

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

این مجله در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود.

پایگاه استنادی علوم ایران (ISC)

پایگاه اطلاعات علمی جهاددانشگاهی (SID)

بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)

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

کلیه حقوق برای دانشگاه فردوسی مشهد محفوظ است.

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

مسئولیت صحت مطالب هر مقاله به عهده نویسنده است.

دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیر مسئول: دکتر حسین حسینی

سر دبیر: دکتر عبدالرضا جوان جعفری

هیئت تحریریه:

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

ویراستار فنی و ادبی: دکتر جواد میزبان

مدیر اجرایی: زهره اسکندری پور

چاپ: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد

نشانی: مشهد صندوق پستی ۱۳۵۷ کد پستی ۹۱۷۷۹۴۸۹۵۱

تلفن: ۸۸۰۶۳۰۷ - ۵۱۱

آدرس اینترنتی: <http://jm.um.ac.ir>

صفحه آرای: رحمان اسدی

شمارگان: ۲۰ نسخه

شماره پروانه: ۱۲۴/۱۰۳۵۲ - ۷۷/۱۰/۸

قیمت: ۳۰۰۰۰ ریال (برای دانشجویان ۱۰۰۰۰ ریال)

فاکس: ۸۸۲۹۵۸۴ - ۵۱۱

پست الکترونیکی: lawecon@um.ac.ir

(دریافت مقالات فقط به صورت الکترونیکی امکان پذیر است)

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

مجله دانشنامه حقوق اقتصادی دارای درجه علمی - پژوهشی است.

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

شرایط پذیرش مقاله‌ها

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

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

ب: روش تحریر

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

ج: نحوه تهیه مقاله

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

اصول زیر در تنظیم مقاله بایستی رعایت شود:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

د: سایر موارد

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

داوران مقالات این شماره

دکتر تقی ابراهیمی سالاری
دکتر شهرام ابراهیمی
دکتر عاطفه اجری ایسک
دکتر زهره افشارقوچانی
دکتر اعظم انصاری
دکتر نرگس باقری مطلق
دکتر مصطفی بختیاروند
دکتر رسول بهرامپوری
دکتر محمد هادی جواهر کلام
دکتر سید احمد حبیب نژاد
دکتر شهرزاد حدادی
دکتر سید میلاد حسینی
دکتر عبدا..خدا بخشی
دکتر یدا... دادگر
دکتر نوید رهبر
دکتر علی روحی زاده
دکتر علی ساعت چی
دکتر مصطفی السان
دکتر فضه سلیمی
دکتر اسداله صحرانورد
دکتر علی صداقتی
دکتر حامد صفائی آتشگاه
دکتر محمد عابدی
دکتر حمیدرضا علومی یزدی
دکتر غمامی، سید محمد مهدی

دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان

دکتر اعظم قزلباش

دکتر حجت مبین

دکتر محمدی نیا، امید

فهرست مندرجات

عنوان	نویسنده	صفحه
تحلیل حقوقی و اقتصادی تأثیر بیماری‌های پاندمیک بر اجرای تعهدات قراردادی	سید حسین تهامی سید محمدمهدی قبولی درافشان سعید محسنی اعظم انصاری	۱۰
تحلیل حقوقی و اقتصادی استقلال بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران	دکتر مصطفی‌السان دکتر زری‌نگین تاجی	۵۰
تحلیل حقوقی ماهیت اعتبارات اسنادی	دکتر همایون مافی دکتر رسول بهرامپوری میثم رامشی	۸۵
تحلیل وضعیت حقوقی انواع معاملات صوری و با تبانی ورشکسته؛ عدم هماهنگی کامل موجبات بطلان معاملات ورشکسته با موجبات به تقصیر شدن ورشکستگی	احمد قلی‌زاده منقوطای	۱۱۷
بررسی تطبیقی مواجهه با رمزارزها در نظام‌های حقوقی ایران و آمریکا	دکتر سید محمدمهدی غمامی محمدرضا علی‌پور	۱۵۰
تغییر اوضاع و احوال و سازوکار شروط قراردادی برای توازن منافع در قراردادهای نفتی	اسفندیار کردی رضا طجرلو	۱۸۵
رویارویی خصوصی‌سازی با فساد در اقتصاد ایران؛ ارزیابی کارآمدی نظارت پیشگیرانه	عباس نقی‌پور نصیرآبادی حسن عالی‌پور	۲۳۱
داوری چندجانبه در اختلافات درون‌شرکتی	محمد رستمی بهرام تقی‌پور	۲۶۸
اعتبار شرط وجه التزام در دیون پولی؛ تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور	سیدمحمدحسن ملانکه‌پور شوشتری محسن علیجانی	۳۰۳
رویکرد حمایتی تأمین مالی شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی	سید صادق ابراهیمی دکتر پیمان بلوری دکتر محمدعلی صلح‌چی دکتر محمدباقر قربانوند	۳۴۱
تحلیل حقوقی و اقتصادی زیان‌های ناشی از آلودگی رواناب‌های سطحی و نحوه جبران زیان	علی روحی‌زاده	۳۸۰
شناسایی امکان و منبع جبران خسارت راننده مسبب حادثه؛ قبل و بعد از تصویب قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵	حمید افکار	۴۲۳

Journal Encyclopedia of Economic Law

Faculty of Economics and Administrative Sciences

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

Editorial Board:

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

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

This journal is indexed in:

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

Contents

Legal and Economic Analysis of the Effect of Pandemic Diseases on the Performance of Contractual Obligations

Sayyed Hossin Tahami
Dorafshan
Saeed Mohseni
Azam Ansari

Legal and Economic Analysis of Independence of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran

Mostafa Elsan
Zarir Negintaji

Legal Analysis of the Nature of Letters of Credit

Homayoun Mafi
Rasool Bahrampoori
Meisam Rameshi

An Analysis to Legal Status of Kinds of Bankrupt's Fictitious and with Conspiracy Transactions; Lack of Complete Coordination between Bankrupt's Transactions Nullity Causes and Causes of Culpable Bankruptcy

Ahad Gholizadeh Manghutay

Comparative Study of Exposure to Cryptocurrencies in the Legal Systems of Iran and the United States

Seyed MohammadMahdi Ghamamy
MohammadReza Alipoor

Changing Circumstances and Mechanisms of Contractual Conditions for Balancing Interests in Petroleum contracts

Sfandyar Kordi
Reza Tajarlou
Mohsen Mohebi

Confrontation of Privatization With Corruption in Iran's Economy; Evaluating the Effectiveness of Preventive Surveillance

Abbas Naghipour Nasirabady
Hassan Alipour

Multiparty Arbitration in Intra-Corporate Disputes

Mohammad Rostami
Bahram Taghipour

The Penalty Clause in Monetary Obligations by Analyzing the Procedural Unity Verdict no. 805 of the Supreme Court

Sayed mohammad hasan malaekheh
pour shooshtari
Mohsen Alijani

A Supportive Approach to Third-Party Financing in Arbitration International Investment

Seyed Sadegh Ebrahimi
peyman bolori
mohammad ali solh chi
mohammad bagher ghorbanvand

Legal and Economic Analysis of Surface Runoff Losses and How to Compensate

Ali Roohizadeh

Identify the Possibility and Source of Compensation for the Driver who Caused the Accident; Before and After the Approval of the Compulsory Insurance Law Approved in 2016

Hamid Afkar

Legal and Economic Analysis of the Effect of Pandemic Diseases on the Performance of Contractual Obligations

Sayyed Hossin Tahami¹

Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad

Sayyed Mohammad Mahdi Qaboli Dorafshan²

Associate Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad (Corresponding Author)

Saeed Mohseni³

Associate Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad

Azam Ansari⁴

Assistant Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad

Received 2021/04/23

Accepted 2021/09/23

ABSTRACT

This paper, from the point of Economic Analysis of Law and by the descriptive-analytical method, has studied the effect of the prevalence of pandemic diseases such as Covid-19 on the performance of contractual obligations. Since many different contracts may be affected by pandemic outbreak, the effect of pandemic outbreak cannot be assessed under one subject and with a specific sanction. Therefore, the legal status of contracts affected by this disease has been examined under the "impossibility to performance the obligation", "hardship" and "frustration". Considering to the possibility of a new purpose for contract law in the contemporary world,

1- tahami@mail.um.ac.ir

2- Corresponding Author: ghaboli@um.ac.ir

3- s-mohseni@um.ac.ir

4- aansari@um.ac.ir

entitled "economic efficiency", some principles related to economic analysis of law, such as "efficient allocation of risk" and "efficiency criteria", especially the Pareto efficiency and Caldor-Hicks efficiency, have been considered in order to select a proper and efficient sanction. Also, some applicable sanctions including "legal deferral", "fair deadline", "Suspension of contract", "modify the contract", "Revoke" and "dissolved", has been reviewed separately; so that while observing the legal principles, the most economically efficient sanctions has been considered for each specific situation. The possibility of sharing damages, under the title of "efficient allocation of risk" between the parties, is also one of the issues under consideration in some special sanctions.

Keywords: Efficient sanction, covid-19, modify the contract, frustration, hardship.

INTRODUCTION

The contract and the contractual obligations are one of the most important topics in law and economics. With a brief look at the persons relationships (natural or legal) in society and even at the international level, it can be seen that they enter into different contracts with each other to meet their various needs, whether personal, professional. Perhaps it can be said: if "contract" does not exist, a large part of the law under the title of "contract law" will lose its meaning. Also, the economy cannot have any meaning without contract. Since performance of the contract is the ultimate goal of the parties, the performance of contractual obligations lawyers and economists has focused on them. So, if for some reasons the performance of obligations is not possible or is disturbed, effective legal and economic solutions should be considered. One of the reasons for the impossibility or disruption in performance of the contract is an "External impediment". The impediment may be the spread of a pandemic disease throughout the world such as Covid-19 as a pandemic disease in 2019. Although there are many books or articles about the effects of force majeure on contractual obligations and shows non-performance by a party is excused if that party proves the force

majeure, but this article is about Covid-19 as an impediment beyond control of the parties with focus on economic views. An interesting problem is the distinction between hardship and force majeure that any of them can impose the different remedies on the parties. Generally, non-performance of contract may be because of the events in the nature like flood or legal events, for example the order of lawmaker. The pandemic may be seen as an event in nature. For example, where the promisor is sick and cannot perform his obligations. However, there are some disagreements in this issue. In some case, the government orders induce the restrictions and they can act as the force majeure. In some countries, after the spread of Covid-19 the government restrict or forbid the transportation. Eventually, many promisor could not perform his obligations under the contracts. In economic law, the contract deals with a risk in this situation.

Sometimes, the performance of contract is possible but with hardship. It means the contract is performed with more costs that before Covid-19 or the contract is performed with same costs but with hardship. For example where many workers in a EPC contract are sick. In third situation the pandemic can induce the hardship and increasing the costs.

The pandemic may consider as a frustration. It means even the contract is performed, one of the parties cannot achieve to purpose of concluding the contract. For instance where a carrier rents the cars for transportation of tourists but there is any tourist because of pandemic.

PURPOSE

Studying the effects of Covid-19 as a pandemic disease on performance of contract by focus on economic views is the purpose of the article. It pays special attention to continuous agreements which pandemic disease can disrupt these contracts. The lawmakers should participate the efficient remedies in face of such impediments. So, the article researches possible remedies by relying on economics approaches. The article by comparative method trying to show the differences of common law and civil law legal systems. Also, the approach of Iranian law as an Islamic legal system is analyzed. It explains which remedies are more efficiency in these legal

systems. In this way, theory of Pareto's efficiency and Kaldor- Hicks efficiency are introduced and the efficiency is determined according to these theories.

METHODOLOGY

The article has been performed based on the descriptive and analytical research method with a comparative approach.

FINDINGS

In this research, using the theories proposed in the economic analysis of law, the theory of "Effective Revoke" was broached for the first, which is practically a naturalization version of the "Efficient Contract Breach Theory" and is more compatible with Iran's legal foundations. According to this theory, it is possible to terminate the contract affected by pandemic diseases by meeting the conditions, while retrieve part of the other party's damages. One of the important differences between this theory and the theory of efficient breach of contract is that according to the "efficient breach of contract" theory, it is possible to breach the contract due to obtaining more profit or eliminating a small loss. Whereas, according to the "effective Revoke theory", termination can be applied only in order to prevent insupportable damage and in an exceptional manner. In this research, a definition of the legal institutions of "Suspension of contract" and "Modification of contract " and determination of contract modification rules were also presented.

CONCLUSION

In Iranian law, there is no general provision regarding the rules governing contracts affected by an unavoidable and unpredictable Impediment such as the spread of a pandemic disease; Perhaps it is possible to refer to articles 227 and 229 civil code. These articles state the promisor will be excluded from liability if the force majeure occurs. Nevertheless, the articles don't point out the life of agreement. If there is no agreement regarding the allocation of costs and damages caused, it should pay attention to the

obligation. If the obligation must perform on the certain time, the contract may be terminated automatically, but if the contract may perform during the time, suspension of contract will be the remedy. It is notable, in latter situation, if the suspension of contract is not effective, the revocation will be available.

Regarding the "hardship", while distinguishing between physical hardship and hardship due to the high cost of the performance of the obligation, "giving more time to promisor" and "Modification of contract" are available respectively, and if the conditions are met, these solutions are not considered efficient, "Effective Revoke" will be a possible remedy. Effective revocation means the revocation in addition to compensation.

Also, in case the frustration, depending on the extent of the impact of the pandemic on the performance of the contractual obligation, the sanction of "modification of contract" or "effective revocation" are applied as a Efficient sanction. In this regard, in this regard, compensation for damages along with revocation of the contract is based on the Kaldor-Hicks criterion. It means any party intends to get rid of the huge loss caused by the spread of a pandemic disease upon performance of his obligations, must compensate all or part of the other party's loss, depending on the case; Because the preference of one of the parties to the contract over the other due to the existence of an unwanted incident and the receiving all damages from one of them cannot be acceptable by justice and fairness. Also, economic principles don't affirm this result. However some jurisprudential rules such as La Zarr rule supports the "effective revocation" remedy.

Finally, the article states some suggestions to Iranian lawmaker:

First, the legislator should provide a comprehensive definition of the force Majeure or at least the conditions that result in a force majeure situation and the remedies. The definition should be extended and include various unexpected events in including the health problems, such as pandemic diseases, for example Covid-19.

Secondly, since the draft of a new commercial code is reviewing in Iran, it is necessary to pay attention to the force majeure in this new code. article 39 of the new code has provided the negotiation and modification of contract

where incidents cause the imbalance in contracts and continues “if the judgment to Modification is uncommon or impossible, it will invalidate the contract from the date of the judgment”.

Although the mentioned article is initiative, but “invalidate the contract” phrase is ambiguous in Iranian legal texts. It may induce some loss to promisee. Effective Revocation may be better solution. In this solution the damages will calculate by the court. This remedy is more desirable to promisee according to Kaldor-Hicks efficiency criterion because revocation along with the compensation is better for him than only revocation of contract without any compensation.

Thirdly, regarding the situation of "frustration", it seems necessary to set a new provision. It is suggested if the purpose of contract is specified in contract or the contract is concluded on this purpose, and this purpose can't be achieved by the force majeure, the legislator provides the modification of contract or effective revocation.

REFERENCES

- [1] Abdollahian, Omid. (2011). Economic Efficiency in Contract Law With Regard to the Iran's law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University
- [2] Abedi, Mohamm. (2016). Deadline in Obligations and Contracts (Comparative Study), Tehran: Sahamie Enteshar Company.
- [3] Alipour Herisi, Ahdieh, (2013). Economic Analysis of Adjustment of Contracts for the Change of Circumstances, Faculty of law and political sciences, Allameh Tabatabaai University.
- [4] Anh Son, Duong & Le Na. (2020). Efficient Breach of Contract, Journal of US-China Public Administration, 4.
- [5] Babaii, Iraj. (2007). Theoretical Foundations of Economic Analysis of Law, Journal of Law and Policy Research, 23.
- [6] Badini, hassan and samadi, afroz. (2017). Suspension of contract a general rule or a rule specific to labor law with a comparative study of French and English law, Comparative Law Researches, 21. 2.
- [7] Beigdeli, Saeid. (2015). Contract modification, Tehran: Mizan Publication.
- [8] Berger, Klaus Peter and Behn, Daniel. (2020). “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparativ Study”, McGill Journal of Dispute Resolution, 4.
- [9] Craswell, Richard. (2000). Two Economic Theories of Enforcing Promises, Stanford Law School, 203.
- [10] Dadgar, Yadollah and Rahmani, Timur. (2013). Principles and Principles of

- Economics, Qom, Bustan book Institute.
- [11] Ghamami, majid and Khodadadi, Hossein. (2015). Difficulty of contract performance and its effect, Private Law Studies Quarterly Journal, 4.
- [12] Ghanavati, jalil. (2020). comparative study of the effect of Covid-19 on contractual obligation, Islamic Law Journal, 64.
- [13] Ghasemi Hamed, Abbas. (2015). Economic law, Journal of Legal Research, 4.
- [14] Hatami, Ali asghar and Rodijani, Mohammdd Mojtaba. (2008). A comparative study of the Cairo power, Journal of the Faculty of Humanities, Semnan University, 23.
- [15] Hillman, Robert. (2021). Health Crises and the Limited Role of Contract Law, Cornell Law School, 21.17.
- [16] Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2020). Law Terminology, Tehran: Ganje Danesh.
- [17] Jafari, Ali and Talkhabi, Majid. (2010). Comparative study of contract performance excuses, Journal of Religions, Religions and Mysticism, 148.
- [18] Jalali, farid. (2010). Economic Analysis of Contractual liability, faculty of law, shahid Beheshti University.
- [19] Janssen, Andre´ & Johannes Wahnschaffe, Christian. (2020). COVID-19 and international sale contracts: unprecedented grounds for exemption or business as usual, Unif. L. Rev, Vol. 25.
- [20] Javaheri Mohammdi, Hossein. (2020). The effect of corona outbreak on contract performance in the light of judicial precedent, Tehran: Judiciary Research Institute.
- [21] Katouzian, Naser. (2011). an Introduction to Law and the Study of Iranian Legal System, Tehran: Sahamie Enteshar Company.
- [22] Katouzian, Nasser. (2015). General Principles of Contracts. Vol. 4, Tehran: Sahamie Enteshar Company.
- [23] Katouzian, Nasser. (2016). General Theory of Obligations, Tehran: Mizan Publication.
- [24] Katouzian, Nasser. (2018). General Principles of Contracts. Vol. 3, Tehran: Ganje Danesh Publications.
- [25] Katz, Avery. (2011). Virtue ethics and efficient breach, Suffolk University Law Review, 45.
- [26] Kazemi, Mahmoud. (2022) Suspension of the Contract in Case of Temporary Impossibility of Performance of the Obligation, Legal research quarterly, 97.
- [27] Keyvani Hafshejani, Dariuosh and Shahabi, Mahdi and Toghyani, Mahdi. (2020). An Explanation of the Fundamental Link between Economics and the Property and Contract law with an Emphasis on the Concept of Resource Scarcity, Comparative Law Review, 1.
- [28] Kotter, Robert and Yolen, Thomas. (2012). Law and Economics Tehran: Tarbiat Modares University Press and Nor Ghalam.
- [29] Kotz, Hein. (2017). European Contract Law, translated from the German by Mertens, Gill and Weir, Tony, United Kingdom: Oxford University Press.

- [30] MacMillan, Catharine. (2021). Covid-19 and the Problem of Frustrated Contracts, *King's Law Journal*, 32.1.
- [31] Niazabadi, maidi and Ansari, narges. (2020). Analysis of The Situation Caused by The Outbreak of Coronavirus Under the Justifiable Impediments for The Non Performance of Contractual Obligations, *Journal of Legal Research*, 90.
- [32] Olatoye, Deji. (2021). Law in a Time of Corona: Global Pandemic, Supply Chain Disruption and Portents for“Operationally-Linked (but) Legally Separate” Contracts, *UNIVERSITY OF BOLOGNA LAW REVIEW*, 6.2.
- [33] Parsapour, Mohammad Bagher and zakerinia, Hanieh (2015) Sorts, Provisions and Effects of Non-performance Contract Excuses (Comparative Study on Iranian Legal System, Romano-Germanic, Common Law and Some International Instruments), *Comparative Law Researches*, 19.
- [34] Posner, Eric. (2003). "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? *Yale Law Journal*, 829.
- [35] Robertson, Andrew and Paterson, Jeanine. (2020) *PRINCIPLES OF CONTRACT LAW*, Australia: Thomson Reuters (Professional) Australia Limited.
- [36] Rodijani, Mohammd Mojtaba. (2017). Contractual liability, comparative study of The Sanction of the provisions of the contract, Tehran: Ava Book.
- [37] Ruff, Anne. (2011). *nutcases contract law*, Tehran: Mizan Publication.
- [38] Salehi mazandirani, Mohammad and Ostadi, Mona. (2014) Comparative Analysis of Impossibility of Contract Performance in the Islamic Jurisprudence, Iranian Law and Common Law, *Comparative Islamic and Western Law*, 1.
- [39] Schwartz, Andrew. (2020). Contracts and COVID-19, *Stan. L. Rev. Online*, 48.
- [40] Shabani, Omid. (2010). Investigating the contract performance excuses in jurisprudence and Iranian law, *Journal of Islamic Law & Jurisprudence Researches*, 6.
- [41] Shahidi, Mehdi. (2012). *Effects of Contracts and Obligations*, Tehran: Majd.
- [42] Shami Aghdam, Shahin. (2009). Economic analysis of The Sanctions of contractual obligations in Iranian law, Faculty of law and political sciences, Allameh Tabatabaai University.
- [43] Shavell, Steven. (2009). *Foundations of Economic Analysis of Law*, Tehran: Islamic Parliament Research Center.
- [44] Tahami, Seyed Hossein. (2017). The dissolving or avoidance term of the contract in case of non- performance of commitment with emphasis on jurisprudence, Faculty of Economic and Administrative sciences, Ferdowsi University of Mashhad.
- [45] Tosi, Abbas. (2011) *Law and economics methodology*, *Journal of Legal Research*, 4.
- [46] Twigg-Flesner, Christian. (2020). A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of Covid-19 - Change of Circumstances, *Force*

Majeure, or what? Published in: Pistor, Katharina, <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>

- [47] Vahidi, gholam hossein. (2008). Judicial modification of the contract in Iranian law "by comparative study", Faculty of Law, Shahid Beheshti University.
- [48] Yazdanian, Ali Reza. (2006). Adjustment of contractual obligations based on the principles and rules governing Islamic jurisprudence, MAQALAT WA BARRASIHA Journal, 92.

تحلیل حقوقی و اقتصادی تأثیر بیماری‌های پاندمیک بر اجرای تعهدات قراردادی

سید حسین تهامی^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و
علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد

سید محمدمهدی قبولی درافشان^۲

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم
سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)

سعید محسنی^۳

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم
سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد

اعظم انصاری^۴

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم
سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۰۳

چکیده

در این مقاله تأثیر شیوع بیماری‌های پاندمیک مانند کووید-۱۹ بر اجرای تعهدات قراردادی از حیث تحلیل اقتصادی حقوق به روش توصیفی-تحلیلی موردبررسی قرار گرفته است. با توجه به وجود طیف گسترده‌ای از قراردادهای مختلف که ممکن است، تحت تأثیر شیوع بیماری‌های پاندمیک قرار گیرند، نمی‌توان تأثیر

1- tahami@mail.um.ac.ir

۲- نویسنده مسئول: ghaboli@um.ac.ir

3- s-mohseni@um.ac.ir

4- aansari@um.ac.ir

شیوع بیماری پاندمیک را ذیل یک عنوان و با یک ضمانت اجرای خاص بررسی نمود. لذا وضعیت قراردادهای متأثر از این بیماری، ذیل عناوین «غیرممکن شدن اجرای تعهد»، «دشواری اجرای تعهد» و «منتفی شدن هدف قرارداد» مورد بررسی قرار گرفته است. با توجه به امکان تعریف یک هدف جدید برای حقوق قراردادها در دنیای معاصر، تحت عنوان «کارایی اقتصادی»، برخی اصول مرتبط با تحلیل اقتصادی حقوق، مانند «تخصیص بهینه ریسک» و «معیار کارایی» بخصوص معیارهای پارتو و کالدور-هیکس، جهت انتخاب ضمانت اجرای متناسب و کارآمد مدنظر قرار گرفته است. همچنین برای هر یک از وضعیت‌های موجود، اقدام به بررسی مجزای ضمانت اجرای قابل اعمال، شامل «استمهال قانونی»، «مهلت عادلانه قضایی»، «تعلیق اجرا»، «تعدیل قرارداد»، «فسخ» و «انفساخ» گردیده؛ به نحوی که ضمن رعایت اصول حقوقی، از حیث اقتصادی نیز کارآمدترین ضمانت اجرا، برای هر وضعیت خاص در نظر گرفته شده است. امکان تقسیم خسارات وارده، تحت عنوان «تخصیص بهینه ریسک» بین طرفین، در برخی ضمانت اجرای خاص نیز یکی از موضوعات مورد بررسی است.

کلیدواژه‌ها: ضمانت اجرای کارآمد، کووید-۱۹، تعدیل قرارداد، انتفای هدف قرارداد، دشواری اجرا.

مقدمه

قرارداد و تعهدات ناشی از آن، یکی از مهم‌ترین مباحث مطرح در حقوق و اقتصاد است؛ با نگاهی اجمالی به روابط اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی در جامعه و حتی در سطح بین‌الملل، ملاحظه می‌گردد، اشخاص برای تأمین نیازهای مختلف خود، اعم از شخصی، شغلی و غیره، اقدام به انعقاد قراردادهای متفاوتی با یکدیگر می‌نمایند؛ به‌طور مثال کالا و خدمات موردنیاز خود را خریداری و کالاها و تولیدات مازاد خود را به دیگران واگذار می‌کنند یا خدمات خود را ارائه می‌دهند. شاید بدون هیچ‌گونه مبالغه‌ای بتوان گفت: اگر «قرارداد» وجود نداشته باشد، بخش اعظمی از علم حقوق، تحت عنوان «حقوق قراردادها» معنای خود را از دست خواهد داد و اقتصاد بدون قرارداد هم نمی‌تواند، معنایی داشته باشد. از آنجاکه هدف نهایی طرفین قرارداد از انعقاد آن، اجرای تعهدات ناشی از آن است؛ اجرای این تعهدات، هم مورد توجه حقوقدانان و هم اقتصاددانان بوده و می‌باشد. در این راستا اگر اجرای تعهدات به عللی، ممکن نباشد یا دچار اختلال گردد، باید دید چه راهکار حقوقی و اقتصادی کارآمدی می‌توان برای آن در نظر گرفت؟ یکی از علل عدم امکان اجرای تعهدات قراردادی یا اختلال در اجرای آن، وجود یک «مانع خارجی» است. ممکن است شیوع یک بیماری پاندمیک در سطح جهانی تأثیر زیادی بر اجرای قراردادهای داخلی و

بین‌المللی برجای بگذارد. به‌طور مثال: شیوع بیماری کووید ۱۹ به‌عنوان یک بیماری پاندمیک در سال ۲۰۱۹ م، طیف گسترده‌ای از قراردادهای زنجیره‌های تأمین با شرایط متفاوت را در سراسر اقتصاد، تحت تأثیر خود قرار داده و در مواردی منتهی به اختلال یا توقف در اجرای تعهدات قراردادی گردیده است (Twigg-Flesner, 2020: 9). حتی برخی، این همه‌گیری و پیامدهای اقتصادی ناشی از آن را رویدادی بی‌سابقه در تاریخ معاصر می‌دانند که دولت‌ها را ناچار از اتخاذ اقدامات حاکمیتی برای مقابله با آن نموده که یکی از نتایج آن، اختلال در تجارت بین‌الملل و اجرای تعهدات ناشی از آن بوده است (Janssen & Johannes Wahnschaffe, 2020: 495). لذا در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، سعی شده است، به بررسی ابعاد تأثیر بیماری‌های پاندمیک بر اجرای تعهدات قراردادهای داخلی از منظر تحلیل اقتصادی حقوق پرداخته شود. در این راستا هرچند تألیفات زیادی در خصوص تأثیر حوادث غیرمترقبه مانند قوه قاهره و... بر قراردادهای به رشته تحریر درآمده است؛ اما این موضوع، ما را از بررسی یکی از مصادیق این حوادث، تحت عنوان «تأثیر بیماری‌های پاندمیک بر اجرای تعهدات قراردادی» با رویکرد حقوق اقتصادی و پدیده‌شناسی دقیق آن، جهت انتخاب بهترین و کارآمدترین ضمانت اجرا بی‌نیاز نمی‌نماید. لذا در جهت بررسی بهتر ابعاد حقوقی و اقتصادی مربوط به وضعیت قراردادهای متأثر از آن، ابتدا برخی مفاهیم و مسائل اقتصادی مرتبط با این پژوهش بررسی می‌شود و سپس به بررسی وضعیت قراردادهای متأثر از شیوع بیماری پاندمیک و درنهایت به ضمانت‌اجراهای قابل‌اعمال بر هریک از وضعیت‌های به وجود آمده، با تکیه بر تحلیل‌های حقوق اقتصادی پرداخته خواهد شد.

برخی مفاهیم و مسائل اقتصادی مرتبط

جهت تبیین بهتر مطالب، ابتدا تعاریف مرتبط با تحلیل اقتصادی حقوق پرداخته خواهد شد، سپس به بررسی کارکرد و اهداف تحلیل اقتصادی حقوق و برخی مفاهیم مرتبط با آن و نیز نقش آن در اجرای تعهدات قراردادی، پرداخته خواهد شد.

تعاریف مرتبط با تحلیل اقتصادی حقوق

علم اقتصاد، علم بررسی حداکثر استفاده از منابع کمیاب برای نیازهای نامحدود یا به عبارت

بهرتر، علم تخصیص بهینه منابع و علم انتخاب است و درواقع اقتصاد، درس حسابگری و حسابرسی می‌دهد و با کارشناسی تمام امور، بهترین گزینه را انتخاب می‌کند: (Dadgar & Rahmani, 2013: 26-27). «علم حقوق» یعنی دانشی که به تحلیل قواعد حقوقی و سیر به وجود آمدن و تحول آن می‌پردازد (Katouzian, 2011: 14). یا گفته شده: «علمی که از روابط حقوقی (تکالیف و حقوق) اشخاص بحث می‌کند و هدف آن نگهداری از عدل و انصاف است» (Jafari Langroudi, 2020: 478).

در عبارت «تحلیل اقتصادی حقوق»^۱ یا «حقوق و اقتصاد»^۲ ذکر واژه اقتصاد به این معناست که موضوعات و قواعد حقوقی با ابزارها و اصول و تئوری‌های اقتصادی مورد بررسی قرار می‌گیرند؛ به نحوی که به حصول کارآمدی قواعد و موضوعات حقوقی منتهی شود (Jalali, 2010: 154). در همین راستا در تعریف آن گفته شده است: «حقوق و اقتصاد به علمی اطلاق می‌شود که در آن تئوری اقتصادی (اساساً اقتصاد خرد) برای تحلیل شکل‌گیری، ساختار، روال و آثار اقتصادی حقوق و نهادهای حقوقی به کار گرفته می‌شود» (Babaii, 2007: 18). به طور مثال، بررسی تأثیر نوع ضمانت اجرا بر ایفاء یا عدم ایفاء تعهدات قراردادی بر پایه معیارهای اقتصادی مانند کارایی، از موضوعات تحلیل اقتصادی حقوق است.

۱- کارکرد و اهداف تحلیل اقتصادی حقوق

تحلیل اقتصادی حقوق، با توسل به شیوه‌های تجربی مانند ابزارهای آماری و اقتصادسنجی و به کارگیری تئوری‌هایی که در علم اقتصاد وجود دارد، به پیش‌بینی رفتار انسان‌ها، در واکنش به ضمانت اجرای قواعد حقوقی می‌پردازد (Shami Aghdam, 2009: 13). در خصوص تعامل حقوق با اقتصاد گفته شده است: «حقوق اقتصاد را یاری می‌کند تا با اعمال قوانین لازم‌الاجرا به تخصیص بهینه منابع نزدیک شود و اقتصاد با تکنیک‌ها و متدلوژی بازاری خود پیش‌بینی‌هایی می‌کند که با لحاظ نمودن آن‌ها در قوانین حقوقی، به سوی هرچه کارآمدتر شدن قوانین حرکت خواهیم کرد» (Alipour Herisi, 2013: 8). نتایج حاصل از تحلیل اقتصادی حقوق می‌تواند با

1- Economic Analysis of Law

2- The Law and Economics

ارائه و پیشنهاد یک سری اصول و قواعد حقوقی کارآمد، در زمینه‌های مختلف حقوقی از جمله اجرای تعهدات قراردادی به کنشگران حقوقی مانند حقوقدانان و قضات و وکلا و حتی به قانون‌گذار کمک نماید تا با توجه به تحلیل ارائه‌شده و تطبیق آن با اصول و قواعد مسلم پذیرفته‌شده، اقدام به انتخاب بهترین و کارآمدترین اصول و قواعد حاکم بر موضوعات مختلف از جمله موضوعات جدید و مبتلا به نمایند؛ به نحوی که حداکثر سود یا حداقل ضرر را برای طرفین به همراه داشته باشد.

برای قواعد حقوقی، اهداف مختلفی بیان شده است، از جمله می‌توان به برقراری نظم، اجرای عدالت و ایجاد تعادل نسبی در روابط حقوقی اشاره کرد (Ghasemi Hamed, 2015: 33). در خصوص اهداف حقوق قراردادهای برخی معتقدند: با توجه به وجود اختلاف نظر در اهداف آن، مانند عدالت، نظم و امنیت، هنوز امکان طرح اهداف جدیدی در حوزه حقوق قراردادهای وجود دارد که یکی از این اهداف، حداکثر کردن ثروت، از طریق کارایی است (Abdollahian, 2011: 150). در همین راستا گفته شده است: قواعد مربوط به حقوق قراردادهای، باید باعث افزایش رفاه متعاقدين گردد والا آن قواعد باید حسب مورد نسخ یا باز تفسیر گردد (Keyvani, 2020: 328). Hafshejani, et al, 2020: 328 حتی ملاک ارزیابی قواعد حقوقی، میزان رفاه اجتماعی حاصل از آن بیان شده است، به نحوی که یک قاعده حقوقی که منجر به سطح بالاتری از میزان تعیین شده رفاه اجتماعی گردد، بر سایر قواعد حقوقی رجحان دارد (Shavell, 2009: 10). لذا چنانکه ملاحظه می‌گردد، برخی از تحلیلگران فعال در رشته تحلیل اقتصادی حقوق، با نگاهی اقتصادی، در صدد تبیین اهداف جدیدی در حوزه حقوق قراردادهای برآمده‌اند که در صورت قبول آن، این اهداف جدید دارای آثاری در مرحله تفسیر، اجرا و حتی ضمانت اجرای ناشی از نقض تعهد خواهد بود. به طور مثال از دید یک حقوقدان ایرانی، اجرای عین تعهد، علی‌الاصول امری غیر قابل تخطی است، در حالی که از دید اقتصادی، ممکن است اجرای عین تعهد، فاقد کارایی بوده و امکان نقض قرارداد با پرداخت خسارت کامل متعهدله، پیشنهاد گردد.

۱- بررسی برخی اصطلاحات مرتبط با تحلیل اقتصادی حقوق

برخی از مفاهیم اساسی مربوط به تحلیل اقتصادی حقوق (از جمله کارایی، ریسک و تخصیص آن) در پژوهش فعلی مورد استناد قرار خواهد گرفت که ذیلاً به صورت مختصر، مورد بررسی قرار

خواهد گرفت.

۱-۳-۱- معیار کارایی

یکی از مباحث مهم در اقتصاد، بحث کارایی یا استفاده بهینه از منابع است. منظور از معیار کارآمد یا تخصیص بهینه منابع در تحلیل اقتصادی حقوق، ایجاد بیشترین منافع اقتصادی با حداقل هزینه ممکن اقتصادی و اجتماعی است. به طور مثال گفته شده است: فرایند تولید، زمانی کارآمد است که تولید مقدار خاصی از یک محصول، با مواد مصرفی کمتری مقدور نباشد یا استفاده از همان مواد اولیه، در جهت تولید بیشتر، ممکن نباشد. (Kotter & Yolen, 2012: 32) در خصوص ضابطه تشخیص کارآمدی اقتصادی، نظریات متعددی مطرح گردیده است که در این خصوص دو ضابطه از شهرت بیشتری برخوردار است.

۱-۳-۱-۱- ضابطه کارآمدی پارتویی^۱: این نوع کارایی بر اساس نام ابداع کننده آن یعنی «ویلفردو پارتو» اقتصاددان سوئسی - ایتالیایی، کارآمدی پارتویی نامیده می شود. طبق این ضابطه، وضعیتی کارآمد است که در صورت تغییر آن، امکان بهتر شدن وضع یکی از طرفین، بدون بدتر شدن وضع دیگری وجود نداشته باشد (Kotter & Yolen, 2012: 33)؛ بنابراین اگر با تغییر آن وضعیت، وضع یکی از طرفین بهتر شود، بدون اینکه وضع دیگری بدتر شود، مشخص می شود آن وضعیت سابق کارآمد نبوده است.

۱-۳-۱-۲- ضابطه کالدور-هیکس: ضابطه دیگری که توسط دو اقتصاددان به نام‌های «نیکلاس کالدور» و «جان هیکس» مطرح و به نام خود آن‌ها هم مشهور شده، بیان می دارد: اگر عده‌ای از وجود یک وضعیت یا تغییر آن سود ببرند درحالی که طرف مقابل دچار ضرر بیشتری گردد؛ ولی گروه اول بتوانند ضرر عده متضرر را جبران نمایند و آنان را در وضعیت بهتری قرار دهند و باوجوداین، همچنان سودی برای خود آنان هم باقی بماند، این وضعیت کارآمد تلقی می گردد (Tosi, 2011: 265; Jalali, 2010: 3; Posner, 2003: 12-13). در مباحث بعدی به کاربرد «معیار کارایی» در تحلیل قواعد حقوقی مرتبط با این پژوهش پرداخته خواهد شد.

1- Pareto efficiency or Pareto optimality

۲-۳-۱- ریسک و تخصیص آن

یکی از مباحث مهم در بحث اجرای تعهدات قراردادی، به خصوص در قراردادهای مستمر که بین زمان انعقاد قرارداد تا زمان اجرای آن فاصله وجود دارد، به وجود آمدن حوادث یا وقایعی است که باعث عدم امکان اجرا یا اختلال در اجرا می گردد که از آن در ادبیات تحلیل اقتصادی حقوق، تحت عنوان «ریسک» یاد می گردد (Jalali, 2010: 105). از آنجا که دامنه شمول این وقایع و حوادث وسیع است، شیوع بیماری پاندمیک و تأثیر آن بر اجرای تعهدات قراردادی به عنوان یک «ریسک» می تواند مورد بررسی قرار گیرد.

بحث «ریسک» در دو فرض، مطرح می شود؛ گاهی طرفین در زمان انعقاد قرارداد، به موضوع ریسک و تعیین تکلیف وضعیت ناشی از آن، یعنی نحوه برخورد با آن توجه دارند؛ لذا قرارداد در این خصوص فاقد «خلأ» محسوب می گردد. از آنجا که طرفین، بر اساس منافع حداکثری خود، اقدام به تصمیم گیری در این خصوص می نمایند؛ بنابراین توافق آنان از لحاظ اقتصادی، کارآمدترین وضعیت ممکن، در خصوص تخصیص هزینه ها و خسارات ناشی از این ریسک را خواهد داشت؛ اما گاهی طرفین، در زمان انعقاد قرارداد یا نمی توانند شیوع بیماری پاندمیک را به عنوان یک ریسک پیش بینی نمایند یا ترجیح داده اند به این موضوع نپردازند. در چنین حالتی، به علت سکوت در خصوص آن ریسک، قرارداد ناقص و دارای «خلأ» است (Shavell, 2009: 345; Kotter & Yolen, 2012: 282). یکی از عمده ترین دلایل آن می تواند اتلاف زمان زیادی جهت تعیین تکلیف این وضعیت احتمالی باشد که نهایتاً باعث افزایش هزینه های انعقاد قرارداد یا به علت وجود اختلافات اساسی در تخصیص ریسک، مانع انعقاد قرارداد و در نتیجه عدم تحقق کارایی و حداکثر سازی رفاه اجتماعی می گردد. لذا ممکن است طرفین به علت ناچیز بودن احتمال وقوع آن ریسک در آینده، ترجیح دهند به این موضوع در قرارداد نپردازند. در این حالت، قرارداد دارای خلأ بوده و باید راهکاری برای نحوه تخصیص و توزیع آثار این ریسک بر یکی از طرفین یا هر دو طرف اندیشیده شود.

منظور از تخصیص ریسک نیز این است که اثرات ناشی از آن را متوجه کدام یک از طرفین قرارداد بدانیم؛ بدین معنا که آیا باید متعهد را از انجام تعهد قراردادی معاف کرد و اثرات آن را صرفاً متوجه متعهدله دانست یا متعهد را مکلف به اجرای عین تعهد نموده یا راه حل بینابینی که تعدیل قرارداد یا اعطای حق فسخ ضمن جبران خسارت متعهدله است، انتخاب گردد؟

۱- نقش و جایگاه تحلیل اقتصادی در اجرا و نقض تعهدات قراردادی

در خصوص الزامی بودن یا نبودن اجرای عین تعهد، ممکن است یک حقوقدان ایرانی، با استناد به مقررات مختلف از جمله ماده ۲۱۹ ق.م و اصل لزوم قراردادهای، اجرای عین تعهد را الزامی بداند، در حالی که یک تحلیلگر اقتصادی، با استناد نظریه «نقض کارآمد قرارداد»^۱ چنین نظری نداشته باشد. به موجب نظریه «نقض کارآمد قرارداد» در صورتی که هزینه اجرای تعهد، بیشتر از هزینه نقض قرارداد و جبران خسارت متعهدله باشد، متعهد می‌تواند با پرداخت خسارت متعهدله، قرارداد را نقض نماید (Anh Son & Le Na, 2020: Craswell, 2000: 5; Katz, 2011: 1-4). ۱۴۸ در حقوق ایران نیز علیرغم تبعیت از نظریه اجرای عین تعهد، برخی از نویسندگان معتقدند: از دیدگاه تحلیل اقتصادی، نقض قراردادهای تابویی غیرقابل نقض نیست؛ زیرا تفاوت چندانی بین اجرای عین تعهد با نقض تعهد و پرداخت خسارت کامل متعهدله وجود ندارد (Abdollahian, 2011: 156-157). به نظر هرچند قبول نظریه «نقض کارآمد» در حقوق ایران که اجرای عین تعهد مورد تأکید قانون‌گذار بوده، به شکلی که در کلام تحلیلگران حقوق اقتصادی آمده، کمی دشوار است، ولی شاید بتوان از مبانی آن در مواردی که شیوع بیماری پاندمیک به‌طور مثال، باعث تغییر اساسی شرایط و اوضاع و احوال قرارداد می‌گردد، جهت انتخاب ضمانت اجرای مناسب استفاده کرد که در مباحث بعدی بیشتر به این موضوع پرداخته خواهد شد.

بررسی ماهیت پدیده شیوع بیماری پاندمیک و تأثیر آن بر اجرای قرارداد

بیماری پاندمیک ممکن است بر حسب نوع و ماهیت و شرایط قرارداد و سایر عوامل اجتماعی و بهداشتی و اقتصادی و غیره آثار متفاوتی بر اجرای قراردادهای مختلف بر جای بگذارد. هرچند برخی معتقدند: هم در عمل و هم در تئوری، دکتترین مربوط به فورس مازور و سختی اجرا، بعضی اوقات به درستی از هم قابل تفکیک نیست (Berger & Behn, 2020: 88) یا گفته شده است: گاهی ترسیم مرزی بین شرایطی که به غیرممکن شدن اجرا و سنگین تر یا هزینه‌بر شدن آن یا منتفی شدن هدف معامله می‌گردد، مشکل است (Kotz, 2017: 279). ولی به‌طور کلی،

1- Efficient Breach of Contract

معمولاً شیوع بیماری پاندمیک یا در مواردی منجر به «عدم امکان اجرای فیزیکی یا حقوقی قرارداد» یا باعث «سخت یا پرهزینه شدن اجرای» آن یا از «بین رفتن هدف از انعقاد قرارداد» می‌گردد. در این قسمت به صورت جداگانه هر یک از این حالات مختلف فوق، مورد تحلیل و بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۲- عدم امکان اجرا تعهد قراردادی (مادی و حقوقی)

عدم اجرای تعهد قراردادی ممکن است تحت تأثیر یک حادثه خارجی غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب باشد که این عدم امکان اجرا، گاهی مادی یا فیزیکی و گاهی حقوقی و به علت ممنوعیت قانونی یا دستورات مقامات حکومتی و قضایی است (Schwartz, 2020:49). Katouzian, 2015: 190 برخی نویسندگان با بررسی اکثر نظام‌های حقوقی، وجود یک مانع خارجی که نوعاً غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل کنترل و غیرقابل اجتناب و غلبه باشد را وجه اشتراک تمام نظام‌های حقوقی در بحث تعذر ناشی عدم امکان اجرا می‌دانند (Niazabadi & Ansari, 2020: 467-468).

شیوع بیماری پاندمیک در برخی از قراردادها باعث عدم امکان اجرای مادی آن می‌گردد؛ به طور مثال شیوع آن ممکن است افراد زیادی را درگیر خود گرداند و از آنجا که این اشخاص باید دوره درمان خاصی (مثلاً دو هفته) را طی نمایند، لذا ممکن است اجرای تعهدات ناشی از قراردادها، آنان، در این بازه زمانی غیرممکن گردد. شاید بر همین اساس، برخی از حقوقدانان شیوع بیماری ساری در یک محل را از مصادیق فورس ماژور تلقی نموده‌اند (Katouzian, 2015: 188). البته برخی ابتلا به بیماری کرونا را از مصادیق فورس ماژور نمی‌دانند، زیرا بیماری متعهد را فاقد یکی از اوصاف فورس ماژور یعنی وصف خارجی بودن آن دانسته و صرفاً بیماری در قراردادها قائم به شخص و نیز در صورتی که انجام تعهد، عرفاً باعث ابتلای متعهد به کرونا یا خطر جدی در ابتلا به کرونا باشد را از مصادیق فورس ماژور دانسته‌اند (Javaheri Mohammadi, 2020: 19-20). صرف نظر از قوت و ضعف استدلال فوق، مشخص نیست بر چه اساسی خود بیماری مسری از مصادیق فورس ماژور نیست؛ ولی خطر ابتلا به آن از مصادیق فورس ماژور تلقی شده است؟

با توجه به تجربه موجود بخصوص در مورد شیوع بیماری کووید ۱۹ می‌توان گفت: در زمان

شیوع بیماری پاندمیک، هرچند غالباً امکان اجرای مادی قرارداد وجود دارد؛ ولی معمولاً دولت‌ها، به جهت کنترل و جلوگیری از گسترش بیماری پاندمیک و لزوم حفظ سلامتی افراد جامعه، اقدام به ایجاد برخی از محدودیت‌هایی می‌نمایند که باعث عدم امکان اجرای برخی تعهدات قراردادی می‌گردد، به‌طور مثال؛ مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا، مبنی بر منع رفت و آمد بین شهرها، تعطیلی هتل‌ها و تالارها و برخی از مشاغل غیرضروری باعث می‌گردد، بسیاری از قراردادهای مرتبط با این مشاغل عملاً قابلیت اجرا نداشته باشد که این موارد از مصادیق عدم امکان اجرای حقوقی قرارداد، محسوب می‌گردد. در همین راستا گفته شده است: موانع قانونی و دستورهای قضایی و دولتی از مصادیق حوادث خارجی است (Katouzian, 2015: 190). یا گفته شده است: اگر نفس کرونا از مصادیق فورس مازور نباشد، شرایط ایجادشده توسط دولت‌ها از مصادیق فورس مازور تلقی می‌شود (Ghanavati, 2020: 12; Javaheri Mohammadi, 2020: 36). در ادبیات مربوط به تحلیل اقتصادی حقوق، مبحثی تحت عنوان «دکترین عدم امکان ایفاء تعهد» در مورد حوادثی که ایفاء تعهد را غیرممکن می‌گرداند مطرح گردیده است و از آن حادثه تحت عنوان «ریسک» یادشده است (Kotter & Yolen, 2012: 368) که در پژوهش فعلی از شیوع بیماری پاندمیک به‌عنوان یک ریسک می‌توان نام برد که گاهی باعث عدم امکان اجرای مادی یا حقوقی می‌گردد.

۲-۲- دشواری اجرا (فیزیکی یا اقتصادی)

گاهی اجرای مفاد قرارداد بر اثر شیوع بیماری پاندمیک غیرممکن نمی‌گردد؛ بلکه امکان اجرای آن با دشواری طاقت‌فرسا همراه است که در اینجا نیز فروض مختلفی قابل تصور است؛ الف- گاهی شیوع بیماری صرفاً باعث افزایش هزینه‌های اجرا می‌گردد، بدون اینکه باعث سختی اجرا از حیث مادی گردد؛ به‌طور مثال اگر یک شرکت داروسازی، اقدام به انعقاد قرارداد ساخت و فروش یک داروی خاص با یک شرکت فعال در زمینه پخش دارو نماید و پس از انعقاد قرارداد، به دلیل شیوع بیماری پاندمیک، قیمت مواد اولیه آن دارو که مشابه داروی کنترل بیماری پاندمیک است، به علت تقاضای زیاد، افزایش یابد و در نتیجه، هزینه تمام‌شده ساخت داروی موضوع قرارداد به چند برابر قیمت مندرج در قرارداد برسد؛ هرچند متعهد امکان اجرای تعهد خود را از حیث مادی دارد؛ ولی از حیث اقتصادی، اجرای تعهد دیگر برای متعهد توجیه ندارد.

ب- گاهی شیوع بیماری پاندمیک صرفاً باعث دشوار شدن اجرای مادی تعهد می گردد، بدون اینکه باعث افزایش هزینه ها شود؛ به طور مثال در خصوص قرارداد ساخت یک مجتمع آپارتمانی، هرچند به علت شیوع بیماری پاندمیک، هزینه های اجرای پروژه تغییر چندانی نداشته؛ ولی به علت فاصله گذاری اجتماعی و عدم وجود نیروی کار کافی، اجرای پروژه سخت گردیده است.

ج- گاهی ممکن است شیوع بیماری، باعث دشواری اجرا و افزایش هزینه های به طور توأمان گردد؛ به طور مثال اگر تاجری، کالایی را به یک شرکت خارجی فروخته و تعهد به تحویل آن در مقصد نماید و ممکن است به علت محدودیت های رفت و آمد، امکان استفاده از وسایل نقلیه زمینی، هوایی یا دریایی بسیار محدود گردیده و هزینه های حمل کالا نیز چند برابر شود. در اینجا، هم اجرای مادی تعهد یعنی حمل کالا دشوار شده و هم هزینه های آن چند برابر شده است.

برخی از نویسندگان در خصوص یکی از مصادیق بیماری پاندمیک یعنی ویروس کووید-۱۹ بیان داشته اند: با توجه به سرعت گسترش شیوع کرونا در جهان، این امر غیرارادی و کاملاً خارجی جلوه می کند و هنگام انعقاد قراردادها، قابل پیش بینی نبوده و به دلیل فعالیت کشورها برای کشف واکسن و سرعت سرایت آن، غیرقابل کنترل و غیرقابل اجتناب و غلبه است، لذا شرایط آن را قابل تطبیق با تعسر اجرا دانسته اند (Niazabadi & Ansari, 2020: 477-478). همچنان که برخی دیگر، شرایط به وجود آمده ناشی از شیوع بیماری پاندمیک کووید ۱۹ را از مصادیق دشواری اجرا دانسته اند (Javaheri Mohammadi, 2020: 38). چنانکه گفته شد: تمام وضعیت های متصور ناشی از تأثیر بیماری پاندمیک را نمی توان ذیل یک عنوان خاص جمع نمود. حتی «دشواری اجرا» خود نیز، دارای اقسامی به شرح فوق است که ممکن است هریک مشمول ضمانت اجرایی خاص گردد.

۳-۲- انتفای هدف قرارداد

بررسی نقش انگیزه و هدف طرفین از انعقاد قرارداد و تأثیر شیوع بیماری پاندمیک بر آن، از موضوعاتی است که کمتر بدان پرداخته شده است؛ به طور مثال، در قرارداد اجاره یک ساله هتلی در منطقه ای توریستی، جهت پذیرش و اسکان گردشگران، هرچند هدف از انعقاد آن، صراحتاً ذکر نشده است؛ اما به صورت ضمنی یا بنائی، انگیزه اصلی طرفین، بخصوص هدف مستأجر از قرارداد اجاره، پذیرش و اسکان مسافر در این هتل است. حال اگر در اثر شیوع بیماری پاندمیک، عملاً

مسافری به آن منطقه توریستی نیامده یا نتواند بیاید، آنچه انگیزه اصلی در انعقاد قرارداد اجاره بوده (پذیرش و اسکان گردشگران) با شیوع بیماری پاندمیک از بین رفته است که این موضوع در زمان شیوع بیماری کرونا، در بسیاری از شهرهای توریستی و زیارتی کشور ایران و حتی در سطح جهان به وضوح مشهود بود. در این پژوهش از این وضعیت، تحت عنوان «منتفی شدن هدف» یاد خواهد شد و می‌توان آن را معادل با «عقیم شدن هدف قرارداد»^۱ در حقوق کامن‌لا دانست. مثال بارز آن در حقوق کامن‌لا، مربوط به انعقاد قرارداد اجاره یک اتاق جهت مشاهده تاج‌گذاری «ادوارد هفتم» است که به علت بیماری نامبرده در تاریخ مقرر، مراسم رژه برگزار نگردید و دادگاه استیناف انگلستان در ۱۹۰۳ م با این استدلال که اجرای مراسم، توسط هر دو طرف عقد، به‌عنوان مبنای انعقاد قرارداد تلقی می‌شده و لذا به تعویق افتادن مراسم مذکور، مانع از امکان اجرای قرارداد شده و در نتیجه هدف از انعقاد قرارداد اجاره، منتفی گردیده است (Ruff, 2011: 219-220). البته این هدف باید هدف مشترک طرفین باشد و علیرغم امکان اجرا، این اجرا برای یکی از طرفین نامطلوب باشد (MacMillan, 2021: 68). منتفی شدن هدف قرارداد، در ادبیات تحلیل اقتصادی حقوق، نیز تحت عنوان مشابه یعنی اصل انتفاء غرض، مطرح گردیده شده است (Kotter & Yolen, 2012: 372).

تفاوت متعذر شدن اجرای قرارداد با انتفای هدف قرارداد در این است که در متعذر شدن امکان اجرای مادی قرارداد وجود ندارد؛ ولی در انتفای هدف، هرچند امکان اجرای قرارداد وجود دارد، اما هدفی که قرارداد بر مبنای آن منعقد شده، منتفی گردیده است.

بررسی وضعیت حقوقی قرارداد متأثر از بیماری پاندمیک، از حیث ضمانت اجرای حاکم بر آن

یکی از مباحث مهم در حقوق قراردادها، بررسی ضمانت اجرای حاکم بر نقض قرارداد (اعم از موجه و غیرموجه) است. از نگاه تحلیل اقتصادی، رسیدن به اهداف مدنظر حقوق قراردادها، یعنی فراهم نمودن زمینه مبادله منابع و امکانات اقتصادی، میان افراد، در گرو اجرای تعهدات ناشی

1- frustration of purpose

از آن است؛ لذا برای اجرای این تعهدات قراردادی، باید ضمانت اجرا متناسب در نظر گرفته شود (Jalali, 2010: 114). در خصوص اینکه چرا یک قرارداد باید دارای ضمانت اجرا باشد؟ برخی از تحلیلگران اقتصادی معتقدند: ضمانت اجرا همانند قیمت است، همان طور که مردم به قیمت های بالا یک کالا، از طریق کمتر مصرف کردن آن واکنش نشان می دهند، در مقابل ضمانت اجرای محکم و سنگین نیز سعی می نمایند اقدامات نقض کننده کمتری که مرتبط با آن ضمانت اجراست، انجام دهند (Kotter & Yolen, 2012: 13) در خصوص ضمانت اجرای حاکم بر معاذیر موجه، بعضی از نظام های حقوقی مانند کامن لا دارای یک «سیستم بسته» و برخی نظام ها، دارای «سیستم باز» هستند؛ بدین معنی که در «سیستم بسته» یک ضمانت اجرای خاص مانند خاتمه دادن به قرارداد، بدون هیچ انعطافی اعمال می گردد؛ ولی در «سیستم باز» قبل از اجرای ضمانت اجرای همانند خاتمه قرارداد، از ضمانت اجرای همانند الزام به مذاکره و ... استفاده می شود و لذا از انعطاف پذیری بیشتری برخوردار است (Olatoye, 2021: 191). به نظر برخلاف نظام کامن لا که ضمانت اجرای حاکم بر انتفای اجرای قرارداد (فراستریشن)^۱ صرفاً باعث انحلال خودبه خودی قرارداد، بدون اعطا حق انتخاب به طرفین است (Reuters, 2020: 401). در نظام حقوقی ایران، هرچند ضمانت اجرای قابل اعمال در همین وضعیت مشابه، به شرحی که خواهد آمد، دارای تنوع بیشتری است، ولی بازهم به علت عدم الزام طرفین به مذاکره و ... تا حدودی تابع «سیستم بسته» تلقی می گردد.

با مراجعه به حقوق قراردادها، شاید ضمانت اجرای متعددی را بتوان قابل انطباق بر وضعیت قراردادهای متأثر از شیوع بیماری های پاندمیک تصور نمود؛ اما باید دید از دیدگاه تحلیل اقتصادی، کدام یک از این ضمانت اجراها کارآمدتر است؟ گفته شد: در خصوص تعیین ضابطه و ملاک کارایی اقتصادی، دو نظریه مشهور در این خصوص وجود دارد؛ طبق نظریه کارایی پارتو می توان گفت: وقتی یک ضمانت اجرای حقوقی چنان کارآمد است که هیچ یک از افراد دخیل و مرتبط با آن، نتوانند وضعیت دیگری را کارآمدتر تلقی نمایند، آن وضعیت کارآمدترین وضعیت موجود است که این وضعیت معروف به کارایی پارتو است. بر اساس ملاک یا ضابطه کارآمدی

1- frustration

کالدور - هیکس اگر به‌طور مثال یک ضمانت اجرای حقوقی برای یکی از طرفین قرارداد کارآمد باشد، اما برای طرف دیگر ناکارآمد تلقی گردد؛ ولی طرف اول ضمن اعمال ضمانت اجرای انتخابی خود، حاضر به پرداخت خسارت طرف دوم باشد و پس از پرداخت خسارت، ضمانت اجرای انتخابی، همچنان برای وی کارآمد تلقی گردد؛ این ضمانت اجرا، کارآمدترین ضمانت اجرای ممکن تلقی می‌گردد. البته برخی تحت عنوان تفسیر «دکترین عدم امکان ایفاء تعهد» معتقدند: اگر واقعه‌ای اجرای قرارداد را غیرممکن سازد، مسئولیت به طرفی اختصاص می‌یابد که می‌توانسته ریسک را با کمترین هزینه کاهش دهد یا آن را از طرقی مثل بیمه، توزیع کند. (Kotter & Yolen, 2012: 369) حال با توجه به مطالب و نظریات فوق باید دید در خصوص قراردادهای متأثر از بیماری‌های پاندمیک، کدام یک از ضمانت اجراها از حیث حقوقی و اقتصادی قابل توجیه و کارآمدتر تلقی و به تخصیص بهینه منابع کمک نموده و بالاترین سطح مطلوبیت را به همراه خواهد داشت.

از آنجا که تأثیر بیماری پاندمیک بر حسب نوع و ماهیت و شرایط قرارداد و سایر عوامل اجتماعی و بهداشتی و اقتصادی و غیره متفاوت است و حسب مورد، باعث «غیرممکن شدن اجرا» یا «سختی اجرا» و در برخی موجب «منتفی شدن هدف از اجرای قرارداد» می‌گردد؛ لذا انتخاب ضمانت اجرای واحد برای تمام این حالات، نه تنها از حیث تحلیل حقوقی موجه نیست؛ بلکه از حیث تحلیل اقتصادی نیز منتهی به نتیجه کارآمد نخواهد گردید. لذا به نظر باید به‌صورت موردی، در هر یک از حالات مذکور، ضمانت اجرای متناسب با آن انتخاب گردد. ذیلاً جهت بررسی بهتر ضمانت اجراهای قابل اعمال در هر یک از وضعیت‌های متفاوت، در یک تقسیم‌بندی کلی، این ضمانت اجراها به ضمانت اجراهای مبتنی بر «توقف اجرای تعهد»، ضمانت اجرای مبتنی بر «تعدیل قرارداد» و در انتها ضمانت اجراهای مبتنی بر «انحلال قرارداد»، تقسیم و موردبررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۳- توقف اجرای تعهدات قراردادی

گاهی بهترین ضمانت اجرا برای قراردادهای متأثر از بیماری‌های پاندمیک، توقف اجرای تعهدات ناشی از آن است که تحت عناوین «استمهال قانونی»، «مهلت عادلانه قضایی» و «تعلیق قرارداد» از آن یاد خواهد گردید.

۳-۱-۱- استمهال قانونی

در تعریف استمهال قانونی آمده است: مهلت عادلانه‌ای است که قانون‌گذار به بعضی از بدهکاران دارای وضعیت خاص که اجرای تعهد آن‌ها با مشکل مواجه شده است، اعطا می‌نماید و اثر آن صرفاً محدود به تعویق افتادن تعقیب‌های اجرایی است (Abedi, 2016: 158). در وضعیت شیوع بیماری پاندمیک، شاید بتوان مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا مبنی بر تمدید مدت قراردادهای اجاره اماکن مسکونی یا امهال پرداخت اقساط وام‌های بانکی توسط فعالان صنعت گردشگری را از مصادیق استمهال قانونی تلقی نمود. هرچند که در لازم‌الاجرا بودن یا نبودن برخی مصوبات ستاد مذکور که به نوعی اقدام به قانون‌گذاری است، جای شبهه وجود دارد؛ ولی با توجه به تبعیت اکثر مراجع قضایی و اداری از این مصوبات، می‌توان آن را در حکم استمهال قانونی تلقی نمود. از حیث تحلیل اقتصادی نیز می‌توان گفت: با توجه به وجود خلأ قراردادی در این خصوص، قانون‌گذار یا نهادهای حاکمیتی، به دلیل وضعیت خاص اقتصادی و اجتماعی، اقدام به پر کردن شکاف و خلأ قراردادی (در مواجهه با چنین شرایطی) از طریق استمهال قانونی می‌نمایند. در این حالت نیز کارآمدی تصمیمات از طریق جبران تمام یا بخشی از خسارت متعهدله، باید مدنظر قانون‌گذار یا نهادهای حاکمیتی باشد که در مثال‌های فوق، افزایش میزان اجاره‌بها به نفع موجر یا پرداخت مقداری از خسارت بانک‌ها توسط دولت در طول مدت استمهال، می‌تواند در این راستا باشد.

۳-۱-۲- مهلت عادلانه قضایی

در تعریف «مهلت عادلانه» یا اجل قضایی گفته شده است: «موعدی است که دادگاه، به منظور رعایت حال مدیون و کاستن از فشار مالی بر او با رعایت بنای تراضی و اوضاع و احوال، به او می‌دهد و بدین وسیله اعمال اجرایی و اجبار مدیون را متوقف می‌سازد. بدین ترتیب، مهلت عادلانه وسیله ملایم کردن قواعد منطقی حقوق و سازگار ساختن آن با ندای عدالت و انصاف است». (Katouzian, 2016: 142) در ماده ۲۷۷ ق.م که بحث مهلت عادلانه مطرح شده، ملاک اعطا آن، وضعیت مدیون است. حتی طبق ماده ۶۵۲ همان قانون، در خصوص استرداد مبلغ قرض گرفته شده، دادگاه می‌تواند بر اساس اوضاع و احوال موجود نیز اقدام به اعطای مهلت عادلانه نماید. در این خصوص گفته شده است: قید «اوضاع احوال» عام‌تر از «وضعیت مدیون» بوده و شامل کاهش

ارزش پول یا بحران‌های اقتصادی نیز می‌گردد (Katouzian, 2016: 143). به نظر عقد قرض در اینجا خصوصیتی نداشته و شامل تمام تعهدات ناشی از عقود دیگر نیز می‌گردد؛ لذا به‌طریق‌اولی مهلت عادلانه می‌تواند در تمام قراردادهایی که از بیماری‌های پاندمیک متأثر گردیده است نیز قابل اعمال باشد.

مهلت عادلانه نباید باعث تحمیل ضرر بر متعهدله گردد (Katouzian, 2016: 147) زیرا قانوناً و اخلاقاً رفع ضرر از متعهد نباید به بهای تحمیل ضرر بر متعهدله باشد. همچنین در برخی از موارد اعطای مهلت عادلانه با موانعی مواجه است از جمله در صورتی که اجرای تعهد در مهلت معین، قید تعهد باشد (Katouzian, 2016: 144). مثل سفارش حجم زیادی شاخه گل، جهت استفاده در یک عید مذهبی خاص که اجرای تعهد پس از آن تاریخ، دیگر دارای مطلوبیت نیست. میزان مهلت عادلانه بسته به نظر دادگاه است (Katouzian, 2016: 147). ضمن تأیید این نظریه، به‌عنوان ضابطه می‌توان گفت: میزان مهلت عادلانه باید به نحوی تعیین گردد که ضمن رفع ضرر از متعهد، باعث تضرر متعهدله و برهم خوردن تعادل اقتصادی تعهدات نگردد.

از بین وضعیت‌های مختلف متأثر از بیماری پاندمیک بر اجرای تعهدات قراردادی، «مهلت عادلانه» صرفاً در صورت دشواری اجرای تعهد، قابل اعمال است؛ زیرا در وضعیت «عدم امکان اجرا»، با عنایت به مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م متعهد بدون نیاز به حکم دادگاه در اعطای مهلت عادلانه، از پرداخت خسارت قراردادی معاف است. در بحث منتفی شدن هدف نیز اعطای مهلت به منزله پذیرش ادامه قرارداد است که این نقض غرض محسوب می‌شود.

در خصوص دشواری اجرای فیزیکی به نظر «مهلت عادلانه» بهترین و کارآمدترین ضمانت اجرای قابل اعمال باشد؛ زیرا علی‌الاصول، احراز دشواری اجرای تعهد، مستلزم اظهارنظر قضایی است و لذا دادگاه ضمن رسیدگی می‌تواند بنابر تقاضای متعهد، اقدام به اعطای «مهلت عادلانه» نماید و بر خلاف تعذر اجرا، ضمانت اجرای «تعلیق اجرای تعهد» جایی برای اعمال نخواهد داشت. در خصوص دشواری ناشی از افزایش هزینه‌ها نیز اگر افزایش هزینه‌های اجرا، موقتی باشد، اعطای «مهلت عادلانه» باعث می‌گردد تا امکان اجرای تعهدات بعد از رفع حالت اضطراری ناشی از شیوع بیماری، بدون هیچ‌گونه دشواری انجام پذیرد. از حیث تحلیل اقتصادی نیز ضمن حفظ قرارداد، با اعطای مهلت به متعهد، امکان اجرای قرارداد بعد از رفع مانع همچنان وجود دارد. البته اگر اعطای «مهلت عادلانه» باعث ضرر هنگفت برای متعهدله گردد یا باعث برهم خوردن تعادل اقتصادی

قرارداد شود یا عنصر زمان در اجرای تعهد برای متعهدله مهم باشد، این ضمانت اجرا از حیث تحلیل اقتصادی، کارآمد تلقی نمی گردد و باید به دنبال ضمانت اجرایی دیگری بود.

۳-۱-۳- تعلیق اجرای قرارداد

یکی از ضمانت اجرای دیگر که ممکن است در خصوص وضعیت قراردادهای متأثر از شیوع بیماری پاندمیک قابل اعمال می باشد، «تعلیق اجرای قرارداد» است. در خصوص مفهوم و دایره شمول این نهاد حقوقی، در قانون مدنی صراحتاً سخنی به میان نیامده است؛ ولی در برخی از قوانین دیگر مانند مواد ۱۶ تا ۲۰ قانون کار یا ماده ۶ قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو، به بحث تعلیق قرارداد کار یا تعلیق تعهدات عرضه کننده خودرو پرداخته شده است.

تعلیق اجرای قرارداد ممکن است ناشی از تخلف طرف قرارداد، از اجرای تعهدات خود باشد که می توان حق حبس را مصداقی از آن دانست که این قسمت، از محل بحث ما خارج است؛ اما گاهی یک حادثه خارجی مانند شیوع بیماری پاندمیک، باعث تعلیق اجرای تعهد می گردد، در همین راستا گفته شده است: اگر قوه قاهره موقتی باشد، ممکن است باعث تعلیق اجرای قرارداد تا رفع مانع گردد (Shabani, Javaheri Mohammadi, 2020: 37; Badini & samadi, 2017: 34; Katouzian, 2015: 179; Parsapour & zakerinia, 2015: 44; 2010: 105-106؛ اما برخی معتقدند: با توجه به اینکه بقای قرارداد در مدت تعلیق ممکن است برای متعهدله خطراتی مانند تحمل ضمان تلف مبیع قبل از قبض، به همراه داشته باشد او می تواند بر مبنای اختیار تعذر تسلیم، قرارداد را فسخ نماید و لذا حق فسخ را در عرض تعلیق قابل اعمال می دانند (kazemi, 2022:104). برخی منظور از تعلیق اجرای تعهد را، تعلیق اجرای تعهد از سوی متعهدله می دانند که به دلیل غیرممکن شدن اجرای تعهد طرف دیگر، صورت می گیرد (kazemi, 2022: 103). ولی به نظر، با توجه به اینکه با حدوث واقعه غیر مترقبه، امکان اجرای تعهد وجود ندارد، باید قائل به ایجاد تعلیق تعهدات متعهد بود، هر چند نهایتاً با قبول «اصل همبستگی تعهدات» به عنوان مبنای تعلیق قرارداد (kazemi, 2022:108) این تعلیق، عملاً باعث تعلیق تعهد متعهدله نیز می گردد. با توجه به مراتب فوق در تعریف «تعلیق اجرای قرارداد» می توان گفت: «تعلیق اجرای قرارداد، ضمانت اجرایی است که با احراز شرایطی، در صورت حادث شدن یک مانع خارجی موقت، اجرای قرارداد را تا زمان رفع مانع، موقتاً متوقف می گرداند و پس از آن، قرارداد با تمام آثار، به حیات خود ادامه می دهد».

در تعلیق اجرای قرارداد باید، وجود مانع باید به اثبات برسد که در موضوع پژوهش فعلی، بیماری پاندمیک می‌تواند در صورت احراز تمام شرایط، به عنوان یک «مانع» تلقی گردد. علاوه بر آن تعلیق اجرای قرارداد، در صورتی اعمال می‌گردد که نفع و فایده قرارداد، برای طرفین از بین نرود و اجرای آن پس از رفع مانع، با اراده طرفین سازگار باشد، بنابراین اگر عنصر زمان، قید تعهد باشد و در اجرای آن، وحدت مطلوب باشد، دیگر نمی‌توان به نهاد تعلیق اجرای قرارداد متوسل شد.

نهاد «تعلیق اجرای قرارداد» دارای آثار و ویژگی‌هایی هم است؛ اولاً: در دوران تعلیق، مسئولیتی به جهت عدم اجرای تعهد، متوجه طرفین نمی‌گردد و امکان الزام به انجام تعهد وجود ندارد (kazemi, 2022:108). ثانیاً: در مدت تعلیق، قرارداد دارای آثار خاص خود است، به طور مثال اگر اجرای پروژه ساختمانی، معلق گردد؛ پیمانکار باید اقدامات حفاظتی لازم را برای حفظ اموال موجود تا زمان رفع مانع، به عمل آورد. ثالثاً: هرچند مفهوم تعلیق اجرای قرارداد در نظام حقوقی ما، مفهومی روشن و شناخته شده نیست و در قانون مدنی از آن نامی برده نشده و صرفاً در برخی قوانین خاص آمده است، ولی برخی با استناد به بعضی از مقررات مختلف «تعلیق» را به عنوان ضمانت اجرایی قابل تسری به سایر تعهدات قراردادی و به عنوان قاعده‌ای عام عقود معاوضی تلقی نموده‌اند (Badini & samadi, 2017: 52; kazemi, 2022: 110). در تأیید این امر می‌توان افزود که این نهاد حقوقی، هیچ خصوصیت خاصی ندارد تا صرفاً شامل برخی عقود خاص گردد و نتوان در سایر عقود از آن استفاده نمود. بخصوص قانون‌گذار در قوانین جدیدتر نیز از این ضمانت اجرا استفاده نموده است به طور مثال در ماده ۶ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶ آمده است: «چنانچه انجام تعهدات عرضه‌کننده به دلیل حوادث غیرمترقبه (غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل رفع) ناممکن باشد، این تعهدات به حالت تعلیق درمی‌آید. مدت تعلیق به دوره ضمانت افزوده می‌شود.»

از آنجا که معمولاً وضعیت ناشی از شیوع بیماری پاندمیک، اجرای تعهد را برای سایر اشخاص دیگر نیز دچار اختلال می‌نماید؛ لذا حفظ قراردادی که طرفین برای انعقاد و اجرای مقداری از آن، دچار هزینه‌هایی گردیده‌اند، علی‌الاصول بر اساس معیار کارایی پارتو، بهترین وضعیت موجود تلقی می‌گردد و لذا نهاد «تعلیق» به علت حفظ قرارداد، نهایتاً منتهی به افزایش رفاه اجتماعی می‌شود. اگر نهاد «تعلیق» برای یکی از طرفین باعث ایجاد ضرر و ناکارآمدی تلقی گردد، می‌توان به

سایر ضمانت اجرای کارآمد مانند فسخ قرارداد متوسل گردید. کارایی نهاد تعلیق، در اجرای پروژه‌های طولانی مدت مانند ساخت یک مجتمع آپارتمانی یا اجرای تعهداتی که نیازمند تخصص خاص می‌باشد، مشهودتر است.

برخی معتقدند: اگر دشواری اجرا موقتی باشد، قرارداد به حالت تعلیق درمی‌آید (Parsapour & zakerinia, 2015: 44). به نظر از آنجا که احراز دشواری اجرا، با دادگاه است، چنانکه گفته شد، در این خصوص باید از «نهاد مهلت عادلانه» استفاده نمود و «تعلیق اجرای تعهد» در حالت «غیرممکن شدن اجرای تعهد» که در آن اجل قید تعهد نبوده و تعدد مطلوب باشد، قابل استناد دانست که پس از رفع مانع، مدت دوران تعلیق به مدت قرارداد اضافه خواهد شد. البته اگر در اینجا نیز تعلیق قرارداد به قدری طولانی باشد که باعث تضییع طرفین یا یکی از آنان گردد، دیگر این نهاد حقوقی، بر اساس معیار پارتو، کارایی لازم را نداشته و ذینفع آن می‌تواند با احراز شرایطی، از سایر ضمانت اجرای کارآمد مانند فسخ قرارداد استفاده نماید.

۲-۳- تعدیل

یکی از ضمانت اجرای قابل اعمال در بحث قراردادهای متأثر از بیماری پاندمیک، «تعدیل» تعهدات قراردادی است، تعدیل قرارداد به اعتبار اسباب آن دارای اقسامی است که شامل تعدیل قراردادی، تعدیل قانونی و تعدیل قضایی می‌باشد (Shahidi, 2012: 39; Katouzian, 2018: 71) که بررسی تمام این اقسام و شرایط و آثار آن، خارج از موضوع این پژوهش است و لذا در حد ضرورت و به اجمال به آن پرداخته خواهد شد. در تعدیل قراردادی، طرفین در زمان انعقاد قرارداد یا پس از آن و در زمان وقوع یک حادثه یا وضعیت جدید به صورت شرط ضمن عقد یا توافق بعدی اقدام به تعدیل قرارداد می‌نمایند که این تعدیل از حیث حقوقی با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی، با مانع خاصی مواجه نیست و از حیث تحلیل اقتصادی نیز چون طرفین قرارداد، خود بهترین کسانی هستند که در خصوص حداکثر نمودن منافع خویش تصمیم‌گیری می‌کنند، لذا این توافق آنان را می‌توان کارآمد تلقی نمود.

تعدیل قانونی چنانکه از نام آن پیداست توسط قانون‌گذار و با وضع قانون صورت می‌پذیرد که معمولاً در بحران‌های اقتصادی یا اجتماعی، قانون‌گذار دست به وضع قانون جهت تعدیل قرارداد می‌زند. از حیث تحلیل اقتصادی اگر طرفین قرارداد، در خصوص وضعیت ناشی از برهم خوردن

تعادل اقتصادی قرارداد، تعیین تکلیف ننموده باشند، قانون این خلأ را پر می‌کند که می‌تواند ضمن حفظ قرارداد، باعث کارآمدتر شدن آن گردد؛ هرچند ممکن است گاهی باعث تضرر یکی از طرفین گردد و فاقد کارایی باشد.

نوع دیگر تعدیل، «تعدیل قضایی» است. در تعدیل قضایی دادگاه خود رأساً و با احراز شرایطی که ناشی از برهم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد است، اقدام به تعدیل تعهدات طرفین تا حدی که باعث برقراری توازن نسبی گردد، می‌نماید. در خصوص وجاهت یا عدم وجاهت تعدیل قضایی در حقوق ایران اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی اساتید حقوق، برای آن ماهیت مجزایی قائل نیستند و آن را صرفاً در قالب تعدیل قراردادی یا قانونی قابل طرح می‌دانند (Shahidi, 2012: 40). برخی ضمن اعلام تردید در خصوص چنین تعدیلی، نهایتاً آن را با احراز شرایطی بر اساس قاعده «نفی عسر و حرج» قابل توجیه می‌دانند (Beigdeli, 2015: 439-440). برخی، اجازه دخالت به دادگاه در تعهدات قراردادی، به صورت تام را خطرناک می‌دانند، ولی نهایتاً ضمانت اجرای تعسر اجرا را ابتدا تعدیل و سپس فسخ مطرح می‌نمایند (Yazdanian, 2006: 125 & 135). برخی دیگر معتقدند: چون تعدیل، جمع بین اصل لزوم قراردادها و عدالت و انصاف است، بخصوص در قراردادهای طولانی مدت، بر سایر ضمانت اجراها برتری دارد (Ghamami & Khodadadi, 2015: 633). برخی نویسندگان با استناد به «قاعده لاضرر»، «قاعده نفی عسر و حرج» یا «قاعده حفظ نظام» یا نظریه‌هایی مانند «اکل مال به باطل» یا «اصل انصاف» آن را توجیه نموده‌اند (Ghanavati, 2020: 31-40). برخی معتقدند: در مواجهه با اختلال در اجرای قرارداد، به علت بحران‌های بهداشتی مانند شیوع کووید-۱۹، ممکن است، هریک از طرفین انتظار انعطاف و همکاری از طرف مقابل خود و حتی تمایل به تقسیم ضرر داشته باشند که اگر چنین قراینی در این خصوص، وجود داشته باشد، تعدیل قرارداد توسط دادگاه، در راستای اجرای مفاد قرارداد؛ تلقی می‌گردد (A. Hillman, 2021: 9). علاوه بر موارد اصول و قواعد فوق، به نظر، با استناد به ماده ۱۷۹ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ می‌توان بحث تعدیل قضایی قرارداد را در حد ضرورت و رعایت کارآمد بودن آن، مطرح نمود. بخصوص اینکه در ماده ۳۹ پیش‌نویس لایحه جدید قانون تجارت که هرچند هنوز به تصویب مجلس نرسیده و سندیت ندارد، ولی لزوم بحث تعدیل قضایی، در صورت برهم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد مورد توجه تنظیم‌کنندگان این لایحه بوده است. در تعریف کلی «تعدیل قرارداد» می‌توان گفت: «هرگاه در اثر معاذیر موجه، تعادل اقتصادی

قرارداد برهم بخورد و در این راستا، طرفین قرارداد یا قانون‌گذار یا دادگاه، اقدام به تغییر در کیفیت یا کمیت یا نحوه اجرای تعهد قراردادی نمایند، به نحوی که باعث برقراری توازن نسبی در قرارداد گردد، به آن تعدیل قرارداد گفته می‌شود.

برخی معتقدند: تعادل قراردادی موضوعی متفاوت از مساوات و عدالت قراردادی است؛ زیرا ممکن است به علت متفاوت بودن جایگاه اقتصادی یا اجتماعی یا سیاسی طرفین، تعهدات آنان در زمان انعقاد قرارداد نیز در حالات مساوات قرار نداشته باشد و به همین علت، در برقراری تعادل قراردادی، باید به شرایط ویژه هر قرارداد، به صورت موردی توجه شود و هدف از تعدیل، اعاده وضع پیشین به قرارداد باشد نه برقراری نظم جدید (Vahidi, 2008: 15-16).

البته با توجه به اصل لزوم و استحکام قراردادها و جلوگیری از تحمیل اراده‌ای خارج از اراده طرفین قرارداد، باید تعدیل قضایی را امری استثنایی و خلاف قاعده تلقی و جز در موارد خاص که تعادل قرارداد چنان برهم بخورد که باعث ضرری شدن آن گردد، نباید از این نهاد حقوقی استفاده نمود. در اینجا ملاک دادگاه، عرف است؛ یعنی عرفاً باید چنان تعادل قراردادی برهم خورده باشد و اجرای آن مشقت آور گردد که هیچ شخص عاقلی، در شرایط فعلی، حاضر به انعقاد چنان قراردادی نباشد. از حیث تحلیل اقتصادی نیز، چون اصل بر این است که طرفین در زمان انعقاد قرارداد، منافع حداکثری خود را مدنظر داشته و شرایط قرارداد منعقد، مطلوب‌ترین وضعیت برای آنان بوده است. لذا تا زمانی که این شرایط به صورت اساسی برهم نخورده باشد، نباید اجازه مداخله دادگاه و تحمیل اراده‌ای خارج از اراده طرفین، بر آنان را داد. از طرف دیگر با برهم خوردن شدید تعادل قرارداد و دشواری اجرا، چون طرفین در وقوع آن دخالت نداشته‌اند، تحمیل آن بر متعهد یا اجازه فسخ قرارداد توسط وی و تحمیل خسارات بر متعهدله برخلاف معیار کارایی پارتو بوده و منتهی به افزایش رفاه اجتماعی نمی‌گردد؛ ولی با تعدیل قرارداد، چون متعهدله با قبول مقداری از افزایش هزینه‌ها یا خسارات، ضمن حفظ قرارداد، نسبت به وضعیت انحلال قرارداد که ممکن است عملاً کل خسارت بر وی تحمیل گردد، بازهم دارای نفع تلقی می‌گردد، این وضعیت بر اساس معیار کالدور-هیکس، همچنان برای وی و به طریق اولی برای متعهد، کارآمد محسوب می‌شود.

حال پس از ذکر نکات فوق، باید دید در کدام یک از حالات متأثر از بیماری پاندمیک برای اجرای تعهد قراردادی، می‌توان از ضمانت اجرای «تعدیل» استفاده نمود؟

الف- برخی در قالب پیشنهاد تصویب یک ماده قانونی معتقدند: «در صورتی که اجرای قرارداد برای شخص متعهد موقتاً دشوار شود، متعهدله و اگر صعوبت اجرای تعهد، دائمی باشد و یا اینکه مدت آن نامعلوم باشد، متعهد حق فسخ قرارداد را خواهد داشت» (Parsapour & zakerinia, 44: 2015). به نظر در صورت افزایش هزینه‌ها چه به صورت تنها یا همراه با سختی فیزیکی، امکان استناد به «تعدیل قرارداد» برای برقراری توازن قراردادی از طریق تغییر در کمیت یا کیفیت تعهد یا تغییر در محل اجرای تعهد وجود دارد؛ به عنوان یک ضابطه برای تعدیل قرارداد می‌توان گفت: ابتدا باید میزان خسارت وارد شده به متعهد و میزان مطلوبیت اجرای تعهد برای متعهدله در نظر گرفته شود، به طور مثال ممکن است اجرای تعهد، دو برابر هزینه پیش‌بینی شده در قرارداد، برای متعهد هزینه به همراه داشته باشد، در حالی که مطلوبیت آن برای متعهدله بر فرض اجرای کامل تعهد، صرفاً ۳۰ درصد است، در این فرض به نظر باید تناسبی در نظر گرفته شود تا متعهدله نسبت به مطلوبیت به دست آمده که در مثال فوق به میزان ۳۰ درصد است اقدام به پرداخت هزینه‌های مازاد نماید. در این صورت از حیث تحلیل اقتصادی، اجرای تعهد همراه با تعدیل، چنانکه قبلاً گفته شد همچنان کارآمد است؛ ولی از آنجا که ممکن است در اثر «تعدیل»، تعهدی بر متعهدله بار گردد، در این حالت نمی‌توان از حیث حقوقی متعهدله را مجبور به قبول تعهد اضافی نمود و باید به دنبال ضمانت اجرای مناسب دیگری بود. از حیث تحلیل اقتصادی نیز در صورت کارآمد بودن ضمانت اجرای دیگری برای متعهدله، «تعدیل قضایی» بر اساس معیار کارایی پارتو و معیار کارایی کالدور-هیکس، دیگر کارآمد نخواهد بود؛ زیرا شرط کارایی یک ضمانت اجرا بر اساس معیارهای فوق، این است که امکان اعمال ضمانت اجرای کارآمدتر دیگری وجود نداشته باشد. در رویه قضایی هم «تعدیل قضایی» طرفدارانی دارد؛ به طور مثال حسب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۵۷۵۶۰۱۴۶۲ - ۱۳۹۹.۱۰.۱۸ شعبه ۶ دادگاه حقوقی مشهد، به علت وضعیت ناشی از شیوع ویروس کرونا و سخت شدن اجرای تعهد در موعد مقرر، با استناد به قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج، اقدام به تعدیل وجه التزام قراردادی مربوط به اجرای یک پروژه بزرگ، از روزی دو میلیارد ریال به روزی سیصد میلیون ریال نموده است.

ج- در صورتی که هدف از انعقاد قرارداد منتفی گردد، ولی باعث بی‌ارزش شدن کامل اجرای قرارداد نگردد، بلکه ارزش آن به شدت تنزل پیدا نماید، به عنوان مثال اگر در قرارداد فی‌مابین تولیدکننده شاخه گل و گل فروش، تولیدکننده متعهد به پرورش و تولید تعداد مشخصی شاخه

گل به صورت روزانه باشد و گل فروش نیز تعهد به خرید آن با قیمت معینی را نموده باشد؛ ولی با شیوع بیماری پاندمیک و عدم برگزاری مجالس ختم و عروسی و سایر جشن‌ها، دیگر خریدار زیادی برای شاخه گل وجود نداشته و ارزش آن بسیار ناچیز گردد. از طرفی تولیدکننده به پشتوانه این قرارداد، با صرف هزینه زیاد، اقدام به سرمایه‌گذاری برای تولید مستمر روزانه شاخه گل نموده و امکان عدم برداشت یا انباشت آن را ندارد و گل فروش هم نمی‌تواند گل‌ها را بفروش رساند. در اینجا عدالت و انصاف اقتضا می‌نماید که قرارداد تعدیل گردد؛ بدین شکل که قیمت تمام‌شده آن برای تولیدکننده محاسبه و ارزش روز شاخه گل ولو اینکه مبلغ ناچیزی باشد از آن کسر گردد و حاصل این تفریق به عنوان خسارت ناشی از شیوع بیماری پاندمیک، بین طرفین تقسیم گردد. البته در این معیار، اگر قیمت تمام شده منتفی باشد و موضوع قرارداد واگذاری منافع مانند مثال اجاره دادن هتل، یا انجام خدمات باشد، باید حداقل ارزش منافع یا خدمات، قبل از وقوع حادثه ملاک محاسبه خسارت قرار گیرد.

خسارت ناشی از تأثیر حادثه غیرمترقبه = میزان ارزش کالا یا منفعت استیفا شده - قیمت تمام شده یا حداقل ارزش منافع یا خدمات قبل از حادثه

در این حالت، ضمن حفظ قرارداد، از تحمیل تمام خسارت بر یکی از طرفین خودداری و از حیث تحلیل اقتصادی نیز این تخصیص ریسک بین طرفین که هیچ‌یک در تقصیری در حدوث آن نداشته‌اند، شاید کارآمدترین نوع تخصیص ریسک تلقی گردد (Kotter & Yolen, 2012: 288).

۳-۳- انحلال قرارداد

گاهی کارآمدترین ضمانت اجرا جهت قراردادهای متأثر از بیماری‌های پاندمیک، انحلال آن است، این نوع انحلال قراردادی ممکن است به صورت «فسخ» یا «انفساخ» قرارداد باشد.

۳-۳-۱- انفساخ

برخی معتقدند: بسته به نوع و شرایط قرارداد، در صورتی که اجرای تعهد به علت قوه قاهره غیرممکن گردد و این عدم امکان اجرا دائمی باشد یا اگر موقت است از حیث عنصر زمان جهت اجرای تعهد، وحدت مطلوب باشد قرارداد منفسخ می‌گردد (Hatami & Rodijani, 2008: 70-71; Shahidi, 2012: 65 & 122; Vahidi, 2008: 160; Rodijani, 2017: 92-93). برخی همین

نظر را در خصوص غیرممکن شدن اجرای تعهد در اثر محدودیت‌های حکومتی ناشی از شیوع بیماری کرونا پذیرفته‌اند (Javaheri Mohammadi, 2020: 43-44). برخی از اساتید معتقدند: اگر بیماری متعهد مانع از اجرای قرارداد باشد، عقد باطل یا دست کم منفسخ است و شیوع بیماری خطرناک ساری در محل انجام تعهد می‌تواند از مصادیق قوه قاهره تلقی گردد (Katouzian, 2015: 187-188). برخی از نویسندگان معتقدند: اگر اجرای قرارداد به دلیل ناتوانی ناشی از تغییر در شرایط و اوضاع و احوال باشد، با توجه به وحدت ملاک از قاعده تعذر وفا می‌توان حسب مورد حکم به انفساخ یا فسخ قرارداد صادر کرد (Ghanavati, 2020: 28). برخی معتقدند: در صورت عقیم شدن هدف قرارداد، به شرط ذکر این هدف در آن، قرارداد منفسخ می‌گردد (SAlehi mazandirani & Ostadi, 2013: 90). در خصوص وضعیت ناشی از شیوع بیماری پاندمیک، اگر زمان اجرای تعهد قید تعهد باشد و اصطلاحاً وحدت مطلوب باشد، نمی‌توان کارآمد بودن اجرای عین تعهد را تأیید نمود؛ زیرا در این حالت، موضوع تعهد منتفی می‌گردد. به طور مثال اگر یک دانشجو برای شرکت در یک آزمون بین‌المللی، اقدام به خرید بلیت هواپیما نموده باشد و متعاقب آن به علت شیوع بیماری پاندمیک، فرودگاه به مدت یک هفته تعطیل گردد و این دانشجو نتواند به سفر برود، نمی‌توان گفت: نامبرده بعد از بازگشایی فرودگاه، می‌تواند برای پرواز مراجعه نماید؛ زیرا اجرای تعهد دیگر برای وی کارایی ندارد و قرارداد منفسخ تلقی می‌گردد.

بنابراین ضمانت اجرای انفساخ صرفاً در فرض مذکور قابل توجیه است. لذا در صورتی که در اجرای تعهد، از حیث زمان، تعدد مطلوب باشد، از آنجا که «انفساخ» قهری است و ممکن است ذینفع، حفظ قرارداد را برای خود همچنان کارآمد تلقی نماید یا ضمانت اجرای دیگری مانند «تعلیق اجرا» و سپس «فسخ» برای وی کارآمدتر باشد؛ بنابراین در اینجا نمی‌توان بر اساس معیار کارایی پارتو و کالدور-هیکس، ضمانت اجرای انفساخ را کارآمد تلقی نمود؛ زیرا چنانکه گفته شد: شرط کارایی یک ضمانت اجرا بر اساس معیارهای فوق، این است که اعمال ضمانت اجرای دیگری کارآمد نباشد که در فرض اخیر، ضمانت اجرای دیگری یعنی «تعلیق» یا «فسخ»، حسب مورد کارآمدتر تلقی می‌گردد.

۲-۳-۳- فسخ قرارداد

یکی دیگر از ضمانت اجراهای قابل تطبیق بر قراردادهای متأثر از بیماری های پاندمیک، ضمانت اجرای «حق فسخ قرارداد» است که با توجه به گستردگی استفاده از این ضمانت اجرا و عدم وجود نص صریحی در این خصوص، ابتدا باید به توجیه آن بر اساس مبنای حقوقی و سپس بر اساس مؤلفه های اقتصادی پرداخته شود؛ بدین معنا که آیا می توان بر اساس مبانی فقهی و حقوقی، در غیر از موارد منصوص در قانون، قائل به ایجاد حق فسخ برای متضرر از اجرای قرارداد به علت شیوع بیماری پاندمیک گردید؟ یا حق فسخ محصور به موارد مندرج در قانون مدنی است؟ در پاسخ می توان گفت: اگر حق فسخ امری استثنایی و منحصر به موارد منصوص باشد، توجیه ایجاد حق فسخ در برخی از حالات قراردادهای متأثر از بیماری پاندمیک، کمی دشوار خواهد بود. برخی با استناد به تاریخچه خیارات و منابع فقهی و حقوقی معتقدند: «خیارات» از جمله احکام تأسیسی از سوی شارع نبوده و جزء احکام امضایی است و از طرفی احکام عقود و خیارات، از جمله احکام غیرتوقیفی بوده و متوقف به آنچه شارع بیان نموده، نیست و بسته به شرایط جامعه و عرف متداول با رعایت قواعد کلی، امکان افزودن به آن وجود دارد (Tahami, 2017: 76 - 78). لذا در موضوع پژوهش فعلی نیز می توان حق فسخ را بر اساس قواعدی مانند «قاعده لاضرر» و «نفی عسر و حرج» توجیه نمود و قائل به حق فسخ برای ذینفع آن گردید.

از حیث تحلیل اقتصادی، ضمانت اجرای فسخ قرارداد، به علت اینکه اعمال آن منوط به اراده ذینفع (ذوالخیار) می باشد و وی می تواند با بررسی تمام جوانب، اقدام به انحلال قرارداد یا ادامه دادن به اجرای تعهدات قراردادی نماید و از طرفی چنان که گفته شد با توجه به اینکه افراد، خود بهترین کسی هستند که می توانند اقدام به ارزیابی منافع خویش نمایند؛ لذا انتخاب آنان علی الاصول، کارآمدترین انتخاب ممکن تلقی می گردد. درحالی که در برخی ضمانت اجراها مانند بطلان و انفساخ از آنجا که اراده ذینفع در آن نقشی ندارد ممکن است از حیث تحلیل اقتصادی، این ضمانت اجراها برای طرفین یا یکی از آن کارآمد نباشد. البته اگر اعطای حق فسخ به نفع یکی از طرفین، مستلزم ورود خسارت به طرف دیگر باشد و فسخ قرارداد بدون توجه به جبران خسارت وارده به وی، باعث گردد، وضعیت یکی از طرفین تعهد بهتر گردد بدون اینکه خسارت وارده به طرف دیگر جبران شود، با معیار کارایی کالدور-هیکس مطابقت ندارد و از این جهت که امکان انتخاب ضمانت اجرای مطلوب تری برای طرف مقابل وجود دارد با معیار کارایی پارتو نیز

سازگاری ندارد. به عبارت بهتر از آنجا که علی‌الاصول طرفین در وضعیت به وجود آمده بی‌تقصیر هستند، با فسخ قرارداد توسط یکی از آنان، تمام خسارت بر طرف دیگر تحمیل می‌گردد که این ترجیحی بلامرجع است. به عنوان راه حل می‌توان با اعطاء حق فسخ قرارداد همراه با جبران مقداری از خسارت طرف مقابل، ضمن رعایت انصاف در برخورد با طرفینی که ناخواسته تحت تأثیر یک واقعه غیرمترقبه قرار گرفته‌اند، از حیث تحلیل اقتصادی (مطابق طبق جدول زیر) به معیارهای کارایی کالدور-هیکس و پارتو نیز نزدیک تر شد. به نظر می‌توان عنوان «فسخ کارآمد» را برای این ضمانت اجرا برگزید. این عنوان علیرغم شباهت با «نظریه نقض کارآمد»، از برخی جهات دارای تفاوت‌هایی با آن می‌باشد؛ از جمله اینکه «نقض کارآمد» می‌تواند در مقام کسب سود بیشتر یا دفع ضرر اندک، حتی بدون تحقق حادثه غیرمترقبه اعمال گردد، در حالی که «فسخ کارآمد» صرفاً در مقام دفع ضرر غیرقابل اغماض ناشی از حوادث غیرمترقبه قابل اعمال است. البته اگرچه این ضمانت اجرا (فسخ همراه با جبران مقداری از خسارت طرف مقابل) در حقوق ایران زیاد شناخته شده نیست؛ ولی از آنجا که مبنای حق خیار فسخ در پژوهش فعلی، بر اساس قاعده لاضرر و نفی عسرو حرج قابل توجیه است، لذا اگر فسخ قرارداد بدون پرداخت خسارت باعث تضرر طرف دیگر گردد، بر اساس قاعده لاضرر، فسخ همراه با پرداخت خسارت نیز قابل توجیه خواهد بود.

مطلوبیت برای متعهد	مطلوبیت برای متعهد	
خیر	بله	فسخ قرارداد بدون پرداخت خسارت
بله	بله	فسخ قرارداد با تقسیم خسارت

حال باید دید در کدام یک از حالات ایجادشده در اثر تأثیر پاندمیک برای اجرای تعهد قراردادی می‌توان از ضمانت اجرای حق فسخ به عنوان ضمانت اجرای کارآمد استفاده نمود؟

الف - در صورتی که انجام تعهد غیرممکن گردد و بیماری پاندمیک محتمل الرفع باشد و در اجرای تعهد از حیث زمان، تعدد مطلوب باشد ولی به علت عدم امکان تعیین پایان حالت اضطراری، ادامه وضعیت موجود، باعث تضرر یکی از طرفین گردد، «تعلیق اجرای تعهد» کارآمد تلقی نخواهد بود و متضرر از وضعیت موجود که حسب مورد می‌تواند متعهد یا متعهدله باشد، حق فسخ قرارداد را دارد. البته برخی از نویسندگان حق فسخ مستقیم را هم مطرح نموده‌اند (Jafari & takkhabi, 2010: 45; Javaheri Mohammadi, 2020: 37).

ب -در صورت دشواری اجرا چه از حیث فیزیکی و چه از حیث افزایش هزینه‌ها یا توأمان، حسب مورد «اعطای مهلت» یا «تعدیل قرارداد» ممکن است کارآمد تلقی نگردد یا متعهدله حاضر به پرداخت هزینه‌های مربوط به تعدیل قرارداد نباشد که در این فرض، متضرر از وضع موجود، حق فسخ قرارداد را خواهند داشت (Yazdani, 2006: 125; Ghamami & Khodadadi, 2015: 630; Shahidi, 2012: 143) بالا برود، بدون اینکه ارزش اجرای آن برای متعهدله، به همان میزان افزایش یابد، می‌بایست به دنبال راهکاری دیگر بود. به عنوان مثال اگر هزینه اجرای قرارداد با در نظر گرفتن سود خود متعهد از آن، معادل هزار واحد باشد و در اثر شیوع بیماری و تغییر شرایط، هزینه اجرای تعهد به سه هزار واحد افزایش یابد، ولی ارزش اجرای آن برای متعهدله، صرفاً هزار و دویست واحد باشد، اصرار بر اجرای عین تعهد، نه تنها برای متعهد زیان‌آور است، برای متعهدله نیز بیش از هزار و دویست واحد ارزش ندارد و لذا اجرای عین تعهد کاملاً ناکارآمد تلقی می‌گردد. در اینجا از دید تحلیل اقتصادی می‌توان با توسل به «فسخ کارآمد»، امکان فسخ قرارداد توسط متعهد را مطرح نمود تا وی علاوه بر استرداد مبالغ دریافتی با پرداخت دویست واحد خسارت به متعهدله، قرارداد را فسخ نماید تا هم متعهد از تحمل خسارت به میزان هزار و هشت صد واحد معاف گردد و هم متعهدله در وضعیتی مشابه با اجرای عین تعهد قرار گیرد که این نظریه بر اساس معیار کالدور-هیکس، معیاری کارآمد تلقی می‌گردد.

ج -در صورت منتفی شدن هدف از انعقاد قرارداد، به نحوی که هیچ نفعی برای اجرای تعهد وجود نداشته باشد، می‌توان حق فسخ قرارداد را به متضرر از وضع موجود اعطا نمود که این موضوع در رویه قضایی هم طرفدارانی دارد؛ به نحوی که شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی حسب دادنامه شماره ۱۵۲۲/۹۹۰۹۹۷۵۱۳۳۳۰-۱۳۹۹.۱۰.۱ در خصوص دعوی احراز فسخ یک باب مغازه در اطراف حرم حضرت رضا (ع) به علت عدم امکان حضور زوار و کسب درآمد، با این استدلال که شیوع بیماری کرونا یک عذر عام محسوب می‌گردد، نهایتاً حکم بر احراز فسخ قرارداد اجاره صادر نموده است. البته باید متذکر گردید، انصاف و عدالت اقتضا می‌نماید، در اینجا نیز از ضمانت اجرای «فسخ کارآمد» استفاده نمود، لذا می‌توان ضمن محاسبه میزان خسارت وارده به علت منتفی شدن هدف قرارداد، هر یک از طرفین را مکلف به تحمل نیمی از خسارات نمود. این نحوه تخصیص هزینه‌ها و خسارات ناشی از ریسک (شیوع بیماری پاندمیک) از حیث

تحلیل اقتصادی هم قابل توجه است. در همین راستا گفته شده است: اگر هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانسته یا نمی‌بایست وقوع یک ریسک را پیش‌بینی نمایند، ضررهای ناشی از حادثه، بین طرفین بی‌تقسیم می‌گردد (Kotter & Yolen, 2012: 288). البته در خصوص نحوه محاسبه، همان روش مطروحه در بحث تعدیل در اینجا نیز قابل اجراست.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

در حقوق ایران مقرره‌ای عام در خصوص قواعد حاکم بر قراردادهای متأثر از یک مانع خارجی غیرقابل اجتناب و غیرقابل پیش‌بینی مانند شیوع یک بیماری پاندمیک وجود ندارد؛ صرفاً شاید بتوان به مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م. در خصوص رفع مسئولیت از متعهد در صورت وجود قوه قاهره، آن‌هم بدون تعیین وضعیت قرارداد از حیث ضمانت اجرا اشاره نمود. لذا در راستای تبیین قواعد حاکم بر وضعیت چنین قراردادهایی و تعیین ضمانت اجرای آن، با استفاده از ظرفیت‌های تحلیل اقتصادی حقوق، تمامی ابعاد تأثیر بیماری‌های پاندمیک بر تعهدات قراردادی مورد بررسی قرار گرفت؛ به نحوی که با در نظر گرفتن شرایط خاص هر طیف از قراردادهای، اقدام به تفکیک وضعیت‌های متفاوت ناشی از تأثیر بیماری پاندمیک بر اجرای آن‌ها و ضمانت اجرای حاکم بر هر یک از این وضعیت‌ها پرداخته شد. اگر طرفین در خصوص تخصیص هزینه‌ها و خسارات ناشی از این ریسک (منظور شیوع بیماری پاندمیک) به توافق نرسیده یا نرسند و قرارداد در این خصوص دارای شکاف و خلأ باشد، در خصوص «غیرممکن شدن اجرای تعهد» به علت شیوع بیماری پاندمیک، حسب مورد با توجه به این که در اجرای تعهد از حیث زمان، وحدت مطلوب باشد یا تعدد، به ترتیب ضمانت اجرای «انفساخ» و «تعلیق اجرای تعهد» انتخاب گردید و در صورت ناکارآمد بودن «تعلیق اجرا» امکان فسخ قرارداد به عنوان ضمانت اجرایی کارآمدتر معرفی گردید. در خصوص «دشواری اجرا» ضمن تفکیک بین سختی فیزیکی و دشواری به علت پرهزینه شدن اجرای تعهد، به ترتیب ضمانت اجرای «مهلت عادلانه» و «تعدیل» مطرح و با احراز شرایطی اگر این ضمانت اجراها کارآمد نیز تلقی نگردد، از ضمانت اجرای «فسخ کارآمد» یعنی فسخ قرارداد همراه با پرداخت خسارت استفاده شد. همچنین در صورت منتفی شدن هدف نیز بسته به میزان تأثیر شیوع بیماری بر اجرای تعهد قراردادی، از ضمانت اجرای «تعدیل قرارداد» یا امکان «فسخ

کارآمد» به عنوان ضمانت اجرای کارآمد در این خصوص یاد گردید که جبران خسارت همراه با امکان فسخ قرارداد، بر اساس معیار کالدور-هیکس صورت می پذیرد؛ بدین توضیح که هریک طرفین که قصد رهایی از ضرر هنگفت ناشی از شیوع یک بیماری پاندمیک بر اجرای تعهدات خود را داشته باشد، باید حسب مورد تمام یا قسمتی از ضرر طرف دیگر را جبران نماید؛ زیرا ترجیح یکی از طرفین قرارداد بر دیگری به علت وجود حادثه ای ناخواسته و تحمیل تمام خسارات بر یکی از آنان، نه تنها با عدل و انصاف، بلکه با اصول اقتصادی نیز قابل توجیه نیست و به نظر «فسخ کارآمد» بر اساس برخی قواعد فقهی مانند لاضرر قابلیت توجیه را داشته باشد. در خصوص نحوه توزیع خسارات و هزینه های ناشی از این ریسک، نیازمند تبیین و تدوین ساختارهای مبتنی بر اصول فقهی - حقوقی و اقتصادی است، به نحوی که هر یک، مکمل یکدیگر باشند. شاید بتوان تخصیص خسارات ناشی از این ریسک (شیوع بیماری پاندمیک) بین طرفینی که هیچ تقصیری در حدوث آن نداشته اند را در این راستا پیشنهاد داد تا ضمن کارآمد نمودن ضمانت اجرای حاکم بر قراردادهای متأثر از حوادث ناخواسته، پاسخگوی نیاز روز جامعه و رفع دغدغه های دادگاه ها در خصوص اعمال این گونه ضمانت اجراها باشد.

با توجه به اینکه در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م صرفاً به معافیت متعهد در صورت وقوع قوه قاهره اشاره شده است و سایر وضعیت ها مانند تعسر و انتفای هدف و از همه مهم تر ضمانت اجرای حاکم بر هریک از آن ها نیز پیش بینی نشده است؛ با در نظر گرفتن اصول و قواعد حاکم بر تحلیل اقتصادی، پیشنهادهای زیر جهت تصویب و اصلاح قانون مطرح می گردد.

اولاً: قانون گذار ضمن ارائه تعریفی جامع از قوه قاهره یا حداقل شرایط تحقق آن، ضمانت اجرای حاکم بر آن را نیز به شرح مندرج در این پژوهش تعیین نماید. تعریف فوق باید شامل حوادث غیرمترقبه در حوزه های مختلف از جمله حوزه بهداشت، مانند شیوع یک بیماری های پاندمیک همانند کووید-۱۹ نیز باشد.

ثانیاً: با توجه به در دست بررسی بودن پیش نویس لایحه قانون تجارت، از آنجا که در ماده ۳۹ آن، در مقرره ای عام و کلی، بروز حوادثی را که باعث برهم خوردن تعادل قرارداد گردد، مشمول ضمانت اجرای مذاکره و نهایتاً تعدیل قرارداد نموده و در قسمت اخیر آن اشاره شده است: «... چنانچه حکم به تعدیل، نامتعارف یا تعدیل ناممکن باشد از تاریخ حکم، قرارداد را ابطال می کند» هر چند ماده مذکور، ابتکاری نو محسوب می گردد، ولی در خصوص قسمت اخیر، از آنجا که

اصطلاح «ابطال قرارداد»، اصطلاح چندان مأنوسی در حقوق ایران محسوب نمی‌گردد و از طرفی ممکن است باعث تضرر متعهدله گردد، پیشنهاد می‌شود در حالت اخیرالذکر، امکان فسخ قرارداد، با جبران مقداری از خسارت طرف مقابل (فسخ کارآمد) طبق نظر دادگاه اضافه گردد. در اینجا هرچند، تعیین مبلغ قابل پرداخت به عنوان خسارت، با دادگاه است؛ ولی چون با حکم دادگاه، مقداری از خسارت طرف مقابل جبران می‌گردد، بر اساس معیار کارایی کالدور-هیکس برای متعهدله مطلوب‌تر از وضعیت فسخ قرارداد و عدم دریافت هیچ‌گونه خسارتی خواهد بود.

ثالثاً: در خصوص وضعیت «منتفی شدن هدف» نیز لزوم تصویب ماده‌ای قانونی ضروری به نظر می‌رسد که در این راستا پیشنهاد می‌گردد: در صورتی که هدف قرارداد در متن آن قید یا قرارداد بر آن مبنا منعقد گردیده است و در اثر حادثه‌ای غیرمترقبه، این هدف منتفی گردد، بسته به مورد، امکان تقاضای «تعدیل» یا «فسخ همراه با جبران مقداری از خسارت» (فسخ کارآمد) بر اساس معیار مطرح‌شده در این پژوهش، در نظر گرفته شود.

References

- [1] Hillman, Robert. (2021). Health Crises and the Limited Role of Contract Law, Cornell Law School, 21.17.
- [2] Abdollahian, Omid. (2011). Economic Efficiency in Contract Law With Regard to the Iran's law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University
- [3] Abedi, Mohamm. (2016). Deadline in Obligations and Contracts (Comparative Study), Tehran: Sahamie Enteshar Company.
- [4] Alipour Herisi, Ahdieh, (2013). Economic Analysis of Adjustment of Contracts for the Change of Circumstances, Faculty of law and political sciences, Allameh Tabatabaai University.
- [5] Anh Son, Duong & Le Na. (2020). Efficient Breach of Contract, Journal of US-China Public Administration, 4.
- [6] Babaii, Iraj. (2007). Theoretical Foundations of Economic Analysis of Law, Journal of Law and Policy Research, 23.
- [7] Badini, hassan and samadi, afroz. (2017). Suspension of contract a general rule or a rule specific to labor law with a comparative study of French and English law, Comparative Law Researches, 21. 2.
- [8] Beigdeli, Saeid. (2015). Contract modification, Tehran: Mizan Publication.
- [9] Berger, Klaus Peter and Behn, Daniel. (2020). "Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparativ Study", McGill Journal of Dispute Resolution, 4.
- [10] Craswell, Richard. (2000). Two Economic Theories of Enforcing Promises, Stanford Law School, 203.

- [11] Dadgar, Yadollah and Rahmani, Timur. (2013). Principles and Principles of Economics, Qom, Bustan book Institute.
- [12] Ghamami, majid and Khodadadi, Hossein. (2015). Difficulty of contract performance and its effect, Private Law Studies Quarterly Journal, 4.
- [13] Ghanavati, jalil. (2020). comparative study of the effect of Covid-19 on contractual obligation, Islamic Law Journal, 64.
- [14] Ghasemi Hamed, Abbas. (2015). Economic law, Journal of Legal Research, 4.
- [15] Hatami, Ali asghar and Rodijani, Mohammd Mojtaba. (2008). A comparative study of the Cairo power, Journal of the Faculty of Humanities, Semnan University, 23.
- [16] Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2020). Law Terminology, Tehran: Ganje Danesh.
- [17] Jafari, Ali and Talkhabi, Majid. (2010). Comparative study of contract performance excuses, Journal of Religions, Religions and Mysticism, 148.
- [18] Jalali, farid. (2010). Economic Analysis of Contractual liability, faculty of law, shahid Beheshti University.
- [19] Janssen, Andre´ & Johannes Wahnschaffe, Christian. (2020). COVID-19 and international sale contracts: unprecedented grounds for exemption or business as usual, Unif. L. Rev, Vol. 25.
- [20] Javaheri Mohammdi, Hossein. (2020). The effect of corona outbreak on contract performance in the light of judicial precedent, Tehran: Judiciary Research Institute.
- [21] Katouzian, Naser. (2011). an Introduction to Law and the Study of Iranian Legal System, Tehran: Sahamie Enteshar Company.
- [22] Katouzian, Nasser. (2015). General Principles of Contracts. Vol. 4, Tehran: Sahamie Enteshar Company.
- [23] Katouzian, Nasser. (2016). General Theory of Obligations, Tehran: Mizan Publication.
- [24] Katouzian, Nasser. (2018). General Principles of Contracts. Vol. 3, Tehran: Ganje Danesh Publications.
- [25] Katz, Avery. (2011). Virtue ethics and efficient breach, Suffolk University Law Review, 45.
- [26] Kazemi, Mahmoud. (2022) Suspension of the Contract in Case of Temporary Impossibility of Performance of the Obligation, Legal research quarterly, 97.
- [27] Keyvani Hafshejani, Dariuosh and Shahabi, Mahdi and Toghyani, Mahdi. (2020). An Explanation of the Fundamental Link between Economics and the Property and Contract law with an Emphasis on the Concept of Resource Scarcity, Comparative Law Review, 1.
- [28] Kotter, Robert and Yolen, Thomas. (2012). Law and Economics Tehran: Tarbiat Modares University Press and Nor Ghalam.
- [29] Kotz, Hein. (2017). European Contract Law, translated from the German by Mertens, Gill and Weir, Tony, United Kingdom: Oxford University Press.

- [30] MacMillan, Catharine. (2021). Covid-19 and the Problem of Frustrated Contracts, *King's Law Journal*, 32.1.
- [31] Niazabadi, maide and Ansari, narges. (2020). Analysis of The Situation Caused by The Outbreak of Coronavirus Under the Justifiable Impediments for The Non Performance of Contractual Obligations, *Journal of Legal Research*, 90.
- [32] Olatoye, Deji. (2021). Law in a Time of Corona: Global Pandemic, Supply Chain Disruption and Portents for "Operationally-Linked (but) Legally Separate" Contracts, *UNIVERSITY OF BOLOGNA LAW REVIEW*, 6.2.
- [33] Parsapour, Mohammad Bagher and zakerinia, Hanieh (2015) Sorts, Provisions and Effects of Non-performance Contract Excuses (Comparative Study on Iranian Legal System, Romano-Germanic, Common Law and Some International Instruments), *Comparative Law Researches*, 19.
- [34] Posner, Eric. (2003). "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? *Yale Law Journal*, 829.
- [35] Robertson, Andrew and Paterson, Jeanine. (2020) *PRINCIPLES OF CONTRACT LAW*, Australia: Thomson Reuters (Professional) Australia Limited.
- [36] Rodijani, Mohammd Mojtaba. (2017). Contractual liability, comparative study of The Sanction of the provisions of the contract, Tehran: Ava Book.
- [37] Ruff, Anne. (2011). *nutcases contract law*, Tehran: Mizan Publication.
- [38] Salehi mazandirani, Mohammad and Ostadi, Mona. (2014) Comparative Analysis of Impossibility of Contract Performance in the Islamic Jurisprudence, Iranian Law and Common Law, *Comparative Islamic and Western Law*, 1.
- [39] Schwartz, Andrew. (2020). Contracts and COVID-19, *Stan. L. Rev. Online*, 48.
- [40] Shabani, Omid. (2010). Investigating the contract performance excuses in jurisprudence and Iranian law, *Journal of Islamic Law & Jurisprudence Researches*, 6.
- [41] Shahidi, Mehdi. (2012). *Effects of Contracts and Obligations*, Tehran: Majd.
- [42] Shami Aghdam, Shahin. (2009). Economic analysis of The Sanctions of contractual obligations in Iranian law, Faculty of law and political sciences, Allameh Tabatabaiee University.
- [43] Shavell, Steven. (2009). *Foundations of Economic Analysis of Law*, Tehran: Islamic Parliament Research Center.
- [44] Tahami, Seyed Hossein. (2017). The dissolving or avoidance term of the contract in case of non- performance of commitment with emphasis on jurisprudence, Faculty of Economic and Administrative sciences, Ferdowsi University of Mashhad.
- [45] Tosi, Abbas. (2011) *Law and economics methodology*, *Journal of Legal Research*, 4.
- [46] Twigg-Flesner, Christian. (2020). A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of Covid-19 - Change of

Circumstances, Force Majeure, or what? Published in: Pistor, Katharina, <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>

- [47] Vahidi, gholam hossein. (2008). Judicial modification of the contract in Iranian law "by comparative study", Faculty of Law, Shahid Beheshti University.
- [48] Yazdanian, Ali Reza. (2006). Adjustment of contractual obligations based on the principles and rules governing Islamic jurisprudence, MAQALAT WA BARRASIHA Journal, 92.

سایت‌ها:

- [49] <https://coronomy.ir> (last visited: 10 February 2022).

Legal and Economic Analysis of Independence of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran

Mostafa Elsan¹

Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran - Iran

Zarir Negintaji²

Assistant Professor, Department of Economics, Faculty of Economics and Political Science, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Received 2021/10/12

Accepted 2021/04/12

ABSTRACT

Contrary to popular belief, "central bank independence" is a legal issue that has economic implications. Because the determination of the powers, duties and responsibilities of the central bank is done by law and the government can not impose anything other than what is provided in the law to the central bank. Therefore, most studies on the independence of the central bank, from an economic point of view, deal with issues such as measuring the degree of independence, the effects of this independence on macroeconomic variables, etc. and examine the issue from a legal perspective and pathology of existing laws or the legal vacuum has not been addressed. Therefore, if the independence of the central bank is considered desirable, the best possible tool to achieve this is to provide for it in the law, which is examined in this study.

This study is applied in terms of purpose and descriptive-analytical in terms of method and nature.

He results of this study show that despite a law that gives the government broad powers over how the central bank is run and interferes in its

1- m_elsan@sbu.ac.ir

2- z_negintaji@sbu.ac.ir

decisions, in the current situation, talking about the independence of the bank can only be a political slogan. Hence, however, the mere existence of a law that emphasizes the independence of the central bank is not sufficient for its independence; but it can be seen that the existence of such a law is a precondition for the practical independence of the central bank.

As a result, the independence of the central bank is related to various issues and has several criteria; Meanwhile, the interventionist role of the government (whether directly or by submitting a bill to parliament or enacting executive approvals) has the greatest impact on undermining the independence of the central bank.

INTRODUCTION

Today, in every country, one of the most important pillars of decision-making in the economic field is the Central Bank. Scientific achievements resulting from economic theories and experiences have made central bank independence an acceptable necessity for economists and politicians. In other words, the consensus has been formed that central banks, immune from political pressure, perform better in achieving their goals. Of course, the independence of the Central Bank is a multidimensional phenomenon and it is necessary to consider all dimensions in the design of an independent central bank. At least more than 24 advanced countries and 68 developing countries have experienced the relative independence of the Central Bank more or less.

The issue of central bank independence dates back to the 1990s, where industrialized countries experienced high inflation rates, and the question of why the central bank, which is responsible for controlling and managing this issue, allowed such a phenomenon to occur. Economic experts believe that the causes of this incident are due to pressures from the authorities to the Central Bank to create economic growth even for the short term, and believe that these short and cross-sectional gains, which are always pursued by politicians, are the source of long-term inflation, which has undesirable effects. This is one of the most important issues that have marginalized the independence of the central bank. On the other hand, the budget deficit for

developing countries, which has always presented itself as a chronic disease, also overshadows the independence of the Central Bank, because one of the ways to solve the budget deficit in these countries is to directly provide the necessary resources through central bank resources.

But what does the central bank's independence mean and how is it measured? An independent central bank is such a bank that it can make decisions and make decisions for its higher purposes, such as adjusting the balance sheet structure, regularly controlling the money supply and managing the price index, without being influenced by government policies, and using the expressions it has at its disposal according to each of these objectives.

Regarding the central bank's independence, it should be said that "central bank independence is a qualitative phenomenon and alternative variables should be used to measure and reduce it. For this purpose, different indicators have been defined to measure the degree and degree of independence of the central bank. Willow and Parkin Indices (1988), Masiknardo and Tablini (1991), Corkerman Webb & Niapti Index (1992), Eijfinger & Padding (1993), Greeley Index, Matthew Index (2006) and Latter (2009) are reliable indicators for measuring central bank independence.

This paper, in the form of three speeches, examines the issue of legal and economic analysis of central bank independence.

PURPOSE

In this paper, the main question is basically why should the central bank have independence and what are the fundamentals and criteria for the independence of the central bank? In addition, what are the factors and criteria for the central bank's independence from the government? And which legal criteria are effective in determining or increasing the central bank's independence from the government and banks? What are the mechanisms of independence of the Central Bank from the banks? It is also being investigated.

METHODOLOGY

This study is applied in terms of purpose and descriptive-analytical in terms of methodology and nature. The necessary data and statistics were collected by library method.

FINDING

Although merely a law that emphasizes the independence of the Central Bank is not enough for its independence, it can be understated that the existence of such a law is a prerequisite for the central bank's practical independence. The criteria for the independence of the Central Bank are all in common, and that only the "law" can at least theoretically determine the limits of the central bank's independence and impose it on the statesmen. In practice, the government's involvement in the dismissal and installation of the central bank's top officials, as well as the presence (along with the right to vote) of members of the executive branch in the Monetary and Credit Council, make it difficult (theoretically) for the central bank to be independent. In other words, despite a law that gives the government broad powers over how to run the central bank and interfere with the bank's decisions, talking about the independence of the bank can only be a political slogan.

In general, the indicators used so far to measure the independence of the Central Bank include four areas of functional, institutional, financial and human resources, as well as in the work that has been done to measure the independence of the Central Bank of Iran, all agree on the low degree of this independence.

Also, the transfer of banks' supervision to the Central Bank is one of the factors reducing the level of independence of the Central Bank, because this makes the bank not independent in monetary and banking policymaking and considers the economic status of the banks under its supervision.

CONCLUSION

If the independence of the Central Bank is considered as desirable, the best possible tool for achieving this is its prediction in the law, which is

considered in this study. As a result, the independence of the Central Bank is related to a variety of issues and has several criteria, in the meantime, the interventionist role of the government (whether directly or by submitting the bill to parliament or enacting executive approvals) has the greatest impact on undermining the independence of the Central Bank.

REFERENCES

- [1] Adeli, Seyed Mohammad Hossein. (1990). *An Income on the Central Bank Independence Debate*, Trend Magazine, No. 2. (In persian)
- [2] Adeli, Seyed Mohammad Hossein. (1991). *An Income to the Independence of the Central Bank*, 10th ed. Tehran, Monetary and Banking Research Institute. (In persian)
- [3] Arner D.W., Panton M.A. & Lejot P.L. (2010-2011). *Central Banks & Central Bank Cooperation in the Global Financial System*, Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal, Vol. 23.
- [4] Bahrami, Mahnaz. (2002). *Independence of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran*, Bank and Economy, No. 30. (In persian)
- [5] Boustani, Ali, Salavi Tabar, Shirin. (2017). *Central Bank of Iran's Independence from Financial Dimension*, Trend Quarterly, No. 78. (In persian)
- [6] Chazani Sharahi, Esmaeil. (2005). *Central Bank Independence and its Effects on Macroeconomic Variables*, Tadbir Journal, No. 161. (In persian)
- [7] Cranston, R. (1997). *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, 1th.
- [8] Cukierman, Steven B. Webb, and Bilin Neyapti. (1992). *Measuring the Independence of Central Banks and Its Effect on Policy Outcomes*, World Bank Economic Review, Vol. 6.
- [9] De Haan, J & Sturm, J.E. (1992). *The Case for Central Bank Independence*, Banca Nazionale del Lavoro Quarterly Review, No. 182.
- [10] Elgie Robert & Thompson, Helen. (1998). *The Politics of Central Banks*, Routledge.
- [11] Elsan, Mostafa. (2013). *Central Bank Law*, 1th ed. Tehran, Monetary

- and Banking Research Institute. (In persian)
- [12] Elsan, Mostafa. (2020). *Banking Law*, 8th ed. Tehran: Samt. (In persian)
- [13] Faraji Dizaji, Sajjad, Sadeghi, Hossein, Lotfi, Zahra. (2020). *The Effect of Natural Resources Rent and Political Development on the Independence of the Central Bank: Evidence from Oil Exporting Countries*, Monetary-Fiscal Economy, No. 19. (In persian)
- [14] Faraji, Yousef. (2007). *Money, Currency and Banking*, 10th ed. Tehran, Commercial Publishing, (In persian).
- [15] Ghadimi, Maryam, Rabiei, Mahnaz, Davani, Abdollah, Shahabadi, Abolfazl. (2019). *The Impact of Corruption and Independence of the Central Bank on The Volume of Money in Iran: Using STAR Model, Econometric Modeling*, No. 14. (In persian)
- [16] Ghanbari, Mitra, Mohammady, Timur. (2016). *Monetary Political Cycles and its Relationship with Central Bank Independence*, Banking Monetary Research, No. 30. (In persian)
- [17] Goodman, John B. (1992). *Monetary Sovereignty: The Politics of Central Banking in Western Europe*, Cornell Studies in Political Economy.
- [18] Grilli, Vittorio, Donato Masciandaro, Guido Tabellini. (1991). Edmond Malinvaud, Marco Pagano, *Political and Monetary Institutions and Public Financial Policies in the Industrial Countries*, Economic Policy, Vol. 6, No. 13.
- [19] Hassanzadeh, Ali, and Arzrum Chiller, Nasrin (2004). *Four Articles on Central Banking*, 2th ed. Tehran, Monetary and Banking Research Institute (In persian)
- [20] Hassanzadeh, Ali, Asgari, Behnam. (2012). *The Effect of Central Bank Independence on Liquidity Management System in Oil Exporting Countries (1994-200)*, Economic Research Journal, No. 44. (In persian)
- [21] Kamrani Sharif, Sepideh. (1400). *The Effect of Political Economy Behind the Independence of the Central Bank*, Journal of Management Science Research, No. 7. (In persian)
- [22] Leaped, Jan. (1995). *Indepence and Accountability: The Role and Structure of the South African Reserve Bank*, Les Crefsa Q Rev.

- [23] Lotfi, Zahra, Qorji Dizaji, Sajjad, Sadeghi, Hossein. (1400). *The Effect of Oil Rent and Corruption on The Independence of the Central Bank in Oil Exporting Countries*, Economic Research and Policies, No. 98. (In persian)
- [24] Maxfield, Sylvia. (1997) *Gatekeepers of Growth: The International Political Economy of Central Banking in Developing Countries*, Princeton University Press.
- [25] Moadelat, Cyrus. (2000). *The Central Bank's Favorable Position and Structure*, 1th ed. Tehran, Monetary and Banking Research Institute. (In persian)
- [26] Mohsen Niazi, Mohsen, Shahreshi, Hamid, Hojbarkyani, Kambiz, Ghaffari, Farhad. (2018). *The Effect of Monetary Policy Shocks on Macroeconomic Variables with Emphasis on the Role of Central Bank Independence*, Monetary and Banking Research, No. 36. (In persian)
- [27] Sylvester C.W. Eijffinger & Jakob De Haan. (1996). *The Political Economy of Central-Bank Independence* (Special Papers in International Economics) no. 19.
- [28] Taghipour, Anoushirvan, Mossavi Azad Kasmaee, Afsaneh. (2004). *The Relationship between Inflation and Independence of Central Bank in Iran*, Journal of Planning and Budget, No. 85. (In persian)
- [29] Yazdani, Mehdi, Tayebi, Seyed Kamil, Yazdani, Nafisa. (2015). *How does the central bank's independence affect the financial stability of the economy in emerging markets countries?"* Monetary-Fiscal Economics Journal, No. 9. (In persian)
- [30] Zarrin Iqbal, Hassan, Jafari Samimi, Ahmad, Tehranchian, Amir Mansur. (2018). *The Impact of Central Bank Independence on Production and Inflation Fluctuations in Iran*, Economic Growth and Development Research, No. 30. (In persian)
- [31] Zarrin Iqbal, Hassan, Mosayebnejad, Mohammad Reza, Najafi Kajabadi, Ghasem, Shahrazi, Milad. (2017). *The Effect of Central Bank Independence on Reducing Production Fluctuations in Iran's Economy (Using Garch Model and Vector Autoregressive Approach)*, Trend Quarterly, No. 80. (In persian).

تحلیل حقوقی و اقتصادی استقلال بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

دکتر مصطفی السان^۱

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر زریب نگین تاجی^۲

استادیار دانشکده اقتصاد و علوم سیاسی

دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۲۳

چکیده

یکی از مباحث حقوقی مهم در مورد بانک مرکزی که به‌ویژه از نظر اقتصادی دارای آثار متعددی است، استقلال بانک مرکزی است؛ به‌نحوی که استقلال در تصمیم‌گیری و عملکرد بانک مرکزی را به‌عنوان یکی از لوازم اصلی اقتصاد سالم محسوب داشته‌اند. برخلاف تصویری که ممکن است در ابتدای امر به ذهن برسد، «استقلال بانک مرکزی» موضوعی حقوقی است که دارای آثار اقتصادی است؛ زیرا تعیین حدود اختیارات، وظایف و مسئولیت‌های بانک مرکزی به‌موجب قانون به عمل می‌آید و دولت نمی‌تواند چیزی غیر از آنچه که در قانون پیش‌بینی شده را به این بانک تحمیل کند. از همین رو، بیشتر مطالعاتی که در زمینه استقلال بانک مرکزی انجام گرفته، با نگاهی اقتصادی، به موضوعاتی مانند اندازه‌گیری درجه استقلال، تأثیرات این استقلال بر متغیرهای کلان اقتصادی و غیره می‌پردازند و به بررسی موضوع از زاویه حقوقی و آسیب‌شناسی قوانین موجود و یا خلأ حقوقی، نپرداخته‌اند. این مطالعه به لحاظ هدف، کاربردی و به لحاظ روش و ماهیت، توصیفی - تحلیلی است. داده‌ها و آمارهای لازم نیز به روش کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده است. اگر استقلال بانک مرکزی به‌عنوان یک مطلوب مدنظر باشد، بهترین ابزار ممکن برای تحقق این امر، پیش‌بینی آن در قانون است که این مهم در این مطالعه مورد تدقیق قرار می‌گیرد. در نتیجه، استقلال بانک مرکزی با مسائل مختلفی در ارتباط است و معیارهای متعددی دارد؛ در این میان، نقش مداخله‌گرانه دولت

1- m_elsan@sbu.ac.ir

2- z_negintaji@sbu.ac.ir

(خواه به طور مستقیم یا با تقدیم لایحه به مجلس یا وضع مصوبات اجرایی)، بیشترین تأثیر را در تضعیف استقلال بانک مرکزی دارد.

کلیدواژه‌ها: بانک مرکزی، استقلال، مطالعه تطبیقی، سیاست‌گذاری پولی.

طبقه‌بندی JEL: K10, K30, E42, E58

مقدمه

امروزه در هر کشوری، یکی از ارکان مهم تصمیم‌گیری و تصمیم‌سازی در حوزه اقتصادی، بانک مرکزی است. دستاوردهای علمی ناشی از نظریات و تجربیات اقتصادی باعث شده است تا استقلال بانک مرکزی به عنوان ضرورتی پذیرفته شده برای اقتصاددانان و سیاستمداران تلقی شود. به بیان دیگر، این اجماع شکل گرفته که بانک‌های مرکزی مصون از فشارهای سیاسی، عملکرد بهتری در دستیابی به اهدافشان دارند. البته استقلال بانک مرکزی پدیده‌ای چندبعدی بوده و لازم است که در طراحی بانک مرکزی مستقل، تمامی ابعاد در نظر گرفت شود. (Boustani et al. 2018: 80)

دست کم تاکنون بیش از ۲۴ کشور پیشرفته و ۶۸ کشور در حال توسعه، استقلال نسبی بانک مرکزی را کم‌وبیش تجربه کرده‌اند. پس از تجربه موردنظر، در حدود ۱۰۰ کشور، بانک‌های مرکزی در کشورهای مربوطه در چند امر موفقیت‌های بالایی داشته‌اند. یکی در حل و فصل چرخه‌های تجاری بوده است؛ دوم ایجاد انضباط مالی در بخش عمومی؛ سوم پایدارسازی ارزش پول ملی؛ چهارم فعال بودن در سطح روابط اقتصاد بین‌المللی و استفاده وسیع از منافع دنیای مدرن اقتصاد جهانی است. (Dadgar, 2015: 1)

موضوع استقلال بانک مرکزی به دهه ۹۰ میلادی برمی‌گردد؛ جایی که کشورهای صنعتی به صورت مستمر، نرخ‌های تورم بالایی را تجربه می‌کردند و این علامت سؤال ایجاد شده که چرا به بانک مرکزی که متولی کنترل و مدیریت این موضوع است، اجازه رخ دادن چنین پدیده‌ای را می‌دهند. متخصصین حوزه اقتصادی، علل رخ دادن این حادثه را ناشی از فشارهای دولتمردان به بانک مرکزی برای ایجاد رشدهای اقتصادی حتی برای کوتاه‌مدت می‌دانند و معتقدند که این دستاوردهای کوتاه و مقطعی که از سوی سیاستمداران همواره به جدیت دنبال می‌شود، منشأ ایجاد

تورم‌های بلندمدت است که با خود آثار نامطلوب به همراه دارد. این از مهم‌ترین موضوعاتی است که استقلال بانک مرکزی را به حاشیه رانده‌اند. از سوی دیگر، کسری بودجه برای کشورهای در حال توسعه، که همواره خود را به عنوان یک بیماری مزمن نشان می‌دهد، نیز بر استقلال بانک مرکزی سایه افکنده است، زیرا یکی از راه‌های مرتفع کردن کسری بودجه در این کشورها، تأمین مستقیم منابع لازم از طریق منابع بانک مرکزی است.

کاهش رتبه استقلال بانک مرکزی، تبعات منفی فراوانی برای کشورها دارد. در مطالعات زیادی که در داخل و یا خارج انجام گرفته، این موضوع به کرات مورد تأیید قرار گرفته است. به عنوان نمونه، قنبری و همکاران، در مقاله با استفاده از داده‌های ۳۸ کشور از جمله ایران برای سال‌های ۲۰۱۲-۱۹۸۳ و به کمک یک مدل اقتصادسنجی و تحلیل تأثیر دخالت‌های دولت بر سیاست‌های پولی در طول دوره انتخابات، به مطالعه رابطه سیکل‌های سیاسی پولی با استقلال بانک مرکزی پرداخته شده است. نتایج پژوهش نشان می‌دهد که رابطه میان استقلال بانک مرکزی هر کشور با متوسط نرخ تورم آن کشور، معنی‌دار و با علامت منفی است. به این دلیل که قبل از انتخابات، سیاستمداران کشورهایی با تورم‌های بالا برای کنترل این پدیده اقتصادی، بانک مرکزی خود را تحت فشار برای تغییر سیاست‌های پولی قرار می‌دهند که این باعث کاهش میزان استقلال بانک‌های مرکزی می‌شوند. (Ghanbari et al. 2016: 548) زرین‌اقبال و همکارانش با استفاده از آمارهای اقتصادی ایران برای سال‌های ۹۳-۱۳۴۰ نشان می‌دهند که استقلال بانک مرکزی بر نوسانات تولید و ثبات رشد اقتصادی و همچنین نرخ تورم تأثیری مثبت و معنی‌دار دارد، بدین معنا که کاهش میزان استقلال بانک مرکزی به کاهش رشدهای اقتصادی و همچنین افزایش نرخ تورم منجر خواهد شد. (Zarrin Iqbal et al. 2018: 38) در همین راستا به مطالعات متعدد دیگری که به آثار منفی عدم استقلال بانک مرکزی بر متغیرهای اقتصاد کلان پرداخته‌اند، جهت اختصار تنها به نام آن‌ها اشاره می‌شود؛ مانند: قدیمی و همکاران (Ghadimi et al. 2019: 116)، محسن نیازی و همکاران (Neyazi et al. 2018: 160)، یزدانی و همکاران (Yazdani et al. 2015: 139)، حسن‌زاده و همکاران (Hassanzadeh et al. 2010: 185).

اما استقلال بانک مرکزی به چه معنا است و میزان آن به چه صورتی اندازه‌گیری می‌شود؟ بانک مرکزی مستقل، آن‌چنان بانکی است که بتواند برای اهداف عالی خود، مانند تنظیم ساختار ترازنامه، کنترل منظم عرضه پول و مدیریت شاخص قیمت‌ها، بدون آنکه تحت تأثیر سیاست‌های

دولت قرار گیرد، تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری کند و متناسب با هر کدام از این اهداف، از ابزارهایی که در اختیار دارد، استفاده نماید. هرگونه تصمیمی که در اقتصاد از سوی دولت و یا سایر بازیگران اقتصادی انجام پذیرد و بر ساختار ترازنامه بانک مرکزی تأثیر بگذارد، مانند تأمین کسری بودجه دولت از منابع بانک مرکزی، اجبار بانک مرکزی به خرید ارزهای صادراتی با منشأ فروش نفت از سوی دولت، افزایش بدهی‌های بانک‌ها به بانک مرکزی، بر استقلال بانک مرکزی تأثیر خواهد گذاشت.

در خصوص اندازه‌گیری میزان استقلال بانک مرکزی می‌بایست گفت که «استقلال بانک مرکزی پدیده‌ای کیفی است و برای اندازه‌گیری و کمی کردن آن باید از متغیرهای جایگزین استفاده کرد. بدین منظور برای سنجش میزان و درجه استقلال بانک مرکزی شاخص‌های مختلفی تعریف شده است. شاخص‌های بید و پارکین (۱۹۸۸)، ماسیکناردو و تابلینی (۱۹۹۱)، شاخص کوکرمین وب و نیاپتی (۱۹۹۲)، ایجفینگر و شالینگ (۱۹۹۳)، شاخص گرلی، شاخص متیو (۲۰۰۶) و دومتر (۲۰۰۹) از شاخص‌های معتبر برای اندازه‌گیری استقلال بانک مرکزی هستند. بید و پارکین (۱۹۸۸) استقلال بانک مرکزی را در دو جنبه استقلال سیاسی و استقلال مالی بررسی کرده‌اند. آن‌ها به منظور محاسبه درجه استقلال بانک مرکزی سه معیار را در هر یک از جنبه‌های استقلال سیاسی، استقلال مالی و اقتصادی به صورت بله و خیر پرسیده‌اند. شاخص گرلی، ماسیکناردو و تابلینی (۱۹۹۱) شبیه شاخص بید و پارکین است، اما گسترده‌تر از آن بوده و استقلال بانک مرکزی را از دو جنبه استقلال سیاسی و اقتصادی بررسی کرده است». (Zarrin Iqbal et al., 2017: 20)

شاخص کوکرمین، وب و نیاپتی (۱۹۹۲)، درجه استقلال قانونی بانک مرکزی را با جزئیات بیشتری محاسبه می‌کند و از کاربردترین شاخص‌هاست. این شاخص از طریق وزن دهی به چهار عامل تأثیرگذار بر استقلال بانک مرکزی به دست می‌آید. برای محاسبه شاخص، به هر کدام از این چهار عامل متناسب با اهمیت آن وزنی داده می‌شود. اولین بخش شاخص به ویژگی‌های رئیس کل بانک مرکزی می‌پردازد و شامل پرسش‌هایی مانند مدت تصدی گری، چگونگی انتخاب، شرایط و چگونگی برکناری، ارتباط وی با دیگر بخش‌های دولت و یا داشتن سمتی در دولت است. بخش دوم شامل اهداف تعریف شده برای بانک مرکزی مانند کنترل و تثبیت قیمت‌ها و یا رشد اقتصادی است. بخش سوم به شیوه اتخاذ سیاست‌های پولی نظیر مقامات تصمیم‌گیرنده در اتخاذ سیاست‌های

پولی، نهادهای تصمیم گیرنده نهایی در حل و فصل مسائل پولی و نقش بانک مرکزی در فرایند تعیین بودجه دولت است؛ و بخش چهارم، محدودیت اعطای وام به دولت مانند محدودیت در حجم وام‌ها، شرایط اعطای وام، تاریخ سررسید، نرخ‌های بهره، محدودیت خرید و فروش اوراق بهادار دولتی توسط بانک مرکزی است. (Boustani et al. 2018: 8)

بر اساس همین شاخص، تقی‌پور و همکاران (۱۳۸۳)، استقلال بانک مرکزی ایران را ۰.۲۵ محاسبه کرده است. با توجه به اینکه، این عدد از عدد ۱ (که استقلال کامل را نشان می‌دهد) فاصله قابل توجهی دارد، بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که استقلال بانک مرکزی در ایران ضعیف است. (Taghipour et al. 2004: 85)

در مطالعه بوستانی و همکاران (۱۳۹۶) نشان داده شده که شاخص استقلال بانک مرکزی ایران که با استفاده از شاخص حقوقی کوکرمین و همکاران به دست آمده، کمی بیشتر از ۰.۴ است که در بین ۱۷۹ کشور، رتبه ۱۴۳ را به خود اختصاص داده و این جایگاه مطلوبی نیست. همین مطالعه نشان می‌دهد که درجه استقلال بانک مرکزی در ایران از کشورهای همسایه مانند عربستان سعودی، عمان، یمن، تاجیکستان و ... پایین تر است. همچنین مبین آن است که میانگین و میانه مربوط به تعداد کشورهایی که بانک مرکزی آن‌ها مستقل است در سال ۱۹۷۵ به ترتیب ۰.۴۹ و ۰.۴۸ بوده و در سال ۲۰۱۲ این میانگین و میانه به ترتیب ۰.۶۱ و ۰.۶۲ افزایش یافته است که نشان می‌دهد حرکت به سمت استقلال بانک مرکزی از سوی کشورها، به یک حرکت جهانی تبدیل شده است (Boustani et al. 2018: 83).

