



دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی نشریه علمی

شاپا: ۴۱۷۷-۲۳۲۲

(شماره پیاپی: ۲۳)

بهار و تابستان ۱۴۰۲

شماره ۲۳ - سال سی ام - دوره جدید

۳	مریم عباسی اول منصور امیرزاده جیرنگلی محمدعلی سعیدی	بررسی ابعاد تبلیغات گمراه کننده در روایی سنجی تجارت منصفانه: معرفی الگوی مفهومی -تقنینی مبتنی بر فقه
۱۹	محمد رضا پاسبان عباس طلوسی مریم علی محمدی ابراهیم عبدی پور فرد	تأمین بر اصول حقوقی و اقتصادی حاکم بر نظام های پرداخت از منظر سند CPSS
۳۹	صادق صفری عبدالرضا جوان جعفری سید مهدی سیدزاده ثانی	بررسی تأثیر شخصیت مجرمین بزه سفید در پیش بینی دادرسی افتراقی جرایم اقتصادی (تحلیل تکرش نخبگان جامعه)
۵۶	جعفر نوری یوشانلوئی مریم پژومند	تحلیل حقوقی و اقتصادی رفتارهای ضد رقابتی در بازار بیت کوین
۷۰	محمد عابدی حمید افکار	تحلیل اقتصادی صندوق تأمین خسارت های بدنی در پرتو اصول «کارایی» و «هزینه-فایده»
۸۳	مهسا رباطی رحیم پیلوار حسین جاور	تحلیل استنادناپذیری از منظر کارایی اقتصادی
۹۸	جلیل فتوائی پدالله دادگر محمدعلی رضا پور آکریدی	نگاهی نو به شروط استاندارد قراردادهای مصرف از دیدگاه «حقوق و اقتصاد رفتاری»: با تأکید بر دستورالعمل های اتحادیه اروپا و حقوق ایران
۱۱۹	آزاده امیرخانی رضا طحرجلو	واکاوی اقدامات پیشینی بیمه اتکالی نسبت به کاهش ریسک های زیست محیطی در قراردادهای بالادستی نفتی
۱۳۶	امید محمدی نیا علی ساعتچی	تحلیل تضمین های قراردادی از منظر حقوق اقتصادی
۱۵۰	رنوف سیاری بهرام تقی پور	رویکرد نظام قضایی ایران به افشای اطلاعات شرکت های بورسی
۱۶۶	لیلی نیاکان فاطمه عطا طلب	مطالعه تطبیقی وظایف نهاد ناظر بیمه ای در ایران و کشورهای منتخب
۱۸۹	حیدر پیری	مستندات و کاربردهای استدلال قیاسی در حقوق بین الملل سرمایه گذاری

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
سر دبیر: دکتر عبدالرضا جوان جعفری
مدیر مسئول: دکتر سیدحسین حسینی
دبیر تخصصی: دکتر حمیدرضا دانش ناری
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

مدیر اجرایی: دکتر زهره اسکندری پور
ویراستار فنی و ادبی: دکتر جواد میزبان
صفحه آرایی: رحمان اسدی
شمارگان: ۲۰ نسخه
شماره پروانه: ۱۲۴/۱۰۳۵۲ - ۷۷/۱۰/۸
ناشر: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد
نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه، دانشکده حقوق و علوم سیاسی
آدرس پستی: ۹۱۷۷۹۴۸۹۵۱
آدرس اینترنتی: <https://lawecon.um.ac.ir>
پست الکترونیکی: economiclaw@um.ac.ir
تلفن: ۰۵۱ - ۳۸۸۰۶۵۶۳
فاکس: ۰۵۱ - ۳۸۸۲۹۵۸۴ - ۳۸۸۱۱۲۴۳

(دریافت مقالات فقط به صورت الکترونیکی امکان پذیر است.)

براساس نامه شماره ۳/۱۱/۱۴۹۶۴۴ مورخ ۹۰/۸/۷ کمیسیون نشریات علمی کشور،
مجله دانشنامه حقوق اقتصادی دارای درجه علمی - پژوهشی است.
بر اساس مصوبه وزارت عتف از سال ۱۳۹۸، کلیه نشریات دارای درجه علمی "پژوهشی" به نشریه "علمی" تغییر نام یافتند.

داوران مقالات این شماره

- ۱- حسینی، سید حسین
- ۲- مشیراحمدی، علیرضا
- ۳- اجری ایسک، عاطفه
- ۴- آذری متین، افشین
- ۵- دانش ناری، زهرا
- ۶- محمدی، میترا
- ۷- دانش ناری، حمیدرضا
- ۸- ابراهیمی، شهرام
- ۹- صابری، حسین
- ۱۰- اسفندیاری بهرآسمان، محمد صالح
- ۱۱- خانعلی پور واجارگاه، سکینه
- ۱۲- السان، مصطفی
- ۱۳- امینی، اعظم
- ۱۴- خواجهی، غلامرضا
- ۱۵- بادینی، حسن
- ۱۶- حاجی وند، امین
- ۱۷- ابریشمی راد، محمد امین
- ۱۸- حبیبی مجنده، محمد
- ۱۹- رستمی، ولی
- ۲۰- افکار، حمید
- ۲۱- آقایی طوق، مسلم

فهرست مندرجات

عنوان	نویسنده	صفحه
بررسی ابعاد تبلیغات گمراه کننده در روایی سنجی تجارت منصفانه: معرفی الگویی مفهومی-تقنینی مبتنی بر فقه	مریم عباسی اول منصور امیرزاده جیرگلی محمدعلی سعیدی	۳
تأملی بر اصول حقوقی و اقتصادی حاکم بر نظام های پرداخت از منظر سند CPSS	محمد رضا پاسبان عباس طوسی مریم علی محمدی ابراهیم عیدی پور فرد	۱۹
بررسی تأثیر شخصیت مجرمین بقه سفید در پیش بینی دادرسی افتراقی جرایم اقتصادی (تحلیل نگرش نخبگان جامعه)	صادق صفری عبدالرضا جوان جعفری سید مهدی سیدزاده ثانی	۳۹
تحلیل حقوقی و اقتصادی رفتارهای ضد رقابتی در بازار بیت کوین	جعفر نوری یوشانلوئی مریم پژومند	۵۶
تحلیل اقتصادی صندوق تأمین خسارت های بدنی در پر تو اصول «کارایی» و «هزینه-فایده»	محمد عابدی حمید افکار	۷۰
تحلیل استنادناپذیری از منظر کارایی اقتصادی	مهسا رابطی رحیم پیلوار حسین جاویر	۸۳
نگاهی نو به شروط استاندارد قراردادهای مصرف از دیدگاه «حقوق و اقتصاد رفتاری»؛ با تأکید بر دستورالعمل های اتحادیه اروپا و حقوق ایران	جلیل قنواتی یدالله دادگر محمدعلی رضاپور آکردی	۹۸
واکاوی اقدامات پیشینی پیمانکار نسبت به کاهش ریسک های زیست محیطی در قراردادهای بالادستی نفتی	آزاده امیرخانی رضا طجربلو	۱۱۹
تحلیل تضمین های قراردادی از منظر حقوق اقتصادی	امید محمدی نیا علی ساعتچی	۱۳۶
رویکرد نظام قضایی ایران به افشای اطلاعات شرکت های بورسی	رئوف سیاری بهرام تقی پور	۱۵۰
مطالعه تطبیقی وظایف نهاد ناظر بیمه ای در ایران و کشورهای منتخب	لیلی نیاکان فاطمه عطاطلب	۱۶۶
مستندات و کاربردهای استدلال قیاسی در حقوق بین الملل سرمایه گذاری	حیدر پیری	۱۸۹

Encyclopedia of Economic Law Journal

Faculty of Law and Political Sciences

Published by: Ferdowsi University of Mashhad
Editor-in-Chief: Dr. A.R. Javan Jafari
Director-in-Charge: Dr. S.H. Hosseini
Associate Editor: Dr. Hamidreza Danesh Nari

Editorial Board:

H. Gholami	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	Professor, Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad
S. Zarkalam	Associate Professor, Faculty of Law, Shahed University

Administration Manager:	Dr. Z. Eskandaripour
Executive Director:	Dr. J. Mizban
Page Layout:	Rahman Asadi
Circulation:	20
Publishing License:	124/10352 8/10/1377
Printed by:	Ferdowsi University Press
Address:	Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Azadi Square, Mashhad.
Postal Code:	9177948951
Website:	https://lawecon.um.ac.ir
E-Mail:	economiclaw@um.ac.ir
Tel:	051-38806563
Fax:	051-38829584 - 38811243

This journal is indexed in:

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

Contents

Investigating the Dimensions of Misleading Advertisements in the Validation of Fair Trade: Introducing a Legal-Conceptual Model based on Jurisprudence

M. Abbasi Avval
M. Amirzadeh-Jirkoli
M. A. Saeidi

A Deliberations On The Legal And Economical (Procedural) Principles Governing Payment Systems From The Perspective Of The CPSS Document

M.R. Pasban
A. Toosi
M. Alimohammadi
E. Abdipour Fard

Investigating the effect of the personality of white-collar criminals in predicting the differential trial of economic crimes (analyzing the attitude of society's elites)

S. Safari
A. Javan Jafari
S.M. Seyedzadeh Sani

Legal and Economic Analysis of Anti-Competitive Practices in Bitcoin Market

M. Pazhoomand
J. Nory Yoshanloey

Economic analysis of the bodily damages supply Fund in the light of "Efficiency" and "Cost-Benefit" principles

M. Abedi
H. Afkar

Economic Efficiency Analysis of Inopposability

M. Robati
R. Pilvar
H. Javar

A New Insight into the Standard Terms of Consumer Contracts from the "Behavioral Law and Economics" perspective; Emphasizing EU Directions and Iranian law

J. Ghanavati
Y. Dadgar
M. A. Rezapoor Akerdi

Analysis Previous actions of the contractor in reducing environmental risks in upstream oil contracts

A. Amirkhani
R.Tajarlo

Analysis of contractual securities from the perspective economic law

O, Mohammadinia
A, Saatchi

The approach of Iran's judicial system to the disclosure of information in listed companies

Rauf, Sayyari
Bhram, Taghipour

A Comparative Study of the Duties of Insurance Supervisory in Iran and Selected Countries

**L. Niakan
F. Atatalab**

Analogical Reasoning in International Investment Law; Its Functions and Inclusions

H. Piri



Investigating the Dimensions of Misleading Advertisements in the Validation of Fair Trade: Introducing a Legal-Conceptual Model based on Jurisprudence

M. Abbasi Avval¹, M. Amirzadeh-Jirkoli^{2*} , M. A. Saeidi³

- 1- Ph.D. Student of Jurisprudence and Private Law, Islamic Azad University, Torbat Heydarieh branch, Torbat Heydarieh, Iran
- 2- Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic law, Islamic Azad University, Torbat Heydarieh branch, Torbat Heydarieh, Iran
- 3- Visiting Assistant Professor of Jurisprudence and Private Law, Islamic Azad University, Torbat Heydarieh branch, Torbat Heydarieh, Iran; Assistant Professor of Law, Razavi University of Islamic Sciences

(*- Corresponding Author Email: ma.amirzadehj@iau.ac.ir)

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.81089.1252>

Received: 14 December 2022 Revised: 03 March 2023 Accepted: 13 May 2023 Available Online: 13 May 2023	How to cite this article: Abbasi Avval, M.; Amirzadeh-Jirkoli, M., & Saeidi, M. A. (2023). Investigating the Dimensions of Misleading Advertisements in the Validation of Fair Trade: Introducing a Legal-Conceptual Model based on Jurisprudence. <i>Encyclopedia of Economic Law Journal</i> , 30(23): (1-16) (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.81089.1252
--	--

1- INTRODUCTION

One of the important examples of unfair and opportunistic behavior in business and economy that has affected all human societies is misleading advertising. A look at the background of research shows that in Western countries, especially in America, the government's attitude towards business was based on free economy until the beginning of the 20th century, but this freedom led to many unethical and unfair business practices by industries and companies, which was more apparent in the advertising aspect. In the context of the Islamic Republic of Iran, it is not possible to respond to the legal challenges in this field due to the lack of specification of advertising media guidelines and legal laws. In addition, with the ever-increasing expansion of technology and social media networks, the dimensions of commercial advertising have become more complex and have greatly affected various areas of the material and spiritual life of the consumer. This is due to the fact that the dimensions of these advertisements are not clear for decision-makers, legislators and commercial and media activists, and comprehensive and complete research has not been done in this area. Therefore, the present research is an attempt to extract various dimensions of misleading commercial advertisements in theoretical and practical dimensions by systematically reviewing western studies conducted in this field and using the qualitative meta-analysis method, while examining the capacities of Islamic jurisprudence in the areas of criminal and deterrence, to provide a comprehensive working conceptual template in the indigenous legislative process based on jurisprudence for the activists of this field.

2- PURPOSE

The main goal of this study is the jurisprudential-legal synergy and using the capacities of Islamic jurisprudence for legislation in this field which, along with using organizational capacities and the foundations of judicial and civil law in the direction of jurisprudential systematization, reduce social costs and a process of jurisprudence to influence various economic aspects, including misleading advertisements.

3- METHODOLOGY

In the current study, an integrated method was used, in which, according to the research objectives, two approaches of systematic review and grounded theory were used. The first step of the research is a systematic review of the researches related to the studied phenomenon. Researches related to misleading advertisements were reviewed based on semantic keywords in the ScienceDirect database from 1950 to 2020, and a number of articles related to the legal aspects of the phenomenon were selected through purposive sampling and analyzed with the help of content analysis. Also, a number of related book titles in the mentioned period were selected and



examined from the Amazon website. The reason for the wideness of the studied period is the research gap and the insufficiency of the obtained data, which is one of the limitations of the research because this field of study lacks coherent knowledge and rich research literature. The obtained data were then analyzed with the help of qualitative meta-analysis based on content analysis, and the main themes of the subject were extracted and presented in detail with examples. After that, in order to achieve the indigenous jurisprudential strategy, the capacities of jurisprudence were examined with the help of the contextualization method, and the capacities of Islamic jurisprudence were used to provide a legislative conceptual model, which was presented in detail.

