

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

این مجله در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود.

پایگاه استنادی علوم ایران (ISC)

پایگاه اطلاعات علمی جهاددانشگاهی (SID)

بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)

سامانه نشریات علمی دانشگاه فردوسی مشهد (jm.um.ac.ir)

کلیه حقوق برای دانشگاه فردوسی مشهد محفوظ است.

درج مطلب در این نشریه لزوماً منعکس کننده نظر دانشگاه نیست. بدیهی است

مسئولیت صحت مطالب هر مقاله به عهده نویسنده است.

دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیر مسئول: دکتر حسین حسینی

سر دبیر: دکتر عبدالرضا جوان جعفری

هیئت تحریریه:

نام و نام خانوادگی	رشته تحصیلی	درجه علمی	محل خدمت
دکتر محمد حسن حائری	فقه و حقوق اسلامی	استاد	دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر ستار زرکلام	حقوق خصوصی	دانشیار	دانشکده حقوق دانشگاه شاهد
دکتر حسین صابری	فقه و مبانی حقوق اسلامی	استاد	دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر حسین غلامی	حقوق جزا و جرم شناسی	استاد	دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی
دکتر محمد رضا لطفعلی پور	اقتصاد بین الملل	استاد	دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر حسین میرمحمدصادقی	حقوق جزا و جرم شناسی	استاد	دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی	حقوق جزا و جرم شناسی	استاد	دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
دکتر محمود هوشمند	اقتصاد توسعه	استاد	دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه فردوسی مشهد

ویراستار فنی و ادبی: دکتر جواد میزبان

مدیر اجرایی: زهره اسکندری پور

چاپ: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد

نشانی: مشهد صندوق پستی ۱۳۵۷ کد پستی ۹۱۷۷۹۴۸۹۵۱

تلفن: ۸۸۰۶۳۰۷ - ۵۱۱

آدرس اینترنتی: <http://jm.um.ac.ir>

صفحه آرای: رحمان اسدی

شمارگان: ۲۰ نسخه

شماره پروانه: ۱۲۴/۱۰۳۵۲ - ۷۷/۱۰/۸

قیمت: ۳۰۰۰۰ ریال (برای دانشجویان ۱۰۰۰۰ ریال)

فاکس: ۸۸۲۹۵۸۴ - ۵۱۱

پست الکترونیکی: lawecon@um.ac.ir

(دریافت مقالات فقط به صورت الکترونیکی امکان پذیر است)

بر اساس نامه شماره ۳/۱۱/۱۴۹۶۴۴ مورخ ۹۰/۸/۷ کمیسیون نشریات علمی کشور،

مجله دانشنامه حقوق اقتصادی دارای درجه علمی - پژوهشی است.

بر اساس مصوبه وزارت عتف از سال ۱۳۹۸، کلیه نشریات دارای درجه علمی-پژوهشی "به نشریه علمی" تغییر نام یافتند.

شرایط پذیرش مقاله‌ها

مجله دانشنامه حقوق اقتصادی در صدد است مقاله‌های تخصصی در زمینه مسائل حقوقی - اقتصادی را به چاپ برساند. در مقاله‌های ارسالی باید نکات زیر رعایت شوند:

الف: جهت ارسال مقاله بایستی از طریق سامانه نشریات علمی دانشگاه به آدرس um.ac.ir اقدام نمایید.

ب: روش تحریر

متن مقاله بر روی کاغذ سفید بدون مارک (A4) با فاصله ۳ سانتی‌متر از لبه‌ها و دو سطر بین خطوط با حروف خوانا و تیره تایپ شود. کلیه صفحات مقاله از جمله صفحاتی که شامل جداول، تصاویر و نمودارها هستند، دارای قطع یکسان باشند. کلیه صفحات مقاله دارای شماره بوده و از ۲۰ صفحه تجاوز نکند.

ج: نحوه تهیه مقاله

هر مقاله تخصصی بایستی تحت نرم افزار Word با قلم B ZAR و فونت ۱۳ و دارای چکیده فارسی و انگلیسی، واژه های کلیدی فارسی و انگلیسی، طبقه بندی JEL فارسی و انگلیسی، مقدمه، پیشینه تحقیق، مبانی نظری تحقیق، برآورد مدل (تجزیه و تحلیل مدل)، نتیجه گیری و پیشنهادها و در انتها، فهرست منابع مورد استفاده باشد.

اصول زیر در تنظیم مقاله بایستی رعایت شود:

۱- عنوان فارسی مقاله با قلم B ZAR و فونت ۱۸ برجسته (Bold) در وسط صفحه اول نوشته شود.

۲- مشخصات نویسنده یا نویسندگان، شامل نام و نام خانوادگی با قلم B ZAR و فونت ۱۰ به صورت برجسته (Bold)، سمت، محل خدمت، عنوان و درجه علمی با قلم B ZAR و فونت ۱۰ ایتالیک باشد.

۳- چکیده فارسی از ۲۰۰ کلمه تجاوز ننماید و در سه پاراگراف، با قلم B ZAR و فونت ۱۱ تنظیم شود. پاراگراف اول به تبیین موضوع اختصاص یافته؛ پاراگراف دوم شامل روش تحقیق و پاراگراف سوم در برگیرنده نتایج تحقیق باشد. سپس در سطر جداگانه واژگان کلیدی و طبقه بندی JEL نوشته شود.

۴- چکیده انگلیسی بایستی برگردان کامل و دقیق چکیده فارسی و در یک صفحه مجزا، شامل عنوان مقاله، نام نویسندگان، آدرس و عنوان علمی آنان، واژگان کلیدی و طبقه بندی JEL باشد. عنوان انگلیسی مقاله با قلم Times New Roman و فونت ۱۵ برجسته (Bold) در وسط صفحه دوم نوشته شود. مشخصات نویسنده یا نویسندگان، شامل نام و نام خانوادگی با قلم Times New Roman و فونت ۹ برجسته (Bold)، سمت، محل خدمت، عنوان و درجه علمی با قلم Times New Roman و فونت ۹ باشد.

چکیده انگلیسی از ۲۰۰ کلمه تجاوز ننماید و در سه پاراگراف با قلم Times New Roman و فونت ۱۰ تنظیم شود. پاراگراف اول به تبیین موضوع اختصاص یابد؛ پاراگراف دوم شامل روش تحقیق، و پاراگراف سوم دربرگیرنده نتایج تحقیق باشد.

۵- مقدمه شامل اطلاعات مربوط به اهمیت تحقیق، کاربرد و نتیجه مورد انتظار از تحقیق باشد. در آخرین پاراگراف مقدمه، نحوه سازماندهی مقاله، برای معرفی بخش‌های آتی تنظیم شود. در سراسر مقاله، نویسندگان از افعال سوم شخص مفرد استفاده کنند.

۶- پیشینه تحقیق در قالب مطالعات خارجی و داخلی و بر اساس تاریخ، از قدیم به جدید، تنظیم شود؛ به نحوی که ابتدا مطالعات خارجی و سپس مطالعات داخلی، ارائه گردد. همچنین ضروری است، از اصطلاحاتی مانند: این تحقیق، این مطالعه، این پژوهش، تحقیق اخیر، مطالعه اخیر، پژوهش اخیر، برای توضیح مطالعات دیگران، پرهیز شود و واژه‌های مذکور فقط برای اشاره به تحقیق صورت گرفته، توسط محقق به کار برده شود.

۷- عنوان جدول با قلم B ZAR و فونت ۱۲ در بالا و سمت راست جدول، تنظیم شود. ضروری است جداول تحقیق شماره گذاری گردد. متن داخل جدول نیز قلم BZAR و فونت ۱۰ باشد.

۸- عنوان نمودار نیز با قلم B ZAR و فونت ۱۲ در پائین و سمت راست نمودار، تنظیم شود. ضروری است، نمودارهای تحقیق شماره گذاری گردد. مآخذ نمودار نیز با قلم BZAR شماره گذاری گردد. مآخذ نمودار نیز با قلم و فونت ۱۰ در پائین و سمت راست، نوشته شود.

۹- زیرنویس‌های فارسی مورد استفاده در تحقیق با قلم BZAR و فونت ۱۰ تنظیم شود.

۱۰- زیرنویس‌های انگلیسی مورد استفاده در تحقیق با قلم Times New Roman و فونت ۱۰، تنظیم گردد.

۱۱- منابع مورد استفاده، شامل جدیدترین اطلاعات در زمینه مورد نظر باشد.

۱۲- نوع ارجاع دهی باید حتماً به صورت APA باشد. به‌باشد. در غیر این صورت مقاله، کلاً قابل چاپ هد. فهرست منابع به ترتیب الفبای نام خانوادگی نویسندگان، مرتب و شماره گذاری گردد (شماره‌ها داخل کروشه [] قرار داده شود). وقتی از چند اثر مختلف یک نویسنده استفاده می شود، ترتیب شماره گذاری این مقاله‌ها برحسب سال انتشار آنها، از قدیم به جدید انجام گیرد. برای مثال:

[1] Banker, R. D., Charnes, A., Cooper, W.W. (1984). Some Models for Estimation Technical and Scale in Data Envelopment Analysis. Management Science, 30.

[2] Charnes, A., Cooper, W.W., Rohdes, E. (1978). Measuring the Efficiency of Decision Making Units. European Journal of Operational Research, 2.

لطفاً جهت کسب اطلاعات تکمیلی و بیشتر، رجوع شود به آدرس:

<http://fea.um.ac.ir/parameters/fea/filemanager/forms/reference.pdf>

۱۳- از نویسندگان محترم خواهشمند است، آدرس پستی و الکترونیکی خود را، به صورت دقیق، در صفحه‌ای جداگانه، همراه مقاله، به دفتر مجله ارسال نمایند.

د: سایر موارد

- ۱- مسئولیت هر مقاله از نظر محتوای علمی و نظرات مطرح شده در متن آن، به عهده نویسنده و یا نویسندگان مسئول مقاله خواهد بود.
- ۲- تا قبل از پایان مراحل نهایی و چاپ، در صورتی که مشخص گردد، مقاله منتخب، به هر شکلی در جای دیگری به چاپ رسیده است، از انتشار آن جلوگیری خواهد شد.
- ۳- در صورتی که مقاله برای چاپ پذیرفته نشود، در بخش بایگانی مجله خواهد ماند و به نویسنده برگردانده نخواهد شد.
- ۴- مقاله‌ها توسط اعضای محترم هیئت تحریریه و با همکاری متخصصان، داوری شده و در صورت تصویب، بر طبق ضوابط خاص مجله، به نوبت، چاپ خواهند شد.
- ۵- مجله در رد یا قبول و حکم و اصلاح مقاله‌ها، اختیار تام دارد.

داوران مقالات این شماره

دکتر کلهر حسینیعلی

دکتر امید محمدیان

دکتر علی ساعت چی

دکتر نادره شاملو

دکتر جعفر شفیعی

دکتر مرتضی نجابت خواه

دکتر عبدالرضا علیزاده

دکتر نگین شفیعی بافتی

دکتر نرگس صالح نیا

دکتر قاسم شفیعی

دکتر احمد شهنیایی

دکتر محمد صادقی

دکتر اعظم امینی

دکتر نوید رهبر

دکتر ابراهیم رهبری

دکتر زهرا محمودی کردی

دکتر علیرضا عالی پناه

دکتر افشین آذری متین

دکتر داور درخشان

دکتر مجتبی قاسمی

زهرا فرهادی الاشتی

دکتر زهره افشاری قوچانی

دکتر نرگس باقری مطلق

دکتر افروز صمدی

دکتر هاجر آذری

دکتر فضا سلیمی

دکتر سعید. ملک الساداتی

دکتر مهدی فیضی

دکتر حسین صادقی

دکتر محمد صادقی

دکتر حجت مبین

دکتر یدا..دادگر

دکتر مصطفی ماندگار

دکتر رضا نیکخواه سرنقی

دکتر جلیل قنواتی

دکتر شهرزاد حدادی

دکتر حمیدرضا دانش ناری

فهرست مندرجات

عنوان	نویسنده	صفحه
رویکرد اقتصادی به حقوق اثبات دعوا	دکتر ایرج بابایی شاهین شامی اقدم	۱
رابطه حقوق کار و توسعه اقتصادی با نگاهی تطبیقی و انتقادی به خروج مناطق آزاد تجاری-صنعتی از شمول قانون کار	دکتر حسن بادینی حسنا حاج نجفی	۲۷
آزادی کسب و کار در قوانین موضوعه و رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با تأکید بر مجوز تأسیس	خیرالله پروین حسین حاجیانی	۵۵
تأثیر وضعیت اقتصادی بر سبک تفکر جنایی کودکان و نوجوانان در مشهد	سید مهدی سیدزاده ثانی سیده زینب حسینی سید حسین حسینی	۸۷
سلامت اداری در گمرک (بایسته‌های حقوقی تحقق برنامه جهانی یکپارچگی در گمرک ایران)	مسعود یاسائی ولی رستمی	۱۱۳
تحلیل کارایی نظریه تقصیر بر مبنای نظریات رفتار مصرف کننده و تولیدکننده	مینا بلوری فر بیژن حاجی عزیزی فیض الله جعفری	۱۴۱
بایسته‌های شمول قانون مبارزه با پولشویی بر دارایی‌های مجازی؛ در پرتو توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی FATF	عارف خلیلی پاجی امیرحسن نیازپور	۱۷۵
کارآیی اقتصادی شرط وجه التزام برای مبیع مستحق للغير درآمده (فراتر از آرای وحدت رویه شماره ۷۳۳ و ۸۱۱)	سید حسن حسینی مقدم حسین حمزه رباطی	۱۹۷
چالش‌های حقوقی و اقتصادی طرح اینستکس	مهری برزگر	۲۱۹
یک اصل قانون اساسی؛ دو نظام اقتصادی تحولات اصل ۴۴ نمونه‌ای از بازنگری غیررسمی در قانون اساسی	سید ناصر سلطانی	۲۴۹
مطالعه تطبیقی حمایت از مصرف کنندگان در قراردادهای رایانش ابری در حقوق اتحادیه اروپا، انگلستان و ایران	حبیب طالب احمدی آذر فرهمند	۲۷۱
اصل سرزمینی در حقوق علائم تجاری: تضمین کننده دارایی سازی مالکیت معنوی	مریم قربانی فر حسین کاویار	۳۰۷

Journal Encyclopedia of Economic Law

Faculty of Economics and Administrative Sciences

Published by: Ferdowsi University of Mashhad
Managing Director: Dr. S.H. hosseini
Editor-in-Chief: Dr. A.R. Javan jafari

Editorial Board:

H. Gholami	Associate Professor , Faculty of Law, Allameh Tabataba'i University
M. H. Haeri	Professor , Faculty of Theology, Ferdowsi University of Shahed
M. Hooshmand	Professor , Faculty of Economics, Ferdowsi University of Mashhad
M.R. Lotfalipour	Professor , Faculty of Economics, Ferdowsi University of Mashhad
H. Mirmohammad Sadeghi	Professor , Faculty of Law, Shahid Beheshti University
A. H. Najafi Abrandabadi	Professor , Faculty of Law, Shahid Beheshti University
H. Saberi	Associate Professor , Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad
S. Zarkalam	Associate Professor , Faculty of Law, Shahed University

Editor:	Z. Farhadi Alashti
Executive Director:	Z. Askandari Por
Printed by:	Ferdowsi University Press
Circulation:	100
Publishing License:	124/10352 8/10/1377
Address:	Mashhad PO Box 9177948951 - 1357
Tel:	0511-8806307
Fax:	0511-8829584
Website:	http://lawecon.um.ac.ir
E-Mail:	Lawecon@um.ac.ir

This journal is indexed in:

1. ISC
2. SID
3. MAGIRAN
4. Jm.um.ac.ir

Contents

An Economic Approach to Evidence Law

Babaei, Iraj
Shamiaghdam, Shahin

Labour Law and Economic Development- a Comparative and Critical look at Withdrawal of Free Economic and Industrial Zones from the Domain of National Labour Law

Badini, Hassan
Haj Najafi, Hasna

Freedom of business in statute and procedure General Council of Administrative justice Court with emphasis on establishing license

Parvin, Kheyrollah
Hajiani, Hosein

The effect of economic situation on criminal thinking style of children and adolescents in Mashhad

Seidzadeh Thani, Seyd Mahdi
Hosseini, seyedeh zeinab
Hosseini, Seyed Hossein

Administrative health at customs ‘Legal requirements for the realization of the International program of integrative in Iran's customs

Yasaei, Masoud
Rostami, Vali

Analysis of the efficiency of fault theory based on theories of consumer and producer behavior

Bolurifar, mina
Haji azizi, bizhan
jafary, feizoallah

Requirements for the inclusion of anti-money laundering law on virtual assets; In the light of the recommendations of the FATF

khalili paji, aref
niazpour, AmirHassan

The Efficiency of Determining the Amount of Penalty Clause Equal to the Daily Price of the Same Object of Sale Belonging to Another, Beyond the Scope of Unified Judicial Precedents No. 733 and 811 and from an Economic Point of View

Hoseini moghadam, seyed hasan
Hamzeh robati, hossein

The Legal and Economic Challenges of Instex SPV

Mehri Barzegar

An article of constitution two economic system; principle 44 of the constitution an example of informal constitutional change

soltani, seid nasir

Comparative Study of Consumers Protection in Cloud Computing Contracts in EU, UK & Iranian laws

Talebahmadi, Habib
Farahmand, Azar

Territorial principle in protection of trademarks: Ensuring social goals and dealing with intellectual property as an asset

GHorbanifar, Maryam
Kaviar, Hossein

رویکرد اقتصادی به حقوق اثبات دعوا

دکتر ایرج بابایی^۱

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه

علامه طباطبایی

شاهین شامی اقدم^۲

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه

علامه طباطبایی

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۱۰

چکیده

اثبات دعوا به عنوان مهم ترین رکن دادرسی، دربردارنده قواعدی تحت عنوان حقوق اثبات دعوا است. حقوق اثبات دعوا نسبت به شاخه های ماهوی حقوق کمتر مورد اقبال واقع شده است. با این حال، تحلیلگران اقتصادی حقوق، قواعد اثبات را نیز با متدولوژی خاص خود مورد بررسی های هنجاری و توصیفی قرار داده اند. رویکرد اقتصادی به اثبات دعوا که از حیث هدف بر حداقل سازی هزینه های کشف واقع و نیز تخصیص بهینه خطاهای اثباتی بین اصحاب دعوا و از حیث شیوه تحلیل بر یافته های علم اقتصاد کلاسیک و رفتاری متکی است، در ایران سال های اولیه رشد خود را طی می کند. با بررسی تألیفات گوناگون، ملاحظه می شود که از یک سو رویکرد کلاسیک به عنوان رویکردی پایه ای در تحلیل اقتصادی اثبات دعوا، با فرض رفتار عقلانی و مدل های اقتصادی و در مقابل، رویکرد رفتاری با زیر سؤال بردن این فرض با توجه به یافته های روان شناسی و علوم رفتاری خصوصاً مسئله خطاهای شناختی، دو محور اصلی مطالعات این حوزه را تشکیل می دهند. این یافته ها هر چند بیشتر از آنکه هنجاری باشند، توصیفی هستند، اما حاکی از

* - نوع مقاله: پژوهشی

1- i.babaei.i@gmail.com

2- shamiaghdam@gmail.com

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41805

ناکارآمدی برخی جنبه‌های اثباتی موجود حقوق ایران از جمله، گواهی، کارشناسی و علم قاضی است. لذا می‌توان استدلال نمود که حقوق اثبات دعوای ایران در جنبه‌های مختلف واجد وصف کارآمدی نبوده و نیازمند تغییرات متعدد است.

کلیدواژه‌ها: تحلیل اقتصادی، ادله اثبات، کارآمدی دادرسی.

طبقه‌بندی JEL: K41

مقدمه

در جریان دادرسی، پس از طرح دعوا غالباً مهم‌ترین موضوعی که مورد توجه اصحاب دعوا و دادرس قرار می‌گیرد، مسئله اثبات ادعای مطرح شده است. (Parchomovsky, 2014:165-209) اثبات دعوا با مقوله فهم، علم و ادراک نسبت به واقعیت‌های پیرامونی ارتباط مستقیم دارد. این مفهوم در مقابل حوزه ثبوت قرار دارد که حوزه وجود واقعی اشیاء صرف نظر از درک و مشاهده‌ای است که از آن‌ها داریم. به این ترتیب حوزه اثبات حوزه علم و آگاهی انسان از وجود اشیاء است. از این منظر اثبات دعوا، ایجاد باور و علم نسبت به وجود یک ماهیت حقوقی است. (توسلی جهرمی، ۱۳۸۲: ۱۳۷-۱۶۰)

نظام‌مند نمودن موضوعاتی نظیر حدود اختیارات دادرس در تحصیل و ارزیابی دلیل، بار اثبات دعوا، شرایط پذیرش و وزن ادله، تأثیر قواعد اثباتی بر رفتار اصحاب دعوا و هر آنچه ناظر بر تعیین خط‌مشی کلی یک نظام اثباتی است در قلمرو قواعد عمومی حقوق اثبات دعوا جای می‌گیرد. این قواعد اغلب به‌طور پراکنده و بدون داشتن ساختاری نظام‌مند و از پیش تعیین‌شده وضع شده و مورد بررسی و استفاده حقوقدانان قرار گرفته‌اند. (Hock, 2015:5) در این راه، ضرورت تحول حقوق اثبات دعوا از طریق تعیین و تبیین قواعدی کارآمد جهت یافتن و استفاده از شیوه‌های تحلیلی نظام‌مندتر به شدت احساس می‌شود. خصوصاً باید در نظر داشت که تحولات بارز تکنولوژی در فضای اقتصادی و اجتماعی از جمله در زمینه فناوری اطلاعات و کامپیوتر، ضرورت تحول در دانش اثبات دعوا را بیش‌ازپیش نمایان نموده است. (Ponasanapalli, 2012: 49-63) هدف این مقاله، معرفی و تبیین رویکردی مبتنی بر تحولی روش‌شناسانه در علم حقوق به نام رویکرد اقتصادی به حقوق است.

این رویکرد که از آن به تحلیل اقتصادی حقوق اثبات نیز تعبیر می‌شود، با به کارگیری ابزارها و فروض علم اقتصاد و از طریق تلقی حقوق به عنوان یکی از موضوعات قابل تحلیل با شیوه‌های تحلیل اقتصادی سعی در توصیف قواعد اثباتی و تجویز راهکارهای حقوقی کارآمد می‌نماید. در این راستا با توجه به فروضی مانند فرض رفتار عقلانی انسان، همانندسازی عملکرد حقوقی اشخاص در جامعه با عملکرد فعالان اقتصادی در بازار و الگوهای مطرح در علم اقتصاد، خصوصاً اقتصاد خرد و اقتصاد رفاه، اثبات دعوا با هدف حداقل سازی هزینه‌ها، توزیع بهینه ریسک خطاهای اثباتی میان اثبات دعوا و ایجاد رفتارهای کارآمد در واکنش به قواعد اثباتی مورد تحلیل قرار می‌گیرند.

در طی سال‌ها پس از پیدایش رویکرد اقتصادی به حقوق در شاخه‌های مختلف از جمله اثبات دعوا، پیش‌فرض‌های آن مورد نقد و تعدیل قرار گرفته و آموزه‌های علوم شناختی و روانشناسی نیز در ارائه الگویی صحیح‌تر برای پیش‌بینی رفتار اشخاص در واکنش به قواعد حقوقی به یاری رویکرد کلاسیک اقتصاد آمده‌اند. این رویکرد اصلاح شده، تحلیل اقتصادی حقوق رفتاری نامیده شده است. این رویکرد چه به عنوان رقیب و چه به عنوان مکمل، در کنار تحلیل اقتصادی رایج پیشین که می‌توان آن را تحلیل اقتصادی حقوق کلاسیک نامید، پیکره تحلیل اقتصادی حقوق اثبات دعوا را تشکیل می‌دهد.

هرچند توجه موردی به آثار انگیزشی و رفتاری ادله در حقوق که اساس رویکرد رفتاری تحلیل اقتصادی را تشکیل می‌دهد، امری بی‌سابقه نیست. با این حال تحلیل‌های نظام‌مند دارای متدولوژی مشخص این حوزه را باید در اقتصاد رفتاری و به تبع آن در تحلیل اقتصادی حقوق رفتاری^۱ جستجو کرد.^۲

امروزه در بسیاری تألیفات حقوق و اقتصاد این موضوع پذیرفته شده که حقوق اثبات دعوا هم

1- Behavioral law and economics

۲- برای نمونه رجوع کنید به:

Pardo, Michael S., Epistemology, Psychology, and Standards of Proof: An Essay on Risinger's 'Surprise' Theory (2018). Seton Hall Law Review, Vol. 48, 2018; U of Alabama Legal Studies Research Paper No.3119092. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3119092>

مانند حقوق ماهوی به نحوی مؤثر انگیزه‌های رفتاری اشخاص جامعه را شکل می‌دهد. این رفتارها در نحوه باز توزیع^۱ منابع در جامعه نقش مهمی ایفا می‌کنند. (Bernardo, 1999: 8) به این معنا که می‌توان حقوق اثبات دعوا را به عنوان ابزاری جهت ایجاد و کنترل رفتار کارآمد افراد در جامعه به کارگیریم تا موجب باز توزیع کارآمد منابع شود.

تأثیر مستقیم قواعد حقوق اثبات دعوا بر رفتار اصحاب دعوا امکان‌ناپذیر است. گاه انگیزه‌های بالقوه اصحاب دعوا ناشی از قواعد اثباتی موجب می‌شوند تا آن‌ها رفتار نامطلوبی به لحاظ اجتماعی اتخاذ کنند. در این صورت با تحلیل و پیش‌بینی این رفتار باید قواعد اثباتی اصلاح شوند. واکنش‌های نا کارآمد اشخاص طبق عملکرد ایشان بر مبنای فرض رفتار عقلانی صورت می‌گیرد. با توجه به اینکه اشخاص بنابر فرض رفتار عقلانی به دنبال ادله‌ای هستند که بعداً در دعوا موجب پیروزی آن‌ها شود، ممکن است برای نیل به این مقصود، صرف‌نظر از هزینه‌های گزاف برای اشخاص ثالث و جامعه، ادله‌ای فراهم کنند. مثلاً پزشکان اقدام به آزمایش‌های گزاف و مضر دست می‌زنند تا بتوانند بعداً در صورت طرح شکایت از جانب بیمار، احتیاط متعارف خود را در امر درمان اثبات کنند. دارندگان حقوق مالکیت فکری ممکن است صبر کنند تا زیان‌های وارد بر آن‌ها انباشته و زیاد شود تا اثبات بعداً راحت‌تر انجام پذیرد. یا پلیس اجازه پیشروی در جرم را به مجرم می‌دهد تا اثبات جرم و در نتیجه محکومیت آسان‌تر محقق شود.

در ادامه با ارائه یک مثال، نمونه‌ای از واکنش اصحاب دعوا (بالقوه) به قواعد اثباتی را مطرح می‌نماییم. فرض کنید شخص (الف) در جاده‌ای خاکی در حال رانندگی است. شخص دیگر (ب) با سرعت کم از مقابل در حال حرکت است و توجه به روبرو ندارد؛ بنابراین به خط مقابل منحرف می‌شود. اگر (الف) ماشین را به گودی شانه خاکی جاده سوق دهد ۱۰۰۰ واحد خسارت متحمل می‌شود و اگر این کار را نکند و با ماشین مقابل تصادف کند ۳۰۰۰ واحد (الف) و ۴۰۰۰ واحد (ب) خسارت می‌بینند که مجموعاً ۷۰۰۰ واحد خسارت ایجاد می‌شود. در اینجا رفتار مطلوب اجتماعی این خواهد بود که الف به شانه خاکی براند؛ زیرا در این صورت خسارت کمتری ایجاد می‌شود؛ اما تصمیم عقلانی او این خواهد بود که این کار را نکند؛ زیرا در این صورت اثبات

مقصر بودن طرف مقابل به راحتی مقدور نخواهد بود. این امر از آن جهت است که این امکان وجود دارد که (ب) از محل حادثه فرار کند یا بایستد اما مسئولیت را نپذیرد.

برخی معتقدند راه حلی مشخص برای رفع این ناکارآمدی و دستیابی به ادله اثباتی بهینه و منطبق با منافع جامعه وجود ندارد؛ زیرا در واقع دو نفع افراد و جامعه با هم اساساً متعارض هستند. (Parchomovsky, 2010, 518) با این وجود به نظر می‌رسد با اصلاح قواعد اثباتی متکی بر مطالعات تحلیلی و تجربی می‌توان این تعارض را برطرف نمود.

رویکرد اقتصادی به حقوق اثبات دعوا در مراحل اولیه توسعه قرار دارد و در بسیاری گزاره‌هایش هنوز در مرحله آزمایشی است و همچنان نظام‌مندتر شدن و سنجش مفاهیم فکری آن با تمرکز شدید بر آثار انگیزشی قواعد حقوقی ادامه دارد. (Parker, 2007: 38)

منطق رویکرد اقتصادی به اثبات دعوا

علم اثبات دعوا در حقوق، عهده‌دار کشف وقایع دارای آثار حقوقی است. کشف وقایع حقوقی هم مانند اغلب وقایع زندگی واقعی تحت شرایط "عدم اطمینان"^۱ صورت می‌پذیرند. به این معنی که نوعاً در صدی از خطا در آن‌ها وجود دارد و به صورت یقینی محقق نمی‌گردند. در این میان، سیستم حقوقی اثبات دعوا، سیستمی متشکل از قواعدی است که نحوه تصمیم‌گیری و صدور رأی دادگاه‌ها در دعاوی گوناگون هنگام مواجهه با شرایط عدم اطمینان را مشخص می‌نماید. مجموعه این قواعد موسوم به اثبات دعوا هستند. (Allen, 2013: 557)

از منظر اقتصادی حقوق اثبات دعوا حاصل شرایط عدم اطمینان در رسیدگی‌های قضایی است؛ اگر همواره در دعاوی با یقین مواجه باشیم، نیازی به قواعد متعدد جهت نظام‌مند ساختن جریان کشف واقع نخواهیم بود. سیستم قضایی هیچ‌گاه قادر نیست در تمام دعاوی هزینه بی حد و حصر، اعم از هزینه زمانی، مالی، نیروی انسانی و غیره اعمال نماید و چنانچه این امر بنا بر فرض ممکن بود، وجود قواعد اثبات دعوا بی‌معنا می‌گردید؛ زیرا در چنین فرضی در نهایت کشف واقع ولو با

هزینه‌ای گراف بدون نیاز به قواعد اثباتی به طور قاطع محقق می‌شد.^۱

ادبیات حال حاضر تحلیل اقتصادی حقوق اثبات در بافت حقوق کشور آمریکا مطرح شده و رشد کرده است.^۲ پس از تولد تحلیل اقتصادی حقوق تا مدت‌ها تمرکز این رویکرد بر شاخه‌هایی مانند قرارداد، رقابت، مسئولیت مدنی و سایر شاخه‌های حقوق ماهوی بود؛ اما حدوداً سی سال پیش ریچارد لمپرت^۳ که می‌توان او را از بنیان‌گذاران رویکرد اقتصادی به اثبات دعوا دانست، با توجه به مبنای فوق این موضوع را مطرح نمود که علم اثبات دعوا موضوعیتی به عنوان یک مطلوب مستقل ندارد، بلکه به عنوان یک ابزار جنبه کاشفیت داشته و اهدافی را دنبال می‌کند: صدور آراء دقیق و صحیح، جلوگیری از خطا در احراز موضوعات و توزیع ریسک خطاهای احتمالی در جریان اثبات به نحوی عادلانه و موجه با بهره‌گیری از مدل‌های ریاضی. این ایده را می‌توان آغاز رویکرد اقتصادی به حقوق اثبات دانست.

در این حوزه مطالعاتی، رویکردهای گوناگون و دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است. (Parker, 2007: 38) با توجه به تشتت آراء و نظرات، در سال ۱۹۹۸ یکی از تحلیلگران اقتصادی حقوق به نام ریچارد فریدمن در مقاله‌ای اذعان نمود که "جنبش حقوق و اقتصاد" با وجود تأثیر

۱- این فرض مشابه فرض "دنیای کاووزی" است که با توجه به مقاله معروف رونالد کاووز مطرح شد. کاووز در مقاله خود حقوق مسئولیت مدنی را ناشی از این واقعیت می‌داند که در دنیای واقعی توافق اشخاص همواره مستلزم هزینه‌هایی است و این هزینه‌ها که از آن می‌توان به هزینه‌های مبادلاتی تعبیر نمود موجب می‌شود که توافق و مبادله بین اشخاص صورت نگیرد؛ اما اگر هزینه‌های مبادلاتی صفر بودند، در چنین دنیایی فرضی، توافق آزاد اراده‌ها صرف‌نظر از نوع قاعده حقوقی منابع را به کارآمدترین جای ممکن سوق می‌دادند و نیازی به حقوق مسئولیت مدنی نبود. رجوع کنید به:

Coase, Ronald H, The Problem of Social Cost, Journal of Law and economics, University of Chicago Law school, 1960

۲- لازم به ذکر است حقوق انگلیس نیز هرچند در خانواده کامن لا جای دارد اما خصوصاً از لحاظ دادرسی با نظام آمریکایی متفاوت است. در این کشور با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی ۱۹۹۸ نظام اتهامی به تفتیشی بدل شد؛ در نتیجه رسیدگی به دعاوی در دو مرحله انجام می‌شود: اول مدیریت پرونده و سپس مرحله دادرسی و محاکمه. پیش‌تر طرح دعوا در مرحله مقدماتی ممکن نبود و فقط پس از ختم تبادل لوایح ممکن بود اما اکنون در مرحله مقدماتی ممکن است در نتیجه بسیاری از دعاوی پیش از مرحله محاکمه حل و فصل می‌شوند. از این حیث حقوق دادرسی انگلیس تفاوت چشمگیری با دادرسی آمریکا پیدا کرده است؛ با این حال از جهت اثباتی شباهت‌های بسیاری بین حقوق انگلیس و آمریکا وجود دارد.

3- Richard Lampert

زیاد بر روی حقوق، عملاً تأثیر خیلی کمی بر شاخه حقوق اثبات دعوا داشته است. همچنین در طول این سال‌ها امید به اینکه اقتصاددانان حقوقی و حقوقدانان اقتصادی بیشتری به مباحث اثباتی مهم توجه کنند، چندان محقق نشده است. از منظر او حوزه اثبات دعوا در قلمرو تحلیل اقتصادی پر از دحامی رشد کرد که مشتمل بر اجتماعاتی هم از اقتصاددانان حقوق رفتاری^۱ و هم از اقتصاددانان حقوق سنتی^۲ بود (Kahn, 2010: 1616-1653) و این تنوع در گرایش‌ها، خود موجبات آشفته‌گی هرچه بیشتر آن را فراهم نمود.

با توجه به نقش ابزاری رویکرد اقتصادی به اثبات دعوا و تمرکز این گرایش به میزان کارآمدی حقوق در تحقق اهداف موردنظر، توجه به این اهداف از منظر منطق علم اقتصاد ضروری است. بنابر نظر الکس اشتاین^۳ که می‌توان او را نام‌آورترین تحلیلگر این عرصه دانست، سه هدف اصلی حقوق اثبات دعوا عبارتند از: ۱- کاشفیت از موضوع ۲- حداقل سازی هزینه‌ها ۳- عادلانه بودن (توزیع ریسک برابر بین اصحاب دعوا).

۱-۱ کاشفیت از موضوع^۴

دادگاه باید آراء خود را منطبق بر کشف صحیح رخدادهای موضوع دعوا صادر نماید. این هدف در حقوق سنتی نیز همواره مورد توجه بوده است و می‌توان آن را مهم‌ترین هدف حقوق اثبات دعوا دانست.

از منظر اقتصادی، فقدان دقت در دادرسی قابلیت پیش‌بینی اصحاب دعوا را از بین می‌برد زیرا موجب می‌شود عنصر ریسک در دعوا افزایش یابد. به این صورت که چون برای اصحاب دعوا ریسک و احتمال خطا در تصمیم‌گیری دادگاه نوعاً و در کوتاه‌مدت قابل ارزیابی نیست، نمی‌توانند پیش از طرح دعوا برداشت صحیحی از نتیجه احتمالی رأی دادگاه داشته باشند. هرچند در بلندمدت ممکن است با تخمین احتمال خطا در صدور رأی توسط دادگاه‌ها، قابلیت پیش‌بینی نتایج مورد انتظار ایجاد شود. پیش‌بینی صحیح نتیجه دادرسی موجب می‌شود که دعاوی کمتری

1- Behavioral

2- Conventional

3- Alex Stein

4- Case specificity

در دادگستری مطرح کردند و دعوا از طریق سازش خارج از دادگاه میان طرفین حل و فصل گردد. این امر از عوامل مهم کاهش هزینه‌های دادگستری محسوب می‌گردد. (پوراستاد و حصارخانی، ۱۳۹۴: ۵۷-۶۴)

تحلیلگران با ارائه مدل‌هایی اثبات می‌کنند اگر میزان منافع مورد انتظار خواهان از دعوا بیش از هزینه‌هایی باشد که برای این پیروزی صرف خواهد نمود، طرح دعوا خواهد کرد و در غیر این صورت سازش خارج از دادگاه را ترجیح خواهد داد. (Sanchirico, 2010: 61)

البته از سوی دیگر می‌توان استدلال نمود که در بلندمدت و با فرض آگاهی عمومی از آراء صادره در دادگاه‌ها، ریسک و احتمال خطای در احراز وقایع توسط دادگستری قابل ارزیابی است. به این ترتیب خواهان می‌تواند با ضرب این احتمال در سود حاصل از رأی دادگاه برای خود، سود خالص (سود مورد انتظار دادرسی) را محاسبه نماید. در نتیجه با مقایسه این میزان با هزینه‌های دادرسی برای وی (به معنی عام) نسبت به طرح دعوا یا سازش با خوانده‌ای که او نیز بنابر فرض این محاسبات را انجام داده است، اقدام می‌نماید.

حداقل سازی هزینه‌ها^۱

یکی از اهداف حقوق اثبات دعوا از منظر اقتصادی این است که هزینه‌ها اعم از هزینه خطاهای احتمالی ناشی از صدور رأی اشتباه و هزینه‌های جلوگیری از چنین خطاهایی به حداقل برسد. طبیعی است که میان هزینه خطاهای احتمالی ناشی از صدور رأی اشتباه از یک سو، با هزینه‌های جلوگیری از چنین خطاهایی رابطه عکس وجود دارد. به این معنی که هرچه هزینه بیشتری برای پیشگیری از خطا صرف شود، هزینه ناشی از تحقق خطا کمتر خواهد شد زیرا هزینه‌های پیشگیرانه، دقت دادرسی را افزایش می‌دهند.

حال پرسش این است که برای حداقل سازی هزینه‌ها لازم است چه میزان از منابع صرف پیشگیری از خطا در قضاوت شود. مسلماً با توجه به محدود بودن منابع، مصرف میزانی نامحدود از منابع منطقی و ممکن نخواهد بود؛ بنابراین باید به دنبال نقطه‌ای باشیم که میزان هزینه آن برای

1- Cost minimization

پیشگیری از قضاوت نادرست، بهینه باشد و از هزینه نمودن بیشتر برای پیشگیری از خطا خودداری نماییم.

به لحاظ آموزه‌های علم اقتصاد هنگامی تخصیص منابع در نقطه بهینه (کارآمد) قرار خواهد گرفت که میزان هزینه نهایی (حاشیه‌ای)^۱ با میزان سود نهایی برابر باشد. مقصود از میزان هزینه نهایی (حاشیه‌ای) هزینه اضافه نمودن آخرین واحد است نه هزینه کل. در اقتصاد خرد، هزینه نهایی (MC)^۲ عبارت است از تغییر در هزینه کل در ازای تغییر یک واحد اضافی تولید در هر واحد زمان. به این معنی که هرگاه آخرین واحد هزینه‌ای که برای پیشگیری از خطای در قضاوت می‌کنیم برابر شود با میزان آخرین واحد سودی که در اثر کاهش خطای در قضاوت برای ما حاصل می‌شود، این میزان، میزان هزینه بهینه است (تساوی سود و هزینه حاشیه‌ای). این قانون از مفاهیم مطرح در اقتصاد نئوکلاسیک است که منسوب به ریکاردو دانسته می‌شود. به طور مثال اگر مرتب بر تعداد کارگرانی که روی یک قطعه زمین کشاورزی کار می‌کنند اضافه نماییم، نسبت مقدار تولید به تعداد کارگران به تدریج کاسته خواهد شد و از نقطه‌ای به بعد میزان هزینه از تولید بیشتر خواهد بود. (غنی نژاد، ۱۳۶۵: ۱۸)

فرض کنیم برای جلوگیری از خطای در قضاوت در نوع خاصی از دعوا، مقرر شود که کارشناسان دادگستری در رشته مربوط به این دعوا باید دوره آموزشی خاصی را طی کنند و طی این دوره ۵ واحد هزینه داشته باشد، در صورتی که صرف این ۵ واحد هزینه موجب شود که ۱۰ واحد از میزان هزینه‌های ناشی از صدور رأی اشتباه کسر شود، لازم است همچنان هزینه‌های بیشتری برای کاهش خطا انجام شود؛ زیرا هنوز میزان هزینه نهایی با سود نهایی برابر نیست و لذا در نقطه بهینه قرار نگرفته‌ایم. حال اگر اقدامات دیگری جهت کاهش هزینه‌های خطای در قضاوت انجام دهیم و این اقدامات تا ۷ واحد هزینه ادامه یابد و در نتیجه این اقدامات ۷ واحد از هزینه‌های کاهش خطای در قضاوت کاسته شود، در این صورت هزینه نهایی پیشگیری با سود نهایی حاصل از پیشگیری برابر است. در این صورت اقدامات و هزینه‌های پیشگیرانه از خطا باید در همین نقطه متوقف شود و این میزان به عنوان نقطه کارآمد (بهینه) دارای حداقل هزینه تلقی گردد؛ زیرا

1- marginal

2- Marginal cost

پس از این مقدار، برابر قانون بازدهی نزولی در علم اقتصاد، بازدهی حاصل شده کمتر از هزینه اعمال شده خواهد بود. در این صورت اگر همچنان هزینه کردن جهت اقدامات پیشگیرانه را ادامه دهیم می‌توان انتظار داشت که اگر ۸ واحد هزینه پیشگیرانه صورت گیرد، سود نهایی کمتر از ۸ واحد به دست خواهد آمد که این امر مسلماً کارآمد نیست.

البته لازم به ذکر است موضوع نحوه محاسبه این مقادیر در عمل همواره از چالش‌های پیش روی تحلیلگران اقتصادی حقوق بوده است که بررسی آن در میان نظرات مخالفان و موافقان قابل بحث در محل خود است.

۳-۱ عادلانه بودن (توزیع ریسک برابر بین اصحاب دعوا)

توزیع ریسک برابر بین اصحاب دعوا به این معنی است که قاعده اثباتی باید ضمن رفع حداکثری ریسک‌های ناشی از خطاها، توزیع ریسک باقیمانده بین اصحاب دعوا را توأم با برابری انجام دهد. (Stein, The New Doctrinalism, pp. 2085-2107) با توجه به گریزناپذیر بودن خطا در احراز واقع طی جریان دادرسی به شرحی که پیشتر ذکر شد، مسلماً برخی اصحاب دعوا متحمل نتایج ناشی از این خطاها (یعنی خطا در احراز وقایع) می‌شوند. حال مشروعیت ساختار قضایی (و حکومت) در گرو این است که حقوق چگونه ریسک این خطاها را بین اصحاب دعوا توزیع کند. (Pardo, 2005) درواقع اینکه ریسک خطاهای احتمالی بیشتر بر عهده خواهان یا خوانده قرار گیرد، آثار مختلفی را به دنبال خواهد داشت.

در دعاوی مدنی این امر معمولاً در ردیف ارزش‌های اخلاقی دادرسی مثل عدالت و برابری مورد مطالعه قرار می‌گیرد. از منظر اقتصادی حقوق اثبات دعوا نوعاً تأکید بر برخورد برابر با اصحاب دعوا در خصوص ریسک دارد؛ یعنی تمایل بر این است که این ریسک به‌طور یکسانی توزیع شود. نظام اثباتی که قادر به تأمین این امر نیست، در عدالت و برابری با مشکل مواجه می‌شود.

ایجاد توازن در ریسک در عمل بسیار دشوار بوده و نیازمند دقت بسیار است؛ زیرا یک قاعده ممکن است صرفاً ریسک را بر عهده یکی از اصحاب دعوا بگذارد و درعین حال وضع چنین قاعده‌ای بنا به جهاتی دیگر ضروری باشد. قواعد بسیاری از این دست وجود دارند. مثلاً ماده ۲۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: "... در صورتی که ادعای جعل یا اظهار تردید و انکار

نسبت به سند شده باشد، دیگر ادعای پرداخت وجه آن سند یا انجام هر نوع تعهدی نسبت به آن پذیرفته نمی‌شود و چنانچه نسبت به اصالت سند همراه با دعوای پرداخت وجه یا انجام تعهد، تعرض شود فقط به ادعای پرداخت وجه یا انجام تعهد رسیدگی خواهد شد و تعرض به اصالت قابل رسیدگی نمی‌باشد." در این ماده طرح همزمان تعرض شکلی و ماهوی پذیرفته نشده به این معنی که اگر تعرض شکلی صورت گرفته، ادعای انجام تعهد مورد پذیرش واقع نمی‌شود و برعکس اگر ادعای انجام تعهد صورت گرفته باشد، تعرضات شکلی قابل پذیرش نیست. به این ترتیب ریسک خطا در احراز واقعیت بر عهده طرفی که سند علیه او ابراز شده قرار می‌گیرد؛ زیرا مدعی علیه از اثبات انجام تعهد در فرض اول و تعرض نسبت به سند در فرض دوم محروم شده است که این امر هر چند طرح ادعاهای متعارض و متفاوت را محدود می‌کند اما ریسک خطای در رسیدگی به زیان مدعی علیه را افزایش می‌دهد؛ بنابراین برای ایجاد توازن در توزیع ریسک علاوه بر توجه به کارآمد بودن هر قاعده به تنهایی، لازم است به مجموع قواعد اثباتی مربوطه و نحوه توزیع ریسک در کلیه آن‌ها دقت شود تا ارزیابی کارآمدی آن قواعد صحیح‌تر صورت گیرد.

برعکس در دادرسی کیفری تأکید بر دور کردن ریسک از متهم است. معیار ورای هر شک معقول یا اصطلاحاً معیار یقینی در حقوق آمریکا بیانگر این رویکرد است. قاعده اثباتی که قادر به توزیع ریسک به این شیوه و به نحو مطلوب نباشد مخل حقوق اساسی افراد از جمله اصل برائت خواهد بود. (Pardo, 2013: 559-561) به این ترتیب در توجیه استثنا شدن توزیع برابر ریسک در عرصه حقوق کیفری، اهداف دیگر دادرسی نظیر تأمین اصل برائت نیز مورد استناد قرار می‌گیرد.

مدل‌های تحلیل اقتصادی کلاسیک اثبات دعوا

اقتصاد به معنای رایج (کلاسیک) عصر حاضر در اثر تلاش‌های اقتصاددانانی مانند جونز و والراس، خصوصاً پس از جنگ جهانی دوم با تکیه بر فرض رفتار عقلانی فعالان عرصه اقتصاد و در پیوندی ناگسستنی با ریاضیات قرار گرفت. به این ترتیب مدل‌سازی به عنوان شیوه‌ای مهم در ریاضیات، جایگاه خاصی در اقتصاد کلاسیک مبتنی بر انتخاب‌های حسابگرانه از میان منابع موجود یافت، (مشهدی احمد و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۷۵-۲۰۶) تحلیل اقتصادی حقوق کلاسیک نیز طبعاً

متکی بر شیوه‌های ریاضی و مدل‌های آماری است.

مدل‌های مختلف تحلیل اقتصادی قابل تقسیم بندی به رویکردهای ذیل می‌باشند:

دسته اول مدل‌هایی که توسط تحلیلگران اثباتی مورد استفاده قرار گرفته‌اند اما مخصوص اثبات دعوا نیستند، بلکه مدل‌هایی هستند که در تحلیل اقتصادی دادرسی مطرح شده‌اند و از آن‌ها در تحلیل اثبات نیز استفاده شده است. این دسته از مدل‌ها، مدل‌های غیراثباتی^۱ نامیده شده است. این مدل‌ها شامل دو دسته اصلی ذیل می‌باشند: مدل‌های p ^۲ و مدل‌های $p(x, y)$ ^۳. دسته دوم مدل‌هایی هستند که به طور خاص در تحلیل اقتصادی اثبات دعوا مطرح شده‌اند و سابقه‌ای در تحلیل اقتصادی دادرسی نداشته‌اند. این مدل‌ها تحت عنوان مدل‌های اثباتی^۴ نامیده شده‌اند.

مدل‌های دادرسی

در این قسمت ابتدا به توضیح مدل‌های دادرسی و سپس مدل‌های اثباتی می‌پردازیم.

الف- مدل p

ساختار مدل P به اندیشه‌های بکر (۱۹۶۸) مربوط می‌شود. در این تحلیل‌ها احتمال موفقیت یا شکست خواهان در دعوا، کانون توجه نیست. بلکه این احتمال فقط تحت عنوان P در مدل‌ها ثابت فرض می‌شود و تمرکز بر این است که معلوم شود آیا نهایتاً دعوا در دادگاه مطرح خواهد شد یا سازش بیرون دادگاه محقق می‌گردد. این تصمیم تابعی است از هزینه‌های اقامه دعوا از جمله هزینه‌های اثباتی و سود مورد انتظار حاصل از این امر در مقایسه با تحلیل هزینه و فایده سازش در خارج از دادگاه. (Shavell, 1982: 333) این نوع تحلیل‌ها عموماً هیچ تئوری مشخصی برای توجیه انتخاب اصحاب دعوا از منظر توصیفی و هنجاری در خصوص ادله ارائه نمی‌کنند.

1- Non-evidentiary models

2- p models

3- $P(x, y)$ models

4- Evidentiary models

در خصوص استفاده از مدل P به طور مثال گولد^۱ (۱۹۷۳) و ریچارد پوزنر^۲ (۱۹۷۳) با انجام تحلیل بر این شیوه در خصوص سازش در دعاوی مدنی نتیجه گیری می نمایند که خواهان برای اینکه به سازش بیرون دادگاه رضایت دهد، با فرض رفتار عقلانی مسلماً هیچ گاه به منفی کمتر از سود خالصی که از دعوا عاید او خواهد شد راضی نمی شود. این میزان به صورت $p_x W - C_p$ قابل نشان دادن است. به نحوی که p_x نشانگر ارزیابی احتمالی خواهان است از اینکه او در دعوا پیروز شود، W میزانی منفی است که او از خوانده در صورت پیروزی در دعوا به موجب رأی دادگاه دریافت خواهد کرد و C_p هزینه هایی است که در صورت اقامه دعوا توسط خواهان متحمل خواهد شد بی آنکه به موجب رأی مورد جبران قرار گیرد.

به زبان ساده اگر میزان منفی که خواهان در صورت پیروزی کسب خواهد کرد (W) در میزان احتمال این پیروزی (p_x) ضرب شود، میزان نفع مورد انتظار خواهان به دست می آید که برابر است با $p_x W$.

حال با توجه به اینکه خواهان برای این پیروزی هزینه هایی صرف خواهد کرد که در صورت برد در دعوا نیز به او باز نمی گردد، اگر این هزینه ها که با علامت C_p نشان داده می شود از آن کسر کنیم، سود خالص مورد انتظار خواهان از دعوا به دست می آید. در نتیجه می توان گفت خواهان در صورتی اقدام به سازش پیش از طرح دعوا خواهد نمود که برای او در بردارنده نفعی حداقل به این مقدار باشد. (Sanchirico, 2010)

ب- مدل $p(x, y)$

در برخی دیگر مدل های دادرسی، بر خلاف مدل p ، احتمال پیروزی خواهان در دعوا یک عدد ثابت نیست. بلکه به جای آن یک تابع ثابت است. در واقع در این مدل ها احتمال پیروزی خواهان در دعوا یک تابع ثابت است که تلاش و هزینه های صرف شده توسط هریک از اصحاب دعوا برای پیروزی را به صورت مقادیر عددی نشان می دهد. این تابع مصداق بارزی از توابع

1- Gould

2- Posner

معروف به توابع پیروزی در رقابت^۱ در علم اقتصاد هستند و هنگامی که برای تحلیل دادرسی به این ترتیب مدل سازی می شوند می توان آن را مصداقی از تئوری بازی عام تری به نام بازی رقابت^۲ نامید که در آن بازیکنان برای کسب جایزه در یک رقابت تلاش می کنند.

هرچند این مدل ظاهراً از مدل قبلی کامل تر است، اما از منظر حقوق اثبات قرار دادن یک تابع ثابت برای میزان پیروزی خواهان در دعوا با قرار دادن عددی ثابت فرقی ندارد. ساختار تابع احتمال خارجی $p(x, y)$ از داخل خود مدل مشتق نمی شود؛ بلکه پارامتری است که بر مدل تحمیل می شود؛ بنابراین مقالات تألیف شده بر مبنای این مدل ها نیز یک تئوری مشخص برای توجیه فرایند اثبات دعوا ارائه نمی دهند.

مدل های اثباتی

مدل های مستقل اثباتی را می توان در چهار دسته مدل اصلی تقسیم بندی کرد:

الف- مدل استنتاج احتمالی ساده^۳

در این مدل سعی می شود تا امکان ارزیابی ادله توسط دادگاه با استفاده از علم آمار خصوصاً قاعده ای آماری به نام قاعده بیز^۴ بررسی شود. البته این مدل به تمایلات استراتژیک اصحاب دعوا مانند تمایل ایشان به پنهان نمودن ادله ای که به ضرر آنها است، توجهی ندارد. این رویکرد، شیوه غالب تحلیل در تألیفات حقوقدانان تحلیلگر اثبات دعوا است. (Sanchirico, 2010)

مدل های مبتنی بر تئوری تصمیم گیری

این دیدگاه که یکی از ساده ترین رویکردهای اثباتی است به جای رفتار اصحاب دعوا تمرکز بر رفتار دادرس دارد. در این مدل ها تلاش می شود تا شیوه ارزیابی دادرس از ادله جدیدی که به او عرضه می شود و نحوه روزآمدسازی اقناع حاصل از این ادله در ذهن قاضی مدل سازی شود؛ به این

1- contest success functions

2- Contest

3- pure probabilistic deduction

4- Bayes theorem

صورت که هرچه دلیل بیشتر می‌شود احتمال تحقق عمل بیشتر می‌گردد. در اینجا تمرکز بر دغدغه دادرس در خصوص وزن دهی به ادله‌ای است که طرفین از قبل تدارک دیده‌اند.

مدل‌های مبتنی بر تئوری بازی

این رویکرد چندان کاری با رفتار دادرس ندارد. بلکه تمرکز بر ساختارهای گوناگونی دارد که رفتار و انگیزه‌های بهتری در اصحاب دعوا ایجاد می‌نماید. یکی از مدل‌های مطرح در این طیف، دسته‌ای فرعی به نام مدل‌های امتناع^۱ است که رویکرد غالب در تألیفات اقتصادی مربوط به تئوری بازی است. این رویکرد مستقیماً علایق استراتژیک اصحاب دعوا را مورد توجه قرار می‌دهد. در این مدل‌ها فرض می‌شود که طرفین دعوا ممکن است از فاش کردن اطلاعات امتناع کنند و تلاش می‌شود تا راهکاری برای واداشتن اصحاب دعوا به افشاء اطلاعات مربوط به دادرسی یافت شود.

د- مدل‌های مبتنی بر طراحی مکانیزم

در رویکرد آخر به جای تمرکز بر هریک از عملکردهای اصحاب دعوا، سعی بر طراحی سیستمی کلیدر دادرسی است برای ایجاد مکانیزمی با کارکرد بهینه با در نظر گرفتن مجموع اهداف اجتماعی، انگیزه‌های فردی و محدودیت‌های اطلاعات در اصحاب دعوا دادرس. (Daughety, 1999: 365-394)

تحلیل رفتاری اقتصادی حقوق اثبات دعوا (تعدیل رویکرد کلاسیک)

در این قسمت ابتدا به معرفی تحلیل رفتاری حقوق اثبات دعوا که در واقع تعدیلی بر رویکرد کلاسیک محسوب می‌شود و سپس نقد آن می‌پردازیم.

معرفی تحلیل رفتاری اقتصادی حقوق اثبات دعوا

در تفکر کلاسیک اقتصادی، فرض بر رفتار منطقی اشخاص است و بر این مبنا مدل‌سازی اقتصادی صورت می‌گیرد؛ اما این فرض مورد چالش‌های جدی قرار گرفته است. در واقع

فاکتورهای روانی، تعیین کننده نحوه عملکرد انسان‌ها هستند نه صرفاً محاسبات حسابگرانه برای حداکثر سازی ثروت. مردم از اطلاعات پیرامونی برداشت یکسانی ندارند و نسبت به روند امور اطراف واکنش یکسانی نشان نمی‌دهند. مطالعات رفتاری به تحلیل روند رفتارهای انسانی به شیوه‌ای واقع‌گرایانه‌تر می‌پردازد و نقش اشتباهات شناختی در رفتار را بیشتر مورد توجه قرار می‌دهد زیرا عملاً انسان‌ها در تصمیم‌گیری‌های خود مرتکب خطاهای سیستماتیک می‌شوند و با سوگیری‌های شناختی متعدد مواجه هستند. واژه سوگیری عبارت است از جانبداری و به معنی منحی نقص در ادراک، قضاوت و یا سایر فعالیت‌های شناختی ناشی از ندیدن و غفلت از بعضی جوانب به سود بعضی جوانب دیگر تعریف می‌شود. به این ترتیب مردم اطلاعات پیرامونی را نوعاً به دقت تفسیر نمی‌نمایند و در ارزیابی آن‌ها اغلب دچار خطا می‌شوند.

آشنایی با علوم رفتاری جهت مطالعه دقیق حقوق اثبات، نقطه آغاز مطالعات حوزه رفتاری اثبات دعوی محسوب می‌شود و یادآور این ایراد است که اگر در حقوق و قانون‌گذاری در صدد شناخت رفتار انسان‌ها هستیم، ناگزیر پا در حیطه مطالعات روانشناسی و دیگر علوم ناظر بر نحوه تصمیم‌گیری انسان گذاشته‌ایم. از این منظر، مرزی جداکننده بین علوم رفتاری و حقوق وجود ندارد زیرا در عصر حاضر علوم مختلف در پیوند با یکدیگر می‌توانند کارایی لازم در حل مشکلات اجتماعی را داشته باشند. (داورپناه، ۱۳۸۴: ۱۷-۳۶)

رویکرد کلاسیک و رویکرد رفتاری همدیگر را نفی نمی‌کنند؛ بلکه هر کدام از جنبه‌هایی دقت بیشتری دارا است. در واقع نباید به هر شکل ممکن از ریاضی و آمار و نیز الگوهای ساده رفتار عقلانی مطرح شده در اقتصاد نئوکلاسیک در تحلیل‌های حقوقی استفاده کرد. بلکه اغلب توجه به مدل‌های تصمیم‌گیری بر اساس الگوهای رفتاری می‌تواند کمک بیشتری به ما کند. (Posner, 1999: 46)

تحلیل اقتصادی رفتاری یکی از مهم‌ترین تحولات علم اقتصاد در طول حدود چهل سال اخیر محسوب می‌شود. این رشته با ترکیب علم اقتصاد و روانشناسی و دیگر علوم شناختی قصد دارد تا نشان دهد انتخاب‌ها و تصمیم‌گیری‌های فردی انسان‌ها، چیزی بیش از نسخه پیش‌بینی شده توسط

اقتصاد نئو کلاسیک، یعنی رفتار بر اساس انتخاب عقلانی^۱ است. مرز جدایی این رویکرد از دیدگاه کلاسیک مبتنی بر نظریه رفتار عقلانی در پدیده‌ای به نام "سوگیری‌های شناختی"^۲ در رفتار و تصمیم‌گیری انسان است. این امر به معنی ارتکاب خطاهای سیستماتیک (به معنی خطاهای تکرار شونده و غیر اتفاقی) در رفتار اشخاص است. بنابراین اقتصاددانان رفتاری، این سوگیری‌ها موجب ارتکاب رفتارهای غیر عقلانی در اشخاص می‌شود. در نتیجه وجود پدیده رفتار غیر عقلانی، اعتقاد اقتصاد نئو کلاسیک را به اینکه عملکرد انسان‌ها بر مبنای سلسله ترجیحاتشان رفاه فردی ایشان را در پی دارد، مخدوش می‌سازد. (Wright, 2012: 1033)

اقتصاددانان رفتاری معتقدند عملکرد انسان فقط بر پایه محدودیت‌های اقتصادی شکل نمی‌گیرد؛ بلکه این رفتارها بسیار متأثر از دانسته‌ها، تجربیات، توانایی‌ها، اشتباهات ذهنی و دسته وسیعی از محدودیت‌های جسمی و روانی است. به این ترتیب، انگیزه‌ها رفتار انسان‌ها را شکل می‌دهد، اما انگیزه اغلب حاصل چیزهایی علاوه بر منافع صرفاً اقتصادی هستند. (Parisi, 2005: 10) پس می‌توان تحلیل اقتصادی رفتاری حقوق را به جای آنکه رویکرد مستقلی دانست، آن را مکمل و نجات‌بخش مطالعات کلاسیک تلقی نمود؛ زیرا حیات حدوداً پنجاه ساله تحلیل اقتصادی حقوق در اثر این پیش‌فرض غیر واقعی که انسان‌ها همواره رفتار عقلانی دارند پیش از پیدایش رویکرد رفتاری در معرض تهدید قرار داشت. از این‌روی تحلیل‌گران پیشنهاد نمودند تحلیل اقتصادی حقوق با اصلاح فرض رفتار عقلانی و جایگزینی آن با یافته‌های رفتاری دقیق‌تر حاصل از علمی مانند روانشناسی شناخت، جامعه‌شناسی و دیگر علوم رفتاری بازسازی شود. (Korobkin, 2000: 1051-1060)

در مقابل رویکرد کلاسیک که تکیه بر پیش‌فرض‌های خود خصوصاً رفتار عقلانی و از لحاظ شیوه تحلیل بیشتر توجه به علم ریاضی و مدل‌های آماری دارد، رویکرد رفتاری به اثبات بیشتر متأثر از علوم شناختی خصوصاً روانشناسی است. در این رویکرد نیز همان روش کلی ابزارگرایی و هدف کارآمدی دنبال می‌شود اما بیشتر با به کار گرفتن تحلیل‌های روانی و رفتاری اشخاص مرتبط با امر اثبات از جمله اصحاب دعوی، قضات، گواهان و سایرین و بررسی شیوه‌های

1- Rational choice

2- Cognitive biases

تصمیم‌گیری ایشان در شرایط گوناگون، مرتبط است. به این ترتیب می‌توان گفت رویکرد رفتاری به اثبات دعوا عبارت است از تحلیل شیوه‌های تصمیم‌گیری اشخاص در جهت حصول نتایج کارآمد. این رویکرد که در واکنش و نقد به رویکرد کلاسیک، خصوصاً فرض تصمیم‌گیری اشخاص صرفاً بر مبنای مدل ساده رفتار عقلانی به وجود آمد، در میان تحلیلگران اقتصادی حقوق رویکرد برتری نسبت به رقیب خود به شمار می‌رود. (Zywicki, 2018: 439-471)

۳-۲ نقد تحلیل رفتاری اثبات دعوا

تحلیل رفتاری نیز مورد نقدهای بسیاری حتی از جانب طرفداران آن قرار گرفته است. از جمله یکی از تحلیلگران رفتاری حقوق چهار نقد بر آن وارد می‌کند:

اول آنکه عنوان تحلیل اقتصادی حقوق رفتاری^۱ که معمولاً به این شاخه اطلاق می‌شود موجب سوءبرداشت است زیرا این امر را به ذهن متبادر می‌کند که مطالعات این حوزه صرفاً در دایره مباحث علم اقتصاد صورت می‌گیرد؛ درحالی که کلیه علوم ناظر بر نحوه تصمیم‌گیری انسان می‌توانند موجب توسعه این علم شوند (از همین روی در این رساله عنوان تحلیل رفتاری برگزیده شده است).

دوم آنکه تعریف مشخصی از این حوزه مطالعاتی وجود ندارد؛ زیرا ممکن است آن را صرفاً نقد و اصلاح رویکرد کلاسیک به تحلیل اقتصادی حقوقی و اصلاح پیش‌فرض‌های اقتصاد نئوکلاسیک خصوصاً فرض رفتار عقلانی دانست یا می‌توان به کاربرد یافته‌های علوم شناختی و روان‌شناسی در تحلیل اقتصادی حقوق یا به شکل‌های دیگر تعریف نمود.

سوم آنکه مطالعات این رشته عملاً از میان علوم مختلفی که به نحوه رفتار انسان می‌پردازند تأکید خود را بیشتر بر علم روانشناسی قرار داده و سایر علوم مربوطه را مورد توجه قرار نداده است.

چهارم آنکه در خود حوزه روانشناسی نیز یافته‌های گسترده‌ای ناظر بر شیوه تصمیم‌گیری وجود دارد؛ درحالی که این شاخه از تحلیل اقتصادی تنها بخش کوچکی از آن را مورد استفاده

قرار داده است. این ایرادات و مهم‌تر از آن‌ها، پیچیدگی‌های رفتاری انسان‌ها و کمبود مطالعات رفتاری صورت گرفته عملاً موجب رشد نسبتاً محدود رویکرد رفتاری شده است. (Jones, 2014: 476-504)

بررسی مصداق‌هایی از تحلیل اقتصادی اثبات دعوا

مصادیق متعددی از حقوق اثبات دعوا تاکنون مورد توجه تحلیلگران اقتصادی حقوق قرار گرفته است. در ادامه مقاله به‌اختصار برخی از این تحلیل‌ها را جهت آشنایی با شیوه کاربرد رویکرد اقتصادی حقوق به اثبات دعوا توضیح داده می‌شود. برخی از این تحلیل‌ها مبتنی بر رویکرد کلاسیک است و برخی دیگر با استفاده از الگوهای رفتاری ارائه شده‌اند.

تحلیل اقتصادی گواهی

گواهی را باید نوعی جریان معرفت‌شناسانه در جهت یافتن نتایج صحیح و موجه تعریف نمود. در این معنا گواهی پدیده‌ای اجتماعی است که به‌موجب آن دانسته‌ای از گوینده به شنونده انتقال می‌یابد. (Pardo, Testimony, 2007: 72) در جریان این انتقال مباحث معرفت‌شناختی بسیاری مطرح خواهد شد. مثلاً این موضوع که آیا آنچه از گوینده به شنونده انتقال یافته است در واقع عیناً همان واقعیتی است که مدنظر گوینده بوده است یا محمل الفاظ موجب واژگونی معانی و در نتیجه انتقال نا به جای مقصود می‌گردد؛ اگر گوینده ابراز نماید که "مشاهده نمودم که خواننده از قصد ضربه‌ای شدید به اتومبیل خواهان وارد آورد"، آیا معنایی که گواه از واژه "شدید" یا "قصد" دارد با معنایی که دادرس برداشت می‌نماید کاملاً یکسان است؟ قانون‌گذاران و قضات باید نسبت به توانایی و انگیزه گواهان در مورد درک، ضبط و بازگویی وقایع آگاه باشند. باین‌وجود، قضات و قانون‌گذاران نوعاً چنین دانشی ندارند؛ زیرا این مسائل عموماً در حوزه علوم شناختی^۱ و روانشناسی است نه تخصص حقوقی ایشان. (Spellman, 2016: 76)

حقوق اثبات دعوا اساساً به این موضوع می‌پردازد که چه نوع اطلاعاتی باید در جریان تصمیم‌گیری قضایی مورد توجه قرار گیرند تا در نتیجه هدف حقیقت‌یابی در دادرسی به بهترین

1- cognitive

شکل تأمین شود. با در نظر گرفتن اینکه عقلانیت به شدت تابع و وابسته به خطاهای شناختی و سوگیری است، ارتباط بین دلیل ابراز شده در دادگاه و خطاهای شناختی مرتبط با این ادله از جانب قاضی، اصحاب دعوا، گواهان کارشناسان و سایر اشخاص مرتبط با جریان اثبات می‌تواند در درک بهتر و وضع بهتر قواعد حقوق اثبات دعوا مؤثر باشد. (Vars, 2013: 23) مثلاً تحقیقات نشان داده است که دادرسان ارزش گواهی را بیش از میزان واقعی ارزیابی می‌کنند. انجام آزمایش‌های کنترل شده می‌تواند تخمین صحیح در خصوص هر دلیل را به ما نشان دهد. ادعای وزن دهی غلط به گواهی ریشه در یک نوع خطای شناختی موسوم به "یادآوری و تجسم" دارد. یک نوع از سوگیری یادآوری و تجسم، مربوط به تخمین احتمال یک رویداد از طریق تلاش جهت تصور یک سناریوی اتفاقی است. تصور کنید شخصی قصد دارد یک واقعه که قبلاً اتفاق افتاده است را در ذهن خود تجسم کند. حال هرچه زودتر این تصور را در ذهن خود انجام دهد به احتمال بیشتری این واقعه را به یاد می‌آورد و در مقابل هرچه زمان بیشتری گذشته باشد این یادآوری با اخلال بیشتری مواجه خواهد شد. مثلاً اگر گواه در صدد گواهی دادن در خصوص این باشد که حادثه دقیقاً در کدام نقطه محقق شده است، طولانی‌تر شدن فاصله زمان ادای شهادت از وقوع حادثه می‌تواند بر دقت شهادت تأثیرگذار باشد.

با توجه به وجود خطاهای شناختی می‌توان پیشنهاد کرد که لازم است مطالعات بیشتری در خصوص گواهی ایجاد شود تا آثار منفی آن کاسته شود و در صورت عدم امکان جلوگیری از خطاهای شناختی مربوطه، باید قائل بر این بود که گواهی ارزشی در حد قرینه داشته باشد و مکمل ادله دیگر محسوب شود. وجود خطاهای شناختی بسیار در گواهی موجب می‌شود تا در صورت پذیرش آن در ردیف ادله اثباتی، آن را در ردیف امارات و ادله تکمیلی قلمداد نماییم.

۴-۲ تحلیل اقتصادی علم قاضی

مقصود از علم قاضی این است که هرگاه قاضی بنا بر مستندی واجد علم در موضوع دعوا شد باید پذیرفت که می‌تواند بر مبنای علم خود قضاوت کند. برخی نظریات این علم را فقط در امور

حکمی و موازین شرعی قضاوت است معتبر می‌دانند (عریان، ۱۳۸۵: ۴۷-۷۸) و بسیاری شمول حجیت آن را در محدوده‌ای اعم از امور حکمی و موضوعی تلقی می‌کنند. (ابراهیمی زاده، ۱۳۹۶: ۷۳-۸۶)

از منظر اقتصادی چند دلیل در رد کارآمدی علم قاضی قابل توجه است:

الف- وجود اهداف دیگر اثبات غیر از کشف واقع

حصول علم تنها هدف دادرسی نیست. بلکه مهم‌تر از خود این علم، مشخص شدن آن است که دادرسان تحت چه شرایطی و با چه وسایلی به این علم رسیده‌اند. در واقع غیر از حصول علم، نظام‌مند بودن حصول این علم نیز در زمره اهداف اثبات است. در علم حقوق و دادرسی، فقط کشف حقیقت هدف محسوب نمی‌شود. در نتیجه ادراکات درونی قاضی هم به تنهایی کافی نیست. علم و معرفت سیستماتیک همان چیزی است که دادرسی مطلوب در پی آن است. (Pardo, 2005: 321-392) علت این امر همان‌طور که در قسمت اهداف حقوق اثبات از منظر اقتصادی ذکر شد از جمله ایجاد قابلیت پیش‌بینی نتیجه فرایند دادرسی برای اصحاب دعوا است که موجب می‌شود تعداد بیشتری از منازعات بدون مراجعه به دادگستری از طریق سازش حل و فصل شوند. درحالی‌که عدم قابلیت پیش‌بینی با افزایش رفتاری فرصت طلبانه در اصحاب دعوا موجب تحقق نتیجه‌ای معکوس خواهد شد. به هرروی اینکه علم قاضی امکان اثبات غیر نظام‌مند دعوا را فراهم می‌کند با توجه به اینکه مانع از تحقق اهداف اصلی اثبات دعوا می‌شود می‌تواند امری ناکارآمد محسوب گردد.

ب- خطاهای شناختی قاضی

علاوه بر اهداف متعدد حقوق اثبات دعوا، پدیده خطاهای شناختی و نقش پررنگ آن در علم قاضی از عوامل ناکارآمدی آن محسوب می‌گردد. آنچه در قسمت تحلیل اقتصادی گواهی پیرامون تحلیل نادرست دادرس از گواهی بیان شد، مصداقی از خطاهای شناختی قاضی محسوب می‌شود.

مثلاً در امور حقوقی در مواجهه با دعوایی قراردادی، چنانچه خواهان برای اثبات وجود عقد هیچ سندی ارائه نکند و صرفاً به گواهی گواهان استناد نموده باشد، ممکن است قاضی در عمل

پیش از رسیدگی به ادله، به طور ناخودآگاه ادعای خواهان را در ذهن خود مردود تلقی کند. همچنین است در دعاوی کیفری که احتمالاً قاضی در مواجهه با مجرمین سابقه‌دار، پیش از ارزیابی ادله، تحقق جرم را در ناخودآگاه خود با توجه به سابقه‌دار بودن متهمین محرز می‌پندارد. به این ترتیب احساسات به عنوان دشمن عقلانیت و از عوامل مؤثر بر اثبات دعوی و موجبات پیش‌داوری محسوب می‌شود. (Bandes, 2014: 1003)

یکی از خطاهای شناختی مورد توجه تحلیلگران در این خصوص، سوگیری نتیجه^۱ است. این مفهوم عبارت از تحلیل بر اساس نتایج موجود یک رخداد است. مثلاً فرض شود قاضی در مقام تحلیل این موضوع است که میزان وجه التزام مقرر در عقد با میزان خسارت واقعی برآورد شده در زمان انعقاد تناسب دارد یا خیر. در فرضی که رخداد نقض تعهد و وقوع خسارت (نتیجه) محقق شده باشد، طبق این سوگیری قاضی برآوردی متفاوت از فرضی که هنوز نقض تعهد (نتیجه) محقق نشده باشد خواهد نمود. در واقع تحقق نتیجه و آگاهی از آن بر نحوه ارزیابی اشخاص مؤثر خواهد بود.

همچنین ثابت شده است که معمولاً انسان‌ها پس از وقوع یک اتفاق، قابل‌پیشگیری بودن آن اتفاق را نسبت به پیش از وقوع آن اتفاق بیشتر ارزیابی می‌کنند. به طور مثال اگر در دعوایی با موضوع اثبات قوه قاهره، دادگاهی حادثه‌ای را قابل‌پیش‌بینی و پیشگیری قلمداد می‌کند، همین دادگاه در صورتی که پیش از وقوع حادثه در خصوص قابلیت پیشگیری آن ابراز نظر می‌نمود، احتمالاً آن را حادثه‌ای غیر قابل‌پیشگیری تلقی می‌نمود. این سوگیری موسوم به "ارزیابی احتمال، بعد از تحقق رویداد"^۲ است. (Wittlin, 2015: 1323)

نتیجه

شکل‌گیری جریان تحلیل اقتصادی حقوق اثبات دعوا نشان از کاستی‌هایی در حقوق اثبات دعوی سنتی دارد. یکی از مهم‌ترین این کاستی‌ها فقدان ابزارگرایی و پیامدگرایی در آن است.

1- Outcome bias

2- hindsight bias

اگر اثبات دعوا با تکیه بر قواعد از پیش ساخته شده و صرف نظر از نتایجی که بر رفتار اشخاص مرتبط با دادرسی از جمله وکیل، قاضی، اصحاب دعوا، گواهان و کارشناسان دارد اعمال گردد، ناگزیر شاهد پیامدهای ناکارآمد هستیم؛ اما ابزارگرایی و پیامدگرایی نهفته در رویکرد اقتصادی به حقوق صرف نظر از میزان توفیقی که در حصول این مطلوب داشته است، روندی رو به افزایش در کارآمدی فرایند دادرسی و اثبات محسوب می شود.

علاوه بر نقصان مبنایی و فلسفی مذکور، فقدان روش شناسی نظام مند نیز از موجبات این تحول در علم اثبات دعوا در کنار دیگر شاخه های حقوقی باید دانسته شود. علم اقتصاد به جهت دارا بودن متدولوژی دارای ساختار منظم رو به تکامل چه در رویکرد کلاسیک و چه در شیوه رفتاری نسبت به علوم دیگر در جذب مفاهیم حقوقی جهت تکمیل این نواقص پیشگام بوده است. انجذاب حقوق اثبات و اقتصاد به شکلی که بیان شد منطق حاکم بر حقوق اثبات و طبعاً قواعد و احکام آن را دگرگون نموده است. در این منطق بر خلاف تصور سنتی و رایج حقوق اثبات دعوا صرفاً ابزاری برای اثبات دعوا نیست؛ زیرا ادراک موضوعاتی که در عالم پیرامون رخ می دهند نوعاً از طریق ابزارهای فنی (کارشناسی)، اتکا بر حواس انسانی (گواهی، تحقیق محلی و معاینه محل)، دلالت های زبان بر معانی (اسناد) صورت می گیرند که در ذات خود خارج از محدوده حقوق هستند؛ بنابراین پرداختن حقوق به این موضوعات نه فقط از باب کشف حقیقت بلکه به جهت سایر اهداف حقوقی از جمله حداقل سازی هزینه های کشف موضوعات در دادرسی و کیفیت توزیع ریسک خطاهای اثباتی بین اصحاب دعوا است؛ بنابراین نظام اثباتی در صورتی کارآمد است که با کمترین به بیشترین میزان سود ناشی از این اهداف نائل شود.

یافته های رویکرد نوپای تحلیل اقتصادی به اثبات دعوا می تواند اجمالاً شاهی بر ناکارآمدی برخی جنبه های نظام اثباتی ایران باشد. از جمله در خصوص گواهی، سوگیری های مختلفی که نسبت به گواهان و نیز دادرس به اثبات رسیده اند باید اذعان داشت که نامحدود دانستن ارزش اثباتی گواهی آن گونه که در حقوق ایران امروز مطرح است، مسلماً موجب ناکارآمدی های بسیار در فرایند دادرسی می گردد. این امر قابل تعمیم به دلیل دیگری تحت عنوان علم قاضی نیز هست؛ هرچند کاربرد آن نوعاً محدود به امور کیفری است. در مقابل کارشناسی که به دلیل مبتنی بودن بر دانش فنی و تخصصی توأم با خطاهای شناختی محدودتری است در حقوق ایران دارای ارزش اثباتی پایین تری است و این وزن دهی نامناسب به ادله موجب ناکارآمدی بیشتر خواهد شد.

البته باید توجه داشت تحلیل دقیق حقوق اثبات از منظر توصیفی و هنجاری نیازمند انجام مطالعات تجربی در قلمرو قضایی مورد مطالعه است و نمی توان تحلیل های صورت گرفته در یک ساختار حقوقی مشخص را کاملاً بر قلمروی دیگری تعمیم داد. با این حال از طریق یافته های موجود خصوصاً در شاخه کلاسیک می توان به ارزیابی نسبی کارآمدی قسمت های مختلف نظام حقوقی اثباتی از جمله بار اثبات دعوا، معیار اقناع دادرس، وزن ادله و غیره پرداخت که این ارزیابی همراه با مطالعات تجربی بومی مقرون با نتایج کامل تری خواهد بود.

References

- [1] Arabian A. (1385). The philosophy of admisiblity of judge's own intuitive knowledge in decision making and the critics, *Analytical philosophy review*, 7 (in Persian)
- [2] Allen, R. J. (2013). Evidence, Probability, and the Burden of Proof . *Arizona Law Review*, 602
- [3] Bandes, S. A. (2014). Emotion, Proof and Prejudice: The Cognitive Science of Gruesome Photos and Victim Impact Statements. *Arizona State Law Journal* 1003.
- [4] Bernardo, A. E. (1999). A Theory of Legal Presumptions. *Journal of Law, Economics, and Organization*.
- [5] Daughety, A. F. (1999). On the Economics of Trials: Adversarial Process, Evidence and Equilibrium Bias. *Journal of Law, Economics and Organization*.
- [6] Davarpanah M. (1383). Interdisciplinary relations in human studies, Educational and psychological studies review, 5-2 (in Persian)
- [7] Ebrahimizadeh, A. (1396). The concept of judge's own intuitive knowledge in decision making, discourse of jurisprudence and principle, 73-86. (in Persian)
- [8] Hesarkhani, F. Pourostad, M. (1394). Economic Analysis of civil procedure based on costs, *Comparative legal research review*, 8-28 (in Persian)
- [9] Hock Lai, H. (2015). *The Legal Concept of Evidence*. (E. N. Zalta, Ed.) The Stanford Encyclopedia of Philosophy.
- [10] Jones, O. D. (2014). Why Behavioral Economics Isn't Better, and How it Could Be. *Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 14-30; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 14-32*.
- [11] Kahn Dan, M. (2010). The economics –conventional behavioral and political—of "subsequent remedial measures" evidence". *faculty scholarship series*.
- [12] Korobkin, R. B. (2000). Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*.
- [13] Parchomovsky, G. a. (2010). The Distortionary Effect of Evidence on Primary Behavior. *Harvard Law Review*, Vol. 124, 518.
- [14] Parchomovsky, G. a. (2014). Catalogs. *Columbia Law Review*, 165-209.
- [15] Pardo, M. S. (2005). The Field of Evidence and the Field of Knowledge. *Law*

- and Philosophy.
- [16] Pardo, M. S. (2007). Testimony. *Tulane Law Review*, Vol. 82.
 - [17] Pardo, M. S. (2013). The Nature and Purpose of Evidence Theory. *Vanderbilt Law Review*, 559-561.
 - [18] Parisi, F. a. (2005). The Law and Economics of Irrational Behavior: An Introduction. *George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-16*.
 - [19] Parker, J. S. (2007). *Economics of Evidence and Proof*. (D. S. ty, Ed.) Encyclopedia of Law and Sociey and Proof: Sage Publications.
 - [20] Ponasanapalli, S. S. (2012). A Critical Analysis of Indian Law on Electronic Evidence. *The IUP Law Review*, 49-63.
 - [21] Posner, R. A. (1999). An Economic Approach to the Law of Evidence. *University of Chicago Law School*.
 - [22] Sanchirico, C. W. (2010). Models of Evidence: Survey and Assessment. *University of Pennsylvania Institute for Law & Economics Research Paper No. 10-28*.
 - [23] Shavell, S. (1982). The social versus the private incentive to bring suit in a caosly legal system. *Harvard University Press, Journal of legal studies*, 333.
 - [24] Spellman, m. j. (2016). The phsycological foundations of evidence law. *nyu press*.
 - [25] Stein, A. (2015). The New Doctrinalism: Implications for Evidence Theory. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 163, 2085-2107.
 - [26] Tavasoli Jahromi M. (1382). The facts and proof. Faculty of law and political sciences review (Tehran University), 62-512(in Persian)
 - [27] Ayebnia. M, mashhadi Ahmad A. Motavaseli M. (1389). Some critics on defects of classical economics, Econmic research paper (Allameh Tabatabae'i University), 10-4(in Persian)
 - [28] Tusi A. (1390). The methodology of law & economics, Legal researches review, 4(in Persian)
 - [29] Vars, F. E. (2013). Behavioral Economics and Evidence Law. *U of Alabama Legal Studies Research Paper No. 2269775*.
 - [30] Wittlin, M. (2015). Hindsight Evidence. *Columbia Law Review* 1323, 1323.
 - [31] Wright, J. D. (2012). Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty. *Northwestern University Law Review*, Vol. 106, No. 3.
 - [32] Zywicki, T. J. (2018). The Behavioral Economics of Behavioral Law & Economics. *Review of Behavioral Economics*, Vol. 5, No. 3-4

رابطه حقوق کار و توسعه اقتصادی با نگاهی تطبیقی و انتقادی به خروج مناطق آزاد تجاری-صنعتی از شمول قانون کار

دکتر حسن بادینی^۱

دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و
علوم سیاسی دانشگاه تهران

حسن حاج نجفی^۲

دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم
سیاسی دانشگاه تهران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۲۵

چکیده

مقاله پیش رو به ارتباط میان قوانین کار و توسعه اقتصادی با تمرکز بر مطالعه تطبیقی خروج مناطق آزاد از شمول مقررات کار سرزمین اصلی می‌پردازد. بدین ترتیب، پرداختن به این پرسش که «آیا از منظر تمام مکاتب تحلیل اقتصادی، قواعد حمایتی حقوق کار دارای اثر بازدارندگی اقتصادی ارزیابی می‌شود؟» از جمله محورهای اصلی این پژوهش به شمار می‌آید. فرضیه مقاله بر این استوار است که نمی‌توان به‌طور مطلق بازدارندگی اقتصادی مقررات کار را مفروض پنداشت؛ چرا که نگرش‌های اقتصادی مختلف ممکن است پاسخ‌های متفاوتی در این باره ارائه دهند. روش تحقیق در پژوهش پیش رو، تحلیلی-نظری و تطبیقی است. بررسی دو دسته نظریه‌های اقتصادی مطرح نشان می‌دهد هرچند مکاتب کلاسیک و نئوکلاسیک در

*- نوع مقاله: پژوهشی

۱- ویسند مسؤل . ایمیل: hbadini@ut.ac.ir

2- hasnanajafi@gmail.com

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41831

اقتصاد، تعارض ذاتی میان حقوق کار و اهداف توسعه اقتصادی را مفروض می‌پندارند، برخی مکاتب تحلیل اقتصادی جدیدتر نظیر کینزی‌های جدید و نو نهاد گرایان، قاعده‌گذاری‌های حمایتی در زمینه روابط کار را لزوماً دارای پیامدهای منفی اقتصادی تحلیل نمی‌کنند. نظر به اختلاف مکاتب مختلف اقتصادی در موضوع ارتباط حقوق کار و اهداف توسعه اقتصادی، این مقاله در بخش دوم به بررسی نحوه تنظیم روابط کار در مناطق آزاد، از منظر حقوق تطبیقی و بین‌المللی می‌پردازد. این پژوهش نشان می‌دهد ایران از جمله معدود نظام‌هایی است که با تکیه بر اعتبار مطلق تحلیل‌های اقتصادی مکتب کلاسیک، مناطق آزاد خود را به‌صراحت از شمول قواعد ملی کار استثنا نموده‌اند. یافته‌های پژوهش تأکید دارد از منظر شیوه تصویب و کیفیت قواعد، تصویب‌نامه سال ۱۳۷۳ دولت که جایگزین قانون کار در مناطق آزاد شد، با ایرادات بنیادین روبه‌رو است. با در نظر گرفتن ابهامات موجود و افزایش مصداقی و موضوعی دامنه شمول تصویب‌نامه خاص مناطق آزاد و نیز با عنایت به این‌که قاعده‌گذاری در قلمروی حقوق کار از جنس وضع قاعده حقوقی است نه مسائل شکلی و اجرایی، پیشنهاد می‌شود مجلس شورای اسلامی که عهده‌دار امور تقنینی کشور است، با ورود به موضوع و جمع میان ملاحظات اقتصادی و اجتماعی، تکلیف مقررات اشتغال و تأمین اجتماعی در این مناطق را به نحوی مشخص نماید که تا حد امکان کمترین انحراف از قانون ملی صورت گیرد.

کلیدواژه‌ها: قانون کار، توسعه اقتصادی، مناطق آزاد، تحلیل اقتصادی حقوق کار، اصل ۸۵ قانون اساسی.
طبقه‌بندی JEL: F63, J8, K31

۱. مقدمه

در دهه پایانی قرن بیستم، با فروپاشی کمونیسم، اندیشه آزادی اقتصادی و آنچه به‌اصطلاح اجماع واشنگتن (Washington consensus) خوانده می‌شود، به‌عنوان یگانه راه رونق اقتصادی مطرح گردید. در این فضا، وضعیت خاص فعالیت اقتصادی در کشورهای توسعه‌یافته نظیر کمبود نیروی کار در اثر پیرشدن جمعیت و بالابودن دستمزدها، در کنار جهانی‌شدن اقتصاد، توسعه وسایل حمل‌ونقل، آزادسازی تجارت و کاهش تعرفه‌های گمرکی، سرمایه‌داران را به فکر جابه‌جایی سرمایه‌های خود از کشورهای توسعه‌یافته به کشورهای در حال توسعه با هدف بهره‌مندی از مزایای تولید ارزان انداخت. کشورهای در حال توسعه نیز که پس از فروکش نمودن موج استقلال-طلبی، دریافته بودند گام نهادن در مسیر توسعه اقتصادی به سرمایه‌ای نیاز دارد که خود فاقد آن هستند، بازار خود را بر صاحبان سرمایه از کشورهای توسعه‌یافته گشودند (Araghi &

(Ranjbarian, 2006: pp. 341-366).

در این بستر، ایجاد مناطقی به اصطلاح آزاد و مجزا از سرزمین اصلی که در آن محدوده مقررات ملی با هدف رونق تجارت بازرینی و تسهیل شود، به یکی از ابزارهای در اختیار کشورهای در حال توسعه برای جذب سرمایه خارجی تبدیل شد. علاوه بر مشوق‌های اقتصادی و مالیاتی، گاه کشور میزبان این مناطق را به صورت جزئی یا کلی از شمول مقررات کار و تامین اجتماعی سرزمین اصلی نیز استثنا نموده تا هزینه تولید و سرمایه گذاری کاهش یابد. برای مثال، در ایران هیئت وزیران در سال ۱۳۷۳ تصویب نامه‌ای گذراند که جایگزین قانون کار در مناطق آزاد گشت و بر اساس آن مناطق آزاد از شمول بسیاری از قواعد الزامی قانون کار ایران خارج شد.^۱ این وضعیت که مصداقی از تعارض ملاحظات اقتصادی و اجتماعی است (Araghi, 2014: 36-37) و کم و بیش در دیگر کشورهای در حال توسعه نیز دیده می شود، نیازمند دقت و بررسی است.

امروزه در کشورمان با وضعیتی روبه‌رو هستیم که روز به روز از دامنه شمول قانون کار کاسته - شده و بر قلمروی تصویب نامه مذکور افزوده می شود. چه آن که از یک سو، همان گونه که در ادامه با تفصیل بیشتر مطالعه می شود، مقررات روابط کار در مناطق آزاد، به مناطق ویژه اقتصادی و تا حدی به پارک‌های علم و فن آوری نیز تسری یافته است. از جانب دیگر، بر شمار مصادیق مناطق آزاد و ویژه نیز افزوده شده است. این در حالی است که ادبیات حقوقی اندکی به این موضوع پرداخته و خلأ مطالعاتی در این زمینه مشهود است.

هدف مقاله پیش‌رو بررسی خروج مناطق آزاد از شمول قانون کار با هدف تسریع توسعه - اقتصادی است. به این منظور، سؤال نخست این مقاله عبارت است از این که از لحاظ نظری چه ارتباطی میان قوانین حمایتی کار و توسعه اقتصادی وجود دارد؟ به بیان دیگر، آیا تحلیل‌های اقتصادی ضرورتاً ایجاب می نماید که برای رسیدن به توسعه اقتصادی باید از مقررات حمایتی کار چشم پوشید؟ این دیدگاه نظری مبنایی فراهم می آورد جهت ورود به مطالعه قانون گذاری قواعد کار از منظر حقوق تطبیقی و بین المللی. به این ترتیب، در ادامه سؤال اصلی بخش دوم مقاله عبارت است از این که سایر کشورهای در حال توسعه در تدوین مقررات حقوق کار خود در مناطق آزاد

۱- تصویب نامه شماره ۳۳۴۳۳/ت ۲۵ ک مورخ ۱۳۷۳/۳/۱۶ هیئت وزیران

چه راهی پیموده و از کدام مبنای نظری پیروی می‌نمایند؟ در ادامه نیز به این پرسش پرداخته می‌شود که رویه پیشنهادی سازمان بین‌المللی کار در خصوص مقررات گذاری در مناطق آزاد از چه قرار است؟ با این مقدمه است که به پرسش تعیین کننده مقاله می‌رسیم مبنی بر این که روش و مبنای قاعده گذاری مقررات حاکم بر روابط کار در مناطق آزاد ایران از چه قرار است و از لحاظ حقوقی و اقتصادی چه انتقادهایی بدان وارد است؟

جهت پاسخ به سؤالات مطرح شده ساماندهی مقاله پیش رو بدین قرار است: نخست تعریف مناطق آزاد مطرح شده و انواع آن قید می‌گردد. سپس، به بررسی نظری رابطه حقوق کار و توسعه اقتصادی پرداخته شده و دو دیدگاه تعارض انگار و رویکرد عدم تعارض مطرح می‌شود. در ادامه، روابط کار در مناطق آزاد از دیدگاه حقوق تطبیقی و بین‌المللی مطرح شده و به‌ویژه به‌صورت خاص به مقررات کار در دو کشور چین و هند و توصیه‌های سازمان بین‌المللی کار و برخی تجربیات فراملی پرداخته می‌شود. در نهایت نیز با رویکردی انتقادی مقررات کار در مناطق آزاد کشورمان به بحث گذارده می‌شود. بدین ترتیب است که با رویکردی انتقادی قاعده گذاری در زمینه روابط کار در مناطق آزاد ایران، شامل شیوه تصویب و تفاوت‌های مقررات خاص این مناطق با قانون کار ۱۳۶۹ مطرح شده و نتیجه بحث به همراه پیشنهادها بر آمده از تحقیق ارائه می‌شود.

۲. تعریف مناطق آزاد

منطقه آزاد بخشی از سرزمین اصلی یک کشور است که با هدف جذب سرمایه گذاری و رونق تجارت از شمول برخی مقررات ملی خارج شده است. از نظر اقتصادی و مالی، منطقه آزاد دارای یک، چند و یا تمام این مشوق‌ها می‌باشد: معافیت از تمام یا بخشی از مالیات بر صادرات یا عوارض گمرکی واردات مواد خام یا کالای واسطه‌ای به منظور افزایش صادرات و تسهیل فرآیند تولید، معافیت از مالیات‌های مستقیم مانند مالیات بر درآمد، عوارض شهرداری و عوارض اموال، معافیت از مالیات‌های غیرمستقیم نظیر مالیات بر ارزش افزوده در خرید داخلی، مستثنی شدن از کنترل نرخ ارز، آزاد بودن انتقال سود به خارج بدون تعلق مالیات، ارائه خدمات اداری کارآمد به‌ویژه تأکید بر سیاست پنجره واحد (single window policy) و ارائه رایگان یا با قیمت مناسب زیرساخت‌های فیزیکی تولید، حمل و نقل و لجستیک.

علاوه بر این محرک‌های اقتصادی و مالی، ممکن است کشور میزبان در مناطق آزاد مشوق-

هایی را نیز در زمینه الزامات حقوق کار یا حتی استانداردها و ضوابط زیست‌محیطی در اختیار صاحبان سرمایه قرار دهد (Richardson, Harrison & Campling, 2017: 9). بدین ترتیب، ممکن است دولت این مناطق را با هدف کسب رضایت کارآفرینان و به اصطلاح برای ایجاد فضای مساعد کسب و کار، از شمول مقررات ملی کار و تامین اجتماعی خارج نماید و یا اعمال آن قواعد را در این مناطق محدود کند. همچنین، ممکن است حسب قانون خاص اتحادیه‌های کارگری از ورود و فعالیت در این مناطق محروم گردند. گاهی نیز با وجود مقررات یکسان، دولت در عمل نظارت بر اجرای مقررات کار در این مناطق را با جدیت پیگیری نمی‌کند (McCallum, 2011: 1-2). روشن است که دولت‌ها با این هدف تمام یا بخشی از مقررات حمایتی حقوق کار در مناطق آزاد را نادیده می‌گیرند که قیمت تمام شده کالاهای تولیدی این مناطق کاهش یافته و در نتیجه، رقابت‌پذیری کالای ساخت این مناطق جهت صادرات به سایر کشورها افزایش یابد (Romero, 1995: 247).

گفته شده نخستین مناطق آزاد در سال ۱۹۳۷ در بروکلین نیویورک به وجود آمد. از میان کشورهای اروپایی ایرلند نخستین کشوری بود که در سال ۱۹۵۹ مناطقی را تحت این عنوان در نظر گرفت. در قاره آسیا، هند اولین کشوری بود که در سال ۱۹۶۵ این مناطق را پیش‌بینی نمود. تدارک این مناطق به‌ویژه در آسیا توسط کشورهای دیگر به سرعت مورد استقبال قرار گرفت (World Bank, 2017: 11). در حال حاضر، بیشتر مناطق آزاد جهان در کشورهای در حال توسعه و یا در اقتصادهای در حال گذار واقع شده‌اند (Romero, 1995: 248). البته در اثر تحول شرایط و تجربه‌اندوزی کشورهای در حال توسعه، به تدریج مناطق آزاد نسبت به شکل ابتدایی خود یعنی مناطق پردازش صادرات (Exports Processing Zones (EPZ) که بیشتر ناظر به مونتاژ قطعات وارداتی با استفاده از کارگران غیر ماهر بود، به سمت تخصصی‌شدن و استفاده از نیروی کار ماهر و نیمه ماهر تکامل یافت. امروزه مناطق آزاد در بسیاری از کشورها انواع و اقسام مختلف یافته است. برای نمونه، برخی مناطق مخصوص فعالیت‌های مالی، گردشگری، صنایع فوق پیشرفته و علوم و فنون شکل گرفته است. برخی مناطق آزاد نیز به صورت تک‌محصولی (منطقه قهوه در

زیمبابوه)، تک صنعتی (منطقه چرم در ترکیه)، تک کارخانه‌ای (برخی واحدها در هند و چین)^۱ و تک شرکتی (جمهوری دومینیکن)، ایجاد شده‌اند (ILO, 2003: 2; McCallum, 2011: 2; Farole, 2011: 72).

نقش آفرینی مناطق آزاد در جذب سرمایه سبب گردید تا از این مناطق با عبارت ابزار جهانی‌شدن (vehicle of globalization) تعبیر گردد (ILO, 1998: 3). در دهه‌های گذشته، ایجاد مناطق آزاد با استقبال فراوان کشورهای در حال توسعه روبه‌رو گردید. بانک جهانی در سال ۲۰۰۸ در گزارشی تفصیلی شمار این مناطق را بیش از ۳۰۰۰ منطقه در ۱۳۵ کشور اعلام نموده که ۶۸ میلیون فرصت مستقیم شغلی نیز ایجاد کرده‌اند (World Bank, 2008: 7). در سال ۲۰۱۸ تعداد این مناطق به ۵۴۰۰ منطقه در ۱۴۷ کشور رسید (UNCAT, 2019: 129). در مقاله پیش‌رو، واژه "منطقه آزاد" در معنای گسترده به کار رفته و شامل کلیه حوزه‌هایی می‌شود که سطحی از آزادسازی را دارا هستند، خواه در تقسیم‌بندی حقوق داخلی این مناطق با عنوان منطقه آزاد، ویژه اقتصادی یا غیر آن خوانده شود.

۳. بررسی نظری رابطه حقوق کار و توسعه اقتصادی

هرچند حقوق کار نسبت به سایر حوزه‌های حقوق، با تأخیر موضوع مطالعات تحلیل اقتصادی قرار گرفت، در سال‌های اخیر تحلیل اقتصادی قواعد کار نیز مورد توجه نویسندگان رویکرد حقوق و اقتصاد قرار گرفت. (Posner, 1984: 989-990). در تحلیل اقتصادی حقوق کار، پرسش اصلی عبارت است از این که چه رابطه‌ای میان مقررات کار و توسعه اقتصادی وجود دارد؟ و آیا اساساً ممکن است قواعد حمایتی حقوق کار از نظر اقتصادی کارا باشد؟ به‌طور کلی، پاسخ‌های ارائه‌شده به این پرسش در دو دسته کلی قابل جمع‌بندی هستند. دسته اول، دیدگاه‌ها و نظریاتی را در برمی‌گیرد که به تعارض ذاتی میان قواعد حمایتی حقوق کار و توسعه اقتصادی قائل‌اند. دسته دوم، نظریاتی را شامل می‌شود که منکر چنین تعارضی است. در ادامه، ابتدا رویکرد تعارض‌انگار بررسی شده و سپس به نظریات قائل به عدم تعارض، پرداخته می‌شود.

۱- در این مدل، کشور میزبان به صاحبان سرمایه اجازه می‌دهد کارخانه خود را تحت عنوان منطقه ویژه به ثبت رساند.

۳.۱. دیدگاه تعارض حقوق کار و توسعه اقتصادی

تعارض بنیادین میان مقررات حقوق کار و اهداف اقتصادی، به طور عمده در نظریات نویسندگان رویکرد کلاسیک و کلاسیک جدید (نئو کلاسیک) در اقتصاد مطرح می گردد. بر اساس تحلیل این دو رویکرد، بازار زمانی حداکثر کارایی را دارد که خود به خود و در فضایی کاملاً رقابتی به تعادل رسد. در این دیدگاه‌ها، چنین تلقی می شود که تعارضی آشفتنی ناپذیر میان منافع کارفرما و کارگر وجود دارد که باید تنها توسط چانه زنی خودشان به تعادل رسد. از این منظر، قانون گذاری در زمینه روابط کار، با دخالت و الزامی نمودن ضوابطی نظیر حداقل دستمزد، بیمه و تأمین اجتماعی، باعث افزایش هزینه به کارگیری نیروی کار شده و بر قیمت تمام شده می افزاید. در نتیجه، تمایل کارفرما به جذب نیروی کار جدید و ایجاد اشتغال کم شده و سطح تولید کاهش می یابد. بر همین اساس، در این تحلیل مقررات گذاری در حوزه کار از نظر اقتصادی اقدامی ناکارا قلمداد می گردد که با اهداف اقتصادی رابطه معکوس دارد. در این مکاتب، عدم دخالت دولت با عنوان اصل لسفر (Laissez-faire) بیان می گردد. به بیان دیگر، رابطه کارگر و کارفرما یک بازی با حاصل جمع صفر (zero-sum game) است که سود یک طرف، زیان طرف - مقابل را به همراه دارد. ضابطه گذاری دولت نیز خود باعث کاستی بازار می گردد (Casale & Perulli, 2010: 11). تأکید عمده این مکاتب بر اهمیت دکنترین آزادی قراردادی و عدم دخالت قانون در قراردادهای خصوصی جز در فرض مخدوش شدن اراده سازنده عقد برای مثال از طریق اکراه و اجبار است (Davies, 2004: 27).

تلقی بازدارندگی اقتصادی حقوق کار، دیدگاهی است که صندوق بین المللی پول و بانک جهانی از آن حمایت می نمایند. به طور کلی، در آن دسته از راهبردهای توسعه که توسط این دو نهاد تدوین شده، مقررات زدایی از روابط کار در شمار راه های رسیدن به توسعه اقتصادی تلقی گردیده و به کشورها پیشنهاد می شود (Baah & Akorsu, 2007: 3; Donohue, 2006: 1). برای مثال، بانک جهانی معتقد است قوانینی که با هدف حمایت از نیروی کار وضع می گردد، با کاهش تقاضای ایجاد اشتغال، در نهایت به ضرر کارگران تمام می شود (World Bank, 2007: 19). رویکرد آشفتنی ناپذیری حقوق کار و توسعه اقتصادی به طور عمده در دهه های ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ رواج داشت و سبب گردید در اثر ترجیح ملاحظات اقتصادی، حقوق کار به انزوا کشیده شود (Casale & Perulli, 2010: 10).

البته گفتنی است، در این مکاتب این سؤال که آیا ایجاد مناطق آزاد به افزایش کارایی اقتصادی می‌انجامد یا خیر، یک موضوع بحث‌برانگیز محسوب می‌شود. از یک طرف، بانک جهانی و برخی اقتصاددانان به ایجاد این گونه مناطق بدبین هستند. از نظر آن‌ها مناطق آزاد به عنوان سوپاپ اطمینان (safety valve) عمل نموده و با هدر دادن منابع، آزادسازی کل اقتصاد از مقررات حمایتی و تنظیمی را به تأخیر می‌اندازد. از جانب دیگر، برخی اقتصاددانان این مکاتب نیز معتقدند هرچند گزینه بهینه و اصلی، عدم دخالت مطلق دولت در بازار است، ایجاد مناطق آزاد می‌تواند تا حدی مداخله دولت در سرزمین اصلی را جبران نماید. در واقع، آزادسازی این مناطق به مثابه آن است که به کارفرمایان و صاحبان صنایع، یارانه جبرانی دخالت دولت در سرزمین اصلی پرداخت گردد و بنابراین، یک گام مثبت محسوب می‌شود (Milberg & Amengual, 2008: 2).

با افول نسبی تفوق مکتب نئوکلاسیک در دهه آخر قرن بیستم، متعارض انگاشتن حقوق کار و توسعه اقتصادی نیز مورد انتقاد واقع شد. صرف نظر از ایرادات اخلاقی مبنی بر نادیده گرفتن جنبه‌های انسانی مرتبط با حقوق کار، که از شمول مقاله حاضر خارج و مورد تأکید سازمان جهانی کار است، تردیدهایی نیز به اقتصادی بودن ایده عدم مداخله مطلق دولت در روابط کار وارد شده است. مهم‌ترین انتقادات نظر به این دارد که مکاتب کلاسیک و کلاسیک جدید، رسیدن بازار کار به تعادل بهینه طی یک وضعیت رقابتی کامل پیش از مقررات‌گذاری را مفروض انگاشته و بر اساس آن پیش فرض به تحلیل و نفی قاعده‌گذاری در زمینه روابط کار می‌پردازد. این در حالی است که این تلقی با واقعیت تطبیق ندارد (Davies, 2004: 28; Deakin, 2014: 2). از جمله شرایط بازار رقابتی کامل، قدرت چانه‌زنی برابر، تقارن اطلاعاتی، آزادی ورود و خروج و عدم وجود انحصار در رابطه فروشنده (کارگر در مقام عرضه‌کننده کار) و خریدار (کارفرما به عنوان متقاضی کار) می‌باشد. همچنین، عدم وجود هزینه‌های خارجی معاملاتی نیز در شمار شرایط بازار رقابتی کامل است (Badini, 2003: 110-111). حال آن‌که در بازار کار عدم تقارن اطلاعاتی و نابرابری در قدرت چانه‌زنی کارگر و کارفرما یک ویژگی ساختاری به حساب می‌آید و نه ویژگی تصادفی، اتفاقی و موقت. بنابراین، از این حیث می‌توان گفت دست کم بعد از انقلاب صنعتی هیچ‌گاه بازار کار در تعادل بهینه با تمام شرایط و پیش فرض‌های مقتضی نبوده تا تحلیل‌های این مکاتب در واقعیت قابلیت پیاده‌سازی داشته باشد.

امروزه در مکتب کلاسیک جدید نیز در فرضی که بازار رقابتی دچار کاستی باشد، این امر

کم‌ویش پذیرفته شده که دولت باید قواعدی را به منظور اصلاح موقعیت نابرابر دو طرف معامله وضع نماید تا بازار رقابتی فرضی تشکیل گردد. به همین دلیل، در این مکتب برخی نویسندگان نیز هستند که با وجود آن که در حالت کلی دخالت دولت را در فرض رقابتی بودن بازار نفی می‌نمایند، در عمل به دلیل جبران کاستی ساختاری بازار کار، طرفدار مداخله دولت در روابط کار به نفع کارگران می‌باشند تا بدین وسیله بازار رقابتی فرضی تشکیل گردد. گفتنی است برخی دیگر نیز به دلیل فقدان شرایط بازار رقابتی، از اتحادیه‌های کارگری و حداقل حقوق و دستمزد دفاع نموده‌اند (Davidov & Langille, 2006: 3; Donohue, 2006: 4; Casale & Perulli, 2010: 12).

۳.۲. دیدگاه عدم تعارض حقوق کار و توسعه اقتصادی

باید توجه داشت در حال حاضر تحلیل اقتصادی حقوق و از جمله حقوق کار از انحصار مکاتب کلاسیک و نئوکلاسیک خارج شده است. برخی نظریات اقتصادی جدیدتر تأکید دارد حقوق کار به طور الزامی به افزایش هزینه‌ها و در نتیجه ناکارایی اقتصادی نمی‌انجامد. بلکه، میان امتیازات کارگری و بهره‌وری (productivity) کارگاه ارتباط متقابل برقرار است. کینزی‌های جدید با طرح نظریه دستمزد کارایی (efficiency wage) معتقدند دست کم تا حدی میان دستمزد واقعی^۱ و تلاش و بهره‌وری کارگران ارتباط متقابل برقرار است. در نگاه نخست، افزایش امتیازات کارگری که در دستمزد نمودار است، هزینه به کارگیری نیروی انسانی را افزایش می‌دهد؛ اما در نهایت، به افزایش بهره‌وری و کاهش هزینه‌ها می‌انجامد. از این منظر، میان منافع کارگران و کارفرما همبستگی وجود دارد و این ارتباط یک بازی با حاصل جمع مثبت (positive-sum game) را تشکیل می‌دهد نه حاصل جمع صفر. بدین ترتیب است که سود هیچ‌یک از کارگر و کارفرما با زیان طرف دیگر ملازمه ندارد (Mahdavi & Mehrabani, 2011: 238).

در میان نویسندگان کینزی جدید، جوزف استیگلیتز (Joseph Stiglitz) اقتصاددان و برنده نوبل اقتصاد در سال ۲۰۰۱، چهره‌ای شاخص است. از منظر این اقتصاددان برجسته، حمایت از

۱- دستمزد واقعی (actual wage) که بیان کننده قدرت خرید نیروی کار است عبارت است از نسبت دستمزد اسمی به سطح عمومی قیمت‌ها.

کارگران مانع توسعه اقتصادی نیست. بلکه، دستمزد، شرایط کاری و تأمین اجتماعی بر ظرفیت ایفای نقش کارگران به عنوان بازیگران فعال فرآیند توسعه می افزاید (Novitz & Mangan, 2011: 7). استیگلیتز همپایه دانستن کار انسان با دیگر عوامل تولید را در شمار اسباب وخامت زندگی فعلی می داند (Araghi & Ranjbarian, 2006: 369-370).

همچنین، نهادگرایان جدید (neo-institutionalists) که حقوق را نه به عنوان دخالتی در بازار، بلکه به عنوان یکی از ارکان و عناصر سازنده بازار تلقی می نمایند، مقررات حمایتی کار را موجب افزایش کارایی می دانند (Deakin, 2014: 1 & 14). از دید این رویکرد نیز ضروری است که دولت با هدف اصلاح کاستی های بازار از طریق وضع مقررات حقوقی نقش تنظیمی ایفا نماید (Davies, 2004: 28). نهادگرایی جدید، تمرکز خاصی بر سرمایه انسانی بنگاه دارد. این رویکرد به ویژه بر این تأکید دارد که حمایت های حقوق کار، روابط کاری پایدارتر، با ثبات تر و همراه با وابستگی سازمانی بیشتری ایجاد می کند و این شرایط کارایی بنگاه را افزایش می دهد. در نتیجه، باقی ماندن کارگران با تجربه در بنگاه نه تنها مغایر با توسعه اقتصادی بنگاه نبوده، بلکه به افزایش سرمایه و کارایی بیشتر بنگاه نیز منجر می شود (Casale & Perulli, 2010: 13).

به علاوه، این نکته نیز درخور توجه است که در بحث تبیین ارتباط حقوق کار و اهداف پیشرفت اقتصادی همواره باید در خاطر داشت مفهوم توسعه فراگیر (inclusive development) برخلاف رشد اقتصادی علاوه بر افزایش کمی درآمد، به بهبود کیفیت زندگی مردم با در نظر گرفتن شاخص توسعه نیروی انسانی نیز نظر دارد. باید توجه داشت توسعه نیروی انسانی که از ویژگی های آن سلامت، کارایی و آموزش کارگران است، پیش شرط رشد اقتصادی می باشد. گزارش های سازمان ملل متحد در سال های ۱۹۹۲-۱۹۶۰، تصریح دارد کندی توسعه نیروی انسانی لاجرم با دیرکرد در رشد اقتصادی ملازمه خواهد داشت (Soubbotina & Sherman, 2000: 8). از این رو است که برخی اقتصاددانان به تقدم رتبی توسعه انسانی بر رشد اقتصادی باور دارند (Ramirez, Rani & Stewart, 1997: 23). به این ترتیب، با در نظر داشتن این مفهوم از توسعه، می توان گفت حقوق کار نه تنها مانعی در مسیر توسعه به شمار نمی آید، بلکه با منتهی شدن به بهبود وضعیت کارگران، علاوه بر ایفای کارکردهای دیگر، خود به عنوان یک عامل و نهاد توسعه ای (developmental institution) مطرح می گردد. توجه به این نقش آفرینی حقوق کار، سبب شده امروزه حقوق کار به طور ویژه در دستور کار قاعده گذاری های کشورهای در حال توسعه قرار گیرد

شد، معتقد است هدف رشد اقتصادی باید در نهایت بهبود زندگی انسان باشد. او سیاست نهادهای بین‌المللی در تمرکز صرف بر رشد اقتصادی را موجب افزایش بیکاری و مشکلات اجتماعی دانسته و توسعه را تنها در صورتی منصفانه و دموکراتیک می‌داند که مخالف حقوق کارگران نباشد (Araghi & Ranjbarian, 2006: 369-370).

باید توجه داشت داده‌های آماری جدیدتر بر ظرفیت نقش آفرینی مثبت اقتصادی قوانین کار تأکید دارد. مطالعات سابق که به تلقی تعارض می‌انجامید، بر پایه روش‌هایی بود که امروزه اعتبارشان زیر سؤال رفته است. روش‌های جدیدتر *قانون‌سنجی* (leximetrics)^۱ نشان می‌دهد مقررات‌گذاری در روابط کار تأثیر چندانی بر کاهش اشتغال ندارد، درحالی که به وضوح شاخص توسعه منابع انسانی (Human Development Index) را بهبود می‌دهد (Deakin, 2014: 15; Deakin, Fenwick & Sarkar, 2014: 19-20; Card & Krueger, 1994: 792). مطالعه‌ای با استفاده از داده‌های ترکیبی برای بازه زمانی ۱۳۸۱-۱۳۶۷، نشان داد تأثیر وضع قانون کار بر صنایع کشورمان مثبت بوده و این قانون فضای کسب و کار را به‌طور کلی بهبود بخشیده و سهم صنعت را از اقتصاد افزایش داده است (Mahdavi & Mehrabani, 2011: 242).

به هر حال اختلاف راجع به ارتباط حقوق کار و توسعه اقتصادی نشان می‌دهد این پرسش همچنان مجال اندیشیدن دارد و معمایی حل شده محسوب نمی‌شود (Casale & Perulli, 2010: 4). البته، این نکته را باید خاطرنشان نمود که قول به عدم تعارض این دو به معنی آن نیست که هر قسم قاعده‌گذاری حمایتی در حوزه حقوق کار، ضرورتاً با افزایش کارایی همراه است یا آن که مقررات حقوق کار نمی‌تواند به کاهش کارایی منجر گردد. بلکه، منظور آن است که قاعده‌گذاری در زمینه روابط کار با ناکارایی اقتصادی ضرورتاً ملازمه ندارد. بدیهی است، این پرسش که کدام قانون کار توسعه اقتصادی را تقویت می‌کند، مسئله دیگری است که باید در جای خود و

۱- قانون سنجی که به‌عنوان یکی از ابزارهای تحلیل اقتصادی حقوق مطرح می‌گردد، تلاش می‌نماید نقاط قوت و ضعف قوانین را با احتساب ارزش عددی هر قانون محاسبه نماید. نمرات حاصله به‌منظور سنجش کارایی قوانین مقایسه می‌گردند و به‌ویژه برای سنجش قوانین با اهدافی نظیر تسهیل رشد اقتصادی و ایجاد اشتغال در نظر گرفته می‌شوند.

با توجه به شرایط و مقتضیات هر کشور پاسخ داده شود (Deakin, 2014: 7, 14-15). وانگهی، باید توجه داشت در تحلیل ارتباط حقوق کار و توسعه اقتصادی نباید بر ارتباطی تک‌خطی تأکید نمود. به دیگر بیان، از نگاه کارفرما حتی اگر قائل گردیم که مقررات کار با افزایش هزینه و کاهش تقاضای ایجاد کار، اثر منفی بر تولید دارد، از منظر کارگران قاعده‌گذاری در این زمینه با افزایش بهره‌وری، سطح تولید را افزایش می‌دهد؛ بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت درنهایت تا حدی نیز برآیند دو نیروی متضاد است که پاسخ این ارتباط را مشخص می‌نماید (Mahdavi & Mehrabani, 2011: 238-239).

۴. روابط کار در مناطق آزاد از دیدگاه حقوق تطبیقی، بین‌المللی و فراملی

دیدیم که در موضوع ارتباط حقوق کار و توسعه اقتصادی میان نویسندگان مکاتب مختلف اقتصادی اختلاف نظر وجود دارد. این که قانون‌گذار در هر کشور ارزیابی خود را در این خصوص بر کدام‌یک از مبانی ذکر شده استوار نموده، بیش از هر چیز از مجرای مطالعه شیوه اداره روابط کار در مناطق آزاد نمایان می‌شود. طبیعی است اگر قانون‌گذار به تعارض ذاتی حمایت‌های حقوق کار با اهداف اقتصادی معتقد باشد، سطح بیشتری از آزادسازی روابط اشتغال در مناطق آزاد را در دستور کار قرار می‌دهد. در مقابل، اگر به عدم تعارض معتقد باشد آزادسازی روابط کار از مقررات امری و اجباری سرزمین اصلی را به‌عنوان یک پیش‌فرض توسعه‌ای در مناطق آزاد پیگیری نمی‌کند. در بخش آتی، ابتدا به بررسی نحوه مدیریت روابط کار در دو کشور چین و هند پرداخته شده و سپس بحثی درباره رویکردهای بین‌المللی و تجربیات فراملی در زمینه آزادسازی قواعد اشتغال در مناطق آزاد مطرح می‌شود.

۴.۱. روابط کار در مناطق آزاد در مقررات سایر کشورها

گفته شده اطلاعات کافی در خصوص شرایط کار در مناطق آزاد در سرتاسر جهان وجود ندارد. در نتیجه، به دلیل فقدان داده‌های قابل‌اتکا، ارائه تحلیلی جامع نیز میسر نیست (Milberg & Amengual, 2008: 3). با این حال، مطالعات انجام شده توسط سازمان بین‌المللی کار و بانک جهانی نشان می‌دهد تنها در معدودی از کشورها نظیر ایران، کنیا و سودان، مناطق آزاد به‌طور کلی و با صراحت از قوانین ملی کار مستثنی شده و مقررات خاص خود را یافته‌اند. در سایر کشورها،

هرچند در مناطق آزاد مقررات کار در برخی موارد و به‌ویژه در بحث روابط جمعی کار انعطاف‌پذیرتر از سرزمین اصلی است، در بسیاری موارد قانون سرزمین اصلی علی‌الاصول بر روابط کار در این مناطق نیز حاکم است. البته، گاهی نیز مقررات رسمی در مناطق آزاد و سرزمین اصلی در ظاهر یکسان است، اما در عمل مقامات دولتی از پیگیری برخی قانون‌گریزی‌ها در مناطق آزاد چشم‌پوشی می‌نمایند (ILO, 2003: 8-9; McCallum, 2011: 4). در ادامه، به بررسی مقررات حاکم بر روابط کار در مناطق آزاد در دو کشور چین و هند پرداخته می‌شود که در مطالعات این حوزه از اهمیت نسبی زیادی برخوردار هستند.

