیرنده، مشمول شرط داوری قرار خواهد گرفت. (شعاریان، ۱۳۹۴: ۳۱۲).

^۱ Gaillard et al

۱-۳. انتقال غیرمستقیم داوری

انتقال قراردادهای همواره به طور مستقیم و صرفاً از طریق تغییر طرفین آن صورت نمی‌گیرد، بلکه گاه ممکن است با انتقال مال موضوع قرارداد^۱ یا انتقال و جایگزینی دعوی صورت پذیرد^۲. در خصوص داوری با توجه به وضعیت و جایگاه ویژه آن، اصولاً بحث تأثیر انتقال مال موضوع قرارداد بر گسترش اثر موافقت‌نامه‌ی داوری منتفی است زیرا صلاحیت داوری موضوعی عینی نیست تا ارتباطی به مالکیت اموال داشته باشد و با جابجایی ملکیت، التزام ناشی از داوری نیز جابجا شود بلکه صلاحیت داوری به عنوان یک مرجع قراردادی به شدت وابسته به اراده و روابط قراردادی اشخاص است؛ به عبارت دیگر تأمل بر تأثیر انتقال ملکیت مال موضوع قرارداد نسبت به قلمرو موافقت‌نامه‌ی داوری جایز نیست، بلکه آنچه واجد اهمیت است انتقال رابطه‌ی حقوقی متعاقبین به شخص دیگر است و انتقال وضعیت مالکیت موجب انتقال موافقت‌نامه‌ی داوری نیست.

به عنوان مثال، اگر در جریان انعقاد عقد اجاره در خصوص یک واحد آپارتمان، متعاملین توافق نمایند که حل و فصل کلیه اختلافات ناشی از این رابطه‌ی حقوقی در صلاحیت مرجع داوری است، چنانچه قرارداد اجاره به شخص دیگری منتقل شود، ممکن است انتقال موافقت‌نامه‌ی داوری نیز صحیح تلقی شود؛ اما اگر در همین مثال، موجر مبادرت به فروش عین مستاجر نماید مسلماً موافقت‌نامه‌ی داوری به صرف انتقال مالکیت به خریدار جدید منتقل نخواهد شد، بلکه داور برای گسترش اثر موافقت‌نامه‌ی داوری مندرج در اجاره‌نامه، نیازمند ادله‌ی مثبت‌ای است که اراده و قصد مستأجر و موجر جدید در گسترش اثر موافقت‌نامه‌ی داوری را احراز نماید؛ زیرا داوری مخلوقی ارادی است و حق عینی یا تبعی نیست تا به مثابه یک حق عینی به صرف انتقال مالکیت، منتقل شود؛ اما مواردی را می‌توان در نظر داشت که موافقت‌نامه‌ی داوری بدون وجود توافق مصرح به انتقال قرارداد به شخص دیگری منتقل شود.

حتی برخی حقوق دانان، تبدیل نوع شرکت یا ادغام دو یا چند شرکت در یکدیگر را نیز موجب تشکیل شخص حقوقی جدیدی می‌دانند که منجر به انتقال قرارداد می‌شود (ردفرن^۳، ۲۰۰۴: ۱۵۲). به این معنا که پس از تبدیل یک شرکت به شرکت دیگر یا ادغام چند شرکت، شخصیت حقوقی که به وجود می‌آید مجزا از اشخاص قبلی هستند اما به طور خودکار جانشین^۴ آن می‌شود. با استقرا در قوانین و رویه‌ی داوری به نظر می‌رسد، تأثیر انتقال دعوا (شمس، ۱۴۰۳: ۲۷۷) بر قلمرو موافقت‌نامه‌ی داوری از مواردی است که به تدریج در اندیشه‌ی حقوقی ایران نفوذ کرده است. دعاوی مرتبط با بیمه^۵، از اختلافات شایعی است که بیمه‌گر به قائم‌مقامی بیمه‌گذاری که مسئولیت قراردادی وی را بیمه کرده است با پرداخت غرامت جایگزین احد طرفین قرارداد شده و علیه واردکننده‌ی زیان وارد دعوا می‌شود. بنابراین ضروری است، تأثیر انتقال ارادی موافقت‌نامه‌ی داوری به قائم‌مقام در دو بند مستقل، انتقال قراردادهای و انتقال دعاوی مورد بررسی قرار گیرد.

۲. اعتبار انتقال ارادی موافقت‌نامه‌ی داوری

با وجود فقدان مقررات داخلی و یا آثار حقوقی روشنی در خصوص انتقال ارادی موافقت‌نامه‌ی داوری، برخی با مذاقه در نظام‌های حقوقی خارجی معتقدند، امروزه قابلیت انتقال ارادی موافقت‌نامه‌ی داوری امری پذیرفته شده است. (شعاریان، ۱۳۹۴: ۳۱۲) به عقیده‌ی برخی از نویسندگان غربی، برای معتبر دانستن انتقال ارادی موافقت‌نامه‌ی داوری لازم است، دو نکته‌ی مهم را

^۱ ماده‌ی ۳ اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث و ماده‌ی ۱۷ قانون بیمه و تبصره دو ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون روابط مؤجر و مستأجر.

^۲ مانند آنچه در قائم‌مقامی بیمه‌گر مشاهده می‌شود.

^۳ Redfern

^۴ Automatic Assignment

^۵ در اینجا منظور بیمه‌ی مسئولیتی است که ناظر به وجود یک قرارداد است و انواع بیمه‌هایی که مبتنی بر جبران یک خسارت غیر قراردادی (مانند بیمه اجباری شخص ثالث) به لحاظ فقدان رابطه‌ی قراردادی بین زیان‌دیده و عامل زیان، از شمول بحث خارج است.

مدنظر قرار داد؛ اول این که انتقال گیرنده، باید رضایت خود را به انتقال موافقت‌نامه‌ی داورى اعلام نماید و دوم آن که اگر وی انتقال قرارداد متضمن موافقت‌نامه‌ی داورى را پذیرفته باشد، فرض بر این است که انتقال موافقت‌نامه‌ی داورى را نیز پذیرفته است (گیلارد و همکاران، ۱۹۹۹: ۴۲۵) لیکن به مطلق بودن این نظر ایراد وارد است زیرا همان‌طور که گفته شد اگر موافقت‌نامه‌ی داورى به موجب قراردادی جدا از قرارداد پایه تنظیم شده باشد و در قرارداد پایه نیز اشاره‌ای به وجود موافقت‌نامه‌ی داورى نشده باشد، صرف انتقال قرارداد پایه نمی‌تواند مؤید رضایت انتقال گیرنده به انتقال موافقت‌نامه‌ی داورى باشد؛ بنابراین نظر این حقوق دانان در مورد مفروض بودن رضایت انتقال گیرنده به التزام به داورى در صورت انتقال قرارداد اصلی، صرفاً در مواردی قابل پذیرش است که قرارداد پایه، حاوی شرط داورى بوده است مگر آن که بعداً رضایت وی به چنین امری به نحوی از انحاء احراز شود.

مسلماً امکان احراز رضایت انتقال گیرنده به انتقال موافقت‌نامه‌ی داورى که در قرارداد پایه، اشاره‌ای به وجود آن نشده است دلیلی بر مفروض بودن رضایت وی نیست؛ زیرا اگر صرف انتقال قرارداد پایه به معنای مفروض بودن رضایت انتقال گیرنده به التزام به داورى باشد دیگر نیازی به احراز بعدی رضایت او وجود ندارد؛ بنابراین صرفاً در مواردی می‌توان قائل به وجود چنین رضایتی بود که یا موافقت‌نامه‌ی داورى در قالب شرط داورى در قرارداد پایه درج شده باشد و یا ارجاعی به یک موافقت‌نامه‌ی داورى در قرارداد موضوع انتقال وجود داشته باشد.

این گروه از حقوق دانان، برای توجیه التزام انتقال گیرنده‌ی قرارداد پایه به موافقت‌نامه‌ی داورى، استدلالی مشابه با قاعده‌ی استاپل ارائه کرده و گفته‌اند؛ انتقال گیرنده‌ای که از منافع قرارداد منتقل شده، بهره‌مند است نمی‌تواند مانع اعمال شرط داورى شود که در همان قرارداد گنجانده شده یا به آن ارجاع شده است (گیلارد و همکاران، ۱۹۹۹: ۴۲۷). لیکن به نظر می‌رسد ادله‌ی موجه‌تری برای اعتقاد به قابلیت انتقال موافقت‌نامه‌ی داورى وجود دارد و توسل به این قبیل قرائن و رضایت ضمنی ضرورتی ندارد.

۲-۱. انتقال پذیرى موافقت‌نامه‌ی داورى

انتقال قرارداد در مطلق عقود و به‌ویژه، عقود مغایه‌ای معتبر شناخته شده (شعاریان، ۱۳۹۴: ۳۵) مگر آن که به موجب تصریح قانون و یا اراده‌ی متعاقدين شخصیت طرف مقابل علت عمده‌ی تراضی بر انعقاد قرارداد باشد؛ به عبارت دیگر، در عقودی مانند نکاح یا حق انتفاع که انشاء مفاد عقد از سوی هر یک از متعاقدين، مقید به شخص طرف دیگر است، انتقال قرارداد معنا ندارد اما در عقودی که تغییر در طرفین قرارداد، تعارضی با مفاد تراضی ندارد انتقال بلامانع است زیرا فرض این است که از آغاز نیز شخصیت طرف موردنظر نبوده است (کاتوزیان، ۱۴۰۴: ۲۶۴).

اصولاً شخصیت طرف مقابل، علت عمده‌ی انعقاد موافقت‌نامه‌ی داورى نیست و چنین خصیصه‌ای در ذات این عقد وجود ندارد. افزون بر این، موافقت‌نامه‌ی داورى عقدی مبتنی بر ملاحظات اقتصادی است و به نظر می‌رسد عنصری مهم در تعیین ارزش اقتصادی یک قرارداد و برآورد هزینه و ریسک مالی است. لذا نباید تصور نمود که در بسیاری موارد، این عقد وابسته به شخصیت متعاقدين است و به این ترتیب، اصل انتقال‌پذیری عقود، در غیاب هرگونه مقرره‌ی روشنی بر موافقت‌نامه‌ی داورى نیز حاکم است. متعاقباً لازم است مبانی انتقال موافقت‌نامه‌ی داورى همراه با قرارداد اصلی و رویکرد رویه‌ی داورى در این خصوص، مستقلاً بررسی شود تا در نهایت به جایگاه چنین انتقالی در نظام حقوقی ایران پی برده شود.

۳. انتقال خودکار موافقت‌نامه‌ی داوری در رویه داوری

رویه‌ی داوری در ایران به‌ندرت با موارد انتقال موافقت‌نامه‌ی داوری مواجه شده است از آن جمله، می‌توان به دعوای «شرکت خوشگوار علیه شرکت‌های نوشاب و شرکت تولیدی و صنعتی ملیکا» اشاره نمود^۱ که در نهایت منجر به صدور رأی اصراری^۲ از هیأت عمومی دیوان عالی کشور گردید. حسب رأی صادره از شعبه‌ی هجدهم دیوان عالی کشور^۳، در تاریخ ۱۳۷۵/۱۱/۲۶ هجری شمسی، شرکت خوشگوار دادخواستی به طرفیت شرکت نوشاب به‌عنوان بدهکار و شرکت تولیدی و صنعتی ملیکا به‌عنوان ضامن به خواسته‌ی مطالبه‌ی ۵,۲۵۰,۰۰۰ دلار به دادگاه عمومی تهران تسلیم نمود^۴. ضمن دادخواست خواهان توضیح داده است که به‌موجب موافقت‌نامه‌ی وام مورخ ۱۳۷۲/۶/۴ هجری شمسی و سند رهنی مورخ ۱۳۷۲/۱۲/۱۱ هجری شمسی شرکت نوشاب مبادرت به اخذ وام از شرکت «کنکو لیمیتد» با ضمانت شرکت تولید و صنعتی ملیکا نموده است. در تاریخ ۱۳۷۲/۱۲/۱۱ شرکت کنکو کلیه‌ی حقوق قانونی خود از قرارداد منعقد را به شرکت ثالثی به نام خوشگوار منتقل می‌نماید و سند رهنی را در اختیار منتقل‌الیه قرار می‌دهد.

خواهان در دادخواست تقدیمی، سند انتقال و وجود سند رهنی در ید خود را دلیلی واضح بر جانشینی و قائم‌مقامی از شرکت کنکو دانسته و در ادامه، این فرآیند را نوعی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن^۵ توصیف نموده است:

«...جا دارد در این مقام مطلبی را به نحو ایجاز در خصوص بند ۳ ماده‌ی ۲۹۲ قانون مدنی در مبحث چهارم موضوع تبدیل تعهد بیان نمایم [نماید] وقتی که متعهدله یعنی طلبکار مافی‌الذمه متعهد را (عین مورد وام) به کسی دیگری به‌جای خود واگذار می‌نماید، دقیقاً مصداق انتقال طلب تلقی می‌گردد. زیرا انتقال طلب واقع می‌گردد بین طلبکار و شخص ثالث که بدهکار هیچ‌گونه مداخله‌ای در آن ندارد و ممکن است بدون اطلاع و رضایت او حاصل شود زیرا طلبکار صاحب حق است و می‌تواند هرگونه تصرفی در آن بنماید که با مورد مانحن فیه در پرونده‌ی امر انطباق کامل دارد لذا خواهان دعوی قائم‌مقام و جانشین وام‌دهنده قرار گرفته و به این اعتبار، حق مراجعه و مطالبه‌ی طلب خود را از شرکت‌های نوشاب و ملیکا به نحو تضامن دارا می‌باشد...»

خواندگان در جلسه‌ی دادرسی با استناد به شرط داوری به صلاحیت دیوان داور بین‌المللی لندن^۶ مندرج در قرارداد، به صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده ایراد مطرح نمودند. با این حال، دادگاه به دلیل احراز قائم‌مقامی شرکت خوشگوار، خواندگان را به پرداخت مبلغ خواسته، به نحو تضامن محکوم نمود. دادگاه بدوی با آن که در صورت جلسه‌ی اعلام ختم رسیدگی به ایراد عدم صلاحیت مطروحه، توسط خوانده اشاره نموده و اذعان داشته است که:

«... ثالثاً در شرایطی که خواندگان به شرح لایحه [ی] تقدیمی سی صفحه‌ای و مدارک پیوست آن شرکت خواهان را فاقد سمت در طرح دعوی مطروحه دانسته و به‌موجب بند ۸-۱۱ قرارداد وام، استفاده از حقوق قرارداد وام را منحصرأً توسط شرکت کنکو یا شرکت وابسته به کوکاکولا ممکن اعلام داشته و حق واگذاری را برای واگذاری کلی یا جزئی حقوق و تفویض کلی یا جزئی تکالیف وام‌دهنده به شرکت‌های مادر-وابسته یا تابعه خود- لازم دانسته و از طرف دیگر متذکر شده همان‌طور که در متن قرارداد منعکس است تنها راه حل اختلاف که طرفین به آن توافق کرده‌اند ارجاع موارد اختلاف به داوری است و در قرارداد مستند دعوی شرکت خواهان در بند ۸-۹ حل اختلافات طرفین یعنی شرکت‌های نوشاب و ملیکا با شرکت کنکو به داوری محول شده

^۱ مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، اداره‌ی وحدت رویه و نشر مذاکرات دیوان عالی کشور، ج ۵، ۱۳۸۱، ص ۷۲۰.

^۲ رأی اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره‌ی ۲۳ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۲۴ هجری شمسی.

^۳ دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۲۷ مورخ ۱۳۷۸/۵/۳۱ هجری شمسی.

^۴ این دادخواست به شعبه‌ی ۱۰۹ محاکم عمومی تهران ارجاع شد که در حال حاضر شعبه‌ی ۴۰۵ محاکم عمومی حقوقی تهران جایگزین آن شده است.

^۵ قانون مدنی، ماده‌ی ۲۹۲: تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود:

(۱) وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم‌مقام آن می‌شود به سببی از اسباب، تراخی نمایند در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود. (۲) وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید. (۳) وقتی که متعهدله مافی‌الذمه‌ی متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.

^۶ London Court of International Arbitration (LCIA)

است ولی علی‌رغم ایراد فوق با حفظ کلیه/ی/ حقوق قانونی شرکت‌های خوانده آماده‌اند در صورت ایجاد تفاهم صلاحیت محاکم ایران را در این خصوص بپذیرند...»

و در ادامه در بخشی از رأی^۱ چنین آورده است:

«شرکت کنکو لیمیتد طی سند انتقال... کلیه حقوق قانونی و قراردادی و اختیارات خود را در رابطه با وام اعطایی به شرکت خوشگوار منتقل نموده است که با این وصف شرکت مذکور قائم‌مقام متعهدله محسوب...»

در نهایت بدون توجه به ایراد خواندگان به عدم صلاحیت دادگاه به شایستگی مرکز داوری بین‌المللی لندن، اقدام به اصدار رأی ماهوی نموده است. دادنامه‌ی فوق‌الذکر مورد اعتراض خواندگان قرار گرفت و تجدیدنظرخواهان به شرح لایحه پیوست دادخواست تجدیدنظرخواهی با استناد مجدد به بند ۹ از ماده ۸ قرارداد متنازع‌فیه که تأکید دارد؛ هرگونه اختلاف ناشی از این قرارداد یا در ارتباط با آن از جمله، هر مسئله‌ی مربوط به موجودیت، اعتبار یا فسخ آن به داوری تحت مقررات دادگاه بین‌المللی لندن ارجاع و نهایتاً توسط آن حل و فصل خواهد گردید، مدعی عدم صلاحیت ذاتی دادگاه در رسیدگی به این اختلاف شده و تقاضای الغای دادنامه‌ی مذکور را نمودند. پرونده به شعبه‌ی ۶ دیوان عالی کشور ارجاع شده و شعبه‌ی مذکور پس از رسیدگی، رأی^۲ بر الغای دادنامه‌ی معترض‌عنه به لحاظ عدم قابلیت استماع دعوا به علت وجود شرط داوری صادر می‌نماید. متعاقباً، پرونده^۳ به شعبه‌ی ۴۰۲ محاکم عمومی حقوقی تهران^۴ ارجاع شده و در جلسه‌ی رسیدگی، شرکت خوشگوار^۵ با ادعای خلاف شرع بودن رأی دیوان عالی کشور در مقام دفاع اظهار داشت:

«... و از طرفی، اختلاف شرکت نوشاب و شرکت خوشگوار مربوط به اصل قرارداد نیست و منصرف از آن است و به فرض که شرط مراجعه به داوری برای شرکت نوشاب و یا کنکو در صورت بروز اختلاف به داوری لازم‌الرعايه بوده با تغییر متعهدله یعنی شرکت خوشگوار به جای کنکو رعایت شرط مذکور و جاهت قانونی و شرعی ندارد...»

دادگاه مرجوع الیه پس از اخذ مدافعات طرفین در بخشی از رأی صادره^۶ با این استدلال که دیوان داوری بین‌المللی لندن از تابعان حقوق عمومی است و شرکت‌های خصوصی امکان مراجعه به آن را ندارند با احراز صلاحیت محاکم ایران به موضوع رسیدگی و بر محکومیت خواندگان اصرار نمود.

^۱ دادنامه‌ی شماره‌ی ۷۱۵ شعبه‌ی ۱۰۹ محاکم عمومی تهران، مورخ ۱۳۷۶/۰۶/۰۸.

^۲ دادنامه‌ی شماره ۸۹ مورخ ۱۳۷۷/۰۲/۱۲ شعبه ششم دیوان عالی کشور: «...بر رأی تجدیدنظر خواسته اشکال وارد است، چه آن که به موجب بند ۸-۹ قرارداد مستند دعوی که بر اساس آن خواهان در مقام مطالبه/ی/ مورد خواسته برآمده طرفین دعوی موافقت کرده‌اند، هرگونه اختلاف ناشی از این موافقت‌نامه یا در ارتباط با آن از جمله، هر مسئله مربوط به موجودیت به اعتبار یا فسخ آن را به داوری تحت مقررات دادگاه داوری بین‌المللی لندن ارجاع و نهایتاً توسط آن حل و فصل گردد و بنابراین خواهان قبل از طرح دعوی در دادگاه می‌بایست به مرجعی که با توافق طرفین به عنوان داور تعیین شده مراجعه و حل قضیه را خواستار شود و چنانچه داور تعیین شده نخواهد یا نتواند به عنوان داوری رسیدگی کند رسیدگی به اختلاف همان‌طور که ماده‌ی ۶۳۹ قانون آئین دادرسی مدنی مقرر داشته راجع به دادگاه صلاحیت‌دار خواهد بود و با این کیفیت موضوع در شرایط فعلی قابلیت طرح و استماع در مراجع قضائی را ندارد علی‌هذا دادنامه مزبور نقض و رسیدگی مجدد به شعبه‌ی دیگر دادگاه عمومی تهران ارجاع می‌شود.»

^۳ به کلاسه‌ی ۷۷/۵۴۲ شعبه‌ی مذکور.

^۴ جانشین شعبه‌ی ۱۰۶ محاکم عمومی تهران.

^۵ خواهان رسیدگی بدوی و تجدیدنظر خوانده رسیدگی تجدیدنظر.

^۶ دادنامه‌ی شماره‌ی ۷۷۰ مورخ ۱۳۷۷/۰۸/۱۰ شعبه‌ی ۴۰۲ محاکم عمومی حقوقی تهران: ایرادات مطروحه به صلاحیت ذاتی دادگاه ... وارد نمی‌باشد چه آن که در مورد صلاحیت ذاتی آن طوری که در دادنامه‌ی شماره‌ی ۶/۸۹ مورخ ۷۷/۳/۱۲ صادره از شعبه‌ی ششم دیوان عالی کشور مرقوم گردیده و به موجب بند ۸-۹ قرارداد مستند دعوی رسیدگی به دعوی خواهان را در صلاحیت دادگاه داوری بین‌المللی لندن دانسته، با توجه به این که به موجب بند ۷-۸ قرارداد مرقوم گردیده این موافقت‌نامه، تحت حاکمیت قوانین انگلستان به استثنای مقررات تعارض قوانین انگلستان خواهد بود و بر اساس آن تغییر و تفسیر خواهد شد ... حال با توجه به این فرض که شرکت کنکو لیمیتد به عنوان وام‌دهنده و یک طرف قرارداد هنوز هم شمش باقی باشد با تابعیت آمریکائی و شرکت‌های خواندگان با تابعیت ایرانی چون هیچ‌کدام به عنوان دو دولت یا نهادهای دولتی با سازمان‌های بین‌المللی شناخته شده نمی‌باشد لذا جبراً قرارداد مستند دعوی از شمول مقررات حقوق بین‌المللی و نیز دادگاه دیوان داوری بین‌المللی که مرجع موضوع، بند ۸-۹ قرارداد نیز شامل آن می‌باشد مستثنی بوده،

خوانندگان به رأی صادره اعتراض نموده و استدلال دادگاه بدوی را به دلیل عدم آگاهی از شخصیت خصوصی و ماهیت دیوان داوری بین‌المللی لندن مردود دانسته و با استناد به قانون داوری تجاری بین‌المللی تقاضای الغای دادنامه‌ی اخیرالذکر را نمودند.^۱ پرونده مجدداً به شعبه‌ی ششم دیوان عالی کشور ارسال شد لیکن این شعبه درخواست نمود جهت تسریع در رسیدگی به شعبه‌ی دیگری ارجاع گردد، لذا ریاست دیوان مذکور با پذیرش درخواست این شعبه، پرونده را به شعبه‌ی هجدهم دیوان عالی کشور ارجاع می‌نماید.^۲ شعبه‌ی هجدهم دیوان عالی کشور با تصریح به عدم توجه دادگاه بدوی اول به ایراد عدم صلاحیت ذاتی، استدلال دادگاه دوم را نیز بلاوجه و شرط داوری مندرج در قرارداد متنازع فیه را منطبق با قوانین اعلام نمود. لذا با عدم پذیرش استدلال دادگاه‌های بدوی، پرونده را جهت طرح به هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور ارسال نمود.^۳ سرانجام هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور به شرح آتی انشای رأی^۴ نمودند:

«دادنامه‌ی تجدیدنظر خواسته مخدوش است زیرا اولاً حسب بند ۸-۹ موافقت‌نامه‌ی وام مورخ ۱۳۷۲/۰۶/۰۴ مستند دعوی، تنظیمی فی‌مابین شرکت تولیدی نوشاب و شرکت تولیدی و صنعتی ملیکا به ترتیب اولی به‌عنوان وام‌گیرنده و دومی به‌عنوان ضامن از یک طرف و شرکت کنکو لیمیتد به‌عنوان وام‌دهنده از طرف دیگر موافقت گردیده که هرگونه اختلاف ناشی از موافقت‌نامه‌ی مذکور یا در ارتباط با آن از جمله، هر مسئله‌ی مربوط به موجودیت، اعتبار یا فسخ آن به داوری تحت مقررات

فلذا بنا به حکم صریح مواد ۵ و ۹۷۱ قانون مدنی با توجه به این که مفاد قرارداد، شامل دادن وام به‌طرف ایرانی و تأسیس کارخانه و غیره در داخل خاک جمهوری اسلامی ایران به‌عمل آمده و اجرا گردیده طبق اصل حاکمیت قوانین محلی و صلاحیت دادگاه‌های محلی، این دادگاه صالح به رسیدگی می‌باشد مضافاً به این که ماده‌ی مستند شعبه‌ی محترم دیوان عالی کشور راجع به داوری با توجه به تابعیت مختلف طرفین قرارداد. در مانحن فیه تسری نداشته بلکه با فرض بقاء طرف خارجی که ذیلاً ثابت خواهیم کرد در حال حاضر اصالت ندارد و خواهان جانشین آن گردیده مربوط است به ماده‌ی ۶۳۲ قانون آئین دادرسی مدنی راجع به قرارداد مشمول حقوق بین‌الملل خصوصی که آن هم داوری یک یا چند نفر یادآوری هیئتی از داوران خارجی را با طرفین (هم تابعیت) نباشند را مجاز شمرده است فلذا اولاً ماده‌ی مذکور و حکم ناظر بر آن تسری به دیوان داوری بین‌المللی مشمول مقررات حقوق بین‌الملل عمومی و تحت حاکمیت قانون انگلستان می‌باشد با توجه به این که دادگاه است و نه یک یا چند نفر یا هیئت‌داوران، ندارد و ثانیاً با توجه به جایگزینی خواهان به‌عنوان طرف ایرانی که با خواندگان هم تابعیت می‌باشد و هر دو ایرانی و تبعه‌ی دولت جمهوری اسلامی ایران می‌باشند مورد از شمول ماده‌ی مذکور مستثنی می‌گردد فلذا نتیجتاً این دادگاه صالح به رسیدگی می‌باشد...»

^۱ تجدیدنظرخواهان در بخشی از لایحه‌ی تجدیدنظرخواهی مدعی شدند: «...دادگاه صادرکننده حکم، دادگاه داوری بین‌المللی لندن را که یک موسسه‌ی خصوصی داوری است که فقط در دعاوی که ماهیت خصوصی داشته باشد به داوری می‌پردازد مانند دیوان دادگستری بین‌المللی مستقر در لاهه، وابسته به سازمان ملل متحد پنداشته است و از قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب شهریور ۱۳۷۶ مجلس شورای اسلامی که دربند ب ماده اول آن در تعریف داوری بین‌المللی چنین انشاء شده: داوری بین‌المللی عبارت است از این که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری به‌موجب قوانین تبعه‌ی ایران نباشد، بی‌خبر بوده و گمان برده‌اند که کلمه‌ی بین‌المللی فقط ناظر به موردی است که موضوع رابطه‌ی بین دولت‌ها و یا سازمان‌های بین‌المللی مطرح باشد...»

^۲ پرونده‌ی کلاسه‌ی ۶/۹۷۴۳ شعبه‌ی هجدهم دیوان عالی کشور.

^۳ در بخشی از رأی آمده است: «...شعبه‌ی ۱۰۹ نه در صورت‌جلسات رسیدگی مورخ ۷۶/۲/۲۴ و ۷۶/۳/۲۹ و ۷۶/۶/۴ و نه در متن رأی شماره‌ی ۷۶/۶/۸-۷۱۵ صادره از آن دادگاه مطلقاً در زمینه‌ی ایراد عدم صلاحیت ذاتی عنوان شده از ناحیه‌ی خواندگان نفی یا اثبات اظهارنظری نکرده، گوئی اصلاً از طرح ایراد مزبور اطلاعی حاصل نکرده است... استدلال‌ات شعبه‌ی ۴۰۲ شعبه‌ی رسیدگی‌کننده پس از نقض به شرح دادنامه‌ی شماره‌ی ۷۷۰-۷۷/۸/۱۰ در مقام رد ایراد عدم صلاحیت ذاتی عنوان شده به جهات زیر وارد و موجه نیست، زیرا: اولاً برخلاف نظر آن، دادگاه داوری بین‌المللی لندن از نهادهای موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی و نه از سازمان‌های بین‌المللی موضوع حقوق بین‌الملل عمومی و به نظر می‌رسد دادگاه، موسسه‌ی داوری مزبور را با دیوان بین‌الملل و داوری لاهه اشتباه گرفته است، ثانیاً علاوه بر این که بند ۸-۹ موافقت‌نامه‌ی وام کاملاً بر اساس مقررات ماده‌ی ۶۳۳ قانون آئین دادرسی مدنی موردتوافق قرار گرفته حسب مقررات قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۷۶/۶/۲۶ مجلس شورای اسلامی داوری تجاری بین‌المللی به رسمیت شناخته شده ... موافقت‌نامه‌ی انشاء شده حاوی هیچ‌گونه تعارضی با مقررات قانون فوق‌الذکر نمی‌باشد... با عنایت به این که شعبه‌ی ۴۰۲ دادگاه عمومی تهران نظر شعبه‌ی ششم دیوان عالی کشور را که ضمن نقض دادنامه‌ی شماره‌ی ۷۱۵-۸/۶/۷۶ صادره از شعبه‌ی ۱۰۹ دادگاه عمومی (شعبه‌ی ۴۰۵ فعلی) اعتقاد راسخ خود به قابلیت طرح و استماع نداشتن دعوی مطروحه در محاکم دادگستری ایران قبل از ارجاع آن به داوری تحت مقررات دادگاه داوری بین‌المللی لندن را اعلام کرده نپذیرفته و بر اساس استدلالاتی که به شرح دادنامه‌ی تجدیدنظر خواسته به عمل آورده بر صلاحیت خود در رسیدگی و صدور حکم نسبت به دعوی مطروحه اصرار ورزیده است لذا دادنامه‌ی تجدیدنظر خواسته صرفاً در زمینه‌ی صلاحیت دادگاه مستنداً به ماده‌ی ۵۷۶ قانون آئین دادرسی مدنی اصراری تشخیص و مقرر می‌شود پرونده، حسب بند ج ماده‌ی ۲۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳/۰۴/۱۵ به‌منظور طرح در هیئت محترم اصراری شعب حقوقی دیوان عالی کشور به دفتر هیئت عمومی ارسال گردد.»

^۴ رأی اصراری شماره‌ی ۲۳ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۲۴ هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور.

دادگاه داوری بین‌المللی لندن ارجاع و نهایتاً توسط آن دادگاه حل و فصل شود، ثانیاً بند ۸-۹ موافقت‌نامه‌ی وام فوق‌التوصیف کاملاً بر اساس مقررات ماده‌ی ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی موردتوافق قرار گرفته و به‌موجب مقررات قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶/۰۶/۲۲ مجلس شورای اسلامی نیز مورد خدشه واقع نشده است، ثالثاً دعوی خواهان که به ادعای قائم‌مقامی شرکت کنکو لیمیتد اقامه شده از زمره‌ی دعاوی و اختلافات پیش‌بینی شده در بند ۸-۹ موافقت‌نامه‌ی مذکور می‌باشد که طرفین مکلف به رعایت آن می‌باشند و چون دلیلی هم مبنی بر رضایت خواندگان که مشعر بر عدول از داوری موردتوافق باشد در پرونده، مشهود نیست.»