ایجفینگر و شالینگ (۱۹۹۳) با ایجاد تغییراتی در شاخص بید و پارکین (۱۹۸۸) نیز شاخص جدیدی تعریف می‌کنند و تأکید بیشتری بر شاخص استقلال سیاسی دارند. متیو در سال ۲۰۰۶، شاخص جدیدی را معرفی می‌کند، این شاخص استقلال بانک مرکزی را در سه حوزه استقلال سیاست پولی، استقلال سیاسی یا شخصی و استقلال مالی مورد بررسی قرار داده است. متیو در سال ۲۰۰۹ شاخص «استقلال بانک مرکزی و هدف‌گذاری تورم» را معرفی کرده است. این شاخص به سه بخش اصلی «استقلال سیاسی و قانونی بانک مرکزی»، «حاکمیت بانک مرکزی و تبیین سیاست پولی» و «شفافیت و پاسخگویی بانک مرکزی» تقسیم می‌شود. (Zarrin Iqbal et al. 2017: 20)

بررسی کارهایی که در این زمینه انجام شده نشان دو موضوع است: اول آن که امکان اجرایی شدن استقلال بانک مرکزی ایران وجود ندارد. در تأیید این موضوع می‌توان به مطالعات فرجی

دیزجی (۱۳۹۹)، کامرانی شریف (۱۴۰۰) و لطفی و همکاران (۱۴۰۰) اشاره کرد. فرجی دیزجی و همکاران (۱۳۹۹)، در مطالعه‌ای به بررسی تأثیرات رانت ناشی از منابع طبیعی و همچنین توسعه سیاسی بر استقلال بانک مرکزی در ۲۵ کشور بهره‌مند از رانت نفتی طی سال‌های ۲۰۰۰ تا ۲۰۱۲ به روش داده‌های پانلی پرداخته‌اند. نتایج این مطالعه نشان می‌دهد که: رانت نفت و همین‌طور رانت کل منابع طبیعی بر استقلال بانک مرکزی در کشورهای مورد مطالعه اثرات منفی و معنادار دارد. همچنین دیگر نتایج تحقیق نشان می‌دهد که هرچند کیفیت نهادهای سیاسی تأثیر مثبت و معنی‌داری بر استقلال بانک مرکزی دارد، اما اثرات هم‌زمان و تعاملی رانت نفت و توسعه سیاسی بر استقلال بانک مرکزی منفی است. مطالعه مذکور دلالت بر این امر دارد که رانت‌های نفت تأثیر مثبت نهادهای سیاسی بر استقلال بانک مرکزی را تضعیف می‌نماید (Faraji diziji et al. 2020: 219).

کامرانی شریف (۱۴۰۰)، در مقاله خود به بررسی تأثیرات اقتصاد سیاسی پشت سر استقلال بانک مرکزی پرداخته و نشان داده که چرا سیاستمداران با کمال میل از بخش قابل توجهی از اختیارات و قدرت خود صرف‌نظر می‌نمایند و آن را به دیوان‌سالاران در نهادهای مستقل تفویض (یعنی تفویض ابزار و اهداف) می‌نمایند. نتایج مطالعه نشان می‌دهد که سیاستمداران فعلی، منافع و ضررهای ناشی از حفظ یا اصلاح یک وضعیت حاکمیت بانک مرکزی را به دنبال ترجیحات خود می‌سنجند. در ضمن، سیاست‌گذاران، سیاستمداران هستند و به همین ترتیب، در انتخابات نسبت به چگونگی موفقیت در جلب رضایت رأی‌دهندگان پاسخگو هستند. در نتیجه، سیاست‌گذاران با توجه به ترجیحات رأی‌دهندگان، هزینه و مزایای تعیین سطح استقلال بانک مرکزی را نیز وزن می‌نمایند. (Kamrani sharif et al. 2021: 41)

لطفی و همکاران (۱۴۰۰)، در مقاله خود به بررسی تأثیر اثرات رانت و فساد اقتصادی بر استقلال بانک مرکزی ۲۵ کشورهای صادرکننده نفت با استفاده از روش داده‌های تابلویی برای سال‌های ۲۰۰۰ تا ۲۰۱۲ پرداخته‌اند. نتایج مطالعه آن‌ها داده که رانت نفتی و فساد موجب کاهش استقلال بانک مرکزی در کشورهای صادرکننده نفت می‌گردد. همچنین دیگر نتایج تحقیق نشان می‌دهد که با افزایش هزینه‌های دولت، افزایش نقدینگی و نیز افزایش درآمدها ناخالص داخلی سرانه، استقلال بانک مرکزی در کشورهای صادرکننده نفت کاهش می‌یابد. درحالی که بهبود شاخص شفافیت منجر به بهبود استقلال بانک مرکزی در این کشورها می‌گردد (Lotfi et al.).

(2021: 460).

بنابراین ملاحظه می‌شود که ساختار نفتی اقتصاد ایران، یکی بودن سیاست‌گذاران و سیاستمداران بخش پولی و مالی ایران، کسری بودجه دولت‌ها و نیاز به تأمین منابع از طریق استقراض از بانک مرکزی، شرایط تحریمی کشور بخصوص تحریم‌های اقتصادی ایالات متحده آمریکا و...، عملاً حرکت به سمت استقلال بانک مرکزی را متوقف کرده است. دوم آنکه؛ موضوعی که در تحقیقات داخلی و در ارزیابی استقلال بانک مرکزی ایران مورد تدقیق قرار نگرفته، وجود خلأهای قانونی و حقوقی است که خود علتی مهم در ایجاد این وضعیت نامناسب است.

در این مقاله، پرسش اصلی این است که اساساً چرا باید بانک مرکزی دارای استقلال باشد و چه مبانی و معیارهایی برای استقلال بانک مرکزی وجود دارد؟ به علاوه، عوامل و معیارهای استقلال بانک مرکزی از دولت شامل چه مواردی است؟ و کدامین معیارهای حقوقی در تعیین یا افزایش استقلال بانک مرکزی از دولت و بانک‌ها مؤثرند؟ اینکه، سازوکارهای استقلال بانک مرکزی از بانک‌ها شامل چه مواردی است؟ نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

این مقاله، در قالب سه گفتار بدین شرح به بررسی موضوع تحلیل حقوقی و اقتصادی استقلال بانک مرکزی می‌پردازد: مفهوم، مبنا و منشأ استقلال بانک مرکزی (گفتار اول)، استقلال بانک مرکزی از دولت (گفتار دوم) و استقلال بانک مرکزی از بانک‌ها (گفتار سوم).

گفتار اول. مفهوم، مبنا و منشأ استقلال بانک مرکزی

در تمامی کشورهایی که به وجود بانک مرکزی یا نهاد مشابه آن اعتقاد دارند، وظایف و اختیاراتی برای این بانک پیش‌بینی شده است که اولاً در صلاحیت یا تخصص هیچ نهاد دیگری نیست؛ ثانیاً، قابل واگذاری به هیچ سازمان دیگری نیست. برای مثال، در کشورمان «بانک مرکزی ایران مسئول تنظیم و اجرای سیاست پولی و اعتباری بر اساس سیاست کلی اقتصادی کشور می‌باشد» (بند (الف) ماده ۱۰ ق.پ.ب.ک). از این رو، «هدف بانک مرکزی ایران، حفظ ارزش پول و موازنه پرداخت‌ها و تسهیل مبادلات بازرگانی و کمک به رشد اقتصادی کشور است» (بند (ب) ماده ۱۰ همان قانون).

بند اول. مفهوم استقلال بانک مرکزی

امروزه در کشورهای مختلف، قوانینی برای الزامی کردن استقلال بانک مرکزی و تحمیل این موضوع به نهادهای اداری و اجرایی به تصویب رسیده است. به این وسیله، کنترل و نفوذ دولت‌ها که به شیوه‌های گوناگون در مورد بانک مرکزی اعمال می‌شد، به حداقل ممکن رسیده است. این کشورها ممکن است از نظر وسعت و اعتبار بین‌المللی با هم تفاوت داشته باشند. از اریتره تا مالت، فرانسه، قزاقستان، نیوزیلند و انگلیس تا شیلی، در دو دهه اخیر مقرراتی برای تضمین استقلال بانک مرکزی وضع شده یا قوانین موجود اصلاح گردیده‌اند. (Elsan, 2020: 65)

بین سال‌های ۱۹۹۰ تا ۱۹۹۵، حداقل ۳۰ کشور از پنج قاره جهان در این خصوص به وضع قاعده پرداخته‌اند. (Sylvia, 1997: 3) با این اوصاف امروزه کمتر کسی در ضرورت استقلال بانک مرکزی تردید دارد. گفته می‌شود که استقلال بانک مرکزی این امکان را به بانک مذکور می‌دهد که در برابر بحران‌های اقتصادی مختلف که در سطح داخلی یا بین‌المللی روی می‌دهد، بهترین تصمیم را با لحاظ منافع عمومی اتخاذ کند و تحت نفوذ سیاستمداران و به‌ویژه قوه مجریه نباشد. (Arner et al. 2011: 16)

بحث استقلال بانک مرکزی قدمتی به درازای خود این بانک دارد؛ اما این بحث، با دخالت دولت‌ها در امور بانکی (با اهداف سیاسی) و آثار مخرب آن بر اقتصاد پولی، در حال حاضر به‌طور جدی‌تری مطرح شده است. «بانک‌های مرکزی چنین استدلال می‌کنند که تنها در سایه برخورداری از استقلال است که می‌توانند کلیه امکانات خود را در راه اعتباربخشیدن به موقعیت و سیاست‌های پولی به کار گیرند. در حالتی که بانک‌های مرکزی زیر نفوذ سایر دستگاه‌های کشور باشند، سیاست پولی می‌تواند قربانی سیاست دستگاه‌های دیگر شود و درنهایت، وضعی به وجود آید که اعتماد عموم نسبت به بانک مرکزی سلب و یا اعتبار کارایی سیاست پولی زایل شود».

بند دوم. مبنای استقلال بانک مرکزی

ویژگی‌های متعددی، بانک مرکزی را از بانک‌های دیگر جدا می‌سازد. بسیاری از این اوصاف در قانون پولی و بانکی کشور به‌طور صریح یا ضمنی ذکر شده است. بانک مرکزی دارای شخصیت حقوقی مستقل است، این بانک از ادارات و واحدهای مختلف تشکیل می‌شود. نظر به اینکه تمامی سرمایه بانک به دولت تعلق دارد (بند (ه) ماده ۱۰ قانون پولی و بانکی کشور)، باید

بانک مرکزی را نهادی دولتی محسوب داشت.

هرچند رابطه دقیقی میان استقلال بانک مرکزی و رشد اقتصادی اثبات نشده است، اما پرسش مهم‌تری در مورد مبنای این استقلال مطرح می‌شود: اینکه چرا دولت باید امر مهم سیاست‌گذاری پولی را به نهادی واگذار کند که مستقل از دولت اقدام می‌کند و در نتیجه می‌تواند عملکردی متفاوت از خواسته‌های دولت داشته باشد؟

در پاسخ به این پرسش و در راستای یافتن مبنای استقلال بانک مرکزی، می‌توان به سه نحو استدلال کرد. اول اینکه، دولت می‌تواند از استقلال بانک مرکزی و نتایج آن به عنوان یک شعار سیاسی برای بردن نتیجه انتخابات در نظام‌های مردم‌سالار استفاده کند. (Goodman, 1992: 7-8) واضح است که این معیار نمی‌تواند دقیق باشد؛ زیرا به‌ویژه در اقتصادهای توسعه‌نیافته، آثار استقلال بانک مرکزی - بر فرض که وجود داشته باشد - چندان شفاف نیست یا اگر واقعاً در اقتصاد تأثیر بگذارد، این اثر در مدت‌زمان کوتاهی حاصل نمی‌شود که بتوان از آن برای بردن انتخابات (افزایش اعتماد عمومی) استفاده کرد.

دوم اینکه، اقبال عمومی، اولویت‌های سیاسی را تعیین می‌کند. در نظر مردم تنها یک بانک مرکزی مستقل از دولت، به عنوان بانکدار دولت می‌تواند مانعی در برابر خودکامگی‌های مالی و اقتصادی دولت باشد. این ابزار کنترل و مدیریت منابع کلان دولتی، به موجب قانون، در انحصار بانک مرکزی است و هرگاه، دولتمردان در ساختار و نحوه اداره بانک مرکزی مداخله نمایند، این هدف مخدوش می‌شود.

سوم اینکه، در بحران‌های مالی جهانی، بانک مرکزی هر کشور، نخستین نهادی است که از یک سو، وجود بحران را لحظه‌به‌لحظه گزارش می‌کند و از سوی دیگر، از بحران متأثر می‌شود. در نقد این مبنا هم می‌توان اشاره کرد که فشار نهایی ناشی از بحران‌های جهانی، به مردم (عموم شهروندان) تحمیل می‌شود و بانک مرکزی توان کنترل آثار سوء این وضعیت‌ها را - به‌ویژه در اقتصادهای آزاد و وابسته به اقتصاد جهانی - ندارد. به بیان دیگر، استقلال بانک مرکزی در چنین شرایطی کارساز نیست و چه بسا که بانک مرکزی، برای مصون ماندن از تزلزل و بی‌ثباتی مالی به کمک‌های دولت نیاز داشته باشد.

استقلال بانک مرکزی را بر مبنای مسئولیت آن در سیاست‌گذاری پولی نیز می‌توان توجیه کرد. اگر قرار باشد، وظیفه خطیری چون سیاست‌گذاری پولی بر عهده بانک مرکزی نهاده شود -

که اغلب چنین است- در این صورت باید ابزارها و اختیارات ضروری برای ایفای این تکلیف مهم هم برای بانک مرکزی مهیا گردد. مسئولیت سیاست گذاری خود، تبعاتی را دارد. ازجمله اینکه، بانک مرکزی باید در برابر سیاست های خود «پاسخگو» باشد و یکی از ابزارهای مهم برای تحقق این پاسخگویی، افزایش شفافیت سیاست های پولی است. «بانک های مرکزی باید استراتژی سیاست پولی خود را به وضوح ارائه نمایند و اهداف و روش رسیدن به آنها را توضیح دهند». (Hassanzadeh et al. 2004: 35) بدیهی است که بانک مرکزی غیرمستقل به راحتی می تواند با مستمسک قراردادن دخالت بی حد و حصر دولت در حوزه اختیارات و وظایفش، خود را از قید و بند مسئولیت هایی که بر عهده اش قرار دارد، برهاند.

بند سوم. منشأ استقلال بانک مرکزی

بررسی قوانین کشورهای مختلف نشان می دهد که کشورها، استقلال بانک مرکزی را به سه نحو مختلف لحاظ می کنند. در رویکرد سنتی، استقلال این بانک جزئی از ساختار ذاتی آن به شمار می آید که در طول زمان و تحت تأثیر تجربه ناگوار ناشی از دخالت دولت ها شکل گرفته است؛ بنابراین، امری بدیهی بوده و نیازی به تصریح قانون گذار ندارد.

رویکرد دوم آن است که در مقررات مربوط به تشکیلات بانک مرکزی، به استقلال آن تصریح شود. حقوق آلمان این موضع را در پیش گرفته است. به موجب بند (۱۷) اساسنامه بانک مرکزی آلمان، این نهاد در انجام وظایفی که در صلاحیت آن قرار دارد، مستقل از دولت فدرال عمل می کند. به همین نحو، در فرانسه، قانون مصوب ۴ آگوست ۱۹۹۴، بر استقلال بانک فرانسه از دولت یا هر شخص دیگری تصریح می کند. (Cranston, 1997: 122)

در کشورمان، ق.پ.ب.ک صراحت لازم را از نظر به رسمیت شناختن استقلال بانک مرکزی ندارد؛ هرچند از مواد متعدد آن می توان به این استنباط رسید که بانک مذکور دارای اختیارات و وظایفی است که در انحصار آن قرار دارد و قابل واگذاری به هیچ نهاد دیگری نیست. برای مثال، بند (الف) ماده ۱۰ ق.پ.ب.ک، تصریح می کند که «بانک مرکزی ایران مسئول تنظیم و اجرای سیاست های پولی و اعتباری بر اساس سیاست کلی اقتصادی کشور می باشد». با توجه به اهمیت استقلال بانک مرکزی، عدم پیش بینی صریح آن در ق.پ.ب.ک و نقض آن در ق.ع.ب.ب.ر محل انتقاد است و در اصلاحات آتی قوانین پولی، این موضوع باید مورد توجه قرار گیرد.

رویکرد سوم و بهترین وضعیت ممکن آن است که استقلال بانک مرکزی در قانون اساسی پیش‌بینی شود. از آن‌جهت که قانون اساسی بر قانون عادی ترجیح (حکومت) دارد و قوانین اساسی به‌ندرت در معرض اصلاح و تغییر قرار می‌گیرند، این پیش‌بینی می‌تواند تضمین قانونی دائمی و بدون تردید را برای استقلال بانک مرکزی موجب شود.

در آفریقای جنوبی، به‌موجب قانون اساسی تصریح شده است که رزروبانک این کشور، مسئولیت حفظ ارزش پول ملی و ثبات نرخ بهره را در راستای رشد اقتصادی بر عهده دارد. برای نیل به این اهداف، بانک مذکور باید اختیارات خود را به‌طور مستقل اعمال کند و در اجرای فعالیت‌هایش از استقلال برخوردار باشد. رزروبانک آفریقای جنوبی، به تصریح قانون تنها از وزیر مسئول در امور مالی داخلی مشورت می‌گیرد. در تعیین حدود اختیارات و فعالیت‌های این بانک، بند (۱۹۷) قانون اساسی آفریقای جنوبی بیان می‌کند که این موارد با در نظر گرفتن اختیارات و اقداماتی که به‌طور مرسوم در صلاحیت بانک مرکزی است، تعیین می‌شود. (Leaped, 1995: 2)

این نحو از حمایت از استقلال بانک مرکزی در اتحادیه اروپا هم دیده می‌شود؛ زیرا دولت‌های عضو اتحادیه به‌موجب معاهده اتحادیه اروپا، مکلف به احترام به این استقلال شده‌اند. ماده ۱۰۷ معاهده مذکور اظهار می‌دارد:

«به هنگام اعمال اختیارات و انجام وظایف و تکالیفی که به‌موجب این معاهده و مقررات مربوط به بانک‌های مرکزی اتحادیه به آن‌ها اعطا شده است، نه بانک مرکزی اروپا، نه بانک مرکزی ملی (هر یک از دولت‌های عضو) و نه هر یک از اعضای نهادهای تصمیم‌گیرنده در آن‌ها، نباید در پی گرفتن دستوری از سازمان‌ها یا نهادهای اتحادیه، هر یک از دولت‌های عضو یا هر نهاد دیگری باشند و یا از دستورهای چنین نهادها و اشخاصی تبعیت کنند. در راستای اجرای این وظایف، سازمان‌ها و نهادهای اتحادیه و دولت‌های عضو موظف‌اند به این اصل احترام بگذارند و در صدد اعمال نفوذ بر اعضای تصمیم‌گیر در بانک مرکزی اروپا یا بانک‌های مرکزی کشورها برنمایند».

این استقلال، با انتخاب رئیس، نایب‌رئیس و اعضای هیئت عامل بانک برای مدت هشت سال تکمیل شده است. همچنین، اعضای مذکور تنها با حکم دیوان اروپایی دادگستری کنار گذاشته می‌شوند (جزء الف، ۲ (ب) ماده ۱۰۹ معاهده اروپا و پروتکل ۳، مواد ۲-۱۱ و ۴-۱۱). علاوه بر این، باید توجه داشت که اصلاح عهدنامه فراملی همچون معاهده اروپا، بسیار دشوارتر از اصلاح قانون اساسی کشورها می‌باشد.

گفتار دوم. استقلال بانک مرکزی از دولت

استقلال سیاسی و اقتصادی بانک مرکزی از لوازم اصلی اقتصاد سالم هستند که دولت‌ها، حداقل در نظریه، گرایش خود را به تحقق آن نشان داده‌اند.

استقلال اقتصادی بدین معناست که بانک مرکزی بتواند از تمامی اختیارات خود در امر سیاست‌گذاری پولی، بدون هیچ فشار و اجباری استفاده کند. (Robert et al. 1998: 18)

هرچند دولت اغلب ادعا می‌کند که بانک مرکزی دارای استقلال کامل است، اما می‌توان در قوانین و مقررات نشانه‌هایی یافت که این استقلال از جهات مختلف مخدوش است. به موجب قانون مصوب ۱۴ خرداد ۱۳۶۰، رئیس کل بانک مرکزی و قائم مقام وی به پیشنهاد وزیر امور اقتصادی و دارایی و تأیید مجمع عمومی بانک‌ها و تصویب هیئت دولت معین می‌شوند و وزیر امور اقتصادی و دارایی موظف است ظرف مدت ۵ روز حکم ایشان را صادر و ابلاغ نماید.^۱

بند اول. معیارهای استقلال بانک مرکزی

بند (د) و (ه) ماده ۲۰ ق.پ.ب.ک، دارای ضوابطی برای بی‌طرف نگه داشتن مقامات عالی بانک مرکزی است. به موجب بند (د) ماده مذکور، «اعضای هیئت عامل در دوران تصدی خود مشمول قانون منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری خواهند بود و نباید صاحب سهم بانک‌ها یا مؤسسات اعتباری خصوصی باشند». همچنین در بند (ه) همان ماده تصریح شده است که «اعضای هیئت عامل در دوران تصدی خود نمی‌توانند در دستگاه‌های دولتی یا خصوصی سمت موظفی دارا باشند».

درحالی که در قوانین و مقررات برخی از کشورها تصریح شده است که مقامات عالی بانک مرکزی باید از میان افرادی که وابستگی سیاسی خاصی به حزب یا جناح مشخصی ندارند، انتخاب شود؛ ق.پ.ب.ک فاقد قیدی در این خصوص می‌باشد.

۱- البته تبصره (۲) ماده ۸۸ قانون برنامه پنجم، این بند را نسخ کرده است؛ به موجب تبصره مذکور: «رئیس کل بانک مرکزی و قائم مقام وی باید از میان متخصصان مجرب پولی بانکی و اقتصادی با حداقل ده سال تجربه کاری و تحصیلات حداقل کارشناسی ارشد در رشته‌های مرتبط و دارای حسن شهرت انتخاب شوند».

بنابراین، یکی از نشانه‌های عدم استقلال بانک مرکزی از دولت، نقش قوه مجریه در انتخاب مقام‌های بانک مرکزی است. با این وصف، وقتی که دولت در تعیین مقامات مذکور نقش داشته باشد، با تغییر دولت و تغییر حزب حاکم، رئیس بانک مرکزی و از طریق وی، دیگر ارکان مهم بانک مرکزی در راستای تمایلات جناحی حزب حاکم تغییر خواهد یافت. (Bahrami 2002: 28)

همچنین، یکی از ارکان بانک مرکزی در کشورمان، شورای پول و اعتبار است.

دخالت دولت در عملکرد بانک مرکزی به حدی بوده است که این شورا در فاصله سال‌های ۱۳۸۶ تا اوایل ۱۳۸۸ عملاً منحل شده بود. این شورا، پس از وقفه‌ای که در تشکیل آن بر طبق ق.پ.ب.ک، به وجود آمد، از تاریخ ۱۳۸۸/۰۴/۱۶ دوباره تشکیل می‌شود. وزیر امور اقتصادی و دارایی یا معاون وی، رئیس کل بانک مرکزی، رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور یا معاون وی، دو تن از وزرا به انتخاب هیئت وزیران، وزیر بازرگانی، دو نفر کارشناس و متخصص پولی و بانکی به پیشنهاد رئیس کل بانک مرکزی و تأیید رئیس جمهور، دادستان کل کشور یا معاون وی، رئیس اتاق بازرگانی و صنایع و معادن، رئیس اتاق تعاون و نمایندگان کمیسیون‌های «امور اقتصادی» و «برنامه‌بودجه و محاسبات» مجلس شورای اسلامی (هر کدام یک نفر) به‌عنوان ناظر با انتخاب مجلس شورای اسلامی، اعضای شورای پول و اعتبار را تشکیل می‌دهند (بند و) ماده ۱۰ قانون برنامه چهارم توسعه). ریاست شورا بر عهده رئیس کل بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران خواهد بود.^۱

یکی از علائم تضعیف استقلال بانک مرکزی یا حداقل تحت تأثیر قرار گرفتن آن را می‌توان در میزان وابستگی متقابل آن به دولت (قوه مجریه) و قوه مقننه جستجو کرد. ماده ۳۸ طرح بانکداری جمهوری اسلامی ایران، ذیل عنوان «مشاوره و گزارش‌دهی به دولت و مجلس» مقرر می‌دارد:

«الف. بانک مرکزی در موضوعات اقتصادی مشاور دولت است. دولت باید در تهیه پیش‌نویس

۱- در ماده ۸۹ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۴-۱۳۹۰)، مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ مجلس شورای اسلامی، به منظور پیشگیری از دخل و تصرف (خودسرانه) دولت در ترکیب اعضای شورای پول و اعتبار، ترکیبی معادل آنچه در قانون برنامه چهارم پیش‌بینی شده بود، برای این شورا در نظر گرفته شده است.

قوانین، تصویب‌نامه‌ها و برنامه‌های اقتصادی و مالی از جمله عملیات ارزی، بودجه‌ریزی و تأمین مالی بخش عمومی از داخل و خارج و تضامین آن، از بانک مرکزی گزارش مشورتی بخواهد. ب. بانک مرکزی و دولت موظف‌اند یکدیگر را در خصوص موضوعات مربوط به سیاست‌های پولی و مالی آگاه کنند. رئیس کل می‌تواند بدون حق رأی در جلسات هیأت وزیران شرکت کند.

پ. بانک مرکزی موظف است در خصوص لوایح و طرح‌های مرتبط با اهداف و وظایف بانک مرکزی، نظرات خود را برای اطلاع نمایندگان، به رئیس مجلس شورای اسلامی ارائه کند. علمای اقتصاد، چهار معیار را برای سنجش میزان استقلال بانک مرکزی مطرح می‌کنند. اول اینکه، مقامات بانک مذکور چگونه انتخاب می‌شوند؟ دوم اینکه، هدف از سیاست‌گذاری پولی چیست و بانک مرکزی از اعمال این سیاست‌ها چه اهدافی را دنبال می‌کند؟ سوم اینکه، در صورت بروز اختلاف میان دولت و بانک مرکزی چه نهادی رفع اختلاف می‌کند و آیا این نهاد، اساساً سازمانی ثالث است یا اینکه دولت قواعد امری خود را به بانک مرکزی تحمیل می‌کند؟ چهارم اینکه، آیا قواعدی وجود دارد که اعطای تسهیلات از سوی بانک مرکزی به دولت را قاعده‌مند نماید و یا اینکه دولت در این زمینه می‌تواند بانک مرکزی را امر و نهی کند؟ (Steven et al. 1992: 353)

با این اوصاف، به سختی می‌توان بانک مرکزی کاملاً مستقلی را در سراسر جهان یافت. گفته می‌شود، تنها بانک مرکزی اروپا می‌تواند نماد استقلال آرمانی باشد؛ زیرا زیر نظر دولت خاصی قرار ندارد و به همین دلیل، مشمول امرونی‌های جناحی و حزبی دولت مشخص نیست.

بند دوم. نقد استقلال بانک مرکزی

بر فرض استقلال کامل بانک مرکزی، وضعیت مذکور محل ایراد خواهد بود، زیرا برای مثال، معلوم نیست که چه نهادی اعمال و اختیارات بانک مرکزی را که می‌توانند اقتصاد کشور در سطح کلان را تحت تأثیر قرار دهند، کنترل خواهد کرد. به بیان دیگر، می‌توان ادعا کرد که شفافیت عملکرد و پاسخگویی به عنوان یکی از ابزارهای کارآمد پیشگیری از فساد مالی کلان، نیازمند تبعیت بانک مرکزی- حداقل از این حیث- از نهاد یا نهادهای مشخص می‌باشد. حال آنکه ادعای استقلال کامل این بانک، چنین ساختاری را برنمی‌تابد.

از سوی دیگر، حمایت بی حد و حصر از استقلال بانک مرکزی می تواند با نقش های مهم آن همچون حفظ ثبات بازار مالی و تضمین فعالیت های اقتصادی در تعارض باشد. (Arner et al. 2011: 19) به بیان دیگر، هرچند می توان اذعان داشت که استقلال بانک مرکزی یکی از عوامل مؤثر در کنترل تورم می باشد؛ اما نمی توان اثبات کرد که این استقلال می تواند سلامت نظام اقتصادی را در مفهوم کلان آن، تضمین نماید.

به علاوه، چنانچه گفته اند، «اعتبار بانک مرکزی صرفاً با اجرای مطلوب سیاست های پولی حاصل نمی شود. اعتبار این بانک زمانی به وجود می آید که سیاست های کلان اقتصادی دولت نیز به توفیق رسد». (Moadelet 2000: 10) در هر حال، زیان های ناشی از نبود هماهنگی میان برنامه های اقتصادی دولت و سیاست کلی بانک مرکزی، باید در تعدیل آرمان «استقلال بانک مرکزی» مؤثر باشد و آن را از عموم و اطلاق بیندازد.

درجه استقلال بانک مرکزی، به طور مستقیم با رویکرد اقتصادی کشور در ارتباط است. به بیان دیگر، «استقلال بانک مرکزی جزئی از آزادسازی مالی است که برنامه های دیگری نظیر خصوصی سازی شبکه بانکی، اجازه تأسیس شعبه های بانک های خارجی در داخل، آزادسازی حساب سرمایه و غیره را شامل می شود و اعطای استقلال به بانک مرکزی به تنهایی نمی تواند حلال مشکلات موجود باشد». (Chazani Sharahi 2014: 32)

از سوی دیگر، در اقتصادهای در حال توسعه که مالکیت سرمایه ها و منابع عمده در اختیار دولت قرار دارد (اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)، استقلال بانک مرکزی امری تقریباً غیرممکن است، زیرا برای مثال سیاست های پولی بانک مذکور، اغلب با سیاست های اقتصادی و ارزی دولت تعارض پیدا می کند و از جهت سلطه دولت بر منابع اقتصادی، اراده دولت به بانک مرکزی تحمیل می شود.

بند سوم. بررسی تطبیقی معیارهای حقوقی استقلال بانک مرکزی

صرف نظر از انتقادهایی که به استقلال بانک مرکزی وارد شده، باید تذکر داد که مزایای این استقلال به طور قطع بیش از معایبی است که غرض ورزانه و با هدف مسلط ساختن دولت بر اختیارات بانک مرکزی طرح شده اند. برای تشخیص اینکه بانک مرکزی کشورمان، تا چه حد از استقلال برخوردار است، باید به برخی پرسش ها پاسخ داد. اول اینکه، آیا بانک مرکزی، آخرین

نهادی است که در زمینه سیاست گذاری پولی اقدام می کند یا خیر؟

قسمت اول ماده ۱۱ ق.پ.ب.ک تصریح می کند که بانک مرکزی، «تنظیم کننده نظام پولی و اعتباری» کشور است. در قوانین دیگر چنین اختیاراتی برای نهادهای دیگری پیش بینی نشده است. باین حال، ق.ع.ب.ب.ر که تحت شرایط خاص ناشی از انقلاب اسلامی مردم ایران و در سال ۱۳۶۲ به منظور اسلامی کردن بانکداری به تصویب رسیده، مقرراتی دارد که می تواند اعمال انحصاری این نقش از سوی بانک مرکزی را با تردید روبه رو سازد.

ماده ۱ قانون اخیر، فعالیت برای تحقق اهداف و سیاست ها و برنامه های اقتصادی دولت جمهوری اسلامی با استفاده از ابزارهای پولی و اعتباری را نه تنها وظیفه بانک مرکزی، بلکه وظیفه نظام بانکی می داند. حتی در ماده ۲ (بند ۲) قانون مذکور، «تنظیم، کنترل و هدایت گردش پول و اعتبار طبق قانون و مقررات» از جمله وظایف «نظام بانکی» و نه بانک مرکزی عنوان شده است. این طرز تلقی از نظام بانکی را باید اشتباه دانست. در واقع، در مواد ۱ و ۲ ق.ع.ب.ب.ر وظایف و اختیارات بانک مرکزی با دیگر بانک ها و مؤسسات مالی و اعتباری خلط شده است؛ بنابراین، ضرورت دارد که علاوه بر بحث استقلال بانک مرکزی از دولت، استقلال بانک مذکور از بانک ها و مؤسسات مالی و اعتباری که تحت نظارت بانک مرکزی تأسیس شده و یا فعالیت می کنند، مورد بررسی قرار گیرد. این بررسی، در همین مبحث انجام خواهد شد.

پرسش دوم که باید پاسخ قانون گذار را در مورد آن بررسی کرد این است که آیا بیش از نصف سیاست گذاران پولی مستقل از دولت انتخاب می شوند یا خیر؟ هرگاه پاسخ مثبت باشد، نشان خواهد داد که در تصمیم گیری هایی که انجام می گیرد، اکثریت با اعضای مستقل است و آن ها می توانند در صورت لزوم نظر خود را به دولتمردان تحمیل کنند.

پاسخ به این پرسش، پیش تر داده شده است. به موجب ماده ۱۸ (الف) ق.پ.ب.ک، شورای پول و اعتبار که «به منظور مطالعه و اتخاذ تصمیم درباره سیاست کلی بانک مرکزی ایران و نظارت بر امور پولی و کشور» تشکیل می شود؛ از جمله حق اظهار نظر در مسائل بانکی و پولی و اعتباری کشور را داراست. این شورا، با ترکیبی تقریباً دولتی تشکیل می شود، زیرا حتی رئیس بانک مرکزی به عنوان یکی از اعضای شورای پول و اعتبار، منتخب دولت است. از این رو، در پاسخ به پرسش مذکور، وضعیت حقوقی کشورمان از حیث قائل نشدن اختیار تصمیم گیری مستقل برای بانک مرکزی در مسائل کلان بانکی، مالی و اعتباری معلوم است.

سومین پرسش، با نحوه اداره بانک مرکزی ارتباط می‌یابد: آیا در ارکان اداری بانک، می‌توان افرادی را یافت که وابسته به دولت نباشند؟

در پاسخ به این پرسش هم وضعیت حقوقی بانک مرکزی- از حیث استقلال از دولت- مطلوب نیست. به موجب ماده ۱۶ ق.پ.ب.ک مجمع عمومی، شورای پول و اعتبار، هیئت عامل، هیئت نظارت اندوخته اسکناس و هیئت نظار، ارکان بانک مرکزی را تشکیل می‌دهند. بررسی مواد بعدی نشان می‌دهد که بسیاری از اعضای این ارکان اداری، به جز «هیئت عامل»، منتخبان و نمایندگان از قوه مجریه و مجلس هستند. طبیعی است که تمایلات حزبی و جناحی (سیاسی) این افراد، می‌تواند تصمیم‌گیری‌های مربوط به نحوه اداره بانک مرکزی را تحت تأثیر قرار دهد.

به لحاظ تطبیقی، حتی در کشورهای توسعه‌یافته هم تعداد اندکی از بانک‌های مرکزی واجد برخی از معیارهای استقلال هستند. از آن جهت که مسائل پولی و بانکی، به‌هرحال با وظایف و اختیارات قوه مجریه ارتباط دارد، این قوه به‌منظور ایفای نقش در تصمیم‌گیری‌های مهم بانک مرکزی مداخله یا به تعبیر مرسوم‌تری، مشارکت می‌کند و همین امر، عامل اصلی در برهم‌ریختن معادله استقلال بانک مرکزی به شمار می‌آید. البته «برخی از صاحب‌نظران وجود تعداد بسیار محدودی از نمایندگان دولت در شورا را به‌منظور نگهداشتن ارتباط مستقیم بانک مرکزی و دولت و دادوستدهای اطلاعات مفید می‌دانند» (Adeli, 1991: 27).

در مطالعات انجام‌شده، (Sylvster et al. 1996: 56) بانک‌های مرکزی استرالیا، بلژیک، کانادا، فرانسه، ایتالیا، هلند، آلمان و سوئیس دارای بیشترین حد از استقلال معرفی شده‌اند. به این گروه باید ایالات متحده و ژاپن را هم اضافه کرد. در ایتالیا، پس از سال ۱۹۸۱، خزانه‌داری و بانکداری مرکزی از هم جدا شده‌اند و همین امر، نقش عمده‌ای در استقلال بانک مرکزی داشته است.

بند چهارم. سیاست‌گذاری پولی به‌عنوان معیار استقلال

از آنچه که در بندهای پیشین این گفتار ذکر شد، می‌توان دریافت که استقلال بانک مرکزی به‌شدت با استقلال آن در سیاست‌گذاری پولی و بانکی در ارتباط است. هرگاه این فرضیه ملاک عمل باشد که سیاست‌گذاری پولی به‌عنوان معیار استقلال بانک مرکزی به شمار می‌آید، می‌توان استقلال بانک مذکور را در سیاست‌گذاری از دو جنبه نسبتاً مختلف موردبررسی قرار داد: جنبه سیاسی و جنبه اقتصادی.

استقلال سیاسی بانک مرکزی با سنجش میزان صلاحیت آن در گرفتن تصمیم‌های نهایی در حوزه سیاست گذاری پولی مشخص می‌شود. حال آنکه، استقلال اقتصادی به معنای صلاحیت قانونی بانک مرکزی در استفاده از ابزارهای سیاست گذاری پولی است. به نظر برخی از دانشمندان، (Vittorio et al. 1991: 16) میزان استقلال سیاسی بانک مرکزی با استفاده از هشت معیار مشخص می‌شود.

آیا رئیس بانک مرکزی به وسیله دولت انتخاب می‌شود؟

آیا رئیس برای مدتی بیش از پنج سال انتخاب می‌شود؟

آیا برخی از اعضای شورای سیاست گذاری منتخب دولت نیستند؟

آیا اعضای شورای سیاست گذاری برای مدتی بیش از پنج سال انتخاب می‌شوند؟

آیا مقررات قانونی به نحوی تصریح کرده است که حضور نمایندگان دولت در شورای

سیاست گذاری (پولی و بانکی)، الزامی نیست؟

آیا تصویب یا تأیید سیاست پولی به وسیله دولت (یا مجلس) الزامی است؟

آیا به موجب قانون مقرر شده است که ثبات پولی باید از جمله اهداف بانک مرکزی باشد؟

آیا مقررات قانونی کافی وجود دارد که در صورت اختلاف بانک مرکزی با دولت (در مفهوم

عام)، موقعیت بانک مذکور را تقویت کند؟

با در نظر گرفتن این معیارها، بانک‌های مرکزی آلمان و هلند، بیشترین حد از استقلال را

داشته‌اند. برای سنجش استقلال اقتصادی هم می‌توان از هشت پرسش استفاده کرد که پاسخ آن‌ها،

میزان استقلال اقتصادی بانک مرکزی را مشخص خواهد کرد.

آیا پرداخت تسهیلات اعتباری مستقیم (به دولت)، تحت اراده بانک مرکزی بوده یا برای این

بانک الزامی است؟

آیا پرداخت چنین تسهیلاتی به نرخ بهره بازار انجام می‌گیرد؟

آیا پرداخت چنین تسهیلاتی موقت است؟

آیا مبلغ چنین تسهیلاتی محدود (مشخص) است؟

آیا بانک مرکزی برای پرداخت بدهی‌های عمومی رأساً اقدام می‌کند؟

آیا نرخ تنزیل به وسیله بانک مرکزی تعیین می‌شود؟

آیا نظارت بانکی به بانک مرکزی واگذار نشده است؟

آیا نظارت بانکی مرکزی به تنهایی بر عهده بانک مرکزی نیست؟

با در نظر گرفتن نحوه پاسخ به این هشت پرسش اقتصادی مشخص شد که بانک مرکزی آلمان، بیشترین حد از استقلال اقتصادی را داشته است. (Grilli & et al, op. cit.) در آلمان، مدت زمان تصدی رئیس کل بانک مرکزی و سایر اعضای هیئت عامل و نیز رؤسای بانک‌های فدرال حداکثر هشت سال است. رئیس و بقیه اعضای هیئت عامل که نمی‌توانند از هشت نفر بیشتر باشند، به وسیله رئیس جمهور آلمان، بر اساس توصیه دولت فدرال و پس از مشورت با شورای بانک و ارگان نظارت، به سمت‌های خود منصوب می‌شوند. (Mark et al. 1993: 86)

در تشریح نحوه ارتباط پاسخ به پرسش‌های فوق و استقلال بانک مرکزی باید توجه داشت که هرگاه بانک مرکزی در پرداخت یا عدم پرداخت تسهیلات بانکی بر مبنای اعتباری که دولت نزد این بانک دارد، آزاد باشد و همین بانک بتواند میزان تسهیلات پرداختی و نرخ بهره آن را مشخص سازد، از استقلال اقتصادی برخوردار است. همچنین اگر بانک مرکزی بتواند به هنگام پرداخت نقد مطالبات مدت دار دولت، از دولت مبلغ تنزیل دریافت نموده و نرخ تنزیل را هم خود تعیین کند، این اختیارات در میزان استقلال بانک مرکزی مؤثر خواهد بود.

واگذاری نظارت بانک‌ها به بانک مرکزی، یکی از عوامل کاهش سطح استقلال بانک مرکزی است؛ زیرا این امر باعث می‌شود که بانک مذکور در سیاست‌گذاری پولی و بانکی از استقلال لازم برخوردار نباشد و وضعیت اقتصادی بانک‌های تحت نظر خود را لحاظ نماید. هرگاه، علاوه بر بانک‌های مرکزی، نهاد دیگری بر بانک‌ها نظارت داشته باشد و نظارت بانک مرکزی تنها از جهت کنترل میزان و نحوه اجرای سیاست‌های پولی و بانکی باشد، می‌توان ادعا کرد که بانک مرکزی، از این حیث از استقلال اقتصادی برخوردار است. البته برخی بر این اعتقادند که صرف نظر از اینکه نظارت بانکی به طور مطلق یا نسبی به بانک مرکزی واگذار شده باشد، این امر تأثیر اندکی در استقلال بانک مرکزی دارد.

(De Haan et al. 1992, 305-327)

گفتار سوم. استقلال بانک مرکزی از بانک‌ها

در تألیفات اقتصادی و حقوقی، مسئله استقلال بانک مرکزی از بانک‌ها بررسی نشده است. این خلأ می‌توان ناشی از دو عامل باشد. اول اینکه، به ویژه در کشورمان، مسئله استقلال بانک مرکزی

از دولت به قدری جدی می باشد که تمرکز پژوهشگران به این موضوع معطوف شده است. دوم اینکه، این احتمال در ذهن بوده است که بانک مرکزی به عنوان سیاست گذار و ناظر، بر بانک ها مدیریت و نظارت عالی دارد و فرض وابستگی نسبی بانک مرکزی از اساس منتفی است.

برای تشریح اینکه بانک مرکزی می تواند تحت تأثیر وضعیت مالی بانک ها یا فشارهایی باشد که به لحاظ اقتصادی به بانک ها وارد می شود، باید به طور خلاصه به اختیاراتی اشاره کرد که بانک مرکزی در قبال بانک ها دارد. به موجب بندهایی از ماده ۱۴ ق.پ.ب.ک، بانک مرکزی از جمله اختیار «تعیین نرخ رسمی تنزیل مجدد و بهره وام ها که ممکن است بر حسب نوع وام و اوراق و اسناد نرخ های مختلف تعیین شود» (بند ۱)، «تعیین میزان حداقل و حداکثر بهره و کارمزد دریافتی و پرداختی بانک ها» (بند ۴)، «محدود کردن بانک ها به انجام یک یا چند نوع از فعالیت های مربوط به طور موقت یا دائم» (بند ۱۱)، «تعیین حداکثر مجموع وام ها و اعتبارات بانک ها به طور کلی یا در هر یک از رشته های مختلف» (بند ۱۳) و «تعیین شرایط اخذ وام بانک ها از اشخاص و صدور گواهی سپرده» (بند ۱۴) را دارا می باشد.

با توجه به موارد فوق، می توان دریافت که کنترل اعتبارات از مهم ترین وظایف بانک های مرکزی است. این وظیفه به حدی اهمیت دارد که در قوانین و مقررات همه کشورها به آن تصریح شده است. (Mark et al. 2007: 170)

حال، اگر در انجام این وظایف، بانک مرکزی از طریق مقام های خود یا در اثر تبلیغاتی که بانک ها به عمل می آوردند، تحت نفوذ بانک ها قرار گیرد، حداقل در برخی از وظایف مذکور این بحث عینیت می یابد که این احتمال وجود دارد که بانک مرکزی استقلال خود را در برابر بانک ها از دست بدهد.

برای پیشگیری از این مشکل، تقریباً هیچ راهکاری وجود ندارد. در واقع، هرچند در تئوری این بحث مطرح می شود که مقامات عالی بانک مرکزی باید از میان افرادی که وابسته به دولت یا حزب خاصی نیستند، انتخاب شود؛ اما این بحث که آیا مقامات مذکور می تواند از میان افرادی انتخاب شود که سابقه مدیریت عالی در بانک های دیگر را داشته اند یا خیر، پاسخ داده نشده است. به نظر نمی رسد که منعی از این حیث وجود داشته باشد؛ بنابراین، بانک مرکزی ممکن است در تصمیم گیری های کلان خود به طور مستقیم یا غیرمستقیم منافع بانک ها به طور عام یا بانک خاصی را به طور خاص را مدنظر داشته باشد. (Elsan, 2013: 83)

نتیجه‌گیری

اگرچه تعریف روشنی از استقلال بانک مرکزی و ترسیم دقیقی از عواملی که این استقلال را تضمین می‌کنند، وجود ندارد؛ اما جدایی تصمیم‌گیری بانک مرکزی از تحولات و رویکردهای سیاسی، از لوازم اصلی استقلال محسوب می‌شود که در مورد آن اختلاف‌نظر وجود ندارد. از آن‌جهت که میان بانک مرکزی و دولت (در مفهوم عام) رابطه‌ای دائمی وجود دارد، این پرسش مطرح می‌شود که در عمل تا چه حد می‌توان به استقلال بانک مرکزی دست یافت؟ آیا این استقلال مفهومی محدود به دستگاه‌های اجرایی دارد یا باید آن را شامل تمامی قوای حاکم بر یک کشور دانست؟ به علاوه، آیا می‌توان استقلال بانک مرکزی را فقط به روابط دولتی محدود کرد یا باید آن را در برابر سایر بانک‌ها نیز برقرار دانست؟

واگذاری نظارت بانک‌ها به بانک مرکزی، یکی از عوامل کاهش سطح استقلال بانک مرکزی است، زیرا این امر باعث می‌شود که بانک مذکور در سیاست‌گذاری پولی و بانکی از استقلال لازم برخوردار نباشد و وضعیت اقتصادی بانک‌های تحت‌نظر خود را لحاظ نماید. هرچند صرف وجود قانونی که بر استقلال بانک مرکزی تأکید می‌کند، برای استقلال آن کافی نیست؛ اما می‌توان دریافت که وجود چنین قانونی، پیش‌شرط استقلال عملی بانک مرکزی محسوب می‌شود.

معیارهایی که برای استقلال بانک مرکزی ارائه شده، همگی در یک چیز مشترک هستند و آن اینکه تنها «قانون» می‌تواند - حداقل به لحاظ نظری - حدود استقلال بانک مرکزی را تعیین کرده و آن را به دولتمردان تحمیل کند. در عمل، دخالت دولت در عزل و نصب مقامات عالی‌بانک مرکزی و نیز حضور (همراه با حق رأی) اعضای قوه مجریه در شورای پول و اعتبار، امکان استقلال بانک مرکزی کشورمان را (از لحاظ نظری) به امری دشوار بدل می‌سازد. به بیان دیگر، با وجود قانونی که اختیارات وسیعی را به دولت در خصوص نحوه اداره بانک مرکزی و دخالت در تصمیم‌های این بانک می‌دهد، صحبت از استقلال بانک مذکور، تنها می‌تواند شعار سیاسی باشد. به طور کلی، شاخص‌هایی که تاکنون برای اندازه‌گیری میزان استقلال بانک مرکزی مورد استفاده قرار گرفته، دربرگیرنده چهار حوزه کارکردی، نهادی، مالی و منابع انسانی است و همچنین در کارهایی که برای اندازه‌گیری استقلال بانک مرکزی ایران انجام شده، همگی در پایین

بودن درجه این استقلال با همدیگر اتفاق نظر دارند.

References

- [1] Adeli, Seyed Mohammad Hossein. (1990). *An Income on the Central Bank Independence Debate*, Trend Magazine, No. 2. (In persian)
- [2] Adeli, Seyed Mohammad Hossein. (1991). *An Income to the Independence of the Central Bank*, 10th ed. Tehran, Monetary and Banking Research Institute. (In persian)
- [3] Arner D.W., Panton M.A. & Lejot P.L. (2010-2011). *Central Banks & Central Bank Cooperation in the Global Financial System*, Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal, Vol. 23.
- [4] Bahrani, Mahnaz. (2002). *Independence of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran*, Bank and Economy, No. 30. (In persian)
- [5] Boustani, Ali, Salavi Tabar, Shirin. (2017). *Central Bank of Iran's Independence from Financial Dimension*, Trend Quarterly, No. 78. (In persian)
- [6] Chazani Sharahi, Esmaeil. (2005). *Central Bank Independence and its Effects on Macroeconomic Variables*, Tadbir Journal, No. 161. (In persian)
- [7] Cranston, R. (1997). *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, 1th.
- [8] Cukierman, Steven B. Webb, and Bilin Neyapti. (1992). *Measuring the Independence of Central Banks and Its Effect on Policy Outcomes*, World Bank Economic Review, Vol. 6.
- [9] De Haan, J & Sturm, J.E. (1992). *The Case for Central Bank Independence*, Banca Nazionale del Lavoro Quarterly Review, No. 182.
- [10] Elgie Robert & Thompson, Helen. (1998). *The Politics of Central Banks*, Routledge.
- [11] Elsan, Mostafa. (2013). *Central Bank Law*, 1th ed. Tehran, Monetary and Banking Research Institute. (In persian)
- [12] Elsan, Mostafa. (2020). *Banking Law*, 8th ed. Tehran: Samt. (In persian)
- [13] Faraji Dizaji, Sajjad, Sadeghi, Hossein, Lotfi, Zahra. (2020). *The Effect of Natural Resources Rent and Political Development on the Independence of the Central Bank: Evidence from Oil Exporting Countries*, Monetary-Fiscal Economy, No. 19. (In persian)
- [14] Faraji, Yousef. (2007). *Money, Currency and Banking*, 10th ed. Tehran, Commercial Publishing, (In persian).
- [15] Ghadimi, Maryam, Rabiei, Mahnaz, Davani, Abdollah, Shahabadi, Abolfazl. (2019). *The Impact of Corruption and Independence of the Central Bank on The Volume of Money in Iran: Using STAR Model*, Econometric Modeling, No. 14. (In persian)
- [16] Ghanbari, Mitra, Mohammady, Timur. (2016). *Monetary Political Cycles and its Relationship with Central Bank Independence*, Banking Monetary Research, No. 30. (In persian)
- [17] Goodman, John B. (1992). *Monetary Sovereignty: The Politics of Central*

- Banking in Western Europe*, Cornell Studies in Political Economy.
- [18] Grilli, Vittorio, Donato Masciandaro, Guido Tabellini. (1991). Edmond Malinvaud, Marco Pagano, *Political and Monetary Institutions and Public Financial Policies in the Industrial Countries*, Economic Policy, Vol. 6, No. 13.
- [19] Hassanzadeh, Ali, and Arzrum Chiller, Nasrin (2004). *Four Articles on Central Banking*, 2th ed. Tehran, Monetary and Banking Research Institute (In persian)
- [20] Hassanzadeh, Ali, Asgari, Behnam. (2012). *The Effect of Central Bank Independence on Liquidity Management System in Oil Exporting Countries (1994-200)*, Economic Research Journal, No. 44. (In persian)
- [21] Kamrani Sharif, Sepideh. (1400). *The Effect of Political Economy Behind the Independence of the Central Bank*, Journal of Management Science Research, No. 7. (In persian)
- [22] Leaped, Jan. (1995). *Independence and Accountability: The Role and Structure of the South African Reserve Bank*, Les Crefsa Q Rev.
- [23] Lotfi, Zahra, Qorji Dizaji, Sajjad, Sadeghi, Hossein. (1400). *The Effect of Oil Rent and Corruption on The Independence of the Central Bank in Oil Exporting Countries*, Economic Research and Policies, No. 98. (In persian)
- [24] Maxfield, Sylvia. (1997) *Gatekeepers of Growth: The International Political Economy of Central Banking in Developing Countries*, Princeton University Press.
- [25] Moadelat, Cyrus. (2000). *The Central Bank's Favorable Position and Structure*, 1th ed. Tehran, Monetary and Banking Research Institute. (In persian)
- [26] Mohsen Niazi, Mohsen, Shahreshi, Hamid, Hojbarkyani, Kambiz, Ghaffari, Farhad. (2018). *The Effect of Monetary Policy Shocks on Macroeconomic Variables with Emphasis on the Role of Central Bank Independence*, Monetary and Banking Research, No. 36. (In persian)
- [27] Sylvester C.W. Eijffinger & Jakob De Haan. (1996). *The Political Economy of Central-Bank Independence* (Special Papers in International Economics) no. 19.
- [28] Taghipour, Anoushirvan, Mossavi Azad Kasmaee, Afsaneh. (2004). *The Relationship between Inflation and Independence of Central Bank in Iran*, Journal of Planning and Budget, No. 85. (In persian)
- [29] Yazdani, Mehdi, Tayebi, Seyed Kamil, Yazdani, Nafisa. (2015). *How does the central bank's independence affect the financial stability of the economy in emerging markets countries?"* Monetary-Fiscal Economics Journal, No. 9. (In persian)
- [30] Zarrin Iqbal, Hassan, Jafari Samimi, Ahmad, Tehbranchian, Amir Mansur. (2018). *The Impact of Central Bank Independence on Production and Inflation Fluctuations in Iran*, Economic Growth and Development Research, No. 30. (In persian)
- [31] Zarrin Iqbal, Hassan, Mosayebnejad, Mohammad Reza, Najafi Kajabadi,

Ghasem, Shahrazi, Milad. (2017). *The Effect of Central Bank Independence on Reducing Production Fluctuations in Iran's Economy (Using Garch Model and Vector Autoregressive Approach)*, Trend Quarterly, No. 80. (In persian)

Legal Analysis of the Nature of Letters of Credit

Homayoun Mafi¹

*Professor, Department of Private Law,
University of Judicial Sciences and
Administrative Services
(Corresponding Author)*

Rasool Bahrampoori²

*Ph.D in Private Law, Faculty of Law
and Political Science, University of
Tehran*

Meisam Rameshi³

*Ph.D Student, Department of Private
Law, University of Judicial Sciences
and Administrative Services*

Received 2022/03/01

Accepted 2021/05/23

ABSTRACT

Letter of credit, as an international payment instrument that is now widely used by traders in the international trade, has always been used as a reliable means of safeguarding the interests and rights of contract parties. Despite the widespread use of this payment instrument, businessmen and activists in the international trade pay less attention to its nature and source of the obligations in this international payment instrument. This Study examines the legal nature of Letters of Credit and views on this subject in light of the regulations in a descriptive-analytical manner. Legal scholars have offered different views on the legal analysis of the nature of the letter of credit and the source of its obligations. Although, some authors, considering the differences between the nature of letter of credit and contracts and negotiable instruments, believe that letter of credit should be analyzed as an international payment instrument with an independent and unique nature, however, Most of these views are based on contract law and have analyzed

1- mafi@ujsas.ac.ir

2- rasoolbahrampoori@gmail.com

3- meysamrameshi@gmail.com

the nature of the letter of credit in the contract nature, that this view is more consistent with the accepted principles of the Iranian legal system.

Keywords: Negotiable Instruments, Letter of Credit, Unilateral Obligation, Third Party Beneficiary, Contract.

INTRODUCTION

In the most of researches in the field of letters of credit, its financial and economic aspects have been paid attention to by the authors, and in the legal analyzes, the obligations arising from letters of credit have been examined, and the legal nature of letters of credit from the point of view that what is the nature of this payment instrument as a source of obligation and under what process it creates rights and duties for the persons involved in it, has been given less attention.

Due to the silence of the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600) regarding the nature of letters of credit, various opinions have been presented in the analysis of this issue. In most of these opinions, an attempt has been made to explain this new institution in the light of previous institutions and the similarities it has with known legal institutions. Although this method is helpful in solving many legal issues, but in cases such as analyzing the legal nature of a letter of credit, it may cause that the entire nature of the letter of credit under study is not properly analyzed and the principles and rules governing the institution under study are not properly analyzed and do not exactly match with similar cases; For this purpose, in analyzing the legal nature of the letter of credit, it is necessary to consider the principles governing this payment instrument, especially the "The Principle of Autonomy of Letters of Credit".

In the the common law, in examining the legal nature of the letter of credit, the issue of "Consideration" and the analyzes surrounding it have also been taken into consideration, but in the written legal system (including Iran), the issue of "Consideration" has not found a place in the analysis of the nature of the letter of credit.

PURPOSE

This research seeks to answer the question of what is the nature of documentary credit according to the conditions and requirements and principles governing this international payment instrument and in this regard, the proposed theories regarding the legal nature of documentary credit and the objections to each of the theories are discussed, and in the following, selected point of view and the reasons for its are analyzed and examined.

METHODOLOGY

This research examines the legal nature of documentary credits and the opinions surrounding this subject in an analytical-descriptive manner and by using numerous judicial opinions and analyzing the basis of these opinions according to the existing regulations in this field.

FINDINGS

According to the differences between the nature of the letter of credit and the contracts and commercial instruments, this approach has been proposed that the letter of credit as an international payment instrument has an independent and unique nature, which in the above notions cannot be analyzed. The followers of this point of view have stated that the letter of credit in the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600) and other related regulations such as the Uniform Commercial Code of the United States is stated as a "payment arrangement" and the choice of the word contract or document for it has been avoided and the reason for this is that the documentary credit is a unique tool and a type of special commercial tool that can hardly be analyzed between two categories of recognized legal natures (such as contracts or commercial documents); A letter of credit is neither a pure contract nor a complete commercial instrument, but it has a part of the characteristics of each of these two cases in common, and these common characteristics are so mixed with the specific characteristics of the letter of credit that a special nature has emerged and formed the letter of credit. According to this view, the letter of credit is a

special establishment and commercial instrument that is different from other known natures, and in fact, the letter of credit is simply a letter of credit, not an agency, contract or commercial instrument. This approach can be seen explicitly or implicitly in the works of some authors who, in defining the letter of credit and identifying its legal nature, simply consider the letter of credit as an international payment instrument or use words like it. Such an approach can also be seen in the decisions of the courts; For example, in *Lawrason v. Mason* (1806) stated that there is a difference between the letter of credit and the concept of contract, and the letter of credit is merely a commercial instrument and this special commercial tool is different from other commercial tools and has been born and grown in the context of international trade. But it should be noted that the analysis of the nature of the letter of credit as a special and unique nature is justified and acceptable if it cannot be analyzed in any known legal format, but as will be examined in the next paragraph, in Iranian legal system can analyze the nature of letter of credit in the form of contractual nature, and for this reason, this theory (The unique nature of a letter of credit as an international payment instrument) has no place in the analysis of the legal nature of letter of credit. In the opinions made to explain the nature of the letter of credit and to identify the basis of the bank's obligation to the beneficiary, the prevailing opinion is to match the nature of the letter of credit with contracts, and the lawyers who support this theory have considered the letter of credit as a type of contract. In the regulations of some countries, the letter of credit is clearly considered a contract. For example, in Article 428 of the Commercial Transactions Law of the United Arab Emirates, it is stated: "A documentary credit is a contract pursuant to which a bank opens a credit at the request of its customer (the person ordering the opening of the credit) within the limits of a specified amount and for a definite term in favor of another person (beneficiary) against a security of documents representing goods freighted or intended for freight."

According to the theory of consideration, which is proposed in the common law legal system and is rooted in the judicial procedure, the contract does not become enforceable without the consideration. In the analysis of the

nature of the letter of credit as a contract, one of the subjects that has been widely discussed is the existence or non-existence of consideration in it. It should be noted that the issue of the existence or non-existence of consideration in the analysis of the contractual nature of the letter of credit has been found in the laws of countries that consider consideration necessary for the contract to be enforceable, while this issue is basically not raised in the Iranian legal system. According to the opinion of the opponents of the contractual nature of the letter of credit, there is no consideration that can be compared to the bank's obligation, and the applicant's obligation to the bank to pay the amount of the letter of credit, as well as the obligation of the beneficiary to provide the documents to the bank, is not considered as an exchange of the letter of credit.

The supporters of the theory of the contractual nature of the letter of credit have presented different opinions and tried to justify that this payment instrument is a type of contract and to avoid the objection of the opponents of the contractual nature of the letter of credit that there is no consideration in this payment instrument, that these cases include: 1- The absence of the necessity of consideration in contracts in most legal systems, 2- Presentation of consideration in the letter of credit by the applicant and 3- Presentation of consideration by the beneficiary.

In addition, in some regulations in the legal systems, we can see the rulings that confirm the contractual theory of the nature of the letter of credit. For example, Article 105-5 of the Uniform Commercial Code of the United States clearly states that there is no need for consideration to issue, modify, transfer, reference and confirm a letter of credit. This provision is based on two basic points: firstly, the documentary credit is a contract; Because the necessity of consideration is only discussed in contracts, and if the letter of credit had a non-contractual nature from the point of view of the authors of these regulations, it was not necessary to specify that consideration is not necessary in the letter of credit, and the necessity or lack of the existence of consideration is only relevant in a contractual nature and secondly, the documentary credit, despite its contractual nature, based on its nature and function, is exempted from the general ruling of the necessity of exchange

in contracts, and its validity is not dependent on the existence of consideration.

Therefore, a letter of credit arises from the offer of the issuing bank and the acceptance of the beneficiary. According to this point of view, the bank's obligation to pay the amount of the letter of credit in exchange for receiving the documents in accordance with the letter of credit from the beneficiary is an obligation that has been fulfilled as a result of the bank's request and the beneficiary's acceptance, and after this agreement, the bank is obliged to receive the documents. According to the beneficiary, pay the said credit amount to him.

CONCLUSION

In the analysis of the legal nature of letter of credit, several opinions have been presented, and in most of these opinions, an attempt has been made to explain this new institution in the light of previous institutions and the similarities it has with known legal institutions. Analyzing the nature of documentary credit in the form of the theory of commercial instruments, unique nature and contract is the most important theories that have been proposed by legal writers to explain the nature of documentary credit in international trade law and in many decisions (the court or the arbitration board) these theories have been cited.

Considering the conditions and requirements of documentary credit and the principles governing this international payment instrument, it can be concluded that documentary credit in Iran's legal system is most similar to contracts; Because, on the one hand, the time and manner of acceptance in a letter of credit, considering the effect of silence in the presence of evidence, as well as the established custom in international trade of silence upon acceptance in this particular instrument, And in addition to that, the obligation of the issuing bank to fulfill its obligations until the expiration of the period is justified, and on the contrary the legal system of the Common Law states that one of the conditions for the validity of the consideration is "being on the part of the debtor", In Iran's legal system, it is not necessary that the exchange must be removed from the property of the person whose

property has entered, and if a third party presents the consideration for a contract, the validity of the contract will not be affected; Therefore, it can be assumed that although the letter of credit is a contract between the issuing bank and the beneficiary, the consideration is paid by the applicant of the letter of credit to the issuing bank. In addition, even if the payment of consideration by the beneficiary is considered necessary to analyze the legal nature of the letter of credit as a contract, the delivery of the corresponding documents by the beneficiary to the bank can be considered as a valid consideration.

In addition to the analysis of the nature of the letter of credit contract based on the above argument, in some regulations in the legal systems, we can see the rulings that confirm the contractual theory of the nature of the letter of credit. For example, Article 105-5 of the Uniform Commercial Code of the United States.

Analyzing the legal nature of a letter of credit in a form other than a contract, not only does not reduce the differences of opinions of authors and authorities in applying the single provisions to this legal entity, but also causes a decrease in the confidence of traders in this useful commercial instrument. Based on what was examined in this article, accepting the contractual nature of a letter of credit not only does not conflict with the principles that govern it (especially the principle of the independence of a letter of credit), but also by assigning a known nature (a contract) to a letter of credit causes that the authority for handling claims arising from a letter of credit (the court or the arbitration board) to apply the rules governing this known nature (contract) to letter of credit and prevent unpredictable obligations from being imposed on the parties, and this will eventually lead to more confidence of businessmen to this international payment instrument.

REFERENCES

- [1] Andrews, N.(2015). *Contract Law*, 2nd edition, Cambridge University Press.
- [2] Bana Niasari, M. (1395). *Law of Letters of Credit (Commercial & Standby)*, Shahr Danesh publications. (in Persian).

-
- [3] Biswas, C. (2011). Letters of Credit: A Theory on the Legal Basis of the Payment Obligation of Issuing Bank, University of Leicester.
 - [4] Boardman, M. (2011). A Critical and Comparative Analysis of the Doctrine of Consideration in the Anglo-Canadian Common Law, The University of Kent.
 - [5] Burnett, R & Bath, V. (2009). Law of International Business, New South Wales, Federation Press.
 - [6] Campbell, D. (2010). Remedies for International Sellers of Goods, Second Edition, Volume 1, Juris Publishing.
 - [7] Carr, I & Stone, P. (2013). International Trade Law, London: Routledge.
 - [8] Chmielewska, M. (2005). Documentary Letter of Credit: A Pivotal Case for the Inefficiency of the Law of Contract, *Revue Générale de Droit*, Vol 35, pp. 487-532.
 - [9] Cranston, R. (2018). Principles of Banking Law, Oxford University Press.
 - [10] Davies, M & Snyder, D. (2014). International Transactions in Goods: Global Sales in Comparative Context, Oxford University Press.
 - [11] Delaney, P & Whittington, R. (2011). Wiley CPA Examination Review, Outlines and Study Guides, John Wiley & Sons.
 - [12] Ellinger, P. (1970). Documentary letters of credit: a comparative study, University of Singapore Press.
 - [13] Fernandis, E. (2006). Illustrated Dictionary of Commerce, Wisconsin: Lotus Press.
 - [14] Fredrick, A. (2005). Banking Finance & Accounting, Lotus Press.
 - [15] Gao, X & Buckley, R. (2003). The Unique Jurisprudence of Letters of Credit: Its Origin and Sources, *San Diego International Law Journal*, Vol 4, pp. 91-125.
 - [16] Gillies, P & Moens, G. (1998). International Trade and Business Law & policy, London: Gavendish Publishing.
 - [17] Hao, Y. (2013). Risk Analysis of Letter of Credit, *International Journal of Business and Social Science*, vol 4, pp 199-209.
 - [18] Hogg, M. (2011). Promises and Contract Law: Comparative

- Perspectives, Cambridge: Cambridge University Press.
- [19]Hugo, C.(1996). The Law Relating to Documentary Credits from a South African Perspective with Special Reference to the Legal Position of the Issuing and Confirming Banks, PhD Dissertation, Stellenbosch: University of Stellenbosch.
- [20]Joneydi, L. (1394). Comparision of Letters of Credit & Commercial Instruments, Banking Law Journal, Vol. 5, 13-46. (in Persian)
- [21]Katouzian, N. (1387). Unilateral act, Sahami Enteshar Co. (in Persian)
- [22]Katouzian, N. (1391). General Rules of Contracts. Vol 1. Sahami Enteshar Co. (in Persian)
- [23]King, R. (2004). Gutteridge and Megrah's Law of Bankers' Commercial Credits, London: Routledge.
- [24]Klotz, J.(2008). Power Tools for Negotiating International Business Deals, Wolters Kluwer Law & Business.
- [25]Kouladis, N.(2006). Principles of Law Relating to International Trade, Springer Science & Business Media.
- [26]Kuchhal, [V. \(2014\)](#). Business Legislation for Management, 4th Edition, Vikas Publishing House.
- [27]Mafi, H & Abdolsamady, R. (1394). A Comparative Review of Separation Description in Commercial Documents with Independent Principle in the Letters of Credit. Iraninan Jouornal of Trade Studies (IJTS). Vol 77. 115-145. (in Persian)
- [28]Mann, R & Warren, E. (2017). Comprehensive Commercial Law: Statutory Supplement, The Hague: Wolters Kluwer Law & Business.
- [29]Mead, A. (1992).Documentary Letters of Credit», Columbia Law Review, Vol 22, 297–331.
- [30]Merkin, R. (2013). Privity of Contract: The Impact of the Contracts (Right of Third Parties), Taylor & Francis.
- [31]Mojtahed Soleimani, A. & Mousavi, S. (1397).Examining the Effect of Will on the Development of Unilateral Act. Islamic Law Research Journal. Vol 47. 257-278. (in Persian)
- [32]Monteiro, F.(2009). Documentary Credits: The Autonomy Principle and the Fraud Exception, Auckland University Law Review, Vol 23, pp.

144-170.

[33]O'Sullivan, J & Hilliard, J.(2012). The Law of Contract, Oxford: OUP.

[34]Rogers, S. (1990). The Myth of Negotiability, Boston College Law Review, Vol 3,265-292.

[35]Swain, W. (2015). The Law of Contract, Cambridge: Cambridge University Press.

[36]Wishart, M. (2018). Contract Law, Oxford: Oxford University Press.

[37]Worthington, S. (2003). Commercial Law and Commercial Practice, London: Hart Publishing.

تحلیل حقوقی ماهیت اعتبارات اسنادی

دکتر همایون مافی^۱

استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه علوم
قضایی و خدمات اداری (نویسنده مسئول)

دکتر رسول بهرامپوری^۲

دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم
سیاسی، دانشگاه تهران

میثم رامشی^۳

دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه
علوم قضایی و خدمات اداری

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۰۱

چکیده

اعتبار اسنادی به عنوان یک ابزار پرداخت بین المللی که امروزه رواج گسترده‌ای میان بازرگانان در عرصه تجارت بین الملل یافته است، همواره به عنوان وسیله‌ای قابل اطمینان برای حفظ منافع و حقوق طرفین قرارداد پایه، مورد استفاده قرار گرفته است. بازرگانان و فعالان عرصه تجارت بین الملل، علی‌رغم استفاده گسترده از این ابزار پرداخت، به ماهیت آن و منبع تعهدات موجود در این ابزار پرداخت بین المللی، توجه کمتری دارند. این پژوهش به شیوه تحلیلی - توصیفی، ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی و دیدگاه‌های پیرامون این موضوع را با توجه به مقررات موجود در این زمینه بررسی کرده است. حقوق دانان برای تحلیل حقوقی ماهیت اعتبار اسنادی و منبع تعهدات موجود در آن، دیدگاه‌های متفاوتی ارائه کرده‌اند که برخی با توجه به تفاوت‌های موجود میان ماهیت اعتبار اسنادی با قراردادهای، ایقاعات و اسناد تجاری، بر این اعتقادند که باید اعتبار اسنادی را به عنوان یک ابزار پرداخت بین المللی با ماهیتی مستقل و منحصر به فرد تحلیل نمود، لکن اغلب این دیدگاه‌ها، مبتنی بر حقوق قراردادهای بوده و ماهیت اعتبار اسنادی را در قالب قرارداد تحلیل

1- mafi@ujss.ac.ir

2- rasoolbahrampoori@gmail.com

3- meysamrameshi@gmail.com

کرده‌اند که این دیدگاه با مبانی پذیرفته‌شده در نظام حقوقی ایران مطابقت بیشتری دارد.

کلیدواژه‌ها: اسناد تجاری، اعتبار اسنادی، ایقاع، تعهد به نفع ثالث، قرارداد.

مقدمه

در پژوهش‌های صورت گرفته در زمینه اعتبارات اسنادی اغلب جنبه‌های مالی و اقتصادی آن مورد توجه نویسندگان قرار گرفته و در بررسی و تحلیل‌های حقوقی نیز بیشتر تعهدات ناشی از اعتبار اسنادی بررسی شده است و ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی از این منظر که این ابزار پرداخت به عنوان یک منبع ایجاد تعهد چه ماهیتی دارد و تحت چه فرایندی برای اشخاص دخیل در آن ایجاد حق و تکلیف می‌کند، کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

با توجه به سکوت مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی^۱ در خصوص ماهیت اعتبارات اسنادی، نظرات گوناگونی در تحلیل این موضوع ارائه شده است. در بیشتر این نظرات، تلاش شده است این نهاد نو پیدا را در پرتو نهادهای پیشین و شباهت‌هایی که با تأسیسات حقوقی شناخته شده دارد، تبیین نمایند (Bana Niasari, 1395: 80). این شیوه اگرچه در حل و فصل امور مربوط به بسیاری از ماهیت‌های حقوقی راهگشاست، لکن در مواردی همانند تحلیل ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی ممکن است موجب شود تمام ماهیت نهاد حقوقی مورد پژوهش به درستی واکاوی نشده و اصول و قواعد حاکم بر نهاد مورد پژوهش به طور دقیق منطبق با موارد مشابه نباشد؛ به این منظور در تحلیل ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی، در نظر داشتن اصول حاکم بر این ابزار پرداخت به خصوص «اصل استقلال اعتبار اسنادی»^۲ ضروری است (Gao & Buckley, 2003: 93).

در نظام حقوقی کامن لا در بررسی ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی، مسئله «عوض» و تحلیل‌های پیرامون آن نیز مورد توجه واقع شده است لکن در نظام حقوق نوشته (از جمله ایران) موضوع عوض در تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی، جایگاهی نیافته است. این پژوهش به شیوه تحلیلی - توصیفی و با استفاده از آرای قضایی متعددی و تحلیل مبانی این آرا، ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی و

1-Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600).

2-The Principle of Autonomy of Letters of Credit.

دیدگاه‌های پیرامون این موضوع را با توجه به مقررات موجود در این زمینه مورد بررسی قرار می‌دهد و به دنبال پاسخ به این پرسش است که اعتبار اسنادی با توجه به شرایط و مقتضیات و اصول حاکم بر این ابزار پرداخت بین‌المللی چه ماهیتی دارد و در این راستا به نظریات مطروح در خصوص ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی و ایرادات وارد بر هر یک از نظریات مزبور پرداخته شده و در ادامه دیدگاه مختار و دلایل قوت آن تحلیل و بررسی می‌گردد.

۱. تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی به عنوان تعهد به نفع ثالث و ایرادات وارد بر آن

بر اساس دیدگاه نویسندگانی که ماهیت اعتبار اسنادی را به عنوان «تعهد به نفع ثالث» تحلیل می‌کنند، با توجه به اینکه متقاضی (خریدار) و بانک گشاینده قراردادی منعقد کرده و در این قرارداد بانک در مقابل متقاضی متعهد می‌شود که چنانچه شخص ثالثی (ذی‌نفع) اسنادی که در این قرارداد قید شده است به بانک ارائه نماید، بانک نیز مکلف به پرداخت وجه اعتبار اسنادی به وی است (Bana Niasari, 1395: 83)، ذی‌نفع (فروشنده) مستقلاً طرف قراردادی قرار نمی‌گیرد، بلکه وی به عنوان شخص ثالث، از تعهد بانک به نفع وی بهره‌مند می‌شود و در صورتی که اسناد منطبق را به بانک ارائه نماید، محق است که وجه اعتبار اسنادی را از بانک مطالبه نماید. بر مبنای این دیدگاه، لرد دنینگ در دعوی *Smith & Snipes Hall Farm Ltd v. River Douglas Catchment Board* (1949) بیان می‌دارد که حق فروشنده (ذی‌نفع اعتبار اسنادی) برای اجرای اعتبار اسنادی (مطالبه وجه آن) که به نفع او گشایش شده است، مبتنی بر قراردادی است که میان بانک و خریدار (متقاضی اعتبار اسنادی) منعقد شده و وی را ذی‌نفع قرار داده است (Ellinger, 1970: 50).

تا پیش از تصویب قانون قراردادها (حقوق اشخاص ثالث)^۱ در سال ۱۹۹۹ در انگلستان، نظریه سنتی نسبی بودن قراردادها^۲ در حقوق کامن‌لا در بردارنده این قاعده بود که شخص ثالثی که در قرارداد منعقد شده میان دو شخص عوضی ارائه نکرده است، حق مطالبه تعهد موضوع آن قرارداد را

1- Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.

2- the Doctrine of Privity.

ندارد (O'Sullivan & Hilliard, 2012: 131). پس از تصویب این قانون و مجاز شمردن امکان مطالبه تعهد توسط شخص ثالثی که عوضی ارائه نکرده است، ایرادی که بر این نظریه (تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی به عنوان تعهد به نفع ثالث) از حیث عدم امکان مطالبه تعهد توسط ذی نفع وارد بود نیز مرتفع گردید.

۱-۱. مغایرت نظریه تعهد به نفع ثالث با اصل استقلال اعتبار اسنادی

بر اساس اصل استقلال اعتبار اسنادی، تعهد بانک صادرکننده در مقابل ذی نفع، تعهدی مستقل بوده و ایفا یا عدم ایفای تعهدات متقاضی در مقابل بانک صادرکننده، تأثیری در تعهدات این بانک نسبت به ذی نفع ندارد (Kouladis, 2006: 230)؛ لذا بانک صادرکننده در مقابل ذی نفع، حق توسل به ایرادات مربوط به قرارداد گشایش اعتبار اسنادی (میان بانک صادرکننده و متقاضی) را ندارد و حتی در صورت ورشکستگی متقاضی، عدم ایفای تعهد وی یا کشف تقلب در رابطه مذکور این موارد نافی تعهدات بانک در مقابل ذی نفع نیست (Burnett & Bath, 2009: 220). بر اساس دیدگاهی که ماهیت اعتبار اسنادی را در قالب تعهد به نفع ثالث تحلیل می کند، تعهد بانک صادرکننده در مقابل ذی نفع، ریشه در قرارداد منعقد بین بانک صادرکننده و متقاضی دارد و در صورت ورود خدشه و ایراد به این قرارداد یا کشف فساد آن، این موضوع بر تعهد بانک در مقابل ذی نفع تأثیر گذاشته و آن را منتفی می کند و اساساً صحت تعهدی که به نفع ذی نفع شده است، کاملاً وابسته به قرارداد گشایش اعتبار اسنادی می شود. بدین ترتیب، تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی در چارچوب این نظریه، مغایر اصل استقلال اعتبار اسنادی است (Joneydi, 1394: 23) و بر جایگاه اعتبار اسنادی به عنوان یک ابزار پرداخت در عرصه تجارت بین الملل تأثیری منفی دارد.

۲-۱. مغایرت نظریه تعهد به نفع ثالث با زمان لازم الوفا شدن اعتبار اسنادی

ایراد دیگری که بر تحلیل ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی به عنوان تعهد به نفع شخص ثالث بیان شده، آن است که در صورت پذیرش این نظریه، زمان لازم الوفا شدن اعتبار اسنادی و زمان ایجاد تعهد به نفع ثالث متفاوت خواهد بود. توضیح آنکه در نظام های حقوقی که تعهد به نفع ثالث بدون رضای او ایجاد می شود، قبول ذی نفع برای تحقق تعهد به نفع ثالث ضروری نیست و تعهد به نفع ثالث به محض انعقاد قرارداد ایجاد شده و صرفاً در صورتی که وی آن را رد کند، این تعهد از

بین می‌رود (Hogg, 2011: 284). همان‌گونه که برخی بیان داشته‌اند، در اعتبار اسنادی مسئولیت بانک در مقابل ذی‌نفع زمانی است که این بانک اعتبارنامه را صادر و برای ذی‌نفع ارسال نماید؛ به عبارت دیگر، در فرایند اعتبار اسنادی تا زمانی که اعتبارنامه از کنترل بانک خارج نشده و برای ذی‌نفع ارسال نشده است، رابطه اعتبار اسنادی تشکیل نشده است (Bana Niasari, 1395: 87).

بدین ترتیب بر اساس این دیدگاه، رابطه اعتبار اسنادی به معنی خاص (میان بانک و ذی‌نفع) در زمان انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی (میان متقاضی و بانک صادرکننده) شکل نگرفته است، بلکه تشکیل اعتبار اسنادی، در مرحله‌ای پس از انعقاد قرارداد میان متقاضی و بانک بوده و منوط به صدور و ابلاغ اعتبارنامه به ذی‌نفع است. درحالی که تعهد به نفع ثالث بلافاصله پس از انعقاد قرارداد ایجاد شده و نیاز به اقدام مجدد از سوی هریک از طرفین ندارد.

لازم به ذکر است، برخی در پاسخ به این ایراد گفته‌اند که ایجاد تعهد به نفع شخص ثالث، تابع تمامی مفاد و شرایط قرارداد است. در صورتی که در این قرارداد (که ایجادکننده تعهد به نفع ثالث است) قید شود که ایجاد تعهد برای ثالث منوط به تحقق عملی از جانب هریک از طرفین است، این شرط صحیح بوده و تعهد به نفع ثالث مقید به آن شرط ایجاد می‌شود (Merkin, 2013: 407)؛ به این ترتیب، با توجه به مفاد تراضی ضمنی متقاضی و بانک صادرکننده (و چه بسا وجود عرف خاص)، تعهد به نفع ثالث پس از ارسال اعتبارنامه ایجاد می‌شود و از این حیث، نظریه تعهد به نفع ثالث تعارضی با زمان لازم الوفا شدن اعتبار اسنادی (زمان ارسال اعتبارنامه) ندارد و این ایراد وارد نیست.

۲. تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی به عنوان ایقاع و ایرادات وارد بر آن

مطابق این دیدگاه، اعتبار اسنادی ایقاعی است که توسط بانک صادرکننده انجام می‌شود و به موجب آن، بانک مذکور به صورت معلق در مقابل ذی‌نفع متعهد و ملتزم می‌شود که در صورت ارائه اسناد مذکور در اعتبار اسنادی به بانک، وجه اعتبار اسنادی به وی پرداخت شود و نیازی به قبول فعلی یا بعدی اعتبار اسنادی توسط ذی‌نفع نبوده و اعتبار اسنادی به صرف اراده یک شخص (بانک صادرکننده) محقق شده و ایجاد التزام می‌نماید (Gillies & Moens, 1998: 387). به این ترتیب، اعتبار اسنادی با تعهد یک‌جانبه بانک صادرکننده تشکیل می‌گردد و تعهد ناشی از

اعتبار از لحظه صدور و ارسال اعتبارنامه غیر قابل عدول و لازم الوفا است، بدون آنکه نیازمند قبول ذی نفع یا ارائه عوضی از سوی او باشد (Bana Niasari, 1395: 139). این تلقی از ماهیت اعتبار اسنادی موجب می شود اعتبار اسنادی به عنوان یک ایقاع نیازی به عوض نداشته باشد و همچنین به محض صدور اعتبارنامه و بدون نیاز به اقدام دیگری از سوی ذی نفع، لازم الوفا گردد و این موضوع امکان عدول بانک از اعتبارنامه صادر شده را از بین می برد.

علاوه بر این، پیروان این دیدگاه معتقدند، در مقرراتی که در خصوص اعتبار اسنادی وجود دارد، اگرچه صراحتاً ماهیت این ابزار پرداخت پیش بینی نشده است، لکن برخی قرائن مشاهده می شود که از نظر نویسندگان این مقررات، اعتبار اسنادی ماهیتی ایقاع گونه دارد. به عنوان مثال اگرچه ماده دو مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، اعتبار اسنادی را یک «ترتیب پرداخت»^۱ خوانده است (Joneydi, 1394: 23) لکن در برخی از مواد این مقررات، به صراحت مشاهده می شود که اعتبار اسنادی به محض گشایش توسط بانک صادرکننده منشأ اثر است و نه تنها قبول ذی نفع برای تشکیل و موجد اثر شدن آن کافی نیست، بلکه ابلاغ و حتی اطلاع ذی نفع به صدور اعتبار اسنادی نیز در اثر بخش شدن آن لازم نیست (Campbell, 2010: 37). در بند ۱۰ ذیل قسمت «a» ماده ۵-۱۰۲ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا^۲ نیز اعتبار اسنادی، یک «التزام قاطع»^۳ بیان شده و در این بند، اشاره ای به ماهیت این ابزار پرداخت نگردیده است و در ماده ۵-۱۰۶ مقررات مذکور بیان شده است که اعتبار اسنادی از لحظه ای که بانک صادرکننده آن را برای ذی نفع ارسال می کند، ایجاد شده و موجد اثر می شود و برای این بانک لازم الوفا است (Mann & Warren, 2017: 327). از جمع دو ماده فوق الذکر، مشاهده می شود که بر اساس قانون متحدالشکل تجارت آمریکا اعتبار اسنادی یک «التزام قاطع» است و به محض خارج شدن آن از اختیار بانک صادرکننده (با ارسال آن) لازم الوفا تلقی شده و نیازی به اطلاع ذی نفع یا قبول وی نیست. این موضوع نشان دهنده آن است که از دیدگاه نویسندگان این مقررات، اعتبار اسنادی از ماهیت قراردادی دور بوده و ماهیتی ایقاع گونه دارد (Bana Niasari, 1395: 142).

1- Arrangement for Payment.

2- US Uniform Commercial Code (UCC).

3- Definite Undertaking.

در پاسخ به دلایلی که موافقان ماهیت ایقاعی اعتبار اسنادی بیان داشته‌اند، ایراداتی قابل طرح است که برخی از این ایرادات پذیرش ماهیت ایقاع گونه اعتبار اسنادی را با دشواری مواجه می‌سازد.

۱-۲. عدم پذیرش ایقاع به عنوان منبع التزام یک‌جانبه

در خصوص قابلیت ایجاد التزام و تعهد از طریق ایقاع به عنوان یک عمل حقوقی، مبحثی با عنوان «ایقاع عهدی» توسط نویسندگان حقوقی مطرح شده است. به صورت مختصر منظور از ایقاع عهدی آن است که شخص با اراده یک‌جانبه خود، تعهدی برای دیگری ایجاد نماید یا به نفع دیگری خود را متعهد کند (Mojtahed Soleimani & Mousavi, 1397, 266). در استثنایی بودن امر نخست تردیدی وجود ندارد و جز در موارد مصرح در قانون، هیچ شخصی نمی‌تواند با اراده یک‌جانبه خود، تعهدی برای دیگری ایجاد نماید؛ لکن در خصوص امر دوم یعنی اینکه شخصی با اراده یک‌جانبه، خود را در مقابل دیگری متعهد نماید، تردیدهای جدی وجود دارد؛ بنابراین، در صورتی که پذیرفته شود ایقاع عهدی نمی‌تواند به عنوان منبع التزام، شخص موقع (ایقاع کننده) را متعهد نماید، تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی در قالب ایقاع غیرممکن بوده و پذیرش این موضوع که بانک صادرکننده با اراده یک‌جانبه، خود را در مقابل ذی‌نفع متعهد نماید منتفی است. علاوه بر این، با توجه به اینکه اباحه ایجاد تعهد به وسیله ایقاع در هیچ اصل عامی بیان نشده است و اصل آزادی ایقاع در زمینه ایجاد تکلیف برای متعهد، نظم روابط اجتماعی را بر هم می‌زند (Katouzian, 1387: 132)؛ به نظر می‌رسد ایراد توقیفی بودن ایقاعات ایرادی صحیح و وارد بوده و جز در موارد مصرح قانونی، نمی‌توان ماهیتی را به عنوان ایقاع تلقی کرده و آثار ایقاع را بر آن بار نمود. لذا، با توجه به استثنایی بودن اعتبار تعهد یک‌جانبه و فقدان اصل آزادی ایقاع جز در فرض تصریح قانونی یا عرف مسلم، توصیف ماهیت‌های حقوقی از جمله اعتبار اسنادی در قالب ایقاع، موجه و صحیح نیست (Joneydi, 1394: 21).

۲-۲. استنتاج از برخی مقررات موجود در زمینه اعتبارات اسنادی

از برخی مقررات موجود در زمینه اعتبارات اسنادی استنتاج می‌شود که این ابزار پرداخت ماهیت ایقاعی نداشته و ماهیت آن به قراردادها نزدیک‌تر است. از جمله اینکه ماده ۵-۱۰۵ کد

متحدالشکل تجاری ایالات متحده آمریکا بیان می‌دارد: «برای صدور، اصلاح، انتقال یا لغو اعتبار اسنادی، وجود عوض لازم نیست.» از این مقرر مشخص است که از نظر نویسندگان آن، اعتبار اسنادی ماهیت ایقاعی ندارد، زیرا در ماهیت ایقاعی نیازی به تصریح عدم لزوم وجود عوض نبوده و مقتضای اطلاق مقررات، لازم نبودن عوض برای لازم‌الاجرا شدن آن است؛ لذا تصریح به این موضوع، نشان‌دهنده آن است که نویسندگان مزبور، ماهیت این ابزار پرداخت را قرارداد تلقی نموده‌اند؛ به عبارت دیگر، عدم شرطیت عوض در تحقق ماهیت‌های حقوقی غیر قراردادی، نیازی به تصریح ندارد، بلکه مقتضای اطلاق مقررات، عدم شرطیت عوض است و تصریح عدم لزوم وجود عوض، تحصیل حاصل و بیهوده و حشو است، بلکه در خصوص لازم‌الاجرا شدن «قرارداد» است که موضوع شرطیت یا عدم شرطیت عوض مطرح می‌گردد و پرداختن مقرر گذار به موضوع عدم شرطیت عوض، نشان از آن دارد که از نظر وی اعتبار اسنادی ماهیت ایقاعی ندارد.

۳. تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی به عنوان سند تجاری خاص و ایرادات وارد بر آن

برخی از نویسندگان ماهیت اعتبار اسنادی را به این دلیل که با اسناد تجاری به مفهوم خاص شباهت‌هایی داشته و برخی ویژگی‌های مشترک دارند، در قالب اسناد تجاری و به عنوان شکل تکامل یافته برات تلقی کرده‌اند (Worthington, 2003: 231). از اساسی‌ترین شباهت‌های موجود میان اسناد تجاری به معنی خاص و اعتبار اسنادی، می‌توان به وسیله پرداخت بودن هریک از این موارد اشاره نمود. علاوه بر این، یکی از ویژگی‌های مشترک اعتبارات اسنادی و اسناد تجاری به مفهوم خاص، اصل استقلال آن‌ها است؛ به این معنا که اسناد تجاری به عنوان وسیله‌ای در عرصه تجارت، برخلاف اسناد مدنی که صحت و اعتبارشان متکی و وابسته به صحت معامله پایه است، حیاتی مستقل و مجزا از معاملات پایه داشته و به عبارتی متکی به خود و غیر وابسته به معاملات پایه هستند (Mafi & Abdolsamady, 1394: 118) و اعتبار اسنادی نیز مجموعه‌ای از تعهدات قراردادی را در بر گرفته و اصل استقلال اعتبار اسنادی به این معنی است که اعتبار اسنادی مستقل و مجزا از قرارداد پایه‌ای است که آن اعتبار برای پرداخت وجه آن صادر شده است (Monteiro, 2009: 144). همچنین اعتبار اسنادی مستقل و مجزا از قرارداد گشایش اعتبار اسنادی میان بانک و متقاضی است و هرگونه ایراد به آن قرارداد، خللی بر اعتبار اعتبار اسنادی وارد نمی‌آورد و بانک

نمی تواند به استناد ایرادات رابطه خود با متقاضی (همانند ورشکستگی متقاضی، عدم پرداخت کارمزد، اثبات باطل بودن وثایق متقاضی و ...) از تعهد خود در مقابل ذی نفع بری شود (Hao, 200: 2013). به این ترتیب، اعتبار اسنادی از قرارداد پایه و قرارداد میان بانک و متقاضی جدا و منفک بوده و همانند اسناد تجاری به مفهوم خاص، ایرادات تعهد پایه علی الاصول قابل تسری به اعتبار اسنادی نیست.

علی رغم مشابهت های مذکور میان اسناد تجاری به معنای خاص و اعتبار اسنادی، به دلیل تفاوت هایی که میان این دو ابزار پرداخت وجود دارد، تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی در قالب اسنادی تجاری دشوار است. مهم ترین این تفاوت ها در ادامه بررسی می شود.

۳-۱. تفاوت در وصف تنجیزی

وصف تنجیزی اسناد تجاری به این معناست که پرداخت وجه سند تجاری نباید منوط به تحقق شرط باشد و وجه آن در هر صورت توسط دارنده قابل دریافت باشد (Joneydi, 1394: 33)؛ اما در اعتبارات اسنادی، وصف تنجیزی مشاهده نمی شود و علی الاصول تعهد بانک به پرداخت وجه اعتبار اسنادی، تعهدی منجز نبوده و تعلیقی است. ماهیت اعتبار اسنادی پرداخت مشروط بوده و مقتضای آن، ایجاد تعهد مشروط بانک به پرداخت است (Fredrick, 2005: 171) و علی الاصول در اعتبارات اسنادی، بانک هنگامی متعهد به پرداخت وجه است که ذی نفع اسنادی را ارائه نماید که مطابقت دقیق با شروط و عبارات اعتبار اسنادی داشته باشد و اساساً اعتبار اسنادی هنگامی مورد استفاده قرار می گیرد که متقاضی (خریدار) برای پرداخت وجه معامله پایه به ذی نفع (فروشنده) ارائه اسنادی از جانب وی را لازم بداند و مشروط به ارائه این اسناد، وجه اعتبار اسنادی به وی قابل پرداخت باشد (Klotz, 2008: 67).

۳-۲. تفاوت در قابلیت انتقال

یکی از ویژگی های اسناد تجاری، قابلیت انتقال این اسناد است که با ظهر نویسی یا قبض و اقباض منتقل می شوند. این ویژگی در اسناد تجاری تا حدی اساسی است که در برخی نویسندگان این ویژگی را همانند قلب حقوق اسناد تجاری تلقی می کنند (Rogers, 1990: 268). تعداد نقل و انتقال در اسناد تجاری محدودیتی ندارد و یک سند تجاری به صورت طولی (انتقال کلیه

حقوق ناشی از سند تجاری به منتقل الیه) می تواند به صورت مکرر مورد انتقال قرار گیرد و تمامی این انتقال ها معتبر و موجد اثر است (Kuchhal, 2014: 249).

در خصوص انتقال عرضی (انتقال بخشی از حقوق ناشی از سند تجاری به منتقل الیه) اسناد تجاری، اگرچه منع قانونی در این زمینه مشاهده نمی شود، لکن با توجه به اینکه تعهدات ناشی از اسناد تجاری مبتنی بر خود سند است و با انتقال جزئی از حقوق ناشی از سند تجاری، امکان چند پاره کردن سند تجاری و تسلیم آن به منتقل الیه وجود ندارد، انتقال عرضی آن در عمل با محدودیت مواجه است.

در اعتبارات اسنادی، وصف قابل انتقال به غیر بودن تا حدودی متفاوت از اسناد تجاری به مفهوم خاص است. در این ابزار پرداخت، بر عکس اسناد تجاری به مفهوم خاص، اصل بر آن است که اعتبار اسنادی غیر قابل انتقال می باشد و صرفاً در صورتی که در اعتبار قابل انتقال بودن آن تصریح شده باشد، منتقل می گردد (Carr & Stone, 2013: 457). اصل غیر قابل انتقال بودن اعتبار اسنادی در بند «ب» ماده ۳۸ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی تصریح شده است. این ماده بیان می دارد: «اعتبار قابل انتقال یعنی اعتباری که قابل انتقال بودن آن مشخصاً در اعتبار ذکر شود. اعتبار قابل انتقال ممکن است بنا به درخواست ذی نفع (ذی نفع اول) کلاً یا جزئاً در اختیار ذی نفع دیگر (ذی نفع دوم) قرار گیرد». در بند (a) ماده ۱۱۲-۵ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا نیز اصل بر غیر قابل انتقال بودن اعتبار اسنادی بوده، لکن غیر قابل انتقال بودن اعتبار مقتضای ذات آن نبوده بلکه مقتضای اطلاق آن است و در صورت تصریح قابل انتقال بودن اعتبار، ذی نفع می تواند آن را به شخص ثالثی منتقل نماید. در شرح رسمی این ماده، اصل غیر قابل انتقال بودن اعتبار اسنادی، از احکام سنتی و اساسی اعتبار اسنادی برای حفظ حقوق متقاضی بیان شده است (Mann & Warren, 2017: 336).

در خصوص امکان انتقال عرضی اعتبار اسنادی (انتقال بخشی از حقوق ناشی از اعتبار اسنادی) در صورت تصریح قابل انتقال بودن اعتبار در آن و همچنین مجاز بودن برداشت تدریجی از اعتبار اسنادی، ذی نفع نخست می تواند آن را به صورت مکرر به ذی نفع های دوم و اگذار نماید. توضیح آنکه در یک اعتبار اسنادی، ذی نفع اول ممکن است اعتبار را در اصطلاح چند پاره کرده و هر پاره از آن را به شخصی منتقل نماید که تمامی این اشخاص عنوان «ذی نفع دوم» را دارند (Cranston, 2018: 539). بند «د» ماده ۳۸ «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی» در این

خصوص مقرر می‌دارد: «اعتبار می‌تواند به بیش از یک ذی‌نفع دوم منتقل شود مشروط بر اینکه حمل یا برداشت تدریجی از اعتبار مجاز باشد.»

با توجه به مطالب مطروح، مشاهده می‌شود که اعتبار اسنادی و اسناد تجاری به مفهوم خاص، در مفهوم قابل انتقال بودن با یکدیگر تفاوت‌های اساسی دارند. در اسناد تجاری اصل بر قابلیت انتقال این اسناد است لکن در اعتبار اسنادی اصل بر عدم قابلیت انتقال بوده و صرفاً در صورت تصریح قابل انتقال بودن، می‌توان آن را منتقل نمود. همچنین انتقال عرضی اسناد تجاری با توجه به مقتضیات حاکم بر آن با محدودیت مواجه است، لکن در اعتبارات اسنادی قابل انتقال، انتقال عرضی محدودیتی نداشته و ذی‌نفع اول می‌تواند آن را به صورت عرضی به اشخاص متعددی منتقل نماید.

۴. ماهیت منحصر به فرد اعتبار اسنادی به عنوان یک ابزار پرداخت بین‌المللی

با توجه به تفاوت‌های موجود میان ماهیت اعتبار اسنادی با تعهد به نفع ثالث، قراردادهای ایقاعات و اسناد تجاری این رویکرد مطرح شده است که اعتبار اسنادی به عنوان یک ابزار پرداخت بین‌المللی ماهیتی مستقل و منحصر به فرد دارد که در قالب‌های فوق‌الذکر قابل تحلیل نیست. پیروان این دیدگاه بیان داشته‌اند که اعتبار اسنادی در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی و سایر مقررات مربوطه همانند قانون متحدالشکل تجارت آمریکا به عنوان یک «ترتیب پرداخت» یا «تعهد قاطع» بیان شده و از انتخاب لفظ قرارداد یا سند برای آن خودداری شده است و دلیل این امر، آن است که اعتبار اسنادی ابزاری منحصر به فرد و نوعی از ابزار خاص بازرگانی است که به سختی می‌توان آن را بین دو دسته از ماهیت‌های شناخته شده حقوقی (مانند قراردادها یا اسناد تجاری) تحلیل نمود؛ اعتبار اسنادی نه به صورت محض یک قرارداد است و نه به صورت کامل یک سند تجاری خاص، بلکه از هر یک از این دو مورد، بخشی از اوصاف را به صورت مشترک دارد و این اوصاف مشترک چنان با ویژگی‌های خاص خود اعتبار اسنادی در هم ممزوج شده که ماهیتی ویژه پدید آمده و اعتبار اسنادی را تشکیل داده است (Biswas, 2011: 35).

بر اساس این دیدگاه، اعتبار اسنادی تأسیس و ابزار خاص تجاری است که متفاوت با سایر ماهیت‌های شناخته شده است و در واقع اعتبار اسنادی، صرفاً اعتبار اسنادی است نه تعهد به نفع

ثالث، نمایندگی، ایقاع، قرارداد یا سند تجاری (Gao & Buckley, 2003: 108). این رویکرد به صورت صریح یا ضمنی در آثار برخی نویسندگان نیز مشاهده می شود که در تعریف اعتبار اسنادی و شناسایی ماهیت حقوقی آن، صرفاً اعتبار اسنادی را یک ابزار پرداخت بین المللی دانسته یا از واژگانی مانند آن استفاده می کنند (Delaney & Whittington, 2011: 241). در آرای دادگاهها نیز چنین رویکردی قابل مشاهده است؛ به عنوان مثال در دعوای Lawrason v. Mason (1806) بیان شده است که میان اعتبار اسنادی و مفهوم قرارداد تفاوت و تمایز وجود دارد و اعتبار اسنادی صرفاً یک ابزار تجاری است. این ابزار خاص تجاری متفاوت با سایر ابزارهای تجاری بوده و در بستر تجارت بین الملل زاده شده و رشد کرده است و اصول و قواعد آن در عرصه تجارت بین الملل و عرف موجود در آن تنظیم شده است.

لازم به ذکر است تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی به عنوان یک ماهیت ویژه و منحصر به فرد، در صورتی موجه و قابل پذیرش است که نتوان آن را در هیچ قالب شناخته شده حقوقی تحلیل نمود، لکن همان گونه که در بند آتی بررسی خواهد شد، در نظام حقوقی ایران ماهیت اعتبار اسنادی در قالب ماهیت قراردادی قابل تحلیل بوده و به این سبب، این نظریه در تحلیل ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی جایگاهی ندارد.

۵. تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی به عنوان قرارداد (نظریه منتخب)

در میان نظرات مطرح شده جهت تبیین ماهیت اعتبار اسنادی و شناسایی مبنای تعهد بانک در مقابل ذی نفع، نظر غالب بر تطبیق ماهیت اعتبار اسنادی با قراردادها بوده و حقوق دانان حامی این نظریه اعتبار اسنادی را نوعی قرارداد تلقی کرده اند (Hugo, 1996: 215). در مقررات برخی کشورها نیز به صراحت اعتبار اسنادی، قرارداد تلقی شده است. به عنوان مثال در ماده ۴۲۸ قانون معاملات تجاری امارات متحده عربی^۱ بیان شده است: «اعتبار اسنادی قراردادی است که بر اساس آن بانک، به درخواست مشتری خود (متقاضی) در محدوده مبلغی مشخص و برای مدتی معین به نفع شخص دیگری (ذی نفع)، در ازای ارائه اسنادی که نشان دهنده حمل شدن کالا یا قصد حمل

1- UAE Commercial Transactions Law.

کالا باشد، گشایش اعتبار می‌کند.^۱»

در تحلیل‌های مطرح شده در خصوص ماهیت قراردادی اعتبار اسنادی، زمان و نحوه تحقق قبول و همچنین وجود یا عدم وجود عوض در اعتبار اسنادی محل بحث و تضارب آرا است (Biswas, 2011: 9) که در این بند مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۵. زمان و نحوه تحقق قبول در اعتبار اسنادی

در خصوص اعتبارات اسنادی، حقوقدانانی که این ابزار پرداخت را نوعی قرارداد تلقی می‌کنند، بر این عقیده هستند که اعتبار اسنادی از ایجاب بانک صادرکننده و قبول ذی‌نفع پدید آمده و بر این اساس یک قرارداد تلقی می‌شود. مطابق این دیدگاه، تعهد بانک به پرداخت مبلغ اعتبار اسنادی در مقابل دریافت اسناد منطبق با اعتبار اسنادی از ذی‌نفع تعهدی است که در نتیجه ایجاب بانک و قبول ذی‌نفع محقق شده است و پس از به وجود آمدن این توافق، بانک ملزم است در قبال دریافت اسناد منطبق از ذی‌نفع مبلغ اعتبار مذکور را به وی پرداخت نماید (Davies, Snyder & 2014: 287)؛ بنابراین، در این زمینه که ابلاغ بانک به ذی‌نفع مبنی بر گشایش اعتبار اسنادی به نفع وی، جنبه ایجاب و پیشنهاد دارد، اختلافی وجود ندارد. لکن، در خصوص اینکه زمان قبول این ایجاب، چه مقطعی بوده و در چه زمانی این ایجاب قبول شده محسوب می‌گردد و اعتبار اسنادی برای بانک غیر قابل رجوع می‌شود، میان نویسندگان اختلاف وجود دارد و نظرات متفاوتی ارائه شده است تا علاوه بر حفظ کارکرد اعتبار اسنادی ماهیت حقوقی آن به درستی توجیه شود که این نظرات مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱-۱-۵. تحقق قبول در هنگام ارائه اسناد توسط ذی‌نفع

در خصوص زمان تحقق قبول در اعتبارات اسنادی، برخی نویسندگان این استدلال را مطرح می‌کنند که قبول هنگامی محقق می‌شود که ذی‌نفع اسناد مذکور در اعتبار اسنادی را به بانک ارائه

1- A documentary credit is a contract pursuant to which a bank opens a credit at the request of its customer (the person ordering the opening of the credit) within the limits of a specified amount and for a definite term in favor of another person (beneficiary) against a security of documents representing goods freighted or intended for freight.

نماید. مقتضای این دیدگاه آن است که ایجاب ارائه شده توسط بانک، پس از تولید کالاها و حمل آن توسط فروشنده (ذی نفع) و هم‌زمان با ارائه اسناد به بانک مورد قبول قرار گرفته و به عبارت دیگر، مرحله زمانی قبول را پس از حمل کالاها بیان داشته است (Fernandis, 2006: 6). ایراد این دیدگاه واضح و روشن است؛ زیرا فاصله زمانی میان ابلاغ اعتبارنامه به ذی نفع و ارائه اسناد توسط ذی نفع به بانک، ممکن است زیاد و قابل توجه باشد و بر اساس قواعد عام، موجب (ایجاب دهنده) می‌تواند تا هر لحظه قبل از قبول، از ایجاب عدول کرده و آن را زایل نماید (Andrews, 2015: 61)؛ لذا چنانچه ایجاب و قبول در اعتبار اسنادی مطابق دیدگاه فوق‌الذکر تحلیل شود، بانک پس از صدور و ابلاغ اعتبارنامه به ذی نفع تا هر زمانی پیش از ارائه اسناد توسط ذی نفع به بانک، می‌تواند از ایجاب خود عدول کرده و اعتبارنامه را ملغی نماید. این ترتیب، نه تنها به زیان ذی نفعی است که کالاها را تولید و حمل کرده است، بلکه یکی از اهداف وجودی اعتبار اسنادی که همان ایجاد اطمینان در فروشنده (ذی نفع) بر دریافت مبلغ اعتبار اسنادی در صورت اجرای کامل تعهدات است را از بین می‌برد (Biswas, 2011: 10) و در واقع این تحلیل، واقعیت کارکردی و حقوقی اعتبار اسنادی که به عنوان یک ابزار پرداخت ایمن، از حین صدور اعتبارنامه باید لازم الوفا باشد را نادیده انگاشته و این ابزار را از معنای واقعی خود دور می‌سازد (Bana, 1395: 112) زیرا هنگامی که واقعیت‌های موجود در عرصه تجارت بین‌الملل در نظر گرفته شود، باید قائل بر آن بود که اعتبارنامه به محض ابلاغ غیر قابل رجوع است.

۵-۱-۲. تحقق قبول پس از ابلاغ اعتبار و سکوت ذی نفع

دیدگاه دیگری در خصوص زمان قبول اعتبار از سوی ذی نفع مطرح شده است که بانک تعهدی را در قبال ذی نفع بر عهده می‌گیرد و ذی نفع نیز حق قبول یا رد آن را دارد و در صورت رد، اعتبار منتفی می‌گردد و چنانچه ذی نفع ظرف پنج روز پس از ابلاغ اعتبار آن را رد نکند، سکوت وی به عنوان قبول تلقی می‌شود. لذا مطابق این دیدگاه، سکوت پنج‌روزه ذی نفع پس از ابلاغ اعتبار به وی، قبول اعتبار توسط او محسوب می‌شود. در حقوق ایران نیز، حقوقدانان معتقدند چنانچه سکوت همراه با قرائنی باشد که حکایت از قبول نماید، این سکوت نیز اثر انشایی داشته و بدین ترتیب، قبول محقق می‌شود (Katouzian, 1391: 263). علاوه بر آن به صورت خاص در مورد سکوت ذی نفع پس از ابلاغ اعتبار اسنادی، برخی نویسندگان بر این اعتقاد هستند که عرف

مستقری در تجارت بین‌الملل مبنی بر حمل سکوت بر قبول در این حوزه خاص از عملیات بانکی (اعتبار اسنادی) وجود دارد که با توجه به این امر، می‌توان سکوت ذی‌نفع را دارای اثر انشایی تلقی نموده و قبول محسوب کرد (Joneydi, 1394: 21)؛ بنابراین، این ایراد که در صورت شناسایی ماهیت قراردادی برای اعتبار اسنادی، زمان تحقق قبول مشخص نیست، با پذیرش این دیدگاه که در نظام حقوقی ایران نیز مورد تأیید حقوقدانان قرار گرفته است، قابل‌رفع می‌باشد.

۲-۵. بررسی وجود یا عدم وجود عوض در اعتبار اسنادی

بر اساس نظریه عوض^۱ که در نظام حقوقی کامن‌لا مطرح شده و ریشه در رویه قضایی دارد، قرارداد بدون وجود عوض، لازم‌الاجرا نمی‌گردد (Wishart, 2018: 108). در تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی به‌عنوان قرارداد، یکی از مباحثی که به‌صورت گسترده مطرح شده و محل تضارب آرا قرار گرفته است، وجود یا عدم وجود عوض در آن است. لازم به ذکر است موضوع وجود یا عدم وجود عوض در تحلیل ماهیت قراردادی اعتبار اسنادی، در حقوق کشورهای نمود و عرصه جولان یافته است که عوض را برای لازم‌الاجرا شدن قرارداد لازم می‌دانند. بر اساس دیدگاه مخالفان ماهیت قراردادی اعتبار اسنادی مبنی بر عدم وجود عوض در آن، هیچ عوضی که در مقابل تعهد بانک قرار بگیرد، وجود نداشته و تعهد متقاضی نسبت به بانک مبنی بر پرداخت وجه اعتبار اسنادی و همچنین تعهد ذی‌نفع به ارائه اسناد منطبق به بانک جهت دریافت مبلغ اعتبار اسنادی عوض اعتبار اسنادی تلقی نمی‌شود (Chmielewska, 2005: 516). موافقان نظریه ماهیت قراردادی اعتبار اسنادی، جهت توجیه آنکه این ابزار پرداخت، نوعی قرارداد است و برای گریز از ایراد مخالفان قراردادی بودن ماهیت اعتبار اسنادی مبنی بر عدم وجود عوض در این ابزار پرداخت، نظرات متفاوتی را ارائه داده‌اند و تلاش کرده‌اند تا از خدشه وارده از مفهوم عوض به دیدگاه قراردادی بودن ماهیت اعتبار اسنادی جلوگیری کرده و به دیدگاه قراردادی نبودن ماهیت اعتبار اسنادی به دلیل عدم وجود عوض پاسخ گویند که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

1- Theory of Consideration.

۵-۲-۱. عدم لزوم وجود عوض در قراردادها

نخستین دیدگاه در نظام حقوقی کامن لا در خصوص عدم لزوم وجود عوض در قراردادها توسط لرد مانسفیلد^۱ در پرونده Pillans & Rose v. Van Mierop & Hopkins در سال ۱۷۶۵ مطرح شد. وی یکی از مخالفان نظریه عوض در مراحل ابتدایی توسعه این نظریه بود و پس از آن برخی حقوقدانان و قضات لزوم وجود عوض را به عنوان یک مانع غیرضروری برای لازم الاجرا شدن قراردادهایی می دانند که به دلیل توافق اراده طرفین، از سایر جهات معتبر و کامل هستند (Swain, 2015: 114).

بدین ترتیب، چنانچه این تلقی از عدم لزوم وجود عوض در قراردادها پذیرفته شود، اساساً این بحث که در اعتبارات اسنادی عوض وجود دارد یا خیر و همچنین در صورت وجود عوض، از سوی چه کسی ارائه می شود، موضوعیت خود را از دست می دهد و این نظر گامی در جهت اثبات ماهیت قراردادی اعتبارات اسنادی است؛ زیرا این دیدگاه یکی از دلایل اصلی مخالفان ماهیت قراردادی اعتبار اسنادی (لزوم وجود عوض) را نادیده می گیرد تا در اثبات قراردادی بودن ماهیت اعتبار اسنادی، مانعی قدرتمند همانند «عدم وجود عوض در اعتبارات اسنادی» وجود نداشته باشد. در خصوص این دیدگاه، لازم به توجه است که علی رغم چهار قرن انتقاد و ابراز مخالفت با نظریه عوض در نظام حقوقی کامن لا از سوی بعضی نویسندگان و قضات، با این توجیه که نظریه عوض غیرضروری، تاریخ گذشته، پیچیده و مشکل آفرین است و در برخی موارد مانعی در جهت تحقق اراده طرفین قرارداد ایجاد می کند، لکن تاکنون نظراتی که در راستای اصلاح یا حذف نظریه عوض مطرح شده است، راه به جایی نبرده و اثر اندکی در دکتترین و رویه قضایی در نظام حقوقی کامن لا داشته است (Boardman, 2011: 3) و کماکان بخش گسترده ای از ادبیات حقوقی در نظام حقوقی کامن لا، به بررسی نظریه عوض، شرایط و آثار آن اختصاص یافته است.

۵-۲-۲. ارائه عوض در اعتبار اسنادی توسط متقاضی

بر اساس این دیدگاه، در اعتبارات اسنادی عوض وجود دارد، لکن عوض توسط ذی نفع ارائه نمی شود بلکه متقاضی اعتبار اسنادی عوض را ارائه می کند. پیروان این دیدگاه بیان می دارند که

1- Lord Mansfield.

در اعتبار اسنادی، تعهد بانک پرداخت وجه اعتبار به ذی‌نفع است و در مقابل این تعهد، متقاضی متعهد است مبلغی که بانک به ذی‌نفع بر اساس شرایط اعتبار پرداخت کرده است را به این بانک بازپرداخت نماید و این تعهد متقابل متقاضی در مقابل بانک، عوضی معتبر است که در اعتبار اسنادی وجود دارد (Mead, 1992: 302).

در نظام حقوقی ایران بر عکس نظام حقوقی کامن‌لا (در این نظام حقوقی یکی از شرایط معتبر تلقی شدن عوض قراردادی آن است که این عوض از جانب متعهدله ارائه شود نه شخص ثالث)، با توجه به اینکه لازم نیست عوض از دارایی شخصی خارج گردد که معوض به دارایی او وارد می‌شود و در واقع، «از جانب متعهدله بودن عوض» شرط معتبر بودن عوض و لازم‌الاجرا بودن قرارداد تلقی نمی‌شود، لذا چنانچه شخصی غیر از ذی‌نفع، اقدام به پرداخت عوض نموده باشد، بر ماهیت قراردادی اعتبار اسنادی خدشه‌ای وارد نمی‌کند. بر این اساس با توجه به مبانی پذیرفته‌شده در نظام حقوقی ایران، در تحلیل ماهیت قراردادی اعتبار اسنادی این رویکرد قابل‌پذیرش است که اعتبار اسنادی قراردادی میان بانک صادرکننده و ذی‌نفع است که عوض تعهد بانک صادرکننده در مقابل ذی‌نفع را متقاضی به این بانک می‌پردازد.

۵-۲-۳. ارائه عوض توسط ذی‌نفع اعتبار اسنادی

برخی از قائلین به ماهیت قراردادی اعتبار اسنادی بیان می‌دارند که در اعتبار اسنادی، عوض وجود دارد و این عوض توسط خود ذی‌نفع اعتبار اسنادی ارائه می‌شود. یکی از طرفداران این نظریه قاضی رولات^۱ است که در دعوای *Urquhart Lindsay & Co v. Eastern Bank Ltd* (1921) بیان می‌دارد: «تردید نیست که در اعتبار اسنادی عوض از جانب ذی‌نفع (فروشنده) ارائه شده و این عوض، تعهد وی جهت اقدام مطابق مفاد اعتبار اسنادی (تحويل اسناد حمل) و تعهدات ناشی از آن است» (King, 2004: 73). همچنین، قاضی گریر^۲ در دعوای *Dexeters Ltd v. Schenker* (1923) ضمن صحه گذاشتن بر نظر رولات، آن را توجیه نموده و بیان می‌دارد: «تا زمانی که اعتبار اسنادی به فروشنده (ذی‌نفع) ابلاغ نشده است، وی تکلیفی برای تحويل کالاها

1- Rowlatt. J.

2- Greer. J.

ندارد ولی پس از ابلاغ اعتبار به او، وی جهت دریافت وجه اعتبار اسنادی مکلف است که کالاهای را ارسال و اسناد منطبق با آن را ارائه نماید. واضح است که این یک عوض کامل و کافی است» (Biswas, 2011: 12)؛ بنابراین، با پذیرش این دیدگاه که در رویه قضایی انگلستان نیز مورد تأیید قرار گرفته است، ایراد عدم وجود عوض متقابل برای قراردادی تلقی کردن ماهیت اعتبار اسنادی، رد می‌شود.

نتیجه

در تحلیل ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی، نظرات متعددی ارائه شده است و در بیشتر این نظرات، تلاش شده است این نهاد نو پیدا را در پرتو نهادهای پیشین و شباهت‌هایی که با تأسیسات حقوقی شناخته شده دارد تبیین نمایند. تحلیل ماهیت اعتبار اسنادی در قالب نظریه تعهد به نفع ثالث، ایقاع، اسناد تجاری، ماهیت منحصر به فرد و قرارداد از مهم‌ترین نظریاتی است که نویسندگان حقوقی جهت تبیین ماهیت اعتبار اسنادی در حقوق تجارت بین‌الملل مطرح کرده‌اند و در آرای متعددی نیز به این نظریات استناد شده است.

با توجه به شرایط و مقتضیات اعتبار اسنادی و اصول حاکم بر این ابزار پرداخت بین‌المللی، می‌توان قائل شد که اعتبار اسنادی در نظام حقوقی ایران بیشترین شباهت را با قراردادهای دارد؛ زیرا از یک سو زمان و نحوه تحقق قبول در اعتبار اسنادی با توجه به اثر انشایی سکوت در صورت وجود قرائن و همچنین وجود عرف مستقر در تجارت بین‌الملل مبنی بر حمل سکوت بر قبول در این حوزه خاص بانکی و علاوه بر آن ملزم بودن بانک صادرکننده به ایجاب ملزم خود تا انقضای مهلت پنج‌روزه، قابل توجه بوده و از سوی دیگر، بالعکس نظام حقوقی کاملاً یکی از شرایط معتبر بودن عوض را «از جانب متعهدله بودن» بیان می‌دارد، در نظام حقوقی ایران لازم نیست که عوض حتماً از دارایی شخصی خارج شود که معوض به دارایی او وارد شده است و چنانچه شخص ثالثی عوض قراردادی را ارائه نماید، بر صحت قرارداد خدشه‌ای وارد نمی‌آید؛ لذا می‌توان قائل بود که اگرچه اعتبار اسنادی قراردادی بین بانک صادرکننده و ذی‌نفع است، لکن عوض از سوی متقاضی اعتبار اسنادی به بانک صادرکننده پرداخت می‌شود. علاوه بر آن، حتی چنانچه پرداخت عوض از سوی ذی‌نفع (از جانب متعهدله بودن عوض) برای تحلیل ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی به‌عنوان قرارداد ضروری تلقی شود، می‌توان تحویل اسناد مطابق توسط ذی‌نفع به بانک را

به عنوان عوضی معتبر تلقی نمود.

علاوه بر تحلیل ماهیت قرارداد اعتبار اسنادی بر اساس استدلال فوق، در برخی مقررات موجود در نظام‌های حقوقی می‌توان احکامی را مشاهده نمود که نظریه قراردادی بودن ماهیت اعتبار اسنادی را تقویت می‌کند. به عنوان مثال ماده ۱۰۵-۵ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا به صراحت بیان می‌دارد که برای صدور، اصلاح، انتقال، رجوع و تأیید یک اعتبار اسنادی، نیازی به عوض نیست. این مقرره در بر دارنده دو نکته اساسی است: نخست اینکه اعتبار اسنادی یک قرارداد است؛ زیرا لزوم وجود عوض صرفاً در قراردادها مطرح است و چنانچه اعتبار اسنادی از دیدگاه نویسندگان این مقررات ماهیتی غیر قراردادی داشت، تصریح این موضوع که در اعتبار اسنادی وجود عوض لازم نیست، لزومی نداشت و ضرورت یا عدم ضرورت وجود عوض صرفاً در یک ماهیت قراردادی موضوعیت دارد و دوم اینکه اعتبار اسنادی علی‌رغم ماهیت قراردادی آن، بر اساس ذات و کارکرد خود از حکم کلی لزوم وجود عوض در قراردادها مستثنی بوده و صحت آن منوط به وجود عوض نیست.

تحلیل ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی در قالبی غیر از قرارداد، نه تنها از اختلاف نظرات نویسندگان و مراجع رسیدگی در اعمال مقررات واحد بر این نهاد حقوقی نمی‌کاهد، بلکه موجب بروز کاهش اعتماد تجار به این ابزار سودمند تجاری خواهد شد. بر اساس آنچه در این نوشتار مورد بررسی قرار گرفت، پذیرش ماهیت قراردادی اعتبار اسنادی نه تنها با اصول حاکم بر آن (به خصوص اصل استقلال اعتبار اسنادی) تعارض ندارد، بلکه با انتساب ماهیتی شناخته شده (قرارداد) به اعتبار اسنادی موجب می‌شود که مرجع رسیدگی به دعاوی ناشی از اعتبار اسنادی (دادگاه یا هیئت داور) قواعد حاکم بر این ماهیت شناخته شده را بر آن اعمال نموده و از بار نمودن تعهداتی غیر قابل پیش‌بینی به طرفین جلوگیری شود و این امر در نهایت منجر به اعتماد بیشتر بازرگانان به این ابزار پرداخت بین‌المللی و در نتیجه رواج بیشتر اعتبار اسنادی در عرصه تجارت بین‌الملل می‌شود.

References

- [1] Andrews, N.(2015). *Contract Law*, 2nd edition, Cambridge University Press.
- [2] Bana Niasari, M. (1395). *Law of Letters of Credit (Commercial & Standby)*,

- Shahr Danesh publications. (in Persian).
- [3] Biswas, C. (2011). Letters of Credit: A Theory on the Legal Basis of the Payment Obligation of Issuing Bank, University of Leicester.
- [4] Boardman, M. (2011). A Critical and Comparative Analysis of the Doctrine of Consideration in the Anglo-Canadian Common Law, The University of Kent.
- [5] Burnett, R & Bath, V. (2009). Law of International Business, New South Wales, Federation Press.
- [6] Campbell, D. (2010). Remedies for International Sellers of Goods, Second Edition, Volume 1, Juris Publishing.
- [7] Carr, I & Stone, P. (2013). International Trade Law, London: Routledge.
- [8] Chmielewska, M. (2005). Documentary Letter of Credit: A Pivotal Case for the Inefficiency of the Law of Contract, *Revue Générale de Droit*, Vol 35, pp. 487-532.
- [9] Cranston, R. (2018). Principles of Banking Law, Oxford University Press.
- [10] Davies, M & Snyder, D. (2014). International Transactions in Goods: Global Sales in Comparative Context, Oxford University Press.
- [11] Delaney, P & Whittington, R. (2011). Wiley CPA Examination Review, Outlines and Study Guides, John Wiley & Sons.
- [12] Ellinger, P. (1970). Documentary letters of credit: a comparative study, University of Singapore Press.
- [13] Fernandis, E. (2006). Illustrated Dictionary of Commerce, Wisconsin: Lotus Press.
- [14] Fredrick, A. (2005). Banking Finance & Accounting, Lotus Press.
- [15] Gao, X & Buckley, R. (2003). The Unique Jurisprudence of Letters of Credit: Its Origin and Sources, *San Diego International Law Journal*, Vol 4, pp. 91-125.
- [16] Gillies, P & Moens, G. (1998). International Trade and Business Law & policy, London: Gavendish Publishing.
- [17] Hao, Y. (2013). Risk Analysis of Letter of Credit, *International Journal of Business and Social Science*, vol 4, pp 199-209.
- [18] Hogg, M. (2011). Promises and Contract Law: Comparative Perspectives, Cambridge: Cambridge University Press.
- [19] Hugo, C. (1996). The Law Relating to Documentary Credits from a South African Perspective with Special Reference to the Legal Position of the

- Issuing and Confirming Banks, PhD Dissertation, Stellenbosch: University of Stellenbosch.
- [20] Joneydi, L. (1394). Comparision of Letters of Credit & Commercial Instruments, Banking Law Journal, Vol. 5, 13-46. (in Persian)
- [21] Katouzian, N. (1387). Unilateral act, Sahami Enteshar Co. (in Persian)
- [22] Katouzian, N. (1391). General Rules of Contracts. Vol 1. Sahami Enteshar Co. (in Persian)
- [23] King, R. (2004). Gutteridge and Megrah's Law of Bankers' Commercial Credits, London: Routledge.
- [24] Klotz, J.(2008). Power Tools for Negotiating International Business Deals, Wolters Kluwer Law & Business.
- [25] Kouladis, N.(2006). Principles of Law Relating to International Trade, Springer Science & Business Media.
- [26] Kuchhal, V. (2014). Business Legislation for Management, 4th Edition, Vikas Publishing House.
- [27] Mafi, H & Abdolsamady, R. (1394). A Comparative Review of Separation Description in Commercial Documents with Independent Principle in the Letters of Credit. Iraninan Jouornal of Trade Studies (IJTS). Vol 77. 115-145. (in Persian)
- [28] Mann, R & Warren, E. (2017). Comprehensive Commercial Law: Statutory Supplement, The Hague: Wolters Kluwer Law & Business.
- [29] Mead, A. (1992).Documentary Letters of Credit», Columbia Law Review, Vol 22, 297-331.
- [30] Merkin, R. (2013). Privity of Contract: The Impact of the Contracts (Right of Third Parties), Taylor & Francis.
- [31] Mojtahed Soleimani, A. & Mousavi, S. (1397).Examining the Effect of Will on the Development of Unilateral Act. Islamic Law Research Journal. Vol 47. 257-278. (in Persian)
- [32] Monteiro, F.(2009). Documentary Credits: The Autonomy Principle and the Fraud Exception, Auckland University Law Review, Vol 23, pp. 144-170.
- [33] O'Sullivan, J & Hilliard, J.(2012). The Law of Contract, Oxford: OUP.
- [34] Rogers, S. (1990). The Myth of Negotiability, Boston College Law Review, Vol 3,265-292.
- [35] Swain, W. (2015). The Law of Contract, Cambridge: Cambridge University Press.
- [36] Wishart, M. (2018). Contract Law, Oxford: Oxford University Press.
- [37] Worthington, S. (2003). Commercial Law and Commercial Practice, London: Hart Publishing.

**An Analysis to Legal Status of Kinds of Bankrupt's
Fictitious and with Conspiracy Transactions; Lack of
Complete Coordination between Bankrupt's
Transactions Nullity Causes and Causes of Culpable
Bankruptcy**

Ahad Gholizadeh Manghutay¹

*Associate Professor, Department of
Law, University of Isfahan*

Received 2021/05/15

Accepted 2021/10/20

ABSTRACT

With regard to the subject's show up in the Civil Code, Commercial Code and the Act on Manner of Enforcing Pecuniary Convictions, there are different views and ambiguities about the legal status of kinds of bankrupt's fictitious and with conspiracy transactions. Insight in contents of the related articles of above Acts shows that from the Legislature's view transactions are not fictitious unless otherwise is proved. Fictitious transactions whether concluded by bankrupt or not are null and void. Non-fictitious transactions are divided into two categories of with conspiracy and without conspiracy. In this connection too, transactions are not with conspiracy unless otherwise is proved. Transactions with conspiracy would as well be null and void or derived from the Act on Manner of Enforcing Pecuniary Convictions in cases under its scope, revocable by the court whether concluded by the bankrupt himself or not; as well whether the bankrupt has concluded these kinds of transactions before or after interruption of payments. But transactions without conspiracy are principally valid though according to Act on Manner of Enforcing Pecuniary Convictions they may result in punishment of the person transacted for evading debt or harming creditors. These kinds of transactions may exceptionally due to other causes become

1- gholizadeh@ase.ui.ac.ir

revocable or null and void. The legislature has ultimately chosen the method selected in the Commercial Code with a little difference to apply in all cases in the Act on Manner of Enforcing Pecuniary Convictions. In general, the Legislator, contrary to the expectations, has not adhered complete coordination between the causes of bankrupt's transactions nullity and the causes of culpable bankruptcy.

Keywords: Transaction for evading debt, Bankrupt businessman, Transactions revocable by the court, Commercial Code, the Act on Manner of Enforcing Pecuniary Convictions

INTRODUCTION

With regard to the subject's show up in Civil Code, Commercial Code and the Act on Manner of Enforcing Pecuniary Convictions 2014 (AMEPC), there are different views and uncertainties regarding the legal status of different kinds of fictitious and with conspiracy transactions. Albeit, as some (Fathi 2006: 31) and in their pursuance others (Izadifard and Kaviar 2010: 42) have also expressed, fictitious and with conspiracy transactions do not apply to the exceptions of debt (unavailables) because there is no reason for the debtor to transfer his unavailable property in order to evade debt or harm creditors. A precise look at the relevant regulations shows that contrary to what usually appears and in spite of the opinion of some (Sotoudeh 1971: 176 and Tafreshi 1997: 56) and in spite of what is common in the laws of some countries, including Italy (Vaquer 2003: 201), the legislature does not fundamentally has suspicion to the bankrupt, to the point that do not consider his transactions fictitious and with conspiracy even after the date of cessation (refraining from payment). On the other hand, as is common in the Common Law (Tabb 2014: 607), the law does not primarily assume the bankrupt's transaction party as well to be a colluding trader.

Also, as is also common in the laws of some European countries (Vaquer 2007: 439), the legislature before the date of cessation does not consider bankrupts transactions to be fictitious and with conspiracy or with the

intention of harming creditors. In spite of what some (Saqri 1997: 287 and Mohammadi 226: 2007) have proposed, the legislator, even after the stoppage date, for discovering the invalidity is only allergic to some of the stopped trader's transactions and, in spite of the opinion of some (Eskini 1996: 74), declares them not voidable but null and void. As is also common in the laws of some European countries (Vaquer 2007: 438), the law does not invalidate all stopped trader's transactions. This could be because bankruptcy is a precautionary measure. As some (Tafreshi 1997: 54) have also implied, bankruptcy is to prevent pandemics and stop spreading cessation to other parts of the city, province or country's commercial network. In fact, the bankrupt is not guilty in principle unless his bankruptcy proven to be culpable or fraudulent. Interestingly, even when it is proved to be culpable or fraudulent, bankrupts transactions before or after cessation are not principally considered fictitious or with conspiracy.

Fictitious or with conspiracy transactions may have been located before or after the trader's stop. Therefore, the fact that the legislature has allowed creditors to request a change in the date of the bankrupt's cessation from the court before recognition and certification of the debts will have no impact on the status of those transactions. Albeit, as others (Tafreshi 1997: 67) as well have put it, it is always assumed that the creditors' request will be to step back the cessation date so that they can put more transactions between the stoppage and the bankruptcy and nullify more transactions if they meet the relevant requirements. But, apparently, the right to an exceptional revoking intended only for the period before the cessation limits this willingness of the creditors, and they may depending on the status of the transactions prefer by extending the cessation date to obtain the said exceptional revoking right for a larger number of transactions. In addition, as some (Saqri 1997: 302) also have implied, two yearly period intended to exercise this right actually makes creditors unwilling to move away the date of cessation from the date of bankruptcy more than two years.

PURPOSE

The purpose of this article is to thoroughly analyze fictitious or with

conspiracy transactions of the bankrupt. These transactions have not been analyzed in detail and comprehensively before. Also, on the subject of the article, the provisions of the Commercial Code on Bankruptcy has been compared with the relevant provisions of the Civil Code and the Act on Manner of Enforcing Pecuniary Convictions of 2014.

METHODOLOGY

The method used in this article is theoretical analysis with using the library resources.

FINDINGS

In addition to several findings that have been mentioned in different parts of the article and in conclusion, this research shows that in general, the legislator, although has adhered the coordination between the causes of bankrupt's transactions nullity and the causes of his fraudulent bankruptcy, but contrary to expectations, has not fully adhered coordination between the causes of bankrupt's transactions nullity and the causes of his culpable bankruptcy. In fact, it was necessary to declare null and void, in coordination with the causes of culpable bankruptcy, the transactions resulting from the increase in bankrupt's expenditures from his earnings, transactions including a sale at a cheaper price or a purchase to a more expensive quote, and transactions resulting in investments for illustrious profits. It is necessary to consider these issues in the upcoming amendments to the Commercial Code. Resolving this disharmony can certainly lead to an improvement in the level of bankruptcy regulations.

CONCLUSION

Fictitious or with conspiracy transactions had never been independently analyzed before. The above legal analysis showed that fictitious or with conspiracy transactions cannot happen about the exceptions of debt (unavailables). Also, the legislature does not principally consider bankrupt's transactions before or after the cessation as fictitious or with conspiracy, even if the bankruptcy is culpable or fraudulent. In fact, the legislator is not

suspicious to bankrupt. Therefore, the status of fictitious or with conspiracy transactions will not be affected by the displacement of the cessation date either. Fictitious or with conspiracy transactions that have not resulted in the loss of creditors are not given any importance in practice.

By invalidating the fictitious or with conspiracy transactions the bankrupt's rival party, if deserves the return of a certain or general in a certain property from the bankrupt, is not forced to stand in line with the creditors to receive it, but if is entitled to receive an uncertain property, whether it is of goods, the benefit or the right, he is forced to stand in line with the creditors. Fictitious transactions are always void. In this regard, although every fictitious transaction is also a with conspiracy transaction, any transaction with conspiracy is not necessarily fictitious. The legal status of actual (non-fictitious) transactions varies depending on whether they are with conspiracy or not. The knowledge that the purchased or sold property is cheaper or more expensive, as well as the knowledge of the uneven situation of the trader (seller or buyer) is the criterion for detecting conspiracy.

Non-collusive transactions are essentially correct, but Article 21 of the AMEPC makes punishable a debtor who made such a transaction on the intention to evade debt and acted to the detriment of creditors. Non-fictitious with conspiracy transactions are null and void, even if for some reason the right to terminate (revoke) lies in them. Civil Code, in addition to fictitious transactions with the direction of evading debt (for illegitimate directions), has also considered non-fictitious transactions with that direction to be null and void, and in this regard has not distanced itself from the Commercial Code. The Act on Manner of Enforcing Pecuniary Convictions although impliedly but has taken into account the division of Commercial Code on such transactions, and the legal status intended by that for various fictitious and with conspiracy transactions is not much different from the legal status envisaged in the Commercial Code.

That Act, with complete incompetence, implicitly deems the transactions with the debtor's collusion (conspiracy) as "revocable by the court." Consequently, in fact, about the non-bankrupt debtors as well, almost the Commercial Code divisions will principally apply with the same legal

status. According to the Commercial Code, Non-fictitious without conspiracy transactions (to convert assets into unavailables) if have been concluded with the intention to evade debt and harm creditors after cessation, will be void because of limiting the assets of stopped. But such transactions, if concluded before cessation, are deemed correct according to the Article 25 of the AMEPC, but their result will not be considered as exceptions to the debt (unavailables).

The endowment of assets by the bankrupt as a non-fictitious and without conspiracy transaction, between the stoppage and the bankruptcy would be void, but before stoppage according to the Article 65 of the Civil Code is ineffective and derived from the Commercial Code is annulable correct by the creditors (the liquidator). Before stoppage non-fictitious without conspiracy transactions exceptionally can be revoked by the liquidator. Although this right resembles a deceived's revoking right, they have several differences according to the text. The liquidator must completely deliver the consideration of the transaction, whether it is of goods or debts, to the other party in order to revoke the transaction. This right of revoking cannot be extended to the after cessation period.

Non-fictitious without conspiracy transactions of stopped person are in principle correct unless in exceptional cases mentioned in the Commercial Code, but in accordance with the Article 557 of the Commercial Code such transactions will be without exception void if they are made by others about the stopped person's assets. These exceptions were principally expected to be a reflection of transactions that turn bankruptcy into culpable, but such a reflection has not been fully carried out. In the mentioned exceptions, the gratis transfer, in addition to the goods, also includes benefits and rights, but does not apply to the one sided legal actions (*Ighaas*). Albeit, transfer does not include the profit apprende and negating transactions. The dowry of permanent marriage can also be considered as a gratis transfer and deemed as void or by leniency considered as correct but postponed the possibility of its obtaining to the end of the clearance. Dowry in a temporary marriage is in the ruling of alimony, so it can be demanded within the limits of alimony. Paying the debt between cessation and bankruptcy is void even if for it a

definitive court verdict has been issued, an executive order is issued, a property is seized, or a property is mortgaged.

This situation will not include the return of a certain one of goods. In this way, distributing the dividends and deposits of the company to the partners will also be void after the stoppage date. Among the debts, paying the alimony of the wife and the offspring, as well as rent of the house and installments of the home purchase loan will not be invalid because they are deemed as exceptions of the debt (unavailable). The main example of limiting the property by the stopped trader is mortgaging available property to the detriment of creditors, as well rendering profit appropre, the easement right, rent, joint and several guaranty, and guaranteed checks. Addressing of the Act on Manner of Enforcing Pecuniary Convictions to the subject of fictitious and with conspiracy transactions as a specific law has largely led to the abandonment of Civil Code as the former general law on this issue. However, the Act on Manner of Enforcing Pecuniary Convictions and the perceptions that the law has had of the solutions of the Commercial Code in this regard, helps turn out that the Civil Code, although with ambiguity but in these long years (especially with the reforms made in that after the revolution) has had in fact included these divisions.

In general, the legislator, although has adhered the coordination between the causes of bankrupt's transactions nullity and the causes of his fraudulent bankruptcy, but contrary to expectations, has not fully adhered coordination between the causes of bankrupt's transactions nullity and the causes of his culpable bankruptcy. In fact, it was necessary to declare null and void, in coordination with the causes of culpable bankruptcy, the transactions resulting from the increase in bankrupt's expenditures from his earnings, transactions including a sale at a cheaper price or a purchase to a more expensive quote, and transactions resulting in investments for illustrious profits. It is necessary to consider these issues in the upcoming amendments to Commercial Code. Resolving this disharmony can certainly lead to an improvement in the level of bankruptcy regulations.