۴.۱.۱. مقررات کار در مناطق آزاد کشور چین

کشور چین با ایجاد و مدیریت بالغ بر ۳۰۰ منطقه آزاد در دو سطح استانی و کشوری و ایجاد ۴۰ میلیون فرصت شغلی، الگوی موفق در زمینه ایجاد مناطق آزاد و استفاده از ظرفیت این مناطق در تسهیل توسعه اقتصادی به شمار می‌آید (ILO, 2012: 8; McCallum, 2011: 2 & 6). با وجود مشکلات سنتی روابط کار در چین، جهت‌گیری‌های جدید بر توجه همزمان به اهداف توسعه اقتصادی و اجتماعی تأکید دارد (ILO, 2012: 1). تا قبل از دهه ۱۹۹۰ کشور چین فاقد مقررات ملی کار بود؛ اما به تدریج حقوق کار نیز مورد توجه قانون‌گذار واقع شد.

در این کشور در دهه آخر قرن بیستم بود که عمده قوانین مهم راجع به حقوق کار به تصویب رسید. برای مثال، می‌توان به قانون اتحادیه کارگری (مصوب ۱۹۹۲)، قانون کار جمهوری خلق چین (مصوب ۱۹۹۴) و قانون قرارداد کار جمهوری خلق چین (مصوب ۲۰۰۷) اشاره نمود. نکته قابل توجه آن‌که از نظر دامنه شمول، این مقررات و نیز سایر مقررات حمایتی کار زنان و معلولین، علاوه بر سرزمین اصلی بر مناطق آزاد نیز اعمال می‌گردد. همچنین، حق تشکیل و عضویت کارگران در اتحادیه‌های کارگری و مقررات بازرسی کار در مناطق آزاد چین با سرزمین اصلی تفاوتی ندارد. عدم رعایت ضوابط کار در مناطق آزاد، حتی ممکن است سبب محرومیت کارفرما از سیاست‌های ترجیحی و مزایای پیش‌بینی شده برای راه‌اندازی کسب و کار در این مناطق شود (McCallum, 2011: 8; ILO, 2012: 1 & 10-11). البته، نمی‌توان این را نادیده گرفت که ادارات محلی یا استانی مربوطه گاه از صلاحیت‌هایی برای تطبیق مقررات کار با وضع خاص هر منطقه برخوردار می‌شوند، اما استثنای عام و کلی نظیر حقوق ایران، به‌هیچ‌عنوان در مناطق آزاد

چین به چشم نمی‌خورد (ILO, 2012: 13).

۴.۱.۲. مقررات کار در مناطق آزاد کشور هند

کشور هند نزدیک به ۱۰۰ منطقه آزاد فعال دارد. مطالعه تاریخ ایجاد این مناطق از جهت نقش پارلمان هند در حمایت از حقوق کارگران درخور توجه است. بر اساس بند ۴۹ پیش‌نویس لایحه قانون مناطق آزاد هند که توسط دولت وقت به پارلمان هند ارائه شده بود، دولت اختیار می‌یافت در صورت اقتضا و با اخطار قبلی، اعمال برخی مقررات ملی را در مناطق آزاد تعیین شده، متوقف نماید. باوجوداین، با هشیاری احزاب چپ‌گرا در فرآیند تصویب، قوانین کار از شمار اختیارات دولت، مستثنی شد. البته پیش از آن نیز تحت فشار گروه‌های طرفدار کارگران، ماده ۵۰ این لایحه که مقررات سرزمین اصلی در زمینه اتحادیه‌های کارگری، دعاوی صنفی، تأمین اجتماعی، بازنشستگی و مزایای مادری را در مناطق آزاد قابل اعمال ندانسته بود، از متن پیش‌نویس حذف گردیده بود (Singh, 2009: 7; Vaish, 2011: 8-9).

بدین ترتیب، با نقش‌آفرینی پارلمان، مقررات قانون ملی کار بر مناطق آزاد هند نیز قابل اعمال باقی ماند و دولت اجازه تخطی از این قوانین را نیافت. بااین‌حال، در فرایند تصویب مقررات مناطق آزاد، دولت نیز تا حدی توانست در عمل اجرای مقررات ملی کار را از دو راه تعدیل نماید: اول، در هندوستان نیز مسئولیت نظارت بر اجرای ضوابط کار و حل و فصل اختلاف ناشی از آن، نظیر آنچه در تصویب‌نامه مناطق آزاد ایران مقرر شده، از وزارت کار به متصدی سازمان منطقه محول گردید. بدین ترتیب، از آنجا که سازمان منطقه فلسفه وجودی‌اش حمایت از سرمایه‌گذار و کارفرمایان است نه کارگران، در عمل ممکن است عدم رعایت حقوق کارگران به صورت جدی پیگیری نگردد. به همین دلیل است که برخی کارگران هندی در این مناطق بدون قرارداد، برای ساعت‌های طولانی و در شرایط کاری نامساعد به کار مشغول می‌شوند، بدون آن که اجرای قواعد مصوب دولتی در خصوص آن‌ها پیگیری گردد (تفاوت حقوق نوشته با حقوق در مرحله اجرا). دوم، بر اساس قانون مناطق آزاد هند، ایالت‌ها می‌توانند این مناطق را به عنوان عرصه ارائه خدمات عمومی اعلام نمایند، حتی اگر صنایع مستقر از نظر ماهیت، مربوط به خدمات عمومی نباشد. این اختیار در واقع تمهیدی است که به طور غیرمستقیم توانایی کارگران مناطق آزاد را برای اعتصاب محدود می‌کند. چه آن که وقتی بر یک فعالیت برچسب خدمت عمومی زده شد، کارگران به دلیل

مدخلیت منافع آحاد جامعه از اختیارات کمتری در زمینه اعتصاب بهره‌مند خواهند بود (Singh, 2009: 24-25).

۴.۲. سازمان بین‌المللی کار و مقررات حاکم بر مناطق آزاد

با در نظر گرفتن افزایش شمار مناطق آزاد در کشورهای مختلف و مطرح شدن مشکلات کارگران این مناطق، سازمان بین‌المللی کار به تدریج از دهه ۱۹۸۰ در اسناد و دستور کار خود به ضرورت رعایت حقوق کارگران مناطق آزاد توجه نمود (Gordon, 2000: 71; Romero, 1995: 262). این سازمان در ارزیابی ۳۰ سال فعالیت مناطق آزاد در کشورهای مختلف، همواره از وضعیت نامساعد کارگران، عدم رعایت حداقل استانداردهای کار و فقدان کار شایسته انتقاد نموده است (Milberg & Amengual, 2008: 2; McCallum, 2011: 3; ILO, 1998: 1).

این نهاد به وضوح و با صراحت، مخالف متعارض انگاشتن مقررات کار با اهداف توسعه اقتصادی می‌باشد. در ارزیابی‌های سازمان بین‌المللی کار بر این موضوع تأکید می‌شود که حمایت‌های قانونی از کارگران به برقراری روابط کاری پایدارتر منجر شده و از عدم ثبات شغلی کارگران که از نظر اقتصادی نیز موضوعی قابل انتقاد است، جلوگیری به عمل می‌آورد. از بررسی‌های آماری این سازمان درباره مناطق آزاد، این نتیجه پیشنهاد شده که عدم ثبات شغلی در مناطق آزاد خود یک عامل بازدارنده در مسیر دستیابی به توسعه اقتصادی به شمار می‌آید. چه آن‌که در این مناطق، به دلیل سختی کارهای تولیدی، عوامل فرهنگی، رواج قراردادهای مدت معین، نبود سیاست‌های توسعه منابع انسانی و روابط کاری توسعه نیافته، به ندرت کارگری بیش از پنج سال در حرفه خود باقی می‌ماند (ILO, 2003: 7). این سازمان به هیچ وجه مستثنی نمودن روابط کار را از شمول قوانین ملی در مناطق آزاد به عنوان یک راهکار توسعه، توصیه نمی‌کند و معتقد است کشورهایی نظیر مالزی، موریس، ایرلند و سنگاپور که مناطق آزادشان از نظر اقتصادی نیز موفق ارزیابی می‌شود، کشورهایی هستند که ارزش آفرینی اقتصادی را همزمان با پیگیری اهداف اجتماعی نظیر آموزش، تسهیل گفتگو و تضمین حقوق کارگران دنبال نموده‌اند (ILO, 2003: 12-13).

البته، ذکر این نکته لازم است که از دید سازمان بین‌المللی کار توجیه مقررات‌گذاری در حوزه روابط کار به منظور نیل به اهداف اقتصادی باید محتاطانه صورت پذیرد. چه آن‌که بیم آن وجود

دارد که نگرش صرف اقتصادی به حقوق کار، این رشته را صرفاً به ابزاری جهت نیل به اهداف مشخص اقتصادی تبدیل نماید. در نتیجه، ارزش ذاتی و مستقل این رشته و مفهوم کرامت انسانی، نادیده گرفته شود. به بیان دیگر، سازمان بین‌المللی کار مخالف آن است که بر نقش آفرینی و ظرفیت حقوق کار به عنوان یک ابزار توسعه اقتصادی بیش از اندازه تأکید شود. بر اساس رویکرد این سازمان، حتی آنجا که ضوابط کار با اهداف اقتصادی مغایرت می‌یابد، حمایت‌های حقوق کار نباید به سهولت و به‌طور کلی قربانی شود. مفهوم حقوق بنیادین کار (fundamental labour rights) و کار شایسته (decent work) نیز که در سال‌های اخیر مورد توجه این سازمان قرار گرفته و با مفهوم کرامت انسانی (human dignity) در ارتباط است، نگاه اقتصادی صرف به کار را نفی می‌نماید (Novitz & Mangan, 2011: 6).

۴.۳. روابط کار در مناطق آزاد و نقش آفرینی نهادهای غیر دولتی

گفتیم که طی دهه‌های گذشته با ایجاد مناطق آزاد در بسیاری از کشورهای در حال توسعه و فقدان مقررات و قواعد حمایتی مؤثر به منظور حفظ حقوق کارگران، بسیاری از شرکت‌های بزرگ چند ملیتی با هدف کاستن از هزینه تولید و استفاده از نیروی ارزان کارگران در کشورهای در حال توسعه، به سرمایه‌گذاری و تولید در کشورهای در حال توسعه پرداختند. این جابه‌جایی سرمایه و تولید، البته با واکنش‌هایی در کشورهای توسعه‌یافته که بازار مصرف کالاهای تولید شده بود، همراه شد. برخی فعالان حقوق کار و سازمان‌های مردم‌نهاد از سرمایه‌گذاری شرکت‌های بزرگ در کشورهای در حال توسعه با عنوان ایجاد بهره‌کش‌خانه (sweatshops) تعبیر نموده و با تکیه بر اثرگذاری ابزارهای ارتباط جمعی از مردم خواستند از مصرف کالاهای تولید شده در شرایط نامناسب کاری خودداری نمایند (Milberg & Amengual, 2008: 47; Habib-Mintz, 2009: 52).

در اثر این فعالیت‌ها، برخی شرکت‌های بزرگ با وجود آن که کشور میزبان، فاقد مقررات حمایتی مناسب جهت مدیریت روابط کار بود، خود استانداردهایی را به صورت داوطلبانه ذیل عناوینی چون منشور رفتاری (code of conduct) تهیه نموده و اجرای آن را به عنوان یک قاعده درون‌سازمانی در تمام کشورهای که سرمایه‌گذاری شرکت در آن انجام می‌شود و ضوابط بیرونی و اجباری حقوق کار وجود ندارد، برعهده گرفتند. این استانداردها که نمودی از مسئولیت

اجتماعی شرکت (corporate social responsibility) است، به طور معمول شامل ممنوعیت کار اجباری، ممنوعیت کار کودکان، ممنوعیت تبعیض، احترام به آزادی جمعی، حق برخورداری از محیط ایمن و سلامت، حق دریافت به موقع حقوق و ساعات متناسب کار می شود (Milberg & Amengual, 2008: 46; Habib-Mintz, 2009: 52). به همین دلیل، در کنار تمام انتقادهای برخی نویسندگان نیز از تأثیر مثبت شرکت های چندملیتی بر ارتقای حقوق کار در کشورهای در حال توسعه سخن گفته اند (Habib-Mintz, 2009: 54-55).

با این حال باید توجه داشت تدوین منشور رفتاری، روش قاعده گذاری خصوصی، بازارمحور و بحث برانگیز است. در واقع، شرکت ها با ارزیابی هزینه و فایده و بر مبنای ملاحظات مربوط به نفع شخصی درمی یابند که هزینه عدم رعایت استانداردها بیش از منافع آن است. فقدان ضمانت اجرای مؤثر و شیوه بازرسی نیز از نقاط ضعف منشورها می باشد (Milberg & Amengual, 2008: 54). مطالعه سازمان بین المللی کار در سال ۲۰۰۳ نشان داد این روش به تنهایی برای تأمین مصالح کارگران کافی نبوده و نمی تواند جایگزین مقررات الزام آور در کشور میزبان گردد (Milberg & Amengual, 2008: 49).

۵. مقررات حاکم بر روابط کار در مناطق آزاد ایران

در کشور ما با هدف کاستن از وابستگی به صادرات نفت، بر اساس تبصره ۱۹ قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۸)، به دولت اجازه تأسیس سه منطقه آزاد تجاری-صنعتی داده شد. در تبصره ۲۰ این قانون نیز دولت اجازه یافت مناطق ویژه حفاظت شده، تأسیس نماید. در این راستا، در سال ۱۳۷۲، با هدف توسعه و رشد اقتصادی سه منطقه کیش، قشم و چابهار، بر اساس قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران، آزاد اعلام شد. ماده ۱۲ این قانون، اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تأمین اجتماعی در این مناطق را از شمول قانون کار خارج و به آیین نامه هیئت وزیران واگذار کرد. سرانجام با تأخیر چندین ساله، هیئت وزیران تصویب نامه ای را در سال ۱۳۷۳ با عنوان "مقررات اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تأمین اجتماعی در مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران" تصویب نمود که

جایگزین قانون کار در این مناطق گشت.^۱

لازم به ذکر آن که تبصره ماده ۲ تصویب نامه مذکور، مشمولین قانون استخدام کشوری و سایر مقررات خاص را از شمول مقررات تصویب نامه خارج دانسته است. همچنین، بر اساس تصویب نامه دیگری از هیئت وزیران، مقرر شد حقوق و دستمزد خود کارکنان سازمان های مناطق آزاد تجاری و صنعتی بر مبنای قانون کار، محاسبه و پرداخت گردد.^۲ بنابراین، در عمل تنها گروهی که با تشکیل این مناطق از امتیازات قانون ملی کار محروم گشتند، کارگرانی بودند که سابق بر آن تحت شمول مقررات قانون کار قرار داشتند.

با گذشت زمان، دامنه اعمال تصویب نامه مذکور و در نتیجه خروج نیروی کار از حمایت های قانون ملی، نیز بیشتر شد. از یک سو، بر شمول موضوعی این مقررات که سابق بر آن تنها در سه منطقه آزاد قشم، کیش و چابهار اعمال می شد، افزوده شد. برای نمونه، بر اساس ماده ۱۶ قانون تشکیل و اداره مناطق ویژه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران که در سال ۱۳۸۴ به تصویب رسید، مقررات روابط کار در مناطق آزاد، به مناطق ویژه نیز تسری یافت. همچنین، در اجرای ماده ۴۷ قانون برنامه چهارم توسعه (۱۳۸۳)، با مصوبه هیئت وزیران پارک های علم و فن آوری در بسیاری از مسائل روابط کار (به استثنای تأمین اجتماعی) از شمول قانون کار خارج و تحت مقررات اشتغال در مناطق آزاد قرار گرفت.^۳ از سوی دیگر، به طور پیوسته بر مصادیق مناطق آزاد و ویژه نیز افزوده - شده؛ به طوری که هم اکنون شمار مناطق آزاد فعال به ۹ منطقه و مناطق ویژه به بیش از ۳۰ منطقه رسیده است و مناطق دیگری نیز در مسیر آزادسازی هستند.^۴

۱- تصویب نامه شماره ۳۳۴۳۳/ت ۲۵/ک به تاریخ ۱۳۷۳/۳/۱۶ هیئت وزیران

۲- تصویب نامه شماره ۱۰۳۸/ت ۲۸۳۹۳/ه به تاریخ ۸۲/۱/۱۶. پرداختی کارکنان سازمان مناطق قبل از این تصویب نامه نیز مشمول آیین نامه حقوق و دستمزد کارکنان سازمان های مناطق آزاد تجاری صنعتی جمهوری اسلامی ایران شماره ۶/۱۲۵۴/ت ۱۸۴۳۲/ک، به تاریخ ۱۳۷۶/۱۱/۵ بود.

۳- تصویب نامه شماره ۲۸۶۰۹/ت ۳۲۸۶۳ به تاریخ ۱۳۸۴/۵/۱۰ هیات وزیران

۴- در حال حاضر، علاوه بر بنادر کیش، قشم، چابهار، انزلی، اروند، ارس، ماکو، فرودگاه امام خمینی (ره) و مکران نیز در شمار مناطق آزاد محسوب می - شود. همچنین، در سال ۱۴۰۰ بر اساس قانون ایجاد هفت منطقه آزاد تجاری - صنعتی و ایجاد سیزده منطقه ویژه اقتصادی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، بر شمار مناطق آزاد و ویژه افزوده گشت.

۵.۱. رویکردی انتقادی به شیوه تصویب مقررات اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تأمین اجتماعی در مناطق آزاد کشورمان

در خصوص شیوه و مرجع تصویب مقررات روابط کار در مناطق آزاد کشورمان ایراداتی وجود دارد که کمتر مورد توجه قرار گرفته است. بر اساس قواعد حقوق عمومی و به ویژه اصل تفکیک قوا آن گونه که در قانون اساسی کشورمان نیز پذیرفته شده، قانون گذاری از شئون مجلس شورای اسلامی است (اصل ۷۱ قانون اساسی). قوه مجریه البته از برخی صلاحیت های محدود قاعده گذاری برخوردار است؛ اما این صلاحیت در اصل ۱۳۸، علاوه بر تدوین آیین نامه های اجرایی، تنها به وضع قواعد و مقررات با هدف انجام وظایف اداری، تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان های اداری محدود شده است. به بیان دیگر، قوه مجریه حق تأسیس نهادهای جدید حقوقی و تغییر در حقوق مکسبه ای را که به موجب قوانین پیشین به وجود آمده ندارد و این قسم امور از شئون و وظایف مجلس است. مصوبات دولت به تصریح اصل ۱۳۸: «نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد» (Katouzian, 2006: 95).

متأسفانه، این مبنا در تدوین مقررات اشتغال مناطق آزاد کشورمان رعایت نشده است. تغییر حقوق مکسبه و قواعد آمره کار و تأمین اجتماعی که توسط مجلس و با در نظر گرفتن جوانب امر و مصالح کشور به تصویب رسیده توسط تصویب نامه هیئت وزیران با ایراد قانون اساسی روبه رو است. چه آن که جنس مقولات کار و تأمین اجتماعی از جنس تقنین و وضع قاعده حقوقی است نه مسائل شکلی و اجرایی؛ کما آن که در سایر نقاط کشور نیز قانون مصوب مجلس بر روابط کار حاکم است نه تصویب نامه و آیین نامه های قوه مجریه.

اگر ایراد شود که مجلس خود در ماده ۱۲ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی، صلاحیت وضع قاعده در این خصوص را به هیئت وزیران تفویض نموده و از این رو با اعطای مجوز مجلس به هیئت وزیران ایراد عدم صلاحیت دولت نیز در خصوص تصویب نامه قانونی منتفی خواهد بود، اصل ۸۵ قانون اساسی به صراحت پاسخگو است. بر اساس این اصل، مجلس فاقد حق تفویض اختیار قانون گذاری به دولت جز در خصوص تصویب دائمی اساسنامه سازمان ها، شرکت ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت و ارجاع به کمیسیون های خاص خود می باشد. این اصل مقرر می دارد «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی تواند اختیار قانون گذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند».

سوابق تصویب قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی، نشان می‌دهد برخی نمایندگان در جریان مذاکرات تصویب این قانون به این ایراد اشاره نموده بودند که واگذاری وضع قواعد کار به هیئت‌وزیران خلاف قانون اساسی است. حتی، یکی از نمایندگان پیشنهاد نموده بود که ضوابط و مقررات کار در مناطق آزاد توسط هیئت‌وزیران تعیین شده و در قالب لایحه به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد گردد تا مسیر قانونی تصویب را طی نماید. متأسفانه، با اصرار نماینده دولت و نماینده کمیسیون خاص بر ضرورت تدوین هرچه سریع‌تر مقررات اشتغال و تأکید بر وقت‌گیر بودن فرآیندهای تصویب مقررات در مجلس شورای اسلامی، این پیشنهاد رأی نیاورد. این در حالی است که اگر مسئله فوریت مطرح بود، بر اساس اصل ۸۵ قانون اساسی، مقررات اشتغال این مناطق می‌توانست به تصویب کمیسیون مناطق خاص رسیده و در قالب قانون آزمایشی به طور موقت اجرا گردد تا مقررات نهایی در مجلس تصویب گردد.^۱ قابل توجه و تعجب آن‌که شورای نگهبان نیز در بررسی ماده فوق ایراد مخالفت با قانون اساسی به دلیل ممنوع بودن تفویض

۱- مختصری از شرح جلسه و مذاکرات مجلس در این خصوص ذکر می‌گردد: آقای موحدی ساوجی به‌عنوان مخالف اعطای اختیار به دولت برای وضع مقررات اشتغال (ماده‌ی ۱۵ لایحه ارسالی و ماده‌ی ۱۲ قانون مصوب) به ایراد سخن پرداختند. ایشان اعلام نمودند "اولاً...قانون‌گذاری را به دولت دادن خلاف قانون اساسی است و ثانیاً برخلاف مصالح مملکت می‌باشد...من پیشنهادم این است که اگر هم قانون ویژه لازم دارد که ممکن است لازم داشته باشد، باید به‌صورت لایحه به مجلس داده شود". در مقابل آقای سیدرضا اکرمی با این پیشنهاد به مخالفت پرداخت. بنا بر نظر ایشان اگر آیین‌نامه پس از تصویب هیئت‌وزیران دوباره به مجلس فرستاده شود، "معنایش این است که ما یکسال این کار را متوقف نگه داریم و باز آن‌ها از همان قوانینی که الان قبولش نداریم، مقداری استفاده بکنند این نقض غرض است. بگذاریم این کار در اسرع وقت با هماهنگی انجام بگیرد بعد از آن‌که راه افتاد می‌توانیم واقعاً اصلاح و تجدید نظری در آن به وجود آوریم. سپس، دکتر کامران نیز به‌عنوان مخالف تفویض اختیارات به دولت و در مقابل آقای داودی شمسی به‌عنوان موافق اعطای اختیار سخن گفتند. در خاتمه نیز آقای مرتضی الویری به‌عنوان نماینده دولت اظهار داشت شدیداً با پیشنهاد تصویب مقررات اشتغال در مجلس مخالف است و درخواست نمود که اجازه تصویب این مقررات را به دولت بدهند. ایشان اشعار داشتند "اگر نمایندگان محترم در بعضی از آن مصوبات دیدند مجلس نظرات دیگری دارد... در آن مقطع می‌تواند مجلس به‌صورت طرح قانونی اقدام بکند و بلافاصله آن اشکالی که به ذهنش بیاید برطرف بکند". در نهایت نیز تفویض اختیار قاعده‌گذاری به دولت تصویب گردید. ر.ک.: صورت مشروح مذاکرات جلسه علنی چهارشنبه ۲۶ خرداد ۱۳۷۲، دوره چهارم، اجلاس هی دوم، جلسه ۱۲۰، روزنامه‌ی رسمی شماره ۱۴۰۹۰، صص. ۲۸-۲۹.

اختیار قانون‌گذاری به دولت وارد نکرد.^۱

به علاوه، تصویب نامه هیئت وزیران، مرجع رسیدگی به دعاوی کار را نیز در مناطق آزاد پیش‌بینی نموده که این امر نیز به‌طور خاص و ویژه از مقوله تقنین بوده و در قلمروی صلاحیت انحصاری قوه مقننه می‌باشد. چه آن که موجه نیست با وضع یک تصویب‌نامه دولتی، مرجع قانونی رسیدگی به دعاوی تغییر یابد. در این راستا، ماده ۱۰ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (۱۳۷۹) تصریح دارد «رسیدگی نخستین به دعاوی، حسب مورد در صلاحیت دادگاه‌های عمومی و انقلاب است مگر در مواردی که قانون مرجع دیگری را تعیین کرده باشد». روشن است که منظور از «قانون» مصوبات مجلس شورای اسلامی می‌باشد. رویه دیوان عدالت اداری نیز در تأیید این نظر در خور توجه است. دیوان، در آرای مختلفی تفکیک ساختاری و تعیین ضوابط - رسیدگی و حل اختلاف را از شئون انحصاری قوه مقننه دانسته است. برای مثال، راجع به ماده ۱۲ قانون زمین شهری دیوان صراحتاً اعلام نمود که «تعیین مراجع اختصاصی اداری در هر زمینه منوط به حکم قانون‌گذار یا مأذون از قبل قانون‌گذار است»^۲ (Fallahzadeh et al, 2013: 43; Vijeh, 2009: 43). البته، با توجه به اصل ۸۵ قانون اساسی باز هم به نظر می‌رسد منظور از عبارت «یا مأذون از قبل قانون‌گذار» محدود به کمیسیون‌های داخلی مجلس شورای اسلامی باشد.

۵.۲. بررسی رویکرد اقتصادی مقررات اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تأمین اجتماعی در مناطق آزاد کشورمان

اگر بخواهیم تصویب نامه هیئت وزیران در مناطق آزاد، را بر اساس دو مبنای نظری که در ابتدای مقاله مطالعه شد تحلیل نماییم، باید گفت این سند به‌وضوح بر اساس دیدگاه کلاسیک در اقتصاد و فرض تعارض ذاتی قواعد حقوق کار با اهداف توسعه اقتصادی تدوین شده است. مقایسه

۱- صورت مشروح مذاکرات جلسه علنی یکشنبه ۷ شهریور ۱۳۷۲، دوره چهارم، اجلاس دوم، جلسه ۱۴۰، روزنامه رسمی شماره ۱۴۱۳۱، ص. ۳۱.

۲- رأی شماره ۱۰۴ مورخ ۸۷/۲/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رابطه با دادنامه شماره ۳۱ مورخ ۸۳/۲/۶ همچنین ر.ک.: رأی مربوط به ابطال بخشنامه شماره ۵۰۱۷/۵۱ مورخ ۱۳۸۲/۶/۲۳ و ۲۹۶۶۳ مورخ ۱۳۸۲/۷/۲۴ اداره کل فنی ممیزی سازمان جنگل‌ها و مراتع و اداره کل منابع طبیعی استان فارس به تاریخ ۱۳۸۵/۹/۱۹.

جزء به جزء مقررات این تصویب نامه با قانون کار نیازمند پژوهشی دیگر است. با این حال، می توان به اختصار چنین بیان نمود که تصویب نامه از منطق عدالت توزیعی قانون کار فاصله گرفته و با هدف تسهیل توسعه اقتصادی، بسیاری از جنبه های روابط کار را به توافق کارگر و کارفرما و عدالت معاوضی ناشی از قرارداد محول نموده است. برای نمونه، می توان به موضوع ساعات کار، استفاده از مرخصی و تعطیلات هفتگی، پرداخت عیدی و پاداش (ماده ۱۰)، قابل فسخ بودن قرارداد کار (ماده ۱۲)، پرداخت اضافه کار (ماده ۲۵)، مزایای کارهای نوبتی و شب کاری (ماده ۲۰) و نظایر آن ها اشاره نمود. بدین سان، بر مبنای این مقرر دولتی، کارگران مناطق آزاد تقریباً از تمام حمایت های قانون کار به استثنای بحث حداقل حقوق و دستمزد محروم شده اند. علاوه بر کاهش مقررات حمایتی نسبت به کارگران، به موجب این مقرر نقش نظارتی نیز از وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی گرفته شده و بر عهده سازمان منطقه قرار گرفته است.^۱

در خصوص حداقل حقوق نیز باید در خاطر داشت که به دلیل تجاری شدن، هزینه زندگی در مناطق آزاد بسیار بالاتر از سایر نقاط کشور می باشد و بدین جهت کارگران این مناطق نیازمند حمایت های بیشتر در رابطه با کیفیت تعیین حداقل حقوق می باشند (Nesari Haghighifard, 2010: 68). البته، در قانون کار کشورمان ظرفیت هایی برای این منظور وجود دارد. برای مثال، بر اساس ماده ۴۱ قانون کار و همان گونه که در سال های ۱۳۴۷ تا ۱۳۵۷ معمول بود، شورای عالی کار می تواند ضوابط حداقل دستمزد را برای صنایع مختلف و نقاط مختلف کشور به صورت مجزا، تعیین نماید (Araghi, 2013: 167). امری که امروزه در خصوص مناطق آزاد با توجه به افزایش هزینه های زندگی، ضرورت مضاعف یافته است.

نکته دیگری که با بحث اهداف اقتصادی مرتبط است آن که مقررات قانون کار کشورمان به طور نسبی تا حد مطلوبی از مسائل مختلف روابط کار رفع ابهام نموده، درحالی که تصویب نامه مناطق آزاد در خصوص بسیاری از موضوعات سکوت، اجمال و ابهام دارد. از لحاظ تعداد مواد نیز با آن که تصویب نامه از لحاظ قلمروی موضوعی شامل تأمین اجتماعی نیز می گردد، مقرراتش

۱- ماده ۳ مقررات اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تأمین اجتماعی در مناطق آزاد

حدود یک چهارم مقررات قانون کار می باشد.^۱ برای نمونه، تصویب نامه در موارد متعددی به ویژه در خصوص مرجع و آیین رسیدگی، نحوه اتخاذ تصمیم و نحوه اعتراض به احکام (مواد ۲۹ تا ۳۱)، مقررات بیمه از جمله بیمه بیکاری (ماده ۴۶)، قراردادهای شفاهی کار (ماده ۷)، ضوابط حاکم بر ایمنی، حفاظت و بهداشت کاری و اختیارات وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی (ماده ۵)، ابهام داشته و نیازمند بررسی و اصلاح می باشد. به علاوه، فقدان نظارت مرکزی و واحد بر اقدامات سازمان های مناطق در انجام وظایف قانونی نیز سبب سردرگمی کارفرمایان و کارگران و اتخاذ تصمیم های مختلف در قبال امور واحد شده است (Nesari Haghighifard, 2010: 5-11, 24).

باید توجه داشت این قسم ابهام و نارسایی قوانین علاوه بر آن که زمینه اختلاف کارگر و کارفرما را فراهم می نماید، از لحاظ اقتصادی نیز اثر بازدارنده دارد. چه آن که ابهام و کاستی قوانین از مهم ترین موانع سرمایه گذاری و توسعه اقتصادی محسوب می گردد. مطالعه ای که بانک جهانی از مجموع ۲۶۰۰۰ بنگاه در ۵۳ کشور در حال توسعه راجع به موانع سرمایه گذاری انجام داد، نشان می دهد بیشتر بنگاه ها نامشخص بودن سیاست ها (policy uncertainty) را اولین عامل بازدارنده در مسیر سرمایه گذاری می شناسند. پیش بینی ناپذیر بودن و ابهام در تفسیر مراجع رسمی از مقررات از جمله مهم ترین مصادیق نامشخص بودن سیاست ها است که زمینه فساد را نیز فراهم می آورد. این گزارش حاکی از آن است که پیش بینی پذیر نمودن سیاست ها احتمال سرمایه گذاری جدید را تا ۳۰ درصد افزایش می دهد (World Bank, 2004: 95 & 250).

همچنین، در بررسی ذکر شده توسط بانک جهانی، بی ثباتی کلان، نرخ مالیاتی، فساد، هزینه و دسترسی به تأمین مالی، جرائم، مقررات و اداره امور مالیاتی، فقدان تخصص ها، ناکارآمدی دادگاه ها و نظام حقوقی، عدم دسترسی به نیروی برق در مقایسه با مقررات کار دارای بازدارندگی بیشتری دانسته شده است. در این پژوهش، مقررات کار از مجموع ۱۴ عامل که به تلقی بانک جهانی دارای بازدارندگی هستند، در رتبه ۱۱ و در شمار عوامل دارای اهمیت کمتر قرار دارد. بدین ترتیب، حتی در فرض قول به بازدارندگی مقررات کار، باید توجه داشت داده های آماری

۱- قانون کار مشتمل بر ۲۰۳ ماده و تصویب نامه ی مناطق آزاد مشتمل بر ۵۱ ماده می باشد.

بازدارنگی مقررات کار در مقایسه با سایر عوامل را کم‌اهمیت می‌داند (World Bank, 2004:5 & 15). این در حالی است که در کشورمان کاستن از حمایت‌های قانون کار به‌طور ویژه به‌عنوان پیشران توسعه اقتصادی در این مناطق در نظر گرفته شده است.

بدین ترتیب، بی‌جهت نیست که در تحقیق و تفحص کمیسیون اقتصادی مجلس در سال ۱۳۸۷ از مناطق آزاد تجاری صنعتی و مناطق ویژه اقتصادی کشورمان، یکی از مهم‌ترین مشکلات بخش صنعت و تولید در این مناطق، عدم دسترسی به نیروی کار ماهر و نیمه ماهر ذکر شده است.^۱ بدیهی است تا زمانی که حداقل حمایت‌ها از سرمایه انسانی کشور در این مناطق به عمل نمی‌آید و به‌ویژه کارگران از حق کارکردن در محیطی ایمن و سالم، داشتن نماینده و بیمه مناسب برخوردار نیستند، نیروی کار نیز به کارکردن در این مناطق جز از روی اجبار و برای مدت‌زمان کوتاه، تمایل نشان نمی‌دهد.

۶. نتیجه و پیشنهاد

باور تعارض ذاتی میان قواعد حمایتی حقوق کار و اهداف توسعه اقتصادی، فرضی نیست که تمام مکاتب تحلیل اقتصادی بر آن توافق داشته باشند. این تصور که هرگونه مقررات زدایی از قلمروی روابط کار، کارایی اقتصادی را افزایش می‌دهد، باوری است که صرفاً در قلمروی مکتب کلاسیک و نئوکلاسیک و تنها با داشتن بازار رقابتی کامل که بیشتر به یک فرض می‌ماند، قابل قبول است. دیدگاه‌های جدیدتر اقتصادی بر این تأکید دارند که حقوق کار با افزایش بهره‌وری کارگران می‌تواند به ایجاد روابط کاری طولانی‌تر و کاهش هزینه‌های بنگاه منجر گردد. بررسی مقررات کار در مناطق آزاد دیگر کشورها نشان می‌دهد نظام‌هایی که تمرکز بر ملاحظات اقتصادی، آن‌ها را از ملاحظات اجتماعی منصرف نکرده، از نظر اقتصادی نیز به نتایج موفق‌تری دست یافته‌اند. به این ترتیب، به اعتقاد برخی نویسندگان امروزه حقوق کار این ظرفیت را یافته که خود به‌عنوان یک ابزار توسعه اقتصادی مطرح گردد، نه مانعی در مسیر آن.

۱- صورت مشروح مذاکرات جلسه‌ی علنی سه شنبه ۳۱ اردیبهشت ۱۳۸۷، دوره هفتم، اجلاس چهارم، جلسه ۴۲۶، روزنامه‌ی رسمی شماره ۱۸۴۲۸، ص. ۲۶.

مطالعه تطبیقی قوانین کار در مناطق آزاد سایر کشورها نشان می‌دهد با وجود آن که بسیاری از کشورهای در حال توسعه با سودای جذب سرمایه خارجی و تسهیل رشد و توسعه اقتصادی از ایجاد مناطق آزاد استقبال نموده‌اند، تنها شمار بسیار اندکی از کشورها نظیر ایران، کنیا و سودان این مناطق را به‌طور کلی و با صراحت از شمول قوانین ملی کار استثنا کرده‌اند. این در حالی است که سازمان بین‌المللی کار بر اعمال کامل تمام مقررات ملی کار در این مناطق نیز اصرار دارد.

«مقررات اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تأمین اجتماعی در مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران» که در سال ۱۳۷۳ و با تصویب هیئت وزیران و بر اساس پیش‌فرض متعارض انگاری قواعد کار با اهداف توسعه اقتصادی به تصویب رسید، از لحاظ مختلف قابل انتقاد است. از منظر تحلیل حقوقی، می‌توان گفت قانون‌گذاری در خصوص روابط کار از جنس تقنین و از شئون انحصاری قوه مقننه بوده و بنابراین، بر اساس اصل ۸۵ قانون اساسی غیرقابل واگذاری به غیر است. این تصویب‌نامه همچنین از نظر تحلیل اقتصادی، در بسیاری موارد حاوی مقررات مجمل، مبهم و نا کافی است که خود مغایر با کارایی اقتصادی و دارای اثر بازدارندگی اقتصادی می‌باشد.

پیشنهاد می‌گردد مجلس شورای اسلامی که عهده‌دار امور تقنینی کشور است، با در نظر گرفتن جوانب امر و رعایت توأمان مصالح کارگران و کارفرمایان و نظر به برقراری تعادل میان اهداف اقتصادی و اجتماعی و نیز کارکردهای مختلف قانون کار، تکلیف مسائل مربوط به اشتغال، تأمین اجتماعی و بیمه این مناطق را بر مبنای کار کارشناسی و استفاده همزمان از تجارب حقوقدانان کار، اقتصاددانان و توصیه‌های سازمان بین‌المللی کار، به نحوی مشخص نماید که حداقل استانداردهای حقوق بین‌المللی کار در این مناطق رعایت شده و تا آنجا که ممکن است کمترین انحراف از قانون کار صورت پذیرد. در شرایط کنونی، این امر به‌ویژه با افزایش شمار مناطق آزاد و ویژه ضرورت مضاعف یافته است.

References

Books:

- [1] Araghi, Seyed Ezzatollah & Ranjbarian, Amir Hossain. (2006). *Developments of International Labour Law*, Tehran: Institute of Labor and Social Security. (In Persian).
- [2] Araghi, Seyed Ezzatollah, *Labour Law*. (. (2014). vol. 1, 4th ed., Tehran, Samt. (In Persian).
- [3] Araghi, Seyed Ezzatollah, *Labour Law*. (2013). vol. 2, Tehran, Samt. (In Persian).

- Persian).
- [4] Davies, Anne C. L., *Perspectives on Labour Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- [5] Fallahzadeh, Ali Mohammad, et al. (2013). *Separation of Legislation and Execution: Analysis of the Boundaries of Legislative Jurisdiction in the Relationship between the Legislative and Executive Powers*, Mousazadeh, Ebrahim, supervisor, Tehran: Research Center of the Guardian Council. (In Persian).
- [6] Farole, Thomas, (2011). *Special Economic Zones in Africa: Comparing Performance and Learning from Global Experiences*, Washington DC: World Bank, at <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2268/600590PUB0ID181onomic09780821386385.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- [7] Katouzian, Nasser. (2006). *Philosophy of Law*, vol. 2, Tehran, Enteshar Company. (In Persian).
- [8] Nesari Haghighifard, Mahmoud. (2010). *Labour Relations, Labour Contracts and Social Security Regulations: Industrial Free Trade Zones, Special Economic Zones and Science and Technology Parks*, Tehran: Institute of Labour and Social Security. (In Persian).
- [9] Novitz, Tonia, Mangan, David. (2011). *An introduction to the role of labour standards in development from theory to sustainable practice?* Oxford: Oxford University Press.
- [10] World Bank Group. (2017). *Special Economic Zones: An Operational Review of Their Impacts*, Washington DC: The World Bank, at: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29054>
- [11] World Bank Group. (2008). *Special economic zones: Performance, implications and lessons learned for zone development*, Washington DC: The World Bank, at: <http://documents.worldbank.org/curated/en/343901468330977533/pdf/458690WP0Box331s0April200801PUBLIC1.pdf>
- [12] World Bank Group. (2007). *Doing Business Reports*, Washington DC: The World Bank, at: <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB08-FullReport.pdf>
- [13] World Bank Group. (2004). *World Development Report 2005, A Better Investment Climate for Everyone*, The World Bank and Oxford University Press, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5987>
- [14] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *World Investment Report 2019: Special Economic Zones*, Geneva, United Nations Publications, 2019, online at: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf

• **Articles:**

- [15] Baah, Anthony Yaw, Akorsu, Angela Dziedzom. (2007). "Economic Growth,

- Labour Standards and Social Equity: The Case of Ghana during Half a Century of Independence", at: http://www.global-labour-university.org/fileadmin/Papers_Wits_conference_2007/A5/akorsu_paper.pdf
- [16] Badini, Hassan. (2003). " Philosophical Foundations of Economic Approach to Law ", Journal of the Faculty of Law and Political Science, No. 62, pp. 91-135. (in Persian).
- [17] Campbell, Thomas J. (1986) "Labor Law and Economics", *Stanford Law Review*, Vol. 38, No. 4, at: <http://www.jstor.org/stable/1228575?origin=JSTOR-pdf>
- [18] Card, David, Krueger, Alan B. (1994). "Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania", *The American Economic Review*, Vol. 84, No. 4. pp. 772-793, at: <http://links.jstor.org/sici?sici=00028282%28199409%2984%3A4%3C772%3AMWAEAC%3E2.0.CO%3B2-O>
- [19] Casale, Giuseppe, Perulli, Adalberto. (2010). "Compliance with labour legislation: its efficacy and efficiency", ILO, Labour Administration and Inspection Programme, at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/publication/wcms_140685.pdf
- [20] Davidov, Guy, Langille, Brian. (2006). "Goals and Means in the Regulation of Work" in *Boundaries and Frontiers of Labour, Law Goals and Means in the Regulation of Work*, Oxford, Hart Publishing.
- [21] Deakin, Simon. (2014). "Labour Law and Inclusive Development", Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 458, at: https://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp458.pdf
- [22] Deakin, Simon, Fenwick, Colin, Sarkar, Prabirjit. (2014). "Labour Law and Inclusive Development: The Economic Effects of Industrial Relations Laws in Middle-Income Countries", University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series; paper No.13/2014; at: <http://ssrn.com/abstract=2394691>
- [23] Donohue, John J. (2006). "The Economics of Labor and Employment Law", at: http://works.bepress.com/john_donohue/31
- [24] Gordon, Michael A. (2000). " Export Processing Zones", in Gordon & Turner, eds, *Transnational Corporation Among Labour Unions*, London: ILR Press, 2000, pp. 60-78
- [25] Habib-Mintz, Nazia. (2009). "Multinational Corporations' Role in Improving Labour Standards in Developing Countries", *Journal of International Business and Economy*, vol. 10, No.2.
- [26] Mahdavi, Abolghasem, Mehrabani, Vahid. (2011). "Labour Law and Industrial Development in the Iranian Economy", *Strategy (Rahbord) Quarterly*, 20th year, No. 61, pp. 233-246. (in Persian).
- [27] Milberg, William, Amengual, Matthew. (2008). "Economic development and working conditions in export processing zones: A survey of trends", International Labour Office, Geneva: ILO, at:

- <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.490.1514&rep=rep1&type=pdf>
- [28] Posner, Richard A. (1984). "Some Economics of Labor Law", *University of Chicago Law Review*, vol. 51.
- [29] Ramirez, Alejandro, Ranis, Gustav, Stewart, Frances. (1997) "Economic Growth and Human Development", Economic Growth Center, Yale University, Discussion Paper No. 787, at: http://www.econ.yale.edu/growth_pdf/cdp787.pdf
- [30] Richardson, Benjamin, Harrison, James, Campling, Liam. (2017) "Labour rights in Export Processing Zones with a focus on GSP+ beneficiary countries" study paper for European Parliament, online at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603839/EXPO_STU\(2017\)603839_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603839/EXPO_STU(2017)603839_EN.pdf)
- [31] Romero, Ana Tresa. (1995) "labour Standards and Export Processing Zones: Situation and Pressures for Change", *Development Policy Review* Vol. 13, pp. 241-216
- [32] Singh, Jaivir, (2009). "Labour Law and Special Economic Zones in India", Working Paper Series, Centre for the Study of Law and Governance, Jawaharlal Nehru University, New Delhi, at: [http://www.jnu.ac.in/cslg/workingPaper/08-Labour%20Economic\(Jaivir%20Singh\).pdf](http://www.jnu.ac.in/cslg/workingPaper/08-Labour%20Economic(Jaivir%20Singh).pdf)
- [33] Soubbotina, Tatyana P., Sheram, Katherine. (2000). "Beyond Economic Growth: Meeting the Challenges of Global Development", The World Bank, at: <http://documents.worldbank.org/curated/en/408121468149372828/pdf/806610PUB0Beyo00Box379809B00PULBIC0.pdf>
- [34] Varun, Vaish. (2011). *Special Economic Zones in India: Labor Issues and Key Considerations*, 2011, at: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=varunvais>
- [35] Vijeh, Mohammad Reza. (2009). "The principle of Separation of Powers in the Decisions of the General Assembly of the Court of Administrative Justice", *The Judiciary Law Journal*, Vol. 73, no. 67, PP. 39-54 (in Persian).

ILO Documents:

- [36] ILO. (1998). *Labour and Social Issues relating to Export Processing Zones: report for discussion at the Tripartite Meeting of Export Processing Zones-Operating Countries*, No. TMEPZ/1998, Geneva, at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_114918.pdf
- [37] ILO. (2003). *Employment and social policy in respect of export processing zones (EPZs)*. No. GB.286/ESP/3, Geneva, at: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/GB/286/GB.286_esp_3_engl.pdf
- [38] ILO. (2012). *Export Processing Zones in China, a Survey Report and a Case Study*, (working document). at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_221012.pdf

آزادی کسب و کار در قوانین موضوعه و رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با تأکید بر مجوز تأسیس

خیرالله پروین^۱

استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و

علوم سیاسی، دانشگاه تهران

حسین حاجیانی^۲

دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده

حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۲۵

چکیده

در نظام معاصر تسهیل فضای کسب و کار موجب رشد و توسعه یافتگی می گردد و با معیار آزادی اقتصادی سنجیده می شود. یکی از حقوق آزادی اقتصادی، آزادی کسب و کار است که ناظر بر آزادی اشخاص حقیقی و حقوقی در تأسیس، ادامه و تعطیلی کسب و کار است. با توجه به اینکه ارتباط وثیقی بین موارد موصوف و مقررات گذاری دولت ها وجود دارد و دولت ها بیشترین اثرگذاری را بر تأسیس و ایجاد کسب و کار داشته و با وضع مقررات، شرایط ایجاد و تأسیس کسب و کار را با محدودیت و موانعی همراه می کنند، قانونی بودن این مقررات بایستی مورد مذاقه قرار گیرد. از آنجایی که دیوان عدالت اداری مهم ترین مرجع نظارتی بر مقررات گذاری دولت است نقش مهمی در تبیین آزادی کسب و کار و تضییق یا توسیع این مفهوم ایفا می کند. در پژوهش حاضر ابتدا با بررسی مفهوم آزادی کسب و کار و سپس رویکرد مقنن نسبت به آن و در نهایت با بررسی آرای ابطالی و وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری این نتیجه حاصل

*- نوع مقاله: پژوهشی

1- Khparvin@ut.ac.ir

۲- نویسنده مسئول: H.hajiani1982@gmail.com

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41797

می‌شود که مقنن و دیوان عدالت اداری نیز در اغلب موارد در جهت تسهیل گری و توسعه آزادی کسب و کار گام برداشته‌اند.

کلیدواژه‌ها: فضای کسب و کار، آزادی اقتصادی، آزادی تأسیس کسب و کار، مقررات گذاری دولتی، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

طبقه‌بندی JEL: K2

مقدمه

انسان‌ها همواره خواستار این بوده‌اند که در ایجاد کسب و کار آزادی مطلق داشته و هر شغل و کسب و کاری را که بدان مایل هستند ایجاد نموده و هیچ گونه رادع و مانع قانونی در ایجاد آن دخیل نباشد، لکن دولت‌ها و نظام‌های حقوقی مختلف با توجه به رژیم سیاسی خود، موانع و محدودیت‌هایی را بر آن بار نموده و اشخاص در تأسیس کسب و کار آزادی مطلق نداشته‌اند. در متون و ادبیات اقتصادی، اقتصاد مشتمل بر بخش رسمی و غیررسمی است. منظور از اقتصاد غیررسمی، اقتصادی است که در هیچ کجا ثبت و ضبط نمی‌گردد و از آن به اقتصاد پنهان و زیرزمینی تعبیر می‌شود (Salimifar et al., 2010:3).

تسهیل فضای کسب و کار از بایسته‌ها و مقدمات رشد اقتصادی است. در هر نظام حقوقی که تشریفات قانونی ایجاد کسب و کار هزینه بر باشد گرایش به بخش غیررسمی بیشتر می‌شود. با توجه به اینکه امکان سرمایه گذاری کلان و توسعه فعالیت بنگاه‌ها در اقتصاد غیررسمی حداقلی است، این بنگاه‌ها کوچک مانده و به حاشیه رانده می‌شوند. همین امر منجر به ایجاد فرصت‌ها و افزایش کارایی نخواهد شد و نهایتاً اینکه رشد اقتصادی با شتاب کمتری صورت می‌گیرد. بازنگری در مقررات کسب و کار و مانع زدایی‌ها منجر به کاهش ریسک فعالیت در فضای کسب و کار رسمی می‌شود. اقدامات حمایتی و مشوق‌ها و نیز اعمال سیاست‌های اصلاحی در جهت تسهیل مقررات کسب و کار موجب ایجاد مشاغل رسمی به میزان معتنابهی می‌گردد. در نتیجه‌ی همین موضوع، اقتصاد غیررسمی به حداقل رسیده و فعالیت بنگاه‌های رسمی رشد و توسعه می‌یابد (Tari, 2007:80).

در اقتصاد رسمی، اصل آزادی تأسیس کسب و کار برای رسیدن به رشد اقتصادی حائز اهمیت

بوده و قوانین و مقررات سختگیرانه و همچنین محدودیت بازار منجر به کاهش رشد اقتصادی می شود. در نتیجه شکست بازار، قوانین وضع می گردند و از یک منظر منجر به ارتقای رفاه و بهزیستی جامعه می شوند لکن در اغلب موارد آثار سوئی بر رشد اقتصادی داشته و موجبات فساد را فراهم می نماید؛ به عبارت دیگر، تشریفات قانونی و اداری زائد باعث افزایش ناکارآمدی می شود (Sameni et al., 2010:88).

قابل ذکر است در مقاله حاضر، آزادی کسب و کار ناظر به اقتصاد رسمی می باشد و اقتصاد غیررسمی را در بر نمی گیرد. دولت ها با مداخله در حوزه تنظیم گری و مقررات گذاری می توانند تسهیل گری در آزادی تأسیس کسب و کار را با مشکل مواجه سازند.

مداخله دولت همواره از مؤلفه های تأثیرگذار در ایجاد کسب و کار است. کنشگر اصلی در عرصه اقتصادی در نظام اقتصادی ایران، دولت می باشد و وضع قوانین و مقررات بر روابط و فعالیت های اقتصادی تأثیر گذاشته و می تواند منجر به ایجاد مانع برای سایر کنشگران اقتصادی خصوصاً واحدهای کوچک گردد. مشکلاتی نظیر جواز تأسیس کسب و کار، مسئله نحوه تخصیص اعتبارات بانکی به واحدها و بنگاه ها، محدودیت ها و موانع قوانین صادرات و واردات، قوانین مالیاتی، عدم ثبات قوانین و مقررات و تغییر مداوم آن ها، بوروکراسی و تشریفات غیرضروری و اخذ مجوزهای متعدد و نیز اخذ وثایق سنگین درازای ایفای تعهدات ناشی از تسهیلات بانکی از جمله این مشکلات است (Hezar jaribi, 2005:106).

اصولاً مداخلات دولت در عرصه اقتصادی ذاتی بوده و عرضی و موقتی نیست و قوام نظام اقتصادی حاصل تعامل مستمر و دائم بخش خصوصی و دولتی است. حضور دولت در فعالیت های اقتصادی در قالب های مختلف نظیر برنامه ریزی و نظارت ظهور و بروز پیدا می کند. دولت با توجه به اصل حاکمیت قانون و در چارچوب صلاحیت اختیاری خویش حسب مقتضیات زمانی و مکانی از طریق مقررات گذاری به تنظیم و تنسيق فعالیت های اقتصادی می پردازد (Zaranejad, 2004:8). حدود و ثغور ابزارهای مداخله دولت در انتظام بخشی به روابط اقتصادی تأمل برانگیز است، بدین معنا که ماهیت و نوع رژیم سیاسی در هر کشور تعیین کننده شدت و ضعف حضور دولت در تنسيق امور می باشد. «برای مثال امروزه با افول عملی و تجربی سوسیالیسم و مشکلات و بحران های

مختلف در جوامع که ناشی از دخالت افراطی دولت در حیات جمعی ارزیابی شده، رویکرد دولت حداقلی متأثر و برگرفته از لیبرالیسم اقتصادی^۱، به پارادایم غالب در ادبیات این حوزه و الگوی مطلوب حکمرانی و اداره امور عمومی تبدیل شده است» (Yavari, 2014: 630).

در این پژوهش با توجه به مداخله دولت در اقتصاد و کسب و کار و تنظیم گری از طریق وضع مقررات، به مفهوم آزادی کسب و کار به عنوان یکی از شقوق آزادی اقتصادی از منظر حقوق عمومی اقتصادی پرداخته و جایگاه آزادی کسب و کار را در قوانین مرتبط در نظام حقوقی ایران و همچنین با توجه به مقررات گذاری هایی که دولت در معنای اخص کلمه به منظور ایجاد مانع یا محدودیت بر آزادی موصوف ایجاد می کند می پردازیم و با توجه به جایگاه نظارتی دیوان بر مقررات گذاری دولتی، رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را مورد مذاقه قرار می دهیم که آیا نهاد نظارتی دیوان عدالت در راستای آزادی تأسیس کسب و کار گام برمی دارد یا در جهت ایجاد مانع و محدودیت بر آن.

۱. تأملی بر مفهوم و ماهیت آزادی کسب و کار و مداخله دولت در آن

در اقتصاد، سنتی قدیمی و طولانی وجود دارد که به دوران جان لاک^۲ و آدام اسمیت^۳ بازمی گردد و ناظر به نقش کلیدی و مهم آزادی بر توسعه اقتصادی دولت و تأکید بر اهمیت آن است. آزادی گستره وسیعی از فرصت های اقتصادی را ایجاد می کند که توسط کنشگران (بازیگران) اقتصادی مورد استفاده قرار می گیرد (Egger, 2004: 271-288).

در بازار رقابتی و غیر انحصاری، کنشگران اقتصادی به دلیل عدم وجود موانع بیرونی و مانع زدایی ها، جایگاه و کارکرد خود را راحت تر تغییر می دهند «و از آن به عنوان "اصل قابلیت خروج و ورود به بازار" یاد می کنند که در حقوق به آن اصل آزادی اشخاص می گویند». اگر در حوزه حقوق عمومی هیچ گونه رادع و مانعی در ورود به کسب و کار یا خروج از آن وجود نداشته باشد بازار رقابتی کامل شکل می گیرد. «در رابطه حقوق عمومی امکان ورود به شغل معین و امکان

1- Economic liberalism

2- John Locke

3- Adam Smith

خروج از آن و منع اجبار به شغل خاص، چهره‌ای از عدم اجبار مادی در حوزه حقوق عمومی در بازار رقابت کامل است» (Iranpour, 2019: 85).

اقتصاددانان برخلاف حقوقدانان قائل به مقررہ گذاری و تقنین جهت تنظیم رفتارهای اقتصادی نیستند بلکه قائل به تنظیم خودجوش بازار، عدم مداخله دولت و روابط عرضه و تقاضا می‌باشند.

(Shiravi, 2020: 4)؛ به عبارت دیگر، اقتصاددانان با مداخله دولت در اقتصاد به منظور وضع مالیات، سهمیه‌بندی و باز توزیع و مقررات گذاری مخالف هستند (Murphy, 2016: 69).

نظریه پردازان اقتصادی از جمله آدام اسمیت قائل به مداخله حداقلی دولت در عرصه اقتصادی می‌باشند و بر این باور هستند که وجود بازار رقابتی منجر به رفاه اجتماعی حداکثری می‌شود و آزادی اشخاص در کسب و کار با انگیزه نفع شخصی منجر به تنظیم گری بازار می‌شود (Tafazoli, 1996: 460). فریدریش فون هایک^۱ نیز اعتقاد دارد که آزادی مشتمل بر آزادی کسب و کار در حوزه عمومی منجر به ایجاد نظم خودجوش در مناسبات اقتصادی می‌شود و دخالت دولت نمی‌تواند کارا و مؤثر باشد (Kafash et al., 2019: 255).

با توجه به اینکه آزادی کسب و کار یکی از شقوق آزادی اقتصادی است، در ابتدا بایستی تعریفی از آزادی اقتصادی ارائه گردد. از این مفهوم تعاریف بسیاری ارائه شده است؛ آزادی اقتصادی ناظر به امکان دادوستد اقتصادی افراد است به هر طریق که تمایل دارند (Balliew, 2018: 1). در واقع، مفهوم آزادی اقتصادی با درجه‌ای از انتخاب اشخاص، مبادلات داوطلبانه و آزاد، آزادی رقابت و حمایت از مالکیت خصوصی و نیز درآمد سرانه و رشد اقتصادی مرتبط است (Graafland, 2019: 130-131). به تعبیر دیگر، آزادی اقتصادی مفهومی است که تلاش می‌کند تا میزان بازاری بودن یک اقتصاد را مشخص نموده و توصیف نماید. به عبارت بهتر، نشان دهنده این است که یک اقتصاد تا چه میزان اقتصاد بازاری است، که اقتصاد بازاری نیز با دخالت دولت در مالکیت، مقررات گذاری و مالیات محدود شده است (Berggren, 2003: 193).

(211).

آزادی اقتصادی ابعاد مختلفی دارد؛ نرخ پائین مالیات، حمایت از حقوق مالکیت، دستیابی به

1- Friedrich Hayek

پول سالم، آزادی مبادله کالا و خدمات بین‌المللی، فقدان محدودیت‌های مقررات گذاری که آزادی کسب و کار و بازار تولید را محدود می‌نماید (Grafland, 2017: 2073). تغییرات مثبت در آزادی اقتصادی مستلزم مالیات کم، مقررات زدایی (مقررات گذاری کمتر)، رشد اقتصادی بالا و درآمد و سرانه ملی بالا است (Berggren, 1999: 217).

صرف اندراج آزادی اقتصادی در قوانین موضوعه وافی به مقصود نیست بلکه دولت بایستی در راستای تضمین آزادی اقتصادی، تمهیدات لازم را با رعایت منافع و مصالح عمومی و کار ویژه آن در جهت استفاده همگانی فراهم نماید. به همین منظور، در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، مقنن اساسی دربند ششم و دوازدهم اصل سوم قانون اساسی ایران، به محو هرگونه انحصارطلبی و پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر به عنوان بخشی از وظایف دولت اشاره نموده است.^۱ همچنین بخش نخست اصل ۲۸ قانون اساسی^۲ به آزادی کار اختصاص یافته است. مطابق اصل مذکور، همه افراد ملت حق دارند هر کار و شغلی را که به آن تمایل دارند برگزینند به شرطی که مخالف مصالح اسلام و حقوق عمومی نباشد. مضافاً اینکه طبق بند پنجم اصل ۴۳ قانون اساسی^۳، انحصارگری به جهت آنکه ممکن است استقلال اقتصادی مملکت را مورد تهدید قرار دهد یا موجب فقر یا محرومیت در جامعه شود منع گردیده است و نیز یکی از ضوابط اقتصاد جمهوری اسلامی را "رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کار معین و جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگری" بیان می‌کند. همچنین بر طبق اصل ۴۴

۱- اصل سوم: "...

بند ۶- محو هر گونه استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی.

بند ۱۲- 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.

۲- اصل بیست و هشتم: "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 نماید."

۳- اصل چهل و سوم: "...

بند ۵- منع اضرار به غیر و انحصار و احتکار و ربا و دیگر معاملات باطل و حرام.

قانون اساسی^۱ عملاً تولید در اقتصاد در حیطه اعمال دولت و بخش عمومی قرار گرفته است (Kafash et al., 2019: 251-252).

برای انجام کسب و کار شاخص‌ها و ابعاد مختلفی ناظر به کسب و کارهای خرد و شرکت‌ها و مؤسسات وجود دارد که عبارت‌اند از مقررات شروع کسب و کار، اخذ مجوز، ثبت مالکیت، دسترسی به اعتبارات، پرداخت مالیات، تجارت فرامرزی، اجرای قراردادهای و ورشکستگی یا تعطیلی کسب و کار^۲ محور اصلی کسب و کار، آزادی است. آزادی کسب و کار آزادی فردی بشر را محترم شمرده و وقتی حکومت‌ها در امور شهروندان دخالت می‌کنند و شیوه هزینه کردن را به آن‌ها تحمیل کند مانند این است که به مردم بگوید مجاز به انجام چه کارهایی هستند و مجاز به انجام چه کارهایی نیستند. در یک جامعه آزاد، افرادی که کسب درآمد می‌کنند باید مجاز باشند که به هر نوع که مایل‌اند آن را هزینه کنند؛ و درواقع کسب و کار آزاد مبین این است که هرکسی می‌تواند هر چیزی را در هر زمانی بخرد یا بفروشد و اخذ مجوز نماید بدون این مداخله خارجی وجود داشته باشد (Kisci, 2009: 65).

زیربنای آزادی کسب و کار بر این اصل بنا شده است که فعالیت اقتصادی از قوانین شفاف و صریحی بهره‌برد، بدین معنا که امکان مبادلات داوطلبانه را بین فعالان اقتصادی فراهم نماید و منجر به حمایت از حق مالکیت و تسهیل‌گری در حل و فصل اختلافات شده و نظام صدور مجوزها در ایجاد و تأسیس کسب و کار را ساده‌تر نماید چنین قوانینی در ارتقای رشد و توسعه اقتصادی زمانی مؤثرتر خواهد بود که کارآمد، شفاف و قابل‌دسترس برای همگان باشد.^۳

۱- اصل چهل و چهارم: "نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی با برنامه‌ریزی منظم و صحیح استوار است. بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه آهن و مانند اینها است که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است. بخش خصوصی شامل آن قسمت از کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات می‌شود که مکمل فعالیتهای اقتصادی دولتی و تعاونی است. مالکیت در این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است. تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند."

2- Doing Business 2020, Comparing Business Regulation in 190 Economies, 2020; 19

3- Doing Business 2020, Comparing Business Regulation in 190 Economies, 2020; 18

«آسان‌سازی شرایط شروع کسب‌وکار از جمله اولین مراحل است که جهت بهبود فضای کسب‌وکار مورد توجه است زیرا در صورتی که راه‌اندازی کسب‌وکار آسان باشد بنگاه‌های بیشتری تأسیس می‌شوند. همچنین با ساده‌سازی شروع کسب‌وکار و انتقال تعداد بیشتری شرکت به سمت اقتصاد رسمی، پایه مالیاتی دولت گسترش می‌یابد» (Shahnazi et al., 2019: 168-169). منظور از آزادسازی کسب‌وکار، حذف تشریفات غیر ضروری و بوروکراسی اداری در کلیه سطوح اقتصادی می‌باشد تا کنشگران اقتصادی آزادانه به انجام فعالیت در عرصه‌های اقتصادی که بدان تمایل دارند پردازند. کنشگران اقتصادی ناظر به اشخاصی است که حضور فعالانه در بازار رقابتی داشته تا با کمترین هزینه، بیشترین سود را عاید شوند و خواسته‌های خود را تأمین سازند (Ghaninejad, 2015: 65).

به نظر می‌رسد به منظور ارائه تعریف منجزی از آزادی تأسیس کسب‌وکار باید چنین گفت که آزادی موصوف ناظر به ورود اشخاص با حداقل موانع قانونی به مشاغل است که تمایل دارند. حال که مفهوم آزادی کسب‌وکار را به عنوان یکی از حقوق آزادی اقتصادی و مداخلات دولت در ایجاد و تأسیس کسب‌وکار دریافتیم، به رویکرد مقنن در قوانین موضوعه در خصوص آزادی تأسیس کسب‌وکار می‌پردازیم. لازم به ذکر است که به علت کثرت قوانین و تورم تقنینی در این حوزه، بعضی از مهم‌ترین قوانین مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲. رویکرد مقنن نسبت به آزادی تأسیس کسب‌وکار

در این بخش رویکرد قانون‌گذار را در خصوص آزادی تأسیس کسب‌وکار بررسی می‌نماییم. البته در قوانین موضوعه، مقنن صراحتاً از آزادی تأسیس کسب‌وکار سخنی به میان نیاورده لکن با لحاظ تشریفات قانونی در این خصوص، می‌تواند موجبات تضییع یا توسیع آزادی موصوف را فراهم آورد. با توجه به تورم تقنینی در این حوزه، ما به بررسی برخی از قوانین مرتبط با این حوزه می‌پردازیم.

الف. قوانین ناظر بر مجوز تأسیس کسب و کار

۲-۱. قانون اساسی

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در اصل ۲۸ و بند ۲ اصل ۴۳^۱ دولت را موظف کرده است تا نسبت به ایجاد اشتغال و شرایط برابر در دستیابی به آن را فراهم نماید و همچنین در بند ۴ اصل ۴۳^۲ به آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار در انتخاب شغل به عنوان یک حق شهروندی به رسمیت شناخته است.

بنابراین، آزادی کار و شغل، شالوده اساسی نظام جمهوری اسلامی ایران است و نمی توان هیچ کس را به داشتن شغل معینی مجبور کرد و از شغل مورد علاقه او، بازداشت و یا از تغییر و تبدیل و یا ترک و تعطیل آن جلوگیری کرد. البته، برخورداری از حق و آزادی کار زمانی میسر است که امکانات لازم در اختیار افراد جامعه قرار گیرد (Ostovar Sangari et al., 2017: 103-104). این امکانات فقط در یک نظام سالم اجتماعی و تحت حمایتی دولت مقدور می باشد (Hashemi, 2005: 466-481).

۲-۲. قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ مصوب ۸/ ۱۱/ ۱۳۸۶ و اصلاحات ۱۳۹۹

این قانون به عنوان قانون مادر در راستای تعیین سیاست های کلی کوچک سازی دولت و به منظور تحقق بخشیدن به مجموعه اهدافی نظیر شتاب بخشیدن به رشد اقتصاد ملی، گسترش مالکیت در سطح عموم به منظور تأمین عدالت اجتماعی، ارتقای کارایی بنگاه های اقتصادی و بهره وری منابع مادی و انسانی و فن آوری، افزایش رقابت پذیری در اقتصاد ملی، افزایش سهم بخش های خصوصی و تعاونی در اقتصاد ملی، کاستن از بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی

۱- اصل چهل و سوم: "...

بند ۲- تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند، در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه های خاص منتهی شود و نه دولت را به صورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد. این اقدام باید با رعایت ضرورت های حاکم بر برنامه ریزی عمومی اقتصاد کشور در هر یک از مراحل رشد صورت گیرد.

۲- اصل چهل و سوم: "...

بند ۴- رعایت آزادی انتخاب شغل، و عدم اجبار افراد به کاری معین و جلوگیری از بهره کشی از کار دیگری.

فعالیت‌های اقتصادی می‌باشد. قانون فوق‌الذکر ناظر به کوچک‌سازی اندازه دولت و کاهش نقش دولت در فعالیت‌های اقتصادی است و افزایش بنگاه‌های غیردولتی است بدین معنا که با تعدد بنگاه‌های دولتی و پذیرش خصوصی‌سازی موجبات آزادی‌سازی اقتصادی در معنای اعم و آزادی‌سازی کسب‌وکار در مرحله ایجاد و تأسیس و ادامه و تعطیلی را فراهم نماید.

بند ۲۱ ماده ۱ قانون مذکور در مقام بیان تعریف مجوز کسب‌وکار آن را هر نوع اجازه الکترونیکی و غیرالکترونیکی اعم از مجوز، پروانه، اجازه‌نامه، گواهی، جواز، نماد، پاسخ به استعلام، موافقت، تأییدیه یا مصوبه و هر نوع سند مکتوبی است که برای شروع، ادامه، توسعه، انحلال یا بهره‌برداری فعالیت اقتصادی توسط مراجع ذی‌ربط صادر می‌شود؛ که به نظر می‌رسد نسبت به تعریف قانونی سابق جامع‌تر و شمول‌پذیر تر باشد.

برخی از حقوق‌دانان نیز در تعریف مجوز بیان داشته‌اند که سندی است که به موجب آن شخص یا اشخاصی اجازه انجام فعالیت خاصی را به دست می‌آورند (Mashhadi, 2013:14).

ماده ۱۷ قانون فوق‌الذکر تسهیل‌گری مراجع صدور مجوز کسب‌وکار را در صدور، تأسیس، ایجاد و تمدید مجوزهای کسب‌وکار را پذیرفته و مراجع مذکور را مکلف نموده با حصول شرایط برای متقاضی، مجوز کسب‌وکار را صادر نمایند. در صورت ارائه مدارک توسط متقاضی کسب‌وکار و عدم صور مجوز توسط مراجع، شخص متخلف تابع تشریفات رسیدگی به قانون

۱- به منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران، مراجع صدور مجوزهای کسب‌وکار موظفند شرایط و فرآیند صدور یا تمدید مجوزهای کسب‌وکار را به نحوی ساده کنند که هر متقاضی مجوز کسب‌وکار در صورت ارائه مدارک مصرح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب‌وکار، بتواند در حداقل زمان ممکن، مجوز مورد نظر خود را دریافت کند. سقف زمانی برای صدور مجوز در هر کسب‌وکار، توسط «هیأت مقررات زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار» تعیین و در درگاه مذکور اعلام می‌شود. تبصره ۱- در صورتی که هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب‌وکار از ارائه مجوز در ظرف زمانی تعیین‌شده در درگاه یادشده امتناع کند، متقاضی مجوز می‌تواند علاوه بر ارائه شکایت حضوری یا الکترونیک به مرکز ملی رقابت، کتباً از بالاترین مقام دستگاه اجرایی یا استاندار مربوط، تسریع در صدور مجوز مورد نیاز خود را درخواست کند. در این موارد، بالاترین مقام دستگاه اجرایی یا استاندار مربوط موظف است ظرف حداکثر هفت روز کاری از تاریخ ثبت درخواست، با دعوت از متقاضی صدور مجوز و مراجع صادرکننده مجوز، موضوع را بررسی و در چهارچوب قوانین، زمینه صدور فوری مجوز مورد درخواست را فراهم کند. بالاترین مقام دستگاه اجرایی یا استاندار مربوط موظف است اشخاصی که در صدور مجوز کسب‌وکار اختلال یا اهمال کرده‌اند را به هیأت تخلفات اداری معرفی کند. این اشخاص چنانچه هیأت مذکور تخلفشان را تأیید کند، به مجازات‌های مقرر در بندهای (د) به بعد ماده ۹ (قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۹/۷) محکوم می‌شوند.

رسیدگی به تخلفات اداری می‌باشد؛ بنابراین، مقنن ضمانت اجرا را در راستای آزادی کسب و کار تعیین نموده و تأخیر در این امر را مستوجب مجازات‌های اداری دانسته است. در همین راستا، اشباع بودن بازار نیز مانعی برای صدور مجوز کسب و کار برای متقاضی نیست و تراخی و تعلل در پذیرش مدارک شخص متقاضی، مصداق اخلال در رقابت بوده و مستوجب مجازات می‌باشد. همچنین هیئت مقررات زدایی تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار مرجع تعیین نوع، شرایط و فرآیند صدور، تمدید و لغو مجوزهای کسب و کار می‌باشد و مقنن هیئت مذکور را مکلف به تسهیل گری در صدور و نیز تسریع آن و نیز کمترین هزینه برای صدور به موجب مقررات نموده است.

۳-۲. قوانین توسعه (قانون برنامه اول توسعه تا ششم توسعه)

ریل گذاری و سیاست‌های اقتصادی دولت در قوانین برنامه‌ای متجلی می‌شود. قانون برنامه اول توسعه مصوب ۱۱/ ۱۱/ ۱۳۶۸ باهدف کاهش اندازه دولت و کوچک‌سازی دولت تصویب شد و بر ایجاد فرصت‌های شغلی و اقتصادی برابر برای همگان و ایجاد فضای رقابتی در امر صادرات و واردات و تولید تأکید داشت. فی الواقع تأکید بیشتر آن بر آزادی تجارت بود. قانون برنامه دوم توسعه مصوب ۲۰/ ۹/ ۱۳۷۳ در بند ۶ از فصل اول، درصدد کاهش تصدی و انحصارات دولتی، سازمان‌ها، مؤسسات وابسته به دولت و نهادهای انقلاب اسلامی بود. همچنین طبق بند ۴-۱ تسهیل شرایط ورود و خروج در حرفه تجارت و کسب و کار برای افراد علاقه‌مند و جلوگیری از انحصار، ازجمله سیاست‌های کلی برنامه عنوان شد.

قانون برنامه سوم توسعه مصوب ۱۷/ ۱/ ۱۳۷۹ در فصل چهارم ناظر به تنظیم انحصارات و رقابتی کردن فعالیت‌های اقتصادی است و وفق ماده ۳۵ قانون مذکور، دولت مکلف گردیده ظرف یک سال از تصویب قانون موصوف، انحصارات ایجادشده توسط مقررات را لغو نماید فی الواقع مقنن به طور ضمنی آزادسازی را پذیرفته است و با الغای انحصارات قانونی، بستر آزادسازی کسب و کار را فراهم نموده است همچنین وفق ماده ۴۹، از طریق سیاست تشویقی و اعمال مشوق‌ها و معافیت‌های مالیاتی و بیمه‌ای درصدد رفع مانع تأسیس کسب و کار برآمده است.

وفق ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۱/ ۶/ ۱۳۸۳، دولت مکلف گردیده که لایحه تسهیل رقابت و کنترل انحصار را در جهت افزایش توان رقابت‌پذیری تدوین نماید. همچنین وفق

ماده ۴۱ آن، دولت مکلف شده است در جهت بهبود فضای کسب و کار و توسعه اقتصادی اقدامات لازم را انجام دهد. مضافاً اینکه طبق ماده ۷ قانون اصلاح موادی از برنامه چهارم توسعه و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، کلیه دستگاه‌های اجرایی مکلف شده جهت تسهیل گری در کسب و کار و حذف تشریفات غیرضروری و نیز شفاف‌سازی اقتصادی مقررات ناظر بر صدور پروانه و مجوزها اصلاح نمایند. همچنین طبق تبصره ۵ ماده ۷ مراجع صدور مجوز موظف گردیده‌اند که جهت اطلاع عموم، هر شش ماه یکبار اطلاعات مربوط به مجوزهای صادره در هر کسب و کار را منتشر نمایند.

قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۵/ ۱۰/ ۱۳۸۹ را می‌توان به‌عنوان اولین برنامه مصوب پس از ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و قانون اجرای این سیاست‌ها دانست. نکته‌ای قابل ذکر در خصوص کسب و کار در این قانون می‌توان به ماده ۷۵ آن اشاره نمود که شورای گفت و گوی دولت و بخش خصوصی در جهت رفع موانع کسب و کار و اتخاذ سیاست‌های سالم و به‌منظور تبادل نظر دولت و بخش خصوصی و تسهیل فعالیت‌های اقتصادی تشکیل گردید.

وفق ماده ۲۳ قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۶/ ۱/ ۱۳۹۶، مقنن دولت را مکلف نموده که با اصلاح مقررات و رویه‌ها، ایجاد و تأسیس کسب و کار را تسهیل و شفاف نماید و موجبات ارتقای رتبه ایران در شاخص کسب و کار شود. لازم به ذکر است که شاخص‌های آزادی کسب و کار از منظر بانک جهانی عبارتند از ثبت شرکت، اخذ مجوز، استخدام و اخراج نیروی کار، ثبت و انتقال مالکیت، اخذ اعتبار، حمایت از سرمایه‌گذاران، پرداخت مالیات، تجارت برون‌مرزی، الزام آور بودن اجرای قرارداد و انحلال یک فعالیت (Ashrafi et al., 2011:8). فلذا با عنایت به اینکه یکی از شقوق شاخص‌های کسب و کار اخذ مجوز کسب و کار می‌باشد مقنن با رویکرد مقررات زدایی و اصلاح مقررات در جهت اخذ مجوز تأسیس کسب و کار مبادرت به وضع قانون نموده است.

۲-۴. قانون بهبود فضای کسب و کار مصوب ۱۶/ ۱۱/ ۱۳۹۰

همان‌گونه که پیشتر بیان شد، شورای گفت و گوی دولت و بخش خصوصی به‌موجب ماده ۷۵ قانون برنامه پنجم توسعه تشکیل شد و به‌موجب بند "الف" وفق ماده ۱۱ قانون بهبود فضای کسب و کار، شورای موصوف مکلف گردید که در جهت بهبود محیط کسب و کار، اصلاح،

حذف یا وضع مقررات یا رویه اجرایی به مسئولان مربوطه پیشنهاد دهد. نهاد مذکور صرفاً نهادی مشورتی در راستای تسهیل کسب و کار و زدودن موانع کسب و کار از طریق اصلاح، حذف یا وضع مقررات اعم از آیین نامه، بخشنامه، دستورالعمل، شیوه نامه یا رویه اجرایی در جهت بهبود محیط کسب و کار در ایران به مسئولان مربوطه می باشد و نهادی تصمیم گیر نیست. شورای گفت و گو نهادی واسطه است که از طریق به کارگیری ابزار و راهکارهای مقتضی، ارزیابی ها و ادراک بخش خصوصی از محیط کسب و کار را به نهادهای تصمیم ساز منتقل می نماید (Malmiri, 2019:107).

۵-۲. قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱/۲/۱۳۹۴. اصلاحات ۳۰/۲/۱۳۹۷

وفق ماده ۱۴ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر مصوب ۱/۲/۱۳۹۴ و اصلاحات ۳۰/۲/۱۳۹۷ و ارتقای نظام مالی کشور، مقنن به دولت اجازه داده که در جهت صیانت و حمایت از آزادی کسب و کارهای دارای مجوز و پروانه تا ۵۰ درصد از هزینه های تحقیقاتی یا ارتقای محیط زیستی را به واحدهای تولیدی کمک نماید. فی الواقع موانع غیر تعرفه ای را لحاظ نموده و منجر به آزادی کسب و کار در واحدهای موصوف شده است. همچنین مطابق با ماده ۳۲، مقنن در مورد کسب و کارهای اشخاص حقوقی غیردولتی در واحدهای تولیدی و یا معدنی که دارای پروانه بهره برداری می باشند از تاریخ شروع بهره برداری آنها را به مدت ۵ سال و در مناطق کمتر

۱- ماده ۴- به دولت اجازه داده می شود از محل اعتبارات بودجه های سنواتی تا پنجاه درصد (۵۰٪) آن بخش از هزینه های تحقیقاتی یا ارتقای وضعیت محیط زیستی به واحدهای تولیدی دارای مجوز یا پروانه بهره برداری را که منجر به کسب حق امتیاز تولید کالا یا خدمات یا ثبت اختراع از مراجع ذیصلاح داخلی یا بین المللی شده است، کمک نماید.

۲- ماده ۳۲- درآمد ابرازی ناشی از فعالیت های تولیدی و معدنی اشخاص حقوقی غیردولتی در واحدهای تولیدی یا معدنی ... از تاریخ شروع بهره برداری یا استخراج یا فعالیت به مدت پنج سال و در مناطق کمتر توسعه یافته به مدت ده سال با نرخ صفر مشمول مالیات می باشد.

پ- دوره برخورداری محاسبه مالیات با نرخ صفر برای واحدهای اقتصادی مذکور موضوع این ماده واقع در شهرک های صنعتی یا مناطق ویژه اقتصادی به مدت دو سال و در صورت استقرار شهرک های صنعتی یا مناطق ویژه اقتصادی در مناطق کمتر توسعه یافته، به مدت سه سال افزایش می یابد.

توسعه یافته به مدت ۱۰ سال مشمول مالیات با نرخ صفر دانسته است در حقیقت مقنن در مرحله ایجاد و تأسیس کسب و کارهای معنونه در مناطق کمتر توسعه یافته و سایر مناطق و نیز در مرحله تمدید و ادامه کار معافیت مالیاتی و مشوق در نظر گرفته است. مضافاً اینکه وفق بند "پ" ماده مذکور برای واحدهای اقتصادی در شهرک‌های صنعتی در مناطق توسعه یافته و کمتر توسعه یافته نیز معافیت مالیاتی ۲ و ۳ سال در نظر گرفته است و این امر حکایت از صیانت از کسب و کار در مرحله ایجاد و تأسیس آن دارد.

۲-۶. قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲/ ۱۲/ ۲۴ و اصلاحات ۱۳۹۲/ ۶/ ۱۲

ماده ۵^۱ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲/ ۱۲/ ۲۴ و اصلاحات ۱۳۹۲/ ۶/ ۱۲ در مقام بیان تعریف پروانه کسب است که با عنایت به تبصره ماده ۲^۲ قانون موصوف، صدور آن را که جهت شروع و ادامه کسب و کار ضروری و ناظر به افراد حقیقی و حقوقی دانسته است لازم به ذکر است که کلیه اصناف مشمول تشریفات قانونی قانون نظام صنفی نمی‌باشند و اصنافی که قانون خاص دارند از شمول قانون موصوف مستثنی می‌باشند و مقنن به دلیل حساسیت برخی از مشاغل خصوصاً در زمینه دارویی و بهداشتی به لحاظ مسائل نظم عمومی و امنیتی تشریفات صدور پروانه کسب را از شمول قانون نظام صنفی خارج نموده است. همچنین ماده ۱۳^۳ قانون نظام صنفی نیز در مقام بیان دارا بودن و اخذ پروانه تخصصی و فنی برای مشاغل تخصصی و فنی از مراجع ذیصلاح علاوه بر پروانه کسب می‌باشد بدین معنا که مقنن به دلیل حساسیت برخی از مشاغل، اخذ پروانه تخصصی و فنی را نیز اضافه نموده است و شرایط ورود همگان به پاره‌ای از مشاغل صرفاً با اخذ پروانه کسب میسر نیست.

۱- ماده ۵ - پروانه کسب: مجوزی است که طبق مقررات این قانون به منظور شروع و ادامه کسب و کار یا حرفه به صورت موقت یا دائم به فرد یا افراد صنفی برای محل مشخص یا وسیله کسب معین داده می‌شود.

۲- تبصره - صنفی که قانون خاص دارند، از شمول این قانون مستثنی می‌باشند. قانون خاص قانونی است که بر اساس آن نحوه صدور مجوز فعالیت، تنظیم و تنسيق امور واحدهای ذیربط، نظارت، بازرسی و رسیدگی به تخلفات افراد و واحدهای تحت پوشش آن به صراحت در متن قانون مربوطه معین می‌شود.

۳- ماده ۱۳ - صدور پروانه کسب برای مشاغل تخصصی و فنی مستلزم اخذ پروانه تخصصی و فنی از مراجع ذیربط به وسیله متقاضی است. اگر متقاضی واجد شروط لازم برای اخذ پروانه تخصصی و فنی نباشد، حضور یک نفر شاغل دارنده پروانه تخصصی و فنی در واحد صنفی برای صدور پروانه کسب مشروط، به نام متقاضی کافی است.

ب. قوانین ناظر بر معافیت‌ها و مشوق‌های بیمه‌ای و مالیاتی

۱. قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۳۹۶/ ۱/ ۱۶

ماده ۷۱^۱ قانون فوق‌الذکر ناظر به معافیت دوساله کارفرمایان بنگاه‌های فعال اقتصادی بخش خصوصی و تعاونی از پرداخت سهم بیمه در صورت جذب فارغ‌التحصیلان دانشگاهی با مدرک کارشناسی بوده و این امر ناظر به صیانت از آزادی ادامه کسب و کار می‌باشد.

۲. قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۲/ ۶/ ۷ و اصلاحات ۱۳۸۸/ ۱۲/ ۱۵

ماده ۱۳^۲ قانون فوق‌الذکر با جعل و وضع مشوق و معافیت مالیاتی ۲۰ ساله از تاریخ مندرج در پروانه بهره‌برداری گامی بلند در راستای آزادی تأسیس و ادامه کسب و کار در منطقه آزاد تجاری - صنعتی برداشته است. در حقیقت با عنایت به اینکه صرف تسهیل‌گری در صدور مجوز کسب و کار ناظر به مرحله تأسیس آن می‌باشد لکن جهت تمديد و ادامه کسب و کار به نظر می‌رسد مشوق‌ها و معافیت‌های بیمه‌ای و مالیاتی بهترین راهکار در راستای آزادی ادامه کسب و کار بوده و مقنن به موجب ماده موصوف اقدام مؤثری در جهت صیانت از آزادی کسب و کار نموده است.

۳. قانون معافیت از پرداخت سهم بیمه کارفرمایانی که حداکثر پنج نفر کارگر دارند. مصوب ۱۳۶۱/ ۱۲/ ۱۶ همان‌گونه که پیش‌تر ذکر آن رفت صرف تسهیل‌گری و مانع‌زدایی در صدور مجوز تأسیس کسب و کار منجر به آزادی کسب و کار نمی‌گردد بلکه آزادی ادامه کسب و کار نیز اهمیت دارد. به نظر می‌رسد آزادی موصوف بیشتر ناظر به معافیت‌ها و زدودن موانع تعرفه‌ای باشد بدین معنا که

۱- ماده ۷۱- برای ترغیب کارفرمایان و کارآفرینان بخش خصوصی و تعاونی به جذب نیروی کار جوان، چنانچه طی اجرای قانون برنامه نسبت به جذب فارغ‌التحصیلان دانشگاهی با مدرک حداقل کارشناسی به صورت کارورزی اقدام نمایند، از پرداخت سهم بیمه کارفرما برای مدت دوسال از تاریخ شروع به کار معاف می‌باشند.

۲- ماده ۱۳ - اشخاص حقیقی و حقوقی که در منطقه به انواع فعالیتهای اقتصادی اشتغال دارند، نسبت به هر نوع فعالیت اقتصادی در منطقه آزاد از تاریخ بهره‌برداری مندرج در مجوز به مدت بیست سال از پرداخت مالیات بر درآمد و دارایی موضوع قانون مالیاتهای مستقیم معاف خواهند بود و پس از انقضاء بیست سال تابع مقررات مالیاتی خواهند بود که با پیشنهاد هیأت وزیران به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید.

بایستی تسهیل گری در راستای مشوق و معافیت‌های مالیاتی و بیمه‌ای صورت گیرد. وفق صدر قانون فوق‌الذکر^۱، معافیت کارفرمایان کارگاه‌های تولیدی، صنعتی و فنی از پرداخت حق بیمه سهم کارفرما در مواردی که کمتر از پنج نفر کارگر دارند منجر به تسهیل در بسترسازی تأسیس کسب‌وکار و آزادی ادامه کسب‌وکار می‌گردد.

۳. آزادی کسب‌وکار در رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

در اغلب نظام‌های حقوقی، ایجاد محدودیت‌های قانونی در زمینه آزادی کسب‌وکار امری پذیرفته شده و مسموع می‌باشد. مقامات عمومی به دلیل برخورداری از اختیارات قانونی مبادرت به ساماندهی خدمات عمومی می‌نمایند اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی مشعر بر اعطای نوعی صلاحیت قانون‌گذاری به وزرا، هیئت‌وزیران در جهت تنسيق و تنظيم وظائف اداری و سازمان اداری می‌باشد (Vaezi et al., 2017:19).

ارائه خدمات عمومی مستلزم این است که بهترین ابزارها جهت نیل به تنظیم گری فراهم گردد. قانون‌گذاران تمایل دارند از ابزارهایی استفاده کنند که با آن آشنا هستند. آن‌ها می‌دانند که از ابزارهایی که با آن آشنا هستند چه انتظاری باید داشته باشند و معتقدند که آن ابزارها می‌توانند به انواع اهداف سیاست‌های تنظیمی دست یابند (Shams, 2011:17-21).

مقررات گذاری مجموعه مختلفی از مصوباتی که توسط آن حکومت‌ها الزاماتی را بر اشخاص حقوقی و شهروندان اعمال می‌کنند از این رو مقررات گذاری فراتر از مقررات ناظر بر یک بخش خاص و شامل همه انواع مقررات، دستورالعمل‌ها و دیگر احکام حکومت است که بر رفتار افراد یا گروه‌ها تأثیر می‌گذارد (Parker et al., 2009:109).

پیش‌تر بیان شد که در اغلب نظام‌های حقوقی، محدودیت‌های قانونی بر آزادی کسب‌وکار وارد می‌گردد لکن قوه مجریه به دلیل اینکه بیشتر با نیازهای روزمره افراد جامعه در ارتباط است به دلیل تنظیم روابط نیازمند وضع مقرره می‌باشد و با توجه به اینکه وضع مقررات نظارت قضایی را

۱- از آغاز سال ۱۳۶۲ کارفرمایان کلیه کارگاه‌های تولیدی و صنعتی و فنی که از خدمات دولتی (از قبیل برق، آب، تلفن، راه) استفاده می‌نمایند تا میزان ۵ نفر کارگر از پرداخت حق بیمه سهم کارفرما معاف بوده و از ۵ نفر به بالا نسبت به مازاد ۵ نفر حق بیمه را خواهند پرداخت

می‌طلبد هدف و مسأله مورد بحث نظارت قضایی بر مقررات موضوعه قوه مجریه توسط دیوان عدالت اداری می‌باشد.

همان گونه که پیشتر ذکر آن رفت، آزادی کسب و کار ناظر بر تأسیس، ادامه و تعطیلی می‌باشد و در راستای موضوع پژوهش حاضر و با بررسی آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اعم از آرای ابطال و نیز وحدت رویه، غالب آرا ناظر بر تأسیس و ادامه کسب و کار بوده و در خصوص تعطیلی رأی قابل توجهی ملاحظه نگردید. در ادامه به بررسی و تحلیل آرای دسته‌بندی شده می‌پردازیم.

۳-۱. ابطال پرونده کسب به دلیل اشتغال همسر شاکیه

طبق اصل ۲۰ قانون اساسی^۱ زن به طور مساوی از کلیه حقوق قانونی از جمله حقوق اجتماعی که همانا حق کسب و کار از آن جمله است بهره‌مند می‌باشد و نیز دولت موظف است همه امکانات خود را برای تأمین مراتب مندرج در بندهای ۱۴، ۹، ۸، ۷ از اصل سوم قانون اساسی به کار برده همچنین مفاد صریح اصل ۱۹ و بند اول اصل ۲۱ و همچنین اصول ۲۲ و ۲۸ و بند ۲ و ۴ از اصل ۲۴۳ تماماً حکایت از رعایت حقوق افراد و آزادی انتخاب شغل و کسب و کار آنان می‌نماید. یکی از آرای قابل توجه دیوان در این خصوص، لغو دستورات کمیسیون نظارت بر کمیته صنفی همدان می‌باشد.^۳

«شاکی طی دادخواست تقدیمی به دیوان اعلام داشته است کمیته امور صنفی ملایر برابر

۱- اصل بیستم: "همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند."

۲- اصل نوزدهم: "ردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها سبب امتیاز نخواهد بود."
اصل بیست و یکم: "..."

بند ۱-۱ ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیاء حقوق مادی و معنوی او.
اصل بیست و دوم: "حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند."

۳- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۱۲۱/۶۹ مورخ ۱۳/۱۰/۶۲

تصمیم کمیسیون نظارت بر کمیته صنفی دستور قطع سهمیه بعضی از کسبه را به شرکت‌های تعاونی تهیه و توزیع صنف مربوطه من جمله قطع سهمیه اینجانبه که از چند سال پیش با پروانه کسب به شغل پارچه‌فروشی اشتغال داشته‌ام صادر نموده و تصمیم فوق بر خلاف قانون اساسی است و این تصمیم به دلیل شاغل بودن همسر من بوده است. شورای مرکزی اصناف شهرستان ملایر طی نامه شماره ۱۰۷۱۵ مورخ ۱۰/۱۱/۶۴ در پاسخ اعلام داشته کمیته امور صنفی طبق صورت جلسه مورخه ۸/۱۰/۶۲ بند ۸ همان صورت جلسه که طی شماره ۱۰۹۱۲ مورخ ۱۳/۱۰/۶۲ فرمانداران به کمیته امور صنفی ارسال گردیده عمل نموده است.»

طبق رأی هیئت عمومی «بند ۸ صورت جلسه شماره ۱۰۹۱۲ مورخ ۱۳/۱۰/۶۲ کمیته نظارت بر امور صنفی شهرستان ملایر مبنی بر ابطال جواز کسب بانوانی که همسران آن‌ها شاغل می‌باشند با لحاظ ماده ۴۹ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۵۹ و اصول ۲۸، ۲۲، ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خارج از حیطه اختیارات قوه مجریه تشخیص و باطل اعلام می‌شود.»

طبق رأی فوق‌الذکر، آزادی ایجاد و تأسیس کسب و کار در زمره حقوق بنیادین بشر می‌باشد و جنسیت مقید آن نیست. در مانحن فیه شاکیه مبادرت به اشتغال به کسب و کار که مطابق ذوق و سلیقه خویش بوده نموده است؛ و مغایر اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران نبوده فلذا تقیید و تضییع آن موضوعاً منتفی بوده و از تعرض مصون می‌باشد. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز صحیحاً در راستای صیانت از آزادی کسب و کار در مرحله تأسیس و ادامه و روند کسب کار پرداخته و اشتغال همسر شاکیه را جزو موانع آزادی کسب و کار قلمداد ننموده است و فلذا ابطال پروانه کسب شاکیه به دلیل اشتغال همسر ایشان بلاوجه است.

۳-۲. منع صدور مجوز به علت اشباع بودن بازار

طبق اصل ۲۰ و ۲۸ از فصل سوم قانون اساسی، تمام افراد در مقابل قانون از حقوق یکسان نیز برخوردار بوده و هرکسی حق دارد به شغلی که مایل است و مخالفت با نظام مقدس جمهوری اسلامی نداشته باشد اشتغال یابد و از طرفی برابر تبصره ۳ و ۲ و ۱ ماده هفتم از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و اصلاحیه ۱۳۹۳ قانون‌گذار مقرر کرده است که دولت نمی‌تواند به دلیل اشباع بودن ظرفیت کسب و کار از ایجاد این مشاغل جلوگیری نماید. نخستین رأی در ارتباط به موضوع فوق‌الذکر مربوط به ابطال جدول الف ماده ۴ شاخص

جمعیت آئین نامه تأسیس و اداره داروخانه ها می باشد.^۱

«شاکی به موجب دادخواست تقدیمی اعلام داشته که برابر اصل بیستم و بیست و هشتم از فصل سوم قانون اساسی، تمام افراد در مقابل قانون از حقوق یکسان نیز برخوردار بوده و هرکسی حق دارد به شغلی که مایل است و مخالفت با نظام مقدس جمهوری اسلامی نداشته باشد اشتغال یابد و از طرفی برابر تبصره ۳ و ۲ و ۱ ماده هفتم از قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و اصلاحیه ۱۳۹۳ قانون گذار مقرر کرده است که دولت نمی تواند به دلیل اشباع بودن ظرفیت کسب و کار از ایجاد این مشاغل جلوگیری نماید. سرپرست دفتر امور حقوقی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی (معاونت حقوقی و امور مجلس) به موجب لایحه شماره ۱۶۷/۱۰۷ - ۲۶/۹/۱۳۹۷ توضیح داده است با توجه به تبصره ۲ ذیل بند (ج) ماده ۳ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، فعالیت های حوزه سلامت، آموزش و تحقیقات و فرهنگ مشمول این قانون نیست».

طبق رأی هیئت عمومی «با توجه به اینکه عموم و اطلاق تعریف مندرج در ماده ۱ قانون اصلاح مواد ۱، ۶ و ۷ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب سال ۱۳۹۳ لفظ «مجوز کسب و کار»، شامل پروانه های تأسیس داروخانه ها می شود، از طرفی طبق تبصره ۲ ذیل ماده ۷ قانون اخیرالذکر صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارد به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند، بنابراین مصوبه معترض عنه ابطال می شود». بایستی بیان داشت که همان گونه که پیشتر ذکر آن رفت در کلیه نظام های حقوقی، مقنن تشریفات قانونی جهت صدور مجوز کسب و کار را بیان و لحاظ نموده است در مانحن فیه وفق مصوبه معترض عنه، به دلیل اشباع بودن بازار پروانه تأسیس داروخانه صادر نشده است حال آنکه وفق بند ۲۴ ماده ۱ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ که مصادیق مراجع صادرکننده مجوز کسب و کار بیان شده، مراجع موصوف در صدور مجوز کسب و کار بایستی تشریفات قانونی را مرعی دارند و تبصره ۲ ماده ۷ قانون مذکور نیز اشباع بودن بازار را دال بر عدم صدور مجوز کسب و کار ندانسته است و حتی اهمال یا اخلاف در صدور مجوز کسب و کار وفق تبصره ۱ ماده

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه ۱۰۵۲ مورخ ۹۸/ ۶/ ۵

موصوف تخلف اداری محسوب شده و متخلف به مجازات‌های بند "د" به بعد ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری محکوم می‌شود.

دومین رأی در این خصوص مربوط به ابطال بخشنامه معاون توسعه بازرگانی وزارت صمت مبنی بر عدم صدور مجوز برای نانوایی‌های جدید می‌باشد.^۱

«شاکی طی دادخواست تقدیمی به دیوان اعلام داشته که برای دریافت مجوز نانوایی اقدام به ثبت الکترونیکی نموده و درخواست مجوز آزادپزی که آرد آن را آزاد تهیه می‌نمایم دارم لکن طرف شکایت از صدور مجوز تأسیس خودداری می‌نماید. رئیس مرکز و دبیر هیئت عالی نظارت در پاسخ به شکایت بیان داشت به جهت حساسیت صنف مذکور و مشکلات تأمین و تهیه آرد، تعداد واحدهای صنفی در هر منطقه، صدور مجوز نانوایی محدود به شهرک‌های مسکونی جدید و مناطق توسعه‌یافته شهری گردیده است».

طبق رأی هیئت عمومی «مطابق قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مقرر شده است که هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب و کار موظف‌اند درخواست متقاضیان مجوز کسب و کار را مطابق شرایط مصرح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب و کار دریافت و بررسی کنند و صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند؛ بنابراین مصوبه معترض‌عنه ابطال می‌شود».

در تحلیل رأی فوق‌الذکر بایستی بیان داشت که ماده ۷ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه ناظر به اصلاح مقررات ناظر بر صدور پروانه‌ها و مجوزهای سرمایه‌گذاری و کسب و کار با رویکرد حذف مجوزهای غیرضروری، تسهیل شرایط دریافت مجوزها و شفاف‌سازی فعالیت‌های اقتصادی می‌باشد و در مانحن فیه شاکی خواستار صدور مجوز کسب و کار جهت تأسیس نانوایی بوده که مصوبه معترض‌عنه در تغایر با قانون فوق‌الذکر و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مبنی بر حذف تشریفات زائد در جهت تسهیل گری تأسیس کسب و کار می‌باشد و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز صحیحاً با ابطال مصوبه معترض‌عنه در جهت

۱- جهت مشاهده و تفصیل رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۸۰۷ مورخ ۱۴/۱۰/۹۵. برای مطالعه بیشتر بنگرید دادنامه شماره ۱۸۶۱ مورخ ۹۹/۱۲/۳

صیانت از آزادی کسب و کار اقدام نموده است.

۳-۳. منع صدور مجوز به علت دارا نبودن مدرک تحصیلی

طبق اصل بیست و هشتم قانون اساسی، 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 نماید؛ و در هیچ یک از قوانین موضوعه به دارا بودن مدرک تحصیلی جهت ایجاد و تأسیس کسب و کار اشاره‌ای نشده است.

نخستین دادنامه در این خصوص مربوط به موضوع ابطال ضوابط و شرایط تأسیس داروخانه مصوب معاون غذا و دارو وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌باشد.^۱

«شاکی به موجب دادخواست تقدیمی بیان داشته که وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی بر خلاف اصل ۲۸ و ۴۶ قانون اساسی و بر خلاف قانون جهت تأسیس داروخانه اقدام به در نظر گرفتن حدنصاب امتیاز گرفته است. به این ترتیب تنها داروسازان می‌توانند داروخانه تأسیس نمایند و یا خریداری نمایند و در حق بسیاری از مردم اجحاف گردیده است. معاون غذا و دارو وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در پاسخ به شکایت مذکور بیان داشته تعیین سیاست گذاری در خصوص تأسیس و اداره داروخانه نیز از وظایف مهم وزارت متبوع بالأخص حوزه معاونت غذا و دارو می‌باشد».

طبق رأی هیئت عمومی «... نظر به اینکه احکام مقنن در این باب مفید وجوه افتراق عناوین مؤسس و مسئول فنی مراکز پزشکی، آزمایشگاهی و داروئی از یکدیگر و تمایز شرایط اختصاصی هر یک از دو عنوان مزبور از جمله داشتن مدارک تحصیلی لازم برای تصدی امور فنی داروخانه می‌باشد و سیاق عبارات قانون دلالتی بر لزوم داشتن مدارک تحصیلی در رشته داروسازی در مورد متقاضیان تأسیس داروخانه ندارد، بنابراین مصوبه معترض عنه مغایر هدف و حکم مقنن و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می‌شود و ابطال می‌گردد».

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۲۴۰ مورخ ۸۴/۵/۳۰ و برای مطالعه بیشتر بنگرید دادنامه شماره ۹۶ و ۹۷

مورخ ۸۰/۴/۳ و دادنامه شماره ۴۸۲ مورخ ۹۸/۴/۳

در تحلیل رأی فوق‌الذکر بایستی بیان داشت که وفق تبصره ۴ ماده ۳ قانون اصلاح ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارو و مواد خوراکی و آشامیدنی مصوب سال ۱۳۳۴، «در مواردی که مؤسس مرکز و مؤسسه پزشکی یک نفر باشد و شخص مزبور فوت نماید وراثت او می‌تواند با ارائه گواهی تسلیم دادخواست حصر وراثت و معرفی یک نفر به‌عنوان مسئول فنی واجد شرایط دریافت پروانه به وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی درخواست صدور پروانه مسئولیت فنی موقت نمایند. اعتبار این پروانه به مدت دو سال خواهد بود وراثت مکلف‌اند ظرف مهلت یادشده با ارائه دادنامه حصر وراثت نسبت به معرفی شخص واجد شرایط قانونی دریافت پروانه به‌عنوان مؤسس جدید اقدام کنند. در غیر این صورت مؤسسه توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تعطیل خواهد شد»؛ بنابراین با وحدت ملاک با ماده فوق‌الذکر و با عنایت به اینکه پروانه تأسیس نسبت به ورثه دارنده پروانه تأسیس جزو حقوق مالی و قابل انتقال می‌باشد و وفق تبصره معنونه، برای انتقال پروانه تأسیس به وراثت مؤسس داروخانه، احراز شرایط فنی در وراثت شرط نیست و صرف وجود شرایط عمومی برای انتقال پروانه تأسیس داروخانه به وراثت مؤسس داروخانه کفایت می‌کند و همچنین داشتن مدرک تحصیلی دکتری در مورد مؤسس مراکز پزشکی متکی به حکم صریح قانون‌گذار نیست؛ و با توجه به اینکه وفق ماده ۱ قانون اصلاح مواد ۱ و ۶ و ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ لفظ "مجوز کسب و کار" شامل پروانه تأسیس داروخانه نیز می‌باشد و عدم صدور مجوز در تغایر با رویه ضد رقابتی مورد نظر مقنن در ماده ۶۲ قانون اصلاح مواد از قانون برنامه چهارم توسعه می‌باشد و تعمیم شرط مدرک تحصیلی مختص مسئول فنی داروخانه به متقاضی تأسیس آن موجبات تضییق دایره شمول ماده یک قانون موصوف و حسب مورد محدودیت یا محرومیت متقاضیان ایجاد داروخانه از حق مقرر در آن ماده را فراهم کرده است و بارأی فوق‌الذکر هیئت عمومی گامی بلند در راستای صیانت از آزادی تأسیس کسب و کار (تأسیس داروخانه) برداشته است.

دومین دادنامه در این خصوص مربوط به موضوع مرجع صلاحیت‌دار در مورد صدور مجوز پروانه تأسیس کارگاه‌های مستقل دندانسازی می‌باشد.^۱

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۳۱۶ مورخ ۱۳/۶/۹۱

«شکات به موجب دادخواست تقدیمی بیان داشته که در موضوع الزام به صدور پروانه تأسیس کارگاه مستقل دندان‌سازی بر اساس گواهی‌های صادرشده از سوی سازمان آموزش فنی و حرفه‌ای کشور شعب دیوان عدالت اداری، آراء معارض صادر کرده‌اند؛ و خواستار صدور رأی وحدت رویه گردیده‌اند.»

طبق رأی هیئت عمومی «... گواهینامه مهارت فنی و حرفه‌ای سازمان آموزش فنی و حرفه‌ای کشور مبنی بر گذراندن دوره آموزشی رشته دندان‌سازی - پروتزهای متحرک کامل - پارسیل، تکلیفی برای وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی که مرجع صلاحیت‌دار برای احراز صلاحیت واجدان شرایط است در صدور مجوز تأسیس کارگاه‌های مستقل دندان‌سازی ایجاد نمی‌کند و صرفاً کسانی که مطابق آیین‌نامه مربوط به کمک دندان‌پزشکان تجربی حائز شرایط باشند صلاحیت دریافت پروانه تأسیس کارگاه‌های دندان‌سازی مستقل را خواهند داشت. از این رو رأی شعبه اول تشخیص دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۳۵ - ۱۳۸۷/۴/۳۱ که به رد شکایت صادرشده است صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

در تحلیل رأی فوق‌الذکر بایستی بیان داشت که همان‌گونه که پیشتر ذکر آن رفت مقنن در کلیه نظام‌های حقوقی، شرایط قانونی را برای تأسیس و ایجاد کسب و کار لحاظ نموده است در مانحن فیه شاکی با شرکت در دوره آموزشی سازمان آموزش فنی و حرفه‌ای کشور موفق به اخذ گواهینامه فن‌ورز (تکنسین) دندان‌ساز در امر متنازع فیه شده است و خواستار صدور پروانه تأسیس کارگاه مستقل دندان‌سازی می‌باشد حال آنکه مقنن اخذ صدور مجوز تأسیس کارگاه دندان‌سازی را موکول به دارا بودن مدرک تحصیلی تکنسین دندان‌سازی از مرجع ذی‌صلاح دانسته است. بدین معنا که صدور پروانه اشتغال صاحبان حرف پزشکی و وابسته پزشکی وفق بند ۱۴ ماده ۱ قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، از وظایف وزارت بهداشت است و همچنین ساخت اندام مصنوعی طبق تبصره ۳ ماده ۱ قانون آموزش مداوم جامعه پزشکی کشور، در زمره حرف وابسته پزشکی است و صدور پروانه کسب و کار آن‌ها نیز موکول به ارائه گواهی شرکت در دوره‌های خاص آموزش مداوم است و همچنین پروانه تأسیس کارگاه‌های دندان‌سازی مستقل موکول به اخذ مدرک تکنسین دندان‌سازی از مراجع ذی‌صلاح وفق ماده ۱۱ آئین‌نامه

مربوط به کمک دندان‌پزشکان تجربی می‌باشد؛ لذا چون در مانحن فیه شاکی مدرک تکسین دندان‌سازی را از سازمان آموزش فنی و حرفه‌ای اخذ نموده است و از مراجع ذی‌صلاح اخذ نموده است امکان صدور پروانه تأسیس کارگاه دندان‌سازی برای ایشان میسر نشده است؛ و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز با عنایت به رعایت تشریفات قانونی در صدور مجوز کسب و کار، اخذ مجوز از مراجع ذی‌صلاح را معیار دانسته است.

۴-۳. اخذ مجوز فعالیت از مراجع ذی‌صلاح علاوه بر اخذ پروانه کسب و حرفه

در برخی از حرفه‌ها به دلیل حساسیت موضوع، متقاضی بایستی علاوه بر اخذ پروانه کسب، مجوز فعالیت را نیز از نهادها و مراجع ذی‌صلاح اخذ نماید در خصوص مورد مذکور، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مواردی مبادرت به صدور رأی در راستای مورد پیش گفته نموده که به تعدادی از آنها اشاره می‌گردد.

نخستین دادنامه در این خصوص مربوط به موضوع ممنوعیت تصدی به ساخت و فروش عینک طبی بدون جواز قانونی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی ۱۳۸۹/۵/۱۱ شبکه بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اداره اماکن شهرستان نظرآباد می‌باشد.^۱

«شکات به موجب دادخواست تقدیمی به دلیل تعارض آرای شعب دیوان در خصوص موضوع فوق‌الذکر خواستار صدور رأی وحدت رویه شدند».

طبق رأی هیئت عمومی «... تصدی به امر ساخت و فروش عینک طبی مستلزم داشتن پروانه کار از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌باشد و مطابق ماده ۹۱ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲، اشخاص حقیقی یا حقوقی مکلف‌اند علاوه بر دریافت مجوز فعالیت یا پروانه نسبت به اخذ پروانه کسب از اتحادیه مربوطه اقدام کنند. لذا دادنامه‌های شماره ۱۸۴۱، ۱۸۴۲ و ۱۸۴۳ مورخ ۱۳۸۸/۸/۱۶ شعبه پنجم در حدی که متضمن ممنوعیت تصدی به ساخت و فروش عینک طبی بدون جواز قانونی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌باشد، صحیح تشخیص و موافق اصول و موازین قانونی اعلام می‌گردد. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۱۷۵ - ۱۷۶ - ۱۷۷ مورخ ۱۱/۵/۸۹ و جهت مطالعه بیشتر بنگرید. دادنامه شماره ۱۹۹ مورخ ۴/۳/۹۴

دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری زیربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است».

در تحلیل رأی فوق‌الذکر بایستی بیان داشت که به موجب تبصره ۳ ماده ۱ قانون آموزش مداوم جامعه پزشکی کشور مصوب ۱۳۷۵/۲/۱۲ مجلس شورای اسلامی کلیه شاغلان حرفه‌های وابسته پزشکی که به نحوی دارای مؤسسه یا دفتر کار هستند و خدماتی مانند ساخت عینک طبی ارائه می‌نمایند و کلیه مشمولان قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی موظف به شرکت در دوره‌های خاص آموزش مداوم هستند و صدور و تجدید مجوز کار آن‌ها منوط به ارائه گواهی شرکت در این دوره است بنابراین بر حسب مفاد تبصره مزبور تصدی به امر ساخت عینک طبی محتاج به داشتن پروانه کار از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی است همچنین ماده ۹۱ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲ با آخرین اصلاحات مصوب ۱۳۹۲ نیز مشعر به اخذ مجوز فعالیت از مراجع ذی‌صلاح علاوه بر اخذ پروانه کسب در صورت الزام قانونی می‌باشد در مانحن فیه شاکی به ساخت و فروش عینک طبی اشتغال داشته که اداره اماکن مبادرت به تعطیلی و پلمپ محل کسب و کار وی نموده است و با توجه به موارد معنونه و اینکه جهت تأسیس کسب و کار بایستی به دلیل حساسیت شغل علاوه بر پروانه کسب، مجوز فعالیت از مراجع ذی‌صلاح نیز اخذ شود که در مبحث غنه شاکی صرفاً مجوز کسب و کار اخذ نموده است فلذا دادنامه صادره از هیئت عمومی در راستای صیانت از آزادی تأسیس کسب و کار حسب لحاظ تشریفات قانونی می‌باشد.

دومین رأی در این خصوص اعمال ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری نسبت به دادنامه شماره ۱۸۳ مورخ ۱۷/۲/۹۸ با موضوع ابطال بخشنامه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و مصوبات هیئت مقررات زدایی و تسهیل صدور و مجوز کسب و کار از این حیث که ثبت مؤسسات حقوقی را بدون ضرورت اخذ مجوز از مراجع ذی‌ربط اعلام کرده می‌باشد.^۱ طبق رأی هیئت عمومی «... تأسیس و ثبت مؤسسات حقوقی برای آن دسته از فارغ‌التحصیلان رشته حقوق که فاقد پروانه وکالت از کانون وکلای دادگستری هستند به اخذ مجوز از قوه قضاییه

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۲۷۵۴ مورخ ۱۹/۹/۹۸

(مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده قوه قضائیه) منوط است و تأسیس مؤسسه حقوقی برای وکلای دادگستری که عضو کانون وکلا هستند تابع شرایط و ضوابط مربوط به خود می‌باشد، بنابراین مقررات معترض عنه که دلالت بر عدم لزوم اخذ مجوز از مراجع ذیصلاح برای تأسیس و ثبت مؤسسات حقوقی دارد خلاف قانون و خارج از اختیارات مرجع وضع تشخیص داده می‌شود و ضمن پذیرش اعتراض در اجرای مواد ۸۴ و ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری آرای شماره ۸۳ الی ۸۶-۱۳۹۶.۳.۸ هیئت تخصصی اداری و امور عمومی و ۱۸۳-۱۳۹۸.۲.۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نقض و بخشنامه مدیرکل ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و نیز بندهای ۱ و ۲ مصوبه هیئت مقررات زدایی و تسهیل صدور و مجوز کسب و کار ابطال می‌شود».

در تحلیل رأی مذکور بایستی اظهار داشت که همان گونه که سابقاً ذکر آن رفت مقنن جهت صدور مجوز کسب و کار تشریفات قانونی را ملحوظ دانسته است در مانحن فیه به نظر می‌رسد دیوان عدالت اداری با صدور رأی موصوف، رادع و مانعی در جهت تأسیس مؤسسات حقوقی برای فارغ التحصیلانی که فاقد پروانه وکالت هستند ایجاد نموده است بدین معنا که تبصره ۲ ماده ۲۱ آئین نامه اجرایی ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه که ثبت مؤسسه حقوقی را موکول به ارائه پروانه تأسیس از مرکز وکلای قوه قضائیه دانسته در مبحث عنه محلی از اعراب ندارد به عبارت آخری با توجه به تبعیت فرع از اصل و با تفسیر متن محور و اینکه صدر ماده ۲۱ آئین نامه ناظر به پذیرفته شدگان وکالت است فلذا تبصره آن مبنی بر اخذ پروانه تأسیس از مرکز وکلا جهت تأسیس مؤسسات حقوقی نیز ناظر به پذیرفته شدگان وکالت است حال آنکه مصوبه معترض عنه هیئت مقررات زدایی و بخشنامه سازمان ثبت ناظر به فعالیت فارغ التحصیلانی است که فاقد پروانه وکالت بوده و در آزمون پذیرفته نشده‌اند؛ بنابراین به نظر می‌رسد هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با عدول از رویه خویش مبنی بر صیانت از آزادی تأسیس کسب و کار و با عدول از رأی سابق خویش به شماره ۱۸۳ مورخ ۱۷/ ۲/ ۹۸ در جهت آزادی تأسیس کسب و کار مانع زایی نموده است.

۳-۵. تضییق دامنه شمول قانون

در قوانین موضوعه جهت صدور پروانه کسب و کار شرایطی مقرر است و متقاضی نیز بر مبنای

شروط معینه مبادرت به اخذ پروانه می نماید و از مزایای قانونی آن نیز برخوردار می شود بنابراین درج شرط تحمیلی می تواند مانعی در جهت آزادی تأسیس کسب و کار باشد و موجبات کراهت شخص از ایجاد کسب و کاری که بدان مایل است را فراهم نماید.

رأی در این خصوص مربوط به موضوع ابطال دستور اداری شماره ۲/۵۲۴۸۸ - ۵۲ - ۱۳۹۰/۱۱/۲۴ اداره کل درآمد حق بیمه صندوق تأمین اجتماعی می باشد.^۱

«شکات به موجب دادخواست تقدیمی بیان داشته اند که وفق ماده واحده قانون معافیت از پرداخت حق بیمه سهم کارفرما به میزان ۵ نفر کلیه کارگاه های تولیدی، صنعتی و فنی که از خدمات دولتی استفاده می نمایند با در نظر گرفتن مفاد تبصره (۵) ماده واحده قانون معافیت و بدون هیچ پیش شرطی می توانند از این معافیت استفاده نمایند. در پاسخ به شکایت شاکیان، مدیر کل دفتر امور حقوقی و دعاوی سازمان تأمین اجتماعی اظهار داشته برخلاف ادعای شاکي، ماده مذکور بدون قید و محدودیت باقی نمانده و وفق تبصره ۳ قانون مارالذکر، کارخانجات، معادن، پیمانکاران و شرکت های خارجی از شمول این قانون مستثنی شده اند؛ بنابراین همان طور که ملاحظه می شود، قانون گذار با وضع تبصره ۳ قصد داشته که میان کارگاه کارخانه تفاوت قائل شود».

طبق رأی هیئت عمومی «... نظر به این که هیئت وزیران فهرست فعالیت های تولیدی، صنعتی و فنی مشمول معافیت حق بیمه سهم کارفرما تا میزان پنج نفر را احصاء کرده است و در مصوبات مذکور برای برخورداری از معافیت مقرر در قانون شرط صدور پروانه از وزارت صنعت، معدن و تجارت پیش بینی نشده است بنابراین دستور اداری اداره کل درآمد حق بیمه سازمان تأمین اجتماعی که در آن مقرر شده کارگاه های دارای پروانه بهره برداری و یا جواز تأسیس از وزارت صمت در زمره کارخانه بوده و از شمول معافیت خارج می باشند مغایر قانون فوق الذکر وضع شده است و ابطال می شود».

در تحلیل رأی فوق الذکر بایستی بیان داشت که رأی موصوف صراحتاً ناظر به آزادی تأسیس

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه های شماره ۷۲۴ الی ۷۲۶ و ۷۷۹ مورخ ۹۴/۶/۱۰. برای مطالعه بیشتر بنگرید دادنامه شماره ۷۲ مورخ ۶۹/۳/۲۲

کسب و کار نمی‌باشد لکن باتوجه به اینکه معافیت حق بیمه به موجب قانون منجر به تشویق اشخاص در ایجاد و تأسیس کسب و کار می‌گردد و مصوبه معترض عنه با وضع شرط اینکه کارگاه دارای پروانه و جواز تأسیس از وزارت صمت در زمره کارخانه بوده منجر به جزای شرط یعنی انتفای معافیت از پرداخت حق بیمه سهم کارفرما تا میزان پنج نفر کارگر گردیده، این امر آزادی اشخاص در تأسیس کسب و کار را وفق اصل ۲۸ و بند ۴ اصل ۴۳ قانون اساسی مخدوش می‌نماید.