پرونده‌ی «شرکت خوشگوار علیه شرکت‌های نوشاب و ملیکا» یکی از بهترین نمونه‌های موجود در رویه‌ی داوری کشور است. در طول رسیدگی به این اختلاف، موارد بسیاری از استدلال‌های اشتباه از سوی طرفین دعوی و محاکم قابل‌ملاحظه است، از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره نمود:

۱. خواهان در متن دادخواست تقدیمی، انتقال قرارداد از سوی شرکت کنکو لیمیتد به شرکت خوشگوار را نوعی تبدیل تعهد توصیف و آن را با انتقال دین مقایسه نموده است. اگرچه برخی حقوق‌دانان متقدم نیز گویی در پاره‌ای موارد، انتقال قرارداد را با تبدیل تعهد خلط نموده‌اند^۱ (امامی، ۱۳۹۹: ۳۳۵)؛ اما حقوق‌دانان متأخر به‌درستی، تبدیل تعهد را نهادی متمایز از انتقال قرارداد دانسته و تأکید دارند که در انتقال قرارداد، برخلاف تبدیل تعهد وضعیت قرارداد کاملاً حفظ شده و رابطه‌ی حقوقی یا تضمینات ضمن آن به‌هیچ‌وجه ساقط نمی‌گردد. (شعاریان، ۱۳۹۴: ۲۲۰) استناد هم‌زمان خواهان به تبدیل تعهد و قرارداد رهنی، قطع‌نظر از این که بلاوجه است دارای تعارض نیز می‌باشد زیرا چنانچه تبدیل تعهدی صورت گرفته باشد استناد به قرارداد رهنی، متعذر خواهد شد. به هر حال توصیف فرآیند انتقال قرارداد وام به تبدیل تعهد فاقد توجیه حقوقی است.

۲. بی‌توجهی شعبه‌ی ۱۰۹ محاکم عمومی تهران به ایراد خواندگان مبنی بر عدم صلاحیت ذاتی، دادنامه‌ی صادره را با نقضی غیرقابل چشم‌پوشی مواجه نمود که در نهایت موجب نقض این دادنامه شد.

۳. استدلال شعبه‌ی ۴۰۲ محاکم عمومی حقوقی تهران در خصوص وضعیت دیوان داوری بین‌المللی لندن و تابعیت آن از حقوق بین‌الملل عمومی اشتباهی فاحش است و همان‌طور که در رأی شعبه‌ی هجدهم دیوان عالی کشور آمده است به نظر می‌رسد این اشتباه، ناشی از تشبیه بلاوجه آن به دیوان بین‌المللی لاهه و نهادهای مشابه است. صرف‌نظر از موارد فوق، رأی اصراری صادره در این پرونده که منجر به صدور قرار عدم استماع دعوی شد به‌روشنی مؤید پذیرش انتقال خودکار موافقت‌نامه‌ی داوری به انتقال‌گیرنده است؛ زیرا اگر انتقال‌گیرنده‌ی قرارداد پایه از موافقت‌نامه‌ی داوری مندرج در آن متأثر نمی‌شد، صلاحیت قضایی محاکم مورد تعرض قرار نمی‌گرفت.

افزون بر این، اختلاف «خدایار علم‌بیگی و سازمان منطقه‌ی آزاد کیش»^۲ نیز از نمونه‌های معروف در زمینه‌ی تأثیر انتقال قرارداد پایه بر موافقت‌نامه‌ی داوری است. در تاریخ ۱۳۸۱/۰۴/۲۵ سازمان منطقه‌ی آزاد کیش و خدایار علم‌بیگی مبادرت به انعقاد قراردادی می‌نمایند که به‌موجب آن سازمان مذکور احداث پروژه‌ی گل‌شرق را به شخص نامبرده واگذار نموده و در ماده‌ی ۷ آن، اتاق بازرگانی بین‌المللی^۳ در پاریس به‌عنوان مرجع حل و فصل اختلافات انتخاب می‌شود. در ادامه‌ی روند اجرای پروژه، دو سال بعد خدایار علم‌بیگی حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد موصوف را به شرکتی که دارای سهام‌داران آلمانی بوده و در کیش به ثبت رسیده، منتقل نمود.

^۱ «...چنان که مستأجر خانه‌ای، اجاره خود را در تمام مدت به دیگری واگذار نماید و با مستأجر جدید قرار دهد در مقابل مالک خانه تعهد کند که مال‌الاجاره را مستقیماً به او بدهد و تعهد مزبور انجام گیرد. در این فرض، تعهد مستأجر اول در مقابل مالک خانه تبدیل به تعهد مستأجر دوم شده و تعهد او به پرداخت مال‌الاجاره ساقط می‌گردد.»

^۲ جهت اطلاعات بیشتر رک. دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۳۸-۱۳۹ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۲ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

^۳ International Chamber of Commerce (ICC)

سازمان منطقه‌ی آزاد کیش در جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۵/۱۲/۱۳ هیأت وزیران اجازه یافت تا هرگونه اختلاف‌نظر در تفسیر و اجرای قرارداد منعقد با آقای خدایار علم‌بیگی را در صورتی که در چهارچوب قوانین و مقررات مناطق آزاد تجاری- صنعتی و سایر قوانین و مقررات مربوطه حل و فصل نگردد به داوری ارجاع نماید. سازمان منطقه‌ی آزاد کیش در تاریخ ۱۳۸۷/۰۷/۲۹ به علت انقضای مدت قرارداد^۱، فسخ آن را اعلام می‌نماید. شرکت انتقال‌گیرنده‌ی قرارداد به استناد ماده‌ی ۷ قرارداد اصلی با مراجعه به اتاق بازرگانی بین‌المللی درخواست رسیدگی و حل اختلاف را می‌نماید. لیکن در سال ۱۳۹۰ سازمان بازرسی کل کشور با تقدیم دادخواست به دیوان عدالت اداری تقاضای ابطال مصوبه‌ی هیأت وزیران و مجوز سازمان منطقه‌ی آزاد کیش مبنی بر مراجعه به داوری را نمود.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۲ با ابطال مصوبه‌ی هیأت وزیران این‌گونه استدلال نمود: «...در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده‌ی ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، دعوا راجع به اموال عمومی قابل ارجاع به داوری نیست، مگر این که ارجاع به داوری در دعوی مذکور قبلاً به تصویب هیأت وزیران و در موارد مهم به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده باشد. شرط مذکور در قانون اساسی و آیین دادرسی هم به دلالت موقعیت (آمره بودن هر دو قانون) و هم به دلالت اهمیت موضوع و سیاق کلام، شرط صحت است نه شرط نفوذ ضمن آن که اساساً بحث نفوذ قاعده نیست و در مواردی جاری است که قانون تصریح کرده باشد؛ بنابراین اگر قرار باشد اختلاف ناشی از یک قرارداد به داوری ارجاع شود، لازم است نخست مجوز آن (حسب مورد) از هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی صادر شود و نمی‌توان اول داوری را در قرارداد شرط کرده و بعد از چند سال، مجوز آن از مراجع مذکور درخواست شود...»

برخی معتقدند اگرچه اختلاف اساسی در پرونده‌ی مذکور، تعارض رسیدگی اتاق بازرگانی پاریس با اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده‌ی ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی بود اما از رأی دیوان عدالت اداری می‌توان استنباط نمود که شرط داوری به‌صرف انتقال قرارداد پایه، منتقل شده است. (پورااستاد، ۱۳۹۳: ۱۸۵)

اما در سایر نظام‌های حقوقی می‌توان به موارد متعددی از پذیرش انتقال خودکار موافقت‌نامه‌ی داوری اشاره نمود. در رأی پرونده‌ی «پیوی»^۲ دیوان عالی فرانسه، تأکید نمود: «در سلسله‌ی همگون از قراردادهای انتقال کالا، شرط داوری همراه با مطالبات قراردادی منتقل می‌شود، مگر این که دلیلی بر جهل متعارف در خصوص وجود شرط ارائه شود». اندیشه‌ی سازنده‌ی چنین تحلیلی را می‌توان در رأی صادره توسط دادگاه تجدیدنظر پاریس مشاهده کرد. در پرونده‌ی «فیلم کونست»^۳ تصریح شده است: «انتقال طلب قطعاً متضمن انتقال بهره‌مندی از شرط داوری یک شرط غیرقابل انفکاک از جنبه‌ی مالی قرارداد، از ناقل به انتقال‌گیرنده است». از این دست آرای مؤید انتقال خودکار موافقت‌نامه‌ی داوری در نظام حقوقی فرانسه بسیار است (صحرائیان، ۱۳۹۳: ۲۴۵) و امروزه به‌عنوان اصلی پذیرفته شده، در رویه‌ی داوری این کشور تثبیت شده است.

بنابراین رویه‌ی داوری ایران برخلاف بسیاری از نظام‌های حقوقی، با مسکوت گذاردن اثر انتقال قرارداد پایه بر موافقت‌نامه‌ی داوری و در عین حال پذیرش صلاحیت داوری در مواردی که با انتقال قرارداد پایه مواجه هستند، به طور تلویحی قابلیت انتقال خودکار موافقت‌نامه‌ی داوری به منتقل‌الیه را پذیرفته‌اند. با این وصف، شایسته است در مبانی جواز انتقال خودکار موافقت‌نامه‌ی داوری غور شود تا علتی که در ورای اندیشه‌های موجود در رویه‌ی داوری است کشف گردد.

^۱ از مفاد گردش کار دادنامه‌ی مورد استناد، فسخ به دلیل انتقال قرارداد استنباط نمی‌شود.

^۲ Peavey Company v. Organisme General des fourrages et autres, cour de cassation, 2001, Rev arb. 765.

^۳ Société C.C.C. Filmkunst GmbH c/ Société Etablissement de Diffusion Internationale de Films, Cour d'appel de Paris, Rev. Arb., 565 (1988)

۳-۱. مبانی انتقال خودکار موافقتنامه‌ی داوری

۳-۱-۱. مبانی قانونی

مقررات موضوعه‌ی داوری نه تنها مؤید منع روشنی در انتقال موافقتنامه‌ی داوری نیست بلکه نمونه‌هایی از پذیرش این امر مشاهده می‌شود. ماده‌ی ۴۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی، رأی داور را نسبت به طرفین دعوا و قائم مقام آنان معتبر دانسته و تأکید نموده است که این رأی نسبت به اشخاص دیگر تأثیری ندارد.^۱ مفاد این ماده، مطابقت درخور توجهی با ماده‌ی ۲۳۱ قانون مدنی^۲ دارد که توسط بسیاری از حقوق دانان به عنوان مبنای اصل نسبی بودن قراردادها و پذیرش قائم مقامی در حقوق مدنی معرفی شده است. (کاتوزیان، ۱۴۰۳: ۱۷۴؛ شعاریان، ۱۳۹۵: ۴۱۵؛ امامی، ۱۳۹۹: ۱۷۴) به عقیده‌ی برخی از ایشان، آثار عقود چنان که از ظاهر ماده‌ی ۲۳۱ قانون مدنی بر می‌آید، حاکمیت قرارداد درباره‌ی طرفین و قائم مقام آنها است و اشخاص ثالث به جز در مورد تعهد به نفع شخص ثالث، مشمول آن قرار نمی‌گیرند. (قاسم زاده، ۱۴۰۱: ۱۴۹) با توجه به این که مفاد حکم دو ماده‌ی مذکور، یکی است و انعقاد موافقتنامه‌ی داوری نیز اصولاً رابطه‌ای با شخصیت متعاقدين آن ندارد، دلیلی بر این که تحلیل حقوق دانان از ماده‌ی ۲۳۱ قانون مدنی بر مفهوم ماده‌ی ۴۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی حمل نشود وجود ندارد.

افزون بر این، مقنن در ماده‌ی ۴۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی رأی داور را نسبت به قائم مقام مؤثر دانسته است و این حکم، مؤید امکان انتقال موافقتنامه‌ی داوری است. ممکن است ایراد شود که منظور از اعتبار رأی داوری در برابر قائم مقام طرفین داوری، همان مفهوم استنادپذیری قراردادها و آرا نسبت به قائم مقام است و مفاد حکم ماده‌ی ۴۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به امکان انتقال داوری به قائم مقام نیست. در پاسخ باید گفت، موقعیت اشخاص ثالث در برابر جریان رسیدگی داوری، تفاوتی با موقعیت قائم مقام ندارد و به علاوه، رأی داوری علیه اشخاص ثالث نیز قابل استناد است؛ بنابراین تفکیک وضعیت قانونی قائم مقام از شخص ثالث، ضرورتی جز فرض انتقال موافقتنامه‌ی داوری ندارد و به نظر می‌رسد انتقال قراردادی موافقتنامه‌ی داوری با موانعی از جنس قواعد عمومی قراردادها یا قوانین خاص مواجه نیست.

شاید ادعا شود که علت معتبر دانستن موافقتنامه‌ی داوری نسبت به قائم مقام ناظر به موردی است که پس از صدور رأی داوری، محکوم علیه فوت نماید و به این لحاظ، رأی باید علیه وراثت اجرا شود که مبنا و صحت این استدلال در انتقال قهری موافقتنامه‌ی داوری بررسی خواهد شد.

به هر حال به طور کلی عقیده بر این است که در سطح بین‌المللی، رویه‌ی غالب داوری بر این است که موافقتنامه‌ی داوری نه تنها بین متعاقدين آن بلکه نسبت به وراثت و انتقال گیرندگان قرارداد نیز قابل تعمیم است مگر آن که طرفین تصریح به عدم انتقال نموده باشند (گیلارد و همکاران، ۱۹۹۹: ۴۲۳). در داوری‌های داخلی نمونه‌ی قابل توجهی در خصوص انتقال قراردادی موافقتنامه‌ی داوری ملاحظه نمی‌شود اما در سطح بین‌المللی آرای متعدد داوری مؤید امکان انتقال این قرارداد است. به‌ویژه که پاره‌ای نویسندگان ادعا نموده‌اند که در بسیاری از نظام‌های حقوقی مانند فرانسه، انگلیس، سوئد و آلمان انتقال قراردادی موافقتنامه‌ی داوری را پذیرفته‌اند (لو و همکاران، ۲۰۰۳: ۱۴۷). از آن جمله، می‌توان به مواردی اشاره کرد که دیوان‌های داوری حتی تبدیل شرکت با مسئولیت محدود به سهامی را باعث عدم التزام شرکت جدید به موافقتنامه‌ی داوری ندانسته‌اند (جروین و درینز، ۱۹۹۴: ۳۱۶).

^۱ قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹)، ماده‌ی ۴۹۵: «رأی داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشته‌اند و قائم مقام آنان معتبر و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت».

^۲ قانون مدنی، ماده‌ی ۲۳۱: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد ماده‌ی ۱۹۶».

^۳ Lew et al

^۴ Jarvin & Derains

۳-۲. توجیه انتقال‌پذیری داوری

حق انتقال‌گیرنده به طرح دعوی، از یک طرف، ناشی از حق بنیادین طرح دعوی و از طرف دیگر، طبع جنبی و وثیقه‌ای موافقت‌نامه‌ی داوری است و با چنین توافق وابسته‌ای باید روشی مشابه با قرارداد پایه پیش گرفت، زیرا هیچ دلیلی وجود ندارد که انتقال موافقت‌نامه‌ی داوری تابع قواعد عمومی و کلی انتقال قراردادهای نباشد (فراری و کرول^۱، ۲۰۱۱: ۳۸۴).

در محدود اظهارنظرهایی که در حقوق داخلی، نسبت به انتقال موافقت‌نامه‌ی داوری شده است، برخی حقوق‌دانان، با این استنباط که موافقت‌نامه‌ی داوری وابسته به شخص اصحاب قرارداد است، آن را دارای قابلیت انتقال نمی‌دانند، اما در پاسخ برخی دیگر معتقدند؛ «استدلال فوق از پشتوانه‌ی حقوقی چندانی برخوردار نیست و بایستی میان موردی که شخص داور توسط متعاملین تعیین می‌شوند و موردی که طرفین بدون تعیین و مشخص کردن داور، شرط داور را پیش‌بینی می‌کنند قائل به تفریق شد. اصولاً، هنگامی که طرفین بدون تعیین داور مشخصی، توافق نمایند که اختلافات آتی آنان از طریق داوری حل و فصل شود، نمی‌توان ادعا نمود که چنین توافقی قائم به شخص است زیرا هنوز داور تعیین نشده است تا شخصیت او مدنظر طرفین قرار گیرد، شخصیت خود متعاملین نیز تأثیری در این خصوص ندارد، بلکه آنان به جهت سهولت و استفاده از مزایای نهاد داوری، چنین توافقی را در قرارداد خود پیش‌بینی کرده‌اند و شخصی بودن قرارداد داوری در چنین مواردی به نحو قاطع قابل‌پذیرش نیست» (شعاریان، ۱۳۹۴: ۳۳۱). این نظر همان‌گونه که پیش‌تر نیز مورد بررسی قرار گرفت با اصول حاکم بر اراده، کاملاً منطبق است به‌ویژه که برخی دیگر نیز اساساً صلاحیت داوری را نه‌تنها امری استثنایی و شخصی ندانسته بلکه آن را با توجه به رویه‌ی امروزی، روشی مرسوم و معمول در حل و فصل اختلاف می‌دانند چرا که با توسعه‌ی تجارت و جهانی شدن اقتصاد، داوری به‌عنوان روشی جهت حل و فصل اختلافات تجاری به سرعت رشد پیدا کرده است، به نحوی که امروزه یک روش معمول در حل و فصل اختلافات محسوب می‌شود (شیروی، ۱۴۰۳: ۴۹۸).

انتقال قرارداد وقتی معتبر است که قرارداد جنبه‌ی شخصی نداشته و یا ناقل اجازه‌ی چنین اقدامی از طرف متعاقد عقد موضوع انتقال را داشته باشد؛ زیرا ناقل و منتقل الیه با انعقاد قرارداد انتقال عقد، نسبت به جانشینی و قائم‌مقامی انتقال‌گیرنده اقدام می‌نمایند (شعاریان، ۱۳۹۴: ۹۳) و لزومی به انشای طرف دیگر قرارداد مذکور وجود ندارد. در وضعیتی که قراردادی بین «الف» و «ب» منعقد شده است، «الف» می‌تواند به‌موجب توافقی که با «ج» می‌نماید موقعیت قراردادی خود را به او منتقل نماید، بدون آن که اراده‌ی «ب» در قرارداد انتقال قرارداد اولیه، جایگاهی داشته باشد؛ بنابراین، امکان توجیه ورود منتقل‌الیه به قرارداد و مطالبه‌ی حقوق قراردادی علیه متعاقدی که در تشکیل و انعقاد قرارداد انتقال عقد شرکت نداشته با توسل به تحلیل اراده‌ی متعاقدين اصلی وجود ندارد بلکه آنچه که می‌تواند مبنای قائم‌مقامی منتقل‌الیه تلقی شود ماهیت عقود است که قابلیت انتقال را دارند. در توضیح باید گفت، انتقال جایگاه قراردادی در آن دسته از اعمال حقوقی مانند عقود مغاینه‌ای که شخصیت متعاقدين تأثیری در انعقاد آن ندارد و در واقع برای متعاقدين تفاوتی ندارد که چه شخصی تعهدات قراردادی را ایفاء می‌کند، با ایرادی مواجه نیست.

قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ تلویحاً به مستأجر این حق را داده است که قرارداد اجاره را به دیگری واگذار نماید مگر آن که ضمن عقد اجاره، چنین حقی از وی سلب شده باشد.^۲ ظاهراً در سال ۱۳۷۶ هجری شمسی، مقنن به‌درستی، عقیده بر

^۱ Ferrari & Kröll

^۲ قانون روابط موجر و مستأجر (۱۳۷۶)، ماده‌ی ۸ «مؤجر می‌تواند در موارد زیر اجاره را فسخ و حکم تخلیه را از دادگاه درخواست کند: الف) در موردی که مستأجر، با سلب حق انتقال به غیر، مورد اجاره را کلاً یا جزء به هر صورتی که باشد به غیر واگذار نموده و یا عملاً از طریق وکالت و یا نمایندگی و غیره در اختیار و استفاده‌ی دیگری جز اشخاص تحت‌الکفاله قانونی خود قرار داده باشد...».

شخصی بودن عقد اجاره نداشته و آن را قابل انتقال دانسته است مگر آن که چنین حقی از او سلب شده باشد. افزون بر این، جملگی عقود غیر معین^۱ نیز قابل انتقال است و منعی برای آن متصور نیست. (شعاریان، ۱۳۹۴: ۴۳)

اما در عقودی که شخصیت متعاقدين علت عمده‌ی انعقاد قرارداد است و عقد با ابتدای بر شخصیت طرف مقابل منعقد شده است نیز امکان انتقال قرارداد متصور است، مشروط بر آن که انتقال دهنده، چنین مجوزی از ناحیه‌ی متعاقد دیگر داشته باشد. از این دست موارد در نظام حقوقی ایران به‌وفور قابل ملاحظه است، به طور مثال قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ هجری شمسی، قرارداد اجاره را از طرف مستأجر، غیر قابل انتقال دانسته است مگر آن که وجود چنین اجازه‌ای از ناحیه‌ی موجر را اثبات نماید.^۲ حسب قانون مدنی، عقد مضاربه نیز غیر قابل انتقال است مگر آن که مضارب چنین اختیاری داشته باشد،^۳ همین حکم در مورد عقد مزارعه نیز جریان دارد و عامل تنها در صورتی می‌تواند عقد مزارعه را به شخص دیگری منتقل نماید که مزارع اجازه دهد.^۴ حتی به تعبیر برخی حقوق دانان، وکیلی که ضمن عقد وکالت، حق توکیل را از موکل اخذ نموده نیز به‌موجب این اجازه می‌تواند عقد وکالت را به شخص دیگری منتقل نماید. (شعاریان، ۱۳۹۴: ۹۷) لیکن به نظر می‌رسد نمی‌توان وکیل دوم را منتقل -البه نامید زیرا اولاً وکیل اول با اعطای وکالت به وکیل دوم از رابطه‌ی قراردادی با موکل خارج نمی‌شود و ثانیاً وکیل دوم جایگزین حقوق و تکالیف وکیل اول در برابر موکل نخواهد شد، لذا این وضعیت را نمی‌توان قائم مقامی تلقی نمود.

نتیجه آن که آن دسته از عقود که شخصیت متعاقدين تأثیری در انعقاد آن ندارد یا در زمره‌ی عقود نامعین هستند، قابلیت انتقال را دارند و آن دسته از عقود که بر مبنای شخصیت متعاقدين منعقد شده است نیز در صورت وجود اجازه‌ی انتقال، قابلیت واگذاری به غیر را دارد. چنانچه قراردادی ذاتاً قابلیت انتقال را داشته باشد، موافقت‌نامه‌ی داورى متکی به آن نیز چنین قابلیت را دارا خواهد بود زیرا موافقت‌نامه‌ی داورى هدفی جز تضمین حسن اجرای قرارداد ندارد، به‌ویژه که نفس موافقت‌نامه‌ی داورى نیز عقدی نیست که شخصیت متعاقدين در زمان انعقاد، مدنظر باشد؛ به عبارت دیگر، موافقت‌نامه‌ی داورى وجهه‌ی شخصی ندارد بلکه بخشی از ارزش قرارداد است که به طور خودکار همراه با قرارداد اصلی منتقل خواهد شد (لو و همکاران، ۲۰۰۳: ۱۴۸).

۴. شرط عدم انتقال داورى

با وجود این، اگر متعاقدين، بر عدم قابلیت انتقال موافقت‌نامه‌ی داورى تأکید نموده باشند ولو آن که انتقال قرارداد پایه با مانعی مواجه نباشد، موافقت‌نامه‌ی داورى منتقل نخواهد شد. پذیرش انتقال‌پذیری موافقت‌نامه‌ی داورى، متکی به مفاهیم کلی نظیر مصلحت اقتصادی یا انصاف نیست بلکه ریشه در حاکمیت اراده دارد. درست است که موافقت‌نامه‌ی داورى، توافقی مستقل از قرارداد پایه است اما تشکیل آن به‌موجب اراده‌ی مستقل نبوده است و متعاقدين ایجاد هر دو قرارداد را به‌عنوان مجموعه‌ای از توافقات اراده نموده‌اند. ایده‌ی استقلال موافقت‌نامه‌ی داورى صرفاً برای پاسخ به ادعای تبعی بودن این توافق مطرح شده است و تنها ناظر به موقعیت خاص داورى در حل و فصل یک اختلاف است. استقلال موافقت‌نامه‌ی داورى به معنای استقلال در انشاء و موضوع آن نیست بلکه منظور، استقلال در اعتبار آن است. در وضعیتی که موافقت‌نامه‌ی داورى، انشای مستقل ندارد و به‌تنهایی موضوعیتی ندارد، با انتقال قرارداد پایه، توافق بر داورى نیز منتقل می‌شود. به عبارت بهتر، متعاقدين، موافقت‌نامه‌ی داورى را چیزی جدای از قرارداد اصلی در نظر نداشته‌اند و چه‌بسا توافق بر داورى از عناصر سازنده‌ی قصد ایشان باشد و قرارداد پایه و

^۱ قانون مدنی، ماده‌ی ۱۰: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

^۲ قانون روابط موجر و مستأجر (۱۳۵۶) ماده‌ی ۱۰: «مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید مگر اینکه کتباً این اختیار به او داده شده باشد...».

^۳ قانون مدنی، ماده‌ی ۵۵۴: «مضارب نمی‌تواند نسبت به همان سرمایه با دیگری مضاربه کند یا آن را به غیر واگذار نماید مگر با اجازه‌ی مالک».

^۴ قانون مدنی، ماده‌ی ۵۴۱: «عامل می‌تواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری، رضای مزارع لازم است».

موافقت‌نامه‌ی داوری سلسله توافقاتی هستند که ایجاد یک ماهیت حقوقی پیوسته نموده است؛ بنابراین در صورت پذیرش انتقال قرارداد پایه، موافقت‌نامه‌ی داوری نیز در بستر اراده‌ی متعاقدين منتقل خواهد شد.

۵. پذیرش انتقال‌پذیری داوری

انتقال خودکار موافقت‌نامه‌ی داوری به‌عنوان یک اصل قابل‌شناسایی است که ادعای خلاف آن محتاج ارائه‌ی دلیل و قرینه‌ای است. هرچند که برخی توصیه نموده‌اند برای احتراز از هرگونه شائبه، در فرآیند انتقال قرارداد، به جایگزینی منتقل‌الیه در هر دو قرارداد پایه و موافقت‌نامه‌ی داوری مربوطه اشاره شود (فریدلند^۱، ۲۰۰۷: ۱۶۶). همان‌طور که این نویسندگان تأکید دارند، اصولاً نیازی به درج چنین تصریحی وجود ندارد، زیرا اصل انتقال‌پذیری قراردادهای طبیعت و وثیقه‌ای موافقت‌نامه‌ی داوری اقتضا دارد که در صورت عدم وجود هرگونه دلیل مخالفی، قائل به امکان انتقال آن بود.

انتقال خودکار موافقت‌نامه‌ی داوری موضوعی چالشی در آثار حقوقی نیست و از یک‌سو، به شرحی که آمد، نویسندگان، عموماً با پذیرش اصل انتقال‌پذیری موافقت‌نامه‌ی داوری، با استفاده از سکوت اکثر قوانین و حتی وجود برخی قرائن مثبت، سعی در توضیح و تبیین مبانی آن دارند (پوراستاد، ۱۳۹۳: ۱۸۸) و از سوی دیگر، رویه‌ی داوری نیز تفکری مشابه را برگزیده است.

۶. نتیجه‌گیری

موافقت‌نامه داوری در حقوق ایران جایگاهی دوگانه دارد: از یک‌سو قراردادی مستقل و برخوردار از آثار ویژه تلقی می‌شود و از سوی دیگر غالباً بر بستر قرارداد اصلی شکل می‌گیرد و بدون آن کارآمدی خود را از دست می‌دهد. همین ویژگی دوگانه است که پرسش از قابلیت انتقال آن را به موضوعی مناقشه برانگیز بدل کرده است.

بررسی مبانی قانونی نشان می‌دهد که اصل نسبی بودن قراردادهای (ماده ۲۳۱ قانون مدنی) و قاعده قائم‌مقامی (ماده ۴۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی) زمینه‌ای برای پذیرش انتقال موافقت‌نامه داوری همراه با قرارداد اصلی فراهم می‌سازند. در مقابل، استقلال حقوقی موافقت‌نامه داوری و ماهیت شخصی برخی قراردادهای مانعی برای انتقال خودکار و بی‌قیدوشرط آن ایجاد می‌کند. رویه قضایی نیز در پرونده‌های متعدد، هرچند گاه با اختلاف‌نظر، گرایش به پذیرش «انتقال تبعی» را نشان داده است، به‌ویژه در مواردی که انتقال قرارداد پایه محرز بوده و قصد طرفین مبنی بر استمرار داوری استنباط می‌شده است. از رهگذر این تحلیل می‌توان چنین نتیجه گرفت که انتقال موافقت‌نامه داوری در حقوق ایران تابع تفکیک میان سه وضعیت است:

۱. **انتقال تبعی:** اصل بر پذیرش انتقال موافقت‌نامه همراه قرارداد پایه است، مگر آنکه طرفین خلاف آن را شرط کرده باشند.
۲. **انتقال مستقل:** انتقال موافقت‌نامه داوری بدون قرارداد اصلی جز در صورت تصریح یا رضایت صریح منتقل‌الیه قابل دفاع نیست.
۳. **انتقال غیرمستقیم:** در مواردی که صرفاً موضوع قرارداد یا حق دعوی منتقل می‌شود، الحاق داوری به منتقل‌الیه مستلزم وجود نص یا توافق روشن است.

بنابراین، سیاست حقوقی مطلوب در این زمینه باید بر جمع میان دو ارزش بنیادین استوار باشد: امنیت حقوقی و پیش‌بینی‌پذیری روابط تجاری از یک‌سو و حاکمیت اراده و اصل نسبی بودن قراردادهای از سوی دیگر. راه‌حل عملی نیز در دو محور خلاصه می‌شود: نخست، ضرورت تصریح روشن در قراردادهای انتقال نسبت به سرنوشت شرط داوری؛ دوم، ایجاد رویه قضایی یک‌دست توسط مراجع داوری و قضایی به‌گونه‌ای که طرفین پیشاپیش از حقوق و تعهدات خود آگاه باشند.

^۱ Friedland

در نهایت، اگر داوری را نهادی برخاسته از آزادی و اعتماد متقابل طرفین بدانیم، باید پذیرفت که انتقال موافقت‌نامه داوری نه صرفاً مسئله‌ای شکلی، بلکه تجلی احترام به اراده و استمرار اعتماد طرفین است؛ اعتمادی که بدون آن، داوری از کارآمدی خویش تهی خواهد شد.

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

منابع

- امامی، میر سید حسن (۱۳۹۹). دوره حقوق مدنی. جلد ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- پوراستاد، مجید و افسر، گلنوش (۱۳۹۳). انتقال شرط داوری؛ نقدی بر رأی اصراری ۱۳۷۸/۱۲/۲۴-۲۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور. مجموعه مقالات جشن‌نامه‌ی دهمین سالگرد تأسیس مرکز داوری اتاق ایران، مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۴). انتقال قرارداد؛ نظریه‌ی عمومی - عقود معین. تهران: مؤسسه مطالعات حقوقی شهر دانش.
- شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۵). حقوق تعهدات؛ مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- شمس، عبدالله (۱۴۰۳). آیین دادرسی مدنی پیشرفته. ج ۱، چ ۴۸، تهران: دراک.
- شیروی، عبدالحسین (۱۴۰۳). حقوق تجارت بین‌الملل. چ ۱۵، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- صحرائیان، علی‌اصغر (۱۳۹۳). انتقال شرط داوری. مجموعه مقالات جشن‌نامه‌ی دهمین سالگرد تأسیس مرکز داوری اتاق ایران، مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- قاسم زاده، سید مرتضی (۱۴۰۱). اصول قراردادها و تعهدات. تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۳). قواعد عمومی قراردادها. جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی؛ قرارداد-ایقاع. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۸۱). جلد پنجم، اداره‌ی وحدت رویه و نشر مذاکرات دیوان عالی کشور.
- نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۷۶). استقلال شرط داوری. مجله‌ی تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱(۱۹-۲۰) (پیاپی ۱۲۲)، ۲۶۰-۲۷۵.