REFERENCES

- [1] Anvaripour, Mohsen. (1974) Bankruptcy in Iranian Law. Tehran: Babak Publications.
- [2] Bennett, Frank. (2008) Bennett on Bankruptcy. Toronto: CCH Canadian Limited.
- [3] Clancy, Noreen, and Stephen J. Carroll. (2007) Identifying Fraud, Abuse, and Error in Personal Bankruptcy Filings. Santa Monica, CA: RAND Corporation.
- [4] Erfani, Mahmoud. (1987) Business Law - Bankruptcy of Companies and Traders. Volume 3. Tehran: Jahadedaneshgahi Publications.
- [5] Eskini, Rabia. (1996) Trade law- bankruptcy and Liquidation. Tehran: Samt.
- [6] Farahani, Mohammad Hossein Ghaem Magham. (1989) Trade Law - Bankruptcy and Liquidation. Tehran: University of Tehran Press.
- [7] Fathi, Amir. (2006) "Transaction with the Intention of Evading Debt and Guaranteeing Its Implementation - Final episode." Dadresi 10, No. 59: 26-35.
- [8] Gholizadeh, Ahad, and Ebrahim Rahbari. (2004) "Investigation of the Legal Status of Transactions with the Motive of Evading Debt." Journal of the Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan 16, No. 2: 101-123.
- [9] Gholizadeh, Ahad. (2008) "Analysis of the Relationship between the Endowment's Subject and the Endower and Its Effects before and after the Decline of Endowment in Civil Law of Iran." Articles and Reviews 41, No. 89:99-119.
- [10] Hasani, Hassan. (2001) Trade Law. Tehran: Mizan.
- [11] Izadifard, Ali Akbar, and Hossein Kaviar. (2010) "Transaction with the Intention of Evading Debt in Jurisprudence and Law." Quarterly Journal of Jurisprudence and Principles of Islamic Law 7, No. 22:31-49.
- [12] Katebi, Hosseingholi. (1996) Trade Law. Tehran: Ganj Danesh.
- [13] Lurger, Brigitta, and Wolfgang Faber. (2011) Principles of European Law - Acquisition and Loss of Ownership of Goods). Munich: Sellier.

European Law Publishers.

- [14] Maither, Lyndon. (2015) Canadian Bankruptcy/ Insolvency and Companies' Creditors Arrangement Law: Provisions, Precedents and Materials. Montreal: Mona Parsons Commemoration Project.
- [15] Mohammadi, Jalil. (2007) Commercial Law. Tabriz: Foruzesh.
- [16] Pedamon, Catherine. (2015) "Theory of Fraud in French Law: *fraus omnia corrumpit* - Old law, New opportunities?" In Research Handbook on International Financial Crime, by Barry Rider, 338-356. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- [17] Prentice, D.D. (2012) "Death and Bankruptcy." In Chitty on Contracts: General Principles, by Joseph Chitty and H.G. Beale, 1519-1551. Glasgow: Sweet & Maxwell.
- [18] Rasainia, Nasser. (2009) Trade Law. Tehran: Avaye Noor Publications.
- [19] Rastin, Mansour. (1972) Commercial Law. Tehran: University of Tehran Press.
- [20] Razani, Bahman. (2014) "Fictitious Transaction, Advocacy and Advocacy Transaction." Monthly Magazine of Kanun 54, No. 138 and 139: 19-41.
- [21] Roshan, Mohammad, and Mostafa Mozafari. (2010) "Reviewing the Effects of Bankruptcy Verdict and Its Removal." Quarterly Journal of Law 40, No. 101: 71-89.
- [22] Saberi, Hossein, and Hossein Halabian. (2013) "Redressing the Economic Rights of Creditors in Transactions with the Intention of Evading Debt." Encyclopedia of Economic Rights 20, No. 3: 24-54.
- [23] Saqri, Mohammad. (1997) Commercial Law, Bankruptcy, Theoretical and Practical. Tehran: Joint Stock Company of Enteshaar.
- [24] Shams, Abdullah. (2006) Civil Procedure. Volume 3. Tehran: Drock Publications.
- [25] Sotoudeh, Hassan. (1971) Trade Law. Volume 4. Tehran: Dehkhoda Publications.
- [26] Tabb, Charles Jordan. (2014) Law of Bankruptcy. New York: West Publishing Corporation.
- [27] Tafreshi, Mohammad Issa. (1997) "The Effect of Bankruptcy Verdict

on Bankrupt Trader Transactions According to the Principles and Bases of Civil Law." *Modarres*, No. 5: 54-74.

- [28] Vaquer, Antoni. (2003) "From Revocation to Non-Opposability: Modern Developments of the Paulian Action." In *Regional Private Laws Codification in Europe*, by Hector MacQueen, Antoni Vaquer and Santiago Espiau, 199-218. Cambridge: Cambridge University Press.
- [29] Vaquer, Antoni. (2007) "Traces of Paulian Action in Community Law." In *New Features in Contract Law*, by Reiner Schulze, 421-439. Munich: Sellier. European Law Publishers.
- [30] Yeo, Victor, and Pauline Gan. (2016) "Insolvency Law in Singapore." In *Insolvency Law in East Asia*, by Roman Tomasic, 375-425. London: Routledge.
- [31] Zanganeh, Abdul Hamid Azami. (1974) *Commercial Law*. Tehran: Nameless.

تحلیل وضعیت حقوقی انواع معاملات صوری و با تبانی ورشکسته؛ عدم هماهنگی کامل موجبات بطلان معاملات ورشکسته با موجبات به تقصیر شدن ورشکستگی

احمد قلی‌زاده منقوطای^۱

دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۲/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۲۸

چکیده

درباره وضعیت حقوقی انواع معاملات صوری و با تبانی ورشکسته با توجه به مطرح بودن موضوع در قانون مدنی، قانون تجارت و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی دیدگاه‌های متفاوت و ابهاماتی وجود دارد. دقت در مفاد مواد مربوطه آن قوانین نشان می‌دهد که از نظر قانون‌گذار اصل بر صوری نبودن معاملات ورشکسته است، مگر اینکه صوری بودن آن‌ها ثابت شود. معاملات صوری، اعم از اینکه ظاهراً توسط خود ورشکسته یا دیگری منعقد شده باشند، باطل‌اند. معاملات غیر صوری (واقعی) به دو دسته با تبانی و بدون تبانی تقسیم می‌شوند. در این باره نیز اصل بر بدون تبانی بودن معاملات ورشکسته است، مگر اینکه با تبانی بودن آن‌ها ثابت شود. معاملات با تبانی هم باطل یا مستفاد از قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در حوزه شمول آن قانون قابل فسخ توسط دادگاه هستند، اعم از اینکه توسط خود ورشکسته منعقد شده باشند یا خیر؛ همچنین اعم از اینکه در قبل یا بعد از توقف ورشکسته تا صدور حکم ورشکستگی منعقد شده باشند. ولی معاملات بدون تبانی اصولاً صحیح‌اند، گرچه طبق قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی اگر برای فرار از دین و اضرار به طلبکاران منعقد شده باشند می‌توانند به مجازات معامله‌کننده منجر شوند. استثنائاً ممکن است این گونه معاملات به دلایل دیگری قابل فسخ یا باطل باشند. قانون‌گذار در نهایت روش انتخاب شده در قانون تجارت را با کمی تفاوت، برای اعمال در همه موارد در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی برگزیده است. به طور کلی قانون‌گذار برخلاف انتظار، هماهنگی کامل میان موجبات بطلان معاملات ورشکسته و موجبات به تقصیر شدن ورشکستگی او را رعایت نکرده است.

کلیدواژه‌ها: معامله صوری، معامله با تبانی، ورشکسته، معامله قابل فسخ توسط دادگاه، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی.

JEL Classification: K35

مقدمه

درباره وضعیت حقوقی انواع معاملات صوری و با تبانی با توجه به مطرح بودن موضوع در قانون مدنی (ق.م.)، قانون تجارت (ق.ت.) و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۳ (ق.ن.ا.م.م.) دیدگاه‌هایی متفاوت و ابهاماتی وجود دارد. البته، آن گونه که بعضی (Fathi 2006: 31) و به تبع او بعضی دیگر (Izadifard and Kaviar 2010: 42) هم ابراز نموده‌اند، معاملات صوری و با تبانی درباره مستثنیات دین مصداق پیدا نمی‌کنند چون دلیلی ندارد که بدهکار برای فرار از دین یا ضرر رساندن به طلبکاران اقدام به نقل و انتقال اموال مستثنای خود از دین نماید. دقت در مقررات مربوطه نشان می‌دهد که برخلاف آنچه معمولاً به نظر می‌رسد و به‌رغم نظر بعضی (Sotoudeh 1971: 176 and Tafreshi 1997: 56) و به‌رغم آنچه در حقوق بعضی کشورها از جمله ایتالیا (Vaquer 2003: 201) معمول است، قانون‌گذار اصولاً به ورشکسته سوءظن ندارد تاجایی که معاملات او را حتی بعد از تاریخ توقف اصولاً صوری یا با تبانی تلقی نمی‌کند. از سوی دیگر، آن گونه که در کامن‌لا (Tabb 2014: 607) نیز معمول است، قانون اصولاً طرف معامله ورشکسته را نیز معامله‌کننده با تبانی فرض نمی‌کند. همچنین آن گونه که در حقوق بعضی کشورهای اروپایی (Vaquer 2007: 439) نیز معمول است، قانون‌گذار معاملات ورشکسته را قبل از تاریخ توقف صوری و با تبانی^۱ یا به انگیزه اضرار به طلبکاران تلقی نمی‌کند. به‌رغم آنچه بعضی (Saqri 1997: 287 and Mohammadi 2007: 226) مطرح کرده‌اند، قانون‌گذار حتی بعد از تاریخ توقف هم، فقط به بعضی از معاملات تاجر متوقف از باب کشف بطلان حساسیت نشان داده و به‌رغم نظر بعضی (Eskini 1996: 74) آن‌ها را نه قابل ابطال بلکه باطل اعلام می‌کند. آن گونه که در حقوق بعضی کشورهای اروپایی (Vaquer 2007: 438) نیز معمول است، قانون همه معاملات متوقف را باطل نمی‌داند. علت این امر می‌تواند آن باشد که

1- Paulian action or transaction for evading debt

ورشکستگی اقدامی احتیاطی است. آن گونه که بعضی (Tafreshi 1997: 54) نیز تلویحاً بیان نموده‌اند، ورشکستگی برای جلوگیری از همه‌گیری و سرایت توقف به سایر قسمت‌های شبکه تجاری شهر، استان یا کشور است. در واقع، ورشکسته اصولاً مجرم نیست مگر اینکه به تقصیر بودن یا به تقلب بودن ورشکستگی او ثابت شود. جالب اینکه حتی وقتی به تقصیر بودن یا به تقلب بودن ورشکستگی ثابت می‌شود معاملات ورشکسته در قبل یا بعد از توقف اصولاً صوری یا با تبانی تلقی نمی‌گردد.

معاملات صوری و با تبانی ممکن است قبل یا بعد از توقف تاجر واقع شده باشند؛ بنابراین، اینکه قانون‌گذار اجازه داده که طلبکاران تا قبل از تشخیص و تصدیق مطالبات درخواست تغییر تاریخ توقف ورشکسته را از دادگاه بنمایند تأثیری بر وضعیت آن معاملات نخواهد داشت. البته، آن گونه که دیگران (Tafreshi 1997: 67) هم مطرح کرده‌اند، همیشه گمان می‌شود که درخواست طلبکاران برای عقب‌تر رفتن تاریخ توقف خواهد بود تا بتوانند معاملات بیشتری را در فاصله توقف تا ورشکستگی قرار داده و آن‌ها را در صورت دارا بودن شرایط مربوطه باطل نمایند. ولی ظاهراً حق فسخ استثنایی‌ای که برای دوره قبل از توقف در نظر گرفته شده بدون اینکه برای بعد از توقف در نظر گرفته شود این میل طلبکاران را محدود می‌کند و چه بسا آن‌ها بسته به وضعیت معاملات ترجیح بدهند با جلوگیری از تاریخ توقف حق فسخ مورد نظر را برای تعداد بیشتری از معاملات به دست آورند. ضمن اینکه آن گونه که بعضی (Saqri 1997: 302) نیز تلویحاً بیان نموده‌اند ظرف دو ساله در نظر گرفته شده برای اعمال این حق در واقع باعث می‌شود که طلبکاران تمایل نداشته باشند تاریخ توقف از تاریخ ورشکستگی دو سال فاصله بگیرد.

۱. معاملات صوری

طبق آنچه از ق.م. برداشت می‌شود هر معامله صوری باطل است. به‌رغم نظر بعضی (Hasani 2001: 623 and Rasainia 2009: 421) و آن گونه که بعضی (Tafreshi 1997: 60 and Saberi 2013: 26 and Halabian) ابراز نموده‌اند، برای باطل شدن لازم نیست که معامله صوری برای فرار از دین و اضرار به طلبکاران باشد یا نباشد. از نظر ق.ت. نیز به‌رغم نظر بعضی (Hasani 2001: 622)، معاملات ورشکسته اگر صوری باشند در هر حال باطل اند. به‌رغم نظر بعضی (Hasani 2001: 622).

622)، اعم از اینکه معاملات صوری قبل یا بعد از تاریخ توقف ایجاد شده باشند باطل خواهند بود. البته آن گونه که ق.ت. نیز مقرر نموده اصل بر صوری نبودن معاملات است و ظاهراً هر معامله‌ای واقعی است. در مقام اثبات، آن گونه که در کامن‌لا (Tabb 2014: 571) نیز معمول است، اوضاع و احوال می‌تواند قرینه صوری بودن معامله یا با تبانی بودن آن باشد مانند اینکه ورشکسته به موجب سند رسمی ثبتی مغازه خود را قبل از تاریخ توقف به طور بلاعوض به نام پدر بزرگش کرده باشد یا آن گونه که در کامن‌لا (Clancy and Carroll 2007: 17) نیز مطرح است، شرکت در شرف توقف یا متوقف دارایی خود را به مدیران، سهامداران، شرکت مادر یا شرکت‌های تابعه خود انتقال دهد.

ق.ت. چون متمرکز بر جنبه‌های عملی موضوعات است برای باطل اعلام نمودن معاملات به دنبال یک ملاک ضمنی دیگر یعنی ضرر رسیدن از معامله به طلبکاران، هم هست. در نتیجه، آن گونه که دیگران (Saqri 1997: 292) هم مطرح کرده‌اند، اگر معامله صوری یا با تبانی بوده ولی در نهایت ضرری به طلبکاران نرسیده باشد در عمل به آن اهمیتی داده نمی‌شود. برای مثال، اگر معامله صوری بوده ولی موضوع معامله از مستثنیات دین بوده باشد یا اینکه عوض و معوض از نظر قیمت تفاوت چندانی با هم نداشته باشند مدیر تصفیه در صدد اثبات صوری بودن آن بر نمی‌آید. با این حال، به رغم نظر بعضی (Rasainia 2009: 422 and Razani 2014: 35)، اینکه کسی در صدد اثبات صوری بودن معامله‌ای صوری بر نیاید آن را ثبوتاً از صوری و باطل بودن نمی‌رهاند.

با اعلام بطلان معامله صوری، معلوم می‌شود که دادوستد عوضین بی‌مورد بوده و اگر برای مثال منظور انتقال مالکیت بوده چنین انتقالی در واقع صورت نگرفته است. پس هر یک از عوضین باید به صاحب آن بازگردد. در این رابطه، اگر مال متعلق به دیگری اعم از عین، منفعت یا حق به صورت معین یا کلی در معین در اختیار ورشکسته بوده باشد او برای استرداد آن مال داخل در غرماء نمی‌شود ولی اگر مال مزبور در دسترس نباشد و قرار باشد که ورشکسته به جای آن مثل آن را تهیه نموده یا قیمت آن را تحویل دهد، طرف مقابل به ناچار آن گونه که دیگران (Saqri 1997: 297) نیز مطرح نموده‌اند، باید در غرمای ورشکسته وارد شود. همچنین است اگر مالی که از طرف مقابل در اختیار ورشکسته قرار دارد به صورت کلی فی‌الذمه باشد.

۲. معاملات غیر صوری

طبق ق.ت. معامله غیر صوری (واقعی) ممکن است با تبانی یا بدون تبانی باشد. ظاهراً آن گونه که دیگران (Eskini 1996: 71) هم نظر داده‌اند، هر معامله صوری معامله با تبانی است. ولی به‌رغم نظر بعضی (Saqri 1997: 305) هر معامله با تبانی لزوماً معامله صوری نیست.

۲-۱. معاملات با تبانی

ممکن است بدهکار نه به‌طور صوری بلکه به‌طور واقعی به انگیزه به تاخیر انداختن توقف خود اقدام به فروش کالا به مظنه‌ای ارزان‌تر از مظنه روز بازار نموده یا اقدام به خریدی به مظنه‌ای گران‌تر از مظنه روز بازار نموده باشد. در این صورت، آن گونه که در حقوق بعضی کشورهای اروپایی (Lurger and Faber 2011: 713) و حتی آسیایی (Yeo and Gan 2016: 390) نیز معمول است، اگر طرف مقابل با علم به این موضوع که فروش به مظنه‌ای کمتر انجام یا خرید به قیمتی گران‌تر انجام می‌شود و با علم به اوضاع نابسامان اقتصادی او معامله نماید چنین معامله‌ای غیر صوری با تبانی خواهد بود. ولی اگر طرف مقابل اساساً متوجه ارزان‌تر بودن مظنه فروش یا گران‌تر بودن مظنه خرید نبوده یا متوجه آن بوده ولی متوجه اوضاع نابسامان اقتصادی او نبوده باشد چنین معامله‌ای غیر صوری بدون تبانی خواهد بود.

آن گونه که اکثریت قضات در نشست قضایی مورخ ۱۳۸۱/۰۸/۰۷ استان کرمان شهر رفسنجان نیز نظر داده‌اند معامله غیر صوری بدون تبانی صحیح تلقی می‌شود. ولی اگر این معامله به انگیزه فرار از دین بوده و موجب ضرر طلبکاران گردد طبق ماده ۲۱ ق.ن.ا.م.م. بدهکار مرتکب به مجازات محکوم می‌گردد. البته، طبق رأی وحدت رویه شماره ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور برای اجرای این ماده حکم محکومیت مدیون باید قبلاً صادر و قطعی شده باشد. در این رابطه، آن گونه که در کامن‌لا (Tabb 2014: 589) نیز معمول است، آن قانون صرف علم داشتن طرف معامله را نشانه تبانی او تلقی می‌کند ولی منظور آن قانون نه فقط علم داشتن طرف مقابل به ارزان‌تر از مظنه بودن مال عرضه شده برای فروش یا گران‌تر از مظنه بودن مال پیشنهاد شده برای خرید بلکه علم داشتن طرف معامله به وضعیت نابسامان تاجر عرضه کننده یا پیشنهاد کننده است.

معاملات با تبانی طبق ماده ۴۲۶ ق.ت. باطل‌اند. اعم از اینکه به‌رغم نظراتی که بعضی (Saqri

ورشکسته واقع شده باشند. پس، گرچه اصولاً معاملات ورشکسته قبل و بعد از تاریخ توقف صحیح تلقی می‌شوند ولی اگر با تبانی بودن آن‌ها معلوم شود باطل خواهند بود. بعضی از معاملات قبل یا بعد از توقف ورشکسته قابل فسخ‌اند، اما اگر معلوم شود که این گونه معاملات هم صوری یا واقعی ولی با تبانی بوده‌اند باطل تلقی می‌شوند. به‌رغم نظر بعضی (Sotoudeh 1971: 181)، متوقف حتی بعد از توقف مالک اموال خود است و اصاله‌الصحه بر معاملات او حکومت می‌کند.

ظاهراً ق.م. هم در مواد ۲۱۷ و ۲۱۸ به‌رغم ظاهر کلمات آن، علاوه بر شکل صوری معاملات مضر به طلبکاران، آن گونه که در نشست قضایی مورخ ۱۳۸۶/۰۱/۲۸ استان گیلان شهر آستانه‌اشرفیه نیز مورد توجه قرار گرفته است، شکل غیر صوری آن‌ها را هم پیش‌بینی نموده است؛ یعنی آن قانون آن گونه که دیگران (Fathi 2006: 29) هم مطرح نموده‌اند، معامله صوری یا با تبانی را معامله با جهت فرار از دین (جهت نامشروع) تلقی کرده، در صورت تصریح جهت در معامله، آن را باطل قلمداد می‌کند. پس، ق.م. تأیید می‌کند که معاملات با جهت فرار از دین محدود به معاملات صوری نیستند و می‌توانند غیر صوری هم باشند و در صورت غیر صوری بودن اگر در آن‌ها به جهت فرار از دین تصریح شده باشد، آن گونه که اقلیت قضات در نشست قضایی مورخ ۱۳۹۷/۰۴/۲۵ استان مرکزی شهر خمین نیز نظر داده‌اند، باطل خواهند بود. به‌این ترتیب، روش ق.م. از این نظر فاصله چندانی با روش ق.ت؛ که در آن معاملات غیر صوری با تبانی هم باطل تلقی می‌شوند، ندارد.

قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی نیز مانند قانون سابق آن، با کلمات دیگری به‌رغم نظر بعضی (Saberi & Halabian 2013: 50) و به‌رغم نظر اکثریت قضات در نشست قضایی مورخ ۱۳۹۷/۰۴/۲۵ استان مرکزی شهر خمین، با پیش‌بینی معاملات با تبانی آن‌ها را تلویحاً باطل (به عبارت بهتر قابل فسخ توسط دادگاه) تلقی کرده است. چون مقرر داشته است که اگر طرف مقابل از با تبانی بودن معامله خبر داشته باشد به‌عنوان جریمه عین موضوع معامله و در نبود عین مزبور مثل یا قیمت آن از طرف معامله گرفته شده صرف تأدیه طلب محکوم‌لهم می‌گردد. در این مورد، قانون‌گذار با آسیب به اصول، اقدام به قانون‌گذاری نموده است، چون می‌دانیم که جریمه به حساب دولت واریز می‌شود و نمی‌شود از محل آن محکوم‌به را تأدیه کرد. به‌هر حال، از باب جریمه تلقی کردن استرداد موضوع معامله یا مثل یا قیمت آن از طرف معامله

سبب نمی‌شود که گمان کنیم طرف مزبور بابت آنچه از دست داده مطابق اصول حق مراجعه به بدهکار (در اینجا ورشکسته) را نخواهد داشت. چون اصولاً معاملات صحیح تلقی می‌شوند و در اینجا از استرداد منافع موضوع معامله هم ذکری به میان نیامده پس به‌رغم نظر بعضی (Gholizadeh 116: 2004 & Rahbari) مبنی بر قابل انفساخ بودن این معاملات، «قابل فسخ توسط دادگاه» بیشتر از بطلان با این وضع سازگار خواهد بود، گرچه فسخ قاعدتاً حقی است برای طرفین معامله نه برای دادگاه. ضمن اینکه به‌رغم نظر قضات در نشست قضایی مورخ ۱۳۸۱/۰۶/۱۲ استان کرمان شهر بابک، اول باید وضعیت معامله مشخص شود تا بتوان درباره قابلیت یا عدم قابلیت استناد آن نظر داد.

۲-۲. معاملات بدون تبانی

معاملات واقعی بدون تبانی صوری یا با تبانی نیستند پس اصولاً صحیح می‌باشند مگر اینکه باطل بودن یا قابل فسخ بودن آن‌ها ثابت شود اعم از اینکه قبل یا بعد از تاریخ توقف ورشکسته واقع شده باشند. ق.ن.ا.م.م. بدون اینکه ذکری از وضعیت حقوقی این گونه معاملات کرده باشد شخص مدیون را به خاطر انجام آن‌ها قابل مجازات می‌داند.

در میان معاملات غیرصوری بدون تبانی ماده ۲۵ ق.ن.ا.م.م. همچنین موردی را ذکر می‌کند که مطابق آن، مدیون اگر اقدام به تحصیل معوض مستثنیات دین کند یا اموالی را تحصیل کند تا با آن اموال مستثنیات دین را تهیه نموده و با استناد به از مستثنیات دین بودن موارد تحصیل یا خریداری شده از پرداخت بدهی بدین ترتیب فراهم آمده خود شانه خالی کند اموال تحصیل یا خریداری شده از مستثنیات دین محسوب نخواهند شد. منظور اینکه چنین معاملاتی صحیح تلقی می‌شوند و اصولاً باطل یا قابل فسخ نیستند ولی به‌رغم اینکه به‌ظاهر از مستثنیات دین اند ولی به‌طور قانونی مستثنای از دین محسوب نمی‌شوند.

توضیح اینکه معمولاً اگر کسی اقلام مستثنیات دین را بخرد مثلاً اقدام به خرید آذوقه موردنیاز خود و افراد تحت تکفلش یا اثاثیه کند، با عدم تأدیه ثمن، فروشنده با فسخ معامله به استناد خیار مجلس یا اگر مبیع از مجلس معامله خارج شده باشد به استناد خیار تأخیر ثمن درصدد بازپس گرفتن مبیع برمی‌آید و چون با فسخ مبیع به مالکیت او بازگشت کرده مستثنیات دین از سوی خریدار در آن راه نخواهد داشت. ولی اگر از حق فسخ‌های گفته شده استفاده نشود و آن

حق‌ها منقضی شوند یا اینکه مال تحصیل شده از مستثنیات دین نبوده ولی در عوض آن مستثنیات دین تحصیل شود روش در نظر گرفته شده در این قانون (ق.ن.ا.م.م.) قابل استفاده خواهد بود.

درباره ورشکسته می‌توان تبدیل دارایی به مستثنیات دین را اگر در فاصله توقف تا ورشکستگی اتفاق افتاده باشد حتی اگر غیرصوری و بدون تبانی باشد مصداق «مقید کردن مال به ضرر طلبکاران» تلقی کرده آن را باطل نمود. چنین معاملاتی اگر در قبل از توقف انجام شود گرچه می‌تواند از باب بیشتر بودن مخارج ورشکسته از درآمد او به ورشکستگی به تقصیر بیانجامد ولی از نظر قانون تجارت باطل نخواهد بود گرچه ق.ن.ا.م.م. به عنوان قانون خاص می‌تواند در این باره بر ق.ت. حاکم شده مانع مستثنیات دین محسوب شدن چنین معاملاتی گردد.

تحقیقاً ق.م. نیز در مواد ۲۱۷ و ۲۱۸ معاملات غیرصوری را کم و بیش به با تبانی و بدون تبانی، به عبارت بهتر به با تصریح به جهت فرار از دین در معامله یا بدون تصریح به آن جهت تقسیم می‌کند. پس، ق.م. نیز معامله غیرصوری بدون تبانی را در نظر داشته و آن را آن گونه که دیگران (Hasani 2001: 623) هم نظر داده‌اند، اصولاً صحیح دانسته است.

۱-۲-۲. معاملات بدون تبانی قبل از توقف

آن‌طور که گفته شد و دیگران (Sotoudeh 1971: 177 and Anvaripour 1974: 77) هم نظر داده‌اند، معاملات قبل از توقف ورشکسته اصولاً صحیح می‌باشند. استثنائاً اگر ورشکسته در این دوره به انگیزه فرار از دین یا اضرار به طلبکاران اموال خود را وقف نموده باشد صحت آن وقف مطابق ماده ۶۵ ق.م. منوط به اجازه طلبکاران و مستنبط از ق.ت. صحیح قابل ابطال خواهد بود. به رغم نظر بعضی (Fathi 2006: 30) و به تبع او (Izadifard and Kaviar 2010: 39) ظاهراً وقف عقد خاصی است و حکم آن را بدون دلیل نمی‌توان به سایر عقود تسری داد. وقف در فاصله توقف تا ورشکستگی از مصادیق مقید کردن مال به ضرر طلبکاران بوده باطل خواهد بود. قانون‌گذار استثنائاً بعضی از معاملات غیرصوری بدون تبانی این دوره را قابل فسخ می‌داند. پس این معاملات به رغم قابل فسخ بودن آن گونه که دیگران (Tafreshi 1997: 61 and Izadifard and Kaviar 2010: 38) هم ابراز نموده‌اند، گرچه به انگیزه فرار از دین یا اضرار به طلبکاران باشند صحیح و نافذند.

حق فسخ در نظر گرفته شده درباره معاملات غیرصوری بدون تبانی قبل از توقف شبیه خیار غبن

با وجود غبن افحش است چون قانون لازمه پیدایش آن را ورود ضرر به ورشکسته (به طلبکاران) به اندازه حداقل یک چهارم قیمت کالا دانسته است. ولی آن گونه که دیگران (Tafreshi 1997: 73) هم ابراز نموده اند، همه شرایط و احکام آن و خیار غبن یکی نیست. (۱) آن گونه که دیگران (Hasani 2001: 621) هم نظر داده اند، برای اثبات وجود و اعمال آن باید از دادگاه حکم گرفت حال آن که اصولاً برای اثبات وجود و اعمال خیار حکم دادگاه لازم نیست و در صورت ایجاد اختلاف معمولاً برای تأیید اعمال شده بودن آن یا برای تأیید عدم وجود و عدم وقوع آن به دادگاه رجوع می کنند.

(۲) خیار غبن اقتضای بقاء برای مدت طولانی ندارد و باید با فوریت عرفی اعمال شود و گرنه منقضی می شود درحالی که حق فسخ مطرح شده در این مورد تا دو سال باقی می ماند. (۳) در خیار غبن اگر مغبون به غبن راضی باشد و یا با علم به غبن معامله کرده باشد خیار غبن پدید نمی آید یا منتفی می شود ولی در این مورد با وجود رضایت تاجر به غبن یا مطلع بودن او از غبن در زمان معامله، خیار غبن همچنان موجود و قابل اعمال فرض می شود. ظاهراً علت این تفاوت آن است که مغبون اصلی در چنین معامله ای در واقع طلبکاران فرض می شوند نه ورشکسته.

(۴) طرف مغبون باید ورشکسته باشد نه طرف مقابل او، اعم از اینکه او فروشنده کالا باشد یا خریدار آن. (۵) این حق مختص به غبن افحش است و شامل غبن فاحش نمی شود؛ یعنی عرفاً غبن به اندازه یک پنجم قیمت کالا فاحش تلقی شده برای پیدایش خیار غبن کفایت می کند ولی در اینجا برای پیدایش حق فسخ غبن افحش لازم است. در این مورد یک چهارم به عنوان حداقل قیمت تعیین ولی حداکثری معین نشده است پس چنین اختلافی حداکثر می تواند تا کل قیمت کالا بالغ گردد و این مقرر آن گونه که بعضی (Sotoudeh 1971: 178 and Saqri 1997: 301) مطرح کرده اند، معاملات بلاعوض را هم دربرمی گیرد. بعضی (Anvaripour 1974: 78; Erfani 1987: 104 and Gholizadeh and Rahbari 2004: 133) با شمول آن بر معاملات بلاعوض مخالف اند. البته، در مورد وقف باید قائل به تفصیل شد.

(۶) آن گونه که دیگران (Sotoudeh 1971: 177) هم ابراز نموده اند، برخلاف خیار غبن، برای کسب چنین حق فسخی باید یکی از انگیزه های فرار از دین یا اضرار به طلبکاران ثابت شود. البته، آن گونه که در حقوق فرانسه (Pedamon 2015: 353) نیز معمول است در انگیزه فرار از دین نوع دین مورد فرار مهم نیست. (۷) اگر ورشکسته کالایی را به قیمتی حداقل یک چهارم کمتر از قیمت

واقعی آن فروخته باشد؛ مثلاً فرشی ده میلیونی را به هفت میلیون فروخته باشد، برای اعمال آن حق فسخ مدیر تصفیه باید به طور کامل آن هفت میلیون را به طرف معامله تحویل بدهد تا بتواند آن را اعمال کند. چون این بدهکاری بعد از ورشکستگی و توسط مدیر تصفیه ایجاد شده است پس به رغم نظر بعضی (Erfani 1987: 133)، نه استثنایی و به عنوان امتیازی برای طرف چنین معامله‌ای، بلکه قاعدتاً باید قبل از طلب غرما و به طور کامل پرداخت شود. البته برای اعمال حق فسخ اصولاً انشاء آن کافی است و رد و بدل کردن موضوع‌های معامله فرع بر وقوع آن است.

در این مورد اگر ورشکسته برای مثال دستگاهی ۶۰ میلیونی را ۱۰۰ میلیون خریده بود و دستگاه همچنان در اختیار او بود، دستگاه به طرف معامله مسترد می‌شد تا او ۱۰۰ میلیون دریافتی را به مدیر تصفیه مسترد دارد. ولی اگر دستگاه در اختیار ورشکسته نبود نیز حتی در صورت قیمی بودن آن، طرف معامله وارد غرماء نمی‌شد و مثل یا قیمت آن باید تسلیم طرف معامله می‌شد تا بتوان حق فسخ را اعمال کرد. (۸) برخلاف آنچه درباره خیار غبن معمول است، طرف معامله می‌تواند با پرداخت تفاوت قیمت مانع اعمال این حق گردد.

۲-۲-۲. معاملات بدون تبانی بعد از توقف

معاملات غیرصوری بدون تبانی بعد از توقف متوقف اصولاً صحیح می‌باشند. به طور کلی به عبارت بعضی (Tafreshi 1997: 61 and Izadifard and Kaviar 2010: 38) معاملات متوقف اصولاً صحیح‌اند. پس اینکه بعضی (Saqri 1997: 289) اموال بدهکار را وثیقه یا وثیقه عمومی پرداخت طلب طلبکاران می‌دانند برگرفته از حقوق کشورهای خارجی خصوصاً بعضی کشورهای اروپایی (Vaquer 2007: 421)، بوده و در مورد حقوق ایران جمله نسنجیده‌ای است. وثیقه معنی و آثار حقوقی خاصی دارد و نمی‌توان آن را در همه جا به جای کلمه «پشتوانه» استفاده کرد. در اینجا، آن چنان که دیگران (Anvaripour 1974: 82) هم استدلال نموده‌اند، منظور دوره بعد از توقف تا تاریخ صدور حکم ورشکستگی است که آن چنان که در حقوق سایر کشورها (Yeo and Gan 2016: 391) مطرح است، فاصله اعلام توقف به دادگاه تا صدور حکم ورشکستگی را نیز در بر می‌گیرد.

ولی آن گونه که دیگران (Sotoudeh 1971: 182; Farahani 1368: 128 and Erfani 1987:) هم ابراز نموده‌اند، معاملاتی که توسط سایرین یعنی کسانی که خدمه، شاگرد و اجزای تاجر

نیستند، بدون اطلاع تاجر درباره اموال او انجام می‌شوند حتی اگر غیر صوری و بدون تبانی باشند، حتی نسبت به خود تاجر باطل می‌باشند؛ یعنی تاجر هم نمی‌تواند آن معاملات را بعد از اطلاع تنفید و تصحیح نماید. البته، چون به‌رغم نظر بعضی (Eskini 1996: 74 and Zanganeh 1974: 339)، این معاملات توسط سایرین انجام می‌شوند مصداق معامله به انگیزه فرار از دین نخواهند بود چون آن‌ها نیستند که مدیون‌اند بلکه تاجر متوقف است که مدیون می‌باشد. پس قانون‌گذار این معاملات را مصداق معامله به انگیزه اضرار به طلبکاران تلقی می‌کند. بدیهی است به‌رغم نظر بعضی (Sotoudeh 1971: 183; Zanganeh 1974: 339 and Hasani 2001: 624) حکم استثنایی‌ای که به شرح فوق قانون‌گذار در ماده ۵۵۷ ق.ت. درباره معاملات سایرین نسبت به اموال تاجر متوقف نموده قابل تسری به معاملات خود تاجر متوقف در آن دوره نخواهد بود.

ممکن است برای تاجر متوقف حق فسخ‌هایی در فاصله توقف تا ورشکستگی بابت تأخیر ثمن یا غبن فاحش و نظایر آن‌ها به وجود آمده باشد که تاجر به انگیزه فرار از دین یا اضرار به طلبکاران قصد اعمال آن‌ها را نداشته باشد ولی در هنگام ورشکستگی هنوز مدت آن‌ها منقضی نشده باشد. با ورشکستگی، مدیر تصفیه جانشین ورشکسته در اعمال این حق فسخ‌ها خواهد بود. جالب اینکه قانون‌گذار به‌رغم نظر بعضی (Sotoudeh 1971: 183; Anvaripour 1974: 87 and Eskini 1996: 75) حق فسخ استثنایی‌ای را که به شرح فوق برای زمان قبل از توقف مقرر نموده برای زمان بعد از توقف مقرر نموده است. ولی چون وجود حق فسخ امری استثنایی است بدون مستند و استدلال متقن نمی‌توان آن را به بعد از توقف تسری داد. در این رابطه، بعضی (Anvaripour 1974: 86 and Katebi 1996: 308) برای تسری دادن این موضوع استثنایی به قاعده اولویت استناد می‌کنند ولی در مقابل می‌توان گفت که قانون‌گذار در مقام بیان از تسری این مورد به دوره بعد از توقف استنکاف نموده است پس در واقع موافق نبوده که این مورد به آن دوره تسری داده شود. البته، وقوع این موضوع در فاصله توقف تا ورشکستگی باعث به‌تقصیر شدن ورشکستگی تاجر می‌شود. همان‌طور که در بالا گفته شد موارد زیادی وجود دارند که به نظر می‌رسیده قانون‌گذار برای دوره فاصله توقف تا ورشکستگی در مورد آن‌ها باید حکم خاصی صادر می‌کرده ولی چنین نکرده است.

همان‌طور که گفته شد همه معاملات تاجر متوقف در فاصله توقف تا ورشکستگی مطابق ماده ۴۲۳ ق.ت. اصولاً صحیح هستند. استثنائاً تعدادی از معاملات تاجر متوقف در این فاصله باطل تلقی

می‌شوند. به نظر می‌رسد علت باطل تلقی شدن آن‌ها نیز به‌رغم نظری که بعضی (Saqri 1997: 292) مطرح کرده‌اند، فرض به انگیزه فرار از دین بودن آن‌ها یا به انگیزه به ضرر طلبکاران بودن آن‌ها می‌باشد. این موارد استثنایی توسط قانون‌گذار در سه دسته هبه، صلح محاباتی و هرگونه نقل و انتقال بلاعوض؛ تأدیه هر قرض اعم از حال یا مؤجل به هر وسیله‌ای که به عمل آمده باشد؛ و مقید کردن اموال ورشکسته که به ضرر طلبکاران باشند، دسته‌بندی شده‌اند. بدیهی است آن‌گونه که بعضی (Roshan & Mozaffari 2010: 72) نیز ابراز نموده‌اند، این موارد قابل تسری به موارد مشکوک نمی‌باشند. این معاملات اصولاً صوری یا با تبانی نیستند گرچه ممکن است استثنائاً با تبانی بودن آن‌ها ثابت شود. پس، این معاملات از مواردی هستند که بدون اینکه صوری بوده یا با تبانی باشند هم باطل تلقی می‌شوند.

یعنی برخلاف آنچه در کامن‌لا (Prentice 2012: 1531) معمول است، حتی اگر طرف معامله از متوقف بودن تاجر بی‌اطلاع باشد این معاملات استثنایی باطل خواهند بود. چون این معاملات می‌توانند صوری یا با تبانی نباشند پس به این ترتیب با سه گروه از معاملات باطل روبرو هستیم: صوری، با تبانی و خاص (مواردی که در این مبحث به آن‌ها پرداخته شد). به‌رغم نظر بعضی (Roshan & Mozaffari 2010: 77)، نمی‌توان گفت که گروه اول (صوری) و دوم (با تبانی) در حکم ضمانت اجرای بطلان معاملات گروه سوم (خاص) می‌باشند. درباره این موارد خاص نکاتی قابل ذکر است.

۲-۲-۱. نقل و انتقال بلاعوض

آن‌گونه که در کامن‌لا (Vaquer 2003: 201) نیز معمول است، نقل و انتقال بلاعوض نقطه مرکزی معامله به انگیزه فرار از دین و معامله به ضرر طلبکاران تلقی می‌شود. برای مثال، آن‌گونه که در کامن‌لا (Clancy and Carroll 2007: 17) نیز مطرح شده پرداخت مزایا و پاداش فوق‌العاده به کارکنان تاجر (اعم از حقیقی یا حقوقی) نیز می‌تواند از مصادیق نقل و انتقال بلاعوض باشد. با این حال، جای تعجب است که به‌رغم آنچه در کامن‌لا (Vaquer 2003: 214) معمول است، قانون‌گذار فروش به مظنه‌ای ارزان‌تر یا خرید به مظنه‌ای گران‌تر را جزء این موارد ذکر نکرده است. به عبارتی اگرچه معاملات کلاً بلاعوض مشمول این موارد است ولی موارد جزئاً بلاعوض مشمول آن‌ها نیست. ترجیح بعضی از طلبکاران در تأدیه طلب آن‌ها که باعث به تقصیر

تلقی شدن ورشکستگی تاجر می شود در میان موارد استثنایی فوق ذکر شده است ولی فروش به مظنه ای ارزان تر یا خرید به مظنه ای گران تر که آن هم باعث به تقصیر تلقی شدن ورشکستگی تاجر می شود در میان این موارد نیامده و به رغم نظر بعضی (Eskini 1996: 74 and Mohammadi 2007: 227) باطل نیست. همچنین مقید کردن دارایی تحت عنوان ضمانت توسط متوقف نه حتماً ولی با نظر قاضی می تواند از موجبات ورشکستگی به تقصیر باشد باین حال این امر باطل قلمداد شده است.

در واقع، معاملات بلاعوض یا معاملات با عوض جزئی لحاظ شده اند ولی آن گونه که دیگران (Katebi 1996: 308 and Hasani 2001: 624) هم ابراز نموده اند، به معاملات معوض اهمیت داده نشده است حتی اگر آن معاملات با تخفیف زیاد همراه باشند. طبعاً خرید از طریق مزایده یا فروش از طریق مناقصه نیز ایرادی نخواهند داشت. همچنین تفاوتی میان خرید نقد یا نسیه نخواهد بود. برای مثال، ممکن است آن گونه که در کامن لا (Tabb 2014: 951) نیز مطرح شده است، تاجر بابت خریدی که می کند از چک یا کارت اعتباری استفاده کند. در واقع، قاعدتاً باید معاملات باطل در فاصله توقف تا ورشکستگی به طور کامل انعکاس معاملاتی می شد که انجام آن ها منجر به ورشکستگی به تقصیر یا به تقلب می شود ولی چنین نشده است.

بدیهی است نقل و انتقال بلاعوض می تواند علاوه بر عین، حق و آن گونه که دیگران (Anvaripour 1974: 82 and Eskini 1996: 76) هم ابراز نموده اند، منفعت را نیز دربرگیرد. همچنین آن گونه که در کامن لا (Maither 2015: 2142) نیز معمول است، منفعت می تواند از نوع عمل شخص تاجر باشد به این صورت که او خدماتی را به طور مجانی برای دیگری انجام دهد. ولی به رغم نظر بعضی (Saqri 1997: 295 and Hasani 2001: 624)، به نظر نمی رسد که این معاملات ناقله علاوه بر عقود، ایقاعات، برای مثال ابراء، را هم در بر بگیرند. گرچه بعضی (Gholizadeh & Rahbari 2004: 107) خلاف این نظر را ابراز نموده اند. خصوصاً که در مقام شک اصل بر عدم تسری موارد استثنایی است. گرچه قانون گذار در این مورد تأدیه قرض را از مصادیق معاملات تلقی کرده ولی مسلماً تأدیه قرض ایقاع نیست. همچنین به رغم نظر بعضی (Anvaripour 1974: 82; Katebi 1996: 309; Eskini 1996: 76 and Saqri 1376: 295) حق انتفاع از مقوله نقل و انتقال نیست چون در آن آن گونه که دیگران (Gholizadeh 2008: 99) هم ابراز نموده اند، منفعت به ذینفع منتقل نمی شود بلکه اباحه انتفاع واقع می شود. باز اینکه معاملات

ناقله بلاعوض آن گونه که دیگران (Gholizadeh & Rahbari 2004: 108) هم ابراز نموده‌اند، فقط شامل موارد ایجابی است و برخلاف آنچه در کامن لا (Bennett 2008: 327) معمول است، موارد سلبی نظیر رد هبه را دربر نمی‌گیرد.

بی‌تردید تاجر متوقف در فاصله توقف تا ورشکستگی می‌تواند ازدواج، اعم از دائم یا منقطع نماید. ولی ماهیت مهریه در این باره قابل بحث است، زیرا اگر مهریه را برخلاف هبه که تحقق آن منوط به قبض عین موهوبه است و از این نظر با مهریه متفاوت است، از مقوله نقل و انتقال بلاعوض حساب کنیم، با توجه به قداست نکاح چاره‌ای نخواهد ماند غیر از اینکه نکاح را صحیح ولی مهریه را باطل تلقی کنیم. درباره مهریه حداکثر مسامحه‌ای که می‌توان کرد آن است که آن گونه که در کامن لا (Bennett 2008: 336) هم مطرح است، آن را صحیح تلقی کرده ولی به عنوان طلبکار متفاوت^۱ اجازه ندهیم که زوجه مزبور بابت وصول مهریه خود در صف غرماء قرار بگیرد. چنین زوجه‌ای می‌تواند بعد از ختم تصفیه ورشکستگی مهریه‌اش را مطالبه نماید. البته به چنین زوجه‌ای نفقه به مقداری که توسط عضو ناظر یا اداره تصفیه در نظر گرفته می‌شود، تعلق می‌گیرد.

ولی وضعیت نکاح منقطع متفاوت است چون در آن زن اصولاً حق مطالبه نفقه ندارد پس مهریه برای او به نوعی در حکم نفقه است. شاید به همین دلیل است که عدم تعیین مهریه برخلاف نکاح دائم در نکاح منقطع منجر به بطلان عقد می‌شود. بدین ترتیب، باید اجازه داد که چنین زوجه منقطعه‌ای در صف غرماء قرار گرفته مهریه خود را مطالبه کند ولی قسمت قابل مطالبه مهریه او به خاطر رعایت غبطه طلبکاران با توجه به مدت نکاح او بیش از مقدار نفقه‌ای که برای آن مدت به زوجه دائم تعلق می‌گیرد نخواهد بود.

۲-۲-۲. تأدیه هر قرض

درباره تأدیه هر قرض، قانون‌گذار تأدیه از طریق تهاتر، احتساب، انتقال دین، انتقال طلب، تبدیل تعهد و نظایر آن‌ها را نیز مسدود نموده و به‌رغم نظر بعضی (Anvaripour 1974: 84)، با صراحت قانونی آن گونه که دیگران (Eskini 1996: 77) هم نظر داده‌اند، تفاوتی میان قروض با

1- Deferred creditor

وثیقه یا بی وثیقه همچنین میان بدهی‌های بازرگانی و غیر بازرگانی نخواهد بود. پرداخت طلب طلبکاران با وثیقه مستلزم فروش مورد وثیقه بعد از انجام ارزیابی با مزایده تحت مدیریت مدیر تصفیه است، پس قبل از صدور حکم ورشکستگی شرایط آن فراهم نیامده است. بعد از تأدیه طلب با وثیقه در فاصله توقف تا ورشکستگی و بازپس گرفتن مال مورد وثیقه ممکن است معلوم شود که آن مال در صورت فروخته شدن کفاف طلب طلبکار مزبور را نمی‌داده پس به اندازه کسری قیمت مال مزبور به طلب طلبکار، او با تأدیه دین به دیگران ترجیح داده شده است. با این حال، چاره‌ای جز مجاز تلقی کردن پرداخت بدهی‌هایی که از مستثنیات دین نظیر نفقه زوجه و اولاد هستند، نخواهد بود. شاید بتوان گفت همین‌طور خواهد بود اجاره‌بهای خانه و اقساط وام مسکن.

آن گونه که در حقوق بعضی کشورهای اروپایی (Lurger and Faber 2011: 713) نیز معمول است، مهم آن است که به این ترتیب بعضی از طلبکاران بر بعضی دیگر ترجیح داده شده باشند. ضمن اینکه آن گونه که رأی وحدت رویه شماره ۵۶۱ مورخ ۱۳۷۰/۰۳/۲۸ دیوان عالی کشور نیز مقرر نموده است، در این رابطه تفاوتی میان قروضی که برای وصول آن‌ها دادگاه حکم صادر نموده و سایر قروض نیز نخواهد بود. همچنین به رغم نظر بعضی (Rastin 1972: 450)، قروضی که برای آن‌ها مالی تأمین یا توقیف شده با سایر قروض تفاوت نخواهد داشت و میان مطالباتی که برای آن‌ها اجرائیه صادر شده یا نشده باشد نیز تفاوتی نخواهد بود، مگر اینکه آن گونه که دیگران (Shams 2006: 477) هم ابراز نموده‌اند، مال تأمین یا توقیف شده آن‌چنان که قانون آیین دادرسی مدنی مقرر نموده عین خواسته باشد. در این مورد، کلی در معین هم در حکم عین معین خواهد بود. بدیهی است تأدیه لازم نیست حتماً نقدی باشد و آن گونه که بعضی (Erfani 1987: 77 and Eskini 1996: 140) ابراز نموده‌اند، می‌تواند به وسیله اسناد تجاری نظیر چک، اوراق سهام یا اوراق مشارکت نیز باشد.

بی تردید تقسیم سود و اندوخته قابل تقسیم برای شرکت متوقف در قبل از توقف ایرادی ندارد ولی ظاهراً آن گونه که در کامن‌لا (Bennett 2008: 332) نیز مطرح شده است، بعد از توقف تأدیه سود یا اندوخته قابل تقسیم به سهامداران یا شرکای شرکت متوقف از مصادیق تأدیه قرض (بدهی) به حساب می‌آید و باطل می‌باشد. منظور این نیست که سود یا اندوخته متعلق به شرکا صرف پرداخت بدهی‌های شرکت گردد بلکه به نظر احتمالاً اشتباه محاسبه شده یا تقلب شده و گرنه با لحاظ دقیق و کامل بدهی‌ها آن گونه که در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ ق.ت.

مقرر شده قرار نبوده شرکت سود یا اندوخته‌ای نشان دهد.

۳-۲-۲. مقید کردن هر مال

قانون‌گذار مقید کردن اموال را اگر به ضرر طلبکاران باشد، باطل اعلام کرده ولی خرید یا فروش را حتی اگر به ضرر طلبکاران باشد، نیز باطل اعلام نکرده است. مثلاً تاجر ممکن است در این دوره کالاهایی بخرد که فروش آن‌ها آسان نیست یا کالاهایی را بفروشد که قیمت آن‌ها به سرعت در حالت رشد بوده و نباید فعلاً فروخته می‌شده است. همه این موارد صحیح تلقی می‌شوند. پس به‌رغم نظر بعضی (Sotoudeh 1971: 179)، نمی‌توان گفت در فاصله توقف تا ورشکستگی هر معامله تاجر که به ضرر بستانکاران باشد باطل است. ظاهراً در این باره آن‌گونه که دیگران (Anvaripour 1974: 85 and Eskini 1996: 78) هم ابراز نموده‌اند، رهن مصداق اصلی مقید کردن مال است. البته به‌رغم نظر بعضی (Saqri 1997: 286)، رهن تنها مصداق این امر نیست. همچنین دادن حق انتفاع اعم از دائم یا موقت و دادن حق ارتفاق می‌توانند از مصداق مقید کردن مال باشند بی‌اینکه در آن‌ها در واقع نقل و انتقالی اتفاق افتاده باشد. آن‌گونه که بعضی (Eskini 1996: 78) هم ابراز نموده‌اند، اگر نقل و انتقال اتفاق بیافتد دیگر آن امر مصداق مقید کردن نخواهد بود. پس برخلاف آنچه ق.م. مقرر نموده وقتی که توسط تاجر متوقف در فاصله توقف تا ورشکستگی او منعقد شده باشد باطل خواهد بود. ممکن است تاجر قرضی گرفته و باغ خود را رهن بگذارد ظاهراً چنین رهنی به ضرر طلبکاران تلقی نمی‌شود و صحیح خواهد بود. منظور این است که برای قرضی که دارد می‌گیرد رهن بدهد و گرنه رهن دادن برای قرض گذشته مسلماً به ضرر سایر بستانکاران خواهد بود.

آن‌گونه که بعضی (Eskini 1996: 78 and Zanganeh 1974: 338) ابراز نموده‌اند، اینکه تاجر متوقف به یکی از طلبکاران رهن بدهد مصداق مقید کردن خواهد بود. به‌رغم نظر بعضی (Farahani 1989: 125)، اینکه عین مرهونه بعداً کم ارزش یا بی‌ارزش شود نیز مانع از این بطلان نیست. همچنین است اگر به‌رغم نظر بعضی (Saqri 1997: 324)، تاجر متوقف به یکی از طلبکاران بابت طلبی که دارد چک تضمین شده بدهد. در این مورد، آن‌گونه که بعضی (Zanganeh 1974: 338) نیز تلویحاً ابراز نموده‌اند و آن‌گونه که در کامن‌لا (Lurger and Faber 2011: 709) نیز معمول است، ظاهراً چنین مقید کردنی حتی اگر به نفع همه طلبکارها بوده و فقط

به ضرر یکی از طلبکارها باشد یا اینکه به نفع دارندگان مقدار زیادی از طلب‌ها بوده و به ضرر دارندگان مقدار کمی از طلب‌ها باشد باز هم باطل است.

ظاهراً آن گونه که دیگران (Katebi 1996: 309) هم تلویحاً ابراز نموده‌اند، در این رابطه ضامن شدن هم از مصادیق مقید کردن مال است. چون در نهایت مضمون به قرار است از اموال تاجر برداشته شود. در این رابطه ضمانت اگر از نوع نقل ذمه به ذمه باشد به بدهکاری منجر می‌شود و این حالت ظاهراً فراتر از مقید کردن بوده صحیح می‌باشد. ضمانت اگر از نوع ضم ذمه به ذمه باشد طلبکار ممکن است اصلاً به ضامن رجوع نکند یا امکان رجوع به او معلق به مراجعه قبلی به مضمون‌عنه باشد پس به مقید کردن شبیه‌تر است. باید دید چنین ضمانتی به ضرر طلبکاران هست یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال باید به شخص مضمون‌عنه و میزان توانایی مالی او، همچنین به نوع دین و مقدار آن توجه کرد. متأسفانه عقد ضمان از عقود مسامحی است و بابت دینی که مقدار آن مشخص نیست و دینی که در آینده پدید می‌آید نیز منعقد می‌گردد. پس ظاهراً ضامن شدن متوقف اصولاً به ضرر طلبکاران است. نکته دیگری هم مؤید این مطلب است به این صورت که ضمانت عقدی است که به موجب آن در نهایت ضامن یک بدهی را پرداخت کرده، اگر موفق شود، معادل آن را از مضمون‌عنه دریافت می‌کند؛ پس نگرانی‌ای که در این میان متحمل می‌شود قاعدتاً عوضی ندارد. از این نظر می‌توان عقد ضمان را اعم از اینکه عادی یا تضامنی باشد آن گونه که در کامن‌لا (Tabb 2014: 594) هم مطرح شده است، اصولاً عقدی بلاعوض تلقی و آن را مصادق معاملات بلاعوض فوق محسوب و حکم به بطلان آن نمود. رهن گذاشتن برای بدهکاری دیگران هم چنین وضعیتی خواهد داشت.

با این حال به‌رغم نظر بعضی (Anvaripour 1974: 85)، نمی‌توان معاملات با حق استرداد، برای نمونه بیع شرط (اگر مشخص شود که منظور واقعاً بیع شرط بوده است)، و اجاره را از مصادیق مقید کردن دانست چون آن گونه که بعضی (Eskini 1996: 79) نیز ابراز نموده‌اند، در این گونه موارد نقل وانتقال اعم از عین یا منفعت واقع شده و تملیک و تملک به‌طور کامل اتفاق می‌افتد. البته، خود اجاره انتقال منفعت است و چون مانع از تقویت منفعت مال می‌شود اصولاً به نفع طلبکاران است و قاعدتاً نباید مقید کردن حساب شود. ولی چون اجاره عین مورد اجاره را برای مدت اجاره مقید می‌کند، این امر مقید کردن عین حساب شده منجر به بطلان آن (اجاره) می‌شود.

نتیجه‌گیری

معاملات صوری و با تبانی ورشکسته پیش از این هرگز به طور مستقل مورد تجزیه و تحلیل قرار نگرفته بوده‌اند. تحلیل حقوقی فوق نشان داد که معاملات صوری یا با تبانی درباره مستثنیات دین مصداق پیدا نمی‌کنند. همچنین قانون‌گذار اصولاً معاملات ورشکسته را در قبل یا بعد از توقف صوری یا با تبانی تلقی نمی‌کند حتی اگر ورشکستگی به تقصیر یا به تقلب باشد. در واقع قانون‌گذار به ورشکسته سوءظن ندارد؛ بنابراین، وضعیت معاملات صوری و با تبانی با جابجایی تاریخ توقف هم متأثر نخواهد شد. به معاملات صوری یا با تبانی که منجر به ضرر طلبکاران نشده باشد در عمل اهمیتی داده نمی‌شود. با بطلان معامله صوری یا با تبانی طرف مقابل ورشکسته اگر مستحق استرداد مال کلی یا کلی در معین از ورشکسته بوده برای دریافت آن مجبور به ایستادن در صف غرما نمی‌شود ولی اگر مستحق دریافت مال کلی فی‌الذمه اعم از عین، منفعت یا حق بوده مجبور می‌شود در صف غرما بایستد.

معاملات صوری همیشه باطل‌اند. در این باره، گرچه هر معامله صوری معامله با تبانی نیز هست ولی هر معامله با تبانی لزوماً صوری نیست. وضعیت حقوقی معاملات واقعی (غیر صوری) بسته به با تبانی یا بی تبانی بودن آن‌ها فرق می‌کند. علم به ارزان‌تر یا گران‌تر بودن مال مورد خریداری یا مورد فروش، همچنین علم به وضعیت نابسامان تاجر (فروشنده یا خریدار) ملاک تشخیص تبانی است. معاملات غیر صوری بی تبانی اصولاً صحیح‌اند، ولی ماده ۲۱ ق.ن.ا.م.م. برای بدهکاری که چنین معامله‌ای را به انگیزه فرار از دین انجام داده و به ضرر طلبکاران عمل کرده باشد مجازات در نظر گرفته است. معاملات غیر صوری با تبانی در هر حال باطل‌اند؛ حتی اگر به دلایلی حق فسخی در آن‌ها نهفته باشد. قانون مدنی هم علاوه بر معاملات صوری با جهت فرار از دین (جهت نامشروع)، معاملات غیر صوری با آن جهت را نیز مورد توجه قرار داده، باطل قلمداد نموده، و از این نظر فاصله چندانی از ق.ت. نگرفته است.

قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی گرچه به طور تلویحی، ولی در واقع تقسیم‌بندی قانون تجارت درباره این گونه معاملات را مدنظر قرار داده و وضعیت حقوقی‌ای که برای انواع معاملات صوری و با تبانی در نظر گرفته تفاوت زیادی با وضعیت حقوقی در نظر گرفته شده در قانون تجارت ندارد. آن قانون با بی سلیقگی کامل به طور تلویحی معاملات با تبانی بدهکار را «قابل فسخ توسط

دادگاه» تلقی کرده است. در نتیجه، در واقع، درباره بدهکاران غیر ورشکسته نیز تقریباً تقسیم‌بندی‌های ق.ت. اصولاً با همین وضعیت حقوقی قابل اعمال خواهند بود.

معاملات غیرصوری بدون تبانی ورشکسته (جهت تبدیل دارایی به مستثنیات دین) اگر به انگیزه فرار از دین و ضرر رساندن به طلبکاران در بعد از توقف منعقد شده باشند، به دلیل مقید کردن دارایی متوقف به استناد ق.ت. باطل خواهند بود، اما چنین معاملاتی اگر در قبل از توقف منعقد شده باشند، به استناد ماده ۲۵ ق.ن.ا.م.م. صحیح تلقی شده ولی حاصل آن‌ها مستثنیات دین محسوب نخواهد شد. وقف دارایی توسط ورشکسته به عنوان معامله‌ای غیرصوری و بدون تبانی، در فاصله توقف تا ورشکستگی باطل ولی قبل از توقف به استناد ماده ۶۵ ق.م. غیر نافذ و مستنبت از ق.ت. صحیح قابل ابطال توسط طلبکاران (مدیر تصفیه) خواهد بود. معاملات غیرصوری بدون تبانی قبل از توقف را مدیر تصفیه می‌تواند استثنائاً فسخ کند. این حق گرچه شبیه خیار غبن است ولی تفاوت‌های متعددی به شرح متن با آن دارد. مدیر تصفیه باید عوض معامله را اعم از عین یا دین، مطابق قاعده به طور کامل به طرف مقابل تحویل دهد تا بتواند معامله را فسخ کند. این حق فسخ قابل تسری به بعد از تاریخ توقف نیست.

معاملات غیرصوری بدون تبانی متوقف جز در موارد استثنایی ذکر شده در ق.ت. اصولاً صحیح‌اند، ولی چنین معاملاتی اگر درباره دارایی متوقف توسط سایرین انجام شوند به استناد ماده ۵۵۷ ق.ت. بلااستثناء باطل خواهند بود. انتظار می‌رفت استثنائات مذکور قاعداً انعکاسی از معاملاتی باشند که ورشکستگی را به تقصیر بدل می‌کنند ولی چنین انعکاسی به طور کامل انجام نشده است. در استثنائات ذکر شده نقل و انتقال بلاعوض علاوه بر عین، شامل منفعت و حق نیز هست ولی شامل ایقاعات نمی‌شود. البته نقل و انتقال متضمن حق انتفاع و موارد سلبی نیست. مهریه نکاح دائم را نیز می‌توان نقل و انتقال بلاعوض دانسته آن را باطل تلقی نمود یا با مسامحه آن را صحیح دانسته ولی امکان وصول آن را موکول به ختم تصفیه نمود. مهریه نکاح منقطع در حکم نفقه است پس در حد نفقه قابل مطالبه خواهد بود.

ادای قرض در فاصله توقف تا ورشکستگی حتی اگر برای آن حکم قطعی دادگاه صادر شده، اجرائیه صادر شده، مال توقیف شده، یا مال رهن گرفته شده باشد، باطل است. این وضعیت شامل استرداد عین معین نخواهد بود. به این ترتیب، تقسیم سود و اندوخته از سوی شرکت به شرکا بعد از تاریخ توقف نیز باطل خواهد بود. از میان قروض، پرداخت نفقه زوجه و اولاد، همچنین اجاره‌بهای

منزل و اقساط وام مسکن به خاطر از مستثنیات تلقی شدن آن‌ها باطل نخواهد بود. مصداق اصلی مقید کردن مال از سوی تاجر متوقف رهن دادن اموال غیر مستثنیات دین به ضرر طلبکاران است؛ دادن حق انتفاع، حق ارتفاق، اجاره، ضمانت تضامنی و چک تضمین شده هم همین طور.

پرداختن قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به موضوع معاملات صوری و با تبانی به عنوان قانون خاص لاحق تا حد زیادی باعث کنار رانده شدن قانون مدنی به عنوان قانون عام سابق در این باره شده است. با این حال، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و برداشتی که آن قانون از راه حل‌های قانون تجارت در این باره داشته کمک می‌کند معلوم شود که قانون مدنی در واقع این تقسیم‌بندی‌ها را گرچه به طور مبهم ولی در این سال‌های طولانی (مخصوصاً با اصلاحاتی که بعد از انقلاب در آن به عمل آمده) همواره به صورت مستتر دربرداشته است.

به طور کلی قانون‌گذار گرچه هماهنگی میان موجبات بطلان معاملات ورشکسته و موجبات به تقلب شدن ورشکستگی او را رعایت کرده ولی برخلاف انتظار، هماهنگی کامل میان موجبات بطلان معاملات ورشکسته و موجبات به تقصیر شدن ورشکستگی او را رعایت نکرده است. در واقع مقرراتی لازم بوده تا در هماهنگی با موجبات به تقصیر شدن ورشکستگی، معاملات ناشی از زیاد شدن مخارج ورشکسته از درآمد او، معاملات متضمن فروش به قیمت ارزان‌تر یا خرید به مظنه گران‌تر، و معاملاتی که نتیجه آن‌ها سرمایه‌گذاری برای کسب سود موهوم بوده را نیز باطل اعلام کند. لازم است این موارد در اصلاحات آتی قانون تجارت مورد توجه قرار گیرند. بر طرف شدن این ناهماهنگی مسلماً می‌تواند به ارتقای سطح مقررات ورشکستگی بینجامد.

References

- [32] Anvaripour, Mohsen. (1974) Bankruptcy in Iranian Law. Tehran: Babak Publications.
- [33] Bennett, Frank. (2008) Bennett on Bankruptcy. Toronto: CCH Canadian Limited.
- [34] Clancy, Noreen, and Stephen J. Carroll. (2007) Identifying Fraud, Abuse, and Error in Personal Bankruptcy Filings. Santa Monica, CA: RAND Corporation.
- [35] Erfani, Mahmoud. (1987) Business Law - Bankruptcy of Companies

- and Traders. Volume 3. Tehran: Jahadedaneshgahi Publications.
- [36] Eskini, Rabia. (1996) Trade law- bankruptcy and Liquidation. Tehran: Samt.
- [37] Farahani, Mohammad Hossein Ghaem Magham. (1989) Trade Law - Bankruptcy and Liquidation. Tehran: University of Tehran Press.
- [38] Fathi, Amir. (2006) "Transaction with the Intention of Evading Debt and Guaranteeing Its Implementation - Final episode." Dadresi 10, No. 59: 26-35.
- [39] Gholizadeh, Ahad, and Ebrahim Rahbari. (2004) "Investigation of the Legal Status of Transactions with the Motive of Evading Debt." Journal of the Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan 16, No. 2: 101-123.
- [40] Gholizadeh, Ahad. (2008) "Analysis of the Relationship between the Endowment's Subject and the Endower and Its Effects before and after the Decline of Endowment in Civil Law of Iran." Articles and Reviews 41, No. 89:99-119.
- [41] Hasani, Hassan. (2001) Trade Law. Tehran: Mizan.
- [42] Izadifard, Ali Akbar, and Hossein Kaviar. (2010) "Transaction with the Intention of Evading Debt in Jurisprudence and Law." Quarterly Journal of Jurisprudence and Principles of Islamic Law 7, No. 22:31-49.
- [43] Katebi, Hosseingholi. (1996) Trade Law. Tehran: Ganj Danesh.
- [44] Lurger, Brigitta, and Wolfgang Faber. (2011) Principles of European Law - Acquisition and Loss of Ownership of Goods). Munich: Sellier. European Law Publishers.
- [45] Maither, Lyndon. (2015) Canadian Bankruptcy/ Insolvency and Companies' Creditors Arrangement Law: Provisions, Precedents and Materials. Montreal: Mona Parsons Commemoration Project.
- [46] Mohammadi, Jalil. (2007) Commercial Law. Tabriz: Foruzesh.
- [47] Pedamon, Catherine. (2015) "Theory of Fraud in French Law: *fraus omnia corrumpit* - Old law, New opportunities?" In Research Handbook on International Financial Crime, by Barry Rider, 338-356. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

- [48] Prentice, D.D. (2012) "Death and Bankruptcy." In Chitty on Contracts: General Principles, by Joseph Chitty and H.G. Beale, 1519-1551. Glasgow: Sweet & Maxwell.
- [49] Rasainia, Nasser. (2009) Trade Law. Tehran: Avaye Noor Publications.
- [50] Rastin, Mansour. (1972) Commercial Law. Tehran: University of Tehran Press.
- [51] Razani, Bahman. (2014) "Fictitious Transaction, Advocacy and Advocacy Transaction." Monthly Magazine of Kanun 54, No. 138 and 139: 19-41.
- [52] Roshan, Mohammad, and Mostafa Mozafari. (2010) "Reviewing the Effects of Bankruptcy Verdict and Its Removal." Quarterly Journal of Law 40, No. 101: 71-89.
- [53] Saberi, Hossein, and Hossein Halabian. (2013) "Redressing the Economic Rights of Creditors in Transactions with the Intention of Evading Debt." Encyclopedia of Economic Rights 20, No. 3: 24-54.
- [54] Saqri, Mohammad. (1997) Commercial Law, Bankruptcy, Theoretical and Practical. Tehran: Joint Stock Company of Enteshaar.
- [55] Shams, Abdullah. (2006) Civil Procedure. Volume 3. Tehran: Drock Publications.
- [56] Sotoudeh, Hassan. (1971) Trade Law. Volume 4. Tehran: Dehkhoda Publications.
- [57] Tabb, Charles Jordan. (2014) Law of Bankruptcy. New York: West Publishing Corporation.
- [58] Tafreshi, Mohammad Issa. (1997) "The Effect of Bankruptcy Verdict on Bankrupt Trader Transactions According to the Principles and Bases of Civil Law." Modarres, No. 5: 54-74.
- [59] Vaquer, Antoni. (2003) "From Revocation to Non-Opposability: Modern Developments of the Paulian Action." In Regional Private Laws Codification in Europe, by Hector MacQueen, Antoni Vaquer and Santiago Espiau, 199-218. Cambridge: Cambridge University Press.
- [60] Vaquer, Antoni. (2007) "Traces of Paulian Action in Community Law." In New Features in Contract Law, by Reiner Schulze, 421-439.

Munich: Sellier. European Law Publishers.

- [61] Yeo, Victor, and Pauline Gan. (2016) "Insolvency Law in Singapore."
In *Insolvency Law in East Asia*, by Roman Tomasic, 375-425.
London: Routledge.
- [62] Zanganeh, Abdul Hamid Azami. (1974) *Commercial Law*. Tehran:
Nameless.

Comparative Study of Exposure to Cryptocurrencies in the Legal Systems of Iran and the United States

Seyed MohammadMahdi
Ghamamy¹

*Member of the Faculty of Public Law,
Faculty of Law, Imam Sadiq
University.*

MohammadReza Alipoor²

*PhD student in Public Law, Imam
Sadiq University.*

Received 2021/04/16

Accepted 2022/03/11

ABSTRACT

Cryptocurrencies, as a new generation of financial technologies, have been the cause of changes in the world for many years, and governments confront different challenges in organizing them. It seems that Iran despite high financial transactions in this regard is one of the countries that has not yet reached a precise and coherent decision to deal with this emerging phenomenon. On the other hand, the United States, as one of the countries that has dealt with this issue from different dimensions, has been considered by various researchers.

Therefore, the authors' question in this article is "What is the legal nature of cryptocurrencies in the legal system of Iran and the United States and how to manage it in the monetary-banking national system?" In this article, with a descriptive-analytical method, has tried to examine the documents, legal principles and laws and regulations related to cryptocurrencies in the Iranian and United States legal systems, to examine the regulation of this phenomenon in the two mentioned systems.

According to the achievements of this article, some of cryptocurrencies are asset-based and some them are money, so it is requiring different policies.

On the other hand, the monetary-banking system must take the necessary measures to support the miners and to respect their rights in international monetary transactions and exchanges, by observing certain requirements, including the prevention of money laundering.

Keywords: Blockchain, Regulatory, Digital Currency, Cryptocurrency, Money Laundering

INTRODUCTION

Development of new technologies has created many changes in different fields of life. Economy as one of the most important dimensions of human life has changes by communication and information technologies that transformed traditional rules and principles. So, the governors have duty to regulating and managing the affairs of societies, face new challenges in regulating these technological and new areas which require finding key solutions to deal with it correctly.

Cryptocurrencies, as one of the new economic phenomena, that develop based on blockchain technology with unique features, have brought changes in the economy of societies in recent years. This phenomenon, that is still vague for many legal and economic systems, has made many challenges for governors, which are considered a serious threat to the banking systems. The government of the United States of America, as one of the leading governments in cryptocurrency regulation, that can be a suitable experience for more regulatory transparency in this field.

In this article, the authors compared the regulatory status of cryptocurrencies in Iran and the United States of America to answer the question, "What is the legal nature of cryptocurrencies in the legal system of Iran and the United States and how to manage it in the monetary-banking system?" They are faced with questions such as "What is the correct policy towards cryptocurrencies", "What is the optimal status of the competence of regulatory institutions in Iran's legal system" and "What is the preliminary research for making regulatory decisions". Until now, researchers in the country have research of different topics of cryptocurrencies. Regarding the

nature and approaches of regulation, we can refer to the article "Legal examination of mining and exchange of cryptocurrencies with a focus on the Bitcoin network" which was published in 2018. In this article, the researchers have thoroughly investigated the types of jurisprudential theories about cryptocurrencies and try to identify the legality or illegitimacy of using cryptocurrencies in economic transactions, while examining the characteristics and jurisprudential criteria of property and money.

PURPOSE

Regulate Cryptocurrencies need more governmental experience and governors should carefully examine the effects of regulation in other countries. Examining these experiences by considering the legal foundations and approaches of these countries is one of the preliminaries of a comparative study.

On the other hand, different countries have chosen different methods of regulation in this field, and different results have happened for them, through their analysis, a solution can be extracted according to the country's legal foundations and from it to solve the current problems or Future problems used.

The goal of the researchers is to compare the way of regulating cryptocurrencies in the United States of America with the way of regulating this issue in Iran. This suggestion may be a practical action, the adoption of a new law or regulation, a modification of previous laws and regulations, or a combination thereof.

METHODOLOGY

Researchers try to study the position of cryptocurrencies and understanding the basic concepts of cryptocurrencies and regulation in Iran and United States of America with a descriptive-analytical method.

FINDINGS

New technologies have caused the transformation of economic relationships

and has created a set of new relationships and tools that are called "digital economy". In this article, while paying attention to the foundations of the two legal systems of the Islamic Republic of Iran and the United States of America, the regulation of activities related to cryptocurrencies in various fields was examined and the following results were obtained:

1. Cryptocurrencies have the nature of "financial assets" in the legal system of the United States of America, while in the legal system of the Islamic Republic of Iran, their nature has not yet been clearly defined. In some cases, it has been considered a financial asset and in others it has been considered as money, but recently some approaches believe that cryptocurrencies are a kind of asset and name it "crypto assets". which seems to be more correct considering the nature of financial assets for cryptocurrencies due to its technical and legal characteristics.
2. In both countries, the principle is non-interference in the economic relations of individuals. In the legal system of the United States of America, market failure and the possibility of damage to social justice are the factors that give this government permission to regulate cryptocurrencies, and in the legal system of the Islamic Republic of Iran, the explicit conflict of cryptocurrencies or the creation of conflicts by them. With internal laws and Islamic rules and standards, it allows the governors to regulate in this area.
3. The acceptance of cryptocurrencies in the society's custom in economic relations in both countries is the basis for their recognition and accreditation; The limits of this credit in the United States of America are as long as the use of cryptocurrencies and its effects are not against social justice, but in the Islamic Republic of Iran, the possibility of limiting the economic independence of the country and not observing a fair economy are among the things that can be caused by cryptocurrencies, that can prevent them from being valid in the country. However, the central bank and the government board, regardless of the limits of their authority, have prohibited any exchange of cryptocurrency in domestic exchanges, and in foreign exchanges, while not accepting risk, they have only recognized trading with it.
4. The use of cryptocurrencies as a means of payment and financial

exchange in the United States of America is legal and can be done without government intervention, while in the Islamic Republic of Iran transactions that are carried out with the exchange of cryptocurrencies are prohibited and Government just allow currency exchanges offices to exchange cryptocurrencies to other currencies.

5. Cryptocurrency exchange service providers in the United States of America must operate as monetary service providers in compliance with the United States anti-money laundering laws and regulations and the requirements of the Financial Crimes Enforcement Network of the US Treasury Department. In Iran, only exchanges can convert and offer cryptocurrencies that have obtained the necessary permission from the Central Bank.

6. The three operations of mining cryptocurrency, selling or exchanging it and using it as a means of payment in the United States of America, whether by individual persons or by businesses, are subject to taxation, which, should offer accurate complete details of the purchase data. However, the Islamic Republic of Iran considers cryptocurrency mining units as a productive industrial unit, and only they are subject to tax, and should selling its cryptocurrency abroad and returning the resulting capital through bank regulations to the cycle of the domestic economy. They are exempt from paying taxes and regulator are silent about other related activities, which means that they are governed by general rules.

7. The United States of America has not established regulations against money laundering and specific anti-terrorist measures for the activities of individuals in the field of cryptocurrencies and has required them to declare detail activities of exchanges, complete information on transactions, related documents, the process of how Complying with regulations, providing necessary training to employees, Provide the government with the determination of specific manpower and.... While the Islamic Republic of Iran, in addition to the complete ban on the exchange of cryptocurrencies by individuals, has not established special regulations for exchanges in this area and has been satisfied with the previous general laws and regulations.

CONCLUSION

Despite adopting liberal approaches in regulating the market and believing in the free market, the American legal system has adopted strict rules and regulations in numerous cases investigated in the field of cryptocurrencies. This is while the legal system of the Islamic Republic of Iran should play a more active role in regulating economic relations compared to this country due to several reasons mentioned at the beginning. According to the results obtained from this research and according to the experiences of the American legal system in regulation and the reforms that they have applied in their laws and regulations during this period, it is suggested that the Islamic Republic of Iran actively regulate with these conclusions:

1. First; The emergence of new technologies based on virtual space has caused a transformation in the meaning and concept of government and has transformed criteria such as land. Therefore, the most important suggestion in facing cyberspace phenomena that take on an international aspect, such as the regulation of international platforms, requires the collective and united action of governments or a group of governments, because the independent movement of each government alone and without coordination with other countries will cause failure in proper control. , a subject that has been well observed in the management of the activities of international platforms so far. The regulation of these international phenomena requires the power of Cairo in proportion to them and the power to control them, which is not possible except with the unification of a group of countries that do not host the owners of these technologies. Therefore, it is suggested that the Islamic Republic of Iran proposes the conclusion of international treaties or international organizations for the regulation of cryptocurrencies with the collective cooperation of the countries of the world. This causes the determination of rules and regulations with collective cooperation to be faced with a higher probability of executive success.
2. Secondly; Considering that Imami jurisprudence is one of the most important legal sources of the Islamic Republic of Iran, it is necessary to determine their nature from the point of view of jurisprudence and the criteria for identifying them by considering all the dimensions and technical

characteristics of cryptocurrencies and considering the variety of credit creation methods in different types of cryptocurrencies. determine its position in the legal system of the Islamic Republic of Iran. According to the principle of incompetence, as well as specifying the limits of the central bank's duties and powers to regulate in the field of money and gold exchanges, as well as the lack of legal documentation on the authority of the government to regulate and limit the financial transactions of individuals, all the approvals of the central bank and the government board, which are based on the nature Cryptocurrencies have been developed also affected by its jurisprudential nature, if it has a financial nature, it may require annulment, annulment or limitation within the limits of the monetary conditions of cryptocurrencies. Regarding the jurisdiction of the Supreme Anti-Money Laundering Council, according to the jurisdiction of this council under Article 4 of the Anti-Money Laundering Law and Article 47 of the Constitution, if the nature of financial assets is accepted, the status of the council's approvals will be the same as the approvals of the Central Bank and the Government Board. It was because only the law can be decisive for deciding on the ownership of individuals on their property and the issues arising from it, so only the Islamic Council will be the competent authority to determine restrictions in this area.

3. Thirdly; Considering that the investigations of this research and other research strengthen the possibility of creating challenges in the country's independence and economic justice, the Islamic Republic of Iran should actively regulate this issue. Therefore, the methods and situations in which the activity of cryptocurrencies in Iran may limit the country's independence or lack of economic justice, like some of the issues raised in this research, will be investigated and the future possibilities will be evaluated to base the position of the legal system of the Islamic Republic on that. Iran should be verified regarding the limits and conditions of its credit in economic activities.

4. Fourth; It is suggested that considering the acceptance of the nature of financial assets of cryptocurrencies in general and the allocation of their monetary conditions in some cases by the central bank, which itself

indicates the lack of competence of this institution in regulating cryptocurrencies with the nature of financial.

REFERENCES

- [1] Abdipour, Ebrahim (2010): Legal Analysis of the Nature of Electronic Money. Private Law, No. 16, Spring and Summer 89, pp. 53-84.
- [2] Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies. *Department of the treasury financial crimes enforcement network*. Guidance (FIN-2013-G001).
- [3] Black, Julia (2001): Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. *Current legal problems* 54 (1). 103-146.
- [4] Bo, Soderston, (2005), Globalization and the Welfare State, translated by Hormoz Homayounpour, Tehran, Higher Institute for Social Security Research.
- [5] Cabinet (15/4/1399): Regulation on the one-month duties of the owners of Ramzarz mining machines.
- [6] Cabinet (5/13/1398): Regulations for the extraction and use of cryptocurrencies.
- [7] Central Bank of the Islamic Republic of Iran: Requirements and Criteria in the Field of Ciphers, 11/8/1397.
- [8] Cvetkova, Irina (2018): CRYPTOCURRENCIES LEGAL REGULATION. *BRICS law journal* 5 (2). 128-153.
- [9] D.Hughes, Scott (2017): CRYPTOCURRENC REGULATIONS AND ENFORCEMENT IN THE US. *Western State Law Review*, 1 (1). 1-24.
- [10] FinCEN (10/27/2014): Request for Administrative Ruling on the Application of FinCEN's Regulations to a Virtual Currency Payment System (FIN-2014-R012).
- [11] Gikay, Asress (2018): Regulating Decentralized Cryptocurrencies Under Payment Services Law: Lessons from the European Union. *Journal of Law, Technology, & the Internet* 9 (1) , 1 (1st). 1-35.
- [12] Global Legal Research Directorate staff; Law Library of Congress (2018): Regulation of Cryptocurrency Around the World.

-
- [13] Goitom; Hanibal (2018): Regulation of Cryptocurrency in Selected Jurisdictions.
- [14] Gorden, Claire; Saravalle, Edoardo; Solomon-Strauss, Julia (2018): UNCHARTED WATERS. A Primer on Virtual Currency Regulation Around the World. *THE CENTER OF LAW AND SECURITY; NYU SCHOOL OF LAW*.
- [15] Hadavand, Mehdi (2007): An Introduction to Economic Regulation. Parliament and Strategy, No. 56, Summer 2007, pp. 47-84.
- [16] Internal Revenue Exchange (IRS): IRS Notice 2014-21- virtual currency taxation. In IRS.
- [17] Jackson, Emerson Abraham and Jabbie Mohamed (2019): Understanding Market Failure in the Developing Country Context. *Spring nature*. 1-12.
- [18] Jane Hughes, Sarah; T.Middlebrook, Stephen (2014): Regulating Cryptocurrencies in the United States: Current Issues and Future Directions. *Maurer School of Law: Indiana University*. 40 (2) , 812-848.
- [19] Judge, Yadala; Abdolhian, Omid (2017): Efficiency, Encyclopedia of Public Law, Editor: Seyed Mohammad Mehdi Ghamami, pp. 555-558.
- [20] Kagan R. A. (1995). What Socio-Legal Scholars Should Do When There is Too Much Law to Study. *Journal of Law and Society* 22, 140–8.
- [21] Kheradmand, Mohsen (1398): Jurisprudential study of currency extraction and exchange of cryptocurrencies focusing on the "Bitcoin" network. *Knowledge of Islamic Economics*, Tenth Year, Spring and Summer 1398, No. 20, pp. 109-124.
- [22] Leal Filho, Walter and Azul Anabela Marisa and Brandli Luciana and Özuyar Pinar Gökcin and Wall Tony (Ed.) (2019): *Decent Work and Economic Growth*. Cham: Springer International Publishing.
- [23] Levi-Faur, David (2010), Regulation & Regulatory Governance, *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, December, 1-48.
- [24] Mankiw, N.Gregory, (2014), *Macroeconomics*, translated by Hamid Reza Arbab, third edition, Tehran, Ney Publications.

-
- [25] Mirzakhani, Reza (December 1996): Bitcoin and the financial-jurisprudential nature of virtual money. Exchange and Securities Organization.
- [26] Nawabpour, Alireza; Yousefi, Ahmad Ali; Talebi, Mohammad (1397): Jurisprudential analysis of the functions of cryptocurrencies (case study of Bitcoin). Islamic Economics Research Quarterly, 18th year, No. 72, Winter 1397, pp. 213-243.
- [27] Nelson, Rebecca M. (2019): Examining Regulatory Frameworks for Digital Currencies and Blockchain. *Congressional Research Service*. 1-15.
- [28] Office of Communication Studies and New Technologies of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly (2014): Bitcoin; A new tool in the electronic payment system.
- [29] Office of Communication Studies and New Technologies of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly (2014): Policy-making of the United States, China and Germany in the field of new digital financial instruments such as Bitcoin.
- [30] Palest, Greg (2003): *Democracy and Regulation*. London: Pluto press.
- [31] Peteft, Arian; Momeni Rad, Ahmad (2015): The evolution of government intervention in the economy from the perspective of public law, from the welfare state to the extra-regulatory government. Public Law Research. Summer 2015, No. 47, pp. 185 - 204.
- [32] Rabbani Mousavian, Seyed Ali (1399): The legitimacy of cryptocurrencies from the perspective of governmental and individual jurisprudence. Journal of Islamic Jurisprudence and Law Research, Year 16, Summer 2016, No. 60, Pages 53-76.
- [33] Rajabi, Abolghasem (2015): Virtual Currency: Legislation in Different Countries and Suggestions for Iran, Office of Communication Studies and New Technologies, Research Center of the Islamic Consultative Assembly
- [34] Rules and legal document
- [35] S. Beugelmans, Mauricio; M.Hess, Krista; Hardin, Schiff: The Current Environment of U.S. Cryptocurrency Regulation.

-
- [36] Schofield, Andrew (2019): *Blockchain & Cryptocurrency Regulation*. London: Global Legal Group Ltd.
- [37] Shapiro, John, (2012), *Liberalism, its meaning and history*, translated by Mohammad Kashani, Tehran, Markaz Publishing.
- [38] Shirazi, Hossein (1398): Regulation instead of holding in policy making; Case Study: The Interaction Pattern of Public Libraries and Tehran Municipality Libraries. *Government Studies*, Winter 1398, No. 20, pp. 1-36.
- [39] Soleimani-Pour, Mohammad Mehdi; Soltaniehnejad, Hamed; Pourmotahar, Mehdi (2017): Jurisprudential study of virtual money, *Islamic financial research*, Spring and Summer 2017, No. 12, pp. 167-192.
- [40] Stefan Stankovic (2019): *US Cryptocurrency Regulation: Policies, Regimes & More*. unblock.net.
- [41] Tavassoli, Mohammad Ismail (2005): A Study and Critique of the Theories of Some Islamic Thinkers on the Nature of Money. *Islamic Economics Quarterly*, Fifth Year, Fall 2005, pp. 123-159.
- [42] Tavassoli, Mohammad Ismail (2013): Analysis of the nature of money, *Islamic Economics Research Quarterly*, Year 12, Issue 84, Winter 2012, Pages 107-130.
- [43] Tax Affairs Organization (1398): Notification of Resolution No. 58144 / T 55637 AH dated 13/05/2017 of the esteemed Council of Ministers regarding cryptocurrency extraction centers. Tax Affairs Organization.
- [44] Timothy G. Massad (2019): It's Time to Strengthen the Regulation of Crypto-Assets.
- [45] Walter and Azul Anabela Marisa and Brandli Luciana and Özuyar Pinar Gökcin and Wall Tony Leal Filho (2019): Decent Work and Economic Growth. *Springer International Publishing*. 1-10.
- [46] Zare, Amir and Bahrami, Ehsan (1399): The nature of cryptocurrencies and the explanation of their fundamental challenges in the Iranian legal system, *International Conference on Jurisprudence, Law and Religious Research*.

بررسی تطبیقی مواجهه با رمزارزها در نظام‌های حقوقی ایران و آمریکا

دکتر سید محمد مهدی غمامی

عضو هیئت علمی حقوق عمومی و بین الملل
دانشکده حقوق دانشگاه امام صادق علیه السلام

محمدرضا علی پور

دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام
صادق علیه السلام

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۲۵

چکیده

رمزارز (رمزارز)ها به عنوان نسل جدیدی از فناوری‌های مالی، چند سالی است که منشأ تحولاتی در جهان شده‌اند و دولت‌ها با چالش‌های متفاوتی در ساماندهی آن‌ها روبرویند. به نظر می‌رسد ایران با وجود تراکنش‌های مالی بالا در این خصوص، از جمله کشورهایی است که هنوز به تصمیم دقیق و منسجمی برای مواجهه با این پدیده نوظهور نرسیده است. از طرفی، آمریکا به عنوان کشوری که از ابعاد متفاوت به این موضوع پرداخته، مورد توجه پژوهشگران مختلفی بوده است. سؤال نگارندگان در این مقاله عبارت است از اینکه «ماهیت حقوقی رمزارزها در نظام حقوقی ایران و آمریکا و نحوه مدیریت آن در نظام پولی - بانکی ملی چیست؟» در این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی، سعی گردیده است با بررسی اسناد، اصول حقوقی و قوانین و مقررات مرتبط با رمزارزها در نظام حقوقی ایران و آمریکا، به بررسی نحوه تنظیم‌گری این پدیده در دو نظام مذکور پرداخت. مطابق دستاوردهای این مقاله، برخی از رمزارزها ماهیت دارایی مالی دارند و برخی پول، که نیازمند اتخاذ سیاست‌های متفاوت هستند. از طرفی نظام پولی - بانکی نیز می‌بایست برای حمایت از استخراج کنندگان رمزارزها و رعایت حقوق ایشان در معاملات و تبادلات پولی بین‌المللی، با رعایت برخی الزامات از جمله جلوگیری از پول‌شویی تدابیر لازم را اتخاذ نماید.

کلیدواژه‌ها: زنجیره بلوکی (بلاکچین)، تنظیم‌گری (رگولاتوری)، ارز دیجیتال، رمزارز (رمزارز)، پول‌شویی.

مقدمه

توسعه فناوری‌های نوین در عرصه‌های مختلف زندگی تحولات بسیاری را ایجاد نموده است. اقتصاد به عنوان یکی از مهم‌ترین ابعاد زندگی بشری نیز تحت تأثیر فناوری‌های ارتباطاتی و اطلاعاتی دچار تحولاتی گردیده که بسیاری از قواعد و اصول سنتی این عرصه را متحول ساخته است. از همین رو، دولت‌ها که وظیفه تنظیم‌گری و اداره امور جوامع را بر عهده دارند با چالش‌های تازه‌ای در تنظیم‌گری این حوزه‌های فناورانه و نوین مواجه می‌شوند که نیازمند یافتن راهکارهای کلیدی برای مواجهه صحیح با آن هستند.

رمزارز (رمزارزش)ها^۱ به عنوان یکی از پدیده‌های نوین اقتصادی، حاصل رشد و توسعه فناوری‌های نوین و ظهور فناوری زنجیره بلوکی، با ویژگی‌های منحصربه‌فرد خود در سال‌های اخیر تحولاتی را در اقتصاد جوامع به وجود آورده‌اند. این پدیده که هنوز ماهیت آن در نظامات حقوقی و اقتصادی محل اختلاف اندیشمندان است، دولت‌ها را با چالش‌های بسیاری روبرو ساخته که آن را تهدیدی جدی برای نظامات بانکی به حساب می‌آورند. دولت ایالات متحده آمریکا نیز به عنوان یکی از دولت‌های پیشرو در حوزه تنظیم‌گری رمزارز (رمزارزش)ها می‌تواند با در نظر گرفتن مبانی نظری سیاست‌های اقتصادی آن، تجربه‌ای مناسب جهت شفافیت بیش‌تر تنظیم‌گری در این حوزه باشد.

نگارندگان در این مقاله ضمن بررسی تطبیقی وضعیت تنظیم‌گری رمزارزها در ایران و آمریکا جهت پاسخ به این سؤال که «ماهیت حقوقی رمزارزها در نظام حقوقی ایران و آمریکا و نحوه مدیریت آن در نظام پولی - بانکی چیست؟» با سؤالاتی از جمله «چیستی سیاست صحیح در قبال رمزارزها»، «چگونگی وضعیت مطلوب صلاحیت نهادهای تنظیم‌گر در نظام حقوقی ایران» و «چیستی پژوهش‌های مقدماتی جهت اتخاذ تصمیمات تنظیم‌گرانه» روبرو هستند.

تاکنون پژوهشگران مختلفی در کشور به موضوعات متفاوت رمزارزها پرداخته‌اند. در خصوص ماهیت و رویکردهای تنظیم‌گری می‌توان به مقاله «بررسی فقهی استخراج و مبادله رمزارزها با تمرکز بر شبکه بیت کوین» که در سال ۱۳۹۸ به چاپ رسیده است، اشاره نمود. در این مقاله

پژوهشگر به خوبی به بررسی انواع نظریات فقهی پیرامون رمزارزها پرداخته و سعی نموده است ضمن بررسی ویژگی‌ها و معیارهای فقهی مال و پول، مشروعیت یا عدم مشروعیت استفاده از رمزارزها در مبادلات اقتصادی را شناسایی نماید که در نهایت ضمن بررسی ماهیت رمزارزها، استفاده از آن‌ها را مشروع دانسته لکن بررسی فقهی از منظر فقه حکومتی را موکول به پژوهش دیگری نموده و به بیان معیارها بسنده کرده است (kheradmand, 1398:122). مقاله «مشروعیت رمزارزها از منظر فقه فردی و حکومتی» که در سال ۱۳۹۹ به چاپ رسیده است نیز از ابتدا با تفکیک معیارهای فقه فردی و حکومتی در تشخیص مشروعیت استفاده از رمزارزها در مبادلات اقتصادی، به بررسی برخی ویژگی‌های فنی رمزارزها پرداخته و سپس با برشمردن قواعد فقهی حاکم بر رمزارزها و ارزیابی وضعیت آن با هر قاعده، مشروعیت آن در فقه فردی را تأیید و آن را به سبب داشتن ویژگی‌های خاص بنا به فقه حکومتی، تا پیش از تنظیم مقررات حکومت اسلامی، جلوگیری در استفاده از آن را تجویز نموده است.

در این مقاله سعی گردیده با روشی توصیفی - تحلیلی، ابتدا به بررسی جایگاه و شناخت مفاهیم پایه‌ای رمزارزها و تنظیم‌گری پرداخته و سپس با بررسی سیاست‌های کلان هر دو نظام حقوقی در نحوه تنظیم‌گری پدیده‌های اقتصادی، قوانین و مقررات و اقدامات هر کدام از این دو نظام حقوقی در تنظیم‌گری حوزه‌های مختلف مرتبط با آن مورد بررسی قرار گیرد و در نهایت پیشنهادهایی جهت تنظیم‌گری صحیح‌تر در حوزه رمزارزها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ارائه گردد.

۱ مفاهیم

تنوع و اختلاف فهم نظام‌های حقوقی از پدیده‌های مشترک امری است که بی‌توجهی به آن موجب بروز اختلافاتی در سیاست‌گذاری و مواجهه با پدیده مورد نظر می‌گردد. بدین جهت در ادامه به بررسی مفاهیم مرتبط با موضوع مقاله پرداخته می‌شود.

۱.۱ ماهیت رمزارز

رمزارز یک دارایی دیجیتالی است که بر پایه فناوری توزیع شده زنجیره بلوکی^۱ طراحی و ارائه

1- Blockchain

می‌گردد (Nelson, 2019: 3). فناوری زنجیره بلوکی، به علت ویژگی‌های منحصربه‌فردی مثل رمزنگاری خاص، توزیع‌شدگی و خارج از کنترل محدودیت‌های جغرافیایی و برخی دیگر ویژگی‌ها، رمزارزها را با ماهیتی متفاوت از دیگر ارزهای دیجیتال روبرو ساخته تا آنجا که برخی حتی آن را نه «ارز» و «پول» که «دارایی مالی»^۱ می‌دانند (Cvetkova, 2018: 130). این ویژگی‌ها باعث می‌شوند تا کنترل رمزارزها توسط دولت‌ها با دشواری‌های بسیار روبرو بوده و گاه حتی در مواردی غیرممکن شود (Gikay, 2018: 29-30). به همین علت تنظیم‌گری آن نیازمند شناخت تخصصی در کنار بررسی‌های عمیق حقوقی است.

سازمان درآمدهای داخلی آمریکا^۲ در سندی که مارس ۲۰۱۴^۳ منتشر نموده است، رمزارزها را به‌عنوان نوعی از ارزهای مجازی، شکلی از دارایی مالی معرفی نمود؛ در نتیجه فعالیت‌های شخصیت‌های حقیقی و حقوقی که بر پایه رمزارز باشد در آمریکا با قواعد خاص مالیاتی مواجه خواهد بود که در ادامه بدان خواهیم پرداخت، لکن آنچه که حائز اهمیت است جایگاه رمزارزها در نظام حقوقی این کشور به‌عنوان یک «دارایی مالی» است.

از طرفی ماهیت رمزارزها در نظام حقوقی ایران هنوز در ابهام است. تنها در سندی که تحت عنوان «الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها» توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۸ بهمن ۱۳۹۷ منتشر گردیده است، رمزارز را یک نوع دارایی مالی بر بستر دیجیتالی زنجیره بلوکی معرفی نموده که در شرایطی کارکرد پولی به خود می‌گیرد. از طرفی هیئت‌وزیران در بند (۱) تصویب‌نامه ۱۳ مرداد ۱۳۹۸ با موضوع «مقررات استخراج و استفاده از رمزارزها»، خود را صالح در ایجاد ممنوعیت تبادل رمزارزها دانسته که این نشان‌دهنده آن است که دولت رمزارزها را نوعی پول تلقی نموده. این در حالی است که در پژوهش‌های مختلف، ماهیت «ارزی» و «پولی» رمزارزها را، بدون هیچ‌گونه بررسی کارشناسی و حقوقی، به‌صورت پیش‌فرض، عمده پژوهشگران پذیرفته‌اند.

از طرفی، دولت سیزدهم در اولین سال فعالیت خود در ۸ اسفند ۱۴۰۰ سند تحول دولت مردمی

1- Property

2- Internal Revenue Exchange (IRS)

3- IRS Notice 2014-21, Guidance on Virtual Currency (March 25, 2014), Q1.

را ابلاغ نمود که در آن به صورت تفصیلی ذیل موضوع سرمایه گذاری و نظام تأمین مالی به بحث رمزارزش ها پرداخته و آن را به مثابه یک دارایی مالی حاوی ارزش که می تواند در بازارهای سرمایه ای مورد تبادل قرار گیرد یا ابزار پرداخت باشد شناسایی نموده است و هدف خود را مواجهه و استفاده فعالانه از آن در جهت رفع مشکلات کشور برشمرده است. لکن بانک مرکزی و وزارت صنعت، معدن و تجارت همچنان با فعالان این حوزه به مثابه فعالان حوزه ارزی و صرافی مواجهه نموده و برای مثال مرکز توسعه تجارت الکترونیکی برای صدور این موارد، بررسی مجوز پلتفرم های تبادل رمزارز (رمزارزش) ها را به بانک مرکزی محول می نماید. با توجه به ماهیت دارایی عموم رمزارزها به نظر می رسد استعمال واژه رمزارزش دقیق تر بوده و معنای حقیقی آن را متبادر می نماید.

باین حال بررسی ماهیت رمزارز (رمزارزش) ها در ایران به علت ویژگی های خاص نظام حقوقی نیازمند بررسی ابعاد فقهی آن در کنار ابعاد کارشناسی و فنی است. به همین جهت و به علت عدم آشنایی محققان فقهی با ابعاد فنی رمزارز (رمزارزش) ها و عدم آشنایی متخصصان فنی این حوزه با ابعاد فقهی موضوع، تاکنون در مجامع علمی نیز این موضوع به درستی محل بحث واقع نگردیده است.

لکن با توجه به اختلافات موجود در میان اقتصاددانان در تعریف ماهیت پول، پول را دارای سه کارکرد وسیله مبادله، وسیله سنجش ارزش و وسیله حفظ ارزش می دانند (Mankiw, 1393:154). در خصوص کارکرد پولی رمزارزها باید گفت در حال حاضر در برخی جوامع چنین کارکردی برای رمزارزها وجود دارد، ولی هنوز کمتر جوامعی از چنین کارکردی بهره می برند؛ حتی در صورت اقبال بسیار نیز با توجه به اینکه کارکرد پول صرفاً پرداخت نیست، لذا هر وسیله ای که برای پرداخت استفاده شود لزوماً پول نیست (Abdipour, 1389:58). در خصوص کارکرد سنجش ارزش بودن رمزارز (رمزارزش) ها، نیز با توجه به اینکه در حال حاضر نه تنها وسیله سنجش ارزش نیستند، بلکه با پول های رایج که وسیله سنجش ارزش هستند سنجیده می شوند. از این رو این کارکرد پول در عموم رمزارز (رمزارزش) ها وجود ندارد. در خصوص کارکرد حفظ ارزش نیز با توجه به ویژگی های موجود در رمزارز (رمزارزش) ها، می توان آن را یکی از مهم ترین کارکردهای آن ها دانست.

با جمیع نکات فوق به نظر می رسد که رمزارز (رمزارزش) ها کارکردهای سه گانه پول ها را در

کنار یکدیگر نداشته و تخصیص رمزارز (رمزارزش)‌ها به پول در مقررات‌گذاری دولت و نهادهایی مانند بانک مرکزی فاقد پشتوانه حقوقی است و معنای عام آن، یعنی دارایی مالی، می‌تواند معتبر باشد. از کنار هم نهادن تعاریف و توضیحات حقوقدانان مشخص می‌شود که اولاً «مالیت داشتن»، شیء را مبدل به «مال» می‌کند و ثانیاً در اصطلاح حقوقی «حق مالی» نامیده می‌شود و می‌توان در یک تعریف، آن را حقی دانست که به دلیل داشتن دو ویژگی مفید بودن و قابلیت اختصاص به شخص یا ملت معین، ارزش اقتصادی دارد (Zare, 1399:7-8). در خصوص ویژگی مفید بودن با مراجعه به جایگاه رمزارز (رمزارزش)‌ها در عُرف، نمی‌توان مفید بودن آن را انکار نمود و در خصوص قابلیت اختصاص به شخص یا ملت معین نیز با توجه به اینکه در اختیار داشتن رمزارز (رمزارزش) توسط اشخاص و استیلای بر آن امکان‌پذیر است، لذا می‌تواند تحت اختیار و تملک شخص خاصی باشد.

البته بررسی ماهیت رمزارز (رمزارزش)‌ها از منظر فقهی و حقوقی نیازمند پژوهشی جامع‌تر و کامل‌تر خواهد بود، لکن بنا به بررسی مختصر فوق، به نظر می‌رسد رمزارز (رمزارزش)‌ها ماهیت پولی نداشته و ماهیت دارایی مالی دارند.

در نتیجه جمع بررسی‌ها می‌توان این گونه دریافت که علی‌رغم موضع صریح نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا در خصوص ماهیت رمزارزها به‌عنوان یک «دارایی مالی»، سیاست‌گذاران و قانون‌گذاران در ایران هنوز در خصوص ماهیت رمزارز (رمزارزش)‌ها موضع شفاف و مشخصی اخذ نشده است و تعارض در مصوبات بانک مرکزی و هیئت‌وزیران تنها نشان‌دهنده پذیرش ماهیت «پول» در برخی شرایط و پذیرش ماهیت دارایی مالی با کارکرد غیرپولی در برخی دیگر شرایط است که البته این شرایط نیز به‌طور شفاف مشخص نشده است و سند تحول دولت که جایگاه آن در نظام حقوقی نامشخص است نیز همچنان در شکل‌دهی نظر مخالف ناتوان بوده است؛ چراکه در قوانین و مقررات ظهور و بروزی نیافته و همچنان مطابق فهم سابق با فعالان این عرصه مواجهه می‌شود. لذا به نظر می‌رسد واژه رمزارز که متبادرکننده ماهیت ارزی و پولی آن است عنوان صحیحی برای همه انواع آن نیست و با توجه به عقیده نگارندگان بر ماهیت دارایی مالی آن، در این مقاله صرفاً به جهت عمومیت استفاده بکار برده شده است و استفاده از واژه «رمزارزش» که معانی مختلف آن را دربرمی‌گیرد، صحیح‌تر است.

۲.۱ تنظیم‌گری

تنظیم‌گری یا مقررات‌گذاری که معادل regulation است، ادبیاتی جدید در حوزه عمومی و حکمرانی است. ادبیات تنظیم‌گری ذیل بحث دخالت دولت در امور عمومی در شرایطی که قصد و امکان مباشرت نیز ندارد مطرح شده و در مقابل تصدی‌گری، به‌عنوان راهکار بینابین اعمال می‌گردد. درواقع با توجه به اینکه دولت به‌تنهایی امکان اداره همه حوزه‌ها را ندارد، با واگذاری هر بخش به نهادهای دولتی مستقل و متخصص، به تنظیم‌گری و همچنین ایجاد تعادل میان بازیگران و یا شبکه‌های خصوصی از طرفی و منافع و حقوق شهروندان از طرف دیگر می‌پردازند (Motamednejad, 1397:24-25). این یک الگو از ساحت نظارتی خودمختار^۱ بر بخش غیردولتی برای انجام امور عمومی است که برخلاف ایده برخی صاحب‌نظران در حوزه رشد «مقررات زدایی» (Salzman 2003; & Kagan 1995; Braithwaite & Drahos 2000; Ruhl) در عمل و به‌صورت فزاینده‌ای در حال رشد است. (Levi-Faur 2005; Braithwaite 2008) بدین لحاظ برخی معتقدند تنظیم‌گری عبارت است از استفاده ارادی از هرگونه اقتدار، برای تنظیم رفتارهای اشخاص مطابق با استانداردهای به دست آمده از ابزارهای جمع‌آوری اطلاعات و اصلاح رفتاری جامعه (Black, 2001: 105). هدف تنظیم‌گری هم مداخله دولت در روابط کنشگران عرصه عمومی به‌ویژه در عرصه اقتصاد است؛ به‌نحوی که از خلال وضع مقررات منطقی و عقلانی، رفاه فردی و عمومی ارتقاء یافته و امکان جبران خسارت برای صدمه دیدگان ناشی مداخله فراهم باشد. در این صورت مداخلات دولت به وضع جدید کارآمدتر منجر می‌گردد. (Dadgar, 1396:556-557)

۱.۲.۱ سیاست‌های تنظیم‌گری اقتصادی

به‌طور کلی تفکر دولت تنظیمی، بیشتر در علم اقتصاد رشد و نمو یافته و در تفکر لیبرالیسم اقتصادی دچار تحولات بسیاری شده است و به‌نوعی وام‌دار تفکرات اقتصاددانان سیاسی است (MomeniRad, 1394:187). در این مقاله، جهت بررسی نحوه تنظیم‌گری رمزارزها در این دو کشور، ابتدا به بررسی سیاست‌های تنظیم‌گری اقتصادی هرکدام پرداخته می‌شود تا تطبیق این دو

1- autonomous regulatory spaces.

کشور در بستر سیاست‌های اتخاذ شده بررسی گردد.

۱.۱.۲.۱. تنظیم‌گری اقتصادی در ایالات متحده آمریکا

در مکاتب بازار آزاد، از آنجا که مقررات گذاری دولت‌ها خطر مداخله و محدود کردن آزادی‌های عمومی را به دنبال دارد، فرآیند مقررات گذاری باید کاملاً دموکراتیک باشد؛ از این رو، عبارت «مقررات گذاری دموکراتیک»^۱ معمولاً برای مقررات گذاری اقتصادی در ایالات متحده آمریکا، توصیف شده است (Palest, 2003: 15).

در نظریه لیبرالیسم کلاسیک، محور اصلی تفکرات این بود که دست دولت می‌بایست از اقتصاد کوتاه باشد و سیاست «لسه‌فر» بر جامعه اقتصادی حاکم شود؛ طرفداران اصل لسه‌فر بر این عقیده بودند که دولت بیش‌تر باید به مسائل حاکمیتی و امنیت اشخاص بپردازد. (Shapirou, 1391:27-44) انتقادات بسیار از این نظریه باعث حاکمیت نظریه دولت رفاه در اواخر قرن بیستم گردید که آن نیز به مرور زمان موجب کندی چرخ‌های اقتصاد شد و با بروز بحران اقتصادی با شکست مواجه گردید (Bou, 1384:148) و دوره نئولیبرالیسم را با تفکر جدید دولت تنظیمی پدید آورد (MomeniRad, 1394:188).

دولت در نظام‌های لیبرال سعی می‌کند نارسایی بازار^۲ را مرتفع کرده و سازوکارهای پذیرفته شده اجتماعی را برای عدالت اجتماعی تکمیل کند. نارسایی بازار مجموعه‌ای از کاستی‌ها و نواقصی است که در ذات مبادلات اقتصادی و کنش‌های اجتماعی نهفته‌اند و دولت نمی‌تواند به نمایندگی از جامعه نسبت به آن‌ها بی تفاوت باشد. دولت به وسیله پر کردن این خلأها و باهدف حمایت از منفعت اجتماعی و حفاظت از حقوق فردی، نقش مناسب و توجیه‌پذیر خود را ایفا می‌کند (Hadavand, 1386:51).

1- Democratic regulation

۲- Market failure یا نارسایی بازار به طور خلاصه، به مجموعه شرایطی اطلاق می‌شود که در آن اقتصاد مبتنی بر بازار نمی‌تواند منابع را به نحو بهینه و آن‌طور که باید و شاید به بخش‌های مختلف اختصاص دهد؛ بنابراین در هریک از موارد، تبعات نقش دولت و نوع و شکل مداخلات دولتی می‌تواند کاملاً متفاوت باشد. انواع اصلی نارسایی‌های بازار عبارت‌اند از: انحصار، عدم تأمین کالاهای عمومی، عوارض بیرونی، اطلاعات ناقص یا نامتقارن، انحصار طبیعی و مسئله نابرابری (Jackson, 2019: 2).

در نتیجه می‌توان گفت دولت ایالات متحده آمریکا به عنوان یک دولت لیبرال، بازار آزاد را با اتکا و عرضه و تقاضا در بازار به عنوان تنظیم‌گر به رسمیت می‌شناسد و در این دولت اصل بر عدم دخالت در روابط اقتصادی افراد جامعه است و تنها در زمان نارسایی بازار و به دلیل عدم عدالت اجتماعی دست به تنظیم‌گری می‌زند. پس مادامی که بازار آزاد روابط اقتصادی مبتنی بر رمزارزها را به رسمیت شناخته و استفاده از آن‌ها نیز موجب نارسایی بازار نشود، دولت ایالات متحده آمریکا هیچ وظیفه‌ای در خصوص مداخله و تنظیم‌گری آن نخواهد داشت؛ لکن اخیراً رئیس‌جمهور ایالات متحده آمریکا، جو بایدن، فرمان اجرایی را امضا کرد که به دولت فدرال دستور می‌دهد تا برنامه‌هایی برای تنظیم‌گری این حوزه داشته باشد.

۲.۱.۲.۱ تنظیم‌گری اقتصادی در جمهوری اسلامی ایران

تنظیم‌گری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران می‌بایست شرایط و معیارهای بیش‌تری از آنچه در بالا گفته شد رعایت نماید؛ چرا که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وظایفی برای دولت جهت تنظیم‌گری روابط اقتصادی جامعه تعیین نموده. از جمله این شرایط می‌توان به بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی که در آن به «پی‌ریزی اقتصادی صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی» به عنوان یکی از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران اشاره نموده است، یاد کرد. این وظیفه را می‌توان مجوز و الزام قانون اساسی به دولت جمهوری اسلامی جهت دخالت در روابط اقتصادی برای برقراری نظام اقتصادی مبتنی بر ضوابط اسلامی دانست. همچنین اصل ۴ قانون اساسی که مطابقت با موازین اسلامی در «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها» را الزامی نموده است، تنظیم‌گری دولت جمهوری اسلامی ایران در حوزه روابط اقتصادی با رعایت اصول و موازین اسلامی را بر او الزام می‌کند. لذا رعایت الزام اخیر و وظیفه مذکور، مستلزم دخالت دولت در تنظیم‌گری روابط اقتصادی اولاً به صورت فعالانه و باهدف پی‌ریزی بر اساس ضوابط اسلامی و ثانیاً باهدف بررسی عدم مخالفت با موازین اسلامی، است.

مادامی که در قالب اقتصاد اسلامی پی‌ریزی شده توسط دولت جمهوری اسلامی ایران استفاده از رمزارز (رمزارزش)ها امکان‌پذیر باشد، استفاده از آن مانعی نداشته و در مواردی که دولت جمهوری اسلامی ایران قصد تنظیم‌گری آن را داشته باشد، عدم مخالفت آن تنظیم‌گری با موازین

اسلامی شرط پذیرش در فرآیند قانون‌گذاری است. در نتیجه چگونگی تنظیم‌گری رمزارز (رمزارزش)ها و شرایط به رسمیت شناسی قانونی حضور آنها در مبادلات اقتصادی در حدود دولت جمهوری اسلامی ایران، مبتنی بر اصول و قواعد حاکم در منابع فقهی فقه امامیه می‌باشد. برای استخراج ابعاد فقهی رمزارز (رمزارزش)ها، می‌بایست موضوع از منظر فقه فردی شامل احکام ثمن و مثن، اصول چهارگانه معاملات (ممنوعیت ضرر، غرر، اکل مال به باطل و ربا) حفظ مالکیت فردی، امانت‌داری و اصل آزادی در معاملات و همچنین فقه حکومتی شامل اصول لاضرر و لاضرار، نفی سبیل، عدالت و مبارزه با ظلم، (Navabpour, 1397:227) و همچنین ماهیت آن مورد بررسی قرار گیرد.

اصول ۱۳۸ و ۱۷۷ قانون اساسی نیز مانع از مقررات‌گذاری مخالف قوانین کشور و شرع اسلامی گشته‌اند که در نتیجه تنظیم‌گری امور مربوط به رمزارز (رمزارزش)ها از طریق آئین‌نامه‌های مصوب هیئت دولت یا نهادهای دیگر که مجوز تصویب آئین‌نامه دارند نیز نباید در تعارض با قوانین کشور و یا موازین اسلامی باشد.

پس می‌توان گفت که تنظیم‌گری رمزارزها در دولت ایالات متحده آمریکا از وظایف این دولت نیست و مجوز ورود به قانون‌گذاری و یا تنظیم‌گری آن را نخواهد داشت و تنها زمانی که استفاده از رمزارزها منجر به نارسایی بازار شده و یا دولت احتمال مخدوش شدن عدالت اجتماعی را دهد، اجازه دخالت و تنظیم‌گری در آن را خواهد داشت و ورود سابق این دولت به تنظیم‌گری و جدیت اخیر رئیس‌جمهور ایالات متحده نشان‌دهنده آن است فعالیت رمزارزها را چالشی در موارد فوق می‌دانند.

دولت جمهوری اسلامی ایران نیز بدو وظیفه تنظیم‌گری رمزارز (رمزارزش)ها را ندارد مگر آنکه استفاده از آنها در مبادلات اقتصادی بتواند منجر به عدول از ضوابط اسلامی حاکم بر اقتصاد اسلامی موضوع بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی گردد که پس از آن نیز، بر اساس اصل ۴ قانون اساسی، تنظیم‌گری رمزارز (رمزارزش)ها می‌بایست مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی صورت پذیرد که بر اساس اصول ۱۳۸ و ۱۷۷ قانون اساسی مقررات‌گذار نیز نباید مخالف قوانین بالادستی تنظیم‌گری نمایند. لذا تنظیم‌گری باید به گونه‌ای باشد که با قوانین و یا اصول، قواعد و احکام اسلامی مخالفت نداشته باشد.

در نهایت عواملی که به دولت ایالات متحده آمریکا مجوز تنظیم‌گری در حوزه رمزارزها را

اعطا می‌کند نارسایی بازار و احتمال آسیب دیدن عدالت اجتماعی است؛ درحالی که تعارض صریح رمزارزها و یا ایجاد تعارض توسط آن‌ها با قوانین داخلی و ضوابط و موازین اسلامی، مجوز تنظیم‌گری در این حوزه را به دولت جمهوری اسلامی ایران اعطا می‌کند.

۱.۲.۲ رسمیت بخشی و اعتباردهی به رمزارزها در تنظیم‌گری

به رسمیت شناختن تبادلات مالی از طریق رمزارز (رمزارزش)ها اولین مسئله‌ای است که موضع دولت‌ها در قبال آن مبنای تنظیم‌گری در حوزه‌های دیگر را مشخص می‌نماید. حدود این رسمیت و اعتبار قانونی، بر شرایط و ضوابط استفاده از رمزارز (رمزارزش)ها و دیگر مباحث مرتبط با آن حاکم است.

همان‌گونه که بیان شد دولت ایالات متحده آمریکا مبنای پذیرش و رسمیت یافتن را بازار آزاد می‌داند. لذا استفاده عمومی از رمزارز (رمزارزش)ها در این کشور تا زمانی که موجب نارسایی بازار و یا تضییع عدالت اجتماعی نگردد به رسمیت شناخته شده و معتبر می‌باشد. به‌طور کلی، آژانس‌ها و سیاست‌گذاران فدرال از این فناوری به‌عنوان بخش مهمی از زیرساخت‌های آینده ایالات متحده آمریکا استقبال می‌کنند و بر لزوم حفظ نقش اصلی ایالات متحده آمریکا در توسعه فناوری تأکید می‌نمایند. در این میان برخی آژانس‌ها خطر تنظیم‌گری بیش‌ازحد را نیز تصدیق کرده‌اند و سیاست‌گذاران را از تصویب قانونی که منجر به سرمایه‌گذاری در فناوری در خارج از کشور شود هشدار داده‌اند (Schofield, 2019: 479).

با توجه به معرفی رمزارزها به‌عنوان یکی از انواع ارزهای مجازی، شناختن ماهیت رمزارزها به‌عنوان شکلی از دارایی مالی و برخی اقدامات دولت‌های ایالتی و همچنین اقدامات مستقیم دولت فدرال در تنظیم‌گری رمزارزها، می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که این دولت در به رسمیت شناختن و معتبر دانستن آن‌ها ایراد و خللی وارد ندانسته است، لذا این به معنای معتبر بودن و به رسمیت شناختن آن است.

دولت جمهوری اسلامی ایران اصولاً باید تا زمانی که احتمال تعارض با قوانین کشور و یا موازین و ضوابط اسلامی را ندهد، چنانچه در روابط افراد رمزارز (رمزارزش)ها معتبر تلقی شده و استفاده گردد، آن را معتبر دانسته و به رسمیت شناسد. لکن از ابتدای طرح مباحث مرتبط با این حوزه، اختلاف‌نظرها میان فقها و حقوقدانان در خصوص معتبر شناختن در کشور مطرح گردیده

است. اصولاً برخی حتی در مالیت داشتن و یا پول بودن آن نیز تردید وارد نموده‌اند.

در بین اندیشه‌وران غربی دو نظریه کلی در باب ماهیت پول می‌توان یافت: برخی پول را کالا و شکل آن را فلزات گران‌بها یا اوراقی با این پشتوانه می‌دانند و برخی آن را بدون پشتوانه و بدون ارتباط با هیچ کالایی و تنها برای تسویه بدهی‌ها تلقی می‌کنند (Tavasoli, 1391:110)؛ در این میان آنچه برای اندیشه‌وران اسلامی اهمیت دارد، شناخت ماهیت غیر پولی اشیا است که نقش پول را ایفا می‌کنند؛ اما برای اقتصاددانان که فقط کارکرد پولی مهم است، شناخت چیستی پول کنونی چندان لزومی ندارد؛ زیرا این شناختن مشکلی ایجاد نمی‌کند؛ در نتیجه تمام تعاریفی که از پول ارائه کردند، تعریف به وظیفه و کارکرد است (Tavasoli, 1384:124).

درمجموع از بحث‌های صورت گرفته در میان اندیشمندان اسلامی می‌توان این گونه جمع‌بندی نمود که آراء اندیشمندان اسلامی در خصوص ماهیت پول را در دودسته کلی می‌توان طبقه‌بندی کرد: برخی در تحلیل ماهیت پول بر «قدرت خرید» آن تأکید دارند و برخی ارزش اسمی پول را عنصر اساسی ماهیت پول قلمداد می‌کنند. مرحوم شهید صدر تمام حقیقت پول را «قدرت خرید» آن می‌داند و از این رو با آنکه در نظر ایشان پول «مالی مثلی» است، اما هر آنچه را که مبین قیمت حقیقی آن باشد در فراغ ذمه و جبران آن لازم می‌داند. از منظر ایشان قدرت خرید همان ارزش مبادله‌ای و مالیت پول است (Soleimanipour, 1396:179).

لکن بررسی معتبر دانستن و به رسمیت شناختن از لحاظ فقهی فقط به تشخیص مالیت آن نیست و باید دو تفاوت مهم در رمزارز (رمزارزش)‌ها با عموم ارزهای دیجیتال یعنی عدم مدیریت متمرکز و فرآیند خلق اعتبار آن را نیز مورد بررسی قرارداد.

برخی در فرآیند خلق اعتبار رمزارز (رمزارزش)‌های شبیه به بیت‌کوین^۱، شبهه وجود قمار و یا کار نامشروعی را مطرح می‌نمایند که اعتبار خلق شده را مصداق «اکل مال به باطل» می‌دانند. درحالی که بخش عمده‌ای از فقها با بررسی ابعاد فنی و الگوریتم‌های فنی عملکرد ارزهای رمزنگاری شده و فرآیند خلق اعتبار در بیت‌کوین، نظر مخالفی دارند. البته این شبهه همچنان در خصوص دیگر رمزارز (رمزارزش)‌ها که خلق اعتبار در آن‌ها به شیوه‌های متفاوتی صورت

1- Bitcoin

می‌پذیرد (مانند اتریوم^۱) وجود دارد که حکم کلی همان رعایت عدم خلق اعتبار از طرق نامشروع است (Nvabpour, 1397:234).

در نهایت تاکنون در خصوص ماهیت رمزارز (رمزارزش)ها از منظر فقه پژوهش‌های جدی صورت نپذیرفته و تاکنون برخی از پژوهشگران با پیش‌فرض ماهیت پولی همه رمزارز (رمزارزش)ها به بررسی آن پرداخته‌اند و برخی پژوهشگران نیز آن را از منظر فقه فردی به‌عنوان مال، مشروع می‌دانند و در مشروعیت آن از منظر فقه حکومتی تردید ایجاد نموده‌اند (RabniMousavi, 1398:73)؛ اما بررسی آثار پژوهشگران حاکی از عدم دقت در ماهیت حقیقی رمزارز (رمزارزش)ها و توجه به انواع و ساختارهای متفاوت آن‌هاست. لذا از نظر نگارندگان این مقاله، موضوع ماهیت رمزارز (رمزارزش)ها نیازمند پژوهشی جدی از منظر فقهی می‌باشد.

هیئت‌وزیران در بند ۱ تصویب‌نامه ۱۳ مرداد ۱۳۹۸ با موضوع مقررات استخراج و استفاده از رمزارز (رمزارزش)ها، استفاده از رمزارز (رمزارزش)ها در مبادلات داخل کشور را ممنوع ساخته و ضمن عدم حمایت و ضمانت از آن توسط نظام بانکی، استفاده از آن در مبادلات خارج از کشور را نیز با قبول ریسک متعاملین به رسمیت شناخته است. البته به نظر می‌رسد که این مصوبه به علت خروج از صلاحیت هیئت‌وزیران و مخالفت با قوانین بالادستی، خلاف قانون است.

باتوجه به سیاست‌ها و مواجهه جمهوری اسلامی با رمزارز (رمزارزش)ها که در مصوبه مذکور هیئت‌وزیران و اطلاعیه ۱۹ تیر ۱۳۹۸ بانک مرکزی بیان گردیده است، علی‌رغم وجود نظرات موافق و مخالف، دولت و بانک مرکزی، ممنوعیت استفاده از رمزارز (رمزارزش)ها در داخل کشور را تعیین نموده‌اند.

در نتیجه آنکه دولت ایالات متحده آمریکا با صرف پذیرش عرف جامعه در روابط اقتصادی، مادامی که مخالف عدالت اجتماعی نباشد، آن را به رسمیت شناخته و تجربه مواجهه با آن تاکنون نیز مؤید به رسمیت شناختن و معتبر دانستن رمزارز (رمزارزش)ها در این کشور است که در نتیجه به راحتی و صرفاً باهدف رعایت عدالت اجتماعی باید به تنظیم‌گری پردازد؛ لکن جمهوری اسلامی ایران علاوه بر پذیرش عرف جامعه، می‌بایست باتوجه به شیوه خلق اعتبار و امکان تحدید

1- Ethereum

استقلال اقتصادی کشور که از منظر فقه حکومتی موجب عدم مشروعیت آن می‌شود و همچنین عدم رعایت اقتصاد عادلانه (موضوع بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی) که در مصادیق مختلف متفاوت است به تنظیم‌گری پردازد لکن دولت و بانک مرکزی با بی‌توجهی به قوانین بالادستی خود، استفاده از رمزارز (رمزارزش)ها در داخل کشور را ممنوع نموده و آن را در معاملات به رسمیت نشناخته‌اند.

۲ حوزه‌های تنظیم‌گری

برای تنظیم‌گری رمزارزها همان‌گونه که بیان شد، دولت‌های هر دو کشور تنها در موارد و حدود فوق می‌توانند به تنظیم‌گری پردازند، لذا ۳ حوزه کلیدی در ارتباط با رمزارزها که پیش‌بینی می‌شود دولت‌ها را با چالش‌های جدی مواجه سازد موردبررسی در دو نظام حقوقی قرار گرفته است.

۲.۱ تنظیم‌گری در حوزه فروش و تبدیل

به‌طور کلی تنظیم‌گری فروش رمزارز (رمزارزش)ها در ایالات متحده آمریکا تنها در دو صورت انجام می‌پذیرد: اولاً اگر این فروش بر اساس قوانین ایالتی یا فدرال به‌منزله فروش اوراق بهادار^۱ تلقی شود؛ ثانیاً اگر این فروش طبق قانون ایالتی، انتقال پول تلقی شود یا در غیر این صورت طبق قوانین فدرال، شخص را به یک ارائه‌دهنده خدمات پولی^۲ تبدیل کند. البته معاملات آتی، خيارات، مبادله‌ها و سایر قراردادهای مشتق شده که به قیمت هرگونه ارز مجازی (از جمله رمزارز (رمزارزش)ها که به‌عنوان کالایی در نظر گرفته می‌شود) اشاره داشته باشد نیز، توسط کمیسیون معاملات آینده کالای آمریکا^۳ و بر اساس قانون بورس کالا تنظیم می‌شوند. با این حال کمیسیون معاملات آینده کالای آمریکا (CFTC) صلاحیت تلاش برای کنترل تخصصی بازار، با توجه به آن دسته از ارزهای مجازی که به‌عنوان کالا محسوب می‌شوند، را دارا می‌باشد

1- The sale of security

2- Money Services Business (MSB)

3- Commodity Futures Trading Commission (CFTC)

(Schofield, 2019: 480).

مبادلات رمزارز (رمزارزش)ها، مشمول مقررات ایالتی می‌باشند و همان‌گونه که بیان شد ارائه‌دهندگان خدمات پولی در آمریکا نیز جزو افرادی هستند که فعالیت آن‌ها با این عنوان در حوزه رمزارز (رمزارزش)ها می‌بایست تحت تنظیم‌گری دولت آمریکا انجام پذیرد. کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا^۱، ثبت‌نام سکوها‌ی معاملاتی^۲ که بر اساس تعریف کمیسیون مذکور از «بورس اوراق بهادار ملی»، شرایط آن را دارا می‌باشند، الزامی نموده است. شبکه اجرای جرائم مالی وزارت خزانه‌داری آمریکا^۳ نیز الزام نموده کسب و کارهایی که مبادرت به مبادلات رمزارز (رمزارزش)ها می‌نمایند، تحت عنوان ارائه‌دهندگان خدمات پولی ثبت‌نام کنند و اقدامات مرتبط با ضبط، گزارش‌دهی و بررسی انطباق با قوانین و مقررات ضد پول‌شویی^۴ را به انجام رسانند (Nelson, 2019: 6).

در ایران نیز، بانک مرکزی در سندی با عنوان «الزامات و ضوابط حوزه رمزارز (رمزارزش)ها در کشور» که در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۸ منتشر گردید، ضمن تعریف رمزارز (رمزارزش)های جهان‌روا به‌عنوان رمزارز (رمزارزش)های قابل استفاده در دیگر نقاط جهان و دسته‌بندی آن‌ها به نمونه‌های دارای پشتوانه و بدون پشتوانه، استفاده از عموم رمزارز (رمزارزش)های جهان‌روا به‌عنوان ابزار پرداخت در داخل کشور را ممنوع اعلام نموده است لکن تبادل آن از طریق صرافی‌های مجاز و توسعه کیف پول‌های آن را بلامانع دانسته است؛ اما به نظر می‌رسد این مصوبه بانک مرکزی که مستند قانونی آن مشخص نیست، موجب تحدید بخشی از حقوق شهروندان گردیده است که این از اختیار بانک مرکزی خارج بوده و نیازمند تصویب مجلس شورای اسلامی می‌باشد و شکایت از آن در دیوان عدالت اداری ممکن است موجب ابطال این مصوبه نیز شود. بعد از آن و در ۱۳ مرداد ۱۳۹۸ نیز هیئت‌وزیران مقررات استفاده و استخراج رمزارز (رمزارزش)ها را مصوب نمود و این مصوبه نیز ممنوعیت تبادل رمزارز (رمزارزش)ها در داخل کشور را برای بار دیگر اعلام کرد. لذا به اعتقاد نگارنده با وجود این مصوبه، نمی‌توان آن را موضع قطعی نظام حقوقی جمهوری اسلامی

1- Securities and Exchange Commission (SEC)

2- Trading platform

3- The Treasury Department's Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN)

4- Anti-Money Laundering (AML)

ایران در تنظیم‌گری دانست چراکه این تنظیم‌گری خلاف قوانین و مقررات صورت پذیرفته و تنها از آن می‌توان تصور و وجود ابهام در تصمیم‌سازان کشور در مواجهه با رمزارز (رمزارزش)ها را متوجه شد؛ چراکه استخراج، نگهداری و حتی تبادل از طریق صرافی‌های مورد تأیید را به رسمیت شناخته، لکن استفاده از آن به‌عنوان ابزار پرداخت که در نتیجه همان تبادل فرد به فرد بدون حضور واسطه باشد را به رسمیت نشناخته و ممنوع اعلام کرده است.

پس در نتیجه استفاده در تعاملات اقتصادی افراد در آمریکا بلامانع و بدون دخالت دولت انجام می‌پذیرد لکن در ایران بر اساس مصوبه بانک مرکزی، علی‌رغم مغایرت با قوانین کشور، استفاده از رمزارز (رمزارزش)ها جهت انجام معامله داخلی ممنوع می‌باشد.

از طرفی ارائه‌دهندگان خدمات تبدیل رمزارز (رمزارزش)ها در آمریکا می‌بایست با رعایت قوانین و مقررات ضد پول‌شویی آمریکا و با الزام شبکه اجرای جرائم مالی وزارت خزانه‌داری آمریکا، به‌عنوان ارائه‌دهندگان خدمات پولی فعالیت نمایند. در ایران نیز تنها صرافی‌های مورد تأیید بانک مرکزی می‌توانند مبادرت به تبادل رمزارز (رمزارزش)ها نمایند.

۲.۲ تنظیم‌گری در حوزه مالیات و عوارض

همان‌گونه که پیش‌ازین بیان گردید، سازمان درآمدهای داخلی آمریکا در مارس ۲۰۱۴، رمزارز (رمزارزش)ها را به‌عنوان نوعی از ارزش‌های مجازی، شکلی از دارایی مالی معرفی نمود؛ در نتیجه هر شخصیت حقیقی به‌تنهایی یا صاحبان کسب‌وکار که دارای رمزارزی باشند، در آمریکا می‌بایست:

(۱) تمامی جزئیات داده‌های مربوط به تولید، خرید و فروش رمزارز (رمزارزش)های خود را نگهداری نمایند.

(۲) به‌ازای هر سودی که ممکن است پس از فروش رمزارز (رمزارزش)ها به‌صورت نقدی حاصل شده باشد، مالیات پرداخت نمایند.

(۳) به‌ازای هر سودی که ممکن است از پرداخت رمزارز (رمزارزش)ها برای دریافت کالا یا خدمتی حاصل شده باشد، مالیات پرداخت نمایند.

(۴) به‌ازای هر استخراج رمزارز (رمزارزش) در همان روز وصول، معادل ارزش منصفانه آن در بازار، مالیات پرداخت نمایند (Schofield, 2019: 482-483).

برای مثال، سازمان درآمدهای داخلی آمریکا در یک دعوی حقوق علیه یک شرکت مبادله رمزارز^۱ موفق شد و این شرکت را مکلف نمود که اطلاعات همه کاربرانی را که ارزش مبادله ارز مجازی آن‌ها بیش از ۲۰ هزار دلار می‌باشد، در سال‌های ۲۰۱۳ تا ۲۰۱۵ به این سازمان ارائه نماید.^۲

در جمهوری اسلامی ایران، نهاد مربوط به اخذ مالیات، سازمان امور مالیاتی کشور می‌باشد که بر اساس مصوبه شماره ۵۸۱۴۴/ت/۵۵۶۳۷ هـ مورخ ۱۳/۰۵/۱۳۹۸ هیئت وزیران در خصوص مراکز استخراج رمزارزها، بخشنامه اجرای این مصوبه را در تاریخ ۱۳۹۸/۰۶/۰۶ به ادارات کل امور مالیاتی ابلاغ نموده است. بر اساس بند ۶ این مصوبه، مراکز استخراج رمزارزها به عنوان واحد تولید صنعتی شناخته شده و مشمول مقررات مالیاتی خواهند بود. البته در تبصره همین بند، آن دسته از واحدهای مصداق این بند که محصول خود را صادر و ارز حاصل از آن را بر اساس ضوابط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به چرخه اقتصادی کشور بازگردانند، از مالیات معاف نموده است.

هیئت دولت در مصوبه دیگری به شماره ۳۹۲۲۸/ت/۵۷۳۷۳ هـ مورخ ۱۵ تیرماه ۱۳۹۹ دارندگان دستگاه‌های استخراج رمزارز را به اعلام مشخصات، پرداخت حقوق و عوارض دولتی و همچنین دریافت مجوز ملزم نموده است. این آئین‌نامه ضمانت اجرایی برای این الزام در نظر نگرفته که البته در نظر گرفتن این موضوع خارج از صلاحیت هیئت دولت می‌باشد.

نهادهای تصمیم‌ساز، در خصوص مالیات اشخاص در استفاده از رمزارز (رمزارزش)ها سکوت نموده‌اند که به نظر می‌رسد این سکوت ناشی از اعلام ممنوعیت استفاده از رمزارزها برای پرداخت و استفاده‌های شخصی توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد. از طرفی سکوت در خصوص توسعه‌دهندگان کیف پول‌های ارزهای رمزنگاری شده و همچنین صرافی‌های مورد تأیید بانک مرکزی در تبادلات ارزهای رمزنگاری شده، نشان‌دهنده آن است که امور مالیاتی این دو نیز مانند دیگر کسب‌وکارهای هم صنف خود و بر اساس قوانین و مقررات عام امور مالیاتی کشور بررسی خواهد شد. سیاست‌های جمهوری اسلامی ایران در خصوص نقش آفرینی بین‌المللی در عرصه رمزارز (رمزارزش)ها می‌بایست بر نحوه محاسبه مالیات استخراج و تبادلات آن حاکم باشد

۱- شرکت Coinbase

2- Stankovic, Stefan (2019): US Cryptocurrency Regulation: Policies, Regimes & More. unblock.net. Available online at <https://unblock.net/us-cryptocurrency-regulation/>, checked on 1/17/2020.

که البته معافیت مالیاتی جهت عرضه رمزارزهای استخراج شده به خارج از کشور و بازگشت سرمایه آن به داخل نشان از اتخاذ سیاست خاص هدفمند است؛ درحالیکه هنوز سیاست‌های کشور در این خصوص مشخص و منسجم نیست و همین امر موجب تعارضات در تنظیم‌گری نیز گردیده است.

در نتیجه آمریکا با احتساب رمزارزها به عنوان یک نوع «دارایی مالی»، اولاً سه عملیات استخراج رمزارز، فروش و تبدیل آن و پرداخت به‌ازای دریافت کالا یا خدمات چه توسط اشخاص حقیقی و چه کسب و کارها را مشمول پرداخت مالیات دانسته و ثانیاً آن‌ها را ملزم به ارائه دقیق و کامل تمامی جزئیات داده‌های خرید و فروش مربوط به ارزهای رمزنگاری شده ایشان نموده است، ولی ایران با احتساب واحدهای استخراج رمزارز به عنوان یک واحد صنعتی تولیدی، فقط ایشان را مشمول مالیات دانسته که همان نیز در صورت فروش رمزارز خود به خارج از کشور و بازگشت سرمایه حاصل از آن از طریق ضوابط بانک مرکزی به چرخه اقتصاد داخلی را معاف از پرداخت مالیات نموده است و در خصوص دیگر فعالیت‌های مرتبط سکوت نموده که به معنای حاکمیت قواعد عام بر آن‌هاست.

۲.۳ تنظیم‌گری در حوزه مبارزه با پول‌شویی یا تأمین مالی تروریسم

قانون کنترل پول‌شویی و قانون میهن‌پرستی، دو نمونه از قوانین ضد پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم در ایالات متحده آمریکا هستند؛ اما قانون حفظ اسرار بانکی قانون اصلی مبارزه با پول‌شویی است و شبکه اجرای جرائم مالی وزارت خزانه‌داری (FinCEN) مجری این قوانین است (Rajabi, 1397:2).

بر اساس سند برنامه اجرای مقررات FinCEN^۱ برای افرادی که به مدیریت، تبادل یا استفاده از ارزهای مجازی می‌پردازند که در مارس ۲۰۱۳ توسط FinCEN صادر گردید، کاربرانی که از رمزارز (رمزارزش)ها برای خرید کالاها و یا دریافت خدمات چه واقعی و چه مجازی استفاده می‌نمایند، مشمول مقررات FinCEN نمی‌شوند و علت آن را عدم تطابق با تعریف «خدمات انتقال

1- FIN-2013-G001, Application of FinCEN's Regulations to Person's Administering, Exchanging or Using Virtual Currencies (March 18, 2013).

پول» که در همان سند بدان اشاره نموده است اعلام می‌دارد و در نتیجه ارائه‌دهندگان خدمات پولی را مشمول این مقررات معرفی نمود. در این مقررہ صرافی‌های ارزهای مجازی و مدیران منابع متمرکز ارز مجازی که توانایی انتشار و بازپرداخت ارز مجازی را دارند، به‌عنوان ارائه‌دهندگان خدمات پولی که تحت مشمول مقررات FinCEN می‌باشند معرفی شده‌اند. مدیر یا صرافی که یک ارز مجازی را تأیید و منتقل نماید یا به هر دلیلی مبادرت به خرید و فروش ارز مجازی نماید، یک فرستنده پول تحت مقررات FinCEN می‌باشد، مگر آنکه محدودیت یا معافیتی شامل حال شخص شده باشد. البته FinCEN در پاسخ به نامه‌ای در اکتبر ۲۰۱۴^۱ استخراج‌کنندگان رمزارزها را از مشمول مقررات FinCEN خارج اعلام نمود.

ارائه‌دهندگان خدمات پولی که مشمول مقررات FinCEN می‌باشند، می‌بایست برنامه خود در خصوص چگونگی عمل به مقررات ضد پول‌شویی و اقدامات تروریستی را به‌صورت مکتوب تهیه و ارائه نمایند. در این برنامه باید سیاست‌های کتبی، رویه‌ها و کنترل‌های داخلی که به‌طور معقولی برای اطمینان از انطباق مداوم طراحی شده‌اند، تعیین شود، یک مسئول جهت بررسی روزانه انطباق با مقررات فوق مشخص گردد، آموزش‌های لازم و مناسب پرسنل به‌ویژه آموزش تشخیص معاملات مشکوک داده شود و بررسی مستقل برای نظارت و حفظ برنامه انجام پذیرد (Schofield, 2019: 482).

قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۶، شورای عالی مبارزه با پول‌شویی را به ریاست و مسئولیت وزیر امور اقتصاد و دارایی تشکیل داده و مسئولیت تدوین آیین‌نامه‌ها و اجرای آن را به وی سپرده است. در این قانون کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی به‌ویژه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری می‌بایست به آیین‌نامه‌های صادره از سوی شورای عالی مبارزه با پول‌شویی عمل نمایند. بر اساس بند «ه» ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۸، فارغ از بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، صندوق‌های قرض‌الحسنه، شرکت‌های لیزینگ، شرکت‌های سرمایه‌پذیر، صرافی‌ها و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی را که به امر واسطه‌گری وجوه اقدام می‌نمایند، نیز مشمول تعریف مؤسسات اعتباری دانسته است.