۳-۶. ابطال پروانه کسب به دلیل جرم‌زا بودن محل فعالیت

رأی در این خصوص مربوط به موضوع ابطال پروانه فعالیت و انسداد طلافروشی‌های مناطق حاشیه‌ای شهر به بهانه احتمال سرقت موضوع بند ۱ مصوبات مورخ ۱۳۸۹/۱/۳۰ شورای تأمین شهرداری شیراز می‌باشد.^۱

«شکات به موجب دادخواست تقدیمی بیان داشته که همگی کسبه صنف طلا در شهر شیراز می‌باشند و از تاریخ دریافت پروانه کسب با رعایت مقررات قانونی و بدون هرگونه مشکلی به کار کسب (طلافروشی) مشغول شده‌اند؛ اما شورای تأمین شهرستان شیراز ظاهراً بر مبنای گزارش و اعلام برخی مراجع انتظامی دائر بر عدم توان تأمین امنیت آن‌ها و بیم وقوع سرقت و یا جرائم دیگر علیه طلافروشان آن‌هم ناشی از تأثیرپذیری از چند حادثه سرقت از مغازه طلافروشی، دستور پلمپ شدن محل کسب و لغو پروانه کسب و فعالیت را صادر نموده است طرف شکایت پاسخی ارائه ننموده است».

طبق رأی هیئت عمومی «... نظر به این که بند ۱ مصوبه مورخ ۱۳۸۹/۱/۳۰ شورای تأمین شهرستان شیراز مبنی بر ابطال پروانه فعالیت و انسداد طلافروشی‌های مناطق حاشیه‌ای شهر به بهانه احتمال سرقت، حقوق مالکانه اشخاص موضوع مصوبه را سلب کرده و موجب تضییع حقوق مکتسبه آنان شده است، بنابراین مصوبه مذکور خلاف قوانین صدرالذکر است و ابطال می‌شود».

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره رأی شماره ۸۵۱ مورخ ۹۴/۷/۷.

برای مطالعه بیشتر بنگرید:

دادنامه شماره ۵۶۱ مورخ ۸۳/۱۱/۱۱

دادنامه شماره ۲۰۰ مورخ ۹۶/۳/۹

در تحلیل رأی فوق‌الذکر بایستی اظهار داشت که وفق اصل ۲۸ و بند ۴ اصل ۴۳ قانون اساسی اشخاص در انتخاب کسب و کاری که مخالف اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران نباشند آزادند. در مانحن فیه شاکی مبادرت به تأسیس طلافروشی نموده که شورای تأمین به دلیل جرم‌زا بودن محل فعالیت مبادرت به ابطال پروانه کسب ایشان نموده است دادنامه صادره از هیئت عمومی بیشتر ناظر به آزادی ادامه کسب و کار است لکن به طور ضمنی به آزادی تأسیس کسب و کار برای اشخاص مقیم در آن بستر مکانی نیز دلالت دارد و در امر تأسیس کسب و کار مانع زدایی می‌نماید. فی الواقع مصوبه معترض عنه در تنافی و تغایر حقوق مالکانه اشخاص و اصل ۴۷ قانون اساسی مبنی بر محترم شمردن مالکیت شخصی مشروع می‌باشد؛ و هیئت عمومی با دادنامه صادره به طور ضمنی از آزادی تأسیس کسب و کار صیانت نموده است.

نتیجه

مطابق اصل آزادی کسب و کار که ناظر به آزادی اشخاص در تأسیس، ادامه و تعطیلی کسب و کار است اشخاص حق دارند به هر کاری که تمایل دارند اشتغال بورزند اما در این راه محدودیت‌های بر آن وارد می‌شود.

اساساً قانون‌گذاران مبادرت به ریل‌گذاری و سیاست‌گذاری در حوزه اشتغال و کسب و کار می‌نمایند لکن قوه مجریه به دلیل اینکه ارتباط وثیقی با حوزه عمل دارد مبادرت به وضع مقررات (آئین‌نامه، بخشنامه، دستورالعمل) می‌نماید. گاهی اوقات همین موضوع، موجبات تضییع حقوق اشخاص در ایجاد و تأسیس کسب و کار را فراهم می‌نماید. قوانین موضوعه خاصه قانون اساسی و قانون اجرای سیاست کلی اصل ۴۴ به‌عنوان قانون مادر و چراغ راه در راستای مقررات زدایی و تشویق آحاد به کسب و کار می‌باشد و قوانین موجود تشریفاتی را جهت تأسیس کسب و کار لحاظ نموده‌اند. در نظام حقوقی ایران، علیرغم ایجاد تشریفات قانونی، دولت در معنای اخص کلمه از طریق وضع مقرره، رادع و مانع در تأسیس کسب و کار ایجاد کرده و آزادی تأسیس کسب و کار را مخدوش می‌نماید. دیوان عدالت اداری به‌عنوان مرجع نظارتی بر مقررات دولتی، در راستای صیانت از حقوق اشخاص در مقابل تعدیات دولتی از طریق وضع مقرره، پاسدار آزادی تأسیس کسب و کار از طریق انطباق مقررات با قوانین موضوعه می‌باشد. با بررسی رویه هیئت عمومی دیوان

عدالت اداری در حوزه کسب و کار درمی یابیم که دیوان با عنایت به مجوز تأسیس کسب و کار و یا مشوق ها و معافیت های بیمه ای و مالیاتی به صراحت از آزادی کسب و کار سخن به میان آورده و از آن صیانت نموده لکن در اغلب موارد به طور ضمنی و با ابطال مقررات و با صدور رأی وحدت رویه، به صیانت از آزادی تأسیس کسب و کار پرداخته است. البته در برخی موارد نیز به نظر می رسد که اقتضائات جامعه و شرایط اجتماعی باعث گردیده که دیوان از رویه سابق خویش مبنی بر صیانت از آزادی کسب و کار عدول نماید.

References

- [1] Ashrafi, Yekta and Fahimifar, Fatemeh. (2011). "Study of indicators of improving the business environment with emphasis on the position of Iran", Economic Journal. New Volume, Year 11, February, No. 11. (Persian)
- [2] Balliew, Sean, and Timothy, Mathews. (2018). Measuring Economic Freedom – an Alternative Functional Specification and Subsequent Ranking, Published online: 17 Oct 2019, <https://doi.org/10.1080/00036846.2019.1676874>.
- [3] Berggren, Niclas. (1999). Economic freedom and equality; Friends or foes? Kluwer Academic Publishers. vol. 100, issue 3-4.
- [4] Berggren, Niclas. (2003). The Benefits of Economic Freedom A Survey, The independent Review, vol.8,no.2,pp.193-211.
- [5] Doing Business. (2020). Comparing Business Regulation in 190 Economies(2019). Publisher: World Bank.
- [6] Egger Peter & Hannes Winner. (2004). Economic freedom and taxation; Is there a Trade-off in the Location competition between countries?. Journal public choice, 118; 271-288, 2004.
- [7] Ghaninejad, Musa. (2015). Liberalization and Economic Performance. Second Edition, Tehran: World Economy Publications. (Persian)
- [8] Graafland, Johan. (2019). When Does Economic Freedom Promote WellBeing? On the Moderating Role of long- Term Orientation. Social Indicators Research, 149(1):1-27.
- [9] Graafland, Johan. Bjorn Lous. (2017). Economic Freedom, Income Inequality and Life Satisfaction in OECD Countries. Journal of Happiness Studies, 19(2).
- [10] Hashemi, Mohammad. (2005). Human Rights and Fundamental Freedoms. Tehran: Mizan Publications. (Persian)
- [11] Hezar Jaribi, Jafar. (2005). Entrepreneurship. Publications of the Research Institute of Economic Affairs. (Persian)
- [12] Iranpour, Farhad. (2019). Principles and Function of Economic Analysis in Private Law. First Edition, Tehran: World Economy Publications. (Persian)
- [13] Kafash, Melika. Sadeghi, Mohammad. (2019). "Analytical study of guarantees

- of economic freedom in the public law system of Iran". Quarterly Journal of Business Research, No. 93, Winter. (Persian)
- [14] KISCI, Rozalia. (2009). FREE TRADING-THE STRONG DIMENSION OF ECONOMIC LIBERALISM, The Annals of The "Ștefan cel Mare" University Suceava. Fascicle of The Faculty of Economics and Public Administration, Volume 9, No.1(9).
- [15] Malmiri, Ahmad. (2019). "Evaluating the Performance of Government-Private Sector Dialogue Council in Regulation and Deregulation". Quarterly Journal of Planning and Development Research, No. 3. (Persian)
- [16] Mashhadi, Ali. (2013). An Introduction to the Law of Government Licenses. First Edition, Tehran: Khorsandi. (Persian)
- [17] Murphy, Ryan H. (2016). A Comment on "Measuring Economic Freedom: A Comparison of Two Major Sources". the Journal of Private Enterprise, Volume 31, Issue 3.
- [18] Parker, David, Kirkpatrick, Colin. (2009). "Assessing the Consequences of Regulation in Developing Countries". translated by Massoud Faryadi, Legal Information Quarterly, New Volume, Year 6, Spring and Summer, No. 17 and 18. (Persian)
- [19] Salimifar, Mostafa, Keyvanfar, Mohammad. (2010). "Informal economy in Iran and the effect of inflation on it". Journal of Knowledge and Development, Volume 17, Number 33. (Persian)
- [20] Sameni, Majid, Shahnazi, Ruhollah, Dehghan Shabani, Zahra. (2010). "Security of property rights, laws and regulations and economic growth". Quarterly Journal of Economic Research, Volume 15, Number 44 (consecutive 44). (Persian)
- [21] Shahnazi, Ruhollah, Dehghan Shabani, Zahra. (2009). "Study of the effect of business environment on economic growth in selected countries". Economic Research Journal, Eleventh Year, Autumn, No. 3 (42). (Persian)
- [22] Shams, Erfan. (2011). "Political Considerations on the Choice of Regulatory Tools". Legal Information Quarterly, New Volume, Year 7, No. 26. (Persian)
- [23] Shiravi, Abdolhossein. (2020). Economic Law. First Edition, Tehran: Samat Publications (Persian)
- [24] Stora Sangari, Kourosh, Shakeri, Hamid. (2017). Protecting freedoms in the rulings. the Court of Administrative Justice Public Law Quarterly. First Year, First Issue: Summer. (Persian)
- [25] Tafazoli, Fereydoun. (1996). History of World Economic Beliefs, Second Edition. Ney Publishing. (Persian)
- [26] Tari, Fathollah, Gholami Baghi, Saeed. (2007). "General Policies of Article 44 and Business Environment with a Focus on Trade". Majles va Pajuhesh, No. 53. (Persian)
- [27] Vaezi, Mojtaba, Alborzi, Zahra. (2017). "The place of the concept of public services in Iranian administrative law". Quarterly Journal of Administrative

- Law, Spring and Summer, Volume 4, Number 12. (Persian)
- [28] Yavari, Assadollah. (2014). "An Introduction to the Concept of Legal Regulation". Comparative Law Studies, Volume 5, Number 2. (Persian)
- [29] Zaranejad, Mansour. (2004). "Government Intervention in the Economic System from the Perspective of the Islamic Economic System". Quarterly Journal of Economic Review, Volume 1, Number 1. (Persian)

تأثیر وضعیت اقتصادی بر سبک تفکر جنایی کودکان و نوجوانان در مشهد

سید مهدی سیدزاده ثانی^۱

استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی،

دانشکده حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

سیده زینب حسینی^۲

کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

سید حسین حسینی^۳

دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی،

دانشکده حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۲۰

چکیده

هدف از این پژوهش بررسی تأثیر وضعیت اقتصادی بر سبک تفکر جنایی کودکان و نوجوانان هشت تا شانزده ساله در مشهد است. تعداد افراد نمونه در این پژوهش ۵۱۵ نفر بود که در نمونه‌گیری ۲۳۱ نفر کودک کار به دلیل نبود آمار دقیقی از آنان و وجود آمار مخفی در این قشر از روش گلوله‌برفی و در ۲۸۴ نفر کودک عادی به دلیل وجود شرایط کرونایی در کشور از روش در دسترس استفاده شده است. گردآوری اطلاعات از طریق پرسشنامه محقق ساخته و مصاحبه انجام شده است. تجزیه و تحلیل داده‌ها با استفاده از نرم‌افزار SPSS نسخه ۲۲ و فرضیه‌های پژوهش از طریق آزمون آنوا سنجیده شده‌اند. به‌عنوان

*- نوع مقاله: پژوهشی

۱- نویسنده مسئول: seidzadeh@um.ac.ir

2- zeinab.hosseini2015@ gmail.com

3- shosseini@um.ac.ir

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41829

نتیجه‌گیری می‌توان اذعان داشت با توجه به داده‌های به دست آمده در این پژوهش کودکان با وضع اقتصادی خیلی ضعیف بیش جنایی قوی‌تری در سبک دلجویی، انفصال، جهت‌گیری قدرت، احساساتی، عدم انسجام دارند و در سبک‌های راحت‌طلبی شناختی، خوش‌بینی افراطی و استحقاق وضعیت اقتصادی تأثیری بر سبک تفکر جنایی نداشته است. بر اساس نظریه جرم‌شناسی مارکسیستی طبقه‌بندی‌های طبقاتی، بی‌عدالتی اجتماعی و احساس بیگانگی در جامعه فرد را در معرض ارتکاب جرم قرار می‌دهد؛ در نهایت می‌توان این‌گونه تحلیل کرد که وضعیت اقتصادی در قدرت گرفتن برخی سبک‌های تفکر جنایی در کودکان و نوجوانان تأثیر دارد و زندگی در فقر مطلق تفکر جنایی در آن‌ها را تقویت کرده است.

کلیدواژه‌ها: استحقاق، خوش‌بینی افراطی، سبک تفکر جنایی، عدم انسجام، وضعیت اقتصادی.

۱- مقدمه

بزهکاری یا پدیده مجرمانه عارضه‌ای است که سال‌هاست در طول تاریخ، جوامع بشری را تهدید کرده است و امنیت و سلامت جامعه را به مخاطره انداخته است. به خاطر همین مسئله حکومت‌ها همواره در تلاش بوده‌اند تا علل بزهکاری را بیابند و بدین ترتیب موجب کاهش نرخ بزهکاری شوند. این سؤال که چرا فقط عده‌ای مرتکب جرم می‌شوند و عده‌ای دیگر با وجود فشارهای زندگی و عوامل مؤثر دست به بزهکاری نمی‌زنند، سؤالی است که سال‌هاست ذهن محققین علوم جنایی را به خود درگیر کرده است. در این زمینه دو ویژگی موردتوجه روانشناسان قرار گرفته است که عبارتند از: اول شخصیت و دوم باورهای غلط نهفته در مجرمان یا همان تفکر جنایی^۱ (Abdi and Salimi, 2014:83).

بسیاری از روانشناسان علل رفتار جنایی را بر حسب نقص شخصیت مجرم توجیه می‌کنند. نظریه شخصیت مجرمانه اولین بار توسط ژان پیتابل مطرح شد (Javanmard, 2012: 44). آیسنک روانشناس معروف نیز ترکیبی از عوامل شخصیتی و محیطی را از علل رفتار مجرمانه می‌پندارد. تحقیقات مختلف نشان می‌دهد مجرمان دارای اختلالات روانی و شخصیتی خاص بوده و اغلب دارای باورهای غیرمنطقی می‌باشند (Suri and Daneshmand, 2018: 99). از دیگر عوامل مهم در بررسی رفتار مجرمانه تفکر جنایی است. تفکر جنایی عبارت است از باورهای غلط نهفته در

1 Criminal thinking

شخص مجرم، که باعث میل به ارتکاب جرم بر اساس لذت‌جویی شخصی او می‌گردد. در واقع بیشتر تئوری‌هایی که در زمینه رفتار جنایی بیان شده‌اند، بر این باورند که نگرش‌های مجرمانه علت اصلی بروز و حفظ رفتار مجرمانه هستند (Shahrokht and Ahi, 2015: 87). مطالعات تجربی رفتار جنایی به‌طور مداوم نشان می‌دهد که سبک تفکر کیفری^۱ (نگرش کیفری) یکی از مهم‌ترین پیش‌بینی‌کننده‌های درگیر شدن در فعالیت‌های جنایی است (Boduszek, 2014: 32). اندروز و بنتا^۲ (۲۰۱۰) تفکر کیفری را یکی از چهار نیاز بزرگ جنایی و یکی از مستحکم‌ترین پیش‌بینی‌کننده‌های تکرار جنایات توصیف کرده‌اند؛ در نتیجه تلاش‌های فزاینده‌ای در سال‌های اخیر برای اندازه‌گیری تفکر جنایی و تغییر دادن تفکر کیفری بین زندانیان صورت گرفته است.

برداشت اولیه از تفکر جنایی توسط سایکس و ماتزا^۳ (۱۹۵۷) صورت گرفته است که الگوهای فکری نوجوانان را مورد مطالعه قرار داده و این نظریه را مطرح کردند که متخلفان از تفکر مجرمانه استفاده می‌کنند تا تناقضات شناختی تولید شده را هنگامی که خلاف معیارهای اخلاقی خود عمل می‌کنند کاهش دهند (Disabato et al, 2015: 459). آنچه که بین همه مجرمان مشترک است، وجود تحریف‌های شناختی است (Samenow, 1984: 253). وجود این تحریف‌های شناختی در افراد مجرم، قبل از انجام عمل مجرمانه موجب تسهیل رفتار مجرمانه می‌گردد؛ به‌طوری‌که فرد بیشتر خود را قربانی نشان می‌دهد تا فردی که باید مسئولیت خود را بپذیرد. این تحریف‌های شناختی اغلب به‌عنوان سبک تفکر جنایی معرفی می‌شوند. این نظریه‌ها بر این فرض هستند که تفکر جنایی مقدم بر رفتار جنایی است؛ در نتیجه رابطه‌ای بین رفتار جنایی و تفکر جنایی وجود دارد (Mirhashemi et al, 2017: 122). یوکلسون و سامنو^۴ (۱۹۷۶) بر اساس سال‌ها کار با افراد درگیر در رفتار مجرمانه ۵۲ خطای تفکر جنایی مشخص کردند و نتیجه گرفتند که برای شروع تغییر در رفتارهای جنایی، ابتدا باید الگوهای تفکر ناسازگارانه افراد را تغییر داد (Mandracchia, 452, Williams, 2020: 89).

والترز (۱۹۹۰، ۱۹۹۵، ۲۰۰۲، ۲۰۰۳) پس از کار یوکلسون و سامنو، آنچه را که مشهودترین

1 Criminal thinking style

2 Andrews and Bonta

3 Sykes and Matza

4 Yukelson and Samno

الگوی تفکر جنایی شده است، توسعه داد. والترز (۱۹۹۰) معتقد است که رفتار جنایی ناشی از الگوهای شناختی است. با وجود انتقاداتی که والترز به کار یوکلسون و سامنو داشت، در سال ۱۹۹۰ مفهوم سازی خود را از تفکر کیفری پایه گذاری کرد. طبق نظریه والترز علت رفتار مجرمانه، موقعیت ها نیستند؛ هر چند که انتخاب های افراد را محدود می کنند. در نتیجه این محدودیت ها، افراد انتخاب های مختلفی می کنند و هر انتخابی پیامدی دارد. در این میان افراد برای توجیه تصمیم هایشان شناخت هایی می آفرینند. سرانجام انواع شناخت های تحریف شده تفکر جنایی ایجاد می کنند. همچنین والترز و وایت^۱ (۱۹۸۹) سیستمی از هشت الگوی تفکر را به دست آوردند. این سبک های تفکر متعاقباً بر چسب گذاری شده اند به عنوان دلجویی^۲ (تمرکز بر بی عدالتی اجتماعی توسط فرد و توجیه رفتار نقض کننده هنجار)، انفصال^۳ (توانایی خلاص شدن از آزارهای روان شناختی رفتار جنایی همانند اضطراب)، استحقاق^۴ (نگرش مالکیت و توجیه خاص)، جهت گیری قدرت^۵ (اقدام تهاجمی برای کنترل یا اداره دیگران)، احساساتی بودن^۶ (تلاش برای توجیه اقدامات مجرمانه گذشته با مشارکت در رفتارهای به ظاهر خیرخواهانه)، خوش بینی افراطی^۷ (اعتقادی قوی مبنی بر اینکه شخص از عواقب منفی رفتارهای جنایتکارانه دور خواهد بود)، راحت طلبی شناختی^۸ (حل مشکلات به ساده ترین روش ممکن) و عدم انسجام^۹ (اختلال تفکری که منجر به ایجاد مشکل برای انجام اهداف خوب و تأدیب نفس می شود. (Walters, 1995: 440; Gonsalves, 2009: 748).

با توجه به اینکه سبک تفکر بر رفتار افراد تأثیر بسزایی دارد، بر آن شدیم که در این پژوهش سبک تفکر جنایی را در کودکان و نوجوانان که قشر وسیعی از جامعه را تشکیل می دهند سنجیده و تأثیر وضعیت اقتصادی بر سبک تفکر آن ها را مورد سنجش قرار دهیم. از میان کودکانی که در

1 Walters and White

2 Mollification

3 Cut off

4 Entitlement

5 Power orientation

6 Sentimentality

7 Super optimism

8 Cognitive Indolence

9 Discontinuity

جامعه وجود دارند، عده‌ای از این کودکان و نوجوانان مشغول به کار هستند. این در حالی است که طبق ماده ۷۹ قانون کار کشور، کار کودکان افراد زیر ۱۵ سال ممنوع و طبق ماده ۸۰ همین قانون، کار کودکان بین ۱۵ تا ۱۸ ساله تحت شرایط خاص امکان‌پذیر است. آمارهای رسمی کودکان کار در ایران را بیشتر از ۹۰۰ هزار نفر اعلام می‌کنند، اما آمار غیررسمی گویای رقم خیلی بالاتری است (Gholamhosseinzadeh, 2022). بنا به اظهارات سیدحسن موسوی چلک، رئیس انجمن مددکاری اجتماعی ایران یکی از علل زمینه‌ساز کار کودکان، فقر اقتصادی است. همچنین بنا به گفته ایشان اگر کودکان را صرفاً از خیابان جمع کنیم، در نهایت کار کودکان زیرزمینی شده و آن‌ها به کارگاه‌های زیرزمینی روی می‌آورند. این در حالی است که خیابان حتی از خیلی کارگاه‌های زیرزمینی امن‌تر است؛ چراکه حداقل نظارت عمومی در خیابان وجود دارد (Samiei, 2020). اهمیت بررسی کودکان کار و سبک تفکر جنایی در آنان وقتی بیشتر می‌شود که بدانیم عده‌ای از این کودکان به تکیه گری، سرقت و فحشا می‌پردازند و در معرض انواع بزه دیدگی و بزهکاری قرار می‌گیرند. از نزدیک شاهد جرائمی مثل کیف‌چاپی، فروش مواد مخدر، خشونت و ... هستند (Tulayi et al, 2009: 330). اعتیاد، افسردگی، خودزنی، خودکشی، آزارهای جنسی، خشونت کنترل نشده و... همگی آسیب‌هایی هستند که کودکان کار را تهدید می‌کنند (Gholamhosseinzadeh, 2021). از آنجا که حذف کودکان کار ایده‌ای آرمان‌گرایانه به نظر می‌رسد و صرفاً بحث سازماندهی و یادگیری مهارت در آن‌ها مطرح است و با توجه به در معرض بزه دیدگی و بزهکاری قرار گرفتن آنان، تحلیل سبک تفکر جنایی در آنان با توجه به این که از وضعیت اقتصادی ضعیفی برخوردار هستند، به عنوان عنصر مداخله‌گر در این زمینه راهگشا است. هدف از این تحقیق تبیین این موضوع است که آیا در کودکان با وضعیت اقتصادی مختلف، سبک تفکر جنایی متفاوت است یا خیر و اینکه ارتباط اقتصاد با سبک تفکر جنایی چیست؟ پیرو این موضوع ابتدا به بررسی مبانی نظری پژوهش پرداخته، در مرحله بعد در مورد پیشینه پژوهش و روش تحقیق بحث خواهیم کرد و در مرحله آخر به بیان یافته‌ها و نتیجه‌گیری خواهیم پرداخت.

۲- مبانی نظری و پیشینه پژوهش

۲-۱- مبانی نظری

بنا بر نظریه والترز هشت سبک تفکر جنایی وجود دارد. اولین سبک، سبک دلجویی است. دلجویی عبارت است از توجیه رفتار نقض کننده هنجار توسط فرد با تمرکز بر بی عدالتی اجتماعی. دومین سبک، سبک استحقاق نامیده می شود. استحقاق در اصطلاح به معنی گرایش به برتری و مالکیت است. افرادی که این سبک تفکر در آن ها قوی باشد فکر می کنند می توانند به خاطر منافع شخصی قواعد اجتماعی را زیر پا بگذارند. خود را خاص تلقی می کنند و انتظار دارند دیگران برای آن ها ملاحظات ویژه ای قائل شوند. در علم روانشناسی سه نوع طرحواره استحقاق وجود دارد؛ که یکی از آن ها به طرحواره استحقاق لوس معروف است. در این شکل از استحقاق فرد پرتوقع و کنترل گر است و دوست دارد همه چیز مطابق میل او باشد. قراردادهای اجتماعی برای او ارزشی نداشته، به راحتی این قواعد را زیر پا گذاشته و خود را بالاتر از قانون می پندارد. این افراد برتری جو هستند و توجهی به خواسته های دیگران ندارند. یکی از واضح ترین علل به وجود آمدن استحقاق، ضعف در محدودیت گذاری و یا به عبارتی آزاد گذاری افراطی توسط والدین است (Akbari, 2021). نظریه کنترل اجتماعی غیررسمی^۱ که مبتنی بر درجه بندی سنی است را روبرت سمپسون و جان لوب^۲، با هدف تبیین فرایند رشد مجرمانه و انحرافی توسعه دادند. پیش فرض بنیادین این نظریه این است که بزهکاری و انحراف یک پدیده طبیعی است. انسان ها ناخود آگاه تمایل به پیروی از طبیعت منحرفشان دارند؛ در نتیجه باید به هر وسیله ممکن کنترل شوند. در سنین پایین ابزار کنترل خانواده و مدرسه هستند. هر چه پیوند بین والدین و کودک عمیق تر باشد و به ضوابط مدرسه پایبندتر باشد، احتمال بزهکاری در آینده کمتر است (Sadati, 2016: 70). با توجه به اینکه کودکان تأثیر پذیری بیشتری دارند می توان با تغییر ذهنیت آنان نسبت به قواعد اجتماعی و تلاش برای پذیرش این قواعد توسط آنان از شکل گیری تفکرات جنایی در آنان جلوگیری به عمل آورد و از بزهکاری احتمالی آنان

1 Informal social control theory

2 Robert Simpson and John Loeb

جلوگیری به عمل آورد.

سبک بعدی خوش‌بینی افراطی نام دارد. در علم روانشناسی خوش‌بینی عبارت است از نگرش مثبت فرد به جهان پیرامون خود. مطابق با دیدگاه سلیگمن^۱ خوش‌بینی یک نوع سبک تفسیری یا تبیینی است که افراد از آن برای توجیه موفقیت‌ها و شکست‌های خود استفاده می‌کنند. درست است که خوش‌بینی زیاد مزایای بی‌شماری را برای ما به ارمغان می‌آورد، اما ممکن است آمادگی ما را برای رویارویی با مسائل و رویدادهای واقعی در زندگی کاهش دهد. در نظریه جرم‌شناسی شناختی، انسان در رفتارهای خود تابع نظم علی است و از محرک‌ها تأثیر می‌پذیرد؛ ولی باین‌همه آن محرک از صافی ذهن شناخت اجتماعی او می‌گذرد. بنا بر این نظریه، ریشه برخی از جرم‌ها در باورها و انتظاراتی است که فرد در ذهن خود دارد. در توضیح این سخن می‌توان از نظریه شناختی آلبرت الیس^۲ بهره گرفت. وی شخصیت انسان را یک A.B.C می‌داند. A مرحله پدید آمدن رخداد، B مرحله تفسیر و برداشت فرد از رخداد و C مرحله احساس و تصمیمی است که در فرد شکل می‌گیرد و در پی آن رفتاری است که انجام می‌دهد. در مرحله C که مرحله تفسیر و برداشت است؛ انتظارات، تفکرات و باورها می‌توانند واقع‌بینانه یا غیرمنطقی و مبالغه‌آمیز باشند. اگر تفکرات و باورها غیر منطقی باشند احتمال ارتکاب جرم بسیار بالا است (Ghomashi, 2014: 45)؛ در نتیجه با ریشه کن کردن تفکرات جنایی در کودکان می‌توان احتمال ارتکاب جرم را پایین آورد. سبک انفصال نیز عبارت است از بین بردن آزارهای روان‌شناختی مثل ترس و اضطراب در هنگام انجام عمل منحرفانه. در توضیح سبک جهت‌گیری قدرت می‌توان بیان داشت اقدامات تهاجمی برای کنترل و اداره دیگران، جهت‌گیری قدرت نامیده می‌شود. سبک راحت‌طلبی شناختی مبتنی بر حل مشکلات به ساده‌ترین روش ممکن و پذیرش آسان خواسته‌های شخصی است. سبک عدم انسجام مقیاس ناپیوستگی، ناسازگاری در تفکر و رفتار را ارزیابی می‌کند. در انتها سبک احساساتی بودن نیز تلاش برای توجیه اقدامات مجرمانه گذشته با مشارکت در رفتارهای به‌ظاهر خیرخواهانه است (Gonsalves, 2009: 748).

1 Sligman

2 Albert Ellis

اگر بخواهیم رابطه‌ای میان ایجاد تفکر جنایی و وضعیت اقتصادی پیدا کنیم می‌توانیم به نظریه فشار مرتون اشاره کنیم نظریه فشار علت جرم را گسست اجتماعی و وجود نوعی فشار اجتماعی در درون جامعه می‌داند. طبق این نظریه وجود فرصت‌های محدود شده یا فرو بسته در جامعه سبب می‌شود که برخی افراد برای به دست آوردن مزایای مطلوب اجتماعی در طلب وسایل و شیوه‌های جایگزین از جمله راه‌های مجرمانه بر آیند. بنا به نظریه فشار مرتون افراد ناتوان همان چیزهایی را می‌خواهند که افراد توانمند می‌خواهند، اما زمانی که می‌بینند از طرق مشروع به خواسته‌هایشان نمی‌رسند، دست به افعال غیرقانونی می‌زنند (Moazami, 2009: 171). این نظریه اذعان دارد که می‌توان در قالب‌های گوناگون مانند برنامه‌های آموزشی و اشتغال‌زایی برای افراد فوق‌العاده محروم فشار اجتماعی را کاهش داد و در نتیجه از میزان جرم کاست (Salimi, 2014: 144). فشار اقتصادی بر خانواده‌های ضعیف و بی‌بهره بودن آن‌ها از فرصت‌های اجتماعی ممکن است زمینه ارتکاب جرم را فراهم آورد. بدین نحو که زندگی کودکان و نوجوانان در این خانواده‌ها ممکن است باعث تقویت سبک تفکر جنایی در آنان گردیده به گونه‌ای که از رسیدن به خواسته‌ها از طرق قانونی ناامید گشته و به سمت وسوی جرم گرایش پیدا کنند.

نظریه مرتبط بعدی نظریه جرم‌شناسی مارکسیستی است. این نظریه جرم را به‌نوعی پیامد و بازتاب تقسیم‌بندی‌های عمده طبقاتی در درون جامعه می‌داند و علت‌های اساسی جرم را در نابرابری‌های نهادینه، بهره‌کشی و احساس بیگانگی، حاشیه‌نشینی طبقه کارگر و جرم‌انگاری اعمال آنان می‌داند. بر همین اساس این نظریه کانون تحلیل خود را بر دو پدیده قدرت و نابرابری متمرکز نموده؛ به‌ویژه در مواردی که آن دو پدیده، خود را در چهره فرایندهایی جلوه‌گر می‌سازد که از یک سو مرتبط با طبقات اجتماعی است و از سوی دیگر با پدیده توزیع کلی ثروت اجتماعی پیوند دارد (Salimi, 2014: 213). آنچه در بادی امر به نظر می‌رسد این است که خانواده‌هایی با وضعیت اقتصادی ضعیف به علت این احساس بیگانگی و احساس مظلوم واقع شدن در برابر طبقات مرفه ممکن است سبک تفکر جنایی در آنان تقویت گردیده و زمینه بزهکاری در آنان تقویت شود.

۲-۲- پیشینه تحقیق

تحقیقات انجام شده در خارج کشور را نیز می‌توان به چند دسته تقسیم کرد. یک عده از

پژوهشگران به بررسی سبک تفکر جنایی بر اساس نوع جرم پرداختند. از جمله می‌توان از پژوهش‌های مک‌کوی و همکاران (۲۰۰۶)، مگرایا و همکاران (۲۰۱۵)، پالمر (۲۰۰۴)، فیکس (۲۰۱۵) و راگرت و همکاران (۲۰۱۲) نام برد؛ که همگی این فرضیه را تأیید کردند که بر اساس نوع جرم سبک تفکر جنایی متفاوت است. عده دیگر از پژوهشگران به بررسی رابطه بین جنسیت و سبک تفکر جنایی پرداختند. از جمله پژوهش‌های بندا (۲۰۰۵ و ۲۰۰۹) و والترز (۲۰۰۲) که به این نتیجه رسیدند که بر اساس جنسیت سبک تفکر جنایی متفاوت است. دسته سوم از پژوهشگران به بررسی رابطه هوش هیجانی و تفکر جنایی پرداخته‌اند. پژوهش مگرایا^۱ (۲۰۱۳) و فیکس (۲۰۱۵) از این دسته هستند. پژوهشگران به این نتیجه رسیدند که به‌طور طبیعی یک ارتباط اساسی بین روان‌پریشی و تفکر جنایی وجود دارد.

دسته چهارم را پژوهشگرانی تشکیل می‌دهند که به بررسی سبک تفکر جنایی بین مجرمان پرداخته‌اند و در این میان به این نتیجه رسیده‌اند که هر چه سن مجرم پایین‌تر باشد نگرش جنایی در او عمیق‌تر است. همچنین از دیگر نتایجی که این پژوهشگران به آن دست پیدا کردند این بود که هر چه مجرم سابقه کیفری بیشتری داشته باشد سطح تفکر جنایی در او بالاتر است. از نمونه‌های این پژوهش می‌توان از پژوهشی که در سال ۲۰۰۸ در بین زندانیان انگلیسی توسط والترز و اسکلاچ^۲ انجام شد و پژوهش پالمر و هالین^۳ (۲۰۰۳) و والترز^۴ (۱۹۹۰) نام برد. در تمامی تحقیقات ذکر شده در بالا جامعه آماری مورد پژوهش از میان افراد بزرگسال انتخاب شده و هیچ‌کدام از این تحقیقات به بررسی کودکان پرداخته‌اند؛ در حالی که کودکان نقش مهمی را در آینده کشور بازی خواهند کرد. به‌علاوه هیچ‌کدام بر اساس متغیر وضعیت اقتصادی سبک تفکر جنایی را نسنجیده‌اند.

در زمینه سبک تفکر جنایی در ایران نیز می‌توان اذعان داشت در این زمینه تحقیقات اندکی انجام شده است. میرهاشمی، زارعی و نظری (۱۳۹۶) به بررسی تفکر جنایی بر اساس متغیرهای شخصی و کیفری در مجرمان پرداختند. آن‌ها دریافتند که سه متغیر سن، رتبه تولد و تعداد

1 Megreya

2 Sclach

3 Palmer and Halin

4 Walters

محکومیت‌ها با متغیر تفکر جنایی همبستگی معنادار دارند ($p < 0/05$). در بررسی رابطه ویژگی‌های شخصیتی مجرم با تفکر جنایی، نتایج حاکی از آن بود که بین ویژگی شخصیتی عصیت و برون-گرایی با تفکر جنایی، رابطه همبستگی مثبت، بین گشودگی و تفکر جنایی عدم رابطه و بین ویژگی شخصیتی وجدانی‌بودن، خوشایندی و تفکر جنایی توجیه جرم و بی تفاوتی رابطه منفی وجود دارد. همچنین نتایج نشان می‌دهد که ویژگی شخصیتی عصیت بهترین پیش‌بینی کننده تفکر جنایی است (Abdi and Salimi, 2014: 83). در مقایسه سبک‌های تفکر جنایی بین مجرمان وابسته به مواد و ناوابسته به مواد، در میانگین نمره‌های مجرمان وابسته به مواد و ناوابسته به مواد در دو مؤلفه جهت‌گیری قدرت و دلیل تراشی برای ارتکاب جرم تفاوت معنادار وجود دارد و میانگین نمرات مجرمان وابسته به مواد بالاتر بود. همچنین به این نتیجه رسیدند که تفکر جنایی بر رفتار فرد اثر می‌گذارد (Mirhashemi, 2017: 59).

انتقادات وارد شده به تحقیقات خارج از کشور در تحقیقات داخلی نیز به چشم می‌خورد. تحقیقات ذکر شده از متغیر اقتصادی به عنوان متغیری قابل بحث غافل شده‌اند. با توجه به اینکه تأثیر سن بر تفکر جنایی در تحقیقات میرهاشمی و همکاران تأیید شده است، بررسی سبک تفکر جنایی در کودکان و نوجوانان می‌تواند در این زمینه راهگشا باشد. همچنین جامعه آماری استفاده شده در این پژوهش ۵۱۵ نفر است که نسبت به سایر پژوهش‌های ذکر شده در بالا آمار نسبتاً بالایی است. این پژوهش درصدد بررسی سبک تفکر جنایی در کودکان و نوجوانان در مشهد است. همچنین در ادامه از کودکان کار به عنوان عنصر مداخله‌گر استفاده خواهد شد و به بررسی این نکته خواهیم پرداخت که آیا کودک کار بودن و وضعیت اقتصادی ضعیف آنان در سبک تفکر جنایی آنان نسبت به کودکان عادی تأثیر می‌گذارد و سبک تفکر جنایی در آنان را تقویت می‌کند یا تأثیری نداشته است. همچنین در گذار از این پژوهش می‌خواهیم به این نکته برسیم که آیا بین اقتصاد و پدیده جرم ارتباطی وجود دارد یا خیر.

۳- روش تحقیق

در پژوهش حاضر برای جمع‌آوری اطلاعات از کتاب، ترجمه کتاب، مقالات انگلیسی و فارسی، وبسایت و پرسشنامه محقق ساخته استفاده شده است. جامعه آماری ۵۱۵ نفر شامل ۲۳۱

نفر کودک کار و ۲۸۴ نفر کودک عادی است. روش نمونه‌گیری به کار رفته در این پژوهش در کودکان کار روش گلوله‌برفی و در کودکان عادی روش در دسترس است. علت استفاده از روش گلوله‌برفی در کودکان کار نبود آمار دقیقی از این کودکان و وجود آمار مخفی در آنان است. سن افراد نمونه بین ۸ تا ۱۶ سال انتخاب شده است. ابزار گردآوری داده‌ها در این پژوهش، پرسشنامه محقق ساخته است؛ که پرسش‌های آن بر اساس پرسش‌های پرسشنامه روان‌شناختی سبک تفکر جنایی گلن دی والترز^۱ (۱۹۹۵) و پرسشنامه تفکر جنایی نایت^۲ و همکاران (۲۰۰۲) طراحی شده است. به دو دلیل استفاده مستقیم از این پرسشنامه‌ها مقدور نبود؛ اول کثرت سؤالات پرسشنامه والترز و دوم قابل فهم نبودن این پرسش‌ها برای کودکان؛ چراکه برای بزرگسالان طراحی شده بودند. در نتیجه پژوهشگر اقدام به ترجمه پرسشنامه نایت نموده و همچنین از ترجمه پرسشنامه والترز استفاده نموده و متناسب با فهم کودکان پرسشنامه طراحی نمود.

پرسشنامه طراحی شده شامل ۳۶ گویه و ۸ مؤلفه است. این هشت مؤلفه عبارتند از؛ دلجویی، انفصال، استحقاق، جهت‌گیری قدرت، احساساتی بودن، خوش‌بینی افراطی، راحت‌طلبی شناختی و عدم انسجام که از پرسشنامه والترز گرفته شده است. برای هر گویه بین چهار تا شش سؤال طراحی شده است. همچنین یکسری سؤالات مربوط به اطلاعات جمعیت‌شناختی نظیر؛ جنسیت، سن و وضعیت اقتصادی خانواده‌های افراد نمونه در پرسشنامه وجود دارد. سؤالات پرسشنامه از نوع سؤالات بسته، باز و دو وجهی است. پرسشنامه‌ها توسط افراد نمونه پر شد. پاسخ‌ها از طیف لیکرت بودند. در نهایت نمرات سؤالات مربوط به هر سبک با هم جمع شدند. با توجه به ارزش‌گذاری انجام شده در هر سبک، بالاترین نمره و کمترین نمره در هر سبک تفکر به دست آمد. بالاترین نمره در سبک تفکر جنایی دلجویی و احساساتی بودن ۲۴ و پایین‌ترین نمره ۱، در سبک تفکر انفصال، استحقاق، جهت‌گیری قدرت، خوش‌بینی افراطی، راحت‌طلبی شناختی و عدم انسجام بالاترین نمره ۱۶ و کمترین نمره ۱ است. بر اساس بالاترین و پایین‌ترین نمره دسته‌بندی انجام شد. در سبک‌هایی که بالاترین نمره ۱۶ بود، اعداد بین ۱۳ تا ۱۶ در دسته زیاد، اعداد بین ۹ تا ۱۲ در دسته متوسط، اعداد بین ۵ تا ۸ در دسته کم و اعداد بین ۱ تا ۴ در دسته خیلی کم قرار گرفتند. در

1 Glenn D. Walters

2 Knight

سبک‌هایی که بالاترین نمره ۲۴ بود، اعداد بین ۱۹ تا ۲۴ در دسته زیاد، اعداد بین ۱۳ تا ۱۸ در دسته متوسط، اعداد بین ۷ تا ۱۲ در دسته کم و اعداد بین ۱ تا ۶ در دسته خیلی کم قرار گرفتند. محتوای این پرسشنامه برگرفته از پرسشنامه والترز و نایت بوده و در این پرسشنامه‌ها روایی آن به اثبات رسیده است. فرمت نهایی این پرسشنامه به تأیید صاحب‌نظران اقتصاد و حقوق کیفری و جرم‌شناسی رسیده و روایی آن تأیید گردیده است. همچنین پایایی این پرسشنامه به روش آلفای کرونباخ سنجیده شد که معادل ۰/۸۵ می‌باشد، که از پایایی بالایی برخوردار است.

۴- یافته‌های پژوهش

۴-۱- یافته‌های جمعیت‌شناختی

یافته‌های جمعیت‌شناختی در این پژوهش عبارتند از جنسیت، سن و وضعیت اقتصادی که در ادامه در جدول ۱ قابل مشاهده است.

جدول ۱- یافته‌های جمعیت‌شناختی

جنسیت	بدون پاسخ		پسر	دختر
	۱/۷٪		۶۵٪	۳۳/۳٪
سن	بدون پاسخ	چهارده تا شانزده سال	یازده تا سیزده سال	هشت تا ده سال
	۲/۱٪	۳۸/۸٪	۳۹/۴٪	۱۹/۶٪
وضع اقتصادی	بدون پاسخ	متوسط	ضعیف	خیلی ضعیف
	۱۸/۸٪	۱۸/۸٪	۵۶/۳٪	۶٪

۴-۲- یافته‌های اصلی پژوهش

۴-۲-۱- مقایسه سبک‌های تفکر جنایی بر اساس وضعیت اقتصادی: اعداد و ارقام مربوط به هشت سبک تفکر جنایی در بین وضعیت‌های اقتصادی مختلف در جداول ۲ تا ۹ مشاهده می‌گردد. همان‌طور که در جدول قابل مشاهده است با توجه به میانگین‌ها در سبک‌های دلجویی، انفصال، جهت‌گیری قدرت، احساساتی بودن و عدم‌انجام به این نتیجه خواهیم رسید که در این سبک‌ها هرچه وضعیت اقتصادی بهتر می‌شود، نمره میانگین این سبک‌ها در افراد افزایش پیدا می‌کند.

جدول ۲- مقایسه سبک‌های تفکر جنایی دلجویی، انفصال، جهت‌گیری قدرت، احساساتی و عدم انسجام بر اساس

وضعیت اقتصادی

وضعیت اقتصادی	سبک تفکر جنایی دلجویی				
	میانگین	زیاد	متوسط	کم	خیلی کم
	۲/۷۴	۴ ۱۴/۸٪	۱۲ ۴۴/۴٪	۱۱ ۴۰/۷٪	۰ ٪
	۲/۶۶	۳۶ ۱۳٪	۱۳۹ ۳۹/۵٪	۱۳۱ ۴۷/۵٪	۰ ٪
	۲/۵۶	۹ ۹/۴٪	۳۶ ۳۷/۵٪	۵۱ ۵۳/۱٪	۰ ٪
وضعیت اقتصادی	سبک تفکر جنایی انفصال				
	میانگین	زیاد	متوسط	کم	خیلی کم
	۲/۴۱	۰ ۰٪	۱۳ ۴۴/۸٪	۱۵ ۵۱/۷٪	۱ ۳/۴٪
	۲/۳۵	۱۰ ۳/۶٪	۱۳۱ ۳۶/۱٪	۱۴۵ ۵۱/۸٪	۲۴ ۸/۶٪
	۲/۳۱	۲ ۱/۲٪	۳۵ ۳۶/۸٪	۴۸ ۵۰/۵٪	۱۰ ۱۰/۵٪
وضعیت اقتصادی	سبک تفکر جنایی جهت‌گیری قدرت				
	میانگین	زیاد	متوسط	کم	خیلی کم
	۲/۱۳	۱ ۳/۲٪	۵ ۱۶/۱٪	۲۲ ۷۱٪	۳ ۹/۷٪
	۲/۶	۳ ۱/۱٪	۵۹ ۲۲٪	۱۵۸ ۵۹٪	۴۸ ۱۷/۹٪
	۱/۸۷	۱ ۱/۱٪	۱۷ ۱۷/۹٪	۴۶ ۴۸/۴٪	۳۱ ۳۲/۶٪
وضعیت اقتصادی	سبک تفکر جنایی احساساتی				
	میانگین	زیاد	متوسط	کم	خیلی کم
	۳/۶۹	۱۸ ۶۹/۲٪	۸ ۳۰/۸٪	۰ ۰٪	۰ ۰٪
	۳/۵۷	۱۶۳ ۶۰/۱٪	۹۹ ۳۶/۵٪	۹ ۳/۳٪	۰ ۰٪
	۳/۵۴	۵۵ ۵۷/۹٪	۳۶ ۳۷/۹٪	۴ ۴/۲٪	۰ ۰٪
وضعیت اقتصادی	سبک تفکر جنایی عدم انسجام				
	میانگین	زیاد	متوسط	کم	خیلی کم
	۲/۲۷	۳ ٪	۶ ۲۰٪	۱۷ ۵۶/۷٪	۴ ۱۳/۳٪
	۲/۱۴	۵ ٪	۸۰ ۳۰٪	۱۳۰ ۴۸/۷٪	۵۲ ۱۹/۵٪
	۲/۹	۰ ۰٪	۲۹ ۳۰/۹٪	۴۴ ۴۶/۸٪	۲۱ ۲۲/۳٪

و اما در ادامه به بررسی سبک‌های استحقاق، خوش‌بینی افراطی و راحت‌طلبی شناختی خواهیم پرداخت. همان‌طور که از داده‌های جدول شماره ۳ پیداست، در سه سبک ذکر شده وضعیت اقتصادی تأثیری بر ازدیاد این سبک نداشته است. به‌طور کلی سبک تفکر جنایی استحقاق با میانگین ۱/۸۷ در قشر متوسط دارای پایین‌ترین نمره و سبک احساساتی با میانگین ۳/۶۹ در قشر خیلی ضعیف بالاترین نمره را به خود اختصاص داده است.

جدول ۳- مقایسه سبک‌های تفکر جنایی استحقاق، خوش‌بینی افراطی و راحت‌طلبی بر اساس وضعیت اقتصادی

وضعیت اقتصادی	سبک تفکر جنایی استحقاق					
	میانگین	زیاد	متوسط	کم	خیلی کم	
	۱/۶۹	۰	۳	۱۴	۱۲	خیلی ضعیف
	۰٪	۱۰/۳٪	۴۸/۳٪	۴۱/۴٪		
	۱/۸۰	۲	۳۲	۱۴۶	۸۹	ضعیف
وضعیت اقتصادی	سبک تفکر جنایی خوش‌بینی افراطی					
	میانگین	زیاد	متوسط	کم	خیلی کم	
	۲/۳۸	۱	۱۰	۱۳	۲	خیلی ضعیف
	۳/۸٪	۳۸/۵٪	۵۰٪	۷/۷٪		
	۲/۴۱	۱۴	۹۱	۱۵۱	۱۰	ضعیف
وضعیت اقتصادی	سبک تفکر جنایی راحت‌طلبی شناختی					
	میانگین	زیاد	متوسط	کم	خیلی کم	
	۲/۳۵	۱	۹	۱۴	۲	خیلی ضعیف
	۳/۸٪	۳۴/۶٪	۵۳/۸٪	۷/۷٪		
	۲/۳۷	۸	۹۷	۱۵۴	۱۳	ضعیف
وضعیت اقتصادی	سبک تفکر جنایی راحت‌طلبی شناختی					
	میانگین	زیاد	متوسط	کم	خیلی کم	
	۲/۳۱	۱	۳۱	۵۸	۴	متوسط
	۱/۱٪	۳۳٪	۶۱/۷٪	۴/۳٪		

در این تحقیق از دو جامعه آماری استفاده شده است؛ کودکان کار و کودکان عادی. از آنجا که تصور غالب این است که کودکان کار از کودکان عادی وضعیت اقتصادی ضعیف‌تری دارند کودکان کار را از کودکان عادی جدا کرده و آن‌ها را به‌عنوان عنصر مداخله‌گر استفاده

نمودیم. تقریباً نیمی از جمعیت آماری را کودکان کار تشکیل می‌دهند؛ میانگین سبک‌های تفکر جنایی بر اساس وضعیت اقتصادی در دو گروه نمونه سنجیده شد. میانگین نمره سبک تفکر جنایی در کودکان کار ۱/۹۲ و در کودکان عادی ۱/۹۶ بود. باید خاطر نشان شد که طبق آمار به دست آمده وضعیت اقتصادی کودکان کار از کودکان عادی ضعیف‌تر نبوده و حتی کودکان عادی در وضعیت نابسامان‌تری قرار دارند.

جدول ۴- وضعیت اقتصادی کودکان کار و کودکان عادی

جامعه آماری	وضع اقتصادی خیلی ضعیف	وضع اقتصادی ضعیف	وضع اقتصادی متوسط	بدون پاسخ
کودکان کار	۲/۲	۵۴/۱	۳۲/۹	۱۰/۸
کودکان عادی	۹/۲	۵۸/۱	۷/۴	۲۵/۴

بحث و نتیجه‌گیری

در این پژوهش به بررسی تأثیر وضعیت اقتصادی بر سبک تفکر جنایی کودکان و نوجوانان در شهر مشهد پرداختیم. تفکر جنایی در اصطلاح عبارت است از باورهای غلط نهفته در شخص مجرم، که باعث میل به ارتکاب جرم بر اساس لذت‌جویی شخصی او می‌گردد. به عبارتی شخصی که مرتکب تکرار جرم می‌گردد، برای قضاوت دیگران یا قانون هیچ ملاحظه‌ای قائل نمی‌شود؛ معیار اخلاقی خود اوست که به رفتار مجرمانه‌اش مشروعیت می‌بخشد (Abdi and Salimi, 2014: 83). در واقع بیشتر تئوری‌هایی که در زمینه رفتار جنایی بیان شده‌اند، بر این باورند که نگرش‌های مجرمانه علت اصلی بروز و حفظ رفتار مجرمانه هستند و فرض می‌کنند که نوع خاصی از تفکر در مجرمان رفتار جنایی را به وجود می‌آورد (Shahrokht and Ahi, 2015: 87). مطالعات تجربی رفتار جنایی به‌طور مداوم نشان می‌دهد که سبک تفکر کیفری (نگرش کیفری) یکی از مهم‌ترین پیش‌بینی‌کننده‌های درگیر شدن در فعالیت‌های جنایی است. این پیوند در تحقیقات روانشناسی اجتماعی و جنایی به‌خوبی تثبیت شده است و نشان می‌دهد افرادی که به سمت رفتار مجرمانه گرایش پیدا می‌کنند و افرادی که مفهوم کیفری آن رفتار را درونی کرده‌اند، در معرض خطر بیشتری از شرکت در رفتار مجرمانه هستند (Boduszek, 2014: 30). در ادامه به بررسی و تحلیل یافته‌های پژوهش می‌پردازیم.

۱) تحلیل یافته‌ها بر حسب انواع سبک تفکر جنایی

همان‌طور که در جدول‌ها مشاهده گردید به جز سبک راحت طلبی شناختی، خوش‌بینی افراطی و استحقاق در بقیه سبک‌ها از جمله سبک دلجویی، انفصال، عدم انسجام، احساساتی بودن و جهت‌گیری قدرت وضعیت اقتصادی بر تفکر جنایی تأثیر گذاشته است؛ بدین نحو که هر چه وضعیت اقتصادی بهتر می‌شود سبک تفکر جنایی در افراد کاهش پیدا می‌کند. هر چند که تفاوت خیلی اندک است ولی در هر صورت تفاوت وجود دارد. یکی از فرضیه‌های موجود در این پژوهش وجود رابطه بین سبک تفکر جنایی و وضعیت اقتصادی بود که با آزمون آنوا مورد سنجش قرار گرفت که در ادامه قابل مشاهده است. با توجه به داده‌های به دست آمده در جدول ۱۱ رابطه معناداری بین سبک تفکر جنایی و وضعیت اقتصادی مشاهده نمی‌گردد.

جدول ۵- آزمون آنوا

سبک تفکر	دلجویی	انفصال	استحقاق	جهت-گیری قدرت	احساساتی بودن	عدم انسجام	خوش‌بینی افراطی	راحت-طلبی	تمامی سبک‌ها
Sig	.۳۸۳	۰/۷۳۵	۰/۶۸۸	۰/۰۴۴	۰/۴۵۵	۰/۵۰۳	۰/۱۴۷	۰/۷۲۳	۰/۶۰۳

۲- تحلیل یافته‌ها بر حسب وضعیت اقتصادی به تفکیک سبک‌های تفکر جنایی

۲-۱- سبک دلجویی

در این سبک هر چه وضعیت اقتصادی ضعیف‌تر شده، سبک تفکر جنایی قوی‌تر گشته است. اگر این طرز تفکر در کودک یا نوجوان به وجود بیاید که مورد بی‌رحمی و بی‌عدالتی از طرف جامعه قرار گرفته و در جامعه احساس بیگانگی کند، باعث می‌شود که رفتار هنجارشکنانه خود را این گونه توجیه عقلانی کند که اگر من این کار را انجام ندهم دیگران انجام می‌دهند و همین مسئله موجب بروز رفتارهای هنجارشکنانه می‌گردد. وضعیت اقتصادی خیلی ضعیف ممکن است این طرز تفکر را در کودک و نوجوان تقویت کند. کودکان و نوجوانان این قشر خود را قربانی بی‌عدالتی جامعه می‌بینند، چرا که در فقر مطلق دست و پا می‌زنند، بنابراین دور از ذهن نیست که تفکر جنایی دلجویی در آن‌ها تقویت گردد.

۲-۲- سبک انفصال

در سبک انفصال نیز فقر بیشتر موجب تفکر جنایی بیشتر گردیده است. کودکی که خود را قربانی بی‌عدالتی اجتماعی ببیند، در این سبک نیز نمره بیشتری کسب کند؛ چراکه راحت‌تر می‌تواند عواملی مثل ترس و اضطراب را در هنگام عمل منحرفانه از خود دور کند و بدین صورت و با این اعمال قصد احقاق حقوق خود را دارد. او ترجیح می‌دهد به جای اینکه با مشکلات دست‌وپنجه نرم کند آن‌ها را کنار بگذارد و از طریق غیرقانونی و نامشروع اهداف خود را دنبال کند.

۲-۳- سبک استحقاق

افرادی که این سبک تفکر در آن‌ها قوی باشد فکر می‌کنند می‌توانند به خاطر منافع شخصی قواعد اجتماعی را زیر پا بگذارند. خود را خاص تلقی می‌کنند و انتظار دارند دیگران برای آن‌ها ملاحظات ویژه‌ای قائل شوند. در سبک استحقاق وضعیت اقتصادی تأثیری بر میزان سبک تفکر جنایی نداشته است. شاید بتوان گفت کودکان و نوجوانان بیشتر خود را محتاج توجه دیگران می‌بینند و سعی می‌کنند با انجام عمل منحرفانه به نوعی توجه بقیه را به خود معطوف کنند؛ در نتیجه شکل‌گیری استحقاق در این قشر می‌تواند نتیجه توجه‌طلبی آن‌ها باشد نه تأثیر وضعیت اقتصادی.

۲-۴- سبک جهت‌گیری قدرت

در این سبک میانگین تفکر جنایی در کودکانی که در وضعیت اقتصادی نابسامانی قرار دارند بیشتر از کودکان دیگر است. این بدان معناست که این کودکان سعی بر کنترل دیگران و اقدامات تهاجمی دارند. این کودکان و نوجوانان در مواقعی که اوضاع تحت کنترلشان نیست، به سرعت عصبانی شده و شروع به پرخاشگری می‌کنند و در مورد مسائل بی‌اهمیت شروع به بحث کردن می‌کنند. زندگی در فقر مطلق ناخودآگاه موجب پرخاشگری می‌گردد چراکه فرد خود را در معرض بی‌عدالتی اجتماعی می‌بیند و نهایتاً سعی می‌کند با اعمال پرخاشگریانه و اعمال زور و اجبار به خواسته‌های خود برسد.

۲-۵- سبک احساساتی بودن

در این سبک نیز در وضعیت اقتصادی خیلی ضعیف میانگین بیشتر است. کودکان و نوجوانان

در این وضعیت اقتصادی این تصور را از خود دارند که در باطن افراد خوبی هستند. آن‌ها به محض انجام عمل هنجارشکنانه به نوعی دچار عذاب وجدان می‌شوند و درصدد جبران برمی‌آیند. به نظر خودشان هیچ‌وقت قصد آسیب زدن به کسی را نداشته‌اند و تنها گاهی اوقات عمل هنجارشکنانه از آن‌ها سر می‌زند. کودکان سرشار از احساسات هستند؛ احساساتی مانند غم، خشم و... بروز این احساسات در آنان با بزرگسالان متفاوت است. شاید بتوان گفت کودکان در این وضعیت اقتصادی بیشتر احساساتی هستند. این مسئله نشان می‌دهد که آنان واقعاً دوست ندارند عمل منحرفانه انجام دهند و این فقر اقتصادی و شرایط نامطلوب اجتماعی است که آن‌ها را به این سمت و سو سوق می‌دهد. این بدان معنی است که با ایجاد شرایط مطلوب و آموزش می‌توان آن‌ها را از انجام عمل منحرفانه دور کرد.

۲-۶- سبک خوش‌بینی افراطی

در این سبک وضعیت اقتصادی تأثیری بر خوش‌بینی افراطی نداشته است. در سبک تفکر جنایی افرادی که خوش‌بینی افراطی در آن‌ها قوی است، اعتقادی قوی مبنی بر این دارند که از عواقب رفتارهای هنجارشکنانه خود به دور خواهند ماند. برای مثال فرد این باور را دارد که در صورت مصرف مواد مخدر امکان ندارد در دام اعتیاد گرفتار شود یا اگر عمل خلاف قانونی از او سر بزند غیرممکن است پلیس بتواند او را دستگیر کند یا در صورت دستگیری محاکمه نمی‌شود و می‌تواند از چنگال قانون بگریزد. این افراد اولین باری که قانون‌شکنی می‌کنند محتاط رفتار می‌کنند؛ اما به مرور زمان بیش‌ازحد به خود مطمئن می‌شوند و متقاعد می‌شوند هر کاری را بخواهند می‌توانند انجام می‌دهند بدون اینکه دستگیر شوند.

۲-۷- سبک راحت‌طلبی شناختی

در این سبک وضعیت اقتصادی بر میزان تفکر جنایی در کودکان و نوجوانان تأثیری نداشته است. راحت‌طلبی شناختی پذیرش آسان خواسته‌های شخصی است. شاید بتوان گفت دلیل وجود راحت‌طلبی شناختی در کودکان و نوجوانان عدم بلوغ فکری و اجتماعی در آنان است. به دلیل این عدم بلوغ آنان خیلی کم به عاقبت اعمالشان می‌اندیشند و به دنبال آسان‌ترین راه برای انجام کارهایشان می‌گردند و این موضوع خیلی ربطی به وضعیت اقتصادی آنان ندارد.

۸-۲- سبک عدم انسجام

در این سبک وضعیت اقتصادی بر میزان تفکر جنایی تأثیر گذاشته است، به گونه‌ای که هرچه وضعیت اقتصادی ضعیف‌تر شده میانگین تفکر جنایی در آنان افزایش پیدا کرده است. همان‌طور که در بالا ذکر شد کودکان به بلوغ فکری و اجتماعی نرسیده‌اند، در نتیجه خیلی نمی‌توانند بین تفکر و رفتار خود پیوستگی ایجاد کنند. به دلیل همین مسئله کاری را که شروع می‌کنند اغلب ناتمام گذاشته و در رفتارشان به نوعی کمی حواس‌پرتی دارند. این ناپیوستگی در گفتار و رفتار، در کودکان و نوجوانانی که وضعیت اقتصادی ضعیف‌تری دارند بیشتر است. دلیل این امر می‌تواند این باشد که افراد این قشر مانند دیگر افراد نمی‌توانند از مزایای اجتماعی استفاده کنند؛ برای نمونه مانند دیگر افراد نمی‌توانند در مدارس خوب تحصیل کنند یا به دلیل فقر اقتصادی نمی‌توانند از مشاوره‌های روانشناسی بهره ببرند در نتیجه اعتماد به نفس کافی ندارند و در رفتار و گفتار خود بیشتر دچار ناپیوستگی می‌گردند.

۳) تأثیر وضعیت اقتصادی بر سبک تفکر جنایی کودکان و نوجوانان کار و عادی

با توجه به آمار به دست آمده اولاً وضعیت اقتصادی کودکان کار از کودکان عادی ضعیف‌تر نبوده بلکه در وضعیت بهتری نسبت به کودکان کار قرار دارند (جدول ۱۰). ثانیاً میانگین کل سبک‌های تفکر جنایی در کودکان کار ۱/۹۲ می‌باشد که این رقم در کودکان عادی بیشتر بوده و به مقدار ۰/۰۴ افزایش پیدا کرده است و به ۱/۹۶ رسیده است. این مطلب گویای این است که تفکر جنایی در کودکان کار نه تنها بیشتر نیست بلکه آنان از بینش جنایی کمتری برخوردارند. مطابق تئوری ساترلند افراد یادگیری اجتماعی دارند همان‌طور که می‌دانیم در جامعه کودکان کار در معرض دیدن انواع خشونت‌ها قرار می‌گیرند، حتی گاهی با خود این کودکان با خشونت رفتار می‌شود، اما همین‌طور که از داده‌ها پیداست در این کودکان موجب یادگیری اجتماعی نشده است و این برخلاف تئوری ساترلند است. برای نمونه در قشر ضعیف در سبک جهت‌گیری قدرت ۵۰/۴ درصد کودکان کار این سبک در آن‌ها به مقدار کم وجود دارد ولی در کودکان عادی برابر با ۶۶ درصد می‌باشد. این مسئله نشان می‌دهد که کودکان عادی میل به اعمال قدرت بیشتری دارند و این در حالی است که طبق نظریه ساترلند کودکان کار به جهت دیدن خشونت باید یادگیری بیشتری می‌داشتند.

به عنوان نتیجه گیری کلی می توان اذعان داشت با توجه به داده های به دست آمده در این پژوهش، کودکانی که در وضعیت نابسامان اقتصادی قرار دارند و از لحاظ اقتصادی در طبقه خیلی محروم قرار گرفته اند؛ این وضعیت اقتصادی در بینش آن ها تأثیر گذاشته است و سبک های تفکر جنایی دلجویی، انفصال، عدم انسجام، احساساتی بودن و جهت گیری قدرت در آن ها قوی تر گشته است. بر اساس نظریه جرم شناسی مارکسیستی اختلاف طبقاتی موجب ایجاد نوعی احساس بیگانگی در افراد می گردد. با توجه به اینکه این قشر امکانات و منابع اندکی در اختیار دارند خیلی دور از ذهن به نظر نمی رسد که کودکان و نوجوانانی که وضعیت اقتصادی خیلی ضعیفی دارند بینش جنایی در آن ها تقویت گردد. برای مثال سبک تفکر جنایی دلجویی زمانی در یک کودک تقویت می شود که خود را در معرض بی عدالتی اجتماعی ببیند و این کودکان خود را در معرض این بی عدالتی می بینند و این سبک در آن ها تقویت گشته و در کنار آن سبک جهت گیری قدرت و انفصال هم در آن ها پررنگ تر می گردد. مثبت این ادعا بالاتر بودن میانگین نمره سبک تفکر جنایی در کودکان و نوجوانان در جدول ۱ است.

بنا بر نظریه کنترل اجتماعی غیر رسمی خانواده و مدرسه نقش مهمی در جلوگیری از جرم دارند. همان طور که دیدیم در سبک تفکر استحقاق وضعیت اقتصادی تأثیری بر میزان سبک تفکر جنایی وجود نداشت. این تأیید کننده این مسئله است که نقش تربیتی خانواده در این سبک خیلی مهم تر از وضع اقتصادی خانواده می باشد. اگر خانواده ها از آزادی گذاری های افراطی پرهیزند و از ایجاد طر حواره استحقاق لوس در فرزندانشان اجتناب نمایند می توان امیدوار بود که این سبک در کودکان و نوجوانان به طور چشمگیری کاهش پیدا کند. همچنین مطابق نظریه جرم شناسی شناختی، ریشه جرم در باورها و انتظاراتی است که فرد در ذهن خود دارد. همان طور که دیدیم وضعیت اقتصادی در سبک تفکر خوش بینی افراطی تأثیر گذار نبوده است، این گفتمان از آنجا حائز اهمیت است که اگر کودک یا نوجوانی خوش بینی زیادی داشته باشد، آمادگی او برای رویارویی با مسائل و رویدادهای واقعی در زندگی کاهش پیدا کرده و به دلیل اینکه خود را باهوش تر از بقیه می پندارند ممکن است برای رسیدن به خواسته های خود به اعمال منحرفانه روی آورده و این تصور را داشته باشند که هرگز به دام نخواهند افتاد. با مطالب ذکر شده به این نتیجه می رسیم آنچه در ایجاد سبک تفکر جنایی خوش بینی افراطی تأثیر گذار است باورهای ذهنی کودک و نوجوان است نه وضعیت اقتصادی او و این مسئله تأیید کننده نظریه جرم شناسی شناختی

در این سبک می‌باشد.

در انتها پیشنهاد می‌شود با توجه به اینکه هر دو گروه نمونه از قشر پایین شهر انتخاب شده‌اند، در تحقیقات بعدی گروه کودکان عادی از گروه کودکان منطقه بالای شهر انتخاب شوند تا به طور دقیق تفاوت‌ها در سبک‌های تفکر جنایی آشکار گردد. همچنین می‌توان یکی از گروه‌های نمونه را از بین کودکان کاری که در کانون اصلاح و تربیت به سر می‌برند انجام داد و نتایج را با کودکان عادی مقایسه کرد.

از محدودیت‌های این تحقیق اولاً وجود محدودیت‌های کرونایی در کشور بود که باعث شد پژوهشگر نتواند از روش نمونه‌گیری مناسب‌تری استفاده کند. دوماً عدم اعتماد کودکان کار بود که این مطلب موجب کاهش جامعه آماری شد. سومین محدودیت نیز مربوط به عدم وجود ابزار استاندارد برای جمع‌آوری داده بود که مجبور به استفاده از پرسشنامه محقق ساخته شدیم.

References

- [1] Abdi, M; Salimi, A. (2014). "Study of the relationship between criminal personality traits and criminal thinking", Journal of Applied Disciplinary Knowledge, 7, 79-92. (In Persian)
- [2] Azimzadeh Ardabili, F (2003). "The phenomenon of street children and strategies to deal with it", Jurisprudence and Family Law, 31, 101-118. (In Persian)
- [3] Andrews, D. A., & Bonta, J. (2010). The psychology of criminal conduct. Newark, NJ: LexisNexis
- [4] Best, D; Day, E; Campbell, A; Flynn, P. M & Simpson, D. D. (2009). (Relationship between drug treatment engagement and criminal thinking style among drug-using offenders), European Addiction Research, 15(2), 71-77.
- [5] Boduszek, D., & Hyland, P. (2012). (Psycho-sociological review of criminal thinking style) Journal of Humanistics and Social Sciences, 1(1), 28-36.
- [6] Boduszek, D., Adamson, G., Shevlin, M., Hyland, P., & Bourke, A. (2014). (The role of criminal social identity in the relationship between criminal friends and criminal thinking style within a sample of recidivistic prisoners), Journal of Human Behavior in the Social Environment, 23(1), 14-28.
- [7] Dembo, R., Turner, C. W., & Jainchill, N. (2007). (An assessment of criminal thinking among incarcerated youths in three states). Criminal Justice and Behavior, 34(9), 1157-1167.
- [8] Disabato, D. J., Folk, J. B., Wilson, J., Barboza, S., Daylor, J., & Tangney, J. (2015). (Psychometric validation of a simplified form of the PICTS for low-reading level populations), Journal of psychopathology and behavioral

- assessment, 38(3), 456-464.
- [9] Fix, R. L., & Fix, S. T. (2015). (Trait psychopathy, emotional intelligence, and criminal thinking: Predicting illegal behavior among college students). *International journal of law and psychiatry*, 42, 183-188.
- [10] Fooladian, M; Toosifar, J; Vaziri, SH. (2016). "The narrative study of working children in Mashhad", *Social Studies and Research in Iran*, 5 (3), 485-510. (In Persian)
- [11] Gonsalves, V. M., Scalora, M. J., & Huss, M. T. (2009). (Prediction of recidivism using the Psychopathy Checklist—Revised and the Psychological Inventory of Criminal Thinking Styles within a forensic sample). *Criminal Justice and Behavior*, 36(7), 741-756.
- [12] Gholamhosseinzadeh, the statistics of working children in the country is not accurate 2021, 22 June 2021). Retrieved May 4, 2022, from <http://www.hawzahnews.com>. (In Persian)
- [13] Ghomashi, S. (2014). "From etiologial criminology to cognitive criminology", *Quarterly Journal of Legal Research*. 70, 247-271. (In Persian)
- [14] Grossi Farshi, M; Mahmoud Alilou, M; Esmaali Koraneh, A. (2007). "Comparison of personality traits and coping styles of criminals with normal people", *Quarterly Journal of Contemporary Psychologist*, (2) 1, 24-31. (In Persian)
- [15] Howitt, D. (1995). *Paedophiles and sexual offences against children*. John Wiley & Sons
- [16] Javanmard, B. (2012). "Criminological analysis, psychology of crime in the light of criminal personality with emphasis on three criminal cases", *Kanoon Magazine*, 45, 41-48. (In Persian)
- [17] Knight, K., Garner, B. R., Simpson, D. D., Morey, J. T., & Flynn, P. M. (2006). (assessment for criminal thinking). *Crime & Delinquency*, 52(1), 159-177.
- [18] Labor Law, approved in 1323. (In Persian)
- [19] Moazami, Sh (2009) *Child and Adolescent Delinquency*, First Edition, Tehran Justice. (In Persian)
- [20] Mirhashemi M; Zarei, HA; Theoretical Sciences, Mehdi. (2017). "Predicting criminal thinking based on personal and criminal variables in criminals", *Journal of Knowledge and Research in Applied Psychology*, 70, 115-125. (In Persian)
- [21] Mirhashemi, M. (2017). "Comparison of criminal thinking styles between drug-dependent and non-drug-addicted criminals", *Psychological Research*. 20 (1), 52-61. (In Persian)
- [22] Mandracchia, J. T., & Morgan, R. D(2011), (Understanding criminals' thinking: Further examination of the measure of offender thinking styles—revised). *Assessment*, 18(4), 442-452.
- [23] McCoy, K., Fremouw, W., Tyner, E., Clegg, C., Johansson-Love, J., &

- Strunk, J. (2006). (Criminal-thinking styles and illegal behavior among college students: Validation of the PICTS). *Journal of forensic sciences*, 51(5), 1174-1177.
- [24] Michael L., K.; Di, M and Macarias. *Encyclopedia of Oxford Crime Prevention* (translated by J. J. Sadati). Tehran: Rate. (In Persian)
- [25] Palmer, E. J., & Hollin, C. R. (2003). (Using the psychological inventory of criminal thinking styles with English prisoners), *Legal and Criminological Psychology*, 8(2), 175-187.
- [26] Palmer, E. J., & Hollin, C. R. (2004). (Predicting reconviction using the psychological inventory of criminal thinking styles with English prisoners). *Legal and Criminological Psychology*, 9(1), 57-68.
- [27] Palmer, E. J., & Hollin, C. R. (2004). (The use of the Psychological Inventory of Criminal Thinking Styles with English young offenders) *Legal and Criminological Psychology*, 9(2), 253-263.
- [28] Shahrakht, J. S., & Ahi, Q. (2019). (Investigation of factor structure, validity and reliability of the Criminogenic Cognitions Scale in students of Birjand University of Medical Sciences). *Journal of Birjand University of Medical Sciences*, 26(1), 1150-1162.
- [29] Soto, R. D. (2007). (*Criminogenic personality and behavioral characteristics in substance abusers: An examination of the lifestyle model of substance abuse*) The University of Nebraska-Lincoln.
- [30] Samiei, N, The increase of working children due to economic problems. (1398, 25 Aban 1398). Retrieved July 8, 1400, from <https://www.borna.news>(In Persian).
- [31] Suri, A; Daneshmand, Zahra. (2017). "Rational beliefs of criminals towards ordinary people", *Scientific Quarterly of Intelligence and Criminal Research*, (48) 12, 99-122. (In Persian)
- [32] Sadeghi Shahrokht, J; Ahi, Gh. (2015). "Study of factor structure, validity and validity of the questionnaire of criminal identities in students of Birjand University of Medical Sciences", *Scientific Journal of Birjand University of Medical Sciences*. (26) 1, 83-94. (In Persian)
- [33] Sykes, G. M., & Matza, D. (1957). (Techniques of neutralization: A theory of delinquency). *American sociological review*, 22(6), 664-670.
- [34] Tasnim News. (2020, 23 August 2020). Retrieved October 17, 2016, from <https://www.tasnimnews.com>. (In Persian)
- [35] Tulayi, H; Rafiei, H; Biglerian, A. (2009). "The Relationship between Child Labor and Development and Social Welfare", *Social Welfare Quarterly*, 35, 301-336. (In Persian)
- [36] White, R; Hines, F. *Criminology and criminology* (translated by A. Salimi). Qom: Research Institute and University. (In Persian)
- [37] Walters, G. D. (1990). (Incremental validity of the Psychological Inventory of

- Criminal Thinking Styles as a predictor of continuous and dichotomous measures of recidivism). *Assessment*, 12(1), 19-27.
- [38] Walters, G. D. (1995). (The psychological inventory of criminal thinking styles: Part I: Reliability and preliminary validity). *Criminal Justice and Behavior*, 22(3), 307-325.
- [39] Walters, G. D. (1995). The psychological inventory of criminal thinking styles: Part II: Identifying simulated response sets. *Criminal Justice and Behavior*, 22(4), 437-445.
- [40] Walters, G. D. (1996). The psychological inventory of criminal thinking styles: Part III. Predictive validity). *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 40(2), 105-112.
- [41] Walters, G. D. (2002). (Current and historical content scales for the Psychological Inventory of Criminal Thinking Styles (PICTS)), *Legal and Criminological Psychology*, 7(1), 73-86.
- [42] Walters, G. D. (2002). (The psychological inventory of criminal thinking styles (PICTS) A review and meta-analysis). *Assessment*, 9(3), 278-291.
- [43] Walters, G. D. (2003). (Changes in criminal thinking and identity in novice and experienced inmates: Prisonization revisited). *Criminal Justice and Behavior*, 30(4), 399-421.
- [44] Walters, G. D. (2006). (Proactive and reactive composite scales for the Psychological Inventory of Criminal Thinking Styles (PICTS)). *Journal of Offender Rehabilitation*, 42(4), 23-36.
- [45] Walters, G. D. (2013). (Criminal thinking and recidivism: Meta-analytic evidence on the predictive and incremental validity of the Psychological Inventory of Criminal Thinking Styles (PICTS)), *Aggression and Violent Behavior*, 17(3), 272-278.
- [46] Walters, G. D., & Geyer, M. D. (2004). (Construct validity of the Psychological Inventory of Criminal Thinking Styles in relationship to the PAI, disciplinary adjustment, and program completion), *Journal of personality assessment*, 84(3), 252-260.
- [47] Walters, G. D., & Geyer, M. D. (2004). (Criminal thinking and identity in male white-collar offenders). *Criminal Justice and Behavior*, 31(3), 263-281.
- [48] Walters, G. D., & Schlauch, C. (2008). (The psychological inventory of criminal thinking styles and level of service inventory-revised: Screening version as predictors of official and self-reported disciplinary infractions), *Law and Human Behavior*, 32(5), 454-462.
- [49] Walters, G. D., & White, T. W. (1989). (Therapeutic interventions with the lifestyle criminal). *Journal of Offender Counseling Services Rehabilitation*, 14(1), 159-169.
- [50] Williams, M. M., Rogers, R., & Hartigan, S. E. (2020). (The Validity of the PICTS-SV and Its Effectiveness with Positive Impression Management: An Investigation in a Court-Mandated Substance Use Treatment Facility),

- Criminal Justice and Behavior, 47(1), 80-98.
- [51] Wilson, A. B., Farkas, K., Ishler, K. J., Gearhart, M., Morgan, R., & Ashe, M. (2014). (Criminal thinking styles among people with serious mental illness in jail), *Law and Human Behavior*, 38(6), 592.
- [52] Yochelson, S., & Samenow, S. E. (1976). *The criminal personality: Vol. 1. A profile for change* New York, NY: Jason Aronson

سلامت اداری در گمرک (بایسته‌های حقوقی تحقق برنامه جهانی یکپارچگی در گمرک ایران)*

مسعود یاسائی^۱

گروه مدیریت گمرک و بازرگانی، دانشکده
مدیریت، دانشگاه هرمزگان، بندرعباس، ایران،
عضو هیئت‌علمی، مربی

ولی رستمی^۲

گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده
حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران،
ایران، عضو هیئت‌علمی، دانشیار

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۳۰

چکیده

با توجه به نوع فعالیت و کارکردی که هر سازمان دارد، مفهوم سلامت اداری در آن سازمان هم تغییر می‌کند؛ به همین دلیل سلامت اداری در گمرک به درستی تعریف شده و سازمان جهانی گمرک با ارائه برنامه یکپارچگی در گمرک، تحقق سلامت اداری در گمرک کشورهای عضو را دنبال می‌کند. تسهیل تجارت، جمع‌آوری درآمد، حمایت از جامعه و امنیت ملی، ایجاد فرصت‌های تجاری و سرمایه‌گذاری و

*- نوع مقاله: پژوهشی

۱- نویسنده مسئول: msyasaei@gmail.com

Email: vrostami@ut.ac.ir

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41830

در نهایت اعتماد عمومی به دولت و تأمین رفاه شهروندان منوط به یکپارچگی به عنوان پیش شرط عملکرد صحیح اداره گمرک و شرط ضروری برای زدودن فساد در گمرک است. اجرای برنامه یکپارچگی در گمرک با اعطای حقوق کامل صاحبان کالا باصلاحیت در گمرک که فعال اقتصادی مجاز نامیده می شوند، تحقق می یابد. این مقاله با روش کتابخانه ای و قیاسی مورد بررسی قرار گرفته است. مقایسه برنامه جهانی یکپارچگی مصوب سازمان جهانی گمرک با برنامه اجرایی در گمرک ایران نشان دهنده اجرای ناقص برنامه در گمرک ایران است؛ مهمی که این نظریه را به اثبات می رساند که علاوه بر عدم تحقق اهداف برنامه در تجارت خارجی، به حصول سلامت اداری در گمرک ایران هم منجر نمی شود.

کلیدواژه ها: درستکاری در گمرک ایران، یکپارچگی در گمرک ایران، سلامت اداری در گمرک ایران، فعالان اقتصادی مجاز در ایران.

مقدمه

بانک جهانی^۱ (و بعضی) از سازمان های بین المللی، نظیر سازمان غیردولتی شفافیت بین المللی^۲، فساد اداری را «سوءاستفاده از مناصب دولتی در جهت کسب منافع شخصی» تعریف می کنند. (Tabyan. 2013: 1) ولی این تعریف، سلامت اداری در گمرک را پوشش نمی دهد؛ چون در گمرک علاوه بر دارندگان مناصب دولتی، صاحبان کالا، کارگزاران گمرکی و حمل و نقل کنندگان کالا نیز در انجام تشریفات گمرکی کالا دخیل هستند و می توانند در جهت کسب منافع شخصی، قوانین گمرکی را اجرا نکرده یا تشریفات گمرکی کالا را به گونه صحیح انجام ندهند. مهمی که سبب گردیده در ترمینولوژی گمرکی از سلامت اداری به "درستکاری در گمرک" تعبیر و در بند سوم از کنوانسیون تشکیل شورای همکاری گمرکی^۳ که امروزه تحت عنوان سازمان جهانی گمرک^۴ فعالیت می کند، ایجاد درستکاری در گمرکات را از وظایف آن ذکر نموده است (Yasaei. 2005. 46). شورای سازمان جهانی گمرک در جهت تحقق این وظیفه، برنامه جامعی تحت عنوان «برنامه یکپارچگی در گمرک»^۵ را تصویب نموده است. این برنامه بر دو

1- World Bank

2- Customs Cooperation Council Convention

3- Customs Cooperation Council Convention

4- World Customs Organization (wco)

5- Integrative Program in Customs

رکن بایسته‌های «کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو»^۱ و برنامه جهانی «فعالان اقتصادی مجاز»^۲ استوار است.

علیرغم متعاهد شدن ایران به کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو بر اساس قانون مصوب ۱۳۸۹ مجلس شورای اسلامی، بایسته‌های کنوانسیون مذکور در قانون جدید گمرکی ایران (Revised Kyoto Convention Law of Iran, 2011) به صورت کامل، لحاظ نگردید. یافته‌های این مقاله نیز نشان‌دهنده عدم اجرای کامل برنامه فعالان اقتصادی مجاز است؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که در کشورمان علیرغم قانون ارتقای سلامت نظام اداری مصوب ۲۹/۲/۱۳۸۷ مجلس شورای اسلامی و کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد^۳ که دولت ایران به موجب قانون مصوب ۱۴/۸/۱۳۸۷ مجلس شورای اسلامی بدان متعاهد شده است اراده جدی برای تحقق سلامت اداری در گمرک وجود ندارد.

بخش اول مقاله به چگونگی تصویب برنامه درستکاری در WCO تحت عنوان یکپارچگی خواهد پرداخت و سپس پیشنهاد تحقیق موضوع سلامت اداری در گمرک و نتایج آن را مورد بررسی قرار می‌دهد. کنکاش در شیوه اجرای برنامه جهانی فعالان اقتصادی مجاز، بخش بعدی مقاله است که با نحوه اجرای برنامه در ایران، مورد مقایسه قرار گرفته و نشان می‌دهد علاوه بر محدود بودن فعالان اقتصادی مجاز در ایران به واردکنندگان و صادرکنندگان، شرکت‌های حمل‌ونقل و فورواردرها و حق‌العمل‌کاران فعال در تجارت خارجی ایران از ارتقا به این رتبه محروم هستند علاوه بر این نحوه اجرای برنامه در ایران بدون هرگونه همکاری منطقه‌ای انجام که با اهداف برنامه مغایر است. نکته مهم دیگر در این حوزه عدم مشارکت جامعه تجاری ایران در اجرای برنامه است. در بخش بعدی تسهیلات مقرر در گمرک ایران برای فعالان اقتصادی مجاز با تسهیلات مقرر در برنامه مورد مقایسه قرار گرفته و نشان می‌دهد از هجده تسهیلات اعلامی تنها تعداد معدودی واقعی است، همچنان که در سامانه جهانی برنامه فقط دو مورد آن مورد قبول قرار گرفته است.

1- Revised Kyoto Convention

2- The Authorized Economic Operator

3- The United Nations Convention against Corruption(UNCAC)

تصویب برنامه درستکاری در WCO تحت عنوان یکپارچگی

هرچند درستکاری یا سلامت اداری، رویکرد سازمان ملل متحد و بسیاری از سازمان‌های بین‌المللی تخصصی در دهه‌های گذشته بوده است ولی سازمان جهانی گمرک از پیش‌تازان در این عرصه محسوب می‌شود. شورای سازمان جهانی گمرک به این نتیجه رسید که ادارات گمرک در سراسر جهان نقش اساسی در تسهیل تجارت، جمع‌آوری درآمد، حمایت از جامعه و امنیت ملی دارند. به همین ترتیب، فساد در گمرک می‌تواند فرصت‌های تجارت و سرمایه‌گذاری را مخدوش کند، اعتماد عمومی به دولت را تضعیف کرده و در نهایت رفاه همه شهروندان را به خطر بیندازد. یکپارچگی در گمرک پیش‌شرط عملکرد صحیح اداره گمرک و شرط ضروری برای زدودن فساد در گمرک و به عبارت دیگر ایجاد سلامت اداری در گمرک است.

برنامه درستکاری در گمرک با عنوان برنامه یکپارچگی در گمرک، ابتدا در اواخر دهه ۱۹۸۰ در دستور کار شورای سازمان جهانی گمرک قرار گرفت تا مشکل فساد اداری در گمرک کشورهای عضو را برطرف کند.

در نهایت شورای سازمان در اجلاس سالانه ۱۹۹۳ موفق به تصویب بیانیه آروشا (Nyerere, 2004. 19) شد. این بیانیه نشان دهنده تمایل جامعه بین‌المللی گمرک برای پیروی از قوانین حاکم بر یکپارچگی به منظور کاهش و در نهایت از بین بردن فرصت‌های فساد در گمرک است.

دبیرخانه سازمان جهانی گمرک برای ارزیابی اثربخشی اجرای بیانیه آروشا و تهیه اسناد کاری و هماهنگی در اجرای درستکاری در گمرکات کشورهای عضو، کمیته فرعی درستکاری گمرکات را در سال ۲۰۰۱ تأسیس کرد. (www.wcoomd.org/Integrative Program)

قبل از تصویب کنوانسیون سازمان ملل علیه فساد اداری توسط مجمع عمومی سازمان ملل در ۳۱ اکتبر که با عضویت کشورها و سازمان‌های اقتصادی منطقه‌ای از تاریخ ۱۴ دسامبر ۲۰۰۵ لازم‌الاجرا شد، سازمان‌های بین‌المللی تخصصی و منطقه‌ای دیگری مبارزه با فساد را در دستور کار خود قرار داده بودند و اسناد و معاهدات متعددی را به تصویب رساندند. مهمی که در مقدمه کنوانسیون ملل متحد هم بدان اشاره گردیده و از سازمان‌های بین‌المللی پیش‌تاز در این عرصه از جمله سازمان جهانی گمرک تقدیر شده است.

آموزش، کیفیت زندگی و توانمندسازی کارکنان و مدیریت ریسک گمرکی و عوامل فردی

(مهارت کارکنان، رفتار و اخلاق، رهبری و تعهد)، عوامل برون‌سازمانی (ارتباطات با بخش خصوصی، نظارت و کنترل دستگاه‌های نظارتی و عوامل خارجی) تقسیم‌بندی کرده‌اند. نتایج حاصل از این تحقیقات نشان می‌دهد که عوامل سازمانی بیش از دو عامل فردی و برون‌سازمانی بر ارتقای سلامت اداری در گمرک مؤثرند. عوامل فردی و برون‌سازمانی به ترتیب در ردیف‌های بعدی قرار دارند (همایونی، ۱۳۹۹: ۲۶۸)، که نشان‌دهنده صحت برنامه درستکاری سازمان جهانی گمرک مبنی بر استیفای حقوق صاحبان کالا که وظایف قانونی خود را عمل و به فعال اقتصادی مجاز شورای سازمان جهانی گمرک در اجلاس ۲۰۰۳ خود ویر اساس گزارش کمیته درستکاری، اعلامیه تجدیدنظرشده آروشا را به تصویب رساند.

در بیانیه تجدیدنظرشده آروشا، اعضای شورای سازمان از دولت‌ها، بخش تجاری و اعضای جامعه بین‌المللی درخواست کرده‌اند تا گمرک را در مبارزه با فساد یاری کنند. (Homayooni, 2020: 251)

در این بیانیه تأکید شده که مؤلفه‌های ذکر شده در این بیانیه، می‌بایستی با شرایط هر کشور و درجه توسعه‌یافتگی اقتصادی آن تطبیق داده شود. مهمی که به لزوم داشتن چشم‌انداز روشن از هدف نهایی برنامه تعبیرشده است. (AEO Implementation Guidance.WCO:2010. Paragraph 1)

در این چشم‌انداز، نقش گمرک به ایفای نقش ناظر با استفاده از مدیریت خطر محدود و صاحبان کالا در مقام فعال اقتصادی مجاز، خود امور گمرکی کالا را انجام خواهند داد.

پیشینه تحقیق موضوع سلامت اداری در گمرک

در سال‌های اخیر، تحقیقات زیادی در موضوع سلامت اداری در گمرک انجام شده که بیشتر به کشف عوامل ایجاد فساد در گمرک پرداخته‌اند که مهم‌ترین عوامل تأثیرگذار بر ارتقای سلامت اداری در گمرک را عوامل سازمانی (فرهنگ سازمانی، مدیریت منابع انسانی، اتوماسیون، اصلاح و نوسازی، ممیزی و بررسی) دانسته‌اند. بنا به نظریه صریح کمیته درستکاری سازمان جهانی گمرک، تحقق برنامه درستکاری در گمرکات کشورهای عضو منوط به به‌کارگیری دستورالعمل‌های سازمان در حوزه‌های سلامت اداری، فعالان اقتصادی مجاز و از همه مهم‌تر اعمال استانداردهای مندرج در ضوابط کنوانسیون تجدیدنظرشده کیوتو در قوانین کشورها و اجرای آن‌ها

است. به همین منظور است که شورای سازمان جهانی گمرک برای برنامه درستی‌کاری از عنوان یکپارچگی در گمرک استفاده کرده و هدف از اجرای برنامه را دستیابی به گمرکی با سلامت اداری و با همه چالش‌های ناشی از افزایش حجم تجارت بین‌الملل دانسته است. نقش مقامات گمرکی فقط به کنترل و نظارت محدود است و فعالان اقتصادی مجاز، خود تشریفات گمرکی را انجام دهند. البته ایجاد سلامت اداری در گمرک منوط به اجرای تمامی برنامه درستی‌کاری و سوق گمرک به گمرکی یکپارچه است. به بیان دیگر یکپارچگی در گمرک به مثابه گمرکی دارای سلامت اداری است.

با توجه به اینکه راهبرد فعالان اقتصادی مجاز در برنامه سازمان جهانی گمرک، مهم‌ترین شرط تحقق برنامه یکپارچگی در گمرک و یا به عبارتی موجد سلامت اداری در گمرک است و این مهم خود منوط به اعطای حقوق لازم به صاحبان کالا برای ارتقا به رتبه فعال اقتصادی مجاز است، به این موارد پرداخته می‌شود.

حقوق و وظایف صاحبان کالا در ارتقا به فعالان اقتصادی مجاز

مقصود از فعالان اقتصادی، صادرکنندگان و واردکنندگان کالا و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی چون شرکت‌های حمل‌ونقل بین‌المللی و شرکت‌های حق‌العمل‌کاری گمرکی هستند که به شرط داشتن شرایط لازم و انجام مراحل اداری در کشور خود به فعال اقتصادی مجاز تبدیل و از تسهیلات و مزایای آن در گمرکات کشور خود و سایر کشورها برخوردار می‌شوند. سازمان جهانی گمرک دستورالعملی برای تبدیل صاحبان کالا در گمرک به فعالان اقتصادی مجاز دارد.

(Trader Identification Number. TIN WCO, 2018 page 4..)

این دستورالعمل دارای ۴۸ استاندارد است که باید امکان اجرای آن‌ها در حقوق ملی گمرکی کشورهای عضو سازمان فراهم شود. در صورت اجرای استانداردهای دستورالعمل مذکور، صاحبان کالا در گمرک به فعالان اقتصادی مجاز تبدیل شده و این فعالان اقتصادی در صورت نداشتن سابقه تخلف و جرائم گمرکی و دیگر شاخص‌ها و شرایطی که بر مبنای حقوق بین‌الملل گمرکی و مقررات ملی کشورها تعیین می‌گردد و توسط گمرک احراز و مورد بررسی همیشگی قرار می‌گیرد به درجه فعالان اقتصادی مجاز نائل می‌گردند. در این صورت میزان تسهیلات

اعطایی آن‌ها در گمرک به اندازه‌ای است که بر مبنای تئوری تصمیم‌گیری بازی‌ها (صفر تا بی- نهایت) هیچ فعال اقتصادی حاضر نیست برای مطامع مالی و ... از رسته فعال اقتصادی مجاز خارج شود و علاوه بر جرائم مقرر برای تخلف انجامی از مزایا و تسهیلات اعطایی به فعالان اقتصادی مجاز در کشور خود و دیگر کشورها، محروم گردد. راهبردهای سازمان جهانی گمرک برای اجرای برنامه فعالان اقتصادی مجاز منوط است به:

۱- استفاده از شبکه شناخت متقابل فعالان اقتصادی مجاز

یکی از اولین حقوقی که صاحبان کالا از تبدیل به فعال اقتصادی مجاز از آن منتفع می‌شوند، شبکه گمرکی جهانی شناخت متقابل بین کشورهاست. (GLOBALLY NETWORKED) (CUSTOMS, Version 1.20, 2013-04-11,p99) با توجه به بایسته برنامه AEO سازمان جهانی گمرک که مقرر می‌دارد "هماهنگی در اجرای برنامه با کشورهای طرف تجارت خارجی به‌ویژه در سطح منطقه، اقدامی است که گمرک باید انجام دهد". ولی دولت ایران نحوه اجرای برنامه را بدون هر برنامه‌ریزی برای اجرای منطقه‌ای یا جهانی برنامه سامان داده است و این در حالی است که منطقه‌گرایی از مشخصه‌های اصلی مدیریت گمرکی نوین است. (Karbasian, 2007: 50) و گمرک ایران به‌نوعی فعالان اقتصادی مجاز ایرانی را از تسهیلات برنامه در دیگر کشورها به‌ویژه کشورهای مبدأ واردات و مقصد صادرات محروم نموده است. از سوی دیگر این محرومیت فعالان اقتصادی مجاز ایرانی سبب عدم آمادگی فعالان اقتصادی مجاز ایرانی برای شناخت نحوه فعالیت در گمرکات منطقه و طرف تجاری خود و تسهیلات مقرر برای فعالان اقتصادی مجاز می‌گردد.

سازمان جهانی گمرک در برنامه مقرر کرده است: "گمرک با تبادلهای فعالان اقتصادی مجاز بین کشورها و انعقاد قراردادهای دوجانبه و منطقه‌ای، امکان شناخت متقابل کشورها از فعالان اقتصادی مجاز هر منطقه را فراهم نماید". حال برای اینکه فعال اقتصادی مجاز هر کشور بتواند از تسهیلات منطقه‌ای برنامه در کشورهای دیگر استفاده کند باید انجام امور گمرکی کالای خود در کشورهای طرف تجارت یا محل عبور را خود انجام دهد و این مهم لازمه‌اش وجود آمادگی لازم و داشتن قابلیت‌های مناسب است. (AEO Implementation Guidance, 2010:) (21) مهمی که زمینه‌های تحقق آن توسط گمرک و دولت ایران فراهم نشده است.

۲- قرار گرفتن در حوزه تعیین شده فعالین اقتصادی مجاز در برنامه WCO

دستورالعمل WCO از نام بردن اشخاص حقیقی و حقوقی که می‌توانند در زمره فعالان اقتصادی مجاز قرار گیرند، خودداری کرده است و به "اشخاصی (بازیگرانی) که در فرآیندهای زنجیره تأمین مرزی ایفای نقش می‌کنند، اعم از بخش خصوصی و عمومی با کارکردها و مسئولیت‌های مختلف" بسنده کرده است. البته بخش عمومی را گمرک دانسته است که در این برنامه باید ناظر بر حسن امور انجمنی فعالان اقتصادی مجاز در گمرک و همکاری با گمرکات دیگر کشورها در این برنامه باشد. (The Authorized Economic Operator, 2010: 4) محدود شدن فعالان اقتصادی مجاز در ایران فقط به واردکنندگان و صادرکنندگان دارای صلاحیت از اهم نقایص اجرای برنامه در ایران است.

اتاق بازرگانی، صنایع و معادن ایران، فعال اقتصادی مجاز را این‌گونه تعریف نموده است: "فعالان اقتصادی مجاز معمولاً به واردکنندگان یا صادرکنندگانی مربوط می‌شود که گمرک برای آن‌ها شرایط و تسهیلات ویژه‌ای (مسیر سبز، ترخیص سریع، ارزیابی در محل، ...) قائل می‌شود. این یک برنامه جهانی است که چنانچه کاملاً اجرا شود، گمرک (اعم از ایران یا کشورهای دیگر) برای این اشخاص گواهی AEO صادر می‌کند که می‌توانند در سایر کشورها نیز از امتیازات ویژه برخوردار شوند. شناسایی و صدور گواهی برای این اشخاص مستلزم داشتن شروطی است که سازمان جهانی گمرک تعیین نموده است از جمله سوابق رعایت مقررات، داشتن دفاتر قانونی، واردات و صادرات زیاد. البته اتاق بازرگانی اضافه می‌کند "برای انجام بازرگانی خارجی با رویه‌های مسافری، هدیه و سوغات و لوازم منزل و کالاهای غیر تجاری از این امر مستثنی می‌باشند." (www.tccim.ir)

چنانچه در تعریف آمده است برنامه فعالان اقتصادی مجاز در ایران فقط به واردکنندگان و صادرکنندگان محدود می‌شود. هرچند در برنامه گام به گام پیشنهادی سازمان جهانی گمرک اجرای فاز اول برنامه را این اشخاص محدود کرده است ولی در کل این برنامه شامل دیگر شخصیت‌های دارای فعالیت گمرکی چون کارگزاران گمرکی و حمل و نقل کنندگان کالا هم باید بشود در صورتی که گمرک ایران، این برنامه را محدود به واردکنندگان و صادرکنندگان آن‌هم فقط در دو رویه واردات و صادرات کرده است و این به معنی عدم تحقق اهداف برنامه است.

اهداف برنامه زمانی تحقق می‌یابد که دیگر شرکت‌های دخیل در انجام تجارت خارجی نیز بتوانند به عنوان فعال اقتصادی مجاز، تشریفات گمرکی کالای در اختیار خود را انجام دهند. بررسی شمول عضویت در برنامه AEO دیگر کشورها نشان می‌دهد که علاوه بر واردکنندگان و صادرکنندگان اعم از اینکه تولیدکننده باشند یا شرکت بازرگانی، حمل‌ونقل‌کنندگان کالا اعم از دریایی (کشتیرانی‌ها)، هوایی (ایرلاین‌ها) ریلی و جاده‌ای، فورواردرها، کارگزاران گمرکی (شرکت‌های حق‌العمل‌کاری)، باربری‌ها (شرکت‌های کریری)، شرکت‌های بسته‌بندی، انبارداران و سازمان‌های مناطق آزاد تجاری و تجاری - صنعتی هم توانسته‌اند به عضویت برنامه در آیند. مهمی که سبب شده است فعالان اقتصادی مجاز ایران (تا ۲۰۱۹ م.) به ۱۱ شرکت محدود بماند در صورتی که آمار اعضای برنامه AEO بعضی از دیگر کشورها عبارتند از کانادا ۱۶۳۳ عضو، استرالیا ۳۱۷، چین ۳۳۶۶، هندوستان ۲۴۰۲، ژاپن ۶۹۰، کره جنوبی ۸۳۲، عمان ۱۳، امارات عربی متحده ۵۵. (COMPENDIUM OF AEO.WCO: 7-208)

با توجه به عدم پذیرش فورواردرها و شرکت‌های حمل‌ونقل در برنامه فعالان اقتصادی مجاز گمرک ایران، استفاده از رویه‌هایی چون عبور خارجی (ترانزیت خارجی) با تسهیلات مقرر جهت اعضای AEO در ایران نیز وجود ندارد که در صورت شمول این اشخاص و امکان استفاده از رویه‌های گمرکی قابل انجام در حمل‌ونقل بین‌المللی کالا چون عبور داخلی و خارجی، انتقال و غیره هم حقوق صاحبان کالا در حوزه کاهش زمان حمل‌ونقل کالا و قیمت تمام شده کالا با کاهش هزینه‌های پنهان کالا استیفا می‌شد و هم اهداف سازمان جهانی گمرک در ساده و هماهنگ کردن رویه‌های گمرکی و تشریفات گمرکی تحقق می‌یافت و هم منافع ملی دولت‌های متبوع طرفین تجارت خارجی و حتی دولت کشورهایی که چون ایران از موقعیت ترانزیتی کالاهای کشورهای دیگر تأمین می‌گردید؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که عدم شمول رویه‌های گمرکی لازم در حوزه حمل‌ونقل بین‌المللی کالا که ناشی از عدم پذیرش فورواردرها و حمل‌ونقل‌کنندگان کالا در شیوه پذیرش اشخاص AEO در ایران است، از مصادیق عدم استیفاء حقوق صاحبان کالا در گمرک ایران و از موارد مهم نادیده گرفتن منافع ملی کشور در حوزه عبور (ترانزیت) کالا از قلمرو گمرکی ایران است.

۳- تشدید مجازات تخلف گمرکی، بازدارنده فعالان اقتصادی مجاز برای ارتکاب به تخلف

از بایسته‌های WCO، تشدید مجازات‌های فعالین اقتصادی مجاز متخلف در قوانین گمرکی برای ارتکاب تخلف در انجام تشریفات گمرکی کالای خود در گمرک است. البته میزان مجازات را به قوانین گمرکی کشورها احاله داده است ولی باید از سطحی برخوردار باشد که برای فعال اقتصادی مجاز جنبه بازدارندگی از ارتکاب تخلف را ایجاد نماید. (Seminar: 16 April 2013) با توجه به اینکه در قانون گمرکی ایران و مجازات‌های مقرر برای قاچاق و تخلفات گمرکی هیچ گونه تمایزی بین مجازات فعالان اقتصادی مجاز و دیگر انجام دهندگان امور گمرکی دیده نمی‌شود و از نظر زمانی تدوین لایحه تصویب قانون گمرکی بعد از تصویب برنامه AEO در WCO بوده است، می‌توان نتیجه گرفت که مسئولان گمرک ایران در جهت تشدید مجازات فعالان اقتصادی مجاز در صورت ارتکاب به تخلف اقدامی نکرده‌اند.

به‌طور کلی از موارد مهم دیگری که اجرای برنامه AEO در ایران، با بایسته‌های برنامه سازمان جهانی گمرک مطابقت ندارد، رفع موانع قانونی و درج بایسته‌های برنامه در نظام حقوق گمرکی ایران است. اعلامیه آروشا در ۱۹۹۳ و تجدیدنظر آن در ۲۰۰۳ میلادی به تصویب رسیده است. برنامه AEO در سازمان جهانی گمرک بیش از دو دهه است که اجرایی شده است در حالی که قانون گمرکی ایران در سال ۱۳۹۰ برابر با ۲۰۱۳ میلادی و آئین‌نامه اجرایی قانون گمرکی در سال ۱۳۹۲ برابر با ۲۰۱۵ میلادی (همزمان با عضویت گمرک ایران در برنامه AEO) به تصویب رسیده است. در قانون گمرکی و آئین‌نامه اجرایی آن و حتی در لایحه هیئت دولت برای تطبیق قانون گمرکی با کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو (که در مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۴ به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده است)، هیچ ماده‌ای که در جهت اجرای برنامه AEO یا رفع موانع قانونی آن باشد، وجود ندارد. مهمی که عدم تصویب لایحه هیئت دولت برای تطبیق قانون گمرکی با کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو در مجلس، فرصت لازم را جهت اصلاح آن و تبدیل به لایحه تطبیق قانون گمرکی ایران با برنامه یکپارچگی (درستکاری)، فعالان اقتصادی مجاز و کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو فراهم کرده است.

۴- لزوم مشارکت جامعه تجاری و دیگر نهادهای عمومی و خصوصی با گمرک برای اجرای برنامه

از رئوس مهم برنامه، حق صاحبان کالا در قالب جامعه تجاری برای دادن مشورت به گمرک در اجرای برنامه لحاظ شده است: "گمرک باید ایده‌های خود درباره چگونگی برنامه‌ریزی برای برنامه AEO را با بخش خصوصی به اشتراک بگذارد و پیشنهادها و ایده‌های پیشنهادی خوب آنها را در برنامه‌ریزی خود لحاظ کند." علاوه براین در طرح برنامه AEO آمده است: "گام بعدی تشکیل یک گروه کاری است که از سطح بالایی برخوردار باشد. حضور عوامل مختلف اعم از نهادهای عمومی و خصوصی دخیل در تجارت خارجی در گروه کاری نیز می‌تواند در موفقیت اجرای طرح مؤثر باشد. گروه کاری باید "استانداردها و دستورالعمل‌های AEO" را در SAFE و مواردی چون برنامه‌های دیگر دولت به‌دقت بررسی و مطالعه نماید. بهتر است جامعه تجاری نیز یک گروه کاری برای اجرای برنامه AEO تشکیل دهد و دو گروه کاری با هم در جلسات مشترک به تبادل اطلاعات و نظرات بپردازند. برنامه توصیه کرده که یک وب‌سایت برای کسب نظر از متخصصین بیرون از دو گروه و اطلاع‌رسانی ایجاد گردد." (AEO Implementation Guidance. 2010:27) از موارد دیگر عدم انطباق اجرای برنامه در ایران، عدم حضور عوامل مختلف اعم از نهادهای عمومی و خصوصی دخیل در تجارت خارجی در گروه کاری است. گروه کاری باید "استانداردها و دستورالعمل‌های AEO" در SAFE و مواردی چون برنامه‌های دیگر دولت‌ها را به‌دقت بررسی و مطالعه نماید. بهتر است جامعه تجاری نیز یک گروه کاری برای اجرای برنامه AEO تشکیل دهد و دو گروه کاری با هم در جلسات مشترک به تبادل اطلاعات و نظرات بپردازند. توصیه می‌شود یک وب‌سایت که بتواند برنامه را اطلاع‌رسانی و نظرات متخصصین بیرون از دو گروه را کسب نماید، ایجاد گردد."

در این خصوص ایرادات زیر به نحوه اجرای برنامه AEO در ایران دیده می‌شود:

- مشخص نبودن ترکیب کمیته AEO در گمرک که با اصل شفافیت این برنامه و حقوق بین‌الملل گمرکی مغایر است.

- مشخص است کمیته استانداردها و دستورالعمل‌های AEO "در SAFE و مواردی چون برنامه‌های دیگر دولت‌ها را بررسی نکرده است.

-اتاق بازرگانی، صنایع و معادن، تنها تشکل جامعه تجاری در ایران است و در بررسی اخبار و سامانه این تشکل مشخص می‌شود که در آن، گروه کاری برای اجرای برنامه AEO تشکیل نگردیده تا امکان تبادل اطلاعات و نظرات بین کمیته AEO گمرک و جامعه تجاری انجام شود.

-در خصوص وب‌سایت، هرچند سامانه گمرک بخش فعالان اقتصادی مجاز را داراست ولی این بخش فقط یکسویه بوده و جنبه کسب نظر از متخصصین بیرون از گروه را ندارد.

-در خصوص وب‌سایت، هرچند سامانه گمرک بخش فعالان اقتصادی مجاز را داراست ولی این بخش فقط یکسویه بوده و جنبه کسب نظر از متخصصین بیرون از گروه را ندارد.

۵- عدم امکان تجدیدنظرخواهی متقاضی AEO برای رد درخواست

حق برخورداری صاحبان کالا از استیناف اداری و قضایی در صورت رد درخواست عضویت آن‌ها در برنامه در بایسته‌های کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو هم مورد تأکید قرار گرفته ولی در طرح گام به گام سازمان جهانی گمرک برای اجرای برنامه AEO آمده است: "قوانین ملی باید برای یک متقاضی AEO (که صلاحیت او رد شده است) امکان رسیدگی در مراحل تجدیدنظر اولیه را فراهم کند. بعد از تجدیدنظر اولیه، متقاضی باید امکان درخواست تجدیدنظر اداری نهایی از مرجعی مستقل از گمرک را داشته باشد. علاوه بر تجدیدنظر اولیه و تجدیدنظر در مرجعی مستقل از گمرک، هر متقاضی AEO باید بتواند از تصمیم گمرک در مرجع قضایی و با رعایت قوانین ملی تظلم‌خواهی نماید. (AEO Implementation Guidance, 2010:30) شیوه انجام برنامه در گمرک ایران مبین این مطلب است که در صورت رد درخواست متقاضی در دبیرخانه AEO در گمرک ایران، هیچ مرحله تجدیدنظر اعم از تجدیدنظر در گمرک، تجدیدنظر اجرایی در مرجعی مستقل از گمرک و یا مرجع قضایی مقرر نشده است. این مهم علاوه بر عدم مطابقت با بایسته‌های برنامه، با بایسته‌های کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو (که ایران بدان متعهد است) در خصوص حق صاحبان کالا برای استیناف نسبت تصمیم و آرای گمرک مغایر است. از طرف دیگر کمیسیون‌های حل اختلاف گمرکی در کنار دیگر مراجع حل اختلافات اداری فاقد قانون آئین دادرسی واحد هستند که سبب تشتت و ناهمگونی در قوانین و مقررات مرتبط و عدم پیروی از یک نظام خاص را ایجاد کرده است. (Rostami, 2014. 98) جالب اینجاست که هرچند

آرای کمیسیون‌های حل اختلافات گمرکی قابل فرجام‌خواهی در دیوان عدالت اداری است ولی آنچنان که در قانون گمرک بدان تصریح شده، آرای کمیسیون‌های حل اختلاف گمرکی فقط از نظر شکلی قابل فرجام‌خواهی در دیوان عدالت اداری است و این با بایسته کنوانسیون مبنی بر وجود مرجع تجدیدنظرخواهی اجرایی مستقل از گمرک منافات دارد.

۶- تسریع در زمان انجام تشریفات گمرکی کالاهای فعالان اقتصادی مجاز

اجرای برنامه درستکاری در گمرک به‌ویژه راهبرد فعالان اقتصادی مجاز، سبب تسریع در زمان انجام تشریفات گمرکی کالاهای گردیده که این مهم از فساد و کاهش کیفیت کالاهای تجاری جلوگیری می‌کند. در حال حاضر نرخ جهانی میزان فساد کالاهای تجاری به‌ویژه مواد غذایی (اعم از انسانی و حیوانی و صنعتی) در گمرکات کشورها به میزان متوسط ۰/۰۴۷٪ است که این مهم در ایران حدود ۰/۸٪ از ارزش کالاهای ترخیصی از گمرکات ایران را تشکیل می‌دهد. (ارونقی، ۱۳۹۹: ۴۸) بر اساس قانون گمرکی ایران در صورتی که کالا در گمرک فاسد شده باشد، پرداخت خسارت کالا به عهده گمرک است (البته گمرک می‌تواند کالا را به هزینه صاحب کالا را در برابر حوادث غیرمترقبه بیمه نماید). صرف‌نظر از این مطلب که پرداخت خسارت کالای فاسد شده با چه شخص یا سازمانی است، در مجموع فساد کالا در گمرک در صورت وارداتی بودن، سبب اتلاف ارز پرداختی بابت خرید کالا و در صورت صادراتی بودن کالای فاسد شده نه تنها ورود ارز حاصل از صادرات را از بین می‌برد بلکه سبب لطمه به بازار کالا اعم از وارداتی یا صادراتی و در کل لطمه به منافع ملی کشور است.

(www.intechopen.com) یکی از راهکارهای برنامه برای انجام سریع تشریفات گمرکی که مورد تأکید برنامه درستکاری قرار گرفته، لزوم ارجاع اظهارنامه‌های کالاهای متعلق به فعالان اقتصادی مجاز در کانال غیر قرمز است. یکی از راه‌حل‌های سازمان جهانی گمرک برای رویارویی گمرکات کشورهای عضو با افزایش حجم تجارت بین‌الملل در عرصه اقتصاد جهانی نوین، به‌کارگیری رویه‌های نوین گمرکی چون ارجاع اظهارنامه‌های گمرکی به کانال‌های چهارگانه در کنار اعمال مدیریت خطر است. این رویه که طی برنامه آسیکودا به گمرکات عرضه شد، با استفاده از فن‌آوری اطلاعات، هدایت اظهارنامه به‌صورت خودکار به مسیرهای قرمز، زرد و سبز و

آبی انجام شده، پردازش آن‌ها به سرعت انجام می‌شود و سبب تسریع در عملیات ترخیص کالا می‌گردد. انتخاب مسیر اظهارنامه خودکار بوده و به وسیله شاخص‌های محرمانه‌ای که به وسیله کمیته‌های خاصی در گمرک تعریف و تأیید می‌گردند (چون نوع کالا از نظر مجاز یا مشروط یا ممنوع، سابقه تخلف صاحب کالا یا ترخیص کار و...) صورت می‌گیرد. بدین ترتیب اظهارنامه‌های کانال سبز بدون هیچ گونه کنترلی، اظهارنامه‌های کانال زرد فقط با بررسی اسناد قابل ترخیص می‌باشند ولی اظهارنامه‌های قرمز که به وسیله سیستم انتخاب شده‌اند و دارای ریسک بالا بوده کاملاً به وسیله کارشناسان گمرک کنترل و ارزیابی می‌گردند (Safari. 2010. 132) و در نهایت اظهارنامه‌های کانال آبی به فعالان اقتصادی مجاز اختصاص دارد که امکان استفاده از تسهیلات دیگر چون نسبه بودن حقوق و عوارض و غیره در آن پیش‌بینی شده است. هدف از به کارگیری انتخاب مسیر اظهارنامه به وسیله رایانه اعتماد به بازرگانان، تجار و حق العمل کارانی است که معتمد گمرک بوده و سابقه اظهار خلافی در گمرک نداشته (به نوعی بنیاد لازم برای اجرای برنامه فعالان اقتصادی مجاز) که با استفاده از این امکان گمرک تلاش دارد تا زمان ترخیص کالا را از گمرکات کشور به حداقل زمان ممکن برساند و کنترل خود را بر روی کالاهایی که دارای ریسک بالا می‌باشند متمرکز نماید. (Karbasian. 2017. 37) نحوه اجرای برنامه فعالان اقتصادی در ایران از یک طرف کانال آبی را برای فعالان اقتصادی فعال نکرده است و از طرف دیگر محدود بودن فعالان اقتصادی مجاز ایرانی به واردکنندگان و صادرکنندگان (موردبررسی در بخش‌های آتی) و محروم بودن فرورادرها و حمل و نقل کنندگان و ترخیص کاران که اکثریت انجام دهندگان تشریفات گمرکی کالاها در گمرکات ایران را انجام می‌دهند و این به نوعی از دلایل افزایش هزینه‌های پنهان در گمرکات ایران می‌گردد. لازم به توضیح است که ایجاد کانال‌ها در گمرک ایران و دیگر کشورها به دلیل حجم انبوه تجارت بین‌الملل و عدم امکان انجام تشریفات گمرکی آن‌ها با کنترل فیزیکی همه محمولات طراحی و اجرا گردید و با به کارگیری مدیریت خطر در گمرک انجام می‌شود. هرچند این مهم از اهداف اجرای برنامه AEO بوده ولی اولاً تسهیلاتی نیست که خاص فعالان اقتصادی مجاز مقرر شده باشد و قبل از شروع برنامه AEO در گمرک ایران و با معیار نوع کالا و سابقه صاحب کالا، اجرا می‌شده است. ثانیاً کانال آبی که خاص فعالان اقتصادی مجاز است هنوز در گمرک ایران طراحی نگردیده است و ثالثاً رویه گمرکی استفاده از کانال‌های گمرکی در مقررات گمرکی ایران قانونمند نگردیده است،

در صورتی که قانون گمرکی جدید ایران مصوب ۱۳۹۰ مجلس شورای اسلامی است و گمرک ایران می‌توانست ابزارهای اجرای برنامه را در قانون و آئین‌نامه اجرایی آن پیش‌بینی کند.

