

دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی نشریه علمی

شاپا: ۴۱۷۷-۲۳۲۲

(شماره پیاپی: ۱۸)

شماره ۱۸ - سال بیست و هفتم - دوره جدید

پاییز - زمستان ۱۳۹۹

۱	امین جعفری مصطفی بیکران بهشت	● مطالعه حقوقی خصوصی سازی در نظام بانکی
۲۹	مهسا بهادران باغبادرانی احمد محمدی	● بررسی حقوقی محدودیت های سرمایه گذاری خارجی و تأمین مالی پروژه در قالب اجرای قراردادهای مهندسی، تأمین کالا، ساخت با شرط تعهد پیمانکار به تأمین مالی (EPCF)
۸۱	حسن بادینی فرناز فروزان بروجنی	● تحلیل مبانی اقتصادی اصل حصری بودن حقوق مالکیت
۱۰۳	فاطمه کیانی سیاسک رهپیک محمود باقری	● نهاد بازسازی: ماهیت و مدل ها در نظام بانکی ایران
۱۲۹	سعید محمدی اقدم ابراهیم دیانی نسب	● مطالعه تطبیقی و تحلیل عناصر، آثار و ابعاد مالی- حقوقی پذیرش همزمان اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار (با تمرکز بر حقوق ایران و آمریکا)
۱۶۵	محسن شمس الهی	● احراز رابطه سببیت در دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات در بازار اوراق بهادار (با مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و فرانسه)
۲۰۳	پژمان محمدی محبت مظفری نرگس کشاورز بهادری	● تحلیل اقتصادی معامله به قصد فرار از دین در ایران
۲۲۳	علی صفاری راضیه صابری عارف خلیلی باجی	● کارکردهای مجرمانه ارزشهای مجازی: تحلیل جرم شناختی و راهکارهای پیشگیرانه
۲۵۱	محسن صادقی عاطفه آجری آپسک	● لزوم نظارت بر خصوصی سازی در راستای اصل توازن منافع سه گانه
۲۷۵	قاسم نبی زاده کبریا	● مداخله دولت در شروط غیرمنصفانه با تکیه بر تحلیل اقتصادی قراردادها
۲۹۵	مصطفی رضایی اسدالله پآوری	● اصل شفافیت در مناقصات دولتی ایران در پرتو مقررات سازمان جهانی تجارت و اتحادیه اروپا
۳۲۵	علی شهابی سیدحسین صفایی پهروز اخلاقی منصور امینی	● معیارهای محاسبه خسارت در حقوق ایران، انگلیس و اسناد بین المللی

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: محمد کدخدایی

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)

براساس 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 عاطفه	آجری آیسک	دانشگاه بیرجند
دکتر علی	بابایی مهر	دانشگاه آزاد اسلامی چالوس
دکتر نرگس	باقری مطلق	دانشگاه دزفول
دکتر مصطفی	بختیار وند	دانشگاه قم
دکتر رسول	بهرام پوری	دانشگاه تهران
دکتر محمد	حبیبی مجنده	دانشگاه مفید قم
دکتر عبدالله	خدابخشی	دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر علی	روحی زاده	دانشگاه بجنورد
دکتر فضا	سلیمی	دانشگاه قم
دکتر سید مهدی	سید زاده	دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر راحله	سید مرتضی حسینی	دانشگاه خوارزمی
دکتر محمد	عابدی	دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر سجاد	عسکری	دانشگاه شهید باهنر کرمان
دکتر حمید رضا	صالحی	دانشگاه پیام نور
دکتر علیرضا	صالحی فر	دانشگاه خوارزمی
دکتر امید	محمدیان	دانشگاه شهید باهنر کرمان
دکتر رضا	موسی زاده	دانشکده روابط بین الملل وزارت امور خارجه
دکتر سید حسن	وحدتی شبیری	دانشگاه قم

فهرست مندرجات

عنوان	نویسنده	صفحه
مطالعه حقوقی خصوصی سازی در نظام بانکی	امین جعفری مصطفی بیکران بهشت	۱
بررسی حقوقی محدودیت های سرمایه گذاری خارجی و تأمین مالی پروژه در قالب اجرای قراردادهای مهندسی، تأمین کالا، ساخت با شرط تعهد پیمانکار به تأمین مالی (EPCF)	مهسا بهادران باغبادرانی احمد محمدی	۲۹
تحلیل مبانی اقتصادی اصل حصری بودن حقوق مالکیت	حسن بادینی فرناز فروزان بروجنی فاطمه کیانی	۸۱
نهاد بازسازی؛ ماهیت و مدل ها در نظام بانکی ایران	سیامک رهپیک محمود باقری	۱۰۳
مطالعه تطبیقی و تحلیل عناصر، آثار و ابعاد مالی- حقوقی پذیرش همزمان اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار (با تمرکز بر حقوق ایران و آمریکا)	سعید محمدی اقدم ابراهیم دیانتی نسب	۱۲۹
احراز رابطه سببیت در دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات در بازار اوراق بهادار (با مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و فرانسه)	محسن شمس الهی	۱۶۵
تحلیل اقتصادی معامله به قصد فرار از دین در ایران	پژمان محمدی محبت مظفری نرگس کشاورز بهادری	۲۰۳
کارکردهای مجرمانه ارزشهای مجازی: تحلیل جرم شناختی و راهکارهای پیشگیرانه	علی صفاری راضیه صابری عارف خلیلی پاچی	۲۲۳
لزوم نظارت بر خصوصی سازی در راستای اصل توازن منافع سه گانه	محسن صادقی عاطفه آجری آیسک	۲۵۱
مداخله دولت در شروط غیرمنصفانه با تکیه بر تحلیل اقتصادی قراردادها	قاسم نبی زاده کبریا	۲۷۵
اصل شفافیت در مناقصات دولتی ایران در پرتو مقررات سازمان جهانی تجارت و اتحادیه اروپا	مصطفی رضایی اسدالله یاوری علی شهابی	۲۹۵
معیارهای محاسبه خسارت در حقوق ایران، انگلیس و اسناد بین المللی	سیدحسین صفایی بهروز اخلاقی منصور امینی	۳۲۵

مطالعه حقوقی خصوصی سازی در نظام بانکی *

امین جعفری^۱

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی

دانشگاه علامه طباطبائی تهران

مصطفی بیکران بهشت^۲

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق اقتصادی

دانشگاه علامه طباطبائی تهران

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۸/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۲۱

چکیده

فرآیند خصوصی سازی می تواند در رسیدن به اهداف خصوصی سازی و در کل، در نحوه عملکرد بانک ها، تأثیر به سزایی داشته باشد. برنامه های خصوصی سازی در اکثر کشورهای توسعه یافته سال ها است که اجرا شده و طبعاً پژوهش ها در این زمینه کمی قدیمی هستند. در ایران تعداد معدودی (تنها ۴ مورد) از بانک های دولتی موجود خصوصی سازی شده اند و انتظار می رود با توجه به اینکه وضعیت غالب نظام بانکی ایران، دولتی است؛ موج بعدی خصوصی سازی شامل طیف گسترده ای از بانک ها باشد. در این مقاله با روشی توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه ای، نتایج تجربه حاصل از خصوصی سازی صورت گرفته را جهت یافتن راهکار مناسب در تعیین فرآیند خصوصی سازی، مورد بررسی قرار می دهیم و به دنبال پاسخ این سؤال خواهیم رفت: بایسته های حقوقی خصوصی سازی بانک ها در جهت رسیدن به اهداف خصوصی سازی چیست؟ تجربه موج اول خصوصی سازی بانک ها در ایران موفق نبوده است. وضع مقررات مستقل در جهت خصوصی سازی بانک ها و توجه به قوانین تسهیل کننده رقابت، به ویژه در حوزه پولی و تعیین نهاد

* - نوع مقاله: پژوهشی

1- amin.jafari@atu.ac.ir

2- m_bikaran@atu.ac.ir

DOI: 10.22067/le.v27i18.87269

خصوصی سازی مستقل و استقلال نهاد تنظیم گری پولی از دولت و اعمال روش واگذاری مدیریت بجای روش عرضه عمومی سهام، می تواند راه های مناسبی در جهت موفقیت خصوصی سازی باشد.

کلیدواژه ها: اصل ۴۴، بانک، خصوصی سازی، حقوق اقتصادی، حقوق بانکی.

طبقه بندی JEL: E50

مقدمه

خصوصی سازی از زمان اعمال سیاست های اقتصادی مارگارت تاچر در انگلستان در دهه های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ میلادی، در جهان مورد توجه قرار گرفت.^۱ خصوصی سازی فرآیندی است که دولت ها برای انجام اصلاحات در نظام اقتصادی کشور با اهداف خاص (عموماً افزایش کارایی نظام اقتصادی) به اجرا درمی آورند.

واگذاری جزئی بنگاه های دولتی در دهه های ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ در آلمان نازی نخستین برنامه خصوصی سازی در جهان است. پیتر دراگر نخستین بار در سال ۱۹۶۹ میلادی، اصطلاح «خصوصی سازی مجدد» را به معنایی که اقتصاددانان امروزی به کار می برند، استفاده کرد (Germá, 187: 2006, Bel). این تفکر که دولت در اداره بنگاه های اقتصادی ضعیف عمل می کند و به ناچار باید دست دولت را از دخالت در اداره بنگاه های اقتصادی کوتاه کرد، کم کم فراگیر شده و به باور همگان تبدیل شده است. هرچند که این ایده با انتقادهای بنیادین زیادی مواجه گردیده و به عنوان یک اصل، قابل استناد نیست. با این وجود؛ بسیاری بر این باورند که کارکرد صحیح نظام بانکی وابسته به این موضوع است که آیا دولت مالک بانک است یا خیر؟ (Aghababaei, 2005: 30).

۱- در فرانسه با روی کار آمدن دولت شیراک، برنامه ی بزرگی از خصوصی سازی که در مقیاس، وسیع تر و سریع تر از خصوصی سازی توسط دولت تاچر در انگلستان بود و به مراتب فراتر از شرکت هایی بود که در طول سال های ۱۹۸۱ تا ۱۹۸۶ به وسیله سوسیالیست ها ملی شده بودند؛ مطرح شد. در این طرح، خصوصی سازی بانک ها و به ویژه بانک بزرگی چون BNP به چشم می خورد. با شروع خصوصی سازی، بانک های دولتی که به موجب قانون دوم دسامبر ۱۹۴۵ برای کمک به امر تجارت و صنعت تأسیس شده بودند؛ جهت واگذاری به بخش خصوصی مورد توجه قرار گرفتند؛ اما با مخالفت ها و فشارهای احزاب سیاسی، این طرح با وضعیتی به مراتب محتاطانه تر اجرا شد (Michel Berne & Gerard Pogorel, 2004: 3).

عده‌ای معتقدند که از جمله نتایج حاصل از تجربه خصوصی سازی در کشورهای مختلف این است که اگر منظور از خصوصی سازی بانک‌ها، افزایش کارآمدی نظام بانکی باشد؛ کاهش اعمال نفوذ دولت بر تصمیمات مربوط به تخصیص اعتبار، امری ضروریست و دولت باید مالکیت خود بر بانک‌ها را واگذار نماید (Bahrami & Alaei, 2013: 40)؛ اما عده‌ای دیگر معتقدند که شواهد تجربی نشان می‌دهد بانک‌های دولتی کارآمدتر از بانک‌های خصوصی هستند (Bagheri & Sefidari, 2012: 25). William L. Megginson (1980: 2005)، عده‌ای هم بر این باورند که مالکیت خصوصی به خودی خود تفاوت ایجاد می‌کند؛ اما این فرآیند و شیوه خصوصی سازی است که دستیابی به اهداف خصوصی سازی را امکان‌پذیر می‌کند (Aghababaei, 2005: 35).

در ایران، پس از آنکه با تصویب شورای انقلاب در سال ۱۳۵۸، تمامی بانک‌های کشور ملی شدند و بانک‌های خصوصی از نظام بانکداری کشور حذف و نظام بانکی کشور کاملاً دولتی گردید (Zangiabadi, 2010: 22) بار دیگر، با تصویب قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیر دولتی در سال ۱۳۷۹، بانک‌های خصوصی پا به عرصه فعالیت در ایران گذاشتند؛ اما طی برنامه سوم توسعه، فقط چهار بانک خصوصی تأسیس شد (Miri, 2006: 71). پس از آن به موجب ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، در خرداد ۱۳۸۴، طرح گسترده‌ای برای خصوصی سازی در برنامه کشور قرار گرفت که از جمله بنگاه‌های مشمول این طرح، بانک‌ها بودند. اهداف این سیاست‌ها کلی نظام عبارتند از:

- شتاب بخشیدن به رشد اقتصاد ملی.
 - گسترش مالکیت در سطح عموم مردم به منظور تأمین عدالت اجتماعی.
 - ارتقاء کارآیی بنگاه‌های اقتصادی، و بهره‌وری منابع مادی و انسانی و فناوری.
 - افزایش رقابت‌پذیری در اقتصاد ملی.
 - افزایش سهم بخش‌های 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.
- گرچه بانک‌ها نمی‌توانند مصداقی برای تحقق تمامی این اهداف باشند، لیکن مواردی چون ارتقاء کارآیی بنگاه‌های اقتصادی، و بهره‌وری منابع مادی و انسانی و فناوری؛ و کاستن از بار مالی

و مدیریتی دولت در تصدی فعالیت‌های اقتصادی؛ و تشویق اقشار مردم به پس‌انداز و سرمایه‌گذاری و بهبود درآمد خانوارها را می‌توان اهداف اصلی از خصوصی‌سازی بانک‌ها دانست.

واگذاری‌های دولت در بخش بانکداری که توسط هیئت واگذاری به تصویب رسیده است؛ طی سال‌های ۱۳۸۹ تا ۱۳۹۳ توسط سازمان خصوصی‌سازی صورت گرفت. البته مصوبات هیئت واگذاری محدود به چند بانک دولتی (تنها ۴ بانک) است، مضاعف اینکه واگذاری‌های صورت گرفته مشمول تمام سهام دولت نبوده و هنوز دولت بخشی از این سهام را در مالکیت دارد و از آنجا که هنوز مالکیت دولت، مالکیت غالب سیستم بانکی کشور است؛ انتظار می‌رود موج بعدی خصوصی‌سازی شامل سایر بانک‌ها گردد. اخیراً دولت تصمیم گرفته است تا سه بانک «تجارت»، «ملت» و «صادرات» را از طریق عرضه در بورس خصوصی‌سازی نماید؛ بنابراین ضروری است که تجربیات گذشته را برای یافتن راه پیش‌رو بررسی نماییم. متأسفانه تبیین سیاست‌های خصوصی‌سازی در ایران چندان تابع نظریه‌های اقتصادسیاسی نیست و پیشینه‌های فقهی و فرهنگی و اجتماعی در آن لحاظ نشده است. لذا پس از اجرای مرحله اول خصوصی‌سازی، موج گسترده‌ای از انتقادات از سوی محافل علمی کشور شکل گرفت. بحران‌های بانکی سال‌های اخیر مسئله خصوصی‌سازی بانک‌ها را پررنگ کرده و بحث بر سر چگونگی اعمال این سیاست‌ها همچنان ادامه دارد. ماهیت پیچیده بانک‌های دولتی و نقش حائز اهمیت آن در اقتصاد ملی، بررسی و تحقیق در سه رشته اقتصاد، مدیریت و حقوق را می‌طلبد. با وجود این ضرورت، علیرغم تحقیقات متعددی که در حوزه‌های اقتصاد و مدیریت صورت گرفته است؛ جای تحقیقات در حوزه مطالعات حقوقی خالی است. نقش اصلی حقوق در خصوصی‌سازی، تبیین سازوکارهای قاعده‌مندی است که از طریق آن افراد خصوصی بتوانند روابط و اعمال خود را سازماندهی کنند (Bagheri, 2011: 32). جدول ذیل؛ وضعیت مالکیت بانک‌های مشمول طرح اولیه خصوصی‌سازی را نشان می‌دهد.

عمده تحقیقات درباره خصوصی‌سازی بانک‌ها مربوط به یک دهه پیش است. با این وجود؛ خصوصی‌سازی در حوزه بانکداری هنوز محقق نشده و همچنان نظام بانکی ایران دولتی است. بررسی خصوصی‌سازی بانک‌ها به این سؤال پاسخ خواهد داد که بایسته‌های حقوقی خصوصی‌سازی بانک‌ها در جهت رسیدن به اهداف خصوصی‌سازی چیست؟

بانک	میزان مالکیت دولت پیش از خصوصی سازی	میزان مالکیت دولت پس از خصوصی سازی
رفاه کارگران	۶ درصد	۰
تجارت	۱۰۰ درصد	۱۷ درصد
صادرات	۱۰۰ درصد	۱۸ درصد
ملت	۱۰۰ درصد	۲۰ درصد

منبع: تحقیق و مشاهدۀ حضوری از سازمان خصوصی سازی ۱۳۹۷/۰۸/۰۶

این پژوهش ذیل مطالعات حقوق عمومی اقتصادی قرار می گیرد و در این راستا باید گفت؛ گرچه از منظر روش شناسی، این رشته به تحلیل پدیده های اقتصادی نمی پردازد؛ لیکن چارچوب تفسیرهای شکل گرایانه^۱ از قواعد حقوقی مرسوم در حقوق سنتی و بعضاً حقوق مدنی ایران نیز مدنظر نخواهد بود؛ زیرا ابزارهای حقوقی در آن شامل طیف وسیعی از مقررات و اعمال حقوقی و مراجع صدور مختلف هستند (Zarei & Moazeni, 2012: 432)؛ بنابراین تمرکز آن بر رابطه متقابل علوم اقتصادی با حقوق واقع گرایانه^۲ است. به تعبیری دیگر، نظام حقوق بانکی که در چارچوب حقوق اقتصادی تعریف می شود؛ تمرکز بیشتری بر تحلیل های مدیریتی و گاه غیر حقوقی خواهد داشت که هم راستا با مباحث حقوقی و اقتصادی تعریف می گردد.

در ادامه برای پاسخ به سؤال طرح شده، ابتدا با استفاده از منابع کتابخانه ای به بررسی فرآیند خصوصی سازی و تجربه خصوصی سازی صورت گرفته می پردازیم (بخش اول) و سپس چالش های خصوصی سازی را بررسی خواهیم کرد (بخش دوم).

۱. فرآیند خصوصی سازی در نظام بانکی

کشور مکزیک یکی از نمونه های مشهور خصوصی سازی بانک ها در جهان است. مکزیک ها جهت آغاز فرآیند واگذاری ها؛ کمیته ای برای خصوصی سازی بانک ها تأسیس کردند. در سپتامبر ۱۹۹۰ این کمیته، سازوکارها و دستورالعمل های خود را جهت خصوص سازی بانک ها در سه مرحله اعلام کرد:

مرحله اول: ارزش گذاری مؤسسات شامل ارزش گذاری اجزاء و دارایی های بانک و فروش

1- Formalistic

2- Realistic

سهام دولت (ارزیابی).

مرحله دوم: تعیین نحوه و چگونگی واگذاری مالکیت.

مرحله سوم: نام‌نویسی و ثبت پیشنهادهای خریداران.

پس از طی مراحل فوق در سال ۱۹۹۱ میلادی، واگذاری‌ها از طریق مزایده صورت گرفت؛ اما چندی بعد در سال ۱۹۹۴ نظام بانکی ورشکسته شد و دولت با صرف هزینه زیاد، بانک‌ها را تملک و مجدداً فرآیند واگذاری بانک‌ها را به اجرا گذاشت. دلیل عدم موفقیت بانک‌های واگذار شده را در عدم آماده سازی محیط، یعنی بازنگری در قوانین در جهت بروزرسانی و هماهنگ‌سازی با نظام جدید بانکی (فرآیند خصوصی سازی) باید جستجو کرد (Bahrami & Alaei, 2013: 31). تجربه این کشور نشان می‌دهد که انتخاب روش و فرآیند خصوصی سازی به چه میزان اهمیت دارد. روش‌های خصوصی سازی متعدد هستند و هر کشوری با توجه به ساختار اقتصادی و نوع بنگاه-ها، روش‌های ویژه‌ای را پیش‌بینی می‌کند. متداول‌ترین روش‌هایی که برای خصوصی سازی در جهان وجود دارد عبارتند از:

۱. عرضه سهام به عموم مردم
 ۲. عرضه سهام به گروه‌های خاص
 ۳. تفکیک واحدهای مشمول واگذاری به واحدهای کوچک‌تر و واگذاری
 ۴. جلب مشارکت بخش خصوصی در سرمایه گذاری جدید مورد نیاز
 ۵. عقد واگذاری مدیریت یا اجاره دارایی‌ها (Esna ashari & Etemadnia, 2011: 111).
- این روش‌ها به صورت کلی در دو قالب قابل تقسیم هستند؛ نوع اول که منجر به انتقال مالکیت بانک می‌شود و نوع دیگر که منجر به انتقال مدیریت بانک می‌گردد.

۱-۱. انتقال مالکیت بانک

ماده ۲۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، روش‌های واگذاری را به سه شکل مقرر کرده است که در مورد تمامی بنگاه‌ها اعمال گردد:

- الف - فروش از طریق عرضه عمومی سهام در بورس‌های داخلی یا خارجی
- ب - فروش کامل یا عرضه سهام بلوکی از طریق مزایده عمومی
- ج - فروش کامل یا سهام بلوکی از طریق مذاکره

قانون گذار تفاوتی بین روش های خصوصی سازی انواع بنگاه ها قائل نشده است و بانک ها نیز باید در چارچوب همین سیاق، خصوصی سازی شوند؛ درحالی که پر واضح است که انواع بنگاه ها با مقتضیات خاص خود، تفاوت های بارزی دارند و چنین قاعده کلی نمی تواند نیاز خصوصی سازی را برطرف کند. چراکه سرنوشت خصوصی سازی بانک برای اقتصاد ملی بسیار حائز اهمیت است و نمی توان آن را با سایر بنگاه ها (مثلاً یک دامداری) به طریق مشابهی خصوصی سازی نمود.

وفق ماده ۱۹ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، انتخاب روش واگذاری توسط هیئت واگذاری تعیین می شود. به موجب ماده ۳۹ این قانون، اعضای هیئت واگذاری عبارتند از:

- ۱- وزیر امور اقتصادی و دارایی
 - ۲- وزیر دادگستری
 - ۳- رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور بدون حق رأی
 - ۴- وزیر وزارتخانه ذی ربط بدون حق رأی
 - ۵- دو نفر از نمایندگان مجلس به عنوان ناظر به انتخاب مجلس شورای اسلامی
- ترکیب اعضای هیئت نشان می دهد که این هیئت کاملاً دولتی است و این سؤال را ایجاد می کند که آیا دولتی بودن هیئت واگذاری می تواند در جهت خصوصی سازی بانک ها مؤثر باشد؟! چراکه اصولاً دولت به عنوان بنگاه دار و صاحب اختیار بانک ها، تمایلی به خصوصی سازی آن ها ندارد؛ زیرا بانک ها نقش پر رنگی در سیاست های پولی و مالی دولت دارند و این تعارض منافع، مشکل جدی بر سر راه خصوصی سازی بانک ها است. به ویژه آنکه حسب ماده ۱۷ این قانون، پیشنهاد واگذاری بنگاه ها نیز باید توسط همان دستگاه های دولتی به وزارت دارایی ارائه شود!

الف) فروش از طریق عرضه عمومی سهام در بورس های داخلی یا خارجی^۲

- ۱- بورس یا بهابازار به بازاری اطلاق می شود که قیمت گذاری و خرید و فروش کالا و اوراق بهادار در آن انجام می پذیرد.
- ۲- مجوز عرضه سهام در بورس های خارجی با رعایت قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی و قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران - مصوب ۱۳۸۴/۹/۱ - به پیشنهاد هیأت واگذاری توسط شورای عالی اجراء سیاست های کلی اصل

به موجب ماده ۲۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، قیمت گذاری و زمان بندی مناسب واگذاری بنگاه‌های دولتی متناسب با روش و گستره هر بازار صورت می‌پذیرد. در مورد واگذاری از طریق عرضه عمومی سهام، قیمت گذاری عرضه اولین بسته از سهام هر شرکت، اندازه بسته سهام، روش انتخاب مشتریان استراتژیک و متقاضی خرید سهام کنترلی و مدیریتی، زمان مناسب عرضه سهام حسب مورد پس از انجام مطالعات کارشناسی با پیشنهاد سازمان خصوصی سازی و تصویب هیئت واگذاری، تعیین خواهد شد. طبیعی است که این روش واگذاری مختص خصوصی سازی از طریق عرضه سهام در بورس است و طبیعتاً برای سایر روش‌ها مؤثر نیست و به ناچار ملاک قیمت گذاری، بررسی کارشناسی خواهد بود. پس از ارزیابی دارایی-های بانک‌ها و تعیین دقیق میزان مطالبات و بدهی‌ها به ویژه نسبت به دولت و تعیین تکلیف آن‌ها، باید بررسی کرد که آیا بانک شرایط عرضه در بورس را داراست؟! پس از آن، مدارک و اطلاعات لازم جهت دسترسی خریداران منتشر شده و امکان بازدید و تحقیق متقاضیان فراهم، و عرضه سهام در بورس آغاز می‌گردد. این روش از خصوصی سازی به دلیل امکان نقدینگی و فراهم شدن شرایط رقابتی، روش مرجع قانون گذار است؛ اما به دلیل عدم توان بخش خصوصی برای خرید سهام بانک‌ها در ایران ناموفق بوده است.

ب) فروش کامل یا عرضه سهام بلوکی از طریق مزایده عمومی

گاهی مصلحت ایجاب می‌کند بخش عمده‌ای از سهام بانک را به صورت عمده و یکجا (فروش کامل) و یا در قطعات مشخصی (بلوکی) با قیمت تعیین شده در خارج از بورس به فروش گذاشته شود. به این نوع از معامله که در آن قواعد مربوط به محدودیت حجمی و محدودیت قیمتی رعایت نمی‌شود، معامله با عرضه یکجا و بلوکی گفته می‌شود. معمولاً این نوع معامله به جهت حفظ ارزش سهام و جلوگیری از تأثیر چنین عرضه‌ای بر ارزش اسمی سهام، صورت می‌-

چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی صادر می‌شود. در کلیه موارد واگذاری، رعایت قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰ الزامی است.

۱- رک به: آیین نامه شرایط عرضه سهام شرکت‌های مشمول واگذاری در بورس یا خارج از بورس؛ مصوب ۱۳۸۶/۰۹/۱۲ شورای عالی بورس و اوراق بهادار

گیرد. بند ۲ ماده ۱ آیین نامه اجرایی شیوه های قیمت گذاری بنگاه ها و نحوه اعمال شیوه های مذکور در همین چارچوب؛ حداقل میزان سهام بلوکی را پنج درصد تعداد کل سهام شرکت تعیین کرده است.

لحاظ این محدودیت در عرضه بلوکی سهام در جهت اهداف خصوصی سازی همچون: افزایش رقابت پذیری در اقتصاد ملی و تشویق اقشار مردم به سرمایه گذاری است. به علاوه، با توجه به اینکه دولت در قالب انحصار قانونی و در جهت رفاه اجتماعی بنگاه داری کرده و در زمان خصوصی سازی ممکن است این انحصار به همان صورت به بخش خصوصی واگذار شود و طبیعتاً بخش خصوصی التزامی به حفظ رفاه اجتماعی نخواهد داشت؛ لذا مقررات تسهیل رقابت و منع انحصار همزمان در همین قانون پیش بینی شده و این مقرر نیز در همین راستا برقرار گشته است. سهام بلوکی نقطه مقابل سهام تدریجی است. این نوع سهام به تدریج و بصورت خرد عرضه می شود و امکان دسترسی آزاد عموم و افزایش بازار رقابتی را فراهم می کند. عرضه سهام تدریجی نسبت به عرضه سهام بلوکی در رسیدن به اهداف خصوصی سازی موثرتر است (Safajo & Amini Mehr, 2015: 61).

ج) فروش کامل یا سهام بلوکی از طریق مذاکره

گاهی لازم است برای واگذاری با اشخاص صاحب تجربه و سرمایه لازم وارد گفتگو شد. معمولاً بانک ها تأثیرات مهمی بر رفاه عمومی یا بخشی از مردم و یا بر شاخص های اقتصادی دارند؛ بنابراین بهتر است حساسیت و دقت بیشتری در واگذاری آن ها به خرج داد؛ زیرا اختلال در کار بانک و ورشکستگی احتمالی آن پس از خصوصی سازی، ممکن است به حال جامعه و اقتصاد مؤثر واقع شود. در ایران، فروش کامل یا سهام بلوکی از طریق مذاکره، روش اصلی برای خصوصی سازی بانک ها بوده است که به دلیل عمومی و شبه دولتی (نهادهای وابسته به دولت یا قوای نظامی و انتظامی) بودن این نهادها، عملاً خصوصی سازی مورد نظر قانون گذار محقق نگردیده است. قانون گذار هیچ قواعدی در مورد فروش کامل یا عرضه بلوکی سهام مقرر نکرده و حتی برای اجرای آن تصویب آیین نامه اجرایی نیز پیش بینی ننموده است و این نقیصه موجب شده که هیئت واگذاری تصمیم به واگذاری بلوکی سهام بانک ها به نهادهای شبه دولتی وابسته به خود در ازای بدهی های دولت بگیرد. ذیلاً به روش های تجربه شده برای خصوصی سازی بانک ها در

ایران اشاره می‌کنیم:

اول) سهام ترجیحی

سهام بانک‌ها را که از طریق فروش به مدیران و کارکنان و بازنشستگان همان بانک‌ها و یا به سایر مدیران و متخصصان با تجربه، خصوصی‌سازی می‌شود در اصطلاح سهام ترجیحی می‌گویند. وفق آیین‌نامه نحوه واگذاری سهام ترجیحی، واگذاری سهام می‌تواند اقساطی و حداکثر تا ۵ درصد کل سهام صورت پذیرد. حداکثر خرید سهام ترجیحی برای هر شخص معادل ده برابر میانگین شش ماهه آخرین مبلغ حقوق و مزایای مستمر دریافتی متقاضیان بر اساس احکام حقوقی آنهاست.

دوم) سهام عدالت

به موجب آیین‌نامه اجرایی توزیع سهام عدالت، سازمان خصوصی‌سازی مکلف شده به منظور گسترش مالکیت عمومی و تأمین عدالت اجتماعی، سهام عدالت قابل واگذاری را حداکثر تا سقف چهل درصد از مجموع ارزش سهام بنگاه‌های قابل واگذاری به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی و اگذار نماید. به این ترتیب بخش عمده‌ای از خصوصی‌سازی، معطوف به انتقال دارایی دولت به صندوق‌های سرمایه‌گذاری سهام عدالت شد و در خصوص بانک‌های مشمول خصوصی‌سازی نیز اجرا گردید و نتیجه‌ای جز بزرگ‌تر شدن دولت دربرداشت. این روش از خصوصی‌سازی را که خصوصی‌سازی توده‌ای می‌نامند؛ بیشتر در کشورهای شرق و مرکزی اروپا، بسیاری از کشورهای متعلق به اتحاد جماهیر شوروی و مغولستان به اجرا درآمده است (Josef C. Brada, 1996: 72). با عنایت به اهداف خصوصی‌سازی که در ابتدای بحث بدان اشاره شد؛ خصوصی‌سازی از طریق این روش، گرچه اهدافی چون: گسترش مالکیت در سطح عموم مردم به منظور تأمین عدالت اجتماعی و افزایش سهم بخش‌های تعاونی در اقتصاد ملی را ممکن است تأمین کند؛ لیکن با اهدافی چون: ارتقاء کارآیی بنگاه‌های اقتصادی، و بهره‌وری منابع مادی و انسانی و فناوری و افزایش رقابت‌پذیری در اقتصاد ملی و به ویژه کاستن از بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی فعالیت‌های اقتصادی؛ مغایر خواهد بود و به جای آنکه منجر به افزایش مشارکت بخش خصوصی شود، موجب گسترش بخش تعاونی‌ها خواهد شد که با توجه به ممنوعیت دولت در تأسیس و

اداره تعاونی ها، منجر به بدعت نامعقولی شده است.

سوم) واگذاری سهام بانک ها در ازای بدهی دولت

در این روش دولت بجای عرضه سهام، سهام بانک ها را از طریق مذاکره در عوض بدهی خود واگذار می کند. باید به این مهم اذعان کرد که واگذاری های صورت گرفته بر خلاف مبانی نظری و انتظار، خصوصی سازی منجر به کوچک تر شدن دولت نشده است (Karimi Petanlar, 2004: 120) که این وضعیت را در نظام بانکی به وضوح می توان دید. سهام واگذار شده، به اشخاص حقوقی منتقل شده اند که به نوعی وابستگی به دولت داشته و همچنان بار اداره بانک ها و تحمل مشکلات آن ها بر دوش دولت است. از سوی دیگر واگذاری ها نیز به شکل عرضه عمومی نبوده و عملاً امکان رقابت و حضور بخش خصوصی در مالکیت سهام این بانک ها نیز محقق نشده است. جدول ذیل وضعیت بانک های مشمول طرح خصوصی سازی را پس از اجرای طرح نشان می دهد.

بانک	سهام ترجیحی	سهام بلوکی	سهام تدریجی	سهام واگذار شده به رد دیون به صورت انتقال منابع	سهام واگذار شده به رد دیون به صورت انتقال اصل سهام	سهام واگذار شده به سید سهام عدالت
رفاه	۰	۰	۰	۰	۶	۰
تجارت	۵ درصد	۱۵ درصد	۱۰ درصد	۱۰	۳	۴۰
صادرات	۵ درصد	۱۵ درصد	۱۲ درصد	۱۰	۰	۴۰
ملت	۵ درصد	۱۳ درصد	۷ درصد	۰	۲۵	۳۰

منبع: تحقیق و مشاهدۀ حضوری از سازمان خصوصی سازی ۱۳۹۷/۰۸/۰۶

۱-۲. انتقال مدیریت بانک

به موجب ماده ۲۱ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، قیمت گذاری و زمان بندی مناسب واگذاری بنگاه های دولتی متناسب با روش و گستره هر بازار صورت می گیرد. در مورد فروش دارایی ها، قراردادهای اجاره و پیمان مدیریت، تعیین قیمت فروش دارایی ها، تعیین میزان مال الاجاره و حق الزحمه پیمان مدیریت و سایر شرایط لازم برای واگذاری مبتنی بر ارزیابی فنی و مالی حسب مورد باید در چهارچوب قانون مناقصات و معاملات دولتی به پیشنهاد سازمان خصوصی سازی و تصویب هیئت واگذاری باشد و در مواردی که تشخیص داده شد تا امکان انتقال مالکیت فراهم نیست؛ بازسازی ساختاری در دستور کار قرار خواهد گرفت. وفق ماده ۱۹

قانون این قانون؛ در این حالت، هیئت واگذاری می‌تواند روش‌های ذیل را اتخاذ نماید:

(الف) واگذاری مالکیت (اجاره به شرط تملیک، واگذاری اموال)

(ب) واگذاری مدیریت (اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت)

(ج) تجزیه، واگذاری، انحلال و ادغام شرکتها حسب مورد

در مواردی هم که بازسازی ساختاری مقدور نباشد و پس از سه بار آگهی، واگذاری ممکن نگردد یا ارزش خالص دارایی‌های بانک منفی باشد و یا به هر دلیل دیگر، انحلال بانک مناسب تشخیص داده شود؛ هیئت واگذاری می‌تواند رأی به انحلال دهد؛ بنابراین؛ خصوصی سازی در این روش با تحقق دو شرط صورت می‌پذیرد:

اول) تلاش برای خصوصی سازی توسط عرضه عمومی شکست خورده باشد

دوم) بهره‌برداری بخش خصوصی از بانک دولتی، به بهبود قابل توجهی از کارایی بانک منجر شود.

الف) واگذاری مالکیت (اجاره به شرط تملیک، واگذاری اموال)

خصوصی سازی از طریق اجاره به شرط تملیک، یک روش خصوصی سازی عمومی است که در آن اجاره کننده می‌تواند از طریق پرداخت اجرت کامل مقرر و اجرای هرگونه شرایط دیگر که در قرارداد اجاره وجود دارد؛ امکان مالکیت خود را محقق کند. معمولاً در زمانی که بخش خصوصی قادر به خرید بنگاه نیست؛ اجاره به شرط تملیک می‌تواند او را قادر به خرید بنگاه سازد. موضوع عقد اجاره، تملیک موقت منافع است و بانک بنگاهی ست که روزانه در حال انعقاد قراردادهای زیادی جهت تجهیز و تخصیص منابع پولی ست و در صورتیکه منافع بانک برای مدت معینی (حتی به شرط تملیک) به غیر واگذار شود؛ محاسبه منافع مدت قرارداد و به ویژه تفکیک مسئولیت مالک و مستأجر غیر ممکن است. اساساً اجاره اموالی ممکن است که با بقای عین، منافع آن قابل انتقال باشد و در خصوص بانکها، صرف نظر از دارایی‌های ثابت (املاک و تجهیزات و...)، ماهیت فعالیت بانک، امکان واگذاری از طریق اجاره را غیر ممکن می‌سازد.

روش دیگر برای تحقق امکان خرید برای بخش خصوصی، کاهش دارایی‌های بانکها از طریق واگذاری و فروش اموال فیزیکی بانک (معمولاً شرکت‌های وابسته) است. بانک‌ها دارای شرکت‌های زیر مجموعه بزرگی هستند که ارزش آنها بسیار بالاست و برای بخش خصوصی، تملک

بانک با تمام زیر مجموعه های آن مقدور نیست. لذا خصوصی سازی شرکت های متبوع بانک ها، می تواند راه را برای خصوصی سازی هموار سازد. این واگذاری می تواند بصورت نقد یا به اقساط انجام شود. به موجب آیین نامه نظام اقساطی واگذاری و نحوه دریافت بهای حقوق قابل واگذاری، می بایست حداقل ۱۵ تا ۲۰ درصد از ارزش سهام را نقداً در زمان واگذاری و مابقی از ۶ تا ۸ سال بعد تسویه گردد. متأسفانه تجربه خصوصی سازی نشان می دهد که بانک ها بدون لحاظ شرکت های وابسته خصوصی سازی شده اند و پس از آن، خصوصی سازی این شرکت ها در دستور کار قرار گرفته که فرآیندی معکوس و پیچیده را نشان می دهد.

ب) واگذاری مدیریت (اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت)

در موارد نیاز؛ هیئت واگذاری می تواند نسبت به دادن مجوز قرارداد اجاره و پیمان مدیریت، بنگاه قابل واگذاری به بخش های غیردولتی را از طریق برگزاری مناقصه یا مزایده اقدام کند. این روش به دلایل ذیل اتخاذ می گردد:

اول) بقای بنگاه برای منافع عمومی مفید است

دوم) کارآیی شرکت در صورت واگذاری مدیریت افزایش می یابد

سوم) اقبالی برای خرید بنگاه وجود ندارد.

بانک ها به دلیل پیچیدگی های مدیریتی و مالی، و آنچه که در مبحث انتقال مالکیت از طریق اجاره آمد؛ امکان اعمال این روش از خصوصی سازی را ندارند و اجرای این روش در مورد بانک ها بی سابقه است.

ج) تجزیه و ادغام پیش از خصوصی سازی

معمولاً در زمانی که بانک زیان ده است خریداری نخواهد داشت؛ بنابراین دولت می بایست دو راه را در پیش گیرد:

اول) تزریق سرمایه به بانک جهت تغییر شرایط مالی^۱
 دوم) اعمال تغییر در اموال و ساختار و یا انحلال بانک
 راهکار اول معمولاً به تغییر شاخص‌های مالی در کوتاه مدت می‌انجامد و چنین بانکی معمولاً رغبتی برای خریداران ایجاد نمی‌کند. به همین دلیل قانون‌گذار روش دوم را برگزیده است. این روش به دو شکل قابل اجراست^۲:

اول) تفکیک هر بانک به چند شخصیت حقوقی مستقل و یا ادغام واحدها در یکدیگر
 دوم) فروش واحدهای بانک به صورت مجموعه‌های جداگانه و یا فروش اموال و انحلال.
 تجزیه بانک به چند بنگاه و یا فروش دارایی‌ها منجر به کوچک شدن و امکان خصوصی‌سازی دارایی‌ها می‌شود لیکن منجر به خصوصی‌سازی بانک به معنای بقای بانک و انتقال شخصیت حقوقی آن نمی‌شود؛ اما ادغام راه حلی است که می‌تواند به این امر کمک کند. ادغام؛ اقدامی است- که در پی آن چند بانک یا موسسه مالی و اعتباری، ضمن محو شخصیت حقوقی مستقل، شخصیت حقوقی واحد و جدیدی تشکیل می‌دهند یا در شخصیت حقوقی دیگری جذب شوند و به موجب آن، کلیه دارایی، مطالبات، دیون و تعهدات شرکت ادغام شونده به شرکت پذیرنده منتقل می‌شود (Rashvand Bukani, 2013: 71). البته ادغام، ابهاماتی نیز به دنبال دارد که باید پیش از خصوصی‌سازی مرتفع گردد و مهمترین آن انتقال دیون و مطالبات بانک‌هاست که شامل سپرده-گذاران و تسهیلات گیرندگان می‌شود.

ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم توسعه مقرر کرده: (... کلیه حقوق و تعهدات، دارایی و دیون و مطالبات شرکت یا شرکت‌های موضوع ادغام به شرکت پذیرنده ادغام و یا شرکت جدید انتقال خواهد یافت ...) ادغام را اگر موجب تبدیل تعهد (تبدیل متعهد یا متعهدله) بدانیم؛ نیازمند موافقت سپرده‌گذار یا تسهیلات گیرنده است. ولی اگر قائل به نظریه قائم مقامی در این زمینه باشیم؛ چنین رضایتی شرط نخواهد بود. از آنجا که قانون‌گذار مقررات روشنی در این زمینه وضع نکرده است و

۱- کشور مجارستان از سال ۱۹۹۴ میلادی، در یک برنامه سه ساله با افزایش سرمایه بانک‌های دولتی، خصوصی‌سازی بانک‌ها را آغاز و نهایتاً در پایان اجرای برنامه، هر پنج بانک دولتی را بطور کامل به بخش خصوصی واگذار کرد (Bahrami & Alaei, 2013: 19).

۲- رک به: تصویب نامه ضوابط نحوه انجام اصلاح ساختار بنگاه مورخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۳

با توجه به رویه عملی در ادغام ۵ موسسه و بانک وابسته به نیروهای مسلح در بانک سپه بدون اخذ هرگونه موافقت از سپرده گذاران و تسهیلات گیرندگان؛ به نظر می رسد باید قابل به نظریه قائم مقامی باشیم. البته با توجه به اینکه ادغام بانک ها پیش از خصوصی سازی تأثیر چندانی بر حقوق این دسته از افراد ندارد؛ تاکنون چالشی در این زمینه روی نداده است اما بررسی چالش های احتمالی برای دوران پس از خصوصی سازی این بانک ها امری ضروری خواهد بود.

۲. چالش های خصوصی سازی بانک ها

تا اینجا تلاش کردیم نگاهی موجز به روش های موجود و تجربه شده در راه خصوصی سازی بانک ها بپردازیم، اما آنچه که ما را در رسیدن به مقصود کمک خواهد کرد؛ چالش های تجربه شده در این فرآیند و تأثیر آن بر موقعیت حقوقی بانک ها است. لذا در این بخش ابتدا چالش های فرآیند خصوصی سازی را طرح می کنیم و سپس به تأثیرات آن بر بانک های خصوصی سازی شده و تجربه خصوصی سازی بانک ها در ایران خواهیم پرداخت.

۲-۱. چالش های فرآیند خصوصی سازی بانک ها

اثرات مفید خصوصی سازی فقط از خصوصی سازی هایی که به درستی اجرا می شود، حاصل می گردد. نکته کلیدی آن است که چگونه باید خصوصی سازی را اجرا کرد؟ سه مرحله اساسی در اجرای خصوصی سازی حائز اهمیت است:

الف) ایجاد محیط امن برای اقتصاد با وضع قوانین رقابت آزاد

توجه به قوانین ضدانحصار به موازات قوانین خصوصی سازی، یک ضرورت است. این قوانین ممکن است ساختار بازار سرمایه را تغییر داده و زمینه را برای حضور سهامداران اقلیت فراهم نماید. عدم حمایت قوانین از سهامداران خرد ممکن است منجر به عدم سرمایه گذاری عمومی شود و یا مشکلات سیاسی را به بار آورد (Bagheri, 2011: 43).

تجربه کشورهای نیوزیلند، بریتانیا، مکزیک و شیلی، از جمله تجربیات موفق در خصوصی سازی بانک ها محسوب می شود و دلیل مهم، تأکید آن ها بر ایجاد محیطی است که رقابت را تشویق می کند. چنین قواعدی نه تنها برای عملکرد آینده بانک و پایدار بودن خصوصی سازی، بلکه برای

عرضه و انتقال سهام بانک‌ها به بخش خصوصی ضروری است (George R.G. Clarke, 2003: 3).

در فصل نهم از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (تسهیل رقابت و منع انحصار) برای موفقیت خصوصی‌سازی، پیش شرط‌های اقتصادی و لزوم برقراری شرایط مناسب برای فعالیت بخش خصوصی ذکر شده است. اصلاحات تجاری (رقابت و صادرات)، اصلاحات قیمت (آزاد کردن بازارها)، اصلاحات نظارتی (از بین بردن موانع ورود و خروج خصوصی) از جمله دستاوردهای تصویب این قانون است. با این وجود؛ عدم پیش‌بینی مقررات ویژه برای تسهیل رقابت در نظام بانکی و حل مسئله رقابت بین بانک‌های دولتی و خصوصی، از جمله عدم برقراری شرایط رقابتی در تعیین نرخ خدمات و عدم موفقیت کانون بانک‌های خصوصی در ایفای نقش تنظیم‌گری و دولتی بودن نهاد تنظیم‌گری موجود (شورای پول و اعتبار) که محل فضای آزاد رقابتی است، و فقدان مقررات ویژه رقابت در نظام بانکی، از جمله چالش‌های خصوصی‌سازی در نظام بانکداری است.

شورای پول و اعتبار به عنوان نهاد تنظیم‌گر در حوزه بانکی، اقدام به تعیین نرخ خدمات بانکی و نرخ بهره عملیات بانکی می‌نماید که این نرخ‌ها تابعی از سیاست‌های کلان دولت در قبال اقتصاد ملی و بانکداری دولتی هستند. بدین ترتیب؛ عملاً رقابتی بین بانک‌ها وجود ندارد تا این رقابت منجر به کاهش نرخ خدمات و افزایش کیفیت خدمات بانکی و خلاقیت در این زمینه شود. از سوی دیگر؛ در فقدان مقررات محل رقابت بانکی، بانک‌های خصوصی قادر نیستند تا با رفتارهای انحصارگرایانه بانک‌های دولتی در توافقات با نهادهای دولتی، اقدامی به عمل آورند و ترجیح می‌دهند فعالیت‌های خود را بیش از خدمات بانکی، در عملیات بانکی متمرکز کنند.

(ب) ساده سازی پروسه خصوصی‌سازی، تخصیصی کردن خصوصی‌سازی بانک‌ها

خصوصی‌سازی معمولاً باید از طریق عرضه عمومی و مزایده صورت پذیرد. ویژگی‌های اصلی این فرآیند عبارتند از:

اول) وجود یک نهاد تخصصی مرکزی

دوم) فرآیند ساده و شفاف برای خصوصی‌سازی

مهم‌ترین عامل در شفاف‌سازی، ارزیابی دارایی بانک است. در یک ارزیابی واقع‌بینانه، لازم

است که حداقل ارزش دارایی های بانک، به عنوان ملاکی برای تعیین قیمت پایه برای عرضه سهام تعیین شود. از طرف دیگر؛ بازار رقابتی و وجود مشتریان متعدد موجب کشف قیمت واقعی خواهد شد (Piri, 2008: 15). به این ترتیب؛ تعیین ارزش یک بانک دولتی ممکن است دشوار باشد. سهام بانک دولتی، سهامی است که هرگز قبل از آن در بازار عرضه نشده است؛ بنابراین؛ در صورت عدم وجود آزمون بازار، چگونه ارزش آن تعیین می شود؟ در تمام نقاط دنیا، قیمت فروش بانک های دولتی بسیار بحث برانگیز است. وضعیت در کشورهای در حال توسعه خیلی بدتر است؛ جایی که مطالبات و دیون دولت در برابر بانک، بلامتکلیف مانده است. ارزش سهام یک بانک دولتی هیچ شباهتی به ارزش سهام یک بانک خصوصی در بازار ندارد؛ به ویژه اگر این بانک دارای سودآوری ضعیف، تعداد بیش از حد کارکنان و دیگر مشکلات عملیاتی باشد. دولت ها اغلب مجبور به تکیه بر یک نهاد مستقل دولتی برای ارزیابی ارزش شرکت های قابل واگذاری هستند که گاهی اوقات به نتایج بسیار غیر واقعی دست می یابند؛ بنابراین؛ نظر کارشناسان متخصص، نقش مهمی در روند خصوصی سازی بازی می کند. دولت ها در برابر استفاده از تخصص فنی کارشناسان مستقل، مقاومت به خرج می دهند. این مساله، به دلیل بخشی از انتظارات غیر واقعی از سوی دولت نسبت به کارشناسان است. دولت ها انتظار دارند که کارشناسان دقیقاً بگویند که بازار چه چیزی را تحمل خواهد کرد و نیز به آن ها توصیه کنند که چه چیزی برای رفاه عموم مردم مناسب است. بدین منظور به جای ایجاد نهادهای تخصصی مستقل، به تمرکز کارشناسان در یک نهاد دولتی برای خصوصی سازی دست می زنند. در ایران نیز سازمان خصوصی سازی، به عنوان نهادی دولتی، تنها نهاد خصوصی سازی برای تمام شرکت های دولتی، اعم از بانک ها، به عنوان بازوی کارشناسی دولت، فعالیت می کند. امری که امکان اعمال تخصص و دقت را در فرآیند خصوصی سازی بانک ها را کمرنگ می سازد و ضعف فقدان قوانین در مورد خصوصی سازی تخصصی را بیش از پیش نمایان می سازد. لذا؛ اصلاح قانون در جهت تخصصی شدن خصوصی سازی در حوزه بانکی و تعیین مرجع مستقل خصوصی سازی و تبیین دقیق فرآیند شفاف و ساده برای خصوصی سازی بانک ها برای جلوگیری از تأثیر تصمیمات سیاسی بر فرآیند خصوصی سازی از طریق هیئت واگذاری از ضرورت های خصوصی سازی بانک ها خواهد بود.

(ج) آماده سازی بانک برای خصوصی سازی

برای جذب خریدارانی که مایل هستند سهام یک بانک را خریداری کنند و در بهبود کارایی آن سرمایه گذاری کنند؛ دولت‌ها باید بانک‌ها را جذاب‌تر کنند. این مساله ممکن است هزینه زیادی برای دولت داشته باشد. اگرچه نیازی به سرمایه گذاری جدید در این بانک‌ها نیست؛ لیکن در بسیاری از موارد ممکن است نیاز به حذف بدهی بانک‌ها به دولت داشته باشد. همچنین تعهدات احتمالی بانک‌ها در برابر دولت یا سایر اشخاص مانند صندوق‌های بازنشستگی و ...، اوراق مشارکت عرضه شده توسط بانک‌ها و... به دلیل گسترده غیرقابل ارزیابی، مانع از خصوصی سازی می شوند.

اخراج کارکنان مازاد یکی دیگر از اشکال آماده سازی هستند. خریداران به دنبال کسب سود و افزایش بهره‌وری بانک هستند و حاضر نخواهند بود که پرداخت دستمزد کارکنان مازاد بانک‌ها بر دوش بانک باقی بماند و یا مسئولیت اخراج کارکنان مازاد و خطر جریمه‌های ناشی از اخراج بر عهده بانک قرار بگیرد. برخلاف این مهم؛ بند ۳ ماده ۱۶ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مقرر کرده است که هیئت واگذاری مکلف است تعداد کارکنان هر شرکت قابل واگذاری را در سند واگذاری ثبت و در شرایط واگذاری بگنجاند که مدیران شرکت‌های واگذار شده تا پنج سال حق کاهش تعداد کارکنان خویش را ندارند.

۲-۲. چالش‌های بانک‌ها پس از خصوصی سازی

بخش خصوصی زمانی به خرید سهام بانک‌های دولتی تمایل نشان می‌دهد که هم سودآوری آن را باور داشته و هم فضا را برای فعالیت خود مناسب بداند. بنابراین؛ فرآیند خصوصی سازی نیز تنها زمانی با موفقیت همراه است که این شرایط مهیا باشد (Khandan, 2015: 194). لذا چالش‌های موجود بر سر راه بانک‌های خصوصی شده، سد بزرگی بر سر راه برنامه‌های بعدی خصوصی سازی خواهد بود.

الف) حقوق ذینفعان

ذینفعان نظام بانکی شامل سهامداران، سپرده‌گذاران و در نگاه کلان، نظام بانکی کشور است (زیرا اقتصاد کشور متأثر از فعالیت اقتصادی بانک‌هاست). حال با واگذاری بانک‌های دولتی باید بررسی کرد که چه تأثیراتی بر حقوق این افراد حاصل خواهد شد؟

اول: سهامداران

در موج دوم خصوصی سازی بانک ها که قرار است در سال های ۱۳۹۹ و ۱۴۰۰ اجرا شود؛ هیئت واگذاری تصمیم به عرضه ۱۰ درصدی سهام سه بانک دولتی گرفته است که هنوز جزئیاتی از آن منتشر نشده است. این سهام قرار است در قالب سهام صندوق واسطه گری^۱ در بورس اوراق بهادار عرضه شود. بدین ترتیب خریداران سهام بانک ها، به جای خرید مستقیم سهام بانک، سهام این صندوق را خریداری خواهند کرد که این صندوق پس از فروش کامل سهام بانک در مرحله ای که بعدها توسط هیئت واگذاری تعیین خواهد شد؛ سهام بانک را به نام خریداران منتقل می کند! گرچه در این روش ممکن است دولت موفق به دریافت وجوه نقدی قابل توجهی از متقاضیان شود؛ لیکن تا زمانی که خریداران سهام، مالک سهام بانک شمرده نشوند؛ نقشی در تصمیم گیری و تعیین ارکان بانک نخواهند داشت و عملاً بانک تحت مدیریت دولت اداره خواهد شد. اگر این روش با روش عرضه مستقیم سهام جابجا شود؛ گرچه نقیضه فوق مرتفع خواهد شد؛ اما حقوق خریداران سهام در برابر دولت، با توجه به عرضه تدریجی و عدم امکان دخالت خریداران (حداقل در دوره ای که هنوز اکثریت سهام بانک عرضه نشده است) در تصمیم گیری مجامع، تحت تأثیر قرار خواهد گرفت.^۲

دوم: سپرده گذاران

بانک دارای شخصیت حقوقی مستقل است و قراردادهای تجهیز منابع بانکی، پس از خصوصی سازی نیز به قوت و اعتبار خود باقیست. لیکن سپرده گذاران به موجب قرارداد سپرده گذاری، شرکاء بانک در سرمایه گذاری هستند و تغییرات در شخصیت حقوقی بانک (تبدیل بانک از شرکت سهامی دولتی به شرکت سهامی عام) و تغییرات ساختاری از جمله فروش دارایی ها، ادغام و ... بدون رضایت سپرده گذاران صورت می گیرد. مسئولیت سهامداران جدید در حدود

1- ETF

۲- به موجب ماده ۸۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت؛ تصمیمات مجمع عمومی فوق العاده شرکت سهامی عام به اکثریت دو سوم آرا و به موجب ماده ۸۷ این قانون، تصمیمات مجمع عمومی عادی این نوع شرکت با اکثریت مطلق آرا اتخاذ می گردد.

پرداخت مبلغ اسمی سهم است و مسئولیتی نسبت به دیون و تعهدات بانک نخواهند داشت و در صورتیکه بانک خصوصی نتواند از عهده تعهداتش برآید و اعلام ورشکستگی کند؛ سپرده-گذاران، تضمینی برای بازپرداخت سرمایه خود ندارند. این درحالیست که ورشکستگی در خصوص بانک دولتی مصداقی نداشته و سپرده‌گذاران در صورت عدم توانایی بانک دولتی در ایفای تعهداتش، متوسل به مراجع رسیدگی به تخلفات دولتی شده و دولت را ناگزیر در پرداخت مطالبات قراردادی می‌کنند.

سوم: نظام بانکی

دولت در امر تصدی‌گری و به طور خاص در امر بانکداری به دنبال هدایت نظام پولی و بانکی در جهت تأمین منافع عمومی است و این مساله نظام اقتصادی کشور را تحت تأثیر قرار خواهد داد؛ اما هدف صاحبان خصوصی بانک کسب سود است و سعی می‌کنند با هر هزینه‌ای آن را بدست آورند. این امر موجب به خطر افتادن کیفیت خدمات، تغییر نحوه رفتار بانک با مشتریان به ویژه در اعطای تسهیلات یا اعمال سایر معیارهای ناعادلانه می‌شود. کسب سود بیشتر نیازمند برنامه‌ریزی-های بلندمدت اقتصادیست درحالی که سهامداران و سپرده‌گذاران به دنبال کسب سود در بازه زمانی کوتاه هستند؛ بنابراین ممکن است بخش خصوصی با پرداخت سودهای کوتاه مدت در جهت کسب منابع بیشتر، بانک را در خطر ورشکستگی و انحلال قرار دهند. البته این رفتار بانک در بلند مدت موجب افزایش ریسک برای سپرده‌گذاران می‌گردد. در زمانیکه بانک دولتی است؛ سپرده‌گذاران، سرمایه خود را به پشتوانه دولت به بانک می‌سپارند و حمایت‌های مالی دولت را تضمینی بر سپرده خویش می‌دانند؛ اما با واگذاری بانک؛ این پشتوانه از بین رفته و سرمایه سپرده-گذار دستخوش تصمیمات مدیران بخش خصوصی خواهد شد و ممکن است موجب کاهش اعتماد برای سرمایه‌گذاری در بانک شود. از سوی دیگر؛ بانک با تحمیل فشار بیشتر بر گیرندگان تسهیلات، سعی در تضمین بازپرداخت تسهیلات و سود آن کرده و از اقدامات غیرشفاف از جمله تحمیل شرایط قراردادی سخت و عدم تسلیم نسخه قرارداد به گیرنده تسهیلات و ... خواهد کرد. درحالی که شفافیت به عنوان منعکس‌کننده تصویری واقعی از آنچه که واقعاً رخ می‌دهد از اصول مهم در حاکمیت شرکتی است (Zanjirani Farahani, 2007: 83).

ب) چالش های مدیریتی

ساختار بانکی از یک کشور به کشور دیگر متفاوت است. معمولاً، ساختار بانک ها متأثر از قوانین پولی و بانکی آن کشور است. در ایران بانک های خصوصی تنها در قالب شرکت سهامی عام متصور هستند. دلایل این محدودیت چندان روشن نیست (Zamanzadeh, 2010: 19)، شاید بتوان ریشه آن را در مسئله حاکمیت شرکتی جستجو کرد اما این قاعده، تنها برای بانک های دولتی که از طریق بورس خصوصی سازی می شوند؛ ضروری خواهد بود. اصولاً بانک های دولتی دارای ساختاری هستند که ناشی از سلطه دولت بر اداره آنهاست؛ بنابراین ضرورت دارد پیش از اقدام به خصوصی سازی، ساختار بانک ها و قوانین و مقررات در جهت هماهنگی با نظام جدید بانکی تغییر کند.

مالکیت؛ عنصر اصلی در دولتی بودن یک بنگاه است. اگر مالکیت دولت در بانک به کمتر از سهم غالب (۵۰٪) تنزل پیدا کند؛ بانک خصوصی تلقی می گردد. سهامداران جدید در صورتیکه شخص حقیقی باشند؛ بیش از ۵٪ و در مورد اشخاص حقوقی بیش از ۱۰٪ از سهام بانک را نمی توانند خریداری نمایند^۱. این محدودیت جهت جلوگیری از انحصار برقرار شده است اما هدف اصلی خصوصی سازی «افزایش کارآمدی بانک» را تأمین نمی کند.

پیش از اجرای واگذاری ها در سال ۱۳۸۹؛ بانک های مشمول واگذاری، اقدام به اصلاح اساسنامه خود نمودند. با تغییر اساسنامه، این بانک ها از شرکت سهامی دولتی به شرکت سهامی عام تغییر کردند و سپس در بورس اوراق بهادار تهران پذیرفته شدند.

در اواخر واگذاری ها در مرداد ۱۳۹۲؛ بانک مرکزی «نمونه اساسنامه بانک های تجاری غیردولتی» را ابلاغ کرد. این ابلاغیه با استناد به مصوبه شورای پول و اعتبار و با هدف انتظام بخشی، به سامان نمودن و ضابطه مند ساختن اساسنامه بانک های غیردولتی و ایجاد ساختار و چارچوبی یکسان و استاندارد برای بانک های مذکور ابلاغ شد و به موجب آن، تمامی بانک های تجاری غیردولتی موظف شدند حداکثر ظرف مدت ۴ ماه از تاریخ ابلاغ، نسبت به برگزاری مجمع عمومی فوق العاده و انطباق اساسنامه خود با اساسنامه نمونه اقدام نمایند. با پایان واگذاری ها در سال ۱۳۹۳،

۱- ماده ۵ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴

بانک‌های واگذار شده اقدام به اصلاح مجدد اساسنامه خود مطابق با ابلاغیه بانک مرکزی ایران کردند^۱. هرچند که قانون تجارت قواعد مربوط به اساسنامه شرکت‌های تجاری را معین کرده است؛ لیکن اقدام شورای عالی پول و اعتبار و بانک مرکزی به نوعی محدود کردن بیشتر بانک‌های خصوصی در تعیین ساختار بانکی است. به طور مثال؛ مطابق ماده ۱۱۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت؛ شخص حقوقی می‌تواند به عنوان عضو هیئت مدیره تعیین شود اما اساسنامه ابلاغی؛ عضویت شخص حقوقی را ممنوع کرده است. همچنین مقرر شده که اعضای هیئت مدیره نمی‌توانند موظف باشند. در این مقرر آمده است که مدیر بانک را بانک مرکزی می‌تواند «منفصل» کند و حکم «انفصال» دهد. در مکانیزم دولتی کلمه «انتصاب» و «انفصال» از خدمت بروز می‌کند؛ اما در شرکت‌های تجاری «انتخاب» یا «تغییر و عزل» واقع می‌گردد. اختلافات و بحث‌های پیش آمده در راه تصویب این مقرر در بانک‌های خصوصی شده، و عدم حضور عده‌ای از صاحبان سهم در جلسه مجمع عمومی این بانک‌ها برای تغییر اساسنامه را می‌توان حاصل از این مباحث دانست.

مخالفین این ساختار تحمیلی معتقداند دولت از طریق واگذاری سهام عدالت در شرکت‌های سهام عدالت، مدیرانی را منصوب می‌کند که به تبع آن، در سیکل مدیریتی بانک‌های واگذار شده همچنان نقش پر رنگی دارد. با توأم شدن این محدودیت در تعیین ساختار بانک، به نوعی دولت نقش اصلی را در اداره بانک‌ها ایفا خواهد کرد و حقوق سهامداران اقلیت را تضییع و عملاً سهامداران اقلیت نمی‌توانند مدیری انتخاب نمایند؛ اما موافقین معتقدند؛ آنچه بانک‌ها را از بقیه بنگاه‌های اقتصادی متمایز می‌کند؛ این است که ذینفعان نظام بانکی طیف وسیعی از اقشار جامعه را تشکیل می‌دهند. علاوه بر سهامداران، طیف وسیعی از سپرده‌گذاران هستند که بیش از ۹۰ درصد از منابع بانک‌ها متعلق به آنهاست و ضرورت نظارت بانک مرکزی بر بانک‌ها نیز به این موضوع بر می‌گردد. در سایر بنگاه‌های اقتصادی، سهامداران از اختیارات وسیع تری برخوردار هستند. بانک مرکزی به عنوان مرجع نظارت بانکی در کشور باید مطمئن شود مدیران بانک‌ها از افراد حرفه‌ای و

۱- متن کامل اساسنامه در پایگاه اطلاع رسانی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به نشانی www.cbi.ir بخش نظارت، زیرمجموعه بخشنامه‌های نظارت، قابل دسترسی است.

برخوردار از صلاحیت تجربی و علمی کافی هستند و برای اتخاذ تصمیم و مدیریت از استقلال رأی کافی برای رعایت حقوق همه ذینفعان برخوردار باشد. مثلاً در چنین شرایطی نمی تواند یک شخص حقوقی، عضو هیأت مدیره بانک شود و نماینده شخص حقوقی مذکور توسط مدیرعامل آن شخص حقوقی معرفی و هر زمان که اراده کرد بتواند او را از نمایندگی عزل نماید.

پس از تمام این مباحث؛ شورای پول و اعتبار با تصویب و ابلاغ دستورالعمل حاکمیت شرکتی، ساختار مؤسسات اعتباری خصوصی را نیز تابع نظام خاصی نمود.^۱ به این ترتیب، دخالت دولت در امور داخلی و نحوه فعالیت بانک های خصوصی از طریق شورای پول و اعتبار و تحمیل هزینه های عمومی به بخش خصوصی (بانک خصوصی) یکی از مهمترین چالش های خصوصی سازی شمرده می شود.^۲ از طرف دیگر؛ نقش مؤثر بانک ها در نظام اقتصادی کشور موجب تلاش سیاستمداران بر دخالت های سیاسی و دولتی شده است.

بانک جهانی در شیوه نامه ای برای خصوصی سازی، توصیه می کند؛ چارچوب قانونی کشور باید از خصوصیات خصوصی سازی در دو مورد حمایت کند: اول؛ ممکن است قوانینی برای فرآیند آماده سازی بانک ها برای خصوصی سازی و انجام معاملات مورد نیاز وضع نماید. دوم؛ محیط قانونی کلی باید دارای یکپارچگی باشد؛ بطوریکه کارآفرینان تازه وارد بتوانند به اعتبار دسترسی پیدا کنند و بر اساس برابری با یکدیگر و با دولت باقی مانده در بانکداری رقابت کنند.

افزایش فساد نیز چالش دیگری است که امروزه بسیار مورد توجه قرار گرفته است. صاحبان خصوصی، ابزارهای مختلفی را برای انجام وظایف خود به کار می گیرند. آن ها در رشوه خواری، تقلب و سایر اعمالی که باعث فساد می شوند؛ بیشتر در معرض خطر هستند. این امر در سایه عدم شفافیت روی می دهد؛ در واقع فقر شفافیت از علل بنیادین فساد اداری است (Kamali, 2004: 15). وضعیت مؤسسات مالی و اعتباری در کشورمان (ورشکستگی های اخیر مؤسسات مالی و اعتباری) حکایت از اهمیت این موضوع دارد و در آخر باید توجه داشت در یک دولت

۱- دستورالعمل الزامات ناظر بر حاکمیت شرکتی در مؤسسات اعتباری غیردولتی در ۱۰۱ ماده در مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۲ به تصویب شورای پول و اعتبار رسید و مقرر شد یک سال پس از ابلاغ لازم الاجرا است.

۲- لازم به ذکر است که حاکمیت شرکتی، یکی از اصول توصیه شده توسط کمیته بازل است.

دموکراتیک، مردم می‌توانند دولت را برای خدمات ارائه شده توسط بخش دولتی مورد مواخذه قرار دهند و دولت موظف است تصویر واضح فعالیت‌های مالی را نشان دهد اما در بخش خصوصی شفافیت کافی وجود ندارد (Ajori Aisak, 2018: 78).

ج) بحران‌های نظام بانکی

بحران در نظام بانکی می‌تواند مقدمه‌ای برای ورشکستگی سیستماتیک بانک‌ها به شمار رود و به همین دلیل است که نهاد نظارت بانکی تلاش خود را به کار می‌گیرد که بحران، منجر به توقف و ورشکستگی بانک‌ها نشود. نظام بانکی ایران که همواره دولتی یا نیمه دولتی است؛ دولت توجه ویژه‌ای به این مقوله نشان می‌دهد. چه اینکه ورشکستگی بانک‌ها به معنی ورشکستگی دولت تلقی خواهد شد. در همین راستا؛ اخیراً دولت تصمیم به ادغام پنج بانک و مؤسسه مالی و اعتباری وابسته به نیروهای مسلح در بانک سپه گرفته است. این مؤسسات اعتباری از دهه ۷۰ شمسی به بعد با سیاست‌های مربوط به توسعه بانک‌های خصوصی به تدریج شکل گرفتند و رشد کرده و به جمع بانک‌های کشور اضافه شدند؛ اما اکنون تعداد زیاد بانک‌های کشور و هزینه بالای اداره آن‌ها و زیان عملیاتی را دلیل ادغام این پنج بانک و مؤسسه اعتباری اعلام کرده‌اند. با این وجود؛ بحران مالی را می‌توان در سایر بانک‌ها (اعم از خصوصی و دولتی) نیز رویت کرد. عدم کفایت سرمایه که منجر به ناتوانی بانک در پرداخت سود به سپرده‌گذاران می‌شود و مطالبات معوقه، و اخیراً تحریم‌های بین‌المللی؛ عمده عواملی هستند که بانک‌های ایرانی را در خطر ورشکستگی قرار داده‌اند.

در این شرایط، بانک‌های دولتی با اقدامات دولت (اعم از حمایت‌های مالی و اقدامات ساختاری) شرایط بهتری نسبت به بانک‌های خصوصی دارند و فضای رقابت در نظام بانکی نامتوازن است. به این ترتیب ممکن است بانک‌های خصوصی به سمت بنگاهداری و فعالیت‌های پرریسک مالی سوق پیدا کنند و در نهایت بخش خصوصی (سهامداران و سپرده‌گذاران) به دلیل

۱- گرچه این بانک و مؤسسات، وابسته به نهادهای نظامی هستند اما با توجه به شخصیت مستقل صاحبین سهام، در زمره مؤسسات خصوصی شمرده می‌شوند.

ریسک بالای سرمایه گذاری تمایل خود را از ادامه حضور در حوزه بانکی از دست داده و بانک-های خصوصی در معرض ورشکستگی قرار گیرند.

بحران های اخیر نظام بانکی به گونه ای است که حتی برخی به این باور رسیده اند که بانکداری اسلامی با خصوصی سازی صنعت بانکی تعارض دارد و نه تنها خصوصی سازی بانک ها در شرایط کنونی اشتباه بوده است بلکه باید، بار دیگر به دولتی سازی بانک ها اقدام کرد.^۱

به هر حال، این ادغام (بانک و مؤسسات اعتباری وابسته به نیروهای مسلح) که حکایت از بحران در نظام بانکی کشور دارد؛ خود نیز چالش های جدی را به دنبال خواهد داشت. از جمله این چالش ها؛ وضعیت مالی این مؤسسات و بانک ها است. ادغام چند موسسه و بانک در معرض ورشکستگی در بانک سپه، شرایط مالی این بانک را نیز در خطر قرار می دهد. از طرف دیگر؛ وضعیت انتقال دارایی این مؤسسات و بانک ها از جمله شعبات آن ها که در بسیاری از موارد جزئی از زمین یک پادگان نظامی است، محل اختلاف شده و اگر در ادغام مؤسسات و بانک ها، این دارایی ها به بانک سپه منتقل نشود؛ خطر جدی متوجه تراز دارایی بانک سپه خواهد بود. همچنین پرداخت سود بالاتر به سپرده گذاران و دریافت سود بیشتر از گیرندگان تسهیلات (به ویژه در مورد مؤسسات مالی و اعتباری) شرایط بانک سپه را در برخورد با مشتریان دچار تغییر و تبعیض خواهد کرد.

نتیجه

امروزه دیگر خصوصی سازی بانک ها به صورتیکه قبلاً وجود داشت اجرا نمی شود. خصوصی سازی انجام شده در نظام بانکی کشور، ساختار مالکیت پیچیده ای را در بانک های مشمول این طرح ایجاد کرده و اهداف سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی را محقق ننموده است. عدم مشارکت عمومی در خرید سهام بانک ها، عدم کاهش تصدی گری دولت در زمینه بانکداری،

۱- رک به: مصاحبه مدیر عامل بانک قوامین (غلامحسن تقی نتاج) با خبرگذاری ایسنا مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۰۸ کد خبر:

۹۷۱۲۰۸۰۴۱۵۹ و مصاحبه احمد حاتمی یزدی (مدیر عامل سابق بانک صادرات) با روزنامه سازندگی مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۱۲ کد

خبر: ۳۲۲۷

عدم تأثیر اجرای طرح در کارایی و بهره‌وری نظام بانکی، و... نشان از عدم موفقیت موج اول خصوصی سازی بانک‌ها در ایران دارد.

اصولاً واگذاری بانک‌ها باید از طریق عرضه عمومی انجام شود لیکن در مواردی که پس از برگزاری دو نوبت مزایده، خریداری وجود نداشته باشد؛ واگذاری به موجب مصوبه هیئت واگذاری از طریق مذاکره مجاز است. علت تمام واگذاری‌های صورت گرفته در خصوص سهام بانک‌ها از طریق غیر عرضه عمومی؛ فقدان توان بخش غیردولتی عنوان شده است لیکن مشخص نیست در اقتصادی که بخش عمده آن را بخش دولتی فراگرفته است؛ با چه منطقی می‌توان انتظار داشت که بخش کوچک خصوصی بتواند بخش بزرگ دولتی را خریداری کند؟

چالش‌های تجربه شده در موج اول خصوصی سازی نشان داد؛ عدم استفاده از روش مناسب برای خصوصی سازی می‌تواند در آینده صنعت بانکداری تأثیر مخربی داشته باشد؛ بنابراین؛ انتخاب روش صحیح برای خصوصی سازی حائز اهمیت زیادی است. در کشور ما بیش از اینکه خصوصی سازی بانک‌ها موجب کاهش معضلات اقتصادی شده باشد؛ بر مشکلات صنعت بانکداری و اقتصاد ملی افزوده است؛ بنابراین لازم است از این تجربه استفاده کرد و نسبت به فرآیند خصوصی سازی تجدیدنظر کنیم و راهکاری بیاندیشیم تا بخش خصوصی را تقویت کرده و به تدریج به بخش غالب در صنعت بانکداری تبدیل کنیم.

خصوصی سازی از دو طریق انتقال مالکیت و انتقال مدیریت صورت می‌گیرد. روش اول به دلیل عدم وجود نقدینگی کافی برای خریداران در کشور موفقیت آمیز نبوده است و هیئت واگذاری را بر آن داشته که در موج اول خصوصی سازی، خصوصی سازی بانک‌ها را از طرقی غیر از عرضه عمومی انجام دهد که عملاً موجب تحقق اهداف خصوصی سازی نشده است. از طرفی دیگر؛ با نگاهی به چالش‌های موجود بر سر راه خصوصی سازی بانک‌ها در کشور، تغییر رویکرد نهاد تنظیم‌گری (شورای پول و اعتبار) و تغییر اعضای آن در جهت استقلال نسبت به دولت و عدم استفاده از مدیران حوزه بانکی در این شورا، برای جلوگیری از شکل‌گیری تعارض منافع و تصویب مقررات مستقل ویژه رقابت در حوزه بانکی توسط قانون‌گذار و شکل‌گیری نهاد مستقل برای اجرای خصوصی سازی بانک‌ها و تصویب مقررات خاص در این زمینه؛ و استفاده از روش‌های دیگر خصوصی سازی، از جمله کوچک‌سازی بانک‌ها از طریق واگذاری دارایی‌ها و شرکت‌های وابسته، و همچنین استفاده از روش انتقال مدیریت بانک‌ها در جهت توانمندسازی

بخش خصوصی برای خرید سهام بانک‌ها، روش‌های ممکن و مناسب در راه خصوصی سازی بانک‌ها خواهند بود.

References

- [1] Aghababaei, Reza (2005). "Analysis of Bank Privatization in Iran from the Perspective of Institutionalism", Tehran, Tadbir Eqtesad Research Institute. (in persian)
- [2] Ajori Aisak, Atefeh (2018). Privatization Law and Common Rules Governing Its Contracts, Tehran, Enteshar Co. (in persian)
- [3] Bagheri, Mahmoud (2011). The role of corporate law and the stock market in the success of privatization, Tehran, *Research Center of the Islamic Consultative Assembly*, Office of Economic Studies. (in persian)
- [4] Bagheri, Mahmoud & Sefidari, Siavash (2012). "The Process of Transition of Banks from State Ownership to Private Ownership Considering the Reasons for Government Supporters and Banks' Privacy", *Program and Budget Quarterly*, No. 3, pp. 25-51. (in persian)
- [5] Bahrami, Hamidreza & Alaei, Voria (2013). "The process of privatization of banks in similar countries"; *Economic Journal* (Ministry of Economic Affairs and Finance), Nos. 5 & 6, pp. 17-42. (in persian)
- [6] Esna ashari, Abolghasem & Etemadnia, Mohsen (2011). "Theoretical comparison of various privatization methods and the ability to use these methods in the transfer of telephone exchanges to the private sector", *Monthly Review of Economic Issues and Policies*, Nos. 1 & 2, pp. 111-130. (in persian)
- [7] Germá Bel, Retrospectives (2006) "The Coining of "Privatization" and Germany's National Socialist Party", *Journal of Economic Perspectives*, Vol 20, No. 3. (in English)
- [8] George R.G. Clarke, Robert Cull, and Mary Shirley, (2003) "Empirical Studies of Bank Privatization", *Journal of Development Economics Research Group at the World Bank*. (in English)
- [9] Ghorbani, Mahmoud & Shabani, Keyvan (2015). "The Relationship between Economic Improvement, Corporate Governance and Privatization Methods with the Performance of Newly Privatized Companies in Iran and Turkey", *Management Accounting and Auditing Knowledge Quarterly*, No. 14, pp. 107-123. (in persian)
- [10] Ganji, Omid (2016). "Legal Aspects of Merger resulting from the Law on Financial and Credit Institutions", Master Thesis, Supervisor Dr. Amin Jafari, Allameh Tabatabai University. (in persian)
- [11] Josef C. Brada, (1996) "Privatization Is Transition or Is It?", *Journal of Economic Perspectives*, Vol 10, No. 2. (in English)
- [12] Khandan, Abbas (1394). "Privatization: A Historical Look at the Iranian Experience"; *Journal of Political-Economic Information*, No. 30, pp 190 - 201. (in persian)
- [13] Karimi Petanlar, Saeed (2004). "Privatization, the size of government and

employment in the Islamic Republic of Iran"; *Journal of Humanities and Social Sciences*, No. 13, pp. 105-128. (in persian)

[14] Michel Berne & Gerard Pogorel, (2004), "Privatization experiences in France", *cesifo working paper* NO. 1195 category 9: Industrial organization (PRESENTED AT CESIFO CONFERENCE ON PRIVATISATION EXPERIENCES IN THE EU NOVEMBER 2003). (in English)

[15] Miri, Ashraf Sadat (2006). "Study of obstacles and problems in the development of private banks in Iran", *Economic Journal* (Ministry of Economic Affairs and Finance), Nos. 57 & 58, pp. 71-87. (in persian)

[16] Moazeni, Ruhollah & Zarei, Mohammad Hussein, (2012) "The Concept of Public Economic Law in the French Approach", *Legal Research Quarterly*, No. 8, Spring, pp. 427-462. (in persian)

[17] Piri, Parviz (2008). "The position of the stock exchange in the general policies of Article 44 and the bill implementing Article 44"; *Stock Exchange Quarterly*, No. 73, pp. 17-42. (in persian)

[18] Rashvand Bukani, Mehdi et al. (2013). "The legal nature of the transfer of debtor mergers of joint stock companies and its effects on shareholders and non-shareholders"; *Legal Journal of Justice*, No. 84, pp. 71-102. (in persian)

[19] Safajo, Behnam & AminiMeh, Akbar (2015). "Study of the difference between the effect of gradual and block transfer of shares in the privatization process of companies active in the insurance industry and banking", *Journal of Accounting Research*, No. 1, pp. 47-63. (in persian)

[20] Sarkanian, Afshar (2010). "Comparison of the privatization method of state-owned companies through stock coupon (equity shares) compared to the public offering of shares" Master's Thesis in Financial Management, University of Tehran. (in persian)

[21] Shamsian, Nasrin (2010). "Privatization and its effect on the degree of competition in the country's banking system", Master Thesis, Allameh Tabatabai University. (in persian)

[22] William L.Megginson, (2005) "The economics of bank privatization", *Journal of Banking & Finance*, Vol 29, Issues 8-9. (in English)

[23] Zamanzadeh, Hamid (2010). "Banking System Transformation Plan: From Identifying the Roots of Problems to Presenting a Correctional Strategy", *Journal of Economic News*, No. 130, pp. 19-26. (in persian)

[24] Zangiabadi, Ali & Ali Hosseini, Rahman (2010). "The Evolution of Banking from the Beginning to the Present", *Journal of Banking and Economics*, No. 110, pp. 17-27. (in persian)

[25] Zanjirani Farahani, Nasibeh (2007). Needs for the growth and development of the Iranian capital market, Tehran, Institute of Labor and Social Security. (in persian)

بررسی حقوقی محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی و تأمین مالی پروژه در قالب اجرای قراردادهای مهندسی، تأمین کالا، ساخت با شرط تعهد پیمانکار به تأمین مالی (EPCF)*

مهسا بهادران باغبادرانی^۱

کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، گروه
حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی،

نجف آباد، ایران

احمد محمدی^۲

استادیار و عضو هیات علمی گروه حقوق، واحد
نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد،
ایران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۲۹

چکیده

قراردادهای EPCF که از جمله نوآوری‌های قراردادی کشور ایران به شمار می‌آید، علی‌رغم ساختار و ظاهر ساده، به دلیل وجود ابهامات و نواقص فراوان، در طول سال‌های اخیر با محدودیت‌های فراوانی در مرحله مناقصه و اجرا روبه‌رو بوده است. محدودیت‌هایی که علاوه بر طولانی شدن فرایند مذاکره، مشکلات حقوقی و مالی غیرقابل جبرانی را به دنبال داشته است. به همین منظور پژوهش حاضر با روش تحقیق توصیفی - پیمایشی و با بهره‌مندی از ابزار پرسشنامه لیکرت پنج گزینه‌ای، به بررسی حقوقی مهم‌ترین

* - مقاله پژوهشی

1- mbahadoran5@gmail.com

2- ahmadmohamadi598@gmail.com

DOI: 10.22067/le.v27i17.83236

محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی و تأمین مالی پروژه در قالب اجرای این قراردادها و همچنین رتبه‌بندی جایگاه این محدودیت‌ها در پیش‌ارزیابی قراردادهای EPCF در مقایسه با سایر قراردادهای مرسوم تجاری در ایران پرداخته است. نتایج این پژوهش که حاصل بررسی‌های انجام شده بر روی ۶۰ نهاد پیمانکاری و کارفرمایی دارای تجربه در حوزه اجرایی قراردادهای EPCF می‌باشد، بیانگر آن است که عواملی چون عدم تدوین قراردادهای همسان EPCF توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، عدم پیش‌بینی فرایند استفاده از قرارداد مزبور در قانون برگزاری مناقصات، مدت زمان طولانی جهت فاینانس قرارداد و گاه عدم توانایی دستگاه پیمانکار در تأمین مالی صفر تا صد پروژه و... موجب گشته تا این مدل قراردادی در ایران علی‌رغم تمام مزایا نه‌تنها با رویکرد مثبت پیمانکاران و کارفرمایان این حوزه مواجه نگردد بلکه در مقایسه با سایر قراردادهای رایج تجاری در رتبه نخست چالش‌برانگیزترین قراردادهای مبتنی بر خدمت و سرمایه‌گذاری قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: قراردادهای EPCF، ساختار تأمین مالی، سرمایه‌گذاری خارجی، موانع و محدودیت‌ها.

طبقه‌بندی JEL: K12

مقدمه

امروزه کشورهای در حال توسعه ضمن درک لزوم به‌روزرسانی بخش صنایع و توجه هر چه بیشتر به ورود تکنولوژی روز دنیا در کسب و حفظ جایگاه‌های برتر بین‌المللی بر آن هستند تا با کسب دانش روز دنیا و رقابت در عرصه صادرات نسبت به حفظ جایگاه و اقتدار سیاسی و اقتصادی خود اقدام نموده و حتی در مواردی نسبت به کشورهای توسعه یافته پیشی بگیرند، چراکه امروزه بخش صنعت به عنوان یکی از عناصر کلیدی رشد اقتصادی در نظر گرفته شده و کمبود امکانات در این حوزه توسعه اقتصادی، کشور را با مشکل جدی روبه‌رو می‌سازد. لیکن کشورهای در حال توسعه عموماً به دلیل کمبود بودجه دولت‌هایشان و همچنین عدم توانایی بخش خصوصی داخلی توانایی تأمین مالی پروژه‌های صنعتی عظیم را نداشته و بدین سبب بهره‌گیری از روش‌های نوین تأمین مالی در حل این مشکل، به عنوان بهترین راه در نظر گرفته می‌شود. ما نیز بر آن هستیم در پژوهش پیش رو ضمن بررسی انواع روش‌های تأمین مالی پروژه به بررسی و تحلیل حقوقی یکی از جدیدترین متد قراردادهای تأمین مالی در ایران بپردازیم و با شناسایی محدودیت‌ها و موانع

و مشکلات ساختاری آن به ارائه راه‌حل‌هایی در جهت رفع آن موانع و استفاده از این مدل قراردادی در صنایع بنیادین و زیر ساختی ایران پردازیم. به‌طور کلی قراردادهای EPCF^۱ عبارت است از مجموعه قراردادهایی که پیمانکار علاوه بر طراحی، مهندسی، تدارکات کالا و تجهیزات، ساخت، نصب و راه‌اندازی، مسئولیت تأمین مالی اجرای پروژه را نیز بر عهده می‌گیرد. این قرارداد در راه رسیدن به یک قرارداد جامع و کامل دوره‌های متفاوتی را از سر گذرانده است. در نوع اولیه و ابتدایی آن با نام "قرارداد قیمت مقطوع مهندسی، تدارکات و ساخت با شرط تعهد پیمانکار به سازماندهی منابع مالی و اعتباری مورد نیاز جهت اجرای عملیات مورد توافق (که اصطلاحاً EPC+F نامیده شده است)" پیمانکار متعهد می‌شود جهت انجام پروژه، منابع مالی با شرایط و نرخ مقرر در قرارداد را فراهم نماید. لیکن قرارداد تأمین مالی به صورت جداگانه بعداً ما بین کارفرما و تأمین کننده منابع مالی و اصولاً با تضمین کارفرما منعقد می‌گردد و تعهد کارفرما به بازپرداخت اقساط ارتباطی به تکمیل پروژه و سود دهی آن نخواهد داشت (Shiravi, 2017:405) در حقیقت در این روش پیمانکار، خود مسئولیتی در قبال تأمین منابع مالی پروژه نخواهد داشت و صرفاً نقش سازمان دهنده فاینانس را بر عهده می‌گیرد. در عمل نیز این مدل قراردادی به دلیل ایرادات ذاتی و نواقص آشکار در فرایند طراحی و تدوین روش‌های اجرایی شروط مرتبط با آن مدت کوتاهی در کشور (به ویژه در شرکت ملی نفت ایران) رواج داشت و قراردادهای منعقد شده بر مبنای شرایط این مدل، علاوه بر آنکه به‌طور واقعی ثمری به دنبال نداشته است، سبب ایجاد دعاوی پیچیده نیز شده است (Zohdi, 2019:122) به دنبال عدم موفقیت قراردادهای EPC+F و فقدان و کمبود منابع مالی، شرایط مناسبی جهت تصویب یک رویه جدید تأمین منابع مالی یعنی روش EPCF یا واگذاری امتیاز اجرای پروژه‌ها به شرط پذیرش تعهد تأمین مالی فراهم گردید. این مدل قراردادی به عنوان یکی از روش‌های تأمین مالی با دو روش سازمانی و پروژه‌ای در چند سال اخیر مورد توجه مسئولین کشور قرار گرفته است. در نوع نخست از قراردادهای EPCF، قرارداد جداگانه‌ای ما بین کارفرما و پیمانکار منعقد نمی‌گردد بلکه پیمانکار در ضمن قرارداد اصلی متعهد به تأمین منابع مالی اجرای پروژه از طریق منابع داخلی خود یا مؤسسات مالی و اعتباری می‌گردد. در مورد

اخیر نیز مانند نوع اولیه قراردادهای EPCF کارفرما پس از تأیید صورت وضعیت‌های صادره از سوی پیمانکار نسبت به بازپرداخت اقساط اقدام می‌نماید و این امر هیچ‌گونه ارتباطی با تکمیل پروژه و سود دهی آن نخواهد داشت (تأمین مالی سازمانی). در نوع دوم از انواع قراردادهای EPCF، که در واقع نوعی قرارداد خدمت با ریسک (Risk Service Contract) تلقی می‌گردد، پیمانکار مانند حالت قبل در ضمن قرارداد اصلی متعهد به تأمین منابع مالی اجرای پروژه از طریق منابع داخلی خود یا مؤسسات مالی و اعتباری می‌گردد و در این خصوص قرارداد جداگانه‌ای منعقد نمی‌گردد، لیکن بازپرداخت اقساط از جانب کارفرما منوط به تکمیل موفقیت‌آمیز پروژه و بازپرداخت تسهیلات نیز از مدتی پس از تکمیل پروژه آغاز خواهد شد و ریسک موجود از تأخیر تکمیل پروژه در این خصوص بر عهده پیمانکار خواهد بود (تأمین مالی پروژه‌ای)؛ به عبارت دیگر در این روش کارفرما ملزم به ارائه تضامین و وثیقه‌گذاری نمی‌گردد و از این حیث تعهدی در برابر پیمانکار نخواهد داشت. بازپرداخت هزینه‌های اجرای قرارداد، به علاوه هزینه‌های تأمین مالی نیز صرفاً پس از راه‌اندازی و تحویل پروژه، فقط هزینه‌های تعهد شده پیمانکار و بر اساس اسناد مثبته (تأیید شده توسط حسابرس دستگاه کارفرما) قابل بازپرداخت محسوب می‌گردد اما تادیه هزینه‌های تأمین مالی توافق شده در قرارداد، تنها در شرایط اثبات عدم تقصیر پیمانکار در انجام تعهدات قراردادی‌اش امکان‌پذیر می‌باشد (Ibid:124). با این وجود قراردادهای EPCF علی‌رغم ساختار و ظاهر ساده، به دلیل وجود ابهامات و نواقص فراوان - که ناشی از عدم وجود مقررات سازمان دهنده و قوانین مدون در این خصوص می‌باشد - با مشکلات بسیاری مانند:

۱. عدم تعیین حدود و ثغور مسئولیت پیمانکار و کارفرما در قراردادهای EPCF
۲. عدم وجود اتفاق نظر و وحدت رویه در رجوعی یا غیر رجوعی بودن قراردادهای EPCF
۳. تسلسل ناشی از نامناسب بودن، زمان، نوع و نحوه ارائه تضامین معرفی شده در دستورالعمل اختصاصی استفاده از روش قراردادی EPCF جهت انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار
۴. تضاد برگزاری مناقصات قرارداد EPCF با برخی قواعد مقرر در آیین‌نامه مناقصات و... مواجه می‌باشد و این امر موجب گشته تا این مدل قراردادی در عمل با مشکلات حقوقی و محدودیت‌های فراوان در رکن فاینانس خود که ناظر به امر سرمایه‌گذاری و تأمین مالی پروژه می‌باشد مواجه گردد.

این امر در حالی است که امروزه قراردادهای EPCF به عنوان یکی از پرکاربردترین

قراردادهای خدماتی و سرمایه‌گذاری در کشور مورد توجه مسئولین بخش دولتی و خصوصی قرار گرفته است. فراگیری مدل مذکور به قدری است که با توجه به اطلاع‌رسانی مدیرعامل شرکت ملی مناطق نفت‌خیز جنوب مبنی بر آغاز عملیات ۱۴ میدان نفتی در نیمه نخست سال ۱۳۹۸ حداقل اسناد مناقصه ۵ میدان نفتی رامشیر^۱، گچساران خامی^۲، لالی آسماری^۳، کبود^۴ و نرگسی^۵ مبتنی بر روش EPCF تنظیم شده است؛ بنابراین با توجه به ادامه روند گسترش این مدل قراردادی لازم است نسبت به ماهیت، ارکان و کارکرد این مدل قراردادی شناخت بیشتری حاصل گردد و نسبت به محدودیت‌ها و ایرادات آن، خصوصاً از دریچه نگاه کارفرمایان و پیمانکاران با تجربه در این حوزه تأمل بیشتری صورت گیرد و با بهره‌گیری از تجربیات این افراد و مشکلات موجود در قراردادهای منعقد شده با این روش، گامی در جهت قانونمند نمودن و اصلاح روش‌های ناپایدار این قرارداد برداشته شود؛ بنابراین نظر به مزیت این مدل قراردادی نسبت به سایر قراردادهای تجاری ما قبل خود خصوصاً اهمیت آن برای کارفرمایان و کشورهای در حال توسعه در پژوهش حاضر نیز بر آن هستیم و با بهره‌مندی از روش تحقیق توصیفی-پیمایشی با ملاک قراردادن دستورالعمل استفاده از روش EPCF جهت انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار و همچنین سایر قوانین و موافقت‌نامه‌های مورد استفاده در تنظیم قراردادهای EPCF، نسبت به حل این ابهامات اقدام نموده و با ارائه پیشنهادهای کاربردی گامی در جهت بهبود و کارایی هرچه بیشتر این مدل قراردادی در ایران و بسط و گسترش آن در عرصه جهانی برداریم.

- ۱- میدان نفتی رامشیر از میدان‌های نفتی ایران است، که در محدوده شهرستان رامشیر، در فاصله ۱۵ کیلومتری از جنوب غربی شهرستان امیدیه، در استان خوزستان و ۱۴۵ کیلومتری از جنوب شرقی شهر اهواز قرار دارد.
- ۲- میدان نفتی گچساران دومین میدان بزرگ نفتی ایران است، که در محدوده شهرستان گچساران، استان کهگیلویه و بویراحمد و در فاصله ۲۲۰ کیلومتری از جنوب شرقی اهواز قرار دارد.
- ۳- مخزن آسماری در میدان نفتی لالی در ۴۰ کیلومتری شمال غربی مسجد سلیمان قرار دارد.
- ۴- میدان نفتی کبود از میادین نفتی ایران است، که در شمال استان خوزستان، در فاصله ۴۵ کیلومتری شمال غربی شهرستان اندیمشک قرار دارد.
- ۵- میدان نفتی نرگسی از میدان‌های نفتی ایران است، که در شهرستان دشتستان، استان بوشهر و در فاصله ۳۰ کیلومتری از شمال برازجان و در شرق شهر وحدتیه قرار دارد.

لازم به ذکر است، در این پژوهش و در راستای تحلیل ارکان مدل قراردادی EPCF از بررسی موردی یکی از قراردادهای تنظیم شده با این روش، موصوف به "پروژه نورد گرم مجتمع فولاد مبارکه اصفهان" که در سال ۲۰۱۵ با طرفیت پیمانکار خارجی منعقد گردیده است نیز، بهره خواهیم برد.^۱

روش تحقیق

به طور کلی پژوهش حاضر از حیث هدف تحقیق، نوعی تحقیق کاربردی تلقی می گردد، چراکه هدف از آن توسعه دانش کاربردی در زمینه استفاده از انواع روش های قراردادی EPCF بوده و ضمن شناسایی موانع و محدودیت های آن به ارائه راهکارهایی در رفع این موانع خواهیم پرداخت. همچنین از حیث روش گردآوری داده ها تحقیقی توصیفی - پیمایشی و آمیخته از داده هایی با ماهیت کمی - کیفی می باشد، چراکه علاوه بر ابزارهایی چون مطالعه اسناد موردی (مانند قرارداد مجتمع فولاد مبارکه) از ابزار دو پرسشنامه لیکرت پنج گزینه ای محقق ساخته تحت عنوان "رتبه دهی محدودیت های قراردادی از منظر کارفرمایان" و "رتبه دهی محدودیت های قراردادی از منظر پیمانکاران" نیز به منظور ارزش دهی محدودیت های موجود در قراردادها و نقش آن در پیش ارزیابی انتخاب قراردادها از دیدگاه کارفرمایان و پیمانکاران این حوزه استفاده شده است؛ به عبارت دیگر به منظور ایجاد پرسشنامه ای جامع از مجموع محدودیت های موجود در قراردادهای پیمانکاری در مرحله نخست ابتدا با مراجعه به مطالعات انجام شده در خصوص قراردادهای مورد نظر شامل قراردادهای BOT, BUY BACK, EPC, و DBF مجموع محدودیت ها و ایرادات وارد شده بر هر یک از این قراردادها شناسایی شد و به منظور رتبه دهی اهمیت و ارجحیت هریک از این موارد در پیش ارزیابی قراردادها توسط پیمانکاران و کارفرمایان با تجربه با بهره مندی از موارد یافت شده، دو پرسشنامه پنج گزینه ای لیکرت به صورت مجزا تهیه و در اختیار این افراد قرار داده شد.

۱- این قرارداد به جهت محدودیت های موجود و همچنین تأثیر پذیری از تحریم های بین المللی علیه جمهوری اسلامی ایران هیچگاه به مرحله اجرا نرسیده است.

روایی محدودیت‌های اعلام شده در پرسشنامه نیز با بهره‌مندی از نظرات ۳ نفر از متخصصین این حوزه مورد بررسی قرار گرفت و ابهامات آن نیز مرتفع گردید. همچنین به منظور آزمون پایایی پرسشنامه‌ها نیز، از ضریب آلفای کرونباخ از نرم‌افزار SPSS استفاده شده است که مطابق آن، ضریب پایایی محاسبه شده بزرگ‌تر از ۰/۷ را نشان می‌دهد که این امر بیانگر ثبات و همسانی درونی پرسشنامه می‌باشد.

در خصوص وضعیت جامعه‌شناختی پاسخ‌دهندگان به پرسشنامه‌ها نیز لازم به ذکر است این افراد در دو گروه عبارت‌اند از خبرگانی مشتمل بر ۳۰ نفر از کارفرمایان و ۳۰ نفر از پیمانکاران صاحب‌نظر و دارای تجربه در پروژه‌های عمرانی (با بیش از ۱۱ سال تجربه در عرصه انعقاد قراردادهای تجاری و تجربه عملی در خصوص موضوع مورد پژوهش) انجام شده است که با مراجعه به محل فعالیت ایشان، پرسشنامه در اختیار این افراد قرار گرفت و در مرحله دوم به منظور رتبه دهی چالش‌برانگیزترین قراردادهای تجاری از منظر کارفرمایان و پیمانکاران با تجربه، نسبت به تطبیق محدودیت‌های اعلام شده با شیوه قراردادی مربوطه اقدام شد که در مقاله حاضر نتایج حاصل از این پرسشنامه‌ها به تفصیل مورد بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت.

پیشینه قراردادهای EPCF

ازجمله قراردادهایی که طی ده سال اخیر در کشور ایران بسیار مورد توجه صاحبان صنایع، کارفرمایان خصوصی و همچنین بخش دولتی قرار گرفته است، قراردادهای EPCF می‌باشد. در حقیقت قراردادهای EPCF به‌طور رسمی از سال ۱۳۹۱ و پس از ابلاغ رسمی "دستورالعمل استفاده از روش EPCF جهت انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار" از سوی وزارت نفت پا به عرصه انواع قراردادهای خدماتی گذاشت. پیش از این قراردادهای EPC بدون توجه به مباحث تأمین مالی و با تمرکز بر ایجاد یکپارچه‌سازی در قراردادهای مهندسی، تأمین کالا و ساخت از سال ۱۳۸۰ در ایران رایج و طی ابلاغیه سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، استفاده از نشریه ۵۴۹۰ این سازمان در خصوص پروژه‌هایی که از محل بودجه دولت تأمین مالی می‌گردید لازم‌الاجرا گردید. مطابق این نشریه قراردادهای EPC عبارت‌اند از، قراردادهایی که انجام تمام یا برخی از مراحل مختلف کارهای مهندسی پروژه، تأمین و تدارکات کالاها، تجهیزات و مصالح پروژه و خدمات فنی مرتبط با آن‌ها توأمان توسط پیمانکار انجام می‌پذیرد (journal

1:5490,2002). با این وجود عدم توانایی کارفرمایان و همچنین دولت‌ها در مباحث تأمین مالی پروژه‌های صنعت ساخت و صنایع زیربنایی موجب گشت تا نیاز این حوزه به انعقاد قراردادهای پیمانکاری با ساختار جدید، خود را در قالب قراردادهای EPCF به نمایش بگذارد و کسب مطلوبیت بیشتر برای کارفرمایان و کشورهای در حال توسعه را در قراردادهای صنعتی از طریق یکپارچه نمودن مسئولیت‌ها و کاهش تعداد قراردادها در مسیر اجرای پروژه به همراه آورد؛ بنابراین در اردیبهشت‌ماه ۱۳۸۵ هیئت‌وزیران بنا بر پیشنهاد وزارت امور اقتصاد و دارایی و سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و به استناد ماده ۶ قانون الحاق مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۴، آیین‌نامه بند ب ماده ۳ از فصل دوم قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ را تصویب کرد، که مطابق این آیین‌نامه، به منظور تأمین منابع مالی مورد نیاز، شرکت‌های دولتی ایرانی طرف قرارداد مجازند نسبت به عقد قرارداد با سرمایه‌گذاران خارجی و ایرانی در چارچوب ترتیبات قراردادی مندرج در قانون تشویق و سرمایه‌گذاری خارجی با رعایت اولویت سرمایه‌گذاری ایرانی اقدام کنند؛ بنابراین قرارداد EPCF نیز در طبقه‌بندی ترتیبات مجاز قراردادی قرار گرفت و به عنوان یکی از راهکارهای قانونی برای صنایع کشور جهت رهایی از مشکلات مالی معرفی شد. پس از آن، معاونت امور بین‌الملل و بازرگانی وزارت نفت نیز به منظور تدوین روشی جهت انتخاب شرکت‌های ذی‌صلاح که حاضر به تأمین مالی و اجرای پروژه‌های صنعت نفت باشند، دستورالعمل نحوه تعیین و انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار در قراردادهای EPCF را آذرماه سال ۱۳۹۰ در ماده ۱۵ تدوین نمود و در طی آن به بیان دستورالعمل نحوه تعیین و انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار در قراردادهای EPCF پرداخت. در همین راستا، قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه (۱۳۹۰-۱۳۹۴) نیز در ماده ۱۶۴ به دولت اجازه داد به منظور تقویت حمل‌ونقل بار و مسافر ریلی بخشی از پروژه‌های تجهیز بهبود و افزایش زیرساخت‌های حمل‌ونقل ریلی را در قالب روش‌های قراردادی نظیر BOT و EPCF، به بخش خصوصی یا تعاونی واگذار نماید. در خارج از ایران نیز مؤسسه‌ای نظیر اداره راه‌های فدرال آمریکا (FHWA^۱) آیین‌نامه‌ای در خصوص عبارت

1- Federal Highway Administration

نزدیک به قراردادهای EPCF تحت عنوان قراردادهای DBF صادر نمود که همچنان به عنوان قراردادی نو پا در سیستم قراردادهای بین‌المللی مطرح می‌باشد؛ بنابراین به دنبال شکل‌گیری این مدل قراردادی، پروژه‌های بسیاری طی ده سال اخیر مطابق این شیوه به اجرا درآمد که متأسفانه در عمل به دلایل مختلف نظیر ابهامات موجود در فرایند تأمین مالی از جمله نحوه معرفی نهاد تأمین‌کننده منابع مالی، مشخص نبودن فرایند بازپرداخت و ارائه تضامین و وثایق و... قراردادهای EPCF نتوانست رسالت خود در ایجاد یک مدل قراردادی مطلوب برای کارفرمایان و پیمانکاران را حفظ نماید. به عبارتی اجرای این مدل قراردادی به همان میزان که می‌توانست موفقیت‌آمیز باشد به دلیل ابهامات و نواقصی که هیچ‌گاه تلاشی در جهت روشن نمودن آن نشد، به ورطه نابودی کشیده شد و مشکلات حقوقی پیچیده‌ای را برای طرفین قراردادها به دنبال داشت. این امر در حالی است که چنانچه ابهامات، نواقص و محدودیت‌های موجود بر سر راه قراردادهای EPCF برطرف شود و ماهیت حقوقی آن فارغ از قراردادهای EPC و قراردادهای تأمین مالی مورد بررسی قرار گیرد، می‌تواند جایگاه خود را در میان انواع قراردادهای پیمانکاری پیدا و حتی قدم در عرصه جهانی قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی بگذارد.

دلایل اهمیت قراردادهای EPCF

به‌طور کلی قراردادهای EPCF از چند جهت دارای اهمیت می‌باشد:

یکپارچگی قرارداد

نظر به آن که در قراردادهای مهندسی، تأمین کالا، ساخت با شرط تأمین مالی، کارفرما طراحی، اجرا و تأمین مالی طرح را تنها از یک منبع خدماتی دریافت می‌نماید و تمامی مسئولیت موجود در قبال پیمانکاران فرعی نیز مستقیماً متوجه پیمانکار اصلی می‌باشد و در این خصوص نسبت به کارفرما هیچ‌گونه دعوای ارجاع نخواهد شد، بنابراین پروژه با قابلیت اجرایی و انطباق بیشتر با زمان‌بندی و همچنین حائز کیفیت بالاتر بوده و در نهایت به‌طور نسبی با هزینه کمتر انجام می‌گردد.

(Shakeri, et al.,2014:4)؛ به عبارت دیگر "اصل اجرای بالمباشره"^۱ به عنوان یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر قراردادهای EPCF علاوه بر ایجاد یکپارچگی در قرارداد موجب صرفه‌جویی در زمان، کاهش هزینه‌های اجرایی و کاهش مشکلات قانونی و افزایش کیفیت کار نیز خواهد شد.

کاهش هزینه‌های کارفرما

با توجه به آنکه در قراردادهای EPCF عمده مسئولیت تأمین مالی قرارداد بر عهده پیمانکار طرح/ساخت خواهد بود بنابراین مشکلات کارفرما جهت کسری بودجه و توان مالی کاهش خواهد یافت و بدین سبب امکان ورود و دسترسی به منابع مالی پروژه‌ها با روش‌های تأمین مالی غیردولتی و همچنین جذب سرمایه‌گذاری و مشارکت خارجی به‌طور جدی مورد توجه قرار خواهد گرفت.

جذب نوآوری‌های ساخت در کشور

با عنایت به آنکه کلیه مراحل مهندسی، تأمین کالا، ساخت و تأمین مالی در این مدل قراردادی به صورت یکپارچه و توسط پیمانکار انجام می‌پذیرد، امکان ارتقای قابلیت‌های ساخت و نوآوری را در کشور فراهم خواهد آورد خصوصاً آن‌که به علت یکپارچه بودن قرارداد، ورود دانش اجرایی به مرحله طراحی با سرعت بیشتری انجام می‌پذیرد.

کاهش ریسک کارفرما

با توجه به ماهیت وام‌گونه قراردادهای EPCF (Seyyed Morteza Hosseini,2016:14) و همچنین عدم مسئولیت کارفرما در قبال مشاجرات و دعاوی ناشی از اختلافات ما بین پیمانکاران

۱- این اصل در قراردادهای EPCF ناشی از اهمیت مفهوم تک سویه سازی مسئولیت در این قراردادها و عدم قابلیت استناد پیمانکار به نارسایی‌های ناشی از اجرای تعهدات ثالث در قراردادهای فرعی است که در بخش‌های تخصصی مختلف، بر عهده وی گذاشته می‌شود. چرا که حجم وسیع فعالیت‌ها و درگیر بودن اهداف پروژه به تجارب و تخصص‌های مختلف در این نوع قراردادهای صنعتی، زنجیره‌ای از قراردادهای مرتبط را تحت مدیریت پیمانکار EPCF قرار می‌دهد که اقسام ایرادات و اختلافات، تنها در روابط قراردادی مستقیم میان پیمانکاران کل و پیمانکاران فرعی قابل استناد است و بنابر اصل مباشرت، این پیمانکار کل است که در برابر کارفرما در اجرای تعهدات قراردادی مسئولیت تام دارد (Poormousavi,2014:78).

جزء و پیمانکار اصلی و همچنین نهاد تأمین کننده منابع مالی، بخش اعظمی از ریسک پروژه‌های EPCF متوجه پیمانکار اصلی طرح خواهد بود و کارفرما در این خصوص ریسک کمتری را متحمل خواهد شد.

اطمینان از هزینه‌های اجرایی

نظر به آنکه در قراردادهای EPCF مبلغ قرارداد مقطوع است^۱، کارفرما نسبت به تغییر هزینه‌ها متحمل ریسک نخواهد شد (Professional meeting, 2013:5) بنابراین به این سبب تغییرات ناشی از تغییرات و ادعاها نیز کاهش می‌یابد (Aminzadeh & Abdi, 2014:5) و زمان قطعی پایان کار قابل پیش‌بینی خواهد بود با این وجود این امر نیازمند تعیین الزامات طرح توسط کارفرما پیش از انعقاد قرارداد می‌باشد.

کاهش زمان اجرای پروژه

با توجه به یکپارچگی اقدامات طراحی، تأمین کالا، ساخت و تأمین مالی سرعت اجرای پروژه بیشتر بوده و به موجب آن توقع پرداخت به موقع هزینه‌ها را نیز به دنبال خواهد داشت؛ بنابراین عملیات اجرا و پرداخت با سرعت بیشتری صورت می‌گیرد، این امر در حالی است که قراردادهایی که فازهای مختلف آن مانند مهندسی، تأمین تجهیزات، ساخت و تأمین مالی به صورت جداگانه انجام می‌شود مرحله ساخت و نصب و اجرا پس از خرید تجهیزات سه مرحله و پس از انجام امور مهندسی امکان‌پذیر می‌باشد. در عمل نیز با توجه به انتخاب پیمانکاران E و P و C و F از طریق مناقصه، بین این بخش‌ها اختلافات زمانی زیادی نیز به وجود می‌آید و در نهایت مدت زمان انجام پروژه طولانی می‌گردد. اما در یک پروژه EPCF که قبل از بخش مهندسی، عملیات خرید و ساخت و نصب و تأمین مالی انجام می‌شود، صرفه‌جویی قابل توجهی در زمان صورت می‌گیرد (Professional meeting, Ibid:6). خصوصاً آن که کارفرما در قبال هزینه‌های ناشی از افزایش زمان قرارداد مسئولیتی نخواهد داشت و این امر پیمانکار را در به اتمام رساندن قرارداد مطابق برنامه زمان‌بندی ترغیب خواهد کرد. چنانچه در قرارداد مربوط به مجتمع فولاد مبارکه نیز مسئولیت

1- ARTICLE 4. Note 4: The Contract Price is fixed and not subject to escalation.

پیمانکار نسبت به تکمیل به موقع و مطابق برنامه زمان‌بندی شده در برابر کارفرما صراحتاً اعلام گشته و در خصوص پیمانکار خاطی مسئولیت مطلق در نظر گرفته شده است.^۱

افزایش نقش نظارتی کارفرما و گسترش آزادی عمل پیمانکاران

در این مدل قراردادی پیمانکار از آزادی عمل بیشتری در انتخابات و تجهیزات و تکنیک‌های خود برخوردار می‌باشد بنابراین، این امکان برای پیمانکار وجود دارد تا ابداعاتی در انجام پروژه مالی نمایند که نسبت به روش اجرایی مدنظر کارفرما کم‌هزینه‌تر بود و الزامات کارفرما را در زمان کوتاه‌تری تأمین نماید (M.E.Beehler, 2009: 81)؛ بنابراین پیمانکار الزام خاصی به پیروی از فعالیت‌های کارفرما نخواهد داشت و به غیر از مواردی که پیمانکار نسبت به وظایف خود به صورت اساسی کوتاهی نماید، کارفرما حق دخالت در فعالیت‌های پیمانکار را نخواهد داشت و بدین جهت مدل قراردادی EPCF نسبت به کارفرمایان با پرسنل محدود بسیار مناسب خواهد بود.

قرارداد قیمت مقطوع مهندسی، تأمین کالا و ساخت با شرط تعهد پیمانکار به تأمین مالی (EPCF) همان‌طور که پیش از این بیان شد قراردادهای مهندسی، تأمین کالا و ساخت با شرط سازماندهی تأمین مالی توسط پیمانکار علی‌رغم مزایای فراوان نظیر امکان تأمین مالی توسط پیمانکار و رهایی کارفرما از بار مسئولیت یافتن تأمین‌کننده منابع مالی مناسب خصوصاً در شرایط رکود اقتصادی، به دلیل وجود محدودیت‌ها و نواقص موجود در روش اجرایی و نبود دستورالعمل مشخص‌کننده حیطه مسئولیت طرفین قرارداد با اقبال مواجه نشد و در عمل چندان مثمر ثمر واقع نگردید؛ بنابراین به دنبال روشی در جهت برطرف نمودن نواقص این مدل قراردادی نوع جدیدی از روش قراردادی EPCF پا به عرصه قراردادهای پیمانکاری با شرط تأمین مالی گذاشت. این گونه قراردادهای که با عنوان قرارداد قیمت مقطوع مهندسی، تأمین کالا و ساخت با شرط تعهد تأمین منابع مالی پروژه توسط پیمانکار EPCF شناخته می‌شود نسبت به مدل قراردادی سابق خود با موفقیت بیشتری روبرو بوده است با این وجود این مدل قراردادی نیز در طول دوران شکل‌گیری خود با

1- ARTICLE 1. The Contractor is solely responsible and undertakes full and exclusive single point responsibility toward The Client for timely performance and execution of the above scope of the Work in the Time Schedule and as per Contract.

تغییرات بنیادین زیادی مواجه بوده و با محدودیت‌ها و نواقص فراوانی در مرحله مناقصه و اجرا روبرو می‌باشد.

به‌طور کلی قراردادهای EPCF در ابتدا به صورت ترک تشریفات مناقصه انجام می‌گرفت. در این صورت شرکت کارفرما ملزم بود مطابق بخشنامه مصوب ۱۳۸۷/۹/۲۳ صادره از معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری نسبت به تکمیل فرم "درخواست مجوز ترک تشریفات مناقصه" با رعایت قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی اقدام نماید. در این صورت شرکت پیمانکاری ملزم می‌گردید در قبال کسب امتیاز واگذاری قرارداد بدون طی کردن فرایند مناقصه، کلیه منابع مالی طرح را به یکی از شیوه‌های اخذ تسهیلات مستقل از بازار مالی و پولی، سرمایه در گردش خود و یا تشکیل اتحادیه تأمین نماید و در مقابل اصل و سود مبالغ تأمین شده را پس از راه‌اندازی و شروع تولیدات طرح به صورت اقساطی تحصیل نماید.

همچنین در این شیوه کارفرما هیچ‌گونه تضمین و وثیقه‌ای در قبال بازپرداخت اصل و سود منابع تأمین شده توسط پیمانکار ارائه نمی‌نمود و در این خصوص تعهدی در برابر پیمانکار نداشت بنابراین تمامی ریسک حاصل از عدم اجرای موفقیت‌آمیز پروژه بر عهده پیمانکار قرار می‌گرفت. این امر در حالی است که عدم برگزاری مناقصه از یک سو موجب طرح دعوای کاذب از جانب پیمانکاران شد به نحوی که پیمانکاران با تصور جذب تأمین‌کننده مالی پس از دستیابی به پروژه اقدام به طرح ادعای کاذب و خارج از توانایی فعلی خود می‌کردند، همچنین عدم تضمین از جانب کارفرما و ضعف شرکت‌های پیمانکاری در تأمین مالی کامل نیز پروژه‌ها را با معطلی و توقف‌های طولانی مواجه نمود.

بنابراین تمامی این موارد در عمل موجب گشت تا قراردادهای EPCF با تغییرات محسوسی مواجه گردد به‌عنوان مثال تدوین دستورالعمل استفاده از روش EPCF جهت انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار مصوب آذر ماه ۱۳۹۰، گامی در جهت پیروی از بند الف ماده ۱۰ قانون برگزاری مناقصات مبنی بر لزوم حصول اطمینان از پیش‌بینی منابع مالی معامله و امکان بررسی قانونمند پیشنهادها تأمین مالی بود، همچنین محدود نمودن ترک تشریفات مناقصه به متقاضیان انحصاری انجام پروژه به روش EPCF و امکان تضمین کارفرما در موارد خاص مانند استفاده از تسهیلات صندوق توسعه ملی موجب گشت تا قراردادهای EPCF نسبت به روش اولیه خود با بهبود و کارایی بیشتری همراه گردد؛ بنابراین در حال حاضر روش‌های تأمین مالی در مدل قراردادی

EPCF را می‌توان به دو بخش روش‌های قرضی و غیر قرضی تقسیم نمود که در روش‌های قرضی بازپرداخت اصل و فرع سود پیمانکار از سوی دولت و یا بانک‌های تجاری تضمین می‌گردد و در روش‌های غیر قرضی که عمدتاً به روش‌های سرمایه‌گذاری معروف است تأمین‌کننده منابع مالی با قبول ریسک ناشی از به کارگیری سرمایه در فعالیت یا طرح مورد نظر، انتظار برگشت اصل و سود منابع سرمایه‌گذاری شده را از عملکرد اقتصادی فعالیت یا طرح مورد سرمایه‌گذاری خواهد داشت و تضمین از سوی دولت و بانک‌های تجاری صورت نخواهد گرفت (Mahmoudi, et al., 2014:6). با این وجود قراردادهای EPCF همچنان به عنوان یکی از قراردادهای پیمانکاری با شرط تأمین مالی با ابهامات فراوان در روش اجرایی، حدود مسئولیت طرفین قرارداد نسبت به یکدیگر، تضاد با آیین‌نامه مناقصات به منظور اجرا در دستگاه‌های دولتی و... روبرو می‌باشد که در ادامه به بیان و تحلیل هر یک از محدودیت‌های پیشروی قراردادهای EPCF خواهیم پرداخت.

شرایط عمومی پیمان در قراردادهای EPCF

منظور از شرایط عمومی پیمان در قراردادهای EPCF، شرایطی می‌باشد که آثار قراردادی ما بین کارفرما، نمایندگان او و پیمانکاران را تشریح نموده و گستره حقوق و تعهدات طرفین را بر اساس معیارهای تعریف شده در بستر اعمال و وقایع حقوقی قاعده‌مند می‌سازند، به گونه‌ای که با فراهم نمودن بستری از تعاریف و شرح عناوین و اصطلاحات موجود و نحوه ارائه تفاسیر، زبان حاکم و مرجع حل و فصل اختلافات چارچوب اختیارات حقوق و تعهدات اشخاص حقیقی و حقوقی مرتبط با موضوع پیمان، شناسایی و مراحل اجرایی آن تدوین شده و قواعد اهم و محوری حاکم بر روابط کنشگران در موضوع پیمان در محدوده‌ای که به طور اعم و مبتنی بر عناصر اقتصادی، مالی، فنی، بازرگانی، زیست‌محیطی، حقوقی و قراردادی است، در بستر پیمان تعریف می‌گردد. به طور کلی مفاد و شرایط عمومی پیمان می‌بایست به گونه‌ای روابط طرفین را قاعده‌مند سازد که حاصل آن ارائه راهکارهایی باشد که پروژه در یک روال منطقی و در مدت زمان پیش‌بینی شده و نیز در سطح کیفی و مطابق با معیارهای مورد قبول انجام پذیرد و طرفین را به نحوی برابر در راستای برخورداری از حقوق و انجام تعهدات در بستر اصول و موازین حقوقی حمایت کند (Bani Ahmad, 2014:104).

ماهیت حقوقی پیمانکار در قراردادهای EPCF

به‌طور کلی منظور از پیمانکار در قراردادهای EPCF، موجودیت و ماهیتی کنسرسیومی می‌باشد، چراکه یکپارچگی سیستم اجرای پروژه در قراردادهای EPCF و الزام برخورداری شرکت پیمانکاری از انواع تخصص‌ها در حوزه‌های فنی و مهندسی و همچنین تأمین مالی موجب گشته است تا حدود وظایف پیمانکار در مقایسه با سایر قراردادهای پیمانکاری بسیار فراتر رفته و وی را ناگزیر به ایجاد کنسرسیومی متشکل از انواع پیمانکاران با حرفه‌های مختلف نماید؛ بنابراین منظور از پیمانکار در قراردادهای EPCF کنسرسیومی متشکل از چندین شرکت و شخصیت حقوقی، مؤسسات مالی و بانک‌ها خواهد بود که به جهت دستیابی به مقصودی مشترک، به تجمیع منافع روی آورده است.

در اکثر نظامات حقوقی، این‌گونه کنسرسیوم‌ها در غالب یک شرکت تجاری تشکیل و موجودیت آن منوط به اتمام و تحویل قطعی پروژه به کارفرما خواهد بود. این شرکت‌ها که معمولاً شرکت سهامی تلقی می‌گردند، در صورت برنده شدن در مناقصه و طی فرایند شکلی و قانونی ثبت شرکت‌ها مطابق اساسنامه به فعالیت می‌پردازند. حدود مسئولیت سهم هر یک از شرکا در سود و زیان نیز بر اساس موافقت‌نامه فی مابین اعضاء تعیین می‌گردد؛ بنابراین کلیه مسئولیت‌ها که در ابتدا به منظور اجرای پروژه با روش EPCF تعریف گشته است به صورت یکپارچه بر ذمه کنسرسیوم قرار می‌گیرد. در ادامه به تشریح برخی از حقوق و تکالیف قانونی پیمانکار در قراردادهای EPCF پرداخته خواهد شد:

۱. شرکت پیمانکاری متعهد می‌گردد کلیه منابع مالی طرح یا حداقل ۸۵ درصد از آن را تأمین نماید. همچنین نظر به امکان افزایش هزینه‌ها، تأمین ۲۵ درصد بیشتر از منابع مالی طرح تحت عنوان منابع مالی تضمین شده یا ذخیره احتیاطی^۱ نیز از جمله تعهدات پیمانکار EPCF به حساب می‌آید (Rendell, Robert S, 1994: 30).
۲. قصور نهاد تأمین کننده منابع مالی، ناقض مسئولیت پیمانکار در قبال کارفرما نیست.
۳. در صورت عدم اجرای موفقیت‌آمیز پروژه پیمانکار می‌بایست عدم تقصیر در انجام تعهدات

قراردادی‌اش را ثابت نماید.

۴. پیمانکار مسئول ریسک و مخاطرات فنی مرتبط با اهداف پروژه نیست.
۵. پیمانکار به منظور اتمام به موقع پروژه و مطابق برنامه زمان‌بندی ارائه شده در برابر کارفرما مسئولیت کامل خواهد داشت؛ به عبارت دیگر پیمانکار مسئول هزینه‌های ناشی از تأخیر در تأمین مالی طرح می‌باشد (مشروط بر آن که تأخیر ناشی از عملکرد کارفرما نباشد).
۶. پیمانکار در قبال قراردادهای فرعی و پیمانکاران دست دوم به صورت مستقل مسئول می‌باشد و در این خصوص هیچ گونه دعوایی به دستگاه کارفرما ارجاع نخواهد شد.
۷. پیمانکار مالک پروژه نمی‌گردد و سهمی در آن نخواهد داشت.
۸. در صورت وقوع هرگونه عیب و نقص در مرحله اجرای پروژه، پیمانکار در قبال کارفرما، مسئولیت مطلق خواهد داشت.
۹. چنانچه خدماتی از جانب پیمانکار لازم باشد لیکن در قرارداد قید نگردیده باشد، بدون تحمیل هرگونه هزینه به کارفرما، پیمانکار ملزم به انجام اقدامات مقتضی و تأمین خدمات می‌باشد.^۱

قوانین و موافقت‌نامه‌های حاکم بر قراردادهای EPCF

دستورالعمل استفاده از روش EPCF جهت انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار نخستین و تنها دستورالعملی که مستقیماً جهت انتخاب مدل قراردادی EPCF به نگارش در آمد، دستورالعمل استفاده از روش EPCF جهت انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار می‌باشد. این دستورالعمل که طی ۱۵ ماده و ۵ پیوست در آذر ماه سال ۱۳۹۰ توسط معاونت امور بین‌الملل و بازرگانی وزارت نفت با هدف تعیین روشی جهت انتخاب شرکت‌های ذی‌صلاح که حاضر به

1- **ARTICLE 4. Note 3.** Any supplies and services which might not have been specifically mentioned and/or inadequate in this Contract but are necessary for the design, Engineering, procurement services, project management, manufacture, supply, supervision, training, civil and steel structural work, erection, successful commissioning, proper & safe performance and or completeness of the Plant shall be supplied/provided by the Contractor without any extra cost to the client.

تأمین مالی و اجرای پروژه‌های صنعت نفت می‌باشند تدوین شد، ضمن بیان شرایط مناقصه قراردادهای EPCF، به تشریح چگونگی ارزیابی صلاحیت متقاضیان در امر فاینانس و پیشنهادات فنی و مالی پرداخته است که علی‌رغم مزایای فراوان با ابهامات و عدم شفافیت‌هایی در بیان تعاریف خود مواجه می‌باشد (در ادامه به بیان این موارد خواهیم پرداخت). ابهامات موجود در این دستورالعمل و نبودن مقررات تعیین کننده ضوابط و حدود و ثغور مسئولیت طرفین قراردادهای EPCF در عمل موجب گشت تا متقاضیان این مدل قراردادی در جهت تدوین و نگارش آن از قوانین و مقررات و دستورالعمل‌های حاکم بر قراردادهای EPC و فاینانس استفاده نمایند؛ به عبارت دیگر، نظر به آن که قراردادهای EPCF از تلفیق دو قرارداد EPC و قرارداد سرمایه‌گذاری یا فاینانس به وجود می‌آید، مجموع قوانین، موافقت‌نامه‌ها و مقرراتی که همواره جهت شکل دهی این دو قرارداد مورد استفاده قرار می‌گرفته است، در شکل دهی و تنظیم قراردادهای EPCF نیز از جانب پیمانکاران و کارفرمایان این حوزه قراردادی، حائز اهمیت شناخته و مورد استفاده قرار گرفته شده است.

به همین منظور در ادامه به معرفی تعدادی از مهم‌ترین ضوابط، موافقت‌نامه‌ها و مقررات در خصوص این مدل قراردادی که به صورت غیر مستقیم و با انجام اصلاحات در تنظیم قراردادهای EPCF نیز اعمال می‌گردد، خواهیم پرداخت:

ضوابط اجرای روش طرح و ساخت در پروژه‌های صنعتی

نخستین موافقت‌نامه‌ای که پیرو اجرا و حاکمیت بر قراردادهای EPC در قراردادهای EPCF نیز حاکمیت خواهد داشت، "ضوابط اجرای روش طرح و ساخت در پروژه‌های صنعتی یا اصطلاحاً نشریه ۵۴۹۰ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور" می‌باشد. این موافقت‌نامه که در بهار سال ۱۳۸۱ به صورت نوع اول (لازم‌الاجرا) در اختیار مجریان قراردادهای EPC قرار گرفت، موجب گشت تا کارفرمایان در قراردادهای غیر صنعتی با بودجه عمرانی و غیر عمرانی نیز از این مجموعه استفاده نمایند (journal, 2002). لیکن از تاریخ ۱۳۹۸/۴/۱۱، در راستای تدوین اسناد پشتیبان نظام فنی و اجرایی طرح‌ها و پروژه‌های صنعت نفت و تحقق اهداف نظام اجرایی مهندسی، تأمین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب (EPC) اختصاصی صنعت نفت، به صورت لازم‌الاجرا جهت بهره‌برداری در کلیه طرح‌ها و پروژه‌هایی که پس از انجام مطالعات طراحی پایه توسط

کارفرما، به صورت خرید توام کالا و تجهیزات و خدمات مهندسی و ساختمان و نصب، تعریف و ارجاع می‌گردند، جایگزین نشریه ۵۴۹۰ در این خصوص شد که متعاقباً در قراردادهای EPCF حوزه نفت نیز اعمال می‌گردد.

کتاب نقره‌ای فیدیک^۱

فیدیک در سال ۱۹۱۳ با هدف ترویج و ارتقای اهداف راهبردی صنعت مهندسی مشاوره به نیابت از انجمن‌های عضو آن و انتشار منابع حرفه‌ای و اطلاعات ساختار یافته تشکیل گردید. جامعه مهندسان مشاور ایران نیز در سال ۱۳۵۲ تأسیس و نماینده ایران در این فدراسیون می‌باشد. فیدیک در راستای دستیابی به اهداف خود، فرم‌های استاندارد قراردادهای مرتبط با انواع پیمان‌ها، فعالیت‌های مشاوره، نمایندگی و فعالیتهای مبتنی بر سرمایه‌گذاری مشترک را منتشر می‌نماید. از میان استانداردهای شناخته شده فیدیک می‌توان به شرایط استاندارد قراردادهای ساخت و ساز، EPC، کلید در دست و ساخت، بهره‌برداری و واگذاری اشاره نمود (Asghari Hamidi, 2017:50). از میان استانداردهای بیان شده، استاندارد که در ایران می‌توان بر قراردادهای EPCF نیز اعمال نمود مربوط به کتاب نقره‌ای فیدیک می‌باشد. در حقیقت کتاب نقره‌ای فیدیک، در خصوص طرح‌هایی که یک شرکت مسئولیت کامل طراحی و اجرای یک پروژه مهندسی را بر عهده دارد توصیه شده است و تحت این نوع قرارداد، پیمانکار مسئولیت انجام کامل طراحی و ساخت، تدارک تجهیزات و تسهیلات را به نحوی که پروژه با گرداندن یک کلید قابل بهره‌برداری باشد، بر عهده دارد^۲ (Parchami, 2007:3).

1- Federation International Des Ingenieurs- Conseils, Silver Book-Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects

۲- در موارد ذیل استفاده از کتاب نقره‌ای فیدیک توصیه نمی‌شود:

۱. در مواردی که زمان و اطلاعات کافی به مناقصه‌گران داده نمی‌شود تا بتوانند به درستی به خواست‌های کارفرما اشراف پیدا نمایند تا بر اساس آن طراحی، مطالعات و ریسک برآورد کار را انجام دهند.
۲. اگر طرح عمدتاً کارهای زیر زمینی باشد و یا کار در مکانی است که مناقصه‌گران نتوانند به درستی بررسی نمایند. (این امر در حالی است که در ایران پروژه‌های تونل و مترو و احداث چاه نفت با روش قراردادی EPC و EPCF اجرا شده و به همین دلیل غالباً با مشکل مواجه شده و هیچ‌گاه نتیجه مطلوب حاصل نگردیده است).

شرایط عمومی پیمان (نشریه ۴۳۱۱)

شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان (نشریه ۴۳۱۱) طی ابلاغیه شماره ۵۴/۸۴۲-۱۰۸۸/۱۰۲ مورخ ۱۳۸۷/۳/۳ به دستگاه‌های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمانکاران ابلاغ گردیده است. این موافقتنامه به استناد ماده ۲۳۳ قانون برنامه و بودجه، آیین‌نامه اجرایی آن و نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی کشور (مصوب هیات وزیران) از نوع گروه اول (لازم الاجراء) به شمار می‌رود و می‌بایست برای انعقاد پیمان‌ها مورد استفاده قرار گیرد، لیکن در خصوص قراردادهای EPCF واجد خاصیت الزام آور نبوده و صرفاً جنبه راهنمایی و ارشادی خواهد داشت و در صورت اعمال نیز نیازمند ایجاد تغییرات کلی می‌باشد؛ بنابراین در مواردی که این مجموعه به‌طور کامل پاسخگوی نیاز کار نباشد، دستگاه اجرایی تغییرات مورد نظر خود را به سازمان برنامه و بودجه پیشنهاد می‌نماید تا پس از تأیید معاونت راهبردی ریاست جمهوری (سازمات برنامه و بودجه) مورد اجرا گذاشته شود. لازم به ذکر است طی این بخشنامه پیمان‌های حمل‌ونقل، پیمان‌های خرید مصالح، تجهیزات و ماشین‌آلات و پیمان‌های تهیه و نصب تجهیزات صنعتی که بیش از ۷۵ درصد برآورد هزینه آنها مربوط به تهیه تجهیزات و ماشین‌آلات است، مشمول این بخشنامه نخواهد بود (ابلاغیه شماره ۵۴/۸۴۲-۱۰۸۸/۱۰۲ مورخ ۱۳۸۷/۳/۳ سازمان برنامه و بودجه کشور). لیکن تفاسیر غلط و عدم شفافیت در برخی از مفاد این مجموعه موجب گشت تا پیش‌نویس جدید شرایط عمومی پیمان، با رویکرد شفافیت، توازن ریسک و مسئولیت، تهیه و تدوین گردد لیکن هنوز به مرحله ابلاغ نهایی نرسیده است.

ساختار مدل قراردادی EPCF

همان‌طور که پیش از این بیان شد، به‌طور کلی قرارداد قیمت مقطوع مهندسی، تدارکات و ساخت با شرط تعهد کردن تأمین منابع مالی توسط پیمانکار EPCF از دو بخش اصلی تشکیل

۳. مواردی که کارفرما قصد اعمال نظارت دقیق و کنترل پیمانکار را دارد و یا قصد ایجاد تغییرات در بیشتر نقشه‌های اجرایی را خواهد داشت.

۴. برای مواردی که مبلغ هر صورت وضعیت میانی باید به وسیله واحدی کنترل و رسماً تأیید شود. (Farshadfar, 2012:25)

می‌گردد.

بخش نخست قرارداد مربوط به نحوه اجرای عملیات و شرح چگونگی انجام کار در قرارداد EPC و بخش دوم در خصوص نحوه استفاده از منابع مالی تأمین شده می‌باشد؛ بنابراین قرارداد EPCF از تلفیق دو قرارداد EPC و قرارداد تأمین مالی با حفظ شرایط خاص EPCF و ایجاد تغییرات لازم در خصوص توافقات شرایط تأمین مالی توسط پیمانکار ایجاد می‌گردد؛ بنابراین در قراردادهای EPCF نیز مانند هر قرارداد سرمایه‌گذاری دیگر لازم است کالاهای و خدمات، تاسیسات و تجهیزات، اهداف انجام معامله، قیمت و بهای تمام شده و مدت زمان اجرای عملیات به عنوان ارکان اصلی قرارداد مورد توافق قرار گیرند (Zohdi, 2019: 191). در این میان یکی از مهم‌ترین ارکان قراردادهای EPCF به علت ماهیت برخورداری از تأمین مالی این مدل قراردادی، بحث قیمت برآوردی اولیه مورد توافق یا همان قیمت اسمی قرارداد است.

به‌طور کلی بحث قیمت در قراردادهای تجاری یک مقوله بسیار چالش برانگیز می‌باشد و قدرت چانه زنی هریک از طرفین در تعیین قیمت یک قرارداد به‌طور مستقیم تحت تأثیر عوامل متنوع و متعددی قرار دارد که تقریباً و نه به‌طور کامل تابع قوانین بازار، شرایط عرضه و تقاضا و همچنین موقعیت خاص هر یک از طرفین انجام یک معامله می‌باشد. قیمت بسته به نوع قرارداد می‌تواند به صورت مقطوع، تغییر یا تعدیل پذیر و یا شناور مورد توافق قرار گیرد (Ibid: 194). در خصوص قراردادهای قیمت ثابت و قیمت مقطوع، لازم به ذکر است اگرچه این دو قرارداد اکثراً به جای یکدیگر و در بیان یک مفهوم استفاده می‌گردند با این وجود دارای تفاوت‌های اساسی می‌باشند. به‌عنوان مثال یکی از مهم‌ترین تفاوت‌های قیمت ثابت و قیمت مقطوع در امکان اعمال شرط تعدیل قیمت می‌باشد. به نحوی که قراردادهای قیمت ثابت شرط تعدیل قیمت را منوط به وقوع تغییرات اقتصادی می‌داند، لیکن قراردادهای قیمت مقطوع علی‌رغم ایجاد تغییرات در اوضاع اقتصادی به هیچ عنوان تعدیل پذیر نمی‌باشند. (Ibid: 194) نظر به آن که عواملی چون تعدیل قیمت قرارداد، تعیین ثمن شناور در قرارداد و... عمدتاً تابع شرایط خصوصی مقرر ما بین طرفین قرارداد است با این وجود سلطه قوانین و مقررات فقهی کشور ایران این ایجاب را می‌نماید تا در جهت عدم ایجاد تعارض با این مقررات و همچنین غرری شناخته نشدن معامله، میزان تعدیل و کیفیت آن در عقد حاصله معلوم و متعاقدين ضمن پیش‌بینی شرایط و اوضاع و احوال اقتصادی و اجتماعی در آینده مبادرت به درج شرط تعدیل در قرارداد نموده و مانع از مجهول شناخته شدن ثمن قرارداد

گردد (Rahimi & Alizadeh, 2017: 153). این امر در خصوص ثمن مفتوح در قرارداد (ثمن شناور) نیز مرعی بوده و چنانچه ثمن علی‌رغم عدم تعیین در زمان قرارداد، قابلیت تعیین داشته باشد و یا ضابطه‌ای برای مقدار آن در آینده توسط طرفین مقرر شده باشد تا جایی که به غرر طرفین منجر نشود (Mohammadi & Kaviyar, 2017: 130) به جهت وجود علم اجمالی به ثمن، قرارداد صحیح و معتبر شناخته می‌شود. همان‌طور که پیش از این بیان شد قرارداد EPCF از جمله قراردادهای قیمت مقطوع تلقی می‌گردد در این قرارداد یک قیمت کلی با توجه به مشخصات و ابعاد کامل و نوع کار قبل از انجام تشریفات موافقتنامه برآورد و مشخص می‌گردد و کار به صورت کلی و یا یکجا با قیمت تعیین شده به پیمانکار واگذار می‌شود در این قرارداد می‌بایست نقشه‌ها به صورت دقیق و جزئیات آن کاملاً مشخص گردد بنابراین به‌طور معمول این گونه قراردادها در موارد ذیل منعقد می‌گردد.

۱. در حالتی که پروژه بسیار بزرگ باشد.
 ۲. کلیه نقشه‌ها و جزئیات پروژه مشخص باشد.
 ۳. احتمال وجود هیچ‌گونه ریسک بزرگی در پروژه وجود نداشته باشد.
 ۴. احتمال هیچ‌گونه تغییرات اساسی و کلی در حین کار وجود نداشته باشد.
 ۵. همچنین هیچ تعدیلی به قیمت‌ها تعلق نگیرد.
- بنابراین قرارداد بر اساس برآورد کلی معمولاً در پوشش‌های کارگاه‌ها در کارخانجات و انبارها و به‌طور کلی سایر ساختمان‌هایی که دارای ابعاد مشخص بوده از نظر مسائل اجرایی خصوصیات پیچیده‌ای نداشته باشند مورد استفاده قرار می‌گیرند. در این روش، اگرچه کارفرما دقیقاً از بودجه مورد نیاز پروژه اطلاع دارد و از نظر پیمانکار نیز مشخصات و هزینه انجام کار با توجه به سودی که برای خود منظور می‌نمایند از قبل تعیین شده است، با این وجود مهم‌ترین اشکال این روش غیر انعطاف بودن آن است؛ زیرا به محض آن که کارفرما یا مشاور در نقشه‌ها تغییراتی اعمال نمایند یا مسئله پیش‌بینی نشده در پروژه به وجود آید موافقت پیمانکار در این خصوص لازم و ضروری خواهد بود

(The Khatam-al-Anbiya headquarters researchers, 2004: 102)؛ بنابراین توجه به عواملی که می‌تواند تعدیل قیمت در قرارداد را به دنبال داشته باشد مانند قوه قاهره، تأخیر و... و همچنین توجه به میزان مالیات در این قراردادها از دیگر مسائل مهمی است که قبل از برعهده

گرفتن هرگونه تعهد، لازم است به آن توجه شود (Dannie A. Toblas, 1994: 68). بدین جهت در قراردادهای EPCF نیز که مبتنی بر قیمت مقطوع انجام خواهد شد، بررسی تمامی موارد فوق مانند مدیریت و کنترل ریسک، بررسی جزئیات نقشه‌ها و قطعیت در قیمت برآورد شده حائز اهمیت خواهد بود.