1-FIN-2014-R012, Request for Administrative Ruling on the Application of FinCEN's Regulations to a Virtual Currency Payment System (October 27, 2014)

در جلسه سی‌ام شورای عالی مبارزه با پول‌شویی در تاریخ ۹ دی ۱۳۸۶، به کارگیری ارزش‌های مجازی در تمامی مراکز پولی و مالی کشور ممنوع اعلام شده و حوزه نظارت بانک مرکزی نیز این ممنوعیت را به بانک‌ها ابلاغ نمود. البته این ممنوعیت تقریباً یک سال بعد بر اساس مصوبه بانک مرکزی در ۸ بهمن ۱۳۹۷ دچار تغییر و تحولاتی گردید. در این مصوبه، بانک مرکزی ضمن تلاش جهت رفع هرگونه مسئولیت مرتبط با رمزارزها از خود، تنها صرافی‌هایی را مجاز به انجام فعالیت در زمینه رمزارزها دانسته که به تأیید بانک مرکزی برسند و بانک مرکزی لیست صرافی‌های مورد تأیید خود را در بازه‌های ۳ ماهه اعلام می‌نماید. از طرفی هر تراکنش در صرافی باید با احراز هویت کامل اشخاص صورت پذیرد و این صرافی‌ها می‌بایست تمامی اطلاعات مربوط به خرید و فروش، مشتریان و همچنین دلایل منشأ معاملات را ثبت و در صورت درخواست در اختیار بانک مرکزی قرار دهند. این مصوبه صرافی‌های رمزارزی را ملزم به رعایت قوانین مبارزه با پول‌شویی و شناسایی مشتریان (KYC) نموده است.

در نتیجه آمریکا ضمن معتبر دانستن استفاده افراد از رمزارزها، حتی باهدف مقابله با پول‌شویی و اقدامات ضد تروریستی نیز مقرراتی برای فعالیت افراد تعیین ننموده است درحالی‌که ایران هرگونه استفاده از رمزارز (رمزارزش)‌ها را توسط افراد در داخل کشور ممنوع اعلام کرده است. در خصوص فعالیت صرافی‌ها هم آمریکا و هم ایران مقررات مربوط به پول‌شویی از جمله ارائه اطلاعات کامل تراکنش‌ها را الزام نموده‌اند. البته آمریکا علی‌رغم این الزام، جزئیات دیگر مانند سند برنامه و فرآیند چگونگی عمل به مقررات، ارائه آموزش‌های لازم، تعیین نیروی انسانی خاص و... که در بالا ذکر گردید را نیز از الزامات مشمولان مقررات ضد پول‌شویی و اقدامات تروریستی در حوزه رمزارز (رمزارزش)‌ها اعلام نموده، ولی ایران الزام خاص دیگری را اعلام ننموده و صرفاً به مانند آمریکا دیگر قوانین و مقررات عام ضد پول‌شویی را در این حوزه نیز معتبر و لازم‌الاجرا دانسته است.

۳ نتیجه‌گیری

ظهور فناوری‌های جدید موجب تحول روابط اقتصادی میان افراد جامعه گردیده و مجموعه‌ای از روابط و ابزارهای جدید تحت عنوان اقتصاد دیجیتال را پدید آورده است. در این مقاله ضمن

توجه به مبانی دو نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده آمریکا، تنظیم‌گری فعالیت‌های مرتبط با رمزارز (رمزارزش)‌ها در حوزه‌های مختلف را موردبررسی قرار داده و نتایج ذیل حاصل گردید:

۱. رمزارزها در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا ماهیت «دارایی مالی» دارند؛ درحالی که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران هنوز ماهیت آن‌ها به وضوح مشخص نشده است. در برخی موارد آن را دارایی مالی و در برخی دیگر پول تلقی نموده‌اند که به نظر می‌رسد تلقی ماهیت دارایی مالی برای رمزارزها با توجه به ویژگی‌های فنی و حقوقی آن، صحیح‌تر است.

۲. در هر دو کشور اصل بر عدم مداخله در روابط اقتصادی افراد است. در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، نارسایی بازار و احتمال آسیب دیدن عدالت اجتماعی عواملی هستند که به این دولت مجوز تنظیم‌گری رمزارز (رمزارزش)‌ها را می‌دهد و در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، تعارض صریح رمزارز (رمزارزش)‌ها و یا ایجاد تعارض توسط آن‌ها با قوانین داخلی و ضوابط و موازین اسلامی، مجوز تنظیم‌گری در این حوزه را به دولت اعطا می‌کند.

۳. صرف پذیرش رمزارز (رمزارزش)‌ها در عرف جامعه در روابط اقتصادی در هر دو کشور مبنای به رسمیت شناختن و اعتباربخشی به آن‌هاست؛ حدود این اعتبار در ایالات متحده آمریکا مادامی است که استفاده از رمزارز (رمزارزش)‌ها و آثار آن مخالف عدالت اجتماعی نباشند، ولی در جمهوری اسلامی ایران امکان تحدید استقلال اقتصادی کشور و عدم رعایت اقتصاد عادلانه از مواردی هستند که می‌توانند در صورت بروز توسط رمزارز (رمزارزش)‌ها مانع معتبر بودن آن‌ها در کشور گردند. لکن بانک مرکزی و هیئت دولت بدون توجه به حدود صلاحیت خویش، هرگونه تبادل رمزارز در مبادلات داخلی را ممنوع و در مبادلات خارجی ضمن عدم پذیرش ریسک، صرفاً معامله با آن را به رسمیت شناخته‌اند.

۴. استفاده از رمزارز (رمزارزش)‌ها به عنوان ابزار پرداخت و تبادل مالی در ایالات متحده آمریکا بلامانع بوده و بدون دخالت دولت انجام می‌پذیرد؛ درحالی که در جمهوری اسلامی ایران این عمل ممنوع است و معاملاتی که با تبادل رمزارز (رمزارزش)‌ها انجام پذیرفته باشد مورد حمایت دولت واقع نمی‌گردد مگر تبدیل رمزارز (رمزارزش)‌ها از طریق صرافی‌ها.

۵. ارائه‌دهندگان خدمات تبدیل رمزارز (رمزارزش)‌ها در ایالات متحده آمریکا می‌بایست با رعایت قوانین و مقررات ضد پول‌شویی آمریکا و با الزام شبکه اجرای جرائم مالی وزارت

خزانه‌داری آمریکا، به‌عنوان ارائه‌دهندگان خدمات پولی فعالیت نمایند. در ایران نیز تنها صرافی‌هایی می‌توانند به تبدیل و ارائه رمزارز (رمزارزش)ها بپردازند که از بانک مرکزی مجوز لازم را اخذ نموده باشند.

۶. سه عملیات استخراج رمزارز، فروش و تبدیل آن و استفاده از آن به‌عنوان ابزار پرداخت در ایالات متحده آمریکا چه توسط اشخاص حقیقی صورت گیرد و چه توسط کسب‌وکارها مشمول مالیات واقع می‌گردد که البته ملزم به ارائه دقیق و کامل تمامی جزئیات داده‌های خرید و فروش نیز می‌باشند. لکن جمهوری اسلامی ایران با احتساب واحدهای استخراج رمزارز (رمزارزش) به‌عنوان یک واحد صنعتی تولیدی، فقط ایشان را مشمول مالیات دانسته که همان نیز در صورت فروش رمزارز (رمزارزش) خود به خارج از کشور و بازگشت سرمایه حاصل از آن از طریق ضوابط بانک مرکزی به چرخه اقتصاد داخلی، معاف از پرداخت مالیات هستند و در خصوص دیگر فعالیت‌های مرتبط، سکوت نموده که به معنای حاکمیت قواعد عام بر آن‌ها می‌باشد.

۷. ایالات متحده آمریکا مقررات مقابله با پول‌شویی و اقدامات ضد تروریستی خاصی برای فعالیت افراد در حوزه رمزارز (رمزارزش)ها وضع نکرده و این مقررات را به تفصیل در خصوص فعالیت صرافی‌ها وضع نموده است تا جایی که می‌بایست اطلاعات کامل تراکنش‌ها، اسناد مرتبط، فرآیند چگونگی عمل به مقررات، ارائه آموزش‌های لازم به کارکنان؛ تعیین نیروی انسانی خاص و... را در اختیار دولت قرار دهند. درحالی که جمهوری اسلامی ایران علاوه بر ممنوعیت کامل تبادل رمزارز (رمزارزش)ها توسط اشخاص، برای صرافی‌ها نیز مقررات خاصی در این حوزه وضع ننموده‌اند و به قوانین و مقررات عام سابق بسنده کرده‌اند.

۴ پیشنهاد

نظام حقوقی آمریکا علی‌رغم اتخاذ رویکردهای لیبرال در تنظیم بازار و اعتقاد به بازار آزاد، در موارد متعدد بررسی شده در حوزه رمزارز (رمزارزش)ها، به اتخاذ قوانین و مقرراتی سخت‌گیرانه و دقیق پرداخته است. این در حالی است که نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به دلایل متعددی که در ابتدا ذکر گردید، می‌بایست نقش فعال‌تری به نسبت این کشور در تنظیم‌گری روابط اقتصادی ایفا نماید. باتوجه به نتایج اخذ شده از این پژوهش و نظر به تجربیات نظام حقوقی آمریکا

در مقررہ گذاری و اصلاحاتی که در طی این مدت در قوانین و مقررات خود اعمال نموده‌اند، پیشنهاد می‌گردد جمهوری اسلامی ایران در خصوص مواجهه فعال در جهت حفظ حقوق عامه و حراست از استقلال حاکمیت اقتصادی هرچه سریع‌تر با توجه به نکات ذیل به تنظیم‌گری بپردازد:

۱. اولاً؛ ظهور فناوری‌های نوین مبتنی بر فضای مجازی باعث تحول در معنا و مفهوم دولت گردیده و معیارهایی از جمله سرزمین را متحول ساخته‌اند. لذا مهم‌ترین پیشنهاد در مواجهه با پدیده‌های فضای مجازی که جنبه بین‌المللی به خود می‌گیرند مانند تنظیم‌گری پلتفرم‌های بین‌المللی نیازمند اقدام جمعی و متحد دولت‌ها یا گروهی از دولت‌هاست؛ چراکه حرکت مستقل هر دولت به تنهایی و بدون هماهنگی با دیگر دول باعث ناکامی در کنترل صحیح خواهد شد، موضوعی که به‌خوبی در مدیریت فعالیت پلتفرم‌های بین‌المللی تاکنون مشاهده شده است. تنظیم‌گری این پدیده‌های بین‌المللی نیازمند قوه قاهره متناسب با آن‌ها و قدرت کنترل آن‌هاست که این موضوع جز با اتحاد گروهی کشورهایی که میزبان صاحبان این فناوری‌ها نیستند امکان‌پذیر نیست. لذا پیشنهاد می‌گردد جمهوری اسلامی ایران پیشنهاددهنده انعقاد معاهدات بین‌المللی و یا سازمان‌های بین‌المللی برای تنظیم‌گری رمزارز (رمزارزش)‌ها با همکاری جمعی از کشورهای جهان گردد. این امر باعث می‌گردد تا تعیین قوانین و مقررات با همکاری جمعی، با احتمال موفقیت اجرایی بیش‌تری مواجه گردد.

۲. ثانیاً؛ با توجه به اینکه فقه امامیه از مهم‌ترین منابع حقوقی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد، می‌بایست با در نظر گرفتن تمامی ابعاد و ویژگی‌های فنی رمزارز (رمزارزش)‌ها و با توجه به تنوع روش‌های خلق اعتبار در انواع رمزارز (رمزارزش)‌ها، ماهیت آن‌ها از منظر فقه و معیارهای تشخیص آن مشخص گردیده و جایگاه آن در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران تعیین شود. با توجه به اصل عدم صلاحیت و همچنین تصریح حدود وظایف و اختیارات بانک مرکزی به تنظیم‌گری در حوزه پول و مبادلات طلا و همچنین عدم وجود مستند قانونی بر صلاحیت دولت در مقررات‌گذاری و محدودیت مبادلات مالی اشخاص، کلیه مصوبات بانک مرکزی و هیئت دولت که مبتنی بر ماهیت پولی رمزارز (رمزارزش)‌ها تدوین گردیده‌اند نیز متأثر از ماهیت فقهی آن، در صورتی که دارای ماهیت مالی باشد، ممکن است نیازمند ابطال، ملغی‌الاثرو یا محدود شدن در حدود شرایط پولی رمزارز (رمزارزش)‌ها شوند. در خصوص صلاحیت شورای عالی مبارزه با پول‌شویی نیز با توجه به موارد صلاحیت این شورا مذکور ذیل ماده ۴ قانون مبارزه با پول‌شویی و

همچنین اصل ۴۷ قانون اساسی، در صورت پذیرش ماهیت دارایی مالی، وضعیت مصوبات این شورا نیز همانند مصوبات بانک مرکزی و هیئت دولت خواهد بود چراکه برای تصمیم‌گیری در خصوص مالکیت اشخاص بر اموال ایشان و مسائل ناشی از آن تنها قانون می‌تواند تعیین‌کننده باشد، لذا تنها مجلس شورای اسلامی مرجع صلاحیت‌دار برای تعیین محدودیت در این حوزه خواهد بود.

۳. ثالثاً؛ باتوجه به اینکه بررسی‌های این پژوهش و دیگر پژوهش‌ها احتمال ایجاد چالش‌هایی در استقلال کشور و عدالت اقتصادی را تقویت می‌نماید، جمهوری اسلامی ایران می‌بایست به‌طور فعالانه به تنظیم‌گری این موضوع پردازد. لذا روش‌ها و حالاتی که ممکن است فعالیت رمزارز (رمزارزش)ها در ایران موجب تحدید استقلال کشور و یا عدم رعایت عدالت اقتصادی شود، مانند برخی موضوعات مطروحه در این پژوهش بررسی و احتمالات پیش‌رو ارزیابی گردند تا بر اساس آن موضع نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در خصوص حدود و شرایط اعتبار آن در فعالیت‌های اقتصادی احراز گردد.

۴. رابعاً؛ پیشنهاد می‌گردد با توجه به پذیرش ماهیت دارایی مالی رمزارز (رمزارزش)ها به‌صورت عمومی و تخصیص شرایط پولی آن‌ها در بعض موارد توسط بانک مرکزی، که خود حاکی از عدم صلاحیت این نهاد در تنظیم‌گری رمزارز (رمزارزش)ها با ماهیت دارایی مالی است و همچنین دلایلی که پیش‌ازین و در پیشنهاد اول مطرح گردید، ضمن معتبر دانستن استفاده از رمزارز (رمزارزش)ها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، در خصوص عموم شرایط آن با ماهیت دارایی مالی، مجلس شورای اسلامی به‌عنوان تنها مرجع صلاحیت‌دار تنظیم‌گری در حال حاضر، نسبت به تدوین قوانینی با موضوع حدود و شرایط تولید، خرید و تبادل رمزارز (رمزارزش)ها اقدام نماید. مرجع صالحی که بر اساس قانون مصوب مجلس شورای اسلامی تعیین می‌گردد باید در خصوص تولیدکنندگان، با ارائه مجوزهای رسمی شرایط تولید را فراهم و از این طریق بر عملکرد آن نظارت و پایش نماید؛ در خصوص خرید رمزارز (رمزارزش)ها با مدیریت و همکاری صرافی‌ها و سکوهای خرید و فروش رمزارز (رمزارزش)ها، ضمن تعیین حدود و شرایط، اطلاعات مورد نیاز جهت تنظیم این بازار را دریافت و پایش نماید؛ در خصوص تبادل رمزارز (رمزارزش)ها نیز با ایجاد شرایطی جهت فعالیت ارائه‌دهندگان خدمات تبادل رمزارز (رمزارزش)ها، ضمن نظارت بر این خدمات، بر تبادل‌های بازار نظارت نمایند.

۵. خامسا؛ با فراهم سازی قانون گذاری مذکور در بند ۳، امکان اخذ مالیات بر هر ۳ فعالیت امکان پذیر بوده و قوانین و مقررات مبارزه با پول شویی نیز که نیازمند بازنگری و یا تخصیص در موضوع رمزارز (رمزارزش)ها هستند، پس از این تنظیم گری امکان اجرا خواهند داشت.

References

- [1] Abdipour, Ebrahim. (2010). Legal Analysis of the Nature of Electronic Money. Private Law, No. 16, Spring and Summer 89, pp. 53-84.
- [2] Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies. *Department of the treasury financial crimes enforcement network*. Guidance (FIN-2013-G001).
- [3] Black, Julia (2001). Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. *Current legal problems* 54 (1). 103-146.
- [4] Bo, Soderston. (2005). Globalization and the Welfare State, translated by Hormoz Homayounpour, Tehran, Higher Institute for Social Security Research.
- [5] Cabinet. (15/4/1399). Regulation on the one-month duties of the owners of Ramzarz mining machines.
- [6] Cabinet. (5/13/1398). Regulations for the extraction and use of cryptocurrencies.
- [7] Central Bank of the Islamic Republic of Iran: Requirements and Criteria in the Field of Ciphers, 11/8/1397.
- [8] Cvetkova, Irina. (2018). CRYPTOCURRENCIES LEGAL REGULATION. *BRICS law journal* 5 (2). 128-153.
- [9] D.Hughes, Scott. (2017). CRYPTOCURRENC REGULATIONS AND ENFORCEMENT IN THE US. *Western State Law Review*, 1 (1). 1-24.
- [10] FinCEN. (10/27/2014). Request for Administrative Ruling on the Application of FinCEN's Regulations to a Virtual Currency Payment System (FIN-2014-R012).
- [11] Gikay, Asress (2018). Regulating Decentralized Cryptocurrencies Under Payment Services Law: Lessons from the European Union. *Journal of Law, Technology, & the Internet* 9 (1), 1 (1st). 1-35.
- [12] Global Legal Research Directorate staff; Law Library of Congress. (2018). Regulation of Cryptocurrency Around the World.
- [13] Goitom; Hanibal. (2018). Regulation of Cryptocurrency in Selected Jurisdictions.
- [14] Gorden, Claire; Saravalle, Edoardo; Solomon-Strauss, Julia. (2018). UNCHARTED WATERS. A Primer on Virtual Currency Regulation Around the World. *THE CENTER OF LAW AND SECURITY; NYU SCHOOL OF LAW*.
- [15] Hadavand, Mehd.i (2007). An Introduction to Economic Regulation.

- Parliament and Strategy, No. 56, Summer 2007, pp. 47-84.
- [16] Internal Revenue Exchange (IRS). IRS Notice 2014-21- virtual currency taxation. In IRS.
- [17] Jackson, Emerson Abraham and Jabbie Mohamed (2019). Understanding Market Failure in the Developing Country Context. *Spring nature*. 1-12.
- [18] Jane Hughes, Sarah; T.Middlebrook, Stephen. (2014). Regulating Cryptocurrencies in the United States: Current Issues and Future Directions. *Maurer School of Law: Indiana University*. 40 (2), 812-848.
- [19] Judge, Yadala; Abdolhian, Omid. (2017). Efficiency, Encyclopedia of Public Law, Editor: Seyed Mohammad Mehdi Ghamami, pp. 555-558.
- [20] Kagan R. A. (1995). What Socio-Legal Scholars Should Do When There is Too Much Law to Study. *Journal of Law and Society* 22, 140-8.
- [21] Kheradmand, Mohsen. (1398). Jurisprudential study of currency extraction and exchange of cryptocurrencies focusing on the "Bitcoin" network. *Knowledge of Islamic Economics*, Tenth Year, Spring and Summer 1398, No. 20, pp. 109-124.
- [22] Leal Filho, Walter and Azul Anabela Marisa and Brandli Luciana and Özuyar Pinar Gökcin and Wall Tony (Ed.) (2019). *Decent Work and Economic Growth*. Cham: Springer International Publishing.
- [23] Levi-Faur, David. (2010). Regulation & Regulatory Governance, Jerusalem Papers in Regulation & Governance, December, 1-48.
- [24] Mankiw, N.Gregory. (2014), *Macroeconomics*, translated by Hamid Reza Arbab, third edition, Tehran, Ney Publications.
- [25] Mirzakhani, Reza. (December 1996). Bitcoin and the financial-jurisprudential nature of virtual money. Exchange and Securities Organization.
- [26] Nawabpour, Alireza; Yousefi, Ahmad Ali; Talebi, Mohammad. (1397). Jurisprudential analysis of the functions of cryptocurrencies (case study of Bitcoin). *Islamic Economics Research Quarterly*, 18th year, No. 72, Winter 1397, pp. 213-243.
- [27] Nelson, Rebecca M. (2019). Examining Regulatory Frameworks for Digital Currencies and Blockchain. *Congressional Research Service*. 1-15.
- [28] Office of Communication Studies and New Technologies of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly. (2014). Bitcoin; A new tool in the electronic payment system.
- [29] Office of Communication Studies and New Technologies of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly. (2014). Policy-making of the United States, China and Germany in the field of new digital financial instruments such as Bitcoin.
- [30] Palest, Greg (2003). *Democracy and Regulation*. London: Pluto press.
- [31] Peteft, Arian; Momeni Rad, Ahmad. (2015). The evolution of government intervention in the economy from the perspective of public law, from the welfare state to the extra-regulatory government. *Public Law Research*. Summer 2015, No. 47, pp. 185 - 204.
- [32] Rabbani Mousavian, Seyed Ali. (1399). The legitimacy of cryptocurrencies

- from the perspective of governmental and individual jurisprudence. *Journal of Islamic Jurisprudence and Law Research*, Year 16, Summer 2016, No. 60, Pages 53-76.
- [33] Rajabi, Abolghasem. (2015). *Virtual Currency: Legislation in Different Countries and Suggestions for Iran*, Office of Communication Studies and New Technologies, Research Center of the Islamic Consultative Assembly
- [34] S. Beugelmans, Mauricio; M.Hess, Krista; Hardin, Schiff: *The Current Environment of U.S. Cryptocurrency Regulation*.
- [35] Schofield, Andrew (2019). *Blockchain & Cryptocurrency Regulation*. London: Global Legal Group Ltd.
- [36] Shapiro, John. (2012), *Liberalism, its meaning and history*, translated by Mohammad Kashani, Tehran, Markaz Publishing.
- [37] Shirazi, Hossein. (1398). Regulation instead of holding in policy making; Case Study: The Interaction Pattern of Public Libraries and Tehran Municipality Libraries. *Government Studies*, Winter 1398, No. 20, pp. 1-36.
- [38] Soleimani-Pour, Mohammad Mehdi; Soltaniehnejad, Hamed; Pourmotahar, Mehdi. (2017). Jurisprudential study of virtual money, *Islamic financial research*, Spring and Summer 2017, No. 12, pp. 167-192.
- [39] Stefan Stankovic. (2019). *US Cryptocurrency Regulation: Policies, Regimes & More*. unblock.net.
- [40] Tavassoli, Mohammad Ismail. (2005). A Study and Critique of the Theories of Some Islamic Thinkers on the Nature of Money. *Islamic Economics Quarterly*, Fifth Year, Fall 2005, pp. 123-159.
- [41] Tavassoli, Mohammad Ismail. (2013). Analysis of the nature of money, *Islamic Economics Research Quarterly*, Year 12, Issue 84, Winter 2012, Pages 107-130.
- [42] Tax Affairs Organization. (1398). Notification of Resolution No. 58144 / T 55637 AH dated 13/05/2017 of the esteemed Council of Ministers regarding cryptocurrency extraction centers. Tax Affairs Organization.
- [43] Timothy G. Massad. (2019). *It's Time to Strengthen the Regulation of Crypto-Assets*.
- [44] Walter and Azul Anabela Marisa and Brandli Luciana and Özuyar Pinar Gökcin and Wall Tony Leal Filho. (2019). *Decent Work and Economic Growth*. Springer International Publishing. 1-10.
- [45] Zare, Amir and Bahrami, Ehsan. (1399). The nature of cryptocurrencies and the explanation of their fundamental challenges in the Iranian legal system, *International Conference on Jurisprudence, Law and Religious Research*.

Changing Circumstances and Mechanisms of Contractual Conditions for Balancing Interests in Petroleum contracts

Sfandiyar Kordi¹

Ph.D. in International Law, Faculty of Islamic Studies and Law and Political Science, Islamic Azad University, Science and Research Branch Tehran, Iran.

Reza Tajarlou²

Assistant Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Iran. (Corresponding Author)

Mohsen Mohebi³

Assistant Prof., Department of Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law and Political Science, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran

Received 2021/05/31

Accepted 2022/03/06

ABSTRACT

In oil and petroleum contracts, unexpected events causes drastic changes in the original terms and conditions of contracts and balance of interest of parties will be adversely affected and interrupted. Various conditions need to be foreseen for these clauses such as forecasting contractual mechanisms for renegotiation, revisit and adaptation of economic equilibrium which accordingly would substitute the preliminary agreement with new conditions in such contracts so that the interests of the parties continue to be balanced. Undoubtedly, one of the most important developments in the field of petroleum contracts is the modern approach to contract terms for the continuation of the contract through a compromise between the interests and

1- essiko_5@yahoo.com

2- rtajarlou@yahoo.co.uk

3- sd.mohebi@gmail.com

legitimate expectations of the parties under the terms of the modification of the contractual obligations of those actors changed in the circumstances. Thus, what is the mechanism of contractual equilibrium in oil contracts? This is a question that this article seeks to answer by examining and analyzing the terms of the contract and its achievement is “The mechanism of contractual conditions for balance is a new approach to coexistence and a combination of renegotiation conditions and stability conditions to increase contract the versatility and reduce the hardness of the contract to create a balance of benefits and increase the efficiency and performance of the oil contract.”

Keywords: oil contracts, renegotiation clause, economic balance, revisit and adaptation, contractual mechanism

INTRODUCTION

Oil contracts have an international aspect as a whole and due to the political and economic changes in the world, these contracts are also undergo changes. Change and instability are the characteristics of oil contracts. The nature of oil contracts is such that during the years of its implementation, they are faced with changes in the initial conditions and complicated technical and financial issues. A change in the circumstances at the time of concluding the contract is one of the obstacles to the implementation of the parties obligations, especially in continuous and long-term contracts. Today, according to the doctrine of change of circumstances, we are face with the concepts of transformation and dynamism. The parties to the contract are looking for a balanced method to ensure their rights and interests, distribute risks and fulfil their legitimate expectations. Among the most important mechanisms for determining the balance and providing interests between the host government and the transnational oil company are the conditions of stability, the condition of renegotiation and review and the condition of adaptation and the condition of economic balance. Among the mentioned conditions, this article focuses on the condition of renegotiation and adjustment and economic balance. These mechanisms are basically based on

balance and the opposite point is the principle of contract necessity and the condition of changing circumstances.

PURPOSE

The purpose of this article is to examine the terms of the contract in order to adapt the oil contract as much as possible to the legitimate interests and expectations of the parties and to maintain the balance of such contracts in the changed circumstances.

METHODOLOGY

The research method in this article is descriptive- analytical and library method.

FINDING

In order to modify the contractual obligations of the parties through the explicit condition of renegotiation or revision of the contract conditions, the necessity of the continuation of the contract should be preferred over the termination of the contract. The prioritization of the renegotiation condition in a long-term contract by the parties means that with new developments unpredictable events or possible events will occur in the future that will disrupt the economic balance of the contract parties and cause difficulty for one or the other party, in the implementation of contractual obligations be treated fairly. It can also be used by the injured party to request revision or modification of specific regulation in order to reduce the severe effects of unpredictable events. In this context, the terms of renegotiations and adaptation can be included in all oil contracts due to the long duration of these types of contracts and it makes the contract flexible and the provisions of the contract can be changed to new and suitable conditions.

CONCLUSION

This article illustrate that the mechanism of contractual terms for the balance of interests in oil contracts is a new approach of combining the renegotiation clause and stability terms for greater contract adaptability and

reducing the necessity of the contract with the aim of coordinating with the changed circumstances to create a balance of interests and improve the performance of the oil contract.

REFERENC

- [1] Al Kahlifa, H.R., (2003), “Negotiating and Arbitrating Against Government Entities”, Const. L.J. 19, No. 5.
- [2] Al Qurashi, Z., A., (2004), “Investment Protection under International Petroleum Agreements: An Analysis of the Pertinent Arbitral Jurisprudence”, PhD thesis, university of Dundee
- [3] Al Qurashi, Z., A., (2005), “Renegotiation of International Petroleum Agreements”, 22 Journal of International Arbitration, No. 4.
- [4] Alexander, F. C., (2003), “The Three Pillars of Pecurity of Investment Under PSG and Other Host Government Contracts”, ch. 7, Institute for Energy Law of the Center for American and International Law's 54 Annual Institute on Oil and Gas Law (Publication 640, Release 54), Lexis Nexis Matthew Bender
- [5] Asante, S. K. B., (1979), “Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process”, 28 ICLQ
- [6] b- Article
- [7] Barberis D., (1998), Negotiating Mining Agreements; past present and future Trends, The Netherland: kluwer law International
- [8] Beredjick, N., and Walde, T., W., (1988), Petroleum Investment Policies in Developing Countries, LondonSterling House
- [9] Berger, K., p., (2003), “Renegotiation and Adaptation of International Investments Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”, Vanderbilt Journal Transnational Law 36
- [10] Bernardini, P., (1988), “the Renegotiation of the Investment Contract”, 13 ICSID Review Foreign Investment Journal
- [11] Bernardini, P., (2008), “Stabilisation and Adaptation in Oil and Gas Investment”, Journal of World Energy Law & Business Vol.1, No.1
- [12] Bigdeli, S., (2008), Renegotiation Clause (Hardship), Witness Legal Quarterly NO.8,9, (in Persian)

-
- [13] Bishop, D., R., Crawford, J., Reisman, W., M., (2005), *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, The Hague, Kluwer Law International
 - [14] Bowman, J., (2006), “Stabilization, Renegotiation, Arbitration, and Adaptation of International Petroleum Contracts”, Presentation Delivered in AIPN International Dispute Resolution in Oil and Gas, Dubai
 - [15] Cameron, P., D., (2006), “Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil and Gas Investors”, AIPN Research Paper Final Report
 - [16] Cameron, P., D., (2017), “Stabilization and the Impact of Changing Patterns of Energy Investment”, 10 *Journal of World Energy Law and Business*
 - [17] Carter, J., W., (1999), “The Renegotiation of Contracts”, 13 *Journal Contract Law*
 - [18] Chekol, Abebe, A., (2010), “Stabilization Clauses in petroleum Development Agreements: Examining their Adequacy and Efficacy”, Center for Energy Petroleum Mineral Law and Policy, University of Dundee
 - [19] Chowdhury, S., R., (1984), *Permanent Sovereignty and its Impact on Stabilization Clauses, Standards of Compensation and Patterns of Development Co-Operation*, in: *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law*, ed. By k. Hossain, New York, st Martin's Press
 - [20] Cotula, L., (2010), “Investment Contracts and Sustainable Development: How to Make Contracts for Fairer and More Sustainable Natural Resource Investments”, London: International Institute for Environment and Development
 - [21] Dolzer, R., and Schreuer, Ch., (2008), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press
 - [22] El Chiati, A., Z., (1987), “Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements”, *Recueil Des Course*, vol. 204, No. III,
 - [23] Emam, F., (1995), *Foreign Investment in Iran*, First Edition, Tehran,

Yalda Publication, (in Persian)

- [24] Fabri, N., (1987), “Stability of Contractual Relations in Long – term Transnational Agreements”, Australian Mining and Petroleum Lawyers Association Yearbook
- [25] Gotanda, J., y., (2003), “Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited”, Vanderbilt Journal of Transnational Law 36
- [26] Horn, N., (1958), The Concepts of Adaptation and Renegotiation in The Law of Transnational Commercial Contracts, in: Horn, N., (ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Kluwer Law, Deventer
- [27] Horn, N., (1985), Changes in Circumstances and The Revision of Contracts in Some European Laws and International Law, Horn, N., (ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, The London, Boston: Kluwer Law, Deventer
- [28] Hossain, K., (1979), Law and Policy in Petroleum Development: Changing Relations between Transnationals and Governments, (New York, Nichols Publishing Company
- [29] Kolb, R., (2006), “Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith), NILR 53
- [30] Kuruk, P., (1991), “Renegotiating Transnational Investment Agreements: Lessons for Developing Countries from the Ghana – Valco Experience”, Michigan Journal of International Law 13
- [31] Lando, O., (1980), “Renegotiation and Revision of International Contracts: An Issue in the North-South Dialogue” German Yearbook of International Law 23
- [32] Maniruzzaman, A., F., (2006), International Energy Contracts and Cross-Border Pipeline Projects: Stabilization, Renegotiation and Economic Balancing in Changed Circumstances Some Recent Trends”, OGEL, Vol.4
- [33] Maniruzzaman, A., F., (2008), “The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends”, Journal of World Energy Law & Business Law,

Vol.1, No.2

- [34] Mikdashi, Z., (1976), *The International Politics of Natural Resources*, Cornell University Press, NY and London
- [35] Montembault, B., (2003), “The Stabilization of State Contracts Using the Example of Petroleum Contracts: A Return of the Gods of Olympia?”, *International Business Law Journal*, No.6
- [36] Moslehi, A., Sadeghi, M., (2005), *A Look at Alternative Methods of Dispute Settlement*, Nameh Mofid, No.46
- [37] Movahed, M., (2009), *Lessons from Oil Arbitration; Nationalization and Compensation*, Tehran, Karnameh Publication, (in Persian)
- [38] Ng’ambi, S., P., (2016), *Resource Nationalism in International Investment Law*, 1st edn., Routledge
- [39] Nikbakht, M., Adib, A., (2018), *Reform and Mediation as an Alternative to Civil-Commercial Dispute Settlement Methods (The Possibility of Using Them in the Oil Industry)*, *Journal of Legal Research*, No.78
- [40] Nwete, B., (2006), “To What Extent Can Renegotiation Clauses Achieve Stability and Flexibility in Petroleum Development Contracts”, *I. E. L.T. R.*
- [41] Omorogbe, Y., (1997), *The Oil and Gas Industry Exploration and Production Contracts*, Lagos: Malthous Press Ltd.
- [42] Oyewunmi, T., (2011), “Stabilisation and Renegotiation Clauses in Production Sharing Contracts: Examining the Problems and Key Issues”, *OGEL* Vol.9
- [43] Peter, W., (1995), *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreement*, Second Revised and Enlarged Edition, The Hague/ Boston/ London, Kluwer law
- [44] Salacuse, J., (2000), “Renegotiation International Project Agreements”, *Fordham International Law*, Vol.24,
- [45] Salacuse, J., (2001), “Renegotiation International Business Transactions: The Continuing Struggle of Life Against Form”, *35 Int’l Lawyer*
- [46] Seyed Morteza Hosseini, R., Taghipur, b., Sarmadi, A., M., Amiri, F.,

- (2019), Renegotiation in Upstream Contracts of the Oil Industry, Journal of ethical Research, Ninth Year, No.2
- [47] Shiravi, A., Shabani Jahromi, F., (2018), The Process of Renegotiation Investment Contracts, Journal of Comparative Law Research, Vol.21, No.3
- [48] Sornarajah, M., (2000), The Settlement of Foreign Investment Disputes, The Hague, London: Kluwer Law International
- [49] Stoever, W., A., (1981), Renegotiation in International Business Transactions, Lexington books
- [50] Walde, T., W., And Kolo, A., (2000), “Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Project: Applicable Legal Principles and Industry Practices”, Journal World Investment & Trade, Vol.1, No.1
- [51] Walde, T., W., and Ndi, G., (1996), “Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation”, Tex. Int’l L. 31
- [52] Wehberg, H., (1959), “Pacta Sunt Servanda”, A.J.I.L., 53(4)
- [53] Yates, D., (1990-91), “Drafting Force Majeure and Related Clauses”, Journal of Contract Law 3
- [54] Zaccaria, E., C., (2005), “The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade”, Journal International Trade & Business Law IX

تغییر اوضاع و احوال و سازوکار شروط قراردادی برای توازن منافع در قراردادهای نفتی*

اسفندیار کردی^۱

دانشجوی دکتری رشته حقوق بین‌الملل، دانشکده
حقوق، الهیات و علوم سیاسی واحد علوم و
تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

رضا طجرلو^۲

استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم
سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱۰

چکیده

در قراردادهای نفتی بعضی مواقع حوادث غیرمنتظره موجب دگرگون شدن شرایط اولیه قرارداد شده و تعادل و توازن قرارداد دچار اختلال می‌گردد. در این شرایط از جمله پیش‌بینی‌های لازم، پیش‌بینی سازوکارهای قراردادی شروط مذاکره مجدد، بازبینی و تطبیق برای اعاده توازن و تعادل اقتصادی قرارداد است که بر این اساس موجب تطبیق وضع مورد توافق اولیه با اوضاع و احوال جدید در قرارداد نفتی شده تا منافع طرفین به نحوی عادلانه و متعارف تداوم یابد. بی‌تردید یکی از مهم‌ترین تحولات در عرصه قراردادهای نفتی رویکرد مدرن به شروط قراردادی برای تداوم و استمرار قرارداد از طریق مصالحه بین منافع و انتظارات مشروع طرفین بر اساس شرایط تعدیل تعهدات قراردادی بازیگران این قراردادها در اوضاع و احوال تغییر یافته است. بدین ترتیب، سازوکار تعادل و توازن قراردادی در قراردادهای نفتی چیست؟ سؤالی که این مقاله به دنبال پاسخ آن به بررسی و تجزیه و تحلیل شروط قراردادی پرداخته است و

*مقاله پژوهشی

1- essiko_5@yahoo.com

۲. نویسنده مسئول: rtajarlou@yahoo.co.uk

این مقاله برگرفته شده از رساله دکتری تحت عنوان «منطق توازن در قراردادهای نفتی» است.

در نهایت به این نتیجه رسیده است که سازوکار شروط قراردادی برای توازن، رویکرد نوینی از همزیستی و ترکیب شروط مذاکره مجدد و شروط ثبات برای افزایش تطبیق پذیری قرارداد و کاهش سختی لزوم قرارداد برای ایجاد توازن منافع و افزایش کارایی و عملکرد قرارداد نفتی، است.

کلیدواژه‌ها: قرارداد نفتی، شرط مذاکره مجدد، توازن اقتصادی، بازبینی و تطبیق، سازوکار قراردادی.

مقدمه

قراردادهای نفتی به طور کل جنبه‌ی بین‌المللی دارند و در اثر تحولات سیاسی و اقتصادی جهان این قراردادها نیز دچار تغییر و تحول می‌شوند. تغییر و بی‌ثباتی از ویژگی‌های بارز قراردادهای نفتی است. طبیعت و ماهیت قراردادهای نفتی به گونه‌ای است که در طول سال‌های اجرای آن با تغییر در اوضاع و احوال اولیه و مسائل مالی و فنی پیچیده‌ای مواجه می‌شوند. در جریان اجرای قرارداد وقتی اتفاقات پیش‌بینی نشده، سیاسی، اقتصادی، قانون‌گذاری حادث می‌شود، می‌توانند سبب تغییر اساسی در مدیریت مالی و توازن منافع شوند که طرفین در زمان انعقاد قرارداد بر آن تراضی نموده‌اند. تغییر در اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد از موانع اجرای تعهدات طرفین به‌ویژه در قراردادهای مستمر و طولانی مدت است. از این رو یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های سرمایه‌گذاران چنین پروژه‌هایی حفظ توازن و تعادل اقتصادی قرارداد از زمان شروع تا اتمام پروژه است. در برخی شرایط و تغییر اوضاع و احوال باعث بر هم خوردن تعادل و توازن اقتصادی قرارداد می‌شود. به همین علت طرفین در چنین قراردادهایی ترجیح می‌دهند قبلاً تکلیف این وضعیت را مشخص کنند. در طول دهه‌های گذشته پاره‌ای تحولات در زمینه رژیم حقوقی حاکم بر قراردادهای نفتی صورت پذیرفته و ساختار قراردادها دچار تحول گردید و به همراه آن نوعی تغییر در نگرش طرفین نسبت به شروط ثبات قرارداد ایجاد شده است. اگر در گذشته از مفهوم سنتی ثبات به‌نوعی سکون و انجماد قرارداد تعبیر می‌شده و در نتیجه آن هرگونه ایده تغییر و تحول ناممکن به نظر می‌رسید امروزه با توجه به دگرگونی تغییر اوضاع و احوال با مفاهیم تحول و پویایی مواجه هستیم. طرفین قرارداد در پی شیوه‌ای متوازن و متعادل هستند تا حقوق و منافع طرفین را تأمین و ریسک‌های آن‌ها را توزیع و انتظارات شروع آن‌ها را برآورده نماید. از میان معروف‌ترین و مهم‌ترین مکانیسم‌های تعیین توازن و تأمین منافع بین دولت میزبان و شرکت نفتی فراملی عبارت است از شروط ثبات، شرط مذاکره مجدد و بازبینی و شرط تطبیق، شرط انتخاب قانون، شرط

حل و فصل اختلاف است. از میان شروط مذکور این مقاله بر شروط مذاکره مجدد و بازبینی و تطبیق تمرکز دارد. این سازوکارها اساساً مبتنی بر توازن هستند و نقطه مقابل اصل وفای به عهد (لزوم قرارداد) و شرط تغییر اوضاع و احوال (یعنی قراردادها تا زمانی معتبر هستند که تغییرات اساسی منجر به تداوم توافقنامه موجود باشد) است. در صورتی که شرایط اولیه قرارداد دگرگون شود و تعادل قرارداد دچار اختلال گردد با حفظ اصل لزوم و استحکام قراردادها می توان با تراضی طرفین اقدام به تعدیل و اصلاح قرارداد نمود. از این رو ضروری است شرایط انعطاف پذیری در فرایند اجرای قرارداد برای آن در نظر گرفته شود. برای تأمین انعطاف پذیری قرارداد، سازوکارهایی را می توان پیش بینی کرد تا به طرفین اجازه دهد در صورت تغییر اوضاع و احوال و اختلال در توازن قرارداد رابطه قراردادی را تعدیل و متوازن کنند. از این جهت درج شروط تعادل اقتصادی و مذاکره مجدد و بازبینی در قراردادهای نفتی از مکانیسم های قراردادی مدیریت ریسک سیاسی و اقتصادی حاکم بر این نوع قراردادها برای ایجاد تعادل و توازن قراردادی مطرح می گردد؛ بنابراین گنجانیدن شروط مذکور می تواند به حفظ و استمرار قراردادهای نفتی کمک کرده و توازن و تعادل قرارداد را حفظ یا اعاده نماید. شروط تعادل اقتصادی و مذاکره مجدد و بازبینی و تطبیق به لحاظ عملی اساس توازن قراردادی بین طرفین را در طول اجرای قرارداد حفظ می کنند؛ بنابراین قرارداد باید مبتنی بر این فرض باشد که تقسیم عادلانه منافع و انتظارات مشروع آن ها ممکن است نیازمند تعدیل آن در آینده باشد تا همچنان اجرای آن عادلانه و منصفانه تداوم یابد. از این جهت باید شروط تعادل اقتصادی و مذاکره مجدد و بازبینی و تطبیق را به عنوان سازوکارهایی در نظر گرفت که باعث تطبیق وضع مورد توافق اولیه با اوضاع و احوال جدید می شود. عملکرد این شروط قراردادی برای تداوم و استمرار قرارداد از طریق مصالحه این منافع و انتظارات مشروع طرفین بر اساس شرایط تعدیل و توازن تعهدات قراردادی بازیگران این قراردادها در اوضاع و احوال تغییر یافته است. هدف این مقاله بررسی شروط قراردادی به منظور انطباق هر چه بیشتر قرارداد نفتی با منافع و انتظارات مشروع طرفین و حفظ تعادل و توازن این گونه قراردادها به روش توصیفی و کتابخانه ای است. این تحقیق شامل دو بخش است. بخش اول به بررسی دوره ای و تطبیق قرارداد و بخش دوم به سازوکارهای قراردادی برای اعاده و حفظ توازن منافع در قراردادهای نفتی پرداخته و در انتها نتیجه تحقیق آورده شده است.

بخش اول - بررسی دوره‌ای و تطبیق قرارداد

بند اول - شرط بازبینی و بررسی دوره‌ای

اصولاً تغییر اوضاع و احوال دو اثر بر قرارداد دارد یا اجرای تعهد قراردادی را غیرممکن می‌سازد و یا اینکه اجرای قرارداد را با دشواری مواجه می‌سازد. شرط مذاکره مجدد و تطبیق می‌تواند منجر به تطبیق روابط قراردادی در اوضاع و احوال تغییر یافته شده و می‌تواند منافع اقتصادی، اجتماعی و سیاسی برای دولت میزبان و منافع اقتصادی برای شرکت‌ها به همراه داشته باشد؛ بنابراین شروط تطبیق بجای اینکه فقط در زمینه تغییر اوضاع و احوال اجرا شود می‌تواند برای مشورت‌های منظم دوره‌ای بین طرف‌ها و بازبینی شرایطی که به تغییر در طول زمان حساس هستند، شرایطی فراهم کند (Gotanda, 2003: 1461-1473). مقررات صریحی که اجازه بررسی قرارداد در فواصل زمانی مشخص را می‌دهد همچنین به منظور ایجاد تغییر منظم و نظام‌مند در قرارداد از آن استفاده می‌شود. شرط بازبینی دوره‌ای در ماهیت بیشتر کلی است و ممکن است در بردارنده طیف وسیعی از تفاوت دیدگاه‌های طرفین در دوره اجرای قرارداد به وجود آورد. یک نمونه از چنین شرطی در موافقت‌نامه تولید مشارکتی سال ۱۹۹۳ سودان در ماده (۲) ۳۱ وجود دارد که بیان می‌کنند: «وزیر و پیمانکار باید سالانه یا در همان زمان که هر یک از آن‌ها ممکن است درخواست کنند، با مشورت طرف دیگر به بررسی و مذاکره به منظور اطمینان از کارکرد و عملکرد عادلانه این توافقنامه برای اصلاح، تعدیل، بازبینی یا شفاف‌سازی که ممکن است لازم باشد، با توجه به تغییر اوضاع و احوال در صنعت نفت و با در نظر گرفتن شرایط حاکم در سودان اقدام کنند.»^۱ گاهی اوقات بازبینی دوره‌ای در فاصله زمانی خاص صورت می‌گیرد. به عنوان نمونه توافقنامه تولید مشارکتی سال ۱۹۹۹ نیجریه در بخش فراساحل ماده ۱۷ موافقت‌نامه تصریح می‌کند: «مقررات موافقت‌نامه تولید مشارکتی ... پس از یک دوره ۱۰ ساله از تاریخ شروع موافقت‌نامه و بلافاصله هر ۵ سال بعد از آن بررسی می‌شود.»^۲ چنین بازبینی برنامه‌ریزی شده و منظم قرارداد به جلوگیری از اختلاف عمده بین طرفین کمک می‌کند. با این حال این شرط می‌تواند به عنوان یک سازوکار برای

1- Sudan Model PSA dated 29 August 1993 between the Government of the Sudan and State Petroleum Corporation, Barrows Supplement (Central and South Africa), No. 121.

2- Deep Offshore and Inland Basin Production Sharing Contracts, (Central and South Africa), No. 149.

ترویج توازن و تعادل در قرارداد بین یک کشور و یک سرمایه‌گذار مورد توجه قرار گیرد.

بند دوم- شرط تطبیق در قراردادهای نفتی

قراردادهای نفتی مانند بسیاری قراردادهای طولانی مدت دیگر به دلایل مختلفی نیازمند مذاکره مجدد، بازبینی و تطبیق برای نشان دادن انعطاف‌پذیری یک رابطه قراردادی پایدار و مطمئن و رسیدن به نتیجه اقتصادی مطلوب از پروژه در موقع تغییر اوضاع و احوال است. برخلاف توافقنامه‌های امتیازی پیشین قراردادهای نفتی مدرن مقررات مختلفی را برای مذاکره مجدد، بازبینی و تطبیق شرایط قرارداد به منظور پاسخگویی به نیازهای در حال تغییر و حقوق طرف‌ها در زمینه اوضاع و احوال جدید را فراهم می‌کند. در چنین اوضاع و احوالی تداوم رابطه طرف‌ها برای اصلاح و پر کردن برخی از شکاف‌های موجود در قرارداد با تغییر شرایط اولیه ضروری است. بدین لحاظ در رأی امین دیوان در نظر گرفته که هنگام تطبیق قرارداد در طول دوره باید توازن و تعادل قرارداد مورد توجه قرار گیرد.^۱ راه‌حل ناکافی قوانین داخلی و اصل آزادی قرارداد منجر به درج یک شرط مناسب در قرارداد می‌شود که به عنوان شرط تطبیق شناخته می‌شود و طرف‌های قراردادی را قادر می‌سازد با انطباق مستمر قرارداد با اوضاع و احوال در حال تغییر، توافقنامه خود را دنبال کنند. لازم به ذکر است از آنجایی که ماهیت تغییر در اوضاع و احوال و یا اثر چنین تغییری ممکن است در رابطه با توازن اقتصادی قرارداد به عنوان یک عامل برای تطبیق مطرح شود لازم است که طرفین به وضوح این دو موضوع را در قرارداد خود تعریف کنند. (Maniruzzaman, 2008:128) تدوین این شرط از یک قرارداد به قرارداد دیگری متفاوت است، چرا که انطباق آن با بخش خاصی از قرارداد است و نوع عملکرد آن باید مشخص شود. درج این شرط نشان صریحی است که طرف‌های قراردادی در صورتی که شرایط غیرقابل پیش‌بینی اجرای قرارداد را برای هر یک از طرفین با مشکل مواجه نماید مایل به اصلاح قرارداد هستند. (Zaccria, 2005: 150) اصطلاح «تطبیق» می‌تواند در یک مفهوم مضیق یا موسع مورد استفاده قرار گیرد. در مفهوم مضیق اشاره به فرایند تعدیل قرارداد از طریق تعدادی از شرایط که به عنوان شروط تطبیق

۱. برای اطلاع نک به:

Amin Oil Award, 21 ILM (1982), P. 1034.

شناخته می‌شوند. از طرف دیگر تطبیق در مفهوم موسع به تعدیل مجدد روابط قراردادی که می‌تواند هر دو شروط مذاکره مجدد و تطبیق را در بر داشته باشد اشاره دارد. شروط تطبیق اجازه می‌دهد تغییرات قرارداد به روش از پیش تعیین شده و تدوین شده برای پر کردن شکاف در قرارداد عمل نماید؛ بنابراین مذاکره مجدد می‌تواند متمایز از تطبیق در مفهوم مضیق باشد که با وضوح بیشتر به تغییر اساسی قرارداد هدایت شده و به روشنی به فرایند تلاش مشترک طرفین اشاره تا به نتیجه برسد. (Horn, 1958: 9) به عبارت دیگر شرط تطبیق در نظر دارد تا شکاف‌های قرارداد را روشن یا پر کند و اعمال آن به وضوح منجر به انطباق یا تا حدودی سبب بازسازی قرارداد می‌شود. مذاکره مجدد می‌تواند متمایز از تطبیق در مفهوم مضیق باشد، این واقعیت که مذاکره مجدد معمولاً مستلزم یک فرآیند طولانی مدت مشورت و بازیابی کلی است. مهم‌تر از همه اینکه شرط مذاکره مجدد اغلب رویدادهای خارجی مربوط به قرارداد را بررسی می‌کند و شروط تطبیق به مشکلاتی که بیشتر ماهیت قراردادی داشته و به مشکلات فنی یا مالی می‌پردازند؛ بنابراین شروط مذاکره مجدد و شرط تطبیق برای هدف مفهومی متفاوتی بکار می‌روند. از این رو قراردادهای نفتی اغلب می‌توانند شرایطی را برای مذاکره مجدد یا تطبیق قرارداد از طریق مقررات قرارداد در صورت تغییر اوضاع و احوال فراهم کنند. برخی از شروط بیان می‌کنند که تغییرات قرارداد نباید اثر برگشت‌پذیر داشته باشند. (Bernardini, 2008: 104) بنابراین توافقنامه‌های قراردادی مدرن به تداوم روابط قراردادی از طریق تغییر یا اصلاح شرایط قرارداد که قبلاً بر آن توافق کرده‌اند تأکید کنند. از طرفی عدم پذیرش امکان تغییر در سطح جهانی و ملی به عنوان یک پدیده معمول در روابط بلندمدت قراردادی است. (Fabri, 1987: 563-572) شروط ثبات و تطبیق ممکن است در یک توافقنامه که اهدافشان متفاوت است همزیستی داشته باشند. به وسیله یک شرط ثبات دولت می‌پذیرد که اعمال اقتدار اجرایی و قانون‌گذاری آن در شرایط قراردادی توافق شده اثری نخواهد داشت و اصل لزوم قرارداد را برای حمایت از طرف خصوصی تقویت می‌کند. در مقابل یک شرط تطبیق با وجود تغییر اوضاع و احوال خارج از کنترل طرف‌ها و موجب اصلاح در توازن اقتصادی قرارداد می‌شود عمل می‌کند. هدف آن حمایت از طرف آسیب دیده است، دولت باشد (یا نهاد دولتی) یا سرمایه‌گذار باشد. (Bernardidi, 2008: 99) هدف شروط تطبیق اصلاح روابط قراردادی از طریق پر کردن شکاف‌های موجود در قرارداد یا اصلاح خود کار است که ممکن است یک طرف آسیب دیده از انطباق استفاده کند حتی در صورتی که توافقنامه شامل مقرراتی

برای مذاکره مجدد نبوده و قانون قابل اعمال در این مورد سکوت کرده باشد؛ بنابراین تغییر شرایط، ذاتی چنین قراردادهایی در عمل می‌باشد و هر قرارداد طولانی‌مدت در صورت تغییر اوضاع و احوال نیاز به تطبیق دارد.^۱ برخی شروط تطبیق به جای بکار بردن در موقع تغییر اوضاع و احوال فرایند مشورت بین طرفین را در نظر می‌گیرند که باید در فواصل دوره‌ای انجام شود (به‌طور مثال هر سه سال یک‌بار) با در نظر داشتن اینکه در پرتو تغییر در انتظارات طرفین اصلاح توافقنامه مناسب خواهد بود (Bernardini, 2008: 102-103). هنگامی که در طول دوره اجرای قرارداد رویدادهای حادث شده موجب تغییر در اوضاع و احوال و شرایط اولیه در زمان انعقاد قرارداد گردد و خارج از کنترل طرف‌ها بوده و تأثیر منفی بر توازن قراردادی به زیان هر دو طرف بگذارد، طرفین با توافق یکدیگر به اعمال شرط تطبیق قرارداد با اوضاع و احوال جدید اقدام و در صورت عدم توافق ممکن است فرایند تطبیق به شخص ثالث احاله گردد.

۱- تطبیق قرارداد توسط شخص ثالث

قرارداد ماهیتی مرکب و دوجانبه دارد و دارای ابعاد فردی و اجتماعی است که بر پایه تفاهم و تراضی دو طرف آن شکل می‌گیرد؛ بنابراین تفوق منافع یک طرف بر حقوق و انتظارات مشروع طرف دیگر زمینه اختلال در توازن و تعادل قرارداد را فراهم می‌کند. با این وجود این نکته حائز اهمیت است که اشاره به اصل «تغییر اوضاع و احوال» به عنوان زمینه‌ای برای بازبینی و تطبیق شرایط توافق شده تحت سازوکار قراردادی است^۲ و حدود و معیار چنین انطباقی باید تحت ترتیبات قراردادی باشد. (Gotanda, 2003: 1472) به عنوان یک نتیجه از ناتوانی در پیش‌بینی همه احتمالات و ریسک‌های قرارداد در آینده طرف‌ها می‌توانند و باید مکانیسم‌هایی برای بررسی شرایط مشخص کنند (Walde et al. 2003: 1-48) در صورت شکست برای رسیدن به یک توافق، قرارداد ممکن است به شخص ثالث یعنی دادگاه، دیوان داوری، میانجی‌گر یا متخصص ارجاع شود. از این رو قرارداد ممکن است نه تنها به چنین شخص ثالثی ارجاع شود بلکه همچنین

1- ICC Award, No. 2291 (1975), J Dr Int (1976) 989.

۲- دکترین «تغییر اوضاع و احوال» در ماده ۶۲ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات مصوب ۱۹۶۹ به عنوان یک قاعده‌ی عرفی مورد تأیید قرار گرفته است.

قلمرو اقتدار و صلاحیت ثالث در رابطه با تطبیق یا اصلاح قرارداد را مشخص می‌نماید. بعلاوه بازبینی یا تطبیق قرارداد توسط شخص ثالث یک مسئله بحث‌انگیز است و می‌تواند موجب مشکلات حقوقی پیچیده‌ای شود. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که شخص ثالث تا چه میزان می‌تواند تطبیق قرارداد را به وسیله اصلاح یا تغییر قرارداد را انجام دهد؟ تصمیم شخص ثالث مانند رأی داوری یا تصمیم دادگاه قابل اجراست؟ در این رابطه به طور کلی شخص ثالث سه نوع عملکرد می‌تواند داشته باشد. ۱- حل و فصل اختلافات حقوقی مربوط به تعیین حقوق و تکالیف قانونی طرف‌ها مطابق قرارداد ۲- تطبیق قرارداد با پر کردن شکاف موجود در قرارداد است که در غیر این صورت می‌تواند انطباق در مفهوم مضیق نامیده شود. ۳. تطبیق قرارداد با اصلاح شرایط قرارداد که بازنویسی قرارداد یا ایجاد قرارداد جدید محسوب می‌شود. در حالی که انواع اول و دوم از عملکرد ذکر شده در حدود صلاحیت مشروع شخص ثالث است. گروه سوم خارج از صلاحیت آن است.

تطبیق قرارداد از طریق اصلاح توسط شخص ثالث در تضاد با موارد ذیل است: اولاً شخص ثالث بدون اطلاع قبلی از یک قرارداد بلندمدت ذاتاً قادر به درک تمام مشکلات پیچیده مورد بحث در انطباق با قرارداد همان‌طور که طرف‌ها می‌خواهند نیست. (Horn, 1985:23) ثانیاً شخص ثالث می‌تواند قدرت خود را به صورت خودسرانه اعمال کند و در این صورت یکی از طرف‌های قرارداد می‌تواند شناسایی و اجرای تصمیم شخص ثالث را رد کند. ثالثاً اعطای چنین قدرتی به شخص ثالث برخلاف مفهوم استقلال طرفین قرارداد تلقی می‌شود که در وضعیتی قرار دارند که بهترین منافع خود را تشخیص می‌دهند. چنین شروطی در ماهیت بیشتر مبنی بر رضایت طرفین هستند و برای رضایت متقابل طرفین به منظور تغییر تعهدات قراردادی مورد نیاز است. در این رابطه مدل قرارداد تولید مشارکتی ۲۰۰۵ نیجریه تصریح می‌کند: «این قرارداد در هر وضعیتی نباید تغییر یا اصلاح یابد به استثناء رضایت متقابل طرف‌ها به صورت کتبی...»^۱ شرایط کلیدی مانند «تغییر اساسی» ممکن است قربانی سوء تعبیر در زمینه‌های مختلف شود، در چنین شرایطی در نبود انتخاب قانون حاکم بر توافقنامه یا تعاریف دقیق به وسیله طرف‌ها، اختلافات ممکن است به اختیار اشخاص

1- Clause 26.2, Nigerian Model Production Sharing Contract, 2005 (Extract) (Source: Barrows, New York).

ثالث یا دادگاه‌ها منتهی شود. (Maniruzzaman, 2008: 127-131) از طرفی یک اصل شناخته شده وجود دارد که شخص ثالث با تطبیق یا بازبینی قراردادها از طریق اصلاح یا تغییر شرایط قرارداد، نمی‌تواند یک قرارداد جدید را به منظور تعیین روابط بین طرف‌ها در آینده را تحمیل کند. در رأی امین اوایل این نکته به اختصار بیان شده است: «بدون شک می‌تواند وجود داشته باشد ... شکی نیست که یک دیوان داوری که بر مبنای یک شرط مصالحه که در توافقنامه طرفین درج گردیده تشکیل شده است ... نمی‌تواند از طریق اصلاح یا تکمیل قرارداد که چگونه یک شرط باید (برای تعیین توازن اقتصادی) اعمال شود را تعیین کند. بدین منظور رضایت هر دو طرف ضرورت خواهد داشت».^۱ بنابراین در صورت شکست طرف‌ها برای توافق به شرایط بازبینی به صرف ارجاع به داوری برای انطباق قرارداد توسط شخص ثالث کافی نخواهد بود. (Bernardini, 1998: 421) اعطای اختیار به داور برای تطبیق قرارداد با رضایت طرفین ضروری است.

۲- عمل انطباق شخص ثالث در قراردادهای نفتی

با توجه به شروط قراردادی در صورتی که طرفین نتوانند در خصوص اینکه چگونه تعادل قراردادی را مجدداً متوازن نمایند به توافق نرسند بایستی به مکانیسم حل اختلاف شخص ثالث، یعنی داوری متوسل شوند. عمل انطباق توسط شخص ثالث در قرارداد نفتی می‌تواند با روش‌های ذیل صورت گیرد: اولاً در بسیاری موارد شروط ثبات اقتصادی در قرارداد نفتی نشان می‌دهد که اگر طرفین پس از مذاکره بتوانند به توافق برسند هر کدام از طرف‌ها موضوع اختلاف را بر اساس توافقنامه به داوری ارجاع دهند.^۲ با توجه به ارجاع موضوع به دیوان داوری وضعیت احتمالی ذیل می‌تواند حادث شده و دیوان داوری می‌تواند شروط مربوطه را تفسیر کند. تعیین اینکه وقایع مهمی برای مذاکره مجدد رخ داده یا نه و دعوت طرفین به ادامه مذاکره برای رسیدن به توافق زمانی که

1- Kuwait v. Amin oil 21 ILM, 976, 1016 (1982)

۲- برای مثال نک به:

Article 26.4 of Sudan Model PSC dated 29 August 1993 between the Government of the Sudan and State Petroleum Corporation, Barrows supp 121, and article 40.2 of the PSC between Total Amoco/Marathon / Texaco and Government of Kenya, Barrows Supplement Central and South Africa no. 124, p. 71.

فسخ قرارداد مطلوب طرفین نیست. دیوان داوری همچنین می‌تواند بررسی کند آیا شروط برای مذاکره مجدد برآورده شده‌اند و مسئولیت طرفین در صورت شکست و عدم توافق را که می‌تواند به سوءنیت یکی از طرفین نسبت داده شود تعیین کند. (Peter, 1995: 250) در تعیین توازن اقتصادی قرارداد دیوان داوری می‌تواند میزان جبران خسارت طرف آسیب دیده را تعیین کند.^۱ ثانیاً برخی قراردادها ممکن است نه تنها در صورت شکست مذاکره مجدد به دیوان داوری ارجاع شود، بلکه همچنین حوزه و اختیار دیوان داوری را برای اصلاح قرارداد با یک راه حل عادلانه تعیین کند. برای مثال در قرارداد سودان عنوان شده که داوران در رویدادهایی که دیگر الزام به توافق برای اعاده حقوق و منافع پیمانکار به یک سطح متعادل لازم باشد و برای تعیین اینکه آیا تغییر اساسی در شرایط قرارداد رخ داده و برای اصلاحات آن اختیار لازم را داشته باشد.^۲ ثالثاً عمل پر کردن فاصله شامل موضوعات فنی یا ماهیت مالی از طریق کارشناس تعیین که تا حدودی در قراردادهای نفتی سابقه شناخته شده‌ای دارد. برخی قراردادها به طور واضح حل و فصل موضوعات فنی و پر کردن فاصله در قرارداد را به متخصص واگذار و از سوی دیگر حل و فصل اختلافات دیگر را به دیوان داوری واگذار می‌کنند. برای مثال ماده ۲۷۰۲ موافقت‌نامه PSA سال ۱۹۹۸ ترکمنستان تصریح می‌کند که اگر طرفین در خصوص موضوعات فنی از جمله اختلاف نظر در مورد طبقه بندی نفت و مسائل مربوط به مشارکت و تعیین ارزش نفت به توافق نرسند باید موضوع را به متخصص ارجاع دهند. از طرف دیگر همه اختلافات مربوط به اعتبار، تفسیر، اجرا یا نقض این توافقنامه باید به وسیله دیوان داوری حل شود.^۳ از مقایسه اشکال متفاوت قراردادهای نفتی نتیجه می‌شود، «یک توافق باید به عنوان یک بسته از سازوکارهای طراحی شده برای تضمین منافع و اهداف خاص باشد.» (Hossain, 1979: 111) شخص ثالث باید همان طور که توسط Kamal Hossain اشاره شده «به منظور درک اینکه چارچوب حقوق قرارداد نفتی برای حمایت از منافع مختلف چگونه عمل می‌کند، شناسایی منافی که به شرکت‌های فراملی و دولت‌های میزبان

۱- برای اطلاع از جزئیات نک به:

Commentaries on Effects of Hardship under UNIDROIT Principles; Article 6.2.3, p. 154

2- Sudan Model PSA, dated 29 August 1993, op.cit.

3- Production Sharing Agreement of Turkmenistan, 1988, Barrows Supplement (Russia and NIS) No. 33, pp. 80-81.

به دنبال حمایت از آن هستند مهم است» را در نظر بگیرند (Hossain, 1979: 43). با این حال شیوه‌های دیگر حل و فصل اختلاف در دسترس می‌باشد که موضوع گفتار بعدی است.

بند سوم- شیوه‌های جایگزین حل اختلاف^۱ ADR

از جمله روش‌های حل اختلاف، ارجاع اختلاف به داوری است. ولی صاحب‌نظران با اشاره به نقاط ضعف داوری نظیر هزینه‌های زیاد و مدت رسیدگی نسبتاً طولانی، تشریفات نصب و جرح داوران، معتقدند که شیوه‌های حل اختلاف جایگزین می‌تواند این معایب را بر طرف سازد. (Moslehi et al. 2005: 147) امروزه درج شرط حل اختلافات چند مرحله‌ای در قراردادهای بین‌المللی در حال گسترش است. در این شروط طرفین توافق می‌کنند قبل از ارجاع موضوع به داوری اختلافات خود را از طریق روش‌های جایگزین حل اختلاف خاتمه دهند. شیوه‌های جایگزین حل اختلاف (ADR) به راه کارهای خصوصی حل اختلاف اطلاق می‌شود. این روش‌ها به‌رغم تنوع و اقسامی که دارند، در یک امر مشترک بوده و آن ماهیت شبه قضایی یا غیر قضایی و غیردولتی آن‌هاست و جایگزین داوری دولتی می‌شوند به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف معروف شده‌اند. (Moslehi et al. 2005: 125) رایج‌ترین روش‌ها یا الگوهای غیر قضایی شناخته شده حل اختلاف شامل، مذاکره، سازش، میانجیگری، داوری و متخصص است. همه این روش‌ها مبتنی بر تراضی طرفین بوده و درعین حال نتیجه کار در اغلب آن‌ها الزام‌آور نیست. روش‌های ADR می‌تواند جایگزین مناسب برای حل اختلاف از طریق داوری و دادگاه بوده و به تکمیل پروژه و تداوم سرمایه‌گذاری در صنعت نفت کمک نماید. (Nikbakht et al. 2017: 57-58)

بخش دوم- سازوکارهای قراردادی برای اعاده و حفظ توازن منافع در قراردادهای نفتی

بند اول- مذاکره مجدد در قراردادهای نفتی

۱- شرط مذاکره مجدد

برخی از قراردادهای بین‌المللی درازمدت، حاوی شرطی هستند که «بر اساس آن شرط،

1- Alternative Dispute Resolution

در صورتی که شرایط اولیه قرارداد که مبنای توافق طرفین بوده است، دگرگون شود، به گونه‌ای که توازن قراردادی دچار اختلال گردد، متعاقدين می‌توانند جهت تحمل‌پذیر شدن فشار نامتعارف ایجاد شده برای یکی از آنان درخواست بازبینی در عقد را بنمایند». به این شرط، شرط مذاکره مجدد گفته می‌شود. (Berger, 2003: 1358) مذاکره مجدد یکی از ویژگی‌های صنعت منابع طبیعی در نظر گرفته شده است. (Walde et al. 2003: 29) از میان انگیزه‌های اصلی برای قراردادن یک شرط مذاکره مجدد در قرارداد نفتی می‌توان به این موارد اشاره کرد: ۱- تغییرات احتمالی در شرایط کسب و کار در آینده. ۲- طولانی مدت بودن دوره قرارداد. (Cotula, 2010: 67) سرمایه‌گذاری در میدان نفتی معمولاً بر مبنای فرضیاتی درباره نرخ بازگشت، زمین‌شناسی منطقه، هزینه عملیاتی، هزینه پیروی از استانداردهای زیست‌محیطی ملی و بین‌المللی، نرخ مالیات و دیگر هزینه‌های مالی در کشور میزبان انجام می‌شود. توافقنامه‌های امتیازی سابق بندرت حاوی مقرر شرایط مذاکره یا بازبینی توافقنامه بوده که ناشی از قدرت چانه‌زنی ضعیف کشورهای میزبان می‌باشد. شرکت نفتی فراملی به دلایل ذیل نسبت به شروط مذاکره مجدد یا بازبینی بی‌میل بوده‌اند: اولاً چنین شروطی ممکن است ثبات قرارداد را کاهش داده به‌طوری‌که آن‌ها عدم اطمینان یا ریسک در معاملات را در مقابل اصل لزوم قرارداد افزایش می‌دهد. ثانیاً پیچیدگی در تدوین شروط مذاکره مجدد ممکن است هزینه کلی معامله را افزایش دهد. ثالثاً، رویدادهایی که موجب مذاکره مجدد می‌شود ممکن است با کنترل دولت میزبان همراه باشد و باعث بالا بردن احتمال اینکه فرایند مذاکره مجدد بتواند به تغییر ناعادلانه توافقنامه منجر شده و مورد استفاده واقع شود. (Gotanda, 2003: 1461-1473) در قراردادهای نفتی مدرن وجود شروطی برای مذاکره مجدد یا بازبینی قرارداد تبدیل به امری عادی شده و به‌طور فزاینده‌ای درک می‌شود که این شروط می‌تواند بجای تضعیف ثبات قرارداد، نیروی الزام‌آور قرارداد را تقویت می‌کند. در سال‌های اخیر به نظر می‌رسد استفاده از شروط مذاکره مجدد تا حدودی به‌عنوان ابزاری برای برخورد با مشکل تغییر اوضاع و احوال آینده و غیر قابل پیش‌بینی در توافقنامه‌های طولانی مدت تبدیل شده است. (Carter, 1999: 189) به‌منظور اثربخش بودن شروط مذاکره مجدد باید «نوع یک یا چند رویداد به‌طور دقیق در شرط تعریف شده، مانند افزایش مالیات تغییر قیمت برای مواد خام» (Berger, 2003: 1362) و هر شرایط دیگر که لازم است. در تلاش برای کارایی قراردادی در بلندمدت و امنیت در قراردادهای نفتی طرف‌ها نیازمند به موازنه در آوردی بین مدیریت ریسک و پاداش هستند.

(Oyewunmi, 2011: 23) در حالی که طرف‌ها می‌دانند که در طول مدت اجرای قراردادشان بسیاری از شرایط قانونی، اقتصادی و سیاسی پیش‌بینی نشده‌ای وجود داشته و اوضاع و احوال فنی طرف‌ها در هنگام امضای توافقنامه در نظر گرفته بودند تعادل منافع پروژه را تغییر داده نتیجتاً می‌توان استدلال کرد که سطح معینی از انعطاف‌پذیری ضرورتی است که در فرایند اجرای قرارداد باید دنبال شود. یک رویکرد به تعادل در توافقنامه ضرورت ثبات و انعطاف‌پذیری برای خود قرارداد است که به طرف‌ها اختیار مذاکره مجدد در مورد عناصر کلیدی روابطشان هنگام تغییر اوضاع و احوال یا وقایع خاصی که اتفاق می‌افتد را می‌دهد. علی‌رغم این مشکلات بالقوه گنجاندن یک شرط مذاکره مجدد ممکن است در واقع بتواند به ثبات قرارداد در وضعیت خاص کمک کند. (Salacuse, 2000:1327-1329) تجربه نشان داده که کشور میزبان برای قراردادهای سرمایه‌گذاری مذاکره خواهند کرد. گرچه توافقنامه و قانون حاکم مبنایی برای مذاکره مجدد فراهم نکند. در برخی موارد تقاضا برای مذاکره مجدد توافقنامه موجود اغلب همراه با تهدید صریح و ضمنی شامل مداخله دولتی، مصادره، کاهش سرعت در اجرا یا فسخ قرارداد هستند. (Salacuse, 2001:1507-1519) در دکتترین حقوقی موجود به‌عنوان مقابله با فشار برای مذاکره مجدد مبنای مناسب ثابت نشده است. (Peter, 1995: 240) توافقنامه‌های طولانی مدت با این فرض که برای تغییر تحت فشار خواهند بود، شرط مذاکره مجدد برای اطمینان از تداوم روابط قراردادی بسیار مهم است. شروط مذاکره مجدد از نظر عملی تعادل قراردادی بین طرفین را در طول مدت قرارداد حفظ می‌کنند. (Shiravi et al. 2017: 110)

۲- وضعیت حقوقی شرط مذاکره مجدد

یک شرط برای مذاکره مجدد رویه مناسبی در چارچوب حقوقی و قراردادی است که به‌عنوان شرط ضروری برای بازنگری و کارکرد منظم آن در نظر گرفته می‌شود. برناردینی تصریح می‌کند که قابل اعمال بودن شرط مذاکره مجدد برای اهداف تطبیق باید به‌وضوح شامل تغییر اوضاع و احوال برای شروع مذاکره مجدد، اثر تغییر بر قرارداد، هدف مذاکره مجدد، روشی برای مذاکره مجدد و راه حلی برای شکست فرآیند مذاکره مجدد باشد. (Oyewunmi, 2011:11) اساس اعتبار حقوقی بازبینی یا شرط مذاکره مجدد با درج این شروط در قراردادها بدون تردید به‌وسیله عملکرد مستقل طرف‌ها در قرارداد انجام می‌شود. در حقوق ایران، قانون مدنی در مبحث

سوم از شرایط اساسی صحت معامله (مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶) به شرایط و احکام مورد تعهد می‌پردازد. مورد تعهد در شرط مذاکره فعل مثبتی است که طرفین در هنگام وقوع اختلاف متعهد به تعیین و انجام آن می‌باشند. بر مبنای ماده ۲۱۶ موضوع تعهد در شرط مذاکره باید معین باشد. از طرفی طبق ماده ۷۶۶ می‌توان استدلال کرد که علم تفصیلی به تعهداتی که اجمالاً معلوم می‌باشد، می‌تواند مورد مذاکره و صلح و قرار گیرد. عبارتی شرط مذاکره که خود به تبع قراردادی است که موضوع معین دارد خود به خود دارای موضوع معین و مشخص خواهد بود. در این رابطه، رویه قراردادهای بین‌المللی دولتی و دیگر معاملات درازمدت نشان می‌دهند که شروط مذاکره مجدد تنها تعهد طرفین برای بکار بردن بهترین تلاش‌های ممکن برای دستیابی به توافق است، اما آن‌ها برای دستیابی به توافق ملزم نیستند.^۱ در رأی امین اوایل دیوان پس از در نظر گرفتن میزان تعهد به مذاکره در ماده ۹ موافقت‌نامه الحاقی، اعلام کرد: «یک تعهد به مذاکره به معنای تعهد به توافق نیست.^۲ در اینجا اصولی وجود دارد هنگامی که طرفین به مذاکره مجدد می‌پردازند باید در نظر بگیرند (Berger, 2003: 1365-1366) حسن نیت اصلی است که طرف‌ها برای مذاکره مجدد به آن استناد می‌کنند. حسن نیت یکی از اصول حقوقی شناخته شده ملل متمدن و مبنایی برای حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است. حسن نیت یک نقش استاندارد قدرتمندی را برای کمک به کاربرد موارد خاص هنجارها بازی می‌کند (Kolb, 2006: 14-16). اصل حسن نیت ممکن است منجر به «تقابل کمتر و نگرش سازنده‌تر طرف‌ها به توافقنامه فراملی شود.» (Barberis, 1998: 242) اصل دیگر برای فرایند مذاکره مجدد این است که طرف‌ها باید اصل شناخته شده «نه سود نه ضرر» را دنبال کنند. طبق نظر Horn معنای این قاعده این است که ... توازن قرارداد اصلی باید حفظ شده، بنابراین هیچ طرفی نباید از مذاکره مجدد سود ببرد یا مجبور به تحمل زیان شود. (Horn, 1985: 28) در اینجا دو نتیجه اصلی از مذاکره مجدد وجود دارد. یکی این است که طرف‌ها موافقت می‌کنند که قرارداد اصلی را اصلاح کنند. در این مورد هیچ مشکلی

۱- توافقنامه امتیازی سال ۱۹۹۶ مصر تصریح می‌کند: «... طرف‌ها باید بهترین تلاش‌ها را برای توافق به اصلاح این توافقنامه بکار ببرند.» نک به:

Article 29 of the Concession Agreement of Egypt of 1996, Barrows Supplement (North Africa), No. 134
2- Amin Oil Award, 24 ILM, 1982, 976.

نیست. دوم اینکه طرفین برای رسیدن به یک توافقنامه ناکام می‌مانند، در این مورد چندین گزینه احتمالی ممکن است وجود داشته باشد. نتیجه حقوقی برای شکست مذاکره مجدد برای دستیابی به توافق چیست؟ رویه قراردادهای نفتی برای مذاکره مجدد راهنمایی روشنی در این رابطه فراهم نمی‌کند. در چنین مواردی این دلایل بخوبی ثابت شده است که صرف عدم دستیابی به توافق نقض قرارداد نیست. (Bernardini, 1998: 410, 419) شکست مذاکرات در صورتی که طرفین با حسن نیت مذاکره کرده باشند، مسئولیتی بیار نخواهد آورد؛ اما زمانی که ثابت شود یکی از طرفین با حسن نیت عمل نکرده باشد شکست مذاکرات می‌تواند به عنوان نقض قرارداد در نظر گرفته شود. در مورد شکست مذاکره مجدد اگر قرارداد نتیجه متفاوتی را مشخص نکند در این صورت قرارداد باید همان‌طور که هست بماند. (Bowman, AIPN 2006) عدم توافق در مذاکره مجدد می‌تواند منجر به یک بن‌بست شود و طرف‌ها ممکن است عملیات را به حالت تعلیق درآورده (Walde et al. 2000: 5-6) یا قرارداد را خاتمه داده یا از روشهای حل اختلاف استفاده کنند. در این رابطه دیوان داوری Wintershall A.G. اعلام کرد: «حتی با پذیرفتن این دیدگاه که وظیفه‌ای به مذاکره با حسن نیت بوده واضح است که چنین وظیفه‌ای شامل تعهد طرفین برای رسیدن به توافق نیست.»^۱ در اینجا بین دو احتمال تمایز وجود دارد: جایی که قرارداد دارای شرط مذاکره مجدد می‌باشد یا این شرط را ندارد. پیامد حقوقی امتناع از مذاکره مجدد زمانی که به‌طور صریح قید شده باشد چیست؟ اگر قرارداد شامل یک شرط مذاکره مجدد است که یک تعهد به توافق را مشخص می‌کند، طرفین نمی‌توانند درخواست مذاکره مجدد را رد کنند. با توجه به اینکه برای طرفین حقوق و وظایفی ایجاد می‌کند امتناع از مذاکره باید به عنوان نقض قرارداد محسوب شود (Peter, 1995: 241) و برای طرفی که تحت تأثیر قرار گرفته باید از طرف متخلف جبران خسارت صورت گیرد. اگر قرارداد فاقد شرط مذاکره مجدد باشد در این صورت طرفین ممکن است درخواست مذاکره مجدد را رد کنند. در این صورت قرارداد باید بر مبنای توافق اولیه ادامه یابد. نتیجه فرایند مذاکره مجدد به‌طور کلی بستگی دارد که چه کسی آن را شروع می‌کند زمانی - که سرمایه‌گذاران بین‌المللی مذاکره مجدد را شروع می‌کنند در صورت شکست مذاکره مجدد

1- Wintershall A.G. and et al. v. the Government of Qatar, 28 ILM (1989), pp. 798-814.

طرفین ممکن است به اجرای قرارداد ادامه دهند. در مقابل اگر دولت میزبان مذاکره مجدد را آغاز کرده و به توافق نرسند ممکن است چندین نتیجه حاصل شود، مانند خاتمه قرارداد (Al Qurashi, 2005: 261,300) تغییر یک جانبه قرارداد اصلی یا پی گیری انطباق پذیری قرارداد (El Chiati, 1987: 111) در دادگاه های کشور میزبان. علاوه بر این دولت میزبان ممکن است سرمایه گذاران بین المللی را با تحمیل مالیات، تغییر قوانین و غیره مجازات کند؛ بنابراین طرفین می توانند در قرارداد نحوه بازبینی و مذاکره مجدد را تصریح کنند که هدف مذاکره مجدد و بازبینی اساساً بازسازی تجاری یا اقتصادی قرارداد است یا جبران خسارت به طرف تحت تأثیر قرار گرفته می باشد. (Oyewunmi, 2011: 13)

بند دوم- دلایل بازنگری و مذاکره مجدد در قراردادهای نفتی

منطق مذاکره مجدد و اصلاح قراردادهای طولانی مدت در کل و قراردادهای نفتی به طور خاص را می توان به آسیب پذیر بودن به تغییرات در اوضاع و احوال غیر قابل پیش بینی ناشی از محیط اقتصاد بین المللی که آنها عمل می کنند، ناقص بودن و ضعف کارایی آنها و ضرورت تضمین عدالت و منصفانه و عادلانه بودن سازوکارهای قراردادی نسبت داد. مفروضات اساسی برای مذاکره مجدد و تعادل می تواند بر اساس زمینه های ذیل بررسی شود.

۱- تغییر اوضاع و احوال محرک مذاکره مجدد

تغییر شرایط اولین عنصری است که باید هنگام تهیه پیش نویس یک شرط مذاکره مجدد شناسایی شود. این غیر معمولی نیست که تغییر اوضاع و احوال ممکن است در طول عمر قرارداد نفتی رخ داده که به طور قابل ملاحظه ای انتظارات طرفین را نسبت به نتیجه و مطلوب بودن ادامه قرارداد تغییر دهد. برخی از شرایط ممکن است مستقیماً مربوط به توافقنامه باشد (مانند مداخله در توازن اقتصادی) در حالی که برخی دیگر نسبت به توافقنامه خارجی هستند (مانند مشکلات تعادل در پرداخت های دولت) (Bernardini, 2008: 103, 104). ضرورت اصلاح روابط قراردادی ناشی از شرایط فوق العاده در اکثر نظام های حقوقی هر چند در درجات مختلف شناسایی شده است. ارجاع به اصل «تغییر اوضاع و احوال» موجود در قوانین ملی، معاهدات بین المللی و دیگر اسناد مهم در بعد فراملی به عنوان زمینه ای برای تجدیدنظر در حقوق و تعهدات طرف ها تحت

سازوکارهای قراردادی آنهاست. یکی از این متون قطعنامه^۱ XVI-90 سال ۱۹۶۸ سازمان اوپک است که با اتکا به اصل تغییر اوضاع و احوال برای توجیه مشارکت معقول دولت‌های عضو می‌باشد. سند مهم دیگر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UNIDROIT) سال ۲۰۰۴ است که در بردارنده مقررات هاردشیپ است. وقوع حوادثی که موجب تغییر بنیادی در توازن قرارداد می‌شود در ماده 6.2.2 تعریف شده است. همچنین طبق ماده 6.2.3 طرف آسیب دیده حق دارد درخواست مذاکره مجدد در مورد قرارداد را بنماید. از میان معاهدات بین‌المللی مربوط به تغییر اوضاع و احوال و تطبیق قرار داد، اعلامیه ۱۹۸۱ الجزایر در پی وقوع انقلاب و حوادثی در ایران برای ایجاد یک مکانیسم حل و فصل اختلافات ناشی از اقدامات ملی سازی، سلب مالکیت، نقض قرارداد و دیگر اقدامات مؤثر بر منافع طرف قرارداد می‌باشد. در ماده V توافقنامه تجویز شده با احترام به قانون ... با در نظر گرفتن عرف و عادت تجاری مربوط، مقررات قرارداد و اوضاع و احوال تغییر یافته».

(Bernardini, 2008: 104) بنابراین به نظر می‌رسد که طرف‌ها باید حق و تکلیفی به مذاکره مجدد به عنوان عدم پیش‌بینی یا تغییر بنیادی در اوضاع و احوال اساسی داشته باشند. به‌ویژه در جایکه چنین اختلال شدیدی در اصل توازن قراردادی و عدالت وجود داشته باشد. (Walde, 2000: 7-8)

در اوضاع و احوال در حال تغییر در اکثر موارد قصد طرف‌ها و منطق اقتصادی و تجاری نشان می‌دهد که قرارداد به وسیله مذاکره مجدد اصلاح یا بازبینی شرایط و مقررات آن به منظور تداوم روابط قراردادی بجای پایان دادن آن باید اصلاح شود. شروط مذاکره مجدد فرصتی است برای طرف‌ها برای نجات توافقنامه‌ای که طاقت فرسا و ناکارآمد شده است. یک شرط مذاکره مجدد و تطبیق برای طرف‌ها ثبات و انعطاف‌پذیری لازم را از طریق انطباق قرارداد با اوضاع و احوال جدید فراهم می‌کند. (Oyewunmi, 2011: 11) از طرفی این گونه بیان شده که شرط مذاکره مجدد زمانیکه یکی از طرفین کنترل حوادث را به عهده دارد نباید دنبال شود. (Gotanda, 2003: 1461-1473) یک مثال برای مذاکره مجدد در مورد عدم توازن اقتصادی در ماده ۷-۱۶ مدل قرارداد مشارکت در تولید هند وجود دارد که تصریح می‌کند: «... اگر هر تغییری در قانون هند، قاعده یا مقرراتی که به وسیله دولت مرکزی یا مقامات محلی بر مالیات بر درآمد یا سایر مالیات‌ها بر

1- OPEC Resolution XVI. 90 of 24-25 June 1968, Cited in: Bernardini, 2008: 104.

شرکت‌ها، مالیات صادرات و واردات، حقوق گمرکی یا مالیات تحمیل شده بر نفت یا وابسته به ارزش نفت در نتیجه تغییر اساسی در منافع اقتصادی متعلق به هر یک از طرفین بعد از تاریخ اجرا باشد، ضروری است طرفین این قرارداد فوراً برای بازبینی و تعدیل قرارداد، به منظور حفظ توازن اقتصادی مورد انتظار هر یک از طرفین از تاریخ اجرا مشورت کنند...» (Maniruzzaman, 127-128: 2008) با اینحال تغییر اوضاع و احوال باید دارای ویژگی اساسی و قابل توجه باشد (Yates, 1990-91: 186,208) تا بتواند تعادل روابط طرف‌ها را از بین ببرد تا شرایط و مقررات قرارداد در پرتو اوضاع و احوال طاقت فرسا به منظور برقراری مجدد توازن، قرارداد مجدداً اصلاح شود.

۲- غیرعادلانه بودن شرایط اولیه قرارداد

درک بی عدالتی در قرارداد ممکن است زمینه توجیه‌پذیری برای یکی از طرف‌ها برای نقض قرارداد فراهم کند. به طوری که برناردینی اظهار می‌دارد «چنین وضعیتی باید به دلیل یک تبعیض نامناسب یا ضرر قابل توجه یا عدم توازن اقتصادی در منافع یکی از طرفین شده یا به طور مؤثری بر مبنای مالی و اقتصادی توافقنامه تأثیر داشته باشد». (Oyewunmi, 2011: 22) درک بی عدالتی اولیه و غیر قابل انکار شرایط قرارداد ناشی از این است که یک طرف از بحران اقتصادی یا نیازهای فوری طرف دیگر مزایایی بدست آفقدان مهارت چانه‌زنی در ورود به قرارداد به زیان طرف دیگر شود. (Lando, 1980: 37-58) سرمایه‌گذاری در منابع نفتی معمولاً در موقعیتی شکل می‌گیرد که برابری و تعادل لازم در میان متعاقدين وجود ندارد. طرفی که سرمایه و تکنولوژی و همه امکانات در اختیار اوست و طرف دیگر که در تنگنای اقتصادی گیر کرده سخت نیازمند است و در حالت اضطرار ناچار از موضع ضعیف پس از نیل به مقصود و از امکاناتی که به مرور زمان حاصل می‌شود برای ترمیم و تعدیل منافع خود بهره‌جویی می‌کند. (Movahed, 2009: 37) این تغییر نسبی در توانایی و قدرت دولت میزبان می‌توان تهدیدی برای ثبات قرارداد به وسیله ریسک سیاسی سلب مالکیت باشد و در این اوضاع و احوال مذاکره مجدد یک گزینه قابل قبول برای زنده ماندن قرارداد است. درک بی عدالتی اولیه یکی از دلایل اصلی برای مذاکره مجدد در مقیاس وسیع قراردادهای نفتی در دهه ۷۰-۱۹۶۰ است که پروفیسور ویرالی در داوری خمکو برای «جلوگیری از دارا شدن غیر عادلانه یا محرومیت غیر عادلانه هر یک از طرفین» دانسته است.

(Movahed, 2009: 137)

۳- تغییر در توازن اقتصادی قرارداد

تعداد زیادی از قراردادهای نفتی حاوی شرطی برای مذاکره مجدد در صورت تغییر توازن اقتصادی قرارداد به دلیل اقدامات قانونی و مقرراتی کشور میزبان می باشد و بیشتر این شرایط تعهد طرف ها برای رسیدن به یک راه حل منصفانه است. با توجه به شک و تردیدهای مربوط به تأثیر حقوقی شروط ثبات و حفظ امتیازهای حاکمیتی مطلوب دولت یک رویکرد جدیدی ارائه شده که در صورتی که قوانین و مقررات در آینده به وسیله دولت میزبان تصویب شود و بر وضعیت قرارداد سرمایه گذار خارجی مؤثر باشد، به منظور رسیدن به راه حل منصفانه برای حفظ یا اعاده توازن اقتصادی موافقت نامه باید با حسن نیت مذاکره صورت گیرد. (Bernardini, 2008:103)

چنین تعهدی به مذاکره مجدد از این واقعیت است که دولت میزبان با تغییر قانون قابل اجرای قرارداد، بر وضعیت یکی از طرف ها اثرات قابل ملاحظه ای داشته و توازن اقتصادی قرارداد را به مخاطره می اندازد. چنین مقرراتی برای مذاکره مجدد معمولاً در ارتباط با یک شرط ثبات اقتصادی وجود دارد. یک شرط ثبات اقتصادی در بسیاری جهات شبیه هاردشیب است، ولی با آن یکسان نیست، بطوریکه در یک شرط هاردشیب، تغییر اوضاع و احوال معمولاً خارج از کنترل هر دوی طرف ها است. یک شرط نمونه از این رویکرد در مدل توافقنامه تولید مشارکتی سال ۱۹۹۴ قطر ماده 34.12 تحت عنوان «توازن توافقنامه» ذکر شده که بیان می کند: «... تحت این توافقنامه، قوانین و مقررات در تاریخ اجرای قرارداد اعمال می شود، موافقت شده است که اگر هر قانون در آینده، فرمان یا مقررات مؤثر بر وضعیت مالی پیمانکار ... در طول مدت اجرای توافقنامه، هر دو طرف باید با حسن نیت به منظور رسیدن به یک راه حل عادلانه که توازن اقتصادی این توافقنامه را حفظ کند وارد مذاکره مجدد شوند، شکست در رسیدن به چنین راه حلی ممکن است به وسیله هر یک از طرفین با در نظر داشتن ماده ۳۱ به داوری ارجاع شود.»^۱

این توافقنامه به یک «راه حل عادلانه» برای حفظ توازن قرارداد با ذکر صریح اصلاح شرایط قرارداد اشاره دارد. شروط ثبات اقتصادی قراردادهای نفتی برخی کشورها ممکن است جهت

1- Barrows, Basic Oil Laws and Concession Contracts, (Middle East), supp, No. 124, 1 (1995).

جبران خسارت پیمانکار برای زیانهای مالی که پس از مذاکره مجدد متحمل شده تعدیل مجدد قرارداد را فراهم کند.^۱ قراردادهای نفتی برخی کشورها به دنبال مذاکره مجدد قرارداد برای اصلاحات توافقنامه آن را قادر می‌سازد که پیمانکار «نتایج اقتصادی قابل پیش‌بینی»^۲ بدست آورد یا «اعاده حقوق اقتصادی طرف‌ها»^۳ را فراهم کند؛ بنابراین پیامد حقوقی که از اثر ثبات اقتصادی حاصل می‌شود، اساساً مذاکره مجدد قرارداد است که در نتیجه پرداخت غرامت به طرف آسیب دیده است یا تعدیل میزان قرارداد یا ممکن است ترکیبی از هر دو آن‌ها باشد. وجود یک شرط ثبات اقتصادی که بیشتر ماهیت سازوکار حقوق خصوصی بین طرف‌ها را دارد، انعکاسی از رویکرد جدید در توافقنامه‌های نفتی است. (Bernardini, 2008: 102)

بند سوم- هدف طرف‌ها از مذاکره مجدد

در مذاکره مجدد و بازبینی قرارداد، اهداف کشور میزبان ممکن است تفاوت قابل ملاحظه‌ای از شرکت نفتی فراملی داشته باشد، کشور میزبان ممکن است برای تغییر سیاست‌های اقتصادی، عناصر سیاسی داخلی (سازمان‌های غیر دولتی و جامعه مدنی) در کی از عدم توازن اقتصادی قرارداد (افزایش قیمت، سود بالقوه) درک سیاسی از شرکت‌های نفتی (به‌عنوان استعمار جدید) نیاز به افزایش منابع، درخواست مذاکره مجدد در مورد قرارداد را بنماید.^۴ بنابراین چنین تغییراتی

۱- برای مثال نک به:

The Petroleum Production Sharing Agreement Concluded on November 10, 1995 between the State Oil Company of the Azerbaijan Republic and a Consortium of oil Companies, Barrows, Basic oil laws and Concession Contracts, (Russia & NIS), supp. No. 23.1. (1993).

۲- ماده ۶-۱۶ توافقنامه تولید مشارکتی ۲۰ مارس ۱۹۹۷ ترکمنستان این شرط را مقرر می‌کند: «... طرف‌ها باید اصلاحات لازم را برای این توافقنامه انجام دهند تا اطمینان حاصل شود که پیمانکار نتایج اقتصادی را که در شرایط و ضوابط این موافقتنامه پیش‌بینی شده است بدست می‌آورد.» نک به:

Barrows, Basic oil laws and concession contracts, (Russia & NIS), supp 26,75 (1997).

۳- مدل قرارداد نفت و گاز جمهوری قزاقستان (دستورالعمل ۱۰۸ مورخ ۱۷ ژانویه ۱۹۹۷) بخش ۲۸ اعلام می‌نماید «... که لازم است برای اعاده منافع اقتصادی طرفین به وضعیت زمان امضای قرارداد.» نک به:

Model Contract for oil & Gas Adapted by the Republic of Kazakhstan by Decree 108 of January 17, 1997, Barrows Supp. (Russian & NIS), NO. 25.

۴- برای ملاحظه در خصوص مذاکره مجدد در توافقنامه‌های منابع طبیعی نک به:

Peter, 1995.

ممکن است ناشی از فشار سیاسی یا نیاز به افزایش درآمد دولت باشد. همچنین دولت میزبان ممکن است از طریق مذاکره مجدد در جستجوی اهداف مختلفی مانند کنترل اقتصادی برای دولت، تضمین افزایش درآمد پروژه، اجرای یک سیاست سرمایه گذاری مشترک بین سرمایه گذار خارجی و شرکت های دولتی، افزایش مالکیت انحصاری دولت یا بدست آوردن تکنولوژی جدید باشد. (Kuruk, 1991: 43 and Stoever, 1981: 345-347) بر خلاف مذاکره مجدد در سابق، مذاکره مجدد مدرن صرفاً بر مبنای منافع دولت میزبان صورت نمی گیرد. مذاکره مجدد ممکن است به درخواست شرکت نفتی با در نظر گرفتن ثبات اقتصادی از تداوم پروژه در شکل اولیه آن و برای اعاده توازن قراردادی که به وسیله ریسک های سیاسی دولت میزبان تحت تأثیر قرار گرفته باشد صورت گیرد. شرکت نفتی می تواند برای یک مذاکره مجدد قرارداد اگر اکتشاف تجاری موجب ادامه پروژه در شکل اولیه نباشد یا مشکلات فنی یا شرایط زمین شناختی توسعه میدان برای شرکت نفتی سودآور نباشد را درخواست نماید؛ بنابراین رویه مذاکره مجدد مدرن لزوماً برای رسیدن به منافع دولت میزبان نیست بلکه ممکن است ایجاد شرایط و مقررات مطلوب تر برای شرکت ها می باشد. یک تغییر اساسی در اهداف طرف ها برای مذاکره مجدد این است که در حالیکه انگیزه اصلی مذاکره مجدد در سابق به دلایل سیاسی بوده، اهداف مذاکره مجدد بدلیل انگیزه بیشتر برای تعدیل منطقی شرایط اقتصادی قرارداد برای حفظ توازن قراردادی یا پاسخ به تغییر قیمت نفت می باشد. در بسیاری موارد مذاکره مجدد ممکن است از سوی هر دو طرف برای دستیابی و تقویت منافع اقتصادی متقابل از پروژه و حفظ روابط خوب آینده و حفظ اعتبارشان در بازارهای جهانی می باشد.^۱

اهداف شرط، بررسی و ایجاد تغییر در مقررات قرارداد از طریق مذاکره مجدد بین طرف های قراردادی به طوری که قرارداد قابل تطبیق با اوضاع و احوال جدید گردد زنده مانده و عدم توازن آن اصلاح شود. (Ng'ambi, 2016:131)

۱- برای مثال و ملاحظه چنین قراردادی نک به:

PSC of Equatorial Guinea of 1997 (Block G) First Amendment to the Production Sharing Contract for Block G, (Offshore) of Republic of Equatorial Guinea, Barrows Supplement, (south and central Africa No. 153, pp. 1-111.

بند چهارم- منافع و نتایج مذاکره مجدد

در مورد ریسک قرارداد که تصور می‌شود از آغاز یک قرارداد نابرابر و متفاوت است و یا آن را به یک استعمار پس از آن تبدیل می‌کند، در نتیجه مذاکره مجدد چنین قراردادی، عدالت و انصاف قراردادی را به ارمغان می‌آورد؛ بنابراین گاهی اوقات این موضوع در منافع کشور میزبان است که مدل قراردادی با رویکرد منعطف و اصلاح‌پذیر برای تطبیق شرایط در هر دو وضعیت سیاسی و اقتصادی داخلی و بین‌المللی در نظر گرفته شود. (Peter, 1995: 240) مذاکره مجدد قرارداد در شرایط اقتصادی و اجتماعی تغییر یافته می‌تواند دامنه ریسک‌های سیاسی را به دلیل تعهد به مذاکره مجدد در موارد تغییر اوضاع و احوال کاهش دهد. در این گونه موارد مذاکره مجدد می‌تواند درجه‌ای از انعطاف برای تطبیق قرارداد و کاهش شانس تقابل و بن‌بست را فراهم آورد. (Asante (Mikdashi, 1976: 154) تصریح می‌کند منبع بزرگ اختلاف بین کشورهای در حال توسعه میزبان و شرکت‌های فراملی ناشی از دغدغه شرکت‌ها در رابطه با ثبات و قابل پیش‌بینی بودن روابط قراردادی از یک طرف و درخواست کشورهای میزبان برای انعطاف بیشتر نظام قراردادی از طرف دیگر است. (Asante, 1979: 401-404) چنین استدلال می‌شود که شرط مذاکره مجدد هم می‌تواند از حق حاکمیت دولت برای تغییر قوانین مؤثر بر قرارداد و هم از حقوق سرمایه‌گذار خصوصی حمایت کند. (Seyed Morteza Hossaini et al. 2019: 128) با این وجود دگرگونی‌هایی در نظام‌های حقوق ملی نشانگر این امر است که هیچ حق مالکیتی دارای حیات مطلق نیست و ضروری تشخیص داده شده که حقوق ناشی از مالکیت را تابع محدودیتهای معین بنفع مصالح عمومی بنمائیم. (Emam, 1995: 378) از این جهت شروط مذاکره مجدد به دولت اجازه می‌دهد قوانینش را تغییر دهد و در مقابل سرمایه‌گذار حق دارد بازنگری یا تعدیل را برای بازگرداندن تعادل اقتصادی قرارداد بر اساس شرط مذاکره مجدد را بخواهد. حل و فصل از طریق مذاکره مجدد نه تنها برای طرف‌ها در زمینه قرارداد فعلی سودمند است بلکه ممکن است بر روابط آینده آن‌ها تأثیر مثبت داشته باشد. در واقع استفاده از سازوکار مذاکره مجدد در توافقات سرمایه‌گذاری خارجی جذابیت زیادی دارد و ممکن است به ثبات معاملاتی که توسط طرف خارجی دنبال می‌شود کمک کند. (Salacuse, 2001: 1507-1519) شرایط مذاکره مجدد قرارداد ممکن است برای شرکت نفتی فراملی با حفظ توازن قراردادی از طریق تضمین منافع پیش‌بینی شده پروژه سودآور باشد.

بند پنجم- مذاکره مجدد در رویه قراردادی

رویه از یک ممانعت محض تحمیلی به دولت از تصویب قانون یا اصلاح توافقنامه پس از انعقاد قرارداد به تهیه پیش نویس دقیق تر تغییر کرده است. یک قرارداد دقیق تلاش می کند تا اثر نامطلوب اقدام دولت را بر توازن اقتصادی قرارداد کاهش دهد. نوع سازوکار ثبات قراردادی که در آن تغییر مفاد قانون یافت می شود. در ادبیات قراردادهای نفتی به صورت متفاوتی به عنوان شروط تعدیل، تطبیق، مذاکره مجدد، تعادل یا توازن مطرح شده است. (Cameron, 2017: 394) به منظور دستیابی به نتایج مطلوب از پروژه های بین المللی انرژی در صورت تغییر شرایط، توافقنامه باید انعطاف پذیر و پایدار باشد، بنابراین این توافقنامه ها نیاز به مذاکره مجدد دارند. اغلب قراردادهای سرمایه گذاری برای حفظ توازن اقتصادی به جای ثبات حقوقی در قرارداد سرمایه گذاری، به مذاکره مجدد ارجاع می دهند. (Dolzer et al. 2008: 17) مرز مذاکره مجدد بستگی به دامنه اختلاف نظر طرفین با رویدادهای مهمی برای مذاکره مجدد که در قرارداد ذکر شده دارد. این رویداد نه تنها باید اتفاق بیفتد بلکه باید توازن توافقنامه را تا حدی بر هم زند که مذاکره مجدد برای منافع عادلانه و توازن تعهدات لازم باشد. (Al Khalifa, 2003: 258) شروط مذاکره مجدد در قراردادها به روشهای مختلفی ظاهر می شوند. آنها بستگی به جزئیات هر قرارداد متفاوت هستند. گاهی اوقات تعهد به مذاکره مجدد ممکن است برای همه شرایط قرارداد باشد یا برای شرایط خاصی از قرارداد است. ممکن است بعد از دوره زمانی خاصی باشد یا در وقوع برخی از رویدادهای مشخص شده در قرارداد باشد. نوع دیگری از شرط مذاکره مجدد هم این است که توازن اقتصادی یا سود اقتصادی را بازسازی می کند. این نوع از شروط ترکیبی مواردی است که شرط ثبات با شروط مذاکره مجدد مرتبط هستند. (Bowman, AIPN, 2006) هدف چنین شروطی اجازه دادن به تغییرات برای بازسازی توازن اقتصادی بین طرفین است. در این روش قرارداد می تواند در طول حیات خود انعطاف پذیر و پویا باشد.

۱- شرط مذاکره مجدد ترکیبی - همزیستی شروط ثبات و مذاکره مجدد در قرارداد

شروط ثبات و مذاکره مجدد دو شرط رقیب شناخته شده در رویه قراردادی هستند. پذیرش این سازوکارها یعنی ثبات، مذاکره مجدد و شروط تطبیق اساساً مبتنی بر توازن هستند و نقطه مقابل اصل وفای به عهد (لزوم قرارداد) و شرط تغییر اوضاع و احوال (یعنی قراردادها تا زمانی معتبر

هستند که تغییرات اساسی منجر به تداوم توافقنامه موجود باشد) است. (Wehberg, 1959: 775-786) هدف شروط ثبات برای حفظ قرارداد اولیه در طول عمر موافقتنامه سرمایه گذاری است.

(Sornarajah, 2000:54) برای دستیابی به این هدف طرفین نباید بدون توافق دو جانبه شرایط قرارداد اصلی را تغییر دهند. در مقابل شروط مذاکره مجدد به حفظ و زنده نگه داشتن روابط قراردادی بجای توازن قراردادی اولیه متمایل هستند. (Sornarajah, Ibid) همان طور که ملاحظه می شود هدف هر شرطی متفاوت است و می تواند با هم کنار بیایند. به طوری که Al Qurashi توضیح می دهد: «باید درک کرد که حمایت از انتظارات مشروع یک سرمایه گذار خارجی به نحوی که ثبات روابط قراردادی از طریق سازوکار شروط ثبات نشان می دهند تنها نیمی از واقعیت است. این موضوع به ویژه در صنعت نفت و گاز نمایان تر است.» (Al Qurqshi, 2004: 234)

استفاده از سازوکارهای مذاکره مجدد در توافقنامه های سرمایه گذاری خارجی جذابیت های زیادی داشته و ممکن است به ثبات معاملات که طرف خارجی به دنبال آن می باشد کمک می کند. (Salacuse, 2001: 1507-1514) در پرتو این واقعیت که اثربخشی شروط ثبات ممکن است شک برانگیز باشد، در مقابل شروط مذاکره مجدد می تواند از فسخ یا اصلاح یک جانبه قرارداد توسط دولت حمایت کند. چشم انداز اختلاف بر سر مذاکره مجدد قرارداد (در مراجعه به دادگاه یا داوری) جایی که شروط ثبات اثر کامل قانونی خود را می تواند توسعه دهد انگیزه های برای مصالحه است. (Peter, 1995: 225-226) از این رو هدف شرکت نه برای انجماد مقررات قراردادی بلکه برعکس باید با ایجاد قرارداد قابل انعطاف و قابل اصلاح جایکه اوضاع اقتصادی قرارداد به وسیله اقدام حاکمیتی در طول اجرای آن تغییر می کند باشد، (Al Qurashi, 2004: 239, and Berger, 2003: 1347,1361) در مقررات ثبات هر دو عوامل انجماد و توازن اقتصادی وجود دارد.

(Maniruzzaman, 2008: 134ff) هدف شروط ثبات سنتی به انجماد قانون قابل اعمال نظام مالی و یا دیگر شرایط مهم سرمایه گذاری است. (Walde et al. 1996: 260) به عبارت دیگر «دولت متعهد می شود که قرارداد سرمایه گذاری را فراتر از قوانین یا اقدامات اجرایی که ممکن است پس از قرارداد صادر شود قرار دهد.» (Chekol, 2010:8) با توجه به شروط ثبات سنتی اگر قوانین تصویبی با قرارداد اصلی در تناقض باشد قوانین بعدی قابل اعمال به توافقنامه نیست. رویکرد سنتی در تعارض مستقیم با اصل حاکمیت دولت است، زیرا آن ها امتیازات حاکمیتی دولت را محدود می کنند. تحت حقوق بین الملل در تعامل اصل لزوم قرارداد و دکتین حاکمیت دائمی بر منابع و

ثروت طبیعی بیشتر از الگوی تغییر حمایت شده است. (Walde et al. 1996: 260,261) در نتیجه شرکت‌ها و تدوین کنندگان قراردادهای بین‌المللی متوجه شدند که شروط ثبات سنتی ممکن است برای جلوگیری از دخالت یک جانبه دولت کافی نباشد و به نظر می‌رسد ایجاد یک شرط جدید ضرورت دارد. به منظور رسیدن به یک ارزیابی حقوقی بهتر از شروط ثبات یا مذاکره مجدد، باید مصالحه هماهنگی از اصل وفای به عهد و تغییر اوضاع و احوال وجود داشته باشد. (Chowdhury, 1984:57) از میان معروف‌ترین سازوکارهای تضمین توازن منافع بین دولت میزبان و شرکت نفتی فراملی، شروط ثبات و شروط مذاکره هستند. این موضوع می‌تواند به وسیله شروط مذاکره مجدد مدون یا شروط توازن و تعادل فراهم شود. این شروط ترکیبی از یک شرط ثبات با شرط مذاکره مجدد هستند. (Walde et al. 1996: 265) سازوکار ترکیبی که مرکب از هر دو شرط می‌باشد، منعطف‌تر و چارچوب قانونی مناسب‌تر برای همه طرفهای پروژه نفتی می‌باشد. گرایش فعلی بسوی توسعه نظام حقوقی جامع متشکل از هر دو سازوکار که اصول کلیدی برای روابط حقوقی بین کشورها و شرکت‌های نفتی خارجی ایجاد می‌کند. (Beredjik et al. 1988: 9-11) هدف این شروط ایجاد توازن اقتصادی در قراردادی سرمایه‌گذاری است. ثبات از طریق توازن اقتصادی در اوضاع و احوال تغییر یافته اخیراً در نظام‌های حقوقی پروژه خط لوله فرامرزی -Baku (BTC) و Tbilisi-Ceyhan و پروژه خط لوله گاز افریقای غربی (WAGP)^۱ را می‌توان ملاحظه کرد. برای مثال توافقنامه BTC شامل هر دو شرط ثبات از نوع انجماد و توازن اقتصادی است. (Maniruzzaman, 2008: 132) مدل BTC شرط توازن اقتصادی دقیق و پیچیده‌ای دارد. معنای توازن اقتصادی چیست؟ در موافقت‌نامه باکو - تفلیس - جیحان (BTC HGAs)^۲ چنین تعریف شده است: «توازن اقتصادی به معنی ارزش اقتصادی برای مشارکت کنندگان پروژه از توازن نسبی ایجاد شده در توافقنامه پروژه در تاریخ قابل اجرا، بین حقوق، منافع، معافیت‌ها، امتیازات، حمایت‌ها و دیگر مزایای مشابه ارائه شده یا اعطاء شده به چنین شخصی و همراه با مسئولیت، هزینه‌ها، تعهدات، شرایط و محدودیت‌های توافق شده که به عهده چنین شخصی گذاشته می‌شود.» (Maniruzzaman, 2006:12) در نتیجه نظام حقوقی BTC، اختیار حاکمیتی طرف دولتی را تا

1- West African Gas Pipeline (WAGP)

2- Baku- Tbilisi – Ceyhan Host Government Agreement (BTC HGAs)

حد زیادی تنظیم می‌کند؛ بنابراین دولت بار ریسک سیاسی به توازن اقتصادی قرارداد را متحمل می‌شود. در پرتو مقررات توازن، در صورت مداخله یک جانبه دولت در نظام قرارداد، منجر به تطبیق توافقنامه برای بازگرداندن توازن اولیه است. در رویه قراردادی دولت - سرمایه‌گذار اغلب اختیار حاکمیت دولت در شرایط خاص شرط شده است که: بدون لطمه زدن به حق ویژه اختیار حاکمیتی دولت، بدین ترتیب لازم است با رضایت متقابل طرفین شرایط توافقنامه، سالانه اصلاح یا تعدیل شود. یک شرط توازن چنین عملکرد مهمی را فراهم می‌کند که سازشی است بین نیازهای دولت و سرمایه‌گذار به وسیله تضمین ثبات و انعطاف‌پذیری نسبت به تغییر اوضاع و احوال از طریق انطباق قرارداد درحالی که در همان زمان حفظ توازن اقتصادی پروژه را فراهم می‌کند. (Nwete, 2006: 56-59)

۲- شروط مذاکره مجدد سنتی و مدرن در رویه قراردادی

برای تغییر در توازن اقتصادی بین طرف‌ها که بعداً از طریق دگرگونی در اوضاع و احوال حاصل می‌شود، حتی اگر قرارداد شامل یک یا هر دو شروط فورس مازور و هاردشیب باشد، از آنجایی که این شروط حمایت کافی در برابر تغییر نامطلوب در توازن اقتصادی را ارائه نمی‌دهند، درج شروط مذاکره مجدد ضروری است. (Berger, 2003: 1357) از طرفی مهم‌ترین پیامد حقوقی که از اعمال شرط هاردشیب حاصل می‌شود این است که شرایط و مقررات قرارداد در پرتو اوضاع و احوال طاقت فرسا به منظور برقراری مجدد توازن، قرارداد مجدداً اصلاح شود. منظور از هاردشیب تعهد به مذاکره طرفین جهت متعادل ساختن تعهدات قراردادی است. (Bigdeli, 2007: 4) در این وضعیت شرط مذاکره مجدد ممکن است محیط با ثباتی را برای سرمایه‌گذاری ایجاد کند. این موضوع به این دلیل است که شرط مذاکره مجدد زمینه میانه‌ای بین مجموع سختی قراردادی از یک سو و انعطاف‌پذیری نسبی از سوی دیگر را نشان می‌دهد. (Salacuse, 2000: 1319-1330) در نتیجه هدف از مذاکره مجدد قرارداد رسیدن به تمامیت اقتصادی قرارداد است. این شروط می‌تواند به درک، سازوکارهای متفاوت بکار گرفته برای توازن اقتصادی و از طرفی ثبات روابط قراردادی کمک کند. (Maniruzzaman, 2006: 2) در رویه قراردادی شروط مذاکره مجدد می‌تواند به دو گروه تقسیم شود: ۱- شروط مذاکره مجدد سنتی ۲- شروط مذاکره مجدد مدرن.

۲-۱- شروط مذاکره مجدد سنتی

شروط مذاکره مجدد را می‌توان در بسیاری توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری یافت. شروط مذاکره مجدد می‌تواند جامع (کامل) یا خاص باشد.

الف- شروط مذاکره مجدد جامع (کامل)

به‌طور کلی شروط مذاکره مجدد جامع به صراحت مجموعه‌ای از شرایط برای مذاکره مجدد که عمدتاً در روح اصل ربوس (تغییر اوضاع و احوال) است برای بازگرداندن هر یک از طرفین به موقعیت خود قبل از تغییر محیط حقوقی مربوط به قرارداد را تعیین می‌کند. (Montembault, 1962: 593, 627) شروط مذاکره مجدد جامع بر ماهیت کلی قرارداد سرمایه‌گذاری تأثیر می‌گذارد. آن‌ها شرایطی را که کل معامله ممکن است دوباره بازبینی شود تجویز می‌کنند. (Asante, 1979: 416ff) از این جهت بسیاری از قراردادهای نفتی رویدادهای مهم را در قرارداد به‌منظور تعیین قلمرو مذاکره مجدد از پیش تعریف می‌کنند. برای مثال یک شرط مذاکره مجدد در توافقنامه امتیازی ok-Tedi گینه پاپوآ سال ۱۹۷۶ چنین است: «طرف‌ها ممکن است از زمانی به زمانی با توافقنامه الحاقی جایگزینی برای فسخ یا تغییر همه یا هر یک از مقررات این توافقنامه ...» (Berger, 2003: 1359) در اینجا رویداد خاص مهمی در این شرط ذکر نشده است. جزئیات رویدادهای مهم در قرارداد برای اینکه مذاکره مجدد، می‌تواند ادامه یابد مبنای حقوقی فراهم می‌کند. رویدادهای مهم ممکن است شامل عناصر مختلفی مانند افزایش مالیات، تحقق یافتن رسک خاص و تغییر در شرایط مالی و اقتصادی مربوط به قرارداد در فواصل زمانی خاص باشد. ماده ۳۳ قرارداد امتیازی ligodic و جمهوری لیبیا در بردارنده چنین شرطی است: «... پس از ۴ سال بعد از شروع تولید تجاری، طرفین باید در لیبیا با در نظر داشتن اهداف چنین تغییری با توضیحات این توافقنامه بطوری که به نظر هر دو طرف مناسب هستند با یکدیگر مشورت کنند.» (Peter, 1995: 242, 243) توافقنامه سال ۱۹۷۴ بین دولت گینه پاپوآ و Bougainville Copper Limited بازبینی دوره‌ای به شرح ذیل فراهم می‌کند: «طرف‌ها در اجرای اهداف این توافقنامه با یکدیگر همکاری خواهند کرد و در سال هفتم پس از سالی که در آن توافقنامه‌ای ... با یکدیگر همکاری خواهند کرد و در فواصل هفت سال پس از آن با در نظر داشتن حسن نیت بیشتر برای هر مشکل ناشی از عملی بودن این توافقنامه به‌طور عادلانه عمل می‌کنند.» (Peter, 1995: 142, 143)

توافقنامه نفتی سال ۱۹۷۹ هائیتی این شرط را بیان می‌کند: «توافق شده که شرایط این قرارداد باید بر اساس درخواست هر یک از طرفین پس از ۷ سال از تاریخ ... یا ۱۰ سال پس از پایان سالی که در آن تولید تجارت بدست آید مذاکره مجدد می‌شود ... منعکس کننده فرصت برای طرفین با در نظر گرفتن شرایط محلی و بین‌المللی برای اصلاح شرایط اقتصادی این قرارداد شود.» (Omorogbe, 1997: 107) معیارهای اقتصادی حفظ توازن قراردادی نشان می‌دهد که در صورت وخامت وضعیت اقتصادی قرارداد با توجه به رویدادهای بعدی مذاکره مجدد به وسیله طرف‌ها می‌تواند توازن قراردادی را در زمینه جدید باز گرداند. بر اساس مثالهای مذکور طرفهای قراردادی زمانیکه رویدادهای مهمی اتفاق می‌افتد ملزم به مذاکره مجدد هستند. ویژگی اصلی این شروط این است که طرفین متعهد به مذاکره مجدد در نقطه زمانی خاص هستند. از آنجاییکه ماهیت تغییر در اوضاع و احوال و یا اثر چنین تغییری ممکن است در رابطه با توازن اقتصادی قرارداد به عنوان یک عامل برای تطبیق یا بازبینی مطرح شود لازم است که طرفین به وضوح این موضوع را در قرارداد خود تعریف کنند. (Maniruzzaman, 2008: 128)

ب- شرط مذاکره مجدد خاص

احتمال دارد یک شرط مذاکره مجدد به یک رویداد یا مسئله خاصی اشاره کند. برخی قراردادهای دارای شروط مذاکره مجددی هستند که در آن به موارد خاصی اشاره شده است. برای مثال توافقنامه نفتی دولت غنا سال ۱۹۷۴ دارای شرط ذیل می‌باشد: «بدین ترتیب توافق شده است که اگر در طول مدت این توافقنامه در اوضاع و احوال مالی و اقتصادی مربوط به صنعت نفت تغییراتی ایجاد شود، شرایط عملیاتی در غنا و شرایط بازار به طور کلی بر مبنای اقتصادی و مالی این توافقنامه تأثیر اساسی بگذارد، در آن صورت به منظور اصلاح و تعدیل منطقی قرارداد ... مفاد قرارداد مورد بازبینی و مذاکره مجدد قرار گیرد، مشروط بر اینکه تغییرات یا تعدیل‌های یاد شده در مدت ۵ سال از آغاز تولید تجاری نفت ... و عطف به ماسبق نشوند» (Al Qurashi, 2005: 287) این توافقنامه شرط استاندارد را برای میزانی از تغییر اوضاع و احوال تعریف می‌کند. یک تغییر اساسی از اوضاع و احوال به دلیل تغییرات قابل توجه در شرایط اقتصادی و مالی در صنعت نفت تحت این شرط توافقنامه قرار می‌گیرد. رویدادهای مهم در این شرط به چارچوب نظام مالی محدود شده است. یک نکته مهم در باره این شروط، این است که مذاکره مجدد در جایی خواهد

بود که رویدادهای مهم خاصی که اتفاق می افتد در مقررات قرارداد تصریح شده باشد. مطابق با شروط مذاکره مجدد خاص، طرف‌ها نمی‌توانند درخواستی برای مذاکره مجدد خارج از رویداد خاص را بدهند. درحالی‌که شروط مذاکره مجدد جامع (کامل) طرفین را در زمینه‌هایی که ثبات قرارداد را به خطر می‌اندازد تشویق به مذاکره مجدد می‌کند. (Nwete, 2006: 60) در رویه قراردادی مدرن، سرمایه‌گذاران بین‌المللی به‌طور کلی شروط مذاکره مجدد سنتی را ترجیح نمی‌دهند، بطوریکه آن‌ها در حال حاضر به مقررات ارائه شده توسط شروط توازن اقتصادی تأکید دارند.

۲-۲- شروط مذاکره مجدد مدرن

برخی از شروط قدیمی تنها با یک عنصر به هدف رسیدن و جزئیات زیادی در روند مذاکره مجدد فراهم نمی‌کردند.^۱ تعدادی زیادی از قراردادهای نفتی حاوی شرطی برای مذاکره مجدد در صورت تغییر در توازن اقتصادی قرارداد می‌باشد و بیشتر این شروط تعهد طرف‌ها برای رسیدن به یک راه حل عادلانه است. انواع شروط توازن را در توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری انرژی می‌توان یافت و چنین مقرراتی برای مذاکره مجدد معمولاً در ارتباط با یک شرط ثبات اقتصادی وجود دارد. برخی صاحب‌نظران اینها را به سه گروه اصلی: (Cameron, 2006: 31 and Alexander: (2003: 7.1, 7.19)) شامل مذاکره برای توازن اقتصادی، توازن اقتصادی تصریح شده و توازن اقتصادی تعریف نشده تقسیم می‌کنند.

الف- مذاکره برای توازن اقتصادی

اولین گروه از شروط توازن اقتصادی مذاکره برای توازن اقتصادی است و در موردی است که مداخله دولتی اتفاق افتاده و بر توازن اقتصادی اولیه تأثیر می‌گذارد. (Alexander, 2003: 7.19) برای مثال توافقنامه امتیازی مصر سال ۲۰۰۲ ماده XIX دارای مقرر ذیل می‌باشد: «در مورد تغییرات در قانون موجود یا مقررات قابل اعمال به اکتشاف، توسعه، تولید نفت که بعد از تاریخ

۱- برای ملاحظه و اطلاع نک به:

American Indep. Oil Company (Aminoil) v. State of Kuwait 21 (5) ILM 976, 991-998, (1982).

اجرا روی می‌دهد و تأثیر قابل توجهی به منافع اقتصادی این توافقنامه به ضرر پیمانکار یا تحمیل تعهدی به پیمانکار ...، پیمانکار باید به EGPC (شرکت ملی نفت مصر) موضوع اقدامات قانونی یا مقرراتی را اطلاع دهد. در این موارد طرفین باید در مورد تغییرات احتمالی توافقنامه برای اعاده توازن اقتصادی آن که در تاریخ اجرا وجود دارد مذاکره کنند. طرفین باید بهترین تلاش خود را برای توافق در مورد اصلاحات این توافقنامه را ظرف مدت ۹۰ روز از اعلامیه مذکور بکار ببرند. اصلاحات این توافقنامه نباید در هر صورت حقوق یا تعهدات پیمانکار را کاهش یا افزایش دهد، همان‌طور که در تاریخ اجرا توافق شده است. عدم توافق طرفین ... اختلاف به داوری ارجاع می‌شود.» (Cameron, 2006: 31-32) مطابق شرط مذکور طرفین باید «بهترین تلاش» خود را به منظور اعاده توازن اقتصادی اولیه بکار ببرند. طرفین نباید توازن را نادیده بگیرند و یا حقوق و تعهدات پیمانکار را که در تاریخ اجرای قرارداد توافق شده کاهش یا افزایش دهند این شرط حوزه تعدیلات و توازن را محدود می‌کند. برای ناکامی در پیشرفت مذاکره مجدد این امکان در شرط وجود دارد و تصریح می‌کند اگر مذاکره مجدد در مدت ۹۰ روز با شکست و ناکامی مواجه شد، طرفین باید به داوری مراجعه کنند؛ بنابراین تدوین کنندگان قرارداد شکست احتمالی فرایند مذاکرات مجدد را پیش‌بینی و مکانیسم حل اختلاف را در شرط تصریح کنند. در مدل قرارداد تولید مشارکتی ترکمنستان ۱۹۹۷ تصریح شده است: «جاییکه قوانین فعلی یا آینده ... اجرای آن بر سود خالص اقتصادی پیمانکار تأثیر منفی داشته باشد طرفین باید اصلاحات لازم را برای این توافقنامه اعمال کنند تا اطمینان حاصل شود که پیمانکار نتایج اقتصادی پیش‌بینی شده تحت شرایط و مقررات این توافقنامه را بدست می‌آورد.» (Al Qurashi, 2005: 287) این توافقنامه با اصلاح شرایط قرارداد برای حفظ توازن قرارداد تاکید دارد. توافقنامه دولت‌های میزبان باکو-تفلیس - جیحان یک توازن اقتصادی یکسان با شرایط ذیل می‌باشد. «مقامات دولت (یعنی دولت میزبان، مقامات محلی و شرکت‌های دولتی) باید تمام اقدامات در دسترس را برای اعاده توازن اقتصادی ایجاد شده در موافقت نامه پروژه را اگر و تا حدی که توازن اقتصادی مختل یا تأثیر منفی بر آن داشته باشد انجام دهند ... تعهدات مذکور مقامات دولتی برای اتخاذ همه اقدامات در دسترس برای اعاده توازن اقتصادی شامل تعهد به اقدامات مناسب برای حل سریع با هر وسیله ممکن ...» (Maniruzzaman, 2008: 132,133) بنابراین در اعاده توازن قرارداد طرف‌ها باید به بهینه‌سازی که از طریق مذاکره مجدد انجام می‌شود و می‌تواند وضعیت هر دو طرف بهتر شود یا

بهرتر شدن یکی از آن‌ها بدون ضرر به وضعیت طرف دیگر پایبند باشند. باید در فرآیند مذاکره مجدد رقابت‌پذیری بین‌المللی پروژه و نتیجه حاصل از آن در نظر گرفته شود. در مذاکره مجدد قرارداد، طرف‌ها باید نگاهی به شرایط توافقنامه‌های موازی یا مؤخر از لحاظ مالیات یا مقررات سرمایه‌گذاری کشورهای دیگر داشته باشند بطوریکه برای هر دو طرف از نظر بین‌المللی می‌تواند رقابتی و عادلانه باشد.

ب- توازن اقتصادی تصریح شده

گروه دیگر از شروط توازن اقتصادی، توازن اقتصادی تصریح شده است. توازن اقتصادی تصریح شده بر اساس یک روش از پیش تعیین شده در توافقنامه سرمایه‌گذاری انجام می‌شود. با ایجاد شرط صریح برای طرفین قرارداد برای بحث در خصوص چگونگی تعدیل قرارداد، اجازه می‌دهد توازن اقتصادی برقرار شود. (Cameron, 2006: 31-36) طرفین می‌توانند به‌طور خاص نحوه تنظیم آن را در قرارداد مقرر یا تصریح کنند که این باید نتیجه توافق دو جانبه بین طرفین باشد. تعدیل ممکن است به‌صورت خودکار یا به نحوی که در قرارداد مشخص شده است بدست آید. بطوری که توازن اقتصادی بین طرفین در تاریخ اجرای قرارداد دوباره برقرار شود. یک مثال از این شرط توافقنامه تولید مشارکتی فرا ساحل پاکستان است که مقرر می‌کند:

«a) دولت متعهد می‌شود ثبات مالی این توافقنامه را حفظ کند و به‌طور خاص تضمین می‌کند که پرداخت‌های دولت به موجب مقررات ... با توجه به اجرای این توافقنامه نباید اصلاح شده یا تغییر کند.

b) جاییکه هر عامل یا مقام دولتی هر گونه مالیات، هزینه، عوارض گمرکی، علاوه بر پرداخت‌های ضمانت شده در ماده (a) 31.1 طبق قوانین پاکستان غیر از موارد مربوط به ایمنی، بهداشتی و زیست محیطی و موضوعات مرتبط با منافع عمومی اعمال کند. دولت با پیمانکار در مورد اقدامات مناسب برای جبران خسارت پیمانکار برای چنین اثرات نامطلوب ناشی از این اصلاح، مشورت خواهد کرد ... پس از تعیین اثرات نامطلوب عملکرد دولت سهم نفت سود و سود گاز باید به گونه‌ای تنظیم شود که مجموع توازن مالی حفظ شود.» در این مثال (مدل قرارداد پاکستان) برای حفظ توازن مالی اصلاح سهم دولت از نفت سود و گاز از قبل تعیین شده است. (Maniruzzaman, 2006: 4-6) از طرفی در اوضاع و احوال خاص یعنی در رابطه با قوانین مربوط

به بهداشت و ایمنی و زیست محیطی و موضوعات مربوط به منافع عمومی این قاعده اعمال نمی‌شود.

ج- توازن اقتصادی تعریف نشده

گروه دیگری از شروط توازن اقتصادی، شرط توازن اقتصادی تعریف نشده یا تصریح نشده در قرارداد است. از این جهت لازم نیست شیوه‌ای در قرارداد برای برقراری توازن قید گردد و یا ضروری نیست تصریح شود که این موضوع باید نتیجه توافق متقابل بین طرفین باشد (Cameron, 2006: 31). در موقع تغییر اوضاع و احوال طرف‌ها برای شناسایی راه‌های ایجاد توازن اقتصادی مذاکره خواهند کرد. تعدیل یا اصلاح مجدد زمانی لازم است که وضعیت پیمانکار یا سرمایه‌گذار خصوصی نامعقول بوده و اصلاحات در هر صورت سبب کاهش یا افزایش حقوق و تعهدات یک طرف یا طرف‌ها نخواهد شد. (Oyewunmi, 2006: 23) برای مثال موافقتنامه تولیدی مشارکتی جمهوری آذربایجان ۱۹۹۸ بیان می‌کند: «در صورتی که هر مقام دولتی یا قانون فعلی یا آینده، معاهده، موافقتنامه بین دولتی، فرمان یا آیین‌نامه اجرایی، نقض‌کننده مقررات این موافقتنامه شود یا تأثیر منفی بر حقوق و منافع پیمانکار بگذارد، ... شرایط این موافقتنامه با مذاکره مجدد برای تعدیل توازن اقتصادی طرفین اصلاح شده و اگر به حقوق یا منافع پیمانکار تأثیر منفی داشته باشد سپس SOCAR^۱ (شرکت ملی نفت آذربایجان) برای خسارت پیمانکار ناشی از بدتر شدن در اوضاع و احوال اقتصادی و ضرر و زیان حاصل از آنرا باید جبران کند.» (Bishop et al. 2005: 304,305) شرط مذکور مثال مناسبی از شرط توازن اقتصادی تعریف نشده یا از قبل پیش‌بینی نشده است.

در شروط توازن و تعادل باید بین رویدادهای خارجی و رویدادهای کنترل شده توسط دولت تمایز قائل شد. از این رو اعتراض اصلی به این شروط این است که آن‌ها در مورد تغییر در اوضاع و احوال ناشی از رویدادهای خارج از تغییر در قانون یا مقررات برای مثال در رابطه با کشف حاشیه‌ای یا نوسانات قیمت که مطرح می‌باشد حمایت نمی‌کنند. شروط نمونه فوق رویکرد جدیدی را منعکس می‌کنند. آن‌ها ویژگیهای اساسی مقررات مورد نظر را نشان می‌دهند.

1- State Oil Company Azerbaijan

(Bernardini, 1998: 418) این شروط برای حمایت سرمایه گذاران هدفمند هستند. بر خلاف شروط ثبات سنتی این نوع شروط در دوره قرارداد در مورد تغییر قوانین، مقررات و اوضاع و احوال اقتصادی توسط اقدامات حاکمیتی دولت میزبان، چارچوب قراردادی انعطاف پذیر و پویایی فراهم می کند. (berger, 2003: 1360,1361)

بنابراین یک مذاکره مجدد گرایش به منافع هر دو طرف دارد. مذاکره مجدد برای توازن اقتصادی مبنایی برای حیات کسب و کار مدرن است. (Salacuse, 2000: 1320) شرط توازن اقتصادی یا شروط مذاکره مجدد هدفی برای آینده است که با تمرکز بر اتفاقات و رویدادها برای اصلاح قرارداد بجای جلوگیری از اتفاقات، تغییرات را در نظر می گیرند. بطوریکه با دیگر شروط ثبات انواعی از شروط مذاکره مجدد با تطبیق در رویه بکار رفته که قابل توجه است. (Al Qurashi, 2005: 261-300)

نتیجه

قراردادهای نفتی باید بر این فرض باشد که تقسیم عادلانه منافع و انتظارات مشروع طرف ها ممکن است نیازمند تعدیل قرارداد در آینده باشد تا اجرای آن عادلانه و منصفانه تداوم یابد. از این جهت باید شروط مذاکره مجدد و توازن اقتصادی را به عنوان سازوکارهایی در نظر گرفت که باعث تطبیق وضع مورد توافق اولیه با اوضاع و احوال جدید شود. عملکرد این شروط صرفاً در حوزه حفظ و اعاده توازن قراردادی است و ایجاد یک قرارداد جدید نیست. از منظر حقوق ایران (قانون مدنی) وجوب وفای به عهد، شامل تمام اجزاء و شروط ضمن عقد نیز می باشد و عمل به آن ها را نیز واجب می سازد. از جمله شروط ضمن عقد، شرط مذاکره مجدد است و اثر ایجابی شرط مذاکره که مبتنی بر اراده و منافع طرفین می باشد این است که به موجب آن طرفین متعهدند در صورت بروز اختلاف در ابتدا از طریق مذاکره دوستانه حل و فصل شود، از این جهت تعهد آن ها به مذاکره معلق به حدوث اختلاف است و در صورت تحقق مقتضای شرط باید در ابتدا به فرایند مذاکره متوسل و در صورت عدم موفقیت ممکن است به نظام اصلی پیش بینی شده در قرارداد برای حل و فصل مراجعه نمایند. در واقع هدف شروط، تعدیل و توازن قرارداد و هماهنگی با اوضاع و احوال تغییر یافته و تأمین انتظارات مشروع طرفین است. بی تردید یکی از مهم ترین تحولات در عرصه قراردادهای نفتی، رویکرد مدرن به شروط قراردادی برای تداوم و استمرار

قرارداد از طریق مصالحه بین منافع طرفین و انتظارات مشروع آنها بر اساس شرایط تعدیل و توازن تعهدات قراردادی در اوضاع و احوال تغییر یافته است. شروط مذاکره مجدد و تطبیق و توازن اقتصادی ممکن است به تطبیق انتظارات متفاوت طرفین کمک کند. چنین شروطی «در میانه بین سختی قراردادی و انعطاف پذیری کامل رابطه ایستاده است». مباحث این مقاله نشان داد، سازوکار شروط قراردادی برای توازن در قراردادهای نفتی رویکرد نوینی از همزیستی و ترکیب شروط مذاکره مجدد و شروط ثبات برای تقویت و افزایش تطبیق پذیری قرارداد و کاهش سختی لزوم قرارداد به منظور هماهنگی با اوضاع و احوال تغییر یافته برای ایجاد توازن منافع و افزایش کارایی و عملکرد قرارداد نفتی است.

References

- [1] Al Kahlifa, H.R. (2003). "Negotiating and Arbitrating Against Government Entities", Const. L.J. 19, No. 5.
- [2] Al Qurashi, Z., A. (2004). "Investment Protection under International Petroleum Agreements: An Analysis of the Pertinent Arbitral Jurisprudence", PhD thesis, university of Dundee
- [3] Al Qurashi, Z., A. (2005). "Renegotiation of International Petroleum Agreements", 22 Journal of International Arbitration, No. 4.
- [4] Alexander, F, C. (2003). "The Three Pillars of Pecurity of Investment Under PSG and Other Host Government Contracts", ch. 7, Institute for Energy Law of the Center for American and International Law's 54 Annual Institute on Oil and Gas Law (Publication 640, Release 54). Lexis Nexis Matthew Bender
- [5] Asante, S. K. B. (1979). "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", 28 ICLQ
- [6] b- Article
- [7] Barberis D. (1998). *Negotiating Mining Agreements; past present and future Trends*, The Netherland: kluwer law International
- [8] Beredjick, N., and Walde, T., W. (1988). *Petroleum Investment Policies in Developing Countries*, LondonSterling House
- [9] Berger, K., p. (2003). "Renegotiation and Adaptation of International Investments Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators", Vanderbilt Journal Transnational Law 36
- [10] Bernardini, P. (1988). "the Renegotiation of the Investment Contract", 13 ICSID Review Foreign Investment Journal
- [11] Bernardini, P. (2008). "Stabilisation and Adaptation in Oil and Gas Investment", Journal of World Energy Law & Business Vol.1, No.1
- [12] Bigdeli, S. (2008). *Renegotiation Clause (Hardship)*. Witness Legal Quarterly NO.8,9, (in Persian)
- [13] Bishop, D., R., Crawford, J., Reisman, W., M. (2005). *Foreign Investmet*

- Disputes: Cases, Materials and Commentary*, The Hague, Kluwer Law International
- [14] Bowman, J. (2006). “*Stabilization, Renegotiation, Arbitration, and Adaptation of International Petroleum Contracts*”, Presentation Delivered in AIPN International Dispute Resolution in Oil and Gas, Dubai
 - [15] Cameron, P., D. (2006). “*Stabilization in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Ttools for Oil and Gas Investors*”, AIPN Research Paper Final Report
 - [16] Cameron, P., D. (2017). “*Stabilization and the Impact of Changing Patterns of Energy Investment*”, 10 Journal of World Energy Law and Business
 - [17] Carter, J., W. (1999). “*The Renegotiation of Contracts*”, 13 Journal Contract Law
 - [18] Chekol, Abebe, A. (2010). “*Stabilization Clauses in petroleum Development Agreements: Examining their Adequacy and Efficacy*”, Center for Energy Petroleum Mineral Law and Policy, University of Dundee
 - [19] Chowdhury, S., R. (1984). *Permanent Sovereignty and its Impact on Stabilization Clauses, Standards of Compensation and Patterns of Development Co-Operation*, in: Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law, ed. By k. Hossain, New York, st Martin's Press
 - [20] Cotula, L. (2010). “*Investment Contracts and Sustainable Development: How to Make Contracts for Fairer and More Sustaible Natural Resource Investments*”, London: International Institue for Environment and Development
 - [21] Dolzer, R., and Schreuer, Ch. (2008). *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press
 - [22] El Chiati, A., Z. (1987). “*Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements*”, Recueil Des Course, vol. 204, No. III,
 - [23] Emam, F. (1995). *Foreign Investment in Iran*, First Edition, Tehran, Yalda Publication, (in Persian)
 - [24] Fabri, N. (1987). “*Stability of Contractual Relations in Long – term Transnational Agreements*”, Australian Mining and Petroleum Lawyers Association Yearbook
 - [25] Gotanda, J., y. (2003). “*Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited*”, Vanderbilt Journal of Transnational Law 36
 - [26] Horn, N. (1958). *The Concepts of Adaptation and Renegotiation in The Law of Transnational Commercial Contracts*, in: Horn, N., (ed.). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Kluwer Law, Deventer
 - [27] Horn, N. (1985). *Changes in Circumstances and The Revision of Contracts in Some European Laws and International Law*, Horn, N. (ed.). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, The London, Boston: Kluwer Law, Deventer

- [28] Hossain, K. (1979). *Law and Policy in Petroleum Development: Changing Relations between Transnationals and Governments*, (New York, Nichols Publishing Company)
- [29] Kolb, R. (2006). “*Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)*”, NILR 53
- [30] Kuruk, P. (1991). “*Renegotiating Transnational Investment Agreements: Lessons for Developing Countries from the Ghana –Valco Experience*”, Michigan Journal of International Law 13
- [31] Lando, O. (1980). “*Renegotiation and Revision of International Contracts: An Issue in the North-South Dialogue*” German Yearbook of International Law 23
- [32] Maniruzzaman, A., F. (2006). *International Energy Contracts and Cross-Border Pipeline Projects: Stabilization, Renegotiation and Economic Balancing in Changed Circumstances Some Recent Trends*”, OGEL, Vol.4
- [33] Maniruzzaman, A., F. (2008). “*The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends*”, Journal of World Energy Law & Business Law, Vol.1, No.2
- [34] Mikdashi, Z. (1976). *The International Politics of Natural Resources*, Cornell University Press, NY and London
- [35] Montebault, B. (2003). “*The Stabilization of State Contracts Using the Example of Petroleum Contracts: A Return of the Gods of Olympia?*”, International Business Law Journal, No.6
- [36] Moslehi, A., Sadeghi, M. (2005). *A Look at Alternative Methods of Dispute Settlement*, Nameh Mofid, No.46
- [37] Movahed, M. (2009). *Lessons from Oil Arbitration; Nationalization and Compensation*, Tehran, Karnameh Publication, (in Persian)
- [38] Ng’ambi, S., P. (2016). *Resource Nationalism in International Investment Law*, 1st edn., Routledge
- [39] Nikbakht, M., Adib, A. (2018). *Reform and Mediation as an Alternative to Civil-Commercial Dispute Settlement Methods (The Possibility of Using Them in the Oil Industry)*. Journal of Legal Research, No.78
- [40] Nwete, B. (2006). “*To What Extent Can Renegotiation Clauses Achieve Stability and Flexibility in Petroleum Development Contracts*”, I. E. L.T. R.
- [41] Omorogbe, Y. (1997). *The Oil and Gas Industry Exploration and Production Contracts*, Lagos: Malthous Press Ltd.
- [42] Oyewunmi, T. (2011). “*Stabilisation and Renegotiation Clauses in Production Sharing Contracts: Examining the Problems and Key Issues*”, OGEL Vol.9
- [43] Peter, W. (1995). *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreement*, Second Revised and Enlarged Edition, The Hague/ Boston/ London, Kluwer law
- [44] Salacuse, J. (2000). “*Renegotiation International Project Agreements*”, Fordham International Law, Vol.24,
- [45] Salacuse, J. (2001). “*Renegotiation International Business Transactions: The*

- Continuing Struggle of Life Against Form*”, 35 Int’l Lawyer
- [46] Seyed Morteza Hosseini, R., Taghipur, b., Sarmadi, A., M., Amiri, F. (2019). *Renegotiation in Upstream Contracts of the Oil Industry*, Journal of ethical Research, Ninth Year, No.2
- [47] Shiravi, A., Shabani Jahromi, F. (2018). *The Process of Renegotiation Investment Contracts*, Journal of Comparative Law Research, Vol.21, No.3
- [48] Sornarajah, M. (2000). *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, The Hague, London: Kluwer Law International
- [49] Stoever, W., A. (1981). *Renegotiation in International Business Transactions*, Lexington books
- [50] Walde, T., W., And Kolo, A. (2000). “*Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Project: Applicable Legal Principels and Industry Practices*”, Journal World Investment & Trade, Vol.1, No.1
- [51] Walde, T., W., and Ndi, G. (1996). “*Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation*”, Tex. Int’l L. 31
- [52] Wehberg, H. (1959). “*Pacta Sunt Servanda*”, A.J.I.L., 53(4)
- [53] Yates, D. (1990-91). “*Drafting Force Majeure and Related Clauses*”, Journal of Contract Law 3
- [54] Zaccaria, E., C. (2005). “*The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade*”, Journal International Trade & Business Law IX

Confrontation of Privatization With Corruption in Iran's Economy; Evaluating the Effectiveness of Preventive Surveillance

Abbas Naghipour Nasirabady¹

Ph.D. student in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, South Tehran Branch

Hassan Alipour²

Assistant Professor Farabi Campus, University of Tehran

Received 2021/12/22

Accepted 2022/03/16

ABSTRACT

Although privatization is one of the most important strategies for good governance and reducing corruption, the amount of transferable financial resources in this process has always made it an opportunity to commit a crime. In Iran, a number of companies have been taken out of government ownership under the guise of privatization, but these measures not only did not reduce corruption, but also turned into a corrupt process and the ineffectiveness of preventive surveillance became apparent. The fundamental issue of this article is related to explaining the reasons for the defeat of monitoring plans to prevent the influence of corruption in the privatization process. This paper has concluded that policies based on privatization are basically inconsistent with the characteristics of the Iranian economic system using library resources and descriptive analytical method. This incompatibility has led to the failure of the economic goals of privatization on the one hand, and on the other hand, it is not possible to apply effective surveillance to prevent the penetration of corruption in this process. Therefore, the effectiveness of policies based on the transfer of the

1- abbasnaghipour.64@gmail.com

2- hassan.alipour@ut.ac.ir

economy to the private sector, as well as the exercise of preventive surveillance over its process, depends on changing the fundamental approach of the government toward the nature of the economic system.