۷- برخورداری فعالان اقتصادی مجاز از گمرکی کمتر دولتی

با اجرای برنامه درستکاری و راهبردهای اجرایی شدن استانداردهای کنوانسیون تجدید نظر شده کیوتو و فعالان اقتصادی مجاز، کارشناسان و ارزیابان گمرک شاغل در مشاغل بررسی‌های فیزیکی کالاها آزاد و کارکنان مدیریتی و حراستی را از امور مراقبتی برای مبارزه با فساد اقتصادی و ارتشا در گمرک‌های می‌بخشد و امکان استفاده از نیروی انسانی را به امور نظارتی فراهم می‌کند. انجام این مهم سبب تحول در نظام اداری گمرک و مصداق تأمین منافع ملی کشور است. بعضی از صاحب‌نظران در حوزه امور گمرکی، معتقدند که برای مبارزه با فساد در گمرک باید گمرک را از اداراتی دولتی به نهادی تبدیل کنیم که امور گمرکی به وسیله صاحبان کالا انجام و کارگزاران دولت در گمرک فقط به ایفای نقش نظارتی جهت حسن انجام امور توسط صاحبان کالا در گمرک محدود شوند. (Theo Fletcher.2007: 63)

۸- داشتن سطحی مناسبی از صادرات و واردات

هرچند میزان صادرات و واردات جهت تشخیص فعالان اقتصادی مجاز در دستورالعمل سازمان جهانی گمرک معین نشده است ولی با توجه به تأکید سازمان جهانی گمرک مبنی بر حضور نماینده جامعه تجاری هر کشور در هیئت‌های تشخیص و با توجه به شیوه انجام پذیرش‌ها در کشورهای پیش‌تاز در برنامه فعالان اقتصادی مجاز، باید بین میزان صادرات و واردات لازم برای کسب رتبه فعال اقتصادی مجاز با حجم کل صادرات و واردات کشور ارتباط منطقی وجود داشته باشد. نکته مهمی که هیئت‌های تشخیص ملی را به منطقی بودن این میزان صادرات و واردات لازم برای کسب رتبه فعال اقتصادی مجاز وادار می‌کند. (COMPENDIUM AEO.WCO.2019:9 of)

سامانه گمرک ایران در قسمت فعالان اقتصادی مجاز فایلی را تحت عنوان خلاصه روند اجرایی شناسایی فعالان اقتصادی مجاز ارائه کرده است که برای داوطلب این مراحل را نشان داده است:

الف) در جداول آورده شده در سامانه گمرک، از شرایط مشترک همه رتبه‌ها، داشتن سابقه سه‌ساله صادرات و واردات است ولی شرکت‌های بازرگانی بر اساس میزان ارزشی واردات و صادرات آن‌ها و شرکت‌های تولیدی را بر اساس تعداد کارگران بیمه شده و میزان ارزشی واردات و صادرات آن‌ها رتبه‌بندی شده‌اند. بعد از ارسال درخواست از طریق سیستم ثبت مکاتبات پرتال گمرک ایران توسط صاحب کالا، دبیرخانه AEO گمرک ایران صحت هویت شخصی متقاضی را بررسی و در صورت صحت از دفتر فناوری، اطلاعات و ارتباطات گمرک حجم فعالیت وارداتی و صادراتی متقاضی را طی سه سال گذشته اعلام می‌کند. در صورتی که پاسخ دفتر فناوری، اطلاعات و ارتباطات گمرک صلاحیت بند الف متقاضی (داشتن سه سال فعالیت در زمینه صادرات و واردات) را تأیید نکرد، رد درخواست را به متقاضی اعلام می‌کند. در صورت تأیید "داشتن سه سال فعالیت در زمینه صادرات و واردات" بر اساس میزان صادرات و واردات متقاضی او را رتبه‌بندی نموده و شرایط "نداشتن بدهی ماده ۷ قانون گمرکی"، "سابقه قاچاق و جعل"، سابقه تعهدات و تضامین ایفاء نشده "سابقه توکیل به غیر بیش از سه بار" را از واحدهای نظارتی و ستادی اعلام می‌نماید.

در این مرحله در صورت وجود سوابقی در موضوعات فوق که مبین رد صلاحیت متقاضی برای تبدیل به AEO است، موضوع به متقاضی اعلام می‌شود تا در صورتی که صلاحیت متقاضی به دلیل داشتن بدهی ماده ۷ یا داشتن تعهدات و تضامین ایفاء نشده است، متقاضی بتواند تعهدات را ایفاء و تسویه و به دبیرخانه AEO اعلام تا مابقی مراحل انجام شود؛ بنابراین روال پذیرش فعال اقتصادی مجاز در ایران، هیچ انعطافی را از منظر شرایط برخورداری از میزان واردات و صادرات مقرر نداشته و تنها جامعه تجاری کشور یعنی اتاق بازرگانی را در تشخیص مناسب بودن شرایط فوق دخالت نداده است و تنها آن را وسیله‌ای برای وادار کردن متقاضی جهت ایفاء تعهدات قلمداد کرده است.

۹- نظارت دائمی گمرک بر شرایط فعال اقتصادی مجاز

راستی آزمایی شخصیت تجاری داوطلب فعال اقتصادی مجاز در طرح سازمان جهانی گمرک برای این منظور به گمرک داده شده است که گمرک بتواند سابقه عدم تخلف در انجام تشریفات

گمرکی به وسیله متقاضی را از سوابق خود استخراج نماید. از طرف دیگر این راستی آزمایی یک اقدام همیشگی گمرک برای داوطلبی است که به سطح فعال اقتصادی مجاز ارتقا یافته و در حال استفاده از تسهیلات فعالان اقتصادی مجاز در گمرک کشور خود و سایر کشورهاست تا در صورت کشف هرگونه تخلف بر اثر نظارت های گمرک، شناسه فعال اقتصادی مجاز او باطل گردد؛ بنابراین صاحبان کالا برای ارتقا به فعال اقتصادی مجاز باید تمام پرونده های گذشته خود در گمرک را تسویه و تلاش نمایند بعد از ارتقا هم در جریان استفاده از تسهیلات خود در گمرک، از هرگونه تخلف خودداری نماید. (8: COMPENDIUM of AEO.WCO.2019) این مهم که بزرگترین بازدارنده فعالان اقتصادی مجاز برای هرگونه سودجویی و پرهیز از ایجاد ناهنجاری در سلامت اداری گمرک محسوب می شود، در قوانین گمرکی ایران، قانونمند نگردیده است. این نقص در قانون گمرکی ایران، در بررسی گام به گام برای اجرای برنامه AEO سازمان جهانی گمرک بیشتر اهمیت پیدا می کند: "بررسی شرایط متقاضیان این برنامه می تواند شامل بررسی سوابق وارداتی و صادراتی آنها، سوابق کیفری آنها و در صورتی که شخصیت حقوقی دارند سوابق کیفری مدیران آنها، نداشتن بدهی مالیاتی، بدهی مالی، ثبات و امنیت کاری آنها در تجارت و سرانجام نگاهی به سبد تجاری کلی آنها. همه اینها می تواند به پذیرش آنها به عنوان فعال اقتصادی مجاز منجر شود." (11: AEO Implementation Guidance. 2010) البته سازمان جهانی گمرک در بررسی گام به گام برای اجرای برنامه AEO پیشنهاد می دهد در طراحی فرآیند پذیرش متقاضیان، یک رویکرد انعطاف پذیر طراحی شود تا پذیرش شرکت ها و بنگاه های کوچک و متوسط (SME) امکان پذیر باشد. (16: AEO Implementation Guidance. 2010) بنابراین قانونمند نگردیدن نحوه اجرای برنامه به ویژه اختیارات نظارتی گمرک در کنار عدم مشارکت جامعه تجاری و نبود هرگونه انعطاف در شرایط و عدم امکان متقاضی رد صلاحیت شده از مراحل استیناف ضعف های مهم نحوه اجرای برنامه در ایران هستند.

۱۰- نداشتن سابقه همکاری با اشخاص ثالث ناصالح و محدود بودن همکاری با اشخاص ثالث

بعد از پذیرش متقاضی در برنامه AEO، در صورت تعیین شخص ثالث برای ترخیص کالا از سوی فعال اقتصادی نحوه انجام تشریفات گمرکی آنها نیز باید در زمره نظارت های گمرک و

اعتبار سنجی فعالان اقتصادی پذیرش شده در تمديد يا لغو مجاز بودن آنها قرار گیرد. ضمناً با توجه به اینکه در برنامه AEO سازمان جهانی گمرک این اشخاص ثالث، خود می‌توانند در زمره فعال اقتصادی مجاز قرار گیرند؛ بنابراین متقاضی که روال کاری گذشته او نشان دهنده استفاده از خدمات اشخاص ثالث برای انجام تشریفات گمرکی کالای خود باشد، نمی‌تواند فعال اقتصادی مجاز باشند. (AEO Implementation Guidance, 2010:18) با توجه به اینکه در اجرای برنامه در گمرک ایران حق العمل کاران (ترخیص کاران) نمی‌توانند در زمره فعال اقتصادی مجاز ارتقا یابند؛ در حالی که این اشخاص دارای صلاحیت عمومی و فنی از نظر گمرک جهت انجام تشریفات گمرکی صاحبان کالایی که به مراحل انجام تشریفات گمرکی اشرافی ندارند، هستند می‌تواند ناشی از تعارض شرایط جهانی با نحوه اجرای برنامه در گمرک ایران باشد.

۱۱- حق برخورداری از اطلاعات برنامه و شرایط عضویت و تعلیق به طور شفاف

در برنامه جهانی مقرر شده که معیارها و روند تعلیق و حذف شرکت‌ها باید در ابتدا مشخص شود و به طور شفاف در دسترس بخش خصوصی قراردادده شود. (AEO Implementation Guidance, 2010:28) که با توجه به اعلام شرایط در سامانه و شفاف بودن روند عضویت، می‌توان تطبیق این بخش از برنامه با اجرای آن در گمرک ایران را نتیجه گرفت.

۱۲- حق برخورداری از وثایق اسنادی بجای تضمین در گمرک از سوی فعال اقتصادی مجاز

استفاده از اسناد و بیمه‌نامه و حتی تعهدنامه بجای تضمین از تسهیلات مورد تأکید در برنامه فعالان اقتصادی مجاز از سوی سازمان جهانی گمرک است. (WCO SAFE FoS, 2018: 14) در حقیقت فعال اقتصادی مجاز برای به دست آوردن این مزیت و حفظ اعتماد گمرک به خود، یک ضمانت‌نامه اسنادی یا یک تعهدنامه موثق به گمرک می‌سپارد و همین ضمانت‌نامه یا تعهدنامه می‌تواند به عنوان تضمین در انجام تشریفات گمرکی و رویه‌هایی که انجام آنها مستلزم ضمانت سپاری در گمرک است، مورد استفاده فعال اقتصادی مجاز قرار گیرد. از نکات مهم برنامه، امکان استفاده از این ضمانت‌نامه یا تعهدنامه فعال اقتصادی مجاز در گمرک کشور خود، در گمرک کشورهای دیگری است که در شبکه جهانی یا منطقه‌ای فعالان اقتصادی مجاز که با

موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه گمرکات کشورها اجرایی می‌شود، بجای تضمین است. با اجرایی شدن این مهم برنامه، یک فعال اقتصادی مجاز می‌تواند رویه‌های مستلزم تضمین سپاری در گمرک کشورهای دیگر را با استناد به ضمانت‌نامه خود در گمرک متبوع خود انجام دهد. (WCO SAFE FoS.2018:A) مهمی که به دلیل محرومیت فعالان اقتصادی ایرانی از شبکه منطقه‌ای وجهانی از آن محروم هستند.

مقایسه تسهیلات اعطایی به فعالان اقتصادی مجاز در ایران با تسهیلات مقرر در برنامه

در این بخش به ارزیابی تسهیلات اعطایی به فعالان اقتصادی مجاز در گمرک ایران می‌پردازیم با این منظور که آیا این تسهیلات می‌توانند صاحبان کالا در گمرک را به رتبه بالاتری نسبت به زمانی که هنوز فعال اقتصادی مجاز نبوده‌اند، ارتقاء دهد؟ با توجه به اینکه برنامه AEO یک برنامه جهانی و تدوین شده از سوی سازمان جهانی گمرک با بایسته‌های معین است، آیا تسهیلات مقرر برای فعالان اقتصادی مجاز با بایسته‌های برنامه جهانی تطبیق دارد؟

درنهایت با توجه به اینکه بر اساس برنامه جهانی، فعالان اقتصادی مجاز می‌توانند در کشورهای طرف تجاری و منطقه از تسهیلات این برنامه هم استفاده نمایند، آیا تسهیلات گمرک ایران برای فعالان اقتصادی مجاز با تسهیلات کشورهای منطقه و طرف‌های تجاری همخوانی لازم را دارد تا آن کشورها را به همکاری متقابل با گمرک ایران در این خصوص وادارد؟ برای پاسخگویی به این پرسش‌ها می‌توان به بررسی موردی تسهیلات اعطایی گمرک ایران پرداخت و در مواردی هم به تسهیلات اعطایی گمرک دیگر کشورها به فعالان اقتصادی مجاز تأملی داشته باشیم.

۱) استفاده از تسهیلات ماده ۵۷ آئین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی

این تسهیلات بدون وثیقه‌سپاری و به شرط پرداخت هزینه‌های آن برای صادرات و با وثیقه‌سپاری برای کالاهای وارداتی قبل از عضویت ایران در برنامه AEO در قانون گمرکی مقرر سابقه انجام آن هم به صورت مکرر در گمرکات اجرایی وجود داشت؛ بنابراین، این تسهیلات و تسهیلات پذیرش ضمانت‌نامه بانکی حداکثر یک‌ساله برای ترخیص قطعی موضوع ماده ۶ قانون امور گمرکی و استفاده از تضمین بیمه‌ای برای صادرات تسهیلاتی نیست که خاص فعال اقتصادی

مجاز باشد یا برای آن‌ها قانونمند شده باشد، نیست.

۲) پذیرش ضمانت‌نامه بانکی برای ترخیص قطعی موضوع ماده ۶ آئین‌نامه اجرایی قانون می‌توان گفت که تکرار تسهیلات قبلی است و به نظر می‌رسد گمرک ایران می‌خواهد در ظاهر تعداد تسهیلات فعالان اقتصادی مجاز را افزایش دهد.

۳) استفاده کامل از تسهیلات بسته حمایت از تولید چنانچه از عنوان تسهیلات مشخص است این تسهیلات از سال ۱۳۹۲ در گمرک ایران برای تولیدکنندگان طراحی و اجرا شده است و واردکننده و صادرکننده بدون رتبه فعال اقتصادی مجاز هم می‌توانند از تسهیلات این بسته استفاده کنند، این سؤال مطرح می‌شود که چرا این اشخاص باید متقاضی AEO شوند؟

۴) استفاده کامل فعالان اقتصادی مجاز از تسهیلات بسته حمایت از صادرات در خصوص این تسهیلات نیز همان اشکال قبلی وجود دارد و برای برخورداری از آن نیازی به برخورداری از رتبه فعال اقتصادی مجاز برای صادرکننده وجود ندارد.

۵) ترخیص کالای فعالان اقتصادی مجاز خارج از مسیر قرمز، ایجاد کانال‌ها در گمرک ایران و دیگر کشورها به دلیل حجم انبوه تجارت بین‌الملل و عدم امکان انجام تشریفات گمرکی آن‌ها با کنترل فیزیکی همه محمولات طراحی و اجرا گردید و چنانچه در فصول قبل مطرح شد با به کارگیری مدیریت خطر در گمرک انجام می‌شود. هرچند این مهم از اهداف اجرای برنامه AEO بوده ولی اولاً تسهیلاتی نیست که خاص فعالان اقتصادی مجاز مقرر شده باشد و قبل از شروع برنامه AEO در گمرک ایران و با معیار نوع کالا و سابقه صاحب کالا، اجرا می‌شده است. ثانیاً کانال آبی که خاص فعالان اقتصادی مجاز است هنوز در گمرک ایران طراحی نگردیده است و ثالثاً رویه گمرکی استفاده از کانال‌های گمرکی در مقررات گمرکی ایران قانونمند نگردیده است.

۶) تخفیف در هزینه خدمات انجام خدمات گمرکی به پیشنهاد گمرک و تأیید وزیر محترم امور اقتصادی (بند الف ماده ۳ آئین نامه اجرایی قانون امور گمرکی) حداکثر تا سقف ۵۰ درصد

چنانچه در بند الف ماده ۳ آئین نامه اجرایی قانون امور گمرکی آمده بود تخفیف در هزینه انجام خدمات منوط به ارائه خدمات به وسیله گمرک بود و با توجه به خصوصی سازی انجامی در گمرک و شکل گیری قریب به اتفاق تمامی خدمات به وسیله بخش خصوصی، می توان اعطای این تسهیلات به فعالان اقتصادی مجاز را فقط در موارد نادر ممکن دانست.

۷) استفاده از حداقل تضمین در کلیه مواردی که در قانون امور گمرکی و آئین نامه اجرائی به تضمین اشاره شده است.

چنانچه قبلاً توضیح داده شد، حداقل میزان تضمین برای کالاهای مجاز است که برابر با حقوق ورودی کالا است و برای کالاهای دیگر (مشروط و ممنوع) برابر است با حقوق ورودی به علاوه نصف تا سه برابر ارزش کالا در گمرک؛ بنابراین می توان نتیجه گرفت که این تسهیلات زمانی برای فعال اقتصادی مجاز قابل استفاده است که کالای او از نوع غیرمجاز باشد و گمرک به حداقل آن یعنی حقوق ورودی به علاوه نصف ارزش کالا در گمرک موافقت نماید.

۸) رسیدگی به پرونده اختلافات گمرکی فعالان اقتصادی مجاز به صورت فوری و خارج از نوبت در کمیسیون های رسیدگی به اختلافات گمرکی این تسهیلات در موارد اختلاف فعالان با گمرک در تسریع رسیدگی به اختلافات نقش مهمی دارد ولی با تسهیلات مقرر در برنامه همخوانی ندارد.

۹) اعطای مجوز ایجاد انبار اختصاصی به فعالان اقتصادی مجاز

لازم به توضیح است که ایجاد انبار اختصاصی در دو صورت برای واردکنندگان مقرون به صرفه اقتصادی است و آن زمانی است که میزان کالاهای ورودی واردکننده به میزانی باشد که هزینه انبارداری آن در اماکن گمرکی بیشتر از هزینه احداث آن با شرایط مقرر در آئین نامه اجرایی قانون گمرکی و هزینه های حفاظت و نگهداری انبار اختصاصی باشد. در این صورت نیازی به فعال اقتصادی مجاز بودن متقاضی نیست و در صورت تأمین شرایط مورد موافقت گمرک

قراری گیرد.

۱۰) انجام فرآیند استرداد خارج از نوبت مطابق با تسهیلات پیش‌بینی شده در بسته حمایت از تولید با اخذ تعهد، به نظر می‌رسد اعطای این تسهیلات به فعالان اقتصادی مجاز یا ناشی از عدم اشراف به رویه استرداد بوده یا فقط با قصد بالا بردن تعداد تسهیلات بدون اقدام آورده شده باشد. در قانون گمرکی، اجرای رویه استرداد همزمان با صدور برگ ترخیص کالای صادرات قطعی و با هدف بازپس‌گیری حقوق ورودی اخذ شده از عین کالای صادراتی یا بخشی از آن که قبلاً به قلمرو گمرکی ورود قطعی شده می‌باشد و بنا به نص صریح قانون باید بلافاصله یعنی همزمان با صدور کالا و به مآخذ زمان پرداخت انجام شود؛ بنابراین تسهیلات تسریع در استرداد برای فعالان اقتصادی مجاز، موضوعی است که مزیتی برای اعضای AEO در ایران فراهم نمی‌کند.

۱۱) در خصوص نگهداری بخشی از کالای فعالان اقتصادی مجاز به عنوان وثیقه خارج از نوبت مطابق تسهیلات پیش‌بینی شده در بسته حمایت از تولید با اخذ تعهد، از تسهیلات نوینی است که هرچند اجرا برای فعالان اقتصادی مجاز مغایرت قانونی ندارد ولی پیشنهاد می‌شود جهت نهادینه شدن آن، اقدامات لازم برای قانونمند شدن این تسهیلات جهت فعالان اقتصادی مجاز انجام شود.

۱۲) استفاده از ماده ۴۲، اجازه رئیس کل گمرک و تعهد بالاترین مقام وزارتخانه یا سازمان دولتی مرتبط با محاسبه وجوه متعلقه و صدور حکم، اگر به فلسفه درج این قانون و قبض اختیار صدور دستور ترخیص کالا توجه شود، انجام این مقرر برای کالاهایی است که به علت کمبود یا نبود آن در بازار، نیاز به تأمین آن ضرورت دارد که در صورتی که کالا متعلق به وزارتخانه یا سازمان دولتی باشد با تعهد بالاترین مقام آن وزارتخانه یا سازمان دولتی و در صورتی که متعلق به اشخاص غیر دولتی است با تضمین و صدور دستور رئیس کل گمرک ترخیص موقت و در محدوده هفت روز پس از ترخیص، تشریفات گمرکی قطعی آن انجام می‌شود. امعان نظر به سابقه اجرای این ماده قانونی نشان می‌دهد که تعلق کالا به فعال اقتصادی مجاز تغییری در کاربرد آن ایجاد نمی‌کند و اصل بر ضرورت فوری ترخیص کالا است.

۱۳) استفاده از تسهیلات مقرر در استاندارد ۳۲-۳ کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو این تسهیلات را می‌توان مهم‌ترین تسهیلاتی دانست که در صورت انجام وفق بایسته‌های

استاندارد، می‌تواند بسیاری از اهداف برنامه برای فعالان اقتصادی مجاز را تحقق بخشد. ولی آنچه که اجرای بایسته‌های استاندارد فوق در گمرکات اجرایی اعم از امکان تکمیل اطلاعات اظهارنامه یا ارائه اظهارنامه مکمل یا اکتفا به سوابق و بایگانی صاحب کالا را که در اینجا شخص مجاز است، حتمی می‌کند، درج این بایسته‌ها در حقوق گمرکی ایران است چون مبنای انجام تشریفات گمرکی کالا در گمرکات اجرایی، قانون گمرکی و آیین‌نامه اجرایی آن (حقوق گمرکی ایران) است و نه تصویب آن بایسته‌ها در قانون عضویت کشور در کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو.

۱۴) استفاده از تسهیلات ماده ۶ قانون امور گمرکی کالای متعلق به وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی با تعهد مسئولان مالی سازمان و اشخاص با اخذ ضمانت نامه بانکی با حداکثر سقف یکساله جای تعجب دارد که این تسهیلات در ردیف‌های قبلی تسهیلات و با عنوان "پذیرش ضمانت نامه بانکی حداکثر یکساله برای ترخیص قطعی موضوع ماده ۶ قانون امور گمرکی" آورده شده بود؛ بنابراین این تسهیلات درج مکرراست برای افزایش تعداد تسهیلاتی که گمرک در سامانه خود قرار می‌دهد.

۱۵) رسیدگی خارج از نوبت اظهارنامه‌های فعالان اقتصادی مجاز با توجه به ضرایب تعیین شده با ضریب اهمیت زمانی دو (معادل شرکت‌های تولیدی) در سامانه جامع امور گمرکی به صورت سراسری در این تسهیلات نیز همان مشکلات دیگر تسهیلات دیده می‌شود. یکی اینکه این تسهیلات برای تولیدکنندگان (همچنانکه در عنوان خود تسهیلات و با واژگان "معادل شرکت‌های تولیدی" و صادرکنندگان از قبل وجود داشته است و فقط برای شرکت‌های بازرگانی که واردکننده کالا باشند در مقام فعال اقتصادی مجاز قابل استفاده است و دوم اینکه تولیدکنندگان و صادرکنندگان که اظهارنامه آنان با ضریب اهمیت دو در سامانه جامع امور گمرکی، خارج از نوبت رسیدگی می‌شود، چرا باید مراحل عضویت در برنامه AEO را طی کنند تا به همان مزیتی برسند که قبل از آن برخوردار بوده‌اند. سوم اینکه فعالان اقتصادی مجاز بنا به تسهیلات اعلامی گمرک می‌توانند از تسهیلات بسته حمایتی تولیدکنندگان استفاده کنند و یکی از تسهیلات این بسته "ایجاد سرویس ویژه ارزیابی برای آنان" است که در گمرک ایران دایر نشده است. اگر فعالان اقتصادی مجاز دارای سرویس ویژه ارزیابی بودند، نیازی به اعمال ضریب برای اولویت در سرویس ارزیابی عمومی نبود.

درمجموع سازمان جهانی گمرک تسهیلات اعطایی گمرک ایران به فعالان اقتصادی مجاز را در دو مورد محدود می‌داند؛ در صورتی که تسهیلات اعلامی گمرک ایران هجده مورد است. سازمان جهانی گمرک فقط تسهیلات دوگانه زیر را به فعالان اقتصادی مجاز از سوی گمرک ایران تأیید کرده است: (COMPENDIUM of AEO.WCO.2019:164)

اول (کالاها در حداقل زمان ترخیص می‌شود.

دوم (امکان ارزیابی خارج از اماکن گمرکی کالا به درخواست فعال

دلایل عدم تحقق سلامت اداری در گمرک ایران

از دلایلی که برنامه درستکاری در گمرک که بیان دیگر سلامت اداری در گمرک است، را برنامه یکپارچگی می‌نامند، ارتباط منطقی بین اجرای کامل و صحیح برنامه درستکاری با اعمال استانداردهای SAFE و بایسته‌های مندرج در استانداردهای کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو با اجرای صحیح برنامه فعالان اقتصادی مجاز اعم از اعطای تسهیلات برنامه به آن‌ها و شیوه جذب و مدیریت آن‌ها به وسیله گمرک هر کشور است. در این میان اجرای صحیح برنامه درستکاری و فعالان اقتصادی مجاز، بیشترین تأثیر را بر سلامت اداری در گمرک خواهد گذاشت.

صرف نظر از عدم شمول اجرای برنامه فعالان اقتصادی به فعالان مهم امور گمرکی چون فرورادرها و شرکت‌های حمل و نقل فعال در عرصه تجارت خارجی ایران چون کشتیرانی‌ها، خطوط هوایمایی، مناطق ویژه اقتصادی و مناطق آزاد تجاری و تجاری صنعتی، کارگزاران گمرکی که باعث قلت تعدادی فعالان اقتصادی مجاز ایرانی می‌گردد و همین موضوع حضور ایران در شبکه متقابل AEO جهانی و منطقه‌ای را منتفی و سبب محرومیت فعالان اقتصادی مجاز ایرانی از تسهیلات دیگر کشورها می‌گردد. از طرف دیگر تسریع در زمان انجام تشریفات گمرکی برای همه محمولات تجاری حاصل نمی‌گردد چون از یک طرف تعداد فعالان اقتصادی مجاز محدود است و از طرف دیگر اهمیت تسهیلات امروزین گمرک برای آن‌ها (که فقط دو مورد آن مورد تأیید سازمان جهانی گمرک بود و در لیست هفده گانه آن موارد متعدد تکراری بود یا در عرصه عمل واقعیت نداشت) یا فقط برای رویه واردات و صادرات قابل اعمال بود در صورتی که میزان اظهارنامه‌های این دو رویه در کل درصد کمی از مجموع اظهارنامه‌های کوتاژی گمرک را تشکیل می‌دهد؛ بنابراین هزینه‌های پنهان کالاهای تجاری ایران در گمرک همچنان بالا خواهد بود

و قاجاق به عنوان ناهنجاری اقتصادی ملی کشور همچنان خودنمایی خواهد کرد. عدم شمول رویه‌های گمرکی برای AEO در ایران و قلت فعالان اقتصادی مجاز، گمرک را همچنان سازمانی دولتی نگهداری و همین مهم سبب عدم انجام وظایف نظارتی در گمرک به دلیل پرداختن شاغلین در گمرک به امور کنترلی و بررسی‌های فیزیکی و غیره خواهد شد که از دلایل مهم فساد در گمرک ایران است. از سوی دیگر بین مجریان برنامه با جامعه تجاری کشور هیچ ارتباط مشاوره‌ای و تبادل نظر وجود ندارد. از نظر تسهیلات مورد تأکید در برنامه جهانی هم چون کانال ویژه (آبی) برای فعالان اقتصادی مجاز و حق انجام تشریفات منجر به ترخیص قبل از ورود کالا به اماکن گمرکی چون دیگر تسهیلات به صورت ناقص و فقط برای محمولات صادراتی فراهم است، تجدیدنظرخواهی یا استیناف در گمرک که مورد تأکید هم برنامه درستی‌کاری و هم کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو است نه تنها به وسیله مرجع اداری مستقل از گمرک و یا در مرجع قضایی مستقل و بی طرف نسبت به همه تصمیمات و آرای گمرک وجود ندارد چه رسد به رد درخواست متقاضیان رتبه فعال اقتصادی مجاز و در نهایت از آنجا که ملاک انجام امور گمرکی در گمرکات توسط مدیران و کارکنان گمرک، قانون گمرکی و آیین نامه اجرایی قانون گمرکی است و بایسته‌های کنوانسیون‌ها یا برنامه‌های سازمان جهانی گمرک به دلیل نداشتن پوشش قانونی در حقوق گمرکی ایران، اجرای سلیقه‌ای تسهیلات را افزایش خواهد داد که از مصادیق افزایش فساد در گمرک ایران خواهد بود. در نهایت درستکاری در گمرک علاوه بر موارد یاد شده، زدایش اقتدار دولت در گمرک و صداقت در اجرای برنامه‌ها توسط مسئولین آن هم نیازمند است.

References:

A)Books:

- [1] Babaei Mehdi. (2013). "Obstacles and Strategies for Realizing Administrative Health", Tebyan System 23/7/2016. Home page
- [2] EU and US. GNC Utility Block(2013) *Globally Networked Customs AEO Mutual Recognition – AEO Mutual Recognition*. Version 1.20. 2013-04-11. Belgium: Brussels. World Customs Organization. 75 pages
- [3] Jamal Arvannaghi Mehrdad. (2020) Max Pedia. Islamic Republic of Iran: Tehran. Chap & Nashr Bazargani co. 261 pages
- [4] Julius k. Nyerere. (2003). *The Arusha Declaration ten years after*. United Republic of Tanzania. Government Printer
- [5] Karbasian Massoud. (2017), *Comprehensive Customs System and Window of Cross-Border Trade Unit*, . Islamic Republic of Iran: Tehran: Dara

- Publishing. 270 pages
- [6] Ministry of Industry, Mines and Trade (2019), Foreign Trade Performance Report, . Islamic Republic of Iran: Tehran: Planning Office, Statistics Group. 19 pages
 - [7] Private Sector Consultative Group(2010) *AEO Benefits. WCO SAFE Package. Brussels Belgium* .World Customs Organization
 - [8] Safari Taheri Gholamreza. (2011). Customs Terminology, . Islamic Republic of Iran: Tehran, Faculty of Economic. 310 pages
 - [9] WCO (2010) *AEO Implementation Guidance. How to develop an AEO programme*. May 2010 . Brussels Belgium .World Customs Organization. 143 pages
 - [10] WCO (2018) *SAFE Framework of Standards*. 2018 edition. Brussels Belgium . World Customs Organization. 38 pages & 28 Anex
 - [11] WCO. (2010). *The Authorized Economic Operator and the Small and Medium Enterprise*, FAQ May 2010. Brussels Belgium. World Customs Organization. 7 pages
 - [12] Yasaei Massoud. (2005). Customs Organization and Duties in Iran, Islamic Republic of Iran: Tehran: Hormozgan University Publishing. 119 pages
 - [13] Yasaei Masoud. (2012). International Customs Organizations and Conventions, Islamic Republic of Iran: Tehran: Jangal Publications. 366 pages
 - [14] Articles:
 - [15] Homayouni Gholamhossein. (1399). "Modeling for the promotion of administrative health in the Customs of the Islamic Republic of Iran", Islamic Republic of Iran: Tehran. Quarterly Journal of Administrative Law, Public Management Training Center, Volume 7, Number 23 (2018-2021), pp. 247-272.
 - [16] Kamali Yahya. (2010). "Administrative Health in Iran; Injuries and solutions ", Islamic Republic of Iran: Tehran. bi-weekly scientific, analytical, National Inspection Organization, No. 27, December 2010, pp. 1 - 52.
 - [17] Karbasian Massoud. (2007). "A Study of the Management System of the World Customs Organization in the 21 Century", Islamic Republic of Iran: Tehran. Economic Research Journal, Volume 7, Number 2 (25), pp. 73-47.
 - [18] Rostami Vali. (2011). "Resolving Customs Disputes in Iran and Its Procedure", Legal Quarterly of the Faculty of Law and Political Science, Islamic Republic of Iran: Tehran. University of Tehran, Volume 41, Number 4, Winter 2011, pp. 157-139.
 - [19] Rostami, Vali. (2013). "Feasibility Study of the Code of Administrative Procedure", Islamic Republic of Iran: Tehran. Quarterly Journal of Judicial Law Perspectives, No. 64, 2013, pp. 81-81.
 - [20] Theo Fletcher. (2007). "AUTHORISED ECONOMIC OPERATOR (AEO) PROGRAMS" . *International Network of Customs Universities* . Volume 1, Number 2. pp. 61-65

- [21] WCO. (2018). Trader Identification Number(TIN). UNODC-WCO Container Control Programme wins prestigious award, World Customs Organization. June 2018 pages 1-16
- [22] WCO. (2019). *COMPENDIUM OF AUTHORIZED ECONOMIC OPERATOR PROGRAMMES AEO*. Edition 2019. Brussels Belgium . World Customs Organization
- [23] B) sites :
- [24] http://www.tccim.ir/cons_details.aspx?id=32414
- [25] <https://www.irica.ir>
- [26] <http://www.wcoomd.org/en/search.aspx?keyword=Integrative+Program>
- [27] <https://www.intechopen.com/online-first/the-simplification-of-customs-formalities--the-role-of-the-authorized-economic-operator>
- [28] <http://www.wcoomd.org/en/media/newsroom/2013/april/aeo-seminar.asp>

تحلیل کارایی نظریه تقصیر بر مبنای نظریات رفتار مصرف کننده و تولید کننده

مینا بلوری فر^۱

دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه

بوعلی سینا همدان

بیژن حاجی عزیزی^۲

دانشیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا همدان

فیض‌الله جعفری^۳

استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا همدان

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱۰

چکیده

نظریه تقصیر از مهم‌ترین تئوری‌ها در مبنای مسئولیت مدنی است که طبق آن، جبران خسارت منوط به اثبات تقصیر عامل زیان است. گاه اثبات تقصیر برعهده زیان‌دیده است و گاه عامل زیان باید بی‌تقصیری خود را ثابت نماید. این نظریه، معیاری اخلاقی برای شناسایی مبنای مسئولیت مدنی به دست می‌دهد. از سوی دیگر، یکی از رویکردها در تحلیل مباحث حقوقی، استفاده از روش‌های اقتصادی است. در این تحقیق با تشبیه زیان‌دیده و عامل زیان به مصرف‌کننده و تولیدکننده، کارایی نظریه تقصیر در پیشگیری از زیان و جبران سریع خسارت بررسی می‌شود. روش این تحقیق توصیفی-تحلیلی است. با توصیف نظریات رفتار مصرف‌کننده و تولیدکننده و استفاده از الگوهای کارایی در این نظریات، رفتار زیان‌دیده و عامل زیان را تحلیل

*- نوع مقاله: پژوهشی

۱- نویسنده مسئول: Bolurifar@gmail.com

2- haji598@basu.ac.ir

3- jafaryl原因@yahoo.com

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41833

می‌کنیم. نتایج این تحقیق نشان می‌دهد نظریه تقصیر اِبرزاری کارا برای پیشگیری از زیان است مشروط بر این که سطح استاندارد احتیاط به‌عنوان مرز بین رفتار مقصرانه و غیرمقصرانه مشخص باشد؛ اما نمی‌توان جبران سریع خسارات را به نحو کارا بر مبنای نظریه تقصیر به دست آورد و در مواردی که تعیین سطح استاندارد احتیاط و بالتبع، پیشگیری از زیان میسر نیست و قانون‌گذار در صدد جبران سریع خسارت است، مسئولیت بدون تقصیر پیشنهاد می‌شود.

کلیدواژه‌ها: تقصیر، نظریه رفتار مصرف‌کننده، نظریه رفتار تولیدکننده، کارایی.

K130 : JEL

مقدمه

اندیشمندان حقوقی کوشیده‌اند پاسخی جامع و مانع برای این پرسش بیابند که چرا باید یک شخص در برابر دیگری مکلف به جبران زیان باشد؛ بر همین اساس، نظریات متعددی در زمینه مبانی مسئولیت مدنی شکل گرفته است (Katouzian, 2008, 171؛ Safai & Rahimi, 2016:67-80؛ 2007:131-135؛ Babaii, 2010:62-79؛ Hekmat-nia, 2014:32-42؛ Lotfi, 2008:35-46؛ Qasemzadeh, 145-148؛ Bahrami, 2012:104-129؛ Ahmadi, 2008:58-70؛ Darabpour).

یکی از مهم‌ترین و سابقه‌دارترین نظریات، نظریه تقصیر است. به موجب این نظریه، تنها دلیلی که می‌تواند مسئولیت کسی را نسبت به جبران خسارت توجیه کند، وجود رابطه علیت بین تقصیر او و ضرر است (Katouzian, 2008:171؛ Shoarian & Jabbari, 2010:28)؛ یعنی علاوه بر ارکان سه‌گانه مسئولیت مدنی – شامل فعل زیان‌بار، ضرر و رابطه سببیت – باید تقصیر نیز احراز شود.

خاستگاه این نظریه به ارتباط مسئولیت مدنی به‌عنوان یکی از مسئولیت‌های حقوقی با مسئولیت اخلاقی بازمی‌گردد. بدین توضیح که تا قبل از قرن هجدهم میلادی، تفکیکی میان انواع مسئولیت وجود نداشته است (Bahrami Ahmadi, 2012:70) و همین که کسی باعث اضرار دیگری می‌شد، مکلف به جبران زیان بود؛ بی آن که بحث از اخلاقی یا غیراخلاقی بودن مسئولیت چنین

کسی مطرح باشد؛ بنابراین همین که رابطه مادی میان فعل عامل زیان و ضرر حاصله احراز می‌شود، برای مسئول دانستن عامل زیان کافی بود.^۱ در قرن ۱۸ میلادی و در پی تخصصی شدن بسیاری از علوم، در حوزه حقوق نیز تلاش شد معیاری برای تشخیص مسئولیت حقوقی از مسئولیت غیرحقوقی پدید آید. تقصیر به عنوان اولین معیاری که در این زمینه ارائه شده بود، بر پایه اخلاق و تحت تأثیر تعالیم مذهبی کلیسا (Bahrami Ahmadi, 2012:104) مطرح گردید. بدین ترتیب، در بسیاری از موارد، جبران خسارت منوط به اثبات تقصیر شد.

بر اساس این معیار، کسی به لحاظ حقوقی مسئول است که به لحاظ اخلاقی مسئولیت داشته باشد. پس صرف احراز رابطه مادی میان رفتار عامل زیان و ضرر، کافی نبوده و احراز مسئولیت، مستلزم کاوش درونی عامل زیان است (Katouzian, 2008:171؛ Babaii, 2007:132؛ Bahrami Ahmadi, 2012:104-105؛ Qasemzadeh, 2008:12؛ Hekmat-nia, 2010:41؛ Darabpour, 2008:40-42).

پرسشی که در اینجا مطرح است این است که آیا نظریه تقصیر صرفاً از دیدگاه اخلاقی قابل دفاع است و یا از دیدگاه تحلیل اقتصادی نیز می‌تواند یک نظریه کارا در تحقق اهداف مسئولیت مدنی باشد؟ علت طرح این پرسش تحولاتی است که نظریه تقصیر در طی قرون ۱۸ تا ۲۰ میلادی داشته است.^۲ در یک نگاه کلی می‌توان پیدایش، افول، احیای مجدد و تعدیل نظریه تقصیر را طی

۱- به همین علت، می‌توان شاهد مسئول دانستن مرده‌ها یا حیوانات در این دوره بود. مثلاً گفته شده است که «به دستور یکی از سرداران روم قدیم، جنازه کارگری که برای رهایی از کارهای طاقت فرسا دست به خودکشی زده بود، به صلیب آویخته و سپس جسد وی طعمه حیوانات درنده و وحشی شده است یا در قضیه‌ای دیگر، چهار خوک به جرم دریدن خوک چران مورد تعقیب قرار گرفته و گله خوک‌ها به جرم معاونت مسئول شناخته شده‌اند» (Darabpour, 2008:36؛ Hekmat-nia, 2010:34).

۲- بدیهی است با در نظر گرفتن معیار تقصیر، بحث از مسئولیت حیوانات، مردگان یا حتی مجبورین نیز منتفی خواهد بود که تحول عمده‌ای در حوزه مسئولیت حقوقی به شمار می‌رود.

۳- دیری نباید که نظریه تقصیر مورد انتقاد قرار گرفت و از جذابیت اولیه آن کاسته شد. این انتقادات در دو سطح تئوری و عملی بر نظریه تقصیر وارد آمد. به لحاظ تئوریک گفته شده است که نظریه تقصیر، نظریه مستقلاً نیست؛ چرا که فصل مشترک مسئولیت مبتنی بر تقصیر و مسئولیت بدون تقصیر، احراز رابطه علیت میان فعل زیان‌بار و زیان وارده است. پس تقصیر، عنصری اضافی است که در برخی مصادیق مسئولیت مدنی، صرفاً احراز رابطه سببیت را تسهیل می‌کند (Rahpeik, 2013:15؛ Qasemzadeh, 2008:253). به لحاظ عملی نیز ایرادات وارد بر نظریه تقصیر، عمدتاً ناشی از پیشرفت علوم طبیعی و تغییر

ساختار اجتماع در اواخر قرن نوزدهم میلادی بوده است. از اواخر قرن نوزدهم میلادی و با وقوع انقلاب صنعتی، موارد متعددی از دعاوی مسئولیت مدنی پدید آمد که در آن‌ها یا هیچ کس از حیث اخلاقی، مقصر محسوب نمی‌شد و خسارت، حاصل شیوه نوین زندگی بود یا اثبات تقصیر با در نظر گرفتن موقعیت اجتماعی زیان‌دیده، بسیار دشوار بود. از جمله این موارد می‌توان به دعاوی ناشی از روابط کارگری و کارفرمایی، دعاوی ناشی از حمل‌ونقل، رانندگی و خسارات ناشی از خطاهای پزشکی اشاره کرد (Katouzian, 2008:174؛ Bahrami Ahmadi, 2012:106؛ Rahpeik, 2013:43؛ Qasemzadeh, 2008:252؛ Shoarian & Jabbari, 2010:29).

این دو موضوع، نقطه آغازی برای انتقاد به نظریه تقصیر بود. این ایرادات موجب پیدایش سه رویکرد کلی در میان صاحب‌نظران شد؛ برخی هم‌چنان طرفدار نظریه تقصیر بوده و کوشیدند با ارائه راهکارهای عملی از ایرادات نظریه تقصیر بکاهند. برخی دیگر سعی در تعدیل مفهومی این نظریه داشتند و برخی دیگر به‌طور کلی نظریه تقصیر را طرد نمودند. طرفداران نظریه تقصیر با استناد به اماره تقصیر و نیز گسترش مسئولیت‌های قراردادی کوشیدند که از نظریه تقصیر در چهره سنتی آن حمایت کنند (Katouzian, 2008:175-177). در این زمینه کوشش شد که با تفسیر قراردادها، تعهدات ضمنی ناشی از عقود را افزایش داده و در نتیجه، باعث کاهش بار اثبات زیان‌دیده شوند. هم‌چنین تلاش شد که دامنه قراردادها، علاوه بر طرفین آن به اشخاص ثالثی نیز که به نحوی مرتبط با آن عقد هستند، تسری داده شود. بدین ترتیب، همین که شخص ثابت کند نوعی مسئولیت قراردادی وجود داشته و وفای به عهد نشده است، کافی برای مطالبه خسارت به شمار می‌رفت؛ بی‌آن که نیازی به اثبات تقصیر باشد. این راهکار باعث کاهش دعاوی مسئولیت مدنی می‌شد. یکی از مثال‌های معروف این موضوع در حقوق فرانسه، پرونده مربوط به بانک خون است. در این پرونده بیمارستان برای یکی از بیماران خود به بانک خون تقاضای انتقال خون می‌دهد. پس از انجام کار، بیمار به سفلیس مبتلا و مشخص می‌شود که خون انتقال داده شده، آلوده بوده است. بیمار دعاوی خود را به طرفیت بانک خون بر مبنای قرارداد فی‌مابین بیمارستان و بانک خون مطرح نمود و قاضی چنین تفسیر کرد که در قرارداد بین بیمارستان و بانک خون این شرط ضمنی به نفع بیماران وجود دارد که خون سالم تحویل داده شود (Marsh, 1994: 279؛ Jourdain, 2015:36). همچنین پیشنهاد شد در دعاوی که موضوع دایر مدار مسئولیت مدنی است و به هیچ وجه نمی‌توان موضوع را به قرارداد و مسئولیت‌های ناشی از آن منتسب نمود، باید از اماره تقصیر بهره گرفت. بدین ترتیب، «دادگاه‌ها از قرائن و اوضاع و احوال برای احراز تقصیر سود بردند و زیان‌دیده را از آوردن دلیل بی‌نیاز ساختند» (Katouzian, 2008:175). مثلاً مهندس عمران ساختمان، تعهد مقاومت ساختمان و برق کار، تعهد سلامت کار و خطرزا نبودن سیم‌کشی و سازنده اتومبیل، تعهد ضمنی کار متعارف آن و لوله کش گاز و آب، تضمین عدم نشت آن‌ها را داده‌اند (Darabpour, 2008:65؛ Jourdain, 2015:35). این راهکار باعث تسهیل اثبات دعاوی مسئولیت مدنی شد.

رویکرد دوم، معتقد به تعدیل مفهومی نظریه تقصیر بود. بر این اساس، مفهومی نوین از نظریه تقصیر ارائه شد که به جای تفسیر اخلاقی تقصیر، متکی به تفسیر اجتماعی این نظریه بود. به بیان دیگر، به جای تکیه بر تقصیر شخصی، تقصیر نوعی مدنظر قرار گرفت (Bahrami Ahmadi, 2012:111-118؛ Lotfi, 2014:33؛ Qasemzadeh, 2008:327). بر اساس این مفهوم نوین، برخلاف نظریه سنتی که عمل هر کس با نیت او ارزش‌گذاری می‌شد (Qasemzadeh, 2008:13) همین که اقدامی با رفتار انسان متعارف و محتاط در شرایط حادثه مخالف باشد، تقصیر محقق شده است هر چند که مرتکب را نتوان به خاطر آن ملامت

دو قرن یاد شده ملاحظه کرد. این تحولات این پرسش را به ذهن متبادر می‌سازد که شاید علاوه بر مبنای اخلاقی، بتوان توجیهات اقتصادی را نیز در نظریه تقصیر ملاحظه کرد. به‌ویژه آن که بعد از جنگ‌های جهانی، اقتصاد و معیارهای آن در سیاست و حقوق نقش ویژه‌ای داشته است.

درواقع، پرداختن به موضوع این تحقیق از دو جهت حائز اهمیت است؛ اول این که پرداختن به مباحث مسئولیت مدنی، همواره از ضروریات علم حقوق بوده و هست. این امر با گسترش مصادیق مسئولیت مدنی - بنا به پیچیده‌تر شدن زندگی انسان‌ها و ظهور حوادث جدید - اهمیت بیشتری نسبت به گذشته پیدا کرده است. به‌عنوان مثال، اهمیت مباحث مسئولیت مدنی را امروزه در حوادث ناشی از حمل‌ونقل، کالاهای تولیدی، ساختمان‌سازی، تولید و توزیع و مصرف انرژی، جنگ، بیماری‌های همه‌گیر و ... می‌توان ملاحظه نمود. بالطبع، پرداختن به این حوزه از حقوق، یکی از ضروریاتی است که بر اندیشمندان این علم فرض می‌شود.

دومین جنبه‌ای که باعث اهمیت موضوع این تحقیق می‌شود، گره خوردن مباحث حقوقی با علم اقتصاد است. اقتصاد از یک سو در تمام روابط افراد در سطح خرد و نیز در ارتباط دولت‌ها با یکدیگر ایفای نقش می‌کند و از جمله دغدغه‌های زندگی عادی و روزمره مردم و دولتمردان است و از سوی دیگر، با اصول کلی حاکم بر آن از جمله عقلانیت، کارایی و تعادل می‌تواند علاوه بر تحلیل موضوعات اقتصادی، در موضوعات غیراقتصادی نیز راهگشا باشد. پس اگر بخواهیم به‌طور خلاصه، ضرورت موضوع این تحقیق را بیان نماییم باید گفت اهمیت این تحقیق ناشی از اهمیت

کرد (Katouzian, 2008: 171-177). در این مفهوم اجتماعی از تقصیر، صرفاً نمود بیرونی تقصیر ملاک است. مضافاً این که مطابق با نظریه جدید تقصیر «لازم نیست که عمل مرتکب زشت و قابل سرزنش باشد. برای این که وقوع تقصیر از ناحیه شخصی محرز و ثابت شود، کافی است عمل او با رفتار یک شخص محتاط و متعارف در همان شرایط خارجی وقوع حادثه مخالف باشد» (Qasemzadeh, 2008: 144؛ Darabpour, 2008: 63-65). بدین ترتیب، سرآغازی برای پیدایش مبانی اجتماعی مسئولیت مدنی در برابر مبانی اخلاقی آن شکل گرفت.

رویکرد سوم که حاکی از انکار نظریه تقصیر است، موجب پیدایش نظریه خطر شد که بر اساس آن هیچ نیازی به اثبات تقصیر نیست و همین که ارکان سه‌گانه مسئولیت مدنی ثابت شود، عامل زیان مکلف به جبران خسارت خواهد بود؛ فارغ از آن که عمل عامل زیان مقصرانه باشد یا نه.

تأثیر اقتصاد در بسیاری از جنبه‌های زندگی روزمره است.^۱

چنانچه قاعده یا نهادی حقوقی به نحوی غیر کارا، در صدد تحقق اهداف قانون‌گذار باشد، موجب تحمیل هزینه به جامعه و اتلاف بخشی از منابع جامعه می‌شود؛ در حالی که اگر قواعد و نهادهای حقوقی را با استفاده از اصول اقتصادی تحلیل کنیم، اثربخشی قواعد حقوقی به نحو کارا ارزیابی می‌شود. هرچند قانون نمی‌تواند افراد را به انجام رفتارهای خاصی مجبور کند و فقط می‌تواند رفتار درست از نادرست را معرفی کند (Mackaay, 2013:4) با این حال، قواعد حقوقی در هدایت رفتارهای افراد بسیار مؤثر هستند و چنانچه این قواعد به لحاظ اقتصادی نیز کارا باشند، احتمال پیروی افراد از قواعد حقوقی افزایش می‌یابد.^۲

۱ البته به نظر می‌رسد که گاه در تأکید بر این مطلب راه افراط در پیش گرفته می‌شود؛ مثلاً به نقل از قاضی برانداز گفته شده است که «حقوقدانانی که مطالعات اقتصادی نداشته باشند، کارآیی کمتری دارند و اگر آن‌ها حقوقدانان مؤثری در جامعه خود باشند در این صورت می‌توانند لطومات زیادی به بخش عمومی وارد نمایند» (Dadgar, 2012:11). حتی برخی با اعلام این مطلب که حقوق نمی‌تواند چیزی جز انعکاس تحولات اقتصادی باشد، به‌طور کلی استقلال حقوق را انکار کرده (Sanei, 2002؛ Badini, 2005:94؛ Shahabi & Masoudipour, 2014:52؛ Becker, 1998:246-247؛ Badini, 2005:105؛ Friedman, 1973:592). در حالی که در این تحقیق اهمیت اقتصاد چندان نیست که استقلال علم حقوق را انکار نماید. در این نگرش، ابزارها و روش‌های اقتصادی است که به خدمت حقوق گرفته می‌شود و حتی ممکن است نتایج حاصل از تحلیل اقتصادی - حتی اگر از نظر اقتصاددانان مطلوب باشد - در تعارض با مبانی اخلاقی، مذهبی یا آرمان‌های سیاسی و اجتماعی قرار گرفته و از نظر علم حقوق مطرود شمرده شود. همانگونه که گفته شده است «به جای آن که حقوق ابزار سیاست اقتصادی باشد، اقتصاد باید ابزاری باشد در خدمت حقوق و عدالت» (Badini, 2005:115-116). پس اگرچه پرداختن به تحلیل اقتصادی حقوق و ازجمله تحلیل اقتصادی مبانی مسئولیت مدنی از اهمیت برخوردار است اما این اهمیت در حد متعادل، پسندیده است و نه به گونه‌ای افراطی.

۲- یکی از پرونده‌های دادگاه عمومی حقوقی همدان در این خصوص جالب توجه است. چنانچه در یک قرارداد، مبیع کلاً یا بعضاً مستحق‌الغیر در آید، مطابق با ماده ۳۹۱ قانون مدنی، «بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید». اگر طرفین قرارداد برای این موضوع، وجه التزام تعیین کرده باشند، ماده ۲۳۰ قانون مدنی مجرا خواهد بود که مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی را به‌عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه که ملزم شده است، محکوم کند». در این وضعیت اگر ارزش ثمن در زمان مطالبه نسبت به زمان انعقاد عقد تفاوت چندانی نداشته باشد و یا ارزش آن افزایش یافته باشد، استرداد ثمن به خریدار به لحاظ اقتصادی به نفع او خواهد بود و چون فروشنده از فساد بیع اطلاع داشته است، تحمیل هزینه ناشی

باید توجه داشت که منظور از تحلیل کارایی در نظریه تقصیر در این پژوهش این است که با استفاده از نظریات رفتار مصرف‌کننده و تولیدکننده به‌عنوان دو روش اقتصادی، نظریه تقصیر را به‌عنوان یک موضوع ماهیتاً حقوقی تحلیل می‌کنیم تا مشخص شود که آیا این نظریه می‌تواند در پیشگیری از وقوع زیان و تسریع جبران خسارت کارا و مؤثر باشد و یا موجب تحمیل هزینه به جامعه می‌شود؛ بنابراین اولاً: آثار اقتصادی اعمال نظریه تقصیر در یک موضوع خاص مد نظر نیست. ثانیاً ممکن است عوامل متعدد دیگری نیز در تعیین کارایی یک موضوع مؤثر باشد لکن به لحاظ تسهیل مباحث و تبیین روش مطالعه، صرفاً عوامل محدودی در این تحقیق موردبررسی قرار گرفته‌اند.

در خصوص پژوهش‌هایی که پیش‌ازاین به ارزیابی کارایی نظریه تقصیر پرداخته‌اند می‌توان موارد زیر را برشمرد:

- فار، مایکل (۱۳۹۶) تحلیل اقتصادی حقوق مسئولیت مدنی، بخش نخست: قواعد مسئولیت مدنی کارا، ترجمه شکوهیان، علیرضا و ادریسیان، حامد، تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه.
- طهماسبی، علی و علی‌پور، کوروش (۱۳۹۰) اثر تقصیر و مسئولیت محض در ترغیب عامل

از فساد بیع بر عهده او، منطقی و قابل توجیه است؛ اما اگر ارزش ثمن نسبت به زمان وقوع بیع کاهش یافته باشد، وجه التزام پیش‌بینی شده در قرارداد، ممکن است واقعاً جبران‌کننده خسارت وارده بر مشتری نباشد. حتی با در نظر گرفتن رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخه ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، می‌توان گفت در این فرض اگر وجه التزام مذکور در قرارداد اصلاً وجود نداشت، منافع مشتری بیشتر تأمین می‌شد؛ چه این که مشتری می‌توانست به استناد رأی وحدت رویه مزبور، علاوه بر ثمن، مبلغی را نیز تحت عنوان خسارت کاهش ارزش ثمن دریافت دارد که با توجه به روز بودن آن در مقایسه با وجه التزام پیش‌بینی شده در قرارداد، به مراتب بیشتر می‌توانست منافع مشتری را تأمین نماید. این استدلال در یکی از پرونده‌های مطرح در دادگستری همدان از سوی وکیل خواهان ارائه شده که البته با استدلالی متفاوت از سوی دادگاه مورد پذیرش قرار گرفته است. در این رأی آمده است: «...هر چند به موجب بند ۵-۳ از ماده ۵ قرارداد استنادی خواهان فی مابین طرفین وجه التزام به‌طور مقطوع و مشخص به میزان پنجاه میلیون تومان در صورت مستحق‌الغیر درآمدن میبایست تعیین گردیده است لکن نظر به این که تعیین وجه التزام مذکور از باب جبران غرامات وارده به خریدار در اثر گذشت زمان و کاهش ارزش ثمن نبوده بلکه وجه التزام مذکور در واقع جزای تخلف فروشنده در صورت کشف فساد در بیع در آینده بوده از این حیث مطالبه وجه التزام قراردادی با غرامات وارده به نرخ روز در اثر کاهش ارزش ثمن ناشی از تورم قیمت‌ها و بازار هر دو با هم قابل جمع بوده و هیچ گونه منافاتی با یکدیگر نداشته...دعوی خواهان را به کیفیت مطروحه وارد و ثابت دانسته...» (آرشیو شخصی).

زیان و زیان دیده به رعایت احتیاط، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۴، صفحات ۱۲۹-۱۵۹.

- شهابی، مهدی و مسعودی پور، آزاده (۱۳۹۲) تحلیل اقتصادی حقوق و احیای اندیشه تقصیر در نظام جبران خسارت با تأکید بر رویه قضایی امریکا، دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق)، دوره جدید، سال نوزدهم، شماره ۴، صفحات ۲۸-۵۶.
- بادینی، حسن و مهراد، مهدی (۱۳۹۶) کارایی اقتصادی در حقوق خصوصی؛ نظریه و مصادیق، مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و هفتم، شماره ۱، صفحات ۱۹-۳۵.
- ایران پور، فرهاد (۱۳۹۷) مبانی و کاربرد تحلیل اقتصادی در حقوق خصوصی، تهران، دنیای اقتصاد.

در برخی از پژوهش‌های فوق بر بازدارندگی نظریه تقصیر تأکید شده و در برخی دیگر، مسئولیت بدون تقصیر برای تحقق هدف پیشگیری از وقوع زیان توصیه شده است. همچنین امکان به‌کارگیری الگوهای اقتصادی برای تحلیل مباحث حقوقی مسئولیت مدنی بررسی شده است (Bolurifar & Others, 2019:1-23). در این پژوهش، با استفاده از الگوهای کارایی در نظریات رفتار مصرف‌کننده و تولیدکننده، بازدارندگی و جبران خسارت در نظریه تقصیر بررسی شده است.

تفصیل این مطلب و موضوع این پژوهش در گروی درک مفهوم «کارایی» است که بخش اول این پژوهش را به خود اختصاص داده است. در این بخش، نظریات رفتار مصرف‌کننده و تولیدکننده توضیح داده می‌شود. سپس در ادامه به تحلیل موقعیت زیان‌دیده و عامل زیان‌می‌پردازیم. به‌طور کلی می‌خواهیم بدانیم اگر هدف از اعمال نظریه تقصیر، پیشگیری از وقوع زیان و همچنین جبران سریع خسارات وارده باشد، آیا نظریه تقصیر به نحو کارا و به‌صرفه می‌تواند این دو هدف را محقق سازد؟ به تعبیر خلاصه، آیا نظریه تقصیر توجه اقتصادی دارد؟ با توجه به اهمیت یافتن اقتصاد پس از جنگ‌های جهانی و هم‌زمانی این وضعیت با احیای مجدد نظریه تقصیر، فرضیه ما این است که نظریه تقصیر، نظریه‌ای کاراست.

مفهوم کارایی در تحلیل اقتصادی

هر کس فارغ از روابطی که با دیگران دارد، همواره در صدد انتخاب بین تصمیم‌های گوناگون

است. این امر از یک سو ناشی از نیازهای متعدد و متنوعی است که در درون هر فرد وجود دارد و از سوی دیگر، ناشی از محدودیت منابع است. درواقع، افراد دارای نیازهای متعدد و متنوعی هستند که برآورده کردن همه آنها به طور همزمان امکان‌پذیر نیست. مثلاً نمی‌توان به طور همزمان هم از سپری کردن اوقات فراغت لذت برد و هم از حضور در مجامع علمی بهره‌مند شد. بدین ترتیب، افراد همواره در حال اولویت‌بندی اهداف و تصمیم‌گیری بین موقعیت‌های مختلف هستند. این که کدام تصمیم کاراتر از دیگر تصمیمات است و فرد را بیشتر به سمت هدف هدایت می‌کند، می‌تواند در چهارچوب معیارهای اقتصادی تحلیل شود.

کارایی همانند بسیاری از مفاهیم علمی، در طول تاریخ با تحولات متعددی مواجه شده و از حالت فردی به اجتماعی تغییر و تکامل یافته است (Dadgar, 2007: 111-113). شاید بتوان گفت ساده‌ترین پاسخ به این پرسش که کدام تصمیم کاراتر از دیگر تصمیمات است این است که اگر فرد منافع و مضرات ناشی از هر تصمیم را بسنجد و تصمیمی را برگزیند که ضرر کمتر و منفعت بیشتری را متوجه او می‌کند، می‌توان گفت تصمیم کاراست. مثلاً فرض کنیم فرد الف بین خرید کالای x و کالای y مردد است و فقط یکی از این دو کالا را می‌تواند خریداری کند. در ترجیح هر یک از این دو کالا، او باید بتواند مطلوبیت و مضرات ناشی از خرید هر یک از این دو کالا را محاسبه کند. بدین ترتیب، می‌تواند محاسبه کند که خرید کدام کالا، کاراتر از دیگری است و او را به هدفی که دارد، نزدیک‌تر می‌کند. این تحلیل ساده از مفهوم کارایی با اصطلاح «هزینه-فرصت»^۱ معرفی می‌شود. هزینه-فرصت عبارت است از باارزش‌ترین چیزی که در مقابل یک تصمیم و انتخاب از دست می‌رود. بر اساس این الگو، هر فعالیتی مستلزم نوعی هزینه است. حداقل هزینه، زمان صرف شده است. پس اگر ارزش آنچه به دست آمده از هزینه فرصت از دست رفته بیشتر باشد، شخص تصمیم عقلانی گرفته است؛ اما در صورتی که هزینه فرصت از دست رفته بیش از منافع باشد، رفتار عقلانی تحقق پیدا نکرده است (Mehregan & Padash, 2009: 31). در مثال فوق، اگر فرد تصمیم بگیرد که کالای x را خریداری کند، هزینه-فرصت این انتخاب، از دست رفتن مطلوبیت ناشی از کالای y است.

1 - Opportunity cost

ممکن است در مثال فوق، فرد بتواند با محاسبه مطلوبیت و هزینه خرید یک واحد از کالای x یا یک واحد از کالای y ، یکی از این دو را بر دیگری ترجیح دهد؛ اما می‌توان متغیر دیگری نیز بر این مدل ساده افزود و محاسبه هزینه-فرصت را قدری پیچیده‌تر کرد؛ بدین ترتیب که ممکن است این پرسش مطرح شود که آیا خرید چند واحد از کالای x معادل خرید چند واحد از کالای y مطلوبیت و هزینه خواهد داشت یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش، فرد باید بتواند محاسبه کند که خرید هر واحد از هر کالا، چه میزان مطلوبیت و چه میزان هزینه خواهد داشت و آیا خرید چند واحد از هر کالا یا ترکیبی از این دو کالا می‌تواند مطلوب باشد؟ به اصطلاح اقتصادی، فرد باید بتواند «هزینه-فایده نهایی» خرید هر واحد از هر کالا را محاسبه کند. راهنمایی اقتصاد در این تصمیمات این است که فرد باید تصمیمی را اتخاذ کند که اولاً تا حد امکان از اتلاف فرصت‌ها بکاهد؛ یعنی تصمیمی اتخاذ کند که هزینه-فرصت کمتری داشته باشد و ثانیاً بیشترین میزان از مطلوبیت را فراهم آورد؛ یعنی فایده نهایی، بیشتر یا مساوی هزینه نهایی باشد.^۱

چنان‌که هویدا است تعیین کارایی، منوط به تعیین سطح مطلوبیت است؛ یعنی پیش از هر تصمیم باید بر اساس مطلوبیت حاصل از آن تصمیم، به درجه‌بندی سطوح مختلف مطلوبیت پرداخت و سپس مشخص کرد که رسیدن به چه سطحی از مطلوبیت معقول است. از سوی دیگر، مطلوبیت افراد در موقعیت‌های مختلف متفاوت است. ممکن است از نظر شخص الف صرف p_x واحد از منابع، برای رسیدن به سطح مطلوبیت u_x منطقی باشد، درحالی‌که از نظر شخص ب (یا حتی از نظر همان شخص الف در موقعیتی دیگر) صرف p_y واحد از منابع، برای رسیدن به سطح مطلوبیت u_y منطقی باشد. علم اقتصاد می‌کوشد با دسته‌بندی موقعیت‌های تصمیم‌گیری افراد، رهنمودهایی برای تصمیم‌کارا ارائه دهد. از نظر اقتصاد، افراد در دو موقعیت قرار دارند؛ یا مصرف‌کننده‌اند یا تولیدکننده (بنگاه اقتصادی). نظریات رفتار مصرف‌کننده و رفتار تولیدکننده -از دیدگاه فردی و بدون توجه به رفتار دیگر مصرف‌کنندگان یا دیگر تولیدکنندگان- مشخص می‌کنند که اگر فرد در موقعیت مصرف‌کننده یا تولیدکننده باشد، باید چگونه تصمیم‌گیری کند تا با صرف کمترین

۱- در پژوهش‌های اقتصادی این دو حالت را به ترتیب، کارایی فنی و کارایی تخصیصی می‌نامند (Mehregan & Padash, 2009:36؛ Dadgar, 2013:74؛ Cooter & Ulen, 2009:31؛ Iranpour, 2018:33).

منبع، بالاترین سطح از مطلوبیت را به دست آورد. در ادامه نظریه رفتار مصرف کننده و نظریه رفتار تولید کننده مطرح می شود. در ادامه با قیاس موقعیت زیان دیده و عامل زیان به مصرف کننده و تولید کننده می کشیم کارایی نظریه تقصیر را تبیین نماییم.

نظریه رفتار مصرف کننده

مصرف کننده برای تأمین نیازهای نامحدود خود به خرید کالا و خدمات اقدام می کند؛ اما این که کدام کالا و به چه میزان خریداری شود، وابسته به متغیرهای متعدد از جمله قیمت کالاهای مختلف، میزان رضایت ناشی از مصرف کالاهای، سطح درآمد مصرف کننده، میزان نیاز وی به کالا و... است. اگر مصرف کننده بین چند کالا یا بین چند واحد از یک کالا انتخاب های گوناگون داشته باشد، مقداری از کالا را برای مصرف برمی گزیند که با صرف هزینه ای معقول بتواند رضایت بیشتری به دست آورد. پس دو معیار در تصمیم مصرف کننده مؤثر است؛ مطلوبیت کالا و قیمت.

با فرض مشخص و ثابت بودن قیمت، مصرف کننده باید میزان مطلوبیت هر کالا را مشخص کند. میزان مطلوبیت حاصل از کالا مشخص می کند که چه مقدار از کدام کالا خریداری شود (Dadgar, 2005: 96 & 115). برای تعیین مطلوبیت هر کالا باید میزان مطلوبیت کل و مطلوبیت نهایی آن کالا را محاسبه کرد.

مطلوبیت کل مصرف یک کالا یعنی حاصل جمع مطلوبیتی که از مصرف مقادیر مختلف آن کالا به دست آمده است و مطلوبیت نهایی عبارت است از تغییر در مطلوبیت کل به ازای تغییر یک واحد در مقدار مصرف کالا در یک واحد زمانی مشخص (Mehregan & Padash, 2009: 85-89؛ Iranpour, 2018: 50-53)؛ یعنی:

$$\text{مطلوبیت نهایی} = \frac{\text{تغییر در مطلوبیت کل}}{\text{تغییر یک واحد در مصرف کالا}}$$

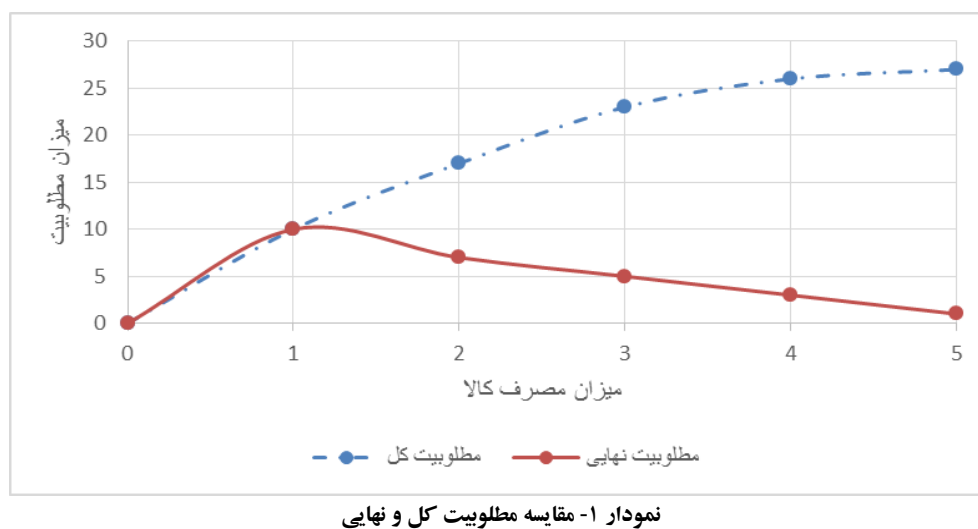
مثلاً فرض کنیم مطلوبیت ناشی از مصرف مقادیر مختلف یک کالا به شرح زیر است: بر اساس داده های جدول فوق، با مصرف هر واحد کالا، مطلوبیتی به دست می آید که جمع این مقادیر، بیانگر مطلوبیت کل مصرف کالا است. تا قبل از مصرف کالا، هیچ مطلوبیتی وجود ندارد. با مصرف اولین واحد، به میزان ۱۰ واحد مطلوبیت به دست می آید و چون فقط یک واحد

از کالا استفاده شده لذا مطلوبیت کل برابر با مطلوبیت مصرف همان یک واحد از کالا است؛ یعنی مطلوبیت کل و مطلوبیت نهایی برابرند. مصرف واحد دوم از کالا به اندازه مصرف واحد اول، مطلوبیت ندارد. مطلوبیت این واحد در جدول بالا با عدد ۷ نشان داده شده است. پس اگر چه مطلوبیت کل مصرف کالا برای مصرف کننده عدد ۱۷ است و روند افزایشی داشته اما مطلوبیت نهایی - که مابه التفاوت مطلوبیت حاصل از هر واحد کالا است - کاهشی است؛ یعنی با افزایش مصرف یک کالا، مطلوبیت کل افزایش می یابد اما مطلوبیت نهایی در نهایت روند کاهشی خواهد داشت.

جدول ۱: مطلوبیت نهایی و مطلوبیت کل

مطلوبیت نهایی	مطلوبیت کل	مقدار مصرف کالا
۰	۰	۰
۱۰	۱۰	۱
۷	۱۷	۲
۵	۲۲	۳
۳	۲۶	۴
۱	۲۷	۵

مقادیر جدول فوق را می توان در نمودار زیر نیز نشان داد:



در این نمودار، محور افقی بیانگر مقدار مصرف کالا و محور عمودی، بیانگر میزان مطلوبیت کالا است. بر اساس مقادیر فرضی جدول فوق، با مصرف اولین واحد از کالا، به میزان ۱۰ واحد مطلوبیت کل حاصل شده است. مصرف واحدهای بیشتر کالا، مطلوبیت کل را افزایش می‌دهد. مثلاً با مصرف واحد دوم از کالا، مطلوبیت حاصل از این واحد با مطلوبیت حاصل از واحد قبلی کالا جمع می‌شود. به همین علت نمودار مطلوبیت کل، همواره صعودی است. برخلاف نمودار مطلوبیت کل، مطلوبیت نهایی کاهشی و نزولی است. با ادامه مصرف، مصرف‌کننده مطلوبیتی را که در مصرف واحدهای اول و دوم، احساس کرده بود، به دست نمی‌آورد؛ بنابراین مطلوبیت کل اگرچه افزایش یافته اما مطلوبیت نهایی، کاهش یافته است. شیب منفی نمودار مطلوبیت نهایی حاکی از آن است که مصرف اولین واحدهای کالا، مطلوبیت نهایی بیشتری نسبت به مصرف واحدهای بعدی ایجاد می‌کند.

این وضعیت تا آنجا ادامه می‌یابد که مصرف‌کننده به حد اشباع می‌رسد و دیگر تمایلی به مصرف کالا ندارد؛ یعنی مطلوبیت نهایی ممکن است صفر یا حتی منفی شود و مصرف‌کننده دیگر هیچ مطلوبیتی از مصرف کالا به دست نمی‌آورد و حتی مصرف واحدهای بیشتر، آزاردهنده است. لازم به ذکر است که مصرف‌کننده با فرض رفتار معقول، فقط کالاهایی را تا حد اشباع مصرف می‌کند که رایگان باشد (Mehregan & Padash, 2009:87)؛ بنابراین یکی از مهم‌ترین عوامل مؤثر بر میزان مطلوبیت، قیمت کالا است. به‌طور کلی، خرید کالا در صورتی منطقی است که هزینه آن کمتر یا مساوی مطلوبیت حاصل از آن باشد. به بیان دیگر، اگر p_x بیانگر قیمت هر واحد از کالای x باشد و u_x نشان دهنده میزان مطلوبیت هر واحد از این کالا، چنانچه حاصل $\frac{u_x}{p_x}$ بیشتر یا مساوی یک باشد، خرید کالا واجد مطلوبیت بوده و منطقی است اما اگر کمتر از یک باشد، خرید کالا مستلزم هزینه بیشتر از مطلوبیت است.

به فرض آن که خرید کالا منطقی باشد، افزایش میزان مصرف نیز تابعی از قیمت است. هر قدر قیمت کالا افزایش یابد، میزان مطلوبیت نهایی مصرف، کم می‌شود. در جدول فوق، اگر قیمت کالا را معادل مطلوبیت حاصل از مصرف کالا بدانیم و فرض کنیم که قیمت معادل عدد ۳ باشد، مصرف‌کننده می‌تواند با مصرف ۴ واحد کالا، به میزان ۲۶ واحد مطلوبیت کل به دست آورد؛ اما اگر قیمت کالا معادل عدد ۷ باشد، وی می‌تواند ۲ واحد از کالای مزبور را خریداری کند و در نتیجه می‌تواند معادل ۱۷ واحد مطلوبیت حاصل کند. پس می‌توان گفت مهم‌ترین عامل در

تصمیم‌گیری مصرف‌کننده، قیمت است.^۱ قیمت با تأثیر مستقیم بر میزان مطلوبیت، میزان مصرف هر کالا را مشخص می‌کند.

مصرف‌کننده بر اساس قیمت کالا، تصمیم می‌گیرد که اگر مصرف کالا را افزایش دهد، فایده نهایی که نصیب وی می‌شود بیش از هزینه نهایی خرید کالا است یا نه. اگر رابطه زیر برقرار باشد، ادامه روند خرید منطقی است.

مطلوبیت نهایی $\leq$ قیمت هر واحد کالا

در مثال فوق، اگر قیمت کالا معادل ۳ واحد باشد، بهترین تصمیم از دیدگاه مصرف‌کننده خرید ۴ واحد کالا است. در این نقطه، مصرف‌کننده با صرف ۱۲ واحد قیمت، ۲۶ واحد مطلوبیت حاصل نموده است. برای خرید واحد بعدی، مکلف است معادل ۳ واحد هزینه پردازد در حالی که مطلوبیت حاصل از مصرف این واحد از کالا، کمتر از ۳ و معادل عدد ۱ است. پس خرید این میزان منطقی نیست و خرید باید تا جایی ادامه پیدا کند که مطلوبیت نهایی مصرف آن واحد بیشتر یا در نهایت، مساوی هزینه خرید آن واحد باشد؛ یعنی مصرف کالا تا جایی معقول است که فایده نهایی، مساوی هزینه نهایی باشد^۲ (Cooter & Ulen, 2009:40؛ Dadgar, 2013:186؛ Mehregan &

۱- از این مطلب نباید چنین استنباط نمود که قیمت تنها عامل هدایت‌کننده رفتار مصرف‌کننده است. چرا که عوامل دیگری از جمله سلیقه و انتظارات مصرف‌کننده، افزایش یا کاهش جمعیت مصرف‌کنندگان، تبلیغات، سطح درآمد، قیمت کالاهای مرتبط و ... نیز می‌تواند به رفتار مصرف‌کنندگان سمت و سو بدهد (Dadgar, 2013:103-104؛ Mehregan & Padash, 2009:56-60).

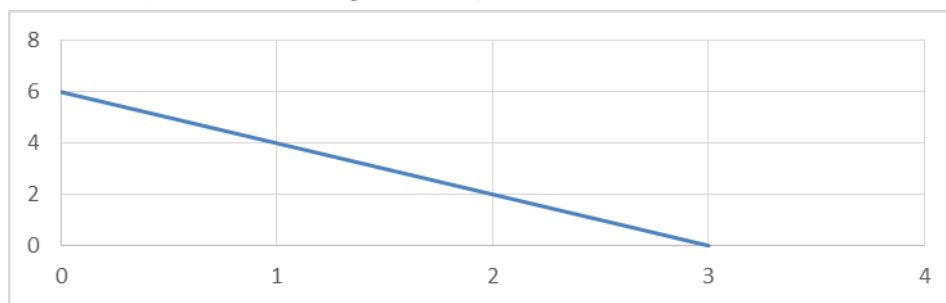
۲- همیشه انتخاب مصرف‌کننده محدود به یک کالا نیست و ممکن است مصرف‌کننده بتواند مقادیر مختلفی از چند کالا را خریداری کند. در این حالت باید از الگوی فوق به صورت ترکیبی برای خرید چند کالا به‌طور همزمان استفاده شود؛ یعنی می‌توان بر اساس قیمت هر واحد از کالا و محاسبه مطلوبیت نهایی، به مقایسه هزینه نهایی و فایده نهایی برای هر کالا پرداخت و با ترکیب حالات مختلف از خرید کالاهای، بهترین گزینه را انتخاب نمود.

مثلاً فرض کنیم مصرف‌کننده با ۱۲۰ واحد بودجه می‌تواند کالای X را با این فرض که قیمت هر واحد آن معادل عدد ۴۰ است یا کالای Y را با این فرض که قیمت هر واحد آن معادل عدد ۲۰ است، خریداری کند. انتخاب‌های وی در جدول زیر نمایش داده شده است:

جدول ۲- ترکیب مطلوبیت نهایی و مطلوبیت کل برای مقادیر مختلف دو کالا

تعداد کالای x	مطلوبیت کل x	مطلوبیت نهایی x	تعداد کالای y	مطلوبیت کل y	مطلوبیت نهایی y	اتلاف منابع
۰	۰	۰	۶	۱۰۵	۵	۰
۰	۰	۰	۵	۱۰۰	۱۰	۲۰
۱	۵۰	۵۰	۴	۹۰	۱۵	۰
۱	۵۰	۵۰	۳	۷۵	۲۰	۲۰
۲	۹۵	۴۵	۲	۵۵	۲۵	۰
۲	۹۵	۴۵	۱	۳۰	۳۰	۲۰
۳	۱۳۵	۴۰	۰	۰	۰	۰

با فرض قیمت هر کالا و کل بودجه، اگر مصرف کننده ۵ واحد از کالای y خریداری کند، بودجه کافی برای خرید کالای x ندارد و در ضمن از بخشی از منابع هیچ استفاده ای نشده است. هم چنین اگر ۳ واحد از کالای y خریداری کند، فقط یک واحد از کالای x را می تواند بخرد و هم چنان از بخشی از منابع هیچ استفاده ای نشده است. در حالتی هم که یک واحد از کالای y خریداری می شود، امکان خرید دو واحد از کالای x فراهم است اما به میزان ۲۰ واحد از بودجه بلااستفاده باقی مانده است. فروض این چینی که متضمن اتلاف بخشی از منابع هستند، نمی توانند کارا باشند. بنابراین انتخاب های کارای مصرف کننده منحصر به خرید ۶ واحد از کالای y، ۳ واحد از کالای x یا ترکیب یک واحد از کالای x و ۴ واحد از کالای y یا دو واحد از هر دو کالا است. این انتخاب ها را می توان در نمودار زیر نمایش داد:



نمودار ۲- انتخاب کارای دو کالا

در این میان، انتخاب چهارمین واحد از کالای y معادل ۲۰ واحد هزینه دارد درحالی که مطلوبیت نهایی واحد چهارم، کمتر از هزینه لازم برای آن و معادل ۱۵ واحد است. پس خرید واحد چهارم از کالای y منطقی نیست. پس بهترین انتخاب، دو واحد از کالای y است و با باقیمانده بودجه، مصرف کننده می تواند دو واحد از کالای x خریداری کند. جالب آن که خرید کالای x تا سه واحد منطقی است. چرا که با خرید واحد سوم از کالای x، مصرف کننده ۴۰ واحد هزینه پرداخته و ۴۰ واحد مطلوبیت به دست آورده است. پس بهترین انتخاب یکی از دو حالت زیر است:

88:2009 Padash &). نتیجه آن که از موضع مصرف کننده، تصمیم کارا منوط به قیمت هر واحد از کالا و میزان مطلوبیت حاصل از مصرف هر واحد کالا و مطلوبیت کل آن کالا است و با افزایش قیمت، مطلوبیت خرید کالا کاهش می یابد.

نظریه رفتار تولیدکننده

با توجه به تقابل موقعیت مصرف کننده و تولید کننده، از مطالعه جزئیات نظریه رفتار تولید کننده خودداری می کنیم. از دیدگاه اقتصادی، رفتار تولید کننده وقتی کاراست که بتواند با کمترین هزینه برای عوامل تولید، بیشترین میزان سود را به دست آورد. پس این که چه کالایی و به چه میزانی تولید شود - صرف نظر از متغیرهایی چون میزان تقاضای مصرف کنندگان، کالاهای مشابه، تکنولوژی تولید، تعداد تولید کننده ها، سیاست های دولت و ... - وابسته به قیمت نهایی کالا و هزینه عوامل تولید است (Dadgar, 2013: 115-120; Mehregan & Padash, 2009: 64-65).

برای مقایسه بین عوامل تولید ناگزیر از درک مفاهیم تولید کل و تولید متوسط هستیم (Cooter & Ulen, 2009: 48; Dadgar, 2013: 148 & 187; Mehregan & Padash, 2009: 102-106). تولید کل همان گونه که از عنوان آن پیداست عبارت است از میزان مجموع تولیدات. تولید متوسط نیز بیانگر میانگین تولیدی است که از هر عامل تولید به دست می آید؛ یعنی:

$$\text{تولید کل} = \frac{\text{تولید کل}}{\text{تعداد عوامل تولید}} = \text{تولید متوسط}$$

مثلاً اگر در یک کارگاه تولیدی، ۵۰۰ واحد از کالای X توسط ۵ کارگر تولید شده باشد، سهم متوسط هر کارگر در تولید به میزان ۱۰۰ واحد است. این عدد بیانگر تولید متوسط هر یک از

- دو واحد از هر کالا خریداری شود.

- کل بودجه به خرید کالای X اختصاص داده شود.

در حالت اول، مطلوبیت کل مصرف هر دو کالا برابر با ۱۵۰ واحد و در حالت دوم، معادل ۱۳۵ واحد است. با مقایسه مطلوبیت کل حاصل از هر دو کالا در حالات مختلف، انتخاب دو واحد از هر کالا، کاراترین انتخاب است.

عوامل تولید است.^۱ هر چه تولید متوسط یک عامل نسبت به تولید متوسط عامل دیگر بیشتر باشد، تولیدکننده رغبت بیشتری به استفاده از عامل اول دارد.^۲

با افزایش عوامل تولید، میزان تولید کل نیز افزایش می یابد اما ادامه این روند تا کجا منطقی است؟ یعنی تا رسیدن به چه سطحی از تولید، تولیدکننده باید بر عوامل تولید بیفزاید؟ برای پاسخ به این سؤال باید تولید نهایی به دست آید. تولید نهایی، عبارت است از میزان تغییر در تولید کل به نسبت تغییر در تعداد عوامل تولید؛ یعنی:

$$\text{تولید نهایی} = \frac{\text{تغییر در تولید کل}}{\text{تغییر یک واحد در عوامل تولید}}$$

تولید کالا تا جایی معقول است که تولید متوسط هر یک از عوامل تولید در حالت حداکثری قرار گیرد (Mehregan & Padash, 2009: 103-104). نتیجه آن که افزایش عوامل تولید اگرچه باعث می شود تولید کل افزایش یابد اما با هزینه هایی که تحمیل می کند، از تولید نهایی و متوسط می کاهد. با تداوم این روند، ممکن است تولیدکننده دیگر هیچ سودی از تولید کالا به دست نیاورد و میزان تولید نهایی و متوسط، صفر یا حتی منفی شود. پس افزودن بر عوامل تولید تا جایی منطقی است که تولید متوسط در حالت حداکثری قرار گیرد^۳ (Dadgar, 2013: 153؛ Mehregan & Padash, 2009: 102-104).

ارزیابی کارایی نظریه تقصیر

مطابق با نظریه رفتار مصرف کننده، مصرف کالا تا جایی منطقی است که مطلوبیت نهایی بیشتر

۱- عوامل تولید به دو دسته ثابت و متغیر تقسیم می شوند و در تولید ممکن است مجموعه ای از این عوامل استفاده شود. با این حال با توجه به این که تغییر میزان تولید متوسط و تولید نهایی وابسته به تعداد عوامل تولید متغیر است، از بیان عوامل تولید ثابت و تعیین کردن سهم این عوامل در تولید صرف نظر کرده ایم.

۲- مقایسه دستمزد و میزان کار کارگران پناهنده افغانی و کارگران ایرانی در ایران، مثالی از این الگوست. بنا به مطالعات میدانی، کارگران افغانی با کار بیشتر و دستمزد کمتر، نسبت به کارگران ایرانی تولید متوسط بیشتری داشته اند.

۳- بدیهی است تولید کالا همیشه با استفاده از یک عامل تولید صورت نمی گیرد. هم چنین ممکن است با استفاده از یک یا چند عامل تولید، چند کالا تولید شود. با استفاده از مدل های فوق، تولیدکننده می تواند چند عامل تولید را با یکدیگر ترکیب کند و با استفاده از مفاهیم تولید کل، نهایی و متوسط، بهترین ترکیب عوامل تولید را برای تولیدات انواع کالا در نظر بگیرد.

یا حداقل مساوی قیمت نهایی باشد. زیان دیده را می توان مشابه مصرف کننده کالا در نظر گرفت و کالای مطلوب زیان دیده در این جا، عدم وقوع زیان (U_x) و یا در صورت وقوع زیان، جبران سریع خسارت (U_y) است. به دست آوردن هر یک از این دو کالا مستلزم پرداخت قیمت آن است. در حالت اول، عدم وقوع زیان مستلزم پرداخت هزینه های پیشگیری (B_x) از سوی زیان دیده است و در حالت دوم، جبران سریع خسارت مستلزم پرداخت هزینه های دادرسی (B_y) برای اثبات مسئولیت عامل زیان است.

در مقابل، از تعریف نظریه رفتار تولید کننده این نتیجه به دست می آید که افزودن بر تعداد عوامل تولید تا جایی منطقی است که تولید متوسط هر عامل افزایش یابد. چرا که هدف از به کارگیری عوامل تولید، کسب سود است و در این حالت می توان مطمئن بود که هیچ بخشی از عوامل تولید تلف نشده است. اگر عامل زیان را - بنا به فعال بودن در رابطه مسئولیت مدنی - به تولید کننده تشبیه کنیم، می توانیم نتیجه گیری کنیم که عامل زیان تا جایی بر میزان فعالیت خود می افزاید که مطمئن باشد در صورت وقوع زیان و تکلیف به جبران خسارت، همچنان سود ناشی از فعالیت نصیب وی خواهد شد. پس عامل بالقوه زیان، قبل از اقدام، باید کلیه هزینه ها را محاسبه کند و یکی از این هزینه ها، خسارات احتمالی است. با محاسبه سود و زیان احتمالی، عامل بالقوه زیان تصمیم می گیرد که فعالیت مورد نظر را انجام دهد یا نه و در صورتی که تمایل به انجام فعالیت داشته باشد تا چه میزان باید فعالیت خود را ادامه دهد. پس دو متغیر را باید در خصوص رفتار عامل زیان بررسی کرد که شامل میزان فعالیت (M) و نحوه انجام فعالیت (F) از حیث رعایت احتیاط یا تقصیر است.

با در نظر گرفتن ماده یک قانون مسئولیت مدنی، علی الاصول اثبات تقصیر بر عهده زیان دیده است و استثنائاً در پاره ای موارد تقصیر عامل زیان مفروض است و عامل زیان باید بی تقصیری خود را ثابت کند. پس نظریه تقصیر را از دید زیان دیده و عامل زیان و در دو برهه ی قبل و بعد از وقوع زیان و نیز در دو حالت تقصیر ساده و تقصیر مفروض می توان تحلیل کرد.

موضع زیان دیده قبل از وقوع زیان

اولین پرسش در تحلیل نظریه تقصیر از موضع زیان دیده این است که آیا این نظریه انگیزه کافی در زیان دیده بالقوه برای پیشگیری از وقوع زیان ایجاد می کند؟ طبق نظریه رفتار مصرف-

کننده، خرید کالا (پیشگیری زیان‌دیده بالقوه از وقوع زیان) در صورتی منطقی است که هزینه آن کمتر یا مساوی مطلوبیت حاصل از آن باشد. به بیان دیگر، اگر B_x بیانگر قیمت هر واحد از کالای x باشد و U_x نشان‌دهنده میزان مطلوبیت هر واحد از این کالا، چنانچه حاصل $\frac{U_x}{B_x}$ بیشتر یا مساوی یک باشد، خرید کالا واجد مطلوبیت بوده و منطقی است اما اگر حاصل کمتر از یک باشد، خرید کالا مستلزم هزینه بیشتر از مطلوبیت است و منطقی نیست. با اندکی تغییر در این قاعده می‌توان گفت پیشگیری از وقوع زیان تا جایی منطقی است که هزینه پیشگیری بیشتر یا مساوی زیان وارده نباشد.

در این مقایسه توجه به دو نکته ضروری است؛ اول این که در نظریه رفتار مصرف‌کننده حتی اگر قیمت کالا مساوی با مطلوبیت حاصله باشد (و نه بیشتر)، خرید کالا منطقی است اما در مسئولیت مدنی چنانچه هزینه پیشگیری از زیان مساوی با زیان باشد، پیشگیری منطقی نیست. علت این تفاوت این است که علی‌الاصول در نظریه رفتار مصرف‌کننده موضوع تقاضا کالایی است که واجد مطلوبیت است اما زیان در مباحث مسئولیت مدنی نوعی کالای بد محسوب می‌شود که فی‌نفسه واجد مطلوبیت نیست و مطلوبیت نه از وجود این کالا که از فقدان آن حاصل می‌شود. پس اگر هزینه پیشگیری از به وجود آمدن این کالا مساوی با مضرات ناشی از پیدایش آن باشد، دیگر زیان‌دیده بالقوه، انگیزه‌ای برای پیشگیری ندارد.

نکته دوم این که تا قبل از وقوع زیان، هزینه پیشگیری مقطوع است اما وقوع زیان احتمالی است؛ یعنی سه متغیر را باید در محاسبه منظور کرد: اول هزینه پیشگیری (B)؛ دوم زیان نهایی (L) و سوم احتمال وقوع زیان (P). درحالی که در نظریه رفتار مصرف‌کننده دو متغیر مطلوبیت کالا (U_x) و قیمت کالا (B_x) وجود دارد و مطلوبیت به صورت احتمالی نیست و فرض بر این است که حتماً مصرف‌کننده از خرید کالا مطلوبیت به دست می‌آورد.

این دو نکته در قاعده موسوم به لرنند هند^۱ مورد توجه قرار گرفته است. این قاعده بر اساس رأی صادره در یکی از پرونده‌های مطرح در دادگاه امریکا و به نام قاضی صادرکننده رأی نامیده شده است. در این پرونده، به تاریخ ژانویه ۱۹۴۷ کشتی باری آنا سی (Anna C) متعلق به شرکت

کانرز (Connors) که گندم‌های خریداری شده توسط دولت آمریکا را حمل می‌کرد، در اسکله شماره ۵۲ پهلوی گرفته و به لنگرگاه متصل شده بود اما به خاطر پارگی مهارگان توسط یدک کش کرول از اسکله جدا شده و با کشتی باری دیگری در بارانداز برخورد نموده و در نهایت همراه با محموله‌های گندم غرق شده بود. شرکت کانرز و دولت ایالات متحده علیه شرکت یدک کش کرول اقامه دعوا کرده و ایشان را مسئول غرق شدن آناسی معرفی کرده بودند. قاضی لرندهند در رأی خویش از یک سو شرکت کرول را در انحراف آناسی از لنگرگاه مقصر تشخیص داده و مسئول جبران بخشی از خسارات حاصله دانست اما از سوی دیگر، تقصیر شرکت کانرز را در رها کردن کشتی خالی از خدمه در اسکله به مدت ۲۱ ساعت مورد توجه قرار داده و این اقدام را با توجه به شرایط زمانی و مکانی، عملی غیرعقلانی تشخیص داد. در بخشی از این رأی آمده است: «به منظور تمیز تقصیر مالک کشتی در رعایت اصول احتیاطی لازم جهت احتراز از انحراف از لنگرگاه و ایراد خسارت می‌توان متغیرهای ذیل را ارائه نمود: ۱- میزان احتمال جدایی کشتی از اسکله (P) ۲- شدت خسارات احتمالی در صورت انحراف کشتی و آسیب به کشتی‌های دیگر (L) ۳- میزان هزینه‌های لازم جهت پیشگیری از وقوع حادثه (B). اگر هزینه‌های به کار بستن اقدامات احتیاطی جهت جلوگیری از انحراف کشتی از میزان احتمال بروز این حادثه و خسارات احتمالی کمتر باشد، یعنی اگر:

$$B < PL$$

و کوتاهی مالک در رعایت این اصول اثبات گردد، دارنده کشتی مقصر و مسئول است» (Shahabi & Masoudipour, 2014:46).

از قاعده لرندهند چنین استنباط می‌شود که اگر زیان دیده بالقوه بتواند با صرف هزینه‌ای معقول از وقوع زیان بزرگ‌تر جلوگیری کند، پیشگیری از وقوع زیان از سوی وی منطقی است و در صورتی که پیشگیری نکرده باشد، ممکن است از جبران خسارت یا بخشی از آن محروم شود. پس می‌توان گفت الگوی کارای پیشگیری از وقوع زیان از سوی زیان دیده بالقوه عبارت است از:

$$B_x < PU_x$$

اما به فرض آن که هزینه‌های پیشگیری طبق قاعده لرندهند منطقی باشد، آیا اعمال نظریه تقصیر زیان دیده بالقوه را به پیشگیری از زیان ترغیب می‌کند؟ پاسخ این پرسش را اندکی بعد بیان می‌کنیم و قبل از آن لازم است مطلوبیت دوم زیان دیده یعنی جبران کامل خسارت توضیح داده

شود؛ چه پیشگیری از سوی زیان‌دیده انجام شده باشد و چه پیشگیری صورت نگرفته باشد، ممکن است زیان حادث شود. در این صورت، مطلوب زیان‌دیده جبران سریع خسارت (U_y) است و باید برای به دست آوردن این کالا، هزینه اثبات (B_y) را پردازد. طبق نظریه رفتار مصرف‌کننده اقدام زیان‌دیده برای اثبات مسئولیت عامل زیان در صورتی منطقی است که هزینه اثبات کمتر از خسارات قابل جبران باشد و در غیر این صورت، پرداخت هزینه برای اثبات مسئولیت عامل زیان منطقی نیست. در این جا نیز جبران خسارت (U_y)، یک متغیر احتمالی (P) است اما پرداخت هزینه اثبات (B_y)، قطعی است و طبق قاعده لرنند هند اقدام زیان‌دیده برای طرح دعوی مسئولیت مدنی در صورتی منطقی است که رابطه زیر برقرار باشد:

$$B_y < PU_y$$

با فرض این که در صورت اثبات مسئولیت عامل زیان، خسارت به‌طور کامل جبران می‌شود می‌توان گفت اگر هزینه اثبات (B_y) مساوی با خسارات قابل جبران (U_y) ضرب در احتمال اثبات دعوا (P) باشد (و نه الزاماً کمتر)، هم چنان طرح دعوا از سوی زیان‌دیده منطقی است؛ یعنی:

$$B_y = PU_y$$

در مجموع می‌توان گفت الگوی کارای طرح دعوی مسئولیت مدنی از سوی زیان‌دیده عبارت است از:

$$B_y \leq PU_y$$

حال به پرسشی که پیش از این مطرح شد پاسخ می‌دهیم. آیا نظریه تقصیر، باعث می‌شود که افراد به سمت پیشگیری از وقوع زیان و طرح دعوی مسئولیت مدنی در حالاتی که به لحاظ اقتصادی معقول است، سوق داده شوند؟ به تعبیر دیگر، آیا نظریه تقصیر، افراد را به پیشگیری طبق الگوی $B_x < PU_x$ و طرح دعوی مسئولیت مدنی بر اساس الگوی $B_y \leq PU_y$ هدایت می‌کند؟ طبق قاعده تقصیر، اثبات مسئولیت عامل زیان برای جبران خسارت (U_y) علاوه بر اثبات ارکان سه گانه مسئولیت مدنی - شامل زیان وارده (L)، فعل زیان‌بار (A) و رابطه سببیت میان این دو - اثبات تقصیر (F) نیز ضروری است. با توجه به مشترک بودن ارکان سه گانه مسئولیت مدنی در تمامی نظریات مسئولیت مدنی اعم از تقصیر و غیر آن، به‌طور خلاصه می‌توان گفت در نظریه تقصیر، جبران خسارت تابعی از اثبات تقصیر است؛ به عبارت دیگر:

$$U_y = f(F)$$

این رابطه، در نظریه تقصیر ساده و در نظریه تقصیر مفروض یکسان است؛ یعنی خواه اثبات

تقصیر بر عهده زیان‌دیده باشد و خواه تقصیر از سوی قانون‌گذار مفروض بوده و اثبات خلاف آن بر عهده عامل زیان باشد، در هر حال جبران خسارت تابعی از تقصیر است. پس تشخیص کارایی نظریه تقصیر ساده و مفروض در پیشگیری از وقوع زیان از سوی زیان‌دیده بالقوه، منوط به اثبات یا عدم اثبات تقصیر است.

تا قبل از وقوع زیان، زیان‌دیده بالقوه فرض می‌کند که اگر اقدامات پیشگیرانه را انجام دهد یا نه، ممکن است زیان به بار آید. هر چه احتمال پیروزی زیان‌دیده در اثبات دعوی مسئولیت مدنی کمتر باشد، زیان‌دیده بیشتر تلاش می‌کند از بروز زیان جلوگیری کند. دو متغیر شامل احتمال شکست در اثبات دعوا (p) و هزینه‌های جانی (e)، زیان‌دیده را به سمت پیشگیری (x) هدایت می‌کند؛ یعنی:

$$x = e \times p$$

در نظریه تقصیر، زیان‌دیده باید علاوه بر ارکان سه گانه مسئولیت مدنی شامل ضرر (L)، فعل زیانبار (A) و رابطه سببیت (C)، تقصیر عامل زیان (F) را نیز ثابت کند؛ یعنی هزینه اثبات در نظریه تقصیر (e_1) برای زیان‌دیده عبارت است از:

$$e_1 = L + A + C + F$$

در حالی که در نظریه تقصیر مفروض، هزینه اثبات تقصیر بر عهده عامل زیان است؛ یعنی هزینه اثبات در نظریه تقصیر مفروض (e_2) برای زیان‌دیده عبارت است از:

$$e_2 = L + A + C$$

از مقایسه دو الگوی فوق حاصل می‌شود که هزینه اثبات در نظریه تقصیر برای زیان‌دیده بیشتر از هزینه اثبات در نظریه تقصیر مفروض است؛ یعنی:

$$e_1 > e_2$$

اما از حیث احتمال اثبات مسئولیت هیچ تفاوتی بین تقصیر ساده و مفروض وجود ندارد. در هر دو حالت، اثبات ارکان سه گانه مسئولیت مدنی یکسان است. با فرض این که این سه رکن ثابت شده باشند، احتمال شکست زیان‌دیده در تقصیر ساده (p_1) و مفروض (p_2)، وابسته به اثبات یا انکار عنصر تقصیر از سوی هر یک از طرفین دعواست؛ یعنی:

$$p_1 = p_2$$

بنابراین آنچه که زیان‌دیده را به سمت پیشگیری ترغیب می‌کند، هزینه اثبات است و نه احتمال اثبات دعوا.

با تلفیق دو معیار هزینه پیشگیری و احتمال اثبات دعوا این رابطه به دست می‌آید:

$$X_1 > X_2$$

نتیجه این که نظریه تقصیر در فرضی که اثبات تقصیر بر عهده زیان‌دیده است بنا به گران بودن هزینه‌های اثبات، زیان‌دیده بالقوه را به پیشگیری از وقوع زیان ترغیب می‌کند.

موضع زیان‌دیده بعد از وقوع زیان

پرسش دوم درخصوص کارایی نظریه تقصیر این است که آیا این نظریه باعث جبران سریع خسارت می‌شود؟ با توجه به مطالب فوق، پاسخ این پرسش تا حدودی بدیهی است. چه این که اثبات مسئولیت عامل زیان برای جبران خسارت زیان‌دیده، تابع اثبات تقصیر است و اثبات تقصیر، رکنی اضافه بر ارکان سه گانه مسئولیت مدنی است. به علاوه عامل زیان نیز در دعوای مسئولیت مدنی می‌کوشد تقصیر زیان‌دیده را برای براءت خود اثبات کند. این مطلب از قاعده اقدام استخراج می‌شود و طبق آن چنان چه پیشگیری نکردن زیان‌دیده بالقوه به عنوان یک تقصیر لحاظ شود، موجب محرومیت زیان‌دیده از دریافت تمام یا بخشی از خسارت خواهد شد (Badini & Abbasi, 2018: 8؛ Coleman, 1992: 245-246). این مطلب در ماده ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی^۱ مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است؛ بنابراین اثبات تقصیر، مانعی در مسیر جبران سریع خسارت است.

این وضعیت در صورتی که تقصیر، مفهومی واضح در قانون نداشته باشد به مراتب بغرنج‌تر است. نظریه تقصیر نیز در تعریف رفتار احتیاط‌آمیز هیچ معیار دقیقی ندارد و در صورت سکوت قانون ممکن است آنچه که از نظر زیان‌دیده یا عامل زیان احتیاط تلقی می‌شود از نظر قاضی کافی نباشد (Tahmasbi & Alipoor, 2011: 140). معمولاً تشخیص سطح کارای احتیاط، از مقایسه اقدامات احتیاطی عامل زیان یا زیان‌دیده با یک شخص منطقی در همان موقعیت به دست می‌آید اما در توصیف رفتار عقلانی اتفاق نظر وجود ندارد. در تحلیل اقتصادی حقوق گفته شده است که می‌توانیم بررسی کنیم که عامل زیان یا زیان‌دیده برای جلوگیری از وقوع زیان چه کاری می‌توانست

۱- در این ماده آمده است: «در کلیه مورد مذکور در این فصل هر گاه جنایت منحصرأ مستند به عمد و یا تقصیر مجنی‌علیه باشد ضمان ثابت نیست. در مواردی که اصل جنایت مستند به عمد یا تقصیر مجنی‌علیه باشد لکن سرایت آن مستند به عمد یا تقصیر مجنی‌علیه باشد مرتکب نسبت به مورد سرایت ضامن نیست».

انجام دهد و سپس هزینه این اقدامات محاسبه شود (Faure & Others, 2017:18؛ Iranpour, 2018:294). اگر این هزینه طبق قاعده لرندهند منطقی بوده اما عامل زیان یا زیان‌دیده از پرداخت آن خودداری کرده باشند، تقصیر از ناحیه هر یک رخ داده و موجب اثبات مسئولیت عامل زیان یا محرومیت زیان‌دیده از دریافت خسارت خواهد شد؛ اما واضح است که این محاسبه بعد از وقوع زیان صورت می‌گیرد یعنی جایی که معما حل شده است! اما پیش از آن نمی‌توان از زیان‌دیده یا عامل زیان انتظار داشت که بتوانند به چنین محاسبه‌ای دست یابند.

بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که اگر جبران سریع خسارت، مطلوب قانون‌گذار باشد نظریه تقصیر صرفاً در صورتی کاراست که سطح خاصی به‌عنوان استاندارد رفتار احتیاط‌آمیز در قانون مشخص شده باشد؛ مقررات رانندگی یا استاندارد کیفی محصولات تولیدی از این جمله‌اند (Ameri & Haj Mohammadi, 2018:98؛ Rahimi & Hajiyan, 2015:110 & 121؛ Tahmasbi & Alipoor, 2011:140). مثلاً راننده می‌داند که سرعت مجاز در جاده‌های برون‌شهری چه میزان است؛ می‌داند که عدم استفاده از کمربند ایمنی یا استفاده از خودروی فاقد معاینه فنی تقصیر محسوب می‌شود. پس اگر خسارتی در اثر حادثه رانندگی به وجود آید که ناشی از سرعت غیرمجاز خودرو باشد، اثبات تقصیر امر دشواری نیست.

اگرچه همواره این احتمال وجود دارد که قوانین موضوعه مبهم باشند و از الفاظی که قانون‌گذار استفاده کرده، برداشت‌های متفاوتی وجود داشته باشد. با این حال قانون‌گذار باید بکوشد با تعریف دقیق مفاهیم از پیدایش ابهام بکاهد چرا که ابهام در قوانین علاوه بر خدشه به اعتبار آرای قضایی موجب می‌شود که طرفین هزینه بیشتری برای تحصیل و ارائه ادله اثبات متحمل شوند که به لحاظ اقتصادی معقول نیست^۱ (Almasi, 2013:32).

پس با جمع‌بندی دو وضعیت قبل و بعد از وقوع زیان و با در نظر گرفتن اهداف بازدارندگی و جبران سریع خسارت می‌توان گفت نظریه تقصیر در حالت کنونی حقوق ایران موجب ترغیب

۱- مثلاً ماده ۲۶۵ قانون مدنی را گروهی حمل بر عدم تبرع پرداخت‌کننده و گروهی محمول بر اماره تأدیه دین تلقی می‌نمایند. طبیعی است که این ابهام در تصمیم دادرس مؤثر است (Almasi, 2013:32) و هر دو طرف نیز حتی قبل از دعوا خود را مکلف به تحصیل دلیل می‌دانند چرا که مشخص نیست بعد از طرح دعوا بار اثبات برعهده چه کسی است.

زیان‌دیده بالقوه به پیشگیری از وقوع زیان می‌شود اما ابزار مناسبی برای جبران سریع خسارت نیست. مگر آن که سطح مشخصی به‌عنوان استاندارد احتیاط از پیش معلوم باشد.

موضع عامل زیان قبل از وقوع زیان

در بخش اول به این پرسش می‌پردازیم که آیا نظریه تقصیر تا قبل از وقوع زیان باعث ایجاد این انگیزه در عامل زیان می‌شود که در عین این که فعالیت خود را تا بالاترین سطح مطلوبیت ادامه می‌دهد، احتیاط را نیز رعایت کند؟ عامل بالقوه زیان در محاسبه میزان فعالیت خود (M)، احتمال وقوع زیان (P_x) را در نظر می‌گیرد؛ یعنی:

$$M = f(P_x)$$

اگر نظریه تقصیر مبنای مسئولیت مدنی باشد، احتمال وقوع زیان رابطه معکوس با رعایت احتیاط (و رابطه مستقیم با تقصیر) دارد؛ یعنی هر چه میزان رعایت احتیاط کمتر باشد (به تعبیر دیگر، تقصیر بیشتر رخ داده باشد)، احتمال وقوع زیان افزایش می‌یابد. پس به‌طور کلی عامل بالقوه زیان قبل از اقدام به فعالیت برای محاسبه میزان فعالیت خود باید میزان رعایت یا عدم رعایت احتیاط را مشخص کند.

مثلاً فرض کنیم راننده‌ای در هر شبانه روز، معادل ۱۰ نوبت کاری فعالیت می‌کند و سود حاصل از هر نوبت معادل ۵ واحد است. فرض کنیم احتمال وقوع زیان در اثر خستگی یا استهلاک خودرو در این میزان فعالیت ۸ درصد و احتمال اثبات دعوا علیه وی معادل ۶ درصد است. میزان خسارت در هر حادثه ثابت و معادل عدد ۳ است. اگر راننده بخواهد بر میزان سود نهایی خود اضافه کند باید در نظر بگیرد که افزایش میزان فعالیت تا چه حد احتمال وقوع زیان و احتمال دعوی خسارت را علیه او افزایش می‌دهد^۱. جدول زیر را می‌توان در نظر گرفت:

۱- باید توجه داشت که کاهش سطح فعالیت به منزله رعایت سطح استاندارد احتیاط که در نظریه تقصیر مطرح شد، نیست. اعمال احتیاط و کاهش سطح فعالیت دو متغیر متفاوتند که نخستین بار توسط پازنر و کالابرسی مورد توجه قرار گرفت (Keith, 2007: 1).

جدول ۳- مطلوبیت نهایی عامل زیان برای محاسبه میزان فعالیت

میزان فعالیت	احتمال وقوع زیان	هزینه نهایی	سود نهایی
۱۰	۶	۱۸	۳۲
۱۲	۹	۲۷	۳۳
۱۴	۱۳	۳۹	۳۱

همان گونه که در نظریه رفتار مصرف کننده گفته شد اگر مصرف کالا رایگان باشد، مصرف کننده تا حد اشباع مصرف را ادامه می دهد اما اگر مصرف کننده مجبور باشد برای به دست آوردن کالا قیمت آن را پرداخت کند، خرید کالا تا جایی منطقی است که فایده نهایی بیشتر یا مساوی هزینه نهایی باشد. تولید کننده نیز تمایل دارد عوامل تولید را رایگان به دست آورد؛ اما اگر بنا باشد عوامل تولید را در ازای پرداخت قیمت به کار گیرد، ترجیح می دهد تعداد عوامل تولید را تا سطحی افزایش دهد که از میزان تولید متوسط کاسته نشود. رعایت احتیاط در تنظیم میزان فعالیت عامل زیان، نقش قیمت را برعهده دارد. به این معنا که اگر از نظر قانون گذار رعایت احتیاط ضروری نباشد، عامل زیان برای به دست آوردن سود بیشتر تا حد اشباع بر میزان فعالیت خود اضافه می کند اما اگر رعایت احتیاط و عدم تقصیر از سوی قانون تکلیف شده باشد، فعالیت خود را متناسب با این سطح تنظیم می کند.

در بحث از زیان دیده گفتیم که سطح استاندارد احتیاط باید از پیش در قانون مشخص شده باشد. با فقدان سطح استاندارد احتیاط، هر عامل بالقوه زیان سطح خاصی از احتیاط را به عنوان سطح استاندارد در نظر می گیرد و متناسب با آن میزان فعالیت خود را تنظیم می کند. اگر میزان فعالیت عامل زیان بیشتر از سطح مورد نظر قانون باشد، عامل زیان مکلف به جبران خسارت است و اگر میزان فعالیت عامل زیان کمتر از سطح مورد نظر قانون باشد، اگرچه زیانی به بار نیامده است اما بخشی از سودی که عامل زیان می توانست به دست آورد، از دست رفته و مسلماً این وضعیت را نمی توان وضع کارا توصیف کرد.

همان گونه که در مورد زیان دیده بالقوه توضیح داده شد، اگر نظریه تقصیر بدون تعیین استاندارد احتیاط به کار رود، عامل بالقوه زیان نمی تواند پیش بینی کند که با چه میزان احتیاط می تواند از وقوع زیان جلوگیری کند و فعالیت خود را باید تا چه سطحی ادامه دهد (Ameri & Haj, 2018:98-99). این ابهام باعث می شود که بعضی از افراد فعالیت را ترجیح دهند و برخی دیگر، احتیاط را. این که کدام یک از این حالات انتخاب می شود بسته به این است که عامل

زیان در دسته ریسک‌پذیر قرار گیرد یا ریسک‌گریز.

توضیح آن که اشخاص برای حداکثرسازی بهره‌وری خود از امکاناتی که سود و زیان آن‌ها احتمالی است به سه دسته ریسک‌گریز، ریسک‌پذیر و ریسک‌خنثی تقسیم می‌شوند. با کسب درآمد و ارضای نیازها، میزان مطلوبیت نزد افراد ریسک‌گریز کاهش می‌یابد و تمایل این افراد برای ادامه فعالیت و کسب مطلوبیت کم می‌شود اما در افراد ریسک‌پذیر مطلوبیت نهایی با هر واحد درآمد افزایش می‌یابد و اشباع در این افراد معنی ندارد. وصف ریسک‌خنثی نیز به اشخاصی اطلاق می‌شود که مطلوبیت نهایی متناسب با هر واحد درآمد در آن‌ها ثابت است و با کسب مطلوبیت، تمایل برای به دست آوردن واحد بعدی مطلوبیت کاهش یا افزایش نمی‌یابد و با همان روند سابق تداوم پیدا می‌کند. البته این وصف ویژه اشخاص حقوقی است و اشخاص حقیقی یا در دسته ریسک‌گریز قرار می‌گیرند و یا در دسته ریسک‌پذیر (Iranpour, 2018: 134-137).

چنانچه سطح استاندارد احتیاط از سوی قانون‌گذار مشخص شده باشد، همه اشخاص میزان فعالیت خود را متناسب با این سطح - که در واقع سطح مطلوبیت نهایی است - تعیین می‌کنند و در عین حال احتمال وقوع زیان نیز کاهش می‌یابد؛ اما اگر سطح استاندارد احتیاط مشخص نشده باشد و نظریه تقصیر مبنای مسئولیت مدنی باشد، یعنی هیچ تمایزی بین اشخاص ریسک‌پذیر، ریسک‌گریز و ریسک‌خنثی وجود ندارد. این وضعیت در اشخاص ریسک‌گریز و ریسک‌پذیر دو اثر متفاوت و معکوس دارد. مشخص نبودن سطح استاندارد احتیاط در نظریه تقصیر باعث می‌شود فرد ریسک‌گریز احتمال وقوع زیان را بیشتر و فرد ریسک‌پذیر آن را کمتر فرض کند.^۱ در نتیجه اشخاص ریسک‌گریز هزینه‌هایی بیش از حد لازم برای پیشگیری از وقوع زیان متحمل می‌شوند و از دامنه فعالیت خود و بالطبع کسب سود می‌کاهند.^۲ در مقابل، فرد ریسک‌پذیر به سطح حداقلی

۱- این وضعیت دو گانه ناشی از آن است که بر مبنای نظریه تقصیر، اثبات مسئولیت متوقف به اثبات تقصیر است و احتمال اثبات دعوی مسئولیت مدنی و تکلیف عامل زیان به جبران خسارت کمتر از دیگر نظریات است؛ یعنی اگرچه رابطه بین احتمال وقوع زیان و احتمال اثبات دعوا مستقیم است اما این همبستگی در نظریه تقصیر نسبت به دیگر نظریات کمتر است.

۲- با در نظر گرفتن این نکته که غالب افراد در سطح غریزی خود ریسک‌گریز هستند، اعمال نظریه تقصیر بدون تعیین سطح استاندارد رفتار تقصیرآمیز باعث تحمیل هزینه‌های هنگفت پیشگیری و صرف نظر کردن از سود ناشی از فعالیت گروه‌های بزرگی از افراد می‌شود.

احتیاط اکتفا می کند که احتمال وقوع زیان را افزایش می دهد.

پس در مجموع می توان گفت بر مبنای نظریه تقصیر و از موضع عامل زیان، هدف پیشگیری از وقوع زیان در صورتی محقق می شود که سطح استاندارد احتیاط از پیش مشخص شده باشد. با مشخص بودن سطح استاندارد احتیاط، عامل بالقوه زیان می تواند به محاسبه سود و زیان ناشی از فعالیت با احتمال وقوع زیان پردازد و بدین ترتیب نه هزینه اضافی برای پیشگیری لحاظ شده است و نه از میزان مطلوبیت نهایی کاسته شده است و می توان گفت نظریه تقصیر، ابزاری کاراست.

موضع عامل زیان بعد از وقوع زیان

بعد از وقوع زیان، کارایی نظریه تقصیر منوط به این است که آیا این نظریه باعث کاهش هزینه های دادرسی می شود؟ از موضع عامل زیان، جبران سریع خسارت به عنوان یکی از اهداف مسئولیت مدنی در کاهش هزینه های دادرسی نمایان می شود؛ یعنی مطلوبیت عامل زیان بعد از وقوع زیان این است که هزینه های دادرسی که برای برائت خود پرداخت می کند، کاهش یابد. در تحلیل موضع زیان دیده گفتیم که ابهام، اجمال و سکوت قوانین درخصوص مفهوم تقصیر بر هزینه های دادرسی می افزاید؛ اما در مقابل، احتمالی بودن اثبات دعوا در نظریه تقصیر، منافع عامل زیان را تأمین می کند. بدین توضیح که می توان تصور کرد که زیان واقع شده اما زیان دیده علیه عامل زیان طرح دعوا نکرده و یا در صورت طرح دعوا نتوانسته است تقصیر عامل زیان را ثابت کند و یا در صورتی که تقصیر عامل زیان مفروض باشد، عامل زیان موفق شده است که بی تقصیری خود را ثابت نماید.

پس می توان سه حالت را در نظر گرفت:

- فعالیت انجام شود و هیچ زبانی به بار نیاید.
- فعالیت انجام شود و زیان رخ دهد و مسئولیت عامل زیان نیز ثابت شود.
- فعالیت انجام شود و زیان رخ دهد اما مسئولیت عامل زیان ثابت نشود.

حالت اول کمال مطلوب عامل زیان است. اگر در اثر فعالیت عامل زیان به دیگران هیچ زبانی وارد نشود، سود حاصل از عمل عاید فرد و جامعه شده است. در حالت دوم یعنی جایی که زیان واقع شده و تقصیر عامل زیان ثابت شده است، وی مکلف به جبران خسارت است و اثر قواعد مسئولیت مدنی صرفاً در توزیع درآمد بین عامل زیان و زیان دیده بوده است. فرض سوم این است

که زیان به بار آید اما تقصیر عامل زیان ثابت نشود. در این صورت عملاً ریسک فعالیت از عامل زیان به زیان‌دیده منتقل شده و عامل زیان در ازای کاستن از مطلوبیت زیان‌دیده بر مطلوبیت خویش افزوده است.

چنانچه اثبات تقصیر مستلزم دانش خاص یا پرداخت هزینه هنگفت باشد، این وضعیت به مراتب تشدید خواهد شد. مثال بارز انتقال ریسک، اخذ براءت پزشک از بیمار یا تحمیل هزینه بیمه از سوی تولیدکننده به مصرف‌کننده کالا است. اگر این فرآیند تداوم داشته باشد، موجب ایجاد پیامد جانبی منفی^۱ و شکست تعادل جامعه می‌شود. در این موارد، نظریه تقصیر نه تنها ابزاری کارا برای پیشگیری از وقوع زیان و کاهش هزینه‌های اجتماعی نیست بلکه سنگری است برای عامل زیان تا در پناه آن با انتقال ریسک به زیان‌دیده بر سود فردی خود بیفزاید.^۲

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

با در نظر گرفتن زیان به‌عنوان یک کالای بد، تحقق کارایی در جامعه مستلزم آن است که از وقوع زیان پیشگیری شود. باین حال وقوع زیان امری اجتناب‌ناپذیر است. لذا پس از وقوع زیان، آنچه که به‌عنوان هدف ثانویه در مسئولیت مدنی واجد اهمیت است، جبران سریع خسارات است. پیشگیری از زیان و جبران سریع خسارات در دیدگاه تحلیل اقتصادی، همواره به صرفه نیست و باید به دنبال ابزاری بود که به نحوی کارا این دو هدف را محقق سازد؛ به گونه‌ای که افراد بیشترین امکان فعالیت را برای به دست آوردن حداکثر میزان سود داشته باشند و از طرف دیگر، موجب ورود زیان نشوند؛ یعنی با کمترین هزینه برای پیشگیری، بیشترین میزان فعالیت و بیشترین سود به دست آید.