روش انعقاد فاینانس در قرارداد EPCF

فاینانس در لغت به معنی "مالیه" یا "تأمین مالی" می‌باشد. در مفاهیم حقوقی و قوانین ایران این مفهوم به‌طور اختصاصی طرح عبارت است از استفاده از خطوط اعتباری برای دریافت وام از مؤسسات مالی بین‌المللی (Groendaal and Mazraati, 2006: 12). رکن فاینانس در قراردادهای EPCF به‌عنوان مهم‌ترین و متمایز کننده‌ترین ویژگی قرارداد EPCF در مقایسه با سایر قراردادهای پیمانکاری تجاری شناخته می‌شود و لازم است پیشنهاد دهنده چگونگی برنامه تأمین مالی خود را با معرفی یکی از روش‌های مذکور مانند تأمین مالی نقدی و از محل درآمد شرکت، از طریق بازار سرمایه، تسهیلات اعتباری و... مشخص نماید. در حقیقت پیشنهاد تأمین مالی مشخص می‌کند وام، تسهیلات مالی و اعتباری و وجوه موردنظر تحت چه شرایط و ضوابطی در اختیار پیمانکاران پروژه قرار می‌گیرد. به‌طور کلی در مدل قراردادی EPCF سه روش جهت ارائه پیشنهاد تأمین مالی وجود خواهد داشت:

۱. گاهی شرکت پیمانکاری پس از انجام توافقات و مذاکره با نهاد تأمین کننده منابع مالی و نگارش برنامه تأمین منابع مالی ضمن مراجعه به دستگاه کارفرما و اعلام آمادگی در خصوص تقبل تعهد تأمین مالی نسبت به شرکت در مناقصه و به صورت عمومی یا مناقصه محدود و یا بسته به ویژگی پروژه در مواردی در حالت ترک تشریفات مناقصه جهت دستیابی به امتیاز تصدی‌گری پروژه اقدام می‌نماید. در این شیوه از عقد قرارداد، نهاد تأمین کننده منابع مالی ذی نفع در پروژه نمی‌باشد و صرفاً به عنوان سرمایه گذار به قرارداد می‌پیوندد. با این وجود روش فوق با محدودیت‌هایی مواجه می‌باشد در واقع از آنجا که پیمانکار در قرارداد EPCF مالک پروژه نمی‌گردد، معمولاً نهادهای تأمین کننده منابع مالی تنها در صورت وجود قرارداد تجاری ما بین کارفرما و پیمانکار حاضر به مذاکره و انعقاد قرارداد تأمین مالی با پیمانکاران خواهند بود. این امر در حالی است که کارفرمایان و شرکت‌های متقاضی تأمین

مالی نیز مطابق ماده ۹ دستورالعمل استفاده از روش EPCF جهت انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار تنها به درخواست متقاضیانی ترتیب اثر خواهد داد که علاوه بر پیشنهاد فنی و مالی نسبت به ارائه پیشنهاد فاینانس نیز اقدام نموده باشند؛ بنابراین این امر می‌تواند سبب ایجاد تسلسل در اجرای این روش گردد. علاوه بر این، در این شیوه، عموماً کارفرمایان تمایلی به ارائه تضامین مستقل به نهاد تأمین‌کننده مالی نخواهند داشت، بنابراین پیمانکار EPCF موظف می‌گردد با تکیه بر سودآوری و نقدینگی پروژه و حمایت پوشش‌های بیمه‌ای اقدام به ارائه تضامین به نهاد تأمین‌کننده منابع مالی نماید که غالباً مورد تأیید این نهادها نمی‌باشد.

۲. در روش دوم، تأمین‌کننده منابع مالی با شرط اجرای عملیات فنی توسط "پیمانکار منتخب خویش" اعلام آمادگی در خصوص تأمین مالی پروژه می‌نماید، بنابراین در این روش پیمانکار، موسسه مالی، بانک و به‌طور کلی نهاد تأمین‌کننده منابع مالی را طرف قرارداد با کارفرمای پروژه EPCF قرار می‌دهد. مطابق این روش، نهاد تأمین‌کننده منابع مالی ذی نفع در قرارداد EPCF تلقی می‌گردد و آورده وی در شرکت پیمانکاری منابع مالی پروژه می‌باشد. حتی در این روش ممکن است نهاد تأمین‌کننده منابع مالی خرید محصولات تولیدی طرح را نیز در قبال حضور پیمانکار منتخبش در اجرای پروژه تعهد نماید. در واقع این روش با شیوه‌های معمول در عقد قراردادهای پیمانکاری در سطح بین‌الملل شباهت بیشتری خواهد داشت چراکه عموماً قراردادهای پیمانکاری مبنای اصول قراردادهای تأمین مالی می‌باشند. در واقع از جمله محاسن این روش می‌توان به امکان مذاکره مستقیم کارفرما و نهاد تأمین‌کننده منابع مالی در خصوص ضمانت بازپرداخت اشاره کرد. چراکه در سایر روش‌ها این ضمانت به صورت غیرقابل انتقال به غیر و صرفاً در وجه پیمانکار صادر می‌شد که مطلوب نهاد تأمین‌کننده منابع مالی نبود.

۳. در آخرین روش، سندیکایی مجتمع از یک یا چند شرکت پیمانکاری و یک یا چند نهاد تأمین‌کننده منابع مالی با انتخاب یک عضو به عنوان عضو عامل مسئولیت شرکت در مناقصه و اعلام آمادگی در خصوص اجرا و تأمین مالی پروژه را بر عهده می‌گیرد. در واقع در این مدل قراردادی که عموماً در طرح‌های بزرگ که به قراردادهای مختلف در زمینه ساخت، بهره‌برداری، نگهداری، استفاده و... نیاز دارد، گروهی از شرکت‌ها و مؤسسات مختلف در

زمینه‌های یاد شده با یکدیگر جمع و کنسرسیومی تشکیل می‌دهند و از این طریق و با انعقاد قراردادهای گوناگون در زمینه‌های مختلف، طرح یا پروژه اقتصادی مزبور را تا مرحله بهره برداری یا مراحل دیگر پیش می‌برند. در تأمین مالی این طرح، بازپرداخت اصل و فرع تسهیلات با اتکا به درآمدهای آتی حاصل از اجرای طرح مورد نظر صورت می‌پذیرد. در واقع در این نوع تأمین مالی، میزان اعتبار و پول مورد نیاز به شرکت‌های پیمانکاری عضو کنسرسیوم اعطا شده و بر عهده این شرکت‌هاست که این میزان را از طرق مختلف گردآوری کنند (Wood, 1995: 12). در ایران نیز در سال‌های اخیر به منظور جلوگیری از ضرر ناشی از توقف طرح‌ها و تحمیل هزینه‌های گزاف بر منافع اقتصادی ملی، شرکت‌های پیمانکاری و مجریان طرح‌ها به استفاده از این روش سوق داده شده‌اند. در این بین بانک صادرات در طرح‌های نفتی مناطق نفت خیز جنوب کشور و بانک ملت در طرح کیش و سایر بانک‌ها با مشارکت یکدیگر و با تشکیل سندیکا به صورت غیر مستقیم با استفاده از شرکت‌های سرمایه‌گذاری مانند پاسارگاد و انرژی، تدبیر امید، سپهر انرژی و... که وابسته به بانک‌ها بودند به تأمین مالی طرح‌های مربوط به حوزه انرژی پرداختند، لیکن در عمل به توفیق چندانی دست نیافتند (Bagheri, et al., 2017:8). در واقع از مهم‌ترین دلایل ناکامی این بانک‌ها و مؤسسات در تأمین مالی سندیکایی می‌توان به مواردی چون عدم درک صحیح بانک‌ها و مؤسسات مذکور از صنعت نفت و گاز، نگاه صرفاً بانکی و مالی به پروژه‌ها، اخذ وثایق و تضامین بزرگ و عدم توجه به تأمین مالی پروژه‌ای (تأمین هزینه از محل اجرای پروژه، عدم تأمین به موقع منابع مالی مورد نیاز جهت پیشبرد پروژه‌ها و...) نام برد (Ebrahimi, 2013-2014:8)؛ بنابراین چنانچه ملاحظه می‌گردد هر یک از سه روش فوق جهت تأمین مالی پروژه‌ای با روش قراردادی EPCF با ایرادات و موانعی روبرو می‌باشد که لازمه برطرف نمودن آن شناخت دقیق مدل قراردادی EPCF توسط تأمین کنندگان مالی، تشریح شرایط مطالعاتی و فرآیند اجرایی این مدل قراردادی و همچنین بازبینی در برخی شرایط مناقصه مانند چگونگی معرفی نهاد تأمین کننده منابع مالی دانست که در ادامه به‌طور کامل به تشریح این موارد خواهیم پرداخت.

رویکرد پیمانکاران و کارفرمایان نسبت به قراردادهای EPCF

یکی از مهم‌ترین مراحل جهت انتخاب یک مدل قراردادی، پیش‌ارزیابی آن توسط طرفین قرارداد می‌باشد. به‌طور کلی در زمان شکل‌گیری ایده یک طرح و پروژه عمرانی، به‌منظور بهره‌بردن از توان پیمانکاران قراردادهای متفاوتی به ذهن کارفرمایان و صاحبان پروژه خطور می‌کند. قراردادهایی که بسته به موضوع هر یک از آن‌ها می‌تواند فرایند تأمین منابع مالی را بر عهده کارفرما و یا پیمانکار یا نهاد تأمین‌کننده منابع مالی جداگانه‌ای قرار دهد. در برخی از قراردادهای امکان مالکیت پیمانکار بر پروژه یا محصول تولیدی وجود خواهد داشت و در برخی دیگر چنین اجازه‌ای به پیمانکار اعطا نمی‌گردد. در برخی از قراردادهای بهره‌برداری از پروژه نه تنها حق پیمانکار می‌باشد بلکه وظیفه وی نیز تلقی می‌گردد حال آن‌که در برخی دیگر از قراردادهای چنین مقررهای وجود نخواهد داشت؛ بنابراین یک قرارداد با توجه به ماهیت پروژه، مدت زمان آن، استراتژیک بودن یا نبودن آن و توانایی دستگاه کارفرما در تأمین مالی آن غالباً توسط کارفرمایان تنظیم و پیمانکاران به آن الحاق می‌گردند.

با این وجود پیمانکاران نیز همواره با پیش‌ارزیابی شرایط قرارداد به دنبال بیشترین سود و کمترین ریسک بوده خود را در معرض خطر قرار نمی‌دهند، خصوصاً در قراردادهایی مانند قراردادهای EPCF که پیمانکاران علاوه بر فرایند مهندسی، تأمین کالا و ساخت، مسئولیت تأمین مالی (EPCF) یا سازماندهی آن (EPC+F) را نیز بر عهده خواهند داشت؛ بنابراین اگرچه در هیچ قراردادی نمی‌توان محدودیت‌ها و موانع را به‌طور کامل از بین برد، لیکن می‌توان با شناسایی مجزای مهم‌ترین محدودیت‌های هر یک از قراردادهای، تا حد زیادی مناسب‌ترین قراردادهای را شناسایی و با لحاظ نمودن تدابیر و شروط خاص قراردادهای تجاری برد-برد منعقد نمود. به همین منظور بر آن هستیم در این بخش از پژوهش، با بهره‌مندی از ابزارهای پژوهش که شامل دو پرسشنامه لیکرت محقق ساخته پنج گزینه‌ای می‌باشد، نسبت به مهم‌ترین و تأثیرگذارترین محدودیت‌های این مدل قراردادی در مقایسه با محدودیت‌های سایر قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی (EPC, DBF, BUY BACK, BOT) از منظر پیمانکاران و کارفرمایان دارای تجربه پردازیم و در بخش دوم، با بهره‌مندی از نتایج حاصل از پرسشنامه‌ها به توصیف هریک از محدودیت‌های اعلام شده در قالب دو محدودیت عام (ناشی از محل اجرای قرارداد) و خاص قراردادهای EPCF و تأثیر آن در عدم جذب سرمایه‌گذار خارجی در ایران پردازیم.

ارزیابی پاسخنامه‌ها

مطابق پاسخ‌های به دست آمده از پرسشنامه پیمانکاران، ۱۴ مورد ذیل از مجموع ۳۵ مورد محدودیت تعیین شده به عنوان مهم‌ترین محدودیت‌های موجود در قراردادهای تجاری و تأثیر گذار ترین موارد در پیش ارزیابی پیمانکاران در انتخاب مدل قراردادی شناخته شد:

محدودیت‌های تأثیر گذار بر پیش ارزیابی قرارداد توسط پیمانکاران

۱	عدم تدوین قرارداد همسان توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور
۲	انتقال ریسک تغییر مقادیر به پیمانکار
۳	انتقال ریسک عدم موفقیت پروژه به پیمانکار
۴	انتقال ریسک موارد غیرقابل پیش‌بینی به پیمانکار
۵	اعمال کنترل کارفرما در انتهای پروژه
۶	اعمال کنترل کارفرما در طول اجرای پروژه
۷	کوتاه بودن مدت قرارداد با توجه به حجم کار واگذار شده (غیر واقعی بودن مدت زمان پیش‌بینی شده).
۸	مسئولیت محض پیمانکار در برابر کارفرما (Single point responsibility)
۹	معین بودن زمان تکمیل پروژه (Eixed Completion Date)
۱۰	روش تأمین مالی محصول پروژه و غیرقابل رجوع به اموال کارفرما
۱۱	مسئولیت پیمانکار نسبت به آموزش نیروی انسانی کارفرما
۱۲	غیرقابل انعطاف و تعدیل ناپذیر بودن شرایط قرارداد
۱۳	ثابت بودن نرخ بازگشت سرمایه
۱۴	تأثیر قواعد حقوقی، وضعیت سیاسی و مالی محل اجرای قرارداد بر پیش ارزیابی انتخاب مدل قراردادی

این امر در حالی است که بررسی این میزان از منظر کارفرمایان نتایج متفاوتی را به دنبال داشت. مطابق پاسخ‌های به دست آمده از پرسشنامه کارفرمایان، جمعاً ۸ محدودیت از مجموع ۲۳ محدودیت تعیین شده در پرسش نامه به عنوان تأثیر گذارترین محدودیت‌های قراردادی در پیش

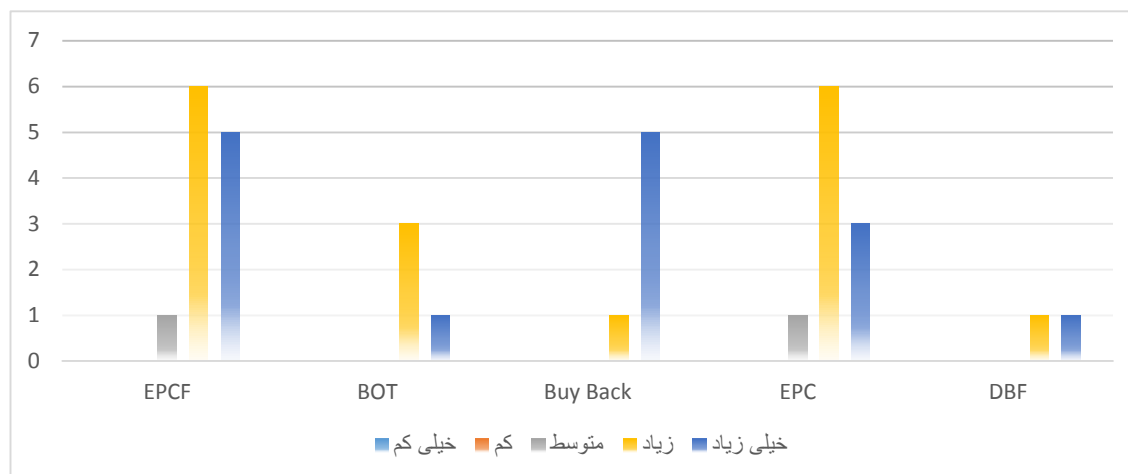
ارزیابی مدل‌های قراردادی توسط این افراد شناخته شد که این موارد عبارت‌اند از:

محدودیت‌های تأثیر گذار بر پیش ارزیابی قرارداد توسط کارفرمایان

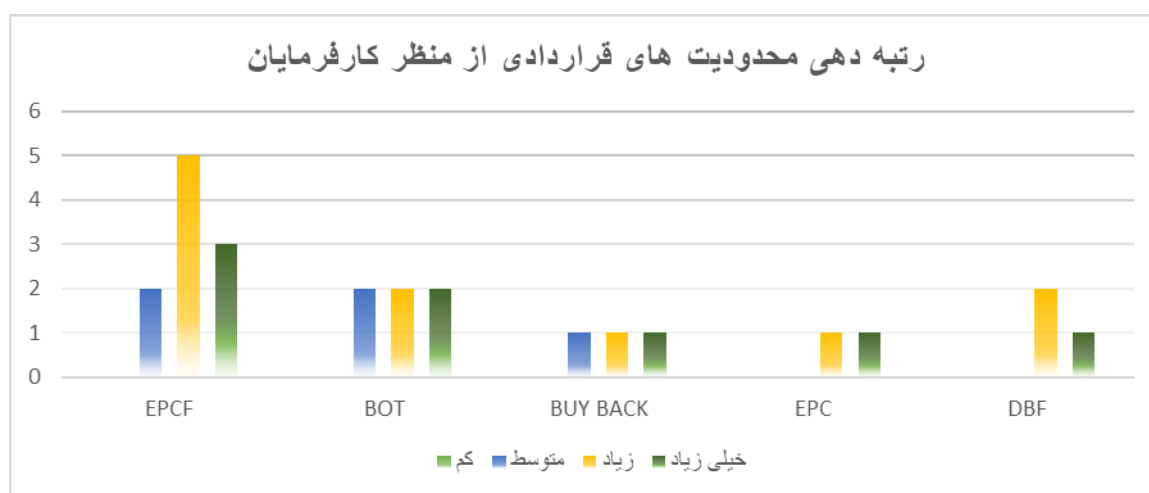
۱	عدم تدوین قرارداد همسان توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور
۲	انتقال مالکیت و حق بهره برداری از پروژه به پیمانکار (در مدت زمان مشخص)
۳	مدت زمان طولانی (مازاد بر ۱۵ سال) جهت فاینانس قرارداد
۴	عدم تعهد پیمانکار به آموزش نیروی انسانی کارفرما
۵	عدم تعهد پیمانکار به انتقال دانش و تکنولوژی به کشور میزبان
۶	مواجهه کارفرما با افراد زیاد و قراردادهای فرعی بی شمار
۷	الزام کارفرما به آزادسازی ضمانت انجام تعهدات در زمان تحویل موقت
۸	انتقال ریسک موارد غیرقابل پیش‌بینی به کارفرما

در مرحله دوم از بررسی پرسشنامه‌ها به منظور رتبه دهی چالش‌برانگیزترین قراردادهای تجاری از منظر کارفرمایان و پیمانکاران با تجربه، نسبت به تطبیق محدودیت‌های اعلام شده با شیوه قراردادی مربوطه اقدام نمودیم. مطابق این بررسی، مجموع ۵ از ۱۴ محدودیت اعلام شده توسط پیمانکاران، مربوط به قراردادهای EPCF، ۳ مورد مربوط به قراردادهای EPC، ۱ مورد مربوط به قراردادهای DBF، ۱ مورد مربوط به قراردادهای BOT و ۵ مورد مربوط به قراردادهای BUY BACK می‌باشد (مورد پروژه‌ای بودن تأمین مالی در قراردادهای BOT و BUY BACK یکسان می‌باشد). همچنین محدودیت اعلام شده در خصوص تأثیر قواعد حقوقی، وضعیت سیاسی و مالی محل اجرای قرارداد بر پیش ارزیابی انتخاب مدل قراردادی در مجموع قراردادها تأثیر گذار اعلام شد.

از منظر کارفرمایان نیز نتایج متفاوت بود. مطابق بررسی‌های انجام شده ۳ محدودیت از مجموع ۸ محدودیت تأثیر گذار اعلام شده توسط کارفرمایان مربوط به قراردادهای EPCF، ۲ مورد مربوط به قراردادهای BOT و قراردادهای EPC، BUY BACK و DBF هر کدام ۱ محدودیت را شامل می‌شوند.



رتبه دهی محدودیت‌های قراردادی از منظر پیمانکاران
(نمودار ۱)



رتبه دهی محدودیت‌های قراردادی از منظر کارفرمایان
(نمودار ۲)

همانگونه که در نمودار شماره یک ملاحظه می‌گردد، قراردادهای EPCF و قراردادهای BUY BACK به لحاظ محدودیت‌های بسیار تأثیر گذار (که با گزینه "خیلی زیاد" در پرسشنامه مطرح شد) در یک مرتبه قرار دارند، با این تفاوت که قراردادهای EPCF از حیث رتبه‌بندی محدودیت‌های دیگر که اگر چه به لحاظ اهمیت دارای رتبه "خیلی زیاد" نبودند لیکن به عنوان

محدودیت‌های اثر گذار در پیش ارزیابی قراردادی دارای مرتبه "زیاد" بودند با قراردادهای EPC در یک مرتبه قرار گرفتند. این موارد که در قراردادهای EPCF عبارت‌اند از عدم آشنایی نهاد پیمانکاری با ماهیت و کارکرد قراردادهای EPCF، عدم شناخت و رواج مدل قراردادی EPCF در خارج از مرزهای کشور به منظور تأمین مالی خارجی، مقطوع بودن قیمت (Fixed price) در قراردادهای EPCF، بازپرداخت منابع مالی تأمین شده توسط پیمانکار یا نهاد تأمین کننده مالی پس از راه‌اندازی و به صورت موجد، نظارت کارفرما بر جزئیات فرایند تأمین مالی و برنامه جدول زمانی تزریق سرمایه در قراردادهای EPCF و ابهام در قوانین و مقررات حاکم بر قراردادهای EPCF مبنی بر روش تأمین مالی قرارداد (سازمانی / پروژه‌ای)، همگی مبین آن است که این مدل قراردادی علی‌رغم مزایای فراوان در شرایط حاضر و بدون فراهم آوردن زیرساخت‌های لازم یعنی قوانین و مقررات روشن کننده، تدوین قراردادهای همسان، توجیه و آشنا نمودن پیمانکاران و کارفرمایان داخل و خارج از کشور با ارکان و ماهیت قرارداد مزبور نه تنها مفید نخواهد بود بلکه طرفین قرارداد را با مشکلات حقوقی فراوانی روبه‌رو خواهد کرد.

از تحلیل نمودار شماره ۲ نیز چنین بر می‌آید که کارفرمایان نیز اصولاً دیدگاه مثبتی نسبت به قراردادهای EPCF نشان نداده‌اند. مطابق این نمودار، بیش‌ترین میزان محدودیت‌های بسیار تاثیر گذار (که با گزینه "خیلی زیاد" در پرسشنامه مشخص شد) از منظر کارفرمایان نیز مربوط به قراردادهای EPCF می‌باشد. این موارد که عبارت‌اند از عدم تدوین قرارداد همسان توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، عدم پیش‌بینی فرایند تأمین مالی قرارداد مزبور در قانون برگزاری مناقصات به منظور اجرا در دستگاه‌های دولتی و مدت زمان طولانی جهت فاینانس قرارداد (به دلیل عدم توانایی دستگاه پیمانکار و نهاد تأمین کننده مالی در تأمین صفر تا صد پروژه) از جمله مهم‌ترین محدودیت‌های تأثیر گذار در پیش ارزیابی قراردادها توسط کارفرمایان می‌باشد و قراردادهای EPCF را در صدر قراردادهای با محدودیت‌های بالا (در مقایسه با قراردادهای EPC, DBF, BOT و BUY BACK) قرار داده است. علاوه بر این محدودیت‌های تأثیر گذار دیگری نیز چون عدم آشنایی پیمانکاران و نهادهای تأمین کننده مالی با ماهیت و کارکرد قرارداد مزبور، عدم شناخت و رواج مدل قراردادی در خارج از مرزهای کشور، عدم الزام پیمانکار EPCF به حصول نتیجه، عدم ارتباط بازپرداخت منابع تأمین شده به راه‌اندازی و عملکرد پروژه در قراردادهای EPCF و عدم تعهد پیمانکار به آموزش نیروی انسانی کارفرما نیز از جمله مواردیست

که اگر چه به عنوان محدودیت‌های بسیار تاثیرگذار شناخته نشد، لیکن در پرسشنامه کارفرمایان به عنوان محدودیت‌های تاثیرگذار (با گزینه زیاد) مورد انتخاب کارفرمایان قرار گرفت و محدودیت‌های این قرارداد را در صدر محدودیت‌های موجود در سایر قراردادهای مرسوم تجاری قرار داد.

بنابراین در این بخش از پژوهش و با بهره‌مندی از نتایج حاصل از پرسشنامه‌ها به توصیف و بررسی هریک از محدودیت‌های اعلام شده در قراردادهای EPCF خواهیم پرداخت.

محدودیت‌های مؤثر بر جذب سرمایه در قراردادهای EPCF

همان‌طور که پیش از این بیان و توسط شرکت کنندگان در پرسشنامه نیز اثبات شد، اجرای کاربردی قراردادهای EPCF در ایران همواره با مشکلات، محدودیت‌ها و ابهامات متفاوتی از لحاظ سرمایه‌گذاری مواجه بوده است و سبب شده تا عملاً هیچ یک از قراردادهای منعقد شده با این روش به نتیجه دلخواه و مورد قبول طرفین نرسد و با دعاوی حقوقی پیچیده مواجه گردد. به‌طور کلی عواملی که موجب بروز مشکل در فرایند اجرای قراردادهای EPCF شده است در دو بخش محدودیت‌ها و خطرات عام سرمایه‌گذاری خارجی (محدودیت‌های ناشی از محل اجرای قرارداد نظیر محدودیت‌های حقوقی، سیاسی و مالی) و محدودیت‌ها و خطرات خاص قراردادهای EPCF قابل بحث می‌باشد که به منظور پیشگیری از اطاله سخن، به بیان خلاصه‌ای از محدودیت‌های عام سرمایه‌گذاری خارجی بسنده کرده و به تشریح و بررسی محدودیت‌ها و خطرات خاص قراردادهای EPCF خواهیم پرداخت.

محدودیت‌ها و خطرات^۱ عام سرمایه‌گذاری خارجی

در علم سرمایه‌گذاری، خطرات عام به "خطرات غیر سیستماتیک"^۲ مشهور اند که در مقابل "خطرات سیستماتیک"^۳ قرار می‌گیرند. منظور از خطرات سیستماتیک خطراتی است که قابل

^۱ منظور از خطر در سرمایه‌گذاری، زیان و آسیب‌های بالقوه و احتمالی است که قابل اندازه‌گیری می‌باشد (Sandra, 1990: 190).

^۲ Unsystematic risks

^۳ Systematic risks

استناد به تغییرات حادث در بازار به عنوان یک مجموعه می‌باشد؛ بنابراین سایر خطرات را غیر سیستماتیک نامیده‌اند (Emam, 1995: 193) یکی از مهم‌ترین خطرات که در انواع قراردادهای مبتنی بر جذب سرمایه خارجی دارای اثر می‌باشند و توسط پیمانکاران نیز به عنوان یکی از تأثیر گذارترین عوامل در پیش ارزیابی انتخاب مدل قراردادی تعیین شدند، خطرات حقوقی^۱ است.

منظور از خطر حقوقی، وجود ابهام در تفسیر قانون یا در اجرای آن و همچنین وجود موانع قانونی در راه جلب و حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی است (Ibid: 196). به‌طور کلی، ریسک مربوط به تغییر قوانین و مقررات ریسکی است که به موجب آن مجموعه دولت اعم از قوه مقننه، قضاییه و مجریه، چارچوب‌های حقوقی، قانونی و قضایی که پروژه در آن به اجرا در می‌آید را تغییر خواهند داد. این ریسک یک اقدام حقوقی دولتی است که بر قابلیت پروژه نسبت به خدمات بدهی و یا غیر سود دار^۲ نمودن پروژه تأثیر می‌گذارد.

ازجمله این تغییرات می‌توان به محدودیت‌های صادراتی و وارداتی، مالیات و یا تغییر استانداردهای محیطی اشاره کرد. از آن جا که اقدامات دولتی، قانونی هستند بیمه گران ریسک‌های سیاسی، عموماً این قبیل ریسک‌ها را بیمه نمی‌نمایند، با این وجود کشور میزبان ممکن است تمایل داشته باشد تا با حمایت کننده پروژه وارد مذاکره شده تا دولت از انجام برخی اقدامات خودداری نماید. لذا قوانین و مقررات داخلی کشوری که پروژه در آنجا واقع شده است باید به دقت توسط شرکت کنندگان در پروژه به ویژه حمایت کننده و قرض دهندگان در اوایل دوره ساخت و یا مستند سازی مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

ضعف نظام‌های حقوقی کشورهای در حال توسعه در مقایسه با کشورهای توسعه یافته می‌تواند منجر به نوعی ابهام در محیط حقوقی ای گردد که پروژه باید در آنجا ساخته شده و مورد بهره برداری قرار گیرد. این مرحله همچنین منجر به ابهام برای قرض دهندگان پروژه که مجبورند حقوق خویش را به اجرا گذارند، می‌گردد. ارزیابی نهادهای خارجی در خصوص نظام قضایی، قابلیت اجرای آرای خارجی و قابلیت اجرای آرای داوری از مهم‌ترین موضوعاتی هستند که توسط پیمانکاران بین‌المللی و همچنین نهادهای تأمین کننده منابع مالی مورد بررسی قرار می‌گیرند

1- Legal risks

2- Unprofitable

(Miyamoto, ken, 2000: 1154).

از جمله مهم‌ترین قوانین ایران که همواره در رویارویی با سرمایه‌گذار خارجی حائز اهمیت و حتی در مواقعی محدودیت‌زا شناخته شده است، می‌توان به اصول ۸۱، ۱۳۹ و ۱۵۳ قانون اساسی، برخی مواد قانون جلب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۳۴، قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ و قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحیه ۱۳۹۴/۴/۳۱ اشاره کرد که به جهت بررسی در نوشته‌های پیشین و جلوگیری از تکرار مکررات از تشریح این قوانین و محدودیت‌های ناشی از آن در مقاله حاضر خودداری و به اصل سخن و هدف اصلی مقاله که محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی در قالب خاص قراردادهای EPCF است، خواهیم پرداخت.

محدودیت‌ها و خطرات خاص قراردادهای EPCF

همان‌طور که پیش از این بیان شد، در مقابل خطرات عام و غیر سیستماتیک، خطرات خاص و سیستماتیک وجود دارد که بسته به نوع قرارداد، روش سرمایه‌گذاری و روش اجرای پروژه متفاوت می‌باشد. این موارد در خصوص قراردادهای EPCF عبارت است از:

تعارض تأمین مالی خارجی در مدل قراردادی EPCF با قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی مصوب ۱۳۹۸/۲/۱۵
به‌طور کلی فرایند حمایت از تولیدات داخلی با "قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی، تولیدی، صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات" مصوب ۱۳۷۵ آغاز شد، پس از آن در سال ۱۳۹۱، قانون دیگری با عنوان "قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آن‌ها در امر صادرات و اصلاح ماده‌ی ۱۰۴ قانون مالیات‌های مستقیم" به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و طی آن، کلیه‌ی مواد قانون مصوب ۱۳۷۵، لغو گردید. در اردیبهشت‌ماه سال ۱۳۹۸ نیز آخرین دیدگاه‌ها نسبت به حمایت از توان تولیدی و خدماتی کشور در قانونی تحت عنوان "قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی" منعکس و به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و به موجب آن، قانون مصوب ۱۳۹۱ به جز ماده ۱۲ آن که در خصوص معافیت کارگران

اعزامی به پرداخت مالیات می‌باشد، منسوخ اعلام گردید. با این وجود خواستگاه و مقصود نهایی هر سه قانون فارغ از اصلاحات و تفاوت‌های جزئی، بومی سازی خدمات تخصصی و پیشرفت پیمانکاران داخلی و به نوعی قدم نهادن در مسیر " نهضت ساخت داخل " می‌باشد. مطابق بند الف ماده ۵ قانون اخیر: " از تاریخ لازم‌الاجراء شدن این قانون، ارجاع کار توسط دستگاه‌های موضوع ماده (۲) این قانون^۱ صرفاً به مؤسسات و شرکتهای ایرانی ثبت شده در فهرست توانمندی‌های مندرج در سامانه ماده (۴) این قانون مجاز است. در غیر این صورت و نیاز به استفاده از مشارکت ایرانی - خارجی (با سهم شرکت ایرانی حداقل پنجاه و یک درصد ۵۱٪) ارجاع کار با پیشنهاد بالاترین مقام دستگاه اجرائی و تصویب هیأت نظارت موضوع ماده (۱۹) این قانون، مجاز خواهد بود... "

شرکت ایرانی - خارجی نیز مطابق بند ۱۰ ماده ۱ به آن دسته از شرکت‌های قلمداد می‌گردد که متشکل از اشخاص حقیقی یا حقوقی ایرانی و خارجی بوده و یا گروه اقتصادی با منافع مشترک (کنسرسیوم) باشد که بر اساس قرارداد قانونی معتبر برای انجام طرح (پروژه) مشخص، تشکیل شده باشد.

بنابراین دستگاه‌های موضوع ماده ۲ این قانون، موظفند در اجرای کلیه طرح‌ها و پروژه‌های

۱ " کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت موضوع ماده (۴) قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶/۶/۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی آن، بانک‌ها، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی موضوع ماده (۵) قانون مذکور و شرکتهای تابعه آنها، بنیادها، نهادهای انقلاب اسلامی، شرکت‌ها، مؤسسات و نهادهای موضوع ماده (۶) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵ با اصلاحات و الحاقات بعدی و شرکتهای تابعه آنها و همچنین کلیه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات، دستگاه‌ها و واحدهایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام است از قبیل شرکتهای تابعه وزارت نفت در امور نفت، گاز، پتروشیمی و پالایش و پخش، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران و سازمان توسعه و نوسازی معادن و صنایع معدنی ایران، سازمان هواپیمایی کشوری، سازمان بنادر و دریانوردی، سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران، شرکت ملی فولاد اعم از اینکه قانون خاص خود را داشته باشند و یا از قوانین و مقررات عام تبعیت کنند و اشخاص حقوقی وابسته به آنها، ستاد اجرائی فرمان امام (ره)، قرارگاه‌های سازندگی، سازمان‌های مناطق ویژه اقتصادی با مدیریت بخش عمومی، هیأت امنای صرفه‌جویی ارزی در معالجه بیماران و دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی و نهادهای و شرکتهای تابعه و وابسته آنها، اعم از اینکه از امکانات دولتی، وجوه عمومی و یا از درآمدهای خود و یا از تسهیلات، اعتبارات و تضامین ارزی و ریالی استفاده می‌کنند، صرف نظر از فعالیت در سرزمین اصلی یا مناطق ویژه اقتصادی "

خدماتی، ساخت، نصب و تأمین کالاها، تجهیزات، لوازم و فراورده‌ها به گونه‌ای برنامه‌ریزی کنند که حداقل ۵۱ درصد هزینه طرح و پروژه آنها به صورت کار در داخل کشور باشد، لیکن در عمل و در راستای الزام پیمانکاران خارجی، سیاست کلی تجاری اکثر شرکت‌های خارجی بر واگذاری عملیات پر هزینه و پر دردسر (اغلب ساخت و نصب) به شرکت‌های بومی است. در حالی که اجرای تخصصی بخش‌های پر سود (مدیریت، مهندسی و خرید) با شرکت پیمانکار خارجی است و در عمل پیمانکاران خارجی با تکیه بر قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و به منظور تخصیص ریسک‌ها و کاهش هزینه‌های پروژه، از پیمانکاران ایرانی بهره می‌برند (Pakdaman, 2007:125).

از سوی دیگر توجه به حفظ سهم حداقل ۵۱ درصد تولیدات داخلی نسبت به مبلغ کل پروژه در قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی، موجب گشته تا تأمین اعتبار طرح، تبدیل به چالشی عمده در روند اجرای آن برای پیمانکاران داخلی گردد، خصوصاً آن‌که متأسفانه در ایران تفکر تأمین اعتبار مالی بخشی یا تمام پروژه با استفاده از منابع مالی بین‌المللی در اشکال مختلف شکل نگرفته است (Aminzadeh & Abdi, Ibid:16). چنانچه در قراردادهای EPCF نیز مشاهده می‌شود، اگرچه تأمین منابع مالی طرح را به پیمانکار ایرانی واگذار می‌کنیم لیکن به دلیل محدود بودن درآمدهای دولت و همچنین نوپا بودن بخش خصوصی در کشور متأسفانه امکان حضور قدرتمند در عرصه سرمایه‌گذاری کلان در اقتصاد کشور برای این پیمانکاران وجود ندارد (Nabi feyzi, et al., 2016:152) بنابراین تأمین اعتبار در قالب تأمین منابع مالی خارجی به عنوان تنها راهکار در اختیار پیمانکاران ایرانی قرار می‌گیرد که به‌طور کلی با قوانین اشاره شده در تضاد خواهد بود و محدودیت تأمین مالی این پروژه‌ها را افزایش خواهد داد. چنانچه در قرارداد مربوط به مجتمع فولاد مبارکه نیز این محدودیت برای طرف خارجی صراحتاً در ماده ۱۶ قرارداد پیش‌بینی شده است، مطابق این بند از قرارداد، پیشنهاد دهنده (پیمانکار) لازم است قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی، تولیدی، صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲ را رعایت نماید و مجتمع فولاد نیز این امکان را خواهد داشت که در طول مدت قرارداد موارد

مورد نیاز پیمانکار را مورد بررسی قرار داده و مواردی که امکان تولید در داخل کشور خواهد داشت را شناسایی نماید؛^۱ بنابراین چنانچه ملاحظه می‌گردد اگر چه الزام پیمانکار به در نظر گرفتن این قانون، ارجاع کار به مؤسسات و شرکتهای ایرانی را در اولویت قرار می‌دهد و در موارد مشارکت نیز ارجاع کار تنها به شرکتهایی با حداقل سهم ۵۱ درصد برای طرف ایرانی وجود خواهد داشت با این وجود، در شرایط رکود اقتصادی حاضر و تحریم‌های بین‌المللی به دلیل محدود بودن درآمدهای دولت و عدم توان بخش خصوصی، این قانون صرفاً محدودیتی عظیم در تقابل با سرمایه‌گذاران خارجی را به دنبال خواهد داشت.

تعارضی قانون برگزاری مناقصات با پیشنهاد تأمین مالی موجود در روش قراردادی EPCF

به‌طور کلی شرکتهای دولتی جهت استفاده از روش EPCF و بهره‌مندی از تأمین مالی خارجی نیازمند اخذ مجوزها و طی فرایندهای اداری گوناگونی می‌باشند که پروسه اجرای آن را بسیار طولانی و با مشکل مواجه می‌سازد. این موارد عبارت‌اند از:

۱. معرفی پروژه از سوی دستگاه اجرایی به سازمان برنامه و بودجه
۲. بررسی سازمان برنامه و اعلام طرح به وزارت امور اقتصادی و دارایی به عنوان طرح اولویت دار جهت استفاده از تأمین مالی خارجی
۳. اخذ مصوبه شورای عالی اقتصاد و تعیین حداکثر مبلغ تسهیلات
۴. اخذ تعهد سازمان برنامه و بودجه مبنی بر تعهد تأمین اعتبار برای بازپرداخت اقساط وام
۵. اخذ مصوبه هیات وزیران و مجوز صدور ضمانتنامه دولتی جهت دریافت وام خارجی
۶. صدور ضمانت نامه از سوی وزارت اقتصاد
۷. اخذ ردیف اعتباری وامی و داخلی برای طرح

1- **ARTICLE 16.** The Bidder shall adhere and take into consideration the laws enacted on 12.12.1375 (according to Iranian Calendar) regarding the use of engineering, technical ability and production capability inside Iran.

Therefore the Bidders are required to include in their proposals for local manufacturing accordingly.

Note: The Client. Deserves the rights, during contract period to consider some variance in the scope of supply of the Bidder and will identify the items that could be locally supplied and or manufactured by Bidder.

۸. اخذ مجوز خزانه برای افتتاح حساب مخصوص پروژه
۹. مبادله موافقت نامه با سازمان برنامه و بودجه برای پروژه
۱۰. پیش‌بینی اعتبارات داخلی بر اساس برنامه تدارکات و درج در بودجه‌های سالانه
۱۱. درخواست تخصیص در فصول

علاوه بر موارد فوق، مطابق ماده ۱۹ و ۲۰ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳/۱۱/۳ این گونه شرکت‌ها صرفاً به بررسی و ارزیابی پیشنهادهای فنی و مالی پرداخته و نسبت به پیشنهاد تأمین مالی موضوع قراردادهای EPCF در قانون برگزاری مناقصات پیش‌بینی به عمل نیامده است؛ بنابراین دستگاه دولتی ابتدا بر اساس معیارها و روش‌های اعلام شده در اسناد مناقصه نسبت به ارزیابی فنی مناقصه گران اقدام و سپس در صورت پذیرفته شدن در مرحله ارزیابی فنی نسبت به ارزیابی پیشنهادات مالی و قیمت اعلام شده آنها بررسی به عمل خواهند آورد و نتیجتاً مناقصه‌گری که حائز مناسب‌ترین قیمت ارائه شده باشد به عنوان برنده اعلام خواهد شد.

این امر در حالی است که مطابق ماده ۷ دستورالعمل استفاده از روش EPCF جهت انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار مصوب ۱۳۹۰ مهم‌ترین و اولین رکن ارزیابی مناقصه گران جهت استفاده از روش قراردادی EPCF، ارزیابی توان متقاضیان در فاینانس و تأمین مالی پروژه می‌باشد. در حقیقت نخستین ملاک عمل در انتخاب مناقصه گران قراردادی EPCF، پیشنهاد فاینانس شرکت‌های پیمانکاری می‌باشد و پакت‌های تضمین و پیشنهادات فنی تنها در صورتی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد که پیشنهادات فاینانس آنها حائز شرایط شناخته شده باشد (ماده ۱۲) و پس از ارزیابی و مورد تأیید قرار گرفتن پیشنهادات فاینانس و فنی نسبت به بررسی و هم‌سنگ‌سازی پیشنهادات مالی این شرکت‌ها اقدام خواهد شد (ماده ۱۲) بنابراین، اجرا و برگزاری مناقصات مدل قراردادی EPCF جهت انتخاب در شرکت‌های دولتی با چالش مواجه خواهد بود. علاوه بر این برخلاف ماده ۱۵ دستورالعمل استفاده از روش EPCF که در صورت وجود مناقصه گر انحصاری، طی نمودن فرآیند این آیین‌نامه را لازم نمی‌دانند و صرفاً به تأیید صلاحیت تأمین مالی و

سرمایه‌گذاری توسط کمیته تخصصی سرمایه‌گذاری وزارت نفت اکتفا می‌کند^۱، در ماده ۲۷ قانون برگزاری مناقصات مبنی بر ترک تشریفات مناقصه این امر را مستلزم اخذ مجوز، تشخیص و تأیید هیأت ترک تشریفات موضوع ماده ۲۸ قانون دانسته است که فرایند این امر را با پیچیدگی‌های اداری مواجه می‌کند^۲.

چالش Fixed Price در قراردادهای EPCF

همان‌طور که پیش از این بیان شد و در تبصره ۴ ماده ۴ قرارداد مربوط به مجتمع فولاد مبارکه نیز صراحتاً به آن اشاره شده است^۳، قراردادهای EPCF از جمله قراردادهای قیمت مقطوع (Fixed Price) و بدون تعدیل تلقی می‌گردد در حقیقت مطابق این مدل قراردادی، قیمت در زمان انجام مذاکرات برآورد و به‌طور مقطوع و تصویب شده مورد توافق قرار می‌گیرند بنابراین در این مدل کلیه ریسک‌های قراردادی بر ذمه پیمانکار قرار گرفته و وی مکلف به اتمام پروژه بر مبنای قیمت توافق شده خواهد بود (Zohdi, Ibid:195).

بنابراین قرارداد EPCF به دلیل قیمت مقطوع آن با ریسک‌های ذیل مواجه خواهد بود:

۱. به دلیل ثابت بودن مبلغ قرارداد امکان تغییر در پروژه وجود نخواهد داشت.
۲. به علت تحمیل حداکثر ریسک به پیمانکار، در صورت عدم توانایی تأمین منابع مالی، پروژه ناتمام خواهد ماند.
۳. در شرایط تورمی و پرافت و خیز اقتصادی که عمده‌تأ با نوسانات مالی و ارزش مواجه می‌باشد قرارداد مبتنی بر Fixed Price موجب می‌گردد تا قیمت قرارداد، هزینه واقعی انجام کار را

۱ در مواردی که متقاضی انجام پروژه به روش EPCF به صورت انحصاری وجود داشته باشد و صلاحیت تأمین مالی سرمایه‌گذاری آن توسط کمیته تخصصی سرمایه‌گذاری وزارت نفت تأیید گردد، نیازی به طی ترآیند این دستورالعمل نمی‌باشد.

۲ در مواردی که انجام مناقصه براساس گزارش توجیهی دستگاه مناقصه‌گذار به تشخیص یک هیأت سه نفره مرکب از مقامات مذکور در ماده (۲۸) این قانون میسر نباشد، می‌توان معامله را به طریق دیگری انجام داد و در این صورت هیأت ترک تشریفات مناقصه با رعایت صرفه و صلاح دستگاه، ترتیب انجام این گونه معاملات را با رعایت سایر مقررات مربوط در هر مورد برای یک نوع کالا یا خدمت تعیین و اعلام خواهد نمود.

3- ARTICLE 4. Note 4: The Contract Price is fixed and not subject to escalation.

پوشش ندهد؛ بنابراین پیمانکار را به سمت و سویی بکشانند تا سود خود را از طریق کاهش هزینه‌ها، افزایش دهد و در نتیجه به طور مستقیم بر روی کیفیت و زمان‌بندی انجام پروژه تأخیر بگذارد، خصوصاً آن که بر طبق اعلام مرکز آمار ایران در خصوص آخرین وضعیت تورمی، دی ماه ۱۳۹۹ نسبت به ماه مشابه سال گذشته میزان ۴۶/۲ درصد افزایش داشته است که در خصوص اجرای قراردادهای EPCF مبتنی بر قیمت ثابت بسیار چالش برانگیز می‌باشد (Statistical Center of Iran, Consumer Price Index: 2021).

دوره سرمایه‌گذاری طولانی در قراردادهای EPCF

قراردادهای EPCF عمدتاً در طرح‌های عمرانی اجرا می‌گردد. این گونه طرح‌ها همواره با مشکل طولانی شدن مدت اجرا روبرو می‌باشند، در حقیقت طولانی شدن مدت اجرای طرح‌ها به معنای معطل ماندن منابع مالی و افزایش هزینه تمام شده طرح‌ها می‌باشد؛ بنابراین توجه به عواملی مانند ریسک‌ها و مخاطرات مالی و پولی، نظام ارزی و ثبات رویه‌های مقرراتی و... که خود عاملی مؤثر در اتمام به موقع قرارداد می‌باشد از طرف سرمایه‌گذاران امری لازم تلقی می‌گردد؛ به عبارت دیگر میزان تمایل سرمایه‌گذاران مالی با دوره زمانی سرمایه‌گذاری نسبت عکس خواهد بود. بدین معنا که با افزایش مدت سرمایه‌گذاری یا دوره استقراض تسهیلات مالی و اعتباری، درجه علاقه مندی و گرایش به اعطای تسهیلات مورد درخواست پایین خواهد آمد؛ بنابراین دور از انتظار نیست که در خصوص سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت و میان مدت مانند طرح‌های عمرانی در کشورهایی مانند ایران که میزان امنیت مالی، پولی و اقتصادی آن با تحریم‌های متعددی مواجه می‌باشد میل سرمایه‌گذاران و تأمین کنندگان مالی به استفاده از روش قراردادی EPCF که عمدتاً فعالیت‌های دیربازدهی تلقی می‌گردند، روند نزولی داشته باشد. همین امر نسبت به چگونگی بازپرداخت هزینه‌های تأمین شده نیز صدق می‌کند و چنانچه مدت زمان بازپرداخت هزینه‌ها طولانی و تعداد اقساط آن خارج از عرف جاری انجام شود، بر جذب سرمایه‌گذاران خارجی تأثیر معکوس خواهد داشت.

ابهام در رجوعی یا غیر رجوعی بودن قراردادهای EPCF

نظر به آن که امروزه واژه تأمین مالی در معنای موسع خود انواع روش‌ها و طرق جذب سرمایه

اعم از ۱- رجوعی (تأمین مالی سازمانی)^۱ بر مبنای تعهد پرداخت کل مبلغ تسهیلات و هزینه‌های مالی از محل یا به اتکای دارایی‌های شرکت ۲- غیر رجوعی (تأمین مالی پروژه‌ای)^۲ به معنای تکیه بر دارایی‌ها و درآمد آتی پروژه به عنوان پایه‌ای در جهت تأمین وجوه مورد نیاز و ۳- انواع روش‌های تأمین مالی از طریق بازار سرمایه^۳ را در بر می‌گیرد، این امر بیش از پیش حائز اهمیت است تا نسبت به ماهیت، چگونگی و تمامی ابعاد و طرق تأمین مالی در قرارداد، مابین طرفین توافق حاصل شده و بدین طریق از مشکلات ناشی از آن در آینده پیشگیری به عمل آید. این ویژگی در خصوص قراردادهایی چون قرارداد EPCF که از دستورالعمل ویژه جهت تنظیم برخوردار می‌باشد این ذهنیت و رویکرد را تقویت می‌نماید تا منعقد کنندگان آن در خصوص کلیت روش تأمین مالی به دستورالعمل مراجعه کرده و در خصوص جزئیات آن به انجام مذاکره و توافق بپردازند. این امر در حالیست که به‌طور کلی دستورالعمل وزارت نفت در خصوص روند انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار متقاضی استفاده از مدل قراردادی EPCF از جهات مختلف دارای ابهام می‌باشد. در حقیقت عدم ذهنیت کامل و جامع نگارندگان این دستورالعمل نسبت به ابعاد مختلف و تأثیر تعاریف ارائه شده در اجرای عملی این قرارداد، خلط مفاهیم، سردرگمی شرکت‌ها، پیمانکاران و تأمین کنندگان منابع مالی متقاضی جهت استفاده از این مدل قراردادی را به همراه داشته است.

همان‌طور که پیش از این بیان شد با یک دید کلی نسبت به دستورالعمل استفاده از قراردادهای EPCF جهت انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار متوجه کاستی‌های این دستورالعمل مبنی بر عدم تعیین حدود مسئولیت طرفین، ابهام در ساختار پیشنهادی تأمین مالی، عدم تعیین زمان بندی در خصوص سازماندهی تأمین مالی و معلوم نبودن تضامین و وثایق مورد نیاز جهت شرکت در مناقصه شدیم، لیکن اینک با دید جزئی‌تر در مواد دستورالعمل، ابهامات در ماهیت کلی قرارداد EPCF دو چندان می‌گردد به حدی که حتی در مواردی نوع مدل قراردادی را نیز زیر سؤال خواهد برد که در ادامه به بیان این ایرادت خواهیم پرداخت.

مطابق ماده یک دستورالعمل، فاینانس پروژه عبارت است از: "یک برنامه تأمین منابع برای

1- Corporate Finance

2- Project Finance

3- Capital Markets

یک واحد اقتصادی خاص، که در آن یک اعتبار و یا تسهیلات دهنده با نگرستن به جریان نقدی و عایدات واحد اقتصادی مزبور به عنوان منبع نقدی که به واسطه آن یک اعتبار و یا تسهیلات مالی بازپرداخت خواهد شد و به دارایی‌های واحد اقتصادی مورد نظر به عنوان وثیقه برای وام، اعتبار یا تسهیلات مالی قانع می‌گردد... " بنابراین مطابق این تعریف، تأمین مالی صورت گرفته در قرارداد EPCF نوعی تأمین مالی پروژه‌ای بوده که بازپرداخت هزینه‌های انجام شده را از محل عواید محصولات تولیدی پروژه انتظار خواهد داشت؛ به عبارت دیگر در صورتی که تأمین مالی قرارداد EPCF را تأمین مالی پروژه‌ای در نظر بگیریم پیمانکار حق هیچ گونه رجوعی به اموال کارفرما جهت بازپرداخت منابع تأمین شده را نخواهد داشت و از دارایی‌ها و درآمد آتی پروژه به عنوان پایه‌هایی در جهت تأمین وجوه مورد نیاز استفاده خواهد کرد (Esty Benjamin, 2003: 3) بنابراین تمامی ریسک موفقیت یا عدم موفقیت پروژه بر عهده پیمانکار خواهد بود.

این امر در حالی است که مطابق تعریف ارائه شده از نهاد تأمین کننده منابع مالی در ماده یک دستورالعمل، "فاینانسور شخصیت حقوقی است که با استفاده از روش‌های رایج تأمین مالی بر مبنای شرایط اعلان شده توسط شرکت در این دستورالعمل و یا حسب مورد با لحاظ کردن شرایط مورد تأیید شرکت، فاینانس پروژه را در قبال تضامین و وثایق صادره از سوی شرکت، طبق شرایط رقابتی یا حسب مورد بر مبنای شرایط مصوب هیئت مدیره شرکت، تعهد می‌کند." همچنین مطابق بند ۵ ماده ۷ نسبت به بازپرداخت اصل و فرع منابع فاینانس پروژه از طریق اعتبار اسنادی مدت دار و یا تعهد نامه پرداخت توسط مناقصه گذار اشاره شده است؛ بنابراین چنانچه ملاحظه می‌گردد، مطابق دو تعریف اخیر بازپرداخت منابع مالی در تعهد کارفرما و به عبارت دیگر تأمین مالی سازمانی می‌باشد، که برخلاف تعاریف ارائه شده از عبارت فاینانس که تأمین مالی را غیر رجوعی و صرفاً از محل عایدات محصولات تولیدی قلمداد می‌نمود، می‌باشد. به عبارتی مطابق ماده ۷ تأمین مالی رجوعی و حتی در مواردی نقش پیمانکار محدود به ترتیب دادن و سازماندهی تأمین منابع مالی می‌باشد. چنانچه در بند ۲ ماده ۷ دستورالعمل، نسبت به بازپرداخت نرخ سازماندهی (Arrangement fees) نیز مقرراتی پیش‌بینی شده و آن را تابع مقاطع توافق شده و روش‌های

مندرج در قرارداد دانسته است^۱؛ بنابراین، تمامی این ابهامات و ایرادات موجب گشته تا قراردادهای EPCF در عمل دچار مشکل شده و فرآیند مناقصه آن بدون ملاک عمل قرار دادن این دستورالعمل و با انجام مذاکرات طولانی مدت، منعقد و با مشکلات حقوقی فراوانی روبرو گردد.

عدم تعیین تضامین مناسب و قابل قبول

اصولاً کشورها و یا مؤسسات سرمایه پذیر به منظور رفع معضلات و خطرات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی و بازگشت سرمایه نهادهای تأمین کننده منابع مالی، تضمین‌هایی را برای ایشان در نظر می‌گیرند که در صورت فقدان و یا عدم رعایت حال سرمایه گذار در این تضمینات میزان سرمایه‌گذاری به نحو چشم گیری کاهش می‌یابد.

در حقوق ایران نیز دولت به منظور جذب سرمایه‌های خارجی تضمیناتی را در نظر گرفته است که از آن جمله می‌توان تضمینات قانونی از قبیل تضمین بازپرداخت منابع مالی تأمین شده در موعد مقرر، تضمین جبران خسارت ناشی از ممنوعیت یا توقف اجرای موافقت‌نامه‌های مالی بر اثر وضع قانون و... اشاره کرد. از بین تضمین‌هایی که مورد اشاره قرار گرفت، برخی در قانون ایران نیز مورد تصریح قانون گذار قرار گرفته است و برخی نیز ممکن است به صورت قراردادی مورد توافق طرفین قرار گیرد (Aminpour, 2016: 401). از سوی دیگر، نخستین مسئله برای سرمایه گذار و طرف قرارداد قبل از ورود به مرحله گسترش و توسعه پروژه، شناسایی و درک نوع وثیقه و تضمینی است که توسط دولت مجاز دانسته شده است. عموماً کشورهای دارای حقوق کامن لا چنین مقرر می‌دارند که حق تصرف نسبت به وثیقه و نسبت به تمامی سرمایه مجاز است، در مقابل کشورهای دارای حقوق نوشته عموماً چنین موضوعی را مجاز نمی‌دانند لذا شناسایی نوع حق تصرف در وثیقه و بررسی و تجزیه و تحلیل آن به ویژه از سوی قرض دهندگان از اهمیت بسزایی برخوردار است (Rezaei, 2016: 124).

به‌طور کلی بحث تضامین در قراردادهای EPCF نیز از دو جهت مشکل ساز می‌باشند. مطابق

^۱ تبصره ماده ۷، ۲، ۱: هزینه‌های مرتبط با نرخ مدیریت (Management fees) و نرخ سازماندهی (Arrangement fees) به مدیریت کننده و سازماندهی کننده در مقاطع تواتق شده و به روش مندرج در قرارداد پرداخت خواهد شد.

ماده ۷.۱.۵ دستورالعمل استفاده از روش EPCF جهت انتخاب شرکت‌های صلاحیت‌دار، مناقصه گذار با صدور تعهد نامه پرداخت Letter Of Undertaking یا گشایش اعتبار اسنادی مدت دار Differed Payment LC بازپرداخت اصل و فرع مبلغ فاینانس پروژه را تضمین می‌نماید این امر در حالیهست که:

نخست آنکه تضامین ارائه شده از جانب کارفرما صرفاً در وجه پیمانکار صادر شده و این امر موجب می‌گردد تا نهادهای تأمین کننده منابع مالی، آن را به عنوان یک تضمین کافی و قابل قبول تلقی نمایند. به لحاظ حقوقی نیز، به جهت آن که اصل بر غیرقابل انتقال بودن ضمانت نامه می‌باشد و مطابق ماده ۳۳ مقررات متحدالشکل ضمانت نامه‌های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز: "ضمانت نامه فقط در صورتی قابل انتقال است که صراحتاً عبارت «قابل انتقال» در آن ذکر شود..." همچنین "...ضمانت نامه وقتی انتقال می‌یابد که انتقال‌دهنده طی اظهاریه امضا شده‌ای خطاب به ضامن اعلام نماید که انتقال گیرنده جانشین حقوق و تعهدات او در رابطه پایه شده است." و "...به هر حال ضامن مکلف به پرداخت عواید به منتقل الیه نیست مگر این که خود با آن موافقت کرده باشد." بنابراین اگرچه در مدل قراردادی EPCF بعضاً بر حسب توافق و مذاکرات انجام شده، تأمین مالی پروژه‌ای و بازپرداخت از محل عایدات پروژه مطرح است، لیکن در گذر زمان نهادهای تأمین کننده منابع مالی متوجه عدم توانایی پیمانکاران در بازپرداخت منابع مالی شرکتی شدند و مرتکب این ریسک نمی‌شوند به همین جهت تأمین مالی طرح را صرفاً پس از بررسی چگونگی تضامین و حصول اطمینان از بازگشت مبالغ تخصیص یافته می‌پذیرند؛ بنابراین این امر لازم می‌نماید به منظور سهولت در جذب سرمایه و کسب رضایت و حفظ حقوق نهادهای تأمین کننده منابع مالی در قراردادهای EPCF، کارفرما قبلاً موافقت خود را با انتقال ضمانت نامه اعلام یا بعداً با چنین انتقالی موافقت نماید.

دومین ایراد آن است که، تضمین در قراردادهای EPCF پس از فرایند مناقصه پیمانکار و معرفی نهاد تأمین کننده منابع مالی توسط وی حاصل می‌گردد؛ به عبارت دیگر دستورالعمل استفاده از روش EPCF معرفی تأمین کننده منابع مالی را در طی مناقصه پیمانکار مطرح می‌دارد و در حقیقت مهم‌ترین و اولین مرحله مناقصه روش قراردادی EPCF بازگشایی بسته‌های پیشنهادی تأمین مالی و معرفی تأمین کننده منابع مالی طرح می‌باشد، این نهاد نیز می‌بایست مطابق بند ۱ ماده ۷ دستورالعمل، مبلغ مورد نظر جهت فاینانس پروژه را بر مبنای جدول یا جریانات نقدی پروژه

تأمین و صراحتاً اعلام نماید حال آنکه امروزه موضوع درخواست تأمین مالی یک پروژه زمانی قابل مذاکره است که بدو موضوع تضمین بازپرداخت هزینه‌های قرارداد تجاری توسط کارفرما تعیین شده باشد، لیکن این نکته در قراردادهای EPCF و به‌طور مشخص در دستورالعمل وزارت نفت مسکوت مانده و صرفاً در ماده ۷.۱.۵ به بازپرداخت اصل و فرع مبلغ فاینانس پروژه در قالب تعهد نامه پرداخت و یا اعتبار اسنادی مدت دار به‌طور کلی اشاره شده است. این امر در حالی است که تضمین کارفرما در قالب اعتبار اسنادی مدت دار نیز خود موضوعی قابل بحث و محدودیت‌زا در حیطه قراردادهای EPCF می‌باشد، به‌طور کلی در اعتبار اسنادی مدت دار، وجه اعتبار اسنادی، مدتی پس از ارائه اسناد و تأمین سایر شرایط مقرر در اعتبار اسنادی قابل پرداخت است، که این مدت باید به صراحت در اعتبار اسنادی معین شود (Shiravi, Ibid:255). در حقیقت اعتبار اسنادی مدت دار نوعی یوزانس تلقی می‌گردد که در کشورهای با کمبود ارز مورد استفاده قرار می‌گیرد. در حقیقت از آنجایی که وام‌گیرنده یا متقاضی تأمین مالی (کارفرمای EPCF) توان پرداخت هزینه‌های خرید کالا، خدمات یا تکنولوژی را ندارد، مایل است این هزینه‌ها را در طول زمان و در آینده معلوم پردازد. در حقیقت در روش یوزانس برخلاف فاینانس علاوه بر بسته تأمین مالی و دریافت پول بحث کالا، خدمات و دانش فنی نیز وارد شده و در واقع این فناوری‌ها از کشور یا موسسه خارجی خریداری می‌گردد. با این وجود انتخاب روش اعتبار اسنادی مدت دار یا یوزانس در تمام قراردادهای EPCF کارایی نخواهد داشت، چراکه یوزانس به علت ماهیت خاص و کوتاه مدت بودن آن عمدتاً در جهت پروژه‌های زیرساختی بلندمدت به کار گرفته نمی‌شود (Jalili, et al., 2013:61). چنانچه تجربه ناموفق استفاده از روش یوزانس در خلال برنامه اول توسعه نیز موید این نظر می‌باشد. در آن سال حجم عظیمی از مواد اولیه، کالاهای واسطه‌ای و سرمایه‌ای در قالب یوزانس، تأمین مالی گردید. با این حال از آن جایی که تأمین مالی انجام شده از این محل جهت توسعه طرح‌های سرمایه‌گذاری بلند مدت در کشور مورد استفاده قرار گرفت، لیکن ماهیت تأمین مالی انجام شده کوتاه مدت بود بازپرداخت آن به کسب درآمدهای نفتی منوط گردید و کاهش درآمدهای نفتی در سال‌های ۱۳۷۲ و ۱۳۷۳ موجب بروز بحران‌های بدهی خارجی در این سال‌ها گردید و به همین جهت از آن زمان این روش در تأمین مالی خارجی در اولویت قرار ندارد. به علاوه تحریم‌های بین‌المللی نیز استفاده از این روش تأمین مالی را محدود نموده است (Shayegan, Fard, 2013:129).

محدودیت‌های ناشی از قانون حاکم بر حل و فصل اختلافات قراردادهای EPCF

در پیمان‌های دولتی EPCF، به‌طور معمول قانون کشور متبوع کارفرما به عنوان قانون حاکم بر پیمان تعیین می‌گردد. مطابق ماده ۷۵ شرایط عمومی پیمان EPCF، در وهله نخست طرفین متعهد به نهایت کوشش برای حل دوستانه اختلافات و به کارگیری روش‌هایی چون مذاکره، سازش و میانجیگری می‌باشند. لیکن در صورت عدم توافق دوستانه موارد اختلاف به هیئتی متشکل از نماینده وزیر یا بالاترین مقام کشوری سازمان کارفرما (در مورد کارفرمایانی که تابع هیچ یک از وزارتخانه‌ها نیستند) به همراه نمایندگان دو طرف پیمان ارجاع می‌شود و در صورت عدم توافق، موضوع باید در دادگاه‌های صالح ایران حل و فصل گردد.

به عبارت دیگر، با توجه به ارتباط پیمانکار EPCF با عناصر بین‌المللی متعدد تأثیر گذار بر قرارداد، در بسیاری از مباحث پیمان با پتانسیل‌های بروز اختلافات طرفین مواجه می‌باشیم که این موضوع در کنار عدم دسترسی پیمانکار به تمامی اطلاعات قانونی کشور کارفرما قبل از انعقاد قرارداد و نیز تغییر قوانین کشور کارفرما بعد از انعقاد قرارداد ناشی می‌گردد و این امر خود از مهم‌ترین محدودیت‌های جذب سرمایه گذار خارجی در قراردادهای پیمانکاری خصوصاً قرارداد EPCF به دلیل برخورداری از ماهیت تأمین مالی پروژه می‌باشد. به همین منظور پیمانکاران غالباً در تلاش هستند تا از حکومت قانون دولت متبوع کارفرما بر پیمان جلوگیری نمایند. چراکه انتخاب قانون کشور میزبان مصادیق عدم قطعیت فراوانی را در تفاسیر اختلافات قراردادی به همراه دارد و حتی می‌تواند در مواردی به عدم نفوذ توافقات قراردادی به دلیل مغایرت با قانون حاکم منتج گردد (Poormousavi, Ibid:135).

علاوه بر موارد فوق می‌توان به موارد ذیل به عنوان سایر محدودیت‌های وارد بر سرمایه‌گذاری خارجی و تأمین مالی پروژه در قالب اجرای قراردادهای EPCF اشاره کرد:

با توجه به نوظهور بودن قراردادهای EPCF در حیطه قراردادهای پیمانکاری و عدم تدوین قرارداد همسان EPCF توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور علاوه بر ناشناخته ماندن ابعاد، کارکرد و ماهیت این مدل قراردادی در ایران به طریق اولی در خارج از ایران نیز نسبت به ماهیت، شروط و قواعد این قرارداد شناخت کاملی در جهت انجام عملیات تأمین منابع مالی وجود نخواهد داشت.

چنانچه تأمین مالی قراردادهای EPCF را تأمین مالی پروژه‌ای و بازپرداخت آن را منوط به در آمد آتی پروژه در نظر بگیریم، ریسک وارد به پیمانکار بسیار زیاد بوده و به جهت حجم بالای نقدینگی مورد نیاز چنانچه پیمانکار در برابر این هزینه‌ها تاب نیاورد، پروژه با مشکل مواجه خواهد شد، خصوصاً آنکه کارفرمایان ۱۵ درصد از هزینه ابتدایی را نیز معمولاً پرداخت نمی‌کنند و متقاضی تأمین مالی صد در صد از جانب پیمانکار می‌باشند.

نتیجه گیری و پیشنهادات

مطابق بررسی‌های به عمل آمده در این پژوهش، به‌طور کلی قراردادهای مهندسی، تأمین کالا و ساخت، با شط تعهد پیمانکار به تأمین مالی یا قراردادهای EPCF به دلیل برخورداری از ویژگی‌هایی چون یکپارچگی قرارداد، انتقال بخش حداکثری هزینه‌ها بر عهده پیمانکار و رهایی کارفرمایان از مسئولیت تأمین مالی، افزایش سرعت ورود دانش اجرایی به مرحله طراحی، کاهش ریسک کارفرمایان به جهت عدم مسئولیت کارفرما در قبال مشاجرات و دعاوی ناشی از اختلافات ما بین پیمانکاران جزء و پیمانکار اصلی، اطمینان از هزینه‌های اجرایی در راستای مقطوع بودن قیمت قرارداد، صرفه جویی قابل ملاحظه در زمان اجرا و همچنین پرداخت‌ها، گسترش آزادی عمل پیمانکاران در انتخاب تجهیزات و تکنیک‌ها و افزایش نقش نظارتی کارفرما در طی ده سال اخیر، بسیار مورد توجه نهادهای کارفرمایی قرار گرفته است. لیکن از آنجا که قراردادهای EPCF ماهیت جدیدی از قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی محسوب می‌گردند و علاوه بر رکن خدماتی به علت برخورداری از ویژگی فاینانس، با رکن سرمایه‌گذاری نیز آمیخته‌اند، همواره با محدودیت‌های خاصی در اجرای خود روبه‌رو بوده‌اند. تجربه انعقاد این قراردادها در ایران نیز بیانگر آن است که علی‌رغم تمام مزایای عنوان شده این مدل قراردادی در عمل چندان مثمر ثمر و نتیجه بخش نبوده است و اینک پس از گذشت حدود یک دهه از شکل‌گیری و استفاده از آن، دیدگاه و رویکرد مثبتی نسبت به آن خصوصاً از جانب پیمانکاران و همین‌طور کارفرمایان وجود ندارد. نتایج حاصل از پرسشنامه مورد استفاده در پژوهش حاضر کمک ویژه‌ای در شناخت ماهیت و چگونگی این محدودیت‌ها بود. به‌طور کلی مطابق بررسی‌های انجام شده و همچنین نتیجه‌گیری از مجموع نظرات کارفرمایان و پیمانکاران دارای تجربه در انعقاد قراردادهای EPCF، می‌توان اذعان داشت عواملی چون: عدم تدوین قراردادهای همسان EPCF توسط سازمان مدیریت و

برنامه‌ریزی کشور، انتقال ریسک تغییر مقادیر، انتقال ریسک عدم موفقیت پروژه و همچنین انتقال ریسک موارد غیرقابل پیش‌بینی بر عهده پیمانکار و تمرکز کنترل کارفرما در انتهای پروژه، عدم شناخت و رواج مدل قراردادی در خارج از مرزهای کشور به منظور تأمین مالی خارجی، مقطوع بودن قیمت قراردادهای EPCF (Fixed price)، بازپرداخت موجد و پس از راه‌اندازی طرح توسط کارفرمایان، نظارت کارفرما بر جزئیات فرایند تأمین مالی و برنامه جدول زمانی تزریق سرمایه به پروژه، ابهام در روش تأمین مالی قرارداد (سازمانی/ پروژه‌ای)، عدم معرفی تضامین مناسب و قابل قبول در وجه نهادهای تأمین کننده منابع مالی در دستورالعمل ارائه شده توسط وزارت نفت، عدم پیش‌بینی فرایند استفاده از قرارداد مزبور در قانون برگزاری مناقصات، مدت زمان طولانی جهت فاینانس قرارداد و گاه عدم توانایی دستگاه پیمانکار در تأمین مالی صفر تا صد پروژه، عدم الزام پیمانکار EPCF به حصول نتیجه و... موجب گشته تا این مدل قراردادی در عمل علی‌رغم انجام مذاکرات طولانی به نتیجه نرسد و با مشکلات و موانع بی شماری روبه‌رو گردد. اگرچه هیچ قراردادی بدون محدودیت و خالی از ایراد نمی‌باشد، لیکن می‌توان با درک دقیقی از ابعاد و میزان اهمیت این محدودیت‌ها در جهت کاهش و حل آن اقدام نمود. به همین منظور اینک لازم است پس از شناخت مهم‌ترین موانع و محدودیت‌های موجود در قراردادهای EPCF و با بهره‌گیری از تجربیات گذشته، گامی در جهت اصلاح روش‌های ناپایدار این مدل قراردادی برداشته شود.

در ادامه راهکارهایی در جهت مرتفع نمودن این موانع و محدودیت‌ها به شرح ذیل ارائه می‌گردد:

۱. علی‌رغم گذشت یک دهه از ایجاد قراردادهای EPCF با توجه به ناآشنا بودن ماهیت این مدل قراردادی برای بسیاری از کارفرمایان، پیمانکاران و همچنین نهادهای تأمین کننده منابع مالی داخلی و خارجی، پیشنهاد می‌گردد در جهت برطرف نمودن یکی از مهم‌ترین معضلات این قرارداد، قرارداد همسان این مدل قراردادی توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور تهیه و در دسترس این افراد قرار بگیرد.
۲. با توجه به مقطوع بودن هزینه اجرای قراردادهای EPCF و به منظور پیشگیری از مشکلات احتمالی، لازم است کارفرما شرح تفصیلی دقیق و کاملاً روشنی از شرح کار ارائه نماید. این امر موجب می‌گردد تا احتمال مبالغه ورزی پیمانکار در هزینه‌های پیش‌بینی نشده کاهش یابد

- و ریسک ناشی از برآورد کمتر در قرارداد را نیز کاهش دهد.
۳. کارفرمایان می‌بایست در کلیه مراحل مناقصات و ارزیابی توان فنی و تأمین مالی پیمانکار، توجه لازم را اعمال کرده و مانع از واگذاری پروژه به پیمانکاران فاقد توان مالی و فنی گردند.
۴. با توجه به ویژگی یکپارچگی قراردادهای EPCF در برخورداری از مهندسی، تأمین کالا، ساخت و تأمین مالی، لازم است تعاریف ارائه شده در دستورالعمل EPCF توسط مراجع صنفی و قانونی مورد بازبینی و اصلاح قرار گیرد. به عنوان مثال در خصوص شیوه تأمین مالی سازمانی و یا پروژه‌ای بودن قراردادهای EPCF به اتفاق نظر رسیده و نسبت به اصلاح تعریف اصطلاحات موجود در دستورالعمل اقدام و به موجب آن تکلیف پیمانکاران در رجوعی یا غیر رجوعی بودن این مدل قراردادی را مشخص نمایند و پس از اصلاح دستورالعمل، اعمال آن بر کلیه قراردادهای EPCF در جهت قانونمند نمودن و کوتاه نمودن فرایندهای مذاکره لازم الاجرا اعلام گردد.
۵. با عنایت به آنکه تضامین در قراردادهای EPCF صرفاً در وجه پیمانکار (و نه نهاد تأمین کننده منابع مالی) صادر می‌گردد و این امر نیز منوط به معرفی تأمین کننده منابع مالی مناسب توسط پیمانکار می‌باشد، این امر با فرایند درخواست تأمین مالی اجرا شده در دنیا منافات خواهد داشت؛ بنابراین این امر لازم می‌نماید به منظور سهولت در جذب سرمایه و کسب رضایت و حفظ حقوق نهادهای تأمین کننده منابع مالی در قراردادهای EPCF، کارفرما قبلاً موافقت خود را با انتقال ضمانت نامه اعلام یا بعداً با چنین انتقالی موافقت نماید؛ بنابراین اجرای روند حال حاضر در دستورالعمل EPCF بدون کسب موافقت در انتقال ضمانت نامه در خصوص معرفی نهاد تأمین کننده منابع مالی توسط پیمانکار با چالش روبه‌رو خواهد بود که لازم است مورد بازبینی و اصلاح قرار گیرد. خصوصاً آنکه تضمین معرفی شده توسط دستورالعمل، نوعی یوزانس بوده که به علت ماهیت کوتاه مدت بودن آن مناسب روش قراردادی EPCF نمی‌باشد.
۶. با توجه به مسئولیت پیمانکار در تأمین مالی ۸۵ درصد از کل هزینه‌های پروژه، مسئله بازپرداخت منابع مالی تأمین شده یکی از مهم‌ترین بندهای قرارداد EPCF می‌باشد و لازم است به منظور جلوگیری از هرگونه مشکل، به صورت شفاف در قرارداد تعریف گردد.

۷. با توجه به طولانی مدت بودن دوره قراردادهای EPCF این امکان وجود دارد تا پیمانکار در طول اجرای قرارداد با مشکلاتی در تزریق پول به پروژه مواجه گردد و در نتیجه موجب به وجود آمدن تاخیراتی در اتمام به موقع پروژه گردد. با توجه به آنکه هرگونه تأخیر در قراردادهای EPCF علاوه بر ایجاد ضرر هنگفت بر کارفرما، موجب افزایش بهره پیمانکار می گردد، لازم است در قرارداد به منظور جلوگیری از هرگونه تأخیر عمدی یا غیر عمدی ضمانت اجرایی مانند خلعید پیمانکار در نظر گرفته شود. همچنین منوط نمودن بازپرداخت هزینه ها به گذشت چند ماه از راه اندازی پروژه نیز می تواند اطمینان کارفرما از تأمین مالی کامل پروژه و عدم ایجاد تاخیرات عمدی را به دنبال داشته باشد.

References

- [1] Aminpour, Elham. (2016). *The rights and liabilities of the parties to BOT (build, operate, transfer) contracts during the operation phase*. Professional doctorate thesis, Islamic jurisprudence and private law discipline, the faculty of law and political studies, Kharazmi University. (in Persian)
- [2] Aminzadeh, Elham, & Abdi, Amin. (2014). A review on the types of financing mechanisms for energy industry projects (with an emphasis on the structural flaws of EPCF contracts). *The Scientific-Promotional Monthly Journal of Oil and Gas Exploration and Production*, vol. 109. (in Persian)
- [3] Asghari Hamidi, Sarah. (2017). *The international analysis of the consulting engineers (FIDIC) from a legal view*. Master's degree thesis, private law discipline, Payam-e-Noor University, South Tehran branch. (in Persian)
- [4] Bani Ahmad, Morteza. (2014). Unequal legal conditions in contractual agreements and its detrimental consequences. *The Parliament and Research*, year 10, vol. 39, pp. 103-118. (in Persian)
- [5] Bagheri, Mahmoud, Farkhani, Hedayat, & Tabatabayi Nejad, Seyyed Mohammad. (2017). The conceptology of the syndicate facilities and their exigency in the legal system of Iran. *The Quarterly Journal of the Public Law Studies*, year 18, vol. 52. (in Persian).
- [6] Beehler, Michael E. (2010). Lessons learned on mega projects. In *Electrical Transmission and Substation Structures 2009: Technology for the Next Generation* (pp. 1-12).
- [7] des Ingénieurs-Conseils, Fédération Internationale. (1999). Conditions of contract for EPC/Turnkey projects, 1. Aufl., Lausanne.
- [8] des Ingénieurs-Conseils, Fédération Internationale. (1999). Conditions of Contract for Plant and Design-Build. *Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC)*
- [9] Ebrahimi, Seyyed Nasrollah. (2013-14). *The statements of energy law course*. Tehran University faculty of law and political studies. (in Persian)

- [10] Esty, Benjamin C. (2003). The economic motivations for using project finance. *Harvard Business School*, 28, 1-42.
- [11] Emam, Farhad. (1995). *The foreign investment laws of Iran*. First edition, Yalda Publications. (in Persian)
- [12] Farshadfar, Mohammad Ali. (2012). *A guidebook of signing contracts in engineering and construction (EPC) method in civil projects*. Second edition, Noavar publications. (in Persian)
- [13] Hildreth, Sandra S. (1990). *The Dictionary of Investment Terms*. Dearborn Financial Pub., Incorporated.
- [14] Jalili, Mohammad, Fallah Shams, Mir Feiz, Zeinoddin, Seyyed Mostafa, & Mohammadiha Saeid. (2013). A rating of foreign financing methods for investment in the oil industry of the Islamic Republic of Iran, using the hierarchical analysis method. *The Quarterly Journal of Quantitative Studies in Management*, pp. 53-79. (in Persian)
- [15] Mahmoudi, Hasan, Salahshoor, Jamshid, Mahdavi Adel, Mahdi, & Khosravi, Salman. (2014). *An assessment and comparison between mutual sale contracts and engineering and construction with financing condition (EPCF) contracts*. The Seventh National Convention of Civil Engineering, Shahid Nikbakht engineering University, Zahedan. (in Persian)
- [16] Miyamoto, Ken. (1999). Measuring Local Legal Risk Premium in Project Finance Bonds. *Va. J. Int'l L.*, 40, 1125.
- [17] Mohammadi, Sam, & Kaviyar, Hossein. (2017). A jurisprudential and legal definition of arbitrary pricing conditions in energy contracts. *The Quarterly Journal of the Islamic Jurisprudence and Laws*, year 12, vol. 44, pp. 115-138. (in Persian)
- [18] Nabi Feizi Chekab, Gholam, Taghizadeh, Ebrahim, Fahimi, Azizollah, & Khodadadi Dashtaki, Khodadad. (2016). A study of obstacles and flaws in foreign financing in the laws of Iran, *The Quarterly Journal of Private Research*, year 3, vol. 11, pp. 149-178. (in Persian)
- [19] Pakdaman, Reza. (2007). *The principles of industrial contractual agreements arrangement*. The industrial research and training center of Iran, second edition. (in Persian)
- [20] Parchami, Majid, & Adl Parvar, Mohammad Reza. (2007). *A review on the general conditions of the FIDIC's treaty of planning, building, and turnkey and an investigation on its utilization in different projects*. The International Convention of Project Management. (in Persian)
- [21] Poormousavi, Seyyedeh Melika. (2014). *A legal-economic analysis of engineering, procurement, construction, and finance (EPCF) contracts of the oil and gas industry projects*. Master's degree thesis, international economy and trade law discipline, the faculty of law and political studies, Tehran University. (in Persian)
- [22] Professional meeting. (2013). *The tools and methods of financing the EPCF contractors*. The Fifth Conference of Financing Regime Development in Iran, Sharif Industrial University. (in Persian)

- [23] Rahimi, Habibollah, & Alizadeh, Sa'ideh. (2017). The nature and the basis of modification in the laws of Iran and FIDIC. *The Quarterly Journal of Studying the Private Law, Year 6, Vol. 21*, pp. 143-176. (in Persian)
- [24] Rezaei, Ali. (2016). *The laws of financing in the international trade*. First edition, Mizan publications. (in Persian)
- [25] Rendell, Robert S. (1993). How lenders can cut risks in project finance. *Bus. L. Today*, 3, 30.
- [26] Seyyed Morteza Hosseini, Raheleh. (2016). A review on the engineering, procurement, and construction contracts with financing condition (EPCF) in the modern discipline of the oil industry contracts. *Energy Law Studies*, vol. 1, issue 2, pp. 237-256. (in Persian)
- [27] Shakeri, Eghbal, Baheri, Zahra, Dadpour, Mohammad Hossein, & Yavarkhani, Mohammad Reza. (2014). *The challenges of conjoint construction and financing contract method (EPCF) in subterranean projects*. The Seventh National Convention of Civil Engineering, Shahid Nikbakht engineering faculty, Zahedan. (in Persian)
- [28] Shayegan Fard, Hojjatollah. (2013). An introduction of financing and working capital of the corporations with an emphasis on non-banking methods. *The Economic Monthly Journal of Economic Subjects and Policies Studies*, vol. 1, pp. 127-138. (in Persian)
- [29] Shiravi, Abdol-Hossein. (2017). *The international trade law*. Issue 9, the organization of studying and compiling university course books in human sciences (SAMT). (in Persian)
- [30] Statistical Center of Iran. (2021, January). *consumer price index* retrieved from <https://www.amar.org.ir/news/ID/15329>
- [31] The instructions for adopting EPCF method in selection of the qualified firms. (2011). The ministry of oil, deputy office of the international and commercial affairs. (in Persian)
- [32] The Khatam-al-Anbia (PBUH) headquarters researchers. (2004). *Civil projects management*. Second edition. (in Persian)
- [33] *The agreement of general and private conditions of simultaneously engineering, commodities and equipment procurement, construction and installation (EPC) contracts, oil industry exclusive*. (2/7/2019). The projects assessment administration of technical and executive discipline, upstream and downstream deputy offices of technical and executive discipline of the oil industry. (in Persian)
- [34] *The agreement of general and private conditions of simultaneously engineering, commodities and equipment procurement, construction and installation (EPC) agreements, The regulations of industrial engineering, procurement, and construction projects implementation (journal 5490)*, (2002), The management and planning organization of the Islamic Republic of Iran. (in Persian)
- [35] Tobias, Dannie A. (1993). Potential Pitfalls of a Fixed-Price Contract: A Case Study. *J. St. Tax'n*, 12, 63.

- [36] van Groenendaal, Willem JH, & Mohammad Mazraati. (2006). A critical review of Iran's buyback contracts. *Energy Policy*, 34(18), 3709-3718.
- [37] Wood, Philip R., & Philip Wood. (1995). *International loans, bonds and securities regulation* (p. 10). London: Sweet & Maxwell.
- [38] Zohdi, Masoud. (2019). *A progressive instruction of professional techniques of financing and investigation*. Second edition, Tehran: Hezareh Sevvom Andisheh publications. (in Persian)
- [39] Zohdi, Masoud. (2019). *The economics of contracts – feasibility studies of the projects, financial, technical, and legal regimes of the contracts*. First edition, Behjat publications. (in Persian)

تحلیل مبانی اقتصادی اصل حصری بودن حقوق مالکیت*

حسن بادینی^۱

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه

تهران

فرناز فروزان بروجنی^۲

دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه

تهران (پردیس بین‌المللی کیش)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۹

چکیده

در جریان استخراج اصول زیربنایی نهاد حقوقی مالکیت، «اصل حصری بودن حقوق مالکیت» به عنوان نخستین سنگ بنای این نهاد تلقی می‌شود. طبق اصل مذکور، امکان انتخاب اشخاص در داشتن حق مالکیت، فقط به «شمار محدود» و فقط با «مفاد مشخص» که از قبل توسط نظام حقوقی شناسایی شده‌اند، میسر می‌گردد. در این میان، درک مبانی اقتصادی این اصل به جهت جایگاه آن در مسیر رشد و توسعه اقتصادی حائز اهمیت است. این نوشتار بر مبنای روش کتابخانه‌ای و به صورت تحلیلی-توصیفی در دو بخش به این مهم پرداخته است. بخش اول، به توصیف اصل حصری بودن و ارکان آن اختصاص دارد. بخش دوم به ارائه تحلیل‌های اقتصادی مبانی اصل مذکور می‌پردازد. تحلیل‌های اقتصادی با هدف «کارایی» و «کاهش هزینه‌های مبادله» مطرح شده است: تحلیل اول بر مبنای «جلوگیری از کاهش کارایی» از «ممنوعیت تجزیه افراطی مالکیت» می‌گوید. تحلیل دوم بر مبنای «پیشگیری از بروز آثار خارجی» بر موضوع «تقلیل هزینه‌های سنجش» تأکید می‌ورزد. تحلیل سوم نیز بر مبنای «پیشگیری از بروز اشتباه و رفتارهای فرصت‌طلبانه» به توصیف مفهوم «دریافت درک مشترک» اشخاص از حقوق مالکیت مربوط به

* - مقاله پژوهشی

۱- نویسنده مسئول: hbadini@ut.ac.ir

آن‌ها می‌پردازد. بدین روال، هر سه تحلیل بر لزوم شناسایی انواع حقوق مالکیت و مفاد آن‌ها توسط نظام حقوقی تأکید نموده‌اند.

کلیدواژه‌ها: اصل حصری بودن حقوق مالکیت، نهاد مالکیت، قطعیت حقوقی، کارایی، هزینه مبادله.

طبقه بندی JEL: KOO, K11

۱. مقدمه

مدتی است، از اهمیت پرورش مباحث نهادی در دستیابی به رشد و توسعه اقتصادی سخن می‌رود. در این میان، بر نقش پررنگ نهادهای حقوقی از جمله «نهاد حقوقی مالکیت» تأکید شده است. بدین منظور، واکاوی پیرامون شناسایی اصول زیربنایی نهاد حقوقی جهت برخورداری از نگاهی جامع نسبت به تأثیر اصول مذکور در توسعه اقتصادی ضروری می‌نماید.

در جریان شناسایی اصول زیربنایی نهاد حقوقی مالکیت، به ویژه در مرحله برقراری حقوق مالکیت، توجه به جایگاه حقوق مذکور جالب توجه است. بر این اساس، حق مالکیت به عنوان یک حق مالی، در طبقه حقوق عینی قرار گرفته و از ویژگی‌های خاصی همچون قابلیت استناد نسبت به ثالث^۱، حق تعقیب و حق اولویت برای صاحب آن بهره‌مند است. در نتیجه، «حقوق مالکیت» در مقایسه با «حقوق قراردادهای» (زیرگونه نهاد حقوقی تعهدات) که در طبقه «حقوق شخصی» جای می‌گیرد، جایگاه ممتازی را از آن خود کرده است. آنچه در این میان مهم می‌نماید اینکه حقوق مالکیت، چنین مرتبه بلندی را بی‌بها به دست نیاورده است. بلکه نظام حقوقی در مقابل قابلیت استناد حق مالکیت نسبت به ثالث، از خودمختاری فردی در حوزه مالکیت کاسته است. برعکس، در حقوق قراردادهای به لحاظ حاکمیت اصل آزادی قراردادی از خودمختاری متعاملین

۱ وقتی حقوق مالکیت وفق طبقه‌بندی نظام حقوقی (در محدوده تعداد و مفاد اعلامی) ایجاد می‌شوند، دارای ویژگی مهم «قابلیت استناد در مقابل ثالث» هستند. این ویژگی حق مالکیت بسیار حائز اهمیت است. برای نمونه، اگر مالکیت بر اساس یک عقد تملیکی (مثل بیع) ایجاد شود، در برابر هر ثالث قابلیت استناد دارد؛ زیرا این حق عینی که در قانون شناسایی شده (بند ۱ ماده ۲۹ قانون مدنی) به وسیله یکی از طرق قانونی (عقد تملیکی مندرج در ماده ۱۴۰ قانون مدنی) ایجاد شده و مفاد آن طبق قانون مشخص شده است؛ بنابراین، مالکیت ایجاد شده ناشی از رابطه قانونی متعاملین در برابر ثالث قابل استناد است.

سخن می‌رود. طرفین قرارداد اصولاً آزادند تا هر آنچه و به هر شکل که می‌خواهند منعقد کنند، زیرا مفاد قرارداد آن‌ها صرفاً بر رابطه طرفین قرارداد تأثیر می‌گذارد؛ اما در حقوق مالکیت، حکایت دیگری است: مالکیت، نه فقط بر مالک و مال مؤثر است، بلکه نسبت به همگان اثر می‌گذارد. بدین سان، شایسته است با هر حقی که نسبت به ثالث تأثیر می‌گذارد، در مقایسه با حقی که دارای چنین تأثیری نیست، برخوردی متفاوت صورت گیرد (Akkermans, 2008: 3). در نتیجه، اشخاص نمی‌توانند هر آنچه و به هر شکل که می‌خواهند تملک نمایند، بلکه ملزم می‌باشند طبق صلاحدید نظام حقوقی پیش روند: انتخاب اشخاص صرفاً از میان «شمار محدود» حقوق مالکیت با «مفادی مشخص» که هر دو توسط نظام حقوقی (قانون و رویه قضایی) شناسایی شده‌اند، امکان‌پذیر است.

این محدودیت همراه با گام بعدی در تکمیل برقراری حق مالکیت، به شفافیت مربوط می‌شود. «اصل شفافیت»، متشکل از دو رکن «اختصاصی بودن» موضوع مالکیت و «اطلاع‌رسانی» نسبت به ثالث، در مقام پرده برداری از حق مالکیتی که در پرتو اصل حصری بودن برقرار شده است، حکومت می‌نماید.

اصل زیربنایی «حصری بودن حقوق مالکیت»^۱ از سیستم‌هایی که معتقد به تفکیک بین حقوق عینی و حقوق شخصی می‌باشند، نشئت می‌گیرد (Savigny, 1981: 374) تا به مثابه یک صافی عمل نموده و تشخیص دهد کدام حق، حق مالکیت هست و کدام حق مالکیت نیست (Erp, 2006: 14). در ادبیات حقوقی ایران نیز اگرچه اصل حصری بودن به صراحت بیان نشده است، اما ساختار ماده ۲۹ قانون مدنی که در مقام بیان بعضی از حقوق مالکیت وضع گردیده، دلالت بر پذیرش اصل مذکور دارد.

در این میان، پرسشی که مطرح می‌شود اینکه چرا اصل حصری بودن به عنوان نخستین ستون اصلی نهاد حقوقی مالکیت شناسایی شده است؟ به بیان دیگر، دلایل ضرورت حاکمیت اصل مذکور چیست؟ با توجه به اینکه نهاد مالکیت از عناصر کلیدی رشد و توسعه اقتصادی به شمار می‌رود، لذا بررسی چرایی وجود اصل موصوف حائز اهمیت است. این امر پژوهشی بنیادی است

۱- انتخاب عنوان اصل «حصری بودن» با الهام از اصطلاح لاتین "Numerus Clausus" به معنای «تعداد محدود» است.

که از ریشه‌ها می‌گوید و در شکل‌دهی زیرساخت‌های اجرایی مورد توجه است. مروری بر پژوهش‌های حقوقی در ایران نشان می‌دهد که علیرغم اهمیت موضوع، اثری در زمینه ریشه‌یابی و تحلیل اصول کلی و زیربنایی نهاد مالکیت وجود ندارد؛ بنابراین اثر پیش رو، برای نخستین بار در ادبیات پژوهشی-حقوقی ایران مطرح شده و با بیان تحلیل‌های اقتصادی در این زمینه به ارائه تصویری نوآورانه پرداخته است.

مقاله حاضر بر مبنای روش کتابخانه‌ای، به صورت تحلیلی-توصیفی پیش رفته و به دو بخش اصلی تقسیم شده است: بخش نخست، به معرفی ساختار اصل مذکور پرداخته و بخش دوم از چرایی وجود اصل حصری بودن می‌گوید. در پاسخ به چرایی مورد بحث، ضمن بیان اهمیت تأمین قطعیت حقوقی (از نگاه صرفاً حقوقی) مورد نیاز فضای بازار، بر کارایی و کاهش هزینه‌های مبادله (از نگاه اقتصادی) تمرکز شده است. در این راستا، تحلیل‌های اقتصادی بر مبنای «جلوگیری از تقلیل کارایی»، «پیشگیری از بروز آثار خارجی» و «پیشگیری از اشتباه و رفتارهای فرصت‌طلبانه» سامان یافته است. فرجام سخن نیز به نتیجه‌گیری مباحث مطرح شده اختصاص دارد.

۲. ساختار اصل حصری بودن حقوق مالکیت

اصل حصری بودن، از ایده محدودیت بر حقوق مالکیت^۱ برآمده است و از دو رکن: «محدود بودن شمار»^۲ حقوق مالکیت و همچنین «محدود بودن مفاد»^۳ حقوق مالکیت (مفاد از پیش شناسایی شده) تشکیل می‌شود؛ به نحوی که هم تعداد و هم مفاد فقط توسط نظام حقوقی (اعم از قانون و رویه قضایی) شناسایی و تعیین می‌شوند (Wiegand, 1987: 633).

۱-۲. حصری بودن تعداد حقوق مالکیت

با مطالعه نظام مالکیت سیستم‌های حقوقی مختلف درمی‌یابیم که در بسیاری از کشورها، به ویژه کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته، تعداد «حقوق مالکیت»^۴ یا به بیان دقیق‌تر تعداد رابطه‌های

1- Typengebundenheit (Tipizität)

2- Typenzwang

3- Typenfixierung

4- Property rights

اعتباری که اشخاص نسبت به اموال دارند، محدود هستند (Akkermans, 2008: 565- 566). اعلام تعداد محدود حقوق مالکیت به این معنا نیست که حتماً باید تمام حقوق مالکیت اعلام شده توسط نظام حقوقی به صورت یک فهرست مدون و در قالب یک ماده قانونی درآیند. بلکه شمار حقوق مالکیت یا تعداد رابطه‌های اعتباری از این دست می‌توانند به صورت پراکنده در مجموعه قوانین (به ویژه قانون مدنی) و نیز رویه‌های قضایی (جهت پاسخگویی به ضروریات اجتماعی و اقتصادی) اعلام شوند؛ به طوری که مروری بر آن‌ها دلالت بر پذیرش اصل حصری بودن حقوق مالکیت دارد (Akkermans, 2017: 102). آنچه حائز اهمیت است، تمرکز بر تعداد حقوق مالکیت دلالت بر حصری بودن آن‌ها (نه تمثیلی بودن) دارد. به بیان دیگر، اصل حصری بودن نشان می‌دهد که «فقط نظام حقوقی» (اعم از قانون و رویه قضایی) انواع و مفاد حقوق مالکیت را شناسایی نماید، نه اراده اشخاص.

حصری بودن تعداد انواع حقوق مالکیت، به این معنی است که رابطه حقوقی یک شخص نسبت به یک مال باید ذیل یکی از حقوق مالکیت شناسایی شده توسط نظام حقوقی قرار گیرد (Akkermans, 2008: 6). بدین ترتیب، نظام حقوقی به منظور درک بهتر از تعداد و انواع حقوق مالکیت و سپس مفاد هر یک از آن‌ها به ارائه سلسله‌مراتبی از «حقوق مالکیت»^۱ پرداخته است. در این راستا، سر سلسله موصوف را به حق اصلی^۲ یا مالکیت^۳ اختصاص داده و حقوق محدود^۴ یا حقوق ضعیف‌تر^۵ یعنی شاخه‌های مالکیت (مانند حق انتفاع و حق ارتفاق) را در مراتب پایین‌تر جای داده است^۶ (Erp, 2006: 14). در فقه نیز از مراتب ملکیت اعتباریه، از جمله بیان ملک عین، ملک منفعت و ملک انتفاع سخن رفته است (Gorji, 2015: 305- 309).^۷

1- Property rights

2- Primary right

3- Ownership

4- Limited rights

5- Lesser rights

۶- شایان ذکر است، واژگان به کار رفته در این نوشتار متأثر از ادبیات حقوق نوشته و نظام حقوقی ایران است: «مالکیت» به عنوان جامع‌ترین مصداق حقوق مالکیت و «حقوق مالکانه محدود» برای بیان حقوق مشتق از حق مالکیت.

۷- همچنین به تقسیم ملک در قالب چهار دسته: ملک عین، ملک منفعت، ملک انتفاع و ملک انملک می‌توان اشاره نمود (Ameli, 1980: 348- 350). «و اعلم انّ الملک علی اربعه اقسام ملک العین و ملک المنفعه و ملک الانتفاع و ملک الملک

«مالکیت»، حقی قانونی است که نظام حقوقی به فردی اعطا می‌کند تا او بتواند حداکثر درجه کنترل رسمی شده بر منبعی محدود را اعمال نماید. این حق، «گسترده‌ترین» دایره شمول امتیازات را به دارنده آن اعطا می‌نماید؛ به گونه‌ای که وقتی می‌گویند الف مالک خانه است، یعنی الف شخصی است که به وسیله حق مالکیت می‌تواند «همه امتیازاتی» را که قانون برای مالک شناسایی نموده است بر خانه خویش اعمال کند. درحالی که «حقوق مالکانه محدود»، مثل حق انتفاع یا حق وثیقه، از چنین امتیازات جامعی برخوردار نیستند. در نتیجه، دارنده هر کدام از حقوق مالکانه محدود، صرفاً می‌تواند از پاره‌ای امتیازات گسترده مالکیت، مانند استفاده یا وثیقه بهره برد. پس «یک رابطه» به عنوان «مالکیت» شناسایی شده است و «باقی روابط» اشخاص نسبت به اموال در دسته «حقوق مالکانه محدود» گنجانده می‌شوند.

مطالعه قانون مدنی ایران حاکی از آن است که قانون‌گذار ایرانی با اعلام ماده ۲۹ قانون مدنی، در مقام پذیرش اصل حصری بودن حقوق مالکیت برای نظام حقوقی ایران بوده است. اگرچه در ماده قانونی مذکور، به همه انواع حقوق مالکیت در قالب یک ماده قانونی اشاره نشده است، اما آنچه به نظر می‌رسد اینکه لحن بیان قانون‌گذار در عنوان‌گذاری باب دوم از کتاب اول؛^۱ «در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود»، می‌رساند که روابط اشخاص نسبت به اموال، به تعداد محدودی است. ماده قانونی مذکور اشعار می‌دارد: «ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند: ۱- مالکیت (اعم از عین و منفعت). ۲- حق انتفاع. ۳- حق ارتفاق به ملک غیر».

به نظر می‌رسد، قانون‌گذار درصدد اشاره به مهم‌ترین انواع حقوق مالکیت بوده است. چراکه در مواد دیگر قانون مدنی به بیان حقوق مالکانه دیگری همچون حق تحجیر (ماده ۱۴۲ قانون مدنی)، حق وثیقه (ماده ۷۷۱ قانون مدنی) و حق شفعه (ماده ۸۰۸ قانون مدنی) پرداخته است؛ اما

کالحقوق فان من له احدى الحقوق المالية مثل حق الخيار و حق التهجير و نحوهما ... (Rashti, no date: 19). همچنین این موضوع را می‌توانیم در ابواب مختلف از جمله بیع و اجاره از منابع فقهی دیگری نیز استنتاج کنیم (Gharavi, Esfahani, 1998: 19; Moosavi Khomeini, 1989, Vol. 1: 100; Moosavi Khomeini, 1989, Vol. 5: 192; Hakim, 1992: 438).

۱- «در بیان اموال و مالکیت به طور کلی»

به هر روی نکته برجسته در متن قانونی فوق توجه به رعایت سلسله مراتب حقوق مالکیت از قوی به ضعیف است؛ بنابراین، مالکیت سرآمد سلسله حقوق مالکیت به شمار می‌رود و از نظر منطقی، رابطه بین حق مالکیت و حقوق مالکانه محدود، عموم و خصوص مطلق است: مالکیت دربردارنده حقوق مالکانه محدود است، اما حقوق مالکانه محدود دربردارنده مالکیت نیستند.

در راستای ارائه دسته‌بندی حقوق مالکیت، به ویژه حقوق مالکانه محدود، وفق نظام حقوقی ایران که تا حدودی از وجوه مشترک با نظام حقوق نوشته برخوردار است، می‌توان به ارائه یک طبقه‌بندی سه دسته‌ای از «حقوق مالکانه محدود»، به لحاظ امتیازات اعطایی آن‌ها دست یافت: یک- حقوق مالکانه محدود جهت «انتفاع» از جمله حق انتفاع و حق ارتفاق؛ دو- حقوق مالکانه محدود جهت «وثیقه» مانند حق مرتهن و سه- حقوق مالکانه محدود جهت «ایجاد تملک»^۱ مانند حق شفعه.

۲-۲. حصری بودن مفاد حقوق مالکیت

رکن دوم اصل حصری بودن در مقام بیان این مهم است که قواعد حاکم بر حقوق مالکیت شناسایی شده، تعیین خواهند کرد که هر کدام از این حقوق (مالکیت و حقوق مالکانه محدود) چه امتیازاتی را به مالک و دارنده خویش اعطا می‌کنند؛ به عبارت دیگر، رکن حصری بودن «مفاد» حقوق مالکیت در صدد اعلام ضرورت ازپیش تعیین شدن دامنه امتیازات حقوق مالکیت است؛ امری که نشان از محدودیت در طرق برقراری حقوق مالکیت نیز دارد.

بی‌گمان، تلاش بازیگران میدان رقابت‌های اقتصادی برای به دست آوردن مالکیت بر کسی پوشیده نیست. مالکیت با ارزش است و دستیابی به آن بیشترین امتیازات را به مالک می‌دهد. برخورداری مالک از چنین گستره اختیارات، اصل حصری بودن مفاد مالکیت را توجیه می‌کند؛

۱- مراد از ایجاد تملک، توانایی می‌باشد که با توجه به وضعیت حقوقی خاص به شخصی داده می‌شود تا یک اثر حقوقی را به صرف اراده خویش ایجاد کند. آنچه در خصوص حق مذکور حائز اهمیت است، عنصر تصمیم‌گیری دارنده می‌باشد. چرا که وی می‌تواند پس از تحقق یک سبب قانونی، با اعمال اراده یک طرفه خود، مالی را تملک نماید. ریشه شناسایی چنین حقوقی را در فقه به «نظریه ملکان یملک» نسبت داده‌اند و در ادبیات حقوقی نیز از اصطلاحاتی نظیر «حق تملک» و «حق ایجاد کننده» استفاده کرده‌اند (Ne'matollahi, 2014: 30- 33).

زیرا قابلیت استناد مالکیت (به عنوان جامع ترین حق عینی) در مقابل ثالث اقتضا دارد که مالک و ثالث از گستره امتیازات اعطایی به مالک آگاه باشند. در این زمینه، اگر امتیازات اعطایی به طور نامحدود در نظر گرفته شود، آگاهی از آن‌ها دشوار، پرهزینه و حتی غیرممکن خواهد بود؛ اما در صورتی که امتیازات اعطایی، محصور و از پیش تعیین شده باشد، آگاهی از آن‌ها به سهولت و با هزینه کم‌تری میسر می‌گردد و در نتیجه کارایی افزایش می‌یابد.

قانون‌گذار ایرانی نیز با عنایت به «اصل تسلیط» و با توجه به ترجمه ماده ۵۴۴ قانون مدنی فرانسه، در ماده ۳۰ قانون مدنی اعلام می‌دارد که «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». بدین ترتیب، ماده قانونی مذکور امتیازاتی را که از مالکیت نصیب مالک می‌شود، در قالب دو دسته بزرگ اعلام می‌کند: یک- قدرت استفاده یا «حق همه گونه انتفاع»، یعنی همان حق استعمال و استثمار و دو- قدرت انتقال یا «حق همه گونه تصرف»، یعنی همان حق اخراج از ملکیت (Pilvar, 2012: 100).

اما حقوق مالکانه محدود، از درون مالکیت و به عنوان شاخه‌های آن پدیدار شده و در مرتبه پایین‌تر از آن قرار گرفته‌اند. بدین ترتیب، هر یک از حقوق مالکانه محدود، از منظر سنتی، حاوی یک یا برخی از امتیازات مالکیت-«استفاده، استثمار و اخراج از ملکیت»- هستند و نمی‌توانند امتیازی خارج از امتیازات مالکیت را ارائه دهند (Akkermans, 2008: 412). برای نمونه، امتیازی که دارنده حق انتفاع بر ملکی به دست می‌آورد، صرفاً پاره‌ای از امتیازات مالکیت (نه همه آن)، یعنی «استفاده» از ملک را در بر می‌گیرد. لذا دارنده حق انتفاع، حق انتقال ملک و دیگر امتیازات اعطایی به مالک را ندارد. همان گونه که در بخش پیشین بیان شد، وفق ادبیات حقوقی ایران و ذیل عنوان حقوق مالکانه محدود می‌توان از طبقه‌بندی سه دسته‌ای سخن گفت: ۱- حقوق مالکانه محدود جهت «انتفاع»؛ ۲- حقوق مالکانه محدود جهت «توثیق»^۱ و ۳- حقوق مالکانه محدود

۱- نظام حقوقی، به غیر از موارد مربوط به رهن در قانون مدنی، در قالب برخی قوانین بانکی به شناسایی پاره‌ای اموال در دایره موضوعی حقوق عینی توثیقی پرداخته است. این مهم خود بر اعمال حاکمیت اصل حصری بودن دلالت می‌نماید. برخی از این قوانین عبارتند از: قانون اساسنامه بانک ملی ایران (۱۳۱۷)، قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی (۱۳۸۰)، قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی متناسب با نرخ بازدهی در بخش‌های مختلف اقتصادی (با تأکید بر قانون عملیات

جهت «ایجاد تملک».

۲-۳. انعطاف‌پذیری اصل حصری بودن در پرتو دگرگونی‌ها

با مطالعه ساختار اصل حصری بودن در کنار تحولات جوامع کنونی درمی‌یابیم که امروزه چالش کلی که همه نظام‌های حقوق مالکیت با آن مواجه هستند، ظهور پدیده‌های جدید در حقوق اموال است (Reich, 1964: 733). سیستم‌های حقوق مالکیت، معمولاً نظام‌های قدیمی حقوق به شمار می‌روند که به سختی در طول زمان تغییر کرده‌اند. بهره‌مندی از نظریات و اصول حاکم در این حوزه، از دوران باستان به ویژه حقوق روم، برای سال‌ها تا به امروز مورد استفاده قرار گرفته و بدین‌سان غبار دیرینگی بر پیکر کهن آن نشانده است (Füller, 2006: 2).

با این وجود، از انقلاب فرانسه و انقلاب صنعتی تا به امروز، از اهمیت زمین به عنوان موضوع مالکیت کاسته شده و بر اهمیت اموال منقول و اخیراً اموال غیرمادی و غیر ملموس، مانند حقوق مالکیت فکری و مطالبات افزوده است. برای مثال، پول را در نظر آورید که غیر از قرار گرفتن در مجموعه ابزارهای پولی فلزی و کاغذی، در حساب‌های بانکی نیز نگهداری می‌شود. حساب بانکی در ادبیات حقوق اموال، در دسته مطالبات و دیون طبقه‌بندی می‌شود؛ طلبی بر عهده یک بانک برای پرداخت پول در قالب سکه یا اسکناس. زمانی که پول از یک حساب بانکی به دیگری منتقل می‌شود، قواعد حقوق مالکیت اجرا می‌گردد. با این وجود، قواعد انتقال حقوق مالکیت معمولاً مستلزم انتقال فیزیکی مال هستند؛ یعنی کنترل فیزیکی بر مال از انتقال‌دهنده به انتقال‌گیرنده؛ اما رویه بانکداری نوین، انتقال پول حساب بانکی را بدون هیچ‌گونه انتقال فیزیکی، به وسیله یک عمل

بانکی بدون ربا) (۱۳۸۵) و قانون تسهیل اعطاء تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجراء طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارآیی بانک‌ها (۱۳۸۶). به موجب این قوانین فلزات گرانبها اعم از مسکوکات یا شمش، ارزهای آزاد، رسید انبارهای رسمی و اموال غیرمنقول ثبت‌شده، سهام شرکت‌های حاضر در بورس‌های معتبر، اصل طرح تولیدی، اسناد زراعی ضمانت‌نامه‌های زنجیره‌ای اشخاص معتبر یا اهالی روستا به‌ویژه در طرح‌های کشاورزی امور دام و صنایع روستایی، چک، سفته با ظهرنویسی ضامن معتبر، ذینفع شدن در قراردادهای لازم الاجراء، اسناد اوراق بهادار و مشارکت، تضمین مؤسسات و شرکت‌های معتبر و یا پذیرفته‌شده در بورس کالای ارزش‌دار، ماشین‌آلات سنگین و سبک، اموال منقول و ... قابل توثیق می‌باشند. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر. ک. به: (Kabiri, et al., 2017: 157- 180; Seyfi & Shamsollahi,

2014: 61- 88)

اداری اجرا می‌کند: با طلبکار کردن یک حساب و بدهکار کردن حساب دیگر؛ بنابراین، قواعد حقوق مالکیت به‌سختی در اینجا اعمال می‌گردد. ملاحظات مشابهی نیز دربارهٔ سهام قابل تصور است که به‌طور فیزیکی مثلاً در بانک نگهداری نمی‌شوند، بلکه انتقال سهام نیز فرایند طلبکار کردن یک حساب و بدهکار کردن حساب دیگر است (Johansson, 2003, 167; Heermann, 2009, 14).

بدین ترتیب، در مواجهه با تغییرات روز و ظهور اموال جدید، صاحب‌نظران علیرغم تأکید بر ضرورت وجود اصل حصری بودن، رویکرد مضیق افراطی نسبت به آن را از نظر اقتصادی زیان‌بخش می‌دانند. ضمن اینکه با نزدیک شدن تعاملات حقوق مالکیت و حقوق قراردادهای دیگر نمی‌توان گفت که اشخاص نمی‌توانند از استقلال فردی برای به دست آوردن برخی اثرات در حقوق مالکیت استفاده کنند (Erp and Akkermans, 2010: 43-44)؛ بنابراین، با وجود تمایز پررنگ بین خودمختاری حاکم در حوزه قراردادی و محدودیت موجود در حوزه مالکیت، تعاملات سازنده این دو حوزه به تدریج از سخت‌گیری‌ها کاسته و زمینه‌ساز طرح رویکردهای معتدل نسبت به اصل حصری بودن حقوق مالکیت شده است.

بدین سان، از ضرورت طرح اصل «شبه حصری بودن»^۱ و لزوم به‌کارگیری رویه‌ای انعطاف‌پذیر سخن به میان آمده است: رویه‌ای که ضمن در نظر گرفتن وجوب ارائه نوعی طبقه‌بندی و محدودیت، ظرفیت گنجاندن انواع جدید حقوق مالکیت را دارد و می‌تواند در شناسایی جنبه‌های نوآورانهٔ حقوق مالکیت و نیازهای روز اقتصادی نیز یاری رساند (Erp, 2003: 1-12). برای نمونه می‌توان به ضرورت پیش‌بینی نظام حقوقی منعطف در شناسایی اموال فکری و مطالبات به عنوان موضوع رهن نام برد.^۲

1- Numerus Quasi-Clausus

۲- در این راستا، پژوهش‌هایی نیز انجام شده است، از جمله:

Shabani Kandsari, Hadi. (2016). Mortgage of Future Property and Circulating Assets, First Edition, Tehran, Sahami Enteshar Publication (In Persian); Karimi, Abbas & Mohammad Moein Islam. (2008). The Pledge of Intellectual Property Rights, Private Law Studies Quarterly, Volume 38, No. 2, pp. 315- 324 (In Persian)

۳. چرایی وجود اصل حصری بودن حقوق مالکیت

مطالعه نظام مالکیت کشورهای مختلف نشان می‌دهد که بسته به نوع رویکرد نظام‌های حقوقی، رگه‌های پررنگ یا کم‌رنگ از اصل حصری بودن در سیستم مالکیت کشورها وجود دارد؛ اما پرسشی که مطرح می‌شود اینکه چرا نظام‌های حقوقی نسبت به پذیرش اصل حصری بودن حقوق مالکیت اقدام نموده‌اند؟

در نگاه بسیاری از حقوق‌دانان، اصل حصری بودن بیانگر نوعی طبقه‌بندی و استانداردسازی است. اصل موصوف، قطعیت حقوقی مطلوبی را ارائه می‌دهد؛ یعنی تضمین می‌کند که هیچ حقوق مالکیت دیگری در تعداد و مفاد، جز آنچه توسط فهرست نظام حقوقی^۱ شناسایی شده است وجود ندارد؛ بنابراین زمانی که اشخاص با یک حق مالکیت مواجه می‌شوند، می‌توانند تشخیص دهند که کدام حق مالکیت به آن‌ها ارتباط دارد (Akkermans, 2008: 437).

قطعیت حقوقی مفهومی است در راستای پیش‌بینی‌پذیری^۲ و قابلیت انتظار^۳ آنچه برای رونق تجارت نیاز است. این امر با طرح جایگاه اصل حصری بودن حقوق مالکیت، در پیشبرد آزادی مالکیت و گردش آزاد کالا عنوان شده است. هر اقتصاد بازار آزاد مبتنی بر این فرض است که هر کس حق دارا شدن را دارد و می‌تواند نسبت به تجارت آنچه مالک آن است آزادانه با دیگران اقدام کند. نقش اصل حصری بودن در اینجا به این مهم باز می‌گردد که اصل موصوف بیان می‌کند: چه حقوق مالکیتی را می‌توان داشت و بدین ترتیب کدام یک از آن‌ها را می‌توان در تجارت به کار گرفت. بر این اساس، ارائه انواع حقوق مالکیت از پیش تعیین شده در نظام حقوقی، پیش‌بینی‌پذیری و قابلیت انتظار را به جامعه پیشکش می‌کند. این امر، نه فقط برای طرفین مستقیم رابطه مالکانه، بلکه برای آنهایی نیز که به نوعی با حق مالکیت در بازار ارتباط پیدا می‌کنند حائز اهمیت است (Akkermans, 2017: 104).

۱- فهرست موجود از حقوق مالکیت می‌تواند شامل همه انواع حقوق مالکیت مورد نیاز شود و در صورت فقدان حق مورد نیاز و مصالح اقتصادی جامعه، رویه قضایی می‌تواند وارد عمل شده و نسبت به ایجاد حق مالکانه جدید بر حسب اقتضاء بازار اقدام نماید. (Rudden, 1987: 245- 249).

2- Foreseeability

3- Predictability

اما در کنار قطعیت حقوقی برآمده از نگاه حقوقی، تحلیل‌های حقوق و اقتصاد نیز جالب توجه است. با عنایت به اینکه نهاد مالکیت از عناصر کلیدی فرایند دستیابی به رشد پایدار و توسعه اقتصادی به شمار می‌رود، لذا تحلیل‌های اقتصادی مبانی ساختار نهاد حقوقی موصوف از جمله اصل حصری بودن حقوق مالکیت و ارتباط آن با کاهش هزینه‌های مبادله مهم می‌نماید.

به‌طور کلی، تحلیل‌های حقوق و اقتصاد، با تمرکز بر دو مفهوم «کمیابی منابع» و «انتخاب فردی» به بیان کارکرد حقوق می‌پردازند. تحلیل‌های این حوزه، به منظور ارزیابی و شناسایی منافع و هزینه‌های افراد درباره انتخاب‌هایی که نسبت به منابع کمیاب دارند حائز اهمیت است. بدین ترتیب، آنچه در حقوق مالکیت مورد توجه قرار می‌گیرد، بررسی راهی است که افراد به صورت مطلوب‌تر نسبت به کسب یا عدم کسب یک منبع، انگیزه یافته و تصمیم‌گیری کنند؛ راهی که با هزینه کمتر به تحصیل منافع بیشتر منتهی گردد. در این راستا، ادبیات حقوق و اقتصاد با تمرکز بر کارایی و هزینه‌های مبادله نسبت به توجیه ضرورت حاکمیت اصل حصری بودن حقوق مالکیت اقدام نموده است. در این راستا، سه تحلیل بر مبنای «جلوگیری از کاهش کارایی»، «پیشگیری از بروز آثار خارجی» و «پیشگیری از بروز اشتباه و رفتارهای فرصت‌طلبانه» ارائه شده است.

۳-۱. پیشگیری از کاهش کارایی

هیلر^۱ با استناد به مقاله تراژدی مشترکات هاردین، بر چالش «مشترکات عمومی» و «ضد مشترکات عمومی» و ارتباط آن با تجزیه امتیازات مالکیت تمرکز نموده است. اظهارات هاردین در توصیف تراژدی موصوف مبنی بر اینکه «آزادی در مشترکات موجب ویرانی برای همگان می‌شود» (Hardin, 1968: 1244)، به زمینه‌ای برای توجیه ضرورت وجود اصل حصری بودن حقوق مالکیت و لزوم اعلام محدودیت‌ها منتهی شده است. «تراژدی مشترکات» زمانی روی می‌دهد که اشخاص زیادی بدون داشتن توافق یا حق اخراج دیگران (انحصاریت) استحقاق استفاده از مالی را پیدا کنند (Heller, 1998: 623- 624). این حالت، از داشتن حق استفاده جهت بیشینه کردن سود شخصی ناشی می‌شود که در نهایت به استفاده مفرط از منبع کمیاب و نابودی آن

1- Michael Heller

منجر می‌گردد (Parisi, et al., 2005: 578- 579). تراژدی موصوف، بر این واقعیت مبتنی است که اشخاص زیادی وجود دارند که نمی‌توانند درباره مال تحت مالکیت تصمیم‌گیری کنند. در نتیجه، برای رفع چالش ناشی از تراژدی مشترکات، طراحی ساختار مالکیت خصوصی پیشنهاد شده است. در نظام مالکیت خصوصی، «شخص مشخص» به عنوان «مالک»، با دریافت قدرت اخراج دیگران در رابطه با مال تحت مالکیت که از مشترکات به شمار نمی‌رود، تصمیم‌گیری می‌کند.

البته اتکای صرف به ساختار مالکیت خصوصی نیز لزوماً بدون چالش نیست و روی دیگر آن یعنی تعداد بسیار زیاد مالکیت خصوصی و شمار بسیار قدرت انحصاری تصمیم‌گیری به تراژدی دیگری منتهی می‌گردد و آن «تراژدی ضد مشترکات» است. این حالت زمانی رخ می‌دهد که قدرت تصمیم‌گیری بر مالی بین فعالان زیادی تقسیم شود، به گونه‌ای که تصمیم‌گیری سخت یا غیرممکن گردد. در نتیجه، تجزیه بیش از اندازه قدرت انحصاری تصمیم‌گیری نیز به استفاده نادرست منجر می‌شود و صرفاً با اتحاد مالکیت‌های تجزیه‌شده به مجموعه‌ای قابل استفاده رفع می‌گردد. آنچه در این زمینه باید به آن توجه شود، مفاد مجموعه مالکیت است (Heller, 1998: 633- 642).

نظام مالکیت با ارائه فهرستی از حقوق مالکیت تضمین می‌کند که حقوق زیادی برای اعطای اولویت استفاده که بدون حق خروج دیگران باشد، وجود ندارد. از سوی دیگر نیز این حقوق نباید قدرت تصمیم‌گیری درباره مالی میان مالکان متعدد را تقسیم کنند. به بیان دیگر، اگر امتیازات مربوط به یک مال در قالب تکه‌های بسیار درآید، تصمیم‌گیری یا حمایت نسبت به مال قطعه قطعه شده، دشوار می‌شود و هزینه‌ها نسبت به منافع امتیازات تجزیه‌شده فزونی می‌یابد. در نتیجه، مالکیت آن مال دیگر کارا نیست (Akkermans, 2017: 108- 109). بدین ترتیب، خطر تجزیه حقوق مالکیت دلیل رویارویی با تراژدی‌های موصوف تلقی می‌گردد (Parisi, et al., 2005: 590- 591).

لازم به ذکر است، در تحلیل مبتنی بر تجزیه و کاهش کارایی، باید به هر دو بُعد اصل حصری بودن؛ هم «تعداد حقوق مالکیت» و هم «مفاد حقوق مالکیت» توجه شود. برای نمونه، اگر دارنده مالکیت بخواهد از حق مالکیت خود، راه عبوری به الف بدهد، حق مالکانه محدودی (یک حق ارتفاق) ایجاد می‌شود. حال اگر او بخواهد حق مالکیت خود را به چندین حق مالکانه (چندین حق

ارتفاق) تقسیم کند، تجزیه در انواع حقوق مالکیت اتفاق می‌افتد. حال اگر قاعده‌ای از این بابت حاکم نباشد، زمینه بروز تراژدی مشترکات فراهم می‌گردد. همچنین در جایی مثل مالکیت مشاعی، تجزیه بین چندین مالک رخ می‌دهد. مشکلاتی که در مدیریت اموال مشاعی، از جمله مشکلات مربوط به جلب رضایت چندین مالک یا تأمین همکاری آن‌ها وجود دارد، نمونه‌ای از چالش تجزیه در تعداد مالکین است. به هر روی، هر دو نوع تجزیه، خواه تجزیه در تعداد مالکان خواه تجزیه در تعداد حقوق مالکیت، می‌توانند به بروز تراژدی منتهی گردند و در توجیه اصل حصری بودن حقوق مالکیت در نظر گرفته شوند. در نمونه نخست، شناسایی حقوق مالکانه محدود جدید جهت استفاده (حق ارتفاق)، بدون وجود مقررات کافی در این زمینه، چالشی از شناسایی حقوق جدید یا تعداد حقوق مالکیت است؛ اما نمونه دوم به این مسئله مربوط می‌شود که آیا یک حق مالکیت، اعم از اصلی یا محدود می‌تواند در رژیم مالکیت مشاعی تقسیم شود؛ یعنی آنچه به حوزه مفاد حقوق مالکیت و محدودیت‌های آن باز می‌گردد (Akkermans, 2008: 451).

۲-۳. پیشگیری از بروز آثار خارجی

این تحلیل توسط مریل^۱ و اسمیت^۲ بر اساس رأی قاضی عالی رتبه انگلیسی؛ لرد بروگهام^۳، در دعوی کیپل علیه بیلی^۴ ارائه شده است. در تصمیم مشارالیه آمده است که وقتی اشخاص ثالث نسبت به تحصیل قطعه زمینی اقدام می‌کنند، به سختی می‌توانند نسبت به حقوق و تکالیف متعلق به آن آگاهی یابند. پس اعطای آزادی عمل کامل به افراد جهت ایجاد نوع جدیدی از امتیازات مالکانه، شایسته علم حقوق و رفاه عمومی نیست. آنچه حائز اهمیت است، ابهامات به وجود آمده در امتیازات اعطاشده خسارات سنگینی به بار خواهد آورد. در نتیجه، تمام دارایی‌ها و روابط مالکانه فقط باید توسط «نظام حقوقی» شناسایی شوند و هیچ نوع حقوق مالکانه جدیدی نباید صرفاً مبتنی بر «تصورات و تمایلات مالک»^۵ ایجاد گردد. (Keppel v Bailey (1834) 2, 535-536).

1- Thomas W. Merill

2- Henry E. Smith

3- Lord Brougham

4- Keppel v Bailey (1834) 2 My & K 517, 520-526.

5- "at the fancy or caprice of any owner"

این نکته از منظر حقوقی مهم است که اعطای آزادی به اشخاص برای «ایجاد ارادی» حقوق مالکانه جدید نمی تواند به قطعیت حقوقی منتهی گردد (Akkermans, 2008: 388).

به بیان دیگر، ایجاد ارادی حقوق مالکانه جدید و شناسایی آن ها، هزینه سنجش غیرقابل قبولی را برای اشخاص ثالث؛ یعنی آن ها که در ایجاد حق مالکیت جدید نقشی نداشته اند، به وجود می آورد. «هزینه های سنجش»، هزینه هایی هستند که افراد در رویارویی با حقوق مالکیت با آن ها مواجه می شوند. با توجه به اینکه اشخاص خالق حق مالکیت در مقابل این هزینه ها قرار نمی گیرند، بلکه اشخاص ثالث با حق مالکیت جدید مواجه می شوند، لذا به عنوان آثار خارجی به شمار می روند. تصور کنید ۱۰۰ نفر دارای ساعت می باشند. در این میان، یکی از آن ها یعنی الف ساعت خود را به ب می فروشد. البته او مالکیت ساعت را به طور کامل منتقل نمی کند، بلکه فقط «حق استفاده» از ساعت را برای روز دوشنبه منتقل نموده است. بدین ترتیب، رابطه مالکانه جدیدی با عنوان «حق استفاده دوشنبه» مطرح شده است. تصویر مذکور بیانگر انتقال یک حق مالکیت معمولی نیست، بلکه آنچه نسبت به ساعت ایجاد شده، گونه جدیدی از حق استفاده است (سهم زمانی یا مالکیت زمانی). ایجاد ارادی چنین امتیاز جدیدی، نه تنها الف، ب و وراث آن ها را نسبت به این انتقال متأثر می نماید، بلکه بازیگران دیگر بازار را نیز با موقعیت جدید و دشواری مواجه می سازد. ایجاد چنین حقی موجب می گردد، هر فردی که می خواهد ساعت بخرد، مجبور شود بررسی کند که آیا ساعتی که می خواهد خریداری کند، دارای حق استفاده دوشنبه یا حق استفاده سه شنبه و از این قبیل و حتی دیگر حقوق مالکانه تازه تأسیس هست؟ (Smith & Merrill, 2000: 26-28)

در نتیجه، هزینه پردازش اطلاعات اشخاصی که به نوعی دارای منافع موجود یا بالقوه هستند افزایش می یابد؛ به عبارت دیگر، اگر افراد هزینه اقدامات خود را به درستی محاسبه نمایند، آثار خارجی ناشی از عمل طرفین مبادله بر دیگر مشارکت کنندگان بازار که مستقیماً در ایجاد حق مالکیت جدید نقشی نداشته اند، بار می شود. شاید به نظر برسد، برای جلوگیری از چنین چالشی، بتوان از مفهوم اطلاع رسانی و روش های خاص علنی نمودن حق مالکانه جدید یاری گرفت؛ اما باید توجه نمود زمانی که از دیگر بازیگران بازار صحبت می شود، اطلاع رسانی نمی تواند راهکار مناسبی باشد. چرا که دیگر فعالان بازار، نه طرف معامله خالق حق مالکیت بوده اند و نه قصد کسب حق مالکیت مورد بحث را داشته اند. بر این اساس، تنها راه کنترل نمودن این گونه آثار خارجی که

بر اشخاص ثالث بار می‌شود، در استانداردسازی اجباری حقوق مالکیت است. تعداد محدود از اشکال بنیادین مالکیت موجب می‌شود که فرایند تحقیق و تفحص بازیگران بازار نسبت به این امر که آیا این رابطه خصیصه‌های صورت‌های مندرج در فهرست از پیش تعیین شده را دارد یا ندارد، تقلیل یابد؛ اما استانداردسازی به صورت خودکار و در پرتو دست نامرئی بازار ایجاد نمی‌شود، بلکه به دخالت ضروری قانون‌گذار نیاز دارد. در این میان، حقوق مالکانه جدیدی که به وسیله قانون‌گذار ایجاد شده است، نسبت به حقوق مالکانه‌ای که توسط قضات به وجود آمده است، اطلاعات بیشتری را با هزینه کمتر برای اشخاص ثالث تولید می‌کند (Smith & Merrill, 2000: 61-36).

البته به نظر می‌رسد که تحلیل فوق بیشتر به راهی که حقوق‌دانان نظام نوشته از سیستم حقوق مالکیت درک می‌کنند، نزدیک باشد؛ زیرا آنچه مطرح شده مبتنی بر تمایز سنتی بین حقوق مالکیت و حقوق اشخاص و نیز اثرات متفاوت این دو دسته بر اشخاص ثالث است.^۱ بدین ترتیب، به دلیل تأثیرگذاری حقوق مالکانه بر اشخاص ثالث، بر ضرورت اعمال محدودیت در ایجاد حقوق مالکیت تأکید شده است. این رویکرد به عنوان تلاشی برای برقراری تعادل بین هزینه‌ها و اقدام برای استانداردسازی بهینه مالکیت می‌تواند بیانگر کشمکش بین قطعیت حقوقی و خودمختاری فردی در میان حقوق‌دانان نظام نوشته تلقی گردد (Akkermans, 2008: 451-453).

۳-۳. پیشگیری از بروز اشتباه و رفتارهای فرصت‌طلبانه

نظام حقوقی با وضع مجموعه‌ای از قواعد درصدد توانمند کردن اشخاص برای تأیید و اثبات حقوق مالکانه است. در این راستا، اصل حصری بودن به عنوان روشی برای تأیید «درک مشترک»^۲ اشخاص از حقوق مالکیت مربوط به آن‌ها محسوب می‌گردد. آنچه در این میان مهم می‌نماید، معرفی جایگاه اصل حصری بودن در رفع برخی چالش‌هاست. اگر دو نفر، حقوقی بر دارایی واحد دارند، به وسیله‌ای نیاز دارند تا از طریق آن مطمئن شوند که هر دوی آن‌ها در «درک مشترک» نسبت به این حقوق سهیم هستند. فقدان چنین درکی، احتمال استفاده متناقض یا نامناسب افراد

۱- از جمله مهم‌ترین پیامدهای آن مباحث مربوط به «نظریه قابلیت استناد در برابر ثالث» است.

2- Common understanding

نسبت به آن دارایی را فراهم می‌آورد که «چالش هماهنگی»^۱ نام گرفته است. به علاوه، حتی اگر افراد چالش هماهنگی را رفع کنند، هر یک نیاز دارند تا مطمئن شوند که طرف دیگر با فرصت طلبی نسبت به حقوقی که به دیگری تعلق دارد، ادعایی نخواهد کرد؛ آنچه تحت عنوان «چالش اجرا» مطرح شده است. در این راستا، هراندازه ناکارآمدی در رفع چالش‌های هماهنگی و اجرا به دامنه اشتباهات و فرصت طلبی‌ها وسعت داده و موجب کاهش ارزش امتیازات مربوط به رابطه مالکانه می‌گردد. چرا که در صورت عدم رفع چالش‌های موصوف، احتمال بروز مشکلات و افزایش هزینه‌ها می‌رود: ممکن است اشخاص برای حمایت از حقوق خود به اقامه دعوا روی آورند؛ ممکن است سرمایه‌گذاری‌ها نسبت به استفاده و توسعه دارایی‌ها تضعیف شود؛ احتمال بروز خطرهای افزایش یابد و مبادلات منعقد نگردند؛ اما راه حل دو چالش فوق، در راهکار مبتنی بر ضرورت وجود ابزار مناسب جهت «تأیید»، مطرح شده است: به منظور رفع چالش هماهنگی، هر فرد به راهی برای تأیید کردن درک طرف دیگر از حقوق مربوط به دیگری نیاز دارد. جهت حل چالش اجرا نیز اجراکننده ثالث مانند قاضی به روشی برای تأیید کردن درک فرد از حقوق مربوط به دیگری نیاز دارد (Hansmann & Kraakman, 2002: 383-384).

آنچه مسلم است، تأیید و اثبات حقوق مالکیت در مقایسه با تأیید و اثبات حقوق قراردادی، امری دشوار تلقی می‌گردد. برای افرادی که به وسیله یک قرارداد به یکدیگر مرتبط می‌شوند، خود قرارداد ابزار اصلی رفع چالش‌های هماهنگی و اجراست. قرارداد، طریقی را ارائه می‌دهد که به وسیله آن طرفین می‌توانند تأیید کنند که حقوق مربوط به آن‌ها، دانش مشترک بین آن‌هاست. همچنین، قرارداد به عنوان گواهی بر اثبات انتظارات طرفین در حوزه اجرا که مورد نیاز قاضی است، تلقی می‌گردد؛ اما تأیید و اثبات حقوق مالکیت به این دلیل سخت است که «نسبت قرارداد» نمی‌تواند برای دارندگان حقوق مالکیت نسبت به موضوع مالکیت وجود داشته باشد. فرض کنید که الف، بیشتر حقوق خود نسبت به مالی را به ب می‌فروشد، درحالی که بخشی از حقوق او نسبت به مال مذکور کماکان برای وی باقی می‌ماند. «درک مشترک» بین الف و ب در قرارداد بیع بین آن‌ها بیان شده است، به گونه‌ای که ب می‌تواند تمام حقوق خود نسبت به مال مذکور را منتقل

1 the problem of coordination

کند، اما حقوق الف را نمی تواند منتقل نماید. حال تصور کنید ب حقوق خود نسبت به مال موصوف را به شخص ثالث یعنی ج بفروشد. آنچه در اینجا حائز اهمیت است، اگر ج به واسطه اظهارات ب در مورد حقوق منتقل شده از ب، اشتباه کرده باشد یا به طور فرصت طلبانه ای، حقوق منتقل شده از ب را به نادرستی اظهار نماید، الف چگونه تأیید کند که ج در درک حقوق الف سهیم است. یا برعکس، ج چگونه ماهیت هر حقی را که به اشتباه به الف نسبت داده شده، خواه به عمد خواه غیر عمد تأیید کند. خلاصه کلام، چگونه الف و ج تأیید کنند که ج از ماهیت حقوق باقی مانده الف به طور دقیقی مطلع بوده و چگونه دادگاه نسبت به تأیید چنین درکی اقدام نماید؟

چالش اصلی حقوق مالکیت، فراهم نمودن مکانیزم هایی جهت رفع مشکلات مربوط به تأییدهاست. نظام مالکیت به منظور حل چنین مشکلاتی، انواع مختلف «قواعد تأیید» را به کار می گیرد. قاعده تأیید شرایطی را تنظیم می کند که به موجب آن، حق داده شده نسبت به مال معلوم، با آن مال همراه شود. رابطه مستحکم و درهم آمیخته ای بین «قواعد تأیید» و «انواع و اشکال حقوق مالکیت» وجود دارد و قانون جهت شناسایی آن مهیا شده است. در فرایند تأیید، فرض نظام مالکیت این است که تمام حقوق مالکیت نسبت به مال معلوم توسط یک مالک نگهداری می شوند؛ بنابراین تجزیه حقوق مالکیت میان بیش از یک مالک صرفاً در صورتی قابل اجراست که اطلاعاتی کافی از تجزیه مذکور به افرادی که از آن متأثر می شوند، وجود داشته باشد (Hansmann & Kraakman, 2002: 384).

۴. نتیجه گیری

در پایان، نتیجه گیری نهایی از توصیف اصل حصری بودن حقوق مالکیت و تحلیل مبانی آن به شرح زیر بیان می گردد:

۱- دروازه ورودی نهاد مالکیت به اصل حصری بودن حقوق مالکیت اختصاص یافته است. چراکه نتیجه عینی بودن حقوق مالکیت و تأثیر آن بر اشخاص ثالث، اعمال حصرها و تعیین محدودیت ها بر خودمختاری فردی است. در نتیجه، مالک نمی تواند به هر شکل، هر آنچه را که می خواهد تملک نماید. بلکه او ملزم می باشد مطابق با صلاحدید نظام حقوقی پیش رفته و از میان «تعداد محدود» و «مفاد مشخص» انتخاب کند. به بیان دیگر، رابطه حقوقی یک شخص نسبت به

یک مال باید ذیل یکی از انواع حقوق مالکیت شناسایی شده توسط نظام حقوقی (قانون و رویه قضایی) قرار گیرد (محدودیت در تعداد). همچنین قواعد حاکم بر حقوق مالکیت شناسایی شده، تعیین خواهند کرد که هر کدام از این حقوق (مالکیت و حقوق مالکانه محدود)، چه امتیازاتی را به مالک و دارنده خویش اعطا می کنند (محدودیت در مفاد).

۲- در کنار اعمال حاکمیت اصل حصری بودن؛ یعنی وجوب ارائه نوعی طبقه بندی و اعمال محدودیت در تعداد و مفاد حقوق مالکیت، باید بر لزوم به کارگیری موضع انعطاف پذیر اصل مذکور نیز تأکید نمود. رویکردی که ظرفیت شناسایی جنبه های نوآورانه حقوق مالکیت را داشته و توان پاسخگویی به نیازهای بازار باشد. برای نمونه می توان به ضرورت توسعه دایره موضوعی حقوق مالکانه توثیقی و نیاز بازار به این مهم اشاره نمود؛ به گونه ای که موضوع رهن صرفاً در «عین» خلاصه نگردد و دیون و حقوق از جمله اموال فکری را نیز در برگیرد.

۳- با توجه به اینکه واکاوی نهاد مالکیت به جهت برخورداری از جایگاه کلیدی در دستیابی به رونق بازار حائز اهمیت است، چرایی حاکمیت اصل حصری بودن نیز به عنوان یکی از اصول زیربنایی نهاد موصوف مهم می نماید. در پاسخ به چرایی ضرورت حاکمیت اصل موصوف، از نگاه حقوقی صرف، به قطعیت حقوقی که در پیشبرد آزادی مالکیت و گردش آزاد کالا مؤثر است، استناد شده است. قطعیت حقوقی نشان می دهد که چه حقوق مالکیتی را می توان داشت و کدام یک از آن ها را می توان در بازار به تجارت گذارد. بدین ترتیب، بازیگر بازار می تواند نوعی پیش بینی پذیری و قابلیت انتظار را درک کند؛ امری که منجر به افزایش انگیزه مشارکت فعالان اقتصادی در بازار می شود و بر نقش مهم نهاد حقوقی دلالت می نماید. این امر از خدمات قابل توجه نظام حقوقی در روند رشد اقتصادی پایدار و در نهایت توسعه اقتصادی است.

۴- اما آنچه از مبانی توجیه این اصل در کنار قطعیت حقوقی مطرح شده است، تحلیل های اقتصادی با هدف «کارایی» و «کاهش هزینه های مبادله» است:

الف- تحلیل نخست بر مبنای «جلوگیری از کاهش کارایی» و با توصیف «ممنوعیت تجزیه افراطی مالکیت» ارائه شده است. در اعلام ممنوعیت تجزیه افراطی، توجه به هر دو نوع تجزیه، خواه تجزیه در تعداد مالکان خواه تجزیه در تعداد حقوق مالکیت حائز اهمیت است. برای نمونه، اگر محدودیتی بر تعداد حقوق مالکانه جهت استفاده (مثل حق ارتفاق) ایجاد نشود و یا اگر محدودیتی بر مفاد حقوق مالکیت (مثل مالکیت مشاعی) اعمال نگردد، دارندگان حقوق مالکیت با

کاهش کارایی امتیازات ناشی از آن حقوق مواجه خواهند شد.

ب- تحلیل دوم بر مبنای «پیشگیری از بروز آثار خارجی» به تبیین موضوع «تقلیل هزینه‌های سنجش» و لزوم اعمال استانداردهای بهینه پرداخته است. آنچه در این میان حائز اهمیت است، ضرورت وجود یک نظام حقوقی (قانون و رویه قضایی) است که توان ایجاد استانداردهای بهینه در اعلام تعداد و مفاد حقوق مالکیت را داشته باشد. چراکه ایجاد ارادی حقوق مالکانه جدید و شناسایی آن‌ها، هزینه سنجش غیرقابل قبولی را برای اشخاص ثالث؛ یعنی آن‌ها که در ایجاد حق مالکیت جدید نقشی نداشته‌اند، به وجود خواهد آورد.

ج- تحلیل آخر نیز بر مبنای «پیشگیری از بروز اشتباه و رفتارهای فرصت طلبانه» و بر اساس مفهوم «دریافت درک مشترک» اشخاص از حقوق مالکیت مربوط به آن‌ها همت گمارده است. بدین روال، بر شناسایی انواع حقوق مالکیت توسط نظام حقوقی (قانون و رویه قضایی) تأکید شده است. این نوع شناسایی، بستر دریافت درک مشترک اشخاص از حقوق مالکیت مربوط به آن‌ها را فراهم می‌آورد. در نتیجه، این امر به پیشگیری از بروز اشتباه و رفتارهای فرصت طلبانه و در نهایت به کاهش هزینه‌ها منتهی خواهد شد.

۵- در پایان برای نظام حقوقی ایران توصیه می‌شود که ضمن حفظ اصل حصری بودن حقوق مالکیت به رویکردی منعطف‌تر در پاسخ به نیاز بازار و شناسایی اموال نوین از جمله در حوزه شناسایی موضوع قرارداد رهن بپردازد.