Keywords: Privatization, Corruption, Economic system, Preventive Surveillance

JEL Classification: K14

INTRODUCTION

The governmental nature of the corruption and attributing the commitment to the public sector is the main description to recognize the corruption. Hence, the government can be regarded as the origin of economic rent and avoiding competition in the market. Thus, the government can be considered the main context for corruption. It could be the, therefore, found out that the freer the economy, the less corruption there will be. Thus, privatization is one of the most underlying solutions for good governance and the reduction of corruption. It seems that the necessity of moving toward a free economy through privatization can be explained by restricted public resources to provide services, lack of economic motivation of the government staff, and the interference of political considerations to appoint noneconomic goals. Hence, it could be mentioned that privatization is not only in harmony with the basics of economics, but also it can be considered a necessity to reduce corruption and promote sustainable development. However, this method has left opposite consequences in some countries like Argentina. Although the failure of privatization in Argentina never means inefficiency of this method generally, comparing the way of implementing this tactic and the consequences in Germany as a successful example of privatization with the implementation way in Argentina shows that the economic structure and the political system approach towards economics can significantly affect the outcomes of privatizations.

Privatization has also gained attention in Iranian economic policies, and some firms have experienced a transfer of ownership. According to the reports of official authorities, there were no favorable conditions ruling the

industrial units after an assignment in terms of financial and economic components. In Iran, privatization has been changed into a context for corruption, and the existing regulatory measures have been unable to fight against the process. Because of a large volume of financial resource displacement in privatization, the process has been changed into an attractive crime aim. The conditions should be provided to inform potential offenders about the maximum support for this process, and this can finally guarantee the health of the economic transition. From this perspective, the criminal policy can have effective surveillance of the proper implementation of privatization and prevention of corruption in this process. However, the main issue is that the type of economic structure and the approach of ruling the economy can affect the efficiency of preventive measures, and taking such measures due to special economic conditions can be impossible regardless of this issue.

PURPOSE

This research aims to analyze the pathology of the regulatory system in the field of privatization and to explain the reason for the failure of privatization as a preventive measure against corruption. It is also hoped that this research can finally provide solutions to avoid the deviation of privatization.

METHODOLOGY

This study has determined the characteristics of the Iranian economic system, and its adjustment with the privatization, as well as the effect of these characteristics on the efficiency of preventive supervision in this process. This study has collected the data using the library method and has used the descriptive instruments for the data analysis.

FINDINGS

The relationship between corruption and privatization can be the most important issue in this field in Iran. With a structuralist view of the economic system of Iran, and based on criminal policy teachings, two approaches can be considered in this field. On one hand, it could be

mentioned that the corruption resulting from privatization returns to the nature of the measure. It means that privatization is not adjusted to the nature of Iran's economics. The economics of Iranian society should be carefully controlled by the executive power so that the economic cycles can be moved, and the inequalities and unemployment are reduced under the responsibility of the government. However, privatization reduces the responsibility of the government in addition to making quasi-governmental institutions and government-affiliated oligarchs involved in this field conduct the privatization toward corruption. On the other hand, it could be mentioned that privatization cannot create corruption naturally, and can be adaptable to all systems and societies. The factor causing corruption in this process is lack of monitoring and inaccurate implementation of that. It is hoped that the approach can empower the regulatory approaches and control measures to make privatization fight against corruption.

CONCLUSION

The results obtained from this study showed that privatization is not naturally adjusted to Iran's economics. The economics of Iran with unique features mostly relies on cultural, social, and more importantly climatic and geographic supports. Privatization can't be accepted as a method to fight against corruption until the time that required conditions are provided to pass the obstacles of these supports for the economic system. On the contrary, privatization has paved the way for the formation of multiple economic governments, the presence of quasi-governmental institutions in economics, the formation of economic rent, discrimination, and weakening the of private-sector economics (which was living at the time of governmental economics). Based on continuing the privatization process in Iran, the latter approach seems to be the preferred approach. It means that the corruption caused by privatization can be attributed to regulatory institutions. This approach can at least provide effective strategies for the economics known as a public-private economic system. This is because; if the public economy has not tolerated the private economy in Iran, the public-private economics should be just made by the weakness of regulatory

institutions. Such a form of economics is neither the product of the direct presence of the government in the economic system nor the activity of the private sector in this field. This domain has been created illegally because of a lack of supervision and responsibility. Lack of approach to privatization goals and influence of corruption in a process created to eradicate the corruption can result from a lack of adjustment of the measure with the characteristics of the economic system. In other words, as the reduction of interference of the public sector in economics is not accepted as a value in Iran, the private sector was not supported as it was deserved. Supportive and preventive measures such as regulation and supervision can't be used effectively and purposefully under such conditions.

Therefore, the first solution to such a lack of adjustment between economic structure and open economic requirements can be to stop the privatization process in Iran urgently. Then, if the government accepts reducing responsibility in economics and moves towards open economics (which is unavoidable because of the globalization of economics), it has to amend the economic system components based on maximum participation of the private sector in economics, and reduction of public sector interference in economic activities in the highest level, which is The Constitution. Amendment of economic structure inserted in the Constitution, along with creating an independent regulatory institution, increasing the capacity of participation of NGOs in the field of controlling state management, and increasing transparency can pave the way to transfer the economy to the private sector with the least loss and the most benefit.

REFERENCES

- [1] Abedi Tehrani, Tahereh .(2011). The Victimology of Economic Crimes in Iran and Measures to Protect Its Victims, Ph.D. Thesis, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran. [In Persian]
- [2] Ahmadi, Seyed Ali Akbar, Homayouni, Gholam Hossein, Asgari Dehabadi .(2015). Administrative and Financial Corruption in Today's Organizations, Tehran, Fuzhan. [In Persian]
- [3] Alaei, S. F., & Andersson, A. (2014). Privatization: What we learn

from failure: A case study of Iran Air.

- [4] Amiri, Hadi, Rouhallah, Shahnazi and Dehghan Shaabani, Zahra. (2012). Economics of the Public sector, Book I, Tehran, Research Institute of HAWZAH & UNIVERSITY. [In Persian]
- [5] Ardashiri, Mansour. (2007). Privatization in Higher Education: Objectives, Methods, Financing and Cost Analysis, Journal of Majlis and Rahbord, No. 55, pp. 349-378. [In Persian]
- [6] Asad Alizadeh, Akbar. (2007). Glossary: Socialism, Moballeghan, No. 92, PP. 46-51. [In Persian]
- [7] Bakhtiarzadeh, Mohammad Javad (2007), Monitoring and control and its management stages, Management Quarterly in Islam, No. 9, pp. 5-8. [In Persian]
- [8] Burke, R. H. (2018). An introduction to criminological theory. Routledge.
- [9] Dadkhodaei, Leila. (2011). Financial-Administrative Corruption and Criminal Policy Against It, First Edition, Tehran, Mizan. [In Persian]
- [10] Faizpour, Mohammad Ali, Ramezani, Fariba. (2017). The Size of Government and the Corruption Perceptions Index: Lessons for Iran from Other Countries, Quarterly Journal of Fiscal and Economic Policies, No. 20, pp. 97-128. [In Persian]
- [11] Filipovic, A. (2005). Impact of privatization on economic growth. Undergraduate Economic Review, Vol. 2, No. 1, p.7.
- [12] Forouzandeh, Lotfollah. (2006). Monitoring and Control in Islamic Management, Quarterly Journal of Parliament and Research, No. 53, pp. 55-86 [In Persian]
- [13] Gassin, Raymond. (2014). Criminology of Economic Crime (General Theory of Hypocrisy), Research and Translation: Shahram Ebrahimi, Tehran, Mizan.
- [14] Khandan, Abbas. (2015). Privatization: A Historical Look at the Iranian Experience, Political-Economic Information, No 302, pp. 190-201. [In Persian]
- [15] Khezri, Mohammad, Torbati Moghadam, Farhad and Nazari, Mohammad Reza. (2017). Identifying the grounds of corruption in

- government tenders, *Journal of Comparative Economics*, Fourth Year, No. 2, pp. 1-24. [In Persian]
- [16] Kozinski, A., & Bentz, A. (2013). Privatization and its Discontents. *Emory LJ*, 63, 263.
- [17] Mir Jalili, Seyed Hossein. (2007). Teachings of the Historical School for the Analysis of Iranian Economy, *Economic Research Journal* (Allameh Tabatabai University), No. 26, pp. 43-76. [In Persian]
- [18] Moazeni, Ruhollah. (2017). General Economic Law - A Comparative Study of Iran and France, Tehran, Majd. [In Persian]
- [19] Mohaghegh, Mohammad Javad. (2010). The Economic System from the Perspective of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, *Journal of Marifat*, No. 89, pp. 90-104. [In Persian]
- [20] Mohammad Nassel, Gholam Reza. (2013). The bases of Crime Prevention, Tehran, Mizan. [In Persian]
- [21] Pak Nahad, Amir. (2015). Risk-oriented criminal policy, Tehran, Mizan.
- [22] Philp, M. (2006). Corruption definition and measurement. *Measuring corruption*, pp. 45-56.
- [23] Rabiee, Ali. (2004). Long Live Corruption, *Political Sociology of Corruption in Third World Governments*, Tehran, Ministry of Culture and Guidance. [In Persian]
- [24] Rahiminejad, Ismail. (2016). A Look at the Limitations, Barriers, Legal Deficiencies of Controlling Economic Crimes in Iran, *Encyclopedia of Criminal Sciences*, Book II, Tehran, Mizan. [In Persian]
- [25] Ravasani, Shapoor. (2001). Privatization, Aghazadehs and inauspicious connection with cartels, *Journal Ghozaresh*, No. 123, pp. 30-38. [In Persian]
- [26] Rose-Ackerman, S. (1997). Corruption and development (pp. 35-57). Washington, DC: World Bank.
- [27] Sadeghnejad Naeini, Majid. (2017). Analysis of Corporate Crimes in the Light of Economic Systems, *Legal Journal of Justice*, No. 99, pp. 201-228. [In Persian]
- [28] Salimi, Sadegh. (2016). A Comparative Study of the Position of

- Transparency in the Fight against Corruption in Iranian Criminal Policy and UN Documents, Encyclopedia of Criminal Science, Book II, Tehran, Mizan. [In Persian]
- [29] Schmidt, K. D. (1995). Requirements for successful privatization: Lessons from the Treuhandanstalt's approach (No. 696). Kiel Working Paper.
- [30] Shafiei Sardast, Jafar, Gorji Azandariani, Ali Akbar, Fazelinejad, Javad. (2018). Conceptual distortion of Supervision in the Iranian legal system, Quarterly Journal of Administrative Law, No. 16, pp. 63-88. [In Persian]
- [31] Shahbazi, Azizallah, Golshani, Alireza. (2017). The Relationship between the State Economy and the Business-Political cycle; Case study of Iran, Journal of the Islamic Revolution Approach, No. 39, pp. 79-100. [In Persian]
- [32] Tavassolizadeh, Turan. (2010). Prevention of Economic Crimes in Iranian Criminal Policy and UN Documents, Ph.D. Thesis, University of Tehran. [In Persian]
- [33] Vold, G. B, Bernard, T. J, and Snipes, J. B. (2009). Theoretical Criminology (A Transition to Criminological Theories), Translated by: Ali Shojaei, Tehran, SAMT.

رویارویی خصوصی سازی با فساد در اقتصاد ایران؛ ارزیابی کارآمدی نظارت پیشگیرانه

عباس نقی پور نصیرآبادی^۱

دانشجوی دکتری رشته حقوق جزا و جرم-

شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب

حسن عالی پور^۲

استادیار پردیس فارابی دانشگاه تهران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۵

تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۱۰/۰۱

چکیده

خصوصی سازی یکی از مهم ترین راهکارها در راستای حکمرانی مطلوب و کاهش فساد است؛ اما به دلیل حجم عظیم گردش پول و جا به جایی امتیاز، همواره به عنوان یک فرصت ارتکاب جرم نیز شناخته می شود. در ایران تعداد قابل توجهی از بنگاه های اقتصادی تحت عنوان خصوصی سازی از مالکیت دولت خارج شده است؛ ولی این اقدامات نه تنها منجر به کاهش فساد نگردید بلکه خود به فرآیندی فسادزا مبدل شد و ناکارآمدی نظارت پیشگیرانه در این زمینه نمایان گردید. مسئله بنیادین این نوشتار نیز مرتبط با چرایی شکست تدابیر نظارتی در حوزه پیشگیری از رسوخ فساد در فرآیند خصوصی سازی است. این پژوهش با بهره گیری از منابع کتابخانه ای و با استفاده از روش تحلیلی-توصیفی به این نتیجه رسیده است که اساساً سیاست های مبتنی بر خصوصی سازی با ماهیت نظام اقتصادی ایران تطابق ندارد. این ناسازگاری موجب شده تا از یک طرف اهداف اقتصادی خصوصی سازی محقق نشود و از طرف دیگر اعمال تدابیر مؤثر پیشگیری از فساد مانند نظارت نیز کارآمد نباشد. به همین دلیل اثرگذاری سیاست های مبتنی بر انتقال اقتصاد در مواجهه با فساد در گرو تغییر رویکرد حاکمیت نسبت به ماهیت نظام اقتصادی است.

۱- نویسنده مسئول (abbasnaghypour.64@gmail.com)

۲- hassan.alipour@ut.ac.ir

کلیدواژه‌ها: خصوصی‌سازی، فساد، نظام اقتصادی، نظارت پیشگیرانه.

طبقه‌بندی JEL: K14

مقدمه

فساد سوءاستفاده از اختیارات قانونی با انگیزه‌های مالی است. با این شناسه، عموماً فساد در حوزه اداری و در روابط دولتی مطرح می‌شود. درواقع فساد زمانی تحقق‌یافته که شخص دولتی یا منتسب به دولت با سوءاستفاده از موقعیت و شغل خود و در راستای منافع شخصی و یا رساندن منفعتی به ثالث هنجارهای عمومی را نقض نماید (Philp, 2006: 45). وصف دولتی بودن حوزه فساد و تعلق مرتکب به بخش دولتی، وصف غالب برای شناخت فساد است. هرچند که فساد در بخش خصوصی نیز مطرح می‌شود ولی عموماً دولت به‌عنوان منشأ رانت و دوری از رقابت در بازار تلقی می‌شود و بستر و زادگاه اصلی فساد به شمار می‌رود؛ ازاین‌رو انگاره اصلی این است که به هر میزان اقتصاد آزادتر، فساد کمتر.^۱ از این منظر کشورهایایی که مؤلفه‌های اقتصاد آزاد در آن‌ها تقویت شده و دولت مداخله کمتری در اقتصاد دارد، نرخ تحقق فساد پایین‌تری را در مناسبات مالی و اقتصادی تجربه می‌کنند (Faizpour & Ramezani, 2017: 118). بر اساس نسبت تساوی بین میزان و گستره دولتی اقتصاد و نرخ فساد، به هراندازه که این میزان و گستره بیشتر شود، به همان میزان نیز فساد بیشتر خواهد بود؛ بنابراین فرآیند خصوصی‌سازی، بر هم زننده این نسبت و ایجاد رابطه معکوس است؛ یعنی به هر میزان اقتصاد، خصوصی شود؛ فساد کمتر خواهد شد.

خصوصی‌سازی در سیاست‌های ایران موردتوجه قرار گرفته و تعدادی از بنگاه‌ها نیز تغییر مالکیت را تجربه کرده‌اند اما بنا بر گزارش دیوان محاسبات در جریان ارائه تفریغ بودجه، مشخص گردید که نه‌تنها شرایط حاکم بر واحدهای صنعتی پس از واگذاری به لحاظ مؤلفه‌های مالی و اقتصادی مطلوب نیست بلکه با مذاقه در نحوه واگذاری‌ها آشکار شد که خصوصی‌سازی در ایران

۱- بر اساس گزارش سال ۲۰۲۰ سازمان بین‌المللی شفافیت (Transparency international) کشور سنگاپور از حیث شاخص ادراک فساد در رتبه چهارم و در زمره کشورهای با فساد بسیار پایین قرار گرفته است و این در حالی است که به گزارش بنیاد هریتیج (Heritage) نیز این کشور در سال ۲۰۲۰ دارای آزادترین اقتصاد جهان بوده است.

خود به یک بستر فسادزا مبدل شده است.^۱ با توجه به شرایط حاکم بر خصوصی سازی در ایران به نظر می رسد نهادهای متولی نظارت در کشور علیرغم تعدد و حضور گسترده در ساختار اداری و اقتصادی، عملکرد قابل قبولی در این زمینه نداشته اند. در بسیاری از آثار علمی در حوزه سیاست-جنایی به موضوع نظارت و تأثیر آن بر پیشگیری از فساد در خصوصی سازی اشاره شده اما علل ساختاری عدم موفقیت تدابیر پیشگیرانه نظارتی در حراست از سلامت این فرآیند چندان مورد توجه نبوده است.^۲ البته مواردی از قبیل تعدد، تنوع و ناهماهنگی نهادهای نظارتی، نظارت گزینشی یا امکانات ناکافی به عنوان موانع کارکرد تدابیر نظارتی بر خصوصی سازی معرفی شده است؛ اما روشن است که علل فوق عمومیت داشته و در خصوص نظارت جهت پیشگیری از کلیه جرائم صادق است در حالی که این موضوع در رابطه با خصوصی سازی، به طور اختصاصی و از منظر سیاست های کلان اقتصادی نیز قابل بررسی است. خصوصی سازی یک تحول ساختاری در راستای تبدیل نظام اقتصادی بسته به نظام اقتصادی باز یا آزاد محسوب می شود و پذیرش ابعاد چنین تحولی وابستگی بسیار به نوع رویکرد حاکمیت نسبت به ماهیت نظام اقتصادی دارد. در واقع کارکرد خصوصی سازی در راستای تسهیل مبارزه با فساد، مستلزم هماهنگی این سیاست با مؤلفه های نظام سیاسی و اقتصادی کشور است.

مسئله قابل توجه در این نوشتار نسبت میان فساد و خصوصی سازی در ایران است. از یک سو، فساد ناشی از خصوصی سازی به ماهیت اقدام برمی گردد؛ یعنی خصوصی سازی با ماهیت اقتصاد

۱- دیوان محاسبات در بند «ب» از بخش سوم گزارش تفریغ بودجه سال ۹۶ موضوع واگذاری شرکت های دولتی اعلام نموده واگذاری برخی شرکت های دولتی به بهایی پایین تر از ارزش کارشناسی صورت گرفته و عدم رعایت روش انتخاب مشتریان و عدم پایش اهلیت خریداران شرکت ها و واگذاری به افرادی که تخصص کافی و اهلیت اقتصادی نداشته اند موجب ورود ضرر قابل توجهی به بیت المال گردیده است.

۲- Dadkhodaei, 2011): خصوصی سازی به عنوان یک سیاست در راستای مبارزه با فساد پیشنهاد شده است و جهت جلوگیری از جریان فساد در خصوصی سازی راهکارهایی ارائه گردیده که یکی از آنها مدیریت و نظارت بر فرآیند خصوصی سازی از سوی اشخاص و نهادهای مستقل است. همچنین نگارنده در این کتاب به نقش نهادهای کنترل و نظارت نیز می پردازد. (Ahmadi et al, 2015) و همچنین (Tavassolizadeh, 2010) در آثار خود به تأثیر حجم دولت در افزایش نرخ فساد پرداخته و بدین ترتیب از خصوصی سازی به عنوان یک راهکار قابل قبول برای پیشگیری از فساد یاد نموده و همچنین به نقش نظارت در حراست از این فرآیند توجه داشته اند.

ایران ناسازگاری دارد و متناسب با آن نیست. اقتصاد جامعه ایرانی، باید تحت کنترل دقیق و مداوم قوه مجریه باشد تا چرخه های اقتصادی به حرکت درآیند و تبعیض و نابرابری و نیز بیکاری به مسئولیت دولت کاهش یابد؛ درحالی که خصوصی سازی ضمن کاهش مسئولیت دولت، پای نهادهای شبه دولتی و الیگارش های مرتبط با دولت را به میان می آورد و عملاً خصوصی سازی را به سمت فسادزایی گسترده سوق می دهد. از سوی دیگر ولی می توان گفت، خصوصی سازی فی نفسه فسادزا نیست و در همه نظام ها و جوامع قابلیت انطباق دارد؛ آنچه این فرآیند را فسادزا می کند، عدم نظارت و اجرای نادرست آن است. در این رویکرد، همچنان امید است که با تقویت رویکردهای نظارتی و تدابیر کنترلی، خصوصی سازی به خدمت فساد ستیزی درآید.

پژوهش حاضر ضمن بهره گیری از آثار علمی پیشین و به منظور ارائه پاسخ به پرسش های پیش گفته، ابتدا ماهیت و رسالت خصوصی سازی و نسبت آن با سیاست های مقابله ای با فساد را مورد نظر قرار خواهد داد، سپس به سنجش تناسب آن با ماهیت نظام اقتصادی خواهد پرداخت و در نهایت چالش های تدابیر نظارتی پیشگیرانه بر فرآیند خصوصی سازی را مورد توجه قرار می دهد.

۱- خصوصی سازی در رویارویی با فساد؛ الگوی جهانی یا تدبیر ملی؟

هرچند خصوصی سازی به عنوان یک الگوی جهانی پذیرفته شده است اما این امر نباید به موجبی برای بدیهی انگاشتن ماهیت و آثار ذکر شده برای آن تبدیل شود. بدون توجه به فلسفه خصوصی سازی، انتظار نیل به یک هدف مشخص از رهگذر اعمال سیاست انتقال اقتصاد به بخش خصوصی معقول نیست؛ بنابراین چه هدف از خصوصی سازی رشد و توسعه باشد و چه مبارزه با فساد، باید توضیح داد که آیا خصوصی سازی به صورت ذاتی امکان و ظرفیت لازم را برای تحقق چنین اهدافی دارد؟ و در صورت وجود چنین ظرفیتی ملزومات و موانع آن چیست؟ خصوصی سازی از منظر اقتصادی ضرورتی برای حرکت به سوی توسعه و از نگاه سیاست جنایی نیز تدبیری برای مبارزه با فساد است، بنابراین اتخاذ چنین سیاستی مستلزم توجه به مبانی و مقتضیات اهداف مورد اشاره، به صورت هم زمان است. ازاین جهت و در راستای اهداف این پژوهش، تبیین مبانی اقتصادی و جرم شناختی خصوصی سازی ضروری است.

۱-۱- قرائت اقتصادی از خصوصی سازی؛ الگوی جهانی

خصوصی سازی از این جهت مورد توجه اقتصاددانان قرار گرفته که در فرآیند آن حقوق مالکیت به عنوان یکی از مهم ترین مؤلفه های رشد و توسعه به رسمیت شناخته می شود و از این طریق با تشویق مردم به مشارکت گسترده در اقتصاد، مبادلات تجاری افزایش و هزینه آن کاهش پیدا می کند و در نهایت این امر به رشد اقتصادی می انجامد. از منظر اقتصادی این اقدام پاسخی به تغییرات ایدئولوژیک است که توسط دولت های لیبرال در دهه ۸۰ قرن ۱۹ میلادی اعمال گردیده و علت آن کاستی های فراوانی است که در نتیجه فعالیت های اقتصادی شرکت های دولتی حادث گردید و به طور کلی عملیاتی است که طی آن انتقال مالکیت از بخش دولتی به بخش خصوصی اتفاق می افتد (Moazeni, 2017: 193-196). به تعبیر جدید مؤسسات بین المللی نیز خصوصی سازی عبارت است از سلب مسئولیت از دولت و تحویل مسئولیت فعالیت های اقتصادی به مردم (Ardeshiri, 2007, 352). رعایت حقوق رقابت و تخصیصی شدن خدمات از مهم ترین مزایای خصوصی سازی است که به بازدهی مطلوب فعالیت های اقتصادی می انجامد. اثرگذاری انگیزه کسب سود در بخش خصوصی نیز یکی از مزایای دیگر خصوصی سازی است. چنین انگیزه ای خودبه خود واحد اقتصادی را در مسیر توسعه قرار می دهد که در ساختار دولتی چنین انگیزه ای وجود ندارد (Kozinski & Bentz, 2013: 264).

خصوصی سازی در کشورهای متعددی به عنوان یک سیاست مورد استفاده قرار گرفته است. در این بین کشورهایی بوده اند که خصوصی سازی در آن ها منجر به افزایش بهره وری گردیده و در مقابل در برخی کشورها نیز در نیل به اهداف خود با شکست مواجه شده است. در تاریخ اقتصاد جهان ویژگی های خصوصی سازی در آلمان شرقی توسط «آژانس اعتماد» معروف به (THA)^۱ بسیار قابل توجه است. این نهاد برای موفقیت در خصوصی سازی ضمن تأکید بر سرعت در انجام فرآیند، دقت در انعقاد قراردادها و نظارت بر آن ها به صورت دائمی را در دستور کار خود قرار داد (Schmidt, 1995: 12-13). در این تجربه دنیا آموخت که اولاً هدف در خصوصی سازی توزیع درآمد نیست بلکه تخصیص منابع است بنابراین دولت نباید به عنوان یک وسیله کسب

1- Treuhandanstalt (THA)

درآمد به خصوصی سازی بنگرد. ثانیاً استقلال متولی خصوصی سازی از دولت و جناح های سیاسی نیز برای موفقیت در خصوصی سازی کاملاً ضروری است (Ibid: 18-19).

در مقابل این تجربه موفق، خصوصی سازی در آرژانتین به عنوان یک تجربه ناموفق شناخته می شود. در این کشور خصوصی سازی با هدف توسعه خدمات عمومی در سراسر کشور صورت پذیرفت که به نظر نقطه انحراف این تدبیر در آرژانتین همین امر بود؛ چراکه هدف بنگاه خصوصی در درجه اول کسب سود است و صرف ارائه خدمات بدون سودآوری نمی تواند توجیه مناسبی برای فعالیت بخش خصوصی باشد؛ بنابراین تعیین اهداف غیراقتصادی و بی توجهی به قواعد بهره وری موجب شد تا خصوصی سازی در آرژانتین موفق نباشد (Baer & Montes-Rojas, 2008: 22-23). عدم توفیق خصوصی سازی در آرژانتین به مفهوم ناکارآمدی این روش به صورت کلی نیست بلکه مقایسه نحوه اجرای این تدبیر و نتایج حاصل از آن در آلمان و آرژانتین نشان داد که ساختار اقتصادی و رویکرد نظام سیاسی نسبت به اقتصاد تا چه میزان بر نتایج خصوصی سازی اثرگذار است. می توان گفت این سیاست نمی تواند به تنهایی یک راه حل جادویی برای اقتصاد محسوب شود اما با اصلاح ساختار اقتصاد به موازات آن می توان اهداف موردنظر را تحقق بخشید (Rose-Ackerman, 2005: 27).

به طور کلی به نظر می رسد منابع محدود دولت برای ارائه خدمات، فقدان انگیزه اقتصادی در کارمندان دولتی و مداخله ملاحظات سیاسی در تعیین اهداف غیراقتصادی، ضرورت حرکت به سوی اقتصاد آزاد از طریق خصوصی سازی را توجیه می کند. خصوصی سازی یک هدف نیست بلکه تدبیری است در راستای حرکت به سوی اقتصاد باز که جامعه جهانی به صورت غیرقابل انکاری آن را به اقتصاد بسته ترجیح داده است. از این روی نه تنها می توان گفت خصوصی سازی با مبانی علم اقتصاد هماهنگی دارد بلکه یک ضرورت مهم در راستای رشد و توسعه پایدار محسوب می شود.

۲-۱- قرائت جرم شناختی از خصوصی سازی؛ الگوی ملی

در جرم شناسی پدیده مجرمانه یا انحراف در همه ابعاد مورد مطالعه قرار می گیرد؛ بنابراین در آموزه های جرم شناسی صرف نظر از خصوصیات فردی یا اجتماعی بزهکار و بزه دیده، حذف عوامل جرم زا در محیط، نقش مهمی در پیشگیری از جرم ایفا می کند. پیشگیری از جرم شامل

راهبردها و تدابیری است که در صدد کاهش خطر وقوع جرم و کاهش مضرات بالقوه آنها بر اشخاص و جامعه با اثرگذاری بر عوامل مختلف مؤثر در تحقق آنها است که با رویکردهای مختلفی مانند توسعه اجتماعی یا پیشگیری اجتماعی، پیشگیری محلی، پیشگیری وضعی و برنامه‌های بازسازی با پدیده مجرمانه مواجه می‌شود (MohammadNasl, 2013: 22-23). در پیشگیری از فساد اقتصادی همان اندازه که توجه به خصایص بزهکار (هنجارمندی ظاهری، نفوذ و قدرت و حسابگری مجرمانه) مهم است توجه به ویژگی‌های بستر ارتکاب جرم نیز ضروری است. درواقع در راستای پیشگیری از جرم به‌خصوص در رابطه با فساد می‌بایست عوامل فردی و محیطی به‌صورت هم‌زمان موردبررسی قرار گیرد. جرم‌شناسان در حال حاضر دریافته‌اند که در کنار تمایلات مجرمانه اشخاص، فرصت‌ها نیز نقش اساسی در تحقق جرم دارند و براین اساس رویکردهای جرم‌شناختی قابل توجهی ارائه گردیده که ملهم از آموزه‌های نظریه فرصت می‌باشند^۱ (Pak Nahad, 2015: 245). بر اساس نسخه نخست این نظریه وجود سه مؤلفه برای تحقق یک جرم ضروری است. نخست فردی که مصمم به ارتکاب جرم باشد، سپس وجود یک آماج جرم جذاب و درنهایت ضعف در مراقبت و حراست از آماج جرم. تغییرات جامعه‌شناختی، تحولات اقتصادی و رشد و توسعه فناوری و صنعت منجر به تنوع فعالیت بشر و درنتیجه زمینه‌ساز اجتماع سه شرط فوق گردیده است (Gassin, 2014: 108).

همان‌گونه که گفته شد کشورهای دارای اقتصاد باز یا آزاد نسبت به کشورهای دارای اقتصاد بسته از نرخ فساد پایین‌تری برخوردارند بنابراین مداخله دولت در اقتصاد و درواقع اقتصاد دولتی می‌تواند به‌عنوان یک عامل جرم‌زا معرفی شود که پژوهش‌های متعددی این موضوع را تأیید نموده است^۲. خاستگاه فساد، یک سیستم سیاسی-اقتصادی ابهام‌آلود است که فاقد نهادهای مدنی

۱- از مهمترین دیدگاه‌های مبتنی بر نظریه فرصت (crime opportunity theory) که توجه به موقعیت ارتکاب جرم را در تبیین چرایی تحقق جرم و چگونگی پیشگیری از آن مؤثر می‌دانند می‌توان به دیدگاه فعالیت روزمره (The routine activity approach)، دیدگاه الگوی جرم (The crime pattern theory) و رویکرد انتخاب معقول (The rational choice perspective) اشاره کرد.

۲- به عقیده اندیشمندان یکی از عمده عوامل فساد، مداخله حداکثری دولت و نیروی انسانی منتسب به او در سیستم اقتصادی کشورها است (Ahmadi et al, 2015:53). اقتصاد وابسته به نظام سیاسی، موجبات نفوذ افراد غیرمرتبط در ساختارهای

تأثیرگذار، قوانین روشن و مأموران کارآمد است (Salimi, 2016: 1539). بر این اساس عدم شفافیت یکی از دلایل عمده افزایش نرخ فساد است و نظر به این که اقتصاد دولتی به صورت گسترده تابعی از تمایلات سیاسی حاکمیت است بدیهی است نمی تواند از شفافیت لازم برخوردار باشد. در واقع اعتقاد برخی بر این است که به هر میزان اقتصاد یک کشور دولتی تر باشد احتمال بروز مفاسد مالی و اقتصادی در آن بیشتر خواهد بود (Tavassolizadeh, 2010: 188). از این روی خصوصی سازی به عنوان عاملی که با عدم شفافیت مقابله می کند می تواند به عنوان یک تدبیر پیشگیرانه در مواجهه با فساد معرفی شود. در سیستم اقتصاد باز یا آزاد جایگاه دولت جایگاهی نظارتی خواهد بود لذا علاوه بر شکوفایی اقتصادی، پیشگیری از فساد اقتصادی نیز از پیامدهای مثبت اقتصاد خصوصی محسوب می شود. در واقع خارج نمودن دارایی های خاص از کنترل دولت و تبدیل اقدامات صلاح دینی مقامات به انتخاب های مبتنی بر محرکه های بازار توسط بخش خصوصی منجر به افزایش شفافیت و پیشگیری از وقوع فساد می شود (Rabiee, 2004: 42).

صرف نظر از نظریه های مبتنی بر فرصت ارتکاب جرم، نظریه کنترل اجتماعی نیز می تواند کارآمدی خصوصی سازی در مقابله با فساد را توجیه نماید. بنا بر نظریه کنترل اجتماعی اگر اشخاص به حال خود رها شوند به طور طبیعی مرتکب جرم می شوند. وفق این نظریه فرد به علت عدم ممانعت از ارتکاب جرم و نه به خاطر قدرت نیروهای سوق دهنده به ارتکاب آن، مرتکب جرم می شود (Vold et al, 2003: 273). به بیان دیگر جرم وقتی ارتکاب می یابد که کنترل کننده های اجتماعی و فردی از قدرت کافی برخوردار نباشند (Burke, 2018: 246). مداخله حداکثری دولت در اقتصاد به دلایل پیش گفته فسادزا است و کنترل دولت بدون افزایش نظارت اجتماعی ممکن نیست. از این نظر یکی از راه های کنترل فساد در بخش دولتی، کاهش مداخله دولت در اقتصاد و افزایش نظارت اجتماعی از طریق انتقال اقتصاد به جامعه (بخش خصوصی) است.

اقتصادی را برای تحقق و شیوع جرائم اقتصادی فراهم می سازد. این وابستگی به ضعف نظام اقتصادی می انجامد و ضعف نظام اقتصادی نیز باعث شدن بستر ارتکاب جرم برای صاحبان قدرت و نفوذ خواهد شد (Abedi Tehrani, 2011: 89). برخی نیز معتقدند فساد محصول فرعی دخالت دولت در اقتصاد است که در پی تنظیم اقتصاد از سوی دولت و سیاسی شدن تخصیص منابع رخ می دهد (Khezri et al, 2017: 9).

شاخه‌های جرم‌شناسی انتقادی رویکردی متفاوت از آنچه گفته شد ارائه می‌دهند؛ به عنوان مثال جرم‌شناسان مارکسیست بر این باورند که اقتصاد آزاد و بازار رقابتی موجب می‌شود تا سرمایه در اختیار طبقه‌ای خاص قرار گیرد و این طبقه ضمن نفوذ در روند سیاست‌گذاری‌های کلان جامعه هنجارها را به نفع خود تغییر دهند. بر اساس رویکرد رادیکالیسم جدید نیز نظام اقتصادی آزاد تسهیل‌کننده ارتکاب جرم است (Sadeghnejad Naeini, 2017: 207-209). جرم‌شناسی انتقادی ملهم از رویکردهای سوسیالیستی به طور کلی بنا را بر نفی نظام سرمایه‌داری قرار داده و با مظاهر آن همچون اقتصاد بازار و رقابت مخالف است؛ اما به این نکته باید توجه داشت که نوع و ماهیت جرائم و انحرافات عامل تعیین‌کننده‌ای برای ورود نظریات جرم‌شناسی به موضوع است. در مورد فساد که گستره اقتصاد دولتی نقش اساسی در افزایش یا کاهش آن دارد نمی‌توان نقش اقتصاد آزاد را در از بین بردن رانت و فرصت‌های ارتکاب جرم نادیده گرفت، ضمن این که آمار و ارقامی که در ابتدا به آن اشاره شد نقش اقتصاد آزاد را در کاهش فساد تأیید نموده است.

بنابراین انتظار این است که با کوچک‌سازی دولت علاوه بر افزایش بهره‌وری، نرخ فساد کاهش پیدا کند اما این انتظار همیشه برآورده نمی‌شود. به همان میزان که خصوصی‌سازی در راستای کاهش فساد در سیستم اقتصادی مؤثر است به همان میزان می‌تواند محل مناسبی برای انجام فعالیت‌های مجرمانه اقتصادی و ارتکاب فساد باشد؛ بنابراین بسیار مهم است که این تدبیر چگونه و تحت چه شرایطی اجرا می‌شود. هدف اختصاصی از کوچک‌سازی دولت در عرصه اقتصاد افزایش بهره‌وری است و کاهش فساد نیز از نتایج فرعی خصوصی‌سازی محسوب می‌شود؛ بنابراین هدف‌گذاری صحیح در خصوصی‌سازی، اجرای دقیق و علمی آن بر پایه مؤلفه‌های اقتصادی و تضمین سلامت آن از طریق تدابیر پیشگیرانه مؤثر، ضمن افزایش بهره‌وری می‌تواند در نهایت کاهش فساد را در پی داشته باشد.

۲- رویکرد ماهیتی به ناکارآمدی خصوصی‌سازی در مبارزه با فساد

نحوه اجرای خصوصی‌سازی به صورت گسترده‌ای متأثر از مؤلفه‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی کشورها است؛ بنابراین نمی‌توان انتظار داشت که این سیاست در همه جا نتایج یکسان داشته باشد. از این روی ضروری است تا هنگام اجرای چنین سیاستی همه ابعاد مرتبط با آن از جمله

ویژگی‌های نظام اقتصادی و رویکرد حاکمیت به اقتصاد مورد توجه قرار گیرد. اقتصاد ایران از نوع نظام‌های اقتصادی بسته و دولتی محسوب می‌شود.^۱ اقتصاد دولتی در ایران سابقه دیرینه‌ای دارد. در قرون پانزدهم تا هجدهم میلادی در ایران، نقش اصلی در اقتصاد، متعلق به دولت و در رأس آن شاه بود. در دوره صفویه اقتصاد ایران مبتنی بر کشاورزی بوده و بیشتر اراضی نیز در مالکیت و تحت تصرف حاکمیت قرار داشته و تنها بخش اندکی از اراضی در اختیار عموم مردم بوده است. در دوره حکومت قاجار نیز دولت عمدتاً از طریق فروش امتیاز به مؤسسات خارجی به منظور تشویق بهره‌برداری از منابع طبیعی در اقتصاد مداخله داشته است. با مذاقه در سیر تاریخی امر مشاهده می‌شود که در تمام دوران پیش از مشروطیت شیوه حضور دولت ایران در اقتصاد، حضوری حاکمیتی بوده و آنچه که در این دوران اهمیت داشته اعمال قدرت حاکمیت در اقتصاد بوده است. در سال‌های پس از مشروطیت به‌ویژه از زمان افزایش درآمدهای نفتی، دولت در بسیاری از موارد شکل کارفرما به خود گرفت و در کنار اعمال حاکمیت، تصدی بسیاری از فعالیت‌های حوزه خصوصی را نیز خود عهده‌دار شد. در دوره حکومت پهلوی دوم نیز دولت‌محوری در اقتصاد ایران همچنان تداوم یافت (MirJalili, 2007: 60). پس از انقلاب اسلامی و هنگام تصویب اصل ۴۴ قانون اساسی، بخش عمده‌ای از فعالیت‌های اقتصادی در اختیار دولت قرار گرفت و بدین‌وسیله در حاکمیت جمهوری اسلامی، دولت با حمایت قانون اساسی به‌عنوان بزرگ‌ترین متصدی فعالیت‌های اقتصادی در کشور شناخته شد. هرچند در این اصل، فعالیت بخش خصوصی نیز به رسمیت شناخته شده اما حوزه فعالیت این بخش در قیاس با میزان مداخله دولت در فعالیت‌های اقتصادی بسیار محدود است به‌نحوی که بر اساس پژوهش‌های صورت گرفته حدود ۸۰ درصد از فعالیت‌های اقتصادی در ایران تحت مدیریت و کنترل دولت است (Shahbazi & Golshani, 2017: 88-91).

در سال‌های پس از دفاع مقدس و با توجه به ناکارآمدی دولت در مدیریت اقتصاد طی برنامه‌های اول و دوم توسعه حدود ۸۱۰ شرکت دولتی از طریق مزایده یا مذاکره واگذار گردید اما این

۱- بر اساس گزارش سال ۲۰۲۰ بنیاد هریتیج (Heritage)، ایران با رتبه ۱۶۴ به عنوان کشوری با اقتصادی کاملاً بسته و دولتی معرفی شده است (Heritage /index, 2020).

واگذاری‌ها به دلایل متعددی از جمله عدم شفافیت، عدم نظارت، ذینفع بودن مجریان خصوصی - سازی در فرآیند واگذاری، فقدان قوانین و مقررات روشن برای نحوه واگذاری‌ها و تعیین خریدار از سوی مجریان موجب تقویت حضور بخش خصوصی در اقتصاد نشد و در نهایت اقدام موفق‌تری در راستای خصوصی سازی تلقی نگردید (Khandan, 2015, 195-197). به دنبال ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی از سوی مقام رهبری و تأکید بر کاهش تصدی گری دولت به نظر می - رسید اصلاحات در نظام اقتصادی با سرعت بیشتری اتفاق بیفتد اما همچنان عمده فعالیت‌های اقتصادی در تسخیر بنگاه‌های دولتی و عمومی غیردولتی است.

در بسیاری از کشورها اجرای نامطلوب سیاست‌های خصوصی سازی، فساد اداری دستگاه‌های دولتی و واگذاری شرکت‌ها به نهادهای شبه عمومی منجر به بزرگ شدن حجم بودجه و در نتیجه بزرگ شدن دولت شده است. این اتفاق در ایران به صورت مشهود رخ داده است. ایران در طی بیست سال و در طول پنج برنامه توسعه به ظاهر در حال خصوصی سازی بوده ولی همچنان اندازه دولت بزرگ‌تر از بیست سال قبل است (Amiri et al, 2012: 175). کوچک سازی دولت به صورت نظری در سیاست‌های کلان اقتصادی ایران مورد توجه بوده اما در عمل نتیجه دیگری حاصل شده که به نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیل آن عدم توجه به ویژگی‌ها و ماهیت نظام اقتصادی است. قبل از اجرای چنین سیاستی می‌بایست بررسی نمود که آیا اساساً اقتصاد ایران قابلیت انتقال به بخش خصوصی را دارد یا خیر؟

برخی معتقدند با توجه به این که در اصل ۴۴ موارد زیادی از فعالیت‌های اقتصادی، پیشاپیش به مالکیت عمومی درآمده و در اختیار دولت قرار گرفته‌اند و این به معنای ایجاد محدودیت برای دیگر انواع مالکیت و توسعه بیش از حد مالکیت عمومی است؛ بنابراین نظام اقتصادی ایران بیشتر با مؤلفه‌های نظام اقتصاد سوسیالیستی سازگار است (Mohaghegh, 2010: 100-104). سوسیالیسم^۱ یکی از مکاتب معتقد به اقتصاد متمرکز است. سوسیالیسم در مخالفت با کاپیتالیسم^۲ قائل به لغو مالکیت خصوصی و خواهان برقراری مالکیت اجتماعی است. این ایدئولوژی در صدد است تا به تحقق مالکیت اجتماعی کمک کند که به طور غیرمستقیم توسط دولت (پاسدار همه منافع مردم) و

1 - Socialism

2 - Capitalism

نه گروه‌های خاص اجرا شود؛ بنابراین دخالت دولت در اقتصاد یک مداخله حداکثری است که با حذف بخش خصوصی مالکیت همه بخش‌های نظام اقتصادی را در دست می‌گیرد (Asad 47-49: Alizadeh, 2007). وجود رگه‌های ایدئولوژی سوسیالیستی در اعمال حاکمیتی موجب می‌شود تا با پذیرش سیاست‌های مبتنی بر مالکیت عمومی اساساً انتقال اقتصاد به بخش خصوصی فاقد موضوعیت باشد. در این زمینه برخی دیگر نیز معتقدند چون ساختار نظام سیاسی کشور دارای رویکردی اسلامی است و نگرش کلی در دولت اسلامی مبتنی بر تسلط اقتصادی دولت بر بازار است؛ بنابراین پذیرش سیاستی که قانون‌گذار در آن مقید به قواعد رقابت و اعتقاد به دخالت حداقلی دولت باشد بعید به نظر می‌رسد (Moazeni, 2017: 263). در دو نگرش فوق این نکته قابل توجه است که در سیاست‌گذاری کلان اقتصادی کشور که متأثر از نوع و شیوه حکم رانی است، اصل بر مالکیت عمومی و همچنین اقتصاد دولتی است؛ بنابراین مادامی که دخالت بخش خصوصی در اقتصاد به عنوان یک امر استثنایی، نیازمند تجویز از سوی حاکمیت باشد گذار از اقتصاد دولتی و تحقق اقتصاد باز ممکن نخواهد بود.

سابقه خصوصی‌سازی و نحوه عملکرد متولیان این امر در ایران نشان می‌دهد که دولت تمایل جدی برای واگذاری اقتصاد به بخش خصوصی ندارد به همین سبب بخش‌های مهم اقتصادی کشور همچنان تحت مدیریت دولت باقی‌مانده است. یکی از مهم‌ترین عناصر لازم برای خصوصی‌سازی، مقررات زدایی است که این امر به میزان قابل‌توجهی متأثر از معادلات سیاسی حاکم بر کشور است. همچنین گرایش و تمایل حاکمیت به حفظ کنترل بر منابع مالی امکان خصوصی‌سازی در ایران را بسیار کاهش داده است (Alaei & Andersson, 2014: 40). رویکردهای تمرکز محور، امنیتی شدن اقتصاد، وابستگی شدید دولت به درآمد حاصل از فعالیت‌های اقتصادی از باب تأمین هزینه‌های جاری و درنهایت عدم اعتقاد به مقتضیات اقتصاد بازار از عوامل ساختاری ایجاد وضعیت موجود است. از این جهت خصوصی‌سازی نمی‌تواند به عنوان یک سیاست مستمر و فراگیر در اقتصاد ایران شناخته شود؛ به عبارت دیگر خصوصی‌سازی به عنوان یک تدبیر با نوع رویکرد سیاسی غالب در ایران نسبت به اقتصاد و به تبع آن نسبت به نظام اقتصادی سازگار نیست. این ناسازگاری موجب شده تا دولت بدون توجه به قواعد بهره‌وری، به این تدبیر صرفاً به عنوان یک ابزار تأمین مالی بنگرد و از طرف دیگر با ورود نهادهای حاکمیتی و شبه‌دولتی به اقتصاد، دولت همچنان در صدر فهرست فعالان اقتصادی قرار گیرد. بدیهی است در چنین

شرایطی نه تنها نمی توان انتظار داشت اهداف اقتصادی خصوصی سازی محقق شود بلکه به لحاظ ایجاد یک فرآیند غیر شفاف عملاً شرایط برای افزایش نرخ فساد فراهم می شود. در حال حاضر یکی از بسترهای تحقق فساد در ایران را می توان این شیوه از خصوصی سازی معرفی نمود.

با توجه به فضای حاکم بر اقتصاد جهانی، مداخله دولت در اقتصاد یک رفتار ناهنجار محسوب می شود. کشوری چون ایران نیز برای همسویی ظاهری با اقتصاد جهانی، بدون ایجاد هماهنگی بین بخشی در نظام اداری، سیاسی و اقتصادی در حال واگذاری بنگاه های دولتی است که پیشتر به نتایج حاصل از آن اشاره شد. تغییر رویکرد حاکمیت نسبت به اقتصاد در کوتاه مدت بسیار بعید است و البته تلاش برای تغییر این رویکرد بیشتر بر عهده اقتصاددانان است تا جرم شناسان. آنچه که از سیاست جنایی می توان انتظار داشت ارائه طریق برای تضمین سلامت فرآیند خصوصی سازی است با این هدف که خود به یک بستر مولد فساد مبدل نشود. در شرایط حاضر فرآیند خصوصی سازی خود به یک آماج جرم تبدیل شده و باید چاره ای اندیشید تا مرتکبین بالقوه از وجود حمایت و حراست حداکثری از این فرآیند اطمینان حاصل نمایند. از این منظر سیاست جنایی ابزاری جز اعمال نظارت مؤثر جهت اجرای صحیح خصوصی سازی و پیشگیری از رسوخ فساد در این فرآیند در اختیار ندارد اما مسئله مهم این است که آیا در چنین فضای اقتصادی و سیاسی ناهماهنگی اساساً می توان با اعمال تدابیر نظارتی پیشگیرانه ضمن بهره مندی از آثار مثبت خصوصی سازی، از انحراف اقدامات مرتبط با آن و یا رسوخ فساد در این فرآیند پیشگیری نمود؟ پاسخ به این پرسش مستلزم بررسی و تبیین چالش های نظارت در این رابطه است.

۳- رویکرد نظارتی به ناکارآمدی خصوصی سازی در مبارزه با فساد

نظارت یکی از مهم ترین تدابیر پیشگیرانه است که ضرورت آن در رابطه با جرائم موقعیت مدار بیشتر احساس می شود. به طور کلی نظارت و کنترل به «فرآیند پایش فعالیت ها به منظور حصول اطمینان از به ثمر رسیدن اقدامات مطابق با برنامه» اطلاق می شود (Bakhtiarzadeh, 2007: 6). در تعریف دیگری آمده است که نظارت «ارزیابی تصمیم گیری ها و برنامه ها از زمان اجرای آن ها و اقدامات لازم برای جلوگیری از انحراف عملیات نسبت به اهداف برنامه و اصلاح آن ها است» (Forouzandeh, 2006: 56). هرچند این تعاریف بیشتر بر پایه علوم مدیریت ارائه گردیده

اما در محتوای خود مفهوم نظارت پیشگیرانه در آموزه‌های جرم شناختی را نیز ارائه می‌دهد. بر این اساس می‌توان گفت نظارت پیشگیرانه پایش فعالیت‌ها بر اساس نوع و ماهیت آن‌ها به وسیله تکنولوژی و منابع انسانی با هدف جلوگیری از انحراف یا ارتکاب جرم است.

برای تبیین چالش‌های نظارت پیشگیرانه بر خصوصی سازی در ایران ابتدا باید منابع مرتبط با نظارت بر فرآیند انتقال اقتصاد را بررسی نمود. این منابع را عمدتاً می‌توان در قوانین بالادستی از جمله برنامه‌های توسعه پنج ساله مشاهده نمود. در برنامه دوم توسعه خصوصی سازی مورد توجه قرار گرفته اما هیچ سازوکار مشخصی در رابطه با نظارت بر فرآیند آن تدوین نشده است. مقنن در قانون برنامه سوم توسعه سیاست خصوصی سازی شرکت‌های دولتی را تحت عنوان ساماندهی شرکت‌های دولتی و واگذاری سهام آن‌ها دنبال نمود و به موجب ماده ۱۵ این قانون^۱ سازمان خصوصی سازی تشکیل گردید. سازمان خصوصی سازی مجری واگذاری شرکت‌هایی است که ضرورت خصوصی سازی آن‌ها به تصویب هیئت عالی واگذاری (موضوع ماده ۱۲ قانون برنامه سوم توسعه) رسیده است. یکی از مهم‌ترین وظایف هیئت عالی واگذاری نظارت بر فرآیند واگذاری شرکت‌های دولتی است؛ بنابراین یکی از نقایص اساسی در این زمینه یعنی عدم وجود یک نهاد نظارتی اختصاصی در برنامه دوم توسعه رفع و یک هیئت عالی و البته دولتی به عنوان متولی امر نظارت بر خصوصی سازی معرفی گردید.

شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نیز نهاد دیگری است که به موجب ماده ۴۱ و ۴۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ وظیفه نظارت بر فرآیند اجرای مفاد این قانون را بر عهده دارد.^۲ بر این اساس اجرای خصوصی سازی بر عهده سازمان خصوصی سازی است و نظارت بر این فرآیند بر عهده هیئت عالی واگذاری و شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ است. هرچند به صورت کلی برای نهادهای متعددی از جمله سازمان بازرسی کل کشور، دیوان محاسبات، بانک مرکزی، سازمان حسابرسی، وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه

۱- ماده ۱۵ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران: دولت موظف است با تغییر اساسنامه سازمان مالی گسترش مالکیت واحدهای تولیدی نسبت به تشکیل یک سازمان خصوصی سازی اقدام نماید.

۲- ماده ۴۲. وظایف و اختیارات شورای عالی اجراء سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی به شرح زیر است: بند دوم: نظارت بر فرآیند اجراء قوانین و مقررات مرتبط با سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی.

پاسداران انقلاب اسلامی نیز وظایف نظارتی تعریف شده است؛ اما هیئت و شورای مورد اشاره دو نهاد تخصصی هستند که مسئولیت مستقیم نظارت بر فرآیند خصوصی سازی را بر عهده دارند. همان طور که اشاره شد خصوصی سازی در ایران خود به بستری برای تحقق فساد و جرائم اقتصادی تبدیل شده است و این امر به مفهوم عدم وجود تدابیر نظارتی کارآمد در این حوزه است. به بیان دیگر نهادهای تخصصی و عمومی نظارتی در کشور توان اعمال نظارت پیشگیرانه در فرآیند خصوصی سازی را نداشته اند. به عنوان نمونه می توان به خصوصی سازی شرکت کشت و صنعت هفت تپه اشاره نمود. در سال ۱۳۹۴ شرکت مذکور با دارایی قابل توجهی در روند خصوصی سازی به فردی واگذار گردید که در زمان انعقاد قرارداد تنها ۲۸ سال داشته و بدون هر گونه سابقه فعالیت اقتصادی قابل توجه، برای شرکت در مزایده نیز از سیستم بانکی تسهیلات دریافت نموده است. روشن است که هنگام واگذاری شرکت و در خلأ تدابیر نظارتی پیشگیرانه، اهلیت فنی و تمکن مالی خریدار مورد توجه نبوده است.^۱ صرف نظر از انحراف فرآیند خصوصی سازی، نکته قابل تأمل رسوخ فساد به نظام نظارتی در این رابطه است. به عنوان مثال رئیس سازمان خصوصی سازی که خود نیز نقش نظارتی در سازمان بر عهده داشت به سبب تخلفات گسترده تحت تعقیب قرار گرفت؛ بنابراین مشاهده می شود که نه تنها تدابیر نظارتی مؤثری هنگام انتقال اقتصاد اعمال نمی شود بلکه به لحاظ چالش های متعدد ساختار نظارتی نیز اساساً احتمال اثرگذاری تدابیر نظارتی نیز تا حد بسیاری تضعیف شده است.

۱- عدم احراز اهلیت توسط مراجع قانونی و عدم نظارت صحیح در نهایت موجب گردید تا فرد مذکور با سوءاستفاده از امتیازات یک شرکت صنعتی خصوصی سازی شده، نسبت به دریافت تسهیلات ارزی کلان از سیستم بانکی اقدام و مقادیر قابل توجهی ارز را از کشور خارج و نظام ارزی کشور را دچار اختلال نماید مدیرعامل شرکت کشت و صنعت هفت تپه با حکم دادگاه به اتهام اختلال در نظام ارزی کشور از طریق مشارکت و مباشرت در قاچاق ارز در نهایت به بیست سال تحمل حبس محکوم گردید (<https://www.iribnews.ir/fa/news/3246691>).

۲- میرعلی اشرف عبدالله پوری حسینی در فواصل سال های ۹۲ تا ۹۸ رئیس سازمان خصوصی سازی بود و بنا بر گزارش رسانه رسمی قوه قضائیه نامبرده در طول دوران تصدی خود در فرآیند خصوصی سازی مرتکب جرائم و تخلفات گسترده ای گردیده که در نهایت برای رسیدگی به جرائم ارتكابی به محاکمه دعوت شد (www.mizan.news/fa/news/679189).

۱-۳- چالش استقلال نهاد نظارت

در اقتصاد دولتی، همه ابعاد اقتصاد در قالب اعمال حاکمیت و یا اعمال تصدی در اختیار دولت قرار می‌گیرد. نظارت بر فعالیت‌های اقتصادی نیز از این موضوع مستثنی نیست. امر نظارت در ایران یک امر حاکمیتی است؛^۱ به عبارت دیگر نظارت قابل قبول از نظر حاکمیت نظارتی است که از طریق مراجع رسمی و دولتی اعمال شود؛ بنابراین هرگونه تدبیر نظارتی بر فرآیند خصوصی‌سازی از سوی دولت تعیین و اجرا می‌شود. بنا بر مطالب پیش گفته دولت از طریق دو نهاد هیئت عالی واگذاری و شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ بر فرآیند خصوصی‌سازی نظارت می‌کند. هرچند دولت از بخش‌ها و ساختارهای مختلفی تشکیل شده است؛ با این حال در عین تکرار بخش‌ها به عنوان یک سیستم واحد شناخته می‌شود و از این منظر نظارت دولت بر اجزایش یک نظارت درون‌سازمانی تلقی می‌گردد. میزان دقت اطلاعات حاصل از تدابیر نظارتی تا حد زیادی به بی‌طرفی نهاد ناظر بستگی دارد و از این جهت عدم تعلق خاطر نهاد ناظر به بستر تحت نظارت عامل مهمی در افزایش دقت تدابیر نظارتی محسوب می‌شود. نظارت بر رفتارهای اقتصادی و کنشگری در این زمینه دو مقوله کاملاً مجزا است. دخالت ناظر در اجرا و یا دخالت مجری در نظارت منجر به فروپاشی فرآیند نظارت خواهد شد (Shafiei Sardast et al, 2018: 67).

بر همین اساس تجمیع نقش ناظر و نقش فعال اقتصادی در یک شخص با اهداف و مبانی نظارت در تضاد است و این موضوع به وضوح در نظام نظارتی ایران مشاهده می‌شود. ساختار سازمان خصوصی‌سازی به نحوی است که اساساً امکان اعمال تدابیر نظارتی برون‌سازمانی بر اقدامات این نهاد وجود ندارد. وزارت امور اقتصاد و دارایی امکان اعمال بیشترین نظارت بر اقدامات سازمان خصوصی‌سازی را دارد و از این منظر نحوه عملکرد نظارتی این نهاد بسیار حائز اهمیت است اما موضوع قابل تأمل این است که وزارت خانه مذکور به موجب بخشنامه‌ای کلیه

۱- ماده ۱۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران: نقش و وظایف دولت در حوزه‌های «امور حاکمیتی»، «امور تصدیهای اجتماعی، فرهنگی و خدماتی»، «امور زیربنایی» و «امور تصدیهای اقتصادی» تعریف و به شرح ذیل تنظیم گردد: الف - امور حاکمیتی: امور حاکمیتی دولت که تحقق آن موجب اقتدار حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه می‌گردد عبارتند از: ۱- سیاستگذاری، برنامه‌ریزی و نظارت در بخشهای اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.

اختیارات خود را به رئیس سازمان خصوصی سازی تفویض نموده است؛^۱ بنابراین نه تنها امکان نظارت مستقل بیرونی بر فرآیند خصوصی سازی وجود ندارد بلکه اقدامات سیاست گذاران در این مقوله همواره به تضعیف ساختار نظام نظارتی منجر گردیده است. درواقع دولت به جای این که ایراد تداخل وظایف مجری و ناظر را با گسترده تر کردن دایره نظارت بیرونی و مستقل تا حدی جبران کند وظایف نظارتی را همراه سایر اختیارات به مجری تفویض می کند که در حقیقت نوعی کاهش حلقه های نظارت است.

۳-۲- چالش دولتی زدایی از اقتصاد و دولتی سازی نظارت

اجرای هر برنامه ای بدون وجود انگیزه و اعتقاد متولیان نسبت به درستی روش اجرا و مشروعیت اهداف آن بی تردید با شکست مواجه خواهد شد بنابراین بسیار مهم است که قبل از اجرای سیاست ها توافق واقعی و عمومی در این خصوص وجود داشته باشد. این توافق و اجماع می تواند در اصلاح ساختارها برای اجرای یک تدبیر ظهور پیدا کند؛ بنابراین اگر تدبیری اتخاذ شود درحالی که زیرساخت و هماهنگی لازم برای اجرای آن فراهم نشود عملاً به مفهوم عدم وجود میل جدی برای اجرای آن سیاست است. موفقیت در خصوصی سازی نیز تا حد زیادی بستگی به تعهد دولت نسبت به اصلاح ساختارهای اقتصادی و نظارتی دارد. مادامی که دولت در اصلاح ساختارهای مورد نیاز موفق عمل نکند، فرآیند خصوصی سازی به هر میزان و با هر کیفیتی به توسعه و رشد اقتصادی منجر نمی شود (Filipovic, 2005: 27).

بنابراین نخستین گام در راستای اجرای صحیح و عاری از فساد خصوصی سازی، التزام دولت به رعایت قواعد آن است. در برنامه سوم توسعه و به موجب ماده (۱۰) از فصل سوم آن شروط

۱- به موجب ابلاغیه شماره ۱۰۳۸۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۷/۸ وزارت اقتصاد و امور دارایی خطاب به معاون وزیر امور اقتصادی و دارایی و رئیس کل سازمان خصوصی سازی، کلیه اختیارات وزیر از جمله نظارت به رئیس این سازمان واگذار شد. این رویه در سازمان خصوصی سازی به وضوح مخالف با اصول و قواعد نظارت تلقی می شود که تبعات آن در نحوه عملکرد متولیان خصوصی سازی نیز نمایان شد. میر علی اشرف عبدالله پوری حسینی در فواصل سالهای ۹۲ تا ۹۸ رئیس سازمان خصوصی سازی بوده و بنا بر گزارش رسانه رسمی قوه قضائیه نامبرده در طول دوران تصدی خود در فرآیند خصوصی سازی مرتکب جرائم و تخلفات گسترده ای گردیده که در نهایت برای رسیدگی به جرائم ارتكابی به محاکمه دعوت شد (www.mizan.news/fa/news/679189).

واگذاری بنگاه‌های دولتی تعیین گردید.^۱ یکی از این شروط عدم تزلزل حاکمیت نظام و عدم ورود هرگونه خدشه به امنیت ملی است. شرطی با قابلیت تفسیر موسع که می‌تواند امکان خصوصی‌سازی را به صفر برساند چراکه هر نوع خصوصی‌سازی به این بهانه می‌تواند متوقف شود. تصویب قانون با تبصره‌سازی و استثناء کردن شرایط خاص، نشان‌دهنده عدم تمایل حاکمیت به کاهش واقعی مداخله در فعالیت‌های اقتصادی است. صرف‌نظر از رویکرد سیاسی حاکمیت نسبت به نظام اقتصادی، ذینفع بودن دولت در فعالیت‌های اقتصادی و وابستگی آن به درآمدهای حاصل از تصدی‌گری دلیل دیگری است که می‌تواند عدم تمایل دولت به خصوصی‌سازی را توجیه نماید. این عدم تمایل باعث شده دولت از واگذاری شرکت‌های سود ده خودداری نماید و صرفاً به واگذاری شرکت‌های زیان ده بدون اصلاح آن‌ها اقدام نماید (Khandan, 2015: 200). روشن است که عدم تمایل دولت به خصوصی‌سازی باعث می‌شود توجه چندانی به نحوه واگذاری‌ها نداشته باشد. درواقع در جریان خصوصی‌سازی در ایران، شرکت‌هایی واگذار می‌شوند که برای دولت از اهمیت چندانی برخوردار نبوده و یا دولت توان مدیریت آن را نداشته باشد و از این منظر خود را بی‌نیاز از اتخاذ سیاست‌های نظارتی مؤثر می‌بیند. همان‌گونه که گفته شد با فراهم بودن فضای مناسب و ساختاری هماهنگ، خصوصی‌سازی می‌تواند منجر به افزایش بهره‌وری و درنهایت شکوفایی اقتصاد گردد اما ظاهر امر در ایران این است که دولت در سایه عدم اعتقاد به مقتضیات اقتصاد بازار، خصوصی‌سازی را صرفاً به مفهوم منفک کردن فعالیت‌های اقتصادی زیان ده از خود موردپذیرش قرار می‌دهد و با این رویکرد بدیهی است که اعمال تدابیر نظارتی مؤثر از سوی دولت بر فرآیند خصوصی‌سازی که خود مستلزم هزینه است توجیهی نخواهد داشت.

۱- ماده ۱۰ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران: در واگذاری سهام موضوع این فصل رعایت موارد ذیل الزامی است: الف- امر واگذاری درجهت تحقق اهداف برنامه باشد و خود هدف قرار نگیرد. ب- در چارچوب قانون اساسی صورت پذیرد. ج- موجب تهدید امنیت ملی و یا تزلزل حاکمیت ارزشهای اسلامی و انقلابی نگردد. د- به خدشه‌دار شدن حاکمیت نظام یا تضییع حق مردم و یا ایجاد انحصار نیانجامد. ه- به استفاده از مدیریت سالم منجر شده و اداره امور را بهبود بخشد؛ و - حتی‌المقدور به توسعه مشارکت عمومی منجر شود.

۳-۳- چالش نظارت بر تشریفات خصوصی سازی از حیث احراز اهلیت متقاضیان

اعتقاد به اقتصاد باز و آثار خصوصی سازی حاکمیت را مجاب می کند تا در نیل به اهداف آن جدیت لازم را به کار ببندد و بدیهی است این جدیت به جز با انتقال واحدهای دولتی به فعالان اقتصادی واقعی بخش خصوصی با ظرفیت های لازم و کافی نشان داده نمی شود. در ایران نظارت مؤثری بر نحوه احراز اهلیت اشخاصی که واحدهای صنعتی را در جریان خصوصی سازی تملک می کنند صورت نگرفته و نتیجه آن بروز مشکلات متعدد اقتصادی برای شرکت ها پس از واگذاری است. عدم توجه به سوابق اقتصادی اشخاص شرکت کننده در فرآیند خصوصی سازی و عدم نظارت مؤثر در این باره مشکلات متعددی را به وجود آورده است^۱. بسیاری از شرکت های واگذار شده از طریق خصوصی سازی یا به تعطیلی کشیده شده اند و یا به محلی برای ارتکاب رفتارهای مجرمانه از جمله قاچاق ارز تبدیل شده اند. هیئت واگذاری در سال ۱۳۹۸ دستورالعملی تحت عنوان روش انتخاب مشتریان راهبردی (استراتژیک) و احراز و پایش اهلیت مدیریتی در واگذاری ها تصویب نمود که وفق آن مؤلفه هایی همچون عدم سوء پیشینه، عدم بدهی معوقه به نظام بانکی، ممنوع معامله نبودن، عدم بدهی به سازمان خصوصی، مجوز فعالیت، سابقه حرفه ای، تمکن مالی و ارائه طرح توجیهی به عنوان معیار سنجش و تشخیص اهلیت در نظر گرفته شده است. هرچند تصویب این دستورالعمل اقدام مثبتی است اما موضوع این است که اجرای صحیح این دستورالعمل نیز خود نیاز به اعمال نظارت دارد و بر همین مبنا چالش های اعمال نظارت پیشگیرانه در این موضوع نیز صدق می کند.

در نظام حقوقی ایران یکی از ساده ترین اقدامات، تأسیس و ثبت شرکت تجاری است به نحوی که هر فردی با هر سابقه فعالیت و با هر میزان درآمدی می تواند یک شرکت تجاری تأسیس و با استفاده از منابع مالی نامشخص به سادگی همه شرایط مورد نظر هیئت واگذاری را فراهم کند. هدف در خصوصی سازی افزایش بهره وری است و این بدان معنی است که متقاضی تملک واحد صنعتی دولتی می بایست امکانات و برنامه مدونی برای افزایش بهره وری داشته باشد.

۱- شرکت هایی همچون پالایش نفت کرمانشاه، هپکو اراک، ماشین سازی و ریخته گری تبریز از جمله شرکت هایی هستند که بنا بر گزارش دیوان محاسبات در تفریغ بودجه سال ۹۶ به علت عدم اهلیت خریداران با مشکلات متعددی مواجه شده اند.

ارائه طرح توجیهی برای مدیریت یک بنگاه به مفهوم امکان اجرای آن طرح توسط پیشنهاد دهنده نیست. لذا امکانات نرم افزاری و سخت افزاری افراد برای اجرای برنامه و سیاست های مورد نظر در این زمینه از اهمیت بیشتری برخوردار است؛ بنابراین هر شرکت تجاری لزوماً اهلیت اقتصادی برای بهینه سازی شرکت های دولتی را ندارد. عدم توجه به این موضوع نشان می دهد که هدف دولت از خصوصی سازی به جای توسعه و شکوفایی اقتصاد، تأمین مالی بوده است.

در خصوصی سازی بنابراین است که بنگاه دولتی برای بهینه سازی و ایجاد فضای رقابتی در اختیار بخش خصوصی قرار گیرد تا از یک طرف دولت بر وظایف ذاتی خود متمرکز شود و از طرف دیگر با ایجاد فضای رقابتی، اقتصادی پویا و فعال شکل گرفته و نهایتاً این امر منجر به رشد و توسعه اقتصادی کشور شود. این هدف جز با واگذاری شرکت ها به افراد دارای اهلیت که همان فعالان واقعی عرصه اقتصاد هستند میسر نمی شود (Ravasani, 2001: 32). شناسایی دقیق و فنی فعالان اقتصادی و سنجش ظرفیت و صلاحیت آن ها یکی از تدابیری است که می تواند منجر به تسهیل امر نظارت در زمینه احراز اهلیت متقاضیان گردد. بدیهی است هیچ شخصی را نباید از فعالیت اقتصادی محروم نمود و همچنین هر تصمیمی بر خلاف قواعد حقوق رقابت محکوم به رد است لیکن نمی توان اجازه داد اشخاصی که ظرفیت علمی و اقتصادی کافی ندارند با کوچک ترین هزینه، آسیب های غیر قابل جبرانی بر پیکر امنیت اقتصادی وارد نمایند.

۳-۴- چالش نظارت از حیث هویت اشخاص حقوقی شرکت کننده در مزایده

فعالان اقتصادی می بایست از فرصت های برابر در عرصه فعالیت های اقتصادی برخوردار باشند. عدم برابری فرصت ها امکان رقابت در عرصه فعالیت های اقتصادی را سلب می کند و عدم وجود فضای رقابتی به معنی انحصار و متعاقب آن افزایش نرخ فساد است. برابری فرصت ها از حیث تحت نظارت بودن نیز قابل بررسی است. برخی شرکت هایی که در اجرای خصوصی سازی مالک شرکت های دولتی شده اند وابسته به نهادهای حاکمیتی بوده و ماهیتاً بخش خصوصی محسوب نمی شوند و این امر به مفهوم عدم امکان نظارت دولت و یا نظارت بازار بر فعالیت های اقتصادی این دسته از شرکت ها است. در سال ۸۸ شرکت مخابرات ایران در فرآیند خصوصی سازی قرار گرفت و با سلب صلاحیت امنیتی تنها شخص حقوقی از بخش خصوصی در اجرای مزایده، نهایتاً شرکت مخابرات به کنسرسیوم اعتماد مبین متعلق به بنیاد تعاون سپاه و ستاد اجرایی فرمان امام

واگذار شد. صرف انتقال اموال و امتیازات دولت به اشخاص دیگر نمی تواند مصداق خصوصی سازی باشد. اموال درید دولت متعلق به ملت است و می بایست در انتقال و جابجایی آن ها مسئولانه عمل نمود. خصوصی سازی باید از طریق واگذاری واحدهای صنعتی به بخش کاملاً خصوصی صورت پذیرد؛ به نحوی که امکان نظارت بر فعالیت های آن ها نیز وجود داشته باشد. دولت به لحاظ سابقه تاریخی و شرایط اقتصادی کشور همواره میل به مداخله حداکثری در اقتصاد دارد بنابراین حتی اگر موافق واگذاری شرکت ها و واحدهای اقتصادی با اهمیت باشد سعی می نماید به هر طریق ممکن کنترل مؤثر بر آن شرکت را به انحاء مختلف در اختیار داشته باشد. ورود خصولتی ها به عرصه اقتصاد نیز ناشی از همین رویکرد می باشد.

۳-۵- چالش نظارت بر نحوه تعیین ارزش واقعی و بهای شرکت های دولتی

یکی از مؤلفه های سنجش صحت معاملات به صورت کلی، توجه به نسبت ارزش معاملاتی اموال با ارزش ذاتی آن ها می باشد. ارزش گذاری یک واحد اقتصادی بر مبنای دارایی های مشهود و نا مشهود و بر اساس صورت های مالی و گزارش های کارشناسان رسمی دادگستری صورت می گیرد. در برخی موارد واگذاری شرکت های دولتی در مزایده به قیمتی پایین تر از ارزش کارشناسی صورت گرفته است. دیوان محاسبات در بند «ب» از بخش سوم گزارش تفریغ بودجه سال ۹۶ موضوع واگذاری شرکت های دولتی اعلام نموده که ارزش کارشناسی شرکت پالایش نفت کرمانشاه حدود ششصد و هفده میلیارد تومان بوده که با تصویب هیئت واگذاری با هفتاد درصد پایین تر از این قیمت واگذار شده است. در همین گزارش به تخلف در ارزیابی و تعیین قیمت کارشناسی شرکت های آلومینیوم المهدی و طرح هرمزال، مجتمع کشت، صنعت و دامپروری مغان، ماشین سازی تبریز و شرکت توسعه گردشگری اشاره شده است. مکانیزم قیمت گذاری چه از منظر دولت و چه از منظر شرکت کنندگان در مزایده از دو بعد قابل بررسی است. نخست این که قیمت گذاری باید به نحوی باشد که برای بخش خصوصی دارای صرفه اقتصادی باشد؛ بنابراین طبیعی است که بهای تمام شده برای متقاضی می بایست مقداری پایین تر از ارزش ذاتی تعیین شود. دوم این که اموال دولتی در واقع اموال عمومی و متعلق به مردم می باشد بنابراین واگذاری آن با قیمت نامتناسب به مفهوم تضییع حقوق مردم است.

برای حل این مسئله راه حل قابل قبولی در نظام کارشناسی کشور وجود دارد و آن توسل به

قیمت عادلانه است. قیمت عادلانه قیمتی است که ضمن حفظ ارزش اموال، جذابیت لازم برای متقاضیان را نیز فراهم می‌کند. این قیمت هرچند پایین‌تر از ارزش ذاتی اموال است؛ اما این فاصله به میزانی نیست که به حقوق طرفین خللی وارد کند. مشکل از جایی آغاز می‌شود که در فرآیند ارزیابی مداخله می‌شود و فرآیند کارشناسی را از مسیر عادی خارج می‌سازد. این مداخلات می‌تواند از طریق ایجاد صوری دیون، عدم ارزیابی اموال نا مشهود آنها، ایجاد فرآیند توقف صوری فعالیت، اخراج کارگران در سال‌های منتهی به خصوصی‌سازی و ... صورت پذیرد. این امر نیز حکایت از فقدان وجاهت خصوصی‌سازی در سیاست‌های اقتصادی کشور دارد.

۳-۶- چالش نظارت بر فعالیت‌های اقتصادی پس از فرآیند خصوصی‌سازی

این امر که نظارت بر فعالیت‌های اقتصادی شرکت‌های خصوصی‌سازی شده تا چه زمانی و توسط چه مرجعی باید صورت پذیرد محل تأمل است. بنگاه‌های دولتی قبل از واگذاری تحت نظارت نهادهایی همچون سازمان بازرسی کل کشور، دیوان محاسبات و نهادهای اطلاعاتی و امنیتی می‌باشند که برآیند این اعمال نظارت قابل قبول نبوده است. نهادهای نظارتی مانند سازمان‌های مذکور به دلیل کثرت و تنوع از یک سو و عدم برخورداری از امکانات کافی از سوی دیگر، امکان اعمال نظارت مؤثر بر فعالیت‌های بنگاه‌های اقتصادی را ندارند (Rahiminejad, 2016: 220). با این حال و هرچند ضعیف، یک نظارت رسمی فرا قوه‌ای بر بنگاه‌های اقتصادی تحت تصدی دولت وجود دارد اما این بنگاه‌ها پس از انتقال مالکیت به طور کلی از دایره فعالان اقتصادی تحت نظارت مذکور خارج گردیده و نظارت بر آنها بر عهده سازمان خصوصی‌سازی قرار می‌گیرد که پیشتر به تبعات آن اشاره شد. عدم نظارت بر بنگاه‌های اقتصادی پس از واگذاری منجر به شرایطی گردیده که مالکین جدید از آنها به عنوان یک منبع مالی برای سایر فعالیت‌هایشان استفاده کنند که این وضعیت نیز به تعطیلی واحد اقتصادی منتج گردیده است.^۱ عدم نظارت دولت بر

۱- «مهرداد لاهوتی» نماینده لنگرود در مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۹۸/۷/۲۱ در گفت و گو با روزنامه همشهری می‌گوید تعطیلی شرکت‌های بزرگ تولیدی و بیکاری هزاران کارگر آن از ۲ دهه گذشته یکی از معضلات بزرگ به دنبال خصوصی‌سازی شرکت‌های دولتی در گیلان بوده است. اکنون شرکت‌های پوشش، الکتریک گیلان، فرش گیلان، نیکنوش،

شرایط اقتصادی بنگاه های اقتصادی پس از واگذاری نشان می دهد که بهینه سازی واحدهای اقتصادی برای دولت از اهمیت چندانی برخوردار نبوده است و این موضوع نیز ناشی از عدم التزام دولت به قواعد انتقال اقتصاد به بخش خصوصی است. اخیراً و با ورود قوه قضائیه به موضوع واگذاری شرکت های همچون کشت و صنعت مغان و نیشکر هفت تپه و اثبات تحقق فساد در فرآیند واگذاری ها، قراردادهای واگذاری مرتبط به آن ها فسخ گردید؛ اما از قبل چنین وقایعی خسارات غیر قابل جبرانی به اعتماد عمومی وارد شده است و صرف فسخ قرارداد نمی تواند اعتماد عمومی مخدوش شده را به آسانی ترمیم نماید بلکه لازم است به طریق مطمئنی از وقوع مجدد این انحرافات پیشگیری نمود.

نتیجه

کوچک سازی دولت و انتقال اقتصاد به بخش خصوصی موجب می شود تا منابع مالی دولت محدود به منابعی همچون مالیات شود که این امر تحول قابل توجهی در سیاست های اقتصادی ایجاد می کند. در کشوری که شفافیت لازم در مراودات مالی و اقتصادی بخش خصوصی و دولتی وجود نداشته باشد، دولت امکان مدیریت هزینه های جاری و عمومی خود به وسیله درآمدهای مالیاتی را نخواهد داشت. از طرف دیگر رویکرد امنیتی به اقتصاد در کشورهای دارای اقتصاد بسته همچون ایران موجب شده تا تمرکزگرایی به یک اصل در نظام اقتصادی مبدل شود و بر این اساس دلیل مقاومت در برابر کاهش مداخله دولت در اقتصاد روشن است؛ بنابراین انتقال اقتصاد در چنین شرایطی یا اتفاق نمی افتد و یا اگر بنگاه اقتصادی تحت این شرایط واگذار شود به لحاظ هدف گذاری غیراقتصادی منجر به بهینه سازی و افزایش بهره وری نمی گردد. عدم تحقق این اهداف و همچنین نفوذ فساد به فرآیندی که بنا بود خود زمینه ساز ریشه کنی فساد باشد، هر دو ناشی از ناسازگاری این تدبیر با ویژگی های نظام اقتصادی کشور است؛ به عبارت دیگر به سبب این که کاهش مداخله دولت در اقتصاد به عنوان یک ارزش در کشور پذیرفته نشده است؛ بنابراین

جوراب گیلان، کنف کار، ایران کنف، پله ابریشم شمال، چینی گیلان، کفش گنجه، آلومینیوم خزر، کاشی گیلان و... تعطیل شده اند. شرکت های خاور، فومنت، ایران برک، ایران پوپلین و صنایع چوب اسالم نیز در حالت نیمه تعطیل قرار دارند.

آنچنان که باید مورد حمایت قرار نمی گیرد و بدیهی است در چنین شرایطی تدابیر حمایتی و پیشگیرانه‌ای مانند نظارت به صورت هدفمند و مؤثر به کار گرفته نمی شوند. هر چند تکثر نهادهای نظارتی و نظارت گزینشی نیز از جمله دلایل عدم کارآمدی نظام نظارت بر فرآیند خصوصی سازی است اما این عوامل نیز خود ناشی از عدم توجه به ویژگی ها و ماهیت نظام اقتصادی کشور در اتخاذ سیاست های پیشگیرانه می باشد.

قانون اساسی به عنوان مهم ترین سند قانونی و حقوقی کشور جایگاه قابل توجهی برای بخش خصوصی قائل نیست و به تبع آن تمایل به اقتصاد دولتی و بسته در ساختار نظام سیاسی ایران نهادینه شده است. از این جهت اجرای هر سیاستی که منجر به کاهش مداخله ارکان رسمی حاکمیت در امور اقتصادی شود بدون اصلاح بنیادین نظام اقتصادی میسر نیست. از این منظر، خصوصی سازی ماهیتاً با اقتصاد ایران همخوانی ندارد. اقتصاد جامعه ایرانی که ویژگی های منحصر به فرد (برای نمونه دلال محور، دستوری بودن و گریزان از رقابت در تولید و صنعت) دارد؛ بیش از هر چیز متکی به پشته های فرهنگی، جامعی و از همه مهم تر اقلیمی و جغرافیایی است و تا زمانی که بسترهای لازم برای گذر از موانع این پشته ها برای اقتصاد فراهم نباشد، نمی توان خصوصی سازی را به عنوان روشی برای ضدیت با فساد پذیرفت؛ برعکس خصوصی سازی به بستری برای شکل گیری دولت های اقتصادی متعدد، حضور نهادهای شبه دولتی در اقتصاد، شکل گیری رانت های گسترده، تبعیض و نیز تضعیف اقتصاد بخش خصوصی (که در زمان اقتصاد دولتی حیات داشت) می شود. با این حال با انجام فرآیند خصوصی سازی در ایران، به نظر باید به رویکرد دوم توسل جست؛ یعنی فساد ناشی از خصوصی سازی را بر گردن نهادهای نظارتی دانست. این رویکرد دست کم می تواند راهبردهایی مسکن وار برای اقتصاد مشهور به خصولتی شده، ارائه دهد؛ چرا که اگر اقتصاد دولتی در ایران تاب اقتصاد خصوصی را نداشته است؛ اقتصاد خصولتی را باید فقط و فقط محصول ضعف نهادهای نظارتی دانست. این گونه از اقتصاد نه محصول حضور مستقیم دولت در اقتصاد است و نه محصول فعالیت بخش خصوصی در اقتصاد. حوزه ای است که به جهت عدم نظارت به طور ناروا و نامشروع ایجاد شده است.

بنابراین نخستین راهکار در شرایط حاضر توقف فوری خصوصی سازی در ایران است. سپس اگر حاکمیت به صورت واقعی تمایل به حرکت به سوی اقتصاد باز داشته باشد _ که به دلیل جهانی شدن اقتصاد در نهایت ناگزیر از حرکت در این مسیر خواهد بود _ می بایست مؤلفه های نظام

اقتصادی را بر پایه مشارکت حداکثری بخش خصوصی در اقتصاد و منع مداخله دولت در فعالیت-های اقتصادی در قانون اساسی اصلاح نماید. اصلاح ساختار اقتصادی مندرج در قانون اساسی به همراه ایجاد یک نهاد مستقل نظارتی، افزایش ظرفیت های مشارکت جامعه از سازمان های مردم نهاد در اعمال نظارت بر نحوه مدیریت کشور و به تبع آن افزایش شفافیت می تواند منجر به ایجاد شرایطی شود که در آن انتقال اقتصاد به بخش خصوصی با کمترین آسیب و بیشترین منفعت صورت پذیرد.

References

- [1] Abedi Tehrani, Tahereh. (2011). The Victimology of Economic Crimes in Iran and Measures to Protect Its Victims, Ph.D. Thesis, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran. [In Persian]
- [2] Ahmadi, Seyed Ali Akbar, Homayouni, Gholam Hossein, Asgari Dehabadi. (2015). Administrative and Financial Corruption in Today's Organizations, Tehran, Fuzhan. [In Persian]
- [3] Alaei, S. F., & Andersson, A. (2014). Privatization: What we learn from failure: A case study of Iran Air.
- [4] Amiri, Hadi, Rouhollah, Shahnazi and Dehghan Shaabani, Zahra. (2012). Economics of the Public sector, Book I, Tehran, Research Institute of HAWZAH & UNIVERSITY. [In Persian]
- [5] Ardashiri, Mansour . (2007). Privatization in Higher Education: Objectives, Methods, Financing and Cost Analysis, Journal of Majlis & Rahbord, No. 55, pp. 349-378. [In Persian]
- [6] Asad Alizadeh, Akbar . (2007). Glossary: Socialism, Moballeghan, No. 92, PP. 46-51. [In Persian]
- [7] Bakhtiarzadeh, Mohammad Javad. (2007). Monitoring and control and its management stages, Management Quarterly in Islam, No. 9, pp. 5-8. [In Persian]
- [8] Burke, R. H. (2018). An introduction to criminological theory. Routledge.
- [9] Dadkhodaei, Leila. (2011). Financial-Administrative Corruption and Criminal Policy Against It, First Edition, Tehran, Mizan. [In Persian]
- [10] Faizpour, Mohammad Ali, Ramezani, Fariba . (2017). The Size of Government and the Corruption Perceptions Index: Lessons for Iran from Other Countries, Quarterly Journal of Fiscal and Economic Policies, No. 20, pp. 97-128. [In Persian]
- [11] Filipovic, A. (2005). Impact of privatization on economic growth. Undergraduate Economic Review, Vol. 2, No. 1, p.7.
- [12] Forouzandeh, Lotfollah . (2006). Monitoring and Control in Islamic

- Management, Quarterly Journal of Parliament and Research, No. 53, pp. 55-86 [In Persian]
- [13] Gassin, Raymond. (2014). Criminology of Economic Crime (General Theory of Hypocrisy), Research and Translation: Shahram Ebrahimi, Tehran, Mizan.
- [14] Khandan, Abbas. (2015). Privatization: A Historical Look at the Iranian Experience, Political-Economic Information, No 302, pp. 190-201. [In Persian]
- [15] Khezri, Mohammad, Torbati Moghadam, Farhad and Nazari, Mohammad Reza. (2017). Identifying the grounds of corruption in government tenders, Journal of Comparative Economics, Fourth Year, No. 2, pp. 1-24. [In Persian]
- [16] Kozinski, A., & Bentz, A. (2013). Privatization and its Discontents. Emory LJ, 63, 263.
- [17] Mir Jalili, Seyed Hossein. (2007). Teachings of the Historical School for the Analysis of Iranian Economy, Economic Research Journal (Allameh Tabatabai University), No. 26, pp. 43-76. [In Persian]
- [18] Moazeni, Ruhollah. (2017). General Economic Law - A Comparative Study of Iran and France, Tehran, Majd. [In Persian]
- [19] Mohaghegh, Mohammad Javad. (2010). The Economic System from the Perspective of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Journal of Marifat, No. 89, pp. 90-104. [In Persian]
- [20] Mohammad Nassel, Gholam Reza. (2013). The bases of Crime Prevention, Tehran, Mizan. [In Persian]
- [21] Pak Nahad, Amir. (2015). Risk-oriented criminal policy, Tehran, Mizan.
- [22] Philp, M. (2006). Corruption definition and measurement. Measuring corruption, pp. 45-56.
- [23] Rabiee, Ali. (2004). Long Live Corruption, Political Sociology of Corruption in Third World Governments, Tehran, Ministry of Culture and Guidance. [In Persian]
- [24] Rahiminejad, Ismail. (2016). A Look at the Limitations, Barriers, Legal Deficiencies of Controlling Economic Crimes in Iran, Encyclopedia of Criminal Sciences, Book II, Tehran, Mizan. [In Persian]
- [25] Ravasani, Shapoor. (2001). Privatization, Aghazadehs and inauspicious connection with cartels, Journal Ghosharesh, No. 123, pp. 30-38. [In Persian]
- [26] Rose-Ackerman, S. (1997). Corruption and development (pp. 35-57). Washington, DC: World Bank.
- [27] Sadeghnejad Naeini, Majid. (2017). Analysis of Corporate Crimes in the Light of Economic Systems, Legal Journal of Justice, No. 99, pp. 201-228. [In Persian]
- [28] Salimi, Sadegh. (2016). A Comparative Study of the Position of Transparency in the Fight against Corruption in Iranian Criminal Policy and UN Documents, Encyclopedia of Criminal Science, Book II, Tehran, Mizan. [In Persian]

- Persian]
- [29] Schmidt, K. D. (1995). Requirements for successful privatization: Lessons from the Treuhandanstalt's approach (No. 696). Kiel Working Paper.
- [30] Shafiei Sardast, Jafar, Gorji Azandariani, Ali Akbar, Fazelinejad, Javad. (2018). Conceptual distortion of Supervision in the Iranian legal system, Quarterly Journal of Administrative Law, No. 16, pp. 63-88. [In Persian]
- [31] Shahbazi, Azizallah, Golshani, Alireza. (2017). The Relationship between the State Economy and the Business-Political cycle; Case study of Iran, Journal of the Islamic Revolution Approach, No. 39, pp. 79-100.[In Persian]
- [32] Tavassolizadeh, Turan. (2010). Prevention of Economic Crimes in Iranian Criminal Policy and UN Documents, Ph.D. Thesis, University of Tehran. [In Persian]
- [33] Vold, G. B, Bernard, T. J, and Snipes, J. B. (2009). Theoretical Criminology (A Transition to Criminological Theories), Translated by: Ali Shojaei, Tehran, SAMT.

Multiparty Arbitration in Intra-Corporate Disputes

Mohammad Rostami¹

PhD. Student in Private Law, Faculty of Law & Political Sciences, Kharazmi University, Tehran

Bahram Taghipour²

Assistant Professor of private law, Faculty of Law & Political Sciences, Kharazmi University, Tehran

Received 2022/02/09

Accepted 2022/10/06

ABSTRACT

In the current era, the emergence of various types of Corporation and the expansion of their activities, has underlied the way for new legal issues regarding these individuals. One of these issues is the use of arbitration in intra-corporate disputes. Although arbitration in intra-corporate disputes is accepted in the legal system of most countries and is used in practice by many corporations, in some cases, this issue is associated with many complications due to the multiplicity of pillars or differences persons. One of the things that complicates the arbitration of internal disputes is when the arbitration is multiparty. For this reason, the present article examines multiparty arbitration in intra-corporate disputes. In this regard, after explaining the challenges of multiparty arbitration, the conditions for merging existing disputes have been examined. The findings of this study, based on a comparative study, indicate that in most legal systems, not only the use of general arbitration rules due to the specific characteristics of corporations, does not solve the existing challenges, but also there are not comprehensive rights and sufficient jurisprudence regarding these disputes.

Keywords: Merger of arbitration, Shareholders, Appointment of arbitrators, Intervention, Arbitration Procedures.

1 - Corresponding Author, Email:rostami205@yahoo.com

2 - Taghipour.bahram@khu.ac.ir

INTRIDUCTION

Arbitration, as one of the traditional ways of settling disputes, has always been the attention of commercial companies. One of the issues that are discussed today regarding to arbitration is the issues of related to "Multiparty arbitration". Multiparty arbitration in short, is a type of arbitration that deals with disputes of more than two parties; However, any multiparty arbitration dispute should not be subject to this type of arbitration; Rather, in this context, a distinction should be made between different types of multiparty disputes. Multiparty disputes are generally divided into two types; In the first situation, although the dispute has more than two sides, all parties can be divided into two groups based on their interests; That is, one group of petitioners and another group of petitioners in which the interests of the parties in each group coincide or are the same. In another situation, the dispute is such that the parties cannot be divided into two groups, the petitioner and the respondent, due to their different interests. According to the International Court of Arbitration (ICC), only in the latter type of disputes, multiparty arbitration can be proposed; Therefore, multiparty arbitration includes facing more than two parties with conflicting interests, and in cases where all parties to a dispute can be divided into two groups (the members of each of those two groups share interests with each other are the same), it will be one of the cases of bilateral arbitration.

Among the cases in which there is a multiparty arbitration context, are intra-corporate disputes. Intra-corporate disputes are the set of disputes between shareholders and directors, other shareholders or legal entities of the corporation, which are related to the formation, organization, activity and corporate governance; Therefore, the said disputes include a wide range of disputes between shareholders (with each other), shareholders and the legal entity of the corporation or other persons such as corporation directors.

PURPOSE OF RESEARCH

corporations are composed of several pillars and the difference between the pillars of the corporations can be a difference in which the parties have different interests; unlike the national courts, which, in terms of their

position and in accordance with the rights they operate, have efficient tools for managing disputes and dealing with related claims or their separation, arbitration Tribunals due to their structural weakness and their creative nature in the field of resolution and the comprehensive chapter of disputes are facing many challenges.

In addition, there are other challenges, such as: How to select arbitrators, the mechanism of notifying the arbitration parties, prevention of parallel proceedings and the possibility of merging related cases. These challenges arise mainly because the arbitration clause is generally mentioned in the articles of association of corporations; So that when a dispute arises in practice, the parties realize that the mechanism of filing a lawsuit is not clearly defined and clear. This issue can not only lead to the issuance of conflicting arbitration awards, but also since in multiparty arbitration the award issued for each of the parties can have an effective difference in the rights of the other parties, it can lead to the annulment of the issued awards.

Due to the fact that the occurrence of disputes of this type between the pillars of corporations is always possible, nowadays certain rules have been established in the legal system of some countries to regulate this issue. However, in Iran's legal system, there are no specific and precise rules regarding multiparty arbitration in intra-corporate disputes; So that this failure has caused many ambiguities regarding matters such as how to appoint arbitrators, the process of arbitration and the possibility of merging related arbitrations.

RESEARCH METHOD

Considering the existing ambiguities regarding multiparty arbitration in intra-corporate disputes, the current article will investigate and analyze multiparty arbitration in intra-corporate disputes with a comparative approach and descriptive-analytical method based on library studies.

FINDINGS

The findings of this article indicate that, due to its complexities, the use of multiparty arbitration in intra-corporate disputes is accompanied by

problems. In a division, they include: the appointment of arbitrators, the entry of third parties, compliance with the principle of equality of treatment, the principle of mutuality.

First: in cases where there are many arbitration parties, equal opportunity in choosing an arbitrator becomes somewhat difficult; because in intra-corporate disputes, all shareholders must have the opportunity to choose arbitrators; This is because if all shareholders do not have the opportunity to choose arbitrators, the appointment of these arbitrators can be against the consent of the shareholders who did not participate in the selection of arbitrators and can be considered as a challenge to arbitrability; Because this issue is among the rights that guarantee a fair trial in order to protect the interests of the shareholders; Also, in the legal system of Iran, there is no mechanism in this field, and the view of Iranian judicial procedure in this field is not clear. In the assumption that the parties to the dispute cannot agree on the appointment of arbitrators, although the legislator, in order not to invalidate the arbitration agreement according to Articles 459 and 460 of the Civil Procedure (enacted 2000) and Article 11 of the International Commercial Arbitration Law (enacted 1997), the court's involvement in this case is not specified. The parties have predicted, despite this, in order to speed up the arbitration process and prevent disputes, individuals can specify natural or legal persons as arbitrators or arbitration tribunal in addition to the arbitration clause in the corporate's articles of association or give over the selection of arbitrators to the courts explicitly, according to Article 455 of Civil Procedure.

Second: In some legal systems, most court rulings regarding intra-corporate disputes, even if one shareholder petitions a lawsuit alone, affect the rights of other shareholders; this is despite the fact that in most legal systems, third parties are not accepted in arbitration. This issue may impose unwanted effects on those legal systems (such as Iran's legal system) in which shareholders are not allowed to enter the arbitrators' proceedings directly in the form of a third party. In Iran's legal system, there is no specific provision regarding the mentioned question, and Article 26 of the International Commercial Arbitration Law and Article 475 of the Civil Procedure also

consider the adhesion of a third party conditional on the agreement of the main parties; While there is also the possibility of not agreeing to the entry of the mentioned persons; Therefore, this issue may cause problems such as issuing conflicting awards. For this reason, in order to prevent parallel proceedings that may happen following the filing of a separate lawsuit by some shareholders, it should be clearly stated in the arbitration agreement that other shareholders do not have the right to file a lawsuit before the end of the arbitration or court proceedings; also in cases where the merging of multiparty arbitrations is considered desirable, the existence of two conditions, including the agreement of all parties and the fundamental connection between the two disputes, is necessary.

Third: Since the directors have a superior position compared to the shareholders and the majority shareholders compared to the minority shareholders, this issue challenges the observance of the principle of equality of treatment. According to the New York Convention (enacted 1958), failure to comply with this principle can lead to refusal to recognize or enforce the arbitration award; However, Iran's legal system is silent in this regard; So that neither the international commercial arbitration law nor the civil procedure (enacted 2000), does not explicitly mention not respecting the principle of equality as one of the examples of annulment of the arbitrator's decision; Despite this, mandatory principles of proceedings are examples of public policy; Therefore, if the arbitrator did not respect the equality between the parties, which is one of the principles of the proceedings, the defendant can request the court to annul the award because it is against public policy, or request the annulment of the arbitrator's award according to Article 33 of the International Commercial Arbitration Law.

RESULT

Arbitration, as one of the dispute resolution mechanisms, has an important position in law; Despite this, the use of this mechanism in corporate law faces ambiguities and challenges; Because the corporation law, include a wide range of interested parties, the issuance of an enforceable decision in arbitration requires compliance with the rights of most parties; Therefore,

the discussion of multiparty arbitration in the intra-corporate disputes is importance. For this reason, this research has investigated the most important challenges of multiparty arbitration in such disputes and the conditions for merging of this type of arbitration. The studies carried out show that in most countries, including Iran, there are no comprehensive and complete laws and regulations regarding multiparty arbitration challenges in intra-corporate disputes, and only legislators and judicial procedures in some countries have dealt with this issue in a scattered manner; As a result, suggestions are made to minimize possible problems related to multiparty arbitration proceedings; Firstly, arbitration agreements must include mechanisms related to the notification and participation of shareholders and the selection of the arbitral tribunal to ensure that all parties participate equally in the arbitration proceedings; Second, the conditions and time of using mechanisms such as third party adhesion must be specified; Thirdly, regarding the parties to the arbitration agreement who do not participate in the proceedings of the arbitration proceedings and without good faith claim that they are not bound by the final award, in order to avoid such a situation, it should be clearly stated in the arbitration agreement that the decisions issued in such cases, obligate the parties who did not participate in the arbitration despite having the opportunity; Fourthly, regarding the joinder of parallel arbitrations and the use of the criterion of implied consent, based on a broad interpretation, consent to the joinder should not always be attributed to the parties to the dispute; Because overdoing this issue can reduce the popularity and efficiency of arbitration among dispute resolution methods.

REFERENCES

- [1] Abedi Firoozjaei, Ebrahim. (2019). A speech on the philosophy of corporate law; Commercial Company, Creature of Spontaneous Order or Artificial Order?, Quarterly Journal of Private Law Studies, Volume 49, Number 1. (In Persian)
- [2] Amir Moezi, Ahmad. (2009). International Arbitration in Commercial claims, Tehran, Dadgostar Publishing, Second Edition. (In Persian)
- [3] Born, Gary. (2016), International arbitration: law and practice. Wolters

Kluwer.

- [4] Christian, Borris. (2012) Arbitrability of corporate law disputes in Germany”, German Arbitration Institute (DIS).
- [5] Cremades, Bernardo M., and Ignacio Madalena. (2008). Parallel proceedings in international arbitration." *Arbitration International* 24.4.
- [6] Giovanni M. Ughi. (1980). The Use of Arbitration Clauses in Governing Instruments of Corporate Entities as a Means of Settling Disputes among Shareholders or among Companies and their Shareholders. 8 *Int'l Bus. Law*.
- [7] Holtzman, Robert A(2008). "The Role of Arbitrator Ethics." *DePaul Business and Commercial Law Journal*, 7(3).
- [8] ICC Commission on International Arbitration.(1995). ‘Final Report on Multi-party Arbitrations’, in 6 *ICC International Court Arbitration Bulletin*, no. 1.
- [9] Joneidi, Laia(2009). Execution of Foreign Commercial Arbitration verdicts, Tehran, Shahr-e Danesh, First Edition. (In Persian)
- [10] Kashani, Javad and Sheykhi, Mehdi.(2011). ICC Arbitration Rules on Multiple Parties, and Multiple Contracts, *Bi-Quarterly Journal of Legal Research*, No. 19. (In Persian)
- [11] Khedri, Saleh. (2014). Procedural principle in International Commercial Arbitration, *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 44, Number 4. (In Persian)
- [12] Khedri, Saleh. (2015). Fair Trial in International Commercial Arbitration, *Comparative Law Studies*, Volume 6, Number 2. (In Persian)
- [13] Khodabakhshi, Abdullah. (2014). Arbitration Law and related disputes in judicial procedure, Tehran, Anteshar Co., Third Edition. (In Persian)
- [14] Khodkar, Reza and Rahmati, Parviz. (2021). Majority Rule in Joint Stock Companies; Principles and Territory, Tehran, Anteshar Co., First Edition. (In Persian)
- [15] Kondev, Dimitar. (2017). Multi-party and Multi-contract Arbitration in the Construction Industry. John Wiley & Sons.
- [16] Lee, Joseph. (2017). "Intra-corporate dispute arbitration and minority

- shareholder protection: a corporate governance perspective." *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 83.1.
- [17] Mafi, Homayoun and Tari, Hossein. (2015). Validity of Res Judicata of Arbitration Awards in the Iranian and American Law, *Comparative Law Research*, Volume 19, Number 4. (In Persian)
- [18] Nana Adjoa Hackman.(2009). the Problem of Arbitration & Multi-Party / Multi-Contract Disputes: Is Court-Ordered Consolidation an Adequate Response? University of Dundee.
- [19] Olivier, Caprasse. (2006). 'The Setting up of the Arbitral Tribunal in Multi-Party Arbitration', in *International Business Law Journal*, no. 2.
- [20] Oluomi Yazdi, Hamidreza and Derakhshannia, Hamid.(2018) Court intervention in appointing an arbitrator; Legal Pathology, Judicial Procedure and Model Presentation, *Quarterly Journal of Private Law Research*, Year 6, Issue 22. (In Persian)
- [21] Peter, Kraft. (2010) "German Federal Court of Justice refines the criteria for the admissibility of arbitration clauses: Bundesgerichtshof (II ZR 255/08) Case Comment" 13, 1 *International Arbitration Law review*.
- [22] Raeschke-Kessler, Hilmar (2012) "The Arbitrability of Intra-corporate Disputes in a German GmbH—A Comment on OLG Frankfurt am Main, 2010." *Essays in Honour of Hans Van Houtte*/ed. by P. Wautelet, T. Kruger & G. Coppens. Oxford, Hart Publishing.
- [23] Redfern, Alan, and Martin Hunter. (2015). *Law and practice of international commercial arbitration*. Sweet & Maxwell. Sixth Edition.
- [24] Taghipour, Bahram and Abedi, Hossein.(2019). The approach of the Iranian legal system to the key features of the corporate governance system, *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 49, Number 3. (In Persian)
- [25] Taghipour, Bahram. (2013). Confidentiality of Arbitration, *Private Law Quarterly*, Year 10, No. 2, (In Persian)
- [26] Tahmasebi, Ali.(2015). Reflections on disputes Derived from the Perspective of Judicial Law, *Bi-Quarterly Journal of Civil Law*

Knowledge, Fourth Year, No. 2. (In Persian)

- [27] Thomas, Lennarz.(2010). "Germany: GmbH shareholder disputes now arbitrable Case comment" 76, 2 Arbitration.
- [28] Uyar, Aysel Cetinkaya. (2017). "Arbitration of Intra-Corporate Disputes in Turkish Law." Peter Lang Publishing.
- [29] Wendy Kennett. (2013). "Arbitration of intra-corporate disputes" International Journal of Law and Management, vol 55, issue5.
- [30] Yingvoragan, Pakorn. (2019). The Use of Arbitration in Corporate Disputes: International

داوری چندجانبه در اختلافات درون شرکتی

محمد رستمی^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده

حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران

بهرام تقی‌پور^۲

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق

و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۰

چکیده

در عصر کنونی، ظهور انواع متعدد شرکت‌های تجاری و گسترش فعالیت آن‌ها، زمینه‌ساز طرح مسائل حقوقی جدید در مورد این اشخاص شده است. از جمله این مسائل، استفاده از نهاد داوری در اختلافات داخلی شرکت‌ها است. با وجود آنکه داوری در اختلافات درون شرکتی، در نظام حقوقی بیشتر کشورها پذیرفته شده و در عمل نیز از سوی بسیاری از شرکت‌های تجاری نیز به کار گرفته می‌شود؛ اما در برخی موارد، این موضوع به دلیل تعدد ارکان یا اطراف اختلاف با پیچیدگی‌های فراوانی همراه است. یکی از مواردی که داوری در این نوع از اختلافات را پیچیده می‌نماید، زمانی است که داوری، چندجانبه باشد. به همین جهت مقاله کنونی با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی چالش‌های موجود در داوری چندجانبه و شرایط ادغام اختلافات موجود، پرداخته است. یافته‌های این پژوهش بر مبنای مطالعه تطبیقی، دلالت بر آن دارد که در بیشتر نظام‌های حقوقی، نه تنها استفاده از قواعد عام داوری به علت ویژگی‌های خاص شرکت‌ها، راه‌گشای حل چالش‌های موجود نیست، بلکه قوانین جامع و رویه قضایی کافی در خصوص این اختلافات وجود ندارد.

کلیدواژه‌ها: ادغام داوری، سهامداران، تعیین داوران، ورود ثالث، آیین رسیدگی داوری.

طبقه‌بندی: JEL: G39, J52.

۱ - نویسنده مسئول. ایمیل: Rostami205@yahoo.com

2 - Taghipour.bahram@khu.ac.ir

۱. مقدمه

نهاد داوری به‌عنوان یکی از شیوه‌های مرسوم حل و فصل اختلافات، علاوه بر اشخاص حقیقی، همواره مورد توجه و استقبال شرکت‌های تجاری نیز بوده است. یکی از موضوعاتی که امروزه در خصوص داوری مطرح می‌گردد، مسائل مربوط به «داوری چندجانبه»^۱ است. «داوری چندجانبه» به‌طور خلاصه، نوعی از «داوری است که با اختلافات بیش از دو طرف سروکار دارد» (Olivier, 197: 2006)؛ با این حال، هرگونه اختلاف چندجانبه را نباید مشمول این نوع داوری دانست؛ بلکه در این زمینه باید میان انواع اختلافات چندجانبه، تفاوت قائل شد. اختلافات چندجانبه در یک تقسیم‌بندی کلی بر دو نوع هستند؛ در وضعیت نخست اگرچه اختلاف، بیش از دو طرف دارد اما همه طرفین را می‌توان بر اساس منافع به دو گروه تقسیم نمود؛ یعنی یک گروه از خواهان‌ها و گروه دیگر از خواندگان که در آن اختلاف، منافع طرفین در هر گروه با یکدیگر، منطبق یا یکسان است. در وضعیت دیگر، اختلاف به گونه‌ای است که در آن، طرفین به دلیل منافع متفاوت نسبت به یکدیگر نمی‌توانند به دو گروه خواهان و خوانده تقسیم شوند (Kondev, 2017: 11). از نظر دیوان داوری بین‌المللی^۲ تنها در اختلافات نوع اخیر، داوری چندجانبه می‌تواند مطرح شود؛ بنابراین، داوری چندجانبه، شامل مواجهه بیش از دو طرف با منافع متضاد با یکدیگر بوده (ICC 26-50: Commission on International Arbitration, 1995) و در مواردی که بتوان همه طرف‌های یک اختلاف را بر اساس اشتراک در منافع، در دو گروه (که اعضای هر یک از آن دو گروه با یکدیگر منافع یکسان دارند)، جای داد، از موارد داوری دو جانبه و عادی خواهد بود. از جمله مواردی که زمینه طرح داوری چندجانبه در آن وجود دارد، اختلافات درون‌شرکتی است.^۳ اختلافات درون‌شرکتی، مجموعه اختلافات سهامداران با مدیران، دیگر سهامداران یا

1 - Multi-party arbitration

2 - International Court of Arbitration with the International Chamber of Commerce in Paris ('ICC')

۳ - برخی از چالش‌های مرتبط با داوری‌های چندجانبه، در قواعد داوری سازمانی مانند اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) یا موسسه داوری آلمان یا در آیین داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران متعاقب تصمیم دیوانعالی فرانسه در خصوص پرونده زیمنس-داتکو حل شده‌اند؛ با وجود این در خصوص داوری‌های موردی (ad-hoc) قواعد داوری چندجانبه با ابهاماتی همراه است.

شخص حقوقی شرکت است که با شکل‌گیری، تشکیلات، فعالیت و حاکمیت شرکتی مرتبط است؛ بنابراین اختلافات مذکور، دامنه‌ی گسترده‌ای از اختلافات میان سهامداران (با یکدیگر)، سهامداران و شخص حقوقی شرکت یا اشخاص دیگر همانند مدیران شرکت را شامل می‌شود (Lee, 2017: 93).

شرکت‌های تجاری از ارکان متعددی تشکیل می‌شوند و اختلاف میان ارکان شرکت می‌تواند اختلافی باشد که طرف‌های آن، منافع متفاوتی دارند؛ به‌عنوان مثال اگر سهامدار یک شرکت، تمام سهام خود را به شخص ثالثی بفروشد و سهامداران دیگر به دلایلی (مانند عدم رعایت شرایط موجود در اساسنامه شرکت در خصوص فروش سهام به شخص ثالث) نسبت به این انتقال، اعتراض نمایند، اختلاف مذکور به چهار نفر شامل: سهامدار فروشنده سهام، خریدار سهام شرکت، سهامداران دیگر مدعی انتقال سهام به‌صورت غیرقانونی و شخص حقوقی شرکت (که لازم است بدانند چه کسی سهامدار قانونی به شمار می‌آید)، ارتباط دارد (Raeschke-Kessler, 2012: 199). در این موارد، برخلاف دادگاه‌های ملی که به لحاظ جایگاه و متناسب با قوانین مورد عملشان، ابزارهای کارآمدی برای مدیریت اختلافات و رسیدگی توأم به دعاوی مرتبط یا تفکیک آن‌ها، در اختیار دارند، مراجع داوری به دلیل ضعف ساختاری و ماهیت ایجاد آن‌ها^۱ در زمینه حل و فصل جامع اختلافات با چالش‌های متعددی مواجه می‌باشند (Kashani & Sheikhi, 2011: 39).

علاوه بر این، چالش‌های دیگری، مانند: نحوه انتخاب داوران، سازوکار اطلاع‌رسانی طرفین داوری، پیشگیری از رسیدگی‌های موازی و امکان ادغام پرونده‌های مرتبط نیز در این خصوص وجود دارد. این چالش‌ها عمدتاً به این دلیل پیش می‌آید که به‌طور معمول در اساسنامه شرکت‌ها، شرط داوری به‌صورت کلی ذکر می‌گردد؛ به‌طوری که هنگامی که در عمل اختلافی به وجود می‌آید،

۱ - اگرچه مطابق نظر اکثر حقوقدانان ماهیت قراردادی داوری، به‌عنوان یکی از مزایای آن عنوان می‌گردد؛ اما این موضوع نتوانسته است انتظارات لازم را داوری‌های چندجانبه برآورده سازد؛ به‌عنوان مثال یکی از گروه‌های کاری کمیسیون داوری بین‌المللی ICC در گزارش نهایی خود در خصوص داوری چندجانبه اظهار داشت: «مشکلات داوری‌های چندجانبه، همه ناشی از یک علت است؛ زیرا داوری برپایه یک قرارداد است که فقط اراده مشترک طرفین قرارداد می‌تواند به یک شخصی حق دهد تا در دیوان داوری علیه شخص دیگری اقدام نماید و آن شخص را موظف به حضور در مقابل خود نماید. هرچه تعداد این افراد بیشتر باشد، درجه مراقبت بیشتری نیز باید به کار گرفته شود تا اطمینان حاصل شود که هیچ یک از طرفین برخلاف رضایت خود در رسیدگی شرکت نمی‌کند» (Redfern, 2015:141).

طرفین متوجه می‌شوند که سازوکار طرح دعوی به‌درستی مشخص و واضح نیست. این مسئله نه تنها می‌تواند موجب صدور آرای داوری متعارض گردد، بلکه از آنجایی که در داوری چندجانبه رأی صادره در خصوص هریک از طرفین می‌تواند در حقوق طرفین دیگر اختلاف مؤثر باشد، می‌تواند ابطال آرای صادره را به دنبال داشته باشد.

با توجه به آنکه وقوع اختلافاتی از این نوع میان ارکان یا اعضای شرکت‌های تجاری، همواره محتمل است، امروزه در نظام حقوقی برخی کشورها قواعد مشخصی برای نظم‌دهی به این مسئله، وضع شده است. با این حال در نظام حقوقی ایران، قواعد مشخص و دقیقی در مورد داوری چندجانبه در اختلافات درون‌شرکتی وجود ندارد؛ به‌طوری که این نارسایی، موجب پیدایش ابهامات متعدد در خصوص مواردی چون نحوه تعیین داوران، فرآیند رسیدگی و امکان ادغام داوری‌های مرتبط، شده است.

با توجه به ابهامات موجود، بررسی این موضوع در قالب اثر پژوهشی مستقل، ضروری به نظر می‌رسد. بر این اساس مقاله کنونی با رویکرد تطبیقی و با روش توصیفی-تحلیلی و بر مبنای مطالعات کتابخانه‌ای به بررسی و تحلیل داوری چندجانبه در اختلافات درون‌شرکتی خواهد پرداخت. در این راستا ابتدا به بررسی چالش‌های موجود در خصوص داوری‌های چندجانبه در اختلافات داخلی شرکت‌ها پرداخته می‌شود و بعد از آن، امکان‌سنجی ادغام این نوع از داوری، موردبررسی قرار خواهد گرفت.

۲. چالش‌های داوری چندجانبه در اختلافات درون‌شرکتی

استفاده از نهاد داوری چندجانبه در اختلافات درون‌شرکتی با توجه به پیچیدگی‌هایی که دارد، با مشکلاتی همراه است. در یک تقسیم‌بندی کلی، مجموع مشکلات موجود به چالش‌های مرتبط با تشریفات رسیدگی و چالش‌های مربوط به اصول حاکم بر رسیدگی، قابل تقسیم است که به ترتیب، بررسی می‌شوند.

۱-۲. چالش‌های مربوط به تشریفات رسیدگی

مهم‌ترین چالش‌های داوری چندجانبه در زمینه تشریفات رسیدگی عبارتند از: تعیین داوران و ورود اشخاص ثالث.

۲-۱-۱. تعیین داوران

یکی از مشکلات عملی داوری چندجانبه، تعیین هیئت داوری است. در اختلافاتی که تنها دو طرف دارد و باید توسط هیئت داوری متشکل از سه داور حل و فصل شود، معمولاً هر یک از طرفین، داور خود را انتخاب می‌نماید و انتخاب داور سوم را به دو داور دیگر یا یک نهاد داوری واگذار می‌نماید. اعطای فرصت انتخاب داور به طرفین، این اطمینان را می‌دهد که هیئت داوری در کار خود متعادل خواهد بود.

اما در مواردی که طرف‌های داوری متعدد باشند، تعیین داوران با رعایت تعادل و برابری طرفین (فرصت برابر در انتخاب داور)، تا حدی دشوار می‌گردد؛^۱ زیرا در اختلافات درون‌شرکتی کلیه سهامداران باید فرصت انتخاب داوران داشته باشند؛ به این دلیل که اگر همه سهامداران فرصت انتخاب داوران نداشته باشند، تعیین این داوران می‌تواند برخلاف رضایت سهامدارانی باشد که در انتخاب داوران شرکت نموده‌اند و می‌تواند موجب به چالش کشیدن داوری‌پذیری تلقی گردد؛ بنابراین این موضوع ازجمله حقوقی است که دادرسی عادلانه را در جهت حمایت از منافع سهامداران تضمین می‌نماید (Giovanni M, 1980: 191-192).

اهمیت رعایت فرصت برابر در انتخاب داور تا به آن حد است که بی‌توجهی به آن می‌تواند منجر به ابطال رأی داور گردد. همچنان که در پرونده شرکت داتکو^۲ دیوان عالی کشور فرانسه، اصل برابری طرفین در تعیین داوران را یکی از موضوعات مربوط به نظم عمومی دانسته و به دلیل فقدان فرصت برابر در انتخاب داور، رأی داوری را ابطال نمود (Hackman, 2009: 4). این موضوع در نظام قضایی بیشتر کشورها نیز مورد حمایت قرار گرفته است؛ به‌عنوان مثال در نظام قضایی ایران، برخی محاکم در آرای خود مقرر داشته‌اند: «در مورد تعیین داور مرضی‌الطرفین، یک طرف باید از طرف مقابل خواستار توافق و تراضی در تعیین داور مرضی‌الطرفین گردد نه

۱ - موضوع و بحث داوری‌های چند طرفه وقتی جایگاه دارد که داوری به عهده هیات سه نفره باشد و اگر تمام طرف‌های داوری موافقت بر داور منفرد داشته باشند، این بحث منتفی است. یا اگر تعداد داورها را بیش از سه نفر تعیین کرده باشند، باز هم سالبه به انتفاء موضوع است؛ زیرا هیات داوری به همان تعدادی تشکیل می‌شود که طرفین قرارداد داوری تعیین کرده‌اند (Amir Moezi, 2009: 217).

آنکه با تعرفه شخصی به‌عنوان داور مرضی‌الطرفین، خواستار قبولی یا رد وی شود.^۱ این عبارت دلالت بر آن دارد برای تعیین داور، موافقت همه اطراف اختلاف، ضرورت دارد.

حال در فرض پذیرش این مسئله، این پرسش مطرح می‌شود: در اختلافات داخلی شرکت‌ها علاوه بر موافقت همه اطراف اختلاف جهت تعیین داور، آیا انتخاب داوران نیاز به‌اتفاق آرای سهامداران یا سایر اطراف داوری دارد یا اکثریت آرای هر یک از اطراف کافی است؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت: به‌عنوان یک قاعده کلی، حق طرفین در انتخاب داور به‌عنوان یکی از نتایج اصل اختیار طرفین در داوری محسوب می‌شود (Born, 2016: 171)، که اشخاص نه‌تنها حق ارجاع دعوی خود به داوری را دارند بلکه می‌توانند داور خود را نیز انتخاب نمایند؛ بنابراین برای تعیین داور یا داوران، اتفاق آرای هر یک از اطراف ضرورت دارد.

باین حال، رعایت قاعده‌ی اتفاق آراء در انتخاب داور در برخی موارد، باید کنار گذاشته شود؛ ازجمله این موارد، تعیین داور یا داوران در اختلافات درون‌شرکتی است. این مسئله دلایل متعددی دارد که مهم‌ترین آن‌ها بدین شرح است: نخست آنکه، امروزه قاعده حاکمیت اکثریت آراء به‌عنوان یکی از قواعد بنیادین حقوق شرکت‌ها شناخته می‌شود (Abedi Firouzjaei, 2019: 84) و تصمیم‌گیری در حقوق شرکت‌ها عمدتاً بر مبنای این قاعده صورت می‌گیرد (نه اتفاق آراء)؛ زیرا قاعده اتفاق آراء جهت اتخاذ تصمیم و اداره بهینه امور شرکت و تحقق کارآیی، همواره قاعده مطلوب نیست؛ در مقابل، قاعده اکثریت در بیشتر موارد از کارایی لازم برخوردار است؛ از آن جهت که سهامداران اکثریت در شرکت، مالک بخش اعظم سهام بوده و در نتیجه نفعی که به ایشان می‌رسد، بیشتر از نفعی است که سهامداران اقلیت در شرکت می‌برند. علاوه بر این، در بیشتر موارد، انجام یک عمل به سود برخی اشخاص و به زیان برخی دیگر است؛ در نتیجه سهامداری که تصویب یک عمل را به زیان خود می‌بیند از دادن رأی مثبت به آن امتناع می‌کنند؛ نتیجه این امر آن است که اتخاذ تصمیم در بسیاری از موارد غیرممکن می‌شود (Khodkar & Rahmati, 2021: 56-64)؛ همچنین در توجیه اعمال قاعده اکثریت باید افزود: با عنایت به ماهیت اساسنامه به‌عنوان یک قرارداد، سهامداران با امضای آن یا پذیره‌نویسی سهام شرکت به حاکمیت

اکثریت آرا رضایت داده‌اند.

دوم آنکه، اگرچه اصل تساوی طرفین در انتخاب داوران به‌عنوان یکی از مسائل نظم عمومی شناخته شده است و همه طرف‌های توافقنامه داوری باید از حق یکسانی برای مشارکت در تشکیل هیئت داوری برخوردار باشند،^۱ اما ساختار و ماهیت حقوق شرکت‌ها در برخی موارد، متفاوت از قواعد عمومی مندرج در حقوق قراردادهاست؛ زیرا همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان بیان داشته‌اند: چهار قاعده بنیادین (شخصیت حقوقی، مسئولیت محدود، قاعده اکثریت، اختیارات نامحدود مدیران)، سازمان حقوقی شرکت‌های تجاری را می‌سازند و از طریق حقوق طبیعی (حقوق قراردادها یا نظم لیبرالی) نمی‌توان حقوق شرکت‌ها را تبیین نمود. مطالعه تاریخی حقوق شرکت‌ها، نشان دهنده این واقعیت اساسی است که سازمان حقوقی شرکت تجاری، ماهیتی جدید دارد و با نهادهای قدیمی قابل تطبیق نیست. همچنین با تحلیل دقیق قواعد بنیادین شرکت‌های تجاری، عدم کفایت حقوق قراردادها برای توجیه همه مسائل مربوط به شرکت‌های تجاری، آشکار می‌شود؛ چراکه برخی از این قواعد برخلاف اصل حاکمیت اراده سهامدار و برخی دیگر برخلاف اصل آزادی اراده اشخاص ثالثی که به‌نوعی از وجود شرکت متأثر می‌شوند، هستند (Abedi (Firouzjaei, 2019: 84).

درنهایت باید افزود: با توجه به تعریفی که از داوری چندجانبه‌صورت گرفته است، این نهاد،

1 - Siemens AG/BKMI v. Dutco Construction Company

۲ - در نظام قضایی ایران، برخی از دادگاه‌ها (با استناد به بند ۷ ماده ۴۸۹ و بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی) در آرای صادره بیان داشته‌اند: «در صورت فوت یکی از طرفین قرارداد مشتمل بر شرط داوری، امر داوری زایل و بی‌اعتبار شده و موجبی برای اظهارنظر داور باقی نمی‌ماند. لذا رأی داوری که پس از فوت صادر شده محکوم به بطلان است» (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۱۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۲ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران). با وجود این، اعمال چنین تصمیماتی در خصوص حقوق شرکت‌ها با توجه به تحرک و پویایی قواعد شرکت‌ها هم از نظر شخصی (فوت اشخاص حقیقی) و هم از نظر موضوعی (انحلال ارکان داخلی شرکت) با چالش‌هایی مواجه است. همچنین در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۱۳۱۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۰۷ شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مقرر شده است: «در صورتی که پس از خروج یکی از اعضاء از شرکت تعاونی، ماده‌ای مبنی بر لزوم ارجاع اختلافات به داوری به اساسنامه شرکت اضافه شود، این مقرر نسبت به اختلاف میان عضو خارج شده و شرکت (پرداخت ارزش واقعی سهام) اعمال نمی‌شود و دادگاه به این دعوا رسیدگی می‌نماید». حال اینکه در خصوص التزام یا عدم التزام سهامداران دارای سهام بی‌نام شرکت به شرط داوری اضافه شده در شرکت با ابهام مواجه است؛ زیرا تشخیص تقدم یا تأخر انتقال سهام بر درج شرط داوری همواره با مشکلاتی مواجه است.

شامل مواجهه بیش از دو طرف با منافع متضاد با یکدیگر است؛ در نتیجه، برابری و تساوی هریک از دو طرف با منافع متضاد باید ملاک قرار گیرد نه تساوی تمامی اعضای یک گروه؛ زیرا در حقوق شرکت‌ها استفاده از قاعده اتفاق آراء در اکثریت موارد غیرممکن است؛^۱ به دلیل آنکه چه‌بسا تعداد یک‌پنجم از سهامداران دادخواه به چندین هزار نفر برسد که بدیهی است اتفاق‌نظر آنان اگر غیرممکن نباشد، بسیار دشوار بود و در عمل اداره دادرسی را با دشواری‌هایی مواجه خواهد ساخت (Tahmasebi, 2015: 15).

سؤال دیگری که در خصوص تعیین داوران، مطرح می‌شود آن است در فرضی که اشخاص مذکور نتوانند در تعیین داوران توافق نمایند، برای برون‌رفت از این مشکل چه می‌توان کرد؟ در پاسخ باید گفت: در برخی از کشورها در جهت جلوگیری از بروز این مشکل، راهکارهای مشخصی وجود دارد؛ به‌عنوان مثال، در آلمان، برخی از دادگاه‌های فدرال برای اینکه رویه‌های آتی داورى در این خصوص با مشکلی مواجه نگردد، مقرر نموده‌اند: شرط داورى در اساسنامه شرکت باید شامل نام داوران یا شخص ثالث بی‌طرفی که داوران را مشخص می‌نماید، باشد تا نیاز به تفسیر آن شرط در آینده نباشد (Kraft, 2010: p3).

با این حال در نظام حقوقی ایران، سازوکاری در این زمینه پیش‌بینی نشده و دیدگاه رویه قضایی ایران نیز در این زمینه مشخص نیست. در فرضی که طرفین اختلاف نتوانند در تعیین داوران توافق نمایند اگرچه قانون‌گذار در راستای عقیم نشدن قرارداد داورى مطابق مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) و ماده ۱۱ قانون داورى تجارى بین‌المللی (مصوب ۱۳۷۶) دخالت دادگاه را در این مورد بدون تصریح طرفین پیش‌بینی کرده است، یعنی درواقع دخالت دادگاه در جهت تکمیل قرارداد داورى و مساعدت در به نتیجه رسیدن داورى است (Oluomi Yazdi &

۱ - در صورت پذیرش قاعده اکثریت این سؤال مطرح می‌گردد، آیا علاوه بر لزوم وجود اکثریت سهامداران یا مدیران جهت شروع فرایند داورى، آیا اکثریت مذکور باید در ادامه فرایند رسیدگی نیز وجود داشته باشد؟ به‌عنوان مثال اگر برخی از سهامداران یا مدیران بعد از شروع فرایند رسیدگی از دعوای خود انصراف دهند، تکلیف داوران چیست؟ در خصوص دعوای مشتق که قانونگذار یک پنجم دارندگان سهام را برای شروع رسیدگی لازم می‌داند، برخی از نویسندگان معتقدند: به جز شرایط خاص، باید شرط وجود دارندگان یک پنجم سرمایه را شرط حدوثی دانست که استمرارش برای دادرسی غیرضروری است (Tahmasebi, 2015: 15)؛ به نظر می‌رسد استدلال مذکور را نیز می‌توان در خصوص داورى در اختلافات داخلی شرکت‌ها پذیرفت.

Derakhshannia, 2018: 95)، باوجود این در جهت تسریع در فرایند داوری و جلوگیری از ایجاد اختلاف اشخاص می‌توانند در کنار درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌ها، اشخاص حقیقی یا حقوقی را به‌عنوان داور یا مرجع تعیین داوری قید نموده یا به‌صراحت مطابق ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی، انتخاب داوران را به دادگاه‌ها واگذار نمایند.

۲-۱-۲. ورود اشخاص ثالث

در برخی نظام‌های حقوقی، بیشتر احکام دادگاه‌ها در خصوص اختلافات درون‌شرکتی، حتی اگر یک سهامدار به‌تنهایی اقامه دعوی نماید در حقوق سایر سهامداران تأثیرگذار است؛ به‌عنوان مثال در نظام حقوقی آلمان، حکم دادگاه در خصوص دعوی یک سهامدار در شرکت با مسئولیت محدود^۱ علیه مصوبات مجمع عمومی، نسبت به سایر سهامداران دارای اعتبار امر مختوم^۲ است؛ بااین حال در نظام حقوقی این کشور به‌منظور حفظ حقوق سایر سهامداران، آنان در جهت حفظ منافع خود، حق شرکت در دادگاه به‌عنوان ورود ثالث را دارند (Borris, 2012, 161).

این در حالی است که در بیشتر نظام‌های حقوقی و قانون راهنمای آنسیترال، ورود ثالث در داوری پذیرفته نشده است (Mafi & Tari, 2015). این مسئله در آن دسته از نظام‌های حقوقی (مانند نظام حقوقی ایران) که در آن‌ها سهامداران به‌صورت مستقیم در قالب ورود ثالث، اجازه ورود به رسیدگی داوران را ندارند ممکن است آثار ناخواسته‌ای را به آنان تحمیل کند. در این صورت این سؤال پیش می‌آید اگر اکثریت سهامداران دارای سهام عادی، دعوایی را علیه مدیران شرکت طرح نمایند، آیا کسانی که فقط دارای حق تقدم سهام شرکت بوده و ذی‌نفع در این رسیدگی می‌باشند، می‌توانند وارد رسیدگی داوری شوند؟

در راستای حمایت از حقوق سهامداران، برخی از کشورها قواعدی را در این خصوص وضع نموده‌اند؛ به‌عنوان مثال، در نظام حقوقی هلند اگرچه اختلافات شرکتی قابلیت حل و فصل به‌وسیله داوری را دارند، اما زمانی که منافع سهامداران خواهان رسیدگی داوری، منافع اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار دهد، داوری‌پذیری با محدودیت‌هایی مواجه است (Kennett, 2013: 344). چنین

1 - Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

2 - Res judicata effect of arbitral award

حمایت‌هایی در نظام حقوقی آلمان نیز وجود دارد؛ به‌طوری‌که آگاهی سهامداران از رسیدگی داوری به‌عنوان حداقل شرایط لازم برای ارجاع به داوری در راستای تضمین حقوق سهامداران، توسط دادگاه فدرال آلمان تعیین شده است؛ به این معنا که استفاده از داوری و فرصت حفاظت از منافعشان در هر یک از مراحل دادرسی به رسمیت شناخته شود؛ اگرچه سهامداران، قصد شرکت در فرایند داوری را نداشته باشند، ملزم به رأی داوری خواهند بود؛ زیرا سهامدارانی که رسیدگی داوری را تصدیق می‌کنند، اما تمایلی به شرکت در فرایند آن ندارند فرض خواهد شد که با رسیدگی اختلاف در داوری موافقت نموده‌اند؛ بنابراین شرط مذکور، با هدف ایجاد حمایت قانونی از اثر اعتبار امر مختوم برای مابقی سهامداران و همچنین نسبت به دادگاه است (Yingvoragan, 2019: 22-23).

در نظام حقوقی ایران، مقرره‌ی مشخصی در خصوص پرسش مذکور وجود ندارد. ماده ۲۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی و ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی نیز ورود ثالث را مشروط به موافقت طرفین اصلی می‌دانند؛ درحالی‌که امکان عدم موافقت با ورود اشخاص مذکور نیز وجود دارد؛ بنابراین این موضوع ممکن است موجب بروز مشکلاتی چون صدور آرای متعارض شود. به همین جهت برخی نویسندگان بر این عقیده‌اند: به‌منظور جلوگیری از رسیدگی موازی که ممکن است به دنبال اقامه دعوی مجزای برخی از سهامداران، اتفاق بیفتد، باید در موافقت‌نامه داوری به‌صراحت قید گردد که سایر سهامداران حق اقامه دعوی قبل از ختم داوری یا رسیدگی دادگاه را ندارند (Kraft, 2010: 3).

حال با توجه به نظر مذکور این سؤال مطرح می‌شود، آیا امکان سلب حق اقامه دعوی توسط سهامداران در اساسنامه شرکت وجود دارد؟

در پاسخ به سؤال فوق باید گفت: مستفاد از ماده ۹۵۹ قانون مدنی امکان سلب حق به‌صورت جزئی توسط قانون‌گذار ایران مورد شناسایی واقع شده است؛ درنتیجه با توجه به ماهیت قراردادی اساسنامه و عدم منع قانونی، امکان سلب حق اقامه دعوی به‌صورت جزئی در اساسنامه شرکت فاقد منع قانونی است؛ در همین راستا برخی محاکم ایران بیان داشته‌اند: «نظر به اینکه رابطه حقوقی طرفین ناشی از اساسنامه شرکت مذکور بوده که اصالت و صحت آن محل بحث و اختلاف نیست و اساسنامه مذکور با رعایت مواد ۹۴ الی ۱۱۵ قانون تجارت بین‌شرکا تنظیم شده و همان‌گونه که قراردادهای خصوصی بین افراد در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ و معتبر می‌باشد،

شرط ضمن آن نیز نافذ و لازم الاتباع است؛^۱ بنابراین اگر در اساسنامه شرکت به صراحت قید گردد، در صورت طرح یک موضوع خاص از دعوی توسط سهامداران، سایر سهامداران حق اقامه همان موضوع را قبل از ختم داورى یا رسیدگی دادگاه ندارند (مانند دعوای سهامداران در خصوص تقسیم سود در فرایند داورى در حال رسیدگی)، سهامدارانی که از ابتدا در فرایند داورى شرکت ننموده‌اند نمی‌توانند موضوع مذکور را در دادگاه طرح نمایند.

امروزه در نظام حقوقی برخی کشورها سازوکارهای مشخصی برای جلوگیری از این مشکل ایجاد شده است؛ به عنوان مثال در نظام حقوقی آلمان در شرکت‌های با مسئولیت محدود^۲ که با تعداد کمی سهامدار ایجاد می‌شود، چهار شرط برای به دست آوردن رأی نهایی قابل اجرا در داورى‌های چندجانبه در اختلافات داخلی شرکت، ضروری است؛ در همین راستا دادگاه فدرال آلمان^۳ در سال ۲۰۰۹ حداقل استاندارد تشریفات رسمی رسیدگی (اصول آیین دادرسی)^۴ مربوط به حقوق سهامداران که مرتبط با داورى‌پذیری اختلافات داخلی شرکت می‌باشد را مشخص نموده است. این الزامات جامع شامل چهار رکن است؛ نخست آنکه تمام سهامداران باید با شرط داورى موافق باشند؛ اگر شرط داورى از ابتدا بخشی از اساسنامه شرکت باشد، مشکلی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا این موارد باید توسط کلیه سهامداران مؤسس شرکت، امضا و موافقت گردد؛ اما اگر قرار باشد شرط داورى بعداً در اساسنامه یک شرکت موجود درج گردد، اتفاق آرای سهامداران لازم است؛ زیرا هیچ‌کسی را نمی‌توان بدون رضایت خاص، از حق دادرسی در دادگاه‌های دولتی محروم نمود.

دوم آنکه مدعی نه تنها باید خوانده را برای درخواست داورى مطلع نماید؛ بلکه باید سایر سهامداران را نیز برای شرکت در داورى آگاه کند تا از ابتدای تشکیل دیوان داورى، فرصت شرکت در داورى را داشته باشند؛ همچنین بند داورى باید شامل سازوکاری برای معرفی یک داور مشترک با اکثریت آرا در صورت وجود بیش از یک خواهان یا خوانده باشد. سوم آنکه، اگر یک سهامدار تصمیم بگیرد در مراحل اولیه داورى (از قبیل تعیین دیوان

۱ - دادنامه شماره ۹۲۰۹۵۳، شعبه ۱۸۵ دادگاه عمومی حقوقی استان تهران، مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۰۹

۲ - Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

۳ - German Federal Court of Justice

۴ - Due process of law

داوری) شرکت نکند، باوجود این باید در هر مرحله بعدی قبل از صدور رأی نهایی امکان پیوستن به رسیدگی داوری را داشته باشد؛ همچنین خواهان یا دیوان داوری باید سهامداران غیر شرکت‌کننده در داوری را با ارائه خلاصه‌ای از گزارش‌های تبادل شده، دستورهای دادرسی صادر شده و اظهارات شاهد یا کارشناسان، به‌طور کامل از روند داوری مطلع سازند.

چهارم آنکه به تمامی اختلافات مربوط به موضوعات مشابه که در حال داوری است باید به جهت جلوگیری از صدور آرای متفاوت، در یک دیوان داوری رسیدگی شود؛ در نتیجه هیچ رسیدگی موازی در کنار فرایند رسیدگی فعلی انجام نمی‌گیرد و صدور آرای متعدد و متعارض را غیرممکن خواهد ساخت (Raeschke-Kessler, 2012: 199)؛ بنابراین در حقوق ایران نیز اگرچه با توجه به قاعده اکثریت لزومی به اتفاق آرای سهامداران، جهت درج شرط داوری وجود ندارد، اما سه مقرر دیگر را می‌توان در ذیل شرط داوری در اختلافات داخلی شرکت‌ها قرار داد.