نظریه تقصیر یکی از ابزارهای قانون‌گذار در تحقق اهداف مسئولیت مدنی است. در این مقاله،

1 - Externalities

۲- گفته شده است که یکی از دلایل توجیه شرط مسئولیت محدود یا براءت پزشک در برابر بیمار در فقه اسلامی، همین ضرورت ابتکار و نوآوری در طبابت بوده است و جالب آن که یکی از دلایل برجستگی جراحان ایرانی در جهان، عدم نگرانی از مسئولیت احتمالی و احتمال ضعیف محکومیت پزشک در محاکم قضایی است که باعث شده است پزشکان ایرانی تمایل بیشتری به تعدد اعمال جراحی و ریسک‌پذیری داشته باشند (عابدی، ۱۳۹۴: ۹).

نظریه تقصیر از موضع زیان دیده و عامل زیان در دو حالت قبل و بعد از وقوع زیان بررسی شد. نتایج حاصل از این بررسی نشان می دهد که در صورتی می توان نظریه تقصیر را ابزاری کارا برای تحقق اهداف پیشگیری از وقوع زیان دانست که سطح استاندارد احتیاط در قوانین مشخص شده باشد. تعیین سطح استاندارد احتیاط اگرچه در خصوص همه فعالیت ها میسر نیست اما درخصوص فعالیت های شایع و کم ریسک امکان پذیر است. مثلاً تعیین سطح استاندارد احتیاط در اعمال پزشکی شایع ساده تر از تعیین این سطح در اعمال پزشکی نادر است.^۱ درحالی که اعمال نظریه تقصیر در تمامی موارد پزشکی بدون تعیین مشخصات استاندارد پزشکی و احاله آن به پزشکی قانونی عملاً محمولی برای انتقال ریسک از پزشک به بیمار و افزایش هزینه های درمانی به ضرر بیماران است.

درواقع، وقتی گفته می شود که تفاوت مسئولیت مبتنی بر تقصیر و مسئولیت بدون تقصیر در اثبات یا رد رکن تقصیر است، اگر بتوان تعریف مشخصی از تقصیر ارائه داد، افراد می دانند که با عبور از این مرز، مقصر شناخته می شوند و در نتیجه میزان فعالیت خود را منوط به رعایت استاندارد احتیاط خواهند کرد. به علاوه، با معین بودن سطح استاندارد احتیاط، هزینه های اضافی برای پیشگیری پرداخت نمی شود و هزینه فرصت این منابع نیز تلف نخواهد شد. در مصادیق رایج و شناخته شده از جمله اعمال پزشکی شایع، مقررات رانندگی، استاندارد تولید کالاها و ... امکان تعیین سطح استاندارد احتیاط وجود دارد و در این موارد، اعمال نظریه تقصیر به عنوان ابزار مناسبی برای پیشگیری از وقوع زیان پیشنهاد می شود.

بعد از وقوع زیان نیز مشخص بودن سطح استاندارد احتیاط، باعث کاهش هزینه های دادرسی از جمله هزینه های کارشناسی می شود. با این حال در مقایسه با مسئولیت بدون تقصیر با توجه به این که در هر حال، اثبات تقصیر رکنی اضافه بر سایر ارکان دعوای مسئولیت مدنی است، نظریه تقصیر نمی تواند هدف جبران سریع خسارت را محقق سازد، لیکن در صورت مشخص بودن سطح

۱- مشابه این تفکیک را می توان در «سند سفید» مصوب سال ۲۰۰۰ کمیسیون اروپایی ملاحظه کرد که در آن درخصوص خسارت های زیست محیطی ناشی از فعالیت های خطرناک، نظریه خطر و درخصوص دیگر فعالیت ها مسئولیت مبتنی بر نظریه تقصیر لحاظ شده است (Faure, 2001: 141-142; Badini & Abbasi, 2018: 11; Katouzian & Ansari, 2008: 292).

استاندارد احتیاط، باعث کاهش هزینه‌ها می‌شود؛ بنابراین چنانچه در مصادیق خاصی امکان پیشگیری از زیان از سوی زیان‌دیده وجود نداشته و وقوع زیان یا جلوگیری از آن در انحصار کامل عامل زیان باشد، اعمال نظریه تقصیر نمی‌تواند ابزار کارایی به شمار رود. خسارات زیست محیطی، آلودگی‌های دریایی، حوادث اتمی و مسئولیت متصدی حمل‌ونقل در برابر سرنشینان و صاحبان محموله از جمله این موارد است.

به بیان دیگر، نتایج این تحقیق، محدود به مقایسه میان نظریه تقصیر و تقصیر مفروض است و ممکن است در مقایسه نظریه تقصیر - اعم از آن که تقصیر مفروض باشد یا نباشد - با دیگر نظریات از جمله نظریه خطر، نتایج دیگری به دست آید که بررسی این مطلب می‌تواند موضوع پژوهش‌های بعدی باشد. با این حال، به عنوان یک نتیجه حداقلی می‌توان اعمال نظریه تقصیر را همزمان با تعیین سطح استاندارد احتیاط به عنوان یک سیاست تقنینی پیشنهاد کرد؛ یعنی هر جا که امکان تعیین دقیق سطح استاندارد احتیاط فراهم باشد، قانون‌گذار می‌تواند - و نه الزاماً - از نظریه تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت استفاده کند؛ اما در مواردی که این سطح استاندارد مبهم است، به هیچ عنوان به کارگیری نظریه تقصیر کارا نیست.

References

- [1] Abedi, mohammad. (2015) Economic Analysis of Exemption Clause, journal Encyclopedia of Economic Law, vol 22, No 7, pp 1-21. (in Persian)
- [2] Almasi, Nejad Ali. (2013). Economic analysis of the evidence in a civil lawsuit, Journal of Law Research. Shahid Beheshti University, Vol 15, issue 60, pp9-40. (in Persian)
- [3] Ameri, Faysal and Haj Mohammadi, Moslem. (2018). A Legal-Economic Analysis of Article 21 of the Law Amending the Compulsory Insurance Act: Civil Liability of Motor Vehicle Owners, Journal of Legal Research, volume 17, number 35, pp 83-111 (in Persian)
- [4] Babaii, Iraj. (2007). Theoretical Foundations of Economic Analysis of Law ", Journal of Law and Policy Research, No. 23, 13-60. (in Persian)
- [5] Badini, Hasan. (2005). "The philosophy of civil responsibility", the first print, Tehran, Enteshar Publications. (in Persian)
- [6] Badini, Hassan and Abbasi, Somayyeh. (2018). The Efficiency of Strict Liability From the Perspective of Economic Analysis of Law, Journal of Comparative Law, volume 5, number 1, pp 3-24. (in Persian)
- [7] Badini, Hasan and Mehrad, Mehdi. (2017). ECONOMIC EFFICIENCY IN

- PRIVATE LAW; THEORY AND INSTANCES, journal Law Quarterly, volume 47, number 1, pp 19-35. (in Persian)
- [8] Bahrami Ahmadi, Hamid. (2012). Tort Law "civil liability" "with a comparative study in the jurisprudence of Islamic religions and legal systems", Tehran, Imam Sadiq University Publisher. (in Persian)
- [9] Becker, Gary. (1998). The Economic Approach to Human Behaviour, foundation of the economic approach to law, collection of essays, edited by Avery Wiener Katz, Oxford University Press.
- [10] Bolurifar, Mina and Hagi Azezi, Bijen and Jafari, Fazlullah. (2019). The Application of Economic Analysis of Law Based on Rational Independence and Expediency, journal Jurisprudence and Islamic Law, volume 10, number 18, pp 1-23. (in Persian)
- [11] Coleman, Jules L. (1992). Risks and Wrongs, Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge University Press, First Published.
- [12] Cooter, Robert and Ulen, Thomas. (2009). Law and Economics, Translated by Yadollah Dadgar and Hamedeh Akhavan, first edition, Tehran, Tarbiat Modares University Press.
- [13] Dadgar, Yadollah. (2007). A Review of Developments in Efficiency in Economic Literature (Theories and Applications), Journal of Law and Politics Research, Vol 9, No. 23, pp. 103-142. (in Persian)
- [14] Dadgar, Yadollah. (2012). What is appropriate for lawyers and legal agents to know about economics, Journal of Law Research, Vol 58, pp. 7-43. (in Persian)
- [15] Dadgar, Yadollah. (2013). Principles of economic analysis: micro & macro, Tehran, Amareh Press. (in Persian)
- [16] Darabpour, Mehrab. (2008). Non-Contractual Liabilities, Compensation, Refund and Concessions, Tehran, Majd. (in Persian)
- [17] Faure, Michael. (2001). Economic analysis of environmental Law: An Introduction, Economie publique, No 7.
- [18] Faure, Michael & Hans-Bernd Shafer & Frank Muller-Langer & Meea Golbarden & Fernando Gomez Pomar. (2017). Tort law and economics, First Chapter: Tort Law and Economics, Translated By Shokuhian Alireza & Edrissian Hamed, Tehran, The Press and Publications Center of the Judiciary, Institute of Judiciary.
- [19] Friedman, Lawrence M. (1973). A History of American Law, Simon and Schuster.
- [20] Hekmat-nia, Mahmud. (2010). Tort Law in Imami jurisprudence, principles and structure, Qom, ISCA. (in Persian)
- [21] Iranpour, Farhad. (2018). Principles and application of economic analysis in civil law, Tehran, donya-e-eqtasad Publisher. (in Persian)
- [22] Jourdain, Patrice. (2015). LES PRINCIPES DE LA RESPONSABILITE CIVIL, Translated By Adib Majid, Tehran, Editions Mizan.
- [23] Katouzian, Naser. (2008). Tort liability," the first volume, eighth edition,

- Tehran, Tehran University Press. (in Persian).
- [24] Katouzian Naser and Ansari Mahdi. (2008). LA RESPONSABILITE POUR DOMMAGE A L'ENVIRONNEMENT, journal Law Quarterly, Vol 38, No 2, pp 285-314. (in Persian).
- [25] Keith N, Hylton. (2007). "A Positive Theory of Strict Liability", Boston University School of Law, Law and Economic Working Paper, No 06-35. Available at: http://ssrn.com/abstract_ID=932600.
- [26] Lotfi, Assadollah. (2014). A series of jurisprudential issues, civil liability law, Tehran, Jangal Publications. (in Persian).
- [27] Mackaay, Ejan. (2013). Law and Economics for Civil Law Systems, UK, Edward Elgr Publishing Limited.
- [28] Marsh, Peter. (1994). Comparative Contract Law England, France, Germany. England: Gower Publishing.
- [29] Mehregan, Nader and Padash Hamid. (2009). Principles of Economics, Tehran, Noore Elm Publisher. (in Persian).
- [30] Qasemzadeh, Sayyed Mortaza. (2008). The Foundations of Civil Liability, Tehran, Mizan Publication. (in Persian).
- [31] Rahimi, Habibolaah and Hajiyan, Mohammad Ghasem. (2015). Economic Analysis of Elements of Civil Liability for Driving Accidents, Journal of Private Law Research, Volume 2, number7, pages 99-130. (in Persian).
- [32] Rahpeik, Hassan. (2013). Tort Law and Compensation, Tehran, Khorsandi Publications. (in Persian)
- [33] Safai, Sayyed Hossein and Rahimi Habibollah. (2016). Civil Liability (Non-Contractual Obligations), Tehran, Samat Publications. (in Persian).
- [34] Sanei, Parviz. (2002). Law and society (relationship of law with social and psychological factors), Tehran, Tarh-e-No Publications. (in Persian).
- [35] Shahabi Mahdi and Masoudipour Azadeh. (2014). Economic Analysis of Law and Revival of Fault in Civil Liability System with Emphasis on USA case law, Journal Encyclopedia of Economic Law, Vol 20, No 4, pp 28-56. (in Persian).
- [36] Shoarian, Ebrahim and Jabbari, Mansour. (2010). Police Civil Liability, Tehran, Foroozesh Publications. (in Persian).
- [37] Tahmasbi, Ali and Alipoor, Koroush. (2011). "The Effect of fault and strict responsibility for Encouraging operating losses and the injured to the precautions " Justice Legal Journal, No. 74, pp. 159-129. (in Persian).

بایسته‌های شمول قانون مبارزه با پولشویی بر دارایی‌های مجازی؛ در پرتو توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی FATF

عارف خلیلی پاجی^۱

دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده

حقوق دانشگاه شهید بهشتی

امیرحسین نیازپور^۲

استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی،

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۰

چکیده

دارایی‌های مجازی به عنوان یک ابزار فن آورانه با برخورداری از کارکردهای اقتصادی، نظر بزه‌کاران را نیز به خود جلب کرده است. به گونه‌ای که ویژگی‌های منحصر به فرد این فن آوری زمینه‌ساز تحولات قابل توجهی در روش و شگرد ارتکاب برخی از انواع جرائم شده است. از این رو ضرورت مهار مخاطرات جنایی این فن آوری، اتخاذ تدابیر و اقداماتی را در برابر آن اجتناب ناپذیر ساخته است. در این راستا، گروه ویژه اقدام مالی FATF به عنوان یک گروه فراملی نقش بارزی را ایفا می‌کند. آنچه در رویکرد این گروه مدنظر قرار دارد پوشش قواعد مبارزه با پولشویی بر این فن آوری است تا در چارچوب آن، زمینه مهار مخاطرات دارایی‌های مجازی فراهم گردد. از این رو، توصیه به کشورها جهت پوشش قواعد ملی مبارزه با پولشویی در دستور کار این گروه قرار گرفته است. با این حال، پوشش قواعد مزبور مستلزم رعایت الزاماتی است و تا زمانی که نتوان به تحقق آن‌ها پرداخت، نمی‌توان منتظر نتایج مثبت این تدابیر و اقدامات ماند. در

*- نوع مقاله: پژوهشی

1- Arefkhalilipaji@gmail.com

۲- نویسنده مسئول: a_niazpour@sbu.ac.ir

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.70831.1052

نوشتار حاضر با روش توصیفی و تحلیلی به بررسی بایدهای شمول قانون مبارزه با پولشویی در ایران بر دارایی‌های مجازی پرداخته می‌شود تا در پرتو توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی، راهکارهای تحقق آن‌ها ارائه گردد. در این راستا، دستاورد این پژوهش، لزوم شناسایی قانونی دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن است تا زمینه لازم جهت مقرر کردن گزاری و تنظیم گری پیرامون ابعاد گوناگون این فن-آوری فراهم گردد.

کلیدواژه‌ها: دارایی‌های مجازی، رمز ارزها، پولشویی، گروه ویژه اقدام مالی، رویکرد ریسک‌مدار.

مقدمه

دارایی‌های مجازی بازنمایی دیجیتالی (رقومی) از یک ارزش با قابلیت معامله و انتقال و با هدف سرمایه‌گذاری و پرداخت به صورت غیرمتمرکز و شفاف است. نمونه بارز این دارایی‌ها، رمز ارزها است که بر بستر زنجیره بلوک (بلاک‌چین)^۱ مبتنی بر علم رمزنگاری موجودیت دارد. گذشت بیش از یک دهه از معرفی، انتشار و توسعه رمز ارزها به عنوان یکی از اقسام دارایی‌های مجازی^۲ سبب شده تا در کنار تلاش‌های ملی، در سطح فراملی نیز ابعاد گوناگون آن به موجب برخی اسناد و رهنمودها مورد توجه قرار گیرد. نمونه بارز چنین رویکردهایی را می‌توان در چارچوب فعالیت‌های گروه ویژه اقدام مالی FATF^۳ جست که با ارائه نسخه‌ای ویژه، به شکل‌دهی

۱- واژه بلاک‌چین Blockchain ترکیبی از دو کلمه بلوک Block و زنجیره Chain است. این فن‌آوری در حقیقت زنجیره‌ای از بلوک‌ها است. بلاکچین به زنجیره‌ای از بلاک‌ها اطلاق می‌شود که در بردارنده اطلاعاتی هستند. این فن‌آوری برای نخستین بار در سال ۱۹۹۱ توسط گروهی از پژوهش‌گران و به منظور زمان‌بندی اسناد دیجیتال بکار گرفته شد. در واقع در این کارکرد، بلاک‌چین به عنوان یک دفتر اسناد رسمی به کار برده شد تا امکان تغییر تاریخ یا دست بردن در اطلاعات موجود امکان نداشته باشد. با این حال بلاک‌چین تا پیش از سال ۲۰۰۹ و بکارگیری آن در ایجاد بیت‌کوین توسط ساتوشی ناکاموتو از کاربرد محدودی برخوردار بود (Yaga, 2018: 15).

۲- بیش از ۵۱۰۰ دارایی رمزنگاری شده با بازاری به ارزش ۲۵۰ میلیون دلار در آغاز سال ۲۰۲۰ شناسایی شده است (Available at: "coinmarketcap", Last modified July 15, 2021, <https://coinmarketcap.com>) که به صورت قانونی یا غیرقانونی وجود دارند. بیشتر فعالیت‌های قانونی در خصوص دارایی‌های مجازی، به ویژه در خصوص رمز ارزها، در صرافی‌های رمز ارزی صورت می‌پذیرد که هدف عمده کسب سود با سرمایه‌گذاری در چنین دارایی‌هایی است.

3- Financial Action Task Force

تنظیم‌گری ابعاد گوناگون حقوقی و کیفری دارایی‌های مجازی پرداخته است.

این امر به عنوان یک ضرورت عملی از فهم این نکته نشأت می‌گیرد که اگرچه فن‌آوری‌های نوظهور و خدمات مرتبط با آن، منجر به ایجاد سهولت در زندگی شهروندان شده و به واسطه ویژگی‌های نوآورانه تحولات مثبتی را در عرصه‌های اقتصادی پدید آورده‌اند، اما از قابلیت ایجاد موقعیت‌های مجرمانه جدید برای بزه‌کاران جهت تظہیر درآمدهای مجرمانه و یا تأمین مالی فعالیت‌های مجرمانه نیز برخوردارند (Shamloo and Khalili Paji, 2020 [b]: 65-96, Najafi Abrandabadi, 2009). از این رو است که گروه ویژه اقدام مالی در چارچوب توجه به ریسک‌های مجرمانه در ارتباط با پولشویی، با نگاهی ویژه به حوزه فن‌آوری‌های نوظهور تلاش کرده است تا به پوشش آن‌ها در چارچوب رویکرد ریسک‌مدار بپردازد.

در این راستا، رویکرد ریسک‌مدار در برابر مخاطرات دارایی‌های مجازی از مؤلفه‌هایی برخوردار شده است: نخست؛ این رویکرد ذیل رویکرد ریسک‌مدار در برابر پولشویی قرار می‌گیرد که در نتیجه فعالیت گروه ویژه اقدام مالی به شکل منسجمی ارائه شده است. آخرین ویرایش قابل توجه این توصیه‌نامه‌ها تحت عنوان «استانداردهای بین‌المللی در مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم» مربوط به سال ۲۰۱۲ است که در قالب توصیه‌های چهل‌گانه منتشر شد.^۱ مطابق توصیه شماره ۱ این گروه «ارزیابی ریسک‌ها و اتخاذ رویکرد مبتنی بر ریسک»^۲ توسط کشورها ضرورت دارد.^۳ دوم؛ پولشویی در رویکرد اتخاذی گروه ویژه اقدام مالی صرفاً در معنای یک جرم خاص دیده نمی‌شود. در واقع، برخلاف رویکرد سنتی به پولشویی به عنوان یک جرم نتیجه، در رویکرد

گروه ویژه اقدام مالی یک سازمان بین‌الدولی است که در سال ۱۹۸۹ با ابتکار گروه ۷ (در حال حاضر گروه ۸) با توجه به توسعه سیاست‌های مبارزه با پولشویی تأسیس شد. وظایف این سازمان در سال ۲۰۰۱ به حوزه مبارزه با تأمین مالی تروریسم گسترش یافت و بعدها منع توسعه تسلیحات کشتار جمعی نیز به وظایف سازمانی آن افزوده شد (FATF, 2021:7).
۱- افزودنی است نسخه منتشر شده این توصیه‌ها در سال ۲۰۲۱ به‌طور جزئی ویرایش شده است.

2-Risk-Based Approach (RBA)

۳- کشورها باید ریسک‌هایی را که در ارتباط با پولشویی و تأمین مالی تروریسم با آنها مواجه هستند، شناسایی، ارزیابی و بررسی نمایند. براساس این گونه ارزیابی‌ها، کشورها باید با بکارگیری رویکرد ریسک‌مدار، اطمینان پیدا کنند اقداماتی را که برای پیشگیری از پولشویی و تأمین مالی تروریسم یا کاهش میزان وقوع این جرائم انجام می‌دهند با ریسک‌های شناسایی شده، تناسب داشته باشد (Werle, 2017: 42).

جدید، پولشویی، یک ابزار مؤثر با دو کارکرد پیشگیرانه و کشف جرم معرفی می‌شود.^۱ سوم؛ آنچه گروه ویژه اقدام مالی در تلاش است تا به‌عنوان یک مدل و الگوی کارآمد جهانی در برابر مخاطرات جنایی ارائه نماید از حیث ملی بسیار منعطف است. در این راستا، اگرچه اصول و رهنمودهای اجرایی به‌طور کامل به کشورهای ارائه شده اما هر کشوری از این ابزار با توجه به ویژگی‌های تقنینی، قضایی، اجرایی و نیازهای داخلی خود بهره می‌برد.^۲

بدین‌سان، رویکرد ریسک‌مدار در اجرای مؤثر استانداردهای بین‌المللی مبارزه با پولشویی^۳ گروه ویژه اقدام مالی، به‌طور فعال بر خطرات مربوط به فن‌آوری‌های نوظهور در این زمینه پرداخته است. در این راستا، گروه ویژه اقدام مالی به‌موجب برخی اسناد در چند گام رویکرد خود در برابر دارایی‌های مجازی را تبیین کرده است. نخست آنکه، از نگاه به رمز ارزها به‌عنوان یک ارز/پول گذر کرده و قسم کلی‌تری، با عنوان دارایی‌های مجازی را که یکی از انواع آن رمز ارزها

۱- بدین‌سان، تلاش می‌شود با کنترل پول، کاهش هزینه‌های جرم برای نظام پولی و مالی و افزایش خطر ارتکاب جرم برای بزه‌کاران به مدیریت ریسک هدف‌مند در این حوزه و انسداد روزه‌ها پرداخته شود تا ابتدا از وقوع جرائم مالی-اقتصادی پیشگیری شود و سپس در صورت وقوع جرم، سریعاً کشف شود (Shamloo and Khalili Paji, 2020 [a]). در این چارچوب از حیث کیفی نیز جرم‌انگاری پیش‌دستانه به عنوان مکمل رویکردهای پیشگیرانه مورد توجه قرار می‌گیرد.

۲- برای نمونه، گروه ویژه اقدام مالی به موجب سند سال ۲۰۱۹ خود چارچوب اجرایی رویکرد ریسک‌مدار سیاست جنایی در برابر مخاطرات جنایی ارزهای مجازی را ارائه کرده است. با این حال هر کشوری باید با سنجش میزان ریسک واقعی و احتمالی این فن‌آوری برای نظام پولی و مالی خود در راستای تحقق رویکرد ریسک‌مدار و به واسطه ابزارهای اجرایی آن، اقدامات و راهبردهایی را اتخاذ نماید. از این رو، سنجش و بررسی ریسک ارزهای مجازی در سطح ملی، ترسیم مخاطرات جنایی و تنظیم سیاست در هر کشوری با الهام و استفاده از سیاست ریسک‌مدار ممکن است متفاوت از سایر کشورها باشد. اگرچه هدف نهایی استقرار رویکرد ریسک‌مدار است.

۳- تصویب کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با جنایات سازمان‌یافته فراملی - پالرمو ۲۰۰۰، به عنوان جامع‌ترین سند حقوقی جهانی در حوزه مقابله با بزهکاری سازمان‌یافته یکی از نمونه‌ها برجسته همکاری‌های بین‌المللی است که بنابر ضرورت همکاری‌ها در بعد جهانی و بکارگیری سیاست جنایی متناسب با آن تصویب شد. به موجب ماده ۱ کنوانسیون مزبور، هدف این کنوانسیون عبارت از ارتقاء همکاری‌ها جهت پیشگیری و مقابله مؤثرتر با جرائم سازمان‌یافته فراملی است. یکی از این جرائم، جرم پولشویی است. این جرم از این جهت که دارای ارتباط مستقیمی با سایر جرائم جهانی است در ماده ۶ کنوانسیون پالرمو مورد توجه قرار گرفته است و مطابق آن دولت‌های عضو متعهد شده‌اند که نسبت به جرم‌انگاری پولشویی در قوانین ملی خود اقدام نمایند. دیگر اقدام جامعه جهانی در زمینه مبارزه با فساد-مالی و اداری، تصویب کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد-مریدا ۲۰۰۳ است که به‌عنوان اولین سند حقوقی بین‌المللی با هدف پیشگیری و مبارزه با عمده‌ترین مظاهر فساد مالی و اداری تدوین و تصویب شد (Mireille Delmas, 2014: 98).

هستند معرفی کرده است. دوم؛ گروه ویژه اقدام مالی تلاش کرده تا چارچوب کلی اتخاذ رویکرد ریسک‌مدار در تنظیم‌گری دارایی‌های مجازی را به موجب سند سال ۲۰۱۹ تشریح کند و سوم؛ اصول اساسی تنظیم‌گری در این حوزه را جهت الگوبرداری در سطوح ملی یا فراملی بیان دارد (FATF, 2019: 5).

بر این اساس، آنچه در رویکرد گروه ویژه اقدام مالی مدنظر قرار دارد شمول قوانین ملی مبارزه با پولشویی بر مخاطرات دارایی‌های مجازی است. با توجه به این که تطبیق کشورها با استانداردهای این گروه عملاً الزامی است^۱، آن‌ها باید در چارچوب قوانین ملی خود اقدامات لازم را به عمل آورند. بی‌تردید، کشور ایران نیز از این امر مستثنا نیست. از این رو، در نوشتار حاضر تلاش می‌شود با رویکردی توصیفی و تحلیلی ابتدا به فرآیند تکوین رویکرد ریسک‌مدار گروه ویژه اقدام مالی در زمینه دارایی‌های مجازی پرداخته شود، سپس بایدها و آثار شمول قانون مبارزه با پولشویی اصلاح شده در ۱۳۹۷ بر دارایی‌های مجازی مورد بررسی قرار گیرد.

۱. فرآیند تکوین رویکرد ریسک‌مدار گروه ویژه اقدام مالی در زمینه دارایی‌های مجازی

گروه ویژه اقدام مالی در ژوئن ۲۰۱۴ سند مربوط به «ارزهای مجازی: تعاریف و ریسک‌های بالقوه پولشویی و تأمین مالی تروریسم و پاسخ‌ها» (FATF, 2014: 12) را منتشر کرد و ضمن آن به ظهور ارزهای مجازی و سازوکار مربوط به پرداخت آن‌ها به عنوان یک روش نوین انتقال ارزش، از طریق اینترنت پرداخت. این گروه در ماه ژوئن سال ۲۰۱۵، نیز به موجب راهنمای مربوط به «رویکرد ریسک‌مدار در برابر ارزهای مجازی» (FATF, 2015) به عنوان بخشی از رویکرد مقدماتی در برابر ریسک پولشویی و تأمین مالی تروریسم در ارتباط با ابزارها و خدمات نوظهور پرداخت. راهنمای سال ۲۰۱۵ بر این نکته تمرکز داشت که ارزهای مجازی دروازه نظام تنظیم‌گری مالی سنتی به سوی یک نظام نوین تنظیم‌گری است؛ امری که به تدریج توسعه یافت و در نتیجه در سال‌های اخیر، فضای دارایی‌های مجازی را در بردارنده طیف جدیدی از ابزارها و خدمات، مدل‌های تجاری، فعالیت‌ها و تعاملاتی از جمله تراکنش‌های دارایی‌های مجازی کرده است که ارزهای

۱- در صورت عدم همکاری، کشورها بر ریسک محسوب شده و تحت اقدامات مقابله‌ای موضوع توصیه شماره ۱۹ گروه ویژه اقدام مالی قرار خواهند گرفت.

مجازی نیز به عنوان بخشی از آن محسوب می شود. در واقع توسعه مصداقی ابزارهای مبتنی بر فن - آوری رمزنگاری^۱ منجر به ایجاد اشکال گوناگونی از دارایی ها بر پایه این فن آوری و به تبع آن برخی ابزارهای فن آورانه مرتبط و مشاغل، مانند ارائه دهندگان خدماتی چون تبدیل و صرافی دارایی ها و ارزها، شده است.^۲

از این رو، با توجه به توسعه ابزارها و خدمات و معرفی انواع جدیدی از ارائه دهندگان خدمات در این فضای مجازی، گروه ویژه اقدام مالی نیاز به ارائه توضیحات تکمیلی در مورد به کارگیری استانداردهای خود در خصوص رویکرد ریسک مدار در برابر پولشویی را در زمینه فن آوری های جدید و ارائه دهندگان آن ضروری دانست. به طور خاص در اکتبر سال ۲۰۱۸، گروه مزبور به تعریف دو واژه جدید «دارایی های مجازی» و «ارائه دهندگان خدمات مربوط به دارایی های مجازی» و روزآمد کردن توصیه شماره ۱۵^۳ خود پرداخت. هدف از اعمال این تغییرات از یک سو، آشکار کردن کاربرد توصیه های گروه ویژه اقدام مالی در خصوص فعالیت های مربوط به دارایی - های مجازی و ارائه دهندگان خدمات مربوط به آن است تا شرایط را برای ایجاد چارچوب تنظیم - گری در خصوص این ارائه دهندگان فراهم سازد و از سوی دیگر، به کشورها جهت کاهش

1- Encryption/Cryptography

۲- بدین سان، فضای دارایی های مجازی با افزایش ناگهانی رمزارزها، گمنام سازها، پلتفرم های غیر متمرکز و صرافی ها و دیگر ابزارها و خدماتی که قابلیت کاهش شفافیت و افزایش تداخل جریان های مالی را دارند و نیز ظهور مدل های تجاری مجازی یا فعالیت های چون عرضه سکه های اولیه (Initial Coin Offerings (ICOs)) که در بردارنده ریسک کلاهبرداری و دستکاری بازار است رو به رو شده است. امری که زمینه ساز شکل گیری فن آوری های مالی غیرقانونی نوین و توسعه آنها نیز شده که با افزایش استفاده از سامانه های مجازی انجام معاملات را با اهدافی مجرمانه به شیوه های آسان، ارزان و امن ارائه می کنند.

۳- توصیه اصلاحی شماره ۱۵ بیان می دارد: «کشورها و مؤسسات مالی باید ریسک های پولشویی و تأمین مالی تروریسم که در ارتباط با: الف. عرضه محصولات جدید و نیز رویه های جدید مورد استفاده در مشاغل از جمله سازوکارهای جدید برای تحویل کالا؛ و ب. استفاده از فن آوری های جدید یا در حال توسعه برای محصولات جدید و محصولات قبلی، بروز پیدا می کنند را مورد شناسایی و ارزیابی قرار دهند. در مورد مؤسسات مالی، این نوع ریسک باید پیش از عرضه محصولات جدید، اعمال رویه - های جدید کسب و کار و یا استفاده از فن آوری های جدید یا در حال توسعه، انجام شود. مؤسسات مالی باید برای مدیریت و کاهش این گونه ریسک ها، تدابیر مناسب اتخاذ کنند.

برای مدیریت و کاهش ریسک های ناشی از دارایی های مجازی، کشورها باید اطمینان حاصل کنند که ارائه دهندگان خدمات دارایی مجازی برای اهداف ضد پولشویی و ضد تأمین مالی تروریسم مجوز خواهند گرفت، ثبت می شوند و مشمول سامانه های مؤثر برای نظارت و اطمینان از رعایت اقدامات مرتبط با توصیه های گروه ویژه اقدام مالی قرار می گیرند».

مخاطرات پولشویی و تأمین مالی تروریسم مرتبط با دارایی‌های مجازی کمک نماید. در این راستا، در ژوئن ۲۰۱۹، گروه ویژه اقدام مالی با روزآمد کردن سند سال^۱ ۲۰۱۵ و افزودن یک یادداشت تفسیری به توصیه شماره ۱۵ (FATF, 2019: 15) تلاش کرد تا به تشریح این امر پردازد که چگونه الزامات این نهاد باید در رابطه با دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن اعمال شود. در این چارچوب، هدف این است تا زمینه برای تحقق رویکرد ریسک-مدار، با الزاماتی چون ضرورت اخذ مجوز، اتخاذ تدابیر پیشگیرانه همچون شناسایی مشتری، ثبت سوابق و ارائه گزارش‌های مشکوک، نظارت و کنترل و برخی الزامات مهم دیگر مانند همکاری-های بین‌المللی فراهم شود. امری که با توجه به کارکردهای اقتصادی ارزهای مجازی از منظر این گروه در تلاش است تا رویکرد تنظیم‌گری آن را تبیین نماید (FATF, 2019: 15).

بر این اساس از یک‌سو، تلاش جهت ایجاد در کی صحیح در خصوص مقررات‌گذاری و پاسخ‌گذاری‌های نظارتی در مورد دارایی مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن در میان مقامات ملی و از سوی دیگر، اشخاص خصوصی که تمایل به ورود در این حوزه‌ها را دارند مدنظر قرار دارد تا با الزامات مربوط به مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم و چگونگی اعمال مؤثر این الزامات در این زمینه آشنا شوند (Ibid). در این چارچوب، آنچه در وهله اول باید تبیین شود، این نکته است که چگونه دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن مشمول توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی قرار می‌گیرند. امری که به واسطه تعریف دارایی‌های مجازی، ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی و بیان مثال‌هایی از فعالیت‌های مرتبط با دارایی مجازی در سند مزبور، مورد توجه قرار گرفته است و می‌توان از آن به عنوان پیش شرط لازم برای اعمال توصیه‌ها در این زمینه یاد کرد.

سپس توصیف کارکرد توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی به کشورها و مقامات صالح و همچنین به ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی و سایر اشخاص موظف در گیر در فعالیت دارایی‌های مجازی، شامل نهادهای مالی از قبیل بانک‌ها و چگونگی اعمال توصیه‌ها در این

۱- سند سال ۲۰۱۹ روزآمد شده سند سال ۲۰۱۵ با عنوان رویکرد ریسک‌مدار FATF به ارزهای مجازی است. نک:

<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/guidance-rba-virtual-currencies.html>

حوزه اهمیت می‌یابد. در این چارچوب، نگاه گروه ویژه اقدام مالی این است که تمامی توصیه‌ها به طور مستقیم در خصوص خطرات پولشویی دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن کاربرد دارد؛ اگرچه در توصیه‌ها به طور صریح از این دارایی‌ها و ارائه‌دهندگان خدمات مرتبط با آن نامی برده نشده است. درواقع، از دیدگاه این گروه، می‌توان ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی را مشمول مشاغل و حرفه‌های غیرمالی معین^۱ مذکور در توصیه‌های خود دانست^۲ که موظف به اجرای الزامات مبارزه با پولشویی هستند.

پس از توجیه شمول توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی بر دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن، راهنمای مزبور اقدام به تشریح جزئیات طیف وسیعی از الزامات مربوط به دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان آن می‌نماید. این امر به وضوح روشن می‌سازد که مفهوم وجوه و ارزش در توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی (به عنوان مثال اموال، درآمدها، وجوه و سایر دارایی‌ها) شامل دارایی مجازی نیز می‌شوند. در نتیجه کشورها باید اقدامات لازم را ذیل توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی در خصوص دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی به عمل آورند.

در این راستا، راهنمای مذکور، الزامات ثبت نام و صدور مجوز برای ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی را تشریح می‌کند، به ویژه نحوه تعیین اینکه این عمل در کدام کشور یا کشورها باید انجام شود، برای نمونه در جایی که این دارایی‌ها ایجاد شده باشند یا قلمرو ملی که در آن مورد معامله قرار می‌گیرند. با این حال، هر حوزه قضایی می‌تواند الزام به ثبت نام یا دریافت مجوز را در قلمرو خود الزامی نماید.^۳ در این زمینه، تأکید راهنما بر این است که مقامات

1- Designated Non-Financial Businesses and Professions (DNFBPs)

^۲ این امر با توجه به توصیه شماره ۲۲ گروه ویژه اقدام مالی و توصیف و تشریح مشاغل و حرفه‌های غیرمالی معین قابل استنباط است (FATF, 2021: 19).

^۳ بر این اساس، کشورها باید اقدامات و سازوکارهای لازم جهت دریافت مجوز فعالیت توسط صرافی‌ها/ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی را فراهم سازند. امری که می‌تواند در عمل منجر به ایجاد انضباط در فعالیت این اشخاص شود. برای نمونه، تا مدت‌ها استفاده از خدمات صرافی بایننس binance به عنوان بزرگترین صرافی فعال در عرصه دارایی‌های مجازی، نیازمند احراز هویت از جانب کاربران نبود. با این حال، اِعمال برخی قواعد بر صرافی‌ها، این صرافی را ناگزیر ساخته تا جهت مواجه نشدن با ضمانت اجرای مشخص شده، جهت ادامه فعالیت، احراز هویت کاربران را پیش شرط ارائه خدمات به

ملی باید اقدام به شناسایی اشخاص حقیقی یا حقوقی که در نقل و انتقال دارایی، بدون ثبت نام و دریافت مجوز، فعال هستند بپردازد. این امر زمانی قابل اعمال خواهد بود که دارایی‌های مجازی در سطح ملی مورد پذیرش قرار گیرند و سپس چنین محدودیت‌هایی بر آن‌ها اعمال شود.^۱

۲. بایدها و آثار شمول قانون مبارزه با پولشویی در زمینه دارایی‌های مجازی

با توجه به رویکرد گروه ویژه اقدام مالی آنچه مدنظر این گروه قرار دارد شمول قوانین ملی مبارزه با پولشویی بر دارایی‌های مجازی است. از این رو ضروری است تا کشورها با انجام اصلاحاتی در قوانین خود به نحو مؤثری قواعد مبارزه با پولشویی را به دارایی‌های مجازی تسری دهند؛ امری که بی‌شک نیازمند مقدماتی است. به همین دلیل بررسی قانون مبارزه با پولشویی اصلاح شده ۱۳۹۷ از اهمیت برخوردار است تا مشخص شود جهت شمول این قانون بر دارایی‌های مجازی چه بایدهایی وجود خواهد داشت و آثار اجرای آن‌ها چیست. در این راستا، نخست شناسایی ارزش‌های مجازی به عنوان یک ارزش و دوم، شناسایی هنجارمندانه ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌هایی مجازی به عنوان بایدهای شمول قانون مبارزه با پولشویی در زمینه دارایی‌های مجازی و در نهایت آثار شمول این قانون بر فن آوری مذکور بررسی خواهد شد.

۲.۱- شناسایی دارایی‌های مجازی به عنوان یک ارزش

یکی از مهم‌ترین الزامات جهت شمول قوانین مبارزه با پولشویی بر دارایی‌های مجازی، قانونی-سازی ابعاد گوناگون این فن آوری است. بر این اساس، تا دارایی‌های مجازی از منطقه خاکستری

آنها نماید. نمونه دیگر، بررسی تراکنش‌های مشکوک به فعالیت‌های مجرمانه است که این صرافی به‌طور فعالی به رصد آنها می‌پردازد و موارد مشکوک را به اطلاع مقامات ذیصلاح می‌رساند. بنگرید: تاریخ مشاهده ۱۴۰۰/۰۹/۱۰

<https://academy.binance.com/en/articles/what-is-anti-money-laundering-aml>

۱- افزون بر این، راهنما به طور شفاف بیان می‌دارد که ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی و دیگر نهادهای درگیر در فعالیت دارایی‌های مجازی، باید تمام اقدامات پیشگیرانه ارائه‌شده در توصیه‌های ۱۰ تا ۲۱ گروه ویژه اقدام مالی را اعمال نمایند. راهنما توضیح می‌دهد که چگونه این وظایف باید در مورد دارایی‌های مجازی در پرتو توصیه ۱۰ به منظور شناسایی کامل مشتریان و با توجه به توصیه ۱۶ مبنی بر الزام دریافت، نگهداری، انتقال فوری و ایمن اطلاعات ضرورت یابد.

قانونی وارد حیطه قانون‌گذاری نشوند نمی‌توان قوانین و قواعد الزامی را بر آن‌ها بار کرد.^۱ از این رو، جهت آنکه دارایی‌های مجازی موضوع تعهدات مبارزه با پولشویی واقع شوند، قرار گرفتن آن‌ها در دایره کشی ارزشمند؛ خواه یک وجه یا مال، ضرورت دارد. در واقع، جرم پولشویی باید هر نوع مالی را صرف‌نظر از ارزش آن در برگیرد. امری که در توصیه شماره ۳ گروه ویژه اقدام مالی، با توجه به کنوانسیون پالرمو مورد توجه قرار گرفته است. جرم پولشویی در کنوانسیون پالرمو از یک سو، شامل تبدیل یا انتقال اموال به منظور مخفی کردن یا تغییر ظاهر منشأ غیر قانونی آن‌ها یا کمک به شخصی که در ارتکاب جرم منشأ مشارکت داشته است به منظور فرار از عواقب قانونی عملش با علم به این که اموال مزبور عواید حاصل از جرم است می‌شود. از سوی دیگر، این عنوان مواردی را در برمی‌گیرد که شامل مخفی نمودن یا تغییر ظاهر، ماهیت، منشأ، محل، موقعیت، جابه‌جایی یا مالکیت یا حقوق متعلق به اموال با آگاهی از آن که اموال مزبور عواید حاصل از جرم است. از این رو، ضروری است تا مفهوم مال شامل دارایی‌های مجازی نیز گردد و با اثبات این امر که این اموال؛ دارایی‌های مجازی، عوائد حاصل از جرم هستند، بدون نیاز به محکومیت دارنده به ارتکاب جرم منشأ، محکومیت دارنده با وجود سایر شرایط (مانند علم به مجرمانه بودن منشأ) برای تحقق عنوان پولشویی کفایت کند (Laurent, et al., 2017: 17). بدین ترتیب، با شمول عنوان مال، دارایی یا سرمایه بر دارایی‌های مجازی و از جمله ارزش‌های مجازی، تعهدات مربوط به مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم به دارایی‌های مجازی گسترش می‌یابد.^۲ امری که بی‌تردید از پشتوانه نظری برخوردار است و در چارچوب مکاتب اقتصادی، به عنوان

۱- وضعیت قانونی دارایی‌های مجازی هنوز یک منطقه خاکستری به شمار می‌رود. اگرچه ممکن است برخی از اقسام آن مانند بیت‌کوین قابلیت تبدیل به ارزش‌های سنتی، مانند دلار آمریکا یا یورو را داشته باشد، اما هنوز در بسیاری از کشورهای به عنوان پول شناخته نشده است. بر این اساس، یکی از استدلال‌های اولبریچ متهم ردیف اول در پرونده جاده ابریشم؛ به عنوان بزرگترین بازار برخط مجرمانه، در دفاع از خود در برابر اتهام به پولشویی، این بود که او در پولشویی دخالت نمی‌کند، زیرا معاملات در جاده ابریشم «معاملات مالی» نبودند. همچنین فیلا، صراف بیت‌کوین در بازار مزبور، استدلال کرد که رفتار وی انتقال غیرقانونی پول نقد نیست؛ زیرا بیت‌کوین پول نیست، بنابراین او فرستنده پول محسوب نمی‌شد (Saffari, et al., 2020: 233, Kethineni, et al., 2018:150).

۲- در این راستا، توصیه شماره ۵ گروه ویژه اقدام مالی نیز قابل توجه است. بر اساس این توصیه کشورها در مقام الزام به جرم-انگاری تأمین مالی تروریسم موظف شده‌اند تا هر نوع مالی را، چه از منشأ قانونی و چه از منشأ غیرقانونی برخوردار باشد،

مهم‌ترین بُعد، توجیه شده است. بر این اساس، ویژگی‌های دارایی‌های مجازی افرون‌بر آنکه این فن آوری را در شمار یک ارزش قرار می‌دهد، کارکرد پولی این فن آوری آن را در چارچوب نظریه جایگزینی^۱، به‌عنوان نسل جدیدی از پول مطرح کرده است. از این رو، به نظر می‌رسد تمایل عمومی جهت ورود به بازار دارایی‌های مجازی و کسب و ذخیره آن با اهداف سرمایه‌گذاری و تجارت و ذات ارزشمند فن آوران آن بحثی در خصوص ارزش این فن آوری باقی نگذارد. ضمن آنکه، مفهوم دارایی‌های مجازی صرفاً شامل یک یا چند نوع رمز ارز خاص نیست. این مفهوم و ضرورت مقررگذاری پیرامون آن به مراتب گسترده‌تر از چند مصداق مشخص است. امری که شناسایی آن به‌عنوان یک ارزش را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد.

در این راستا، بند «ب» ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ و بند ۳۲ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی ۱۳۹۸ در تعریفی نسبتاً مشابه، مال را هر نوع دارایی، وجوه یا منابع اقتصادی اعم از مادی یا غیرمادی، محسوس یا غیرمحسوس... تعریف کرده‌اند. در خصوص اینکه آیا دارایی‌های مجازی در چارچوب تعریف مذکور قرار می‌گیرد یا خیر از حیث حقوقی و فقهی اختلافاتی در کشور وجود دارد (Roshan, et al., 2019: 49-8). امری که می‌توانست با اصلاحات صورت گرفته در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۳۹۹ و شناسایی رمز ارزها به‌عنوان ارز خارجی پایانی بر تمامی اختلافات باشد. در این راستا، قانون‌گذار جهت شناسایی قانونی رمز ارزها در لایحه اصلاحی قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۳۹۹ ابتدا تبصره ۷ ماده ۲ مکرر الحاقی را به تصویب رساند. این تبصره مقرر می‌داشت: «تمامی رمز ارزها (ارزهای رقمی) در حکم ارز موضوع این قانون هستند و جرائم، تخلفات، ضمانت اجراها و نیز تمامی احکام و مقررات مربوط به ارز در این قانون در مورد آن‌ها نیز اجرا می‌شود».

باین حال با توجه به برخی ایرادات شورای نگهبان، متن تبصره اصلاح شد. متن اصلاحی

موضوع این جرم قرار دهند. در واقع، هر مالی که برای تأمین مالی تروریسم اختصاص داده شد مشمول توصیه شماره ۵ می‌شود. بدین سان، دارایی‌های مجازی و از جمله ارزهای مجازی به عنوان یک مال یا ارزش، جدا از این که از منشاء قانونی به دست آمده‌اند یا از منشاء غیرقانونی، زمانی که جهت تأمین مالی تروریسم اختصاص داده شوند، مشمول تعهدات مبارزه با تأمین مالی تروریسم کشورها قرار خواهند گرفت.

۱- در این زمینه بنگرید: (Shamloo and Khalili Paji, 2020 [C])

مجلس مصوب ۱۴۰۰/۰۱/۲۴ که به شورای نگهبان ارسال شده به این شرح است: «رمز ارز (ارز رقومی) نوعی اسناد الکترونیکی موضوع بند «پ» ماده (۱) این قانون است که بر بستری دیجیتال (رقومی)، غیرمتمرکز و شفاف به نام زنجیره بلوک (بلاک چین) موجودیت می‌یابد و بدین لحاظ ارز محسوب و مشمول مقررات بندهای «پ»، «ت»، «ث»، «ج» و «چ» این ماده است».

بر این اساس، قانون‌گذار بنا داشت با شناسایی رمز ارزها به عنوان ارز خارجی، آن‌ها را مشمول قوانین و مقررات ارزی کشور قرار دهد. امری که می‌توانست امکان شمول قوانین قاچاق ارز را در برخی فروض بر برخی اعمال مرتبط با رمز ارزها فراهم سازد. نقد این رویکرد خارج از حوصله نوشتار حاضر است اما باید توجه داشت که شناسایی قانونی این دارایی عملاً منجر به شمول قوانین مبارزه با پولشویی ایران بر این فن آوری می‌شود. جدا از انتقادات مربوط به شمول قوانین ارزی بر رمز ارزها و الحاق آن به قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، ایراد دیگری که به تبصره مزبور وارد بود، توجه به رمز ارزها به جای توجه به دارایی‌های مجازی است. از این رو، افزون بر اینکه از حیث مکان‌یابی تقنینی، ایده آل‌ترین حالت ممکن الحاق چنین مقرره‌ای به قانون مبارزه با پولشویی است، رویکرد صحیح‌تر شناسایی دارایی‌های مجازی به جای صرف شناسایی رمز ارزها است؛ زیرا رمز ارزها مصداقی از دارایی‌های مجازی هستند و طبیعتاً شامل سایر مصادیق این دارایی‌ها نخواهند شد. نکته‌ای که عدم توجه به آن در عمل می‌تواند منجر به ایجاد خلأ قانونی در خصوص سایر مصادیق دارایی‌های مجازی شود. از این رو، قانون‌گذار می‌توانست در قانون مبارزه با پولشویی با ایجاد اصلاحاتی در بند «ب» ماده ۱، به دارایی‌های مجازی به عنوان مصداقی از مال تصریح نماید و سپس، آن را تعریف کند. با این وجود، حذف بی‌مقدمه تبصره مزبور در آخرین نسخه اصلاحات توسط مجلس شورای اسلامی، همچنان از حیث قانونی شناسایی این فن آوری را در یک برزخ رویکردی قرار داده است. بر این اساس، می‌توان با استفاده از این فرصت، با برطرف کردن مشکلات تعریف قانونی مزبور، تعریف پیشنهادی از دارایی‌های مجازی با توجه به سند گروه ویژه اقدام مالی را بدین شرح ارائه کرد: «دارایی مجازی بازنمایی دیجیتالی (رقومی) از ارزشی است که به صورت غیرمتمرکز و شفاف می‌تواند با هدف پرداخت یا سرمایه‌گذاری به صورت دیجیتالی مورد معامله قرار گیرد یا انتقال داده شود؛ از قبیل رمز ارزها که بر بستر زنجیره بلوک (بلاک چین) مبتنی بر علم رمزنگاری موجودیت دارند». طبیعی است مناسب‌ترین مکان تقنینی برای این مقرره نیز، همان‌طور که گذشت، قانون مبارزه با پولشویی است.

۲.۲- شناسایی هنجارمندانه ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی

هدف نهایی توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی، الزام کلیه دولت‌ها به اعمال استانداردهای خاص مربوط به مبارزه با پولشویی در خصوص نهادهای مالی و غیرمالی است. امری که تمامی اشخاصی که ذیل نهادهای مزبور قرار می‌گیرند شامل می‌شود. بر این اساس، جهت شمول قوانین مبارزه با پولشویی بر دارایی‌های مجازی افزون بر شناسایی قانونی این فن‌آوری، ضروری است تا نهادهای ارائه‌دهنده خدمات مربوط به آن نیز مورد شناسایی قرار گیرند. به‌طور کلی در خصوص فعالیت‌های مرتبط با دارایی‌های مجازی، نهادهای موظف به اجرای تعهدات مبارزه با پولشویی در چند دسته قرار می‌گیرند که تمامی آن‌ها مکلف‌اند در چارچوب رویکرد ریسک‌مدار، به اجرای توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی بپردازند. سه دسته از این نهادها؛ یعنی نهادهای مالی^۱، نهادهای غیرمالی^۲ و سازمان‌های غیرانتفاعی، در توصیه‌های چهارگانه گروه ویژه اقدام مالی مورد اشاره قرار گرفته است و دسته جدیدی تحت عنوان ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی نیز به‌موجب واژه‌نامه جدید گروه مزبور و اصلاح توصیه شماره ۱۵ و تفسیر نگاشته آن ایجاد شده است. در خصوص سه دسته اول اصول فعالیت مشخص است. این نهادها معمولاً در تمامی کشورها تعریف شده‌اند و قوانین و ضوابط خاص و مرتبط با آن‌ها در زمینه مبارزه با پولشویی وجود دارد. بر این اساس، چنانچه این نهادها بخواهند در حوزه دارایی‌های مجازی فعالیت داشته باشند باید

۱- در آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۸ از اصطلاح «مؤسسات مالی و اعتباری» به عنوان معادل Financial Institutions استفاده شده است؛ به نظر می‌رسد با توجه به این که اصطلاح «مؤسسات مالی و اعتباری» در حقوق ایران یک اصطلاح رایج بوده که شامل شرکت‌های لیزینگ، صرافی‌ها، بورس‌ها، بیمه‌ها، شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت و غیره نمی‌شود و از طرفی عبارت Financial Institutions علاوه بر مؤسسات مالی و اعتباری، موارد مذکور را نیز در بر می‌گیرد. از این رو، بهتر است برای معادل‌سازی از واژه «نهادهای مالی» استفاده شود.

۲- در قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ اصلاحی ۱۳۹۷ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۹۸ از اصطلاح «مشاغل غیر مالی» به عنوان معادل Designated Non-Financial Businesses And Professions (DNFBPs) استفاده شده است و شرکت‌های لیزینگ، صرافی‌ها و موارد دیگری که در زمره این اشخاص طبقه‌بندی نمی‌شوند، به اشتباه وارد مصادیق این تعریف شده و بالعکس موارد نظیر وکلا و حساب‌برسان که باید در این دسته طبقه‌بندی شوند، در تعریف ارائه شده قرار نمی‌گیرند. اگرچه ترجمه صحیح این عبارت «تجارت‌ها و حرفه‌های غیرمالی معین» است؛ اما به منظور سهولت در کاربرد آن در ادبیات مبارزه با پولشویی ایران به نظر می‌رسد عبارت «نهادهای غیر مالی» مناسب‌تر باشد، از این رو در این نوشتار از این معادل استفاده شده است.

تمامی الزامات مبارزه با پولشویی ملی را مطابق قوانین داخلی اعمال نمایند. درواقع، جهت انجام وظایف مربوطه توسط این سه دسته، صرف شناسایی قانونی دارایی‌های مجازی کفایت می‌کند. باین حال، گسترش استفاده از دارایی‌های مجازی منجر به ایجاد دسته‌ای جدید از ارائه‌دهندگان خدمات شده است که به‌طور تخصصی و حرفه‌ای در زمینه دارایی‌های مجازی و ازجمله ارزش‌های مجازی فعالیت دارند. منظور از «ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی» نیز اشخاصی هستند که یک یا چند فعالیت ذیل را به نمایندگی از اشخاص دیگر انجام می‌دهند: ۱. مبادله بین دارایی‌های مجازی و ارزش‌های فیات (ملی)؛ ۲. مبادله بین یک یا چند نوع دارایی مجازی؛ ۳. نقل و انتقال^۱ دارایی‌های مجازی؛ ۴. نگهداری و یا اداره دارایی‌های مجازی یا ابزارهایی که امکان کنترل دارایی‌های مجازی را دارند؛ ۵. مشارکت و ارائه خدمات مالی مربوط به ایجاب به‌منظور فروش یا فروش دارایی‌های مجازی (FATF, 2019).

باید توجه داشت که مطابق تعریف گروه ویژه اقدام مالی، دامنه تعریف شامل معاملات و فعالیت‌های اقتصادی مجازی-مجازی یا مجازی-فیات می‌شود. ازاین‌رو، بسته به فعالیت‌های مالی خاص آن‌ها، ارائه خدمات مالی مربوط به دارایی‌های مجازی شامل تبادلات دارایی‌های مجازی، خدمات انتقال، ارائه خدمات کیف پول ارزی، خدمات مربوط به صدور، ایجاد یا فروش دارایی-های مجازی است.

هنگام تعیین این که یک فعالیت یا نهاد خاص در محدوده تعریف ارائه‌دهنده خدمات مرتبط با دارایی‌های مجازی قرار می‌گیرد و مشمول مقررات مربوط می‌شود یا خیر، دولت‌ها باید طیف گسترده‌ای از خدمات مختلف، دارایی‌ها یا مدل‌های تجاری که در ساختار دارایی‌های مجازی وجود دارند و به‌ویژه عملکرد آن‌ها یا فعالیت‌های مالی را که موجب تسهیل فعالیت‌های مرتبط می‌شوند را در نظر بگیرند (FATF, 2019).

بدین‌سان، کشورها باید بر روی رفتارهای مالی و فعالیت‌های مرتبط با دارایی‌های مجازی و فن‌آوری زیربنایی آن و چگونگی ایجاد خطرات پولشویی و تأمین مالی تروریسم (به‌عنوان مثال، ظرفیت افزایش ناشناس ماندن، گمنامی و کاهش شفافیت) از جانب آن تمرکز نمایند و در این

۱- در این زمینه، نقل و انتقال به معنای انجام یک معامله از طرف هر شخص حقیقی یا حقوقی در زمینه اموال مجازی است.

زمینه تدابیری اتخاذ کنند. از این رو، ضروری است تا ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی نیز به عنوان یکی از اشخاص مشمول قانون مبارزه با پولشویی - مشاغل غیرمالی - در بند «ث» ماده ۱ شناسایی شوند. با این حال، این امر پایان کار نخواهد بود. ضروری است تا ضوابط لازم برای این دسته از اشخاص نیز پس از مشخص شدن متولی، به موجب دستورالعمل‌های مربوط به تصویب برسد. برای نمونه می‌توان به «دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها» مصوب مرداد ۱۳۹۳ اشاره کرد که به طور خاص، مقررات مربوط به تشکیل، طرز کار و ضمانت اجرای مرتبط توسط صرافی‌های ارزی را مشخص کرده است. بر این اساس، پس از مشخص شدن متولی تدوین و تصویب دستورالعمل، باید اقدام به تصویب دستورالعملی مشابه در خصوص ارائه - دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی پرداخت.

۲.۳- آثار شمول قانون مبارزه با پولشویی بر دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن
بی‌تردید با شناسایی قانونی دارایی‌های مجازی به عنوان یک ارزش و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن به عنوان یکی از مشاغل غیرمالی مشمول قانون، طیف گسترده‌ای از الزامات موجود در قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ و آیین‌نامه اجرایی ۱۳۹۸ این قانون بر آن‌ها بار خواهد شد. از این رو، چنین امری دارای آثاری خواهد بود.

بدیهی‌ترین اثر این است که با شمول عنوان مال بر دارایی‌های مجازی، حسب مورد امکان شمول عنوان «مال حاصل از جرم» مطابق بند «پ» ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ بر این فن‌آوری وجود خواهد داشت. بر این اساس، چنانچه این دارایی‌های به طور مستقیم یا غیرمستقیم از جرم منشأ به دست آیند مال حاصل از جرم محسوب می‌شوند و ارتکاب هر کدام از رفتارهای مادی موضوع ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی (مانند تبدیل، انتقال و...) می‌تواند با وجود سایر شرایط، اتهام پولشویی را در خصوص اعمال مرتبط با این اموال قابل طرح نماید.

بر این اساس، با شمول عنوان مال بر دارایی‌های مجازی افزون‌بر اینکه این فن‌آوری در زمره ارزش‌های موضوع جرم پولشویی قرار می‌گیرد، مشمول جرم نقض مقررات مبارزه با پولشویی نیز به عنوان جرمی خاص نیز قرار خواهد گرفت. بر این اساس، الزامات این حوزه و ضمانت اجرای عدم انجام آن بر ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی بار خواهد شد. این امر، در بردارنده طیف وسیعی از الزامات است که در برخی کشورها نیز از نمونه‌هایی برخوردار است. در

استرالیا، اشخاص درگیر در قرایندها مبادله دارایی‌های مجازی موظف به ثبت معاملات و سوابق آن (همچون مقدار فیات، مشخصات هویتی طرفین و...) هستند. از این رو، چنانچه این الزامات از سوی اشخاص موظف رعایت نشود آن‌ها با ضمانت اجرای مشخص که در برخی موارد از جنس کیفری است روبه‌رو خواهند شد (Hughes, 2018: 12).

تکالیف مشابهی مانند مورد مذکور، مطابق ماده ۷ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ در ایران وجود دارد. اشخاص موضوع قانون مبارزه با پولشویی، همچون بانک‌ها، مکلف به انجام الزاماتی شده‌اند. این الزامات در یک نگاه کلی عبارت‌اند از شناسایی مشتری، نگهداری سوابق و ارائه گزارش عملیات مشکوک که عدم انجام این تکالیف در موارد مصرح، برای ناقضان قانون ضمانت‌اجراهایی (حسب مورد انفصال یا جزای نقدی) در پی خواهد داشت. در این راستا، شناسایی قانونی دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن‌ها، این نتیجه را در بردارد که تکالیف مزبور شامل آن‌ها نیز خواهد شد. برای نمونه، این اشخاص موظف‌اند چنانچه در انجام فعالیت‌های خود با موردی مشکوک مطابق بند «چ» ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی مواجه شوند مطابق بند «پ» ماده ۷ قانون مزبور اقدام به ارائه گزارش عملیات مشکوک^۱ به مرکز اطلاعات مالی نمایند. مرکز مزبور نیز موظف است مطابق بند «الف» ماده ۷ مکرر به بررسی این گزارش بپردازد و چنانچه احتمال قوی به ارتکاب جرم می‌دهد مطابق بند «پ» ماده مزبور، اقدام به ارسال گزارش‌ها در قالب اعلام جرم به مرجع قضایی نماید. نمونه دیگر از الزامات مربوط به گزارش‌دهی در ماده ۱۳۹ آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی آمده است. مطابق این ماده،

۱- مطابق تبصره بند «پ» ماده ۷ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷: «معاملات و عملیات مشکوک شامل هر نوع معامله، دریافت یا پرداخت مال اعم از فیزیکی یا الکترونیکی یا شروع به آنها است که براساس اوضاع و احوالی مانند ارزش، موضوع یا طرفین آن برای انسان به طور متعارف ظن وقوع جرم را ایجاد کند؛ نظیر: ۱- معاملات و عملیات مالی مربوط به ارباب رجوع که به نحو فاحش بیش از سطح فعالیت مورد انتظار وی باشد. ۲- کشف جعل، اظهار کذب یا گزارش خلاف واقع از سوی مراجعان قبل یا بعد از آنکه معامله یا عملیات مالی صورت گیرد و نیز در زمان اخذ خدمات پایه. ۳- معاملات یا عملیات مالی که به هر ترتیب مشخص شود صوری یا ظاهری بوده و مالک شخص دیگری است. ۴- معاملات یا عملیات مالی که اقامتگاه قانونی هریک از طرفین در مناطق پرخطر (از نظر پولشویی) واقع شده است. فهرست این مناطق توسط شورا مشخص می‌شود. ۵- معاملات یا عملیات مالی بیش از سقف مقرر در آیین‌نامه اجرایی. هر چند مراجعان، قبل یا حین معامله یا عملیات مزبور از انجام آن انصراف داده یا بعد از انجام آن بدون دلیل منطقی نسبت به فسخ قرارداد اقدام نمایند».

کارکنان تحت امر اشخاص مشمول مکلف‌اند تمام تعاملات کاری بیش از سقف مقرر (خرد یا تجمیعی) را از قبیل تراکنش‌ها، انتقال وجه نقد و معاملاتی که ارباب رجوع وجه آن را روزانه به صورت نقدی پرداخت می‌کند، ثبت کنند و همراه با توضیحات ارباب رجوع که به تأیید وی رسیده است، به واحدهای مبارزه با پولشویی اطلاع دهند. واحدهای مذکور مکلف‌اند خلاصه برگه (فرم)‌های مربوط را در پایان هر هفته به نحوی که مرکز مشخص می‌سازد ارسال و اصل آن را به نحو کاملاً حفاظت‌شده نگهداری کنند.

به طور کلی، ارائه برخی گزارش‌ها، مانند گزارش عملیات مشکوک یکی از مهم‌ترین وظایف نهادهای مالی و غیرمالی به شمار می‌رود که در برخی اسناد بین‌المللی، مانند بند «ب» از پاراگراف ماده ۱۸ کنوانسیون مبارزه با تأمین مالی تروریسم، مورد اشاره قرار گرفته است. گروه ویژه اقدام مالی نیز به موجب توصیه‌های شماره ۲۰ و ۲۱ خود به ارائه گزارش عملیات مشکوک به عنوان یک الزام توجه داشته است. بر این اساس، چنانچه یک نهاد مالی در چارچوب فعالیت خود نسبت به وجوه یا اموالی مظنون شود که از فعالیت‌های بزهکارانه کسب شده یا مربوط به تأمین مالی تروریسم است، موظف خواهد بود تا ادله مربوط به ظن خود را در زمانی معقول به مرکز اطلاعات مالی^۱ گزارش دهد.

بی‌تردید افزون بر اجرای مقررات عام قانون مبارزه با پولشویی و آیین‌نامه آن، شناسایی قانونی ارائه‌دهندگان خدمات مذکور، مستلزم تهیه دستورالعمل مشخصی در خصوص تأسیس، فرایند اخذ مجوز و برخی دیگر از الزامات آن‌ها است. برای نمونه، یکی از وظایف موجود به موجب بند «ت» ماده ۷ برای اشخاص موظف، نگهداری سوابق مربوط به شناسایی ارباب رجوع، مالک، سوابق حساب‌ها، عملیات و معاملات داخلی و خارجی حداقل به مدت پنج سال است. بدیهی است در این زمینه باید سازوکار نگهداری مختص ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی مشخص شود. نمونه دیگر، که در موارد مشابه مطابق برخی دستورالعمل‌ها وجود دارد، سازوکار ثبت

۱- توصیه شماره ۲۹ گروه ویژه اقدام مالی به تشکیل واحد اطلاعات مالی به عنوان مرکز ملی دریافت و تحلیل اطلاعات اشاره دارد و از کشورها خواسته نسبت به ایجاد چنین نهادی اقدام نمایند. در ایران به موجب ماده ۷ مکرر قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی سال ۱۳۹۷، در رویکردی مشابه با رویکرد سابق در آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی سال ۱۳۸۸، به تشکیل مرکز اطلاعات مالی اشاره شده است.

اطلاعات مربوط به معاملات است. در این چارچوب، می‌توان به سامانه «سنا» اشاره کرد. مطابق بند ۱-۱۴ دستورالعمل اجرایی مبارزه با پولشویی در صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۰، سنا، «سامانه نظارت بر ارز» است که در بانک مرکزی مستقر بوده و صرافی‌ها موظف هستند، تمام عملیات صرافی و اطلاعات مربوط به شناسایی مشتری را در این سامانه ثبت کنند. مطابق ماده ۶ «مقررات ناظر بر عملیات ارزی صرافی‌ها» نیز کلیه صرافی‌ها موظف‌اند معاملات عمده را به صورت هم‌زمان در سامانه سنا ثبت نمایند. از این رو، زمانی می‌توان چنین تکلیفی را بر ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی بار کرد که مشابه چنین سامانه‌ای برای فعالیت‌های آن‌ها ایجاد شود. امری که با وجود مؤلفه‌های ضروری است. درواقع، مراکز ارائه‌دهنده خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی باید مکلف شوند اطلاعات مربوط به معامله (میزان، مقدار، تاریخ و نرخ معامله)، اطلاعات هویتی معامله‌کنندگان و منشأ (دارا شدن از طریق استخراج یا طریق دیگر) یا محل مصرف دارایی مورد معامله را در سامانه نظارت دارایی‌های مجازی همزمان با وقوع رویداد به ثبت برسانند. امری که می‌تواند تا حد امکان منجر به کاهش مخاطرات ناشی از ناشناختگی در فرایند فن‌آوری دارایی‌های مجازی گردد.

نتیجه‌گیری

بررسی رویکرد فراملی گروه ویژه اقدام مالی در پاسخ‌دهی به ریسک دارایی‌های مجازی نشان‌دهنده پذیرش رویکرد ریسک‌مدار در چارچوب برنامه‌های مقابله با پولشویی است. بر این اساس، کشورها تلاش می‌کنند با تحت شمول قوانین پولشویی قرار دادن دارایی‌های مجازی نسبت به کاهش مخاطرات مجرمانه این فن‌آوری اقدام نمایند. در این راستا، در ژوئن ۲۰۱۹، گروه ویژه اقدام مالی، به عنوان تخصصی‌ترین نهاد فراملی در زمینه پیشگیری و مقابله با پولشویی، به بهر روزآمد کردن دستورالعمل خود در مورد رویکرد ریسک‌مدار در برابر دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن پرداخت. دستورالعمل روزآمد شده در عمل الگویی پیش‌روی کشورها است تا در پرتو آن با اتخاذ برخی تدابیر و اقدامات، اصلاحات ضروری را در قوانین ضد پولشویی ملی اعمال نمایند و از گذر آن شرایط لازم جهت شمول الزامات مبارزه با پولشویی را بر دارایی‌های مجازی فراهم سازند. بی‌تردید، پیش‌شرط این امر، شناسایی قانونی دارایی‌های مجازی و

ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن است؛ امری که در دستور کار بسیاری از کشورها قرار گرفته است.

در ایران نیز با توجه به کاربرد گسترده دارایی‌های مجازی، به‌ویژه رمز ارزها، طی سال‌های اخیر و ضرورت قانون‌مندی ابعاد گوناگون آن، تلاش‌هایی جهت وضع مقررات مربوط آغاز شده است. اگرچه این امر تاکنون به سرانجام مشخصی نرسیده اما جهت شمول دقیق قانون مبارزه با پولشویی، شناسایی قانونی دارایی‌های مجازی و ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به آن که از کارکردی چون صرافی برخوردارند، همچنان مهم‌ترین نیاز کشور در این حوزه است؛ امری که با توجه به توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی از اهمیت فراوانی برخوردار است. بر این اساس، زمانی می‌توان مخاطرات جنایی رمز ارزها را به شکل مناسبی مهار کرد که چنین الزاماتی مدنظر قانون‌گذار قرار گیرد. اهمیت این امر زمانی دو چندان می‌شود که بدانیم با شناسایی قانونی ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی، جهت شمول قوانین مبارزه با پولشویی بر آنها، وضع مقررات خاص در خصوص تأسیس، فعالیت و نظارت بر این اشخاص ضروری است. بر این اساس، گام نخست، تعریف ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی است. تعریف پیشنهادی این ارائه‌دهندگان با توجه به دستاوردهای این پژوهش به این شرح است: «ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی اشخاصی هستند که یک یا چند فعالیت از قبیل فعالیت‌های ذیل را به نمایندگی از اشخاص دیگر انجام می‌دهند: ۱. مبادله بین دارایی‌های مجازی و ارزهای فیات (ملی)؛ ۲. مبادله بین یک یا چند نوع دارایی مجازی؛ ۳. نقل و انتقال دارایی‌های مجازی؛ ۴. نگهداری و یا اداره دارایی‌های مجازی یا ابزارهایی که امکان کنترل دارایی‌های مجازی را دارند؛ ۵. مشارکت و ارائه خدمات مالی مربوط به ایجاب به‌منظور فروش یا فروش دارایی‌های مجازی».

افزون بر این، همان‌طور که بیان شد، با توجه به ضرورت تدوین برخی مقررات خاص در حوزه دارایی‌های مجازی، ضروری است تا دستورالعملی با توجه به برخی موارد در دستور کار قرار گیرد. این دستورالعمل باید در بردارنده برخی نکات اساسی در خصوص ارائه‌دهندگان خدمات دارایی مجازی باشد. نخست آنکه، ضوابط اجرایی تأسیس این اشخاص را معین نماید. برای نمونه می‌توان پیشنهاد کرد که تأسیس مراکز ارائه‌دهنده خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی، توسط مؤسسات اعتباری صرفاً در قالب شرکت سهامی خاص و توسط اشخاص حقیقی در قالب شرکت تضامنی امکان‌پذیر باشد. در هر دو صورت باید اخذ مجوز از مرجع ذیصلاح جهت ارائه خدمات

مربوط به دارایی‌های مجازی ضروری باشد. همچنین ضروری است که بر این نکته تأکید شود که مسئولیت صحت عملکرد پلتفرم مراکز و تضمین ملاحظات امنیتی آن بر عهده مراکز است؛ مراکز ارائه‌دهنده خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی موظف‌اند به منظور انجام معاملات خود از سامانه برخط امن با تأیید مراجع ذیصلاح اقدام نمایند و مقرر شود که رعایت تکالیف مربوط به مشاغل غیرمالی موضوع بند «ث» ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ و آیین‌نامه اجرایی آن برای ارائه‌دهندگان خدمت فوق الزامی است. همچنین مناسب است بر این نکته نیز تأکید شود که مراکز مزبور می‌توانند خدمات مربوط به نگهداری دارایی‌های مجازی را در چارچوب کیف پول-های مجازی ارائه نمایند؛ با این شرط که تأمین امنیت این کیف پول‌ها با رعایت الزامات امنیتی ابلاغی از مراجع ذیصلاح بر عهده مراکز باشد.

علاوه بر این، برخی موارد دیگر نیز ضروری است در دستورالعمل مزبور مورد تأکید قرار گیرد. برای نمونه لازم است مراکز ارائه‌دهنده خدمات مربوط به دارایی‌های مجازی مکلف شوند اطلاعات مربوط به معامله (میزان، مقدار، تاریخ و نرخ معامله)، اطلاعات هویتی معامله‌کنندگان و منشأ (دارا شدن از طریق استخراج یا طریق دیگر) یا محل مصرف دارایی مورد معامله را در سامانه-ای مشخص همزمان با وقوع رویداد به ثبت برسانند و تمام وجوه مربوط به معاملات خود را صرفاً در حساب بانکی متعلق به مرکز که به بانک مرکزی معرفی شده است واریز و نگهداری نمایند.

References

- [1] BINANCE. (2021). What is Anti-Money Laundering (AML)?” <https://academy.binance.com/en/articles/what-is-anti-money-laundering-aml>
- [2] “coin market cap “, Last modified July 15, 2021, <https://coinmarketcap.com>
- [3] Duncan Hughes, “ATO Creates Specialist Task Force to Tackle Cryptocurrency Tax Evasion,” *FINANCIAL REVIEW* 25 (2018): 12. <http://www.afr.com/news/policy/tax/ato-creates-specialist-task-force-to-tackle-cryptocurrency-tax-evasion-20180109-h0fyaz>, archived at <https://perma.cc/VNY2-R6G3>.
- [4] FATF.(2014). "Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks" <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html>
- [5] FATF. (2015). “Guidance for A Risk-Based Approach Guidance for A Risk-Based Approach Virtual Currencies”, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf>

- [6] FATF. (2019). "Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers," FATF, Paris: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html
- [7] FATF. (2021), "International Standards on Combating Money Laundering and The Financing of Terrorism & Proliferation", FATF, Paris: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>
- [8] Kotane, IntaKotane .(2018). "Concept of Virtual Currencies in Modern Economies", *Rezekne Academy of Technologies*: 63-76.
- [9] Laurent, Peter and et al. (2017). Preventing Money Laundering and Terrorist Financing: A Practical Guide for Banking Supervisors, Translated by Maryam Keshtkar, Tehran, Tash.
- [10] Mireille Delmas, Marty. (2014). systems of criminal policy, Translated by Alihossein Najafi Abrandabadi, Tehran, Mizan. (In Persian)
- [11] Najafi Abrandabadi, Alihossein. (2009). New criminology-New criminology; An introduction to risk-based criminal policy, Criminal Science, Tehran, Mizan.Roshan, Mohammad Mozafari, Mostafa & Mirzaie, Hanieh. (2019). A Study of the Jurisprudential and Legal Status of Bitcoin, Journal of Legal Research, Volume 22, Number 87, pp. 49-78. (In Persian)
- [12] Saffari, Ali, Saberi, Razieh, Khalili Paji, Aref. (2020). Criminal Functions of Virtual Currencies: Criminological Analysis and Preventive Strategies, Encyclopedia of Economic Law, Volume 18, Number 27, pp. 223-250. (In Persian)
- [13] Shamloo, Baqir & Khalili Paji, Aref. (2020 [a]). Risk-based approach to criminal policy against money laundering, Journal of Criminal Law, Volume 1, Number 11, pp. 127-152. (In Persian)
- [14] Shamloo, Baqir & Khalili Paji, Aref. (2020 [b]). Virtualization of white-collar delinquency in the light of virtual currencies, Legal Journal of Justice, Volume 84, Number 110, pp. 41-73. (In Persian)
- [15] Shamloo, Baqir & Khalili Paji, Aref. (2020 [C]). Legal-Economic Challenges of Virtual Currencies on Political Systems in the Light of Alternative Theory, Political and International Approaches, Volume 12, Number 1, pp. 125-152. (In Persian)
- [16] Werle, Gerhard and Lovell Fernandez and Moritz Vormbaum . (2017). *Anti-Money Laundering: Socio-legal Perspectives on the Effectiveness of German Practices*. Berlin Springer Nature.
- [17] Yaga Dylan and others .(2018). *Blockchain Technology Overview*. U.S. Department of Commerce, National Institute of Standards and Technology Internal Report 8202.

کارآیی اقتصادی شرط وجه التزام برای مبيع مستحق للغیر درآمده (فرا تر از آرای وحدت رویه شماره ۷۳۳ و ۸۱۱)

سید حسن حسینی مقدم^۱

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق

و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

حسین حمزه رباطی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشکده

حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۰۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۰۷

چکیده

از مهم ترین نگرانی های خریداران، مواجه شدن با مستحق للغیر در آمدن مبيع و سپس مسئله نحوه استرداد ثمن و غرامات وارده از رد و بطلان معامله فضولی، جهت اعاده قدرت خرید وی نسبت به نوع مبيع فضولی در زمان اعلان بطلان معامله بر بنیاد رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ و ۸۱۱ و مواد ۲۶۳، ۳۲۵ و ۳۹۱ قانون مدنی است، که فضول را ملزم به پرداخت غرامات ناشی از کاهش ارزش ثمن معامله فضولی به قیمت مبيع می داند. از جمله راه حل ها برای جبران خسارت و اعاده وضع اقتصادی خریدار به حالت سابق، سوای از موضوع آرای وحدت رویه اخیر، درج شرط وجه التزام در قرارداد در صورت مستحق للغیر در آمدن هر یک از عوضین به میزان قیمت روز همان مبيع در زمان تأدیه است. در مقایسه با آرای وحدت رویه مورد بحث، این راهکار متضمن فوایدی است؛ زیرا هم قیمت روز همان مبيع ملاک ارزیابی بوده و هم قیمت آن در زمان تأدیه، و نه قیمت اموال مشابه و در زمان صدور حکم؛ اما این راه حل نیز بدون ایراد

* - نوع مقاله: پژوهشی

نیست. چراکه چنین شرطی با مانع تبعیت شرط ضمن عقد از حیث اعتبار و دوام با صحت و بطلان عقد، مواجه می‌شود و اگر عقیده بر این باشد که با بطلان معامله، شرط ضمن عقد نیز باطل است، در عمل شرطی لغو و بیهوده محسوب می‌گردد؛ درحالی که با عنایت به اراده طرفین و پیش‌بینی زمان اجرایی چنین شرطی و امکان عملی تحقق آن، آیا شرطی مستقل از عقد محسوب و از استحکام حقوقی فارغ از صحت یا بطلان عقد برخوردار است؟ در این مقاله با پشتوانه آرای وحدت رویه مذکور، بررسی شد که چنین شرطی از استقلال نسبی نسبت به عقد برخوردار است و متعهد ملزم به پرداخت قیمت روز همان مال در زمان تأدیه به‌منظور حفظ موقعیت اقتصادی خریدار خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: غرامات، بطلان، معامله فضولی، رأی وحدت رویه، وجه التزام، استقلال شرط، مستحق للغير، تحلیل اقتصادی.

طبقه‌بندی JEL: 42، K13، K12، K11

مقدمه

عقود تملیکی، به‌ویژه در بیع املاک و خودرو، در زمره معاملات پرطرفدار و البته پر سود در جوامع مختلف مخصوصاً ایران به حساب می‌آیند. بیداد تورم لحظه‌ای در جوامعی همچون ایران موجب گسترش فزاینده معاملات ملکی و گرایش به این نوع معاملات شده است. در حقوق کنونی ایران امکان انعقاد قراردادها و وقوع معاملات با اسناد عادی و یا شفاهی ولو عملی وجود دارد و انعقاد چنین قراردادی واجد اعتبار حقوقی بر بنیاد اصول و قواعد صحت، لزوم، رضایی بودن، أفوا بالعقود و بر پایه مواد ۱۰، ۱۹۲، ۱۹۳، ۲۱۹، ۲۲۳ و ۱۲۹۱ قانون مدنی است. ازاین‌رو و با عنایت به تمایل رویه قضایی به معتبر شناختن اعمال حقوقی ثبت نشده و همچنین عدم امکان دسترسی خریداران به پیشینه معاملاتی اموال موردنظر به جهت عدم لزوم ثبت سابقه قراردادها، سبب وقوع معاملات فضولی همسو با گسترش معاملات ملکی گردید.

در هر معامله فضولی، با استرداد مبیع به مالک، مهم‌ترین دغدغه خریدار، نحوه استرداد ثمن و غرامات و امکان عملی بازپس‌گیری ثمن و اعاده وضع و قدرت خریدار جاهل به حالت قبل از قرارداد نسبت به امکان خرید مورد معامله نوعی است، که در رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ این موضوع برای جبران کاهش ارزش تا حدودی پیش‌بینی شده است. بدان جهت که بسیاری از محاکم، برداشتی ناهماهنگ از عبارت «کاهش ارزش ثمن» داشته‌اند، سبب ورود ضرری

جبران ناپذیر به خریداران مال متعلق به غیر گردید و موجب صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ به عنوان مکمل رأی وحدت رویه ۷۳۳ شده است.

به موجب رأی وحدت رویه ۸۱۱ به خریدار اجازه داده شد که در موارد مستحق للغیر درآمدن مبیع و جهل خریدار به وجود فساد، افزایش قیمت ناشی از تورم را با توجه به اوصاف مشابه همان مبیع مطالبه کند و موضوع از شمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز خارج دانسته شد. وانگهی برای جبران خسارت و اعاده وضع خریدار به حالت سابق، درج شرط وجه التزام در قرارداد در صورت مستحق للغیر درآمدن، به عنوان اقدامی پیشگیرانه نسبی و جبران کننده کامل خسارات اقتصادی بعدی، شایسته تر به نظر می‌رسد. چراکه عیناً معادل ارزش روز همان مبیع در زمان تأدیه، بر اساس وجه التزام پرداخت خواهد شد. شروط ضمن عقد برابر قواعد عمومی اصولاً تابع عقد می‌باشند و بطلان عقد موجب بی اعتباری شروط می‌گردد؛ اما از آنجا که طرفین شرط وجه التزام را برای زمان مستحق للغیر درآمدن و بطلان بیع قید می‌نمایند، می‌توان این اراده ضمنی آن‌ها را حیات حقوقی شرط وجه التزام و مستقل از عقد دانست. چنین برداشتی با توجه به پذیرش استقلال شرط داوری به موجب ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی و نظریه انحلال عقد واحد به عقود مختلف و پذیرش تعیین وجه التزام در قالب یک شرط ضمنی قابل توجیه است.

از این رو در این مقاله جهت بررسی معضلات پیش گفته، تحلیل و تفسیر درخور از جایگاه شرط وجه التزام در صورت مستحق للغیر درآمدن بیع به واکاوی موضوعات: ۱- معامله فضولی؛ ۲- تحلیل عنوان کاهش ارزش ثمن در رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ و ۸۱۱؛ ۳- درج شرط وجه التزام ضمن عقد فضولی؛ ۴- تابعیت یا استقلال شرط وجه التزام ضمن معامله فضولی؛ به طور تحلیلی و توصیفی می‌پردازیم.

۱- معامله فضولی

مالکیت شخص بر عین یا منفعت نسبت به مورد معامله، از جمله شرایط صحت در ایجاد عقود ناقل مالکیت به ویژه عقد بیع است؛ اما اگر مورد معامله متعلق به معامل نباشد، در این فرض برابر با ماده ۲۴۷ قانون مدنی، عقد در صورتی صحیح و نافذ است که فرد مجاز به تصرف در اموال دیگری به موجب قانون و یا قرارداد با عناوینی از قبیل ولایت، وصایت، وکالت و یا قیمومت باشد،

در غیر این صورت اگر شخص مالک یا مأذون از قبل مالک نباشد و بدون داشتن سمت و نمایندگی، در دارایی دیگری تصرف حقوقی نماید، معامله مذکور فضولی بوده و نافذ نیست. (katouzian.2010:184؛ jafari langroudi.2013:503)

فضولی بودن معامله، موجب ضمان درک فضول یا معامل فضولی (safai.2014:177) نسبت به استرداد ثمن معامله و غرامات وارده ناشی از مستحق للغير در آمدن مورد معامله بر اساس ماده ۳۹۰ قانون مدنی علاوه بر امکان تحقق و محکومیت به بزه انتقال مال غیر است. ضمان درک برای فضول، نتیجه فساد معامله به سبب مستحق للغير در آمدن آن و ناشی از حکم قانون است نه از آثار بیع صحیح که در حقوق فرانسه مطرح است؛ هر چند ضمان درک که به تقلید از ماده ۱۶۰۳ قانون مدنی فرانسه در قانون مدنی ایران در مبحث آثار بیع آورده شده است، اما مفاد و آثار این ضمان به شیوه مرسوم خود از حقوق اسلام پیروی می نماید (katouzian.2012:108, 109)

معامله فضولی در یک جامعه متمدن، نادر است. چرا که اصولاً در چنین جوامعی افراد به خود اجازه نمی دهند در اموال دیگری بدون داشتن اجازه مالک معامله نمایند. از همین رو مقنن انتقال مال دیگری توأم با سوءنیت را جرم دانسته است. (safai.2014:178) باین حال علل مختلفی موجب تحقق معامله فضولی می گردد که گاهی شخص بدون سوءنیت برای مالک مبادرت به انعقاد معامله می نماید اما بدون آنکه اجازه از جانب او داشته باشد، که به بیع فضولی لغیره معروف است، و گاهی این انتقال و معامله به مال دیگری همراه با سوءنیت است و شخص خود را مالک معرفی کرده و مبادرت به انتقال مال دیگری می نماید که بیع فضولی لنفسه نامیده می شود (rahmani.2018:294) و ماده ۳۰۴ قانون مدنی یکی از فروض آن است.

هر دو نوع معامله به مال غیر ذکر شده با وجود اختلاف نظر در این خصوص، بر مبنای مواد ۱۹۷ و ۳۰۴ قانون مدنی غیر نافذ بوده (katouzian.2010:185) و هر دو نوع معامله به مال غیر در صورت وجود عناصر تحقق بزه انتقال مال غیر، با وجود اختلاف نظر، مشمول این جرم می گردد (zeraat.2014:76)

معامله فضولی نوع اخیر که با سوءاستفاده اشخاص واقع شده را می توان نشئت گرفته از قابلیت انعقاد و اعتبار وقوع معامله به صورت شفاهی، عملی و با اسناد عادی دانست. در واقع مطابق با ماده ۱۹۱ قانون مدنی «عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»، ملاک تحقق و انعقاد عقود در حقوق ایران اصولاً اعلام و تقابل اراده ها و ایجاب و قبول

است که در صورت وجود قصد و صحت ابراز اراده عقد به درستی محقق می‌گردد، مگر در مواردی که وقوع عقد نیاز به مقدمات یا لوازم دیگری داشته باشد مانند قبض در عقود عینی؛ حال آنکه راه‌های رسیدن به این تراضی و توافق موضوعیت نداشته و غالباً عقود در ابتدا شفاهاً و با لفظ و اشاره با انشایی که مبین قصد و رضای طرفین است منعقد می‌شود. چنین معاملاتی معتبر بوده و مورد شناسایی قرار می‌گیرند و طرفین بر بنیاد اصول و قواعد پیش گفته، ملزم به پایبندی و اجرای آن می‌باشند.

موضوع اعتبار قراردادهای شفاهی و کتبی با سند عادی، موجب سوءاستفاده افراد سودجو شده که مبادرت به معامله مال غیر با قصد تحصیل مال و درآمد از طریق نامشروع می‌نمایند؛ معمول است چنین معاملاتی همان ابتدا توسط مالک به قصد تصاحب وجه من غیر حق از خریدار شکل می‌گیرد و یا با افزایش ارزش و قیمت مال مورد معامله با عنایت و تورم و رشد تصاعدی قیمت‌ها پس از انعقاد قرارداد با قصد واقعی، برای تصاحب مجدد ملک فروخته شده، مبادرت به تنظیم فروشنده‌نامه‌ صوری با درج تاریخ مقدم با تبانی شخص به ظاهر خریدار می‌نماید تا با طرح دعوای صوری انتقال مال غیر و بطلان معامله، ملک دچار افزایش قیمت شده را به چنگ آورد، که با توجه به تحلیل رویه غالب محاکم نسبت به کاهش ارزش ثمن و صدور حکم به تأخیر تأدیه قیمت ثمن که غالباً بسیار نازل‌تر از قیمت روز ملک بود، صرفه و توجیه اقتصادی داشت؛ البته این مورد اخیر در صورت اثبات مشمول مجازات در قالب بزه مواضعه صوری برای بردن مال دیگری است. معاملات فضولی، بنا به قول مشهور فقهای امامیه و مطابق قانون مدنی ایران، معامله‌ای غیرنافذ است و در صورت عدم تنفیذ مالک هیچ‌گونه اثر حقوقی ندارد، لیکن با تنفیذ اثر یک قرارداد کامل را خواهد داشت. (safai.2014:179) از این رو عقد فضولی را در عالم حقوق موجود اعتباری ناقص می‌دانند که بسته به اجازه یا رد مالک کامل و یا نابود می‌گردد. (shahidi.2021:18, 34) بنابراین، عدم تنفیذ معامله فضولی توسط مالک حقیقی، به خریدار فضولی حق رجوع به بایع فضولی را بابت استرداد ثمن معامله و در صورت جاهل بودن برای دریافت غرامات وارده از جمله خسارت ناشی از کاهش ارزش ثمن، بر پایه مواد ۲۶۳، ۳۲۵ و ۳۹۱ قانون مدنی خواهد داد که به سبب غرور فضول در این وضعیت ناخواسته قرار گرفته است. اکنون تمام بحث آن است که با گذشت زمان و افزایش نرخ تورم چگونه باید خسارت واقعی خریدار جاهل جبران گردد و استرداد ثمن بر چه مبنا و معیاری و تا چه اندازه از حیث ارزش اقتصادی صورت پذیرد.

۲ - تحلیل اقتصادی عنوان «کاهش ارزش ثمن» در رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ و ۸۱۱

تا پیش از صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳، دادرسان در برخورد با مسئله غرامات وارده بر مشتری به‌ویژه در جایی که ثمن وجه نقد است و تورم یکی از عوارض نامطلوب آن محسوب می‌گردد، دچار دوگانگی بوده‌اند. (maleki et al.2020:212). این اختلاف با صدور رأی وحدت رویه نسبت به غرامت تلقی شدن کاهش ارزش ثمن خاتمه پیدا کرد اما به شکل دیگری دودستگی جدید ادامه پیدا خواهد کرد؛ چراکه مقنن در مواد ۲۶۳، ۳۲۵ و ۳۹۱ قانون مدنی سخن از غرامات و خسارات به‌صورت مطلق آورده بدون آنکه مصادیق آن را بیان نماید. (shekariyan.2016:145) در واقع تا قبل از صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳، با مراجعه به مباحث فقهی و رویه قضایی، این شبهه به وجود آمد که آیا خسارات ناشی از کاهش ارزش ثمن و افزایش قیمت ملک جزء غرامات محسوب می‌گردد یا خیر؟ در عمل برخی محاکم با خودداری از تفسیر موسع عنوان غرامت، کاهش ارزش ثمن را خسارات نپنداشته و با حکم به آن موافق نبودند مانند رأی شماره ۲۳۱-۱۳۲۳/۰۶/۱۹- شعبه هفتم دیوان عالی کشور یا رأی شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر تهران که مشتری را مستحق در مطالبه ثمن و خسارات شامل مخارج دلالی، تنظیم سند و امثال آن دانسته‌اند نه قیمت و ارزش مورد معامله و مطالبه کاهش ارزش ثمن را عدم النفع تصور کرده و این زیان وارده را نشئت گرفته از اوضاع حاکم اقتصادی دانسته که فصول در آن دخالتی نداشته و خارج از اراده‌اش بوده است (shekariyan.2016:150).

درحالی‌که این غرامات جزء منافع ممکن الحصول است، چراکه آنچه مقتضی تحصیل دارایی خریدار است در ملکیت وی به وجود آمده و تصمیم قاطع و حتمی ایشان، خرید نوع مورد معامله در عالم بیرونی و ارادی بوده است که با فریب فصول از این حق (یعنی خرید مورد معامله به‌صورت نوعی) محروم ماند و اگر این اقدامات فریبکارانه فصول نبود، او درصدد خرید قطعی مورد معامله دیگری از همان نوع برمی‌آمد و یقیناً سود ناشی از افزایش قیمت داخل در سرمایه اقتصادی او می‌گشت؛ لذا این منافع ممکن الحصول بوده و خریدار مستحق دریافت آن به حکم و اصل عدالت و انصاف است و فصول نیز مسئولیت جبران این خسارات بر پایه قواعد تسبیب و اتلاف می‌باشد. از طرفی دیگر مطابق مواد ۲۵۹، ۳۱۱، ۳۱۵، ۳۶۶ و سایر مواد از قانون مدنی، فصول و غاصب در خصوص خسارت‌های وارده به دیگران مسئولیت و ضمان مطلق و عینی دارند

و ورود خسارت حتی به علت جهل یا قهری و یا به سبب عامل خارجی (از جمله تورم و کاهش ارزش ثمن) را نمی‌توان موجبات معافیت آن‌ها از ضمان و مسئولیت دانست؛ (taghizaadeh.2012:237؛ katouzian.2011:259, 262) به‌ویژه در معاملات فضولی که منشأ ورود خسارت به علت وضعیت اقتصادی جامعه، غرور فروشنده است؛ بنابراین شایسته است که کوشید تا حد امکان وضع زیان‌دیده را به حالت نخست بازگرداند (katouzian.2011:45) از همین رو، در مقابل، گروهی از حقوق‌دانان و محاکم هنگامی که مشتری در وضعیتی بشدت متأثر از تورم قرار می‌گرفت و ارزش ثمن در وضعیت کنونی و فعلی را که خریدار در آن قرار داشت، بسیار ناچیز می‌دیدند، برای جبران ضرر و زیان وارده به وی و اعاده وضع به حالت سابق، مشتری را مستحق بر مطالبه و دریافت مابه‌التفاوت ارزش ثمن می‌دانستند (shekariyan.2016:150, 151) که این تصمیم راه‌حلی منصفانه و صحیح برای رفع ضرر وارده ناشی از غرور فضول به خریدار جاهل و با حسن نیت است.

این تشتت آراء در نهایت موجب صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ در تاریخ ۱۳۹۳/۰۹/۲۶ شده که بیان می‌دارد: «به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد، یعنی مبیع و ثمن کماکان در ملکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغیر درآید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی بایع قانوناً ملزم به جبران آن است...»

لیکن با صدور این رأی وحدت رویه و خاتمه یافتن اختلاف پیشین، تشتت آراء به طریق دیگری در تفسیر کاهش ارزش ثمن پدید آمد؛ اکثر قضات طبق ملاک ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. کاهش ارزش ثمن را به استرداد ثمن با احتساب نرخ رسمی شاخص تورم بانک مرکزی بر مبنای تأخیر تأدیه دیون تفسیر می‌کنند؛ اما گروهی دیگر صرف پرداخت ثمن بر اساس شاخص تورم را کافی برای جبران خسارت وارده به مشتری ندانسته و با توجه به اطلاق عنوان غرامات در فقه و قانون و مستحدثه بودن موضوع اعتباری پول و با لحاظ اصل عدل و انصاف و حکومت قاعده لاضرر، فروشنده فضول را به پرداخت قیمت روز محکوم می‌کنند (maleki et al.2020:212)

وفق رأی وحدت رویه، برای صدور حکم به کاهش ارزش ثمن معامله بایستی تورم و افزایش

قیمت مورد معامله با معیار شخصی، یعنی نوع مورد معامله فضولی را ملاک قرار داد؛ چرا که شاخص نرخ رسمی تورم اعلامی توسط بانک مرکزی، میانگین رشد قیمت‌ها در خصوص تمامی کالاهای اساسی است. از این رو اگر شخص به دیگری مبلغی پول بدهکار باشد در این دیون برای تعیین خسارت به میانگین تورم مذکور توجه می‌شود چون شخص با پول می‌تواند هر کدام از کالاها را بخرد و در مقام خرید نوع خاصی از کالاها قرار ندارد از این رو میانگین تمام کالاها به عنوان قدرت خرید عام در نظر گرفته می‌شود؛ در حالی که در معاملات فضولی خریدار در مقام خرید نوع خاصی از کالا است و قصد قطعی بر ابتیاع آن را دارد. لذا نمی‌توان در چنین شرایطی برای تعیین کاهش ارزش ثمنی که جهت خرید نوع خاصی از کالا پرداخته شده است به میانگین تورم مجموع کالاها مراجعه کرد و حکم به چنین خسارتی داد، چرا که صدور حکم به تأخیر تأدیه به نرخ رسمی شاخص تورم بانک مرکزی که میانگین تورم مجموع کالاها است، نسبت به ثمن بیع یا معامله فضولی، از حیث اقتصادی و حقوقی مصداق عدم النفع است و بایستی میزان کاهش ثمن هر معامله را با توجه به موضوع آن به صورت خاص تفسیر و تعیین کرد؛ زیرا در معامله مثلاً خانه، خریدار قصد خرید آن را داشته و کاری به تورم سایر کالاها مانند طلا یا خودرو و ... ندارد و ممکن است که این تورم در خودرو که تحت تأثیر اقتصاد کشور است ۵۰ درصد باشد اما نسبت به خانه یا زمین در برخی مناطق هیچ تورمی را در پی نداشته باشد و یا موضوع معامله فضولی مانند زمین در منطقه‌ای باشد که ارزشی ندارد، از این رو صدور حکم بر مبنای رشد تورم همه کالاها که شخص قصدی بر خرید آن نداشته، مصداق بارز عدم النفع است و بالعکس اگر قیمت سایر اجناس دارای تورم آن چنانی نباشد اما زمین مورد معامله دچار رشد ناگهانی گردد با توجه به قصد قطعی خریدار به خرید نوع مورد معامله و صدور حکم به تأخیر تأدیه از مصادیق بدیهی اتلاف منفعت آینده توسط فضول است.

بنابراین پرداخت غرامت به قیمت روز مبیع به خریدار فاقد سوءنیت، که در اثر تعلق مبیع به غیر، دچار ضرر فاحشی شده است و به سبب کاهش ارزش ثمن به موجب گذشت زمان و عدم توازن بین ثمن با خسارت تأخیر تأدیه و قیمت مبیع، بلاجهت قدرت خرید همان ملک را از وی ستانده، و اگر مبیع در قلمرو دارایی او قرار می‌گرفت افزایش قیمت مبیع هم داخل در سرمایه خریدار می‌شد و طبیعتاً فروشنده فضول چه عالم و چه جاهل از باب غرور و تقصیر مسئول محرومیت خریدار از ارزش واقعی مترتب بر ثمن پرداختی است. در نتیجه، اعاده وضع زیان‌دیده از

فضولی بودن معامله به حالت قبل از عقد و پرداخت غرامت به قیمت روز مبیع توسط فروشنده، مطابق قواعد حقوقی و عرفی است. (mousavi.2016:421, 422)

از این روی عده‌ای با تخطی از قاعده غرور، لاضرر و اصل انصاف، و بدون آنکه تحلیلشان از قوت حقوقی برخوردار باشد، حکم به خسارت تأخیر تأدیه می‌دادند. درحالی که می‌توانستند با استقراء از نظرات فقها و همچنین حقوقدانان با نگرش به قواعد حقوقی و خاصه با نگاه اقتصادی، که همگی دلالت بر تحلیل عنوان کاهش ارزش ثمن بر قیمت روز مبیع با معیار نوعی یا شخصی و یا موضوعی آن است، تفسیری را بر محور عدل اتخاذ نمایند؛ بنابراین منظور از افزایش قیمت یا تورم، افزایش قیمت متوسط سبد کالاها و خدمات نیست بلکه منظور افزایش قیمت آن معامله بخصوص باید مدنظر واقع می‌شد (maleki et al.2020:213)؛ همان‌گونه که شعبه دهم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۶۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۱ به این نکته مهم حقوقی - اقتصادی توجه داشته و با تحلیل و استنباطی صحیح، مقصود از غرامات ناشی از کاهش ارزش ثمن را بر اساس تورم موضوعی یا شخصی، تأدیه قیمت روز نوع مبیع دانستند: «... در رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نظر شعبه‌ای را پذیرفته که غرامت را به میزان کاهش ارزش ثمن همان معامله تلقی نموده است؛ به عبارت دیگر غرامات همان خسارتی است که از قبل مستحق للغیر در آمدن مبیع به مشتری وارد شده است و ملاک احتساب کاهش ارزش ثمن، ثمن همان معامله است و نمی‌توان ارزش ثمن که موقعیت خاص حقوقی دارد، عنوان و جهی انتزاعی از آن معامله لحاظ کرد و الا اگر نظر اعضای هیئت عمومی وحدت رویه صرف کاهش ارزش پول بر مبنای ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی بوده، صراحتاً در رأی مذکور ۵۲۲ اشعاری استناد می‌شده است؛ درحالی که نه در رأی وحدت رویه آمده است و نه هیچ‌یک از اکثریت قضات هیئت عمومی چنین برداشتی داشتند و قدر متیقن رأی وحدت رویه آن است که تورم ناشی از کاهش ارزش ثمن با ملاحظه همان معامله یا به تعبیر دیگر تورم موضوعی لحاظ گردیده است. مضافاً اینکه اگر منظور رأی وحدت رویه کاهش ارزش پول بر مبنای ماده ۵۲۲ بوده باشد، با توجه به شرایط ۵ گانه مندرج در این ماده اصولاً شامل مسئله موضوع رأی وحدت رویه نخواهد شد. نتیجه آنکه نباید رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیئت عمومی را به نحوی تفسیر کرد که عملاً یک رأی بی‌خاصیت در منابع حقوقی کشور جلوه نماید...» (ghanavaty et al.2019:158,159)

بنابراین اصل جبران کامل خسارت و اعاده وضع خریدار به حالت سابق در بیع فضولی و

حکومت قاعده لاضرر و اولی تر از آن‌ها حاکمیت اصل عدالت و انصاف مقتضی این است که کاهش ارزش ثمن را بر اساس تورم موضوعی، به نرخ روز مبیع تفسیر نمود و هدف نیز اعاده وضع مشتری از جنبه اقتصادی به زمان پیش از ورود خسارت باشد. نهایت امر این تشتت آراء موجب شد تا هیئت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص نحوه محاسبه کاهش ارزش ثمن و جبران آن به عنوان غرامت ناشی از مستحق للغیر درآمدن مبیع موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی و رأی وحدت رویه ۷۳۳ مبادرت به صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ در تاریخ ۱۴۰۰/۰۴/۰۱ به شرح ذیل می‌نماید:

«با عنایت به مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، در موارد مستحق للغیر درآمدن مبیع و جهل خریدار به وجود فساد، همان گونه که در رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز بیان شده است، فروشنده باید از عهده غرامات وارده به خریدار از جمله کاهش ارزش ثمن، برآید. هرگاه ثمن وجه رایج کشور باشد، دادگاه میزان غرامت را مطابق عموماً قانونی مربوط به نحوه جبران خسارات از جمله صدر ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، عنداللزوم با ارجاع امر به کارشناس و بر اساس میزان افزایش قیمت (تورم) اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشابه همان مبیع هستند، تعیین می‌کند و موضوع از شمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ خارج است...»

رأی وحدت رویه اخیر، بر بنیاد اصل عدالت و انصاف و مطابق با قواعد حقوقی و اقتصادی صادر شده تا منافع نسبی خریداران جاهل به فضولی بودن معامله را تأمین نموده و تفاوت فاحش قیمت روز مبیع با خسارت تأخیر، که مطلوب جامعه نبود را جبران نماید. مقصود از غرامات همان خسارتی است که از قبل مستحق للغیر درآمدن مبیع به مشتری وارد می‌آید و بایستی تمام غرامات وارده جبران گردد و وضعیت مشتری به حالت قبل از خرید از جمله قدرت خرید وی به زمان انجام معامله فضولی، برگردد. چراکه مسئولیت فضول، همانند غاصب بوده و یک ضمان عینی است. از این روی منطق ساده انسانی تفاوت بین قیمت مبیع و خسارت تأخیر تأدیه را ضرر پنداشته و بی‌شک مسبب این ضرر کسی به غیر از فضول نخواهد بود؛ بنابراین، به عقیده حقوقدانان، اقتضای اصل عدالت به عنوان اصل حاکم در فقه اسلامی و حقوق ایران این است تا حکم به پرداخت قیمت روز مبیع صادر شود (ghanavaty et al. 2019:160). رأی وحدت رویه اخیر نیز همسو با این اصل خدشه‌ناپذیر، منظور از افزایش قیمت تورم را با در نظر گرفتن قدرت خرید خاص مشتری بر اساس

قیمت روز مبيع و وضعیت اقتصادی بازار مقرر نموده نه قدرت خرید عام و بر اساس شاخص قیمت متوسط سبد کالا و خدمات؛ و نیز تا حدودی پیشگیرانه از وقوع معاملات فضولی است.

البته نحوه تعیین قیمت مبيع بر اساس کارشناسی اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشابه همان مبيع هستند، می تواند محل بحث جدی، به ویژه در املاک، باشد؛ چرا که تعیین میزان غرامت توسط کارشناس بر اساس اموال مشابه مبيع، با توجه به آنکه غالباً مبيع در زمره اموال عینی و قیمی قرار می گیرد که برخلاف اموال مثلی، از حیث اجزا با هم متفاوت اند، نمی توان اموال مشابه با اوصاف مشترک برای آن یافت نمود؛ بدین رو قیمی را مالی که در عرف شخص آن منظور باشد و نتوان مال دیگری را بجای آن نهاد تعریف نمودند (katouzian.2011:44) که در ماده ۹۵۰ قانون مدنی نیز بدان اشاره شده است. از این رو تعیین میزان غرامت ناشی از تورم بر اساس کارشناسی اموال مشابه مبيع با در نظر گرفتن عینی و قیمی بودن این گونه اموال، میسر نبوده و نمی توان برای تعیین قیمت به اشباه و نظایر آن رجوع کرد، و به نظر می رسد صحیح تر و منصفانه تر، انجام کارشناسی همان ملک، در صورت وجود، با توجه به تحلیل صورت گرفته است نه املاک مجاور.

ظاهراً ملاک و دلیل صدور حکم (در رأی وحدت رویه) به کارشناسی قیمت مبيع نوعی، تصمیم قاطع خریدار بر خرید نوع معینی از اموال بوده (مبيع نوعی) نه صرفاً مبيع مورد معامله به صورت خاص. از طرفی نیز می توان فروضی را تصور کرد که مبيع در زمان رسیدگی یا اجرا موجود نبوده و یا مثلی بوده است. با وجود این مصادیق مشکلات مربوط به قیمی بودن مال مستحق للغیر و نحوه کارشناسی آن، مرتفع خواهد شد و ملاک رأی صادره نسبت به این مصادیق صحیح خواهد بود. لذا بحث پیرامون قیمت روز مبيع، صرفاً مربوط به کارشناسی اموال قیمی موجود است، که با عنایت به موضوعیت داشتن اوصاف مبيع و میزان ارزش و تعیین قیمت در اموال قیمی و سخت بودن یافتن اموال مشابه، نمی توان مال دیگری را جای آن نشانده؛ از این رو بهتر است تا با کارشناسی خود مبيع در صورت موجود و قیمی بودن آن، از اعمال سلیقه شخصی کارشناسان تا حد امکان جلوگیری کرد. بدین ترتیب همین موضوع از یکسو و از سوی دیگر عدم تعیین و تکلیف مبنی بر الزام دادگاه بر تعیین قیمت روز زمان صدور حکم یا قیمت روز زمان اجرای حکم سبب خواهد شد به زودی ناکارآمدی این رأی وحدت رویه در عمل آشکار گردد.

ظاهر عبارات رأی مذکور، تلقین کننده الزام و تکلیف دادگاه به انجام کارشناسی و صدور حکم به قیمت تعیین شده در زمان کارشناسی است که نتیجه آن الزام فضول به پرداخت قیمت

مبیع نسبت به زمان کارشناسی است نه قیمت روز مبیع در زمان اجرای آن؛ بنابراین منطق و عقل حکم می‌کند تا قیمت روز مبیع که در رأی وحدت رویه قید شده را به ارزش مبیع در زمان اجرا تفسیر نماییم که در نتیجه می‌بایست انجام امر کارشناسی را در دادنامه به زمان اجرای حکم موکول نمود تا نسبتاً قیمت دقیق‌تری از میزان غرامات وارده و ارزش روز مبیع به دست آوریم؛ چرا که ممکن است در صورت انجام کارشناسی در اثنای رسیدگی و صدور حکم به مبلغ معین کارشناسی شده، مدت به نسبت طولانی از زمان انجام کارشناسی مبیع تا زمان قطعیت دادنامه و همچنین اجرای کامل حکم، سپری شود، که قاعدتاً در تغییر میزان قیمت روز مبیع چه افزایشی و چه کاهشی مؤثر است و این امر موجب صدور حکم به قیمت مبیع در زمان انجام کارشناسی می‌گردد نه قیمت روز مبیع در زمان اجرای حکم.

پس باید از ظهور رأی که افاده تکلیف می‌کند بگذریم و دادگاه را برای تعیین دقیق‌تر ارزش روز مبیع، مجاز در صدور حکم با احاله انجام کارشناسی در زمان اجرای آن توسط اجرای احکام بدانیم؛ یا با توجه به ظاهر عبارات رأی وحدت رویه بایستی دادگاه را ملزم به ارجاع امر به کارشناسی و صدور حکم بر میزان معین شده دانست. در این صورت نیز برای تعیین قیمت دقیق مبیع و تحقق دادرسی منصفانه، بهتر است تا برای کارشناسی انجام شده مدت اعتباری، در دادنامه در نظر گرفته شود تا پس از سپری شدن مدت معین، کارشناسی جدیدی صورت پذیرد؛ یا اینکه خواهان (خریدار فضولی) در ستون خواسته دادخواست تقدیمی خویش، ضمن تقاضای صدور حکم مبنی بر استرداد ثمن و غرامات وارده بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱، احتساب خسارت تأخیر تأدیه مجموع مبالغ فوق، از تاریخ صدور حکم لغایت اجرای کامل آن را نیز مورد خواسته قرار دهد تا در این صورت طولانی شدن زمان اجرا موجب تضییع و خلل حقوق محکوم‌له نگردد. فرض نخست در خصوص عبور از ظهور تکلیف دادگاه با توجه به امکان روند افزایش و حتی کاهشی قیمت مبیع تا زمان اجرا منصفانه‌تر است. لیکن در رابطه با فرض اخیر مبنی بر تکلیف دادگاه به صدور حکم به قیمت معین کارشناسی شده، نظریه آخر از نظر آیین دادرسی مدنی موجه‌تر است.

۳- درج شرط تأدیه وجه التزام در معامله معادل قیمت روز همان مبیع در فرض مستحق للغير درآمدن

فروش مال غیر، موجب در گرفتاری قرار گرفتن ناخواسته مشتری جاهل به موضوع و همچنین ورود زیان گزاف به او و خانواده‌اش می‌گردد. برای تحقق عدالت و جبران غرامات حاصله و اعاده وضع خریدار به زمان قبل از معامله، غرامت ناشی از کاهش ارزش ثمن را به قیمت روز مبیع تفسیر کرد. محاکم با صدور حکم بر مبنای رأی وحدت رویه ۸۱۱ می‌توانند تا حدودی به این مهم دست یابند اما مشکلات گفته شده مانند اینکه آیا دادگاه باید در متن رأی و قبل از صدور حکم دادگاه موضوع را به کارشناس رسمی ارجاع دهد و وفق نظریه کارشناس مبادرت به صدور حکم نماید یا اینکه دادگاه با احراز شرایط استحقاق خواهان و بطلان معامله حکم به پرداخت قیمت روز مبیع در زمان تأدیه نماید و احتساب مبلغ را از طریق ارجاع امر به کارشناس به اجرای احکام محول نماید تا موضوع اطاله زمان در مرحله تجدیدنظر مجدداً به دلیل افزایش قیمت‌ها سبب ضرر خریدار نگردد؟ از این جهت نیز ممکن است در عمل با توسل به رأی وحدت رویه ۸۱۱ نیز نتوان به جبران کامل ضرر خریدار متضرر بنا بر همین مشکلات دست یافت.

وجه التزام قراردادی به هر میزانی باشد با توجه به ماده ۲۳۰ قانون مدنی قاضی را ملزم می‌نماید که غرامات را صرفاً به همان میزان بپذیرد نه کمتر و نه بیشتر. چراکه طرفین قرارداد بر مبنای اصل حاکمیت اراده و با آگاهی از قاعده اقدام به آن میزان تراضی می‌نمایند؛ باین حال در رابطه با اینکه اگر وجه التزام کمتر از میزان غرامت قانونی و واقعی بوده و تفاوت فاحشی نسبت به آن داشته باشد، اختلاف است که آیا در صورت وجود حیلۀ طرف مقابل و علم او به فضولی بودن معامله، می‌توان به این وجه التزام به‌عنوان مسئولیت قراردادی استناد کرد و یا اینکه فضول به غرامات واقعی به‌عنوان مسئولیت مدنی محکوم خواهد شد. در این طریق، خریدارانی که با ثالث پای میز معامله می‌نشینند و هیچ علم و آگاهی نسبت به صحت مالکیت معامل و سابقه معامله نسبت به مورد قرارداد را ندارند، با درج این شرط که «در صورت مستحق للغير درآمدن مورد معامله فروشنده فضولی ملزم به پرداخت قیمت روز مبیع در زمان پرداخت به‌عنوان وجه التزام می‌باشد...»، به نحو شایسته‌تری جبران ضرر خواهد شد و از ضرر ناخواسته‌رهایی می‌یابند؛ زیرا پس از آشکار شدن فضولی بودن معامله و تعلق مورد معامله به دیگری، در صورت پذیرش این شرط به شرحی که در مبحث بعدی می‌رود، دیگر درگیر این مسئله نیست که تفسیر محاکم از رأی وحدت رویه و

کاهش ارزش ثمن چیست آیا باید قبل از صدور حکم موضوع به کارشناس ارجاع گردد یا در زمان اجرای حکم آیا باید قیمت املاک و اموال مشابه را یافت یا همان مبیع؟ با درج چنین شرطی این تشتت آراء دیگر موضوعیت خود را از دست داده و خریدار جاهل به سراغ فصول برای گرفتن مبلغ توافق شده یعنی قیمت روز همان مبیع در زمان تأدیه می‌رود که بسیار مفید فایده برای وی می‌باشد. براین اساس ضروری است تا اعتبار درج این شرط را ذیل عقدی که خود منحل شد بررسی نمود و دلایل اعتبار آن را ارائه نمود و دستاورد مناسب آن را وارد جامعه حقوقی نمود.

۴ - تبعیت یا استقلال شرط وجه التزام ضمن معامله باطل از عقد باطل

درج شرط وجه التزام در قراردادی که به علت مستحق للغير در آمدن مورد معامله و عدم تنفیذ مالک باطل بوده، این بحث را پیش می‌کشد که آیا این شرط ضمن عقد نیز به تبع عقد منحل و باطل می‌گردد یا سرنوشت دیگری برای آن شرط می‌توان در این مورد خاص متصور بود. به بیانی دیگر آیا رابطه شرط ضمن عقد و عقد صرفاً در مرحله ایجاد و حدوث است یا در بقا و انحلال هم وجود دارد؟ این پرسش بیانگر مهم بودن تعیین رابطه شرط و عقد است تا حدود تبعیت شرط از عقد اصلی مشخص گردد؛ و اینکه آیا شروط صرفاً وابسته به عقد می‌باشند و یا دارای استقلال وجودی‌اند و انحلال عقد در آن تأثیری نخواهد گذاشت.

تقسیم شرط به شروط وابسته و مستقل در نظام تقنینی فرانسه در اصلاحات قانون مدنی این کشور در سال ۲۰۱۶ در ماده ۱۲۳۰ این قانون، با الهام از مقررات اصول حقوق قراردادهای اروپایی و مقررات یکنواخت سازی حقوق خصوصی، وضع و به چشم می‌خورد و شروط مستقل را تحت دو عنوان، شروط ناظر به حل و فصل اختلافات (مانند شرط داوری) و شروطی که هدف از آن حاکم بودن شرط پس از فسخ قرارداد بوده (مانند شرط تعیین صلاحیت دادگاه و قانون حاکم بر قرارداد و یا شرط تحدید یا عدم مسئولیت و یا وجه التزام و...)، شناسایی نموده‌اند. درحالی که در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی این تقسیم‌بندی به‌طور آشکار، کمتر مطرح بوده است. البته این به معنای عدم وجود شرط مستقل نیست و حتی فقیهان نیز امکان بقای شرط بعد از انحلال عقد را با ذکر مصادیقی از آن پذیرفته‌اند که نمونه بارز این شروط، شرط راجع به ضمان درک می‌باشد.

(sobhani tabrizi.2017:99 to 102 ;kazemy et al.2020:245,249)

آنچه به عنوان قاعده عام در حقوق ایران مطرح می گردد تبعیت شرط از عقد بر پایه قاعده فقهی «الشروط تابعه للعقود» و شهرت این قاعده می باشد (sobhani tabrizi, 2017:102) قاعده تبعیت شرط از عقد، در کنار ماده ۲۴۶ قانون مدنی این گونه متبادر می گرداند؛ شرط ضمن عقد از هر جهت تابع عقد است و هیچ گونه استقلالی از خود ندارد و اگر عقد به هر علتی، قانونی یا ارادی یا قهری منحل شود، شرط ضمن آن نیز زایل و باطل می گردد. تبعیت شرط از عقد، هم از حیث حدوث و هم از حیث بقا، قول مشهور در فقه بر مبنای قاعده پیش گفته می باشد، از همین رو فقها این شرط را التزام تبعی نامیده و رابطه بین عقد و شرط را همانند اصل و فرع می دانند (safai, 2014:183؛ katouzian, 2010:282,283)

سخن نگفتن از استقلال شرط ضمن عقد در حقوق ایران به این دلیل است که بیشتر شروط ضمن عقد از نوع شروط وابسته به عقد می باشند از همین رو در فقه و حقوق تبعیت شرط از عقد را به عنوان یک قاعده پذیرفته اند (kazemy et al, 2020:257؛ isfahani, 2006:222) اما همان طور که پیداست این مسئله صرفاً یک قاعده می باشد که تصور خلاف آن و تراضی مغایر با آن امکان پذیر است نه یک قاعده عام قانونی که راه تراضی برخلاف آن بسته باشد. قاعده بودن تبعیت شرط از عقد به معنای عدم وجود و پذیرش شرط مستقل نیست و شرط استقلال به عنوان استثنایی بر قاعده مذکور قابل تحقق می باشد. به همین علت است که برخی حقوق دانان حکم این ماده و قاعده یاد شده را در زمره قواعد و احکام تکمیلی می دانند که مانع نفوذ تراضی برخلاف آن نیست، بلکه ظاهر از شرط کردن ضمن عقد تبعیت شرط از عقد است که به عنوان اماره قضایی ناشی از طبیعت عقد بوده و مدعی خلاف آن مبنی بر بقای شرط بایستی خلاف این ظاهر و اصل را اثبات نماید. (katouzian, 2016:127,130) بنابراین می توان شرط را از حیث بقا مستقل از عقد، ضمن آن قید نمود و می توان عموم و اطلاق ماده ۲۴۶ قانون مدنی را تخصیص و تقیید پذیر دانست؛ از همین رو اصل بر این است، زمانی که عقد منحل شد، شرط هم به تبعیت از عقد منحل می شود مگر اراده طرفین، شرط را به صورت مستقل از حیث بقا در ضمن عقد درج کرده باشد.