4- FINDINGS

Based on the objectives of the research and the methodological approaches used in the research, the findings are presented in two main parts: the results of the research background (including the dimensions and examples of misleading advertisements) and the results of the qualitative grounded research (including the capacities of Islamic jurisprudence, providing a legislative-conceptual model based on local capacities.

A: meta-analysis of dimensions and examples of misleading advertisements

1. Misleading caused by the deletion of information
2. Misleading caused by semantic confusion
3. Misleading caused by comparing specifications
4. Misleading caused by lack of fulfilling the claim

B: Examining the capacities of indigenous jurisprudence to deal with misleading advertisements

1. The preventive (positive) dimension of jurisprudential capacities in fair trad
2. The negative legal aspect of business in Sharia

C: Presenting a conceptual-legislative model based on jurisprudence

5- CONCLUSION

Despite the application of various theories in cognitive, behavioral, legal and media sciences, investigating the various dimensions of misleading advertisements in research, recognition and measurement, legislation and judicial treatment, faces many challenges. In western countries, despite the development of judicial procedures, most of the legal cases in the field of misleading advertising are case-oriented, posteriori and based on external standards. This is due to the fact that it is not possible to apply these procedures universally in all countries, and each country needs local judicial procedures based on its contextual characteristics. In the meantime, Islamic Sharia has a unique capacity to investigate all new phenomena due to its reliance on revelation, hadiths and traditions. The results of this research showed that the capacity of western studies and its theoretical foundations can be used to understand this phenomenon and even benefit from its legislative capacities and judicial procedures, but the educational and moral capacity of Islamic jurisprudence is to prevent the occurrence of such sinister phenomena. Also, the rules of Islamic jurisprudence have many uses in compiling, developing and expanding judicial procedures. Another capacity of Islamic jurisprudence to deal with this phenomenon is the capacity of rule-making and extracting new jurisprudence rules from its sources. The results of this research are useful for researchers in the field of media, jurisprudence and Islamic sciences and law.

Keywords: misleading claim, semantic seduction, advertisement, contextualization, jurisprudence

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۱۶-۱

بررسی ابعاد تبلیغات گمراه‌کننده در روایی سنجی تجارت منصفانه: معرفی الگوی مفهومی - تقنینی مبتنی بر فقه

مریم عباسی اول^۱ - منصور امیرزاده جیرگلی^{۲*} - محمدعلی سعیدی^۳

دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۲۳ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۲۳

چکیده

نظر به عدم تطابق اساسی برخی رویه‌های قضایی و حقوقی و کیفری در مورد پدیده‌های اجتماعی در اسلام و غرب، ظرفیت‌های فقه اسلامی در تدوین و بسط ابعاد حقوقی پدیده‌ها و لزوم توجه به دانش بومی، اقدام پژوهی و زمینه‌یابی در تحقیق، مطالعه حاضر یک تلاش نظام‌یافته برای بررسی پدیده نوظهور تبلیغات گمراه‌کننده تجاری و زمینه‌یابی یک رویکرد فقهی و بومی برای برخورد با این پدیده است. نتایج حاصل از مرور نظام‌مند و فرا تحلیل کیفی مطالعات غربی در پایگاه داده ساینس‌دایرکت^۴ نشان داد که این تبلیغات در چهار بعد اساسی گمراه‌کنندگی ناشی از حذف اطلاعات، گمراه‌کنندگی ناشی از ابهام معنی‌شناسی، گمراه‌کنندگی ناشی از مقایسه مشخصات و گمراه‌کنندگی ناشی از عدم تحقق ادعا تحقق می‌یابند که توسط نظریه‌های مختلف در روانشناسی، زبانشناسی و علوم اجتماعی تفسیر می‌شوند. همچنین، برخی ظرفیت‌های ایجابی و سلبی فقه در زمینه برخورد با پدیده تبلیغات گمراه‌کننده، کشف و ارائه گردید سپس بر اساس یافته‌های تحقیق، یک الگوی مفهومی برای کاربست فقه در فرایند تقنین این پدیده نوپدید ارائه شد که دارای چهار گام تعیین دستور کار، تعیین منابع، تبیین الزامات و طراحی و اجرا می‌باشد. فقه اسلامی در هر چهار گام، دارای ظرفیت‌های است که باعث بومی‌سازی فرایند تقنین در بافت ایران می‌شود.

کلیدواژه‌ها: ادعای گمراه‌کننده، اغوای معنی‌شناختی، تبلیغات، زمینه‌یابی، فقه.

طبقه‌بندی JEL: M39, F10, J53, J30, Z12

مقدمه

یکی از مصادیق مهم در رفتارهای ناعادلانه و فرصت‌طلبانه در تجارت و اقتصاد که همه جوامع بشری را متأثر کرده است، تبلیغات

گمراه‌کننده می‌باشد. الزامات جوامع کنونی در سطح داخلی و بین‌المللی باعث شده است تا رقابت‌های اقتصادی از طریق تبلیغات، به یک رویکرد منفعت‌محور بدل شود که به عواقب آن بر وضعیت روانی، اقتصادی، اجتماعی و سلامت انسان‌ها، بی‌توجه است (Raymond, 2020:7). نگاهی به پیشینه تحقیقات، نشان می‌دهد که در کشورهای غربی به‌ویژه در آمریکا، نگرش حکومت‌ها نسبت به تجارت تا اوایل قرن بیستم بر مبنای اقتصاد آزاد بوده است؛ ولی این آزادی منجر به بروز اقدامات تجاری غیراخلاقی و غیرمنصفانه فراوانی توسط صنایع و شرکت‌ها شد که در بعد تبلیغات نمود بیشتری داشت. به همین دلیل در سال ۱۹۱۴، برای اولین بار کمیسیون تجارت فدرال^۵ فرمانی قانونی صادر کرد که بر اساس بند پنجم آن، هرگونه

۱- دانشجوی دکتری گروه فقه و حقوق خصوصی، واحد تربت‌حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت‌حیدریه، ایران

۲- استادیار گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت‌حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت‌حیدریه، ایران.

(*) - نویسنده مسئول: (Email: ma.amirzadehj@iau.ac.ir)

۳- استادیار مدعو گروه فقه و حقوق خصوصی، واحد تربت‌حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت‌حیدریه، ایران. استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

است که ابعاد این تبلیغات برای تصمیم‌سازان، قانون‌گذاران و فعالین تجاری و رسانه‌ای مشخص نیست و تحقیق جامع و کاملی در این حیطه انجام نگرفته است. از این‌رو، تحقیق حاضر تلاشی است تا با مرور نظام‌مند مطالعات غربی انجام‌شده در این زمینه و با استفاده از روش فرا تحلیل کیفی، ابعاد مختلف تبلیغات تجاری گمراه‌کننده را در ابعاد نظری و عملی استخراج کند و ضمن بررسی ظرفیت‌های فقه اسلامی در حیطه‌های کیفی و بازدارندگی، یک قالب مفهومی کاری جامع را در فرایند تقنینی بومی مبتنی بر فقه در اختیار کنشگران این حیطه قرار دهد. هدف اصلی از مطالعه حاضر، هم‌افزایی فقهی-حقوقی و استفاده از ظرفیت‌های فقه اسلامی برای قانون‌گذاری در این زمینه است که به همراه استفاده از ظرفیت‌های سازمانی و مبانی حقوق قضایی و مدنی در جهت نظام سازی فقهی، موجب کاهش هزینه‌های اجتماعی و فرایندی فقه برای تأثیرگذاری در جنبه‌های مختلف اقتصادی از جمله تبلیغات گمراه‌کننده می‌شود.

روش تحقیق

در مطالعه حاضر از روش تلفیقی استفاده شده است که در آن، با توجه به اهداف تحقیق، دو رویکرد مرور نظام‌مند^۸ و زمینه‌یابی^۹ مورد استفاده قرار گرفته‌اند. بر اساس کرسول^{۱۰} (2008) استفاده از رویکردهای تلفیقی، تصویر کامل‌تری از پدیده مورد مطالعه، ارائه می‌کند. در گام اول تحقیق که به مرور نظام‌مند تحقیقات مرتبط با پدیده مورد مطالعه پرداخته است. تحقیقات مرتبط با تبلیغات گمراه‌کننده، بر اساس کلیدواژه‌های معنی‌شناسی در پایگاه داده ساینس دایرکت از سال ۱۹۵۰ تا ۲۰۲۰ بررسی و تعدادی مقاله مرتبط با ابعاد حقوقی پدیده به صورت نمونه‌برداری هدفدار^{۱۱} انتخاب شدند و به کمک تحلیل محتوا مورد آنالیز قرار گرفتند. همچنین تعدادی عنوان کتاب مرتبط در بازه مذکور از سایت آمازون انتخاب و مورد بررسی قرار گرفت. دلیل گستردگی بازه مورد مطالعه، خلأ تحقیقاتی و عدم کفایت داده‌های به‌دست‌آمده است که یکی از محدودیت‌های تحقیق به شمار می‌رود زیرا این حیطه مطالعاتی فاقد دانش نویسه منسجم و ادبیات تحقیق غنی است. داده‌های به‌دست‌آمده سپس به کمک فرا تحلیل کیفی مبتنی بر تحلیل محتوی بررسی شدند و محورهای اصلی موضوع استخراج شدند و به همراه مثال و به تفصیل ارائه شدند. سپس، برای نیل به راهبرد بومی فقهی، ظرفیت‌های فقه به کمک روش زمینه‌یابی مورد بررسی قرار گرفت و ظرفیت‌های فقه اسلامی برای ارائه یک الگوی مفهومی تقنینی مورد استفاده قرار گرفت که به تفصیل در زیر ارائه شده است.

رفتار غیرمنصفانه و غیراخلاقی در تجارت، غیرقانونی اعلام شد و در پی آن، هرگونه تبلیغ کاذب^۱، گول‌زننده^۲ و گمراه‌کننده^۳ ذیل حمایت این قانون قرار گرفت. در سال ۱۹۳۱ نیز این قانون دچار تغییراتی شد که بر اساس آن تنها تبلیغاتی مورد پیگرد قرار می‌گرفت که باعث آسیب جدی می‌شد یا قصد ایراد آسیب جدی داشت. تا سال ۱۹۳۸، این قانون تنها از واحدهای تجاری حمایت می‌کرد اما در اصلاحاتی در همین سال، موسوم به ویلر-لی^۴، این قانون به نفع عموم تغییر یافت و تعریف حقوقی تبلیغ گمراه‌کننده (شامل کاذب، گول‌زننده و گمراه‌کننده) به صورت رسمی وارد قانون شد. بر اساس آیین‌نامه اقدام قانونی آمریکا^۵ موسوم به ویلر-لی، تبلیغ گمراه‌کننده تبلیغی است که در عمل، اغواکننده، کاذب یا مغلوطن باشد و در تبیین حدود و ثغور آن، از بیان لغوی، گزاره‌های موجود در طراحی، ابزارها، تصاویر و صداها و یا ترکیبی از آن‌ها استفاده کرده باشد. همچنین حتی اگر کلمات و گزاره‌های تبلیغ، به صورت تحت‌اللفظی یا فنی، به صورت تکی یا تجمیعی دربردارنده بیان مغلوطن، گمراه‌کننده یا کاذب نباشند، عواقب غیرمستقیم ناشی از چنین تبلیغی، حتی در صورت عدم بیان یا بیان صحت‌بخشی^۶، مشمول پیگرد قانونی است. بررسی این پدیده نشان می‌دهد تبلیغات گمراه‌کننده مفهومی پیچیده است و بسط تحقیقات، یافته‌ها و رویکردها در زمینه‌های حقوق، رگلاتوری و رسانه و هم‌بخشی علوم شناختی و ارتباطی نیز منتج به راه‌حلی برای برون‌رفت از عواقب آن نشده است. سازوکارهای غربی در تقنین به دلیل نقص روش شناختی و محدود بودن به رویکردهای مورد-محور فاقد شمول و مانعیت است. همچنین، در کشورهای غربی، خلأ پدیده شناختی و معرفت‌شناختی باعث کاربست استانداردهای خارج از حیطه حقوق، اقتصاد و اخلاقیات (بهره‌گیری از علوم رفتاری و حیطه شناختی) برای بیان قلمرو بزه و آثار و عواقب آن شده است. از دیگر کاستی‌های روش شناختی در غرب، پسینی^۷ بودن قوانین و تمهیدات انجام گرفته است که عمدتاً فاقد ظرفیت پیشگیرانه و بازدارندگی قبل از حدوث است. در بافت جمهور اسلامی ایران نیز به دلیل عدم تصریح دستورالعمل‌های رسانه‌ای تبلیغات و قوانین حقوقی، امکان پاسخگویی به چالش‌های حقوقی موجود در این زمینه وجود ندارد (GubooliDarafshan et al, 1394:93). علاوه بر آن، با گسترش روزافزون فناوری و شبکه‌های رسانه‌ای اجتماعی، ابعاد تبلیغات تجاری پیچیده‌تر شده است و حیطه‌های گوناگون زندگی مادی و معنوی مصرف‌کننده را به شدت تحت تأثیر قرار داده است. این در شرایطی