References

- [1] Gorji, Abolghasem. (2015). *Legal Articles*, Second Edition, Tehran, University of Tehran Press
- [2] Kabiri, Hamid & Mohammad Issaei Tafreshi & Morteza Shahbazinia. (2017). Comparative Study of the Unitarianism or Pluralism Approaches regarding Security Devices within Movable Properties in the legal system of the US, England and Iran, *Comparative Law Researches*, Volume 21, No. 2, pp. 157-180
- [3] Karimi, Abbas & Mohammad Moein Islam. (2008). The Pledge of Intellectual Property Rights, *Private Law Studies Quarterly*, Volume 38, No. 2, pp. 315-324
- [4] Katouzian, Naser. (2010). *Property and Ownership*, Thirty-first Edition, Tehran, Mizan
- [5] Nematollahi, Esma'il. (2014). Review of Malek-an-Yamlak Theory, *Islamic Law*, Volume 41, pp. 29-62

- [6] Pilvar, Rahim. (2012). *Philosophy of Property Right*, first edition, Tehran, Sahami Enteshar Publication
- [7] Seyfi, Gholamali & Atiye Shamsollahi. (2014). The Comparative Study of Mortgage Systems Development Process, *Legal Studies*, Volume 3, pp. 61- 88
- [8] Shabani Kandsari, Hadi. (2016). *Mortgage of Future Property and Circulating Assets*, First Edition, Tehran, Sahami Enteshar Publication
- [9] Ameli, Mohammad-Ibn-Makki. (1980). *Al-Qawaed va Al-Fawaed*, Volume 1, Qom, Mofid Pblcation
- [10] Gharavi Esfahani, Mohammad Hossein. (1998). *Hashiye Ketab-al-Makaseb*, Vol. 1, First Edition, Qom, Zol-Qorba
- [11] Hakim, Seyed Mohsen. (1992). *Nahj-al-Feqahah*, Qom, Bistodoe Bahman Pblcation
- [12] Moosavi Khomeini, Seyed Rohollah. (1989). *Ketab-al-Bey'*, Volume 1, Fourth Edition, Qom, Esma'ilian Publication
- [13] Rashti, Habibollah. *Ketab-al-Ghasb*, no date, no place
- [14] Tabatabaei Yazdi, Seyed Mohammad Kazem. (1919). *Hashiye Makaseb*, Volume 1, Fourth Edition, Qom, Esma'ilian Publication
- [15] Füller, Jens Thomas. (2006). *Eigenständiges Sachenrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck
- [16] Bariklou, Alireza. (2004). Transaction Outside the Authority, *Legal Thoughts*, Second Year, No. 6, pp. 35-52.
- [17] Heermann, Peter W. (2003). *Geld und Geldgeschäfte*, Tübingen, Mohr Siebeck
- [18] Eftekhari, Javad. (2001). *Commercial Companies*, First Edition, Tehran, Ghoghnoos Publication.
- [19] von Savigny, Friedrich Carl. (1981). *System des heutigen römischen Rechts*, Aalen, Scienta Verlag
- [20] Wiegand, Wolfgang. (1987). Numerus clausus der dinglichen Rechte- Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, In *Wege europäischer Rechtsgeschichte – Festschrift Kroeschell*, Edited by G. Köbler (ed.), Frankfur A. M., Peter Lang, pp. 623- 643
- [21] Akkermans, Bram. (2017). The Numerus Clausus of Property Rights, In *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Edited by Michele Graziadei and Lionel Smith, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 100- 121
- [22] Akkermans, Bram. (2008). The Principle of Numerus Clausus in European Property Law, Antwerp, Intersentia
- [23] Bariklou, Alireza. (2004). Transaction Outside the Authority, *Legal Thoughts*, Second Year, No. 6, pp. 35-52.
- [24] van Erp, Sjef. (2006). European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?, *Walter van Gerven Lectures* (6), Groningen, Europa Law Publishing
- [25] Eftekhari, Javad. (2001). *Commercial Companies*, First Edition, Tehran, Ghoghnoos Publication.
- [26] van Erp, Sjef. (2003). "A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol.7, 2, pp. 1- 12
- [27] van Erp, Sjef and Akkermans, Bram. (2010). Property Rights: A Comparative View, In *Property Law and Economics*, Edited by Boudewijn Bouckaert,

- Cheltenham, Edward Elgar, pp. 31- 52
- [24] Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier. (2002). "Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights", *Journal of Legal Studies*, Vol. 31, 2, pp. 373- 420.
- [25] Hardin, Garrett. (1968). "The Tragedy of the Commons", *Science*, Vol. 162, 3859, pp. 1243- 1248
- [26] Heller, Michael A. (1998): "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", *Harvard Law Review*, Vol. 111, 3, pp. 621- 688
- [27] Johansson, Erica. (2009). *Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity*, Heidelberg, Springer
- [28] Parisi, Francesco and Schulz, Norbert and Depoorter, Ben. (2005). "Duality in Property: Commons and Anticommons", *International Review of Law and Economics*, Vol. 25, pp. 578- 591
- [29] Reid, Kenneth G.C. (1997). "Obligations and property: Exploring the Border", *Acta Juridica*, 227, pp. 225- 245
- [30] Rudden, Bernard. (1987). *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, In *Oxford Essay in Jurisprudence*, Edited by John Eekelaar and John Bell, Oxford, Clarendon Press, pp. 239- 263
- [31] Smith, Henry E. and Merrill, Thomas W. (2000). "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", *Yale Law Journal*, Vol. 110, pp. 1- 70

نهاد بازسازی؛ ماهیت و مدل‌ها در نظام بانکی ایران*

فاطمه کیانی^۱

دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی
دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

سیامک رهپیک^۲

استاد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و
خدمات اداری

محمود باقری^۳

استاد حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم
سیاسی دانشگاه تهران

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۷

چکیده

اعمال مقررات عمومی ورشکستگی بر بانک‌ها مشکلات حقوقی فراوانی را به وجود می‌آورد. در این مقاله جهت جلوگیری از ورشکستگی بانک‌ها، مدل بازسازی منطبق با نظام حقوقی ایران ارائه می‌گردد. ارزیابی مقررات ایران نشان می‌دهد که تاکنون قانون جامعی در زمینه بازسازی بانک‌ها به تصویب نرسیده است. تدوین قانون بازسازی بانک‌ها نباید صرفاً تقلیدی باشد و نیازمند تحلیل ماهیت حقوقی روش‌های بازسازی است. روش ادغام و خرید و پذیرش، هر دو عقد هستند و به ترتیب براساس انتقال قرارداد و انتقال دین و طلب منعقد می‌شوند و روش پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده ابقاع و مبتنی بر واگذاری اجرای تعهد به شخص ثالث می‌باشد. هر سه روش با مبانی حقوقی ایران سازگارند و قابلیت بومی‌سازی در کشور را دارند. در مدل پیشنهادی رضایت بدهکاران و طلبکاران از ارکان بازسازی نیست. با این حال در نظر

*- مقاله پژوهشی

1 . kiaee87@gmail.com

2 . srahpeik@gmail.com

3 . mahbagheri@ut.ac.ir

DOI: 10.22067/lowecon.2021.39390

گرفتن حق اعتراض برای طلبکاران ضروری به نظر می‌رسد. در این مدل، بانک مرکزی یا صندوق ضمانت سپرده به عنوان مقام نظارتی بر سیستم بانکی لحاظ می‌شود. این مقام با در نظر گرفتن ترتیب اولویت روش‌های ادغام، خرید و پذیرش و پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده که بر اساس برآورد هزینه‌ها و شرایط بانک متوقف است، به اعمال مدل پیشنهادی جهت جلوگیری از ورشکستگی بانک متوقف می‌پردازد.

کلیدواژه‌ها: ماهیت حقوقی، مدل‌های بازسازی بانک‌ها، ادغام، خرید و پذیرش، پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده.

طبقه‌بندی JEL: k12, G21, G34

مقدمه

ورشکستگی بانک‌ها آثار سوئی بر اقتصاد کشور دارد. یک بانک به طور غیرمنتظره ورشکسته نمی‌شود بلکه ابتدا به عنوان یک بانک ضعیف شناخته می‌شود. از آنجاکه ناتوانی مالی و ورشکستگی بانک‌ها به کل نظام مالی سرایت می‌کند، استفاده از قوانین عادی ورشکستگی در مورد بانک‌های متوقف عواقب وخیمی را برای ثبات مالی و رشد اقتصادی ایجاد خواهد کرد. نهاد بازسازی باید ورود به موقع را قبل از اینکه تمام دارایی‌ها به طور کامل از بین بروند انجام دهد (Alferez and Fernández, 2019: 12). چنانچه اعمال بازسازی با شکست رو به رو شود و یا اساساً بانک غیر قابل بازسازی تشخیص داده شود، صدور حکم ورشکستگی و تصفیه آن مطرح می‌شود (Bagheri & Saquri, 2016: 16).

در کشور ایران در قوانین موجود مقرره‌ای در خصوص نحوه اعمال بازسازی بانک‌ها وجود ندارد. صرفاً ادغام بانک‌ها در برخی قوانین مورد پذیرش قرار گرفته است. در همین مقررات پراکنده هم به اندک اشاره بسنده شده است و مشخص نیست که ماهیت نهاد بازسازی بانک‌ها چیست؟ عقد است یا ایقاع؟ اگر عقد است، میان چه کسانی منعقد شده است؟ آیا رضایت طلبکاران و بدهکاران بانک متوقف در انعقاد قرارداد بازسازی شرط است یا خیر؟ به دلیل عدم وجود بستر قانونی، اعمال مدل‌های بازسازی بانک با چالش‌های حقوقی وسیعی مواجه خواهد شد. به طور مثال مشخص نیست که شخصیت حقوقی بانک در معرض توقف پس از اعمال هریک از این مدل‌ها باقی می‌ماند یا زایل می‌شود و در صورت زوال شخصیت حقوقی بانک متوقف این امر

چه تأثیری بر طلبکاران و بدهکاران بانک متوقف خواهد گذاشت.

به دلیل ویژگی‌های متمایز اجتماعی، اقتصادی و سیاسی کشورها و نیز ساختار حقوقی متفاوت آن‌ها، نمی‌توان الگوی ثابتی در خصوص طرح‌ریزی قواعد بازسازی در همه کشورها ارائه داد. سؤال اساسی این است که با توجه به تفاوت بنیادین در مبانی در نظام حقوقی ایران با دیگر نظام‌های حقوقی، آیا می‌توان از نهاد بازسازی در حقوق ایران بهره برد و در صورتی که امکان این امر وجود داشته باشد، شیوه اخذ و پذیرش این نهاد چگونه است؛ به عبارت دیگر، چگونه می‌توان نهاد بازسازی را از نظام‌های حقوقی دیگر به گونه مناسبی بومی ساخت و در مجموعه نظام حقوقی ایران آورد؟ پس از بررسی نهاد بازسازی در نظام حقوقی دیگر کشورها، باید به دنبال شناخت و تحلیل و فهم آن بود. برای تدوین مقررات در این خصوص نباید به ترجمه و کپی‌برداری از سایر کشورها تمسک جست. لذا بایستی نهاد بازسازی از درون تحلیل شده و ماهیت آن شناخته شود و این تحلیل ماهیت، در مسیر بومی‌سازی خواهد بود. برخی حقوق‌دانان اعتقاد دارند با توجه به مشابهت‌های نهاد بازسازی با قرارداد ارفاقی، این نهاد نیز همانند قرارداد ارفاقی عقد است (Kaviani & Farzaneh, 2014: 64)؛ اما با توجه به تنوع مدل‌های بازسازی، بایستی تحلیل ماهیت حقوقی هر کدام به صورت مجزا صورت گیرد. تحلیل ماهیت حقوقی نهاد بازسازی به این سؤال مهم پاسخ می‌دهد که کدام یک از مدل‌های بازسازی، با مبانی حقوقی کشورمان سازگاری دارد و بر فرض سازگاری همه مدل‌ها، چگونه می‌توان آن‌ها را در ساختار حقوق ایران درج کرد و جایگاه آن‌ها در نظام حقوق ایران کجاست؟

در این مقاله ابتدا به بیان مفهوم بازسازی و معرفی رایج‌ترین روش‌های بازسازی خواهیم پرداخت. سپس به ارزیابی مقررات ایران در زمینه بازسازی بانک‌ها و بررسی نمونه‌های عملی آن در ایران و تحلیل کارآمد بودن آن‌ها می‌پردازیم و در گفتار بعد با تحلیل مدل‌های بازسازی به تبیین ماهیت حقوقی آن‌ها خواهیم پرداخت. با پی بردن به ماهیت حقوقی هریک از مدل‌های بازسازی، مشخص می‌شود کدام مدل قابلیت بومی‌سازی برای ایران را داشته و مطابق قوانین ایران مبانی حقوقی درستی دارد. لذا بررسی ماهیت حقوقی هریک از مدل‌های بازسازی و تفاوت میان مدل‌های بازسازی از این حیث امری مهم می‌باشد که در این مقاله به آن خواهیم پرداخت. در پایان با توجه به تحلیل‌های صورت گرفته پیرامون ماهیت حقوقی بازسازی، مدل قانونی پیشنهادی که با مبانی حقوقی ایران سازگاری دارد را ارائه خواهیم داد.

گفتار نخست- مفهوم بازسازی بانک‌ها و معرفی روش‌های آن

بانک‌ها در مقایسه با سایر نهادهای مالی بیشتر در معرض ناتوانی مالی قرار می‌گیرند و سایر نهادهای مالی مرتبط را در معرض توقف قرار می‌دهند (White and Yorulmazer, 2014: 158). همچنین ورشکستگی بانک‌ها به اعتماد عمومی خدشه وارد می‌کند و موجب کم شدن حجم سپرده‌ها می‌شود که این امر موجب بروز بحران در کل سیستم مالی کشور خواهد شد (Binder, 2019: 3). لذا برای جلوگیری از ورشکستگی بانک‌ها باید از نهاد بازسازی استفاده کرد. بازسازی عبارت است از شیوه اجرایی احیای مجدد بانک دچار مشکلات مالی. برخلاف قرارداد ارفاقی که با توافق میان طلبکاران و ورشکسته منعقد می‌شود و فقط نسبت به آن‌ها مؤثر است، در بازسازی بدهکار و تمامی اشخاص ذینفع در آن، خواه با طرح بازسازی موافقت کرده باشند و خواه نکرده باشند، ملزم به اجرای آن هستند و برای تمامی طرفین لازم‌الاجرا است (Qanavati & kahanmooi, 2010: 119). از طرف دیگر قرارداد ارفاقی، قرارداد رسمی است که پس از صدور حکم ورشکستگی توسط دادگاه و قبل از تصفیه امور ورشکسته منعقد می‌گردد ولی قرارداد بازسازی در شرایط قبل از رسیدگی و دادرسی ماهوی به ورشکستگی منعقد می‌شود (Kaviani & Farzaneh, 2014: 64).

بسیاری از کشورها با به کارگرفتن نهاد بازسازی در خصوص بانک‌های متوقف، این بخش را از نظام عمومی ورشکستگی جدا کردند و مقررات خاصی را در خصوص آن وضع کرده‌اند (Gordon and Ringe, 2015: 1313). با توجه به شرایط بانک متوقف و بعد از بررسی کارشناسانه در خصوص هزینه بازسازی، روش بازسازی منتخب برای بانک مزبور به کار گرفته می‌شود. در کشور آمریکا بنگاه بیمه سپرده فدرال روش‌های مختلف بازسازی را اعمال می‌کند (Tabatabai Nejad, 2015: 123). چند روش اصلی که برای بازسازی بانک‌ها به کار می‌رود، عبارتند از:

بند نخست- روش ادغام^۱

نظام بانکی آمریکا از سال ۱۹۹۰ بیش از ۱۲۰ ادغام را تجربه کرده است. بیشتر ادغام‌های

بانکی در دوره‌های رکود اقتصاد آمریکا یعنی در دو بحران سال‌های ۱۹۹۸ و ۲۰۰۸ بوده است. مقام ناظر می‌تواند از دو نوع ادغام برای بازسازی بانک‌ها استفاده کند: ادغام با کمک مالی^۱ و ادغام بدون کمک مالی^۲ (IMF Country Report, 2015: 54).

لایحه جدید قانون تجارت ماده ۵۹۰ تا ۶۱۶ خود را به بحث ادغام شرکت‌ها اختصاص داده است. ماده ۵۹۰ لایحه ادغام شرکت‌ها را به دو صورت ساده و مرکب قابل تحقق دانسته است به این نحو که به جذب یک یا چند شرکت در شرکت دیگر، ادغام ساده و به تشکیل شرکت جدید از طریق ادغام حداقل دو شرکت در یکدیگر، ادغام مرکب اطلاق می‌شود. ماده ۱۴۷ لایحه قانون بانکداری مقرر می‌دارد: «ادغام عبارت است از تجمیع حقوق و تعهدات دو موسسه اعتباری به نحوی که یک شخصیت حقوقی جدید از آن حاصل شود. تملک عبارت است از ادغام دو یا چند موسسه اعتباری به نحوی که صرفاً شخصیت حقوقی یکی از آن‌ها باقی بماند.» اگرچه ادغام یکی از روش‌های بازسازی بانک‌ها است و سبب جلوگیری از ورشکستگی بانک‌ها می‌شود اما ممکن است بانک مرکزی با هدف امکان نظارت بیشتر بر فعالیت بانک‌ها و جلوگیری از فساد اقتصادی نیز از روش ادغام استفاده نماید.

بند دوم- روش معامله خرید و تعهد بدهی^۳

در کشور آمریکا بنگاه بیمه سپرده فدرال و یک موسسه فعال که معمولاً به آن، موسسه تعهدکننده بدهی گفته می‌شود، معامله‌ای را منعقد می‌کنند (Bolton and Oehmke, 2019: 2388). در این معامله بانک یا موسسه مزبور تمام یا بخشی از دارایی‌های بانک یا موسسه متوقف را می‌خرد و تمام یا بخشی از تعهدات مالی آن را می‌پذیرد (Chennells and Wingfield, 2015: 231). روش‌های معامله خرید و تعهد بدهی عبارتند از: بانک کل در معامله خرید و بدهی^۴، تقسیم ضرر اختیاری در معامله خرید و بدهی^۵، بانک رابط در معامله خرید و تعهد بدهی^۶ (Deslandes &

1. Assisted Mergers
2. Unassisted Mergers
3. Purchase & Assumption
4. Whole Bank P&As
5. P&As with Optional Shared Loss
6. Bridge Bank P&As

(et al, 2019: 6)

مطابق ماده ۱۴۹ لایحه قانون بانکداری «خرید و پذیرش عبارت است از این که موسسه اعتباری داوطلب مورد تأیید بانک مرکزی ضمن تملک کلیه دارایی های موسسه اعتباری متوقف پرداخت کلیه تعهدات آن را بر عهده گیرد.» این روش از متداول ترین روش های به کار گرفته شده در خصوص بازسازی بانک ها است. روش خرید و پذیرش متضمن فروش دارایی های بانک متوقف و پذیرش تعهدات آن است در حالی که در ادغام، سهام بانک فروخته می شود و بانک سالم قائم مقام بانک متوقف می شود. علاوه بر این در روش خرید و پذیرش شخصیت حقوقی بانک متوقف، از بین نمی رود اما در روش ادغام، شخصیت حقوقی بانک متوقف در اثر ادغام با بانک سالم زایل می شود.

بند سوم- روش بیمه سپرده^۱

برخی کشورها نظام ضمانت سپرده ها را به عنوان مهم ترین راه مقابله با بحران های مالی می شناسند. کشور آمریکا در سال ۱۹۳۴ اولین نظام رسمی بیمه سپرده ها را به اجرا گذاشت. در کشور آمریکا بنگاه بیمه سپرده فدرال به عنوان تضمین کننده به تمام سپرده گذاران بیمه شده طلبشان را می پردازد. بنگاه بیمه سپرده فدرال اصولاً موقعی از این روش استفاده می کند که یا هیچ کدام از پیشنهاد های دریافتی کم ترین هزینه را ندارند یا موقعی که اصلاً پیشنهادی دریافت نمی کند (Carrascosa Morales, 2019: 10). بنگاه بیمه سپرده فدرال با پرداخت طلب سپرده گذاران، جانشین سپرده گذارانی که طلبکار بانک بوده اند می شود و طلبکار آن بانک محسوب می شود (Dell'Ariccia & et al, 2018: 27). به تدریج سایر کشورها نیز اقدام به ایجاد چنین نظامی کردند؛ به طوری که براساس گزارش انجمن بین المللی بیمه گران سپرده^۲ تا پایان سال ۲۰۱۵، در ۱۲۷ کشور جهان نظام بیمه سپرده به طور کامل اجرا شده است (Amiri and Tawfiqi, 2017: 179). تا سال ۱۹۸۲ کشور انگلستان سیستم رسمی برای بیمه سپرده نداشت. امروزه طرح بیمه سپرده انگلستان تأثیر اساسی بر اتحادیه اروپا گذاشته است (Walther and White, 2019: 3).

1. Deposit Insurance

2. International Association of Deposit Insurers (IADI)

در ایران نیز بانک مرکزی در اجرای بند د ماده ۹۵ قانون برنامه پنج‌ساله توسعه و باهدف حفاظت از منافع سپرده‌گذاران و افزایش سطح اعتماد عمومی به نظام بانکی کشور اقدام به تدوین اساسنامه صندوق ضمانت سپرده‌ها نمود. در ماده ۱۲۸ لایحه قانون بانکداری و همچنین ماده ۱۹۱ طرح بانکداری جمهوری اسلامی بازپرداخت سپرده‌ها، منوط به اعلام حالت توقف بانک یا موسسه اعتباری توسط بانک مرکزی گشته است. در قانون برخی کشورها علاوه بر این حالت اگر صندوق مشاهده کند که فعالیت بانک یا موسسه مالی حتی پیش از ورشکستگی آن دچار اختلال شده، وارد عمل می‌شود. در این حالت صندوق می‌تواند به ارائه راهکارهایی برای برون‌رفت از این مشکل بپردازد و اگر لازم بود کمک‌های مالی نیز به موسسه مذکور بنماید (Cariboni & et al, 2016: 35). لذا منوط نمودن فعالیت صندوق به ورشکستگی بانک، نوعی محدود نمودن گستره فعالیت این نهاد است. وجه تمایز روش پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده و روش ادغام این است که واگذاری اجرای تعهد بانک متعهد به صندوق برخلاف روش ادغام که مبنای آن انتقال قرارداد است، باعث سلب مسئولیت قراردادی از بانک متوقف نمی‌گردد و بانک متوقف در روش پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده همچنان طرف قرارداد با سپرده‌گذاران شناخته می‌شود. این در حالی است که در روش ادغام شخصیت حقوقی بانک متوقف به کلی زایل شده و بانک سالم قائم مقام آن می‌شود.

گفتار دوم- تجربه سایر کشورها در استفاده از مدل‌های بازسازی

بسیاری از کشورها مقررات ویژه و مستقلی را در این زمینه وضع کرده‌اند و با لحاظ کردن ویژگی‌های متمایز در نظام بانکی با صلاحیت دادن به مقام نظارتی بانک مدل‌های بازسازی را اعمال می‌کنند. برخی دیگر از کشورها نظام خاصی برای بازسازی بانک‌ها ندارند بلکه از مقررات عمومی ورشکستگی برای بستن بانک‌ها در صورت بروز مشکل استفاده می‌کنند. برخی دیگر از کشورها فرآیند قضایی را ایجاد کردند که در آن مقام نظارتی بانک بایستی برای اعمال بازسازی از طریق دادگاه اقدام کند (Binder, 2016: 130). با مقایسه نظام‌های حقوقی مختلف به دو مدل کلی دست می‌یابیم.

بند اول - ایجاد مقام نظارتی بر سیستم بانکداری

مدل اول به این صورت است که قانون‌گذار قواعد ویژه‌ای را برای رسیدگی به توقف و ورشکستگی بانک‌ها وضع کرده است و مقام‌هایی را برای نظارت بر سیستم بانکی صالح دانسته است. کشورهای ایالات متحده، سوئیس و کانادا، از این مدل پیروی می‌کنند (Hofmann, 2020: 5). در کشور آمریکا از سال ۱۹۲۹ تا ۱۹۳۳ حدود ۹۰۰۰ بانک تعلیق یا ورشکسته شدند. بحران بانکی در دهه ۱۹۳۰ این دغدغه را برای قانون‌گذار ایجاد کرد که برای حمایت از اقتصاد ملی و اشخاص سپرده‌گذار، روش‌های خاصی برای نظارت و کنترل ایجاد کند (Maarand, 2019: 57). کنگره ایالات متحده برای رفع این بحران بر اساس قانون بانکداری ۱۹۳۳ اقدام به ایجاد بنگاه بیمه سپرده فدرال کرده است (Ramos and Solana, 2020: 14). بنگاه سپرده فدرال دو نقش عمده را بازی می‌کند. اول اینکه نقش بیمه‌گر را برای تمام سپرده‌های تضمین شده در مؤسسات ورشکسته ایفا می‌کند (Schillig, 2016: 24). دوم به عنوان یکی از ناظران اصلی نظام بانکی کشور آمریکا محسوب می‌شود (Shirvani and Issaei Tafreshi, 2019: 86).

در کشور سوئیس نظام ورشکستگی بانک‌ها از ورشکستگی عمومی متمایز شده است و مقام ناظر بازار مالی سوئیس^۱ بر این فرآیند نظارت دارد. در این کشور نهاد بازسازی در خصوص بانک‌های متوقف به کار گرفته می‌شود و این امر از طریق موسسه‌ای که توسط مقام ناظر منصوب می‌شود، اعمال می‌گردد. در این کشور رضایت سهامداران برای اجرای طرح بازسازی لازم نیست. طلبکاران نیز تنها زمانی که بانک متوقف از نظر بانک ملی سوئیس^۲ اهمیت سیستماتیک نداشته باشد، می‌توانند طرح بازسازی را رد کنند (Schoenmaker, 2019: 7). در کشور کانادا نیز از قواعد خاصی برای ورشکستگی بانک‌ها استفاده می‌شود. در این کشور، اداره نظارت بر مؤسسات مالی^۳ اختیاراتی را در خصوص بازسازی بانک‌های متوقف دارد و می‌تواند نظارت بر فرآیند بازسازی را به شرکت بیمه سپرده کانادا^۴ واگذار کند. البته اقدامات خاص این شرکت از قبیل تأسیس بانک انتقالی و انتقال سهام و بدهی‌های بانک متوقف، منوط به صدور دستوری از جانب

1. Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA)

2. Swiss National Bank (SNB)

3. Office of the Superintendent of Financial Institution (OSFI)

4. Canada Deposit Insurance Corporation (CDIC)

دولت است چرا که حقوق سهامداران نادیده گرفته می‌شود (Dell'Ariccia & et al, 2018: 21).

بند دوم- حاکم بودن مقررات ورشکستگی عمومی

مدل دوم که در بیشتر قاره اروپا حاکم است بر مبنای قواعد ورشکستگی عمومی است و مقام صالح برای رسیدگی دادگاه‌های ورشکستگی هستند. در اروپا به‌طور سنتی رسیدگی به ورشکستگی از کارکردهای قضایی بوده است و در برابر انتقال این کارکرد از سیستم قضایی به مقام نظارتی مقاومت‌هایی وجود دارد (Tröger, 2018: 39). در اروپا دور اول فعالیت‌ها در زمینه بازسازی بانک‌ها در سطح ملی صورت گرفت و از نظام بازسازی که در کشور انگلستان و آلمان اتخاذ شده تأثیر می‌پذیرفت. بعد از یک دوره بحث و بررسی در این زمینه، امروزه در خصوص ابزارها و مدل‌های مشترک برای بازسازی بانک‌ها توافق شده است و کشورهای عضو اتحادیه اروپا اختیارات داخلی کشورشان در خصوص بازسازی بانک‌ها را با راهنمای بازسازی بانک^۱ هماهنگ کرده‌اند (Gordon and Ringe, 2015: 1306).

در کشور بلژیک نیز راهنمای بازسازی بانک‌ها، در سال ۲۰۱۶ با تصویب مقرراتی در خصوص بازسازی مؤسسات مالی و تأسیس صندوق بازسازی بلژیک^۲ به کار گرفته شد. در کشور فرانسه نیز نهاد ضمانت سپرده به شکل قانونی در ۲۱ فوریه‌ی ۱۹۹۷ مبتنی بر ماده‌ی ۵۲-۱ قانون بانکداری فرانسه در جهت یکپارچه کردن مقررات با اتحادیه بانکداری اروپایی مورد شناسایی قرار گرفته است. صندوق مذکور به وسیله‌ی یک کمیته‌ی راهبردی هدایت می‌شود. عضویت در این صندوق برای تمامی مؤسساتی که بر اساس قوانین فرانسه بانک به حساب می‌آیند لازم و ضروری است. این صندوق با اخطار از سوی کمیسیون بانکداری یا دادگاه‌ها شروع به فعالیت می‌کند (Restoy, 2019: 3). تا اواخر سال ۲۰۱۱ بانک‌های فرانسه خیلی بیشتر از بانک‌های آلمان در معرض توقف قرار گرفتند. فرانسه در صدد است تا حرکت به سمت مقررات اتحادیه بانکداری اروپا را سرعت ببخشد و ترجیح می‌دهد بانک‌هایش تحت نظارت این اتحادیه قرار بگیرد و نقش اساسی برای کمیسیون اروپایی در تصمیم‌گیری برای بازسازی بانک‌هایش قائل است. این در حالی

1. Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD)
2. Belgian Resolution Fund

است که آلمان خواهان محدود کردن نظارت اتحادیه بانکداری اروپا بر بانک‌های مهم خود است و ترجیح می‌دهد بانک‌هایش تحت نظارت ملی خود این کشور قرار گیرد (Schild, 2018: 105).

در کشور انگلستان از مقررات عمومی ورشکستگی در خصوص بانک‌ها استفاده می‌شود و فقط سیستم قضایی^۱ است که در این خصوص تصمیم می‌گیرد (Wolf, 2015: 8). مقام نظارت مالی^۲ انگلستان در خصوص کنترل بانک‌های مشکل‌دار اختیار کمی دارد (Binder, 2016: 140). در کشور انگلستان نظام خاصی در خصوص بازسازی بانک‌ها وجود ندارد با این حال صندوق ضمانت سپرده انگلستان براساس قانون بانکداری ۱۹۷۹ تأسیس شده و تحت قانون بانکداری ۱۹۸۷ ادامه فعالیت داده است. (Richards, 2020: 510).

گفتار سوم- ماهیت حقوقی مدل‌های پیشنهادی بازسازی بانک

از آنجا که امکان استفاده نکردن از نهاد بازسازی در خصوص بانک‌ها وجود ندارد، تنها راه موجود، گشودن راه تعامل بومی‌سازی این نهاد در حقوق ایران است. لذا تحلیل ماهیت حقوقی مدل‌های بازسازی و بررسی نحوه صحیح بومی‌سازی این مدل‌ها در حقوق ایران به نحوی که با مبانی نظام حقوقی کشورمان سازگاری داشته باشد، امری ضروری است.

بند نخست- تحلیل ماهیت حقوقی ادغام

قسمت الف ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه و همچنین ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم قانون‌گذار مقرر می‌کند که "... کلیه حقوق و تعهدات، دارایی، دیون و مطالبات شرکت یا شرکت‌های موضوع ادغام به شرکت پذیرنده ادغام یا شرکت جدید منتقل می‌شود." براین اساس برخی حقوق‌دانان معتقدند ماهیت ادغام، انتقال دین و طلب است. در واقع دارایی شرکت‌هایی که در نتیجه ادغام از بین می‌روند به شرکت جدید انتقال می‌یابد (Skini, 2012: 55). ایرادی که به نظر فوق وارد است این است که مطابق مواد صدر الذکر در ادغام علاوه بر انتقال تعهدات، حقوق

1 . Court-based

2. Financial Services Authority (FSA)

نیز انتقال می‌یابد درحالی‌که موضوع نظریه انتقال دین و طلب، صرفاً دیون و تعهدات است. در مدل ادغام، جانشینی بانک سالم به جای بانک متوقف صورت می‌گیرد. در این مدل حق و دین توأمان انتقال می‌یابد و انتقال گیرنده ضمن بهره‌مندی از حقوق ناشی از قرارداد، تعهدات آن را نیز می‌پذیرد (Abdollahi Nejad et al., 2016: 35).

در مقابل برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند مدل ادغام بر مبنای نظریه قائم‌مقامی یا انتقال قرارداد قابل تحلیل است. ماده ۶۱۰ لایحه جدید قانون تجارت نیز مؤید همین نظر است. مطابق این ماده شرکت جدید در ادغام مرکب و نیز شرکت بازمانده در ادغام ساده قائم‌مقام شرکت یا شرکت‌های منحل شده‌اند. به این صورت که می‌توانند به قائم‌مقامی آن‌ها دعاوی علیه اشخاص ثالث را پیگیری یا علیه اشخاص ثالث اقامه دعوی کنند. ممکن است این ایراد مطرح شود که انتقال قرارداد صرفاً در عقود مالی مستمر امکان‌پذیر می‌باشد لذا در عقود غیر مالی و عقود غیرمستمر این امر ممکن نخواهد بود. در جواب باید گفت غالب قراردادهای منعقد شده توسط بانک از جمله عقود مربوط به اخذ سپرده و اعطای تسهیلات، قراردادهای مالی و مستمر می‌باشند. در مدل ادغام، قراردادهای بانک متوقف به اعتبار وجود مستقل خود و به عنوان یک پدیده عینی که مشتمل بر حقوق و تعهدات موجود یا احتمالی، دعاوی موجود یا احتمالی، حقوق مربوط به فسخ یا اقاله یا تمدید قرارداد، الزام طرف، حق حبس و غیره است، به بانک سالم منتقل می‌شود. ایراد دیگری که به این نظر وارد می‌شد این است که در ادغام بانک‌ها پرداختی از سوی طرفین یا شخص ثالث صورت نمی‌گیرد (Rashvand Bukani et al., 2013: 88). بدین ترتیب ادغام را نمی‌توان بر مبنای قائم‌مقامی تحلیل کرد. در پاسخ به این ایراد گفته می‌شود که این قائم‌مقامی از نوع قائم‌مقامی در اثر انتقال مال خواهد بود نه قائم‌مقامی در اثر پرداخت. در این مدل بازسازی که بر مبنای انتقال قرارداد منعقد می‌شود، بانک سالم جانشین بانک متوقف می‌شود و موقعیت قراردادی بانک متوقف با تمامی حقوق و تعهدات ناشی از آن به بانک سالم منتقل می‌شود.

مطابق نظر حقوق‌دانان مدل ادغام عقد است. از نظر برخی از حقوق‌دانان ادغام قراردادی معین است چراکه در برخی از مقررات به آن اشاره شده است (Jafari Samet, 2018: 443). برخی نیز آن را مصداق قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته‌اند. در هر حال موضوع توافق در این مدل، انتقال قرارداد از یکی از طرفین قرارداد (بانک متوقف) به شخص ثالث (بانک سالم) است؛ بنابراین این نوع انتقال به سه شخص مربوط می‌شود. انتقال دهنده، انتقال گیرنده و

طرف اصلی قرارداد. ایجاب قرارداد انتقال از جانب انتقال دهنده گفته می‌شود و قبول آن نیز از سوی انتقال گیرنده اعلام می‌گردد؛ بنابراین در این مدل بازسازی ایجاب توسط بانک ادغام شونده و قبول توسط بانک پذیرنده ادغام خواهد بود.

بند دوم- بررسی ماهیت حقوقی خرید و پذیرش

در مدل خرید و پذیرش، موسسه اعتباری داوطلب مورد تأیید بانک مرکزی ضمن تملک کلیه دارایی‌های موسسه اعتباری متوقف، پرداخت کلیه تعهدات آن را بر عهده گیرد. انتقال تعهد زمانی پدید می‌آید که تعهد موجود با صورتی که دارد به یک یا چند شخص منتقل گردد (Jafari, 1991: 310). همان‌طور که در انتقال دین و طلب، مطالبات و دیون از یک شخص به شخص دیگری منتقل می‌شود، در این مدل بازسازی نیز مطالبات و دیون و به‌طور کلی تعهدات بانک متوقف به بانک یا موسسه داوطلب مورد تأیید بانک مرکزی منتقل خواهد شد. در این روش بازسازی، دارایی‌ها و تعهدات بانک انتقال می‌یابد و شخصیت حقوقی آن از بین نمی‌رود.

در این مورد اختلافی نیست که بانک سالم می‌تواند مطالبات بانک متوقف را با همان شرایط از بدهکاران مطالبه کند و از تضمین‌های طلب سود ببرد و در برابر دیگران به آن استناد نماید. از طرف دیگر این بانک نمی‌تواند بیش از آنچه انتقال گرفته است ادعا کند یا دفاعی را که مدیون می‌توانست در برابر بانک متوقف بکند، متوجه خود نداند (Katozian, 2010: 248). قرارداد انتقال طلب میان طلبکار و انتقال گیرنده واقع می‌شود و رضایت مدیونین در این انتقال لازم نیست. در مدل خرید و پذیرش نیز که براساس انتقال دین و طلب منعقد می‌شود، تعهدات بدهکاران بانک متوقف به قوت خود باقی است و رضایت آن‌ها در اعمال این مدل بازسازی شرط نیست. در انتقال طلب جنبه مثبت تعهد مورد نقل و انتقال قرار می‌گیرد و تمامی توابع و تضمینات طلب همراه با آن به شخصی که طلب به او واگذار شده انتقال می‌یابد؛ بنابراین در قرارداد انتقال طلب نقل ملکیت طلب همراه با جمیع اوصاف و توابع و تضمینات آن صورت می‌پذیرد و توابع و تضمینات مذکور نسبت به اصل طلب جنبه تبعی و فرعی دارند و در وجود و بقا تابع اصل خود هستند. در نهاد بازسازی، انتقال تضمینات مطالبات بانک در معرض توقف از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و در صورت عدم انتقال توابع و تضمینات طلب، عملاً امکان وصول مطالبات این بانک وجود ندارد. این توابع و تضمینات عبارتند از وثیقه عینی طلب همچون رهنه آن و وثیقه شخصی آن از قبیل

ضمانت اشخاص. چنانچه طلب بهره یا اقساط یا امتیازات دیگری داشته باشد، در زمره توابع طلب محسوب می‌شوند.

اما در خصوص این که آیا رضایت طلبکاران برای انتقال دیون در قرارداد خرید و پذیرش لازم است یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوق‌دانان اعتقاد دارند که بازسازی بانک، سبب تقویت مدیریت بانک، افزایش کارایی و بهره‌وری، افزایش ارزش سهام و جلوگیری از ورشکستگی آن می‌شود و تأثیر مثبتی بر وضعیت بانک دارد؛ بنابراین اعمال بازسازی پشتوانه محکمی برای طلبکاران خواهد بود و هیچ خللی به حقوق آن‌ها وارد نمی‌کند (Rashvand, Bukani et al., 2013: 94). همچنین عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان معتقدند در نهاد بازسازی با تحمیل طرح بازسازی بر طلبکاران مخالف، زمینه برای ادامه فعالیت اقتصادی و جلوگیری از ورشکستگی فراهم می‌شود (Ramezani Akordi & Isaei Tafreshi, 2020: 81)؛ اما ایرادی که به این نظر وارد می‌شود، این است که طلبکار در قرارداد خرید و پذیرش نقشی ندارد و این امر خلاف اصل نسبی بودن قراردادها و مواد ۲۳۱ و ۱۹۶ قانون مدنی است. مطابق نظر ایشان، تحمیل طرح بازسازی بر طلبکاران زمانی که این طرح با رعایت منافع طلبکاران تنظیم نشده باشد، ممکن نیست (Qanavati & kahanmooi, 2010: 130). در لایحه قانون بانکداری و همچنین در خصوص بازسازی تاجر در لایحه جدید اصلاح قانون تجارت صحبتی از لزوم اخذ رضایت طلبکاران نیست. صرفاً در ماده ۸۴۲ لایحه صدرالذکر نظارت کمیته‌ای از نمایندگان طلبکاران را جهت تهیه طرح بازسازی لازم دانسته شده است و در ماده ۸۱۵ این لایحه به بستنکاران حق داده شده تا اعتراض کنند. برای برطرف کردن این ایراد باید برای طلبکاران بانک حق اعتراض قائل شد. بر این اساس می‌توان مدل خرید و پذیرش را بر مبنای انتقال دین و طلب تحلیل کرد؛ اما از آنجا که فرآیند بازسازی با هدف حمایت از منافع طلبکاران و منافع عمومی صورت می‌گیرد، بایستی تصویب مقررات در این زمینه و تدوین طرح بازسازی با توجه به منافع طلبکاران و در جهت حمایت از آنان باشد؛ بنابراین باید به طلبکاران حق داده شود تا در مواردی که طرح بازسازی با منافع آن‌ها سازگاری ندارد، نسبت به آن اعتراض کنند؛ بنابراین در روش خرید و پذیرش، ایجاب توسط بانک در معرض توقف و قبول توسط بانک سالم مورد تأیید بانک مرکزی صورت می‌گیرد و صرفاً در جهت حفظ منافع طلبکاران و رعایت اصل نسبی بودن قراردادها می‌توان برای طلبکاران حق اعتراض را متصور دانست؛ بنابراین مدل خرید و پذیرش عقد است و

برای اعمال آن دو اراده لازم است.

بند سوم- تبیین ماهیت حقوقی پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده

صندوق ضمانت سپرده پس از پرداخت سپرده‌های سپرده‌گذاران بانک متوقف، به میزان پرداخت سپرده‌های پرداخت شده، جزء بستانکاران مؤسسه اعتباری ذی‌ربط قرار می‌گیرد. رضایت سپرده‌گذاران که طلبکاران بانک در معرض توقف هستند، برای اعمال این روش بازسازی لازم نیست. بلکه اذن بانک یا مؤسسه اعتباری مزبور برای رجوع بعدی صندوق به آن بانک کفایت می‌کند. در بررسی متون قانونی در برخی از مقررات،^۱ این نهاد تحت عنوان بیمه سپرده و در برخی دیگر از مقررات^۲ با عنوان صندوق ضمانت سپرده یاد شده است. در بررسی قوانین سایر کشورها نیز هم از لفظ بیمه^۳ و هم از لفظ ضمانت^۴ در توصیف صندوق بهره‌برده شده است. به کارگیری الفاظ مختلف در خصوص این نهاد در متون قانونی منبث از اختلافی است که بین حقوق‌دانان در خصوص ماهیت این نهاد وجود دارد.

برخی از حقوق‌دانان اعتقاد دارند از آنجا که در این روش تضمین سپرده‌ها از طریق صندوق صورت می‌گیرد لذا منطبق با عقد ضمان است. حقوق‌دانانی که اعتقاد دارند ماهیت صندوق ضمانت سپرده منطبق با عقد ضمان است، در توجیه نظر خود دلایلی را بیان می‌کنند. از جمله این دلایل این است که در این مدل سپرده‌گذاران با سازوکاری مشابه با عقد ضمان به صندوق مراجعه می‌کنند و در واقع ذمه مدیون (بانک متوقف یا ورشکسته) به صندوق انتقال یافته است. در غیر این صورت نمی‌توان رجوع مستقیم سپرده‌گذار به صندوق را که با هم هیچ رابطه‌ای ندارند، توجیه نمود. حال آن که اگر عملکرد صندوق در قالب عقد بیمه بود، امکان رجوع مستقیم سپرده‌گذار به صندوق ضمانت سپرده نبود.

ممکن است در رد این نظر گفته شود، در باب ضمان، فقها رضایت بدهکار یعنی مضمون عنه،

۱. بند ط ماده ۱۰ قانون چهارم توسعه و ماده ۴ قانون عملیات بانکداری بدون ربا

۲. ماده ۹۵ قانون برنامه پنجم توسعه و اساسنامه صندوق ضمانت سپرده

3. insurance

4. guarantee

را شرط صحت ضمان نمی‌دانند ولی در صورتی که مضمون عنه اذن در ضمان به ایفای تعهد توسط ثالث ضامن نداده باشد ضامن متبرع محسوب شده و حق رجوع به مضمون عنه را نخواهد داشت. همچنین فردی که رأساً و بدون اذن در صدد تأدیه بدهی دیگری بر آمده در واقع اقدام به ضرر خود نموده مشمول قاعده اقدام است که خود از مسقطات ضمان تلقی می‌شود و چه بسا مدیون در عدم تأدیه بدهی خود دارای نفعی معقول بوده که با مداخله فضولی ثالث زائل گردیده است. در جواب گفته می‌شود، مقررات قانون مدنی هیچ تصریحی به شرط بودن اذن در رجوع ضامن به مضمون عنه ندارد (Dehghan Dehnavi & Soltani, 2018: 413). برخی حقوق‌دانان عقیده دارند مفهوم مخالف ماده ۷۲۰ قانون مدنی این است که اگر ضامن قصد تبرع نداشته باشد می‌تواند به مدیون رجوع کند. همچنین ماده ۷۰۹ قانون مدنی را نیز که در مقام بیان شرایط رجوع ضامن است، مؤیدی بر این نظر می‌دانند (Katozian, 2010: 277). البته در خصوص صندوق ضمانت سپرده اگرچه اذن ضمنی بانک مضمون عنه با توجه به پرداخت قبلی حق عضویت به صندوق احراز می‌شود اما با توجه به التزام قانونی این صندوق به پرداخت سپرده‌ها به سپرده‌گذاران، نیازی به اذن بانک مضمون عنه به پرداخت دین وجود ندارد.

اما اشکالات دیگری نیز در رد نظریه تطبیق ماهیت صندوق ضمانت سپرده با عقد ضمان وارد است. از جمله این که اگر عملکرد صندوق ضمانت سپرده را منطبق با عقد ضمان بدانیم، بایستی وجوهی که به عنوان حق عضویت توسط بانک‌ها و مؤسسات اعتباری به صندوق پرداخت می‌شود به عنوان دارایی بانک نزد صندوق محفوظ باشد حال آنکه در این روش مطابق ماده ۱۹۶ طرح بانکداری جمهوری اسلامی حق عضویت‌های پرداخت شده به صندوق از جمله منابع مالی صندوق محسوب می‌شود و در صورتی که بانک با مشکل مواجه نشده و متوقف نشود، به آن مسترد نمی‌شود. اشکال دیگر این که حسب ماده ۶۸۴ قانون مدنی عقد ضمان سبب انتقال دین مدیون به ضامن می‌گردد و مدیون اصلی بری الذمه می‌شود. در واقع عقد ضمان میان طلبکار و ضامن منعقد می‌گردد و مطابق ماده ۶۸۵ قانون مدنی رضای مضمون عنه در تحقق عقد تأثیری ندارد. این درحالی است که مطابق ماده ۱۸۸ طرح بانکداری جمهوری اسلامی عضویت کلیه بانک‌ها در صندوق الزامی است و رضایت یا عدم رضایت سپرده‌گذاران (طلبکاران) در این مدل لحاظ نشده است. لذا با توجه به ایرادات وارد بر این نظر، نمی‌توان ماهیت عملکرد صندوق ضمانت سپرده را عقد ضمان دانست.

برخی دیگر از حقوق دانان اعتقاد دارند این روش منطبق با عقد بیمه است و حق عضویت پرداختی نیز حق بیمه‌ای است که توسط بیمه‌گذار به بیمه‌گر یعنی صندوق ضمانت سپرده پرداخت می‌شود. مطابق این نظر، سمت بانک نسبت به سپرده‌های سرمایه‌گذاری وکالت است. از نظر این دسته از حقوق دانان در مدل پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده، عقد بیمه بین بانک و صندوق ضمانت سپرده منعقد می‌شود. بانک می‌تواند به عنوان وکیل سپرده‌گذاران با پرداخت هزینه‌ای (حق بیمه) از ناحیه خود یا موکلش اموال وی را بیمه کند. در رد این نظر نیز می‌توان گفت در این مدل بازسازی، مطابق ماده ۲۱۲ طرح بانکداری جمهوری اسلامی صندوق ضمانت سپرده پس از بازپرداخت وجوه متعلق به سپرده‌گذاران بانک، جانشین سپرده‌گذاران شده و به عنوان قائم مقام آن‌ها حق مراجعه بعدی به بانک یا موسسه اعتباری مزبور را دارد که این امر با ماهیت عقد بیمه منافات دارد. در جواب گفته می‌شود که بیمه‌گر با پرداخت خسارت به ذینفع بیمه در دعوی علیه ثالث مسئول حادثه قائم مقامی می‌یابد و منظور از ثالث شخصی غیر از بیمه‌گذار است. البته در مواردی که بیمه اموال برای اموال غیر منعقد شده، ذینفع بیمه شخصی غیر از بیمه‌گذار است چون خسارت مورد پوشش بیمه به وی پرداخت می‌شود و قائم مقامی تنها از جانب او مطرح می‌شود. هر کسی غیر از ذینفع بیمه ثالث محسوب می‌شود حتی اگر مسئول حادثه خود بیمه‌گذار باشد (Farajzadeh & Iranmanesh, 2017: 18).

لذا از نظر این دسته از حقوق دانان صندوق ضمانت سپرده می‌تواند در راستای ماده ۳۰ قانون بیمه، در قالب عقد بیمه و پس از پرداخت سپرده به سپرده‌گذاران که ذینفع بیمه هستند به قائم مقامی از جانب آن‌ها به ثالث مسئول حادثه که بانک متوقف است، مراجعه کند. هرچند که خود بانک مسئول بیمه‌گذاری است که وکالتا سپرده سپرده‌گذاران را بیمه کرده است؛ اما در جواب طرفداران ماهیت بیمه‌ای صندوق ضمانت سپرده، باید گفت مطابق ماده ۳۰ قانون بیمه، بیمه‌گر می‌تواند به مسئول وقوع حادثه یا خسارت مراجعه کند اما در بحث توقف و ورشکستگی بانک عوامل متعددی از جمله عوامل اقتصادی، مالی، قانونی، نظارتی و مدیریتی سهمیم هستند. لذا مسئول دانستن بانک متوقف یا ورشکسته در همه موارد به نظر با واقعیت مطابق نیست و این امر نیاز به بررسی‌های کارشناسانه در هر مورد دارد و چه‌بسا پس از بررسی چندین عامل مسئول توقف یا ورشکستگی بانک باشد. لذا با توجه به مباحث فوق نمی‌توان عملکرد صندوق ضمانت سپرده را در قالب عقد بیمه تحلیل کرد.

باتوجه به عدم انطباق ماهیت صندوق ضمانت سپرده با عقد ضمان و عقد بیمه، به نظر می‌رسد ماهیت این صندوق ایقاع باشد نه عقد. ماهیت صندوق ضمانت سپرده را می‌توان بر مبنای واگذاری اجرای تعهد به شخص ثالث تحلیل کرد. ایفای دین توسط غیرمدیون امری خلاف اصل است چراکه هیچ‌کسی را نمی‌توان ملزم به انجام تعهدی کرد که بر عهده‌اش مستقر نگردیده و اصل در تعهدات نیز آن است که کسی که متعهد شده، خود به تعهدش وفادار مانده و از عهده آن برآید (Shahidi, 1994: 65). حقوقدانان در خصوص ماهیت حقوقی ایفای دین اختلاف نظر دارند. به نظر می‌رسد که نمی‌توان اجرای تعهد را به‌طور مطلق ایقاع یا عقد یا واقعه حقوقی دانست بلکه در موردی که موضوع تعهد تملیک مال است، ایفاء به وسیله قرارداد تحقق می‌پذیرد و درجایی که موضوع تعهد دادن مال کلی است، ایقاع است و در فرضی که موضوع تعهد تسلیم عین معین می‌باشد، ایفاء در زمره وقایع حقوقی می‌باشد.

با توجه به نحوه عملکرد صندوق ضمانت سپرده و پرداخت وجوهی تحت عنوان حق عضویت توسط بانک‌ها به صندوق، اذن ضمنی بانک مدیون به پرداخت سپرده‌ها به سپرده‌گذاران از جانب صندوق احراز می‌شود؛ اما از آنجا که صندوق ضمانت سپرده مدیون واقعی دین نیست، بلکه به موجب قانون، ناگزیر از پرداخت دین بانک به سپرده‌گذاران است، حتی بدون اذن بانک یا موسسه اعتباری مدیون نیز بعد از پرداخت وجوه سپرده به سپرده‌گذاران، حق رجوع به بانک را دارد. قاعده دارا شدن بلاجهت و قاعده لاضرر نیز مؤید امکان رجوع صندوق به بانک یا موسسه اعتباری مزبور می‌باشد؛ بنابراین این روش بازسازی را می‌توان بر مبنای واگذاری اجرای تعهد به شخص ثالث تحلیل کرد. از آنجا که در خصوص صندوق ضمانت سپرده، موضوع تعهد، بازگرداندن سپرده‌های موجود نزد بانک به صاحبان آن است و قید مباشرت در این تعهد نشده است، اجرای این تعهد از جانب صندوق، ایقاع و عمل حقوقی یک‌جانبه است و نیازمند انشا و رضایت سپرده‌گذاران نیست. ولی این واگذاری برخلاف روش ادغام که مبنای آن انتقال قرارداد است، باعث سلب مسئولیت قراردادی از بانک متوقف نمی‌گردد و بانک مزبور همچنان طرف قرارداد با سپرده‌گذاران شناخته می‌شود.

گفتار چهارم- ارزیابی مقررات ایران در زمینه بازسازی بانک‌ها و بررسی کارآمد بودن عملی آن
مقررات عمومی و قوانین مرتبط با حوزه بانکی ایران در خصوص بازسازی بانک‌ها با خلأ

جدی مواجه است (Ansari & Askari Dehnavi, 2019: 99). بند الف ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی کشور نیز که اعلام نظر بانک مرکزی را در خصوص توقف یا ورشکستگی بانک‌ها لازم دانسته، برای جلوگیری از ورشکستگی بانک‌ها راهکاری ارائه نداده و صرفاً به لزوم ارائه نظر مشورتی بانک مرکزی به دادگاه اشاره کرده است. با در نظر گرفتن جایگاه ویژه و اهمیت نظام بانکی این خلأ به هیچ عنوان پذیرفتنی نیست (Simaei Sarraf & Amini, 2020: 295). لایحه جدید قانون تجارت در باب هفتم از ماده ۸۳۵ تا ماده ۹۳۷ مقرراتی را در خصوص بازسازی تاجر پیش‌بینی کرده است. مفاد لایحه در مبحث بازسازی به طور کلی تمامی اشخاص مشمول عنوان تاجر را در بر دارد. مطابق ماده ۱ قانون بانکداری و ماده ۶ آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، بانک موسسه‌ای است که به صورت شرکت سهامی مطابق قانون تجارت تشکیل شده باشد. لذا در صورت تصویب لایحه، مقررات آن قابل تسری به بانک‌ها می‌باشد؛ اما به دلیل عدم پوشش کافی قوانین عام تجاری نسبت به مسائل تخصصی حوزه پولی و بانکی، نمی‌توان در نظام بانکی از آن استفاده کرد.

از میان روش‌های بازسازی، ادغام بانک‌ها مطابق مواد ۱۴ و ۲۸ قانون برنامه ششم توسعه و ماده ۲۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور و مواد ۱۰۵ و ۱۰۶ آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره مؤسسات اعتباری غیردولتی مورد پذیرش قرار گرفته است. همچنین لایحه جدید قانون تجارت مواد ۵۹۰ تا ۶۱۶ خود را به پیش‌بینی مقرراتی در خصوص ادغام شرکت‌ها اختصاص داده است؛ اما با توجه به تخصصی بودن حوزه بانکداری به نظر می‌رسد نیازمند تدوین مقرراتی خاص در زمینه نحوه ادغام بانک‌ها هستیم. در ماده ۴ قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز روش بیمه سپرده‌ها مورد توجه قرار گرفته است که این وظیفه به موجب ماده ۹۵ قانون برنامه پنجم توسعه بر عهده صندوق ضمانت سپرده می‌باشد. مطابق ماده ۹۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه، مؤسسات عضو صندوق ضمانت سپرده، بانک‌ها و مؤسسات اعتباری هستند. همچنین طرح بانکداری جمهوری اسلامی که در کمیسیون اقتصادی مجلس در حال تدوین است، فصل دوازدهم خود را به تدوین مقرراتی در خصوص صندوق ضمانت سپرده‌ها اختصاص داده. مطابق ماده ۱۸۹ آن، صندوق نهاد عمومی غیردولتی است. حسب ماده ۱۸۸ طرح صدرالذکر عضویت کلیه بانک‌ها در صندوق الزامی است. این طرح در مواد ۱۹۱ و ۱۹۴ خود به ترتیب وظایف و اختیارات صندوق را برشمرده است که از جمله وظایف صندوق تادیه سپرده‌های سپرده‌گذاران پس از اعلام توقف یا

ورشکستگی بانک و حسب درخواست بانک مرکزی است.

در مورد سایر روش‌های بازسازی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری مقرراتی تصویب نشده است. البته در لایحه قانون بانکداری، روش‌های دیگری در خصوص بازسازی بانک‌ها پیش‌بینی شده است. ماده ۱۴۵ لایحه قانون بانکداری مقرر کرده است: «بانک مرکزی در مورد موسسه اعتباری در معرض توقف یا متوقف یکی از تصمیمات ذیل را اتخاذ می‌کند: الف- بازسازی ب- ورشکستگی و تصفیه» و در ماده ۱۴۶ همین لایحه بازسازی موسسه اعتباری را از طریق این روش‌ها قابل انجام دانسته است: الف- ادغام یا تملک ب- خرید و پذیرش پ- ترمیمت- سایر موارد به پیشنهاد بانک مرکزی و تأیید هیئت نظارت. لایحه قانون بانکداری در مواد بعدی از ماده ۱۴۷ تا ۱۵۱ به تعریف مدل‌های مذکور در ماده ۱۴۶ و پیش‌بینی مقرراتی در این خصوص پرداخته است. در عین حال که مواد مربوط به بازسازی بانک‌ها در لایحه قانون بانکداری مختصر نگاشته شده ولی اختصاص موادی به بازسازی بانک‌ها و معرفی چند نمونه از مدل‌های بازسازی از ابتکارات درخور توجه می‌باشد.

در سال‌های اخیر نهاد بازسازی در نظام بانکی کشورمان مورد توجه قرار گرفته است. روش ادغام ساده در خصوص موسسه میزان و بانک صادرات به کار گرفته شده است. موسسه میزان دچار مشکل شده بود و سپرده‌گذاران آن در تردید و نگرانی به سر می‌بردند تا بالأخره در سال ۱۳۹۳ موسسه میزان با بانک صادرات ادغام شد و حسابرسی در خصوص این موسسه صورت گرفت تا با وجوه سپرده‌گذاران پس داده شود و یا اگر مایل به سپرده‌گذاری در بانک صادرات هستند، به حساب‌های آن‌ها رسیدگی و جزء سپرده‌گذاران بانک صادرات محسوب شوند. همچنین ادغام بانک‌های انصار، قوامین، حکمت ایرانیان، مهر اقتصاد و موسسه اعتباری کوثر در بانک سپه که نمونه دیگری از ادغام ساده است، از ماه‌های پایانی سال ۱۳۹۷ آغاز شد. در سال ۱۳۹۸ در تابلوی این بانک‌ها عبارت وابسته به بانک سپه درج شد و در سال ۱۳۹۹ ادغام رسمی این بانک‌ها توسط رئیس کل بانک مرکزی اعلام شد. بانک آینده نیز که در سال ۱۳۹۲ از ادغام بانک تات، موسسه اعتباری صالحین و موسسه اعتباری آتی تأسیس شده است، مصداقی از ادغام مرکب در کشور ایران است (Ramezani et al., 2019: 169). در سال ۱۳۹۴ نیز حسب مصوبه شورای پول و اعتبار و درخواست بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و در راستای جلوگیری از ورشکستگی موسسه ثامن الحجج مقرر شد بانک پارسیان وجوه سپرده‌گذاران این موسسه را پرداخت نماید.

بدین ترتیب بانک پارسیان تعهد پرداخت وجوه سپرده‌گذاران را برعهده گرفته و بانک مرکزی منابعی را از خود موسسه ثامن الحجج در اختیار این بانک قرار داده تا بتواند در این رابطه تأمین مالی کند.^۱ در این مورد بانک مرکزی از روش خرید و پذیرش برای بازسازی موسسه ثامن الحجج استفاده کرد.

نمونه‌های عملی بازسازی در ایران، بستر قانونی نداشته و سلیقه‌ای بوده است. به دلیل عدم وجود قانونی کارآمد درخصوص بازسازی بانک‌ها، در مصادیق صورت گرفته در سال‌های اخیر، سپرده‌گذاران بانک‌های متوقف تا مدت‌ها نمی‌دانستند به کدام بانک مراجعه کنند. همچنین فرآیند اجرای بازسازی ازجمله چگونگی ارزش‌گذاری دارایی‌ها و نحوه اعمال روش‌های بازسازی روشن نبود. این امر سبب کندی عملیات بازسازی، سردرگمی سپرده‌گذاران، کاهش اعتماد عمومی به نظام بانکی و در نتیجه ناکارآمد بودن فرآیند بازسازی بانک‌ها شده است. از طرف دیگر به کارگیری عملی روش‌های بازسازی در ایران گامی رو به جلو است چراکه در غیراین صورت، دولت مجبور است برای جلوگیری از بروز بحران و ورشکستگی بانک، اصل و بخشی از سود سپرده‌گذاران را از محل دارایی‌های ملی تسویه کند که این امر اصلاً مطلوب نیست.

ایجاد صرفه‌های ناشی از مقیاس ازجمله کاهش تعداد نیروی کار و تعطیلی شعب بانک متوقف، در روش ادغام باعث کاهش هزینه‌های عمومی و زیرساختی بانک ادغامی می‌شود. لذا روش ادغام از لحاظ هزینه اجرایی بر روش‌های دیگر ارجحیت دارد. چنانچه پیشنهادی از سوی بانک سالم برای خرید و پذیرش و ادغام بانک متوقف وجود نداشته باشد یا پیشنهادی دریافتی هزینه بالایی داشته و مقرون به صرفه نباشند، از روش پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده استفاده خواهد شد. در ایران تاکنون صندوق ضمانت سپرده مصداق عملکردی در زمینه بازسازی بانک‌ها نداشته است. با این حال استفاده از این روش تقریباً در همه نظام‌های حقوقی حتی کشورهایی که از مقررات عمومی در خصوص ورشکستگی بانک‌ها استفاده می‌کنند، متداول است و موجب افزایش اعتماد به امنیت سپرده‌ها، حفظ منافع عمومی و ثبات اقتصادی خواهد شد.

1. <http://www.cbi.ir/showitem/14208.aspx>

نتیجه‌گیری

بانک نیز مانند هر شرکت دیگری در صورت توقف و ورشکستگی باید در مسیر تصفیه قرار بگیرد؛ اما به دلیل ماهیت خاص بانک‌ها و نقش بسیار مهم آن‌ها در نظام مالی، بسیاری از کشورها تصمیم گرفته‌اند یک نظام خاص برای جلوگیری از ورشکستگی بانک‌ها اعمال کنند. ورشکستگی فرآیندی قضایی از طریق دادگاه است که صرفاً حقوق طلبکاران را بدون توجه به منافع عمومی لحاظ می‌کند. در مقابل بازسازی یک فرآیندی اداری است با این هدف که سپرده‌گذاران بانک بتوانند همچنان با دسترسی به خدمات بانکی نیاز به نقدینگی خود را برطرف کنند. علاوه‌براین در این فرآیند، دارایی‌های بانک به گونه‌ای مدیریت می‌شود که ارزش موسسه اعتباری یا بانک در معرض توقف حفظ شود. کشورهای دارای نهاد بازسازی غالباً از فرآیندهای اداری استفاده می‌کنند که در آن ناظر بانکی با استفاده از فرآیند نظارتی فراقضایی و بدون رسیدگی قضایی، در راستای بازسازی بانک‌ها اقدام می‌کند. ارزیابی مقررات ایران در زمینه بازسازی بانک‌ها نشان داد که تاکنون قانون جامعی در خصوص بازسازی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در ایران به تصویب نرسیده است. از طرف دیگر به دلیل ویژگی‌های متمایز بانک‌ها نمی‌توان از مقررات عمومی در نظام بانکی استفاده کرد و تدوین مقرراتی کارآمد در این خصوص ضروری است. تدوین مقرراتی متناسب با مبانی نظام حقوقی ایران مستلزم تحلیل ماهیت حقوقی روش‌های بازسازی بانک‌ها است.

در این مقاله سه روش پرکاربرد بازسازی بانک‌ها که خرید و تعهد بدهی، بیمه سپرده و ادغام می‌باشد، موردبررسی قرار گرفت. با توجه به ظرفیت بالای حقوق ایران، هر سه روش فوق با مبانی نظام حقوقی کشورمان سازگار است و قابلیت بومی‌سازی در ایران را دارد. روش خرید و پذیرش براساس انتقال دین و طلب منعقد می‌شود و روش ادغام نیز بر مبنای نظریه قائم‌مقامی یا انتقال قرارداد واقع می‌شود. در این روش بانک پذیرنده ادغام، قائم‌مقام و جایگزین بانک ادغام شونده می‌شود. در خصوص روش پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده، با توجه به ایرادات وارد شده نمی‌توان این روش را براساس عقد ضمان یا عقد بیمه تحلیل کرد؛ بنابراین عملکرد صندوق از جهت ماهیت، اجرای تعهد به وسیله شخص ثالث است و موضوع تعهد، بازگرداندن سپرده‌های موجود نزد بانک به صاحبان آن است؛ بنابراین عملکرد صندوق ضمانت سپرده یک عمل حقوقی

یک طرفه است. هرگاه صندوق به صورت ارادی وجوه را به سپرده گذاران تسلیم کند اجرای تعهد تحقق می یابد، هر چند سپرده گذاران قصد دریافت و قبول اجرای تعهد را نداشته باشند چرا که قید مباشرت در این تعهد نشده است.

پذیرش قانون خارجی در زمینه بازسازی بانک ها نباید تقلیدی و ترجمه گونه باشد، بلکه باید با پیکره ی نظام حقوقی داخلی هماهنگ گردد. لذا اصلاح قوانین و وضع قوانین جدید و مؤثر در خصوص بازسازی بانک ها به نحوی که با مبانی نظام حقوقی ایران هماهنگ باشد، ضروری است. با بررسی مقررات سایر کشورها ملاحظه شد که حتی در کشورهایی نظیر انگلستان و فرانسه که از قواعد عمومی ورشکستگی شرکت ها در خصوص بانک های متوقف استفاده می کنند، نهاد ضمانت سپرده از اهمیت ویژه ای برخوردار است؛ بنابراین در مدل قانونی پیشنهادی برای ایران نیز وجود این صندوق امری ضروری است. اصولاً این روش زمانی به کار گرفته می شود که پیشنهادی از سوی بانک سالم برای خرید دارایی ها و پذیرش بدهی های بانک و یا ادغام با بانک متوقف وجود نداشته باشد یا همه پیشنهادها در یافتی هزینه بالایی دارند. در این مدل قانونی روش ادغام به دو دلیل زیر بر روش خرید و پذیرش اولویت دارد. اول این که روش ادغام به جهت کاهش هزینه ها به صرفه تر است. دلیل دوم این است که برخلاف روش خرید و پذیرش، در روش ادغام بعد از بازسازی، دارایی های نامناسب بانک متوقف باری بر دوش دولت نخواهد بود؛ بنابراین اولویت اجرای روش های بازسازی در این مدل قانونی به ترتیب عبارت است از: روش ادغام، روش خرید و پذیرش و روش پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده. در مدل قانونی پیشنهادی بایستی مانند سایر نظام های حقوقی، مقام نظارتی بر سیستم بانکی ایجاد شود. براین اساس اختیار نظارت بر بانک ها به بانک مرکزی یا صندوق ضمانت سپرده اعطا می گردد تا این مقام بتواند با استفاده از ابزارهای نظارتی بر وضعیت مالی بانک های کشور نظارت کند. بدین ترتیب در صورتی که بانک یا موسسه اعتباری دچار مشکل شود، مقام ناظر با اعمال بازسازی از ورشکستگی بانک مزبور جلوگیری می نماید.

مدل قانونی پیشنهادی برای ایران، از طریق اعمال روش خرید و پذیرش و روش ادغام، عمل حقوقی دوطرفه (قرارداد) است و مانند سایر نظام های حقوقی از قبیل آمریکا، سوئیس و کانادا، رضایت بدهکاران و طلبکاران بانک متوقف از ارکان قرارداد بازسازی نیست. باین حال از آنجا که مدل پیشنهادی در زمینه بازسازی بانک ها باید بستانکار گراتر از مقررات قانون تجارت در خصوص

شرکت‌ها باشد، در این مدل باید حقوق طلبکاران و منافع عمومی لحاظ شود. تحمیل طرح بازسازی بانک بر طلبکاران تنها زمانی می‌تواند صورت پذیرد که طرح بازسازی پیشنهادی از هر جهت مناسب و با رعایت منافع طلبکاران باشد. بدین ترتیب در حالتی که طلبکاران این طرح را در تعارض با منافع خود بیابند، بایستی حق اعتراض نسبت به آن پیش‌بینی شده باشد. مدل قانونی پیشنهادی، در صورت اعمال پرداخت از طریق صندوق ضمانت سپرده، ماهیتاً ایقاعی است که صرفاً با اراده صندوق ضمانت سپرده صورت می‌گیرد. بدین ترتیب نیازی به رضایت سپرده‌گذاران و بانک در معرض توقف نیست چراکه اذن بانک شرط صحت آن نیست و فقط صندوق را از مراجعه به وی محروم می‌کند.

در پایان با در نظر گرفتن جایگاه ویژه و اهمیت نظام بانکی، اعمال نهاد بازسازی منطبق با ماهیت حقوقی آن، جهت جلوگیری از ورشکستگی و ادامه فعالیت بانک از اهمیت خاصی برخوردار است. بررسی اجمالی قوانین و مقررات ایران در خصوص بازسازی بانک‌ها و مدل‌های آن، حکایت از فقدان قوانین در این حوزه دارد. از طرف دیگر ورود یک قانون ناهماهنگ در خصوص بازسازی بانک‌ها از سایر کشورها، علاوه بر آثار اجتماعی، اقتصادی و سیاسی آن می‌تواند نظام حقوقی را دچار آشفتگی و ناکارآمدی نماید. لذا تدوین مقرراتی کارآمد و منطبق با ماهیت هریک از روش‌های بازسازی در نظام حقوقی ایران، با رویکرد مدل پیشنهادی در این مقاله، از اهمیت بالایی برخوردار است.

References

- [1] Abdollahi Nejad, Karim et al. (2016). "Voluntary transfer of contract compared to the conversion of commitment", Journal of Islamic Humanities, No. 19, 24-49. (In Persian).
- [2] Alférez, F. J. G., & Fernández, S. S. (2019). Resolution and contracts. In Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution. Edward Elgar Publishing.
- [3] Amiri, Hossein & Tawfiqi, Mona. (2017). "Requirements for the existence of deposit insurance and its relationship with banking resistance", Quarterly Journal of Financial Economics, Eleventh Year, No. 41, 177-199. (In Persian).
- [4] Ansari, Ali & Askari Dehnavi, Javad. (2019). "A Comparative Study of Alternative Legal Instruments for Bankruptcy of Banks", Private Law Research, No. 27, 91-113. (In Persian).
- [5] Bagheri, Mahmoud & Saquri, Mahboubeh. (2016). "Bankruptcy Prevention", Bi-Quarterly Journal of Judicial Law Perspectives, No. 75 and 76, 1-32. (In Persian).

- Persian).
- [6] Binder, J. H. (2019). Proportionality at the resolution stage: Calibration of resolution measures and the public interest test. *European Business Organization Law Review*, 1-22.
 - [7] Binder, J. H. (2016). Resolution planning and structural bank reform within the banking union. *European Banking Union: Prospects and Challenges*, 129-155.
 - [8] Bolton, P., & Oehmke, M. (2019). Bank resolution and the structure of global banks. *The Review of Financial Studies*, 32(6), 2384-2421.
 - [9] Carrascosa Morales, A. (2019). The Single Banking Resolution Mechanism. *Financial Stability Review*. Issue 36 (Spring 2019), p. 7-22.
 - [10] Cariboni, J. et al. (2016). Reducing and sharing the burden of bank failures. *OECD Journal: Financial Market Trends*, 2015(2), 29-61.
 - [11] Chennells, Lucy. & Wingfield, Venetia. (2015). Bank failure and bail-in: an introduction, *Quarterly Bulletin, Bank's Resolution Directorate*, 228-241
 - [12] Dehghan Dehnavi, Nader & Soltani, Mohammad Reza. (2018). "Analytical look at the fulfillment of commitment by a third party as an exception to the principle of relativity of contracts", *Qanun Yar Scientific-Legal Quarterly*, Volume 2, Number 7, 410-430. (In Persian).
 - [13] Dell'Ariccia, M. G. et al., (2018). Trade-offs in Bank Resolution. *International Monetary Fund*.
 - [14] Deslandes, J., Dias, C. & Magnus, M. (2019). Liquidation of Banks: Towards an 'FDIC' for the Banking Union?, *IPOL Economic Governance Support Unit*, 1-23
 - [15] Farajzadeh, Zahra & Iranmanesh, Mohsen. (2017). "Legal Dimensions of Contract Succession", *Studies in Political Science, Law and Jurisprudence*, Volume 3, Number 2/1, 14-22. (In Persian).
 - [16] Gordon, Jeffrey N. & Ringe, Wolf-Georg. (2015). Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What It Would Take, *Columbia Law Review*, Vol. 115:1297, 1297-1370.
 - [17] Hofmann, C. (2020). Bank resolution. In *Research Handbook on Asian Financial Law*. Edward Elgar Publishing.
 - [18] IMF Country Report, Monetary and Capital Markets Department and Legal Department.(2015). United States Financial Sector Assessment Program Review of the Key Attributes of Effective Resolution Regimes for the Banking and Insurance Sectors, *International Monetary Fund Publication Services*, Washington, D.C., No. 15/171.
 - [19] Jafari Samet, Amir. (2018), "Merger, an effective solution to prevent bank bankruptcy", *Monetary-Banking Research*, No. 37, 437-466. (In Persian).
 - [20] Jafari Langroudi, Jafar. (1991). *Legal Terminology*, Volume One, Tehran: Golshan Publishing. (In Persian).
 - [21] Katozian, Nasser. (2010). *Civil Law: General Theory of Obligations*, Fifth Edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
 - [22] Kaviani, Kourosh & Farzaneh, Javid. (2014). "Reconstruction of Bankruptcy

- Status in Iranian Law and Guidelines for UNCITRAL Bankruptcy Law", *Bi-Quarterly Journal of Legal Knowledge and Research*, Third Year, First Issue, 61-88. (In Persian).
- [23] Maarand, M. (2019). The concept of recovery of credit institutions in the bank recovery and resolution directive. *Juridica Int'l*, 28, 103.
- [24] Qanavati, Jalil & kahanmooi, Ismail. (2010). "A Study of the Institution of Reconstruction in US Law and Its Comparison with the Arfaqi Contract", *Lecturer in Humanities-Comparative Law Research*, Volume 14, Number 4, 115-142. (In Persian).
- [25] Rashvand Bukani, Mehdi et al. (2013). "The Legal Nature of Debt Transfer in the Merger of Joint Stock Companies and Its Effects on Creditors and Non-Shareholder Debtors", *Legal Journal of Justice*, Seventy-seventh Year, No. 84, 70-102. (In Persian).
- [26] Ramezani, Hamidreza et al. (2019). "Presentation of Cobanking Model in Integrating Banks and Institutions with Marketing Approach (Case Study of Ghavamin Bank)", *Quarterly Journal of Financial Engineering and Securities Management*, No. 41, 162-191. (In Persian).
- [27] Ramezani Akordi, Habib & Isaei Tafreshi, Mohammad. (2020). "The Role of Bankruptcy Law in the Revival of Bankrupt Businesses (Study in Iranian and American Law)", *Comparative Law Research*, Volume 24, Number 1, 59-86. (In Persian).
- [28] Ramos, D. & Solana, J. (2020). Bank Resolution and Creditor Distribution: The Tension Shaping Global Banking—Part II: The Cross-border Dimension. *University of Miami Business Law Review*, 28(2), 245.
- [29] Restoy, F. (2019). How to improve crisis management in the banking union: a European FDIC?. *SUERF Policy Note Issue*, (102).
- [30] Richards, K. (2020). Funding the Resolution of Systemically Important Banks: The Developing Country Challenge. *Banking & Finance Law Review*, 35(3), 495-521.
- [31] Schild, J. (2018). Germany and France at cross purposes: the case of Banking Union. *Journal of Economic Policy Reform*, 21(2), 102-117.
- [32] Schillig, M. (2016). *Resolution and insolvency of banks and financial institutions*. Oxford: Oxford University Press.
- [33] Schoenmaker, D. (2019). A macro approach to international bank resolution. In *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*. Edward Elgar Publishing.
- [34] Simaei Sarraf, Hossein & Amini, Vahid. (2020). "Special Legal System for Bankruptcy; Reason and Legal Framework", *Business Research Journal*, No. 94, 259-299. (In Persian).
- [35] Shahidi, Seyed Mehdi. (1994). *Fall of Obligations*, Tehran: Publications of the Bar Association. (In Persian).
- [36] Shirvani, Khadijeh & Issaei Tafreshi, Mohammad. (2019). "Bank Deposit Insurance (Comparative Study in US and Iranian Law)", *Comparative Law Research*, Volume 23, Number 4, 61-90. (In Persian).

- [37] Skini, Rabia. (2012), Bankruptcy Business Law and Bankruptcy Settlement, Tehran: Samat Publications. (In Persian).
- [38] Tabatabai Nejad, Seyed Mohammad. (2015). "Deficiencies of the Bankruptcy System in Iran", Quarterly Journal of Private Law Studies, Volume 45, Number 1, 113-126. (In Persian).
- [39] Tröger, T. H. (2018). Too complex to work: a critical assessment of the bail-in tool under the European bank recovery and resolution regime. Journal of Financial Regulation, 4(1), 35-72.
- [40] Walther, A. & White, L. (2019). Rules versus discretion in bank resolution. The Review of Financial Studies.
- [41] White, Phoebe. & Yorulmazer, Tanju. (2014). Bank Resolution Concepts, Trade-offs, and Changes in Practices, FRBNY Economic Policy Review, 153-173.
- [42] Wolf, Annika. (2015). A Global Cross-border Insolvency Framework for Financial Institutions, European University Institute (EUI) Working Paper, 1-19.
- [43] www.cbi.ir/showitem/14208.aspx

مطالعه تطبیقی و تحلیل عناصر، آثار و ابعاد مالی - حقوقی پذیرش همزمان اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار (با تمرکز بر حقوق ایران و آمریکا)*

سعید محمدی اقدم^۱*

دانشجوی دکتری مهندسی مالی دانشگاه علامه
طباطبائی (ره)

ابراهیم دیانتی نسب^۲

دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه
تهران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۳۰

(با حمایت فرا بورس ایران)

چکیده

با توسعه ساختار و زیرساخت‌های نهادی - ابزاری بازار سرمایه در سطوح داخل و بین‌الملل، رقابت به‌عنوان موضوع قابل مطالعه در مقام نظریه و عمل مطرح گردید که از آن جمله می‌توان به رقابت در پذیرش اشاره نمود. در پذیرش همزمان به‌عنوان یکی از شقوق پذیرش، ناشران، اوراق بهادار خود را به‌طور هم‌زمان در چند بورس داخل یا خارج درج و پذیرش می‌نمایند. این پژوهش در جایگاه موضوع شناسی، ابتدا جوانب مالی پدیده را بررسی و در ادامه نیز مقررات و اسناد

* - مقاله پژوهشی

۱ - نویسنده مسئول: Saeed.aghdam@yahoo.com

2- Dianatinasab@ifb.ir

DOI: 10.22067/lowecon.2021.39476

پژوهشی را با استفاده از روش تحلیلی-تفسیری بر اساس مطابقت با ماهیت و عناصر حقوقی و مقرراتی در آمریکا و ایران از بعد هنجاری پوشش داده است که به عنوان وجه نوآوری پژوهش شناخته می‌شود. پذیرش همزمان عامل بروز چالش‌هایی مانند تعدد استانداردها و مقررات شامل الزامات افشاء و حاکمیت شرکتی، اعمال اقدامات نظارتی دو بورس، اقدامات مربوط به تعلیق یا لغو پذیرش و معامله، حل و فصل اختلافات بین بورس‌ها یا سرمایه‌گذاران، ایجاد ارتباطات بین ارکان بازار سرمایه کشور مبدأ و مقصد و موارد مشابه دیگر است که در خصوص حل و فصل آن‌ها رویکردهای مختلف از جمله لحاظ معافیت شرایط خاص، سازگاری جایگزین، شناخت یکجانبه یا دوجانبه، امضاء تفاهم‌نامه یا فعالیت ذیل دستورالعمل‌ها و استانداردهای بین‌المللی اتخاذ شده است.

کلیدواژه‌ها: پذیرش همزمان فرامرزی (پذیرش متقابل) اوراق بهادار؛ بورس‌های اوراق بهادار؛ بازار سرمایه؛ حقوق تطبیقی؛ حقوق آمریکا؛ حقوق ایران

طبقه‌بندی JEL: G15, G18, G1, G2, F3, F65

مقدمه

بازارهای مالی از جمله بازارهایی به شمار می‌روند که در مقایسه با بازارهای دیگر با سرعت و شدت قابل ملاحظه در حال تغییر و تحول هستند؛ در نتیجه اتخاذ سیاست و راهبرد مناسب از جانب ارکان و فعالان بازار مستلزم شناخت دقیق است. از طرف دیگر، شناخت محدوده و سازوکار فعالیت بازارهای مالی به واسطه بروز عوامل مختلف نیازمند لحاظ ابعاد و آثار مختلف مالی، اقتصادی و حقوقی به‌طور همزمان است که با افزایش تعاملات در سطح بین‌الملل اهمیت آن‌ها دوچندان خواهد شد. پیچیدگی این طبقه از بازارها تا حدی است که ارکان و عناصر مختلف از جمله بورس‌ها - به عنوان مجری، رگولاتور یا ناظر بازار سرمایه - را در ابعاد و سطوح گسترده با پدیده‌های مختلف درگیر ساخته که ممکن است در برخی زمینه‌ها به رقابت منتهی و در نهایت مدل کسب و کار و بالطبع درآمد آن‌ها تحت الشعاع قرار گیرد.

بورس‌ها با وجود تنوع ماهیت حقوقی، بسته به نظامات هر کشور خدمات متفاوتی به بازار سرمایه ارائه می‌دهند که متناسب با نقش آن‌ها به عنوان مجری، رگولاتور یا نهاد ناظر تعریف شده

است. از طرف دیگر به جهت اینکه استقلال در تنظیم یا اعمال سیاست بورس ها حفظ شود، درآمد آن ها نه از جانب دولت بلکه از بازار تأمین می شود؛ در نتیجه باید دقت داشت حیطه فعالیت بورس ها از هر گونه تضاد منافع بین درآمد خود و منافع عامه فعالان بازار سرمایه مبرا باشد.

کانال درآمد بورس ها از محل جذب شرکت ها یا دریافت حق پذیرش اولیه و مستمر، فروش داده بازار، ارائه خدمات مختلف مالی و موارد دیگر است که در بین آن ها پذیرش به عنوان یکی از مهم ترین کانال درآمدی است که می تواند شامل پذیرش شرکت ها در سطح داخل یا بین الملل باشد که تحت عنوان پذیرش متقابل^۱ یا همزمان شناخته می شوند. به علاوه، زمانی که گستره یک فعالیت فراتر از یک حوزه صلاحیت حقوقی^۲ است، احتمال بروز مسائل و مشکلات در سطوح متفاوت افزایش می یابد و این نیازمند تشخیص و تحلیل موضوع و در نهایت تعریف جامع مسئله و جوانب مختلف آن است. در نتیجه، درج و پذیرش شرکت ها به واسطه ماهیت موضوع، واجد آثار و ابعاد مختلف مالی و حقوقی است که باید متناسب با نظام حقوقی کشور مبدأ یا هدف به طور همزمان در مقام تئوری و عمل مورد تحلیل قرار گیرد تا به بهترین نحو اجرا شود. (IOSCO Technical Committee, 2006)

تاکنون، پذیرش همزمان در ایران اجرا نشده است و با توجه به افزایش پیوند بین بازارها، بازار سرمایه ایران نیز در آینده با این پدیده مواجه خواهد شد در نتیجه ضروری است شناخت خود را نسبت به ابعاد مختلف آن افزایش دهد. در این راستا، بازار سرمایه آمریکا انتخاب شد که پدیده مذکور در آن اجرا و جوانب گوناگون آن مورد تحلیل قرار گرفته تا امکان ارائه پیشنهادهای سیاستی با لحاظ تفاوت ها در ساختار و نظامات حقوقی و مالی فراهم گردد.

پذیرش همزمان در بازار سرمایه آمریکا، ذیل مقرره ای تحت عنوان نظام بازار ملی^۳ و ذیل رقابت بین بازارها^۴ تعریف می شود که شامل رقابت در جذب پذیرش و عرضه اوراق بهادار شرکت هاست که عامل افزایش کارایی و ارائه خدمات معاملاتی نوآورانه است؛ نوع دوم رقابت

1- Cross-listing

2- Jurisdiction

3- National Market System

4- Competition Among Markets

نیز تحت عنوان رقابت بین سفارشات^۱ یا رقابت در معاملات ثانویه شناخته می‌شود که عامل بهبود فرآیند کشف قیمت بهینه در تمام سفارش‌ها (حجم خرد یا عمده) و کارکردهای دیگر است. (Foucault & Menkveld, 2008) پژوهش حاضر به دنبال بررسی ابعاد مختلف مالی - حقوقی پدیده پذیرش همزمان براساس مطالعات تطبیقی با بازار سرمایه آمریکاست تا درنهایت با تحلیل جوانب مختلف مالی و روابط و آثار حقوقی پدیده مذکور سیاست‌گذاران، رگولاتور، ناظران و ارکان بازار سرمایه را در اجرای بهتر این مدل براساس تجارب بین‌الملل راهنمایی و تا حد امکان آثار و تبعات منفی ناشی از اجرای نادرست را کاهش داد؛ چراکه عدم توجه به جوانب مختلف به‌طور همزمان، عامل افزایش احتمال بروز خسارات و تحمیل جرائم، کاهش جذابیت سازوکار مذکور، اعتبار و اعتماد عمومی خواهد شد.

در خصوص پیشینه تحقیق باید گفت تاکنون موضوع منتخب در نظام حقوقی ایران موردبررسی قرار نگرفته است؛ درنتیجه در پژوهش حاضر تلاش شده است با مطالعه قوانین و مقررات و گردآوری اسناد پژوهشی بازار سرمایه آمریکا و ایران و نظام حقوقی مربوطه بر اساس روش تحلیلی-تفسیری و مطابقت قوانین بر اساس حقوق تطبیقی، به چالش‌های حقوقی اشاره شود. ساختار مقاله نیز بدین منوال است که ابتدا در مقام موضوع شناسی و، پذیرش همزمان از بعد مالی - اقتصادی بررسی گردیده و در ادامه نیز با مطالعه ساختار بازار سرمایه آمریکا و رویه منتخب در به‌کارگیری قابلیت مذکور و چالش‌های مربوطه به قانون و مقررات در حقوق آمریکا اشاره شده است. درنهایت نیز تلاش شد پدیده مذکور در اسناد و قوانین ایران مورد مطالعه و تحلیل قرار گرفته و پیشنهادهای مربوطه ارائه شود.

بررسی ابعاد مالی پذیرش همزمان (متقابل)^۲ اوراق بهادار در سطح داخلی و بین‌الملل^۳

بخش اول شامل بررسی مفاهیم اولیه، رویکردها در اتخاذ نظام مطلوب پذیرش اوراق بهادار،

1- Competition among orders

2- Cross-listing

۳- ترجمه منتخب نسخه انگلیسی مقررات بازار سرمایه، پذیرش مضاعف است اما در اساسنامه شرکت بورس اوراق بهادار تهران و شرکت فرابورس ایران به عنوان پذیرش همزمان معرفی شده است.

سازوکار به کارگیری مدل، ابعاد و آثار مالی، موازنه منفعت - هزینه، سازوکارهای ایجاد همگرایی مقرراتی و مسائل دیگر است. بخش دوم نیز شامل مطالعه جوانب مالی - حقوقی پدیده مذکور در نظام حقوقی ایران و آمریکا است.

مفاهیم اولیه پذیرش همزمان اوراق بهادار

در ابتدا لازم است جهت تبیین موضوع به زنجیره تأمین سرمایه به واسطه بازار اوراق بهادار اشاره کرد تا جایگاه پذیرش شرکت ها در زنجیره مشخص و مقام بحث و افتراق آن با مراحل دیگر در نظر گرفته شود. زنجیره تأمین سرمایه در بازار اوراق بهادار به صورت کلی شامل درج نماد شرکت ها، پذیرش، عرضه اولیه و معاملات ثانویه آن هاست که هر یک الزامات و مقررات مربوط به خود را دارد و پژوهش حاضر تنها در مقام تحلیل مرحله پذیرش است.

پذیرش همزمان به این معناست که اوراق بهادار یک شرکت، در بیش از یک بورس اوراق بهادار داخلی یا خارجی پذیرش شود که تحت عنوان پذیرش همزمان داخلی یا فرامرزی^۱ شناخته می شوند. (Wanjiru, 2013) از طرف دیگر، نزدک - ذیل بخش مقررات پذیرش^۲ (۵۰۰۵ (۱۱)) - پذیرش همزمان را شامل فرآیندی می داند که به موجب آن یک اوراق بهادار علاوه بر بازار جهانی نزدک^۳ یا بازار گزینشی جهانی نزدک^۴ در بورس اوراق بهادار نیویورک نیز پذیرش شود. در خصوص تبیین نسبت بین دو تعریف مذکور این نکته قابل ذکر است که تعریف نزدک در ابتدا به پذیرش همزمان در حیطه صلاحیت قضایی آمریکا اشاره دارد اما از جهت اینکه پذیرش در بورس نیویورک مشروط به پذیرش در بازار جهانی نزدک است تلویحاً به چندین حیطه صلاحیت قضایی نیز اشاره دارد.

شناخت این پدیده مستلزم توجه به موضوعات مرتبط از جمله پذیرش مضاعف^۵ و پذیرش ثانویه^۶ است که هر یک مشخصات خود را دارند که متأسفانه در برخی مطالعات مفاهیم فوق

1- Cross-Border Listing

2- NASDAQ listing rules

3- The Nasdaq global market

4- The Nasdaq global select market

5- Dual listing

6- Secondary listing

مترادف در نظر گرفته شدند؛ درحالی که لازم است بین آن‌ها تفکیک قائل شد. در پذیرش مضاعف، دو شرکت به استناد قرارداد تساوی حقوقی^۱ در قالب کسب و کار واحد فعالیت می‌کنند؛ درحالی که هویت حقوقی و پذیرش اوراق بهادار خود در بورس‌های مختلف را به طور مستقل حفظ می‌کنند؛ اما در پذیرش همزمان درون‌مرزی یا فرامرزی، شرکت ناشر اوراق خود را در بیش از یک بورس داخلی یا خارجی پذیرش می‌کند (Liu & Seasholes, 2011) مفهوم دیگر توسط نهاد خدمات مالی^۲ انگلستان تحت عنوان پذیرش ثانویه مطرح شده است که تعریف آن مشابه پذیرش همزمان است (Thomsonreuters, 2019) با این تفاوت که در پذیرش ثانویه الزامات دو بورس مبدأ و مقصد مشابه یکدیگر هستند. (Moneyland, 2019) در ادامه جوانب هنجاری یا حقوقی در ادامه توضیح داده خواهد شد.

رویکردهای قابل اتخاذ در نظام پذیرش بورس‌های اوراق بهادار

در مقام نظریه سه رویکرد اصلی در خصوص پذیرش اوراق بهادار مطرح است:

۱. رویکرد اول تحت عنوان "انتخاب ناشر"^۳ یا انتخاب "بستر معامله توسط ناشر"^۴ شناخته می‌شود.^۵ مطابق این رویکرد، هر کشور دارای نظام حقوقی و مقرراتی خود است و ناشران متناسب با خواسته یا نیاز خود بورس هدف را جهت پذیرش شرکت انتخاب می‌کنند؛ به عنوان مثال، مطابق این رویکرد یک شرکت استرالیایی مختار است در صورت سازگاری و انطباق با مقررات اوراق بهادار کشور استرالیا، آمریکا یا هر کشور ثالث، در بورس مربوطه پذیرش بگیرد و نیازی به تطابق یا دریافت مجوز از جانب بورس مبدأ یا مقصد مبنی بر همخوانی یا سازگاری قوانین و مقررات وجود ندارد. (Brummer, 2008)
۲. دومین رویکرد انتخاب مقررات توسط بورس‌هاست؛^۶ بدین معنا که امکان انتخاب بستر

1- Legal equalization agreement

2- Financial services authority

3- Issuer Choice

4- Portable Reciprocity

۵- در این رویکرد امکان انتقال سفارشات بین بورس‌ها وجود دارد.

6- Exchange-Based Choice

پذیرش و معاملات توسط ناشران سلب و بورس ها یا نهاد رگولاتور تعیین می کند که شرکت متقاضی در کدام بورس پذیرش و اوراق بهادار آن قابل معامله خواهد بود و شرکت ها نیز ملزم به تبعیت هستند. در این حالت، بورس ها یا نهادهای رگولاتور برای جذب تعداد بیشتر شرکت و کسب درآمد با یکدیگر وارد رقابت خواهند شد. (Ibid)

۳. در نهایت رویکرد سوم تحت عنوان پذیرش به شرط سازگاری با الزامات جایگزین^۱ شناخته می شود. مطابق این رویکرد، رگولاتور کشور مقصد، سازگاری نظام حقوقی - مقرراتی کشور مبدأ - به عنوان شرایط جایگزین - را با ماهیت الزامات مندرج در قوانین خود بررسی می کند و در صورت سازگاری با پذیرش شرکت مذکور موافقت خواهد شد. رویکرد فوق در کشورهای مختلف از جمله استرالیا، کانادا و اتحادیه اروپا استفاده شده است. به عنوان نمونه، در کشور آمریکا، شرکت های پذیرش شده در بورس های اوراق بهادار خارجی به شرطی مجاز به فعالیت در آمریکا هستند که مقررات داخلی بورس مبدأ - با تائید کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا - با مقررات اوراق بهادار فدرال آمریکا سازگار باشد. در نتیجه، بورس آمریکایی مجاز است خدمات مختلف به سرمایه گذاران خارجی ارائه دهد، بدون اینکه نیاز باشد تا با مقررات آمریکا سازگار شود. این موضوع جهت تسهیل پذیرش شرکت ها در بورس های فعال آمریکاست. (Ibid)

سازوکار و رویکرد استفاده از مدل های پذیرش همزمان اوراق بهادار در سطوح داخلی و بین الملل پذیرش همزمان فرامرزی به دو صورت قابل استفاده است: درج و پذیرش مستقیم سهم در بورس اوراق بهادار هدف یا بهره مندی از طرح هایی تحت عنوان رسید سپرده گذاری (Roosenboom & Van Dijk, 2009) رسید سپرده گذاری از سوی یک نهاد سپرده گذاری مانند بانک منتشر می شود که ادعایی نسبت به اوراق بهادار خارجی تحت تملک در سر رسید است. به عنوان مثال، اوراق بهادار مورد معامله عمومی در آمریکا به نام رسید سپرده گذاری آمریکایی^۲ شناخته می شوند. (Serra, 1999)

1- Substituted Compliance

2- American Depositary Receipts

- رویکرد کشورها در خصوص پذیرش همزمان در قالب ۳ رویکرد زیر قابل طرح است:
۱. در رویکرد اول (آمریکا) الزامات داخلی در خصوص واسطه معاملاتی خارجی^۱ اعمال نمی‌شود؛ به‌طور خاص معاملات سرمایه‌گذاران خبره^۲
 ۲. رویکرد دوم شناخت و رسمیت یک سویه یا متقابل است. در حالت شناخت یک سویه (استرالیا)، در صورتی که الزامات مهم مدنظر کشور مقصد - به‌طور خاص موارد شامل مصونیت سرمایه‌گذاران - پوشش داده شود؛ کشور مذکور الزامات خود در خصوص واسطه یا ناشر خارجی را اعمال نمی‌کند مانند استرالیا اما مطابق حالت رسمیت متقابل (اتحادیه اروپا)، هر کشور رژیم مقرراتی طرف مقابل را به رسمیت می‌شناسد.
 ۳. رویکرد سوم تحت عنوان اعمال معافیت^۳ است (ژاپن و هنگ‌کنگ)؛ در صورتی که سرمایه‌گذار داخلی معاملات خود را از طریق آن دسته از واسطه‌های خارجی که فعالیت آن‌ها حائز اهمیت و مؤثر است، انجام دهد نسبت به برخی از الزامات داخل معاف هستند. البته ممکن است حسب شرایط نسبت به هر یک از ابزارها، رویکردهای مختلف استفاده شود. (Erkan, 2005)

در مقام عمل، تاکنون تفاهم‌نامه‌های مختلف بین بورس‌ها در خصوص پذیرش همزمان تنظیم شده است که شامل توافق همکاری مشترک بین بورس استکهلم و کوپنهاگ، بورس مصر با بورس بحرین، نزدک و بورس اوراق بهادار سنگاپور، کویت و اردن ۱۹۹۹، بحرین و مصر ۱۹۹۷، کویت و مصر ۱۹۹۶، بحرین و عمان ۱۹۹۵، بورس اوراق بهادار سنگاپور و استرالیا، کوالالمپور و کره، هنگ‌کنگ و سنگاپور، سنگاپور و بورس دتچ^۴، بورس سوئیس و پاریس، بورس لیسبون و سائوپائولو و ... است.

موازنه منفعت - هزینه پذیرش همزمان اوراق بهادار

پذیرش همزمان نیز مشابه هر پدیده دیگری منافع و هزینه مختص به خود را دارد که در ادامه

-
- 1- Foreign trading facility
 - 2- Informed investors
 - 3- Solicitation
 - 4- Deutsche Börse

آمده است.

❖ منافع سطح خرد

✓ منافع اقتصادی: شامل صرف قیمت^۱، امکان جذب بیشتر سرمایه (Miao, 20b12) افزایش رقابت در مظنه و قیمت عرضه و تقاضا، افزایش مدت زمان معامله روزانه سهم (در صورتی پذیرش در دو منطقه متفاوت مثل غرب و شرق) (Ackerly, Pan & Eric, 2002)

- ابزاری راهبردی جهت کاهش هزینه سرمایه مطابق نظریه بخش بندی بازار^۲؛ به عنوان مثال اشخاصی که جهت سرمایه گذاری در سطح بین الملل محدودیت دارند و نمی توانند کارایی سبد سرمایه گذاری خود را مطابق استانداردهای جهانی افزایش دهند، می توانند از این قابلیت استفاده نمایند.^۳ (Mu, 2014)
- سازوکاری مؤثر جهت تسهیل جریان تأمین سرمایه در سطح فرامرزی و ایجاد بازاری با نقدشوندگی بالاتر براساس نظریه نقدشوندگی^۴

✓ منافع فنی و عملیاتی مانند دسترسی به مقررات باکیفیت بالا با صرف حداقل هزینه سرمایه، افزایش احتمال جلب نظر سرمایه گذاران و بهبود شهرت شرکت^۵، بهبود محیط اطلاعاتی شرکت ها به واسطه افزایش شمار تحلیل گران شرکت و افزایش صحت پیش بینی عناصر مالی (Lang, Lins & Miller, 2003) و افزایش گستره پوشش تحلیل شرکت توسط نخبگان و تحلیل گران

✓ منافع حاکمیتی:

۱- صرف قیمت معادل تفاوت قیمت معامله از قیمت اسمی است.

۲- نظریه بخش بندی بازار به عنوان یکی از رویکردها در حوزه استراتژی شناخته می شود. مطابق این رویکرد مشتریان بالقوه به گروه ها یا بخش های کوچکتر با ویژگی های مشخص تقسیم می شوند و هر بخش نیز مشتریان خود را دارند و استراتژی های بازاریابی مختص به خود را اجرا می کنند.

3- The Market Segmentation Hypothesis

۴- نظریه قدشوندگی به معنای قابلیت تبدیل هر دارایی به وجه نقد است و از طرف دیگر نقدینگی نیز قدرت جذب منابع مالی جهت پوشش اهداف مدنظر.

5- Awareness Hypothesis 1987

- تعریف یا اصلاح مناسبات حاکمیتی از جانب بورس‌ها پیش از درج و پذیرش؛ مانند افزایش تعداد اعضای هیئت‌مدیره مستقل.
- نظارت مستمر بورس‌ها و الزامات مرتبط با انطباق با مقررات و درنهایت بهبود شرایط بالقوه بهبود حاکمیت شرکتی به واسطه بهره‌مندی از سازوکار درج و پذیرش اوراق بهادار براساس نظریه توسعه گستره اوراق بهادار^۱ که مورد تأکید محققان است.^۲ (Mu, 2014)

❖ منافع سطح کلان شامل:

- ✓ پوشش و ارتقاء نظارت خارجی بر نحوه انجام وظیفه خودانتظامی بورس‌های داخل
 - ✓ امکان نظارت مستمر بر عملکرد بازار هدف
 - ✓ ایجاد تعادل در وضع و اجرای استانداردهای مقرراتی بورس‌های مختلف (Ackerly, Pan & Eric, 2002)
 - ✓ افزایش ارزش نهایی بازار اوراق بهادار
 - ✓ امکان تغییر بستر رقابت بین کشورها؛ در برخی کشورها که شرکت متقاضی به سختی می‌تواند با رقبای داخلی رقابت کند، با پذیرش در حیطه صلاحیت قضایی جدید با جذب حمایت بیشتر حیطه و زمینه رقابت خود را تغییر دهد. (Miao, 2012)
- پیش از این منافع پذیرش همزمان ارائه شد اما مسئله دیگر بررسی سرریز یا انتقال آثار مثبت یا منفی از بازار مقصد به بازار مبدأ به عنوان یک موضوع چالش‌برانگیز است. در حالت کلی، می‌توان ادعا کرد ایجاد درگاه معاملاتی جدید در خارج می‌تواند به واسطه رقابت بین بازارگردانان داخل و خارج یا افزایش اطلاعات بر حجم معاملات داخلی اثرگذار باشد (Halling, Pagano, 2007) که البته بستگی به بازار هدف دارد، به عنوان مثال پذیرش در بازاری کارا مشابه آمریکا ممکن است حجم معاملات بازار مبدأ را به شدت کاهش دهد و سرمایه‌گذاران به

۱- مطابق این نظریه شرکت‌های فعال در کشورهای با حاکمیت شرکتی ضعیف می‌توانند ساختار حقوقی خود را با پذیرش اوراق بهادار خود در دیگر کشورها در سطح بین الملل افزایش دهند تا بتوانند به بهترین شکل از حقوق سرمایه‌گذاران حفاظت نمایند.

دلایل متفاوت اوراق بهادار شرکت مذکور را در بازار سرمایه آمریکا معامله کنند؛ البته آثار مذکور همیشه به طور قاطع به نفع کشورهای توسعه یافته یا شرکت نیست. به عنوان مثال، برخی بر این باورند که پذیرش همزمان فرامرزی در آمریکا الزاماً به بهبود حاکمیت شرکتی منجر نشده است و در شرایطی به انحراف منابع حاصل از سرمایه گذاری خارجی به نفع مدیران منجر شده است؛ بدین صورت که اقدامات اجرایی کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا در خصوص شرکت های خارجی که از پذیرش همزمان فرامرزی استفاده کردند در مقایسه با شرکت های داخلی آمریکا به طور یکسان اعمال نشده و شرکت های خارجی به خاطر معافیت به ندرت مشمول اقدامات مذکور شدند. (Licht, 2003) همچنین، مقامات قانون گذار آمریکایی نسبت به موارد مختلف از جمله کسب منافع نامشروع دارایی^۱ در این شرکت ها واکنش بسیار ضعیفی نشان داده است.^۲ (Koh, 2012) نکته دیگر اینکه منافع پذیرش همزمان حتی در یک کشور نیز برای تمام شرکت ها یکسان نیست. به عنوان مثال (King and Segal (2004) در مطالعه ای نشان دادند که منافع ناشی از پذیرش همزمان فرامرزی تنها مختص شرکت هایی است که در بازار آمریکا از گردش کافی برخوردار باشند. همچنین با پذیرش همزمان، معامله اوراق بهادار شرکت های متعلق به کشورهای دارای اقتصاد نوظهور در مقایسه با کشورهای توسعه یافته افزایش داشته است. (Ibid.) در نتیجه، منافع یا معایب پذیرش همزمان لزوماً در تمام کشورها در یک سطح و به میزان مشابه نبوده است (De landsheere, 2011) و باید برخی موارد از جمله ایجاد ارتباط مؤثر با سرمایه گذاران کشور مقصد مدنظر قرار گیرد تا با افزایش شناخت شرکت حجم معاملات بهبود یابد، در غیر این صورت تحصیل منافع از جمله کسب بازده مازاد منتفی خواهد بود. نتایج فوق در آمار نیز قابل مشاهده است. به طوریکه به استناد مشاهدات تجربی، کسب بازده غیر عادی یا مازاد به واسطه پذیرش در نزدک یا بورس اوراق بهادار نیویورک به طور متوسط حدود ۱.۲۹ درصد است؛^۳ (Mu,

1- Asset Tunneling

۲- این راهبرد به عنوان یک اقدام کسب و کاری غیرقانونی است که در آن سهامداران عمده یا شرکت های ذی نفع دارایی های شرکت یا کسب و کار آتی را به نفع خود هدایت می کنند.

۳- مطابق آمار، تا پایان سال ۲۰۱۲ تعداد ۵۲۴ و ۲۹۰ شرکت در بورس اوراق بهادار نیویورک و نزدک مجوز پذیرش فرامرزی دریافت کردند.

(2014) درحالی که، این شاخص در لندن، اروپا و توکیو به طور متوسط ۱.۰۹ و ۵۸ و ۴۵ گزارش شده است. همچنین، شرکت های متعلق به کشورهای نوظهور در مقایسه با شرکت های دیگر به طور متوسط بازده بیشتری در حدود ۲.۳۲ درصد کسب کردند (KAROLYI, 2006) پذیرش همزمان مشابه هر ابزار یا سازوکار دیگر هزینه یا معایب خود را دارد که ممکن است به صورت مستقیم یا غیرمستقیم تحمیل شود:

۱. هزینه های مستقیم شامل اعمال الزامات مقرراتی و استانداردها در خصوص فعالیت بورس های اوراق بهادار خارجی، مقررات مربوط به دریافت مالیات از عایدی دارایی ها در سطح داخل یا بین الملل، تحمیل ممنوعیت نسبت به مالکیت سرمایه گذار خارجی، اعمال محدودیت پرداخت سرمایه یا سود تقسیمی، عدم وجود یا ضعف نهاد و ساختار واسط و در نهایت هزینه های معاملاتی بالا. (Ribstein, 2005)

۲. هزینه های غیرمستقیم شامل هزینه نظارت بر بازارهایی با ساعات معاملاتی غیرهمزمان که ممکن است عامل ایجاد اختلال اطلاعاتی باشد، تنوع استانداردهای افشاء در کشورهای مختلف، الزامات ضمنی مقرراتی از جمله سرینس اکسلی در آمریکا، پوشش و تحقق الزامات افشاء، عدم شهرت ناشر، (Fan, 2014) دادرسی و احتمال اقامه دعوی خصوصی^۱ و الزامات خاص بورس ها. (Cheng, Srinivasan, & Yu, 2014)

تا پیش از این به ابعاد مالی پذیرش همزمان اشاره شد که بالطبع می تواند منشأ بروز آثار حقوقی پیچیده باشد. مطابق مطالعات مختلف و بررسی نمونه ها در مقام عمل، چندین موضوع پیرامون تأسیس حقوقی حاضر حائز اهمیت است از جمله اتخاذ رویکردها و مکانیسم ها با وجود تنوع مقررات در سطوح مختلف، اعمال لغو یا تعلیق اوراق بهادار در سطح داخل یا بین الملل، دستورالعمل ها یا اصول حاکم بر تضاد بالقوه و بالفعل بین چندین حیطه صلاحیت قضایی، رویه حل اختلافات یا طرح دعاوی در مراجع ذی صلاح (Bookman, 2017)، فقدان یا کمبود استاندارد و اصول حاکم در سطح بین الملل، عدم لحاظ عناصر مختلف فرامرزی در مقررات داخلی، محدودیت نظارت و بازرسی در سطح بین الملل، دسترسی ناکافی به داده و اسناد، سطح ضعیف

اعتماد متقابل، الزامات و استانداردهای ارائه گزارش، سنجش رویه سازگاری جایگزین و استمرار آن، چهارچوب تعریف مشتریان بازار از جمله سرمایه گذاران مختلف در کشورها، محدودیت ارائه خدمات تجاری، رویکرد ناسازگار ساعات معاملاتی، عدم اجماع در خصوص قوانین مربوطه به پول شویی، تفاوت در استاندارد یا معافیت ارائه گواهی و مجوز فعالیت نهادهای بازار، تسهیل تبادل اطلاعات، تفاوت در استانداردهای حسابداری، رویه پایاپای، تسویه و پرداخت متفاوت، تفاهم نامه محرمانگی، کپی رایت، پتنت، علائم تجاری و... تنها بخشی از مسائل اساسی قابل طرح و بررسی پیرامون پذیرش همزمان است که باید از جانب سیاست گذاران مورد توجه قرار گیرند. رویکرد یا واکنش غالب به مسائل مذکور تحت عنوان هماهنگی و سازگاری مقرراتی اوراق بهادار شناخته می شود، که در ادامه بررسی می شود. (IOSCO, 2014)

هماهنگی و سازگاری مقرراتی در مقررات اوراق بهادار در راستای تسهیل پذیرش همزمان اوراق بهادار
در پاسخ به چالش های فوق، هماهنگی مقرراتی به عنوان معتبرترین راه حل عمومی مطرح شده است که شامل طیفی متفاوت از سطحی ترین تا نمونه کامل همکاری در اجرای مقررات بین رگولاتورها و دستورالعمل های جایگزین است. همچنین، این همکاری و هماهنگی می تواند با اعمال معافیت مختلف - به طور خاص در خصوص رژیم های حقوقی دارای مقررات و نظارت مشابه - تقویت شود. در این راستا، بسیاری از حیطه های صلاحیت قضائی - در مجموعه مقررات^۱ خود - دستورالعمل هایی را به عنوان شاکله اصلی مقررات اوراق بهادار در نظر گرفتند که در آمریکا شامل ممنوعیت معاملات نهانی و تخلفات اوراق بهادار و افشاء اجباری شرکت های سهامی عام است. (Beny, 2005)

رویه مذکور می تواند در مقام اجرا متفاوت باشد. در اکثر صلاحیت های قضایی حوزه یورو و برخی کشورها با هدف تقویت کیفیت بازارها و جذب سرمایه از خارج از طرق مختلف مانند تنظیم بخشنامه^۲ استفاده شده است؛ در حالی که آمریکا بر خلاف اتحادیه اروپا از سازوکار

1- Rule book

2- Directive

سازگاری جایگزین^۱ در قالب تنظیم توافقات دسترسی دوجانبه بهره مند شده است که در قالب توافقات تشخیص مشترک^۲ شناخته می‌شوند مانند توافق آمریکا با استرالیا در سال ۲۰۰۸ یا توافق مشترک در خصوص سیستم افشاء بین قلمرو کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا با کانادا^۳ که به استناد آن ناشران کانادایی مجاز هستند براساس سازگاری با قانون کانادا بدون اظهارنظر و بازینی کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا اوراق بهادار خود را عرضه کنند. (Markets in Financial Instruments Regulation (EU) No 600/2014, Art. 47(1)) همچنین، رویکرد فوق در دستور کار نهادهای بین‌المللی قرار دارد و در این راستا، استانداردهای کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا در سطح بین‌المللی استفاده می‌شوند. (Armour, Bengtzen, & Enriques, 2017) نهادهای بین‌المللی دیگر از جمله شورای ثبات مالی^۴ و نهاد مقرراتی مشترک مالی آمریکا و اتحادیه اروپا^۵ - که تنظیم‌کننده استانداردهای دستورالعمل‌ها^۶ هستند (Eu, 2014) شورای بین‌المللی استانداردهای حسابداری^۷ و کمیته سیستم‌های تسویه و پرداخت^۸ در تقویت رویکرد همگرایی مشارکت داشته یا آن را تسهیل بخشیدند. (Beny, 2005)

پذیرش همزمان اوراق بهادار از دیدگاه سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های بورس اوراق بهادار (آیسکو) سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های بورس اوراق بهادار یا آیسکو از جمله مهم‌ترین نهادها در زمینه تنظیم مقررات بازار سرمایه در سطح بین‌المللی به شمار می‌رود و لازم است نگرش و رویکرد این نهاد در خصوص پذیرش همزمان بررسی شود. در سال ۱۹۹۵ اطلاعیه‌ای تحت عنوان اعلامیه ویندسور^{۱۰} منتشر شد که بر اساس آن چهار موضوع مهم از جمله همکاری بین بورس‌ها، صیانت از

1- Substitutional adoption

2- Mutual recognition agreement

3- SEC's multijurisdictional disclosure system

4- Financial Stability Board

5- The US-EU joint Financial Regulatory Forum

6- Standard Setters

7- Agenda Setters

8- International Accounting Standards Board

9- The committee on payment and settlement systems (CPSS)

10- Windsor Declaration

دارایی، منافع و موقعیت مشتریان، رویه های مرتبط با عدم ایفای تعهدات و همکاری رگولاتوری در شرایط فوق العاده مطرح شد. در ادامه، در راستای همکاری بین ارکان بازار سرمایه کشورها، آیسکو کمیته ای تحت عنوان "کمیته کاری مقررات فرامرزی"^۱ تشکیل داد تا مخاطرات و مسائل این دسته از فعالیت ها را بررسی و مقررات و استاندارد مربوطه را تنظیم کند. براساس پیشنهادهای کمیته مذکور و رگولاتورهای مختلف بازارها، سه رویه و مکانیسم در راستای همکاری بین المللی در بازار سرمایه تعریف شده است (Emma de, 2015)

❖ برخورد مشابه داخل^۲: بر اساس این رویه، با اشخاص، نهادها و خدمات قابل ارائه توسط اشخاص خارجی مشابه نظامات داخل رفتار می شود؛ البته ممکن است تسهیلاتی مانند اعمال معافیت یا همکاری دوجانبه در قبال رگولاتور خارجی تعریف شود. مزیت این رویکرد عدم ضرورت شناخت تفصیلی رژیم مقرراتی رگولاتور خارجی است.

❖ تشخیص و پذیرش رسمیت طرف مقابل^۳: مطابق این رویکرد، با بررسی ابعاد مختلف رژیم مقرراتی خارجی، صلاحیت آن در شرایط خاص از جانب رگولاتور به رسمیت شناخته می شود. این شناخت می تواند چندجانبه^۴ باشد به طوریکه از بررسی کامل رژیم مقرراتی یکدیگر معاف هستند یا شناخت مشترک^۵ است که به موجب آن جهت تشخیص متقابل رژیم حقوقی طرفین مناسباتی بین رگولاتور داخل و خارج تنظیم می شود.

اعمال قابلیت پاسپورتینگ^۶: این رویه به استناد انواع اسناد قانونی از جمله تفاهم نامه، مجموعه دستورالعمل ها، معاهدات بین المللی یا ابزارهای قانونی مشابه، شامل تنظیم و اعمال مناسباتی است که به سطح بالایی از همگرایی منتهی می شوند و اجازه دسترسی به بازارها را بدون اعمال الزامات مازاد فراهم می کند. مطابق این رویکرد، شرایط و مفاد مختلف ذیل صلاحیت یک رگولاتور واحد تعریف می شوند و رگولاتور مذکور مسئولیت نظارت بر سازگاری با دستورالعمل ها و پیش

1- Cross-border regulation task force

2- National Treatment

3- Recognition

4- Unilateral Recognition

5- Mutual Recognition

6- Passporting

نویس ها را بر عهده داشته و پیشنهادات خود پیرامون ایجاد یا تسهیل همکاری در نظارت را ارائه می دهد. (Idia).

تاکنون با مشورت رگولاتورهای عضو آیسکو، اسناد مقرراتی از جمله مقررات فرامرزی کمیته کاری آیسکو و تفاهم نامه چندجانبه آیسکو تنظیم شدند که به عنوان الگو و معیار همکاری فرامرزی در جهت مبارزه با تخلفات بازار اوراق بهادار و مشتقه شناخته می شوند. تفاهم نامه دیگر "تفاهم چندجانبه پیرامون مشاوره، همکاری و تبادل اطلاعات"^۱ است که می تواند در انواع همکاری ها از جمله پذیرش همزمان فرامرزی، معاملات نهانی و دست کاری بازار، عدم ارائه یا ارائه گمراه کننده اطلاعات اساسی و دیگر اقدامات متخلفانه در خصوص اوراق بهادار و مشتقات، درخواست وجوه سرمایه گذاران یا سفارش های مشتریان، ثبت، انتشار، عرضه یا فروش اوراق بهادار، فعالیت واسطه های بازار و مجریان بازار از جمله نهادهای پایایی و تسویه و بورس ها به عنوان قانون حاکم استفاده شود. (IOSCO, 2002) آیسکو در راستای تقویت تفاهم نامه مذکور تفاهم نامه جدیدی تحت عنوان تفاهم نامه چندجانبه تقویت مشاوره، همکاری و تبادل اطلاعات را تنظیم کرد،^۲ که اصلاحیه نمونه پیشین بود و برخی اصلاحات نسبت به آن اعمال شد. نمونه تفاهم نامه دیگر "استانداردهای بین المللی افشاء پذیرش و عرضه اولیه فرامرزی توسط ناشران خارجی" و "اصول مربوط به همکاری در نظارت فرامرزی"^۳ هستند که به برخی استانداردها و اصول اشاره کردند. به عنوان مثال، استاندارد بین المللی افشاء شامل اصول و استانداردهای مختلف در زمینه ناشران خارجی است که اصل نهم به طور خاص به پذیرش و عرضه اشاره دارد. (IOSCO, 1998)

فعالیت آیسکو صرفاً به تنظیم مقررات محدود نشد و "انجمن مقررات فرامرزی"^۴ را تأسیس کرد و به طور خاص بر موارد مختلف از جمله طراحی مکانیسم اجرایی رویه های مقرراتی در سطح بین الملل از جمله تشخیص مقررات و قوانین حیطه صلاحیت قضایی مختلف، تمدید معافیت ها یا

1- Multilateral memorandum of understanding concerning consultation and cooperation and the exchange of information

2- Enhanced MMou

3- Principles Regarding Cross-Border Supervisory Cooperation

4- Cross border regulation Forum

سازگاری جایگزین و ارائه رهنمود در خصوص همگرایی رویه ها در بین کمیسیون های عضو تمرکز کرد. این تلاش ها به آیسکو محدود نشد و نهادهای دیگر از جمله فدراسیون جهانی بورس ها یا مجمع بین المللی انجمن های اوراق بهادار^۱ نیز استانداردهای مختلف در این خصوص وضع کردند.

ابعاد، آثار و عناصر مالی حقوقی پذیرش همزمان در آمریکا

ساختار بازار سرمایه آمریکا

در آمریکا مشابه دیگر کشورها از پذیرش همزمان به عنوان یکی از روش های پذیرش استفاده می شود.^۲ در این کشور، اوراق بهاداری که در بورس اوراق بهادار نیویورک پذیرش شده است، ممکن است در مراکز مختلف معاملاتی که هر یک تکنولوژی منحصر به فرد و پروتکل های معاملاتی خود را دارند، مورد معامله قرار گیرد که پیچیدگی موضوع را تشدید می کند. (Lipson, 2003) به عنوان مثال، به موجب مقررات نظام بازار ملی^۳، بازارها موظف هستند تا براساس قاعده "بهترین اجرا"^۴ هر سفارش را در بهترین قیمت ممکن ارسال و معامله کنند و اگر نتوانند سفارش را در بهترین قیمت اجرا کنند باید آن را به درگاه معاملاتی رقیب که قیمت بهتری را ثبت کرده است، هدایت نمایند.^۵ (Petrella, 2010)

شناخت دقیق پذیرش همزمان مستلزم بررسی نظام مقرراتی آمریکاست. در آمریکا، مقرره فدرال اوراق بهادار^۶ و مقررات هر ایالت که تحت عنوان قوانین آسمان آبی^۷ شناخته می شوند، وجود دارد که اولین مقرره بر دیگری حاکم است. دستورالعمل های هر ایالت مشخصه، مفاد و شرایط خود را دارد و پذیرش در هر ایالت نیازمند پوشش مقررات ایالت مربوطه است. در کل،

1- The International Council of Securities Association

2- US Investor Offshore

3- National market securities

4- Best Execution

۵- در بازار سرمایه آمریکا، امکان معامله همزمان در چند درگاه یا Dual trading نیز وجود دارد که دارای مقررات مربوط به خود هستند.

6- Federal Securities law

7- Blue Sky Regulation

سازوکارها علاوه بر سازگاری در سطح فدرال باید با قوانین و مقررات هر ایالت نیز سنخیت داشته باشند اما در پذیرش همزمان تفاوت‌هایی مانند معافیت از اعمال مقررات قوانین آسمان آبی ایالتی وجود دارد. (Ackerly, Dana, & Eric, 2002)

تعیین مقام ذی صلاح موضوع مهم دیگر در خصوص شناخت نظام مقرراتی است. در آمریکا، کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا به عنوان نهاد رگولاتور تصویب دستورالعمل‌های موردپیشنهاد از طرف درگاه معاملاتی را برعهده دارد. همچنین، باید بر اجرای استانداردهای تعریف شده نظارت داشته باشد. این رویکرد عامل ایجاد وحدت رویه در آمریکاست. (SEC, 2019)

قانون ومقررات عام و خاص حاکم بر پذیرش همزمان اوراق بهادار در آمریکا

پذیرش همزمان اوراق بهادار مشمول رعایت مقررات عام^۱ و خاص است. مقررات ذیل باهدف حمایت از عموم در مقابل دارندگان اطلاعات نهانی وضع شدند. در آمریکا، سه قانون زیر حاکم است:

۱. مصوبه بورس‌های اوراق بهادار سال ۱۹۳۴^۲ از جمله ماده ۳۰ یا بخش 12(b)، بخش 12(g) با کد 17 CFR 240.12g3-2، بخش 10(b) که شامل بندهای مقابله با موارد گمراه کننده^۳ است. به علاوه، تفاسیر آراء قضایی مربوطه نیز حائز اهمیت است.^۴
۲. قانون سربنس اوکسلی؛ حسابداری شرکت‌های سهامی عام از جمله استانداردهای جدید در خصوص هیئت مدیره، افشاء مالی، تحلیل تضاد منافع و موارد دیگر در این قانون پوشش داده شده است.^۵ شرکت‌های دارای پذیرش همزمان فرامرزی نیز موظف به رعایت قانون

۱- ناشر خارجی ذیل دستورالعمل 3b-4(c) بورس اوراق بهادار تعریف شده است

2- The Exchange Act

3- Antifraud Provision

۴- ذیل این بخش دستورالعمل 10b-5 با کد 240.10b-517 C.F.R. قرار دارد که از جانب کمیسیون بورس و اوراق

بهادار آمریکا تنظیم شده است.

۵- قانون سربنس اوکسلی نسبت به برخی رسیده‌ها از جمله سطح ۲ و ۳ اجرا می‌شود اما شرکت‌های دیگر که در سطح ۱ یا ۴ قرار قرار دارند را شامل نمی‌شود.

مذکور هستند.^۱

۳. مقررات نظام بازار ملی^۲ اوراق بهادار مشمول پذیرش همزمان مشابه اوراق بهادار داخلی آمریکا ملزم به رعایت دستورالعمل های شماره ۶۰۰ (افشاء و انتشار اطلاعات) و ۶۱۰ (دسترسی به اطلاعات بازار مانند مظنه ها) و برنامه ارائه گزارش معاملات^۳ هستند و در نهایت باید مطابق مقررات مذکور مورد معامله قرار گیرند. بخش IM-5220 از این قانون به آثار اوراق بهادار دارای پذیرش همزمان اشاره دارد.^۴

۴. برخی از توافقات و پیمان ها از جمله توافق نظام افشاء بین قلمروها (کانادا و آمریکا) که به عنوان قوانین خاص به شمار می روند.

با ارجاع به مطالعات و مستندات مختلف، تمام شرکت ها - آمریکایی و غیر آمریکایی - ملزم به رعایت الزامات فوق هستند، اما در عمل نسبت به شرکت های غیر آمریکایی سخت گیری کمتری است. (Ibid)

قوانین فوق نه تنها در پذیرش همزمان بلکه در تمام ابزارها اعمال و تمام ارکان بازار موظف به رعایت هستند و نهاد ناظر و رگولاتور هم باید نسبت به اجرای آن ها حساس باشد؛ در نتیجه، دسترسی به - افشاء و انتشار - تمام داده های ضروری جهت تحلیل که گمراه کننده یا غیر واقع نباشند و با لحاظ عدم بروز تضاد منافع از سرمایه گذاران - به طور خاص سرمایه گذاران خرد - حفاظت نمایند به عنوان هسته سخت مقررات بازار سرمایه آمریکا به حساب می آیند و غیر قابل اجتناب و تغییر. در موارد دیگر در صورت عدم خدشه به موارد فوق تسهیلاتی در قالب معافیت مورد تأیید کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا قرار گرفته است. در ادامه چندین معافیت اعمال شده در پذیرش همزمان مطرح خواهند شد. در نهایت تلاش خواهد شد در بخش نظام حقوقی

۱- در آمریکا ناشران خارجی که اوراق بهادار خود را در بورس های آمریکا پذیرش می کنند، تحت عنوان ناشران خصوصی خارجی (Foreign private issuers) شناخته می شوند.

2- National market system

3- Transaction Reporting Plan

۴- قانون نظام بازار ملی با هدف تقویت بازار سرمایه آمریکا جهت دستیابی به بهترین قیمت قابل معامله براساس مظنه های ثبت شده در درگاه های معاملاتی تنظیم شد. این قانون در نهایت می تواند به کارایی در کشف بهترین قیمت منجر شود.

ایران با مراجعه به اسناد قانونی عناصر اصلی وضع مقررات در بازار سرمایه ایران را مطابق ساختار بازار سرمایه ایران ارائه کرد.

معافیت‌ها پیرامون اجرای پذیرش همزمان اوراق بهادار

اولین معافیت مربوط به بخش ۱۵ مقرر بورس^۱ است که شامل معافیت از ثبت نزد کمیسیون بورس و اوراق بهادار می‌باشد. در این راستا، کارگزار-معامله‌گر خارجی در صورت تنظیم توافق محافظت^۲ با یک کارگزار-معامله‌گر آمریکایی از ثبت معاف می‌شد که در سال ۲۰۰۸ با توسعه معافیت 15a-6 برای سرمایه‌گذاران واجد شرایط و صلاحیت که قصد سرمایه‌گذاری بالاتر از ۲۵ میلیون دلار دارند، ضرورت تنظیم توافق مذکور منتفی شد. معافیت ناشران رسیدهای سپرده گذاری آمریکایی اوراق بهادار ناشر خارجی از ارائه فرم 6-K^۳ و منتفی شدن ارائه فرم 15F درخصوص لغو ثبت اوراق بهادار ذیل بخش 12g3-2(b) مقرر بورس اوراق بهادار و لغو ارائه گزارش توسط ناشر خصوصی خارجی مجاز که ذیل بخش 13(a) یا بخش 15(d) مقرر بورس اوراق بهادار تعریف شدند، بخشی از معافیت‌هاست.

همانطور که قابل مشاهده است، نوع و سطح معافیت‌ها به عناصر اصلی مقررات - که پیش از این ذکر شد - خدشه وارد نکرده است. به علاوه، معافیت‌ها مشروط به تحقق الزامات مختلف است یا اینکه بدون تغییر محتوا صرفاً نحوه ارائه گزارشات را مشخص کرده است.

رویه قضایی حاکم بر معاملات اوراق بهادار دارای پذیرش همزمان فرامرزی در آمریکا

نظام حقوقی آمریکا در خانواده نظام حقوقی کامن لا قرار می‌گیرد که مبنای اصلی نظام حقوقی مذکور آراء قضایی است و قضات با آراء و احکام خود، رویه قضایی را شکل می‌دهند. با بررسی پرونده‌ها و آراء قضایی ۲ حالت زیر مطرح شده است:

❖ در حالت اول مدعی علیه در خصوص معامله اوراق بهادار دارای پذیرش همزمان اقداماتی

1- The Securities Exchange

2- Chaperone Agreement

۳- مطابق مقرر بورس اوراق بهادار ۱۹۳۴ ناشران خصوصی خارجی ملزم هستند اسناد مربوط به گزارشات شرکت خود از جمله صورت‌های مالی سالیانه را در قالب فرمت مشخص منتشر کنند.

تخلف آمیز در آمریکا انجام داده است و شاکیان با استناد به الزامات مربوط به تحمیل خسارات اساسی - به واسطه ارتکاب اقدامات مجرمانه در ایالات متحده - اقامه دعوا می کنند.

❖ حالت دوم شامل بررسی و تحلیل آن دسته از معاملات اوراق بهادار مشمول پذیرش همزمان است که اولاً، به حوزه مقرراتی نهاد ناظر یا رگولاتور - یعنی آمریکا - مربوط نیست و ثانیاً، سرمایه گذاران آمریکایی نیز از تخلف متضرر نشدند.

تیین حالات فوق و تشخیص حیطه اعمال قوانین فدرال، در گرو پاسخ به این سؤال است که آیا قوانین فدرال بر معاملات فرامرزی اوراق بهادار مورد پذیرش در بورس های آمریکا، حاکم است یا خیر؟ مطابق رویکرد دکترین دادگاه عالی^۱ با استناد به تصمیم دادگاه عالی در پرونده Morrison v. National Australia bank Ltd. پاسخ مثبت است بدین معنا که قوانین فدرال اوراق بهادار می - بایست در خصوص تمام معاملات اوراق بهاداری که با هدف معامله در بورس های آمریکا پذیرش شدند، از جمله اوراق بهاداری که خارج از آمریکا قرار دارند، اعمال شود. در این راستا، به استناد رأی دادگاه، سرمایه گذارانی که سهام بانک ملی استرالیا را در بورس اوراق بهادار سیدنی خریداری کردند، می توانند به موجب بند b ماده 10 مقرر در بورس های اوراق بهادار سال ۱۹۳۴ نسبت به بانک و برخی از کارکنان پیشین که اقدامات فریبکارانه مرتکب شدند، اقدام قضایی داشته باشند. این رأی موجب تغییر قلمرو جغرافیایی اعمال بند b ماده ۱۰ بر خلاف گذشته شد. مطابق رویه جدید باید به دو سؤال زیر پاسخ داد:

✓ آیا خرید یا فروش اوراق بهادار در آمریکا رخ داده است؟

✓ آیا شامل اوراق بهاداری است که در بورس های داخلی آمریکا درج و پذیرش شدند؟

در صورت پاسخ مثبت به یکی از ۲ سؤال فوق، معامله مذکور مشمول بند b ماده ۱۰ خواهد شد. شایان ذکر است، سؤال دوم از اهمیت بیشتری برخوردار است.

رویکرد فوق در مقام ارائه چارچوب در خصوص معامله اوراق مذکور موفق عمل کرد اما هنوز هم در بررسی رویه قضایی پرونده ها ابهاماتی وجود دارد. به عنوان مثال، آیا خرید یا فروش اوراق بهادار مشمول پذیرش همزمان فرامرزی - غیر از آمریکا - در بورس خارج از آمریکا

درحالی که در آمریکا نیز قابل معامله است می توانند به استناد بند b ماده ۱۰ درخواست پوشش خسارت و زیان کنند یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال سه تفسیر مختلف ارائه شده است:

۱. مطابق اولین تفسیر که منطبق با نظریه اوراق بهادار به ثبت رسیده است^۱، صرف نظر از

مکان انجام معامله، با ثبت در آمریکا، ذیل بخش b ماده ۱۰ قرار خواهد گرفت.^۲

۲. مطابق تفسیر ذیل رویکرد منطقه جنوب^۳ قوانین مذکور صرفاً در خصوص معاملاتی

اعمال می گردد که در داخل آمریکا انجام شده است بدون توجه به اینکه آیا اوراق بهادار

منتشره در آمریکا درج شده است یا خیر؟

۳. اما بر اساس تفسیر سوم تحت عنوان تئوری پذیرش باهدف معامله^۴، دستورالعمل مذکور

نسبت به آن دسته از معاملات اوراق بهادار که باهدف معامله در بورس های آمریکایی

درج و پذیرش شدند، اعمال می گردد، حتی در صورتی که شاکیان اوراق بهادار ثبت شده

در حیطه صلاحیت قضایی غیر از آمریکا را خریداری کردند.

با تطبیق رأی دادگاه موريسن در مقابل بانک ملی استرالیا^۵، تفسیر سوم انطباق بیشتری دارد.

در نتیجه، این رأی نسبت آن دسته از اوراق بهادار شرکت هایی که به طور مستقیم جهت معامله در

بورس آمریکایی درج شدند، اعمال می شود؛ بدون توجه به اینکه معاملات در کجا انجام خواهد

شد. (Hemel, 2011)

نظام پذیرش همزمان داخلی یا بین المللی اوراق بهادار در بورس های اوراق بهادار آمریکا

بورس اوراق بهادار نیویورک

کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا در نقش تأیید و تصویب پیشنهادات بورس ها در

خصوص پذیرش همزمان است و بر اجرای آن ها نظارت دارد. در نتیجه هر یک از بورس ها نظامات

1- Registered Securities Theory

۲- به این نکته دقت شود که ثبت متفاوت از پذیرش است؛ به این معنا که هر ورقه بهادار ثبت شده لزوماً پذیرش نخواهد شد

بلکه امکان معامله بدون الزام به پذیرش هم وجود دارد.

3- The Southern District's Approach

4- The Listed-for-trading Theory

5- Morisson V. National Australian Bank

خود را در این خصوص تنظیم کردند. در بورس نیویورک، ماده ۱۰۳ بخش ۱ مقررات بورس که به فرآیند پذیرش ناشران خصوصی خارجی^۱ اختصاص دارد؛ ناشران دو گزینه پیشرو دارند صلاحیت لازم ذیل استانداردهای جایگزین پذیرش - که مخصوص ناشران خصوصی خارجی است - را کسب کنند یا براساس شاخص های پذیرش داخلی بورس ها در آمریکا پذیرش و درج شوند.^۲

براساس آخرین نسخه دستورالعمل پذیرش بورس اوراق بهادار نیویورک،^۳ زمانی که یک شرکت فعال خارج از آمریکا مجوز پذیرش می گیرد؛ بورس ممکن است جهت تسهیل فرآیند شاخص های استاندارد پذیرش از جمله حجم معاملات و تعداد سهامداران متناسب با کشور مبدأ را در نظر گیرد؛ البته مشروط بر اینکه بازار مذکور بورس اوراق بهادار ساختاریافته باشد. بورس پیش از اعمال تسهیلات مذکور و بررسی صلاحیت، چند موضوع را بررسی خواهد کرد: (۱) آیا اطلاعات از منابع قابل اتکاء - ترجیحاً بورس اوراق بهادار تحت نظارت و مشمول مقررات دولتی یا نهاد معتبر تأسیس شده به موجب مقررات دولتی - دریافت شده است؟ (۲) آیا در کشور مبدأ جهت انتقال اوراق بهادار بین دو بازار معاملاتی (آمریکایی و غیرآمریکایی) سازوکار کارا وجود دارد یا خیر؟ (۳) تعداد سهامداران و وضعیت معامله اوراق بهادار پیش از پذیرش در آمریکا در دسترس باشد. در نتیجه بورس نیویورک در صورت دریافت پاسخ مناسب در قبال سؤالات فوق، از شرایط جایگزین استفاده خواهد کرد و بهره مندی از شرایط جایگزین مشروط به تحقق اهداف و هسته اصلی مقررات آمریکا که پیش از این ذکر شد، می باشد. (NYSE, 2019)

همانطور که اشاره شد، ایجاد توازن بین مقررات کشور مقصد و مبدأ بسیار سخت است. در این راستا، در آمریکا با وجود استانداردهای جایگزین باید نکاتی مورد توجه قرار گیرد. به عنوان مثال، ممکن است بورس ها اقدامات سیاستی^۴ را لحاظ کنند که با مقررات کشور مبدأ یا فعالیت شرکت -

۱- ناشران خصوصی متفاوت از ناشران عمومی مانند دولت یا شهرداری هاست.

۲- ذیل این ماده دو واژه Foreign private issue و Non-Us company معادل یکدیگر فرض شدند.

۳- به استناد آخرین نسخه (۲۰۱۷)

های غیر آمریکایی در تضاد باشد. به علاوه، در صورت عدم سازگاری با الزامات داخلی، باید گواهینامه مکتوب از نهاد مستقل کشور خود برای بورس اوراق بهادار نیویورک ارسال شود مبنی بر اینکه آیا اقدامات ناسازگار از جانب کشور مبدأ ممنوع شده است یا خیر؟ البته نیاز است تا مفاد بخش 103.00 که به ناشران خصوصی خارجی مربوط است در تمام سطوح با الزامات بخش 203.03 سازگار باشد.^۱ شایان ذکر است، استانداردهای جایگزین پذیرش برای شرکت‌های غیر آمریکایی فقط در صورتی اعمال می‌شود که در کشور مبدأ بازاری با نقدشوندگی بالا برای سهام شرکت متقاضی وجود داشته باشد در نتیجه هر شرکتی نمی‌تواند از این معافیت برخوردار شود. بر اساس بند D ماده ۱۰۳.۰۱ طرفین ذی‌نفع می‌بایست سازگاری استانداردها را با هریک از نظام‌های مرتبط حسابداری از جمله هیئت استاندارد حسابداری مالی^۲، هیئت اصول حسابداری^۳، گروه ضربت انتشار مربوط به بازارهای نوظهور^۴، موسسه آمریکایی حسابداران عمومی دارای معجزه^۵ و کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا بسنجند. به علاوه، به استناد بخش ۱۰۳.۰۴، سهام یا رسیدهای سپرده‌گذاری آمریکایی باید تضمین شوند. در این راستا توافقنامه یا پیمان‌نامه‌هایی با بورس و شرکت ناشر متقاضی بسته می‌شود که در سایت بورس اوراق بهادار نیویورک در دسترس است. به علاوه، بر اساس 303A.00 شرکت‌ها باید الزامات استانداردهای حاکمیت شرکتی و مقرر سربیس اکسلی را پوشش دهند که البته معافیت‌هایی نیز لحاظ شده است از جمله ناشران خصوصی خارجی می‌توانند اقدامات کشور مبدأ خود را در خصوص مفاد این ماده لحاظ کنند، مگر آنکه مجبور باشند تا با الزامات بخش 303A.06، 303A.11 و 303A.12(b), (c) سازگار باشند مثلاً در شرایط عدم ضرورت افشا آیت‌م به آیت‌م اقدامات حاکمیت شرکتی بر اساس 303A.11. از جمله اقدامات بورس اوراق بهادار نیویورک این است که در راستای همکاری با بورس‌های دیگر تفاهم‌نامه همکاری در زمینه‌های گوناگون از جمله پذیرش همزمان تنظیم کرده است. (Wallstreet, 2019)

۱- (ماده ۱۰۳.۰۰ بخش اول فرآیند پذیرش در بورس اوراق بهادار نیویورک)

2- Financial Accounting Standards Board

3- The Accounting Principles Board

4- The Emerging Issues Task Force

5- The American Institute of Certified Public Accountant

نزدک

در سال ۲۰۰۴، نزدک طرحی جهت پذیرش همزمان اوراق بهاداری که در بورس اوراق بهادار نیویورک مجوز پذیرش شدند، ارائه داد^۱ و به موجب آن شرایطی فراهم نمود که شرکت های مورد پذیرش بتوانند به بازاری که بهترین پاسخ را به نیازهای آنها می دهد؛ منتقل شوند تا امکان انتقال سهام شرکت ها بین نزدک و نیویورک فراهم شود.^۲

نزدک در مجموعه دستورالعمل های خود ذیل ماده IM-۵۲۲۰ بخشی تحت عنوان اوراق بهادار دارای پذیرش همزمان یا مضاعف^۳ تعریف کرده است^۴ که به استناد آن به شرکت هایی که اوراق بهادار آنها در بورس اوراق بهادار نیویورک پذیرش شده است، اجازه می دهد تا اوراق بهادار مذکور را در بازار جهانی نزدک نیز پذیرش کنند. البته نزدک می بایست به طور مستقل تشخیص دهد که آیا ناشران تمام الزامات پذیرش را پوشش دادند یا نیاز است در خصوص پذیرش همزمان با نزدک توافق داشته باشند؟. (Nasdaq, 2019)

نزدک جهت رفع هرگونه تضاد محتمل به موجب دستورالعمل ها، تسهیلاتی را در اعمال الزامات و استانداردها در خصوص اوراق بهاداری که دارای پذیرش همزمان هستند، ایجاد کرده است مبنی بر اینکه ماهیت این اوراق چیست و نحوه تفسیر مقررات مربوط به اوراق بهادار مذکور چگونه است^۵. به عنوان مثال، اگر اوراق بهادار به استناد مقررات نزدک در طبقه اوراق بهادار منفرد قرار گیرد، در خصوص مقررات پذیرش و لغو پذیرش می تواند ذیل طرح نظام مظنه گذاری یکپارچه^۶ انجمن تعریف شود،^۷ یا اینکه در طبقه اوراق بهادار مورد پذیرش بازار جهانی نزدک قرار

۱- نزدک در ابتدا به عنوان یک بورس شناخته نمی شد چرا که در قالب سیستم مظنه گذاری خودکار (Automated

Quotation) فعالیت می کند که شکلی از بازار خارج از بورس به حساب می آید، اما هم اکنون بورس است.

2- Release no. 34-50741. گزارش کمیسیون بورس و اوراق بهادار.

3- Dually listed securities

۴- شایان ذکر است که مسئولیت های مقررات گذاری و تدوین مقررات نزدک بر عهده فینرا است.

۵- شاید برخی از الزامات در بازار ما گنگ باشد اما طرح آنها جهت تحلیل موضوع ضروری است.