در واقع ماهیت برخی شروط و بنای تراضی طرفین نسبت به شرط مندرج در ضمن عقد به گونه ایست که جز با مستقل دانستن آن شرط از حیث وجود نسبت به عقد، قابلیت برای اجرا و اعتبار حقوقی برای آن شرط نمی توان متصور بود؛ مانند شرط داوری برای حل فصل اختلافات آتی ناشی از عقد و انحلال آن، شرط وجه التزام یا تحدید مسئولیت در ضمن عقدی که فضولی بودن

آن آشکار می‌گردد. لذا اراده طرفین بر پایه ماده ۱۰ قانون مدنی مبنای معتبر شناختن استقلال شروط در نظام حقوقی ایران همچون حقوق فرانسه می‌باشد که دلیل متقنی برای پذیرش این استقلال است. به این ترتیب تابعیت شرط از اعتبار عقد، یک اصل محسوب می‌گردد که مانع از تراضی بر خلاف این اصل و شناسایی شرط مستقل از اعتبار عقد نبوده و می‌توان مصادیقی را خلاف این اصل در عالم حقوق و فقه بیان کرد که دلالت بر پذیرش و اعتبار شروط مستقل میان فقها و حقوقدانان دارد، هرچند به صورت جزئی و مصداقی، می‌باشد. از جمله مصادیق شروط مستقل شناخته شده در حقوق ایران و فقه، که در قانون فرانسه مطابق ماده ۱۲۳۰ قانون مدنی اصلاحی ۲۰۱۶ آن نیز شروط مستقل معرفی شدند، می‌توان شروط ذیل را نام برد:

شرط تضمین اجازه مالک در عقد فضولی، شرط تعدیل ضمان در رک، شروط ناظر بر مسئولیت ناشی از بطلان عقد (شرط ضمان کشف فساد)، شرط وجه التزام و شرط داوری؛ که البته شرط اخیر، سابقاً مطابق ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، صراحتاً حکم به عدم استقلال آن داده بود و حکمی مشابه آن را در ماده ۴۶۱ قانون جدید وضع شد و اغلب حقوقدانان شرط داوری را تابع عقد اصلی می‌دانند. (eskini.2004:7,18) اما این حکم مطابق با قاعده می‌باشد که منافی تراضی برخلاف آن توسط طرفین در ضمن عقد مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی نخواهد بود. (mohaghegh damad.2009:368) از این رو مقنن در بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری

تجاری بین المللی صراحتاً شرط داوری را مستقل از عقد اصلی قلمداد نمود.

درج شرط وجه التزام و یا تعدیل ضمان در رک در عقد فضولی؛ در قبول این شرط پس از بطلان عقد منشأ اختلاف وجود دارد، درج چنین شرطی در نظام‌های حقوقی همچون فرانسه، آلمان، سوئیس و ... که ضمان در رک را از آثار عقد بیع صحیح می‌دانند نه نتیجه بطلان عقد (abouatta.2006:14) مشکلی را در پذیرش این شرط در ضمن عقد ایجاد نکرده و التزام به آن سوای از قبول شرط استقلال در چنین نظام‌هایی، به سبب پابرجا و صحیح دانستن عقد می‌باشد؛ اما مناقشه اصلی و اختلاف عقیده بین حقوقدانان در نظام‌های حقوقی وجود دارد که ضمان در رک را نتیجه بطلان عقد و از قواعد قهری و آمره، به سبب اکل مال به باطل و دارا شدن بلاجهت می‌دانند و از طرفی نیز تفسیر بر تبعیت شرط از عقد، به عنوان یک قاعده و اصل استوار است.

به نظر می‌رسد وقتی طرفین تراضی بر وجه التزام برای مستحق للغير در آمدن مبیع می‌کنند، خواست مشترک و بنای اراده انشایی آن‌ها بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و اصالت الصحة، بقای

شرط پس از انحلال عقد می‌باشد و الا اگر ما چنین شرطی را پس از بطلان عقد باقی نمانیم، اراده طرفین را خنثی و لغو می‌نماییم، بدون آنکه این اراده انشایی با هدف قدرت اجرایی آن برای بعد از انحلال عقد، هیچ‌یک از اسباب بطلان را داشته باشد؛ درحالی که حاکمیت اراده آزاد طرفین ایجاب می‌نماید که توافقات مشروع افراد را محترم شمرده و بر پایه اصل لزوم و صحت، طرفین را به آن پایبند دانست. لذا به عقیده برخی از حقوقدانان تردید در بقاء و لزوم شرط در حدود مضمون خود روا نیست. (katouzian.2016:130)

ازاین رو حقوقدانان، شرط افزایش یا کاهش مسئولیت فضول در ضمان درک را مخالف با مقتضای عقد بیع ندانسته و بطلان عقد را موجب بطلان شرط قلمداد نمی‌کنند و متعاملین مایل‌اند تا روابط خود را برای حالت بطلان بیع با درج چنین شرطی تنظیم نمایند و آن را شرطی مجزا (مستقل) می‌پندارند که رأی شماره ۱۹۱۴-۱۸/۰۸/۱۸ از شعبه چهارم دیوان عالی کشور، در راستای صحت چنین شرطی صادر گردیده که مقرر داشته «... ماده ۳۶۲ قانون مدنی دلالت ندارد بر اینکه ضمان درک مبیع مقتضای عقد بوده و شرط خلاف آن ولو به‌طور محدود و مقید برخلاف مقتضای آن باشد.» (katouzian.2012:113,114; katouzian.2021:231) بنابراین هر شرطی که طرفین قصد دارند در صورت بطلان، فسخ یا خاتمه قرارداد لازم‌الاجرا باشد، شرطی مستقل از عقد به حساب می‌آید. (shiravi.2021:95) البته در این شروط می‌توان با درج عبارت «ضمن عقد خارج لازم» مانع از شکل‌گیری چنین اختلافی در تحلیل تابعیت یا استقلال شرط در محاکم شد.

لذا درج شرط وجه التزام ضمن عقدی که بعداً مستحق للغير بودن آن کشف می‌شود اعم از کمتر یا بیشتر بودن از غرامات واقعی نه تنها صحیح است بلکه بسیار پرکاربرد می‌باشد و مشکلات ناشی از اطاله دادرسی از زمان صدور رأی بدوی تا زمان صدور حکم قطعی و اجرای آن را که در بیشتر موارد با ایجاد تورم جدید به همراه است مرتفع می‌نماید و مانع از ضرر خریدار جاهل از معامله فضولی می‌گردد؛ زیرا در این شرط می‌توان ذکر نمود برابر قیمت روز همین مبیع در زمان تأدیه بایع مکلف به پرداخت گردد. چنین شرطی می‌تواند در قالب افزایش یا کاهش ضمان درک نیز استفاده شود. البته بایستی یادآور شد که شرط وجه التزام در خصوص مستحق للغير در آمدن، منفک از شرطی است که در مبیعه‌نامه‌های چاپی املاک به صورت پیش فرض، چنین درج شده «... معلوم گردد مورد معامله به هر علتی به غیر قوه قاهره، مانند رهن، مصادره، عملیات اجرایی ...

مستحق للغير بودن قانوناً قابل انتقال و یا تحویل نباشد موظف است علاوه بر استرداد ثمن معامله معادل ... به عنوان خسارت بپردازد». سوای از غلط بودن تعبیر یکسان از عدم امکان اجرای معامله به سبب رهن و ... که موجب فسخ بوده با مستحق للغير بودن که موجب بطلان است، این شرط مربوط به عدم امکان اجرای معامله و یا عدم تحویل معامله بر فرض صحت آن می باشد نه بطلان. لذا چنین شرطی که معمولاً درصد پائینی از مبلغ را برای جبران خسارت در آن قید می کنند، شرط ضمن عقد تابع اصل عقد می باشد و با توجه به اصل بودن تابعیت شرط از عقد و لزوم تصریح استقلال شرط از عقد به عنوان استثناء، و همچنین با در نظر گرفتن ذکر موارد دیگر که صرفاً موجب فسخ است نه بطلان، این شرط نیز با بطلان عقد منتفی می گردد؛ هرچند در رابطه با آمره بودن یا نبودن قواعد غرامات و رأی وحدت رویه اختلاف نظر وجود دارد، لیکن مراجعه به قواعد انصاف در قالب شروط منصفانه و عدالت معاوضی اقتضای عدم اعتبار چنین شرطی را دارد و بهتر است تا عنوان مستحق للغير بودن از این بند در مباحثه نامه های چاپی، توسط مراجع مربوطه حذف گردد تا از تشتت آراء جلوگیری شود.

نتیجه

فضول که با امیال و مقاصد مختلف و نامشروع مبادرت به فروش مال غیر می نماید، مسئول جبران تمامی غرامات و خسارات حاصله به خریدار جاهل است. صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳، و تحلیل نادرست برخی از قضات دادگاه ها، نتوانست موجب به جبران کامل ضرر خریدار و اعاده وضع به حالت سابق او از بُعد اقتصادی کمک کند و کماکان میزان قابل توجهی از خسارات وارده به مشتری جاهل جبران نشده باقی می ماند و گاهی حتی مشتری جاهل را به ورشکستگی اقتصادی می کشاند. از منظر حقوق اقتصادی، برداشت صحیح از رأی وحدت رویه و قواعد حقوقی پذیرفته شده، بیانگر این مهم است که مقصود از کاهش ارزش ثمن با توجه به استدلال هیئت عمومی دیوان عالی، پرداخت قیمت روز نوع مورد معامله در زمان پرداخت می باشد که اقتضای قاعده لاضرر و جبران کامل ضررهای وارده و اعاده وضع اقتصادی خریدار به حال سابق است و نمی توان خریدار را که درصدد خرید قطعی نوع مورد معامله بوده و غرور فضول او را به خرید آن مورد معامله کشانده است، از اعاده وضع اقتصادی وی به حالت سابق و جبران زیان هایی

که متحمل شد، محروم کرد. درحالی که مقتضای اصل عدالت و انصاف، جبران ضررهای مربوطه نسبت به منافع است که با توجه به تصمیم قاطع خریدار، ممکن الحصول است. با عنایت به تفسیر دوگانه محاکم در برخورد با موضوع خسارت ناشی از کاهش ارزش ثمن، و تا زمان صدور رأی وحدت رویه جدید (۸۱۱) و حتی پس از آن، در مقام رفع تنازع موجود و فیصله دادن به تشتت آراء بعدی، شایسته است تا طرفین ضمن انتقال مالکیت، مبادرت به درج شرط وجه التزام به میزان قیمت روز همان مبیع و الزام محکوم علیه به پرداخت غرامات در زمان اجرای حکم، در قرارداد مربوطه نمایند. درج شرط وجه التزام از بُعد اقتصادی این فایده را دارد که دیگر تورم عمومی سایر کالا و خدمات که ممکن است کمتر یا بیشتر از رشد قیمت همان مبیع موضوع معامله بوده و منطبق با این معامله موردنظر نیست، موجب خسران محکوم له و عدم جبران کامل خسارت وی نمی گردد و حتی بالعکس سبب دارا شدن بلاجهت محکوم له در فرض اینکه قیمت رشد تورم بر مبیع مورد معامله مؤثر نباشد نگردد. از سوی دیگر اگر در فاصله صدور حکم بدوی تا قطعیت و اجرای حکم نیز از جنبه اقتصادی تورم در جامعه حاکم شود، محکوم له مجدد مقهور به پذیرش ضرر و همان قیمت تعیینی دادگاه بدوی نباشد، بلکه مستحق دریافت قیمت یوم الادا یا زمان اجرا باشد. در واقع با شرط وجه التزام که ناشی از اراده آزاد و توافقی طرفین است، تحلیل های مختلف دادگاه ها و یا اشکالات اجرایی احکام صادره به موجب کارشناسی موجب تحمل ضرر اقتصادی برای خریدار نمی شود و با گذشت زمان نیز، با توجه به شرط نمودن وجه التزام به قیمت روز مبیع در زمان پرداخت، قیمت و وضعیت اقتصادی مورد حکم از ثبات بیشتر و بهتری برخوردار است.

درج شرط وجه التزام ضمن عقدی را که بعداً بطلان آن اعلان می گردد، نمی توان ازجمله شروط وابسته به عقد از حیث بقاء دانست. چرا که تبعیت شرط از عقد به عنوان یک اصل بوده و قاعده ای تکمیلی است؛ لذا استثنائاً می توان بقای شرط را برای پس از انحلال عقد شرط کرد. در واقع درج شرط وجه التزام برای مستحق للغیر درآمدن، بنای طرفین برای بقا و اجرای آن پس از عقد می باشد که در نتیجه اصل آزادی قراردادها، ممکن و لازم الوفا می باشد و برخلاف شروطی که درج آن ضمن عقد اماره ای بر تبعیت شرط از عقد می باشد، تراضی بر چنین شروطی، عدول از ظهور و قاعده تکمیلی مذکور بوده و نشانی بر خواست طرفین به حفظ و برقراری آن است.

References

- [1] Abou atta, Mohammad. (2006). Analysis of the Concept and Basis of Security Against Faults in Tille in Iranian and French Law, No. 14, Summer, Faculty of Humanities, Semnan University. (in persian)
- [2] Eskini, Rabia. (2004). Theoretical Foundations of the Principle of Independence of the Arbitration Agreement from the Main Contract in Comparative Law, no.43, summer: Journal of Nameh Mofid. (in persian)
- [3] Ghanavaty, Jalil; Ramezani, Jafar; Borhan Mojarad, Mohsen. (2019). Analysis of Theoretical Foundations of the Judicial Precedent of Supreme Court No.733 Regarding the Security Against Faults in Tille, No.1, Ye.52, Spring & Summer: Jurisprudence and Principles of Islamic Law. (in persian)
- [4] Isfahani, Mohammad Hossein. (2006). Margin of Al-makasib, Vol.5, Qom: Zobi Al-Qirbi. (in Arabic)
- [5] Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2013). Legal Terminology, 25th ed., Tehran: Ganje Danesh. (in persian)
- [6] Katouzian, Nasser . (2010). Elementary Courses of Civil Law. Legal Acts (Contracts, Unilateral Acts). 7th ed, Tehran: Enteshar Publication. (in persian)
- [7] “, “. (2011). Elementary Courses of Civil Law. Property & Ownership, 33th ed, Tehran: Mizan Publication. (in persian)
- [8] “, “. (2012). Elementary Courses of Civil Law. Specific Contracts, Vol.1, 18th ed, Tehran: Ganje Danesh. Publication . (in persian)
- [9] “, “. (2016). General Principles of Contracts, Vol.3, 10th ed, Tehran: Enteshar Publication. (in persian)
- [10] “, “. (2021). Civil Law. Specific Contracts (Reciprocal Contracts-Ownership Contracts). Vol.1, 4th ed, Tehran: Ganje Danesh Publication. (in persian)
- [11] Kazemi, Mahmoud; Taghizadeh, Ebrahim; Ahmadi Bayazi, Ali. (2020). Independent Condition of the Contract; a Comparative Study in Islamic Jurisprudence and French law Based on Civil Law Amendments, Vol.11, No.1, Spring & Summer: Comparative Law Studies. (in persian)
- [12] Maleki, Ahmad; Shariati, Saeed. (2020). Examining the Unified Judicial Precedent No. 733 and the Three Responsibilities of the Unauthorized Seller, no.43, Summer: Journal of Legal Studies. (in persian)
- [13] Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa. (2009). General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law, 4.ed, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. (in persian)
- [14] Mousavi, Seyyed Abbas. (2019) Liability of the Seller in Paying the Damages Resulting from the Object of Sale Which Belongs to Another, No.4, Fall: Journal of Legal Encyclopedias. (in persian)
- [15] Rahmani Manshadi, Mehdi. (2018). The Nature of the Unauthorized Transaction, Vol.2, No.8, Winter: Qanun Yar Journal of Legal Research. (in persian)
- [16] Safai, Hossein. (2014). General Principles of Contracts, Vol.2, 20th ed., Tehran: Mizan. Publication . (in persian)
- [17] Shahidi, Mehdi. (2021). Principles of Contracts and Obligations, Vol.2, 9th.ed,

- Tehran: Majd Publication. (in persian)
- [18] Shekarian, Mostafa. (2016). Damages Resulting from the Devaluation of the Price (Money) on the Assumption That the Object of Sale Belongs to Another Person, No.13, Fall: Journal of Law and Religion. (in persian)
- [19] Shiravi, Abdolhossein. (2021). International Commercial Arbitration, 11th.ed, Tehran: Samt Publication. (in persian)
- [20] Sobhani Tabrizi, Jafar. (2017). Rulings of Mudaraba in Its New Dress, Qom: Imam Al-Sadiq Institute. (in Arabic)
- [21] Taghizadeh, Ebrahim; Ali Hashemi, Seyed Ahmad. (2012). Civil Liability; Obligations Ex Delicto, Tehran: Payamnoor. (in persian)
- [22] Zeraat, Abbas. (2014). Investigating the Relationship Between Unauthorized Contract and Transfer of Other's Property, No.98, Fall: Islamic Studies: Journal of Jurisprudence and Principles. (in persian)

چالش‌های حقوقی و اقتصادی طرح اینستکس

مهری برزگر^۱

استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا

تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۲/۲۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۲۶

چکیده

اینستکس، سازوکاری است که از سوی سه کشور اروپایی برای حفظ برجام و ایفای تعهدات این کشورها معرفی شد؛ هرچند در عمل ناکارآمد باقی ماند. این پژوهش، با استناد به روش تحلیلی-تفسیری، چالش‌های حقوقی و اقتصادی اینستکس را بررسی می‌کند. در این راستا، مهم‌ترین چالش حقوقی عبارت است از عدم تطابق مقررات ایران با توصیه‌های فنف و قرار داشتن در فهرست سیاه و تکلیف کشورهای اروپایی به انجام اقدامات متقابل در مورد کشورهای پُرخطر مطابق توصیه ۱۹. چالش‌های حقوقی احتمالی دیگر ناظر به عدم انطباق با مقررات سازمان تجارت جهانی، با توجه به مبتنی بر تهاتر بودن و نیز مغایرت با مقررات دفتر کنترل دارایی‌های خارجی آمریکا (اوفاک) است. چالش‌های اقتصادی نیز در دو سطح خُرد و کلان قابل بررسی‌اند. عدم هماهنگی با روحیات تاجران، اطلاع‌رسانی ناکافی و مشکلات ناشی از واحد پرداخت، عدم توازن میان واردات و صادرات، عدم پیش‌بینی تجارت نفت و احتمال تحریم ثانویه از سوی آمریکا، مهم‌ترین چالش‌های اقتصادی هستند. طرح‌های مشابه اینستکس برای مقابله با تحریم‌ها همانند ارزش‌های دیجیتال، برنامه نفت در برابر غذا و ایجاد دفتر کنترل دارایی‌های خارجی در اتحادیه اروپا نیز هر یک ایرادهایی دارند؛ به‌طوری‌که در نهایت می‌توان گفت بزرگ‌ترین چالش اینستکس، چالش سیاسی و خطر تحریم‌های ثانویه آمریکا است.

کلیدواژه‌ها: اینستکس، توصیه‌های فنف، تجارت در زمان تحریم، تهاتر.

طبقه‌بندی JEL : F49

*- نوع مقاله: پژوهشی

1- m.barzegar@basu.ac.ir

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.70831.1052

مقدمه

وضعیت فعلی ایران با توجه به مشکلات اقتصادی، چالش‌های سیاسی و حقوقی بین‌المللی، مشکلات مربوط به تحریم‌ها و بحث صادرات نفت، تورم و گرانی، نارضایتی مردم، افزایش تنش‌ها با ایالات متحده آمریکا که در برهه‌ای حتی زمزمه‌های آشکار امکان بروز جنگ میان ایران و ایالات متحده آمریکا به گوش می‌رسیدند، همه‌گیری کرونا و آثار منفی آن بر رشد اقتصادی و بحران سلامت در ایران، همگی دلالت بر این امر دارند که ایران یکی از حساس‌ترین و سخت‌ترین دوران‌های خود را می‌گذراند؛ از این رو، اندیشیدن راهکاری مناسب برای بهبود وضعیت فعلی، به‌ویژه در بُعد اقتصادی از مهم‌ترین اولویت‌های برنامه‌ریزی و اجرایی است. توضیح آنکه، با خروج دولت ایالات متحده آمریکا از برنامه جامع اقدام مشترک (برجام)^۱ در هجدم اردیبهشت ۱۳۹۷ و در پی آن، بازگرداندن تحریم‌ها و نیز اِعمال تحریم‌های نو علیه حکومت جمهوری اسلامی ایران، اوضاع اقتصادی و چشم‌اندازهای ایران دستخوش تحول شد. به دنبال سقوط ارزش ریال در مقابل دلار، ایجاد محدودیت در واردات کالا به ایران و مشکلات در مورد فروش نفت ایران و حتی دریافت بهای نفت فروخته شده، مشکلات اقتصادی در ایران به بالاترین حد رسید. در این میان، طرفین دیگر توافق‌نامه برجام، از جمله سه کشور اروپایی انگلیس، فرانسه و آلمان، موظف بودند تعهدات خود را که به موجب برجام پذیرفته بودند، اجرا کنند. مهم‌ترین این تعهدات در ماده ۱۹ این توافق‌نامه مقرر شده و شامل مواردی مانند نقل و انتقالات مالی بین اشخاص و نهادهای اروپایی، از جمله مؤسسات مالی و اشخاص و نهادهای ایرانی از جمله مؤسسات مالی (بند الف)، فعالیت‌های بانکی (بند ب)، ارائه خدمات پیام‌رسانی مالی از جمله سویفت (بند د)، حمایت مالی از تجارت با ایران (بند ه)، واردات و حمل نفت، فراورده‌های نفتی، گاز و فراورده‌های پتروشیمی ایرانی (بند ح) و بسیاری موارد دیگر می‌شود. به‌منظور اجرای این تعهدات و زنده نگاه‌داشتن برجام، کشورهای اروپایی در پی راهکاری برای اجرای برجام و اجتناب از آثار سیاست‌های جدید دولت ایالات متحده آمریکا برآمدند.

نخستین واکنش اتحادیه اروپا، احیا و اصلاح قانون انسداد^۱ مصوب ۱۹۹۶ میلادی بود که به موجب آن، پیروی از تحریم‌های خاص فراسرزمینی^۲ ایالات متحده برای شرکت‌های عضو اتحادیه اروپا غیرقانونی اعلام شد. به علاوه، شرکت‌های تابع اتحادیه را قادر به طرح دعوا در هریک از کشورهای عضو این اتحادیه می‌نمود که به منظور مطالبه خسارات، از جمله هزینه‌های وکلا، که در اثر پیروی از تحریم‌های خاص ایجاد شده‌اند. با این حال، به نظر می‌رسید، در عمل شرکت‌های اروپایی، میان نقض تحریم‌های آمریکا و قانون انسداد، نقض مورد دوم را ترجیح می‌دهند. خروج شرکت توتال فرانسوی و زیمنس آلمانی، گواهی بر این امر بود. شاید یکی از دلایل آن، عدم پیش‌بینی ضمانت اجرای مناسب در صورت نقض قانون انسداد بود. دومین واکنش، تلاش برای ایجاد سازوکار مالی مستقل از دلار و سویفت^۳ بود. این سازوکار،

۱- EU Blocking Statute: این قانون در ابتدا برای مقابله با تحریم‌های علیه کوبا، لیبی و ایران وضع شد که البته در آن زمان، مسأله تحریم‌ها بیشتر با روش‌های سیاسی حل و فصل گردید تا حقوقی. مطابق این مقرر در هر جایی که کشور ثالثی قانون یا مقرره‌ای وضع کرده که هدف آن به نظم در آوردن اقدامات اشخاص حقیقی و حقوقی در سرزمین تحت صلاحیت یکی از اعضای اتحادیه اروپاست و اجرای آن‌ها نقض حقوق بین‌الملل است... این قانون حمایت خود را جاری می‌کند. برقراری شرط اخیر، به معنای عدم شمول حمایت این قانون در خصوص تحریم‌های شورای امنیت سازمان ملل است. برای مطالعه در خصوص محدودیت‌های این مقرر: (see: Political-Legal Research Deputy, 2018)

۲- در مقابل تحریم‌های اولیه، که شرکت‌های تابع کشوری خاص را از تجارت با کشور یا شرکت تحریم‌شده منع می‌کنند، تحریم‌های ثانویه یا فراسرزمینی، شرکت‌ها، بانک‌ها، مؤسسات مالی و... را از معامله با شرکت‌های کشورهای ثالثی که با کشور یا شرکت‌های تحریم‌شده مراوده دارند نیز منع می‌کنند. این امر به آمریکا اجازه اعمال تحریم‌ها بر شرکت‌هایی را که تحت صلاحیت قضایی‌اش نیستند، نیز می‌دهد. (see: Rynaert, 2015: 119)

۳- SWIFT: یک شرکت بلژیکی که نظام پیام‌رسانی مهیا می‌کند که بیش از یازده هزار بانک را در دنیا با یکدیگر مرتبط و اجازه انتقال جهانی پول را می‌دهد. این نهاد نیز اخیراً از سوی آمریکا، تهدید به تحریم و در نهایت با بی‌میلی، ناچار به قطع مراودات با بانک‌های ایرانی تحریم‌شده، گشت. با این حال، این شرکت خاطرنشان کرد گرچه در سال ۲۰۱۲ از تحریم‌های اتحادیه اروپا علیه ایران پیروی کرد، علت این بود که تحت صلاحیت قضایی اتحادیه اروپا قرار دارد، ولی پیروی از تحریم‌های ۲۰۱۸ آمریکا «تأسف‌بار» است (see: Zare & Esma'ili etoyi, 2013: 231). این نکته از این نظر حائز اهمیت است که طرفین برجام به موجب بند د ماده ۱۹ برجام، موظف به ارائه خدمات پیام‌رسانی مالی از جمله سویفت برای افراد و اشخاص حقوقی نامبرده در الحاقیه ۱ پیوست ۲ شامل بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و مؤسسات مالی ایرانی بودند.

اینستکس^۱ نامیده شد و به موجب آن، شرکتی با همین نام با همکاری سه کشور فرانسه، آلمان و بریتانیا (E3) تشکیل شد. اینستکس مکانیزمی فراهم می کند که اجازه مبادله کشورهای دیگر با ایران را در غیاب سوئیفت یا سایر سیستم های معمول پرداخت که همگی مشمول تحریم های آمریکا هستند، می دهد. شیوه کار به این صورت است که دفتر کلی در ایران/تهران و نیز در فرانسه/پاریس وجود خواهد داشت. زمانی که سفارشی از ایران (به عنوان مثال برای دارو) ثبت می شود، اینستکس آن را در دفتر کل مبادلات ثبت و سپس دفتر را بررسی می کند که آیا سفارش خریدی از سوی تاجر ایرانی (به عنوان نمونه برای پسته) ثبت شده است. پس از آن پرداخت از سوی واردکننده اروپایی پسته به صادرکننده اروپایی دارو را تأیید می کند؛ به عبارت دیگر، پرداخت از یک بانک اروپایی به بانک اروپایی دیگر بدون استفاده از وجوهی که در ایران وجود دارد، صورت می گیرد. ایران نیز همین فرایند را بدون جابجایی پول انجام می دهد. در فاز نخست بهره برداری، تجارت از سوی اروپا، فقط شامل دارو، ابزار پزشکی و مواد غذایی خواهد شد و از سوی ایران، نفت و فرآورده های پتروشیمی را دربرنمی گیرد. ولی طرفین اروپایی پیشنهاد داده اند که امکان گسترش آن وجود دارد.

با وجود گذشت زمان طولانی از اعلام موجودیت اینستکس و ایجاد شرکت متناظر اینستکس در ایران به نام «سازوکار ویژه تجارت و تأمین مالی ایران و اروپا» (ساتما) در دوم اردیبهشت ۱۳۹۸، ابتدا اخبار متناقضی در مورد راه اندازی این کانال مالی شنیده می شد؛ به گونه ای که از یک سو، گفته شد که نخستین تراکنش ها در اینستکس انجام شده اند و کشورهای بیشتری برای پیوستن به آن ابراز تمایل کرده اند و از سوی دیگر، هیچ اطلاعات بیشتری در مورد تراکنش های انجام شده در اینستکس در دست نیست، به طوری که حتی پس از برکناری پرفیشر^۲ و استعفای برنل اربل^۳ اندکی پس از قبول سمت، سرانجام میثاییل بوک^۴، ریاست این نهاد را بر عهده گرفت. با شروع همه گیری بیماری کرونا، ادعا شد که نخستین تراکنش های مالی توسط این کانال انجام شده اند. به

1- Instrument in Support of Trade Exchanges (سازوکار حمایت از تبادل معاملاتی)

2- Per Fischer

3- Bernd Erbel

4- Michael Bock

نظر می‌رسید عمده تراکنش‌ها برای تجارت بشردوستانه از طریق کانال معروف به سوئیس صورت گرفته‌اند. وانگهی، با توجه به عدم شمول دارو و ابزار پزشکی در تحریم‌های ثانویه، امکان انجام این مبادلات با ایران توسط هر کشوری وجود دارد.

با توجه به بی‌سابقه بودن مبادلاتی از نوع اینستکس در دنیای امروز و پرسش‌های فراوان در خصوص کارآمدی آن، پژوهش پیش‌رو به مهم‌ترین چالش‌های این نهاد از دیدگاه حقوقی، اقتصادی و عملی که شاید منجر به عدم توفیق آن در عمل شده‌اند، می‌پردازد و برخی سازوکارهای مشابه یا جایگزین این طرح را نیز به صورت موردی بررسی می‌کند. بدین ترتیب، مقاله حاضر می‌کوشد که در بخش نخست، چالش‌های حقوقی اینستکس (۱) را با تمرکز بر توصیه‌های ففت و سایر چالش‌های حقوقی بررسی نماید و سپس در بخش بعدی چالش‌های اقتصادی اینستکس (۲) را از منظر اقتصاد خرد و کلان ارزیابی نماید. همچنین، در بخش سوم، طرح‌های جایگزین یا مشابه اینستکس (۳) تبیین خواهند شد و سرانجام، پژوهش با دیدگاهی آینده‌نگرانه به نتیجه‌گیری در خصوص این سازوکار خواهد پرداخت.

۱. چالش‌های حقوقی اینستکس

نهاد اینستکس به گونه‌ای بازمعرفی نظام تهاتر^۱ و یا معاوضه^۲ و به معنای مبادله بدون استفاده از پول نقد است که کهن‌ترین شیوه مبادلاتی بشر را تشکیل می‌دهد. کاربست تهاتر در دنیای امروزی مبادلات، تا حدودی نامعمول و عجیب می‌نماید. با این حال، برخی کشورها در دوران معاصر به دلایل گوناگون با موفقیت آن را به کار گرفته‌اند. به عنوان مثال، در آلمان به دنبال بی‌ثباتی اقتصادی پس از جنگ جهانی دوم، بسیاری از معاملات به جای پول نقد با برخی اقلام رایج مانند کره، قهوه، شکر، آرد و حتی سیگار صورت می‌گرفت (Bignon, 2009: 3). بسیاری از کشورهای اروپایی دیگر نیز با الهام از این سیستم، به منظور و تا زمان بهبود وضعیت اقتصادی خود، از شیوه تهاتر استفاده کرده‌اند.

پرواضح است که تهاتر، مطلوب‌ترین شکل تجارت بین‌المللی نیست و با سیستم‌های تجاری باز

1- Barter

۲- Swap: این واژه در ماده ۴۶۴ قانون مدنی نیز ذکر و تعریف شده است.

مبتنی بر پول و چندجانبه که موافقتنامه‌های عمومی راجع به تعرفه و تجارت (گات)^۱ و سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^۲ سعی در حفظ و ترویج آن‌ها دارند هماهنگی ندارد. با این وصف، برخی کشورها به دلایل زیادی به آن متوسل می‌شوند؛ از جمله کشورهای فاقد ارز قوی و تسهیلات اعتباری برای پرداخت‌های وارداتی خود به صورت پولی هستند، برخی کشورها مایلند بازارهای صادراتی خود را با تقاضای چنین تسهیلاتی توسعه بخشند. کشورهای صادرکننده نفت نیز خواهان استقرار و تثبیت بازار هستند و می‌خواهند در قبال مراودات صنعتی و سایر محصولات مورد نیاز خود، از نفت به عنوان عوض غیرنقدی استفاده کنند (Schmitthoff, 2015:244).

با وجود سابقه مبادلات تهاتری در دوران معاصر در جهان، می‌توان ادعا نمود که هیچ‌یک از طرح‌های مبادلاتی دیگر، همانند اینستکس گسترده نبوده‌اند. شاید دلیل این امر آن باشد که هرگز کشوری در این سطح مورد تحریم‌های ثانویه قرار نگرفته است. این طرح به عنوان یک سازوکار دارای هدف خاص^۳ معرفی شده است؛ بنابراین دارای ماهیتی موقت است که ممکن است با تغییر شرایط، کارایی خود را نیز از دست بدهد. با این حال، حتی کارآمد بودن موقت نیز، نیازمند همخوانی با قواعد حقوقی است.

۱-۱. اینستکس و توصیه‌های فتنف

فتنف^۴ یا گروه ویژه اقدام مالی، نهادی بین دولتی است که هدف بسط و گسترش سیاست‌های ملی و بین‌المللی برای مقابله با پولشویی و تأمین مالی تروریسم را دنبال می‌کند (Chatain et.al., 2013: 14). این گروه از بدو تأسیس تا کنون بارها به اصلاح توصیه‌های خود پرداخته است؛ به طوری که آخرین نسخه آن در ژوئن ۲۰۱۹ شامل ۴۰ توصیه عادی و ۹ توصیه ویژه برای مقابله با پولشویی تأمین مالی تروریسم است و در سال ۲۰۲۰، اصلاحات پیشنهادی در مورد ارزیابی خطرات تأمین مالی تکثیر و به کارگیری اقدامات ریسک‌مدار نیز به رایزنی گذاشته شد که هنوز

1- General Agreement on Tariffs and Trade

2- Organisation for Economic Cooperation Development

3- SPV: Special Purpose Vehicle

4- FATF: Financial Action Task Force

قطعی نشده است.^۱

در وضع کنونی ۳۷ کشور جهان که مهم‌ترین مراکز مالی جهان در آن‌ها قرار دارند، عضو فتف هستند.^۲ برخی صاحب‌نظران فتف را شاخه مبارزه با پولشویی سازمان توسعه و همکاری اقتصادی دانسته‌اند (Abbasi, 2019: 703). این نهاد تمامی کشورهای جهان را به قبول و اجرای توصیه‌های چهل‌گانه تشویق می‌کند و در این راستا، از سال ۲۰۰۱ اقدام به شناسایی کشورهایی که به‌عنوان مانع برای همکاری بین‌المللی در این زمینه عمل می‌نمایند، کرده و آن‌ها را در لیست سیاه خود قرار می‌دهد (Abbasi, 2007: 152). در سال ۲۰۱۲، نام ایران در فهرست سیاه قرار گرفت. پس از آن تا سال ۲۰۱۶، همواره نام ایران به همراه کره شمالی در فهرست سیاه فتف قرار داشت و از کشورهای عضو خواسته می‌شد تدابیر متقابل را در مورد این کشورهای اعمال کنند.^۳ در سال ۲۰۱۶ ایران موافقت کرد که برنامه دهگانه‌ای برای تطابق با استانداردهای فتف تا ژانویه ۲۰۱۸ پیاده‌سازی کند. در این مدت، ایران در فهرست سیاه باقی ماند، اما فتف موافقت نمود که اقدامات متقابل الزامی را معلق کند. مهم‌ترین اجزای این برنامه دهگانه عبارت بودند از جرم‌انگاری تأمین مالی تروریسم، تعیین مجازات برای جرائم پولشویی و ساخت واحد مالی کاملاً مستقل به‌منظور نظارت بر فعالیت مالی مشکوک (Lincy & Mostatabi, 2018: 4). پس از آن، فتف بارها به تمدید تعلیق اقدامات متقابل ادامه داد تا اینکه در فوریه ۲۰۲۰ تعلیق این اقدامات برداشته شد و ایران مجدداً در فهرست سیاه قرار گرفت. صرف‌نظر از بحث‌ها و اختلافات سیاسی مطرح پیرامون نهاد فتف، یکی از مهم‌ترین موارد اختلاف میان ایران و طرفین اروپایی، لزوم یا عدم لزوم اجرا کردن توصیه‌های فتف به‌عنوان پیش‌شرط راه‌اندازی اینستکس است. برای اظهارنظر دقیق در این

۱- پیشنهاد این اصلاحات، اندکی پس از پایان مهلت مقرر در قطعنامه ۲۲۳۱ علیه ایران، کاملاً جنبه سیاسی دارد. برای مشاهده متن کامل اصلاحات پیشنهادی، ر.ک:

<http://www.fatf-gafi.org/publications/financingofproliferation/documents/consultation-recommendation-1.html>

۲- علاوه بر کشورها، سازمان‌هایی مانند کمیسیون اروپا و شورای همکاری خلیج فارس نیز عضو فتف هستند و با احتساب اندونزی به‌عنوان عضو ناظر، فتف مجموعاً ۳۹ عضو دارد. برای مشاهده فهرست کامل اعضا ر.ک:

<https://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>
3- https://en.wikipedia.org/wiki/FATF_blacklist

مورد، بهتر است برخی از این توصیه‌ها را که با بحث مرتبط هستند، بررسی کنیم. توصیه ۱۹ به کشورهای پُرخطر اختصاص داده شده است.^۱ همچنین یادداشت تفسیری این توصیه، نمونه‌های اقدامات متقابلی را که ممکن است توسط کشورها اعمال شوند تبیین نموده است. مطابق یادداشت تفسیری ث-۲-۱۹ یکی از الزامات کشورها عبارت است از: «الزام مؤسسات مالی به بازبینی و اصلاح یا در صورت لزوم پایان دادن به روابط متقابل با مؤسسات مالی در کشور مورد نظر».

مطابق یادداشت تفسیری توصیه شماره ۱۰، برخی از عوامل می‌توانند امکان خطر در معاملات را افزایش دهند و از جمله این عوامل، عوامل جغرافیایی یا وابسته به کشور خاص هستند؛ برای مثال، کشورهایی که موضوع تحریم‌ها یا سایر راهبردها توسط نهادی مانند سازمان ملل قرار گرفته‌اند، دارای خطر بالاتری هستند. همچنین در یادداشت تفسیری شماره ۱۱ نیز به ایران و قطعنامه ۲۲۳۱ سال ۲۰۱۵ علیه آن پرداخته شده است؛ بنابراین، چنانچه کشوری از سوی فتف پُرخطر شناخته شود، بسیاری از کشورهای عضو و مؤسسات مالی آن‌ها ملزم به انجام یک سری اقدامات در مورد آن کشور و مؤسسات مالی وابسته به آن می‌شوند که شانس همکاری‌های تجاری را کاهش می‌دهد.

همچنین، مطابق بخشی از بیانیه مشترک سه کشور اروپایی در مورد اینستکس صادرشده در ۳۱ ژانویه ۲۰۱۹، اینستکس از تجارت قانونی اروپایی یا ایران حمایت خواهد کرد و در ابتدا بر بخش‌های اساسی تر برای مردم ایران، مانند دارو، ابزار پزشکی و کالاهای کشاورزی متمرکز خواهد شد.^۲ تردیدی نیست که طرفین اروپایی هرگز از معاملات مشکوک، چه در قالب اینستکس

۱- این توصیه مقرر می‌دارد: «مؤسسات مالی باید ملزم شوند در روابط کاری و معامله با اشخاص حقیقی و حقوقی و مؤسسات مالی کشورهایی که توسط گروه ویژه مشخص شده‌اند، تدابیر مربوط به شناسایی کافی مشتریان را به نحو شدیدتری اعمال کنند. تدابیر مذکور، باید مؤثر و متناسب با ریسک‌های موجود باشند. در صورت درخواست گروه ویژه، کشورها باید بتوانند اقدامات متقابل متناسبی را به اجرا گذارند. همچنین، کشورها باید بتوانند جدا از هر گونه درخواست گروه ویژه، اقدامات متقابل را به عمل آورند. این گونه اقدامات باید مؤثر و متناسب با ریسک‌های موجود باشند» (see: Zare Ghajari & Ghaem

Maghami:2013:36)

2- <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/iran/events/article/joint-statement-on-the-creation-of-instex-the-special-purpose-vehicle-aimed-at>

یا در قالبی دیگر حمایت نخواهند کرد. ضمن اینکه با توجه به عضویت هر سه کشور در فتف، در صورتی که ایران از فهرست سیاه خارج نشود، این کشورها ملزم به پیروی از توصیه‌های فتف خواهند بود. با این حال، به نظر می‌رسد راه‌اندازی اینستکس و فتف ارتباطی با یکدیگر ندارند و در سند برجام نیز اجرای تعهدات طرفین اروپایی به شرطی مشروط نشده است و از این نظر، در صورت عدم اجرای توصیه‌های فتف نیز، اینستکس می‌تواند به وجود بیاید و شروع به کار کند؛ اما استمرار تجارت از این طریق و گسترش آن، که از چشم‌اندازهای مهم این نهاد است، نیازمند خروج ایران از فهرست سیاه خواهد بود.

توضیح آنکه، اروپایی‌ها هیچ بانکی را برای همکاری با اینستکس معرفی نکردند. مسلماً این امر، تعلل در اجرای تعهدات برجامی است. این کوتاهی، با توجه به خطرهایی که ممکن است متوجه بانک شود و سابقه جریمه‌های سنگین علیه بانک‌هایی که با ایران کار می‌کرده‌اند، قابل درک است. چنین بانکی باید علاوه بر ترس از اعمال تحریم‌های ثانویه آمریکا علیه خود، نگران عدم اجرای توصیه‌های فتف در صورت عدم خروج ایران از فهرست سیاه نیز باشد.

۲-۱. سایر چالش‌های احتمالی حقوقی

باید اذعان نمود که مهم‌ترین چالش حقوقی پیش‌روی اینستکس، شامل نبود شفافیت مالی و عدم مطابقت با توصیه‌های فتف و ترس از امکان پولشویی یا تأمین مالی تروریسم می‌شوند. به‌عنوان نخستین مورد، می‌توان به احتمال تعارض اینستکس با مقررات سازمان تجارت جهانی اشاره کرد. سازمان تجارت جهانی، سازمانی بین‌المللی است که قواعد و مقررات تجارت خارجی کشورهای مختلف را تنظیم می‌کند و جانشین توافقنامه کلی تعرفه‌ها و تجارت (گات) شده که در حال حاضر دیگر به‌صورت سازمان بین‌المللی وجود ندارد، ولی به‌عنوان یک موافقتنامه (گات ۱۹۹۴) به حیات خود ادامه می‌دهد (Nikbakht, 2003:68). تشکیل این سازمان، تصدیق‌کننده پدیده جهانی شدن و به‌هم‌پیوستگی عمیق اقتصادهای ملی است. این سازمان با تکیه بر اصول بنیادین خودمختاری دولت‌ها، آزادسازی تجاری، رفتار منصفانه با سرمایه‌گذاران خارجی، عدم تبعیض، شرایط مساعد برای کشورهای کمتر توسعه‌یافته، توسعه پایدار و احترام به حقوق بشر (Herdegen, 2018: 129-142) اهدافی همچون بهبود استاندارد زندگی مردم در کشورهای عضو، حصول اطمینان از وضعیت اشتغال، افزایش تولید و مبادله کالا و خدمات، حصول اطمینان

از به کارگیری منابع جهانی، حمایت از محیط زیست، پذیرش مفهوم توسعه پایدار را دنبال می کند (Koul, 2016: 40).

با توجه به اتکای اینستکس به نظام ابتدایی مبادلاتی تهاتر، بدیهی است که این نهاد با رویه های غالب تجارت بین الملل که از سوی سازمان تجارت جهانی ترویج می شوند، هماهنگی چندانی ندارد. پرسش آن است که آیا می توان نهادی اینستکس را با مقررات سازمان تجارت جهانی ناهماهنگ دانست؟ در پاسخ به چند نکته باید توجه داشت: نخست اینکه، ایران در حال حاضر عضو ناظر این سازمان شناخته می شود و هنوز فاقد بسیاری از زیرساخت های لازم مهم تر قانونی برای عضویت کامل در این سازمان می باشد؛ بنابراین، در این بحث، بیشتر کشورهای دارای عضویت کامل در سازمان تجارت جهانی، باید نگران نقض تعهدات خود در این سازمان باشند. در این راستا، اینستکس که برای تجارت های موردی و موقتی با اروپا به منظور مقابله با تحریم ها ایجاد شده، تناقضی با سیاست ها و اصول کلی سازمان تجارت جهانی ندارد. چنانکه سه کشور اروپایی که همگی عضو سازمان تجارت جهانی هستند، خود بانی این طرح بوده اند.

دوم، بسیاری از حقوق دانان معتقدند که اعمال تحریم ها و به ویژه تحریم های ثانویه آمریکا با قوانین و قواعد بین المللی معارض بوده (see: Fahsandi & Ghaderi, 2017:149-157) و تهدیدی علیه نظام مبادلاتی بین المللی محسوب می شود. با نگاهی به اصول بنیادین و اهداف این سازمان، مشاهده می شود که تحریم ها با حق کشورها بر توسعه پایدار، شرایط مساعد برای کشورهای کمتر توسعه یافته و احترام به حقوق بشر معارض اند و به تحقق هیچ یک از اهداف این سازمان کمکی نخواهند کرد. گرچه ایالات متحده آمریکا تلاش نموده با صدور مجوزها و استثنا کردن کالاهای بشردوستانه از تحریم ها از انتقادهای بین المللی علیه خود بکاهد، اما در عمل حتی واردات کالاهای بشردوستانه به ایران، به خصوص از سوی شرکت های خصوصی با مشکلاتی مواجه شده که عدم دسترسی ایران به شبکه سوئیفت بر این مشکلات می افزاید.

سوم، مطابق قوانین حاکم بر تجارت بین الملل و سازمان تجارت جهانی، موارد اعمال تحریم اقتصادی بسیار محدود و نادرند (Mohammad Zadeh, 2021:110). درواقع، این تحریم ها هستند که با تعهدات دولت های عضو سازمان تجارت جهانی، مبنی بر نظام تجارت آزاد تعارض دارند و نه حق یک کشور برای یافتن راهی مشروع برای اجتناب از آن ها. در صورتی که ایران به عضویت کامل این سازمان در آید می تواند به مراجع حل اختلاف برای مقابله با تحریم ها مراجعه و طرح

دعوا نماید. گرچه این امر، راه‌حل سریعی برای حل مشکلات تحریم در ایران نیست، می‌تواند در کنار دلایل دیگر، انگیزشی برای تدارک عضویت کامل ایران در این سازمان باشد، به‌ویژه آنکه اصول تجارت در نظام حقوق تجارت اسلام، به‌قدری شبیه نظام‌های رومی-ژرمنی و کامن‌لاو است که حتی برخی محققان ریشه تاریخی این نظام‌ها را در نظام حقوق تجارت اسلام دانسته‌اند (see: El-Camal, 2006: 15-16؛ بنابراین، چالش اساسی برای پیوستن ایران به این سازمان وجود ندارد.

پس از بحث در مورد احتمال تعارض حقوقی با مقررات سازمان تجارت جهانی، تعارض بعدی و شاید مهم‌تر امکان مخالفت اینستکس با مقررات دفتر کنترل سرمایه‌های خارجی (اوپاک)^۱ است. این سازمان، واحد اطلاعات مالی و نهاد اجرایی اداره خزانه‌داری دولت آمریکا است که بر اساس اهداف و سیاست‌های خارجی ایالات متحده علیه دولت‌ها، سازمان‌ها و افراد غیرآمریکایی اعمال تحریم می‌کند. با توجه به غیربشردوستانه و غیرحقوقی بودن تحریم‌های آمریکا علیه ایران، مسلماً این چالش را نمی‌توان به معنای خاص چالشی حقوقی برای ایران دانست. با این حال، با توجه به الزام کشورهای دیگر به گزارش‌دهی به این نهاد، برای آن کشورها چالشی حقوقی است. به این معنا که با توجه به تحریم‌های همه‌جانبه علیه ایران، بسیاری از شهروندان آمریکا و کشورهای دیگر و شرکت‌های بزرگ، بیشتر تحت تأثیر تحریم‌های ثانویه قرار دارند تا تحریم‌های اولیه، زیرا با سیاستی که آمریکا اتخاذ نموده است، به باور برخی، تجارت با ایران برای آنان همانند «شلیک به پای خود» محسوب می‌شود (see: Bootwala, 2020: 136) و باید میان این دو مورد، یکی را انتخاب کنند؛ این کار از نظر عملی با نظارت اوفاک امکان‌پذیر می‌شود. بدین سان، اگر تاجری قصد صادرات به یکی از کشورهای مورد تحریم را داشته باشد و کشور مورد نظر در فهرست تحریم‌های اوفاک قرار داشته باشد، باید این مطلب را مد نظر قرار دهد. البته، صرف اینکه کشوری در فهرست تحریم‌ها قرار دارد، به این معنا نیست که به‌هیچ‌عنوان صادرات به آن کشور ممکن نیست. بلکه فرد می‌تواند پیش از صادر کردن، درخواست صدور پروانه اوفاک کند. در غیر این صورت، عدم پیروی از مقررات اوفاک ممکن است تأثیر مهمی بر توانایی در انجام معاملات آینده

1- Office of Foreign Assets Control

داشته باشد و فرد/شرکت را در معرض مجازات شدید مالی و حتی زندان قرار دهد. قوانین انسداد، اصولاً برای حل این مشکل در سال ۲۰۱۸ اصلاح شدند و این نکته مد نظر بوده است که بتوانند جلوی تحقیقات اوفاک را در معاملات سه کشور اروپایی با ایران بگیرند. در این راستا، شرکت‌ها می‌توانند از اوفاک درخواست معافیت کنند، امری که بعید به نظر می‌رسد این نهاد زمانی که تجارت با ایران مطرح باشد، با آن موافقت کند. طرح دیگر، ایجاد نهادی شبیه اوفاک در اتحادیه اروپاست که در مبحث سوم، گفتار سوم مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲. چالش‌های اقتصادی اینستکس

به باور برخی صاحب‌نظران، مباحث اقتصادی تجارت آزاد نقطه شروع هر بحثی در خصوص سیاست تجارت بین‌الملل است (Poor Moghim, 2003: 591). همچنین مطابق شاخص کوین ۱ پیشرفتگی کشورها بر مبنای شاخص گشودگی اقتصادی سنجیده می‌شود (See: Guzman & Skyes, 2007: 363)؛ بنابراین تجارت در زمان تحریم و با توسل به روشی نامعمول مانند تهاتر، مسلماً با چالش‌های احتمالی اقتصادی مواجه خواهد شد. این چالش‌ها که ممکن است در سطح نظری یا عملی وجود داشته باشند، در دو سطح خرد یا کلان قابل بررسی‌اند.

۱-۲. چالش‌های اقتصادی خرد

منظور از چالش‌های خرد در این گفتار، چالش‌ها از دیدگاه تاجران است. در این خصوص، می‌توان ادعا کرد به‌طور کلی اینستکس با روحیات تاجران ایرانی و حتی تاجران خارجی هماهنگی ندارد. هرچند اطلاعات دقیقی در مورد ساتما (شرکت ایرانی متناظر اینستکس) در دست نیست، اما به نظر می‌رسد، این نهاد برای خدماتی که ارائه می‌دهد، درصدی حق‌الزحمه دریافت می‌کند. حتی اگر این مبلغ معادل ۲ تا ۳ درصد باشد که بانک‌هایی که پرداخت‌ها را تسهیل می‌کنند به‌طور معمول دریافت می‌کنند، شاید پرداخت آن باب میل تاجر نباشد؛ به‌ویژه اینکه با توجه به حجم تجارت، ممکن است ۲ یا ۳ درصد مبلغ بسیار بالایی باشد.

یکی دیگر از چالش‌ها، اظهار ارزش کالا است. در بسیاری از موارد برای تاجر به صرفه است که ارزش کالاهایی را بیش از ارزش واقعی^۱ و یا کمتر از ارزش واقعی^۲ اعلام کند. به عنوان مثال، تاجر ایرانی باید ارز را به میزان اظهار کرده به شبکه نیما بفروشد. پس به نفعش است ارزش کالا را کمتر اعلام کند. برعکس، ممکن است تاجر هزینه‌های انجام شده مانند بیمه و حمل و نقل را بیش از حد واقعی اعلام کند، تا بتواند از این رهگذر هزینه بیشتری را از طرف مقابل مطالبه کند. حتی ممکن است این اظهارنظرها با هماهنگی دو تاجر و به منظور اجتناب از پرداخت هزینه‌های واقعی به اینستکس صورت گیرد. همچنین ممکن است ظاهراً تاجر ایرانی اعلام کند که کالا صادراتی است، حال آنکه کالا صادراتی نباشد و وی صرفاً ارز نیمایی را که در ازای آن دریافت کرده نگاه دارد تا بعدها که ارز نیمایی گران‌تر شود، آن را بفروشد. این مشکل، ناشی از عدم ثبات قیمت ریال در مقابل ارزهایی مانند یورو و دلار است و می‌تواند به صورت‌های گوناگون دیگری نیز بروز پیدا کند؛ مانند اینکه تاجر پول را دریافت کند و قرار شود از آن برای صادرات استفاده کند و در این فاصله قیمت ارز تغییر نماید.

مشکل عملی سفر تجار خارجی به ایران را نیز نباید نادیده گرفت. به موجب برنامه معافیت از ویزا^۳ شهروندان کشورهای خاصی اجازه دارند به مدت حداکثر ۹۰ روز بدون نیاز به اخذ ویزا به ایالات متحده آمریکا سفر کنند. با این حال، در ۱ آوریل ۲۰۱۶ قانون ارتقای برنامه معافیت از ویزا و پیشگیری از سفر تروریست‌ها (مصوب ۲۰۱۵) مورد اصلاح قرار گرفت و به موجب آن، سفر شهروندان کشورهای دارای قرارداد معافیت از ویزا در صورت سفر به ایران و چند کشور دیگر با محدودیت مواجه شد.^۴ این امر، ممکن است تاجران اروپایی را که به طور معمول برای تجارت با ایران به این کشور مسافرت می‌کنند، دچار تردید کند؛ زیرا در این حالت، حتی احتمال رد

1- Over invoiced

2- Under invoiced

3- Visa Waiver Program

۴- این قانون، با فرمان اجرایی ترامپ مصوب ۶ مارچ ۲۰۱۷ مبنی بر حفاظت کشور از ورود تروریست‌های خارجی به خاک آمریکا تکمیل شد.

درخواست ویزای آمریکا نیز وجود دارد.^۱

چالش دیگر، واحد پرداخت پول است. اینستکس مبتنی بر تهاتر است. باین وجود، تجاری که ارزش کالا را معین می کند، باید واحدی برای تعیین ارزش داشته باشند. گرچه هنوز معلوم یا دست کم علنی نیست که این مبادلات دقیقاً به چه طریق صورت خواهد گرفت، اما در ظاهر واحد پولی هم برای طرف ایران و هم برای طرف خارجی، یورو است. البته، پرداخت‌ها در بانک به عنوان سپرده، ذخیره و سرانجام، به تاجر ایرانی با تبدیل به نرخ نیمایی پرداخت می شود. با این اوصاف، با توجه به تورم و ثابت نبودن نرخ ارز در ایران، در عمل بسیاری از تجار ترجیح می دهند ثمن ناشی از فروش خود را به روز دریافت کنند یا در برخی موارد کالای خود را نگاه دارند تا قیمت‌ها افزایش یافته و سپس اقدام به فروش آن‌ها نمایند.

پرسش آن است که اگر اینستکس بخواهد مطالبات را به یورو تسویه کند، چگونه می تواند یورو را از ایران انتقال دهد؟ و اگر نرخ به روپیه یا سایر ارزهاست، تفاوت نرخ میان این ارزها و یورو چگونه تسویه می شود؟ اگر فروشنده ایرانی، نفت را فقط به خریداران چینی و هندی بفروشد، پرداخت به واحد پول چین و هند صورت می گیرد؛ اما ایرانی‌ها باید کالاها و خدمات بسیاری را وارد کنند که هند و چین قادر به ارائه بسیاری از آن‌ها نیستند. در نتیجه، روپیه‌ها و یوان‌های بیهوده در حساب‌های ایرانی انباشته خواهند شد.

باید یادآور شد که اینستکس به دنبال نوعی ادغام اقتصادی مانند آنچه در حد گسترده در اتحادیه اروپا وجود دارد، است (see: Marciano & Ramello, 2019: 651). در واقع، این نهاد، ایده خود را از اتحادیه پایاپای آسیایی^۲ وام گرفته که در آن هر کدام از کشورها با کشور دیگری مبادله می کرد؛ با این تفاوت که در اتحادیه پایاپای آسیایی، هشت کشور عضو بودند و طرف اتحادیه محسوب می شدند؛ در حالی که در اینستکس، ایران در یک طیف و کشورهای دیگر در طیف دیگر تجارت قرار دارند که به طور مسلم تعادل میان واردات و صادرات را برهم می زند.

۱- این امر از جمله برای خاویر سولانا، دبیر سابق ناتو و مسوول سابق سیاست خارجی اتحادیه اروپا از ۱۹۹۹ تا ۲۰۰۹ به دلیل سفر به ایران اتفاق افتاده است.

2- Asian Clearing Union

همچنین مطابق یک اصل اقتصادی، به نام ماندل^۱ برای موفقیت یک اتحادیه پولی باید کلیه کشورهای عضو از توزیع ریسک یکسانی برخوردار باشند؛ به گونه‌ای که احتمال تغییر سطح قیمت‌های نسبی میان آن‌ها ضعیف باشد (Bazargan, 2004: 347). حال آنکه میان ایران و شرکای تجاری‌اش، چنین توازنی وجود ندارد. ضمن اینکه معاملات پایاپای هند با ایران از طریق اتحادیه پایاپای آسیایی نیز از سال ۲۰۱۰ به دنبال اتهامات آمریکا متوقف شد و طرح این کشور برای سیستم معاملاتی پایاپای از طریق بانک و ارز رویه نیز در سال ۲۰۲۰ معلق گردید (Bootwala, op.cit.: 137). این تاریخچه، می‌تواند زنگ خطری برای دورنمای اینستکس نیز باشد.

افزون بر این‌ها، در سازوکار اینستکس هیچ گونه راه‌حلی برای حل اختلاف میان تجار پیش‌بینی نشده است. این امر، ممکن است با توجه به اینکه وظیفه اینستکس تنها ایجاد پلی میان صادرکننده و واردکننده است و مسائل دیگر میان تجار، به موجب توافق فی‌مابین حل خواهد شد، قابل توجیه باشد. با این حال، شاید پیش‌بینی نهادی مانند داوری در بطن این سازوکار، نه تنها با نگاهی آینده‌نگرانه، جلوی بروز اختلافات را می‌گرفت، بلکه می‌توانست موجب سهولت کار تجار، استقبال بیشتر آن‌ها از این نهاد و حتی منبعی درآمدزا برای اینستکس باشد.

به نظر می‌رسد، وضعیت سازوکار اینستکس، تاجران را با نوعی عقلانیت محدود^۲ روبه‌رو ساخته است (see: Parisi, 2017: 71). به سخن دیگر، تاجران به دلیل اطلاعات ناکافی، محدودیت‌های شناختی ذهنی و محدودیت زمانی، قادر به تصمیم‌گیری درست در خصوص پیوستن به اینستکس نیستند. در این راستا، به خصوص نقش عدم شفافیت اطلاع‌رسانی حائز اهمیت است. از زمان اعلام وجود این سازوکار، هیچ راه ارتباطی برای شرکت‌ها یا تاجران ایرانی یا خارجی اعم از شماره تلفن، آدرس، پایگاه اینترنتی، فکس، ایمیل و... وجود نداشته است. اخبار مربوط به اینستکس، گاه ضدونقیض و محدود به اظهارات مقامات ایرانی یا خارجی در خصوص آن بوده‌اند. در چنین وضعیتی، بدیهی است که نمی‌توان از تاجران و شرکت‌ها انتظار داشت از طرحی استقبال کنند که گویی وجودی خارج از یک بیانیه مشترک ندارد.

1- Mundell

2- Bounded Rationality

۲-۲. چالش‌های اقتصادی کلان

به موازات چالش‌های اقتصادی خُرد، چالش‌های سطح کلان قرار دارند که به اصول حاکم بر اقتصاد ایران بازمی‌گردند. نخستین چالش، عدم توازن میان صادرات و واردات ایران است. با توجه به اینکه در فاز اولیه اینستکس، صادرات نفت پیش‌بینی نشده است، ایران باید اقلامی برای صادرات داشته باشد تا در ازای آن، کالاهای موردنیاز خود، حتی اگر محدود به دارو، ابزار پزشکی و مواد غذایی باشد، دریافت نماید. توضیح آنکه مطابق گزارش سایت OEC، ۷۱ درصد صادرات ایران، مربوط به نفت خام است^۱ و درصد کمی از صادرات، کالاهای دیگر مانند خشکبار، فرش و... هستند؛ بنابراین، با توجه به تقاضای فراوان برای ورود ابزار پزشکی و دارویی و تا حدودی کالاهای غذایی، این عدم توازن کاملاً مشهود است. وانگهی، بسیاری از اقلام ایرانی، به موجب فرمان‌های اجرایی مورد تحریم قرار گرفته‌اند. از جمله، بخش منسوجات ایران، که شامل فرش نیز می‌شود، در تاریخ ۱۰ ژانویه ۲۰۲۰ و به موجب فرمان اجرایی ۱۳۹۰۲، تحریم شد.^۲

برای حل این چالش، دو راه‌حل قابل پیشنهاد است: راه‌حل نخست، قرار گرفتن صادرات نفت در اینستکس است. با توجه به ترس از اعمال تحریم آمریکا در صورت ورود نفت به اینستکس، بدیهی است که این امر مورد استقبال کشورهای اروپایی قرار نگرفته و بعید به نظر می‌رسد که اروپا چنین خطری را تقبل کند. راه‌حل دوم، اختصاص اعتبار صادراتی^۳ برای اینستکس است. این امر خلاف مقررات بانکی جهانی است. در اخبار، از سوی فرانسه پیشنهاد داده شده در ازای تزریق ۱۵ میلیارد دلار اعتبار به اینستکس، تهران همچنان در برجام باقی بماند. با این حال، گذشت زمان، نشان داد که این پیشنهاد و راه‌حل کارآمد نیست.

چالش دیگر اینکه بسیاری از شرکت‌های بزرگ خصوصی ایران با حکومت یا نهادهای دولتی وابسته به سپاه پاسداران که موضوع تحریم اتحادیه اروپا و آمریکا قرار گرفته‌اند، مرتبط هستند؛ بنابراین در عمل، حتی در صورت عدم تحریم ساتما از سوی آمریکا، این شرکت‌ها در تجارت بین‌الملل با مشکل مواجه خواهند شد. شاید این امر در راستای اصل ۴۴ قانون اساسی باشد که

1- <https://oec.world/en/profile/country/irn/>

۲- برای مشاهده متن کامل این فرمان، ر.ک: <https://home.treasury.gov/system/files/126/13902.pdf>

3- Credit Line

به موجب آن بخش دولتی به صورت عمومی و در اختیار دولت است. این امر، علاوه بر مشکلات کلان اقتصادی، مانعی عملی بر سر راه فعالیت در اینستکس خواهد بود.

چالش بعدی، احتمال اعمال فشار بر اقتصاد ایران با تحریم اینستکس و یا حتی تهدید به آن است که در صورت انتقال رونق این سازوکار و به خصوص منتقل کردن تمام دادوستدها به این کانال، می‌تواند خطرناک باشد. در حال حاضر، مبادلات کالاهای بشردوستانه بدون اینستکس نیز قابل راهبری است و ایران راهکارهایی برای انجام مبادلات دیگر، به‌ویژه با کشورهای همسایه دارد و انتقال همه این معاملات به اینستکس، ممکن است این مبادلات را به هم بریزد و در صورت انسداد این سازوکار، ایران نمی‌تواند به سرعت راهکار جایگزینی بیابد و صدمه سنگینی بر اقتصاد ایران وارد خواهد شد. مثالی در این مورد، مقایسه تحریم‌های تدریجی و ناگهانی علیه ایران است. توضیح آنکه، ایالات متحده با توجه به تجربه‌ای که از تحریم عراق به دست آورده بود، اقدام به اعمال تدریجی مقررات و قوانین تحریمی و محدودکننده بر اقتصاد ایران کرد و در مقابل، ایران نیز برای شناسایی گریزگاه‌های عملیاتی فرصت داشت. با این حال، بازگشت مجدد تحریم‌ها در آبان ۱۳۹۷ موجب شد تمام تحریم‌هایی که به صورت تدریجی اجرا شده بودند، به ناگاه و یکباره مجدداً اعمال شوند (Razavi & Zeyneddini, 2018:53). وضعیت ناگهانی نامساعد اقتصادی در پی این کارشکنی، نشان‌گر عدم فرصت ایران برای اندیشیدن راه چاره است. تحریم اینستکس در صورت انتقال گسترده دادوستدها، همانند مورد اخیر خواهد بود.

۳. طرح‌های جایگزین یا مشابه اینستکس

با توجه به گذشت زمان زیاد از پیشنهاد طرح اینستکس، اجرایی نشدن آن از یک سو و عدم پاسخگویی آن برای تمامی نیازهای تجارت بین‌المللی ایران از سوی دیگر، مروری بر راهکارهای احتمالی دیگر که بدون نقض قوانین بین‌المللی در دوران فعلی راهگشای تجارت برای ایران باشند، مفید به نظر می‌رسد. در ادامه، به‌طور خلاصه سه مورد از مهم‌ترین این راهکارها را در سه محور ارزهای دیجیتال، برنامه نفت در برابر غذا و ایجاد دفتر کنترل سرمایه‌های خارجی در اتحادیه اروپا را معرفی و چالش‌های هر کدام را تبیین خواهیم کرد.

۳-۱. ارزهای دیجیتال

مفهوم پول در جهان امروز مفهوم دستخوش تحول شده و از برگه‌ای فیزیکی که توسط و تحت نظارت دولت‌ها تولید و عرضه می‌شود، به واحدی غیرفیزیکی، رمزنگاری شده و آزاد از کنترل دولت‌ها تغییر یافته است. این تغییر شاید از سوی اقتصادهای بزرگ جهان و کشورهای مورد تحریم مانند ایران، که همواره نسبت به حاکمیت ارز رسمی دلار انتقاد داشته‌اند و درصدد یافتن جایگزینی برای دلار بوده‌اند فرصت مناسبی باشد تا بتوانند مبادلات بین‌الملل خود را به‌طور مستقل از دلار آمریکا سازمان‌دهی کنند. ارزهای دیجیتال یا پول مجازی^۱ ارزهایی هستند که برخلاف ارزهای رایج که تنها با کدهای رمزنگاری شده در یک سیستم بسته که همان بلاک چین^۲ است، قابل شناسایی و مبادله می‌باشند (Naderi, 2018: 88). بیت کوین، شناخته‌شده‌ترین نوع ارز دیجیتال^۳، یک نوع پول مجازی است که طبق یک الگوریتم ریاضی در سال ۲۰۰۹ توسط یک متخصص نرم‌افزار در فضای مجازی تولید شد (Ghavam, 2018: 198). این ارز مجازی، مرکز‌زداست؛ زیرا نه مقام اداره‌کننده مرکزی برای آن وجود دارد و نه نظارت مرکزی. پیشوند "crypto" نیز به ادغام قواعد رمزنگاری در آن اشاره دارد (Nian et al., 2015: 310).

از ویژگی‌های بیت کوین، می‌توان به فراسرزمینی و فرادولتی بودن آن اشاره کرد؛ به گونه‌ای که دولت‌ها نمی‌توانند بر آنچه بلاک چین^۴ که مبنای بیت کوین است با توجه به پروتکلی بودن آن تسلط و دسترسی داشته باشند یا آن را در جهت اهداف خود تغییر دهند (Jafari, 2017: 57). سیاست قانون‌گذاری منسجمی در حال حاضر، در سطح جهانی پیرامون ارزهای دیجیتال وجود ندارد و در ایران نیز قانونی در این مورد تصویب نشده است. گرچه بانک مرکزی در سال ۱۳۹۶ به کارگیری ارزهای مجازی را در تمام مراکز پولی و مالی کشور ممنوع اعلام کرد، اما این امر به معنای ممنوعیت کامل این ارزها نیست، بلکه خرید و فروش آن‌ها در بانک‌ها، مؤسسات مالی و صرافی‌ها ممنوع شده است. البته استخراج آن فاقد منع قانونی است، هرچند دریافت مجوز از

1- Virtual Currency or Digital Currency

2- Block Chain

۳- از انواع دیگر ارز دیجیتال می‌توان به اتریوم، لایت کوین، زی کش، دش، رپل، مونرو، نتو، کاردانو و... اشاره کرد.

4- Block chain

وزارت صنعت، معدن و تجارت الزامی است.^۱ دستورالعمل صدور جواز و تأسیس و پروانه بهره‌برداری برای استخراج رمز ارز توسط وزارت صنعت، معدن و تجارت ارائه شده، ولی هنوز منتشر نشده است و معاونت فناوری‌های نوین بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز الزامات و ضوابطی فعالیت در حوزه رمز ارزها در کشور را منتشر کرده است. این دو نهاد، تنها مراکزی هستند که در حوزه قانون‌گذاری ارزهای دیجیتال وارد شده‌اند؛ بنابراین در واقع هیچ قانونی در این حوزه در ایران به تصویب نرسیده است.

عدم قانون‌گذاری در این حوزه، با وجود چالش‌های همراه آن، این ارز را تبدیل به چاره‌ای قابل قبول و قانونی برای مقابله با تحریم‌های کرده است. البته، این ارزها خطرهایی را برای استفاده‌کنندگان، بازار، سرمایه‌گذاران و مهیاکنندگان این خدمات ایجاد می‌کنند. استفاده‌کنندگان همواره با خطر امکان کاهش ارزش این ارزها و یا حتی سقوط ارزش آن‌ها با توجه به امکان قانون‌گذاری‌های محدودکننده مواجه هستند. عدم امکان بازبایی در صورت از دست دادن رمز نیز از مخاطرات مهم این ارزهای برای استفاده‌کنندگان است. از لحاظ بازار، خطرات قانونی مانند استفاده از ارزهای دیجیتال به منظور پول‌شویی یا تأمین مالی تروریسم وجود دارند. برای سرمایه‌گذاران نیز مسأله فرار بودن ارز دیجیتال و امکان قانون‌گذاری برای ممنوع‌سازی مبادله محصولات بر مبنای ارز دیجیتال، خطرهای بالقوه هستند. مهیاکنندگان این خدمات نیز از یک سو با خطر امکان قانون‌گذاری‌های ممنوع‌کننده یا محدودکننده و از سوی دیگر با خطر شکل‌گیری رقبای جدید در این حوزه روبرو هستند (Vandezande, 2017:1).

استفاده از ارزهای دیجیتال به عنوان راهی برای مقابله با تحریم‌ها نیز چالش‌برانگیز است. یکی از امتیازهای مثبت که در مورد این ارزها مطرح می‌شود، آن است که گرچه واشنگتن همچنان می‌تواند بر شرکت‌های بزرگ نظارت کند، شرکت‌های متوسط و کوچک می‌توانند از بیت‌کوین و سایر ارزهای کدگذاری شده برای انجام تجارت خارج از نظارت آمریکا استفاده کنند. با این حال، چندی پیش خبر تحریم شدن دو ایرانی که در زمینه ارزهای دیجیتال فعالیت می‌کردند،

1- <https://arzdigital.com/regulation/IR/>

معادلات را در مورد غیرقابل شناسایی بودن معاملات با این ارزشها زیر سؤال برد.^۱ گرچه یکی از این افراد مدتی بعد اظهار داشت که فعالیت خود در این حوزه را از سر گرفته و دلیل تحریم وی، بی‌دقتی خودش بوده است، این تحریم نشان‌گر آن است که نمی‌توان ارزشهای دیجیتالی را راه‌حلی قطعی و غیرقابل شناسایی حتی در مورد معاملات خرد غیردولتی دانست.

این امر، در کنار چالش‌های عام وارد بر این ارزشها، عدم قانون‌گذاری در این حوزه و اینکه بسیاری از کشورها اساساً این ارزشها را به‌عنوان واحد رسمی معاملات نمی‌شناسند، تقریباً امکان به‌کارگیری این ارزشها در زمینه تحریم‌ها را جز در موارد نادر که حجم معاملات بسیار اندک است، غیرممکن می‌کند.

۲-۳. برنامه نفت در برابر غذا

راهکاری که اخیراً با توجه به فشارهای اقتصادی وارد بر ایران مطرح شد، احیای چیزی نظیر برنامه نفت در برابر غذا^۲ بود که در سال ۱۹۹۵ توسط سازمان ملل مطابق قطع‌نامه شماره ۹۸۶ شورای امنیت در مورد عراق اتخاذ شد تا امکان فروش نفت عراق به سراسر جهان را در مقابل مبادله کالاهایی مانند غذا، دارو و سایر اقلام بشردوستانه بدهد. توضیح آنکه در آن دوران، صدام حسین جنگ خلیج‌فارس را آغاز کرد و با پایان جنگ ایران و عراق، کویت را مورد حمله قرار داد. در پی حمله آمریکا به عراق و سپس قطع‌نامه شماره ۹۸۶ سازمان ملل، تحریم‌های سختی علیه عراق توسط سازمان ملل وضع شدند که از صادرات نفت توسط این کشور جلوگیری می‌کردند. اعمال این تحریم‌های سخت، مورد انتقاد دوستانان حقوق بشر قرار گرفت، زیرا منجر به فشار بر مردم غیرنظامی این کشور می‌شد؛ بنابراین، برنامه نفت در برابر غذا توسط دولت بیل کلینتون به‌عنوان راه‌حلی در پاسخ به انتقادهای ارائه شد و سرانجام، در سال ۲۰۰۳ با سقوط دولت صدام و رفع تحریم‌ها، متوقف گردید (Woretz, 2013: 134).

۱- این دو نفر ایرانی با نام‌های محمد قربانیان و علی خورشادی‌زاده در هفتم آذر ۱۳۹۷ در فهرست سیاه دفتر کنترل دارایی‌های خارجی وزارت خزانه‌داری آمریکا قرار گرفتند. برای مطالعه متن خبر، ر.ک:

<https://www.eghtesadeiranonline.com/vdciuuappt1a5z2.cbct.html>
2- Oil-for-Food-Program

گذشته از نقدهایی که بر این طرح وارد شده است، از جمله فساد اقتصادی شدید در مورد قراردادهای غیرقانونی فروش نفت، از زمان مطرح شدن اینستکس، برخی تحلیل‌گران آن را با این برنامه مقایسه کرده‌اند. برخی این دو را مشابه هم و بعضی دیگر ارزش اینستکس را حتی کمتر از برنامه نفت در مقابل غذا دانسته‌اند. دلیل دسته‌آخر، آن است که برنامه نفت در برابر غذا، تبادل نفت را در برمی‌گرفت، حال آنکه در اینستکس، تبادل نفت پیش‌بینی نشده است. با این حال، به غیر از عدم پیش‌بینی تبادل نفت، اختلاف‌های دیگری نیز میان این دو برنامه وجود دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

- اینستکس به منظور اجتناب از گردش پول در شبکه مالی جهانی ایجاد شده و مبتنی بر تهاوتر است، اما برنامه نفت در برابر غذا مبتنی بر فروش نفت در برابر کالاهای بشردوستانه است؛
- در زمان ایجاد برنامه نفت در برابر غذا، تحریم‌ها هنوز هوشمند نبودند و عمدتاً اقتصادی بودند تا مالی؛ بنابراین، اجتناب از تحریم‌ها ساده‌تر بود؛

- مشکل ایران در حال حاضر، تحریم‌های سازمان ملل یا یک نهاد بین‌المللی نیست، بلکه مشکل تحریم‌های آمریکا، به عنوان یک کشور و به ویژه تحریم‌های ثانویه آمریکا است که بسیاری از کشورها را از تجارت با ایران بازمی‌دارد؛ بنابراین، وضعیت فعلی ایران بسیار پیچیده‌تر و دشوارتر است؛

- نهاد اینستکس به منظور اجرای تعهداتی که به موجب برجام مقرر گردیده است، توسط طرفین اروپایی پیشنهاد شده است. این کشورها اصولاً حامی آن هستند و در مقابل آمریکا، گرچه صراحتاً موضع خود را اعلام نکرده، مخالف آن است. در مقابل، آمریکا پیشنهاد دهنده و اجراکننده برنامه نفت در برابر غذا بود و در آن زمان، این برنامه با مخالفتی روبرو نشد.

در برخی از اخبار آمده که توافقی میان ایران و عراق حاصل شده است تا در برابر صدور برق و گاز، ایران قادر به وارد کردن مواد غذایی باشد. مطابق این اخبار، حسابی در عراق افتتاح می‌شود که در آن، بغداد پول گاز وارداتی از ایران را با سپردن در این حساب به دینار عراق پرداخت خواهد کرد و ایران نمی‌تواند این پول را برداشت کند، اما قادر خواهد بود از این پول برای خرید

کالا در خارج از عراق استفاده کند.^۱ این برنامه بسیار شبیه برنامه نفت در برابر غذا است. ولی نقد مهمی که بر آن وارد است، در نظر گرفتن دینار عراق، به عنوان ارز مبادله‌ای است که با توجه به عدم ثبات و قدرت این ارز و امکان سقوط ارزش آن، به ضرر ایران است. از سوی دیگر، با توجه به تحریم سویفت، در نظر گرفتن ارز مبادلاتی قدرتمند و با ثبات برای مبادلات نیز دشوار خواهد بود. همچنین، باید توجه داشت که برنامه نفت در برابر غذا، برنامه‌ای موقتی بود که در برهه زمانی خاص با توجه به اوضاع و احوال پیش‌بینی شد و با توجه به انتقادهای وارد بر آن و ادعای فسادهای کلان صورت گرفته در این خصوص، نمی‌توان آن را برنامه‌ای جامع برای مقابله با تحریم‌ها دانست.

۳-۳. ایجاد دفتر کنترل سرمایه‌های خارجی در اتحادیه اروپا

تفاوت این طرح با دو راهکار پیشین آن است که این طرح، برخلاف آن دو، در عمل آزموده نشده و در واقع، پیش از اینستکس مطرح شد و برنامه آن، طرح‌ریزی جدیدی برای نظام بانکی به منظور حمایت از پیوند اقتصادی میان ایران و اروپا بود و هدفش، نه فرار از تحریم‌های آمریکا، بلکه اطمینان از این بود که شرکت‌هایی که می‌توانند مطابق تحریم‌های ثانویه آمریکا عمل کنند، به خدمات بانکی لازم دسترسی داشته باشند. این طرح شامل دو عنصر اساسی است: ۱. باید حول محور بانک‌های مدخل و مؤسسات مالی که بتوانند به عنوان واسط میان بانک‌های اصلی ایرانی و بانک‌های تجاری اروپایی عمل کنند، پایه‌ریزی شود؛ ۲. باید توسط نهاد دفتر کنترل دارایی‌های اتحادیه اروپا (EU-OFAC)، نهاد تنظیمی که بر اساس مدل دفتر کنترل دارایی‌های ایالات متحده آمریکا طراحی شده، ولی با فلسفه کارکرد به نفع تجارت و نه محدودیت آن، عمل می‌کند، نظارت شود (Batmanghelidj & Hellmen, 2018:1). این نهاد اقداماتی را در دو حوزه انجام خواهد داد:

نخست، **مطابقت**؛^۲ این نهاد استانداردها و ابزار معمول مطابقت و مکانیزم‌های صدور گواهی در

مشکل -عراق- برای -پرداخت- پول -واردات- گاز -و- برق -ایران- حل -شد/ <https://isna.ir/news/98041105644> -1-

۲- واژه Compliance در بانکداری شفاف کاربرد بسیاری دارد و هنوز ترجمه مصطلحی از آن ارائه نشده است. در بسیاری از موارد با همان واژه انگلیسی‌اش که مفهوم را بخوبی می‌رساند به کار برده می‌شوند.

خصوص راسی آزمایی^۱ را گسترش می‌دهد تا تجارت‌ها و بانک‌های اروپایی را در مورد مطابقت داشتن فعالیت‌هایشان مطمئن تر کند و در نتیجه در مورد رهنمودهای تفسیری صادر شده توسط ایالات متحده نگرانی کمتری داشته باشند. همچنین، با ترسیم مدلی موفق در آلمان، این نهاد از همکاری برای افزایش اعتماد و کاهش هزینه‌های راسی آزمایی میان بانک‌های مدخل استقبال می‌کند. افزون بر این، شرکت‌های اروپایی که به دنبال معافیت از سوی مقامات آمریکایی هستند، کمک کرده و مانند واسطه‌ای میان شرکت‌های اروپایی و مقامات آمریکایی عمل می‌نماید (Ibid).

دوم، حمایت حقوقی؛ این نهاد حمایت حقوقی اتحادیه اروپا را برای شرکت‌هایی که در ایران مبادله و سرمایه‌گذاری دارند، با گسترش رهنمودهای مربوط برای تقویت قوانین مسدودسازی، ایجاد پیوند با قوانینی که از مناطق پرداختی واحد اروپایی حمایت می‌کند و عدم تبعیض در ارائه خدمات بانکی، تقویت می‌کند (Ibid: 1-2). این برنامه از این نظر که طراحی جدید قانون‌گذاری پیشنهاد می‌دهد و افقی بلندمدت در نظر می‌گیرد، مفید است. به‌خصوص از این نظر که ایران از نظر فضای مبادلات بانکی در حال حاضر با چالش‌های بسیاری مواجه است و بسیاری از روابط بانکی خود را از دست داده است (Ibid: 7). برای عادی‌سازی مجدد روابط بانکی ایران با کشورهای دیگر، یکی از راه‌حل‌ها کاربست حواله^۲ به‌عنوان جایگزینی برای بانک‌ها است. حواله با انتقال پول، بدون جابجایی واقعی آن کار می‌کند و در آن، فرستنده، پول را به حواله‌دار انتقال می‌دهد و وی سپس به حواله‌دار مرتبط، که معمولاً نزدیک دریافت‌کننده نهایی است، دستور پرداخت می‌دهد. این گونه معاملات که به‌طور معمول مبتنی بر اعتماد هستند، شامل وسیله تعهد یا هیچ مدرک کتبی شناسایی‌کننده معامله خاصی نمی‌شوند. در عین حال، شاید برای معاملات نسبتاً کوچک کارساز باشند، ولی برای معاملات بزرگ غیرعملی‌اند (Kittrie, 2016: 149-150).

در مقابل، راه‌حل این طرح، آن است که میان بانک‌های خصوصی ایران و بانک‌های مدخل، حوزه‌ای برای مطابقت در نظر گرفته می‌شود و میان بانک‌های مدخل و بانک‌های اروپایی نیز

۱- در خصوص واژه Due Diligence هنوز ترجمه مصطلحی باب نشده است.

حوزه‌ای برای اقدامات حمایت‌های قانونی طراحی می‌شود. بر هر دو حوزه، دفتر کنترل سرمایه‌های خارجی اتحادیه اروپا نظارت خواهد کرد. این دفتر همچنین بر تبادلات پولی بین بانک مرکزی ایران و بانک‌های مرکزی اروپایی نظارت خواهد داشت. یکی از الزامات این برنامه، اصلاح نظام بانکی ایران نیز است که خود در حال حاضر با چالش‌های بسیاری روبه‌رو است. از الزامات دیگر این برنامه، تصویب برخی کنوانسیون‌های مد نظر فنف مانند کنوانسیون پالمو و مبارزه با تأمین مالی تروریسم است که این مورد نیز در ایران با چالش‌های فراوانی همراه بوده و هنوز به نتیجه قطعی نرسیده است.

پرسش قابل توجه آن است که ایجاد نسخه اروپایی اوفاک، تا چه میزان انتظارات طرف آمریکایی را برآورده خواهد کرد؟ آیا نظارت اعمالی از سوی این نهاد، اوفاک را از نظارت و الزام به گزارش‌دهی منصرف خواهد نمود؟ در طرح پیش‌بینی شده است که نسخه اروپایی اوفاک، به‌عنوان واسطه‌ای میان اوفاک آمریکایی و شرکت‌های اروپایی عمل خواهد کرد و اوفاک به جای تعقیب مستقیم شرکت‌ها، نگرانی‌های خود در مورد مطابقت را به نسخه اروپایی اوفاک منتقل خواهد کرد (Batmanghelidj & Hellmen, op.cit.: 11).

با توجه به لزوم ایجاد شفافیت مالی برای ایجاد چنین طرح جامعی، نخستین گام برای ایران، ایجاد شفافیت مالی با پیوستن به کنوانسیون‌های پالمو و مقابله با تأمین مالی تروریسم است؛ بنابراین از نظر حقوقی، این طرح نیز برای ایران با همان چالش‌های اینستکس روبه‌رو است و شاید چالش‌ها در این مورد بیشتر مطرح شوند؛ زیرا با اینکه در مورد اینستکس گفته شد که این طرح امکان راه‌اندازی بودن پیوستن به این کنوانسیون‌ها و تصویب قوانین مرتبط با آن را نیز دارد، در مورد طرح مذکور، بدون شفافیت مالی، امکان اجرا به‌هیچ‌عنوان وجود نخواهد داشت. همچنین، حتی در صورت ایجاد شفافیت مالی مد نظر فنف در ایران، به نظر می‌رسد که اوفاک به‌سادگی از صلاحیت خود به نفع صلاحیت نسخه اروپایی اوفاک صرف‌نظر نخواهد کرد.

نتیجه‌گیری

طرح اینستکس نتوانست آن‌گونه که سه کشور اروپایی ادعا کرده بودند، راهکاری مناسب برای اجرای تعهدات برجامی باشد. علت عدم موفقیت آن را، نه‌تنها در چالش‌های حقوقی یا

اقتصادی، بلکه بیشتر باید در چالش‌های سیاسی جُست. دولت آمریکا در حال حاضر موضعی علیه ایران اتخاذ کرده که به استراتژی ما یا آن‌ها^۱ معروف است. این استراتژی یک تاکتیک در مدرسه است که در آن یک فرد زورگوی محبوب برای منزوی کردن بچه‌ای که محبوبیت کمتری دارد، اعلام می‌کند که تمام بچه‌های دیگر یا باید با او دوست باشند یا با فرد ضعیف. چین نیز پیشتر از این روش به شیوه‌ای دیپلماتیک برای منزوی کردن تایوان استفاده می‌کند.^۲ در این زمینه، آمریکا از اعمال هیچ‌گونه تحریمی فروگذاری نکرده است.^۳ در خصوص اینستکس نیز، چالش مهم، احتمال اعمال تحریم‌های ثانویه علیه این نهاد است. گرچه در این خصوص، آمریکا موضع مشخصی اتخاذ نکرده است، در صورت ورود نفت به این کانال، احتمال تحریم آن وجود خواهد داشت. احتمال تحریم ساتما نیز بعید نیست. با اینکه ساتما به‌عنوان شرکتی خصوصی به ثبت رسیده است، بیشتر اعضایش بانک‌هایی هستند که همگی پیشتر مورد تحریم‌های ثانویه آمریکا قرار گرفته‌اند و خود به‌نوعی، زیرمجموعه بانک مرکزی ایران است که در سابق دو بار مورد تحریم قرار گرفته بود و در تاریخ بیستم سپتامبر ۲۰۱۹ برای بار سوم، به‌موجب بیانیه‌ای که وزارت خزانه‌داری آمریکا منتشر نمود، مورد تحریم قرار گرفت.

همچنین باید این نکته را در نظر داشت که از یک سو، موفقیت اینستکس مشروط به مقبولیت هرچه بیشتر آن و ورود شرکت‌های فراوان از سراسر جهان به آن است، زیرا در صورتی که ایران تنها با چند کشور محدود مرادده تجاری داشته باشد، امکان مبادله تمامی کالاهای موردنیاز ایران از طریق این کشورها وجود نخواهد داشت. از سوی دیگر، هرچقدر این نهاد مقبولیت پیدا کند، بیشتر نظر آمریکا را برای اعمال تحریم جلب خواهد کرد. سیاست آمریکا، اعمال فشار حداکثری است و هر نهادی که از نظر اقتصادی به ایران برای مبادلات تجاری و دور زدن تحریم‌ها کمک کند، در معرض تحریم است.

1- Us or Them

2- <https://www.bullionstar.com/blogs/jp-koning/europes-instex-payments-channel-wont-help-iran/>

۳- به‌عنوان یک نمونه کوچک، در یک طرح گریز از تحریم‌های آمریکا، ایران با ترکیه توافقی مبنی بر خرید طلا از این کشور در برابر صادرات گاز بست. آمریکا، پس از اطلاع از این توافق با تصویب قانون آزادی ایران و مقابله با تکرارگری در سال

۲۰۱۲، این راه گریز را برای ایران مسدود ساخت. (see: Kittrie, Orde F., op.cit.: P.150)

نباید انکار کرد که یکی از دلایل تحریم‌های شدید ایالات متحده علیه ایران، انحصارطلبی در حوزه صادرات نفت و گاز است. بسیاری از تحریم‌های این کشور علیه روسیه است و محدود کردن دسترسی این کشور به واحد پولی دلار آمریکا نیز با همین هدف صورت می‌گیرد و حتی طرح انتقال گاز آذربایجان به اروپا نیز با هدف محدودتر کردن صادرات انرژی از سوی ایران و روسیه مورد استقبال آمریکا قرار گرفت. آگاهی از این هدف نهایی آمریکا، گرچه تأثیر مستقیمی در وضعیت تحریم‌ها ندارد، می‌تواند به اتخاذ تصمیم‌های کلان‌هوشمندانه‌تر از سوی ایران کمک کند.

به نظر می‌رسد ایران که منافع خود را با طرحی مانند اینستکس، برآورده شده نمی‌دید، تصمیم به خروج تدریجی از برجام گرفت و طرفین اروپایی نیز که در عمل قادر نبودند تضمینی به شرکت‌های خصوصی خود که بخش اعظم اقتصاد این کشورها را تشکیل می‌دهند، در مقابل تحریم‌های ثانویه آمریکا بدهند، در نهایت، بدون ایفای تعهدات خود، خروج ایران را پذیرفتند. با چرخش قدرت سیاسی در ایالات متحده آمریکا، شاید دورنمای رفع تحریم‌ها و امکان راهبری مبادلات در سطح بین‌المللی برای ایران هموارتر شده باشد. با این حال، نباید فراموش کرد که فارغ از قدرت حاکم، ایالات متحده در وهله نخست به فکر منابع ملی خود است و در صورت لزوم حتی امکان اعمال تحریم‌های بیشتر علیه ایران نیز منتفی نیست، به‌طوری که طی سال‌های ۱۳۸۹ تا ۱۳۹۲ و در دوران نخست ریاست جمهوری باراک اوباما، سخت‌ترین تحریم‌ها بر ایران اعمال شدند تا ضمن اعمال فشار، راه برای مذاکرات دیپلماتیک باز شود. همچنین، تمامی این تحریم‌ها به‌سادگی قابل رفع نیستند. به‌طور نمونه، اوافاک برای نخستین بار در ۲۶ اکتبر ۲۰۲۰ تحریم چندین نهاد را به دلیل تجارت نفت با ایران تحت شناسه تروریستی^۱ تحریم کرد. این نوع تحریم به‌سادگی قابل رفع نیست و امکان به‌کارگیری مجدد از این شناسه وجود دارد.

بدین سان، در جهان امروز که از آن به دهکده جهانی یاد می‌شود، نمی‌توان صحبت از مبادلات پایاپای بدون استفاده از سیستم پیام‌رسانی سوئیفت و به‌کارگیری واحد پولی قدرتمند نمود؛ بنابراین، بدیهی است که نمی‌توان از طرحی مانند اینستکس انتظار زیادی داشت. اینستکس در

1- SDGT: Specially Designated Global Terrorist

بهترین حالت همان گونه که معرفی شده یک سازوکار موقتی و موردی تا زمان رفع تحریم‌هاست.

References

- [1] Abbasi, Asghar. (2007). Introduction of FATF. *Research Journal of Law and Political Sciences*. 5(2). 147-172 (In Persian)
- [2] Abbasi, Asghar, (2019). FATF. Encyclopedia of Economic Criminal Sciences. 2nd Ed. Mizan Publication. Tehran. (In Persian)
- [3] Batmanghelidj, Esfandiyar & Hellmen, Axel. (2018). Europe, Iran and Economic Sovereignty: A New Banking Architecture in Response to US Sanctions, "European Leadership Network", June
- [4] Bazargan, Farhad. (2004). Strategic Role of the ACU in Regional Economic. *Rahbord Journal*. 31(1). 343-356 (In Persian)
- [5] Bignon, Vincent. (2009). Cigarette Money and Black-Market Prices during the 1948 German Miracle. *EconomicX*, University of Paris Nanterre. 2. 1-39
- [6] Bootwala, Mazahir. (2020). The Iran Problem: An Evaluation of US Sanctions on Iran and Global Reactions. *Georgetown Journal of International Affairs*. 21. 136-141
- [7] Chatain, Pierre Laurent. McDowell, John. Mousset, Cedric. Schott, Paul Allan. Van der Does, Emile. (2013). Preventing Money Laundering and Terrorist Financing. Translated by Maryam Keshtkar. 1st Ed. Tash Publication. Tehran. (In Persian)
- [8] El-Camal, Mahmoud. (2006). Islamic Finance. 2nd Ed. UK: Cambridge: Cambridge University
- [9] Fashandi, Noban & Ghaderi, Hossein. (2017). Study of the Legal Basis of Imposing Intelligent Sanctions against Iran and the Influences of JCPOA on them. *Ghanoonyar Journal*. 2(2). 135-172 (In Persian)
- [10] Ghavam. Mohammad Hossein. (2018). Bitcoin, the end of Sanctions. *Rushd Journal*. 1. 198-201 (In Persian)
- [11] Guzman, Andrew T. & Sykes, Alan O. (2007). *Research Handbook in International Economic Law*. UK: Northampton. Edward Elgar Publishing Limited
- [12] Herdegen, Matthias. (2018). Principles of International Economic Law. Translated by Mohammad Ziai Bigdeli & Saegh Ziai Bigdeli. 1st Ed. Ganj Danesh Publication. Tehran (In Persian)
- [13] Jafari, Amin. (2017). The Legal Consequences of admitting Bitcoin. *Capital and Market Journal*. (93) 9. 57-57 (In Persian)
- [14] Kittrie, Orde. F. (2016). Lawfare: Law as a Weapon of War. UK: Oxford. Oxford University
- [15] Koul, Autar Krishen. (2018). Guide to the WTO and GATT. 6th Ed. India: New Delhi. Springer
- [16] Lincy, Valerie & Mostatabi, Mana. (2018). The FATF Keeps Iran on Blacklist While Ignoring Proliferation Financing Threat. "Wisconsin Project on Nuclear

- Arms Control”
- [17] Marciano, Alain. Ramello, Gipvanni Battista. (2019). Encyclopedia of Law and Economics. U.S.A: New York: Springer
 - [18] Marossi, Ali Z. Bassett, Marisa R. (2015). Economic Sanctions under International Law. 1st Ed. The Netherlands: Hague. Springer
 - [19] Mohammad zadeh, Tohid. (2021). International Law and Anti-Iranian Sanctions of the USA. *Strategic Studies Quarterly*. 79 (3). 95-120 (In Persian)
 - [20] Naderi, Ebrahim, (2018). Analysis of Market and Capital from Modulation of Electronic Currencies: Are they an end to dominance of Dollar?. *Capital and Market Journal*. 96(1). 88-90 (In Persian)
 - [21] Nikbakht. Hamidreza. (2003). Legal System of the WTO. *Legal Research Quarterly*. 1382(3). 67-132 (In Persian)
 - [22] Nian, Lam Pak. Kuo Chuen, David Lee. (2015). A Light Touch of Regulation for Virtual Currencies. Academic Press
 - [23] Parisi, Francesco. (2017). The Oxford Handbook of Law and Economics. Vol. 1. 1st Ed. UK: Oxford: Oxford University
 - [24] Political- Legal Research Deputy. (2018). Analysis of plausibility of adducing to Blocking Statute by EU and other countries to combat USA sanctions. Serial Number: 15929 (In Persian)
 - [25] Poor Moghim, Seyed Javad. (2003). International Economy (1). 1st Ed. Samt Publication. (In Persian)
 - [26] Razavi, Seyed Mohammad Hasan & Zeyneddini, Fatemeh. (2018). The Impact of Reinstatement of US Secondary Sanctions on Iran’s Oil and Gas Sector: Opportunities and Challenges. *Journal of Energy Law Studies*. (1,2) 7. 37-60. (In Persian)
 - [27] Ryngaert, Cedric. (2015). Jurisdiction in International Law. UK: Oxford. Oxford University Press. 2nd Ed.
 - [28] Schmitthoff, Clive M. (2015). International Commercial Law. 2 Vols. Translated by Behrooz Akhlaghi. 5th Ed, Samt Publication, Tehran. (In Persian)
 - [29] Vandezande, Niels. (2017). Virtual Currencies under EU Anti-Money Laundering Law. *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*. Doi:10.1016/j.clsrt.2017.03.011
 - [30] Woretz, Eckart. (2013). Oil for Food. 1st. Ed. UK: Oxford. Oxford University
 - [31] US sanctions on Iran, trade war with China and trade peace with Mexico. Oil and Energy Trends. 2018; 43:7–7. <https://doi.org/10.1111/oet.12615>
 - [32] Zare Ghajari, Ferdos & Ghaem Maghami, Ali. (2013). Combatting Money Laundering and Financing of terrorism Standards. 1st Ed. Tash Publication. (In Persian)
 - [33] Zare, Sasan & Esma’ili etoyi, Salman. (2014). Modelling International Risk in Banking of the Islamic Republic of Iran Considering Characteristics of National Safety and Sanctions. *Journal of Security Horizons*. (4) 25. 213-245. (In Persian)
 - [34] <https://arzdigital.com/regulation/IR/>

- [35] <https://www.bullionstar.com/blogs/jp-koning/europes-instex-payments-channel-wont-help-iran/>
- [36] <https://www.eghtesadeiranonline.com/vdciuuappt1a5z2.cbct.html>
- [37] <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/iran/events/article/joint-statement-on-the-creation-of-instex-the-special-purpose-vehicle-aimed-at>
- [38] <http://www.fatfgafi.org/publications/financingofproliferation/documents/consultation-recommendation-1.html>
- [39] <https://isna.ir/news/98041105644/> - مشکل عراق برای پرداخت پول واردات گاز - و برق ایران حل شد
- [40] <https://oec.world/en/profile/country/irn/>
- [41] <https://home.treasury.gov/system/files/126/13902.pdf>

یک اصل قانون اساسی؛ دو نظام اقتصادی تحولات اصل ۴۴ نمونه‌ای از بازنگری غیررسمی در قانون اساسی

سید ناصر سلطانی^۱

استادیار حقوق عمومی دانشگاه تهران،
دانشکده‌گان فارابی

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۱۰

تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۳/۰۳

چکیده

یکی از روش‌های بازنگری در قانون اساسی تغییر آن از طریق روش‌هایی غیر از روش‌های مقرر در متن قانون اساسی است. هنگامی که احکام مندرج در اصول قانون اساسی با واقعیات خارجی متفاوت می‌شوند به تدریج فاصله‌ای میان الفاظ و واقعیات پیدا می‌شود. فرایند فاصله گرفتن لفظ قانون اساسی با واقعیات خارجی را تغییر غیررسمی قانون اساسی می‌گوییم. گاهی این تغییرات بدون آن که مصوبه‌ای قانونی در میان باشد معمول و مجری است و گاهی با مصوبه‌ای قانونی رسمیت پیدا می‌کند. این هر دو صورت به دلیل اجماع و اتفاق اداره‌کنندگان کشور بدون آن که با مانعی برخورد کند جریان پیدا می‌کند و همچون الزامی گریزناپذیر خود را بر همه ارکان و اجزاء مملکت تحمیل می‌کند. اغلب چنین اتفاق می‌افتد که پیش از آن که مصوبه‌ای قانونی این تغییرات را کلید بزند، این جابجایی‌ها در باورها و افکار و آمال نشو و نما پیدا می‌کند و سپس به تدریج در بخش‌های مختلف و جزئی اجرا می‌شود تا مبنایی برای اقدامات مهم‌تر فراهم می‌کند. بدین ترتیب آرام آرام پیش می‌رود و راه خود را در تغییر تدریجی اصل باز می‌کند. تا این که روزی در قالب قانون و مصوبه‌ای صورت رسمی به خود می‌گیرد. در این مقاله با بررسی اصل ۴۴ قانون

*- نوع مقاله: پژوهشی

1- naser.soltani@ut.ac.ir

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41808

اساسی ج.ا.ا به عنوان یکی از مصادیق این مفهوم ضرورت توجه به این مفهوم را در مطالعات حقوق اساسی یادآوری خواهیم کرد. چنین به نظر می‌رسد که بدون توجه به چنین مفهومی نمی‌توان شناختی دقیق از قانون اساسی ارائه کرد.

کلیدواژه‌ها: تغییر غیررسمی قانون اساسی، اصل ۴۴ قانون اساسی، حقوق سیاسی، قانون اساسی زنده.

مقدمه

روش تصویب و نسخ قاعده حقوقی در نظام حقوق اساسی شناخته شده است و حقوقدانان برای آگاهی از چگونگی خلق قاعده حقوقی به این روش‌ها مراجعه می‌کنند؛ مانند تشکیل مجلس مؤسسان قانون اساسی، بازنگری در قانون اساسی (اصل ۱۷۷)، همه‌پرسی (اصل ۵۹) و تفسیر قانون اساسی (اصل ۹۸)؛ اما وقتی در قواعد و رویه‌های جاری حقوق اساسی مذاقه می‌کنیم درمی‌یابیم که برخی از قواعد و رویه‌های جاری در هیچ‌یک از متون نوشته نیامده و از مسیر آیین و تشریفات رسمی برای تصویب نگذشته‌اند. درحالی‌که این قواعد و رویه‌ها، شیوه‌ها و روندهای مهم و مؤثری هستند که منجر به توسعه یا تحدید صلاحیت‌های نهادهای رسمی مقرر در قانون اساسی می‌شوند. بدین ترتیب چنین به نظر می‌رسد که نمی‌توان بدون توضیح و تبیین چنین رویه‌هایی اصول قانون اساسی را به درستی توضیح داد.

با تقلیل حقوق اساسی به هنجارها و حقوق نوشته و تفاسیر و آراء و نظریات شورای نگهبان، ضرورتاً یک دسته از وقایع مهمی را که ذیل تغییر غیررسمی قانون اساسی دسته‌بندی می‌شوند نادیده می‌گیریم. برای مثال در سطح سیاسی می‌توانیم بگوییم که از چه زمانی و با چه اقداماتی دوران سازندگی آغاز شد؛ اما اقتضائات حقوقی و توصیف حقوقی آغاز این دوران برای ما تاکنون موضوع بحث نبوده و به همین جهت توضیحی درباره آن نداریم. این موضوع و این دوره تنها یک مثال است و می‌توان بنابر موضوع تحقیق این بحث را به عناوین و دوره‌های دیگر نیز تسری داد. نتیجه مقدماتی بحث ما این است که جهت‌گیری اقتصادی و سیاسی هر دوره‌ای اقتضائات حقوقی دارد که در نظام حقوق اساسی و در قبض و بسط اصول قانون اساسی تأثیر دارد. به عبارت دیگر اهداف و سیاست‌هایی که دولت‌ها دنبال می‌کنند منجر به فربه و تناور یا لاغر و نزار شدن اصول مرتبط قانون اساسی می‌شود. دولتی که اولویت و ترجیح اولی آن سازندگی است بر

اصول اقتصادی قانون اساسی و فعال کردن ظرفیت‌های آن تمرکز می‌کند و دولتی که هدف اولی آن توسعه سیاسی است بر اصول مغفول سیاسی قانون اساسی توجه بیشتری خواهد کرد. چون محور کوشش‌های دوران سازندگی بر بازسازی اقتصاد کشور بود این دوره بر اصول اقتصادی قانون اساسی تأثیر انکارناپذیری گذاشت که اوج آن در تدوین سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی بروز یافت.^۱ این تأثیر چنان بوده است که در این مقاله از آن به تغییر غیررسمی قانون اساسی یاد خواهیم کرد.

با توجه به سیر حوادث اصل ۴۴ می‌توان گفت اولاً: اصل ۴۴ بازنگری شده است ثانیاً: این بازنگری خارج از مبادی رسمی آن بوده است ثالثاً: گاهی در قانون اساسی از طریقی غیر از طرق رسمی بازنگری می‌شود و نمی‌توان همه این موارد تغییر غیررسمی را نامعتبر دانست بلکه با رعایت شرایطی که برای اعتبار اصول نانوشته قانون اساسی لازم است می‌توان این تغییرات غیررسمی را معتبر شناخت.

بررسی شرایط ظهور سیاست‌های اصل ۴۴ به‌عنوان یک نمونه، نشان می‌دهد که سیاست هیچ-گاه از علم حقوق و امتیازات آن چشم‌پوشی و صرف‌نظر نمی‌کند؛ اما بی‌وقفه وقایعی را بازتولید می‌کند که همیشه از اشکال و قالب‌های حقوقی از پیش موجود فراتر می‌روند؛ یعنی در شرایطی که اصول قانون اساسی موافق با سیاست‌های دوره سازندگی و جهت‌گیری آن نبود، برنامه‌ها و اهداف سیاسی از ادامه این راه، به دلیل وجود این موانع سیاه نوشته شده بر روی کاغذ سفید قانون اساسی، چشم‌پوشی و عدول نکرد بلکه آن را فراگرفت و حقیقتی دیگر از آن ساخت یعنی آن را تغییر داد و استحاله کرد. این وضع به معنای اعلام شکست حقوق نیست بلکه به معنای همرنگ و همخو شدن دائم حقوق است و سیاست برای آن که به برنامه‌های خود جامه تحقق ببوشاند الزاماً در اشکال و قالب‌های معمول و مألوف حقوقی ظاهر نمی‌شود و از این جهت سرنوشت اصل ۴۴ قانون اساسی گویای چنین حقیقتی است. بلکه سیاست می‌کوشد تا از قالب‌ها و زبان و مفاهیم حقوقی

۱- این تأثیرات به‌اصل ۴۴ محدود نبود بلکه تفاسیر و نظریاتی که شورای نگهبان در طی این دوران از اصول اقتصادی قانون اساسی عرضه کرد نیز جهت‌گیری توسعه‌ای داشت. برای نمونه برنامه پنج‌ساله اول توسعه کشور (۱۳۷۲-۱۳۶۸) و برنامه‌های توسعه بعدی و برخی قوانین عادی که در ادامه به‌برخی از آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

برای قانونی کردن یا قانونی جلوه دادن خود بهره برد و بدین ترتیب از علم حقوق و امتیازات آن برای دفاع و توجیه خود استفاده می کند.

بحثی درباره بازنگری غیررسمی قانون اساسی

برنامه ها و اهداف سیاسی به دلیل ماهیتشان یک عمل هنجاری (normative)، حامل ارزش ها، برنامه ها، قواعد و نهادها هستند؛ یعنی مشروعیتی در خود دارند که می توانند با اصول نوشته قانون اساسی پهلوی بزنند و با آن دعوی برابری کنند و آن را تغییر دهند. برای مثال می توانیم مراحل مختلف نظریه تغییر غیررسمی قانون اساسی بروس آکرمن را بررسی کنیم. نظریه آکرمن روش جالبی است که اتصال و ارتباط امر سیاسی و امر حقوقی را نشان می دهد. او برای تغییر غیررسمی قانون اساسی پنج مرحله می شناسد: علامت دادن، پیشنهاد کردن، علنی کردن، تصویب کردن، تثبیت کردن. Signaling, proposal, triggering, ratification, consolidation این موضوع یک مطالعه و بررسی نظری صرف نیست چرا که با سیاست های روز و با جریان های سیاسی مرتبط است و جامعه نسبت به این برنامه ها و سیاست ها ارزیابی و واکنش نشان می دهد و مجموع این فعالیت ها بر حوزه حقوق اساسی تأثیر می گذارد و طنین آن در این حوزه شنیده می شود. (Ackerman, 1998; 67, 207)

آکرمن از وضعیتی بحث می کند که طی آن «فهرست ارزش ها» در یک جامعه برخوردار از ساختار حقوق اساسی اصلاح می شود. از این دیدگاه، در خصوص تحولات اصل ۴۴ می توان گفت که با آغاز دوران سازندگی جامعه به تدریج در حال اصلاح برخی از ارزش های اقتصادی مندرج در قانون اساسی بود.

حقوق در نظریه هنجاری (normative)، اعمال قدرت را بنابر اشکال پیش بینی شده در قانون ممکن می داند. به تعبیر کلسن «قدرت دولت قدرت سازمان یافته از طریق حقوق است.» (Kelsen, 1998; 244-243) از دیدگاه حقوق سیاسی، رویکرد کلسنی نمی تواند پدیده قدرت را در کلیت خود درک و جایگاه آن را در مقایسه با پدیده حقوقی تعیین کند. این دو رویکرد بر دو درک کاملاً متفاوت از خاستگاه قدرت و حقوق بنا شده اند.

اگر مانند کلسن پدیده قدرت را منحصرأ در ادامه نظم حقوقی قرار دهیم و نتیجه نظم حقوقی بدانیم با این خطر مواجه خواهیم بود که حقوق شرط امکان سیاست می شود درحالی که عملاً و

درواقع چنین نیست. به عبارت دیگر کلسن «اعتبار» (validity) را مقدم بر «مؤثر بودن» (effectivity) و قدرت اجرایی داشتن می‌داند. از نظر او اعتبار مهم‌ترین رکن نظم حقوقی است. یک هنجار باید معتبر باشد تا بتوانیم درباره مؤثر بودن و قدرت اجرایی آن پرسش کنیم. (Soltani, 2016 ; 76)

خطر دیگر دیدگاه کلسن این است که روش‌های عکس تولید قاعده حقوقی را محکوم می‌کند؛ یعنی در روش معمول و مألوف قاعده حقوقی از طریق قانون‌گذاری پارلمان و دیگر نهادهای صالح خلق می‌شود درحالی‌که روش‌های خلق قاعده حقوقی در عرصه سیاست محدود به این روش‌ها نیست و مسیری عکس طی می‌کند. مواردی هستند که بالفعل خود را تحمیل می‌کنند اعم از مواردی که حاکمان، یا مردم و یا بازیگران سیاسی خلق می‌کنند؛ و خروجی این موارد البته در اشکال و قالب‌های حقوقی بروز می‌کند. اغلب «تغییرات غیررسمی قانون اساسی» این شکل عکس را دارد. آن‌ها در ساحت «هست» خلق می‌شوند یعنی مبتنی بر عمل سیاسی‌اند که مدعای هنجاری دارد و هرگاه که مقتضی موجود و مانع مفقود باشد در ساحت هنجاری شناسایی می‌شود. حقوق سیاسی (droit politique) با برخورداری از چنین رویکردی، برای فهم پدیده‌های سیاسی که در اطراف نهادهای سیاسی جریان دارند مستعدترند و حتی در مرحله شکل‌گیری قواعد حقوقی بصیرت بیشتری از خود نشان می‌دهند.^۱ برعکس وقتی بحث درباره شکل ایجاد هنجار معتبر است رویکرد هنجاری (normativisme) پیروز میدان است. رویکرد هنجاری برای خلق قاعده حقوقی آیینی می‌شناسد که هر قاعده حقوقی برای آن که معتبر باشد باید آن تشریفات را طی کرده باشد؛ یعنی چنان آیین و مناسکی را به‌جا آورده باشد و الا معتبر نخواهد بود.

رویکرد هنجاری (normative) رویکرد حقوق سیاسی را از منظر هستی‌شناسی نقد می‌کند درحالی‌که حقوق سیاسی معتقد است که رویکرد هنجاری مواد و مصالح حقوق اساسی را به نحو ویرانگر و مخربی بررسی می‌کند و بسیاری از موضوعات حقوق اساسی را نمی‌بیند و از موضوع بحث خارج می‌کند. حقوق سیاسی با تکیه بر ابزارهایی که بدان مجهز است قدرت توضیح‌دهنده خود را به‌رخ می‌کشد. گفتگویی که اغلب می‌توان میان این دو دیدگاه، به‌طور فرضی، بازسازی

۱- حقوق سیاسی جریان فکری در حقوق اساسی است که مجله juspoliticum این تفکر را نمایندگی می‌کند. برای آگاهی بیشتر به سرمقاله شماره نخست این مجله رجوع کنید.

کرد چنین است:

رویکرد هنجاری به حقوق سیاسی می گوید: چطور می توانید این گزاره ها را به عنوان قاعده حقوقی معتبر شناسایی کنید؟

حقوق سیاسی پاسخ می دهد: فرو کاستن حقوق به چند سازوکار هنجاری صوری و فاقد حیات غیر قابل قبول است. چرا باید خود را محدود به آیین ها و مناسک مندرج در قوانین کنیم در حالی که موضوعی که توضیح می دهیم مربوط به حقوق جاری و زنده نیست بلکه از موجودی بی روح صحبت می کنیم.

این گفتگوی فرضی میان دو جریان موجود در ایران هم وجود دارد که یکی دیگری را محکوم به عدول و خروج از حقوق می کند و آن دیگری دریافت مقابل را محدود می شمارد. آیا می توان سنتزی از این دیدگاه ها عرضه کرد؟

چگونه می توان این نکته را تبیین کرد که قانون اساسی نوشته تصویری ناقص و نارسا از واقعیت ارائه می کند؟ با گرایش و تمایل جامعه به تغییر، قانون اساسی هم ناگزیر باید تغییر کند در غیر این صورت به حاشیه رانده شده و فراموش خواهد شد و حتی بدتر از آن تنها آثار و بقایایی از آن دیده خواهد شد و حتی مانع رشد و توسعه و زندگی عادی جامعه خواهد شد. در مواقع بسیاری بازنگری از طریق رسمی تقریباً غیرممکن است و چنان تشریفات و آیینی باید طی شود که افق اصلاح قانون اساسی را تیره و تار می کند و راه رسمی بازنگری نشدنی و دشوار به نظر می رسد، مانند تشریفات و آیینی که در اصل ۱۷۷ قانون اساسی ایران پیش بینی شده است؛ بنابراین توسل به مفهوم «قانون اساسی زنده و جاری» روش عمل گرایانه پیش روی ماست تا تغییرات و تحولات قانون اساسی را پیگیری کنیم. «قانون اساسی زنده قانون اساسی است که متحول می شود و در گذر زمان تغییر می کند و با شرایط جدید هماهنگ می شود بدون آن که رسماً بازنگری شده باشد.» (Strauss, 2000; 1)

چنین تصویری از قانون اساسی زنده بلافاصله با سؤالات و ابهاماتی مواجه می شود. از یک سو اندیشه قانون اساسی که دائماً در حال تحول است به اصلی که به موجب آن اصول قانون اساسی باید دوام و ثبات داشته باشند اعتنا نمی کند؛ علت وجودی اصول قانون اساسی و سازوکارهای قانون اساسی های سخت - قانون اساسی هایی که روش بازنگری در آن ها دشوار و تابع تشریفات و آیین های ویژه ای است - دقیقاً این است که از تغییرات در امان باشند. تغییراتی که اغلب به خواست

حکومت و در راستای حفظ منافع طبقه حاکم است. از سوی دیگر فکر پذیرفتن یک قانون اساسی نرم یا چکش خور تنها بیم از ملعبه و بازیچه شدن متن قانون اساسی را، در جهت فراهم کردن نتایج سیاسی مطلوب صاحبان قدرت، تشدید می کند؛ بنابراین می بینیم که فکر قانون اساسی زنده با چنین سؤالات و نقاط ابهامی مواجه است. پس چگونه می توان قانون اساسی داشت که هم زمان زنده، قابل تطبیق با شرایط جدید، متحول اما در عین حال در برابر سوءاستفاده به شدت با ثبات باشد؟ (Strauss, 2000; 2)

نخستین گام ها در تغییر غیررسمی اصل ۴۴

هاشمی رفسنجانی در خاطرات خود می نویسد: «... کار دولت که به کابینه «کار، بازسازی و سازندگی» شهرت یافت ... بر اساس برنامه پنج ساله اول که با الهام از سیاست های کلی مصوب امام راحل در امر بازسازی و سازندگی، پس از جنگ هشت ساله، در دولت تنظیم شده و به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده بود ... پیش می رفت» (Hashemi, 2014; 7).

از توضیح رئیس جمهور وقت چنین برمی آید که از مدت ها پیش به موانع احتمالی سازندگی و بازسازی، به دلیل رویکرد حاکم بر اصل ۴۴ و احتمالاً موانعی که پیش تر در برخی موضوعات آشکار شده بود، اندیشیده می شد و به دلیل مشکلاتی که «در تعامل با شورای نگهبان» وجود داشت و برای رفع این موانع احتمالی، این موضوعات، به طور کلی به تصویب بالاترین مرجع سیاسی، یعنی رهبر انقلاب، و نهاد قانون گذاری، رسیده بود. از سوی دیگر در سال های اولیه انقلاب نیز اندک اندک در تصور ابتدایی از اقتصاد دولتی رخنه افتاده بود^۱. این رویکرد از این حیث لازم به توضیح و توجه است که تغییر غیررسمی قانون اساسی برای آن که دوام و بقا یابد می بایست با اجماع نیروهای مؤثر سیاسی انجام شود و شرایط عمومی کشور و درایت دست اندرکاران موضوع این تغییر غیررسمی را در فضایی صلح آمیز و اجتماعی پیش می برد و از این حیث الزامات تغییر غیررسمی قانون اساسی را رعایت می کرد تا با کسب مشروعیت سمت و

۱- در این سال ها حرکت هایی برای اصلاح ساختار اقتصاد دولتی و انحصار دولت در عرصه های مهم اقتصاد کشور انجام شده بود. فرمان مورخ ۱۳۶۴/۴/۶ رهبر انقلاب بر تعیین تکلیف اموال در اختیار قوه قضاییه و مجریه از آن جمله است.

سوی تجاوز و تعرض به قانون اساسی نگیرد؛ بنابراین می‌توان گفت که فکر تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و بازنگری در آن از این هنگام آغاز و تکامل یافته است.