1-false

2-deceptive

3-misleading

4-Wheeler-Lea Act

5- U.S Code of Law

6-partial truth

7-a posteriori

8- systematic review

9- grounded theory

10- J. W. Creswell

11- purposive sampling

مفهوم شناسی و پیشینه پژوهش

اصول کلی که سازمان تجارت جهانی ناظر بر اجرای آن است همان اصول کلی مذکور در گات است که توسعه پیدا کرده است (شیروی، ۱۳۸۹: ۸۸). یکی از اصول مذکور، اصل تجارت منصفانه است. اصطلاح تجارت منصفانه، شامل ابتکارات و تلاش‌های جهانی است که با هدف بهره‌مندی از تولیدکنندگان حاشیه‌نشین از جنوب جهانی و مصرف‌کنندگان از شمال جهانی با ارائه معاملات بهتر در مورد محصولات با کیفیت و سازگار با محیط‌زیست انجام پذیرد (لی و همکاران، ۲۰۱۸: ۲۵). بر این اساس، تجارت منصفانه ریشه در مسئولیت‌های اجتماعی و توسعه اقتصادی مرتبط با استانداردهای محیط کار و دستمزد منصفانه برای کاهش فقر دارد (مرزبان و همکاران، ۱۴۰۱: ۲۷۵). شاید بتوان اصل مذکور را ضمانتی برای کارآمد و نتیجه‌بخش بودن اقدامات صورت گرفته، بر اساس سایر اصول دانست. این اصل رویه‌های تجاری غیرمنصفانه را منع و روش‌های منصفانه حمایتی را تجویز می‌کند (شیروی و هرنیدی، ۱۳۸۹: ۳۱). بر اساس آکر^۲ (۱۹۷۴: ۷۲) وقتی یک آگهی در فرایند ادراکی و بینشی مخاطب قرار می‌گیرد و خروجی آن فرایند ادراکی، (الف) متفاوت از واقعیت موجود بیرونی است و (ب) بر رفتار خرید مخاطب در جهت ضرر او تأثیر می‌گذارد، تبلیغ گمراه‌کننده محسوب می‌شود؛ به عبارت دیگر، تبلیغات گمراه‌کننده بر عقاید و نگرش افراد تأثیر می‌گذارد و درنهایت منجر به تغییر رفتار خرید مخاطب در جهت ضرر او می‌شود. همچنین، در همین سال، گاردنر^۳ تعریف علمی دیگری از تبلیغات گمراه‌کننده، ارائه می‌دهد و آن این است که اگر یک آگهی تبلیغاتی، مصرف‌کننده را به ادراک^۴ یا عقیده‌ای^۵ برساند که مغایر با دانش یا تحلیل منطقی او از آن کالا یا خدمت باشد و با واقعیت فاصله داشته باشد، آن آگهی گمراه‌کننده محسوب می‌شود. همچنین، گاردنر^۶ (۱۹۷۵: ۴۱) مستند به تعریف ارائه‌شده خود، سه دسته از تبلیغات گمراه‌کننده را معرفی می‌کند؛ (۱) دروغ نامعقول^۷ که در آن ادعایی مطرح می‌شود که اساساً باطل و کذب است و حتی در صورت تأیید صلاحیت آن، ادعای آن ناصحیح باقی می‌ماند. برای مثال اگر مطرح شود که یک کاربراتور مصرف سوخت را تا ۸۰ درصد کاهش می‌دهد، حتی در صورت تأیید کارایی مؤثر این کاربراتور در کاهش مصرف سوخت، ادعایی باطل مطرح شده است و اساساً

گمراه‌کننده است. (۲) تناقض بین ادعا-واقعیت^۸ نیز شرایطی در تبلیغ است که در آن برای فهم و ارزشیابی ادعای مطرح شده، نیاز به تحقق شرایط خاص است و ادعای مطرح شده در شرایط عام صدق نمی‌کند. برای مثال، وقتی مخاطب در رسانه‌ای همچون تلویزیون، کنسرو ماهی تن را به شکلی منظم و تمیز می‌بیند اما هیچ‌وقت این محصول به این شکل به دستش نمی‌رسد. (۳) تضارب بین ادعا-عقیده^۹ نیز به حالتی از تبلیغات گفته می‌شود که در آن ادعای مطرح شده در تبلیغات، برای جلب نظر مصرف‌کننده، تعمداً با نگرش تجمعی^{۱۰} مصرف‌کنندگان هماهنگ‌سازی می‌شود. برای مثال، در یک تحقیق که در آمریکا انجام گرفت، مصرف‌کنندگان بر این عقیده بودند که وجود بلوره‌های رنگی در پودر لباس‌شویی باعث افزایش کیفیت می‌شود. بر همین اساس، شرکت تبلیغ‌کننده با علم به این نگرش مصرف‌کننده، وجود بلوره در محصولات خود را تبلیغ می‌کند بدون اینکه اثباتی علمی برای صحت این نگرش ارائه دهد. کرمر^{۱۱} نیز در تکمیل این تعاریف، سه دسته از اطلاعات را بیان می‌کند که تبلیغات از طریق آن‌ها انتقال می‌شود. دسته اول، واقعیت سخت^{۱۲} نام دارد و به آن دسته از اطلاعات گفته می‌شود که با یقین اثبات شده است و امکان صحت‌سنجی عینی آن وجود دارد. امکان انتقال تبلیغات گمراه‌کننده از طریق این اطلاعات کم است. دسته دوم، اطلاعات نرم^{۱۳} نام دارد و دربردارنده عقایدی است که به شکل احساس و یا قضاوت بیان می‌شود و فرض بر پذیرش و صحت آن‌ها است درحالی‌که هنوز اثبات و صحت‌سنجی نشده است. در اینجا، بعد احساسی، نشانگر جنبه عاطفی عقیده است و بعد قضاوتی، نشانگر نقش شناختی استدلال در فرایند شکل‌گیری عقیده است. این دسته از اطلاعات پیچیده‌ترین و فنی‌ترین محل برای بیان تبلیغ گمراه‌کننده است و دسته سوم، حقیقت کاذب^{۱۴} نام دارد که در آن به‌صورت آگاهانه، از اطلاعات مغلو، گمراه‌کننده و یا کاذب، به جای واقعیت و یا تحت عنوان واقعیت، ارائه می‌شود. این دسته از اطلاعات، شایع‌ترین مصداق تبلیغات گمراه‌کننده است.

همه تعاریف و مفاهیمی که از تبلیغات گمراه‌کننده در ادبیات تحقیق ارائه شده است، یک نقطه مشترک دارند و آن این است که برای اینکه یک آگهی گمراه‌کننده باشد، باید به‌صورت صریح یا ضمنی به موضوعی اشاره کند که به‌صورت عینی مغلو و کاذب است

8-Claim-Reality Contradiction

9- Claim-Belief Interaction

10-Cumulative Attitude

11- Cited in Turk Michael & Cooke Ernest, What Is False, Deceptive or Misleading Advertising. In: Lindquist J.D, (Eds) Proceedings of the 1984 Academy of Marketing Science (AMS) Annual Conference, (2015), p.252,

12-Hard Fact

13-Soft-Fact

14- false truth

1- Lee et al

2- D. Aaker

3- D. Gardner

4-perception

5- belief

6- Ibid, p.32

7-unconscionable Lie

(Shimp & Preston, 1981: 22)؛ به عبارت دیگر همه این تعاریف، دربردارنده مقایسه بین ویژگی عینی محصول و محتوای پیام و یا نمود ضمنی آن در ذهن مصرف کننده است. بر اساس گرونرت و ددler^۱ (1985:153-165)، تحقیقاتی که معطوف به نمود ضمنی پیام در ذهن مصرف کننده است، در دهه های پایانی قرن بیستم بیشتر مورد توجه محققان این حیطه قرار گرفت زیرا این همان بخشی از تبلیغات بود که در مقایسه با خود پیام، تأثیر بیشتری بر رفتار مصرف کننده بر جای می گذاشت. پیش تر نیز نورمن و بو برو^۲ (1976:107-119)، با بیان اینکه ادراک مصرف کننده از پیام، نتیجه تعامل پیام با ساختار شناختی^۳ ذهن مخاطب است، بر این نکته تأکید کرده بودند که ساختار شناختی ذهن، از فردی به فرد دیگر متفاوت است. شیمپنیز با تأیید تفاوت فردی در ساختار شناختی ذهن، از شواهد زبان شناختی مرتبط با پراگماتیک استفاده کرد و به این نتیجه رسید که به دلیل همین تفاوت های شناختی، یک تبلیغ برای برخی گمراه کننده و برای برخی دیگر فاقد این مشخصه است. البته گرونرت و ددler این نتیجه گیری را به دلیل خارجی بودن و استعاری بودن معیار از حیطه زبانشناسی، فاقد کارکرد تشخیصی برای تبلیغات گمراه کننده عنوان می کنند. به همین دلیل موج بعدی تحقیقات انجام گرفته در این زمینه، اغلب معطوف به تدوین یک معیار برای تشخیص و اندازه گیری تبلیغ گمراه کننده بود. به طور کلی، نگاهی به تاریخچه ادبیات تحقیق نشان می دهد که سه جریان تحقیقاتی برای بررسی این پدیده در تحقیق وجود داشته است:

۱) رویکرد تحقیقاتی معطوف به بررسی های کارشناسی و حقوقی: در این حیطه از تحقیق، از نظرات کارشناسان حقوقی و زمینه های قضایی برای قضاوت در مورد گمراه کنندگی تبلیغات بهره برده می شود. این رویه برای اولین بار توسط کمیسیون تجارت فدرال و سازمان غذا و دارو^۴ در آمریکا شایع شد. علاوه بر نهادهای مذکور، این رویه در انجمن مصرف کنندگان آلمان و نهادهای چند کشور دیگر اروپایی مورد استفاده قرار می گیرد. بر اساس کوهن^۵ (1980:26) (27) استفاده از این رویکرد برای بررسی گمراه کنندگی تبلیغات به شدت انگاشتی^۶ و فاقد عینیت است و با استانداردهای علمی مطابقت ندارد. دستورالعمل رویه های تجاری غیرمنصفانه در اتحادیه اروپا در سال ۲۰۰۵، اقدام لانهام^۷ و الزامات قانونی آن، شاخص های کمیسیون تجارت فدرال آمریکا، شاخص های قانونی سازمان غذا و داروی آمریکا به همراه اصلاحات و بسط این قوانین، از مهم ترین منابع کارشناسی

برای قضاوت در این باره به شمار می روند.

۲) رویکرد تحقیقاتی معطوف به قضاوت مصرف کنندگان: در این رویکرد بر اساس ادراک مصرف کننده از گمراه کنندگی یک تبلیغ در مورد آن تبلیغ قضاوت می شود (Raymond, 2020:2-5). مهم ترین شیوه انجام چنین تحقیقاتی نظرسنجی و استفاده از ابزار پرسش نامه ای به ویژه پرسش نامه های لیکرت است. یکی از بزرگ ترین ایرادات این دسته از تحقیقات، نقص روش شناختی است زیرا مصرف کننده ای که معتقد به گمراه کنندگی و گول زندگی یک تبلیغ است، در حقیقت نسبت به محتوا و هدف آن آگاهی داشته و درواقع، گمراه نشده است. این نقص، برای اولین بار توسط شوتر و کیسی^۸ (1981:340) مورد اشاره قرار گرفت. در این حیطه از تحقیقات، از نظریات بین رشته ای فراوانی در حیطه های رفتارشناسی، زبانشناسی، علوم اجتماعی و جامعه شناسی به عنوان مبنای نظری تحقیق استفاده می شود.

۳) رویکرد تحقیقاتی معطوف به نظریات شناختی: در این رویکرد که بارزترین و علمی ترین رویکرد تحقیقاتی در این حیطه است، کیفیت گمراه کنندگی یک تبلیغ بر اساس تأثیر آن ها بر متغیرهای شناختی ذهن مصرف کننده مورد بررسی قرار می گیرد. بر این اساس، تبلیغ منبعی از اطلاعات است که در فرایند ادراکی ذهن مخاطب وارد می شود و منجر به تغییراتی در نظام عقیدتی و تصمیم سازی او می شود و بر رفتار او تأثیر می گذارد. این رویکرد نظری، علیرغم وسعت و کاربرد زیاد، دارای نقاط ضعفی نیز هست که از آن جمله می توان به ذهنیت گرایی، تکیه بر عقاید و عدم تطابق بین فیزیک (ویژگی های عینی کالا) و واقعیت ادراک شده در روانشناسی، اشاره کرد؛ به عبارت دیگر، ادراک ذهنی متفاوت از ویژگی های عینی است زیرا ادراک فرایندی انتخابی و به شدت تعاملی است که وابستگی زیادی به اطلاعاتی دارد که پیش تر در حافظه انسان، ذخیره شده است. بر این اساس، همه تبلیغات به صورت مجازی، گمراه کننده به شمار می روند.

یافته های تحقیق

بر اساس اهداف تحقیق و رویکردهای روش شناختی به کارگیری شده در تحقیق، یافته های حاصل در دو بخش اصلی ارائه می شوند؛ نتایج حاصل از پیشینه پژوهش (شامل ابعاد و مصادیق تبلیغات گمراه کننده) و نتایج حاصل از زمینه یابی کیفی (شامل ظرفیت های فقه اسلامی، ارائه الگوی مفهومی تقنینی بر اساس ظرفیت های بومی).

الف: فرا تحلیل ابعاد و مصادیق تبلیغ گمراه کننده

در این بخش از تحقیق، نتایج حاصل از فرا تحلیل کیفی که دربردارنده ابعاد گوناگون و مصادیق تبلیغات گمراه کننده است، به

- 1-K. Grunert&K. Dedler
- 2-D. Norman&D. Bobrow
- 3-Cognitive Structure
- 4-Food and Drug Administration (FDA)
- 5-D. Cohen
- 6- Subjective
- 7-Lanham Action

هنجارهای محاوره‌ای نظریه گرایس^۵ قابل تفسیر هستند (Hastak & Mazis, 2011: 159). طرح‌واره یک ساختار دانشی تعریف‌شده در ذهن انسان است و عقاید و انتظارات انسان در آن ذخیره‌شده است. این طرح‌واره‌ها در طول زمان و بر اساس منابع اطلاعاتی گوناگون مانند تجربه انسانی و رسانه‌ها، شکل می‌گیرد. بر اساس کاردز^۶ (1993:163-166) کارکرد اصلی طرح‌واره‌ها ارائه اطلاعات پیش‌فرض مرتبط با یک محرک اطلاعاتی است که در خود محرک وجود ندارند ولی بر اساس این اطلاعات پیش‌فرض، استنباط لازم صورت می‌گیرد. تأثیر حذف اطلاعات کلیدی بر استنباط مصرف‌کننده توسط هنجارهای محاوره‌ای گرایسنیز قابل تفسیر است. بر اساس اصل «کمیت» در این نظریه، پردازش نیمه-حقیقت^۷ توسط مصرف‌کننده امکان‌پذیر است زیرا بر اساس این اصل، ارائه‌دهنده اطلاعات ملزم به ارائه همه اطلاعات و تضمین کمیت اطلاعات است. نقص اصل کمیت، منجر به استنباط گمراه‌کننده از اطلاعات می‌شود؛ به عبارت دیگر، عدم رعایت هنجارهای محاوره‌ای گرایس به مثابه تبلیغ گمراه‌کننده است.