آرای قضایی

- رأی اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره‌ی ۲۳ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۲۴ هجری شمسی
- دادنامه‌ی شماره‌ی ۷۱۵ شعبه‌ی ۱۰۹ محاکم عمومی تهران، مورخ ۱۳۷۶/۰۶/۰۸.
- دادنامه‌ی شماره ۸۹ مورخ ۱۳۷۷/۰۳/۱۲ شعبه ششم دیوان عالی کشور
- دادنامه‌ی شماره‌ی ۷۷۰ مورخ ۱۳۷۷/۰۸/۱۰ شعبه‌ی ۴۰۲ محاکم عمومی حقوقی تهران.
- پرونده‌ی کلاسه‌ی ۶/۹۷۴۳ شعبه‌ی هجدهم دیوان عالی کشور.
- رأی اصراری شماره‌ی ۲۳ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۲۴ هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور.
- دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۳۸-۱۳۹ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

References

- Emami, M.S.H. (2024). *Civil Rights*. Vol 1. Tehran: Islameh. (In Persian)
- Ferrari, F., & Kröll, S. (2011). *Conflict of Law in International Arbitration*. Walter de Gruyter.
- Friedland, P.D. (2007). *Arbitration Clauses for International Contracts*. 2nd Ed., Juris Publishing.
- Gaillard, E., Fouchard, F., & Goldman, B. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Jarvin, S., Derains, Y. (1994). *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*. vol.1, Kluwer Law International.
- Katoozian, N. (2024). *General Rules of Contracts*. Vol. 3, Tehran: Enteshar. (In Persian)
- Katoozian, N. (2025). *Introductory Course on Civil Law, Legal Acts; Contract – Unilateral Act (Iqa')*. Tehran: Enteshar. (In Persian)
- Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., & Kröll, S. (2003). *Comparative International commercial Arbitration*. Kluwer law International, The Hague 2003.
- Negotiations and Judgments of the General Assembly of the Supreme Court* (2002). Vol. 5, Tehran: Office for Unification of Precedents and Publication of Supreme Court Negotiations. (In Persian)

- Nikbakhat, A. (1997). Independence, arbitration clause. *Legal Research Quarterly*, 1(19-20), 260-275. (In Persian)
- Pourastad, M., & Afsar, G. (2014). Transfer of the Arbitration Clause; a Critique of the Insistent Ruling of 1378/12/23-24 of the General Assembly of the Supreme Court. *Collection of Articles for the 10th Anniversary Celebration of the Establishment of the Iran Chamber Arbitration Center*, Shahr-e Danesh Institute for Legal Studies and Research. (In Persian)
- Qasemzadeh, S.M. (2022). *Principles of Contracts and Obligations*. Tehran: Dadgostar Publications. (In Persian)
- Sahraian, A.A. (2014). Transfer of the Arbitration Clause. *Collection of Articles for the 10th Anniversary Celebration of the Establishment of the Iran Chamber Arbitration Center*, Shahr-e Danesh Institute for Legal Studies and Research. (In Persian)
- Shams, A. (2024). *Advanced Civil Procedure*. Vol. 1, 48th ed., Tehran: Derak. (In Persian)
- Shaoarian, E. (2015). *Transfer of Contract; General Theory – Specific Contracts*. Tehran: Shahr-e Danesh Legal Studies Institute. (In Persian)
- Shaoarian, E. (2016). *Law of Obligations; a Comparative Study of the French Law of Obligations Reform Project with Iranian Law and International Instruments*. Tehran: Shahr-e Danesh Institute for Legal Studies and Research. (In Persian)
- Shirooy, A. (2024). *International Trade Law*. 15th ed., Tehran: Organization for the study and compilation of university humanities books (SAMT). (In Persian)

Transfer of an Arbitration Award in a Judicial Proceeding

Abstract

The arbitration agreement, as one of the most significant mechanisms for dispute resolution, has always attracted the attention of legal scholars and business practitioners. A central question is whether, in the event of the transfer of the main contract or the assignment of rights and claims, the arbitration agreement is automatically or voluntarily transferred to the assignee. The importance of this question lies in the fact that, on the one hand, the principle of the independence of the arbitration agreement suggests treating it as a distinct contract with a special legal nature, while on the other hand, its functional dependence on the main contract shows that it cannot be entirely separated from the underlying contractual relationship. This article, employing a descriptive-analytical method and drawing upon statutory provisions (Civil Code, Code of Civil Procedure, and general principles of contract law) as well as important judicial precedents (including rulings of the Supreme Court and the Administrative Court of Justice), examines three types of transfer: accessory transfer, independent transfer, and indirect transfer of arbitration agreements. The findings indicate that Iranian law strongly favors the principle of “accessory transfer, meaning that when the main contract is assigned, the arbitration clause contained therein is likewise transferred. However, the independent transfer of an arbitration agreement without the main contract remains problematic and generally requires explicit stipulation or consent in the assignment agreement. Moreover, in contracts with a personal nature or involving public property, the transfer of arbitration agreements is subject to special restrictions or governmental authorization. It is therefore concluded that the recognition or rejection of the transferability of arbitration agreements in Iranian law depends not only on general rules of contract law but also on the specific nature of arbitration and broader legal policy considerations. To resolve existing ambiguities, this study recommends express contractual drafting and the establishment of consistent judicial practice by competent authorities, thereby ensuring legal certainty for the parties and enhancing the effectiveness of arbitration as a dispute resolution mechanism.

English Keywords: Arbitration, Arbitration agreement, Assignment, Independence of arbitration clause, Accessory Assignment.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامي.

مقدمه

توسعه اقتصادی و رفاه اجتماعی هر کشور صرفاً با اتکای به منابع داخلی اگر امری غیرممکن نباشد، به‌دشواری قابل تحقق است. سرمایه‌گذاری خارجی در زمینه‌های مختلف صنعتی و تجاری و توسعه زیرساخت‌ها یکی از راه‌کارهای مناسب و مطمئنی است که جدای از انتقال تکنولوژی و شتاب بخشیدن به پیشرفت کشور، به جهت وجود آثار مثبت اقتصادی همواره مدنظر زمامداران کشورها است. به همین جهت به نظر برخی، امروزه هیچ کشوری بدون مشارکت فعال و مؤثر در بازرگانی بین‌المللی و اقتصاد جهانی نمی‌تواند به رشد و توسعه اقتصادی و اجتماعی دست یابد. یکی از مهم‌ترین راه‌های تحقق این امر امکان و توان جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی است؛ این امر خود تابع عواملی از قبیل تضمین و حمایت قانونی نسبت به اصل و سود سرمایه در برابر سلب مالکیت، مصادره و ملی شدن، نرخ بازگشت سرمایه، باز بودن اقتصاد، زیرساخت‌ها، رشد اقتصادی، سرمایه‌گذاری داخلی، منابع طبیعی، سرمایه و نیروی انسانی ماهر، تورم، نرخ ارز، بدهی خارجی، وضع مالی دولت، مالیات، اندازه بازار، حقوق سیاسی و نسبت مخارج دولت به تولید ناخالص داخلی می‌باشد (رستمی و اسدزاده، ۱۳۹۶: ۱۵۵).

سرمایه‌گذاری خارجی، گذشته از زمینه‌های سیاسی و اقتصادی، نیاز به زمینه حقوقی مطلوب نیز دارد. سرمایه‌گذاران بالقوه، قبل از اقدام به سرمایه‌گذاری در هر کشور، مطالعاتی در خصوص مسائل سیاسی، اقتصادی و حقوقی آن کشور انجام می‌دهند. این مطالعات در واقع اساس تصمیم‌گیری نهایی آنها را تشکیل می‌دهد (عمادزاده، عبادزاده و برجی دولت‌آباد، ۱۳۸۶: ۱۶۲)؛ اما از سوی دیگر برخی موانع قانونی و حقوقی سرمایه‌گذاری در ایران وجود دارد که منشأ قانونی و ساختاری دارد و در برخی از اصول قانون اساسی مانند اصل ۴۴ ناظر به انحصارات گسترده دولتی، اصل ۸۱ در مورد محدودیت ورود و استقرار شرکت‌های خارجی و اصل ۱۳۹ در مورد محدودیت توسل به سیستم داوری قابل اشاره است. هرچند برخی تفاسیر ارائه شده توسط شورای نگهبان و حقوقدانان از اصول مذکور و با تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، قانون داوری تجاری بین‌المللی، قانون الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک، اصلاح قانون مالیات مستقیم، معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری و... این موانع تا حدودی کمرنگ شده است؛ اما در جای خود می‌تواند مورد استفاده و استناد قرار گیرد و این خود مانع قانونی مهمی در امر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی است. علاوه بر این در سطح داخلی برخی موانع اجرایی، نبودن طرح‌های متنوع و مختلف مطالعاتی جهت سرمایه‌گذاری، روند طولانی صدور مجوزهای متعدد سرمایه‌گذاری و... موانع جدی دیگری در این راستا تلقی می‌شوند.

با توجه به موانع مورد اشاره و سوابق برخی از کشورها در امر سلب سرمایه اتباع و شرکت‌های خارجی، اقتصاددانان سرمایه را بسان جیوه‌ای تشبیه می‌کنند که لغزان است و با کوچک‌ترین ضربه‌ای جابجا می‌شود و یا آن را پرنده‌ای می‌پندارند که با کوچک‌ترین صدای پایی پریده و زودتر از آدمی از معرکه می‌گریزد. این پرنده سبک‌بال، امروزه سهم بسیار مهمی در اقتصاد کشورهای جهان دارد و به اقصی نقاط مختلف دنیا مهاجرت می‌کند از این رو اکثر سرمایه‌گذاران بر این باورند که سرمایه «وطن» نمی‌شناسد (غفارپور، ۱۳۸۶: ۳۴). در این راستا اگر از جایی گریزان شد امکان بازگشت وجود نداشته یا به صعوبت چنین امری قابل تحقق است. سرمایه‌گذاری، به‌ویژه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی محقق نخواهد شد مگر اینکه سرمایه‌گذاران در کمترین زمان ممکن بتوانند در پروژه‌های سودآور سرمایه‌گذاری نموده و از هر جهت احساس امنیت داشته باشند و قوانین کشور میزبان تضامین موردنظر ایشان را در اختیارشان قرار دهد. بدین سبب کشورهای میزبان متعهدند بر اساس «حداقل استانداردهای بین‌المللی»^۱ از سرمایه‌گذاری اشخاص بیگانه در کشور خود حمایت نمایند (حسیبی، ۱۳۹۰: ۴۴).

با توجه به اینکه، در مورد سرمایه‌گذاری خارجی احتمال وقوع اختلاف همواره وجود دارد، لذا سرمایه‌گذار قبل از انجام هر عملی باید اطمینان یابد که اختلافات آتی از طریق داوری مراجع تخصصی و صالح بین‌المللی حل و فصل خواهد شد. آنگاه در پی اخذ مجوز و انعقاد قراردادهای مربوط به ورود سرمایه‌گذاری خارجی خواهد بود. از این رو برخی از صاحب‌نظران حوزه سرمایه‌گذاری خارجی بر مبنای نقش و جایگاه حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، معتقدند که حقوق معاصر حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، مشتمل بر مباحث حقوقی چند لایه است؛ بدین گونه که مستلزم ارتباط و تعامل رویکردها و راه‌حل‌های حقوق کلاسیک و مدرن از یک سو و حقوق داخلی و بین‌المللی در جهت حمایت از سرمایه‌گذاری و حل و فصل اختلافات از سوی دیگر است که امروزه از آن به حقوق متقابل سرمایه‌گذاری و داوری یاد می‌شود (پاپارینسکیس^۱، ۲۰۱۱: ۲۶۵).

در این راستا داوری بر اساس کنوانسیون‌های ایکسید و نیویورک و سایر مقررات حاکم بر آن، مبتنی بر ویژگی‌هایی چون خصوصی بودن، سرعت و سهولت در رسیدگی، محرمانگی، قطعی و لازم‌الاجرا بودن رأی و حاکمیت اصول تناظر، بی‌طرفی و استقلال داوری، سبب ایجاد اعتماد نسبی در طرفین اختلاف با توجه به ضمانت اجرای خاص خود می‌گردد؛ و می‌تواند نقش مؤثری در کاهش نگرانی‌ها و دغدغه‌های این اشخاص داشته باشد. به بیان دیگر با توجه به اهمیت جذب سرمایه‌گذاری خارجی در توسعه اقتصادی و رفاه اجتماعی کشورها که از یک سو نیازمند وجود بسترهای امن سیاسی، اجتماعی، ثبات داخلی، روابط حسنه و توأم با حسن نیت و احترام متقابل با سایر کشورها، سوابق کشور میزبان در برابر سلب مالکیت، مصادره و ملی شدن و جذابیت‌ها و حمایت‌های خاص قانونی است؛ و از سوی دیگر با عنایت به اینکه پس از انعقاد قراردادهای مربوطه و ورود سرمایه به کشور همواره احتمال بروز اختلاف وجود دارد، بایستی از داوری بر مبنای ویژگی‌ها و اصول حاکم بر آن به‌عنوان کارآمدترین شیوه خصوصی حل اختلاف بهره برد تا سبب کاهش نگرانی‌ها و دغدغه‌های سرمایه‌گذاران و در نهایت سبب تأمین منافع اقتصادی طرفین گردد.

بدین ترتیب اوصاف و خصوصیات منحصربه‌فرد یا متحدالشکل قراردادهای سرمایه‌گذاری بین اشخاص خصوصی خارجی و دولت‌ها از یک سو و مسائل و مشکلات خاص آن از سوی دیگر، موجب شده است تا حل و فصل اختلافات ناشی از آن از طریق داوری اهمیت دوچندانی داشته باشد. از آنجایی که بروز اختلاف در هر رابطه قراردادی و اقتصادی به‌ویژه در مواردی که طرفین اختلاف تابعیت، اقامتگاه و فرهنگ متفاوتی دارند، امری محتمل و در مواردی اجتناب‌ناپذیر است و چه‌بسا در مورد بسیاری از قراردادها به‌ویژه قراردادهای طولانی‌مدت، این اختلافات ناشی از سوءبرداشت و توأم با حسن نیت نیز باشد (شیروی، ۱۳۹۴: ۴۰)؛ بدین جهت چاره‌ای جز توسل به طرح دعوی نزد مرجع صالح قضایی یا داوری وجود ندارد. یکی از مواردی که نقش مؤثری در جلب و جذب سرمایه‌گذاری خارجی دارد، شیوه رسیدگی به اختلافات بین طرفین و مقررات حاکم بر آن است. رسیدگی بر مبنای صلح و سازش و داوری در این راستا از اهمیت بی‌بدیلی برخوردار است به‌خصوص اگر توسط مراجع داوری بین‌المللی، باسابقه درخشان و مبتنی بر قواعد روشن و شفاف و منصفانه حل و فصل گردد. این موضوع از حیث تحلیل اقتصادی به‌ویژه در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی و در راستای حاکمیت قانون و حمایت از آن از اهمیت زیادی برخوردار است. با توجه به اینکه تاکنون در هیچ تحقیق مستقلی ویژگی‌ها و اوصاف داوری از منظر کارکردگرایانه (حقوقی-اقتصادی) موردبررسی قرار نگرفته است و هر یک از نویسندگان صرفاً برخی از اوصاف یا اصول آن را موردبررسی قرار داده‌اند، از این رو و با توجه به اهمیت موضوع، این نوشتار با هدف تبیین و تحلیل ویژگی‌ها، اصول و قواعد حاکم بر حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی بین دولت و اشخاص خصوصی سایر کشورها از منظر کارکردگرایانه و تحلیل حقوقی-اقتصادی موردبررسی قرار داده است.

۱. تحلیل اقتصادی ویژگی‌های داوری به‌عنوان سیستم خصوصی حل اختلاف

داوری اختلافات بین‌المللی از منظر عام و داوری اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی از منظر خاص بر ویژگی‌ها و خصوصیات متعددی استوار است که از آن جمله طرفین رابطه و موضوع اختلاف، قراردادی و خصوصی بودن داوری و الزام ناشی از آن، تشریفاتی نبودن درخواست و روند رسیدگی، سرعت، سهولت و رسیدگی تخصصی، محرمانگی و قطعی و لازم‌الاجرا بودن رأی، قابل‌توجه و شایسته بررسی است. این ویژگی‌ها در مقررات داوری بین‌المللی و نظریات دکترین مورد اشاره قرار گرفته است لذا ضروری است از منظر حقوقی-اقتصادی مبتنی بر حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مورد مطالعه قرار گیرد.

۱-۱. طرفین رابطه و موضوع اختلاف

اختلافات بین‌المللی را به اعتبار طرفین آن به سه گروه تقسیم نموده‌اند: اختلافات بین اشخاص خصوصی خارجی؛ اختلافات بین دولت‌ها با دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و اختلافات بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی خارجی. در بحث سرمایه‌گذاری خارجی، اختلافات ناشی از آن بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی خارجی است، هرچند معمولاً کشورهای سرمایه‌پذیر از کشورهای جهان سوم یا در حال توسعه می‌باشند که بر اساس سوابق تاریخی در این‌گونه کشورها در پی وقوع انقلاب و یا تغییر حکومت‌ها سرمایه و اموال کشورهای سرمایه‌گذار و یا اتباع آنها به شیوه ملی یا مصادره، سلب می‌گردد. سرمایه‌گذاران نیز شرکت‌های عظیم بین‌المللی و چندملیتی با نفوذ و قدرت زیادی می‌باشند. از این جهت طبیعی است که دولت‌های سرمایه‌پذیر بنا به حاکمیت خود همواره تلاش دارند که قوانین و محاکم کشور خود را بر قرارداد مربوط و نهایتاً بر اختلافات ناشی از آن حاکم نمایند، درحالی‌که اشخاص خصوصی خارجی از بیم نفوذ دولت و نیز تعیین و تغییر قوانین کشورهای سرمایه‌پذیر، از این روش گریزان می‌باشند. تشکیل مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، بیش از هر چیز و فارغ از سوابق موضوع و انگیزه‌های حقوقی، ابزاری است برای اطمینان‌بخش کردن و آسودگی خیال محافل مالی و بانکی جهان غرب در سرمایه‌گذاری در کشورهای فقیر و کنترل نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری. در راستای تحقق این امر «بانک جهانی ترمیم و توسعه» اولین بار در سال ۱۹۶۲ به فکر سر و سامان دادن به نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی خارجی افتاد و به کمیته اجرایی بانک مأموریت داد تا موضوع را بررسی که در نهایت منجر به تهیه گزارش با کمک کمیسیون اقتصادی سازمان ملل متحد گردید. پیش‌نویس مذکور در نهایت تحت نام «کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع سایر دول» به دولت‌های عضو بانک جهانی جهت امضا تسلیم گردید و با امضای اغلب کشورها در حال اجرا می‌باشد (مجله حقوقی بین‌الملل، ۱۳۶۵: ۲۷۰ - ۲۷۹).

بر اساس بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید: «صلاحیت مرکز شامل همه اختلافات حقوقی که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌های متعاهد (یا مؤسسات تابعه یا نمایندگی‌های آنها به‌وسیله آن دولت به مرکز معرفی شده باشد) و یک تبعه دولت متعاهد دیگر که طرفین آن کتباً موافقت به ارجاع آن به مرکز نموده باشند، خواهد بود». بدین ترتیب ایکسید سازمان داوری تخصصی است که صرفاً به اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری رسیدگی می‌کند. (شپروی، ۱۳۹۴: ۱۱۸) در مواردی که طرفین کتباً رضایت خود را اعلام نمودند، حق ندارند به‌طور یک‌جانبه آن را مسترد نمایند" از این رو اختلاف مربوط بایستی از نوع اختلاف حقوقی که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری است، باشد. هر چند بر مبنای بند ۴ ماده ۲۴ کنوانسیون هر یک از کشورهای عضو می‌تواند از قبل اعلام نماید که نوع خاصی از اختلافات در صلاحیت مرکز قرار می‌گیرد یا خیر. با وجود این به نظر برخی با توجه به اینکه یک طرف اختلاف یک کشور است و طرف مقابل اشخاص خصوصی می‌باشند، اختلافات از

یک طرف واجد ویژگی عمومی بوده و ماهیتی اداری دارد، از طرف دیگر واجد جنبه تجاری بین‌المللی است که سبب ایجاد اختلاف و برخورد بین اشخاص می‌گردد (دیمیتروپولوس^۱، ۲۰۱۶: ۳۹۱).

در سایر مراجع داوری از جمله مقررات مرکز داوری وایپو که به اختلافات ناشی از مالکیت فکری رسیدگی می‌کند، حتی قید تجاری بودن یا بین‌المللی بودن دعوی نیز مطرح نشده است و برای مرکز صلاحیت عام در نظر گرفته شده است. (شیروی، ۱۳۹۴: ۱۲۶) لذا مرکز یادشده می‌تواند به سایر دعاوی نیز رسیدگی کند. درحالی‌که در مرکز داوری ایکسید صرفاً به اختلافات حقوقی ناشی از سرمایه‌گذاری رسیدگی می‌شود. بدین ترتیب و با وجود اینکه از طرفین از لحاظ سیاسی، توان اقتصادی و حقوقی در یک سطح قرار ندارند، اما از منظر اقتصادی، طرفین ترجیح داده‌اند اختلافات خود را بر مبنای مقررات کنوانسیون حل و فصل نمایند.

بنابراین با توجه به اینکه طرفین اختلاف از جایگاه، سیاسی، حقوقی و اقتصادی متفاوتی برخوردارند و نتیجه موضوع اختلاف نیز بر اساس سیستم حقوقی هر یک از طرفین بر مبنای قوانین ملی ممکن است متفاوت باشد، داوری می‌تواند بر مبنای مقررات کنوانسیون واشینگتن از منظر حقوقی-اقتصادی با رسیدگی تخصصی و به اعتبار طرفین رابطه و نوع اختلاف ایشان، راهکار مناسب و قابل اتکایی جهت فیصله اختلاف و اجرای به‌موقع آن باشد.

۱-۲. قراردادی و خصوصی بودن داوری و الزام ناشی از آن

مبنا و اساس شکل‌گیری داوری مبتنی بر توافق طرفین است و رسیدگی داوران نیز مشتق و مأخوذ از توافق طرفین رابطه قراردادی است؛ و به جرئت می‌توان گفت که امروزه هیچ قراردادی در سطح بین‌المللی نمی‌توان یافت که در آن برای حل و فصل اختلافات احتمالی از داوری مدد گرفته نشده باشد. لذا یکی از ویژگی‌های مهم داوری جنبه خصوصی آن است (گنینگز، ۱۳۶۸: ۲۱۶). به بیان دیگر یکی از مهم‌ترین ویژگی‌هایی که موجب محبوبیت داوری تجاری بین‌المللی به‌عنوان یکی از شیوه‌های حل و فصل اختلافات در سطح بین‌المللی شده است، آزادی طرفین به‌منظور انتخاب قانون ماهوی قابل‌اعمال بر ماهیت اختلاف و نیز فرایند رسیدگی داوران است. این آزادی اراده تا حدی است که طرفین می‌توانند به داوران اجازه تصمیم‌گیری و صدور رأی مطابق با انصاف را بدهند (شهبازی‌نیا، جعفری و حمیدیان، ۱۳۹۶: ۲۶۹).

به بیان دیگر داوری بین‌المللی به‌عنوان یکی از روش‌های خصوصی حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی، در سال‌های اخیر پیشرفت چشمگیری داشته است و این امر مرهون جنبه خصوصی داوری و ناشی از توافق اطراف داوری است که هم‌زمان با انجام هرگونه تحول و پیشرفت در قراردادهای جدید داوری به آن اشاره و نواقص و ایرادات قراردادهای پیشین رفع می‌شود. درحالی‌که برخلاف داوری، رسیدگی قضایی که اغلب رسیدگی عمومی نامیده می‌شود، متکی به قدرت حاکمیت و واجد جنبه عمومی است، لذا گفته می‌شود رسیدگی قضایی پروسه‌ای جهت رفع و قطع اختلاف است و به نحو گسترده‌ای در معرض کامل دید عموم قرار دارد، بدین سبب مبتنی بر استانداردهایی است که مبنا و اساس اتخاذ تصمیم و رأی محسوب می‌شود؛ اما برخلاف دادرسی، داوری یک روند خصوصی محسوب می‌شود و عموماً مبتنی بر استانداردهای تصمیم‌ساز مورد استفاده خود می‌باشد. طرفین علاوه بر تعیین داور، قادر به تعیین موضوعات موردنظر، پذیرش یا عدم پذیرش اشخاص خارجی و رقبا در روند داوری و یا علنی ساختن اطلاعات می‌باشند. بدین جهت از حیث تجربی، جنبه خصوصی داوری یکی از مهم‌ترین مزایایی است که به اشخاص پیشنهاد و یا ایشان را بدان ترغیب می‌کند (روبن^۲، ۲۰۰۶: ۱۲۷۷-۱۲۷۸).

به تعبیر دیگر قوانین در مقایسه با اراده اشخاص سهم چندانی در داوری ندارند. دو طرف دعوا به دنبال رفع اختلاف در دیوان داوری با قواعد موردنظر خود می‌باشند. از این رو اصولاً قانون به‌جز در موارد استثنایی و به‌تبع آن داور باید آنچه را که طرفین اراده نموده‌اند، بپذیرند. (خدابخشی، ۱۳۹۶: ۱۹۵) با وجود این، هرچند اتکای داوری به قراردادی است که به‌موجب آن به داورها اختیار رسیدگی و صدور رأی اعطا می‌شود، ولی داوران در صدور رأی ضرورتی ندارد که توافق طرفین را جلب نمایند. (شیروی، ۱۳۹۴: ۱۰-۱۱)

در کنوانسیون ایکسید^۱ برابر ذیل بند یک ماده ۲۵ و ماده ۲۶ به جنبه قراردادی داوری تأکید شده است و این قرارداد بین طرفین قطعی و لازم‌الاجرا می‌باشد. از این جهت پس از آنکه طرفین کتباً موافقت به ارجاع اختلاف به داوری نمودند، حق ندارند به‌طور یک‌جانبه آن را مسترد نمایند. از دیدگاه حقوقی نیز زمانی که طرفین کتباً موافقت خود را جهت ارجاع اختلاف به مرکز داوری اعلام نمودند حق عدول از آن به‌طور یک‌جانبه را ندارند چراکه رابطه حقوقی ایجاد شده یک رابطه حقوقی الزام‌آور تلقی می‌گردد. هرچند برابر ماده ۷۱ امکان خاتمه عضویت توسط کشورها وجود دارد، ختم عضویت شش ماه پس از دریافت اطلاعاتیه تحقق می‌پذیرد. وجود این حق، متفاوت از وجود حق فسخ قرارداد ارجاع اختلاف به داوری است. در عین حال به‌گونه‌ای دلالت بر وجود حق فسخ نسبت به چنین کشوری در مورد کنوانسیون محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد ویژگی محرمانه بودن داوری خود از جنبه قراردادی و خصوصی بودن آن نشأت می‌گیرد که خود مبتنی بر یک شرط ضمنی عرفی است. به جهت اهمیت موضوع در بندهای پیش روی به آن اشاره شده است.

از منظر اقتصادی این جنبه از داوری صرف‌نظر از اینکه تابع قرارداد سرمایه‌گذاری است، نه‌تنها سبب ایجاد روابط قطعی و لازم‌الاجرا بین طرفین شده بلکه کاهش هزینه‌های رسیدگی و حتی مقاومت‌ها و اختلافات ناشی از اجرای رأی را در پی خواهد داشت. چراکه موجبی جهت فسخ قرارداد و نهایتاً جلوگیری از اجرای رأی وجود نداشته و طرفین تلاش می‌کنند اختلافات حاصله را بر اساس مبانی مورد اشاره به‌صورت مسالمت‌آمیز و در نهایت توسط داوران حل و فصل نمایند.

۱-۳. تشریفات نبودن درخواست و روند رسیدگی

برخلاف مقررات ناظر بر دادرسی مدنی که مستلزم تنظیم دادخواست و شرایط خاص و سخت‌گیرانه قانونی و ضمانت اجرای بعضاً جبران‌ناپذیر مقرر در مواد ۵۱ به بعد و مواد ۸۴، ۸۹ و ۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد، درخواست رسیدگی به اختلاف، تشکیل جلسه یا جلسات دیوان داوری و فرایند رسیدگی نزد دیوان داوری فاقد تشریفات بوده و ضمانت اجرایی از این جهت ندارد. در راستای تحقق این امر و ایجاد اعتماد در اشخاص لازم است این موضوع همواره مدنظر قرار گیرد.

به نظر برخی داوری برخلاف رسیدگی قضایی، روندی غیر تشریفات‌ی دارد و بر تشریفات شکلی حقوقی تکیه ندارد لذا شرایط و استانداردهای موردنظر در دادرسی در مورد آن قابل‌اعمال نیست. این امر در جهت حمایتی است که از داوری در مقابل رسیدگی در محاکم به عمل می‌آید و انعطاف‌پذیری و غیر تشریفات‌ی بودن آن را به همراه داشته که خود منجر به رسیدگی سریع‌تر و کم‌هزینه‌تر می‌شود (روبن، ۲۰۰۶: ۱۲۷۶-۱۲۷۷). غیر تشریفات‌ی بودن و قابلیت انعطاف روند داوری دلیل مهمی است که چرا در سال‌های اخیر داوری اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی تا این حد موردتوجه و موفق بوده است (دیمیترپولوس، ۲۰۱۶: ۳۷۵). این امر نه‌تنها موجب سرعت در روند رسیدگی و صدور رأی بوده بلکه به لحاظ اقتصادی سبب تعیین تکلیف سریع‌تر موضوع می‌شود.

در کنوانسیون ایکسید نه‌تنها مقرراتی که بیانگر لزوم رعایت تشریفات و شرایط خاصی جهت درخواست و رسیدگی به اختلاف باشد، مشاهده نمی‌گردد، بلکه اشاره به رسیدگی بر مبنای توافق طرفین در مواد ۴۲، ۴۳ و ۴۴ بیانگر این موضوع است

که هیچ‌گونه تشریفات خاصی مدنظر نیست. بر اساس ذیل ماده ۴۴ نیز بیان شده که: "... چنانچه در مورد آیین رسیدگی سوآلی پیش بیاید که در این قسمت، یا مقررات داوری و یا مقررات مورد تراضی طرفین پیش‌بینی نشده باشد، دیوان در مورد آن تصمیم خواهد گرفت". اشاره به این امر که آیین داوری در فرض عدم وجود مقررات، تابع توافق طرفین و در صورت عدم وجود توافق ایشان بر مبنای نظر داوران خواهد بود، خود بیانگر عدم وجود و لزوم تشریفات است.

تشریفات نبودن درخواست و روند رسیدگی نه‌تنها سبب تسریع در رسیدگی و تسهیل آن می‌گردد، بلکه با کاهش روند رسیدگی و سرعت در صدور رأی، موجب افزایش کارایی اقتصادی داوری می‌گردد و از منظر حقوقی نیز فاقد ضمانت اجراهای عدم رعایت تشریفات دادرسی است. علاوه بر این تشریفات نبودن داوری سبب می‌گردد تجار و به‌ویژه سرمایه‌گذاران خارجی بیش از پیش به سیستم داوری تکیه و اعتماد نمایند، چراکه در صورت صدور رأی به نفع ایشان از سردرگمی، بلا تکلیفی، راکد ماندن سرمایه در امان بمانند و در نتیجه از تحمل ضرر بیشتر نیز مصون باشند.

۱-۴. سرعت، سهولت و رسیدگی تخصصی

رسیدگی تخصصی، سریع و بدون تشریفات که موجب سهولت فرایند داوری و صدور رأی می‌گردد، یکی از دلایل عمده گرایش اشخاص به داوری است، در برخی موارد که رسیدگی داوری طولانی می‌شود، روند بیش از حد طولانی پروسه داوری از مشکلات داوری و به‌ویژه در مورد اموالی که ارزش تجاری آن وابسته به زمان است، می‌باشد (بوگ و منز، ۲۰۱۴: ۱۱۴). این ویژگی از داوری خود در راستای اصل سرعت و سهولت در حقوق تجارت می‌باشد.