پیش از انقلاب اسلامی در دهه ۱۳۴۰ مرحله نخست خصوصی‌سازی در ایران، از طریق واگذاری سهام به کارگران و سهام شدن آن‌ها در سود کارخانجات آغاز شد. در این مرحله فعالیت‌های اقتصادی دولت، که در سایه برنامه‌های دولتی سازی از دوره پهلوی اول، گسترش یافته بود به شدت کاهش یافت و بخش خصوصی از سهم قابل توجهی در اقتصاد برخوردار شد. (Ahmad Amoui, 2003; 11)

اما پس از پیروزی انقلاب اسلامی به دلیل برداشت‌های متفاوت از اصل ۴۴ قانون اساسی، به‌ویژه ضرورت‌های ناشی از شرایط جنگ در کشور، مجدداً شرکت‌های متعدد دولتی فعال و دولت نقش فزاینده‌ای در اقتصاد کسب کرد. از این رو پس از اتمام جنگ تحمیلی و اجرای برنامه‌های توسعه و به‌انگیزه برخورداری از مشارکت بخش خصوصی در اقتصاد، مجدداً خصوصی‌سازی از سال ۱۳۶۸ در قالب برنامه و قوانین بودجه در دستور کار قرار گرفت.

چنانکه برخی از دست‌اندرکاران و مدیران اقتصادی وقت گفته‌اند: در این مرحله، با وجود تصریح قانون به خصوصی‌سازی و الزام دولت به کاهش تصدی‌های اجتماعی خود، به دلیل استمرار تعارض دیدگاه‌ها و برداشت‌های متفاوت از صدر و ذیل اصل ۴۴ قانون اساسی، خصوصی‌سازی از پیشرفت مناسبی برخوردار نبود- (Nobakht and Abdo Tabrizi, 2010; 15; 16)

بنابراین به تعبیر مدیران اقتصادی «به دلیل استمرار تعارض دیدگاه‌ها و برداشت‌های متفاوت از صدر و ذیل اصل ۴۴ قانون اساسی» سیاست‌های اقتصادی دولت با مانع مواجه شده بود. برای رفع این مانع علاوه بر درج این موضوع در سیاست‌های کلی، برنامه چهارم به‌صورت سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی از سوی رهبری ابلاغ شد و به‌عنوان یک منشور اقتصادی در دستور کار ارکان مختلف نظام جمهوری اسلامی ایران قرار گرفت. تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با استقبال جامعه اقتصادی مواجه شد. اقتصاددانانی مانند محمد نهایندیان از این سیاست‌ها به «منشور اقتصادی» و «مهم‌ترین اقدام در زمینه اقتصاد کشور» یاد کرده‌اند (Naqhibi, 209;6).

فرایند تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴

پس از آن که مجمع تشخیص مصلحت نظام، با بررسی‌های طولانی، سیاست‌های کلی در مورد

بخش‌های اقتصادی کشور موضوع صدر اصل ۴۴ را تدوین و به رهبری ارائه داد، بندهای الف، ب، د و ه در خردادماه ۱۳۸۴ و بند ج در تیرماه ۱۳۸۵ تصویب و ابلاغ شد.

از منظر تغییر غیررسمی قانون اساسی، این نکته از دیدگاه برخی حقوقدانان فعال در عرصه اقتصادی به دور نمانده و به درستی گفته‌اند که «در زمینه حقوق اساسی ایران، پس از بازنگری قانون اساسی ... در سال ۱۳۶۸، بی‌تردید مهم‌ترین رویداد، ابلاغ سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی است» (نقیبی، ۱۳۸۸؛ ۷)؛ بنابراین تصویب سیاست‌های اصل ۴۴ «بی‌تردید مهم‌ترین رویداد» در زمینه حقوق اساسی ایران بوده است. توضیح این اهمیت به دلیل تغییری است که این سیاست‌ها در این اصل و به تبع در نظام اقتصادی وارد کرد. نویسندگان عبارات آگاهانه و به دقت و عامداً قاصداً تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ را با «بازنگری قانون اساسی» مقایسه کرده و از این طریق نشان داده است که تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ عملی در ردیف و در حکم بازنگری در قانون اساسی بوده است.

اصل ۴۴ قانون اساسی کنونی یکی از نمونه‌هایی است که به خوبی اهمیت تمایز، از یک سو، میان قانون اساسی نوشته و نانوشته و از سوی دیگر میان بازنگری رسمی و غیررسمی در قانون اساسی را آشکار می‌کند. سرگذشت این اصل و معنایی که امروز از آن فهمیده می‌شود نشان می‌دهد که برای فهم و توضیح قانون اساسی نباید به متن قانون اساسی بسنده کرد. هم‌چنین توجه به تحولات بعدی این اصل نشان خواهد داد که بسنده کردن به حکم مندرج در قانون اساسی تا چه میزان می‌تواند گمراه کننده باشد. سرگذشت این اصل یکی از نمونه‌هایی است که نشان می‌دهد چگونه یک گزاره حقوقی می‌تواند مبنای دو ماهیت متفاوت بوده باشد و در دوران سلطنت و حاکمیت یک لفظ دو معنا زندگی کرده باشد. از سوی دیگر توجه به این اصل از این حقیقت پرده بر می‌دارد که قانون اساسی ممکن است از راهی غیر از راه رسمی مقرر در قانون بازنگری شود.

از دیدگاه اصل ۴۴ قانون اساسی می‌توان نظام اقتصادی ایران را به دو دوره متمایز تقسیم کرد. هر دو دوره، علی‌رغم تفاوت‌های فراوان، در حضور یک اصل قانون اساسی جاری بوده‌اند. تفسیر موسّع این اصل پس از آغاز دوره سازندگی و سپس در مجمع تشخیص مصلحت نظام، همان گونه

که در هنگام مذاکرات آن برخی از اعضاء هم اشاره کرده بودند، با نصّ اصل ۴۴ ناسازگار بود.^۱ این موضوع یکی از نمونه‌هایی است که اهمیت سیر تحولات و نقش درجه اول آن را در فهم قانون اساسی و اساس دولت نشان می‌دهد. اثبات می‌کند که چگونه واقعیت عمل سیاسی - که در اینجا یک موضوع اقتصادی است - با حکم قانون اساسی متفاوت است. اساس دولت، یعنی حکم قانون اساسی واقعی، در اینجا آن عملی است که نظام سیاسی برای انجام آن به اجماع رسیده است. سرگذشت اصل ۴۴ نشان می‌دهد که چگونه واقعیت سیاسی حکم قانون اساسی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. به عبارت دیگر چگونه محتوای اصل ۴۴ قانون اساسی برای پیشبرد سیاست‌های اقتصادی دوران سازندگی در دولت هاشمی رفسنجانی ناکافی و مانع بود و چنین جمع‌بندی از مسائل عمومی کشور بر فهم یکی از اصول قانون اساسی و بازنگری غیررسمی قانون اساسی راه را هموار کرد.

در زمان تصویب اصل ۴۴ قانون اساسی جو بدبینی و وحشت زیادی از تسلط بخش خصوصی بر اقتصاد و رفتن به سمت احتکار و انحصار وجود داشت ... لذا بخش خصوصی شامل آن قسمت از فعالیت‌های اقتصادی دانسته شده که مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی باشد (Mehrpour, 2008 ; 94-95).^۲ بر اساس چنین زمینه‌ای در اصل ۴۴ قانون اساسی، نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی استوار شده است. بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه‌آهن و مانند این‌ها است که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است. بخش تعاونی شامل شرکت‌ها و مؤسسات تعاونی تولید و توزیع است و بخش

۱- مناظره نامزدهای دهمین دوره ریاست جمهوری، میرحسین موسوی و محسن رضایی در شبکه چهار سیما مورخ ۱۴ خرداد ۱۳۸۸. رضایی در آن جلسه از موسوی پرسید: «آقای میرحسین اگر یادشان باشد در زمانی که داشتیم سیاست‌های اصل ۴۴ را می‌نوشتیم ادعا کردند این کار به منزله تغییر قانون اساسی است» و موسوی پاسخ داد: «این که ما اصول قانون اساسی را تا این اندازه وسیع تفسیر کنیم بنده موافق نیستم ... تا این اندازه که ما یک اصلی را باز می‌کنیم بهتر است [برای] این اصل از آن اصلی که مربوط به تغییر قانون اساسی است استفاده کنیم». سایت تحلیلی خبری عصر ایران، کد خبر ۷۴۳۳۸.

۲- رک به سخنان هاشمی رفسنجانی و دیگران در همایش ملی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در ۱ و ۲ بهمن ۱۳۸۵.

خصوصی مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی است.

پس از پایان جنگ و آغاز دوران سازندگی و الزامات اقتصادی آن که نیازمند حضور گسترده بخش خصوصی بود این اصل نمی‌توانست نیازهای سازندگی و توسعه اقتصادی را پاسخ دهد. بار تصمیم‌گیری آن‌چنان افزایش یافته بود که از ظرفیت دست اندرکاران وقت خارج می‌بود. توصیه‌هایی از هر سو برای اهمیت دادن به بخش خصوصی در بخش کشاورزی، صنعت و تجارت شنیده می‌شد و این که بطلان نظر دولتی کردن امور ثابت شده است. (Shirazi, 2014; 124) ^۱ سازندگی نیازمند باز شدن دریچه‌های اقتصادی برای مشارکت مردم و جذب سرمایه‌های خصوصی بود.

تصریح قانون اساسی موجب شد تا در دوره اول ریاست جمهوری آقای هاشمی رفسنجانی استفساریه‌ای به شورای نگهبان ارسال شود. از شورا پرسیده شده بود: آیا مقصود از بخش دولتی، مدیریت و نظارت دولت بر فعالیت‌های اقتصادی مقرر در صدر اصل مزبور است و واگذاری بخش‌هایی از آن فعالیت‌ها به بخش خصوصی، که هدایت و نظارت کلی با دولت باشد، منافاتی با آن اصل ندارد؟ شورای نگهبان، که گفته می‌شود، در آن موقع آمادگی چنین اظهارنظری را نداشته، نظر مخالفی هم ابراز نمی‌کند و شفاهاً توصیه می‌کند که رئیس‌جمهور استفسار خود را پس بگیرد و درخواست خود را در قالب لایحه‌ای به مجلس تقدیم کند تا در مجلس قانون لازم با همین برداشت تصویب شود و شورای نگهبان هم احتمالاً با همین نوع برداشت با مصوبه مجلس برخورد کند ^۲. رئیس‌جمهور استفسار خود را پس گرفت ولی در آن موقع، قانونی در این موضوع تصویب نشد (Mehrpour, 2008 ; 97-98)

برخورد الزامات توسعه اقتصادی با قانون اساسی تا تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در سه بند ادامه یافت. سیاست‌های کلی اصل ۴۴ این اصل را در جهت حضور فعال بخش تعاونی و

۱- حسینعلی منتظری (رسالت، ۶۷/۱۱/۲۹)، محمدصادق حائری شیرازی (۶۷/۱۰/۵)، صادق خلخالی (۶۷/۸/۱۴).

۲- احتمالاً یکی از علل چنین نظری این بوده که نظر تفسیری شورا نیازمند موافقت سه چهارم اعضای شورا است درحالی‌که اظهارنظر در خصوص عدم مخالفت قانون با قانون اساسی یا شرع نیازمند رأی اکثریت مطلق اعضا است. از سوی دیگر به نظر می‌رسد علاوه بر هژمونی دوران سازندگی و تأثیر آن بر تفسیری موافق با الزامات سازندگی، مخالفت اصولی فقها با تحدید حدود فعالیت‌های بخش خصوصی و گسترش دادن بخش دولتی که با مذاق فقه سازگار نیست همراهی و همکاری فقهای شورای نگهبان را بر می‌انگیخت.

خصوصی در اقتصاد تعدیل کرد. (Ibid; 97-98) این اقدام به استناد قسمت اخیر اصل ۴۴ انجام شد که می گوید: «مالکیت در این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است. تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می کند.» اما همان گونه که پیش تر برخی از حقوقدانان به درستی گفته اند «تصویب و اجرای این ضوابط و مقررات بیش از آن که تعیین سیاست های کلی باشد نوعی بازنگری یا حداقل تفسیر قانون اساسی است» (Ibid)

سیاست های جدید خصوصی سازی، به عنوان قیدی بر اطلاق اصل ۴۴، به صورت جدی در برنامه پنج ساله اول توسعه کشور (۱۳۷۲-۱۳۶۸) مطرح گردید. اگرچه این سیاست ها به صورت عام مطرح شدند (Askari Nejad; 2008)

اگر در قالب فرمول پیشنهادی آکرمن این موضوع را توضیح دهیم، این طور می توانیم بگوییم که پس از آن که چنین علامت و نشانه ای به اقتصاد ایران داده شده یا اقتصاد ایران چنین پیامی را به سیاستمداران منتقل کرد و سازندگی و توسعه کشور دریافت که راهی جز گام نهادن در راه خصوصی سازی ندارد؛ لذا در مرحله بعد این تغییرات را در برنامه های اقتصادی و تصمیمات دولت به عنوان گزینه پیش روی اقتصاد ایران پیشنهاد داد و آنگاه در صحن علنی جامعه از آن پرده برداشت. سپس از طریق تصویب سیاست های کلی اصل ۴۴ آن را تصویب و سپس با تداوم آن در قوانین و مقررات دیگر و تصویب مجموعه ای از قوانین مرتبط این فرایند را تثبیت کرد.

اما این تفسیر و بازنگری در اصل ۴۴ قانون اساسی از مجرای نهادهای پیش بینی شده در قانون اساسی عبور نکرد و راه دیگری در پیش گرفت. این داوری حقوقدانان و ناظران سیاسی بار دیگر نشان می دهد که در فهم و توضیح حقوق اساسی نمی توان به متن قانون اساسی اکتفا کرد. بلکه عمل و رویه نهادهای دیگری غیر از نهادهای دارای صلاحیت قانونی می تواند قانون اساسی را «نوعی بازنگری» یا دست کم «تفسیر» کنند.

مجمع تشخیص مصلحت نظام در مقدمه و در موجهات سیاست های اصل ۴۴ گفته است: «به منظور شتاب بخشیدن به رشد اقتصاد ملی، گسترش مالکیت در سطح عموم مردم به منظور تأمین عدالت اجتماعی، ارتقاء کارآیی بنگاه های اقتصادی و بهره وری منابع مادی و انسانی و فناوری، افزایش رقابت پذیری در اقتصاد ملی، افزایش سهم بخش های خصوصی و تعاونی در اقتصاد ملی،

کاستن از بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی فعالیت‌های اقتصادی، افزایش سطح عمومی اشتغال، تشویق اقشار مردم به پس‌انداز و سرمایه‌گذاری و بهبود درآمد خانوارها. مقرر می‌گردد: ۱- دولت حق فعالیت اقتصادی جدید خارج از موارد صدر اصل ۴۴ را ندارد و موظف است هرگونه فعالیت (شامل تداوم فعالیت‌های قبلی و بهره‌برداری از آن) را که مشمول عناوین صدر اصل ۴۴ نباشد، حداکثر تا پایان برنامه پنج‌ساله چهارم (سالیانه ۲۰٪ کاهش فعالیت) به بخش‌های تعاونی و خصوصی و عمومی غیردولتی واگذار کند».

بنابر سیاست‌های اصل ۴۴ می‌توان دو نتیجه گرفت: نخست: دولت حق فعالیت اقتصادی جدید خارج از موارد صدر اصل ۴۴ ندارد و قلمرو فعالیت‌های اقتصادی دولت در اصل ۴۴ احصاء شده‌اند. هم‌چنین اگر دولت بنگاه اقتصادی اداره می‌کند که خارج از موارد مندرج در اصل ۴۴ است می‌بایست به بخش‌های دیگر واگذار کند. سیاست‌های کلی حکم تمثیلی مندرج در صدر اصل را به حکم حصری تبدیل کرده است. دوم: سیاست‌های کلی اصل ۴۴ هم‌چنین قیدهایی بر موارد مندرج در صدر اصل وارد کرده و موارد مندرج در صدر اصل را تخصیص زده است؛ یعنی مواردی که بنابر نص قانون اساسی صریحاً در قلمرو فعالیت دولت هستند، بنگاه‌های اقتصادی نهادهای عمومی غیردولتی، تعاونی و خصوصی، نیز، می‌توانند در آن سرمایه‌گذاری کنند و مالکیت و مدیریت آن را بر عهده بگیرند.

می‌توان گفت الفاظ و عبارات قانون اساسی شباهت به نت‌های موسیقی یا متن نمایشنامه‌ای دارند. کلمات و الفاظ قانون مانند نت یا متن نمایشنامه، تنها نشانه و علائم قراردادی هستند. همان‌گونه که نوازندگان و بازیگران، نت‌های موسیقی و نمایشنامه را به فراخور مهارت و خبرگی-شان می‌نوازند و اجرا می‌کنند، اصول قانون اساسی هم به فراخور توانایی و امکانات بازیگران عرصه سیاست اجرا می‌شوند؛ بنابراین قانون اساسی مستقل از بازیگرانی که بدان عمل می‌کنند وجود ندارد. از نظر این دسته «این مثال نشان‌دهنده عرضِ عریضِ تفسیر قانون است» ایشان از این مقدمات نتیجه می‌گیرند که «این تفسیرها ... تابعی از واقعیت اجتماعی و به معنای دیگر توازن قدرت در بطن جامعه بوده است، بنابراین تفسیر موافق با گرایش‌های مذکور، صرفاً از خلال تغییر در موازنه قوای اجتماعی امکان‌پذیر است در نتیجه برای حصول به چنین تفسیری باید این موازنه را به نفع نیروهای طالب مردم‌سالاری تغییر داد. ... هنگامی که توازن قوای اجتماعی به نفع گروه خاصی تغییر کند، انعکاس آن در مرجع تفسیر قانون مشاهده خواهد شد.» (Abdi, 2009)

قانون اساسی متنی است که تنها یک معنا از آن فهمیده نمی‌شود و بالقوه آستن معانی گوناگونی است. تفسیر قانون اساسی تابعی از برآیند نیروها و روابط قدرت است و بازیگران سیاسی در عرصه عمل سیاسی با نظر به توازن قدرت دست به انتخاب این یا آن معنی از قانون اساسی می‌زنند. به عبارت دیگر «قانون اساسی فی نفسه موضعی ندارد» بلکه هر کسی از ظن خود یار آن می‌شود و آن را در خدمت اهداف خود می‌گیرد (Bastien François, 1996, 258).

اصل ۴۴ قانون اساسی ج.ا.ا. پیش از آن که با جایگزین شدن اصلی به جای آن منسوخ شود با جهت‌گیری اقتصادی دولت به سمت و سوی مخالف با آن نسخ شده است. از آن پس اصل ۴۴ تنها الفاظی بود که ضرورت زمانه سمت و سویی غیر از آن می‌طلبد و باور اقتصادی به آن در اداره صحیح کشور از میان رفته و به تبع آن نیروی الزام‌آور سیاسی از پشت آن برداشته شده بود. وقتی پشتوانه و الزام سیاسی یک قاعده حقوقی رفع می‌شود و نظام سیاسی و مردم دیگر آن قاعده را اجرا نمی‌کنند، عملاً قاعده‌ای وجود ندارد.

چند استثناء در شمول سیاست‌های کلی اصل ۴۴

در تحلیل تفسیر شورای نگهبان در خصوص موارد مندرج در صدر اصل (بخش دولتی) باید قائل به تفصیل شد؛ یعنی امکان واگذاری برخی از موارد صدر اصل به بخش غیردولتی به سبب اهمیت و نقش محوری آن‌ها در اقتصاد کشور اساساً هیچ‌گاه پذیرفته نشد و همواره با ذیل اصل منطبق انگاشته نشد. مواردی مانند سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیتهای و بنگاه‌هایی مانند شبکه‌های مادر مخابراتی، معادن نفت و گاز، بانک مرکزی، بیمه مرکزی، شبکه‌های اصلی انتقال برق، سازمان هواپیمایی، سازمان بنادر و کشتیرانی، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی و رادیو و تلویزیون منحصراً در اختیار دولت قلمداد شده است.

به بیان دیگر، در خصوص تحقق مفاد ذیل اصل در برخی موارد، چنان که پایین‌تر خواهیم دید، همچون رادیو و تلویزیون شورا رأساً ارزیابی کرده و تشخیص خود را معتبر دانسته است. در این مورد، درواقع شورای نگهبان ارزیابی تشخیص مجلس را از نظر رعایت قیود مندرج در ذیل اصل را در صلاحیت خود می‌داند. درحالی که در بسیاری موارد دیگر همچون بانکداری و بیمه، صرف توجه مجلس به ذیل اصل و تصریح به این که مصوبه مانحن فیه شرایط ذیل اصل را تأمین می‌کند،

کافی دانسته و تحقق یا عدم تحقق شرایط ذیل اصل را ارزیابی نکرده است (Tahan Nazif, and Mansoorian, 206; 63).

شورای نگهبان در پاسخ به استفسار محمد یزدی، عضو شورا مورخ ۱۳۷۹/۴/۲ و علی لاریجانی، رئیس وقت سازمان صداوسیما، که به ترتیب، پرسیده بودند: «ب- آیا مطابق اصل چهل و چهارم قانون اساسی امکان ایجاد و راه اندازی شبکه های خصوصی رادیویی و تلویزیونی وجود دارد یا خیر؟» ۲- تفسیر آن شورای محترم نسبت به اصل چهل و چهارم قانون اساسی در خصوص موارد ذیل به چه ترتیبی است؟ آیا اجازه تأسیس و راه اندازی رادیو و تلویزیون و یا شبکه های خصوصی در داخل یا خارج از کشور و یا انتشار فراگیر (مانند ماهواره، فرستنده، فیبر نوری و...) برای مردم در قالب امواج رادیویی و کابلی غیر از سازمان صداوسیمای جمهوری اسلامی ایران مجاز می باشد؟

«ب- ... مطابق نص صریح اصل چهل و چهارم قانون اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران رادیو و تلویزیون دولتی است و تأسیس و راه اندازی شبکه های خصوصی رادیویی و تلویزیونی به هر نحو، مغایر این اصل می باشد. بدین جهت انتشار و پخش برنامه های صوتی و تصویری از طریق سیستم های فنی قابل انتشار فراگیر (همانند ماهواره، فرستنده، فیبر نوری و غیره) برای مردم در قالب امواج رادیویی و کابلی غیر از سازمان صداوسیمای جمهوری اسلامی ایران خلاف اصل مذکور است»^۱. (Nazariy-e Tafsiri, No 79/21/979 - 1379/7/10).

با توجه به بحث هایی که درباره مصادیق اقتصادی اصل ۴۴ مطرح شد به نظر می رسد تفسیر شورای نگهبان درباره یکی از مصادیق غیر اقتصادی اصل ۴۴ یعنی رادیو و تلویزیون جالب توجه است و نشان می دهد که چنانچه روزی در پرتو تغییر در آرایش نیروهای سیاسی رویکرد کنونی به صداوسیما با چالش و ناکارآمدی مواجه شود همه امکانات و مفاهیم و سابقه موجود برای تغییر چنین تفسیری به کار خواهد افتاد بنابراین اصالت و حقیقتی در این تفاسیر نیست و همه این

۱- از دیدگاه استدلال حقوقی این اشکال به صورت بندی نظریه تفسیری شورای نگهبان وارد است که شورا می تواند با استناد به اصل ۱۷۵ شکلی قابل دفاع تر از نظر تفسیری خود عرضه کند در حالی که استناد به اصل ۴۴ در این نظریه تفسیری، با توجه به سیاست های کلی اصل ۴۴، در این خصوص فاقد چنین انسجامی است. به عبارت دیگر کلیت حاکمیت نه تنها باید دیدگاهی کل نگر به قانون اساسی بلکه به کل اجزاء نظام حقوقی داشته باشد تا از تناقض های احتمالی پرهیز شود.

تفسیرها در خدمت کارآمدی دولت هستند و این مفهوم اخیر است که هم چون خورشید به این ستاره‌ها (اصول قانون اساسی) نور می‌تاباند.

از منظر تغییر غیررسمی قانون اساسی هم‌چنین باید این نکته توضیح داده شود که نهاد نگهبان و مفسر قانون اساسی بر مبنای روابط الفاظ و اصول قانون اساسی این متن را تفسیر نمی‌کند بلکه بنابر مصالحی که تشخیص می‌دهد این الفاظ و اصول را باز تنظیم می‌کند و سامان می‌دهد و بنابر مصالح خود بر برخی تأکید و در برخی دیگر تسهیل می‌کند. برای مثال نهاد نگهبان قانون اساسی، در خصوص تحقق مفاد ذیل اصل ۴۴ در برخی موارد همچون رادیو و تلویزیون به ارزیابی پرداخته و تشخیص خود را معتبر دانسته است. درواقع شورای نگهبان ارزیابی تشخیص مجلس را از نظر رعایت قیود چهارگانه ذیل اصل در صلاحیت خود می‌داند. این در حالی است که شورای نگهبان در بسیاری موارد دیگر هم چون بانکداری و بیمه، صرف توجه مجلس به ذیل اصل و تصریح به این که مصوبه مدنظر شرایط ذیل اصل را محقق می‌کند، وافی به مقصود دانسته و به ارزیابی تشخیص این که آیا در عمل شرایط ذیل اصل محقق می‌شود یا خیر، نپرداخته است (Tahan, Nazif, and Mansoorian, 206; 63).

از منظر بحث‌هایی که درباره اصل ۴۴ قانون اساسی و سیاست‌های کلی اصل مطرح شد و فرایند چنین تغییر و تحولی و ضرورت‌های آن توضیح داده شده، توجه به پاسخ استفسار درباره صداوسیما بهتر فهمیده می‌شود. تصریح شورای نگهبان به این که «مطابق نصّ صریح اصل چهل و چهارم قانون اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران رادیو و تلویزیون دولتی است و تأسیس و راه‌اندازی شبکه‌های خصوصی رادیویی و تلویزیونی به هر نحو، مغایر این اصل می‌باشد» در پرتو بحث‌های سیاست‌های کلی اصل ۴۴ رنگ می‌بازد. چراکه بسیاری از مواردی هم که امروز بیرون از اصل ۴۴ فهمیده می‌شوند روزی «مطابق نصّ صریح اصل چهل و چهارم قانون اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران» دولتی بودند و تأسیس و راه‌اندازی نوع خصوصی آن‌ها به هر نحو، مغایر اصل ۴۴ بود. به عبارت دیگر شورای نگهبان هیچ دلیلی ندارد که بر مبنای آن مدعی باشد که «ذیل» اصل ۴۴ به این مصداق اصل تسری ندارد و از آن مستثنی است و بدین ترتیب ترجیح بلامرجح است؛ بنابراین چنانچه روزی تأسیس و راه‌اندازی شبکه‌های خصوصی رادیویی و تلویزیونی مشمول یکی از سه قید مندرج در «ذیل» اصل ۴۴ شود یا مانند مصادیق اقتصادی اصل، کشتی‌آن‌رانیست دیگری آید در تغییر یا اصلاح رسمی و غیررسمی آن تردید نخواهد کرد.

چنین تفسیری از یکی از مصادیق اصل ۴۴ و استثنا این مصداق از سایر مصادیق در تفسیر شورای نگهبان در درجه اول اشکالی در روش تفسیر و نظریه تفسیری شورای نگهبان آشکار می‌کند که شورا در تفسیر خود هیچ مبنایی برای علت استثنا کردن این مورد از موارد دیگر ارائه نمی‌کند بلکه تفسیری عرضه می‌کند که سیاست‌های کلی اصل ۴۴ را به چالش می‌کشد. شورا در این مورد نتوانسته راهی انتخاب کند که در عین آن که این مورد را از شمول حکم سیاست‌های کلی اصل ۴۴ خارج کند اما تفسیر او تعرض به سیاست‌های اصل ۴۴ نباشد. این اشکال ناشی از فقدان نظریه‌ای منسجم در فهم قانون اساسی و به تبع تفسیر آن است.

بعلاوه این مبنای دوگانه در تفسیر موارد مندرج در اصل ۴۴، از منظر تغییر غیررسمی قانون اساسی نکته مهم‌تری را برملا می‌کند؛ یعنی تغییر غیررسمی یک اصل تنها مواردی را که هدف گرفته اصلاح می‌کند و تغییر می‌دهد و موارد دیگر را از شمول آن استثنا می‌کند و به منطق قانون اساسی سخت و انعطاف ناپذیر می‌سپارد چرا که با مصالحی که می‌شناسد سازگار نمی‌یابد. به تعبیری دقیق‌تر بنابر «مصالح» دوگانه عمل می‌کند. در واقع با توجه به رویکرد سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به این اصل و رویکرد شورای نگهبان دو مبنای متفاوت مشاهده می‌کنیم که در نوع خود می‌تواند نقصی در نظریه حقوق اساسی باشد. به عبارت دیگر تغییر غیررسمی قانون اساسی در این جا سمت و سویی گرفته که با تفسیر شورای نگهبان از یکی از مصادیق اصل تعارض پیدا کرده است. به عبارت دیگر می‌توان گفت که شورای نگهبان در تفسیر یکی از مصادیق این اصل اساساً توجهی به تحولات این اصل که از سال‌ها قبل آغاز شده بود نکرده و هیچ کوششی نکرده تا در تفسیر مختار خود مبنایی و استدلالی به کار برد که به روند آغاز شده تغییر غیررسمی قانون اساسی برخورد نکند و با آن تعارض نداشته باشد. چنین تفسیری ضعف نظریه حقوق اساسی ایران‌رانشان می‌دهد که اجزای مختلف نهادهای قانونی نمی‌توانند در بستری منسجم و ذیل نظریه‌ای یکپارچه و یکدست عمل کنند. نظریه حقوق اساسی در ایران و شورای نگهبان، به عنوان یکی از اجزای آن، توجهی به این جریان‌ات و امواجی که در بستر حقوق اساسی ایران حرکت می‌کنند ندارد و به همین دلیل نمی‌تواند تفسیری منسجم از اصول قانون اساسی عرضه کند تفسیری که با برداشت‌ها و دریافت‌های دیگر بخش‌های نهادهای قانونی سازگار و هماهنگ باشد. این اشکال، نقص و نارسایی در سطح نظریه حقوق اساسی است و بر عهده دانشکده‌های حقوق و استادان حقوق اساسی است تا راهی برای تفسیر منسجمی میان قواعد نوشته و نانوشته قانون اساسی عرضه کنند.

نتیجه

هنگامی که احکام مندرج در اصول قانون اساسی با واقعیات خارجی تفاوت دارند به تدریج فاصله‌ای میان الفاظ و واقعیات پیدا می‌شود. فرایند فاصله گرفتن لفظ قانون اساسی با واقعیات خارجی را تغییر غیررسمی قانون اساسی می‌گوییم. گاهی این تغییرات بدون آن که مصوبه‌ای قانونی در میان باشد معمول و مجری است و گاهی با مصوبه‌ای قانونی رسمیت پیدا می‌کند. این هر دو صورت به دلیل اجماع و اتفاق اداره کنندگان کشور بدون آن که با مانعی برخورد کند جریان پیدا می‌کند و همچون الزامی گریزناپذیر خود را بر همه ارکان و اجزاء مملکت تحمیل می‌کند. اغلب چنین اتفاق می‌افتد که پیش از آن که مصوبه‌ای قانونی این تغییرات را کلید بزند، این جابجایی‌ها در باورها و افکار و آمال نشو و نما پیدا می‌کند و سپس به تدریج در بخش‌های مختلف و جزئی اجرا می‌شود تا مبنایی برای اقدامات مهم‌تر فراهم می‌کند. بدین ترتیب آرام آرام پیش می‌رود و راه خود را در تغییر تدریجی اصل باز می‌کند.

از این دیدگاه استدلال‌های حقوقی برای جا دادن سیاست‌های کلی اصل ۴۴ ذیل بند ۱ اصل ۱۱۰ قابل قبول نیست (Tahan Nazif, and Mansoorian, 206; 56). چرا که اولاً اصل ۱۷۷ تنها محمل بازنگری رسمی قانون اساسی است ثانیاً حتی بنابر نظری که معتقد است: سیاست‌های کلی در نظام حقوق اساسی ایران مافوق قانون عادی و مادون اصول قانون اساسی هستند، بنابراین چنین جایگاهی نمی‌تواند منجر به معارضه میان سیاست‌های کلی و اصل قانون اساسی شود. ثالثاً این نظر نیز مانند نظر کسانی که معتقدند: از آنجا که سیاست‌های کلی اصل ۴۴ فرایند مندرج در اصل ۱۷۷ را طی نکرده آشکارا با قانون اساسی ناسازگار است؛ از نشناختن جایگاهی برای اصول نانوشته قانون اساسی و روش تغییر غیررسمی قانون اساسی رنج می‌برند و این تشتت در نظریه حقوق اساسی ناشی از نشناختن این مفهوم و معیارهای شناسایی آن است. نظر نخست این تغییر در حکم قانون اساسی را بر مبنای بند ۱ اصل ۱۱۰ توجیه می‌کند و نظر دوم آن را مخالف قانون اساسی می‌داند یعنی هیچ‌یک این تغییرات را بر اساس مبنای تغییر غیررسمی قانون اساسی قبول نمی‌کنند. در حالی که برای وارد کردن این مفهوم در نظریه حقوق اساسی باید معیارهایی برای شناسایی آن تعیین کرد و سپس آن را به عنوان یک مبنای جدید در تغییر قانون اساسی شناخت؛ بنابراین توسل به اصول دیگر قانون اساسی برای تبیین چنین موضوعی در حقوق اساسی نمی‌تواند چارچوب

مفهومی دقیق و منسجمی فراهم کند.

بنابراین نظر نویسندگانی که معتقدند: اصلاح اصل ۴۴ قانون اساسی خارج از چارچوب اصل ۱۷۷ «به طور قطع نقض قانون اساسی» است، از دیدگاه مفهوم تغییر غیررسمی قانون اساسی نادرست است. چنین دیدگاهی به دلیل نشناختن جایگاهی برای تغییر غیررسمی قانون اساسی توانسته است چنین نظری طرح کند. این دیدگاه به این دلیل ناکارآمد است که برای دیگر موارد تغییر غیررسمی قانون اساسی نمی تواند مبنایی در قانون اساسی بیابد. بعلاوه مفهوم تغییر غیررسمی حلقه پیوند همه این موارد است و می تواند آن ها را ذیل مفهوم و دستگای نظری طرح کند و ابعاد و اجزاء آن را توضیح دهد در صورتی که توضیحات شکلی و صوری ذیل اصول قانون اساسی نوشته نمی تواند ماهیت متفاوت این نوع تغییرات را آشکار کند.

نفس تصویب و ابلاغ سیاست های کلی نشان می دهد که نظام سیاسی درک واحد و منسجمی از اصل ۴۴ و حکم مندرج در ذیل آن نداشت و موانع مهمی برای استناد به ذیل اصل برای تخصیص صدر اصل وجود داشته و شورای نگهبان، در موضوع تقاضای تفسیر رئیس جمهور وقت از اصل ۴۴، به راحتی چنین درکی را قبول نمی کرده است؛ بنابراین تصویب و ابلاغ سیاست های کلی خود نشان دهنده عدول از محتوای اصل ۴۴ است و الا با وجود امکان استناد به ذیل اصل ۴۴ تصویب و ابلاغ سیاست های کلی اصل ۴۴ کاری عبث خواهد بود.

اما فاصله گرفتن از حکم مندرج در صدر اصل ۴۴ بخشی از فرایند تغییر غیررسمی قانون اساسی بود که سال ها پیش از تصویب و ابلاغ سیاست های کلی اصل ۴۴ و با تغییر جهت سیاست های اقتصادی دولت سازندگی آغاز شده بود و کل این فرایند تغییر غیررسمی گفته می شود و نه تنها مرحله تصویب و ابلاغ سیاست های کلی. به عبارت دیگر جریان تغییر غیررسمی حتی پیش از پایان جنگ و با مواردی مانند عدول از انحصار بازرگانی خارجی آغاز شده بود. حتی برخی از قوانین پیش از تصویب و ابلاغ سیاست ها تصویب شدند و در عین حال مغایر اصل ۴۴ تشخیص داده نشدند^۱. این موارد اخیر نیز چرخش کل نظام سیاسی کشور به سوی سیاست های جدید اقتصادی

۱- انون اجازه تأسیس بانک های غیر دولتی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱؛ ماده واحده قانون تأسیس مؤسسات بیمه غیردولتی در تاریخ ۱۳۸۰/۶/۶ و قانون تشویق سرمایه گذاری در طرح های آب کشور ۱۳۸۵/۳/۵؛ در قانون برنامه پنج ساله سوم توسعه (۱۳۷۹-۱۳۷۹)

حتی از سوی شورای نگهبان نیز با همراهی و همکاری مواجه شد و ایشان نیز این گردش و تغییر جهت را مشروع و موجه می‌دانستند و به همین دلیل با آن مخالفت نمی‌کردند. چنین موضعی از سوی شورا اوج مرحله تغییر غیررسمی و نانوشته اصل ۴۴ بود که با تصویب و ابلاغ سیاست‌های کلی رسمیت یافت و نوشته شد.^۱

پس این که گفته می‌شود: «امکان واگذاری‌ها پیش از ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز وجود داشته و صرف ابلاغ سیاست‌ها نمی‌تواند به معنای تغییر قانون اساسی باشد»، از این منظر که این نکته آغاز فرایند بازنگری غیررسمی بوده است، ادعای درستی است (Tahan Nazif, and Mansoorian, 206; 67). به عبارت دیگر تغییر اصل ۴۴ با سیاست‌های اقتصادی دوران سازندگی به طور همه‌جانبه رو به تغییر نهاد و با تغییر جهت گیرهای دولت در برنامه‌های اقتصادی صدر اصل ۴۴ قالب نهی می‌کرد. با این برنامه‌های اقتصادی بود که نظام اقتصادی دیگری جایگزین نظام اقتصادی مندرج در اصل ۴۴ شد و جای احکام صدر و ذیل اصل جایجا شد؛ بنابراین نقطه آغازین تغییر غیررسمی قانون اساسی در این زمان در حال وقوع بود و نه در زمان تصویب و ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴. مصوبه اخیر فتح نهایی تغییرات و تثبیت آن دستاوردها بود.

مفهوم تغییر غیررسمی قانون اساسی راهی را پیش‌روی ما باز می‌کند که برخی از ضرورت‌های اصلاح قانون اساسی را، چنانچه اجماع و اتفاق درباره آن وجود داشته باشد، بتوان به‌عنوان تغییراتی مشروع پذیرفت اما این راه دشوار و خطیر است و مادامی که نظریه حقوق اساسی نتواند معیارهای شناسایی موجهی برای آن پیش‌بینی کند به‌سادگی نمی‌توان در این راه باریک و تاریک گام نهاد. نظر ۷۳/۸/۲۴ شورای نگهبان درباره قانون پنج‌ساله دوم «با رعایت سیاست‌های اصل ۴۴» دیده شود. به استناد این نظر می‌توان گفت سیاست‌های اصل ۴۴ در اصل قانون اساسی بازنگری کرده است.

۱۳۸۳) خصوصی‌سازی شرکت‌های دولتی با عنوان «واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی» قرار داشت؛ در قانون برنامه چهارم توسعه (۱۳۸۸-۱۳۸۴) نیز با پیش‌بینی ۱۳ ماده درباره خصوصی‌سازی واگذاری‌های هدفمند پیش‌بینی شد. به‌نقل از: طحان نظیف و منصوریان، همان، ص ۶۷.

۱- حسین مهرپور، به عنوان یکی از حقوق‌دانانی که تجربه بیش از یک دهه حضور در شورای نگهبان داشته، تنها حقوق‌دانی است که در نوشته‌های خود به تحولات شورا توجه نشان داده و این نکات و دقایق را ثبت کرده است. در این نوشته به مدد همین توضیحات مختصر او در این باره توانستیم به برخی از وجوه این بحث پرتویی بیندازیم.

عباس آخوندی، صداوسیما و شبکه نمایش: توسعه انحصار و یا رقابت پذیری؟ اقتصاد نیوز

۱۳۹۹/۶/۲۲

References

- [1] Abbasi, Mansoureh. (2009). Challenges and Requirements of Privatization and Implementation of General Policies Article 44 of the Basic Law, Tehran, Tadbir-e Eghtesad Research Institute. (In Persian).
- [2] Abdi, Abbas. (2009). "Questions and Answers by Saeed Hajjarian and Abbas Abdi", Aftab News Agency, 4 May. (In Persian).
- [3] Abolhassani Hastiani, Asghar. (2001). "Study of Economic Principles of the Basic Law of the Islamic Republic of Iran from the Perspective of Economic Equilibrium and Imbalance", Research Quarterly of Imam Sadegh University, No. 13 and 14 spring and Summer (In Persian).
- [4] Ahmad Amoui, Bahman. (2003). Political Economy of the Islamic Republic of Iran, first edition, Tehran. (In Persian).
- [5] Akhundi, Abbas. (2012). Amendment of the General Policy Implementation Law, Article 44 of the Constitution from the Perspective of the Private Sector, Center for Economic Research and Studies, Tehran, Max-e Nazar. (In Persian).
- [6] Askari Nejad, Ali. (2008). The Historical Course of Using Article 44 of the Basic Law, World of Economics, Newspaper Number: 1639, Publication Date: 07/21/2008, News Number: 475982. <http://www.donya-e-eqtesad.com/fa/tiny/news-475982> (In Persian).
- [7] Bastien François. (1996). *Naissance d'une constitution, La cinquième République (1958-1962)*, Paris, Presses de Sciences Po.
- [8] Bruce Akerman. (1998). *We the People, volume 2: transformations*, The Belknap Press of Harvard University Press.
- [9] Deliberations of the Constitutional Assembly of the Islamic Republic of Iran. (1985). Volume 3, Islamic Consultative Assembly, first edition. (In Persian).
- [10] Hans Kelsen. (1998). *Théorie Générale du Droit et de l'Etat*, trad. B. Laroche et V. Faure, préf. S. Paulson, Bruylant LGDJ.
- [11] Hashemi Rafsanjani. (2014). Construction and Prosperity, Records and Memoirs of 1991, by Emad Hashemi, First Edition, Tehran, Enqelab-e Maaref Publishing Office. (In Persian).
- [12] Ismaili, Mohsen and Ghamami, Seyed Mohammad Mehdi. (2017). "Comparative study of the legal system of competition in Iran and France", Journal of Islamic Law, Eleventh Year, Vol. 2, pp. 188-153 (In Persian).
- [13] Lilaz, Saeed, Simaye Sazandegi; (1997). A narrative of eight years of construction during the presidency of Ayatollah Hashemi Rafsanjani, Tehran, Shadrang Publishing, first edition. (In Persian).
- [14] Mehrpour, Hossein. (2008). Brief Constitutional law of the Islamic Republic of Iran, Dadgostar Publishing, First Edition. (In Persian).

- [15] Naqibi, Seyed Hossein. (2009). Collection of Provisions of Article 44 of the Basic Law; Mohshi Applied Analytics, Tehran, Iran Chamber of Commerce, Industries and Mines, First Edition. (In Persian).
- [16] Nobakht, Mohammad Baqer and Abdo Tabrizi, Hossein, General Policies of Article 44 of the Constitution and New Opportunities for Investment, Tehran, Expediency Council, Strategic Research Center, 2010. (In Persian).
- [17] Pierre Avril. (1997). *Les Conventions de la Constitution*, Léviathan, PUF, Paris.
- [18] René, Capitane. (2001). « La coutume constitutionnelle », in *Les écrits constitutionnels*, éd. Panthéon Assas, Paris.
- [19] Rezaei, Mohsen. (2006). The Second Wave of the Revolution; A view on the process of formulating and approving macro policies of Article 44 of Constitution, Tehran, Islamic Culture Publishing Office, first edition. (In Persian).
- [20] Secretariat of the Expediency Discernment Council, Proceedings of the National Conference on General Policies, Article 44 of Constitution. (2006). Tehran, February (In Persian).
- [21] Shirazi, Asghar. (2014). The Government of the Islamic Republic of Iran, Paris, Perspective, Second Edition. (In Persian).
- [22] Soltani, Seyed Nasser. (2016). Unwritten Constitutional Law; Discourses on Constitutional Customs in the French Constitutional System, Tehran, Enteshar Publishing. (In Persian).
- [23] Strauss, David. (2000). *The Living Constitution*, Oxford-New York, Oxford University Press, coll. 'the Inalienable Rights'.
- [24] Tahan Nazif, Hadi and Mansoorian, Mostafa. (2016). "General Policies of Article 44; Informal Review of the Basic Law or the Use of the Capacity of Article 44, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, Fifth Year, No. 15, pp. 78-55. (In Persian).
- [25] Tavanaianfard, Hassan. (1980). Critique of the Economic Principles of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Tehran, Ghest. (In Persian).

مطالعه تطبیقی حمایت از مصرف کنندگان در قراردادهای رایانش ابری در حقوق اتحادیه اروپا، انگلستان و ایران

حبیب طالب احمدی^۱

استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی

دانشگاه شیراز

آذر فرهمند^۲

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

دانشگاه شیراز

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۱۰

چکیده

رایانش ابری، بنیان بسیاری از فناوری‌های دیجیتال را تشکیل می‌دهد و از خدمات بی‌شماری مانند: خدمات ذخیره‌سازی، میزبانی ابری، نامه‌های الکترونیکی، شبکه‌های اجتماعی مبتنی بر ابر پشتیبانی می‌کند. بیشتر این خدمات از طریق بستن قراردادهای استاندارد با مشتریان عرضه می‌شود. شکاف اطلاعاتی، نداشتن قدرت چانه‌زنی برابر، کمبود تخصص و تجربه در زمینه‌های فنی-حقوقی، عدم شفافیت شروط قرارداد و تبلیغات، سبب ناتوانی مصرف کنندگان در قیاس با توان معاملاتی عرضه کنندگان خدمات ابری شده است. لذا قانون‌گذاران برای دستیابی به عدالت معوضی از مصرف کنندگان حمایت می‌کنند. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی سازوکارهای حمایت از مصرف کنندگان را در حقوق اتحادیه اروپا، انگلستان و ایران بررسی می‌نماید. نظر به اهمیت و فراوانی محصولات ناملموس دیجیتالی مانند رایانش ابری و تفاوت‌های قابل ملاحظه آن‌ها با محصولات غیردیجیتال، در حقوق برخی از کشورها مانند انگلستان و اتحادیه اروپا

*- نوع مقاله: پژوهشی

1- Talebahmadi@shirazu.ac.ir

2- azar.fmd75@gmail.com

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41807

مقررات جداگانه برای آن وضع شده است، ولی تاکنون در حقوق ایران، مقررات خاصی در این زمینه پیش‌بینی نشده و برای شناخت حقوق مصرف‌کنندگان این قراردادها نیز همانند موارد دیگر باید به قواعد عام موجود مراجعه کرد.

کلیدواژه‌ها: رایانش ابری، قرارداد عرضه خدمات، حقوق مصرف‌کننده، تأمین‌کننده محتوا و خدمات دیجیتال.

طبقه‌بندی JEL: D18, D82, K12, M37

۱- مقدمه

فناوری اطلاعات، بخش جدایی‌ناپذیر زندگی اشخاص گردیده و رایانش ابری، نقش مهمی در گستره فناوری‌های نوین اطلاعاتی دارد. رایانش ابری، در پاسخ به درخواست مشاغل گوناگون برای استفاده بهینه از منابع رایانشی محدود به وجود آمده است. این مهم، با تخصیص پویای منابع رایانشی در سیستم‌های ابری و فراهم‌سازی آن‌ها از طریق شبکه اینترنت امکان‌پذیر شده است؛ به گونه‌ای که کاربر، محدود به رایانه شخصی، مکان یا شبکه ویژه نبوده و تنها با اتصال به اینترنت می‌تواند به اسناد و برنامه‌های خود دسترسی داشته باشد (Correia, 2017: 1026). رایانش ابری از خدمات بی‌شماری همانند: یاهو میل، جی میل، پشتیبان‌گیری از عکس‌های گوشی‌های هوشمند، شبکه‌های اجتماعی مثل فیس بوک و اینستاگرام، سیستم‌های مدیریت ارتباط با مشتری و مدیریت اسناد و غیره پشتیبانی می‌کند (Davidson, 2015: 50-51). کاربران رایانش ابری با بستن قرارداد می‌توانند از خدمات ابری استفاده کنند (Foster, 2013: 15).

بخش عمده‌ای از صنعت رایانش ابری مربوط به تولید و ارائه خدمات به کاربران نهایی در سطح انبوه است. عرضه‌کنندگان خدمات نمی‌توانند برای بستن قرارداد به‌طور مستقیم با هر یک از ایشان وارد گفتگو و چانه‌زنی شوند. از این‌رو، بیشتر عرضه‌کنندگان خدمات یادشده از قراردادهای استاندارد استفاده می‌کنند. امکان چانه‌زنی درباره شروط قرارداد به قدرت مالی و معاملاتی طرفین قرارداد بستگی دارد (Hon et al. 2012: 90). مطالعات نشان می‌دهد که بیشتر مصرف‌کنندگان رایانش ابری، این توان را ندارند و ناگزیرند قراردادهای استاندارد شرکت‌های ارائه‌دهنده را با تمام شروط مندرج در آن، بی‌کم‌وکاست بپذیرند (Michels, 2020: 12). از همین رو برای هر کاربر بالقوه ابر، نگرانی‌هایی در ارتباط با موضوعات گوناگون از جمله: ماهیت خدمات خریداری

یا استفاده شده، شفافیت و عادلانه بودن شرایط و ضوابط خدمات ارائه شده، افزایش وابستگی به اشخاص ثالث و یا ارائه‌کنندگان غیرمستقیم، عدم مطابقت محتوای ارائه شده با تبلیغات صورت گرفته و انتظارات مصرف‌کننده به دلیل کمبود اطلاعات پیش‌قراردادی و نظایر آن وجود دارد. هرچند بسیاری از نگرانی‌های یاد شده برای همه کاربران دنیای فناوری اطلاعات وجود دارد و ویژه قراردادهای رایانش ابری نیست، اما ماهیت پیچیده رایانش ابری آن‌ها را تشدید می‌کند (Australian Government Information Management Office, 2013: 1). در رایانش ابری هر کاربر بر استفاده از منابعی مجاز شده که میان کاربران به اشتراک گذاشته شده و توسط ثالثی کنترل و مدیریت می‌شود تکیه می‌کند و از پشت پرده ابر مانند ساختار، منابع، مکان ذخیره‌سازی داده‌ها و تجهیزات فیزیکی خدمت‌رسان، آگاهی ندارد (Millard, 2013:16). لذا نابرابری اطلاعاتی در قراردادهای رایانش ابری، قابل توجه و بیش از سایر قراردادها مصرف‌کننده را در موضع ضعف قرار می‌دهد.

نظر به اهمیت و فراوانی محصولات ناملموس دیجیتالی مانند رایانش ابری و تفاوت‌های قابل ملاحظه آن‌ها با محصولات غیردیجیتال، در حقوق برخی از کشورها مانند انگلستان و اتحادیه اروپا مقررات جداگانه برای آن وضع شده است. دستورالعمل جنبه‌های خاص قراردادهای عرضه محتوای دیجیتال و خدمات دیجیتال ۲۰۱۹ اتحادیه اروپا^۱ و قانون حقوق مصرف‌کننده ۲۰۱۵ انگلستان^۲ از جمله مقررات نوین این گستره هستند. همچنین سیاست‌های مربوط به رایانش ابری اتحادیه اروپا^۳ و "انجمن صنعت ابری"^۴ انگلستان با هدف آگاهی بخشی به مصرف‌کنندگان رایانش ابری و کمک به آن‌ها در زمینه انتخاب فراهم‌کننده خدمت ابری امن و مناسب ایجاد شده است.^۵ در ایران، علی‌رغم شناسایی اهمیت رایانش ابری در گسترش زیرساخت‌های فناوری

1- Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services 2019

2- Consumer Rights Act 2015

3- European Cloud Strategy

4- Cloud Industry Forum

5- Cloud industry forum code of practice & consumers. Available from: <https://www.cloudindustryforum.org/content/code-practice-consumer>. (Accessed 1 Nov 2021).

اطلاعات و رشد تجارت الکترونیک کشور، در حمایت از مصرف کنندگان خدمات ابری تلاشی صورت نگرفته؛ از این رو بررسی تطبیقی موضوع و آشنایی با راهکارهای ارائه شده در حقوق کشورهای پیشرو می‌تواند ما را در ارتباط با حل چالش‌های موجود حقوق مصرف کنندگان قراردادهای ابری ایران یاری کند.

در این پژوهش، به منظور شناسایی حقوق مصرف کنندگان قراردادهای رایانش ابری به شیوه توصیفی-تحلیلی، ابتدا به مفهوم رایانش ابری پرداخته و سپس ماهیت حقوقی این فناوری مورد واکاوی قرار می‌گیرد. معرفی قراردادهای رایانش ابری، مطالعه سازوکارهای حمایت از مصرف کنندگان رایانش ابری در حقوق اتحادیه اروپا، انگلستان و ایران بخش‌های دیگر این تحقیق است.

۲- مفهوم رایانش ابری

بدون شناخت مفهوم رایانش ابری، مطالعه مباحث تخصصی به‌ویژه حقوقی مرتبط با آن ممکن نیست؛ بنابراین ابتدا لازم است مهم‌ترین مباحث فنی مرتبط با رایانش ابری بیان شود.

۲-۱- تعریف رایانش ابری

"رایانش"^۱، به معنای استفاده از رایانه (Dictionary of ICT, 2004: 56)، عملیات رایانه‌ها و یا اموری است که یک رایانه انجام می‌دهد (Oxford advanced learners, 2006: 312). "ابر"^۲ در این ترکیب، استعاره‌ای از اینترنت، بر مبنای چگونگی تجسم کردن آن در نمودارهای شبکه رایانه و انتزاعی برای زیرساخت‌های پیچیده است. کاربر معمولی از آنچه در فرآیند رایانشی توزیع منابع اتفاق می‌افتد همانند لایه‌های درون توده ابر، اطلاع دقیقی ندارد (Ahmadi & Arianian, 2013: 35). ابر، ظرف بسیار بزرگی است که فناوری‌های گوناگون را از طریق اینترنت با یکدیگر ادغام می‌کند (Giordanelli & Mastroianni, 2010:3).

رایانش ابری، یکی از حلقه‌های کلیدی در میان فناوری‌های نوین به شمار می‌رود (Khosrow-

1- Computing

2- Cloud

(pour, 2017: 1026) و ارتباط مستقیمی با سایر فناوری‌ها از جمله اینترنت اشیاء، کلان داده‌ها و نسل جدید تلفن‌های همراه دارد. به همین علت، افرادی که از حوزه‌های مختلف به رایانش ابری ورود می‌کنند دارای دیدگاه‌های گوناگون درباره آن هستند که ارائه یک تعریف واحد از آن را دشوار می‌نماید (Akbari & Javan, 2010: 9).

از میان تعاریف گوناگون، جامع‌ترین تعریف رایانش ابری متعلق به موسسه ملی استاندارددها و فناوری^۱ ایالات متحده آمریکا می‌باشد که در تحقیقات و گزارش‌های مربوط به آن، مورد بیشترین استفاده قرار گرفته است. از دیدگاه موسسه مزبور، رایانش ابری عبارت است از: «مدلی برای فراهم کردن دسترسی آسان از طریق شبکه به مجموعه‌ای از منابع به اشتراک گذاشته شده قابل تغییر و پیکربندی بر اساس درخواست کاربر (به عنوان مثال: شبکه‌ها، خدمات رسان‌ها، فضای ذخیره‌سازی، برنامه‌های کاربردی و خدمات) که بتواند با کمترین نیاز به مدیریت منابع و یا نیاز به دخالت مستقیم عرضه‌کننده خدمت فراهم شود (Mell & Grance, 2011: 2)». به زبان ساده رایانش ابری، فراهم‌سازی منابع رایانشی به عنوان خدمتی از طریق شبکه اینترنت است.

اصل بنیادین در رایانش ابری، تغییر جهت محاسبات از رایانه محلی به شبکه است (Rezaei, 2014: 1) بنابراین، در دنیای فناوری اطلاعات، پدیده‌ای کاملاً نو و مجزا به شمار نمی‌رود بلکه، حاصل تکامل پارادایم‌های رایانشی پیشین مانند رایانه‌های شخصی، رایانش شبکه‌ای، اینترنت و یا رایانش توری (مشبک)^۲ است (Zhang et al. 2008: 4). آنچه رایانش ابری را از فناوری‌های پیشین متمایز می‌کند، تغییر الگوی تحویل و ارائه منابع و خدمات می‌باشد (Lundberg, 2015: 26). در محاسبات رومیزی، منابع و برنامه‌ها صرفاً از طریق همان رایانه‌ای که در آن ایجاد شده‌اند قابل دسترسی بوده و محدود به مکان‌اند. اگرچه اسناد و برنامه‌ها می‌توانند از طریق دیگر رایانه‌های متصل به شبکه مورد دسترسی قرار گیرند، اما دسترسی به آن‌ها از طریق رایانه‌های خارج از شبکه امکان‌پذیر نیست. با رایانش ابری، این محدودیت برچیده شده و منابع از طریق اینترنت، در هر

1- National Institute of Standards and Technology (NIST)

2- Grid Computing : مجموعه‌ای از چندین سیستم با قدرت محاسباتی متفاوت است که در نتیجه اتصال آن‌ها با یکدیگر، یک ابر رایانه مجازی شکل می‌گیرد که با استفاده از آن می‌توان بسیاری از محاسبات پیچیده را در زمان کم انجام داد (Almunawar & Almunawar, J, 2017: 1103).

نقطه و از طریق هر ابزاری نظیر رایانه شخصی، رایانه همراه، تلفن همراه یا تبلت قابل دسترسی می‌باشند چراکه به جای رایانه شخصی در سرورهای شبکه ذخیره شده‌اند (Akbari & Javan, 2010: 87).

۲-۲- انواع خدمات رایانش ابری

بر اساس خدماتی که به مشتری عرضه می‌شود، خدمات رایانش ابری را می‌توان به سه خدمت (مدل) اصلی تقسیم‌بندی کرد:

الف) زیرساخت به‌عنوان خدمت^۱: زیرساخت به‌عنوان خدمت، مدلی است که در آن زیرساخت رایانشی، یعنی سخت‌افزار و نرم‌افزارهای مربوطه، به‌عنوان خدمت به کاربر ارائه می‌شود. خدمتی که در این سطح به مشتری عرضه می‌شود، مشتمل بر امکان در اختیار گرفتن توان پردازشی، ذخیره‌سازی، شبکه و نرم‌افزارهای مربوطه (فناوری مجازی‌سازی سیستم‌های عملیاتی) و دیگر منابع رایانش بنیادی است (Mell & Grance, 2011: 3).

ب) بستر به‌عنوان خدمت^۲: گسترش محیط گونه‌ای خدمت شمرده می‌شود. این مدل، یک زیرساخت نرم‌افزاری را برای توسعه‌دهندگان نرم‌افزار فراهم می‌کند که شامل تمام سیستم‌ها و محیط‌های دربرگیرنده چرخه کامل توسعه، آزمایش، به‌کارگیری و میزبانی از کاربردهای شبکه پیچیده است (Mell & Grance, 2011: 2).

ج) نرم‌افزار به‌عنوان خدمت^۳: نرم‌افزار به‌عنوان خدمت به موضوع تحویل نرم‌افزار در شبکه اختصاص دارد. در این مدل، مشتری از نرم‌افزارهای تأمین‌کننده که بر روی زیرساخت ابر در حال اجرا هستند بهره‌مند می‌شود (Mell & Grance, 2011: 2).

۳- ماهیت حقوقی رایانش ابری

ماهیت حقوقی رایانش ابری در سه فرضیه کالا، خدمت یا محتوای دیجیتال قابل‌بررسی است.

1- Infrastructure as a Service (IaaS)

2- Platform as a Service (PaaS)

3- Software as a Service (SaaS).

اگرچه کاربرد فراوان واژه خدمت در ادبیات فنی-حقوقی و تبلیغات صورت گرفته در حوزه رایانش ابری، تنها فرضیه خدمت بودن آن را به ذهن متبادر می‌سازد، اما تبیین ماهیت آن به این سادگی ممکن نیست. از آنجاکه در بیشتر نظام‌های حقوقی، قواعد متعددی در خصوص کالا، خدمات و محتوای دیجیتال اعمال می‌شود، تعیین ماهیت رایانش ابری برای تشخیص و به کارگیری قوانین مناسب ضرورت دارد. برای مثال در حقوق انگلستان، مصرف‌کننده کالا در مقایسه با خدمات، از حقوق و ضمانت اجرای متفاوتی برخوردار است. مطابق با بخش یک قانون حقوق مصرف‌کننده اگر موضوع قرارداد رایانش ابری، کالا تلقی شود باید ویژگی‌های خاصی از جمله متناسب بودن با هدف خرید آن^۱ و برخورداری از کیفیت رضایت‌بخش^۲ داشته باشد، درحالی‌که اگر موضوع قرارداد، ارائه خدمت شمرده شود رعایت این الزامات ضروری نیست بلکه عرضه‌کننده خدمت، متعهد به داشتن توانایی در ارائه آن و رعایت مراقبت‌های معمول و متعارف است (Castro et al. 2013: 464).

در حقوق ایران، اگرچه مصرف‌کنندگان کالاها و خدمات از حقوق نسبتاً یکسانی برخوردارند و در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، قواعد جداگانه‌ای برای کالا و خدمات وضع نشده، ولی موضوع حائز اهمیت است؛ زیرا همچون بسیاری از نظام‌های حقوقی، قانون ما نیز بر مدار تقسیم دوگانه کالا و خدمت قرار دارد. اگر رایانش ابری در هیچ‌یک از این دو گروه قرار نگیرد، اعمال قوانین مزبور در قراردادهای رایانش ابری دشوار خواهد بود و مشتریان این گونه قراردادها از حمایت‌های قانونی بی‌بهره می‌مانند (Bradgate, 2010: 3). ضمناً اهمیت موضوع تنها از جهت حمایت از مصرف‌کننده نیست بلکه در حقوق قراردادی نیز مؤثر است. بسته به کالا یا خدمت بودن یا تعیین هر نوع ماهیت دیگر، رایانش ابری می‌تواند موضوع قراردادها قرار گیرد. برای مثال، در حقوق ایران مطابق با ماده (۲۳۸) قانون مدنی به علت لزوم عین بودن میع، بیع خدمات ممکن نیست و باید از ظرفیت اعمال حقوقی دیگر مانند جعاله استفاده کرد. مهم‌ترین ویژگی کالا نسبت به خدمات، ملموس یا محسوس بودن آن است. در ماده (۳)

1- Fit for particular purpose

2- To be of satisfactory quality

دستورالعمل حقوق مصرف کننده ۲۰۱۱ اتحادیه اروپا^۱ و بند ((۸)) بخش تعاریف قانون حقوق مصرف کننده ۲۰۱۵ انگلستان، کالا، به عنوان هر شیء قابل نقل و انتقال ملموس تعریف شده است. در حقوق ایران می توان به قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام استناد کرد. در بند ((۲)) ماده (۱) این قانون، کالا عبارت است از: "هر شیء منقول یا غیرمنقول که می تواند مورد مبادله و استفاده قرار گیرد." اگرچه در این تعریف، برخلاف تعاریف قوانین اروپایی اشاره ای به مادی و محسوس بودن کالا نشده، اما به نظر می رسد با توجه به تعریف خدمت در قانون یادشده که در مقابل تعریف کالا قرار دارد، این ویژگی موردنظر قانون گذار ایرانی نیز باشد؛ زیرا در بند ((۳)) ماده (۱) این قانون، خدمت به عنوان یک محصول غیر ملموس معرفی شده است.

با توجه به تعاریف ذکر شده، به نظر می رسد جسمانیت و تجرد در مفهوم کالا وجود دارد و تنها یک شیء ملموس می تواند به عنوان کالا در نظر گرفته شود (Bradgate, 2010: 51)؛ بنابراین، کالا قلمداد کردن رایانش ابری که محصولی غیرملموس است پذیرفته نیست. از طرف دیگر ماهیت دائماً در حال تغییر رایانش ابری با مفهوم کالا که ثابت و مشخص است، همخوانی ندارد. برای مثال در مدل رایانشی نرم افزار به عنوان خدمت که از میان مدل های گوناگون ارائه منابع رایانشی بیشترین ظرفیت را برای کالا قلمداد شدن دارد، مشتری از نرم افزارهای تأمین کننده که بر روی زیرساخت ابر در حال اجرا هستند استفاده می کند مانند استفاده از یک نرم افزار پردازش لغت یا یک کتاب الکترونیک بر بستر ابر. با وجود شباهت هایی که میان این مدل و کالاهای دیجیتال وجود دارد نحوه دسترسی به نرم افزار و شیوه استفاده از آن، مانع شناسایی نرم افزار به عنوان خدمت همچون کالای دیجیتال می شود.

فراهم کننده در مدل نرم افزار به عنوان خدمت برنامه ها را در مراکز خود نگهداری می کند و از طریق وب در دسترس مشتریان قرار می دهد. سرعت بالای سیستم در گردش اطلاعات و دسترسی به داده ها باعث می شود مشتری در نحوه دسترسی به برنامه ها میان این حالت و حالتی که آن ها را از

1- 2011/83/EU Consumer Rights Directive.

دسک‌تاپ شخصی خود اجرا می‌کند، تفاوتی حس نکند. مشتری هیچ‌گونه مدیریت و کنترلی بر نرم‌افزار ندارد و فراهم‌کننده خدمت می‌تواند آن را با نسخه بالاتر بروزرسانی و یا ارائه آن را در هر زمان متوقف کند. قرارداد میان مشتری و تأمین‌کننده، متضمن هیچ حقی برای استفاده از یک نرم‌افزار ثابت و یا نسخه خاصی از آن نیست (Cunningham & Reed, 2013: 27-28). در حقیقت، یکی از مزایای مهم استفاده از این خدمت برای مشتریان آن است که فراهم‌کنندگان خدمت، وظیفه اصلاح و بروزرسانی مداوم برنامه‌ها را بر عهده دارند و مشکلات مرتبط با ارتقای سیستم متوجه کاربران نیست (Carstensen et al. 2012: 32). آنچه برای کاربران اهمیت دارد، کارایی نرم‌افزار است. آن‌ها در بسیاری از موارد حتی متوجه جایگزینی نرم‌افزار نمی‌شوند. به‌عنوان نمونه در شرایط استفاده از خدمات گوگل داکس آمده است: "ما دائماً خدمات خود را تغییر و ارتقا می‌دهیم. ممکن است ما قابلیت، برنامه یا ویژگی معینی را حذف یا اضافه کنیم. هم‌چنین ارائه یک خدمت ممکن است معلق یا متوقف شود" (Google Docs terms of service, 2020)؛ بنابراین از مجموع آنچه گفته شد روشن می‌شود که رایانش ابری به‌هیچ‌عنوان نمی‌تواند کالا باشد. رایانش ابری در منابع علوم رایانه‌ای و نیز نوشتارهای حقوقی مربوط به آن، عموماً به‌عنوان یک خدمت معرفی شده است. ایده اساسی در رایانش ابری، فراهم کردن منابع سخت‌افزاری و نرم‌افزاری رایانشی به‌عنوان یک خدمت، به‌طور اشتراکی (Marston et al. 2011: 178) و صدور صورت‌حساب بر اساس میزان مصرف منابع نظیر ساعت‌های استفاده از واحد پردازش مرکزی^۱، حجم داده منتقل شده و یا حجم داده ذخیره شده است (Akbari & Javan, 2010: 87). طبق بند ((۳)) ماده (۱) قانون اصل (۴۴) قانون اساسی، خدمت، عبارت از محصول غیر ملموسی است که استفاده آن از فرآیند تولید قابل تفکیک نیست. این تعریف، دربردارنده دو ویژگی مهم خدمت یعنی غیرملموس بودن و تفکیک‌ناپذیری است. خدمات، اعم از آن‌که عرضه‌کننده انسان یا ماشین باشد، از فرآیند تولید و عرضه‌کنندگان خود جدایی‌ناپذیرند (Kotler & Armstrong, 2010: 497).

از دیگر ویژگی‌های خدمت، تغییر و فسادپذیری آن است. تغییرپذیری خدمت یعنی کیفیت

آن بسته به زمان، مکان و شخص یا ماشین ارائه کننده خدمت متفاوت است. فسادپذیری یعنی خدمت نمی تواند برای فروش در آینده یا استفاده در زمان دیگر ذخیره شود (Kotler & Armstrong, 2010: 497). رایانش ابری، همچون سایر خدمات، یک محصول دیجیتالی غیر ملموس با کیفیتی متغیر است. برای مثال: کیفیت و سرعت ارائه خدمت، بسته به شرکت ارائه دهنده آن، زمان درخواست و ترافیک موجود در سیستم های رایانه ای متفاوت است. گرچه رایانش ابری یکی از راهکارهای فناوری اطلاعات برای حل مشکل فسادپذیری خدمات رایانشی در برابر نوسانات و ایجاد تناسب بهتر میان عرضه و تقاضای منابع رایانشی و استفاده حداکثری از منابع رایانه هاست؛ ولی هنوز میزان هدر رفت منابع صفر نیست. اگر خدمت موردنظر در زمان ارائه آن استفاده نشود از بین می رود و قابل ذخیره سازی نیست. با این توضیح، رایانش ابری را باید در گروه خدمات قرار داد.

مقررات سستی حاکم بر دنیای آنالوگ، قواعد جدایی برای محصولات دیجیتال ندارد و اصول وضع شده برای مبادلات الکترونیکی، آن ها را به عنوان یک کالا یا خدمت طبقه بندی می کند (Castro et al. 2013: 459). در درون این تقسیم بندی دو گانه، رایانش ابری به عنوان یک خدمت در نظر گرفته می شود. برخورد با محتوای دیجیتال همانند کالای مادی یا خدمات غیر دیجیتال و اعمال مقررات یکسان درباره آن ها ناکارآمد است و در بسیاری موارد، مانع حمایت لازم و مؤثر از مصرف کنندگان می شود (Synodinou et al. 2017: 102). به همین دلیل، در سال های اخیر در کشورهای توسعه یافته نظر به اهمیت محتوا و خدمات دیجیتال و تأثیرات فراوان آن در زندگی، اقدام به پیش بینی قواعد جداگانه ای برای آن کردند. در اتحادیه اروپا برای اولین بار به سال ۲۰۱۱ و در چارچوب تدوین دستورالعمل مصرف کننده این مهم اتفاق افتاد و قواعد مربوط به محتوای دیجیتال از کالا و خدمات تفکیک شد (Bezákova, 2013: 178). دستورالعمل جنبه های خاص قراردادهای عرضه محتوا و خدمات دیجیتال اتحادیه اروپا به طور ویژه در زمینه محصولات دیجیتال وضع شده است. علی رغم این که در قانون حقوق مصرف کننده ۲۰۱۵ انگلستان نیز همین رویکرد لحاظ شده، ولی همچنان تفاوت های قابل ملاحظه ای میان دستورالعمل های اروپایی و قانون مصرف کننده انگلستان وجود دارد (Synodinou et al. 2017: 121).

مطابق بند (۹) بخش دوم قانون مصرف کننده انگلستان، محتوای دیجیتال عبارت است از: "داده هایی که به شکل دیجیتال تولید و عرضه می شوند." طبق مقرر پیش بینی شده در مقدمه

بخش اول و بند ((۳۳)) قسمت مربوط به محتوای دیجیتال این قانون، محتوای دیجیتال لزوماً باید از سوی تاجر به مصرف‌کننده منتقل شود؛ بنابراین مدل زیرساخت به‌عنوان خدمت رایانش ابری که در آن محتوا از سوی مصرف‌کننده به تاجر منتقل می‌شود از شمول مقررات مربوط به محتوای دیجیتال خارج و تابع قواعد مربوط به ارائه خدمات این قانون قرار می‌گیرد (Bray & Kerry, 2015: 272). در مقابل، دستورالعمل جنبه‌های خاص قراردادهای عرضه محتوا و خدمات دیجیتال اتحادیه اروپا، محتوای دیجیتال را به شکلی گسترده‌تر از آنچه در قانون مصرف‌کننده انگلستان ملاحظه می‌شود تعریف می‌کند. این تعریف، انواع خدمات رایانش ابری ازجمله زیرساخت به‌عنوان خدمت را دربرمی‌گیرد. مطابق با ماده (۲) دستورالعمل یاد شده، هرگونه داده‌ای که به شکل دیجیتال تولید و عرضه می‌شود یا هر خدمتی که به مصرف‌کننده، امکان تولید، پردازش، ذخیره‌سازی، انتقال یا هر نوع تعامل دیگر را به شکل دیجیتال می‌دهد، محتوا یا خدمت دیجیتال شمرده می‌شود.

با توجه مطالب گفته‌شده، رایانش ابری در زمره خدماتی از جنس دیجیتال قرار می‌گیرد. حال چنانچه در حقوق کشوری برای کارآیی بیشتر، قواعد خاصی برای محتوا و خدمات دیجیتال پیش‌بینی شده باشد (نظیر دستورالعمل دیجیتال اتحادیه اروپا) همان قواعد، حاکم بر موضوع خواهد بود. در غیر این صورت، رایانش ابری مشمول قواعد کلی که در مورد خدمات وجود دارد خواهد شد.

۴- تعریف قرارداد رایانش ابری و انواع آن

قرارداد رایانش ابری عبارت است از قراردادی که میان تأمین‌کننده خدمات رایانش ابری و دریافت‌کننده این گونه خدمات (مشتری خدمات رایانش ابری) منعقد می‌شود (Rinaldi & Stella, 2016: 4) و به‌موجب آن تأمین‌کننده به‌شرط رعایت سیاست کاربری مجاز خدمت از سوی مشتری، متعهد می‌شود در مدت معین یا نامحدود به ارائه خدمات رایانشی موضوع قرارداد پردازد. در حقوق ایران قراردادهای رایانش ابری زیرمجموعه قراردادهای عرضه خدمات قرار می‌گیرد. «قراردادهای عرضه خدمات به گروهی از قراردادهای اطلاق می‌شود که مورد معامله آن‌ها به جای آن که کالا باشد، خدمتی خاص است» (Khorsandian & Amiri, 2018: 123).

بخش‌های گوناگون قراردادهای رایانش ابری به شرح زیر ممکن است در یک سند یا در چند سند جداگانه تنظیم شود (Dzhutev, 2016:7). در موافقت‌نامه سطح خدمت^۱ «به منظور تضمین شاخص‌های ارائه خدمت، کیفیت سطح خدمت، میزان دسترس‌پذیری خدمت، نحوه اندازه‌گیری تخطی از سطح خدمت توافق شده و ضمانت اجرای عدم رعایت آن تعیین می‌شود»^۲. سیاست حریم خصوصی^۳ یا خط‌مشی داده^۴، ضوابط مربوط به حریم خصوصی کاربران را بیان می‌کند و در آن نحوه گردآوری و استفاده از داده‌ها، دلایل نگهداری، مدت نگهداری و چگونگی حذف و پاک‌سازی آن‌ها توضیح داده می‌شود (UNCITRAL, 2018:16). سیاست کاربری مجاز^۵ نیز توافق صورت گرفته میان مشتری و شرکت ارائه دهنده خدمت در مورد شیوه استفاده از خدمت است. این توافق، مجموعه‌ای است که شرکت ارائه دهنده بر کاربران خود در زمان استفاده از خدمت به کار می‌گیرد و مشتری در صورت تمایل به استفاده از خدمت موردنظر، ملزم به پذیرش و رعایت آن‌هاست. سیاست کاربری مجاز خدمت، شامل فهرستی از فعالیت‌های مجاز و غیرمجاز و ضمانت اجرای عدم رعایت آن‌ها می‌شود (UNCITRAL, 2018:16).

با در نظر گرفتن مفاد این اسناد که در مجموع «قرارداد رایانش ابری» نامیده می‌شود تعهدهای مشتری شامل: پرداخت بهای استفاده از خدمت در قراردادهای معوض و رعایت سیاست کاربری مجاز خدمت و تعهد تأمین‌کننده شامل: اجرای خدمت می‌شود. تأمین امنیت ابر نیز یک مسئولیت مشترک میان طرفین قرارداد است. در ساختار ابر، تأمین‌کننده ابر و مشتری استفاده کننده از آن، میزان کنترل متفاوتی بر روی منابع رایانشی دارند؛ بنابراین هر دو طرف در حدود منابع در اختیار، مسئولیت فراهم‌سازی محافظت کافی برای سیستم‌های مبتنی بر ابر را بر عهده دارند (paknezhad, 2013: 8).

قراردادهای رایانش ابری از جهات گوناگونی قابل تقسیم هستند. برای مثال از این جهت که آیا

1- Service Level Agreement(SLA)

۲- مصوبه شماره ۱ جلسه شماره ۲۲۲ کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات درخصوص ضوابط و چهارچوب موافقت‌نامه‌های سطح خدمات

3- Security policy

4- Data Policy

5- Acceptable use policy (AUP)

مشتری در قبال دریافت و استفاده از خدمات رایانش ابری عوضی به تأمین‌کننده خدمت می‌پردازد یا نه به قراردادهای رایگان و قراردادهای معوض تقسیم می‌شوند (Bradshaw et al. 2010: 8). قراردادهای معوض را نیز می‌توان برحسب نحوه محاسبه و شیوه پرداخت هزینه استفاده از خدمات، به دو گروه کلی تقسیم کرد: در مدل پیش‌پرداخت^۱، مشتری بایستی در هنگام انعقاد قرارداد و پیش از استفاده از خدمات رایانشی، هزینه‌ای به‌عنوان حق استفاده از خدمت پرداخت کند. این هزینه برحسب مدت استفاده و حجم منابع رایانشی مورد درخواست، متغیر است. در مدل پرداخت به میزان استفاده^۲، کاربران تنها بهای منابعی را که استفاده کرده‌اند می‌پردازند (UNCITRAL, 2018:21-22)؛ بنابراین اگر فرآیند استفاده کاربر از یک منبع قطع شود، هزینه‌ای برای او محاسبه نخواهد شد. این مدل، به کاربر این امکان را می‌دهد که میزان منابع در حال مصرف را بر حسب نیاز، کاهش یا افزایش دهد.

از جهت شیوه انعقاد، دو گونه قرارداد وجود دارد که ارائه‌دهنده بر طبق آن خدمات خود را در دسترس مشتریان قرار می‌دهد: نخستین گونه استفاده از قراردادهای از پیش تنظیم شده (استاندارد) می‌باشد که در آن حقوق و تعهدات طرفین به نحو فراگیر در یک فرم نوشته شده و با پرکردن جاهای خالی، متن مزبور به یک قرارداد کامل تبدیل می‌شود. در گونه دیگر، توافقات قراردادی قابل مذاکره می‌باشد (Bradshaw et al. 2010: 15).^۳

برحسب ماهیت خدمات ارائه شده، قراردادهای رایانش ابری را می‌توان به سه دسته نرم‌افزار به‌عنوان خدمت، بستر به‌عنوان خدمت و زیرساخت به‌عنوان خدمت تقسیم کرد (Bradshaw et al. 2010: 8).

قراردادهای رایانش ابری به اعتبار اینکه به شیوه آنلاین منعقد شوند یا خیر به دو گروه قراردادهای برخط و قراردادهای برون‌خط تقسیم می‌شوند. قرارداد برخط عبارت است از

1- Up-front payment

2- Pay as you go payment

۳- اگرچه از نظر حقوقی قرارداد قابل مذاکره نقطه مقابل قرارداد استاندارد نیست اما در عمل شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات ابری درمورد قراردادهای استاندارد با مشتریان مذاکره نمی‌کنند و مشتری ناگزیر است قرارداد را با کل شروط مندرج در آن بپذیرد و یا از دریافت خدمت انصراف دهد (Qutieshat & Al-Tarawneh, 2016:203).

قراردادی که در محیط اینترنت و به صورت آنلاین بسته می‌شود و مصرف‌کننده هزینه کالا یا خدمت را از طریق اینترنت پرداخت می‌کند. در برابر، قراردادهای برون‌خط به صورت آفلاین نوشته می‌شوند.

۵- حمایت از مصرف‌کننده رایانش ابری

شکاف اطلاعاتی، نداشتن قدرت چانه‌زنی برابر، کمبود تخصص و تجربه در زمینه‌های فنی-حقوقی، عدم شفافیت شروط قرارداد و تبلیغات باعث شده مصرف‌کنندگان در مقایسه با عرضه‌کنندگان کالا و خدمات در موقعیتی ضعیف قرار گیرند (Poludniak, 2017: 36). ناتوانی مصرف‌کنندگان در قیاس با ارائه‌دهندگان خدمات، موجب شده قانون‌گذاران حمایت‌های ویژه‌ای از ایشان به عمل آورند. سازوکارهای حمایت از مصرف‌کنندگان را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد: نخستین گروه مربوط به مرحله پیش از بسته شدن قرارداد بوده و با این هدف صورت می‌گیرد که اطمینان حاصل شود ارائه‌دهندگان کالا و خدمات، اطلاعات کافی و صحیح در مورد معامله و شرایط آن را در اختیار هر مصرف‌کننده بالقوه قرار داده‌اند و تصمیمات مصرف‌کننده آگاهانه گرفته شده است. دومین گروه مربوط به بعد از بسته شدن قرارداد بوده و شامل پیش‌بینی ضمانت اجرای عدم رعایت مقررات گروه نخست و هرگونه عدم توازن است که در نتیجه روابط قراردادی به زیان مصرف‌کننده ایجاد می‌شود (Cunningham & Reed, 2013:9-10).

۵-۱- حمایت پیش قراردادی:

سازوکارهای حمایت پیش قراردادی از طرف مصرف‌کننده قراردادهای رایانش ابری شامل قواعد مربوط به اطلاع‌رسانی به مصرف‌کننده، مقابله با تبلیغات گمراه‌کننده و خودداری از رویه‌های غیرمنصفانه است که به ترتیب مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۵-۱-۱- اطلاع‌رسانی به مصرف‌کننده

به دلیل اهمیت روزافزون اطلاعات در بستن و اجرای قرارداد (Khorsandian & Amiri, 2018: 132)، تعهد به ارائه اطلاعات مربوط به ویژگی‌های کالا یا خدمت مورد معامله از لوازم اولیه انعقاد قرارداد شمرده می‌شود (Elsan, 2017: 148). پیش‌تر، اعتقاد بر آن بود که در نبود

مقررات ویژه قانونی، تعهدی نسبت به ارائه اطلاعات به طرف دیگر قرارداد وجود ندارد و در جامعه آزاد هر کس باید در پی کسب اطلاعات مورد نیاز خود باشد. این رویکرد، تحت تأثیر اندیشه‌های فردگرایانه اقتصادی و سیاسی قرن نوزدهم بود (Abdipoor & Ghasem-zade, 2011: 84) اما به تدریج با صنعتی شدن جوامع، پیشرفت‌های فناوری و تخصصی شدن فرآیند تولید کالا و خدمات و در نتیجه ایجاد شکاف عمیق در میزان اطلاعات طرفین نسبت به موضوع، شرایط و چگونگی اجرای قرارداد، دیدگاه یادشده، علی‌رغم وجود اختلافات نظامات حقوقی، به تدریج کنار گذاشته شد. در نظام عرفی، تکلیف اطلاع‌رسانی جز در موارد استثنائی پذیرفته نشده است اما در حقوق نوشته هر طرف باید اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری طرف دیگر را بازگو کند. هدف از تحمیل این تعهد بر طرفین، تأمین رضایت واقعی، رعایت اصل حسن نیت، حفظ امنیت و ثبات قراردادها و برقراری تعادل قراردادهاست (Ghasemihamad & Talebahmadi, 2012: 161).

به رسمیت شناختن مصرف‌کننده به عنوان طرف ضعیف رابطه قراردادی و لزوم حمایت از او، تعهد به اطلاع‌رسانی و هشداردهی را بر عهده تأمین‌کنندگان کالا و خدمات قرار می‌دهد. براین اساس، گروهی از اطلاعاتی که آگاهی مصرف‌کننده از آن‌ها به طور متعارف، جهت استفاده صحیح و ایمن از کالا و خدمات موضوع معامله ضرورت دارد و در تصمیم‌گیری وی برای بستن قرارداد مؤثر است باید در اختیار او گذاشته شود. این مهم در دستورالعمل حقوق مصرف‌کننده اتحادیه اروپا، قانون مصرف‌کننده انگلستان و نیز قانون تجارت الکترونیک ایران آمده است. بسیاری از اطلاعاتی که باید در اختیار مصرف‌کننده قرار گیرد از قبیل: خصوصیات اصلی مورد معامله، اطلاعات مربوط به هویت تأمین‌کننده، آدرس جغرافیایی و الکترونیکی وی و راه‌های ارتباطی با مصرف‌کننده، قیمت نهایی محصول و هزینه‌های مربوط به آن در همه قراردادهای الزامی است، ولی در این تحقیق، تنها به آن گروه اطلاعاتی پرداخته می‌شود که به رایانش ابری مربوط است.

البته در خصوص اطلاعات لازم برای ارائه به مصرف‌کننده باید میان دو دسته اطلاعات تفکیک قائل شد. دسته اول، اطلاعاتی است که بدون آن‌ها قرارداد اصلاً منعقد نمی‌شود و یا در فرض انعقاد، جهل به آن برای طرف جاهل حق فسخ ایجاد می‌کند (Elsan, 2017: 149). برای مثال اطلاعات مربوط به کیفیات و مشخصات اصلی مورد معامله از لوازم اصلی انعقاد قرارداد است. بدون داشتن این اطلاعات، مورد معامله مبهم می‌ماند و در نتیجه، قرارداد باطل است. در

قراردادهای رایانش ابری، اطلاعات مربوط به نوع خدمت (PaaS, SaaS, IaaS)، مدل به کارگیری ابر (عمومی، خصوصی، انجمنی، ترکیبی) و برخی از ویژگی‌ها و مشخصات فنی سیستم‌های ارائه‌دهنده خدمت نظیر سطح دسترس‌پذیری منابع رایانشی و میزان انعطاف‌پذیری آن‌ها از این دست اطلاعات به شمار می‌رود.

به نظر می‌رسد اطلاعات راجع به "عملکرد"^۱ و "قابلیت تعامل مرتبط"^۲ را هم باید به موارد پیش‌گفته افزود (Zok, 2019: 147). مطابق با توضیحات ارائه شده در دستورالعمل حقوق مصرف‌کننده اتحادیه اروپا عملکرد، روش استفاده از محتوای دیجیتال می‌باشد. عبارت قابلیت تعامل مرتبط نیز به استانداردهای سخت‌افزاری و نرم‌افزاری محیطی که محتوای دیجیتال با آن سازگار است دلالت دارد. شاخصه‌های عملکرد در نحوه استفاده از خدمت توسط مصرف‌کننده تأثیرگذار است و قابلیت تعامل هم استانداردهای سخت‌افزاری و نرم‌افزاری لازم برای استفاده از خدمت را بیان می‌کند. در صورتی که ویژگی‌های فنی خدمت رایانشی ارائه شده با محیط دیجیتالی مصرف‌کننده سازگار نباشد یا سرعت تحویل منابع به شدت کاهش پیدا می‌کند و در نتیجه سطح دسترس‌پذیری خدمت افت می‌کند یا امکان استفاده از آن وجود ندارد؛ به همین علت اطلاعات مربوط به آن‌ها را باید از اطلاعات لازم برای بستن قرارداد شمرد که ارائه آن‌ها در تمامی قراردادها ضروری می‌باشد.

دسته دوم، اطلاعاتی را شامل می‌شود که ارتباطی با مرحله انعقاد قرارداد ندارند و طبق قواعد عمومی هیچ‌یک از طرفین قرارداد الزامی به ارائه آن‌ها ندارد و الزام ناشی از ارائه آن‌ها توسط قوانین حمایت از مصرف‌کننده بر تأمین‌کنندگان تحمیل می‌شود. برای مثال اطلاعات پیش‌بینی شده در بند ((الف)) ماده (۳۳) قانون تجارت الکترونیک ایران. طبق این ماده ارائه‌دهنده خدمت باید اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کننده به انعقاد قرارداد یا قبول شرایط آن را در اختیار او قرار دهد. اطلاعات لازم برای ارائه به مصرف‌کننده، با توجه به طبیعت و خصوصیات مورد معامله تعیین می‌شود. لذا آنچه در یک قرارداد باید به آگاهی مصرف‌کننده برسد، ممکن است در قراردادی دیگر ضروری نباشد. در قراردادهای رایانش ابری، اطلاعات مربوط به داده‌ها از جمله

-
- 1- Functionality
 - 2- Relevant Interoperability

نحوه نگهداری، امکان انتقال و بازیابی پس از پایان قرارداد و شیوه حذف و پاکسازی آن‌ها جزء این گروه از اطلاعات‌اند که در تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان تأثیر گذارند.

در صورتی که مصرف‌کننده خدمات رایانش ابری قصد تغییر ارائه دهنده خدمت را داشته و مایل باشد از خدمات ارائه دهنده دیگری استفاده کند یا قصد تغییر سیستم‌های پردازش‌کننده اطلاعات خود را داشته باشد، ابتدا باید داده‌های انتقالی به ابر را بازیابی کند. بازیابی اطلاعات ابر، از بارگذاری آن‌ها دشوارتر است (Zok, 2019: 148). برخی از ارائه‌دهندگان خدمات رایانش ابری در قراردادهای مسئولیت بازیابی داده‌ها از سوی مشتری را از خود سلب یا ارائه آن‌ها را به پرداخت هزینه اضافی موکول می‌کنند (Foster, 2013: 24)؛ بنابراین همکاری نکردن تأمین‌کننده با مصرف‌کننده در این گونه قراردادهای عملاً می‌تواند به حبس او در قرارداد و اجبار وی به تداوم استفاده از خدمات منجر شود (Marinscu, 2018: 8). در صورتی که امکان بازیابی داده‌ها در قرارداد فی‌مابین پیش‌بینی نشده و مورد موافقت و پذیرش عرضه‌کننده قرار نگرفته باشد هیچ تعهد قانونی در لزوم ارائه داده‌های ذخیره شده در ابر به مشتری نمی‌توان بر تأمین‌کنندگان خدمات ابری تحمیل کرد اما حداقل، تأمین‌کنندگان خدمات مکلف‌اند پیش از بستن قرارداد، اطلاعات مربوط به آن را در اختیار مصرف‌کننده قرار دهند و چنانچه هزینه یا شرایط خاصی را بدین منظور مطالبه کنند، اطلاعات آن را به آگاهی مصرف‌کننده برسانند.

شیوه‌های پاک‌سازی داده‌ها متنوع‌اند و شامل گمنام‌سازی، تجزیه، حذف نرم‌افزاری و انهدام سخت‌افزاری می‌شود که بسته به سیاست‌های حریم خصوصی و درجه اهمیت و محرمانگی داده‌ها هر تأمین‌کننده ممکن است یکی از آن‌ها را به کار گیرد (ENISA, 2010: 40). از آنجایی که این مسئله به‌طور مستقیم با امنیت و حریم خصوصی کاربران مربوط می‌شود و از اهمیت بسیاری برخوردار است اطلاعات مربوط به آن نیز باید در اختیار مصرف‌کننده قرار گیرد. نگرانی از حذف نکردن کامل داده‌ها پس از پایان قرارداد و باقی ماندن آن‌ها بر روی سرورهای ابری یکی از نگرانی‌های رایج کاربران ابر است (Bradshaw et al. 2010: 23).

نتایج بررسی قراردادهای رایانش ابری نشان می‌دهد که تأمین‌کنندگان خدمات رایانشی به‌طور معمول، هیچ‌گونه تعهدی در خصوص پشتیبان‌گیری از اطلاعات نمی‌پذیرند و مسئولیت تهیه نسخه پشتیبان را بر عهده کاربران می‌گذارند (Vincent et al. 2011: 11; Bradshaw et al. 2010:22; Hon et al. 2012: 96). باین حال برای افزایش ضریب اطمینان دسترس‌پذیری خدمات

و تضمین یکپارچگی داده‌ها، به‌طور روزانه یا هفتگی از داده‌ها پشتیبان‌گیری و در بانک‌های اطلاعاتی ذخیره می‌شود (Hon et al. 2012: 94-95). اطلاعات مربوط به نسخه‌های پشتیبان، زمان آرشیو شدن و امکان دسترسی به آن‌ها قطعاً در تصمیم مصرف‌کننده در انتخاب تأمین‌کننده و استفاده از خدمات وی مؤثر است؛ بنابراین اطلاعات مربوط به آن نیز باید در اختیار مصرف‌کننده قرار گیرد.

نکته پایانی به توضیح گستره ارائه اطلاعات در قراردادهای رایانش ابری اختصاص دارد: شکاف اطلاعاتی میان مصرف‌کننده و تأمین‌کننده موجب نابرابری توان معاملی طرفین قرارداد می‌شود. لذا هدف از تحمیل وظیفه اطلاع‌رسانی به تأمین‌کننده، جبران این نابرابری است (Markou, 2017: 195). اطلاعات لازم و مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کننده باید روشن و قابل فهم باشد. در قراردادهای رایانش ابری به دلیل پیچیدگی‌های فنی سیستم‌های رایانشی، اجرای صحیح این تکلیف قدری چالش‌برانگیز است. از یک‌سو، تأمین‌کننده برای ارائه اطلاعات لازم، ناگزیر از استفاده از زبان فنی و به کاربردن اصطلاحات تخصصی مربوط به علوم رایانه می‌باشد. از سوی دیگر، به کاربردن این اصطلاحات، تفصیل زیاد و پیچیده کردن موضوع می‌تواند درک آن را برای مصرف‌کننده دشوار نماید. البته میزان و نوع اطلاعاتی که به افراد داده می‌شود، به گیرندگان نیز بستگی دارد (Issaei tafreshi & Rahimnezhad, 2015:118). نباید از نظر دور داشت که مصرف‌کننده این‌گونه خدمات تا حدودی با موضوع آشناست و به همین دلیل آن را درخواست کرده و احتمالاً نسبت به مصرف‌کنندگان سایر خدمات دیجیتال و غیردیجیتالی، اطلاعات بیشتری از مباحث فنی مربوط دارد؛ بنابراین شرایط و وضعیت یک مصرف‌کننده متعارف در این اوضاع و احوال خاص باید در نظر گرفته شود (Poludniak, 2017: 43).

سه گروه اصلی خدمات رایانش ابری از دیدگاه یادشده متفاوت‌اند. در خدمات زیرساخت و بستر به عنوان خدمت، کاربران آزادی عمل و کنترل بیشتری بر روی منابع دارند و بسیاری از تنظیمات ابر در اختیار آن‌ها قرار دارد. قاعداً مصرف‌کننده متقاضی این خدمات اطلاعات جامعی نسبت به مباحث فنی دارد و چه‌بسا متخصص باشد؛ بنابراین اطلاعاتی که باید در مورد مشخصات فنی و ویژگی‌های کاربردی خدمات در اختیار آن‌ها قرار گیرد از سطح بالاتری برخوردار است؛ اما در خدمات نرم‌افزار به عنوان خدمت، کاربران به‌جز پاره‌ای تنظیمات جزئی هیچ کنترلی بر روی منابع ندارند و تنها از نرم‌افزارهای تأمین‌کننده که بر روی زیرساخت ابر قرار دارد استفاده می‌کنند

(Millard, 2013:12). به همین علت نرم‌افزار به‌عنوان خدمت، بیشتر کاربرد مصرفی و غیرتجاری دارد. کاربران این گروه، طیف اصلی مصرف‌کنندگان موردحمایت قوانین حمایت از مصرف‌کننده را در قراردادهای رایانش ابری تشکیل می‌دهند. اطلاعات ارائه شده به مصرف‌کنندگان نرم‌افزار به‌عنوان خدمت، باید ساده‌تر بیان شود. معمولاً برای حل این مشکلات بخشی از قرارداد به توضیح و تعریف اصطلاحات تخصصی^۱ اختصاص پیدا می‌کند. اقدامی که برای هر دو طرف قرارداد مفید بوده و از سوی کارگروه رایانش ابری آن‌سیترا ل هم به ارائه‌دهندگان خدمات ابری توصیه شده است (UNCITRAL, 2018:13).

۲-۱-۵-مقابله با تبلیغات گمراه‌کننده و رویه‌های تجاری غیرمنصفانه

آگاهی مصرف‌کننده، اساسی‌ترین حقی است که برای او در نظر گرفته شده و زمینه‌ساز اجرای سایر اصول حمایتی است. حمایت از این حق در دوره پیش قراردادی می‌تواند منجر به ایجاد یک رابطه حقوقی پایدار، منطقی و مبتنی بر اراده واقعی مصرف‌کننده شود (Khaledi et al. 2017:55). رویه‌های تجاری و تبلیغات ارائه‌دهندگان محصولات به علت نقش مهمی که در ایجاد آگاهی و رغبت مصرف‌کننده دارند می‌توانند زمینه‌ساز تصمیم آگاهانه او شوند یا با انعکاس امور خلاف واقع، نقشی وارونه ایفا کنند. هدف سازوکارهای حمایتی، اتخاذ تدابیر مناسب در برخورد با هنجارهای رفتاری غیرمنصفانه و مقابله با نظام تبلیغاتی است و تلاش دارد به گونه‌ای اوضاع را سازماندهی کند که منطبق بر واقعیت، اطلاع‌رسانی صحیح به مصرف‌کننده انجام شود (Khaledi et al. 2017:57).

دستورالعمل رویه‌های تجاری غیرمنصفانه اتحادیه اروپا^۲ با هدف حمایت از مصرف‌کننده در برابر رویه‌های تجاری غیرمنصفانه، گمراه‌کننده و تحمیلی وضع شده است. رویه تجاری به عملکرد و هنجارهای رفتاری اطلاق می‌شود که میان تجار و شرکت‌های تجاری ایجاد شده و تا اندازه‌ای الزام‌آور است^۳. عرضه اطلاعات درباره محصول، تعامل با مشتریان در سامانه فروش محصولات یا

1- Glossary of technical terms

2- Unfair Commercial Practices Directive

3- Consumer Protection from Unfair Trading Regulation (CPUTR), Article 2(1).

نحوه تعامل کارکنان شرکت با مشتریان، خدمات پس از فروش مانند شیوه حل و فصل دعاوی و پاسخگویی به اعتراضات و البته انواع و اقسام روش‌های تبلیغات از نمونه‌های رویه‌های تجاری شمرده می‌شوند (Cunningham & Reed, 2013: 5).

مطابق ماده (۵) دستورالعمل یاد شده، رویه تجاری هنگامی غیرمنصفانه است که «مغایر با پشتکار حرفه‌ای باشد و به نحو اساسی، رفتار اقتصادی یک مصرف‌کننده متعارف در ارتباط با کالا، خدمات و یا محتوای دیجیتال را تحریف کند». مغایرت با پشتکار حرفه‌ای برحسب استانداردهایی که به‌طور معقول و متعارف از یک تاجر در زمینه کاری خود در ارتباط و تعامل با مشتریان انتظار می‌رود سنجیده می‌شود. هم‌چنین یک رویه تجاری زمانی تحریف‌کننده رفتار اقتصادی مصرف‌کننده شمرده می‌شود که امکان اتخاذ تصمیم‌گیری آگاهانه را از او سلب کند و شرایطی ایجاد شود که در نبود آن، مصرف‌کننده چنین تصمیمی نمی‌گرفت (Antoniotta, 2017: 29).

رویه تجاری هنگامی گمراه‌کننده است که حاوی اطلاعات نادرست، دروغین و فریبنده باشد و بر تصمیم مصرف‌کننده اثر نامطلوب بگذارد. در این زمینه نه تنها محتوای اطلاعات ارائه شده به مصرف‌کننده اهمیت دارد بلکه نحوه ارائه اطلاعات به وی نیز در نظر گرفته می‌شود؛ بنابراین حتی اگر اطلاعات ارائه شده به مصرف‌کننده مطابق با واقع باشد اما به شیوه‌ای عرضه شود که موجب فریب او گردد، گمراه‌کننده شمرده می‌شود (EC Guidance, 2016: 58). بند ((۳)) بخش دوم مقررات حمایت از مصرف‌کننده اصلاحی ۲۰۱۴ انگلستان^۱ نیز برگرفته از دستورالعمل اروپایی همین معیار را برای سنجش غیرمنصفانه و گمراه‌کننده بودن یک رویه تجاری پیش‌بینی می‌کند.

پیوست شماره یک دستورالعمل یاد شده، شامل فهرستی از رویه‌های تجاری غیرمنصفانه و ممنوع است. رویه‌های بازرگانی مندرج در آن که به فهرست سیاه معروف است، بدون نیاز به ارزیابی، طبق معیارهای مندرج در مواد (۵) و (۶) خودکار مردود می‌شوند. یکی از رویه‌های مندرج در این فهرست ارتباط نزدیکی با رایانش ابری دارد و در این صنعت رواج دارد. مطابق بند ((۲۰)) این پیوست، توصیف یک محصول به‌عنوان رایگان، بدون هزینه و یا سایر عناوین مشابه

1- Consumer Protection from Unfair Trading Regulation (CPUTR)

هنگامی که مصرف‌کننده به‌جز هزینه‌های متعارف و دریافت محصول، متعهد به پرداخت هر مبلغ دیگری شود، ممنوع است.

بسیاری از کسب‌وکارهای اینترنتی که به ارائه محصولات و خدمات دیجیتال می‌پردازند از جمله خدمات رایانش ابری به مشتریان خود یک محصول یا خدمت بدون هزینه را وعده می‌دهند که با عنوان "رایگان" تبلیغ می‌شوند. برای مثال برنامه فیس‌بوک که زیرمجموعه مدل نرم‌افزار به‌عنوان خدمت رایانش ابری است در صفحه آغازین خود این برنامه را رایگان معرفی می‌کند. فراوانی این نوع محصولات و خدمات در بازار دیجیتال، به‌اندازه‌ای است که پاره‌ای از نویسندگان را بر آن داشته تا ادعا کنند برخلاف عالم واقع که ارائه محصول رایگان، امری استثنائی محسوب می‌شود، در فضای مجازی آن را عادی، عمومی و یک رویکرد رایج برای محصولات دیجیتال تلقی کنند (Anderson, 2008). در کتاب رایگان: بنیان قیمت‌گذاری آینده^۱، کریس اندرسون، اقتصاددان، نویسنده و مدیر نهاد غیرانتفاعی سخنرانی تد، در دفاع از این مدل قیمت‌گذاری ادعا می‌کند که اینترنت، کسب‌وکارها را از قواعد دست و پاگیر سنتی آزاد کرده و از همین رو ارائه یک محصول کاملاً رایگان، به‌گونه‌ای که هم برای مصرف‌کنندگان و هم عرضه‌کنندگان آن سودآور باشد، محقق شده است. به علت محدودیت‌های موجود، هزینه توزیع یک محصول مادی زیاد است و ارائه رایگان آن به‌سادگی و بدون فریب دادن مشتریان در خصوص هزینه‌های پنهان ممکن نیست؛ اما در دنیای دیجیتال، با استفاده از بستر اینترنت می‌توان یک محصول دیجیتال را به شمار زیادی از مصرف‌کنندگان عرضه کرد. لذا، معقول است که عرضه‌کنندگان محصولات دیجیتال با چشم‌پوشی از هزینه‌های اندک توزیع محصول، آن را رایگان عرضه کنند (Anderson, 2009: 77-93). اندرسون ادعا می‌کند انتقال به جهان دیجیتال، عرضه محصولات رایگان بدون نیرنگ را ممکن ساخته و مفهوم رایگان قرن بیست و یکم با مفهوم آن در قرن بیستم متفاوت است. انتقال از جهان اتم و مولکول به بایت و مگابایت، معادلات را دگرگون کرده و رایگان، واقعاً رایگان است! (Anderson, 2009: 3-4)؛ اما آیا این ادعا صحیح است و استفاده از محصولات دیجیتال رایگان همان‌طور که در تبلیغات آن عنوان می‌شود واقعاً

1- Free: The Future of a Radical Price.

برای مصرف کنندگان هزینه ندارد؟

برخلاف آنچه اندرسون ادعا می کند، جهان دیجیتال در بسیاری جهات با عالم واقع اشتراک دارد و از قواعد اقتصادی آن پیروی می کند. گفته های اندرسون ممکن است باعث شود تصور کنیم محیط دیجیتال، ضوابط اقتصادی تولید محصول برای شرکت ها را تغییر داده اما در حقیقت، تولید یک محصول به صورت دیجیتال و آنلاین تفاوتی با نمونه فیزیکی آن ندارد؛ برای تولید هر دو نوع محصول، هزینه هایی شده که باید جبران شود تا شرکت تولید کننده آن دوام یابد (Hoofnagle & Whittington, 2014:620). هزینه تولید و توزیع محصولات و خدمات دیجیتالی که با عنوان رایگان به مصرف کنندگان عرضه می شوند، بیشتر از راه فروش داده های شخصی مشتریان به بنگاه های تبلیغات و بازاریابی تأمین می شود؛ حقیقتی که در بسیاری از موارد از دید مصرف کنندگان پنهان می ماند. مجله وال استریت در سال ۲۰۱۰ مجموعه مقالاتی را منتشر کرد که نشان می داد تنها در ایالات متحده، ۵۰ سایت پربازدید به طور میانگین از ۶۴ نوع فناوری برای جمع آوری اطلاعات از رایانه بازدید کنندگان استفاده می کنند بدون این که هشدار به کاربران خود بدهند (Angwin, 2010).

داده های شخصی کاربران دارای ارزش تجاری است و در بازار دیجیتال معامله می شود (Kelly & Swaby, 2017:166)؛ اما تعیین ارزش واقعی آن ها به سادگی ممکن نیست؛ زیرا بستگی به استفاده ای دارد که گردآورنده از آن می کند. به علاوه، داده های یک شخص ممکن است با داده های دیگران ترکیب و سپس فروخته شود. تعیین ارزش هر جزء داده در این صورت به تنهایی ممکن نیست (Hoofnagle & Whittington, 2014:610). هرچه مشتری زمان بیشتری را صرف استفاده از این گونه محصولات و خدمات کند، داده های بیشتری از او گردآوری می شود که ارزش داده های پیشین را بالا می برد؛ زیرا اطلاعات بیشتر، کار شرکت های تبلیغاتی را در تحلیل و پیش بینی رفتار مشتری برای شخصی کردن آگهی های تبلیغاتی ساده تر می کند. ارائه اطلاعات شخصی مانند نام خانوادگی، آدرس ایمیل یا شماره تماس، شرکت ها را قادر می سازد با مشتریان ارتباط برقرار و حتی مکان آن ها را شناسایی کنند (Turow et al. 2009:6). ارائه این اطلاعات در ازای دریافت محصولات و خدمات، به معنای وارد شدن به یک معامله است حتی اگر این معامله به ظاهر رایگان انجام شده باشد (Hoofnagle & Whittington, 2014:625).

قراردادهای رایگان، تنها در صورتی واقعاً رایگان هستند که شرکت های ارائه کننده از طریق

آن، هزینه و ریسک تولید و توزیع محصولات و خدمات را به مصرف‌کننده منتقل نکنند. وقتی مصرف‌کننده قراردادی می‌بندد و از محصولات و خدمات ارائه شده استفاده می‌کند بدون تعهد به ارائه اطلاعات شخصی یا ریسک افشای اطلاعات شخصی در قبال آن، می‌توان گفت چنین قراردادی واقعاً رایگان است (Hoofnagle & Whittington, 2014:625)؛ بنابراین تبلیغ کردن این نوع خدمات به عنوان رایگان و سکوت درباره نحوه استفاده از داده‌های شخصی مشتریان، یک رویه تجاری غیرمنصفانه و گمراه‌کننده می‌باشد.

در ارتباط با رویه‌های تجاری غیرمنصفانه مقررهای در حقوق ایران مشاهده نمی‌شود، اما قانون حمایت از مصرف‌کننده و قانون تجارت الکترونیک قواعدی در مورد تبلیغات دارد که به موجب آن‌ها تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست اگر موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده شود، ممنوع می‌باشد. طبق ماده (۵۰) قانون تجارت الکترونیکی تأمین‌کنندگان در تبلیغات خود نباید مرتکب فعل یا ترک فعلی شوند که سبب اشتباه یا فریب مخاطب از حیث کمیت و کیفیت شود. ماده (۷۰) این قانون نیز برای تخلف از این مقررات، جزای نقدی در نظر گرفته است.

۲-۵- حمایت بعد قراردادی از مصرف‌کننده رایانش ابری

ارائه محتوا و خدمات دیجیتال منطبق بر قرارداد^۱ و انجام خدمت با مراقبت معقول و متعارف^۲ از مهم‌ترین سازوکارهای حمایت از مصرف‌کننده پس از بستن قرارداد با تأمین‌کننده می‌باشد.

۱-۲-۵- ارائه محتوا و خدمات دیجیتال منطبق بر قرارداد

مطابقت اجرای تعهد با التزام صورت گرفته یکی از قواعد عمومی قراردادهاست. لذا متعهد باید آنچه بر عهده گرفته به جا آورد (Khorsandian & Amiri, 2018:124). مواد (۷) و (۸) دستورالعمل جنبه‌های خاص قراردادهای عرضه محتوا و خدمات دیجیتال اتحادیه اروپا مفصلاً به این موضوع پرداخته و در جهت حمایت از مصرف‌کنندگان محصولات دیجیتال، معیارهایی برای

1- Conformity of Digital Content & Services with Contract

2- Reasonable care & Skill

انطباق محتوا و خدمات در نظر گرفته است که به دو گروه شخصی و نوعی تقسیم می‌شوند: معیارهای شخصی^۱ در ماده (۷) مورد اشاره قرار گرفته‌اند و هنگامی لازم‌الرعايه هستند که مورد توافق طرفین قرارداد قرار گرفته باشند ولی معیارهای نوعی^۲ که در ماده (۸) بیان شده است در هر قرارداد عرضه محتوای دیجیتال باید مراعات شوند.

مطابق با بند اول ماده (۷) دستورالعمل یادشده، برای این که محتوا و خدمات دیجیتال عرضه شده منطبق با قرارداد ارزیابی شود باید علاوه بر این که دارای اوصاف کمی و کیفی مقرر باشد، قابلیت تعامل و سازگاری با محیط نرم‌افزاری و سخت‌افزاری مصرف‌کننده را داشته و همچنین مناسب با هر مقصود خاصی باشد که مصرف‌کننده در نظر داشته است، مشروط بر آن که حداکثر تا زمان بسته شدن قرارداد به اطلاع تأمین‌کننده برسد و مورد موافقت او قرار گیرد. محتوا و خدمات دیجیتال عرضه شده باید به همراه تمامی لوازم و دستورالعمل‌های موردنیاز برای نصب و راه‌اندازی آن در اختیار مصرف‌کننده باشد و در صورت ضرورت، آن‌طور که در قرارداد پیش‌بینی شده، بروزرسانی شود.

علاوه بر الزامات مندرج در ماده (۷)، طبق ماده (۸) این دستورالعمل، محتوا و خدمات دیجیتال عرضه شده باید با رعایت هر نوع مقرر قانونی، استاندارد فنی و در غیاب آن هر نوع مرامنامه صنفی، مناسب با مقاصدی باشد که معمولاً محتوا و خدمات دیجیتال از همان نوع برای مقاصد مزبور مورد استفاده قرار می‌گیرند. محتوا و خدمات دیجیتال از حیث کمی و کیفی و ویژگی‌هایی نظیر امنیت، دسترسی‌پذیری، پیوستگی و سازگاری می‌بایست دارای اوصافی باشد که محتوا و خدمات دیجیتال از همان نوع دارند و مصرف‌کننده، انتظار معقول آن را دارد. همچنین محتوا و خدمات دیجیتال عرضه شده باید مطابق با اظهاراتی باشد که ارائه‌کننده یا افراد مرتبط با او در زنجیره توزیع در تبلیغات خود عنوان نموده‌اند.

جنبه دیگر انطباق محتوا و خدمات دیجیتال با قرارداد مربوط به رعایت الزامات مندرج در دستورنامه حفاظت از داده^۳ در پردازش و نگهداری داده‌های شخصی است (Almeida Alves,)

1- Subjective requirements for conformity

2- Objective requirements for conformity

3- General Data Protection Regulation (EU 2016/679).

2019:41). بر اساس مقدمه (۴۸) دستورالعمل، رعایت نکردن مقررات دستورنامه یادشده در رابطه با موضوعاتی مانند به حداقل رساندن داده‌ها^۱ و حفاظت از داده‌ها به صورت طراحی^۲ یا پیش فرض^۳ (موضوع ماده ۲۵ دستورنامه) تحت شرایطی می‌تواند منجر به عدم انطباق محتوا و خدمات دیجیتال عرضه شده با معیارهای شخصی و نوعی مندرج در مواد (۷) و (۸) دستورالعمل شود. برای مثال چنانچه تأمین‌کننده یک برنامه رمزنگاری داده یا مدیریت حساب کاربری آنلاین مبتنی بر ابر، تعهدات امنیتی خود را به منظور حفاظت از داده‌ها طبق مقررات دستورنامه حفاظت از داده انجام ندهد و داده‌های کاربر به طور غیرمجاز افشا شود، خدمت ارائه شده غیر منطبق تشخیص داده می‌شود؛ زیرا مناسب با مقصود خاصی که نوعاً این نوع خدمات برای آن استفاده می‌شود یعنی انتقال ایمن داده‌ها نیست.

پیش‌بینی معیار نوعی در کنار معیار شخصی برای تشخیص انطباق محتوا و خدمات دیجیتال می‌تواند به نحو مؤثرتری تضمین‌کننده حقوق مصرف‌کننده باشد. بیشتر قراردادهای تأمین محتوا و خدمات دیجیتال به صورت استاندارد آنلاین منعقد می‌شوند و نه تنها شرط خاصی درباره انطباق در آن‌ها نیامده، بلکه تأمین‌کنندگان به صراحت عنوان می‌کنند هیچ مسئولیتی نسبت به عدم انطباق محتوا و خدمات دیجیتال با محیط دیجیتال مصرف‌کننده ندارند (Bradshaw et al. 2010: 33). نظر به این که مصرف‌کننده امکان گفتگو در مورد شروط قراردادی ندارد اگر این موضوع تنها به توافق طرفین واگذار شود او راهی برای اثبات عدم انطباق نخواهد داشت (Spindler, 2016:199). حق مصرف‌کننده به دریافت محتوای دیجیتال منطبق با قرارداد، مهم‌ترین حقی است که در قانون مصرف‌کننده انگلستان به رسمیت شناخته شده و مقررات مربوط به آن در قسمت‌های (۳۴)

۱- اصلی است که بیان می‌کند داده‌های جمع‌آوری و پردازش شده نباید طولانی مدت نگهداری Data minimization 1- شوند و مورد پردازش بیشتر قرار گیرند مگر بنا بر دلایلی که در سیاست حریم خصوصی برای کاربران توضیح داده شده است، این امر ضروری باشد.

۲- حفاظت از داده‌ها از طریق فناوری‌های طراحی شده، به این معنا که بهتر است Data Protection by Design 2- شیوه‌های حفاظت از داده در هنگام طراحی و ساخت سیستم‌ها و برنامه‌ها درون آن‌ها تعبیه شود.

۳- به این معناست که هنگام عرضه عمومی یک محصول یا خدمت، تنظیمات حفاظت از Data Protection by Default 3- داده‌ها باید به صورت پیش فرض و خودکار در آن اعمال شود و نیازی به تنظیم دستی از سوی کاربران نهایی نداشته باشد.

تا (۴۰) آن قانون آمده است. براین اساس، محتوای دیجیتال عرضه شده باید دارای کیفیت رضایت بخش، متناسب با مقاصد خاص مصرف کننده در استفاده از آن و مطابق با توصیفات به عمل آمده باشد. کیفیت محتوای دیجیتال در صورتی رضایت بخش است که استانداردهای مدنظر شخص متعارف را داشته باشد. برای این منظور باید اوصاف محتوای دیجیتال، قیمت آن و سایر اوضاع و احوال مرتبط در نظر گرفته شود؛ بنابراین محتوای دیجیتال باید مناسب با مقاصدی باشد که محتوای دیجیتال از همان نوع عرفاً برای آن منظور عرضه می شود. همچنین باید عاری از نواقص جزئی، امن و بادوام باشد. لازم به ذکر است که مقررات مربوط به انطباق محتوای دیجیتال، طبق قسمت (۴۷) این قانون، امری است و هرگونه توافق خلاف آن به منظور کاهش یا سلب مسئولیت ارائه کننده پذیرفته نیست.

ضمانت اجرای ارائه محتوای دیجیتال غیر منطبق و حدود و شرایط آن در مواد (۴۲) تا (۴۵) قانون یاد شده آمده است که بر اساس آن در صورتی که محتوای دیجیتال مطابق با قرارداد نباشد مصرف کننده می تواند تعمیر، جایگزینی یا تقلیل ثمن را درخواست کند. تعمیر محتوای دیجیتال غیر منطبق به معنای منطبق کردن آن با قرارداد است و نمی تواند همراه با درخواست جایگزینی محتوای دیجیتال مطرح شود. درخواست تقلیل ثمن نیز هنگامی امکان پذیر است که محتوای دیجیتال قابل تعمیر یا جایگزینی نباشد یا ارائه کننده از انجام تعمیر یا جایگزینی محتوا خودداری کند.

در حقوق ایران نیز اگرچه اصل مطابقت اجرا با تعهد قراردادی چنان که در ماده (۳۷۵) قانون مدنی دیده می شود بیشتر مربوط به تسلیم کالا است اما باید گفت این قاعده همه تعهدات از جمله تعهد به ارائه خدمت را دربر می گیرد (Aliahmadi, 1996:361)؛ بنابراین متعهد باید آنچه مطابق با قرارداد بر عهده گرفته به جای آورد. چنان که گفته شد در قراردادهای رایانش ابری، حدود و ضوابط تعهد تأمین کننده و ویژگی های خدمات رایانشی موضوع قرارداد در موافقت نامه سطح خدمت می آید و تخلف از مفاد آن مسئولیت تأمین کننده را در پی دارد. علاوه بر این طبق ماده (۲۲۰) قانون مدنی، تأمین کننده، متعهد به رعایت الزامات عرفی و قانونی ناشی از قرارداد است. اگر در قرارداد چگونگی و کیفیت اجرا مشخص نشده باشد باید به شیوه و کیفیت متعارف و معقول اجرا شود.

موضوع تناسب خدمت با هدف خاص خریدار، گرچه با این عنوان در حقوق ایران مطرح

نشده، اما از قواعد عمومی قابل برداشت است. براین اساس اگر هدف خاص خریدار از محدوده انگیزه شخصی خارج شده و مورد توافق واقع شده و یا در قالب شرط بنایی قرار گرفته باشد، بی‌گمان خدمت مورد نظر باید با آن منطبق باشد (Katouzian, 2010:145).

۲-۵- مهارت و مراقبت معقول در انجام خدمت

داشتن مهارت و مراقبت معقول در اجرای تعهدات در حقوق نوین قراردادهای خدمات اروپا آمده و مراد آن است که ارائه‌دهنده خدمت باید تلاش‌های متعارف و معقولی را برای رسیدن به نتیجه مورد توافق یا نتیجه متعارف مورد انتظار معمول دارد (Khorsandian & Amiri, 2018:128). وظیفه مهارت بیشتر مربوط به علم و دانش فرد است، درحالی که وظیفه مراقبت اعم از آن بوده و نوعی مسئولیت اجتماعی فارغ از تخصص به‌منظور اجتناب از بروز صدمات و خسارات است (Talebahmadi & Hamidian, 2020: 33).