۲- گمراه‌کنندگی ناشی از ابهام معنی‌شناختی^۸

در این شیوه از تبلیغ، با استفاده آگاهانه از زبان، نشانه و یا تصویر غیرصریح، زمینه‌های گمراه‌کنندگی در مخاطب فراهم می‌شود. این شیوه تبلیغی شامل موارد زیر است: الف) اغوای معنی‌شناسی: افزایش سطح اعتقاد ذهنی مصرف‌کننده نسبت به یک محصول با سوءاستفاده از ویژگی‌های معناشناختی یک کلمه یا عبارت که منجر به گمراه‌کنندگی می‌شود. برای مثال، در یک تبلیغ مربوط به داروهای لاغری عنوان شود که «افراد زیادی» از نتایج این دارو بهره‌برده‌اند درحالی‌که حیطه عددی و جامعه آماری آن مشخص نیست و می‌تواند از چند نفر تا چند میلیون نفر را در بر بگیرد. ب) بسط معنای یک ویژگی: کشاندن مشتری به سمت یک استنباط غلط به وسیله استفاده از یک اصطلاح گسترده که یک ویژگی را به یک محصول الصاق می‌کند که درواقع در آن محصول وجود ندارد. برای مثال، در تبلیغ ضد آفتاب در مناطق کوهستانی از اصطلاح «حفاظت کامل پوست» استفاده می‌شود درحالی‌که در مقابل خشکی هوا و آلودگی و بسیاری موارد دیگر قابلیت محافظت ندارد. ج: استفاده استعاری از کلمات: استفاده استعاری از کلمات و اصطلاحات به منظور خلق یک عقیده در مورد یک ویژگی از محصول در ذهن مخاطب است، درحالی‌که آن ویژگی بیان نشده است. برای مثال «سرعتی باورنکردنی» در دسته ماشین‌های اقتصادی که درواقع مربوط به سرعت فروش (به دلیل

همراه توضیح سازوکار کنش آن‌ها و مبنای نظری تأثیرگذاری آن‌ها ارائه‌شده است.

۱- گمراه‌کنندگی ناشی از حذف اطلاعات

در برخی موارد، در تبلیغات ارائه‌شده، آنچه بیان می‌شود به صورت تحت‌اللفظی صحیح است اما حذف اطلاعات (عدم بیان کل حقیقت) و یا ارائه اطلاعات بخشی (حذف بخشی از حقیقت) منجر به خلق ادراک گمراه‌کننده در ذهن مخاطب می‌شود. این ادعاهای تبلیغاتی شامل موارد زیر است: الف) گزارش ناقص نتایج آزمون: افزایش سطح اعتقاد ذهنی مصرف‌کننده نسبت به یک محصول با بیان انتخابی یک یا چند رقم (ویژگی) از یک استاندارد و شاخص که از آن برای اندازه‌گیری کیفیت محصول استفاده می‌شود. برای مثال، یکی از استانداردهای کیفیت خودرو، میزان مصرف سوخت است اما یک شرکت برای فروش محصولات خود، در تبلیغات به مصرف مناسب بیرون شهر (۶ لیتر) اشاره می‌کند ولی مصرف غیراستاندارد درون‌شهری (۱۵ لیتر) را حذف می‌کند. ب) سوءاستفاده از نتایج آزمون: افزایش سطح اعتقاد ذهنی مصرف‌کننده نسبت به یک محصول با بیان نتایجی که امکان تعمیم‌پذیری ندارند، منحصر به یک بافت خاص هستند و یا برای یک نتیجه‌گیری کلی، کفایت داده وجود ندارد. برای مثال، یک یخچال فریزر در مناطق کوهستانی بازدهی بسیار بالایی را در آزمایش‌ها به ثبت رسانده است ولی نتایج حاصل از این آزمون را به کل مناطق کشور تعمیم می‌دهند. ج) گزارش اعتباربخشی^۱: افزایش سطح اعتقاد ذهنی مصرف‌کننده نسبت به یک محصول با ارائه حیطه‌ای از کیفیت کالا که خود مصرف‌کننده قادر به اعتباربخشی آن نیست. برای مثال در یک خودرو ادعا شود که در سرعت‌های بالا و در پیچ‌های تند، تعادل بالایی دارد. د) ارائه شاخص نامعتبر^۲: افزایش سطح اعتقاد ذهنی مصرف‌کننده نسبت به یک محصول با ارائه شاخص‌های غلط در جهت افزایش اشتیاق مصرف‌کننده به خرید. برای مثال یک شرکت خودرویی در تبلیغ خود در مناطق مرزی این ادعا را مطرح کند که در سراسر کشور ۵۰۰۰ نمایندگی دارد اما این بخش از اطلاعات را که ۴۰۰۰ نمایندگی آن فقط در پایتخت مستقر است را از آگهی خود حذف می‌کند. ه) شهادت^۳ گمراه‌کننده: عدم رعایت صحت در لفظ و یا استفاده از شهادت یک مشتری راضی و تعمیم آن به همه مشتری‌ها نیز از مصادیق این نوع از گمراه‌کنندگی در تبلیغات است. در شیوه تبلیغ حذف اطلاعات، استنباط مصرف‌کننده از حقایق ویژگی‌های محصول که منجر به گمراه‌کنندگی می‌شود، بر اساس نظریه طرح‌واره^۴ و

5-Grice's Norms of Conversation

6- F. Kardes

7-Half-Truth

8-Semantic Confusion

1-Credence Qualification

2-Insignificant Indicator

3-Testimony

4-Schema Theory

محصولات و یا در برچسب‌ها و بسته‌بندی آن‌ها عنوان نشده باشد و شرکت جدید صاحب همان نوع محصول، این ویژگی را در بسته‌بندی و تبلیغات خود نمایان کند، این استنباط در ذهن مخاطب پدیدار می‌شود که این شرکت برای اولین بار این مشخصه را به محصولات خود اضافه کرده است و از این حیث صاحب مزیت می‌شود. برخی شرکت‌ها از این مزیت تبلیغاتی برای مقایسه کاذب بهره می‌برند و باعث گمراهی مصرف‌کننده می‌شوند. همچنین، بر اساس روی و همکاران^۴ (1999:93-96)، نظریه سازگاری منطقی-احتمالی^۵، قادر به تفسیر شواهد ناشی از این‌گونه تبلیغات است زیرا بر اساس این نظریه، دانش و انتظارات پیشینی از همبستگی بین دو ویژگی باعث می‌شود که در صورت نمود یکی از آن ویژگی‌ها در تبلیغات، ویژگی دوم در ذهن پردازشگر فعال شود.

۴- گمراه‌کنندگی ناشی از عدم تحقق ادعا

استفاده از هرگونه ادعای دارای ظرفیت گمراه‌کنندگی بدون اشاره به شرایط تحقق آن و یا محدودیت‌های تحقق آن، از دیگر شیوه‌های تبلیغی گمراه‌کننده است که اهم موارد آن به شکل ذیل است: الف) عدم تحقق ویژگی: افزایش سطح اعتقاد ذهنی مصرف‌کننده نسبت به یک محصول با اعلان یک ویژگی که امکان تحقق آن وجود ندارد. برای مثال، برای تبلیغ ظرفیت یک ماشین عنوان شود «پنج نفر مسافر به همراه ۵۰۰ لیتر ظرفیت صندوق عقب» درحالی‌که بدون جمع کردن صندوق عقب این ماشین، ظرفیت صندوق از ۲۰۰ لیتر تجاوز نمی‌کند. ب) تحقق ویژگی محدود: افزایش سطح اعتقاد ذهنی مصرف‌کننده نسبت به یک محصول با بیان شواهدی از محصول که امکان تحقق آن تنها برای یک نسخه خاص از محصول امکان‌پذیر است. برای مثال، ۱۵۰ اسب بخار قدرت تنها برای یک تیپ خاص از یک خودرو محقق شده است اما در تبلیغ همه تیپ‌های آن خودرو، قدرت موتور ۱۵۰ اسب بخار عنوان شود. ج) بزرگنمایی: بیان اغراق‌آمیز از یک مشخصه که باعث تغییر ادراک ذهنی مخاطب از یک محصول می‌شود و بر رفتار مصرفی او تأثیر می‌گذارد. برای مثال، در تبلیغات آب‌نبات شیری به‌گونه‌ای وانمود شود که برای هر عدد محصول از یک لیوان شیر استفاده شده است درحالی‌که تحقق این میزان از کیفیت، امکان‌پذیر نیست. د) شیوه فروش جلب و تغییر^۶:

مصرف کم) است، به‌صورت تعمدی و آگاهانه، سرعت خود ماشین را در ذهن تداعی می‌کند درحالی‌که سرعت ماشین به دلیل ظرفیت پایین موتور، از استانداردهای بازار کمتر است. تفسیر گمراه‌کنندگی ناشی از ابهام معنی‌شناسی توسط نظریه‌های کاربردشناسی زبان (پراگماتیک) امکان‌پذیر است. کاربردهای پراگماتیک استنباط‌های ضمنی زبانی هستند که به‌صورت غیرمستقیم بیان می‌شوند (Harris, 1989:87-89)؛ به‌عبارت‌دیگر از اصطلاحات و عباراتی استفاده می‌شود که بیش از یک معنی را به ذهن متبادر می‌کنند و یا دارای یک مقصود ضمنی هستند که در ساختار سطحی جمله یا عبارت پدیدار نیست.

۳- گمراه‌کنندگی ناشی از مقایسه مشخصات

در برخی از موارد تبلیغ گمراه‌کننده، تغییر و دست‌کاری آگاهانه و تعمدی یک ویژگی در ادعای تبلیغی منجر به استنباط گمراه‌کننده در مورد همان ویژگی یا ویژگی مشابه دیگری در ذهن مصرف‌کننده می‌شود. برای مثال، در آگهی روغن مایع، مصرف‌کننده بر اثر تبلیغات گمراه‌کننده، بین کلسترول پایین و چربی پایین در یک محصول رابطه ذهنی همبستگی ایجاد می‌کند؛ درحالی‌که این دو مشخصه از لحاظ علمی و فنی متفاوت هستند. این دسته از تبلیغات شامل موارد زیر است: الف) مقایسه نامعتبر: افزایش سطح اعتقاد ذهنی مصرف‌کننده نسبت به محصول با مقایسه مشخصه محصولی از یک نوع با محصول نوع دیگر که منجر به استنباط گمراه‌کننده در ذهن مصرف‌کننده می‌شود. برای مثال، مشخصه مصرف سوخت یک وانت بنزینی با مصرف سوخت وانت‌های دیزلی از نوع خود مقایسه می‌شود درحالی‌که به‌صورت طبیعی میزان مصرف خودروهای دیزلی بالاتر از بنزینی است. ب) تبلیغ مقایسه‌ای ارجحیت بخش^۱: حربه‌ای رسانه‌ای است که بر اساس آن یک ویژگی تفضیلی به مشخصات کالا افزوده می‌شود و از آن برای گمراه کردن مصرف‌کننده استفاده می‌شود به‌نحوی که مصرف‌کننده به‌گونه‌ای استنباط کند که محصول ارائه‌شده، در نوع خود بهترین است درحالی‌که خلاف واقعیت باشد. تفسیر گمراه‌کنندگی ناشی از تبلیغاتی که بر بی‌همتا بودن خصیصه محصول خود تأکید می‌کنند بر اساس نظریات کاربردشناسی زبان، هنجارهای محاوره‌ای گرایس و همچنین نظریات مربوط به تفسیر رفتار مصرف‌کننده مانند نظریه^۲ «استنباط ناشی از عدم وجود خصیصه^۳» که توسط بورک و همکاران^۳ (1997:244-249) در سال ۱۹۹۷ مطرح شد، امکان‌پذیر است. بر اساس این نظریه، اگر یکی از ویژگی‌های یک نوع محصول؛ علیرغم وجود، به هر دلیلی در تبلیغات پیشین سایر

4- B. Roe et al.

5- Logical and Probabilistic Consistency

6- Bait and Switch Sale

1-Dangling Comparative

2-Feature-absent inference

3- S. Burke et al.

جدول شماره ۱: ابعاد و مصادیق تبلیغ گمراه کننده

ابعاد تبلیغ گمراه کننده	مصادیق تبلیغ گمراه کننده
گمراه کنندگی ناشی از حذف اطلاعات	گزارش ناقص نتایج آزمون
	سوءاستفاده از نتایج آزمون
	گزارش اعتباربخش
	ارائه شاخص نامعتبر
	شهادت گمراه کننده
گمراه کنندگی ناشی از ابهام معنی شناختی	اغوای معنی شناختی
	بسط معنای یک ویژگی
	استفاده استعاری از واژگان
گمراه کنندگی ناشی از مقایسه مشخصات	مقایسه نامعتبر
	تبلیغ مقایسه‌ای ارجحیت بخش
گمراه کنندگی ناشی از عدم تحقق ادعا	عدم تحقق ویژگی
	تحقق محدود (ناقص) ویژگی
	بزرگنمایی ویژگی
	شیوه فروش جلب و تغییر
	تمجید کاذب از ویژگی

کاربرد دارد بلکه به عنوان بنیانی که تنظیم کننده همه رفتارهای انجام گرفته در جامعه اسلامی است، دارای ظرفیت‌های و کارکردی مناسبی برای برخورد با پدیده تبلیغات گمراه کننده است که نیاز به استخراج و تحلیل بیشتر دارند. در این بخش، به برخی از مهم‌ترین‌های آن‌ها اشاره می‌کنیم. نتایج تحقیق در این بخش نشان داد که فقه اسلامی در دو بعد پیشگیری (ایجابی) و حقوقی (سلبی) دارای برخی ظرفیت‌های قابل بهره‌برداری است.