۲-۲. چالش‌های مربوط به اصول حاکم بر رسیدگی

فرآیند داوری از اصول متعددی تبعیت می‌نماید که ارتباط تنگاتنگی با یکدیگر دارند. با توجه به اینکه اجرای برخی از این اصول در داوری در داوری‌های چندجانبه با چالش‌هایی همراه است در این قسمت به بررسی چالش‌های داوری چندجانبه در مواجهه با مهم‌ترین اصول حاکم بر رسیدگی، شامل: اصل برابری در رفتار، اصل توافقی بودن و اصل محرمانه بودن، پرداخته می‌شود.

۲-۲-۱. اصل برابری رفتار

اصل برابری رفتار که پس از اصل اختیار طرفین در داوری (به‌عنوان نخستین اصل قانونی قابل اعمال در رابطه با رسیدگی داوری)، اجرای آن ضرورت دارد (Redfern & Hunter, 2015: 356) در ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مورد تأکید قرار گرفته است. نخستین چالشی که این اصل با آن مواجه است، موقعیت برتر برخی ارکان یا اشخاص مرتبط با شرکت است؛ درواقع، از آنجایی که مدیران نسبت به سهامداران و سهامداران اکثریت نسبت به سهامداران اقلیت از موقعیت برتری برخوردار هستند، این مسئله، رعایت اصل برابری رفتار را با چالش مواجه می‌کند.

چالش دیگری که در ارتباط با این اصل وجود دارد، تعیین داور مستقل و بی‌طرف است؛ زیرا

تحقق اصل برابری در داوری مستلزم استقلال و بی‌طرفی داور نسبت به طرفین، وکلای آنان و سایر اشخاص مرتبط با پرونده است. از نظر بیشتر نویسندگان، داور نه تنها باید واقعاً مستقل و بی‌طرف باشد بلکه باید مستقل و بی‌طرف به نظر آید (Redfern & Hunter, 2015: 354)؛ درواقع داوران نه تنها باید در هر موردی که رسیدگی و تصمیم‌گیری می‌کنند کاملاً عاری از جانبداری باشند، بلکه در ظاهر نیز باید عاری از هرگونه تعصب بوده و رفتارهایی که دلالت بر جانبداری دارد را از خود نشان ندهند (Holtzman, 2008: 482). عدم رعایت این موارد می‌تواند، استقلال داور را مخدوش و اصل برابری رفتار را نقض کند. در برخی موارد، تشخیص تأثیر ارتباط بر استقلال داور، آسان است؛ مانند زمانی که داور، نفع شخصی در نتیجه دعوا داشته باشد؛ به‌عنوان مثال، وی خودش سهامدار یکی از شرکت‌های طرف اختلاف باشد. این موضوع در نظام قضایی انگلستان در پرونده قدیمی و معروف شرکت دیمنس^۱ که در آن، شخص رسیدگی‌کننده، سهامدار عمده شرکت تجاری طرف اختلاف بود، موجب جرح داور گردید. در مقابل در برخی موارد، تشخیص تأثیر ارتباط بر استقلال داور، بسیار دشوار است؛ به‌ویژه در شرکت‌های سهامی عام که با وجود تعداد بی‌شماری سهامدار و داشتن سهام بی‌نام، حتی تعیین داور مستقل و بی‌طرف در عمل دشوار می‌باشد.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است آیا در مواردی که اجرای دقیق اصل برابری رفتار برای داوری در اختلافات درون‌شرکتی، مانع محسوب می‌شود، می‌توان آن را نادیده گرفت؟ آیا عدم رعایت آن، ضمانت اجرا دارد؟

در پاسخ باید گفت: مطابق کنوانسیون نیویورک (مصوب ۱۹۵۸)، عدم رعایت این اصل می‌تواند منجر به خودداری از شناسایی یا اجرای رأی داوری گردد (New York Convention, Article V.1(b))؛ باین‌حال نظام حقوقی ایران در این زمینه، ساکت است؛ به‌طوری‌که نه در قانون داوری تجاری بین‌المللی و نه در قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹)، به‌صراحت به رعایت نکردن اصل مساوات به‌عنوان یکی از مصادیق ابطال رأی داور، اشاره نشده است. باوجوداین همچنان که برخی از نویسندگان گفته‌اند: اصول اجباری دادرسی از مصادیق نظم عمومی می‌باشد؛

1 - Dimes v. Grand Junction Canal, (1852).

بنابراین اگر داور مساوات میان طرفین را که از اصول دادرسی است، رعایت نکرده باشد، محکوم علیه می‌تواند به دلیل اینکه رأی صادره مخالف نظم عمومی است، ابطال آن را از دادگاه بخواهد (Jonesidi, 2009:257) یا با عنایت به ماده ۳۳ قانون داورى تجارى بين المللى که یکی از مصادیق درخواست ابطال رأی داور است، خواستار ابطال آن گردد.^۱

۲-۲-۲. اصل ترافعی بودن

دومین اصلی که در زمینه داوری‌های اختلافات درون‌شرکتی رعایت آن در برخی موارد، دشوار است، اصل ترافعی بودن داوری است. برای تحقق رسیدگی ترافعی به‌عنوان یکی از ارکان دادرسی منصفانه در داوری، لازم است هر یک از اصحاب دعوا از وظیفه و نقش خود آگاه باشد و از عهده انجام صحیح و به‌موقع آن نیز برآید. یکی از ارکان تحقق رسیدگی ترافعی از سوی داور، ابلاغ مناسب و اعطای فرصت دفاع است (Khedri, 2014: 539)؛ به همین جهت، تسلیم رأی در موضوع داوری، موضوعیت دارد. هدف قانون‌گذار در تعیین مهلت برای داور جهت تسلیم رأی، پرهیز از مداخله سلیقه‌ای است. تسلیم رأی درواقع تاریخ ابلاغ رأی داور خواهد بود؛ به عبارت دیگر چون رأی داور جزء اسناد عادی محسوب می‌گردد و این امکان وجود دارد که رأی خارج از مهلت مقرر اصدار یافته و تاریخ صدور به قبل از انقضای مهلت معین شده باشد، مقنن به ضرورت تسلیم رأی داور تأکید کرده و آن را به‌عنوان تاریخ انقضای رأی قلمداد نموده است.^۲ این مسئله از نظر حقوقی نیز دارای آثار است؛ زیرا تا زمانی که ابلاغ رأی داور به شیوه صحیح انجام نپذیرد، درخواست ابطال رأی داور نیز فاقد وجاهت قانونی است.^۳ علاوه بر این، با توجه به آنکه عدم ابلاغ شروع فرایند رسیدگی داوری، امکان دفاع به‌موقع برای طرف اختلاف را دشوار یا ناممکن می‌سازد، دادگاه‌ها در پرونده‌هایی که داور فرصت دفاع به هریک از طرفین نداده باشد،

۱ - قسمت «و» بند ۱ ماده ۳۳ قانون داورى تجارى بين المللى، مقرر می‌دارد: «ترکیب هیات داوری یا آیین دادرسی مطابق موافقتنامه داوری نباشد و یا در صورت سکوت یا عدم وجود موافقتنامه، مخالف قواعد مندرج در این قانون باشد.» یکی از قواعد مندرج در این قانون، رعایت مساوات بین طرفین بوده که در ماده ۱۸ به آن تصریح شده است.

۲ - دادنامه شماره ۱۷۱۸/۱۷۱۵۰۲۲۱۵۰۹۹۷۰۹۲۰، شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۸

۳ - دادنامه شماره ۱۵۰۶۹۶/۱۷۱۵۰۲۲۱۵۰۹۳۰۹۹۷۰۹۲۰، شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۲

در بطلان رأی داور تردید نمی‌کنند؛ به‌عنوان مثال در نظام قضایی ایران، برخی از دادگاه‌ها رأی داور را به دلیل ابلاغ نشدن به خوانده و در نتیجه فراهم نبودن امکان دفاع برای وی باطل اعلام نموده‌اند.^۱

تعیین نحوه اطلاع از شروع داور، ابلاغ و تسلیم رأی در اختلافات داخلی شرکت‌های سهامی به جهت تعدد طرفین، با چالش مواجه است. در واقع، یکی از مسائل مهم در این زمینه، دشواری شناسایی همه افراد ذی‌نفع در یک گروه است. برخلاف شخص حقوقی شرکت یا مدیران آن، که ابلاغ و تسلیم رأی به آن‌ها با دشواری خاصی همراه نیست، در فرضی که شرکت، سهامداران فراوانی دارد، این مسئله می‌تواند چالش‌برانگیز باشد؛^۲ به‌ویژه زمانی که تمامی سهامداران درگیر در فرایند رسیدگی داور شوند (Lennarz, 2010: 308).

به همین جهت در این موارد این سؤال پیش می‌آید: در اختلافات داخلی شرکت‌ها، با توجه به تعداد زیاد سهامداران و تعدد طرفین داور، اطلاع از شروع داور، ابلاغ و تسلیم رأی به چه صورت خواهد بود؟

در برخی کشورها مانند ترکیه، قانون تجارت^۳ دربردارنده‌ی مقررات مشخصی در مورد نحوه اطلاع سهامداران در خصوص روند رسیدگی‌هاست که شامل دعاوی مربوط به ابطال مصوبات مجمع عمومی شرکت نیز می‌شود. ماده ۴۴۸ قانون مذکور مقرر می‌دارد: هیئت‌مدیره باید بلافاصله تشکیل پرونده برای ابطال تصمیمات مجمع را اعلام نماید و تاریخ جلسه شفاهی^۴ را در اعلامیه ذکر کند و شرکت نیز باید شروع رسیدگی پرونده و تاریخ جلسه شفاهی را در پایگاه اینترنتی

۱ - دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۰۲۲۸۷۰۰۵۵۳، شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران، ۱۳۸۹/۵/۱۲

۲ - برخلاف دعاوی مشتق که قانونگذار ایران با تعیین یک معیار، ادعای حداقل یک پنجم سهامداران را برای شروع فرایند رسیدگی کافی می‌داند (حتی اگر مابقی سهامداران با طرح دعوی مخالف باشند) در مورد داور این ابهام وجود دارد که چه تعداد از سهامداران می‌توانند شروع کننده دعوی باشند؟ در خصوص مدیران شرکت، ماده ۱۲۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت (مصوب ۱۳۴۷) مقرر می‌دارد: «برای تشکیل جلسات هیئت مدیره حضور بیش از نصف اعضاء هیئت مدیره لازم است. تصمیمات باید با اکثریت آراء حاضرین اتخاذ گردد مگر آنکه در اساسنامه اکثریت بیشتری مقرر شده باشد»؛ از این رو برای مدیران حد نصاب مذکور کافی خواهد بود.

3 - Turkish Commercial Code (2011)

4 - Oral hearing

خود اعلام نماید و همچنین این خبر را از طریق روزنامه ثبت تجاری ترکیه^۱ اعلام کند (Uyar, 2017: 181).

اما در نظام حقوقی ایران، قوانین داوری و آیین دادرسی مدنی، فاقد قواعد مشخص و راهگشایی در این خصوص می‌باشند؛^۲ به همین دلیل در راستای رفع این مشکل، برخی از نویسندگان بیان داشته‌اند: برای رسیدگی منظم و مدیریت شده در این خصوص، لازم است اسامی تمامی سهامداران ثبت گردد تا اطمینان حاصل گردد که قبل از شروع فرایند داوری، همه سهامداران از وضعیت رسیدگی مطلع شده و می‌توانند به اختیار خود در فرایند رسیدگی شرکت نمایند (Yingvoragan, 2019: 20)؛ به‌طوری که هیچ سهامداری، نتواند با اقامه یک دعوی موجب اختلال در روند رسیدگی فعلی گردد (Kraft, 2010: 4).

اگرچه نظر فوق در صورتی که یک یا چند سهامدار به دلیل نقض حقوق خود، شروع کننده رسیدگی داوری باشند، امکان پذیر است، اما در فرضی که تمامی سهامداران یا تعداد کثیری از یک گروه سهامداران (همانند سهامداران دارای سهام ممتاز) طرف رسیدگی داوری باشند، شاید در عمل غیر ممکن باشد. با وجود این با پذیرش قاعده اکثریت و اعلان از طریق نشر آگهی در این خصوص، لزومی به شناسایی همه افراد ذی‌نفع در یک گروه وجود نخواهد داشت.

در خصوص بهره‌گیری از شیوه ابلاغ از طریق نشر آگهی شاید گفته شود: از آنجایی که ابلاغ از طریق نشر آگهی از مصادیق ابلاغ اوراق قضایی به غیر شخص مخاطب است، بنابراین این ابلاغ، هنگامی دارای اعتبار است که برای دادگاه محرز شود مخاطب از مفاد اوراق مطلع شده است؛^۳ در نتیجه با توجه به تعدد سهامداران و دشواری اثبات آگاهی آنان، ابلاغ از طریق نشر آگهی فاقد

1 - Turkish Trade Registry Gazette

۲ - ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، مقرر می‌دارد: «... ترتیب تشکیل جلسه و نحوه رسیدگی و دعوت برای حضور در جلسه، توسط داوران تعیین خواهد شد. در مواردی که ارجاع امر به داوری از طریق دادگاه بوده، دعوت به حضور در جلسه به موجب اظهاریه دفتر دادگاه به عمل می‌آید»؛ همچنین ماده ۴۸۵ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «چنانچه طرفین در قرارداد داوری طریق خاصی برای ابلاغ رأی داوری پیش‌بینی نکرده باشند، داور مکلف است رأی خود را به دفتر دادگاه ارجاع کننده دعوا به داور یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد تسلیم نماید. دفتر دادگاه اصل رأی را بایگانی نموده و رونوشت گواهی شده آن را به دستور دادگاه برای اصحاب دعوا ارسال می‌دارد».

۳ - دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۱۰۰۰۳۰۱، شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور، مورخ ۱۳۹۴/۰۴/۰۹

وجاهت است.

اما با توجه به جایگاه و اهمیت نشر آگهی در مقررات حقوق شرکت‌ها و تأکید قانون‌گذار ایران بر لزوم انتشار مهم‌ترین تغییرات شرکت در روزنامه کثیرالانتشار شرکت و «با توجه به این که اصل ابلاغ جزو اصول آیین دادرسی مدنی است»، باید از سوی داوران مورد توجه واقع شود؛ ولی شیوه ابلاغ که جزو تشریفات آیین دادرسی مدنی است، لازم نیست منطبق با مقررات امری قانون آیین دادرسی مدنی باشد؛^۱ بنابراین می‌توان گفت در کنار شرط داوری در اساسنامه شرکت، ابلاغ از طریق نشر آگهی را نیز می‌توان به عنوان روش آگاهی طرفین اختلافات داخلی شرکت قید نمود.^۲

۲-۳. اصل محرمانه بودن

سومین اصلی که اجرای دقیق آن در اختلافات درون‌شرکتی چالش‌هایی را به همراه دارد، اصل محرمانه بودن داوری است؛ چراکه در یک اختلاف تجاری، احتمالاً برخی از اسرار تجاری، داده‌ها و غیره افشا می‌شود. معمولاً بعضی از طرفین داوری از اینکه همه اطراف داوری از برخی اطلاعات یا اسرار تجاری مهم مطلع گردند، احساس خوبی نخواهند داشت (Hackman, 2009: 17)؛ به همین جهت ممکن است برخی از طرف‌های اختلاف از ارائه همه اسناد و اطلاعات مؤثر در اختلاف خودداری نمایند و فرایند داوری را با مشکل مواجه کنند؛ به عنوان مثال الزامات مربوط به اطلاعات درباره رویدادها و تصمیمات شرکت که بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم سرمایه‌گذاران تأثیر فراوان دارد از جمله این اطلاعات است. در داوری‌های تجاری بین‌المللی نیز اگرچه نخستین موضوعی که مشمول تعهد محرمانه بودن می‌شود، خود اختلاف موجود و داوری میان طرفین است، اما این مورد در حقوق شرکت‌ها با استثنا مواجه است؛ زیرا امروزه افشای

۱ - دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۶۱۰، شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۳

۲ - همچنین می‌توان با استفاده از وحدت ملاک ماده ۷۴ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد: «در دعاوی راجع به اهالی معین اعم از ده یا شهر یا بخشی از شهر که عده آنها غیر محصور است علاوه بر آگهی مفاد دادخواست به شرح ماده قبل، یک نسخه از دادخواست به شخص یا اشخاصی که خواهان آنها را معارض خود معرفی می‌کند ابلاغ می‌شود»، بیان داشت: در اختلافات داخلی شرکت‌ها نیز علاوه بر نشر آگهی، باید سهامدار یا سهامدارانی که دارای اکثریت سهام هستند، طرف، قرار گیرند.

اطلاعات به‌عنوان یکی از شاخصه‌های کلیدی نظام اداره شرکت‌ها (حاکمیت شرکتی) شناخته می‌شود که عدم اجرای آن در نظام‌های حقوقی همراه با ضمانت اجرای مدنی و انتظامی است (Taghipour & Abedi, 2019: 419-422)؛ بنابراین اگرچه در اختلافات داخلی شرکت‌ها طرفین اصولاً مکلف‌اند جنبه محرمانه بودن داور و همه اطلاعات و اسناد و مدارکی که در حین داوری ایجاد شده یا افشا می‌شوند را حفظ کنند، اما افشای این اسناد یا اطلاعات باید جهت احقاق حق آن‌ها یا در راستای اعتراض نسبت به رأی داوری با حفظ اصل حسن نیت باشد (Taghipour, 2013: 317).

۳. امکان‌سنجی ادغام داوری‌های چندجانبه

با توجه به چالش‌های داوری‌های چندجانبه برخی از نویسندگان موضوع ادغام داوری‌ها را مطرح کرده‌اند. به همین جهت ابتدا مزایا و معایب ادغام داوری‌های چندجانبه و پس از آن، شرایط ادغام داوری‌های چندجانبه بررسی خواهد شد.

۳-۱. مزایا و معایب ادغام داوری چندجانبه

از نظر برخی از نویسندگان، برای جلوگیری از مشکلات مربوط داوری‌های چندجانبه، بهترین راهکار این است که همه اختلافات مربوط به یک اتفاق واحد با هم و در یک داوری رسیدگی شود (Redfern & Hunter, 2015: 73). از نظر این گروه، ادغام داوری‌های چندجانبه دارای مزایای متعددی برای شرکت‌های تجاری بدین شرح است؛ نخست آنکه، یک داوری منفرد در برخی شرایط همانند دعاوی در محاکم قضایی می‌تواند کارآمدتر از دو یا چند داوری جداگانه باشد. انجام یک رسیدگی موجب صرفه‌جویی در هزینه‌های حقوقی کلی، هزینه‌های داوران، وقت شهود، تلاش برای تهیه مقدمات رسیدگی و سایر هزینه‌هایی که در دادرسی وجود دارد، می‌شود (Born, 2016: 282)؛ دوم آنکه، ادغام داوری، صدور آرای متناقض را که در نتیجه دو یا چند رسیدگی ممکن است پدیدار شود، کاهش می‌دهد (Born, 2016: 282).

این گروه از نویسندگان، چندین روش برای ادغام پیشنهاد کرده‌اند. این روش‌ها شامل

داوری‌های رشته‌ای،^۱ جلسات دادرسی هم‌زمان (با داور یکسان برای همه داوری‌های مختلف)، ادغام با حکم دادگاه و ادغام با رضایت طرفین می‌شود (Redfern & Hunter, 2015: 73).
 باین حال به چند دلیل به نظر می‌رسد ادغام داوری چندجانبه در اختلافات درون شرکتی همواره امری مطلوب نباشد؛ نخست آنکه، ادغام داوری، در خصوص تعیین داوران، مسئله محرمانگی در داوری و طولانی شدن فرایند رسیدگی می‌تواند مشکلاتی را به دنبال داشته باشد (Born, 2016: 282-283). دوم آنکه، ادغام داوری‌ها که موجب پیدایش بیش از دو طرف در یک داوری یکسان خواهد شد، امکان برخورد مساوی با همه اطراف که موجب رضایت آن‌ها گردد را دشوار می‌سازد (Hackman, 2009: 17). سوم آنکه، یکی دیگر از مشکلات عملی مربوط به ادغام اجباری، نحوه تعیین هیئت داوران است؛ زیرا هریک از موافقت‌نامه‌های داوری ممکن است، روش متفاوتی برای تعداد و نحوه انتصاب دیوان داوری ارائه دهند؛ بنابراین در صورت حکم به ادغام اجباری توسط دادگاه، تصمیم‌گیری در خصوص تعداد داوران و نحوه انتصاب آنان ممکن است مشکلاتی را به همراه داشته باشد.

۲-۳. شرایط ادغام داوری چندجانبه

در مواردی که ادغام داوری‌های چندجانبه، امری مطلوب تلقی می‌گردد، وجود دو شرط، شامل موافقت همه طرفین اختلاف و ارتباط اساسی میان دو دعوا ضروری است که در این قسمت در مورد هر یک توضیح داده می‌شود.

۱-۲-۳. موافقت همه طرفین اختلاف

از نظر بیشتر نویسندگان، ماهیت داوری به گونه‌ای است که بر پایه اعتباری که از رضایت طرفین می‌گیرد، شکوفا می‌شود. این موضوع، ناشی از مبنای اصل اختیار طرفین داوری است؛ بنابراین برای اینکه رسیدگی به یک داوری چندجانبه امکان‌پذیر باشد، باید همه طرفین اختلاف با آن موافقت کرده باشند (Cremades & Madalena, 2008: 537)؛ در نتیجه در مواردی که هر یک از طرف‌های اختلاف، ادغام را به نفع خود ندانسته و با آن مخالف باشد، نباید به این امر

1 - String arbitrations

مبادرت شود.

در بیشتر نظام‌های حقوقی نیز ادغام داوری‌ها معمولاً تنها در مواردی امکان‌پذیر است که همه طرفین با چنین اقدامی در توافقنامه داوری اصلی، موافقت نموده باشند؛ به‌عنوان مثال در نظام حقوقی انگلستان، قانون داوری انگلیس (مصوب ۱۹۹۶) در ماده ۳۵ مقرر می‌دارد: «تا زمانی که طرفین موافقت نکنند تا چنین اختیاری را به دیوان داوری اعطا نمایند، دیوان هیچ قدرتی برای دستور ادغام یا برگزاری جلسات رسیدگی هم‌زمان ندارد» (Arbitration Act 1996, section 35).

باوجود این در برخی از کشورها به دلایل متعدد از جمله با استناد به ملاحظات کارآیی و عدالت یا انصاف، از رویکرد ضرورت وجود توافق برای ادغام، عدول نموده‌اند که درواقع این رویکرد، استثنائاتی بر لزوم به رسمیت شناختن اصل اختیار طرفین است (Born, 2016: 282-283). چنین رویکردی را در نظام قضایی آمریکا می‌توان مشاهده نمود. در ایالات متحده آمریکا وضعیت ادغام اجباری از یک ایالت به ایالت دیگر متفاوت است. اگرچه قانون داوری فدرال^۱ به‌صراحت به مسئله ادغام، الحاق طرف دعوا یا ورود ثالث اشاره‌ای ندارد، اما برخی دادگاه‌های آمریکا همواره بر این عقیده بوده‌اند: قانون داوری فدرال، دارای یک اختیار ضمنی برای محاکم است که به آن‌ها اجازه ادغام داوری را می‌دهد؛ حتی اگر طرفین توافق نکرده باشند که ادغام با حکم دادگاه باشد. یک نمونه از این دیدگاه را در پرونده کمپانی اسپانولیا^۲ می‌توان مشاهده نمود. در این پرونده، دادگاه رسیدگی‌کننده، سه طرف یک اختلاف را مکلف نمود تا در داوری ادغام شده، شرکت نمایند. دادگاه در این خصوص چنین استدلال نمود: «ما بر این عقیده هستیم که اهداف آزادی‌خواهی قانون داوری فدرال، ایجاب می‌کند که قانون مذکور به گونه‌ای تفسیر شود تا اجازه و حتی تشویق رسیدگی‌های داوری را در پرونده‌های مناسب فراهم آورد.» در این پرونده، دادگاه به‌منظور ادغام به وجود توافق در مورد ادغام، تکیه ننمود؛ بلکه تنها به منافع کارآیی استناد نمود (Born, 2016: 284).

بااین حال، علیرغم این تصمیمات، در حال حاضر بیشتر محاکم آمریکا، استدلال مطرح شده در

1 - The Federal Arbitration Act

2 - Compania Espanola de Petroleos, SA v. Nereus Shipping, 1974

پرونده مذکور را رد نموده و معتقدند که قانون داوری فدرال، مجوز ادغام داوری‌های چندجانبه را در غیاب توافق طرفین مبنی بر چنین اقدامی نمی‌دهد. همان‌گونه که دادگاه استیناف حوزه دوم ایالات متحده آمریکا^۱ در پرونده دولت انگلیس علیه شرکت بوئینگ^۲ مقرر داشت: «دادگاه مجاز نیست در امر داوری خصوصی دخالت نماید تا دیدگاه خود را تحمیل نماید» و اگر طرفین قرارداد بخواهند تمام اختلافات ناشی از موقعیت عملی مشابه را در یک رسیدگی داوری حل و فصل نمایند، می‌توانند به سادگی ادغام داوری‌ها را در بندهای قرارداد داوری که طرف آن هستند، پیش‌بینی نمایند (Born, 2016:282).

حال که مشخص شد شرط ادغام، رضایت طرفین است این سؤال مطرح می‌شود که آیا دادگاه بر مبنای رضایت ضمنی نیز می‌تواند مبادرت به ادغام نماید؟

در پاسخ برخی از حقوقدانان بیان داشته‌اند: در بیشتر موارد موافقت‌نامه‌های داوری به صراحت به مسئله ادغام نمی‌پردازند؛ با این حال، این به معنای آن نیست که نتوان توافق بر ادغام را به صورت ضمنی پذیرفت. رضایت ضمنی در بسیاری موارد از مجموع اوضاع و احوال موجود، قابل استنباط است؛ به عنوان مثال، موافقت طرفین بر ارجاع اختلاف به داوری در یک کشوری که اجازه تلفیق داوری اجباری را می‌دهد، به معنای آن است که طرفین به طور ضمنی، با یک ادغام اجباری موافقت نموده‌اند؛^۳ همچنین طرفین متعددی که یک قرارداد داوری را امضا می‌کنند، صریحاً موضوع داوری چندجانبه را تحت حاکمیت اراده خود در آورده و رضایت خود را به رسیدگی داوری چندجانبه اعلام می‌کنند؛ بنابراین هنگامی طرفین پرونده‌های داوری متعددی را تشکیل می‌دهند، می‌توانند پرونده‌ها را برای رسیدگی واحد نزد یک دیوان داوری ادغام نمایند؛ مشروط بر اینکه ادغام مطابق اراده طرفین باشد یا یک بند در توافقنامه داوری این موضوع را قید نموده باشد. همچنین، قرار دادن موادی که داوری چندجانبه را در اساسنامه شرکت تعیین می‌نمایند، می‌تواند به صورت ضمنی، نشان دهنده موافقت کلیه سهامداران و سایر ارکان شرکت بر ادغام داوری‌های موازی باشد (Uyar, 2017: 193).

1 - Second Circuit

2 - Government of the United Kingdom v. Boeing Co

3 - Davidson, F., Arbitration (Scottish Universities Law Institute, 2000)

این نظر در نظام قضایی آمریکا از سوی برخی از قضات نیز پذیرفته شده است؛ به عنوان مثال، تعدادی از دادگاه‌های آمریکا معتقدند در مواردی که قرارداد طرفین ساکت است، ادغام می‌تواند از مفاد و ساختار قراردادی و همچنین از لحاظ کارآیی به صورت ضمنی قابل استنباط باشد (Born, 2016: 286). در واقع اگر قرارداد طرفین به صراحت اجازه ادغام را ندهد، دادگاه در تصمیم‌گیری در خصوص مجاز بودن به ادغام قرارداد می‌تواند به روش‌های معمول تفسیر قرارداد متوسل شود.^۱

۳-۲-۲. ارتباط اساسی میان دعاوی

داوری چندجانبه ممکن است تحت یکی از دو موقعیت‌های زیر به وجود بیاید؛ نخست آنکه اطراف متعدد در قراردادهای متعدد اما مرتبط با موضوع اختلاف وجود داشته باشند. در این وضعیت (که در پروژه‌های بزرگ ساختمانی بسیار معمول است)، چندین نهاد، قراردادهای مختلف اما مرتبط با یکدیگر منعقد می‌کنند؛ دوم آنکه جایی که اطراف متعدد در قرارداد واحد وجود دارند. در این موارد چندین طرف در قالب یکی از انواع مشارکت‌های تجاری،^۲ پارتنرشپ^۳ و کنسرسیوم^۴ بر اساس قراردادی که حاکم بر یک رابطه تجاری است گرد هم می‌آیند. در حقوق ایران با عنایت به ماهیت اساسنامه و پذیرش آن در روابط سهامداران و سایر ارکان شرکت که شرط داوری، یکی از بخش‌های توافق جمعی تلقی می‌گردد (Khodabakhshi, 191: 2014)، اختلافات به وجود آمده در روابط سهامداران و سایر ارکان شرکت را می‌توان مصداقی از اطراف متعدد در قرارداد واحد دانست (Redfern & Hunter, 2015: 202). در همه موارد فوق، میان دعاوی، ارتباط وجود دارد.

از نظر بیشتر نویسندگان، ارتباط میان پرونده‌ها یکی از شروط اصلی برای ادغام پرونده‌ها است (Uyar, 2017: 191). از نظر آنان، برای ادغام داوری‌های چندجانبه، وجود درجه بالایی از ارتباط میان پرونده‌های در حال رسیدگی که تصمیم اتخاذ شده در یکی از آنها به طور مستقیم، مؤثر بر

1 - Connecticut Gen. Life Ins. Co. v. Sun Life Assur. Co. of Canada, 210 F.3d 771 (7th Cir. 2000)

2 - Joint ventures

3 - Partnerships

4 - Consortia

دیگری باشد، ضرورت دارد (Cremades & Madalena, 2008: 534)؛ از این رو معیارهای مختلفی برای تشخیص ارتباط اساسی می‌توان در نظر گرفت؛ از جمله آنکه پرونده‌ها دارای اشتراکات حقوقی و واقعی متعددی باشند. در این راستا پرونده ذیل را به عنوان نمونه می‌توان ذکر نمود. در پرونده شرکت سیتی و جنرال،^۱ خواهان قراردادی با شرکت کایر^۲ در خصوص کارهای بازسازی در لندن منعقد نمود. خواهان همچنین دو توافق جداگانه با شرکت ای. وای. اچ^۳ به عنوان مدیر پروژه و برآوردکننده پروژه^۴ منعقد نمود. بند ۱۷ قرارداد بیان می‌داشت: اگر هرگونه اختلاف ناشی از این سند اساساً مربوط به موضوعات مطرح شده در اختلاف مربوط دیگر باشد یا به آن مرتبط باشد، اختلاف باید به داور منسوب شده که برای اختلاف مربوط تعیین شده است، ارجاع شود. اتمام پروژه تا ۸۰ هفته به تأخیر افتاد و هزینه‌ها و مخارج بسیار بیشتر از برآورد اولیه بود؛ بنابراین شرکت سیتی، داوری را علیه شرکت کایر آغاز نمود و تلاش نمود ادعای علیه ای. وای. اچ. را به دلیل عدم اجرای وظیفه نظارت معقول و دقت کافی به عنوان مدیر پروژه و برآوردکننده آن، به همان داوری ارجاع دهد. در مقابل شرکت ای. وای. اچ. این موضوع را به دلیل عدم ارتباط اساسی میان دو اختلاف در دادگاه فناوری و ساخت‌وساز^۵ به چالش کشید.

دادگاه فناوری و ساخت‌وساز در حکم خود علیه شرکت ای. وای. اچ. استدلال نمود که هدف از این بند در قرارداد، جلوگیری از رسیدگی‌های متعدد است که به احتمال زیاد موجب افزایش هزینه و صدور آرای متعارض خواهد شد و از آنجایی که بخش عمده این موضوعات با یکدیگر مرتبط بوده‌اند، بند ۱۷ قرارداد مذکور اعمال خواهد شد. بر همین اساس، دادگاه دستور داد که این اختلاف توسط همان داوری که به اختلاف کایر رسیدگی می‌کند، مورد رسیدگی قرار گیرد.^۶

1 - City & General (Holborn) Ltd. V. AYH Plc (2005)

2 - Kier

3 - AYH

4 - Quantity surveyor for the project

5 - Technology and Construction Court

۶ - به زعم برخی از حقوقدانان ترکیه‌ای در نظام حقوقی این کشور، برای جلوگیری از مواردی که ممکن است بر قابلیت اجرای رأی نهایی تأثیر بگذارد، زمان وضع قواعد مربوط به ادغام داوری، طرفین باید موارد زیر را تصریح نمایند: ۱- مفاد یا محتوای ارتباط مورد نیاز برای ادغام؛ ۲- مرحله‌ای از پرونده که ادغام در آن ممکن است؛ ۳- فرایند ادغام؛ ۴- تعیین قراردادهایی که باید در صورت عقد چندین قرارداد گنجانده شود، مانند قراردادهای زنجیره‌ای یا گروه شرکت‌ها. همچنین در حقوق این کشور شرایطی که در آن الحاق شخص ثالث اعمال می‌شود مشخص شده است که شامل مواردی است که افراد

۴. نتیجه

داوری به عنوان یکی از سازوکارهای حل اختلاف، جایگاه مهمی در حقوق دارد؛ با وجود این به کارگیری این نهاد در حقوق شرکت‌ها با ابهامات و چالش‌هایی مواجه است؛ زیرا حقوق شرکت‌ها دربردارنده‌ی طیف وسیعی از اشخاص ذی‌نفع می‌باشد که صدور رأی قابل اجرا در داوری، مستلزم رعایت حقوق اکثر طرفین می‌باشد؛ بنابراین بحث داوری چندجانبه در اختلافات داخلی شرکت‌ها، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. به همین جهت، این پژوهش به بررسی مهم‌ترین چالش‌های داوری چندجانبه در این قبیل اختلافات و شرایط ادغام این نوع از داوری‌ها پرداخته است. بررسی‌های به عمل آمده نشان می‌دهد در بیشتر کشورها از جمله ایران، در خصوص چالش‌های داوری چندجانبه در اختلافات داخلی شرکت‌ها قوانین و مقررات جامع و کاملی وجود ندارد و تنها قانون‌گذاران و رویه قضایی در برخی کشورها به این موضوع به صورت پراکنده پرداخته‌اند؛ در نتیجه برای به حداقل رسانیدن مشکلات احتمالی مربوط به رسیدگی داوری چندجانبه پیشنهادهایی ارائه می‌گردد؛ نخست آنکه، موافقت‌نامه‌های داوری باید شامل سازوکارهای مربوط به اطلاع‌رسانی و نحوه مشارکت سهامداران و انتخاب دیوان داوری باشند تا اطمینان حاصل گردد که همه طرفین به طور مساوی در رسیدگی داوری مشارکت می‌نمایند؛ دوم آنکه، شرایط و زمان استفاده از سازوکارهایی از قبیل ادغام یا الحاق شخص ثالث باید مشخص گردد؛ سوم آنکه، در خصوص طرفین موافقت‌نامه داوری که در رسیدگی‌های مراحل داوری

متعدد از یک حق بهره‌مند می‌شوند یا دارای ادعاهای متقابل علیه یکدیگر هستند و قانون ماهوی برای همه آنها یک تصمیم واحد را لازم می‌داند؛ به عنوان مثال پرونده‌های مربوط به مالکیت مشترک یک دارایی یا حق، پرونده‌هایی که مربوط به تخلیه املاک اجاره داده شده بر اساس قرارداد با بیش از یک مالک یا مستأجر است؛ بنابراین برای جلوگیری از مخومه شدن پرونده و دستیابی به الحاق پرونده‌ها، طرفین باید مقید به توافق داوری بوده و در مهلت مقرر در توافقنامه داوری به پرونده بپیوندند. اگر تمام طرفین الحاق داوری، طرف قرارداد داوری نباشند، نمی‌توانند به داوری ملحق شوند، مگر اینکه خواندگان این دعوا به این الحاق رضایت دهند؛ وگرنه در غیر این صورت، این مورد می‌تواند مطابق بند ۳ ماده ۱۱ کنوانسیون نیویورک به عنوان یکی از موارد ابطال رأی داوری مطرح گردد (Uyar, 2017: 175)؛ در همین راستا در مواردی که شخصی ثالث به جای ادغام پرونده‌ها، به عنوان شخص ثالث به پرونده، ملحق می‌شود نیز باید ۱- شرایط الحاق شخص ثالث؛ ۲- نوع الحاق شخص ثالث (اصلی یا تبعی)؛ ۳- مرحله‌ای از پرونده تا زمانی که ادغام امکان پذیر است؛ ۴- حقوق شخص الحاق شده؛ ۵- تأثیر رأی بر طرف ملحق شده، درج شود (Uyar, 2017: 188)

مشارکت نمی‌کنند و بدون حسن نیت ادعای عدم الزام به رأی صادره نهایی را دارند، برای جلوگیری وقوع چنین وضعیتی باید در قرارداد داوری به صراحت تصریح گردد که آرایه‌ای که در چنین مواردی صادر می‌گردد، طرفینی را که علیرغم داشتن فرصت در داوری مشارکت ننموده‌اند را نیز ملزم نماید؛ چهارم آنکه، در خصوص ادغام داوری‌های موازی و استفاده از معیار رضایت ضمنی، نباید بر اساس تفسیر گسترده، همواره رضایت به ادغام را منتسب به طرف‌های اختلاف نمود؛ زیرا افراط در این موضوع می‌تواند موجب کاهش محبوبیت و کارآمدی داوری در میان شیوه‌های حل و فصل اختلافات شود. در آخر پیشنهاد می‌شود در اصلاحات آتی قانون داوری، آیین دادرسی مدنی یا قوانین تجاری، قانون‌گذار ایران به مشخص نمودن سازوکارهای اجرای شرط داوری در اختلافات داخلی شرکت‌ها، توجه بیشتری نماید و رویه قضایی نیز با مشخص نمودن آیین داوری در اختلافات درون شرکتی به طور صریح و شفاف، گامی مؤثر در زمینه ترغیب شرکت‌ها به درج این شرط در اساسنامه خود فراهم آورد.

References

- [1] Abedi Firoozjaei, Ebrahim. (2019). A speech on the philosophy of corporate law; Commercial Company, Creature of Spontaneous Order or Artificial Order?, Quarterly Journal of Private Law Studies, Volume 49, Number 1. (In Persian)
- [2] Amir Moezi, Ahmad. (2009). International Arbitration in Commercial claims, Tehran, Dadgostar Publishing, Second Edition. (In Persian)
- [3] Born, Gary. (2016), International arbitration: law and practice. Wolters Kluwer.
- [4] Christian, Borris. (2012) Arbitrability of corporate law disputes in Germany", German Arbitration Institute (DIS).
- [5] Cremades, Bernardo M., and Ignacio Madalena. (2008). Parallel proceedings in international arbitration." Arbitration International 24.4.
- [6] Giovanni M. Ughi. (1980). The Use of Arbitration Clauses in Governing Instruments of Corporate Entities as a Means of Settling Disputes among Shareholders or among Companies and their Shareholders. 8 Int'l Bus. Law.
- [7] Holtzman, Robert A (2008). "The Role of Arbitrator Ethics." DePaul Business and Commercial Law Journal, 7(3).
- [8] ICC Commission on International Arbitration. (1995). 'Final Report on Multi-party Arbitrations', in 6 ICC International Court Arbitration Bulletin, no. 1.
- [9] Joneidi, Laia (2009). Execution of Foreign Commercial Arbitration verdicts, Tehran, Shahr-e Danesh, First Edition. (In Persian)
- [10] Kashani, Javad and Sheykhi, Mehdi. (2011). ICC Arbitration Rules on

- Multiple Parties, and Multiple Contracts, *Bi-Quarterly Journal of Legal Research*, No. 19. (In Persian)
- [11] Khedri, Saleh. (2014). Procedural principle in International Commercial Arbitration, *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 44, Number 4. (In Persian)
- [12] Khedri, Saleh. (2015). Fair Trial in International Commercial Arbitration, *Comparative Law Studies*, Volume 6, Number 2. (In Persian)
- [13] Khodabakhshi, Abdullah. (2014). Arbitration Law and related disputes in judicial procedure, Tehran, Anteshar Co., Third Edition. (In Persian)
- [14] Khodkar, Reza and Rahmati, Parviz. (2021). Majority Rule in Joint Stock Companies; Principles and Territory, Tehran, Anteshar Co., First Edition. (In Persian)
- [15] Kondev, Dimitar. (2017). Multi-party and Multi-contract Arbitration in the Construction Industry. John Wiley & Sons.
- [16] Lee, Joseph. (2017). "Intra-corporate dispute arbitration and minority shareholder protection: a corporate governance perspective." *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 83.1.
- [17] Mafi, Homayoun and Tari, Hossein. (2015). Validity of Res Judicata of Arbitration Awards in the Iranian and American Law, *Comparative Law Research*, Volume 19, Number 4. (In Persian)
- [18] Nana Adjoa Hackman.(2009). the Problem of Arbitration & Multi-Party / Multi-Contract Disputes: Is Court-Ordered Consolidation an Adequate Response? University of Dundee.
- [19] Olivier, Caprasse. (2006). 'The Setting up of the Arbitral Tribunal in Multi-Party Arbitration', in *International Business Law Journal*, no. 2.
- [20] Oluomi Yazdi, Hamidreza and Derakhshannia, Hamid.(2018) Court intervention in appointing an arbitrator; *Legal Pathology, Judicial Procedure and Model Presentation*, *Quarterly Journal of Private Law Research*, Year 6, Issue 22. (In Persian)
- [21] Peter, Kraft. (2010) "German Federal Court of Justice refines the criteria for the admissibility of arbitration clauses: Bundesgerichtshof (II ZR 255/08) Case Comment" 13, 1 *International Arbitration Law review*.
- [22] Raeschke-Kessler, Hilmar (2012) "The Arbitrability of Intra-corporate Disputes in a German GmbH—A Comment on OLG Frankfurt am Main, 2010." *Essays in Honour of Hans Van Houtte*/ed. by P. Wautelet, T. Kruger & G. Coppens. Oxford, Hart Publishing.
- [23] Redfern, Alan, and Martin Hunter. (2015). *Law and practice of international commercial arbitration*. Sweet & Maxwell. Sixth Edition.
- [24] Taghipour, Bahram and Abedi, Hossein.(2019). The approach of the Iranian legal system to the key features of the corporate governance system, *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 49, Number 3. (In Persian)
- [25] Taghipour, Bahram. (2013). Confidentiality of Arbitration, *Private Law Quarterly*, Year 10, No. 2, (In Persian)

- [26] Tahmasebi, Ali.(2015). Reflections on disputes Derived from the Perspective of Judicial Law, Bi-Quarterly Journal of Civil Law Knowledge, Fourth Year, No. 2. (In Persian)
- [27] Thomas, Lennarz.(2010). "Germany: GmbH shareholder disputes now arbitrable Case comment" 76, 2 Arbitration.
- [28] Uyar, Aysel Cetinkaya. (2017). "Arbitration of Intra-Corporate Disputes in Turkish Law." Peter Lang Publishing.
- [29] Wendy Kennett. (2013). "Arbitration of intra-corporate disputes" International Journal of Law and Management, vol 55, issue5.
- [30] Yingvoragan, Pakorn. (2019). The Use of Arbitration in Corporate Disputes: International and Thai Perspectives, LLM thesis, Bureau of Foreign Affairs.

The Penalty Clause in Monetary Obligations by Analyzing the Procedural Unity Verdict no. 805 of the Supreme Court

**Sayed mohammad hasan malaekhe
pour shoostari¹**

*Assistant Prof of Faculty of Law and
Political Science ,shahid chamran
university of ahvaz. ahvaz .iran
(Corresponding Author)*

Mohsen Alijani²

*Assistant Prof of Faculty of Law and
Political Science , shahid chamran
university of ahvaz. ahvaz .iran*

Received 2021/05/31

Accepted 2021/09/23

ABSTRACT

Although the provision of the penalty clause in monetary obligations is common, its promotion has not made its nature and rules acceptable to lawyers without any difference. According to the essence of these obligations, the root of the disputes goes back to the nature of money and the sanctity of loan usury. While the need for new banking has led the legislature to allow for claiming the excess of the amounts paid in the usury-free banking law under certain conditions, disputes over the permission to the provision of such conditions have persisted in other cases. The disagreements have caused the divergence of courts so that the Supreme Court, in line with its duties, issued the procedural unity verdict no. 805. The present study used a descriptive-analytical research method to examine the penalty clause in monetary obligations by analyzing the procedural unity verdict no. 805 of the Supreme Court and relying on judicial procedure. The results show that the penalty clause even if it is higher than the inflation rate

1- h.malaekhepour@scu.ac.ir

2- M.alijani@scu.ac.ir

as long as the abuse of the right is not considered and its implementation is not preferable for the obligee instead of the principle of obligation, it will be valid and will be adjusted according to the excessive amount.

Keywords: procedural unity verdict no. 805, monetary obligations, penalty clause, criminal clause, article 230 of the civil code. JEL:k12,k41

INRODUCTION

In contracts whose subject is the payment of cash, the provision of liquidated damages is still one of the problematic issues and at the same time, there is different legal opinion about its validity. The custom of transactions, which is formed on the basis of the free market, considers it permissible to receive an amount in excess of the monetary obligation in the form of liquidated damages. In the situation inflation, as a fact, the value of the country's currency is constantly decreasing, compensation for the decrease in the value of the currency is a good justification for predicting this condition. Maybe the lack of this condition is considered one of the causes of damage to the obligee. The role of contracts as a means of wealth distribution also shows the same thing. Despite this, the suspicion that such a condition is usurious has always been raised by the opponents. Sometimes such a doubt has been expressed even in cases where the Liquidated Damages is equivalent to the reduced value of money and a solution to compensate it. There is no agreement among jurists regarding the validity of each of these different forms.

In any case, in the free market and based on experience, in order to compensate for the decrease in the value of money or even to guarantee the payment of money on a certain date, agreements are made between the parties of the contract, which takes different forms. Sometimes the parties agree that in case of delay in payment, damages will be awarded from a certain time, and this damage can be equivalent to the inflation rate index, less or more than it, and sometimes there may be an agreement from the very beginning that an certain amount in addition to principal amount shall be paid.

PURPOSE

The authors of this research aim to investigate the validity of the liquidated damages in monetary debts, its nature, the suspicion of usurious transactions, and the possibility of adjusting it. In order to pay more attention to the practical results of the discussion, in addition to following the opinions of jurists and examining legal doctrine, the judgments of the courts have also been examined.

METHODOLOGY

The research method is descriptive analysis and it has been done by reading books and articles and referring to internet sites with the analysis of jurisprudence.

FINDINGS

It is possible for the parties to the contract, in the contract or in a condition independent of the contract, to specify in advance the damages caused by the breach of obligations, so that if the obligor does not fulfill the obligation in the stipulated time, he pays a certain amount to the obligee. Some jurists have called this condition penalty clause and most of them called it liquidated damages. It seems that the primary remedy for breach of a positive obligation is specific performance. In fact, if we consider it as an independent contract, the nature of subordination is removed, and we will face a problem to dissolve the condition during termination or dismissal, if it is not specified in the contract. However, we must keep in mind that the condition of the contract is also a contract with all the accessories. This condition has a threefold nature; In addition to determining the damage in advance, it make the obligation more binding for obligor as well as limits his responsibility. The inclusion of the liquidated damages even makes it unnecessary for obligee observing the conditions of Article 522 of the Civil Procedure Law, such as the creditor's demand and the debtor's financial ability. According to Article 230 of the Civil Code, the legislator has accepted this foresight. One of the features of the obligation is the reduction of procedure time, no need for multiple experts, and reduction of lawsuits.

liquidated damages is sometimes for delay in fulfilling the obligation and sometimes for non-fulfillment of the obligation. In Iranian law, it has been possible to foresee the loss as a lump sum and in the form of a condition in the contract, even if it is more than the actual loss was specific to non-monetary obligations. Although in monetary obligations, the provision of the liquidated damages to any amount, even to the extent of disturbing the balance of the contract, is against the theories of economic analysis of law, but it is not in contradiction with the application of Article 230 of the Civil Code.

Examining the history of the subject in common law shows that if the liquidated damages is of a penal nature due to opposition to public order, it will not be valid. On the contrary, in the case of a liquidated damages where the agreed amount has a logical relationship with the foreseeable damages caused by the breach of the contract, the parties will be bound by it. But the difficulty in determining the nature of the condition in terms of whether it is penal or contractual remained until in 2015, two judges of the Supreme Court of England named Lord Neuberger and Lord Sumption proposed a criterion for determining the penal condition: "The true test is whether the impugned provision is a secondary obligation which imposes a detriment on the contract-breaker out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party in the enforcement of the primary obligation. The innocent party can have no proper interest in simply punishing the defaulter. His interest is in performance or in some appropriate alternative to performance." Anyway, there are two opinions about the possibility of adjusting the condition of the exorbitant liquidated damages. According to the first opinion, the condition of the exorbitant liquidated damages cannot be adjusted either due to the invalidity of the original condition or due to the absolute validity of the condition. Those who have commented on the invalidity of the condition of the exorbitant liquidated damages, often refer to the transactional justice, lack of power to deliver/perform, unfairness and lack of balance and they believe that Article 230 of the Civil Code should be applicable only on customary cases.

CONCLUSION

From the point of view of the economic analysis of law, the contract is a means of wealth distribution. Human will is free to create wealth creatively. From this point of view, in all legal systems, the agreement of the parties on the liquidated damages is permissible as long as it is not against the public order and does not turn against itself. However, in Iran's legal system, there were severe differences in the jurisprudence and legal doctrine regarding the prediction of the liquidated damages to such an extent that it led to the issuance of the precedent-making judgement No. 805 dated 10/16/2019. In this decision, the determination of the liquidated damages in monetary obligations was recognized as legal, but to determine the limits of this obligation, a vague criterion was considered under the title of compliance with mandatory provisions, including monetary laws, according to which the parties to the contract must comply with mandatory provisions, including Article 975 of the Civil Code and monetary regulations, especially the byelaws of the Central Bank and the Council of Money and Credit regarding the determination of interest rates, otherwise the entire condition related to the liquidated damages may be exposed to the nullity. Issuing this judgement made it incorrect this interpretation that Article 230 of the Civil Code is specific to the non-monetary obligations. The advantage of such a theory is that the amount of damage does not exceed the extent of primary obligation and the balance will not be upset, and based on the logic of the economic analysis of law, the implementation of the primary obligation is still more favorable for the obligee than demanding the liquidated damages. Another solution is to limit the amount of commitment to the limit set by the Money and Credit Council. Among these two opinions, it may be more appropriate to limit the amount of the liquidated damages to the banking regulations, provided that it does not exceed the primary obligation. In banking regulations, monetary obligations arise from contracts whose subject is production, but between real persons, the subject of the contract is not necessarily production so that there is noticeable financial return. Therefore, taking a heavy commitment can lead to the exploitation of debtors as the weaker party in the creditor-debtor relationship.

REFERENCES

- [1] Abbasi Hosseinabadi, H., & Valizadeh, M. J. (2008). The impact of customary practice on the jurisprudential rule of the theory of the compensation of devaluation of money, *Journal of Islamic Law*, 9(28), 287-319.
- [2] Abbasi Khorasani, H. (2020). Lesson outside of jurisprudence. https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/abbasi_khorasani/feqh2/99/991226/
- [3] Abedi, M. (2013). Economic and legal analysis of the validity of the criminal penalty clause, *Encyclopedia of Judicial Law*, 19 (4), 57-77.
- [4] Abedian, H. & Asadzade, M. & Firuzmand, A. (2010). *In the pursuit of justice, the rulings of the Supreme Court in civil matters.*(Vol 1) Tehran: Mizan Publication.
- [5] Abedian, H.. (2007). *Comparative study Ability to enforce criminal conditions in contracts; The need to revise Article 230 of the Iranian Civil Code*, journal of Theology and Law, (19), 3-44.
- [6] Barre, R. (1969). *Economie politique* (Vol.2) (M. Farhang, Trans.). Tehran: Soroush Publications.
- [7] Darabpour, M., & Soltani Ahmadabad, S. (2015). Legal philosophy and the nature of punitive damages. *International Legal Journal*, 52, 61-90.
- [8] Ghasemi Hamed, A. & Khosravi Farsani, A. & Aghababaei, F. (2014). *Punitive damages in Iranian law*, Legal Journal of Justice, (81), 162-187.
- [9] Haeri, S. K. (1415 AH), Al-Awaraq Al-Maliyah Al-Atebari, *Risālat al-Thaqalayn Journal*, 3 (9), 92-112.
- [10] Hashemi Shahroudi, M. (1382 AH). *Encyclopedia of jurisprudence according to the religion of Ahl al-Bayt* (Vol. 2). Qom: Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence.
- [11] Hashemi Shahroudi, M. (1433 AH). *Contemporary jurisprudential readings* (Vol.2). Qom: Institute of Islamic Jurisprudence.
- [12] Hashemi Shahroudi, S. M. (1999). Jurisprudential rules of the devaluation of money, *Dardesi*, 16, 5-11.

- [13] Hatami, A. & Sadeghi, A. (2013). *Unjust liquidated damages term*, Journal of Legal Knowledge and Research, 2, 59-104.
- [14] Jafari Langroudi, M. J. (1984). *Law of obligations* (Vol. 1), Tehran: University of Tehran Press.
- [15] Javadi Amoli, A. (2015). Lesson outside of jurisprudence, <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/javadi/feqh/93/940215/>
- [16] Karimi, A. (۲۰۱۹). Criticism of the lawsuit, (yun.ir/kv2el3)
- [17] Karimi, A., & Karimi, S. (2007). Critique of judgment 910913 of Tehran General Legal Court: the effect of non-observance of Article 139 of the criminal code on the validity of the arbitration agreement. Quarterly Journal of Rai, 6, 35-44.
- [18] Katozian, N. (2012). *Non-contractual obligations - civil liability* (Vol. 1). Tehran: University of Tehran Press.
- [19] Katozian, N. (2014). *General rules of contracts*, (Vol. 4). Tehran: Publishing Joint Stock Company.
- [20] Kharazi, S. M. (2006). Paper money, *Journal of Jurisprudence of Ahl Al-Bayt*, 47, 93-110.
- [21] Khodabakhshi, A. (2021). *Lawsuits* (Vol. III) Analysis and Critique of Judicial Procedure, Tehran: Publishing Joint Stock Company.
- [22] Khosravi Farsani, A., & Biranvand, Sh. (2010). A comparative study of penalty clause and punitive damages, *Legal Journal of Judiciary*, 74 (70), 133-151
- [23] Malakehpour Shoushtari, S. M. (2021). Possibility of endowment (waqf) of proprietary worth in light of a new analysis of the endowment contract. *Private Law Studies*, 3, 589-606.
- [24] Mankiw, N. G. (2018). *Macroeconomics* (H. R. Arbab, Trans.). Tehran: Ney Publishing.
- [25] Mirshekari, A. (2017). *Adjustment of liquidated damages*, Two Quarterly Journal of Judicial Procedure-Private Law,, (1), 33-38.
- [26] Mohaghegh Ahmad Abadi, S.M., & Rezaei Nejad, H. (2020). *Delays in the implementation of the monetary obligation and its effects (analysis of case law and critique of judicial procedure)*, Quarterly Journal of Private Law Research, 26, ۲۹۴-۲۷۱.

-
- [27] Mohaghegh Damad, S. M. (2007). Rules of jurisprudence in the civil sector 2, Tehran: Samt.
- [28] Mohaghegh Damad, S. M. (2009). *The general theory of clauses and obligations in Islamic law*. Tehran: Center for the Publication of Humanities.
- [29] Mohaghegh Damad, S. M. (2020). *The general theory of the negation of difficulty in Islamic law*. Tehran: Center for the Publication of Islamic Sciences.
- [30] Montazeri Najafabadi, H. A. (2009). *Treatise of requests for a legal opinion* (Vol.2). Qom.
- [31] Mosaei, M. (2005). Investigating the reasons for the compensation of devaluation of money. *Quarterly Journal of Business Research*, 34, 149-187.
- [32] Mousavi Bojnourdi, S. M. (1375). *Jurisprudential rules of money*, Journal of Ahl al-Bayt Jurisprudence, (7), 9-42.
- [33] Namvar, S., & Hassani, A. (2011). A comparative study of penalty clause in French and Iranian law, *Journal of Shabak*, 7, 11-24.
- [34] Ranjbar, R., & Salaripour, E. (2011). A study of the nature and principles of legal jurisprudence of penalty clause, *Quarterly Journal of Jurisprudence and Principles of Islamic Law*, 3 (8 & 9), 6-37.
- [35] Sadr, S. M. (1401 AH). *Al-Bank Al-Rabwi Fi Al-Islam*. Lebanon: Dar Al-Ta'arif Press.
- [36] Shahidi, M. (2004). *Civil Law, Volume III, Effects of Contracts and Obligations*, Tehran: Majd Publication.
- [37] Shiravi, A. (2000). *Critique of the rules of civil procedure regarding the claim for contractual damages and delay in payment*, Journal of Qom Higher Education Complex, (9), 7-50
- [38] Sobhan, J. (2017). Lesson outside of jurisprudence, <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/sobhani/feqh/96/961115/>
- [39] Takhiri, M. A. (2003). The financial criminal clause in usury-free banking, *Ahl al-Bayt Fiqh Journal*, 35, 63-71.
- [40] Yousefi, A. A. (2002). Compensation of the devaluation of money in debts and financial relations. *Islamic Economics*, 2(6), 45-66.

اعتبار شرط وجه التزام در دیون پولی؛ تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور

سیدمحمدحسن ملائکه پور شوشتری^۱

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران

محسن علیجانی^۲

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱۰

چکیده

پیش‌بینی وجه التزام در تعهدات پولی اگرچه رایج است؛ اما ترویج آن موجب نگرانیده تا ماهیت و احکام آن بدون اختلاف مورد قبول حقوقدانان باشد. بنا به طبع این تعهدات، ریشه اختلافات به ماهیت پول و حرمت ربای قرضی برمی گردد. اگرچه ضرورت بانکداری نوین موجب گردید تا قانون‌گذار در قانون عملیات بانکداری بدون ربا با شرایطی مطالبه مازاد بر مبالغ پرداختی را جایز بداند؛ اما اختلاف در جواز پیش‌بینی چنین شرطی همچنان در سایر موارد باقی ماند. این اختلاف‌نظرها موجب تشتت آراء محاکم گردید تا جایی که دیوان عالی کشور در راستای وظایف خود اقدام به صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ نمود. در این تحقیق با روش توصیفی تحلیلی شرط وجه التزام در تعهدات پولی با تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ دیوان عالی کشور با تکیه بر رویه قضایی مورد بررسی قرار گرفت. نتیجه به دست آمده نشان می‌دهد شرط وجه التزام ولو به بیشتر از میزان تورم، تا جایی که سوءاستفاده از حق تلقی نگرانیده و اجرای آن به عوض اصل تعهد برای متعهد له مرجح نباشد، معتبر بوده و نسبت به میزان گزاف تعدیل خواهد شد.

۱- نویسنده مسئول: h.malaekhepour@scu.ac.ir

2- M.alijani@scu.ac.ir

کلیدواژه‌ها: رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵، تعهدات پولی، وجه التزام، شرط کیفری، ماده ۲۳۰ ق.م.

طبقه‌بندی JEL: k12, k41

مقدمه:

در قراردادهایی که موضوع آن‌ها پرداخت وجه نقد است، پیش‌بینی شرط وجه التزام همچنان یکی از مسائل مبتلابه و درعین حال اختلافی است. عرف معاملات که بر مبنای بازار آزاد شکل می‌پذیرد، دریافت مبلغی مازاد بر تعهد پولی را در قالب شرط وجه التزام جایز می‌پندارد. در شرایطی که با وجود تورم، به‌عنوان یک واقعیت، دائماً ارزش پول کشور رو به کاستی است، جبران کاهش ارزش پول توجیه مناسبی برای پیش‌بینی این شرط شده است. چه‌بسا فقدان این شرط، خود از اسباب تضرر به متعهد له محسوب گردد. نقش قراردادهای به‌عنوان ابزار توزیع ثروت نیز بیانگر همین مطلب است. باوجود این، شائبه ربوی بودن چنین شرطی نیز همواره از سوی مخالفین مطرح بوده است. گاه چنین شبهه‌ای حتی در مواردی که وجه التزام معادل ارزش کاهش یافته پول و راهکاری برای جبران آن می‌باشد نیز بیان شده است. توافقی نسبت به حکم هر کدام از این صور مختلف میان حقوقدانان وجود ندارد.

در حال در بازار آزاد و بر مبنای تجربه به‌منظور جبران کاهش ارزش پول و یا حتی جهت تضمین پرداخت پول در موعد معین، میان طرفین قرارداد توافقاتی صورت می‌گیرد که دارای اشکال مختلف است. گاهی توافق طرفین بر این است که در صورت تأخیر در پرداخت از زمان خاصی خسارت تعلق گیرد و این خسارت می‌تواند معادل شاخص نرخ تورم، کمتر یا بیشتر از آن باشد و گاهی ممکن است توافق از همان ابتدا بر این باشد که مبلغی اضافه پرداخت شود.

حقوقدانان در برخورد با پدیده‌های زندگی اجتماعی درعین حال که سعی در انطباق خود با این ضرورت‌ها می‌نمایند اما هرگز از اصول و قواعد خود نیز تخطی نخواهند کرد. آنان که تحولات زندگی اجتماعی را به‌عنوان یک واقعیت پذیرفته‌اند با نظر داشت به ماهیت حقوق، که تنظیم روابط اجتماعی است، قواعد خود را با آن‌ها سازگار می‌نمایند؛ اما برخی دیگر بر قواعد اصرار ورزیده و به گمان خود، جامعه و بازار را ملزم به پیروی از قواعد حقوقی می‌دانند. حاصل وجود این دو نگاه کاملاً متفاوت صدور آراء متشتت بوده است. در این شرایط دیوان عالی کشور در راستای وظیفه ذاتی خود با صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ در سال ۱۳۹۹ ظاهراً به این

اختلاف خاتمه داد. در رأی مذکور آمده است: «تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است.» به طور خلاصه رأی مزبور امکان قراردادن وجه التزام برای تأخیر در پرداخت را با رعایت، شرع، اخلاق حسنه و نظم عمومی پذیرفته است. اگرچه صدور چنین رأیی را باید حرکتی روبه جلو دانست اما همچنان نتوانست آتش اختلاف را خاموش نماید. بلکه در عمل بجای حل اختلاف، موجب جابجایی موضع اختلاف گردید.

نویسندگان این پژوهش در صدد بررسی اعتبار شرط وجه التزام در دیون پولی، بررسی ماهیت آن، شبهه معاملات ربوی و امکان تعدیل در مورد آن می‌باشند. به منظور توجه بیشتر به ثمرات عملی بحث، علاوه بر تتبع در نظرات فقها و بررسی دکترین حقوقی، آراء محاکم نیز مورد بررسی قرار گرفته است.

۱- مفهوم تعهدات پولی:

تعهدات بر مبنای موضوع به دو دسته تعهدات غیر پولی و تعهدات پولی تقسیم می‌شوند. مقصود از تعهدات غیر پولی هر گونه تعهد بر انجام دادن عمل و یا خودداری از آن است که موضوع مستقیم آن پول نیست. در مقابل چنانچه موضوع مستقیم تعهد، پول باشد بدان تعهد پولی خواهند گفت. در اصطلاح تعهد پولی، مفهوم تعهد مفروغ عنه است اما چون تحلیل‌های بعدی بر بستر تعیین مفهوم و ماهیت پول قرار دارد، بنابراین ابتدا باید مفهوم پول را تبیین نمود.

۱-۱. تعریف پول:

با اینکه کلمه پول دارای ریشه یونانی است و از واژه پکوس به معنای گله گرفته شده (Barre.1988:318) اما در گذر زمان مفهوم آن تحول پیدا کرده و به تمامی ابزارهای سنجش کالا از هر نوعی از جمله فلز، کاغذ و غیره پول گفته شده است. در کشور ایران نیز واژه پول از زمان اشکانیان رایج بوده و ابزاری برای معاملات بوده است (Abbasi Hosein Abadi et

(al.2009:295) به هر صورت در حال حاضر در تعریف پول می توان گفت: «شیئی فیزیکی یا غیر فیزیکی دارای ارزش مبادله ای عام و واحد ارزش و رایج ترین واسطه دادوستد و وسیله پرداخت است». (Hashemi Shahrudi.2004:286 & Yosefi. 2003:65)

به تعبیر اقتصاددانان «مجموعه ای از دارایی اقتصادی است که مردم معمولاً برای خرید کالاها و خدمات مورد نیاز خود از سایر افراد از آن استفاده می کنند و علاوه بر این که وسیله مبادله و سنجش ارزش است وسیله حفظ ارزش نیز می باشد یعنی افراد از طریق آن قدرت خرید خود را از حال به آینده انتقال می دهند» (Gariguri.2019:500) در مقابل عرف امروزی پول را دارای مالیت اعتباری می داند. درواقع «پول نیز که سال هاست فاقد ارزش ذاتی است، به ارزش اعتباری صرف تبدیل شده است.» (Malaekhepour Shoushtari. 2022: 590)

۱.۲. ماهیت پول:

بررسی حکم اعتبار شرط وجه التزام در دیون پولی منطقاً متوقف بر تعیین ماهیت پول است. عمده تاً دو دیدگاه در این زمینه وجود دارند. برخی اسکناس را دارای مالیت پنداشته و بر همان اساس احکام مال را بر آن جاری دانسته اند؛ اما دیگران اسکناس را سند مال دانسته و طبعاً مخالف جواز تسری احکام مال بر آن شده اند. اینان بر این باورند که برخلاف دینار و درهم که از جنس طلا و نقره بوده و مالیت ذاتیه داشته اند، اسکناس و پول های اعتباری کنونی مالیت ذاتیه عرفیه ای نداشته، به همین سبب احکام درهم و دینار خاص همان ها بوده است. در مقابل گروه دیگر با ذکر مثال های عرفی از قبیل آنکه دائن در مقام دریافت طلب نمی تواند اسکناس را از مدیون نپذیرد اما در پذیرش سند مختار است، بر این باورند که برخلاف چک که سند مال است، اسکناس خود مالیت دارد. ثمره بحث آثاری است که ماهیت پول در اعتبار شرط وجه التزام دارد. بنا بر اهمیت موضوع اجمالاً ادله طرفین را بررسی می نمایم.

الف- اسکناس به عنوان سند مال

برخی در تحلیل ماهیت اسکناس آن را سند در مقابل مال می دانند. اینان خود به دو دسته تقسیم می شوند برخی آن را سند دین و ضمان ذمه می دانند و دیگران سند ضمان عهده می پندارند. (Sadr.1982:124) مقصود از ضمان ذمه، دین است که با سببی عقلایی مانند استقراض بر ذمه قرار

گرفته است. مراد از ضمان عهده نیز، تعهد ابتدایی بدون وجود دین است. آنان که اسکناس را از جنس ضمان عهده دانسته‌اند، بر این باورند که در صورت اعطای مهلت توسط بانک مرکزی برای تعویض اسکناس، پس از خاتمه مهلت، دارنده اسکناس حق مطالبه‌ای ندارد.

ب- مالیت اسکناس

ارتکاز عرفی حکم به مالیت اسکناس بوده است به همین دلیل است که در مقام ادای دین، دائن نمی‌تواند برخلاف اسناد تجاری از اخذ اسکناس امتناع نماید. مشهور اسکناس‌های کنونی را دارای مالیت می‌داند. (Javadi Amoli.2015) پس از پذیرش مالیت اسکناس باید نوع آن از حیث مثلی یا قیمی را معین نمود. بررسی مثلی یا قیمی بودن اسکناس یک لذت آکادمیک صرف نیست بلکه دارای ثمره عملی است. اگر اسکناس را مثلی بدانیم، در مقام ادای دین، مدیون باید مثل آن را بپردازد اما اگر اسکناس را قیمی محسوب نماییم، طبیعی است که پرداخت افزایش آن نیز بر عهده مدیون باشد. (Abbasi Khorasani.2021) به‌هرحال پذیرفته‌ایم که در صورت افزایش قیمت پس از تلف مثلی، متلف فقط ضامن مثل بوده و عوارض بر عهده او نخواهد بود. (Sobhani.2018) برخی باور دارند پول به لحاظ ارزش اسمی مثلی است، برخی آن را به لحاظ ارزش حقیقی مثلی می‌دانند، عده‌ای اعتقاد دارند پول از اموال قیمی است. (Valizade et al.2011:139) برخی نیز معتقدند پول نه مثلی است و نه قیمی هرچند مال است، زیرا ضابطه مثلی و قیمی که فقها بیان می‌نمایند مربوط به اموال و کالاهایی است که ارزش ذاتی دارند. اسکناسی که صرفاً مال اعتباری است این تقسیم در آن راه ندارد و تخصصاً و موضوعاً از بحث قیمی و مثلی خارج است؛ زیرا امروز کسی پول را کالا نمی‌داند بلکه آن را، تنها نشانه قدرت خرید به حساب می‌آورد نه چیز دیگر. (Mosavi Bojnordi.1997:40)

به نظر می‌رسد پاسخ درست در گرو تعیین ماهیت پول باشد. اگر مال را لزوماً منقسم بر مثلی و قیمی بینداریم و پول را اعتبار و قدرت خرید بدانیم آنگاه لاجرم باید آن را مالی مثلی دانست. برعکس اگر پندار ما بر این باشد که اسکناس بماهو اسکناس ارزشمند است آنگاه قیمی دانستن آن با مذاق عرف سازگارتر است. بی‌تردید عرف کنونی ارزش ذاتی برای اسکناس قائل نیست بر این اساس قیمی دانستن آن خالی از وجه خواهد بود.

۲. تعریف، ماهیت، ویژگی‌ها و انواع وجه التزام

۲-۱. تعریف:

ممکن است طرفین قرارداد در عقد یا در شرطی مستقل از عقد، خسارات ناشی از نقض تعهدات را از قبل مشخص نمایند، طوری که اگر متعهد در زمان مقرر ایفای تعهد ننمود مبلغ معینی به متعهد له بپردازد. این شرط را برخی حقوقدانان شرط جزایی (Jafari Langarudi.1984:404)، بعضی شرط کیفری (Katuzian.2013:585)

و اغلب وجه التزام نام نهاده‌اند و در تعریف آن آمده: «وجه التزام که به آن شرط کیفری نیز می‌گویند در اکثر نظام‌های حقوقی جهان معنای ثابتی دارد و عبارت است از مبلغی که دو طرف قرارداد برای نقض تعهد که اعم از عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد است در قرارداد مشخص می‌کنند» (Khosravi Farsani.2011:148)

و «متعهد ملتزم می‌گردد در صورت تخلف از انجام تعهدات قراردادی خود پرداخت نماید» (Karimi et al.2018:36) چه‌بسا اصطلاح وجه التزام عنوان مناسب‌تری باشد. اگر وجه التزام را مجازات بدانیم لازم است سوءنیت متعهد احراز شود (Darabpur et al.2016:78) در این صورت چون مجازات است بدون تغییر بر عهده ناقض قرار می‌گیرد. (Ranjbar et al.2012:25) ولی هرگاه ماهیت آن را جبران خسارت بدانیم تعدیل آن نیز قابل قبول‌تر به نظر می‌رسد. نکته مهمی که مورد غفلت واقع شده این است که مجازات توسط مقنن و نه اشخاص پیش‌بینی می‌شود. ماده ۲۳۰ حاوی خسارت تنبیهی نیست بلکه خسارت ترمیمی و جبران خسارت است. (Ranjbar et al.2012:80) از این گذشته، در نظام حقوقی ایران بین وجه التزام و شرط کیفری و همچنین بین وجه التزام گراف و عادی تفکیکی مشخص نشده (Namvar et al. 2012:16) از لحاظ فقهی نیز براساس قاعده «فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» ضابطه این است که شرط کافی است نه باطل باشد و نه امر باطلی را در پی داشته باشد تا صحیح تلقی شود. (Taskhiri.2004:64)

۲-۲. ماهیت:

به نظر می‌رسد وجه التزام شرط فعل از نوع مثبت و ضمانت اجرای آن الزام به انجام فعل است. در حقیقت اگر آن را قراردادی مستقل بدانیم ماهیت تبعی بودن سلب شده و برای انحلال شرط

هنگام فسخ یا اقاله، اگر در قرارداد تصریح نشده باشد با مشکل مواجه می‌شویم. با این حال باید در نظر داشته باشیم شرط ضمن عقد نیز قرارداد است با تمام لوازم. این شرط ماهیتی سه‌گانه دارد؛ علاوه بر تعیین پیشاپیش خسارت، باعث تشدید التزام و اجبار متعهد و همچنین ایجاد محدودیت در مسئولیت او می‌شود. (Mohaghegh Damad, 2010:478) در حقیقت دارای ماهیتی مختلط کیفری و مدنی است مانند دیه با این وصف که وجه تضمینی بیشتر مد نظر است. (Salaripur et al, 2012:35)

۲-۳. ویژگی:

به‌طور کلی پیش‌بینی وجه التزام، به‌عنوان ضمانت اجرای تخلف از تعهدات، متعهدله را از اثبات وقوع ضرر معاف می‌نماید. گویی طرفین قرارداد از پیش، عدم انجام تعهد را ضرر پنداشته و حتی پیش‌تر میزان آن را نیز با توافق معین نموده‌اند. درج شرط وجه التزام، حتی متعهدله را از شرایط ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی مانند مطالبه دائن و تمکن مدیون نیز بی‌نیاز می‌سازد. قانون‌گذار به حکم ماده ۲۳۰ قانون مدنی این دوراندیشی را مقبول دانسته است. از ویژگی‌های وجه التزام کاهش زمان رسیدگی است، عدم نیاز به کارشناسی‌های متعدد و کاهش دعاوی است. (Katuzian, 2013:5867) وجه التزام دادرسان را از محاسبه خسارت که مستلزم ارجاع امر به کارشناسی است معاف می‌دارد. (Karimi et al, 2018:37) از دیگر مزایای شرط وجه التزام تأمین امنیت قراردادی و ویژگی‌های اثباتی این شرط است. (Abedi, 2014:59) این شرط منع مهمی برای جلوگیری از رفتار فرصت طلبانه متعهد است و مانند بیمه‌ای ارزان عمل می‌کند. (Abedi, 2014:66) البته دارای این تالی فاسد است که امکان دارد اسباب سوءاستفاده قرار گیرد. (Karimi et al, 2018:37) از دیگر مضرات این شرط نیز می‌توان به نقض کارآمدی، افزایش هزینه‌های تولید، افزایش ورشکستگی و فرار از مقررات امری اشاره نمود. (Abedi, 2014:59) اطلاعات ناقص طرفین قرارداد، قرارگرفتن در وضعیت ضعیف‌تر، گسترش قراردادهای الحاقی و انحصاری فرض عقلانیت که پایه احترام به وجه التزام را تشکیل می‌دهد را زیر سؤال می‌برد. (Abedi, 2014:67)

۲-۴. انواع:

وجه التزام گاهی در قبال تأخیر در انجام تعهد است و گاهی در قبال عدم انجام تعهد؛

به عبارت دیگر در التزام به قرارداد دو موضوع باید مد نظر باشد یکی این که قرارداد اجرا شود و دیگری این که به موقع اجرا شود و برای هر دو می توان وجه التزام در نظر گرفت. از دیدگاهی دیگر موضوع قرارداد وجه التزام ممکن است مستقل یا شرط ضمن عقد باشد. همچنین وجه التزام ممکن است در تعهدات پولی یا غیر پولی پیش بینی شود که البته نوع اخیر است که موضوع مقاله حاضر را تشکیل می دهد.

۲-۴-۱. وجه التزام در تعهدات غیر پولی:

هرگاه در قبال عدم انجام تعهدات غیر پولی وجه التزامی پیش بینی شده باشد از دو لحاظ وضعیت آن قابل توجه است؛ یکی از لحاظ ربوی بودن که در این خصوص اختلاف نظری نیست و دیگری از لحاظ اختلاف در امکان تعدیل. اگرچه بر اساس ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی امکان تعدیل وجود ندارد، اما دکترین و رویه قضایی سعی در تفسیر این ماده نموده اند به نحوی که ظاهر آن ملاک اعتبار نباشد.

۲-۴-۲. وجه التزام در تعهدات پولی:

در قراردادهایی که موضوع آن دین است در صورتی که شرط شود در صورت عدم پرداخت در موعد، مدیون باید مبلغ اضافه پرداخت نماید، به شرط مذکور وجه التزام می گویند. در این حالت ممکن است مبلغ اضافی مقطوع و یا تصاعدی و تابعی از زمان باشد. به صورت سنتی پیش بینی وجه التزام در دیون پولی، با شبهه ربوی بودن مواجه است. اگر این شبهه تقویت گردد به سبب نامشروع بودن، موجب بطلان شرط و مشمول ماده ۲۳۲ ق.م. شده به طوری که قابلیت استناد به قاعده المومنون عند شروطهم را نخواهد داشت.

۳. اعتبار شرط وجه التزام در دیون پولی:

در این قسمت به تتبع در فقه و بررسی رویکرد دکترین حقوقی و رویه قضایی در خصوص اعتبار شرط وجه التزام در دیون پولی می پردازیم.

۳-۱. اعتبار شرط وجه التزام در دیون پولی از دیدگاه فقه امامیه:

پیش از بررسی اعتبار شرط وجه التزام در دیون پولی، لازم است ضمان کاهش ارزش پول بررسی گردد. بدیهی است اگر کاهش ارزش پول موجب ضمان گردد، پیش‌بینی آن در قالب شرط وجه التزام، شرطی تأکیدی است و در غیر این صورت با شبهه ربوی مواجه خواهد بود. سبب پیدایش شبهه ربا از آن جهت است که پیش‌بینی این شرط موجب جلب منفعت برای دائن خواهد شد.

۳-۱-۱ ضمان کاهش ارزش پول:

اگر اسکناس را سند مال بدانیم، لاجرم مدیون در مقام ایفاء دین، ضامن سقوط ارزش پول است؛ اما اگر اسکناس را دارای مالیت بدانیم آنگاه باید ضمان کاهش ارزش پول را بررسی نمود. حتی آنان که اسکناس را دارای مالیت پنداشته‌اند در طی این مسیر به دو راه متفاوت رفته‌اند. برخی شرط ضمان کاهش ارزش پول را مصداق ربا دانسته و دست به تحریم آن زده‌اند اما دیگران با این استدلال که برخلاف ربا که شرط فایده و منفعت است، در این شرط دائن جر منفعت نمی‌کند، بلکه دفع مضره می‌نماید، شرط مذکور را معتبر دانسته‌اند. (Sadr.1982:79)

عده‌ای قائل‌اند که از نظر عقلا و شرع - که امضای بناء عقلا می‌کند - کاهش ارزش پول مورد ضمان است. (Hashemi Shahrudi.2012:167) این گروه بر این باورند که ذمه مدیون در مثلی، صرفاً با دادن مثل که همان میزان اعتبار است بری می‌گردد. جان‌مایه این سخن بر این مبنا استوار است که قدرت خرید، وصف مقوم پول اعتباری است. پول اعتباری، منفعت استعمالیه‌ای غیر از همین قدرت خرید ندارد. تنها ارزش پول همان مبادله کالا است و همین قابلیت خرید کالا عرفاً وصف مقوم پول است؛ بنابراین براءت ذمه مدیون با دادن میزان قدرت خرید است که حاصل می‌گردد.

گروه دیگر شرط جبران کاهش ارزش پول را به دلیل آن که شرط فایده مالیه نیست، ربا نمی‌دانند. دسته سوم با آنکه بازپس دهی عین مبلغ قرض گرفته شده را عرفاً اداء مثل دانسته‌اند اما عدم جبران کاهش ارزش پول را مصداق اضرار بر مالک پنداشته‌اند که خلاف قاعده لاضرر و خلاف ارتکاز عقلانی است. بر اساس نظر این گروه اگرچه دادن مثل اسکناس‌های قرض گرفته شده اداء مثلی است اما ادائی است که همراه با زیان زدن به مالک است لذا خلاف ارتکاز عقلانی

و قاعده لاضرر بوده و همین امر است که منشأ ضمان می‌شود.

برخی با تفکیک اوصاف به ذاتیه و نسبییه بر این باورند که آنچه در صدق «مثل» لحاظ می‌شود اوصاف ذاتیه است نه اوصاف نسبییه. کاهش ارزش پول وصف نسبییه اسکناس را متأثر می‌سازد و بر وصف ذاتیه آن بلا اثر است. لذا اگرچه از باب لاضرر ضمان کاهش ارزش پول بر عهده مدیون است اما این مطلب به دلیل انتفاء مثلث نیست. (Haeri.1995:100) به این مطلب اشکال شده به این که اوراق نقدیه چیزی ندارند الا قدرت خرید. نه بدین معنا که اوراق نقدیه، قدرت خرید محض است بلکه قدرت خرید وصف مقوم است، یعنی مقترض هم ضامن عین مبلغ و هم ضامن وصف مقوم آن است و این وصف، جزء اوصاف نسبییه تلقی نمی‌شود. کما اینکه از دید عرفی نیز قدرت خرید حیثیت تقیدیه پول اعتباری است؛ یعنی پول اعتباری چیزی جز قدرت خرید ندارد. به معنای دیگر عرف لحاظ استقلالیه به قدرت خرید پول دارد لذا نمی‌شود قدرت خرید را وصف نسبی تلقی کرد. لذا غاصب هم ضامن عین پول است و هم ضامن وصف مقوم آن. (Hashemi Shahrudi.2012:209)

۳-۱-۲ شبهه ربوی بودن شرط وجه التزام:

گروهی از فقها جبران کاهش ارزش پول را جایز ندانسته و گفته‌اند پول از اموال مثلی است و پرداخت مثل آن برای ادای دین کافی است؛ گروه دیگری بر اساس انصاف و عدالت و رعایت احتیاط به صورت مشروط در همه معاملات یا برخی از معاملات کاهش ارزش پول را جایز می‌دانند؛ عده‌ای هم به استناد اصل لاضرر و با مثلی دانستن پول، به طور مطلق در همه معاملات جبران کاهش ارزش پول را لازم می‌دانند؛^۱ و استدلال می‌کنند برخلاف درهم و دینار که مالیشان از جنس خودشان است و به همین دلیل کاهش ارزش آن‌ها به عهده مدیون نمی‌آید، در پول‌های اعتباری ویژگی حقیقی توان خرید است و صفتی است که مثل آن عهده مدیون قرار می‌گیرد (Hashemi Shahrudi.1999:5)

عمده ایراد فقهای که نظر بر بطلان شرط وجه التزام دارند شمول آن ذیل معاملات ربوی

۱. گروه اول: آیات عظام فاضل لنکرانی، شیخ جواد تبریزی و سیستانی، گروه دوم: آیات عظام مکارم شیرازی و بهجت، گروه سوم: آیات عظام صانعی، منتظری و بجنوردی (Musae.2005:155)

است. آری ممکن است از توافق در خصوص وجه التزام در تعهدات پولی، ظن توافق بر ربا رود؛ اما همان طور که گفته شد، عرف قدرت خرید پول را جزو اوصاف مثل می‌داند به همین سبب جبران کاهش ارزش پول نفع شمرده نمی‌شود و از آنجایی که در ربا باید یک زیاده واقعی پرداخت شود و در جبران کاهش ارزش پول این اتفاق نمی‌افتد، چنین توافقی ربا نیست. بعلاوه ربا شمردن جبران کاهش ارزش پول با قاعده الناس مسلطون علی اموالهم در تنافی است چرا که کاهش ارزش پول مصداق تلف کردن آن است و قاعده اتلاف آن را منع می‌نماید. (Musae.2005:160) البته که استظهار عرفی از کلمه ربا، ربای قرضی است. عرف، ربا را به معنای زیاده در مالیت می‌داند و نه زیاده در مقدار. نکته دیگر این که مثلی یا قیمی تلقی شدن امری عرفی است و مثلی دانستن پول در طول مدت باعث ضرر متعهد له می‌شود (Musae.2005:167)؛ و در همین راستا گفته شده است: «پول‌های کاغذی متاع و کالا نیستند، بلکه معیار قدرت خرید آن‌ها می‌باشد و در حقیقت قرض یا معامله یا عقد نکاح بر قدرت خرید پول واقع شده است نه بر پول کاغذی و با سقوط یا کاهش ارزش پول به مقدار خارج از متعارف، ... شخص متعهد باید قدرت خرید آن را که در زمان معامله داشته به طرف پردازد و این بیان در معاملاتی که روی کالاها و امتعه واقع می‌شود جاری نیست و شخص متعهد خود کالا را بدهکار است، هر چند قیمت آن پایین آمده باشد و بالاخره نسبت به پول‌های کاغذی احتیاط لازم است، به گونه‌ای که به طرف ظلم نشود» (Montazeri.2009:292). به نظر می‌رسد وقتی که توافق بر جبران کاهش ارزش پول ربا محسوب نشود؛ دادن وجه التزام نیز که از همان جنس است ربا نیست. به هر حال آنان که اسکناس را مثلی دانسته‌اند نیز خود دو گروه می‌باشند. برخی در مقام ادای دین پرداخت مثل اسکناس‌های اخذ شده را از حیث عدد ضروری می‌دانند و دیگران مقصود از مثل را قدرت خرید دانسته و برائت ذمه مدیون را مشروط به ادای همان میزان قدرت خرید می‌دانند.

۳-۲. دکترین حقوقی:

در حقوق ایران قدر متیقن پیش‌بینی زیان به صورت مقطوع و در قالب شرط ضمن عقد ولو به میزانی بیش از ضرر واقعی خاص تعهدات غیرپولی بوده است. هر چند که در تعهدات پولی نیز پیش‌بینی وجه التزام به هر میزانی ولو به اندازه برهم زدن تعادل قرارداد مخالف نظریه‌های تحلیل

اقتصادی حقوق است اما مغایرتی با اطلاق ماده ۲۳۰ ق. م ندارد.

پس از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ رویکرد تازه‌ای مبنی بر اصلاح قوانین بر مبنای شریعت اسلامی شکل گرفت. در سال ۱۳۶۱ شورای نگهبان در نظریه ۷۷۴۲ دریافت مبالغ مازاد توسط بانک‌ها را معجز دانست و اظهار داشت بانک‌ها می‌توانند وجهی بیشتر از نرخ تورم درج کنند. در خصوص این اقدام شورای نگهبان دو فرض به ذهن می‌رسید یکی آن که این جواز ویژه بانک‌هاست و قابل تعمیم به سایر موارد نیست و دیگر آن که چون بانک‌ها ویژگی خاصی ندارند با الغاء خصوصیت، حکم مزبور قابل تسری به همه اشخاص حقیقی و حقوقی است.

اما آنچه در دادگاه‌ها اتفاق افتاد این بود که خسارت در تعهدات پولی در فرض فقدان وجه التزام، حداکثر برابر با میزان افت ارزش پول محاسبه می‌گردید. توجیه حکم به چنین خسارتی بر مبنای پذیرش ماهیت قدرت خرید پول بوده و نشان از آن داشت که کاهش ارزش پول موجب ضمان است؛ بنابراین پیش‌بینی شرط وجه التزام معادل کاهش ارزش پول جایز شمرده می‌شد. آنچه محل اشکال می‌نمود پیش‌بینی مبلغی مازاد بر نرخ تورم بود که موجب شبهه ربوی بودن می‌گشت. هرچند برخی به استناد اصل صحت، شرط مزبور را صحیح می‌دانستند اما جریان اصل صحت در این مورد، خود محل اختلاف بود.

وضع ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نیز نه تنها به اختلاف‌ها پایان نداد که خود موجب شد تا محل نزاع بحث قدری گسترش یابد. توضیح آن که برخلاف تعهدات غیرپولی که در صورت تخلف از مفاد پیمان، ضرر و میزان آن باید توسط متعهد له اثبات شود، در تعهدات پولی و بر مبنای کاهش دائمی ارزش پول، صرف عدم انجام تعهد در موعد خود، ضرر محسوب می‌شود. البته برای مطالبه این ضرر باید شرایط ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی نیز رعایت گردد. شرایط مندرج در این ماده حکایت از آن دارد که اولاً و بالذات کاهش ارزش پول موجب ضمان نخواهد بود بلکه ثانیاً و با مطالبه دائن، تمکن مدیون، امتناع مدیون از پرداخت، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت قابل مطالبه خواهد بود.

عبارت انتهایی ماده مذکور که مقرر داشته «مگر اینکه طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند» نیز به اختلاف‌ها دامن زده است. دو برداشت از این عبارت صورت گرفته است. یکی این که عبارت مصالحه مفهوم خاصی دارد و می‌تواند به معنای عدم پذیرش شرط وجه التزام باشد و دیگر آن که مقررات این ماده جزو مقررات آمره است و عبارت انتهایی آن مقید به سقف کاهش ارزش

پول می‌باشد. برای تقویت این نظر می‌توان از تبصره ۲ ماده ۵۱۵ که دلالت بر محدودیت مطالبه خسارت تأخیر تأدیه برابر با مقررات قانونی دارد نیز به‌عنوان مؤیدی استفاده کرد. به‌هرحال، چاره‌اندیشی که موجب ترویج ربا گردد به‌یقین برخلاف نظم عمومی خواهد بود. تا آنجا که برخی نوشته‌اند: «ماده ۵۲۲ در قاموس یک قاعده ماهوی، وجه التزام را به نرخ تورم محدود و بیشتر از آن را ممنوع می‌کند. این قاعده‌ای است مربوط به نظم عمومی، پذیرش چنان وجه التزام بی‌قیدی، با نظم عمومی اقتصادی در تضاد است». (Mohaghegh Ahmad Abadi et al.2020:280) اما مسئله تشخیص شمول معاملات ربوی بر چنین شرطی است.

مطابق با بند یک ماده یک قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی یکی از شرایط ربای معاملی مکمل یا موزون بودن موضوع است، پول‌های کاغذی در زمان حاضر بدون این که نماینده درهم و دینار باشند، خود مال به حساب می‌آیند، از این رو جزو معدودات بوده نه موزونات بنابراین مشمول ربای معاملی نیستند. (Kharazi.2006:93)

در ربای قرضی که لازمه آن وجود عقد قرض است نیز اگر حقیقت پول و هویت آن را قدرت خرید بدانیم، آنچه به ذمه مقترض آمده است مقدار قدرت خریدی است که برای آن پول اعتبار شده بود. پس فارغ از تعداد اسکناس، آنچه به ذمه آمده است مقداری معین از قدرت خرید است که هنگام اداء دین باید همان قدرت خرید پرداخت شود. (Mosavi Bojnordi.1997:34) بنابراین پرداخت عدد اسکناس بیشتر به نسبت افزایش نرخ تورم، پرداخت اضافی تلقی نمی‌گردد.

بااین حال مستندات قانونی دیگری نیز وجود دارد که دال بر جواز مطالبه وجه التزام مازاد بر کاهش ارزش پول دارد. تبصره ۱ ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۱ قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها سقفی برای وجه التزام معین نکرده است. بعلاوه تصویب نامه ۸۹/۱۱/۱۰ هیئت وزیران و آئین‌نامه وصول مطالبات سال ۸۸ نرخ‌های مازاد بر تورم را تعیین کرده است. شورای نگهبان نیز در نامه شماره ۴۰۹۵ مورخ ۶۸/۱۱/۲۸ سقفی تعیین نکرد. جالب آنکه بانک مرکزی مطابق نامه شماره ۱۹۰۳۸ مورخ ۱۴۰۰/۰۱/۲۵ حذف سقف وجه التزام تعهدات پولی موضوع رأی وحدت رویه ۸۰۵ دیوان عالی کشور را شامل قراردادهای تسهیلات بانکی نمی‌داند.

آنچه در رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به اختلافات وسعت بخشید عبارت انتهایی آن است که مقرر داشته «مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات

پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است.» محل ابهام عدم مغایرت با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، است. در خصوص بانک‌ها با توجه به اینکه مقررات آمره پولی از جمله آئین‌نامه «وصول مطالبات مؤسسات اعتباری، وجه التزام قراردادهای بانکی را معادل نرخ سود قراردادی به علاوه شش درصد تعیین کرده، امتیازات این رأی به قراردادهای تسهیلات بانکی تسری پیدا نکرده و بانک‌ها حق تعیین وجه التزام خارج از مقرر بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار را ندارند.

بررسی سابقه موضوع در کامن لا نشان می‌دهد اگر وجه التزام ماهیت جزایی^۱ یابد به دلیل مخالفت با نظم عمومی، معتبر نخواهد بود؛ به عبارت دیگر چنانچه مبلغی به عنوان ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی در نظر گرفته شود که رابطه منطقی با خسارت ناشی از نقض قرارداد نداشته باشد، محاکم به آن ترتیب اثر نخواهند داد. برعکس در وجه التزام قراردادی^۲ که مبلغ توافق شده رابطه منطقی با خسارت‌های قابل پیش‌بینی ناشی از نقض قرارداد دارد، طرفین متعهد به آن خواهند بود؛ اما دشواری در تعیین ماهیت شرط از حیث جزایی یا قراردادی بودن آن باقی ماند تا آنکه در سال ۲۰۱۵ دو تن از قضات دادگاه عالی انگلستان به نام‌های لرد نوبرگر و لرد سامپشن معیاری برای تعیین شرط جزایی پیشنهاد دادند: «آزمون واقعی این است که مقرر مورد اعتراض یک تعهد ثانویه است که ضرری را بدون هرگونه نسبت با منافع مشروع طرف بی‌گناه در اجرای تعهد اولیه بر عهده‌شکن تحمیل می‌کند. طرف بی‌گناه نمی‌تواند منفعت مناسبی در مجازات متخلف داشته باشد. بلکه منفعت او در اجرای قرارداد یا جایگزینی مناسب برای اجراست.» (<https://b2n.ir/y33512>)

درون‌مایه این معیار آن است که منفعت اصلی متعهد له اجرای قرارداد باشد نه به دست آوردن جریمه ناشی از نقض آن. به عبارتی به لحاظ اقتصادی چون میزان وجه التزام باید با خسارات واقعی ناشی از نقض تعهد رابطه منطقی داشته باشد بنابراین مطالبه آن به عوض اجرا نشدن قرارداد نمی‌تواند موجب جلب منفعت برای متعهد له شود. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در این معیار، تمرکز بر تعهد اولیه یعنی مفاد قرارداد قرار گرفته است. در حقوق ایران نیز نمی‌توان به بهانه اصل

1- Penalty Clause

2- liquidated damages

آزادی قرارداد عنان کامل تعیین میزان وجه التزام را به دست اراده‌های طرفین سپرد تا عملاً راه سوءاستفاده از حق که به صراحت اصل ۴۰ قانون اساسی ممنوع است، هموار گردد.

۳-۳. رویه قضایی:

تا پیش از صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ بیشتر قضات میان تعهدات پولی و غیرپولی تفکیک قائل می‌شدند؛ به نحوی که در تعهدات پولی، وجه التزام را صرفاً تا سقف شاخص بانک مرکزی می‌پذیرفتند اما در تعهدات غیرپولی به وجه التزام به هر میزانی با استناد به ماده ۲۳۰ قانون مدنی رأی می‌دادند. برخی از دادگاه‌ها نیز اعتقاد داشتند توافق بر جریمه به عنوان وجه التزام خسارت تأخیر تأدیه ۱ دین فقط در چارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا برای وجوه و تسهیلات اعطایی بانک‌ها پیش‌بینی شده است و در تمام دعاوی دیگر که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج است مطالبه و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بر اساس ماده ۵۲۲ قانون آ.د.م انجام شده و شرط زیاده در تعهدات پولی ربای قرضی محسوب می‌شود. وجه التزام موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی ناظر به تعهدات غیر پولی است و قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون مذکور راجع به امکان مصالحه طرفین به نحو دیگر ناظر به مصالحه به کمتر از شاخص تورم است؛ زیرا مقررات یاد شده تا سقف شاخص تورم، امری بوده و توافق بر بیشتر از آن بی اعتبار است (دادنامه شماره ۵۱۵ - ۱۳۹۶/۶/۱۹، شعبه ۱۴ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ساری تأیید شده در شعبه بیست و دوم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران به موجب دادنامه شماره ۱۵۸۸ - ۱۳۹۶/۱۲/۲۸). نظریه شماره ۱۳۲۰ / ۱۳۹۸ / ۲۶۷ / ۰۹ / ۱۳۹۸ اداره حقوقی دادگستری نیز مطالبه مازاد بر میزان تعیینی در ماده ۵۲۲ را ربوی دانسته و مقصود از مصالحه را به کمتر از تورم می‌داند. ولی دادگاه‌های دیگری استدلال می‌کردند توافق طرفین در تعیین وجهی به عنوان التزام قراردادی منافاتی با اصل آزادی اراده ندارد و مقید نمودن قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آ.د.م به مصالحه طرفین به کمتر از شاخص تورم نیز فاقد مبنای قانونی است (شعبه بیست و پنجم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران به موجب دادنامه شماره ۱۵۰۹ - ۱۳۹۶/۱۱/۳۰). نهایتاً در رأی وحدت رویه مقرر شد: تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران

خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیشتر از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است.

در هر حال آراء صادر شده پیرامون وجه التزام در تعهدات پولی عمدتاً به سه دسته تقسیم می‌شوند. در برخی از آراء با اشاره به وجود ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، شرط وجه التزام خارج از ماده مذکور باطل قلمداد شده است؛ اما در بعضی دیگر از آراء شرط وجه التزام مازاد بر ماده ۵۲۲ به طور مطلق موافقی معتبر دانسته شده است. در نهایت در برخی دادنامه‌ها به دادرسی امکان تعدیل وجه التزام گزاف داده شده است.

۳-۳-۱. آراء دال بر بطلان شرط وجه التزام خارج از ماده ۵۲۲:

در دادنامه‌هایی که در ادامه نقل شده‌اند، دادرسان، تعیین وجه التزام خارج از شرایط ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی را شرط نامشروع دانسته و باطل قلمداد نموده‌اند. به زعم آن‌ها دریافت وجه التزام قراردادی ناظر بر تعهدات پولی، صرفاً در مقابل خسارت تأخیر تأدیه قابل مطالبه است.

۳-۳-۱-۱. شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۱۲۹۳ مقرر داشته: «دریافت وجه التزام قراردادی ناظر بر تعهدات غیر پولی طرفین است و در خصوص وجه التزام قراردادی ناظر بر تعهدات پولی، صرفاً در مقابل خسارت تأخیر تأدیه و در موارد قانونی (تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) قابل مطالبه است. مقررات ماده ۵۲۲ در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج می‌باشد، حاکم بر مواد ۲۲۸ و ۲۳۰ قانون مدنی است و دریافت مازاد بر آن بر اساس ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی ربا محسوب می‌گردد. لذا تعیین شرط در جهت پرداخت وجه التزام، برای تعهدات پولی شرطی است، نامشروع و باطل (بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م.) و دعوی مرتبط با آن قابلیت استماع در محاکم ندارد.»

۳-۳-۱-۲. در دادنامه شماره 9109970223300935 شعبه ۱۲۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران

در خصوص مطالبه ۳۰٪ خسارت تأخیر تأدیه از کل دین به ازاء هر روز، دادگاه مقرر داشت: «با عنایت به این که دادگاه موضوع را ربوی دانسته و از شمول مقررات ماده ۲۲۱ قانون مدنی خارج می‌داند و در مانحن فیه خواهان صرفاً می‌تواند از مقررات ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مارالذکر استفاده که موضوع حکم قرار گرفته است ثابت ندانسته و مستنداً به ماده ۱۹۷ قانون اخیرالذکر حکم به بی حقی خواهان صادر و اعلام می‌نماید.»

۳-۱-۳. در رأی شماره ۹۹۰۰۰۰۰۰۶۷۷ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان اندیکا نیز آمده: «با عنایت به این امر که اساساً مطالبه خسارت تأخیر تأدیه به لحاظ شرعی جایز نیست، هرچند برخی فقها خسارت تأخیر تأدیه را مجاز می‌دانند که محدود به حالتی است که ارزش پول به میزان قابل توجهی کاهش یافته باشد و قانون نیز مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را طبق شاخص بانک مرکزی از تاریخ تقدیم دادخواست قابل مطالبه می‌داند اما در خصوص دیونی که میزان دریافت سود آن در قرارداد ذکر شده باشد به لحاظ شرعی مشروع نمی‌باشد و چنین دعوایی در دادگاه مسموع نیست.»

۴-۱-۳. رأی شعبه سی و هشت دیوان عالی کشور به شماره ۸۰/۱۶۸/۳۸ مورخ ۱۳۸۰/۳/۸۲ مقرر می‌دارد: «... نظر به اینکه مفاد شرط در واقع تعیین مبلغ یکصد هزار ریال خسارت روزانه برای تخلف تجدیدنظرخوانده در استرداد قرض الحسنه موضوع قرارداد با انقضای مدت اجاره و تخلیه مورد اجاره از ناحیه مستأجر است و نظر به اینکه شرط مذکور اساساً توافق بر تعیین خسارت تأخیر تأدیه و اشتراط زیاده در قرض است که از مصادیق بارز ربا بوده و بر اساس نظریات متعدد شورای نگهبان مغایر شرع انور بوده و مستنداً به اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی قابل ترتیب اثر نیست.» (Abedian et al.2010:162)

۵-۱-۳. در دادنامه شماره ۸۷/۵۰/۴۹ مورخ ۸۷/۱/۲۶ شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان فارس آمده: «تجدیدنظرخواهی وارد می‌باشد، زیرا وجه التزام تعیین شده در قرارداد بیش از دو برابر مبلغ مقرر بین تجدیدنظرخواه و تجدیدنظرخوانده است و چون وجه التزام عملاً جایگزین تعهد اصلی می‌گردد وجه التزام گزافی بر خلاف عدالت معاوضی بوده و داراشدن غیر عادلانه است که مورد تأیید قانون نمی‌باشد...» (Hatami et al.2013:81)

۶-۱-۳. برخی دادگاه‌ها شرط وجه التزام گزاف را شرطی غرری محسوب و به عنوان شرط نامشروع تلقی می‌کنند. در رأی شعبه سوم دیوان عالی کشور به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۸۵ در

خصوص تعیین وجه التزام بیش از ثمن معامله، این گونه استدلال شده است: «... از آنجا که طبق مقررات قانون مدنی از اوصاف شروط مندرج از عقود این است که نامشروع و مخالف مقتضای عقد نباشد، عدم تعادل بارز و غیرمتعارف ارزش عرفی عوضین در عقود معاوضی یا اشتراط شرطی که موجب تملک بیش از آن گردد، از مصادیق شرط ضرری و غرری و دارا شدن غیرعادلانه و آن مثل غرور و اضرار در خود عقود است و طبق موازین فقهی نامشروع است».

۳-۱-۷. در دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۷۵۷۸۵۰۰۷۳ صادره از شعبه ۳۵ دادگاه حقوقی مشهد نیز آمده است: «وجه التزامی که بر مبنای ماده ۲۳۰ قانون مدنی مورد توافق قرار گرفته باید متعارف باشد با این استدلال که خسارت به چند صد برابر اصل قرارداد بالغ شده و محرز می شود متعهد قصد جدی نداشته، علاوه بر این اصل عدالت معاوضی رعایت نشده و جمع شدن عوض و معوض در یک دارایی ظهور در سفهی بودن دارد» (Khodabakhshi.2021:256) اطلاق ماده ۲۳۰ ق.م.ن باید در تضاد با اصولی مثل عدالت معاوضی و عقلایی بودن امور توافقی باشد و عبارت پرداخت مبلغی به عنوان خسارت که در ماده ذکر شده در بردارنده مفهوم تناسب نیز هست. (Mohaghegh Ahmad Abadi et al.2020:10)

بررسی آراء محاکم نشان می دهد نامشروع بودن شرط وجه التزام گزاف عمدتاً به استناد یکی از موارد زیر بوده است:

اول- تاکید بر فقدان قصد: از آنجا که رکن اصلی تعهد و شرط قصد واقعی است و وجه التزام گزاف تابع قصد متعهد نیست این شرط فاقد اعتبار است. (Khodabakhshi.2021:246) در حقیقت در فرضی که مبلغ گزاف است به سختی می توان قصد اجرای قرارداد را به طرفین منتسب نمود. متعهد قصد و حتی احتمال نقض را در سر نمی پروراند و متعهد له نیز بیشتر ابزاری برای فشار بر متعهد می خواهد و قصد دریافت نمودن را ندارد (Abedian.2007:42) نهایتاً با توجه به اینکه ماده ۲۳۰ ذیل عنوان خسارات حاصله از عدم انجام تعهدات آمده و در خود ماده هم قید شده به عنوان خسارت، این نتیجه به دست می آید که هدف طرفین بر آورد خسارت است و نه پرداختن مبلغی گزاف که با قصد آن ها سازگاری ندارد و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی بر این موضوع دلالت دارند (Khodabakhshi.2021:253 & Abedian.2007:18)

دوم- نداشتن قدرت بر تسلیم از ناحیه متعهد: یکی از شرایط صحت تعهد اعم از اینکه موضوع آن عین یا دین باشد قدرت بر تسلیم است و شرط گزافی که قدرت بر تسلیم در آن وجود ندارد

باطل است (Khodabakhshi, 2021:246)

سوم- مغایرت با نظم عمومی: نظم عمومی موضوع ماده ۹۷۵ ق.م از استثنائات ماده ۲۳۰ و ابزاری برای اخلاقی کردن قراردادهاست و در صورتی که قراردادی با قواعد حقوقی منطبق بوده ولی پیامدهای منفی اقتصادی، اجتماعی و اخلاقی داشته باشد به استناد در ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی بی اعتبار است. ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه نیز که در خصوص وجه التزام است دادگاه را مجاز به تعدیل وجه التزام سنگین با توسل به نظم عمومی نموده چرا که شرط وجه التزام سنگین از حیث تاراج اموال مدیون و بالاگرفتن احتمال نزاع بر خلاف نظم عمومی است. (Khodabakhshi, 2021:246)

چهارم- مخالفت با مقتضای مبادله: یکی دیگر از دلایل بی اعتباری شرط وجه التزام گراف جمع شدن عوض و معوض نزد یکی از طرفین است، چرا که این شرط با اقتضای معاوضه منافات دارد. (Khodabakhshi, 2021:247)

پنجم- گاهی هدف طرفین تعهد قراردادی از تعیین مبلغی که باید متعهد متخلف بپردازد، وارد آوردن فشار به متخلف است و نه صرفاً جبران خسارت این شرط که شرط جزا نامیده می شود معتبر نیست. (Shahidi, 2004:289)

ششم- انتفاع ناروا: گراف بودن وجه التزام نباید سبب انتفاع ناروای طرف قرارداد شود و این شرط باطل است همین طور است در صورتی که مبلغ وجه التزام متناسب با خسارت واقعی نباشد که بی معنی جلوه کند که بیانگر حيله ای برای گریز از مسئولیت باشد. (Katuzian, 2012:216)

هفتم- لزوم تطابق ماده ۲۳۰ با منشأ خود: ماده ۲۳۰ قانون مدنی از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات سال ۱۹۷۵ اقتباس شده ولی پس از اصلاح قانون فرانسه و امکان تعدیل وجه التزام قراردادی، ماده ۲۳۰ قانون مدنی همچنان بدون تغییر باقی مانده است. (Abedian, 2007:42)

۳-۳-۲. آراء دال بر اعتبار شرط وجه التزام به طور مطلق:

به باور برخی دادرسان جمله پایانی ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی که از مصالحه استفاده کرده است عملاً دست طرفین را در توافق نسبت به مازاد بر نرخ تورم باز گذاشته است؛ بنابراین شرط وجه التزام در تعهدات پولی مازاد بر نرخ تورم، معتبر تلقی می گردد.

۳-۲-۱. در دادنامه شماره 9309970907000363 صادره از شعبه دهم دیوان عالی کشور که چند فقره سفته به عنوان ضمانت عدم پرداخت به موقع چند فقره چک صادره شده است، دیوان ضمن رأی به محکومیت فرجام خواه مقرر داشت: «با توجه به عدم پرداخت چک مورد خواسته با صدور گواهینامه عدم پرداخت، مدافعات فرجام خواه خلاف تعهد قراردادی و محکوم به رد است. با این بیان رأی فرجام خواسته از حیث اصل محکومیت فرجام خواه بابت ده میلیون تومان وجه چک و دو فقره سفته هر یک به مبلغ پنجاه میلیون ریال بابت خسارت فاقد ایراد قانونی است. با رد فرجام خواهی فرجام خواه رأی فرجام خواسته را مستنداً به ماده ۳۷۰ از قانون آیین دادرسی مدنی ابرام می نماید».

۳-۲-۲. شعبه ۴۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۰۰۹۲۶-۹۰/۹/۱۹، در مورد خسارت تأخیر تأدیه توافقی به مبلغ حدود یک میلیون و پانصد هزار تومان برای دین دو میلیون تومان مقرر داشت: «خسارت عدم پرداخت بدهی در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی و مجاز شناخته شده و عنوان قانونی آن خسارت تأخیر تأدیه می باشد که در صورت عدم توافق، طبق شاخص بانک مرکزی محاسبه می شود و در صورت توافق با توجه به جمله پایانی این ماده طرفین به نحو دیگر مصالحه و توافق نموده اند؛ بنابراین طبق ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده فوق الذکر این خسارت قابل مطالبه است».

۳-۴. نظریات مشورتی

همان اختلاف رأیی که در نظر حقوقدانان و در آراء محاکم در این زمینه وجود دارد عیناً در نظریات مشورتی اداره حقوقی دادگستری نیز مشهود است.

۳-۴-۱. نظریه مشورتی مبنی بر بطلان شرط وجه التزام خارج از ماده ۵۲۲:

در نظریه شماره 7/98/1320 مورخ 1398/09/26 آمده است: «توافق بر جریمه به عنوان وجه التزام یا خسارت تأخیر تأدیه دین، فقط در چارچوب مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ با اصلاحات بعدی، برای وجوه و تسهیلات اعطایی بانک ها پیش بینی شده است ولی در تمام دعاوی که موضوع آن، دین و از نوع وجه رایج است، مطالبه و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بر اساس ماده 522 قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب

۱۳۷۹ انجام می‌شود و شرط زیاده در تعهدات پولی، ربای قرضی محسوب می‌شود و وجه التزام موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی ناظر به تعهدات غیر پولی است.»

۳-۴-۲. نظریه مشورتی مبنی بر اعتبار شرط وجه التزام مازاد بر ماده ۵۲۲:

در نظریه شماره ۷/۱۴۰۰/۲۳۳ آمده است: با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آ.د.م است و با عنایت به ماده ۶ قانون اخیرالذکر، تعیین خسارت مازاد بر شاخص قیمت های اعلامی رسمی (نرخ تورم) در صورتی که مغایرتی با مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است.

۴-۱. امکان سنجی تعدیل قضایی وجه التزام گزاف و نحوه تعدیل:

۴-۱-۱. تعدیل قضایی وجه التزام گزاف:

در نظام های حقوقی قائل به تعدیل برای تشخیص گزاف بودن به عباراتی مثل: به نحو نامتناسبی بالابودن، به نحو آشکاری بیش از اندازه بودن، نامعقول بودن و ... اشاره شده است که این عدم تناسب از مقایسه وجه التزام و خسارت واقعی به دست می آید. (Abedian.2007:25) در بند یک ماده ۳۴۳ قانون مدنی آلمان آمده در زمینه معقول بودن، هرگونه منفعت مشروع طلبکار و نه نافع مالی وی باید لحاظ شود؛ این امر بیانگر لزوم مدنظر قراردادن خسارت واقعی است چراکه گاهی امکان دارد منفعت مشروع قانونا قابل مطالبه نباشد. دادگاه های آلمان در کنار ماده مزبور مواردی مثل میزان تقصیر قراردادی متعهد، سودی که در نتیجه نقض عاید او می شود و وضعیت عمومی متعهد له نظر دارند. در حقوق فرانسه دادگاه ها در این خصوص دارای اختیار تام هستند، ولی بر اساس اصولی که دیوان عالی مقرر نموده دادگاه باید جهاتی که به نظر او خسارت مندرج در وجه التزام بیشتر از خسارت واقعی است را مد نظر قرار دهد و قاضی از کاستن از میزان خسارت واقعی ممنوع است. (Abedian.2007:28) البته برخی از حقوقدانان نیز معتقد هستند، برای تعیین خسارت واقعی نباید سلیقه ای عمل کرد و نباید هم به کارشناسی ارجاع داد زیرا وجه التزام باید بیشتر از خسارت واقعی باشد تا متعهد بیشتر تلاش نماید. (Karimi et al.2018:43)

به هر حال در مورد امکان تعدیل شرط وجه التزام گزاف دو نظر وجود دارد. مطابق با نظر اول شرط وجه التزام گزاف یا به دلیل بطلان اصل شرط و یا به علت اعتبار مطلق شرط امکان تعدیل ندارد. آنان که بر بطلان شرط وجه التزام گزاف نظر داده‌اند اغلب به عدالت معاوضی، فقدان قدرت بر تسلیم، غرری بودن، غیرعادلانه بودن و عدم رعایت موازنه استناد نموده و بر این باورند که ماده ۲۳۰ ق. م باید حمل بر متعارف شود. (Hatami et al.2013:85) دیگران نیز عدم امکان تعدیل را به جهت مقطوع بودن وجه التزام و عدم نیاز به احراز سوءنیت برای پرداخت آن دانسته‌اند. (Ghasemi Hamed.2010:165) یکی از استادان بنام حقوق معتقد است که بر «اصل لزوم جبران خسارت به شرط ورود خسارت» استثنایی وارد است و آن هم توافق طرفین است که بدون توجه به خسارت وارده و به محض تخلف، متعهد را مکلف به پرداخت خسارت می‌نماید (Mohaghegh Damad.2010:476) و این خسارت و وجه التزام ولو غیرمنصفانه نه تنها در ماده ۲۳۰ ق. م بلکه در موادی مانند ۵۰۹ و ۵۱۷ نیز غیرقابل تعدیل است و برای تقویت این استدلال می‌توان به تبصره ماده ۵۱۵ ق. آ. د. م نیز اشاره کرد که در ابتدای ماده موارد دخالت دادگاه و در انتهای آن توافق طرفین در تعیین خسارت آمده است. (Mohaghegh Damad.2010:483) در حقیقت اصل تسلیط اقتضا می‌کند هر مالک هر تصرفی در مال خود بنماید. (Mohaghegh Damad.2007:147) اصل لزوم وفای به شرط نیز از این تعهد حمایت می‌کند. (Mohaghegh Damad.2010:481) بنابراین وجه التزام مبلغی است مقطوع که دادگاه نمی‌تواند آن را تعدیل نماید. (Mohaghegh Damad.2010:475)

اما بر اساس نظر دوم شرط وجه التزام ولو گزاف نه مطلقاً باطل بوده و نه مطلقاً معتبر، بلکه نسبت به میزان گزاف قابل تعدیل تلقی می‌شود. در برخی دادنامه‌ها نسبت به مبلغ گزاف تعدیل صورت گرفته و وجه التزام را با قواعد ثانویه مثل نظم عمومی و عسر و حرج منعطف کرده‌اند. (Namvar et al.2012:120) برخی نیز معتقدند قاعده المیسور تعدیل را توجیه می‌نماید. بر اساس این قاعده آن میزان از حکم که موجبات تنگدستی متعهد را بر عهده دارد برداشته می‌شود و تشخیص این میزان عهده دادگاه است. (Mohaghegh Damad.2020:418) با این برداشت تعدیل وجه التزام گزاف را دارای مبنای فقهی می‌دانند. در حقیقت با اینکه تعدیل با دو مانع فقدان نص

قانونی^۱ و فقدان معیار مشخص مواجه است اما حقوقدانان سعی در پیدا کردن راه حل دارند و با تمسک به اصولی مثل تفسیر در پرتو کل قرارداد و اجرای عدالت و اصاف حکم به تعدیل می دهند. (Mohaghegh Damad et al.2020:2)

در حقوق فرانسه نیز که ماده ۲۳۰ قانون مدنی ما اقتباسی از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی آنان است، در خصوص امکان تعدیل وجه التزام اختلاف نظر شدید قانون گذار را مجبور به اصلاح ماده مزبور کرد. یک بار در سال ۱۹۷۵ میلادی که به دادرس اجازه دادند که اگر وجه التزام را گزاف یا ناچیز یافت آن را تعدیل کند و بار دیگر در سال ۱۹۸۵ که حتی رأساً وی را مجاز ساختند تا بدون درخواست طرفین اقدام به چنین امری نماید. البته باید توجه داشت دخالت قاضی همچنان استثنا است و الزام آور بودن شرط اصل. (Maghsudi,2012:106) مطابق با اصلاحات سال ۲۰۱۶ نیز شرط مغایر با مقررات، نانوشته (باطل غیر مبطل) قلمداد می شود. (<https://b2n.ir/w26002>)

به نظر می رسد زمانی که موضوع وجه التزام از جمله به واسطه عنصر زمان گزاف شود به دلایل زیر می توان آن را تعدیل نمود. ۱. بر اساس ماده ۲۳۰ ق.م و ماده ۵۱۵ قانون آ.د.م ماهیت وجه التزام چیزی جز خسارت قراردادی نیست لذا دادرس می تواند بر اساس ماده ۴ قانونم.م آن را تعدیل نماید؛ ۲. در تعهدات موسوم به تعدد مطلوب هم اصل تعهد و هم وجه التزام قابل مطالبه اند و باید بین این دو تعادل برقرار باشد؛ ۳. اصول ۶۱ و ۱۵۶ ق.ا دستگاه قضایی را مکلف به اجرای عدالت می نمایند. لذا نفوذ حکم ماده ۲۳۰ ق.م تنها در جایی است که شرط آشکارا غیر عادلانه نباشد. دادرس حکم به پرداخت وجه التزام محیط بر عوض را بر اساس منطق موازنه عین بی عدالتی می داند و خود را مجاز به ورود به ماهیت قرارداد می بیند.

معیار ارزش گذاری وجه التزام توسط محکمه بایستی از اراده طرفین در قرارداد اصطیاد گردد تا مانع اعمال از اعمال سلیقه در امر تعدیل گردد. مشاهده می گردد دادرس رسیدگی کننده به حکم وجدان عدالت طلب خویش دریافته است که وجه التزام گزاف، تعادل عوضین را بر هم زده و موجب سوءاستفاده از حق می گردد لذا تلاش نموده برای ایجاد موازنه از همه ظرفیت های قانونی

۱- اگرچه به موادی از قبیل ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی، ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ ق.ا و ماده ۱۷۹ قانون دریایی می توان اشاره کرد اما این مقررات به حدی نیست که بتوان قاعده ای از آن بدست آورد.

بهره برد تا عدالت را برپا نماید.

به نظر می‌رسد اگرچه در حقوق ایران مبنایی برای تعدیل در مقررات وجود ندارد اما عدم تعدیل موجب می‌شود با وضعیتی مواجه شویم که یا باید شرط را باطل دانست و یا آن را مقطوع و معتبر، که در هر دو صورت قطعاً یکی از طرفین برخلاف انصاف متضرر خواهد شد. گرایش رویه قضایی و دکترین به سوی تعدیل است؛ از حیث حقوق تطبیقی نیز در حقوق سوئیس مواد ۱۶۱ و ۱۶۲ قانون تعهدات و در حقوق مصر ماده ۲۲۵ قانون مدنی به قاضی اختیار تعدیل داده است (Ranjbar et al. 2012:30) در ماده ۳۴۳ از قانون مدنی آلمان و ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه نیز امکان تعدیل شرط وجه التزام را فراهم کرده‌اند (Abedian. 2007:15) از لحاظ رویکرد تحلیل اقتصادی نیز به نظر می‌رسد نظام حقوقی نوشته که برعکس نظام حقوقی کامن لا شرط وجه التزام ولو اینکه شرط کیفری باشد را باطل نمی‌داند و نهایتاً گرایش به تعدیل دارد مفیدتر است؛ چراکه طرفین قرارداد این شرط را به عنوان بیمه‌ای برای متعهد له در نظر می‌گیرند. همچنین این شرط منعکس کننده توانایی متعهد و دادن اطمینان به متعهد له است.

۴-۲ نحوه تعدیل:

براساس رأی وحدت رویه «توافقات اشخاص در صورتی دارای اعتبار هستند که مخالف قوانین امری از جمله مقررات پولی نباشند.» بنابراین اولین ملاک رعایت حدود قوانین امری است. توافقات خلاف مقررات امری بی اعتبار است؛ این بی اعتباری که به معنای بطلان است می‌تواند ناظر بر شرط ضمن عقد، کل قرارداد به سبب بطلان شرط و یا ناظر بر مقدار مازاد باشد. اگر اعتقاد به این داشته باشیم که شرط وجه التزام گزاف باطل است زیان دیده همانند آنچه در حقوق انگلیس در خصوص شرط کیفری جاری است، تنها حق مطالبه خسارت واقعی را خواهد داشت (Simae Saraf et al. 2019:216) در مباحث گذشته دیدیم رویه قضایی و دکترین حقوقی با بطلان شرط و به طریق اولی بطلان قرارداد موافق نیست و گرایش به تعدیل دارد. محدوده قوانین امری در رأی به صورت حصری بیان نشده است، بنابراین قاضی از این لحاظ که ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م را مانعی بر توافق بیشتر از نرخ تورم بدانند مبسوط الید است. در همین راستا برخی معتقدند در ماده ۵۲۲ پیش‌بینی نشده است که طرفین بتوانند خلاف مقررات را در قرارداد خود شرط نمایند، فقط در ذیل ماده آمده اگر طرفین به نحو دیگری مصالحه کنند مصالحه آنان نافذ است! ولی در پاسخ باید

گفت چنین امری این از بدیهیات حقوق است و طرفین می‌توانند اختلافات خود را با مصالحه حل و فصل نمایند، منظور مقنن تصریح به مصالحه نبوده و با توجه به اینکه در ماده ۵۱۵ همان قانون قرارداد در این خصوص را معتبر تلقی نموده می‌توان گفت منظور امکان شرط بر خلاف ماده است. (Shiravi.2002:41) بعلاوه با تفاسیری که بر اساس رأی وحدت رویه ۷۹۴ دیوان عالی کشور می‌شود، بطلان تنها محدود به مازاد بر مقدار مشروع و قانونی است.

به نظر می‌رسد منظور از مقررات پولی و بانکی که سقف خسارت را تعیین می‌نمایند بخش نامه‌های بانک مرکزی است. در همین راستا در یکی از بخشنامه‌های بانک مرکزی در سال ۹۹ نرخ سود علی‌الحساب سپرده‌های سرمایه‌گذاری با هدف حفظ ارزش پول ملی و حصول به نرخ تورم هدف گذاری شده و ایجاد ثبات در نظام پولی و مالی کشور، کاهش یافت؛ بنابراین یک رویکرد کاهش در محدوده مقررات بانک مرکزی است که باید با نظر کارشناس محرز شود. رویکرد دیگر کاهش وجه التزام تا معادل موضوع تعهد اصلی است که اگرچه مورد نقد شدید قرار گرفته ولی توسط محاکم از جمله شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامه ۹۷۳.....۹۲ در تاریخ ۱۳۹۹/۹/۳۰ اجرا شده است. (Mirshakari.2017:34) در برخی از محاکم وجه التزام گزاف را تا میزان ارزش تعهد کاهش می‌دهند (عابدی ۱۳۹۲: ۷۰).

سومین رویکرد با توجه با سابقه تقنین در این زمینه این است که مانند زمان حکومت ماده ۷۱۹ قانون آ.د.م سابق که اگر مبلغ وجه التزام مثلاً ۱۸ درصد بود دادگاه به هیچ وجه آن را تنفیذ نمی‌کرد و آن را به ۱۲ درصد کاهش می‌داد (Adel.2002:103) اکنون نیز ملاک تورم بعلاوه کارکرد متعارف پول باشد. باید در فرضی که متعهد ناقض مقصر باشد کارکرد پول بر نرخ تورم علاوه شود تا قدرت واقعی پول منظور گردد. در این شرایط صرفاً مازاد بر این دو را ربا تلقی می‌کنیم؛ اما در فرض بی‌تقصیری متعهد ملاک همان نرخ تورم باشد. با این تحلیل رأی وحدت رویه قدم مثبتی است. وجه التزام برای همه ناقضین تعهد حتی افرادی که معسر بوده و مقصر نیستند تا نرخ تورم در نظر گرفته شده و فراتر از آن تا سقف کارکرد عمومی پول برای کسانی که مقصر و متمکن هستند. (Karimi.2019)

نتیجه

از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، قرارداد ابزار توزیع ثروت است. اراده انسان آزاد است تا با

خلافت به تولید ثروت پردازد. با این نگاه در تمامی نظام‌های حقوقی توافق طرفین بر وجه التزام تا جایی آزاد است که نظم عمومی را بر هم نزده و به ضد خود تبدیل نشود؛ اما در نظام حقوقی ایران وجود اختلافات شدید در رویه قضایی و دکتین حقوقی پیرامون پیش‌بینی وجه التزام تا به حدی بود که منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۶/۱۰/۱۳۹۹ گردید. در این رأی تعیین وجه التزام در تعهدات پولی به رسمیت شناخته شد؛ اما برای تعیین حدود این تعهد، معیاری مبهم تحت عنوان رعایت مقررات امری از جمله قوانین پولی در نظر گرفته شد که بر آن اساس طرفین قرارداد باید مقررات امری از جمله ماده ۹۷۵ قانون مدنی و مقررات پولی به ویژه مصوبات بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار در خصوص تعیین نرخ سود را در نظر گیرند و الا ممکن است کل شرط مربوط به وجه التزام در معرض ابطال قرار گیرد. صدور این رأی موجب گردید تا تفسیری که ماده ۲۳۰ قانون مدنی را حمل بر تعهدات غیرپولی می‌دانست مردود گردد. با این حال هنوز هم رویه قضایی برای تعیین میزان مجاز وجه التزام راه خود را نیافته است. در این میان راه‌حلی‌هایی که به ذهن می‌رسد یکی این که تعیین سقف وجه التزام معادل میزان اصل تعهد، مشابه آنچه که در قراردادهای بین‌المللی رعایت می‌شود. مزیت چنین نظریه‌ای آن است که میزان خسارت از اصل تعهد فراتر نرفته و موازنه بر هم نخواهد خورد و براساس منطق تحلیل اقتصادی حقوق همچنان اجرای اصل تعهد نسبت به مطالبه وجه التزام برای متعهد له مطلوب‌تر است. راه‌حل دیگر، محدود کردن میزان وجه التزام به سقف تعیینی توسط شورای پول و اعتبار است. از میان این دو نظر چه بسا محدود نمودن میزان وجه التزام به مقررات امری بانکی مشروط به این که از اصل تعهد فزون‌تر نشود، مناسب‌تر باشد. با این حال باید از نظر دور نداشت که در مقررات بانکی تعهدات پولی ناشی از قراردادهایی است که موضوع آن تولید است اما میان اشخاص حقیقی موضوع قرارداد لزوماً تولید نیست تا بازدهی مالی قابل‌اعتنایی وجود داشته باشد؛ بنابراین اخذ وجه التزام سنگین می‌تواند منجر به استثمار بدهکاران به عنوان طرف ضعیف‌تر در رابطه دینی شود.

References

- [1] Abbasi Hosseinabadi, H., & Valizadeh, M. J. (2009). The impact of customary practice on the jurisprudential rule of the theory of the compensation of devaluation of money, *Journal of Islamic Law*, 9(28), 287-319.
- [2] Abbasi Khorasani, H. (2020). Lesson outside of jurisprudence. https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/abbasi_khorasani/feqh2/99/991226/

- [3] Abedi, M. (2013). Economic and legal analysis of the validity of the criminal penalty clause, *Encyclopedia of Judicial Law*, 19 (4), 57-77.
- [4] Abedian, H. & Asadzade, M. & Firuzmand, A. (2010). *In the pursuit of justice, the rulings of the Supreme Court in civil matters*. (Vol 1) Tehran: Mizan Publication.
- [5] Abedian, H.. (2007). *Comparative study Ability to enforce criminal conditions in contracts; The need to revise Article 230 of the Iranian Civil Code*, *journal of Theology and Law*, (19), 3-44.
- [6] Adel, M. (2002). *Agreement on Damages in Contracts*, *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, (53), 77-112
- [7] Barre, R. (1988). *Economie politique (Vol.2) (M. Farhang, Trans.)*. Tehran: Soroush Publications.
- [8] Darabpour, M., & Soltani Ahmadabad, S. (2015). Legal philosophy and the nature of punitive damages. *International Legal Journal*, 52, 61-90.
- [9] Gariguri, M. Translated by Arbab, H. (2019). *Fundamentals of Economics*, Tehran: Ney Press
- [10] Ghasemi Hamed, A. & Khosravi Farsani, A. & Aghababaei, F. (2014). *Punitive damages in Iranian law*, *Legal Journal of Justice*, (81), 162-187.
- [11] Haeri, S. K. (1995), Al-Awaraq Al-Maliyah Al-Atebari, *Risālat al-Thaqalayn Journal*, 3 (9), 92-112.
- [12] Hashemi Shahroudi, M. (۲۰۰۴). *Encyclopedia of jurisprudence according to the religion of Ahl al-Bayt* (Vol. 2). Qom: Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence.
- [13] Hashemi Shahroudi, M. (۲۰۱۲). *Contemporary jurisprudential readings* (Vol.2). Qom: Institute of Islamic Jurisprudence.
- [14] Hashemi Shahroudi, S. M. (1999). Jurisprudential rules of the devaluation of money, *Dardesi*, 16, 5-11.
- [15] Hatami, A. & Sadeghi, A. (2013). *Unjust liquidated damages term*, *Journal of Legal Knowledge and Research*, 2, 59-104.
- [16] Jafari Langroudi, M. J. (1984). *Law of obligations* (Vol. 1), Tehran: University of Tehran Press.
- [17] Javadi Amoli, A. (2015). Lesson outside of jurisprudence, <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/javadi/feqh/93/940215/>
- [18] Karimi, A. (۲۰۱۹). Criticism of the lawsuit, (yun.ir/kv2el3)
- [19] Karimi, A., & Karimi, S. (2007). Critique of judgment 910913 of Tehran General Legal Court: the effect of non-observance of Article 139 of the criminal code on the validity of the arbitration agreement. *Quarterly Journal of Rai*, 6, 35-44.
- [20] Katozian, N. (2012). *Non-contractual obligations - civil liability* (Vol. 1). Tehran: University of Tehran Press.
- [21] Katozian, N. (2014). *General rules of contracts*, (Vol. 4). Tehran: Publishing

- Joint Stock Company.
- [22] Kharazi, S. M. (2006). Paper money, *Journal of Jurisprudence of Ahl Al-Bayt*, 47, 93-110.
- [23] Khodabakhshi, A. (2021). *Lawsuits (Vol. III) Analysis and Critique of Judicial Procedure*, Tehran: Publishing Joint Stock Company.
- [24] Khosravi Farsani, A., & Biranvand, Sh. (2010). A comparative study of penalty clause and punitive damages, *Legal Journal of Judiciary*, 74 (70), 133-151
- [25] Malakehpour Shoushtari, S. M. (2021). Possibility of endowment (waqf) of proprietary worth in light of a new analysis of the endowment contract. *Private Law Studies*, 3, 589-606.
- [26] Mankiw, N. G. (2018). *Macroeconomics* (H. R. Arbab, Trans.). Tehran: Ney Publishing.
- [27] Mirshekari, A. (2017). *Adjustment of liquidated damages*, Two Quarterly Journal of Judicial Procedure-Private Law,, (1), 33-38.
- [28] Mohaghegh Ahmad Abadi, S.M., & Rezaei Nejad, H. (2020). *Delays in the implementation of the monetary obligation and its effects (analysis of case law and critique of judicial procedure)*, *Quarterly Journal of Private Law Research*, 26, ۲۹۴-۲۷۱.
- [29] Mohaghegh Damad, S. M. & Esfandyari, K. (2020). *Judicial justice and its role in claiming contractual damages*. *Legal Journal of Justice*, 1-22
- [30] Mohaghegh Damad, S. M. (2007). *Rules of jurisprudence in the civil sector 2*, Tehran: Samt.
- [31] Mohaghegh Damad, S. M. (2010). *The general theory of clauses and obligations in Islamic law*. Tehran: Center for the Publication of Humanities.
- [32] Mohaghegh Damad, S. M. (2020). *The general theory of the negation of difficulty in Islamic law*. Tehran: Center for the Publication of Islamic Sciences.
- [33] Montazeri Najafabadi, H. A. (2009). *Treatise of requests for a legal opinion (Vol.2)*. Qom.
- [34] Mosaei, M. (2005). Investigating the reasons for the compensation of devaluation of money. *Quarterly Journal of Business Research*, 34, 149-187.
- [35] Mousavi Bojnourdi, S. M. (1۹۹۷). *Jurisprudential rules of money*, *Journal of Ahl al-Bayt Jurisprudence*, (7), 9-42.
- [36] Namvar, S., & Hassani, A. (2011). A comparative study of penalty clause in French and Iranian law, *Journal of Shabak*, 7, 11-24.
- [37] Ranjbar, R., & Salaripour, E. (2012). A study of the nature and principles of legal jurisprudence of penalty clause, *Quarterly Journal of Jurisprudence and Principles of Islamic Law*, 3 (8 & 9), 6-37.
- [38] Sadr, S. M. (1981). *Al-Bank Al-Rabwi Fi Al-Islam*. Lebanon: Dar Al-Ta'arif Press.

- [39] Shahidi, M. (2004). Civil Law, Volume III, Effects of Contracts and Obligations, Tehran: Majd *Publication*.
- [40] Shiravi, A.(2002). *Critique of the rules of civil procedure regarding the claim for contractual damages and delay in payment*, Journal of Qom Higher Education Complex, (9), 7-50
- [41] Simaee Saraf, H., & Abuata, M., & Barmanzan, F.(2019). *Methods of obliging to execute the same contract*, Studies of Islamic jurisprudence and law, (18), 203-230
- [42] Sobhan, J. (2017). Lesson outside of jurisprudence, <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/sobhani/feqh/96/961115/>
- [43] Takhiri, M. A. (2003). The financial criminal clause in usury-free banking, *Ahl al-Bayt Fiqh Journal*, 35, 63-71.
- [44] Yousefi, A. A. (2002). Compensation of the devaluation of money in debts and financial relations. *Islamic Economics*, 2(6), 45-66.

A Supportive Approach to Third-Party Financing in Arbitration International Investment

Seyed Sadegh Ebrahimi¹

*PhD student in Public International
Law, Zanzan Branch*

Dr peyman bolori²

*Assistant Professor of International Law,
Islamic Azad University, Zanzan Branch*

Dr mohammad ali solh chi³

*Associate Professor, Department of
Public International Law, Allameh
Tabatabai University, Tehran*

Dr mohammad bagher ghorbanvand⁴

*Assistant Professor of Law, Islamic Azad
University, Zanzan Branch*

Received 2021/12/31

Accepted 2022/06/18

ABSTRACT

The TPF funder is an investor in a monetary claim lodged before a court or arbitral tribunal. By involving a TPF funder, a claimant may attract the necessary resources and expertise in litigating or arbitrating the claim. In return, the TPF funder is promised a part of the proceeds if the claim is successful. If the claim fails, the TPF funder, rather than the claimant, bears the expenses involved in the litigation or arbitration

Against this background, this report posits that cost-shifting rules in investment arbitration could be made more predictable by introducing standardization in the assessment of such costs and a system of advance deposits for potential cost orders

1- ebrahimi8171@gmail.com

2- Bolori.p@gmail.com

3- solhchi@yahoo.com

4- studeys@yahoo.com

INTRODUCTION

Investment arbitration is a peculiar mixture of features from classical commercial arbitration, public (international) adjudication, and domestic court procedure. Generally, investment arbitration involves a sovereign host state (the recipient of international investment), which is the respondent in the arbitration procedure. Typically, the claimant is a foreign private investor who challenges acts and measures of the sovereign that somehow detrimented the investor's interests (for example, nationalization and expropriation). The object of the investor's claim is mostly obtaining compensatory damages for harm caused by the state's alleged breach of the applicable standards of review.

In investment arbitration, the jurisdictional basis may be different. It tends to be based in the underlying investment treaty. Depending on the specific treaty at hand, the investor may state a claim pursuant to the UNCITRAL rules, ICSID rules, ICSID Additional Facility Rules or a generic ad-hoc arbitration structure. In typical operation for various BITs, the recipient state generally consents generally in advance to compulsory dispute arbitration with foreign investors as a group, rather than as a specific and nominated counterpart. In investment arbitration, the jurisdictional basis may be different. It tends to be based in the underlying investment treaty. Depending on the specific treaty at hand, the investor may state a claim pursuant to the UNCITRAL rules, ICSID rules, ICSID Additional Facility Rules or a generic ad-hoc arbitration structure. In typical operation for various BITs, the recipient state generally consents generally in advance to compulsory dispute arbitration with foreign investors as a group, rather than as a specific and nominated counterpart.

a third-party funder includes any person or entity who provides monetary support to a party involved in an actual or potential dispute, with a view to obtaining a return on the original monetary investment.¹ Third-party funding can be, and is, provided in all types of disputes across many different jurisdictions. Yet, despite its prevalence, there is currently no provision in arbitration institutional rules explicitly defining third-party funding.

The first entity to promulgate guidelines regarding third-party funding was the IBA in its Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, last revised in 2014.⁶ The IBA centers its definition of a third-party funder on the funder's "direct economic interest in the award... in addition, the IBA guidelines also place a duty on parties to disclose the identity of their third –party funder to the arbitral tribunal.

PURPOSE

Third_ party funding has gained increased visibility and understanding globally' as evidenced through' on the one hand' the growing tolerance of its use by courts and tribunals across different jurisdictions and through the enactment of legislation' on the other. Such regulation is applicable in international arbitration to the extent that the seat of arbitration chooses to apply its domestic laws to international arbitrations seated there' like in Hong Kong and Singapore. In addition' it is possible that a domestic court deciding whether to recognize' confirm' enforce' or vacate an international arbitration award may apply its own laws on third _ party funding to enforce its domestic public policy in accordance with Article v of the New York Convention

These types of investments can be made to support any or all of the jurisdiction' merits' or enforcement phases of an award' providing flexibility to both a claimant and the third _ party funder. This investment is made on a nonrecourse basis' meaning that the claimant has no obligation to reimburse the third _ party funder if the claim is unsuccessful.

METHODOLOGY

This study is applied in terms of purpose and descriptive-analytical in terms of methodology and nature. The necessary data and statistics were collected by library method.

FINDING

Concerning the rules on shifting legal costs of the prevailing party, in

default of choice the law of the seat of the arbitration (*lex arbitri*) is decisive.⁸⁰ In European commercial arbitration, the English rule (also known as the “costs follow the event” rule⁸¹)

This is a full shift on an indemnity basis of both the prevailing party solicitors’ and arbitrators’ legal fees. In more diluted forms, in ordinary court procedure in some jurisdictions (such as Germany), the costs of the prevailing party are shifted to the losing party according to a fixed tariff and/or a percentage proportional to the claim

By contrast, the U.S. commercial arbitration system tends to build on the “American rule,” meaning that every party bears its own legal costs, although parties may agree otherwise. Likewise, public international law litigation resembles the American rule. In conclusion, the models for cost shifting can be summarized as follows:

- English rule Loser pays both own expenses and all costs of the opponent, insofar as these adverse costs are deemed reasonable by the arbitral tribunal
- American rule Each party bears own costs
- German rule Loser pays both own costs and those of the opponent, according to a fixed tariff and/or a fixed percentage, proportional to the claim

No such predictability exists. In international investment arbitration, the English and the American rules are used alternately. A definite trend favoring one or the other has not yet emerged.

CONCLUSION

Recent developments and changes in domestic regulations continue to bring third – party funding to the forefront of international arbitration’ generally’ and investment arbitration’ in particular. Third – party funding has graduated from a new funding mechanism to a widespread financing tool used in international arbitration. Third party funding of claimants in investment arbitration brings to light challenges inherent in the design of the investment arbitration system that will soon need to be addressed.