از آنجا که در قانون مصرف‌کننده انگلستان قراردادهای مدل زیرساخت به‌عنوان خدمت رایانش ابری قرارداد خدماتی شمرده می‌شوند، برای شناسایی حقوق مصرف‌کنندگان باید قواعد قراردادهای عرضه خدمات را دید که در فصل چهارم آن قانون آمده است. طبق بخش (۴۹) قانون یادشده، چنین در نظر گرفته می‌شود که هر قرارداد عرضه خدمت، حاوی شرطی است که بر اساس آن ارائه‌کننده باید خدمت مورد نظر را با مهارت و مراقبت معقول و متعارف اجرا کند. قانون یادشده اشاره‌ای به مفهوم مراقبت معقول و متعارف نکرده؛ زیرا استاندارد ثابتی در مورد آن وجود ندارد و در ارائه خدمات گوناگون با یکدیگر متفاوتند. در حقوق انگلیس، معیار رعایت مراقبت معقول و متعارف، استانداردهای صنعتی و رویه‌های پذیرفته شده در میان صاحبان مشاغل و خدمات است. معیار دیگری که در سنجش سطح مراقبت معقول و متعارف باید در نظر گرفت، بهایی است که برای آن پرداخت می‌شود. به‌طور معمول انتظار مصرف‌کننده از سطح کیفی خدمت، نسبت مستقیمی با مبلغ پرداخت شده برای آن دارد؛ هرچه مبلغ پرداخت شده بیشتر باشد کیفیت بالاتری مورد انتظار است.^۱ مراقبت معقول و متعارف، بیش از آن که به نتیجه نهایی خدمت

1- Consumer Rights Act 2015 Explanatory Notes, Commentary on Section 49, Number 244.

مربوط باشد به نحوه اجرای آن بازمی‌گردد، به این معنا که صرف‌نظر از نتیجه کار، اگر مراقبت معقول و متعارف در انجام خدمت رعایت نشود، نقض تعهد است.^۱ انطباق خدمت با اطلاعات ارائه شده، ارائه خدمت با قیمت مناسب و در زمان متعارف از دیگر الزاماتی هستند که به‌منظور حفظ حقوق مصرف‌کننده در قراردادهای ارائه خدمت باید رعایت شوند و مقررات آن در مواد (۵۰) تا (۵۲) قانون حقوق مصرف‌کننده آمده است.

الزام مربوط به انطباق خدمت با اطلاعات ارائه شده، در قسمت (۵۰) قانون مصرف‌کننده پیش‌بینی شده و شامل دو گروه اطلاعات می‌شوند: گروه نخست، ناظر به اطلاعاتی است که مربوط به خدمت و یا ارائه‌کننده آن بوده و در هنگام بستن قرارداد یا تصمیم‌گیری درباره خدمت پس از بسته شدن قرارداد، به‌طور شفاهی یا کتبی، به مصرف‌کننده ارائه شده و مصرف‌کننده بر آن اتکا می‌کند. گروه دوم، اطلاعاتی است که طبق دستورنامه قراردادهای مصرف‌کننده ۲۰۱۳ باید به مصرف‌کننده ارائه شود. ایجاد هرگونه تغییر در اطلاعات فوق جز با توافق بعدی ممکن نیست مگر این که اطلاعات دارای چنان ویژگی باشد که نشان دهد ظرفیت تغییر دارد.^۲

نخستین ضمانت اجرای نقض تعهد مطابقت خدمت، درخواست اجرای صحیح یا به عبارت دیگر تکرار آن می‌باشد. چنانچه اجرای دوباره خدمت امکان‌پذیر نباشد یا در زمان متعارف، بدون ایجاد زحمت برای مصرف‌کننده انجام نشود، مصرف‌کننده می‌تواند درخواست تقلیل ثمن را بخواهد. کاستن از ثمن معامله به میزان مابه‌التفاوت قیمت خدمت تعیین شده در قرارداد با خدمت انجام شده صورت می‌گیرد. در عمل، برای تعیین ارزش و قیمت خدمت ارائه شده، به میزان سودی که از اجرای خدمت نصیب مصرف‌کننده شده توجه می‌شود. اجرای این حکم در جایی که خدمت به گونه‌ای ارائه شده که مصرف‌کننده از آن هیچ سودی نبرده، منتهی به کاهش تمام ثمن شده و هیچ مبلغی پرداخت نمی‌شود.^۴

1- Consumer Rights Act 2015 Explanatory Notes, Commentary on Section 49, Number 243.

2- Consumer contracts regulations 2013

3- Consumer Rights Act 2015 Explanatory Notes, Commentary on Section 50, Number 251.

4- Consumer Rights Act 2015 Explanatory Notes, Commentary on Section 54, Number 266.

وظیفه مهارت و مراقبت معقول در انجام تعهدات به‌صراحت در مقررات ما نیامده، اما به‌طور کلی آن را بر اساس شرط بنایی و برگرفته از عرف در قراردادهای عرضه خدمات می‌توان ضروری شمرد. با توجه به ماده ۲۲۰ قانون مدنی، ارائه‌دهنده خدمت علاوه بر التزامات قراردادی باید به تکالیف ناشی از عرف مرتبط نیز پایبند باشد. عنصر سازنده رایانش ابری، برون‌سپاری مسئولیت‌های سنتی کاربران در نگهداری و مدیریت منابع و واگذاری آن به ارائه‌دهندگان خدمات ابری و هم‌چنین کاهش مخاطرات از دست دادن داده‌ها است (Cunningham & Reed, 2013:9)؛ بنابراین به‌طور متعارف و معقول از تأمین‌کنندگان خدمات انتظار می‌رود که خدمت مورد نظر را با مهارت اجرا کنند و از بروز خسارات تا حد امکان جلوگیری نمایند. آنچه اهمیت دارد تعیین معیار مهارت و مراقبت است تا بر اساس آن بتوان نقض این تعهد را اثبات کرد. در این خصوص معیار اولیه و اصلی رفتار انسان متعارف است (Badini, 2011:77).

نتیجه‌گیری

موقعیت ضعیف مصرف‌کننده در قراردادها و نداشتن قدرت چانه‌زنی در برابر عرضه‌کنندگان کالا و خدمات سبب شده قانون‌گذاران برای دستیابی به عدالت معاوضی حمایت‌های ویژه‌ای از ایشان بنمایند. در حقوق برخی از کشورها نظر به اهمیت و فراوانی محصولات ناملموس دیجیتالی و تفاوت‌های قابل ملاحظه این محصولات با کالا و خدمات غیردیجیتال، مقررات جداگانه‌ای وضع شده است. دستورالعمل مصرف‌کننده و دستورالعمل دیجیتال اتحادیه اروپا و قانون مصرف‌کننده انگلستان در کنار کالا و خدمات برای محتوا و خدمات دیجیتال نوع سوم از مورد معامله را با قواعد مجزا در نظر گرفتند. در چنین نظام‌هایی، رایانش ابری در گروه محتوا و خدمات دیجیتال قرار می‌گیرد. در حقوق ایران برای حمایت از مصرف‌کنندگان محتوا و خدمات دیجیتالی همچون رایانش ابری مقررات مستقلی وجود ندارد. علیرغم تفاوت‌های قابل ملاحظه‌ای که میان قراردادهای ارائه خدمات دیجیتال با قراردادهایی که در آن کالا و خدمات غیردیجیتال مبادله می‌شود وجود دارد، ناگزیر برای شناخت حقوق مصرف‌کنندگان آن خدمات باید به قواعد عام رجوع کرد. به نظر می‌رسد دستورالعمل دیجیتال اتحادیه اروپا حمایت‌های فراگیر و مؤثر از مصرف‌کننده به عمل آورده و حتی نسبت به قانون مصرف‌کننده انگلیس برتری دارد؛ زیرا از نظر تعریف محتوا

و خدمات دیجیتال و پوشش انواع قراردادها جامع تر است. در مقایسه میان حقوق و امتیازات مصرف کننده نیز مؤثرترین حمایتی که می توان از مصرف کنندگان محصولات دیجیتالی مانند رایانش ابری کرد، پیش بینی حق دریافت اطلاعات کامل و دریافت محتوا و خدمات دیجیتال، منطبق با قرارداد و پیش بینی ضمانت اجرا برای عدم رعایت آنهاست.

پیشرفت های فناوری و تخصصی شدن فرآیند تولید کالا و خدمات منجر به ایجاد شکاف اطلاعاتی عمیق میان تولیدکننده _عرضه کننده با مصرف کننده شده است که ناتوانی قراردادی مصرف کننده را نسبت به تأمین کننده در پی دارد. این نابرابری اطلاعاتی در قراردادهای رایانش ابری چشمگیر است؛ زیرا در رایانش ابری، هر کاربر بر منابعی دسترسی مجاز دارد که میان کاربران به اشتراک گذاشته شده و توسط ثالثی مدیریت می شود و علیرغم اتکا از ورای آن آگاه نیست. الزام تأمین کننده به ارائه اطلاعات لازم در مورد ویژگی های خدمت ارائه شده مانند عملکرد، قابلیت تعامل مرتبط، روش های حفظ و نگهداری داده، حذف و پاکسازی داده، روش های پیاده سازی ابر، محدودیت های استفاده از آن و غیره علاوه بر این که موجب تعادل قدرت معاملاتی طرفین می شود برای مصرف کننده در استفاده ایمن از ابر نیز اطمینان خاطر ایجاد می کند.

حقوق ما در زمینه حمایت از مصرف کنندگان خدمات دیجیتال نارساست. در مورد شرایط انطباق محتوا و خدمات دیجیتال با قرارداد و حداقل اطلاعات لازم در مورد محصولات دیجیتال هیچ مقرره جدایی وجود ندارد و با دشواری می توان این الزامات را از مقررات عام برداشت کرد. با توجه به اهمیت محصولات دیجیتال در رشد تجارت الکترونیکی کشور و شمار روزافزون مصرف کنندگان این خدمات، وضع ضوابط و قواعد فراگیری که مختص محتوا و خدمات دیجیتال باشد و با در نظر گرفتن ماهیت و ویژگی های آنها تدوین شده باشد، ضروری به نظر می رسد. در این زمینه می توان با استفاده و توجه به مقررات کشورهای پیشگام و توسعه یافته با در نظر گرفتن اقتضائات بومی مبادرت به تنظیم قانون کرد. هم چنین با توجه به اهمیت فناوری رایانش ابری در توسعه زیرساخت های فناوری اطلاعات و تجارت الکترونیک کشور می توان برای رفع ابهامات و نیازهای کاربران و شفافیت بیشتر در زمینه حقوق و تعهدات طرفین، قراردادهای نمونه یا استاندارد در نظر گرفت و از طریق سازمان نظام صنفی رایانه ای کشور با همکاری پژوهشگاه فناوری اطلاعات و جامعه آزاد رایانش ابری ایران، برای نظارت بر اجرای صحیح قانون و رعایت

حقوق مصرف‌کنندگان، مرامنامه و نظام‌نامه تدوین نمود.

به‌منظور کمک به کاربران نهایی در انتخاب خدمات رایانش ابری مناسب و شناسایی و انتخاب فراهم‌کنندگان ابر، انجمن رایانش ابری باید دستورالعمل‌های راهنمای استفاده از خدمات ابری را تهیه کند و به‌صورت رایگان در اختیار کاربران قرار دهد. ضوابط مربوط به نحوه تعامل و ارتباط تأمین‌کننده با مشتریان، شیوه‌های پاسخگویی به شکایات و حل و فصل اختلافات، نحوه نظارت بر رفتار تأمین‌کننده و برخورد با تخلفات باید در دستورالعمل‌ها دیده شوند. شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات نیز باید خط‌مشی مدیریتی خود و شرح وظایف و مسئولیت‌های کارکنان خود را مکتوب و مستند برای نظارت و بازبینی در اختیار انجمن یادشده قرار دهند.

References

- [1] Abdipour, E; & Ghasemzadeh, R. (2011). The Theoretical Bases of Proponents and Opponents of Imposing General Duty to Inform in Contracts. *Comparative Law Researches*, 15 (1), 83-105. (in Persian)
- [2] Ahmadi, M; & Arianian, E. (2013). *Technical Standards and Legal Aspects of Cloud Computing in Iran*. Tehran, Iran: Niaz Danesh Publication. (in Persian)
- [3] Akbari, M; & Javan, M. (2010). *Cloud Computing*. Tehran, Iran: Amirkabir University of Technology. (in Persian)
- [4] Almeida Alves, M. (2019). Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services & the EU data protection legal framework: are worlds colliding? *EU law journal*, 5(2), 34-42.
- [5] Almunawar, M., & Almunawar, H. (2017). From information systems outsourcing to cloud computing. In: *Encyclopedia of Information Science and Technology*, (4th ed.). Hershey PA, USA: IGI Global.
- [6] Amid, H. (1979). *Amid Dictionary*. (13th ed.). Tehran, Iran: Amirkabir Publication. (in Persian)
- [7] Anderson, C. (2008). *Free! Why \$0.00 Is the Future of Business*. Available from: <https://www.wired.com/2008/02/ff-free/>.
- [8] Anderson, C. (2009). *Free: The Future of a Radical Price*. New York, USA: Hyperion publication.
- [9] Angwin, J. (2010). *The Web's New Gold Mine: Your Secrets*, WALL ST. J. available from: 2010, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703940904575395073512989404.html>. (Accessed 15 May 2020).
- [10] Antonietta Ruggiero, M. (2017). Unfair commercial practices, consumer and internal market protection: a comparative study (Master's thesis, Wageningen university & Research, Wageningen, Netherlands).
- [11] Australian Government Information Management Office. (2013).

- Negotiating the Cloud–Legal Issues in Cloud Computing Agreements: Better Practice Guide.* Available from: <http://www.finance.gov.au/files/2013/02/negotiating-the-cloud-legal-issues-in-cloud-computing-agreements-v1.1.pdf> full-text. (Accessed 30 Jan 2020).
- [12] Badini, H. (2011). A critical study of reasonable and ordinary person from determining fault in tort liability. *Private law studies quarterly*, 40(1), 73-93. (in Persian)
- [13] Bezáková, D. (2013) The Consumer Rights Directive and its Implications for Consumer Protection Regarding Intangible Digital Content. *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 7 (2), 177-191.
- [14] Bradgate, R (2010). Consumer rights in digital products: a research report prepared for the UK Department for business, innovation and skills. *Institute for Commercial Law Studies, Sheffield and BIS, London*. Available from: <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/c/10-1125-consumer-rights-in-digital-products> (Accessed 30 Jan 2020).
- [15] Bradshaw, S., & Millard, Ch., & Walden, I. (2010). Contracts for clouds: comparison and analysis of the terms and conditions of cloud computing services. *Cloud Legal Project, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London*, Research Paper No. 63/2010, 1-47.
- [16] Bray, O., & Kerry, B. (2015). Digital content under the Consumer Rights Act 2015. *Entertain Law Review*, 26(8), 271-273.
- [17] Castro, C., & Reed, C., & Dequeiroz, R. (2013). On the applicability of the consumer protection code to cloud computing transactions in brazil. *Scripted*, 10(4), 458-477.
- [18] Cunningham, A., & Reed, C. (2013). Caveat Consumer? – Consumer Protection and Cloud Computing - Part 1 Issues of Definition in the Cloud. *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper n*, 130/2013, 1-29.
- [19] *Dictionary of ICT*. (2004). (4th Edition). London, England: Bloomsbury Publishing Plc.
- [20] Dzhutev, D. (2016). *Unfair terms in standard cloud computing contracts*. (Master thesis, Faculty of law, University Amsterdam, Netherland).
- [21] EC Guidance, (2016) *Commission staff working document guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices accompanying the document communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European economic (2016). SWD (2016) 163 final*. Available from: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf. (Accessed: 17 March 2021).
- [22] Elsan, M. (2017). *Electronic Commerce Law*. (4th ed.). Tehran, Iran: Samt Publication. (in Persian)
- [23] European Network and Information Security Agency (ENISA). (2010). Cloud Computing: Benefits, risks and recommendations for information security. *ENISA publications*, 1-125.
- [24] Foster, T. N. (2013) Navigating Through the Fog of Cloud Computing

- Contracts. *John Marshall Journal of Information Technology and Privacy Law*, 30(1).
- [25] Ghasemihamed, A., & Talebahmadi, H. (2012). Pre_contractual Disclosure. *Legal Studies*, 3(1), 157-191. (in Persian)
- [26] *Google Docs terms of service*. Retrieved from: <http://www.google.com/intl/en/policies/terms/>. (accessed 24 Jan 2020).
- [27] Hand, E. (2007). Head in the clouds. *Nature publishing group*. 449, 1-2.
- [28] Hon, W. K., Millard, Ch. and Walden, I. (2012) Negotiating Cloud Contracts: Looking at Clouds from both Sides Now. *Stanford Technology Law Review*, 16(1), 81-129.
- [29] Hoofnagle, C., & Whittington, J. (2014). Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price. *UCLA Law Review*, 61(3), 606-670.
- [30] Katouzian, N. (2010). Juristic Acts, Contracts, Unilateral Acts. (16th Edition). Tehran, Iran: Enteshar Publication Co. (in Persian)
- [31] Kelly, R., & Swaby, G. (2017). Consumer Protection Rights and Free Digital Content. *Computer and Telecommunications Law Review*, 23(7), 165-170.
- [32] Khaldei, P; & Ghasemihamed, A; & Darabpoor, M; & Amini, M. (2017). The Role of Advertising and Trademarks in Supporting Consumer Consciousness through a Comparative Study of British Law. *Journal of Private & Criminal Law Research*, 12(30), 55-80. (in Persian)
- [33] Khorsandian, M; & Amiri, M. (2018). A Comparative Study between European and Iranian Laws of Service Contracts. *Comparative Law Review*, 9(1), 121-146. (in Persian)
- [34] Khosrow-pour, M. (2017). *Encyclopedia of Information Science and Technology*, (4th ed.). Hershey PA, USA: IGI Global.
- [35] Lundberg, E. (2015). *Cloud computing _a factors that affect an adaption of cloud computing in traditional Swedish bonds*. (Master`s thesis, Uppsala university, Uppsala, Sweden).
- [36] Marinscu, C. (2018). *Cloud computing Theory and Practice*. Hampshire, United States of America: Morgan Kaufmann publications.
- [37] Markou, Ch. (2017). Directive 2011/83/EU on Consumer Rights. In: Arno. R. Lodder., & Andrew. D. Murray. *EU Regulation on E-Commerce*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- [38] Marston, R. & Li, Z., & Bandyopadhyay, S., & Ghalsasi, A., & Zhang, J. (2011). Cloud Computing: The Business Perspective. *Decision support systems*, 51(1), 176-189.
- [39] [38]. Mell, P., & Grance, T. (2011). The NIST definition of cloud computing: Recommendation of National Institute of Standards and Technology. *Special publication, US Department of E Commerce*. Retrieved from <http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>.
- [40] Michels, J; & Millard, C; & Turton, F. (2020). Contracts for Clouds, Revisited: An Analysis of the Standard Contracts for 40 Cloud Computing Services. *Cloud Legal Project, Centre for Commercial Law Studies, Queen*

Mary, University of London, Research Paper No. 334/2020, 1-79.

- [41] Millard, C. (2013). *Cloud computing law*. London, England: Oxford university press.
- [42] *Oxford advanced learners Dictionary*. (2006). (7th ed.). London, England: Oxford university press.
- [43] Paknezhad, M. (2013). Evaluating Cloud Security and Privacy on Content Centric Networks and Providing a Solution for one of the Most Common Issue. (Master's thesis, Shiraz University of Technology, Shiraz, Iran). (in Persian)
- [44] Poludniak, K. (2017). From Information Asymmetry to Information Overload- Technological Society of Consumers. In: Kaplanova, P. *Contemporary Issues of societal Development*. Krakow, Poland: Faculty of Organization Studies.
- [45] Qutieshat, E., & Al-Tarawneh, B. (2016). Consent in Cloud Computing Contracts: Some Legal Issues under the Jordanian Law. *International Journal of humanities and social science*, 6(11), 201-210.
- [46] Rezaei, O. (2014). A study on Cloud Computing. Mashhad, Iran: *Symposium on Advances in Science & Technology*. (in Persian)
- [47] Spindler, G. (2016). Contracts for the supply of digital content – scope of application and basic approach – proposal of the commission for a directive on contracts for the supply of digital content. *Eur Rev Cont Law*, Vol 12.183–217.
- [48] Synodinou, T., & Jogleux, P., & Markou, C., & Prastitou, T. (2017). *EU internet law regulation and enforcement*, Cham, Switzerland: Springer international publishing.
- [49] Talebahmadi, H., & Hamidian, H. (2020). The Duty of Care in Pre_contractual Negotiations. *Scientific journal of Civil Law Knowledge*, 9(1), 31-43.
- [50] Turow, J., & King, J., & Hoofnagle, C., & Bleakley, A. (2009). Contrary to what marketers say, American reject tailor advertising and three activities that enable it. *SSRN Electronic journal*, 1-27. available from: <http://ssrn.com/paper=1478214>.
- [51] United Nations Commission on International Trade Law(UNCITRAL), working group IV. (2018). Contractual aspects of cloud computing. *fifty sixth session, New York, 16-20 April*, 1-39.
- [52] Vincent, M., & Hart, N., & Mortan, K. (2011). Cloud computing contracts white paper, a survey of terms and conditions. Truman Hoyle Lawyers, Doc Ref: 352056_1.DOC, 1-27. Available from: https://ficpi.org.au/articles/White_Paper_June2011.pdf.
- [53] Zhang F, Huang Y, Wang H, Chen H, Zang B (2008) "PALM: Security Preserving VM Live Migration for Systems with VMM-enforced Protection. In: *Trusted Infrastructure Technologies Conference*, 2008. *APTC'08, Third Asia-Pacific. IEEE Computer Society, Washington, DC, USA*.

- [54] Zok, K. (2019). Cloud contracts as contracts for the supply of digital content: classification and information duty. *Masaryk university journal of law and technology*, 13(2), 133-160.

اصل سرزمینی در حقوق علائم تجاری: تضمین کننده دارایی سازی مالکیت معنوی

مریم قربانی فر^۱

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم
انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد
اصفهان

حسین کاویار^۲

استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و
اقتصاد، دانشگاه اراک

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۲۸

چکیده

اصل سرزمینی بودن یکی از مبانی اساسی حقوق مالکیت فکری است. این اصل به کشورها اجازه می دهد قوانین مالکیت فکری خود را به گونه ای طراحی کنند که دستیابی به اهداف خاص اجتماعی را تسهیل کند. علائم تجاری جزء سرمایه های ملی یک کشور است که شامل علائم ثبت شده و علائم ثبت نشده و دسته سوم به نام علائم مشهور می باشند. اصل سرزمینی اساسی ترین توجیه حمایت از علائم تجاری ثبت شده است چرا که حمایت از این نوع علامت تابع قانون کشور محل ثبت است. در واقع سرزمینی بودن بنیادی ترین اصل در حمایت از این حقوق است، بدین معنی که علامت در محدوده سرزمینی که در آن ثبت شده است، حمایت می شود. مطابق با این اصل اگر علامتی در کشور (الف) به ثبت رسیده باشد و در کشور (ب)

* - نوع مقاله: پژوهشی

1 - m.ghorbanifar@khuisf.ac.ir

۲ - نویسنده مسئول: h-kaviar@araku.ac.ir

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41806

نقض شود چون در کشور (ب) علامت، موضوع ثبت و حمایت واقع نشده است در نتیجه باید گفت نقض حقی در کشور (ب) تحقق نیافته است. هرچند در راستای حمایت جهانی از علائم تجاری انتقاداتی بر این اصل وارد شده است از جمله اینکه توسعه این اصل نقض حق در کشوری غیر از کشور محل ثبت را تسهیل می‌کند، با این حال برخی معتقدند این اصل توانسته است مشارکت حقوق مالکیت فکری را در سیستم حقوق تجارت بین‌الملل از طریق کنوانسیون پاریس و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی به خصوص موافقت‌نامه تریپس تأمین نماید. این مقاله سعی در تحلیل و ارائه چارچوب این اصل دارد. همچنین مهم‌ترین استثنای وارد بر حمایت سرزمینی از علائم تجاری، حمایت از علائم مشهور است که حمایت از این دسته از علائم در اسناد بین‌المللی همچون کنوانسیون پاریس نیز پیش‌بینی شده است. این دسته از علائم، صرف نظر از ثبت یا عدم ثبت آن‌ها، در همه کشورهای عضو قابل حمایت حقوقی هستند.

کلیدواژه‌ها: اصل سرزمینی، علامت تجاری، نقض، صلاحیت.

مقدمه

شروع حمایت از علامت تجاری با ثبت آن تحقق می‌یابد و از این تاریخ حمایت قانونی سرزمین محل ثبت از علامت تجاری شروع می‌شود. عامل سرزمینی بودن «به صراحت اشاره می‌کند که ثبت به عنوان شرط لازم در مال تلقی شدن، خود عامل ارتباطی مؤثر برای تشخیص حمایت و تعیین قانون حاکم است. در واقع ثبت اثر موجب می‌شود تا آن اثر هم در مرحله ایجاد و هم در مرحله حمایت از قانون محل ثبت پیروی کند» (Shiravi and Pendashtehpoor, 2015: 7)

«حقوق مالکیت فکری بر اساس سابقه تاریخی خود، محصول چند سده اخیر است. برخلاف اشکال سنتی حق که اصولاً مقدم بر پیدایش حاکمیت (به مفهوم امروزی کلمه) بوده و مآلاً نقش حاکمیت‌ها فقط امضاء و تأیید آن‌هاست، در خصوص مالکیت فکری نقش سازنده حاکمیت را نمی‌توان انکار کرد؛ زیرا این قبیل حقوق صرفاً پس از آنکه رسماً و صریحاً از طرف حاکمیت مورد حمایت قرار گرفتند، به رسمیت شناخته شده و پا به عرصه وجود نهادند. از سوی دیگر همه صور حقوق مالکیت فکری در دوره‌ای که حاکمیت در قالب دولت-کشورها متجلی شد نشو و نما یافته و از نظر حقوقی به تکامل رسید. به همین دلیل این حقوق که زاده نیاز جوامع و ساخته و پرداخته دولت‌هاست، در هر کشور با استقلال موجودیت یافت و لذا خودبه‌خود تابع اصلی بنام «اصل سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری» قرار گرفت. بدین معنا که چهره‌های این حق در

هر سرزمین و در قلمرو هر دولتی مستقل از قلمرو دولت دیگر است و اعطای این حق به شخصی در کشور (الف) خودبه‌خود موجب آن نخواهد بود که همان حق برای وی در کشور (ب) نیز به رسمیت شناخته شود؛ مگر این که مطابق قانون همان کشور شرایط و تشریفات لازم برای اعطای حق رعایت شده باشد. به استناد همین اصل اعمال ناقض حقوق مزبور نیز علی‌الاصول (به‌خصوص اگر مسئله اعمال ضمانت اجرای کیفری باشد) فقط در صورتی مسئولیت‌زاست که در قلمرو همان کشور (یعنی کشوری که اصل حق را به رسمیت می‌شناسد) رخ دهند» (Aslani, 2010: 23).

در نتیجه کشور محل ثبت، حدود و ثغور حمایت از علامت را تعیین می‌نماید. در واقع مسائلی از قبیل این که چه کسی از این حمایت منتفع می‌شود و مدت زمان اعطای حمایت چقدر است و چگونه این حمایت باید اعمال شود توسط سرزمین محل ثبت تعیین می‌شود. مالک علامت در سرزمین کشور مربوطه حق انحصاری دارد و این حق محدود به زمان مشخص و معین است (Slováková, 2006: 72). این اصل در بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون پاریس پذیرفته شده و در موافقت‌نامه تریپس نیز ضمن تأیید اصل سرزمینی بودن با ارجاع به کنوانسیون پاریس و پذیرش مقررات آن، این اصل مورد توجه قرار گرفته است. در واقع «تریپس به صراحت مقررات اصلی کنوانسیون پاریس از جمله مقرره‌ی رفتار ملی آن، قاعده حق تقدم آن و حمایت‌های ماهوی آن را جزئی از خود می‌کند. تریپس یک شرط ملت کامله الوداد اضافه می‌کند، الزامات مربوط به حمایت از علامت تجاری را تبیین می‌کند و حق‌های ماهوی را که هر عضو باید اعطا کند گسترش می‌دهد» (Lowenfeld, 2011: 359).

حقوق داخلی بعضی کشورها نیز اجازه آزادی انتخاب در تعیین قانون حاکم در خصوص تعهدات غیر قراردادی در معنای عام و خسارات ناشی از نقض حقوق مالکیت فکری به صورت خاص را داده‌اند. در حالی که سایر کشورها تفسیر مضیق از اصل سرزمینی را پذیرفته‌اند و اجازه حاکمیت اراده شخص را نمی‌دهند. امروز حداقل در جامعه اروپا این بحث به صورت متفاوتی دیده شده است. ماده ۸ مقررات رم^{۱۲} مقرر می‌کند که نقض و خسارات ناشی از دعاوی مالکیت فکری

1- Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

تحت حاکمیت قانون کشوری است که حمایت از آن درخواست شده است. پاراگراف ۳ ماده ۸ مانع آزادی انتخاب طرفین در خصوص تعیین قانون حاکم در زمینه حقوق مالکیت فکری می‌شود. مطابق با این ماده، مقررات رم ۲ نیز بر اصل سرزمینی بودن صحنه گذاشته است. اصول تعارض قوانین در مالکیت فکری (موسوم به اصول کلیپ)^۱ نیز تأیید می‌کند که قانون حاکم در نقض و خسارات قانونی ناشی از آن مطابق با قانون کشوری است که حمایت از آن درخواست شده است (Peukert, 2012: 17).

این مقاله به حدود و ثغور اصل سرزمینی در حاکمیت قانون کشور محل ثبت پرداخته و مسائل و چالش‌هایی که اصل سرزمینی بودن علائم تجاری با آن‌ها مواجه می‌گردد، بررسی می‌کند.

۱- چارچوب اصل سرزمینی علائم تجاری

اصل سرزمینی نه تنها در حقوق مالکیت فکری بلکه در محدوده اجرایی سایر حقوق اعطایی قانون‌گذاران داخلی نیز مورد توجه و حمایت بوده است. در واقع این اصل یکی از اصول مقبول در سطح بین‌المللی است، به این معنی که برخی موضوعات مشمول قواعد امری یک سرزمین تلقی می‌شود و در مواردی که عمل ارتكابی ناقض یکی از قوانین امری است مسلماً سرزمین مذکور مطابق با قوانین سرزمینی خود در آن خصوص تصمیم می‌گیرد. در این موارد دادگاه‌ها کمتر به اقامتگاه طرفین، محل وقوع فعل زیان‌بار و یا محل وقوع خسارت توجه می‌کنند و با توجه به قانون خود تصمیم‌گیری می‌کنند. برای مثال نقض مقررات راهنمایی و رانندگی در هر کشور مطابق با قانون آن سرزمین رسیدگی می‌شود، صرف نظر از این که چه کسی مرتکب نقض آن شده است. شخص بیگانه معاف از این قواعد تلقی نمی‌شود. در این موارد سایر عوامل ارتباطی می‌توانند به عنوان عامل ثانویه لحاظ شوند؛ زیرا پرواضح است که هر سرزمینی منافع انکارناپذیری در اجرای برخی قواعد و مقررات خود دارد حتی در مواردی که هر دو طرف دعوا خارجی و یا در آن سرزمین مقیم نباشند (Symeonides, 2004: 22). این مسئله در حقوق علائم تجاری نیز بارز است.

اتحادیه اروپا در سال ۲۰۰۷ مقرراتی را با هدف متحدالشکل کردن قواعد حل تعارض در میان کشورهای عضو اتحادیه در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی وضع کرد (مقررات رم دو) که از سال ۲۰۰۹ لازم‌الاجرا شده است.

1- CLIP Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property.

اصل سرزمینی در حقوق علائم تجاری به معنی تعلق علائم تجاری و حقوق علائم تجاری به یک سرزمین معین است. هرچند اخیراً برخی از حقوق‌دانان اظهارنظر کرده‌اند که سرزمینی بودن علائم تجاری در بازار تجارت جهانی غیرقابل توجیه است، بااین حال دلایل مختلفی برای ساختار سرزمینی حقوق علائم تجاری وجود دارد. برای مثال حقوق علائم تجاری کاملاً سرزمینی هستند؛ زیرا هدف اصلی این حقوق توسعه و تحدید دسترسی جغرافیایی با حسن نیت نسبت به این حقوق است. در مقابل هدف سیستم‌های ثبت افزایش توسعه اقتصادی است (Dinwoodie, 2004: 891). در نتیجه حقوق اعطایی به حق اختراع و علائم تجاری به‌طور مضیق بر مبنای این اصل تفسیر می‌شود. به این معنی که این حقوق فقط مطابق با حقوق سرزمینی که آن‌ها را اعطا نموده است، قابل اعمال و اجرا هستند (Howell, 1997: 226). «علت وضع قاعده خاص، به‌منظور تعیین قانون حاکم برای تعهدات غیر قراردادی ناشی از نقض حقوق مالکیت فکری را می‌توان تأمین حمایت و پشتیبانی لازم از حقوق مزبور به‌وسیله اعمال قانونی دانست که این حقوق تحت حمایت آن است». (Mafi, 2016: 308)

می‌توان گفت اگر علامت تجاری که در کشور (الف) به ثبت رسیده است در کشور (ب) نقض شود و دارنده علامت برای مطالبه خسارات وارده در کشور (ب) اقامه دعوا نماید، کشور (ب) باید با اعمال قانون کشور محل حمایت یعنی کشور (الف) از آن حق حمایت نماید. به‌بیان دیگر می‌توان گفت اگر علامتی در کشور (الف) به ثبت رسیده باشد و در کشور (ب) نقض شود چون در کشور (ب) علامت ثبت و حمایت نشده است لذا مسئله نقض آن در کشور (ب) منتفی است. هرچند این تعبیر منجر به نقض حقوق دارنده علامت تجاری در سایر کشورها می‌شود باینکه در توجیه آن دلایلی آورده شده است. ازجمله اینکه گفته شده است دلایل اقتصادی و سیاسی می‌تواند سرزمینی بودن علائم تجاری را توجیه نماید که برخی از این دلایل ناشی از ماهیت و هدف اصلی حقوق علائم تجاری و برخی دیگر منعکس‌کننده شکل سیاست اقتصادی و سیاسی به‌کاررفته در مدیریت و اجرای حقوق علائم تجاری است (Dinwoodie, 2004: 892). منتقدان نیز ایراد نموده‌اند اصل سرزمینی می‌تواند باعث رکود و عدم رشد علائم تجاری در بازار تجارت جهانی شود (Lemley, 2005: 43-44)؛ زیرا مانع حمایت فرا سرزمینی از علائم می‌شود. بااین حال قواعد راجع به اجرای این حقوق به‌این علت سرزمینی‌اند که با ساختارهای سیاسی و حاکمیتی مرتبط‌اند. بعضی از جنبه‌های سرزمینی بودن نیز مبتنی بر رویه‌های اجتماعی و تجاری است که

تحصیل علامت را مقرر می‌کنند درحالی که سایر جنبه‌ها می‌تواند مرتبط با سیاست و برقراری نظم باشد (Dinwoodie, 2004: 888).

آنچه مسلم است حقوق مالکیت فکری از حقوق راجع به اموال غیرمادی است که فقدان واقعیت فیزیکی این اموال و ارتباط اساسی این اموال با سیاست‌های اقتصادی و حفظ ثروت جامعه، قانون‌گذاران را بر آن داشته است که در حمایت از این دسته خاص از اموال مبنای حمایتی خاص لحاظ نموده و با تکیه بر آن اقدام به قانون‌گذاری نمایند. لذا پر واضح است که در تعیین مبنای حمایتی این حقوق و نهایتاً تقریر قانون حاکم بر آن، به‌طور کلی نمی‌توان از مبانی و قواعد حاکم بر حقوق اعیان پیروی نمود. در حمایت از علائم تجاری همچون سایر حقوق مالکیت فکری قانون‌گذاران ملی و بین‌المللی بر مبنای اصل سرزمینی بودن این حقوق وضع قاعده نموده‌اند.

۱-۱. مفهوم اصل

مفهوم سرزمینی بودن این است که «حقوق ناشی از این مالکیت‌ها محدود به قلمرو سرزمین کشوری است که آن حقوق را اعطا نموده و به رسمیت شناخته و تنها می‌تواند فعالیت‌هایی را در برگیرد که در همان محدوده جغرافیایی انجام می‌پذیرد. هیچ‌یک از متعلقات این دسته از حقوق از حمایتی کامل در سرتاسر جهان برخوردار نبوده و تمام اقداماتی که تاکنون در این زمینه برای جهانی‌سازی مالکیت‌های معنوی و انقیاد آن زیر چتر یک نظام واحد جهانی انجام شده، به دلیل عدم پذیرش تعدادی از کشورها بی‌ثمر مانده است. بر این مبنا به رسمیت‌شناختن حق انحصاری برای مخترع، مبتکر یا مؤلف در یک کشور، به‌هیچ‌وجه برای او استحقاقی برای بهره‌مندی از حقوق موازی با این حق در کشورهای دیگر به وجود نمی‌آورد. این حق با عبور از مرزهای آن کشور رنگ می‌بازد و بیهوده نیست که برخی معتقدند» هیچ حقی [ناشی از مالکیت‌های معنوی] که در این کشور به وجود می‌آید، در کشور دیگر نقض نمی‌شود و هیچ عملی که در این کشور انجام می‌شود، حقی را که در کشور دیگر به وجود آمده، نقض نمی‌نماید». چراکه این حقوق در هر کشور حیاتی مستقل از دیگر کشورها می‌یابد» (Mirhoseini, 2014: 163). باید گفت که این دیدگاه مضیق به اصل، با تصویب اسناد بین‌المللی همچون کنوانسیون پاریس و موافقت‌نامه و پروتکل مادرید و موافقت‌نامه تریپس تعدیل شده است و این اصل در حال از دست‌دادن مفهوم مضیق خود در عرصه جهانی است. چراکه توسعه تجارت بین‌الملل و تبدیل بازارهای ملی به بین-

المللی، ضرورت تفسیر موسع و حمایت فراسرزمینی از علائم تجاری را می‌طلبد. همچنین مفهوم مضیق سرزمینی بودن هرگز در مالکیت فکری پذیرفته نشده است. چراکه از یک طرف کنوانسیون‌های بین‌المللی که تضمین‌کننده حداقل حقوق و دربرگیرنده اصل رفتار ملی برای مالکیت فکری‌اند؛ بدین ترتیب امکان حمایت بین‌المللی را از حقوق مالکیت فکری فراهم می‌نمایند. حتی در مواردی که علامت تجاری در محل معینی ثبت و استفاده نشده باشد، مشروط بر اینکه علامتی مشهور باشد و از سوی دیگر در اعطای حمایت فراسرزمینی به حقوق مالکیت فکری به مسائل و اوضاع و احوال واقع در جهان خارج توجه می‌نمایند نه نظام حقوقی مرتبط یا حقوق مالکیت فکری یک کشور خارجی (Peukert, 2012: 10)؛ اما تفسیر موسع اصل سرزمینی اجازه شناسایی حمایت بین‌المللی از حقوق مالکیت فکری را می‌دهد. در نقض حقوق مالکیت فکری، کشور مقرر دادگاه صلاحیت قضایی خود را مطابق با قوانین شکلی داخلی خود ارزیابی و به مسئله نقض چندملیتی رسیدگی می‌کند اما رسیدگی ماهوی می‌تواند تحت قانون کشوری باشد که درخواست حمایت از آن شده است نه قانون کشوری که فعل نقض در آن واقع شده است؛ بنابراین در نقض‌های فراسرزمینی اگر حقوق مالکیت فکری قابل اجرای کشور (الف) مقرر کند علاوه بر افعال داخلی، افعال فراسرزمینی نیز دربرگیرنده نقض است، خواننده مسئول فعل خود در کشور (ب) به موجب قانون کشور (الف) است (Peukert, 2012: 13)؛ یعنی قانون کشور (الف) حاکم بر نقض واقع شده در کشور (ب) است که این به معنی حاکمیت قانون کشور محل ثبت بر نقض حق است.

در اینجا سؤالی مطرح است و آن اینکه فعالیت‌ها و اعمالی که خارج از سرزمین محل حمایت بر روی اینترنت انجام می‌شود آیا مطابق با اصل سرزمینی قابل نظارت و حمایت هستند؟ باید گفت مطابق با اصل سرزمینی بودن در مفهوم مضیق که محدوده حمایت ماهوی را مشخص می‌کند علی‌الاصول فعالیت اینترنتی قابل حمایت نیست (Peukert, 2012: 12) و این یکی از مهم‌ترین ایرادات وارده به اصل سرزمینی است. در نتیجه دادگاه‌های برخی کشورها، ضمن تأکید بر این اصل، باین حال استثنائاتی بر آن وارد کرده‌اند. برای مثال علیرغم اهمیت این اصل، دادگاه‌های آمریکا در بعضی شرایط پذیرفته‌اند که حقوق علائم تجاری آمریکا در خصوص فعالیت‌های نقضی در سرزمین‌های خارجی نیز می‌تواند اجرا شود. اخیراً برخی از دادگاه‌های فدرال آمریکا رأی داده‌اند که شرکت‌هایی که علائم تجاریشان را در کشورهای خارجی ثبت نموده‌اند می‌توانند

مانع دیگران از استفاده از علائم تجاری مشابه یا همانند علائم تجاری خود، در داخل آمریکا شوند. هرچند آن شرکت‌ها هیچ کالا یا خدمتی را تحت آن علائم تجاری وارد بازار آمریکا نکرده‌اند. با توسعه روزافزون تجارت جهانی و تبادل اطلاعات از طریق شبکه‌های جهانی به نحو مؤثر و ارزان برای شرکت‌ها فهم محدوده جغرافیایی و محدوده حقوق قانونی مرتبط با علائم تجاری به‌طور فزاینده‌ای اهمیت می‌یابد (Brill, 2012:1-2).

۲-۱. مبنای اصل

این که چرا حقوق ناشی از مالکیت فکری تحت حاکمیت قانون محل ثبت است و سایر عوامل ارتباطی تعیین قانون حاکم مثل محل وقوع زیان در آن مورد توجه قرار نمی‌گیرد باید گفت هرچند «در مسئولیت‌های مدنی، وقوع ضرر در کنار فعل زیانبار و رابطه سببیت میان این دو از ارکان سازنده مسئولیت به حساب می‌آیند و نقض حقوق مالکانه دیگری، بدون ایراد خسارت بر او ضمانتی را در پی نخواهد داشت. از همین رو نیز برگزیدن «محل زیان» در میان سایر عوامل ارتباط به‌عنوان شاخص تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی امری منطقی و قابل قبول به نظر می‌رسد. درحالی که نقض مالکیت‌های معنوی دارای مفهومی مستقل، از مسئولیت مدنی و درواقع تنها یکی از اسباب آن به حساب می‌آید. سببی که همیشه نیز نتیجه‌بخش نیست و ممکن است در رساندن ضرر به مالک اثر، عقیم بماند» (Mirhoseini, 2014: 161).

علاوه بر موارد مذکور باید گفت این که بر چه مبنایی قانون‌گذاران این اصل را اساس حمایت از مالکیت‌های فکری تلقی نموده‌اند به نظر می‌رسد این باشد که همچنان که اموال غیرمنقول با حاکمیت ارضی یک سرزمین در ارتباط است و علی‌القاعده دولت‌ها خود را مقید به حمایت از خاک خود می‌دانند نه خاک سایر کشورها، اموال فکری نیز سرمایه‌های معنوی یک سرزمین است که در پرتو حمایت دولت می‌تواند در عرصه‌های اقتصادی، سیاسی، نظامی، فرهنگی و بهداشت جامعه مفید فایده بوده و ضمن توسعه موارد مذکور استقلال و تمامیت ارضی آن سرزمین را تأمین نماید. لذا دولت‌ها برای حفظ حاکمیت ارضی خود حمایت از این اموال فکری را همچون حمایت از اموال غیرمنقول مهم پنداشته و حقوق انحصاری اعطایی و نقض آن‌ها را در چارچوب قوانین خود قابل تعقیب و اجرا می‌دانند هرچند همچنان که خواهد آمد با توسعه و رونق تجارت بین‌الملل، این اصل اهمیت پیشین خود را نه تنها از دست داده بلکه نگاه مضیق به این اصل حمایتی، باعث

رکود اقتصادی و در حاشیه قرار گرفتن کشورها در عرصه تجارت بین‌الملل می‌گردد که در نتیجه آثار زیانباری برای سرزمین مثبت حق به دنبال خواهد داشت. مقایسه این اموال با اموال غیرمنقول شاید علی‌الظاهر به علت عدم وجود تشابه در آن‌ها اقناع‌کننده نباشد اما وجود ارتباط مستقیم آن‌ها با حاکمیت یک سرزمین تشابه آن‌ها را توجیه می‌نماید. بر این مبنا دولت‌ها اصل سرزمینی را در حمایت از مالکیت فکری مورد توجه قرار می‌دهند.

۲- رویکرد اسناد بین‌المللی به اصل سرزمینی

۲-۱. کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی

سرزمینی بودن علائم تجاری در بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون پاریس تصریح شده است که مقرر می‌نماید: علامتی که در یکی از کشورهای اتحادیه ثبت می‌شود، مستقل از علائم ثبت‌شده در سایر کشورهای اتحادیه من جمله کشور مبدأ تلقی می‌شود.

بر طبق ماده ۲ کنوانسیون پاریس، هر یک از کشورهای عضو باید به اتباع سایر کشورها، همان حمایت‌هایی را که برای اتباع خود تدارک دیده‌اند اعطاء کنند یعنی حمایت مطابق با حقوق داخلی (سیستم قانونی ملی)، البته مشروط به اینکه تمام شرایط و تشریفات مقرر شده برای اتباع خود آن کشور رعایت شده باشد.^۱ این اصل موسوم به اصل رفتار ملی است. وفق ماده ۶ کنوانسیون، علامت تجاری که مطابق قانون ابتدا در یک کشور به ثبت رسیده باید (در صورت فقدان استثنای خاص) به همان صورت در سایر کشورهای عضو نیز مورد حمایت قرار گیرد.

همچنین مطابق با ماده ۴ کنوانسیون پاریس که از آن تعبیر به حق تقدم می‌شود زمانی که علامت در یکی از کشورهای عضو ثبت شد، مالک علامت نسبت به علامت برای مدت شش ماه حق تقدم می‌یابد؛ بدین معنی که او می‌تواند در این مدت اظهارنامه‌های دیگری در خصوص حمایت از علامت در سایر کشورهای عضو ثبت نماید. از تاریخ ثبت اولین اظهارنامه در همه‌ی کشورهای عضو، حمایت می‌شود که از این به سیستم اولین ثبت نیز تعبیر می‌شود؛ زیرا متقاضی دارای تمام حقوق از تاریخ اولین ثبت است (Oestreicher, 2004: 115). این اصل نیز در جهت

۱ - ماده ۲ (۱) کنوانسیون پاریس.

حمایت از اصل سرزمینی است؛ چراکه از ثبت علامت توسط دیگری و در سرزمین دیگر جلوگیری می‌نماید و به دارنده حق این اختیار را می‌دهد که در تحصیل حقوق راجع به آن علامت بر سایرین مقدم باشد. با ثبت درخواست، حمایت از صاحب علامت، در صورت وقوع نقض کشور مزبور شروع می‌شود و از دارنده علامت همانند اتباع آن کشور و مطابق با مقررات آن کشور حمایت می‌شود.

بنابراین، در صورتی که دارنده‌ی علامت تجاری، علامت خود را در کشوری به ثبت رسانده که عضو کنوانسیون پاریس است و ظرف شش ماه تاریخ حق تقدم، از سایر کشورهای عضو نیز درخواست حمایت نموده است، در صورتی که نقض در کشور محل ثبت یا در کشور محل درخواست حمایت اتفاق افتاده است با اقامه‌ی دعوا در آن کشور، کشور مزبور حقوق اعطایی به اتباع خود را برای دارنده‌ی حق نیز قائل و همانند اتباع خود از وی مطابق با مقررات خود حمایت می‌نماید. بدین ترتیب حمایت بر مبنای اصل سرزمینی به بیرون از سرزمین محل ثبت نیز توسعه می‌یابد.

۲-۲. موافقت‌نامه راجع به جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس)

اصل سرزمینی در موافقت‌نامه‌ی تریپس با ارجاع به کنوانسیون پاریس و پذیرش مقررات آن پذیرفته شده است. تریپس صراحتاً مقرره‌ی رفتار ملی (بند ۱ ماده ۳) و قاعده حق تقدم مندرج در کنوانسیون پاریس و حمایت‌های ماهوی آن را جزئی از خود می‌کند. تریپس، تمام اعضای سازمان تجارت جهانی را ملزم می‌کند علائم خدماتی و تجاری را ثبت و منتشر و برای اشخاص ثالث امکان اعتراض را فراهم نمایند. در تریپس، نقض علائم تجاری مبتنی بر استانداردهای بین‌المللی است، برای مثال نقض را در مواردی همچون گمراه‌کننده بودن علامت و یا در صورتی که علامت شبیه علامت دیگری باشد و در خصوص کالاها و خدمات یکسان به کار رفته باشد، شناسایی کرده است (Oestreicher, 2004: 115). ماده ۴ موافقت‌نامه مبتنی بر شرط ملت کامله‌الوداد است. این ماده مقرر می‌کند: «هرگونه مزایا، منافع، امتیازات یا حمایتی که در خصوص حمایت از مالکیت فکری، یک عضو به اتباع کشور دیگر اعطا کند فوراً و بدون هیچ گونه قید و شرطی در مورد اتباع تمام اعضای دیگر، پذیرفته خواهد شد. این اصل مکمل اصل رفتار ملی است؛ به این معنی که دولت‌ها نباید در اعطای امتیازات به شرکای تجاری خود تبعیض قائل شوند. طبق این

اصل دولت‌ها به منظور تقویت اصل تجارت آزاد باید هرگونه امتیاز تجاری را که به کشورهای خاص داده یا می‌دهند به سایر طرف‌های تجاری یا اعضای سازمان جهانی تجارت تسری دهند تا امکان رقابت برای همگی فراهم شود».

۲-۳. موافقت‌نامه مادرید درباره ثبت بین‌المللی علائم و پروتکل الحاقی

موافقت‌نامه‌ی ۱۸۹۱ مادرید درباره‌ی ثبت بین‌المللی علائم و پروتکل الحاقی به آن از دیگر معاهدات لازم‌الاجرای بین‌المللی در مورد حمایت از علائم تجاری است. سیستم مادرید درحالی‌که سرزمینی بودن حقوق و قواعد را حفظ می‌نماید، حقوق علائم تجاری واحد در سراسر یک منطقه فراملی ایجاد نموده است. این سیستم، مکانیسمی ایجاد کرده که به موجب آن اشخاص یا شرکت‌هایی که مقیم یا تبعه یک دولت عضو می‌باشند می‌توانند از طریق ثبت یک اظهارنامه در کشورهای عضو اتحادیه مادرید از حمایت علامت تجاری برخوردار شوند (Oestreicher, 2004: 117). این سیستم درحالی‌که سرزمینی بودن حقوق و قواعد را حفظ می‌نماید، حقوق علائم تجاری واحد در سراسر یک منطقه فراملی ایجاد نموده است (Dinwoodie, 2004: 946). مطابق با این سیستم پس از ارائه‌ی اظهارنامه به سازمان جهانی مالکیت فکری بدون مراجعه مستقیم به هریک از کشورهای عضو، دارنده‌ی علامت، مشمول حمایت آن کشورها خواهد شد. در نتیجه با اقامه دعوی نقض در هر یک از این کشورها حقوق دارنده علامت موضوع حمایت حقوقی آن‌هاست و ضمن حاکمیت قانون آن کشور بر نقض، وی از مزایای سیستم مادرید نیز منتفع می‌شود. تحت سیستم مادرید متقاضی برای حمایت از علامت تجاری در اداره علائم تجاری کشور مبدأ علامت خود را ثبت می‌نماید و سپس از حمایت مشابه سایر کشورها برخوردار می‌شود (Oestreicher, 2004: 116-117)؛ بنابراین مطابق با موافقت‌نامه‌ی مادرید و اصلاحات بعدی آن، هرگاه در کشور دارنده‌ی علامت تجاری، حمایت به دست آید، کشور مذکور با ثبت اظهارنامه‌ای نزد دفتر بین‌المللی در وایپو و مشخص کردن محلی که خواستار حمایت در آن است، آن را به دیگر کشورهای عضو هم تسری می‌دهد (Lowenfeld, 2011: 359).

۳- بررسی تطبیقی

۳-۱. اصل سرزمینی در حقوق ایالات متحده آمریکا

حقوق علائم تجاری ایالات متحده در مرزهای داخلی اجرا می‌شود. دو دکتین در این خصوص وجود دارد:

اول، حقوق یک علامت تجاری آمریکایی، تنها در داخل آمریکا اعطا می‌شود. اجرای فراسرزمینی قانون استثنایی است که دادگاه‌های آمریکایی صرفاً در اوضاع و احوال خاص آن را مورد توجه قرار می‌دهند. پس مطابق با دکتین اول اصل بر این است که حمایت اعطایی قانون محدود به مرزهای سرزمینی آمریکاست (Simonyuk, 2002: 5).

دوم، حتی در مواردی که دارنده علامت تجاری، حقوق خود را در کشورهای متعدد به ثبت رسانده باشد، اقامه‌ی دعوا در دادگاه‌های آمریکا تا جایی مجاز است که حمایت از حقوق آمریکا آن را اقتضاء نماید. دعوی که مبتنی بر وجود یک حق غیر آمریکایی است، باید در کشوری که آن حق را اعطاء نموده است، اقامه شود. در نتیجه دادگاه‌های آمریکا از پذیرش صلاحیت در این موارد امتناع می‌کنند و بالطبع مسئله تعیین قانون حاکم نیز مطرح نمی‌شود. مطابق با دکتین دوم تا جایی که حقوق اعطایی توسط قانون آمریکا نقض شده است دادگاه از دارنده علامت حمایت می‌کند و در خصوص نقض در سایر کشورها دارنده علامت تحت حمایت قانون آمریکا قرار نمی‌گیرد (Simonyuk, 2002: 5).

با توجه به این دکتین باید گفت اصل سرزمینی دو جنبه دارد: اول به این معنی است که حقوق علامت تجاری در هر کشوری باید مطابق با قانون سرزمینی آن کشور اعطا و حمایت شود. پس اگر یک شرکت آمریکایی کالاها یا خدماتش را تحت علامت تجاری خاص، در بازارهای کشورهای مختلف وارد کند (برای مثال در آمریکا، کانادا و کاستاریکا) شرکت مذکور باید حقوق علائم تجاری را تحت قوانین هر یک از این سه کشور تحصیل نماید؛ چراکه قوانین علائم تجاری یک کشور در یک کشور دیگر اجرا نخواهد شد. این مسئله منجر به جنبه‌ی دوم اصل سرزمینی بودن می‌شود. این اصل به‌طور ضمنی می‌گوید در دعوای نقض علائم تجاری در یک یا چند کشور خارجی، مالک ناچار است به حقوق علائم تجاری هر یک از کشورها یا همه‌ی آنها تمسک جوید که حق علامت تجاری در آنها ثبت شده و توسط خوانده نقض شده است. به بیان کوتاه‌تر باید گفت افعال واقع شده در کشورهای خارجی نمی‌توانند تشکیل دهنده‌ی نقض در

آمریکا باشند، همان‌طور که نقض به‌موجب قانون آمریکا محدود به مرزهای داخلی آن کشور است (5: 2002, Simonyuk). دیوان عالی آمریکا مقرر نموده است که حقوق آمریکا محدود به مرزهای آمریکاست؛ مگر این که قانون خلاف آن را مقرر نماید. در خصوص مالکیت فکری هم انتظار می‌رود حقوق کشوری که شخص در آن تجارت دارد، بر حقوق مالکیت فکری او حاکم باشد. به همین دلیل صادرکننده‌های شبکه‌ای مالکیت فکری، همانند آمریکا تدابیر بسیاری می‌اندیشند تا تضمین شود که حقوق مالکیت فکری خارجی، احتیاجات شرکت‌هایشان را مرتفع می‌کنند. در کل، اصل سرزمینی بودن حقوق را با سیاست پیوند می‌زند، حکومت فقط قوانین خود را در خصوص اشخاص و شرکت‌هایی اجرا می‌کند که داخل در قلمرو او محسوب می‌شوند. عبارات دیوان عالی در خصوص محدوده‌ی سرزمینی قانون‌گذاری کنگره، یک اصل مهم از حقوق آمریکاست؛ به این معنی که حقوق آمریکا داخل در صلاحیت سرزمینی آمریکا اجرا می‌شود (7: 2006, Austin).

دادگاه تجدیدنظر آمریکا در پرونده ونتی فیر^۱ اصول راجع به سرزمینی بودن علائم تجاری را شرح داد. خواهان در این پرونده مالک علامت تجاری ونتی فیر برای لباس زنانه در آمریکا بود و علامت را ثبت فدرال کرده بود. خواهان در دادگاه فدرال نیویورک اقامه‌ی دعوا کرد و مدعی شد که خوانده یک شرکت کانادایی که با او در گذشته معاملاتی داشته است با فروش کالاهایی تحت علامتی مشابه علامت او، حق او را در آمریکا و کانادا نقض کرده است. دادگاه ناحیه‌ی دوم تحت کنوانسیون پاریس از قبول صلاحیت بر عملکرد خوانده کانادایی به این علت که مطابق با قانون کانادا، علامت در آن کشور ثبت شده بود خودداری کرد؛ بر این مبنا که اصل رفتار ملی مذکور در کنوانسیون پاریس تحکیم‌کننده‌ی اصل سرزمینی است. همچنین دادگاه از اجرای فراسرزمینی قانون لانهم یعنی از اجرای حقوق فراسرزمینی خواهان آمریکایی بر خسارات واقع در کانادا خودداری کرد؛ زیرا پرونده داخل در آن اوضاع و احوال استثنایی که توسط دیوان عالی در پرونده بولوا واج تعریف شده بود و انحراف از اصل اساسی صلاحیت سرزمینی را مجاز می‌کرد، قرار

1 - Vanity Fair Mills, Inc., Plaintiff-appellant, v. the T. Eaton Co. Limited and John David Eaton, Defendants-appellees, 234 F.2d 633 (2d Cir. 1956) at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/234/633/5874/>

نگرفته بود. دادگاه اذعان کرد که کنگره قصد نداشته قانون لانهام را نسبت به افعالی که توسط یک دولت خارجی در کشورش تحت یک ثبت علامت تجاری معتبر در آن کشور واقع شده است اجرا نماید (Almasi and Ghorbanifar, 2018: 106).

۲-۳. اصل سرزمینی در حقوق انگلستان

در حقوق انگلیس علائم تجاری در دو شکل وجود دارند: اول علامت تجاری ثبت شده که توسط قانون علائم تجاری ۱۹۹۴^۱ انگلستان حمایت می شود و دوم علائم تجاری ثبت نشده که توسط قواعد حقوقی راجع به رقابت ناعادلانه در کامن لا قابل حمایت هستند (ماده ۲ قانون علائم تجاری). در این کشور، هر دو سیستم حمایتی مذکور دو معیار سرزمینی بودن و اختصاصی بودن را دارا هستند. در این نظام حقوقی سرزمینی بودن به این معناست که علامت تجاری تنها در کشوری که در آن به ثبت رسیده و یا به کار رفته قابل حمایت است. اختصاصی بودن به این معنی است که مالکان علامت تجاری در فرض احتمال گمراهی مشتریان، حمایت خواهند شد. به این معنی که علامت اختصاص به دارنده آن دارد و در فرضی که علائم مشابه ایجاد ابهام نمایند، علامت قابل حمایت است. برای مثال اگر یک شرکت از علامت پاندا برای کامپیوتر و شرکت دیگر از این علامت برای مبلمان استفاده نماید، برای مشتریان این ابهام ایجاد نمی شود که این دو کالا از یک شرکت اند. بنابراین این دو معیار اجازه می دهند یک علامت در کشورهای مختلف برای کالاهای متفاوتی که ایجاد گمراهی برای مصرف کنندگان نمی نمایند، به ثبت برسد (Yang, 2010: 17). مطابق با ماده ۲ قانون علائم تجاری انگلیس علامت تجاری یک حق مالی است که از طریق ثبت علامت تجاری، حق، تحت این قانون تحصیل می شود و مالک به شرط رعایت مقررات این قانون دارای کلیه حقوق قانونی است. حقوق اعطایی به مالک علامت در ماده ۹ این قانون ذکر شده است. این ماده مالک علامت تجاری ثبت شده را مشروط به رعایت مقررات این قانون از تاریخ ثبت دارای حقوق انحصاری در آن علامت می داند و نقض را در مواردی که، از علامت بدون رضایت مالک آن بهره برداری شود محقق می داند.

1- Trade Marks Act 1994.

به‌طور کلی به علت ماهیت سرزمینی حقوق اموال غیرمادی در انگلیس، این حقوق در نقضی که در خارج از این کشور واقع می‌شود، قابل اجرا نخواهند بود. در خصوص اعتبار حقوق مالکیت فکری دادگاه‌های کشور اعطاکننده حق، منحصرأً تعیین‌کننده اعتبار حق با استناد به قانون آن کشور هستند. در خصوص سایر دعاوی نقض، این صلاحیت انحصاری وجود ندارد؛ دادگاه‌های کشور مبدأ، فقط صلاحیت انحصاری در خصوص تعیین وجود و محدوده حقوق مالکیت فکری را دارند (Lipstein, 2005: 596). در دعاوی راجع به علامت تجاری دادگاه‌های انگلیسی، به دو دلیل نظرات کاملاً متفاوتی در خصوص خودداری از اعمال صلاحیت و اجرای قانون انگلیس برای نقض حقوق مالکیت فکری خارجی من جمله علائم تجاری دارند: اول، مطابق با قاعده پذیرفته شده در این کشور دادگاه در دعاوی مرتبط با حقوق مالکیت فکری سرزمین خارجی صلاحیت ندارد. دوم، دادگاه‌ها تنها در صورتی به دعاوی مسئولیت مدنی رسیدگی می‌کنند که فعل ارتكابی تحت قانون مقر دادگاه و قانون محل وقوع فعل زیانبار از نظر قانونی ممنوع باشد در غیر این صورت موضوع مشمول قوانین مسئولیت مدنی آن‌ها قرار نمی‌گیرد (Blumer, 2001: 11).

۳-۳. اصل سرزمینی در حقوق آلمان

در آلمان در موضوعات حقوق مالکیت فکری قواعد معمولی حقوق بین‌الملل خصوصی اجرا نمی‌شود. بلکه قواعد کشور محل حمایت اجرا می‌شود. سؤال این است آیا این قانون جایگزین قانون محل وقوع فعل زیانبار در حقوق بین‌الملل خصوصی است یا آنکه محدود به سرزمین آلمان است؟ از نظر دادگاه‌های این کشور حقوق مالکیت فکری کشورها از یکدیگر مستقل هستند، بنابراین محصولی که به‌طور قانونی در یک کشور تولید شده، نباید در کشور دیگر تولید یا استفاده شود. آثار حق اعطا شده، محدود به کشوری است که آن را اعطا نموده است. هر کدام از این حق‌ها به‌صورت ملی، مستقل از سایر کشورها اجرا می‌شوند، در خصوص علائم تجاری نیز به همین ترتیب است. ماهیت سرزمینی این حقوق باعث می‌شود که حقوق کشور (الف) نتواند در نقض واقع شده در کشور (ب) یا حقوق (ب) در نقض واقع شده در کشور (الف) اجرا شود (Lipstein, 2005: 604). رویه‌ی دیوان عالی فدرال آلمان که در سال ۱۹۱۴ مقرر شد، سرزمینی بودن مضیق این حقوق را نشان می‌دهد. در ۱۹۵۶ دیوان عالی فدرال در خصوص موضوعی که در آن دادگاه آلمانی با یک علامت تجاری خارجی (پرتغالی) مواجه بود، مقرر نمود با توجه به معیار سرزمینی

باید صلاحیت قانونی دادگاه آلمان رد شود؛ به این علت که آثار رأی تنها در آلمان می‌تواند مؤثر باشد و به سرزمین خارجی سرایت نمی‌کند. دادگاه در خصوص محدوددهی قواعد انتخاب قانون آلمان (ماده ۱۲ قانون مقدمه‌ای بر قانون مدنی)^۱ رأی داد که ادعای نقض علامت تجاری در خارج تا جایی در آلمان قابل پذیرش است که چنین ادعایی در آلمان قابلیت طرح و اقامه داشته باشد (Lipstein, 2005: 606). در آلمان می‌توان نقض یک حق خارجی را به عنوان یک مسئولیت مدنی که در آنجا واقع شده، تلقی کرد و بدین ترتیب از محدودیت‌های سرزمینی حقوق خارجی اجتناب نمود. در سال ۱۹۹۴ دادگاه به رویه‌ی پیروی شده در سال ۱۹۲۷ برگشت و گفت در مواجهه با حقوق اموال غیرمادی، قانون حاکم قانون کشوری است که حمایت سرزمینی از آن درخواست شده است. این قانون شامل حقوق اقتصادی بی‌قید و شرط کشور مورد نظر است (ibid).

۳-۴. اصل سرزمینی در حقوق ژاپن

در کشورهای آسیایی، اصل کشور محل حمایت به طور معتدل تری پذیرفته شده است. برای مثال ماده‌ی ۲۴ قانون بین‌الملل خصوصی کره جنوبی مقرر می‌کند که نقض حقوق مالکیت فکری باید تحت حاکمیت قانون کشور محل حمایت باشد. در ژاپن قانون بین‌الملل خصوصی ژاپن مصوب ۲۰۰۶^۲ قاعده خاصی را راجع به موضوعات مالکیت فکری در بر نمی‌گیرد. مع ذلک اصل کشور محل حمایت، به صورت معتدلی در رویه‌ی قضایی ژاپن پذیرفته شده است. به طور کلی می‌توان گفت با توجه به رویه‌ی دادگاه‌ها در سطح بین‌المللی باید گفته شود که اصل مضیق سرزمینی در بیشتر صلاحیت‌ها پیروی می‌شود (Kono, 2015: 28). در ژاپن، قواعد تعارض قوانین، در

1 - Introductory Law to the Civil Code

2 - Translation of Japan's Private International Law: Act on the General Rules of Application of Laws /H6 no Tekiy6 ni Kansuru Tsisokuh6J, Law No. 10 of 1898 (As Newly Titled and Amended 21 June 2006) (Kent Anderson and Yasuhiro Okuda, trans.), 8 AsIAN-Pac. L. & POL'Y J. 2 (2006), available at <http://www.hawaii.edu/aplpj/pdfs/APLPJv8.01-Fall2006-JapanPrivateInternationalLawAndersonandOkuda.pdf> (citing Application of Laws Act, Fusoku [Supplementary Provisions], art. 1; Seirei [Cabinet Order], No. 289 of 2006 (Sept. 8, 2006)).

قانونی بنام هوری^۱ درج شده‌اند که در سال ۱۸۹۸ به تصویب رسید (Kono, 2015: 13). اصل سرزمینی بودن مالکیت فکری، در دادگاه‌های ژاپن در تعدادی از پرونده‌ها شناسایی و اجرا شده است. دیوان عالی ژاپن، سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری را به این معنی تفسیر کرده است که وجود، قابلیت انتقال و آثار حقوق مالکیت فکری هر کشور، بر اساس قوانین آن کشور تعیین می‌شود. در مورد حق ثبت اختراع، گفته شد که حقوق ثبت اختراع فقط در کشور ثبت شده، معتبر است. باین حال، تنها چند رأی مهم و برجسته در مورد بهره‌برداری فرا مرزی حقوق مالکیت فکری وجود دارد. کمبود رویه‌ی قضایی در این خصوص بر این اساس توجیه می‌شود که طرفین اختلاف خود را یا در جریان دادرسی قبل از صدور رأی، حل و فصل می‌نمایند یا داوری را به‌عنوان یک روش جایگزین حل اختلاف انتخاب نموده‌اند (Jurčys, 2010: 17). اصل سرزمینی در این کشور به‌طور گسترده‌ای برای برخورد با تخلفات فرامرزی حقوق مالکیت فکری پذیرفته شده است. سرزمینی بودن این حقوق، بر اساس این فرضیه است که حمایت از محصولات مالکیت فکری بر اساس کشور - به - کشور اعطا شده است؛ از سوی دیگر بدان معنی نیز هست که حقوق مالکیت فکری ملی متقابلاً وابسته نیست؛ به عبارت دیگر، اگر حمایت مالکیت فکری، با توجه به حق در کشور (الف) داده شده باشد، چنین حمایتی تحت قوانین کشور (الف)، تعیین می‌شود و از آنجا که حقوق مالکیت فکری ملی هستند، فعل مشابهی ممکن است تحت قوانین کشور (الف) و کشور (ب) به‌طور متفاوتی حمایت شود (ibid). به علاوه، اصل سرزمینی می‌تواند نیاز به شناسایی قواعد انتخاب قانون در زمینه مالکیت فکری را برطرف کند. زمانی که به سرزمینی بودن تأکید می‌شود، تنها یک قانون قابل اعمال است. البته اکثر حقوق دانان مالکیت فکری بر این باورند که اصل سرزمینی در حقوق مالکیت فکری، بحث در خصوص موضوعات انتخاب قانون را ممنوع می‌کند (Kono, 2015: 13).

در ژاپن معروف‌ترین تصمیم در خصوص حقوق مالکیت فکری در دعوای کارد ریدر^۲ اتخاذ

1 - Horei, Japan's Private International Law: Act on the General Rules of Application of Laws, Law No. 10 of 1898.

2 - Fujimoto v. Neuron Corporation ('Card Reader Case'), 56 Minshū 1551.

شده است.^۱ در این دعوا مطابق با قانون ثبت اختراعات ایالات متحده،^۲ در آمریکا رأی صادر شد و سپس مسئله اجرای آن در دادگاه‌های ژاپن مطرح شد. در اجرای رأی صادره در ایالات متحده در ژاپن، دیوان عالی ژاپن مقرر نمود اجرای برون مرزی قانون ثبت اختراع ایالات متحده در ژاپن، ارزش‌های اساسی ژاپن را تضعیف می‌کند و با اشاره به استثنای نظم عمومی (ماده ۳۳ هوری) حاضر به اجرای قانون ثبت اختراع ایالات متحده در ژاپن نشد (Jurčys, 2010: 25). در خصوص نقض حق اختراع دادگاه ژاپن ماده‌ی ۱۱ قانون هوری را اعمال کرد که به موجب آن، قانون محلی که مسئولیت مدنی در آن واقع شده حاکم بر نقض است. در نتیجه به موجب ماده‌ی ۱۱ قانون ژاپن باید اجرا شود (Kono, 2015: 13). قسمت دوم ادعا در رابطه با خسارات وارده نیز رد شد. باید گفت در پرونده‌ی کاردریدر، با در نظر گرفتن این که ثبت اختراع همانند دیگر حقوق مالکیت فکری بر اساس اصل سرزمینی بودن است، دارنده‌ی حق محقق است تا حقوقش را تحت قوانین کشوری که این حقوق در آنجا وجود دارند، اجرا کند. در دعوای کاردریدر، خواهان اختراع را در ایالات متحده ثبت نموده و تحت قانون ایالات متحده اقامه دعوا و حمایت قانونی آنجا را تقاضا نموده است، لذا باید قانون اختراعات ایالات متحده حاکم بر دعوا شود. بعلاوه، اشاره به نظم عمومی ژاپن، به عنوان زمینه‌ای برای رد اجرای قانون آمریکا، از دیدگاه حقوق مالکیت فکری بین‌المللی قابل توجیه نیست. بدیهی است که چنین استناداتی به نظم عمومی مانع اجرای حقوق

۱- در این دعوا شاکی فوجیموتو، فردی با ملیت ژاپنی که در ژاپن زندگی می‌کرد، اختراعی را در ایالات متحده ثبت می‌کند. نورون، یک شرکت ژاپنی با مرکز اصلی تجاری‌اش در ژاپن حق اختراع را نقض و محصول نقضی را در ژاپن تولید کرده و آن را به ایالات متحده صادر نمود. فوجیموتو دعوای نقض علیه نورون در آمریکا اقامه نمود و سه ادعا را مطرح کرد که عبارت بودند از؛ الف) صدور قرار منع تولید و صادرات محصولات نقضی به ایالات متحده؛ ب) از بین بردن محصولات نقضی؛ ج) جبران خسارت برای افعال غیر قانونی نورون. دیوان عالی آمریکا اول از همه با این پرسش رو به رو شد که آیا این حق را دارد تا دستور منع برای ممنوعیت تولید محصولات نقضی در ژاپن و صادرات آنها به ایالات متحده را صادر کند. نهایتاً دادگاه حکم داد که قانون کشوری که در آن حق اختراع ثبت شده است باید بر موضوع صدور قرار منع حاکم شود و مطابق با قانون ایالات متحده قرار منع تولید صادره کرد. بعلاوه مطابق با ماده‌ی ۲۷۱ قانون ثبت اختراع ایالات متحده رأی صادر شد که هم نقض کننده‌ی حقوق و هم فردی که باعث نقض در خارج از کشور شده است، مسئول هستند.

2 - U.S. Patent Law, 35 U.S.C. §§ 1 et seq. (Consolidated Patent Laws as of September 2007)

مالکیت فکری در شرایط فرا مرزی می‌شوند (Jurčys, 2010: 25).

مع ذلک دیوان عالی ژاپن رأی داد که ماهیت سرزمینی حقوق مالکیت فکری، لزوماً مانع مسئله تعیین قانون که ناشی از دعاوی مالکیت فکری هستند، نیست. دادگاه بعداً قرار منع و مسئله نقض را به‌طور متفاوتی طبقه‌بندی کرد. قرار منع را به‌عنوان اثر حق و نقض را به‌عنوان یک مسئولیت مدنی طبقه‌بندی نمود (Kono, 2015: 14). در نتیجه دیوان عالی ژاپن یک رویکرد مضیق به اصل سرزمینی را در پرونده کاربردیدر پذیرفته است. یک چنین رویکرد مضیقی از اصل سرزمینی با انتقاد حقوق دانان مواجه شده است. برای مثال بعضی گفته‌اند دادگاه بین دو مفهوم متفاوت اصل سرزمینی در حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق عمومی اختلاط ایجاد کرده است.

۳-۵. اصل سرزمینی در حقوق علائم تجاری ایران

اصل سرزمینی در حقوق مالکیت فکری ایران نیز پذیرفته شده است. علائم تجاری ایران به دو دسته علائم تجاری ثبت‌شده و علائم تجاری ثبت‌نشده قابل تقسیم هستند. اصل سرزمینی صراحتاً علائم تجاری ثبت‌شده را دربرمی‌گیرد.

در حقوق مالکیت فکری ایران «از حیث چگونگی قاعده تعارض قوانین در مورد مالکیت صنعتی اعم از اینکه مربوط به ورقه اختراع یا اکتشاف و یا علائم تجاری و صنعتی باشد: قانون‌گذار ایران قاعده‌های حاکم بر آن را از قاعده‌های سرزمینی تلقی می‌کند و ماهیت آن را حقی انحصاری می‌داند که بر اثر ثبت آن نزد مرجع رسمی برای دارنده آن برای مدت معین پدید می‌آید و حمایت از آن را در آن مدت دولت بر عهده می‌گیرد؛ بنابراین حقوق مربوط به این مالکیت تابع قانون کشوری است که در آنجا به ثبت آن مبادرت و حمایت قوانین آن کشور نسبت به آن خواسته شده، به‌بیان‌دیگر جایگاه این نوع مالکیت کشوری است که در آنجا به ثبت آن مبادرت گردیده است» (Ashoori, 2010: 365). ماده ۳۱ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ حق استفاده انحصاری از علامت را متعلق به کسی می‌داند که طبق مقررات این قانون علامت را به ثبت رسانده باشد. با توجه به مقرر فوق می‌توان گفت در حقوق ایران حمایت از علامت در منوط به ثبت آن شده است. مطابق با این ماده «حق استفاده انحصاری از یک علامت به کسی اختصاص دارد که آن علامت را طبق مقررات این قانون به ثبت رسانده باشد». در ماده ۳۲ قانون مذکور نیز علائم غیرقابل ثبت برشمرده شده است. در ماده مذکور

قانون‌گذار از علائم مشهور و معروفی که در ایران به ثبت نرسیده‌اند اما شناخته شده می‌باشند حمایت نموده است و اجازه ثبت علائم مشابه آن‌ها را نمی‌دهد، (بند «ه» و «و»). پرواضح است که با این مقررات نقض علائم تجاری خارجی نیز می‌تواند موضوع حمایت قانون ایران قرار گیرد. با توجه به الحاق ایران به اسناد بین‌المللی مذکور در مواد ۳۴ به بعد قانون با ارجاع به ماده ۹ همان قانون، رعایت مفاد این اسناد در خصوص علائم خارجی که دارندگان آن‌ها تمایل به تحصیل حمایت در ایران دارند پرداخته است. ماده ۹ این قانون مقرر می‌دارد: متقاضی می‌تواند همراه با اظهارنامه خود، طی اعلامیه‌ای حق تقدم مقرر در کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی را تقاضا نماید. این حق تقدم می‌تواند بر اساس یک یا چند اظهارنامه ملی یا منطقه‌ای یا بین‌المللی باشد که در هر کشور یا برای هر کشور عضو کنوانسیون مذکور تسلیم شده است. همچنین بند ب این ماده حمایت‌های مذکور در کنوانسیون پاریس را با پذیرش درخواست حق تقدم جاری می‌داند. لذا حمایت این قانون شامل علائمی است که یا ابتدا به ساکن در این کشور ثبت شده‌اند یا مطابق با ماده ۴ کنوانسیون پاریس در ظرف ۶ ماه حق تقدم مذکور در آن کنوانسیون علامت خود را در ایران به ثبت رسانده‌اند و حمایت این کشور را تقاضا نموده‌اند، در این موارد مطابق با اصل رفتار ملی مذکور در کنوانسیون پاریس، قانون ایران به‌عنوان قانون کشور محل درخواست حمایت قابل اجراست. از سویی دیگر با الحاق ایران به موافقت‌نامه و پروتکل مادرید در سال ۱۳۸۰ و پذیرش نظام ثبت بین‌المللی در صورت ثبت علامت مطابق با این نظام بین‌المللی، دارنده علامت، از حمایت مقرر در قانون ایران برخوردار خواهد شد. لذا قانون‌گذار ایران ضمن پذیرش اصل سرزمینی سعی در اجرای مفاد اسناد بین‌المللی که به آن‌ها پیوسته و حمایت فراسرزمینی از علائم تجاری، داشته است.

۴- آثار سرزمینی بودن علائم تجاری بر صلاحیت قضایی دادگاه

در حقوق بین‌الملل عمومی اصل سرزمینی بودن، اساس اولیه صلاحیت قانونی و قضایی است که موقعیت مکانی فعل یا شخص را برای اعمال حقوقی معین می‌کند. در حقوق خصوصی مکان خوانده، محل وقوع ضرر یا محل وقوع قرارداد یا ثبت اختراع یا علامت تجاری مثال‌هایی از ارتباط با محل هستند (Trachtman, 1998: 20).

در دادرسی‌های بین‌مرزی مالکیت فکری، لازم است ارتباط دلایل مختلف صلاحیت را بررسی نماییم و اینکه آیا ماهیت سرزمینی حقوق مالکیت فکری می‌تواند مانع صلاحیت قضایی دادگاه کشوری که محل اقامت خوانده است، از استماع دعاوی مرتبط با حقوق مالکیت فکری خارجی باشد؟ در اتحادیه اروپا، در مقررات بروکسل اصل صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده در رابطه با دعاوی مرتبط با حقوق مالکیت فکری، به‌طور یکسان در کنار سایر دعاوی اجرا می‌شود (Brown, 2012: 7)؛ اما در همه موارد اجرای این اصل مقرر نشده است، ازجمله در برخی دعاوی علائم تجاری دادگاه محل ثبت، صلاحیت انحصاری در رسیدگی به دعاوی راجع به این حقوق دارد. در حقوق علائم تجاری ثبت شده، موضوعاتی که مستقیماً مرتبط با ثبت، ایجاد و اعتبار این حقوق هستند، در صلاحیت انحصاری دادگاه محل ثبت می‌باشند و سایر دادگاه‌ها صلاحیت رسیدگی به دعاوی راجع به این موضوعات را ندارند. لذا بحث تعیین قانون حاکم منتفی است چراکه دادگاه محل ثبت الزاماً و بر اساس اصل سرزمینی بودن این حقوق، مطابق با قانون خود به موضوع رسیدگی می‌نماید. چنانکه بند ۴ ماده ۱۲ پیش‌نویس کنوانسیون اولیه در مورد دادرسی و دادرسی‌های خارجی در مسائل مدنی و بازرگانی^۱ می‌گوید: «در دعاوی که موضوع آن‌ها ثبت، اعتبار، ابطال یا لغو یا نقض حقوق اختراعی، علائم تجاری، طرح‌ها یا سایر حقوق مشابهی است که لازم است تودیع یا ثبت شوند، دادگاه‌های کشور عضوی که اقدام به تودیع یا ثبت می‌نمایند یا به موجب تعهدات یک کنوانسیون بین‌المللی الزام به انجام این اعمال دارند، دارای صلاحیت انحصاری می‌باشند. این مسئله در خصوص کپی‌رایت یا حقوق مجاور حتی اگر قابل ثبت یا تودیع باشند اجرا نمی‌شود». باید گفت، بند ۴ ماده ۱۲ صرفاً حقوق ثبت‌شده را دربر می‌گیرد و حقوق ثبت‌نشده همچنان مبهم باقی می‌ماند. سؤال این است آیا دعاوی نقض صرفاً باید در کشور محل ثبت اقامه شود؟ برخی مفسران می‌گویند مسئله اعتبار مشمول صلاحیت انحصاری است، ولی مسئله نقض چنین نیست. برخی دیگر می‌گویند حتی مسئله اعتبار نیز باید فقط در اوضاع و احوال خاصی موضوع صلاحیت انحصاری باشد (Brand, 2001: 595-596). در نتیجه به

1 - Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters. Online at: https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=1274

نظر نمی‌رسد در رسیدگی به دعاوی نقض، دادگاه محل ثبت صلاحیت انحصاری داشته باشد و مسئله صلاحیت انحصاری صرفاً در خصوص موضوعات مرتبط با ایجاد، اعتبار، مدت و ثبت این حقوق است.

در مقررات بروکسل در اتحادیه اروپا قواعد صلاحیت انحصاری دارای ماهیتی الزام‌آور هستند. در نتیجه، هر یک از دادگاه‌های کشور عضو، در صورتی که دعوا با موضوعی مرتبط است که دادگاه کشور دیگر عضو مستند به ماده ۲۲ مقررات بروکسل^۱ نسبت به آن صلاحیت انحصاری دارد باید اعلام عدم صلاحیت کند (Brown, 2012: 9). طرفین در خصوص دعاوی تودیع و اعتبار حق ثبت شده مالکیت فکری، با توجه به اینکه مطابق بند ۴ ماده ۲۲، صلاحیت انحصاری به دادگاه کشور محل ثبت داده شده است، حق توافق ندارند و بنابراین توافق آن‌ها مخالف با مفاد ماده مذکور و بی‌اعتبار است. مقررات بروکسل، دادرسی‌های مرتبط با حقوق علائم تجاری را به دادگاه‌های کشور مبدأ محدود نمی‌نماید، مگر در مواردی که اعتبار حق، موضوع دادرسی است (Lipstein, 2005: 593). در سایر دعاوی به خصوص دعاوی نقض، قواعد عام مقررات بروکسل اجرا می‌شود، به نحوی که ممکن است رسیدگی در دادگاه یک کشور، از رسیدگی در دادگاه کشور محل حمایت، متفاوت باشد. به نظر می‌رسد با توجه به این که مقررات بروکسل دعاوی نقض را مشمول صلاحیت انحصاری دادگاه محل ثبت ننموده است پرواضح است که در خصوص دعاوی نقض علامت تجاری قواعد عام مقررات بروکسل از جمله صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده (ماده ۲ مقررات) و یا دادگاهی که فعل زیانبار در آن واقع شده یا آثار خسارات ناشی از نقض در آن حاصل شده است می‌تواند در استماع دعاوی نقض صلاحیت داشته باشد. صلاحیت انحصاری دادگاه محل ثبت در دعاوی راجع به ثبت، ایجاد و اعتبار حق مالکیت فکری ارتباط مستقیمی با اصل سرزمینی بودن دارد چرا که سرزمینی که حق در آن به وجود آمده و ایجاد شده است حدود و ثغور حق اعطایی و اعتبار و عدم اعتبار آن را تعیین می‌نماید. همچنان که مطابق با

۱- در کنوانسیون بروکسل و مقررات بروکسل (در سال ۲۰۰۴) صلاحیت انحصاری بر دعاوی مالکیت فکری به این موارد محدود شد: رسیدگی‌های مرتبط با ثبت یا اعتبار حق اختراع، علائم تجاری، طرح‌ها یا سایر حقوق مشابهی که مقرر شده است تودیع و یا ثبت شوند (بند ۴ ماده ۲۲ کنوانسیون بروکسل).

قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حقی معتبر است که در محل ایجاد خود به صورت کامل تشکیل شده باشد. در نتیجه محل ایجاد حق تعیین‌کننده وجود و آثار حق است و نمی‌توان به حق آثاری بیش از آنچه که در محل ایجاد داشته است، داد. علاوه بر این که عناصر ایجاد آن مطابق با قانون محل ایجاد باید همگی موجود باشند؛ اما این که چرا صرفاً دادگاه‌های کشور محل ثبت، صلاحیت انحصاری دارند شاید به این علت باشد که در صورتی که مقررات بروکسل به سایر دادگاه‌ها این صلاحیت را اعطا می‌نمود، اعمال قواعد تعارض قوانین دادگاه مربوطه، می‌توانست به قانونی غیر از قانون محل ثبت منجر و آن را حاکم بر ثبت، اعتبار و ایجاد علامت تجاری نماید. این در حالی است که مقررات بروکسل صرفاً در خصوص صلاحیت دادگاه‌هاست. لذا واضعان آن صلاحیت انحصاری در رسیدگی را صرفاً برای دادگاه‌های محل ثبت قائل شده‌اند.

۵- آثار سرزمینی بودن علائم تجاری بر حقوق دارنده حق

سرزمینی بودن علائم تجاری می‌تواند حقوق دارنده حق را در سایر سرزمین‌ها تحت‌الشعاع قرارداد و نقض آن را تسهیل کند که این مسئله صرف‌نظر از اینکه یکی از انتقادهای وارد بر این اصل است سبب رکود حمایت از مالکیت فکری در سطح بین‌المللی می‌شود و به همین دلیل است که کنوانسیون‌ها و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی سعی نموده‌اند ضمن صحه‌گذاشتن بر اصل سرزمینی با وضع مقررات و تشویق کشورها به پیوستن به آن‌ها موجبات حمایت جهانی از مالکیت فکری را فراهم و بدین ترتیب ضمن حمایت از حقوق مالکیت فکری در عرصه بین‌المللی، مشوقی نیز برای دارندگان این حقوق جهت خلق آثار بیشتر و همچنین تسهیل تجارت بین‌المللی گردند.

مطابق با اصل سرزمینی در مالکیت فکری نقض حق تحت شرایط خاصی امکان‌پذیر است. برخی حقوق مالکیت فکری را با اموال غیرمنقول مقایسه می‌نمایند؛ اما باید گفت قیاس بین اموال غیرمنقول با یک حق اختراع خارجی، امکان دسترسی به یک حق فراسرزمینی را انکار می‌کند. محدودیت‌های سرزمینی حق اختراع و علائم تجاری مانع تحقق نقض در دو کشور می‌شود. حقوق انحصاری دارنده حق اختراع، سرزمینی را که دعوای نقض در آن واقع شده دربر نمی‌گیرد؛ چرا که هیچ فعلی در کشور یا مکانی که اختراع یا علامت تجاری در آن به ثبت رسیده، واقع نشده است. در این موارد نقض فراسرزمینی قابل تحقق نیست؛ زیرا حق فراسرزمینی وجود ندارد.

با این وجود، برخی اظهار نظر می کنند این اصل می تواند تنها در رابطه با انتخاب قانون حاکم بر دعوا مطرح شود (Howell, 1997: 226).

اگر قائل به مفهوم مضیق سرزمینی بودن این حق باشیم، با توجه به ماهیت سرزمینی این حق، در صورتی که نقض در کشور محل ثبت (برای مثال کشور الف)، واقع شود آن کشور تنها می تواند با فعلی که داخل در سرزمین کشورش اتفاق افتاده، برخورد نماید. افعالی که خارج از سرزمین داخلی و در داخل کشور ب اتفاق می افتد، نمی تواند تشکیل دهنده نقض حقوق مالکیت فکری کشور (الف) تلقی شود، در صورتی که هیچ حقی در کشور محل وقوع فعل به رسمیت شناخته نشده باشد. در نتیجه اگر حمایت از حق اختراع، تنها در کشور الف وجود دارد و فعل نقض (مثل داندلود کردن نرم افزار یک حق اختراع) در کشور (ب) واقع شود، سرزمین کشور (ب)، نمی تواند بر اساس ثبت از دارنده حق حمایت نماید. در این دیدگاه سرزمینی بودن و مفاهیم مبتنی بر فعل نقض حقوق مالکیت فکری، زوایای سنتی هستند که نقض حقوق مالکیت فکری را از سایر خطاهای مدنی متمایز می نمایند (Howell, 1997, p.226). با این حال «اصل سرزمینی بودن» مالکیت معنوی، حداقل در معنای مضیق خود اهمیت سابق خود را از دست داده است؛ چرا که عمل به این اصل به معنای رنگ باختن مالکیت های معنوی و عدم شناسایی آن در هر کشوری (غیر از کشور محل حمایت و یا ثبت اثر) است. بر این اساس، نقض حق ایجاد شده برای خواهان در کشور (الف) به وسیله شخص دیگری در کشور (ب)، علی الاصول نباید برای خواننده مسئولیتی را در پی داشته باشد، در حالی که (آن گونه که مشاهده شد) دادگاه های کشور (ب)، با حاکم ساختن قانون کشور (الف)، به این حقوق در کشور خویش اعتبار می بخشند. هر برداشتی برخلاف این، موجب اخلال در حقوق پدید آورندگان (در صورت خروج دستاوردهای فکری آن ها از یک سرزمین به سرزمین دیگر و فقدان حمایت کافی از آن) خواهد شد. از این روست که برخی از بزرگان در آثار خویش از توسعه مالکیت فکری و معنوی و سپری شدن دوره سرزمینی و ورود در دوره های بین-المللی و جهانی سخن گفته اند (Mirhoseini, 2014: 87). باید گفت کشور مقر دادگاه می تواند قانون علائم تجاری کشور دیگری را بر دعوا برای تعیین آثار استفاده غیر مجاز از علامت در تجارت بین الملل اعمال کند. قانون حاکم بر ارزیابی اعتبار و وجود حق علامت تجاری، می تواند با قانونی که حاکم بر مسائلی (همچون نقض و خسارت) است، متفاوت باشد. استراتژی های متفاوتی برای تعیین قانون حاکم وجود دارد (Lemley and et.al, 2005: 2). در نتیجه در حقوق مدرن

علائم تجاری، باید قائل به این شد که دادگاه می‌تواند در مواردی که آثار نقض در کشور دیگری غیر از کشور محل ثبت حق واقع می‌شود، با لحاظ سایر عوامل ارتباطی موجود در قانون کشور مقرر دادگاه، قانون حاکم بر موضوع را تعیین و در خصوص خسارات تصمیم‌گیری کند هرچند ماهیت سرزمینی بودن این حقوق می‌تواند تعیین قانون حاکم را تحت تأثیر قرار دهد. «بر این اساس اگر یک نشان تجاری در کشور انگلیس ثبت شده، در کشور فرانسه نقض گردد و در کشور هلند دعوی مربوط به آن مطرح گردد؛ دادگاه هلندی موظف به اعمال قانون انگلیس به عنوان قانون محل ثبت اثر است. در حالی که بر اساس توضیحات مذکور در گذشته، اعمال قانون انگلیس با این اشکال مواجه است که نقض در قلمرو سرزمینی آن واقع نشده و در محلی نیز که این مالکیت صنعتی نقض شده (یعنی خاک فرانسه) حمایتی از این اثر (به جهت عدم ثبت آن در خاک فرانسه) به عمل نیامده است. بر این اساس اگر ما بخواهیم به نتایج مذکور در باب سرزمینی بودن مالکیت‌های معنوی پایبند بمانیم، حداقل در مورد این دسته از مالکیت‌های معنوی، نمی‌توان قاضی هلندی را مکلف به اعمال قانون انگلیس بدانیم؛ چرا که بر اساس اصل سرزمینی بودن، قانون انگلیس محدود به آن دسته اعمال نقض آلودی است که صرفاً در خاک انگلیس واقع شده است (Mirhoseini, 2014: 168). در نتیجه به نظر می‌رسد برای حمایت از حقوق مالکان علائم تجاری و به طور کلی حقوق مالکیت فکری کشور مقرر دادگاه نباید خود را ملزم به اجرای قانون محل ثبت بداند بلکه سایر راهکارهای ارائه شده در تعارض قوانین بسته به مورد می‌تواند اعمال و نسبت به موضوع تصمیم‌گیری شود. برای مثال در آمریکا دادگاه‌های این کشور، حقوق علائم تجاری ایالات متحده را حتی در صورتی که فعل نقض داخل در آمریکا واقع نشده باشد، اجرا می‌نمایند. منبع این رفتار متفاوت، رأی دیوان عالی ایالات متحده (در سال ۱۹۵۲) در پرونده‌ی بولوا واچ^۱ بوده است (Chisum, 1997: 609). در این پرونده دادگاه ایالات متحده اقدام به اجرای قانون مقرر دادگاه نمود.

به نظر مؤلفین درست است که با توجه به اصل سرزمینی حق ثبت شده در کشور (الف) قابل نقض در کشور (ب) قلمداد نمی‌شود و دایره حمایت حقوقی کشور (الف) به خارج از

1- Steele v. Bulova Watch Co., Inc., 344 U.S. 280 (1952). at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/344/280/>

سرزمین آن توسعه نمی‌یابد، اما این مسئله مانع از تحقق نقض در کشور (ب) و حمایت از حق در کشور (ب) نیست. نقض به عنوان یک خطای مشمول مسئولیت مدنی در هر کشوری قابل تحقق است با این تفاوت که ضمانت اجرای آن در هر سرزمین می‌تواند متفاوت باشد. لذا هرچند مطابق با قانون کشور الف نقض حق به علت خروج از محدوده سرزمینی صورت نگرفته است اما این به معنی عدم تحقق نقض در هیچ نظام حقوقی نیست؛ زیرا صرف نظر از دایره حمایتی سرزمین محل ثبت حق، یک فعل نامشروع در کشور (ب) محقق شده است که با توجه به قواعد تعارض قوانین آن کشور تحت قانون آن کشور یا کشور محل ثبت حق می‌تواند قابل پیگرد باشد؛ بنابراین نمی‌توان به استناد اصل سرزمینی بودن، نقض حقوق مالکیت فکری را در خارج از سرزمین محل ثبت نادیده انگاشت و خطای ناقض را به علت خروج از مرزهای سرزمینی حق بدون ضمانت اجرا باقی گذاشت.

وقتی سخن از سرزمینی بودن علائم تجاری است مطابق با قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی منظور چارچوب وجود و اعتبار این حقوق و تعیین دامنه نقض و محدوده تجاوز به این حقوق است؛ اما به این معنی نیست که مصادیق نقض این حقوق صرفاً باید در سرزمین محل ثبت واقع شود. آنچه با اصل سرزمینی بودن این حقوق ارتباط دارد تعیین محدوده نقض و یا مصادیق آن است ولی در این راستا وقوع نقض در سرزمین محل ثبت شرط تحقق نقض نیست. این که وقوع نقض در سرزمین محل ثبت با ضمانت‌اجراهای آن سرزمین مواجه است ناشی از اصل حاکمیت دولت‌ها بر سرزمینشان است و این موضوع نه تنها در نقض مالکیت‌های فکری بلکه در سایر اعمال و افعال مغایر با قانون نیز متصور است. لذا به نظر می‌رسد نقض مورد اشاره در قانون سرزمین محل ثبت در هر کشوری قابل تحقق است با این حال با توجه به اینکه این حقوق تحت یک قانون ملی تحصیل و ثبت شده‌اند، کشور محل اقامه دعوا، می‌تواند قانون محل ثبت را بر دعوا در تعیین حقوق انحصاری دارنده علامت، حاکم کند. تعیین قانون حاکم بر نقض علامت تجاری، در کشوری غیر از کشور محل حمایت، با توجه به قواعد حل تعارض کشور مقر دادگاه صورت می‌گیرد.

۶- استثنای اصل سرزمینی

محدوده و اثر اصل سرزمینی توسط قواعد کلی تعیین می‌شود که این قواعد مرتبط با میزان

استفاده از علامت، اعم از استفاده برای کسب حقوق و استفاده در محدوده جغرافیایی آن و همچنین قواعد مرتبط با استثنائات راجع به حق استفاده از آن است (Dinwoodie, 2004: 908). در یک تقسیم‌بندی علائم تجاری به دو دسته علائم ثبت‌شده و علائم ثبت‌نشده قابل تقسیم‌بندی هستند. حمایت اعطایی به علائم ثبت‌شده بر اساس اصل سرزمینی علی‌الاصول محدود به سرزمین محل ثبت این علائم است و در خصوص علائم ثبت‌نشده وابسته به قواعد حمایتی کشور محل درخواست حمایت است. با این وجود دسته سومی از علائم وجود دارند که از آن‌ها تعبیر به علائم مشهور می‌شود، این علائم اعم از اینکه ثبت شده باشند یا نشده باشند، علائمی هستند که در همه جای دنیا یا حداقل در خارج از سرزمین محل ثبت یا استفاده، شناخته شده و مشهور هستند. حمایت از این علائم محدود به سرزمین محل ثبت یا استفاده نیست. همچنان که کنوانسیون‌های بین‌المللی و رویه قضایی کشورها نیز آن‌ها را مورد توجه قرار داده‌اند. حمایت از این علائم به عنوان استثنایی بر اصل سرزمینی بودن مالکیت‌های فکری در معاهدات بین‌المللی و حقوق داخلی کشورها پذیرفته شده است.

«استثناء مهمی که بر اصل سرزمینی بودن حقوق علائم تجاری وارد شده است، دکرین حمایت از علائم معروف است. بر اساس این دکرین چنانچه علامت در کشور محل درخواست حمایت، دارای شهرت بوده و معروف محسوب گردد، بدون این که علامت در آن کشور ثبت یا استفاده شده باشد، مورد حمایت خواهد بود. در دنیای کنونی که از آن به عنوان دهکده جهانی یاد می‌شود به دلیل تبلیغات گسترده‌ای که صاحبان علائم تجاری در سطح ملی و بین‌المللی انجام می‌دهند و همچنین به دلیل گردش آزاد اطلاعات، کالاها و خدمات، بیش‌ازپیش بازارهای کشورها به هم نزدیک شده‌اند. در چنین شرایطی ممکن است علامتی که در کشور محل درخواست حمایت نه ثبت و نه استفاده شده است، برای مردم و مشتریان آن کشور شناخته شده باشد؛ بنابراین چنانچه شخص ثالثی علامت معروف را در آن کشور برای کالاها و خدمات یکسان یا مشابه مورد استفاده قرار دهد، این امر باعث خواهد شد تا مشتریان دچار گمراهی و سردرگمی گردند و کشور مزبور برای جلوگیری از گمراهی مشتریان، ملزم به حمایت از علامت معروف است تا اشخاص نتوانند عین یا شبیه آن علامت را برای کالاها یا خدمات یکسان یا مشابه ثبت کرده یا استفاده نمایند.

دکترین علائم معروف در ماده ۶ کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی^۱ مورد تصریح قرار گرفته است. حمایتی که بر مبنای این دکترین از علائم معروف صورت می‌پذیرد در چارچوب حقوق سنتی علائم تجاری می‌باشد» (Habiba and Chavoshi, 2015: 8). در تعریف علائم تجاری مشهور عنوان شده علائمی هستند که «از چنان شهرت بالایی برخوردار هستند که علاوه بر کارکرد ایجاد تمایز بین کالاها و خدمات، کارکرد ثانویه‌ای هم پیدا می‌کنند که از آن با عنوان قدرت فروش یا قدرت جذب مشتری یاد می‌کنند و این جذابیت به‌طور کلی مستقل از کالا و مبدأ آن می‌باشد» (ibid).

در بسیاری از کشورها از جمله کشورهای اروپایی هرچند از علائم دارای شهرت که متفاوت از علائم معروف^۲ هست، تحت نظام ویژه حمایت به عمل آورده‌اند، ولیکن به‌طور مشخص علامت مشهور مورد تصریح قوانین این کشورها قرار نگرفته است. دستورالعمل اروپایی علامت تجاری بدون این که از لفظ علامت تجاری مشهور استفاده کند، از علائم تجاری دارای شهرت (تحت نظام ویژه) حمایت به عمل آورده است» (منبع پیشین). حمایت اعطایی به علائم مشهور، یکی از مهم‌ترین استثنائات اصل سرزمینی بودن علائم تجاری است. «الزامات تجاری و اقتصادی باعث شکل‌گیری دکترین علائم مشهور گردید که به موجب آن علائم مشهور مورد شناسایی قرار گرفته و از نفس علامت و دارنده آن در قالب تنزیل^۳ حمایت به عمل آمد» (Habiba and Chavoshi, 2015: 91).

به دلیل اهمیت ناشی از اعتبار و شهرت، این علائم را می‌توان تحت یک مکانیسم حقوقی خاص که متفاوت از سایر مکانیسم‌های حمایتی از علائم تجاری است حمایت نمود. در تحلیل

1. Paris Convention for the Protection of Industrial Property (as amended on September 28, 1979)

۲. علامت معروف نشانی است که برای بخش مرتبط جامعه بعنوان علامت تجاری در رابطه با یک کالا یا خدمت شناخته شده باشد. منظور از بخش مرتبط جامعه آن دسته از مردم هستند که به نحوی با کالا یا خدمتی که علامت معروف در خصوص آن بکار رفته است مرتبط باشند.

۳. در تعریف تنزیل علائم مشهور می‌توان گفت که تنزیل عبارت است از استفاده تجاری از علامت مشهور دیگری به گونه‌ای که در اثر این استفاده جایگاه یگانه و متمایز علامت مشهور در نزد عموم به تدریج ضعیف گردیده یا شهرت علامت مشهور صدمه و آسیب می‌بیند.

قوانین و رویه قضایی اتحادیه اروپا تعدادی از اصولی که برای حمایت از این علائم مورد توجه قرار گرفته به طور خلاصه عبارتند از: احتمال ایجاد ابهام، دکترین تنزیل و عنصر سوءنیت (Phan Ngoc, 2011: 168)؛ بنابراین اگر علامت تجاری به دلیل شباهت با علامت قبلی و شباهت با کالاها و خدمات تحت شمول آن برای عموم ایجاد ابهام نماید، این مسئله می‌تواند منجر به ابطال علامت مشابه شود. در نتیجه اگر مالک علامت تجاری مشهور دلایلی در خصوص تشابه علامت خود با علامت مظنون ارائه دهد احتمال ایجاد ابهام و سردرگمی ثابت می‌شود (Phan Ngoc, 2011: 170).

همان‌طور که گفته شد توجیه منطقی در خصوص ارتباط بین حقوق علائم تجاری و حاکمیت ملی وجود دارد. در عرصه بین‌المللی، دادگاه‌ها صرفاً از علائم تجاری اشخاصی که در منطقه اقتصادی مقر دادگاه فعالیت دارند، حمایت می‌نمایند؛ یعنی فقط اشخاصی که تجارت محلی دارند با همه منافع که برای وجود آن تجارت نه تنها برای مشتریان بلکه برای دولت نیز قابل تصور است. علائم تجاری مشهور با توجه به کنوانسیون پاریس، موافقت‌نامه ترپس و برخی توافقنامه‌های دوجانبه راجع به علائم تجاری، حمایت فرامرزی می‌شوند. مطابق با کنوانسیون پاریس و موافقت‌نامه ترپس اعضا همان نظارتی را که بر علائم تجاری داخلی اعمال می‌کنند، راجع به علائم خارجی‌ان هم اعمال می‌نمایند تا بدین ترتیب منافع آن‌ها در بازار سایر دولت‌ها تضمین شود (Austin, 2006: 22). اگرچه ماده ۶ مکرر کنوانسیون پاریس اعضا را مکلف به حمایت از علائم مشهور، بدون توجه به استفاده در آن کشور نمی‌کند، اعضا آزادند که از حداقل استانداردهای حمایتی در کنوانسیون برای حمایت از این علائم فراتر روند. البته رویکردی که مطابق با آن حمایت از علامت بدون شرط استفاده از علامت در آن کشور مقرر می‌شود، افزایش حمایت را به عنوان یک استاندارد الزام‌آور بین‌المللی به دنبال دارد (Dinwoodie, 2004: 922). با این حال ماده ۶ مکرر کنوانسیون پاریس هرچند حمایت از علائم مشهور را پذیرفته و اعضا را ملزم نموده حداقل استانداردهای حمایتی را اجرا نمایند ولی آنچه در این ماده حائز اهمیت است این است که اعضا آزادند حمایت از علائم مشهور را وابسته به استفاده از علامت در آن کشور نمایند یعنی در صورتی که علامت در آن کشور توسط تجار محلی یا بین‌المللی به کار برده شده باشد آن کشور از آن علامت حمایت می‌کند و در غیر این صورت علامت قابل حمایت در آن کشور نمی‌باشد. با تقریر این مقررره توسط کنوانسیون، دایره حمایت از علائم مشهور تحدید شده است و اعضا مختار

در اعطای حمایت به صورت مشروط می‌باشند.

بند ۲ ماده ۱۶ موافقت‌نامه ترپس نیز ضمن صحه گذاشتن بر حمایت از علائم معروف، دامنه این علائم را به علائم خدماتی نیز گسترش داده و حمایت مندرج در ماده ۶ مکرر کنوانسیون پاریس را شامل حمایت علائم خدماتی نیز می‌داند.

در اتحادیه اروپا، علائم تجاری مشهور و شناخته شده حتی در صورتی که در هیچ کدام از کشورهای اتحادیه ثبت نشده باشند تحت حمایت قانونی اعضاء قرار خواهند گرفت مشروط بر این که شهرت علامت به اثبات برسد (Phan Ngoc, 2011:181).

در آمریکا در مواردی که شرکت‌ها با حسن نیت، علامتی را مورد استفاده قرار می‌دهند این حسن نیت باعث می‌شود که شرکت‌های دیگر از استفاده از آن علامت یا علائم مشابه بر همان کالاها و خدمات در آمریکا ممنوع شوند (Austin, 2006: 20). در ایالات متحده برای حمایت از علائم مشهور دو شرط حسن نیت و استفاده در تجارت مورد توجه رویه قضایی این کشور است.

برای مثال در دعوای شرکت پرسونس علیه کریسمن^۱، کریسمن در دیداری از ژاپن مشاهده نمود چمدانی تحت علامت Persons فروخته شده است. بعد از بازگشت به آمریکا و تحقیق در این خصوص که آیا علامت در آمریکا قابل ثبت است یا خیر، علامت را تحت ثبت فدرال، ثبت و تحصیل نمود. در مقابل تولید کننده ژاپنی که قصد توسعه تجارتش در بازار آمریکا داشت، علیه کریسمن اقامه دعوا نمود و به این علت که کریسمن اولین استفاده کننده از علامت در آمریکا بوده است، در دعوا محکوم شد. با تجدیدنظرخواهی او دادگاه تجدیدنظر ایالات متحده استدلال خواهان را بر این مبنا که در پرتو تجارت جهانی حق استفاده مقدم از علامت تجاری باید توسط اولین استفاده در هر نقطه‌ای از جهان تعریف شود، رد کرد. دادگاه فدرال دو وضعیت را متذکر شد که در آن استفاده کننده خارجی مقدم هر چند اولین استفاده کننده در آمریکا نبوده است با وجود این می‌تواند تحت شرایطی در دعوا حاکم شود: (۱) زمانی که علامت خارجی در آمریکا مشهور است. (۲) زمانی که استفاده یک استفاده صوری است که با سوءنیت انجام شده است تا از توسعه تجارت استفاده کننده خارجی مقدم در آمریکا ممانعت کند. این استفاده‌ها عدم حسن نیت

1 . Persons Co v. Christman, 900 F.2d 1565 (Fed. Cir. 1990).

را نشان می‌دهند که مانع متقاضی آمریکایی از تحصیل حقوق است، اما صرف آگاهی از استفاده خارجی کافی نیست تا حافظ نتیجه و مانع ثبت علامت باشد (Dinwoodie, 2004: 911).

نتیجه‌گیری

اصل سرزمینی در حمایت از مالکیت فکری ارتباط مستقیمی با اصل حاکمیت ملی دارد به این معنی که حمایت از مالکیت فکری علاوه بر اینکه باعث رشد و توسعه اقتصاد صنعت و فناوری می‌شود، جایگاه سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و تجاری کشورها را در عرصه بین‌المللی رونق داده و حمایت از آن حمایت از حاکمیت و اقتدار ملی یک کشور است. ماهیت سرزمینی حقوق علائم تجاری مؤید این معناست که نقض در خارج از سرزمین محل ثبت قابل تحقق نمی‌باشد چراکه حق راجع به آن علامت صرفاً در داخل سرزمین محل ثبت به رسمیت شناخته شده و در همان محدوده قابل شناسایی و حمایت است. لذا این مسئله خود باعث ایجاد تنش‌های حقوقی در نظام بین‌المللی حمایت از علائم تجاری گردیده است. اصل سرزمینی ارتباط مستقیمی با اصل حاکمیت ملی دارد درواقع حمایت از مالکیت فکری علاوه بر این که باعث رشد و توسعه اقتصاد، صنعت و فن آوری می‌شود جایگاه سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و تجاری کشورها را در عرصه بین‌المللی رونق داده و حمایت از آن حمایت از حاکمیت و اقتدار ملی یک کشور است؛ لذا حقوق مالکیت فکری از حمایت سرزمینی که در آن موجود می‌شود بهره‌مند است. در نتیجه، سرزمینی بودن می‌تواند به عنوان یک عامل ارتباط، اعمال قانون ملی آن سرزمین را به دنبال داشته باشد. این که معیارهای تعیین سرزمینی بودن یک حق چیست بسته به نظام‌های حقوقی متفاوت است. در حقوق علائم تجاری حمایت مبتنی بر اصل سرزمینی، با ثبت علامت در سرزمین موردنظر شکل می‌گیرد به این معنی که کشور محل ثبت حق، معرف سرزمین تعیین‌کننده حقوق است.

با این حال این اصل پاسخگوی نیازها و ضروریات حقوقی روز علائم تجاری به خصوص در عرصه تجارت بین‌الملل نمی‌باشد و توان پاسخگویی به همه مسائل حادث در فراسوی سرزمین محل ثبت را ندارد و بدین ترتیب نظام‌های حقوقی سعی در فراسرزمینی نمودن حمایت از علائم و تأمین نیازهای حقوقی بین‌المللی در این عرصه را دارند. اسناد بین‌المللی نیز همچون کنوانسیون پاریس، موافقت‌نامه تریپس و موافقت‌نامه و پروتکل مادرید با تدوین مقرراتی همچون اصل رفتار

ملی، رعایت حق تقدم و ثبت بین المللی علائم در عین حمایت از این اصل سعی در کاهش محدودیت‌های ناشی از این اصل و ارائه راه حل برای چالش‌های به وجود آمده از اجرای این اصل دارند. این اسناد با تدوین مقررات مذکور با رویکرد حمایت جهانی تلاش در توسعه اصل به مواردی که منجر به حمایت فراسرزمینی شود نموده‌اند. درواقع، جهت توسعه حمایت جهانی از مالکیت فکری چاره‌ای جز تفسیر موسع از مفهوم این اصل باقی نمی‌ماند. چراکه تفسیر مضیق و محدود شدن به سرزمین محل ثبت، چالش‌های جدی در حمایت از حقوق دارندگان حق مالکیت فکری ایجاد می‌کند و نه تنها این حقوق را با رکود جهانی مواجه می‌نماید، بلکه پیامدهای منفی بسیاری از جمله مانع جدی در توسعه تجارت بین الملل ایجاد می‌کند. لذا با تفسیر موسع از اصل و تسری آن به حمایت در خارج از کشور محل ثبت سعی در کاهش چالش‌ها و انتقادات وارد بر اصل نموده‌اند و بدین ترتیب حقوق دارنده حق بهتر و بیشتر تضمین می‌گردد.

References

- [1] Aktekin, Ufur., Hande, Hanger. (2011). Using Exceptions to the Territoriality Principle in Turkish Trademark Law to Protect Foreign Trademarks Not Registered or Used in Turkey, The Law Journal of The International Trademark Association, 101 (4).
- [2] Almasi. N., Ghorbanifar, M. (2018). Jurisdiction over the Violation of Trademarks in Virtual Space in the US Jurisprudence. Strategy, 27 (1).
- [3] Ashoori, M. (2010). Conflict of Law in Non-Contractual Liability, Tehran: Imam Sadegh University Press, 1st Edition.
- [4] Aslani, H. (2010). The Criteria & the Effects of Determining the Place of Trade Mark Infringement in Cyberspace. Law Quarterly, 40 (2).
- [5] Austin, Graeme W. (2006). The Territoriality of United States Trademark Law. Intellectual Property And Information Wealth, Peter Yu, ed., Praeger Press, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 06-20, Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 28/2013, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=896620>
- [6] Blumer, Fritz. (2001). WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Patent Law and An international Private Law on Both Sides of the Atlantic, Homburger Rechtsanwälte, Zurich (Switzerland), Geneva.
- [7] Boschiero, Nerina, Intellectual Property in the Light of the European Conflict of Laws, <http://preview.ialsnet.org/meetings/business/BoschieroNerina-Italy.pdf>.
- [8] Brand, Ronald A., (2001). Intellectual Property, Electronic Commerce and the Preliminary Draft Hague Jurisdiction and Judgments Convention (August 9, 2008). University of Pittsburgh Law Review, Vol. 62, pp. 581-603, U. of

- Pittsburgh Legal Studies Research Paper Series, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1214211>
- [9] Brown, Karen B, Snyder, David V. (Eds.), (2012), General Report of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Springer Netherlands.
 - [10] Chisum, Donald S. (1996-1997). Normative and Empirical Territoriality in Intellectual Property: Lessons from Patent Law, Citation: 37 Va. J. Int'l L. 603.
 - [11] Dinwoodie, Graeme B. (2004). Trademarks and Territory: Detaching Trademark Law from Rom the Nation-State, Chicago-Kent College of Law, Houston Santa Fe Conference: Trademark in Transition.
 - [12] Elsan, M. (2014). Cyberspace Law, Tehran: Shahredanesh Pub, 1nd Edition.
 - [13] Habiba, S., Chavoshi Lahrood, I. (2015). Comparative Study of Famous and Well-known Trademarks as the Two Kinds of Trademarks with Reputation. Journal of Comparative Law, 2 (1), 75-94.
 - [14] Howell, Robert G. (1997). Intellectual Property, Private International Law, and Issues of Territoriality, University of Victoria, British Columbia.
 - [15] Jurčys Paulius. (2010). Applicable Law to Intellectual Property Infringements in Japan: Alternatives to the Lex Loci Protectionis Principle, International Review of Law, Computers & Technology, Volume 24, Issue 2, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1527994>
 - [16] Kono, Toshiyuki. (2015). Intellectual Property and Private International Law, International Academy of Comparative Law Washington Congress 2010, General Report (Abbreviated version).
 - [17] Kono, Toshiyuki. (2012). Intellectual Property and Private International Law, General Report (Abbreviated version), Bloomsbury Publishing.
 - [18] Kulesza, Joanna. (2008). Internet Governance and the Jurisdiction of States: Justification of the Need for an International Regulation of Cyberspace (December 2, 2008). GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2008, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1445452> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1445452>
 - [19] Lemley, Mark A. and O'Brien, David W. and Kent, Ryan M. and Ramani, Ashok and Van Nest, Robert. (2005). Divided Infringement Claims. American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal, Vol. 33, 255, Stanford Public Law Working Paper No. 100, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=628241> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.628241>
 - [20] Lipstein, K. (2005). Intellectual Property: Parallel Choice of Law Rules, Cambridge Law Journal, Volume 64, Issue 03, 2005.
 - [21] Lowenfeld, Andreas F. (2011), International Economic Law, Translated by: Mohammad Habibi Mojandeh, Tehran: Jangal Publication, 1nd Edition.
 - [22] Mafi, H. (2016). Determination of Applicable Law on Non-Contractual Obligations in Rome II Regulation within European Union. International Law Review, 32(53), 287-314.
 - [23] Mirhoseini, Majid. (2014). Foundations of Determination of Governing Law

- to Civil Liability (in European Union and Iranian Law), Tehran, Enteshar Co. Pub, 1nd Edition.
- [24] Oestreicher, Yoav. (2004). Recognition and Enforcement of Foreign Intellectual Property Judgments: Analysis and Guidelines for a new International Convention. A dissertation submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Juridical Science (S.J.D.) Duke University School of Law.
- [25] Alexander, Peukert. (2012). *allIntellectu in Extraterritoriality and Territoriality* Boston /Leiden ,Publishing Academic Brill ,Law Property.
- [26] Phan Ngoc, T. (2011). Well-known trademark protection. A comparative study between the laws of the European Union and Vietnam. Doctoral Dissertation of Law, The Faculty of Law, Lund University. <https://portal.research.lu.se/portal/files/5994712/4024269.pdf>
- [27] Shiravi, Abdolhosein., Pendashtehpoor Mohamad Reza. (2015). Connecting Factors in Identifying the Law on Intellectual Property Contracts, 12 (1).
- [28] Simonyuk, Yelena. (2002). Extraterritorial Reach of Trademarks on the Internet, *Duke Law & Technology Review* 1-14, Electronic copy available at: <http://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol1/iss1/51>
- [29] Slováková, Zuzana. (2006). Protection of Trademarks and the Internet with Respect to the Czech Law, *Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol 1, No 2.
- [30] Symeonides, Symeon C. (2004). Territoriality and Personality in Tort Conflicts, Published in *Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter Nygh* (T. Einhorn & K. Siehr, eds) 401-433, Asser Press, The Hague.
- [31] Trachtman, Joel (1998) "Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction, and Modernism," *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 5: Iss. 2, Article 10. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol5/iss2/10>
- [32] Yang, Fanshu. (2010). Infringement of Intellectual Property Rights over the Internet and Private International Law, Thesis Submitted to the University of Nottingham for the Degree of Master of Philosophy, University of Nottingham.