6- The Consolidated Quotation System

۷- سیستم مذکور به عنوان یک خدمات الکترونیکی است که اطلاعات مختلف در خصوص مظنه های اوراق بهادار قابل معامله معامله در بورس های اوراق بهادار آمریکا را ارائه می دهد.

قرار گیرد؛ یا مطابق ماده ۱۰۶۰ اشخاصی که شهروند، ملیت و تابعیت ایالات متحده را ندارند یا اینکه جزء مایملک و تحت نفوذ آمریکا نیستند و تمام فعالیت‌های خود را خارج از حیطه صلاحیت آمریکا انجام می‌دهند و در هیچ یک از فعالیت‌های اوراق بهادار مربوط به شهروند، ملیت یا تابعیت ایالات متحده مشارکت ندارند، در صورتیکه با عضوی از نزدیک همکاری داشته باشند، از ثبت معاف هستند.^۱ تسهیلات دیگری نیز برای ناشر خصوصی خارجی تعریف شده است. از جمله معافیت از B-3 (IM-5615-2) به شرط ارائه اظهارنامه مکتوب از نهاد مستقل کشور مبدأ. (Idia) یا لحاظ الزامات جایگزین پذیرش بخش (۴) ذیل ماده (4)(e) 5250 و یا معافیت از ماده ۵۶۱۰ نیز که به کد خدمات^۲ مشهور است. در کنار موارد پیشین، معافیت ذیل بخش a از ۵۲۱۵ است که به رسید سپرده گذاری آمریکا اختصاص دارد و در نهایت معافیت از ارائه دو بیانیه ثبت متفاوت از نظر فنی براساس الزامات آمریکا و غیر آمریکاست.

نزدیک مشابه بورس اوراق بهادار نیویورک تفاهم‌نامه یا توافقاتی با بورس‌های مختلف تنظیم کرده که در نمونه توافق به مفاد مختلف اشاره کرده است. مدارک مختلف جهت تنظیم قرارداد ممکن است از سوی نهادهای مختلف از جمله کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا، فینرا، رگولاتور یا تنظیم‌گر بانکی، اوراق بهادار یا بیمه‌ای، کمیسیون معامله کالای آتی، اداره دادگستری، هیئت وکلا ایالتی، هیئت حسابداری ایالتی یا هر رگولاتور خارجی، مقام کیفری و مدنی ارائه گردد و این تسهیل جهت تسریع امر در نظر گرفته شده است. به علاوه، ناشر موظف است هرگونه درخواست بررسی صلاحیت پذیرش اوراق بهادار یا بازنگری وضعیت در یک بازار، لغو یا تعلیق پذیرش و موارد مذکور از جمله اقامه دعوا را به تفصیل به نزدیک ارائه دهد.

پذیرش همزمان اوراق بهادار در سطح داخلی و بین الملل بر اساس حقوق ایران

همانطور که پیش از این توضیح داده شد، مقاله حاضر متمرکز بر مرحله پذیرش از زنجیره تأمین مالی در بازار سرمایه است؛ در نتیجه تنها قوانین و مقررات عام یا اختصاصی بازار سرمایه نظام حقوقی ایران که مختص این مرحله است، تحلیل شده است؛ در حالی که اکثر قوانین و مقررات

1- IM-1060-5

2- Code of Conduct

مختص مراحل دیگر از جمله عرضه توسط ناشر خارجی یا به طور خاص معاملات سرمایه گذاران خارجی است که از موضوع پژوهش خارج است. به عنوان مثال "آیین نامه سرمایه گذاری خارجی در بورس ها و بازارهای خارج از بورس" مصوب سال ۱۳۸۹ هیئت وزیران و دستورالعمل مربوطه یا ضوابط اعطای مجوز معامله اوراق بهادار به سرمایه گذار خارجی مصوب ۱۳۸۹/۰۹/۱۳ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار و موارد مشابه دیگر مربوط به معاملات سرمایه گذاران خارجی هستند نه شرایط پذیرش یا عرضه اوراق بهادار توسط ناشر خارجی.

تحلیل نظام حقوقی ایران باید در چارچوب نگرش و رویکرد منتخب در زمینه پذیرش باشد. با مطالعه نظام بازار سرمایه ایران و انطباق آن با رویکردها، رویکرد دوم یعنی انتخاب براساس نظر بورس ها و نهاد ناظر قرابت بیشتری با بازار سرمایه دارد. مطابق این رویکرد، پذیرش ناشر در چهارچوبی صورت می پذیرد که نهاد ناظر بر بازار سرمایه براساس قاعده بخش بندی بازار^۱ تنظیم کرده است. در نتیجه اختیارات ناشر داخلی یا خارجی در خصوص انتخاب بستر پذیرش یا بورس ها محدود است و قوانین و مقررات نیز مطابق این نگرش تدوین و ابلاغ شده است.

مرحله اول تحلیل نظام حقوقی پذیرش همزمان در ایران، شامل بررسی مفهوم پذیرش از دیدگاه قانون گذار است. مطابق بند ۱ ماده ۱ دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران^۲ "پذیرش به معنای تطبیق وضعیت اوراق بهادار و ناشر آن با شرایط مندرج در دستورالعمل جهت فراهم شدن امکان معامله این اوراق در بورس است." مطابق تعریف، بین اوراق بهادار و ناشر به واسطه ماهیت ورقه بهادار و ناشر آن از جهت پوشش و انطباق شرایط تفکیک قائل شده است. به علاوه، مرحله پذیرش نیز متفاوت از امکان معامله شامل عرضه اولیه یا معاملات ثانویه است؛ چراکه ممکن است پذیرش به دلایل مختلف از جمله لغو الزاماً به معامله منجر نشود.

براساس ماده ۵۵ دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران مصوب ۱۳۸۶، پذیرش سایر اوراق بهادار از جمله اوراق بهادار خارجی با رعایت مقررات مصوب مراجع ذی صلاح در بورس امکان پذیر است. جهت تحلیل ماده مذکور در ابتدا باید مراجع ذی صلاح مشخص

1- Market segmentaion

۲- (مصوب ۸۶/۱۰/۱، اصلاحیه مصوب ۱۳۹۰/۲/۲۴، اصلاحیه مصوب ۱۳۹۰/۵/۱۵ شامل الحاقیه مورخ ۱۳۸۹/۴/۱۲)

شوند. با مراجعه به قانون بازار مصوب ۱۳۸۴ به عنوان قانون مرجع حاکم بر بازار سرمایه، مطابق بندهای ۱۳ و ۱۴ ماده ۴، اعطای مجوز به بورس به منظور عرضه اوراق بهادار شرکت‌های پذیرفته شده خود در بازارهای جهانی و بالعکس بر عهده شورای عالی بورس است. در نتیجه بورس‌ها برای پذیرش این اوراق یا عرضه اوراق خود در بازارهای خارجی باید مجوز لازم را از شورای عالی بورس دریافت کنند؛ اما مطابق ماده ۷ دستورالعمل فوق، تهیه آیین نامه لازم یا دستورالعمل و نظارت بر اجرا و به‌طور خاص بند ۴ یا ماده ۲۱ یعنی ثبت و صدور مجوز عرضه عمومی هر اوراق بهادار بر عهده هیات مدیره سازمان است. با توجه به اطلاق بند ۴ و عدم لحاظ استثنا در خصوص اوراق بهادار مشمول پذیرش همزمان، ثبت، صدور مجوز و نظارت بر آن‌ها در صورت عرضه به عموم بر عهده هیات مدیره سازمان بورس است. البته ممکن است مطابق بند ۵ ماده ۲۷ قانون بازار اوراق مذکور با مجوز شورای عالی بورس از ثبت نزد سازمان معاف باشد.

سند قانونی دیگر جهت تحلیل پذیرش همزمان، اساسنامه شرکت بورس اوراق بهادار تهران و فرا بورس ایران است. در ابتدا لازم است نسبت بین اساسنامه بورس‌ها با دیگر اسناد قانونی و مقرراتی مشخص شود. مطابق بند ۷ ماده ۷ قانون بازار، تصویب اساسنامه بورس‌ها بر عهده هیات مدیره سازمان است از طرف دیگر به استناد ماده ۷۰ اساسنامه بورس‌ها، "قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب آذرماه سال ۱۳۸۴ و کلیه مقررات اعم از آیین نامه‌ها، دستورالعمل - ها، رویه‌های اجرایی، و بخشنامه‌های موجود و آنچه بعداً به تصویب می‌رسد و تغییرات بعدی آن‌ها جزء لاینفک اساسنامه هستند." در نتیجه، چهارچوب اعطاء صلاحیت، قبول مسئولیت و اعمال اختیارات از جانب بورس‌ها با نظارت و تصویب سازمان و براساس نظر شورای عالی بورس در چارچوب وظایف تصریح شده در قانون بازار امکان پذیر است. در این راستا، زنجیره اعمال قانون در پذیرش همزمان هم با دریافت جواز انتشار از جانب شورای عالی بورس شروع و با ثبت نزد سازمان - در صورت نیاز به ثبت - و نظارت آن، امکان انتشار اوراق از جانب بورس‌ها فراهم می‌شود.

انتشار اوراق مشمول پذیرش همزمان در برخی از مفاد اساسنامه بورس‌ها آمده است. مطابق بند ۲ ماده ۳، امکان پذیرش اوراق بهادار از جمله اوراق بهادار ناشرین خارجی مطابق قانون و مقررات وجود دارد. به علاوه، براساس ماده ۷ بند ۱۰ "پذیرش اوراق بهادار، نوع اوراق بهادار قابل پذیرش، وظایف و مسئولیت‌های شرکت در مورد نظارت بر حفظ شرایط پذیرش توسط ناشران، و تعلیق یا

لغو پذیرش اوراق بهادار^۱ و در نتیجه مسئولیت کامل پذیرش اوراق بهادار به بورس ها محول شده است^۲ که البته پذیرش همزمان مستثنی از این قاعده است به طوریکه مطابق ماده ۱۵ به طور صریح پذیرش شرکت ها در بورس اوراق بهادار و بازارهای خارج از بورس را منوط به موافقت سازمان دانسته است.^۳ به علاوه، با توجه به اهمیت تعامل بین بورس ها و نهادهای ذی صلاح در سطح بین المللی جهت انتشار اوراق مذکور، بند ۷ ماده ۳ اساسنامه به "همکاری با بورس های دیگر در ایران و خارج از ایران به منظور تبادل اطلاعات و تجربیات، یکسان سازی مقررات و استانداردها و پذیرش همزمان (متقابل) اوراق بهادار مطابق قانون و مقررات" اشاره کرده است که شاید صریح ترین مقرر در خصوص امکان استفاده از سازوکار مذکور به شمار می رود.

تا پیش از این نحوه درخواست پذیرش از جانب شرکت خارجی مورد بررسی قرار گرفت اما در خصوص حالت عکس نیز مقرره ای تنظیم شده است؛ به طوریکه مطابق بند ج ماده واحده در خصوص فعالیت های بین المللی بازار سرمایه - مصوب ۱۳۸۶/۰۸/۰۷ شورای عالی بورس و اوراق بهادار - شرکت های ایرانی متقاضی پذیرش در بورس های خارجی چه به قصد عرضه در صدی از سهام خود در بورس های خارجی و چه به قصد معامله همزمان سهم در دو بورس و چه به منظور انتشار گواهی سپرده فراملی، به محض کسب موافقت کشور میزبان (مقصد) برای ارائه مدرک مورد نظر، قبل از هر اقدام باید درخواست اعطای مجوز عرضه اوراق بهادار خود را تسلیم شورا نموده و مجوز مربوطه را اخذ نمایند. این مقرر در راستای پوشش بند ۱۳ ماده ۴ قانون بازار تنظیم شده است.

با مشاهده قوانین موجود، به نظر می رسد قانون گذار در خصوص نحوه اعمال مقررات، قائل به رویکرد مشابهت بوده است بدین معنا که رفتار قانون گذار با ناشران خارجی مشابه ناشران داخلی است. به عنوان مثال مطابق ماده واحده در خصوص فعالیت شرکای خارجی در نهادهای مالی کشور مصوب ۱۳۹۸/۰۵/۰۵ شورای عالی بورس و اوراق بهادار، تمامی مقررات حاکم بر شرکای ایرانی

۱- شایان ذکر است بقیه افعال خودانتظام بورس ها از جمله نحوه پذیرش، تعلیق یا لغو عضویت اعضا یا ناشران مطابق فصل سوم

اساسنامه بورس ها در حیطه بورس هاست

۲- این بند عیناً در اساسنامه فرابورس نیز آمده است.

در خصوص شرکای خارجی نیز الزام آور است. معافیت دیگر مطابق ماده ۶ و ۷ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به منظور تسهیل اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی تنظیم شده است که براساس آن معافیت مالیات ناشران خارجی مشابه شرکت‌های داخلی خواهد بود. به علاوه، در ماده ۷ دستورالعمل نحوه اعطای مجوز تأسیس و یا مشارکت شرکای خارجی در نهادهای مالی - مصوب مورخ ۱۳۹۸/۰۳/۰۱ هیات مدیره سازمان بورس اوراق بهادار - نیز آمده است که مقررات مربوط به شرکاء ایرانی بر فعالیت شرکاء خارجی نیز حاکم خواهد بود. البته دستورالعمل مذکور، در زمینه محدودیت یا شرایط مختلف از جمله سقف تملک، انتقال سهام، الزامات واگذاری سهام شرکاء خارجی و موارد دیگر در خصوص شرکت‌هایی که از پذیرش همزمان استفاده کردند، معافیت‌هایی لحاظ کرده است. به علاوه مطابق بند ۱ ماده ۱۱ آیین نامه سرمایه گذار خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس مصوب ۱۳۸۹ هیئت وزیران، در صورتیکه سهام ناشران ایرانی پذیرفته شده در بورس یا بازار خارج از بورس به طور هم زمان در بورس یا بازار خارج از بورس کشور دیگری پذیرفته شده باشند از اعمال محدودیت تملک سهام توسط سرمایه گذار خارجی راهبردی و غیرراهبردی معاف است. همچنین، بند ۳ ماده مذکور حالت عکس یعنی اوراق بهادار صادر شده توسط ناشر خارجی که در بورس یا بازار خارج از بورس ایرانی پذیرفته شده است، را از اعمال محدودیت‌های مندرج معاف کرده است. در پایان باید گفت، به دلیل عدم اجرای قابلیت مذکور در ایران، می‌بایست نسبت به تشخیص و حل چالش‌ها و مسائل مختلف در مقام تقنین یا عمل دقت لازم اختصاص یابد که می‌تواند در قالب تنظیم تفاهم نامه بین بورس‌ها یا ارکان ناظر این مهم انجام پذیرد.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

رقابت در بازار سرمایه می‌تواند در ابعاد مختلف و با شدت متفاوت بین ارکان یا فعالان بازار رخ دهد. پذیرش همزمان به عنوان یکی از زمینه‌های رقابت به دو صورت امکان پذیر است؛ حالت اول پذیرش و درج مستقیم متقابل در هر یک از بورس‌ها؛ حالت دوم استفاده از رسیدهای سپرده‌گذاری در سطح داخل و بین الملل است که در نهایت باید متناسب با حجم بهینه بازار موازنه کارا بین منافع و هزینه‌ها ایجاد شود.

استفاده از قابلیت پذیرش همزمان در سطح بین الملل در گرو اتخاذ رویکردهای مختلف است که هر یک ابعاد و آثار مختص به خود را دارد و مستلزم ایفای نقش مناسب از سوی ارکان بازار از جمله رگولاتور، ناظر و فعالان بازار سرمایه و تنظیم سیاست رقابتی بهینه و در نهایت اعمال حقوق رقابت است. رویکرد کشورها در قبال این پدیده متفاوت است. نظام مقرراتی بازار سرمایه آمریکا و استانداردهای سازمان های بین المللی بازار اوراق بهادار از جمله آیسکو رویکردهای مختلفی در معاملات فرامرزی اتخاذ کردند. از طرف دیگر، در برخی کشورها با لحاظ استثنا و معافیت در شرایط خاص، با متقاضی خارجی مشابه شرکت داخلی برخورد می شود. براساس رویکرد دوم که تحت عنوان سازگاری جایگزین شناخته می شود، در صورت وجود شباهت ساختاری و مقرراتی طرف مقابل و عدم منافات با مقررات داخلی، نظام مذکور به رسمیت شناخته می شود. در این راستا، تشخیص یا شناخت می تواند یک جانبه یا دوجانبه باشد. در رویکرد سوم نیز به موجب انعقاد تفاهم نامه یا ذیل دستورالعمل ها و استانداردهای بین المللی یا دستورالعمل مصوب نهادی که هر دو کشور ذیل آن تعریف شدند، معاملات مجاز و مورد تأیید شناخته می شوند. نظام مقرراتی داخل می تواند براساس صلاحدید و متناسب با ساختار خود هریک از رویکردهای فوق را در قبال کشورهای مختلف اتخاذ کند.

پذیرش همزمان اوراق بهادار عامل شکل گیری موضوعات چالش برانگیز است که هر یک پیچیدگی مختص به خود را دارند. در قوانین و مقررات نظام حقوقی ایران، ایجاد قابلیت مذکور پیش بینی شده است اما شاید مراحل بعدی از جمله عرضه اولیه و معاملات ثانویه سرمایه گذاری خارجی مستلزم اعمال ملاحظات و اصلاحات فنی - مقرراتی در سطوح قوانین و مقررات از جمله قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و آیین نامه مربوطه، آیین نامه اجرایی سرمایه گذاری خارجی در بورس ها و بازارهای خارج از بورس، دستورالعمل های مختلف عرضه و ثبت، معاملات و انتظامی و رویه های مختلف حل اختلافات است. در ادامه در فاز دوم و مقام اجرا، با توجه به قانون بازار که اوراق بهادار خارجی و معاملات آنها را در حیطه صلاحیت شورای عالی بورس قرار داده است، این نهاد می تواند رویکرد مشابهت با شرکت های داخل را انتخاب و در کنار آن معافیت ها را افزایش دهد. البته باید توجه داشت که اعمال معافیت ها باید با لحاظ ماهیت معافیت ها باشد به طوریکه به ارکان و عناصر مقررات اصلی از جمله قانون تجارت یا قانون بازار خدشه وارد نسازد و همچنین ساختار بازار اوراق بهادار ایران از جمله نهادها، ابزارها، نظامات حقوقی و مقررات

عام و خاص را در نظر بگیرد. در این راستا، شورایی عالی بورس باید الزامات مختلف را از جهت سازگاری با ساختار بازار سرمایه و نظامات حقوقی عام و خاص بازار طبقه بندی و مواردی که امکان معافیت آن‌ها وجود دارد، را متناسب با نظام حقوقی بازار هدف انتخاب نماید.^۱ در صورت قربابت ساختاری و مقرراتی نیز می‌تواند ضمن انعقاد تفاهم‌نامه همکاری، استثنا یا معافیت‌هایی در خصوص ناشران، معامله‌گران/کارگزاران یا سرمایه‌گذاران خارجی اعمال کرد. به علاوه، با آن دسته از بورس‌ها که عضو مشترک یکی از نهادهای بین‌المللی مانند فدراسیون جهانی بورس‌ها یا آیسکو هستند، براساس استانداردها و اصول نهاد مربوطه رفتار شود. درنهایت، حل چالش‌های مختلف مستلزم امضای تفاهم‌نامه و قید تمام ملاحظات مالی-حقوقی دربندهای تفاهم‌نامه مذکور با لحاظ هنجارهای مختلف و الزامات فنی است. با توجه به افزایش احتمال بکارگیری پذیرش همزمان در ایران، لازم است در خصوص قابلیت این سازوکار اصلاحات لازم در دستورالعمل‌ها و مقررات در نظر گرفته شود.

References

- [1] Ackerly, T, Dana, J. Pan & Eric J. (2002). Dual listing securities in Europe and the united states, Covington & Burling, Washington, D.C., U.S.A.
- [2] African market. (2019). <https://www.african-markets.com/en/stock-markets/egx/egypt-bahrain-stock-exchanges-sign-cross-listing-agreement>. Paris, France. Watched at 20190815.
- [3] Ansari, Ali, Esaae tafreshi, Mohammad & Hosseini, Seyedmilad, (2013). Analysis of the legal structure of self-regulatory institutions in the Iranian capital market with a comparative study in the US legal system, *The Financial Research*, No. 15(2), pp. 149-160. (in Persian)
- [4] Armour, J., Bengtzen, M., & Enriques, L. (2017). Investor Choice in Global Securities Markets., <http://www.law.columbia.edu>
- [5] Beny, L. N. (2005). Do insider trade laws matter? Some preliminary comparative evidence. *American Law and Economics Review*, 7(1), 144-183.

۱- جهت شناخت ماهیت معافیت‌ها و تناسب آن‌ها با ساختار و نظام حقوقی بازار، برخی از معافیت‌های نظام حقوقی آمریکا متناسب با ساختار بازار سرمایه آمریکا از جمله ابزارها و بازارها توضیح داده شد. ذکر این نکته نیز ضروری است که در مقاله حاضر تنها بخشی از معافیت‌ها که از اهمیت بیشتری برخوردارند توضیح داده شده است و بقیه آن‌ها با ذکر ماده مربوطه در اختیار خواننده قرار گرفته است.

- [6] Bookman, J. (2017). <https://www.securitieslitigation.blog/2017/08/dual-listed-companies-beware/>. Norton Rose Fulbright, Canada. 20190711.
- [7] Brummer, C. (2008). Stock exchanges and the new markets for securities laws. *The University of Chicago Law Review*, 75(4), 1435-1491.
- [8] Carpentier, C., L'Her, J. F., & Suret, J. M. (2008). Competition and survival of stock exchanges: lessons from Canada. *Review of Pacific Basin Financial Markets and Policies*, 11(02), 255-286.
- [9] Carson, J. (2011). Self-regulation in securities markets. The World Bank. WPS5542, Policy research working paper.
- [10] Chemmanur, T. J. & Fulghieri, P. (2006). Competition and cooperation among exchanges: A theory of cross-listing and endogenous listing standards. *Journal of Financial Economics*, 82(2), 455-489.
- [11] Cheng, B., Srinivasan, S, & Yu, G. (2014). Securities litigation risk for foreign companies listed in the US.
- [12] De landsheere, Janathan (2011). 21st century benefit of ADR-listing: an ending story. Thesis, Faculty of law, Tilburg university, Dpt. International Business law.
- [13] Emma de, R. (2015). <https://www.regulationtomorrow.com/asia/iosco-public-consultation-on-cross-border-securities-regulation/> Norton Rose Fulbright Canada 20190519.
- [14] Enriques, I & Troger, Tobias. (2007). European corporate governance institute, issuer choice in Europe, Working paper N. 90/2007
- [15] Erkan, Huseyin. (2005) Areas of cooperation among stock exchange of OIC counties, executive vice chairman, Stanbul stock exchange.
- [16] EU press (2014). 'Upgrading EU financial regulatory cooperation with the United States' at http://ec.europa.eu/newsroom/fisma/itemlongdetail.cfm?item_id=33100. EU. 20190615.
- [17] Evans, R.N. & Pinedo, Anna, T. capital markets in United States: regulatory overview. Morrison & Foerster LLP. Global. *Practical law*. Com/ 9-501-3333
- [18] Fan, Z. (2014). The long-run effect of cross-listing on firms: Evidence from China (Doctoral dissertation, Auckland University of Technology).
- [19] Fischel, D. R., & Grossman, S. J. (1984). Customer protection in futures and securities markets. *Journal of Futures Markets*, 4(3), 273-295.
- [20] Foucault, T, & Menkveld, A. J. (2008). Competition for order flow and smart order routing systems. *The Journal of Finance*, 63(1), 119-158.
- [21] Gerakos, J, Lang, M., & Maffett, M. (2011). Listing choices and self-regulation: The experience of the AIM.
- [22] Guseva, Y. (2012). Cross-listings and the new world of international capital: Another look at the efficiency and extraterritoriality of securities law. *Geo. J. Int'l L.*, 44, 411.

- [23] Halling, M., Pagano, M., Randl, O, & Zechner, J. (2007). Where is the market? Evidence from cross-listings in the United States. *The Review of Financial Studies*, 21(2), 725-761.
- [24] Hemel, Danial (2011). Issuer Choice after Morrison. *Yale Journal on regulation*, Volume 28. Issue2
- [25] IOSCO technical committee. (2006). Regulation of remote cross-border financial intermediaries. International Organization of Securities Commissions, Madrid, Spain
- [26] IOSCO Technical Committee. (2006). Regulatory issues arising from exchange evolution. International Organization of Securities Commissions, Madrid, Spain.
- [27] IOSCO (2002). <https://www.iosco.org/about/?subsection=mmou>. Spain. Watched at 20190409.
- [28] IOSCO (1998). International disclosure standards for cross-border offering and initial listing by foreing issuers, Spain.
- [29] Iran Fara Bourse Exchange. (2008) Article of Association of the Iran Fara Bourse. (In Persian)
- [30] Islamic Parliment of Iran. (2005) Capital market law of the Islamic Republic of Iran. (In Persian)
- [31] KAROLYI, G,A (2006), “The World of Cross-Listings and Cross-Listings of the World: Challenging Conventional Wisdom”, *Review of Finance*, 10, pp. 99– 152.
- [32] Koh, Y. (2012). Economic consequences of involuntary cross-listing of US restaurant companies on the Frankfurt open stock market in Germany. Temple University.
- [33] Lang, M., K. V. Lins & D. Miller (2003) ADRs, analysts and accuracy: Does cross listing in the U.S. improve a firm’s information environment and increase market value? *Journal of Accounting Research*, 41, 317–45
- [34] Licht, A. N. (2003). Cross-listing and corporate governance: Bonding or avoiding? *Chicago Journal of International Law*, 4(1), 122-141.
- [35] Lipson, M. (2003). Competition among market centers, University of virginina
- [36] Litvak, K. (2007). The effect of the Sarbanes-Oxley Act on non-US companies cross-listed in the US. *Journal of corporate Finance*, 13(2-3), 195-228.
- [37] Liu, Clark & Seasholes, Mark S. (2011) Dual-Listed Shares and Trading. In SSRN Electronic Journal. DOI: 10.2139/ssrn.2022556.
- [38] Miao, Y. (2012). Oversea Listing and State-owned Enterprise Governance in China: Role of the State. Harvard Law School. Harvard University. April.
- [39] Moneyland (2019). <https://www.moneyland.ch/en/secondary-listing-definition>. Swiss watched at 20190809.
- [40] Mu, J. (2014). Firms' Choices to Cross-list Stocks on the US and the UK Markets: An Earnings Quality Perspective (Doctoral dissertation,

ResearchSpace@ Auckland).

- [41] Nasdaq (2019). http://nasdaq.cchwallstreet.com/NASDAQTools/PlatformViewer.asp?searched=1&selectednode=chp_1_1_4_3_4_5&CiRestriction=dual&manual=%2FNASDAQ%2FMain%2Fnasdaq-equityrules%2F USA
- [42] Nasdaq (2019). <https://business.nasdaq.com/mediacenter/pressreleases/1630394/nasdaq-and-sgx-establish-collaborative-listings-agreement USA>, watched at 20190719.
- [43] Nasdaq (2015). The Nasdaq listing rule. <https://listingcenter.nasdaq.com/rulebook/nasdaq/rules. USA>. Watched at 20190205.
- [44] New York Stock Exchange. (2019) www.NYSE.com USA. Watched at 20190201.
- [45] Petrella, G. (2010). MiFID, Reg NMS and competition across trading venues in Europe and the USA. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 18(3), 257-271.
- [46] Practical law-ThomsonReuters (2019). [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-107-7215?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1. United-Kingdom](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-107-7215?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1. United-Kingdom). watched at 20190803
- [47] Reiter N. (2017) Investor communication and the benefits of cross-listing, Doctor of philosophy business administration in the university of Michigan.
- [48] Ribstein, L. E. (2005). Cross-listing and regulatory competition. *Review of Law & Economics*, 1(1), 97-148.
- [49] Roosenboom, P, & Van Dijk, M. A. (2009). The market reaction to cross-listings: Does the destination market matter? *Journal of Banking & Finance*, 33(10), 1898-1908.
- [50] Securities exchange organization. (2007). Securities Listing Regulation in the Tehran stock exchange. (In Persian)
- [51] Securities exchange organization. (2009). Listing, Offer and Transfer of the securities in the Iran Fara Bourse. (In Persian)
- [52] Securities Exchange Commission. (2019). <https://www.sec.gov/fast-answers/answerslistinghtm.html. USA>. Watched at 20190319.
- [53] Securities Exchange Commission. (1934). Securities Exchange Act of 1934, USA.
- [54] Seigel, J., 2005, Can foreign firms bond themselves effectively by submitting to U.S. Law? *Journal of Financial Economics*, 75, 319-359
- [55] Stewart, J. T (2015). A Review of Market Segmentation and Inefficiencies of the Chinese Stock Market. *International Journal of Finance & Banking Studies*, 4(4), 18.
- [56] Serra, A. P. (1999). Dual-listings on international exchanges: the case of emerging markets' stocks. *European Financial Management*, 5(2), 165-202.
- [57] Tehran Stock Exchange. (2006) Article of Association of the Tehran stock

- exchange. (In Persian)
- [58] Wallstreet journal (2019)
.http://wallstreet.cch.com/LCMTools/PlatformViewer.asp?selectednode=chp_1_2_3&manual=%2Fflcm%2Fsections%2Fflcm-sections%2F USA. Watched at 20190318.
- [59] Wanjiru, C. K. (2013) *The relationship between cross listing and liquidity: a study of shares cross listed in the east African securities exchanges*. Unpublished MSc project, University of Nairobi.

احراز رابطه سببیت در دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات در بازار اوراق بهادار (با مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و فرانسه)*

محسن شمس‌الهی^۱

دانش‌آموخته دوره دکتری حقوق خصوصی
دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۶/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۲۳

چکیده

یکی از ارکان اصلی مسئولیت مدنی، لزوم وجود رابطه سببیت بین فعل زیان‌بار و ضرر وارده است و جبران خسارت وارده به سرمایه‌گذاران مستلزم احراز رابطه سببیت بین نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات و زیان وارده به ایشان است. این در حالی است که عوامل مؤثر بر تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران و قیمت اوراق بهادار متعدد بوده و امکان احراز این که چه بخش از تغییر قیمت اوراق بهادار ناشی از نقض این الزامات است وجود ندارد. همین موضوع موجب شده در حقوق ایران، ماده ۴۳ قانون بازار اوراق بهادار (در خصوص بازار اولیه) بلااجرا بماند و علیرغم تحقق موارد گسترده‌ای از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات در سالیان اخیر، در عمل امکان جبران خسارت وارده به سرمایه‌گذاران در اثر نقض این الزامات وجود نداشته باشد. از این رو در این مقاله با رویکرد تطبیقی این پرسش موردبررسی قرار خواهد گرفت که چه راهکاری برای تسهیل احراز رابطه سببیت برای جبران خسارت ناشی از نقض الزامات قانونی مربوط به افشای اطلاعات وجود دارد. اجمالاً، به نظر می‌رسد برای تسهیل احراز رابطه سببیت در این دعاوی توسل به امارات قضایی یا پیش‌بینی اماره قانونی مبنی بر انتساب تفاوت قیمت در یک دوره زمانی خاص به نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات راهگشا خواهد بود.

* - مقاله پژوهشی

۱- ایمیل: m.shamsollahi@alumni.ut.ac.ir

کلیدواژه‌ها: افشای اطلاعات، مسئولیت مدنی، نظریه قلب در بازار، نظریه از دست دادن فرصت.

طبقه بندی JEL: K22

مقدمه

ملاحظات خاصی که در معاملات اوراق بهادار وجود دارد و اهمیت حیاتی اطلاعات برای تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران، موجب شده در قوانین و مقررات مربوط به بازار اوراق بهادار ناشران مکلف به افشای اطلاعاتی که ممکن است بر تصمیم سرمایه‌گذاران اثرگذار باشد، شوند. مبنای اصلی این الزامات، ایجاد امکان تصمیم‌گیری آگاهانه برای سرمایه‌گذاران است. در قانون بازار اوراق بهادار ایران نیز چنین الزاماتی مقرر شده و جزئیات این تکلیف در دستورالعمل ثبت و عرضه عمومی اوراق بهادار (در خصوص بازار اولیه) و در دستورالعمل افشای اطلاعات (در خصوص بازار ثانویه) تعیین شده است.

در صورتی که ناشران اوراق بهادار این الزامات را نقض کنند، با ضمانت اجرای متعدد حقوقی و کیفری مواجه خواهند شد.^۱ ازجمله این ضمانت اجراها مسئولیت ناشر برای جبران خسارت وارده به سرمایه‌گذاران است. درواقع، افشای اطلاعات نادرست، حسب مورد (بسته به مثبت یا منفی بودن اطلاعات) سبب افزایش یا کاهش رغبت و تقاضا نسبت به سهام و به تبع آن تفاوت قیمت بازار و قیمت واقعی آن می‌شود. در نتیجه، سرمایه‌گذار پس از افشای اطلاعات نادرست (مثبت)، سهام را به قیمتی بیشتر از قیمت واقعی خریداری می‌کند و سهامدار فعلی شرکت پس از افشای اطلاعات نادرست (منفی)، سهام خود را به قیمتی کمتر از قیمت واقعی می‌فروشد. با این وجود، ناشر را نمی‌توان در برابر هر تغییری که در قیمت سهم رخ می‌دهد مسئول شناخت.

۱ - نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات در بازار اوراق بهادار دارای سه نوع ضمانت اجرای کیفری، مدنی و انضباطی است. ضمانت اجرای کیفری نقض این الزامات در فصل ششم قانون بازار اوراق بهادار و به طور خاص بندهای ۲ تا ۴ ماده ۴۹ این قانون پیش‌بینی شده است و بر اساس آن مرتکب ممکن است «به حبس تعزیری از یک‌ماه تا شش‌ماه یا به جزای نقدی معادل یک تا سه برابر سود به‌دست آمده یا زیان متحمل نشده یا هر دو مجازات محکوم خواهند شد» محکوم شود. در خصوص تخلفات انضباطی نیز در ماده ۲۹ دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران نقض دستورالعمل افشا تخلف انضباطی ناشران تلقی شده و در ماده ۳۵ قانون مذکور به هیئت مدیره بورس صلاحیت رسیدگی به تخلفات ناشران از این قانون یا آیین‌نامه‌های ذیربط طبق آیین‌نامه انضباطی رسیدگی نماید.

خرید اوراق بهادار همیشه با این خطر همراه است که محاسبات سرمایه‌گذار در عمل درست نباشد و سرمایه‌گذار به سود مورد انتظار خود نرسد و قیمت سهام وی سقوط کند. این احتمال سقوط ارزش سهام و عدم کسب سود ویژگی اصلی بازار اوراق بهادار است و سرمایه‌گذاران نمی‌توانند هرگاه که در اثر محاسبات نادرست خود متحمل زیان شدند، به مسئولیت مدنی متوسل شوند و «مسئولیت سرمایه‌گذاری‌های بد خود» را بر عهده دیگران قرار دهند. (LAY, 2004, p. 8) چراکه، سرمایه‌گذاری در بازار سرمایه با علم به این خواهد بود که هر احتمال کسب سودی با احتمال ضرر همراه است (Thévenoz, 2008, p. 3) و شخص با سرمایه‌گذاری در بورس خطر تحمل زیان در اثر کاهش قیمت اوراق بهادار و... را پذیرفته است.

به این ترتیب، در ارتباط با بازار بورس می‌بایست دو گروه خطرات از یکدیگر تفکیک شود: از یک سو، خطر ناشی از ارتکاب احتمالی یک تقصیر (نظیر افشای اطلاعات نادرست یا گمراه کننده) و از سوی یکی از فعالان بازار و از سوی دیگر نفس خطر مالی^۱، و به عبارت دیگر خطر بورسی^۲، که فی‌نفسه ناشی از هیچ عمل نادرستی نیست و طبیعتاً می‌بایست از سوی هر سرمایه‌گذار در ازای سودی که انتظار دریافت آن را دارد؛ تحمل گردد. (Prorok, 2016, p. 41) این خطر ذاتاً در هر سرمایه‌گذاری بورسی وجود دارد^۳ (KLEIN, 2014, p. 27) و تحمل آن برای سرمایه‌گذاران اجتناب‌ناپذیر است.

در این بین آنچه به مسئولیت مدنی مربوط می‌شود، مواردی است که عدم رعایت الزامات

1 – risque financier lui-même

۲- l'aléa boursier: منظور از aléa عنصر شانس و عدم قطعیت است که در اقتصاد یک معامله تجاری به عنوان شانس کسب سود یا تحمل زیان از سوی اشخاص ذینفع معرفی شده است (Cornu, 1990, p. 42). منظور از خطر بورسی نیز غیرقطعی بودن ارزش یک دارایی مالی است. باید بین خطر اقتصادی و خطر حقوقی تفکیک کرد. خطر اقتصادی یا خطر به مفهوم عام آن در همه‌ی قراردادهای و به طور خاص در همه عقود بیع، وجود دارد؛ زیرا تغییرات بعدی ارزش مال خریداری شده قابل پیش‌بینی نیست. در مقابل خطر حقوقی که به معنی حادثه غیرقابل پیش‌بینی است که میزان تعهدات طرفین اثرگذار است. این نوع خطر با سبب قرارداد ادغام می‌شود. (Muller, 2011, p. 75)

۳- البته خطر در همه‌ی فعالیت‌های بشر وجود دارد و اختصاص به بازارهای اوراق بهادار ندارد. در واقع، در بازار همه اموال و خدمات در معرض خطر قرار دارد: طرف قرارداد می‌تواند خطا کند، قیمت ممکن است بر خلاف آنچه ما انتظار داریم تغییر کند و... (Prorok, 2016, p. 36) با این حال سطح این خطر و درجه احتمال تغییر قیمت در بورس بالاتر است.

مربوط به افشای اطلاعات سبب ورود زیان به سرمایه‌گذار شده باشد، و در مواردی که تحت تأثیر شرایط بازار زبانی به سرمایه‌گذار رسیده باشد، این زیان قابل جبران نخواهد بود. به همین دلیل، احراز رابطه سببیت، یکی از چالش‌های اساسی جبران زیان‌های ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات است. چراکه، تشخیص میزان تأثیر اطلاعات نادرست بر قیمت اوراق بهادار، نسبت به سایر عوامل مؤثر بر قیمت اوراق بهادار به آسانی ممکن نیست. درواقع هرچند تردیدی وجود ندارد که اطلاعات با اهمیت بر قیمت اثرگذار هستند، اما این اطلاعات تنها عامل مؤثر بر قیمت اوراق بهادار نیستند و تفکیک میزان تأثیر این اطلاعات از سایر عوامل به آسانی ممکن نیست. آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت این است که چه راهکاری برای تسهیل احراز رابطه سببیت برای جبران خسارت ناشی از نقض الزامات قانونی مربوط به افشای اطلاعات وجود دارد؟

در این زمینه دو راهکار ویژه به منظور تسهیل احراز رابطه سببیت در نظام‌های حقوقی مختلف پیش بینی شده است:

۱. در حقوق آمریکا، رویه قضایی برای احراز رابطه سببیت به فرض حقوقی روی آورده است.
۲. در حقوق فرانسه نیز با اعمال نظریه از دست دادن فرصت، تلاش شده احراز رابطه سببیت در این دعاوی تسهیل شود.

در این مقاله تلاش می‌شود تا با رویکرد تطبیقی، نحوه احراز رابطه سببیت بین نقض این الزامات و زیان وارده بررسی شود^۱ و امکان یا عدم امکان اعمال هر یک از راه‌حل‌های مذکور در حقوق ایران ارزیابی خواهد شد. برای این منظور در این مقاله ابتدا عناصر مختلف رابطه سببیت در این دعاوی مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ سپس موانع احراز هر یک از عناصر رابطه سببیت در حقوق

۱ - لازم به ذکر است در خصوص این موضوع قبلاً مقاله‌ای با عنوان «مسئولیت مدنی ناشی از نقض مقررات افشای اطلاعات در معاملات سهام (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و آمریکا)» (Ebrahimi, 2010) منتشر شده است. با این حال در مقاله مذکور به نحوه احراز رابطه سببیت در این دعاوی توجه چندانی نشده است. شاید به همین دلیل است که خود نویسنده نیز در مقدمه مقاله فوق تصریح نموده است که «از آنجا که ادبیات حقوقی این موضوع در ایران وجود ندارد، این مقاله اولین نوشتار در این زمینه محسوب می‌شود و قطعاً با کاستی‌هایی مواجه است و درآمده بر مسأله محسوب می‌شود؛ لذا ممکن است برخی از فرضیات این مقاله در آینده توسط نگارنده و سایر نویسندگان به چالش کشیده شود.» (Ebrahimi, 2010, p.163)

ایران مطرح می‌شود؛ پس از آن نظریه تقلب در بازار که مبنای فرض رابطه سببیت در حقوق آمریکا قرار گرفته است بررسی می‌شود، و در پایان نحوه اعمال نظریه از دست دادن فرصت در رویه قضایی فرانسه به منظور تسهیل احراز رابطه سببیت در این دعاوی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف- عناصر رابطه سببیت

با نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات از سوی ناشران اوراق بهادار، سرمایه‌گذاران امکان تصمیم‌گیری آگاهانه را از دست می‌دهند و حسب مثبت یا منفی بودن اطلاعات نادرست یا گمراه‌کننده، سهام را به قیمتی بیش از قیمت واقعی خریداری می‌کنند یا به قیمتی کمتر از قیمت واقعی می‌فروشند و از این طریق زیان دوگانه‌ای در اثر نقض این الزامات به سرمایه‌گذاران وارد می‌شود. درواقع، نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات به طور همزمان سبب ایجاد دو ضرر خواهد شد که از آن به عنوان «دوگانگی زیان وارده»^۱ در این موارد یاد شده است. از یک سو بر تصمیم سرمایه‌گذاران اثر گذار خواهد بود و از سوی دیگر بر قیمت اوراق بهادار اثر خواهد گذاشت. ضرر سنتی تغییر تصمیم سرمایه‌گذار اختصاص به بازار اوراق بهادار ندارد و امکان تحقق آن در هر قراردادی که اطلاعات نادرست یا گمراه‌کننده به صورت عمومی یا فردی منتقل شود وجود دارد؛^۲ درحالی که گفته شده ضرر ناشی از تغییر قیمت سهام اختصاص به بازار اوراق بهادار دارد. (Prorok, 2018., p. 57)

در غالب نظام های حقوقی برای احراز رابطه سببیت بین زیان ناشی از تغییر قیمت اوراق بهادار و نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات، احراز رابطه سببیت بین افشای اطلاعات نادرست و تغییر قیمت اوراق بهادار، از یک سو؛ و احراز رابطه سببیت بین افشای اطلاعات نادرست و انعقاد معامله از سوی سرمایه‌گذار تفکیک شده است؛ بنابراین، مطابق این تحلیل، برای مسئولیت ناشر لازم است که اطلاعات نادرست منتشر شده اولاً، سبب شود که قیمت اوراق بهادار حسب مورد کمتر یا بیشتر از قیمت واقعی گردد؛ ثانیاً، اطلاعات برای تصمیم‌گیری زیان‌دیده تعیین‌کننده باشد.

1- La dualité de préjudice

۲ - آنچه که در شاخه‌های دیگر علم حقوق نظیر حقوق مصرف‌کننده و حقوق پزشکی زیاد دیده می‌شود. (Prorok, 2018., p. 57)

در حقوق آمریکا، تصمیم مقرر در پرونده (Schlick v. Penn-Dixie Cement Corporation, 1974)، اولین پرونده‌ای است که در آن شرط سببیت مطرح شد. در این پرونده دادگاه تحلیلی از سببیت ارائه نمود که امروز هم مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۱ مطابق این تحلیل، سببیت دارای دو عنصر اصلی است:

۱.۱. سببیت ضرر^۲: برای تحقق سببیت ضرر خواهان باید ثابت کند که «افشای اطلاعات نادرست یا اطلاعات ارائه نشده سبب ورود زیان اقتصادی شده است».^۳

۲.۱. سببیت معامله یا استناد^۴: سببیت معامله شامل اثبات این است که «نقض‌های موردبحث، سبب شده که خواهان معامله موردبحث را منعقد کند».^۵

در پرونده (Huddleston v. Herman & MacLean, 1981) به خوبی تفکیک بین این دو جنبه رابطه سببیت بیان شده است: «سرمایه‌گذاری سهام یک شرکت کشتیرانی را که دارای یک کشتی است به استناد (reliance) اطلاعات نادرستی درباره این که کشتی دارای یک ظرفیت خاص است، درحالی که واقعاً ظرفیت کمتری دارد، خریداری می‌کند. با این وجود، در اعلامیه صادقانه افشا نشده است که کشتی بیمه نشده است. یک هفته بعد از سرمایه‌گذاری، کشتی در اثر یک تصادف غرق می‌شود و سهام آن بی‌ارزش می‌شود. در این حالت ممکن است استنباط شود که اطلاعات نادرست ارائه شده مهم بوده و سرمایه‌گذار آن را مورد استناد قرار داده، اما سبب ورود زیان (cause the loss) نشده است».^۶

۱ - دادگاه در پرونده (Schlick v. Penn-Dixie Cement Corporation, 1974) شرط سببیت را در این دعاوی از سلف حقوق شبه جرمی آن جدا نمود و مقرر کرد که شرط سببیت مضیق مغایر «هدف جبرانی گسترده» قوانین اوراق بهادار است. (Fisch, Cause for Concern: Causation and Federal Securities Fraud, 2009, p. 817)

2 -loss causation

3 -the misrepresentations or omissions caused the economic harm

4 -transaction causation

5 -the violations in question caused the [plaintiff] to engage in the transaction in question

۶ - دادگاه‌های تالی سببیت ضرر را با سبب نزدیک یا قانونی (proximate or legal cause) و سببیت معامله را با سبب «اگر نبود» یا موضوعی (cause "but-for" or factual) قیاس نموده‌اند. (Fisch, Cause for Concern: Causation and Federal Securities Fraud, 2009, p. 817)

هدف از اشتراط این دو جنبه رابطه سببیت برای تحقق مسئولیت مدنی این است که عامل افشای اطلاعات نادرست یا گمراه کننده، بابت همه آثار منفی ناشی از معامله‌ای که بر اساس این اطلاعات منعقد شده، مسئول تلقی نگردد. (Prorok 2016, 119)

برای بررسی عناصر رابطه سببیت ابتدا، سببیت معامله مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ سپس سببیت ضرر بررسی می‌شود و در نهایت، جایگاه تفکیک سببیت ضرر و معامله در حقوق ایران بررسی می‌شود:

۱ - سببیت معامله (استناد)

منظور از سببیت معامله یا استناد^۱، که جنبه مهم‌تر شرط رابطه سببیت دانسته شده (Schlick v. Penn-Dixie Cement Corporation, 1974)، لزوم تأثیر اطلاعات نادرست یا گمراه کننده، بر تصمیم سرمایه‌گذار برای خرید سهم به قیمت غیر واقعی است؛ به گونه‌ای که اگر اطلاعات نادرست یا گمراه کننده نبود، قرارداد منعقد نمی‌شد. البته، لازم نیست که اطلاعات نادرست دلیل منحصر تصمیم‌گیری ناشر باشد، بلکه همین که یکی از عوامل مؤثر بر تصمیم وی به انعقاد قرارداد باشد، کافی است. ریشه اصلی این شرط در حقوق آمریکا، به دعاوی تقلب کامن لا بر می‌گردد که در آن یکی از شرایط دعا اثبات استناد بود.^۲ (Goldberg & Zipursky, 2013, p. 1761) در پرونده (Basic Inc. v. Levinson, 1988) مقرر شد برای تحقق این جنبه از رابطه سببیت، باید ثابت شود که بین تقصیر (افشای اطلاعات غلط یا ناقص) و انعقاد معامله رابطه‌ی سببیت بوده است؛ به نحوی که بدون اطلاعات نادرست یا با دسترسی سرمایه‌گذار به اطلاعات افشا نشده، وی هرگز مبادرت به انعقاد معامله نمی‌کرد. (Prorok, 2016, p. 119) به این ترتیب، اگر ثابت شود که سرمایه‌گذار حتی در صورت علم به نادرستی اطلاعات، یا علم به اطلاعات افشا نشده، باز هم

1- reliance

۲ - خواهان باید ثابت کند که در زمان انعقاد معامله، در تصمیم‌گیری راجع به انعقاد معامله، بر عمل متقلبانه‌ی خواننده استناد و اتکا کرده است. به عبارت دیگر عمل متقلبانه‌ی خواننده باید بر تصمیم‌گیری خواهان راجع به انعقاد معامله مؤثر باشد. (Sawtelle, 2011, p. 10) دادگاه عالی در پرونده‌ی بانک مرکزی با این استدلال مسئولیت اشخاص ثانوی را نپذیرفت که عنصر استناد وجود ندارد. (Central Bank of Denver, NA v. First Interstate Bank of Denver, 1994)

معامله را منعقد می‌کرد، می‌توان گفت که بین تقصیر و زیان وارده رابطه‌ی سببیت وجود ندارد. در مقابل اگر ثابت شود که سرمایه‌گذار به فرض علم به اطلاعات افشا نشده یا نادرستی اطلاعات افشا شده، اوراق بهادار ناشر را به قیمت غالب در بازار در زمان انعقاد معامله خریداری نمی‌نمود؛ رابطه سببیت احراز می‌گردد. (S. ROUSSEAU 2009, 751)

۲- سببیت ضرر

صرف کاهش قیمت سهام زیان قابل جبران تلقی نمی‌شود؛ اما اگر نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات وضعیتی را ایجاد کند که قیمت بازار سهام کمتر از قیمت واقعی شود و سهامداری سهم خود را به این قیمت بفروشد، این زیان مصداق ضرر ناشی از تغییر قیمت است. منظور از سببیت ضرر وجود رابطه سببیت بین نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات، و زیان وارده (تغییر قیمت اوراق بهادار) است؛ به عبارت دیگر عدم افشای اطلاعات مهم و افشای اطلاعات نادرست یا گمراه کننده می‌بایست سبب تغییر قابل توجه قیمت یا ارزش اوراق بهادار شده باشد.^۱ (ROUSSEAU S. , 2009, p. 753) در واقع، اطلاعاتی که هیچ رابطه‌ای با تغییر قیمت ندارند، سبب ایجاد زیان قابل جبران نشده‌اند و در بین حجم وسیع اطلاعاتی که هر روز در بازار وارد می‌شود گم می‌شود و قابل اعتنا نخواهند بود. (COURET, et al., 2013, p. 8) مبنای این شرط این است که عامل افشای اطلاعات نادرست نباید در برابر همه‌ی آثار منفی ناشی از خرید اوراق بهادار به استناد اطلاعات نادرست، مسئول تلقی شود؛ بلکه صرفاً در برابر زیان‌هایی مسئول است که از اطلاعات مذکور ناشی می‌شود. (Prorok, 2016, p. 119)

برای این منظور، باید ثابت شود که سرمایه‌گذار اوراق بهادار را در زمانی خریده است که قیمت اوراق به علت اطلاعات نادرست یا گمراه کننده افزایش قابل توجهی داشته است^۲ و لذا او تمام یا جزئی از ثمن پرداختی خود را به علت کاهش قیمتی که متعاقب کشف نادرستی یا گمراه کننده بودن اطلاعات ایجاد می‌شود؛ از دست داده است. همچنین سهامداری که سهام خود را

1 - "un changement important sur le cours ou la valeur du titre"

2 - surévaluation OR overvaluation

تحت تأثیر اطلاعات نادرست فروخته است؛ می‌بایست ثابت کند که در زمان معامله اوراق بهادار تحت تأثیر اطلاعات نادرست یا گمراه کننده یا عدم افشای اطلاعات مهم کمتر از قیمت واقعی قیمت گذاری شده است^۱ و او به واسطه تغییر قیمت سهام بعد از کشف یا افشای اطلاعات افشا نشده یا نادرستی اطلاعات مبلغی پول را از دست داده است.^۲ (ROUSSEAU S. , 2009, p. 753)

۳. عدم اشتراط سببیت معامله در حقوق ایران

تردید وجود ندارد که برای تحقق رابطه سببیت بین نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات و ورود زیان ناشی از تغییر قیمت، لازم است که بین اطلاعات نادرست، ناقص یا گمراه کننده، و حسب مورد کاهش یا افزایش قیمت اوراق بهادار نسبت به قیمت واقعی رابطه سببیت وجود داشته باشد. همچنین تردیدی وجود ندارد که لازم است که معامله ای به قیمت غیر واقعی انجام شده باشد تا بتوان زیان را به نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات منتسب کرد؛ اما آیا برای تحقق رابطه سببیت لازم است که بین انعقاد این معامله، و اطلاعات نادرست افشا شده، رابطه سببیت وجود داشته باشد؟ به عبارت دیگر، اگر سرمایه گذاری، بدون علم به اطلاعات نادرست افشا شده، سهام

1 – sous-évaluation OR undervaluation

۲ - در حقوق آمریکا، با تصویب قانون اصلاح دعاوی خصوصی اوراق بهادار در سال ۱۹۹۵، شرط سببیت ضرر برای مسئولیت مدنی گسترش یافت. این قانون با هدف کاهش اقامه دعاوی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات با هدف سوء استفاده، وضع شد. در ارتباط با سببیت ضرر این قانون ماده 21D(b)(4) را به قانون بورس اوراق بهادار ۱۹۳۴ الحاق نمود که در آن مقرر شده است که «بار اثبات این که افشای اطلاعات نادرست یا عدم افشای اطلاعات از سوی خواننده،... سبب ورود زیانی شده که خواهان مطالبه نموده شده است، بر عهده خواهان است.» هدف از وضع این ماده تدوین نسخه ای از رابطه سببیت است که قبلاً توسط رویه قضایی توسعه یافته است و از این طریق اصلی محدود کننده برای محاسبه زیانهای وارده به خواهان مقرر کند. (Fisch, Cause for Concern: Causation and Federal Securities Fraud, 2009, p. 822)

پرونده دورا در سال ۲۰۰۵ نیز نقش مهمی در تحول این شرط داشت. در این پرونده مقرر شد صرف این که خواهان اوراق بهادار را به قیمتی کمتر از قیمت (غیر واقعی) خرید، فروخته است، کافی نیست؛ بلکه افشای اطلاعات نادرست باید سبب نزدیک زیان اقتصادی وارده به خواهان باشد. لذا خواهان باید ثابت کند که «کاهش قیمت» به طور خاص به واکنش بازار به اصلاح اطلاعات نادرست بر می گردد، نه عوامل اقتصادی مستقل نظیر رکود اقتصادی یا خروج اتفاقی کارکنان اصلی شرکت و (Goldberg & Zipursky, 2013, p. 1766)

شرکتی را به قیمت بالاتر، خریداری نماید؛ یا رغبت وی به خرید سهم به حدی باشد که حتی اگر عالم به واقع بود، نیز از خرید سهم دست برنمی داشت؛ آیا رابطه سببیت بین نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات و زیان مربوط به تغییر قیمت منتفی خواهد شد؟

در خصوص خیار تدلیس، شرط تحقق خیار تأثیر اطلاعات نادرست بر تغییر تصمیم خریدار است. در عین حال نیازی نیست که تدلیس انجام شده شخص را به انعقاد معامله ای واداشته باشد که متضمن ضرر است. هرچند اگر بنا باشد که دعوای مسئولیت مدنی ناشی از تدلیس مطرح شود اثبات ورود زیان برای پیروزی در چنین دعوایی لازم است؛ مگر این که بتوان صرف سلب امکان تصمیم گیری یا سوق دادن شخص به انعقاد قرارداد ناخواسته را مستقل از وجود غبن یا عیب ضرر تلقی نمود. در مقابل در خیارهای عیب و غبن، لزومی وجود ندارد که نا آگاهی خریدار از عیب یا غبن، مستند به عمل فروشنده باشد، بلکه صرف نا آگاهی خریدار از غبن و عیب برای تحقق خیار کافی است. به نظر می رسد، مبنای این تفاوت در این است که مبنای ایجاد خیار تدلیس، سلب امکان تصمیم گیری آگاهانه از خریدار است؛ درحالی که مبنای ایجاد خیارهای غبن و عیب زیانی است که به واسطه وجود غبن یا عیب مورد معامله، به خریدار وارد می شود.

بنابراین، در حقوق ایران، در صورت پذیرش هر یک از دو مبنای فوق نیازی به اشتراط تحقق شرط دیگر وجود ندارد. در نتیجه اگر زیان وارده را بر مبنای تغییر قیمت تحلیل کنیم، به نظر می رسد صرف این که نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات به واسطه تغییر قیمت اوراق بهادار، سبب شود که شخصی سهام را به قیمتی بیش از قیمت واقعی خریداری کند، یا سهامداری سهم خود را به قیمتی کمتر از قیمت واقعی بفروشد، برای تحقق زیان قابل جبران کافی است و شرط سببیت معامله ربطی به ورود زیان ناشی از تغییر قیمت به سرمایه گذار ندارد.

بنابراین، اگر اطلاعات نادرستی از سوی ناشر افشا شود که موجب افزایش غیر واقعی قیمت سهام آن در بازه زمانی مشخصی گردد؛ هر شخصی که در بازه زمانی مذکور اقدام به خرید سهام شرکت مذکور نموده، مستحق جبران خسارت خواهد بود، حتی اگر ثابت شود که سرمایه گذار از اطلاعات نادرست آگاه نبوده یا در صورت علم به واقع، باز هم اقدام به خرید اوراق بهادار می نمود. با این حال، اگر شخصی در زمان انعقاد معامله عالم به نادرستی اطلاعات باشد، و علی رغم این علم اقدام به خرید اوراق بهادار کند، با توجه به این که آگاهانه به زیان خود عمل کرده، رابطه سببیت بین نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات و زیان وارده قطع شده و از این

حیث نمی‌توان وی را محق در جبران خسارت دانست؛ همان‌طور که در خصوص خیار عیب و غبن نیز، اگر خریدار عالم به عیب یا قیمت عادلانه باشد، برای وی خیار عیب یا غبن ایجاد نمی‌شود. با این حال، احراز رابطه سببیت بین نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات و تغییر قیمت اوراق بهادار نیز به واسطه کثرت عوامل مؤثر بر قیمت اوراق بهادار نیز، آسان نخواهد بود.

ب- دشواری احراز رابطه سببیت

همان‌طور که گفته شد، برای تحقق رابطه سببیت، زیان‌دیده باید ثابت کند که بین اطلاعات نادرست یا ناقص و تغییر قیمت اوراق بهادار رابطه سببیت وجود دارد و اگر اطلاعات نادرست، مؤثر بر قیمت نباشد، هیچ زیان قابل جبرانی وجود نخواهد داشت. برای این منظور، باید بین زیان (تغییر قیمت) ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات و آنچه شخص در بازار سهام به واسطه تأثیر سایر عوامل بر قیمت سهم، از دست داده است (زیان سرمایه‌گذاری) تفکیک شود و در این بین آنچه از نظر حقوقی قابل جبران است تنها قسم اول است و زیان دوم قابل جبران نیست. (Thorsen, Kaplan, & Hakala, 2006, p. 97)

مشکل اصلی که در باب مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات مطرح است، این است که نمی‌توان تشخیص داد که چه میزان از زیانی که به سرمایه‌گذار وارد شده است ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات است و چه میزان از این زیان از خطر بورسی ناشی می‌شود؛ و از این حیث احراز رابطه سببیت و نیز قطعیت ضرر قابل جبران در این دعاوی با مانعی جدی مواجه می‌شود. چرا که تحقق مسئولیت مدنی مستلزم تحقق ضرر و رابطه سببیت قطعی است و وجود «خطر بورسی» مانع تحقق چنین قطعیتی است.^۱ (LAY, 2004, p. 15) لزوم تفکیک آثار خطر بورسی از خطر ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات نادرست با ارائه یک مثال روشن‌تر می‌شود: فرض کنید شرکتی در اردیبهشت ۱۳۹۷ اقدام به انتشار اطلاعات نادرستی در خصوص افزایش درآمدهای شرکت می‌کند و این اطلاعات نادرست سبب افزایش قیمت سهام شرکت می‌شود. در شهریور همین سال، نادرستی اطلاعات مذکور کشف

۱- همچنین گفته شده «ویژگی گمانه‌زنانه سرمایه‌گذاری بورسی» (le caractère spéculatif) مانع تحقق هر نوع قطعیتی در مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات می‌شود. (LAY, 2004, p. 43)

می‌شود و قیمت سهام تحت تأثیر این امر کاهش می‌یابد؛ اما در همان زمان تحریم‌های خارجی نیز که کسب و کار شرکت مذکور به شدت از آن متأثر است، آغاز می‌شود و این اتفاق نیز موجب کاهش قیمت سهام است. در این فرض قیمت سهام این شرکت تحت تأثیر دو عامل اصلی کاهش یافته است که یکی از آن‌ها در اثر تقصیر ناشر در افشای اطلاعات نادرست رخ داده و دیگری تحت تأثیر عواملی که از حیطه اختیارات ناشر خارج بوده است. در این حالت تنها کاهش قیمت ناشی از افشای اطلاعات نادرست قابل جبران است و کاهش قیمت ناشی از اعمال تحریم، چون جزء خطرات ذاتی مربوط به سرمایه‌گذاری در بورس است قابل جبران نیست؛ با این حال تشخیص این که تغییر قیمت تا چه حد ناشی از اطلاعات نادرست بوده و تا چه حد از عواملی نظیر تحریم بوده به آسانی ممکن نیست؛ بنابراین، اثرگذاری عوامل متعدد بر قیمت اوراق بهادار احراز سببیت ضرر در دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات را دشوار می‌سازد. (Fisch, Cause for Concern: Causation and Federal Securities Fraud, 2009, p. 821)

در خصوص احراز رابطه سببیت بین اطلاعات و تغییر تصمیم سرمایه‌گذاران (سببیت معامله) نیز همین‌گونه است. عوامل متعددی بر تصمیم سرمایه‌گذاران برای سرمایه‌گذاری اثرگذار است^۱ و در نتیجه تنوع این عوامل، نمی‌توان به‌طور قطع احراز کرد که کدام عامل بر تصمیم سرمایه‌گذار برای انعقاد معامله اثرگذار بوده است و سرمایه‌گذار تصمیمش را بر اساس اطلاعات نادرست اتخاذ نموده یا سایر عوامل بر تصمیمش اثرگذار بوده است. (Ventura, 2015) درواقع، در این موارد نمی‌توان ثابت کرد که اگر سرمایه‌گذار در زمان تصمیم‌گیری آگاه از واقع بود، تصمیم دیگری اتخاذ می‌نمود؛ زیرا حتی در صورت وجود بهترین اطلاعات نیز همیشه می‌توان در نگرش مشتری و عوامل مؤثر بر تصمیم وی، تردید نمود. (LAY, 2004, p. 16) به همین دلیل گفته شده مشکل اصلی اثبات رابطه سببیت معامله در این است که اثبات آن با یک معیار شخصی بودن افراطی^۲، مواجه است (VALANCE, 2007, p. 31) و احراز آن مستلزم بررسی انگیزه‌ها و دواعی شخصی

۱ - تنوع عوامل تأثیرگذار بر تصمیم سرمایه‌گذاری به اندازه عوامل مؤثر بر قیمت اوراق بهادار است. (VALANCE, 2007, p. 31)

2 - une forte subjectivité

معامله گران است. البته ضرورت ندارد که افشای اطلاعات نادرست علت تامه تصمیم سرمایه گذار برای معامله باشد. بلکه حتی اگر اطلاعات نادرست یا ناقص شرط لازم تصمیم سرمایه گذار هم باشد، برای تحقق سببیت معامله کافی است. (GATCHOUP TCHINDA, 2013, p. 16) همچنین در صورتی که معیار نوعی در احراز سببیت معامله ملاک قرار گیرد، با اثبات مهم بودن اطلاعات تأثیر آن‌ها بر تصمیم سرمایه گذار محرز خواهد بود.^۱ با این وصف در مقام بررسی تأثیر اطلاعات بر تصمیم خواهان، تأثیر آن بر نوع سرمایه گذاران بررسی می‌شود و اگر چنین تأثیری احراز شد سببیت معامله احراز می‌شود.

با این حال برای رفع این مشکل در حقوق آمریکا و فرانسه، دو راه حل مختلف پذیرفته شده است و در حقوق ایران نیز گریزی جز پذیرش یکی از این دو راه نیست:

۱. در حقوق آمریکا برای احراز رابطه سببیت بین نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات و تصمیم سرمایه گذاران، فرض حقوقی پیش بینی شده است.

۲. در حقوق فرانسه، رویه قضایی با اعمال نظریه از دست دادن فرصت در این دعاوی، امکان اعمال قواعد مسئولیت مدنی در موارد نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات را فراهم نموده است.

ج- فرض سببیت معامله^۲-نظریه تقلب در بازار^۳

همان‌طور که گفته شد، لزوم اثبات سببیت معامله، مانع مهمی در راه جبران خسارت وارده به سرمایه گذاران خواهد بود. برای رفع این مانع پیشنهاد شده، فرضی قرار داده شود که بر اساس آن

۱- در پرونده (Affiliated Ute Citizens of State of Utah v. United States, 1970) مقرر شده که خواهان با اثبات مهم بودن اطلاعات می‌تواند استناد را ثابت کند. این پرونده تا حد زیادی اثبات استناد در پرونده‌های عدم افشای بعدی تسهیل شد و از آن استنباط شد که شرط استناد، با عدم افشای اطلاعات نهانی مهمی که آنها تعهد به افشایش دارند، محقق شده است. (Fisch, Cause for Concern: Causation and Federal Securities Fraud, 2009, p. 817)

2 - PRESUMPTION OF RELIANCE

3-fraud-on-the-market doctrine

سرمایه‌گذار در زمان تصمیم‌گیری، اطلاعات نادرست یا گمراه‌کننده را مبنا قرار داده است.^۱ (ROUSSEAU S. , 2009, p. 752) این فرض از این جهت قابل توجیه است که در غالب موارد سرمایه‌گذار اطلاعات ارائه شده از سوی ناشر را مبنای تصمیم‌گیری خود قرار می‌دهد. در این خصوص رویه قضایی آمریکا تئوری تقلب در بازار مطرح شده است که از آن «فرض تأثیر ذهنی یا تغییر تصمیم»^۲ استنباط شده و بر اساس آن؛ در دعاوی راجع به مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات اثبات استناد واقعی سرمایه‌گذار بر اظهارات نادرست ضروری دانسته نشده و به جای آن استناد، مفروض گرفته شده است. (Thorsen, Kaplan, & Hakala, 2006, p. 95)

در ادامه، مفهوم، شرایط و مبانی تئوری تقلب در بازار موردبررسی قرار می‌گیرد:

۱. مفهوم نظریه تقلب در بازار^۳

این تئوری در اوائل دهه ۱۹۸۰ از سوی رویه قضایی آمریکا با هدف رفع موانع اجرای قواعد مسئولیت مدنی در دعاوی موردبحث، و به منظور تسهیل جبران زیان‌های وارده به سرمایه‌گذاران در بازار ثانویه مطرح شده است. قبل از پذیرش آن، اثبات سببیت معامله یا استناد یک مانع غیرقابل عبور در راه مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات بود؛^۴

۱- در ماده ۲۲۵.۱۲ قانون اصلاح قانون راجع به اوراق بهادار و دیگر مقررات قانونی کبک مصوب ۲۰۰۷ چنین فرضی پیش بینی شده است. در این ماده آمده است که «خواهان ملزم نیست که اثبات کند که اوراق بهادار را در حالی خریداری نموده یا فروخته که بر سند یا اعلامیه عمومی حاوی اطلاعات نادرست یا گمراه‌کننده تکیه کرده است.»

L'article 225.12. de la Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives : "Le demandeur n'a pas à établir qu'il a acquis ou cédé un titre en se fiant au document ou à la déclaration publique contenant une information fausse ou trompeuse ou en tenant pour acquis que l'émetteur a respecté ses obligations d'information occasionnelle"

2- présomption d'influence intellectuelle ou d'altération de la décision

3 - Fraud-on-the-market theory

۴- «قبل از ۱۹۸۰ ناشری که اطلاعات نادرستی را در بازار ثانویه افشا می‌نمود، با هیچ تهدیدی برای مسئولیت مدنی مواجه نبود. اما از این زمان ناشران در برابر سرمایه‌گذارانی که سهام را در طول دوره‌ای که اطلاعات نادرست سبب افزایش قیمت اوراق

(Macey & Miller, 1990, p. 1079) اما اعمال این نظریه سبب شد تا در دعاوی مذکور، به جای تمرکز بر لزوم اثبات تأثیر اطلاعات نادرست بر خواهان (استناد شخصی)، بر تأثیر اطلاعات نادرست بر بازار، به عنوان یک کل، تمرکز شود. (Fischel, 1989, p. 907) این فرض، بار اثبات را به خواننده منتقل می کند و وی را ملزم به رد این فرض می کند. (Sawtelle, 2011, p. 10) این تئوری در پرونده (Basic Inc. v. Levinson, 1988)^۱ توسط دادگاه عالی آمریکا پذیرفته شد.^۲ استدلال دادگاه در این پرونده این بود که بازار اوراق بهادار به طور کارآمدی، همه اطلاعات در دسترس عموم را در قیمت منعکس می کند (Ayres, 1991, p. 947) و به استناد این پیش فرض که سرمایه گذاران به درستی قیمت بازار، اعتماد می کنند (Georgakopoulos, 1995, p. 714)؛ تأثیر اطلاعات نادرست بر تصمیم سرمایه گذاران را استنباط نمود.

این تئوری مبتنی بر غلبه است. چرا که دشوار است تصور شود سرمایه گذار بدون لحاظ اطلاعات نادرست تصمیم گیری کرده است و لذا اغلب اطلاعات افشا شده در قیمت اوراق بهادار منعکس شده است و سرمایه گذاران، حق دارند به درستی^۳ قیمت اوراق بهاداری که می خرند یا می فروشند، استناد نمایند.^۴ بنابراین، بر اساس تئوری مذکور هرگاه اطلاعات نادرست یا گمراه

بهادار شده بود و در زمان آگاهی بازار هنوز هم آنها را در اختیار داشتند، در معرض مسئولیت قرار گرفتند.» (FOX, CIVIL LIABILITY AND MANDATORY DISCLOSURE, 2009, p. 244)

۱- در این پرونده، سهامداران سابق شرکت بیسیک، مدعی شدند که چون مدیران شرکت به دروغ این موضوع را که شرکت در حال مذاکره برای ادغام است، انکار کرده بودند؛ سهام خود را به قیمتی کمتر از قیمت واقعی فروخته اند. از آنجا که سهامداران در زمان فروش سهم، از اظهارات شرکت آگاه نبودند، امکان اثبات استناد واقعی برای ایشان وجود نداشت؛ در نتیجه سهامداران استدلال کردند که آنها به درستی بازار در انعکاس این اطلاعات بر قیمت اوراق بهادار اعتماد نموده اند. (Ayres, 1991, p. 947)

۲- این نظریه از اوایل دهه ۱۹۷۰ مطرح شد و در اوایل دهه ۱۹۸۰ استقرار یافت تا در نهایت در سال ۱۹۸۸ از سوی دادگاه عالی آمریکا مورد پذیرش قرار گرفت. (Georgakopoulos, 1995, p. 714)

3 - integrity

۴- بر اساس نظریه تقلب در بازار، سرمایه گذاری که اوراق بهادار را به قیمت تعیین شده از سوی بازار خریداری می کند، به استناد درستی این قیمت معامله نموده است و از آنجا که، اغلب اطلاعات منتشر شده در بازار در قیمت بازار منعکس شده است؛ استناد سرمایه گذار به همه اطلاعات نادرست مهم، را می توان مفروض تلقی نمود. (Cornell & Morgan, 1989, p. 884) با این حال فرض مقرر در دعوای مذکور تنها یکی از دعاوی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات را در بر

کننده افشا می‌شود، فرض بر آن است که سرمایه‌گذار به استناد آن اقدام به انعقاد معامله نموده است (Prorok, 2016, p. 120) و مهم نیست که اطلاعات نادرست به گوش سرمایه‌گذار رسیده باشد یا خیر. چراکه بازار اطلاعات نادرست را شنیده و بر اساس آن اوراق بهادار را قیمت‌گذاری نموده و سرمایه‌گذار به‌ناچار به اطلاعات استناد نموده و قیمت بازار را پرداخته است. در نتیجه آن بخش از قیمت که مستند به اطلاعات نادرست است به استناد تقلب پرداخت شده است. بنابراین، با اعمال این تئوری سرمایه‌گذاری که سهام را در بازار کارآمد خریداری نموده، ملزم نخواهد بود که ثابت کند او واقعاً اطلاعات نادرست را شنیده یا خوانده (Macey & Miller, 1990, p. 1060) و در هنگام تصمیم‌گیری خود آن‌ها را مدنظر قرار داده است. چراکه «سرمایه‌گذار به قیمت اوراق بهادار اتکا می‌کند و قیمت اوراق بهادار انعکاس اطلاعات افشا شده است.» لذا سرمایه‌گذار به‌طور غیرمستقیم به اطلاعات افشا شده استناد کرده است. (Prorok, 2016, p. 120)

مزیت اعمال این نظریه ایجاد امکان اقامه دعوی گروهی و به تبع آن صدور رأی به جبران خسارت بالاتر، و تشدید بازدارندگی دعوی تقلب اوراق بهادار است. (Georgakopoulos, 1995, p. 672) چراکه پذیرش تئوری مذکور انگیزه قوی‌ای در ناشران برای رعایت الزامات دوره‌ای افشای اطلاعات ایجاد نمود. با این حال، برخی معتقدند که این انگیزه‌ها با هزینه بالای اجتماعی به دست آمده است. (FOX, CIVIL LIABILITY AND MANDATORY DISCLOSURE, 2009, p. 244) همچنین، به این نظریه انتقاد شده که اعمال آن سبب می‌شود دعوی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات، برای سرمایه‌گذاران بیش از حد حمایتی^۱ باشد.

۲. مبانی تئوری

دو مبنای اصلی برای تئوری تقلب در بازار وجود دارد که از مجموعه آن‌ها فرض استناد

می‌گیرد و در موارد عدم افشای اطلاعات مهم اعمال نمی‌شود. (Goldberg & Zipursky, 2013, p. 1782) ر. ک. پرونده (Stoner Inv. Partners, LLC v. Scientific-Atlanta, Inc., 552 U.S. 148, 159 (2008):

1 – overprotective

سرمایه گذار به اطلاعات نادرست برای انعقاد معامله استنباط می‌شود. از یک سو برای تحقق این فرض لازم است که سرمایه گذار به درستی قیمت بازار اعتماد داشته باشد، و از سوی دیگر می‌بایست بازاری که در آن معامله منعقد شده است کارآمد باشد.

۱.۲. اعتماد معقول به درستی بازار

یکی از پیش فرض هایی که به عنوان مبنای تئوری تقلب در بازار قرار گرفته است، اعتماد سرمایه گذار به درستی قیمت بازار^۱ و به عبارت دیگر اعتقاد وی به عدم وجود تقلب در بازار است. در این خصوص در پرونده (Basic Inc. v. Levinson 1988) آمده است «این فرض با عقل سلیم و احتمال نیز سازگار است: سرمایه گذاری که سهام را به قیمت تعیین شده توسط بازار غیر شخصی خریده یا فروخته، این عمل را به استناد و اعتماد درستی آن قیمت انجام داده است.»^۲

در فرض تقلب در بازار، استناد سرمایه گذار به درستی قیمت بازار مهم است، و به استناد وی به خود قیمت توجه نمی‌شود. اگر سرمایه گذار به درستی قیمت اعتماد داشته باشد، می‌توان فرض کرد که او تصمیم خود را بر آن قیمت مبتنی کرده است. مفهوم درستی قیمت در بدو امر از درستی بازار^۳ یا به عبارت دیگر صداقت فعالان بازار^۴، ناشی می‌شود. بنابراین، این پیش فرض یک «فرض تأثیر ذهنی قیمت اوراق بهادار» است که خود بر «فرض اعتماد سرمایه گذار» مبتنی است. (Prorok 2016, 126)

۲.۲. کارآمدی بازار: نظریه بازار سرمایه کارآمد^۵

پیش فرض دیگری که مبنای تئوری تقلب در بازار قرار گرفته است کارآمدی بازار است. این

۱ - در فرهنگ لاروس در تعریف *intégrité* آمده است «ویژگی رفتار شخص یا نهادی که درست (intégr) و صادقانه (Honnête) است.»

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/int%C3%A9grit%C3%A9/43543>

2- *the presumption is also supported by common sense and probability: an investor who trades stock at the price set by an impersonal market does so in reliance on the integrity of that price.*

3- *l'intégrité du marché*

4- *l'honnêteté des acteurs du marché*

5 - *efficient market hypothesis*

مبنا، بر خلاف اعتماد سرمایه گذار که دارای جنبه شخصی^۱ بوده، نوعی^۲ است. (Prorok 2016, 126) در این زمینه پذیرش تئوری بازار سرمایه کارآمد که بر اساس آن قیمت اوراق بهادار کاملاً منعکس کننده همه اطلاعات در دسترس عموم است، فرض کارآمدی بازار و به تبع آن تقلب در بازار را توجیه می کند.^۳ (FOX, CIVIL LIABILITY AND MANDATORY DISCLOSURE, 2009, p. 244)

مطابق نظریه بازار سرمایه کارآمد، قیمت سهام ناشر تخمین بی غرضانه ای از ارزش واقعی اوراق بهادار است، چه اطلاعات زیادی راجع به ناشر در دسترس عموم باشد، و چه اطلاعات کمی در دسترس عموم باشد.^۴ (Fox, RETAINING MANDATORY SECURITIES DISCLOSURE: WHY ISSUER CHOICE IS NOT INVESTOR EMPOWERMENT, 1999, p. 29)

همه اطلاعات در دسترس عموم واکنش نشان می دهد (Cornell & Morgan, 1989, p. 883) و هر جزئی از اطلاعات حسب مورد سبب کاهش یا افزایش قیمت اوراق بهادار می شود.^۵ (Georgakopoulos, 1995, p. 713)

1- subjectif

2- objectif

۳- این مبنا دقیقاً معادل نسخه نیمه قوی تئوری بازار سرمایه کارآمد است که در آن همه اطلاعات عموماً در دسترس در قیمت اوراق بهادار منعکس می شود. (Fischel, 1989, p. 909)

۴- صاحب نظران سه نسخه قوی، نیمه قوی و ضعیف از این تئوری ارائه کرده اند.

اول- در شکل قوی آن قیمت های اوراق بهادار انعکاس همه ی اطلاعات است چه به طور عمومی در دسترس باشد، یا نباشد. دوم- در شکل ضعیف آن، قیمت های فعلی منعکس کننده ی اطلاعاتی است که از طریق تسلسل تاریخی قیمت ها فراهم شده است.

سوم- در شکل نیمه قوی آن قیمت اوراق بهادار منعکس کننده ی اطلاعاتی است که به طور عمومی در دسترس سرمایه گذاران است (Choi S. , 2000, p. 303). تحقق معاملات متکی بر اطلاعات نهانی در بازار نشان می دهد که شکل قوی بازار سرمایه کارآمد در عمل اجرا نمی شود. در مقابل صاحب نظران عموماً معتقدند که ادله ی عملی از نسخه ی نیمه قوی این تئوری حمایت می کنند (Villiers, 2001, p. 189).

۵- این به این معنا نیست که قیمت واقعی برای یک اوراق بهادار وجود دارد. بلکه قیمت باید بهترین تخمین بازار، هر چند همچنان غیر دقیق، از ارزش فعلی درآمدهای آینده اوراق بهادار باشد. به علاوه روشهای آماری تنها می توانند به تغییرات قیمت تحت تأثیر اطلاعات اشاره کنند و قیمت واقعی را نمی توان به دست آورد. (Georgakopoulos, 1995, p. 713)

به این ترتیب، فرض بر این است که بازار اوراق بهادار بر اساس تئوری بازار کارآمد عمل می‌کند و بازار نسبت به همه اطلاعات در دسترس برای تعیین قیمت فعلی جریان‌های نقدی آتی شرکت، که سبب تنظیم قیمت اوراق بهادار می‌شود، واکنش نشان می‌دهد. (Thorsen, Kaplan, & Hakala, 2006, p. 95) اطلاعات نادرست افشا شده نیز به عنوان بخشی از اطلاعات در قیمت منعکس می‌شود. با تأثیر گذاشتن بر قیمت‌ها، افشای اطلاعات نادرست بر همه سرمایه‌گذارانی که بر آن قیمت‌ها معامله نموده‌اند، اثر می‌گذارد. حتی اگر آن‌ها بدون اطلاع از اطلاعات نادرست معامله کنند یا در تصمیم‌گیری خود به آن استناد نکنند. بنابراین، معامله‌گران بر اساس اطلاعات نادرست عمل کرده‌اند و احتمالاً در اثر آن زیان دیده‌اند؛ بدون این که آن را شنیده باشند؛ زیرا آن‌ها به قیمتی معامله نموده‌اند که تحت تأثیر اطلاعات نادرست افشا شده شکل گرفته است. این استدلال مبنای اصلی نظریه تقلب در بازار است.^۱ (Georgakopoulos, 1995, p. 714)

بنابراین، می‌توان مجموعه استدلال را این گونه خلاصه نمود:

مقدمه اول- سرمایه‌گذار به درستی قیمت و نبود تقلب در بازار اعتماد دارد.

مقدمه دوم- مطابق نظریه بازار سرمایه کارآمد کلیه اطلاعات، از جمله اطلاعات نادرست بر قیمت اوراق بهادار اثرگذار هستند.

۱- برای توضیح ابتدای تئوری تقلب در بازار بر تأثیر اطلاعات نادرست بر قیمت، مقایسه بین معاملات رودرو و معاملات سهام مفید است. تفاوت اصلی معاملات رو در رو، با معاملات اوراق بهادار، وجود یا عدم وجود قیمت بازاری است که اطلاعات در دست گروه‌های متنوع معامله‌گران را منعکس می‌کند. (Fischel, 1989, p. 912) در واقع در فرض فروش یک قطعه زمین در ازای ۱۰۰۰ دلار، خریدار بالقوه، هیچ دلیلی ندارد تا به درستی ۱۰۰۰ دلار ثمن پیشنهادی از سوی فروشنده اعتماد و استناد کند. این قیمت ممکن است منعکس‌کننده اطلاعات مربوط به ارزش زمین باشد یا نباشد. ممکن است متخصصین املاک معتقد باشند که زمین مورد معامله فقط ۵۰۰ دلار می‌ارزد، اما نظر این متخصصان در پیشنهاد شخص الف به شخص ب انعکاس نداشته باشد. در مقابل در معاملات اوراق بهادار، با توجه به تصمیمات خرید و فروش مستمر سرمایه‌گذاران، احتمال انعکاس اطلاعات مهم مربوط به اوراق بهادار در قیمت اوراق بهادار، بسیار بیشتر است. لذا اگر بین متخصصین بازار اجماعی ایجاد شود که زمین متعلق به یک شرکت املاک و مستغلات به قیمت مشخصی می‌ارزد، این اجماع در قیمت سهام شرکت مذکور انعکاس می‌یابد. از آنجا که قیمت اوراق بهادار منعکس‌کننده همه اطلاعات عموماً در دسترس است، برای غالب سرمایه‌گذاران منطقی خواهد بود که قیمت بازار را آن گونه که ارائه شده بپذیرند. به همین دلیل اگر سرمایه‌گذاران اوراق بهادار را به قیمتی بخرند که منعکس‌کننده اطلاعات نادرست افشا شده باشد، بین زیان وارده به آنها و افشای اطلاعات نادرست رابطه سببیت وجود دارد. (Fischel, 1989, p. 911)

نتیجه - در موارد نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات، از آنجایی که سرمایه گذار به نبود تقلب و کارآمدی بازار اعتقاد دارد، فرض بر این است که تصمیمات سرمایه گذار بر قیمت بازار مبتنی شده است، و با توجه به کارآمدی بازار فرض بر این است که قیمت بازار منعکس کننده همه اطلاعات عمومی از جمله اطلاعات نادرست است؛ لذا «فرض بر این است که تصمیم سرمایه گذار به طور غیرمستقیم بر اطلاعات نادرست مبتنی شده است.» (Prorok 2016, 129)

۳. قابل رد بودن فرض تقلب در بازار

دکترین تقلب در بازار شرط سببیت معامله^۱ را حذف نکرده و با اعمال آن خواهان از اثبات تأثیر اطلاعات نادرست بر تصمیم خود، معاف نمی شود؛ بلکه این نظریه صرفاً یک فرض برگشت پذیر برای استناد^۲ ایجاد نموده است. (Goldberg & Zipursky, 2013, p. 1756) بنابراین، فرض تقلب در بازار یک فرض مطلق نیست و خلاف آن قابل اثبات است.^۳

با این حال اثبات عدم آگاهی زیان دیده از اطلاعات نادرست برای اثبات خلاف فرض مذکور کافی نخواهد بود. تئوری تقلب در بازار، شرط سببیت معامله را به گونه ای تفسیر می کند که معنای آن استناد به درستی قیمت بازار است و قیمت بازار به شرطی درست خواهد بود که بازار کارآمد

۱ - به عنوان یکی از شرایط دعوای تقلب کامن لا

2-rebuttable presumption of reliance

۳ - در پرونده (Basic Inc. v. Levinson, 1988) در این خصوص گفته شده:

«نظریه تقلب در بازار یک فرض سه لایه از استناد غیرمستقیم ایجاد نموده است. اولاً، فرض می شود که افشای اطلاعات نادرست بر قیمت بازار اثر گذار بوده است. ثانیاً، فرض می شود که خریدار، در واقع به قیمت بازار به عنوان نشان دهنده ارزش سهم استناد (اعتماد) کرده است. ثالثاً، معقول بودن آن استناد فرض می شود. همه این فروض لازم است تا استناد واقعی محقق شود. فرض اول برای اثبات این که نسبت به خریدار تقلب صورت گرفته، لازم است. لذا خواننده می تواند خلاف آن را با اثبات این که بازار به تقلب واکنش نشان نداده و قیمت بازار تحت تأثیر اطلاعات نادرست قرار نگرفته، و در نتیجه هیچ تقلبی نسبت به خریدار اعمال نشده، ثابت کند. فرض دوم لازم است تا دادگاه دریابد که خواهان در واقع به اطلاعات نادرست اعتماد نموده است. لذا خواننده می تواند با اثبات این که خواهان حتی اگر از تدلیس آگاه می بود اوراق بهادار را می خرید؛ خلاف آن را ثابت نماید. خلاف فرض آخر هم که بر اساس آن استناد به قیمت بازار معقول است، با اثبات این که خواهان می دانسته که اطلاعات نادرست است، قابل اثبات است. اگر خواهان از تحقق تدلیس آگاه باشد، منطقیاً اعتقاد دارد که قیمت تحت تأثیر آن قرار گرفته است. در این حالت، دادگاه معقول بودن استناد و اعتماد وی به قیمت بازار را مفروض تلقی نمی کند.»

(به این معنا که بازار به سرعت منعکس کننده همه اطلاعات جدید است) باشد. (Macey & Miller, 1990, p. 1060) با این تفسیر، نا آگاهی سرمایه گذار از اطلاعات نادرست افشا شده، اثری نخواهد داشت. در عوض آنچه مهم خواهد بود تأثیر اطلاعات نادرست بر قیمت بازار است و این که اطلاعات سبب افزایش غیرواقعی قیمت یک سهم خاص می شود. لذا، با اعمال این تئوری، بررسی این که آیا اطلاعات نادرست به طور تصنعی سبب افزایش قیمت سهام شده است جایگزین بررسی شخصی میزان آگاهی سرمایه گذاران خاص از اطلاعات نادرست می شود و خواهان برای تحقق استناد صرفاً، باید ثابت کند که به درستی قیمت بازار استناد نموده است، درحالی که قیمت تحت تأثیر اطلاعات نادرست به طور غیرواقعی افزایش یافته است. (Fischel, 1989, p. 909)

به این ترتیب و با توجه به دو مبنای اصلی فرض تقلب در بازار، به طور کلی اثبات خلاف این فرض به دو صورت اصلی ممکن است: اولاً، اثبات عدم کارآمدی بازار (به معنای عدم واکنش قیمت به اطلاعات افشا شده)، که این نتیجه را در پی دارد که افشای اطلاعات نادرست سبب تحریف قیمت نمی شود و در نتیجه تئوری تقلب در بازار اعمال نمی شود. ثانیاً، اگر ثابت شود که خواهان به درستی قیمت اعتماد نداشته، فرض فوق، منتفی خواهد شد و حتی اگر قیمت بازار واقعاً تحت تأثیر اطلاعات نادرست قرار گرفته باشد، خواهان ملزم به اثبات سببیت واقعی خواهد بود. (Georgakopoulos, 1995, p. 720)

برای اثبات خلاف فرض کارآمدی بازار، نیازی نیست که اثبات شود که بدون اطلاعات نادرست، قیمت کاملاً درست می شد؛ چرا که قیمت ممکن است به دلایل دیگر نادرست باشد. بلکه، مهم تأثیری است که اطلاعات نادرست بر قیمت دارد. (Georgakopoulos, 1995, p. 714) بنابراین، با اثبات عدم کارآمدی بازار، و در نتیجه عدم تأثیر اطلاعات نادرست بر قیمت سهم، با توجه به این که بازار به علت فقدان کارآمدی، اطلاعات نادرست را در قیمت سهام منعکس نمی کند، فرض تقلب در بازار منتفی می شود و نمی توان از تأثیر اطلاعات بر قیمت اوراق بهادار، تأثیر آن بر تصمیم سرمایه گذاران را استنباط نمود.

فرض اعتماد سرمایه گذار به قیمت بازار نیز در صورتی که وی به درستی قیمت بازار اعتقاد

نداشته یا این که صرفاً نسبت به قیمت بازار بی تفاوت است، منتفی خواهد شد.^۱ (Prorok 2016, 131) در پرونده (Basic Inc. v. Levinson 1988) اثبات خلاف فرض اعتماد سرمایه گذاران به اطلاعات، از طریق اثبات تصمیم گیری سرمایه گذار حتی در صورت علم به واقع یا آگاهی سرمایه گذار از نادرستی اطلاعات پذیرفته شده است. البته، اگر خلاف فرض تقلب در بازار با اثبات ناکارآمدی بازار یا عدم اعتماد سرمایه گذار به درستی قیمت اوراق بهادار ثابت شود، نتیجه اثبات این امور شکست خواهان در دعوا نیست، بلکه تنها فرض تقلب در بازار از بین می رود. بنابراین، در این حالت نیز خواهان ها می توانند با اثبات استناد واقعی (در برابر مفروض) بدون استفاده از فرض در دعوا موفق شوند.^۲ (Goldberg & Zipursky, 2013, p. 1782)

د- فرض سببیت ضرر

گفته شد که منظور از سببیت ضرر این است که اطلاعات نادرست می بایست سبب تغییر قیمت اوراق بهادار شود. با این حال با توجه به گستردگی عوامل مؤثر بر قیمت اوراق بهادار، تعیین میزان تأثیر افشای اطلاعات بر قیمت دشوار است. به همین دلیل در برخی نظام های حقوقی رابطه اطلاعات نادرست افشا شده و تغییر قیمت اوراق بهادار مفروض گرفته شده است:

۱. در حقوق آمریکا در دعوای موضوع ماده ۱۱ قانون اوراق بهادار، خواهان ها ملزم به اثبات وجود رابطه سببیت بین افشای اطلاعات نادرست و کاهش قیمت، نشده اند و به جای آن تغییر قیمت اوراق بهادار ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات تلقی می شود. با این حال، خوانده می تواند با اثبات این که تمام یا بخشی از کاهش قیمت ناشی از عوامل خارجی است، خسارات را تقلیل دهد و خسارت به نسبت میزانی که خوانده ثابت نموده که ناشی از خطای او نیست تقلیل می یابد. (Bohn & Choi, 1996, p. 914)

۲. در حقوق کبک، این فرض پیش بینی شده که اگر نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات

1- si l'investisseur a réalisé des transactions sur le marché soit en ne croyant pas à l'intégrité du marché soit en étant simplement indifférent à cette intégrité

۲ - در این صورت دعوا به دعوای تقلب کامن لا نزدیک است.

ثابت شود؛ تغییرات قیمت پس از آن عقود معامله از سوی خواهان، ناشی از نقض الزامات مذکور و انتشار اطلاعات نادرست تلقی می شود. با این حال اگر خوانده بتواند ثابت کند که تغییرات قیمت اوراق بهادار قابل انتساب به اطلاعات نادرست یا گمراه کننده یا اطلاعات مهم افشا نشده نیست؛ تغییرات قیمتی که مرتبط با اطلاعات نیست در محاسبات خسارت وارده لحاظ نمی شود.^۱ (ROUSSEAU S. , 2009, p. 753)

ه- اعمال نظریه از دست دادن فرصت

این تئوری، یکی از راهکارهای لحاظ کردن خطر و عدم قطعیت توسط حقوق است. (LAY, 2004, p. 11) به طور سنتی، زیان قابل جبران باید قطعی و مستقیم باشد و زیان احتمالی قابل جبران نیست و در صورت تردید در وجود رابطه سببیت دعاوی جبران خسارت می بایست رد شود. با این حال، تئوری از دست دادن فرصت با هدف غلبه بر عدم قطعیت و حتی عدم وجود رابطه سببیت بین تقصیر و زیان نهایی از سوی رویه قضایی فرانسه ارائه شده است. (LAY, 2004, p. 12) به این ترتیب، از دست دادن فرصت در حد واسط بین ضرر احتمالی و ضرر قطعی قرار می گیرد و امکان جبران جزئی زیان را فراهم می کند. (TELLIER, 2013, p. 2)

در این موارد، حقوق یک ارزش قطعی برای وجود یک فرصت به رسمیت می شناسد و بنابراین، از بین بردن این فرصت، خود یک زیان قطعی است. چراکه بدون شک یک بلیط بخت آزمایی که مالک آن شانس بسیار کمی برای برنده شدن دارد، خود دارای ارزش است و در برابر مبلغی پول، می توان آن را فروخت. (Viney and Jourdain 1998, 73) با این تحلیل، نفس از دست دادن فرصت یک زیان قطعی است؛ نه احتمالی. (Chabas 2000, 410) درواقع، از دست

۱- در ماده ۲۲۵.۳۰ قانون اصلاح قانون راجع به اوراق بهادار و دیگر مقررات قانونی کبک مصوب ۲۰۰۷ اثبات این که تغییرات قیمت ناشی از نقض الزامات مذکور نیست، بر عهده خواننده دعوا قرار گرفته است و خواننده می تواند با اثبات این که تمام یا بخشی از تغییر قیمت ناشی از افشای اطلاعات نادرست یا گمراه کننده یا عدم افشای اطلاعات با اهمیت نیست، خود را از تمام یا بخشی از مسئولیت برهاند.

«225.30. Le calcul des dommages-intérêts ne prend pas en compte les fluctuations du cours des titres dont le défendeur établit qu'elles ne sont pas attribuables à la publication d'une information fausse ou trompeuse ou à un manquement à une obligation d'information occasionnelle.»

دادن فرصت یک زیان مستقل از ضرر نهایی است که شامل از دست دادن امکان ایجاد یک رویداد مطلوب می شود و زبانی که در اینجا جبران می شود، با زیان نهایی ماهیت یکسان ندارد.^۱ در این صورت هرچند، تحقق فرصت احتمالی است، اما چون خود فرصت دارای ارزش مالی است، از بین بردن قطعی آن مصداق یک زیان قطعی است (TELLIER, 2013, p. 2).

اعمال نظریه از دست دادن فرصت به معنی نادیده گرفتن شرط رابطه سببیت در مسئولیت مدنی نیست؛ بلکه در این موارد نیز لازم است بین از دست دادن فرصت و عمل زیان بار رابطه سببیت برقرار شود.^۲ درواقع اشکال در وجود رابطه سببیت در این موارد از این ناشی می شود که ضرر وارده را همان ضرر نهایی بدانیم.^۳ اما اگر نفس فرصت از دست رفته را ضرر مستقل تلقی نماییم رابطه سببیت به معنی سنتی آن وجود خواهد داشت، به این معنا که اگر تقصیر خوانده نبود، فرصت هم از دست نمی رفت.^۴ (Kazemi, 2000, p. 204)

امروزه در رویه قضایی فرانسه نظریه از دست دادن فرصت در زمینه های بسیار متنوعی اجرا شده (Viney and Jourdain 1998, 78) که یکی از این زمینه ها دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات قانونی مربوط به افشای اطلاعات است.

در زمینه مسئولیت مدنی ناشی از نقض تعهد پزشکان به ارائه اطلاعات، تئوری از دست دادن فرصت، با هدف «غلبه بر دشواری های اثبات رابطه سببیت» از سوی قضات فرانسوی اعمال شده، که اجازه می دهد جبرانی جزئی اما مفید برای زیان دیده ارائه گردد. درواقع، هرچند قطعی نیست که تقصیر پزشک علت منحصر وضعیت بیمار باشد، اما دست کم امکان بهبود وضعیت وی را از وی سلب نموده است. این وضعیت تا حدودی به موارد افشای اطلاعات نادرست و گمراه کننده در

۱ - زبانی که برخی آن را زیان انتزاعی (Préjudice abstrait) ناشی از محرومیت از فرصت خوانده اند. (LAY, 2004, p. 13)

۲ - «وقتی قاضی فرصت از دست رفته را در نظر می گیرد، مفهوم سببیت را رها نمی کند، بلکه با رجوع به قانون احتمالات آن را کامل می کند.» (Kazemi, 2000, p. 204)

۳ - از دست دادن فرصت، در واقع یک زیان فرضی واسطه بین تقصیر و زیان واقعی برای ایجاد رابطه سببیت قطعی است. (Ventura, 2015)

۴ - رویه قضایی فرانسه رویکردی بسیار مضیق در قبال محرومیت از فرصت کسب سود اتخاذ نموده است. اما در قبال محرومیت از فرصت اجتناب از ضرر منعطف تر است. (LAY, 2004, p. 47)

۲- در رویه قضایی فرانسه از دست دادن فرصت انعقاد یک یا چند قراردادی که زیان‌دیده انتظار کسب سود یا امتیازی از آن را داشته، دارای قابلیت ایجاد دعوی مسئولیت مدنی دانسته شده است. (Viney and Jourdain 1998, 76)

۱. پرونده فلاماریون - نظریه از دست دادن فرصت واقعی

در حقوق فرانسه نظریه از دست دادن فرصت در خصوص افشای اطلاعات نادرست برای اولین بار در پرونده فلاماریون^۱ در سال ۲۰۰۳ مطرح شده است.^۲ در این پرونده شرکت در خصوص گزارش‌های نیمسالانه خود، در یک روزنامه اقتصادی اطلاعاتی منتشر نمود و برخی سهامداران که این اطلاعات را نامطلوب تلقی نموده بودند، بلافاصله همه‌ی سهام خود را فروختند. پنج روز بعد، شرکت فروش بلوک سهام خود را به قیمتی دو برابر بالاتر، با تضمین قیمت اوراق بهادار^۳ اعلام کرد، که به سهامداران اقلیت این امکان را می‌داد که سهم را به همان قیمت بفروشند. برخی سهامداران تقاضای جبران خسارت نمودند با این استدلال که تقصیر شرکت در انتشار اطلاعات نادرست سبب زیان آن‌ها شده است، چرا که اگر سهام خود را تحت تأثیر اطلاعات نادرست نمی‌فروختند، می‌توانستند ۵ روز بعد آن‌ها را به دو برابر قیمت بازار بفروشند. (VALANCE, 2007, p. 15)

در مرحله بدوی، دادگاه تقاضا را رد کرد، با این استدلال که ناشر مرتکب هیچ تقصیری نشده است. اما در مرحله تجدیدنظر دادگاه پذیرفت که رفتار ناشر سبب محرومیت سهامداران مذکور از فرصت فروش اوراق بهادارشان در قالب تضمین قیمت (به قیمتی که سهام بلوک کنترلی واگذار شده)، و به عبارت دیگر فرصت فروش سهام به قیمت بالاتر، شده است. اطلاعات نادرست منتشر

1 - TGI Paris, 5e ch. 2e sect., 15 nov. 2001, n° 2000/18125, Flammarion, inédit - CA Paris, 25e ch. sect. B, 26 sept. 2003, n° 2001/21885, Flammarion, JurisData n° 2003-224156 : RTD com., 2004, n° 2, p. 316, note C. Champaud et D. Danet ; Bull. Joly Sociétés, 2004, n° 1, p. 84, note J.-J. Daigre ; Bull. Joly Bourse, 2004, n° 1, § 4, p. 43, note E. Dezeuze ; Dr. et patr., nov. 2004, n° 131, p. 93, note D. Poracchia ; D., 2004, n° 25, p. 1802, note Y. Reinhard ; RTD com. 2004, n° 1, p. 132, note N. Rontchevsky ; JCP E, mai 2004, n° 19, 695, p. 769, note G. de Vries.

۲- دادگاه تجدیدنظر پاریس در سال ۱۹۹۳ (CA Paris, 25 juin 1993, Solente c/ Sté banque Vernes et) Juris-Data n° 1993-023022. commerciale de Paris جبران زیان ناشی از محرومیت از فرصت فروش سهام به قیمت بالاتر را پذیرفت. (LAY, 2004, p. 43) همچنین شعبه تجاری دیوان عالی فرانسه در سال ۱۹۹۶ (Cass. com., 10 déc. 1996, n° 94-16.082) مقرر کرد که نقض تعهد به افشای اطلاعات سرمایه گذار را تنها از «فرصت گریز از خطری که در نهایت محقق شده، با اتخاذ یک تصمیم آگاهانه‌تر» محروم نموده است. (Maudouit, 2008, p. 59)

۳-Garantie de cours: تضمین قیمت رویه ایست که به طور خودکار پس از فروش سهام یک بلوک کنترلی اعمال می‌شود و به سهامداران اقلیت این امکان را می‌دهد که سهامشان را به همان قیمتی که سهامدار اکثریت فروخته است، بفروشند.

شده از سوی شرکت سبب شد که سهامداران اقلیت فرصت نفروختن سهامشان در زمان اعلام اطلاعات منفی با این انگیزه که بعداً سهام را بفروشند، را از دست بدهند. در این پرونده با توجه به احتمال بسیار پایین عدم انعقاد معاملات در زمان انتشار اطلاعات نادرست، و احتمال بالای انعقاد معامله، دادگاه تجدیدنظر زیان وارده به سرمایه‌گذاران بابت از دست دادن فرصت را، حدود ۸۸ درصد تعیین کرد. (Prorok, 2016, p. 228)

این پرونده در یک وضعیت خاص مطرح شده است که در آن تصمیم سرمایه‌گذاری که فرصت آن از دست رفته، کاملاً مشخص است (حفظ مالکیت سهم به منظور قرار دادن آن در وضعیت تضمین قیمت و فروش به دو برابر قیمت). لذا در این فرض، تغییر تصمیم لزوماً مشخص بوده است. درحالی که غالب موارد معمولاً تصمیم سرمایه‌گذاری که امکان اتخاذ آن از دست رفته، شبیه این مورد نخواهد بود (Prorok 2016, 229) و حتی اگر احراز شود که سرمایه‌گذار در صورت علم به واقع، از انعقاد معامله خودداری می‌نمود، نمی‌توان به‌طور قطع گفت که وی فرصت انعقاد چه معامله‌ای را از دست داده است.

۲. نظریه از دست دادن فرصت انتزاعی

اعمال تئوری از دست دادن فرصت در موارد نقض تعهد به ارائه اطلاعات، غالباً در مواردی صورت گرفته که اطلاعات به صورت شخصی ارائه شده است؛ مثل فرض تقصیر پزشک در ارائه اطلاعات. درحالی که در فرضی که اطلاعات نادرست به‌طور عمومی افشا شده، احراز این که یک شخص خاص، تحت تأثیر اطلاعات نادرستی که به عموم ارائه شده است؛ فرصت اتخاذ تصمیم خاصی را از دست داده، دشوارتر است. به همین دلیل گفته شده، نظریه سنتی از دست دادن فرصت در فرض ارائه اطلاعات به صورت عمومی، سازگاری کمتری دارد. بنابراین، رویه قضایی فرانسه به منظور اعمال نظریه از دست دادن فرصت در دعاوی ناشی از نقض الزامات قانونی مربوط به افشای اطلاعات، برداشت جدیدی از نظریه از دست دادن فرصت ارائه نموده است که از آن به عنوان از دست دادن فرصت انتزاعی^۱ یاد شده است و شامل زیان کلی وارده به توانایی

1- perte de chance abstraite

تصمیم‌گیری سرمایه‌گذار به صورت آگاهانه^۱ می‌شود. (Prorok, 2016, p. 229) مطابق این تحلیل، اطلاعات نادرست ممکن است به‌طور کلی‌تر بر تصمیم مجموعه‌ی سرمایه‌گذاران برای تصمیم‌گیری اثرگذار باشد: در این صورت اثر اطلاعات نسبت به یک تصمیم سرمایه‌گذار نخواهد بود؛ بلکه اثر آن بر آزادی کلی تصمیم‌گیری سرمایه‌گذار بوده و به همین دلیل تغییر انتزاعی تصمیم نامیده شده است. (Prorok, 2016, p. 216) به این ترتیب، زیان تغییر تصمیم انتزاعی، شامل تأثیر اطلاعات غلط بر توانایی ذهنی سرمایه‌گذار برای تصمیم‌گیری آگاهانه در بازار اوراق بهادار و به عبارت دیگر مختل کردن «آزادی انتخاب سرمایه‌گذار»^۲ می‌شود؛ بدون این که به تصمیم سرمایه‌گذار خاصی مربوط باشد. (Prorok, 2016, p. 232) بنابراین، زیان ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات این بوده که سهامداران امکان تصمیم‌گیری آگاهانه را از دست داده‌اند و از این رو این ضرر، «زیان وارده به توانایی تصمیم‌گیری آگاهانه سرمایه‌گذار در بازار مالی»^۳ خوانده شده است.^۴ (Prorok, 2016, p. 232)

مزایای متعددی برای اعمال نظریه از دست دادن فرصت در این دعاوی مطرح شده که اهم آن‌ها به شرح زیر است:

۱. یکی از مشکلات جبران خسارت ناشی از عدم افشای اطلاعات تشخیص زیان دیده است. اعمال نظریه از دست دادن فرصت و برداشت انتزاعی از آن، امکان جبران زیان‌دیدگان مفروض^۵ را فراهم می‌کند (COURET, et al., 2013, p. 21) و از این طریق مشکل تعیین این که چه کسی واقعاً متحمل زیان شده است، حل می‌شود.^۶ (TELLIER, 2013, p. 5)

1- une atteinte générale à la faculté de l'investisseur d'arbitrer en connaissance de cause.

2 - une atteinte générale à sa liberté de choix

3 - l'atteinte à la faculté de l'investisseur d'arbitrer sur le marché en connaissance de cause

۴ - برای ملاحظه سیر تحول رویه قضایی فرانسه در جهت پذیرش نظریه از دست دادن فرصت انتزاعی در این دعاوی به کتاب زیر مراجعه شود:

Shamsollahi, Mohsen, Securities Law, Mizan Publishing, Tehran, 1399

5 - victimes supposées

۶ - از دست رفتن فرصت سرمایه‌گذاری دیگر، زبانی است که سهامداران شخصاً متحمل شده‌اند و در مقابل متمایز است از دست دادن سرمایه آنها است. (TELLIER, 2013, p. 5)

۲. اعمال تئوری مذکور امکان دور زدن غیرقطعی بودن زیان ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات را، فراهم می‌کند (GATCHOUP TCHINDA, 2013, p. 17) و تأثیر نوسانات بورسی در ارزیابی میزان خسارت قابل جبران ملحوظ می‌شود.

۳. جبران زیان بر اساس نظریه محرومیت از فرصت از طریق کاهش سنگینی بار اثبات دعوا، مسیر جبران آسان‌تری برای زیان‌دیدگان را ایجاد کرد. در این موارد کار قضات نیز آسان‌تر است، زیرا دیگر مجبور نیستند که «وضعیت خاص هر سرمایه‌گذار را به‌طور دقیق بررسی کنند.» (KLEIN, 2014, p. 40)

۴. با پذیرش تعریف مذکور از زیان و تعیین زیان به صورت مقطوع، امکان تحقق کارکردهای جبرانی، تنبیهی و بازدارندگی مسئولیت مدنی فراهم شده است. علاوه بر این گفته شده در این روش جبران زیان معنوی مفروض، بی‌تردید حدی از مجازات خصوصی وجود دارد. (Prorok, 2016, p. 246)

۵. راه‌حل مذکور جسورانه و مبتکرانه دانسته شده است. از این جهت که نوعی زیان انتزاعی و ذهنی در آن پذیرفته شده که با ویژگی‌های خاص بازارهای مالی که سرمایه‌گذاران را در وضعیتی قرار می‌دهند که مدام می‌بایست تصمیم‌گیری کنند، منطبق شده است. (Prorok, 2016, p. 266)

۶. این راه‌حل کارآمد دانسته شده است، از این جهت که امکان رسیدگی به ادعاهای متعدد را فراهم می‌کند و درعین حال محدود باقی می‌ماند. (Prorok, 2016, p. 266)

با این حال اعمال راه‌حل مذکور از انتقاد مصون نبوده و اشکالات مختلفی بر اعمال آن وارد شده است:

اولاً، اعمال تئوری مذکور، از این حیث که لزوماً به جبران جزئی ختم می‌شود، در دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات، مغایر اصل جبران کامل خسارت است.^۱ (KLEIN, 2014, p. 52) با این استدلال که «کاهش میزان خسارت قابل جبران و جبران جزئی خسارت بابت فرصت از دست رفته، به بهانه ویژگی توأم با ریسک بودن سرمایه‌گذاری، قابل قبول نیست و حق بر جبران خسارت، نباید به صرف این که سرمایه‌گذار عملی توأم با خطر، را

۱ - این تحلیل، تنها اجازه جبران نوع واحدی از زیان را می‌دهد و مانع جبران همه مصادیق تغییر قیمت اوراق بهادار یا تغییر واقعی تصمیم سرمایه‌گذاران می‌شود. (Prorok, 2016, p. 266)

انجام داده است، تغییر کند. خطر بورسی کاملاً متمایز است از خطر از دست دادن فرصت و اصولاً، نمی‌تواند کاهش حق جبران خسارت را توجیه کند.^۱ (KLEIN, 2014, p. 42) با این حال در رد این ایراد گفته شده، هرچند اعمال تئوری از دست دادن فرصت، به قضات امکان کاهش خسارت قابل جبران را می‌دهد؛ اما این نوع جبران تخلف از اصل جبران کامل خسارت نیست، بلکه خسارت ناشی از محرومیت از فرصت نیز به نوبه خود کامل است. (Maudouit, 2008, p. 59) درواقع لزوم جبران جزئی خسارت محرومیت از فرصت و کمتر بودن آن از زیان اصلی، خود از اصل جبران کامل خسارت ناشی می‌شود و اصل مذکور ایجاب می‌کند که در احتساب خسارت، همه عوامل مؤثر بر تحقق زیان نظیر احتمال نوسانات بورسی لحاظ شود. (LAY, 2004, p. 51) بنابراین، صرف اعمال نظریه از دست دادن فرصت و جبران خسارت جزئی بر اساس احتمال تحقق فرصت، نمی‌تواند مغایر اصل جبران کامل خسارت تلقی شود.

ثانیاً، در رویه قضایی فرانسه با اعمال نظریه از دست دادن فرصت و انتزاعی نمودن فرصت در دعای مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات، جبران زیان به نرخ مقطوع صورت گرفته (LAY, 2004, p. 49) و قضات صرفاً به پرداخت مبلغ معینی پول برای جبران زیان ناشی از محرومیت از فرصت کسب سود یا دفع ضرر رأی داده‌اند، بدون این که هیچ توضیحی درباره این که چه تحلیلی به نتیجه مذکور ختم شده، و نقش هر عامل (نوسانات بورسی، اطلاعات نادرست و ...) در میزان خسارت وارده به چه میزان است، ارائه دهند. (LAY, 2004, p. 52)

این روش مغایر اصول عام مسئولیت مدنی و اصول حاکم بر تئوری از دست دادن فرصت است. چراکه مطابق این تئوری، قاضی برای تعیین میزان خسارت باید یک ارزیابی دوگانه انجام دهد. از یک سو باید تخمین بزند که اگر فرصت از دست رفته محقق می‌شد، سرمایه‌گذار چه

۱ - تعیین زیان قابل جبران بر اساس از دست دادن فرصت، بدون در نظر گرفتن اثر واقعی افشای اطلاعات نادرست یا ناقص بر شکل‌گیری قیمت سهم صورت می‌گیرد و بنابراین امکان جبران کامل خسارتی که واقعاً به سرمایه‌گذار وارد شده است، از بین می‌رود. نتیجه استانداردسازی جبران زیان بر اساس از دست دادن فرصت، عدم پذیرش هر گونه جبران گسترده‌تر از خسارت وارده است. به طور خاص، خسارت را هیچگاه نمی‌توان بر اساس تأثیر اطلاعات بر ارزش اوراق بهادار ارزیابی نمود، هر چند تردیدی نیست که اطلاعات بر ارزش اوراق بهادار اثر مستقیم دارد. (KLEIN, 2014, p. 41)

وضعیتی پیدا می‌کرد. از سوی دیگر باید خود فرصت و به عبارت دیگر احتمال تحقق آن را ارزیابی کند و خسارت قابل جبران را بر اساس احتمال تحقق فرصت تعیین نماید. بنابراین، درحالی که اشاره به ضرر نهایی برای ارزیابی خسارت ناشی از محرومیت از فرصت ضروری است؛ (LAY, 2004, p. 54) در تعیین خسارت به نرخ مقطوع به هیچ‌یک از این موارد توجهی نمی‌شود. با این وجود، در توجیه تعیین خسارت به نرخ مقطوع، گفته شده در این دعاوی، درصد احتمال تحقق فرصت، غیرقابل محاسبه است^۱ (COURET, et al., 2013, p. 19) و همین احتمالی بودن زیان وارده و کثرت عوامل مؤثر بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم سرمایه‌گذاران، مبنای توجیه تقویم خودسرانه و غیردقیق زیان ناشی از اطلاعات نادرست، است. (KLEIN, 2014, p. 51) با این حال، دشواری محاسبه زیان محرومیت از فرصت، تعیین خسارت به صورت مقطوع را توجیه نمی‌کند و در هر حال خسارت قابل جبران می‌بایست بر حسب درجه احتمال تأثیر اطلاعات بر رفتار سرمایه‌گذار تقویم شود.^۲ (Maudouit, 2008, p. 60)

ثالثاً، تعیین خسارت بر مبنای از دست دادن فرصت انتزاعی، از این منظر که موجب می‌شود دست قاضی در تعیین میزان خسارت باز باشد و به عبارت ویژگی مستبدانه و خودسرانه^۳ پیدا کند، نیز قابل انتقاد است. این راه‌حل از این جهت مستبدانه است، که موجب می‌شود تعیین خسارت به

۱ - در فرض محرومیت دانش آموز از حضور در آزمون، ممکن است دانش آموز کم استعدادی در آزمون موفق شود و دانش آموز مستعدی در آزمون رد شود. این یک ارزیابی با پیش فرض (évaluation par défaut) است و در محرومیت از فرصت از مفهوم زیان واقعی دور هستیم. اما هیچ راه حل دیگری برای این موارد وجود ندارد. (COURET, et al., 2013, p. 19)

۲ - مبتنی کردن جبران خسارت بر محرومیت از فرصت، به تعیین خودسرانه زیان قابل جبران مشروعیت نمی‌دهد. سهامداری که در بازارها سرمایه‌گذاری می‌کند، آماده تحمل خطر بورسی است و زیان‌های ناشی از آن را نمی‌تواند مطالبه کند. تنها زیان ناشی از محرومیت از فرصت ناشی از نشر اطلاعات گمراه‌کننده است که می‌تواند موجب زیان قابل جبران باشد. (همانگونه که زیان ناشی از احتمالات مربوط به مسابقه اسب سواری متمایز است از زیان ناشی از تقصیر سوارکار که موجب از دست رفتن فرصت پیروزی در مسابقه شده است). بنابراین، گفته شده رویه قضایی فرانسه بین خطر بورسی که مربوط به نوسانات متعارف قیمت اوراق بهادار است و خطر مربوط به از دست رفتن فرصت یک رویداد مطلوب در اثر افشای اطلاعات نادرست خلط نموده است. (KLEIN, 2014, p. 51)

اختیار قاضی واگذار شود^۱ و قاضی بدون ارزیابی خسارت واقعی وارده میزان خسارت را به صورت دلبخواهی تعیین می‌کند.^۲ (Prorok, 2016, p. 266)

۳. تأثیر اعمال نظریه از دست دادن فرصت انتزاعی بر احراز رابطه سببیت

جبران زیان بر مبنای از دست دادن فرصت با هدف تسهیل اثبات وجود رابطه سببیت، در مواردی که ورود زیان احتمالی است به عمل آمده است؛ با این حال اعمال این نظریه به منزله الزامی نبودن وجود رابطه سببیت بین فعل زیان‌بار و زیان وارده نیست. در واقع با اعمال این نظریه اثبات وجود رابطه سببیت بین فعل زیان‌بار و تحقق زیان نهایی لازم نیست؛ اما به جایان می‌بایست وجود رابطه بین عمل زیان‌بار و از دست دادن فرصت به عنوان نوعی زیان واسطه‌ای^۳ اثبات شود که قدری راحت‌تر است. در خصوص سرمایه‌گذاری که در دوران انتشار اطلاعات نادرست در بازار اوراق بهادار تصمیم‌گیری نموده، نیز ضرورتی وجود ندارد که سرمایه‌گذار ثابت کند که اطلاعات برای تصمیم‌گیری وی اثر تعیین‌کننده داشته است و بدون اطلاعات مذکور وی تصمیم‌گیری نمی‌کرده است؛ بلکه تنها لازم است ثابت شود که وی بدون اطلاعات مذکور فرصت عدم اتخاذ تصمیم مذکور را داشته است. با این تحلیل، هرچند اثبات وجود رابطه سببیت ساده‌تر می‌شود. در عین حال، در صورت پذیرش انتزاعی بودن از دست دادن فرصت، احراز هیچ رابطه‌ی سببیتی لازم نخواهد بود، و می‌توان تصور کرد که در صورت افشای اطلاعات نادرست

۱ - مشکل اصلی ارزیابی زیان ناشی از از دست رفتن فرصت، واگذاری آن به اختیار قاضی است. زیان ناشی از محرومیت از فرصت غیر قابل محاسبه است. از این رو گفته شده که تئوری از دست دادن فرصت مغایر حقوق دفاعی خوانندگان و حق امنیت قضایی است. (COURET, et al., 2013, p. 34)

۲ - البته این ایراد نسبت به اصل نظریه از دست دادن فرصت نیز وارد است. رأی قدیمی دیوان عالی فرانسه تأیید می‌کند که در موضوع محرومیت از فرصت، «هیچ قاعده حقوقی قضات را ملزم به اعمال یک روش مشخص برای تعیین اهمیت زیان وارده نمی‌کند. در نتیجه قضات در این ارزیابی مختار هستند و ارزیابی آنها از کنترل دیوان عالی نیز خارج است.» (LAY, 2004, p. 59)

Cass. 2^{ème} civ., 20 déc. 1966, Consorts Savreux c/ Cie d'assur. La providence et autres : D. 1967, jur., p. 669,
3 -préjudice intermédiaire

بااهمیت، آزادی تصمیم‌گیری هر سرمایه‌گذاری مختل شده باشد. چنانچه گفته شده: «در این سطح از عمومیت، نمی‌توان فهمید که چرا زیان وارده به هر دارنده یک پورتهوی بورسی جبران نمی‌شود: حتی اگر او مالک سهام شرکت مربوطه نیست. این شخص نیز در معرض همان زیان وارده به آزادی تصمیم‌گیری است.» (Prorok, 2016, pp. 239-240)

در پرونده ویواندی دادگاه علاوه بر خرید یا حفظ مالکیت سهم، فروش اوراق بهادار را نیز از موارد قابل جبران دانست. در این پرونده دادگاه، در محدود کردن تصمیمات زیان‌بار قابل جبران به دوره انتشار اطلاعات نادرست تلاش نمود و بر اساس آن فرضی غیرقابل رد^۱ برای رابطه سببیت پیش‌بینی شد: هر سهامداری که اوراق بهادار را در دوران انتشار اطلاعات نادرست خریداری کند، فرض بر آن خواهد بود که متحمل زیانی شده که مستقیماً از اطلاعات مذکور ناشی می‌شود؛ بدون این که خلاف این فرض قابل اثبات باشد. نتیجه این تحلیل این خواهد بود که برای جبران زیان، هیچ لزومی به اثبات رابطه سببیت بین نقض الزامات مربوط به افشا، و یک تصمیم سرمایه‌گذاری دیگر وجود ندارد و تنها اثبات افشای اطلاعات نادرست و گمراه‌کننده به علاوه انعقاد معامله در دوره افشای اطلاعات نادرست کافی خواهد بود. آنچه که از آن به عنوان «از بین رفتن شرط رابطه سببیت»^۲ یاد شده است. (Prorok, 2016, p. 265)

نتیجه

هیچ‌گاه اطلاعات به تنهایی بر تصمیم سرمایه‌گذاران و قیمت اوراق بهادار اثرگذار نیست و مجموعه‌ای از عوامل معلوم و غیرمعلوم بر این موارد اثرگذار است. درواقع، نوسان قیمت اوراق بهادار اگر تحت تأثیر شرایط بازار و عوامل متعارف باشد (خطر بورسی) زیان قابل جبران محسوب نمی‌شود، چراکه سرمایه‌گذاری در بازار اوراق بهادار مستلزم پذیرش این خطر است که محاسبات سرمایه‌گذار در عمل درست در نیامده و بر خلاف انتظار وی قیمت سهام سقوط کند. در این موارد اشخاص نمی‌توانند مسئولیت سرمایه‌گذاری‌های بد خود را بر عهده ناشر قرار دهد. ازاین‌رو،

1- irréfragable

2- La disparition de la causalité

تنها در صورتی تغییر قیمت اوراق بهادار می‌تواند ضرر قابل جبران محسوب شود که ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات باشد.

با این حال امکان تفکیک اثر نقض این الزامات و سایر عوامل مؤثر بر قیمت، به آسانی وجود ندارد و به همین دلیل نمی‌توان به طور قطع به این نتیجه رسید که چه بخش از تغییر قیمت ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات است. این در حالی است که مسئولیت مدنی مستلزم احراز زیان قطعی و وجود رابطه سببیت قطعی بین زیان وارده و عمل زیان بار است و بدون وجود این شرایط امکان اعمال قواعد مسئولیت مدنی وجود ندارد. برای رفع این مشکل در حقوق ایالات متحده، فرض رابطه سببیت از سوی قانون‌گذار و رویه قضایی ایجاد شده است و بر اساس آن امکان جبران خسارت وارده برای سرمایه‌گذاران فراهم شده است. در حقوق فرانسه نیز، با اعمال نظریه از دست دادن فرصت که هدف از طرح آن ایجاد امکان جبران برخی زیان‌های غیرقطعی است، امکان جبران زیان وارده به سرمایه‌گذاران، فراهم شده است.

در حقوق ایران، اعمال نظریه از دست دادن فرصت در خصوص این دعاوی امکان‌پذیر به نظر نمی‌رسد. چراکه خود نظریه از دست دادن فرصت در حقوق ایران نظریه‌ای نوپا است و هنوز مورد اقبال قانون‌گذار یا رویه قضایی قرار نگرفته است و پذیرش برداشت خاصی از این نظریه در دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات که مبتنی بر از دست دادن یک فرصت انتزاعی است، در حقوق ایران دور از ذهن به نظر می‌رسد. خصوصاً این که اعمال این نظریه در دعاوی مورد بحث در خود حقوق فرانسه نیز، از جهات مختلفی نظیر مغایرت آن با اصل جبران کامل خسارت و جبران جزئی خسارت، مورد انتقادات شدیدی قرار گرفته است.

در مقابل، توسل به امارات قانونی یا قضایی در حقوق ایران می‌تواند راهگشا باشد و با توجه به دشواری تشخیص میزان تأثیر اطلاعات بر قیمت و عدم امکان تفکیک اثر اطلاعات نادرست از عوامل متعارف مؤثر بر قیمت، دخالت قانون‌گذار یا رویه قضایی برای تسهیل احراز رابطه سببیت بین نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات و زیان وارده، ضروری به نظر می‌رسد. بنابراین، قانون‌گذار می‌تواند با وضع قانون اماره‌ای قانونی ایجاد کند که در صورت نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات از سوی ناشران اوراق بهادار (اعم از افشای اطلاعات نادرست یا عدم افشای اطلاعات با اهمیت)، تغییرات قیمتی که در یک حد فاصل زمانی رخ داده ناشی از اطلاعات نادرست یا اطلاعات با اهمیت افشاننده فرض شود، مگر این که خلاف این اماره اثبات گردد.

درعین حال، در صورتی که قانون گذار در این زمینه اقدام نکند، رویه قضایی می تواند بر مبنای غلبه اماره ای قضایی ایجاد نماید که بر اساس آن در صورتی که نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات رخ دهد؛ تغییر قیمت در یک بازه زمانی مشخص متناسب به نقض این الزامات تلقی گردد؛ مگر این که خوانده بتواند ثابت کند که نقض این الزامات سبب تمام یا جزئی از تغییر قیمت نبوده است.

References

- [1] Ebrahimi, M. (2010). Civil Liability for Violation of Information Disclosure Requirements in Stock Trading (Comparative Study of Iranian and American Law). *Stock Exchange Quarterly*, No. 15, 161-189. (In Persian)
- [2] Sawtelle, S. D. (2011). *Securities Fraud Liability of Secondary Actors*. Washington: DIANE Publishing.
- [3] Ayres, I. (1991). Back to Basics: Regulating How Corporations Speak to the Market. *Virginia Law Review*, 77 (5), 945-999.
- [4] Basic Inc. v. Levinson, 86-279. (Supreme Court of United States. March 7, 1988).
- [5] Bohn, James, and Stephen Choi. "Fraud in the New-Issues Market: Empirical Evidence on Securities Class Actions." *University of Pennsylvania Law Review* 144 (1996): 903-984.
- [6] Chabas, F. (2000). *Obligations : théorie générale* (9 ed., Vols. Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud). Paris: L.G.D.J.
- [7] Cornell, B., & Morgan, R. G. (1989). Using finance theory to measure damages in fraud on the market cases. *UCLA L. Rev.*, 37, 883-923.
- [8] Cornu, G. (1990). *Vocabulaire Juridique*. Paris: Presses Universitaire de France.
- [9] COURET, A., FIELD, B., SCHMIDT, D., FRANCOIS, B., DECKERT, K., de LA COTARDIERE, A., et al. (2013). *QUELLES STRATEGIES FACE AUX ABUS DE MARCHE ? Réparer, transiger, sanctionner*. paris: Colloque du 27 novembre 2013.
- [10] Cox, J. D. (1997). MAKING SECURITIES FRAUD CLASS ACTIONS. *ARIZONA LAW REVIEW*, VOy. 39, 497-525.
- [11] Fisch, J. E. (2009). Cause for Concern: Causation and Federal Securities Fraud. *IOWA LAW REVIEW*, 94, 810-873.
- [12] Fisch, J. E. (2009). CONFRONTING THE CIRCULARITY PROBLEM IN PRIVATE SECURITIES LITIGATION. *WISCONSIN LAW REVIEW*, 264-283.
- [13] Fischel, D. R. (1989). EFFICIENT CAPITAL MARKETS, THE CRASH, AND THE FRAUD ON THE MARKET THEORY. *CORNELL LA W REVIEW*, 74, 907-924.
- [14] FOX, M. B. (2009). CIVIL LIABILITY AND MANDATORY

- DISCLOSURE. *COLUMBIA LAW REVIEW*, VOL. 109 , 237-308.
- [15] Fox, M. B. (1999). RETAINING MANDATORY SECURITIES DISCLOSURE: WHY ISSUER CHOICE IS NOT INVESTOR EMPOWERMENT. *Virginia Law Review* , 5-76.
- [16] GATCHOUP TCHINDA, D. (2013). DROIT COMMUN DE LA RESPONSABILITE CIVILE ET INDEMNISATION DES VICTIMES DES PREJUDICES NES D'INFRACTIONS BOURSIERES : LE CAS DU CAMEROUN. *La Revue de l'ERSUMA*, Numéro 3 , 9-30.
- [17] Georgakopoulos, N. L. (1995). Frauds, Markets, and Fraud-on-the-Market: The Tortured Transition of Justifiable Reliance from Deceit to Securities Fraud. *UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW* , 49, 670-731.
- [18] Goldberg, J., & Zipursky, B. (2013). The Fraud-on-the-Market Tort. *VANDERBILT LAW REVIEW* , 66 (6), 1755-1806.
- [19] Huddleston v. Herman & MacLean, No. 79-3712. (United States Court of Appeals, Fifth Circuit. Unit A March 9, 1981).
- [20] Kazemi, M.(2000), Theory of Loss of Opportunity in Civil Liability. *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, 53, 185-229. .(In Persian)
- [21] KLEIN, J. (2014). *L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE FINANCIER DE L'INVESTISSEUR DANS LES SOCIÉTÉS COTÉES*. Paris: le club des juristes.
- [22] LAY, S. (2004). *PERTE D'UNE CHANCE ET DROIT DES MARCHES FINANCIERS*. STRASBOURG : Mémoire présenté en vue de l'obtention du D.E.A de droit des affaires, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN-STRASBOURG III.
- [23] Macey, J. R., & Miller, G. P. (1990). Good Finance, Bad Economics: An Analysis of the Fraud-on-the-Market Theory. *Stanford Law Review* , 42 (4), 1059-1092.
- [24] Maudouit, Annie. *OBLIGATION D'INFORMATION ET RESPONSABILITE DES INTERMEDIAIRES FINANCIERS*. Paris: Université Panthéon-Assas Paris II, Master 2 Professionnel Droit des Affaires, 2008.
- [25] Prorok, J. (2016). *La responsabilité civile sur les marchés financiers*. PARIS : Thèse de doctorat en droit à l'Université PANTHEON-ASSAS (PARIS II).
- [26] ROUSSEAU, S. (2009). Etude du recours statutaire en responsabilité civile pour le responsabilité civile pour le marche secondaire des valeurs mobilières au Quebec. *43 Revue Juridique Thémis* , 709-775.
- [27] Schlick v. Penn-Dixie Cement Corporation , 1009, Docket 73-2677 (Court of Appeals, 2nd Circuit October 31, 1974).
- [28] Shamsollahi, M. (2020), *Securities Law*, Mizan Publishing, Tehran, (in persian)
- [29] TELLIER, M. (2013). LA PERTE D'UNE CHANCE DE CONTRACTER OU DE NE PAS CONTRACTER. *Revue de Jurisprudence commerciale*, No. 4 , 1-9.
- [30] Thévenoz, L. (2008). Information, conseil, mise en garde: risques et responsabilité dans les opérations sur valeurs mobilières. In L. Thévenoz, & C. Bovet, *Journée 2007 de droit bancaire et financier* (pp. 19-57). Genève:

Schulthess,.

- [31] Thorsen, M. S., Kaplan, R. A., & Hakala, S. (2006). REDISCOVERING THE ECONOMICS OF LOSS CAUSATION. *J. Bus. & Sec. L.* , 93 (6), 93-126.
- [32] VALANCE, L. (2007). *L'indemnisation des victimes d'infractions boursières*. Paris: Université du Panthéon-Assas (Paris II).
- [33] Ventura, I. (2015, mai 11). *Préjudice boursier et recours*. Retrieved December 11, 2017, from <http://www.peeters-law.be/documents/analyse-items/87-civil-liability-for-disclosure-violation.xml?lang=fr>
- [34] Viney, G., & Jourdain, P. (1998). *Les conditions de la responsabilité*. Paris: L.G.D.J.

تحلیل اقتصادی معامله به قصد فرار از دین در ایران*

پژمان محمدی^۱

استاد دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

محبت مظفری^۲

دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشکده

حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

نرگس کشاورز بهادری^۳

دانشجوی دکترای حقوق داوری بین‌المللی

دانشگاه لوزان سوئیس

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۱۱

چکیده

یک قاعده حقوقی بر جنبه‌های گوناگون جوامع تأثیر می‌گذارد که از جمله آن، اقتصاد کشورهاست. گاهی قرارداد بر اشخاصی غیر از طرفین نیز مؤثر است که این آثار در هزینه‌ها و منافع قرارداد محاسبه نشده‌اند، اما می‌توانند بر رفاه جامعه اثر مثبت یا منفی داشته باشند. در اقتصاد، این امر تحت عنوان "آثار جانبی" مورد بررسی قرار می‌گیرد. معامله به قصد فرار از دین دارای اثر جانبی برای طلبکاران است که نسبت به قرارداد ثالث محسوب می‌شوند. گاهی میان طرفین قراردادها تقارن اطلاعاتی وجود ندارد که این نیز می‌تواند موجب فرصت‌طلبی شود. در قانون ما احکامی به معامله به قصد فرار از دین اختصاص یافته است که از جمله مواد ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳ می‌باشد و رأی وحدت رویه شماره ۷۷۴ مصوب ۱۳۹۸/۱/۲۰. سؤال این است که آیا با توجه به مبانی اقتصادی حکم موادی که راجع به معامله به قصد فرار از دین آمده است کاراست؟ باید گفت با وجود احکام چندگانه در قوانین مختلف از

* - مقاله پژوهشی

۱- نویسنده مسئول: P.mohamadi@modares.ac.ir

2- mohabbat.mozafari@gmail.com

3- n.keshavarz44@gmail.com.

DOI: 10.22067/lowecon.2020.48813.0

لحاظ اقتصادی، این احکام کارایی لازم در حقوق ایران را ندارند.

کلیدواژه‌ها: معامله به قصد فرار از دین، تحلیل اقتصادی، کارایی، آثار جانبی، فرصت طلبی.
طبقه‌بندی JEL: K11, K15

مقدمه

تحلیل اقتصادی حقوق در برخی کشورها به‌ویژه نظام‌های بزرگ حقوقی امری پذیرفته شده است. این امر در کشورهایی که رویه قضایی در آن‌ها نقش مؤثری دارد می‌تواند بسیار کارآمد عمل کند اما در کشورهای حقوق نوشته مانند ایران، که حکم قاضی باید به قانون مستند باشد با دشواری همراه است، ولی در مرحله قانون‌گذاری یا در مواردی که راه بر تفسیر قاضی باز است مانند قراردادهای، می‌توان از این تحلیل‌ها بهره برد. یکی از موضوعات مهم که باید از دید اقتصادی و حقوقی به آن نگریسته شود معامله به قصد فرار از ادای دین است. معامله به قصد فرار از دین، معامله‌ای است که در آن مدیون قصد واقعی برای انجام معامله را دارد اما انگیزه وی فرار از پرداخت دیون و زیان رساندن به طلبکاران خود می‌باشد. از نگاه اقتصادی معامله به قصد فرار از دین، معامله‌ای دارای آثار جانبی^۱ است و این آثار جانبی از جمله عوامل شکست بازار هستند چراکه در اقتصاد خرد بازارها رقابتی هستند و این آثار جانبی می‌تواند موجب تغییر شوند. البته راه‌حلی برای جلوگیری از این شکست پیش‌بینی شده است. این راه‌حل‌ها برای بررسی رابطه میان مدیون و طرف قرارداد وی و طلبکاران شخص مدیون، که نسبت به آن قرارداد ثالث محسوب می‌شوند، استفاده خواهد شد و با در نظر گرفتن عدم تقارن اطلاعات و فرصت طلبی، رابطه میان طرفین این نوع قرارداد تبیین خواهد شد. ضمانت اجرای آمده در قانون مورد مذاقه قرار خواهد گرفت. د. درواقع مهم‌ترین سؤالی که نوشتار حاضر در صدد پاسخ بدان است، این است که آیا قواعد موجود درباره معامله به قصد فرار از دین از نگاه اقتصادی کارا هستند؟ باید گفت با وجود قوانین پراکنده در این باره هیچ کدام به‌طور کامل از نظر اقتصادی مورد تأیید نیستند. برای بررسی موضوع ابتدا معامله به قصد فرار از دین مورد بررسی قرار می‌گیرد و در ادامه با توجه به

1- externalities

شرایطی که درباره تحقق این نوع معامله وجود دارد با طرح هر یک به تحلیل اقتصادی آن پرداخته می‌شود. البته لازم به ذکر است تحلیل انجام شده تحلیل اقتصادی کیفری را در بر نمی‌گیرد؛ چراکه پرداختن به این موضوع خود مقاله جداگانه‌ای را می‌طلبد. در مورد پیشینه این تحقیقات باید بیان داشت باوجود مقالات معتبر متعدد در این حوزه که حجم اعظم آن‌ها را به تحلیل‌های حقوقی می‌پردازند؛ از جمله مقاله ((احقاق حقوق اقتصادی طلبکاران در معامله به قصد فرار از دین)) و ((حمایت از طلبکاران در قبال قراردادهای با انگیزه فرار از دین حقوق ایران و فرانسه)) که در این نشریه به چاپ رسیده‌اند، اشاره کرد که می‌توان گفت بیشتر به صورت یکجانبه به طلبکار پرداخته‌اند. به جرئت می‌توان گفت جای پژوهشی که به معامله به قصد فرار از دین و تأثیر آن بر انتقال‌دهنده، انتقال گیرنده و ثالث باشد در چارچوب نظام حقوقی ایران را از منظر تحلیل اقتصادی حقوق موردبررسی قرار دهد، در ادبیات حقوقی کشور خالی می‌نماید. ((در گفتار اول به مفهوم شناسی اقتصادی مورد نیاز در این مقاله می‌پردازیم. و در ((گفتار دوم، بند دوم آن شرایط تحقق معامله از منظر حقوقی را به‌طور خلاصه اشاره نموده سپس دیدگاه‌های اقتصادی راجع به آن ذکر می‌شود و در بند دوم ضمانت اجراهای موجود به همین مورد بحث قرار می‌گیرد.

گفتار اول: مفهوم شناسی

در این قسمت برخی مفاهیم مقاله و انواع کارایی را معرفی نموده و آنچه مدنظر است بیان می‌گردد

بند اول: معامله به قصد فرار از دین

معامله به قصد فرار از ادای دین معامله‌ای است که در آن فرد انتقال‌دهنده مال قصد واقعی برای انجام معامله دارد اما انگیزه‌اش فرار از پرداخت دیون و اضرار به طلبکارانش می‌باشد. در واقع قراردادی است که بدهکار برای جلوگیری از توقیف اموالش انجام می‌دهد و اموال را از دارایی خود خارج می‌کند تا طلبکار نتواند به طلب خود برسد. از نگاه اقتصادی مدیون نسبت به اموال و دارایی خود نسبت به طلبکاران خویش از موقعیت اطلاعاتی برتری بهره می‌برد و در نتیجه بدون اطلاع آن‌ها می‌تواند از این موقعیت سوءاستفاده کند و اموال را از دارایی خود خارج نماید. قانون‌گذار با پیش‌بینی شرایطی که در آن طلبکاران می‌توانند موجب برهم زدن معامله شوند،

باعث شده است که اگر مدیون از این موقعیت برتر خود بهره برد راهی برای جبران ضرر طلبکاران وجود داشته باشد.