Although there is little empirical data on the behavioral implications of TPF involvement, there is a strand of research on the behavioral influence of various remuneration methods in civil litigation. Based on available

empirical research, these influences of the TPF arrangement on the behavior of the involved parties seem plausible: A TPF funder will be (more) likely to

- Emph A TPF funder will be (more) likely to
- Emphasize the risk of (partially) losing the case or not fully disclosing the chances of success
- Merely take on highly meritorious claims
- Prefer to take on higher-value cases, and therefore perform a focused risk assessment in accepting the claimant's case by optimizing due-diligence efforts to minimize adverse selection and moral hazard,
- gaining access to information held by the claimant essential for the assessment of the viability of the claim, and avoiding mistakes by inserting clauses in the TPF contract shifting associated risks of withheld information to the claimant
- Try to keep the TPF arrangement undisclosed and confidential if there is uncertainty of the effect of disclosure on the court/arbitrators decision concerning both substantive issues such as quantum of damages, causation, contributory negligence, and procedural issues such as cost-shifting orders
- Want to control the litigation strategy if it feels that either claimant or their counsel is not applying an appropriate strategy
- Monitor and control cost of legal counsel (probably strongest under the American rule, slightly less strong under the German rule, and weakest under the English rule)

Claimant will be (more) likely to

- Weigh costs and benefits of litigation more consciously before deciding to take out a TPF
- Have incentive not to disclose to the funder information that would diminish the chances of acceptance of the case

Respondent will be (more) likely to

- Settle with claimant for a higher amount if they know the claimant has resources to pursue litigation (TPF as leverage)
- Try to establish if there are inappropriate liaisons between the TPF and the arbitrators in order to challenge the latter

Reference

- [1] Aren Goldsmith & Lorenzo Melchionda, The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third - Party Funding: A Step in the Right Direction (2016), <http://kluwerarbitrationblog.com> (2016) the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and third- party-funding-a-step-in-the-right-direction.
- [2] Biloune & Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Inv. Center & Gov't

- of Ghana, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Award of Damages and Costs (1990), pp. 211- 223.
- [3] Brabandere & Lepeltak, *supra* note 76, (2012). p 379.
- [4] CAMPAIGN FOR TOBACCO - FREE KIDS, INTERNATIONAL:
[http: // global tobaccofreekids.org/en/about_us/trade_litigation_fund/](http://global.tobaccofreekids.org/en/about_us/trade_litigation_fund/);
 Sabrina Tavernise, New Global Fund to Help Countries Defend Smoking Laws, N.Y. TIMES (2015).
- [5] Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration - Substantive Principles*, Oxford: Oxford University Press (2007).
- [6] Eric De Brabandere & Julia Lepeltak, Third - Party Funding in International Investment Arbitration. (2012). P 379- 382
- [7] EU Vietnam FTA, Ch. 8. Ch. 11. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Procedural Order No. 3 (2015) .pp 2, 11.
- [8] Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Vietnam [hereinafter EU - Vietnam FTA], Ch. 8, Ch. 11 (2016).
- [9] Honlet, *supra* note 44, (2015) p 708.
- [10] IBA Guidelines on Conflicts of Interest, 13-4 (General Standard 6 (b), commentary (b)), 15-6 (General Standard 7 (a), commentary (a)).
- [11] ICC Commission on Arbitration and Alternative Dispute Resolution, Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration (2015). <https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>.
- [12] International bar Association, Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, (2014). Pp5-14
- [13] International Court of Arbitration, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration 24 (Mar. 1, 2017), [https: //cdn.iccwbo .org / content / uploads / sites / 3 / 2017/03 / ICC - Note - to - Parties - and - Arbitral - Tribunals - on the - Conduct - of - Arbitration.pdf](https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration.pdf)
- [14] J.H. McLaughlin, 'Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course', 31 *Vt. L.Rev.* (2007).

- [15]Jean - Christophe Honlet, Recent decisions on third - party funding in investment arbitration, (2015).p30.
- [16]John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', 21 *Michigan Journal of International Law* (1999).
- [17]Jonas von Goeler, case X v. Y and Z (2012), p126, 2 LE CAHIERS DE L'ARBITRAGE (2013).pp 399 -416
- [18]Katia Yannaca-Small, *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, New York: Oxford University Press (2010).
- [19]Kilim Inset Inhalant Hırakata Sanai ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan, 1CSID Case No. ARB / 10/1, (2013).
- [20]Michael R. Bloomberg and Matthew L. Myers, [http://www.tobaccofreekids.org/press releases / post / 2016_07_08_uruguay](http://www.tobaccofreekids.org/press_releases/post/2016_07_08_uruguay). (2016)
- [21]Muhammad Cap & Sehil İnşaat Industry and Trade Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2) of the Turkey Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, 50 (2014) (quoting Procedural Order No. 2, (2015). p 10.
- [22]Muhammet Çap & Sehil İnşaat Industustri ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, (2015).P2.
- [23]Oxus Gold; Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Final Award (2015).
- [24]Philip Morris Brands Sàrl et al. V. Oriental Republic of Uruguay.
- [25]Pricewaterhouse Coopers, International Arbitration damages research: Closing the gap between claimants and respondents (2015), <https://www.pwc.com/sg/en>
- [26]Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. Russian Federation, (2012).
- [27]Quasar de Valores SICAV SA.et al. V. The Russian Federation, SCC Arbitration No.24/2007, Award of (20July 2012).
- [28]ROGERS, James. CIETAC Hong Kong consults on draft guidelines on Third-Party Funding. *KluwerArbitration* [online]. © (2018) Kluwer

- Law International, a Wolters Kluwer Company, published 13 August (2016), [cit. 5. 5. 2018]. Available at: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/08/13/cietac-hong-kong-consulton-draftguidelinesonthirdpartyfunding/?_ga=2.194759534.2%E2%80%A6
- [29] Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs - Preliminary Report*, London: (2009).
- [30] S & T Oil Equipment & Machinery, Ltd. Et et al. v. Juridica Inv. Ltd. et al. , (2012) p 481.
- [31] South Am. Silver Ltd. Plurinational of Bolivia, PCA Case No. 15. (2013) Claimant's Opposition to Bolivia's Request for Cautio Judicatum Solvi and Disclosure of Information. (2015). pp 38- 40
- [32] Transatlantic Trade and Investment Partnership, European Commission proposed draft, ch. 11, pp 1- 8 (2015).
- [33] VON GOELER, JONAS; THIRD - PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION AND ITS IMPACT ON PROCEDURE, (2016), p127.

رویکرد حمایتی تأمین مالی شخص ثالث در داوری سرمایه گذاری بین المللی

سید صادق ابراهیمی^۱

دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی واحد زنجان

دکتر پیمان بلوری^۲

استادیار گروه حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد

زنجان

دکتر محمدعلی صلح چی^۳

دانشیار گروه حقوق بین الملل عمومی دانشگاه علامه

طباطبایی، تهران

دکتر محمدباقر قربانوند^۴

دانشیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد زنجان

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۱۰

چکیده

سرمایه گذار شخص ثالث کسی است که روی یک دعوی مالی در یک دادگاه یا حوزه داوری سرمایه گذاری می کند. با مشارکت سرمایه گذار شخص ثالث، مدعی می تواند از منابع و نیروی متخصص لازم برای پیگیری ادعای خود و شرکت در مرافعه یا داوری بهره مند شود و در عوض، سرمایه گذار در صورت موفقیت آمیز بودن ادعای خویش، بخشی از مبلغ خسارت را به دست خواهد آورد. مقاله پیش رو با استناد بر روش توصیفی تحلیلی اهمیت سرمایه گذاری شخص ثالث در سرمایه گذاری بین المللی را ارزیابی و مشخص می کند، مشارکت سرمایه گذار شخص ثالث نباید ضرر و خسارتی بر اقدامات داوری و یا

* - نوع مقاله: پژوهشی

1- ebrahimi8171@gmail.com

۲- نویسنده مسئول: Bolori.p@gmail.com

3- solhchi@yahoo.com

4- studeys@yahoo.com

موقعیت مدعی علیه وارد کند. در نهایت، وضع کنونی مقررات، دامنه افشاگری قراردادهای، رسیدگی به سرمایه‌گذاری شخص ثالث توسط دادگاه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری، تأثیر منابع مالی بر امنیت هزینه‌ها و برآوردهای مبالغ، و تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث بر حل و فصل اختلافات، از موضوعاتی هستند که بررسی شده است.

کلیدواژه‌ها: سرمایه‌گذار شخص ثالث، داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، افشاگری، هزینه.

طبقه‌بندی JEL: k33, k41, k4

۱. مقدمه

داوری سرمایه‌گذاری آمیزه‌ای از ویژگی‌های داوری تجاری کلاسیک، قضاوت بین‌المللی، و روند دادگاه داخلی را دارد. به‌طور کلی داوری سرمایه‌گذاری شامل دو طرف می‌شود: طرف پاسخگو یعنی دولت میزبان مستقل که (دریافت‌کننده سرمایه‌گذاری بین‌المللی) است، و مدعی یعنی سرمایه‌گذار خصوصی خارجی است که اقدامات و اعمال مستقلی را که به‌نوعی موجب ضرر و زیان به منافع تأمین‌کننده مالی می‌شود، رد می‌کند (مثل ملی شدن و سلب مالکیت). هدف از ادعای تأمین مالی در درجه اول کسب خسارت برای آسیب‌های ناشی از نقض تخلفات ادعا بر اثر نقض استانداردهای بررسی توسط دولت پاسخگو است.

در داوری سرمایه‌گذاری، مبنای حوزه قضایی ممکن است چیز دیگری باشد و معمولاً مبتنی بر معاهده سرمایه‌گذاری پایه است. بسته به معاهده خاص حاضر، سرمایه‌گذار ممکن است ادعایی مطابق با قوانین کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد (UNCITRAL)، و یا قوانین مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID) و یا یک نوع خاص از ساختار داوری موردی را مطرح کند. در مورد اکثر قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه (BIT)، دولت پاسخگو معمولاً به‌طور کلی و پیش از اجرای داوری اجباری، از شرکت در آن به‌عنوان طرف پاسخگو به سرمایه‌گذاران خارجی به‌عنوان یک گروه، و نه به‌عنوان یک رقیب مشخص، رضایت خود را اعلام می‌کند (یک نظریه جایگزین معتقد است که ترکیبی از رضایت کتبی قبلی دولت در معاهده (BIT) و رضایت کتبی سرمایه‌گذار در درخواست داوری، مبنای صلاحیت قضایی را فراهم می‌کند). «بنابراین انتخاب‌گزینه داوری برای هر شخص حقیقی و حقوقی که شرایط و ضوابط را رعایت کند ممکن است. در نتیجه پای طبقه گسترده‌ای از مدعیان بالقوه که هویت آن‌ها

در زمان توافق دولت شناخته نبود، به سیستم باز می‌شود.» (Herten 2007: 63)

۲. ویژگی‌های اصلی سرمایه‌گذار شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری

سرمایه‌گذار شخص ثالث شامل هر شخص یا نهادی است که از طرفی که درگیر یک اختلاف حقیقی یا حقوقی است، پشتیبانی و حمایت می‌کند.

۱- سرمایه‌گذار شخص ثالث قادر است در انواع اختلافات در حوزه‌های قضایی مختلف حضور و آن را پشتیبانی کند.

۲- در حال حاضر، هیچ قانونی در قوانین سازمان داوری وجود ندارد که صریحاً سرمایه‌گذار شخص ثالث را تعریف کند. (Goldsmith et al: 2016)

مناظره‌هایی که توسط شورای بین‌المللی داوری تجاری و دانشگاه Queen Mary لندن برگزار شد، تصمیم گرفته شد کار گروه مشترکی تشکیل شود تا مشکل ارائه یک تعریف جامع از سرمایه‌گذار شخص ثالث را بررسی کند. نه تنها مراجع قضایی مختلف رویکردهای مختلف و درک متفاوتی از سرمایه‌گذار شخص ثالث دارند، بلکه نهادها، شامل کانون وکلای بین‌المللی (IBA)،^۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)، سازمان داوری^۲ و حل اختلاف و دادگاه داوری^۳، نیز تعاریفی را انتخاب کرده‌اند که تفاوت‌های کوچکی با هم دارند.

اولین نهادی که قوانین مربوط به سرمایه‌گذار شخص ثالث را منتشر کرد، کانون وکلای بین‌المللی بود؛ این قوانین در تضاد با منافع سازمان داوری بین‌المللی بود، که آخرین بار در سال

۱- انجمن بین‌المللی وکلای دادگستری.

۲- کمیسیون ICC در داوری و حل و فصل اختلافات جایگزین.

۳- کمیسیون ICC در داوری و حل و فصل اختلافات جایگزین، نهاد قانونگذاری و تحقیق ICC در زمینه حل و فصل اختلافات بین‌المللی است. انجمن جهانی متشکل از بیش از ۶۹۰ عضو از کشورهای مختلف است و شامل وکلا، مشاوران داخلی، داوران، میانجیگران، اساتید حقوق و کارشناسان در زمینه‌های مختلف حل اختلاف است. این کمیسیون به چگونگی تأثیر رویه‌ها، سیاست‌ها و تحولات قانونی جدید بر داوری بین‌المللی و سایر خدمات حل اختلاف می‌پردازد. کمیسیون همچنین مسئول تدوین و بازنگری قوانین و بندهای حل اختلاف ICC است. دیوان بین‌المللی داوری ICC نظارت قضایی بر رویه‌های داوری اعمال می‌کند. هدف آن اطمینان از اجرای صحیح قوانین ICC و همچنین کمک به طرفین و داوران در غلبه بر موانع رویه‌ای است. این تلاش‌ها توسط دبیرخانه دیوان حمایت می‌شود.

۲۰۱۴ اصلاح شد.^۱ کانون وکلای بین‌المللی تعریف خود از سرمایه‌گذار شخص ثالث را به علاقه سرمایه‌گذاران بر سرمایه‌گذاری روی حکم (رأی)، متمرکز کرده است. مقررات کانون وکلای بین‌المللی، طرفین را موظف می‌کند که هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث را فاش کنند.

در سال ۲۰۱۵ دومین نهادی که قوانین را تصریح کرد، سازمان داوری بود، که گزارشی تحت عنوان (تصمیمات در مورد هزینه‌های داوری بین‌المللی) منتشر کرد.^۲ این اصلاحیه سرمایه‌گذار شخص ثالث را به عنوان یک طرف مستقل تعریف می‌کند که بخشی از بودجه یا کل هزینه‌های یک طرف (معمولاً طرف شاکی و مدعی) از داوری را تأمین می‌کند، که معمولاً در صورت موفقیت در این داوری، هزینه‌ای را برای این موفقیت دریافت می‌کند. در این گزارش آمده است، این احتمال وجود دارد، اگر طرف مقابل که تأمین مالی نشده است، نتواند هزینه‌ها را جبران کند و در این پرونده پیروز شود؛ دادگاه در صورت لزوم می‌تواند دستور افشای اطلاعات را صادر کند.^۳ طبق ابلاغ سازمان داوری و تحت قوانین اتاق بازرگانی بین‌المللی، در مورد داوری بیان می‌کند که سرمایه‌گذار شخص ثالث، نهادی است که دارای منافع اقتصادی مستقیم در یک قرارداد است، که در حکم دادگاه، خسارت‌های مالی یک طرف را جبران می‌کند.^۴

۱-۲ انواع اسناد در سرمایه‌گذاری شخص ثالث

اسناد سرمایه‌گذاری شخص ثالث در حقوق بین‌الملل، به سندی اطلاق می‌شود که معمولاً متضمن مقررات مربوط به چگونگی اجرای یک موافقت‌نامه بین‌المللی یا برقراری یک نظام موقتی است. در سال‌های اخیر، سرمایه‌گذاران شخص ثالث در حال توسعه اسناد جدید و خدمات مالی نوآورانه برای همگام شدن با نیازهای روز افزون مشتریان خود و تغییر چهره داوری و حکمیت

۱- دستورالعمل IBA در مورد تضاد منافع.

۲- گزارش کمیسیون ICC

۳- بررسی جهانی قوانین مربوط به افشای بودجه شخص ثالث.

۴- رجوع کنید به:

Court of Arbitration, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration 24 (2017), <https://cdn.icewbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration>

هستند. به‌طور کلی، متداول‌ترین انواع معاملات عبارتند از:

- سرمایه‌گذاری ثابت
- درآمدزایی از یک حکم
- سرمایه‌گذاری بر پایه اوراق بهادار

۲-۱-۱ سرمایه‌گذاری ثابت

یک سرمایه‌گذاری ثابت توسط سرمایه‌گذار شخص ثالث، شامل مقدار قابل توجهی از وجوه سرمایه‌گذاری شده است، و به‌طور معمول با عنوان (مبلغ تخصیص‌یافته سرمایه‌گذار) تعریف می‌شود؛ زمانی که پرونده موفقیت‌آمیز باشد، مبلغ تخصیص‌یافته سرمایه‌گذار به همراه درصدی از سود آن مبلغ باید باز پرداخت شود.^۱ این نوع سرمایه‌گذاری، همچنین می‌تواند به شکل خرید سهام در شرکت طرف مدعی باشد.^۲ مبالغ ارائه شده، می‌تواند برای مقاصدی فراتر از تأمین هزینه‌های داوری، استفاده شود؛ برای مثال، برای فعال نگه‌داشتن شرکت طرف طلبکار در طول مدت داوری، بازپرداخت مدعیان، یا تأمین مالی طرف دیگر معامله، از این روش سرمایه‌گذاری استفاده کرد. همچنین این نوع از سرمایه‌گذاری، می‌تواند برای حمایت از حوزه‌های قضایی، مراحل اجرای صدور حکم، اعتدال هر دو طرف معامله، و سرمایه‌گذار شخص ثالث انجام شود. این نوع سرمایه‌گذاری به صورت غیرقابل بازگشت انجام می‌شود، این بدین معناست که در صورت عدم موفقیت آمیز بودن حکم، طرف مدعی معامله هیچ تعهدی در قبال بازپرداخت به سرمایه‌گذار شخص ثالث ندارد.

۱- رجوع کنید به:

For example, the dissenting opinion of Dr. Kamal Hossain in *Teinver v. Argentina* sets out the terms of the funding agreement between the claimants and Burford Capital Limited. From any compensation paid to claimant, Burford Capital Limited would be entitled to receive "40% of the first \$ 100 million [,] 30% of the net recovery amount between \$ 100 million and \$ 500 million [,] 25% of the net recovery amount between \$ 500 million and \$ 800 million [, and] 15% of the net recovery amount above \$ 800 million. "See *Teinver SA et al. V. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB / 09/1, Dissenting Opinion of Kamal Hossain, 20 (2017).

2- See, e.g., Press Release, Eco Oro Minerals Corp., Eco Oro Minerals Announces Investment by Tenor Capital (July 22, 2016), <http://www.eco-oro.com/s/NewsReleases.asp?ReportID=756943>. See also Sebastian Perry, Claimant sells securities linked to ICSID Award, GLOBAL ARB. REV. (Oct. 28, 2011).

۲-۱-۲ درآمدزایی از یک حکم

اگر مطالبه موفقیت‌آمیز باشد و حکم صادر شود، مدعی ممکن است به دنبال فروش یا کسب درآمد از طریق آن حکم باشد.^۱ این ساختار معاملاتی، به‌خصوص در مواردی ناکارآمد است که مدعی سال‌ها منتظر مانده است تا به یک نتیجه مطلوب برسد و از زمان طولانی داوری متضرر شده است. درآمدزایی به مدعی این امکان را می‌دهد تا بدون ریسک‌پذیری در اجرای قانون و یا کنار گذاشتن روند داوری، از مزایای صدور حکم زودهنگام بهره‌مند شود. اگرچه مقداری از ارزش حکم کم می‌شود، مدعیان داوری، ممکن است که بتوانند در مدت‌زمان کوتاهی ارزش سود سرمایه خود را به دست آورند؛ نه اینکه پس از صدور حکم دادگاه منتظر بازپرداخت از طرف دیگر معامله باشند.

۲-۱-۳ سرمایه‌گذاری بر پایه اوراق بهادار

سرمایه‌گذاری بر پایه اوراق بهادار شرایط جذاب و منعطفی را برای مشاغل و تیم‌های حقوقی شرکت‌ها فراهم می‌کند، تا ریسک‌ها و هزینه‌های اضافی در دامنه وسیعی از مشکلات حقوقی کاهش پیدا کند. ساختارهای معاملاتی دامنه وسیعی را شامل می‌شود اما تأمین مالی داوری برای طرف مدعی و ریسک‌پذیری سرمایه‌گذار شخص ثالث در میان چندین داوری، از اصلی‌ترین آن‌ها است. امکان سرمایه‌گذاری بر پایه اوراق بهادار در اختیار دفاتر حقوقی است تا بتوانند در

۱- بیانیه مطبوعاتی، Owens - Illinois - (۲۰۱۷)، با بیان اینکه "یکی از شرکت‌های تابعه اروپایی حق، عنوان و سود خود را به مبلغ به شخص ثالث فروخته است. با توجه به رأی داوری خود علیه ونزوئلا، شرکت فرعی مبلغ ۱۱۵ میلیون دلار را به صورت نقدی دریافت کرده و بسته به بازپس‌گیری رأی، پتانسیل صعودی کمی را حفظ می‌کند. و در صورتی که رأی به طور جزئی یا کامل باطل شود، شرکت فرعی ممکن است باطل شود. و ملزم به بازپرداخت تا سقف کل مبلغ پرداختی نقدی به شخص ثالث است.

See, e.g., Press Release, Owens - Illinois, Inc., 01 - Reports Second Quarter 2017 Results (2017), <http://www.oi.com/Newsroom/O-1-REPORTS-SECOND-QUARTER-2017-RESULTS>: -Continued - strong - business - performance - and- favorable - non - operational tailwinds - drive - 2017 - earnings - guidance - higher / (stating "a European subsidiary of the Company sold to a third party its right, title and interest in amounts due under its arbitration award against Venezuela. Consideration, the subsidiary received a cash payment of \$ 115 million, and retains a modest potential upside depending upon recovery of the award. In the event the award is partially or completely annulled, the subsidiary may be required to repay up to the entire amount of the cash payment to the third party. ").

زمانی که ریسک اسناد مشروط و امور پر خطر را پذیرفته‌اند؛ مجموعه‌ای از داوری‌ها را تأمین مالی کنند، یا ریسک کاهش مجموع دارایی به صورت اوراق بهادار را کاهش بدهند.^۱ در این نوع اسناد، هزینه‌ای به دفاتر حقوقی پرداخت نمی‌شود، یا درصد کمتری از حق‌الزحمه و کارمزد به آن‌ها پرداخت می‌شود؛ اما زمانی که حکم موفقیت‌آمیز باشد، در این صورت ممکن است که آن‌ها بتوانند هزینه‌ای را از مشتری خود دریافت کنند.

۲-۲ فرایند به دست آوردن سرمایه در داوری سرمایه‌گذاری

فرایند سرمایه‌گذاری شخص ثالث نسبتاً آسان است. یک مدعی، به طور مستقیم، یا از طریق مشاور خود یا یک واسطه معاملاتی، با امید تأمین مالی، اگر یک سرمایه‌گذار شخص ثالث درخواست می‌کند. این فرایند می‌تواند در هر مرحله از داوری یا قبل از ارسال شکایت اتفاق بیافتد.

اولین قدم برای هر دو طرف معامله این است که سند عدم افشای قرارداد را امضا کنند. از ملزومات این نوع سند این است که اطمینان حاصل شود که امتیاز منافع مشترک هر دو طرف معامله حفظ شود. در بعضی از حوزه‌های قضایی، تضمین می‌شود که هیچ‌گونه چشم‌پوشی صرف‌نظر از امتیاز وکیل مشتری یا پرداخت دستمزد به وکیل داده نمی‌شود. پس از ثبت سند، دو طرف آزاد هستند در مورد وسعت، پیچیدگی و ارزش پرونده بحث کنند.

سپس، مدعی، مشاور آن، یا واسطه شخص ثالث، یک پرونده تجاری با سرمایه‌گذار شخص ثالث منعقد می‌کند، و توضیح می‌دهند که چرا مدعی شایسته سرمایه‌گذاری است. در طول این فرایند، قبل از انعقاد هرگونه سند خاصی، درباره شرایط مالی مذاکره و توافق می‌شود. در صورت موفقیت‌آمیز بودن صدور حکم، هم مبلغ سرمایه‌گذاری شده و هم درصدی از آن

۱- برای مثال، این ساختار می‌تواند در شرایطی که همان شرکت حقوقی به طور منظم، توسط شاکی علیه همان دولت خواننده استفاده می‌شود، به خوبی کار کند. یک مثال خوب از این نوع وضعیت، مجموعه ادعاهای اخیر انرژی خورشیدی است که ناشی از اقدامات مشابه علیه اسپانیا بر اساس معاهده منشور انرژی است.

For example, this structure could work well in situations where the same law firm is regularly used by the claimant against the same respondent State. A good example of this type of situation is the recent set of solar energy claims arising from the same measures brought against Spain pursuant to the Energy Charter Treaty

مبلغ باید به سرمایه‌گذار شخص ثالث داده شود، تحت تأثیر زمان لازم برای صدور حکم، ریسک‌های موجود (ازجمله ارزش واقعی حکم و انجام اقدامات موردنیاز) و مقدار مبلغ سرمایه‌گذاری، این ارقام تغییر می‌کند. تعیین درصد کلی داور، به تأمین‌کننده شخص ثالث این اجازه می‌دهد تا آنجا که ممکن است با مدعی همگام و هماهنگ باشد تا برای بهترین نتیجه تلاش کند.

به محض امضای سند سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار شخص ثالث با برآورد سود و مقدار سرمایه‌گذاری و همچنین راهنمایی مشاور خود، یک ارزیابی دقیق و با جزئیات از داور انجام می‌دهد. در این فرایند، سند سرمایه‌گذاری داور، مقدار هزینه پیشنهادی، نحوه ورود دو طرف به داور برای حل و فصل دعوی، شرایط و ضوابطی که سرمایه‌گذار شخص ثالث می‌تواند

از پرونده خارج یا از آن منصرف شود، و همچنین گزارش دهی و به‌روزرسانی نیازهای مالی سرمایه‌گذار، و کلا و مشتری؛ مشخص می‌شود. مهم‌تر از همه، این سند یک توقف طولانی ایجاد می‌کند، که در این مدت زمان شخص ثالث تعیین می‌کند که آیا می‌تواند با این مقدار از سرمایه، تأمین کند و ادامه بدهد یا خیر.

عواملی که توسط سرمایه‌گذاران شخص ثالث در هنگام تصمیم‌گیری برای ادامه سرمایه‌گذاری مورد توجه قرار گرفته است، شامل این موارد است: ارزش و پیچیدگی مطالبه، مقدار سرمایه موردنیاز، احتمال موفقیت آمیز بودن داور، حوزه قضایی که داور در آن انجام می‌شود، نهاد داور، سهولت اجرای حکم؛ مکان دارایی‌هایی که حکم باید برای آن‌ها ایجاد شود در تاریخ توقف طولانی پرونده، سرمایه‌گذار شخص ثالث به طرف مدعی اطلاع می‌دهد که آیا سرمایه شخص ثالث تأمین می‌شود یا خیر.

سرمایه را می‌توان از طریق راه‌های مختلفی تأمین کرد. برخی از سرمایه‌گذاران شخص ثالث سند جدیدی را برای تأمین سرمایه منعقد می‌کنند، درحالی‌که برخی دیگر با صدور اخطاریه‌ای، توجه به تأمین سرمایه توسط سرمایه‌گذاران شخص ثالث را الزام آور کرده‌اند. در کل، به‌ندرت پیش می‌آید که بیشتر از یک سرمایه‌گذار شخص ثالث درگیر یک پرونده شود. ممکن است در مواردی که سرمایه‌گذار به مقدار زیادی پول نیاز داشته باشد، بیش از یک سرمایه‌گذار شخص ثالث وارد پرونده شود، تا ریسک کمتر شود. در چنین شرایطی، لازم است برای برآورد بازده سرمایه‌گذاری و طبقه‌بندی آن و همچنین نظارت روزانه سرمایه‌گذاران بر مطالبه؛ یک سند بین سرمایه‌گذاران شخص ثالث منعقد شود.

۳-۲ مقررات فعلی سرمایه‌گذاری شخص ثالث در داوری بین‌المللی

سرمایه‌گذاری شخص ثالث باعث افزایش دید و درک جهانی شده است، استفاده از سرمایه‌گذار شخص ثالث توسط محکمه‌ها و دادگاه‌ها و حوزه‌های قضایی مختلف رشد زیادی داشته است، تا حدی که دادگاه داوری می‌تواند تصمیم بگیرد مقررات داخلی خود را در راستای قوانین داوری بین‌المللی اعمال کند؛ درست مانند هنگ کنگ و سنگاپور. به علاوه، ممکن است یک دادگاه داخلی تصمیم بگیرد که حکم داوری بین‌المللی را به رسمیت بشناسد، تأیید کند، اجرا کند یا لغو کند؛ یا اینکه می‌تواند طبق ماده پنجم قرارداد نیویورک، برای اجرای سیاست عمومی داخلی، مقررات خود را در مورد سرمایه‌گذاری شخص ثالث اعمال کند.

۴-۲ قراردادهای مربوط به سرمایه‌گذاری شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری

اولین قرارداد مربوط به سرمایه‌گذاری شخص ثالث، قرارداد جامع تجاری و اقتصادی (CETA) است، که توسط کانادا و اتحادیه اروپا تصویب شده است.^۱ این قرارداد که مربوط به سرمایه‌گذاری شخص ثالث است، شامل مفاد زیر است:

ماده ۸، ۱: تعاریف

سرمایه‌گذاری شخص ثالث به معنای هرگونه بودجه ارائه شده توسط شخص حقیقی یا حقوقی است، که آن شخص طرف خوانده نیست. بلکه کسی است که با طرف مدعی وارد پرونده می‌شود، تا بخشی یا کل هزینه را تأمین کند؛ یا در ازای دریافت سود، با یک طرف پرونده توافق می‌کند.

ماده ۸، ۲۶ سرمایه‌گذار شخص ثالث

- ۱ در صورت استفاده از سرمایه‌گذار شخص ثالث، مدعی باید نام و مشخصات سرمایه‌گذار شخص ثالث را به طرف دیگر پرونده و دادگاه اعلام کند.
- ۲ شفاف‌سازی اطلاعات باید در زمان فرایند داوری انجام شود؛ اگر قرارداد مالی منعقد شود،

1- Canada-EU CETA

یا اینکه کمک مالی بعد از فرایند دعوی یا به محض انعقاد قرارداد انجام شود؛ در این زمان نیز باید شفاف سازی اطلاعات را انجام داد.

اتحادیه اروپا پیشنهاد کرده است در شرکت های تجاری و سرمایه گذاری های اقیانوس اطلس و اطراف آن، مقررات سرمایه گذاری شخص ثالث مورد استفاده قرار گیرد، طرح پیشنهادی اتحادیه اروپا اساساً با طرح قرارداد جامع اقتصادی و تجاری یکسان است. پیش نویس طرح کنونی قرار داد تجارت آزاد اروپا و ویتنام، شامل تعریف مشابهی از سرمایه گذاری شخص ثالث است.^۱ ماده ۱۱ قرارداد تجارت آزاد اتحادیه اروپا و ویتنام، مدتی را برای شفاف سازی اطلاعات تعیین، همچنین باید ماهیت سند سرمایه گذاری شفاف سازی شود. این فرایند مستلزم این است که دادگاه هنگام تصمیم گیری در مورد هزینه ها، اطمینان از تأمین آن ها و مقررات سرمایه گذاری شخص ثالث را نیز در نظر بگیرد.

۲-۵ سرمایه گذاری شخص ثالث و قوانین قابل اجرا در داوری سرمایه گذاری

شخص ثالث تنها کسانی نیستند که نام آن ها روی مدرک ثبت می شود، بلکه شامل افرادی که در دعوی قضایی از طریق استخدام مشاور فعالیت می کنند یا در هزینه های داوری سهم هستند، یا کسانی که محق نظارت بر مسیر روند داوری هستند، نیز می شود. (Abu-Ghazaleh, et al 2009: 143)

وقتی به مسائل مربوط به قوانین حقوق بین الملل خصوصی (بی آی آل) می پردازیم، لازم است تا بین روابط مختلف و شناسایی قانون قابل اعمال به آن ها تمایز قائل شویم. (McLachlan et al. 2007: 60)

قانون قابل اجرا با موضوع سرمایه گذاری در مرافعات (قانون حاکم بر دعوی): معاهده سرمایه، و قانون قابل اجرا در مورد خود قرارداد (تا حدی که به داوری سرمایه گذاری مربوط باشد).
قانون منتخب در حوزه داوری بین الملل^۲؛ می تواند حد انتقال پذیری ادعای خسارت به یک

۱- توافقنامه تجارت آزاد بین اتحادیه اروپا و جمهوری سوسیالیستی ویتنام، (۲۰۱۶).

۲- آیین نامه رم ۱: «قانون حاکم بر ادعای واگذار شده یا جانشین، قابلیت واگذاری آن، رابطه بین انتقال گیرنده و مدیون، شرایطی که تحت آن می توان واگذاری یا جانشینی را علیه مدیون استناد کرد و اینکه آیا تعهدات بدهکار وجود دارد را تعیین می کند.

شخص ثالث را تعیین کند.

قانون حاکم بر توافق دعوی بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان: معاهده سرمایه‌گذاری و یا قانون قابل اجرا در مورد

بخش مورد توافق از داوری.

- قانون قابل اجرا در مورد قرارداد تأمین مالی شخص ثالث بین مشتری و تأمین‌کننده شخص ثالث.

- قانون قابل اجرا برای قرارداد حقوقی خدمات (اجرت وکیل) که بین مدعی و وکیل مدافع/ وکیل پرونده منعقد می‌شود.

- قانون قابل اجرا برای اخلاق حرفه‌ای مشاور که توسط دادگاهی که مشاور عضو آن است تعیین می‌شود.

۳ شفاف‌سازی موقعیت سرمایه‌گذار شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری

ممکن است دادگاه بین‌المللی سرمایه‌گذاری، به یک طرف دستور بدهد که اطلاعات سرمایه‌گذاری شخص ثالث خود را افشا کند. (Muhammad Cap et al, 2015) مطابق با قانون و مقررات بین‌المللی، یا در پاسخ به درخواست طرف مقابل (مثل استفاده از هزینه‌ها یا اطمینان از تأمین شدن هزینه‌ها)؛ دادگاه بین‌المللی طبق اختیارات قضایی خود، می‌تواند دستور شفاف‌سازی اطلاعات را صادر کند. (Kilim Inset, 2013)

همچنین ممکن است داوران بخواهند که هرگونه مغایرت مالی مربوط به سرمایه‌گذار شخص ثالث را بررسی کنند.^۱ ممکن است قانون‌ها و مقررات، داوران را ملزم کنند که مغایرت در سود را بررسی کنند. با توجه به مقررات، ممکن است داوران بخواهند که اطلاعات دو طرف پرونده را شفاف‌سازی کنند. مقررات و وظایف وکلا و داوران که طبق قوانین بین‌المللی یا انجمن وکلا اجرا می‌شود نیز، ممکن است نیاز به شفاف‌سازی اطلاعات داشته باشند.

برخی از قراردادهای سرمایه‌گذاری، برای استفاده از فرایند حل اختلاف در قرارداد، طرف‌های

۱- دستور العمل IBA در مورد تضاد منافع.

تأمین شده را ملزم می‌کند که اطلاعات سرمایه‌گذار خود را افشا کنند.^۱

به علاوه، بر اساس قوانین داوری، بسیاری از شرکت‌های سهامی عام موظف‌اند هرگونه معامله مادی را برای عموم مردم و سرمایه‌گذاران خود، افشا و شفاف‌سازی کنند. (Von Goeler, 2016:127) بسته به ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری، مشخص می‌شود که آیا نیاز است که یک شرکت سهامی عام، اطلاعات مربوط به قرارداد را شفاف‌سازی کند یا خیر.

سرانجام، طرف‌ها ممکن است تصمیم بگیرند برای تأثیرگذاری قابل توجه در فرایندهای بازپرداخت، اطلاعات سرمایه‌گذاری خود را برای طرف مقابل فاش و شفاف‌سازی کنند (Christophe BRABlet, 2015:30)

افشاگری اطلاعات ممکن است توسط دادگاه، طرف‌های مدعی، مشاوران طرف‌ها، سازمان داوری، یک نهاد دولتی یا تلفیقی از اینها انجام شود. شفاف‌سازی شامل سند سرمایه‌گذاری، اطلاعات هویت و شماره تماس شخص سرمایه‌گذار، و شرایط فرعی قرارداد است؛ درحالی‌که بخش کمی از متن قرارداد سرمایه‌گذاری، مربوط به داوری یا ارزش و ماهیت آن است.

به احتمال زیاد درخواست برای شفاف‌سازی قرارداد سرمایه‌گذاری شخص ثالث در داوری‌های تجاری و سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی بیشتر می‌باشد؛ و ممکن است دادگاه‌ها تمایل بیشتری برای پذیرفتن چنین درخواست‌هایی داشته باشند. با این حال، دادگاه‌ها باید اطمینان حاصل کنند که شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری شخص ثالث، تأثیر منفی بر فرایند و اصل داوری نمی‌گذارد. به طور مثال، ممکن است طرفی که از لحاظ مالی تأمین نشده است، وسوسه شود که برای افشا و شفاف‌سازی اطلاعات، درخواست‌ها یا مدارک زیادی را به دادگاه ارائه دهد.^۲ به همان اندازه،

۱- به عنوان مثال، اتحادیه اروپا - FTA ویتنام، فصل ۸ و فصل ۱۱

۲- اگر طرفی از بودجه دعوی طرف مقابل آگاه شود، ممکن است انگیزه‌ای ایجاد شود تا درخواست‌ها یا استدلال‌های تضعیف کننده‌ای را ایجاد کند تا این بودجه قبل از پایان پرونده تمام شود. داوری سرمایه‌گذاری - و به طور کلی داوری بین‌المللی - از طرفداری از چنین تاکتیک‌هایی که زمان و انرژی زیادی را صرف مبارزه با آن می‌کند، سودی نخواهد برد.

One can easily see that, if a party becomes aware of the other party's litigation budget, an incentive might be created to bring dilatory requests or arguments simply to exhaust that budget before the case is over. Cases abound where legitimate claimants threw the towel for budgetary reasons only. Investment arbitration - and international arbitration generally - would have nothing to gain from favoring such tactics, which it spends a great deal of time and energy fighting otherwise.

ممکن است طرف‌های تأمین شده مالی برای مقاومت در برابر افشاسازی و شفاف‌سازی اطلاعات، از اظهارات محرمانه یا علنی استفاده کنند؛ اما در عین حال به دنبال فشار آوردن به طرف تأمین نشده، برای بازپرداخت و تسویه باشند؛ بنابراین، دادگاه‌ها باید نیاز به شفافیت و جلوگیری از تضاد منافع طرفین را در مورد «سرمایه‌گذاری شخص ثالث و نتایج آن» بسنجند و ارزیابی کنند.

واقعیت این است که بیشتر دادگاه‌هایی که با سرمایه‌گذاری شخص ثالث روبرو می‌شوند، حتی در حکم‌های کتبی خود نیز اشاره‌ای به سرمایه‌گذار نمی‌کنند؛ در پرونده‌هایی که شفاف‌سازی سرمایه‌گذار شخص ثالث انجام نمی‌شود، بر پرونده تأثیر می‌گذارد و ارزیابی آن را دشوار می‌کند؛ بنابراین، ممکن است یکی از این دو مورد (شفاف‌سازی کردن یا شفاف‌سازی نکردن) اتفاق بیفتد. از یک سو، ممکن است سرمایه‌گذاری شخص ثالث در بیشتر موارد محرمانه باشد و تأثیری در داوری‌های دادگاه نداشته باشد، زیرا آن‌ها حتی از وجود آن بی‌خبرند. اگر پرونده‌ای به این صورت باشد، حداقل برای اطمینان از شناسایی و مشخص کردن مغایرت در سودها؛ به شفاف‌سازی بیشتری نیاز است. از سوی دیگر، ممکن است که دادگاه‌ها کاملاً آگاه باشند که سرمایه‌گذاری شخص ثالث در حال رایج شدن است، اما آن‌ها مختار هستند که سرمایه‌گذار شخص ثالث را نادیده بگیرند، یا بدون اینکه صراحتاً در حکم خود ذکر کنند آن را در نظر بگیرند و از آن استفاده کنند.

۱-۳ شفافیت ارتباط داور، طرفین و مشاوران

در داوری سرمایه‌گذاری گرایش به انتصاب‌های نهادی و مستقل حائز اهمیت است. بدیهی است که داوران موظف به بی‌طرفی و استقلال در تصمیم‌گیری هستند و مسائل را به شیوه بی‌طرفانه و عادلانه تعیین می‌کنند. (معاهده ایکسید)^۱

از آنجا که موفقیت داوری بین‌المللی تا حد زیادی وابسته به کیفیت و رفتار داورانی است که اختلافات و مشاجرات را می‌شنوند، باید از بروز اختلافات اخلاقی از طریق افشای تضادهای واقعی و بالقوه منافع داوران با هر یک از طرفین، پیشگیری کرد.. (Bolivar 2010:1)

۱- معاهده ICSID: داوران باید افرادی با شخصیت و صلاحیت اخلاقی بالا باشند که می‌توان برای اعمال قضاوت مستقل به آنها اعتماد کرد.

برای جلوگیری از اختلافات اخلاقی و تضمین بی‌طرفی و استقلال داوران، آن‌ها موظف به افشای روابط گذشته و حال خود که ممکن است مانع بی‌طرفی آن‌ها باشند و باعث تضاد منافع، و عدم استقلال آن‌ها بشوند، هستند. (Born 2009: 1479). برای مثال در بند ۱۱ از قوانین کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (UNCITRAL)، وظیفه افشاسازی شرایطی که احتمالاً باعث ایجاد تردیدهای موجهی در مورد بی‌طرفی و استقلال داور می‌شود، قید شده است (قواعد UNCITRAL ۲۰۱۰ می‌گوید: «هنگامی که شخصی در رابطه با انتصاب احتمالی او به‌عنوان داور موردنظر قرار می‌گیرد، او باید هر شرایطی را که ممکن است باعث ایجاد تردیدهای موجه در مورد بی‌طرفی یا استقلال او شود، افشا کند. داور، از زمان انتصاب خود و در طول رسیدگی داوری، باید بدون تأخیر چنین شرایطی را برای طرفین و داوران دیگر افشا کند، مگر اینکه قبلاً توسط او از این شرایط مطلع شده باشند»). مقررات مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) هیچ تعریف دقیقی از نوع رابطه‌ای که باید فاش شود یا مانع انتصاب داوری می‌شود، ارائه نکرده است. (Malintoppi 2008: 794). علاوه بر این، قوانین پیش از (ایکسید) وجود روابط تجاری سابق بین داور و مشاور و مدعی را مجاز می‌داند، مگر اینکه به‌طور آشکاری مانع بی‌طرفی داور باشد.

"قوانین نرم" ابزارهای قوانین خودکار هستند که به‌منظور رسیدگی به ریسک‌های تضاد منافع و عدم تجانس اطلاعات طی فرایند تعیین و انتخاب داور، توسعه یافته‌اند. هدف این قوانین، اصول و "احکام" مورد استفاده در این حوزه، ایجاد تعادلی منصفانه بین افشای ارتباطات مربوطه و اجتناب از افشای بی‌پایان روابط بی‌ربط احتمالی است. علاوه بر این، جهان داوری دنیای نسبتاً کوچکی است، و وکلا ممکن است به‌عنوان مشاور در یک پرونده و به‌عنوان داور در پرونده‌ای دیگر وارد عمل شوند. این تغییر در وظایف و موقعیت‌ها باعث می‌شود که پیدا کردن داوری که ارتباط مؤثری با هر یک از طرفین یا داورهای همکار در پرونده نداشته باشد، بسیار دشوار باشد.

اصول اخلاقی داوران در اختلاف‌های تجاری و ابزارهای خودتنظیمی از جمله کد اخلاقی برای داوران دعوی‌های تجاری (IBA)/(IIA) ۲۰۰۴ و دستورالعمل‌های اتحادیه بین‌المللی وکلای دادگستری (IBA) در زمینه تضاد منافع در داوری بین‌المللی، به داوران راهنمایی‌های خاصی در مورد افشاسازی (عمل نجیبانه) ارائه می‌کنند. (Sheppard et al. 2009: 136) استانداردهای بین‌المللی (IBA) یک دانش عینی و سطحی از اطلاعات پرونده را به‌عنوان نقطه شروع در نظر می‌گیرد. اگر

فرد معقولی تردید موجهی در مورد بی‌طرفی و استقلال داور داشته باشد، داور باید بتواند شک ایجاد شده را رد کند.

(Moses 2008: 131) طبق دستورالعمل‌ها، مشارکت‌های قبلی داور در پرونده مانع انتصاب او خواهد بود مگر این که هر دو طرف به‌طور کامل موافقت خود را با انتصاب او اعلام کنند. حفظ پست مدیریتی، ریاست یا عضو هیئت نظارت یکی از طرفین، از موارد غیرقابل انکار تضاد منافع خواهد بود. علاوه بر این، فهرست دستورالعمل‌ها، شرایط و حقایقی که داور باید آن‌ها را طی فرایند انتخاب خود افشا کند (مواردی همچون ارائه مشاوره قبلی به یکی از طرفین).

۲-۳ رویه قضایی شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری شخص ثالث

چندین دادگاه بین‌المللی و داوری تجاری، سرمایه‌گذاری شخص ثالث را سنجیده و بررسی کرده‌اند. در برخی از پرونده‌ها، طرف تأمین شده مالی، به‌طور داوطلبانه و بدون هیچ مخالفتی اطلاعات سرمایه‌گذاری را شفاف‌سازی کرده است؛ مثل قرارداد شرکت "Oxus Gold." (که در انگلستان است) با جمهوری ازبکستان^۱ که این قرارداد در سازمان قانون تجارت بین‌الملل (UNCITRAL) ثبت شده است؛ در این پرونده دادگاه اظهار کرد که سرمایه‌گذاری تأثیری در فرایند داوری نداشته است. به دلیل محرمانه بودن این اسناد، در بعضی مواقع افشاسازی این اطلاعات می‌تواند به‌عنوان اشتباه از طرف مقابل تلقی شود.

(von Goeler, 2013:126)

در بیشتر پرونده‌ها، دادگاه داوری دستور می‌دهد هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث فاش شود، اما به‌ندرت پیش می‌آید که دستور دهد شرایط سرمایه‌گذاری فاش شود. برای مثال، یک داوری در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، برای فسخ قرارداد سرمایه‌گذاری بین شرکت تجهیزات و ماشین‌آلات نفتی (T&S) و رومانی شکل گرفت؛ این پرونده در دادگاه‌های ایالت متحده داوری شد، که مستلزم شروط سند سرمایه‌گذاری بود.

(Machinery, et al, 2012:481) در این پرونده، در مورد سند سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذار

اختلاف نظر وجود داشت، به همین دلیل دادگاه پرداخت هزینه‌ها توسط شرکت نفتی (T&S)، را

1- Oxus Gold. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Arbitration Proceeding, (2015).

متوقف کرد. سرانجام دادگاه مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، به دلیل عدم بازپرداخت، فرایند رسیدگی به این پرونده را خاتمه داد. در این پرونده، به دلیل اینکه سند سرمایه‌گذاری مورد مناقشه و اختلاف نظر بود، دادگاه تشخیص داد شروط این پرونده افشا و شفاف‌سازی شود.

به‌طور معمول، سند سرمایه‌گذاری مورد بحث و اختلاف قرار نمی‌گیرد، بنابراین ممکن است افشا کردن شروط آن لازم نباشد. برای مثال، پرونده شرکت "EuroGas" و شرکت "Belmont"، با جمهوری اسلواکی که در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ثبت شده، دادگاه برای بررسی تعارض و مغایرت منافع حقوقی، به طرف مدعی (شاکی) دستور داد تا هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث خود را فاش کند، اما نیاز نبود که طرف مدعی شروط سند سرمایه‌گذاری را فاش کند.^۱ در این پرونده، مدعی پیش‌ازین فاش کرده بود که توسط یک سرمایه‌گذار لوکزامبورگی تأمین مالی شده است، اما تا زمانی که از طرف دادگاه دستور ابلاغ شود، مدعی هویت سرمایه‌گذار را فاش نکرده بود.

پرونده آقای 2 Mohammet cap و آقای Sohil Inset، با شرکت turkmenistan tic art، که در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ثبت شده است؛ در این پرونده دادگاه به مدعی دستور می‌دهد تا هم هویت سرمایه‌گذار و هم شروط سند سرمایه‌گذاری را فاش کند.^۲ در این فرایند، برای حفظ حقوق طرفین و بی‌نقص بودن فرایند داوری، دادگاه می‌تواند از اختیارات حقوقی خود استفاده کند. در آوریل ۲۰۱۴، ترکمنستان از دادگاه درخواست که به مدعی (شاکی) دستور دهد تا فاش کند که آیا از حمایت‌ها و پشتیبانی‌های سرمایه‌گذار شخص ثالث و شروط سند سرمایه‌گذاری استفاده کرده است یا خیر. دادگاه درخواست ترکمنستان را رد کرد؛ اما چندین دلیل وجود دارد که دادگاه می‌توانست دستور شفاف‌سازی سند سرمایه‌گذاری شخص ثالث را

۱) EuroGas، شاکیان باید هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث را افشا کنند و سرمایه‌گذار شخص ثالث تعهدات عادی محرمانه بودن را خواهد داشت.

See Euro Gas Inc. & Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No ARB / 14/14, Transcript of the First Session and Hearing on Provisional Measures, 1453-4 (Mar. 17, 2015) ("We think that the Claimants should disclose the identity of the third - party funder, and that third - party funder will have the normal obligations of confidentiality. 2- Mohammed cap v.turkmenistan tic art

صادر کند:

الف) برای جلوگیری از تضاد و مغایرت منافع در حکم، به دلیل وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث

ب) برای شفافیت و شناسایی طرف درست پرونده (طرفی که حق با اوست)؛
پ) برای اینکه دادگاه تصمیم عادلانه بگیرد که باید در پایان هر داوری چگونه هزینه‌ها را تقسیم کند؛

ت) اینکه درخواستی برای بررسی هزینه‌ها وجود داشته باشد؛
ث) اطمینان حاصل شود اطلاعات محرمانه‌ای که ممکن است در طول فرایند داوری منتشر می‌شود؛ به خاطر انگیزه‌های پنهانی برای طرف‌ها فاش نشوند. (Sohil Inset, 2015)
 یک سال بعد، ترکمنستان برای اطمینان از عدم مناقشه با داوران و مشاوران پرونده، و اینکه آیا واقعاً ادعاهای طرف مدعی (شاکی) صحت دارد؛ مجدداً برای شفاف‌سازی، اطلاعات درخواست کرد. (Muhammet Çap v. Turkmenistan) برای مؤثر کردن درخواست مجدد، ترکمنستان استدلال‌هایی را طبق قانون ۷ الف) کانون وکلای بین‌المللی استناد کرد؛ که این استدلال‌ها راجع به تعارض و منافات منافع در داوری بین‌المللی بود، که در اکتبر ۲۰۱۴ به نتیجه رسید. همچنین ترکمنستان اظهار داشت به دلیل حضور سرمایه‌گذار شخص ثالث، در حال بررسی درخواست داوری و اطمینان از هزینه‌ها است. دادگاه تصمیم گرفت به دلایل زیر، درخواست مجدد ترکمنستان را بپذیرد:

اول، اهمیت اطمینان از درست بودن روند داوری و تعیین اینکه آیا حکم تحت تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث قرار می‌گیرد یا خیر. بر این اساس، دادگاه معتقد است که در بعضی از پرونده‌های این چنینی، شفافیت وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث مهم است.
 دوم، مدعی اظهار کرده است که درخواستی را برای اطمینان از هزینه‌ها به دادگاه ارائه می‌دهد، هرچند هنوز چنین اتفاقی رخ نداده است؛ و مشخص نیست که چنین درخواستی در مورد چه مسائلی است، به‌طور مثال این درخواست می‌تواند شامل عدم توانایی طرف مقابل در پرداخت هزینه‌ها یا وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث باشد. دو دلیل دیگر نیز وجود دارد که در تصمیم‌گیری دادگاه و نتیجه حکم تأثیر گذاشته است. طرف مدعیان وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث را در این

داوری انکار کرده بود. به دلیل اینکه طرف مدعیان هر گونه واگذاری دارایی‌های خود به طرف مقابل را انکار می‌کرد. علاوه بر این، طرف شاکی ادعا کرده است حتی اگر بند مربوط به سرمایه‌گذاری را فسخ کرده باشد و سرمایه مورد نیاز تأمین شده باشد؛ طرف مقابل هزینه‌ها را بازپرداخت نکرده است. در حالی که دادگاه درخواست ترک‌منستان را قبول کرد، اما در مقررات خود مشخص نکرد که کدام‌یک از شروط سند باید فاش شود و کدام‌یک باید محرمانه بماند. هنوز مشخص نیست که این افشاگری‌ها چه تأثیری در نتیجه حکم گذاشته است. ونمی توان اطمینان داشت که با وجود ارائه اطلاعات توسط طرف مقابل و افشاگری، رأی دادگاه عادلانه خواهد بود یا خیر.

و همچنین در پرونده شرکت "Silver" آمریکای جنوبی با کشور بولیوی^۱، که در دادگاه داوری بررسی شد، طرف خوانده (متهم) از دادگاه درخواست کرد که به طرف مدعی (شاکی) دستور دهد تا هویت سرمایه‌گذار و همچنین شروط قرارداد امضا شده با سرمایه‌گذار را فاش کند.^۱ بولیوی در سال ۲۰۱۴ به مقررات کانون وکلای بین‌المللی استناد کرد؛ این مقررات بیان می‌کند که سرمایه‌گذار شخص ثالث و طرف تأمین شده مالی باید یکسان و برابر فرض شوند، تا وجود تعارض و مغایرت منافع بررسی شود، و اینکه طرف تأمین شده مالی، موظف است تا روابط بین سرمایه‌گذاران شخص ثالث و داوران را فاش کند. شرکت Silver آمریکای جنوبی (SAS)، در جواب به درخواست بولیوی، موافقت کرد تا هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث خود را فاش کند اما اظهار کرد که شروط سند سرمایه‌گذاری این شرکت به موضوعات مورد بحث و اختلاف در این داوری بی‌ربط است؛ و اینکه شروط سند محرمانه از لحاظ تجاری بسیار مهم است، و اگر دادگاه از شرکت Silver بخواهد مفاد و شروط سند سرمایه‌گذاری را فاش کند، شرکت Silver آمریکای جنوبی و سرمایه‌گذار متحمل ضرر خواهند شد.^۲ در پایان، به منظور شفافیت پرونده، دادگاه تصمیم گرفت که دستور افشای هویت سرمایه‌گذار را صادر کند اما تشخیص داد که هیچ دلیلی برای افشای شروط سند سرمایه‌گذاری وجود ندارد.

1- South Am. Silver Ltd. V. Plurinational State of Bolivia, PCA Case No. 15, (2016).

2- South Am. Silver Ltd. Plurinational of Bolivia, PCA Case No. 2013 15. Claimant's Opposition to Bolivia's Request for Cautio Judicatum Solvi and Disclosure of Information, pp 38- 40 (2015).

۴ سرمایه‌گذاری عام‌المنفعه (غیر شخصی)

پرونده‌های فوق ذکر شده، شامل سرمایه‌گذاری شخص ثالث انتفاعی (شخصی) بوده‌اند. طبقه‌بندی جدیدی از سرمایه‌گذاری وجود دارد، که سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی (Brabandere et al, (2012): P 379- 382) یا سرمایه‌گذاری ایدئولوژیک نامیده می‌شوند. در درجه اول این سرمایه‌گذاران انگیزه دارند تا به جای سودآوری، نتیجه پرونده را تحت تأثیر قرار دهند، سابقه ایجاد کنند یا اینکه قانون را تغییر دهند؛ اگرچه چنین سرمایه‌گذارانی گاهی هم سود می‌برند. مشهورترین مثال برای چنین اسناد و پرونده‌هایی، حمایت مالی موسسه Bloomberg. و موسسه کودکان بدون دخانیات به دولت اروگوئه در برابر شرکت بین‌المللی دخانیات Philip morris است؛ که این پرونده، در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ثبت و داوری شده است (Morris Brands Sàrl et al.) در این پرونده، شرکت بین‌المللی Philip morris در مورد برند

تجاری و برچسب‌های محصولات دخانی، مقررات ایالتی را به چالش کشید. Bloomberg et al, (2016)

Bloomberg. انتظار بازپرداخت سرمایه خود را نداشت؛ در عوض این نهاد تلاش کرد تا به نتیجه قطعی در این پرونده برسد، یعنی رعایت قوانین اروگوئه در مورد بسته‌بندی دخانیات با هدف کاهش رواج سیگار کشیدن. با برداشتن این قدم روبه‌جلو، نهاد نیکوکاری بلومبرگ و نهاد بیل و ملیندا گیتس تحت قراردادهای تجاری و سرمایه‌گذاری، با ایجاد صندوق داوری تجارت ضد دخانیات برای کشورهای کم‌درآمد و با درآمد متوسط، که با شرکت‌های دخانیات درگیر هستند، با یکدیگر همکاری کردند.^۱

پرونده "Quasar de Valor's" مثالی از یک پرونده سرمایه‌گذاری عام‌المنفعه غیرانتفاعی

۱- کمپین دخانیات - کودکان رایگان، بین‌المللی: صندوق جهانی جدید برای کمک به کشورها در دفاع از قوانین سیگار کشیدن، N.Y. TIMES (۲۰۱۵).

CAMPAIGN FOR TOBACCO - FREE KIDS, INTERNATIONAL:

Http: // global tobaccofreekids.org/end/about us/trade_litigation_fund/; Sabrina Tavernise, New Global Fund to Help Countries Defend Smoking Laws, N.Y. TIMES. (۲۰۱۵)

است. در این پرونده سرمایه‌گذار گروه "menatep limited"، سهامدار اکثریت سابق شرکت نفت روسیه‌ی yokous بود؛ menatep با سرمایه‌گذاری در پرونده "Quasar de Valor's"، در صدد ایجاد سابقه خوب بود به امید اینکه چنین سابقه‌ای در آینده بر اساس قرارداد امتیاز انرژی، برای مناقشات و اختلافات بزرگ‌تر سهامداران علیه روسیه اعمال شود و به کار بیاید. (Quasar de Valor's SICAV S.A. et al)

این پرونده باز هم نمونه دیگری از نوعی سرمایه‌گذاری نوظهور است که در آن سرمایه‌گذار شخص ثالث به جای اینکه به دنبال سود باشد، صرفاً به دنبال مقدار مشخصی درآمد از خدمات است. اگرچه مناتپ مطمئناً به دلایل مالی سرمایه‌این پرونده را تأمین می‌کرد، زیرا هدف آن سودآوری در آینده با استفاده از سابقه ایجاد شده در پرونده کازار والرس بود.

سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی هنوز هم نادر است و مانند سایر روش‌های سرمایه‌گذاری شخص ثالث نامشخص و در حاله‌ای از ابهام است. با این وجود، دلیل دستور افشا و شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی همان دلیل دستور افشای سرمایه‌گذاری انتفاعی است، حتی اگر برخی از چالش‌های منحصربه‌فرد وجود داشته باشد که هنوز به طور کامل آشکار و تجزیه و تحلیل نشده‌اند. علاوه بر این، بسیاری از سرمایه‌گذاران غیرانتفاعی و طرف‌هایی که از لحاظ مالی تأمین شده‌اند، تمایل دارند که داوطلبانه یا به طور علنی درگیر شدن در پرونده را اعلام کنند؛ شاید این کار برای جلب نظر افکار عمومی به نفع خود یا جذب منافع مالی برای طرف تأمین شده باشد. به علاوه، ممکن است سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی گزینه مناسبی برای مدعی علیه‌ها در داوری بین‌المللی، به خصوص کشورهای مدعی علیه در داوری سرمایه‌گذاری باشد، زیرا معمولاً بازگشت سرمایه لازم نیست. ممکن است با گذشت زمان و با علنی شدن بیشتر این پرونده‌ها، ارزیابی تأثیر سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی در داوری بین‌المللی آسان‌تر باشد. (Brabandere & Lepeltak: 379)

۵ تأثیر سرمایه‌گذاری شخص ثالث بر هزینه‌ها و قوانین تغییر هزینه

هزینه‌های انجام داوری تقریباً بالا است. (UNCTAD et al 2010: 17) هزینه‌های داوری شامل هزینه‌های اجرایی اداری نهادی، کارمزد داوران (از جمله هزینه‌های تعهدات و فسخ) و هزینه‌های طرفین (نمایندگان قانونی، شاهدان، کارشناسان، هزینه‌های کسب و کار داخلی) می‌شود. روش‌های محاسبه کارمزد داور شامل "زمان صرف شده" (مثلاً هزینه‌های ساعتی یا روزانه بر

اساس معیار مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID) یا دادگاه بین‌المللی داوری (ICC)، یا "بر اساس ارزش" (درصد ارزش دعوی) هستند، (Yannaca-Small et al 2010: 81)

در خصوص قوانین مرتبط با انتقال هزینه‌های قانونی به طرف مقابل، به‌طور پیش‌فرض حوزه قانونی محل داوری (قانون داوری) عامل تعیین‌کننده است.. (Jagger 2010: 76) در داوری تجاری اروپا، قانون انگلیس (که به‌عنوان هزینه‌های پس از رویداد هم شناخته می‌شود) تا حدودی اعمال می‌شود. (Gotanda 1999: 5) شکل اصولی آن عبارت است از انتقال کامل هزینه‌های مشاوره و وکالت طرف غالب و هزینه‌های قانونی داوران به طرف بازنده. در حالت‌های معمولی‌تر اعمال این قانون، در دادگاه‌های عادی در برخی از حوزه‌های قضایی (مثلاً آلمان)، هزینه‌های طرف غالب طبق تعرفه‌های ثابت و یا درصدهای متناسب با میزان پیروزی ادعا، به طرف بازنده منتقل می‌شود. (Gotanda et al 1999: 6) سیستم داوری تجاری آمریکا مبتنی بر قانون آمریکا است، به این معنی که هر طرفی هزینه‌های قانونی خود را متقبل می‌شود، هرچند طرفین ممکن است با این روند موافق نباشند. (Born et al 2009: 2491) مدل‌های انتقال هزینه را می‌توان به شرح زیر ارائه داد: (Jackson 2009: 53)

قانون انگلیسی	طرف بازنده هزینه‌های خود و هزینه‌های طرف برنده را پرداخت می‌کند، تا جایی که این هزینه‌ها از نظر دادگاه داوری معقول باشند.
قانون آمریکایی	هر طرف هزینه‌های خود را می‌پردازد.
قانون آلمانی	طرف بازنده هزینه‌های خود و هزینه‌های طرف برنده را بر اساس یک درصد مشخص و/یا بر اساس میزان موفقیت ادعا می‌پردازد.

در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، قوانین انگلیسی و آمریکایی به‌طور متناوب استفاده می‌شوند و یک روند قطعی که به نفع یکی یا دیگری باشد هنوز مشخص نشده است (McLachlan et al. 2007: 346)

۶ سرمایه‌گذاری شخص ثالث و محاسبات مقدار آن

سرمایه‌گذار شخص ثالث با تعیین ارزش حکم، در مورد سرمایه‌گذاری روی پرونده تصمیم می‌گیرد. در پرونده‌هایی که سرمایه‌گذاری شخص ثالث آشکار است مدعی علیه یا دادگاه نباید در مورد خسارات استنباط و نتیجه‌گیری کند. در واقع، ممکن است دادگاه‌ها آگاهانه یا ناخودآگاه

پس از مطلع شدن از مشارکت سرمایه گذار شخص ثالث، در مورد ارزش ها و امتیازهای پرونده الزاماتی را ایجاد کند. برای مثال، یک دادگاه ممکن است فرض کند در مواردی که احتمال بازپرداخت خسارت کمتر است، تأمین مالی برای سرمایه گذار شخص ثالث غیرقابل انجام باشد. در واقع، تصمیم یک سرمایه گذار برای تأمین مالی یک پرونده مشخص، یک فرایند پیچیده است که شامل در نظر گرفتن جنبه های مختلفی می شود، از جمله احتمال

موفقیت و تعیین میزان خسارت در طول فرایند دعوی قضایی، احتمال فرجام خواهی یا اجرای قانون، و بررسی اینکه آیا موضوع موارد دیگر مربوط به مسائل حقوقی است یا خیر.

در مقابل، در مواردی که دادگاه یا مدعی علیه تشخیص دهند که مدعی از سرمایه گذاری شخص ثالث منصرف شده است، ممکن است دادگاه نتیجه بگیرد که این پرونده از اساس ناقص است. در حقیقت، دلایل زیادی وجود دارد که ممکن است سرمایه گذار شخص ثالث یک پرونده خوب را رد کند. برای مثال، در صورتی که نسبت هزینه ها به سود احتمالی از نظر اقتصادی مقرون به صرفه نباشد و یا مدعی علیه اظهار کند ریسک این پرونده بالاست، سرمایه گذار نمی تواند سرمایه گذاری را توجیه و آن را قبول کند.

هنگام فراهم کردن شرایط مناسب برای سرمایه گذاری شخص ثالث، یک سرمایه گذار باید بتواند مقدار تقریبی خسارت حکم را برآورد و تعیین کند. به طور کلی این محاسبه مقدماتی، قبل از انعقاد قرارداد نهایی سرمایه گذاری حقوقی، و بدون استفاده از کارشناسان یا مشاور اضافی انجام می شود. به عنوان یک قاعده کلی، محاسبه اولیه بازده احتمالی یک مهارت است، مهارتی که هزینه های از دست رفته، الزام سرمایه گذاری، زمان صدور حکم و سهولت اجرای فرایند داوری همه در آن نقش دارند. به طور کلی، هر چه فرد یا شرکت بیشتری در پروژه ای سرمایه گذاری انجام دهد و از اسناد آن سرمایه گذاری پشتیبانی کند، قطعاً از نظر جبران خسارت بهتر عمل خواهند کرد و داوری سرمایه گذاری موفقیت آمیزتر خواهد بود. در واقع، دادگاه ها مایل نیستند صدها میلیون دلار را به سرمایه گذارانی که فقط بخشی از این مبلغ را سرمایه گذاری کرده اند اعطا کنند.^۱

۱SA, Tecnicas Medioambientales Tecmed علیه ایالات متحده مکزیک، پرونده ICSID شماره ۲، جایزه، ص ۸۶ (۲۰۰۳) (با توجه به "تفاوت قابل توجهی در مبلغ پرداخت شده تحت پیشنهاد مناقصه برای دارایی های مربوط به محل دفن زیاله ۴,۰۲۸,۷۸۸ دلار آمریکا - و تسکین درخواستی خواهان، به مبلغ ۵۲,۰۰۰,۰۰۰ دلار آمریکا...")؛ Wena Hotels Ltd.

حتی اگر همیشه در داوری از منافع و مقدار مبلغ اطمینانی وجود نداشته باشد، سرمایه‌گذاران با جستجوی پرونده‌هایی که پایدار و با ثبات هستند، با روش‌هایی میزان اهمیت آن پرونده را می‌سنجند، و دنبال کاهش ریسک هستند. صرف نظر از اینکه آیا پرونده‌ها به مصادره (سلب مالکیت)، نقض مقررات عادلانه یا ناعادلانه یا قوانین دیگر و همچنین هزینه‌های از دست رفته مربوط هستند، برای با ثبات بودن یک پرونده، لازم است ترکیبی از حکم‌های مستدل تصویب شود. در کل، پرونده‌هایی که بهترین عملکرد و نتیجه را دارند پرونده‌هایی هستند که مدعی مبلغ قابل توجهی را در کشور میزبان سرمایه‌گذاری کرده است، و تا حد زیادی در زمان داوری این پول در کشور سرمایه‌گذاری شده باشد (یعنی سرمایه‌گذار پولی از این پرونده بر ندارد). صرف نظر از ارزش و اهمیت پرونده، در صورتی که مدارک کافی در مورد هزینه‌های از دست رفته وجود نداشته باشد، بعید است که سرمایه‌گذار روی چنین پرونده‌ای سرمایه‌گذاری کند. دلیل این امر این است که دادگاه‌ها باید مبلغ سرمایه‌گذاری را تأیید کنند، از جمله ماهیت، تاریخ و ارتباط آن‌ها با سرمایه‌گذاری. (Biloune & Marine Drive, 1990:211).

اکثر وکلای داوری و سرمایه‌گذاران شخص ثالث به هرگونه حکم با مقدار نامتناسب خسارت شک دارند. در ایالات متحده پرونده‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه کمی وجود دارد که منجر به حکم‌های میلیاردی شود. عواملی که از ایجاد اختلافات جلوگیری می‌کنند و فرایند داوری را سریع‌تر و راحت‌تر می‌کنند. در نتیجه، برآورد خسارت توسط سرمایه‌گذار شخص ثالث ممکن است با برآورد کارشناس سرمایه‌گذاری تفاوت داشته باشد. در ابتدا، نظر سرمایه‌گذار شخص ثالث ممکن است منعکس‌کننده تفکراتی باشد که سرمایه‌گذار شخص ثالث در تصمیم برای تأمین مالی یک پرونده آن‌ها را لحاظ کرده است. دوم اینکه، در بیشتر گزارش‌های ارزیابی، یک

V. درخواست برای سود از دست رفته و فرصت‌های از دست رفته با توجه به اختلاف زیاد بین مبلغ درخواستی (۴۵-۷ میلیون GBE) و سرمایه‌گذاری اعلام شده Wena در این دو هتل.

Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. 2, Award, p 86 (2003) (noting the "considerable difference in the amount paid under the tender offer for the assets related to the Landfill US \$ 4,028,788 - and the relief sought by the Claimant, amounting to US \$ 52,000,000 ..."); Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB / 98/4. (Ruling that "the Tribunal is disinclined to grant Wena's request for lost profits and lost opportunities given the large disparity between the requested amount (GBE 45-7 million) and Wena's stated investment in the two hotels.

کارشناس با درج تمام عواملی که به طور منطقی در تأمین مالی مبلغ درخواست شده تأثیر دارند، به دنبال تصور بهترین نتیجه ممکن برای مدعی است. در واقع هیچ انگیزه‌ای برای ارزیابی و برآورد اشتباه از طرف خود کارشناس وجود ندارد زیرا به طور قطع دادگاه فرض می‌کند که کارشناسان همیشه خوش‌بین و مثبت‌اندیش‌اند و فقط به کسری از مبلغ حکم قانع‌اند.^۱ از طرف دیگر یک سرمایه‌گذار شخص ثالث، هنگام ارزیابی و بررسی یک داور، به دنبال رسیدن به مقدار حدودی مبلغ حاصل از حکم است تا تعیین کند که آیا پرونده ارزش سرمایه‌گذاری دارد یا خیر.

۷ توافق

مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث به خودی خود نشان‌دهنده این نیست که پرونده سریع‌تر از فرایند عادی محاکمه حل و فصل می‌شود، یا بالعکس. بر اساس تجربه، احتمال تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث بر توافق طرفین کم است، همان‌طور که به طور معمول سرمایه‌گذار شخص ثالث پولی را تحت شروط سند سرمایه‌گذاری دریافت می‌کند، خواه خسارات وارده بر اساس حکم داور پرداخت شود و یا در صورت توافق پرداخت شود. این امر را می‌توان با در نظر گرفتن مبلغ پیشنهادی توافق در مقابل وضعیت فعلی پرونده، متوجه شد. سه فرضیه اساسی وجود دارد که باید در نظر گرفته شود:

- (۱) پرونده در مسیر درستی قرار دارد و احتمالاً سرمایه‌گذار شخص ثالث و مدعی به طور قابل توجهی جبران خسارت می‌خواهند.
- (۲) پرونده از نظر منافع قوی است اما به دلیل خسارات به وجود آمده از ارزش آن کم می‌شود.
- (۳) به خاطر خسارت کنونی بعید است که پرونده موفقیت‌آمیز باشد یا برای شخصی قابل جبران باشد.

در هر فرضیه‌ای که پیشنهاد توافق مطابق با انتظارات فعلی باشد (یعنی ارزش تخمینی حکم)، انگیزه سرمایه‌گذار شخص ثالث برای پیش بردن توافق بیشتر می‌شود، و اگر مدعی مخالفت کند، ممکن است یک ارزیاب مستقل انتخاب و بکار گرفته شود. این احتمال وجود دارد که ارزیاب

۱- تحقیقات خسارت داور بین المللی: کاهش شکاف بین مدعیان و پاسخ دهندگان (۲۰۱۵).

مستقل با نظر سرمایه‌گذار شخص ثالث موافق باشد که توافق بهترین تصمیم تجاری باشد. این امر هم برای سرمایه‌گذار و هم برای سرمایه‌گذار شخص ثالث حیاتی است؛ زیرا به آن‌ها اطمینان می‌دهد که بدون استفاده از ارزیاب مستقل، مجبور به انجام هرگونه توافق خود مختار نخواهند بود. طبق فرضیه‌های ۱ و ۳ (که بالاتر توضیح داده شد)، عدم توافق بین مدعی و سرمایه‌گذار بعید است زیرا برای همه طرف‌ها از جمله وکلای مدعی، کاملاً واضح و مشهود خواهد بود که امید و دور نمای نتیجه حکم همچنان خوب خواهد ماند یا احتمال از دست رفتن آن وجود دارد. در فرضیه ۳، پیشنهاد "رها کردن پرونده"، احتمالاً به جای از دست دادن سرمایه پس از نتیجه بد و نامطلوب برای مدعی و سرمایه‌گذار قابل قبول خواهد بود. در فرضیه ۲، عدم توافق محتمل‌تر به نظر می‌رسد، زیرا یک سند سرمایه‌گذاری معمول می‌تواند باعث شود تا سرمایه‌گذار حتی در صورت جبران جزئی و کوچک بیشتر مبلغ حکم را دریافت کند؛ اما این نوع پرونده یکی از پرونده‌هایی است که معمولاً سرمایه‌گذار از انتخاب آن اجتناب می‌کند، سرمایه‌گذار فقط پرونده‌هایی را انتخاب می‌کند که خسارت‌های مالی منطقی تحت شروط سند سرمایه‌گذاری داشته باشند و قابل جبران باشند.

۸ نتیجه‌گیری

پیشرفت‌ها و تغییرات اخیر در مقررات داخلی، سرمایه‌گذاری شخص ثالث را به‌طور کلی در رأس داوری بین‌المللی، و به‌ویژه در داوری سرمایه‌گذاری قرار داده است. سرمایه‌گذاری شخص ثالث از یک فرایند سرمایه‌گذاری به یک ابزار (روش) گسترده تأمین مالی مورد استفاده در داوری بین‌المللی تبدیل شده است.

سرمایه‌گذار شخص ثالث یک سرمایه‌گذار در حوزه دعوی‌ها و مطالبات مالی است که قبل از دادگاه یا دادگاه داوری عمل می‌کند. با مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث، مدعی (مطالبه‌کننده) ممکن است منابع لازم را مورد استفاده قرار داده و در مرافعه یا داوری دعوی دخالت کند. در

۱- پیشنهاد "دست‌اندازی" به پیشنهادی اطلاق می‌شود که معمولاً توسط یک متهم به یک مدعی برای تسویه یک ادعا انجام می‌شود بر این اساس که هر یک از طرفین تمام هزینه‌های خود را پوشش می‌دهند.

عوض، به سرمایه‌گذار شخص ثالث وعده داده شده که اگر دعوی موفق باشد، بخشی از سود به او پرداخت شود و اگر دعوی موفق نباشد، سرمایه‌گذار سرمایه‌گذاری شخص ثالث، به جای مدعی، متحمل هزینه‌های مشارکت در دعوی و یا داوری شود. مفهوم و اصول سرمایه‌گذاری شخص ثالث همچنین به تحلیل مداخله محاکم در رابطه میان سرمایه‌گذار شخص ثالث و نیز تخصیص هزینه‌های داوری می‌پردازد؛ و به این نکته خواهد پرداخت که آیا قوانین شفاف‌سازی به‌منظور تضمین رعایت اصل برابری هست یا نه.

برای مثال، در حال حاضر دولت‌ها مقرراتی را در قراردادهای سرمایه‌گذاری و اسناد تجارت آزاد قرار داده‌اند که به افشا و شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری شخص ثالث نیاز دارند.

علاوه بر این، سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی (عام‌المنفعه) یا ایدئولوژیکی احتمالاً در داوری سرمایه‌گذاری بیشتر رواج پیدا خواهند کرد، مخصوصاً با توجه به اینکه موضوعات سیاسی در این پرونده‌ها اغلب در سمت مدافع دخیل هستند.

داده‌های تجربی کمی در مورد پیامدهای رفتاری مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث وجود دارد، مجموعه‌ای از تحقیقات در مورد تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث وجود دارد که طبق آن‌ها می‌توان نتیجه گرفت، شخص ثالث به احتمال زیاد:

- ریسک شکست خوردن پرونده را بیشتر جلوه می‌دهد و یا همه احتمال‌های موفقیت آن را فاش نمی‌کند.
- فقط بر دعاوی که مبلغ خسارت آن‌ها بالا است سرمایه‌گذاری می‌کند.
- ترجیح می‌دهد بر پرونده‌هایی که بازده بالایی خواهند داشت سرمایه‌گذاری کند؛ و بنابراین ریسک متمرکزی را با ارزیابی پذیرش پرونده مدعی، از طریق بهینه‌سازی تلاش‌های خود در بررسی به‌منظور به حداقل رساندن خطر انتخاب نامطلوب انجام می‌دهد..
- به اطلاعات ضروری مدعی برای ارزیابی ارزش ادعا دسترسی خواهد داشت و با افزودن بندهایی که ریسک ناشی از بررسی این اطلاعات را بر عهده مدعی خواهند گذاشت، از بروز اشتباه جلوگیری خواهد کرد.
- در صورتی که احساس کند افشاسازی این قرارداد ممکن است بر تصمیم داوران در خصوص تعیین هزینه‌ها، خسارات، مقصر پرونده و احتمال بی‌توجهی قربانی تأثیر بگذارد، سعی می‌کند قرارداد شخص ثالث را محرمانه نگه دارد.

- اگر احساس کند مدعی یا وکیل او از یک استراتژی مناسب استفاده نمی‌کنند، ممکن است سعی کند استراتژی ادعا را کنترل کند.
- بر هزینه‌های مشاور حقوقی نظارت و آن را کنترل می‌کند (که احتمالاً شدیدترین حالت آن در قانون آمریکایی، سپس قانون آلمانی و در نهایت ضعیف‌ترین حالت آن تحت قانون انگلیسی رخ خواهد داد)
مدعی به احتمال زیاد:
- یک بار دیگر مزایا و معایب پیگیری قضایی را قبل از پذیرفتن یک قرارداد تأمین مالی شخص ثالث می‌سنجد.
- سعی می‌کند اطلاعاتی که باعث کاهش میل شخص ثالث به تأمین مالی پرونده می‌شود را برای او فاش نکند.
طرف پاسخگو به احتمال زیاد:
- در صورت آگاهی از وجود یک قرارداد تأمین مالی شخص ثالث؛ مبلغ بیشتری را برای حل فصل به مدعی پیشنهاد می‌دهد (عملکرد شخص ثالث به عنوان اهرم فشار)
- سعی در کشف اختلافات موجود بین مدعی و شخص ثالث به منظور به چالش کشیدن همکاری آن‌ها می‌کند.
- در پایان، احتمالاً روش‌های سرمایه‌گذاری شخص ثالث و انواع نهادهای ارائه‌دهنده آن در داوری بین‌المللی و داوری سرمایه‌گذاری به پیشرفت و گسترش خود ادامه می‌دهند.

Reference

- [1] Aren Goldsmith & Lorenzo Melchionda, The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third - Party Funding: A Step in the Right Direction (2016), <http://kluwerarbitrationblog.com> (2016) the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and third- party-funding-a-step-in-the-right-direction.
- [2] Biloune & Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Inv. Center & Gov't of Ghana, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Award of Damages and Costs (1990), pp. 211- 223.
- [3] Brabandere & Lepeltak, supra note 76, (2012). p 379.
- [4] CAMPAIGN FOR TOBACCO - FREE KIDS, INTERNATIONAL: http://global_tobaccofreekids.org/en/about_us/trade_litigation_fund/; Sabrina Tavernise, New Global Fund to Help Countries Defend Smoking Laws, N.Y.

- TIMES (2015).
- [5] Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration - Substantive Principles*, Oxford: Oxford University Press (2007).
 - [6] Eric De Brabandere & Julia Lepeltak, Third - Party Funding in International Investment Arbitration. (2012). P 379- 382
 - [7] EU Vietnam FTA, Ch. 8. Ch. 11. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Procedural Order No. 3 (2015) .pp 2, 11.
 - [8] Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Vietnam [hereinafter EU - Vietnam FTA], Ch. 8, Ch. 11 (2016).
 - [9] Honlet, supra note 44, (2015) p 708.
 - [10] IBA Guidelines on Conflicts of Interest, 13-4 (General Standard 6 (b), commentary (b)), 15-6 (General Standard 7 (a), commentary (a)).
 - [11] ICC Commission on Arbitration and Alternative Dispute Resolution, Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration (2015). <https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>.
 - [12] International bar Association, Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, (2014). Pp5-14
 - [13] International Court of Arbitration, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration 24 (Mar. 1, 2017), <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration.pdf>
 - [14] J.H. McLaughlin, 'Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course', 31 *Vt. L.Rev.* (2007).
 - [15] Jean - Christophe Honlet, Recent decisions on third - party funding in investment arbitration, (2015).p30.
 - [16] John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', 21 *Michigan Journal of International Law* (1999).
 - [17] Jonas von Goeler, case X v. Y and Z (2012), p126, 2 LE CAHIERS DE L'ARBITRAGE (2013).pp 399 -416
 - [18] Katia Yannaca-Small, *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, New York: Oxford University Press (2010).
 - [19] Kilim Inset Inhalant Hirakata Sanai ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan, 1CSID Case No. ARB / 10/1, (2013).
 - [20] Michael R. Bloomberg and Matthew L. Myers, http://www.tobaccofreekids.org/press_releases/post/2016_07_08_uruguay. (2016)
 - [21] Muhammad Cap & Sehil İnşaat Industry and Trade Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2) of the Turkey Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, 50 (2014) (quoting Procedural Order No. 2, (2015). p 10.

- [22] Muhammet Çap & Sehil İnşaat Industri ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, (2015).P2.
- [23] Oxus Gold; Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Final Award (2015).
- [24] Philip Morris Brands Sàrl et al. V. Oriental Republic of Uruguay.
- [25] Pricewaterhouse Coopers, International Arbitration damages research: Closing the gap between claimants and respondents (2015), <https://www.pwc.com/sg/en>
- [26] Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. Russian Federation, (2012).
- [27] Quasar de Valores SICAV SA.et al. V. The Russian Federation, SCC Arbitration No.24/2007, Award of (20July 2012).
- [28] ROGERS, James. CIETAC Hong Kong consults on draft guidelines on Third-Party Funding. *KluwerArbitration* [online]. © (2018) Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company, published 13 August (2016), [cit. 5. 5. 2018]. Available at: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/08/13/cietac-hong-kong-consulton-draftguidelinesonthirdpartyfunding/?_ga=2.194759534.2%E2%80%A6
- [29] Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs - Preliminary Report*, London: (2009).
- [30] S & T Oil Equipment & Machinery, Ltd. Et et al. v. Juridica Inv. Ltd. et al. , (2012) p 481.
- [31] South Am. Silver Ltd. Plurinational of Bolivia, PCA Case No. 15. (2013) Claimant's Opposition to Bolivia's Request for Cautio Judicatum Solvi and Disclosure of Information. (2015). pp 38- 40
- [32] Transatlantic Trade and Investment Partnership, European Commission proposed draft, ch. 11, pp 1- 8 (2015).
- [33] VON GOELER, JONAS; THIRD - PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION AND ITS IMPACT ON PROCEDURE, (2016), p127.

Legal and Economic Analysis of Surface Runoff Losses and How to Compensate

Ali Roohizadeh¹

*Assistant Professor at Islamic Azad
University, Parand and Robat karim
Branch*

Received 2021/05/05

Accepted 2021/06/19

ABSTRACT

Nowadays surface runoff pollution as a crisis of human societies, has forced most countries to seek legal solutions to solve this phenomenon, the most important of which is the establishment of civil liability in this area. Although, according to economic analysis, compensation can not have much effect on optimal deterrence, nevertheless, its effect on reducing water pollution can not be denied.

This study, after a comprehensive review of available sources and then analyzing the findings, has concluded that the mere existence of pollution causes harm, so it is sufficient to determine the causality relationship between the pollution and its actor in order to establish civil liability; In addition, the government can be held liable for damages, both in terms of supervision and ownership, and by providing a broad interpretation of the concept of "beneficiary", it can be said that NGOs are considered "beneficiaries" in making such claims and assuming victory in litigation, compensation can be used for sustainable development.

Finally, according to the model of sustainable development in the economy, the production of goods is not only a subordinate of labor and capital, but must also be considered in the production process, materials and environmental goods such as water. Therefore, from the perspective of

1- a.roohizadeh.k@gmail.com

environmental economics, water pollution is considered as a cost of production or consumption, and the higher this cost, the optimal production and economic growth will not be a subordinate of sustainable development.

Keywords: Optimal deterrence, Pollution, Loss, Compensation, Surface Runoff

INTRODUCTION

Due to the increase in global warming in the last century, which is caused by the unsustainable development of industry, technology and the growth of economic activities, regardless of environmental capabilities as well as the reliance of the global economy to fossil fuels has caused surface runoff to be exposed to a serious risk of pollution in such a way that scientific forecasts indicate that the continuation of the current situation will face an undeniable risk for the human health in the near future. That's why, some legal systems, according to the above necessities, have tried to prepare effective legal mechanisms for the polluters of surface runoff. In the meantime, due to the fact that the polluters of the mentioned sources are mostly natural and legal persons, who have superior economic power, or in some cases, they are governments, who have monopolized large companies, the legal disputes towards the preservation of the mentioned waters and finally the protection of public interests are faced with serious challenges. In Iran, due to its geographical position and being in a water-scarce region, the need to preserve and maintain these waters appears more important, but nevertheless , there are no comprehensive regulations regarding the establishment of responsibility for water polluters, and the government has not paid enough attention to the preservation of these vital and valuable resources due to exclusive economic activities, especially in the oil industry. In addition, many years ago, the legislator has passed laws to improve the existing situation, among the most important of them is the Water Law and Methods of Nationalization of Water that approved in 18 July 1968. Through its seventh chapter under the title of prevention of pollution of water resources and in articles 55 to 58, in addition to stating that it is forbidden to pollute

water, he defined pollution in Article 56. in Article 57 also obliges the Ministry of Water and Electricity, to approve the by-law of water pollution prevention by the Council of Ministers, but in the end, it did not mention the civil responsibility of the polluters.

PURPOSE

In this research, by examining the general principles of civil liability as well as the specific laws in the area of surface runoff, an attempt has been made to answer this question, whether it is possible to establish liability in the case of water pollution? In the assumption of responsibility, how will the compensation be? If it is not possible to restore the situation to the previous state, how will the compensation be paid? From an economic point of view, to what extent the pollution of surface runoff would be effective on the economies dependent on them, and finally, how will the effectiveness of legal rules related to the mentioned waters be analyzed? In this article, efforts have been made to provide appropriate answers to the mentioned questions with a comprehensive review of existing laws and sources.

METHODOLOGY

This research has been organized in four headlines and by dividing the content into sections and parts, also based on the elements of civil liability. Effort has been made to specifically focus on the role of persons who are involved in the pollution of surface runoff, as well as how to compensate for losses by expanding the range of interested parties in filing a claim for damages.

The above research has been done with a descriptive-analytical approach and relying on documentary data. According to the proposed topic, the conditions required it to be compiled using the library method, in such a way that in order to achieve the desired results, it should be done through taking notes and at first after collecting and studying the relevant and valid sources such as books, articles that have been compiled in advance by other professors and students, as well as the laws that have been approved in relation to this topic, and finally, the analysis and description of the existing findings have been done to express the results obtained in this research.

FINDINGS

Based on the findings of this research, it can be said that if the government does not continuously monitor the implementation of water protection regulations in the process of producing goods, it has committed a fault due to negligence in performing its duty, and the legal entity of the government is responsible for compensation in such cases. It should be noted that the establishment of such responsibility will not ignore the responsibility of the doer, and if the doer of the loss is defined, he will be responsible for the loss. On the other hand, in some cases, the government is responsible for both operation and supervision. It will be like when the government does trade and in the same way it causes the pollution of surface runoff.

On the other hand, by expanding the concept of interest in Article 2 of the Civil Procedure Law, individuals or groups of them who are formed to protect public interests and aim to advance the interests of the group or society, and are called non-governmental organizations, can in order to prevent damage to public interests, file lawsuits against water polluters and demand compensation for the damages, because if these people are unable to file such a lawsuit, then the damage to public and its interests will be inevitable.

Finally, from the point of view of economic law, if the growth of production is the result of spending from natural resources, especially surface runoff, in an unconventional way that causes pollution of these waters, then the environmental costs due to production will increase so much that in the long run, it will cause huge costs and as a result, the production process will not be economical.

CONCLUSION

Although in today's world, the environment and water, which are part of the vital resources for life on the planet, are the biggest victims due to unsustainable development, that impact on the lives of millions of people around the world is obvious and clear, but the idea of protection and the preservation of these waters has forced governments to be diligent in their preservation by establishing regulations. Regarding the surface runoff, what

has brought the situation of the mentioned waters to a critical state is their pollution in a way that negatively affects the health of humans, cattle and aquatic. On the other hand, the long-term nature of damage caused by water pollution is such that its effects may be identified years later.

Although from the point of view of economic analysis, optimal deterrence is a concept beyond compensation, and on this basis, the civil liability system should encourage people to increase the level of caution in performing risk-based activities, but it does not seem that we can believe in to be a complete effect of the compensation system at a level of deterrence, so as the issues discussed in this research were examined in detail, basically, the mere presence of pollution in the sense of Article 56 of the Water Law and Methods of Nationalization of Water is considered a realized loss, and now establishing the relationship of causation between the damage and the causer will complete the elements of civil liability and thus the responsibility will be established for the causer.

In regard to the method of compensating the loss, if it is possible to restore the situation to the state before the pollution, the person causing the damage will be obliged to act in such a way that the said pollution is removed in general, but if this is not possible or because of the long-lasting nature of the damage, it cannot be done in a short time, it is necessary for the causer of the damage to pay the damage to the victims of the damage. Sometimes this damage is caused directly to the individuals and it is obvious that the damage will be paid directly to them, but this is not the whole story, rather, in most cases, the damage is caused to the public. In this regard, it is appropriate to pay damages for sustainable development. On the other hand, non-governmental organizations, based on the criteria of Article 66 of the Criminal Procedure Law, as well as the expanded interpretation of the concept of "beneficiary" contained in Article 2 of the Civil Procedure Law, can sue for damages as representatives or prosecutors in order to protect public interests.

REFERENCE

- [1] Angelo, M. j., & Morris, J. (2018). Maintaining a Healthy Water Supply

- While Growing a Healthy Food Supply: Legal Toolfor Cleaning Up Agricultural Water Pollution. *Kansas Law Review Inc*, 1003- 1041.
- [2] Ansari, M. e. (1969). *Frado al asool - al rasaiei*. Tehran: Mostafavi.
- [3] Bahrami ahmadi, H., & Fahimi, A. (2008). Foundation of Environment civil Responsibility in Islamic Jurisprudence and Iranan Law. *Journal of Islamic Education and Law*, 121-150.
- [4] Bi Abi, H., Mohamadi, H., & Abolhasani, L. (2015). The effect of selected economic factors on ground water pollution in the group of developed killers. *Agricultural Economice and Development*, 87.
- [5] D.R karimi, a. (2009). *Civil procedure*. (1, Ed.) Tehran: Majd.
- [6] D.r mohaghegh damad, s. m. (2007). *Islamic Jurisprudence Rules 1*. Tehran: markaz nashr oloom eslami.
- [7] D.R Shams, A. (2016). *Civil procedure*. Tehran: Derak.
- [8] D.r Vahedi, G. (2009). *Civil procedure*. Tehran: Mizan.
- [9] Dadgar, I., & Nazari, R. (2012). The effect of environmental pollution on economic growth. *Health, environment and sustainable development*, (pp. 4,5). Bandar abas.
- [10] Firoozi, & et.al. (2017). Evaluation of Environmental Sustianability Indicators, with emphasis on air pollution and industrial pollutants, Case Study: Ahvaz Metropolis. *Biannal Journal of Urbun Ecology Researches*, 13-28.
- [11] Firoozi, M., & et.al. (2014). Assessment of unsustaible environmental indicators With an emphasis onwaterpoiution. *Quarterly Journal of Geograghy*, 70-85.
- [12] Ghsemzade ansari, s. m. (2017). *Obligations and civil liability without a contract*. nashr mizan.
- [13] Golab kesh, s., & Ghanbari adivi, z. (2008). Investigating industrial and agriculterul pollutantS IN SHadegan wetland managementand conservation. *seminar abiary va kahesh tabkhir*, (p. 10). tehran.
- [14] Golmohamadi, S. (2010). The role and participation of NGOs in the development of environmental law. *faslname mohitzist*.
- [15] hashemi, S. A. (2013). Numerous tools in civil liability. *Knowledge of civil law*, 10.

- [16]Heidari, F., & Ghasemi, N. (2012). Investigation of civil Liability caused by Environmental Damage. *Journal of public Law Research*(in persian), 4-11.
- [17]Islam, S., & et.al. (2015). Assessing Heavy metal pollution in surface water and sediment: A preliminary assessment of an urban river in a developing country. *Pollution*, 307.
- [18]Jorden, P. (2007). *principles of civil liability*.
- [19]Kargar dehbideh, N., & Esmaili, A. (2016). Evaluation of economic factors affecting environmental pollution in Iran. *Agricultural Economics Research*, 86.
- [20]Katoozian, N. (1998). *Legal events*. Tehran: Enteshar.
- [21]Katoozian, N. (2008). *Non- contractual obligations*. Tehran: University of Tehran.
- [22]Katoozian, N. (2008). *Out - of- contract requirements*. Tehran: University of Tehran.
- [23]Khosroshahi. (2007). *Water Resource strategy in Desert and Desertification*. Tehran: enteshrat jangal va marta.
- [24]Majed, V., & Golzary- ghalejoughi, s. (2016). Economic and Environmental Analysis of Wastewater Collecting and Treatment. *Journal of Water and Sustainable Development*, 83-92.
- [25]Masum Billah, M. (2014). *Effects of Insurance on Maritime Liability Law: A Legal and Economic Analysis*. Switzerland: A Legal and Economic Analysis.
- [26]Naseri, H., & ally. (2013). The effect of natural and Human Factors on the Quality of water Resources in the Badkhanat plain of Isfahan. *Quarterly Journal of Earth Sciences*, 6.
- [27]Poor esmaili, A. (2014). A Comparative Study of the Impact of Damaged Liability on Common Law. *Fehgh va hoghoogh eslami*, 13.
- [28]Rostami, H., & Shabani Kondseri, H. (2016). Establishing a causal relationship assuming the intervention of various factors in crimes and financial damages(with emphasis on the Islamic penal Code 2013). *Criminal Law Research*, 156.
- [29]Sadeghi, m., & johari, m. (2013). Interested Party within the Law and

- Judicial Precedent in Invention Actions. *Judicial Law Views*, 117-144.
- [30]Safar, N. (2015). p. p.6.
- [31]Safar, N. (2015). Protecting the seas and oceans in line with the 2015 Sustainable Development Goal. 7.
- [32]Safayi, s. H., & Rahimi, H. (2014). *Civil liability (non-contractual requirements)*. Tehran: Samt.
- [33]Salatin, P., & Tajik, s. (2017). The Impact of Water Pollution on Health Economics: A Panel Data Approach. *Human & Environment*, 47-57.
- [34]Saleh, I., & et.al. (2012). Investigation of Macro economical Variable on Water Pollution in Iran. *Irrigation & Water Engineering*, 57-67.
- [35]Sarmad, M. (1981). *Water law - water law and how to nationalize it*. Tehran: Majd.
- [36]Shah hoseini, A., & Mashhadi, A. (2014). Environmental compencation Besed on the 2001 international law on the principles of Allocating Losses in Transboudary Damage caused by Hzardos Activities. *motalet hoghoogh omoomi*, 141-165.
- [37]Smith, A. (2014). Analysis of Environmental and Economic Damages from British petro hem'sDeepwater Horizon oill's pill. *Albany LawReview*, 25.
- [38]Smith, L. C., & Ed. (2014). Analysis of Environmental and Economic Damages from British Petroleum's Deepwater Horizon Oil Spill. *Albany Law*, 5.
- [39]Smith, L., & ed. (2014). Analysis of Environmental and Economic Damages from British Petroleum's Deepwater Horizon Oil Spill. *Albany Law*.
- [40]Taghi zadeh ansary, M. (2020). *Enviroment rights in iran*. Tehran: Samte tehran.
- [41]Taghizade ansari, M., & Hashemi, s. A. (2017). *civil liability(indemnity)*. Tehran: payamnoor univercity.
- [42]Wen, C. a. (2011). Economic and environmental effects of water pollution Abatement policy in china: a Dynamic computable ageneral Equilibrium Analysis. *Presented as 16 GTAP*, (p. 11). China.
- [43]Yao, H., & Ed. (2016). Economic Estimation of the Losses Caused by

Surface Water Pollution Accidents in China from the Perspective of Water Bodies' Functions. *Environmental Research and Public Health*.

- [44] Zare barzeshi, M., & Bakhshi, H. (2013). Earthquake, groundwater contamination and its effects on the environmental protection and planning. *The First National Conference on Planning and Environmental Protection*, p. 5.

تحلیل حقوقی و اقتصادی زیان‌های ناشی از آلودگی رواناب‌های سطحی و نحوه جبران زیان

علی روحی زاده^۱

استادیار حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی
واحد پرند و رباط کریم

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۵

چکیده

امروزه آلودگی رواناب‌های سطحی به عنوان یک بحران جوامع بشری، اغلب کشورها را واداشته است تا در پی یافتن راهکارهای قانونی در جهت حل این پدیده برآیند، که مهم‌ترین آن‌ها برقراری مسئولیت مدنی در این حوزه است؛ اگرچه به موجب تحلیل‌های اقتصادی، پرداخت خسارت نمی‌تواند اثر زیادی بر بازدارندگی بهینه داشته باشد. با وجود این، نمی‌توان اثر آن را در کاهش آلودگی آب‌ها انکار نمود. این پژوهش با بررسی جامع منابع موجود و سپس تحلیل یافته‌ها، این چنین نتیجه گرفته است که صرف وجود آلودگی موجب ایجاد ضرر می‌گردد؛ بنابراین کافی است رابطه سببیت بین آلودگی و عامل آن مشخص گردد، تا مسئولیت مدنی مستقر گردد. بعلاوه دولت چه از باب نظارت و چه از جهت تصدی‌گری، می‌تواند مسئول جبران خسارت تلقی گردد. همچنین با ارائه یک تفسیر موسع از مفهوم «ذی‌نفعی» می‌توان گفت که سازمان‌های مردم‌نهاد در طرح چنین دعاوی «ذی‌نفع» تلقی می‌گردند و در فرض پیروزی در دعوا، جبران زیان می‌تواند در جهت توسعه پایدار بکار رود. سرانجام اینکه بر اساس الگوی توسعه پایدار در اقتصاد، تولید کالا صرفاً تابعی از نیروی کار و سرمایه نیست، بلکه باید در روند تولید، مواد و کالاهای محیط زیستی همانند آب نیز، مدنظر قرار گیرد. بنابراین، از منظر اقتصاد محیط‌زیست آلودگی آب‌ها، در ردیف هزینه تولید یا مصرف تلقی می‌گردد و هرچقدر این هزینه بالاتر برود، تولید بهینه نیست و رشد اقتصادی تابعی از توسعه پایدار نخواهد بود.

۱- نویسنده مسئول. a.roohizadeh.k@gmail.com

کلیدواژه‌ها: بازدارندگی بهینه، آلودگی، ضرر، جبران خسارت، رواناب.

طبقه‌بندی JEL: Q53, Q25

۱. مقدمه

با افزایش گرمایش جهانی در قرن اخیر که ناشی از توسعه ناپایدار صنعت، فناوری و رشد فعالیت‌های اقتصادی، بدون توجه به قابلیت‌های زیست‌محیطی و همچنین استفاده نامتعارف از کودهای شیمیایی و سموم دفع آفات در فعالیت‌های کشاورزی است و نیز اتکای اقتصاد جهانی بر سوخت‌های فسیلی، همگی باعث گردیده است، که رواناب‌های سطحی که از قضا جزء آب‌های شیرین نیز محسوب می‌گردند، در معرض خطر جدی آلودگی قرار بگیرند، به نحوی که پیش‌بینی‌های علمی حاکی از آن است، که ادامه وضعیت کنونی سلامت بشر را به علت کمبود آب‌های شیرین در آینده نزدیک با خطر غیرقابل انکاری مواجه خواهد نمود، به همین خاطر برخی از نظام‌های حقوقی با درک ضرورت‌های مذکور تلاش نموده‌اند، تا سازوکارهای مؤثر حقوقی را برای آلوده‌کنندگان رواناب‌های سطحی فراهم نمایند. در این میان، به دلیل اینکه آلوده‌کنندگان منابع مذکور عمدتاً اشخاص حقیقی و حقوقی هستند، که دارای قدرت اقتصادی برتر بوده و یا در مواردی دولتی می‌باشند، که شرکت‌های بزرگ اقتصادی را در انحصار خود قرار داده‌اند، مبارزه حقوقی در جهت حفظ آب‌های مذکور و سرانجام حمایت از منافع عمومی با چالش‌های جدی مواجه است. در ایران با توجه به موقعیت جغرافیایی و قرار گرفتن در منطقه کم آب، ضرورت حفظ و نگهداری از این آب‌ها پررنگ‌تر جلوه می‌نماید، لکن با این وجود، مقررات جامعی در خصوص استقرار مسئولیت نسبت به آلوده‌کنندگان آب‌ها وجود ندارد و دولت نیز به علت فعالیت‌های اقتصادی انحصاری به‌ویژه در صنعت نفت توجه کافی به حفظ این منابع حیاتی و ارزشمند نداشته است. علاوه بر این، هرچند قانون‌گذار نیز سال‌ها پیش در جهت بهبود وضعیت موجود قوانینی را به تصویب رسانده است که از جمله مهم‌ترین آن‌ها، قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۶ است، که در ذیل فصل هفتم آن تحت عنوان جلوگیری از آلودگی منابع آب و در مواد ۵۵ تا ۵۸ قانون مذکور ضمن اینکه مقرر داشته آلوده ساختن آب ممنوع است، به تعریف آلودگی در ماده ۵۶ پرداخته است و در ماده ۵۷ نیز وزارت آب و برق را مکلف نموده با موافقت وزارت بهداشت و وزارت کشور و وزارت منابع طبیعی و سازمان شکاربانی و نظارت بر صید،

آیین‌نامه جلوگیری از آلودگی آب را به تصویب هیئت‌وزیران برساند، اما در نهایت صحبتی از مسئولیت مدنی آلوده‌کنندگان به میان نیاورده است، به همین خاطر در این تحقیق تلاش بر این است، که با بررسی مبانی عام مسئولیت مدنی و نیز قوانین خاص موجود در زمینه روان آب‌های سطحی به این پرسش پاسخ داده شود، که آیا در فرض آلودگی آب‌ها امکان برقراری مسئولیت وجود خواهد داشت و در فرض برقراری مسئولیت نحوه جبران خسارت چگونه خواهد بود؟ و در صورتی که امکان اعاده وضعیت به حال سابق وجود نداشته باشد، پرداخت غرامت چگونه صورت خواهد پذیرفت؟ از منظر اقتصادی آلودگی رواناب‌ها تا چه اندازه بر اقتصادهای وابسته به رواناب‌ها مؤثر خواهد بود و کارآمدی قواعد حقوق در ارتباط با اقتصاد در خصوص آب‌های مذکور چگونه مورد تحلیل قرار خواهد گرفت؟ در این مقاله اهتمام گردیده است تا با بررسی جامع قوانین و منابع موجود به پرسش‌های مذکور پاسخ شایسته داده شود.

۲. مسئولیت مدنی

به موجب ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب سال ۱۳۳۹ اصولاً مسئولیت در نظام حقوقی ایران مبتنی بر تقصیر است، هرچند که در قوانین دیگر مسئولیت‌های بدون تقصیر از جمله مسئولیت محض نیز مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته است، اما موارد مذکور استثنا بوده و همچنان مسئولیت مبتنی بر تقصیر عام و فراگیر می‌باشد. در خصوص مسئله مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی رواناب‌های سطحی نیز بدو سعی شده است تا به تعریف آلودگی و سپس مفهوم مسئولیت در این حوزه پرداخته شود.

۱-۲. مفهوم آلودگی آب

پیش از ورود به مفهوم آلودگی آب شایسته است، با مفهوم رواناب سطحی آشنا شویم؛ رواناب سطحی به آب‌های موجود در سطح زمین، مانند آب‌های موجود در یک رودخانه، دریاچه، تالاب و یا اقیانوس گفته می‌شود، که در مقابل آب‌های زیرزمینی و آب‌های جوی قرار می‌گیرد، به عبارت دیگر چنانچه در هنگام بارش، شدت بارندگی از ظرفیت نفوذ آب به داخل خاک بیش‌تر باشد، بخشی از آب ناشی از بارندگی در سطح زمین باقی می‌ماند و پس از پر کردن گودی‌های سطح زمین در جهت شیب زمین جاری می‌گردد. (Safar N.2015:6)

هرچند قانون‌گذار تعریفی از رواناب سطحی ارائه ننموده است، اما تعریف آلودگی آب به‌طور مشخص در قانون بیان گردیده است. به‌موجب منطوق ماده ۵۶ قانون آب و نحوه ملی شدن آن: منظور از آلوده ساختن آب، آمیختن مواد خارجی به آب است، به‌میزانی که کیفیت فیزیکی، شیمیایی و یا بیولوژیکی آن را به‌طوری که مضر به حال انسان، چهارپایان، آبزیان و گیاهان باشد تغییر دهد. در همین راستا قانون‌گذار در ذیل همین ماده، مواد نفتی، زغالی، اسید و هرگونه اضعاف کربنی و نفتی، مواد مضر اعم از شیمیایی و مایع از هر پالایشگاه و یا منبع گازی و یا دستگاه‌های رنگ‌کاری و الکل‌کشی و کارگاه‌ها و کارخانه‌های شیمیایی و معدنی و صنعتی و مواد غذایی و فاضلاب شهرها را مواد خارجی تلقی نموده است؛ بنابراین به نظر می‌رسد، هر آن چیزی که ترکیبات طبیعی آب را به‌طور غیرطبیعی تغییر دهد آلودگی تلقی می‌گردد. (Sarmad.1981:128) در اصطلاح اقتصادی آلودگی زمانی اتفاق می‌افتد، که به علت پخش مواد آلوده در محیط‌هایی نظیر آب‌وهوا، یک هزینه خارجی و به عبارت دیگر خسارت جبران‌ناپذیری، ازجمله: خسارت بهداشتی، افزایش بیماری و مرگ‌ومیر و غیره به رفاه انسان وارد شود (Yao & Ed.2016:4).

آگاهی به مفهوم آلودگی از آن جهت مهم است، که خواهیم دید این آلودگی در مفهوم حقوقی به‌عنوان ضرر تلقی خواهد گردید و بر پایه آن چنانچه آلودگی مذکور توسط عامل انسانی به وقوع پیوسته باشد مسئولیت آن و استقرار نهایی مسئولیت بر عهده مقصر خواهد بود.

۲-۲. مسئولیت مدنی آلوده‌کنندگان رواناب‌های سطحی به جبران خسارت

مسئولیت آلوده‌کنندگان رواناب‌های سطحی، در قالب الزام اشخاص اعم از حقیقی و یا حقوقی، به پاک‌سازی منابع و جبران خسارات ناشی از آلودگی منابع فوق‌الذکر، که به‌صورت مستقیم و یا غیرمستقیم در نتیجه فعل و یا ترک فعل آن‌ها به وجود آمده است شکل می‌گیرد؛ به عبارت دیگر مسئولیت آلوده‌کنندگان رواناب‌های سطحی، عبارت است از التزام و تعهد قانونی آنان به جبران خسارات و زیان‌هایی که در اثر فعالیت آن‌ها به دیگری وارد شده است، که شرط اصلی ایجاد مسئولیت می‌باشد، که این ضرر الزاماً اشخاص حقوق خصوصی را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد، بلکه ممکن است، باعث ورود خسارت به منافع عمومی نیز گردد (Taghizade ansari & Hashemi.2017:118).

۲-۳. ارکان مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی رواناب‌های سطحی

اصولاً مسئولیت مدنی، ناشی از بی‌مبالاتی اشخاص است، و در خصوص آلوده‌کنندگان رواناب‌های سطحی نیز معمولاً آلودگی زمانی به وقوع می‌پیوندد، که عوامل انسانی دخیل در موضوع، احتیاطات لازمه را پیرامون فعالیت‌هایی که دارند انجام نمی‌دهند و بدین ترتیب آثار ناشی از فعالیت آن‌ها مخرب در سلامت انسان‌ها، آبزیان و یا حیوانات خواهد بود؛ در هر حال برای تحقق مسئولیت وجود سه عنصر ۱- ضرر ۲- ارتکاب فعل زیان‌بار ۳- وجود رابطه سببیت میان فعل شخص و ضرری که وارد شده است ضروری می‌باشد (Katoozian, Non-contractual obligation, 2008:241). که در حوزه آلودگی رواناب‌های سطحی می‌توانیم وجود سه رکن را به نحوه ذیل نیز برشماریم: ۱- اثرات ۲- عوامل ایجاد آلودگی ۳- رابطه سببیت بین اثرات و عوامل ایجاد آلودگی، که بدون وجود هر یک از آن‌ها مسئولیتی متوجه شخص زیان‌زننده نخواهد شد و اقامه دعوای مطالبه خسارت از سوی زیان‌دیده مسموع نخواهد بود. از دیگر مواردی که باید در این بخش مورد توجه قرار گیرد، این است که در اینجا منظور از اثر، که در رأس شرایط اساسی تحقق مسئولیت مدنی قرار دارد، نمود ظاهری و بیرونی آلودگی است، که طبق بیان قانون‌گذار در ماده ۵۶ قانون صدر الذکر مضر به حال انسان، چهارپایان، آبزیان و گیاهان است، که در مبحث ذیل به تفصیل به آن پرداخته شده است.

۲-۴. آثار حقوقی و اقتصادی ناشی از آلودگی رواناب‌های سطحی

به بیان ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، زیان عبارت است از: نقص در اموال، یا از بین رفتن یک منفعت مسلم یا لطمه به سلامت و حیثیت اشخاص، که در خصوص آلودگی رواناب‌های سطحی نیز، با توجه به اینکه در اثر اضافه شدن مواد خارجی، طبیعت بیولوژیکی آب تغییر کرده و نتیجه مسلم این تغییر، مضر به حال انسان‌ها، آبزیان، گیاهان و حیوانات می‌باشد، بنابراین هرگونه تغییر منفی در سلامت که در اثر آلودگی ایجاد شده باشد ضرر محسوب می‌گردد. به‌عنوان مثال زمانی را می‌توان در نظر گرفت که، فلزات سنگین مانند سرب و جیوه وارد این منابع می‌شوند، و از یک سو از طریق تأثیرگذاری بر روی سلامت و سیستم تولیدمثل موجودات آبزی موجب تلف شدن و کاهش تعداد آبزیان می‌گردند و از سوی دیگر اشخاص حقیقی را نیز به‌صورت غیرمستقیم و از طریق بهره‌برداری از موجودات آبزی که در اثر ورود این فلزات آلوده شده‌اند، دچار بیماری‌هایی

نظیر اختلالات فکری و هورمونی می‌نماید، که متأسفانه این امر بر سلامت نسل‌های آینده نیز تأثیر گذاشته است و موجبات تولید نسلی ناقص‌الخلقه و همچنین سقط‌های مکرر را فراهم آورده است، زیان‌های وارده در اثر آلودگی منابع مذکور شکل دیگری نیز می‌تواند داشته باشد، بدین صورت که در بخش کشاورزی وجود آلاینده‌ها از یک سو از طریق کاهش کمیت و کیفیت محصولات زراعی، منافع اشخاصی را که از این طریق امرارمعاش می‌نمایند را به خطر انداخته است و از سوی دیگر با ایجاد قحطی و بیماری‌های مختلف به دلیل پایین بودن سطح کیفیت این گونه محصولات منافع عمومی را خدشه‌دار نموده است (Khosroshahi, 2007:10)، علاوه بر این، آلودگی این منابع از طریق ایجاد هزینه‌های هنگفت برای درمان بیماری‌های ایجاد شده به صورت مستقیم، و ارزش زمان کار از دست رفته و ناراحتی‌هایی که در اثر ابتلا به بیماری‌ها ایجاد شده‌اند، به صورت غیرمستقیم، زیان‌های اقتصادی بسیاری را برای جامعه به دنبال خواهند داشت. آنچه که در اینجا مسلم است این است که تردیدی وجود ندارد، که هر دو دسته زیان (مستقیم و غیرمستقیم) تطابق با مفهوم مصطلح ضرر در حقوق مسئولیت مدنی را خواهند داشت، صرف نظر از اینکه بپذیریم در حقوق مسئولیت مدنی، صرفاً زیان‌های بلاواسطه و با رابطه سببیت مستقیم قابلیت جبران خواهند داشت، اما آنچه که مشخص است این است که، در زمان ورود آسیب به سلامت عمومی، در نهایت زیان‌های وارده بر مردم تحمیل خواهد شد، مگر اینکه بتوان دولت را به عنوان حافظ منافع عمومی در زیان‌های غیرمستقیم مسئول دانست. (Golmohammadi, 2010:14)

با توجه به بررسی‌هایی که در رابطه با زیان ناشی از آلودگی رواناب‌های سطحی در بالا صورت گرفت، می‌توان قائل بر این شد، که این نوع از زیان‌ها در دو دسته قابل تقسیم‌بندی می‌باشند، ابتدا اینکه آلودگی ممکن است سلامت اشخاص را به طور مستقیم تحت تأثیر قرار دهد و دوم اینکه با برهم زدن اکوسیستم‌های طبیعی و اختلال در حیات آبریان، حیوانات و گیاهان، منافع عمومی را به خطر بیندازد، که هر دو این‌ها در دسته‌بندی زیان قرار می‌گیرند. از سوی دیگر همچنین به عقیده برخی از اقتصاددانان یکی از ایراداتی که در حال حاضر به سیستم‌های اقتصادی وارد است، در نظر نگرفتن کالاها و خدمات محیط زیستی است، که در جریان تولید، مصرف می‌شوند. در واقع بر اساس توسعه پایدار، دیگر نمی‌توان تولید را فقط تابعی از سرمایه و کار دانست، بلکه باید در توابع تولید، مواد و کالاهای محیط زیستی نیز، منظور شود؛ بنابراین، از منظر اقتصاد محیط زیست نیز، در واقع آلودگی آب‌ها بایستی به عنوان هزینه تولید یا مصرف تلقی

گردند. (Salatin&Tajik.2017:48)

۲-۵. عوامل ایجاد آلودگی

در حال حاضر عوامل مختلفی باعث ایجاد آلودگی در رواناب‌های سطحی شده‌اند، که می‌توان آن‌ها را به دو دسته انسانی و طبیعی تقسیم‌بندی نمود:

۲-۵-۱. عوامل طبیعی

زلزله و رسوبات از عوامل طبیعی ایجادکننده آلودگی در رواناب‌های سطحی می‌باشند، بدین صورت، که زلزله با انهدام و تخریب شبکه‌های جمع‌آوری و نگهداری فاضلاب و تانکرهای ذخیره نفت و گاز (Zare barzeshi & Bakhshi.2013:3,4) و رسوبات از طریق شستن زمین‌ها و سرازیر نمودن آن‌ها به درون این منابع، موجبات آلودگی آن‌ها را فراهم می‌آورده‌اند (Naseri & ally.2013:6).

۲-۵-۲. عوامل انسانی

در خصوص عوامل انسانی آنچه مشخصاً می‌توان گفت، این است که، عامل انسانی در حقیقت می‌تواند به عنوان یکی از ارکان مسئولیت مدنی شناخته شود، زیرا آنچه در این تحقیق به دنبال آن هستیم، این است که، در اثر دخالت عوامل انسانی، رواناب‌های سطحی دچار آلودگی گردند و بدین ترتیب باعث ایجاد ضرر گردند، که مجموعه این عوامل به شرح ذیل موردبحث قرار می‌گیرد.

الف. فاضلاب‌های صنعتی کارخانه‌ها و هزینه‌های اقتصادی ناشی از آن

رشد اقتصادی در بخش صنعت، به صورت مستقیم و از طریق در اولویت قرار دادن افزایش سطح تولید، نسبت به حفاظت از رواناب‌های سطحی و همچنین نادیده انگاشتن قوانین حفاظت و جلوگیری از آلودگی رواناب‌های سطحی، که رعایت آن‌ها مستلزم صرف هزینه‌های هنگفت در جهت مجهز نمودن کارخانه‌ها به دستگاه‌های تصفیه اصولی فاضلاب می‌باشند و به دنبال آن تخلیه این گونه فاضلاب‌ها به صورت تصفیه نشده به درون این منابع، موجبات آلودگی آن‌ها را فراهم

آورده است (Firoozi et al.2017:27). به عنوان نمونه بررسی‌های آماری صورت گرفته در کشور چین بیانگر^۱ آن است که کشور مذکور با اختصاص دادن بیش از ۳۱/۸ درصد از کل فاضلاب‌های صنعتی به خود، که به درون رواناب‌های سطحی تخلیه می‌شوند، بیش‌ترین نقش را در ایجاد آلودگی در بخش صنعت ایفا نموده است، که بر اساس تحقیقات صورت گرفته میزان فاضلاب‌های تخلیه شده ۳۰ درصد بیش‌تر از ظرفیت پذیرش منابع موجود می‌باشد و دلیل این امر اختصاص دادن محیط‌های کوچک و فاقد امکانات لازم و ضروری و عدم اختصاص بودجه کافی برای مجهز نمودن این گونه صنایع می‌باشد. (Wen.2011:8) در رابطه با فاضلاب‌های صنعتی نیز این نکته را باید در نظر داشت، که وجود این مسئله که افزایش سطح تولید و نادیده انگاشتن حفاظت از رواناب‌های سطحی تا چه میزان باعث ایجاد مسئولیت خواهد شد، ارتباط مستقیمی با شیوه تفسیر تقصیر خواهد داشت، زیرا آنچه مسلم است هرچند تقصیر از ارکان مسئولیت مدنی تلقی نمی‌گردد، اما نقش مهمی در احراز رابطه سببیت بین فعل زیان‌بار و ضرر وارده خواهد داشت، به نحوی که چنانچه ما بتوانیم با معیارهای متعارف رفتار تولیدکنندگان عمده و گردانندگان کارخانه‌های صنعتی را تقصیر تلقی نماییم، آنگاه به تجویز ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مجاز خواهیم بود، که چنین اشخاصی را مسئول زیان‌های وارده به اشخاص دیگر و یا حتی منافع عمومی تلقی نماییم. (Bahrami Ahmadi & Fahimi.2008:132) از دیدگاه تحلیل اقتصادی عدم انجام اقدامات مناسب در جهت تصفیه فاضلاب، می‌تواند دو دسته هزینه در پی داشته باشد، ابتدا هزینه‌های درمانی مستقیم برای درمان بیماری‌ها و سپس هزینه‌های غیرمستقیم ناشی از بیماری شامل مواردی چون ارزش زمان کار از دست رفته، کاهش بهره‌وری افراد، پتانسیل ...، پول خرج شده برای مراقبت و جلوگیری از مرگ زودرس و سرانجام درد و ناراحتی ناشی از بیماری^۲ که برخی از هزینه‌ها از طریق بازار قابل ارزیابی و برآورد می‌باشد و سایر هزینه‌ها از منظر اقتصادی هزینه غیر بازاری تلقی می‌گردند. (Majed & Golzari-ghalandari.2016:68)

۱- بررسی‌های آماری صورت گرفته از سوی مؤسسه تحقیقاتی وردکرانچ و همچنین گزارشات سازمان حفاظت محیط‌زیست در کشور چین. (R.W, Ch,et.al, Economic and Environmental effects of Water pollution Abatement policy in china : a Dynamic Computable GENERAL Equilibrium Analysis,2011, P.8)

۲- در حقوق مسئولیت مدنی تحت عنوان «زیان‌های معنوی» مورد بحث قرار می‌گیرد.

ب. استفاده از کودهای شیمیایی و سموم دفع آفات

با افزایش روزافزون جمعیت در جهان و به دنبال آن افزایش سطح تقاضا برای تولید محصول در بخش کشاورزی، متأسفانه در چند دهه اخیر، شاهد استفاده نامتعارف و کنترل نشده از کودهای شیمیایی و سموم دفع آفات، برای افزایش سطح تولید در این بخش بوده‌ایم، که همین امر در زمین‌های کشاورزی که در اطراف رواناب‌های سطحی واقع شده‌اند، باعث کاهش سطح کیفیت آب‌های موجود در این منابع گردیده است، چراکه این محصولات به دو صورت مستقیم و یا غیرمستقیم، از طریق آب‌هایی که به صورت طبیعی از این زمین‌ها عبور می‌کنند، وارد این منابع می‌شوند و سلامت و کیفیت این منابع را به خطر می‌اندازند. (Angelo & Morris.2018:1007,1008) با توجه به آماری که هم اکنون در کشور ما^۱ در خصوص استفاده از کودهای شیمیایی و سموم دفع آفات در دست می‌باشد، می‌توان گفت که استفاده از هر دو محصول روند مشابهی را نشان می‌دهد و رشد نسبتاً چشمگیری داشته است و این در شرایطی است، که کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه در جهان سازوکارهایی را در جهت ایجاد محدودیت در استفاده از این محصولات پیش‌بینی نموده‌اند. (Khoroshani.200:10)

از جنبه اقتصادی تحقیقات نشان داده است، که بر اساس الگوی تعادل مواد، می‌توان چنین استنباط کرد که رشد تولید و مصرف بر استفاده بیشتر از محیط‌زیست و ایجاد آلودگی تأثیر مستقیم دارد. یقیناً رشد جمعیت نیز از طریق افزایش مصرف، یکی از عوامل اثرگذار بر آلودگی است. از جنبه‌ای دیگر، افزایش تولید کالا و خدمات که در رشد تولید ناخالص داخلی نمود پیدا می‌کند نیز، مستلزم افزایش استفاده از منابع طبیعی و به دنبال آن ضایعات بیشتر می‌باشد؛ بنابراین با توجه به اینکه با وجود پیشرفت‌های فراوان فناوری میزان منابع عمده آب در جهان بدون تغییر مانده است و اینکه فناوری احتمالاً قادر باشد، تنها مشکلات موجود در توزیع آب بهداشتی را بهبود بخشد (Saleh et. al.2012:60)، ضرورت حفظ منابع آبی به هر شیوه‌ای به‌ویژه بازدارندگی از طریق ایجاد مسئولیت برای آلوده‌کنندگان به آسانی قابل توجیه خواهد بود.

اگرچه در حال حاضر نیز احتمالاً دستورالعمل‌هایی برای استفاده از کودهای شیمیایی و سموم

۱- بر اساس تحقیقات صورت گرفته در دانشگاه علوم پزشکی استان گیلان، تحت نظر سازمان جهاد کشاورزی همان استان

دفع آفات وجود داشته، لیکن آنچه مشخص است این است که، در صنعت کشاورزی به علت فقدان نظارت مستمر دولت بر این گونه فعالیت‌ها و یا عدم آموزش‌های صحیح به کشاورزان در استفاده از مواد مذکور، ممکن است به‌طور نامتعارف از سوی کشاورزان مورد استفاده قرار گیرند، مانند امری که به‌طور مشهود در خصوص کشاورزی در شمال کشور به چشم می‌خورد و نگرانی‌های بسیاری را از جهت آلودگی رواناب‌هایی که به دریای خزر سرازیر می‌گردند به دنبال داشته است، بنابراین چنانچه قائل به این باشیم که این رفتار غیرمتعارف محسوب می‌گردد و زیان‌های ناشی از آن نیز به‌طور مسلم دامن گیر اشخاص و نیز زیست‌بوم آن منطقه می‌گردد، می‌توان اشخاصی را که در استفاده نامتعارف از این سموم و کودهای شیمیایی دخیل هستند، به‌عنوان عاملین زیان شناسایی نمود.

ج. فاضلاب‌های شهری و خانگی و تحلیل اقتصادی آن

در عصر حاضر افزایش مهاجرت افراد از روستاها به شهرهای بزرگ و پیشرفته، باعث به وجود آمدن بحرانی به نام فاضلاب‌های شهری و خانگی شده است و آن را به یکی از علل شایع آلودگی رواناب‌های سطحی مبدل نموده است، چراکه در مقابل این افزایش مصرف و ایجاد آلودگی، تدابیر و امکانات لازم و ضروری در جهت پاک‌سازی این فاضلاب‌ها و کنترل آن‌ها از سوی سازمان آب و فاضلاب و دولت در اختیار شهرنشینان قرار نگرفته است، و در نتیجه این فاضلاب‌ها که حاوی مقادیر زیادی میکروب و مواد شیمیایی حاصل از مصرف مواد شوینده و پاک‌کننده در مصارف خانگی می‌باشند، بدون تصفیه وارد این منابع می‌گردند و محیط نامناسبی را برای زندگی موجودات آبرزی فراهم می‌آورد، افزون بر موارد فوق با توجه به تولید انبوه کالاهای صنعتی که همواره کارخانه‌های تولید در مجاورت شهرها و یا حتی داخل شهرها و گاهی در کنار رودخانه‌ها به علت ضرورت استفاده از آب تأسیس می‌گردد، که عامل مؤثری در آلوده سازی رواناب‌های سطحی می‌باشند و با وجود تلاش‌های صورت پذیرفته از سوی سازمان‌های دولتی متولی در زمینه حفاظت از محیط‌زیست و سازمان‌های مردم‌نهاد در حفاظت از منابع آبی، تاکنون بخش زیادی از این تلاش‌ها مؤثر واقع نگردیده است، به همین خاطر به نظر می‌رسد، صرف آلوده کردن آب‌ها زیان تلقی می‌گردد، هرچند تمامی واحدهای تولیدی در جهت شروع فعالیت خویش مکلف به اخذ مجوز از سازمان حفاظت محیط‌زیست می‌باشند، اما باز هم چنانچه در فرآیند تولید اقدام آن‌ها

باعث پیدایش ترکیباتی در آب گردد، که به موجب تعریف قانون گذار آلودگی به شمار آید، تردیدی در ضروری بودن فعل آن‌ها وجود ندارد و هرگونه تعدی و تفریط در خصوص رعایت استانداردهای مراقبت از آب‌ها می‌تواند سبب ایجاد مسئولیت ایشان گردد.

از سوی دیگر بر مبنای تحلیل اقتصادی کاهش کیفیت آب می‌تواند به صورت بالقوه، تمام فعالیت‌های اقتصادی را تحت تأثیر قرار دهد، زیرا کاهش کیفیت آب تمامی فعالیت‌های پیرامون خود از جمله تولیدات صنعتی، کشاورزی، صیادی و حتی خدماتی که ارتباط مستقیمی با آب و منابع آبی دارند، از جمله گردشگری و تفریحات آبی را در بر گرفته و اثر خود را بر آن‌ها خواهد گذاشت؛ به عنوان مثال گردشگران، آب سالم را برای شرب و سایر مصارف نیاز خواهند داشت، یا اینکه آلودگی آب زیبایی چشم‌اندازها و محیط را کاهش خواهد داد و فرصت‌های تفریحی، ناخودآگاه از بین خواهند رفت، ضمن اینکه این آلودگی بوهای ناهنجاری ایجاد می‌نماید، که مستقیماً بر سلامت ساکنان تأثیر نامناسبی خواهد گذاشت، که همه تأثیرات مذکور می‌تواند ارزش گذاری شده و به زبان پول بیان شود (Majed & Golzari-ghalandari.2016:87).

د. مصرف انرژی در تولیدات داخلی

از آنجایی که در چند دهه اخیر، مسئله رشد اقتصادی از اهداف اساسی و بنیادین، سیاست اقتصادی کشورهای مختلف جهان به شمار می‌آید، خساراتی که ممکن است، در فرآیند این گونه فعالیت‌ها بر محیط‌زیست و به خصوص رواناب‌های سطحی وارد آید، به یک معضل و دغدغه مبدل گشته است، چراکه از ملزومات پیشرفت اقتصادی در سطح بالا، استفاده از منابع طبیعی، تولید انرژی و انتشار حجم عظیمی از آلاینده‌ها بر منابع مذکور می‌باشد، که این خود مقدمه‌ای برای ایجاد ضررهای دیگری است، که ممکن است به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم سلامت جامعه بشریت و محیط‌زیست را تحت تأثیر قرار دهد. با مطالعه و بررسی تحقیقاتی که در طی چند سال گذشته، در رابطه با این مسئله انجام گرفته است، در خواهیم یافت، که میزان انرژی که به جهت پیشرفت در زمینه فعالیت‌های اقتصادی، صرف می‌شود، در کشورهای در حال توسعه نظیر ایران، به میزان قابل توجهی بیش از نتیجه‌ای است، که از آن حاصل می‌گردد، بدین ترتیب که در ایران میزان مصرف انرژی در جهت رشد و توسعه فعالیت‌های مذکور، در طی یک دوره ۴۵ ساله، ۷/۳ رشد داشته است و این در حالی است که تولید ناخالص داخلی، تنها حدود ۳/۲ درصد پیشرفت

نموده است. (Kargar dehbidi & Esmaili.2016:86)

۵. کشف و استخراج نفت و زیان‌های اقتصادی ناشی از نشت آن در آب

با توجه به تمامی تلاش‌هایی که در زمینه کشف و استخراج نفت و مشتقات آن در حال حاضر انجام گرفته است، باز هم متأسفانه به دلایلی نظیر خطای اشخاص در زمان حفاری، خراب شدن لوازمی که در این پروسه از آن‌ها استفاده می‌شود، قصور دولت در نظارت بر این گونه عملیات و عدم اختصاص تجهیزات لازم برای انجام این کار در چند سال اخیر، شاهد نشت و ریزش نفت و خطرات جبران‌ناپذیر ناشی از آن بوده‌ایم (Smith A.2014:1,3) که نمونه بارز آن لوله‌های حمل و نگهداری موجود در تالاب شادگان می‌باشد، که هر ساله به دلیل نداشتن محافظ و به دنبال آن پوسیدگی و زنگ‌زدگی این لوله‌ها، مقدار عظیمی از نفت موجود در آن‌ها به درون این تالاب تخلیه می‌شود. (Golab kesh & Ghanbari adivi.2008:5) نشت نفت می‌تواند آثار بسیار زیادی بر ابعاد مختلف زندگی بشر از جمله اقتصاد کشورها داشته باشد، زیرا باعث آسیب رساندن بر سلامت اشخاص، صنعت شیلات، از بین بردن تفریحات آبی و تنوع بیولوژیکی و املاکی که در آن مناطق بنا شده‌اند؛ خواهد شد. علاوه بر این، از میان بردن منشأ ایجاد آلودگی، بالأخص در کشورهای در حال توسعه فرآیندی بسیار سخت و چالش‌برانگیز تلقی می‌شود، چراکه در این شرایط دولت، مؤسسات و شرکت‌هایی که در این زمینه اشتغال دارند، باید علاوه بر صرف هزینه‌های هنگفت در جهت پاک‌سازی منابع رواناب‌های سطحی که در اثر وجود چنین فعالیت‌هایی آلوده شده و از سطح استاندارد جهانی خارج شده‌اند، به دنبال راهکاری به منظور کاهش حداقلی نشت نفت و بهبود سطح کیفیت منابع مذکور باشند، که این امر خود هزینه‌های هنگفت و سرسام‌آوری را رقم خواهد زد. (Smith & ed.2014: 4)

در خصوص کشف و استخراج نفت نکته قابل ذکر این است که چون صنعت نفت به عنوان یکی از صنایع بالادستی تلقی می‌گردد و اهمیت استراتژیک در حوزه داخلی و بین‌المللی دارد، غالباً دولت و یا شرکت‌های وابسته به آن، تمامی فرآیند کشف و استخراج را انجام می‌دهند، به همین دلیل در برخی موارد حتی نهادهای متولی حفاظت از محیط‌زیست نیز در برابر اراده دولت ناتوان می‌باشند، این در حالی است که فعالیت‌های مذکور می‌تواند باعث بروز خسارت‌های جبران‌ناپذیری به منابع آبی کشور به‌ویژه رواناب‌ها گردد، در این خصوص هر چند قانون مسئولیت

مدنی در ماده ۱۱ مقرر داشته است، صرفاً در صورت نقص وسایل ادارات و مؤسسات وابسته به دولت مسئولیت متوجه دولت خواهد شد، که در این صورت نیز معمولاً اثبات تقصیر دولت به سهولت امکان پذیر نخواهد بود، زیرا دولت با توسل به اعمال حاکمیت از پذیرش مسئولیت در این خصوص طفره می رود و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نیز قدرت و امکانات لازم برای اثبات مسئولیت دولت را ندارند، به همین خاطر روشن است، که در خیلی از موارد خسارات جبران نشده باقی بماند.

۳. رابطه سببیت میان زیان های وارده و عوامل ایجاد آلودگی

در حال حاضر نقش عوامل انسانی از جمله فاضلاب های صنعتی و کشاورزی در آلودگی رواناب های سطحی بسیار پر رنگ تر از عوامل طبیعی است، چراکه پیشرفت صنعت و تکنولوژی و بی اعتنائی اشخاص به قوانین حفاظت و جلوگیری از آلودگی آب، که عامل اصلی بروز آلودگی می باشند، همگی دارای منشأ انسانی می باشند، بنابراین احراز رابطه سببیت بین فعل عاملین آلودگی رواناب های سطحی و ضرر وارده از اهمیت به سزایی برخوردار است و چنانچه با توجه به اصول و قواعد مسئولیت مدنی بتوان رابطه مذکور را احراز نمود، چه بسا رویه قضایی بتواند راحت تر مسببین زیان را به جبران خسارت محکوم نماید. (Heidari & Ghasemi, 2012:7)

۳-۱. احراز رابطه سببیت در فرض تعدد اسباب

احراز رابطه سببیت در فرضی که صرفاً یک سبب خسارتی را به بار آورد کار آسانی می باشد، اما در مورد آلودگی رواناب های سطحی مسئله از پیچیدگی بیشتری برخوردار است و به راحتی امکان شناسایی سببی که باعث ورود زیان گردیده است وجود ندارد، چراکه در این زمینه اسباب متعددی مبادرتاً و یا به تسبیب موجبات آلودگی منابع مذکور را فراهم می آورند؛ بنابراین در این بخش حداقل سه نظریه که بیشتر مرتبط با بحث ما می باشد، مورد بررسی قرار می گیرد.

الف) نظریه سبب متعارف

مطابق این نظریه در میان علل و عوامل گوناگون که باعث ورود خسارت می گردند، باید عاملی را سبب اصلی تلقی نماییم، که به طور متعارف و حسب جریان عادی امور باعث ایجاد ضرر گردیده است. در حقیقت در این مورد داوری عرف در خصوص این که کدام یک از اسباب در

ورود ضرر دخیل بوده است منشأ اثر تلقی می‌گردد و اسبابی که به‌طور نادر و اتفاقی در روند ورود ضرر دخالت داشته‌اند از این میان حذف می‌گردند.

این نظریه در بین حقوقدانان از شهرت زیادی برخوردار می‌باشد و دلیل آن نیز ارائه یک معیار عملی برای تعیین سبب را فراهم نموده و با همین معیار امکان برقراری ارتباط بین عامل زیان و ضرر وارده وجود دارد. بدیهی است در این موارد دادگاه می‌تواند با ارجاع امر به کارشناس متخصص سبب اصلی را مشخص نماید. (Rostami & Shabani Kondseri, 2016:156)

آنچه در رابطه با احراز و اثبات رابطه سببیت متعارف در خصوص آلودگی رواناب‌های سطحی مشخص می‌باشد، این است که خصوصیت دیرپایی زیان در رواناب‌های سطحی و هم‌زمان وجود آلاینده‌های متعدد در چنین آب‌هایی ممکن است، تشخیص عامل زیان، خود زیان و یا حتی احراز رابطه سببیت، بین عاملان ایجاد آلودگی و خسارات وارده اعم از خسارات ناشی از سلامتی به اشخاص و یا خسارات وارده به آبزیان و حیوانات را دشوار نماید؛ که رویه قضایی در خصوص این امر می‌تواند یاری‌دهنده باشد، زیرا ارجاع امر به کارشناسان متخصص در زمینه نوع آلودگی، راه را برای دادرسان در شناسایی عوامل دخیل در آن هموار خواهد نمود، به‌عنوان نمونه اگر در مجاورت رودخانه‌ای هم‌زمان هم کشاورزان از کودهای شیمیایی استفاده نمایند و هم یک کارخانه تصفیه‌خانه برای پساب ناشی از فعالیت تولیدی ایجاد نکرده باشد، در این صورت نوع آلودگی موجود در آب و اینکه آیا ترکیبات اضافی فراتر از ترکیبات طبیعی آب به‌واسطه استفاده نامتعارف از کود شیمیایی بوده یا چرخه ناقص پساب کارخانه، با کارشناس متخصص خواهد بود و پس از آن دادرس می‌تواند در احراز رابطه سببیت بنا بر نظر کارشناس عمل نماید. (Safayi & Rahimi, 2014:254)

هرچند این نظریه ممکن است به‌طور گسترده مورد عمل قرار گیرد، اما نکته مغفول این است که، شناسایی سبب متعارف همیشه آسان نخواهد بود و گاه چنان این عوامل درهم پیچیده می‌شوند، که نمی‌توان به‌راحتی یکی از آن‌ها را به‌عنوان سبب متعارف زیان شناسایی نمود. (Katoozian, 1998:55)

ب) نظریه سبب پویا

آنچه به‌موجب این نظریه محور بحث می‌باشد این است که برای احراز رابطه سببیت باید بین سبب‌های پویا یا دینامیک و سبب‌های ایستا یا غیر متحرک تفاوت قائل گردید. در این صورت

صرفاً باید عواملی را دخیل در ورود خسارت دانست که پویا یا دینامیک باشد، بنابراین در مورد یک حادثه که چند عامل در ورود آن دخالت داشته‌اند باید عاملی را مؤثر تلقی نماییم، که پویا بوده و نتیجه محسوس خارجی دارد. این نظریه در خصوص آلاینده‌های رواناب‌ها نیز صدق می‌کند، به این نحو که ممکن است به عنوان مثال شهرداری زباله‌های شهری را در محل نامناسبی جمع‌آوری کرده باشد، که در اثر دستکاری غیراصولی آن محل توسط شخص ثالثی شیرابه و آلودگی ناشی از زباله‌ها وارد رودخانه مجاور گردد و تمام آب را آلوده نماید، در اینجا با توجه به اینکه شخص ثالث به عنوان سبب دینامیک شناخته می‌شود، مطابق این نظریه مسئول جبران خسارت شناخته می‌شود. این نظریه با این ایراد مواجه می‌باشد، که ممکن است در مواردی عامل ایستا باعث به وجود آمدن خسارت گردد و عامل پویایی اساساً وجود نداشته باشد. در مثال قبلی این فرض نیز امکان دارد که شیرابه زباله‌ها بدون دخالت عامل دیگری به داخل رودخانه نفوذ نماید و باعث ایجاد آلودگی گردد. (hashemi, 2013:10)

ج) نظریه تعیین اسباب به میزان درجه تأثیر آن‌ها

به موجب این نظریه چنانچه اسباب متعددی در ورود زیان دخیل باشند باید به میزان تأثیر هر کدام در ورود زیان، آن‌ها را مسئول جبران خسارت تلقی نماییم در این صورت توزیع عادلانه زیان بین مسببین صورت می‌پذیرد و این امر همسوی باهدف مسئولیت مدنی در جبران خسارت می‌باشد. (Poor esmaily, 2014:13) این نظریه گاهی با درصد تقصیر ملازمه دارد به این نحو که تقصیر سبک منتهی به ورود خسارت کمتری گردد و یا اینکه تقصیر سنگین خسارت بیشتری را به بار آورد؛ اما همیشه این وضعیت صدق نمی‌کند و ممکن است از یک تقصیر سبک خسارت سنگینی ناشی گردد.