برای جلوگیری از این مشکل لازم است روند رسیدگی و صدور رأی داوری در مدت معینی صورت گیرد؛ در این راستا بر مبنای بسیاری از مقررات ناظر به داوری، مدت صدور رأی معین شده است یا باید توسط طرفین یا دیوان داوری تعیین شود. بر اساس تبصره ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی داوران مکلف‌اند در فرض عدم توافق طرفین در مدت سه ماه از تاریخ شروع روند داوری نه‌تنها رسیدگی را خاتمه داده بلکه نسبت به صدور و تسلیم رأی نیز اقدام نمایند. در بند ۴ ماده ۱۵ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و بند ۸ شق الف ماده ۳۹ قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران مدت داوری در قرارنامه داوری توسط طرفین یا دیوان تعیین می‌شود، هرچند این مدت قابل تمدید می‌باشد؛ اما متأسفانه در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به این موضوع مهم اشاره‌ای نشده است.

در مقررات داوری وایپو^۲ برای تحقق این امر علاوه بر داوری عادی، داوری سریع پیش‌بینی شده است و در اصلاحات اول ژوئن ۲۰۱۴ به رسیدگی اورژانسی و اضطراری کوتاه نیز اشاره شده است. هرچند این شیوه رسیدگی شامل اختلافات بعد از اصلاحیه فوق و یا مستلزم توافق طرفین در مورد قراردادهای قبل از ژوئن ۲۰۱۴ می‌باشد (بوگ و منز، ۲۰۱۴: ۱۲۰). بر اساس مقررات داوری وایپو اصل سرعت در تمام انواع داوری پیش‌بینی شده است و مقررات ناظر بر ابلاغ، پاسخ درخواست داوری، تعیین داور شخص مستنکف توسط مرکز داوری وایپو و... در راستای تحقق این امر است. (عیسای تفرشی و اسدی‌نژاد، ۱۳۸۷: ۹۸) در راستای تحقق این امر لازم است در مورد داوری سازمانی از دخالت دادگاه‌ها در تعیین داور جلوگیری و این مهم در مورد داوری موردی نیز به مرکز یا سازمان داوری محول شود.

برای دست یافتن به این مهم حتی قانون‌گذار نیز این اجازه را به دیوان داوری اعطا نموده است که صرفاً بر اساس اسناد و مدارک ارائه شده و بدون تشکیل جلسه رسیدگی اقدام به رسیدگی و صدور رأی نماید. (بند ۱ ماده ۲۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی) اساس لزوم رسیدگی سریع و خارج از تشریفات در راستای تحقق این مهم می‌باشد که در عرصه تجاری و بین‌المللی

1. Boog & Menz

2. The World Intellectual Property Organization

نمی‌توان سرمایه را بدون استفاده و راکد نگاه داشت و باید اختلافات را در کمترین زمان و با حداقل هزینه ممکن توسط اشخاص متخصص و باتجربه در زمینه امور تجارت، صنعت یا مالیه و کفایت در زمینه حقوقی، (بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون) حل و فصل و نسبت به اجرای رأی اقدام نمود تا حداکثر کارایی اقتصادی جامه عمل پوشانده شود. در راستای تحقق این امر در بند ۱ ماده ۳۷ کنوانسیون تأکید شده است که دیوان پس از ثبت درخواست، هرچه زودتر تشکیل خواهد شد و بر اساس ماده ۴۵ عدم حضور یا ارائه اسناد توسط یکی از طرفین مانع رسیدگی و صدور رأی نیست.

۱-۵. محرمانگی

یکی از ویژگی‌های بارز داوری به اعتقاد نویسندگان جنبه محرمانگی آن است؛ بدین مفهوم که توافق طرفین، درخواست داوری، دلایل، شهود، گزارش کارشناسان، روابط قراردادی بین طرفین، رابطه بین طرفین و داوران، رابطه بین داوران و سازمان داوری و همچنین روند رسیدگی و رأی صادره و مستندات آن جنبه محرمانه دارد. به تعبیر دیگر سراسر فرایند داوری جنبه محرمانه دارد. برای بررسی محرمانگی این فرایند باید آن را به دو جنبه خارجی و داخلی تقسیم کرد. جنبه خارجی آن، حفظ اطلاعات طرف‌های اختلاف و هر آنچه در فرایند داوری می‌گذرد توسط شرکت‌کنندگان در فرایند داوری در برابر اشخاص ثالث و خارج از فرایند است. جنبه داخلی آن، در مورد روابط میان داور و طرف‌های اختلاف بوده و طی آن داور موظف به حفظ اطلاعات محرمانه اختصاصی هر یک از طرف‌های اختلاف در برابر طرف یا طرف‌های دیگر است. بسیاری از استفاده‌کنندگان داوری تجاری در زمان انتخاب آن، این‌گونه فرض می‌کنند که داوری به ذاته امری محرمانه است. داوری اختلافات مربوط به مالکیت فکری در رابطه با سایر اختلافات تجاری غالباً از جنبه محرمانگی بیشتری به لحاظ فنی و اطلاعات کاری برخوردار است (بوگ و منز، ۲۰۱۴: ۱۱۱).

اهمیت محرمانگی داوری به‌خصوص در مورد قراردادهایی که از لحاظ موضوعات فنی، تخصصی، امتیازات، شرایط، مبلغ، نحوه و زمان اجرا و... ویژه و منحصر به فرد می‌باشند، از توجه بیشتری برخوردار بوده و عدم افشای آن برای طرفین و روابط تجاری ایشان از اهمیت زیادی برخوردار است. هرچند در مورد قراردادهای مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی، کشورهای میزبان برای ارتقای جایگاه خود در جامعه جهانی و امن جلوه دادن شرایط سرمایه‌گذاری در کشور و چه‌بسا از باب یک ژست سیاسی و دیپلماتیک ممکن است، نوع و مبالغ این‌گونه قراردادهای رسانه‌ای نمایند. با وجود این و صرف‌نظر از این‌گونه موارد، یکی از ویژگی‌های مربوط به قراردادهای سرمایه‌گذاری و داوری اختلافات ناشی از آن، جنبه محرمانه بودن آن است. هرچند به اعتقاد برخی، ویژگی محرمانگی داوری با توجه به جنبه خصوصی داوری مبهم و نارسا است چرا که ماهیت قضایی آن شبیه رسیدگی دادگاه است و از این حیث تفاوت بارزی بین داوری و دادرسی نمی‌توان قائل شد (روبن، ۲۰۰۶: ۱۲۵۹). علاوه بر این در نظر برخی دیگر در هیچ قانونی به این خصیصه داوری اشاره نشده است. این امر بیشتر مبتنی بر توافق طرفین در قرارداد داوری و اصول اخلاقی است تا ویژگی ذاتی و ماهیتی داوری (اونیما، ۲۰۰۹: ۱۴۱-۱۴۲). با وجود این بر اساس این ویژگی مهم در جریان رسیدگی به دلایل، طرفین می‌توانند در شیوه ارائه دلایل، اعمال‌نظر کنند که در نتیجه آن، برای حمایت از اسرار خود، صلاح خود را در آن اعمال‌نظر، ارزیابی کنند؛ به این معنا که به‌عنوان مثال، برخی از دلایل را ارائه ندهند تا جنبه محرمانگی آن را حفظ کنند. (دادرس و طالبیان، ۱۳۹۵: ۲۴۰)

ویژگی محرمانه بودن داوری نه‌تنها شامل چگونگی اشاره و ارائه دلایل و مستندات است، بلکه تمام روند آن را در برمی‌گیرد؛ اما با وجود اهمیت ویژگی محرمانه بودن داوری و تأکید بر این جنبه بارز داوری، ضمانت اجرای عدم رعایت آن در قوانین و مقررات داوری و کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد اشاره قرار نگرفته است و از این جهت به نظر می‌رسد تابع قوانین

ملی است که بر مبنای آن افشای اطلاعات می‌تواند در جای خود وصف جزایی داشته باشد و از لحاظ مدنی نیز تابع توافق طرفین و در فرض ورود خسارت، سبب ایجاد مسئولیت مدنی می‌گردد.

از منظر اقتصادی این جنبه از داوری سبب می‌شود که نه تنها روابط تجاری، اقتصادی و قراردادی اشخاص آشکار و برملا نگردد، بلکه موجب می‌شود سایر اشخاص نیز امنیت و اطمینان نسبی جهت سرمایه‌گذاری در این کشورها را از دست ندهند. علاوه بر این، ویژگی محرمانگی در نهایت سبب از دست ندادن مشتریان شده و باعث می‌گردد که سرمایه اشخاص در کشور یا کشورهایی که در آن اقدام به سرمایه‌گذاری نموده‌اند نیز کمتر دستخوش مخاطره قرار گیرد و شخص بتواند نسبت به اجرای فوری رأی اقدام و در فرض محکومیت نیز نسبت به پرداخت مبالغ و هزینه‌های ناشی از صدور حکم اقدام یا به وی پرداخت شود.

۱-۶. قطعی و لازم‌الاجرا بودن رأی

رأی داوری پس از صدور قطعی و لازم‌الاجرا می‌باشد و بر مبنای مقررات داخلی و بین‌المللی اصل بر قطعیت رأی صادره از مرجع داوری است و موارد اعتراض به رأی یا موارد بطلان آن جنبه استثنایی دارد. مفاد مواد ۳۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی، ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، ماده ۴۸۹ ق آ د م، مواد ۳۴ و ۳۶ مقررات داوری آنسیترال، ماده ۳۴ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، ماده ۲۹ قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران متضمن این معنی است. مفاد ماده ۵۳ کنوانسیون ایکسید و ۶۴ وایبو با این بیان: «طرفین دعوا ضمن موافقت با قواعد داوری وایبو متعهد می‌شوند که رأی صادره را بدون تأخیر اجرا نموده، از حق اعتراض و مراجعه به دادگاه حقوقی یا سایر مراجع قضایی صرف‌نظر نمایند...» صریح در این معنی است. علاوه بر این بر اساس روند مورد اشاره در کنوانسیون‌ها، اجرای رأی داوری بسیار آسان‌تر، سریع‌تر و مؤثرتر از رأی دادگاه‌ها است (شارما^۱، ۲۰۱۲: ۲۵۳).

برابر ماده ۵۳ کنوانسیون ایکسید: «حکم صادره برای طرفین الزام‌آور بوده و قابل‌رسیدگی پژوهشی یا انواع دیگر رسیدگی، جز به صورتی که در این کنوانسیون پیش‌بینی شده، نیست. هر یک از طرفین می‌بایست شرایط مقرر در حکم را بپذیرد و آن را اجرا کند، مگر تا جایی که اجرای حکم طبق مقررات این کنوانسیون، متوقف شده باشد. از نظر این فصل، حکم شامل هرگونه تفسیر، تجدیدنظر یا ابطال حکم بر طبق مواد ۵۰ و ۵۱ یا ۵۲ نیز خواهد بود.» از این رو به نظر برخی برابر ماده ۵۴ مکانیسم اجرای رأی داوری، همان قدرتی را که رأی صادره از دادگاه داخلی دارد، به رأی داوری اعطا می‌کند (شریر^۲، ۲۰۰۷: ۳۴۷). درحالی‌که رأی صادره از سایر مراجع داوری عموماً و در موارد مقرر قانونی قابل‌ابطال توسط دادگاه‌های ملی و در برخی موارد باطل‌اند. لذا یکی از موارد بارز اختلاف بین کنوانسیون ایکسید و سایر کنوانسیون‌ها آن است که شیوه اعتراض و اجرای رأی داوری متفاوت است. هرچند قطعیت آرا در راستای منافع کشورهای سرمایه‌دار و اتباع آنها تدوین و تهیه شده است. بر این مبنا به نظر برخی امروزه اجرای رأی داوری خارجی ابزار رونق تجاری و جذب سرمایه‌گذاری خارجی است. (جنیدی، ۱۳۸۷: ۲۰) به نظر برخی دیگر یکی از منافع بارز داوری بر مبنای کنوانسیون واشینگتن آن است که رأی صادره از داوری در مقایسه با آراء محاکم داخلی و کنوانسیون نیویورک با سرعت و سهولت بیشتری شناسایی و اجرا می‌شود (دِ برابندر و لپلتاک^۳، ۲۰۱۲: ۱۰).

با توجه به ویژگی‌های مورد اشاره، طرفین با اعتماد به داور یا داوران، رسیدگی خصوصی را بر رسیدگی دولتی ترجیح داده و بر آن حاکم نموده‌اند از این رو مجازند آیین و شیوه رسیدگی را خود طراحی و تعیین نمایند. داور یا داوران نیز بر همین اساس اختیار خود را از طرفین به عاریت گرفته و در صورت عدم پیش‌بینی طرفین در این خصوص می‌توانند آیین رسیدگی را از بدو تا

1. Sharma

2. Schreure

3. De Brabandere & Lepeltak

ختم رسیدگی طراحی و بر آن اساس داوری را پیش برند. بر این مبنا برخلاف دادرسی دولتی داور باید از تشریفات پیچیده دادرسی و ضمانت اجرای آن تا جایی که مخل روند رسیدگی و حقوق طرفین نبوده، آزاد باشد تا بتواند در فضایی ملموس‌تر و فارغ از دغدغه‌های شکلی راه‌حل مناسبی برای اختلاف طرفین بیابد. طرفین نیز باید در راستای تحقق این امر از تشریفات معمول و مرسوم در رسیدگی‌های دولتی رها باشند. این امر سبب تسریع رسیدگی و کاهش هزینه‌ها شده و از صدور قرار رد یا عدم استماع دعوا آن گونه که در رسیدگی قضایی وجود دارد، جلوگیری می‌کند. از لحاظ اقتصادی به‌ویژه در مورد حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری از رکود و معطل ماندن سرمایه جلوگیری نموده و سبب می‌شود که طرفین هرچه سریع‌تر تکلیف خود را بدانند و در مورد آینده کاری خود برنامه‌ریزی و تصمیم‌گیری نمایند.

از سوی دیگر سراسر فرایند داوری جنبه محرمانه دارد. این ویژگی نه تنها شامل حفظ اطلاعات طرف‌های اختلاف و هر آنچه در فرایند داوری توسط شرکت‌کنندگان در داوری در برابر اشخاص ثالث و خارج از فرایند است، بلکه در مورد روابط میان داور و طرف‌های اختلاف بوده و طی آن داور موظف به حفظ اطلاعات محرمانه و اختصاصی هر یک از طرف‌های اختلاف در برابر طرف یا طرف‌های دیگر است. لذا داوری از نظر کلیه اطراف درگیر در این فرایند به ذاته محرمانه است.

فلسفه ویژگی‌های مورد اشاره استفاده و گسترش بیش از پیش نهاد داوری، سرعت رسیدگی، صدور و اجرای آرای داوری را در پی داشته، سبب کاهش ریسک ناشی از افشای اطلاعات، هزینه‌ها، مدت داوری و موارد ابطال و عدم اجرای آرای داوری و در نهایت افزایش کارایی اقتصادی داوری را فراهم خواهد ساخت؛ و در نهایت سبب جذب سرمایه‌گذاری خارجی یا افزایش آن می‌گردد.

۲. تحلیل اقتصادی اصول حاکم بر داوری به‌عنوان سیستم خصوصی حل اختلاف

در زمینه داوری همچون دادرسی اصولی بنیادین و راهبردی، همواره حکم‌فرما تلقی می‌شوند که در واقع تضمین‌کننده حسن اجرای عدالت در امور مدنی و تجاری بوده و از مهم‌ترین آثار برتری آنها نسبت به سایر مقررات قانونی این است که اصول مزبور از یک سو نقش تعیین‌کننده‌ای در تفسیر مواد قانونی داشته و از سوی دیگر در راستای تضمین حقوق طرفین بوده و کارایی داوری را از حیث حقوقی و اقتصادی در پی خواهد داشت. از مهم‌ترین اصول اساسی داوری، اصل استقلال و بی‌طرفی داور و اصل تناظر است که به نظم عمومی مربوط بوده و به‌عنوان اصول راهبردی دادرسی و داوری، تضمین‌کننده رسیدگی قانونی، منصفانه و عادلانه‌ی مبتنی بر ادله، برابری طرفین و حمایت از حقوق دفاع ایشان است. (آقامحمدی و بادکوبه، ۱۳۹۵: ۲۱۱)

۲-۱. اصل استقلال و بی‌طرفی داور

به نظر برخی اصل استقلال و بی‌طرفی داور یک اصل بنیادین است که در قلب رسیدگی صحیح جهت حل و فصل اختلافات بین طرفین قرار دارد (کُتون، ۲۰۰۸: ۱). برخی از اساتید حقوق با اشاره به نظر بعضی دیگر در مورد تمیز مفهوم استقلال از بی‌طرفی داور، به معیار نوعی در مورد استقلال داور و معیار شخصی در مورد بی‌طرفی داور اشاره نموده‌اند. بر مبنای این نظریه: «تعریف دقیق ویژگی‌های استقلال و بی‌طرفی داوران کار ساده‌ای نیست. به‌طور قطع، استقلال ظاهر می‌شود به‌عنوان یک موقعیت حقوقی یا واقعی که می‌توان آن را به‌صورت نوعی ارزیابی کرد، حال آن که بی‌طرفی یک وضعیت ذهنی است، یک وضعیت روان‌شناسی با ماهیت شخصی» اما در انتقاد از این نظریه عنوان نموده‌اند، به نظر می‌رسد ارائه چنین معیارهایی آنقدر شفاف نیست تا امکان تشخیص داور مستقل و بی‌طرف از داور وابسته و جانبدار فراهم شود. به بیان دیگر بی‌طرفی عدم تعصب است، حال آن که استقلال عدم تعهد است. در موضوع استقلال، مصونیت داور اصولاً در برابر عوامل خارجی

است، ولی بی‌طرفی ناظر بر مصونیت داور از عوامل درونی است که البته گاهی ممکن است تحت تأثیر شرایط خارجی شکل گیرد (شمس و بطحائی، ۱۳۹۵: ۴۲ و ۵۲).

به نظر برخی دیگر، استقلال داور در برابر طرفین دعوا به این معنی است که: «داور، وکیل یا نماینده طرفین نیست و باید مستقل از معرفی‌کننده باشد و در رسیدگی و رأی باید بی‌طرف باشد». (نیکبخت، ۱۳۸۸) مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی استقلال و بی‌طرفی داور را ضروری می‌داند (باستاید^۱، ۲۰۰۷: ۲). معنایی که بند ۱ ماده ۱۱ قواعد داوری مرکز داوری تجاری بین‌المللی اصلاحی ۲۰۱۲ نیز مدنظر قرار داشته و مقرر نموده است: «ضرورت دارد هر داور نسبت به طرفین دعوا مستقل و بی‌طرف باشد و این‌گونه باقی بماند». در کنوانسیون ایکسید مواد ۱۴، ۳۸ و ۳۹ بیانگر استقلال و بی‌طرفی داوران است. اشاره به "استقلال در قضاوت" در بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون واشینگتن صریح در این معنی است. علاوه بر این اشاره به یکی نبودن تابعیت داوران منتخب رئیس شورای اداری (رئیس بانک جهانی) با یکی از طرفین اختلاف، موضوع مواد ۳۸ و ۳۹ کنوانسیون مبین لزوم رعایت اصل بی‌طرفی در داوری است. برخی استقلال و بی‌طرفی در داوری‌های ناشی از اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی را صرفاً در مورد داور نمی‌دانند، بلکه استقلال را ناظر به تمام جنبه‌های داوری دانسته با اشاره به اینکه داوری بیانگر یک «روند رسیدگی و ارتباط» است؛ استقلال را اعم از رابطه متقابل اعضای جامعه داوری بین‌المللی، کشورها، سازمان‌های بین‌المللی، دیوان‌های داوری و دادگاه‌های بین‌المللی که موجب ارتقای داوری می‌شوند، دانسته‌اند (دیمیتریوپولوس، ۲۰۱۶: ۳۷۵). این نظریه از مفاد بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون ایکسید قابل احراز و استنباط است.

از منظر اقتصادی این اصل ناظر بر داوری، سبب می‌گردد که طرفین اختلاف با اتکای به آن و ضمانت اجرای مربوطه اطمینان یابند که تلاش ایشان در توافق و ارجاع موضوع به داوری، انتخاب داوران، مقررات حاکم بر داوری، پذیرش رأی داور و اجرای آن تضمین‌کننده استفاده از سرمایه‌گذاری از سوی کشور میزبان از یک سو و از بین نرفتن حقوق سرمایه‌گذار از طرف دیگر می‌باشد، این امر رضایت‌مندی و اطمینان خاطر طرفین را در پی داشته، سبب تداوم روابط اقتصادی ایشان نیز می‌گردد.

۲-۲. اصل تناظر

بر مبنای اصل تناظر یا ترافی بودن رسیدگی داوری، هر یک از طرفین باید بتوانند ادعاها و ادله خود را مطرح کرده، از ادعاها، دفاعیات و ادله طرف دیگر مطلع شوند و از امکان و فرصت مناسب برای مناقشه احتمالی در مورد آنها برخوردار گردند. ترافی بودن رسیدگی نقش مهمی در آگاهی هر یک از طرفین و داور از وظایف خود و اجرای صحیح و به‌موقع آنها دارد (خدری، ۱۳۹۳: ۵۳۸). مفهوم این اصل از مقررات ناظر بر داوری داخلی و بین‌المللی قابل استنباط است. بر اساس مواد ۱۸ قانون نمونه آنسیترا^۲، ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی، بند ۴ ماده ۲۲ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)، ماده ۴۳ کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتها^۳ دیگر (ICSID)، مبنی بر اینکه به هر یک از طرفین باید فرصت و امکان کافی برای طرح ادعاها و دلایل داده شود، مفاد این اصل مورد اشاره قرار گرفته است. بر این اساس می‌توان گفت که ابلاغ مناسب مانند آنچه در ماده ۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی مورد اشاره قرار گرفته است و اعطای فرصت دفاع، از ارکان تحقق رسیدگی از سوی داور و لازمه رعایت اصل تناظر در داوری و دادرسی است.

بدون تردید یکی از مهم‌ترین جلوه‌های دادرسی عادلانه، شناخت، تبیین و تضمین رعایت اصل تناظر است و دادرسی با وجود و رعایت آن مفهوم می‌یابد. بر مبنای اصل تناظر نه تنها طرفین اختلاف باید به حق اطلاع و دفاع یکدیگر احترام بگذارند، (محمدی و قلی‌پور علمداری، ۱۳۹۵، ۱۱۹) بلکه داوران نیز باید با رعایت توافقات طرفین و مقررات حاکم بر داوری آن را تضمین و پاسداری نمایند.

هر چند اصل تناظر در نقش و کارکرد اولیه خود از منظر حقوقی قابل بررسی است و عدم رعایت آن ضمانت اجرای نقض و ابطال رأی داوری را در پی خواهد داشت که خود مستلزم طرح مجدد درخواست داوری است، با وجود این در فرض تحقق این اصل بر جنبه اقتصادی داوری نیز تأثیر مستقیم دارد و سبب می‌گردد اشخاص با اتکا و اعتماد به آن اطمینان و امنیت خاطر نسبی داشته، نسبت به سرمایه‌گذاری بیش از پیش ترغیب شوند. همچنان که عدم اجرای آن با توجه به ضمانت اجرای ابطال رأی داوری، سبب افزایش هزینه‌های داوری، لزوم رسیدگی و صدور رأی مجدد شده و در نهایت مانعی در راه سرمایه‌گذاری و یا سرمایه‌گذاری مجدد خواهد بود.

۳. نتیجه‌گیری

نتیجه این پژوهش نشان می‌دهد که تبیین صحیح اوصاف، ویژگی‌ها و اصول حاکم بر داوری و تحلیل درست و جامع ویژگی‌ها، اصول و قواعد حقوقی و اقتصادی حاکم بر داوری و آثار حقوقی آن در روابط میان اطراف داوری و روابط سیاسی-اقتصادی کشورها در سطح منطقه‌ای و جهانی، صرفاً با ملاحظه کارکرد اصلی داوری به‌عنوان یک سیستم کارآمد حل اختلاف، امکان‌پذیر است؛ به عبارت دیگر، تحلیل حقوقی داوری در گرو تحلیل اقتصادی کارکرد آن است و در حقیقت با وجود این اوصاف، قواعد و حمایت‌های قانونی است که داوری فی‌نفسه پیونددهنده سرمایه‌گذاری و حل اختلافات سریع ایجاد شده محسوب می‌گردد. همان‌گونه که تحقق کارکرد اقتصادی داوری مستلزم برخورداری از ویژگی‌ها و حاکمیت اصول و قواعدی است که چنین کارکردی را تضمین و حمایت کند.

لازمه تحقق و افزایش سرمایه‌گذاری خارجی آن است که نه‌تنها کشور میزبان از نظر سیاسی، اقتصادی، قوانین حامی سرمایه‌گذاران در برابر سلب و ملی کردن از ثبات نسبی برخوردار باشد، بلکه از نظر رعایت موازین و عرف‌های بین‌المللی نیز سابقه سوئی در مجامع جهانی نداشته باشد و یا ناقض آن به شمار نرود. بدین‌جهت و با عنایت به ویژگی‌ها و اصول حاکم بر داوری و با توجه به عدم الحاق ایران به بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود، به‌جای تصویب معاهدات دو جانبه حمایت از سرمایه‌گذاری و ارجاع به کنوانسیون ایکسید در این معاهدات، با الحاق به این کنوانسیون، گام مؤثری در جهت ایجاد امنیت و اطمینان خاطر نسبی در سرمایه‌گذاران خارجی برداشته و در بعد داخلی نیز با تصویب قانون جامع واحد در مورد نهاد داوری، ضمن تأکید بر قطعیت آرای داوری، مگر در موارد استثنایی و محدود اقدام نماید و یا کاستی‌ها و ابهامات قوانین و مقررات کنونی داوری را بر اساس آخرین تحولات حقوق داوری و با در نظر گرفتن کارکرد اقتصادی آن به‌عنوان یکی از مناسب‌ترین شیوه‌های حل و فصل اختلاف به نحوی اصلاح و تکمیل نماید که به افزایش کارایی این شیوه حل اختلاف و تقلیل موارد اعتراض و ابطال آرای داوری و سایر ریسک‌های مربوط به کاهش سرمایه‌گذاری و اختلافات ناشی از آن منجر شود.

این امر محقق نخواهد شد مگر آنکه در راستای تخصصی شدن موضوعات با تشکیل مراکز تخصصی و مستقل رسیدگی (مانند مرکز شناسایی، اجرا و نقض آرای داوری تجاری) به موارد ابطال و اعتراض به آرای داوری، امر اجرای آن را نیز جدای از اجرای احکام مراجع قضایی در نظر گیرد تا ضمن ایجاد حمایت مؤثر و کارآمد از امور تجاری و سرمایه‌گذاری، از رسیدگی چند مرحله‌ای ماهوی در پی اعتراض و درخواست ابطال آرای داوری نزد دادگاه‌های دولتی که تخصص کمتری در این زمینه دارند، جلوگیری نماید و بر تراکم بیش از پیش پرونده‌ها در دادگستری و تحمیل وقت و هزینه به دولت و اشخاص نیفزاید.

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

منابع

- آقامحمدی، ابراهیم و بادکوبه، ندا (۱۳۹۵). مقایسه اصل تناظر در داوری داخلی و بین‌المللی. *فصل‌نامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل*، ۱(۲۱)، ۲۰۹-۲۳۲.
- جنیدی، لیا (۱۳۸۷). *اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*. چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- حسیبی، به‌آذین (۱۳۹۰). حداقل استانداردهای بین‌المللی و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی. *فصلنامه پژوهش حقوقی*، ۱۳(۳۳)، ۴۳-۷۸.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۶). دو مسئله و یک انتخاب در حقوق داوری: عدالت یا اراده طرفین؟ *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۷۹، ۱۹۵-۲۱۲.
- خدری، صالح (۱۳۹۳). اصول داوری در داوری تجاری بین‌المللی. *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، ۴۴(۴)، ۵۲۷-۵۴۳.
- دادرش، پیمان و طالبیان، سید امیر حامد (۱۳۹۵). تحلیلی نظری و کاربردی بر چالش‌های نوین تحصیل ادله در داوری‌های بین‌المللی با رویکردی تطبیقی و انتقادی. *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۱۹(۷۶)، ۲۳۴-۲۵۹.
- رستمی، ولی و اسدزاده، وحید (۱۳۹۶). بررسی حقوقی تأثیر مالیات بر سرمایه‌گذاری خارجی. *پژوهش‌نامه مالیات*، ۳۳(۸۱)، ۱۴۹-۱۶۵.
- شمس، عبدالله و بطحائی، سید فرهاد (۱۳۹۵). معیار تشخیص استقلال و بی‌طرفی داور. *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۷۷(۲۰)، ۳۹-۶۵.
- شهبازی‌نیا، مرتضی؛ جعفری، فیض‌الله و حمیدیان، فاطمه (۱۳۹۶). تحلیل مفهومی داوری بر مبنای انصاف و نهادهای مرتبط. *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، ۴۷(۲)، ۲۶۹-۲۸۷.
- شبروی، عبدالحسین (۱۳۹۴). *داوری تجاری بین‌المللی*. چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- عمادزاده، محمدکاظم؛ عبادزاده، محمدعلی و برجی دولت‌آباد، ابراهیم (۱۳۸۶). موانع حقوقی جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی. *مجله سیاسی-اقتصادی*، ۵(۱۰) (پیاپی ۱۰)، ۱۵۳-۱۷۰.

غفارپور، داود (۱۳۸۶). سرمایه‌گذاری خارجی و تبیین جایگاه آن در اقتصاد کشور. سازمان امور اقتصادی و دارایی / استان مرکزی، نشریه شماره ۶.

گنینگز، آرتورتی (۱۳۸۶). داوری تجاری و اصول حاکم بر آن در حقوق انگلیس. ترجمه و تلخیص حسین میر محمدصادقی، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۰، ۲۱۱-۳۰۱.

محمدی، سام و قلی‌پور علمداری، مهران (۱۳۹۵). مطالعه تطبیقی اصل تناظر در حقوق ایران و انگلیس. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۴(۱۵)، ۱۰۹-۱۲۷.

نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۸). داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری». تهران: نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.