بند دوم: کارایی

در اقتصاد پیش از هر چیزی به مفهوم کارایی مراجعه می‌شود در اینجا نیز نخست حکم معامله به قصد فرار از دین را از دیدگاه وجود کارایی بررسی می‌شود. در مورد کارایی سه نظر وجود دارد. در یک مفهوم ساده، کارایی نسبت میان خروجی‌ها به ورودی‌هاست. از نگاه یک اقتصاددان اقداماتی کارا محسوب می‌شوند که به گونه‌ای از منابع در دسترس بهره ببرند که موجب به حداکثر رساندن تولیدات شود (Lawson, 1992: 78). تعاریف گوناگونی از مفهوم کارایی در تحلیل اقتصادی حقوق و بررسی اینکه آیا یک قانون از لحاظ اقتصادی مطلوب است یا خیر، وجود دارد. به عبارت دیگر، هزینه‌ها و منافع در نظر گرفته می‌شود تا راه‌حلی که با کم‌ترین هزینه بیشترین منفعت را در پی دارد، اعمال شود. در اینجا بعد از ارائه تعریف کوتاهی از هریک از انواع کارایی، بررسی می‌شود که کدام یک در تحلیل معامله به قصد فرار از دین قابل استفاده است. ۱. کارایی پارتو: این مورد خود به دو نوع تقسیم می‌شود: کارایی بهینه پارتو^۱ که بر اساس آن منافع به گونه‌ای تخصیص یافته‌اند که اگر تخصیص مجدد انجام شود افزایش منفعت یکی، هزینه‌ای بر دیگری است و کارایی برتر پارتو^۲ زمانی است که تخصیص مجدد منافع نه تنها وضعیت هیچ کس را بدتر نکند بلکه وضعیت حداقل یک نفر را بهبود بخشد. هر کدام از این دو مفهوم کارایی برای بررسی وضعیت‌ها، چارچوب‌هایی را دارد (Coleman, 1980: 512). به نظر می‌رسد این دیدگاه از نظر اخلاقی نظریه جذابی باشد زیرا در پارتوی برتر، حداقل یک برنده داریم درحالی که هیچ کس بازنده نیست. (Lawson, 1992: 85) امکان انطباق با این کارایی اگر نگوییم غیرممکن، دست کم، بسیار دشوار است. در پیش‌بینی حکم معامله به قصد فرار از دین سه گروه وجود دارند: انتقال گیرنده، انتقال دهنده و طلبکار. بالأخره در تعیین حکم قانونی، یکی از این گروه‌ها دچار ضرر و هزینه می‌شوند. در نتیجه برای بررسی معامله به قصد فرار از دین بهتر است به سراغ این نوع کارایی

1- Pareto optimality

2- Pareto superiority

رفته نشود. ۲. کارایی کالدور-هیکس^۱: اگر تغییر وضعیتی، رفاه یا مطلوبیت فرد یا افرادی را افزایش و رفاه عده‌ای دیگر را کاهش دهد، در صورتی که دسته نخست بتوانند در نتیجه این تغییر وضعیت، خسارت دسته دوم را جبران نمایند و با وجود این سود هم ببرند و بر رفاه آنان افزوده شود، باز هم کارایی اقتصادی وجود دارد. (badini, 2013: 376) در این مورد باید گفت زمانی که معامله به قصد فرار از دین غیرقابل استناد یا غیر نافذ است در واقع سود و منفعت طلبکار به دو گروه دیگر ترجیح داده می‌شود ولی فراموش نشود این امر بر پایه این دیدگاه تا زمانی کاراست که خسارات دو گروه دیگر به نحوی جبران شود. در معامله به قصد فرار از دین در برخی موارد تلاش بر این است که معامله را برهم زده نشود یا انتقال‌های بعدی برجای خود باقی بماند اما، در این موارد چون منتقل الیه سود می‌برد و طلبکاران ضرر، باید ضرر آن‌ها نیز جبران شود. بهترین نوع کارایی برای تحلیل معامله به قصد فرار از دین همین مورد است. ۳. به حداکثر رساندن ثروت: یکی از مهم‌ترین و قابل قبول‌ترین جنبه‌های معیار کالدور-هیکس، حداکثر سازی ثروت است، به این معنا که نهادهای عمومی باید راهی را انتخاب کنند که میزان ثروت را در همه بخش‌های مرتبط به حداکثر برسانند. (Schafer & Ott, 2004: 31) ثروت ارزش پولی یا برابر با پول برای هر چیزی است که در جامعه وجود دارد و به وسیله تمایل مردم به پرداخت برای آن، اندازه‌گیری می‌شود و یا از طرف دیگر اگر مالک آن چیزها باشند با توجه به اینکه در برابر چه میزان پول حاضر به تسلیم آن‌ها هستند سنجیده می‌شود. (Posner, 1979: 119) در واقع این مورد بیشتر معیار سنجشی را در اختیار قرار می‌دهد و در کنار معیار کالدور هیکس می‌توان از این معیار بهره برد.

گفتار دوم: بررسی اقتصادی قواعد معامله به قصد فرار از دین

از دیدگاه اقتصادی، قرارداد در صورتی منعقد می‌شود که برای طرفین منافع متقابلی وجود داشته باشد (Ansari, 2011: 166) پیش از آنکه شرایط تحقق معامله به قصد فرار از دین به‌طور کلی مورد تحلیل قرار داده شود لازم است به ماده ۲۱۸ قانون مدنی اشاره شود که بیان داشته «هرگاه

1- Kaldor-Hicks

2- wealth maximization

معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن معامله باطل است». این ماده نتیجه اصلاحاتی است که پس از یک کشاکش طولانی حاصل شده است و پیش از این حکم معامله به قصد فرار از دین غیر نافذ اعلام شده بود. ماده اصلاحی تنها به معامله صوری که به قصد فرار از دین باشد اشاره کرده است؛ درحالی که میان معامله صوری و معامله به قصد فرار از دین رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد. (Jafari Langrodi, 2003:179) در واقع، فرد انتقال دهنده در این معاملات مالکیت خود بر مال را حفظ می کند.

آنچه قرارداد را به وجود می آورد اراده طرفین است و منظور از فرض کارایی اقتصادی در قراردادها این است که طرفین از نظر منطقی درباره هزینه ها، منافع و خطرات آینده قرارداد آگاه هستند زیرا تنها در این صورت است که می توان انتظار داشت که طرفین سود ببرند اما در معامله صوری اراده ای بر ایجاد قرارداد وجود ندارد. در واقع، طرفین هزینه ها و منافع خود قرارداد را پیش بینی نمی کنند بلکه هزینه و منافع حالاتی را بررسی می نمایند که مالکیت جابه جا نمی شود و فقط تظاهر بر معامله است. البته برخی جوامع روابط اجتماعی و حفظ امنیت در روابط حقوقی را ارجح دانسته و اراده ظاهری را کافی می دانند. (Katouzian, 2009, 55)

بند اول: شرایط تحقق

در قوانین ایران، حسب مورد شرایط گوناگونی برای تحقق این وضعیت پیش بینی شده است ولی شرایط زیر از مجموع موادی که راجع به معامله به قصد فرار از دین وجود دارند، برداشت شده است:

الف: وقوع معامله ناقل مالکیت

این شرط در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۹۴ آمده است در سایر قوانین نیز با توجه به اینکه ضرر زمانی بر طلبکاران وارد می شود و قرارداد دارای اثر جانبی می گردد که مال از مالکیت مدیون خارج شود، وجود این شرط قابل تأیید است؛ بنابراین فقط آن دسته از عقود را در بر می گیرد که عقود تملیکی محسوب می شوند. در واقع با توجه به تعریفی که از ضرر ارائه شد باید ارزش محسوس و قابل توقیفی از اموال مدیون خارج شود تا ضرر محقق دانسته شود و در احتساب هزینه های وارده به ثالث و بررسی سود و زیان قابل اعمال باشد. این در حالی است که در عقود عهدی تعهد بر عهده مدیون قرار می گیرد و از دارایی وی مستقیماً کاسته

نمی‌شود. در این مورد لازم است ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی را استثناء شود چراکه اعمال این ماده پیش از وقوع عقد به قصد فرار از دین است. البته احراز قصد فرار از دین برای استفاده از این ماده به سختی ممکن است. آنچه در ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی آمده است و نوعی تأمین محسوب می‌شود، راهی برای پیشگیری است. قانون‌گذار خواسته مانعی بر سر راه سوءاستفاده از حق ایجاد کند و مانع فرصت‌طلبی گردد. در این وضعیت هنوز قراردادی وجود ندارد اما قانون‌گذار اجازه داده طلبکار سد راه ایجاد قرارداد شود، در واقع کلاً اجازه نمی‌دهد بدهکار فرصت‌طلبی نموده و قراردادی ببندد که طلبکار برای ابطال آن دچار هزینه شود. اما درخواست تأمین خواسته نیز نیاز به طی مراحل قضایی دارد و چون در این مورد دادگاه باید احراز کند که فرد قصد فروش اموال خود را دارد و این فروش به منظور فرار از دین است پس همچنان هزینه‌های دادرسی پابرجاست. اما گاه باید در نظر داشت برخی معاملات مانند رهن، انتقال نیستند، در این موارد چگونه باید عمل کرد؟ آیا این عمل مانند فرار از دین نیست؟ همچنین خود مدیون نیز در انجام معاملات ممکن متحمل هزینه‌های معاملاتی شود هرچند از نظر حقوقی این امر را با ذکر قاعده اقدام حل می‌کنند. اما از نظر اقتصادی مدیون این هزینه معاملاتی را کم‌تر از سود ناشی از حفظ اموال می‌داند. یعنی:

سود حفظ اموال < هزینه انجام معاملات .

ب: احراز طلب مسلم و قابل مطالبه

طلبی که منشأ این بررسی قرار می‌گیرد باید مسلم باشد زیرا زمانی ضرر یا خسارتی را می‌توان مورد بررسی قرارداد که دست‌کم قابل پیش‌بینی باشد و بتوان آن زیان را در محاسبات خود وارد نمود و میزان ریسک معامله دیگر و اینکه آیا ضرری وارد می‌کند یا خیر را در نظر گرفت. از سوی دیگر هزینه‌های دادرسی را باید برای دعوایی در نظر گرفت که مسلم و قابل مطالبه باشد و اگر هر دعوی احتمالی قابل طرح بود هزینه سیستم قضایی به شدت افزایش می‌یافت. در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳ که ظاهراً شرط لزوم مستند بودن طلب طلبکار به حکم قطعی دادگاه یا سند لازم‌الاجرا که پیش از این در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ صراحتاً به عنوان شرط تحقق معامله به قصد فرار از دین مورد تصریح قرار گرفته بود، نادیده گرفته شده است اما باید از این برداشت ظاهری اجتناب کرد زیرا در

انتهای ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳ صراحتاً تأکید شده است که محکوم به از محل اموال انتقال یافته توسط مدیون و نزد منتقل الیه، اخذ و وصول می‌گردد. این امر جز به معنای ضرورت وجود حکم قطعی مبنی بر محکومیت مدیون نیست که رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ بر این امر صحه گذاشته است و در شمول این حکم به مطالبات موضوع اجرائیه‌های ثبتی برخلاف ماده اول قانون سابق تردید وجود دارد. بنابراین برای استفاده از این ماده به حکم قطعی دادگاه نیاز داریم که این امر به معنای طی روند دادرسی و تحمل هزینه‌های آن است و هزینه‌هایی بر سیستم قضایی و طلبکاران وارد می‌کند. در واقع، طلبکاران برای استفاده از این ماده دو بار باید هزینه‌های دادرسی را متحمل گردند. در مورد مصادیق مشمول ماده ۶۵ قانون مدنی و ۲۱۸ سابق قانون مدنی و همچنین موارد موضوع قانون تجارت در مسلم و قابل مطالبه بودن طلب شکی نیست و برخلاف ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در این مواد هزینه‌های قضایی بر طلبکار تحمیل نمی‌شود.

ج.: قصد اضرار به طلبکاران یا انگیزه فرار از دین

در موادی که راجع به معامله به قصد فرار از دین آمده است به نحوی این شرط ذکر شده است. این شرط اثر جانبی را مورد اشاره قرار می‌دهد. گاهی قراردادها حتی در فرضی که طرفین سود می‌برند ممکن است هزینه‌هایی را بر شخص ثالثی که در قرارداد نقشی نداشته است، تحمیل کنند. از دیدگاه کارایی کالدور-هیکس زمانی معامله کارا و دارای رفاه است که میان هزینه‌هایی که بر شخص ثالث تحمیل می‌شود با سودی که طرفین از آن بهره می‌برند، تعادل برقرار باشد. با اجازه دادن به طرفین برای اعمال آزادیشان به این روش، هزینه‌ها بالا می‌رود و منافع شخص ثالث به وسیله آثار خارجی قرارداد مورد تجاوز قرار می‌گیرد. البته اگر هر اثر خارجی بتواند فرآیند قرارداد را ممنوع یا محدود کند آزادی قراردادی خاتمه یافته است. بنابراین باید دید کدام آثار خارجی را می‌توان ضرری برای اشخاص ثالث و ممانع آزادی قراردادی دانست (Trebilcock, 1997: 58). اثر جانبی قرارداد اضرار به طلبکار یا طلبکارانی است که در معامله نقشی نداشته‌اند اما به واسطه انجام آن متضرر می‌گردند شاید در این مورد ضرر را بتوان مواردی برشمرد که موجب نا دار شدن مدیون از طریق خارج نمودن ارزش محسوس و قابل توقیف از دارایی مدیون می‌شود. (Ghaboli & Derafshani: 126) قصد اضرار به طلبکاران را می‌توان در

هریک از انواع عقود رایگان و معوض مورد مطالعه قرار داد.

۱: قصد اضرار به طلبکاران یا انگیزه فرار از دین در عقود رایگان اعداد درست نیست

در مورد عقود رایگان به نظر می‌رسد همواره ضرر به طلبکاران محرز است اما باید گفت از دید اقتصادی این امر صحیح نیست. ماده ۶۵ قانون درباره عدم نفوذ وقفی است که برای اضرار به دیان واقع شده است و چون عقد وقف ویژگی ندارد که بتوان این موضوع را به آن محدود کرد از حکم این ماده می‌توان برای سایر عقود رایگان نیز بهره برد (Darvishkhadem, 1991:12&Safayi, 2004:145) یک تعهد مجانی می‌تواند دارای شرط عوض باشد (Katouzian, 2010:118) پس می‌توان برای معاملات رایگان نیز سودی تصور کرد.

در تحلیل اقتصادی تعهدات رایگان، تلاش شده که با استفاده از بحث "منافع متقابل" به این سؤال پاسخ داده شود که چرا تعهد رایگان باید لازم‌الاجرا باشد؟ اما ممکن است این توجیه درباره تعهد به انتقال در آینده موجب اقناع نشود. در واقع از نظر اقتصادی یک تعهد در صورتی باید اجرا شود که منفعتی برای متعهد داشته باشد و البته تعهدات رایگان در صورت غیرقابل الزام بودن می‌توانند به طور گسترده‌ای به سمت پرداخت فوری که نسبت به تعهد در آینده از ارزش کم‌تری برخوردار است پیش بروند. اما در این مورد نباید هزینه‌های نظام قضایی را فراموش کرد. مسئله‌ای که در جامعه اقتصادی مطرح است این است که تعهد زمانی باید اجرا شود که منفعت آن بیش از هزینه‌هایش باشد. منفعت یک تعهد رایگان به میزان تعهد و طول زمان بهینه برای تکمیل آن بستگی دارد و هرچه زمان طولانی‌تر باشد عدم اجرای آن موجب از بین رفتن منافع بیشتری می‌شود (Posner, 1977:411). بنابر آنچه تا کنون گفته شد، نمی‌توان هر تعهد رایگانی را ضرری دانست و آن را هزینه محض برای طلبکاران در نظر گرفت.

در مورد معاملات تاجر ورشکسته برخی از حقوق‌دانان بر آنند که ماده ۴۲۴ قانون تجارت درباره معاملات است که معوض باشند و معاملات غیر معوض را دربرنمی‌گیرد (Ahmadi, vastani, 1962:179) و گروهی دیگر این ماده را دربرگیرنده معاملات معوض و غیر معوض می‌دانند. (ستوده، ۱۳۷۵: ۱۸۳) این اختلاف نظر به دلیل این است که قانون‌گذار در این ماده عبارت «ضرر بیش از ربع قیمت حین معامله» را آورده است و از آنجایی که در معاملات

غیر معوض ضرر بیش از ربع قیمت قابل تصور نیست پس برخی نتیجه می گیرند که این ماده تنها برای معاملات معوض است اما زمانی که قانون گذار ضرر بیش از ربع قیمت را نمی پذیرد به طریق اولی ضرر کل قیمت را نیز نمی پذیرد. (Saghari, 1934:301) به هر حال، حتی اگر گفته شود این ماده تنها برای معاملات معوض کاربرد دارد می توان با استناد به ماده ۶۵ ق. م. که حکم آن برای معاملات غیر معوض است معاملات غیر معوض تاجر ورشکسته را غیر نافذ دانست و این امر می تواند به نفع طلبکاران باشد چرا که اگر معامله غیر نافذ باشد منافع مال موضوع معامله در فاصله زمانی میان انعقاد معامله تا حکم دادگاه به دارایی تاجر برمی گردد.

۲. قصد اضرار به طلبکاران یا انگیزه فرار از دین در عقود معوض

در معاملات معوض نیز لازم است قصد اضرار به طلبکاران یا فرار از دین وجود داشته باشد. به جز قانون تجارت که میزان ضرر را مشخص نموده است سایر قوانین این موضوع را به طور کلی بیان داشته اند. در واقع باید توجه داشت در معاملات معوض نیز گاهی عوض خارج شده از دارایی مدیون از عوضی که وارد دارایی وی می شود با ارزش تر و مفیدتر به حال طلبکاران است. در ماده ۴۲۴ قانون تجارت قانون گذار برای ورود ضرر میزانی را مشخص نموده است و اگر ضرر طلبکاران کم تر از این حد یعنی یک چهارم قیمت زمان حین معامله باشد حتی اگر به قصد ضرر به طلبکاران هم باشد معامله صحیح و غیر قابل فسخ است اما آیا واقعاً یک چهارم قیمت حین معامله در همه معاملات به یک اندازه ارزش دارد؟ مثلاً اگر تاجر ورشکسته به قصد فرار از دین زمین خود به ارزش یک میلیارد تومان را به قیمت هفتصد و شصت میلیون بفروشد یعنی دویست و چهل میلیون کم تر از قیمت واقعی آن، این معامله به موجب این ماده قابل ابطال نخواهد بود اما اگر همین تاجر مالی با ارزش یک میلیون را به قیمت هفتصد و چهل هزار تومان بفروشد، این معامله قابل فسخ خواهد بود. آیا ارزش و تأثیری که یک چهارم قیمت در هر دو معامله بر وضعیت طلبکاران دارد یکسان است؟ شاید بتوان چنین نتیجه گرفت که هر چه قیمت مال موضوع معامله بیشتر باشد امکان ایجاد ضرر برای طلبکاران بدون اینکه ارزش آن به یک چهارم قیمت آن مال برسد بیشتر است. به نظر نمی رسد تعیین میزان ثابت در همه معاملات صحیح باشد. اگر قانون گذار در پی تعیین میزان بوده است بهتر بود بازه هایی را مشخص می نمود مثلاً گفته می شد چنانچه در

معاملات با ارزش از a تا b میزان، میزان y درصد باشد مشمول این ماده است. البته شاید دلیل این معیار قانون‌گذار این بوده که تا حد امکان از فسخ معاملات تاجر جلوگیری کند تا در گردش معاملاتی و اقتصادی کم‌تر اختلال ایجاد کند.

در تمام مواردی که اشاره شد دین به وجود آمده است و پس از آن مدیون معامله‌ای را برای فرار از دین منعقد می‌سازد یا قصد انعقاد آن را دارد اما در ماده ۲۵ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳ قانون‌گذار حالتی را پیش‌بینی کرده است که در آن فرد از ابتدای امر، قصد عدم تأدیه یا تبدیل آن به یکی از مستثنیات دین را دارد. احراز این قصد با دشواری همراه است اما سؤالی که پیش می‌آید این است که اگر مدیون مال را به مال کم ارزش‌تری تبدیل نموده باشد و از بدو امر نیز قصد عدم تأدیه دین داشته باشد، طلبکاران تنها می‌توانند از این ماده بهره ببرند و نباید متعرض معامله‌ای شوند که مدیون انجام داده است؟ در فرض علم طرف معامله با مدیون حتی اگر قصد در ابتدا وجود داشته باشد باید بتوان از ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بهره برد. نکته متفاوت این ماده اشاره به مستثنیات دین است که حتی تبدیل به آن نیز در صورت وجود قصد ابتدایی به این امر موجب نمی‌شود که طلبکاران نتوانند طلب خود را از آن مال استیفاء کنند.

ح: عدم کفایت باقی مانده اموال برای پرداخت دیون

اگر باقی مانده اموال برای پرداخت به طلبکاران کفایت کند دیگر نیازی به اقامه دعوی نخواهد بود. اثر جانبی زمانی رخ می‌دهد که قرارداد هزینه یا ضرری بر اشخاص ثالث تحمیل کند حال تازمانی که سایر اموال مدیون برای جبران دیون طلبکاران کافی می‌باشد نمی‌توان این معامله را نسبت به ثالث ضرری و در نتیجه دارای اثر جانبی دانست.

د: آگاهی طرف قرارداد:

این شرط تنها در قوانین نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ و ۱۳۹۳ آمده است. طرفین معامله یعنی عناصر حسابگر با تکیه بر اصل عقلانیت^۱ به دنبال به حداکثر رساندن سود خود

هستند و این مهم را با به کارگیری استراتژی‌های منطقی و در نظر گرفتن شرایط و واکنش طرف مقابل اعم از هزینه‌ها و فواید و نیت‌ها انجام می‌دهند در واقع دوطرف قرارداد در شرایط مشخص به طور احتمالی برهم خوردن قرارداد را تخمین می‌زنند و بر این اساس مسئولیت خود را در صورت برهم خوردن آن محاسبه می‌نمایند. (Hermailin;Katz;Caraswell2006:97)

در فرض آگاهی طرف معامله، اطلاعات در حالت تقارن قرار دارد بنابراین معامله نسبت به دو طرف و بدون در نظر گرفتن اثرات جانبی کاراست اما پیشتر بیان شد که در تحلیل اقتصادی قراردادها یک عنصر مهم توجه به اثرات جانبی آن قرارداد نسبت به اشخاصی است که نه به طور مستقیم بلکه غیرمستقیم با قرارداد ارتباط دارند. از طرف دیگر عدم تقارن اطلاعاتی میان طرفین قرارداد موجب فرصت طلبی طرف آگاه‌تر می‌گردد. در واقع فرصت طلبی می‌تواند تلاش متعهد برای دستیابی به سود بیشتر باشد بدون اینکه شرایط تغییری یافته باشد (Miceli,1997:111).

روشن است که در این نوع قراردادها نیز با آثار جانبی رو به رو هستیم. در واقع آگاهی طرف قرارداد از دو جهت قابل بررسی است یکی نسبت به مدیون که در صورت عدم اطلاع مدیون از قصد فرار از دین طرف دیگر نسبت به او در انجام قرارداد فرصت طلبی رخ داده است و دیگری اطلاع طرف قرارداد نسبت به طلبکاران مدیون که در اینجا اطلاع یا عدم اطلاع وی موجب بررسی حسن نیت وی می‌گردد. برای اینکه بررسی اینکه آیا از دیدگاه اقتصادی لازم است از حسن نیت به طور قانونی حمایت کرد چند معیار مدنظر قرار می‌گیرد: ۱. عدم تقارن اطلاعاتی میان طرفین ۲. هزینه داشتن کسب اطلاع ۳. یکی از طرفین بتواند از موقعیت اطلاعاتی خود سوءاستفاده کند. (Mackaay & Lebanc,2003:12) در این مورد چنانچه طرف قرارداد از وجود ضرر به طلبکاران و فرار از دین آگاه نباشد و این کسب اطلاع به نحوی برای وی هزینه داشته باشد سه معیار امکان حمایت قانونی از حسن نیت وی وجود دارد اما ما با طلبکارانی رو به رو هستیم که قراردادی موجب خسارتشان گردیده است که در آن نقشی نداشته‌اند. در صورتی که معامله را در فرض عدم اطلاع طرف قرارداد صحیح بدانیم مدیون در این رابطه سود می‌برد طرف معامله نیز سود خود را از قرارداد می‌برد اما طلبکاران دچار خسارت می‌گردند حال اگر معامله را در هر صورتی بتوان برهم زد (چه در فرض علم و چه عدم آن) عوضین به طرفین برگردانده می‌شود بنابراین اگر طرف نا آگاه عوضی داده باشد مسترد می‌شود و طلبکاران نیز دچار ضرر نمی‌گردند. در واقع، بر اساس معیار کالدور-هیگس در فرض عدم آگاهی که معامله پابرجا می‌ماند، مجموع

رفاه به دست آمده ممکن است بیش از ضرر وارده بوده و جبران‌کننده آن نباشد بنابراین می‌توان گفت در این مورد حسن نیت را نباید در نظر گرفت. البته لازم به یادآوری است در قانون‌گذاری تنها به اصول اقتصادی توجه نمی‌شود و عناصر دیگری از جمله اخلاق نیز تأثیرگذار هستند.

گفتار دوم: ضمانت اجرا

در مورد معامله به قصد فرار از دین گذشته از بطلان در معاملات صوری به قصد فرار از دین که پیش از این از بحث خارج گردید، می‌توان به سه ضمانت اجرای عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد و فسخ اشاره کرد. در این قسمت هر کدام از ضمانت‌اجراهای ذکر شده در قوانین به نحو جداگانه بررسی می‌شود.

بند اول: عدم نفوذ

عدم نفوذ ضمانت اجرایی است که در ماده ۲۱۸ سابق قانون مدنی برای معامله به قصد فرار از دین وجود داشت و هم‌چنان در ماده ۶۵ قانون مدنی نیز وجود دارد. گفته شد این قراردادها دارای آثار جانبی هستند. راه‌حل‌های مقابله با آثار جانبی به دو دسته خصوصی و دولتی تقسیم می‌شوند. در دسته خصوصی نظر بر این است که کسانی که از آثار جانبی متأثرند در برخی مواقع بتوانند مشکل را میان خودشان حل کنند. به عبارت دیگر، گروه‌های ذی‌نفع می‌توانند مشکل را با مذاکره و انعقاد قرارداد برطرف کنند. در واقع زمانی که آثار جانبی مثبت باشد و هیچ مانعی بر سر راه توافق وجود نداشته باشد این امر اتفاق می‌افتد (Kaplow; Shavell, 2002; 1697). بر اساس قضیه کاوز بخش خصوصی در برخی شرایط می‌تواند بسیار کارا و مؤثر عمل کند. اگر گروه‌های فعال در بخش خصوصی بتوانند از طریق مذاکره و بدون صرف هزینه در مورد تخصیص منابع به توافق برسند، آنگاه بخش خصوصی همیشه مشکل آثار جانبی و تخصیص منابع را به‌طور کارآمد حل خواهد کرد اما گاهی این روش کارایی ندارد و به سراغ راه‌حل‌های دولتی می‌رویم. دولت می‌تواند با روش‌های خاص، چه از طریق تشویق و چه از طریق منع قانونی به رفع مشکلات مربوط به آثار خارجی بپردازد (Mankie, 2012: 249-290). ضمانت اجرای عدم نفوذ در واقع راه را بر مذاکره و انعقاد قرارداد خصوصی باز می‌گذارد و طلبکاران می‌توانند معامله را تنفیذ کنند اما چنانچه آن را به نفع خود ندانند حق دارند برای بطلان آن اقدام کنند که در این حالت راهکار

انتخابی را می‌توان "دخاله مقرررات" که راه‌حلی دولتی است، دانست. اگر طلبکاران این راه را انتخاب کنند معامله بی‌اثر می‌شود.

بند دوم: عدم قابلیت استناد

عدم قابلیت استناد ضمانت اجرایی است که از قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ و ۱۳۹۳ قابل برداشت است. باید توجه داشت در قانون جدید نیز به هیچ‌وجه اشاره‌ای به بطلان یا عدم نفوذ این نوع معاملات نشده است. در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۳ آمده است "....در این صورت عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال مثل یا قیمت آن از اموال انتقال گیرنده به عنوان جریمه اخذ و محکوم به از محل آن استیفاء خواهد شد." با توجه به اینکه ماده بیان داشته "به عنوان جریمه اخذ می‌گردد" نشان بر این است که معامله برهم نمی‌خورد و مال به دارایی مدیون بازمی‌گردد بلکه این شخص ثالث یعنی طلبکار است که تا میزان طلب خود می‌تواند از آن مال برداشت نماید. به عبارت بهتر، ظاهراً معامله به قصد فرار از دین صحیح و معتبر است ولی انتقال گیرنده دارای سوءنیت مجازات می‌شود. در مورد فرار از دین اهمیت وضع ماده در این است که از خالی شدن کیسه دارایی مدیون جلوگیری شود و گرنه مال خاص و معینی مدنظر نیست. با این حال، اگر مال از دارایی مدیون خارج شد به هر نحو از جمله جریمه کردن انتقال گیرنده هم دست مدیون، زیان طلبکار جبران و فرصت طلبی طرفین انتقال محدود می‌گردد. بنابراین طلبکاران نباید بتوانند معاملات بعدی را برهم بزنند بلکه مثل یا قیمت را از انتقال گیرنده اول دریافت کنند. از سوی دیگر در دیدگاه اقتصادی اگر منافع استفاده شده در آنچه باید به طلبکار بازپس داده شود آورده نشود درواقع انتقال گیرنده بر مبنای معیار کالدور-هیکس منفعتی را برده که موجب ضرر به دیگری است و وی باید این ضرر را جبران کند. پس شاید راه‌حل بهتر این باشد که حداقل منافع استیفاء شده مورد محاسبه قرار گیرد. هرچند از دیدگاه حقوقی چنین امری را نمی‌توان به سادگی تحلیل کرد، با توجه به وضعیت این ماده راه بر تحلیل قضات باز است. انتقال گیرنده بعد از بازپس دادن مال یا بدل آن می‌تواند به مدیون مراجعه کند و ثمن را بازپس بگیرد. هرچند بازپس گرفتن آنچه به عنوان جریمه داده شده است از سوی شخص مرتکب جرم به راحتی قابل توجیه نیست. در مورد عدم قابلیت استناد نیز مانند عدم نفوذ می‌توان گفت راه مذاکره باز است زیرا طلبکاران می‌توانند روند و استقرار معامله را برهم زنند یا اجازه

دهند به حیات خود ادامه دهد. در صورتی که یک طلبکار وجود داشته باشد انعقاد قرارداد خصوصی و مذاکره می‌تواند راه گشا باشد اما اگر تعداد طلبکاران زیاد باشد نمی‌توان به سادگی به مذاکره تکیه کرد زیرا با وجود راضی کردن طلبکاری که در پی اقدام قضایی رفته است سایر طلبکاران همچنان حق دارند به نفع خود دعوی طرح کنند. البته در این مورد نباید فراموش نمود آگاهی طرف معامله در غیرقابل استناد دانستن آن مؤثر است و درواقع حسن نیت طرف معامله باعث می‌گردد طلبکاران نتوانند آن معامله را غیرقابل استناد دانسته و به موضوع معامله تعرضی نمایند. در این مورد که حسن نیت در آن مؤثر است در واقع بر اساس معیار کالدور-هیکی مدیون سود می‌برد، طرف معامله با وی نیز سود خود را از معامله خواهد برد اما ضرر طلبکاران جبران نشده باقی می‌ماند. حسن نیت در دو ضمانت اجرای دیگر در نظر گرفته نشده است اما نباید فراموش کرد گاه اخلاق موجب می‌شود تا قواعد اقتصادی و حقوقی تغییر یابند.

بند سوم: فسخ

فسخ ضمانت اجرایی است که در ماده ۴۲۴ قانون تجارت پیش‌بینی شده است. حقوقدانان درباره اینکه مراد از قابل فسخ در این ماده چیست اتفاق نظر ندارند. اگر معامله فسخ شود در صورتی که عین مال موجود باشد به موجب ماده ۴۲۵ قانون تجارت به دارایی تاجر برگردانده می‌شود اما اگر عین مال مزبور در تصرف طرف معامله نباشد تفاوت قیمت را خواهد داد. اثر فسخ در اینجا با آنچه از قانون مدنی قابل برداشت است، متفاوت می‌باشد (ماده ۲۸۶ قانون مدنی). اینکه هرگاه از زمان شروع دعوای فسخ تا صدور حکم - که اصولاً بازه زمانی طولانی را در برمی‌گیرد - این تفاوت قیمت را پردازد معامله به قوت خود باقی می‌ماند، با توجه به تغییرات اقتصادی و با فرض وجود تورم اینکه خسارتی برای این مدت در نظر گرفته نمی‌شود و اینکه صرفاً همان قیمت زمان معامله پرداخت شود امری ضرری است ولی هم‌زمان نشان‌گر آن است که ضمانت اجرای پیش‌بینی شده، فسخ معامله است.

در فسخ نیز مانند دو ضمانت اجرای دیگر راه بر مذاکره باز است چرا که طلبکاران می‌توانند از این حق فسخ استفاده نکنند اما در اینجا تفاوتی که وجود دارد این است که منافع از زمان قرارداد تا زمان فسخ از آن طرف قرارداد است و بر اساس معیار کالدور-هیکی باید گفت طرف قرارداد منفعتی را برده که موجب ضرر طلبکاران گردیده است. البته اعمال این ضمانت اجراء دارای مرور

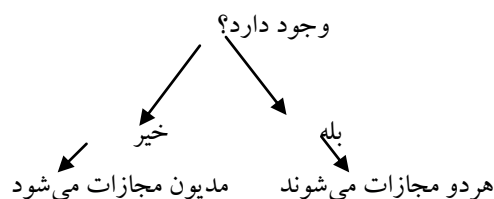
زمان دو ساله است که به نظر می‌رسد برخلاف نظر شورای نگهبان در مورد مرور زمان همچنان پابرجاست (Hatani, 2000:57) اعمال این مرور زمان از سوی طلبکاران با مشکلاتی همراه است چراکه مبدأ آن دو سال از تاریخ وقوع معامله است، حال آنکه صدور حکم فسخ این گونه معاملات مبتنی بر صدور حکم ورشکستگی است و امکان دارد مدت طولانی برای صدور حکم ورشکستگی بگذرد پس در عمل کمتر موردی را می‌توان سراغ داشت که در دادگاه مطرح شده باشد (sokooti, 2006, 69). برای علت کارایی مرور زمان کوتاه در معاملات تجاری می‌توان بیان داشت که نگهداری اسناد و مانند آن از باب تأمین دلیل برای اشخاصی که مداوم و در حجم وسیعی معاملات تجاری انجام می‌دهند بسیار پر هزینه خواهد بود و بر قیمت تمام شده کالاها اثر می‌گذارد و این هزینه‌ها در انتها بر مصرف کنندگان تحمیل می‌گردد. در بحث ورشکستگی موضوع متفاوت است چراکه ورشکستگی مربوط به نظم عمومی است بنابراین توجیهاتی که برای معاملات تجاری بیان شد، کارایی ندارد زیرا اقتصاد کل جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد و مرور زمان که اصولاً با معنای مسامحه در رسیدگی همراه است را بر نمی‌تابد (nouri & ahoundi, 2008:57) بنابراین می‌توان نتیجه گرفت چه از نظر اقتصادی و چه از نظر عملی مرور زمان پیش‌بینی شده در این ماده کارا نیست.

نتیجه‌گیری

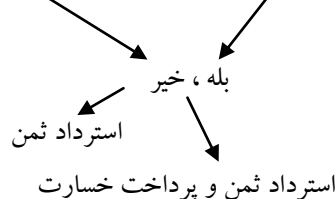
در نوشتار حاضر، برای بررسی معاملات با انگیزه فرار از ادای دین از میان معیارهای کارایی، معیار کالدور-هیکس برگزیده شد که بر مبنای آن اگر تغییر وضعیتی، رفاه یا مطلوبیت فرد یا افرادی را افزایش و رفاه عده‌ای دیگر را کاهش دهد و به‌طور کلی سود حاصله به حدی باشد که زیان‌ها را پوشش بدهد و در عین حال رفاه را افزایش بدهد، باز هم کارایی اقتصادی وجود دارد. در قانون مدنی با وجود چندین ماده از جمله مواد ۲۱۸ و ۲۱۸ مکرر و ۶۵، راه بر انجام دهندگان معامله به قصد فرار از دین بسته نیست. تنها معاملات غیر معوضی که به قصد فرار از دین باشند غیر نافذ هستند در حالی که معامله معوض واقعی و نه صوری که با قصد فرار از دین انجام شود بر اساس قوانین مدنی با احتمال فراوان کاملاً صحیح است. در مورد این معاملات اما می‌توان به سراغ ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳ رفت که برای استفاده طلبکاران از

نتایج آن لازم است ابتدا با طی مراحل دادرسی حکم محکومیت مالی به دست آورد. با این حال به دلیل تشریفات این ماده هزینه‌ها افزایش می‌یابد. مواد قانون تجارت نیز تنها در مورد تجارت قابل اعمال است و نمی‌توان از آن حکم کلی برداشت کرد. از نگاه اقتصادی این نوع معامله بر شخص ثالث اثر می‌گذارد و دارای آثار جانبی است. آثار جانبی از جمله عوامل شکست بازار است و برای حل این مشکل دو نوع راه حل دولتی و خصوصی وجود دارد. در ضمانت اجرای عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد و فسخ راه برای مذاکره و قرارداد خصوصی باز است و اگر طرفین از این راه به نتیجه نرسیدند می‌توانند به دادگاه مراجعه نموده و راه حل دولتی را اعمال کنند. عدم قابلیت استناد این ویژگی را دارد که معامله صحیح قلمداد شود اما در عدم نفوذ، معامله به طور کامل حیات حقوقی نیافته است. بنابراین اگر یکی از اهداف آزادی قراردادی و حفظ قرارداد باشد، عدم قابلیت استناد راه حل بهتری است. در مورد علم انتقال گیرنده نیز تنها ماده‌ای که به آن اشاره داشته ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳ است. شاید بتوان گفت این ماده حسن نیت طرف دیگر را مدنظر قرار داده اما باید در نظر داشت بر مبنای این ماده اگر علم انتقال گیرنده نباشد، معامله صحیح است. این نظر به معنای نفع بدهکار و ضرر طلبکار است. بر اساس معیار کارایی کالدور-هیکس گروهی که منفعت برده باید ضرر گروه دیگر را جبران کند اما در اینجا جبرانی وجود ندارد. پس از نظر کارایی علم و حسن نیت نباید مدنظر قرار گیرد. پیشنهادی که در این باره می‌توان اشاره نمود این است که در قوانین، ضمانت اجرا، عدم قابلیت استناد چنین معاملاتی قرار داده شود بدون در نظر گرفتن علم یا عدم علم طرف مقابل. به علاوه، برای بهره‌مندی طرف معامله با مدیون که به قصد مدیون آگاه نیست از مزایای حسن نیت، با وی مانند خریدار جاهل درباره مال غصبی برخورد شود تا بتواند علاوه بر ثمن به نرخ روز خسارات خود را نیز از مدیون دریافت کند. شکل زیر بیانگر این موضوع است:

آیا میان طرف قرارداد و مدیون تقارن اطلاعاتی



آیا طرف قرارداد حسن نیت دارد



References

- [1] Ahmadi vastanti, Abdolghani. (1962). *Bankrupt's transactions*, Journal of central bar association, 80, pp. 117-141. (In Persian)
- [2] Ansari, Mahdi. (2011). *Economic analysis of the Law of the Contracts*, Tehran, Javdanesh publications. (In Persian)
- [3] Badini, Hasan. (2013). *Philosophy of the Civil Responsibility*, Tehran, Enteshar Co. Publications (In Persian)
- [4] Badini, Hasan. (2003). *Philosophical Principals of Economic Approach to the Law*, The Tehran University's faculty of law and political sciences journal, 62, pp. 91-136 (In Persian)
- [5] Coleman, J. L. (1979). *Efficiency, utility, and wealth maximization*. *Hofstra L. Rev.*, 8, 509.
- [6] Darvish Khadem, Bahram. (1991). *Transactions intended to escape from payment*, The Tehran University's faculty of law and political sciences journal, 26, pp. 1-30. (In Persian)
- [7] Hatami, Ali Asghar, Zakeri, Mohammad Vahid. (2000). *Revaluation of in Islamic Republic of Iran's Legal System*, The faculty of law and political sciences journal, 48, pp. 47-70 (In Persian)
- [8] Hermalin, B. E., Katz, A. W., & Craswell, R. (2006). *The Law and economics of contracts*.
- [9] Kaplow, L., & Shavell, S. (2002). *Economic analysis of law*. In *Handbook of public economics* (Vol. 3, pp. 1661-1784). Elsevier.
- [10] Izanloo, Mohsen, Sharieatinasab, Sadegh. (2012). *Comparative Study on "Unenforceability" in Iranian and French Law*, Private law journal, 9:2, pp. 35-66 (In Persian)
- [11] Jafari Langerodi, Mohammad Jafar. (2003). *Annotated Civil Code of Iran*, Tehran, Ganjedanesh Publication. (In Persian)
- [12] Katouzian, Naser. (2010). *Iranian Civil Code in Current Legal order*, Tehran, Mizan Publication. (In Persian)
- [13] Katouzian, Naser. (2009). *Civil Law- General Provisions on Contract Law*, Vol2, Tehran, Enteshar Co. Publications. (In Persian)
- [14] Lawson, G. (1992). *Efficiency and Individualism*. *Duke LJ*, 42, 53.
- [15] Mackaay, E., & Leblanc, V. (2003). *The law and economics of good faith in the civil law of contract*.
- [16] Mankiew, Gregory. (2008). *Principles of Economics*, Translated by. Hamidreza Arbab, Tehran, Nay Publication.
- [17] Miceli, T. J., & Miceli, T. J. (1997). *Economics of the law: Torts, contracts, property, litigation*. Oxford University Press on Demand.
- [18] Nouri, Jafar, Akhundi, Abdur Rashid. (2013). *Economic Analysis of Law on Limitation (Lapse of Time)*. Private law Journal, 5, pp. 35-59. (In Persian)
- [19] Posner, R. A. (1977). Gratuitous promises in economics and law. *The Journal of Legal Studies*, 6(2). 411-426.
- [20] Posner, R. A. (1979). Utilitarianism, economics, and legal theory. *The Journal of Legal Studies*, 8(1). 103-140.

- [21] Ott, C., & Schäfer, H. B. (2004). *The economic analysis of civil law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- [22] Qaboli Derafshani, Seyed Mohammad Mahdi, Mohseni, Saeed, (2013) *Protection of Creditors against Contracts with Intention of Escape from Payment of Their Debts In Iran and France's Legal Systems*, Economic law journal (Then- knowledge and development), 19:1, pp.119-147. (In Persian)
- [23] Safayi, Hossein, (2004) *Briefing on Civil Law*, Tehran, Mizan Publication. (In Persian)
- [24] Safari, Mohammad. (2000). *Practical and Theoretical Approaches to Bankruptcy*, Tehran, Enteshar Co. publication. (In Persian).
- [25] Sokooti, Reza. (2006). *The effect of Bankruptcy judgment on pre-bankruptcy's Transaction of Merchants*, Human studies and social science journal of University of Tabriz, 21, pp.81-115. (In Persian)
- [26] Sotude Tehrani. (1996) *Commercial Law*, Tehran, Dadgostar Publication. (In Persian)
- [27] Trebilcock, M. J. (1997). *The limits of freedom of contract*. Harvard University Press.
- [28] Veljanovski, C. G. (2007). *Economic principles of law*. Cambridge University Press.

کارکردهای مجرمانه ارزشهای مجازی: تحلیل جرم‌شناختی و راهکارهای پیشگیرانه*

علی صفاری^۱

دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی،

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

راضیه صابری^۲

دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده

حقوق دانشگاه شهید بهشتی، پژوهشگر موسسه

پژوهشی حقوقی شهر دانش

عارف خلیلی پاجی^۳

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۱۸

چکیده

پول در معنای ابزاری جهت مبادله قدمتی به اندازه تاریخ بشر دارد. استفاده از پول‌های کالایی تا ضرب سکه‌های فلزی و چاپ اسکناس‌های با پشتوانه طلا و در نهایت شکل‌گیری اسکناس‌های بدون پشتوانه را می‌توان خلاصه‌ای از سیر تکوین پول در نظام‌های پولی ملی و فراملی دانست. نظام موجود پولی، پس از گذر از نظام «برتون وودز» و شکل‌گیری «پول بدون پشتوانه» در تمامی کشورها استقرار یافت. با وجود توسعه ظرفیت‌های تجاری و اقتصادی در پهنه نظم نوین برآمده از اقتصاد جهانی شده، این نظم همواره

* - مقاله پژوهشی

1- alisaffary2020@gmail.com

۲- نویسنده مسئول: raziehsaberi@yahoo.com

3- Arefkhalilipaji@gmail.com

DOI: 10.22067/lowecon.2020.48879.0

کانون انتقاداتی بنیادین از سوی منتقدان وضع موجود به سبب آسیب‌رسان بودن آن بوده است. ویژگی تورمی آن و تبدیل شدن پول به عنوان ابزاری در دست حکومت‌ها در راستای تحمیل سیاست‌هایی که نتایج زیان‌بار برای قشر متوسط و ضعیف در پی دارد و سوءمدیریت ناظران نظم موجود و در نتیجه ایجاد بحران‌های اقتصادی که پیامدهای منفی آن نیز بر دوش قشر مذکور است محور انتقادات به نظم نوین پولی است. از این رو، ارائه مدل‌های تعدیل‌کننده وضع موجود یا جایگزینی برای آن، حداقل در سطح دانشگاهی، مباحثی را به خود اختصاص داده است. امری که با وقوع بحران اقتصادی ۲۰۰۸ و معرفی فن‌آوری نوین «بیت‌کوین» به عنوان یک ارز یا پول مجازی، با کارکرد پول یا سامانه پرداخت وارد ابعاد نوینی شد که یک سال بعد با آغاز فعالیت، بیش از پیش نظرها را در ضرورت تغییر وضعیت فعلی به خود جلب کرد. در این چارچوب، ارزش‌های مجازی به دلیل برخورداری از ویژگی‌های منحصربه‌فرد همواره از ابعاد گوناگون مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته‌اند. ویژگی‌هایی که افزون بر تسهیل مبادلات و کاربست‌های متعارف، می‌تواند قابلیت‌های احتمالی و واقعی مجرمانه‌ای را نیز در پی داشته باشد و بدین سان مطالعه ابعاد جرم‌شناختی این ابزار فن‌آورانه را اجتناب‌ناپذیر نماید. از این رو، در پژوهش پیش‌رو، با روشی توصیفی-تحلیلی و استفاده از منابع معتبر، علل تمایل بزهکاران به جایگزینی ارزش‌های مجازی به جای ارزش‌های رایج در ارتکاب فعالیت‌های مجرمانه در پرتو برخی نظریه‌های جرم‌شناسی و راه‌های پیشگیری از آن‌ها بررسی خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: ارز مجازی، بیت‌کوین، بررسی جرم‌شناختی، قانون‌گذاری، پیشگیری.

طبقه بندی K14: JEL

مقدمه

ارز مجازی (Virtual Currency) عنوانی عام برای برخی ابزارهای فن‌آورانه با ویژگی‌ها و کارکردهای پولی یا ابزارهای مبادله است. برخی از مصادیق ارزش‌های مجازی را می‌توان ارزش‌های مبتنی بر فن‌آوری رمزنگاری دانست که با عناوینی چون رمزارز (Crypto-currency)، ارز رمزپایه و رمزینه در ادبیات فارسی مورد استفاده قرار می‌گیرد. این فن‌آوری برآمده از فضای مجازی است و در بستر این فضا معنا می‌یابد (Soleimani poor, et al., 2017: 173). در مقام مقایسه ارزها یا

پول‌های مجازی با ارزها یا پول‌های واقعی چند نکته قابل توجه است.^۱ نخست آنکه، خلق و ایجاد ارزهای مجازی وابسته به شخص یا گروه خاصی نیست و تمامی کاربران شبکه می‌توانند با استفاده از سازوکارهایی مشخص اقدام به خلق ارز نمایند؛ برخلاف ارزهای رایج فعلی/فیات (Fiat Currency) که بر اساس ضوابطی مشخص خلق و ایجاد آن جز وظایف ذاتی حکومت‌ها محسوب می‌شود و عموم مردم در این زمینه وظیفه‌ای ندارند. دوم آنکه مانند فیات، ارزهای مجازی نیز بدون پشتوانه مادی هستند. در واقع، همان‌گونه که دهه‌ها است پول‌های رایج بدون پشتوانه توسط دولت‌ها ایجاد می‌شوند ارزهای مجازی نیز فاقد هرگونه پشتوانه‌ای هستند.^۲ با این حال، اگر اعتبار دولت‌ها و میزان تولید کالا و خدمات را بتوان به‌نوعی پشتوانه پول‌های موجود دانست می‌توان این‌طور استدلال کرد که در این مفهوم ارزهای مجازی نیز از پشتوانه‌ای در معنای اعتماد عمومی برخوردار هستند. افزون بر موارد مذکور، باید دانست که از حیث حمایت قانونی نیز وضعیت ارزهای مجازی نسبت به فیات متفاوت است. فیات از حمایت کامل قانونی برخوردار است و ارزهای مجازی نه تنها به عنوان پول مورد شناسایی قرار نگرفته، بلکه رویه رسمی دولت‌ها تقلیل اعتبار آن از نوعی پول به سمت نوعی کالا است.

با این حال مزایای ارزهای مجازی نسبت به سامانه‌های مالی سنتی تلاش‌های رسمی برای به حاشیه کشاندن آن را تا حدودی ناکام کرده است. ازجمله مزایای ارزهای مجازی را می‌توان

۱. در این زمینه مصداق بارز ارزهای مجازی یعنی بیت‌کوین به عنوان رمزارزی جهان‌روا مدنظر است؛ زیرا برخی رمزارها از قابلیت‌های محدودتری برخوردار هستند. در خصوص ارزهای مجازی از حیث تاریخی باید سابقه آن را از سال ۱۹۹۸ بررسی کرد. در این سال، به منظور تسهیل انجام امور مالی و ایجاد پولی بدون واسطه بانک‌ها و توسط افراد یک جامعه، گام نخست توسط وی دای (Wei Dai) برداشته شد. او پیشنهاد نوع جدیدی از پول الکترونیک را ارائه داد که از روش رمزگذاری رایانه-ای برای کنترل تولید پول و انجام معاملات بدون واسطه و مرجع مرکز استفاده شود (Raskin, 2013). با این حال، ایده «وی دای» تا سال ۲۰۰۹-۲۰۰۸ تنها در حد یک نظریه باقی ماند تا اینکه در این سال یک واحد پول مجازی به نام بیت‌کوین (Bit coin) به عنوان نمونه عملیاتی و موفق این ایده پدیدار شد (Seyed Hosseini & Doaei, 2014: 10). بیت‌کوین از زمان پیدایش، به عنوان یک ارز مجازی الهام‌بخش و باعث انتشار تعداد زیادی ارزهای رمزپایه همچون Acebucks, Linden Dollars, WoW Gold, QBCoin شده است (Liu, et al., 2020:299).

۲. با این وجود در سطح ملی و منطقه‌ای برخی کشورها در صدد ایجاد رمزارهایی با پشتوانه‌های مادی، از جمله طلا، نفت یا پول‌های ملی خود، هستند.

کاهش هزینه معاملات، دسترسی آسان و تسهیل مبادلات، افزایش حریم خصوصی و کاهش فشار تورمی دانست که تمایل به استفاده از آن را افزایش داده است (Miri؛ Doguet, 2013:1119).^۱ مواردی که در کنار دلایلی چون بی‌اعتمادی عمومی نسبت به نظام پولی موجود در سطح ملی و فراملی، گریز از دخالت مقامات و نهادهای مرکزی، مانند سیستم بانکی یا دولت‌ها و دخالت کشورهای صاحب نفوذ و قدرت همچون آمریکا در سطح بین‌المللی دانست، زمینه‌ساز توسعه این فن‌آوری شده است (Wood & Buchanan, 2015:392).

مزایای مذکور در کنار تمامی کارکردهای مثبت، در بردارنده چالش‌هایی پیش روی متولیان و کنشگران نظام عدالت کیفری بوده است. در این چارچوب جذابیت‌های ارزشهای مجازی فرصتی را برای بزه‌کاران ایجاد کرده است تا فعالیت‌های مجرمانه خود را با سهولت و امنیت بیشتر انجام دهند. افرادی که به عنوان اشخاص خطرناک یا با ریسک بالا در جامعه شناخته می‌شوند غالباً از خدمات و ابزار مالی سنتی استفاده نمی‌کنند و برای انتقال وجوه غیرقانونی یا خرید کالا و خدمات از بازارهای مجرمانه، تمایل به استفاده از ابزارهایی با ضریب امنیت بالا دارند (Brenig, et al., 2015: 8)؛ بنابراین، علی‌رغم تمام مزایای استفاده از ارزشهای مجازی نباید خطرات احتمالی مرتبط با آن و خصوصاً موارد مجرمانه را فراموش کرد؛ زیرا رمز ارزها با داشتن برخی مزایا به‌طور فعال در انجام اعمال مجرمانه هم کاربرد دارند. از این رو، جنبه‌های مجرمانه رمز ارزها را می‌توان تهدیدی

۱. علی‌رغم این مزایا، در ابتدا بسیاری از دولت‌ها نسبت به پذیرش این نوع ارزها مقاومت و برخوردهای متناقضی نشان دادند؛ اما پس از مدتی، ارزشهای مجازی توجه سیاست‌مداران و مردم را شدیداً به خود جلب کرد. در سال‌های اخیر دولت‌هایی مانند ونزوئلا، ایران، روسیه و کره شمالی که موضوع تحریم‌های ظالمانه از سوی سازمان‌ها و کشورهای مختلف به ویژه آمریکا قرار گرفته‌اند، به منظور دور زدن این تحریم‌ها و مقابله با بی‌ثباتی مالی ناشی از تحریم‌های تجاری، به عنوان یک راه جایگزین، تلاش خود را بر روی توسعه ارزشهای مجازی متمرکز کرده‌اند (Kirkpatrick, et al., 2019:40-42). به عنوان مثال، دولت ونزوئلا در اوایل سال ۲۰۰۸ ارز مجای به نام پترو (Petro) را تحت حمایت خود توسعه داد (Panda, 2018)؛ زیرا برای بسیاری از این کشورها ارزشهای مجازی راهی برای رهایی از تسلط ایالت متحده و رهایی از اتکا به پول رایج این کشور و همچنین وسیله‌ای برای ملت‌ها جهت به دست آوردن مجدد حاکمیتشان است (O’Keeffe, 2018; Naderi & Shahir, 2018: 89). علاوه بر دولت‌های تحت تحریم، شهروندان آن‌ها نیز ترجیح می‌دهند پول خود را برای خرید ارزشهای مجازی مبادله کنند، زیرا مبادله و خرید دلار آمریکا بسیار دشوار است (Turpin, 2014: 352). تلاش‌هایی نیز در ایران جهت ایجاد رمز ارز منطقه‌ای با مشارکت برخی کشورهای منطقه آغاز شده که مراحل تحقیقاتی خود را سپری می‌کند.

علیه نظام عدالت کیفری دانست.^۱

بدین ترتیب، با وجود برخی پژوهش‌ها که از ابعاد فقهی، حقوقی و کیفری به تحلیل ارزهای مجازی پرداخته‌اند (Roshan, et al., 2019؛ Mahmoudi, 2019؛ Kheradmand, 2019؛ Shamloo & Khalili Paji, 2020)، اهمیت روز افزون این ارزها از منظر جنایی، بررسی ابعاد جرم‌شناختی آن را اجتناب‌ناپذیر کرده است. بدین سان در نوشتار حاضر، گستره فعالیت‌های مجرمانه مرتبط با ارزهای مجازی، ویژگی‌های جذاب بزهکارانه این فن‌آوری و تحلیل علت‌شناسی جرم‌شناختی و ارائه راهکارهای پیشگیرانه در برابر مخاطرات جنایی ارزهای مجازی بر مبنای برخی نظریه‌های موجود با روشی توصیفی و تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته است تا بدین وسیله نگاهی جامع از حیث جرم‌شناختی، به عنوان یکی از ابعاد مهم ارزهای مجازی، حاصل شود.

الف: گستره فعالیت‌های مجرمانه مرتبط با ارزهای مجازی

طیف گسترده‌ای از جرائم با استفاده از ارزهای مجازی قابل ارتکاب هستند که در این قسمت برخی از رایج‌ترین آن‌ها توضیح داده شده است. لازم است تأکید گردد که این نمونه‌ها انحصاری نبوده و شاید بتوان موارد دیگری را نیز به آن‌ها افزود. پول‌های مجازی در زمینه صنعت فیلم‌های مستهجن، قاچاق غیرقانونی داده‌های شخصی، فروش اسناد جعلی، قاچاق غیرقانونی مواد مخدر و حتی برای قتل‌های نیابتی^۲ با استخدام قاتلان حرفه‌ای پرداخت می‌شود؛ اما در عین حال، قاچاق غیرقانونی مواد مخدر و روان‌گردان گسترده‌ترین بخش فعالیت‌های مجرمانه با استفاده از رمزارزها

۱. ارزهای مجازی از حیث خرید کالاها و خدمات غیرقانونی و به طور کلی انجام فعالیت‌های مجرمانه از ظرفیت‌های بالقوه بسیاری برخوردارند. در این میان، هرچه مشاغل ارزهای مجازی را بیشتر بپذیرند، فرصت بیشتری برای بزهکاران فراهم می‌شود تا تجارت مجرمانه خود را به صورت برخط انجام دهند. برای مثال، در پژوهشی در روسیه مشخص شده در پایان سال ۲۰۱۸، بازار فعالیت‌های غیرقانونی با استفاده از فن‌آوری رمزارزها از جمله بیت‌کوین تقریباً ۷۶ میلیارد دلار بوده است که تقریباً با حجم بازارهای قاچاق مواد مخدر در آمریکا و اروپا برابری می‌کند (www.group-ib.ru/media/gib-cryptosummary). تاکنون کشورهای مختلفی اقدام به ارائه گزارش در خصوص وقوع جرم با استفاده از ارزهای مجازی پرداخته‌اند؛ هند (۱۰ مورد)، کره جنوبی (۸ مورد)، ژاپن (۵ مورد) و تایلند (۴ مورد). در میان کشورهای اروپایی، انگلستان با (۶ مورد) و در میان کشورهای آمریکای شمالی نیز، کانادا با (۵ مورد) بیش‌ترین تعداد را گزارش داده‌اند (Kethineni & Cao, 2019:10).

۲. منظور قتل‌هایی است که شخصی به دیگری پول داده و اصطلاحاً او را اجیر می‌کند تا شخص ثالثی را بکشد.

است (Ivantsov, et al., 2019: 87). در حقیقت، امروزه در کنار روش‌های سنتی فروش مواد مخدر، روش‌های جنایی جدید برای فروش این مواد، یعنی فروش از راه دور و با استفاده از ارزهای مجازی روز به روز در حال افزایش است. براساس داده‌های مربوط به اوایل سال ۲۰۱۹ در روسیه اکثر اقدامات مجرمانه با رمزارزها در حیطه خرید و فروش مواد مخدر و روان‌گردان بوده و در ردیف بعدی خرید محتوای مستهجن قرار می‌گیرد.^۱

بعد از قاچاق و فروش مواد مخدر، دومین حوزه مهم در استفاده مجرمانه از ارزهای رمزپایه، پولشویی منافع حاصل از جرم است. با توجه به افزایش حجم ارزهای رمزپایه در فضای مجازی، برای کسانی که فعالیت پولشویی را انجام می‌دهند سازوکارهای کیفی جدیدی برای تطهیر درآمدهای مجرمانه در اختیارشان قرار می‌گیرد (Ivantsov, et al., 2019: 89). اگر روند استفاده از ارزهای مجازی در فرایند پولشویی همچنان ادامه یابد آینده خوبی پیش‌بینی نمی‌شود، زیرا درنهایت استفاده غیر قانونی و غیر اخلاقی از ارزهای مجازی می‌تواند ثبات اقتصاد جهانی را تضعیف کند (Albrecht, et al., 2019: 214).

بعد دیگر استفاده از ارزهای مجازی در عملیات مجرمانه، استفاده از آن در فعالیت ناظر به طرح پونزی^۲ (Ponzi Schemes) است (Simser, 2015: 165).

استفاده از ارزهای مجازی در فعالیت‌های مربوط به قمار و شرط‌بندی نیز در حال افزایش است. برای مثال، بررسی‌های قوه قضاییه و بازجویی از فعالان بازداشت‌شده در حوزه شرط‌بندی، به ویژه در فضای مجازی، حاکی از آن است که بسیاری از سایت‌های شرط‌بندی و قمار که توسط برخی اشخاص معروف در نرم‌افزار اینستاگرام و فعالان حوزه شرط‌بندی هدایت می‌شود، از ارزهای مجازی در پیشبرد فعالیت مجرمانه خود، یعنی شرط‌بندی استفاده می‌کنند.^۳

1. www.inhope.org/tns/resources/statistics

۲. طرح پونزی یک سرمایه‌گذاری فریبکارانه است. در این طرح سودهایی که به سرمایه‌گذاران برگردانده می‌شود از بهره‌های متعارف به طور غیرعادی بالاتر است. این طرح بجای آن که سودی از فعالیت‌های اقتصادی واقعی به سرمایه‌گذاران پرداخت کند از پول خودشان یا از پول دیگر سرمایه‌گذاران به آن‌ها سود پرداخت می‌کند (بنگرید: www.iranhoshdar.ir).

۳. Pouyan Mokhtari arrested / Interpol will extradite Pouyan Mokhtar to Iran after his arrest
?, News ID: 78885, dated 10/5/2020. In: www.saednews.com

افزون بر موارد فوق، یکی دیگر از فعالیت‌های مجرمانه‌ای که با استفاده از ارزشهای مجازی صورت می‌گیرد تأمین مالی فعالیت‌های تروریستی است، اگرچه در حال حاضر در این حوزه رمزارزها کاربرد زیادی ندارند و همچنان این دسته از مجرمان بیشتر از ارزشهای واقعی و رایج استفاده می‌کنند (Khalili Paji, 2019: 115)؛ با این وجود، با توسعه روز افزون رمزارزها، پول-های مجازی هم می‌تواند به‌طور فزاینده‌ای برای تأمین مالی تروریسم مورد استفاده قرار بگیرد (Goldman, et al., 2017: 22-24). در این خصوص دولت اندونزی ادعا کرده که شبه‌نظامیان اسلامی از ارزشهای مجازی برای تأمین مالی فعالیت‌های تروریستی خود استفاده می‌کنند (Lester, 2017). همچنین گزارش شده که ارسال پول به گروه‌های تروریستی در سوریه به صورت ارزشهای مجازی انجام می‌شود (Naheem, 2018: 571). علاوه بر این، مدارک و شواهدی دال بر استفاده گروه تروریستی داعش از ارزشهای مجازی وجود دارد. گروه رایانه‌ای و ضد تروریستی هکتیویست (Hacktivist) در سال ۲۰۱۵ اعلام کرد زنجیره‌ای از معاملات بیت‌کوین را که گفته می‌شود توسط داعش اداره می‌شود به ارزش میلیون‌ها دلار شناسایی کرده است (Kfir, 2020: 119).

بنابراین، رمزارزها یا به‌طور مستقیم برای دستیابی به یک نتیجه مجرمانه، همانند خرید اقامت ممنوعه استفاده می‌شوند و یا در تسهیل ارتکاب جرم مورد استفاده قرار می‌گیرند؛ مانند پول‌شویی. گاهی اوقات هم‌ارزهای مجازی می‌توانند به عنوان موضوع جرم باشند، مانند استفاده از رمزارزها در جرم دادن و دریافت رشوه و واسطه‌گری در دریافت رشوه. با توجه به ناشناس بودن معاملات با استفاده از رمزارزها این شکل از پرداخت غیرقانونی پاداش یا همان دادن و دریافت رشوه بسیار جذاب است.

در برخی موارد دیگر رمزارزها موضوع جرم سرقت قرار گرفته‌اند. اگرچه از حیث شناسایی قانونی و به تبع آن به رسمیت شناختن ماهیتی مشخص برای ارزشهای مجازی بسیاری از کشورها اقدامات مؤثری انجام نداده‌اند، اما نمی‌توان ارزشمندی این فن‌آوری را نادیده انگاشت و با ایجاد ابهام در مالیت داشتن آن امکان انتساب جرم سرقت را علیه ربایندگان آن کتمان کرد (Korennaya & Tydykova, 2019: 412-413؛ Mahmoudi, 2019: 512).

ارزشهای مجازی همچنین می‌توانند به عنوان هدف یا ابزار برای ارتکاب جرائم مربوط به ورشکستگی مورد استفاده قرار بگیرند. با توجه به اینکه در حال حاضر معاملات و خرید رمزارزها

توسط نهادهای دولتی کنترل نمی‌شود، بنابراین شخص قبل از آغاز ورشکستگی خود این حق را دارد تا با پول خویش ارزشهای مجازی خریداری کند و پس از آن این پول را تبدیل به ارز رایج و واقعی نماید یا مالکیت مال خاصی را به دست آورد (Sereda, 2017:60).

علاوه بر ارتکاب جرائم از طریق رمزارزها در فضای مجازی، امروزه بسیاری از جرائم مربوط به این نوع ارزها در حال گسترش و انتقال از فضای مجازی به فضای حقیقی هستند. اخاذی و درخواست پول بعد از آدم‌ربایی از جمله جرائمی هستند که در فضای حقیقی ارتکاب می‌یابند، اما بزهکار ممکن است بزه‌یده را مجبور به انتقال پول به صورت ارز مجازی نماید. در واقع از آنجاکه تعداد و تنوع ارزشهای مجازی در دنیای واقعی در حال افزایش هستند و همچنین با توجه به افزایش سریع قیمت رمزارزها، این نوع ارزشهای مجازی نه تنها در دنیای مجازی، بلکه در دنیای واقعی نیز برای بزهکاران جذاب هستند (Kethineni & Cao, 2019:12).

حال سؤال مهم این است، چه ویژگی‌های جذابی در ارزشهای مجازی وجود دارد که سبب می‌شود بزهکاران در انجام فعالیت‌های مجرمانه، تمایل به استفاده از این گونه ارزها داشته باشند. امری که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

ب: ویژگی‌های جذاب بزهکارانه ارزشهای مجازی

پیش از تحلیل جرم‌شناختی کارکرد مجرمانه ارزشهای مجازی، شناخت ویژگی‌های جذاب آن برای بزهکاران در اولویت قرار دارد. برخی از این ویژگی‌ها مربوط به ذات ارزشهای مجازی و برخی دیگر مربوط به ملاحظات حقوقی پیرامون این فن‌آوری است.

۱. جذابیت‌های ذاتی ارزشهای مجازی

به‌طور سنتی پژوهش‌های صورت گرفته پیرامون فضای مجازی از حیث حقوقی و جرم‌شناختی بیان‌گر وجود ویژگی‌هایی است که این فضا را همواره بستری مناسب برای ارتکاب جرم قرار داده است. ارزشهای مجازی به عنوان یک ابزار فن‌آورانه در بستر فضایی مجازی مورد استفاده قرار می‌گیرند. در این راستا، ویژگی‌های منحصربه‌فرد این فن‌آوری و ترکیب آن با برخی فن‌آوری‌های دیگر در بستر فضای مجازی موجب ایجاد جذابیت‌های مضاعفی شده که توجه بزهکاران را بیش از پیش به خود جلب کرده است. بر این اساس، از حیث ذاتی ارزشهای مجازی از ویژگی‌های ذیل

برخوردار هستند:

- نخست؛ *انعطاف‌پذیری در هویت*. انعطاف‌پذیری هویت از جذاب‌ترین عواملی است که سبب جلب توجه مجرمان به ارزهای مجازی می‌گردد. امری که اگرچه جزئی از ویژگی‌های ذاتی فضای مجازی است اما در چارچوب ارزهای مجازی تشدید شده است. بررسی انعطاف‌پذیری هویت از چند بعد قابل توجه است. نخست اینکه تمام بزهکاران برخلاف از هویت جعلی استفاده می‌کنند. امری که در پرونده مشهور ارزهای مجازی، یعنی پرونده جاده ابریشم نیز به وضوح دیده می‌شود. برای مثال، دانشگاه فروشنده مواد مخدر در این پرونده از نام «XX» و «Xanax king» و فیلا، فروشنده بیت‌کوین از عنوان «BTC King» به عنوان هویتی برای خود استفاده می‌کردند. دوم، بزهکاران با به کار بستن ارزهای مجازی می‌توانند از بیش از دو هویت استفاده کنند. به عنوان مثال، رأس اولبریچ، مالک جاده ابریشم، از هویت‌های «DPR»، «Pirate Dread Roberts» یا «Silk Road» به عنوان نام کاربری خود استفاده می‌کرد؛ و سوم، ارزهای مجازی این امکان را برای بزهکاران فراهم می‌کند تا مکرراً هویت خود را تغییر دهند. انعطاف‌پذیری در هویت باعث سردرگمی مأموران مجری قانون در شناسایی و کشف بزهکاران دخیل در تشکیلات مجرمانه مربوط به ارزهای مجازی می‌شود. در کنار ویژگی انعطاف‌پذیری هویت، عامل دیگری که باعث می‌شود کاربران مجرم ارزهای مجازی را بیش از پیش از دسترس کنشگران نظام عدالت کیفری دور کند، افزایش مشارکت کنندگان برخوردار از هویت‌های چندگانه و جعلی است (Shamloo & Khalili Paji, 2020: 59-63).

- دوم؛ *ناشناختگی هویت*. دلیل دیگر گرایش بزهکاران برای انتخاب ارزهای مجازی، ناشناس بودن معاملات مبتنی بر رمزارزها است؛ چرا که شناسایی طرفین معامله غیر قانونی بسیار دشوار است. دشوار بودن شناسایی معاملات مبتنی بر ارزهای مجازی به سه علت است. اول اینکه ارزهای مجازی ماهیت فراملی دارند و معاملات مبتنی بر این گونه ارزها محدود به مرزهای دولتی و ابزارهای کنترل مالی نیست (Brown, 2016: 336). دوم اینکه، ارزهای مجازی تنها یک شماره دیجیتال دارند و نیازی به نگهداری آن‌ها در فضای حقیقی نیست. هنگامی که این رمزارزها از پرداخت کنندگان به متقاضیان منتقل شود، اگرچه اطلاعات مربوط به فرستنده، گیرنده و مبلغ معامله برای عموم قابل مشاهده است اما هویت واقعی کاربران در

دسترس قرار ندارد و ناشناخته باقی می ماند (Kethineni, et al., 2018: 150). عامل دیگری که چنین دشواری را سبب می شود، وجود نداشتن یک هسته یا نهاد مرکزی کنترل کننده بر روی ارزشهای مجازی است. تلاش ها برای ایجاد چنین هسته کنترلی هم تا به امروز بی نتیجه بوده است (Brown, 2016: 336). ناشناس بودن معاملات مبتنی بر ارزشهای مجازی، ردیابی این نوع معاملات را پیچیده کرده، اثبات منشأ ارزشهای مجازی را بسیار چالش برانگیز می کند و امنیت بالایی در انتقال و خرید ارزشهای مجازی برای بزهکاران ایجاد می کند. بدین ترتیب، هزینه ارتکاب جرم کاهش می یابد و با کاهش خطر برای بزهکاران، امکان وقوع جرم در این بستر افزایش خواهد یافت.

– سوم؛ سهولت شرکت در عملیات مجرمانه. برای انجام فعالیت ها و معاملات با ارزشهای مجازی به هیچ نهاد مرکزی یا بانکی که معاملات را مدیریت کند، نیاز نیست و صدور آن به صورت جمعی و توسط شبکه انجام می شود. طراحی ارز مجازی عمومی است و هیچ کس صاحب یا کنترل کننده آن نیست و همه می توانند با آن کار کنند. معاملات مبتنی بر ارز مجازی امن و برگشت ناپذیر است و اطلاعات حساس یا شخصی مشتری را ذخیره نمی کند. نتیجه این سهولت در استفاده از ارز مجازی در فعالیت ها، امکان اتحاد فراملی برای ارتکاب جرم است. بزهکاران می توانند در کشورهای مختلف زندگی کنند و یک تجارت مجرمانه را از طریق ارزشهای مجازی اداره نمایند. در حقیقت، ارزشهای مجازی برخلاف ارزشهای رایج و سنتی برخوردار از ویژگی پویایی فضایی هستند. چنان که بررسی ها نشان داده متهمان برخی پرونده های مربوط به ارزشهای مجازی در کشورهای مختلف مانند آمریکا و تایلند ساکن بودند و از راه دور در انجام فعالیت های مجرمانه با استفاده از ارزشهای مجازی با یکدیگر مشارکت داشتند (Kethineni, et al., 2018:149). همچنین، در نمونه ای دیگر، شخصی به نام علی شکری امین (United States of America v. Ali Shukri Amin, 2015)، با استفاده از رسانه های اجتماعی مجازی، برای تأمین مالی داعش از افراد درخواست ارز مجازی می کرد.^۱ بدین سان، پویایی فضایی و امکان بزه دیده نمودن اشخاص از راه دور و

1 . www.extremism.gwu.edu

به‌طور کلی سهولت شرکت در عملیات مجرمانه با استفاده از ارزهای مجازی باعث شده که این نوع ارزها به عنوان جایگزینی مطمئن برای نظام‌های مالی و سامانه‌های پرداخت سنتی مطرح شوند. پدیده‌ای که در عمل ارتکاب جرم را تسریع می‌کند و ریسک کشف آن را برای بزهکاران کاهش می‌دهد.

۲. خلأهای حقوقی و ایجاد جذابیت‌های مضاعف

ارزهای مجازی از حیث حقوقی در بردارنده ملاحظات هستند که عدم توجه و پاسخ‌دهی مناسب به آن می‌تواند در نهایت منجر به تقویت جنبه‌های جنایی این فن‌آوری و افزایش جذابیت آن برای بزهکاران شود.

بعد نخست این موضوع مربوط به رویکرد حقوقی کلان نسبت به ارزهای مجازی است که تاکنون توسط بسیاری کشورها بدون پاسخ گذاشته شده است. برخلاف برخی کشورها که اقدام به ممنوعیت استفاده یا مجاز دانستن استفاده از ارزهای مجازی در ساختارهای پولی و مالی ملی نموده‌اند و از منظر حقوقی تکلیف را برای تابعان آن مشخص کرده‌اند، اما همچنان یکی از مهم‌ترین چالش‌های حقوقی ارزهای مجازی مشخص نبودن وضعیت قانونی استفاده از آن است. این امر زمانی از اهمیت بیشتری برخوردار می‌شود که ویژگی فرامرزی و جهانی ارزهای مجازی را مدنظر قرار دهیم. بر این اساس، قابلیت استفاده از آن برای ارتکاب جرائم فراملی به گونه‌ای که هر قسمت از جرم در نقطه و کشوری خاص اتفاق افتد، چنانچه با روشن نبودن وضعیت حقوقی در برخی مناطق همراه شود بیش از پیش می‌تواند منجر به ایجاد مانع در اقدامات تعقیبی و تحقیقی شود.

اقدامات غالب کشورها در حال حاضر بدون ایجاد ساختار حقوقی مناسبی جهت پاسخ‌دهی به تمامی ابعاد ارزهای مجازی، به اعلام توصیه‌هایی توسط بانک‌های ملی در خصوص معاملات مشتریان با استفاده از ارزهای مجازی محدود شده است. بانک‌ها به مردم توصیه می‌کنند که رمزارزها را به عنوان ابزار مالی پرخطر در نظر بگیرند (Dorofeeva, et al., 2019: 887). برای مثال، بانک مرکزی ایران در دی ماه ۱۳۹۶، موضوع ممنوعیت به کارگیری ارزهای مجازی را، با توجه به اینکه این نوع ارزها از این قابلیت برخوردار هستند که به ابزاری برای پول‌شویی و تأمین

مالی تروریسم و به‌طور کلی، جابه‌جایی منابع پولی مجرمان بدل شوند، به بانک‌ها ابلاغ کرد. به دنبال این دستورالعمل، بانک‌ها، مؤسسات اعتباری و صرافی‌ها از خرید و فروش ارزهای مجازی منع شدند و هیچ اقدامی از سوی آن‌ها در جهت تبلیغ ارزهای مجازی نباید انجام می‌شد.^۱

بعد دوم این امر این است که با وجود تعیین تکلیف حقوقی از حیث مجاز یا غیرمجاز بودن استفاده از ارزهای مجازی، در بسیاری از کشورها تاکنون در خصوص ماهیت حقوقی ارزهای مجازی تعیین تکلیف نشده است. به‌طور کلی ارزهای مجازی را می‌توان پول، سامانه پولی، ارز خارجی یا کالا دانست. طبیعی است شناسایی هر یک از موارد مذکور در مشخص شدن سایر ابعاد حقوقی و قابلیت شمول قوانین موجود بر آن یا لزوم وضع قوانین جدید ضروری است. برای مثال از حیث قوانین مالیاتی مهم است که مشخص شود توصیف قانون‌گذار از ارزهای مجازی چیست؛ آن‌ها را کالا می‌داند یا پول؛ زیرا در هریک از فروض احکام مالیاتی متفاوتی بر این فن‌آوری بار خواهد شد. با این حال، از آنجاکه ارزهای مجازی در بسیاری از کشورها به دلیل فقدان قوانین و مقررات مربوط، دارایی محسوب نمی‌شوند، معاملات مبتنی بر آن‌ها مشمول قوانین مالیاتی قرار نمی‌گیرد. عدم وجود مقررات مالیاتی در معاملات، سبب عدم کنترل و نظارت می‌شود و این عدم کنترل منجر به افزایش احتمال استفاده از رمزارزها به عنوان وسیله‌ای مناسب و کم‌خطر برای پول-شویی می‌شود (Apriliani, 2019: 37).

بدین سان، به رسمیت شناخته نشدن ارزهای مجازی همانند پول و ارزهای واقعی در قوانین مدنی، پولی و بانکی اکثر کشورها، به عنوان یکشی و دارایی ارزشمند می‌تواند چالش‌هایی را به همراه داشته باشد. این امر موجب می‌شود آن‌ها تحت نظارت نظام بانک‌داری قرار نگیرند و چون تحت نظارت قرار نمی‌گیرند معاملات غیرقانونی در چارچوب استفاده از آن‌ها نیز از پایش‌های موجود؛ مانند ارائه گزارشات عملیات مشکوک، خارج می‌شود (Dyson, et al., 2019:1). در حقیقت، به دلیل ماهیت مالی نداشتن و ساختار غیرمتمرکز ارزهای مجازی، هیچ‌گونه وظیفه نظارتی و گزارشگری مربوط به نظام ارزهای مجازی وجود ندارد و هر فردی به‌طور مستقیم و بدون نظارت شخص ثالث یا بانک مرکزی معاملات خود را انجام می‌دهد. درحالی‌که بانک‌ها

1 . www.cbi.ir/showitem

باید به مقامات گزارش دهند و عملیات بانکی آن‌ها از نزدیک تحت نظارت باشد (Boehm & Pesch, 2014: 47).

همچنین، در مواردی که معاملات غیر قانونی یا تحقق جرمی با استفاده از ارزهای مجازی کشف شود متهم می‌تواند ادعا نماید که جرم اتهامی واقع نشده، چراکه ارزهای مجازی از منظر قانونی دارای ماهیت مالی نیستند؛ بنابراین، همان‌گونه که با جرائم ارتكابی از طریق ارزهای رایج و سنتی برخورد می‌شود، در برابر جرائم ارتكابی از طریق ارزهای مجازی نمی‌توان واکنش کیفری نشان داد. برای مثال در پرونده آلبرشت (In the united states of America v. Ulbricht) در سال ۲۰۱۴ در ایالت متحده آمریکا، متهم ادعا کرد که ارزهای مجازی همچون (BTC) پول نیستند و بنابراین معاملات با آن هم شامل پول‌شویی و قوانین مربوط به آن نمی‌شود. با این وجود، قضات متهم را محکوم به جرم پول‌شویی کردند (Higgins, 2016). قضات این پرونده و همچنین برخی حقوقدانان معتقدند برای جلوگیری از این امر، یعنی فرار اشخاصی که از ارزهای مجازی برای فعالیت‌های مجرمانه همچون پول‌شویی استفاده می‌کنند، ارزهای مجازی باید مشمول قوانین ناظر به پول‌شویی باشند؛ زیرا چارچوب حقوقی قوانین ناظر به پول‌شویی به اموال ناشی از فعالیت‌های مجرمانه باز می‌گردد. چنین اموالی به هر نوع دارایی اعم از مادی یا غیرمادی، منقول یا غیرمنقول، ملموس یا غیرملموس و اسناد حقوقی در هر شکلی از جمله الکترونیکی و دیجیتال اطلاق می‌گردد. براساس این تعریف گسترده از مال در قوانین و اسناد مربوط به پول‌شویی معلوم می‌شود چارچوب حقوقی پول‌شویی صرفاً بر روی پول به معنای دقیق کلمه، یعنی اسکناس‌های سنتی متمرکز نیست، بلکه ارزهای مجازی هم می‌توانند به عنوان دارایی غیرقانونی در نظر گرفته شوند. اگر از این تفسیر پیروی شود این چارچوب قانونی می‌تواند برای ارزهای مجازی حاصل از فعالیت‌های مجرمانه نیز اعمال شود (Vandezande, 2017: 349).

بدین‌سان، خلأ قانونی مربوط به ارزهای مجازی منجر به افزایش خطرات استفاده از آن‌ها و در نتیجه عدم تمایل ساختارهای صنعتی و مالی بزرگ برای معرفی این فناوری در فرآیندهای تجاری خود می‌شود. برخی محققان استدلال می‌کنند که به رسمیت نشناختن رمزارزها در نظام حقوقی موجب نقض منافع دولتی و عمومی می‌شود؛ زیرا به شرکت‌کنندگان بی‌پروا و بی‌توجه نسبت به درست و نادرست بودن عملیات اقتصادی آنان، این اجازه را می‌دهد تا معاملات غیرقانونی انجام دهند و دارایی‌های خود را مخفی کنند (Korennaya & Tydykova, 2019).

409)؛ بنابراین، به رسمیت نشناختن رمز ارزها در نظام حقوقی و خلأ قانونی باعث شده که ارزهای مجازی به عنوان ابزارهای مالی جدید بیشترین محبوبیت خود را در حوزه جنایی همانند فساد، قاچاق مواد مخدر و مواد روان گردان به دست آورد. این امر، یعنی خلأ قانونی عمدتاً به دلیل عدم درک اهمیت ارزهای مجازی از حیث اقتصادی و ظرفیت‌های جنایی این گونه ارزها توسط برخی کارشناسان داخلی و بین‌المللی است (Ivantsov, et.al, 2019: 86-87) که زمینه را برای بزهکاران و ارتکاب فعالیت‌های مجرمانه گوناگون همچون پول‌شویی، قاچاق مواد مخدر و دیگر جرائم سازمان‌یافته با استفاده از ارزهای مجازی فراهم می‌کند (Lockett, 1999: 239).

پ: ارزهای مجازی و جرم؛ تحلیل جرم‌شناختی و راهکارهای پیشگیرانه

به‌طور کلی و در چارچوب برخی نظریات جرم‌شناسی می‌توان به تحلیل علت‌شناسانه بزهکاری در پرتو ارزهای مجازی و ارائه راهکارهایی پیرامون پیشگیری از آن پرداخت. در این زمینه برخی نظریه‌های سنتی مانند نظریه معاشرت ترجیحی^۱ و نظریه فنون خنثی‌سازی^۲ می‌توانند از کارکردهایی

۱. نظریه معاشرت‌های ترجیحی ساترلند نشان می‌دهد که رفتارهای بزهکارانه، صرف نظر از فنون یا انگیزه‌های آن، از طریق تعامل با گروه‌های شخصی صمیمی آموخته می‌شود (Wald, et al., 2009: 252). این نظریه در توجیه جرائم رایانه‌ای نیز کاربرد دارد، به ویژه که هم‌نشینی و تبادل اطلاعات بین افراد آشنا و حتی ناآشنا از طریق فضای مجازی خیلی ساده‌تر و گسترده‌تر انجام می‌شود و تأثیرگذاری آن بر دیگران نیز بیشتر می‌شود. به عنوان مثال، هک‌های رایانه‌ای ممکن است به صورت آنلاین یا تلفنی باهم ارتباط برقرار کنند و انگیزه و رفتارهای مجرمانه را از یکدیگر یاد بگیرند (Kethineni, et al., 2018: 145). در مورد ارزهای مجازی نیز بزهکارانی که از این نوع ارزها برای ارتکاب فعالیت‌های مجرمانه خود استفاده کرده و به سهولت و امنیت استفاده از آن‌ها نسبت به ارزهای واقعی در انجام فعالیت‌های مجرمانه پی برده‌اند، با گروه‌های دوستان در فضای مجازی یا حقیقی از مزیت استفاده از ارزهای مجازی سخن می‌گویند و همین امر باعث می‌شود تا دیگران که در ارتباط با آن‌ها هستند به آغاز و یا استمرار فعالیت‌های مجرمانه با استفاده از رمزارزها تشویق شوند؛ زیرا در نتیجه ارتباط و معاشرت آن‌ها با یکدیگر متوجه می‌شوند علاوه بر سهولت و امنیت، احتمال ردیابی فعالیت‌های مجرمانه با استفاده از ارزهای مجازی نیز کمتر از پول رایج و سود آن فراوان است. برای مثال، بررسی‌ها و تحقیقات انجام شده در پرونده تجارت آنلاین جاده ابریشم نشان داد وقتی بزهکاران اعم از بالفعل یا بالقوه به صورت آنلاین با دوستان ملاقات می‌کردند، تکنیک‌های خاص استفاده از ارزهای مجازی در فعالیت‌های مجرمانه و همچنین یافتن توجیه برای جرائم خود را از یکدیگر در فضای مجازی یاد می‌گرفتند و یکدیگر را در تصمیم‌گیری‌ها و ادامه فعالیت‌های مجرمانه با استفاده از ارزهای مجازی ترغیب می‌کردند (Kethineni, et al., 2018:153).

برخوردار باشند؛ با این حال، آنچه بیشتر در تحلیل‌های جرم‌شناختی به‌طور تخصصی‌تر می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد نظریه انتقال فضایی (Space transition theory) و نظریه انتخاب عقلانی است. بدین‌سان، در چارچوب دو نظریه اخیر به تحلیل علت‌شناسی جنایی در پرتو ارزشهای مجازی و راهکارهای پیشگیرانه آن خواهیم پرداخت.

۱. تحلیل جرم‌شناختی ارزشهای مجازی

تحلیل جرم‌شناختی ارتکاب جرم در چارچوب ارزشهای مجازی از دو بعد قابل بررسی است. نخست در خصوص اشخاصی که در خارج از فضای مجازی به عنوان اشخاص قانون‌مدار شناخته می‌شوند ولی ویژگی‌های منحصربه‌فرد فضای مجازی کشش‌های درونی بزهکارانه و غالباً سرکوب شده آن‌ها را برمی‌انگیزد و در نتیجه در بستر فضای مجازی مرتکب جرم می‌شوند. چنین اعمال مجرمانه‌ای در فضای مجازی، بیش از هر نظریه دیگری، در چارچوب نظریه «انتقال فضایی» قابل تحلیل است و به تبع آن ارزشهای مجازی، به عنوان یک ابزار فن‌آورانه مجازی، نیز تحت شمول

۱. نظریه فنون خنثی سازی سایکس (Sykes) و ماتزا (Matza) بر این مبنا استوار است که بزهکاران یک مجموعه متمایز از توجهات را برای رفتارهای غیر قانونی‌شان به کار می‌برند. این روش‌های خنثی سازی به آن‌ها اجازه می‌دهد به طور موقت از قوانین متعادل جامعه دور شوند و در رفتارهای مجرمانه مشارکت کنند (Siegel, 2006: 391). در خصوص مجرمان فضای مجازی هم گفته می‌شود که تمایل به خنثی کردن انگیزه رفتار جنایی خود با عنوان کنجکاوی فکری و تمایل به گسترش مرزهای دانش دارند. حتی در یک مطالعه میدانی در خصوص رفتار مجرمانه هک کردن در بین دانشجویان نشان داده شده که فنون خنثی سازی با اشکال خاصی از هک رایانه‌ای ارتباط قابل توجهی دارد (Hutchings, 2016: 126). در مورد جرائم ارتكابی از طریق ارزشهای مجازی نیز می‌توان براساس فنون خنثی سازی این گونه جرائم را تا حدودی تحلیل کرد. همان‌طور که قبلاً اشاره شد در مورد ماهیت مالی داشتن و دارایی محسوب شدن یا نشدن ارزشهای مجازی هنوز توافقی حاصل نشده است. این نقطه ضعف ارزشهای مجازی، یعنی منطقه خاکستری وضعیت حقوقی رمزارزها، باعث تشویق بزهکاران به استفاده از این نوع ارزها در انجام فعالیت‌های مجرمانه خویش می‌شود. بزهکاران پس از انجام رفتار مجرمانه مورد نظر، همانند پول‌شویی با استفاده از ارزشهای مجازی این گونه خود را توجیه کرده و در دادگاه دفاع می‌کنند که چون ارزشهای مجازی ماهیت مالی ندارند و دارایی به شمار نمی‌آیند، پس آن‌ها جرمی در معنای واقعی کلمه را انجام نداده‌اند. ضمن بازجویی از مجرمان پرونده جاده ابریشم نیز مشخص شده که توجیه بزهکاران پرونده این بوده است که به پول‌شویی مشغول نبودند و اصلاً رفتارهای آن‌ها غیرقانونی نبوده است، زیرا رمزارزها پول به رسمیت شناخته شده نیستند و به همین دلیل فرستنده پول هم نبوده‌اند (Kethineni, et al., 2018: 153).

آن قرار می گیرد.

دومین بعد، مربوط به ارتکاب جرائم توسط بزهکاران حرفه‌ای است که در تلاش‌اند از تمامی ابزارهای موجود به‌نوعی در راستای ارتکاب اعمال مجرمانه خود بهره ببرند. در این راستا، گسترش فضای مجازی موجب ایجاد تحول در مفهوم و مصداق جرائم و دایره ارتکاب جرم مجرمانه حرفه‌ای شده است. با این حال، یکی از چالش‌های این دسته بزهکاران همواره تطهیر و وارد کردن درآمدهای مجرمانه به نظام مالی-اقتصادی رسمی است تا افرون بر گم کردن رد مجرمانه این درآمدها بتوانند از مزایای آن کمال بهره را ببرند. در این راستا می‌توان به‌نوعی کوچ بزهکارانه و شکل‌گیری مفهوم «بزهکاران یقه مجازی» اشاره کرد که در چارچوب «نظریه انتخاب عقلانی» عملکرد آن‌ها تحلیل پذیر است.

۱-۱. ارزشهای مجازی در پرتو نظریه انتقال فضایی

نظریه انتقال فضایی در سال ۲۰۰۸ توسط جیشانکار ارائه شد. این نظریه یکی از نظریات تأثیرگذار در ادبیات جرم‌شناسی و شاید امروزه متداول‌ترین نظریه در زمینه جرائم فضای مجازی باشد. این نظریه ظهور فضای مجازی را به عنوان مکان جدید فعالیت‌های مجرمانه تلقی می‌کند و علت جرائم موجود در فضای مجازی را توضیح می‌دهد (Jaishankar, 2007: 7).

جیشانکار در نظریه انتقال فضایی هفت فرضیه را مطرح کرده که براساس آن‌ها به توضیح جرائم ارتكابی در فضای مجازی می‌پردازد. این هفت فرضیه عبارتند از: ۱- افراد دارای رفتارهای سرکوب شده جنایی در فضای حقیقی تمایل به ارتکاب جرائم در فضای مجازی دارند. ۲- انعطاف‌پذیری هویت، ناشناس بودن و عدم بازدارندگی عوامل تسهیل‌کننده انگیزه مجرمان برای ارتکاب جرائم فضای مجازی هستند. ۳- رفتار مجرمانه احتمالاً از فضای مجازی به فضای حقیقی و برعکس از فضای حقیقی به فضای مجازی وارد می‌شود. ۴- پویایی فضایی در جرائم فضای مجازی به مجرمان اجازه می‌دهد تا از یک سرور یا پروکسی به سرور یا پروکسی دیگر بروند و از راه دور به بزه‌دیده حمله کنند. ۵- احتمال تبانی در فضای مجازی برای ارتکاب جرم در فضای حقیقی وجود دارد. ۶- این احتمال هست که افراد در جامعه بسته نسبت به یک جامعه آزاد بیشتر دست به ارتکاب جرائم مربوط به فضای مجازی بزنند. ۷- تضاد هنجارها و ارزش‌ها در فضای مجازی ممکن است منجر به جرائم سایبری شود (Jaishankar, 2019: 101; Jaishankar, 2008).

در این چارچوب یکی از اساسی‌ترین برداشت‌ها از نظریه مذکور این است: «شخصی که در دنیای واقعی قانون‌مدار است و وضعیت موجود مانعی درونی و بیرونی برای ارتکاب جرم توسط وی فراهم می‌سازد فضای مجازی را بستری مناسب برای به فعلیت رساندن کشش‌های منحرفانه/بزهکارانه خود شناسایی می‌کند و برخلاف دنیای واقعی، در فضای مجازی مرتکب برخی انحرافات/بزهکاری‌ها می‌شود». امری که اگرچه ویژگی نظریه عمومی ارتکاب جرم در فضای مجازی است اما به طور خاص در خصوص ارزشهای مجازی نیز قابل بررسی است.

بدین سان آنچه در نظریه انتقال فضایی، پیش از سایر مؤلفه‌ها اهمیت دارد، تمایل و کشش برای ارتکاب جرم است. شخص اگرچه تمایل به ارتکاب جرم دارد اما موقعیت‌های اجتماعی، خانوداگی و... مانع از بروز تمایلات انحرافی می‌شود؛ اما ورود به فضای مجازی به واسطه انعطاف‌پذیری هویت، ناشناس بودن و فقدان بازدارندگی می‌تواند موجب تحقق کشش بزهکارانه شود. براین اساس، ارزشهای مجازی به واسطه ویژگی‌های منحصربه‌فردی که در چارچوب ناشناختگی و انعطاف هویت ایجاد می‌کنند زمینه را برای ارتکاب جرم فراهم می‌سازند. در واقع شخص با وجود تمایلات مجرمانه خود را بدور از هرگونه کنترل و بازدارندگی ناشی از موقعیت‌های اجتماعی و خانوادگی می‌بیند و رفتار مجرمانه خود را به جای فضای حقیقی، در فضای مجازی مرتکب می‌شود. امری که به واسطه پویایی فن‌آوری ارزشهای مجازی از چند بعد تسهیل‌کننده ارتکاب جرم است. از سویی، غالب این بزهکاران تمایلی به مواجهه حضوری با بزه‌دیدگان ندارند. براین اساس، ماهیت مجازی این ابزارها زمینه را برای ارتکاب جرائم بدون مواجهه حضوری با بزه‌دیده فراهم می‌سازد. از سوی دیگر، تسهیل ارتکاب جرم یا «ارتکاب جرم از راه دور» می‌تواند زمین‌ساز افزایش گستره جرائم ارتكابی توسط این دسته از بزهکاران باشد.

۱-۲. ارزشهای مجازی در پرتو نظریه انتخاب عقلانی

برخلاف برخی نظریه‌های جرم‌شناسی که در چارچوب نگاه افتراقی و غیرطبیعی به بزهکار در تلاش‌اند تا او را شخصی متفاوت از سایر اشخاص جامعه نشان دهند، گرایشی در برخی نظریه‌ها وجود دارد که با تأکید بر عدم تفاوت بزهکار از غیربزهکار، سازوکار ارتکاب جرم را متفاوت از سازوکار سایر اعمال نمی‌داند. انسان‌ها مرتکب جرم می‌شوند، به همان دلیل که تحصیلات خود را

ادامه می‌دهند، کار می‌کنند، ازدواج می‌کنند و یا شغل خود را تغییر می‌دهند؛ از این منظر، رفتار مجرمانه، همانند رفتارهای غیرمجرمانه، مبتنی بر عقلانیت و حسابگری انسان و میل او به بهبود وضعیت زندگی خود است و عقل انسان گاهی به وی فرمان ارتکاب جرم می‌دهد، همان‌طور که گاه فرمان به رفتاری غیرمجرمانه می‌دهد (Saboorigpour, 2019: 5). بدین‌سان مطابق این دیدگاه، انتخاب جرم متفاوت از سایر انتخاب‌های انسان نیست و مبتنی بر همان انگیزه‌ها و دلایلی است که سایر رفتارهای انسان را توجیه پذیر می‌کند.

نظریه انتخاب عقلانی کورنیش و کلارک (Cornish & Clarke) بر نوعی عقلانیت در انتخاب آماج مجرمانه قابل دسترس و بی‌خطر از سوی بزهکار برای ارتکاب جرم استوار است. این عقلانیت فرایند تصمیم‌گیری است که فرصت‌ها را برای رفع نیازها، هزینه‌های بالقوه عمل و سودهای پیش‌بینی شده، تعیین می‌نماید. امری که با حرفه‌ای شدن جرم بیش از پیش مدنظر بزهکاران قرار می‌گیرد. بدین ترتیب و در مقام سنجش و ارزیابی فن‌آوری ارزشهای مجازی دلایل ترجیح ارتکاب جرم بر اساس آن را به شرح ذیل می‌توان مورد بررسی قرار داد.

نخست؛ وضعیت قانون‌گذاری پیرامون ارزشهای مجازی همچنان نامشخص و ناقص است. بر این اساس عدم شمول قوانین نظارتی و جرم‌انگار بر این فن‌آوری جذابیت منطقی استفاده از آن را برای بزهکار افزایش می‌دهد؛ زیرا شخص همواره در مقام دفاع می‌تواند از توجیه فقدان قانون برای عملکرد خود استفاده کند.

دوم؛ فقدان نهاد مرکزی و نظارت‌کننده و دور بودن اعمال مبتنی بر ارزشهای مجازی از ثبت سابقه و نماندن ردپایی در یک سامانه نظارتی مشخص دلیل دیگری است که استفاده از ارزشهای مجازی را عقلانی‌تر می‌کند؛ بنابراین، در مقام جمع دو مورد نخست، مجرمان با انگیزه و عدم حضور نگهبانان توانا (یعنی فقدان قوانین و مقررات، عدم نظارت توسط یک نهاد مرکزی)، بزهکاران را به حرکت از استفاده از ابزار مالی سنتی به سوی این ابزار مالی جدید، یعنی ارزشهای مجازی سوق می‌دهد (Kethineni & Cao, 2019:7).

سوم؛ نو بودن فن‌آوری و عدم شناخت مناسب بسیاری از کاربران استفاده‌کننده می‌تواند زمینه و فرصتی مناسب برای ارتکاب بزهکاری باشد. براین اساس، عقلانیت حکم می‌کند تا در انتخاب آماج، ضعف آن مورد توجه قرار گیرد تا افزون بر کاهش ریسک ارتکاب بزه برای بزهکار، شانس موفقیت در آن نیز افزایش یابد. در این چارچوب، فن‌آوری نوظهور ارزشهای مجازی، از

حیث فنی، نه تنها برای بسیاری از افراد جامعه شناخته شده نیست، بلکه برای ماموران اجرای قانون نیز دشواری‌های زیادی برای کشف و شناسایی جرم و مجرم وجود دارد. ضمن آنکه اساساً برخی ویژگی‌های فنی ارزشهای مجازی در عمل مانع از کشف سیستمی جرم می‌شود و تنها راه استفاده از راهبردهای سنتی در کشف جرائم است. برای نمونه در پرونده جاده ابریشم، به عنوان معروف‌ترین پرونده در زمینه ارزشهای مجازی، با وجود آنکه FBI سال‌ها در تلاش بود تا هویت مؤسسان و اعضای بزهکار این بازار برخط مجرمانه را شناسایی کند، ویژگی‌های فنی این فضا به خصوص به دلیل استفاده از ارزشهای مجازی، مانع از تحقق چنین امری می‌شد. تا زمانی که بی‌احتیاطی مؤسس این سازمان مجرمانه و انتشار آدرس ایمیل واقعی وی در یکی از گروه‌ها موجب شناسایی او و سایر بزهکاران مرتبط با این بازار مجرمانه شد (Kethineni, et al., 2018:150-151).

بدین‌سان، عقلانیت بزهکار مانند هر انسانی حکم می‌کند که همواره با استفاده از بهترین، پرمترترین و کم‌ریسک‌ترین روش‌ها اقدام نماید. از این‌رو، ارزشهای مجازی و ویژگی‌های ذاتی و وضعیت شکل گرفته پیرامون آن، شرایط مناسبی را برای ارتکاب جرم پدید آورده‌اند.

۲. راهکارهای پیشگیری

با توجه به اینکه امروزه بسیاری از جرائم از وصف جهانی و فراملی برخوردار شده‌اند، پیشگیری از ارتکاب جرائم نیز در بعد جهانی و فراملی باید مورد توجه قرار گیرد. این امر به ویژه در خصوص جرائم ارتكابی در بستر فضای مجازی و ابزارهای فن‌آورانه این فضا، مانند ارزشهای مجازی، صادق است. در این چارچوب در گام نخست پیش از اتخاذ هر اقدامی، باید در پی تدوین مدلی فراملی جهت پیشگیری از ارتکاب جرم با استفاده از ارزشهای مجازی بود. امری که در چارچوب مبانی «جرم‌شناسی آبی»^۱ نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

۱. جرم‌شناسی آبی در واقع جرم‌شناسی سازمان ملل است. این جرم‌شناسی به دنبال همکاری چشمگیر در خصوص جنبه‌های جدیدی از همکاری‌های بین‌المللی در زمینه پیشگیری از جرم و عدالت کیفری است. جرم‌شناسی آبی یا جرم‌شناسی سازمان ملل بر روی اهمیت یک سیستم عدالت کیفری انسانی و کارآمد تأکید دارد و به طور مؤثر به جرائم سازمان‌یافته فراملی، پول‌شویی، دزدی دریایی، تروریسم و فساد مالی می‌پردازد (Redo, 2012: 46).

با جهانی شدن جرم و اهمیت مباحث اقتصادی برای ادامه حیات گروه‌های سازمان‌مند مجرمانه، که غالباً از دامنه‌ای با وسعت جهانی برای ارتکاب جرم استفاده می‌کنند، ارزش‌های مجازی می‌تواند جایگزینی مطمئن و قابل استفاده باشد؛ زیرا همان‌طور که بیان شد ویژگی‌های منحصربه‌فرد این فن‌آوری بسیاری از مخاطرات را برای این گروه‌ها کاهش و شانس ارتکاب موفق جرم را افزایش می‌دهد. بر این اساس و مطابق رویکرد جرم‌شناسی آبی، گسترش و تسهیل فعالیت‌های مجرمانه با استفاده از ارزش‌های مجازی از ظرفیت زیادی برای ایجاد آسیب به نظام اقتصادی در سطح ملی و فراملی برخوردار است؛ لذا جهت پیشگیری از چنین مخاطراتی و ایجاد ثبات اقتصادی و سیاسی و به تبع آن ایجاد صلح در سطح جهانی ضروری است اقدامات لازم برای پیشگیری از مخاطرات مجرمانه ارزش‌های مجازی، با هماهنگی در سطح فراملی و سپس با بومی شدن چارچوب‌های پیشنهادی در سطح ملی صورت پذیرد. درنهایت، لازم است کشورها در چارچوب سیاست پیشگیرانه متحدالشکل، برای مقابله با استفاده از ارزش‌های مجازی در فعالیت‌های مجرمانه مختلف همکاری مؤثر نمایند (Andrianov, 2019:22-25).

جهت اتخاذ هر مدل یا سیاست پیشگیرانه جامع، توجه به ملاحظات جرم‌شناختی از اهمیت بسیاری برخوردار است تا بتوان با گزینش اقداماتی مناسب زمینه‌های ارتکاب جرم را از بین برد. بررسی جرم‌شناختی ارزش‌های مجازی از منظر نظریه انتقال فضایی و نظریه انتخاب عقلانی، بیان‌گر ویژگی‌هایی است که هر مدلی پیشنهادی باید با توجه به آنها ارائه شود.

در این راستا، ابتدا باید وضعیت قانونی و ماهیت ارزش‌های مجازی مشخص شود، دوم، چارچوب تنظیم‌گری، مقرررگذاری و جرم‌انگاری ابعاد گوناگون آن ترسیم شود، سوم، راهبردهای فنی/سایبری لازم برای تقویت سامانه‌های پیشگیرانه مورد مطالعه قرار گیرد و درنهایت تدوین شود، چهارم، این فن‌آوری به‌طور مستمر مورد پایش و بررسی قرار گیرد تا مطابق با ویژگی پویایی آن اقدامات ضروری با سرعتی معقول اتخاذ و عملیاتی شود و پنجم، ارزش‌های مجازی که خارج از حیطه نظارت‌های رسمی قرار دارند تضعیف شوند و ارزش‌های جدید برای جایگزینی آنها وارد بازار شود.

با توجه به موارد مذکور و بررسی برخی اسناد در سطح فراملی و تلاش‌های صورت گرفته پیرامون کاهش مخاطرات مجرمانه ارزش‌های مجازی به نظر می‌رسد تمامی ملاحظات مذکور را بتوان در چارچوب «رویکرد ریسک‌مدار سیاست جنایی در برابر مخاطرات مجرمانه ارزش‌های

مجازی» که توسط گروه ویژه اقدام مالی FATF تجویز شده است (FATF, 2019) و برخی کشورها نیز در چارچوب آن اقدام به بومی‌سازی رهنمودها نموده‌اند، توجه داشت.

بر این اساس، ابتدا ارزهای مجازی به عنوان یک کالا یا دارایی مورد شناسایی قرار می‌گیرند. در واقع، جهت تضعیف جایگاه این فن‌آوری، به ویژه اشکال خارج از حیطه نظارتی دولت‌ها و با قابلیت ایجاد توسط عموم مردم، جایگاه آن از مفهوم پول به مفهوم مال تقلیل می‌یابد. سپس ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به این دارایی‌ها ملزم به ثبت نام و دریافت مجوزهای ضروری می‌گردند. درنهایت با شمول قوانین و مقررات مربوط به پولشویی، فعالیت‌های مرتبط با ارزهای مجازی در چارچوب برنامه‌های ضد پولشویی به عنوان سامانه‌ای جامع مورد رصد و بررسی قرار می‌گیرد.

در این مفهوم پیشگیری وضعی محور قرار دارد و با توجه به مدیریت ریسک، پیشگیری اجتماعی از جایگاه خاصی برخوردار نیست. سامانه ضدپولشویی از دو کارکرد برخوردار است. به عنوان کارکرد اول تلاش می‌شود با چینش صحیح و مطلوب برخی اجزا، وضعیت پیش‌جنایی به گونه‌ای مدیریت شود تا از وقوع جرم پیشگیری شود. بر این اساس، ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به ارزهای مجازی؛ اعم از خرید و فروش و ... ملزم به دریافت مجوز و ثبت هویت مشتریان و اطلاعات مربوط به مبادلات و ارائه گزارش‌های ضروری، مانند گزارش عملیات مشکوک، می‌شوند. تا از این طریق با ایجاد یک فضای نسبتاً شفاف امکان رهگیری مبادلات و معاملات تا حدودی فراهم شود و کفه به سمت کاهش تمایل به ارتکاب جرم با افزایش ریسک ارتکاب برای بزهکاران سنگین شود. در کارکرد دوم نیز تلاش بر کشف سریع جرائم ارتكابی معطوف می‌شود. بر این اساس، شکل‌گیری سامانه‌های مختلف با هدف ثبت و ضبط سوابق و ایجاد ردپای کاربران، زمینه را برای کشف جرائم ارتكابی در اسرع وقت فراهم می‌سازد.

با این حال، مدل مذکور با وجود برخی از اقسام ارزهای مجازی، مانند بیت‌کوین، از کارآمدی کاملی برخوردار نیست. به نظر می‌رسد برای حل این امر اتخاذ برخی سیاست‌های فراحقوقی و فراجرم‌شناختی جهت کاهش اقتدار «شاه رمزارزها» (King of Crypto currencies) در بازار ارزهای مجازی ضرورت داشته باشد.

درنهایت، راهکارهای پیشگیرانه‌ای که الهام گرفته از نظریه‌های مختلف جرم‌شناسی است در قالب جدول ذیل نمایه می‌شود.

جدول (۱): راهکارهای پیشگیرانه در برابر جرائم ارتكایی با ارزشهای مجازی

پیشگیری کیفری	پیشگیری وضعی	پیشگیری اجتماعی	
	فیلتر کردن سایت‌ها و یا مسدود نمودن شبکه‌های اینستاگرامی مشوق استفاده از ارزشهای مجازی در فعالیت‌های مجرمانه	دور کردن بزهکاران از محیط‌های مجازی یا حقیقی مشوق استفاده از ارزشهای مجازی در فعالیت‌های مجرمانه	نظریه معاشرت‌های ترجیحی
تعریف جرم، مسئولیت کیفری و تعیین کیفر برای اشخاص سوء- استفاده‌کننده از ارزشهای مجازی در فعالیت‌های مجرمانه			نظریه فنون خنثی‌سازی
	۱- تعیین چهارچوب نظارتی دقیق ۲- تعیین مدل مالیاتی صحیح ۳- ارائه آموزش و اطلاعات کافی در مورد ارزشهای مجازی به مردم و پلیس جهت انجام اقدامات آگاهانه در برابر بزهکاران سوءاستفاده‌کننده از ارزشهای مجازی		نظریه انتخاب عقلانی
	۱- به رسمیت شناختن قانونی و اجتماعی ارزشهای مجازی و وضع قواعد برای این نوع ارزشها ۲- تعیین الزاماتی برای شناسایی اجباری صاحبان ارزشهای مجازی ۳- افزایش نظارت نهادهای رسمی، همچون بانک مرکزی و یا وزارت اطلاعات و ارتباطات بر روی ارزشهای مجازی		نظریه انتقال فضایی
الزام دولت‌ها به تصویب قوانین برای مقابله با بزهکاران سوء- استفاده‌کننده از ارزشهای مجازی	تدوین سیاست پیشگیرانه متحد الشکل جهت افزایش نظارت ملی و بین‌المللی بر ارزشهای مجازی		نظریه جرم‌شناسی آبی

نتیجه‌گیری

ارز مجازی از مظاهر ورود فناوری مجازی به عرصه اقتصاد و زندگی واقعی است. زمان زیادی از طرح ایده ارزشهای مجازی و عملیاتی شدن آن نمی‌گذرد. در ابتدای ظهور ارزشهای مجازی، مقاومت‌هایی از سوی حاکمیت‌ها و مؤسسات مالی به عنوان واسط و ناظر بازار، در مقابل این نوع ارزشها صورت گرفت. پس از مدتی دولت‌ها به ویژه دولت‌های تحت تحریم، جذب مزایای مختلف ارزشهای مجازی شدند؛ به خصوص از آن جهت که ارزشهای مجازی وسیله‌ای برای دور زدن تحریم‌ها و رهایی از فشارهای اقتصادی ناشی از این تحریم‌ها بودند. با وجود این مزایا،

پیامدهای منفی ارزشهای مجازی، به ویژه پیامدهای تسهیل جرم آن، قابل انکار نیست و هنگام تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری در خصوص این نوع ارزشها، باید در کنار استدلال‌های حقوقی و فقهی در بستر حقوق خصوصی برای پذیرش یا عدم پذیرش این نوع ارزشها در عرصه اقتصاد، به امکان مقابله کیفری و پیشگیری از جرائم ارتكابی با استفاده از جذابیت‌های ارزشهای مجازی نیز اندیشید.

گستره ارتكاب جرم با استفاده از ارزشهای مجازی، علل جذابیت و بررسی جرم‌شناختی کارکردهای مجرمانه آن در چارچوب برخی نظریات جرم‌شناسی، بیان‌گر آن است که در اتخاذ هر مدلی برای پیشگیری از مخاطرات مجرمانه این فن‌آوری، توجه به ابعاد فراملی آن اجتناب‌ناپذیر است. بر این اساس، کشورها باید در چارچوب برنامه‌های اقدام خود با بومی‌سازی مدل‌هایی مربوط، افزون بر استفاده از ظرفیت‌های مثبت ارزشهای مجازی، زمینه را برای کاهش مخاطرات مجرمانه این ارزشها فراهم سازند.

بر این اساس و با توجه به دستاورد این پژوهش پیشنهادات زیر با هدف پیشگیری از ارتكاب جرم با استفاده از ارزشهای مجازی قابل طرح است:

- به رسمیت شناختن قانونی و تعیین ماهیت ارزشهای مجازی به عنوان یک دارایی؛ این امر منجر به خارج شدن ارزشهای مجازی از نقطه کور قانون‌گذاری خواهد شد. در واقع، ضرورت تنظیم‌گری و ارائه مدل‌های سیاست‌گذاری پیرامون پدیده‌های گوناگون که از آثار گسترده-ای برخوردارند مداخله دولت‌ها را با استفاده از ابزارهای حقوقی اجتناب‌ناپذیر کرده است. بر این اساس، ورود دولت‌ها و تدوین مقررات مناسب می‌تواند تا حد زیادی به مدیریت مخاطرات مجرمانه پدیده‌ها کمک کند.
- پیش‌بینی الزاماتی جهت ثبت نام و اخذ مجوز توسط ارائه‌دهندگان خدمات مربوط به ارزشهای مجازی و مکلف نمودن آنها به ثبت هویت مشتریان و سابقه معاملات؛ بدیهی است ارزشهای مجازی مانند هر ابزار مالی دیگر در دو سطح بازارهای قانونی و بازارهای غیرقانونی قابلیت استفاده دارند. پیشنهاد مذکور به عنوان مکملی برای پیشنهاد اول، می‌تواند منجر به ایجاد نظم در بازار مبادلات قانونی ارزشهای مجازی شود. از این‌رو، پس از شناسایی قانونی، تنظیم‌گری ابعاد گوناگون ارزشهای مجازی ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.
- تعیین مدل مالیاتی مشخص برای ارزشهای مجازی؛ بدون شک یکی از مهم‌ترین کارکردهای

ارزهای مجازی جنبه تجارتي و اقتصادي آن است که آن را در کاربردهای مشروع و نامشروع مورد توجه قرار می‌دهد. از این رو، ضرورت برخورد برابر با چنین ارزشی، تدوین مقررات لازم از حیث مالیاتی است. این پیشنهاد نیز به عنوان مکملی برای دو پیشنهاد اول زمینه را برای ایجاد نظم در مراودات اقتصادی فراهم خواهد کرد.

- توسعه زیرساخت‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری لازم برای حضور ایمن و کنترل شده فعالان ارزهای مجازی؛ برخلاف سه پیشنهاد اول که به‌طور مشخص می‌تواند زمینه را پس از شناسایی قانونی، برای ایجاد انتظام در بازار قانونی ارزهای مجازی فراهم سازد، پیشنهاد فوق افزون بر بازارهای قانونی، برای کاهش مخاطرات مجرمانه نیز از کارایی برخوردار است. در برخورد با فن‌آوری ارزهای مجازی باید این نکته اساسی را به‌خاطر سپرد که ویژگی‌های ذاتی این ابزار در کنار سایر ابزارهای فن‌آورانه موجود در فضای مجازی، چالش‌های جدی و گاهی غیرقابل حل را برای کنش‌گران نظام عدالت کیفری به‌ویژه در مرحله کشف جرم و شناسایی مجرمان ایجاد می‌کند. در حال حاضر زمانی که از ارزهای جهان‌روایی چون بیت-کوین در فضای تاریک وب؛ یعنی دارکنت، برای اهداف مجرمانه استفاده می‌شود در عمل هیچ راهکار فنی برای شناسایی مرتکبان اعمال مجرمانه وجود ندارد. این امر با توجه به پرونده‌های کیفری موجود در سطح فراملی به وضوح قابل مشاهده است که در آنها مأموران اجرای قانون در کشف جرم و شناسایی مرتکبان با چالش‌های جدی رو به رو بوده‌اند و صرفاً توانستند با استفاده از راهکارهای سنتی کشف و شناسایی، برخی پرونده‌ها را به سرانجام برسانند. از این رو، تلاش جهت توسعه زیرساخت‌ها اگرچه شاید برطرف‌کننده تمامی مشکلات موجود در این زمینه نباشد اما می‌تواند توانمندی مأموران اجرای قانون را در انجام وظایف خود افزایش دهد.

- رصد مستمر، اطلاع‌رسانی، هشداردهی و افزایش آگاهی عمومی نسبت به مخاطرات مجرمانه ارزهای مجازی؛ باید توجه داشت که دنیای ارزها و دارایی‌های مجازی به شدت در حال توسعه، تغییر و پیشرفت است. چنین فضای پویایی با وجود مزیت‌ها و کاربردهای بی‌بدیل، در بردارنده ریسک‌هایی نیز برای عموم شهروندان، کاربران، بخش‌های پولی، مالی و بانکی و دولت‌ها است. از این رو، رصد مستمر این فضا، به روزرسانی دانش و آگاهی نسبت به ویژگی‌ها و تحولات دوره‌ای این فن‌آوری جهت اطلاع‌رسانی، هشداردهی و افزایش آگاهی تمامی

اشخاص و نهادهایی که در معرض این فن‌آوری قرار دارند می‌تواند تا حد قابل توجهی کاهش دهنده مخاطرات ارزهای مجازی، به ویژه مخاطرات مجرمانه آنها، باشد.

References

- [1]: Albrecht, Chad; Duffin, Kristopher; Hawkins, Steven & Rocha, Victor. (2019). The use of cryptocurrencies in the money laundering process, *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 22, No.2, pp. 210-216.
- [2]: Apriliani, Muttaqim1. (2019). Analysis of The Probability of Money Laundering Crimes toward the Development of Crypto-currency Regulations in Indonesia, *Indonesian journal of criminal law studies*, 4(1). pp. 29-40.
- [3]: Boehm, Franziska & Pesch, Paulina. (2014). Conference Paper, International Conference on Financial Cryptography and Data Security, pp. 43-56. Available in: <https://www.tib.eu/en/search/id/BLSE%3ARN363392476/>.
- [4]: Brenig, C., Rafael, A., & Muller, G. (2015). Economic analysis of cryptocurrency backed money laundering. ECIS 2015 Completed Research Papers. Paper 20. Retrieved October 25, 2018, from http://aisel.aisnet.org/ecis2015_cr/20-
- [5]: Brown, David. (2016). Cryptocurrency and criminality: The Bitcoin opportunity, *The Police Journal: Theory, Practice and Principles*, Vol. 89(4). PP. 327–339.
- [6]: Doguet, Joshua. (2013). The Nature of the Form: Legal and Regulatory Issues Surrounding the Bitcoin Digital Currency System, *Louisiana Law Review*, vol. 73, pp. 1119-1153.
- [7]: Dyson, Simon; Buchanan, William & Bell, Liam. (2019). The Challenges of Investigating Cryptocurrencies and Blockchain Related Crime, pp.1-6. Available in: <https://arxiv.org/pdf/1907.12221.pdf>
- [8]: FATF (2019). VIRTUAL ASSETS AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS, GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH.
- [9]: Goldman, Zachary; Maruyama, Ellie; Rosenberg, Elizabeth; Saravalle, Edoardo & Solomon-Strauss, Julia. (2017). Terrorist use of virtual currencies, CNAS Publication, Washington.
- [10]: Higgins, S. (2016, February 22). California bankruptcy judge says bitcoin is property, not currency. Coindesk. Retrieved April 2, 2018, from <https://www.coindesk.com/bankruptcy-judge-bitcoin-property-currency/>
- [11]: Hutchings, Alice. (2016). Cybercrime trajectories: An integrated theory of initiation, maintenance and desistance. In T. Holt (Ed.). *Crime online: Correlates, causes, and context* (3rd ed., pp. 117–140). Durham: Carolina Academic Press. Available in: <https://www.cl.cam.ac.uk/~ah793/papers/2016trajectories.pdf>

- [12]: Ivantsov, Sergey; Sidorenko, Elina; Spasennikov, Boris; Berezkin, Yuri & Sukhodolov, Yakov. (2019). Cryptocurrency-related crimes: key criminological trends, Russian Journal of Criminology, vol. 13, no. 1, pp. 85–93.
- [13]: Jaishankar, Karuppannan. (2007). Establishing a Theory of Cyber Crimes, International Journal of Cyber Criminology, Vol 1, Issue 2, pp. 7-9.
- [14]: Jaishankar, Karuppannan. (2008). Space Transition Theory of Cyber Crimes, In book: Crimes of the Internet, Publisher: Pearson, Editors: Frank Schmallegger, Michael Pittaro, pp.283-301. Available in: <https://www.researchgate.net/publication/321716315>.
- [15]: Jaishankar, Karuppannan. (2019). Cyber Criminology and Space Transition Theory: Contribution and Impact, pp. 101-110. In: Chapter 3. Cybercrimes, cybercriminals and cybervictims. Available in: <https://www.researchgate.net/publication/332550803>.
- [16]: Kheradmand, Mohsen. (2019). Jurisprudential study of extraction and exchange of cryptocurrencies with focus on bitcoin network, Journal of Islamic Economic Knowledge, 10th year, No. 2, pp. 109-124. (In Persian)
- [17]: Kethineni, S., Cao, Y., & Dodge, C. (2018). Use of bitcoin in darknet markets: Examining facilitative factors on bitcoin-related crimes. American Journal of Criminal Justice, 43, pp. 141–157.
- [18]: Kethineni, Sesha & Cao, Ying. (2019). The Rise in Popularity of Cryptocurrency and Associated Criminal Activity, International Criminal Justice Review, pp.1-20. Available in: <https://doi.org/10.1177/1057567719827051>.
- [19]: Kfir, Isaac. (2020). Cryptocurrencies, national security, crime and terrorism, Comparative strategy, vol. 39, NO. 2, pp.113–127.
- [20]: Khalili Paji, Aref. (2019). Feasibility Study of Terrorist Financing in the Light of Virtual Currencies, Collections of the International Conference on the Legal Dimensions of the Terrorism Criminological, First Edition, Tehran, Allameh Tabatabai University Press, pp. 113-134. (In Persian)
- [21]: Kirkpatrick, Katherine; Savage, Christine; Johnston, Russell & Hanson, Matthew (2019). Virtual currency in sanctioned jurisdictions: stepping outside of SWIFT, Journal of Investment compliance, vol. 20, no. 2, pp.39-44.
- [22]: Korennaya, Anna & Tydykova, Nadezhda. (2019). Crypto currency as an object and instrument of committing crime, Russian Journal of Criminology, vol. 13, no. 3, pp. 408–415.
- [23]: Lester, C. (2017, January 9). Terrorists use bitcoin and PayPal in Indonesia, AML official claims. CCN.com. Retrieved September 30, 2018, from <https://www.ccn.com/terrorists-use-bitcoin-and-paypal-in-indonesiaagency-official-claims/>
- [24]: Liu, Weiye; Liang, Xuan & Cui, Guowei. (2020). Common risk factors in the

- returns on cryptocurrencies, *Economic Modelling Journal*, vol. 86, pp. 299-305.
- [25]: Lockett, Nick(1999). Legal perspectives on digital money in Europe, *European Business Review*, Volume 99, Number 4, pp. 235-241.
- [26]: Mahmoudi, Asghar. (2019). Analysis of Virtual Currencies in the Light of Jurisprudence, Law and Comparative Studies, *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 49, Number 3, pp. 503-522. (In Persian)
- [27]: Miri Lavasani, Somaieh Sadat؛ Heidary, Bahareh؛ Razmjoo, Ali Akbar & Razmjoo, Mohadeseh. (2019). A Study of the Legal Status of the National Digital Currency, *Journal of New Achievements in Humanities Studies*, Second Year, No. 13, pp. 72-81. (In Persian)
- [28]: Naderi, Ebrahim & Shahir, Leili. (2018). Market and Capital Analysis from the Conversion of Digital Currencies: Digital Currencies Are the End to the Sovereignty of the Dollar, No. 96, pp. 88-90. (In Persian)
- [29]: Naheem, Mohammed Ahmad. (2018). Regulating virtual currencies—the challenges of applying fiat currency laws to digital technology services, *Journal of Financial Crime*, Vol. 25, No. 2, pp. 562-575.
- [30]: O’Keeffe, D. (2018, July 19). The pointlessness of state-backed cryptocurrencies. *Crypto disrupt*. Retrieved October 15, 2018, from <https://cryptodisrupt.com/the-pointlessness-of-state-backed-cryptocurrencies/>
- [31]: Panda, A. (2018, February 28). Cryptocurrencies and national security. Council on Foreign Affairs. Retrieved September 30, 2018, from <https://www.cfr.org/background/cryptocurrencies-and-national-security>.
- [32]: Pouyan Mokhtari arrested / Interpol will extradite Pouyan Mokhtar to Iran after his arrest ?, News ID: 78885, dated 10/5/2020. In: www.saednews.com(In Persian)
- [33]: Raskin, Max. (2013). Meet the Bitcoin Millionaires, *Bloomberg Businessweek*, Available in: <https://www.realcrapolitics.com/2013/04/15>.
- [34]: Redo, Slawomir. (2012). Blue criminology (The power of the United Nations ideas to counter crime globally). HEUNI Publication.
- [35]: 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)
- [36]: Sabooripour, Mehdi. (2019). Rationality in committing a crime, Tehran, Mizan, first edition. (In Persian)
- [37]: Sereda A.V. (2017). Settlements using virtual currencies in the Russian Federation: analysis of the first law enforcement experience, *Modern Lawyer*,

- No. 2, pp. 57–64.
- [38]: Seyed Hosseini, Mir Meysam & Doaei, Meysam. (2014). Bitcoin, the first virtual money, Tehran, published by the Stock Exchange Organization. (In Persian)
- [39]: Shamloo, Baqir & Khalili Paji, Aref. (1399). Virtualization of white-collar delinquency in the light of virtual currencies, Legal Journal of Justice, Volume 84, Number 110, pp. 41-73. (In Persian)
- [40]: Siegel, Lari. (2006). Criminology, translated by Yashar Seif Elahi, first edition, Law Enforcement Publications of the Islamic Republic of Iran. (In Persian)
- [41]: Soleimanipoor, Mohammad Mehdi; Soltaninejad, Hamed & Pourmotahar, Mehdi (2017). Jurisprudential study of virtual money, Islamic Financial Research Quarterly, Year 6, Number 2, pp. 167-192. (In Persian)
- [42]: Turpin, J. B. (2014). Bitcoin: The economic case for a global, virtual currency operating in an unexplored legal framework. Indiana Journal of Global Legal Studies, 21, pp. 335–368.
- [43]: Vandezande, Niels. (2017). Virtual currencies under EU anti-money laundering law, computer law & security review, vol. 33, pp. 341-353.
- [44]: Wald, George; Bernard, Thomas & Snipes, Jeffrey. (2009). Theoretical Criminology, translated by Ali Shojaei, third edition, Samat Publications. (In Persian)
- [45]: Wood, G., & Buchanan, A. (2015). Advancing egalitarianism. In D. L. K. Chuen (Ed.). Handbook of digital currency: Bitcoin, innovation, financial instruments, and big data (pp. 385–402). New York, NY: Elsevier.
- [46]: www.group-ib.ru/media/gib-cryptosummary مراجعه در ۱۳۹۹/۱/۱۷
- [47]: www.inhope.org/tns/resources/statistics مراجعه در ۱۳۹۹/۲/۵
- [48]: www.iranhoshdar.ir مراجعه در ۱۳۹۹/۲/۲۸
- [49]: www.cbi.ir/showitem/ مراجعه در ۱۳۹۹/۱/۲۱
- [50]: www.alef.ir/news مراجعه در ۱۳۹۹/۲/۱۵
- [51]: www.extremism.gwu.edu مراجعه در ۱۳۹۹/۳/۷

لزوم نظارت بر خصوصی سازی در راستای اصل توازن منافع سه گانه*

محسن صادقی^۱

دانشیار حقوق خصوصی مؤسسه حقوق تطبیقی

دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

عاطفه آجری آیسک^۲

استادیار گروه حقوق دانشکده ادبیات و علوم

انسانی دانشگاه بیرجند

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۶/۱۳

چکیده

یکی از مقدمات ضروری برای موفقیت در خصوصی سازی، اعمال و اجرای اصول حاکم بر آن است. شناسایی این اصول و معرفی آن به قانون گذار، از این فایده برخوردار است که قانون گذاری را در نظام حقوقی کشور تابع خط مشی مشخصی می کند. به نظر می رسد در زمینه خصوصی سازی، با توجه به ماهیت و اهداف آن، یکی از مهم ترین اصولی که باید مدنظر قرار گیرد، اصل نظارت است. لزوم نظارت بر خصوصی سازی امری بدیهی است؛ اما آنچه در این مقاله به آن پرداخته می شود، تحلیل آن بر مبنای اصل توازن منافع سه گانه است؛ چراکه برای موفقیت در خصوصی سازی، باید در قراردادهای واگذاری، علاوه بر منفعت طرفین قرارداد، منافع اشخاص ثالث متأثر از این قرارداد که از کارگران شرکت های واگذار شده تا مصرف کنندگان محصولات این شرکت ها و در مقیاسی وسیع تر عموم افراد جامعه را در برمی گیرد، مورد لحاظ قرار گیرد. از این رو در این نوشتار، مبنای سازوکار اعمال نظارت بر خصوصی سازی مبتنی بر شیوه توصیفی-تحلیلی بررسی می شود و پیشنهادهایی برای اجرای نظارت کارا بر فرایند خصوصی سازی و نحوه اجرای قراردادهای خصوصی سازی ارائه می گردد.

*-مقاله پژوهشی

1 - sadeghilaw@ut.ac.ir

۲ - نویسنده مسئول: ajori@birjand.ac.ir

DOI: 10.22067/lowecon.2021.39481

کلیدواژه‌ها: قراردادهای خصوصی سازی، اصل توازن منافع سه گانه، اصل نظارت، مقررات گذاری، قرارداد استاندارد.

طبقه بندی JEL: K12, k20

مقدمه

خصوصی سازی^۱ یکی از ابزارهای مهم دولت‌ها برای اجرای برنامه‌های اقتصادی و اجتماعی، خصوصاً طی دهه‌های اخیر بوده و امروزه به دشواری می‌توان کشوری را یافت که برنامه‌ای هرچند محدود در واگذاری بخشی از شرکت‌ها و بنگاه‌های دولتی به بخش خصوصی یا سهام کردن بخش خصوصی در مدیریت و مالکیت این شرکت‌ها و بنگاه‌ها در پیش نگرفته باشد. در کنار جنبه‌های اقتصادی، شناخت جنبه‌های حقوقی خصوصی سازی بسیار حساس و تعیین کننده است. بی تردید، اجرای موفقیت آمیز خصوصی سازی، به تصویب قانون خصوصی سازی و انتقال مالکیت از دولت به بخش خصوصی محدود نمی‌شود بلکه چون خصوصی سازی در قالب قرارداد صورت می‌گیرد، واگذاری موفق شرکت‌ها به بخش خصوصی، مستلزم شناخت ابعاد حقوقی قراردادهای خصوصی سازی و اصول حاکم بر آن است زیرا خصوصی سازی نه به عنوان هدف بلکه به عنوان ابزاری برای توسعه فضای رقابتی و جمع میان منافع بخش دولتی، بخش خصوصی و منافع مصرف کنندگان جامعه مطرح است؛ بنابراین انتقال اموال از دولت به بخش خصوصی بی آنکه اصول حاکم، شیوه مناسب، شرایط و صلاحیت‌ها در این انتقال لحاظ شود، خود این خطر بالقوه را به همراه دارد که بخش خصوصی از کاهش مداخله و نظارت دولت سوءاستفاده کرده و با اقدامات غیرقانونی نظیر ایجاد انحصار در بازار، حقوق مصرف کنندگان را مخدوش سازد. بی گمان خطر ناشی از انحصار خصوصی بیش از بخش دولتی است (Newbery, 7: 2006) زیرا فعالیت‌های اقتصادی دولت از طریق سازمان‌هایی نظیر سازمان بازرسی یا دیوان محاسبات کنترل می‌گردد در حالی که سازوکار مشابهی در مورد بخش خصوصی وجود ندارد. از این توضیحات مقدماتی، به خوبی برمی آید که قانون گذار ایران به صرف تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نمی‌تواند به نتایج مطلوب این قانون دل خوش دارد

همچنان که بسیاری از متصدیان اجرایی کشور از نحوه اجرایی شدن و نتایج حاصل از قانون مزبور، ناراضی بی‌سوده‌اند. (available at:)

<https://www.jamnews.com/detail/News/806505>

یکی از مسائل مهم پیرامون خصوصی سازی، نحوه نظارت بر آن است. نتایج نا مطلوب واگذاری‌های صورت گرفته در چند سال اخیر نشان می‌دهد که این امر در کشور ما به خوبی صورت نگرفته است. از این رو در مقاله حاضر با استفاده از شیوه توصیفی - تحلیلی به تبیین مبنا و سازوکار نظارت کارا بر خصوصی سازی پرداخته می‌شود تا روشن گردد که ابزارهای لازم برای اجرای کارای نظارت بر خصوصی سازی چیست؟ و آیا مقررات خصوصی سازی ایران و ساختار حقوقی کشور، بستر لازم را برای اجرای موفقیت آمیز نظارت فراهم می‌کنند یا خیر.

در کشور ما مدت‌ها است که ادبیات راجع به خصوصی سازی فزونی گرفته و تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (مصوب ۸۷/۳/۲۵) و تصمیم دولت به اجرای طرح سهام عدالت، بر فزونی گرفتن این ادبیات سرعت بخشید. لیکن در زمینه اصول حاکم بر قراردادهای خصوصی سازی تاکنون پژوهشی صورت نگرفته و هدف از مقاله حاضر پر کردن این خلأ پژوهشی است.

با عنایت به اینکه اصولی بر خصوصی سازی در تمام کشورهای دنیا حاکم است، استخراج این اصول و معرفی آن به قانون‌گذار، از این فایده برخوردار است که قانون‌گذاری را در نظام حقوق کشور، تابع خط‌مشی مشخص و منسجم می‌کند، به‌طوری که قانون‌گذار آشنا به این اصول، از وضع مقررات متعارض و ناشی از سیاست‌های متناقض خودداری، و نیز به اندیشمندان حقوقی و دادرسان دادگاه‌ها کمک می‌کند تا در صورت سکوت و ابهام قانون، با استفاده از این اصول، تفسیر مناسب و کارایی از مقررات ارائه دهند.

اصول متعددی بر قراردادهای خصوصی سازی حاکم است که ازجمله مهم‌ترین آن‌ها را می‌توان اصل نظارت دانست.^۱ این اصل از یک اصل کلی‌تری که بر قراردادهای خصوصی سازی

۱ - از دیگر اصول حاکم بر خصوصی سازی می‌توان اصل شفافیت و اصل رقابت را نام برد که در اینجا فقط به ذکر نام آنها اکتفا کرده و مباحث تحلیلی آن را به مقالات آتی می‌سپاریم.

حاکم است، منبعث می‌گردد و آن عبارت است از اصل توازن منافع سه‌گانه. همان‌گونه که برخی قواعد و اصول فقهی و حقوقی، خود منشعب و برگرفته از یک اصل کلی دیگر هستند، اصول حاکم بر قراردادهای خصوصی‌سازی نیز می‌تواند همین ویژگی را داشته باشد و برخی اساسی‌تر از اصول دیگر هستند. بر این اساس در این مقاله ابتدا به تبیین اصل توازن منافع سه‌گانه و جایگاه آن در قراردادهای خصوصی‌سازی پرداخته می‌شود و در ادامه، اصل نظارت که درواقع منبعث از اصل فوق است و سازوکار اجرای آن در زمینه خصوصی‌سازی موردبررسی قرار می‌گیرد.

۱. تبیین اصل توازن منافع سه‌گانه

در تبیین قراردادهای خصوصی‌سازی، قواعد حقوق خصوصی کارایی لازم را ندارد چون در این قراردادها چند منفعت همزمان باید رعایت گردد: یکی منفعت بخش خصوصی، در راستای تشویق این بخش به حضور در فرایند خصوصی‌سازی است چون بدون این رویکرد، فرایند مزبور قطعاً با شکست روبرو خواهد شد. ازاین‌رو این اطمینان باید به سرمایه‌گذاران داده شود که ورود به قلمرو خصوصی‌سازی دارای توجیه اقتصادی است. (Newbery, 2006: 13) اما در کنار این منفعت، باید منفعت دولت و عموم را هم در نظر گرفت. رعایت منفعت دولت به‌عنوان یک طرف قرارداد امری روشن است و دولت چون خود تنظیم‌کننده قراردادهای خصوصی‌سازی است قدرت بیشتری در تأمین منافع خود دارد. برای داشتن خصوصی‌سازی موفق، با توجه به تأثیر گسترده برنامه خصوصی‌سازی بر منافع عموم افراد جامعه، علاوه بر تأمین منافع طرفین قرارداد، باید منافع عموم (مصرف‌کنندگان) را نیز در نظر گرفت. به‌گونه‌ای که پس از واگذاری، کالاها و خدمات با هزینه‌های پایین‌تر و کیفیت برتر به مردم ارائه شود و بخش خصوصی، از موقعیت پیش‌آمده سوءاستفاده نکرده و برای مثال، در بازار ایجاد انحصار نکند و رقابت را مخدوش نسازد. (Beesley & Littlechild, 1997: 56) توجه به این منافع سه‌گانه باید به صورت متوازن باشد؛ چراکه از یک طرف جامعه نیاز به سرمایه‌گذاری دارد و حمایت یک‌طرفه از مصرف‌کننده و کارگر می‌تواند سرمایه‌دار را دلزده کند و دود این سرخوردگی سرانجام به چشم مصرف‌کننده نیازمند می‌رود، ازاین‌رو در این قراردادها علاوه بر توجه به منافع دولت، باید به تعادل حقوق مصرف‌کننده و تولیدکننده اندیشید (Katouzian, 2008: 328) و این اصل (اصل توازن منافع

سه گانه) را در مراحل قانون گذاری، انعقاد و تفسیر قراردادهای خصوصی سازی در نظر داشت.^۱ مضافاً اینکه توازن منافع سه گانه را می توان معیاری مناسب برای تحقق کارایی دانست. از مهم ترین موضوعات علم اقتصاد، مسئله کارایی^۲ است. از این روست که در بسیاری از عبارات و منابع اقتصادی معمولاً از این واژه استفاده می شود. اگرچه کارایی، خاستگاه اقتصادی دارد، اما کاربردهای وسیعی در رشته های مختلف، از جمله حقوق قراردادها دارد. در زمینه قراردادهای خصوصی سازی، این کاربرد، دوچندان می گردد چراکه خصوصی سازی، قبل از هر چیز یک سیاست اقتصادی شمرده می شود. بر اساس معیار کارایی، درک منسجمی از قواعد و نهادهای مختلف و متشتت حقوقی میسر می گردد و همین طور بر این اساس می توان نسبت به تغییر قواعد و سیاست های حقوقی آگاهانه اقدام نمود. (Toosi, 2014: 68)

تاکنون تعاریف بسیار متعددی از کارایی ارائه شده و معیارهای متنوعی برای نحوه احراز آن پیشنهاد شده است^۳ که مصون از انتقاد نمانده اند. به نظر می رسد مناسب ترین معیار برای کارایی، اصل توازن منافع سه گانه است. بر اساس این اصل، بر خلاف معیار کارایی پارتو^۴ در حقوق غرب^۵

۱- رد پای در نظر گرفتن منافع چندگانه در تفسیر قوانین در برخی شاخه های دیگر حقوق نظیر حقوق ورشکستگی نیز می توان یافت. یکی از برداشت هایی که در زمینه ورشکستگی وجود دارد این است که سه گروه اصلی ذینفعان در یک شرکت ورشکسته وجود دارد که باید منافع آن ها در نظر گرفته شود. در گروه اول، شرکت بدهکار است با همه اعضای آن یعنی سهامداران، مدیران و کارگران. در گروه دوم، طلبکارانی قرار دارند که تأمین مالی شرکت را به منظور کسب سود انجام می دهند و در گروه سوم منافع عمومی قرار دارد که تأمین آن در گرو بازسازی و نجات شرکت است. (Tajarlou, 2010: 251-254)

2 - Efficiency

۳- برای مطالعه در خصوص این معیارها، ر.ک. (Dadgar, 2007: 103-142)

4 - Pareto

۵- طبق معیار کارایی پارتویی، کارایی زمانی محقق می شود که دست کم وضع یک طرف بهتر شده و وضع طرف دیگر بدتر نشود. از مهم ترین نقدهای وارد بر این معیار این است که تحقق کارایی محدود به رابطه خصوصی دو طرف شده است و به منافع اشخاص ثالث متأثر از یک رابطه یا معامله توجه نشده است. مراد از اینکه معاملات بازار متضمن پیامدهایی برای اشخاص ثالث است، غیر از مفهوم تعهد به نفع یا ضرر شخص ثالث- آن گونه که در علم حقوق مورد بحث واقع شده است- می باشد. اقتصاددانان مفهوم آثار بیرونی معاملات را در معنای اعم آن به کار می گیرند. مثلاً اگر کسی ابزار مورد نیاز خود از فروشگاه x خریداری نماید این معامله متضمن ضرر برای رقیب آن فروشگاه یعنی فروشگاه y خواهد بود. (Toosi, 2014: 77)

و تئوری موازنه دکتر جعفری لنگرودی در حقوق ایران، (Jafari Langaroodi, 2002: 18-24)، در هر رابطه حقوقی، کارایی زمانی محقق می‌شود علاوه بر منافع مشروع طرفین آن رابطه، منافع سایر اشخاص ثالث که مستقیم یا غیرمستقیم از آن رابطه اثر می‌پذیرند نیز باید لحاظ شود لذا دایره اشخاص ثالث متأثر از رابطه حقوقی می‌تواند از یک فرد شروع شده و به عموم افراد کشور تعمیم یابد. بر طبق این اصل، قانون‌گذاری در یک کشور زمانی از معیار کارایی بهره‌مند است که منافع قانونی و قابل حمایت طرفین رابطه حقوقی و نیز کلیه افراد ثالث متأثر از آن رابطه حقوقی را در نقطه مطلوب قرار دهد یعنی منافع هر سه را افزایش داده یا دست کم در صورت عدم افزایش منافع یک طرف، باعث ضرر دیگران نشود. (Sadeghi, 2015: 607)

در هر حال، توجه به اصل کارایی در وضع، اجرا و تفسیر قانون و انعقاد قراردادها باعث می‌شود تا رضایت‌مندی طرف‌های بازی (در عرصه‌های مختلف) فراهم شود، به رفاه شهروندان بهبود بخشیده شود و نظام اقتصادی در بلندمدت بیمه گردد. (Dadgar, 2007: 142)

۲. اعمال اصل توازن منافع سه‌گانه در قراردادهای خصوصی‌سازی

اگرچه این اصل را می‌توان در حوزه‌های مختلف حقوقی مورد استفاده قرار داد، اما نمونه بارز اعمال این اصل، قراردادهای خصوصی‌سازی است. در قراردادهای خصوصی‌سازی علاوه بر منفعت طرفین قرارداد (دولت و بخش خصوصی)، منافع اشخاص ثالث متأثر از این قرارداد که از کارگران شرکت‌های واگذار شده تا مصرف‌کنندگان محصولات این شرکت‌ها و در مقیاسی وسیع‌تر عموم افراد جامعه را در برمی‌گیرد باید مورد لحاظ قرار گیرد.