در خصوص آلودگی رواناب‌های سطحی چنانچه اسباب متعدد دخالت داشته باشند امکان تقسیم خسارت بر مبنای میزان تأثیر آن‌ها وجود خواهد داشت، به عنوان مثال در خصوص تالاب‌های جنوب کشور چنانچه به طور هم‌زمان عملیات حفاری برای استخراج نفت و پساب پتروشیمی باعث آلودگی شده باشد، امکان جبران خسارت به میزان درجه تأثیر هر یک از آن‌ها وجود خواهد داشت.

۳-۲. نظریه حاکم در تعدد اسباب

به نظر می‌رسد نتوان با قاطعیت اظهارنظر نمود که، در فرض تعدد اسباب کدام‌یک از نظریه‌های بالا به‌طور مطلق بکار گرفته شود. هرچند نظریه سبب متعارف می‌تواند منطقی‌تر از موارد دیگر باشد اما با توجه به اینکه در غالب موارد برای احراز سببیت عرفی در نظر گرفتن تمامی اوضاع و احوال ضروری به نظر می‌رسد، بنابراین تشخیص رابطه سببیت باید برای هر دعوای خاص با در نظر گرفتن شرایط آن مورد لحاظ دادرس قرار گیرد. به‌ویژه اینکه در خصوص آلوده‌کنندگان رواناب‌ها گفته شد که، خصوصیت دیرپایی زیان می‌تواند تشخیص سبب متعارف را با مشکلات فراوان روبرو نماید. با این اوصاف منطقی خواهد بود، که دادرس از نظر کارشناسان متخصص بهره‌مند گردد، تا در شناسایی عوامل زیان بیشترین دقت به عمل آید.

۴. جبران ضرر

اساساً هدف نهایی مسئولیت مدنی جبران خسارت (دادن معادل و یا اعاده وضع به حالت سابق) می‌باشد، بر این اساس مادامی که جبران خسارت صورت نپذیرد، مسئولیت مدنی به هدف نهایی خود نرسیده است و از سویی دیگر جبران خسارت نه تنها باعث ترمیم وضعیت زیان‌دیده می‌گردد، بلکه جنبه بازدارندگی نیز برای زیان‌زننده دارد، ازاین‌رو در این مبحث در صدد آن هستیم، که با توجه به ویژگی خاص جبران در خصوص رواناب‌های سطحی نحوه جبران خسارت و استقرار نهایی مسئولیت جبران را مورد بررسی قرار دهیم.

در خصوص این موضوع که چه کسی مسئول جبران خساراتی است، که به دلیل آلودگی رواناب‌های سطحی ایجاد شده است، می‌توان در دو فرض بحث نمود: ۱- پذیرش مسئولیت برای شخص متصدی ۲- مسئول دانستن دولت به‌عنوان ناظر، در نظام حقوقی ایران بر اساس ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، مسئولیت جبران خسارت در این زمینه اصولاً بر عهده متصدی و یا بهره‌بردار می‌باشد، که وظیفه نظارت و کنترل عملی بر اقدامات آلوده‌کننده را دارد، در فرضی که شخص مذکور در نتیجه تجاوز از مقررات قانونی و یا حتی تجاوز از معیارهای استفاده متعارف باعث آلودگی آب گردد بدیهی است که، مسئول جبران خسارت وارده می‌باشد، حتی می‌توانیم یک گام به جلوتر برداریم و با توجه به اینکه آب نقش حیاتی در وجود و بقای زندگی انسان‌ها ایفا می‌کند، قائل به این باشیم، که اگر تولیدکننده و متصدی حتی احتمال بدهد، که با توجه به

شرایط موجود خسارتی در آینده به وجود خواهد آمد، باید سریعاً اقدامات پیشگیرانه را به عمل آورد و اگر به هر دلیلی اقدامات صورت گرفته مثر ثمر واقع نشد، در اسرع وقت اطلاعات لازم را در اختیار مقامات صالح دولتی قرار دهد (Shah hoseini & Mashhadi, 2014:153-155).

گاه مسئولیت دولت از جهت نظارت می‌باشد، از همین رو بخشی از دولت که متصدی حفظ محیط‌زیست می‌باشد، از باب نظارت فائقه مجوزهای لازمه را برای واحدهای تولیدی صادر می‌نماید. نتایج تحلیل‌های اقتصادی به‌طور کلی بیانگر آن است که، میزان تولید ناخالص داخلی رابطه‌ی مستقیمی بر مقدار آلودگی آب‌ها داشته و متغیر مذکور هم در کوتاه‌مدت و هم در بلندمدت بر آلودگی آب‌ها مؤثر بوده است، و در این راستا پیشنهاد گردیده، تا تمهیداتی در جهت کنترل واحدهای تولیدی در آلوده کردن آب از طریق نظارت بر نوع مصرف واحدهای تولیدی و خدماتی جامعه توسط دولت اتخاذ شود. (Saleh et.al. 2012:59) بر این اساس می‌توان گفت، چنانچه دولت در فرآیند تولید نظارت مستمر، در اجرای ضوابط مربوط به حفاظت از آب را نداشته باشد، از جهت سهل‌انگاری در انجام وظیفه مرتکب تقصیر گردیده است و شخص حقوقی دولت در چنین مواردی مسئولیت جبران خسارت را خواهد داشت، هرچند که احراز چنین مسئولیتی باعث نادیده انگاشتن مسئولیت مباشر اصلی نیز نخواهد شد و در صورتی که مباشر زیان مشخص باشد، از جهت ورود زیان مسئولیت خواهد داشت، اما از سوی دیگر در مواردی دولت هم از باب مباشرت و هم از باب نظارت مسئول خواهد بود، مانند زمانی که دولت مشغول تصدی‌گری می‌باشد و به همین شیوه باعث آلودگی رواناب‌ها می‌گردد و علاوه بر این، آن بخش از دولت که مسئولیت نظارت دارد، وظیفه خود را به‌درستی انجام نمی‌دهد، که در این صورت می‌توان گفت دولت از هر دو جهت مسئول خواهد بود، زیرا در ابتدا از جهت تصدی‌گری، همانند دیگر اشخاص حقوقی حقوق خصوصی باعث ایجاد آلودگی گردیده است، به‌عنوان نمونه شرکت ملی نفت کش که وابسته به وزارت نفت می‌باشد، می‌تواند منشأ آلودگی رواناب‌ها گردد و از سوی دیگر سازمان حفاظت محیط‌زیست نیز، به‌عنوان مسئول نظارت بر فعالیت زیست‌محیطی علی‌القاعده در مقابل عمل شرکت نفت کش مسئول می‌باشد، زیرا از وظایف نظارتی خود قصور نموده و بدین صورت باعث تحقق زیان گردیده است.

۴-۱. شیوه‌های جبران ضرر

اصولاً هدف نهایی مسئولیت مدنی جبران ضرر می‌باشد، از این رو حقوقدانان در خصوص شیوه‌های جبران خسارت اتفاق نظر دارند ۱- برگرداندن وضع زیان‌دیده به صورت پیشین خود، بدین معنی که ضرر وارد شده چنان تدارک شود، که گویی از اصل زیان وارد نیامده است ۲- جبران خسارت از راه دادن معادل. نحوه جبران ضرر حسب اینکه امکان اعاده وضع به حال سابق وجود داشته باشد و یا خیر در آلودگی‌های زیست‌محیطی متفاوت می‌باشد، چنانچه امکان اعاده وضع وجود نداشته باشد، آنگاه به لحاظ قواعد عام مسئولیت مدنی، باید جبران ضرر از راه دادن معادل صورت پذیرد. اگرچه در تحلیل‌های اقتصادی وضعیت تا حدود زیادی متفاوت می‌باشد و اعتقاد بر این است که، هدف اصلی قواعد مسئولیت علاوه بر جبران خسارت زیان‌دیده، بازدارندگی بهینه نیز می‌باشد، زیرا در جبران خسارت صرفاً پول از یک طرف به طرف دیگر منتقل می‌گردد، این در حالی است که، در بازدارندگی بهینه^۱، زیان احتمالی از طریق ترغیب طرف مسئول به بازدارندگی کاهش می‌یابد. (Masum Billah, 2014:78-79) اما چنانچه در قالب صرف مسئولیت مدنی حرکت نماییم، در خصوص اعاده وضع به حال سابق می‌توان از ملاک ماده ۳۲۹ قانون مدنی استفاده نمود، که در خصوص جبران خسارت در زیان‌های ناشی از آلودگی رواناب‌های سطحی واردکننده زیان باید آن را به حالت پیش از ورود زیان بازگرداند، بدین معنا که شخص مذکور باید اقداماتی را انجام دهد، که آب‌ها به طور کامل از آلودگی پاک شود، به گونه‌ای که انگار از ابتدا آلودگی وجود نداشته است، به همین خاطر این شیوه که به صورت قابل توجهی شبیه حکم به اقدام اجباری و یا دستور موقت می‌باشد، بهترین روش در جهت جبران زیان‌هایی است که در اثر آلودگی رواناب‌های سطحی ایجاد شده است، (Katoozian, Out - of - contract requirements. 2008:275) اما کارایی این روش تا جایی است که امکان اصلاح و

۱- بازدارندگی بهینه در اینجا به معنای آن نیست که اشخاص را از انجام فعالیت بالقوه ریسکی باز دارد، بلکه از نظر تحلیل اقتصادی، به مفهوم آن است که هر دو شخص زیان‌دیده و زیان زننده ترغیب به انجام فعالیت‌ها به صورت بهینه گردند و کلیه سطوح بهینه احتیاطات را انجام دهند؛ بنابراین در اینجا مقصود از مفهوم بهینه، حداکثرسازی بسته به شرایط و اوضاع و احوال می‌باشد (رک: تحلیل اقتصادی نظام مسئولیت و جبران خسارت ناشی از آلودگی نفتی کشتی‌های نفتکش، ۱۳۹۶، محمد ساردوئی نسب، محمد حسن اخگر، فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی، ص ۱۹۷).

جبران خسارت به شیوه زدودن آلودگی‌ها از آب فراهم باشد و زیان زننده نیز با توجه به فرآیند پیچیده پاک‌سازی آب، امکانات و توانایی لازم برای چنین کاری را داشته باشد، که همین امر را می‌توان از ملاک ماده ۱۱ قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست نیز به‌خوبی برداشت نمود، زیرا قانون‌گذار در ماده مذکور سازمان و کارخانه‌ها و کارگاه‌هایی را که موجبات آلودگی محیط‌زیست را فراهم می‌نمایند را، مکلف نموده تا ظرف مدت معینی نسبت به رفع موجبات آلودگی اقدام نمایند و یا دست از کار و فعالیت خود بکشند، که در واقع همان از بین بردن منبع ضرر می‌باشد و در مقابل شیوه دیگر جبران خسارت دادن معادل می‌باشد، که این شیوه تنها نسبت به آینده مؤثر است و زیان‌های گذشته را از بین نمی‌برد.

اعاده وضعیت به سابق در خصوص آلودگی رواناب‌های سطحی ممکن است به صورت ترمیم، احیا و پاک‌سازی و اقداماتی از این دست صورت گیرد، به‌عنوان مثال می‌توان به پرونده‌ای اشاره نمود که از طریق تنظیم صورت‌مجلس تخلف از ماده ۵۵ حفاظت از جنگل‌ها و مراتع کشور به تاریخ ۱۳۶۷/۳/۲ به‌وسیله اداره منابع طبیعی استان قم مورد رسیدگی قرار گرفت و در آن کارخانه متخلف محکوم به توقف کامل هرگونه عملیاتی گردید، که موجبات آلودگی رواناب‌های سطحی موجود در حوالی کارخانه را فراهم می‌آورد. (Katoozian, Out - of- contract requirements. 2008:678) و همچنین پرداخت مبلغ ۹۰۰۰۰ ریال بابت جبران خسارات وارده شد. در اینجا همان‌طور که ملاحظه می‌شود، اعاده وضعیت به حال سابق به‌صورت جلوگیری از آثار مخرب بعدی محقق گشته است و علاوه بر آن دادرس رسیدگی کننده در جهت جبران خساراتی که تاکنون بر ساکنین این منطقه به علت ورود پساب ناشی از عملیات کارخانه فوق‌الذکر وارد شده است، مبلغی را در نظر گرفته است. (Taghi zadeh ansary. 2020: 113)

در خصوص جبران ضرر از راه دادن معادل، آنچه مشخص است، این است که شیوه مذکور علی‌القاعده نمی‌تواند کارایی بازگشت وضع به حالت سابق را داشته باشد، اما چنانچه بازگشت وضع به حالت سابق به علت فرآیند پیچیده آلودگی امکان نداشته باشد، ناگزیر باید قائل بر جبران ضرر به روش دادن معادل گردید، که در اینجا پرداخت پول می‌تواند وسیله جبران خسارت باشد. معیار تعیین خسارت مقدار پولی است که بتواند زیان دیده را هر چه بیش‌تر به وضع پیشین خود نزدیک نماید و تمام ضرر را جبران نماید. در این خصوص می‌توان به پرونده کارخانه قند شیروان اشاره نمود، که در پرونده مذکور به دلیل از میان رفتن ماهی‌های موجود در رودخانه اترک و عدم

امکان بازگشت آن‌ها به طبیعت تنها کارخانه مزبور به پرداخت خسارت نقدی محکوم شده است، بدین شرح که در سال ۱۳۵۰ اداره شکاربانی و نظارت بر صید قوچان به مقامات مسئول گزارشی مبنی بر تخلیه فاضلاب توسط کارخانه قند شیروان به رودخانه اترک و آلوده نمودن منبع مذکور و در نتیجه به خطر افتادن حیات انسان‌ها، گیاهان و حیوانات ساکن در حوالی رودخانه اترک و از میان رفتن موجودات آبرزی این رودخانه رد نمود، که پس از تشکیل پرونده و برگزاری جلسه دادگاه در تاریخ ۱۳۵۹/۹/۱۲ دادگاه عمومی شیروان با استناد به ماده ۳۳۱ و ۳۳۳ قانون مدنی رأی مبنی بر الزام صاحب کارخانه به پرداخت مبلغ ۲۵/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت خسارت در حق اداره محیط‌زیست استان خراسان صادر نمود. (Taghi zadeh ansary. 2020:113)

۴-۲. ذینفعان در طرح دعوای خسارت

همان‌طور که می‌دانیم در هر دعوایی دو طرف وجود دارد، خواهان که ابتکار طرح دعوی را در دست دارد و با یک سند تحت عنوان «دادخواست» به عنوان سند آغازگر دعوی، دادگاه را مکلف به رسیدگی می‌نماید و طرف دیگر خوانده است، که باید پاسخگوی دعوی باشد؛ به همین ترتیب در دعوای مربوط به مطالبه خسارت ناشی از آلودگی آب‌ها، نیز دو طرف وجود دارد. از سوی دیگر، بر اساس قانون ملی شدن آب‌ها، رودخانه‌ها، چشمه‌ها و ... که جزء رواناب‌ها محسوب می‌شوند، در مالکیت خصوصی اشخاص حقیقی و یا حقوقی حقوق خصوصی قرار نمی‌گیرند و معمولاً به عموم مردم تعلق دارند، بنابراین غالباً متضررین از آلودگی رواناب‌های سطحی، عموم مردم می‌باشند، و نگرانی در این خصوص از جایی نشئت می‌گیرد، که معمولاً دولت به عنوان متصدی حفظ منافع عمومی بر اثر کثرت وظایف محوله، قادر به نظارت صحیح و یا حتی طرح دعوا علیه عاملین آلودگی آب‌ها نیست و یا همان‌طور که گفته شد، در برخی از موارد دولت خود جزء آلوده‌کنندگان عمده آب‌ها به علت تصدی‌گری می‌باشد، اکنون پرسش این است که، در غیاب دولت به عنوان مسئول حفظ آب‌ها چه اشخاصی می‌توانند ذینفع در طرح دعوای خسارت علیه آلوده‌کنندگان رواناب‌ها باشند؟ قانون‌گذار در ماده ۶۶ آیین دادرسی کیفری به سازمان‌های مردم‌نهاد اجازه داده است، که نسبت به جرائم ارتكابی در حوزه محیط‌زیست اعلام جرم نموده و در تمام مراحل دادرسی جهت اقامه دلیل شرکت و نسبت به آرای مراجع قضایی اعتراض نماید، همچنین بر اساس ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های

غیردولتی مصوب ۱۳۸۴^۱ هیئت وزیران، و نیز ملاک مواد ۱۴ و ۱۵ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست و همچنین ماده ۱۸ قانون صید و شکار^۲، سازمان های مردم نهاد حق دارند، در موضوعاتی که در حوزه فعالیت آنها می باشد، از جمله زیان های وارده بر محیط زیست، در جهت حمایت از منافع عمومی علیه اشخاص اعم از حقیقی و یا حقوقی تحت عنوان شاکی و یا مدعی خصوصی در مراجع قضایی صلاحیت دار اقامه دعوا نمایند.

هرچند بر اساس اصل یک صد و هفتاد قانون اساسی، دادرسان الزامی بر پذیرش و تبعیت از آیین نامه ها و مصوبات هیئت دولت ندارند، اما با در کنار هم قرار دادن آنچه قانون گذار در ماده ۶۶ صدر الذکر و آیین نامه های موصوف آورده است، می توان به خط و مشی کلی قانون گذار پی برد و بر همین اساس دادرسان مستندات کافی برای صدور رأی و پذیرش ذینفعی سازمان های مردم نهاد در طرح دعاوی به طرفیت آلوده کنندگان رواناب ها را خواهند داشت، بدین ترتیب که دادگاه ها و دادرسان می توانند با پذیرش مفهوم موسع از ذینفعی مندرج در ماده ۲ قانون آیین دادرسی به انجمن های رسمی محیط زیست اجازه بدهند تا علیه آلوده کنندگان آب ها طرح دعوا نمایند. (Sadeghi & johari. 2013:118)

آنچه مشخص است اینکه، قانون گذار معیار و شاخصی برای ذینفع ارائه نداده است، برخی دیگر از حقوق دانان گفته اند، که ذی نفع کسی است، که در صورت صدور حکم علیه خواننده نفعی نصیب وی گردد. (Shams. 2016:316) اعم از اینکه فعلی باشد یا آتی. (Vahedi. 2009:288) باین وجود به نظر می رسد، منظور از ذی نفع در ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی این است که، خواهان به طریقی از نتیجه دعوی در صورتی که خوانده محکوم گردد به طور شخصی، مستقیم و قانونی منتفع و بهره مند گردد. رأی شماره ۲۳۴ مورخه ۱۳۷۵/۱/۱۳ یکی از شعب دیوان عالی کشور بر اساس معیاری صادر شده، که مفید همین معناست. به دیگر سخن نفع مورد نظر در ماده ۲ و بند ۱۰ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی اعم است، از نفع مادی و معنوی، نفع مادی

۱. ماده ۱۶- سازمان حق دارد در موضوع فعالیت های خود و برای حمایت از منافع عمومی علیه اشخاص حقیقی و حقوقی در مراجع قضایی اقامه دعوی نماید.

۲- که در هر سه ماده مذکور سازمان را به نمایندگی از جامعه، مدعی خصوصی یا شاکی از حیث مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم تلقی نموده است.

بدین معناست، که در نتیجه صدور حکم بر اqlام مثبت دارای خواهان افزوده و یا از اqlام منفی دارایی وی کاسته می‌شود و نفع معنوی نیز عبارت است از اینکه، صدور حکم از لحاظ معنوی و روانی موجب ارضای خاطر و آسایش وجدان خواهان و خواننده شود. (Sadeghi & johari. 2013: 123) اگرچه با توجه به آنچه گفته شد تفسیر موسع ذینفعی، می‌تواند راهگشای طرح چنین دعوایی از سوی سازمان‌های مردم‌نهاد باشد، اما در فرض عدم پذیرش تفسیر موسع نیز حداقل می‌توان گفت، که سازمان‌های مذکور نفع معنوی در طرح دعاوی مذکور دارند، زیرا اساساً هدف از شکل‌گیری سازمان‌های مذکور، حمایت از منافع جمعی و حفظ محیط‌زیست برای نسل‌های آینده می‌باشد، که در حقیقت همان نفع معنوی است. (karimi. 2009:75)

شاید بتوانیم از زاویه دیگری نیز قائل به ذی‌نفعی سازمان‌های مردم‌نهاد در طرح دعاوی خسارت آلودگی آب‌ها شویم و آن استفاده از قاعده لاضرر در خصوص مسئله است، که در حقوق ایران از جهت فقهی و قانونی دارای مبنا می‌باشد. قاعده لاضرر از قواعد مشهور فقهی است، که در بیش‌تر ابواب فقه کاربرد دارد و مضمون آن این است که، ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و هرگونه ضرر و اضرار در اسلام نفی شده است. در این خصوص برخی از فقها معتقدند، هر حکمی از ناحیه شارع صادر گردد، اگر مستلزم ضرر باشد، یا از اجرای آن ضرری برای مردم حاصل شود، طبق قاعده لاضرر برداشته می‌شود، (Ansari. 1969:177) بنابراین اگر در عقد بیع که از عقود لازم می‌باشد، یکی از طرفین مغبون گردد، با توجه به اینکه حکم لزوم باعث ضرر مغبون می‌گردد، طبق قاعده لاضرر برداشته می‌شود و شخص مغبون اختیار فسخ معامله را پیدا می‌کند.

برخی از حقوق‌دانان نیز معتقدند که معنای حدیث لاضرر آن است که، ضرر در اسلام مشروعیت ندارد، ولی عدم مشروعیت ضرر، هم مرحله قانون‌گذاری و هم مرحله اجرای قانون را شامل می‌شود، با این اوصاف عقیده بر این است که، اولاً احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی بر مبنای نفع و ضرر بر مردم وضع گردیده و ثانیاً چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در موارد

۱- در این خصوص مرحوم نراقی می‌گوید: منظور، نفی ضرر غیر متدارک است؛ یعنی هر کس به دیگری ضرر بزند، موظف است آن را تدارک و تلافی کند و ضرری که جبران نداشته باشد در اسلام وجود ندارد (رک: عوائد الایام، به کوشش ابوطالب نائینی، چاپ سنگی، بی‌جا، بی‌نا، ۱۳۲۱ ه.ق، صص ۱۷-۱۸).

خاصی موجب زیان برخی از اشخاص توسط برخی دیگر گردد، آن قوانین طبق قاعده مرتفع می‌شوند. (mohaghegh damad, 2007:150-151) در این خصوص قانون مدنی نیز در مواد متعددی بر مبنای قاعده مذکور ضرر را نفی نموده است، مثلاً در ماده ۶۵ وقفی را که به قصد اضرار به دیان واقع شده، منوط به اجازه دیان کرده است، یا در ماده ۱۳۲ همان قانون تصرف مالک در ملک خود در صورت استلزام تضرر همسایه جز در شرایط معین، ممنوع گردیده است. منع سازمان‌های مردم‌نهاد یا عدم اجازه به آن‌ها برای طرح دعاوی جبران خسارت علیه آلوده‌کنندگان آب‌ها، می‌تواند موجب ورود ضرر به آن‌ها باشد، از آنجا که قاعده لاضرر، حکم ضرری را نفی می‌نماید، بنابراین به نظر می‌رسد، که این ممنوعیت باید برداشته شود و از این رو اشخاص یا گروهی از آن‌ها که در جهت حمایت از منافع جمعی و با هدف پیشبرد منافع گروه یا جامعه تشکیل یافته‌اند، احتمالاً بتوانند با استفاده از مفاد چنین قاعده‌ای و در راستای جلوگیری از ورود ضرر به منافع عمومی علیه آلوده‌کنندگان آب‌ها طرح دعوی نمایند و خواستار جبران خسارت وارده بشوند، زیرا اگر این اشخاص قادر نباشند تا چنین دعوایی مطرح نمایند در این صورت زیان وارده به منافع عمومی و جمعی اجتناب‌ناپذیر خواهد بود.

بر همین اساس باید میزان خسارات بر زیان دیده مشخص گردد، اگر زیان دیده اشخاص حقیقی و یا حقوقی حقوق خصوصی باشند، جبران خسارت به صورت مستقیم خواهد بود، به این معنی که خسارت مستقیماً به اشخاص زیان دیده پرداخت خواهد شد، اما چنانچه زیان دیده اشخاص حقوق خصوصی نباشند، یا به عبارت دیگر خسارت به عموم اشخاص و یا منافع عمومی وارد گردد، در آن صورت جبران باید دربرگیرنده تمامی خساراتی باشد که به عموم وارد شده است، به نحوی که باعث ترمیم خسارت‌های وارده باشد.

در خصوص خساراتی که به طور مستقیم به سلامت اشخاص وارد گردیده، همان‌طور که گفته شد این خسارت بدون تردید به آن‌ها پرداخت خواهد شد، تا جبران به معنای مندرج در مسئولیت مدنی تحقق پذیرد، اما در خصوص خساراتی که از طریق آلوده کردن آب‌ها به محیط زیست وارد گردیده، که به طور معمول این امر در شبکه فعالیت‌های اقتصادی تولیدکنندگان کالاهای انبوه صورت می‌پذیرد، که امروزه تحت عنوان توسعه ناپایدار توسط اقتصاددانان مورد بحث قرار

می‌گیرد^۱، (Saleh & et.al, 2012:59) به نظر می‌رسد باید قائل بر جبران این زیان‌ها به نحوی گردید که توسعه ناپایدار را تبدیل به توسعه پایدار نماید با این توضیح که اساساً نگاه توسعه محور تولیدکنندگان کالا و فعالان اقتصادی باید همراه با حفظ محیط‌زیست و آب‌ها و اندیشیدن در خصوص سالم زیستن نسل‌های آینده باشد.

۵. افزایش دامنه مسئولیت مدنی عاملان آلودگی رواناب‌ها در جهت توسعه پایدار

اگرچه عوامل متعددی در توسعه پایدار دخیل می‌باشند، اما یکی از ارکان توسعه پایدار و شاید مهم‌ترین رکن آن مرتبط با حفظ محیط‌زیست است. در این ارتباط نمی‌توانیم منکر نقش رواناب‌ها در توسعه پایدار باشیم با این توضیح که رواناب‌ها می‌توانند در جهت تولید انرژی‌های پاک و در نتیجه رشد تولید مؤثر باشند و با این شیوه، نه تنها این منبع خدادادی دچار آلودگی نخواهد شد، بلکه برای نسل‌های آینده نیز همچنان قابل استفاده خواهد بود. در این راستا به نظر می‌رسد رویه قضایی می‌تواند گام‌های مؤثری بر دارد، بدین ترتیب که با گسترش مسئولیت مدنی عاملان آلودگی رواناب‌ها آن‌ها را به سمت استفاده بهینه از این آب‌ها و از جمله تولید انرژی پاک سوق دهد. در صنایع سنگین به‌ویژه نفت و گاز که عملاً دولت تصدی‌گری می‌نماید و ممکن است ملاحظات زیست‌محیطی را مورد توجه قرار ندهد، افزایش دامنه مسئولیت مدنی دولت را مکلف به پاسخگویی خواهد نمود و این سیاست در سطح کلان، دیگر تولیدکنندگان و فعالان اقتصادی را وادار می‌کند تا نه تنها تولید خود را بهینه نمایند، بلکه اهداف و استراتژی‌های بلندمدت خود را در جهت توسعه پایدار چیش نمایند.

آنچه در اینجا به عنوان محور تحقیق قلمداد می‌شود، این است که اساساً قواعد کارآمد مسئولیت مدنی می‌تواند مانع از توسعه نامتوازن گردد، چنانچه رشد تولید برآیند هزینه کردن از منابع طبیعی به‌ویژه رواناب‌ها به‌طور غیرمتعارف باشد، به نحوی که باعث آلودگی این آب‌ها گردد،

۱- منظور از حفظ محیط‌زیست و توسعه پایدار ممانعت از ایجاد آلودگی به‌طور کلی نیست؛ بلکه حالت مطلوب زمانی رخ می‌دهد که میزان آلودگی ایجاد شده برابر مقدار ظرفیت جذب محیط باشد (رک: بررسی اثر متغیرهای کلان اقتصادی بر آلودگی آب در ایران، ایرج صالی و همکاران، ۱۳۹۰، فصلنامه مهندسی آبیاری و آب، ص ۵۹).

در این صورت هزینه‌های محیط زیستی ناشی از تولید به‌قدری بالا می‌رود، که در درازمدت باعث ایجاد هزینه‌های سرسام‌آور خواهد شد و در نتیجه پروسه تولید صرفه اقتصادی نخواهد داشت. عده‌ای معتقد هستند، که هرچقدر فعالیت‌های اقتصادی به رشد بالاتری رسیده باشد، رواناب‌ها از استاندارد و سلامتی بیش‌تری برخوردار خواهند بود، اما برخی از افراد نیز با پیروی از فرضیه منحنی زیست‌محیطی کوزنس، که بیان می‌دارد، با افزایش درآمد سالانه و رشد اقتصادی، در ابتدا آلودگی به‌صورت فزاینده‌ای افزایش می‌یابد و به اوج خود می‌رسد و در انتها پس از گذشت مدتی به‌طور قابل توجه و مشهودی کاهش پیدا می‌کند، بر این باورند، که رشد اقتصادی به‌مرورزمان، خود زمینه‌ای را برای ارتقاء سطح کیفیت رواناب‌های سطحی فراهم خواهد آورد، چراکه هر زمان کشوری با دارا بودن اقتصاد پویا، به عرضه کالا و خدمات موردنیاز اقشار مختلف جامعه دست زند، انگیزه فردی و اجتماعی بیش‌تری به‌منظور حمایت از محیط‌زیست پدیدار خواهد شد، این نظریه به‌طور قابل ملاحظه‌ای، علاوه بر بانک جهانی، توجه بسیاری از کشورها را نیز به خود معطوف داشته و موردپذیرش ایشان قرار گرفته است. (Bi Abi et al. 2015:91)

اما همین فرآیند در ایران، با وجود اهمیت بالا منابع مذکور، در زمینه‌های صنعت، کشاورزی، شرب و همچنین نقش بنیادینی که در پیشرفت اقتصاد ایفا می‌نماید، به جهت عدم رعایت استانداردهای زیست‌محیطی از سوی دولت و تولیدکنندگان تحت نظارت ایشان و درنهایت انتشار گاز کربن و آلاینده‌ها در منابع فوق‌الذکر، باعث بروز مشکلات زیست‌محیطی فراوانی گردیده است، که می‌توان از طریق توسل بر شیوه بازار با حفظ حقوق مکاتبه، به‌صورت بحث و تبادل نظر با نهادها و سازمان‌هایی که از این قبیل آلودگی‌ها متضرر می‌گردند، و یا با دخالت مستقیم دولت، از طریق ابزارهای مبتنی بر فرمان و کنترل، تا حدود قابل ملاحظه‌ای موجبات کاهش آن را فراهم آورد. (Dadgar & Nazari. 2012:4,5)

۶. آلودگی رواناب‌های سطحی و تحلیل اقتصادی زیان‌های ناشی از آلودگی

زیان‌های اقتصادی که در نتیجه آلودگی رواناب‌های سطحی به بار آمده است را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: ۱- زیان‌های وارده بر سازمان حفاظت از محیط‌زیست و دولت ۲- زیان‌های وارده بر ساکنین و گردشگران، چراکه در این شرایط از یک سو دولت باید در جهت زدودن

آلودگی‌ها و بازگرداندن وضعیت به حال سابق تجهیزات مدرن و جدید خریداری نماید و از سوی دیگر نیز با انتشار اخبار آلودگی از طریق رسانه‌ها و کاهش تعداد گردشگران باید خسارات این‌چنینی را نیز جبران نماید.

این خسارت‌ها اگرچه ممکن است در کوتاه‌مدت ملموس و یا حتی قابل ارزیابی نباشد، اما هیچ‌گاه نمی‌توان منکر تبعات اقتصادی آن‌ها شد؛ به‌عنوان نمونه یکی از بارزترین خسارت‌ها در دسته دوم هزینه‌هایی می‌باشد که باید در جهت مداوای افرادی که از طریق آب دچار مسمومیت شده‌اند صرف گردد، همچنین چنانچه اشخاصی در اثر مصرف آب آلوده فوت کنند، هزینه‌های اقتصادی قابل توجهی را به جامعه و خانواده تحمیل می‌کنند. بدین نحو که با توجه به فوت شدن و یا ایجاد مسمومیت برای افراد، ابتدا هزینه یک فرد فوتی، عملکرد سن قربانی، درآمد سالانه و تعداد افراد تحت تکفل مورد ارزیابی قرار می‌گیرد، که این خود باعث ایجاد دو نوع هزینه می‌گردد، ۱- ضرر بر خود قربانی، ۲- هزینه زندگی افراد وابسته. گاهی زیان‌هایی که بر اشخاص وارد می‌آید، در حد ناچیز و جزئی می‌باشد، به‌نحوی که قدرت عملکرد آنان را مختل نمی‌نماید، مانند مسمومیت‌های جزئی لکن گاهی، شدت مسمومیت‌ها به‌قدری خواهد بود، که افراد عملکرد خود را از دست خواهند داد و حتی ممکن است، منتهی به مرگ آنان گردد، که این خود علاوه بر هزینه‌های مذکور هزینه کفن و دفن را نیز در بر خواهد داشت. (Yao & Ed. 2016:4,5) علاوه بر این، با ورود آلاینده‌ها در منابع مذکور کیفیت آب‌های موجود در این منابع نیز به‌شدت کاهش پیدا می‌کند، به‌گونه‌ای که از آن زمان به بعد با ایجاد تغییر در بو و مزه دیگر قابلیت بهره‌برداری نخواهند داشت، بنابراین نیاز است، تا در جهت رفع نیاز اشخاص از منابع جایگزین استفاده نماییم، که درنهایت به تعطیلی صنایعی منتهی خواهد شد، که وابسته به آب می‌باشند، به‌عنوان مثال در کشور چین در زمان توقف برای دسترسی به منابع آب سالم و لوله‌کشی افراد ساکن در شهر، مجبور هستند، با مراجعه به بازار بشکه‌های آب خریدار نمایند، که این اقدام خود هزینه‌های بسیار زیادی را در طولانی‌مدت برای افراد در بر خواهد داشت، بنابراین اقشار بی‌بضاعت و کم‌درآمد جامعه مجبور به استفاده از همان آب بی‌کیفیت خواهند شد، که تبعات جبران‌ناپذیر دیگری را به دنبال دارد، لکن در مناطق روستایی در هنگام مواجهه با چنین معضلی افراد از آب‌های موجود در چاه‌ها استفاده می‌نمایند. از طرفی نیز به دلیلی عدم قابلیت آب‌های آلوده برای آبیاری مزارع، مسئولین مجبور به جایگزین نمودن بارش‌های مصنوعی می‌باشند، که هزینه فراهم آوردن

تجهیزاتش از طریق درآمد و مالیات‌های دولت تأمین می‌گردد، که در نهایت از جیب خود کشاورزان پرداخت خواهد شد. آب لازم برای شست‌وشو نیز باید از آب‌های تصفیه‌شده تهیه گردد، که در کنار پمپ‌های تصفیه آب قرار دارند و از محل سکونت اشخاص فاصله زیادی دارد و به همین خاطر هزینه‌های قابل توجه و غیر قابل چشم‌پوشی را بر جای خواهد گذاشت. در کنار تمامی این‌ها هزینه پرورش و تربیت نیروی کار ازدست‌رفته و همچنین محصولاتی که در این بین از بین رفته‌اند نیز بسیار زیاد و سرسام‌آور می‌باشد. (Smith & Ed. 2014:5)

نتیجه‌گیری

اگرچه در جهان کنونی به علت افزایش جمعیت و توسعه‌ی ناپایدار، محیط‌زیست و آب‌ها، که جزء منابع حیاتی برای زیست در کره زمین می‌باشند، بزرگ‌ترین قربانیان می‌باشند، که تأثیر آن بر زندگی میلیون‌ها انسان در سراسر جهان بارز و مشخص می‌باشد، اما اندیشه حفاظت و نگاهداری از این آب‌ها دولت‌ها را واداشته است تا با وضع مقررات نسبت به حفظ آن‌ها کوشا باشند. در خصوص رواناب‌های سطحی آنچه وضعیت آب‌های مذکور را به حالت بحرانی رسانده است آلودگی آن‌هاست به نحوی که بر سلامت انسان، چهارپایان و آبزیان تأثیر منفی بگذارد، از سوی دیگر ویژگی دیرپایی خسارت ناشی از آلودگی آب‌ها چنان است که ممکن است آثار آن سال‌ها بعد مشخص گردد، با این اوصاف در این تحقیق تلاش گردیده است، تا با بررسی مقررات مربوطه (مبانی عام مسئولیت مدنی و نیز قوانین خاص موجود در زمینه رواناب‌های سطحی امکان برقراری مسئولیت مدنی برای آلوده‌کنندگان مورد توجه قرار گیرد و به این پرسش‌ها پاسخ داده شود، که آیا در فرض آلودگی آب‌ها امکان برقراری مسئولیت وجود خواهد داشت و در فرض برقراری مسئولیت نحوه جبران خسارت چگونه خواهد بود؟ و در صورتی که امکان اعاده وضعیت به حال سابق وجود نداشته باشد پرداخت غرامت چگونه صورت خواهد پذیرفت؟ هرچند از دیدگاه تحلیل اقتصادی بازدارندگی بهینه مفهومی فراتر از جبران خسارت بوده و بر این اساس نظام مسئولیت مدنی می‌بایست اشخاص را ترغیب به بالابردن سطح احتیاط در انجام فعالیت‌های مبتنی بر خطر و ریسکی بنماید، اما به نظر نمی‌رسد بتوانیم قائل به بی‌اثری کامل نظام جبران خسارت در سطحی از بازدارندگی بشویم، بنابراین همان‌طور که مباحث مطرح شده در این تحقیق به‌طور

تفصیل بررسی گردید، اساساً صرف وجود آلودگی به معنای مندرج در ماده ۵۶ قانون آب و نحوه ملی شدن آن، زیان تحقق یافته تلقی می‌گردد و اکنون برقراری رابطه سببیت بین زیان و عامل آن ارکان مسئولیت مدنی را کامل و تمام خواهد کرد و بدین ترتیب مسئولیت مدنی برای عامل آن برقرار خواهد گردید. در خصوص نحوه جبران زیان چنانچه امکان اعاده وضع به حالت قبل از آلودگی ممکن و میسر باشد، زیان زنده مکلف خواهد بود به نحوی عمل نماید که آلودگی مذکور به‌طور کلی مرتفع گردد، اما چنانچه این امکان وجود نداشته باشد، یا به خاطر خاصیت دیر پایی زیان نتوان آن را در کوتاه‌مدت برطرف نمود لازم و بایسته است که زیان زنده به قربانیان زیان خسارت را پرداخت نماید، که گاه این زیان به اشخاص به‌طور مستقیم وارد شده و بدیهی است که خسارت نیز به‌طور مستقیم به آن‌ها پرداخت خواهد شد، لیکن همیشه به این صورت نیست بلکه در غالب موارد خسارت به عموم مردم وارد می‌شود، که در این خصوص شایسته است خسارت پرداختی در جهت توسعه پایدار هزینه گردد. از سوی دیگر سازمان‌های مردم‌نهاد بنا بر ملاک ماده ۶۶ قانون آئین دادرسی کیفری و نیز تفسیر موسع مفهوم «ذی‌نفعی» مندرج در ماده ۲ قانون آئین دادرسی مدنی، می‌توانند به‌عنوان نمایندگان یا دادستان در جهت حفظ منافع عمومی طرح دعوای خسارت نمایند.

Reference

- [1] Angelo, M. j., & Morris, J. (2018). Maintaining a Healthy Water Supply While Growing a Healthy Food Supply: Legal Toolfor Cleaning Up Agricultural Water Pollution. *Kansas Law Review Inc*, 1003- 1041.
- [2] Ansari, M. e. (1969). *Frado al asool - al rasaiei*. Tehran: Mostafavi.
- [3] Bahrami ahmadi, H., & Fahimi, A. (2008). Foundation of Environment civil Responsibility in Islamic Jurisprudence and Iranan Law. *Journal of Islamic Education and Law*, 121-150.
- [4] Bi Abi, H., Mohamadi, H., & Abolhasani, L. (2015). The effect of selected economic factors on ground water pollution in the group of developed killers. *Agricultural Economice and Development*, 87.
- [5] Dadgar, I., & Nazari, R. (2012). The effect of environmental pollution on economic growth. *Health, environment and sustainable development*, (pp. 4,5). Bandar abas.
- [6] Firoozi, & et.al. (2017). Evaluation of Environmental Sustianability Indicators, with emphasis on air pollution and industrial pollutants, Case Study: Ahvaz Metropolis. *Biannal Journal of Urbun Ecology Researches*, 13-28.
- [7] Firoozi, M., & et.al. (2014). Assessment of unsustaible environmental

- indicators With an emphasis on water pollution. *Quarterly Journal of Geograghy*, 70-85.
- [8] Ghsemzade ansari, s. m. (2017). *Obligations and civil liability without a contract*. nashr mizan.
- [9] Golab kesh, s., & Ghanbari adivi, z. (2008). Investigating industrial and agricultural pollutantS IN SHadegan wetland management and conservation. *seminar abiary va kahesh tabkhir*, (p. 10). tehran.
- [10] Golmohamadi, S. (2010). The role and participation of NGOs in the development of environmental law. *faslname mohitzist*.
- [11] hashemi, S. A. (2013). Numerous tools in civil liability. *Knowledge of civil law*, 10.
- [12] Heidari, F., & Ghasemi, N. (2012). Investigation of civil Liability caused by Environmental Damage. *Journal of public Law Rereserch* (in persian), 4-11.
- [13] Islam, S., & et.al. (2015). Assessing Heavy metal pollution in surface water and sediment: A preliminary assessment of an urban river in a developing country. *Pollution*, 307.
- [14] Jorden, P. (2007). *principles of civil liability*.
- [15] Kargar dehbidi, N., & Esmaili, A. (2016). Evaluation of economic factors affecting environmental pollution in Iran. *Agricultural Economics Research*, 86.
- [16] karimi, a. (2009). *Civil procedure*. (1, Ed.) Tehran: Majd.
- [17] Katoozian, N. (1998). *Legal events*. Tehran: Enteshar.
- [18] Katoozian, N. (2008). *Non- contractual obligations*. Tehran: University of Tehran.
- [19] Katoozian, N. (2008). *Out - of- contract requirements*. Tehran: University of Tehran.
- [20] Khosroshahi. (2007). *Water Resource strategy in Desert and Desertification*. Tehran: enteshrat jangal va marta.
- [21] Majed, V., & Golzary- ghalejoughi, s. (2016). Economic and Environmental Analysis of Wastewater Collecting and Treatment. *Jornal of Water and Sustainable Development*, 83-92.
- [22] Masum Billah, M. (2014). *Effects of Insurance on Maritime Liability Law: A Legal and Economic Analysis*. Switzerland: A Legal and Economic Analsis.
- [23] mohaghegh damad, s. m. (2007). *Islamic Jurisprudence Rules 1*. Tehran: markaz nashr oloom eslami.
- [24] Naseri, H., & ally. (2013). The effect of natural and Human Factors on the Quality of water Resources in the Badleganat plain of isfahan. *Quartely Journal of Erth Sciences*, 6.
- [25] Poor esmaili, A. (2014). A Comparative Study of the Impact of Damaged Liability on Common Law. *Fehgh va hoghoogh eslami*, 13.
- [26] Rostami, H., & Shabani Kondseri, H. (2016). Establishing a causal relationship assuming the intervention of various factors in crimes and financial damages(with emphasis on the Islamic penal Code 2013). *Criminal Law Research*, 156.

- [27] Sadeghi, m., & johari, m. (2013). Interested Party within the Law and Judicial Precedent in Invention Actions. *Judicial Law Views*, 117-144.
- [28] Safar, N. (2015). p. :6.
- [29] Safar, N. (2015). Protecting the seas and oceans in line with the 2015 Sustainable Development Goal. 7.
- [30] Safayi, s. H., & Rahimi, H. (2014). *Civil liability (non-contractual requirements)*. Tehran: Samt.
- [31] Salatin, P., & Tajik, s. (2017). The Impact of Water Pollution on Health Economics: A Panel Data Approach. *Human & Environment*, 47-57.
- [32] Saleh, I., & et.al. (2012). Investigation of Macro economical Variable on Water Pollution in Iran. *Irrigation & Water Engineering*, 57-67.
- [33] Sarmad, M. (1981). *Water law - water law and how to nationalize it*. Tehran: Majd.
- [34] Shah hoseini, A., & Mashhadi, A. (2014). Environmental compencation Besed on the 2001 international law on the principles of Allocating Losses in Transboudary Damage caused by Hzardos Activities. *motalet hoghoogh omoomi*, 141-165.
- [35] Shams, A. (2016). *Civil procedure*. Tehran: Derak.
- [36] Smith, A. (2014). Analysis of Environmental and Economic Damages from British petro hem's Deepwater Horizon oill's pill. *Albany LawReview*, 25.
- [37] Smith, L. C., & Ed. (2014). Analysis of Environmental and Economic Damages from British Petroleum's Deepwater Horizon Oil Spill. *Albany Law*, 5.
- [38] Smith, L., & ed. (2014). Analysis of Environmental and Economic Damages from British Petroleum's Deepwater Horizon Oil Spill. *Albany Law*.
- [39] Taghi zadeh ansary, M. (2020). *Enviroment rights in iran*. Tehran: Samte tehran.
- [40] Taghizade ansari, M., & Hashemi, s. A. (2017). *civil liability(indemnity)*. Tehran: payamnoor univercity.
- [41] Vahedi, G. (2009). *Civil procedure*. Tehran: Mizan.
- [42] Wen, C. a. (2011). Economic and environmental effects of water pollution Abatement policy in china: a Dynamic computable ageneral Equilibrium Analysis. *Presented as 16 GTAP*, (p. 11). China.
- [43] Yao, H., & Ed. (2016). Economic Estimation of the Losses Caused by Surface Water Polltion Accidents in China from the Perspective of Water Bodie's Functions. *Environmental Research and Public Health*.
- [44] Zare barzeshi, M., & Bakhshi, H. (2013). Erthquake, groundwater contamination and its effects on the environmental protection and planning. *The First Natial Conference on Planning and Environmental Protection*, p. 5.

Identify the Possibility and Source of Compensation for the Driver who Caused the Accident; Before and After the Approval of the Compulsory Insurance Law Approved in 2016

Hamid Afkar¹

*PhD in Private Law, Faculty of Law
and Political Science, Ferdowsi
University of Mashhad*

Received 2021/06/03

Accepted 2022/02/21

ABSTRACT

The foundation of the driver compensation system has been established in legal systems based on logical, social and economic interests. On the other hand, excesses in identifying the liability of the insurer and the bodily injury indemnity fund in relation to compensation for the driver who caused the accident will challenge the legal security and financial resources of these two institutions and will weaken the efficiency of the insurance industry and reduce public resources. Identifying the liability of the insurer and the bodily injury indemnity fund in the driver compensation system for damages before and after the adoption of Compulsory Insurance Law adopted in 2016 requires reviewing the law, legal and economic foundations in order to achieve the goal of protecting the victims of traffic accidents and taking into account the social and financial interests of the insurer and the fund, to provide an effective interpretation of the idea of compensating the driver who caused the accident. Law and legal justifications in the new insurance law indicate the obligation of the insurer and the insured to conclude a driver accident insurance contract. Although driver accident insurance is independent of third-party insurance, the violation of the legal

1- E-mail: Hamidafkar@mail.um.ac.ir

duty in issuing driver accident insurance by the insurer imposes a mandatory imposition of legal obligations on the insurer. Utilizing the foundations of the social welfare system or considering the fault of society as the broadest organization, justifies the responsibility of the government and society to the driver who caused the accident without insurance, and the bodily injury indemnity fund as an alternative to insurance is the most effective source of compensation. Law and legal basis justifying the liability of the insurer and the fund According to the new law, does not include the past bodily injuries of the driver who does not have accident insurance and in addition, the lack of economic efficiency and rational justification excludes the insurer and the fund from the resources of the driver compensation system causing the accident.

Keywords: The driver who caused the accident, Driver Accident Insurance, Insurer, Bodily injury indemnity fund.

INTRODUCTION

The global insurance industry in the domestic and international arena has always been influenced by managerial and upstream decisions. Enacting laws and approving government regulations in domestic law play an important role in the performance of insurance companies and their social benefits. The legislative scope of these regulations is not exclusive to the legislature and the executive branch as the main and governing policymakers, and the judicial approach to identifying the responsibility of insurers also challenges the cost and benefits of the insurance industry. Excessive pressure on this institution disrupts the efficiency and power of this area, and the weakening of the insurance industry causes forgetting the evolution of the idea of collective responsibility. One of the important areas of this field is the compensation system for the driver who caused the accident that the importance of it has been realized with the passage of time. Having a valid insurance policy to compensate the driver who caused the accident is a necessity from a legal point of view, and not having such coverage raises the general hypothesis that the driver is deprived of

compensation; However, the legal analysis and the necessity of social and economic support for the driver who caused the accident makes it possible to pass such a general hypothesis under certain conditions and his financing can be justified from a legal point of view in the light of the existence of a third-party insurance policy based on the compulsory insurance law approved in 2016. In addition, although it is not reasonable for the insurer to pay the loss of a driver who generally does not have an insurance policy, replacing the bodily injury indemnity fund as a source of compensation is acceptable from a jurisprudential and legal point of view and based on some social and economic bases. Although it is difficult to compensate the person responsible for the accident by the basics of civil liability insurance, but public insurance and social security, with but public insurance and social security, with the aim of reducing pain and suffering and providing the minimum welfare of society members, justifies the Identifying a source for compensation.

In order to provide a correct structure of the research, Considering that the new insurance law strengthens the legal requirements in the area of protection of the victim and is considered a turning point in the compensation system for the driver who caused the accident, In two independent sections, the compensation system of the driver causing the accident is analyzed, which is related to before and after the approval of the new insurance law, and the source of compensation is determined separately in the assumption of having a valid insurance policy and not having it.

PURPOSE

The purpose of this research is to express the law, legal and economic foundations of the thinking of strengthening the compensation system for the driver who caused the accident based on the Compulsory Insurance Law approved in 2016 and providing a correct interpretation of the temporal scope of the protection of the driver who caused the accident and the financial resources providing the damage in this area.

METHODOLOGY

The method used in this research is descriptive-analytical.

FINDINGS

The research findings are as follows:

Third-party insurance policy is sufficient to include the insurer's obligations to compensate the driver who caused the accident according to the compulsory insurance law approved in 2016: because according to Article 11 of the new insurance law, the inclusion of any condition in the insurance policy that stipulates less benefits for the insured or the injured party than the benefits listed in this law is invalid. The non-inclusion of the rights and benefits that are mandatory for the injured party should also be labeled as "inclusion of contrary condition". In other words, the purpose of including the provision of lower benefits should not be considered as referring only to positive conditions, but the non-stipulation of insurance obligations that are considered mandatory for the injured party by law is also included in this ruling. and as in the process of judicial review, mandatory provisions in the compulsory insurance law must be observed as a principle, compliance with these limits in the contract is also required by the insurer and the insured, and one of these principles is the insurance coverage of the at-fault driver based on Article 3 of the Compulsory Insurance Law. It is an accident that failure to include this right or a condition to the contrary in the insurance policy will not deprive the victim of damages.

On the other hand, according to Article 19 of the new insurance law, any negligence or fault of the insurer or his representative in issuing the insurance policy subject to this law does not relieve the liability of the insurer. When the insurer is required by law to issue the driver's accident insurance policy together with third-party insurance policy, the failure to issue it by the insurer's representative requires the intent or fault of him and the insured. The non-fulfillment of the legal duty by the representative of the insurance company should not be a reason for the victim not to enjoy his legal right, and the importance of this issue requires that the legislator in an independent ruling should warn about the guarantee of the implementation

of this violation and place the responsibility of this violation on the insurance company. Therefore, although the insurance coverage of the driver who caused the accident has an independent nature from third-party insurance policy, the failure to issue it at the time of issuing third-party insurance policy does not prevent the insurer from being responsible for the driver who caused the accident.

Not supporting a driver who did not obtain insurance coverage at all, challenges the idea of maximum protection in the compensation system for the driver who caused the accident. Compensation of the driver by the insurer according to articles 2, 3, 11 and 19 of the new insurance law requires the existence of a minimum third-party insurance policy, and the generalization of the compensation to the non-obligated insurer is not compatible with legal and contractual bases; Therefore, the theory of non-entitlement of the driver who caused the accident without a valid insurance policy to compensation can be presented. In the reasoning of this opinion, it is said that according to the rule of action, the damages of the driver who caused the accident cannot be supported, and the society should not be responsible for supporting the culprit. Also, in none of the provisions of the mandatory insurance law approved in 2016, the compensation system of the driver who caused the accident has not been supported frankly. Supplementary organizations for the compensation of victims of traffic accidents have also been established to protect the third party who is dissuaded from the driver who caused the accident. Finally, it is not possible to infer responsibility and a suitable source for compensation. On the other hand, in order to promote and strengthen the compensation system for the driver who caused the accident, it can be presented as a solution to the bodily injury indemnity fund, which is based on significant jurisprudential and legal foundations in addition to social aspects.

According to the theory of the welfare state, citizens expect the government to support them against misfortunes and accidents, and in addition to taking preventive measures to ensure the safety of citizens, find a mechanism to compensate them for their damages and injuries. Therefore, the responsibility for compensation is specific to the government, and the

government tries to collect the responsibility and distribute the consequences of social.

Also, using the fund's resources to compensate the driver's injuries improves the efficiency and usefulness of the social and economic system. Although the payment of compensation to the driver who caused the accident increases his wealth and utility despite the deterioration of economic conditions and the decrease of the utility of the fund, but the increase of the wealth of the injured has priority over the decrease of the wealth of the fund; In other words, in social damage guarantee institutions such as the bodily injury indemnity fund, the paying society helps to compensate the losses of people who suffer from a certain situation, causing them to change their inappropriate position and all together will benefit from the new improved situation. Legal bases also justify the responsibility of the fund in the compensation system for the driver who caused the accident. Decision No. 734 dated 22/7/2013 General Board of the Supreme Court stated the philosophy of establishing a bodily injury indemnity fund to support the victims of traffic accidents whose damages cannot be paid by insurance. In this regard, there is no difference between the guilty and the innocent, and it is necessary to pay attention to the physical damages of everyone around the accident, both the guilty and the innocent. Even some have correctly inferred the fund's responsibility against the driver who caused the accident by referring to Article 35 of the Compulsory Insurance Law and using Article 22 of the same law; Therefore, the inference of the responsibility of the fund in the compensation system for the driver who caused the accident can be strengthened based on the mandatory insurance law, and in the absence of insurance coverage, the bodily damage provision fund can be replaced.

Also from a logical point of view, it is appropriate to pay attention to the coverage of traffic accident damages in the form of a collective responsibility system, and in fact, all car owners should form a single committee to assess the losses in order to insure harmful car accidents, regardless of whether someone is responsible in the accident or not be. However, due to the need to pay attention to the financial resources of the

bodily injury indemnity fund, excessive recognition of the fund's responsibility for injuries related to before the compulsory insurance law approved in 2016, will destroy the fund and realize the idea of collective responsibility based on current developments with It brings challenges. Also, the mentioned legal bases cannot be extended before the mandatory insurance law passed in 2016.

CONCLUSION

The increase in the number of traffic accidents as the largest part of unintentional accidents, caused extensive and irreparable physical damage to the victims of these accidents, both for guilty and innocent. The inevitability of using motor vehicles and the ineffectiveness of legislative policies to prevent the occurrence of these accidents have caused the legal systems think to a solution for compensate the victims. One of these solutions is to support the compensation system for the driver who caused the accident. The foundation of the above-mentioned idea was Began from the law of the fifth development program and the obligation to issue driver accident insurance in Regulation No. 67 of the Supreme Insurance Council was included, but the main manifestation of the legislator's support appeared in the new insurance law and did not limit the insurer's obligations to the driver accident insurance policy. Surviving the responsibility of the insured in case of a violation in issuing the accident insurance policy justifies the possibility of supporting the driver who caused the accident based on the new insurance law. The law, legal and social foundations also confirm the responsibility of the bodily injury indemnity fund for the damages of the driver who caused the accident in the absence of third-party insurance coverage.

The generalization of the mentioned rules to the category of the insurer's responsibilities assuming the existence of a third-party insurance policy, as well as the responsibilities of the bodily injury indemnity fund and the Ministry of Economy and Finance assuming the absence of a valid insurance policy, in order to compensate drivers who suffered losses before the new insurance law, is not efficient based on analogy. The lack of legal

grounds in extending the law to the past and the lack of clarification of the provisions of the compulsory insurance law approved in 2007 and the non-implementation of the law of the fifth development program do not justify the responsibility of the insurer and other institutions. On the other hand, Insufficient financial organization of the insurer and the fund will reduce the efficiency of these institutions if the temporal scope of compensation for the driver who caused the accident is considered unlimited, and the final result of this approach is to weaken the idea of damage distribution and damage coverage systems. For this purpose, it is suggested that the temporal scope of the obligations of the bodily injury indemnity fund to compensate the driver who caused the accident is determined since the approval of the Compulsory Insurance Law approved in 2016, and also by determining the type of insurance policy necessary to benefit from the insurer's financial resources, the ambiguity of the Supreme Court's unanimous decision No. 781 should be reduced.

REFERENCES

- [1] A group of authors (2017). Encyclopedia of Public Law, Tehran: Imam Sadegh (AS) University Publication. (In Persian)
- [2] Abedi, Mohammad; Nadi, Mohammad Taqi (2020). Civil liability and compensation system in traffic accidents, Tehran: Enteshar Publication. (In Persian)
- [3] Afkar, Hamid; Khodabakhshi, Abdollah; Seidzadeh Sani, Seyed Mehdi (2020). "Identify the liability of the insurer in the criminal process", Insurance Research Journal, 35(137), 215-242. (In Persian)
- [4] Afkar, Hamid; Maboudi, Reza (2021). "An Arbitrary Approach to Insurance Claims with an Emphasis on Judicial Procedure (Compulsory Third Party Liability Insurance for Motor Vehicle Accidents)", Parliament and strategy Journal, 28(106), 309-331. (In Persian)
- [5] Alishahi Qaleh Joghi, Abolfazl; Ahmadi, Tayyebe (2018). "Principles of the rule of" inviolability of honorable blood "with an approach to the Islamic Penal Code 1392", Jurisprudential principles of Islamic law Journal, 11(21), 131-159. (In Persian)

-
- [6] Amin, Mohammad Ibrahim; Bahador, Azadeh; Mahdavi, Ghadir; Daqiqi Asli, Alireza; Enayat, Ali Asghar; Akhavan, Khodakaram; Ansari, Ahmad Reza (2014). "Study of risk factors and factors affecting the calculation of insurance premiums in car insurance in Iran and the world", Case Report Publication, 22, 13-99. (In Persian)
- [7] Babaei, Iraj (2007). "Theoretical Foundations of Legal Economic Analysis Approach", Journal of Legal and Policy Research, 9(23), 13-60. (In Persian)
- [8] Babaei, Iraj (2015). Insurance rights, Tehran: Samt Publication. (In Persian)
- [9] Birds, John (1997). Modern Insurance Law, London: Sweet & Maxwell.
- [10] Bostani, Mostafa; Malekpoor, Alireza (2012). "Critical Analysis of Kaldor-Hicks Efficiency Criterion, with Respect to Moral Values. Social Policy Making and Incoherence". Journal of Advances in Environmental Biology. 6(7), 2032 – 2038.
- [11] Dabirnia, Alireza (2019). "The place of development program laws in the Iranian constitution; Planning in line with the duties of the judiciary", Legal Journal of Justice, 83(106), 69-86. (In Persian)
- [12] Dehini, Mahsa (2019). "A Comparative Study of the Effect of Force Major on Compensation for Vehicles by the Insurer and the Physical Injury Insurance Fund in Compulsory Insurance Laws", Insurance Research Journal, 34(135), 129-153. (In Persian)
- [13] Ghorbani Jooybari, Mohammad; Abhari, Hamid (2018). "Responsibility of Bodily Injury Indemnity Fund for Physical Damages to the Negligent Driver", Insurance Research Journal, 33(4), 101-120. (In Persian)
- [14] Heine, Klaus; Grabovets, Kateryna (2015). "From Individuals to Organizations: The Puzzle of Organizational Liability in Tort Law", The Dovenschmidt Quarterly, 3(2), 44 -53.
- [15] Hosseinipour, Seyed Mohammad (2012). Personal insurance, Tehran: Insurance Research Institute Publication. (In Persian)
- [16] Iravani, Ali(1991). "The end of the end in explaining enough", Volume

- two, Qom: Islamic Information Office. (In Arabic).
- [17]Javaher Kalam, Mohammad Hadi (2022). Basics and principles of bodily harm compensation, Tehran: Enteshar Publication. (In Persian)
- [18]Kashani, Mostafa; Sami, Ashkan (2016). "The effect of road quality on mortality due to accidents using Cellular automation", Transportation Research Journal, 13(48), 1-38. (In Persian)
- [19]Katuzian, Nasser (2001). "Praise the contract or contract management", Journal of the Faculty of Law and Political Science, 21(52), 111-136. (In Persian)
- [20]Katouzian, Nasser (2009). General Rules of Contracts, Volume One. Tehran, Enteshar Publication. (In Persian)
- [21]Katuzian, Nasser; Izanloo, Mohsen (2018). Non-Contractual Requirements, Volume three: Liability Insurance, Tehran: Ganje Danesh Publication. (In Persian)
- [22]Khodabakhshi, Abdollah (2009). "Presence of the insurer and the bodily injury insurance fund in a civil liability lawsuit", Insurance Research Journal, 24(65&66). 211-260. (In Persian)
- [23]Khodabakhshi, Abdollah (2011). "Civil liability resulting from traffic accidents and its developments in Iranian law", Legal Journal of Justice, 75(74), 103-128. (In Persian)
- [24]Khademi Koosha, Mohammad Ali (2012). "Conceptualization of the rules of gratitude", Journal of Jurisprudence, 19(4), 107- 131. (In Persian)
- [25]Khodabakhshi, Abdollah (2017). Insurance rights and civil liability, Tehran: Enteshar Publication. (In Persian)
- [26]Khoei, Abolghasem (1976). Fundamentals of Curriculum, Volume two, Qom: scientific printing press. (In Arabic)
- [27]Madani Kermani, Arefeh (2001) Insurance Law, Tehran: Majd Publication. (In Persian)
- [28]Mahmud Salehi, Jan Ali (2009). Insurance rights, Tehran: Central Insurance of Iran. (In Persian)
- [29]Mohammadi Khorasani, Ali (2009). Kowsar Fiqh, Volume two, Tehran: Institution for organizing and publishing the works of Imam Khomeini.

- (In Persian)
- [30] Rezaei, Sadeqh (2018). "Consequences of harmful insurance activities in the country's industry", *Journal of Economic Security*, 6(55), 53-68. (In Persian)
- [31] Ridic, Goran; Ridic, Ognjen (2018). Kaldor-Hicks and Pareto Efficiency in the Age of Global Disruption. Fourth FBA International Social Sciences Conference At: International University of Sarajevo.
- [32] Sabzevari, Sayed Abdol Ali (1993). The polite rulings in the statement of halal and haram, Volume twelve, Qom: Al-Manar Institute. (In arabic)
- [33] Safaei, Seyed Hossein; Orak Bakhtiyari, Hassan Ali (2014). "The basis of the liability of the car accident insurer in comparison with English law", *Comparative Law Journal*, 10(101), 67-88. (In Persian)
- [34] Samadi, Saeid; Nazifi, Minoo; Abbaspour, Sahar (2011). "Study of factors affecting on country road accidents, an approach from the neural network", *Journal of Management and Traffic Studies*, 23, 69-86. (In Persian)
- [35] Savadkoohi, Sam; Haji Jafari, Hassan (2020). "Jurisprudential - Legal basics and the limits of the Physical Injury Insurance Fund's commitments", *Legal research Journal*, 19(44), 179-211. (In Persian)
- [36] Seyfollahi, seyfollah; Nemati, Farideh (2012). Social Factors Affecting the Occurrence of Traffic Accidents in Tehran (Case Study: Fatal Accidents, Spring 2011), *Journal of Social Development Studies of Iran*, 4(14), 113-129. (In Persian)
- [37] Tabatabaei, Seyed Hossein (2011). "The role of standardization of car safety equipment in accidents", *Journal of Mechanical and Mechanical Engineering*, 2(4), 1-10. (In Persian)
- [38] Tahan Nazif, Hadi; Hadizadeh, Ali (2018). "The nature of development program rules in the Iranian legal system". *Knowledge of public law Journal*, 7(21), 103-126. (In Persian)
- [39] Weitzel, Tim (2004). Economics of Standards in Information Networks,

Frankfurt: Physica Heidelberg.

- [40]Wendler, Michael; Tremml, Bernd; Buecker, Bernard John (2006). Key Aspects of German Business Law: A Practical Manua, Germany: Springer.

شناسایی امکان و منبع جبران خسارت راننده مسبب حادثه؛ قبل و بعد از تصویب قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵

حمید افکار^۱

دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم

سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱۳

چکیده

بنیاد نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه در نظام‌های حقوقی بر مصالح منطقی، اجتماعی و اقتصادی بنا گردیده است. در مقابل این مصالح، افراط و تفریط در شناسایی مسئولیت بیمه‌گر و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در رابطه با جبران خسارت راننده مسبب حادثه، امنیت حقوقی و منابع مالی این دو نهاد را به چالش می‌کشد و باعث تضعیف بازدهی صنعت بیمه و کاهش منابع عمومی خواهد شد. شناسایی مسئولیت بیمه‌گر و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی درباره جبران خسارات راننده مسبب حادثه، قبل و بعد از تصویب قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ نیازمند بررسی مبانی حقوقی، قانونی و اقتصادی است تا بتوان در جهت تحقق هدف حمایت از زیان‌دیدگان حوادث رانندگی و با در نظر گرفتن مصالح اجتماعی و مالی بیمه‌گر و صندوق، تفسیر مؤثری از اندیشه جبران خسارت راننده مسبب حادثه ارائه داد. روش مورد استفاده در این پژوهش شیوه توصیفی - تحلیلی است و یافته‌ها و نتایج نشان می‌دهد توجیهات حقوقی و قانونی در قانون بیمه جدید، دلالت بر الزام بیمه‌گر و بیمه‌گذار به انعقاد قرارداد بیمه حوادث راننده دارد. بیمه حادثه راننده اگرچه دارای ماهیت مستقل از بیمه شخص ثالث است، لیکن نقض وظیفه قانونی در صدور بیمه حادثه راننده توسط بیمه‌گر، باعث تحمیل اجباری تعهدات قانونی بر بیمه‌گر است. بهره‌گیری از مبانی نظام خیر و رفاه اجتماعی یا در نظر گرفتن تقصیر جامعه به عنوان وسیع‌ترین سازمان، مسئولیت حاکمیت و جامعه را در قبال راننده مسبب حادثه فاقد بیمه‌نامه توجیه می‌کند و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به عنوان جایگزین بیمه، مؤثرترین منبع جبران خسارت است. مبانی حقوقی و قانونی توجیه‌کننده مسئولیت بیمه‌گر و

1- E-mail: Hamidafkar@mail.um.ac.ir

صندوق بر اساس قانون جدید، خسارات بدنی گذشته راننده فاقد بیمه‌نامه حوادث را شامل نمی‌شود و علاوه بر این مبنای، عدم کارایی اقتصادی و توجیه منطقی، بیمه‌گر و صندوق را از زمره منابع نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه خارج می‌کند.

کلیدواژه‌ها: راننده مسبب حادثه، بیمه حادثه راننده، بیمه‌گر، صندوق تأمین خسارت‌های بدنی.

طبقه‌بندی JEL: K10- K2- K4.

مقدمه

صنعت جهانی بیمه در عرصه‌ی داخلی و بین‌المللی همواره تحت تأثیر تصمیم‌های مدیریتی و بالادستی بوده است. وضع قوانین و تصویب آیین‌نامه‌های دولتی در حقوق داخلی نقش مهمی در عملکرد شرکت‌های بیمه و فایده اجتماعی آن‌ها دارد. حوزه تقنینی این مقررات منحصر به قوه مقننه و مجریه به‌عنوان سیاست‌گذاران اصلی و حاکمیتی نیست و رویکرد قضایی نسبت به شناسایی مسئولیت بیمه‌گران نیز هزینه و منافع صنعت بیمه را به چالش می‌کشد. فشار بیش‌ازحد به این نهاد، کارایی و توان این حوزه را مختل می‌نماید و تضعیف صنعت بیمه، تکامل اندیشه‌ی جمعی شدن مسئولیت را به ورطه فراموشی می‌سپارد. یکی از حوزه‌های مهم در این بخش، نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه است که اهمیت آن با گذشت زمان و افزایش تعداد حوادث درک شده است. اندیشه‌های حمایتی از زیان‌دیدگان حوادث ترافیکی و توزیع اجتماعی زیان ایجاب نموده تا خسارات بدنی زیان‌دیدگان این حوزه در سال‌های اخیر بدون تبعیض جبران شود؛ لیکن در کنار این تفکر، تفسیر موسع و نامحدود قلمروی جبران خسارات بدنی راننده مسبب حادثه که در این مقاله به‌اختصار از آن تحت عنوان خسارت یاد خواهد شد، آسیب جدی به عملکرد صنعت بیمه وارد می‌آورد و موجب نگرانی جدی است؛ بنابراین شناسایی مسئول خسارت در گذر زمان و امکان‌سنجی تسری نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه به گذشته موضوع مهمی برای شرکت‌های بیمه و صندوق تأمین خسارات بدنی است. بخشی از این نگرانی از رأی وحدت رویه شماره ۷۸۱ دیوان عالی کشور که با مبنای حمایت از زیان‌دیدگان حوادث غیرعمدی صادر شده، به دست می‌آید. بر اساس این رأی: «نظر به اینکه مقررات بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون «برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران» مصوب سال ۱۳۸۹ وزارت امور اقتصاد و دارایی را مکلف کرده است در مورد راننده وسیله نقلیه همچون سرنشین، بیمه شخص ثالث را اعمال نماید و با

توجه به اینکه طبق بند (الف) ماده ۱ «قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب سال ۱۳۹۵ خسارت بدنی شامل هر نوع صدمه به بدن ولو منتهی به نقص عضو و فوت نشود می‌گردد و با عنایت به اینکه به موجب حکم مقرر در ماده ۶۵ این قانون احکام موضوع مواد مصرح در آن ماده نسبت به بیمه‌نامه‌های صادره پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون که خسارات تحت پوشش آن‌ها پرداخت نشده نیز لازم‌الرعايه است؛ بنابراین حکم این ماده با توجه به اطلاق آن نسبت به بیمه‌نامه‌های موضوع بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون مورد اشاره نیز که بعد از تصویب آن قانون تنظیم شده ولی خسارات بدنی راننده پرداخت نگردیده قابل تسری و تعمیم است.» تفسیر نادرست این رأی و تلقی مطلق کفایت بیمه‌نامه شخص ثالث برای جبران خسارت‌های گذشته راننده مسبب حادثه، باعث کاهش شدید منابع بیمه‌گران می‌شود که کارایی مؤثر این بنیاد را محدود می‌سازد. به همین جهت ضرورت دارد تا ضمن بیان مبانی حقوقی، قانونی و اقتصادی تفکر تقویت نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵، تفسیر صحیحی از قلمروی زمانی حمایت از راننده مسبب حادثه و منابع مالی تأمین‌کننده خسارت این حوزه ارائه شود.

پیشینه تحقیق

سابقه پژوهشی نشان می‌دهد که در یکی از پژوهش‌های حقوقی^۱، برخی از مبانی مسئولیت صندوق تأمین خسارات بدنی در قبال خسارت راننده مسبب حادثه در زمان قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ بیان گردیده، لیکن امکان تسری نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه به گذشته موضوع جدیدی است که ضرورت شروع پژوهش جاری را رقم زده است. همچنین شناسایی منبع مناسب برای تأمین این گونه خسارات در دوره اعتبار قانون بیمه جدید و قبل از آن، بر تازگی تحقیق می‌افزاید.

1- Ghorbani Jooybari, Mohammad; Abhari, Hamid (2018). "Responsibility of Bodily Injury Indemnity Fund for Physical Damages to the Negligent Driver", Insurance Research Journal, 33(4), 101-120.

مبانی و چارچوب نظری پژوهش

بر خورداری از بیمه‌نامه معتبر برای جبران خسارت راننده مسبب حادثه از منظر حقوقی یک ضرورت است و عدم بهره‌مندی از چنین پوششی، فرضیه کلی محرومیت راننده از جبران خسارت را مطرح می‌کند؛ لیکن تحلیل حقوقی و ضرورت حمایت اجتماعی و اقتصادی از راننده مسبب حادثه باعث می‌شود تا گذر از چنین فرضیه کلی تحت شرایطی ممکن گردد و تأمین مالی وی حتی با نبود بیمه‌نامه حادثه، در پرتوی وجود بیمه‌نامه شخص ثالث موضوع قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵، از منظر حقوقی قابل توجیه باشد. علاوه بر آن، اگرچه ایفای نقش بیمه‌گر برای جبران خسارت راننده‌ای که به‌طور کلی فاقد بیمه‌نامه است، منطقی نمی‌نماید، لیکن جایگزینی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به‌عنوان منبع جبران، از منظر فقهی و حقوقی و بر اساس برخی مبانی اجتماعی و اقتصادی قابل قبول است. جبران خسارت مسئول حادثه توسط صندوق اگرچه بر اساس مبانی بیمه مسئولیت مدنی و به جهت وجود تقصیر مرتکب دشوار است، لیکن بیمه عمومی و تأمین اجتماعی با هدف کاستن از درد و رنج و فراهم آوردن حداقل رفاه افراد جامعه، شناسایی منبعی برای جبران خسارت را توجیه می‌نماید.

برای رسیدن به راه‌حلی میانه در این پژوهش به این پرسش‌ها پاسخ می‌دهیم که آیا نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه قبل و بعد از قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه سال ۱۳۹۵ که از آن در این مقاله به‌اختصار قانون بیمه جدید یاد خواهد شد، به یک اندازه قابل حمایت است؟ و همچنین فقدان بیمه‌نامه معتبر چه تأثیری در شناسایی منبع جبران خسارت راننده مسبب حادثه دارد؟

یافتن پاسخ سؤالات فوق مستلزم این است تا مبانی حقوقی و قانونی و همچنین منطق اقتصادی و اجتماعی تأسیس نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه و حداکثر امکان تعمیم رویکرد حمایتی در طول زمان و قابلیت بهره‌گیری از سایر نهادهای اجتماعی و حاکمیتی برای جبران خسارات این بخش مشخص گردد. وجود قرارداد معتبر برای جبران خسارت راننده مسبب حادثه، تردیدی در جبران صدمات وی توسط بیمه‌گر باقی نمی‌گذارد؛ لیکن فقدان بیمه‌نامه معتبر، مسئولیت بیمه‌گر بر مبنای تعهد قانونی و قراردادی را منتفی می‌سازد و تحمیل مسئولیت به بیمه‌گر به بهانه حمایت بیش از حد از زیان‌دیده نیز منطق اقتصادی حاکم بر فعالیت‌های بیمه‌ای را نفی می‌نماید. علی‌رغم این امر، ناگزیری از رویارویی با خطرات اجتماعی ناشی از وسایل نقلیه در

عصر حاضر و لزوم ایجاد مجموعه‌ای نظام‌مند جهت توزیع زیان‌ها و جمعی شدن مسئولیت بر مبنای نظریه خیر و رفاه اجتماعی و همچنین گسترش و اطلاق نظریات فقهی در حمایت از عدم هدر خون مسلمان، تأمین مالی جبران صدمات راننده مسبب حادثه بعد از تصویب قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ را توجیه می‌نماید.

برای ارائه ساختار صحیحی از پژوهش، با توجه به اینکه قانون بیمه جدید الزامات قانونی در حوزه حمایت از زیان‌دیده را تقویت نموده و نقطه عطفی در نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه تلقی می‌شود، در دو بخش مستقل نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه مربوط به قبل و بعد از تصویب قانون بیمه جدید تحلیل می‌شود و منبع جبران در فرض وجود بیمه‌نامه معتبر و عدم برخورداری از آن به تفکیک مشخص می‌گردد.

نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه پس از تصویب قانون بیمه جدید

وجود یا فقدان بیمه‌نامه معتبر نقش مهمی در امکان‌سنجی شناسایی مسئولیت در نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه و منبع تأمین آن دارد. در این قسمت به‌طور مستقل هر دو فرض موردبررسی قرار می‌گیرد.

نظام جبران در فرض وجود بیمه‌نامه معتبر

با گسترش تدریجی قاعده جبران خسارت راننده مسبب حادثه در نظام‌های حقوقی مختلف، مقنن ایران نیز از سمت یک برنامه پیشنهادی و آیین‌نامه اجرایی به‌سوی قانونی منسجم حرکت کرد. این سیاست ابتدا در بند ب ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه در سال ۱۳۸۹ ظهور یافت^۱ و بر اساس آیین‌نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه که در سال ۱۳۹۰ به تصویب رسید، مقرر شد تا بیمه حوادث به‌عنوان بخشی از بیمه‌نامه شخص ثالث لحاظ گردد و با شرایطی مشخص، نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه اجرا شود. درنهایت نیز ماده ۳ قانون بیمه جدید حکم مزبور را مورد تأیید قرار داد و شرکت بیمه‌گر مکلف به جبران خسارت راننده گشت. وضع این احکام

۱- ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران: «ب- وزارت امور اقتصادی و دارائی مکلف است نسبت به بیمه شخص ثالث در مورد راننده همچون سرنشین بیمه شخص ثالث را اعمال نماید.»

باعث شد تا بیمه گر با لحاظ نمودن بیمه حوادث راننده به عنوان بخشی از شرایط بیمه نامه، قادر به برآورد هزینه های احتمالی آینده باشد و با پیش بینی هزینه های این بخش، حق بیمه را به طور منطقی و اقتصادی تعیین نماید. لحاظ بیمه حوادث راننده این امکان را به بیمه گر می دهد تا با سرشکن کردن و توزیع جمعی خسارت، فایده و هزینه خود را سنجیده و در راستای افزایش راندمان اقتصادی و جلوگیری از زیان دهی صنعت بیمه گام بردارد؛ بنابراین از نظر اقتصادی و حقوقی با پیش بینی پوشش بیمه راننده مسبب حادثه، منبع مالی جبران این گونه خسارات مشخص است و بیمه گر در چارچوب تعهدات قراردادی خود مسئول است. میزان تعهد بیمه گر به جبران خسارت راننده مسبب حادثه بر اساس قانون بیمه جدید، منوط به وجود بیمه نامه معتبر است؛ لیکن شناخت مفهوم صحیح چنین بیمه نامه ای مستلزم تفکیک ماهیت بیمه حوادث راننده از بیمه شخص ثالث است تا بتوان قلمروی تعهد قراردادی و قانونی بیمه گر را شناسایی نمود؛ لذا ضمن شناسایی ماهیت صحیح بیمه راننده مسبب حادثه، استقلال بیمه نامه حادثه راننده تبیین و مفهوم بیمه نامه معتبر در نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه واکاوی می شود.

تفکیک ماهیت بیمه راننده مسبب حادثه از بیمه شخص ثالث در قانون بیمه اجباری

افزایش تعداد خودروها و کاهش ایمنی جاده ها باعث گسترش خطرات و جبران ناپذیر بودن بسیاری از صدمات حوزه حوادث ترافیکی گردیده و بی توجهی به خسارات وارده به راننده مسبب حادثه که در بسیاری از موارد خود قربانی علل بیرونی و سوءمدیریت در عرصه کنترل حوادث این حوزه هستند، با انصاف سازگار نیست؛ زیرا مسبب حادثه نیز مانند دیگر افراد جامعه، قربانی استفاده بیش از حد از این وسایل هستند و گاهی اوقات چاره ای جز پذیرش عواقب این استفاده ناروا ندارند (Afkar et al, 2020: 228). به همین جهت، مقنن در راستای حمایت همه جانبه از تمام زیان دیدگان این حوزه، پوشش خسارات بدنی راننده مسبب حادثه را در قالب بیمه حادثه راننده الزامی نمود که شناخت این بیمه برای شناسایی منبع مسئولیت ضرورت دارد.

با توجه به قواعد خاص تعیینی برای پرداخت خسارات بدنی راننده مسبب حادثه، میان بیمه حوادث مرسوم با بیمه حوادث راننده مسبب حادثه تفاوت وجود دارد (Abedi & Nadi, 2020: 334) که باعث تردید در ماهیت آن شده است. گفتار مقنن در بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه و لحن بیان دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه ۷۸۱ دلالت بر تلقی بیمه

راننده مسبب حادثه به عنوان نوعی بیمه شخص ثالث دارد. همچنین در بیمه حوادث، بیمه گر پس از جبران خسارت زیان دیده، جانشین او برای مطالبه خسارت از مرتکب زیان می شود (Safaei & Orak Bakhtiyari, 2014: 80; Birds, 1997: 284). جدید، بیمه گر فقط در شرایط خاصی حق باز یافت خسارت از راننده مسبب حادثه را دارد و در حوادث فاقد این شرایط، بیمه گر حق مراجعه به راننده مسبب حادثه ای که خود زیان دیده است را ندارد. این ویژگی که بیمه گر نمی تواند پس از جبران خسارت به وارد کننده زیان رجوع کند، خصیصه بیمه مسئولیت مدنی است (Khodabakhshi, 2017: 46; Babaei, 2015: 163; Hosseinipour, 2012: 180).

علاوه بر آن، مبلغ غرامت در بیمه حوادث صرف نظر از مسئولیت یا عدم مسئولیت بیمه گذار به شخص ثالث بیمه شده پرداخت می گردد در حالی که بر اساس ماده ۵ قانون بیمه جدید، اگر راننده مسبب حادثه از محل بیمه نامه شخص ثالث یا صندوق تأمین خسارات بدنی خسارت دریافت نماید، تعهد بیمه گر به میزان درصد تقصیر تعیین شده خواهد بود. تعدیل مسئولیت بیمه گر بر اساس تقصیر با مبانی بیمه حوادث سازگار نیست و به همین جهت برخی حقوقدانان معتقدند که اگر بیمه حادثه راننده نیز نوعی بیمه حادثه تلقی گردد، بیمه گر مکلف است تا سقف تعهد خود خسارت راننده را پرداخت نماید و فقط در صورتی که خسارت ناشی از عمل شخص ثالث باشد، بیمه گر حوادث می تواند به قائم مقامی راننده به ثالث مراجعه نماید یا خسارتی که توسط راننده از ثالث اخذ گردیده، باز یافت نماید (Katuzian, 2018: 357).

تمایز خصیصه های بیمه راننده مسبب حادثه از بیمه حوادث، تلقی آن به عنوان بیمه شخص ثالث که نوع خاصی از بیمه مسئولیت است را به ذهن متبادر می سازد، لیکن پذیرش بیمه راننده مسبب حادثه به عنوان بیمه مسئولیت نیز صحیح نیست. اگرچه استفاده از عنوان بیمه شخص ثالث در قانون برنامه پنجم توسعه برای راننده مسبب حادثه استفاده شده، لیکن مقنن در قانون بیمه جدید که رسماً اجرایی بخش ایده نظام بیمه راننده مسبب حادثه است، این نوع بیمه را از بیمه شخص ثالث تفکیک نموده و علاوه بر اینکه در بند «ت» ماده ۱ «راننده مسبب حادثه» را از «شخص ثالث» جدا نموده، در ماده ۳ نیز از بیمه وی با نام «بیمه حادثه» یاد نموده است. مضاف بر آن کلیه دارندگان خودرو به عنوان یک مجموعه، حوادث زیان بار خودروها را بیمه می کنند، اعم از اینکه در آن حوادث کسی مسئول باشد یا نباشد (Safaei & Orak Bakhtiyari, 2014: 80) و اعم از

اینکه زیان دیده شخص راننده باشد یا سرنشین؛ پس بیمه راننده خودرو نوعی پوشش مکمل است که به همراه بیمه نامه شخص ثالث ارائه می شود لیکن ماهیت متمایز دارد (Amin et al, 2014: 29) که آثار و احکام تلفیقی به خود گرفته است.

از نظر قراردادی یا قانونی بودن پوشش بیمه راننده مسبب حادثه نیز نمی توان به نظر واحدی دست یافت. برقراری چنین پوششی در چارچوب قرارداد و اطلاق آن به عنوان بیمه حادثه، ماهیت قراردادی بیمه راننده مسبب حادثه را تقویت می کند و تکلیف دارنده به اخذ بیمه نامه در ماده ۳ قانون بیمه جدید، محدودیت اراده بر اساس ماده ۱۱^۱ و لزوم جبران خسارت در شرایط قوه قاهره نیز ورود مقنن به عرصه حکم گذاری در این حوزه را رقم می زند. به نظر می رسد که بیمه حوادثی که در مورد راننده مسبب حادثه در نظر گرفته شده شکل خاصی از بیمه حوادث است که با تلفیقی از الزامات قانونی و قراردادی، با مبنای حمایت از زیان دیدگان حوادث ترافیکی و توزیع جمعی مسئولیت بنا نهاده شده است و به عنوان یکی از پوشش های اجباری مورد حمایت قانون گذار قرار گرفته است.

استقلال بیمه نامه حادثه راننده از بیمه نامه شخص ثالث

از «بیمه نامه» در قانون بیمه جدید تعریف مشخصی ارائه نشده است، ولی در ماده ۲ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ به عنوان سند کتبی تلقی شده که عقد بیمه و شرایط آن را دربر می گیرد. در نگاه اول چنین به نظر می رسد که بیمه نامه شخص ثالث و بیمه نامه حادثه راننده ماهیت واحدی دارند. بدین توضیح که بر اساس آیین نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه شرکت های بیمه موظف اند هم زمان با صدور بیمه نامه شخص ثالث، راننده وسیله نقلیه مسبب حادثه را نیز تحت پوشش در آورند و بیمه حادثه راننده نیز در سند بیمه شخص ثالث درج می گردد و مطابق ماده آیین نامه اجرایی ماده ۳ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵، زمان شروع و پایان بیمه مذکور با زمان شروع و پایان بیمه شخص ثالث یکسان است. عرفاً نیز هر دو بیمه در سند واحدی صادر می شوند که با

۱- ماده ۱۱ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵: «درج هر گونه شرط در بیمه نامه که برای بیمه گذار یا زیان دیده مزایای کمتر از مزایای مندرج در این قانون مقرر کند، یا درج شرط تعلیق تعهدات بیمه گر در قرارداد به هر نحوی، باطل و بلا اثر است. بطلان شرط سبب بطلان بیمه نامه نمی شود...»

توجه به تعریف بیمه‌نامه در قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، بیمه‌نامه واحدی تلقی می‌شوند. به نظر می‌رسد که تدقیق در مفهوم دو بیمه‌نامه و نوع نگرش مقنن نسبت به هر یک، امکان گذر از این ظاهر را فراهم می‌آورد و واقع امر دلالت بر تمایز ماهیت بیمه‌نامه شخص ثالث از بیمه‌نامه حادثه راننده دارد. در ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۰ قانون بیمه جدید، بیمه‌نامه شخص ثالث مورد تعریف قرار گرفته که صرفاً به بیمه شخص ثالث اشاره دارد و منصرف از بیمه حادثه راننده است. همچنین در ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳ قانون بیمه جدید، بیمه‌نامه شخص ثالث در کنار بیمه‌نامه حادثه راننده به کار رفته است که دلالت بر متفاوت بودن ماهیت آن‌ها و استقلال بیمه‌نامه هر یک دارد.

مضاف بر آن، انضمام بیمه حوادث راننده به بیمه شخص ثالث در ضمن یک سند کتبی و همچنین الزام بیمه‌گر به صدور بیمه حوادث راننده و وظیفه بیمه‌گذار به اخذ آن در ضمن بیمه‌نامه شخص ثالث، آن را به یک توافق فرعی در ضمن بیمه شخص ثالث تبدیل نمی‌نماید تا شرطی از قرارداد بیمه شخص ثالث تلقی شود و همچنین با توجه به تفاوت ماهیتی که از بیمه حادثه راننده نسبت به بیمه مسئولیت بیان شد، تعهد و حقوق بیمه‌گر و بیمه‌گذار در هر بخش مستقل است که باید متناسب با نوع همان بیمه تفسیر گردد؛ بنابراین آنچه در عمل صادر می‌شود بیمه‌نامه‌ای واحد متشکل از دو بخش است که رابطه مستقل دارند (Abedi & Nadi, 2020: 291) و هر کدام بخشی از خسارت‌ها را پوشش می‌دهند.

کفایت بیمه‌نامه شخص ثالث برای شمول تعهدات بیمه‌گر

پس از تشخیص استقلال بیمه‌نامه حادثه راننده از بیمه‌نامه شخص ثالث، این سؤال قابل طرح است که آیا جبران خسارت راننده مسبب حادثه با تصویب قانون بیمه جدید مستلزم صدور بیمه‌نامه حادثه راننده است یا صرف وجود بیمه‌نامه شخص ثالث مؤید تکلیف بیمه‌گر به جبران خسارت است؟ به عبارت دیگر، اگر از بیمه‌نامه معتبر به عنوان بیمه‌نامه شخص ثالثی که فاقد پوشش خسارت راننده است، یاد شود؛ در این صورت وظیفه بیمه‌گر برای جبران ثابت است لیکن در صورتی که منظور از بیمه‌نامه معتبر، وجود بیمه‌نامه حادثه برای راننده مسبب حادثه باشد، صرف وجود بیمه‌نامه شخص ثالث برای جبران خسارت راننده مسبب حادثه کافی نیست.

بر اساس ماده ۱۱ قانون بیمه جدید، درج هرگونه شرط در بیمه‌نامه که برای بیمه‌گذار یا

زیان‌دیده مزایای کمتر از مزایای مندرج در این قانون مقرر کند، باطل است. عدم درج حقوق و مزایایی که اجباراً برای زیان‌دیده مقرر شده نیز باید حمل بر عبارت «درج شرط مخالف» گردد؛ به عبارت دیگر منظور از درج شرط مقرر کننده مزایای کمتر را نباید صرفاً ناظر به شروط مثبت دانست، بلکه عدم قید تعهدات بیمه‌ای که به موجب قانون اجباراً برای زیان‌دیده در نظر گرفته شده نیز مشمول این حکم است؛ زیرا همان‌طور که در فرآیند رسیدگی قضایی مقررات آمره در قانون بیمه اجباری باید به عنوان یک اصل رعایت شود (Afkar & Maboudi, 2021: 326)، رعایت این حدود در قرارداد نیز توسط بیمه‌گر و بیمه‌گذار لازم است و یکی از این اصول بر اساس ماده ۳ قانون بیمه اجباری، پوشش بیمه راننده مسبب حادثه است که عدم درج این حق یا شرطی خلاف آن در بیمه‌نامه موجب محرومیت زیان‌دیده از خسارت نخواهد شد. به عنوان مثال اگر در بیمه‌نامه، بیمه حادثه راننده علی‌رغم تکلیفی که در قانون بیمه اجباری برای صدور آن در نظر گرفته شده، درج نشود؛ به مانند فرضی که طرفین عدم جبران را شرط کرده‌اند، نمی‌توان راننده مسبب حادثه را محروم از خسارت دانست.

از سوی دیگر بر اساس ماده ۱۹ قانون بیمه جدید، هرگونه قصور یا تقصیر بیمه‌گر یا نماینده وی در صدور بیمه‌نامه موضوع این قانون رافع مسئولیت بیمه‌گر نیست. وقتی که بیمه‌گر بر اساس قانون موظف به صدور بیمه‌نامه حادثه راننده به همراه بیمه‌نامه شخص ثالث است، عدم صدور آن توسط نماینده بیمه‌گر، مستلزم عمد یا تقصیر وی و بیمه‌گذار است. عدم انجام تکلیف قانونی توسط نماینده بیمه‌گر نباید دستاویزی برای عدم برخورداری زیان‌دیده از حق قانونی‌اش باشد و اهمیت این مسئله ایجاب نموده تا مقنن در حکمی مستقل ضمانت اجرای این تخلف را تذکر داده و مسئولیت این تخطی را بر عهده شرکت بیمه قرار دهد؛ بنابراین پوشش بیمه راننده مسبب حادثه اگرچه ماهیت مستقلی از بیمه‌نامه شخص ثالث دارد، لیکن عدم صدور آن در زمان صدور بیمه‌نامه شخص ثالث مانع مسئولیت بیمه‌گر در قبال راننده مسبب حادثه نیست.

نظام جبران در فرض فقدان بیمه‌نامه معتبر

عدم حمایت از راننده‌ای که به جهت قصور یا تقصیر خود یا دیگری پوشش بیمه‌ای لازم را کسب ننموده، اندیشه حمایت حداکثری در نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه را با چالش مواجه می‌کند. جبران خسارت راننده توسط بیمه‌گر با توجه به مواد ۲، ۳، ۱۱ و ۱۹ قانون بیمه

جدید مستلزم وجود حداقل بیمه‌نامه شخص ثالث است و تعمیم حکم جبران به بیمه‌گر فاقد تعهد با مبانی قانونی و قراردادی سازگار نیست؛ لذا نظریه عدم استحقاق راننده مسبب حادثه فاقد بیمه‌نامه معتبر به جبران خسارت قابل‌ارائه است. در استدلال این نظر گفته می‌شود که بر اساس قاعده اقدام، خسارات راننده مسبب حادثه قابل حمایت نیست (Ghorbani Jooybari & Abhari, 2018: 106) و جامعه نیز نباید مترصد حمایت از مقصر باشد. همچنین در هیچ‌یک از مقررات قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ صراحتاً نظام جبران راننده مسبب حادثه فاقد پوشش بیمه، مورد حمایت قرار نگرفته است تا بتوان مبنایی قانونی برای چنین حمایتی پیدا نمود. نهادهای تکمیلی جبران خسارت زیان دیدگان حوادث رانندگی نیز برای حمایت از شخص ثالث تأسیس شده‌اند که منصرف از راننده مسبب حادثه است. در نهایت استنباط مسئولیت و منع مناسبی برای جبران امکان‌پذیر نیست. در مقابل برای ترویج و تقویت نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه تمسک به صندوق تأمین خسارات بدنی به‌عنوان راه‌حل قابل‌ارائه است که علاوه بر جهات اجتماعی، مبتنی بر مبانی فقهی و حقوقی زیر است.

عطف توجه به نظریه تقصیر همواره در نظام جبران خسارت صحیح نیست و پدیدار گشتن تحولات صنعتی در عصر ماشینی باعث گردیده تا حقوق نیز با شرایط اجتماعی روز تحول یابد و با پیدایش اندیشه دولت رفاه، زیان‌دیدگان جبران خسارت و امنیت را حق خود بدانند. در این نظریه که جایگاه اصلی آن را باید در حقوق غرب جست، شهروندان از دولت انتظار دارند تا از آن‌ها در مقابل بدبختی‌ها و حوادث ناگوار حمایت کند و علاوه بر اتخاذ تدابیر پیشگیرانه در جهت تأمین امنیت شهروندان، سازوکاری برای جبران خسارت و صدمات آن‌ها بیاید (Javaher Kalam, 2022: 460)؛ بنابراین مسئولیت جبران، ویژه حاکمیت است و دولت سعی دارد تا با روی برگرداندن از قلمروی محدود رابطه زیان‌دیده و عامل زیان، مسئولیت را جمعی نموده و عواقب خطرات اجتماعی را بین همگان توزیع نماید (Javaher Kalam, 2022: 461).

علاوه بر آن، تفسیر صحیح از مفهوم تقصیر نیز می‌تواند مسئولیت تبعی صندوق به جبران خسارت را توجیه نماید. با توجه به گسترش ماشینیسیم که علت اصلی شکل‌گیری انواع بیمه‌های حوادث نیز هست (Mahmud Salehi, 2002: 74)، علل گوناگونی در شکل‌گیری حادثه رانندگی و وقوع خسارت دخالت دارند که با تصور تمامی این عوامل به‌عنوان یک سازمان گسترده، نوعی تقصیر سازمانی متوجه جامعه است. توضیح آنکه در وقوع حوادث رانندگی اگرچه سه عامل سطح

کیفی و مطلوبیت جاده، سطح تکنولوژی و تجهیزات ایمنی خودرو و عامل انسانی اثر مستقیم دارد (Samadi et al, 2011: 70; Kashani & Sami, 2016: 2; Tabatabaei, 2012: 8) اما به واقع این حوادث ریشه در حوزه های کلان اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و اجتماعی دارند (Seyfollahi & Nemati, 2012: 117). در اکثر غریب به اتفاق این حوادث، وقوع زیان به عامل انسانی منتسب می گردد و از مسئولیت حاکمیت و جامعه چشم پوشی می شود، در حالی که مجموعه ای از عوامل کوچک و بزرگ سازنده یک حادثه هستند. بر اساس نظریه تقصیر سازمان، اگر تقصیری که موجب زیان گردیده در نتیجه تحمیل شرایط سازمانی بوده که فشار بیش از حد بر شخص مرتکب وارد نموده، همه زیان بر عهده سازمان است. (Wendler, 2006: 266) در این نظر که تجزیه و تحلیل خسارت در آن عمدتاً بر اساس نظریه نمایندگی به عمل می آید (Heine & Grabovets, 2015: 44)، تصادفات رانندگی نیز مرهون مجموعه ای از بی تدبیری ها است که عامل انسانی معمولاً به عنوان آخرین بخش جلوه می کند. به واقع امر آن طور که برخی حقوقدانان تعبیر نموده اند، نتیجه عدم رفتار صحیح پدر خانواده موجب اشتباهات متعدد و وقوع خسارت هایی می شود که خطر ترافیک بر آن ها تحمیل نموده است (Khodabakhshi, 2011: 107). با تحول مفهوم تقصیر در این نظریه، هدف اصلی این است که زیان صورت گرفته در حال توسط اجتماع و حاکمیت آن جبران شود و ضرری که بابت سیاست های اشتباه اجتماعی و عدم کنترل و مدیریت حاکمیتی ایجاد شده، بر اساس نظریه عدالت توزیعی بین همه جامعه تقسیم گردد. درست است که در صورت وجود بیمه نامه معتبر، این نهاد که منفعت لازم را می برد، سزاوارترین مرجع برای جبران است؛ لیکن به دنبال فقدان چنین نهادی، باید بخش دیگری از این سازمان جبران کننده باشد که صندوق تأمین خسارات بدنی که نقش تکمیلی در مسئولیت مدنی ایفا می کند، به عنوان نهاد تکمیلی تغذیه کننده از منابع عمومی، جایگزینی مناسب برای نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه است (Ghorbani Jooybari & Abhari, 2018: 111).

همچنین بهره گیری از منابع صندوق در جهت جبران صدمات راننده، کارایی و مطلوبیت نظام اجتماعی و اقتصادی را بهبود می بخشد. اگرچه توجه این کارآمدی بر مبنای معیار پارتو^۱ به طور

1- pareto

دقیق ممکن نیست، لیکن بر اساس معیار کلدور-هیکس^۱، امکان توجیه کارایی به کارگیری منابع صندوق برای جبران صدمات راننده فراهم است. معیار پارتویی به دنبال یافتن راه حلی است تا بخشی از جامعه با کسب منافع، احساس بهتری داشته باشند، بدون اینکه بخش دیگری متحمل ضرر و احساس بدتری گردد (Weitzel, 2004: 59) یا به عبارت دیگر، بدون آنکه رفاه دیگران تغییر یابد، حداقل رفاه و رضایتمندی فرد یا افرادی بیشتر شود (A group of Authors, 2017: 557). اختصاص منابع مالی صندوق به راننده مسبب حادثه و کاستن از دارایی آن باعث می شود تا بهینه سازی منابع مالی صندوق از منظر معیار پارتو محل تردید قرار گیرد؛ لیکن باید پذیرفت که سخت گیری معیار پارتو باعث می شود تا کمتر سیاستی قابلیت توجیه با این معیار داشته باشد. معمولاً کلیه تحولات حقوقی بازنده و برنده ای دارد (Babaei, 2007: 42) که به طور حداقلی منافع قشر یا سازمانی خاص را متأثر می سازد؛ بنابراین کارا تلقی شدن یک نهاد حقوقی بر اساس نظریه پارتو دشوار و عبور از آن قابل تسامح است. در مقابل، معیار کلدور-هیکس به دنبال تثبیت وضعیتی است که حداقل یک نفر از مطلوبیت بیشتری برخوردار شود، هرچند که موجب کاهش مطلوبیت دیگران شود؛ ولی میزان افزایش مطلوبیت بیش از خسارات و کاهش مطلوبیت دیگران باشد و کسانی که وضعیت بهتری دارند باید به کسانی که وضعیت بدتری دارند، در جبران کمک نمایند (Ridic & Ridic, 2018: 54) تا وضعیت نهایی مطلوب تری در جامعه حاکم شود. اگرچه پرداخت دیه راننده مسبب حادثه باعث افزایش ثروت و مطلوبیت وی علی رغم تنزل شرایط اقتصادی و کاهش مطلوبیت صندوق می گردد، لیکن افزایش ثروت زیان دیده بر کاهش ثروت جامعه ی پرداخت کننده صندوق ترجیح دارد و راننده مصدوم را از نابودی اقتصادی مصون می دارد؛ به عبارت دیگر، در نهادهای تضمین خسارت اجتماعی مانند صندوق تأمین خسارت های بدنی، جامعه ی پرداخت کننده با کمک به جبران ضررهای افرادی که از وضعیت خاصی رنج می برند، باعث تغییر جایگاه نامناسب آن ها شده و همه در کنار هم از وضعیت جدید بهبود یافته، سود خواهند برد (Bostani & Malekpoor, 2012: 2032). همچنین بدون جبران مانندن خسارات زیان دیدگان حوادث ترافیکی که در بسیاری موارد صدمات شدیدی دارند، باعث می شود تا نه تنها

1- Kaldor-Hicks.

راننده مصدوم کارکرد اجتماعی و اقتصادی خود را از دست دهد، خانواده وی نیز در معرض خطر قرار گیرند. بدون جبران ماندن صدمات این فرد نه تنها موجب کارافتادگی وی خواهد شد، اعضای خانواده وی را نیز با تنگدستی مواجه می نماید و بدین ترتیب طیف عظیمی از افراد با تزلزل اقتصادی مواجه می گردند که هزینه های ناشی از این تغییر جایگاه به طور مستقیم و غیرمستقیم بر جامعه تحمیل می شود و از کارایی اقتصادی جامعه خواهد کاست؛ درحالی که اگر پرداخت خسارت زیان دیده توسط یک نهاد عمومی مانند صندوق به عمل آید، اثرات مخرب کمتری برای جامعه به دنبال دارد و میزان مطلوبیت اقتصادی کلی جامعه را افزایش می دهد.

نگاهی به تاریخچه فقهی نیز قابلیت شناسایی مسئولیت صندوق تأمین خسارت های بدنی را توجیه می نماید. اهمیت حفظ حیات انسان و احترام به خون مسلمان همواره مورد تأکید آموزه های اسلامی بوده و روایات متعدد بر جلوگیری از هدر خون مسلمان^۱، باعث شده تا این مضمون به صورت قاعده «لایبطل دم امرئ مسلم» در فقه اسلامی شناسایی گردد (Alishahi Qaleh Joghi & Ahmadi, 2018: 134). اهتمام و توجه حقوق اسلامی به این مهم، نه تنها باعث گسترش قاعده مذکور از موارد فوت به صدمات بدنی گردیده (Khoei, 1976: 444)^۲، بلکه امکان تسری مسئولیت بیت المال به صدماتی که مسئول حادثه نیز به طور کامل شناسایی نمی گردد، فراهم است؛ به عبارت دیگر، اطلاق روایات و تأکید بر عدم هدر خون مسلمان معطوف به حوادث عمدی و سنتی گذشته نیست و با توجه به گسترش جوامع و پویایی فقه شیعه، در حوادث غیرعمدی به خصوص حوادث ترافیکی که بخش عمده ای از خسارت منتسب به عواملی غیر از راننده مسبب

۱- قال امیرالمؤمنین علی (ع): «لایبطل دم امرء مسلم».

قال امام صادق (ع): «وَإِنْ كَانَ بِأَرْضٍ فَلَاهُ أَدَّتْ دَيْتَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَقُولُ: لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ».

۲- رأی وحدت رویه شماره ۷۹۰ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که اخیراً صادر گردیده نیز دلالت بر این امر دارد. «قانونگذار به شرح مواد ۴۳۵، ۴۷۴، ۴۷۵ و ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و با لحاظ موازین فقهی، در همه موارد قتل نفس یا مادون آن که به مرتکب دسترسی حاصل نشده است اعم از آنکه شناسایی شده یا نشده باشد، پرداخت دیه از بیت المال را مقرر کرده است که البته در موارد شناسایی مرتکب و عدم دسترسی به وی، پرداخت دیه از بیت المال در صورتی ممکن است که ترتب مذکور در مواد قانونی مربوط رعایت شود. بنا به مراتب، در مواردی که مرتکب صدمه عمدی مادون قتل شناسایی نشده باشد، پرداخت دیه بر عهده بیت المال است»

حادثه می‌شود، لیکن به جهت مبهم بودن اسباب یا غیرقابل شناسایی بودن عوامل خارجی صرفاً مسئولیت به راننده حادثه به عنوان آخرین مقصر تحمیل می‌گردد نیز می‌توان به قاعده مزبور استناد کرد. وجود عوامل ناشناخته در کنار غفلت راننده مسبب حادثه دلیلی بر مسئولیت صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به جهت خاص بودن حوزه مسئولیت این نهاد در حوادث ترافیکی است. راننده مسبب حادثه که مجموعه‌ی خطاهای درونی و بیرونی وی را به سمت حادثه‌ای ترافیکی سوق داده است، خود قربانی سهل‌انگاری نظام اجتماعی و رفاه عمومی است و نظام فقهی نیز هدر خون چنین فردی را جایز نمی‌داند. علاوه بر آن، تألیف قلوب بازماندگان و دلجویی از آنان و همچنین حفظ مصالح اجتماعی و جنبه‌های سیاسی از دیگر جهاتی است که فقه امامیه در توجیه شناسایی مسئولیت بیت‌المال مورد توجه قرار داده (Alishahi Qaleh Joghi & Ahmadi, 2018: 142 to 144) و برای شناسایی مسئولیت صندوق نیز به طور مشابه قابل قبول است.

مبانی قانونی نیز توجیه‌کننده مسئولیت صندوق در نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه است. رأی وحدت رویه شماره ۷۳۴ مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور^۱، فلسفه تشکیل صندوق تأمین خسارات بدنی را حمایت از زیان‌دیدگان حوادث رانندگی عنوان نموده که خسارت آن‌ها توسط بیمه قابل پرداخت نیست. در این باره فرقی میان مقصر و غیر مقصر نیست و توجه به خسارات بدنی همه اطراف حادثه اعم از مقصر و غیر مقصر ضرورت دارد. حتی برخی با استناد به اطلاق ماده ۳۵ قانون بیمه اجباری و مستفاد از ماده ۲۲ همان قانون، مسئولیت صندوق در برابر راننده مسبب حادثه را صحیح استنباط کرده‌اند^۲؛ بنابراین استنباط مسئولیت صندوق در نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه بر اساس قانون بیمه اجباری قابل تقویت است و در غیاب پوشش بیمه‌ای، صندوق تأمین خسارات‌های بدنی قابل جایگزینی است.

۱- رأی وحدت رویه شماره ۷۳۴ مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «نظر به اینکه برابر ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷، ۴، ۱۶، فلسفه تشکیل «صندوق تأمین خسارات‌های بدنی» حمایت از زیان‌دیدگان حوادث رانندگی است که خسارت‌های وارد شده به آنها از سوی شرکت‌های بیمه قابل پرداخت نیست...»

۲- برای مطالعه در خصوص استنباط مسئولیت صندوق در مورد خسارات راننده مسبب حادثه از مواد ۲۲ و ۳۵ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ رجوع کنید به: (ghorbani Jooybari & Abhari, 2018: 113 to 116).

نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه پیش از تصویب قانون بیمه جدید

تعمیم منابع جبران برای رانندگانی که قبل از تصویب قانون بیمه جدید متحمل خسارت گردیده‌اند، به آسانی ممکن نیست. اندیشه حمایت افراطی از زیان‌دیده با بقای نهادهای اجتماعی جبران خسارت در تضاد است و عدم پیش‌بینی تأمین منابع کافی برای خسارات گذشته، مانع مهمی در قابلیت تسری مسئولیت بیمه‌گر و نهادهای عمومی به گذشته ایجاد می‌کند. در این بخش نیز مسئولیت در دو فرض وجود بیمه‌نامه معتبر و فقدان آن بررسی می‌شود.

نظام جبران در فرض وجود بیمه‌نامه معتبر

با پیدایش تفکر ایجاد نظام مسئولیت اجتماعی جهت جبران خسارات حوادث رانندگی، مقنن ایرانی نیز ضرورت حمایت از راننده مسبب حادثه را به رسمیت شناخت. این اندیشه بدو در بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹ به عنوان یکی از اهداف تقنینی برای یک دوره پنج‌ساله لحاظ شد و وظیفه تدبیر و سیاست‌گذاری آن بر عهده وزارت امور اقتصاد و دارایی قرار گرفت. صرف‌نظر از توجه این وزارت به مقوله مزبور، یک سال بعد آیین‌نامه شماره ۶۷ توسط شورای عالی بیمه با برقراری شرایط خاص برای پوشش خسارت رانندگان مسبب حوادث رانندگی وضع گردید. با پایان دوره پنج‌ساله قانون برنامه پنجم توسعه و با اندکی تأخیر، مسئله جبران خسارت راننده مسبب حادثه در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ به صورت جدی مدنظر قرار گرفت؛ اما تسری آن به زمان قبل از تصویب قانون بیمه جدید با اختلاف همراه شد. با توجه به تصویب آیین‌نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه که در اجرای بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه تصویب شده است و با توجه به الزام ناشی از قرارداد، در صورت وجود رابطه قراردادی بین بیمه‌گذار و بیمه‌گر جهت جبران خسارات راننده مسبب حادثه، اختلافی در تسری حکم به قبل از تصویب قانون بیمه جدید نیست؛ اما سؤال این است که آیا مانند زمان حکومت قانون بیمه جدید، صرف بیمه‌نامه شخص ثالث برای تعهد بیمه‌گر کافی است یا منظور از بیمه‌نامه معتبر صرفاً بیمه‌نامه حادثه راننده مسبب حادثه است؟ پاسخ به این سؤال با در نظر گرفتن توجیهات حقوقی و اقتصادی و مبانی منطقی با اختلاف همراه است.

در موافقت با تسری مسئولیت بیمه‌گر به گذشته بر اساس بیمه‌نامه شخص ثالث می‌توان گفت، تصریحی که در رأی وحدت رویه شماره ۷۸۱ دیوان عالی کشور به عمل آمده تا مسئولیت بیمه‌گر

به گذشته سرایت یابد، مطلق است و مقید به وجود بیمه‌نامه حادثه راننده نیست و نظر دادستان کل کشور در صدور رأی وحدت رویه مزبور نیز دلالت بر همین تفسیر دارد.^۱ همچنین تفسیری که در توجیه مواد ۱۱ و ۱۹ قانون بیمه جدید بیان شد، بر اساس ماده ۶۵ همین قانون قابل تسری به گذشته است. در نهایت نیز هدف اصلی حمایت از زیان‌دیده حادثه است که در بسیاری موارد متفاوت از بیمه‌گذار است. اگر احترام به قرارداد با ارزش اخلاقی بالاتری تعارض پیدا کند، ارزش والاتر بر آن حاکم است و راه برای اداره محدود قرارداد فراهم می‌آید (Katuzian, 2001: 133). قرارداد بیمه نیز در حال حاضر به‌عنوان یک نهاد حمایتی از زیان‌دیده درآمده و ابزاری در دست قانون‌گذار است که نمی‌توان تنها بر حاکمیت اراده تکیه نمود و هر تفسیری باید با معیار حق زیان‌دیده محک زده شود (Khodabakhshi, 2017: 330). این تفکر حمایتی مقنن از راننده مسبب حادثه محدود به زمان نیست تا زیان‌دیدگان قبل از تصویب قانون بیمه جدید از آن محروم و زیان‌دیدگان بعدی مورد حمایت باشند.

در پاسخ می‌توان گفت که هرچند در نظر دادستان کل کشور در جریان ایجاد رأی وحدت رویه ۷۸۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، اخذ بیمه‌نامه راننده مسبب حادثه جدای از بیمه شخص ثالث لازم دانسته نشده، لیکن مفاد رأی وحدت رویه چنین تفسیری را در دل خود جای نداده و عدم نیاز به بیمه‌نامه حادثه راننده برای جبران را نفی ننموده است. علاوه بر آن، رأی وحدت رویه را باید در چارچوب اختلافی که منتهی به صدور آن شده لازم‌الاجرا دانست که مربوط به اختلاف در تسری نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه به موارد غیر نقص عضو است؛ بنابراین تفسیر رأی مزبور باید در چارچوب قانونی و قراردادی صورت گیرد.

همچنین اگرچه در ماده ۶۵ قانون بیمه جدید برخی مزایا به زمان گذشته تسری داده شده است و تعهدات بیمه‌گر فراتر از چارچوب قراردادی ممکن دانسته شده، لیکن جبران زیان‌ها منوط به قید «خسارات تحت پوشش بیمه‌نامه» است که استنباط جبران خسارات زیان‌های گذشته توسط بیمه‌گر را محدود می‌کند. از سوی دیگر با توجه به خلاف قاعده بودن حکم ماده ۶۵، در صورت تردید

۱- نظر دادستان کل کشور: «...۳- در زمان حاکمیت قانون برنامه پنجم توسعه، وسیله نقلیه به موجب بیمه‌نامه موجود تحت بیمه اجباری شخص ثالث قرار گرفته است و برای شمول بیمه‌نامه مذکور بر راننده مسبب حادثه، نیازی به قرارداد بیمه دیگری نمی‌باشد و وجود بیمه‌نامه شخص ثالث مذکور کفایت تغلق حکم قانون را می‌نماید...»

در گسترش تعهدات بیمه گر، باید اصل را بر تعهدات قراردادی بیمه گر که صرفاً همان جبران خسارت شخص ثالث است، قرار داد. با فرض معتبر دانستن آیین نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه^۱ نیز جبران خسارت راننده مسبب حادثه منوط به شکل گیری قرارداد بیمه حوادث بین بیمه گر و بیمه گذار است و جبران بدون پوشش بیمه موضوع این آیین نامه نیست.

قابلیت اجرای هر قانون از زمان تصویب آن است مگر اینکه در خود قانون صورت دیگری مقرر شود یا قلمروی اثر قرارداد خصوصی طرفین به گذشته سرایت داده شود (Katuzian, 2009: 365). بیمه نوعی عقد معوض است (Babaei, 2015: 47; Madani Kermani, 2001: 25) که بیمه گر و بیمه گذار با توجه به قانون حاکم بر زمان آن به تعیین حقوق و تعهدات خود می پردازند. اگرچه دو بیمه حوادث راننده و شخص ثالث در ضمن یک بیمه نامه تنظیم می شوند، لیکن بدون انعقاد بیمه حوادث، پوشش بیمه حادثه راننده مسبب ایجاد نمی شود (Abedi & Nadi, 2020: 291) و اگر قرار باشد بدون اطلاع و اجازه بیمه گر قراردادی به وی تحمیل شود که تعهدات وی را تحت تأثیر گذارد، احساس امنیت حقوقی بیمه گر با خطر مواجه می شود. شرایط غیرقابل پیش بینی از زمره تعهدات طرفین جدا است و عدم تسری امتیازات قانون لاحق نسبت به گذشته امری بدیهی است (Khodabakhshi, 2017: 329) که نباید موجب خروج قرارداد از حالت تعادل به نفع بیمه گذار شود. اگرچه ارزش والاتر از قرارداد می تواند تعدیل کننده آن باشد، لیکن چنین ارزشی نیاز به تصریح دارد که در تعمیم نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه به گذشته، مشاهده نمی شود. همچنین ارزشمندتر بودن و رجحان چنین حمایتی محرز نیست، زیرا بر خلاف خساراتی که پس از تصویب قانون بیمه جدید حادث شده و متناسب با آن حق بیمه دریافت می شود، منابع بیمه گر کفایت تأمین خسارات گذشته را ندارد و بقای نظام بیمه مقدم بر جبران خسارت اقلیتی از زیان دیدگان است.

از سوی دیگر منابع مالی شرکت های بیمه هر ساله با ارزیابی منافع و هزینه ها تأمین می شود و امکان پیش بینی هزینه احتمالی قوانین آینده نیست. تفکر جبران خسارت راننده مسبب حادثه که هدف گذاری آن بر اساس بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه به وزارت امور اقتصادی و

۱- برای مطالعه در خصوص اعتبار آیین نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه رجوع کنید به: (Abedi & Nadi, 2020: 317 onwards)

دارایی واگذار شد، اما منبع مناسبی برای آن در نظر گرفته نشد و تحمیل وظیفه جبران آن به شرکت‌های بیمه مستلزم تعیین محل بودجه مناسب است. هرچند این سیاست بعد از وضع آیین‌نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه و سپس تصویب قانون بیمه جدید مورد توجه بیمه‌گران قرار گرفته و بخشی از حق بیمه نیز متناسب با این بخش از خسارات اخذ می‌گردد (Amin et al, 2014: 19)، لیکن تحمیل هزینه‌های خارج از تعهد بر شرکت‌های بیمه بار مالی سنگینی دارد که کارکرد و بازدهی اقتصادی آن‌ها را به چالش می‌کشد و باعث زیان‌دهی این صنعت می‌شود. نتیجه این رویکرد باعث می‌شود تا بیمه‌گران برای جبران زیان‌های خود کیفیت خدمات خود را کاهش داده یا در فعالیت‌های غیر بیمه‌ای حضور یابند که موجب افزایش نارضایتی و کاهش ضریب نفوذ بیمه می‌شود و امنیت اقتصادی کشور تضعیف خواهد شد (Rezaei, 2018: 67) و اهداف اجتماعی و حمایتی نظام بیمه را تحت تأثیر قرار می‌دهد (Khodabakhshi, 2009: 214)؛ بنابراین مبانی قراردادی، قانونی و اقتصادی مهارکننده حمایت افراطی و نامحدود از راننده مسبب حادثه است و تسری نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه به گذشته را منوط به وجود بیمه‌نامه‌ای می‌داند که خسارات راننده را تحت پوشش قرار دهد.

نظام جبران در فرض فقدان بیمه‌نامه معتبر

با توجه به تفسیری که از بیمه‌نامه معتبر در قسمت قبل ارائه گردید، عدم اخذ بیمه حوادث راننده مسبب حادثه اعم از اینکه در کنار بیمه‌نامه شخص ثالث باشد یا نباشد، موجب معافیت شرکت‌های بیمه از جبران خسارت راننده است. در این صورت باید مشخص شود که آیا نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه بدون پوشش نهاد اجتماعی بیمه توسط منبع مناسب دیگری قابل تأمین است؟ در این بخش مبانی حقوقی مسئولیت نهادهایی که امکان جبران دارند، بررسی می‌شود.

مسئولیت وزارت امور اقتصاد و دارایی

با توجه به اینکه اندیشه نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه برای نخستین بار در قانون برنامه پنجم توسعه شکل گرفت، شناسایی وظیفه مجری طرح مزبور برای یافتن منبع جبران خسارت ضرورت دارد. بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه، وزارت امور اقتصاد و دارایی را مکلف به اعمال بیمه شخص ثالث برای راننده مسبب حادثه نموده است که در جهت حمایت از

رانندگان آسیب دیده جنبه آمره دارد^۱ و عموم و اطلاق آن شامل انواع خسارات بدنی می گردد. این تفکر که قبل از تصویب قانون بیمه جدید شکل گرفته، منوط به تصویب آیین نامه اجرایی نیست تا با وضع آیین نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه محدود به وجود بیمه نامه حادثه راننده گردد و بر فرض صحت تصویب این آیین نامه، چنانچه مخالف عموم و اطلاق قانون باشد، قانون حاکم و مجری است؛ بنابراین وزارت امور اقتصاد و دارایی که مجری و ملزم به ایجاد نظام بیمه شخص ثالث در مورد راننده بوده است، به جهت عدم نیل به نتیجه از زمان تصویب قانون برنامه پنجم توسعه تا زمان قانون بیمه جدید، مسئول جبران خسارت راننده مسبب حادثه است و بر اساس ماده ۲۲۵ قانون برنامه پنجم توسعه، محل تأمین این هزینه از منابع عمومی است.

به نظر می رسد که در نگرش به بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه و قابلیت اجرای آن باید قائل به تأمل شد. ماهیت اصلی تمام مواد قوانین برنامه توسعه، اجرایی و الزام آور نیست و یکی از خصایص بارز این قوانین وجه برنامه ای آنهاست تا ضمن بیان اهداف مورد نظر، طرق نیل به هر کدام و نهادهای مکلف را مشخص سازد (Tahan Nazif & Hadizadeh, 2018: 114) و به همین جهت تعدادی از برنامه ها و مواد قوانین به دلیل اجرا نشدن در زمان برنامه مجدداً و عیناً در برنامه بعدی تکرار می شود و هیچ آثار و مسئولیتی برای دولت ندارد (Dabirnia, 2019: 77). با توجه به عدم تعیین شرایط، زمان و ضمانت اجرا برای اعمال بند (ب) ماده ۱۱۵، به نظر می رسد که باید این ماده را نوعی برنامه تلقی کرد و قابلیت اجرای آن را منوط به سیاست گذاری و وضع قوانین اجرایی مستقل دانست. از سوی دیگر وظیفه وزارت امور اقتصاد و دارایی به عنوان بخشی از دولت منوط به عدم تحقق برنامه در مدت هدف است و از آنجا که برنامه مزبور با تصویب آیین نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه و قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ مورد سیاست گذاری نسبی واقع شد، این موضوع از نظر دولت انجام شده تلقی گردید و به همین جهت در قانون برنامه ششم توسعه تکرار نشد. لذا به نظر می رسد مسئول تلقی کردن وزارت امور اقتصاد و دارایی به عنوان بخشی از بدنه دولت بر اساس مبنای قانونی قابل توجیه نیست.

۱- در بخشی از استدلال دادستان کل کشور در فرآیند ایجاد رأی وحدت رویه ۷۸۱ به آمره بودن این ماده اشاره گردیده است: «۱- مقنن در بند ب ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه، با استفاده از واژه «اعمال» در معانی به کاربردن و به کار واداشتن، مفهومی آمرانه را تبیین نموده است و قاعده مطروح در آن آمره می باشد.»

مسئولیت صندوق تأمین خسارات بدنی

اولین نهادی که در غیاب بیمه برای جبران خسارت بدنی به ذهن متبادر می‌شود، صندوق تأمین خسارات بدنی است؛ زیرا همان‌طور که برخی حقوقدانان معتقدند، در حقوق ما صندوق جایگزین بیمه است نه مسئولیت مدنی (Katuzian & Izanloo, 2018: 442). این نهاد که با هدف تأمین و تضمین حقوق و خسارات وارده به زیان‌دیدگان حوادث رانندگی و گسترش چتر حمایتی دولت در قبال آن‌ها تأسیس شده است (Dehini, 2019: 131; Savadkoobi & Haji Jafari, 2020: 180)، مسئولیت تبعی و فرعی دارد و جانشین مسئول حادثه در جبران است؛ لیکن گذشتن از خسارات راننده مسبب که خود قربانی سیاست‌گذاری نادرست اجتماعی و حاکمیتی کنونی است و در شرایط خطر قرار گرفته با منطق مسئولیت جمعی و نظریه خطر سازگار نیست. در این راستا همان‌طور که بیان شد، در صورت فقدان بیمه‌نامه معتبر، سخن از تأمین خسارت توسط صندوق گزافه نیست، اما تعمیم مسئولیت صندوق به خسارات قبل از وضع قانون بیمه جدید محل تردید است.

در دفاع از مسئولیت صندوق برای جبران خسارات راننده مسبب حادثه، می‌توان به مبانی شمول تعهدات صندوق بر اساس قانون بیمه جدید اشاره کرد و علاوه بر مبانی حقوقی و قانونی، به جهات منطقی حمایت از زیان‌دیدگان عرصه حوادث رانندگی تمسک جست. لیکن تعمیم این مبانی به گذشته با نقد همراه است.

ماده ۳۵ قانون بیمه جدید به شکلی که اکنون تنظیم گردیده در قانون سابق وجود نداشت تا استناد به اطلاق و عموم آن مبنای قانونی مسئولیت صندوق قرار گیرد. همچنین رأی وحدت رویه شماره ۷۶۶ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۱۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور^۱ نیز تسری حکم مقرر در خصوص پرداخت مازاد دیه زن توسط صندوق به حوادث قبل از تصویب قانون موجد حق را منع نموده که مؤیدی بر عطف به ماسبق نشدن تعهد صندوق به جبران خسارت راننده مسبب حادثه

۱- «حکم مقرر در تبصره ماده ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ با توجه به ماده ۴ قانون مدنی در مورد جنایاتی که قبل از تصویب آن قانون واقع شده و مجنی علیه آن مرد نیست حاکمیت ندارد و قابل اعمال نیست، از مقررات قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ در خصوص حقوق و تعهدات صندوق تأمین خسارات‌های بدنی نیز تسری حکم تبصره مورد اشاره به گذشته مستفاد نمی‌گردد.»

است. در توضیح این موضوع می‌توان گفت، مکلف شدن صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به پرداخت خسارت راننده مسبب حادثه مانند مازاد دیه زن امتنانی است^۱؛ بدین معنا که مبتنی بر ارفاق و تسهیل است (Mohammadi Khorasani, 2009: 356; Sabzevari, 1993: 133; Iravani, 1991: 156) لذا محدود به حدود امتنان است (Khadimi Koosha, 2012: 116) و تسری آن به مواضع مورد تردید خلاف اصل است.

اگرچه از نظر منطقی شایسته است تا پوشش خسارات حوادث ترافیکی در قالب یک نظام مسئولیت جمعی مورد توجه باشد و در واقع همه دارندگان خودروها هیئت واحدی برای سرشکن کردن زیان‌ها تشکیل دهند تا حوادث زیان‌بار خودروها را بیمه کنند اعم از اینکه کسی مسئول در حادثه باشد یا نباشد (Safaei & Orak Bakhtiyari, 2014: 58; Abedi & Nadi, 2020: 291; Ghorbani Jooybari & Abhari, 2018: 111)؛ لیکن هدف اصلی گسترش این تفکر افزایش سهم خودرو در جامعه، خطرات ناشی از آن و ناگزیری استفاده از این وسایل است که در سال‌های اخیر رشد چشم‌گیری داشته است. تلقی مسئولیت اجتماعی برای هرگونه زیانی در هر شرایطی با مبانی مسئولیت سازگار نیست و جبران تمامی خسارات توسط صندوق، به نابودی آن می‌انجامد. به عنوان مثال نمی‌توان راننده‌ای که بیست سال قبل برای رفاه شخصی در زندگی از خودرو استفاده نموده و مصدوم شده را با راننده‌ای که در جامعه کنونی خطر ترافیک بر وی تحمیل می‌شود و دچار حادثه شده به یک چشم نگریست و قائل به جبران خسارت هر دو بود. به همین جهت تحول شرایط، توسعه ماشین‌ساز و غفلت جامعه و حاکمیت از توجه به وظایف فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی زمینه‌ساز اندیشه‌های مسئولیت جمعی در گذر زمان گردیده است؛ بنابراین فقدان مبانی حقوقی و قانونی و توجیه اقتصادی مانع اثبات مسئولیت صندوق در این بخش است.

۱- رأی وحدت رویه شماره ۷۷۷-۱۳۹۸/۲/۳۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «با عنایت به مفاد ماده ۲۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در نحوه تقسیم بندی جنایات علیه نفس یا عضو یا منفعت و عمومیت مقررات تبصره ذیل ماده ۵۵۱ این قانون، نظر به اینکه مکلف شدن صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به پرداخت معادل تفاوت دیه اناث تا سقف دیه ذکور امتنانی است لذا در کلیه جنایات علیه زنان، اعم از نفس یا اعضا، مابه التفاوت دیه مربوط به آنان، باید از محل صندوق مذکور پرداخت شود.»

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

گسترش میزان حوادث رانندگی به‌عنوان عظیم‌ترین بخش حوادث غیرعمدی، زمینه‌ساز تحقق خسارت‌های بدنی گسترده و غیرقابل جبرانی برای زیان‌دیدگان این حوادث، اعم از مقصر و غیر مقصر، شده است. ناگزیری استفاده از وسایل نقلیه موتوری و ناکارآمدی سیاست‌های تقنینی در جهت جلوگیری از وقوع این حوادث باعث گردیده تا نظام‌های حقوقی در کنار جنبه‌های پیشگیرانه، راهکاری برای جبران خسارت زیان‌دیدگان بیندیشند. یکی از این راه‌حل‌ها، حمایت از نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه است که با توجه به حجم بالای حوادث این حوزه، امری اجتناب‌ناپذیر و مبتنی بر بنیان‌های حقوقی، اجتماعی و اقتصادی است. پایه‌گذاری اندیشه مزبور از قانون برنامه پنجم توسعه آغاز و تکلیف به صدور بیمه حادثه راننده در آیین‌نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه گنجانده شد؛ لیکن تجلی اصلی حمایت مقنن در قانون بیمه جدید ظهور یافت و تعهدات بیمه‌گر را به بیمه‌نامه حادثه راننده محدود نمود. قابلیت تسری معنای بطلان درج شرط مخالف حق با عدم درج حق در ضمن بیمه‌نامه شخص ثالث، توجیه‌کننده مسئولیت بیمه‌گر در فرض عدم صدور بیمه‌نامه حادثه راننده است و بقای مسئولیت بیمه‌گذار در صورت تخلف از صدور بیمه‌نامه حادثه ضرورت حمایت از راننده مسبب حادثه بر اساس قانون بیمه جدید را توجیه می‌نماید. مبانی حقوقی، قانونی و اجتماعی نیز مؤید مسئولیت صندوق تأمین خسارات بدنی در قبال خسارات راننده مسبب حادثه در فرض فقدان پوشش بیمه‌نامه شخص ثالث است.

تعمیم قواعد یاد شده به زمره مسئولیت‌های بیمه‌گر در فرض وجود بیمه‌نامه شخص ثالث و همچنین به زمره مسئولیت‌های صندوق تأمین خسارات بدنی و وزارت امور اقتصاد و دارایی در فرض فقدان بیمه‌نامه معتبر، جهت جبران خسارات رانندگانی که قبل از قانون بیمه جدید متحمل زیان گردیده‌اند، بر مبنای قیاس کارآمد نیست. نبود مبانی حقوقی در تسری قانون به گذشته و عدم تصریح مقررات قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷ و اجرایی نبودن قانون برنامه پنجم توسعه، مسئولیت بیمه‌گر و دیگر نهادها را توجیه نمی‌نماید. از سوی دیگر، عدم تکافو سازمان مالی بیمه‌گر و صندوق باعث کاهش کارایی این نهادها در صورت نامحدود تلقی کردن قلمروی زمانی جبران خسارت راننده مسبب حادثه می‌گردد که نتیجه نهایی این رویکرد تضعیف اندیشه توزیع خسارت و نظام‌های پوشش دهنده خسارات است. به همین منظور پیشنهاد می‌شود که قلمروی زمانی

تعهدات صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در نظام جبران خسارت راننده مسبب حادثه با توجه به تحول مبانی تقنینی و منطقی به طور صریح از زمان تصویب قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ تعیین گردد و همچنین با تعیین نوع بیمه‌نامه لازم برای بهره‌مندی از منابع مالی بیمه‌گر، از ابهام رأی وحدت رویه شماره ۷۸۱ دیوان عالی کشور در خصوص نوع بیمه لازم برای بهره‌مندی از منابع بیمه‌گر کاسته شود.

References

- [1] A group of authors. (2017). Encyclopedia of Public Law, Tehran: Imam Sadegh (AS) University Publication. (In Persian)
- [2] Abedi, Mohammad; Nadi, Mohammad Taqi. (2020). Civil liability and compensation system in traffic accidents, Tehran: Enteshar Publication. (In Persian)
- [3] Afkar, Hamid; Khodabakhshi, Abdollah; Seidzadeh Sani, Seyed Mehdi. (2020). "Identify the liability of the insurer in the criminal process", Insurance Research Journal, 35(137), 215-242. (In Persian)
- [4] Afkar, Hamid; Maboudi, Reza. (2021). "An Arbitrary Approach to Insurance Claims with an Emphasis on Judicial Procedure (Compulsory Third Party Liability Insurance for Motor Vehicle Accidents)", Parliament and strategy Journal, 28(106), 309-331. (In Persian)
- [5] Alishahi Qaleh Joghi, Abolfazl; Ahmadi, Tayyeb. (2018). "Principles of the rule of" inviolability of honorable blood "with an approach to the Islamic Penal Code 1392", Jurisprudential principles of Islamic law Journal, 11(21), 131-159. (In Persian)
- [6] Amin, Mohammad Ibrahim; Bahador, Azadeh; Mahdavi, Ghadir; Daqiqi Asli, Alireza; Enayat, Ali Asghar; Akhavan, Khodakaram; Ansari, Ahmad Reza. (2014). "Study of risk factors and factors affecting the calculation of insurance premiums in car insurance in Iran and the world", Case Report Publication, 22, 13-99. (In Persian)
- [7] Babaei, Iraj. (2007). "Theoretical Foundations of Legal Economic Analysis Approach", Journal of Legal and Policy Research, 9(23), 13-60. (In Persian)
- [8] Babaei, Iraj. (2015). Insurance rights, Tehran: Samt Publication. (In Persian)
- [9] Birds, John. (1997). Modern Insurance Law, London: Sweet & Maxwell.
- [10] Bostani, Mostafa; Malekpoor, Alireza. (2012). "Critical Analysis of Kaldor-Hicks Efficiency Criterion, with Respect to Moral Values. Social Policy Making and Incoherence". Journal of Advances in Environmental Biology. 6(7), 2032 – 2038.
- [11] Dabirnia, Alireza. (2019). "The place of development program laws in the Iranian constitution; Planning in line with the duties of the judiciary", Legal Journal of Justice, 83(106), 69-86. (In Persian)
- [12] Dehini, Mahsa. (2019). "A Comparative Study of the Effect of Force Major on Compensation for Vehicles by the Insurer and the Physical Injury Insurance Fund in Compulsory Insurance Laws", Insurance Research Journal, 34(135), 129-153. (In Persian)
- [13] Ghorbani Jooybari, Mohammad; Abhari, Hamid. (2018). "Responsibility of Bodily Injury Indemnity Fund for Physical Damages to the Negligent Driver", Insurance Research Journal, 33(4), 101-120. (In Persian)
- [14] Heine, Klaus; Grabovets, Kateryna. (2015). "From Individuals to Organizations: The

- Puzzle of Organizational Liability in Tort Law”, *The Dovenschmidt Quarterly*, 3(2), 44-53.
- [15] Hosseinipour, Seyed Mohammad. (2012). *Personal insurance*, Tehran: Insurance Research Institute Publication. (In Persian)
- [16] Irvani, Ali(1991). “The end of the end in explaining enough”, Volume two, Qom: Islamic Information Office. (In Arabic).
- [17] Javaher Kalam, Mohammad Hadi. (2022). *Basics and principles of bodily harm compensation*, Tehran: Enteshar Publication. (In Persian)
- [18] Kashani, Mostafa; Sami, Ashkan. (2016). “The effect of road quality on mortality due to accidents using Cellular automation”, *Transportation Research Journal*, 13(48), 1-38. (In Persian)
- [19] Katuzian, Nasser. (2001). “Praise the contract or contract management”, *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, 21(52), 111-136. (In Persian)
- [20] Katouzian, Nasser. (2009). *General Rules of Contracts, Volume One*. Tehran, Enteshar Publication. (In Persian)
- [21] Katuzian, Nasser; Izanloo, Mohsen. (2018). *Non-Contractual Requirements, Volume three: Liability Insurance*, Tehran: Ganje Danesh Publication. (In Persian)
- [22] Khodabakhshi, Abdollah. (2009). “Presence of the insurer and the bodily injury insurance fund in a civil liability lawsuit”, *Insurance Research Journal*, 24(65&66). 211-260. (In Persian)
- [23] Khodabakhshi, Abdollah. (2011). “Civil liability resulting from traffic accidents and its developments in Iranian law”, *Legal Journal of Justice*, 75(74), 103-128. (In Persian)
- [24] Khademi Koosha, Mohammad Ali. (2012). “Conceptualization of the rules of gratitude”, *Journal of Jurisprudence*, 19(4), 107- 131. (In Persian)
- [25] Khodabakhshi, Abdollah. (2017). *Insurance rights and civil liability*, Tehran: Enteshar Publication. (In Persian)
- [26] Khoei, Abolghasem. (1976). *Fundamentals of Curriculum*, Volume two, Qom: scientific printing press. (In Arabic)
- [27] Madani Kermani, Arefeh. (2001) *Insurance Law*, Tehran: Majd Publication. (In Persian)
- [28] Mahmud Salehi, Jan Ali. (2009). *Insurance rights*, Tehran: Central Insurance of Iran. (In Persian)
- [29] Mohammadi Khorasani, Ali. (2009). *Kowsar Fiqh, Volume two*, Tehran: Institution for organizing and publishing the works of Imam Khomeini. (In Persian)
- [30] Rezaei, Sadegh. (2018). “Consequences of harmful insurance activities in the country's industry”, *Journal of Economic Security*, 6(55), 53-68. (In Persian)
- [31] Ridic, Goran; Ridic, Ognjen. (2018). *Kaldor-Hicks and Pareto Efficiency in the Age of Global Disruption*. Fourth FBA International Social Sciences Conference At: International University of Sarajevo.
- [32] Sabzevari, Sayed Abdol Ali. (1993). *The polite rulings in the statement of halal and haram*, Volume twelve, Qom: Al-Manar Institute. (In arabic)
- [33] Safaei, Seyed Hossein; Orak Bakhtiyari, Hassan Ali. (2014). “The basis of the liability of the car accident insurer in comparison with English law”, *Comparative Law Journal*, 10(101), 67-88. (In Persian)
- [34] Samadi, Saeid; Nazifi, Minoo; Abbaspour, Sahar. (2011). “Study of factors affecting on country road accidents, an approach from the neural network”, *Journal of Management and Traffic Studies*, 23, 69-86. (In Persian)

- [35] Savadkoobi, Sam; Haji Jafari, Hassan. (2020). "Jurisprudential - Legal basics and the limits of the Physical Injury Insurance Fund's commitments", Legal research Journal, 19(44), 179-211. (In Persian)
- [36] Seyfollahi, seyfollah; Nemati, Farideh. (2012). Social Factors Affecting the Occurrence of Traffic Accidents in Tehran (Case Study: Fatal Accidents, Spring 2011), Journal of Social Development Studies of Iran, 4(14), 113-129. (In Persian)
- [37] Tabatabaei, Seyed Hossein. (2011). "The role of standardization of car safety equipment in accidents", Journal of Mechanical and Mechanical Engineering, 2(4), 1-10. (In Persian)
- [38] Tahan Nazif, Hadi; Hadizadeh, Ali. (2018). "The nature of development program rules in the Iranian legal system". Knowledge of public law Journal, 7(21), 103-126. (In Persian)
- [39] Weitzel, Tim. (2004). Economics of Standards in Information Networks, Frankfurt: Physica Heidelberg.
- [40] Wendler, Michael; Tremml, Bernd; Buecker, Bernard John. (2006). Key Aspects of German Business Law: A Practical Manua, Germany: Springer.