۱- بعد پیشگیرانه (ایجابی) ظرفیت‌های فقهی در تجارت منصفانه

در اخلاق اسلامی، بر تجارت بر پایه عدالت و انصاف تأکید شده است^۲ (The Holy Quran, 2:275, 5:2). اصل انصاف و تجارت منصفانه در آگاهی کردن محصولات در تاریخ اسلام ریشه دارد (Ghazali, 1351:69). همچنین در اخلاق معاملاتی اسلام هیچ جایی برای تفسیر مبهم از تجارت وجود ندارد و قرآن کریم به صورت مکرر بر لزوم حفظ حقوق افراد جامعه اسلامی تأکید کرده است. نتایج تحقیق احمد (1992:297) نشان می‌دهد که در اخلاق معاملات اسلام، بر ماهیت غیرقابل تفسیر و مطلق معاملات تأکید شده است و افزایش ارزش معامله در افزایش رفاه جامعه عنوان شده است به گونه‌ای که سود شخصی در حاشیه قرار می‌گیرد. بر اساس فیاض (2012:293)، احکام و اخلاق اسلامی، همه ابعاد تبلیغات

جلب نظر مخاطب با یک کالای ارزان و باکیفیت و سپس تغییر کالای آگهی شده به یک کالای گران‌تر به بهانه عدم تحقق کیفیت کالای ارزان. ه) تمجید کاذب^۱: ارائه تصویر ضمنی و بزرگنمایی شده از یک محصول که بر اساس سلیقه و یا عقیده شخصی شکل گرفته است و به دلیل ذهنی بودن، عینی و قابل اندازه‌گیری نیست. به دلیل عدم قابلیت ارزشیابی چنین ادعاهایی، امکان پیگرد حقوقی برای آن‌ها وجود ندارد. اینکه یک شرکت عنوان کند که خوشمزه‌ترین بستنی دنیا را تولید می‌کند، از مصادیق چنین تبلیغاتی است. نظریه مارتین و همکاران^۲ (2008:29-31) بنیان نظری مناسبی برای فهم چگونگی تأثیر تبلیغات گمراه کننده بر ادراک مصرف کننده است. بر اساس این نظریه، انسان‌ها تمایل دارند اطلاعاتی را که از دیگران دریافت می‌کنند را حمل بر صحت کرده و آن را به عنوان واقعیت بپذیرند. توصیه اجتماعی به ویژه از سوی کارشناسان یک حیطه، باعث تشدید اثر آگهی و درونی سازی پیام از سوی مخاطب می‌شوند. در مواردی که تعداد توصیه‌ها زیاد می‌شود، تأثیر به سطح تأیید اجتماعی می‌رسد (Cialdini, 2001:177). این نتایج به صورت خلاصه در جدول زیر آمده‌اند:

ب: بررسی ظرفیت‌های فقه بومی برای برخورد با تبلیغات گمراه کننده

شریعت نه تنها به عنوان منبع اصلی برای نظام حقوقی ایران

۱- قرآن کریم، سوره بقره آیه ۲۷۵، سوره اعراف آیه ۱۵۷ و سوره مائده آیه ۲.

1-Puffery
2- B. Martin et al.

رضایت مشتری از کالای آگهی شده که به دلیل اغوا در تبلیغات تجاری تصمیم به خرید و پرداخت مال خود کرده است، باعث می‌شود که حتی در صورت تکلیفی نبودن حکم فوق به حرمت مال کسب‌شده، ضمان مدنی و اخلاقی در پی داشته باشد؛ به عبارت دیگر، کسب مال از طریق آگهی همراه‌کننده به مثابه کسب حرام است. کاربست تربیتی این قاعده نیز برای انجام معاملات در جامعه اسلامی بازدارندگی ایجاد خواهد کرد.

• قاعده اکل مال به باطل: قاعده فقهی حرمت اکل مال به باطل به عنوان یک اصل کلی حقوقی که سر منشأ بسیاری از قواعد فقهی و مواد قانونی است، ریشه در مبانی اخلاقی و اقتصادی دارد (Kensavi, 1396: 112). این قاعده در بخش‌های مهم معاملات و مکاسب در فقه مورد استناد قرار گرفته است و علاوه بر تصرف عدوانی مال، تحصیل مال از راه‌های ناصواب و بر اساس شیخ انصاری (1416: 136)، باطل شرعی و باطل عرفی را در برمی‌گیرد. در آیات متعدد قرآن کریم، به موازات تأکید بر اصل تحقق عدالت اجتماعی و نقش آن در حیات سالم و رسیدن انسان به کمال، بر بهره‌گیری صحیح از اموال، به عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به هدف، تأکید شده است و حرکات‌های ناسالم اقتصادی به شدت مورد نهی قرار گرفته است (The Holy Quran, 4/29, 2/188).^۱ بر اساس طباطبایی (1375: 316) آیه ۲۹ سوره نساء، همه موارد تصرفات ناروا را ذیل عنوان «باطل» جای داده است.

۲- بعد حقوقی سلبی تجارت در شریعت

در احکام اسلامی، کلاهبرداری و فریب و یا هر نوع رفتاری در تجارت که در نهایت منجر به تعارض شود، ممنوع شمرده شده است. یکی از ابعاد که ذیل این محور کلی قرار می‌گیرد، کیفیت و کمیت اطلاعات ارائه‌شده در تبلیغات است که در فوق به تفصیل مورد بررسی قرار گرفت. بر اساس قانون معاملات اسلامی از نگاه فایاد (Fayyad, 2012: 292)^۲، فروشنده ملزم است که همه داده‌ها و اطلاعات مهمی که موجب افزایش بینش خریدار می‌شود را قبل از تصمیم‌گیری در اختیار او قرار دهد که شامل موارد زیر است (۱) همه اطلاعات مربوط به محصول که بر تصمیم خریدار تأثیر می‌گذارد (۲) همه اطلاعات مربوط به استفاده و به کارگیری محصول، (۳) اطلاعات مربوط به نقص یا عیب محصول (آشکار یا پنهان) که خریدار با نگاه اول قادر به تشخیص آن‌ها نیست و (۴) اطلاعات مربوط به محصول و قرارداد خرید محصول که می‌بایست به زبان صریح و سلیس باشد. علاوه بر قواعد فقهی مطرح شده در فوق که ضمن دارا بودن ظرفیت

تجاری را در برمی‌گیرد و بنابراین، هرگونه اقدام و رفتار تجاری مصرف‌کنندگان نباید مغایر با اخلاق اسلامی باشد، حلال و حرام معاملات باید به شدت رعایت شود و علاوه بر آن، تبلیغی که منجر به تحریک عاطفی و جنسی مصرف‌کننده شود، موجب القاء ترس شود، گواهی دروغ بدهد، ادعای کاذب داشته باشد و یا از شیوه‌های فروش استفاده کند که در اسلام منع شده باشد، حرام و باطل است و علاوه بر پیگرد قانونی، عقوبت اخروی نیز در پی دارد. با در نظر گرفتن خطامشی‌های مطرح شده در فوق، زمینه استخراج رویکردهای بومی-فقهی بر اساس قواعد فقهی زیر وجود دارد.

• قاعده ارشاد جاهل (وجوب اعلام الجاهل فیما یعطی): اگرچه از این قاعده برای راهنمایی فرد جاهل در اصول دین، عقاید و معارف الهی و احکام شرعی استفاده می‌شود، اما بر اساس امیدی فرد و پيله‌ور (Omidifard & Pilehvar, 1396: 490) و استناد به آیه ۱۰۴ سوره آل عمران و طبرسی (Tabarsi, 1408: 498) همه اصل و فرع دین و همه مصادیق دعوت به خیر ذیل شمول این قاعده قرار می‌گیرند و مسئولیت اجتماعی افراد نیز در این حیطه جای دارد. علاوه بر آیات مرتبط با انذار، آیه کتمان که بر حرمت کتمان دلالت دارد، بر وجوب ارشاد در شرایطی که به جان و مال مسلمان آسیب برسد، تأکید شده است (Ibid, 498). بر همین اساس، در کتمان نقص یا عدم بیان همه حقایق در آگهی‌های تبلیغاتی که منجر به گمراهی و آسیب به سلامت و جان و مال مصرف‌کننده می‌شود؛ کاربست تربیتی چنین قاعده‌ای می‌تواند بازدارنده باشد. یکی دیگر از قواعدی که قرابت معنی‌شناختی و منظورشناختی با قاعده جاری دارد قاعده هشدار است که بیشتر معطوف به آگاهانیدن خریدار از معایب و ضررهای احتمالی است و می‌توان کاربردهای آن در زمینه تبلیغات همراه‌کننده را به صورت تکمیلی در کنار قاعده فوق قرار داد.

• قاعده احترام به مال مسلمان: در نظرات صاحب جواهر، اصل حرمت تصرف مال غیر بدون اذن صاحب (Najafi, 1414: 11) و اصل تحریم خوردن مال غیر بدون اذن صاحب (Ibid, 36/410) به صراحت مورد تأکید قرار گرفته است. در فقه اسلامی بر اساس وسایل الشیعه (Hor Ameli, 1414: 599)، یکی از مستندات این قاعده حدیث شریف «لا یحل مال امرئ إلا بطیب نفسه» است. در مورد شمول قاعده اتلاف، برخی بر این باورند که دلالت بر ضمان عامل تلف مال دارد و بر این اساس برای اثبات ضمان در خسارت و تلف مال مورد استناد قرار می‌گیرد ولی بررسی مستندات و ملاک‌های این قاعده نشان می‌دهد که هر کس به هر نحو موجبات زیان دیگری را فراهم کند، ضامن خسارت به معنای عام است که شامل هر نوع خسارتی می‌شود. (Intezari & Mohaghegh Damad, 1391: 41) عدم

۱- قرآن کریم، سوره نساء آیه ۲۹، سوره بقره آیه ۱۸۸.

گوناگون مورد توجه فقیهان قرار گرفته است که از آن جمله می‌توان به نفی حکم ضرری، نفی حکومتی، نهی از ایجاد ضرر به صورت تکلیفی، نفی ضرر غیر متدارک و دیگر موارد مشابه اشاره کرد: Mohaghegh Damad & Amirhosseini, 1398: (149). در همه این ابعاد و نظرها بر ممنوعیت ایجاد ضرر و تکلیف به جبران خسارت، تأکید شده است. بر اساس این قاعده، در اسلام رساندن ضرر به دیگران و به صورت مطلق، ضرر به نفس و به دیگران، نفی شده است؛ به عبارت دیگر، رساندن آسیب به دیگران از لحاظ تکلیفی، مشمول حکم حرمت و از لحاظ وضعی محکوم به جبران است GubooliDarafshan et al, 1394: 82). بر اساس ابعاد استخراج شده در فوق، تبلیغات تجاری همراه کننده ظرفیت تحمیل ضرر به صورت عاطفی، فیزیکی و مالی، به مصرف کننده را دارد. قاعده نفی ضرر که کاربرد گسترده‌ای در جنبه‌های مختلف اجتماعی و اقتصادی مسلمانان دارد، از ظرفیت مناسبی برای استخراج بینه حقوقی و کیفری برای برخورد با این نوع از تبلیغات را دارد. تعداد دیگری از قواعد فقهی به صورت غیرمستقیم ظرفیت پرداختن به جنبه‌های اخلاقی و کیفری تبلیغات همراه کننده را دارند که از آن جمله می‌توان به قاعده حرمت اعانه بر اثم و عدوان (Ibid, 82) اشاره کرد. عدم تصریح قانون بر پیگیری خسارات روحی، جسمی و مالی، ناشی از تبلیغات همراه کننده از یک سو و فقر پیشینه ادبی در زمینه بررسی ظرفیت‌های فقه اسلامی برای برخورد با پدیده‌های این چنینی از سوی دیگر، نشان‌دهنده لزوم انجام تحقیقات اساسی در این زمینه است.

ج: ارائه الگوی مفهومی-تقنینی مبتنی بر بوم فقهی

برای برون‌رفت از مشکلات نوپدید حقوقی و جهانی بومی‌سازی^۱ قوانین (استفاده از استانداردهای جهانی و درعین‌حال توجه به دانش بومی) به خصوص در بافتهای ایدئولوژیک مانند ایران، نیاز به ارائه مدل‌های بومی تقنینی است که با نگاه انتقادی به موضوعات، قادر به تحلیل فرابافت پدیده‌ها هستند و درعین‌حال، موجب کاربرست ملاحظات بافتی در تصمیم‌سازی، سیاست‌گذاری و اجرا می‌شوند. تحلیل ابعاد و مصادیق تبلیغات همراه کننده به همراه پویش ظرفیت‌های نرم‌افزاری بومی در مطالعه حاضر باعث زمینه‌یابی یک الگوی مفهومی تقنینی شده است که ضمن توجه به استانداردهای جهانی، مبتنی بر جهان‌بینی اسلامی است و امکان کاربرست در سایر حوزه را نیز دارد.

دستاوردهای حاصل از بخش فقهی مقاله، نشان می‌دهد که در این انگاره مفهومی برای قانون‌گذاری در مورد تبلیغات همراه کننده،

استخراج قوانین کیفری، بیشتر معطوف به بعد اخلاقی و دینی تجارت است، برخی قواعد فقهی با صراحت بیشتری بر جنبه حقوقی تجارت منصفانه، تأکید داشته‌اند و برای بررسی ابعاد حقوقی تبلیغات همراه کننده کاربرد دارند. در ذیل به بخشی از مهم‌ترین آن‌ها اشاره شده است:

- قاعده غرور: هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگر بشود و در آن عمل قصد و عمد مستتر باشد و به تبع آن، ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارت وارد برآید. بر اساس بجنوردی (1386:269) حتی اگر شخص اول قصد فریب نداشته باشد و خودش نیز فریب‌خورده یا آگاه باشد نیز در شمول این قاعده قرار می‌گیرد. در تبیین این قاعده نیز محقق داماد (1374:171) شرط قصد را ضروری نمی‌داند و حتی اگر شخصی بدون قصد باعث ایجاد ضرر شود، ضامن به جبران خسارت است. لنکرانی (1383:228) در کتاب قواعد فقهی خود این اقدام را مثابه تدلیس عنوان می‌کند. با این اوصاف اغلب تبلیغات همراه کننده در حیطه شمول این قاعده فقهی قرار می‌گیرند چون تبلیغ هم عامدانه است و هم با قصد و غرض انجام گرفته است و هم باعث ورود ضرر Mousavi (Bojnordi, 1411: 225) شده است.