برای مثال، یکی از شروطی که در قراردادهای خصوصی‌سازی، گنجانده می‌شود، حفظ سطح اشتغال از سوی بخش خصوصی است.^۱ به دلیل بار مالی زیادی که این شرط برای بخش خصوصی دارد، وی حاضر است که با پرداخت قیمت بیشتر، از این شرط معاف گردد. در این صورت منافع

۱ - به موجب بند ۳ ماده ۱۶ ق.ا.س.ک. هیأت واگذاری مکلف است تعداد کارکنان هر شرکت قابل واگذاری را در سند واگذاری ثبت و این شرط را در شرایط واگذاری بگنجانند که مدیران شرکت‌های واگذار شده تا پنج سال حق کاهش تعداد کارکنان خویش را ندارند.

دولت به دلیل کسب درآمد بیشتر تحقق می یابد. بخش خصوصی نیز نفع می برد زیرا با یک تحلیل هزینه-فایده^۱، حاضر می شود مبلغ بالاتری پرداخت کند ولی زیر بار این تعهد سنگین نرود. از منظر معیار پارتو، این توافق در نقطه کارا قرار دارد زیرا وضع هر دو طرف، بهتر از زمان قبل از توافق است یا دست کم وضع یکی بدتر نشده است. با این حال در معیار پارتو، منافع اشخاص ثالث مغفول مانده است و آن، منافع کارگران است. اصل توازن منافع سه گانه، این توافق را، ناکارا می داند زیرا تنها منافع دو طرف قرارداد تأمین شده و منافع کارگران نادیده گرفته شده است. همین تحلیل را می توان برای شرط ارتقای بهره وری شرکت بکار برد.^۲ با حذف این شرط، منافع عموم مصرف کنندگان به عنوان اشخاص ثالث نادیده گرفته می شود. توضیح اینکه با افزایش بهره وری، هم زمینه افزایش کمی و هم شرایط ارتقاء کیفی محصولات فراهم می آید که نتیجه آن ارائه محصولاتی با قیمت پایین تر و کیفیت بیشتر است. (Dadgar, 2007: 108) یکی از لوازم اصلی جهت تحقق اصل توازن منافع سه گانه در زمینه خصوصی سازی، رعایت اصل نظارت است که بدون آن، قطعاً خصوصی سازی به بیراهه کشانده می شود که در ادامه به آن پرداخته می شود.

۳. تبیین اصل نظارت

دولت پس از واگذاری تصدی ها نباید از اعمال حاکمیت بر مدیریت بخش های غیر دولتی غافل شود و باید بر فعالیت های اقتصادی و پیامدهای آن نظارت کند. دست نامرئی بخش های غیر

۱ - اصل تناسب هزینه-فایده، یکی از اصول تحلیل اقتصادی است که در تعریفی ساده از این اصل می توان گفت، چون در یک پیش فرض اقتصادی، تمام انسان ها، عاقل، و رفتار و تصمیم گیری آن ها عقلایی فرض شده است، لذا انسان ها پیش از شروع به کاری، نخست هزینه و فایده آن را کار را می سنجند و تنها در صورتی اقدام به آن می کنند که فواید آن کار بیش از هزینه های آن باشد؛ پس کاری که هزینه هایی بیش از منافع داشته باشد، غیراقتصادی تلقی می شود. (Sadeghi, 2015: 607)

۲ - مطابق ماده ۲۵ ق.ا.س.ک. «سازمان خصوصی سازی قبل از واگذاری سهام کنترلی شرکت های دولتی، حسب مورد شرایطی نظیر سرمایه گذاری جدید در همان شرکت، ارتقاء کارایی و بهره وری شرکت، تداوم تولید و ارتقاء سطح آن، ارتقاء فناوری و افزایش یا تثبیت سطح اشتغال در بنگاه را، در امر واگذاری شرط می نماید. چنانچه خریدار به شرایط عمل نماید به پیشنهاد سازمان خصوصی سازی هیئت واگذاری مجاز است سود فروش اقساطی را کاهش یا دوره فروش اقساطی را تمدید یا در اصل قیمت تخفیف دهد. انتقال قطعی سهام با آزادسازی ضمانت های خریدار متناسب با انجام این تعهدات خواهد بود. ...»

دولتی و بازار نیازمند رهنمودها و نظارت مرئی دولت است. (Gholipour, 2002: 65-67) بر خصوصی سازی و قراردادهای واگذاری می باید نظارت صورت گیرد تا میان منافع اشخاص دخیل (دولت، بخش خصوصی و اشخاص ثالث) توازن برقرار گردد.

نظارت و کنترل عبارت است از «ارزیابی تصمیم گیری ها و برنامه ها از زمان اجرای آن ها، و اقدامات لازم برای جلوگیری از انحراف عملیات نسبت به هدف های برنامه و اصلاح انحرافات احتمالی به وجود آمده.» (Foruzandeh, 2006: 56) در سایه اصل بازرسی و نظارت است که میزان موفقیت دستگاه ها و ارگان ها، ارزیابی و با برنامه ها تطبیق داده می شود و به وسیله آن می توان بر ساختار، عملکرد و برنامه های یک مجموعه نظارت کرد و نقاط ضعف و قوت و اعتدال و یا انحراف آن را فهمید. (Vice President for Management Development and Human Capital, 2011: 48)

۴. اعمال اصل نظارت در خصوصی سازی

در زمینه خصوصی سازی، نظارت در دو مرحله ضروری است؛ (Ramanadham, 2002: 3) علاوه بر اینکه باید بر فرایند خصوصی سازی نظارت شود تا به طور سالم و در فضایی رقابتی و شفاف برگزار شود،^۱ بر اجرای قراردادهای خصوصی سازی نیز باید نظارت شود تا تعهدات و شروط موجود در قرارداد از سوی واگذارشونده اجرایی شود.^۲

۴.۱. نظارت بر فرایند خصوصی سازی از سوی نهادهای مستقل

نظارت بر فرایند خصوصی سازی از راستی آزمایی اطلاعات مالی، فنی - مهندسی و حقوقی شرکت ها و بنگاه های مشمول واگذاری تا قیمت گذاری دقیق، تعیین روش مناسب واگذاری، احراز اهلیت خریداران و واگذارشوندگان، برگزاری مزایده های شفاف و قانونی و انعقاد قرارداد را دربرمی گیرد. از آنجا که این فرایند مستعد دست کاری، تحریف و فساد است و گروه های ذینفع را قادر می سازد تا کنترل بخش قابل توجهی از اقتصاد را به دست گیرند، خصوصی سازی باید با

1 - Monitoring During Privatization

2 - Monitoring Post-Privatization

ساختار نظارتی خوبی همراه شود. باید قواعدی شکل بگیرد تا مقامات تصمیم گیر خصوصی سازی را در جهت اعمال سلیقه های شخصی محدود سازد و روند تصمیم گیری مقامات را بر مبنای ساختاری قانونمند قرار دهد. اصولاً مقابله با فساد، نیازمند نظارت و کنترل است. از این رو از جمله اقدامات پیشنهادی سازمان توسعه و همکاری اقتصادی در مبارزه با فساد، توسعه سیستم هایی برای تأمین نظارت کافی بر تصمیم گیری های کارمندان ذی نفوذ است. (Bhargava & Bolongatia: 2010: 59)

همچنین کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مقابله با فساد^۱ (که ایران در سال ۱۳۸۷ به آن پیوسته است)، به امر نظارت و کنترل و اهمیت آن در جلوگیری از فساد در بخش های دولتی و خصوصی، ضمن مواد ۹ و ۱۲ خود اشاره کرده است.^۲

از این رو در همه کشورها مسئله نظارت بر اجرای صحیح و بهنگام و به دور از هر گونه تبعیض و رانت خصوصی سازی در یک فضای شفاف و رقابتی، به عنوان یک اصل مسلم پذیرفته شده است. (Ministry of Foreign Affairs, 1993: 3) اعتقاد بر این است که برای داشتن فرایند خصوصی سازی سالم باید دستگاه نظارتی جدید و مستقل از قدرت های اجرایی دخیل در خصوصی سازی ایجاد شود که خود تحت اعمال نفوذ غیرقانونی قرار نداشته باشند. در این صورت، معمولاً به دلیل پایین آمدن فرصت های تبانی، میزان فساد پایین خواهد آمد. تجربه خصوصی سازی در اقتصادهای در حال گذر در کشورهای اروپای شرقی نیز در طول قرن نوزدهم نشان داده است که در صورتی که این فرایند بر عهده یک گروه اجرایی جدید و مستقل قرار گیرد،

1 - United Nations Convention Against Corruption

۲ - به موجب بند ۲ ماده ۹: «هر کشور عضو، طبق اصول اساسی نظام حقوقی خود، اقدامات مقتضی را اتخاذ خواهد نمود تا شفافیت و مسئولیت پذیری در مدیریت منابع مالی دولتی ارتقاء یابد. چنین اقداماتی از جمله موارد زیر را دربر خواهد گرفت: الف - تشریفات تصویب بودجه داخلی، ب - گزارش به موقع درآمدها و هزینه ها، پ - نظام حسابداری و ممیزی استاندارد و نظارت مربوط، ت - نظام های مؤثر و کارای مدیریت خطر و کنترل داخلی، و ث - در صورت اقتضاء اقدام اصلاحی، در صورت عدم رعایت الزامات مقرر به موجب این بند.»

به موجب بند ۱ ماده ۱۲: «هر کشور عضو، طبق اصول اساسی قوانین داخلی خود، اقداماتی را اتخاذ خواهد نمود تا از فساد بخش خصوصی جلوگیری کند، استانداردهای حسابرسی و ممیزی را در بخش خصوصی ارتقاء دهد و در صورت اقتضاء مجازات های مؤثر و بازدارنده مدنی، اداری یا کیفری مناسب را به خاطر قصور در پیروی از چنین اقداماتی، در نظر بگیرد.»

روابط فساد آمیز کمتری ایجاد خواهد شد (Kaufmann & Siegelbaum, 2004: 9) و معمولاً این نهاد نظارتی است که گزارش‌های لازم را به مجلس ارائه می‌دهد.^۱ مهم است که این چارچوب نظارتی به شیوه‌ای قابل قبول پیش از آنکه پروسه‌های واگذاری آغاز گردد ایجاد شود. اقتصادهای رو به توسعه و در حال گذار با خدمات عمومی به تازگی خصوصی شده باید دستگاه‌های نظارتی نیرومند غیرسیاسی با فرایندهای شفاف و آشکار ایجاد کنند. این امر حالت شک و تردید و عدم قطعیت مرتبط با قراردادهای واگذاری را کاهش خواهد داد. (Roze-Akerman, 2006: 78)

در کشور ما نظارت بر دستگاه‌ها و نهادهای مختلف به دو نحو انجام می‌شود؛ نظارت درون‌سازمانی که مربوط به زمانی است که نهاد و دستگاه ناظر، جزء زیرمجموعه دستگاه نظارت-شونده است. در نظارت برون‌سازمانی، دستگاه ناظر، خارج از دستگاه نظارت‌شونده و به صورت مستقل و به عنوان مقام برتر (مافوق) عمل می‌کند؛ مانند نظارت سازمان بازرسی کل کشور و دیوان محاسبات.

قابل ذکر است که سازمان‌های متعددی در کشور ما متولی امر نظارت هستند: سازمان بازرسی کل کشور، دیوان محاسبات کشور، سازمان حسابرسی، کمیسیون‌های اصول ۸۸ و ۹۰ مجلس، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، کمیسیون‌های تخصصی مجلس شورای اسلامی و ... که هر کدام از این سازمان‌ها و دستگاه‌ها به اقتضای وظایف خود، حوزه‌هایی از کنترل مالی، اداری و رعایت قوانین و مقررات را به عهده دارند و به این دلیل گاهی تداخل در کار نظارت و کنترل و گاه چند بار کاری هم صورت می‌گیرند (Abbaszadegan, 2004: 144)؛ امری که به زعم نظر مسئولان سازمان خصوصی‌سازی، در کیفیت و سرعت خصوصی‌سازی تأثیر منفی داشته است. لذا تجدیدنظر در اهداف و وظایف این سازمان‌ها و ایجاد انسجام میان آن‌ها به نحوی که در کنترل و

۱ - در زمینه ممیزی فرایند خصوصی‌سازی از سوی یک نهاد مستقل، سازمان همکاری اقتصادی و توسعه (OECD) در سال ۱۹۹۸ اقدام به تنظیم اصول راهنمای بهترین رویه برای ممیزی فرایند خصوصی‌سازی (Guidelines on Best Practice for the Audit of Privatization) کرده است که نهادهای نظارتی می‌توانند بر اساس آن روند خصوصی‌سازی را مورد ارزیابی قرار داده و نتیجه کار را به پارلمان گزارش دهند. (OECD, 2009: 56)

نظارت مکمل همدیگر باشند ضرورت دارد.^۱

در حقوق ایران، علاوه بر نظارت دستگاه های نظارتی، مسئله نظارت بر فرایند خصوصی سازی در ق.ا.س.ک. نیز مورد توجه قرار گرفته است. به موجب ماده ۴۲ قانون مذکور، نظارت بر فرآیند اجرای قوانین و مقررات مرتبط با سیاست های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی و تصویب شاخص های اجرایی برای تحقق اهداف سیاست های کلی این اصل به منظور اعمال نظارت دقیق بر اجرای آن ها، از جمله وظایف و اختیارات شورای عالی اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی دانسته شده است؛ اما با ملاحظه ترکیب اعضای شورای مذکور مشخص می شود که ترکیب اعضا و جهت تصمیم گیری ها عملاً در اختیار وزارت امور اقتصادی و دارایی خواهد بود.^۲ این در حالی است که این وزارتخانه و سازمان خصوصی سازی که خود زیرمجموعه وزارت امور

۱- نظر رئیس سابق سازمان خصوصی سازی (عبدالله پوری حسینی) در این زمینه این است که باید دیوان محاسبات، سازمان بازرسی، مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت روی یک فرد یا هیئتی اجماع کنند و وقتی آن را قبول کردند در عمل آزادش بگذارند تا بدون دغدغه کار خود را انجام دهد.

آخرین) <http://www.ipa.ir/index.aspx?fkeyid=&siteid=1&pageid=167&newsview=7676> (بازدید: ۱۳۹۸/۰۲/۰۵)

۲- ماده ۴۱ ق.ا.س.ک.، مقرر می دارد: «شورای عالی اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی برای ایفاء وظایف محوله در این قانون مرکب از اعضاء زیر تشکیل می شود: ۱- رئیس جمهور یا معاون اول وی به عنوان رئیس شورا، ۲- وزیر امور اقتصادی و دارایی (دبیر شورا)، ۳- وزیر تعاون، ۴- وزیر یا وزرای وزارتخانه های ذی ربط، ۵- وزیر دادگستری، ۶- وزیر اطلاعات، ۷- رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، ۸- رئیس کل بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۹- دبیر مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۰- دادستان کل کشور، ۱۱- رئیس سازمان بازرسی کل کشور، ۱۲- رئیس دیوان محاسبات کشور، ۱۳- سه نفر از نمایندگان مجلس به انتخاب مجلس شورای اسلامی، ۱۴- رئیس سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران، ۱۵- رئیس اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، ۱۶- رئیس اتاق تعاون مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۷- سه نفر خبره و صاحب نظر اقتصادی از بخش های خصوصی و تعاونی به پیشنهاد وزیر امور اقتصادی و دارایی با حکم رئیس جمهور، ۱۸- رئیس سازمان خصوصی سازی، ۱۹- رئیس سازمان بورس و اوراق بهادار.» مشخص می شود که قانون گذار حتی اختیار تعیین سه نفر خبره اقتصادی را به وزیر اقتصاد و رئیس جمهور داده است. از طرف دیگر رئیس سازمان بورس نیز با معرفی وزیر اقتصاد به شورای بورس که ریاست شورا نیز به عهده وزیر اقتصاد و دارایی است، معرفی می شود. این مسائل در کنار حضور خود وزیر اقتصاد و رئیس سازمان خصوصی سازی که معاون وزیر اقتصاد است، در شورای عالی اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴، نقش بالایی وزارت امور اقتصادی را در عملکرد این شورا نشان می دهد.

اقتصادی و دارایی است اجرای برنامه خصوصی سازی را عهده دار هستند و جمع شدن مقام اجرایی و مقام نظارتی در یک ارگان خود عاملی برای اعمال فساد آمیز است. از این رو فقدان نهاد ناظر مستقل، باعث شده که در عمل، نظارت و کنترل مناسب بر فرایند خصوصی سازی صورت نگیرد^۱ و در نتیجه مباحث زیادی در خصوص سالم نبودن برخی از واگذاری ها مطرح^۲ و در مواردی، به دنبال گزارش نهادهای نظارتی (سازمان بازرسی کل کشور و دیوان محاسبات) واگذاری ها پس از صرف وقت و هزینه، ابطال می شود و باید واگذاری مجدد صورت گیرد. برای نمونه می توان به ابطال واگذاری سیلوی کرمانشاه در اردیبهشت ۹۸ به دلیل قیمت گذاری کمتر از ارزش واقعی (yjc.ir/fa/news/6916841) و ابطال واگذاری ۷۲ درصد از سهام شرکت توسعه گردشگری باز هم به دلیل ارزیابی نادرست سهام آن (mcth.ir/news/ID/28) اشاره کرد.

نکته مهم این است که اصل نظارت را می توان هم با ساختارها و سازمان های حکومتی محقق ساخت و هم از طریق فشار از خارج و توسط جامعه و مردم. (Raqfar, 2003: 305) بالا بردن سطح نظارت اجتماعی و داشتن رسانه های آزاد، عامل مهمی در تحقق این اصل است. رسانه های جمعی به عنوان جلوه گاه اصلی افکار عمومی، نقش بسزایی در تضمین پاسخگویی حاکمان در برابر حکومت شونده دارند. رسانه های قابل اعتماد، نفوذ فراوانی بر افکار عمومی داشته و نقش مهمی در افشای اعمال اداری و اجرایی ناصواب و ناعادلانه ایفا می کنند. (افسو- امه و همکاران، ۱۳۸۴: ۳۵) (Afoso-Amah, 2005: 35)

مطبوعات آزاد، نهادهای صنفی و اتحادیه ها و احزاب سیاسی رقیب، هر یک می تواند به سهم

۱- از اظهار نظرات مسئولین مشخص می شود که دستگاه های نظارتی و شورای عالی اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴، وظایف نظارتی خود را به خوبی انجام نمی دهند؛ به عنوان مثال، به عقیده سخنگوی کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس، نبود نظارت دقیق، خصوصی سازی را به یک عامل رکود در کشور تبدیل کرده است. (آخرین بازدید: ۱۳۹۸/۱۲/۲۵) (http://icana.ir/Fa/News/261890) یا عضو کمیسیون اقتصادی مجلس معتقد است پیامد عدم نظارت در واگذاری شرکت های دولتی، نابودی و تعطیلی کارخانه ها و نارضایتی کارگران بوده است (آخرین بازدید: ۹۹/۰۲/۱۴) (http://majlestv.ir).

۲- از جمله می توان به واگذاری کشت و صنعت مغان که به دلیل عدم اهلیت خریداران و قیمت گذاری پایین دارایی های بنگاه، در دست بررسی در هیأت تحقیق و تفحص مجلس است، اشاره کرد (snn.ir/fa/news/834515).

خود در کنترل و نظارت مؤثر باشد. به طور کلی، سازمان های حاضر در جامعه مدنی که عبارت اند از گروه های غیردولتی، سازمان های غیردولتی، اتحادیه های تجاری، انجمن های تجاری، مراکز مطالعاتی، دانشگاه ها، سازمان های مذهبی و رسانه ها، به منزله رابطی میان دولت و مردم عمل کرده و می توانند نقش مهمی در کنترل و نظارت ایفا کنند. (Rabiei, 2004: 162)

بر این اساس باید شرایط نظارت اجتماعی بر فرایند خصوصی سازی مهیا شود تا از اقدامات فساد آمیز جلوگیری شود.^۱ لازمه این امر این است که اطلاع رسانی هایی که در مقررات خصوصی سازی پیش بینی شده است و به عبارت دیگر اصل شفافیت به خوبی اجرایی شود.

۲.۴. نظارت بر قراردادهای خصوصی سازی و اجرای آن ها

در کلیه کشورهایی که خصوصی سازی به طور موفق انجام شده است از جمله مالزی، بنگاه واگذار شده پس از واگذاری به حال خود رها نمی گردد، بلکه به منظور اطمینان از اینکه واحد خصوصی شده کالاها و خدمات مورد نیاز مصرف کنندگان را به نحو مطلوب تأمین کند و فعالیت آن تداوم یابد، دولت بر عملکرد بخش خصوصی نظارت می کند. (Husin, 2006: 26) این امر مورد اجماع همه کشورهاست که دولت نباید اقدام به واگذاری یک بنگاه دولتی کند مگر اینکه قبلاً چارچوب نظارتی مناسب برای واحد خصوصی شده تأسیس کرده باشد. (OECD, 2009: 17) مبنای نظارت بر قراردادهای خصوصی سازی و دخالت دولت، تأمین منافع سه گانه است. در برخی مواقع، شرایطی ایجاد می گردد که اقتصاد مبتنی بر بازار نمی تواند منابع را به نحو بهینه به بخش ها اختصاص دهد. تخلف از مفاد قراردادهای واگذاری، ایجاد بازار انحصاری از سوی بخش خصوصی، عدم ارائه مستمر کالاها و خدمات و گاهی حذف آن ها، افزایش قیمت کالاها و خدمات، و بعضاً کیفیت نامطلوب محصولات تولیدی از جمله پیامدهای خصوصی سازی است.

۱ - نقش نظارت اجتماعی در کنترل فساد، در کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل نیز مورد توجه قرار گرفته است. مطابق با ماده ۱۳ کشورهای عضو ملزم هستند برای ارتقای مشارکت جامعه مدنی، سازمان های غیردولتی و سازمان های محلی در فعالیت های ضد فساد اقدامات مناسبی اتخاذ کنند و برای افزایش آگاهی های عمومی از تهدیدات، علل و پیامدهای فساد تلاش کنند. هنگامی که دولتی از مردم دعوت می کند تا نقش فعالی در نظارت بر حسن اجرای فعالیت های آن داشته باشند، اعتماد عمومی به دولت، نهادها، سیاست ها و اقدامات ضد فساد اهمیت بسیاری پیدا می کند. (Langseth, 2008:27)

به منظور حمایت از منافع دولت و عموم مصرف کنندگان، نظارت دولت بر قراردادهای خصوصی سازی و فعالیت بخش خصوصی اجتناب ناپذیر است؛ به عبارت دیگر شاخص میزان مداخله دولت در فعالیت های آزادانه بخش خصوصی حفظ حقوق دولت و مصرف کنندگان است چراکه قواعد حقوق خصوصی قادر به تأمین این منافع و برقراری رویه هایی برای توازن منافع در صورت تعارض منافع نیست.

طرفین قرارداد با اعمال قواعد حقوق خصوصی^۱ هر چند می توانند در یک شرایط رقابتی برای به دست آوردن کارایی اقتصادی تلاش کنند اما ممکن است انگیزه یا ابزارهای لازم برای تأمین دیگر اهداف اجتماعی یعنی تأمین رفاه مردم، عدالت اجتماعی و ارزش انسانی نداشته باشند یا حتی ممکن است فعالیت های آنها موجب تجاوز به منافع عمومی شود. از جمله دلایل ناکارآمدی قواعد حقوق خصوصی در این حوزه عبارت از نابرابری اراده طرفین در قراردادها، دسترسی نابرابر به اطلاعات، انحصار و محدودیت برای رقابت، آثار نامطلوب عوامل خارجی و عدم توجه به منافع عمومی است.

ابزارهای دولت برای رفع این نارسایی ها، ویژگی های قواعد حقوق خصوصی را ندارند بلکه دارای ویژگی ها و قواعد حقوق عمومی هستند چون این مقررات بیشتر جنبه امری و نظارتی دارند. این مقررات از جمله قواعدی هستند که می توانند از نظر موضوعی از موارد دخالت دولت در روابط حقوقی محسوب شوند و به موجب این مداخله حقوق قابل اجرا خصلت عمومی می یابند. (Bagheri, 2006: 41)

دولت به منظور ایجاد تعادل میان منافع طرفین قرارداد و منافع عمومی از ابزارهای عمومی حمایتی، یک جانبه و تحمیلی استفاده می کند و بعضی مواقع آزادی اراده طرفین در قراردادها را محدود می کند. مداخله دولت می تواند از طریق نهادهای مقررات گذار در قالب وضع مقررات و تدوین قراردادهای استاندارد باشد که در ادامه به صورت مجزا مورد بررسی قرار می گیرد.

۱.۲.۴. وضع مقررات^۲

۱- قواعد حقوق خصوصی مبتنی بر احترام به مالکیت خصوصی و اصل آزادی قراردادها می باشد.

مقررات که به عنوان محدودیت های قانونی صادره از سوی مقامات دولتی تلقی می شود نوعی از قانون گذاری تکمیلی است تا قانون گذاری اولیه به طور صحیح اجرا شود. (Tajarlou, 2008: 196) در تعریفی که از سوی سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^۱ صورت گرفته آمده است: منظور از مقررات، انواع مختلفی از ابزارها است که به وسیله آن، دولت ها الزاماتی را بر شرکت ها و شهروندان بار می کنند. (OECD, 1997: 2)

مقررات گذاری^۲ که از ابزارهای دولت جهت نظارت و هدایت بازار است (Hadifar, 2010: 32) به دو نوع اقتصادی و اجتماعی تقسیم می شود. مقررات گذاری اقتصادی^۳، فرایندی تخصصی برای کنترل قیمت ها^۴، محصولات^۵ و ورود یا خروج فعالان اقتصادی^۶ در یک زمینه صنعتی یا تجاری خاص است. در حالی که مقررات گذاری اجتماعی^۷ به آثار فعالیت های اقتصادی بر رفاه اجتماعی شهروندان می پردازد که برای مثال می توان به قوانین کنترل آلودگی، ممانعت از تبعیض و

رگولاسیون از دهه ۱۹۸۰ به بعد، تبدیل به شاخه مستقلی برای مطالعه شده است. در خصوص مفهوم این اصطلاح بین صاحب نظران اتفاق نظر وجود ندارد، با این وجود این مفهوم را می توان در سه سطح مورد بررسی قرار داد: در سطح اول، که مفهوم محدودی از رگولاسیون است، رگولاسیون به مجموعه ای از قواعد و مقرراتی اطلاق می گردد که به وسیله سازمان های اداری برای کنترل و اجرای قانون بکار می رود. در واقع در این مفهوم رگولاسیون به معنی وضع مقررات توسط سازمان های اداری است. در سطح دوم یا مفهومی کلی تر؛ رگولاسیون به اقدامات نهادهای دولتی برای هدایت اقتصادی اطلاق می شود. این مفهوم از رگولاسیون را می توان به معنای مداخله دولت در اقتصاد نیز به کار برد. این معنی از مفهوم اول وسیع تر است، زیرا علاوه بر مقررات گذاری شامل اقداماتی مانند وضع مالیات، بارانه ها، توزیع ثروت و قیمت گذاری می شود. در سطح سوم یا وسیع ترین مفهوم؛ رگولاسیون عبارت است از روش هایی که برای کنترل اجتماعی بکار می رود. امروزه استفاده از دانش و تکنیک های مقررات گذاری در حوزه اجتماعی توسط دولت ها ترغیب می شود. با این وجود مقررات گذاری اجتماعی از مقررات گذاری اقتصادی، پیشرفت کندتری داشته است. معانی ذکر شده از رگولاسیون تا حدی تغییراتی که در زمینه اقتصادی و اجتماعی این مفهوم رخ داده است را مشخص می کند. (Morgan & Yeung, 2007: 3)

1 - Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)

۲ - مقررات گذاری (Regulatory) فرایند یا اقدامی است که دولت طی آن، فعالیت های خاصی را برای افراد و بنگاه ها، مجاز یا غیر مجاز می سازد. (Hadavand, 2009: 49)

3 - Economic Regulation

4 - Price Controls

5 - Production Controls

6 - Entry Controls

7 - Social Regulation

نظارت بر ایمنی محل کار و تولیدات اشاره کرد. (Hadavand, 2010: 319)

در زمینه خصوصی سازی نیز یکی از ابزارهای نظارتی دولت، وضع قوانین و مقررات است. گنجاندن جنبه های مختلف خصوصی سازی (فرایند واگذاری و انعقاد قراردادهای واگذاری) در مفاد قانون و مقررات، می تواند اثرات قابل ملاحظه ای در ایجاد شفافیت و قابلیت پیش بینی و نظارت بر آن داشته باشد. به ویژه در کشورهایی که گروه های مختلف سیاسی در زمینه خصوصی سازی اختلاف نظر دارند، این امر می تواند در نشان دادن تعهد سیاسی به سرمایه گذاران و دادن اطمینان به آنها در رابطه با مسیری که باید طی کنند، مفید باشد. (OECD, 2009: 17) از این رو بهتر است قبل از شروع هر گونه برنامه ای برای خصوصی سازی ابتدا یک سازمان مقررات گذار به وجود آید.^۱

به عنوان مثال یکی از مسائلی که احتمال دارد در زمان خصوصی سازی دارایی های دولتی بروز نماید «مخاطره اخلاقی»^۲ است. مخاطره اخلاقی هنگامی بروز می کند که دولت تمایل داشته باشد ارزش دارایی هایی را که قصد فروش آنها را دارد، بیش از حد جلوه دهد تا قیمت فروش آنها را به حداکثر رسانده و حداکثر منافع کوتاه مدت را از فروش این دارایی ها به دست آورد. یکی از منافع ایجاد یک نهاد مقررات گذاری، پیش از شروع فرایند خصوصی سازی، آن است که این سازمان می تواند از یک طرف مانع ایجاد مخاطره اخلاقی در مراحل اولیه خصوصی سازی شود و از طرف دیگر مراقب منافع بلندمدت مصرف کنندگان و بخش تحت نظارت خود شود. (Hadifar, 2010: 94)

از این رو گفته می شود که خصوصی سازی به مقررات گذاری اقتصادی (به عنوان جایگزینی برای مدیریت دولتی) می انجامد. برای مثال، بریتانیا با خصوصی کردن شرکت بریتیش تلکام، شرکت «اداره مخابرات» را به عنوان تنظیم کننده جدیدی تأسیس کرد و با خصوصی شدن تولید برق، شرکت «اداره ذخیره برق» برای مقررات گذاری این صنعت تأسیس شد. در مکزیک، شرکت

۱ - نهاد مقررات گذار می بایست به موجب قانون به وجود آمده باشد همان طور که به موجب ق.ا.س.ک. شورای عالی سیاست های اجرای اصل ۴۴ و هیئت واگذاری نهادهای وضع دستورالعمل ها و آیین نامه های مختلفی در زمینه خصوصی سازی شده اند.

مخابرات (تلمکس) در سال ۱۹۹۰ خصوصی شد و در سال ۱۹۹۶ کمیسیون مرکزی مخابرات (کافتل) برای مقررات گذاری آن به وجود آمد. (Salamon, 2003: 125) خلاصه اینکه مقررات گذاری اقتصادی به عنوان ابزاری در اختیار دولت، برای نظارت و کنترل است.

کشورهایی که دارای نظام حقوق موضوعه هستند، ترجیح می دهند برای اجرای برنامه خصوصی سازی یک قانون کلی تهیه کنند. چنین قانونی، اصول برنامه خصوصی سازی را مشخص و مؤسسات مسئول آن را تعیین می کند. کشورهای کامن لا مانند کانادا و انگلستان، بدون وجود یک قانون خاص برنامه خصوصی سازی را اجرا می کنند و هر جا که لازم باشد از وضع قانون خاص استفاده می کنند. (Welsh & Formond, 2010: 25)

در کشور ما نیز همانند سایر کشورهای دارای نظام حقوق موضوعه، قانون خاصی در زمینه خصوصی سازی به تصویب رسید. از آنجا که مقررات راجع به شرکت های دولتی در ایران بسیار متنوع و پراکنده و گاه متعارض و مبهم است، لذا این خطر وجود داشت که در صورت نبود قانون خاص، در مرحله واگذاری میان مجریان و اشخاص ذینفع اختلاف نظری شدید پیش آید در حالی که وجود این قانون تا حد زیادی از بروز این اختلاف نظرها جلوگیری می کند و باعث ایجاد وحدت رویه میان سازمان های دولتی می شود.

البته گفتنی است که امروزه فرایند حکمرانی تحولات چشمگیری داشته است. از جمله این تحولات می توان به حکمرانی تنظیمی^۱ اشاره کرد. بر مبنای این الگوی حکمرانی، مداخله مستقیم دولتی و مقررات گذاری افراطی دیگر با اقتضائات امروز جوامع همخوانی ندارد و لازم است دولت اولاً در ماهیت و محدوده وظایف خود تجدیدنظر کند و از تصدی گری و اتخاذ رویکرد سخت گیرانه «دستور و کنترل» به سمت اعتماد بیشتر به بخش های غیر حکومتی و فضا سازی برای مشارکت مؤثر آن ها در اداره امور عمومی حرکت کند. دوم اینکه چنانچه مداخله و قانون گذاری دولتی نیز ضروری باشد، باید با تأمل و بررسی های بیشتری نسبت به آثار و تبعات اقدامات الزام آور خود بر بخش های مختلف جامعه اقدام به مقررات گذاری کند.

از آنجا که یکی از مهم ترین وظایف دولت ها مقررات گذاری و تنظیم امور عمومی است،

ارزیابی آثار مقررات گذاری^۱ یکی از ابزارهای حکمرانی تنظیمی است که به عنوان بخشی از برنامه اصلاح نظام مقررات گذاری و حرکت به سمت حکمرانی خوب به کار می رود. بر مبنای این روش ارزیابی، دولت باید پیش از هرگونه اقدام به مقررات گذاری و تنظیم امور عمومی، بررسی های دقیقی را در مورد آثار مداخله خود انجام دهد؛ چراکه گاه ممکن است مقررات گذاری دولتی نه تنها آثار مطلوبی نداشته باشد، بلکه آثار منفی ناخواسته ای نیز در بخش های مختلف جامعه بر جای بگذارد. (Kirkpatrick & Parker, 2013: 13) از آنجا که مرز بین مقررات گذاری مطلوب که به توازن منافع سه گانه منجر شود و مقررات گذاری افراطی و مداخله گرانه که توازن منافع را از بین ببرد، بسیار شکننده است، لازم است قبل از هرگونه اقدام به مقررات گذاری، بررسی ها و ارزیابی های اولیه متناسبی درباره آثار و پیامدهای مقررات بر مبنای تحلیل هزینه-فایده صورت بگیرد.

یکی از مقرراتی که به طور ویژه به منظور نظارت بر قراردادهای خصوصی سازی وضع شده است، «دستورالعمل نحوه نظارت پس از واگذاری» مصوبه هیأت واگذاری در تاریخ ۹۶/۱۱/۲۳ است که با تغییرات و اصلاحاتی جایگزین دستورالعمل شماره ۸۹/۲/۱۴۳ ه مورخ ۱۳۹۰/۰۵/۱۷ هیأت واگذاری شد. مطابق ماده ۲ این دستورالعمل، سازمان خصوصی سازی مکلف شده است رأساً و یا با استفاده از خدمات سازمان حسابرسی یا مؤسسات عضو جامعه حسابداران رسمی ایران و یا در موارد خاص کارشناسان رسمی دادگستری، بنگاه ها و یا شرکت های واگذار شده را مورد بازرسی قرار دهد. بازرسان سازمان خصوصی سازی موظفند طی قراردادی که با سازمان خصوصی سازی منعقد می نمایند هر شش ماه یک بار و یا در دوره های کوتاه تر به تشخیص سازمان خصوصی سازی از بنگاه ها و شرکت های واگذار شده بازدید کنند. بازرسان موظف هستند در موارد ضروری حتی علاوه بر ارائه گزارش های دوره ای، گزارش های موردی را نیز تهیه و ارائه نمایند و حتی در موارد خاص به منظور نظارت مستمر، سازمان خصوصی سازی می تواند از بازرسان ویژه به صورت مقیم و یا غیر مقیم در بنگاه ها و یا شرکت های واگذار شده استفاده نماید.

در اینجا نیز ایراد یکی شدن مجری و ناظر وارد است؛ سازمان خصوصی سازی که مسئول اجرای برنامه خصوصی سازی در ایران است، مسئول نظارت بر عملکرد شرکت های خصوصی شده

نیز می باشد که می تواند بر کیفیت نظارت و تأمین توازن منافع سه گانه، تأثیر سوء داشته باشد. در دستورالعمل مذکور، تخلفاتی از قبیل فروش دارایی های شرکت بدون اخذ مجوز از سازمان خصوصی سازی، تأخیر بیش از دو ماه در پرداخت حقوق کارکنان و کاهش تعداد کارکنان شرکت خارج از مجوز مندرج در قرارداد، تعیین و برای آن ها اقدامات تنبیهی از اخطار و توبیخ کتبی تا فسخ قرارداد واگذاری در نظر گرفته شده است. برای نمونه می توان به فسخ واگذاری هپکو به دلیل فروش اموال شرکت، عدم پرداخت به موقع حقوق کارکنان و بازپرداخت اقساط اشاره کرد. (<https://www.alef.ir/news/3980630053>)

۲.۲.۴. تدوین قراردادهای استاندارد

یکی از اقدامات صورت گرفته در زمینه خصوصی سازی، تدوین قراردادهای استاندارد است.^۱ امروزه استفاده از قراردادهای استاندارد رواج بسیار یافته است، طوری که برخی نویسندگان ادعا کرده اند بیش از ۹۰ درصد قراردادهای منعقد، از طریق قراردادهای استاندارد انجام می پذیرد. (Slawson, 1971: 529)

در تعریف قرارداد استاندارد می توان گفت یک متن از پیش تنظیم شده است که حاوی جزئیات قراردادی از قبیل حقوق، تعهدات و مسئولیت های طرفین، موارد نقض قرارداد و ضمانت اجرای آن، ضمانت نامه و چگونگی حل و فصل اختلافات می باشد که با پر کردن جاهای خالی می تواند به یک قرارداد کامل تبدیل شود. جاهای خالی عمدتاً مربوط به اسامی طرفین و موضوع قرارداد است که متناسب با هر مورد خاص، توافق شده و تکمیل می شود. قراردادهای مذکور زمانی مورد استفاده قرار می گیرد که طرفین در این خصوص توافق داشته باشند و مفاد آن با توافق

۱ - قراردادهای استاندارد که برای خصوصی سازی تنظیم شده اند عبارتند از: قرارداد فروش سهام و حقوق کنترل و مدیریتی (نقد و اقساط)، قرارداد فروش سهام و حقوق مدیریتی (نقد و اقساط)، قرارداد فروش دارایی و حقوق کنترل و مدیریتی (نقد و اقساط)، قرارداد فروش سهام و حقوق مدیریتی (نقد و اقساط)، قرارداد واگذاری سهام و دارایی شرکت های دولتی بابت رد دیون دولت و قرارداد فروش سهام عدالت به شرکت سرمایه گذاری استان ...، و قرارداد انجام خدمات بازرسی ویژه شرکت های دولتی.

طرفین قابل تغییر می‌باشند. (karimi & Mozaffari, 2011: 28)

لازم به ذکر است که میان قرارداد استاندارد و قرارداد الحاقی تفاوت وجود دارد. قرارداد الحاقی، قراردادی نمونه است که معمولاً به صورت چاپی بوده و توسط عرضه‌کننده یک کالا یا خدمات که دارای قدرت اقتصادی کاملاً برتری است، تنظیم شده و به مصرف‌کننده آن کالا یا خدمات ارائه می‌شود، و مصرف‌کننده یا باید آن قرارداد را با همه شروط قبول کرده یا کلاً از آن صرف نظر کند و به او امکان داده نمی‌شود که شروط مزبور را مورد بحث و مذاکره قرار داده و یا آن‌ها را تغییر دهد و در نتیجه، انعقاد قرارداد به پذیرش کلیه شروط مزبور منوط می‌باشد. (Shiravi, 2002: 70) متعلق قرارداد نیز، کالا یا خدمتی ضروری است که در عمل یا به‌طور قانونی در انحصار عرضه‌کننده آن است یا رقابت در آن خیلی محدود است و افراد ناگزیر به الحاق به چنین قراردادهایی می‌شوند؛ (6 : Marty & Raynaud, 1988) مثلاً افرادی که نیاز به تلفن دارند مجبورند به شرکت مخابرات مراجعه کرده و قرارداد نمونه‌ای را که از قبل به وسیله شرکت مخابرات تهیه شده است امضا کنند و افراد نیازمند به تلفن چاره‌ای ندارند جز اینکه قرارداد را با تمام شرایط مندرج در آن قبول کنند یا از داشتن تلفن صرف نظر کنند. (Shiravi, 1999: 70)

با توجه به تعاریف قرارداد استاندارد و الحاقی مشخص می‌شود که غالب ویژگی‌های قراردادهای خصوصی‌سازی، منطبق با قرارداد استاندارد است. چراکه اولاً، قراردادهای الحاقی بیشتر در خصوص کالاها و خدمات انحصاری و مصرفی مورد استفاده قرار می‌گیرد و شرایط فروشنده بر خریدار که مصرف‌کننده نهایی است و به آن کالا یا خدمات نیاز دارد، تحمیل می‌گردد لیکن در قراردادهای خصوصی‌سازی، موضوع واگذاری، کالای مصرفی و واگذار شونده، مصرف‌کننده نهایی نیست. ثانیاً، در قراردادهای الحاقی، طرف قرارداد باید قرارداد را به همان شکلی که ارائه شده بپذیرد یا اینکه به‌طور کلی از پذیرش آن خودداری کند؛ اما در قراردادهای خصوصی‌سازی، همانند قراردادهای استاندارد، طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر مفاد قرارداد را تا جایی که مخالف قانون نباشد، تغییر دهند.

باید خاطرنشان ساخت که از یک جهت، قراردادهای خصوصی‌سازی به قرارداد الحاقی نزدیک می‌شود و آن این است که قراردادهای الحاقی به نفع طرف تنظیم‌کننده تنظیم می‌شود و در آن شروطی به طرف ضعیف تحمیل می‌شود. از این رو در حقوق داخلی بسیاری از کشورها مقرراتی وجود دارد که به دادگاه‌ها اجازه داده می‌شود در صورتی که شروط مزبور از جهت مفاد و قلمرو

ابهام داشته باشد، دادگاه آن را به ضرر تنظیم کننده و به نفع طرف مقابل تفسیر می کند. درحالی که این مقررات حمایتی اصولاً قراردادهای استاندارد را شامل نمی شود. (Shiravi, 1999: 71) قراردادهای خصوصی سازی نیز با توجه به اینکه از سوی دولت به عنوان یکی از طرفین قرارداد تنظیم شده، حاوی شروط نابرابر به نفع دولت است که برای تعدیل شروط نابرابر قراردادهای خصوصی سازی، باید این قراردادها را بر اساس اصل توازن منافع سه گانه تفسیر کرد.

نتیجه گیری

با توجه به ماهیت و اهداف اقتصادی و اجتماعی خصوصی سازی، مهم ترین اصلی که در این زمینه باید لحاظ گردد، اصل توازن منافع سه گانه است؛ چراکه در قراردادهای واگذاری، چند منفعت همزمان باید رعایت گردد (دولت، بخش خصوصی و عموم مردم). به منظور تحقق این اصل مبنایی، اصول دیگری نیز بر خصوصی سازی حاکم است که ازجمله آنها، اصل نظارت است که در دو مرحله باید اعمال شود. مرحله اول، نظارت بر فرایند واگذاری است که باید از سوی نهاد مستقل صورت گیرد؛ امری که در ق.ا.س.ک. نادیده گرفته شده و تبعات منفی به دنبال داشته است و نیازمند بازنگری است. مرحله دوم، نظارت بر اجرای قراردادهای واگذاری به منظور حصول اطمینان از اجرای مفاد قرارداد و تأمین مطلوب کالاها و خدمات مورد نیاز مصرف کنندگان از سوی واگذارشونده است.

ازجمله ابزارهای دولت ها برای اجرای اصل نظارت، وضع مقررات و تدوین قراردادهای استاندارد واگذاری است که در برنامه خصوصی سازی ایران نیز به پیش بینی شده است و لیکن دچار نقایصی است که باید مرتفع شود. یکی از مهم ترین آنها که باعث شده است به برخی واگذاری های انجام شده از سوی دستگاه های نظارتی اشکال وارد شود، این است که معیارهای صلاحیت منتقل الیه در فرایند خصوصی سازی و نحوه احراز آنها در اکثر شیوه های واگذاری مبهم باقی مانده است و باید مرتفع گردد. نکته مهمی که باید مدنظر قانون گذار باشد شناسایی مرز حساس مقررات گذاری مطلوب که به توازن منافع سه گانه منجر می شود و مرز مقررات گذاری افراطی است که توازن منافع را برهم می زند. ارزیابی آثار مقررات گذاری یکی از ابزارهای حکمرانی تنظیمی است که دولت باید آن را قبل از هر گونه مقررات گذاری بر مبنای تحلیل هزینه-فایده انجام دهد. در زمینه تنظیم قراردادهای واگذاری نیز پیشنهاد می گردد در ترکیب

اعضای هیأت واگذاری، کارشناس حقوقی اضافه شود؛ زیرا بسیاری از ابهامات موجود در قانون را می توان با استفاده از نیروی متخصص در قالب قراردادی مرتفع ساخت و وضعیت حقوق و تکالیف طرفین قرارداد خصوصی سازی را روشن ساخت تا نظارت بر اجرای آن و استفاده از ضمانت اجرای لازم، به طور دقیق میسر گردد.

یکی دیگر از مقدمات اعمال نظارت بر اجرای قراردادهای خصوصی سازی، پیش بینی تضمینات حقوقی لازم است. الزام بخش خصوصی به ارائه گزارش فعالیت در زمان های مقرر پس از واگذاری، تعهد به گسترش فعالیت های بنگاه، تعهد به افزایش حجم سرمایه شرکت بعد از دوره مشخص، از جمله تضمیناتی است که دولت باید از بخش خصوصی اخذ کند. تصریح به این تضمینات در قانون، اعمال نظارت را ضابطه مند می سازد. با این حال بر اساس اصل توازن منافع سه گانه، در وضع این تضمینات نباید بگونه ای عمل کرد که انگیزه های سرمایه گذاری بخش خصوصی کاهش یافته و این بخش خود را در مواجهه با تکالیف سنگین و نامتعارف ببیند؛ برای مثال، این تعهد که بخش خصوصی مکلف است کلیه کارکنان بنگاه دولتی را حفظ کرده و هر ماه چند نیروی داخلی به مجموعه بیفزاید، تعهدی نامتعارف است که در قراردادهای خصوصی سازی گنجانده شده و باید مورد بازنگری قرار گیرد.

References

- [1] Abbaszadegan, Seyed Mohammad. (2004). *Corruption*. Tehran: Office of Cultural Research. (in persian)
- [2] Afoso-amah, W. (2006). *Legal Framework to Fight Corruption*. Translated by Ahmad Ranjbar. Tehran: Islamic Parliament Research Center. (in persian)
- [3] Bagheri, Mahmoud (2007). Market Based Economics and Private Law Shortcomings, *Journal of Law and Policy Research*, 19, 41-88. (in persian)
- [4] Beesley, M.E. & Littlechild, S.C. (1997). *The Regulation of Privatized Monopolies in the United Kigdom*. In Privatization, Regulation and Deregulation, New York: Routledge, 2nd ed.
- [5] Bhargava, Vinay & Bolongaita, Emil. (2010). *Challenging Corruption in Asia*. Translated by alireza Deyhim & Hossein Azimbeyg. Tehran: New Time. (in persian)
- [6] Dadgar, Yadollah. (2007). An Overview of Developments in the Field of Efficiency in Economic Literature (Theories and Applications). *Journal of Law and Politics*, 9(23), 104-142. (in persian)
- [7] Duboi, Jean (1994). *Dictionaire de la langue francais*. Paris: Larousse.
- [8] Foruzandeh, Lotfollah. (2006). Supervision and Control in Islamic Management. *Journal of Parliament and Research*, 53, 55-86. (in persian)

- [9] Gérard, Cornu. (1987). *Vocabulaire Juridique*. 6 éd., Paris : PUF.
- [10] Gholipour, Arian. (2002). *Sociology of Governmental Management. Management Knowledge*, 15(57), 51-70. (in persian)
- [11] Hadavand, Mahdi. (2010). *Adaptive Administrative Law*. V. 1. Tehran: SAMT. (in persian)
- [12] Hadavand, Mahdi. (2009). Income on Social Regulation. *Journal of Constitutional Law*, 2, 48-63. (in persian)
- [13] Hadifar, David. (2010). *Legal Entities of Regulatory; Structure and Mechanism of Execution*. Tehran: New Art. (in persian)
- [14] Fazaeli, Mostafa & Hasanwand Mohsen. (2009). Public Economic Law: Governmental Monopolies in Iran. *Strategic Magazine*, 18(50), 29-62. (in persian)
- [15] Husin, R. (2006). *Malaysian Economic Development with emphasis on Public-Private Collaboration*. World Bank PSD Conference.
- [16] Jafari Langaroodi, M. (2002). *Theory of Equilibrium*. Tehran: Gange Danesh. (in persian)
- [17] Karimi, Abbas & Mozaffari, Mostafa. (1390). Impact of sample contract (standard) on achieving legal unity in international transactions. *Journal of Legal Studies (Journal of Special Economic Rights)*, 2, 17-42. (in persian)
- [18] Katouzian, Naser. (2008). Restrictions on contractual freedom based on consumer protection. *Law Quarterly; Journal of the Faculty of Law and Political Science*, 38(3), 327-342. (in persian)
- [19] Kirkpatrick, C. & Parker, D. (2013). *Regulatory Impact Assessment: An Overview*. In: *Regulatory Impact Assessment: Toward Better Regulation*. Translated by: Moslem Aghaei Touq. Tehran: Khorsandi. (in persian)
- [20] Koffman, L. & Macdonald, E. (2004). *The Law of Contract*. Oxford University Press.
- [21] Langseth, P. (2008). *The Global Programme Against Corruption (UN Anticorruption Toolkit)*. Translated by Amir Hossein Jalali Farahani and Hamid Bahremand. Tehran: Islamic Parliament Research Center. (in persian)
- [22] Marty, G. & Raynaud, P. (1988). *Les Obligations*, Tome 1. Paris: SIREY.
- [23] Ministry of Foreign Affairs. (1993). *Privatization in Eastern Europe and Latin America*. A report received from the Islamic Republic of Iran Embassy in Prague. (In Persian)
- [24] Morgan, B. & Yeung, K. (2007). *An Introduction to Law and Regulation*. Cambridge University Press.
- [25] Newbery, David M. (2006). *Privatizing Network Industries, in Privatization Experiences in the European Union*. Edited by Hans-Werner Sinn. London: MIT Press.
- [26] OECD (2009). *Privatization in the 21st Century: Recent Experience of OECD Countries*. Available at: www.oecd.org/daf/corporateaffairs (Last Visited: 2019/05/25)
- [27] OECD. (1997). *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*. Paris: OECD.

- [28] Rabiei Ali (2004). *The Lives of Corruption*. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. (in persian)
- [29] Raqfqr Hossein. (2003). *State, Corruption and Social Opportunities*. Tehran: Naqsh va Negar. (in persian)
- [30] Ramanadham, V.V. (2002). *Privatization and After (Monitoring and Regulation)*. New York: Routledge.
- [31] Rose-Akerman, Susan. (2006). *Corruption and Government: Causes, Consequences and Modifications*. Translated by Manouchehr Sabouri, Tehran: Pardis Danesh. (in persian)
- [32] Sadeghi, Mohsen. (2015). Principles of Cost-Benefit-Proportionality and Implementation of Efficiency; Economic Principles Governing Legislative Policies and Its Position in the Legislation of Iranian Literary - Artistic Property Rights. *Journal of Law*, 45(4), 605-622. (in persian)
- [33] Sadeghi, Mohsen. (2005). *Legal Principles and Its Position in the positive Law*. Tehran: Mizan. (in persian)
- [34] Salamon, Lester M. (2003). *The Tools of Government: A Guid to New Governance*. Oxford University Press.
- [35] Shiravi, Abd-al Hussein. (2002). Standard Contracts (Complementary) in Comon Law with Emphasis on the law of the United Kingdom and America. *Journal of High Education Complex of Qom*, 4(12), 67-102. (in persian)
- [36] Shiravi, Abd-al Hussein. (1999). The role of standard contracts (samples) in international trade and comparison with extension contracts in domestic law. *Journal of High Education Complex of Qom*, 1(3), 61-76. (in persian)
- [37] Slawson, W. David (1971). Standard Form Contracts and Democratic Control if Law Making Power. *Harvard Law Review*, 48(3), 529-566.
- [38] Tajarlou, Reza. (2010). The study of theoretical foundations of bankruptcy law in the English and American legal system. *Journal of Law and Political Science*, 40(2), 239-258. (in persian)
- [39] Tajarlou, Reza. (2008). Theoretical conception of government involvement in restricting the freedom of contracts, referring to the English law system, *Journal of Law*, 38(3), 191-210. (in persian)
- [40] Toosi, Abbas. (2014). *Economic Analysis of Companies' Law*. Tehran: Research Institute of Knowledge City. (in persian)
- [41] Vice President for Management Development and Human Capital. (2011). *Administrative Health*. Tehran: Governmental Management Education Center of Management. (in persian)
- [42] Welsh, Dick & Formond, Olivier. (2010). *Privatization: Stage to Stage (Methods and Examples)*. Translated by Management of Studies and Planning, Tehran: Privatization Organization, Third Edition. (In Persian)

مداخله دولت در شروط غیرمنصفانه با تکیه بر تحلیل اقتصادی قراردادهای *

قاسم نبی زاده کبریا^۱

مربی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد

اسلامی، واحد ساری

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۲۸

چکیده

تا اوایل سده حاضر در ایران و نیز بعد از انقلاب صنعتی در کشورهای صنعتی، تحولات عمده‌ای در موقعیت اجتماعی و قدرت اقتصادی طرفین قراردادهای مصرف به وجود آمده است. تنوع قراردادهای پیچیدگی بازارها، تخصصی شدن دانش تولید، عرضه و استفاده از کالاها در ظاهر دلالت بر نبود اطلاعات کامل و انتخاب معقول از طرف ضعیف قراردادهای (عموماً مصرف کننده)، دارد. دیگر، طرف‌های ضعیف معاملات تحت حاکمیت حقوق سنتی قراردادهای، قادر به تأمین متعادل منافع و تعهدات خود در قرارداد و تخصیص کارآمد منابع نبوده‌اند. در واقع در چارچوب حقوق سنتی معاملات و بر مبنای اصل آزادی قراردادهای، غالب معاملات و یا شروط قراردادی به‌طور نظام‌مندی به تضرر طرف ضعیف و تخصیص نا کارآمد منابع می‌انجامید. این کاستی‌ها در سطح جهان و در موارد محدودی در ایران، دولت‌ها را بر آن داشت تا در قالب شناسایی شروط ناعادلانه با وضع مقررات جدید، در قراردادهای مزبور مداخله نموده و از این راه در صدد رفع آن کاستی‌ها برآیند. کاستی‌های مزبور، در واقع همان ناتوانی نظام سنتی حقوق قراردادهای در نیل به اهداف نظام‌های سیاسی و حقوقی است که ریشه در ارزش‌های بنیادین و سنت‌های فکری حاکم بر جوامع مربوطه دارند. با توجه به تعدد کاستی‌ها، ملاحظه می‌شود که دخالت دولت در قراردادهای حاوی شروط ناعادلانه بر مبنای متعددی مبتنی است که از آن جمله می‌توان به کارایی اقتصادی (تخصیص کارآمد منابع) اشاره داشت. از این رو در این مقاله سعی شده است تا با ابتدای بر مفهوم کارآمدی

* - مقاله پژوهشی

اقتصادی قراردادها، مقصود قانون‌گذار از شناسایی دسته‌ای از تعهدات به عنوان «شروط ناعادلانه»، مورد بررسی قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: شروط ناعادلانه، کارایی اقتصادی، رفتار اقتصادی، شروط غیرمنصفانه، مداخله دولت.

طبقه‌بندی JEL: K21, K2, K12, KZ14 K10:

مقدمه

الف- مدت‌ها است با توجه به تخصیصی شدن امور و تقسیم کار صورت گرفته در یک جامعه، افراد در رفع نیازهای خود ناگزیر به برقراری ارتباط با یکدیگر می‌باشند. با عنایت به این تغییرات اجتماعی گسترده و اجتناب‌ناپذیر، اصل آزادی قراردادی که مبتنی بر فروضی چون استقلال افراد در رابطه با یکدیگر و برابری ایشان در قراردادها بوده، با چالش‌های جدی مواجه شده است. تکلیف دولت‌ها در اجرای اصل مزبور آن بوده که ضمن اعمال مداخله حداقلی، زمینه را برای شکوفایی هرچه بیشتر خلاقیت و استعداد افراد فراهم سازند، تا از این راه ارتقاء رفاه اشخاص و به تبع آن جامعه، حاصل آید. امروزه مشخص شده است که فرض برابری و استقلال اشخاص در مراجعه و انعقاد قرارداد با یکدیگر، بیشتر به توهم نزدیک است تا به واقعیت. (Kauffman and Aghion, 1990: 381-385 & Macdonald, 2004:4)

این تغییرات موجب شده تا در حقوق امروز، اصل آزادی قراردادی اعتبار و قداست سابق خود را از دست داده و با تخصیص‌ها و تحدیدهای جدی مواجه شود. هدف اصلی از وضع این محدودیت‌ها نیز بازگرداندن تعادل به روابط قراردادی و ایجاد نظم عادلانه اجتماعی است.

ب- از مصادیق محدودیت‌های مزبور، تأسیس «شروط ناعادلانه» است. در این تأسیس، چنانچه تعهدی مطابق با ضوابط قانونی اعلام شده، ناعادلانه انگاشته شود اثر تحمیلی آن بر طرف مقابل (عموماً ضعیف‌تر) قرارداد مرتفع خواهد شد. در واقع، گرچه بنابر اصل آزادی قراردادی متعهد چنین قراردادی ملتزم به آن می‌باشد، ولی در اجرا و بنا به حکم قانون‌گذار الزام ناشی از «شروط ناعادلانه» از مشروط علیه آن برداشته خواهد شد.

پ- مداخله دولت در قالب تأسیس «شروط ناعادلانه»، مبتنی بر مبانی متعددی است که از آن جمله می‌توان به «کارآمدی اقتصادی قراردادها» اشاره داشت. چنانچه تحلیل قرارداد از منظر

اقتصاد رفتاری به گونه‌ای باشد که نسبت به هریک از طرفین آن و پس از صرف حداقل منابع، به تخصیص حداکثری منابع یا منافع منجر گردد، چنین توافق کارآمدی موضوع مداخله قانون‌گذار نخواهد بود.

تأسیس «شروط ناعادلانه» و مبانی آن، علی‌رغم جایگاه و اهمیت بسیار زیادش، تاکنون آن طور که شایسته است مورد توجه و تقنین قرار نگرفته است. لذا در این مقاله سعی شده است در ذیل دو گفتار، قاعده کارآیی اقتصادی قراردادها تبیین و سپس شروط ناعادلانه در قوانین داخلی با ابتنای بر این قاعده، مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد.

گفتار نخست- مداخله دولت بر مبنای تحلیل اقتصادی قراردادها

زمانی که یک نظم اقتصادی خاص بر اساس ایده اقتصاد مبتنی بر بازار آزاد شکل بگیرد، نظام حقوقی متناسب با این نظم اقتصادی همان حقوق خصوصی قراردادها خواهد بود که تنها ناظر بر فرایند شکل‌گیری قراردادها است. در حقیقت تفکری که تخصیص کارآمد منابع جامعه در بازار را تنها از طریق توافق‌ها و قراردادهای خصوصی دانسته، حقوق قراردادها را فاقد هدفی خارجی می‌داند. (Posner, 1998: 38) ساختار داخلی و قواعد موجود در چنین نظام حقوقی، توسط خود آن نظام تعیین می‌شود و به عبارت دیگر، این نظام حقوقی، یک نظام حقوقی برون‌گرا است.

در علم اقتصاد که تخصیص بهینه منابع کمیاب به عنوان مهم‌ترین هدف آن یاد می‌شود، کارایی اقتصادی به عنوان کلیدی‌ترین مفهوم در تحقق رسالت این علم است که امروزه در خصوص تمام رفتارهای اقتصادی و غیر اقتصادی مراعات می‌شود. (Ansari, 2012: 87)

رفتاری به لحاظ اقتصادی توجیه‌پذیر و کارآمد محسوب می‌شود که با صرف کمترین منبع، تحصیل حداکثری منابع عامل آن را به همراه داشته باشد. مواردی که مراعات آن در تحقق کارایی اقتصادی رفتارهای قراردادی طرفین ضروری به نظر می‌رسد شامل اطلاعات کامل طرفین از موضوع و اطراف قرارداد؛ انتخاب‌های عقلایی آن‌ها و نیز تحمل تعهدات و هزینه‌های معاملاتی پایین است. (Lotfi, 2013: 164-166) به‌طور عموم در قراردادها - به ویژه در قراردادهای مصرف - حداقل یکی از طرفین فاقد اطلاعات لازم و کافی بوده و از منظر اقتصاد رفتاری، قادر به انتخاب عقلانی نیست. (Beals, et al., 1981: 3/527) فقدان این مفروضات باعث می‌شود که طرفین نتوانند به نحو کارآمدی در قراردادها منابع خود را تخصیص داده و به اضافه رفاه خود نائل

آیند. حقوق سنتی قراردادهای نیز به لحاظ عمده توجهی که به صورت قراردادهای داشته و به جهت فقدان نقش تنظیمی در روابط طرفین، قادر به رفع این کاستی از طریق حل مشکل اطلاعات و کمک به انتخاب عقلانی نیست و بدین وسیله نقص بازار و قراردادهای با نقص حقوق سنتی قرارداد در نیل به کارآیی اقتصادی تکمیل می‌گردد.

باید توجه داشت باوجود این که خواستگاه کارایی اقتصادی، علم اقتصاد است، و حتی می‌توان آن را به عنوان یکی از عناصر متمایز کننده اقتصاد از سایر علوم قلمداد نمود، اما این مفهوم کاربردهای فراگیری دارد. امروزه در سایر علوم اجتماعی نیز از کارآیی اقتصادی با عنوان تحلیل اقتصادی آن علوم استفاده می‌شود.

(Dadgar, 2007:104) بر این اساس، کارآیی اقتصادی نه تنها در قلمرو اقتصاد خرد مبنای توصیف یا قضاوت ارزشی در خصوص نهادهای بازار از جمله قراردادهای و رفتار افرادی چون کارگران، تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان در قراردادهای قرار می‌گیرد. Dadgar and Rahmani (2007, Chapter One)

حتی اقتصاددانان و اندیشمندان سایر علوم، کاربرد این پدیده را در قالب تحلیل اقتصادی اثباتی (هست و نیست بهینگی تخصیص منابع) و یا هنجاری (بایدها و نبایدها در رفتار بازیگران حوزه اقتصاد خرد) اصول و قواعد آن علوم فراتر از حوزه اقتصاد برده‌اند. به این ترتیب، امروزه نه تنها رفتارهای اقتصادی و بازاری، بلکه حتی رفتارهای غیر بازاری نیز بر مبنای مفهوم کارآیی اقتصادی با رویکردی اثباتی و هنجاری به تحلیل اقتصادی حقوق و قراردادهای می‌پردازد.^۱

زمانی که معامله‌ای شکل می‌گیرد و قراردادی به مانند قرارداد مصرف با اراده سالم طرفین منعقد می‌شود، هر کدام از طرفین، کالا یا خدمات خود را که برای معامله آورده‌اند کمتر و عوض دریافتی خود را بیشتر از طرف مقابل خود ارزیابی می‌کنند. نتیجه چنین قراردادی برای طرفین، به دست آوردن کالا، خدمات یا هر مطلوبی است که ارزش آنها برای او بیشتر از طرف مقابل است؛ به عبارت دیگر، طرفین مالی بیشتر از آنچه که قبلاً داشته‌اند، به دست آورده‌اند و با تخصیص منابع

۱. برای اطلاع بیشتر از پیشینه تحلیل اقتصادی حقوق و مکاتب حقوق و اقتصاد ر.ک: متوسلی، محمود، مقدمه‌ای بر حقوق و اقتصاد، انتشارات دانشکده امام صادق (ع)، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۹، فصول سوم و پنجم همچنین ر.ک: دادگر، یدالله، مؤلفه‌ها، ابعاد اساسی حقوق و اقتصاد، انتشارات نور علم، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۹، فصول دوم، سوم و ششم.

خود از طریق منابع مزبور، ثروت خود را به حداکثر رسانده‌اند. این امر همان ترجمان مفهوم کارآیی اقتصادی قراردادها است. (Posner, 1998: 33-38)

در اسلام نیز کارآیی اقتصادی مورد توجه واقع شده است. در ادبیات اسلامی این مفهوم با عباراتی چون «رشد و نمو» بیان گردیده و به این وسیله بر رشد و بهره‌وری با حفظ اصول ارزشی دیگری چون عدالت تأکید شده است که البته به عنوان ابزار تحقق زمینه زندگی سالم مادی، وسیله‌ای برای حصول به تعالی معنوی نیز تلقی می‌شود. (Dadgar, 1999: 53-51) در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز، اقتصاد وسیله‌ای برای تأمین اهدافی چون نیازهای ضروری افراد جهت استمرار حرکت تکاملی انسان تلقی شده است^۱ که با وجود کارآیی بهتر ممکن خواهد بود. همچنین قانون‌گذار اساسی شرط حمایت از نهاد مالکیت در بخش‌های خصوصی، دولتی و تعاونی را حصول رشد و توسعه اقتصادی کشور قرار داده است^۲ که در سایه کارآیی اقتصادی قابل تحقق است؛ بنابراین کارآیی اقتصادی در اسلام و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به عنوان مبنایی در خدمت ارزش‌های مهم تر و متعالی دیگر مورد توجه قرار گرفته است.

در نظام اقتصاد اسلامی، امکان برقراری تعادل اقتصادی از طریق ساز و کار خودکار و خود انتظام بازار (در سایه پیش‌فرض‌های اقتصاد کلاسیک)، پذیرفته نشده و برای ایجاد این تعادل اختیارات گسترده‌ای به دولت اسلامی اعطاء شده است که می‌تواند برای نیل به آن و در راستای کارآمدسازی بازار به وضع مقررات پردازد. (Namazi, 2007: 330-333) به همین جهت است که دولت موظف است برای فراهم ساختن موجبات رشد، سیاست‌های اقتصادی متناسب با رشد را تنظیم نماید. (Sadr, 2011: 62)

با گذشت زمان مشخص گردید، پیش‌شرط‌هایی که در مکاتبی چون اقتصاد کلاسیک وجود آن‌ها در بازار مفروض گرفته شده و بر مبنای آن مفروضات، کارآمدی تخصیص منابع از طریق قراردادها را تحت حاکمیت حقوق خصوصی پیش‌بینی می‌نمود، در عمل وجود خارجی نداشته و در نتیجه، بازار در نیل به کارآیی اقتصادی خودکار با کاستی‌هایی روبرو است که از طریق

۱. دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

۲. اصل چهل و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

ابزارهای حقوق خصوصی نیز قابل رفع نیستند. (Bagheri, 2007: 51) دولت به عنوان نهادی مکمل بازار می تواند با مداخله در این دسته از قراردادها در جهت رفع کاستی ها اقدام کند. عموماً مداخله دولت بر مبنای کارآیی اقتصادی با استفاده از حقوق حاکم بر قراردادها انجام می پذیرد. با توجه به ارزیابی تخصیص منابع توسط طرفین در قرارداد، بدون توجه به وضعیت اقتصادی و اجتماعی طرفین معامله و ضعف و قدرت آنها، مداخلات دولت توجیه می پذیرد. در واقع حقوق حاکم بر این دست از قراردادها به عنوان ابزاری بوده در جهت نیل به هدفی خارجی که همان کارآیی اقتصادی است. این ابزارگرایی نه از نوع ابزارگرایی اخلاقی، بلکه اقتصادی است.

البته همواره مداخله های کارآیی محور دولت در شکل و محتوای قراردادهای ناعادلانه منجر به تصمیم عقلانی توسط طرفین یا انتخاب شروط عقلایی توسط دولت نمی شود زیرا هیچ دلیل قاطعی بر کم اشتباهی دولت در انتخاب به جای طرفین قرارداد وجود ندارد، و برعکس می توان استدلال نمود که چون دولت می تواند نتیجه این اشتباهات را به بیرون تحمیل نماید، احتمال اشتباه او نیز حتی بیشتر از اشتباهات خود طرفین قرارداد است. (Karnik, 2001: 119) در نتیجه باید در تعیین میزان بهینه دخالت دولت در قراردادها، شرط بهتر عمل نمودن دولت نسبت به بازار و طرفین قرارداد در شرایط واحد و خاص، حدود اثربخشی آنها را بر عقلانی سازی انتخاب طرفین و شروط قرارداد را مورد توجه قرار داده و از دخالت های اضافی بی اثر در این خصوص اجتناب نمود. (Lotfi, the former: 194) لذا در ارائه مطالب بعدی سعی خواهد شد ضمن اشاره به ایرادات احتمالی مداخله دولت بر مبنای کارآیی اقتصادی در قراردادها (به ویژه شروط ناعادلانه)، روشی مناسب از مداخله دولت در تخصیص بهینه منابع و کاهش هزینه ها را ارائه نمایم.

بند اول: تأثیر ناقص افشای اجباری اطلاعات در قرارداد

همان گونه که پیشتر اشاره شد از مواردی که در تحقق کارآیی اقتصادی قراردادها ضروری است، اطلاعات کامل طرفین در خصوص قیمت، کیفیت، ماهیت کالاها و خدمات و شروط قراردادی است. نقص موجود در بازار و قراردادها و همچنین عدم تأمین این اطلاعات به موجب حقوق خصوصی، ضرورت مداخله دولت در روابط قراردادی و الزام به انتقال اطلاعات ضروری را آشکارتر می سازد. واقعیت چنین رویکرد مثبتی این است که حتی این اجبار نیز در عمل منجر به انتقال اطلاعات کامل و متعادل نمی شود. به عنوان نمونه برخی از مصرف کنندگان در قراردادهای

مصرف، قادر به فهم ماهیت اطلاعات پیچیده افشا شده، پردازش و درنهایت عمل بر اساس آن‌ها نیستند و یا این که با توجه به عدم قابلیت تعیین برخی ویژگی‌های بعضی کالاها مثل بیمه عمر یا در خصوص کالاهای تجربی که تنها بعد از مصرف ویژگی آن‌ها مشخص می‌شود، (Salvatore, 2011: 507) اطلاعات عملاً از طریق مقررات گذاری نیز قابل تهیه و ارائه نیست.

همچنین در روابط قراردادی کارگران و کارفرمایان نیز به دلیل برخی ویژگی‌های خاص و منحصربه‌فرد بازار کار مانند تعدد بازارهای کار، کارگران استاندارد نشده، پایین رتبه‌ی کارگران در قدرت چانه‌زنی، ارائه اطلاعات کامل از دستمزدهای موجود بازار، شرایط کار و توانایی‌های کارگران یا ممکن نبوده و یا کارگر با فرض اطلاع، قادر به استفاده نیست. در نتیجه این دخالت‌های دولت تنها رافع بخشی از نارسایی‌های توافقی‌های خصوص طرفین است لذا ضروری به نظر می‌رسد که در عین تلاش برای هرچه اثربخش‌تر کردن این مداخله‌ها از هرگونه دخالت اضافی و بی‌ثمر پرهیز شود تا از این راه تأثیر منفی آن نیز به حداقل گراید.

بند دوم: هزینه‌بر بودن مداخله دولت

از یک سو مداخله‌های مبتنی بر کارآیی اقتصادی دولت با هدف کاهش هزینه‌های معاملات و قراردادهای صورت می‌پذیرد. از طرف دیگر از آنجایی که این مداخله‌ها نیاز به تدارک مقررات، نظارت بر اجرای آن‌ها از طریق تأسیس نهادهای ناظر، حل و فصل اختلافات ناشی از آن‌ها از طریق نهادهای خاص و غیره داشته، بسیار هزینه‌ساز است. عموماً این هزینه‌ها در قالب هزینه‌های عمومی دولت درنهایت از طرقی من جمله اخذ مالیات از شهروندان تأمین می‌شود. (Lotfi, the former: 196) حتی می‌توان این هزینه‌ها را به‌طور غیرمستقیم نوعی هزینه داخلی معامله در فرضی که طرفین مالیات می‌پردازند، و در غیر این صورت نوعی اثر خارجی معامله دانست در نتیجه دولت‌ها به جهت دوری از این نقض غرض احتمالی، می‌بایست در ضمن مداخله کارآیی محور، در کاهش هزینه‌های بالای این مداخله‌ها مراقبت نمایند.^۱

۱- برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Chang, H.R, "A Liberal Theory of social Welfare: Fairness, Utility and the Pareto Principles", *The Yale Law Journal*, vol.110, 2000, pp. 173-235 & Kapolo, Louis & Shavell,

بند سوم: در تزامن با اصل آزادی قراردادی

به موجب اصل آزادی قراردادها، طرفین در انتخاب طرف معامله، موضوع قرارداد، محتوای آن و شروط قراردادی، آزاد هستند. از نگاه اقتصاد نئو کلاسیک، قرارداد منعقدۀ مبتنی بر این اصل سنتی حقوق قراردادها به لحاظ اقتصادی کارآمد محسوب می‌شود. با توجه به کاستی‌های پیش گفته در قراردادها و حقوق خصوصی در نیل به کارایی، اصل راهبردی دیگری به نام کارایی اقتصادی پدیدار شده است. در نتیجه مداخله‌های مبتنی بر کارایی اقتصادی دولت، محدودیتی در قلمرو اجرای اصل مزبور خواهد بود. در واقع دولت‌ها با تنظیم مقررات حاکم، نه تنها در شکل قراردادها، بلکه در محتوای آن‌ها با پیش‌بینی شروط قانونی اجباری و منع برخی شروط طرفین قرارداد و تعیین حقوق و تعهدات متعاملین از این طریق، دخالت می‌نمایند.

به خلاف آنچه که در ظاهر به نظر می‌رسد، مداخله‌های کارایی محور را نمی‌توان نافی اصل آزادی طرفین در قراردادها دانست. به نظر می‌رسد امروزه هر دو اصل فوق‌الذکر از اصولی می‌باشند که در کنار هم باید اجرا شوند. با این تذکر که مداخله‌های کارایی محور از آنجایی که در مقام رفع نارسایی‌ها صورت می‌پذیرند، باید ضمن مراعات میزان تأثیرگذاری آن‌ها، به حداقل ممکن محدود شوند. به عنوان مثال مادامی که با کنترل شکلی دولت در قراردادها هدف کارایی حاصل می‌آید، دیگر از مداخله در محتوا بر مبنای کارایی اقتصادی اجتناب شود تا از این راه ضمن حصول به کارایی و حد بالای اثربخشی، حداکثر قلمرو ممکن از اصل آزادی قراردادی نیز فراهم آید.

به عنوان ارائه راهکاری به مقنن در خصوص مداخله دولت در قراردادها به ویژه در بحث شروط ناعادلانه، با تکیه بر مبنای «کارایی اقتصادی» می‌توان گفت که، انتخاب زمینه‌ای در وضع قواعد حاکم بر قراردادها که در ضمن اعمال آن قاعده، مبنای دیگری که دولت را ناگزیر به ورود در قراردادها نموده است، نیز نقض نگردد، در نهایت قانون‌گذار را به هر دو مقصود نائل می‌سازد؛ مانند حالتی که ضمن انتقال اطلاعات از یک طرف قرارداد به طرف دیگر، وضعیت طرف اول تغییری نمی‌کند بلکه، در عین توزیع اطلاعات به صورت عادلانه، کارایی اقتصادی قراردادها نیز

تأمین می‌شود.

به عنوان نتیجه بحث باید اشاره داشت که، بر شمردن ایرادات فوق هرگز به معنای رد و نفی کارایی اقتصادی نبوده است. بلکه به جهت تبیین ضرورت ساماندهی مداخله‌های دولت در قراردادها، افزایش اثربخشی مداخله‌های کارایی محور و به حداقل رسانیدن ایرادها؛ به آن کاستی‌ها اشاره شده است. نکاتی که در فرض چشم‌پوشی قانون‌گذار از آن‌ها، نه تنها سبب کاهش اثربخشی مداخله‌های مؤثر دولت و عدم دستیابی به کارایی اقتصادی و رفع نارسایی‌های بازار و قراردادها می‌گردد، بلکه مانع حصول سایر اهداف مقنن و نظام حقوقی نیز خواهد شد.^۱

گفتار دوم- ارزیابی شروط ناعادلانه در قوانین با تکیه بر مفهوم کارآمدی اقتصادی قرارداد

الف: در قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳/۶/۲۹ و اصلاحات بعدی آن مصوب ۱۳۹۱/۸/۱۶

شاید بتوان شاخص‌ترین مورد در حقوق ایران که قانون‌گذار به‌طور صریح و مشخص شرطی را ناعادلانه تعریف نموده و حکم آن را نیز اعلام داشته است، قانون دریایی ایران دانست. البته ضمانت اجرای به کار گرفته شده توسط قانون‌گذار در این قانون نیز واحد نبوده و در جایی به بطلان و بلا اثر بودن چنین شروطی حکم نموده و در موردی دیگر امکان تعدیل قضایی آن را در کنار ضمانت اجرای بطلان مورد پذیرش قرار داده است.

ابتدا در بند هشتم از ماده ۵۴ این قانون که راجع به وظایف متصدی باربری است، آمده است: «هرگونه شرط یا توافق در قرارداد باربری به منظور سلب مسئولیت متصدی باربری یا کشتی یا محدود کردن مسئولیت مزبور در مورد فقدان بار یا خسارت وارده به آن ناشی از غفلت یا تقصیر و یا تسامح در انجام وظایف و تعهدات مصرحه در این فصل باطل و بلا اثر خواهد بود. مزایای بیمه با شروط مشابه آن که به نفع متصدی باربری منظور گردد نیز تابع حکم فوق خواهد بود».

۱- البته باید توجه داشت که در کشور ما تجویز مداخله‌ی دولت به‌طور عامدانه در قراردادها، عمدتاً بر مبنای عدالت توزیعی پدرمآیی یا سایر تفکرات صورت گرفته است که می‌تواند در تغایر با کارایی اقتصادی باشد. از این رو این تفکر نیز وجود دارد که هر چه مداخله دولت کمتر شود به همان اندازه کارایی بیشتر حاصل می‌شود بازار کار به لحاظ اقتصادی کارآمد و بهره‌ور تر می‌گردد. برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: لطفی، حسن، همان، صص ۲۰۰-۲۰۲.

ملاحظه می‌شود به‌مثابه قانون شروط ناعادلانه (UCTA) ۱۹۷۷ انگلستان (Suff, 2000: 49)، در اینجا نیز اشاره قانون‌گذار به شروط معاف‌کننده یا تحدید‌کننده مسئولیت متصدی باربری حتی در قرارداد بیمه وی می‌باشد به نحوی که اگر شروطی در قرارداد دریایی در خصوص کسر یا معاف نمودن مسئولیت ناشی از خسارت به اموال باشد، هیچ‌گونه اثر قانونی بر آن مترتب نخواهد بود.

مورد دوم، در ماده ۱۱۸ و در باب حمل مسافر (فصل هشتم) آورده شده است. مقنن در بحث حدود مسئولیت متصدی حمل و آثار ناشی از شرایط خاص مقرر می‌دارد: «در صورتی که قبل از وقوع حادثه منتهی خسارت در قرارداد، شروطی به منظور بری ساختن متصدی حمل در مقابل مسافر (نماینده او و وارث و یا اشخاصی که تحت تکفل او هستند) شده باشد و یا در مورد تحدید مسئولیت مبلغی کمتر از آنچه در این فصل ذکر گردید تعیین شود یا در موردی که اثبات امر به عهده متصدی حمل باشد تغییری داده شود و یا آن که شرط شود اختلافات به داوری یا دادگاه مخصوص ارجاع گردد شرایط مذکور باطل است...». در واقع این دو ماده مؤید موضع مشابه مقنن در خصوص شروط تحدید یا محدود‌کننده مسئولیت متصدی حمل (بار یا مسافر) است.^۱ قانون‌گذار ایرانی در صدد حمایت از مسافر یا مالک کالایی است که از یک‌سو به جهت نوع خدمات ارائه شده و عمومیت آن از جانب متصدی، ناگزیر به توافق با وی می‌باشد و از سویی دیگر با توجه به عدم وجود موضع برابر طرفین قرارداد و محدود بودن اشخاص - حقیقی یا

۸. در مقایسه مقرر مزبور با قانون شروط ناعادلانه (UCTA) ۱۹۹۷ انگلستان می‌توان اظهار داشت چنانچه شرط سلب یا کسر مسئولیت، ناشی از خسارت‌های بدنی یا فوت باشد به طور کلی باطل دانسته شده‌اند و اگر راجع به مسئولیت خسارت بر اموال باشد در فرضی نامعتبرند که نامعقول یا ناعادلانه باشند؛ ولی در این قانون کلیه شروط تحدید یا معاف‌کننده مسئولیت متصدیان باربری یا حمل مسافر صرف نظر از آن که موجب خسارت بدنی یا فوت شود و یا آن که تضررات مالی در پی داشته باشد باطل و بلا اثر دانسته شده است. برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Oughton, David & Davis, Martin, source book on contract law, Covandish, London, second edition, 2000, p.159, & "Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues paper", Law Commission, Reform the law, [25 July 2012], available at: <http://www.LawCommission.Justice.Gov.UK/Consultation/unfair-consumer-contracts-htm.p.9>, & "OFT & CAA Guidance on the requirements of consumer law applicable to the sale and advertising of flight and holidays", [November 2012], available at: http://www.oft.gov.uk/shared_of/consultations/CAA-OFT/OFT-CAA-full.pdf,pp.12,20.

حقوقی - در ارائه چنین خدماتی، امکان چانه‌زنی در قرارداد و تغییر یا تعدیل مفاد آن از جانب مسافر یا مالک (مشتری) وجود ندارد.

به عنوان سومین مورد از اشاره قانون‌گذار به شروط ناعادلانه، به ماده ۱۷۹ این قانون در خصوص قرارداد کمک و نجات در دریا (ذیل فصل یازدهم) اشاره خواهد شد. در ماده مزبور که راجع است به امکان تغییر یا فسخ قرارداد کمک و نجات آمده است: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود.

در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام شده فوق‌العاده زیاد و یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید». در خصوص این ماده ذکر نکات زیر به نظر خالی از وجه نمی‌باشد: اولاً - قانون‌گذار جهت احراز ناعادلانه بودن شروط قرارداد کمک و نجات در حین خطر ضابطه‌ای را ارائه ننموده است و تمیز ناعادلانه بودن شروط را به تشخیص دادگاه واگذار کرده است. اگرچه این تفویض اختیار به محاکم با توجه به مصادیق احصایی و انحصاری شروط ناعادلانه می‌تواند به فراخور ایام و قراردادها زمینه‌ساز حمایت گسترده‌تری از طرف ضعیف‌تر قراردادی باشد؛ ولی در مقابل به جهت امکان حدوث اختلاف نظر در برداشت محاکم بدوی و پژوهشی امکان ایجاد رویه‌های متهافت یا متناقضی را نیز می‌سازد. ثانیاً - اظهارنظر دادگاه در خصوص ناعادلانه بودن یا نبودن شروط موضوع قرارداد کمک و نجات تنها در فرضی است که مسبوق به تقاضای طرفین یا یکی از ایشان باشد. در واقع اظهارنظر در این خصوص منوط به ایراد از جانب طرفین یا یکی از ایشان است و دادگاه خود رأساً نمی‌تواند در این گونه قراردادها مداخله نماید. اگرچه قانون‌گذار تعیین مصادیق ناعادلانه بودن شروط را به محاکم واگذار کرده در مقابل با ایجاد نقش انفعالی دادگاه‌ها در رسیدگی به موضوع در صدد ایجاد توازن و پیش‌گیری از بسط بلاوجه اختیارات دادگاه‌ها بوده است. ثالثاً - ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران را می‌توان اولین مصداق قانونی پذیرش امکان مداخله محاکم قضایی جهت تعدیل قراردادها، به ویژه با مدنظر داشتن فروضی چون مواد ۱۰ و ۲۳۰ قانون مدنی، دانست. از طرف دیگر در این ماده قانون‌گذار با موضعی متفاوت با آنچه در مواد ۵۴ و ۱۱۸ این قانون برگزیده، بدو حکم بر بطلان چنین شروطی ننموده بلکه از ضمانت اجرای دوگانه‌ای در

این خصوص بهره جسته است. مضافاً آن که عدم تغییر مقررات مواد ۵۴ و ۱۱۸ و ۱۷۹ قانون دریایی ۱۳۴۹ به موجب اصلاحیه ۱۳۹۱/۸/۱۶ این قانون، مهر تأیید دیگری بر بقای ضمانت اجرای قانونی تعریفی سابق و قابل استناد بودن آن نسبت به مسائل مبتلا به امروزی است.

ملاحظه می شود در هر سه مورد اشاره شده، منصرف از اقدام عالمانه و یا به حکم ضرورت قانون گذار، آنچه در تعلیل این قواعد قابل ذکر است، تلاش مقنن در ایجاد تعادل بین حقوق و تکالیف طرفین قرارداد است. پر واضح است که، چنانچه در قرارداد دریایی، حقوق حداکثری هر یک از طرفین با صرف کمترین منبع و هزینه تأمین می گردید (تحقق مواردی به خلاف فروض مطروحه)، مقنن ورود در قرارداد خصوصی اشخاص را مجاز ندانسته و ماحصل اراده ایشان را معتبر می داند.

ب: در قانون کار مصوب ۱۳۶۹/۸/۲۹^۱

وجود اختلاف در مواضع چانه زنی و اقتصادی طرفین قرارداد کار، افزایش تعداد نیروی کار و کاهش مجاری پذیرنده، تخصصی شدن قراردادهای به ویژه قراردادهای مختص به تکنولوژی و صنعت مدرن، ظهور نیروهای کار ارزان قیمت، کودکان کار به همراه سایر اقتضائات دیگر، قانون گذار را بر آن داشته تا باری دیگر در معاملات خصوصی اشخاص وارد شده و قواعد آمره ای را با توجیه ایجاد تعادل در قرارداد کار و حمایت از قشر غالباً ضعیف تر (کارگر) وضع نموده است. بدیهی است مقننی که با هدف حفظ ایجاد تعادل معاملاتی و توازن در قدرت معاملی طرفین حکمی را انشا می کند به طور طبیعی در مقابل تعهدات یا قراردادهای مخالف این قواعد آمره، نه تنها بر ناعادلانه بودن آنها نظر خواهد داشت بلکه در بقا یا زوال حیات این عقود نیز موضع گیری خواهد کرد. تشریفاتی نمودن قرارداد کار و استانداردسازی آن از جمله مداخله های شکلی دولت در قرارداد کار است با تکیه بر این قاعده توجیه پذیر می پذیرد.

۱. در حوزه ی روابط کار و قراردادهای کار، رویکرد جدید در کشورهای خارجی بر استفاده از قوانین موجود به عنوان

وسیله ای جهت تنظیم بازار و قراردادهای کار می باشد. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک به:

Vranken, Martin, "Death of Labour Law? Comparative Perspective", Melbourne University Press, 2009.

پس از تصویب قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه گذاری صنعتی (۱۳۸۷) مجمع تشخیص مصلح نظام و اقدام این قانون در الحاق تبصره ۳ به ماده ۷ قانون کار، قراردادهای کار بیش از سی روز را می بایست در زمره عقود تشریفاتی دانست. تشریفاتی نمودن قرارداد کار دارای مزایایی چون اعلام صریح شرایط قراردادی و انتخاب عالمانه و عقلایی طرفین قرارداد، عدم تحمیل هزینه به هنگام حصول اختلاف و اثبات صحت ادعا به ویژه بر کارگر و جدیت بیشتر طرفین در نگارش و امضای قرارداد است. (Iraqi, 2006: 198-197)

اگر استانداردسازی قراردادهای کار توسط کارفرما صورت نپذیرد (قراردادهای الحاقی) بلکه دولت ها خود به این امر اقدام نمایند (استانداردسازی قانونی)، دیگر طرفین قرارداد کار نمی توانند به مزایایی کمتر از آنچه در تعهدات قانونی آمده است، توافق کنند، هرچند توافق به مزایایی بیشتر از میزان پیش بینی شده در قانون به جهت حمایتی بودن این مقرره، معتبر نیز خواهد بود. (Ibid: 37) در این صورت، نه تنها قرارداد برای یک طرف (کارفرما) کارآمد نخواهد بود بلکه مداخله مقنن در جهت تأمین متعادل منافع متعاملین موجب خواهد شد تا قرارداد، نسبت به وضعیت سابق خود (قرارداد الحاقی) کارآمدتر گردد. مضافاً آن که به جهت اطلاع محدود کارفرما، امکان تأمین منابع حداکثری برای وی نیز، همواره فراهم نمی باشد.^۱

برای نمونه از مداخله مقنن در ماهیت قرارداد کار نیز می توان به ماده هشت این قانون اشاره داشت که مقرر می دارد: «شروط مذکور در قرارداد کار یا تغییرات بعدی آن در صورتی نافذ خواهد بود که برای کارگر مزایایی کمتر از امتیازات مقرر در این قانون منظور ننماید». ملاحظه می شود که: الف- موضع حمایتی قانون گذار در این ماده تنها از یک طرف قرارداد کار (کارگر) آن هم به جهت تأمین متعادل منافع طرفین و تخصیص متناسب منابع ایشان می باشد. ب- شرط اعتبار قراردادهای خصوصی را تعیین امتیازاتی بیشتر از آنچه در این قانون برای کارگر مقرر شده است اعلام داشته (کارآیی اقتصادی قرارداد) و؛ ج- ضمانت اجرای خروج از مقررات آمره ی

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص ناکارآمدی قراردادهای الحاقی نسبت به کارفرما و ضرورت استاندارد سازی ر.ک:

Davies, Anne C.L, *Perspectives on Labor Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, P.24. & Rubin, Edward, "Type of Contracts, Intervention of Law", *Wayn Law Review*, Vol.45, 2000: 1903.

قانون کار را عدم نفوذ قراردادهای خصوصی دانسته است.

لازم به یادآوری است که مراد از عدم نفوذ قراردادهای خصوصی با مزایای کمتر برای کارگران همان نهاد غیر نافذ مقرر در قانون مدنی نبوده بلکه با ملاحظه نحوه قانون گذاری مقنن در قانون کار درمی یابیم که منظور از عدم نفوذ، مفهومی در مقابل صحت قرارداد است^۱ و در واقع موضعی مشابه با موضع قانون گذار دریایی در مواد ۵۴ و ۱۱۸ آن اتخاذ نموده است.

ج: در قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷

این قانون در بردارنده قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسطه های الکترونیکی و با استفاده از سیستم ارتباطی جدید به کار می رود. از طرفی با توجه به محدود نبودن موضوعات این قانون به داخل کشور، قانون گذار سعی داشته در چگونگی تفسیر این قواعد به دو خصیصه بین المللی و ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها و حسن نیت اشاره نماید.^۲ بدیهی است که در فرض وجود عامل خارجی در قرارداد و ضرورت مراعات غبطه ملی و حقوق داخلی در تعامل با جهان خارج، مقررات ناظر بر آن از حالت تکمیلی یا تفسیری خارج می شود و جنبه آمرانه و الزام آوری به خود پیدا می کند. با این وجود مقنن سعی داشته که قراردادهای خصوصی منعقد در این فضا را نیز معتبر بشناسد از این رو در ماده ۵ از فصل چهارم که با عنوان اعتبار قراردادهای خصوصی است اشعار می دارد: «هرگونه تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش داده پیام با توافق و قرارداد خاص طرفین معتبر دانسته است». با وجود این مقرر، قانون گذار نتوانسته است موضع حمایتی خود از مصرف کننده را نمایان نسازد و به همین جهت در ماده ۴۶ این قانون نمونه ای از مقرر امری خود در حمایت از چهره ضعیف تر قرارداد تجارت الکترونیک مقرر می دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل (باب سوم - در قواعد مختلف) و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده، مؤثر نیست». برای نخستین بار ملاحظه

۱. ر.ک به مواد ۱۳ و ۲۰ و ۱۷۱-۱۸۶ قانون کار ۱۳۶۹/۸/۲۹.

۲. ماده ۳. ق.ت.ا: «در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد».

می‌شود که مقنن در خصوص شروط ناعادلانه یا غیر منصفانه از ضمانت اجرای بطلان نسبی که همان عدم تأثیر شرط به ضرر یک‌طرف معامله است، استفاده جسته که این خود نه تنها مؤید حداکثر مراعات قانونی در صحیح و معتبر دانستن مراودات خصوصی است بلکه مانع تحمیل توابع ناروا و به دور از عدالت به طرف مصرف کننده می‌گردد. در جمع احکام مواد ۵ و ۴۶ این قانون به ویژه با مد نظر داشتن اطلاق بیان مقنن در قسمت پایانی ماده اخیر الذکر، می‌توان اظهار داشت که استفاده از شروط غیرمنصفانه با هر موضوعی و در محدوده حاکمیت قانون تجارت الکترونیک نمی‌تواند تحمیلی بر مصرف کننده باشد. استثنای این قاعده در فرضی است که متعاملین به ویژه مصرف کننده، با اطلاع از شرایط ناعادلانه مرضی الطرفین و تنها در محدوده موضوعی ماده پنج این قانون (قراردادهای مرتبط با تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش داده پیام)، رضایت خویش (انتخاب عقلایی) را بر اندراج و التزام به این گونه شروط ناعادلانه اعلام نمایند. در این صورت که ظاهر بر کارآمدی قرارداد است، هر دو طرف معامله مأخوذ به چنین تعهدی خواهند بود. از طرف دیگر التزام صریح طرفین خارج از موارد مقرر در ماده ۵ این قانون نیز نسبت به مصرف کننده به نحو آمرانه‌ای نامعتبر می‌باشد. لذا می‌توان این موضع قانون‌گذار (بطلان نسبی) را صورت معتدل تری از مواردی که در گذشته (بطلان مطلق) مطرح شده دانست.

د: در قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶/۴/۳

اشاره شد که در ک مقنن بر ضرورت مداخله در قراردادهای خصوصی در فرضی است که عدم تعادل اقتصادی همسان در طرفین معاملی، عدم توازن در تعهدات و تکالیف متعاملین در قبال حقوق و منافع که عایدشان می‌گردد، ورود اختلال در نظام عمومی اقتصادی جامعه، در قراردادها مفروض باشد. از آنجا که نیاز به خودرو به عنوان یکی از نیازهای عمومی جامعه قلمداد می‌شود و در کشور ما ارائه خدمات تولید و عرضه آن کماکان به صورت انحصاری و محدود در اختیار اشخاص خاص قرار دارد، طبیعی است که مصرف کننده یا حتی واسطه‌های فروش قابلیت کافی جهت چانه‌زنی در قراردادهای غالباً از پیش تهیه شده و تغییر یا تعدیل در مفاد آن را نداشته باشند. لذا مقنن سعی نموده با مداخله در این حوزه و به موجب وضع قانون خاص و تا حد امکان اعتدال و عدالت را به قراردادهای خرید و فروش مستقیم یا غیرمستقیم خودرو بازگرداند. افزایش تعهدات و تضمینات فروشندگان یا عرضه کنندگان خودرو از یک طرف و از طرف دیگر تسهیل

شرایط دریافت خودرو و رفع عیوب احتمالی آن و تعریف دوره‌های گارانتی و غیره، اقداماتی با همین منظور بوده است.^۱ در ماده ۷ و تبصره ذیل آن مقرر شده است: «هر نوع توافق مستقیم یا غیرمستقیم بین عرضه‌کننده، واسطه فروش با مصرف‌کننده که به موجب آن تمام یا بخشی از تعهداتی که عرضه‌کننده بر طبق این قانون و یا ضمانت‌نامه صادره بر عهده دارد ساقط نماید یا به عهده واسطه فروش یا هر عنوان دیگری گذارده شود، در برابر مصرف‌کننده باطل و بلا اثر می‌باشد.

تبصره- انعقاد هر نوع قراردادی که حقوق و تکالیف طرفین قرارداد و مشمولین این قانون در آن رعایت نشود به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی و مورد مشابه (۶) غیرقانونی و از درجه اعتبار ساقط است.^۲ در توضیح این مقرر می‌توان گفت: اولاً- ادات عموم (هر) بکار برده شده در صدر ماده دلالت بر تأکید مقنن به در بر گرفتن تمامی قراردادهایی است که در صدد خروج کلی یا جزئی از قلمرو این قانون می‌باشد؛ ثانیاً- ضمانت اجرای شروط سالب مسئولیت یا انتقال دهنده مسئولیت در این قانون به مانند قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲ بطلان نسبی در برابر مصرف‌کننده می‌باشد. همان‌گونه که در قسمت قبل نیز آورده شده پذیرش دیدگاه جدید مقنن ایران در خصوص بطلان نسبی شروط ناعادلانه در مقابل بطلان مطلق آنان (موضع مأخوذه در قوانین دریایی و کار) نه تنها نافی اقتضای اصل صحت عقود نبوده بلکه سوداگران اقتصادی را نیز ملتزم و متعهد به قراردادهای تعهدات خویش می‌گرداند، بدون آن که آثار تحمیلی بر مصرف‌کننده بار شود. در واقع با پذیرش چنین ضمانت‌اجرایی هم هدف مقنن که همانا حمایت از طرف ضعیف‌تر قراردادی است فراهم می‌گردد و هم آن که بستر مناسب جهت اجرای کاربردی این قانون و پیشگیری از تراضی فزاینده ناعادلانه در قراردادهای را مهیا می‌سازد؛ ثالثاً- به خلاف ابهام در بیان تأثیر شرط ناعادلانه و قراردادهای تحمیلی بر مصرف‌کننده در قانون تجارت الکترونیک، اینک مقنن به صراحت از عبارت باطل و بلا اثر بودن قرارداد در قبال مصرف‌کننده سخن به میان آورده است و طبیعتاً

۱. ر.ک به: مواد ۳ و ۴ و تبصره‌های ذیل آن و مواد ۵۰ و ۵۱ و ۵۲ از قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو ۱۳۸۶.

۲. به نظر می‌رسد که بکارگیری عبارت «غیرقانونی» به عنوان ضمانت اجرای قراردادهای خصوصی، واژه‌ای بدیع و نامانوس بوده که شایسته بود در انشای قاعده از عباراتی چون نامعتبر یا باطل استفاده می‌شد.

مجرای طرح این پرسش که آیا امکان تنفیذ بعدی مصرف کننده وجود داشته و نافذ خواهد بود یا خیر، نیز مطرح نخواهد شد؛ رابعاً- منصرف از قالب‌های قراردادی که ممکن است طرفین در قرارداد برگزینند، هر نحو خروج از مقررات این قانون نه تنها در خصوص تکالیف بلکه نسبت به حقوق ایشان و به هر توجیه ممکن چون استناد به اصل آزادی اراده‌ها، قاعده اقدام و یا با اقتباس از ماده ۱۰ قانون مدنی نیز سایر مصادیق دیگر به موجب تبصره این ماده باطل (از درجه اعتبار ساقط) اعلام شده است. ملاحظه می‌شود که جد و جهد قانون‌گذار در حفظ تعادل اقتصادی در معاملات و حمایت از طرف ضعیف‌تر تا حدی است که حتی انجام قراردادهای خصوصی دیگری که مفاد یا شروط آن در تضاد با حقوق و تکالیف مقرر در این قانون باشد، آن قرارداد را تنها به اعتبار وجود چنین شروط خلاف قواعد آمره غیر قانونی و باطل اعلام می‌کند. در واقع از جمع مدلول ماده ۷ این قانون و تبصره ذیل آن چنین برداشت می‌شود که قصد مقنن بر این بوده که نه تنها شروط معهود و مرضی الطرفینی که به خلاف مفاد این قانون است نسبت به مصرف کننده باطل و بلا اثرند بلکه - منصرف از ماهیت و قلب قرارداد- مبطل قرارداد دربر دارنده شرط مذکور نیز می‌باشند. وضع قاعده جدیدی که با آنچه در قواعد عمومی قراردادهای به ویژه در بحث شرط و تأثیر آن بر عقد مطالعه شده است، تفاوت قابل توجهی دارد. شرط به عنوان تعهد تبعی که در سایه عقد چهره فرعی یافته شناخته می‌شود از این رو تأثیر شرط تنها بر عقدی است که یا به عنوان بخشی از مفاد قرارداد در آمده و راجع است به اوصاف مورد معامله و یا شرایط اجرای تعهد؛ یا آن که خود عقد مستقلی است که بنا به تراضی طرفین به عقد اصلی ملحق گردیده و تابع آن در آمده است. از سویی دیگر به موجب مقررات ماده ۲۳۳ قانون مدنی شروط مبطل عقد تنها دو دسته می‌باشند و اعلام بطلان عقد در فرض وجود تعهدی که به خلاف مقررات قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو است، در واقع الحاق قید سوم به موارد مصرح در ماده ۲۳۳ قانون مدنی به نظر می‌رسد. (Katozian, 2005: 168-165 and 186-174)

نتیجه‌گیری

اگرچه، هم چنان اصولی چون آزادی قراردادی و صحت معاملات از اصول بنیادین در نظام‌های حقوقی مختلف دنیا است ولی امروزه از گستردگی قلمروی سابق خود برخوردار

نمی‌باشد. آنچه در نتیجه تخصیصی شدن علوم و خدمات، تغییرات گسترده اجتماعی و نابرابری‌های اقتصادی و معاملاتی حاصل شده است، هدایت نظام‌های حقوقی به سمت تحدید قلمرو و تخصیص متعدد اصول فوق‌الذکر است. شروط ناعادلانه که در مجرای اصل آزادی قراردادها تأسیسی نامأنوس می‌نماید، از مهم‌ترین استثنائات وارد بر این اصل است.

مطابق اصل آزادی قراردادها، اشخاص در انعقاد، تعیین مفاد قرارداد و طرف قراردادی مخیرند و چنین اختیاری جز در موارد محدود، مورد تأیید قانون‌گذار است. تأسیس شروط ناعادلانه بر خلاف اقتضای اصول اشاره شده، دلالت بر بی‌اعتباری آن دسته از توافقاتی دارد که به حکم قانون تحمیلی و گراف دانسته می‌شود.

شناسایی و تعیین ضمانت اجرا بر این گونه از تعهدات در قوانین، زائیده مداخله دولت و قواعد عمومی در روابط قراردادی خصوصی اشخاص است. حقوق سنتی (صورت گرا) که تنها به جنبه بیرونی قراردادها می‌پردازد، نمی‌تواند نقص موجود در بازار را که منجر به انتخاب‌های غیرعقلایی یا ناعادلانه می‌گردد، مرتفع سازد. از این رو، اقدام قانون‌گذار در وضع قوانین می‌بایست به گونه‌ای باشد که منابع طرفین قرارداد را متناسب با تعهدات پذیرفته شده ایشان توزیع نماید. این رویکرد ابزار گرایانه به حقوق حاکم بر قراردادها، می‌تواند برطرف کننده تعهدات ناعادلانه و یا غیرعقلایی ایشان باشد. لذا به نظر می‌رسد از مبانی توجیه کننده مداخلات دولت در روابط معاملاتی خصوصی اشخاص، علاوه بر ضرورت‌های اجتماعی و تأمین عدالت حداکثری، دستیابی به توافقاتی کارآمد از منظر تحلیل اقتصادی قراردادها است.

با مطالعه موارد محدود بحث شروط ناعادلانه در قوانین داخلی چنین برداشت می‌شود که اگر قراردادی با صرف حداقل هزینه منجر به تخصیص حداکثری منابع آن برای هر یک از متعاملین گردد، چنین توافق کارآمدی موضوع مداخله قانون‌گذار نخواهد بود. با این حال، به نظر می‌رسد که دولت‌ها و قوای عمومی در گسترش قلمروی شروط ناعادلانه و به تبع، تحدید اصول صحت و آزادی قراردادها باید دخالت خود را به حد ضرورت (کارآمد سازی قراردادها) محدود سازند تا زمینه جهت بروز استعدادها و ظرفیت‌های اشخاص در بازار آزاد فراهم باشد.

References In Persian

- [1] Ansari, Mehdi. (2011). "Economic Analysis of Contract Law", First Edition, Tehran, Jangle Publications. (In Persian)

- [2] Bagheri, Mahmoud. (Fall and Winter 2006). "Market-Based Economy and Shortcomings of Private Law", Journal of Legal and Policy Research, Year 8, No. 44, pp. 88-41. (In Persian)
- [3] Dadgar, Yadollah. (2007). "A Review of Developments in Efficiency in Economic Literature", Journal of Legal and Policy Research, Year 9, No. 23, pp. 142-103. (In Persian)
- [4] Dadgar, Yadollah and Rahmani, Timur. (2007). "Principles and Principles of Economics", seventh edition, Qom, Bustan book Institute. (In Persian)
- [5] Dadgar, Yadollah. (2010). "Components, Basic Dimensions of Law and Economics", First Edition, Tehran, Noor Alam Publications. (In Persian)
- [6] Dadgar, Yadollah. (1999). "Efficiency, Welfare and Justice in Islam and Conventional Economy", Mofid Letter, No. 17, pp. 75-41. (In Persian)
- [7] Hayek, Friedrich, (2003), In the Trench of Freedom, translated by Ezatullah Fooladvand, second edition, Tehran, Loh Fekr Publishing. (In Persian)
- [8] Iraqi, Ezatullah. (2006). "Labor Law", fifth edition, Tehran, Samat Publications. (In Persian)
- [9] Katozian, Nasser. (2006). "General Rules of Contracts", Volume 3, Seventh Edition, Tehran, Anteshar Co. (In Persian)
- [10] Karnik, Ajit. (2000). "Theories of Government Intervention", translated by Mohammad Zaman Rostami, Journal of the Seminary and University, No. 23, pp. 140-119. (In Persian)
- [11] Lotfi, Hassan. (2012). "Theoretical foundations of government intervention in labor and consumption contracts", PhD thesis, University of Tehran. (In Persian)
- [12] Motusali, Mahmoud. (2010). "Introduction to Law and Economics", First Left, Tehran, Imam Sadeqh College Publications. (In Persian)
- [13] Namazi, Hossein. (2007). "Economic Systems", fourth edition, Tehran, Anteshar Co. (In Persian)
- [14] Sadr, Mohammad Baqer. (December and December 2010). "Bank Structure in Islamic Society", translated by Seyyed Yahya Alavi, Economic Journal, Monthly Review of Economic Issues and Policies, Nos. 9 and 10, pp. 70-55. (In Persian)
- [15] Salvatore, Dominic. (2010). "Theory and Problems of Microeconomics", translated by Hassan Sobhani, ninth edition, Tehran, Ney Publishing. (In Persian)
- [16] Tajarloo, Reza. (2008). Theoretical Understanding of Government Intervention in Restricting Freedom of Contract, Law Quarterly, Volume 38, Number 3. (In Persian)
- [17] Aghion, Philips. (1990). "Legal Restrictions on Private Contract Can Enhance Efficiency?", Journal of Law, Economics and Organization, vol.2, pp. 381-409.

- [18] Beals, Howard & Crawell, Richard & Slope, Steven C. (1981). **“Efficient Regulation of Consumer Information”**, Journal of Law and Economics, vol.24, No.3, PP.491-593.
- [19] Chang, H.R. (2000) **“ A Liberal Theory of social Welfare: Fairness, Utility and the Pareto Principles”**, The Yale Law Journal, vol.110, PP.173-235.
- [20] Kapolo, Louis & Shavell, Steven. (2003). **“ Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preference, and Distributive Justice”**, The Journal of Legal Studies, Vol.32, No.1, PP.331-362.
- [21] Posner, Richard A. (1998). **“ Economic Analysis of Laws”**, 5th Edition, New Yourk, Aspen publisher.
- [22] Rubin, Edward. (2000). **“Type of Contracts, Intervention of Law”**, Wayn Law Review, Vol.45.
- [23] Vranken, Martin. (2009). **“Death of Labour Law? Comparative Perspective”**, Melbourne University Press.
- [24] Suff, Marnah. (2000). **“Essential Contract Law”**, Cavendish, London, Second Publication.
- [25] L. Kauffman and E. Macdonald, (2004). **“The Law of Contract”**, 5th edition, New Yourk, Oxford University Press.
- [26] Oughton, David & Davis, Martin. (2000). **“source book on contract law”**, second edition, London, Covandish.
- [27] Davies, Anne C.L. (2004). **“Perspectives on Labour Law”**, Cambridge: Cambridge University Press.
- [28] “Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues paper”, Law Commission, Reform the law, [25 July 2012], available at: <http://www.LawCommission.Justice.Gov.UK/Consultation/unfair-consumer-contracts-hm>.
- [29] “OFT & CAA Guidance on the requirements of consumer law applicable to the sale and advertising of flight and holidays”, [November 2012], available at: http://www.oft.gov.uk/shared_of/consultations/CAA-OFT/OFT-CAA-full.pdf.

اصل شفافیت در مناقصات دولتی ایران در پرتو مقررات سازمان جهانی تجارت و اتحادیه اروپا*

مصطفی رضایی^۱

پژوهشگر دوره دکتری حقوق عمومی دانشگاه

شهید بهشتی

اسدالله یآوری^۲

استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق

دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۶/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۳۰

چکیده

مناقصات دولتی حجم بالایی از فعالیت‌های اقتصادی دولت را شامل می‌شوند و از آنجاکه تأمین مالی آن‌ها از بودجه عمومی صورت می‌گیرد، اصل شفافیت باید بر آن‌ها حاکم باشد. شفافیت موجب برقراری رقابت، تضمین برابری و رفتار یکسان، پیشگیری از فساد و تحقق امنیت حقوقی می‌شود؛ بنابراین، یکی از مهم‌ترین دلایل قانون‌گذاری در این حوزه شفاف ساختن فرآیند انعقاد قراردادهای دولتی است. ولی با وجود گذشت بیش از دو دهه از تصویب قانون برگزاری مناقصات در ایران، بررسی این قانون و آیین‌نامه‌های آن در پرتو مقررات سازمان جهانی تجارت و اتحادیه اروپا نشانگر آن است که مناقصات در ایران از حیث اصل شفافیت واجد ضعف‌های متعددی از جمله عدم الزام به اعلام برآورد معامله در فراخوان مناقسه، عدم وجود معیار روشن در مورد کثیرالانتشار بودن روزنامه‌ها، عدم الزام دستگاه‌ها به اطلاع‌رسانی ارزیابی کیفی، عدم انتشار مقررات مربوط و آرای مراجع قضایی و شبه قضایی و عدم پیش‌بینی آگهی انعقاد قرارداد است؛

*- مقاله پژوهشی

1-Mostafa.Rezaei1908@gmail.com

۲- نویسنده مسئول: yavariamir@hotmail.com

DOI: 10.22067/lowecon.2021.49340.0

بنابراین، لازم است در قوانین مربوط، مناقصه‌گذاران ملزم به اعلام برآورد معامله در فراخوان شوند. بجای انتشار آگهی مناقصه‌ها در روزنامه‌ها، همه آن‌ها در سامانه یا نشریه‌ای رسمی واحدی منتشر شوند. معیارهای ارزیابی کیفی در فراخوان مناقصه اعلام شود. آرای مراجع قضایی و شبه‌قضایی در این خصوص منتشر شوند و مناقصه‌گذاران ملزم به انتشار آگهی برنده مناقصه شوند.

کلیدواژه‌ها: شفافیت، مناقصات دولتی، دسترسی به اطلاعات، مستندسازی، رقابت.

طبقه‌بندی JEL: H57, K23

مقدمه

شفافیت به این معنا است که تمام تصمیماتی که توسط نهادها و مؤسسات عمومی و دولتی گرفته می‌شود بر اساس روند قوانین و مقررات صورت گیرد و تمام اطلاعات به راحتی در دسترس افرادی قرار بگیرد که از این تصمیمات متأثر می‌شوند (Hood, 2006: 231 & Heald). تا رابطه و نسبت بین ابزارها و اهدافی که آن مکانیزم برای حصول آن‌ها به کار گرفته می‌شود واضح، آشکار و معین باشد. در واقع، شفافیت برگزاری جلسات در عرصه عمومی، ارائه اطلاعات و حق دسترسی به اسناد است (Craig & de Búrca, 2011: 541) در تعریفی دقیق‌تر، شفافیت در اختیار گذاشتن رویه‌ها و تصمیمات سازمان برای اشخاص ثالث است، چه به آنان مربوط باشد و چه نباشد (Pasquier & Villeneuve, 2007: 148).

بنابراین، شفافیت مفهومی جهت تضمین حق مردم به دسترسی و دستیابی به اطلاعات مربوط به هنجارها، قواعد، فرآیندها، نظام‌ها و اقدامات بازیگران بخش عمومی است. این اطلاعات نیز باید به صورت قابل فهم و روشن ارائه شود و همیشه امکان نظارت، تأیید و ارزیابی آن‌ها به صورت مناسب فراهم باشد (Georgieva, 2017:13). حق مردم به دانستن، پاسخ مناسبی به هزینه کردن منصفانه و عاری از فساد وجوه عمومی است (Georgieva, 2017:7).

تعاریفی که از شفافیت ارائه شد نشان می‌دهد که شفافیت خود هدف نیست، بلکه ابزار و وسیله‌ای است که مردم از تصمیمات مقامات اداری و سیاسی مطلع شده و در صورتی که سوء مدیریت و سوء استفاده از اختیار را مشاهده کردند بتوانند از اقدامات آن‌ها به مراجع پیش‌بینی شده اعم از اداری و یا قضایی شکایت نمایند. شفافیت در واقع مسیر اصلی پاسخگویی مقامات و نهادهای دولتی است (Naemeh, 2011: 12).

بنابراین، شفافیت دو کارکرد و ویژگی اصلی دارد: ۱. کارکرد نمایندگی که موجب افزایش مشروعیت نهادهای دولت و تقویت رابطه این نهادها با مردم می‌شود. ۲. کارکرد نظارتی که نظارت بر اقدامات نهادهای دولتی را امکان‌پذیر می‌سازد و ابزارهای لازم برای مبارزه با فساد را فراهم می‌سازد (Georgieva, 2017:13). از لحاظ حقوقی نیز شفافیت نقش مهمی در ایجاد امنیت حقوقی دارد. امنیت حقوقی که ایجاد قابلیت اطمینان به محیط حقوقی است، مستلزم ثبات، شفافیت و فضای مردم‌سالارانه از یک‌سو و اجرای هنجار حقوقی از سوی دیگر است (Vijeh, 2011: 111). با وجود شفافیت تاجران و شرکت‌ها نسبت به شرایط اقتصادی مطمئن شده و نسبت به سرمایه‌گذاری اقدام می‌نمایند. ثبات و قابل پیش‌بینی بودن دو اصل مهم برای توسعه اقتصادی هستند (Shiravi, 2017: 99) شفافیت در واقع، نظام مناقصات دولتی را کارآتر، منصفانه‌تر و مشروع‌تر می‌سازد (Kinsey, 2004: 158). افزون بر موارد فوق، با پیوستن ایران به کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد و بر اساس بند ۴ ماده ۷ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به این کنوانسیون مصوب ۱۳۸۷، هر کشور عضو، باید تلاش کند در قوانین داخلی خود نظام‌هایی که شفافیت را ارتقاء می‌دهد و از تنازع منافع جلوگیری می‌نماید، اتخاذ و حفظ کرده و تحکیم بخشد. از این‌رو، آسیب‌شناسی قوانین و مقررات حاکم بر مناقصات با بهره‌گیری از مطالعات تطبیقی جهت ارتقای شفافیت ضروری است.

حال پرسش اینجاست که شفافیت در مناقصات چه اهمیتی دارد و مؤلفه‌های شفافیت در مناقصات چیست؟ در واقع، چه قواعدی باید بر مناقصه حاکم باشد تا بتوان آن را مناقصه‌ای شفاف دانست؟ در این راستا، متغیر مستقل میزان شفافیت مناقصات در ایران در پرتو متغیر وابسته قواعد مناقصات سازمان جهانی تجارت و اتحادیه اروپا بررسی می‌شود. بدین منظور ابتدا رابطه شفافیت با دیگر اصول حاکم بر مناقصات و رابطه آن با اصل محرمانگی و حمایت از اسرار تجاری بررسی می‌شود و سپس مؤلفه‌های شفافیت در مناقصات از منظر تطبیقی ارزیابی می‌شود.

پیشینه پژوهش

در حوزه شفافیت در مناقصات تاکنون پژوهش‌هایی صورت گرفته است که ضعف عمده آن‌ها فقدان مطالعه تطبیقی است. بدون شک در این زمینه باید معیاری جهت بررسی ضعف‌های نظام حقوقی حاکم بر مناقصات برگزید و با توجه به آن وضعیت موجود را موردبررسی و نقد قرار داد.

محمدی و دیگران (Mohammadi & et al, 2019) در مقاله‌شان به صورت کلی، کاستی‌های نظام حقوقی حاکم بر مناقصات را از منظر اصل شفافیت بررسی کرده‌اند و کار آن‌ها فاقد مطالعه تطبیقی است. میرزاده و رحمانی (Rahmani & Mirzadeh, 2015) نیز نظام حقوقی برگزاری مناقصات را آسیب‌شناسی کرده‌اند و در این میان اشاره کوتاهی نیز به ضعف این نظام از منظر اصل شفافیت داشته‌اند. مولایی (Molaei, 2014) نیز تلاش کرده است با مطالعه تطبیقی نظام‌های انگلستان و فرانسه اصل شفافیت در قراردادهای دولتی را بررسی کند، اما شفافیت در مراحل مختلف مناقصه را به تفصیل بررسی نکرده است. باقرزاده (Bagherzadeh, 2014) نیز همچون مورد قبل اصل شفافیت را به صورت تطبیقی در نظام‌های حقوقی اتحادیه اروپا و سازمان تجارت بررسی کرده، اما شفافیت را با جزئیات و در مراحل مختلف مناقصه تحلیل نکرده است. کاشانی و دیگران (Kashani et al, 2019) نیز مقایسه اجمالی میان قانون برگزاری مناقصات و موافقت‌نامه تدارکات دولتی گات انجام داده‌اند، اما شفافیت در مراحل مختلف مناقصه را بررسی نکرده‌اند. افزون بر این، از مبانی شفافیت و رابطه آن با سایر اصول حاکم بر مناقصه نیز سخنی نگفته‌اند؛ بنابراین مزیت این پژوهش نسبت به سایر موارد، اولاً، در مطالعه تطبیقی اصل شفافیت در برگزاری مناقصات دولتی در پرتو دو نظام جهانی و منطقه‌ای سازمان جهانی تجارت و اتحادیه اروپا است. ثانیاً، این پژوهش به تفصیل شفافیت را در مراحل مختلف مناقصات دولتی در ایران با بهره‌گیری از مطالعات تطبیقی نقد و بررسی کرده است.

۱- رابطه شفافیت با دیگر اصول حاکم بر مناقصات

مطابق نظریات اقتصادی، از جمله الزامات بازار، رقابت کامل و داشتن اطلاعات کافی همه طرف‌های بازار در خصوص قیمت، کیفیت و کلاً موضوعات مرتبط با حوزه رقابت می‌باشد که در لایه حقوقی با اصل شفافیت شناخته می‌شود. این اصل در امتداد اصل رفتار یکسان و در واقع به‌نوعی مکمل آن به حساب می‌آید؛ چراکه اگر در اصل رفتار یکسان بر برابری در انجام رقابت تأکید می‌گردد، در این صورت می‌توان گفت برابری در رقابت زمانی به بار می‌نشیند که دارندگان چنین حقی از کم و کیف قراردادهای عمومی اطلاع کامل داشته باشند (Molaei, 2014:380).

دیوان دادگستری اروپا نیز در پرونده اتوبوس‌های والون تأکید کرد که رفتار برابر، شفافیت را تقویت می‌کند و نقض اصل رفتار برابر، شفافیت را نیز تضعیف می‌کند.^۱ در پرونده دیگری نیز تأکید می‌شود که اصل رفتار یکسان به عنوان مبنای قوانین حاکم بر مناقصات، متضمن تعهد شفافیت است تا بر اساس آن رعایت اصل رفتار یکسان تأیید شود.^۲ در پرونده سوچی دی فروتا نیز اصل شفافیت را نتیجه منطقی و لازمه اصل رفتار یکسان می‌داند.^۳

رابطه اصل شفافیت و اصل رفتار یکسان را از دو جنبه می‌توان بررسی کرد: ۱. فرآیند برگزاری مناقصه در صورت فقدان شفافیت منجر به تبعیض می‌شود.^۴ ۲. شفافیت این اختیار را به دستگاه‌های مناقصه‌گذار می‌دهد که از رعایت اصل رفتار یکسان اطمینان حاصل کنند.^۵ بنابراین، یکی از اساسی‌ترین دلایل قانون‌گذاری در زمینه مناقصات مسئله شفافیت است که قواعدی تدوین شود تا ناظر بر روند مناقصه، از ابتدا تا انتها باشد. اگر فرآیند مناقصه از همان ابتدا مستندسازی شود، امکان استفاده از رانت اطلاعاتی بین می‌رود. اگر مدارک قابل استناد وجود داشته باشد، شرکت‌کنندگان در مناقصه بهتر می‌توانند از حقوق خود دفاع کنند. همچنین حساب‌رسان و بازرسان با تکیه بر اسناد و مدارک، در مورد موضوع مناقصه و نیز معاملات انجام شده بهتر می‌توانند اظهار نظر کنند (Rahmani & Mirzadeh, 2015: 153).

یکی دیگر از آثار عملی شفافیت به وجود آمدن رقابت است، چراکه اگر تعداد بیشتری از تأمین‌کنندگان از تصمیم مقامات مناقصه‌گذار با خبر شوند، عنصر رقابت به‌طور خودکار به وجود می‌آید و این الگوی رقابتی می‌تواند بر قیمت‌هایی که مناقصه‌گذار دریافت می‌کند تأثیر بگذارد (Bovis, 2006: 153). در واقع، یکی از پیش‌شرط‌های گسترش رقابت، وجود فرصت برای مصرف‌کنندگان است تا قیمت‌ها و شرایط تجاری کالاها و خدمات عرضه شده را مقایسه کنند؛ این امر مستلزم سطح معینی از شفافیت است. اگر شفافیت تضمین نشود، رقابت آزاد به وجود نخواهد آمد و معاملات فاسد گسترش خواهند یافت. افزون بر این، شفافیت با ارائه اطلاعات لازم،

1. Case C-87/94, *Commission v Belgium (Walloon Buses)*, para. 55 & 56.

2. Case C-470/99 *Universale-Bau AG* [2002] ECR I-11655, para. 91.

3. Case C-496/99 P *Commission v Italy (Socchi di Frutta)*, para. 111.

4. Case C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname)*, para. 17.

5. Case C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, para. 49.

زمینه حضور بنگاه‌های خرد و متوسط^۱ را نیز فراهم می‌کند و تبعیض میان سهامداران بازارهای مختلف را کاهش می‌دهد (Georgieva, 2017: 15).

قراردادهای دولتی دربرگیرنده یک خریدار و یک فروشنده هستند که هر کدام راه‌های زیادی برای فاسد کردن فرآیند مناقصه دارند. مناقصه‌گران می‌توانند از طریق تبانی در تثبیت قیمت‌ها و تبلیغ معیارهای فنی تبعیض‌آمیز برای ارزیابی‌کننده پیشنهادها به صورت نادرست دخالت کنند یا پیشنهاد رشوه دهند و مناقصه‌گذاران نیز می‌توانند پیش از اینکه قرارداد را منعقد کنند، ویژگی‌هایی را برای حمایت از مناقصه‌گر خاصی فراهم کنند و همچنین اطلاعات راجع به فرصت‌های شرکت در مناقصه را محدود کنند و یا با اعمال شروط نامناسبی برای تعیین صلاحیت از پیمانکاران احتمالی سلب صلاحیت کنند (Langseth et al, 2008: 383)؛ اما شفافیت با پیش‌بینی رفتارها، روشن کردن سازوکارها، روش‌ها، ابزارها و اهداف می‌تواند مانع فساد شود و ضامن سلامت مناقصات شود (Molaei, 2014:403).

۲- رابطه شفافیت با اصل محرمانگی و حمایت از اسرار تجاری

همان‌طور که گفته شد یکی از اهداف اصلی قوانین مربوط به مناقصات شفافیت است، اما این شفافیت نباید امنیت کشور را به مخاطره بیندازد. از این رو، در معاملات محرمانه تشریفات مناقصه رعایت نمی‌شود و بر اساس بند «ج» ماده ۲۳ قانون برگزاری مناقصات با تشخیص هیئت‌وزیران اطلاعات راجع به این معاملات مستور می‌ماند و در شبکه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات منتشر نمی‌شود (Esmaeeli Herisi, 2014: 395-396). البته در این قانون مشخص نشده که مناقصات مربوط به کدام نوع از قراردادهای دولتی باید محرمانه باشد و تشخیص با هیئت‌وزیران است، اما می‌توان از ملاک ماده ۵۷ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ در این خصوص بهره گرفت: «منظور کردن اعتبار تحت عنوان (سری) در بودجه کل کشور جز در مورد وزارت اطلاعات و دستگاه‌های نظامی و انتظامی ممنوع است. مصرف اعتباراتی که تحت این عنوان به تصویب می‌رسد تابع مقررات این قانون و سایر قوانین نیست». همچنین تبصره ۱ ماده ۱ قانون

برگزاری مناقصات، نیروهای مسلح را از شمول این قانون مستثنی کرده است. پس می‌توان گفت که اصل بر شفافیت در مناقصات است، مگر در مورد قراردادهای نظامی و امنیتی. ماده ۱۵ دستورالعمل مناقصات دولتی ۲۰۱۴ اتحادیه اروپا را نیز قراردادهای نظامی و امنیتی که مشمول دستورالعمل خاص این نوع معاملات^۱ هستند، از شمول این دستورالعمل مستثنی کرده است. افزون بر این، در بند ۲ این ماده نیز مقرر شده است: «این دستورالعمل نسبت به قراردادهای دولتی و مناقصاتی که با اجرای این دستورالعمل، دولت عضو را موظف به افشای اطلاعات بیشتری می‌کند که مخالف با منافع امنیتی ضروری آن است، اعمال نمی‌شود».

جدای از اسرار دولتی، یکی دیگر از مسائلی که مناقصات دولتی با آن روبرو است، حمایت از اسرار تجاری مناقصه‌گران است. چراکه افشای بیش از حد اطلاعات در صورتی که منجر به لو رفتن اسرار تجاری مناقصه‌گران شود موجب انحراف از رقابت می‌شود (Halonen, 2016: 531). این امر افزون بر آثار ضد رقابتی، انگیزه مناقصه‌گران جهت شرکت در مناقصات دولتی را نیز کاهش می‌دهد و محدودیت‌های غیر ضروری را نیز در مورد تجارت بین‌المللی ایجاد می‌کند (Halonen, 2016: 533). با وجود این، در این خصوص نظام حقوقی ایران حکم صریحی را ندارد و تنها می‌توان به بند «ج» ماده ۱۶ قانون برگزاری مناقصات اشاره کرد که بر اساس آن مناقصه‌گذار موظف است تا جلسه بازگشایی، از پاکات صیانت نماید. در این خصوص بند ۱ ماده دستورالعمل ناقصات اتحادیه اروپا مقرر می‌کند: «جز در مواردی که مناقصه‌گذار به موجب این دستورالعمل یا قوانین داخلی موظف به ارائه اطلاعات است و بدون اینکه به تعهدات مربوط به آگاهی قرارداد و اطلاعات مناقصه‌گران آسیب بزند، مناقصه‌گذار نباید اطلاعات ارسالی مناقصه‌گران از جمله اسرار فنی یا تجاری و جوانب محرمانه پیشنهادها را افشا کند»؛ بنابراین، جای چنین قاعده‌ای در نظام حقوقی ایران خالی است و قانون‌گذار باید تکلیف حمایت از اسرار تجاری مناقصه‌گران روشن کند و تعیین کند تا چه حدی از اسرار تجاری حمایت می‌کند. البته لازم به ذکر است در این خصوص نباید طریق افراط را برگزید و حمایت از اسرار تجاری باید حداقلی باشد، چراکه منفعت

1. Directive 2009/81/EC on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security

عمومی در شفافیت و ارائه اطلاعات است (Davies, 2008: 222).

۳- مؤلفه‌های شفافیت در مناقصات

پس از بررسی اهمیت شفافیت در مناقصات و رابطه آن با سایر اصول حاکم بر مناقصه باید دید که مؤلفه‌های شفافیت در مناقصه و فرآیند حاکم بر آن چیست. مطالعه تطبیقی در این زمینه می‌تواند نشانگر ضعف‌ها و کاستی‌های نظام حقوقی مناقصات در ایران باشد. در ابتدا به صورت خلاصه می‌توان گفت که برای ایجاد شفافیت در فرآیند برگزاری مناقصات لازم است این فرآیند مستندسازی و اطلاع‌رسانی شود، قوانین و مقررات حاکم بر مناقصه منتشر شوند و در اختیار مردم قرار گیرند. نحوه تشخیص صلاحیت مناقصه‌گران مشخص باشد و برنده مناقصه و جزئیات قرارداد منعقد شده به اطلاع مردم برسد. همچنین باید به این مسئله توجه کرد که شفافیت بر تمامی مراحل فرآیند مناقصه حاکم است و اطلاعات راجع به مناقصه باید در هر زمانی به صورت برابر در دسترس باشند.^۱ به‌طور کلی شفافیت در مناقصات متضمن شش قاعده است: ۱. آگهی قراردادهای در سراسر کشور، ۲. برقراری رقابت میان شرکت‌کنندگان، ۳. محرومیت مناقصه‌گران از شرکت در مناقصه تنها بر اساس دلایل موجه قانونی، ۴. رعایت دوره‌های زمانی در مراحل مختلف مناقصه جهت تضمین حضور تمامی شرکت‌ها در مناقصه، ۵. انعقاد قرارداد بر اساس نتایج رقابت بر مبنای معیارهای ذکر شده در قانون و فراخوان مناقصه و ۶. اطلاع‌رسانی تصمیمات به ذینفعان و مناقصه‌گران (Arrowsmith, 2005: 127-128).

لازم به ذکر است که شفافیت فقط هنگامی مؤثر می‌افتد که دو شرط وجود داشته باشد: اولاً، سوژه‌هایی که خواستار شفافیت آن‌ها هستیم قادر و مجبور به ارائه اطلاعات ضروری و لازم باشند. ثانیاً، دریافت‌کنندگان اطلاعات بتوانند بر طبق معیارهای پذیرفته شده، از این اطلاعات جهت ارزیابی عملکرد سوژه‌ها استفاده نمایند (Khakbaz & Kheirkhahan, 2004: 529). بدین منظور لازم است افزون بر مستندسازی و حفظ اطلاعات راجع به مناقصات، اطلاع‌رسانی آن‌ها به مردم و دسترسی به اطلاعات صورت گیرد. در واقع، هدف از شفافیت و مستندسازی این است که مردم از

1. European Court Justice, Case C-87/94, *Commission v Belgium (Walloon Buses)*, para. 54-55.

جریان امور آگاه شوند تا با اتکا به این آگاهی، مسئولان و دستگاه‌های اجرایی را بازخواست کنند. همچنین، در مورد مناقصات نیز اطلاع‌رسانی از حیث حقوق مناقصه‌گران حائز اهمیت است تا با به وسیله آن از صحت فرآیند مناقصه اطمینان حاصل کنند و در غیر این صورت، با استفاده از این اطلاعات بتوانند مطالبه حق کنند.

بنابراین، شفافیت پیش‌نیاز ارتقای سلامت در معاملات دولتی است که البته صرفاً دسترسی به اطلاعات نیست، بلکه دسترسی باید بر اساس صحت، قابلیت پیش‌بینی و بروز بودن اطلاعات و مطابق با استانداردهای تعیین شده باشد (Tajarlo & Ghorbany Darabad, 2016: 106). دسترسی به اطلاعات نیز تنها دسترسی به قوانین، مقررات و فرآیند مناقصه را شامل نمی‌شود، بلکه اطلاعات مربوط به فراخوان مناقصه، روش مناقصه، مشخصات فنی، معیار انتخاب، تصمیم به انعقاد قرارداد و دلایل رد مناقصه‌گران را نیز دربرمی‌گیرد. همچنین باید منافع شخصی مقامات دولتی در مناقصه نیز افشا شود (Beth, 2005: 48).

پیش از آن که مؤلفه‌های شفافیت در مناقصات را با جزئیات بررسی کنیم لازم به ذکر است که موافقت‌نامه خرید دولتی گات بر اساس بند ۳ ماده ۲ موافقت‌نامه تأسیس سازمان جهانی تجارت، از جمله موافقت‌نامه‌هایی است که قبول آن جهت عضویت در این سازمان الزامی نیست و اعضا به اختیار خود می‌توانند به آن ملحق شوند؛ به عبارت دیگر، این موافقت‌نامه از جمله «موافقت‌نامه‌های تجاری جمعی»^۱ است که فقط نسبت به کشورهایی که به آن ملحق شده‌اند، الزام‌آور است (Shiravi, 2017: 101). در مورد دستورالعمل مناقصات دولتی اتحادیه اروپا نیز باید گفت که دستورالعمل‌ها^۲ نسبت به اعضای اتحادیه مستقیماً الزام‌آور نیستند؛ دستورالعمل‌های اتحادیه برخلاف مقررات^۳ آن به دولت‌های عضو این اختیار را می‌دهند که قوانین خود در این حوزه خاص با دستورالعمل هماهنگ کنند و چگونگی اجرای دستورالعمل را به صلاحدید دولت‌های عضو واگذار می‌کند. البته دیوان دادگستری اروپا مقرر کرده است که دستورالعمل‌ها اثر مستقیم دارند و اشخاص با استناد به آن‌ها می‌توانند از دولت‌های عضو شکایت کنند و دولت‌ها نیز در قابل

1- Plurilateral Trade Agreement

2- Directive

3- Regulations

خسارات وارده بر اثر عدم اجرای دستورالعمل‌ها مسئول هستند (Craig and de Burca, 2011: 106).

همچنین لازم به ذکر است که مؤلفه‌های شفافیت در مناقصات را می‌توان از منظر فرآیندی به شفافیت پیشاقراردادی و پس‌اقراردادی تقسیم‌بندی کرد، اما از آنجا که بیشتر مؤلفه‌های یاد شده مربوط به مرحله پیش از انعقاد قرارداد است، از این تقسیم‌بندی استفاده نشده است.

۳-۱- انتشار قوانین و مقررات ناظر بر مناقصات

شفافیت مستلزم آن است که قوانین و مقررات قابلیت شناخت ممکن توسط شهروندان را داشته باشند و ابعاد مختلف آن‌ها برای شهروندان قابل لمس باشد (Vijeh, 2011: 185) این امر مستلزم انتشار قوانین و مقررات و در دسترس بودن آن‌ها به ویژه در حوزه مناقصات است. در این زمینه بند ۱ ماده ۶ موافقتنامه اصلاحی تدارکات دولتی گات^۱ ۲۰۱۴ مقرر می‌کند: «دولت‌های عضو باید فوراً همه قوانین، مقررات، تصمیمات قضایی و دستورالعمل‌های اجرایی که شمول عام دارند از طریق رسانه‌های الکترونیکی یا مکتوب به صورت گسترده منتشر کنند که برای عموم به صورت خوانا و قابل دسترسی باشند». ماده ۱۰ موافقت‌نامه عام تعرفه و تجارت (گات) ۱۹۹۴ نیز مقرر می‌کند که کلیه قوانین و مقررات، تصمیمات قضایی و دستورالعمل‌های اداری که به وسیله هریک از کشورهای عضو وضع شده و به نحوی در فروش، توزیع، حمل‌ونقل، بیمه، انبارداری، مونتاژ محصولات و غیره مؤثر باشد، باید منتشر شود. اتحادیه اروپا نیز به صورت کلی سازمان‌ها و نهادهای اتحادیه را موظف به ارائه اسناد و اطلاعات کرده است؛ بند ۳ ماده ۱۵ معاهده وظایف اتحادیه^۲ در این مورد مقرر می‌کند: «هر شهروند اتحادیه و هر شخص حقیقی یا حقوقی ساکن دولت‌های عضو، حق دسترسی به اسناد نهادها، ادارات یا سازمان‌های اتحادیه را دارد». ماده ۴۲ منشور حقوق بنیادین اتحادیه نیز حکمی مشابه همین ماده را دارد.

با وجود این، یکی مشکلات موجود در زمینه شفافیت در مناقصات، عدم انتشار بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های دستگاه‌های اجرایی است که بر خلاف قوانین، مصوبات هیئت دولت و آرای

1- Revised Agreement on Government Procurement

2. the Treaty on the Functioning of the European Union

وحدت رویه دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری که در روزنامه رسمی منتشر می‌شوند، منتشر نمی‌شوند. ماده ۳ قانون ارتقا سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰ در این مورد دستگاه‌های اجرایی و مدیران آن‌ها را مکلف کرده است که کلیه قوانین و مقررات اعم از تصویب‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها، بخشنامه‌ها، رویه‌ها، تصمیمات مرتبط با حقوق شهروندی نظیر فرآیندهای کاری و زمان‌بندی انجام کارها، استانداردها، معیار و شاخص‌های مورد عمل، مأموریت‌ها، شرح وظایف دستگاه‌ها و واحدهای مربوط و غیره را در دیدارگاه‌های الکترونیکی به اطلاع عمومی برسانند. تبصره ۲ ماده ۵ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸ نیز مقرر کرده است که اطلاعاتی که متضمن حق و تکلیف برای مردم است باید علاوه بر موارد قانونی موجود، از طریق انتشار و اعلان عمومی و رسانه‌های همگانی به آگاهی مردم برسد.

در مورد مناقصات، مهم‌ترین مقررات، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های سازمان برنامه و بودجه به عنوان متولی اصلی این امر در ایران است که این سازمان در پایگاه اطلاع‌رسانی نظام فنی و اجرایی کشور^۱ در قسمت «ضوابط» مقررات مصوب خود راجع به مناقصات و معاملات دولتی را قرار داده است. با وجود این، آیین‌نامه‌های مالی و معاملاتی و فرم‌های قراردادی دستگاه‌های مستثنی از قانون برگزاری مناقصات از جمله دانشگاه‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی معمولاً منتشر نمی‌شوند.

۳-۲- مستندسازی

اساسی‌ترین علت و زمینه وقوع فساد در هر کشوری، می‌تواند وجود نقاط ضعف متعدد در مستندسازی فعالیت‌های سیاسی و اقتصادی و وضعیت مالی اشخاص حقیقی و حقوقی باشد. نتیجه مستقیم عدم مستندسازی، نبودن شفافیت در فعالیت‌های انجام شده و وضعیت مالی اشخاص است (Hamdami, 2008: 144)؛ بنابراین، شفافیت بدون مستندسازی امکان‌پذیر نیست و این دو لازم و ملزوم یکدیگرند و افشا و ارائه اطلاعات مستند، مکمل شفافیت است.

بنابراین، مستندسازی فرآیند برگزاری مناقصات از اهمیت زیادی برخوردار است، زیرا اگر فرآیند مناقصه از زمانی که شروع می‌شود، مستندسازی شود و اسناد و مدارک مستند شده در

1- <https://sama.mporg.ir/>

دسترس اشخاص ذینفع قرار گیرد، امکان سوءاستفاده از رانت اطلاعاتی از بین می‌رود. اگر مدارک قابل استفاده وجود داشته باشد که مناقصه‌گران قادر باشند به آن‌ها استناد کنند، شرکت‌کنندگان در مناقصه بهتر می‌توانند از حقوق خود دفاع کنند. همچنین نهادهای ناظر با توجه به اسناد و مدارک موجود در موضوع مناقصه و معاملات انجام شده، بهتر می‌توانند اظهارنظر کنند. بدین ترتیب مناقصه‌گران خود به بازرسانی تبدیل می‌شوند که مدارک یکدیگر و سلامت فرآیند مناقصه را کنترل می‌کنند (Rahmani & Mirzadeh, 2015: 152-153).

در این خصوص سازمان جهانی تجارت در موافقت‌نامه تدارکات دولتی به مستندسازی مناقصات توجه کرده است. بند ۳ ماده ۱۶ موافقت‌نامه اصلاحی تدارکات دولتی^۱ مقرر می‌کند: «هر یک از دستگاه‌های مناقصه‌گذار حداقل تا سه سال پس از انعقاد قرارداد باید: الف) اسناد و گزارش‌های مربوط به فرآیند مناقصه و انعقاد قرارداد را حفظ کنند. ب) داده‌های مربوط به مناقصه را حفظ کنند تا از قابلیت ردیابی اقدامات انجام شده در مورد مناقصات توسط ابزارهای الکترونیکی اطمینان حاصل شود». بند ۴ همین ماده نیز دولت‌های عضو را به موظف ارائه گزارش آماری در مورد قراردادهای منعقد بر اساس موافقت‌نامه می‌کند که باید شامل ریز ارقام و ارزش تمامی قراردادهای منعقد دستگاه‌ها باشد.