References

- Aghamohammadi, E., & Badkoobeh, N. (2016). Comparing the principle of correspondence in domestic and international. *International Relations Research*, 1(21), 209-232. (In Persian)
- Bastide, B.M. (2007). The independence and impartiality of arbitrations in international commercial arbitration. *Mercatoria*, 6(1), 1-15.
- Boog, Ch., & Menz, J. (2014). Arbitrating IP Disputes: the 2014 WIPO Arbitration Rules. online.org/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein_journals/jarbstu24§ion
- Cotton, J. (2008). How to challenge an arbitrators independence and impartiality, Slaughter and May, p 1-6
- Dadras, P., & Talebian, S.A.H. (2017). A theoretical and practical analysis on the modern challenges towards the production of evidence in international arbitrations; comparative and critical approach. *Legal Research Quarterly*, 19(76), 234-259. (In Persian)
- De Brabandere, E., & Lepeltak, J. (2012). Third party funding in international investment arbitration, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2078358>.
- Dimitropoulos, G. (2016), Constructing the Independence of International Investment Arbitrators: Past, Present and Future, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol 36, N 2.
- Emahdzadeh, M.K., Ebadzadeh, M.A., & Borji Dolat Abad, E. (2009). Vérification des obstacles juridiques pour attirer l'investissement direct de l'étranger. *Basic Rights*, 5(10), 153-170. (In Persian)
- Ghaffarpour, D. (2007). Foreign Investment and Explaining Its Position in the Country's Economy. *Markazi Province Economic and Financial Affairs Organization*, Publication No. 6, 2007. (In Persian)
- Hosseini, B.A. (2010). Standard minimum international and support foreign investors. *Public Law Research*, 13(33), 46-82. (In Persian)
- Jennings, A.R. (2007). Commercial Arbitration and the Governing Principles under English Law. Translated and Abridged by Hossein Mir Mohammadsadeghi. *International Legal Journal*, 10, 211-301. (In Persian)
- Joneidi, L. (2008). *Enforcement of Foreign Commercial Arbitral Awards*. 2nd Edition. Tehran: Shahre Danesh Legal Studies and Research Institute. (In Persian)
- Khedri, S. (2014). Procedural Principles in International Commercial Arbitration. *Law Quarterly*, 44(4), 527-543. Doi: 10.22059/Jlq.2014.53338. (In Persian)
- Khodabakhshi, A. (2017). Two Issues and One Choice in Arbitration Law: Justice or the Will of the Parties? *Legal Research Quarterly*, 20(79), 195-212. Doi: 10.22034/jlr.2017.54393. (In Persian)
- Mohammadi, S., & Alamdari, M. (2016). Comparing the Provisions of Principe de Contradictoire under Iranian and English Law. *Private Law Research*, 4(15), 109-127. Doi: 10.22054/jplr.2016.4460. (In Persian)
- Nikbakht, H.R. (2009). *International Commercial Arbitration: Arbitration Procedure*. Tehran: Institute for Business Studies and Research Press. (In Persian)
- Onyema, M. (2009). *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. USA, Routledge.
- Paparinskis, M. (2013). Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility. *European Journal of International Law*, 24(2), 617-647, <https://doi.org/10.1093/ejil/cht025>

- Rostami, V., & Asadzadeh, V. (2017). Legal study of the impact of taxes on foreign investment. *Tax Research Journal*, 25(33), 149-165. (In Persian)
- Schreure, Ch. (2007). Investment Protection and International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold, 345-358.
- Shahbazinia, M., Jafari, F., & Hamidian, F. (2017). Conceptual Analysis of Arbitration in Equity and Related Institutions. *Law Quarterly*, 47(2), 269-287. Doi: 10.22059/jlq.2017.62614. (In Persian)
- Shams, A., & Bathaei, S.F. (2017). Criteria for determining the independence and impartiality of the arbitrator. *Legal Research Quarterly*, 20(77), 39-65. (In Persian)
- Sharma, R. (2012). *Enforcement of Arbitral Awards and Defence of Sovereignty: The Crouching Tiger and the Hidden Dragon*. University of Hong Kong.
- Shiravi, A.H. (2015). *International Commercial Arbitration*. 5th Edition. Tehran: SAMT Publications. (In Persian)

The Accession to the Washington Convention in Attracting Foreign Investment with Emphasis on the Principles Governing Arbitration

Abstract

Foreign investment plays a vital role in the economic development and social welfare of countries. The unique characteristics of investment contracts between states and foreign private parties have made arbitration a highly significant method for resolving related disputes. The experience of some host countries in expropriating investors' property has highlighted the need for legal frameworks that encourage and protect foreign investment. In this context, the Washington Convention was adopted to safeguard the interests of investing countries. Although the Convention primarily protects investors' interests, accession by host countries can foster greater investor confidence and attract more foreign capital, since arbitration under the Convention provides an efficient, private, and impartial mechanism for dispute resolution. This study, based on a descriptive-analytical approach, is founded on the hypothesis that arbitration, due to its distinctive features and governing principles, represents the most effective method for resolving disputes—especially those arising from investments. Therefore, legislators should seek accession to the Washington Convention to promote economic growth, enhance employment, and attract greater investment. Consequently, arbitration is not only the most efficient legal means of resolving investment-related disputes but also an effective tool for achieving economic objectives. The legal analysis of such disputes is thus closely linked to their economic dimensions and to the fundamental principles underlying arbitration.

English Keywords: Foreign Investments, Legal Protection, Arbitration Systems, Arbitration Characters, Arbitration Principles.



ماهیت حقوقی مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی

مهسا ابراهیمی^۱، علی کمیلی پور^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران. mahsa.ebrahimi5231@iau.ac.ir

۲. استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: alikomeilipour@iau.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

تحولات هوش مصنوعی در سال‌های اخیر، پرسش‌های بنیادینی را در حوزه مالکیت فکری برانگیخته است. آثار تولیدشده توسط سامانه‌های هوشمند مرز سنتی میان «انسان» و «ابزار» را در خلق اثر مخدوش ساخته و ضرورت بازاندیشی در مبانی اصالت، خلاقیت و انتساب مالکیت را ایجاد می‌کند. پژوهش حاضر با روش تحلیلی-تطبیقی، ضمن بهره‌گیری از مبانی فلسفی (حقوق طبیعی، نظریه شخصیت و فایده‌گرایی) و قواعد فقهی (العقود تابعه للقصود، لاضرر و احترام مال المسلم)، به بررسی چارچوب حقوقی ایران و مقایسه آن با نظام‌های حقوقی منتخب از جمله ایالات متحده، اتحادیه اروپا و انگلستان پرداخته است. نوآوری مقاله در آن است که با ترکیب تحلیل فلسفی-فقهی و داده‌های تطبیقی، الگویی بومی برای تعیین ماهیت حقوقی مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی ارائه می‌دهد؛ الگویی که از یک سو پاسخگوی ضرورت‌های تقنینی ایران باشد و از سوی دیگر همسو با روندهای بین‌المللی و الزامات اقتصاد دانش‌بنیان عمل نماید. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که در حقوق ایران، به دلیل فقدان نص صریح، انتساب اثر به انسان به‌عنوان مالک، تنها از طریق قواعد فقهی و اصول کلی حقوقی قابل دفاع است؛ در حالی که برخی نظام‌های حقوقی غربی یا به انکار کلی چنین آثاری پرداخته‌اند یا به راهکارهای میانه‌رو چون انتساب به کاربر یا توسعه‌دهنده روی آورده‌اند. بر این اساس، پیشنهاد اصلی پژوهش آن است که قانون‌گذار ایرانی با الهام از ظرفیت‌های فقهی و تجارب تطبیقی، چارچوبی منعطف و عادلانه برای مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی وضع نماید تا ضمن حمایت از نوآوری و سرمایه‌گذاری، از بروز اختلافات حقوقی و خلأ تقنینی در آینده پیشگیری شود.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۲۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۷/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۱۳

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱

کلیدواژه‌ها: هوش مصنوعی، مالکیت فکری، حقوق تطبیقی، فقه امامیه، آثار ماشینی.

استناد: ابراهیمی، مهسا و کمیلی پور، علی (۱۴۰۴). ماهیت حقوقی مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی. *حقوق کسب و کار و سرمایه‌گذاری*، ۱(۱)، ۱۹۰-۱۷۲.

<http://doi.org/00000000000000000000000000000000>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی.

مقدمه

تحولات فناوریانه سده اخیر، به‌ویژه در عرصه هوش مصنوعی، چالش‌های نوینی را پیش روی نظام‌های حقوقی قرار داده است. اگر در گذشته ابزارها صرفاً وسیله‌ای برای تسهیل فعالیت‌های انسانی محسوب می‌شدند، امروزه سامانه‌های هوشمند با بهره‌گیری از الگوریتم‌های یادگیری عمیق و پردازش‌های پیشرفته توانسته‌اند آثاری در حوزه‌های ادبی، هنری و حتی اختراعات فنی تولید کنند؛ آثاری که در بسیاری موارد از حیث خلاقیت و پیچیدگی با آثار انسانی برابری می‌کنند. این تحولات، مرز سستی میان «انسان» و «ابزار» را در فرآیند خلق اثر در هم شکسته و موجب بروز پرسش‌های بنیادین در خصوص خلاقیت، اصالت و مالکیت آثار شده است.

پرسش اصلی آن است که آیا آثار تولیدشده توسط هوش مصنوعی می‌توانند واجد شرایط اصالت و خلاقیت مقرر در حقوق مالکیت فکری باشند یا خیر؟ و در صورت پذیرش چنین آثاری، مالکیت آنها به چه شخصی تعلق می‌گیرد: کاربر نهایی که فرمان تولید اثر را صادر کرده، توسعه‌دهنده الگوریتم، یا هیچ‌یک و بلکه جامعه به‌عنوان ذی‌نفع عمومی؟ طرح این پرسش‌ها تنها جنبه نظری ندارد، بلکه پیامدهای عملی مهمی نیز در حوزه اقتصاد دانش‌بنیان و نوآوری‌های فناوریانه ایجاد می‌کند؛ چرا که نبود چارچوب روشن می‌تواند سرمایه‌گذاری در این حوزه را با تردید جدی مواجه سازد.

در حقوق ایران نیز قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان تنها خالق انسانی را به رسمیت شناخته و نسبت به آثار غیرانسانی سکوت اختیار کرده است. این سکوت تقنینی سبب شده پاسخگویی به نیازهای جدید جامعه دانش‌بنیان دشوار گردد. از منظر فقه امامیه نیز اگرچه اعطای شخصیت مستقل به ماشین مردود است، اما قواعدی همچون «الناس مسلطون علی اموالهم» و «لاضرر و لا ضرر» ظرفیت انتساب آثار ناشی از ابزار و ماشین به صاحبان آنها را فراهم می‌سازد. بررسی تطبیقی نظام‌های حقوقی نشان می‌دهد که اجماع روشنی در سطح بین‌المللی نیز وجود ندارد؛ برخی کشورها تنها خلاقیت انسانی را مبنای حمایت می‌دانند، برخی دیگر ضرورت بازاندیشی در مفاهیم سنتی حقوق را مطرح کرده‌اند و برخی به راه‌حل‌های میانه‌روی چون نسبت دادن اثر به شخصی که مقدمات تولید آن را فراهم آورده‌اند روی آورده‌اند. از این‌رو، خلأ موجود در حقوق ایران و نبود رویکرد منسجم در سطح بین‌المللی، ضرورت پژوهشی را آشکار می‌سازد که با نگاهی تطبیقی و با اتکا بر مبانی فلسفی و فقهی، چارچوبی بومی برای تعیین ماهیت حقوقی مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی ارائه دهد؛ چارچوبی که بتواند هم نوآوری و سرمایه‌گذاری را تشویق نماید و هم منافع عمومی و عدالت اجتماعی را تضمین کند.

بر این اساس، اهداف اصلی پژوهش حاضر عبارت‌اند از: نخست، تبیین مبانی نظری و فلسفی حمایت از آثار هوش مصنوعی؛ دوم، بررسی رویکردهای نظام‌های حقوقی مختلف نسبت به مالکیت این آثار؛ سوم، واکاوی ظرفیت‌های فقه امامیه در پاسخ به این چالش‌ها؛ و چهارم، ارائه الگویی بومی و کارآمد برای قانون‌گذاری در ایران. این پژوهش می‌کوشد با ترکیب تحلیل‌های فلسفی، فقهی و تطبیقی، پاسخی جامع به این پرسش بنیادین ارائه دهد که ماهیت حقوقی مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی چیست و چه راهکاری برای نظام حقوقی ایران مطلوب‌تر خواهد بود. بدیهی است که بی‌توجهی به این مسئله، علاوه بر ایجاد ابهام حقوقی، می‌تواند موجب کاهش انگیزه سرمایه‌گذاری، تضعیف استارت‌آپ‌های فناوریانه و بروز اختلافات گسترده اجتماعی و اقتصادی در آینده شود. روش این پژوهش توصیفی-تحلیلی است. بدین معنا که ابتدا با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای، مبانی نظری و فلسفی مالکیت آثار بررسی شده است. سپس با استفاده از روش تطبیقی، نظام‌های حقوقی مختلف شامل ایالات متحده، اتحادیه اروپا و انگلستان تحلیل و نقد شده‌اند. در ادامه، مبانی فقه امامیه با تکیه بر قواعد عام فقهی مانند «سلطنت»، «لاضرر»، «احترام مال» و «اتلاف» استخراج و بر موضوع تطبیق داده شده است. رویکرد اجتهادی بدین معناست که تلاش شده است

قواعد فقهی به صورت استنباطی و بر اساس «تنقیح مناط» و «الغای خصوصیت» بر موضوعات نوین منطبق شوند، نه صرفاً با تکیه بر قیاس یا مشابَهت ظاهری.

۱. پیشینه تاریخی حمایت از آثار فکری در فقه اسلامی و حقوق ایران

۱-۱. پیشینه فقهی

فقه اسلامی از همان سده‌های نخستین با مسئله مالکیت و تحدید حدود آن مواجه بوده است. هرچند در منابع متقدم اصطلاحاتی چون «مالکیت فکری» یا «حقوق مؤلف» به معنای امروزی دیده نمی‌شود، اما قواعد عام و بنیادینی وجود دارد که در پرتو اجتهاد می‌توان آن‌ها را مبنای حمایت از دستاوردهای فکری دانست. قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۵) یکی از مهم‌ترین این مبانی است که حق سلطه و تصرف مشروع مالک را بر هر نوع مال - اعم از مادی و غیرمادی - تضمین می‌کند. به همین ترتیب، قاعده «من عمل عملاً فله غنمه» که در منابعی چون جواهر الکلام (نجفی، ۱۹۸۱: ۵۶) مورد اشاره قرار گرفته، نشان می‌دهد که شارع مقدس، نتیجه عمل و کار مشروع هر فرد را متعلق به او دانسته و دیگران را از بهره‌برداری بدون اذن منع کرده است.

فقه‌های متأخر با ظهور مسائل جدید، دایره این قواعد را توسعه داده‌اند. امام خمینی در تحریر الوسیله صراحتاً تصرف بدون اجازه در آثار علمی دیگران را حرام دانسته و آن را مشمول قاعده احترام مال المسلم معرفی کرده است (امام خمینی، ۱۳۶۳: ۲۱۲). همچنین موسوی بجنوردی در القواعد الفقهیه، با تکیه بر اصل لاضرر، استفاده غیرمجاز از دستاوردهای فکری دیگران را موجب ضمان و مسئولیت مدنی دانسته است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰: ۷۵). بدین ترتیب، اگرچه نص خاصی در باب «آثار تولیدشده توسط هوش مصنوعی» وجود ندارد، اما با بهره‌گیری از اصول اجتهادی همچون تنقیح مناط و الغای خصوصیت می‌توان همین قواعد را به عنوان چارچوب نظری برای حمایت از محصولات فکری نوین به کار بست.

۱-۲. پیشینه حقوقی در ایران

در ایران، سابقه قانون‌گذاری در حوزه حقوق مالکیت فکری به نیم‌قرن اخیر بازمی‌گردد. نخستین گام جدی در این زمینه، قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ بود. این قانون، با اقتباس از کنوانسیون برن، چارچوبی برای حمایت از آثار ادبی و هنری ایجاد کرد، اما بنیان آن بر محور خلاقیت انسانی استوار است و هیچ پیش‌بینی نسبت به پدیدآورنده غیرانسانی ندارد. پس از آن، قانون ترجمه و تکثیر کتب و آثار صوتی (۱۳۵۲) و سپس قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای (۱۳۷۹) به تصویب رسیدند که به ترتیب حوزه حمایت را گسترش دادند. با این وجود، حتی قانون ۱۳۷۹ که ظاهراً با فناوری‌های نوین سروکار دارد، باز هم مبتنی بر شخصیت انسانی مؤلف باقی ماند و اثری از شناسایی خالق ماشینی در آن دیده نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۸۹).

تحول بعدی با تصویب قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری (۱۳۸۶) رخ داد. این قانون برای نخستین بار چارچوب جامع‌تری برای حمایت از نوآوری‌های فناورانه فراهم کرد. با این حال، همچنان فرض بنیادین قانون‌گذار آن است که «اختراع» یا «طرح» توسط یک شخص حقیقی یا حقوقی انسانی به ثبت می‌رسد. آثار ناشی از الگوریتم‌ها و شبکه‌های عصبی کاملاً از قلم افتاده‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۸۷: ۲۲۲). در نتیجه، می‌توان گفت نظام حقوقی ایران، مشابه بسیاری از نظام‌های دیگر، در برابر پرسش‌های نوپدید هم‌چون مالکیت آثار هوش مصنوعی با خلأ تقنینی آشکار مواجه است.

از مقایسه میان فقه و حقوق ایران چند نکته آشکار می‌شود:

- فقه امامیه اگرچه در دوره شکل‌گیری فاقد اصطلاحات مدرن مالکیت فکری بود، اما قواعد عام آن ظرفیت بالایی برای پاسخ به مسائل نوین دارد. قاعده تسلیط، احترام مال المسلم و لاضرر در حقیقت می‌توانند نقش مبانی نظری حقوق مالکیت فکری را ایفا کنند.

- قوانین ایران در نیم قرن اخیر با اقتباس از اسناد بین‌المللی پیشرفت داشته‌اند، اما همگی بر محور انسان به‌عنوان مؤلف یا مخترع بنا شده‌اند. این پیش‌فرض در عصر هوش مصنوعی ناکارآمد است.

- در حالی که فقه قابلیت انطباق از طریق اجتهاد را داراست، قوانین داخلی فاقد چنین انعطافی هستند. همین امر ضرورت بازنگری تقنینی و بهره‌گیری از مبانی فقهی را دوجندان می‌سازد.

۲. مبانی نظری و فلسفی مالکیت فکری

مالکیت فکری در فلسفه حقوق به‌عنوان یکی از پیچیده‌ترین و مناقشه‌برانگیزترین حوزه‌ها شناخته می‌شود. این پرسش بنیادین که چرا باید از آثار فکری حمایت کرد و مبنای مشروعیت چنین حمایتی چیست، پاسخی واحد ندارد. نظریه‌های کلاسیک فلسفی همچون کار، شخصیت و حقوق طبیعی، بنیان‌های سنتی این حمایت را شکل داده‌اند (فیشر^۱، ۲۰۰۱: ۳). با ظهور فناوری‌های نوینی مانند هوش مصنوعی، کارآمدی این مبانی با چالش روبه‌رو شده است؛ زیرا آثار تولیدشده توسط ماشین، فاقد عنصر خلاقیت انسانی مستقیم هستند (جرویس^۲، ۲۰۲۰: ۲۰۶۱). افزون بر این، نظریه‌های جدیدی مانند فایده‌گرایی، رویکرد نهادی و اقتصاد خلاق، ابعاد تازه‌ای از این بحث را روشن ساخته‌اند (سازمان جهانی مالکیت فکری^۳، ۲۰۲۲: ۷).

- **نظریه کار (جان لاک^۴):** جان لاک مالکیت را نتیجه «اختلاط کار انسان با طبیعت» می‌دانست (لاک، ۱۹۸۸: ۱۲۳). در حوزه مالکیت فکری، این نظریه به این معناست که اثر زمانی شایسته حمایت است که نتیجه تلاش آگاهانه و ارادی انسان باشد. در آثار تولیدشده توسط هوش مصنوعی، کار انسانی مستقیم غایب است و این پرسش مطرح می‌شود که آیا طراحی الگوریتم یا انتخاب داده‌ها را می‌توان کار انسانی دانست (کامینسکی^۵، ۲۰۱۷: ۵۹۴). در فقه امامیه نیز قاعده «من سبق الی ما لم یسبق الیه مسلم فهو احق به» بر سبقت در عمل به‌عنوان مبنای مالکیت تأکید دارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶: ۴۲۱). این قاعده می‌تواند به‌طور نسبی نظریه لاک را در حوزه هوش مصنوعی پشتیبانی کند، زیرا توسعه‌دهنده یا کاربر می‌تواند به‌عنوان «سابق» بر اثر شناخته شود.

- **نظریه شخصیت (هگل^۶):** هگل بر این باور بود که اثر فکری تجلی شخصیت خالق است (هگل، ۲۰۱۸: ۹۷)؛ بنابراین، حمایت از آثار فکری به‌مثابه پاسداشت کرامت و حیثیت انسان است؛ اما آثار هوش مصنوعی فاقد شخصیت انسانی‌اند و به‌طور مستقیم نمی‌توانند در این نظریه جای گیرند. در فقه امامیه نیز قاعده «من عمل عملاً فله غنمه» نشان‌دهنده پیوند میان تلاش شخصی و انتفاع مشروع از آن است (حکمت‌نیا، ۱۳۸۷: ۱۱۲)؛ بنابراین، اگرچه خود ماشین شخصیت ندارد، اما شخصیت کاربر یا توسعه‌دهنده ممکن است از رهگذر اثر بازتاب یابد.

1. Fisher
2. Gervais
3. World Intellectual Property Organization (WIPO)
4. Locke
5. Kaminski
6. Hegel

– **نظریه فایده‌گرایی:** بنّام و میل مالکیت فکری را نه بر مبنای شخصیت یا کار، بلکه بر اساس منافع اجتماعی توجیه کرده‌اند. هدف اصلی، تشویق به نوآوری و افزایش رفاه عمومی است (هتینگر^۱، ۱۹۸۹: ۳۶). این مبنا در حوزه هوش مصنوعی می‌تواند راهگشاتر از مبنای کلاسیک باشد. به‌طور مثال، اعطای حمایت محدود به آثار هوش مصنوعی می‌تواند انگیزه سرمایه‌گذاری در فناوری را تقویت کند و هم‌زمان از شکل‌گیری انحصارهای بزرگ جلوگیری نماید (ساموئلسون^۲، ۲۰۲۳: ۱۵۵).

در فقه امامیه نیز قاعده «لاضرر و لاضرار» می‌تواند معادل این مبنا دانسته شود، زیرا هدف آن تنظیم روابط اجتماعی و جلوگیری از زیان عمومی است.

– **نظریه حقوق طبیعی:** در نظریه حقوق طبیعی، انسان ذاتاً حق دارد ثمره فکر و خلاقیت خود را مالک شود (موور^۳، ۲۰۱۹: ۷۷). از این منظر، تنها آثار انسانی شایسته حمایت‌اند و آثار غیرانسانی خارج از دایره مالکیت قرار می‌گیرند. این دیدگاه با مبنای فقهی امامیه نیز هم‌خوانی دارد، چرا که شخصیت حقوقی برای ابزار یا حیوان به رسمیت شناخته نمی‌شود و مالکیت همواره به انسان بازمی‌گردد (کاتوزیان، ۱۴۰۲: ۲۱۷).

– **نظریه اجتماعی – نهادی:** در نظریه نهادی معاصر، مالکیت فکری به‌عنوان ابزاری برای تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی مطرح می‌شود. هدف این نظریه ایجاد تعادل میان منافع خصوصی و منافع عمومی است (فیشر، ۲۰۰۱: ۱۸). این مبنا انعطاف‌پذیری بیشتری برای مواجهه با آثار هوش مصنوعی دارد؛ چرا که می‌تواند حقوق کاربر، توسعه‌دهنده و جامعه را هم‌زمان تنظیم کند (پارلمان اروپا^۴، ۲۰۱۷: ۱۴).

– **نظریه اقتصاد خلاق و داده:** در دهه‌های اخیر، سازمان جهانی مالکیت فکری (WIPO) و اقتصاددانان خلاقیت تأکید کرده‌اند که ارزش مالکیت فکری در جهان دیجیتال تنها در خلاقیت انسانی خلاصه نمی‌شود، بلکه داده‌ها، الگوریتم‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی نیز بخش بزرگی از ارزش اقتصادی را شکل می‌دهند (WIPO، ۲۰۲۲: ۱۱). بر این اساس، حتی اگر آثار هوش مصنوعی واجد خلاقیت انسانی نباشند، همچنان ممکن است از حیث اقتصادی نیازمند حمایت باشند تا جریان سرمایه‌گذاری در صنایع خلاق متوقف نشود (ابوت^۵، ۲۰۲۰: ۱۱۰).

– **نقدهای معاصر و نظریه‌های نوین:** برخی نویسندگان معتقدند اتکا به نظریه‌های کلاسیک برای حل مسائل هوش مصنوعی کافی نیست و باید چارچوب‌های جدیدی طراحی شود. نظریه «مالکیت الگوریتمی» پیشنهاد می‌کند که حقوق اثر باید به سازنده الگوریتم تعلق گیرد (ساموئلسون، ۲۰۲۳: ۱۶۰). در مقابل، نظریه «مالکیت مشترک داده‌ای» به تقسیم حقوق میان کاربران، توسعه‌دهندگان و جامعه تأکید دارد (کامینسکی، ۲۰۱۷: ۵۹۴).

در نهایت بررسی مبنای نظری و فلسفی نشان می‌دهد که نظریه‌های کلاسیک کار، شخصیت و حقوق طبیعی به‌طور مستقیم با آثار غیرانسانی سازگار نیستند. در مقابل، نظریه فایده‌گرایی، رویکرد نهادی و اقتصاد خلاق ظرفیت بیشتری برای توجیه حمایت مشروط دارند. در فقه امامیه نیز قواعد «من سبق»، «من عمل عملاً» و «لاضرر» نشان می‌دهند که می‌توان از رهگذر اصول سنتی، چارچوبی پویا برای مواجهه با تحولات نوین ایجاد کرد؛ بنابراین، ترکیبی از رویکردهای فایده‌گرایانه و نهادی، با تطبیق اصول فقهی، می‌تواند مبنای مناسب برای نظام حقوقی ایران در تعیین مالکیت آثار هوش مصنوعی باشد.

1. Hettinger
2. Samuelson
3. Moore
4. European Parliament
5. Abbott

۳. تحلیل تطبیقی مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی

۳-۱. حقوق ایران

نظام حقوقی ایران با چالش خلأ تقنینی در حوزه آثار هوش مصنوعی مواجه است. قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان (۱۳۴۸) و آیین‌نامه‌های مرتبط با نرم‌افزارهای رایانه‌ای، به‌طور صریح تنها خالق انسانی را به رسمیت شناخته‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۲: ۲۱۸). در نتیجه، هیچ مبنای قانونی مشخصی برای انتساب مالکیت به آثار غیرانسانی وجود ندارد. این وضعیت می‌تواند موجب ناامنی حقوقی برای سرمایه‌گذاران داخلی شود؛ زیرا صاحبان شرکت‌های دانش‌بنیان و فعالان حوزه هوش مصنوعی نمی‌دانند آثار تولیدی آنها تحت چه شرایطی مورد حمایت قرار می‌گیرد. از منظر فقه امامیه، امکان انتساب اثر به انسان وجود دارد، اما این مبنا باید با قانون‌گذاری روشن به قاعده‌ای الزام‌آور تبدیل شود (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۴۵).

۳-۲. ایالات متحده آمریکا

رویکرد ایالات متحده بر اصل «خلاقیت انسانی» استوار است. اداره کپی‌رایت این کشور در راهنمای رسمی سال ۲۰۲۳ تأکید کرد که هر اثری برای برخورداری از حمایت حقوقی باید متضمن عنصر انسانی باشد و مشارکت صرف ماشین کافی نیست (دفتر حق نشر ایالات متحده^۱، ۲۰۲۳: ۴). این سیاست‌گذاری مبتنی بر فلسفه سنتی حقوق مالکیت فکری در آمریکا است که همواره بر فردگرایی و نقش آفریننده انسانی تأکید داشته است (ساموئلسون، ۲۰۲۳: ۱۴۸). این دیدگاه، هرچند به حفظ مبانی کلاسیک کمک می‌کند، اما پیامدهای اقتصادی خاصی دارد. شرکت‌های فناوری ممکن است تمایل کمتری به سرمایه‌گذاری در تولید آثار خلاقانه مبتنی بر AI داشته باشند، زیرا حمایت حقوقی کافی از خروجی‌های خود دریافت نمی‌کنند. با این حال، ایالات متحده ترجیح داده است ثبات حقوقی و اصل خلاقیت انسانی را فدای منافع کوتاه‌مدت بازار نکند.

۳-۳. اتحادیه اروپا

اتحادیه اروپا در سیاست‌گذاری‌های خود گرایش مشابهی با آمریکا دارد، اما در عین حال به امکان اصلاح قواعد در آینده نیز توجه کرده است. دستورالعمل‌های این اتحادیه و رویه‌های قضایی بر شرط اصالت و خلاقیت انسانی تأکید دارند (پارلمان اروپا، ۲۰۱۷: ۱۶). در گزارش‌های اخیر پارلمان اروپا نیز آمده است که باید به تدریج چارچوبی برای تنظیم روابط اقتصادی ناشی از آثار هوش مصنوعی تدوین شود. ویژگی رویکرد اروپایی در مقایسه با آمریکا انعطاف بیشتر آن است. اگرچه فعلاً از پذیرش آثار غیرانسانی خودداری شده، اما اتحادیه اروپا بر لزوم رصد تحولات بازار و امکان مداخله قانون‌گذار در آینده تأکید دارد. این رویکرد نشان می‌دهد که اروپا میان ارزش‌های بنیادین کپی‌رایت و ضرورت حمایت از صنایع خلاق تعادل برقرار کرده است.

۳-۴. انگلستان

انگلستان در مقایسه با ایالات متحده و اتحادیه اروپا رویکردی عمل‌گرایانه‌تر اتخاذ کرده است. در قانون ۱۹۸۸ (CDPA) آثار تولیدشده توسط رایانه قابل حمایت دانسته شده‌اند، اما مؤلف آنها شخصی تلقی می‌شود که مقدمات تولید اثر را فراهم کرده است (قانون حق چاپ، طرح‌ها و اختراعات^۲، ۱۹۸۸: ۹۳). این راه‌حل اگرچه از نظر فلسفی انتقاداتی در پی داشته، اما در عمل موجب رفع بلا تکلیفی فعالان بازار شده است (جرویس، ۲۰۲۰: ۲۰۹۰). برخی از صاحب‌نظران معتقدند که این رویکرد هرچند از وضوح قانونی برخوردار است، اما خطر تمرکز بیش از حد منافع در دست شرکت‌های بزرگ فناوری را افزایش می‌دهد، زیرا معمولاً آنها

1. U.S. Copyright Office

2. Copyright, Designs and Patents Act (CDPA)

هستند که مقدمات تولید آثار را فراهم می‌آورند. با این حال، انگلستان توانسته است با این مدل، فضای پیش‌بینی‌پذیرتری برای بازارهای خلاق ایجاد کند.

۳-۵. اسناد و رویکردهای بین‌المللی

سازمان جهانی مالکیت فکری (WIPO) در گزارش ۲۰۲۲ خود تأکید کرده است که هیچ اجماع بین‌المللی درباره مالکیت آثار هوش مصنوعی وجود ندارد و کشورها باید با توجه به شرایط بومی خود تصمیم‌گیری کنند (سازمان جهانی مالکیت فکری، ۲۰۲۲: ۱۴). در عین حال، این سازمان هشدار داده است که نبود هماهنگی جهانی می‌تواند منجر به تضعیف تجارت بین‌الملل و رقابت ناسالم میان کشورها شود؛ بنابراین، توصیه اصلی WIPO آن است که هر کشور ضمن رعایت اصول بنیادین کنوانسیون‌های برن و ترپیس، به اصلاح قوانین داخلی خود در این زمینه بپردازد.

به صورت کلی مقایسه تطبیقی نشان می‌دهد که: ایران در خلأ تقنینی است و نیازمند تدوین قانون صریح، آمریکا و اتحادیه اروپا بر خلاقیت انسانی به‌عنوان شرط بنیادین تأکید دارند و از حمایت از آثار صرفاً ماشینی خودداری می‌کنند. انگلستان با رویکردی عمل‌گرایانه آثار ماشینی را پذیرفته اما آنها را به کاربران یا فراهم‌کنندگان مقدمات منتسب می‌کند. WIPO بر ضرورت هماهنگی جهانی تأکید دارد، اما تصمیم نهایی را به کشورها واگذار کرده است. این تحلیل نشان می‌دهد که انتخاب هر مدل آثار متفاوتی برای ایران خواهد داشت. پذیرش مدل آمریکا یا اروپا، موجب حفظ اصالت انسانی اما ایجاد خلأ حمایتی در بازار AI می‌شود. اتخاذ مدل انگلستان می‌تواند مشکلات عملی فعالان اقتصادی را کاهش دهد، اما خطر تمرکز قدرت اقتصادی را نیز در پی دارد. در نهایت، ایران باید مدلی ترکیبی طراحی کند که از یک‌سو خلاقیت انسانی و اصول فقهی را پاس بدارد و از سوی دیگر، امنیت حقوقی برای سرمایه‌گذاری در حوزه هوش مصنوعی ایجاد کند.

۴. مبانی فقهی مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی

فقه امامیه، با اتکای بر منابع غنی قرآن، سنت، عقل و اجماع، ظرفیت بی‌بدیلی برای پاسخ‌گویی به مسائل مستحدثه دارد. هرچند در متون کلاسیک سخنی صریح درباره «ماشین هوشمند» به چشم نمی‌خورد، اما اصول عام و قواعد کلی قابلیت انطباق بر این موضوع را دارند. روش‌شناسی فقهی اقتضا می‌کند به جای انتظار نص خاص، قواعد عام مانند «سلطه»، «احترام مال»، «لاضرر» و «اتلاف» به کار گرفته شوند و بر اساس «تنقیح مناط» و «الغای خصوصیت» بر موارد نوین تطبیق داده شوند؛ بنابراین، پرسش اصلی این است که خروجی هوش مصنوعی، در فرض داشتن ارزش اقتصادی و قابلیت انتساب، در کدام یک از قالب‌های فقهی قابل توجیه است.