- قاعده اتلاف: این قاعده یکی از پرکاربردترین قواعد فقهی در مورد ضمان و مسئولیت مدنی است که مورد توجه بسیاری از فقها قرار گرفته است. مکارم شیرازی (1425:175) این قاعده را به لحاظ جایگاه فقهی قاعده‌ای مورد تسالم می‌داند؛ درحالی‌که لنکرانی (1425:47) آن را از ضروریات می‌داند. اتلاف در این مفاد به سه شکل محتمل حادث می‌شود که شامل از بین بردن مال، جلوگیری از پیدایش مال و از بین بردن رابطه مال و مالک است که شکل نخستین آن در تبیین پدیده جاری، بیش‌ترین نزدیکی را دارد. بر اساس این قاعده که در ماده ۳۲۸ قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است، هرگاه شخصی به طریقی باعث اتلاف حقیقی یا اتلاف حکمی اموال فردی دیگر شود، ضمان آن بر عهده متلف است و باید با پرداخت مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات از عهده آن برآید. نائینی بر ضمانت اتلاف مال غیر تأکید کرده است (Naini, 1424: 263) و فقهای دیگری نیز با اضافه کردن قیودی مانند اتلاف مال بدون اجازه، بر لزوم ضمانت مال تلف شده، تصریح دارند. بر این اساس، فروش کالایی از طریق تبلیغات همراه کننده که امکان تحقق مشخصات تبلیغ شده به صورت عینی وجود ندارد، به مثابه اتلاف مال است و باید مورد پیگرد قرار گیرد. مباشرت یا تسبیب در اتلاف مال هر دو مشمول این قاعده قرار می‌گیرند.

- قاعده نفی ضرر: این قاعده بر اساس فقه امامیه از منظرهای

بهره‌برداری از این منبع عظیم الهی، نقص‌های روش‌شناختی فراوانی وجود دارد که بررسی آن‌ها خارج از حیطه نوشتار حاضر است.

گام سوم: تبیین الزامات: همان‌طور که در گام‌های پیشین اشاره کرد، بافت بومی ایران دارای الزامات خاصی است که به دلیل تفاوت در هستی‌شناسی، معرفت‌شناسی و روش‌شناسی اسلامی ایجاد شده است. در هستی‌شناسی اسلامی، شیوه استدلال و اجتهاد از قوانین فقهی، با روش‌های هنجاری غربی تفاوت رادیکال دارد. همچنین، برخلاف هستی‌شناسی غربی که دارای روش تفکر و ارزشیابی شناختی مبتنی بر مبانی کمیت‌گرایی^۱، نو-کمیت‌گرایی^۲، ساختارگرایانه و یا حتی ساخت گرایانه است، از الهیات و جهان‌بینی برخوردار است که بسیاری از مبانی را به چالش کشیده است. در حیطه معرفت‌شناختی نیز تعریف اسلام از بسیاری از ارزش‌ها، مفاهیم، مضامین، هنجارها و محتواها در تضاد رادیکال با غرب است. یکی از دلایل عدم فهم مشترک میان حقوق‌دانان و فقیهان در برخورد با مسائل نوپدید، تفاوت در هستی‌شناسی و معرفت‌شناسی لنزهای تحلیلی این دو طیف است که مانع از رسیدن به راه‌حل در بسیاری از چالش‌های نوین شده است. این در حالی است که این موضوع در تحقیقات اغلب مغفول مانده است و سطح اختلاف به مبانی نظری و منابع تقلیل داده شده است. این در شرایطی است که مبانی نظری زائیده مبانی هستی‌شناسی و معرفت‌شناسی هستند. ابراهیمی و دیگران (۱۳۹۹: ۱۴۶) معتقدند که بدون توجه به نگاه معرفت‌شناختی نسبت به مسائل فقهی، حتی امکان انطباق و بررسی مقایسه‌ای بین فقه و سایر حیطه‌ها فراهم نیست. در نقطه مقابل فقه، یعنی حقوق غرب، توبنر^۳ (۱۹۸۹: ۷۳۵) نیز تصریح می‌دارد که جوامع انسانی بر اساس بافت‌های معرفت‌شناسی^۴ خرد تقسیم‌بندی شده‌اند و موضوعات حقوقی به‌عنوان برساختی از همین جوامع انسانی، در قالب همین بافت‌ها قرار گرفته‌اند و از این‌رو، عدم اتخاذ نگاه معرفت‌شناختی به آن، موجبات عدم فهم موضوعی را فراهم می‌سازد؛ زیرا ساخت جامعه از حقیقت، علیرغم استقلال شناختی حقوق به‌عنوان پدیده‌ای در علوم جدید، از گزاره‌های تعیین‌کننده و بنیادی محتوای حقوقی است که بافت معرفت‌شناختی وابستگی شدید دارد. از طرف دیگر، حقوق به دلیل ماهیت خودنویس^۵ دارای استقلال معرفت‌شناختی است و لذا اعتباربخشی همه برساخت‌ها و نموده‌های آن از طریق فرایندهای درونی انجام می‌شود^۶. بر همین اساس، علمی‌ترین شیوه برخورد با واقعیت‌های حقوقی، اتخاذ نگاه معرفت‌شناختی است.

فقه اسلامی در سه مرحله اساسی شناسی مصداق، تعیین منابع و تبیین الزامات، دارای اثر ماهوی تعیین‌کننده است. تقنینی بدون توجه به بافت ایدئولوژیک بومی ایران که مبتنی بر جهان‌بینی اسلامی است، باعث ایجاد نقص‌های هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و روش‌شناختی در مرحله طراحی قانون می‌شود که در ارزشیابی و اجرا چالش‌های فراوانی را ایجاد می‌کند. این مراحل به‌اختصار در زیر توضیح داده شده است:

جدول شماره ۲: برخی از ظرفیت‌های فقه اسلامی برای برخورد با

پدیده تبلیغات گمراه‌کننده

ظرفیت‌های فقه اسلامی	مصادیق ظرفیت
ظرفیت‌های ایجابی	قاعده ارشاد جاهل
	قاعده احترام به مال مسلمان
	قاعده اکل مال به باطل
ظرفیت‌های سلبی	قاعده غرور
	قاعده اتلاف
	قاعده نفی ضرر

گام اول: بررسی پیشینه تحقیق نشان داد که استانداردهای غربی بیشتر ریشه در علوم بین‌رشته‌ای مانند روانشناسی و جامعه‌شناسی دارند که اغلب دارای بنیان‌های نظری مادی‌نگر هستند و از لحاظ حیطه و شمول به برخی ظرایف انسان‌شناختی و معنوی که در بافت بومی ایران وجود دارند، بی‌توجه‌اند. استفاده از ظرفیت فقه اسلامی برای شناخت مصادیق تبلیغات گمراه‌کننده بر اساس قواعد فقهی گوناگون، باعث جامعیت بیشتر یافته‌ها می‌شوند. همچنین، همان‌طور که در بالا اشاره شد، یکی از محدودیت‌های روش‌شناختی در تعیین ابعاد و مصادیق، مورد-محور بودن یافته‌های غربی است. بر همین اساس، استفاده از ظرفیت قواعد فقه برای شناسایی ابعاد و مصادیق باعث افزایش تعمیم‌پذیری یافته‌ها و اعتبار پسینی و روایی یافته‌ها می‌شود که خود دارای مزایای روش‌شناختی است.

گام دوم: بدیهی است که استانداردهای جهان‌شمول در حوزه تقنینی، از اهمیت بسزایی برای کاربست جهانی برخوردارند؛ اما با حرکت به سمت دنیای پسا‌روش و جهانی-بومی‌سازی در علوم انسانی، نمی‌توان از یک قالب پیش‌ساخته برای تمام بافت‌های دنیا استفاده کرد. بافت جمهوری اسلامی ایران دارای مختصات ایدئولوژیک منحصر به فرد است که در آن لزوم تطبیق همه قوانین با فقه اسلامی، یک اولویت اساسی است. نتایج مطالعه حاضر نشان داد که فقه اسلامی در حوزه‌های ایجابی و سلبی ظرفیت‌های فراوانی برای برخورد با پدیده تبلیغات گمراه‌کننده دارد. این ظرفیت در کنار دیگر ظرفیت‌های فقهی برای شناخت مصادیق بزه، فقه اسلامی را به منبعی بی‌بدیل تبدیل کرده است که به دلیل ریشه‌دار بودن در وحی الهی، دارای حیطه شمول گسترده و محتوای غنی است. البته، در

1-Positivism

2-Neo-Positivism

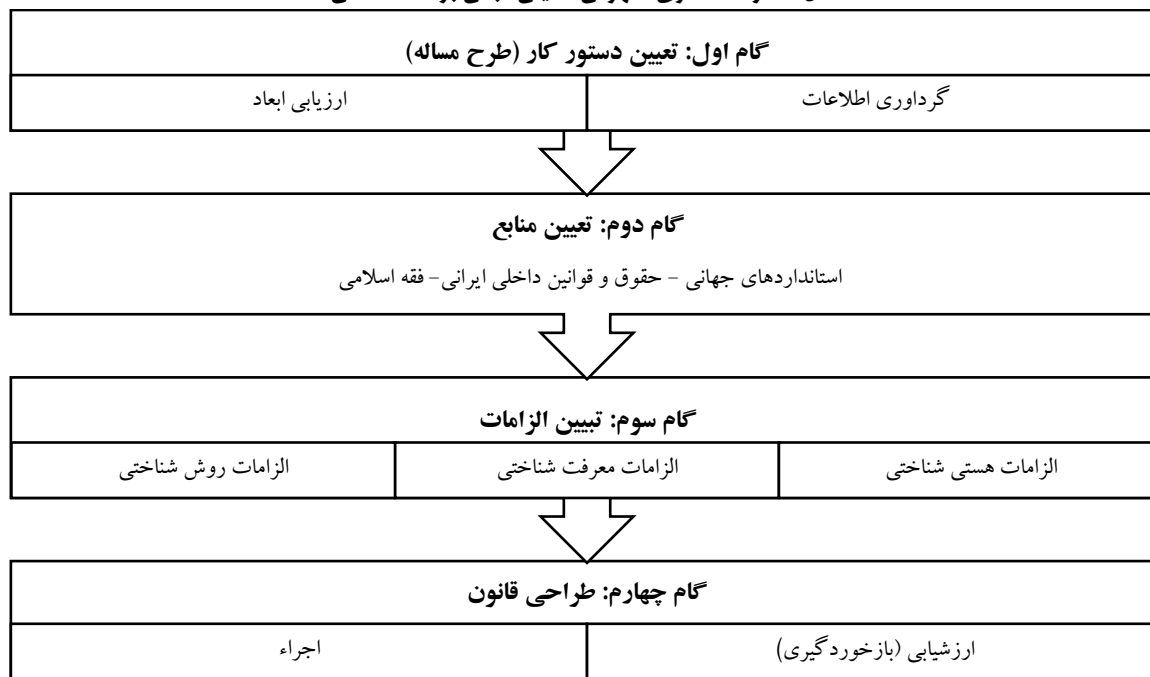
3- G. Teubner

4-Episteme

5-autopoietic

6- Ibid

شکل شماره ۱: الگوی مفهومی تقنینی مبتنی بر فقه اسلامی



از بعد هستی شناختی نیز، والانیت و بروکر^۱ (1996:1-2)، مفروضات هستی شناختی را قلب دانش در همه زمینه‌ها عنوان می‌کنند و اتخاذ نگاه هستی شناختی به حقوق برای شناخت ماهیت دانشی آن را ضروری می‌دانند؛ زیرا بر اساس این نگاه، می‌توان به تعهدات هستی شناختی نظام دانش محور حقوق، که باید‌ها و نبایدهای این حیطه دانش را کنترل می‌کنند، پی برد. این در حالی است که در مبانی نظری دانش حقوقی، این تعهدات، دسته‌بندی‌های دانشی و کارکردی و مسئولیت‌های دانشی بیان نشده‌اند و نیاز به استخراج و تبیین دارند تا از آن‌ها در ساخت نظریات نوین کمک گرفت (Ibid,3).^۲ به‌طور خلاصه، یکی از مؤثرترین روش‌ها در مقابله با چالش‌های فقهی و حقوقی، نظریه‌سازی و تولید دانش بر اساس مبانی هستی شناختی و معرفت‌شناسی فقه اسلامی است که زمینه لازم برای قاعده انگاری، تفسیر و حتی اجتهاد را فراهم می‌کند. بررسی مقایسه‌ای این مبانی در حقوق غرب نیز باعث مفاهمه مشترک بین دو حیطه فقه و حقوق خواهد شد. از لحاظ روش شناختی نیز این تضادها برجسته است. بر اساس محمودی (1399:63)، روش‌های علمی و عقلانی از اصول تحقیقی و استنباطی در فقه اسلامی است که نه تنها باعث کشف، تفسیر و توسعه اصول و قواعد می‌شود، بلکه می‌توان از آن‌ها برای بسط کمیت و کیفیت فقه اسلامی از فقه موجود به فقه

المطلوب، استفاده کرد. در همین راستا، ضیائی فر (1390:31) بر این نکته تأکید کرده است که نیاز امروز فقه، ابداع روش و کنش است. این در حالی است که سعیدی ابواسحاقی (1395:127) معتقد است که در فقه نظامات و ادبیات تحقیق فقه، تنها به مسائل کلان پرداخته شده است به گونه‌ای که در حال حاضر فقه اسلامی پاسخی برای بسیاری از چالش‌های موجود ندارد. از آنجایی که بسیاری از مسائل کنونی زندگی بشری در قالب اصول و قواعد فقهی قابل بررسی و تفسیر است، قاعده انگاری، می‌تواند به عنوان یک تلاش روش شناختی سازمان یافته، برای تدوین قواعد فقهی جدید مرتبط با پدیده‌های نوین مانند تبلیغات گمراه کننده تجاری، مورد استفاده قرار گیرد. مضاف بر بالا بودن ظرفیت وجه روش شناختی، رویکرد قاعده انگاری به حفظ بافت فقهی راه حل‌های احتمالی و کاربست دانش بومی فقه به کمک یک کنش بومی، کمک می‌کند. این در حالی است که توجه به زمینه یابی و دانش بومی برای حل مسائل بومی، مورد توجه محققان مطالعات کیفی بوده است. با نگاه به همین ظرفیت، برخی تلاش‌های فقهی تاکنون در این راستا انجام گرفته است که از آن جمله می‌توان به منتظری و دیگران (1395:821) اشاره کرد که از قاعده انگاری عدل و انصاف برای حل برخی مسائل مستحدثه مالی استفاده کرده‌اند. همچنین، ادبی فیروزجا و دیگران (1396:65) نیز از ظرفیت قاعده انگاری برای حل برخی چالش‌های فقهی مرتبط با مسئله قتل عمد، بهره جسته‌اند. همچنین، مسائل نوپدیدمانند تبلیغات تجاری