اتحادیه اروپا نیز کشورهای عضو را موظف به ارائه داده‌های مربوط به مناقصات عمومی کرده است. بند اول ماده ۸۵ دستورالعمل مناقصات دولتی^۲ ۲۰۱۴ اتحادیه اروپا مقرر می‌کند: «کمیسیون اروپا باید بر کیفیت و جامع بودن داده‌های راجع به آگهی‌های منتشره پیشا قراردادی، فراخوان مناقصه و برنده مناقصه اطمینان حاصل کند. در صورتی که داده‌های منتشره بر اساس تعهدات این دستورالعمل درست و جامع نباشند؛ از دولت‌های عضو اطلاعات تکمیلی را درخواست خواهد کرد. دولت‌های عضو باید در زمانی معقول این اطلاعات را در اختیار کمیسیون قرار دهند». بند ۲ ماده ۵۱ نیز مقرر می‌کند: «آگهی‌های مورد اشاره در مواد ۴۸، ۴۹ و ۵۰ [در مورد فراخوان مناقصه و آگهی برنده مناقصه] باید از طریق ابزارهای الکترونیکی به انتشارات رسمی اتحادیه اروپا فرستاده شود و طبق پیوست هشتم منتشر شود. آگهی‌ها باید در کمتر از ۵ روز از زمان ارسال‌شان چاپ

-
1. Revised Agreement on Government Procurement
 2. Directive 2014/24/EU on Public Procurement

شوند. هزینه‌های انتشار این آگهی در انتشارات رسمی اتحادیه بر عهده اتحادیه است».

در ایران نیز قوانین و مقررات متعددی در مورد مستندسازی و شفافیت قراردادهای دولتی به تصویب رسیده است. در این زمینه ابتدا می‌توان به ماده ۲۳ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ اشاره نمود:

«الف- دولت موظف است ظرف مدت یک سال بانک اطلاعات و پایگاه ملی اطلاع رسانی مناقصات را ایجاد و اطلاعات و اسناد زیر را ثبت و نگهداری کند: ۱. فراخوان مناقصه. ۲. نام و مشخصات اعضای کمیسیون، مناقصه‌گران و حاضران در جلسات مناقصات. ۳. خلاصه اسناد مناقصه. ۴. روش و مراحل ارزیابی کیفی مناقصه‌گران و نتایج ارزیابی آن‌ها. ۵. صورت جلسات و نتایج ارزیابی‌ها. ۶. نام، مشخصات و نحوه انتخاب برنده یا برندگان مناقصه.

ب- مناقصه‌گذار موظف است اطلاعات موضوع بند الف این ماده و نیز همه اسناد مناقصه را به نحوی مطمئن بایگانی و نگهداری و نسخه‌ای از آن را برای بانک اطلاعات مناقصات ارسال کند.

ج- اطلاعات کلیه معاملات اعم از مناقصه و ترک مناقصه- جز آن دسته از معاملاتی که به تشخیص هیئت وزیران باید مستور بماند- باید از طریق شبکه ملی اطلاع رسانی مناقصات در اختیار عموم قرار گیرد».

بند «ب» ماده ۳ قانون ارتقا سلامت نظام اداری و مقابله با فساد^۱، قانون برگزاری مناقصات را تکمیل می‌کند و علاوه بر فرآیند مناقصه، مستندسازی اطلاعات راجع به قراردادهای دولتی را نیز در تمامی مراحل آن‌ها را در پایگاه اطلاعات قراردادهای الزامی می‌کند و در تبصره ۲ این ماده^۲، تأخیر در ورود اطلاعات، ورود ناقص اطلاعات یا خلاف واقع آن‌ها را تخلف اداری دانسته و برای

۱- بند ب ماده ۳ قانون ارتقا سلامت نظام اداری: «متن قراردادهای مربوط به معاملات متوسط و بالاتر موضوع قانون برگزاری مناقصات که به روش مناقصه، مزایده، ترک تشریفات و غیره توسط دستگاههای مشمول بندهای (الف)، (ب) و (ج) ماده (۲) این قانون منعقد می‌گردد و همچنین اسناد و ضامین آن‌ها و هرگونه الحاق، اصلاح، فسخ، ابطال و خاتمه قرارداد پیش از موعد و تغییر آن و نیز کلیه پرداختها، باید به پایگاه اطلاعات قراردادهای وارد گردد».

۲- تبصره ۲ ماده ۳ قانون ارتقا سلامت نظام اداری: «تأخیر در ورود اطلاعات مذکور در بندهای فوق یا ورود ناقص اطلاعات یا ورود اطلاعات برخلاف واقع در پایگاههای مذکور تخلف محسوب می‌شود و متخلف به شش ماه تا سه سال انفصال موقت از خدمت در دستگاههای موضوع بندهای (الف)، (ب) و (ج) ماده (۲) این قانون محکوم می‌گردد».

متخلفان مجازات شش ماه تا سه سال انفصال موقت از خدمت در دستگاه‌های اجرایی را در نظر گرفته است. علاوه بر این، مواد ۱۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار^۱ مصوب ۱۳۹۰ بنیان‌گذار پایگاه اطلاع‌رسانی جامع معاملات بخش عمومی شده است و در حکمی بی‌سابقه^۲، کلیه معاملات بخش عمومی که اطلاع‌رسانی نشده باشند را مصداق اخلاف در رقابت موضوع ماده ۴۵ قانون اصل چهل و چهار دانسته و شورای رقابت را موظف به رسیدگی در این باره می‌داند.

همان‌طور که ذکر شد به موجب قوانین یاد شده، پایگاه‌های متعددی برای معاملات بخش عمومی شکل گرفتند، این امر علاوه بر موازی‌کاری، موجب اتلاف منابع عمومی نیز می‌شود، به همین دلیل قانون‌گذار در قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۳۹۵، جهت ایجاد پایگاهی واحد، دولت را مکلف به تکمیل سامانه تدارکات الکترونیکی دولت کرد. ماده ۹ این قانون در این خصوص مقرر می‌کند: «دولت مکلف است تا پایان سال دوم اجرای قانون برنامه، سامانه تدارکات الکترونیکی دولت را برای اجرای تمامی مراحل انواع معاملات متوسط و بزرگ وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های مشمول قانون برگزاری مناقصات و دیگر قوانین مالی و معاملاتی بخش عمومی به جز معاملات محرمانه، با رعایت قانون تجارت الکترونیکی و قانون برگزاری مناقصات تکمیل کند.

۱- ماده ۱۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار: «به منظور ایجاد شفافیت و امکان رقابت همه ذی‌نفعان در انجام معامله با دستگاه‌های اجرائی، معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور موظف است با استفاده از امکانات و نیروی انسانی موجود خود، پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات موضوع ماده (۲۳) قانون برگزاری مناقصات را به پایگاه اطلاع‌رسانی جامع معاملات بخش عمومی توسعه و ارتقاء دهد. این پایگاه اطلاع‌رسانی باید اطلاعات کلیه معاملات متوسط و بزرگ بخش عمومی شامل خرید، فروش، اجاره و غیره را اعم از این که از طریق برگزاری مزایده یا مناقصه یا موارد عدم الزام به تشریفات یا ترک تشریفات یا دیگر روشها تشکیل و منعقد شده باشد به تفکیک دستگاه و موضوع و نیز به تفکیک شهرستان، استان و ملی در زمانی که برای همه واجدان شرایط، فرصت برابر فراهم کند، به اطلاع عموم برساند. همچنین پس از انعقاد قرارداد، نام طرف قرارداد و مشخصات، کیفیت و کمیت مورد معامله و مدت و مبلغ قرارداد و حسب مورد تغییرات بعدی حجم و مبلغ اصل قرارداد یا الحاقیه‌های آن را اعلان نماید. کلیه دستگاههای اجرائی موظف به همکاری با این پایگاه اطلاع‌رسانی و ارائه اطلاعات یادشده در زمان‌های تعیین شده توسط این پایگاه می‌باشند».

۲- تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار: «کلیه معاملات بخش عمومی موضوع این ماده بدون رعایت حکم این ماده، مصداق اخلاف در رقابت موضوع ماده (۴۵) قانون اصل (۴۴) است و شورای رقابت موظف است خود و یا با شکایت ذی‌نفعان، به موارد عدم رعایت حکم این ماده رسیدگی و براساس ماده (۶۱) قانون اصل (۴۴) درباره آنها تصمیم بگیرد».

کلیه دستگاه‌های مشمول قانون برگزاری مناقصات و نهادهای عمومی غیردولتی مکلف به رعایت قانون برگزاری مناقصات و انجام معاملات خود از طریق سامانه مذکور هستند». سامانه تدارکات الکترونیکی در سال ۹۰ به موجب آیین‌نامه فعالیت سامانه تدارکات الکترونیکی دولت مصوب وزیرای عضو کارگروه تجارت الکترونیکی مورخ ۱۳۹۰/۸/۲۱ به وجود آمد. قانون‌گذار به دلیل اهمیت اصل شفافیت در معاملات دولتی، حکم ماده ۹ قانون برنامه ششم را به موجب ماده (۵۰) قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۶ دائمی کرد: «دولت مجاز است سامانه تدارکات الکترونیکی دولت را برای اجرای تمام مراحل انواع معاملات وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های مشمول قانون برگزاری مناقصات و سایر قوانین مالی و معاملاتی بخش عمومی، با رعایت قانون تجارت الکترونیکی و قانون برگزاری مناقصات تکمیل کند».

در مجموع، بررسی قوانین موجود در مورد مستندسازی مناقصات در ایران از منظر تطبیقی نشانگر آن است که کاستی در این خصوص وجود ندارد و قواعد موجود وافی به مقصود هستند.

۳-۳- اطلاع‌رسانی فراخوان مناقصه

منظور از مناقصه عمومی به مسابقه گذاشتن معامله بین عموم و تعیین برنده، یعنی کسی است که متناسب‌ترین قیمت را پیشنهاد می‌کند و این امر ممکن نیست مگر آن که موضوع مناقصه به موقع از طریق انتشار آگهی یا فراخوان اعلام شود و فاصله متعارفی بین تاریخ انتشار آگهی و تاریخ رسیدگی به پیشنهادها وجود داشته باشد تا اشخاص ذینفع بتوانند در صورت تمایل در مناقصه شرکت کنند (Tabatabai Motamani, 2011: 374). در واقع، نشر آگهی روشی است که به وسیله آن می‌توان فرض کرد که اشخاص واجد شرایط، با خواندن آگهی، از موضوع مناقصه مطلع شده‌اند (Ansari, 2011: 142).

در این خصوص بند ۱ ماده ۷ موافقت‌نامه اصلاحی تدارکات دولتی گات مقرر می‌کند: «در هر مناقصه‌ای، مناقصه‌گذار باید فراخوان مناقصه را در یک روزنامه مناسب یا رسانه الکترونیکی منتشر کند. تا زمان پایان فراخوان، این رسانه‌ها باید به صورت گسترده فراخوان را منتشر کنند و چنین فراخوان‌هایی باید برای عموم قابل دسترسی باشد». بند ۲ این ماده در مورد محتویات فراخوان تأکید می‌کند که فراخوان مناقصه باید شامل موارد زیر باشد: «۱. نام و آدرس مناقصه‌گذار و دیگر اطلاعات ضروری در مورد دستگاه مناقصه‌گذار و تمامی اسناد مرتبط با مناقصه و هزینه‌ها و شرایط

پرداخت، ۲. شرح مناقصه که شامل ماهیت و کمیت کالاها یا خدمات مورد نظر است، ۳. زمان بندی فراخوان های بعدی مناقصه، ۴. شرح تمامی آپشن ها، ۵. چارچوب زمانی تحویل کالاها یا خدمات یا مدت قرارداد، ۶. روش مناقصه، ۷. آدرس و آخرین تاریخ برای ارائه پیشنهادها، ۸. زبان یا زبان هایی که پیشنهاد باید با آن ارائه شود، ۹. فهرست و شرح مختصر شرایط شرکت در مناقصه، ۱۰. در صورتی که مناقصه محدود باشد، معیار انتخاب داوطلبان و محدودیت تعداد داوطلبان، ۱۱. اشاره به اینکه این مناقصه مطابق این موافقت نامه برگزار می شود». بند ۳ این ماده نیز دستگاه های مناقصه گذار را ملزم به انتشار خلاصه فراخوان مشتمل بر موارد زیر می کند: «۱. موضوع مناقصه، ۲. تاریخ نهایی ارائه پیشنهادها و ۳. آدرسی که اسناد مربوط به مناقصه باید به آن فرستاده شود».

دستورالعمل مناقصات دولتی اتحادیه اروپا نیز قواعد جامعی در مورد فراخوان مناقصه دارد. بند ۱ ماده ۴۸ این دستورالعمل مقرر می کند: «ادارات می توانند قصد خود برای انعقاد قرارداد مورد نظرشان را با اطلاعیه پیش فراخوان^۱ اعلام کنند. این اطلاعیه ها باید در مجله رسمی اتحادیه منتشر شود»؛ بنابراین با انتشار اطلاعات مربوط به تمامی قراردادهای دولتی در مجله رسمی اتحادیه، تمامی افراد به آن دسترسی خواهند داشت. در ماده ۴۹ نیز تصریح می شود: «آگهی های قرارداد باید به عنوان ابزاری برای دستیابی به رقابت، در تمامی مراحل قرارداد استفاده شود».

دیوان دادگستری اروپا نیز در خصوص اهمیت فراخوان مناقصه مقرر کرده است: «الزام به رعایت شفافیت توسط مقامات برگزارکننده مناقصه مستلزم این است که نحوه انتشار فراخوان مناقصه به گونه ای باشد که منفعت هر شرکت کننده بالقوه ای را لحاظ کرده و امکان دسترسی به این بازار را برای رقابت فراهم کند. همچنین بی طرفی روند مناقصه باید در نظر گرفته شود».^۲ این مرجع در پرونده دیگری در مورد رد پیشنهاد مناقصه گری که پیشنهادش مطابق فراخوان مناقصه بوده، مقرر کرده است: «اصل رفتار یکسان و تعهد به شفافیت متضمن آن است که مناقصه گذار اجازه ندارد پیشنهاد مناقصه گری که مطابق فراخوان مناقصه است را بر اساس شرایطی که در فراخوان ذکر نشده و در فراخوان بعدی آمده، رد کند».^۳ در رأی دیگری دیوان بیان می دارد:

1. Prior Information Notices

2. Case C-324/ 98, Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG.

3. Case C-6/05 Medipac-Kazantzidis AE [2007] I-04557, para. 54

«اصل شفافیت اساساً بدین منظور تعبیه شده که مانع هرگونه ریسک جانبداری یا اعمال خودسرانه مناقصه‌گذار شود. این امر متضمن آن است که تمامی شرایط و قواعد حاکم بر مناقصه به صورت روشن، دقیق و بدون ابهام در فراخوان یا اسناد قرارداد بیان شوند».^۱

در این زمینه جز ۱ بند ج ماده ۱۱ قانون برگزاری مناقصات مقرر می‌کند که برگزاری مناقصه عمومی از طریق انتشار فراخوان در روزنامه‌های کثیرالانتشار صورت می‌گیرد. جز الف بند ۱ ماده ۹ قانون الحاق به کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل نیز انتشار عمومی اطلاعات مربوط به تشریفات قراردادها از جمله اطلاعات مربوط به دعوت برای مناقصه و اعطاء قراردادها را از مواردی می‌داند که جهت پیشگیری از فساد، کشورهای عضو باید مدنظر قرار دهند.

بند الف ماده ۲۰ آیین‌نامه نظام مستندسازی و اطلاع‌رسانی مناقصات مصوب ۱۳۸۵ هیئت وزیران نیز تصریح می‌کند: «آگهی‌ها، همزمان با انتشار در روزنامه کثیرالانتشار، باید از طریق پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات به اطلاع عموم برسد». همچنین ماده ۱۹ آیین‌نامه یاد شده دستگاه‌ها را ملزم می‌کند همزمان با انتشار فراخوان، صورتجلسه پیش از فراخوان را نیز منتشر کنند. صورتجلسه پیش از فراخوان بر طبق ماده ۶ همین آیین‌نامه شامل موارد زیر است: «۱- شرح موضوع مناقصه، ۲- معرفی ارکان مناقصه، ۳- تعیین نوع مناقصه، ۴- روش تأمین منابع مالی، ۵- برنامه زمانی مناقصه، ۶- متن فراخوان و نحوه اطلاع‌رسانی آن، ۷- خلاصه اسناد مناقصه، ۸- اسناد مناقصه».

صرف نظر از خود نشر آگهی یا فراخوان مناقصه، آنچه اهمیت دارد مفاد و جزئیات آگهی است، از آنجا که مناقصه عمومی در نهایت منجر به انعقاد قرارداد خواهد شد؛ بنابراین، اولاً در آینده نباید حقی زائد بر آنچه در آگهی مناقصه آمده برای طرف قرارداد ایجاد کند. ثانیاً برای حفظ حقوق عمومی و حقوق شرکت‌کنندگان در مناقصه و حفظ بی‌طرفی مأموران و کاهش تبانی احتمالی، باید حاوی نکات دقیق و صریح موضوع قرارداد و جامع شرایط آن باشد (Ansari, 2011: 142-143). در این مورد بند الف ماده ۱۳ قانون برگزاری مناقصات مقرر می‌کند که مفاد فراخوان مناقصه حداقل باید شامل موارد زیر باشد: «۱- نام و نشانی مناقصه‌گذار، ۲- نوع، کمیت و

1. Case C-496/99 P *Commission v Italy (Succhi di Frutta)*, para. 111.

کیفیت کالا یا خدمات، ۳- نوع و مبلغ تضمین شرکت در مناقصه، ۴- محل، زمان و مهلت دریافت اسناد، تحویل و گشایش پیشنهادهای، ۵. مبلغ برآورد شده معامله و مبانی آن در صورتی که تعیین آن میسر یا به مصلحت باشد». بند «پ» ماده ۱۹ آیین نامه اجرایی نظام مستندسازی و اطلاع رسانی مناقصات نیز ضرورت انتشار برآورد کلی موضوع مناقصه را به تشخیص دستگاه مناقصه گذار واگذار کرده است.

از منظر اصل شفافیت اینکه تعیین مبلغ برآورد در فراخوان به مصلحت دستگاه واگذار شده، توجیهی ندارد. تعیین برآورد در مناقصات امری ضروری است، چراکه دستگاه مناقصه گذار به دلایلی چون لزوم تأمین اعتبار مناقصه و منابع مالی آن، ارزیابی پیشنهادهای و توجیه اقتصادی داشتن آنها، تعیین برنده مناقصه، تعیین مبلغ تضمین و غیره مکلف به انجام برآورد در کلیه مناقصات است. اصل شفافیت و ضرورت رفع هرگونه ابهام و جلوگیری از رانت اطلاعاتی و رعایت اصل رفتار یکسان ایجاب می کند که برآورد کارفرما در فراخوان و اسناد مناقصه قید گردد (Khalili, 2017: 129-130).

بند «ب» ماده ۱۳ قانون برگزاری مناقصات دستگاهها را ملزم به انتشار دو تا سه نوبت فراخوان مناقصه عمومی در روزنامه های کثیرالانتشار می کند، ولی تعریفی از روزنامه های کثیرالانتشار در هیچ یک از قوانین و مقررات وجود ندارد و دستگاه های نظارتی همچون دیوان محاسبات و سازمان بازرسی کل کشور، در زمان بررسی فرآیند مناقصه و اندک بودن مناقصه گران، موضوع عدم کثیرالانتشار بودن روزنامه را مطرح می کنند (Khalili, 2017: 130). این امر در مورد مناقصات محدود اهمیت بیشتری دارد، چراکه دستگاه مناقصه گذار ممکن است برای برنده شدن اشخاص مورد نظر خود، آگاهی ارزیابی صلاحیت را در روزنامه های کثیرالانتشاری که افراد کمی به آن دسترسی دارند منتشر کند (Mohammadi & et al, 2019: 210).

همانگونه که می بینیم اطلاع رسانی فراخوان مناقصه در ایران واجد ضعف هایی از جمله عدم الزام دستگاهها به تعیین برآورد مناقصه و عدم وجود معیار برای کثیرالانتشار بودن روزنامه ها است، اما مقررات مناقصات اتحادیه اروپا مرجع واحدی را جهت انتشار فراخوان مناقصه تعیین کرده و در اطلاعیه پیش از فراخوان و فراخوان مناقصه، جزئیات قرارداد باید بر اساس پیوست پنجم این مقررات منتشر شود. آنچه از خود فراخوان بیشتر اهمیت دارد، مفاد آن است؛ از این رو موافقت نامه گات با جزئیات مفاد فراخوان را تعیین کرده که مقایسه آن با قوانین و مقررات حاکم بر مناقصه در

ایران نشانگر آن است که در فراخوان باید مواردی چون برآورد قیمت مناقصه، آپشن‌ها، شرایط شرکت در مناقصه و معیار انتخاب داوطلبان در صورت محدود بودن مناقصه ذکر شود.

۴-۳- اطلاع‌رسانی ارزیابی کیفی مناقصه‌گران

یکی از الزامات شفافیت، محدود کردن کمیته برگزاری مناقصات در جهت اعمال سلاقی شخصی است؛ بنابراین باید قواعدی حاکم باشد تا روند تصمیم‌گیری این کمیته را قانونمند سازد (Bagherzadeh, 2014: 148). بدین منظور لازم است معیارها و روش‌های ارزیابی و امتیازدهی مناقصه‌گران با جزئیات پیش از ارائه پیشنهادات توسط مناقصه‌گذار تعیین و اعلام شود (Arrowsmith, 2010: 159).

از آنجا که قبل از انعقاد قرارداد، صلاحیت فنی، مالی و حرفه‌ای تأمین‌کنندگان کالا و خدمات باید احراز شود، از این رو موافقت‌نامه تدارکات دولتی گات ضوابطی را به منظور تضمین سلامت و جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی از فرآیند تشخیص صلاحیت تعیین نموده است. عمده این مقررات ناظر بر عدم تبعیض و شفافیت در ارزیابی صلاحیت مناقصه‌گران داخلی و خارجی می‌باشد (Bayenat, 2010: 556). بند ۳ ماده ۹ موافقت‌نامه اصلاحی تدارکات دولتی گات در این مورد تصریح می‌کند: «کشورهای عضو نباید تشریفات در ارزیابی صلاحیت اعمال کنند که در شرکت مناقصه‌گران در مناقصه، موانع غیرضروری ایجاد کند». بند ۱۴ این ماده در ادامه مقرر می‌کند: «دستگاه مناقصه‌گذار باید مناقصه‌گر را فوراً از تصمیمش در مورد درخواست او برای شرکت در مناقصه یا قرار گرفتن در فهرست مطلع کند». بند بعدی این ماده نیز تصریح می‌کند: «زمانی که دستگاه مناقصه‌گذار درخواست مناقصه‌گر برای شرکت در مناقصه یا قرار گرفتن در فهرست را رد می‌کند، باید فوراً مناقصه‌گر را مطلع کند و در صورت درخواست او، دلایل تصمیمش را کتباً به او اعلام کند».

دستورالعمل مناقصات دولتی اتحادیه اروپا نیز در بند ۲ ماده ۵۵ مقرر می‌کند: «مناقصه‌گذار باید به سرعت و ظرف ۱۵ روز از دریافت درخواست، در صورت درخواست نامزدها و مناقصه‌گران موارد زیر را به آن‌ها اطلاع دهند: الف) دلایل رد درخواست همکاری شرکت شکست خورده در

مناقصه، ب) دلایل رد پیشنهاد مناقصه گر ناموفق از جمله، موارد اشاره شده مواد (۵) ۴۲^۱ و (۶) ۴۲، دلایل تصمیم به عدم برابری یا تصمیم به عدم مطابقت کالاها و خدمات با موضوع پروژه یا الزامات اجرایی، ج) به مناقصه گرانی که پیشنهاد قابل قبولی ارائه کرده‌اند، ویژگی‌ها و امتیازات پیشنهاد برنده و نام شرکت برنده مناقصه یا طرفین موافقت‌نامه اصولی، د) به مناقصه‌گری که پیشنهاد قابل قبولی ارائه داده است، فرآیند و روند پیشرفت مذاکرات با مناقصه‌گران».

افزون بر این، بند ۵ ماده ۵۸ دستورالعمل نیز دستگاه‌ها را ملزم می‌کند: «شرایط مورد نیاز برای شرکت در مناقصه که می‌تواند به عنوان سطوح حداقلی توانایی مطرح شود، همراه با ابزارهای اثباتی مناسب در آگهی قرارداد یا فراخوان مناقصه ذکر کنند»؛ بنابراین، معیارهای انتخاب و ارزیابی کیفی باید در فراخوان مناقصه اعلام شود. دیوان دادگستری اروپا نیز در این باره تأکید می‌کند: «تعهد به شفافیت متضمن آن است که کمیسیون مناقصه، معیار انعقاد قرارداد در کل فرآیند مناقصه را به روش یکسانی تفسیر کند».^۲ دیوان دادگستری اروپا نیز در پرونده شرکت یونیورسال باو^۳ که نظام امتیازدهی آن به مناقصه‌گران اطلاع داده نشده بود، مقرر می‌کند: «به موجب اصل کلی شفافیت، قواعدی که بر اساس آن‌ها وزن معیارهای انتخاب مناقصه‌گران تعیین می‌شود باید در فراخوان مناقصه یا اسناد آن اعلام شوند».

به موجب بند «د» ماده ۹ قانون برگزاری مناقصات یکی از مراحل فرآیند برگزاری مناقصه «ارزیابی کیفی مناقصه‌گران» است. ارزیابی کیفی، اندازه‌گیری استعداد انجام تعهدات مناقصه‌گران

۱- بند ۵ ماده ۴۲ دستورالعمل مناقصات دولتی اتحادیه اروپا: «زمانی که مناقصه‌گزار از اختیار مورد اشاره جز ب بند ۳ این ماده در مورد مشخصات فنی استفاده می‌کند، نباید پیشنهاد را بر مبنای اینکه که کالاها و خدمات پیشنهادی مطابق کالاها و خدمات مورد ارجاع نیست و مناقصه‌گر با ادله اثباتی ماده ۴۴ ثابت کند که پیشنهادش با روشی هم‌طراز شرایط تعیین شده مشخصات فنی را تأمین می‌کند، رد کند».

۲- بند ۶ ماده ۴۲ دستورالعمل مناقصات دولتی اتحادیه اروپا: «زمانی که مناقصه‌گزار از اختیار مورد اشاره قسمت الف بند ۳ جهت تنظیم مشخصات فنی طبق شرایط اجرایی و عملکردی استفاده می‌کند، نباید کالاها و خدمات پیشنهادی که مطابق استاندارد ملی انتقال استاندارد اروپایی، تأییدیه فنی اروپایی، مشخصات فنی مشترک، استاندارد بین‌المللی یا سیستم مرجع فنی نهاد استانداردسازی اروپا است را رد کند».

3. Case C-19/00 *SIAC Construction Ltd* [2001] ECR I-07725 para. 43.

4- Case C-470/99, *Universale-Bau and others v Entsorgungsbetriebe Simmering* ("Universale-Bau") [2002] ECR I-11617.

است. در ارزیابی کیفی، این موضوع که آیا مناقصه گر توان انجام کار مورد مناقصه یا تسلیم کالای موضوع مناقصه را به صورت مطلوب دارد یا نه ارزیابی می شود (Esmaeeli Herisi, 2014: 144). بند «الف» ماده ۱۹ قانون برگزاری مناقصات نیز مناقصه گذار را موظف کرده است که ارزیابی کیفی مناقصه گران را بر اساس معیارها و روش های اعلام شده در اسناد مناقصه انجام دهد. اما از ارزیابی مهم تر این است که نحوه ارزیابی و امتیازدهی به مناقصه گران اطلاع رسانی شود تا از سلامت و صحت مناقصه اطمینان حاصل شود. در این زمینه بند «الف» ماده ۲۱ آیین نامه نظام مستندسازی و اطلاع رسانی مناقصات مقرر کرده است که مناقصه گذار می تواند اطلاعات زیر را در پایگاه اطلاع رسانی مناقصات منتشر کند: «۱- آگهی دعوت به ارزیابی کیفی مناقصه گران. ۲- استعمال ارزیابی کیفی. ۳- اطلاع رسانی ارزیابی شکلی پیشنهادها. ۴- صورتجلسه پایانی ارزیابی کیفی مناقصه گران؛ بنابراین دستگاه ها الزامی در مورد انتشار اطلاعات مربوط به ارزیابی کیفی مناقصه ندارند که این امر مغایر با اصل شفافیت است. البته ماده ۱۹ آیین نامه مذکور، انتشار فراخوان ارزیابی کیفی را به عنوان یکی از انواع آگهی ها در پایگاه اطلاع رسانی مناقصات الزامی کرده است؛ بنابراین، از منظر تطبیقی می توان گفت قوانین و مقررات مناقصات در ایران در مورد اطلاع رسانی ارزیابی کیفی جامع نیستند و دستگاه ها را مکلف به انتشار نحوه ارزیابی و امتیازدهی نکرده است؛ بنابراین باید مقرراتی در مورد الزام دستگاه ها به بیان دلایل و مستندات آن ها در مورد تصمیم آن ها به پذیرش یا رد مناقصه گران در مرحله ارزیابی کیفی وضع شود.

۳-۵- اطلاع رسانی اسناد مناقصه

دیوان دادگستری اروپا، اصل شفافیت را تعهد به ارائه اطلاعات دقیق در زمان مناسب به شرکت کنندگان مناقصه در مورد نحوه برگزاری مناقصه می داند.^۱ بنابراین، تمامی اسناد و مدارک مربوط به مناقصه باید منتشر شوند و در اختیار مناقصه گران به عنوان ذینفعان مناقصه قرار گیرند. در این زمینه بند ۷ ماده ۱۰ موافقت نامه اصلاحی گات نیز دستگاه مناقصه گذار را ملزم می کند تا تمامی اسنادی که برای آمادگی و ارائه پیشنهاد لازم است را در اختیار مناقصه گران قرار دهد. این

1- Case T-203/96, *Embassy Limousine and Services v European Parliament* [1998] ECR II-4239.

اسناد باید شامل موارد زیر باشند: «۱. شرح مناقصه که شامل ماهیت و کمیت کالاها یا خدمات مورد نظر، مشخصات فنی، گواهینامه لازم جهت ارزیابی، نقشه‌ها و داده‌های طراحی یا دستورالعمل‌ها است، ۲. شرایط شرکت در مناقصه، ۳. همه معیارهای ارزیابی، ۴. در صورت برگزاری مناقصه به صورت الکترونیکی، الزامات مربوط به ارائه اطلاعات از طریق ابزارهای الکترونیکی، ۵. در صورتی که مناقصه عمومی باشد، تاریخ، زمان و مکان مناقصه و اشخاصی که اجازه حضور در جلسه را دارند، ۶. شرایط پرداخت و شیوه ارائه پیشنهادها، ۷. تاریخ تحویل کالاها یا ارائه خدمات».

بند ۱۰ همین ماده نیز دستگاه مناقصه‌گذار را ملزم می‌کند که فوراً اسناد مناقصه را جهت حصول اطمینان از این که مناقصه‌گران زمان کافی برای ارائه پیشنهاد داشته باشند، در دسترس قرار دهد. بند ۱۱ نیز مناقصه‌گذار را ملزم می‌کند که هرگونه تغییر در معیار یا شرایط ذکر شده در فراخوان مناقصه را به اطلاع تمامی شرکت‌کنندگان برساند و زمان کافی برای ارائه مجدد پیشنهاد را به آن‌ها بدهد.

دستورالعمل اتحادیه اروپا اما به صورت کلی در بند ۱ ماده ۵۳ تصریح کرده است: «دستگاه‌ها باید دسترسی نامحدود و کامل و رایگان به هرگونه تغییرات در اسناد مناقصه را از تاریخ انتشار آگهی یا تاریخ ارسال دعوت‌نامه فراهم کنند. در متن آگهی یا دعوت‌نامه باید آدرس اینترنتی که اسناد مناقصه در آن دسترس است ذکر شود».

بند «الف» ماده ۱۴ قانون برگزاری مناقصات نیز دستگاه مناقصه‌گذار مکلف کرده است که تمامی اسناد مناقصه را به‌طور یکسان به همه داوطلبان تحویل دهد. بند «ب» همین ماده محتویات اسناد مناقصه را برشمرده است. ماده ۱۷ نیز در خصوص توضیح و تشریح اسناد مقرر کرده است: «چنانچه شرکت‌کننده در اسناد مناقصه، ابهام و ایرادی مشاهده کند، می‌تواند از مناقصه‌گذار توضیح بخواهد». ماده ۲۴ آیین‌نامه نظام مستندسازی و اطلاع‌رسانی مناقصات نیز اطلاع‌رسانی توضیح و تشریح اسناد مناقصه را شامل موارد زیر می‌داند: «۱- متن پرسش‌های مناقصه‌گران و پاسخ‌های مناقصه‌گذار، ۲- اطلاعیه جلسه پرسش و پاسخ حضوری، ۳- تشریح برخی از ابهام‌های مربوط به مفاد اسناد مناقصه، پس از توزیع تمام یا بخشی از اسناد». همچنین بند «ب» ماده ۱۹ این آیین‌نامه، هرگونه تغییر در مفاد فراخوان مناقصه را تنها از طریق انتشار فراخوان جدید مجاز دانسته است. با پیش‌بینی چنین قواعدی می‌توان گفت نظام برگزاری مناقصات در ایران از منظر دسترسی

به اسناد مناقصه ضعیفی ندارد.

۶-۳- انتشار آگهی انعقاد قرارداد^۱

این آگهی است که بعد از انعقاد قرارداد با برنده مناقصه منتشر می‌شود، قیمت پیشنهادی وی و دلایل انتخابش از سوی مناقصه‌گذار در آن ذکر می‌شود. در اصل، آگهی انعقاد قرارداد دلایل دستگاه مناقصه‌گذار در زمان فرآیند انتخاب و مراحل انعقاد قرارداد را منتشر می‌کند، اما معمولاً اطلاعات راجع به قیمت‌های پیشنهادی برندگان و دیگر داوطلبان را به دلیل حمایت از اسرار تجاری آن‌ها منتشر نمی‌کند. انتشار این آگهی هم روش موثری جهت نظارت بر قراردادهای دولتی است و هم تصویر مناسبی از قابلیت معامله کردن^۲ در قراردادهای دولتی را نشان می‌دهد (Bovis, 2005: 51). انتشار این آگهی بدین جهت است که مناقصه‌گران ناموفق حق دارند بدانند که چرا پیشنهاد آن‌ها در مقایسه با پیشنهاد برنده مناقصه جذاب نبوده و پذیرفته نشده است. این روش‌های مختلف شفافیت برای این طراحی شده است تا مناقصه‌گران بازنده را قادر سازد تا علت شکست خود را بفهمند و اگر اعتقاد دارند که در تصمیم انعقاد قرارداد، شائبه تخلف و فساد وجود دارد به آن اعتراض کنند (Davies, 2008: 145).

در این باره موافقت‌نامه اصلاحی تدارکات دولتی گات در بند اول ماده ۱۶ چنین مقرر می‌کند: «دستگاه مناقصه‌گذار باید فوراً مناقصه‌گران را از تصمیمات راجع به انعقاد قرارداد به صورت مکتوب مطلع کند. در صورت درخواست مناقصه‌گرانی که پیشنهادشان رد شده نیز باید دلایل عدم انتخاب آن‌ها و امتیازات برنده مناقصه را اعلام کند». بند دوم این ماده نیز مقرر می‌کند: «حداکثر ۷۲ روز پس از انعقاد قرارداد، مناقصه‌گذار باید آگهی انعقاد قرارداد که مشتمل بر اطلاعات زیر است را منتشر کند: الف) توصیف کالاها با خدمات خریداری شده، ب) نام و آدرس دستگاه مناقصه‌گذار، ج) نام و آدرس برنده مناقصه، د) قیمت پیشنهادی برنده مناقصه یا بالاترین و پایین‌ترین پیشنهادات، ه) تاریخ انعقاد قرارداد و و) نوع مناقصه برگزار شده. در صورتی که مناقصه محدود باشد باید شرایطی که برگزاری مناقصه محدود را توجیه کند، بیان شوند».

1. Contract Award Notices

2. Tradability

بند اول ماده ۱۷ این موافقت‌نامه نیز مناقصه‌گذار را ملزم می‌کند، در صورت درخواست هریک از شرکت‌کنندگان مناقصه، اطلاعات لازم جهت تعیین این که مناقصه منصفانه، بی‌طرفانه و مطابق موافقت‌نامه برگزار شده را در اختیار آن‌ها قرار دهد. این اطلاعات شامل مشخصات فنی و امتیازات برنده مناقصه است. با این حال، بند ۲ ماده ۱۷ به دستگاه‌های مناقصه‌گذار اجازه داده در صورت تشخیص اینکه افشای اطلاعات مزبور مخل اجرای قانون بوده یا با مصالح عمومی مغایرت داشته باشد یا به منافع تجاری مشروع بنگاه‌ها و شرایط رقابت عادلانه بین آن‌ها زیان وارد کند، از انتشار اطلاعات خودداری کنند.

دستورالعمل اتحادیه اروپا نیز در بند ۱ ماده ۵۵ تصریح می‌کند: «مناقصه‌گذاران باید هرچه سریع‌تر داوطلبان و مناقصه‌گران را از تصمیمات راجع به انعقاد موافقت‌نامه اصولی، انعقاد قرارداد یا پذیرش در سیستم خرید پویا مطلع کنند. از جمله باید به دلایل تصمیم به عدم انعقاد موافقت‌نامه اصولی، عدم انعقاد قرارداد، برگزاری مجدد مناقصه یا عدم اجرای سیستم خرید پویا اشاره کنند.» با وجود این، بررسی قوانین و مقررات ایران نشانگر آن است که در زمینه شفافیت پس از انعقاد قرارداد سکوت کرده‌اند و حکمی در مورد انتشار آگهی برنده مناقصه ظرفِ زمانِ معین از زمان انعقاد قرارداد با برنده مناقصه که مشتمل بر اطلاعات مربوط به نوع کالاها و خدمات خریداری شده، نام و نشانی دستگاه مناقصه‌گذار، تاریخ انعقاد قرارداد، نام و آدرس برنده مناقصه، ارزش قرارداد و نحوه انتخاب برنده مناقصه باشد، در قانون برگزاری مناقصات و سایر قوانین و مقررات مرتبط وجود ندارد.

البته ماده ۲۳ قانون برگزاری مناقصات دستگاه‌های مناقصه‌گذار را مکلف کرده است که اطلاعات مربوط به نحوه برنده مناقصه را در پایگاه مناقصات ثبت کند، اما هیچ‌گونه اطلاعاتی در مورد فرآیند برگزاری مناقصات و اینکه بر اساس چه معیارهایی برنده یا برندگان مناقصه انتخاب شده‌اند در پایگاه مذکور وجود ندارد. می‌توان گفت که اکثر دستگاه‌های برگزارکننده مناقصه از این پایگاه صرفاً به عنوان یک سایت انتشار آگهی مناقصه استفاده می‌کنند (Mohammadi et al, 2019: 202-203). این وضعیت، مسئولیت ارگان‌های نظارتی همچون سازمان بازرسی کل کشور و دیوان محاسبات را با مشکل روبرو می‌سازد (Molaei, 2014: 427).

۳-۷- دسترسی به آرای مرجع رسیدگی به شکایات

هدف از حق دسترسی به اطلاعات آن است که افرادی که در فرآیند تصمیم‌گیری مشارکت دارند، به صورت عملی و کارآمد بتوانند به دفاع از منافع خود بپردازند. قلمرو این حق معمولاً محدود به پرونده‌ها و موضوعات در جریان است، با وجود این در مواردی لازم است که افراد پس از اخذ تصمیم اداری نیز به اسناد و اطلاعات دسترسی داشته باشند. مثلاً ممکن برای اعتراض به تصمیم اخذ شده، دسترسی به برخی اطلاعات لازم باشد (Fallahzadeh, 2015: 187). همچنین، دسترسی به آرا و تصمیمات مرجع رسیدگی بدان دلیل اهمیت دارد که با انتشار آرا می‌توان آن‌ها را نقد و بررسی کرد که این خود یکی از راه‌های نظارت عمومی بر مراجع شبه قضایی است. از همین رو، کمیته حقوق بشر این امر را نه تنها حق طرفین دادرسی، بلکه حق جامعه به‌طور کلی می‌داند.^۱

در خصوص انتشار آرای مرجع رسیدگی به شکایات مناقصات، موافقت‌نامه گات و دستورالعمل اتحادیه اروپا حکمی ندارند، اما می‌توان از سایر قواعد بین‌المللی بهره جست. در این خصوص کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)، در سال ۲۰۱۳ قواعدی موسوم به «قواعد شفافیت آنسیترال» را با هدف تضمین شفافیت در داوری میان سرمایه‌گذار با دولت تصویب کرد. تا پیش از تصویب این مقررات، اختلافات میان سرمایه‌گذاران و دولت‌ها حتی جایی که منفعت عمومی اقتضا داشت عمدتاً منتشر نمی‌شد. تلاش بعدی کنوانسیون در جهت ارتقای شفافیت در داوری‌های سرمایه‌گذاری، تصویب کنوانسیون موریس^۲ بود که به موجب آن قواعد شفافیت آنسیترال بر داوری‌های سرمایه‌گذاری دول عضو معاهده حاکم خواهد بود.

به موجب ماده ۲ قواعد آنسیترال بلافاصله پس از شروع داوری، باید اطلاعات مربوط به طرفین اختلاف، بخش اقتصادی مربوطه و معاهده‌ای را که بر اساس آن اختلاف حاصل شده است را به اطلاع عموم برساند. بند یک ماده ۳ انتشار برخی اسناد تسلیم شده به دیوان داوری یا صادر شده از آن دیوان از جمله اعلامیه داوری، پاسخ به اعلامیه داوری، لوایح کتبی طرفین اختلاف، فهرستی از

1. General Comment 13/21. 6.

2 United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014) (the "Mauritius Convention on Transparency")

تمام مستندات ضمیمه اسناد مذکور، خلاصه‌ای از جلسات استماع و در صورت وجود و دستورها، تصمیم‌ها و رأی دیوان داوری را الزامی می‌شمارد.

با وجود این، آرای هیأت‌های رسیدگی به شکایات مناقصات، دادگاه‌های عمومی و شعب دیوان عالی کشور منتشر نمی‌شوند که این موجب می‌شود که از رویه قضایی و رویه مراجع شبه قضایی در خصوص مناقصات اطلاعاتی وجود نداشته باشد و نتوان به آن مراجعه و استناد کرد. در مورد انتشار آرای مراجع قضایی الزام قانونی وجود ندارد، اما هیئت رسیدگی به شکایات مناقصات از حیث قانونی از جمله محدود مراجع شبه قضایی است که ملزم به در دسترس قرار دادن و انتشار آرا و اسناد و مدارک در اختیارش می‌باشد. ماده ۱۲ قانون اساسنامه هیئت در این خصوص تصریح می‌کند: «دستگاه مناقصه‌گذار مکلف است متن شکایت ارجاع شده به هیئت، عناوین مستندات درخواستی هیئت و متن رأی نهایی صادره را در پایگاه ملی اطلاع رسانی مناقصات منتشر نماید». با وجود این، نگاهی به پایگاه اطلاع‌رسانی مناقصات و سایر پایگاه‌های مشابه نشان می‌دهد که در هیچ کدام از آنان آرای هیأت‌های رسیدگی به شکایات منتشر نمی‌شود و دستگاه‌های اجرایی به تکلیف قانونی خود در این خصوص عمل نمی‌کنند. می‌توان گفت که «اکثر دستگاه‌های برگزارکننده مناقصه از این پایگاه صرفاً به عنوان یک سایت انتشار آگهی مناقصه استفاده می‌کنند» (Mohammadi & et al, 2019: 202-203)؛ بنابراین، در اینجا با موانع سازمانی شفافیت مواجهیم که سازمان مسئول، با وجود تکلیف قانونی از دسترسی به اطلاعات اجتناب می‌کند (Pasquier & Villeneuve, 2007: 151).

این شکل رفتار سازمانی به سه صورت رخ می‌دهد: ۱- نابود کردن یا مخفی ساختن اسناد و برقراری سیستم موازی مدیریت اسناد، ۲- خصوصیت سیاسی بخشیدن به اسناد اداری، ۳- ترویج فرهنگ شفاهی به جای فرهنگ مکتوب (Pasquier & Villeneuve, 2007: 153-154). در خصوص هیئت رسیدگی به شکایات مناقصات به نظر می‌رسد با توجه به اینکه دبیرخانه هیئت مرکزی رسیدگی به شکایات در سازمان برنامه و بودجه، آرای هیئت را محرمانه دانسته، با شکل دوم این رفتار روبرو هستیم.

نتیجه‌گیری

برخلاف قراردادهای خصوصی که از جریان قرارداد تنها طرفین قرارداد اطلاع دارند و اصل

نسبی بودن بر آن حاکم است، در قراردادهای اداری فرآیند قرارداد که از طریق مناقصه صورت می گیرد باید شفاف باشد و به اطلاع عموم برسد. هدف از انعقاد قراردادهای اداری و به تبع آن برگزاری مناقصات ارائه خدمات عمومی است، بنابراین فرآیند حاکم بر این قراردادها باید به اطلاع عموم برسد. این امر بدین دلیل صورت می گیرد که شفافیت موجب برقراری رقابت، تضمین برابری و رفتار یکسان، پیشگیری از فساد و تحقق امنیت حقوقی می شود. حتی می توان گفت که هدف از برگزاری مناقصه، شفاف ساختن فرآیند انعقاد قراردادهای اداری است.

در خصوص شفافیت در مناقصات، قوانین و مقررات متعددی وضع شده و اجرا می شود، اما بررسی این قواعد از دیدگاه تطبیقی موید آن است که در برخی مراحل مناقصه از حیث رعایت اصل شفافیت ضعف و کاستی هایی وجود دارد. لذا در این مقاله تلاش شد با تطبیق قوانین و مقررات ایران در این خصوص با دستورالعمل مناقصات دولتی اتحادیه اروپا و سازمان جهانی تجارت، مشکلات و نواقص نظام حقوقی کشور در این خصوص با استفاده از این معیارهای پذیرفته شده جهانی روشن شود.

مقایسه فوق نشانگر آن است که اولاً، دستگاهها در انتشار فرخوان، الزامی در اعلام مبلغ برآورد معامله ندارند. افزون بر این، معیار روشنی برای کثیرالانتشار بودن روزنامه ها وجود ندارد. ثانیاً، دستگاهها ملزم به اطلاع رسانی ارزیابی کیفی نیستند که در نتیجه آن، معیارهای دستگاهها جهت رتبه بندی و امتیازدهی مناقصه گران و ترجیح برنده بر سایر مناقصه گران برای عموم مشخص نخواهد شد. ثالثاً، مقررات و آرای مراجع قضایی و شبه قضایی راجع به مناقصات نیز منتشر نمی شوند، رابعاً، در نظام حقوقی حاکم بر مناقصات در ایران، آگهی انعقاد قرارداد پیش بینی نشده است. انتشار این آگهی از آن جهت اهمیت دارد که سرنوشت مناقصات برگزار شده و چگونگی انعقاد قرارداد را برای مردم و پیمانکاران روشن می کند و ابزار مناسبی جهت حفظ سلامت مناقصات و پیشگیری از فساد است. با توجه به جهات ذکر شده لازم است قوانین و مقررات حاکم بر مناقصات اصلاح و تکمیل شوند و در قوانین مربوط، مناقصه گذاران ملزم به اعلام برآورد معامله در فراخوان شوند. بجای انتشار آگهی مناقصه ها در روزنامه ها، همه آنها در سامانه یا نشریه ای رسمی واحدی منتشر شوند و اطلاعات راجع به مناقصات به تفکیک مراحل مختلف آن و به صورت دسته بندی شده در یک پایگاه جامع منتشر شوند. معیارهای ارزیابی کیفی در فراخوان مناقصه اعلام شود. آرای مراجع قضایی و شبه قضایی در این خصوص منتشر شوند و مناقصه گذاران

ملزم به انتشار آگهی برنده مناقصه شوند.

References

- [1] Ansari, Valliollah. (2011). Generalities of Administrative Contracts Law, Daneshnegar, Tehran. (In Persian).
- [2] Aroowsmith, S. (2010). EU Public Procurement Law: an Introduction, University of Nottingham.
- [3] Arrowsmith, S. (2005). The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet & Maxwell.
- [4] Bagherzadeh, Hamid. (2014). Tendering Law, Volume 1, Mizan Legal Foundation, Tehran. (In Persian)
- [5] Bayenat, Abolghasem. (2010). "Rules and Regulation of WTO on Public Procurement" in WTO; Structure, Rules and Agreement, Commercial Print and Publications Company, Tehran. (In Persian)
- [6] Beth, E. (2005). Main Finding of the Forum Workshop on Improving Transparency in Public Procurement, in Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement, OECD.
- [7] Bovis, C. (2005). Public Procurement in the European Union, Palgrave Macmillan.
- [8] Bovis, C. (2006). EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford University Press.
- [9] Craig, P. and De Búrca G. (2011). EU Law: Text, Cases, and Materials, 5th edition, Oxford University Press.
- [10] Davies, A. (2008). The Public Law of Government Contracts, Oxford University Press.
- [11] Esmaeeli Herisi, Ebrahim. (2014). Construction Law, Dadgostar Publication, Tehran. (In Persian).
- [12] Georgieva, I. (2017). Using Transparency against Corruption in Public Procurement, Springer.
- [13] Halonen, K. (2016). Disclosure Rules in EU Public Procurement: Balancing Between Competition and Transparency, Journal of Public Procurement, Volume 16, Issue 4.
- [14] Hamdami, Abolfazl. (2008). Financial Corruption, Research Institute of Strategic Studies, Tehran. (In Persian)
- [15] Hood, C. & Heald, D. (2006). Transparency: The Key to Better Governance, Oxford.
- [16] Khakbaz, Afshin & Kheikhahan, Jafar. (2004). Good Governance, Islamic Parliament Research Center of Iran, Tehran. (In Persian).
- [17] Kinsey, M. (2004). Transparency in Government Procurement: an International Consensus?, Volume 34, No. 1.
- [18] Langseth, Petter & et al. (2008). Global Program Against Corruption, Islamic Parliament Research Center of Iran, Tehran. (In Persian).
- [19] Mohammadi, Mina & et al. (2019). The Shortcomings of the Legal System of

- Tenders and Contracts Governmental from the Perspective of the Principle of Transparency, Administrative Law Quarterly, Volume 6, Issue 18. (In Persian).
- [20]Molaei, Ayat. (2014). Administrative Contracts, Mizan Legal Foundation, Tehran. (In Persian)
- [21]Naemeh, Hassan. (2011). Transparency and Fighting Against Corruption in Iran Administrative Contract, Legal Research Quarterly, Volume 14, Issue 109. (In Persian)
- [22]Pasquier, M, & Villeneuve, J. (2007). Organizational Barriers to Transparency, International Review of Administrative Sciences, Vol. 73, Issue 1.
- [23]Rahmani, Tahmineh & Mirzadeh, Nader. (2015). Legal Pathology of Public Procurement in Iran, Administrative Law Quarterly, Volume 2, Issue 7. (In Persian)
- [24]Tabatabai Motamani, Manoochehr. (2011). Administrative Law, Samt, Tehran. (In Persian).
- [25]Tajarlo, Reza & Ghorbany Darabad, Behzad. (2016). Integrity in Public Procurement, Journal of Researches Energy Law Studies, Volume 2, Issue 1. (In Persian).
- [26]Vijeh, Mohammadreza. (2011). The Legal Security as a Necessary Condition for Procedural Security, Scientific Research Journal of Rahbord, Volume 58, Number 20. (In Persian)
- [27]Vijeh, Mohammadreza. (2011). The Protection of the Principle of Transparency by Constitutional Courts, Journal of Legal Research, Volume 10, Issue 19. (In Persian).

معیارهای محاسبه خسارت در حقوق ایران، انگلیس و اسناد بین‌المللی*

علی شهابی^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده
حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و
تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

سیدحسین صفایی^۲

استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و
علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

بهروز اخلاقی^۳

دانشیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم
سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

منصور امینی^۴

دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی،
تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۹/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۸

چکیده

تلقی حداقلی از نهاد خسارت معضلی اساسی در حقوق ایران و نظام مسئولیت قراردادی ما است که دائماً
وسوسه یک پژوهش حقوقی در قیاس با سایر نظام‌های حقوقی و نیز تجربه‌های مشترکی که در عرصه

* - مقاله پژوهشی

1- shahabi_ali@hotmail.com

۲- نویسنده مسئول: hsafaii@ut.ac.ir

3- akhlaghi@akhlaghi.net

4- aminimansour@yahoo.fr

DOI: 10.22067/lowecon.2021.67734.1000

تجارت بین‌الملل خلق شده را به جای می‌گذارد. از این رهگذر، مرور معیارهای محاسبه خسارات و بازخوانی اندیشه‌های ارائه‌شده در دنیای مدرن (با نگاهی به مقتضیات اقتصادی در کشورهای در حال توسعه مانند ایران) ناگزیر می‌نماید. بدین ترتیب، ضمن بررسی طرق ارزیابی خسارات ناشی از عدم انجام تعهد در نظام حقوقی انگلیس (در کنار تحلیل پژوهش‌های نوین در این حوزه) و نیز برخی از معتبرترین اسناد بین‌المللی نظیر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، اصول اروپایی حقوق قراردادهای و چارچوب ارجاع مشترک، سعی شده تا خوانشی از این معیارها ارائه شود که از تلقیاتی موجود در خصوص نهاد خسارت فراتر می‌رود. با تحلیل آثار اقتصادی مبانی «اعاده»، «انتظار» و «اعتماد» و نیز نظریات مدرن‌تری چون «قراردادهای ناقص» و «نقض کارآمد» (و نیز پژوهش‌های مبتنی بر تحلیل اقتصادی در اوایل قرن بیستم)، با توجه به مقتضیات بازار داخلی، به نظر می‌رسد در کوتاه‌مدت می‌توان به مبنای قابل توجیهی چون «انتظار» توجه نشان داد.

کلیدواژه‌ها: خسارت، ضمانت اجرا، مبنای انتظار، معیار محاسبه، نقض تعهد.

طبقه بندی JEL: K290

۱ مقدمه

نقض تعهد در قراردادهای، اگر نه مهم‌ترین، در زمره مهم‌ترین عناصر مسئولیت قراردادی در تمامی نظام‌های حقوقی است. نحوه برخورد نظام‌های حقوقی (و البته مکاتب حقوقی) با این مسئله و صور گوناگون آن متفاوت بوده و اغراض عدیده‌ای را در نظر داشته است، اما اثرگذارترین عنصر در این میانه که تأثیری بسزا در کفایت و کارآمدی هر نظام مسئولیت قراردادی دارد، نحوه تلقی آن نظام حقوقی از نهاد خسارت است. بالطبع، کارآمدی نظام مسئولیت قراردادی است که بر امنیت سرمایه‌گذاری و رشد اقتصادی تأثیر مستقیم دارد.

اصطلاح خسارت در نصوص قانونی ما در دو معنی به کار رفته: «گاهی آن را به معنی ضرر استعمال می‌کنند و گاهی نیز آن را به معنی چیزی که برای جبران ضرر پرداخت می‌شود به کار می‌برند. قانونگذار هنگامی که از خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات یا «جبران خسارات» سخن می‌گوید، کلمه را به معنی اول به کار برده است و هنگامی که از «تأدیه خسارت» بحث می‌کند (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی) معنی دوم را اراده کرده است» (Safai, 2014: 206). برخی اساتید، در بحث از ضرر قابل جبران، قانون مدنی ایران را در زمره متونی دانسته‌اند که رد عین، بدل حیلولة، دادن مثل و تعمیر مال ناقص‌شده را بر دادن پول به عنوان جبران خسارت مرجح می‌دارد

بدین ترتیب که تنها در یأس از جبران عینی ضرر می‌توان به بدل رجوع کرد (Katouzian, 1999: 670).

جبران خسارت زیان‌دیده را، در حقوق ایران، به دو صورت ممکن دانسته‌اند:

۱. برگرداندن وضع او به صورت پیشین خود: بدین معنی که ضرر وارد شده چنان تدارک شود که گویی از اصل زیان وارد نیامده است. در سایر نظام‌های حقوقی بعضاً جبران خسارت تحقق‌یافته به معنی خاص را، جز از راه پرداختن مبلغی پول و به عنوان معادل آنچه از دست رفته، ممکن ندانسته‌اند و البته بعضی با این نظر مخالف‌اند (Katouzian, 1999: 676).^۱ مطابق نظر نخست، تمهیدهایی که برای از بین بردن موقعیت زیانبار یا رد عین و مانند اینها گرفته می‌شود، در واقع ناظر به منبع ضرر است نه جبران خود آن.

۲. جبران خسارت از راه دادن معادل: بدین گونه که، چون اعاده وضع به صورت پیشین چه بسا امکان ندارد، از زشی معادل آنچه از دست رفته است به دارایی زیان‌دیده افزوده شود.

این دو صورت در عرض یکدیگر نیستند تا عامل ورود زیان بتواند به میل خویش یکی را برگزیند یا زیان‌دیده در انتخاب راهی که بیشتر می‌پسندد آزاد باشد. البته، در حقوق انگلیس، این انتخاب را به زیان‌دیده می‌دهند و حتی تئوری‌های نوین، مانند تحلیل اقتصادی، این حق را به متخلف هم می‌دهند تا دست به محاسبه سود و زیان مقرر در این رابطه قراردادی زده و به اعتبار کارآمدی نقض قرارداد، از عمل به تعهد ذی‌ربط سر باز زند.

نکته دیگر آنکه، در حقوق ایران، در صورت نقض تعهد (و در صورتی که اجرای اجباری اصل تعهد ممکن یا مفید نباشد) متعهدله اختیار فسخ قرارداد را خواهد داشت. در چنین فرضی

۱- «تعهدی که در اثر اضرار به غیر بر دوش مقصر نهاده می‌شود مجمل است و در اصطلاح به «جبران خسارت» تعبیر می‌شود. جبران خسارت همیشه با دادن پول انجام نمی‌پذیرد و دادگاه معین می‌کند که مسؤول باید مبلغی پول بدهد یا به کاری وادار شود (مانند تعمیر دیوار و عذرخواهی) یا از انجام دادن کاری منع گردد. پس، باید پذیرفت که، برخلاف نظر مشهور، حکم دادگاه در جبران خسارت تنها چهرهٔ اعلامی ندارد و از نظر تعیین مفاد تعهد و صورت بخشیدن به آن تأسیسی هم هست» (Katouzian, 2010: 392-393). بدین ترتیب، متعهدله پیش از صدور حکم نیز مستحق دریافت خسارت است لکن چون موضوع این تعهد به روشنی معین نیست باید به انتظار صدور حکم نشست تا تعهد متعهد به دادن مبلغی پول یا تعمیر شیئی خاص یا انجام کاری معین را مشخص نماید.

متعهدانه قطعاً حق دارد، ضمن فسخ قرارداد، مطالبه خسارت نماید؛ زیرا بدیهی است که مطالبه خسارت عدم انجام تعهد با مطالبه الزام جمع نمی‌شود (Katouzian, 2008: 208-210). در مقابل، گروهی از اساتید، ضمن تأیید عدم امکان جمع بین مطالبه خسارت و الزام در این فرض، با تلقی فسخ قرارداد مخالف بوده و معتقدند، با وجود نفی الزام، مطالبه خسارت عدم انجام تعهد، بدون فسخ قرارداد، همچنان ممکن است (Safai, 2014: 169-172). به نظر ایشان، در فرضی که الزام ممکن نباشد، مطالبه خسارت با فسخ قرارداد قابل جمع است لیکن چنین نیست که صرفاً در صورت فسخ ممکن باشد.^۱

از این لحاظ، اولویت در اصلاح وضعیت حقوقی موجود به بازخوانی ترتیبی اختصاص دارد که قانونگذار (و نه شارع) به اجرای اجباری عین قرارداد داده است که، نه به لحاظ نظری و نه از - نظر عملی، به ارتقای مفهوم «وفای به عهد» نینجامیده است.^۲ ترتیبی که نهاد فسخ بر نهاد خسارت دارد، برعکس، هم از لحاظ نظری موجه به نظر می‌رسد. این نگاه در سایر نظام‌های حقوقی (که از لحاظ دکترین حقوقی، در قیاس با نظام حقوقی ایران، عمدتاً موقعیتی ممتاز داشته‌اند) هم قابل ردیابی است. در کامن‌لا^۳ زیان‌دیده می‌تواند به عنوان یک حق، خسارت نقض قرارداد را از متعهد

۱- این توضیح لازم است که در امکان اصولی جمع بین فسخ قرارداد و مطالبه خسارت در حقوق ایران گاه تردید شده عمدتاً بر مبنای این نظر که با وضع ضمانت اجرای فسخ جهت دفع ضرر، قانونگذار بر رد این امکان اصولی نظر داشته است. «از سخن برخی از فقهای بزرگ عدم جواز جمع را می‌توان استنباط کرد. برای مثال شیخ انصاری در مکاسب می‌گوید اگر شرط متعذر شود مشتری فقط خیار دارد؛ زیرا دلیلی بر ارش نیست: شرط در حکم قید است که در مقابل مال (جزئی از ثمن) قرار نمی‌گیرد» (Safai, 2014: 69). در مقابل البته عده‌ای از فقها و حقوقدانان (ضمن استناد به ملاک ماده ۳۸۶ ق.م. و یا توسل به قاعده غرور و تسبیب) بر امکان جمع بین فسخ و مطالبه خسارت صحه گذاشته‌اند.

۲- نکته دیگری که در حقوق ایران (در قیاس با روندهای معمول در اسناد بین‌المللی) محل ایراد به نظر می‌رسد عدم تفکیک نقض قرارداد به اساسی و غیر اساسی است؛ چرا که «فسخ قرارداد را از سوی خریدار بایستی به مورد نقض اساسی محدود نمود، زیرا شایسته نیست که نقض غیراساسی و جزئی بهانه و مستمسکی برای فسخ قرارداد باشد» (Shoarian & Rahimi, 2016: 614).

۳- از آنجایی که معادلهایی مانند «حقوق عرفی» برای ترکیب Common Law (و یا نمونه‌های مشابه آن) چندان رسا به نظر نرسیده و مورد انتقاد هم واقع شده است، از همان تعبیر «کامن‌لا» در کل متن استفاده گردید. باید توجه داشت که این تعبیر به معانی مختلف به کار می‌رود (See: David & Spinozi, 2016) که در اینجا کشورهای تابع کامن‌لا منظور نظر است.

متخلف مطالبه نماید و دادگاه نمی‌تواند، در غیاب ادله موجه و مستحکم، از صدور حکم به پرداخت خسارت زیان‌دیده سر باز زند لکن صدور حکم به اجبار متعهد به انجام تعهد و یا دست کشیدن از نقض تعهد کاملاً بسته به نظر دادگاه است و زیان‌دیده نمی‌تواند، به عنوان یک حق، خواستار آن شود (Safai & Olfat, 2010: 54).

به‌هرروی، برداشت غالب از اصل جبران کامل خسارات، در حقوق ایران، چنین است که وضعیت زیان‌دیده تا حد ممکن به قبل از وقوع حادثه بازگردد. به دیگر سخن هدف آن است که غرامت کمتر از زیان وارد شده و یا بیشتر از آن نباشد. این اصل (هدف مسئولیت مدنی) مورد قبول اکثر نظام‌های حقوقی است ولی مانند هر قاعده دیگری با استثناهایی همراه است^۱ (Safai & Rahimi, 2018: 457). بدین ترتیب، در دکترین حقوقی ما نیز که به همان هدف محو کامل ضرر پایبند است تلاش بر این است تا زیان‌دیده به وضعیت پیش از زیان بازگردد (Ghassemi, 2005: 203).^۲ با این حال، جبران خسارتی که حقوق در نظر دارد، در عمل، به‌ندرت زیان‌های ناشی از عهدشکنی را به‌طور کامل از بین می‌برد. این گونه است که تبیین معیارهای محاسبه خسارت (شاید چنانکه در کامن‌لا صورت گرفته و همچنان هم در معرض بازبینی و بازخوانی است) نکته‌ای کلیدی است که از این رهگذر نیازمند تنقیح ارکان مطالبه خسارت و تحلیل اصولی است. لذا در این مقاله به‌طور خاص به طرق ارزیابی و محاسبه خسارات در روابط قراردادی نظر داریم. در ادامه توضیح می‌دهیم که معیارهای محاسبه خسارات در کامن‌لا (یا همان مبانی «اعاده»^۳، «انتظار»^۴ و

۱- مانند ماده ۳۱۴ ق.م. (اگر در نتیجه عمل غاصب قیمت مال مغضوب زیاد شود غاصب حق مطالبه قیمت زیادی را نخواهد داشت ...) و یا ماده ۵۵۵ ق.م.ا. (هرگاه رفتار مرتکب و فوت مجنی‌علیه هر دو در ماه‌های حرام «محرم، رجب، ذی‌القعدة و ذی‌الحجه» یا در محدوده حرم مکه، واقع شود خواه جنایت عمدی خواه غیرعمدی باشد، علاوه بر دیه نفس، یک سوم دیه نیز افزوده می‌گردد ...)

۲- در تعبیری دیگر، البته، این اصل را مستلزم آن دانسته‌اند که همه زیانهای ناشی از عهدشکنی محو شود چنانکه وضع طلبکار به حالی بازگردد که در صورت اجرای قرارداد پیدا می‌کرد با این توضیح که «در تمیز کیفیت اجرای قرارداد معیار التزام طرف قرارداد است نه انتظار طلبکار» (Katouzian, 2008: 217-218).

3- Restitution Basis

4- Expectation Basis

«اعتماد»^۱ دهه‌ها است که طرق مشخصی به دست داده و طرفین قرارداد را قادر به ارزیابی خسارات در فروض مختلف نموده‌اند. سه مبنای اعاده، انتظار و اعتماد همچنان در این کشورها از رواج بسیاری برخوردار هستند لکن بررسی اصل جبران^۲ در سال‌های اخیر نتایج تازه‌ای در بر داشته است. مقالات کلاسیک فولر و پردو در ۳۷-۱۹۳۶ و نظریه نقض کارآمد^۳ در سال‌های دهه ۷۰ میلادی هر کدام اصلاحات مهمی را در اصل جبران پیشنهاد کردند.^۴ به هر حال، با گسترش تحلیل اقتصادی حقوق و دربرگرفتن طیف وسیع‌تری از اهداف ناظر بر تحمل ضرر، حمایت از اصل جبران به طور فزاینده‌ای تضعیف شده است.

در بیانی روشن، سؤال اصلی این تحقیق از این قرار است: چه معیارهایی برای محاسبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهد^۵ در کامن‌لا و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (و نیز سایر اسناد بین‌المللی از این دست مانند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۶، اصول اروپایی حقوق قراردادهای^۷ و

1- Reliance Basis

2- Compensation Rule

۳- Efficient Breach هر چند این ترجمه، به نظر، چندان رسا نبوده و گویای مقصود نمی‌باشد، لکن از آن جهت که این نوع از نقض قرارداد پیشتر به همین نام در ایران باز شناخته شده است، لذا از همین تعبیر در کل متن استفاده شد. در بیانی دقیق، نقض کارآمد قرارداد، در نظریه حقوقی، به نقض عامدانه قرارداد و پرداخت خسارت عدم انجام تعهد اطلاق می‌گردد. در این فرض، متعهد به این نتیجه منطقی رسیده است که انجام تعهد قراردادی متضمن زیان اقتصادی بزرگ‌تری است و تحلیل اقتصادی حقوق نیز این نوع از نقض قرارداد را به رسمیت می‌شناسد. (See: Ansari, 2008)

۴- «لون فولر» (Lon Luvois Fuller: 1902-1978) را که به عنوان یکی از غول‌های قرن بیستم در تئوری قراردادی می‌شناسند و «ویلیام پردو» (William R. Perdue, Jr.) نیز به عنوان دستیار وی، هر دو استاد دانشکده حقوق دانشگاه هاروارد، در نیمه دهه ۱۹۳۰ سه منفعتی که در حقوق قراردادهای مورد حمایت قرار می‌گیرند را تبیین نمودند یعنی همان مبنای انتظار، اعتماد و اعاده. (See: Barnett, 2010: 13)

۵- این توضیح در اینجا لازم است که ایده مورد بحث در این تحقیق عمدتاً ناظر به خسارت عدم انجام تعهد است نه خسارت تأخیر در اجرای تعهد. البته قسم دیگر نقض تعهد (که کمتر مورد اشاره قرار می‌گیرد) اجرای ناقص تعهد است که هر چند، به لحاظ مفهومی، به عدم اجرای تعهد نزدیک است لیکن، به لحاظ آثار، به تأخیر در اجرای تعهد نزدیکتر است یعنی ما با فرضی روبرو هستیم که جزء یا اجزائی از مفاد توافق طرفین از جانب متعهد اجرا نشده است (Shahabi, 2015: 129).

6- Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT)

۷- Principles of European Contract Law (PECL) - اصول اروپایی حقوق قراردادهای یا PECL حاصل تلاشی بود برای تنقیح مقررات حقوق قراردادهای (و نیز حقوق تعهدات در معنای اعم) تا حدی که در عمده کشورهای عضو

چارچوب ارجاع مشترک^۱) وجود دارد که می‌تواند به افزایش کارآمدی نظام مسئولیت قراردادی در ایران بینجامد و، البته، تا چه اندازه می‌توان به قابلیت پذیرش معیارهای مذکور در نظام حقوقی ایران رأی داد؟ این تحقیق، در مقام پاسخ، علاوه بر مرور معیارهای غالب محاسبه خسارات در کامن‌لا و اسناد بین‌المللی، نگاهی نیز به ایده‌های نوین مطرح‌شده در این خصوص (خصوصاً در قرن اخیر میلادی) انداخته و در نهایت به تحلیلی در خصوص پذیرش دو معیار انتظار و اعتماد پرداخته است. از این لحاظ مطالب این مقاله تحت چند عنوان ارائه می‌گردد: ابتدا به تعیین میزان خسارت (در صورت عدم اجرای قرارداد) نظری انداخته و، در ادامه، برای بررسی معیارهای محاسبه خسارت، در چند عنوان مجزا، به طبقه‌بندی کلاسیک فولر و پردو، پژوهش‌های نو و اسناد بین‌المللی پرداخته‌ایم. در انتها نیز به نتیجه مختصر مطالب ارائه‌شده از دید نگارندگان اشاره شده است.

۲ تعیین میزان خسارت ناشی از نقض قرارداد

مفهوم خسارت، با تمام فراز و فرودهایی که در سالیان مختلف شاهد آن بوده است (مانند خسارت تأخیر تأدیه در قانون سابق آئین دادرسی مدنی که در قانون لاحق به دلیل مخالفت شورای

اتحادیه اروپا همپوشانی دارند. در واقع، اصول اروپایی حقوق قراردادها، با تدوین قواعدی که برای آشتی دادن دو نظام حقوقی متفاوت پیشنهاد می‌شوند، فاصله میان نظام‌های مبتنی بر حقوق نوشته در اروپای قاره‌ای را با نظام‌های مبتنی بر کامن‌لا از میان برد با این توضیح که تنظیم‌کنندگان این سند، علاوه بر تطبیق نظام‌های حقوقی کشورهای عضو اتحادیه اروپا، مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا یا CISG و نیز قانون تجارت متحدالشکل امریکا یا UCC را هم در نظر داشتند (Giliker, 2013: 18).

۱- Draft Common Frame of Reference (DCFR) - اصول اروپایی حقوق قراردادها، به عنوان مجموعه‌ای از قواعد نمونه که در قیاس با مقررات ملی از فصاحت و کارآمدی بیشتری برخوردار بود، در میان پژوهشگران و حقوقدانان بسیار مورد استقبال قرار گرفت. بدین ترتیب همواره بحث در خصوص لزوم تدوین یک قانون مدنی مستقل در داخل اتحادیه اروپا جریان داشت. در اولین قدم، کمیسیون اروپا در سندی که به سال ۲۰۰۳ میلادی (تحت عنوان برنامه اقدام برای حقوق قراردادهای اروپایی) منتشر نمود از تعبیر «چارچوب ارجاع مشترک» یا CFR استفاده نمود، چارچوبی که بهترین راه‌حل‌ها برای قواعد ماهوی حقوق خصوصی اروپایی را در بر گیرد. بر این اساس، در اکتبر سال ۲۰۰۹ نسخه‌ای از یک سند ارائه گردید که «پیش‌نویس چارچوب ارجاع مشترک» یا DCFR نام داشت، سندی که با ملاحظه اصول اروپایی حقوق قراردادها و به منظور رفع نواقص آن تنظیم گردید (Emmert, 2012: 5-6). این سند قانون مدنی اروپایی نیز نامیده شده است.

نگهبان حذف شد، حال آنکه شورای نگهبان در همین قانون خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد، بر اساس نرخ تورم، را پذیرفته است)، یکی از ضمانت اجرای پذیرفته شده نقض تعهد در حقوق ایران است هرچند که ذائقه فقهی چندان با این نهاد همراه نبوده است^۱ ضمن آنکه امکان منطقی جمع بین فسخ و مطالبه خسارت در حقوق ایران همواره محل بحث بوده چراکه برخی بر این باور بوده‌اند که با جعل نهاد فسخ (به عنوان طریق جبران عهدشکنی) توسط قانونگذار، امکان توسل به سایر طرق جبرانی (مانند نهاد خسارت) منتفی گشته است زیرا مفروض آن است که قانونگذار فسخ قراردادی که موضوع عهدشکنی بوده را برای تدارک زیان متعهدله کافی دانسته است (See: Safai & Olfat, 2010).

در ساختار برخی نظام‌های مسئولیت قراردادی، جبران عینی (یا همان اعاده به وضع سابق) را بهترین شیوه جبران خسارت می‌دانند زیرا در عمل با چنین استدلالی مواجهیم که «چون هدف مسئولیت مدنی، جبران کامل خسارت است، این شیوه بر دیگر راه‌های جبران خسارت ترجیح دارد؛ به عبارت دیگر، در این شیوه ضرر کاملاً محو می‌شود» (Safai & Rahimi, 2013: 239) لیکن باید اذعان داشت که اعاده وضع پیشین زیان‌دیده لزوماً با جبران کامل خسارات هماهنگی ندارد و اینجاست که بایر معیارهایی کارآمد برای محاسبه خسارات به دست داد که البته عرف

۱- در نگاهی به فقه امامیه ملاحظه می‌شود که قاعده «لاضرر»، دست کم، از تعبیرات عدیده‌ای برخوردار بوده لیکن یکی از اقوالی که در این راستا به کار می‌آید آن است که «لا ضرر غیر متدارک فی الاسلام» بدین معنی که هرکس به دیگری ضرر بزند موظف است آن را جبران نماید و زبانی که تدارک (جبران) نشود در اسلام جای ندارد. برخی چنین گفته‌اند که «لاضرر و لاضرار» به معنای عدم تجویز ضرر و ضرار در شرع اسلام است ولی این عدم تجویز تنها به این معنا نیست که ضرر زدن حرام است بلکه به این معنا است که در شرع اسلام ضرر جبران نشده تجویز نگردیده زیرا ضرری که در برابر آن نفعی باشد دیگر ضرر نیست (Hosseini Maraghi, 1996: 427-429). برخلاف فقه امامیه، در فقه اهل سنت، فقها لاضرر را به عنوان دلیل عام برای اثبات ضمان مورد استفاده قرار داده‌اند چنانکه آن را از ضروریات دین شمرده‌اند لذا قاعده لاضرر در فقه اهل سنت از قلمرو وسیعی برخوردار است. (Amid Zanjani, 2003: 107-108) البته برخی از فقهای امامیه نیز، در تفسیر «أوفوا بالعقود»، امر به ایفا را هم به لزوم عقد و هم به وجوب التزام به آن تعبیر کرده‌اند (از جمله مرحوم نائینی در منیه الطالب و مرحوم خویی در مصباح الفقاهه) لذا «أوفوا» از این دیدگاه به معنای وجوب اتمام عقد و ادامه آن و لزوم پابندی به آن است (Mohaghegh Damad, et al., 2013: 238-239).

مسلط امروز نیز از آن حمایت می‌کند.^۱

به هر روی، مطالبه خسارت سال‌هاست که به نصوص قانونی ما راه یافته و جایگاه خود را به عنوان یکی از ضمانت اجرای عهده‌شکنی تثبیت نموده است، لیکن در نگاهی به تحولات سایر نظام‌های حقوقی در روزگار ما (به‌طور خاص دکتین حقوقی در کامن‌لا منظور است) مشاهده می‌کنیم که از طبقه‌بندی‌های کلاسیک نهاد خسارت نیز عبور کرده‌اند هرچند که این واقعیت را نیز باید در نظر داشت که نظریاتی چون نظریه نقض کارآمد به اختلافی مبنایی درباره مفهوم پابندی به تعهد نیز دامن زده‌اند که در برخی نظام‌های حقوقی (از جمله نظام حقوقی ایران که از قاعده مالکیت پیروی می‌نمایند) با بایسته‌های مفهوم وفای به عهد در تضاد آشکار است.

برای درک بهتر موضوع به یک مثال، در این خصوص، توجه کنید:

وزارت فرهنگ و آموزش عالی در سال ۷۵ دادخواستی به طرفیت ... به خواسته مطالبه ۴۰۳۵۰/۵ دلار آمریکا و ۵۶۲۳۰ ریال وجه به استناد اسناد رسمی ... تقدیم می‌دارد. به شرح دادخواست، «آقای ... که جهت ادامه تحصیل به آمریکا اعزام گردیده متعهد شده‌اند تا در اجرای قانون اعزام دانشجوی و نیز به موجب اسناد رسمی منعقد به کشور بازگشته و دو برابر مدت تحصیل در داخل کشور در نقاطی که وزارت فرهنگ و آموزش عالی تعیین خواهد کرد خدمت نمایند حالیه علی‌رغم اتمام تحصیلات از مراجعت به کشور و انجام تعهدات قانونی مافی‌الذمه خودداری می‌نمایند نظر به اینکه ... نامبرده از مبلغ ۴۰۳۵۰/۵ دلار آمریکا از اعتبارات ارزی وزارت متبوع استفاده نموده و آقایان ... تعهدات و دیون و خسارات وارده از طرف دانشجوی اعزامی را ضمانت نموده‌اند؛ لذا تقاضای صدور حکم بر محکومیت خواندگان به پرداخت خواسته کرده است ...» (Iranian Jurisprudence, 2009: 326-328).

بعد از چند بار رفت و آمد پرونده بین شعب مختلف، دادگاه بدوی حکم بر محکومیت تضامنی خواندگان به پرداخت ارزش ریالی ارز مورد مطالبه و پرداخت مبلغ ۵۶۲۳۰ ریال در حق

۱- «به نظر ما در کلیه مواردی که تخلف یک طرف موجب زیان طرف دیگر شود، متخلف عرفاً مسئول شناخته می‌شود» (Movahhed, 219: 419) هرچند که باید اذعان داشت که حدود این مسئولیتی که عرف بر آن صحه می‌گذارد همچنان محدود به حدی است که بر اساس همان عرف قابل پیش‌بینی تلقی گردد. (Ibid, 410)

خواهان صادر می‌نماید که با تجدیدنظرخواهی ایشان پرونده به دیوان عالی کشور ارجاع شده و در نهایت شعبه پنجم دیوان عالی کشور نیز رأی تجدیدنظرخواسته را ابرام می‌نماید.

نکته این رأی در بازپرداخت تسهیلات دریافتی به عنوان «خسارات وارده» است حال آنکه قدر متیقن از مفهوم خسارت ناشی از نقض تعهداتی که بر ذمه خواننده قرار داشت قطعاً از دریافت تسهیلات پرداختی فراتر می‌رود. بدین ترتیب، متعهد متخلف تنها به پرداخت معادل ریالی تسهیلات دریافتی محکوم شده و خسارتی به جهت نقض تعهدات خویش نپرداخته است. از منظری دیگر، با فرض اینکه دریافت مبلغ مذکور خواهان را در موقعیتی مشابه موقعیت وی پیش از انعقاد قرارداد قرار دهد، می‌بینیم که رویکرد اعاده‌ای (استفاده از مبنای اعاده در فرضی که به تمامی قابل اجرا باشد) نمی‌تواند تمامی آثار نقض تعهد را پوشش دهد و دست کم این انتخاب را باید به عهده خواهان (متعهدله) قرار داد. به عبارت دقیق‌تر باید دید که آیا معادل ریالی تسهیلات دریافتی برای گماردن شخصی دیگر جهت خدمت در نقاط مد نظر وزارت فرهنگ و آموزش عالی کفایت می‌کند یا خیر که در این صورت خواهان باید بتواند از میان دو مبنای اعاده یا انتظار آنچه به مصلحت وی نزدیک‌تر است را برگزیند و این دقیقاً همان رویه‌ای است که در کامن‌لا هم مقرر است.

به هر روی باید پذیرفت که دکترین حقوقی ما چندان به نحوه محاسبه خسارت ناشی از انواع عهدشکنی واقعی نگذاشته است. در ادبیات حقوقی ما، به تبعیت از فقهای امامیه، در این خصوص به مطالبی نوعاً مشابه بر می‌خوریم از جمله (و به نحو غالب) بحث در خصوص مکان و زمان محاسبه خسارت لکن باید اذعان نمود که بحث در این خصوص، علی‌الأصول، مؤخر است بر انتخاب روش محاسبه خسارت و از این رهگذر شاید بتوان گفت که این موضوع در بسیاری از کتب حقوقی ما، که در محتوا و ساختار عمدتاً از فقهای امامیه تبعیت کرده‌اند، به سکوت برگزار شده است هرچند در پاره‌ای موارد با مباحث دقیق‌تری در این خصوص روبرو هستیم که با این موضوع سنخیت بیشتری دارند.^۱

۱- البته، زمان و مکان ارزیابی خسارت نه فقط در نصوص فقها که در اسناد بین‌المللی نظیر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز وارد شده است. در مذاکرات مقدماتی کنوانسیون همواره این تردید وجود داشت که اناطه زمان محاسبه خسارت به مقطع فسخ

با ملاحظه جایگاه نهاد خسارت در حقوق انگلیس اما باید اذعان کرد نهاد خسارت اساسی‌ترین ضمانت اجرای تعهدات قراردادی است یعنی متعهد معمولاً هیچ نفعی در عهدشکنی نمی‌بیند. این به تنهایی جدی‌ترین ضمانت جهت اجرای تعهد است نه فقط اثر عدم اجرا یا نقص یا تأخیر در اجرای تعهد.

بررسی سیر تطور برداشت‌های مسلط از طرق جبرانی قراردادی را باید از دوران تسلط اصل جبران و مبنای انتظار آغاز کرد. مقالات کلاسیک فولر و پردو در ۳۷-۱۹۳۶ و نظریه نقض کارآمد در سال‌های دهه ۷۰ میلادی هر کدام اصلاحات مهمی را در اصل جبران پیشنهاد کردند که با گسترش تحلیل اقتصادی حقوق و دربرگرفتن طیف وسیع‌تری از اهداف، حمایت از اصل جبران به‌طور فزاینده‌ای تضعیف شد. ظهور نظریه قراردادهای ناقص^۱ هم هرچه بیشتر اهمیت آن را تضعیف نمود (Triantis, 2010: 17). بر اساس دیدگاه طرفداران مکتب تحلیل اقتصادی، «هر عملی که موجب افزایش ثروت شود عادلانه و مباح است و هر عملی که ثروت را کاهش دهد ناعادلانه و ممنوع است. از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، قراردادهای تأسیس اقتصادی مهمی هستند؛ زیرا موجب تخصیص کارآمد کالاها و خدمات می‌شوند» (Ansari, 2011: 40).

از مهم‌ترین نوآوری‌های مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، همان نظریه نقض کارآمد است که بر اساس آن، اگر هزینه‌های اجرای تعهد برای طرفین از منفعت ناشی از آن پیشی بگیرد، باید نقض قرارداد را جایگزین اجرای اصل تعهد نمود زیرا چنین نقضی موجب استفاده بهتر از منابع می‌شود (Ansari, 2011: 40-41). توضیح اینکه، هرچند متعهدله امکان نقض قرارداد را یافته است اما نباید

قرارداد، سرنوشت ارزیابی خسارت را در دست متعهدله قرار خواهد داد و این امکان سوء استفاده را برای وی فراهم می‌آورد. این نتیجه علاوه بر ایراد یادشده طرفین را نیز دچار بلاتکلیفی نموده و باعث ورود ضرر ناروا به متعهد می‌شود ضمن آنکه تأخیر در فسخ با وظیفه مقابله با خسارات نیز مغایر است (Honold, 1991: 510-511).

۱- Incomplete Contracts به نظریه‌ای در کامن‌لا اشاره دارد که طرفین یک قرارداد را، در هر حال، از عقد قراردادی کامل عاجز می‌داند چرا که نمی‌توانند تمامی احتمالات آتی را در نظر آورده و تکلیف آنها را در قرارداد معین نمایند. لذا، دو نکته «عدم قطعیت» و «عدم توازن اطلاعات» اهمیت بسیاری یافته و طرفین را ناچار می‌سازد که صرفاً بر اساس احتمالات محدودی قرارداد را منعقد نمایند (Bag, 2008: 2). (برای ملاحظه آثار این نظریه در نحوه محاسبه خسارات قراردادی: نک

مقاله جذاب Ronen Avraham و Zhiyong Liu در American Law and Economics Review)

این عهدشکنی به وضعیت متعهدله لطمه زند. به بیان دیگر، همان محاسبات اقتصادی که به متعهد جواز نقض قرارداد را می‌دهد وضعیت متعهدله را نیز، با معیارهای ثابت اقتصادی، بررسی نموده و در صورتی که این عهدشکنی متضمن زبانی برای وی باشد، جواز نقض قرارداد را نمی‌دهد.

به هر روی، فولر و پردو در نیمه دهه ۱۹۳۰ سه منفعتی که توسط حقوق قراردادهای حمایت می‌شوند (یعنی همان مبانی انتظار، اعتماد و اعاده) را تبیین نمودند. بحثی درباره طرق جبرانی از منظر انتخاب میان این سه نوع منفعت شکل دادند و بسیاری پژوهشگران نیز از انتخاب دوگانه میان انتظار و اعتماد نوشته‌اند. فولر و پردو در واقع تلاش نمودند تا تأکید بر منفعت نهفته در اجرای قرارداد را به سوی زیان‌های ناشی از اتکا بر قرارداد تغییر دهند. این مقالات تلاش داشتند تا ترمینولوژی تازه‌ای در حوزه مسئولیت قراردادی به وجود آورند و در عمل هم تأثیر بسیاری به جای گذاشتند هر چند، در دهه‌های بعد، بسیاری از حقوق‌دانان در آثار خود تأثیرات و خطاهای طبقه‌بندی فولر و پردو را دنبال کرده و برخی در پی آن بودند تا نشان دهند که هیچ یک از معیارهای محاسبه خسارت مورد نظر فولر و پردو، لزوماً به‌طور سیستماتیک، کارآمدی را بالا نمی‌برند بلکه برعکس، موفقیت و شهرت این طبقه‌بندی تبدیل به مانعی برای تحلیل درست از کارآمدی طرق جبرانی گردید (Craswell, 2000: 112). منتقدان این طبقه‌بندی در دهه‌های بعد به این نکته اشاره داشتند که اولاً ترمینولوژی بکار رفته توسط فولر و پردو (به‌طور خاص اصطلاح «منفعت انتظار»^۱) مناسب نبوده و تنها منفعت اصیلی که در قرارداد وجود دارد «منفعت اجرا»^۲ است. بدین ترتیب، تعرض به منفعت اجرا توسط این دو محکوم به شکست بود؛ زیرا مقتضای قرارداد اجرای آن است و حمایت از منفعت اجرا، تا زمانی که حقوق قراردادهای (چنانکه ما می‌شناسیم) برقرار باشد، برقرار بوده و احتمالاً بر آن افزوده نیز خواهد شد (Friedman, 2001: 125).

توجیه فوق‌المروزه نیز فراگیر است. عمده مؤلفین مبنای انتظار را بهترین روش برای تشویق مردم به عقد قرارداد و تکیه بر آن می‌دانند. محاسبه خسارتی کمتر از انتظارات مدنظر، اعتماد مردم به قراردادهایشان را تحلیل می‌برد و در مقیاسی بزرگ‌تر آن‌ها را از عقد قرارداد هم باز می‌دارد. به هر روی، باید اذعان نمود که طبقه‌بندی فولر و پردو از خسارات و مسئله نقض کارآمد فهم

1- Expectation Interest

2- Performance Interest

علمی از طرق جبرانی در حقوق قراردادهای را بسط داده‌اند. ظرف دو دهه بعد از ظهور نظریه نقض کارآمد، پژوهش در حقوق قراردادهای به نحوی گسترش یافت تا طیفی وسیعتر از اهداف قراردادی مدنظر قرار گیرد. نتیجه آن طیف وسیعی از معاملات بود که تفوق اصل جبران در قراردادهای را به چالش کشید (Triantis, 2010: 14).

در خصوص نقض کارآمد، بد نیست به مثالی که «ریچارد پازنر»^۱ در ویرایش نخست کتاب «تحلیل اقتصادی حقوق» ارائه می‌کند، توجه کنیم:

«من قراردادی برای تحویل ۱۰۰,۰۰۰ کالا با الف منعقد می‌کنم هر کدام به قیمت ۰/۱ دلار. بعد از تحویل ۱۰,۰۰۰ تا، ب نزد من می‌آید و شرح می‌دهد که شدیداً محتاج ۲۵,۰۰۰ از همان کالا و به‌طور یکجا است زیرا در غیر اینصورت ناچار باید کارخانه خود را تعطیل کند و پیشنهاد می‌دهد که بابت هر کدام ۰/۱۵ دلار بپردازد. من ۲۵,۰۰۰ تا را به ب می‌فروشم و لذا سر موقع کالاها را تحویل الف نمی‌دهم که مستوجب ضرری هزار دلاری برای الف می‌شود. با تحصیل ۱,۲۵۰ دلار سود اضافی از معامله با ب، حتی پس از جبران ضرر الف، باز هم پیش هستم. اجتماع هم پیش است. اینکه ب قصد داشت بابت هر کالا ۰/۱۵ دلار بپردازد، به این معناست که هر کالا حداقل ۰/۱۵ دلار برای او ارزش داشت، ولی برای الف تنها ۰/۱۴ دلار می‌ارزید، ۰/۱ دلار که پرداخته بود بعلاوه ۰/۴ دلار (۱,۰۰۰ دلار تقسیم بر ۲۵,۰۰۰) منافع مورد انتظار وی. لذا نقض قرارداد، منجر به انتقال ۲۵,۰۰۰ کالا به قیمتی بالاتر از قبل شد» (Posner, 1998: 57).^۲

چنانکه ملاحظه می‌شود، تحلیل اقتصادی حقوق ابتدا از سطح اصل جبران فراتر می‌رود و سپس کارآمدی مبانی کلاسیک فولر و پردو را زیر سؤال می‌برد. فاز بعدی در تحلیل اقتصادی، با معرفی نظریه قراردادهای ناقص در سال‌های دهه ۱۹۹۰ رقم خورد، نظریه‌ای که به عدم توازن اطلاعات طرفین در طول حیات قرارداد معطوف است. این نظریه، که عمدتاً توسط اقتصاددانان (و

۱- «ریچارد پازنر» (Richard Allen Posner) از حقوقدانان (و همینطور اقتصاددانان) صاحب‌نام آمریکایی است که به عنوان استاد دانشکده حقوق دانشگاه شیکاگو از اعتبار بسیاری در زمینه تئوریهای اقتصادی حقوق برخوردار است (بر اساس برآوردها بیشتر میزان ارجاع در مقالات حقوقی قرن بیستم به آثار این صاحب‌نظر داده شده است). وی سال‌ها دارای منصب قضاوت نیز بوده است.

۲- برای نقد این رویکرد: نک. Hermann, 1974.

نه حقوقدانان) طرح شده است، این ایده را پیش می‌برد که یک قرارداد اصولاً نمی‌تواند تمامی فروض محتمل در آینده را در نظر آورد زیرا این احتمالات، در زمان انعقاد قرارداد، حتی قابل شناسایی و تعریف نیستند. در عین حال، طرفین هم نمی‌توانند خود را مأخوذ به مذاکره مجدد در رابطه با مفاد قرارداد، در آینده و در صورت بروز هر یک از احتمالات مزبور، نمایند بنابراین اولین نتیجه‌ای که از این رویکرد حاصل می‌شود، عدم قطعیت در روابط طرفین یک قرارداد است که از آن به «معضل وقفه»^۱ تعبیر کرده‌اند. منظور از این تعبیر آن است که عدم احاطه طرفین به فروض محتمل در آتی در عمل به وقفه‌ای در روابط طرفین منجر خواهد شد. در واقع، معضل وقفه تعبیری است که برای نشان دادن دشواری (و یا حتی عدم امکان) انعقاد قراردادهای کامل به کار گرفته شده است. بدین ترتیب و بر اساس الگوی قراردادهای ناقص، هر چه بیشتر پیچیده نمودن قراردادها حاصلی در پی ندارد.

در عمل، کاربردهای نوین خسارات قراردادی، اهداف عدیده دیگری را (که لزوماً با جبران ضرر مرتبط نیستند) دنبال می‌کنند چنانکه بعضی از طراحی خسارات پله‌ای در یک قرارداد صحبت کرده‌اند. در این معنا، خسارات و شروط قراردادی بعنوان مکمل و نیز جانشین یکدیگر عمل می‌کنند که در ادامه به تبیین آن خواهیم پرداخت. در مجموع تمرکز برخی بر قواعد تشکیل و اجرای قراردادها است چنانکه قواعد مذکور را از دریچه گسترش رفاه اجتماعی و زمینه‌های اخلاقی استقلال فردی ارزیابی می‌کنند.^۲ به بیان دیگر، ایشان در صدد یافتن توازن میان استقلال فردی و نظریات رفاه اجتماعی ناظر بر اجرای قراردادها در دنیای تجارت هستند. در مقابل، مقررات تکمیلی کارآمد (مبتنی بر رضایت طرفین قرارداد) استقلال فردی طرفین را تقویت می‌کنند.

۳ طبقه‌بندی کلاسیک فولر و پردو

چنانکه پیشتر اشاره شد، سه شیوه اصلی یا سه مبنا برای محاسبه زیان در حقوق انگلیس معمول

1- Hold-Up Problem

۲- با نگاه به ملاحظات بیمه‌ای در انتخاب قواعد کارآمد مسؤولیت مدنی، محققین شرح می‌دهند که توزیع ریسک به نحو مطلوب، بسته به عوامل مختلفی است که هر کدام، از یکی از طرفین پشتیبانی نموده و لذا باید برای تعیین طرفی که برای تحمل ریسک مناسب‌تر است، سنجیده شوند.

است (هرچند که ماهیت خسارت در این نظام حقوقی خود دارای صورت‌بندی‌های موضوعی است): مبنای انتظار^۱، مبنای اعتماد و مبنای اعاده. اینکه کدامیک از این مبانی برای محاسبه زیان وارده بکار رود بسته به نوع ضرری است که در نتیجه عهدشکنی مذکور حاصل شده و البته وکلاً عمدتاً شیوه‌ای را برمی‌گزینند که بیشترین سود را برای موکلانشان به همراه داشته باشد.

محاسبه خسارت بر اساس مبنای انتظار^۲ بسیار پیشرو تلقی می‌شده چراکه هم خسارت عدم اجرای تعهد را شامل می‌شود و هم عدم تحصیل منفعت را. مقصود از این خسارت دقیقاً قراردادن خواهان در شرایط مشابه اجرای تعهد است. بر این مبنا تمام زیان‌هایی که چندان از نقض تعهد دور نباشند قابل مطالبه‌اند مشروط بر آنکه خواهان خود نیز برای کاهش زیان‌های وارده، اقدامات متعارف را انجام داده باشد.^۳ این نظر با مبانی فقهی و حقوقی ما هم در تناقض نمی‌باشد^۴ زیرا با اصل جبران کامل خسارات (که هم شامل تلف مال و هم ناظر به تفویت منفعت است) وفق می‌دهد. مضافاً بر اینکه با اصل تقلیل خسارات نیز (که در حقوق ما قابل پذیرش است) همخوانی خواهد داشت (See: Safai & Rahimi, 2018: 424-426).

سؤالی که در دکرین مطرح شده، و البته پاسخ به آن به بازخوانی همین مفهوم در نظام حقوقی ایران هم کمک می‌کند، این است که چرا قانون باید از چیزی حمایت کند که متعهدله هیچگاه نداشته است؟ و یا چگونه می‌توان نشان داد که، به صرف انعقاد قرارداد، منفعتی می‌توانست ظاهر شود؟ برای مثال، خریداری از طریق تلفن کالایی را به بایع سفارش می‌دهد تا در آینده، به همراه کالاهایی که در انبار دارد، به ثالثی فروخته شود. با امتناع فروشنده از تسلیم کالا، خسارات مبتنی بر دو مبنای اعاده و اعتماد، موجه هستند زیرا قصد این است که متعهدله را در موقعیتی مشابه وی

۱- دکتر کاتوزیان این مبنا را به مبنای انتظار تعبیر کرده‌اند هرچند تعبیر «منافع متوقع» تعبیر دقیق‌تری به نظر می‌رسد. (See: Katouzian, 2008: 206)

۲- ضمناً Loss of Bargain یا زیان معاملی نیز خوانده می‌شود.

۳- این مبنا به نظر بسیار شبیه است به خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران ولیکن نباید آن را با اصطلاح Loss of Profit در حقوق انگلیس که آن نیز با این نهاد منطبق است، خلط کرد. تفاوت این دو البته نه در ماهیت که در شروط لازم جهت امکان مطالبه است. (See: Katouzian, 2008: No. 822 & 823)

۴- احد از نویسندگان (دکتر امینی با چنین برداشتی از قوانین موجود موافق نمی‌باشد)

پیش از نقض قرارداد قرار دهند (هرچند که خسارات قابل مطالبه بر اساس این دو مبنا هم تفاوتی اساسی از حیث نظری دارند)؛ در حالی که منافی که متعهدله در صورت فروش کالاها به ثالث می‌توانست حاصل کند نه منافی واقعی که منافی انتزاعی تلقی می‌شوند.

«پاسخ به این سؤال را، در کامن‌لا، بعضاً در قالب «دکترین عوض»^۱ داده‌اند. «می‌توان چنین استدلال نمود که دلیلی که طرفین را به انعقاد قرارداد وادار می‌کند (و نه البته تنها دلیل) تحصیل منفعت است. میزان {منفعت} نیست که مهم است بلکه مفهوم منفعت است که اهمیت دارد، منفعتی که خریدار بدان اتکا نموده و بدین ترتیب از چیزی که از ابتدا به وی تعلق داشته محروم مانده است ... در معنای فلسفی، اگر تعهدات به لحاظ قانونی لازم‌الاجرا تلقی می‌شوند، بی‌معنی خواهد بود اگر تعهدی که مثلاً دائر بر پرداخت ۱۰۰ دلار بوده به معرض اجرا گذارده شود و در عین حال از منافع ضمنی مورد انتظار {متعهدله} غفلت گردد» (Zeller, 2009: 62).

پاسخ دیگری که به این سؤال داده شده است (و به نظر پاسخ مرجحی است) از منظر «نظریه اراده»^۲ است. از این منظر گویی که طرفین قرارداد در جایگاه قانونگذار قرار می‌گیرند (Fuller & Perdue, 1936: 89) و در نتیجه الزام به اجرای قرارداد به معنای برقراری همان وضعیت حقوقی است که طرفین بنا نهاده‌اند؛ زیرا «قاعده مقرر توسط طرفین مستلزم اجرای آن است»^۳.

در ادامه این استدلال اما این سؤال هم مطرح شده است که چرا باید برای منافی که انتظار می‌رفت در آینده ظاهر شوند بهای امروز پرداخته شود؟ در انتها البته چنین نتیجه گرفته‌اند که نظم عمومی از این مسئله حمایت می‌کند و قانون، به دلائل عدیده، پرداخت آن را هوشمندانه و موجه می‌شناسد. متعهدله انتظار تحصیل منفعتی داشته و نقض قرارداد وی را از منفعتی که طبق انتظار وی در آینده‌ای نزدیک محقق می‌شدند محروم گذاشته است (Zeller, 2009: 63).

معمولاً برای محاسبه خسارت وارده به خواهان بر این مبنا دو روش بکار گرفته می‌شود. یک روش را به «معیار هزینه جبران»^۴ تعبیر کرده‌اند و روش دیگر را به «معیار تفاوت در ارزش»^۵. برای

1- Doctrine of Consideration

2- Will Theory

3- Uti lingua nuncupassit, ita jus esto

4- Cost of Cure Measure (Reinstatement Cost)

5- Difference in Value Measure (Diminution in Value)

انتخاب روش مناسب از این میان، نکاتی اساسی برای محاکم تعیین‌کننده هستند از جمله اینکه:
الف: اجرای تعهد به چه دلیل برای متعهدله مطلوب بوده است؟

ب: در این مورد خاص تکلیف متعهدله برای کاهش زیانهای وارده چه نقشی داشته است؟

ج: آیا زیان‌دیده اجرای موضوع تعهد یا تکمیل آن (و در نتیجه بهبود وضعیت خویش از این طریق) را از سرگرفته است؟

در این خصوص می‌توان به پرونده‌ای^۱ اشاره کرد که در آن «خواهان تعهد به ساختن آگهی تبلیغاتی و نصب آن روی تابلوهای مخصوص برای سه سال نموده بود. اندکی بعد از انعقاد قرارداد خواننده اعلام نمود که قرارداد را لغو نموده و از ادامه کار منصرف شده است ولی خواهان بدون توجه به اعلام خواننده به کار تبلیغاتی و نصب آگهی ادامه داد و در پایان اجرت کارهای انجام‌شده را مطالبه نمود» (Hazeri, 2013: 56) که این دعوی مورد تأیید اکثریت مجلس اعیان بریتانیا قرار گرفت.

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا هم این نکته در نظر بوده است. هدف و منظور ماده ۷۵ کنوانسیون، تأمین نفع اولیه و مسلم متعهدله از اجرای قرارداد یا همان چیزی است که تحت عنوان منفعت مورد انتظار شناسایی و معرفی می‌شود. این روش در نظر دارد تا متعهدله یا همان زیان‌دیده از نقض قرارداد را از نظر مالی و اقتصادی در وضعیتی قرار دهد که در صورت اجرای کامل و بدون عیب و نقص قرارداد در آن وضعیت واقع می‌گردید (Gotanda, 2007: 8).

مبنای اعتماد^۲ جهت محاسبه خسارات وارده در مواردی مجری است که خواهان هزینه‌هایی نموده و متعاقباً در جریان تمهید اجرای قرارداد یا به جهت اجرای ناقص قرارداد، آن هزینه‌ها در واقع تلف شده است. مصطلح است که این مبنا برای جبران «مخارج شخصی»^۳ بکار می‌رود. این اصطلاح معمولاً به مخارج اندکی اطلاق می‌شود که شخص برای انجام وظیفه ناچار به پرداخت

1- White & Carter (Councils) Ltd vs. McGregor (1962)

۲- ضمناً Wasted Expenditure یا مخارج تلف‌شده نیز خوانده می‌شود.

3- Out-of-pocket expenses

آنهاست ولیکن بعداً از کارفرما قابل استیفا خواهند بود. مقصود از بکارگیری این مبنا هم همچون مبنای انتظار قرارداد در مواقعی هم تراز موقعیت وی پیش از انعقاد قرارداد است. در حقوق ما، در این رابطه، می‌توان به قاعدهٔ غرور استناد کرد که صدور هر عمل از جانب اشخاص (فارغ از نیت غار) که موجب فریب دیگری شده و ضرر و زیانی را متوجه او سازد، موجب ضمان می‌داند (Mohaghegh Damad, 2017: 211-212). ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی^۱ هم که، به ناصواب، در سال ۱۳۷۰ حذف شد می‌توانست در این خصوص مبنا قرار گیرد.

مبنای اعتماد عموماً در مواردی مورد ادعا قرار می‌گیرد که اثبات منافع متوقع بسیار سخت به نظر آید و از این جهت مبنای مطمئنی جهت جبران زیان وارده نباشد.^۲ مثال شایع بکارگیری این مبنا مربوط است به مخارج قبض مبیع از جانب خریدار یعنی جایی که وفق قرارداد این خریدار است که باید برای قبض مبیع اقدام کند و بایع تکلیفی جهت اقباض ندارد، مشتری برای انجام این مقررۀ قراردادی هزینه‌هایی متقبل می‌شود و سپس فروشنده معامله را لغو می‌کند (Treitel, 2011: 112) و همینطور مخارج نگاهداری و انتقال کالا.^۳

مبنای اعتماد را در ادبیات حقوقی ما بعضاً به خسارات اتکایی تعبیر کرده‌اند که از سه جزء

۱- اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت بهم بزند، در حالی که طرف مقابل یا ابوین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارات وارده بر آید ولی خسارت مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود.

۲- نک. پرونده (Anglia Television Ltd vs. Reed (1972) که بر اساس آن مخارج مصروفه پیش از انعقاد قرارداد به عنوان بخشی از زیان وارده بر مبنای اعتماد قابل جبران می‌باشد با این استدلال که طرفین به لحاظ عرفی می‌دانند که در صورت نقض قرارداد این مخارج نیز مانند سایر هزینه‌ها تلف شده محسوب است.

۳- در قیاس با حقوق ایران، برخی از مؤلفان از نهاد «غرور» برای توجیه خساراتی با ماهیت مشابه مبنای اعتماد استفاده کرده‌اند: «به نظر می‌رسد هرگاه طرف قرارداد به اعتماد اینکه قرارداد لازم و کاملی را منعقد می‌کند، هزینه‌هایی را متحمل شده باشد و سپس به علت تخلف طرف دیگر به ناچار قرارداد را فسخ کند و از مزایای قرارداد محروم شود، این می‌تواند از مصادیق غرور باشد؛ زیرا بر اثر رفتار فریبنده طرف دیگر قرارداد دچار فریب و اشتباه شده و بدین جهت زیان دیده است. حتی زیان دیده می‌تواند در ازای فوق منفعت مسلم ناشی از نقض قرارداد و فسخ آن از متعهد متخلف مطالبه خسارت کند. لیکن ضمان ناشی از غرور از مقوله مسئولیت قهری یا مسئولیت خارج از قرارداد است، نه مسئولیت قراردادی، هرچند که در نتیجه و اصول تفاوتی بین آنها نیست» (Safai, 2014: 168).

تشکیل می‌شود. جزء اول هزینه‌هایی است که زیان‌دیده بعد از انعقاد قرارداد با اعتماد به انجام تعهد متحمل می‌شود؛ این جزء بدون شک قابل وصول است. جزء دوم هزینه‌هایی است که متعهدله پیش از انعقاد قرارداد متحمل شده است؛ چنین هزینه‌هایی در مفهوم دقیق اتکا نمی‌گنجد؛ زیرا در زمان انجام این هزینه هنوز تعهدی منعقد نشده بود لیکن نظام حقوقی انگلستان مفهوم وسیعی از اتکا را در این ضابطه اعمال می‌کند. جزء سوم خسارتهای ناشی از تفویت فرصت برای انعقاد سایر قراردادها است. در خصوص دریافت این جزء از خسارات اتکایی بیشترین اختلاف نظر وجود دارد. در حال حاضر یک مفهوم موسع از منافع اتکایی مورد پذیرش صاحب نظران قرار گرفته است که شامل این جزء هم می‌شود (See: Hosseini Modarres & Golshani, 2013).

سومین مبنا یعنی مبنای اعاده^۱ برای محاسبه خسارات در جایی است که خواهان در مقام اجرای تعهدات قراردادی خویش منفعتی نصیب خوانده نموده و اینک قصد دارد تا آن منفعت یا ارزشی که به وی رسانده را بازستاند. بعنوان مثال وقتی خریدار برای مبيع مبلغی از باب پیش‌پرداخت به فروشنده داده و حال آنکه هنوز مبيع تسلیم وی نشده است، خریدار می‌تواند آن مبلغ را باز پس گیرد. نکته مهم اینجا است که زیان وارده به خواهان بر اساس میزان منفعتی که نصیب خوانده شده است (از جمله بهای خدمات متعارف از جانب خواهان)، سنجیده می‌شود نه آنکه بر مافات خواهان تمرکز کنند هرچند در مواردی ممکن است بهای این دو بسیار به هم نزدیک یا حتی یکسان باشد. اثر دعوای مبتنی بر مبنای فوق، بازگرداندن دو طرف به وضعیتی است که گویی قراردادی میان ایشان منعقد نشده است و باید دقت کرد که این معنا با مقصود از بکارگیری مبنای انتظار یعنی قراردادن طرفین در موقعیتی که گویی قرارداد اجرا شده است، تفاوت می‌کند. همچنین با هدف اعمال مبنای اعتماد هم تفاوت دارد؛ چرا که در اینجا دادگاه به دنبال احیاء موقعیتی است که طرفین پیش از انعقاد قرارداد داشته‌اند با این حال طرفی که مرتکب نقض تعهد شده را در وضعیتی بدتر از آنچه حین انعقاد داشته، قرار می‌دهد. در این نوع از خسارت، زیان‌زننده هر سود را که به سبب نقض تعهدات بدست آورده است، مسترد می‌کند. لذا مبنای خسارت اعاده جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه متعهد متخلف است نه زیانی که بالفعل به متعهدله وارد شده است. در عمل کارآمدی این

۱- ضمناً Unjust Enrichment یا دارا شدن ناعادلانه نیز خوانده می‌شود.

مبنا را عمدتاً در نقض قراردادهای مالکیت‌های فکری می‌توان دید. خسارات عهدشکنی که صرفاً بر اساس این مبنا محاسبه شده باشند، بسیار نادر بوده است ولیکن این نکته را باید در ذهن داشت که دعاوی مبتنی بر مبنای اعاده محدود به موارد نقض تعهدات قراردادی نشده و به‌طور معمول بخشی از خواسته را در سایر دعاوی مربوط به ضمانت اجرای مبنی بر انصاف^۱، شامل می‌شود.

۴ پژوهش‌های نو

در منابع، عموماً، از اصل جبران بعنوان اصل مرکزی حقوق قراردادها و از مبنای انتظار بعنوان طریق غالب جبران، صحبت می‌کنند لکن بسیاری از این کتب در واقع از سیر سریع تطور طرق جبرانی در دنیای تجارت جا مانده‌اند. در تحلیل اقتصادی، امروزه، تقاضاهای فزاینده‌ای برای انتخاب طرقی طرح می‌شود که پاسخگوی طیف وسیع و پیچیده‌ای از اهداف باشد. مبنای انتظار به‌طور خاص (حتی اگر منافع مورد انتظار به درستی محاسبه شوند) برای توزیع ریسکها و موازنه اهداف طرفین قرارداد ابزاری نسبتاً خام است. قراردادهای تجاری مدرن، در عوض، از طریق ترکیبی از تعهدات مشروط و طرق جبرانی نقض آن تعهدات، این پیچیدگی را ساده‌تر کرده‌اند (Triantis, 2010: 3). در رویکردی معطوف به تحلیل اقتصادی حقوق چنین گفته‌اند که این قراردادها هستند که مطلوب خود را تعیین می‌کنند و، لذا، شاید نیازی به محاسبه منافع مورد انتظار نباشد که مبنای نقض یا اجرای کارآمد قرار گیرد. با وجود این، قراردادهای دنیای واقعی قطعاً کامل نیستند. به‌طور خاص طرفین ممکن است بخشی از قرارداد را با استفاده از شروط^۲ کامل نمایند. هر چقدر که قراردادی با بهره‌گیری از شروط کامل‌تر باشد، به همان اندازه محاسبه خسارات ناشی از نقض قرارداد در دادگاه، کم اهمیت‌تر خواهد شد. در این معنا شروط و خسارات، جایگزین هم هستند (Gotanda, 2006: 71).

۱- Equitable Remedies منظور است مشتمل بر قواعد بر ساخته محاکم انصاف.

۲- شرط (یا شروط) اینجا به عنوان معادل Condition(s) آمده است هر چند که قطعاً معنای Condition معادل مفهوم شرط در حقوق ایران نیست و صرفاً به جهت تقریب اذهان از این معادل استفاده شده است.

در عین حال باید توجه داشت که پیش‌بینی و تمهید شروط در قرارداد برای طرفین هزینه دارد و ضمناً احراز تحقق شرط هم برای دادگاه هزینه دارد. لذا، طرفین می‌توانند با طراحی شروطی که وضعیت‌های احتمالی آتی را به خوبی (تا حد امکان) در نظر دارد و همینطور با تکیه بر محاسبه خسارات در هر وضعیت، این هزینه‌ها را کنترل کنند (Shavel, 2005: 12). ضمناً برای کاستن از پیچیدگی محاسبه خسارات، طرفین می‌توانند از شروط بجای قواعد تکمیلی ناظر به ایراد ضرر استفاده کنند. مثلاً برای ملاحظه احتمالی در آینده که ممکن است هزینه اجرای قرارداد را افزایش دهد، طرفین می‌توانند ضمن توافق بر شرط معاف‌کننده اجرا (در صورت تحقق شرایط ذیربط)، بر معیاری جهت محاسبه خسارات هم توافق کنند که در صورت عدم تحقق شرط، عمل کند. در واقع طرفین می‌توانند با توافق بر خسارات مشروط، این دو ابزار را ترکیب نموده و بجای مقیاسی واحد برای نقض، محاسبه خسارات با توجه به شرایط واقعی آینده را مد نظر قرار دهند. بهره‌گیری طرفین در قراردادهای تجاری از این استراتژی‌ها می‌تواند لزوم طراحی قواعد تکمیلی در این خصوص را توجیه نموده و خصوصاً تردیدهای بیشتری را در مورد اصل جبران و معیار انتظار برانگیزد.

فولر و پردو با برابر کردن خسارت قراردادی در مورد یک کالا با منفعت خاصی در آن کالا (در عمده موارد، انتظار و اعتماد) پژوهش در حقوق قراردادها را به مسیر غلطی بردند. هدف یک قرارداد مشروط، تولید ارزشی است فراتر از معاوضه کالاهای مورد نظر طرفین. مقصود یک قرارداد نه فقط فروش یک کالا بلکه فروش بسته‌ای از حقوق مشروط است (Trenor, 2016: 18). در ساده‌ترین فرض می‌توان از آن به عنوان نوعی بیمه یاد کرد. در این معنا اگر فروشنده بتواند به قیمتی پایین‌تر از سایر رقبا مبيع را بیمه نماید، خریدار ممکن است بیمه را به همراه کالا تهیه کند. خرید بیمه از یک سو به کالای مد نظر بستگی داشته و از سوی دیگر به حوادث تحت پوشش بستگی دارد. در عین حال ممکن است این هزینه مازاد بر هزینه سایر عناصر تشویقی در تولید کالا غالب گردد و اثری منفی به جای بگذارد. بدین ترتیب، یک فروشنده شاید، همانند طراحی و بازاریابی کالاهای تولیدی، محتاج سرمایه‌گذاری روی طراحی این بسته‌ها و بازاریابی برای خریداران احتمالی نیز باشد.

مفهوم مرکب ریسک و بیمه به هیچ عنوان مفهوم جدیدی در پژوهش قراردادی نیست. مثلاً، در قراردادهایی که صرفاً با ارائه نمونه صورت می‌گیرد، فروشنده معمولاً خریدار را در قبال

نوسانات هزینه تولید کالا و کیفیت آن، بیمه می‌کند. در عمل، توان بایع برای بیمه بسیار وسیع‌تر است. یک فروشنده ممکن است ریسک‌های بیرونی را به هزینه‌اندکی بیمه نماید و حتی شاید ریسک‌هایی را که تا حدی در کنترل خریدار باشند. اگر بیمه با فروش کالا همراه باشد، حق بیمه ممکن است در قیمت کالا لحاظ شود. هرچند در برخی موارد پرداخت حق بیمه قطعی است، چه خریدار نهایتاً آن کالا یا خدمت اصلی را قبول کند چه نکند.

بلیت پرواز، نمونه‌ای است که فروشنده بیمه را با خدمت اصلی همراه کرده و مستقیماً بابت آن پولی دریافت می‌کند. فرض کنید خریداری بلیتی را به کرایه ۳۵۰ دلار می‌خرد همراه با جریمه‌ای ۱۰۰ دلاری در صورتی که آن را پس دهد. از نظر محاسبه خسارات، شاید ۱۰۰ دلار بسیار بیشتر از خسارات مورد انتظار خط هوایی در صورت پس دادن بلیت مسافر باشد چراکه خط هوایی اغلب می‌تواند مجدداً آن بلیت را (به قیمتی بالاتر احتمالاً) بفروشد. تنظیم قرارداد خریدار دائر بر پرداخت ۳۵۰ دلار جهت پرواز یا ۱۰۰ دلار برای عدم پرواز، بعنوان تعهدات جایگزین، عجیب به نظر می‌رسد. این اختیار، خریداران را در قبال افزایش قیمت بلیت و ریسک تمام شدن آن، حمایت می‌کند. در سایر صنایع نیز قراردادها تقریباً به همین صورت شکل می‌گیرند. به همین جهت، تنظیم خسارات (از طریق قواعد تکمیلی یا آمره) به مثابه تنظیم بهای چنین اختیاری برای طرفین است. خریداران بر اساس شرایط شخصی، اختیار سفر با پروازی معین به قیمتی معین را ارزشگذاری می‌کنند و خطوط هوایی هم علی‌القاعده به فروش اختیاراتی از این دست که متضمن هزینه‌ای کمتر از بهای دریافتی از خریدار باشد تمایل داشته و، مانند فروشنده هر کالا یا خدمتی، اختیاری را انتخاب می‌کند که به وی امکان تحصیل منفعت اقتصادی بیشتری می‌دهد (Burrows, 2004: 234).

البته صنعت هوایی چندان رقابتی نیست و می‌توان انتظار داشت که بهای این اختیار بیشتر از هزینه‌ای باشد که برای خط هوایی دارد و کمتر از ارزشی که برای خریدار دارد. «در دنیایی که خطوط هوایی، بی‌پروا، قیمت‌هایی تبعیض‌آمیز از مسافران دریافت کرده و نیز بابت بار، غذا، سرگرمی و فضای جلوی پا مبالغی جداگانه دریافت می‌کنند، عجیب است اگر جرائم را به نحوی تغییر ندهند تا منافع حاصل از فروش اختیاراتی از این دست را بیشتر کنند» (Ricket, 2008: 96). به همین دلیل، موقعیت مسلط برخی فروشندگان در بازار شاید مانع از تعیین هزینه‌ای مناسب جهت برای درج اختیاراتی از این دست می‌شود. این نتیجه‌گیری در بازار کشورهای رو به توسعه نظیر

ایران که در چنین صناعی از رقابت‌پذیری کمتری برخوردار هستند (و البته منطق اقتصادی هم در بسیاری موارد از آن حمایت می‌کند) بیشتر ملموس می‌نماید لکن رویکرد دنیای مدرن در تخفیف جایگاه اصل جبران و نیز خسارتهای مد نظر فولر و پردو به سود تقویت خوانش‌های اقتصادی در حقوق قراردادی، هم مفید از دید قواعد تکمیلی (در مقابل تحدید قواعد آمره) است و هم، در مواردی، از تصورات طرفین حین انعقاد قرارداد فراتر می‌رود.

از سوی دیگر، نظریه نقض کارآمد خلأ نظری پیرامون اصل جبران و معیار تکمیلی خسارات مورد انتظار را تا حدی پر کرد و لذا جایگاه آنها در دکترین کامن‌لا را مستحکم‌تر نمود (Ansari, 2011: 45-46). با این حال، در دکترین کامن‌لا هم برخی داستان نقض کارآمد را، به مانند طبقه بندی فولر و پردو از منافع قراردادی، شرحی ناپخته از رویه قضایی دانسته‌اند بدین ترتیب که محاکم معمولاً رأی به خسارت می‌دهند که به دلخواه بالاتر یا پایین‌تر از انتظار زیان‌دیده است. مضافاً بر آنکه، نقض کارآمد مقدار زیادی از تفسیرها را به همراه داشت از جمله آنکه محدودیت‌های قضایی ناظر بر اصل جبران (مثلاً برای زیان‌هایی که فرضی، غیرقابل پیش‌بینی و قابل اجتناب هستند) ممکن است موجب نقض گسترده شود.

در اواخر دهه ۱۹۸۰ پژوهش‌های حقوقی در تحلیل اقتصادی قراردادهای (عناصر ناظر بر کارآمدی) به ضمان قهری نزدیک شد هرچند، در طول دو دهه بعد، از آن فاصله گرفت. واقعیت این است که نمی‌توان خسارات قراردادی را بعنوان مکانیسمی منحصر برای توجیه اهداف قراردادی متفاوت تلقی کرد. هم در نظام مسئولیت خارج از قرارداد و هم در نظام مسئولیت قراردادی، تعاملی بسیار مهم میان خسارات و انتخاب قواعد و استانداردهای جریان دارد و هر استاندارد (مانند تقصیر، حسن نیت یا عقلانیت^۱) هم، به نوبه خود، هزینه‌های ناظر بر دعاوی را بالا می‌برد (Trenor, 2016: 21).

شاید ذهن حقوقدان ایرانی چندان با این مفاهیم همراهی نکرده و یا بعضاً بدیهی تلقی نماید لکن این مفاهیم انتخاب‌های آتی در طراحی مدل‌های قراردادی را ترتیب می‌دهند. طرفین می‌توانند در خصوص یک تعهد کاملاً احتمالی، قراردادی کارآمد تنظیم نمایند کما اینکه می‌توانند با

1- Reasonableness

استفاده از قواعد ناقص ولی همراه با خسارات درخوری که متعهد را وادار به پذیرش نتایج عمل خود می‌کند، کارآمدی آن قرارداد را تضمین نمایند.

۵ اسناد بین‌المللی

با وجود اهمیت و جایگاه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در نظام حقوق تجارت بین‌الملل اشاره شد که در عمل، تجار (و نیز مشاورین حقوقی آنها) چندان از این فرصت ساده‌سازی معاملات بین‌المللی خود بهره نگرفته‌اند. «حکایت‌ها از این قرار است که شرکت‌های بزرگ همچنان بر تصریح به عدم شمول CISG بر قراردادها اصرار دارند. این {امر} به ساده‌سازی قوانین کمکی نکرده و با جهانی‌سازی تجارت در تضاد خواهد بود. در استرالیا، برای مثال، CISG از سال ۱۹۸۹ به عنوان جزئی از قوانین داخلی پذیرفته شده {ولی} تا این زمان {۲۰۱۱} تنها ۸ رأی که به CISG ارجاع دارد صادر شده است» (Zeller, 2009: 8). به هر روی، در دعوایی مهم به سال ۱۹۹۷^۱ دادگاه، ضمن تدقیق در ماده ۴۵ کنوانسیون، تقسیم‌بندی جدیدی از ضمانت اجرای مقرر در کنوانسیون، ارائه نمود. بر این اساس، ضمانت اجرای در دسترس، به ترتیب، شامل حق درخواست الزام، حق درخواست جبران^۲ (فروشنده می‌تواند، حتی پس از موعد تسلیم، هرگونه عدم ایفاء تعهداتش را به هزینه خود جبران نماید لیکن هرگونه حق مطالبه خسارت قابل جبران برای خریدار محفوظ خواهد ماند)، حق درخواست فسخ به جهت نقض اساسی قرارداد، حق درخواست تقلیل ثمن و حق درخواست خسارت می‌باشند.

چه بایع و چه خریدار، در هر صورت، حق مطالبه خسارت همراه با سایر ضمانت اجرای ناشی از نقض قرارداد را دارد.^۳ این نکته در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (ماده ۱-۴-۷) هم مراعی است با این توضیح که تمام ضمانت اجرای مقرر در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، و نیز

۱- این پرونده به Cutlery Case شهرت یافته است.

2- Right to Cure

۳- خریدار با اعمال حق خود نسبت به سایر ضمانت اجرایها، از هیچ حقی که ممکن است نسبت به مطالبه خسارت داشته باشد محروم نخواهد شد (بند ۲ ماده ۴۵). فروشنده با اعمال حق خود نسبت به سایر ضمانت اجرایها، از هیچ حقی که ممکن است نسبت به مطالبه خسارت داشته باشد محروم نخواهد شد (بند ۲ ماده ۶۱).

در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول اروپایی حقوق قراردادهای، بر پایه این مفروض استوار شده‌اند که طرفین بر هیچ طریق جبرانی دیگری توافق نکرده‌اند (Zeller, 2009: 42).

ماده ۷۴ کنوانسیون حاوی قاعده اساسی در باب جبران خسارت موسوم به لزوم جبران تمامی خسارات ناشی از نقض^۱ می‌باشد. ارزیابی خسارت بر مبنای تحقق معامله جایگزین (به استناد ماده ۷۵) موسوم به ارزیابی عینی یا واقعی خسارت^۲ می‌باشد. برخلاف آن، ارزیابی بر مبنای قیمت بازار (به استناد ماده ۷۶) جنبه ذهنی یا فرضی دارد و مستند آن قیمت رایج کالای خریداری شده در بازار است. اعمال رویه مقرر در ماده ۷۵ و انجام معامله جایگزین اما هزینه و مخارج کمتری نسبت به رویه مذکور در ماده ۷۶ دارد و غالباً نیز مفیدتر و سودمندتر به حال متعهدله خواهد بود چراکه متعهدله بیش از هر کس دیگری غبطه و مصلح خود را رعایت می‌کند (Schlechtriem, 1998: 553) لیکن قاعده قیمت بازار نسبت به قاعده معامله جایگزین از ثبات بیشتری برخوردار است و اساساً هم یکی از معیارهای مهم و عملی برای تشخیص متعارف بودن معامله جایگزین است (Schlechtriem, 1998: 580).^۳ در حقوق انگلستان البته، برعکس کنوانسیون، ضابطه قیمت بازار بر ضابطه معامله جایگزین تقدم دارد. این مطلب در مواد ۵۰ و ۵۱ قانون بیع کالای انگلستان مصوب ۱۹۷۹ انعکاس دارد (Mazzacano, 2013: 83).^۴

از زمره اسناد معتبر بین‌المللی در این رابطه، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی است که بسیاری از پژوهشگران این اصول را در جهت تدوین همان «اصول کلی که کنوانسیون بر مبنای آنها استوار شده» (بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون) دانسته‌اند که در صدد رفع کمبودهای کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا برآمده است (Gotanda, 2007: 2). در خصوص خسارات، در اصول، «اصل استحقاق طرف زیان‌دیده به دریافت غرامت کامل برای صدمه و زیان متحمل‌شده ناشی از عدم

1- Full Compensation

2- Concrete Calculation

۳- در خصوص معامله جایگزین اما آنچه اهمیت داشته و ملاک ارزیابی است، تحقق معامله جایگزین به شیوه متعارف و در خلال مدت زمانی متعارف بعد از اعلام فسخ است. «به عبارت دیگر تحقق معامله جایگزین شرط لازم برای اعمال قواعد مذکور در ماده ۷۵ است. صرف امکان وقوع معامله جایگزین و عدم تحقق آن برای اعمال این ماده کافی نیست.» (Bahmani, 2007: 6)

۴- جهت بررسی این موضوع در حقوق ایران و حقوق فرانسه See: Sadeghi, 2004

اجرای قرارداد، مقرر شده است» (Principles of International Commercial Contracts, 2015: 346). در بند ۱ ماده ۲-۴-۷ اصول، به پیروی از قاعده مقرر در ماده ۷۴ کنوانسیون، عنوان شده که طرف زیان‌دیده نه تنها در مورد زیانی که متحمل شده، بلکه همچنین برای منفعتی که در نتیجه عدم اجرا از آن محروم شده، مستحق دریافت خسارت است.

نخستین شیوه‌ای که اصول برای محاسبه عینی خسارات به دست می‌دهد همان راهکار معامله جایگزین است. در توضیح ماده ۷-۴-۵ اصول به این موضوع اشاره شده که «به نظر می‌رسد مصلحت باشد که در کنار قواعد کلی قابل اعمال بر اثبات وجود صدمه و زیان و میزان آن، فرض‌هایی قانونی مقرر شود که به کمک آنها، کار طرف زیان‌دیده آسان شود» (Principles of International Commercial Contracts, 2015: 354). این بیان، دقیقاً شرح ضرورتی است که در این مقال بدان پرداخته‌ایم؛ لزوم فراتر رفتن از مقررات عمومی مسئولیت قراردادی و تمهید شیوه‌هایی عینی (و یا به تعبیر اصول «فرض‌هایی قانونی») برای محاسبه خسارات وارده به متعهدله. در هر حال، در این قاعده که به موجب آن طرف زیان‌دیده می‌تواند تفاوت بین دو مبلغ قراردادی را وصول کند، حق جبران خسارت حداقلی مقرر شده لکن طرف زیان‌دیده همچنین می‌تواند برای صدمه و زیان اضافی که ممکن است متحمل شده باشد، خساراتی دریافت کند.^۱ در ادامه، طرف زیان‌دیده می‌تواند در شرایطی که به قرارداد خاتمه داده و معامله جایگزینی منعقد نکرده اما مبلغ رایجی برای اجرای موضوع تعهد وجود دارد، مابه‌التفاوت مبلغ قراردادی و مبلغ رایج در زمان خاتمه قرارداد، و نیز خسارات ناشی از هر صدمه دیگری، را وصول کند (ماده ۶-۴-۷). این ماده، چنانکه پیدا است، از نظر محتوا منطبق با ماده ۷۶ کنوانسیون است.

۱- نمونه توضیحی: «الف» که یک کارگاه کشتی‌سازی است، تعمیر و اصلاح یک کارگاه کشتی‌سازی متعلق به «ب» (مالک کشتی) را در اسکله خشک، برای تعمیراتی به عهده می‌گیرد که مبلغ آن پانصد هزار دلار امریکا و تاریخ شروع آن ۱ ژوئیه است. در تاریخ ۱ ژوئن، «ب» مطلع می‌شود که اسکله خشک فقط از تاریخ ۱ اوت در دسترس است. «ب» به قرارداد خاتمه می‌دهد و پس از مذاکرات طولانی و پرهزینه با «ج»، که کارگاه کشتی‌سازی دیگری است، همان قرارداد را به قیمت هفتصد هزار دلار امریکا منعقد می‌کند. {در این حالت} «ب» حق دارد که نه تنها تفاوت مبلغ دو قرارداد (یعنی دویست هزار دلار امریکا) بلکه همچنین هزینه‌هایی را که متحمل شده و غرامت دوره طولانی‌تری را که در آن، کشتی وی در دسترس نخواهد بود، وصول کند.

در اصول اروپایی حقوق قراردادها هم ضمانت اجرای عهدشکنی چندان متفاوت از مباحث پیشین نیست. به طور کلی، خسارات قابل جبران، تحت اصول، عبارتند از زیان‌های غیر مالی^۱ (منظور زیان‌هایی که قابل تقویم به پول نباشند. برخی از آن به زیان‌های مفهومی تعبیر کرده‌اند که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا هم بدان اشاره نشده است.) و زیان‌هایی که احتمال منطقی ظهور آن در آینده وجود داشته باشد. در بیانی دقیق‌تر، زیان‌دیده مستحق دریافت خسارات به میزانی است که وی را، تا سرحد امکان، در موقعیتی مشابه اجرای قرارداد قرار دهد. این خسارات شامل زیان‌هایی است که متعهدله متحمل شده و عوایدی که از آنها محروم مانده است. در مقابل، متعهد هم مسئول خساراتی است که در زمان انعقاد قرارداد به عنوان زیان‌های احتمالی نقض قرارداد پیش‌بینی می‌کرده و یا می‌توانسته پیش‌بینی کند؛ مگر آنکه عدم اجرای قرارداد عمداً، و یا در نتیجه تقصیر عمده متعهد، صورت گرفته باشد (Von Bar, et al., 2008: 246).

در اصول اروپایی هم دقیقاً به دو راهکار «معامله جایگزین» و «قیمت روز» اشاره شده است. اگر زیان‌دیده قرارداد را فسخ کرده ولی نسبت به انعقاد معامله جایگزین اقدام ننماید، در فرضی که اجرای تعهد قراردادی دارای قیمت روز باشد (شاید همان اصطلاح قیمت بازار در این خصوص رساتر باشد)، می‌تواند تفاوت میان قیمت قرارداد و قیمت رایج در زمان فسخ قرارداد (به علاوه همان خساراتی که در فرض معامله جایگزین مطرح شده‌اند) را از متعهدله دریافت نماید.^۲

1- Non-Pecuniary Loss

۲- به موجب این اصول، به فرض عهدشکنی متعهد، متعهدله می‌تواند با ارسال یک اخطار، زمانی اضافی برای اجرای تعهد در اختیار متعهد قرار دهد هرچند، در خلال این مدت اضافه، زیان‌دیده می‌تواند از اجرای تعهدات متقابل دست کشیده (اعمال حق حبس) و طلب خسارت نماید. توجه دارید که در این مرحله، هنوز قرارداد به اعتبار خود باقی است و زیان‌دیده نمی‌تواند به سایر ضمانت اجرای تعهد مقرر متوسل شود. لکن، در پایان مدت اضافه، متعهدله این حق را خواهد داشت که قرارداد را فسخ کند ولو آنکه نقض اساسی قرارداد صورت نگرفته باشد. در عین حال، متعهدله می‌تواند در اخطار مذکور اعلام نماید که در صورت پایان مدت اضافی و عدم اجرای تعهد توسط متعهد، قرارداد به نحو خودکار خاتمه خواهد یافت (بند ۳ ماده ۸:۱۰۶). بدین ترتیب خاتمه قرارداد در این فرض اخیر مانند شرط فاسخ معلق، در حقوق ایران، عمل می‌کند. البته، در صورت بروز مانع قهری در اجرای قرارداد (عهدشکنی معذور)، به نحوی که مانع مزبور دائمی و فراگیر باشد، قرارداد خودبخود خاتمه می‌یابد (بند ۴ ماده ۹:۳۰۳) و از این جهت نیز اثری چون حقوق ایران (یعنی انفساخ) در پی دارد. اثر فسخ قرارداد، چنانکه در اصول منظور است، با حقوق ایران تفاوت دارد زیرا، هرچند فسخ قرارداد نسبت به آتیه اثر دارد، ولیکن موجب بی‌اعتباری آن بخش از

در نگاه به مقررات DCFR در این خصوص (و در قیاس با PECL) هم تفاوت چشمگیری ملاحظه نمی‌شود و دو سند در واقع، هم در رویکرد، هم در ساختار و هم در واژگان، تا حد زیادی شباهت دارند.^۱ بدین ترتیب، مقررات مربوط به خسارات ناشی از عهدشکنی (از جمله و به خصوص در مورد راهکارهای محاسبه عینی و ذهنی خسارات شامل انعقاد معامله جایگزین و قیمت رایج در بازار) عیناً به تأسی از PECL واده شده (مواد ۳:۷۰۲ تا ۳:۷۱۱) و تفاوتی در کار نیست؛ هرچند کثرت موضوعاتی که DCFR دربرگرفته به مراتب بیشتر از PECL می‌باشد.

۶ نتیجه

این گزاره بسیار در میان حقوقدانان فراگیر است که، در حقوق ایران، این خسارات واقعی هستند که قابل جبران و قابل مطالبه‌اند.^۲ با توجه به تحولاتی که در دنیای مدرن (و به تبع، در نظریات حقوقی ارائه‌شده در این خصوص) رخ داده و پیچیدگی روابط اقتصادی امروز، به نظر می‌رسد که بازخوانی ماهیت این گزاره ضروری باشد. نکته در تمیز مفهوم خسارت در جایگاه یک

قرارداد که پیش از فسخ اجرا شده نمی‌گردد. به بیان دیگر، استرداد عوضین قراردادی (به تمامی) با فسخ قرارداد لازم نمی‌آید؛ هرچند، در مقابل، اگر آن بخشی از تعهد که متعهد اجرا نموده قابل اعاده نباشد و عوضی هم پرداخت نشده باشد و یا آنکه تعهد متقابل طرف زیان‌دیده در این خصوص اجرا نشده باشد، متعهد مستحق دریافت ارزش متعارف اجرای آن بخش از تعهد پس از فسخ قرارداد خواهد بود (ماده ۹:۳۰۹). این شرایط در DCFR هم مقرر است (بند ۱ ماده ۳:۵۰۳).

۱- زیان قابل جبران، بر اساس DCFR، شامل زبانی است که منطقاً محتمل است در آینده محقق گردد (بند ۲ ماده ۳:۷۰۱). در قیاس با تعریف زیان قابل جبران در PECL، «زیان‌های غیرمالی» در اینجا احصاء نشده، هرچند در تعریف «زیان» آورده است: «زیان شامل زیانهای اقتصادی و غیراقتصادی می‌گردد. زیان اقتصادی شامل تفویت در آمد یا منفعت، هزینه‌های متحمل شده و کاهش ارزش اموال می‌گردد. زیان‌های غیراقتصادی شامل درد و رنج و نقص کیفیت حیات می‌گردد» (بند ۲ و ۳ ماده ۳:۷۰۱) (Von Bar, et al., 2008: 368).

۲- «قدر مسلم در میزان حق مطالبه خسارت همان خسارتی است که بر محکوم‌له وارد آمده باشد بنابراین اگر طبق قرارداد موجود در پرونده مبلغی را که محکوم‌له حق الوکاله وکیل خود در تمام مراحل تعیین کرده و مورد قبول وکیل شده است کلاً هزار ریال باشد معهداً دادگاه فقط برای حق الوکاله مرحله پژوهشی هزار ریال تعیین کند بر فرض اینکه این مبلغ مطابق نظریه خبره میزان اجرت عمل وکیل بوده باشد زائد بر میزان خسارتی است که نتیجه به موکل در این قسمت متوجه شده و حق مطالبه آن را دارد بنابراین حکم مزبور مخالف با مدلول قراردادی است که دعوی خسارت از آن ناشی شده است» (Judicial Jurisprudence in relation to Public Civil Courts, 2009: 113).

ضمانت اجرا نهفته است. نگاه به خسارت به عنوان یکی از ضمانت اجرای تعهدات قراردادی ما را به سوی پذیرش منافع قابل پیش‌بینی (فراتر رفتن از اعاده وضع پیشین متعهدله) و حتی کیفر متعهد متخلف می‌برد.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (که در مواد ۷۵ و ۷۶ به شیوه‌های ارزیابی خسارت اشاره دارد) هم هر دو شیوه عینی و ذهنی را برای مطالبه خسارت معتبر می‌شناسد. به بیان دیگر، در ارزیابی خسارات حتی معیار ماده ۷۶ (که به معیار ذهنی شهرت یافته است) نیز مد نظر بوده و از دایره خسارات قابل جبران حذف نشده است. سایر اسناد بین‌المللی معتبر هم تقریباً به اتفاق بر این دو شیوه پای فشرده و از تحقق معامله جایگزین و قیمت رایج در بازار به عنوان معیار محاسبه خسارت استفاده کرده‌اند. این نکته در قیاس ماده ۱۳-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و ماده ۲۳۰ ق.م.، در خصوص وجه التزام، به خوبی آشکار می‌شود. جایی که، در اصول، از تعبیر «صدمه واقعی»^۱ استفاده می‌شود. البته که این ماده را باید در ادامه مواد پیشین (از جمله ماده ۲-۴-۷ که به «غرامت کامل» اختصاص داشته و صدمات را شامل هرگونه زیان وارده و هرگونه نفعی که متعهدله از آن محروم شده می‌داند) خواند. بنابراین، خسارات (یا به تعبیر دقیقتر صدمات و زیان‌های واقعی) چنان است که تمامی انتظارات متعهدله از انعقاد قرارداد مذکور را در بر می‌گیرد و اینک اصول، در مقام اعمال وجه التزام مقرر، جواز مطالبه آن را صادر می‌کند. لذا، تعبیر از زیان‌های واقعی در محدوده هزینه‌هایی که طرفین متحمل شده‌اند (یعنی به اعتبار مبنای اعاده) تقلیل خوانشی است که در عمده نظام‌های حقوقی امروز از معنای خسارات می‌شود.^۲ در این معنا، به نظر می‌آید که تعبیر از مبنای اعاده خارج از حدود خسارات ناشی از عهدشکنی است و نهایتاً باید در چارچوب آثار فسخ بدان پرداخت. بدین ترتیب، این مبانی انتظار و اعتماد هستند که می‌توانند در درون نهاد خسارت نقض تعهد بررسی شده و احیاناً مبنای محاسبه خسارات قرار بگیرند.