قاعده سلطنت (الناس مسطون علی اموالهم): قاعده سلطنت که شهرتی عام در فقه دارد، مبنای بنیادین مالکیت محسوب می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶: ۹۲)؛ بنابراین قاعده، هر مال و منفعتی که تحت سلطه شخص قرار گیرد، به او منسوب می‌شود مگر آنکه دلیل شرعی بر خروج آن وجود داشته باشد. اگر نرم‌افزار هوش مصنوعی در مالکیت یا اجاره فردی باشد، آثار آن نیز به‌عنوان نمودی از سلطه مشروع او تلقی می‌شود. از منظر فقهی، این همان توسعه موضوع مال است؛ همان‌گونه که محصول باغ یا کارخانه به مالک منتسب می‌شود، آثار تولیدی هوش مصنوعی نیز به صاحب آن برمی‌گردد. در اینجا الغای خصوصیت از ابزار مادی به ابزار هوشمند، موجب پذیرش شمول قاعده می‌گردد.

قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم»: این قاعده که هم در متون فقهی و هم در اصول عملیه مورد استفاده قرار گرفته، به ارتباط مستقیم میان عمل و نتیجه آن دلالت دارد در مورد هوش مصنوعی، هرچند فعل تولید ظاهراً از سوی ماشین صادر می‌شود، اما فعل اصلی در طراحی، تنظیم داده‌ها و صدور دستور از جانب انسان تحقق یافته است؛ بنابراین، به اعتبار «مقدمه

موصلة»، اثر نهایی نیز به او منتسب می‌گردد. از منظر فقهی، این استناد مشابه با حالتی است که کسی کارگری را برای ساخت خانه به کار می‌گیرد؛ هرچند کار فیزیکی توسط کارگر انجام می‌شود، اما نتیجه به صاحب پروژه منتسب می‌شود. در اینجا هوش مصنوعی به منزله اجیر یا ابزار تلقی می‌شود.

قاعده لاضرر: قاعده «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» نه تنها مانع از ضرر فردی است، بلکه ناظر بر تنظیم مناسبات اجتماعی نیز هست (امام خمینی، ۱۳۷۹: ۲۶۵). در حوزه هوش مصنوعی، اگر آثار تولید شده بدون نظام حمایتی رها شود، ضرر بزرگی متوجه مخترعان و سرمایه‌گذاران خواهد شد. از سوی دیگر، اعطای انحصار مطلق به شرکت‌های بزرگ می‌تواند موجب محرومیت عامه و تضییع منافع عمومی گردد؛ بنابراین، مقتضای قاعده «لاضرر» وضع مقرراتی متوازن است که هم از تضییع حقوق فردی جلوگیری کند و هم مانع از ضرر عمومی گردد. این تحلیل بیانگر کارکرد اجتماعی-فقهی قاعده در عصر فناوری است.

قاعده احترام مال المسلم: این قاعده بر مبنای نصوص متعدد روایی، اموال مسلمانان را محترم دانسته و تعرض به آنها را ممنوع می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۵۶). اگر آثار هوش مصنوعی دارای ارزش اقتصادی و قابلیت مبادله باشد، به حکم این قاعده مال محسوب شده و مورد احترام است. نکته مهم در اینجا توسعه مفهوم «مال» است. فقها در تعریف مال، منفعت عقلایی و قابلیت اختصاص را شرط دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ ق: ۳۸۷). آثار هوش مصنوعی نیز از آنجا که در بازار دادوستد می‌شود، مال محسوب می‌شود و تحت حمایت قاعده احترام قرار می‌گیرد.

قاعده اتلاف: قاعده «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» نیز ظرفیت بالایی برای حمایت از آثار هوش مصنوعی دارد. چنانچه فردی بدون اجازه از خروجی سامانه‌ای که در مالکیت دیگری است استفاده یا آن را نابود کند، ضامن خواهد بود. نکته قابل توجه این است که اتلاف منحصر به اشیای مادی نیست؛ فقها اتلاف منافع و حقوق را نیز مشمول ضمان دانسته‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶: ۴۱۷)؛ بنابراین، اتلاف یا بهره‌برداری غیرمجاز از آثار هوش مصنوعی، ضمان شرعی و حقوقی در پی خواهد داشت.

به‌طور کلی تحلیل قواعد فقهی نشان می‌دهد که هرچند هوش مصنوعی شخصیت مستقل ندارد، اما خروجی آن می‌تواند به انسان منتسب شود و قابلیت حمایت حقوقی دارد. قاعده سلطنت و «من عمل عملاً» مبنای انتساب اثر به کاربر یا توسعه‌دهنده‌اند، در حالی که قواعد «لاضرر»، «احترام مال» و «اتلاف» پشتوانه حمایت حقوقی و کیفری از آثار را فراهم می‌کنند. از منظر روش‌شناسی فقه، این تحلیل مبتنی بر تنقیح مناط و الغای خصوصیت است؛ همان‌گونه که ابزارهای سنتی به مالک منتسب می‌شوند، ابزار هوشمند نیز به طریق اولی چنین است؛ بنابراین، فقه امامیه با بهره‌گیری از ظرفیت قواعد عام، می‌تواند پاسخ‌گوی چالش مالکیت آثار هوش مصنوعی باشد و چارچوبی اصیل و بومی برای قانون‌گذاری در ایران ارائه دهد.

۵. چالش‌ها و پیامدهای حقوقی، اجتماعی و اقتصادی آثار هوش مصنوعی

۵-۱. چالش‌های حقوقی

۱. **خلأ تقنینی در ایران:** نبود نص قانونی درباره آثار هوش مصنوعی موجب ناامنی حقوقی برای فعالان بازار شده است. قانون مؤلفان (۱۳۴۸) و قانون ترجمه و تکثیر نرم‌افزارها (۱۳۷۹) تنها خالق انسانی را به رسمیت شناخته‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۲: ۲۲۵). این خلأ در عمل سبب می‌شود که دعاوی مرتبط با آثار AI در دادگاه‌ها با ابهام جدی روبه‌رو شوند.

۲. **اصالت و خلاقیت:** یکی از دشوارترین مسائل، تعریف «اصالت» در آثار AI است. اگر اصالت صرفاً به معنای انعکاس شخصیت خالق باشد، آثار غیرانسانی واجد این شرط نخواهند بود (ساموئلسون، ۲۰۲۳: ۱۶۰)؛ اما اگر اصالت به معنای تمایز و نوآوری در نتیجه باشد، آثار AI نیز می‌توانند مشمول باشند.

۳. انتساب مالکیت: تعیین اینکه اثر به چه کسی تعلق می‌گیرد - کاربر، توسعه‌دهنده یا جامعه - هنوز اجماعی ندارد. انگلستان مالکیت را به فراهم‌کننده مقدمات نسبت داده، اما آمریکا و اتحادیه اروپا چنین دیدگاهی را نپذیرفته‌اند (جرویس، ۲۰۲۰: ۲۰۹۱).

۵-۲. چالش‌های اجتماعی

۱. هویت خالق: ورود AI به عرصه خلق آثار، مرز سنتی میان «انسان» و «ابزار» را مخدوش کرده است. جامعه هنری و ادبی نگران است که ارزش‌های فرهنگی مانند خلاقیت، نوآوری و شخصیت فردی تضعیف شوند (کامینسکی، ۲۰۱۷: ۵۹۴).

۲. دسترسی ناعادلانه: ابزارهای پیشرفته هوش مصنوعی در دسترس شرکت‌های بزرگ فناوری است. این موضوع می‌تواند شکاف اجتماعی میان صاحبان فناوری و افراد عادی را عمیق‌تر کند.

۳. مسئولیت اخلاقی: اگر اثر AI محتوای مضر یا خلاف اخلاق تولید کند، مسئولیت آن بر عهده چه کسی خواهد بود؟ کاربر، توسعه‌دهنده یا جامعه؟ فقدان پاسخ روشن، نگرانی‌های اخلاقی را افزایش داده است.

۵-۳. چالش‌های اقتصادی

۱. سرمایه‌گذاری و نوآوری: نبود حمایت حقوقی روشن، انگیزه سرمایه‌گذاری در حوزه صنایع خلاق و دانش‌بنیان را کاهش می‌دهد. شرکت‌های نوپا در ایران، به دلیل عدم قطعیت، از ورود جدی به این عرصه پرهیز می‌کنند.

۲. انحصار شرکت‌های بزرگ: اگر حمایت مطلق به آثار AI داده شود، خطر تمرکز قدرت اقتصادی در دست چند شرکت بزرگ فناوری وجود دارد. این امر می‌تواند مانع رقابت آزاد و سلامت بازار شود (WIPO، ۲۰۲۲: ۱۵).

۳. بازار جهانی: عدم هماهنگی میان کشورها، موجب ناهمگونی بازار جهانی خواهد شد. مثلاً اثر تولیدشده در انگلستان قابل حمایت است، اما همان اثر در آمریکا فاقد حمایت خواهد بود. این ناهمگونی بر تجارت بین‌الملل تأثیر منفی دارد.

۵-۴. پیامدهای تقنینی برای ایران

۱. ضرورت قانون‌گذاری بومی: ایران نمی‌تواند صرفاً با تکیه بر قوانین موجود به این چالش‌ها پاسخ دهد. تدوین قانونی خاص یا اصلاح قانون مؤلفان ضروری است.

۲. الهام از مدل‌های تطبیقی: تجربه انگلستان نشان می‌دهد که می‌توان آثار AI را به شخص فراهم‌کننده مقدمات منتسب کرد. این مدل می‌تواند با مبانی فقهی ایران نیز هماهنگ شود.

۳. توجه به منافع عمومی: قانون‌گذاری باید میان حفظ انگیزه‌های فردی و منافع عمومی تعادل برقرار کند. قاعده فقهی «لاضرر» و اصل ۴۰ قانون اساسی نیز همین ضرورت را تأیید می‌کنند.

در کل چالش‌های آثار هوش مصنوعی چندبعدی‌اند: از خلأهای حقوقی گرفته تا نگرانی‌های اجتماعی و پیامدهای اقتصادی. ایران برای مواجهه با این پدیده باید هم به مبانی فقهی خود تکیه کند و هم از تجارب تطبیقی دیگر کشورها بهره‌گیرد. تنها در این صورت است که می‌توان نظامی متوازن، عادلانه و کارآمد برای حمایت از آثار هوش مصنوعی طراحی کرد.

۶. نقد و بررسی رویکردهای موجود

نقد رویکرد ایالات متحده: ایالات متحده با تأکید مطلق بر شرط خلاقیت انسانی، عملاً آثار تولیدشده صرفاً توسط هوش مصنوعی را از حمایت محروم کرده است (دفتر حق نشر ایالات متحده، ۲۰۲۳: ۵). این رویکرد هرچند از حیث نظری با مبانی شخصیت و حقوق طبیعی سازگار است، اما در عمل منجر به بی‌ثباتی بازار می‌شود. سرمایه‌گذاران در صنایع خلاق دیجیتال با این خطر مواجه‌اند که محصول خود را فاقد حمایت قانونی ببابند. چنین وضعیتی انگیزه نوآوری در شرکت‌های نوپا را کاهش داده و در نهایت ممکن است به تمرکز فعالیت‌های اقتصادی در حوزه‌هایی محدود منجر شود.

نقد رویکرد اتحادیه اروپا: اتحادیه اروپا نیز مشابه آمریکا بر عنصر انسانی تأکید دارد، اما در عین حال افق اصلاح قانون را باز گذاشته است (پارلمان اروپا، ۲۰۱۷: ۱۶). نقد اساسی این رویکرد در تعلل آن است؛ از یک سو مانع حمایت از آثار هوش مصنوعی می‌شود و از سوی دیگر هنوز جایگزین روشنی ارائه نداده است. در عمل، این وضعیت موجب ناهمگونی در بازار اروپا شده است؛ برخی کشورها به سمت پذیرش محدود آثار هوش مصنوعی تمایل دارند، در حالی که رویه قضایی در سطح اتحادیه همچنان سنتی باقی مانده است.

نقد رویکرد انگلستان: انگلستان با مدل «انتساب به فراهم‌کننده مقدمات» تلاش کرده راه‌حلی عملی ارائه دهد (CDPA، ۱۹۸۸: ۹۳). مزیت این رویکرد در وضوح و پیش‌بینی‌پذیری آن است؛ اما نقد جدی این است که چنین مدلی بیشتر به نفع شرکت‌های بزرگ فناوری است، زیرا معمولاً آنها هستند که امکانات و مقدمات لازم برای خلق آثار را فراهم می‌آورند. در نتیجه، امکان تمرکز قدرت اقتصادی و ایجاد انحصارات گسترده افزایش می‌یابد (جرویس، ۲۰۲۰: ۲۰۹۳). همچنین، این مدل از منظر نظری چندان با مبانی کلاسیک سازگار نیست و بیشتر جنبه قراردادی و عملی دارد.

نقد وضعیت ایران: ایران در وضعیتی متفاوت قرار دارد؛ سکوت و خلأ قانونی. این خلأ اگرچه مشکل‌آفرین است، اما در عین حال فرصتی برای قانون‌گذار ایرانی فراهم می‌آورد تا با بهره‌گیری از تجارب تطبیقی و مبانی فقه امامیه، مدلی بومی و متوازن طراحی کند. نقد اصلی به ایران این است که تأخیر در قانون‌گذاری می‌تواند موجب شود کشور از تحولات جهانی عقب بماند و در آینده ناچار شود مدل‌های دیگران را بدون بومی‌سازی بپذیرد.

مقایسه رویکردها نشان می‌دهد که هیچ‌یک از مدل‌های موجود پاسخ کامل به مسئله مالکیت آثار هوش مصنوعی ارائه نداده‌اند: آمریکا و اروپا بیش از حد به سنت وفادار مانده‌اند. انگلستان عمل‌گرایانه است اما عدالت توزیعی را نادیده گرفته. ایران سکوت کرده و فرصت قانون‌گذاری فعالانه را از دست داده است. بر این اساس، راهبرد مناسب باید تلفیقی از مبانی نظری و فقهی از یک سو و مقتضیات اقتصادی و اجتماعی ایران از سوی دیگر باشد. تنها در این صورت می‌توان مدلی بومی، عادلانه و کارآمد برای حمایت از آثار هوش مصنوعی طراحی کرد.

۷. سناریوی منطبق با وضع موجود در حقوق تطبیقی و ایران

۷-۱. ایالات متحده: محوریت خلاقیت انسانی

ایالات متحده به‌عنوان یکی از پیشگامان در تنظیم قواعد حقوق مالکیت فکری در برابر پدیده‌های نوین فناورانه، در زمینه مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی نیز موضعی روشن اتخاذ کرده است. دفتر حق نشر آمریکا در راهنمای سال ۲۰۲۳ خود تصریح نموده است که شرط اساسی برای حمایت از یک اثر ادبی، هنری یا علمی، وجود «عنصر خلاقیت انسانی» است. بدین معنا که آثاری که تماماً توسط سامانه‌های هوش مصنوعی تولید شوند، به دلیل فقدان عنصر انسانی، واجد شرایط حمایت کپی‌رایت نیستند. تنها زمانی که فرد انسانی نقشی خلاق و تعیین‌کننده در فرآیند خلق اثر داشته باشد، اثر قابلیت حمایت پیدا

می‌کند (دفتر حق نشر ایالات متحده، ۲۰۲۳: ۱۰-۱۲). این رویکرد در ادامه همان سنت حقوقی ایالات متحده است که از دهه‌ها پیش، خلاقیت انسانی را به‌عنوان ستون اصلی مالکیت فکری تلقی می‌کند. به تعبیر دادگاه‌های آمریکایی، «کپی‌رایت برای حفاظت از ثمره کار ذهنی بشر ایجاد شده است» و نه فرآورده‌های صرفاً مکانیکی یا تصادفی؛ بنابراین، حتی اگر خروجی یک الگوریتم از نظر زیبایی‌شناسی یا علمی واجد ارزش باشد، مادامی که هیچ دخالت خلاقانه انسانی در آن وجود نداشته باشد، فاقد ارزش حقوقی از منظر کپی‌رایت است.

موضع آمریکا را می‌توان در قالب دو ویژگی اصلی تحلیل کرد:

تمایز آشکار میان ابزار و فاعل خلاق: سامانه‌های هوش مصنوعی در نظام حقوقی آمریکا جایگاهی مشابه ابزارهای سنتی دارند. همان‌گونه که قلم یا دوربین صرفاً وسیله‌ای برای بروز خلاقیت انسانی‌اند، الگوریتم‌های هوش مصنوعی نیز وسیله محسوب می‌شوند و نه خالق مستقل.

تأکید بر نقش خلاقانه انسان در فرآیند تولید: اگر فرد انسانی صرفاً دکمه‌ای را فشار دهد و تمام مراحل تولید اثر بدون هدایت و تصمیم خلاقانه او انجام گیرد، اثر غیرقابل حمایت است؛ اما چنانچه فرد در طراحی الگوریتم، انتخاب داده‌ها یا هدایت روند تولید نقش خلاق ایفا کند، آنگاه مالکیت اثر به او تعلق خواهد داشت.

این رویکرد نه تنها تداوم مبانی سنتی حقوق مالکیت فکری در ایالات متحده را نشان می‌دهد، بلکه به لحاظ اقتصادی نیز نوعی امنیت حقوقی برای بازار نوآوری ایجاد می‌کند. سرمایه‌گذاران و تولیدکنندگان محتوا می‌دانند که صرفاً در صورتی از حمایت حقوقی برخوردارند که فعالیت خلاقانه انسانی خود را به‌طور مستند و قابل اثبات در فرآیند تولید آثار دخالت دهند. این امر موجب می‌شود پژوهشگران، نویسندگان و هنرمندان به جای اتکای کامل به الگوریتم، به دنبال تلفیق توان انسانی و قدرت محاسباتی هوش مصنوعی باشند؛ ترکیبی که در عمل نوآوری بیشتری به همراه دارد.

در نتیجه، سناریوی ایالات متحده بر پایه «انسان‌محوری» استوار است. این کشور نه تنها پذیرش مالکیت مستقل برای هوش مصنوعی را مردود دانسته، بلکه با تأکید بر نقش خلاقیت انسانی، کوشیده است مرز روشن میان ابزار و خالق را حفظ کند؛ مرزی که از منظر فلسفی نیز با نظریات کلاسیکی همچون اندیشه‌های لاک درباره «اختلاط کار انسان با طبیعت» سازگار است (لاک، ۱۹۸۸: ۲۸۷).

۷-۲. اتحادیه اروپا: بازاندیشی در مفاهیم حقوقی سنتی

اتحادیه اروپا برخلاف ایالات متحده که همچنان بر خلاقیت انسانی به‌عنوان مبنای اصلی مالکیت فکری پای می‌فشارد، رویکردی بازتر و آینده‌نگرانانه‌تر اتخاذ کرده است. گزارش پارلمان اروپا در سال ۲۰۲۰ درباره «هوش مصنوعی و مسئولیت مدنی» تصریح می‌کند که چارچوب‌های سنتی حقوقی در مواجهه با سامانه‌های خودمختار ناتوان‌اند و نیازمند بازنگری هستند (پارلمان اروپا، ۲۰۲۰: ۳۵-۳۸). این گزارش نه تنها به خلأهای موجود اشاره دارد، بلکه با طرح ایده «شخصیت حقوقی الکترونیکی» کوشیده است زمینه فکری لازم برای انطباق نظام حقوقی با تحولات فناورانه را فراهم آورد.

– **بازاندیشی در مفهوم فاعل:** در حقوق سنتی اروپا، همانند اغلب نظام‌های حقوقی، مالکیت و مسئولیت به انسان یا اشخاص حقوقی وابسته بوده است؛ اما با ظهور هوش مصنوعی، این پرسش مطرح شد که آیا می‌توان «فاعل» را فراتر از انسان تعریف کرد؟ برخی از اسناد اتحادیه اروپا پیشنهاد می‌کنند که در موارد خاص، سامانه‌های پیشرفته می‌توانند دارای نوعی «شخصیت الکترونیکی محدود» باشند؛ شخصیتی که نه همانند انسان مستقل است و نه صرفاً یک ابزار بی‌جان، بلکه جایگاهی میانی میان این دو را اشغال می‌کند (پارلمان اروپا، ۲۰۲۰: ۳۷).

– **تأثیر بر مالکیت فکری:** پذیرش چنین رویکردی در مالکیت فکری می‌تواند پیامدهای عمیقی داشته باشد. اگر هوش مصنوعی بتواند به‌عنوان «فاعل خلاق» شناسایی شود، آثار تولیدشده توسط آن ممکن است مشمول حمایت حقوقی مستقل قرار گیرند. این امر، هرچند هنوز در قوانین اتحادیه اروپا رسمیت نیافته است، اما در محافل علمی و سیاست‌گذاری به‌طور جدی مورد بحث قرار گرفته است (جرویس، ۲۰۲۰: ۲۰۵۵).

– **ابعاد اقتصادی و اجتماعی:** این بازاندیشی نه‌تنها یک تحول نظری است، بلکه پاسخی به ضرورت‌های اقتصادی نیز محسوب می‌شود. اتحادیه اروپا به‌خوبی دریافته است که صنعت نوآوری دیجیتال بدون چارچوب‌های حقوقی روشن در معرض ناامنی حقوقی قرار دارد. پذیرش احتمالی شخصیت الکترونیکی یا ایجاد رژیم‌های خاص حمایتی برای آثار هوش مصنوعی می‌تواند زمینه‌ساز جذب سرمایه‌گذاری، ارتقای رقابت‌پذیری و پیشی گرفتن اروپا از سایر قدرت‌ها در حوزه اقتصاد دیجیتال باشد (WIPO، ۲۰۲۲: ۵۶-۵۹).

– **ارزیابی انتقادی:** با وجود این، باید توجه داشت که چنین ایده‌ای با مخالفت‌های جدی نیز مواجه است. برخی حقوقدانان اروپایی معتقدند پذیرش شخصیت مستقل برای سامانه‌های هوش مصنوعی با مبانی فلسفی و اخلاقی حقوق ناسازگار است؛ چراکه مالکیت و مسئولیت ذاتاً به اراده و آگاهی وابسته‌اند و نسبت دادن آن به سامانه‌های فاقد شعور نوعی «توسعه نابجا» ی مفاهیم حقوقی است (ساموئلسون، ۲۰۲۳: ۱۵۰). به بیان دیگر، اروپا در مرحله «گفت‌وگوی مفهومی» است و هنوز به اجماع نرسیده است.

۷-۳. ایران: ظرفیت‌ها و محدودیت‌های فقهی و حقوقی

نظام حقوقی ایران که ریشه در فقه امامیه دارد، در مواجهه با پدیده‌های نوظهور همچون هوش مصنوعی ناچار است از اصول کلی و قواعد فقهی بهره گیرد. در این چارچوب، مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی را باید بر مبنای «انتساب به فاعل انسانی» تبیین کرد، چراکه فقه امامیه برای تحقق مالکیت و انتقال آن، وجود قصد، اراده و اهلیت را شرط اساسی می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۵).

اصل عدم شخصیت مستقل برای هوش مصنوعی: در فقه اسلامی، مالکیت قائم به شخص ذی‌اهلیت است. قاعده «العقود تابعه للقصود» و قاعده «من عمل عملاً فله غنمه» بیانگر آن است که تحقق مالکیت بدون قصد و اراده امکان‌پذیر نیست (نجفی، ۱۹۸۱ م: ج ۲۲، ص ۱۱۲). از آنجا که سامانه‌های هوش مصنوعی فاقد شعور و اراده‌اند، نمی‌توان برای آن‌ها شخصیت مستقل یا حق مالکیت در نظر گرفت. در نتیجه، آثار تولیدشده توسط AI در وضع موجود به هیچ‌وجه «مستقل» از انسان حمایت‌پذیر نیستند.

انتساب مالکیت به بهره‌بردار یا هدایت‌کننده: فقه امامیه این امکان را فراهم می‌آورد که آثار هوش مصنوعی به شخصی که داده‌ها را وارد کرده یا روند تولید را هدایت کرده است، منتسب شود. این امر با قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» و نیز اصل تسلط بر نتایج کار مشروع سازگار است. بدین ترتیب، در وضع موجود، حقوق ایران به‌طور طبیعی مالکیت را به انسان بهره‌بردار یا کاربری که نقش خلاق ایفا کرده است، نسبت خواهد داد.

ظرفیت حرکت به سوی مدل‌های ترکیبی: با این حال، محدودیت رویکرد صرفاً انسان‌محور در بلندمدت آشکار می‌شود. تمرکز کامل مالکیت در دست کاربر می‌تواند به تضییع حقوق توسعه‌دهندگان یا سرمایه‌گذاران منجر شود. از این‌رو، برخی قواعد فقهی ظرفیت حرکت به سمت مدل‌های ترکیبی را دارند. به‌عنوان نمونه، قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» بیانگر آن است که هر جا ضمان و نفعی مشروع متصور باشد، امکان توزیع حقوق میان ذی‌نفعان مختلف وجود دارد (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۱۴۱۲).

(۱۷۳). چنین استدلالی می‌تواند مبنایی برای طراحی سازوکارهایی باشد که سهم توسعه‌دهنده نرم‌افزار، سرمایه‌گذار و کاربر را به تناسب تعیین کنند.

پیامدهای حقوقی و اقتصادی برای ایران: ادامه وضع موجود، یعنی انتساب مالکیت صرفاً به کاربر، ممکن است در کوتاه‌مدت موجب شفافیت و تسهیل رویه‌های قضایی شود؛ اما در بلندمدت خطراتی همچون کاهش انگیزه توسعه‌دهندگان داخلی، تضعیف رقابت‌پذیری در بازار دیجیتال و افزایش وابستگی به پلتفرم‌های خارجی را به همراه دارد. برای جلوگیری از این آسیب‌ها، ایران باید از ظرفیت اجتهاد پویا استفاده کرده و با الهام از قواعد فقهی فوق، زمینه را برای اصلاح قوانین مالکیت فکری فراهم آورد. چنین اصلاحاتی می‌تواند علاوه بر حفظ اصول اسلامی، موجبات رونق نوآوری و تقویت اقتصاد دانش‌بنیان داخلی را نیز فراهم سازد.

۷-۴. پیامدهای اقتصادی و اجتماعی سناریوی موجود

پذیرش سناریوی موجود در حقوق ایران - یعنی انتساب مالکیت صرفاً به انسان بهره‌بردار و نفی شخصیت مستقل برای سامانه‌های هوش مصنوعی - پیامدهای متعددی در حوزه‌های اقتصادی و اجتماعی به همراه دارد. این پیامدها را می‌توان در سه سطح اصلی بررسی کرد: نظام حقوقی، اقتصاد نوآوری و اعتماد اجتماعی.

- **پیامدهای حقوقی و نهادی:** سناریوی موجود موجب می‌شود دادگاه‌ها و نهادهای اداری در کوتاه‌مدت با معیار نسبتاً روشنی مواجه باشند؛ تنها آثار منتسب به انسان حمایت می‌شوند. این وضعیت به ظاهر از تعارض آرا می‌کاهد، اما در عمل، به دلیل نبود قانون مدون و خاص، اختلاف‌نظرها همچنان پابرجا خواهد ماند. فقدان مقررات جامع درباره آثار هوش مصنوعی می‌تواند باعث شود که دعاوی مشابه نتایج متفاوتی در محاکم داشته باشند. این امر ناامنی حقوقی ایجاد کرده و یکی از موانع اصلی توسعه بازار نوآوری خواهد بود (کامینسکی، ۲۰۱۷: ۵۹۴).

- **پیامدهای اقتصادی:** اقتصاد دانش‌بنیان ایران در سال‌های اخیر رشد قابل توجهی داشته و هوش مصنوعی یکی از حوزه‌های کلیدی آن محسوب می‌شود. تداوم سناریوی موجود ممکن است در کوتاه‌مدت به نفع کاربران و بهره‌برداران باشد، چراکه آن‌ها به‌عنوان تنها صاحبان حقوق شناخته می‌شوند؛ اما در بلندمدت، این امر می‌تواند انگیزه توسعه‌دهندگان و سرمایه‌گذاران را تضعیف کند. وقتی سهم آن‌ها از منافع به رسمیت شناخته نشود، سرمایه‌گذاری در توسعه نرم‌افزارها و الگوریتم‌های بومی کاهش می‌یابد و کشور در رقابت جهانی دچار عقب‌ماندگی خواهد شد (WIPO، ۲۰۲۲: ۵۸-۵۹). از سوی دیگر، نبود رژیم حقوقی شفاف موجب می‌شود شرکت‌های نوپا (استارت‌آپ‌ها) برای ورود به بازار دچار تردید شوند. سرمایه‌گذاران خطرپذیر نیز بدون تضمین حقوق مالکیت روشن، رغبت کمتری برای تأمین مالی پروژه‌های مبتنی بر AI خواهند داشت. بدین ترتیب، اقتصاد دیجیتال ایران در معرض رکود یا حداقل رشد کندتر قرار می‌گیرد.

- **پیامدهای اجتماعی و فقهی:** بعد اجتماعی این مسئله نیز قابل توجه است. کاربران و مصرف‌کنندگان در مواجهه با آثار هوش مصنوعی - اعم از آثار ادبی، هنری یا علمی - نیازمند اطمینان از اصالت و اعتبار آن‌ها هستند. عدم شفافیت حقوقی می‌تواند موجب کاهش اعتماد عمومی به بازار دیجیتال شود. از منظر فرهنگی نیز، تمرکز مالکیت در دست کاربر ممکن است منجر به تضییع سهم واقعی تولیدکنندگان فنی و فکری شود و احساس بی‌عدالتی اجتماعی را برانگیزد.

از منظر فقه امامیه نیز، تداوم این وضعیت خالی از اشکال نیست. تمرکز مالکیت صرفاً در دست کاربر، در حالی که توسعه‌دهنده و سرمایه‌گذار سهمی از منافع نمی‌برند، می‌تواند مصداق «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» تلقی شود؛ زیرا زیانی غیرموجه بر گروهی از ذی‌نفعان تحمیل می‌شود (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۳۴۱). همچنین، قاعده «احترام مال المسلم» ایجاب می‌کند که دسترنج

مشروع هر فرد محترم شمرده شود و هیچ‌کس نتواند بدون استحقاق، منافع حاصل از کار دیگری را تملک کند (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۳۴)؛ بنابراین، از دیدگاه فقهی نیز سناریوی فعلی نمی‌تواند در بلندمدت پایدار باشد، چراکه عدالت توزیعی را نقض کرده و زمینه اختلافات اجتماعی و حقوقی را افزایش می‌دهد.

– **ضرورت اصلاح و اجتهاد پویا:** پیامدهای فوق نشان می‌دهد که تداوم سناریوی موجود در بلندمدت نه تنها کارآمد نیست، بلکه به زیان اقتصاد و جامعه خواهد بود؛ بنابراین، ضرورت دارد قانون‌گذار ایرانی با بهره‌گیری از اجتهاد پویا در فقه و تجربیات بین‌المللی، گام به‌سوی طراحی مدل‌های ترکیبی بردارد؛ مدلی که هم اصول فقهی مانند «لاضرر» و «احترام مال المسلم» را رعایت کند و هم منافع توسعه‌دهندگان و سرمایه‌گذاران را در کنار کاربران تضمین نماید. تنها در این صورت است که می‌توان به تحقق عدالت توزیعی، رونق نوآوری و افزایش اعتماد اجتماعی امید بست.