1- A. Valante & J. Breuker

2- Ibid, p.3

فراوانی روبرو است. در کشورهای غربی نیز، به رغم توسعه رویه‌های قضایی، اغلب موارد تقنینی در زمینه تبلیغات همراه‌کننده، مورد-محور، پسینی و بر اساس استانداردهای بیرونی است. این در شرایطی است که امکان کاربست جهان‌شمول این رویه‌ها در همه کشورها وجود ندارد و هر کشوری بر اساس ویژگی‌های بافتی، نیاز به رویه‌های قضایی بومی دارد. در این میان، شریعت اسلامی به دلیل اتکای به وحی و احادیث و روایات، از ظرفیتی بی‌نظیر برای بررسی همه پدیده‌های مستحدثه برخوردار است. نتایج حاصل از این تحقیق نشان داد که از ظرفیت مطالعات غربی و مبانی نظری آن، می‌توان برای شناخت این پدیده استفاده کرد و حتی از ظرفیت‌های تقنینی و رویه‌های قضایی آن بهره جست اما ظرفیت تربیتی و اخلاقی فقه اسلامی برای پیشگیری از بروز پدیده‌های شوم این چنینی است. همچنین قواعد فقه اسلامی، در تدوین، توسعه و بسط رویه‌های قضایی کاربردهای فراوانی دارد. از دیگر ظرفیت‌های فقه اسلامی برای برخورد با این پدیده، ظرفیت قاعده‌انگاری و استخراج قواعد فقهی جدید از منابع آن است. نتایج این تحقیق برای محققان در زمینه رسانه، فقه و علوم اسلامی و حقوق کاربرد دارد.

گمراه‌کننده به دلیل نداشتن مصداق عینی در آیات و روایات، فرایند اجتهاد برای فقیهان را با دشواری‌های فراوانی مواجه کرده است؛ اما با این حال با استفاده از ظرفیت‌های روش‌شناختی مانند با هم بینی آیات و روایات، استفاده از ابزارهای زبان‌شناختی تحلیل کلام و سیاق، ظرفیت‌های نرم‌افزاری و یا به کارگیری روش‌های نظریه‌سازی نوین مانند روش داده بنیاد، از رویکرد مبنایی و اجتهادی برای پاسخگویی به این مسائل استفاده کرد.

گام چهارم: کاربست آزمون روش‌ها و فرایندها و اخذ بازخوردهای اصلاحی مثبت و منفی، باعث تقویت، افزایش اعتبار پذیری و تعمیم در به کارگیری. تقویت روایی و پایایی آن می‌شود. الگوی مفهومی تقنینی در مسائل نوپدید نیز یک گام ارزشیابی برخوردار است تا امکان رفع نقص‌های زبان‌شناختی در انشاء قوانین، نقص‌های نظری در مبانی و نقص‌های کارکردی در اجرا، کشف و اصلاح وجود داشته باشد.

نتیجه‌گیری

علیرغم کاربست نظریه‌های گوناگون در علوم شناختی، رفتاری، حقوقی و رسانه‌ای، بررسی ابعاد گوناگون تبلیغات همراه‌کننده در تحقیق، شناخت و اندازه‌گیری، تقنینی و برخورد قضایی، با چالش‌های

References

- [1] The Holy Qur'an
- [2] Aaker, David. (1974). Deceptive advertising, in consumerism: search for the consumer interest. Free Press. New York.
- [3] AdabiFirouzjah, Razak; Mohseni Dehkalani, Mohammad; Ali Moradi, Amanullah (2016). Regulations of Laqud Leman La YaquadMenah , Jurisprudential and Usuli Inquiries, No. 4. (In Persian).
- [4] Ahmad, Mohammad. (1992). The protection of depreciation in Islamic jurisprudence; PhD thesis, Al-Azhar University, Cairo, Egypt.
- [5] Akbari, Parviz; Arabian, Asghar. (2019). Examining the scope of the rule of warning in subject law, Islamic Jurisprudential Foundations, 13 (25). (In Persian).
- [6] Al-Turki, abdallah. AsbabAkhtil-aaf al-Fuqaha. (2010). Third edition, Resalah Publishers.
- [7] Ansari, Sheikh Morteza. (1995). Al Makasab; Vol. 2, Dar al-Hikma publication. (In Arabic).
- [8] Bakar, MohdDaud. (2002). The Shari'a Supervisory Board and Issues of Shari'a Rulings and their Harmonization in Islamic Banking and Finance. In Islamic Finance: Innovation and Growth, edited by Simon Archer and Rifaat Ahmed Abdel Karim, 74-89. London: Euromoney Books and AAOIFI.
- [9] Berger, Klaue and Arntz, Thoma. (2016). Good faith as a 'general organizing principle' of the common law , Arbitration International, Vol. 32.
- [10] Burke, Sandra; Sandra, Millberg& Wendy, Moe. (1997). displaying common but previously neglected health claims on product labels: understanding competitive advantages, deception, and education , Journal of Public policy & Marketing, Vol. 16, No. 3.
- [11] Chimezie, Raymond. (2020). Deceptive advertising and consumer reaction , Open Access Library Journal, Vol. 7, No. 11.
- [12] Shiravi, Abdolhossein and Harandi, Mahshid. (2009). Unfair trade through dumping and how to deal with it in the World Trade Organization , Journal of Private Law, 7 (17). (In Persian).
- [13] Cialdini, Robert. (2001). Influence: science and practice, Boston: Allyn & Bacon.
- [14] Cohen, Dorothy. (1980). The FTC's advertising Substantiation Program , Journal of Marketing, Vol. 44, No. 1.
- [15] Creswell, J.W. (2008). Educational research: Planning, conducting, and evaluating quantitative and qualitative research. Upper Saddle River, NJ: Pearson Education.
- [16] Ebrahimi, Ruhollah; Khoshdoni, Mehdi; Khoshnoudi, Hadi; Farakhipour, Sajjad. (2019). Investigation of the localization of the fairness component in the validity of making fateful tests with an emphasis on educational

- jurisprudence , Educational Jurisprudence Studies, No. 13. (In Persian).
- [17] Fayyad, Mahmoud. (2012). Misleading advertising practices in consumer transactions: can Arab lawmakers gain an advantage from European Insight , Arab Law Quarterly, Vol. 26. (In Arabic).
- [18] Foster, Nicholas H. D. (2007). Islamic Finance Law as an Emergent Legal System. Arab Law Quarterly, Vol. 21, No. 2.
- [19] Gardner, D. (1975). Deception in advertising: A conceptual approach , Journal of Marketing, Vol. 39, No. 11.
- [20] Ghazali, Mohammad. (1972). Revival of Ulum al-Din; Scientific and cultural publications. (In Arabic).
- [21] Grais, Wafik, and Matteo Pellegrini. (2006). Corporate Governance and Shariah Compliance in Institutions Offering Islamic Financial Services. World Bank Policy Research Working Paper.
- [22] Grice, Paul. (1975). Logic and conversation in syntax and semantics. New York: Academic Press.
- [23] Grunert, Klaus&Dedler, Konrad. (1985). Misleading advertising: in search of a measurement methodology , Journal of public policy & marketing, Vol. 4.
- [24] Gubooli Darafshan, Seyyed Mohammad; Bakhtiarvand, Mustafa; Agha Mohammadi, Akram. (2014). Jurisprudential review of misleading commercial advertisements , Comparative Research of Islamic and Western Laws, No. 2. (In Persian).
- [25] HorAmeli, Mohammad Ibn Hasan. (1993). Al-Shia devices; Volume 8, Al Bayt al-Hiya al-Tarath, Qom. (In Arabic).
- [26] Harris, Richard, Michael.Trusty, John, Bechtold, & Louise, W. (1989). Memory for implied versus directly stated advertising claims , Psychology and Marketing, Vol. 6, No. 2.
- [27] Hastak, Manog. and Mazis, Michael. (2011). Deception by implication: a typology of truthful but misleading advertising and labeling claims , Journal of public policy and marketing, Vol. 30, No. 2.
- [28] Hegaz, Walid. (2005). Fatwas and the Fate of Islamic Finance: A Critique of the Practice of Fatwa in Contemporary Islamic Financial Markets. In Islamic Finance: Current Legal and Regulatory Issues, edited by Nazim Ali: Islamic Finance Project, Islamic Studies Program, Harvard Law School.
- [29] Hosseini Nesab, Ali et al. (2021). Civil responsibility caused by false advertising in the legal system of Iran and America with an emphasis on ethical principles , Bioethics, No. 36.
- [30] Inteziri, Alireza; MohagheghDamad, Seyyed Mustafa. (2011). The role of the rules of waste and attribution in civil liability , Fiqh and Usul, 44(2).
- [31] Kamali, Mohammad Hashim. (2007). Shari'ah and Civil Law: Towards a Methodology of Harmonization. Islamic Law and Society, Vol. 14, No.3.
- [32] Kardes, Frank. (1993). Consumer inference: determinants, consequences, and implications for advertising (eds). In advertising exposure, memory, and choice, A.A. Mitchell, ed. Hillsdale , NJ: Lawrence Erlbaum Associates.
- [33] Kesnavi, Shadi. (2016). Study of the jurisprudential rule of honoring right and wrong from the perspective of law and economics. Fiqh and Usul, No. 4.
- [34] Lankarani, Mohammad Fazel. (2004). al-Qa'ama al-fiqhiyyah; Ch 1, Qom, Iran. (In Arabic).
- [35] Lankarani, Mohammad Fazil; Al-Qawam al-Fiqhiyyah. (2004). Ch2, Qom, Center for Jurisprudence of the Imams. (In Arabic).
- [36] Macckay, Ejan. (2010). Good Faith in Civil Law Systems: A Legal Economic Analysis , Chilean Journal of Private Law, Vol. 18.
- [37] Marzban, Samira et al. (2022). Presenting the fair trade model in order to achieve the competitive advantage of food industry exporting companies , Journal of International Business Administration, 5 (4).
- [38] Mahmoudi, Akbar. (2019). Methodology of Ijtihad in Emerging Issues , Jurisprudential and Usuli Essays, No. 2, 2019.
- [39] MakaremShirazi, Nasser. (2004). The rules of jurisprudence; Qom, Imam Ali School.
- [40] Martin, Brett, Wentzel, Daniel&Tomczak, Torsten. (2008). Effects of susceptibility to normative influence and type of testimonial on attitudes toward print advertising , Journal of Advertising, Vol. 37, No. 1.
- [41] MohagheghDamad, Mustafa; Amirhosseini, Amin. (2018). Analysis of the right of consumers of pharmaceutical products to safety in Iranian law, Imami jurisprudence and European Union documents , Comparative Law Research, 23 (4).
- [42] MohagheghDamad, Mustafa. (1995). The Rules of Civil Jurisprudence; Tehran, Samt. (In Persian).
- [43] Mohammad Hashim, Kamali. (2007).Shari'ah and Civil Law: Towards a Methodology of Harmonization. Islamic Law and Society, No. 14, Vol. 3.
- [44] Montazeri, Saleh; Zarei, Mohammad Mehdi; MohsaniDehkalani, Mohammad. (2015). Jurisprudential Reflections on Justice and Insaf Rulemaking , Jurisprudential Research, No. 4.
- [45] Mousavi Bejnordi, Mirzahasan. (1990). al-Qa'baam al-Fiqhiyyah, vol. 1, Qom, Ismailian. (In Persian).
- [46] Mousavi Bojanvardi, Mirza Hassan. (2007). The rules of jurisprudence; Qom, Charters. (In Persian).
- [47] Naini, Mohammad Hossein. (2003). Mania Talib; Qom, Al-Nashar al-Islami Institute. (In Arabic).
- [48] Norman, Donald.A. &Bobrow, Daniel. (1976). On the role of active memory processes in perception and Cognition, San Francisco, Freeman.

- [49] Omidifard, Abdullah; Pilehvar, Marzieh. (2016). Jurisprudential examination of the rule of guiding the ignorant , Jurisprudence Research, No. 3. (In Persian).
- [50] Posner, Richard-Allen. (2007). Economic analysis of law, Wolters Kluwer, Austin.
- [51] Roe, Brian; Levy, Alan & Derby, Brenda. (1999). The impact of health claims on consumer search and product evaluation outcomes: results from FDA experimental data , Journal of Public Policy and Marketing, Vol. 18, No. 1.
- [52] Saeedi Abu Ishaqi, Mohsen. (2015). Examination of the thematic logic of traditional jurisprudence in new issues , Interdisciplinary Jurisprudential Research Journal (Jurisprudential Research Journal), No. 8. (In Persian).
- [53] Sahib Javaher, Najafi, Mohammad Hassan. (1983). Jawaharlal Kalam in the description of the laws of Islam; Vol. 38, Ch. 7, Beirut, Dar al-Ahia al-Tarath al-Arabi. (In Arabic).
- [54] Schafer, Hans, Bernd. & Aksoy, Huseyn- Can. (2015). Alive and well: the good faith principle in Turkish contract law , European Journal of Law and Economics, Vol. 42.
- [55] Schutz, Howard. G. & Casey, Marrine. (1981). Consumer perceptions of advertising as misleading . Journal of Consumer Affairs, Vol. 15.
- [56] Schwartz, Alan. (2003). The law and economics approach to contract theory, In: Wittman DE (ed) Economic analysis of the law, Blackwell, Maiden.
- [57] Shimp, T & Preston, I. (1981). Deceptive and non-deceptive consequences of evaluative advertising , Journal of Marketing, Vol. 45, No. 1.
- [58] Shimp, Terence. (1978). Do Incomplete Comparison Mislead? . Journal of Advertising Research, Vol. 18.
- [59] Tabarsi, Fazl bin Hasan. (1987). Al-Bayan Assembly in Al-Tafsir al-Qur'an Beirut, publishing house, Daral-e-Mareh for printing and publishing. (In Arabic).
- [60] Tabatabai, Seyyed Mohammad Hossein. (1996). Al-Mizan in Tafsir of the Qur'an; Volume 4, Tehran, Iran, DarulKitab al-Islamiya. (In Arabic).
- [61] Teubner, Gunther. (1989). How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law , Law & Society Review, Vol. 23, No. 5.
- [62] Turk M.A., Cooke E.F. (2015). What Is False, Deceptive or Misleading Advertising? In: Lindquist J.D. (eds) Proceedings of the 1984 Academy of Marketing Science (AMS) Annual Conference. Developments in Marketing Science: Proceedings of the Academy of Marketing Science. Springer, Cham.
- [63] Valante. Andre & Breuker, Joost. (1996). A Functional Ontology of Law, Online Published Text, University of Amsterdam.
- [64] Ziaifar, Saeed. (2018). Government Approach in Jurisprudence , Journal of Political Science Seminary, No. 53.