با توجه به آنچه گذشت، توجه به چند نکته از اهمیت فراوان برخوردار است:

1- Actual Harm

۲- در دکتترین هم عمده حقوقدانان از این تعبیر فراتر می‌روند: «خسارت ناشی از تخلف از انجام تعهد، از حیث منشأ دارای دو تقسیم است یکی از جهت منشأ مادی که از این جهت به خسارت تلف مال و خسارت محروم ماندن از منافع اجرای قرارداد، تقسیم می‌شود» (Shahidi, 2007: 69)

۱) برای افزایش کارآمدی نظام مسئولیت قراردادی نخست باید رویکرد قانونگذار به اصل جبران خسارت روشن گردد تا بتوان مبانی متقن و متعارفی برای محاسبه خسارات ناشی از نقض به دست داد.^۱ تنها از این طریق است که طرفین قرارداد می‌توانند به درستی، ریسک‌های قراردادی و حدود آنها را ارزیابی کرده و از طریق ابزارهایی، مانند بیمه، آن‌ها را پوشش دهند. در این راستا، شیوه‌هایی که در اسناد بین‌المللی پیشنهاد شده (مانند معامله جایگزین و یا قیمت رایج در بازار) بسیار به مفهوم نهادینه خسارات واقعی در ادبیات حقوقی ایران نزدیک است و امکان جایگزین شدن آنها در نظام مسئولیت قراردادی ما قریب به ذهن می‌نماید. بدین ترتیب، و با بکارگیری شیوه‌های مزبور، رویکرد نظام حقوقی در ایران با رویکرد غالب در کامن‌لا (بهره‌گیری از مبنای انتظار به عنوان سرآمد روشهای مد نظر فولر و پردو) نیز هماهنگ‌تر خواهد بود.^۲

۲) با توجه به رویکرد کیفر متخلف بواسطه خسارت، چنانکه از توضیح در خصوص نهاد وجه التزام در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی آشکار می‌شود، به نظر می‌رسد که تمایل نهاد خسارت را باید به سوی مبانی انتظار و اعتماد تلقی نمود تا هم از مبنای اعاده به عنوان مقتضای فسخ عبور کرده و هم بر تنبیه متخلف صحه بگذاریم کما اینکه در حقوق آلمان و سوییس نیز خسارت را خشنودکننده می‌دانند و پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی نیز از این تعبیر طرفداری کرده‌اند (Safai & Rahimi, 2013: 121).

۳) در نگاهی به پژوهش‌های نو در این حوزه باید دانست که نظام حقوقی ناظر بر تعدیل قراردادهای نیز سهمی اساسی در این پژوهشها داشته است. با وجود این، حتی اگر مذاکره مجدد به طرفین اجازه دهد تا پس از تغییر شرائط به نوعی کارآمدی مؤخر دست یابند، آیا تعدیل این قرارداد، توزیع پیشین ریسک‌ها را بهم ریخته و ملاحظات مقدم طرفین را مخدوش می‌سازد. در

۱- هرچند که رویکرد قانونگذار در این خصوص روشن نیست اما می‌توان از مواد مختلف قانون مدنی، قانون مسئولیت مدنی و سایر قوانین یا اصول حقوقی ضوابطی را استخراج کرد که با معیارهای محاسبه خسارت (چنانکه در کامن‌لا مد نظر است و یا در اسناد بین‌المللی بدان اشاره شده است) در تضاد نباشد.

۲- در نظام حقوقی ایران هم، به مانند نظام حقوقی انگلیس و فرانسه، به قاضی اختیار داده شده که شیوه مناسب جبران خسارت را تعیین کند که این موضوع می‌تواند راهگشای محاکم ما باشد. وانگهی در هر سه مورد، بطور معمول، دادگاه‌ها حکم به پرداخت غرامت پولی می‌دهند اگر چه جبران از طریق دیگر ممکن باشد (Safai & Rahimi, 2018: 652).

دوران تسلط تئوری‌هایی چون نظریه نقض کارآمد عمده تحلیل‌ها بر اجرا (یا نقض) کارآمد تمرکز کرده بود. حال آنکه بسیاری، با توسعه تحلیل برای دربرگیری سایر مسائل (مانند نحوه توزیع ریسک) به توسعه این پژوهشها کمک کردند. بدین ترتیب در طراحی ساختار یک قرارداد با قواعد تکمیلی، باید به ماهیت ریسکهای موجود و توان پوشش آن ریسکها نیز توجه نمود. در قیاس آثار این پژوهشها با عناصر مسلط در حقوق ایران، باید توجه داشت که در محاسبه آثار اقتصادی عهدشکنی و یا اجرای قرارداد، همان ملاحظاتی که از نقطه نظر متعهد در نظر گرفته می‌شود از نقطه نظر متعهدله نیز اعمال می‌گردد بنابراین نمی‌توان این فرض غالب را به میان آورد که با هر نقض قراردادی، در هر صورت، زیانی متوجه متعهدله می‌گردد؛ لذا نباید، در هر حال، رأی به اباحه نقض قرارداد داد. بنابراین، حتی در فرضی که قائل به پذیرش تئوری‌هایی از این دست (مانند نظریه نقض کارآمد) در حقوق ایران باشیم، نباید اختیار محاسبه این آثار اقتصادی را در ید متعهد بگذاریم (هرچند که در خصوص متعهدله قضیه فرق می‌کند).

References

- [1] *Principles of International Commercial Contracts*. (2015). Akhlaghi, Behrooz & Emam, Farhad (Translated by), Shahre Danesh Publication. (in Persian)
- [2] Amid Zanjani, Abbas A. (2003). *Stipulators of liability*. Mizan Publication. (in Persian)
- [3] Ansari, Mehdi. (2011). *Theory of Efficient Breach in terms of Economic Analysis of Law's School*. Law Magazine. 41st series 1st vol. (in Persian)
- [4] Avraham, Ronen & Liu, Zhiyong. (2006). *Incomplete Contracts with Asymmetric Information: Exclusive Versus Optional Remedies*. Oxford University Press on behalf of the American Law and Economics Association.
- [5] Bag, Sugata. (2008). *Incomplete Contracts, Self-Investments, Asymmetric Information, Breach of Contract and the Legal Remedies*. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1155987.
- [6] Bahmani, Mohammad. (2007). *Review of Specific Methods for Evaluating Damages with due regard to Articles 75 and 76 of United Nations Convention on International Sale of Goods*. Free Legal Studies Magazine, 1st series 1st vol. (in Persian)
- [7] Barnett, Randy E. (2010). *The Oxford Introductions to U.S. Law: Contracts*. Oxford University Press.
- [8] Burrows, Andrew S. (2004). *Remedies for Torts and Breach of Contract*. 3rd edition: Oxford University Press.
- [9] Craswell, Richard. (2000). *Against Fuller and Perdue*. The University of Chicago Law Review, Vol. 67, No. 1.

- [10] David, Rene & Zhoffre-Spinozi, Kamilla. (2016). *Introduction to Comparative Law and Two Major Legal Systems in the World Today*. Safai, Hoosein (Translated by), 11th edition, Mizan Publication. (in Persian)
- [11] Emmert, Frank. (2012). *The Draft Common Frame of Reference (DCFR) - The Most Interesting Development in Contract Law Since the Code Civil and the BGB*. Robert H. McKinney School of Law Legal Studies Research Paper (Electronic copy available at: ssrn.com).
- [12] Friedman, Daniel. (2001). *A Comment on Fuller and Perdue, the Reliance Interest in Contract Damages*. Available at: <https://doi.org/10.2202/1539-8323.1002>.
- [13] Fuller, L. L. & Perdue, W. R. (1936). *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*. 46 Yale Law Journal.
- [14] Ghassemi, Mohsen. (2005). *Compensation of Damages for Breach of Contract under International Sale of Goods Convention and Iranian, French, Egyptian and Lebanese Legal Systems*. Legal Magazine, no. 32. (in Persian)
- [15] Giliker, Paula. (2013). *The Draft Common Frame of Reference and European contract law: moving from the 'academic' to the 'political'*. Cambridge University Press.
- [16] Gotanda, John Y. (2006). *Damages in lieu of Performance because of Breach of Contract*. Villanova University, School of Law, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 2006-8.
- [17] Gotanda, John Y. (2007). *Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG*. Villanova University Charles Widger Scholl of Law, Working Paper Series.
- [18] Hazeri, Javad. (2013). *Mitigation of Damages by the Aggrieved Party*. 1st edition, Javdaneh Publication. (in Persian)
- [19] Hermann, Donald H. J. (1974). *Review of "Economic Analysis of Law" By Richard A. Posner*. Washington University Law Review, Volume 1974, Issue 2.
- [20] Honnold, J. (1991). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Deventer - Boston: Kluwer Law and Taxation Publisher.
- [21] Hosseini Maraghi, Mir Abdolfattah. (1996). *Al Anavin Al Feqhia*. Qom: Islamic Publications Office. (in Arabic)
- [22] Hosseini Modarres, Mehdi & Golshani, Esmat. (2013). *Remedy of Damages for Breach of Contractual Obligations in English Legal System and Brining the Matter Up in Iranian Legal System*. Civil Law Science Magazine, 2nd year no. 2. (in Persian)
- [23] *Iranian Jurisprudence regarding the Civil Chambers of the Supreme Court*. (2009). Vol. 56, Jungle Publications. (in Persian)
- [24] *Judicial Jurisprudence in relation to Public Civil Courts*. (2009). Vol. 25, Jungle Publication. (in Persian)
- [25] Katouzian, Nasser. (1999). *Civil Liability*. vol. 1, Tehran University Publication. (in Persian)

- [26] Katouzian, Nasser. (2008). *General Principles of Contracts*. Vol. 4, Sahamie Enteshar Company. (in Persian)
- [27] Katouzian, Nasser. (2010). *General Theory of Obligations*. 5th edition, Mizan Publication. (in Persian)
- [28] Lando, O. & Beale, H. (2000). *Principles of European Contract Law*. Prepared by the Commission on European Contract Law, Parts I & II.
- [29] Mazzacano, Peter. (2013). *Damages Under the UN Sale of Goods Convention*. Revue Canadienne De Droit International, Vol. 9. No. 2.
- [30] Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, Qanavati, Jalil, Vahdati Shobairi, Hasan & Abdipour, Ebrahim. (2013). *Contract Law in the Imamieh Jurisprudence*. vol. 1, Samt Publications. (in Persian)
- [31] Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa. (2017). *The Rules of Islamic Jurisprudence*. vol. 2, Center for Publication of Islamic Sciences. (in Persian)
- [32] Movahhed, Mohammad Ali. (2018). *Summary of Civil Law*. 4th edition, Tehran: Karnameh Publication. (in Persian)
- [33] Posner, Richard. (1998). *Economic Analysis of Law*. 5th Edition, New York: Aspen Publishers.
- [34] Rickett, C. (edited by). (2008). *Justifying Private Law Remedies*. Hart Publishing.
- [35] Sadeghi, Mohsen. (2004). *Means for Compensation of Damages due to Breach of Contractual Obligations under International Sale of Goods Convention*. Legal Studies Magazine, no. 5. (in Persian)
- [36] Safai, Seyed Hossein & Olfat, Nematollah. (2010). *Specific Performance of Obligations and Precedence of which on Termination of Contract*. Comparative Law Magazine, 5th series (16) no. 2 (79). (in Persian)
- [37] Safai, Seyed Hossein, Kazemi, Mahmoud, Adel, Morteza & Mirzanezhed, Akbar. (2011). *International Sale Law*. 3rd edition, Tehran University Publication. (in Persian)
- [38] Safai, Seyed Hossein & Rahimi, Habibollah. (2013). *Civil Liability*. 5th edition, Samt Publication. (in Persian)
- [39] Safai, Seyed Hossein. (2014). *Accumulation of Termination and Damages under International Instruments and Iranian Laws*. Commercial Law in Globalization Era (Articles in Appreciation of Dr. Behrooz Akhlaghi), Shahre Danesh Publication. (in Persian)
- [40] Safai, Seyed Hossein. (2014). *Preliminary Course of Civil Law*. vol. 2, Mizan Publication. (in Persian)
- [41] Safai, Seyed Hossein & Rahimi, Habibollah. (2018). *Comparative Civil Liability*. 1st edition, Shahre Danesh Publication. (in Persian)
- [42] Schlechtriem, P. (1998). *Commentary on CISG*. Translated by Geoffry Thomas: Oxford University Press.
- [43] Shahabi, Ali. (2015). *Partial Performance of Contractual Obligations, Comparative Study of Contractual Liability in the Iranian and English Legal Systems*. Private Law Studies Magazine, 3rd year no. 5. (in Persian).
- [44] Shahidi, Mehdi. (2007). *Effects of Contracts and Obligations*. 3rd edition,

- Majd Publication. (in Persian)
- [45] Shavel, S. (2005). *Specific Performance versus Damages for Breach of Contract*. Harvard University, John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper No. 532.
- [46] Shoarian, Ebrahim & Rahimi, Farshad. (2016). *International Sale Law (Commentary on International Sale of Goods Convention in light of Doctrine and Judicial Jurisprudence)*. 2nd edition, Shahre Danesh Publication. (in Persian)
- [47] Treitel, G.H. (2011). *The law of Contract*. By Edwin Peel, London: Sweet & Maxwell.
- [48] Trenor, John A. (Editor) (2016). *The Guide to Damages in International Arbitration*. (Global Arbitration Review). London: gar.
- [49] Triantis, G. (2010). *The Evolution of Contract Remedies*. The University of Toronto Law Journal, Vol. 60, No. 2.
- [50] Von Bar, C., Clive, E. & Others (Edited by). (2008). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference)*. sellier. European Law Publishers GmbH.
- [51] Zeller, B. (2009). *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 2nd Edition, New York: Oxford University Press.

بنا به درخواست نویسندگان مقاله تحت عنوان " حفظ منافع اساسی کشور میزبان در دعاوی سرمایه گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه " مبنی بر اصلاح صحیح مشخصات و آدرس بعضی از نویسندگان که به دلیل عدم انعکاس صحیح آن توسط نویسندگان انجام گرفته بود به درخواست نامبردگان وبا تأیید مدیریت محترم نشر آثار علمی دانشگاه به شرح ذیل اصلاح می گردد.

حفظ منافع اساسی کشور میزبان در دعاوی سرمایه گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه

صادق سلیمی sadegsalimi@yahoo.com

گروه حقوق بین الملل، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

داریوش اشراقی Dar.Ashrafi@iauctb.ac.ir

گروه حقوق بین الملل، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

سوده شاملو sou.shamlou@gmail.com

گروه حقوق بین الملل، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

ابوالقاسم شهبازیان Ab@shahbaziyan.ir

گروه حقوق بین الملل، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

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:	Dr.J . Mizban
Executive Director:	M. Kadkhodaei
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

A Legal Study of Privatization of Banking System

Amin Jafari
Mostafa Bikaran Behesht

Legal Study of Foreign Investment Restrictions and Project Financing through the Implementation of Engineering, Procurement, Construction, and Finance (EPCF) Contracts

Mahsa Bahadoran-Baghbaderani
Ahmad Mohammadi

Economic Analysis of the Foundations of the Numerus Clausus of Property Rights Principle

Hassan Badini
Farnaz Forouzan Boroojeni

Recovery Institution; Nature and Models in Banking System of Iran

Fatemeh Kiaee
Siamak Rahpeik
Mahmoud Bagheri

Comparative Study and Analysis of Elements, Results and Aspects of the Financial - Legal of the Securitie's Cross-listing in The Tehran Stock Exchange (Focusing on Islamic Republic of Iran and US law)

Saeed Mohammadi Aghdam
Ebrahim Dianatinasab

Establishing Causation in civil liability lawsuits derived from violation of the securities market disclosure requirements (with a comparative study of US and French law)

Mohsen Shamsollahi

Economic Analysis of the Transaction Intended to Escape from Payment in the Iranian Legal System

Pejman mohammadi
Mohabbat Mozafari
Narges Keshavarz Bahadori

Criminal Functions of Virtual Currencies: Criminological Analysis and Preventive Approaches

Ali Saffari
Razieh Saberi
Aref khalili Paji

The Necessity of Monitoring on Privatization in Line with the Principle of Balancing Triple Interests

Mohsen Sadeghi
Atefeh Ajori Ayask

Government intervention in unfair terms based on economic analysis of contracts

GHasem Nabizadeh Kebria

Transparency Principle in Iran's Public Procurement in the Light of WTO and EU Rules

Assadalloh Yavari

Mostafa Rezaei

Methods of Evaluating the Damages under Iranian and English Legal Systems and International Instruments

Ali Shahabi

S. Hossein Safai

Behrooz Akhlaghi

Mansour Amini

A Legal Study of Privatization of Banking System

Amin Jafari¹

*Assistant Professor in Private Law
University of Allameh Tabataba'i,
Tehran*

Mostafa Bikaran Behesht²

*Master's degree in Economic Law
University of Allameh Tabataba'i,
Tehran*

Received: 21/03/2020

Accept: 10/08/2020

Extended Abstract:

Introduction

Many governments use the Privatization process to promote their economic system. This process can have a great impact on banking sector. The need for a research in Privatization' programs, implemented by many developed countries, is felt today more than ever before. In the state-owned banking system of Iran, there are only 4 banks which are considered as "private banks". The next phase of the privatization of the Iranian banking system will shift a wide range of state-owned banks to the private banks.

There are many ways to privatize, and each country has its own set of methods depending on the economic structure and type of enterprises. The most common methods of privatization in the world are:

- a. Offer shares to the public
- b. Offer shares to specific groups
- c. Separation of unit's subject to transfer to smaller units and transfer of ownership or management
- d. Attracting private sector participation in new investment required by governmental units
- e. Transfer of Management or Lease of Assets

The beneficial effects of privatization can only come from properly implemented privatizations. The key is how to privatize?

The World Bank recommends in a circular for privatization: The legal framework of the country should support privatization in two respects: First, there may be laws required in the process of preparing banks for privatization and transactions; Second, the overall legal environment should be one in which newly established

1- amin.jafari@atu.ac.ir

2- m_bikaran@atu.ac.ir

entrepreneurs can access credit, and compete on an equal footing with the remaining government.

There are three types of transfer methods in Iran:

- a. Sales through the public offering of stock in domestic or foreign stock exchanges
- b. The complete sale or supply of block shares through public bidding
- c. Complete sale or block sale through negotiation

Theoretical frame work

This article will examine different challenges of implementing the privatization process to provide the most adaptable privatization model for Iranian banking system. So, what are the legal requirements for the privatization process in a way the banks can benefit from this process?

Methodology

This research is under the study of public economic law. From this perspective, although from a methodological point of view, this field does not analyze economic phenomena, the framework of formative interpretations of conventional legal rules in traditional and sometimes Iranian civil law will not be considered. This is because the legal tools of public economy include a wide range of legal regulations and practices and various issuing authorities and focus on the interrelationship of economics with realistic law. In other words, the banking law system created in the context of economic law, will focus more on managerial and sometimes non-legal analysis, which is defined in line with legal and economic issues.

Results & Discussion

Nowadays, the function of privatization has become a tool to create a complex ownership structure in privatized banks. While government is taking control of the transferred banks, the process of privatization seems to be far from being realistic. Having said that, the process of privatization can be realized by reducing the role of the government in economic activities and promoting the efficiency and productivity of the banking system. However, it is important to bear in mind that the banking system in Iran is still under control of the government. Therefore, it is important to examine the nature of governance in the privatization process. Generally speaking, privatization of enterprises should take place through the public offering. But when there is no purchase after two auctions, privatization is permitted through negotiation and after the board approvals.

Lack of capacity of the non-government sector is the main reason for the privatization process of the banks that happens through any other ways rather than public offering. But, in such an economy where its main part is dominated by the public sector, how small private sector can take control of the large public sector? The challenges experienced in the first wave of privatization showed that failure to use proper privatization methods can have a devastating effect on the future of the banking industry. Therefore, choosing the right method for privatization is very important. In our country, the privatization of banks not only has not reduced the economic problems, but also has increased the problems of the banking industry and the national economy. Therefore, we need to use this experience and apply alternative ways to reconsider the privatization process and empower the private sector in a way that it becomes the dominant part of the banking industry.

Conclusions & Suggestions

Privatization takes place through transfer of ownership and management. Due to the

lack of sufficient liquidity for the buyers in the country, the first method was not successful. In this regard, the transfer committee has decided to privatize the banks in the first wave of privatization through non-public offering. However, it has not achieved the goals of privatization. On the other hand, regarding different challenges of the Iranian banking privatization we can consider changing of methods and approaches at this field in both regulatory system and the banking actors. For the last one, it could happen by downsizing of banks through the transfer of assets and subsidiaries, as well as the use of bank management transfer methods to empower the private sector for buying bank shares.

Keywords: Article 44, Banking, Privatization, Banking Law

JEL classification: E50

References in Persian

- [1] Aghababaei, Reza (2005). "Analysis of Bank Privatization in Iran from the Perspective of Institutionalism", Tehran, Tadbir Eqtesad Research Institute.
- [2] Ajori Aisak, Atefeh (2018). Privatization Law and Common Rules Governing Its Contracts, Tehran, Enteshar Co.
- [3] Bagheri, Mahmoud (2011). The role of corporate law and the stock market in the success of privatization, Tehran, *Research Center of the Islamic Consultative Assembly*, Office of Economic Studies.
- [4] Bagheri, Mahmoud & Sefidari, Siavash (2012). "The Process of Transition of Banks from State Ownership to Private Ownership Considering the Reasons for Government Supporters and Banks' Privacy", *Program and Budget Quarterly*, No. 3, pp. 25-51.
- [5] Bahrami, Hamidreza & Alaei, Voria (2013). "The process of privatization of banks in similar countries"; *Economic Journal* (Ministry of Economic Affairs and Finance), Nos. 5 & 6, pp. 17-42.
- [6] Esna ashari, Abolghasem & Etemadnia, Mohsen (2011). "Theoretical comparison of various privatization methods and the ability to use these methods in the transfer of telephone exchanges to the private sector", *Monthly Review of Economic Issues and Policies*, Nos. 1 & 2, pp. 111-130.
- [7] Ghorbani, Mahmoud & Shabani, Keyvan (2015). "The Relationship between Economic Improvement, Corporate Governance and Privatization Methods with the Performance of Newly Privatized Companies in Iran and Turkey", *Management Accounting and Auditing Knowledge Quarterly*, No. 14, pp. 107-123.
- [8] Ganji, Omid (2016). "Legal Aspects of Merger resulting from the Law on Financial and Credit Institutions", Master Thesis, Supervisor Dr. Amin Jafari, Allameh Tabatabai University.
- [9] Khandan, Abbas (1394). "Privatization: A Historical Look at the Iranian Experience"; *Journal of Political-Economic Information*, No. 30, pp 190 - 201
- [10] Karimi Petanlar, Saeed (2004). "Privatization, the size of government and employment in the Islamic Republic of Iran"; *Journal of Humanities and Social Sciences*, No. 13, pp. 105-128.
- [11] Miri, Ashraf Sadat (2006). "Study of obstacles and problems in the development of private banks in Iran", *Economic Journal* (Ministry of Economic Affairs and Finance), Nos. 57 & 58, pp. 71-87.

- [12] Moazeni, Ruhollah & Zarei, Mohammad Hussein, (2012) "The Concept of Public Economic Law in the French Approach", *Legal Research Quarterly*, No. 8, Spring, pp. 427-462.
- [13] Piri, Parviz (2008). "The position of the stock exchange in the general policies of Article 44 and the bill implementing Article 44"; *Stock Exchange Quarterly*, No. 73, pp. 17-42.
- [14] Rashvand Bukani, et al. (2013). "The legal nature of the transfer of debtor mergers of joint stock companies and its effects on shareholders and non-shareholders"; *Legal Journal of Justice*, No. 84, pp. 71-102.
- [15] Safajo, Behnam & AminiMehr, Akbar (2015). "Study of the difference between the effect of gradual and block transfer of shares in the privatization process of companies active in the insurance industry and banking", *Journal of Accounting Research*, No. 1, pp. 47-63.
- [16] Sarkanian, Afshar (2010). "Comparison of the privatization method of state-owned companies through stock coupon (equity shares) compared to the public offering of shares" Master's Thesis in Financial Management, University of Tehran.
- [17] Shamsian, Nasrin (2010). "Privatization and its effect on the degree of competition in the country's banking system", Master Thesis, Allameh Tabatabai University.
- [18] Zamanzadeh, Hamid (2010). "Banking System Transformation Plan: From Identifying the Roots of Problems to Presenting a Correctional Strategy", *Journal of Economic News*, No. 130, pp. 19-26.
- [19] Zangiabadi, Ali & Ali Hosseini, Rahman (2010). "The Evolution of Banking from the Beginning to the Present", *Journal of Banking and Economics*, No. 110, pp. 17-27.
- [20] Zanjirani Farahani, Nasibeh (2007). Needs for the growth and development of the Iranian capital market, Tehran, Institute of Labor and Social Security.

References in English

- [21] Germá Bel, Retrospectives (2006) "The Coining of "Privatization" and Germany's National Socialist Party", *Journal of Economic Perspectives*, Vol 20, No. 3.
- [22] George R.G. Clarke, Robert Cull, and Mary Shirley, (2003) "Empirical Studies of Bank Privatization", *Journal of Development Economics Research Group at the World Bank*.
- [23] Josef C. Brada, (1996) "Privatization Is Transition or Is It?", *Journal of Economic Perspectives*, Vol 10, No. 2.
- [24] Michel Berne & Gerard Pogorel, (2004), "Privatization experiences in France", *cesifo working paper* NO. 1195 category 9: Industrial organization (PRESENTED AT CESIFO CONFERENCE ON PRIVATISATION EXPERIENCES IN THE EU NOVEMBER 2003).
- [25] William L.Megginson, (2005) "The economics of bank privatization" , *Journal of Banking & Finance*, Vol 29, Issues 8-9.

Legal Study of Foreign Investment Restrictions and Project Financing through the Implementation of Engineering, Procurement, Construction, and Finance (EPCF) Contracts

Mahsa Bahadoran-Baghbaderani¹

*MA in International Trade Law,
Faculty of Law, Theology and Islamic
Sciences, Islamic Azad University,
Najafabad Branch, Isfahan, Iran*

Ahmad Mohammadi²

*Assistant Professor of Private Law,
Faculty of Law, Theology and Islamic
Sciences, Islamic Azad University,
Najafabad Branch, Isfahan, Iran*

Received: 05/08/2019

Accept: 29/07/2020

Extended Abstract

Introduction

A contract that has highly attracted the owners of industries, private employers, and even the public sector in recent ten years in Iran is the engineering fixed-price contract, complete project supply contracts, construction provided the project be financed by the contractor or engineering, procurement, construction, and finance (EPCF) contracts.

Under this contractual term, a comprehensive agreement is compiled by combining two separate yet completely associated parts. One part includes the statement of work, the executive operation of the project, work methods and standards, inventories, commodity-procurement sources, technical plans and documents, required equipment and instruments, and other conventional elements in the EPC contracts. The other part encompasses the conditions, methods, and financing mechanisms.

Theoretical Frame Work

The EPCF contracts were officially introduced to the ground of various types of service agreements in 2012, following the official dispatch of “guidelines for the use of EPCF in selecting qualified firms” by the Deputy Minister of Petroleum for Trade & International Affairs.

Despite its simple structure, this contract is regarded as an innovative type of

1- mbahadoran5@gmail.com

2- ahmadmohamadi598@gmail.com

contract in Iran. However, due to the multiple ambiguities and deficiencies caused by the regulations appertaining to the preparation of this type of contract, it has been subjected to several restrictions in the tendering process and execution of the contract. Regarding the popularity of this type of contract, if the said restrictions are neglected, they can both prolong the negotiation process and create some unsolvable legal and financial problems.

Methodology

The present study was conducted using a descriptive research method and incorporated the data with quantitative-qualitative nature. The key restrictions of this type of contract in terms of foreign investment and international project financing were legally discussed in this study, considering the written and legal documents (i.e., EPCF contracts belonging to Isfahan Mobarakeh Steel Company), face-to-face interviews with the EPCF experts, and asking them for their opinions using Likert survey questions. The study also addressed the ranking of these restrictions in the pre-assessment of the EPCF contracts compared to other usual commercial contracts. Finally, having interviews with those working in the field of EPCF contracts and considering the specific nature of the contract, the present work attempted to identify, analyse, and describe the relating problems.

Results and Discussion

The study was carried out on the 60 contracting institutes. It was demonstrated that these contracts have not been practically very efficient in Iran, despite all their advantages, and ten years after their initial drawing up and application, contractors and employers still have no positive attitude towards this type of contract. Indeed, based on our findings, the main existing obstacles before the investment through EPCF contracts include: failure by the Management and Planning Organization of Iran (MPO) to draw up fair EPCF contracts, the transfer risk of the change in values, the contractor is responsible for the transfer risk of unpredictable items at the end of the project [as stated by contractors], no prediction for the excitation of the said contract by holding the tenders by the governmental organisations and the prolonged contract financing [as stated by employers], and in some cases, the inability of the contracting organisation for financing from the beginning to the end of project. Besides, there are some other problems, for instance, this contract is not recognized and prevalent for financing by foreign parties, the fixed-price EPCF contracts, early repayment following the opening of the project by the executors, financing supervision by the executor carefully, the timing of capital injection into the project, ambiguity of the financing method in the contract (organisational/project), and failure to offer proper and acceptable guarantees to the financing institutions. Compared to other prevalent commercial contracts, the EPCF is the most challenging among service/investment-based contracts.

Conclusions and Suggestions

To eliminate the existing restrictions in the EPCF contracts, some of the issues were presented here as the research proposals, including failure by the Management and Planning Organization of Iran (MPO) to draw up fair EPCF contracts to better clarify the aspects and functions of this contract to contractors and Iranian and foreign financing institutions, modification of the definitions provided in the guidelines for the use of EPCF system in the selection of the qualified firms by the syndicate and legal authorities in line with the integration of institutional or project

financing methods, determine the possibility and impossibility of referral to the assets of employer by the EPCF contractor, modification of the mechanisms of granting of guarantees to the contractors and the financing institutions and observance of the motivations of a third **contractual** party to the EPCF contracts (i.e. the financing institution) to improve the attractiveness of EPCF contracts for investors, taking into account the sanctions related to dispossession or reimbursement of the procured financial resources after project profitability to prevent any intentional delays by the contractors, etc. The findings of this study can provide certain implications to investors, lawyers, parties involved in the EPCF contracts, firms acting to conclude development contracts, and procurement counselors in signing the study contract.

Keywords: EPCF Contracts, Financing Structure, Foreign Investment, Obstacles

JEL Classification: K12

References in Persian

- [1] Aminpour, Elham. (2016). *The rights and liabilities of the parties to BOT (build, operate, transfer) contracts during the operation phase*. Professional doctorate thesis, Islamic jurisprudence and private law discipline, the faculty of law and political studies, Kharazmi University. (in Persian)
- [2] Aminzadeh, Elham, & Abdi, Amin. (2014). A review on the types of financing mechanisms for energy industry projects (with an emphasis on the structural flaws of EPCF contracts). *The Scientific-Promotional Monthly Journal of Oil and Gas Exploration and Production*, vol. 109. (in Persian)
- [3] Asghari Hamidi, Sarah. (2017). *The international analysis of the consulting engineers (FIDIC) from a legal view*. Master's degree thesis, private law discipline, Payam-e-Noor University, South Tehran branch. (in Persian)
- [4] Bani Ahmad, Morteza. (2014). Unequal legal conditions in contractual agreements and its detrimental consequences. *The Parliament and Research*, year 10, vol. 39, pp. 103-118. (in Persian)
- [5] Bagheri, Mahmoud, Farkhani, Hedayat, & Tabatabayi Nejad, Seyyed Mohammad. (2017). The conceptology of the syndicate facilities and their exigency in the legal system of Iran. *The Quarterly Journal of the Public Law Studies*, year 18, vol. 52. (in Persian).
- [6] Ebrahimi, Seyyed Nasrollah. (2013-14). *The statements of energy law course*. Tehran University faculty of law and political studies. (in Persian)
- [7] Emam, Farhad. (1995). *The foreign investment laws of Iran*. First edition, Yalda Publications. (in Persian)
- [8] Farshadfar, Mohammad Ali. (2012). *A guidebook of signing contracts in engineering and construction (EPC) method in civil projects*. Second edition, Noavar publications. (in Persian)
- [9] Jalili, Mohammad, Fallah Shams, Mir Feiz, Zeinoddin, Seyyed Mostafa, & Mohammadiha Saeid. (2013). A rating of foreign financing methods for investment in the oil industry of the Islamic Republic of Iran, using the hierarchical analysis method. *The Quarterly Journal of Quantitative Studies in Management*, pp. 53-79. (in Persian)
- [10] Mahmoudi, Hasan, Salahshoor, Jamshid, Mahdavi Adel, Mahdi, & Khosravi,

- Salman. (2014). *An assessment and comparison between mutual sale contracts and engineering and construction with financing condition (EPCF) contracts*. The Seventh National Convention of Civil Engineering, Shahid Nikbakht engineering University, Zahedan. (in Persian)
- [11] Mohammadi, Sam, & Kaviyar, Hossein. (2017). A jurisprudential and legal definition of arbitrary pricing conditions in energy contracts. *The Quarterly Journal of the Islamic Jurisprudence and Laws*, year 12, vol. 44, pp. 115-138. (in Persian)
- [12] Nabi Feizi Chekab, Gholam, Taghizadeh, Ebrahim, Fahimi, Azizollah, & Khodadadi Dashtaki, Khodadad. (2016). A study of obstacles and flaws in foreign financing in the laws of Iran, *The Quarterly Journal of Private Research*, year 3, vol. 11, pp. 149-178. (in Persian)
- [13] Pakdaman, Reza. (2007). *The principles of industrial contractual agreements arrangement*. The industrial research and training center of Iran, second edition. (in Persian)
- [14] Parchami, Majid, & Adl Parvar, Mohammad Reza. (2007). *A review on the general conditions of the FIDIC's treaty of planning, building, and turnkey and an investigation on its utilization in different projects*. The International Convention of Project Management. (in Persian)
- [15] Poormousavi, Seyyedeh Melika. (2014). *A legal-economic analysis of engineering, procurement, construction, and finance (EPCF) contracts of the oil and gas industry projects*. Master's degree thesis, international economy and trade law discipline, the faculty of law and political studies, Tehran University. (in Persian)
- [16] Professional meeting. (2013). *The tools and methods of financing the EPCF contractors*. The Fifth Conference of Financing Regime Development in Iran, Sharif Industrial University. (in Persian)
- [17] Rahimi, Habibollah, & Alizadeh, Sa'ideh. (2017). The nature and the basis of modification in the laws of Iran and FIDIC. *The Quarterly Journal of Studying the Private Law*, Year 6, Vol. 21, pp. 143-176. (in Persian)
- [18] Rezaei, Ali. (2016). *The laws of financing in the international trade*. First edition, Mizan publications. (in Persian)
- [19] Seyyed Morteza Hosseini, Raheleh. (2016). A review on the engineering, procurement, and construction contracts with financing condition (EPCF) in the modern discipline of the oil industry contracts. *Energy Law Studies*, vol. 1, issue 2, pp. 237-256. (in Persian)
- [20] Shakeri, Eghbal, Baheri, Zahra, Dadpour, Mohammad Hossein, & Yavarkhani, Mohammad Reza. (2014). *The challenges of conjoint construction and financing contract method (EPCF) in subterranean projects*. The Seventh National Convention of Civil Engineering, Shahid Nikbakht engineering faculty, Zahedan. (in Persian)
- [21] Shayegan Fard, Hojjatollah. (2013). An introduction of financing and working capital of the corporations with an emphasis on non-banking methods. *The Economic Monthly Journal of Economic Subjects and Policies Studies*, vol. 1, pp. 127-138. (in Persian)
- [22] Shiravi, Abdol-Hossein. (2017). *The international trade law*. Issue 9, the organization of studying and compiling university course books in human sciences (SAMT). (in Persian)
- [23] Statistical Center of Iran. (2020, September). *consumer price index* retrieved

from <https://www.amar.org.ir/news/ID/13115>

- [24] The instructions for adopting EPCF method in selection of the qualified firms. (2011). The ministry of oil, deputy office of the international and commercial affairs. (in Persian)
- [25] The Khatam-al-Anbia (PBUH) headquarters researchers. (2004). *Civil projects management*. Second edition. (in Persian)
- [26] *The agreement of general and private conditions of simultaneously engineering, commodities and equipment procurement, construction and installation (EPC) contracts, oil industry exclusive*. (2/7/2019). The projects assessment administration of technical and executive discipline, upstream and downstream deputy offices of technical and executive discipline of the oil industry. (in Persian)
- [27] *The agreement of general and private conditions of simultaneously engineering, commodities and equipment procurement, construction and installation (EPC) agreements, The regulations of industrial engineering, procurement, and construction projects implementation (journal 5490)*, (2002), The management and planning organization of the Islamic Republic of Iran. (in Persian)
- [28] Zohdi, Masoud. (2019). *A progressive instruction of professional techniques of financing and investigation*. Second edition, Tehran: Hezareh Sevvom Andisheh publications. (in Persian)
- [29] Zohdi, Masoud. (2019). *The economics of contracts – feasibility studies of the projects, financial, technical, and legal regimes of the contracts*. First edition, Behjat publications. (in Persian)

References in English

- [1] Beehler, Michael E. (2010). Lessons learned on mega projects. In *Electrical Transmission and Substation Structures 2009: Technology for the Next Generation* (pp. 1-12).
- [2] des Ingénieurs-Conseils, Fédération Internationale. (1999). *Conditions of contract for EPC/Turnkey projects*, 1. Aufl., Lausanne.
- [3] des Ingénieurs-Conseils, Fédération Internationale. (1999). *Conditions of Contract for Plant and Design-Build*. Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC)
- [4] Esty, Benjamin C. (2003). The economic motivations for using project finance. *Harvard Business School*, 28, 1-42.
- [5] Hildreth, Sandra S. (1990). *The Dictionary of Investment Terms*. Dearborn Financial Pub., Incorporated.
- [6] Miyamoto, Ken. (1999). Measuring Local Legal Risk Premium in Project Finance Bonds. *Va. J. Int'l L.*, 40, 1125.
- [7] Rendell, Robert S. (1993). How lenders can cut risks in project finance. *Bus. L. Today*, 3, 30.
- [8] Tobias, Dannie A. (1993). Potential Pitfalls of a Fixed-Price Contract: A Case Study. *J. St. Tax'n*, 12, 63.
- [9] van Groenendaal, Willem JH, & Mohammad Mazraati. (2006). A critical review of Iran's buyback contracts. *Energy Policy*, 34(18), 3709-3718.
- [10] Wood, Philip R., & Philip Wood. (1995). *International loans, bonds and securities regulation* (p. 10). London: Sweet & Maxwell.

Economic Analysis of the Foundations of the Numerus Clausus of Property Rights Principle

Hassan Badini*

*Associate Professor, Faculty of Law
and Political Science, University of
Tehran*

Farnaz Forouzan Boroojeni**

*PhD in Private Law, University of
Tehran (Kish International Campus)*

Received: 05/02/2020

Accept: 09/10/2020

Extended Abstract

Introduction

According to studies in the field of development, in the process of achieving economic development, "Law" should also be called for. Therefore, lawyers have a prominent role to play along this path. One of the most important legal institutions in question is the evaluation of the two areas: property law and contract law. In this, the institution of property is at the forefront and the entry of the institution of property is also the principle of "Numerus Clausus of Property Rights". Thus, in the process of extracting the underlying principles of the legal institution of property, "Numerus Clausus of Property Rights" is considered as the first fundamental principle. According to the mentioned principle, the choice of individuals to own property is possible only in the "limited number" and also in the "specific contents" identified by the legal system. In the meantime, understanding the economic foundations of this principle is important because of its role in the path of economic growth and development.

Theoretical frame work

Given that fundamental analysis and interdisciplinary studies lead to the development of a legal perspective, the extraction and analysis of the foundations of effective legal institutions in the process of economic development is important. One of the effective approaches in legal research is economic analysis, which along with legal analysis helps to reform and develop legal principles.

This article seeks to analyze the principle of "Numerus Clausus of Property Rights"; what is crystallized in Article 29 of the Civil Code of Iran. In the meantime, its economic analysis is considered as an introduction to understanding the participation

1- hbadini@ut.ac.ir

2- farnazforouzan@gmail.com

of law in the call for economic development. In this way, it is written in two parts: The first part describes the "Numerus Clausus of Property Rights" and its elements. The second part presents the legal and economic analysis of the mentioned principle. In this regard, economic analysis has been proposed with the aim of "efficiency" and "reducing transaction costs".

Methodology

This study attempts to answer the main questions of this research based on the descriptive-analytical method by analyzing various theories presented in the field of law and economics. In describing and analyzing the mentioned principle, examples of the Iranian legal system have been used.

Results & Discussion

The entrance gate of the property institution is dedicated to the Numerus Clausus of Property Rights Principle. As a result, a person cannot acquire whatever he wants in any way. Rather, he is required to proceed in accordance with the discretion of the legal system (statue and precedent) and to choose between "limited numbers" and "specific provisions".

In the Iranian legal system, Article 29 of the Civil Code of Iran is one of the most important examples of the Numerus Clausus of Property Rights Principle. The analysis of this principle shows that the application of "Numerus Clausus principle" in a flexible format can bring order and predictability to motivate market participants in carrying out economic activities.

Conclusions & Suggestions

This article concludes that it is necessary to application of the "Numerus Clausus Principle" in the property institution. Because this principle contributes to the prosperity of the market and creates a favorable environment for economic growth and development. Of course, it should be noted that the application of this principle must have the capacity to adapt to market needs. So, it must have a flexible position. For example, we can point to develop examples of security of property, including debt and intellectual property; which helps to increase investment and increase business transactions. In this regard, the question that has been answered is why it is necessary to apply this principle? Lawyers believe that this principle provides legal certainty that is effective in promoting freedom of ownership and the free movement of goods. Legal certainty indicates what property rights can be owned and which of them can be traded in the market. In this way, the market actors can understand a kind of predictability and expectability; this leads to an increase in the motivation of economic actors to participate in the market. As a result, with more actors and more transactions, the market thrives and ultimately economic growth and development is achieved.

The issue was also analyzed from the perspective of economic law and it aims to "efficiency" and "reduction of transaction costs": The first analysis based on "preventing a reduction in efficiency", calls for a "ban on the extreme fragmentation of property rights." The second analysis based on "prevention of externalities", emphasizes the issue of "reducing measurement costs". In the end, the third analysis

based on "prevention of mistakes and opportunistic behaviors", describes the concept of "common understanding" of individuals in relation to their property rights. Thus, all three analyzes emphasize on the necessity to identify the types of property rights and their contents by legal system.

Finally, it is recommended for the Iranian legal system, while maintaining the "Numerus Clausus Principle" in the property institution, to take a more flexible approach in responding to market needs and identifying new property, including in the field of identifying the subject of mortgage contract.

Key Words: Numerus Clausus of Property Rights, Property Institution, Legal Certainty, Efficiency, Transaction Cost

JEL Classification: KOO,K11

References In Persian

- [1] Gorji. Abolghasem. (2015). *Legal Articles*, Second Edition, Tehran, University of Tehran Press
- [2] Kabiri, Hamid & Mohammad Issaei Tafreshi & Morteza Shahbazinia. (2017). Comparative Study of the Unitarianism or Pluralism Approaches regarding Security Devices within Movable Properties in the legal system of the US, England and Iran, *Comparative Law Researches*, Volume 21, No. 2, pp. 157-180
- [3] Karimi, Abbas & Mohammad Moein Islam. (2008). The Pledge of Intellectual Property Rights, *Private Law Studies Quarterly*, Volume 38, No. 2, pp. 315- 324
- [4] Katouzian, Naser. (2010). *Property and Ownership*, Thirty-first Edition, Tehran, Mizan
- [5] Nematollahi, Esma'il. (2014). Review of Malek-an-Yamlak Theory, *Islamic Law*, Volume 41, pp. 29- 62
- [6] Pilvar, Rahim. (2012). *Philosophy of Property Right*, first edition, Tehran, Sahami Enteshar Publication
- [7] Seyfi, Gholamali & Atiye Shamsollahi. (2014). The Comparative Study of Mortgage Systems Development Process, *Legal Studies*, Volume 3, pp. 61- 88
- [8] Shabani Kandsari, Hadi. (2016). *Mortgage of Future Property and Circulating Assets*, First Edition, Tehran, Sahami Enteshar Publication

References In Arabic

- [1] Ameli, Mohammad-Ibn-Makki. (1980). *Al-Qawaed va Al-Fawaed*, Volume 1, Qom, Mofid Pblcation
- [2] Gharavi Esfahani, Mohammad Hossein. (1998). *Hashiye Ketab-al-Makaseb*, Vol. 1, First Edition, Qom, Zol-Qorba
- [3] Hakim, Seyed Mohsen. (1992). *Nahj-al-Feqahah*, Qom, Bistodoe Bahman Pblcation
- [4] Moosavi Khomeini, Seyed Rohollah. (1989). *Ketab-al-Bey'*, Volume 1, Fourth Edition, Qom, Esma'ilian Publication
- [5] Rashti, Habibollah. *Ketab-al-Ghasb*, no date, no place
- [6] Tabatabaei Yazdi, Seyed Mohammad Kazem. (1919). *Hashiye Makaseb*, Volume 1, Fourth Edition, Qom, Esma'ilian Publication

References In German

- [1] Füller, Jens Thomas. (2006). *Eigenständiges Sachenrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- [2] Bariklou, Alireza. (2004). *Transaction Outside the Authority*, *Legal Thoughts*, Second Year, No. 6, pp. 35-52.
- [2] Heermann, Peter W. (2003). *Geld und Geldgeschäfte*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- [3] Eftekhari, Javad. (2001). *Commercial Companies*, First Edition, Tehran, Ghoghnoos Publication.
- [3] von Savigny, Friedrich Carl. (1981). *System des heutigen römischen Rechts*, Aalen, Scienta Verlag.
- [4] Wiegand, Wolfgang. (1987). *Numerus clausus der dinglichen Rechte- Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas*, In *Wege europäischer Rechtsgeschichte – Festschrift Kroeschell*, Edited by G. Köbler (ed.), Frankfurt A. M., Peter Lang, pp. 623- 643

References In English

- [1] Akkermans, Bram. (2017). *The Numerus Clausus of Property Rights*, In *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Edited by Michele Graziadei and Lionel Smith, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 100- 121
- [2] Akkermans, Bram. (2008). *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerp, Intersentia.
- [2] Bariklou, Alireza. (2004). *Transaction Outside the Authority*, *Legal Thoughts*, Second Year, No. 6, pp. 35-52.
- [3] van Erp, Sjef. (2006). *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, *Walter van Gerven Lectures* (6), Groningen, Europa Law Publishing.
- [3] Eftekhari, Javad. (2001). *Commercial Companies*, First Edition, Tehran, Ghoghnoos Publication.
- [4] van Erp, Sjef. (2003). "A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol.7, 2, pp. 1- 12
- [5] van Erp, Sjef and Akkermans, Bram. (2010). *Property Rights: A Comparative View*, In *Property Law and Economics*, Edited by Boudewijn Bouckaert, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 31- 52
- [6] Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier. (2002). "Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights", *Journal of Legal Studies*, Vol. 31, 2, pp. 373- 420.
- [7] Hardin, Garrett. (1968). "The Tragedy of the Commons", *Science*, Vol. 162, 3859, pp. 1243- 1248
- [8] Heller, Michael A. (1998). "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", *Harvard Law Review*, Vol. 111, 3, pp. 621- 688
- [9] Johansson, Erica. (2009). *Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity*, Heidelberg, Springer
- [10] Parisi, Francesco and Schulz, Norbert and Depoorter, Ben. (2005). "Duality in Property: Commons and Anticommons", *International Review of Law and Economics*, Vol. 25, pp. 578- 591
- [11] Reid, Kenneth G.C. (1997). "Obligations and property: Exploring the Border", *Acta Juridica*, 227, pp. 225- 245
- [12] Rudden, Bernard. (1987). *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, In *Oxford Essay in Jurisprudence*, Edited by John Eekelaar

and John Bell, Oxford, Clarendon Press, pp. 239- 263

- [13] Smith, Henry E. and Merrill, Thomas W. (2000). "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", Yale Law Journal, Vol. 110, pp. 1- 70

Recovery Institution; Nature and Models in Banking System of Iran

Fatemeh Kiaee¹

*PhD Student in Private Law,
University of Judicial Sciences and
Administrative Services*

Siamak Rahpeik²

*Professor, University of Judicial
Sciences and Administrative Services*

Mahmoud Bagheri³

*Professor, Faculty of Law and
Political Sciences, Tehran University*

Received: 07/02/2020

Accept: 09/10/2020

Extended Abstract

Introduction

Applying general bankruptcy rules to banks might cause many legal problems. Distinct characteristics of banks and their important role in the financial system makes many countries use the recovery institution in order to prevent the banks' bankruptcy. The assessment of Iran regulations shows that any comprehensive laws of recovery have not ever legislated, hence it seems necessary to enact efficient laws in this regard. Due to the distinct social, economic, political, and legal characteristics of countries, it is not possible to provide a consistent model for recovery regulation in all countries. Moreover, translating and copying from other countries should not be utilized to formulate recovery regulations. Therefore, adoption of recovery institutions requires it to be completely analyzed and investigated.

Theoretical frame work

This study on the one hand explains the concept of recovery and introduce the most common methods of recovery. On the other hand, it analyses the Iranian regulations in the field of bank recovery and reviews the practical recovery examples in Iran and evaluates their efficiency. Finally, by understanding the legal nature of each recovery method, the one with correct legal basis according to Iranian law (i.e. appropriate to be adopted in Iran) is determined. A legal model that is consistent with the legal principles of Iran is consequently proposed

1- kiaee87@gmail.com

2- srahpeik@gmail.com

3- mahbagheri@ut.ac.ir

Methodology

This study attempts to answer the main questions of this research based on the analysis of the legal nature of the recovery. It investigates the possibility of adopting the recovery models in Iran by criticizing and comparing various statutes, regulations, and legal doctrines of different countries.

Results & Discussion

Bankruptcy is a judicial process that only considers the rights of creditors neglecting public benefit. Recovery, on the other hand, is an administrative process with the aim of allowing bank depositors to continue to meet their liquidity needs by accessing banking services. In addition, in this process, the bank's assets are managed in such a way that the value of the insolvent bank is maintained. In this paper, three widely used methods of bank recovery, which are mergers, purchase and assumption, and payments through the Deposit Guarantee are examined. Regarding the difference between the merger method and the purchase and assumption method, it should be noted that the latter involves the purchase of the insolvent bank's assets and the acceptance of its liabilities, while in the former, the insolvent bank shares are sold and solvent Bank becomes the deputy director of the insolvent bank. In addition, in the purchase and assumption method the legal personality of the insolvent bank does not disappear, but in the merger model, the legal personality of the insolvent bank disappears by merging with the solvent bank. On the other hand, the difference between the payments through the Deposit Guarantee Fund and the merger model is that the assignment of the bank commitment to the fund does not remove the contractual liability from the bank. This fact is in contrast to the merger method, which is based on the transfer of the contract. In the Deposit Guarantee Fund, the insolvent bank is still recognized as a party to the contract with depositors. However, in the merger method, the legal personality of the insolvent bank is completely reserved and the solvent Bank becomes its deputy.

Conclusions & Suggestions

In this paper a recovery model consistent with the legal principles of Iran is proposed. It is shown that the preparation of the Bank Recovery Law should not be merely an imitation and requires an analysis of the legal nature of recovery methods. The proposed model for Iran, through the mergers as well as purchase and assumption methods, is a bilateral legal act (contract). Similar to the legal systems of some other countries, namely, US, Switzerland and Canada, the permission of debtors and creditors of the bank is not part of the basic structure of the proposed recovery model. However, the imposition of this plan on creditors can only take place if the proposed recovery plan is perfectly appropriate and in the interests of the creditors. The proposed legal model, if payment is made through the Deposit Guarantee Fund, is inherently a contract that is made solely by the will of the Deposit Guarantee Fund. Thus, there is no need for the permission of the depositors and the insolvent bank, because the bank's permission is not a condition for its validity and only deprives the fund of referring to it. In the model, the central bank or deposit guarantee fund is considered as a supervisory authority over the banking system. This authority, based on the estimated costs and conditions of the insolvent bank, takes into account the order of priority i.e. mergers, purchase and assumption, and payments through the Deposit Guarantee Fund. It then applies the proposed

model to prevent the bank from going bankrupt. The adoption of an inconsistent law of recovery from other countries, in addition to its social, economic and political effects, could confuse and frustrate the legal system. Therefore, the development of efficient regulations in accordance with the nature of the recovery methods based on the proposed approach is of great importance in the Iranian legal system.

Key words: legal nature – recovery methods – mergers –purchase and assumption – payments through the Deposit Guarantee Fund

JEL classification: k12, G21, G34.

References In Persian

- [1] Skini, Rabia. (2012), Bankruptcy Business Law and Bankruptcy Settlement, Tehran, Samat Publications.
- [2] Amiri, Hossein and Tawfiqi, Mona. (2017). "Requirements for the existence of deposit insurance and its relationship with banking resistance", Quarterly Journal of Financial Economics, Eleventh Year, No. 41, 177-199.
- [3] Ansari, Ali, AskariDehnavi, Javad. (2019), "A Comparative Study of Alternative Legal Instruments for Bankruptcy of Banks", Private Law Research, No. 27, 91-113.
- [4] Bagheri, Mahmoud and Saquri, Mahboubeh. (2016), "Bankruptcy Prevention", Bi-Quarterly Journal of Judicial Law Perspectives, No. 75 and 76, 1-32.
- [5] JafariSamet, Amir. (2018), "Merger, an effective solution to prevent bank bankruptcy", Monetary-Banking Research, No. 37, 437-466.
- [6] JafariLangroudi, Jafar. (1991), Legal Terminology, Volume One, Tehran, Golshan Publishing.
- [7] DehghanDehnavi, Nader, Soltani, Mohammad Reza. (2018), "Analytical look at the fulfillment of commitment by a third party as an exception to the principle of relativity of contracts", QanunYar Scientific-Legal Quarterly, Volume 2, Number 7, 410-430.
- [8] RashvandBukani, Mehdi, Rajali, Mohsen and BadieSanayeEsfahani, Amin. (2013), "The Legal Nature of Debt Transfer in the Merger of Joint Stock Companies and Its Effects on Creditors and Non-Shareholder Debtors", Legal Journal of Justice, Seventy-seventh Year, No. 84, 70-102.
- [9] Ramezani, Hamidreza, Saeedi, Parviz, GhafourianShagardi, Amir, Hosseini, SeyedMohammadreza. (2019), "Presentation of Cobanking Model in Integrating Banks and Institutions with Marketing Approach (Case Study of Ghavamin Bank)", Quarterly Journal of Financial Engineering and Securities Management, No. 41, 162-191.
- [10] RamezaniAkordi, Habib, IsaeeTafreshi, Mohammad. (2020), "The Role of Bankruptcy Law in the Revival of Bankrupt Businesses (Study in Iranian and American Law)", Comparative Law Research, Volume 24, Number 1, 59-86.
- [11] SimaeiSarraf, Hossein, Amini, Vahid. (2020), "Special Legal System for Bankruptcy; Reason and Legal Framework ", Business Research Journal, No. 94, 259-299.
- [12] Shahidi, Seyed Mehdi. (1994), Fall of Obligations, Tehran, Publications of the Bar Association.
- [13] Shirvani, Khadijeh, IssaeiTafreshi, Mohammad. (2019), "Bank Deposit Insurance (Comparative Study in US and Iranian Law)", Comparative Law

- Research, Volume 23, Number 4, 61-90.
- [14] TabatabaiNejad, Seyed Mohammad. (2015), "Deficiencies of the Bankruptcy System in Iran", *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 45, Number 1, 113-126.
 - [15] AbdollahiNejad, Karim, Soltani, Abbas Ali and Sarvari, Mohsen. (2016), "Voluntary transfer of contract compared to the conversion of commitment", *Journal of Islamic Humanities*, No. 19, 24-49.
 - [16] Farajzadeh, Zahra and Iranmanesh, Mohsen. (2017), "Legal Dimensions of Contract Succession", *Studies in Political Science, Law and Jurisprudence*, Volume 3, Number 2/1, 14-22.
 - [17] Qanavati, JalilVakhanmooi, Ismail. (2010), "A Study of the Institution of Reconstruction in US Law and Its Comparison with the Arfaqi Contract", *Lecturer in Humanities-Comparative Law Research*, Volume 14, Number 4, 115-142.
 - [18] Katozian, Nasser. (2010), *Civil Law: General Theory of Obligations*, Fifth Edition, Tehran, Mizan Publishing.
 - [19] Kaviani, Kourosh and Farzaneh, Javid. (2014), "Reconstruction of Bankruptcy Status in Iranian Law and Guidelines for UNCITRAL Bankruptcy Law", *Bi-Quarterly Journal of Legal Knowledge and Research*, Third Year, First Issue, 61-88.

References In English

- [1] Alférez, F. J. G., &Fernández, S. S. (2019). Resolution and contracts. In *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*. Edward Elgar Publishing.
- [2] Binder, J. H. (2019). Proportionality at the resolution stage: Calibration of resolution measures and the public interest test. *European Business Organization Law Review*, 1-22.
- [3] Binder, J. H. (2016). Resolution planning and structural bank reform within the banking union. *European Banking Union: Prospects and Challenges*, 129-155.
- [4] Bolton, P., &Oehmke, M. (2019). Bank resolution and the structure of global banks. *The Review of Financial Studies*, 32(6), 2384-2421.
- [5] Carrascosa Morales, A. (2019). The Single Banking Resolution Mechanism. *Financial Stability Review*. Issue 36 (Spring 2019), p. 7-22.
- [6] Cariboni, J., Fontana, A., Langedijk, S., Maccaferri, S., Pagano, A., Giudici, M. P., ...&Schich, S. (2016). Reducing and sharing the burden of bank failures. *OECD Journal: Financial Market Trends*, 2015(2), 29-61.
- [7] Chennells, Lucy. & Wingfield, Venetia, (2015), Bank failure and bail-in: an introduction, *Quarterly Bulletin, Bank's Resolution Directorate*, 228-241
- [8] Deslandes, J., Dias, C. & Magnus, M. (2019), Liquidation of Banks: Towards an 'FDIC' for the Banking Union? , *IPOL Economic Governance Support Unit*, 1-23
- [9] Dell'Ariccia, M. G., Peria, M. M. S. M., Igan, M. D. O., Awadzi, E. A., Dobler, M., & Sandri, M. D. (2018). Trade-offs in Bank Resolution. *International Monetary Fund*.
- [10] Gordon, Jeffrey N. &Ringe, Wolf-Georg., (2015), Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What It Would Take, *Columbia Law Review*, Vol. 115:1297, 1297-1370

-
- [11] Hofmann, C. (2020). Bank resolution. In Research Handbook on Asian Financial Law. Edward Elgar Publishing.
 - [12] IMF Country Report, Monetary and Capital Markets Department and Legal Department.(2015), United States Financial Sector Assessment Program Review of the Key Attributes of Effective Resolution Regimes for the Banking and Insurance Sectors, International Monetary Fund Publication Services, Washington, D.C., No. 15/171
 - [13] Maarand, M. (2019). The concept of recovery of credit institutions in the bank recovery and resolution directive. *Juridica Int'l*, 28, 103.
 - [14] Ramos, D., & Solana, J. (2020). Bank Resolution and Creditor Distribution: The Tension Shaping Global Banking--Part II: The Cross-border Dimension. *University of Miami Business Law Review*, 28(2), 245.
 - [15] Restoy, F. (2019). How to improve crisis management in the banking union: a European FDIC?. *SUERF Policy Note Issue*, (102).
 - [16] Richards, K. (2020). Funding the Resolution of Systemically Important Banks: The Developing Country Challenge. *Banking & Finance Law Review*, 35(3), 495-521.
 - [17] Schild, J. (2018). Germany and France at cross purposes: the case of Banking Union. *Journal of Economic Policy Reform*, 21(2), 102-117.
 - [18] Schillig, M. (2016). Resolution and insolvency of banks and financial institutions. Oxford: Oxford University Press.
 - [19] Schoenmaker, D. (2019). A macro approach to international bank resolution. In *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*. Edward Elgar Publishing.
 - [20] Tröger, T. H. (2018). Too complex to work: a critical assessment of the bail-in tool under the European bank recovery and resolution regime. *Journal of Financial Regulation*, 4(1), 35-72.
 - [21] Walther, A.& White, L. (2019). Rules versus discretion in bank resolution. *The Review of Financial Studies*.
 - [22] White, Phoebe. & Yorulmazer, Tanju, (2014), Bank Resolution Concepts, Trade-offs, and Changes in Practices, *FRBNY Economic Policy Review*, 153-173.
 - [23] Wolf, Annika, (2015), A Global Cross-border Insolvency Framework for Financial Institutions, *European University Institute (EUI) Working Paper*, 1-19.
 - [24] <http://www.cbi.ir/showitem/14208.aspx>

Comparative Study and Analysis of Elements, Results and Aspects of the Financial - Legal of the Securitie's Cross-listing in The Tehran Stock Exchange (Focusing on Islamic Republic of Iran and US law)

Saeed Mohammadi Aghdam¹

*P.h.D student of financial engineering,
Allameh Tabatabaie University*

Ebrahim Dianatinasab²

*P.h.D of Private law, University of
Tehran*

Received: 23/01/2019

Accept: 30/10/2020

Extended Abstract

Introduction

Financial markets are the markets which conditions are changing quickly with considerable intensity compared to the other markets; therefor, policy makers have to adjust their appropriate decisions and strategies based on that circumstances with the use of accurate and multilateral cognition. Designing instruments in practice, is one of the status of the changes. This change could lead to competition during the time and the variables capture a number of possible determinants of effective competition in different formats like size, types of orders, trading infrastructures, execution procedures, acceptance and listing at the domestic or international level. More importantly, that competition among market centers appears to lead to specialization and fragmentation not convergence to a single architecture. (Lipson, 2003) That means everything that could intensify competition like listing could be useful.

Theoretical frame work

When the firm decides to fund raised, it has to pass general stages in financing chain, include get the regulator's license about admission companies' symbols, listing, initial public offering and finally secondary transactions. Each level has its own requirements and regulations. This article aimed to study and review the listing stage. Cross-listing is one of the listing types and is known as listing a security on more than one exchange and leads to increase the competition for bid and offer

1- Saeed.aghdam@yahoo.com

2- Dianatinasab@ifb.ir

prices, the liquidity of the securities, the length of time in trading, (The NASDAQ Listing Rules), bonding, more fund raising, price making, reputation. (Miao, 2012) These effects could transpire between exchanges inside or outside of the countries.

Methodology

In this research, reviewing the financial aspects of the phenomenon is the first stage, then we cover the rules and documents of the research by using analytical-interpretive method based on compliance with the nature and regulatory elements in the Iran and United States of America. This methodology was done based on the logic of the comparative studies.

Results & Discussion

Practicing of the cross-listing depends on the adoption of different approaches, each of which has its own dimensions and effects. According to the first approach, regulators treat with a foreign applicant similar to a domestic company, despite of exceptions and exemptions in certain circumstances. Based on the second approach, known as substituted compliance, based on the structural and regulatory similarity, the regulatory regime of the counterparty recognizes structural and regulatory similarity, if there is no conflict with internal regulations, it was accepted. All in all, in this regime, some jurisdictions do not apply all local requirements to foreign intermediaries that engage in cross-border transactions with sophisticated investors from the host jurisdiction. The third approach is known as licensing transactions under a memorandum or international - institutional guidelines and standards which both countries are defined and accepted. It means, some jurisdictions utilize a system of unilateral or mutual recognition to decide whether to apply local regulations to a foreign intermediary. Based on this regime, a jurisdiction generally will not apply local requirements to a foreign intermediary if the home regulatory regime to which that intermediary is subject meets certain investor protection criteria. A mutual recognition system is similar to unilateral recognition system in that the "access" jurisdiction recognizes the adequacy of a foreign intermediary's "home" regulation. (IOSCO, 2004)

Conclusions & Suggestions

Cross-listing of securities has its own complexity with multilateral aspects in theory and practice. In the Iranian capital market regulatory regime, there is just mention the concept of cross-listing and dual-listing but in practice no action was done. Regulatory institution should cover fund-raising chain by taking some steps, including define the initial public offering and secondary foreign investment transactions in the law and regulations. They should pay attention to technical-regulatory considerations at regulatory levels, including the encouragement and protection Law, Foreign investment and related regulations, foreign investment executive regulations in stock exchanges and over-the-counter markets, various offer and registration instructions, transactions and disciplinary, and various dispute resolution procedures in the regulations.

Subsequently, according to the capital market regulation of Iran, listing of foreign securities and their transactions are within the competence of the Supreme Council

of the Stock Exchange. Thus, in the second phase as the executive status, this institution can choose a similarity approach to domestic companies and increase exemptions in order to facilitate fund absorption and trading activity. Beside that, it should be noted that the application of exemptions should be done in terms of the nature of the exemptions so as not to damage the elements of the main regulations such as commercial law or capital market law. It also has to consider general and specific of the structure of the Iranian securities market including institutions, instruments, legal systems and regulations.

In this regard, the Supreme Council of the stock exchange should classify different requirements in order to be compatible with the structure of the capital market and the general and specific legal systems and select the cases that may be exempted in term of the legal system of the target market. In addition, in case of structural and regulatory similarity, exceptions or exemptions may be applied to issuers, traders / brokers or foreign investors while contract a memorandum of cooperation. In addition, should be behave with those exchange that are joint members of an international institution such as the World Federation of Exchnage or IOSCO according to the standards and principles of the relevant institution.

Finally, in order to solve the various challenges of this phenomenon, it has to sign the Memorandum of Understanding and state all the financial-legal considerations in the clauses of the Memorandum of Understanding in terms of different norms and technical requirements. In the near future, Iran has to consider this ability in practice and adjust its regulation and structure to be in conjunction with its consideration and characteristics and it has to improve its cognition about that

Key Words: Cross-listing (Dual-listing) of Securities; Stock Exchanges; Capital Market; Comparative law; United State's law; Islamic Republic of Iran's law.

JEL Classification Cod: G15, G18, G1, G2, F3, F65

Reference in persian

- [1] Iran Fara Bourse Exchange. (2008) Article of Association of the Iran Fara Bourse. (In Persian)
- [2] Tehran Stock Exchange. (2006) Article of Association of the Tehran stock exchange. (In Persian)
- [3] Islamic Parliment of Iran. (2005) Capital market law of the Islamic Republic of Iran. (In Persian)
- [4] Securities exchange organization (2007). Securities Listing Regulation in the Tehran stock exchange. (In Persian)
- [5] Securities exchange organization (2009). Listing, Offer and Transfer of the securities in the Iran Fara Bourse. (In Persian)
- [6] Ansari, Ali, Esaeefreshi, Mohammad & Hosseini, Seyedmilad, (2013). Analysis of the legal structure of self-regulatory institutions in the Iranian capital market with a comparative study in the US legal system, *The Financial Research*, No. 15(2), pp. 149-160. (in Persian)

References In English

- [1] Ackerly, T, Dana, J. Pan & Eric J. (2002). Dual listing securities in Europe and the united states, Covington & Burling, Washington, D.C., U.S.A.
- [2] African market. (2019). <https://www.african-markets.com/en/stock->

- markets/egx/egypt-bahrain-stock-exchanges-sign-cross-listing-agreement. Paris, France. Watched at 20190815.
- [3] Armour, J., Bengtzen, M., & Enriques, L. (2017). Investor Choice in Global Securities Markets. , <http://www.law.columbia.edu>
 - [4] Beny, L. N. (2005). Do insider trade laws matter? Some preliminary comparative evidence. *American Law and Economics Review*, 7(1), 144-183.
 - [5] Bookman, J. (2017). <https://www.securitieslitigation.blog/2017/08/dual-listed-companies-beware/>. Norton Rose Fulbright, Canada. 20190711.
 - [6] Brummer, C. (2008). Stock exchanges and the new markets for securities laws. *The University of Chicago Law Review*, 75(4), 1435-1491.
 - [7] Carpentier, C., L'Her, J. F., & Suret, J. M. (2008). Competition and survival of stock exchanges: lessons from Canada. *Review of Pacific Basin Financial Markets and Policies*, 11(02), 255-286.
 - [8] Carson, J. (2011). Self-regulation in securities markets. The World Bank. WPS5542, Policy research working paper.
 - [9] Chemmanur, T. J., & Fulghieri, P. (2006). Competition and cooperation among exchanges: A theory of cross-listing and endogenous listing standards. *Journal of Financial Economics*, 82(2), 455-489.
 - [10] Cheng, B., Srinivasan, S., & Yu, G. (2014). Securities litigation risk for foreign companies listed in the US.
 - [11] De landsheere, Janathan (2011). 21st century benefit of ADR-listing: an ending story. Thesis, Faculty of law, Tilburg University, Dpt. International Business law.
 - [12] Emma de, R. (2015). <https://www.regulationtomorrow.com/asia/iosco-public-consultation-on-cross-border-securities-regulation/> Norton Rose Fulbright Canada 20190519.
 - [13] Enriques, I & Troger, Tobias. (2007). European corporate governance institute, issuer choice in Europe, Working paper N. 90/2007
 - [14] Erkan, Huseyin. (2005) Areas of cooperation among stock exchange of OIC countries, executive vice chairman, Istanbul stock exchange.
 - [15] EU press (2014). 'Upgrading EU financial regulatory cooperation with the United States' at http://ec.europa.eu/newsroom/fisma/itemlongdetail.cfm?item_id=33100. EU. 20190615.
 - [16] Evans, R.N. & Pinedo, Anna, T. capital markets in United States: regulatory overview. Morrison & Foerster LLP. Global. *Practical law*. Com/ 9-501-3333
 - [17] Fan, Z. (2014). The long-run effect of cross-listing on firms: Evidence from China (Doctoral dissertation, Auckland University of Technology).
 - [18] Fischel, D. R., & Grossman, S. J. (1984). Customer protection in futures and securities markets. *Journal of Futures Markets*, 4(3), 273-295.
 - [19] Foucault, T., & Menkveld, A. J. (2008). Competition for order flow and smart order routing systems. *The Journal of Finance*, 63(1), 119-158.
 - [20] Gerakos, J, Lang, M., & Maffett, M. (2011). Listing choices and self-regulation: The experience of the AIM.
 - [21] Guseva, Y. (2012). Cross-listings and the new world of international capital: Another look at the efficiency and extraterritoriality of securities law. *Geo. J. Int'l L.*, 44, 411.
 - [22] Halling, M., Pagano, M., Randl, O., & Zechner, J. (2007). Where is the market?

- Evidence from cross-listings in the United States. *The Review of Financial Studies*, 21(2), 725-761.
- [23] Hemel, Daniel (2011). Issuer Choice after Morrison. *Yale Journal on regulation*, Volume 28. Issue2
- [24] IOSCO technical committee. (2006). Regulation of remote cross-border financial intermediaries. International Organization of Securities Commissions, Madrid, Spain
- [25] IOSCO Technical Committee. (2006). Regulatory issues arising from exchange evolution. International Organization of Securities Commissions, Madrid, Spain.
- [26] IOSCO (2002). <https://www.iosco.org/about/?subsection=mmou>. Spain. Watched at 20190409.
- [27] IOSCO (1998). International disclosure standards for cross-border offering and initial listing by foreign issuers, Spain.
- [28] KAROLYI, G,A (2006), "The World of Cross-Listings and Cross-Listings of the World: Challenging Conventional Wisdom", *Review of Finance*, 10, pp. 99–152.
- [29] Koh, Y. (2012). Economic consequences of involuntary cross-listing of US restaurant companies on the Frankfurt open stock market in Germany. Temple University.
- [30] Lang, M., K. V. Lins & D. Miller (2003) ADRs, analysts and accuracy: Does cross listing in the U.S. improve a firm's information environment and increase market value? *Journal of Accounting Research*, 41, 317–45
- [31] Licht, A. N. (2003). Cross-listing and corporate governance: Bonding or avoiding? *Chicago Journal of International Law*, 4(1), 122-141.
- [32] Lipson, M. (2003). Competition among market centers, University of virginia
- [33] Litvak, K. (2007). The effect of the Sarbanes-Oxley Act on non-US companies cross-listed in the US. *Journal of corporate Finance*, 13(2-3), 195-228.
- [34] Liu, Clark & Seasholes, Mark S. (2011) Dual-Listed Shares and Trading. In SSRN Electronic Journal. DOI: 10.2139/ssrn.2022556.
- [35] Miao, Y. (2012). Oversea Listing and State-owned Enterprise Governance in China: Role of the State. Harvard Law School. Harvard University. April.
- [36] Moneyland (2019). <https://www.moneyland.ch/en/secondary-listing-definition>. Swiss watched at 20190809.
- [37] Mu, J. (2014). Firms' Choices to Cross-list Stocks on the US and the UK Markets: An Earnings Quality Perspective (Doctoral dissertation, ResearchSpace@ Auckland).
- [38] Nasdaq (2019). http://nasdaq.cchwallstreet.com/NASDAQTools/PlatformViewer.asp?searched=1&selectednode=chp_1_1_4_3_4_5&CiRestriction=dual&manual=%2FNASDAQ%2FMain%2Fnasdaq-equityrules%2FUSA
- [39] Nasdaq (2019). <https://business.nasdaq.com/mediacenter/pressreleases/1630394/nasdaq-and-sgx-establish-collaborative-listings-agreement> USA, watched at 20190719.
- [40] Nasdaq (2015). The Nasdaq listing rule. <https://listingcenter.nasdaq.com/rulebook/nasdaq/rules>. USA. Watched at 20190205.
- [41] NewYork Stock Exchange. (2019) www.NYSE.com USA. Watched at 20190201.

-
- [42] Petrella, G. (2010). MiFID, Reg NMS and competition across trading venues in Europe and the USA. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 18(3), 257-271.
- [43] Practical law-ThomsonReuters (2019). [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-107-7215?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-107-7215?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1). United-Kingdom. watched at 20190803
- [44] Reiter N. (2017) Investor communication and the benefits of cross-listing, Doctor of philosophy business administration in the university of Michigan.
- [45] Ribstein, L. E. (2005). Cross-listing and regulatory competition. *Review of Law & Economics*, 1(1), 97-148.
- [46] Roosenboom, P, & Van Dijk, M. A. (2009). The market reaction to cross-listings: Does the destination market matter? *Journal of Banking & Finance*, 33(10), 1898-1908.
- [47] Securities Exchange Commission (2019). <https://www.sec.gov/fast-answers/answerslistinghtm.html>. USA. Watched at 20190319.
- [48] Securities Exchange Commission. (1934). Securities Exchange Act of 1934, USA.
- [49] Seigel, J., 2005, Can foreign firms bond themselves effectively by submitting to U.S. Law? *Journal of Financial Economics*, 75, 319–359
- [50] Stewart, J. T (2015). A Review of Market Segmentation and Inefficiencies of the Chinese Stock Market. *International Journal of Finance & Banking Studies*, 4(4), 18.
- [51] Serra, A. P. (1999). Dual-listings on international exchanges: the case of emerging markets' stocks. *European Financial Management*, 5(2), 165-202.
- [52] Wallstreet journal (2019) http://wallstreet.cch.com/LCMTTools/PlatformViewer.asp?selectednode=chp_1_2_3&manual=%2F1cm%2Fsections%2F1cm-sections%2F USA. Watched at 20190318.
- [53] Wanjiru, C. K. (2013) *The relationship between cross listing and liquidity: a study of shares cross listed in the east African securities exchanges*. Unpublished MSc project, University of Nairobi.

Establishing Causation in civil liability lawsuits derived from violation of the securities market disclosure requirements (with a comparative study of US and French law)

Mohsen Shamsollahi¹

P.h.d , University of Judicial Sciences

Received: 27/06/2019

Accept: 23/10/2020

Extended Abstract

Introduction

Non-compliance with the disclosure requirements in the securities market incurs losses to investors such as the denial of informed decision making and stock trading at artificial (inflationary) prices. Causation between the harmful act and the loss is one of the main elements of civil liability, and compensation of investors' losses is subject to causal relationship between the breach of the securities disclosure requirements and the loss suffered. However, there are numerous factors affecting investor decision making and the price of securities and it is not possible to determine what part of the price change is due to the violation of these requirements. This is the main reason that in Iranian Law Article 43 of the Securities Market Act (in relation to the primary market) has not been enforced until now, and in practice, despite widespread violations of disclosure requirements in recent years, the losses derived from violating of these requirements has not been compensated. Therefore, this article will examine the comparative approach to the question of what strategies are available to facilitate establishment of causation in civil liability cases for violation of the legal requirements regarding information disclosure. In summary, it seems likely to be helpful in these lawsuits providing a judicial or legal presumption about the causation between securities price differences over a specific period of time and violation of the disclosure requirements.

Theoretical framework

given the specific characteristics of the securities markets (where there is a risk and probability with a significant role, and always a degree of uncertainty), and the particular conditions for Civil liability (such as the need for a certain loss and the need to establish a certain causal link between the harmful act and the harm), the possibility of applying civil liability rules for compensating the damages caused by the violation of disclosure requirements is Doubtful. In this article we want to

1 -E-mail: m.shamsollahi@alumni.ut.ac.ir

examine the legal ways for establishing a causal connection between violation of the disclosure requirements and the loss of investors.

Methodology

The research methodology of this paper is an analytical method and the subject will be studied comparatively (both in French and US law) in order to discover the legal ways for establishing a causal connection between violation of the disclosure requirements and the loss of investors.

Results & Discussion

The application of civil liability rules in these cases is faced with legal barriers, mainly due to the difficulty of proving the causation between violation of the disclosure requirements and the loss of investors. In fact, what is related to civil liability is that failure to comply with information disclosure requirements has led to a loss to the investor, and in cases where the investor has suffered losses from adverse market conditions, this loss will not be recoverable. So, the main problem with civil liability is that it can't be determined how much the damage inflicted on the investor results from a breach of the disclosure requirements and how much of this loss derives from the venture risk. This will be a serious obstacle to obtaining a causal relationship in these cases.

Conclusions & Suggestions

For resolving legal problems against civil liability derived from violation of legal disclosure requirements in the securities market, it is necessary to anticipate certain mechanisms such as establishing the presumption of a causal relationship. So, concerning the establishment of a causal relationship and a certain loss I will propose a presumption upon which in the event of a breach of the legal requirements of the disclosure of information, all price changes that occur on the date of disclosure of incorrect information are caused by false information.

In contrast, in Iranian law despite French law, it does not seem possible to apply the theory of loss of opportunity in these cases. This is because the theory of loss of opportunity in Iranian law is a nascent theory and has not yet been accepted by the legislature or the judiciary. So the acceptance of a particular interpretation of this theory in civil liability claims for breaches of information disclosure requirements based on the loss of an abstract opportunity seems far-fetched in Iranian law. In particular, the application of this theory to the disputed claims in French law itself has been severely criticized in various respects, such as its inconsistency with the principle of full compensation.

Keywords: Keywords: Information Disclosure, Civil Liability, Fraud on the Market Theory, Theory of Loss of Opportunity

JEL Classification: K22

References(in Persian)

- [1] Ebrahimi, M. (2010). Civil Liability for Violation of Information Disclosure Requirements in Stock Trading (Comparative Study of Iranian and American Law). Stock Exchange Quarterly, No. 15, 161-189.(In Persian)

- [2] Kazemi, M.(2000), Theory of Loss of Opportunity in Civil Liability. Journal of the Faculty of Law and Political Science, 53, 185-229. .(In Persian)
- [3] Shamsollahi, M. (2020), Securities Law, Mizan Publishing, Tehran, (in persian)

References(in English)

- [1] Sawtelle , S. D. (2011). *Securities Fraud Liability of Secondary Actors*. Washington: DIANE Publishing.
- [2] Ayres, I. (1991). Back to Basics: Regulating How Corporations Speak to the Market. *Virginia Law Review* , 77 (5), 945-999.
- [3] Basic Inc. v. Levinson, 86-279. (Supreme Court of United States. March 7, 1988).
- [4] Bohn, James, and Stephen Choi. "Fraud in the New-Issues Market: Empirical Evidence on Securities Class Actions." *University of Pennsylvania Law Review* 144 (1996): 903-984.
- [5] Chabas, F. (2000). *Obligations : théorie générale* (9 ed., Vols. Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud). Paris: L.G.D.J.
- [6] Cornell, B., & Morgan, R. G. (1989). Using finance theory to measure damages in fraud on the market cases. *UCLA L. Rev.* , 37, 883-923.
- [7] Cornu, G. (1990). *Vocabulaire Juridique*. Paris: Presses Universitaire de France.
- [8] COURET, A., FIELD, B., SCHMIDT, D., FRANCOIS, B., DECKERT, K., de LA COTARDIERE, A., et al. (2013). *QUELLES STRATEGIES FACE AUX ABUS DE MARCHE ? Réparer, transiger, sanctionner*. paris: Colloque du 27 novembre 2013.
- [9] Cox, J. D. (1997). MAKING SECURITIES FRAUD CLASS ACTIONS. *ARIZONA LAW REVIEW*, VOy. 39 , 497-525.
- [10] Fisch, J. E. (2009). Cause for Concern: Causation and Federal Securities Fraud. *IOWA LAW REVIEW* , 94, 810-873.
- [11] Fisch, J. E. (2009). CONFRONTING THE CIRCULARITY PROBLEM IN PRIVATE SECURITIES LITIGATION. *WISCONSIN LAW REVIEW* , 264-283.
- [12] Fischel, D. R. (1989). EFFICIENT CAPITAL MARKETS, THE CRASH, AND THE FRAUD ON THE MARKET THEORY. *CORNELL LA W REVIEW* , 74, 907-924.
- [13] FOX, M. B. (2009). CIVIL LIABILITY AND MANDATORY DISCLOSURE. *COLUMBIA LAW REVIEW*, VOL. 109 , 237-308.
- [14] Fox, M. B. (1999). RETAINING MANDATORY SECURITIES DISCLOSURE: WHY ISSUER CHOICE IS NOT INVESTOR EMPOWERMENT. *Virginia Law Review* , 5-76.
- [15] GATCHOUP TCHINDA, D. (2013). DROIT COMMUN DE LA RESPONSABILITE CIVILE ET INDEMNISATION DES VICTIMES DES PREJUDICES NES D'INFRACTIONS BOURSIERES : LE CAS DU CAMEROUN. *La Revue de l'ERSUMA*, Numéro 3 , 9-30.
- [16] Georgakopoulos, N. L. (1995). Frauds, Markets, and Fraud-on-the-Market: The Tortured Transition of Justifiable Reliance from Deceit to Securities Fraud. *UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW* , 49, 670-731.
- [17] Goldberg, J., & Zipursky, B. (2013). The Fraud-on-the-Market Tort. *VANDERBILT LAW REVIEW* , 66 (6), 1755-1806.
- [18] Huddleston v. Herman & MacLean, No. 79-3712. (United States Court of Appeals, Fifth Circuit. Unit A March 9, 1981).

-
- [19] KLEIN, J. (2014). *L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE FINANCIER DE L'INVESTISSEUR DANS LES SOCIÉTÉS COTÉES*. Paris: le club des juristes.
- [20] LAY, S. (2004). *PERTE D'UNE CHANCE ET DROIT DES MARCHES FINANCIERS*. STRASBOURG : Mémoire présenté en vue de l'obtention du D.E.A de droit des affaires, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN-STRASBOURG III.
- [21] Macey, J. R., & Miller, G. P. (1990). Good Finance, Bad Economics: An Analysis of the Fraud-on-the-Market Theory. *Stanford Law Review* , 42 (4), 1059-1092.
- [22] Maudouit, Annie. *OBLIGATION D'INFORMATION ET RESPONSABILITE DES INTERMEDIAIRES FINANCIERS*. Paris: Université Panthéon-Assas Paris II, Master 2 Professionnel Droit des Affaires, 2008.
- [23] Prorok, J. (2016). *La responsabilité civile sur les marchés financiers*. PARIS : Thèse de doctorat en droit à l'Université PANTHEON-ASSAS (PARIS II).
- [24] ROUSSEAU, S. (2009). Etude du recours statutaire en responsabilité civile pour le responsabilité civile pour le marché secondaire des valeurs mobilières au Québec. *43 Revue Juridique Thémis* , 709-775.
- [25] Schlick v. Penn-Dixie Cement Corporation , 1009, Docket 73-2677 (Court of Appeals, 2nd Circuit October 31, 1974).
- [26] TELLIER, M. (2013). LA PERTE D'UNE CHANCE DE CONTRACTER OU DE NE PAS CONTRACTER. *Revue de Jurisprudence commerciale*, No. 4 , 1-9.
- [27] Thévenoz, L. (2008). Information, conseil, mise en garde: risques et responsabilité dans les opérations sur valeurs mobilières. In L. Thévenoz, & C. Bovet, *Journée 2007 de droit bancaire et financier* (pp. 19-57). Genève: Schulthess,.
- [28] Thorsen, M. S., Kaplan, R. A., & Hakala, S. (2006). REDISCOVERING THE ECONOMICS OF LOSS CAUSATION. *J. Bus. & Sec. L.* , 93 (6), 93-126.
- [29] VALANCE, L. (2007). *L'indemnisation des victimes d'infractions boursières*. Paris: Université du Panthéon-Assas (Paris II).
- [30] Ventura, I. (2015, mai 11). *Préjudice boursier et recours*. Retrieved December 11, 2017, from <http://www.peeters-law.be/documents/analyse-items/87-civil-liability-for-disclosure-violation.xml?lang=fr>
- [31] Viney, G., & Jourdain, P. (1998). *Les conditions de la responsabilité*. Paris: L.G.D.J.

Economic Analysis of the Transaction Intended to Escape from Payment in the Iranian Legal System

Pejman mohammadi¹

Professor in private and in public law, faculty of law, Tarbiat modarres University, Tehran Iran

Mohabbat Mozafari²

Ph.D. candidate in Private Law, University of Tehran, Iran

Narges Keshavarz Bahadori³

Ph.D. Candidate in International Arbitration, University of Lausanne, Switzerland

Received: 11/02/2020

Accept: 06/10/2020

Extended Abstract

Introduction

Economic analysis of law is globally recognized in all the main legal systems. This approach is specially known to be efficient in the common law countries. In the contrary, in civil law countries such as Iran, where the judgments must be backed by legal provisions, the role of economic analysis of law appears to be less important. Despite this fact, these analyses are of paramount importance in the legislation phase or in the fields where the judges have a wider margin of appreciation such as in contracts.

Theoretical frame work

One of the important issues that can be tackled with the economic analysis of law is the transaction intended to escape from payment. In these transactions, debtors hold the real intention to conclude the contract, but the motivation of their conduct is to escape from the payment of their debts.

Methodology

From the economic point of view, sometimes third parties are affected by the contract. Although not having been considered in the estimated transaction costs and benefits, these effects can influence the welfare of the society either positively or

1- P.mohamadi@modares.ac.ir

2- mohabbat.mozafari@gmail.com

3- n.keshavarz44@gmail.com

negatively. In economics, these unaccounted effects are known as "externalities". Since, from the microeconomic point of view, the markets are competitive, such externalities can result in the market failure. Transactions intended to escape from payment are one of the main examples of these contracts that can influence potential third parties. The creditors may in fact be the third parties to this type of contracts, which thereby causes them externality. This situation can become even more complicated and vague when there is an asymmetric information distribution or access between the parties, which can in turn bring about the opportunism, too.

Results & Discussion

There exist some laws and provisions that deal with the transactions intended to escape from payment. Amongst the relevant provisions, article 21 of the procedure of financial penalties enforcement enacted in 2015 and the uniform judicial precedent rendered in 2020 related to the aforementioned issue are of paramount importance. Taking these laws and provisions into account, the main question that arises here is whether these available rules, provisions and jurisprudences regarding the transactions intended to escape from payment are effective and sufficient if one takes an economic point of view.

Although there exists a relatively good literature on this issue, including "Protection of Creditors against Contracts with Intention of Escape from Payment of Their Debts In Iran and France's Legal Systems" in 2012 by Qaboli Derafshani et al. and "The Economic Rights of Trade Creditors in Order to Avoid Debt" in 2013 by Saberi et.al., the adopted economic approaches are not sufficient or not in accordance with the current changes of the law. Therefore, conducting a new and thorough research on the different aspects of the formation of such contracts and their validity as well as adopting the best fit economic approach to analyze the adequacy of the existing law and provisions and their efficiencies are inevitable. In order to answer the aforementioned questions, the research methodology adopted in the present study will be mainly desk-based and the results will be synthesized using qualitative and descriptive research methods. In this regard, the authors will first examine the transaction intended to escape from payment from a general point of view. In the second place, each principal element for the formation and validity of such contracts will be economically analyzed separately and thoroughly. It should be noted that the present study will not consider the economic analysis of the criminal, as it needs to be addressed in a separate paper.

Conclusions & Suggestions

the research show that there are two types of solutions to deal with the effects caused by the transactions intended to escape from payment. The first one is the private solution. Through this solution, parties shall try to settle their dispute by means of negotiations and / or renegotiations. If the negotiations are vain, then the second solution, namely the public solution, comes to play. By means of such solution, parties shall bring their case before the court for judgment. If such contracts are considered as enforceable, there would be the possibility to recognize their validity, however, if they are considered as incomplete, such possibility does not exist as their legal life is not fully formed.

In addition, it is noted that the cost of applying article 21 of the procedure of financial penalties enforcement enacted 2015, which is applicable in the case of the transaction intended to escape from payment, is normally very high for the creditors. This clearly renders such a solution economically inefficient. The other drawback of

this article is the fact that the good faith of the counter party of the debtor in the transaction intended to escape from payment also can play a role; however, by adopting such an approach in reality, the debtor will benefit from the transaction and prejudice the creditors.

Overall, the authors are of the opinion that despite the numerous economically important provisions, these solutions are not effective enough to deal with such transactions in the Iranian legal system.

Key words: Transaction Intended to Escape from Payment, Economic Analysis, Efficiency, Externality, opportunism.

JEL classification: K11, K15

Reference In Persian

- [1] Ansari, Mahdi, (2011), *Economic analysis of the Law of the Contracts*, Tehran, Javdaneh publications.
- [2] Badini, Hasan, (2013), *Philosophy of the Civil Responsibility*, Tehran, Enteshar Co. Publications.
- [3] Mankiew, Gregory,(2008), *Principles of Economics*, Translated by. Hamidreza Arbab, Tehran, Nay Publication.

Reference In English:

- [1] Coleman, J. L. (1979). Efficiency, utility, and wealth maximization. *Hofstra L. Rev.*, 8, 509.
- [2] Hermalin, B. E., Katz, A. W., & Craswell, R. (2006). *The Law and economics of contracts*.
- [3] Ott, C., & Schäfer, H. B. (2004). *The economic analysis of civil law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.

Criminal Functions of Virtual Currencies: Criminological Analysis and Preventive Approaches

Ali Saffari¹

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University

Razieh Saberi²

PhD in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, & Researcher of Shahr e Danesh Legal Research Institute

Aref khalili Paji³

PhD student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University

Received: 18/03/2020

Accept: 01/10/2020

Extended Abstract

Introduction

Money in the sense of a tool for exchange has a long history. The use of commodity money, mintage of metal coins, the printing of gold-backed banknotes, and finally the formation of unsupported banknotes can be considered as a summary of the evolution of money in national and transnational monetary systems. The current monetary system was established in all countries after the transition to the Bretton Woods system and the formation of "unsupported money". Despite the development of commercial and economic capacity in the area of the new order emerging from the global economy, this order has always been the focus of fundamental criticism by critics of the status quo because of its harmfulness. Inflationary nature of unsupported money, lack of intrinsic value, ill distribution policies and its transformation into a tool in the hands of governments to impose policies that have detrimental consequences for the middle and poor class people, mismanagement of existing regulators leading to economic crises, the negative consequences of which are also borne by the mentioned class, form the axis of criticism of the new monetary order. Altogether, these form a range of ideas, from reforming while

1- alisaffary2020@gmail.com

2- raziehsaberi@yahoo.com

3- arefkhalilipaji@gmail.com

maintaining the existing structure to transformational and revolutionary ideas to overthrow the existing order and to establish a new alternative. Hence, the provision of models to modify the status quo or to replace it, at least at the academic level, has been a topic for debate. The economic crisis of 2008 and the introduction of the new technology of "Bitcoin" as an alternative or virtual currency, with the function of money or payment system, paved the way for the creation of new dimensions that a year later, i.e. in 2009, with the beginning of its use, has attracted more and more attention which necessitate the need to change the current situation.

Theoretical frame work

Virtual currencies can be considered as influential actors and messengers of fundamental developments and changes in the field of technological exchanges, which with the completion of the independent financial chain, on the basis of blockchain technology, has rung the alarm for a new stage of democracy in the context of financial democratization. Consequently, the various dimensions of this technology, obvious and hidden features of Bitcoin and its various capacities have been the subject of political, economic, legal and criminological discussion. In each of these fields, thinkers have evaluated this emerging technology from their own point of view and expertise, in terms of its different use, functionality and capacity. In this context, the unique features of virtual currencies intriguing different criminal activities have been considered by researchers in criminal law and cyber criminology. Traditionally, research on cyberspace from a legal and criminological point of view indicates the existence of features that have always made this space a suitable platform or an effective means of committing a crime. Virtual currencies are also used as a technological tool in the virtual space context. In this regard, the unique features of this technology and its combination with some other technologies in the context of cyberspace have created additional attractions that have attracted the attention of criminals more than ever.

Methodology

The present paper tries to offer a comprehensive criminological analysis of the important dimensions of virtual currencies by a deep and critical review of the existing literature based on some existing theories with descriptive and analytical methods. The review includes studying the scope of criminal activities related to virtual currencies and attractive criminal features of this technology. An analysis of criminological etiology and providing preventive solutions against criminal risks of virtual currencies is another dimension of this study.

Results & Discussion

The salient features of virtual currency technology; such as flexibility and anonymity of identity, the potential to be used transnationally, in addition to facilitating exchanges and conventional uses, can lead to potential and actual criminal activities. To be concise, virtual currency as a service, facilitates delinquency, increases the number of ways by which delinquent activities can be committed and can create new types of delinquency. Thus, the benefits of virtual currencies, along with all their positive functions, can lead to significant challenges for those involved in, or in charge of the criminal justice system. In this context, the

attractiveness of virtual currencies has created an opportunity for criminals to carry out their criminal activities with greater ease and security. Individuals identified as dangerous or high-risk in society can easily replace virtual currencies, as a technological tool that is outside the control of governments, by traditional financial services and instruments, which are explicitly included in the regulatory body, hence reducing the risk of crime detection and increasing the likelihood of a crime being committed successfully. This means that illegal funds or the purchase of goods and services from criminal markets will form easier and securer instruments which, in turn, provides grounds to improve criminal methods.

Therefore, despite all the benefits of using virtual currencies, one should not forget negative potential, particularly criminal risks associated with it. This is because cryptocurrencies along with some advantages, are also actively used in criminal activities.

Conclusions & Suggestions

Few suggestions are made to reduce the criminal effects of virtual currencies. These include legal recognition and determination of the nature of virtual currencies as an asset, providing a specific tax model for virtual currencies, development of hardware and software infrastructure necessary for the safe and controlled presence of virtual currency operators, and finally, continuous monitoring of a system of informing, warning and raising public awareness of the criminal dangers of virtual currencies.

Key words: Virtual currency, Bit coin, Criminological study, Legislation, prevention.

JEL Classification: K14

References (in Persian):

- [1]: Kheradmand, Mohsen (2019), Jurisprudential study of extraction and exchange of cryptocurrencies with focus on bitcoin network, Journal of Islamic Economic Knowledge, 10th year, No. 2, pp. 109-124. (In Persian)
- [2]: Khalili Paji, Aref (2019), Feasibility Study of Terrorist Financing in the Light of Virtual Currencies, Collections of the International Conference on the Legal Dimensions of the Terrorism Criminological, First Edition, Tehran, Allameh Tabatabai University Press, pp. 113-134. (In Persian)
- [3]: Mahmoudi, Asghar (2019), Analysis of Virtual Currencies in the Light of Jurisprudence, Law and Comparative Studies, Quarterly Journal of Private Law Studies, Volume 49, Number 3, pp. 503-522. (In Persian)
- [4]: Miri Lavasani, Somaieh Sadat¹ Heidary, Bahareh² Razmjoo, Ali Akbar & Razmjoo, Mohadeseh (2019), A Study of the Legal Status of the National Digital Currency, Journal of New Achievements in Humanities Studies, Second Year, No. 13, pp. 72-81. (In Persian)
- [5]: Naderi, Ebrahim & Shahir, Leili (2018), Market and Capital Analysis from the Conversion of Digital Currencies: Digital Currencies Are the End to the Sovereignty of the Dollar, No. 96, pp. 88-90. (In Persian)
- [6]: Pouyan Mokhtari arrested / Interpol will extradite Pouyan Mokhtar to Iran after his arrest ?, News ID: 78885, dated 10/5/2020. In: www.saednews.com(In

Persian)

- [7]: 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)
- [8]: Sabooripour, Mehdi (2019), *Rationality in committing a crime*, Tehran, Mizan, first edition. (In Persian)
- [9]: Seyed Hosseini, Mir Meysam & Doaei, Meysam (2014), *Bitcoin, the first virtual money*, Tehran, published by the Stock Exchange Organization. (In Persian)
- [10]: Shamloo, Baqir & Khalili Paji, Aref (1399), Virtualization of white-collar delinquency in the light of virtual currencies, *Legal Journal of Justice*, Volume 84, Number 110, pp. 41-73. (In Persian)
- [11]: Siegel, Lari (2006), *Criminology*, translated by Yashar Seif Elahi, first edition, Law Enforcement Publications of the Islamic Republic of Iran. (In Persian)
- [12]: Soleimanipoor, Mohammad Mehdi; Soltaninejad, Hamed & Pourmotahar, Mehdi (2017), *Jurisprudential study of virtual money*, *Islamic Financial Research Quarterly*, Year 6, Number 2, pp. 167-192. (In Persian)
- [13]: Wald, George; Bernard, Thomas & Snipes, Jeffrey (2009), *Theoretical Criminology*, translated by Ali Shojaei, third edition, Samat Publications. (In Persian)
- [14]: www.group-ib.ru/media/gib-cryptosummary Seen in: 05.04.2020
- [15]: www.inhope.org/tns/resources/statistics Seen in: 24.04.2020
- [16]: www.iranhoshdar.ir/ Seen in: 15.05.2020
- [17]: www.cbi.ir/showitem/ Seen in: 09.04.2020
- [18]: www.alef.ir/news Seen in: 09.04.2020
- [19]: www.extremism.gwu.edu Seen in: 27.05.2020

References (in English):

- [1]: Albrecht, Chad; Duffin, Kristopher; Hawkins, Steven & Rocha, Victor (2019), The use of cryptocurrencies in the money laundering process, *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 22, No.2, pp. 210-216.
- [2]: Apriliani, Muttaqim (2019), Analysis of The Probability of Money Laundering Crimes toward the Development of Crypto-currency Regulations in Indonesia, *Indonesian journal of criminal law studies*, 4(1), pp. 29-40.
- [3]: Boehm, Franziska & Pesch, Paulina (2014), Conference Paper, International Conference on Financial Cryptography and Data Security, pp. 43-56. Available in: <https://www.tib.eu/en/search/id/BLSE%3ARN363392476/>.
- [4]: Brenig, C., Rafael, A., & Muller, G. (2015). Economic analysis of cryptocurrency backed money laundering. ECIS 2015 Completed Research Papers. Paper 20. Retrieved October 25, 2018, from http://aisel.aisnet.org/ecis2015_cr/20-
- [5]: Brown, David (2016), Cryptocurrency and criminality: The Bitcoin opportunity, *The Police Journal: Theory, Practice and Principles*, Vol. 89(4), PP. 327–339.
- [6]: Doguet, Joshua (2013), The Nature of the Form: Legal and Regulatory Issues Surrounding the Bitcoin Digital Currency System, *Louisiana Law Review*, vol. 73, pp. 1119-1153.
- [7]: Dyson, Simon; Buchanan, William & Bell, Liam (2019), The Challenges of Investigating Cryptocurrencies and Blockchain Related Crime, pp.1-6. Available

- in: <https://arxiv.org/pdf/1907.12221.pdf>
- [8]: FATF (2019), VIRTUAL ASSETS AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS, GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH.
- [9]: Goldman, Zachary; Maruyama, Ellie; Rosenberg, Elizabeth; Saravalle, Edoardo & Solomon-Strauss, Julia(2017), Terrorist use of virtual currencies, CNAS Publication, Washington.
- [10]: Higgins, S. (2016, February 22). California bankruptcy judge says bitcoin is property, not currency. Coindesk. Retrieved April 2, 2018, from <https://www.coindesk.com/bankruptcy-judge-bitcoin-property-currency/>
- [11]: Hutchings, Alice(2016). Cybercrime trajectories: An integrated theory of initiation, maintenance and desistance. In T. Holt (Ed.), Crime online: Correlates, causes, and context (3rd ed., pp. 117–140). Durham: Carolina Academic Press. Available in: <https://www.cl.cam.ac.uk/~ah793/papers/2016trajectories.pdf>
- [12]: Ivantsov, Sergey; Sidorenko, Elina; Spasennikov, Boris; Berezkin, Yuri & Sukhodolov, Yakov (2019). Cryptocurrency-related crimes: key criminological trends, Russian Journal of Criminology, vol. 13, no. 1, pp. 85–93.
- [13]: Jaishankar, Karuppannan(2007), Establishing a Theory of Cyber Crimes, International Journal of Cyber Criminology, Vol 1, Issue 2, pp. 7-9.
- [14]: Jaishankar, Karuppannan(2008), Space Transition Theory of Cyber Crimes, In book: Crimes of the Internet, Publisher: Pearson, Editors: Frank Schmallegger, Michael Pittaro, pp.283-301. Available in: <https://www.researchgate.net/publication/321716315>.
- [15]: Jaishankar, Karuppannan(2019), Cyber Criminology and Space Transition Theory: Contribution and Impact, pp. 101-110. In: Chapter 3. Cybercrimes, cybercriminals and cybervictims. Available in: <https://www.researchgate.net/publication/332550803>.
- [16]: Kethineni, S., Cao, Y., & Dodge, C. (2018). Use of bitcoin in darknet markets: Examining facilitative factors on bitcoin-related crimes. American Journal of Criminal Justice, 43, pp. 141–157.
- [17]: Kethineni, Sesha & Cao, Ying(2019), The Rise in Popularity of Cryptocurrency and Associated Criminal Activity, International Criminal Justice Review, pp.1-20. Available in: <https://doi.org/10.1177/1057567719827051>.
- [18]: Kfir, Isaac(2020), Cryptocurrencies, national security, crime and terrorism, Comparative strategy, vol. 39, NO. 2, pp.113–127.
- [19]: Kirkpatrick, Katherine; Savage, Christine; Johnston, Russell & Hanson, Matthew (2019), Virtual currency in sanctioned jurisdictions: stepping outside of SWIFT, Journal of Investment compliance, vol. 20, no. 2, pp.39-44.
- [20]: Korennaya, Anna & Tydykova, Nadezhda(2019), Crypto currency as an object and instrument of committing crime, Russian Journal of Criminology, vol. 13, no. 3, pp. 408–415.
- [21]: Lester, C. (2017, January 9). Terrorists use bitcoin and PayPal in Indonesia, AML official claims. CCN.com. Retrieved September 30, 2018, from <https://www.ccn.com/terrorists-use-bitcoin-and-paypal-in-indonesiaagency-official-claims/>
- [22]: Liu, Weiyi; Liang, Xuan & Cui, Guowei(2020), Common risk factors in the returns on cryptocurrencies, Economic Modelling Journal, vol. 86, pp. 299-305.
- [23]: Lockett, Nick(1999), Legal perspectives on digital money in Europe, European

- Business Review, Volume 99, Number 4, pp. 235-241.
- [24]: Naheem, Mohammed Ahmad(2018), Regulating virtual currencies—the challenges of applying fiat currency laws to digital technology services, *Journal of Financial Crime*, Vol. 25, No. 2, pp. 562-575.
- [25]: O’Keeffe, D. (2018, July 19). The pointlessness of state-backed cryptocurrencies. *Crypto disrupt*. Retrieved October 15, 2018, from <https://cryptodisrupt.com/the-pointlessness-of-state-backed-cryptocurrencies/>
- [26]: Panda, A. (2018, February 28). Cryptocurrencies and national security. Council on Foreign Affairs. Retrieved September 30, 2018, from <https://www.cfr.org/backgroundunder/cryptocurrencies-and-national-security>.
- [27]: Raskin, Max(2013), Meet the Bitcoin Millionaires, *Bloomberg Businessweek*, Available in: <https://www.realclearpolitics.com/2013/04/15>.
- [28]: Redo, Slawomir(2012), *Blue criminology (The power of the United Nations ideas to counter crime globally)*, HEUNI Publication.
- [29]: Sereda A.V.(2017), Settlements using virtual currencies in the Russian Federation: analysis of the first law enforcement experience, *Modern Lawyer*, No. 2, pp. 57–64.
- [30]: Turpin, J. B. (2014). Bitcoin: The economic case for a global, virtual currency operating in an unexplored legal framework. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 21, pp. 335–368.
- [31]: Vandezande, Niels(2017), Virtual currencies under EU anti-money laundering law, *computer law & security review*, vol. 33, pp. 341-353.
- [32]: Wood, G., & Buchanan, A. (2015). Advancing egalitarianism. In D. L. K. Chuen (Ed.), *Handbook of digital currency: Bitcoin, innovation, financial instruments, and big data* (pp. 385–402). New York, NY: Elsevier.

The Necessity of Monitoring on Privatization in Line with the Principle of Balancing Triple Interests

Mohsen Sadeghi¹

Associate Professor of Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Atefeh Ajori Ayask²

Assistant Professor of Law, Faculty of Literature and Humanities, Birjand University, Birjand, Iran

Received: 13/06/2019

Accept: 21/10/2020

Extended Abstract

Introduction

One of the essential prerequisites for success in privatization is the implementation of principles governing it. Identifying and introducing these principles to the legislator has the benefit of making legislation subject to a specific policy in the country's legal system. In privatization, according to its nature and objectives, the most important principle to be considered is the principle of monitoring. The necessity of monitoring on privatization is obvious, but what this article addresses is its analysis based on the Principle of Balance of Triple Interests; Because for the privatization to be successful, in addition to the benefit of the parties to the contract, the interests of third parties affected by the contract, including workers of the privatized companies, the consumers of the products of these companies, and on a wider scale, the general public must be considered in the assignment contracts. It is clear that the interests of the government as a party to the contract are respected, and the government has more power to secure its interests because it regulates privatization contracts. For a successful privatization, given the widespread impact of the privatization program on interests of the general public, in addition to securing the interests of the parties to the contract, interests of the general public (consumers) must also be considered. In such a way that after the transfer, goods and services are offered to the people with lower costs and superior quality and the private sector does not abuse the situation and, for example, does not create a monopoly in the market and does not distort competition. To realize this basic principle, other principles are governing privatization including the principle of monitoring, which is examined in this article.

1- sadeghilaw@ut.ac.ir

2- ajori@birjand.ac.ir

Theoretical frame work

In addition to monitoring the privatization process, the government should not forget to monitor the management of the non-governmental sector after the privatization and should monitor economic activities and their consequences. Therefore in this study, privatization monitoring is examined in two stages; The first stage is monitoring during privatization, which must be done by an independent entity to ensure its health. Ignoring this rule in the “Law on Implementation of General Policies of Principle (44) of the constitution” had had negative consequences and needs to be reconsidered. Second stage is post-privatization monitoring to ensure the implementation of the provisions of the contract by the assignee, and the desired supply of goods and services to the consumers.

Methodology

This study attempts to answer the main questions of this research based on a descriptive-analytical method and tries to analyze various related statutes and regulations with a comparative study.

Results & Discussion

One of the tools for governments to implement the principle of monitoring is the regulation and drafting of standard assignment contracts, which is also foreseen in Iran's privatization program, but it has shortages that need to be corrected. One of the most important drawbacks is the criteria of assignee competence in the privatization process and how they are achieved are ambiguous in most privatization methods and are not accepted by the monitoring systems, which need to be corrected. Another prerequisite for monitoring the implementation of privatization contracts is the provision of necessary legal guarantees. Requiring the private sector to submit activity reports at specified times after privatization, commitment to expand the firm's activities, commitment to increase the company's capital after a specified period are some of the guarantees that the government must obtain from the private sector. The stipulation of these guarantees in the law regulates the exercise of supervision. However, according to the Principle of Balance of Triple Interests, these guarantees should not be made in such a way that the investment incentives of the private sector are reduced and the sector finds itself faced with heavy and unconventional tasks; For example, the commitment that the private sector is required to retain all employees of the state-owned enterprise and to add some staff to the complex each month is an unusual obligation that is included in privatization contracts and should be reviewed.

Conclusions & Suggestions

In this paper, the basis and mechanism of its application are examined, and suggestions are provided for efficient monitoring during privatization and implementation of privatization contracts:

1. An independent entity must be assigned in the “Law on Implementation of General Policies of Principle (44) of the constitution” to monitor the privatization process.
2. The criteria for transferee competence in the privatization process must be clearly defined.
3. For drafting privatization contracts, it is also suggested to add a legal expert to the composition of the transfer board members.
4. The government must obtain appropriate legal guarantees to ensure the

implementation of privatization contracts.

Key Words: Privatization contracts, Principle of Balance of Triple Interests, Principle of Monitoring, Regulation, Standard Contract.

JEL Classification: K12, K20

References In Persian

- [1] Bhargava, Vinay & Bolongaita, Emil (2010). *Challenging Corruption in Asia*. Translated by Alireza Deyhim & Hossein Azimbeyg. Tehran: New Time.
- [2] Dadgar, Yadollah (2007). An Overview of Developments in the Field of Efficiency in Economic Literature (Theories and Applications). *Journal of Law and Politics*, 9(23), 104-142.
- [3] Kirkpatrick, C. & Parker, D. (2013). *Regulatory Impact Assessment: An Overview*. In: *Regulatory Impact Assessment: Toward Better Regulation*. Translated by: Moslem Aghaei Touq. Tehran: Khorsandi.
- [4] Langseth, P. (2008). *The Global Programme Against Corruption (UN Anticorruption Toolkit)*. Translated by Amir Hossein Jalali Farahani and Hamid Bahremand. Tehran: Islamic Parliament Research Center.
- [5] Rose-Akerman, Susan (2006). *Corruption and Government: Causes, Consequences and Modifications*. Translated by Manouchehr Sabouri, Tehran: Pardis Danesh.
- [6] Sadeghi, Mohsen (2015). Principles of Cost-Benefit-Proportionality and Implementation of Efficiency; Economic Principles Governing Legislative Policies and Its Position in the Legislation of Iranian Literary - Artistic Property Rights. *Journal of Law*, 45(4), 605-622.
- [7] Tajarlou, Reza (2010). The study of theoretical foundations of bankruptcy law in the English and American legal system. *Journal of Law and Political Science*, 40(2), 239-258.
- [8] Welsh, Dick & Formond, Olivier (2010). *Privatization: Stage to Stage (Methods and Examples)*. Translated by Management of Studies and Planning, Tehran: Privatization Organization, Third Edition.

References In English

- [1] Husin, R. (2006). *Malaysian Economic Development with emphasis on Public-Private Collaboration*. World Bank PSD Conference.
- [2] Koffman, L. & Macdonald, E. (2004). *The Law of Contract*. Oxford University Press.
- [3] Morgan, B. & Yeung, K. (2007). *An Introduction to Law and Regulation*. Cambridge University Press.
- [4] Newbery, David M. (2006). *Privatizing Network Industries, in Privatization Experiences in the European Union*. Edited by Hans-Werner Sinn. London: MIT Press.
- [5] Ramanadham, V.V. (2002). *Privatization and After (Monitoring and Regulation)*. New York: Routledge.
- [6] Salamon, Lester M. (2003). *The Tools of Government: A Guid to New Governance*. Oxford University Press.

Government intervention in unfair terms based on economic analysis of contracts

GHasem Nabizadeh Kebria¹

*Instructor, Faculty of Humanities,
Islamic Azad University, Sari Branch*

Received: 28/02/2020

Accept: 30/10/2020

Extended Abstract

For a long time, due to the specialization of affairs and the division of labor in a society, people have to communicate with each other to meet their needs. In view of these widespread and inevitable social changes, the principle of contractual freedom, which is based on assumptions such as the independence of individuals in relation to each other and their equality in contracts, has faced serious challenges. It is the duty of governments to implement this principle, while applying minimal intervention, to provide the ground for the flourishing of creativity and talent of individuals, in order to improve the welfare of individuals and, consequently, society. It is now clear that the assumption of equality and independence of persons in referring and concluding contracts with each other is closer to illusion than to reality (Kauffman and Macdonald, 2004: 4 & Aghion, 1990: 381-385).

These changes have caused the principle of contractual freedom to lose its former validity and sanctity in today's law and face serious allocations and restrictions. The main purpose of imposing these restrictions is to restore balance to contractual relations and to establish a just social order.

One of the examples of these restrictions is the establishment of "unfair conditions". In this establishment, if an obligation is deemed to be unfair in accordance with the declared legal rules, its imposed effect on the other party (generally weaker) will be removed. In fact, although under the principle of contractual freedom the obligor is bound by such a contract, in practice and according to the legislature, the obligation arising from "unfair terms" will be removed from the condition against it.

After the industrial revolution in industrialized countries and before of early years of the present century in Iran and, major changes have taken place in the social status and economic power of the parties to consumer contracts. The diversity of contracts, the complexity of markets, the specialization of knowledge of production, supply and use of goods seem to indicate the lack of complete information and reasonable choice by the weak contracting party (Mainly the consumer). Afterward the weak parties of contracts under traditional contract law have no longer been able to balance their interests and obligations under the contract and allocate the resources efficiently. (Hayek, 2003: 212) In other word, within the framework of

1- ghnk1362@gmail.com

traditional contract law and based on the principle of autonomy of contracts, most transactions or contractual terms led to the loss of the weak party and inefficient allocation of resources systematically. (Tajarlo, 2008: 206). These shortcomings in the whole world and in a few cases in Iran, led governments to intervene in these contracts in the form of new legislation about the unfair terms with the new regulations and thus seek to eliminate them. These shortcomings are in fact the disability of the traditional system of contract law to achieve the purposes of political and legal systems, which are stems from the fundamental values and intellectual traditions that govern these societies. Because of the various shortcomings in this area, governments are involved in contracts containing unfair terms based on a variety of principles, including economic efficiency (efficient resource allocation) (Aghion, 1990:382). Therefore, this article tries to study the legislator's intention to classify some obligations as "unfair terms" based on the concept of economic efficiency of contracts.

However, principles such as the principle of the rule of wills and the correctness of transactions are still fundamental principles in various legal systems of the world, but today it does not have the scope of its former territory. What has been achieved as a result of the specialization of science and services, widespread social change, and economic and transactional inequalities is the guidance of legal systems toward the delimitation of the territory and the various allocations of the above principles. Unfair terms, which are unfamiliar with the principle of freedom of contract, are one of the most important exceptions to this principle.

Identifying and guaranteeing the implementation of such obligations in law is the product of government intervention and public rules in the private contractual relations of individuals. Traditional (formalist) law, which deals only with the external aspect of contracts, cannot eliminate the defect in the market that leads to irrational or unjust choices. Therefore, the legislator's action in enacting laws should be such as to distribute the resources of the parties to the contract in accordance with their accepted obligations. This instrumentalist approach to contract law can eliminate their unjust or irrational obligations. Therefore, it seems that one of the justifying principles of government interventions in the private transaction relations of individuals, in addition to social necessities and ensuring maximum justice, is to reach effective agreements from the perspective of economic analysis of contracts.

Studying the limited cases of discussing unfair terms in domestic law, it is understood that if a contract leads to the maximum allocation of its resources to each of the parties at the lowest cost, such an effective agreement will not be subject to legislative intervention. However, it seems that governments and public forces in limiting the scope of unfair terms and, consequently, restricting the principles of validity and freedom of contracts should limit their involvement to the necessary (contract efficiency) to pave the way for the emergence of talent and capacity. Be available in the open market.

Introduction

Given the rule of free will, traditional contract law cannot always lead to efficient contracts. In unjust commitments, non-interference by the government systematically promotes the position of one over the imposition of excessive aggression on the other. The main question is whether it is necessary to limit this principle based on the economic analysis of contracts? Can the government make a mandatory regulation to adjust the obligations of the parties? Are there examples of

economic adjustments of obligations in current Iranian law?

Theoretical frame work

On the one hand, this study points to the need for government intervention in the contract and the restriction of the principle of free will in unfair terms, On the other hand, legal examples explain the interference based on the economic efficiency of the government in contracts. Finally, the assumption of the necessity of government intervention has been expressed based on the economic analysis of the obligations in the contracts.

Methodology

This study tries to explain the necessity of efficiency-based intervention by examining the drawbacks of government interference in private contracts and by examining the existing legal examples, to answer the main questions of this research based on a descriptive-analytical method.

Results & Discussion

The variety of contracts, the complexity of markets, the specialization of knowledge of production, supply and use of goods seem to indicate the lack of complete information and reasonable choice by the weak contractors (usually the consumer). Weak parties to transactions governed by traditional contract law are no longer able to balance their interests and obligations in the contract and efficiently allocate resources. Within the framework of traditional transaction law and based on the principle of freedom of contract, most transactions or contractual conditions systematically lead to the loss of the weak party and inefficient allocation of resources. These shortcomings worldwide and in limited cases in Iran, led governments to intervene in the agreements in the form of identifying unfair terms with the new regulations, and in this way seek to eliminate those shortcomings. Government interference in contracts with unfair terms is based on a number of factors, including economic efficiency (efficient resource allocation).

Conclusions & Suggestions

Identifying and guaranteeing the implementation of unfair obligations in law is the result of government intervention and public rules in the private contractual relations of individuals. Traditional (formalist) law, which deals only with the external aspect of contracts, cannot eliminate a defect in the market that leads to irrational or unfair choices. Therefore, the legislator's action in enacting laws should be such as to distribute the resources of the parties to the contract in accordance with their accepted obligations. This instrumentalist approach to contract law can eliminate their unjust or irrational obligations. Therefore, it seems that one of the justifying principles of government interventions in the private transaction relations of individuals, in addition to social necessities and ensuring maximum justice, is to reach effective agreements from the perspective of economic analysis of contracts. Studying the limited cases of discussing unfair terms in domestic law, it is understood that if a contract leads to the maximum allocation of its resources to each of the parties at the lowest cost, such an effective agreement will not be subject to legislative intervention. However, it seems that governments and public forces in limiting the scope of unfair terms and, consequently, restricting the principles of validity and freedom of contracts should limit their involvement to the extent necessary (contract efficiency) to pave the way for the emergence of talent and

capacity. Be available in the open market.

Key words: Unfair Terms, Economic Efficiency, Economic Behavior, Unfair conditions, Government interference.

JEL Classification: K21,K2,K12, KZ14, K10

References In Persian

- [1] Ansari, Mehdi. (2011). "Economic Analysis of Contract Law", First Edition, Tehran, Jangle Publications. (In Persian)
- [2] Bagheri, Mahmoud. (Fall and Winter 2006). "Market-Based Economy and Shortcomings of Private Law", Journal of Legal and Policy Research, Year 8, No. 44, pp. 88-41. (In Persian)
- [3] Dadgar, Yadollah. (2007). "A Review of Developments in Efficiency in Economic Literature", Journal of Legal and Policy Research, Year 9, No. 23, pp. 142-103. (In Persian)
- [4] Dadgar, Yadollah and Rahmani, Timur. (2007). "Principles and Principles of Economics", seventh edition, Qom, Bustan book Institute. (In Persian)
- [5] Dadgar, Yadollah. (2010). "Components, Basic Dimensions of Law and Economics", First Edition, Tehran, Noor Alam Publications. (In Persian)
- [6] Dadgar, Yadollah. (1999). "Efficiency, Welfare and Justice in Islam and Conventional Economy", Mofid Letter, No. 17, pp. 75-41. (In Persian)
- [7] Hayek, Friedrich, (2003), In the Trench of Freedom, translated by Ezatullah Fooladvand, second edition, Tehran, Loh Fekr Publishing. (In Persian)
- [8] Iraqi, Ezatullah. (2006). "Labor Law", fifth edition, Tehran, Samat Publications. (In Persian)
- [9] Katozian, Nasser. (2006). "General Rules of Contracts", Volume 3, Seventh Edition, Tehran, Anteshar Co. (In Persian)
- [10] Karnik, Ajit. (2000). "Theories of Government Intervention", translated by Mohammad Zaman Rostami, Journal of the Seminary and University, No. 23, pp. 140-119. (In Persian)
- [11] Lotfi, Hassan. (2012). "Theoretical foundations of government intervention in labor and consumption contracts", PhD thesis, University of Tehran. (In Persian)
- [12] Motusali, Mahmoud. (2010). "Introduction to Law and Economics", First Left, Tehran, Imam Sadegh College Publications. (In Persian)
- [13] Namazi, Hossein. (2007). "Economic Systems", fourth edition, Tehran, Anteshar Co. (In Persian)
- [14] Sadr, Mohammad Baqer. (December and December 2010). "Bank Structure in Islamic Society", translated by Seyyed Yahya Alavi, Economic Journal, Monthly Review of Economic Issues and Policies, Nos. 9 and 10, pp. 70-55. (In Persian)
- [15] Salvatore, Dominic. (2010). "Theory and Problems of Microeconomics", translated by Hassan Sobhani, ninth edition, Tehran, Ney Publishing. (In Persian)
- [16] Tajarloo, Reza. (2008). Theoretical Understanding of Government Intervention

- in Restricting Freedom of Contract, Law Quarterly, Volume 38, Number 3. (In Persian)
- [17] Aghion, Philips. (1990). “ **Legal Restrictions on Private Contract Can Enhance Efficiency?**”, Journal of Law, Economics and Organization, vol.2, pp.381-409.
 - [18] Beals, Howard & Crawell, Richard & Slope, Steven C. (1981). “**Efficient Regulation of Consumer Information**”, Journal of Law and Economics, vol.24, No.3, PP.491-593.
 - [19] Chang, H.R. (2000) “ **A Liberal Theory of social Welfare: Fairness, Utility and the Pareto Principles**”, The Yale Law Journal, vol.110, PP.173-235.
 - [20] Kapolo, Louis & Shavell, Steven. (2003). “ **Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preference, and Distributive Justice**”, The Journal of Legal Studies, Vol.32, No.1, PP.331-362.
 - [21] Posner, Richard A. (1998). “ **Economic Analysis of Laws**”, 5th Edition, New Yourk, Aspen publisher.
 - [22] Rubin, Edward. (2000). “**Type of Contracts, Intervention of Law**”, Wayn Law Review, Vol.45.
 - [23] Vranken, Martin. (2009). “**Death of Labour Law? Comparative Perspective**”, Melbourne University Press.
 - [24] Suff, Marnah. (2000). “**Essential Contract Law**”, Cavendish, London, Second Publication.
 - [25] L. Kauffman and E. Macdonald, (2004). “**The Law of Contract**”, 5th edition, New Yourk, Oxford University Press.
 - [26] Oughton, David & Davis, Martin. (2000). “**source book on contract law**”, second edition, London, Covandish.
 - [27] Davies, Anne C.L. (2004). “**Perspectives on Labour Law**”, Cambridge: Cambridge University Press.
 - [28] “Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues paper”, Law Commission, Reform the law, [25 July 2012], available at: <http://www.LawCommission.Justice.Gov.UK/Consultation/unfair-consumer-contracts-hm>.
 - [29] “OFT & CAA Guidance on the requirements of consumer law applicable to the sale and advertising of flight and holidays”, [November 2012], available at: http://www.oft.gov.uk/shared_of/consultations/CAA-OFT/OFT-CAA-full.pdf.

Transparency Principle in Iran's Public Procurement in the Light of WTO and EU Rules

Assadalloh Yavari¹

*Assistant Professor, Faculty of Law,
Shahid Beheshti University*

Mostafa Rezaei²

*PhD Candidate in Public Law, Faculty
of Law, Shahid Beheshti University*

Received: 30/06/2020

Accept: 30/10/2020

Extended Abstract

Introduction

Public Procurement involves a large amount of government economic activity, and because they are financed from the public budget, the principle of transparency must rule to them. Transparency is an important element in public procurement policy and law. Particularly given the socially significant nature of the system needed for the proper use of public money by all public institutions and commercial companies, the basic principles governing such spending should be well defined, and the most important of these principles is transparency. In all aspects of public procurement the public sector can influence the market structure, affect the competitive process between the market participants, and affect significantly the economic behavior of the participants in procurement processes. As a rule, contracting authorities rely on the competitive environment in public procurement to achieve the most efficient use of their budgets. They are interested in buying goods and services at low prices and of high quality, since their resources are usually more constrained than the needs to be met. In a market economy, an effective competitive process can lead to lower prices or higher quality, or more innovation in the goods or services offered. So transparency promotes competition, guarantees equality and equal treatment prevents corruption and achieves legal certainty. Therefore, one of the most important reasons for legislation in this area is transparency. In general, transparency in public procurement includes six rules: 1. Advertising contracts throughout the country, 2. Establishing competition among tenderer', 3. Excluding tenderer from participating in the tender only for legal reasons, 4. Observance of time periods in different stages of the tender to ensure the presence of all companies in the tender, 5. Awarding the contract based on the results of the competition based on the criteria mentioned in the law and contract notice, and 6. Informing the decisions about the tender to the tenderer. However, despite the fact those more than

1- yavariamir@hotmail.com

2. mostafa.rezaei1908@gmail.com

two decades, enacting of the public procurement law in Iran, an analysis of this law and its regulations in the light of the rules of the World Trade Organization and the European Union show that public procurement in Iran has many weaknesses in terms of transparency.

Theoretical framework

This study first of all analyzes the relationship between the transparency principle and other principles of public procurement like equal treatment, competition and integrity. Then, the relationship between the transparency principle and confidentiality and protection of trade secrets is discussed. Finally, we focus on elements of transparency in public procurement like a publication of laws and regulations, documentation, a publication of contract notice and contract award notice, access to all information and documents about the process of procurement and access to verdicts of the judicial and quasi-judicial authorities.

Methodology

This study attempts to answer the main questions of this research based on the descriptive-analytical method by criticizing and analyzing laws and regulations regarding public procurement with a comparative study of European Union and WTO law.

Results & Discussion

Analysis of laws and regulations regarding public procurement regulations in the light of the rules of the WTO and the European Union show that public procurement in Iran has many weaknesses in terms of transparency, including the lack of obligation to announce cost in the contract notice, lack of clear criteria on the proliferation of newspapers, lack of obligation to inform qualitative selection, the non-publication of regarding regulations and verdicts of judicial and quasi-judicial authorities and lack of contract award notices. So these elements of transparency there aren't in public procurement law and its regulation of Iran and these rules should be amended. This situation provides grounds for increasing corruption in public procurements and hurts to integrity of public procurements. In addition to, rights of tenderer might be violated in this circumstance. Therefore, in addition to documenting and protection of tenders' information, it is necessary to inform the public and access information. In fact, the purpose of transparency and documentation is to make people aware of the events so that they can hold officials and executive bodies accountable based on this awareness. Also, information about tenders is important in terms of tenderers' rights in order to ensure the integrity of the procurement process; otherwise they can use this information to claim the right.

So, to make transparent of public procurement process, it is necessary to document and inform this process, publish all laws and regulation, publish contract notice and contract notice and all information and documents about the process of procurement and verdicts of the judicial and quasi-judicial authorities is accessible. It should also be noted that transparency governs all stages of the public procurement process and that information about that must be equally available at all times.

Conclusions & Suggestions

According to Findings of this research is necessary to codify and amend the relevant laws and regulations: contracting authorities are required to announce the cost of the transaction in the contract notice; Instead of publishing public procurement in

newspapers, they should all be published in a single official system or journal; Qualitative selection criteria should be announced in the contract notice; The verdicts of the judicial and quasi-judicial authorities should be published in this regard and the contract authorities should be required to publish the contract award notices.

Keywords: Public Procurement; Transparency; Access to Information; Documentation; Competition

JEL Classification Codes: H57, K23

References In Persian

- [1] Ansari, Valliollah (2011), Generalities of Administrative Contracts Law, Daneshnegar, Tehran.
- [2] Bagherzadeh, Hamid (2014), Tendering Law, Volume 1, Mizan Legal Foundation, Tehran.
- [3] Bayanat, Abolghasem (2010), "Rules and Regulation of WTO on Public Procurement" in WTO; Structure, Rules and Agreement, Commercial Print and Publications Company, Tehran.
- [4] Esmaeeli Herisi, Ebrahim (2014), Construction Law, Dadgostar Publication, Tehran.
- [5] Hamdami, Abolfazl (2008), Financial Corruption, Research Institute of Strategic Studies, Tehran.
- [6] Khakbaz, Afshin & Kheikhahan, Jafar (2004), Good Governance, Islamic Parliament Research Center of Iran, Tehran.
- [7] Langseth, Petter & et al (2008), Global Program against Corruption, Islamic Parliament Research Center of Iran, Tehran.
- [8] Mohammadi, Mina & et al (2019), The Shortcomings of the Legal System of Tenders and Contracts Governmental from the Perspective of the Principle of Transparency, Administrative Law Quarterly, Volume 6, Issue 18.
- [9] Molaei, Ayat (2014), Administrative Contracts, Mizan Legal Foundation, Tehran.
- [10] Naemeh, Hassan (2011), Transparency and Fighting Against Corruption in Iran Administrative Contract, Legal Research Quarterly, Volume 14, Issue 109.
- [11] Rahmani, Tahmineh & Mirzadeh, Nader (2015), Legal Pathology of Public Procurement in Iran, Administrative Law Quarterly, Volume 2, Issue 7.
- [12] Tabatabai Motamani, Manoochehr (2011), Administrative Law, Samt, Tehran.
- [13] Tajarlo, Reza & Ghorbany Darabad, Behzad (2016), Integrity in Public Procurement, Journal of Researches Energy Law Studies, Volume 2, Issue 1.
- [14] Vijeh, Mohammadreza (2011), The Legal Security as a Necessary Condition for Procedural Security, Scientific Research Journal of Rahbord, Volume 58, Number 20.
- [15] Vijeh, Mohammadreza (2011), The Protection of the Principle of Transparency by Constitutional Courts, Journal of Legal Research, Volume 10, Issue 19.

References In English

- [1] Aroowsmith, S. (2010), EU Public Procurement Law: an Introduction, University of Nottingham.

- [2] Arrowsmith, S. (2005), *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell.
- [3] Beth, E. (2005), Main Finding of the Forum Workshop on Improving Transparency in Public Procurement, in *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*, OECD.
- [4] Bovis, C., (2005), *Public Procurement in the European Union*, Palgrave Macmillan.
- [5] Bovis, C., (2006), *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford University Press.
- [6] Craig, P. and De Búrca G. (2011), *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 5th edition, Oxford University Press.
- [7] Davies, A. (2008), *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press.
- [8] Georgieva, I., (2017), *Using Transparency against Corruption in Public Procurement*, Springer.
- [9] Halonen, K, (2016), Disclosure Rules in EU Public Procurement: Balancing Between Competition and Transparency, *Journal of Public Procurement*, Volume 16, Issue 4.
- [10] Hood, C. & Heald, D., (2006), *Transparency: The Key to Better Governance*, Oxford.
- [11] Kinsey, M. (2004), Transparency in Government Procurement: an International Consensus?, Volume 34, No. 1.
- [12] Pasquier, M, & Villeneuve, J. (2007), Organizational Barriers to Transparency, *International Review of Administrative Sciences*, Vol. 73, Issue 1.

Methods of Evaluating the Damages under Iranian and English Legal Systems and International Instruments

Ali Shahabi¹

*Ph.D. Candidate in Private Law,
Faculty of Law, Theology and Political
Sciences, Science & Research Branch,
Islamic Azad University, Tehran, Iran*

S. Hossein Safai (Ph.D.)²

*Professor of Tehran University,
Tehran, Iran*

Behrooz Akhlaghi (Ph.D.)³

*Associate Professor of Tehran
University, Tehran, Iran*

Mansour Amini (Ph.D.)⁴

*Associate Professor of Shahid Beheshti
University, Tehran, Iran*

Received: 23/09/2020

Accept: 08/11/2020

Extended Abstract

Abstract:

Minimal contemplation of damages under Iranian legal and contractual liability systems is the reason leaves the constant temptation of a legal study (compared to other legal systems and the common experiences especially formed in the field of international trade). Consequently, review of the methods for evaluation of damages and reconsideration of the notions brought in modern world (with a glance at the economic requirements of the developing countries such as Iran) seems inevitable. Having studied the methods of evaluating the damages caused by non-performance of the obligations in English legal system (as well as exploring the latest studies in this field) and also a number of most reputable international legal instruments such as CISG, Undroit, PECL and DCFR, we tried to support an interpret under Iranian law which goes beyond the current contemplations regarding the damages. Analyzing the economic outcomes of Restitution, Expectation and Reliance methods as well as more recent theories such as Incomplete Contracts and Efficient Breach (besides the studies based on economic analysis of law during the years of 20th century), with due regard to the necessities of the local market and during the short

1- shahabi_ali@hotmail.com

2- hsafaii@ut.ac.ir

3- akhlaghi@akhlaghi.net

4- aminimansour@yahoo.fr

term at least, we can rely on a justifiable basis like Expectation.

Extended Abstract

Introduction:

Minimal contemplation of the institution of damages under Iranian legal and contractual liability systems is the reason leaves the constant temptation of a legal study (compared to other legal systems and the common experiences especially formed in the field of international trade). Consequently, review of the methods for evaluation of damages and reconsideration of the notions brought in modern world (with a glance at the economic requirements of the progressive countries such as Iran) seems inevitable.

Theoretical Framework:

This study attempts to reconsider, at the very first point, the concept of “actual harm” under the Iranian legal system (as well as the contractual liability system) which leaves a major impact on our economic ambiance. We, as the Iranian lawyers, are acquainted with the phrase “there remain the possibility for the actual harms only to be compensated” (or claimed to be compensated). In light of the modern world progresses (as well as the theories rendered during the same) and the complexities of the relations therein, we have to apparently reconsider the veracity of the said phrase. The point, in our view, is laid in our contemplation of the institution of damages as a remedy for breach which lead us to go beyond the restitution of the aggrieved party’s former status. This is, indeed, the role of economic notions in modern world which enables the similar construes.

Methodology:

During this article and having studied the methods of evaluating the damages caused by non-performance of the obligations in English legal system (as well as exploring the latest studies in this field) and also a number of most reputable international legal instruments such as United Nations Convention on International Sale of Goods, Undroit Principles of International Commercial Contracts, Principles of European Contract Law and Draft Common Frame of Reference, we tried to support a construe under Iranian law which goes beyond the current contemplations regarding the damages.

Results & Discussion:

United Nations Convention on International Sale of Goods (“CISG”), having considered the methods for valuation of damages in Articles 75 and 76, has also invalidates both the subjective and objective tests in claiming the damages. In other words, the modern world necessitates to even remove the subjective test in the course of appraisal of damages (as referred in Article 76 of CISG). In addition, other major international instruments have almost paved the same path and approved the methods of “buying the goods in replacement” and “current price of the goods”. This point reveals when we come up with Article 7.4.13 of the Undroit Principles of International Commercial Contracts (“Unidroit”) and compare the same with Article 230 of IRI Civil Code. Thus, the institution of damages is mainly designed to cover the expectations of the parties before entering into a contract and we can, consequently, come to conclusion that “Restitution Basis”, as a minimal construe of the same, shall stand in exterior of the territory of damages.

Analyzing the economic outcomes of “Restitution”, “Expectation” and “Reliance” methods as well as more recent theories such as “Incomplete Contracts” and “Efficient Breach” (besides the studies based on economic analysis of law during the years of 20th century), with due regard to the necessities of the local market and during the short term at least, we can rely on a justifiable basis like “Expectation”.

Conclusions & Suggestions:

Taking the foregoing into account, we have to remark on a few points as follows:

- 1) The legislator’s approach to the institution of damages shall be varied at the very first stage so as the efficiency of the contractual liability system be improved (in terms of legal view point and more particularly in terms of economic point of view). Providing a set of certain and practical methods for valuation of damages, empowers the parties to measure the risks (and the scope thereof) and cover the same through the means such as insurance. Accordingly, the proposed techniques by the international instruments are so close to our dominant notions under Iranian (and Fiqhi) framework. Having done the same, the given approach in our system will become more consistent with the prevailing methods in Common Law (realization of “Expectation Basis” as the pioneer ways suggested by the classic division of Fuller and Perdue).
- 2) Concentration on the criminal feature of the liquidated damages assists us to guide the appetite of the legal system to Expectation and Reliance Basis as the real outcomes of the concept of damages while the Restitution Basis may be analyzed within the area of termination and the consequences thereof.
- 3) Insofar as we know, the law on adjustment of the contractual terms has a major impact on modern theories raised in this respect. However, even if the re-negotiation of the said terms enables the parties to achieve a sort of post efficiency, this kind of adjustment would certainly damage the former distribution of the contractual risks as considered by the parties in prior. So, in order to design an efficient scheme for the parties, we have to consider (inasmuch as viable) the nature of the given risks and the manner to cover the same. By the way, comparing the effects of such studies with the key notions of the Iranian legal system, the economic impacts of the relevant methods on a progressive economy such as Iran shall not be ignored. That is the reason we propose not to copy the ultra-modern theories such as “Incomplete Contracts” and “Efficient Breach” and focus on the “Expectation Basis”.

Keywords: Breach of Contract, Damages, Expectation Basis, Method of Evaluation, Remedy

JEL Classification: K290

References in Persian:

- [1] Bahmani, Mohammad. (2007). Review of Specific Methods for Evaluating Damages with due regard to Articles 75 and 76 of United Nations Convention on International Sale of Goods. Free Legal Studies Magazine, 1st series 1st vol.
- [2] Hosseini Modarres, Mehdi & Golshani, Esmat. (2013). *Remedy of Damages for Breach of Contractual Obligations in English Legal System and Brining the Matter Up in Iranian Legal System*. Civil Law Science Magazine, 2nd year no. 2.
- [3] Katouzian, Nasser. (1999). *Civil Liability*. vol. 1, Tehran University Publication.
- [4] Safai, Seyed Hossein & Olfat, Nematollah. (2010). *Specific Performance of*

Obligations and Precedence of which on Termination of Contract. Comparative Law Magazine, 5th series (16) no. 2 (79).

- [5] Safai, Seyed Hossein, Kazemi, Mahmoud, Adel, Morteza & Mirzanezhed, Akbar. (2011). ***International Sale Law***. 3rd edition, Tehran University Publication.
- [6] Safai, Seyed Hossein & Rahimi, Habibollah. (2018). ***Comparative Civil Liability***. 1st edition, Shahre Danesh Publication.
- [7] Shoarian, Ebrahim & Rahimi, Farshad. (2016). ***International Sale Law (Commentary on International Sale of Goods Convention in light of Doctrine and Judicial Jurisprudence)***. 2nd edition, Shahre Danesh Publication.

References in English:

- [1] Emmert, Frank. (2012). ***The Draft Common Frame of Reference (DCFR) - The Most Interesting Development in Contract Law Since the Code Civil and the BGB***. Robert H. McKinney School of Law Legal Studies Research Paper (Electronic copy available at: ssrn.com).
- [2] Fuller, L. L. & Perdue, W. R. (1936). ***The Reliance Interest in Contract Damages: 1***. 46 Yale Law Journal.
- [3] Hermann, Donald H. J. (1974). ***Review of "Economic Analysis of Law" By Richard A. Posner***. Washington University Law Review, Volume 1974, Issue 2.
- [4] Schlechtriem, P. (1998). ***Commentary on CISG***. Translated by Geoffrey Thomas: Oxford University Press.
- [5] Treitel, G.H. (2011). ***The law of Contract***. By Edwin Peel, London: Sweet & Maxwell.
- [6] Triantis, G. (2010). ***The Evolution of Contract Remedies***. The University of Toronto Law Journal, Vol. 60, No. 2.
- [7] Von Bar, C., Clive, E. & Others (Edited by). (2008). ***Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference)***. sellier. European Law Publishers GmbH.
- [8] Zeller, B. (2009). ***Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods***. 2nd Edition, New York: Oxford University Press.



Ferdowsi University of Mashhad
Faculty of Economics and Administrative Sciences

Journal Encyclopedia of Economic Law

(Serial Number: 18)

ISSN: 2322-4177

No. 18, Vol. 27

Fall & Winter 2020

- **A Legal Study of Privatization of Banking System**
Amin Jafari
Mostafa Bikaran Behesht
- **Legal Study of Foreign Investment Restrictions and Project Financing through the Implementation of Engineering, Procurement, Construction, and Finance (EPCF) Contracts**
Mahsa Bahadoran-Baghbaderani
Ahmad Mohammadi
- **Economic Analysis of the Foundations of the Numerus Clausus of Property Rights Principle**
Hassan Badini
Farnaz Forouzan Boroojeni
- **Recovery Institution; Nature and Models in Banking System of Iran**
Fatemeh Kiaee
Siamak Rahpetik
Mahmoud Bagheri
- **Comparative Study and Analysis of Elements, Results and Aspects of the Financial - Legal of the Securitie's Cross-listing in The Tehran Stock Exchange (Focusing on Islamic Republic of Iran and US law)**
Saeed Mohammadi Aghdam
Ebrahim Dianatinasab
- **Establishing Causation in civil liability lawsuits derived from violation of the securities market disclosure requirements (with a comparative study of US and French law)**
Mohsen Shamsollahi
- **Economic Analysis of the Transaction Intended to Escape from Payment in the Iranian Legal System**
Pejman mohammadi
Mohabbat Mozafari
Narges Keshavarz Bahadori
- **Criminal Functions of Virtual Currencies: Criminological Analysis and Preventive Approaches**
Ali Saffari
Razieh Saberi
Aref khalili Paji
- **The Necessity of Monitoring on Privatization in Line with the Principle of Balancing Triple Interests**
Mohsen Sadeghi
Atefeh Ajori Ayask
- **Government intervention in unfair terms based on economic analysis of contracts**
GHasem Nabizadeh Kebria
- **Transparency Principle in Iran's Public Procurement in the Light of WTO and EU Rules**
Assadalloh Yavari
Mostafa Rezaei
- **Methods of Evaluating the Damages under Iranian and English Legal Systems and International Instruments**
Ali Shahabi
S. Hossein Safai
Behrooz Akhlaghi
Mansour Amini

Website: <http://jm.um.ac.ir>

Email: lawecon@um.ac.ir