بررسی تطبیقی سناریوهای ایالات‌متحده، اتحادیه اروپا و ایران نشان داد که هیچ نظام حقوقی تاکنون راه‌حل کامل و بی‌نقصی برای مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی ارائه نکرده است. ایالات‌متحده با تأکید بر «عنصر خلاقیت انسانی» کوشیده است مرز روشن میان ابزار و فاعل خلاق را حفظ کند. این رویکرد اگرچه امنیت حقوقی نسبی ایجاد کرده، اما پاسخگوی چالش‌های پیچیده‌تر در آینده نخواهد بود. اتحادیه اروپا با طرح ایده «شخصیت حقوقی الکترونیکی» گامی فراتر نهاده و به بازاندیشی در مفاهیم سنتی حقوق پرداخته است، هرچند این ایده همچنان در سطح پیشنهاد باقی مانده و با مخالفت‌های نظری جدی روبه‌روست. در ایران، بر اساس مبانی فقه امامیه و قوانین موجود، مالکیت تنها در صورتی پذیرفته می‌شود که به انسان ذی‌قصد و اهلیت‌دار منتسب باشد. این سناریو در کوتاه‌مدت شفافیت نسبی ایجاد می‌کند، اما در بلندمدت، خطر تمرکز منافع، تضییع حقوق توسعه‌دهندگان و تضعیف اقتصاد نوآوری را در پی خواهد داشت. قواعدی مانند «لاضرر» و «احترام مال المسلم» نشان می‌دهد که سناریوی فعلی از منظر عدالت توزیعی و حقوق ذی‌نفعان پایدار نخواهد بود. از منظر اقتصادی و اجتماعی نیز، تداوم وضعیت موجود می‌تواند سرمایه‌گذاری در فناوری‌های بومی را کاهش دهد، استارت‌آپ‌ها را با ناامنی حقوقی مواجه سازد و اعتماد عمومی نسبت به بازار دیجیتال را تضعیف نماید؛ بنابراین، در ارزیابی نهایی، می‌توان گفت که ایران ناچار است به سمت اصلاح قوانین و طراحی مدل‌های ترکیبی حرکت کند؛ مدلی که سهم کاربر، توسعه‌دهنده و سرمایه‌گذار را در کنار هم بپذیرد و ضمن رعایت اصول فقهی، پاسخگوی نیازهای اقتصاد دیجیتال نیز باشد. تنها با چنین اصلاحی است که می‌توان به برقراری توازن میان نوآوری، عدالت اجتماعی و امنیت حقوقی امید داشت.

۸. نتیجه‌گیری و پیشنهادات

مسئله مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی یکی از چالش‌های بنیادین نظام‌های حقوقی معاصر است؛ چالشی که نه تنها ابعاد حقوقی، بلکه پیامدهای اقتصادی، اجتماعی و حتی اخلاقی گسترده‌ای دارد. بررسی حاضر نشان داد که حقوق ایران در این زمینه با خلأ آشکار تقنینی روبه‌روست و قوانین موجود پاسخگوی مسائل نوپدید نیستند. در سطح تطبیقی، رویکردهای گوناگون ایالات‌متحده، اتحادیه اروپا و انگلستان هر یک نقاط قوت و ضعف خاص خود را دارند. آمریکا و اروپا با اصرار بر عنصر خلاقیت انسانی، عملاً آثار هوش مصنوعی را از حمایت محروم کرده‌اند؛ انگلستان با مدل «انتساب به فراهم‌کننده مقدمات» راه‌حلی عمل‌گرایانه ارائه داده، اما عدالت توزیعی را نادیده گرفته است. در ایران نیز سکوت قانون‌گذار، فرصت و تهدیدی هم‌زمان محسوب می‌شود؛ فرصت از آن جهت که می‌توان با بهره‌گیری از تجارب جهانی و مبانی فقهی، مدلی بومی و متوازن تدوین کرد؛ و تهدید از آن جهت که تأخیر در این امر، کشور را از قافله تحولات جهانی عقب نگاه خواهد داشت. مبانی فقه امامیه ظرفیت بالایی برای پاسخ‌گویی به این پدیده دارد. قواعدی همچون سلطنت، «من عمل عملاً»، لاضرر، احترام مال و اتلاف نشان می‌دهند که هرچند هوش مصنوعی شخصیت مستقل ندارد، اما آثار آن می‌تواند به انسان منتسب شود و مورد حمایت قرار گیرد.

این امر بیانگر انعطاف و پویایی فقه در مواجهه با مسائل مستحدثه است. از منظر اجتماعی و اقتصادی نیز، روشن است که بی‌توجهی به مالکیت آثار هوش مصنوعی، امنیت حقوقی و انگیزه سرمایه‌گذاری را تضعیف کرده و در نهایت به زیان اقتصاد خلاق و دانش‌بنیان کشور خواهد بود. در مقابل، اعطای حمایت مطلق نیز می‌تواند به انحصار شرکت‌های بزرگ و تضییع منافع عمومی بینجامد. راه‌حل مطلوب در گرو طراحی مدلی متوازن است که هم به حقوق فردی احترام بگذارد و هم منافع عمومی را تضمین کند. در نهایت، این پژوهش نشان داد که ایران باید هرچه سریع‌تر با تکیه بر مبانی فقهی و استفاده هوشمندانه از تجارب تطبیقی، چارچوبی نوین برای حمایت از آثار هوش مصنوعی تدوین کند. آینده نظام حقوق مالکیت فکری وابسته به آن است که آیا می‌توان میان نوآوری فناورانه، عدالت اجتماعی و اصول حقوقی توازن برقرار کرد یا خیر. به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایرانی اگر این مسیر را با جسارت و دقت طی کند، می‌تواند الگویی بومی و در عین حال کارآمد برای سایر کشورها نیز ارائه دهد.

۱۰. پیشنهادات

تحولات سریع فناوری‌های هوشمند ایجاب می‌کند که قانون‌گذار ایرانی با نگاهی آینده‌نگر و منطبق با مبانی فقهی و اصول عدالت اجتماعی، رویکردی نوین در حوزه مالکیت آثار ناشی از هوش مصنوعی اتخاذ کند. بر این اساس، راهکارهای زیر پیشنهاد می‌شود:

– **اصلاح و بازنگری قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸:** این قانون باید متناسب با تحولات فناوری بازنگری شود. در این بازنگری، فصلی مستقل برای آثار تولیدشده توسط سامانه‌های هوشمند در نظر گرفته شود تا وضعیت اصالت، خلاقیت و مالکیت آثار هوش مصنوعی به‌روشنی تعیین گردد.

– **تعریف مفاهیم کلیدی مرتبط با هوش مصنوعی در قوانین ایران:** ضروری است قانون‌گذار مفاهیمی نظیر «اثر تولیدشده توسط هوش مصنوعی»، «کاربر مولد اثر»، «توسعه‌دهنده سامانه هوشمند» و «سامانه خودکار خلق اثر» را به‌صورت دقیق تعریف کند تا مرز میان خلاقیت انسانی و غیرانسانی مشخص و از برداشت‌های متعارض قضایی جلوگیری شود.

– **انتساب مالکیت به انسان دارای سلطه و نفع اقتصادی مستقیم:** با استناد به اصول فقهی چون قاعده تسلیط و قاعده من له الغنم فعلیه الغرم، مالکیت آثار تولیدشده توسط هوش مصنوعی باید به شخصی نسبت داده شود که از نظر عرفی و اقتصادی بر سامانه هوشمند سلطه و نفع مستقیم دارد. این امر هم با قواعد فقه امامیه سازگار است و هم مانع از ایجاد خلأ مالکیت می‌شود.

– **ایجاد نظام حمایت مشروط و موقت از آثار غیرانسانی:** برای ایجاد تعادل میان منافع عمومی و تشویق نوآوری، می‌توان نظامی طراحی کرد که حمایت از آثار هوش مصنوعی محدود و مشروط باشد؛ به این معنا که حقوق انحصاری برای مدت مشخص به دارنده اثر تعلق گیرد، مشروط بر آن‌که اطلاعات مربوط به الگوریتم و داده‌های آموزشی افشا گردد. این رویکرد از سوءاستفاده انحصاری جلوگیری و شفافیت را تقویت می‌کند.

– **تشکیل کمیته ملی اخلاق و حقوق هوش مصنوعی:** ایجاد نهادی بین دستگاهی زیر نظر وزارت دادگستری و با مشارکت قوه قضاییه، وزارت ارتباطات، معاونت علمی ریاست‌جمهوری و دانشگاه‌ها ضروری است. این کمیته وظیفه تدوین سیاست‌های تقنینی، ارزیابی آثار اخلاقی و بررسی دعاوی مرتبط با مالکیت آثار هوش مصنوعی را بر عهده داشته باشد.

– **توسعه آموزش و پژوهش میان‌رشته‌ای در دانشگاه‌ها:** پیشنهاد می‌شود رشته‌ای مستقل تحت عنوان «حقوق و اخلاق هوش مصنوعی» در مقاطع تحصیلات تکمیلی راه‌اندازی گردد. تربیت متخصصان حقوقی مسلط بر مباحث فناوری، پیش‌شرط شکل‌گیری نظام تقنینی کارآمد در این حوزه است.

– ایجاد رویه قضایی منسجم از طریق آراء وحدت رویه و بخشنامه‌های تخصصی: در کوتاه‌مدت تا زمان تصویب قوانین جدید، دیوان عالی کشور می‌تواند با صدور آراء وحدت رویه یا بخشنامه‌های تخصصی، رویه قضایی یکنواختی در زمینه مالکیت آثار هوش مصنوعی ایجاد کند تا از تشتت آراء محاکم جلوگیری شود.

– تأسیس بانک اطلاعات ملی آثار هوش مصنوعی: به منظور ثبت و ردیابی آثار تولیدشده توسط سامانه‌های هوشمند، پیشنهاد می‌شود بانک اطلاعاتی ملی با همکاری سازمان ثبت اسناد و مالکیت معنوی ایجاد شود. این پایگاه علاوه بر افزایش شفافیت، می‌تواند مرجع رسمی شناسایی مالک اثر در دعاوی حقوقی باشد.

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

منابع

- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق). *المکاسب*. قم: مکتبه الامام امیرالمؤمنین.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲ ق). *وسائل الشیعه* جلد ۱۸. قم: مؤسسه آل البيت.
- حکمت نیا، محمود (۱۳۸۷). *مبانی مالکیت فکری*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- خمینی، روح الله (۱۳۷۹). *تحریر الوسیله*. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۳ ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*. جلد ۲. قم: دارالفکر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). *حقوق مدنی: اموال و مالکیت*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۲). *حقوق مالکیت فکری در ایران*. تهران: میزان.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۰). *القواعد الفقهیه*. جلد ۲. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*. جلد ۲۲. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

References

- Abbott, R. (2020). *The Reasonable Robot: Artificial Intelligence and the Law*. Cambridge University Press.
- Al Ḥurr al ‘Āmilī, M.I.H. (1991 / 1412 AH). *Wasā’il al Shī’a*. Vol. 18. Qom: Al al-Bayt Foundation. (In Arabic)
- Al Shahid Al Sani, Z.I.A. (1992 / 1413 AH). *Al Rawḍah al Bahiyyah fī Sharḥ al Lum’ah al Dimashqiyyah*. Vol. 2. Qom: Dar al Fikr. (In Arabic)
- Ansari, M. (1994 / 1415 AH). *Al Makasib*. Qom: Maktabat al Imam Amir al Mu’minin. (In Arabic)
- Copyright, Designs and Patents Act (CDPA). (1988). UK Parliament.
- European Parliament. (2017). *Report on Civil Law Rules on Robotics*. Brussels.
- European Parliament. (2020). *Artificial Intelligence and Civil Liability*. Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. Brussels, pp. 35-38
- Fisher, W.W. (2001). *Theories of Intellectual Property*. In S.R. Munzer (Ed), *Property*. Cambridge University Press.
- Gervais, D. (2020). The Machine as Author. *Iowa Law Review*, 105(5), 2051–2106.
- Hegel, G.W.F. (2018). *Philosophy of Right*. Oxford University Press.
- Hekmatnia, M. (2008). *Foundations of Intellectual Property*. Tehran: Organization for Publications of the Research Institute for Islamic Culture and Thought. (In Persian)
- Hettinger, E.C. (1989). Justifying Intellectual Property. *Philosophy & Public Affairs*, 18(1), 31–52.
- Kaminski, M.E. (2017). Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law. *UC Davis Law Review*, 51(2), 589-614.

- Katouzian, N. (2007). *Civil Law: Property and Ownership*. Tehran: Enteshar Company. (In Persian)
- Katouzian, N. (2023). *Intellectual Property Law in Iran*. Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)
- Khomeini, R. (2000). *Tahrir al Wasilah*. Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (In Persian)
- Locke, J. (1988). *Two Treatises of Government*. Cambridge University Press.
- Moore, A.D. (2019). Natural Rights and Intellectual Property. *Journal of Applied Philosophy*, 36(1), 71–84.
- Musavi Bojnurdi, S.M. (2001). *Al Qawā'id al Fiqhiyyah*. Vol. 2. Tehran: Markaz Nashr Ulum Islami. (In Arabic)
- Najafi, M.H. (1981). *Jawāhir al Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al Islām*. Vol. 22. Beirut: Dār Ihya' al Turāth al 'Arabī. (In Arabic)
- Samuelson, P. (2023). *Fair use Defenses in Disruptive Technology cases*. *UCLA Law Review*, 71.
- Samuelson, P. (2023). Generative AI Meets Copyright. *Science*, 381(6654), 1175–1177.
- Samuelson, P. (2023). Generative AI Meets Copyright. *Science*, 381(6654), 1175–1177.
- U.S. Copyright Office. (2023). *Copyright Registration Guidance: Works Containing AI-Generated Material*. Washington D.C.
- World Intellectual Property Report (WIPO). (2022). *The Direction of Innovation*. Geneva: World Intellectual Property Organization.

The Legal Nature of Ownership of Works Resulting from Artificial Intelligence

Abstract

The developments in artificial intelligence in recent years have raised fundamental questions in the field of intellectual property. Works produced by intelligent systems have blurred the traditional boundary between "human" and "tool" in the creation of works, and necessitate a rethinking of the principles of originality, creativity, and attribution of ownership. The present study, using an analytical-comparative method, while utilizing philosophical foundations (natural law, personality theory, and utilitarianism) and jurisprudential rules (contracts dependent on the purpose, no harm, and respect for the property of the Muslim), examines the legal framework of Iran and compares it with selected legal systems, including the United States, the European Union, and the United Kingdom. The innovation of the article is that, by combining philosophical-jurisprudential analysis and comparative data, it presents a local model for determining the legal nature of ownership of works resulting from artificial intelligence; a model that, on the one hand, responds to Iran's legislative necessities and, on the other hand, operates in line with international trends and the requirements of the knowledge-based economy. The findings of the research show that in Iranian law, due to the lack of explicit text, attribution of a work to a human as the owner can only be defended through jurisprudential rules and general legal principles; while some Western legal systems have either completely denied such works or have resorted to moderate solutions such as attribution to the user or developer. Accordingly, the main suggestion of the research is that the Iranian legislator, inspired by jurisprudential capacities and comparative experiences, should establish a flexible and fair framework for the ownership of works resulting from artificial intelligence in order to support innovation and investment, and prevent legal disputes and legislative vacuums in the future.

English Keywords: Artificial Intelligence, Intellectual Property, Comparative Law, Imami Jurisprudence, Machine Works.

چالش‌های حقوقی پیش روی استارت‌آپ‌ها در ایران: ثبت تا رشد و توسعه

الناز قدیری^۱، علی سعادت^۲

۱. دانشجوی دکتری مدیریت، گروه مدیریت کسب و کار، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) .. ghadiri@atu.ac.ir

۲. گوه حقوقه، واحد علوم و تحقيقات، دانشگاه آزاد اسلامي، تهران، ايران، ايانامه: alisaadat19351935@gmail.com

اطلاعات مقاله

حکیدہ

نوع مقاله:

اکوسیستم استارت‌آپی ایران طی سال‌های اخیر به‌عنوان یکی از ارکان اصلی توسعه اقتصاد دانش‌بنیان، بشد چشمگیری را تجربه کرده است. با این حال، استارت‌آپ‌ها در مسیر شکل‌گیری، توسعه و بلوغ خود با چالش‌های پیچیده حقوقی مواجه‌اند که می‌تواند روند پایداری و موفقیت آن‌ها را با مخاطره مواجه سازد. این پژوهش با رویکردی تحلیلی - توصیفی به بررسی مهم‌ترین چالش‌های حقوقی پیش‌روی استارت‌آپ‌ها می‌پردازد؛ از جمله انتخاب ساختار حقوقی مناسب، ثبت و حمایت از حقوق مالکیت فکری، تنظیم قراردادهای کلیدی، جذب سرمایه‌گذاران، و رعایت الزامات قانونی مرتبط با حفاظت از داده‌ها و حریم خصوصی. افزون بر این، پژوهش حاضر ضمن ارائه راهکارهای پیشگیرانه و معرفی سازوکارهای حل‌وفصل اختلافات، بر نقش حیاتی مشاوره حقوقی تخصصی از مراحل آغازین تأسیس و ضرورت تدوین قوانین جامع حمایتی از سوی نهادهای قانون‌گذار تأکید دارد و بر اهمیت افزایش آگاهی حقوقی در تقویت زیست‌بوم استارت‌آپی کشور را برجسته می‌سازد.

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۲۷

تاریخ یازنگری: ۱۴۰۴/۰۷/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۲۳

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۷/۲۳

کلیدواژه‌ها: استارت‌آپ، حقوق استارت‌آپ، مالکیت فکری، جذب سرمایه، قوانین ایران.

استناد: قدیری، الناز و سادات، علی (۱۴۰۴). چالش‌های حقوقی پیش روی استارت‌آپ‌ها در ایران: از ثبت تا رشد و توسعه. حقوق کسب و کار و سرمایه‌گذاری، (۱۱)، ۱۹۱-۲۰۳.

<http://doi.org/00000000000000000000000000000000>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامي.

مقدمه

ظهور اقتصاد دانش‌بنیان و توسعه فناوری‌های نوین، به شکل‌گیری پدیده‌ای جهانی به نام "استارت‌آپ" انجامیده است. این کسب‌وکارهای نوپا، با محوریت نوآوری و رشد سریع، نقش پررنگی در تولید ثروت، اشتغال‌زایی و تحول صنایع ایفا می‌کنند.

جمهوری اسلامی ایران نیز از این موج جهانی بی‌نصیب نمانده و در دهه اخیر شاهد رونق چشمگیر اکوسیستم استارت‌آپی خود بوده است. از شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات آنلاین گرفته تا پلتفرم‌های تجارت الکترونیک، استارت‌آپ‌ها به سرعت در حال تغییر چهره اقتصاد و فرهنگ جامعه ایرانی هستند.

با وجود پتانسیل‌های فراوان، مسیر رشد استارت‌آپ‌ها در ایران با چالش‌های متعددی همراه است. در کنار مسائل مالی، مدیریتی و بازاریابی، پیچیدگی‌های حقوقی یکی از مهم‌ترین موانعی است که اغلب بنیان‌گذاران جوان و کم‌تجربه از آن غافل می‌مانند. عدم آشنایی کافی با قوانین و مقررات مرتبط، می‌تواند استارت‌آپ‌ها را از همان مراحل اولیه ثبت و شکل‌گیری تا دوران رشد، توسعه و جذب سرمایه، با ریسک‌های حقوقی جدی مواجه سازد. این ریسک‌ها می‌توانند شامل اختلافات داخلی میان بنیان‌گذاران، دعاوی مربوط به مالکیت فکری، مشکلات ناشی از قراردادهای ناقص، مسائل مرتبط با حریم خصوصی داده‌ها و موانع قانونی در جذب سرمایه باشند.

این مقاله با هدف ارائه یک تحلیل جامع و کاربردی از چالش‌های حقوقی پیش روی استارت‌آپ‌ها در ایران، از زمان تأسیس تا مرحله بلوغ^۱، نگاشته شده است. تلاش می‌شود تا با ارجاع به مواد قانونی مربوطه، ارائه تحلیل‌های حقوقی و توصیه‌های عملی، راهنمایی برای فعالان اکوسیستم استارت‌آپی باشد. ساختار مقاله به گونه‌ای طراحی شده که مراحل اصلی حیات یک استارت‌آپ را پوشش داده و چالش‌های حقوقی مرتبط با هر مرحله را با جزئیات بررسی کند.

۱. گام‌های اولیه: انتخاب ساختار حقوقی و فرآیند ثبت

نخستین تصمیم استراتژیک و حقوقی برای هر گروهی از بنیان‌گذاران، انتخاب ساختار حقوقی مناسب برای استارت‌آپ خود است. این انتخاب که اغلب با کمترین توجه صورت می‌گیرد، پیامدهای گسترده‌ای بر مسئولیت بنیان‌گذاران، نحوه مدیریت، امکان جذب سرمایه و حتی ساختار مالیاتی شرکت خواهد داشت. در نظام حقوقی ایران، متداول‌ترین اشکال شرکت‌های تجاری که می‌توانند مورد استفاده استارت‌آپ‌ها قرار گیرند، شرکت‌های سهامی خاص و شرکت‌های با مسئولیت محدود هستند (سوداگری، ۱۴۰۴: ۲). پژوهش‌ها نشان داده‌اند که انتخاب ساختار نامناسب، یکی از چالش‌های اساسی حقوقی در مراحل اولیه شکل‌گیری استارت‌آپ‌های ایرانی است.

شرکت سهامی خاص طبق ماده ۲ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، شرکتی است که کل سرمایه آن در زمان تأسیس فقط توسط مؤسسين تأمین شده و سهام آن قابلیت معامله در بورس اوراق بهادار را ندارد. این نوع شرکت به دلیل ویژگی‌های خاص خود، به‌ویژه در میان استارت‌آپ‌ها، گزینه‌ای محبوب محسوب می‌شود (ریس، ۲۰۱۱: ۴۲-۴۵). یکی از ویژگی‌های برجسته شرکت سهامی خاص، مسئولیت محدود سهامداران است؛ یعنی مسئولیت هر سهامدار تنها به میزان سرمایه‌ای است که در اختیار دارد و در صورت بروز مشکلات مالی،

1. MVP (Minimum Viable Product)

2. Ries

طلبکاران نمی‌توانند از دارایی‌های شخصی سهامداران فراتر بروند (ماده ۱ لایحه اصلاحی). این موضوع ریسک شخصی بنیان‌گذاران را به‌طور قابل‌توجهی کاهش می‌دهد. همچنین، نقل و انتقال سهام در این شرکت‌ها نسبت به شرکت‌های با مسئولیت محدود ساده‌تر است؛ هرچند سهام شرکت‌های سهامی خاص قابل معامله در بورس نیست، اما فرآیند انتقال سهام با ثبت در دفاتر شرکت انجام می‌شود و الزامات کمتری نسبت به شرکت‌های با مسئولیت محدود دارد که این امر به جذب سرمایه‌گذاران جدید کمک می‌کند (ریس^۱، ۲۰۱۱: ۴۲-۴۵). علاوه بر این، شرکت‌های سهامی خاص قابلیت انتشار انواع مختلف سهام با حقوق متفاوت (مانند سهام ممتاز) را دارند که می‌تواند در جذب سرمایه‌گذاران استراتژیک مؤثر باشد. اعتبار حقوقی این شرکت‌ها به دلیل ساختار شفاف‌تر، وجود هیئت‌مدیره و بازرس و امکان نظارت بیشتر، نزد مؤسسات مالی و سرمایه‌گذاران نهادی بالا است که به دریافت تسهیلات بانکی و جذب سرمایه‌گذاری‌های بزرگ کمک می‌کند (اماره، ۱۳۹۹: ۶-۷).

در مقابل، شرکت با مسئولیت محدود طبق ماده ۹۴ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ شرکتی است که برای امور تجاری میان دو یا چند نفر تشکیل می‌شود و شرکا مسئولیت خود را تنها تا میزان سرمایه‌ای که در شرکت گذاشته‌اند دارند، بدون اینکه سرمایه به سهام تقسیم شود. مسئولیت شرکا در این شرکت نیز محدود به سهم‌الشرکه آن‌ها است و دارایی‌های شخصی آن‌ها در معرض خطر نیست (سامع، ۱۴۰۳: ۵-۷). این شرکت معمولاً با حداقل دو نفر تأسیس شده و برای استارت‌آپ‌های کوچک مناسب است. مزیت اصلی شرکت با مسئولیت محدود، فرآیند ساده‌تر و کم‌هزینه‌تر ثبت و اداره آن نسبت به شرکت سهامی خاص است و تشریفات تشکیل مجامع عمومی و گزارش‌های مالی کمتری دارد؛ اما نقل و انتقال سهم‌الشرکه در این شرکت دشوارتر است و طبق ماده ۱۰۲ قانون تجارت، فقط با رضایت سه‌چهارم سرمایه و اکثریت عددی شرکا امکان‌پذیر است که این موضوع جذب سرمایه و ورود سرمایه‌گذاران جدید را با مشکل مواجه می‌کند (سامع، ۱۴۰۳: ۵-۷).

پس از انتخاب ساختار حقوقی، فرآیند ثبت شرکت در اداره ثبت شرکت‌ها آغاز می‌شود که شامل تکمیل مدارک، تدوین اساسنامه (برای شرکت سهامی خاص) یا شرکت‌نامه (برای شرکت با مسئولیت محدود) و پرداخت هزینه‌های مربوط است. اساسنامه و شرکت‌نامه به‌منزله قانون داخلی شرکت هستند و باید با دقت تدوین شوند؛ موارد مهم در آن‌ها شامل موضوع فعالیت دقیق، میزان سرمایه، نحوه تقسیم سود و زیان، شیوه تصمیم‌گیری در هیئت‌مدیره و مجامع، انتخاب اعضای هیئت‌مدیره و مکانیزم‌های حل اختلاف داخلی است. عدم دقت در این اسناد می‌تواند منشأ اختلافات جدی در آینده باشد و حتی روند ثبت را مختل کند (اماره، ۱۳۹۹: ۴-۵).

انتخاب نام شرکت نیز باید منحصربه‌فرد و متناسب با موضوع فعالیت باشد. حفاظت از برند تجاری^۲ از اهمیت بالایی برخوردار است و نام، لوگو و شعار تجاری باید به‌عنوان علامت تجاری در اداره کل مالکیت صنعتی ثبت شود. بر اساس ماده ۱ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶، علامت تجاری نشانی است که کالاها یا خدمات را از یکدیگر متمایز می‌کند و ثبت آن حق انحصاری استفاده را برای ۱۰ سال (قابل تمدید) به شرکت می‌دهد و از سوءاستفاده رقبا جلوگیری می‌کند (ماده ۴۰ قانون مذکور، سوداگری، ۱۴۰۴: ۱۰-۱۱).

1. Ries

2. Trade Mark

جدول ۱: مقایسه شرکت سهامی خاص و شرکت با مسئولیت محدود

ویژگی	شرکت سهامی خاص	شرکت با مسئولیت محدود
مستند قانونی	لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت، مصوب ۱۳۴۷	قانون تجارت، مصوب ۱۳۱۱
تعداد حداقل شرکا/ سهامدار	۳ نفر	۲ نفر
حداقل سرمایه	۱,۰۰۰,۰۰۰ ریال (۳۵٪ نقداً پرداخت شده)	۱۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال (کل سرمایه نقداً پرداخت شده)
مسئولیت شرکا	محدود به مبلغ اسمی سهام	محدود به سهم الشرکه
نقل و انتقال سهام/ سهم الشرکه	نسبتاً آسان‌تر (بدون نیاز به رضایت سایر سهامداران در اغلب موارد)	نیاز به رضایت سه‌چهارم شرکا و اکثریت عددی (ماده ۱۰۲ قانون تجارت)
مدارک تأسیس	اساسنامه، اظهارنامه، صورت‌جلسه مجمع عمومی مؤسس	شرکت‌نامه، اساسنامه (اختیاری)
اعتبار برای جذب سرمایه	بالتر	پایین‌تر
مدیریت	هیئت‌مدیره (انتخابی سهامداران)	مدیران (انتخابی شرکا)
نظارت	بازرس (اجباری)	فاقد بازرس (مگر در اساسنامه پیش‌بینی شود)

۲. مالکیت فکری: صیانت از نوآوری و دارایی‌های نامشهود

در اقتصاد دانش‌بنیان، دارایی‌های نامشهود^۱ نظیر ایده‌ها، نوآوری‌ها، نرم‌افزارها و برندها، اغلب ارزشمندتر از دارایی‌های مادی هستند. حفاظت از مالکیت فکری^۲ برای استارت‌آپ‌ها، حیاتی‌ترین گام در صیانت از مزیت رقابتی و ارزش‌آفرینی آنهاست. نادیده گرفتن این بخش می‌تواند منجر به سرقت نوآوری توسط رقبا و از دست رفتن سهم بازار شود. در حقیقت، ضعف در حفاظت از مالکیت فکری یکی از بزرگ‌ترین خطرات حقوقی برای استارت‌آپ‌های ایرانی محسوب می‌شود (سوداگری، ۶-۷: ۱۴۰۰).

ثبت اختراع و طرح صنعتی از جمله ابزارهای مهم حفاظت از دارایی‌های فکری استارت‌آپ‌ها محسوب می‌شوند. اختراع، بر اساس ماده ۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، به معنای نتیجه فکری فرد یا گروهی است که برای اولین بار فرآیند یا محصولی نوآورانه و دارای کاربرد صنعتی ارائه می‌دهد و مشکلی را در حوزه‌ای

1. Intangible Assets
2. Intellectual Property - IP

تخصصی حل می‌کند. شرط اصلی ثبت اختراع، «جدید بودن» و «ابتکاری بودن» آن است و مالک آن از حق انحصاری تولید، استفاده، عرضه، فروش و واردات محصول یا فرآیند به مدت ۲۰ سال بهره‌مند می‌شود (ماده ۱۶ قانون مذکور). این حق انحصاری به استارت‌آپ‌ها امکان می‌دهد تا سرمایه‌گذاری خود در تحقیق و توسعه را محافظت و در بازار رقابت کنند (World Intellectual Property Organization [WIPO], 2011:43-45).

از سوی دیگر، طرح صنعتی به زیبایی و جذابیت ظاهری محصولات مرتبط است و طبق ماده ۲۰ قانون مذکور، شامل ترکیب خطوط، رنگ‌ها یا اشکال سه‌بعدی است که به بهبود ظاهر فرآورده صنعتی یا محصول صنایع دستی کمک می‌کند و باید دارای تازگی و اصالت باشد. برای مثال، طراحی منحصر به فرد بدنه دستگاه‌های الکترونیکی یا بسته‌بندی خاص محصولات می‌تواند تحت حمایت طرح صنعتی قرار گیرد که حق انحصاری استفاده از آن برای ۵ سال با امکان تمدید تا ۱۵ سال اعطا می‌شود (فراید و هانسون^۱، ۲۰۱۳: ۱۲-۱۴).

در حوزه نرم‌افزار و محتوای دیجیتال، استارت‌آپ‌ها اغلب به تولید نرم‌افزار، اپلیکیشن و وبسایت می‌پردازند که تحت حمایت قانون حمایت حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹ و قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ قرار دارند. برخلاف ثبت اختراع که نیازمند ثبت رسمی است، کپی‌رایت با خلق اثر ایجاد می‌شود و ثبت رسمی الزامی نیست، اما ثبت نرم‌افزار در شورای عالی انفورماتیک به‌عنوان مستند رسمی برای اثبات مالکیت و تاریخ خلق اثر، در صورت بروز اختلافات حقوقی، اهمیت بالایی دارد (اماره، ۱۳۹۹: ۶-۷).

علاوه بر این، بسیاری از دارایی‌های نامشهود استارت‌آپ‌ها مانند الگوریتم‌های اختصاصی، لیست مشتریان، استراتژی‌های بازاریابی، فرمول‌ها و فرآیندهای تولید، تحت عنوان اسرار تجاری^۲ یا دانش فنی^۳ شناخته می‌شوند که ممکن است قابلیت ثبت اختراع یا کپی‌رایت نداشته باشند یا ثبت رسمی آن‌ها منجر به افشای عمومی و از دست رفتن مزیت رقابتی شود. حفاظت از این دارایی‌ها عمدتاً از طریق قراردادهای محرمانگی (NDA) و اقدامات امنیتی داخلی شرکت انجام می‌شود. قراردادهای عدم افشای اطلاعات باید به‌طور دقیق تعریف کنند که کدام اطلاعات محرمانه محسوب می‌شوند، مدت‌زمان تعهد محرمانگی چقدر است و در صورت نقض چه پیامدهایی در پی دارد. نقض این قراردادها می‌تواند مسئولیت مدنی و الزام به جبران خسارت ایجاد کند (مطیعی، ۱۴۰۰: ۵-۶). همچنین، قراردادهای عدم رقابت^۴ که معمولاً با کارمندان کلیدی یا بنیان‌گذاران منعقد می‌شوند، افراد را در محدوده زمانی و جغرافیایی مشخص از فعالیت در کسب‌وکارهای رقیب منع می‌کنند؛ این قراردادها باید به‌گونه‌ای تنظیم شوند که محدودیت‌های منصفانه‌ای اعمال کنند و از لحاظ حقوقی نیز قابل قبول باشند (سوداگری، ۱۴۰۴: ۷-۸).

جدول ۲: مقایسه حمایت‌های حقوقی از انواع مالکیت فکری در ایران

نوع مالکیت فکری	مدت اعتبار	مستند قانونی	مزایا
اختراع	۲۰ سال	قانون ثبت اختراعات ۱۳۸۶، ماده ۱۶	حق انحصاری تولید، عرضه و فروش
طرح صنعتی	۵ سال (قابل تمدید تا ۱۵ سال)	قانون ثبت اختراعات ۱۳۸۶، ماده ۲۸	حفاظت از طراحی و ظاهر محصول

1. Fried & Hansson

2. Trade Secrets

3. Know-How

4. Non-Compete Agreement

علامت تجاری	۱۰ سال (قابل تمدید)	قانون ثبت اختراعات، ۱۳۸۶، ماده ۴۰	حمایت از برند و جلوگیری از تقلید
کپی‌رایت نرم‌افزار	۵۰ سال پس از مرگ پدیدآورنده	قانون مؤلفان ۱۳۴۸ و قانون نرم‌افزار ۱۳۷۹	حمایت از آثار ادبی، هنری و نرم‌افزاری

۳. قراردادهای و تنظیم روابط حقوقی: شریان حیاتی استارت‌آپ

یک استارت‌آپ موفق، بر پایه مجموعه‌ای از روابط حقوقی شفاف و مستحکم بنا می‌شود. تنظیم دقیق و حقوقی قراردادهای با تمامی ذی‌نفعان، از بنیان‌گذاران گرفته تا کارمندان، مشتریان و سرمایه‌گذاران، از بروز اختلافات و دعاوی پرهزینه در آینده جلوگیری می‌کند. کیفیت و شفافیت قراردادهای، میزان ریسک حقوقی استارت‌آپ را به شدت کاهش می‌دهد (مطیعی، ۱۴۰۰: ۷-۶).

یکی از اسناد حیاتی در مراحل ابتدایی راه‌اندازی استارت‌آپ‌ها، قرارداد میان بنیان‌گذاران^۱ است که ضرورت دارد پیش از ثبت رسمی شرکت یا هم‌زمان با آن منعقد شود. این قرارداد که در ادبیات کارآفرینی به‌عنوان "سند ازدواج استارت‌آپ" شناخته می‌شود، با هدف شفاف‌سازی روابط، مسئولیت‌ها، انتظارات متقابل و سازوکارهای تصمیم‌گیری میان بنیان‌گذاران تنظیم می‌گردد و نقش مؤثری در پیشگیری از بروز اختلافات آتی ایفا می‌کند. مفاد کلیدی این قرارداد شامل تعیین سهم‌الشرکه یا درصد مالکیت هر یک از بنیان‌گذاران، نحوه تخصیص سهام (به‌صورت یکجا یا تدریجی) و ارزش‌گذاری اولیه سهام می‌شود. همچنین شرح دقیق وظایف، نقش‌ها و مسئولیت‌های هر بنیان‌گذار (از جمله مسئولیت‌های فنی، مالی، بازاریابی و مدیریتی)، میزان تعهد زمانی (تمام‌وقت یا پاره‌وقت)، سازوکار اتخاذ تصمیمات کلیدی در هیئت‌مدیره یا مجامع (اعم از اجماع، اکثریت ساده یا خاص) و همچنین پیش‌بینی سازوکارهای حل اختلاف مانند داوری داخلی یا میانجی‌گری از جمله موارد ضروری در این قرارداد است. از مهم‌ترین بخش‌های قرارداد، پیش‌بینی شرایط خروج^۲ یکی از بنیان‌گذاران و تعیین نحوه اعطای تدریجی^۳ سهام در طول یک دوره زمانی مشخص (مثلاً چهار سال) با هدف تضمین تعهد افراد به استارت‌آپ است. بر این اساس، در صورت ترک زودهنگام، سهام تخصیص نیافته به وی بازگردانده می‌شود. همچنین بندهای خرید سهام فرد^۴ خارج‌شده، توسط سایر بنیان‌گذاران یا شرکت، باید با فرمول مشخصی تعیین شوند تا از بروز مشکلات در ارزش‌گذاری و جذب سرمایه جلوگیری شود (واسرمن^۵، ۲۰۱۲: ۸۵-۹۰).

با گسترش تیم، تنظیم قراردادهای استخدامی و محرمانگی مطابق با قانون کار جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۶۹) و قانون تأمین اجتماعی (مصوب ۱۳۵۴) ضروری است. رعایت نکردن این قوانین می‌تواند منجر به بروز دعاوی کارگری، جرائم بیمه‌ای و تحمیل خسارات مالی قابل‌توجه به شرکت گردد (اماره، ۲۰۲۰: ۷-۸). قراردادهای استخدامی باید شامل عنوان شغلی، شرح وظایف، مدت قرارداد (موقت یا دائم)، میزان حقوق و مزایا، ساعات کار، مرخصی‌ها و شرایط فسخ مطابق با الزامات قانونی باشند. افزون بر آن، انعقاد قرارداد عدم افشای اطلاعات^۶ با تمامی کارکنانی که به اطلاعات حساس (مالی، فنی یا مربوط به مشتریان) دسترسی دارند، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

1. Founders' Agreement

2. Buy-Out

3. Vesting Clauses

4. Buy-Out Clauses

5. Wasserman

6. Non-Disclosure Agreement - NDA

این قرارداد باید به‌روشنی نوع اطلاعات محرمانه و اقدامات لازم در صورت افشای آن‌ها را مشخص سازد. همچنین، برای مدیران ارشد و کارکنان کلیدی، قرارداد عدم رقابت^۱ با در نظر گرفتن محدودیت‌های معقول زمانی و مکانی که مغایر با رویه قضایی نباشد، قابل توصیه است تا از فعالیت رقابتی مستقیم آن‌ها پس از خروج از شرکت جلوگیری شود (سوداگری، ۹-۸: ۱۴۰۴).

در خصوص قرارداد با مشتریان و کاربران، استارت‌آپ‌هایی که خدمات آنلاین ارائه می‌دهند (به‌ویژه پلتفرم‌ها)، ملزم به تدوین و انتشار عمومی "شرایط و ضوابط استفاده از خدمات"^۲ و "سیاست حفظ حریم خصوصی"^۳ در وب‌سایت یا اپلیکیشن خود هستند. این اسناد در حکم قراردادهای الکترونیکی میان شرکت و کاربران تلقی می‌گردند و در صورت بروز اختلاف، مرجع حل و فصل خواهند بود (مطیعی، ۹-۸: ۱۴۰۰). شرایط و ضوابط باید شامل حقوق و تعهدات کاربران، نحوه ارائه خدمات، محدودیت‌های استفاده (نظیر ممنوعیت کاربرد برای اهداف غیرقانونی)، سازوکارهای پرداخت و بازگشت وجه و شیوه حل اختلاف (نظیر شرط داوری) باشد. در سیاست حفظ حریم خصوصی نیز لازم است به‌صراحت نوع اطلاعات جمع‌آوری‌شده (مانند نام، ایمیل، موقعیت مکانی)، نحوه استفاده از اطلاعات (برای ارتقای خدمات یا بازاریابی)، اشخاص ثالثی که اطلاعات با آن‌ها به اشتراک گذاشته می‌شود (مانند شرکای تجاری یا سامانه‌های تحلیلی) و تدابیر حفاظتی اتخاذشده اشاره شود تا با اصول کلی قوانین مربوط به حفاظت از داده‌ها مطابقت داشته باشد (مطیعی، ۹-۸: ۱۴۰۰).

در نهایت، تنظیم قراردادهای همکاری با تأمین‌کنندگان و شرکای تجاری نیز ضرورت دارد. هرگونه تعامل با اشخاص ثالث نظیر تأمین‌کنندگان مواد اولیه، خدمات نرم‌افزاری، درگاه‌های پرداخت یا سرویس‌های ابری باید بر اساس قراردادهای شفاف و دقیق صورت گیرد. این قراردادها باید شامل مشخصات فنی خدمات یا کالا، قیمت، زمان تحویل، شرایط پرداخت، تعهدات محرمانگی، ضمانت‌ها و شیوه حل اختلاف باشند. فقدان شفافیت در این اسناد می‌تواند منجر به بروز اختلافات جدی و آسیب به عملیات اجرایی و اعتبار استارت‌آپ گردد (سوداگری، ۹-۱۰: ۱۴۰۴).

۴. جذب سرمایه و پیچیدگی‌های حقوقی آن

جذب سرمایه، نقطه عطف و عامل تسریع‌کننده رشد بسیاری از استارت‌آپ‌هاست. با این حال، این فرآیند با پیچیدگی‌های حقوقی فراوانی همراه است که عدم مدیریت صحیح آن‌ها می‌تواند به از دست دادن کنترل شرکت، رقیق شدن سهام بنیان‌گذاران، یا حتی شکست کامل استارت‌آپ منجر شود (واسرمن، ۲۰۱۲: ۱۰۲-۱۰۶).

بنیان‌گذاران استارت‌آپ‌ها باید با اصطلاحات رایج در حوزه سرمایه‌گذاری خطرپذیر آشنا باشند تا بتوانند در مذاکرات با سرمایه‌گذاران، منافع خود و شرکت را به‌درستی حفظ کنند. یکی از اسناد ابتدایی و غیرالزام‌آور در این زمینه، برگه شرایط^۴ است که شرایط اصلی سرمایه‌گذاری، از جمله ارزش‌گذاری، مبلغ سرمایه و حقوق و تعهدات طرفین را در مرحله اولیه مشخص می‌کند و مبنای تنظیم قراردادهای نهایی قرار می‌گیرد. ارزش‌گذاری^۵ فرآیندی است که طی آن ارزش پولی استارت‌آپ تعیین می‌شود و معمولاً شامل تحلیل‌های مالی، بازار و پتانسیل رشد شرکت

1. Non-Compete Agreement
2. Terms & Conditions
3. Privacy Policy
4. Term Sheet
5. Valuation

است، هرچند که این فرآیند می‌تواند پیچیده و محل اختلاف باشد. در مقابل، سهام^۱ نمایانگر درصدی از مالکیت شرکت است که در ازای سرمایه به سرمایه‌گذار واگذار می‌شود و میزان آن به‌طور مستقیم به ارزش‌گذاری و مبلغ سرمایه‌گذاری وابسته است. علاوه بر آن، استفاده از اوراق قرضه قابل تبدیل^۲ به‌عنوان ابزار بدهی که در آینده و تحت شرایط خاص (معمولاً در دوره‌های بعدی جذب سرمایه) به سهام تبدیل می‌شود، در مراحل اولیه که ارزش‌گذاری دشوار است، متداول است. پیش از انجام سرمایه‌گذاری، فرآیند بررسی موشکافانه^۳ توسط سرمایه‌گذار انجام می‌شود که طی آن تمامی جنبه‌های حقوقی، مالی، عملیاتی، فنی و تجاری استارت‌آپ به‌دقت مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و استارت‌آپ ملزم به ارائه اسناد، قراردادهای و اطلاعات شفاف و سازمان‌یافته است (اماره، ۱۸-۱۵: ۱۳۹۹).

در مرحله جذب سرمایه، قراردادهای کلیدی شامل موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری^۴ است که جزئیات سرمایه‌گذاری نظیر مبلغ، میزان سهام واگذار شده، شرایط پرداخت و تعهدات پیش^۵ و پس از قرارداد^۶ را تعیین می‌کند. همچنین، موافقت‌نامه سهامداری^۷: که حقوق و تعهدات همه سهامداران (بنیان‌گذاران و سرمایه‌گذاران) را تعیین می‌کند و معمولاً جامع‌تر از اساسنامه است، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. این توافق‌نامه باید مواردی از قبیل حفاظت از حقوق اقلیت در مقابل تصمیمات خودسرانه اکثریت، حق وتوی سرمایه‌گذار بر تصمیمات کلیدی شرکت (مانند تغییر ساختار، دریافت وام‌های سنگین یا فروش دارایی‌های اصلی)، بندهای ضد رقیق شدن سهام^۸ (که مانع کاهش بیش از حد سهم سرمایه‌گذار در دوره‌های بعدی جذب سرمایه می‌شود)، اولویت سرمایه‌گذار در بازپرداخت سرمایه خود هنگام انحلال یا ورشکستگی شرکت و همچنین استراتژی‌های خروج^۹ سرمایه‌گذار (مانند فروش سهام به شرکت دیگر یا عرضه اولیه عمومی) را در برگیرد (گومپرز و لرنر^{۱۰}، ۲۰۲۳: ۵۵-۶۰). علاوه بر این، مفاهیم حقوقی مانند حق هم‌گامی^{۱۱} و حق کشیدن^{۱۲} از جمله ابزارهای محافظتی برای سهامداران اقلیت و اکثریت هستند که به ترتیب امکان همراهی در فروش سهام و مجبور کردن اقلیت به فروش سهام به همراه اکثریت را فراهم می‌آورند.

از چالش‌های مهم حقوقی در این حوزه، تعیین ارزش‌گذاری عادلانه استارت‌آپ به‌ویژه در مراحل اولیه است که معمولاً موجب اختلاف بین بنیان‌گذاران و سرمایه‌گذاران می‌شود. ارزش‌گذاری ناصحیح ممکن است منجر به کاهش مالکیت بنیان‌گذاران و افت انگیزه آن‌ها گردد. همچنین، فرآیند واگذاری سهام و تنظیم دقیق حقوق و تکالیف سهامداران جدید باید با رعایت قوانین شرکت‌های سهامی خاص و انجام صحیح ثبت تغییرات در اداره ثبت شرکت‌ها همراه باشد. هرگونه خطا در این فرآیند، از جمله ثبت ناقص سهامداران یا عدم رعایت تشریفات قانونی، می‌تواند منجر به بروز دعاوی حقوقی پیچیده در آینده شود (اماره، ۱۳۹۹: ۱۹-۲۲).

۵. حریم خصوصی، داده‌ها و مقررات خاص (مسئولیت‌های استارت‌آپ‌ها)

1. Equity
2. Convertible Note
3. Due Diligence
4. Investment Agreement
5. Conditions Precedent
6. Conditions Subsequent
7. Shareholders' Agreement
8. Anti-dilution Provisions
9. Exit Strategy
10. Gompers & Lerner
11. Tag-Along Right
12. Drag-Along Right

در دنیای امروز که داده‌ها به‌منزله نفت جدید شناخته می‌شوند، استارت‌آپ‌ها به‌عنوان جمع‌آوری‌کنندگان و پردازش‌کنندگان اطلاعات کاربران، با مسئولیت‌های حقوقی سنگینی در قبال حریم خصوصی و امنیت داده‌ها مواجه هستند. نقض این مقررات می‌تواند منجر به از دست دادن اعتماد مشتریان، جریمه‌های سنگین و آسیب به اعتبار برند شود.

در ایران، هرچند قانون جامع و واحدی مشابه مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها^۱ در اروپا وجود ندارد، اما اصول کلی حفظ حریم خصوصی در قوانین مختلفی از جمله قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ و قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ مورد تأکید قرار گرفته است. به‌عنوان نمونه، ماده ۵۸ قانون تجارت الکترونیکی بر لزوم رعایت حریم خصوصی افراد در مبادلات الکترونیکی تأکید دارد و جمع‌آوری اطلاعات هویتی و تراکشی را منوط به رضایت طرف مقابل می‌داند (کیسان و هیز، ۲۰۲۲: ۱۱۲-۱۱۵). همچنین، ماده ۶۷ قانون جرائم رایانه‌ای، دسترسی غیرمجاز به اطلاعات محرمانه را جرم‌انگاری کرده است؛ بنابراین، استارت‌آپ‌ها باید ضمن شفاف‌سازی در مورد نوع داده‌های جمع‌آوری شده، اهداف این جمع‌آوری، نحوه استفاده و اشتراک‌گذاری آن‌ها با اشخاص ثالث، این موارد را در قالب «سیاست حفظ حریم خصوصی» و «شرایط و ضوابط استفاده» به کاربران ارائه دهند. علاوه بر این، اخذ رضایت صریح و آگاهانه کاربران برای جمع‌آوری و پردازش اطلاعات شخصی، به‌صورت قابل استناد (مانند کلیک بر روی دکمه «قبول می‌کنم»)، الزامی است. همچنین، استارت‌آپ‌ها باید اقدامات فنی و سازمانی لازم برای حفظ امنیت داده‌ها در برابر دسترسی‌های غیرمجاز، سوءاستفاده یا نشت اطلاعات را به کار گیرند؛ اقداماتی که شامل رمزنگاری، کنترل دسترسی و به‌روزرسانی‌های امنیتی منظم است. هرگونه نشت اطلاعات طبق مواد ۶۷ و ۷۳ قانون جرائم رایانه‌ای می‌تواند مسئولیت کیفری و مدنی برای مدیران به دنبال داشته باشد (محبقی ۲۰۲۳: ۴۵-۴۸).

از سوی دیگر، استارت‌آپ‌هایی که پلتفرم‌های آنلاین مانند شبکه‌های اجتماعی، فروشگاه‌های اینترنتی یا سرویس‌های محتوایی را مدیریت می‌کنند، با چالش مسئولیت محتوای تولیدشده توسط کاربران مواجه‌اند. قانون جرائم رایانه‌ای مسئولیت انتشار محتوای مجرمانه را عمدتاً متوجه خود کاربران می‌داند، اما در صورت «اغماض» یا «عدم همکاری» پلتفرم‌ها در حذف یا شناسایی این محتوا، آن‌ها نیز مشمول پیگرد قانونی خواهند شد (ماده ۲۱ قانون جرائم رایانه‌ای). با توجه به تغییرات سریع فضای مجازی، استارت‌آپ‌ها موظف به هماهنگی مداوم با آخرین مصوبات شورای عالی فضای مجازی، کمیته تعیین مصادیق محتوای مجرمانه و مقررات مربوط به پیام‌رسان‌های اجتماعی هستند؛ چرا که عدم رعایت این مقررات می‌تواند منجر به فیلترینگ، مسدودسازی یا حتی تعطیلی سرویس گردد (پیشناماز و رکنی، ۲۰۲۳: ۷۳-۷۸).

علاوه بر این، برخی استارت‌آپ‌ها در حوزه‌هایی فعالیت دارند که مستلزم رعایت مقررات خاص و اخذ مجوزهای ویژه هستند. در حوزه فین‌تک^۲، استارت‌آپ‌های فعال در خدمات مالی و پرداخت‌های الکترونیکی باید از قوانین بانک مرکزی، شورای عالی بورس و سازمان بورس و اوراق بهادار و مقررات حمایت از مصرف‌کننده پیروی نمایند. در حوزه سلامت الکترونیک^۳، پلتفرم‌های مشاوره پزشکی آنلاین، پرونده‌های الکترونیک سلامت و اپلیکیشن‌های حوزه سلامت نیازمند مجوز از وزارت بهداشت و رعایت دقیق اصول محرمانگی اطلاعات بیماران مطابق با استانداردهای جهانی هستند. همچنین، استارت‌آپ‌های فعال در حوزه حمل‌ونقل آنلاین موظف‌اند با مقررات شهرداری‌ها، وزارت راه و شهرسازی و سازمان راهداری و حمل‌ونقل جاده‌ای و قوانین مربوط به ایمنی و بیمه تطابق کامل داشته باشند (پیشناماز و رکنی، ۲۰۲۳: ۷۳-۷۸).

۶. حل و فصل اختلافات و توصیه‌های کلیدی

1. GDPR General Data Protection Regulation
2. Kesan & Hayes
3. Pishnamaz & Rokni
4. FinTech
5. E-Health

حتی با بهترین برنامه‌ریزی حقوقی، بروز اختلافات در مسیر یک استارت‌آپ اجتناب‌ناپذیر است. نحوه مدیریت و حل و فصل این اختلافات می‌تواند تأثیر مستقیمی بر بقا و موفقیت استارت‌آپ داشته باشد. رویکرد پیشگیرانه و استفاده از مکانیزم‌های مناسب، می‌تواند به حفظ منابع و زمان استارت‌آپ کمک کند.

در بسیاری از قراردادها، درج شرط داوری به‌عنوان مکانیزم اولیه حل اختلاف توصیه می‌شود؛ داوری روشی غیر قضایی است که طرفین اختلاف خود را به داور یا مرجع داوری مانند مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران ارجاع می‌دهند که معمولاً سریع‌تر، کم‌هزینه‌تر و تخصصی‌تر از دادرسی دادگستری است و رأی داور لازم‌الاجرا و قابلیت اجرا از طریق دادگاه را دارد (مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹؛ کمالی چیرانی و همایونفر، ۱۴۰۲). همچنین میانجیگری^۱ به‌عنوان روشی جایگزین، شامل حضور شخص ثالث بی‌طرف است که به طرفین کمک می‌کند راه‌حلی توافقی یافته و مصالحه کنند؛ این روش که در حفظ روابط بلندمدت تجاری و بین بنیان‌گذاران بسیار مؤثر است، برخلاف داوری رأی صادر نمی‌کند بلکه تسهیل‌گر گفتگوست. در صورت عدم پیش‌بینی یا ناکامی مکانیزم‌های جایگزین، مراجعه به دادگاه به‌عنوان آخرین راهکار مطرح می‌شود که به دلیل زمان‌بر و پرهزینه بودن و همچنین عمومی بودن روند دادرسی، برای استارت‌آپ‌ها که نیازمند چابکی و محرمانگی هستند، کمتر مناسب است (کمالی چیرانی و همایونفر، ۱۴۰۲: ۵۶-۶۳). از این رو، بهره‌مندی از مشاور حقوقی متخصص از مراحل اولیه، امری حیاتی است؛ وکیل یا مشاور حقوقی آشنا به فضای کسب‌وکارهای نوپا و قوانین فناوری می‌تواند در تدوین اساسنامه، قراردادها، جذب سرمایه و مدیریت اختلافات راهنمای مؤثری باشد؛ همان‌گونه که گفته شده است، «یک مشاور حقوقی خوب مانند چتر نجات است که شاید هرگز به آن نیاز نداشته باشید اما در مواقع لزوم جانتان را نجات می‌دهد.» سرمایه‌گذاری اولیه بر خدمات حقوقی نه‌تنها هزینه‌های آینده را کاهش می‌دهد بلکه از بروز مشکلات جدی و از دست رفتن فرصت‌های حیاتی جلوگیری می‌کند (کمالی چیرانی و همایونفر، ۱۴۰۲: ۵۶-۶۳).

جدول ۳: مقایسه روش‌های حل اختلاف در استارت‌آپ‌ها

روش حل اختلاف	سرعت رسیدگی	هزینه	مزایا و معایب
داوری	بالا	متوسط	محرمانگی، سرعت، الزام‌آور بودن رأی داور
میانجیگری	متوسط	کم	حفظ روابط تجاری، توافقی بودن نتیجه
مراجعه به دادگاه	پایین	زیاد	رسمیت بالا، اما زمان‌بر و پرهزینه

۷. نتیجه‌گیری

استارت‌آپ‌ها موتور محرکه نوآوری‌اند اما بدون توجه به ابعاد حقوقی با ریسک‌های بزرگی مواجه می‌شوند. یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد همراهی مشاور حقوقی، تدوین قراردادهای دقیق، حفاظت از مالکیت فکری و اصلاح قوانین ملی از الزامات اساسی موفقیت پایدار است.

این مقاله نشان داد که عدم آگاهی یا غفلت از این مسائل حقوقی، می‌تواند ریسک‌های جدی از جمله اختلافات داخلی بین بنیان‌گذاران، دعاوی قضایی با کارمندان یا مشتریان، مسائل مربوط به نقض مالکیت فکری، از دست دادن کنترل شرکت در اثر جذب سرمایه نادرست، یا حتی اضمحلال کامل استارت‌آپ را در پی داشته باشد. تأکید بر پیشگیری از طریق تدوین دقیق قراردادهای، اخذ مشاوره حقوقی تخصصی از ابتدا و آشنایی با مکانیزم‌های جایگزین حل اختلاف (مانند داوری)، می‌تواند به استارت‌آپ‌ها کمک کند تا این موانع را با موفقیت پشت سر بگذارند.

در نهایت، توسعه یک اکوسیستم استارت‌آپی سالم و پایدار در ایران، علاوه بر حمایت‌های مالی و زیرساختی، نیازمند بهبود و شفافیت قوانین و مقررات مرتبط با کسب‌وکارهای نوپا و همچنین افزایش آگاهی حقوقی در میان کارآفرینان و سرمایه‌گذاران است. امید است این پژوهش، با ارائه یک تحلیل جامع و کاربردی از چالش‌های حقوقی، گامی کوچک در جهت توانمندسازی جامعه استارت‌آپی ایران و تسهیل مسیر رشد و توسعه آنها بردارد.

استارت‌آپ‌ها بدون توجه به ابعاد حقوقی با ریسک‌های بزرگی مواجه‌اند.

۸. پیشنهادات

به‌منظور تقویت زیرساخت‌های حقوقی و ارتقای کارآمدی نظام حمایت از کسب‌وکارهای نوین در ایران، شایسته است از بدو تأسیس استارت‌آپ‌ها، ارتباط مستمر و نظام‌مند میان کارآفرینان و مشاوران حقوقی متخصص برقرار گردد تا از بروز تعارضات و نارسایی‌های قانونی جلوگیری شود. همچنین، اصلاح و بازنگری قوانین موجود با هدف تدوین «قانون جامع حمایت از استارت‌آپ‌ها» امری ضروری است تا چارچوبی شفاف، منسجم و متناسب با اقتضات اقتصاد دیجیتال فراهم آید. در همین راستا، ایجاد نظام داوری تخصصی در حوزه کسب‌وکارهای نوپا می‌تواند ضمن تسریع در فرآیند حل‌وفصل اختلافات، موجب کاهش هزینه‌های دادرسی و افزایش اطمینان فعالان اقتصادی گردد. افزون بر این، بهره‌گیری از الگوهای موفق حقوقی در سطح بین‌المللی، از جمله مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا (GDPR)، می‌تواند در فرآیند قانون‌گذاری داخلی الهام‌بخش بوده و زمینه‌ساز انطباق نظام حقوقی کشور با استانداردهای جهانی و ارتقای جایگاه حقوقی ایران در عرصه تجارت نوین شود.

ملاحظات اخلاقی

نویسندگان اصول اخلاقی را در انجام و انتشار این پژوهش علمی رعایت نموده‌اند و این موضوع مورد تأیید همه آنهاست.

تعارض منافع

بنا بر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

حامی مالی

این مقاله حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری

از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

منابع

اماره، کریم (۱۳۹۹). بررسی ابعاد و چالش‌های حقوقی تأسیس شرکت‌های استارت‌آپی در پرتو قوانین. سومین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق، تهران.

مطیعی، محسن (۱۴۰۱). موانع حقوقی - قانونی تأمین مالی کارآفرینی فناورانه با رویکرد نهادی (یک پژوهش آمیخته). مدیریت دارایی و تأمین مالی، ۱۰(۴)، ۶۷-۹۴. Doi: 10.22108/amf.2022.129739.1687

کمالی چیرانی، فائزه و همایونفر، مهدی (۱۴۰۲). تحلیل مولفه‌های تاب‌آوری استارت‌آپ‌ها در بحران کرونا با رویکرد تحلیل مضمون. فصلنامه علمی دانش پیشگیری و مدیریت بحران، ۱۳(۳)، ۳۵۶-۳۷۳.

علیزاده سامع، س. و سوزنی، س. (۱۴۰۳). بررسی وظایف و مسئولیت مدنی مدیران و شرکا در شرکت با مسئولیت محدود در نظام حقوقی ایران. فصلنامه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره ۱۰، شماره ۱. دریافت‌شده از

<https://civilica.com/doc/1997508>

سوداگری، مبینا (۱۴۰۴). چالش‌های حقوقی استارت‌آپ‌ها در ایران. <https://civilica.com/doc/2225250>

فهرست قوانین

- قانون تجارت جمهوری اسلامی ایران (۱۳۱۱).
- لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷).
- قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری (۱۳۸۶).
- قانون حمایت حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای (۱۳۷۹).
- قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان (۱۳۴۸).
- قانون کار جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۹).
- قانون تأمین اجتماعی (۱۳۵۴).
- قانون تجارت الکترونیکی (۱۳۸۲).
- قانون جرائم رایانه‌ای (۱۳۸۸).
- قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (۱۳۷۹).

References

- Amareh, K. (2020). Investigating the legal dimensions and challenges of establishing startup companies in light of the laws. *3rd International and National Conference on Management Studies, Accounting and Law*, Tehran. (In Persian)

- Fried, J., & Heinemeier Hansson, D. (2013). *Remote: Office not required*. New York, NY: Crown Business. Retrieved from <https://basecamp.com/books/remote>
- Gompers, P.A., & Lerner, J. (2023). The Role of Anti-Dilution Provisions and Exit Strategies in Venture Capital Contracts. *Journal of Business Venturing*, 38(4), 451-472.
- Kamali Chirani, F., & Homayounfar, M. (2023). Investigating the Factors Affecting the Resilience of Startups in Iran During the COVID 19 Pandemic Using Thematic Analysis. *Disaster Prev. Manag. Know*, 13(3), 356-373. (In Persian)
- Kesan, J.P., & Hayes, C.M. (2022). The Intersection of Data Privacy Laws and Startups: Challenges and Responsibilities. *Harvard Journal of Law & Technology*, 35(1), 45-78.
- Motiei, M. (2022). Legal-Jurisdictional Barriers to Financing Technological Entrepreneurship with an Institutional Approach: A Mixed Method Study. *Journal of Asset Management and Financing*, 10(4), 67-94. Doi: 10.22108/amf.2022.129739.1687 (In Persian)
- Mohieghi, M. M. (2023). Protection of personal data in the Iranian legal system. *Journal of Politics and Law*, 16(3), 10–25. <https://doi.org/10.5539/jpl.v16n3p10>
- Pishnamaz, S. A., & Rokni, A. (2023). The Shutdown of Virtual Platforms, the Necessity of Analyzing the System Governing Personal Data from the Perspective of Property Rights. *Journal of Legal Research*, 22(53), 469-506. 10.48300/jlr.2022.322263.1902
- Ries, E. (2011). *The Lean Startup*. New York: Crown Business.
- Sudagari, M. (2025). Legal Challenges for Startups in Iran. <https://civilica.com/doc/2225250>. (In Persian)
- World Intellectual Property Organization. (2011). *WIPO intellectual property handbook: Policy, law and use* (2nd ed.). Geneva: WIPO
- Wasserman, N. (2012). *The founder's dilemmas: Anticipating and avoiding the pitfalls that can sink a startup*. Harvard Business School, Faculty & Research.

Legal Challenges Facing Startups in Iran: From Registration to Growth and Development

Abstract

In recent years, Iran's startup ecosystem has evolved into a dynamic pillar of the national knowledge-based economy, demonstrating significant growth and innovation. Despite this progress, startups face a wide range of complex legal challenges throughout their formation, development, and expansion phases—issues that may jeopardize their sustainability and long-term success. Adopting an analytical-descriptive methodology, this study explores the major legal dimensions influencing startup operations, including the selection of an appropriate legal structure, registration and protection of intellectual property rights, drafting of key contractual agreements, investor relations, and compliance with data protection and privacy regulations. In addition, the research proposes preventive legal strategies and examines effective dispute resolution mechanisms. The findings highlight the critical importance of early-stage legal consultation and the formulation of comprehensive legislative frameworks designed to foster innovation, mitigate legal risks, and strengthen the overall resilience of Iran's startup ecosystem.

English Keywords: Startup, Startup Rights, Intellectual Property, Capital Raising, Privacy, Iranian Laws.