Research Article

Vol. 30, No. 23, Spring-Summer 2023, p. 17-35

A Deliberations On The Legal And Economical (Procedural) Principles Governing Payment Systems From The Perspective Of The CPSS Document

M.R. Pasban¹, A. Toosi², M. Alimohammadi^{3*}, E. Abdipour Fard⁴

1-Professor, Department of Private and Economic Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

2-Assistant Professor, Department of Private and Economic Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

3-Ph.D Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

4-Professor, , Department of Private Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran

(*- Corresponding Author Email: maryamalimohammadi@atu.ac.ir)

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.81198.1253>

Received: 26 December 2022

Revised: 14 April 2023

Accepted: 1 July 2023

Available Online: 1 July 2023

How to cite this article:

Pasban, M.A.; Toosi, A.; Alimohammadi, M., & Abdipour Fard, E. (2023). A Deliberations On The Legal And Economical (Procedural) Principles Governing Payment Systems From The Perspective Of The CPSS Document. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 30(23): (17-35) (in Persian with English abstract).

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.81198.1253>

1- INTRODUCTION

The increasing and significant growth of financial transactions in the 1980s, 1990s, and 2000s, which was caused by the progress of globalization and financial exchange liberalization, is regarded as the primary driver and origin of payment system evolution. This fact resulted in the recognition, focus, and rising global attention on the role and value of a settlement in payment systems, which in turn encouraged extensive payment system reforms. During the preceding decades, particularly the 1990s, the role and efforts of the Bank for International Settlement (BIS) and its enlightened actions centered on its Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS) became more prominent. This committee prepared the report on the core principles of systemically important payment systems, also known as the "CPSS" document, which includes global legal and economic standards governing the processes of important payment systems and was published by the BIS in 2000 & 2001.

2- PURPOSE

This article attempts to introduce and explain the core principles governing systemically important payment systems based on the CPSS document. We also examine the establishment of the necessary legal and economic foundations required for the design, modification, development, and adaptation of Iran's payment systems.

3- METHODOLOGY

The library and documentary are the most commonly used research methods in this article and is done in a descriptive and explanatory manner.

4- FINDINGS

This article divides the principles governing payment systems (CPSS) into two categories: legal and economic principles. Legal principles of are in three core principles, which are as follows.

1-"The system should have a well-founded legal basis under all relevant jurisdictions"

This principle states that in any payment system, both payments and system operation should be subject to general rules and regulations, as well as general agreements governing payment system implementation.

2-"The system's rules and procedures should enable participants to have a clear understanding of the system's impact on each of the financial risks they incur through participation in it."

This principle emphasizes the transparency and clarity of the set of rules and procedures governing the payment system to fully and comprehensively understand the financial risks of the payment system.

3-"The system should have clearly defined procedures for the management of credit risks and liquidity risks, which specify the respective responsibilities of the system operator and the participants and which provide appropriate incentives to manage and contain those risks".

The rules and procedures of an payment system are a basis for determining the location and occurrence of



credit and liquidity risks and providing clear definitions of financial risk feedback in the payment system. This document has stated the economic principles of payment systems in the form of seven principles.

1-"The system should provide a means of making payments which is practical for its users and efficient for the economy."

The first part of this principle is based on the need for a payment system that fits the needs of users. The second part of this principle focuses on the economic efficiency of the payment system.

2-"The system should provide prompt final settlement on the day of value, preferably during the day and at a minimum at the end of the day."

This principle establishes two minimum standards for settlement. The first is a settlement of at least one day that occurs within the day, and the second is a final settlement at the end of the value day.

3-"A system in which multilateral netting takes place should, at a minimum, be capable of ensuring the timely completion of daily settlements in the event of an inability to settle by the participant with the largest single settlement obligation."

This principle is consistent with implementing and guaranteeing the first part of the previous principle in the case of systems that perform the settlement process via a multilateral network, especially with a delay.

4-"Assets used for settlement should preferably be a claim on the central bank; where other assets are used, they should carry little or no credit risk and little or no liquidity risk."

This principle is intended to eliminate or reduce the financial risk associated with the use of a specific asset to settle payments made through a systemically important payment system.

5-"The system should ensure a high degree of security and operational reliability and should have contingency arrangements for timely completion of daily processing."

A payment system must be designed and implemented with a high level of security and operational reliability.

6-"The system should have objective and publicly disclosed criteria for participation, which permit fair and open access."

This principle highlights the significance of determining the criteria for users participation in the payment system, as well as establishing a fair, free, and competitive environment for the provision of payment services.

7-"The system's governance arrangements should be effective, accountable and transparent." Effective, accountable, and transparent governance in general provides a foundation for compliance with the main principles, which is an important task on the shoulders of the central bank in systemically important payment systems.

5- CONCLUSION

The extensive development of financial markets and national and international economies have highlighted the importance and role of payment and settlement systems more than ever.

The CPSS document presents payment system legal issues in three principles and economic principles in seven basic principles.

These principles are strongly reflected in international legal and economic systems, as well as the wide and diverse areas of payment systems used and developed. In addition to the International Monetary Fund and the World Bank, more than 28 countries with advanced and emerging economies have joined it. In summary, the effective application of these core principles is required for all countries to achieve the goals of public and economic policies, particularly the efficiency and safety of payment systems. It is especially important in emerging economies due to the efforts made in these countries to improve or create new systems to better manage the growing payment flows in national and international financial markets.

Keywords: payment system, legal principles, economic or procedural principles, Central Bank, CPSS document

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۳۵-۱۷

تأملی بر اصول حقوقی و اقتصادی حاکم بر نظام‌های پرداخت از منظر سند CPSS

محمدرضا پاسبان^۱ - عباس طوسی^۲ - مریم علی‌محمدی^{۳*} - ابراهیم عبدی پور فرد^۴

دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۵ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۱۰

چکیده

نظام‌های پرداخت، بخش حیاتی زیرساخت‌های اقتصادی و پولی هر کشور هستند که نحوه کارکرد آن‌ها، نقش اساسی در تسویه سریع و کارآمد معاملات، انتقال ایمن وجوه در بخش‌های مختلف نظام اقتصادی، تقویت و ارتقای کارایی و افزایش ثبات نظام اقتصادی در عرصه‌های ملی و بین‌المللی ایفا می‌کند. گزارش اصول اصلی حاکم بر نظام‌های پرداخت مهم سیستمی (CPSS) بانک بین‌المللی تسویه وجوه (BIS) مشتمل بر استانداردهای جهانی و اصول دهگانه حقوقی و اقتصادی حاکم بر فرآیندهای نظام‌های پرداخت است که از مهم‌ترین ترتیبات مالی و پولی بین‌المللی در حوزه نظام‌های پرداخت با هدف تعیین معیارها و اصول به‌کارگیری و ارزیابی سیستم‌های پرداخت و سیاست‌های نظارتی بانک مرکزی بر زیرساخت‌های مالی در کشورهای مختلف جهان است. این سند هم‌اکنون در نظام‌های حقوقی و اقتصادی بین‌المللی به‌شدت انعکاس و در حوزه‌های گسترده و متنوع نظام‌های پرداخت مورد استفاده و توسعه یافته است. در این پژوهش تلاش می‌شود با روش توصیفی و تحلیلی، به معرفی و بررسی این اصول و ابعاد حقوقی و اقتصادی آن‌ها پرداخته شود تا بسترهای لازم به‌منظور اعمال، تطبیق و ارزیابی نظام‌های پرداخت متعدد نظام اقتصادی ایران در چارچوب این اصول فراهم گردد و از این رهگذر شاهد ارتقاء و توسعه نظام‌های پرداخت داخلی منطبق با معیارها و هنجارهای بین‌المللی به روز در حوزه حقوق پرداخت و اقتصاد باشیم.

کلیدواژه‌ها: نظام پرداخت، اصول حقوقی، اصول اقتصادی یا فرآیندی، بانک مرکزی، سند CPSS
طبقه‌بندی JEL: E42, K22, E42, E58, F33

مقدمه

از حیث پیشینه تاریخی و عوامل اقتصادی و اجتماعی مؤثر در پیشرفت تکاملی نظام‌های پرداخت^۵، بی‌گمان، رشد فزاینده و چشمگیر

معاملات و تراکنش‌های مالی در دهه‌های ۱۹۸۰، ۱۹۹۰ و ۲۰۰۰ که

شده بین شرکت کنندگان و اپراتور سیستم، انجام می‌شود". بانک مرکزی اتحادیه اروپا و بند ۷ ماده ۴ دستور العمل پارلمان اروپا درمورد خدمات پرداخت در بازار داخلی مصوب ۲۰۱۵ نیز تعریف مشابهی دارند برای مطالعه بیشتر رجوع شود:

Bech, M. L., & Hancock, J. (2020). Innovations in payments. BIS Quarterly Review, March & Biagio, B., & Massimo, C. (2001). The Oversight of the Payments Systems: A Framework for the Development and Governance of Payment Systems in Emerging Economies. World Bank Report & Haldane, A. G., & Saporta, V. (Eds.). (2008). The future of payment systems (p.31). Routledge & Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC (Text with EEA relevance)

۱- استاد گروه حقوق خصوصی و اقتصادی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

۲- استادیار گروه حقوق خصوصی و اقتصادی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

۳- دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

۴- استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران
(*) نویسنده مسئول : (Email: maryam_alimohammadi@atu.ac.ir)

۵- کمیته (CPSS) بانک بین‌المللی تسویه وجوه در تعریف نظام پرداخت آورده است: "نظام پرداخت، مجموعه‌ای از ابزارها، رویه‌ها و قوانین برای انتقال وجوه بین شرکت کنندگان سیستم است که به طور معمول، با استفاده از زیرساخت فنی توافق

ازجمله این گزارش‌ها^۳، گزارش اصول اصلی حاکم بر نظام‌های پرداخت مهم سیستمی (CPSS) است که دربردارنده استانداردهای جهانی حقوقی و اقتصادی حاکم بر فرآیندهای نظام‌های پرداخت مهم است. این گزارش در سال ۱۹۹۹ توسط این کمیته تهیه و در سال ۲۰۰۰ توسط بانک بین‌المللی تسویه وجوه برای نخستین بار منتشر گردید. این استانداردها پس از نظرخواهی از بانک‌ها و مؤسسات مالی کشورهای عضو، مجدداً مورد بازبینی قرار گرفت. در نهایت در سال ۲۰۰۱، در دو بخش حقوقی و اقتصادی و در قالب ۱۰ اصل بنیادین به‌عنوان دستورالعمل‌ها و استانداردهای جهانی برای تشویق به طراحی و بهره‌برداری ایمن‌تر و کارآمدتر SIPS^۴ در سرتاسر جهان تصویب و منتشر گردید. این اصول هم‌اکنون در جامعه بین‌المللی به‌شدت انعکاس و در حوزه‌های گسترده و متنوعی مورد استفاده و توسعه یافته است. (Schmitz et al., 2007, 4)، (Heinrich, 2003, 691-693)، (Maggs, 1997, 65-72)، (Shahchera, 2010, 198) شایان توجه است، هرچند اصول و توصیه‌های (CPSS) از نظر قانونی الزام‌آور نیستند و تصویب‌کنندگان آن صرفاً به دنبال توافق بر سر

خود ناشی از پیشرفت جهانی‌سازی و آزادسازی مبادلات مالی بود، محرک اصلی و خاستگاه اولیه آن معرفی می‌گردد. افزون بر آن، آگاهی گسترده از این واقعیت که ریسک تسویه نه یک ریسک خیالی، بلکه یک "ریسک واقعی" است، به یک نیروی محرکه قوی برای بانک‌های مرکزی کشورها به‌منظور اصلاح و ارتقاء نظام‌های پرداخت مبدل گردید. (Nakajima, 2011, 75-76) این امر، از یک‌سو، منجر به شناخت، تمرکز و توجه رو به رشد جهانی بر نقش و ارزش تسویه نظام‌های پرداخت شد و از سوی دیگر، سر منشأ تشویق اصلاحات گسترده در نظام‌های پرداخت گردید.

شکل‌گیری این شرایط، مصادف با بی‌ثباتی مالی ناشی از بحران‌های مالی منطقه‌ای در آسیا و سایر بازارهای نوظهور در اواخر دهه ۱۹۹۰ و به‌طور کلی ظهور اندیشه‌های ادغام فزاینده بازارهای مالی گردید. امری که در نهایت منجر به تلاش‌های بین‌المللی مجدد برای تقویت معماری مالی جهانی و کاهش ریسک سیستمی و شروع به توسعه مجموعه‌ای از هنجارها و استانداردهای بین‌المللی برای نظام‌های پرداخت شد. (Hakimi, 2010, 68-69)، (Russo, 2021, 23-24)، (Zhang et al., 2020, 9-11)، (Ledingham et al., 2000, 4)

همزمان با تحولات اقتصادی و اجتماعی دهه‌های مزبور، خصوصاً دهه ۱۹۹۰، نقش و تلاش‌های بانک بین‌المللی تسویه وجوه (BIS) و اقدامات روشن‌گرانه آن بیش‌ازپیش پررنگ گردید. این بانک با محوریت کمیته نظام‌های پرداخت و تسویه (CPSS) خود، اقدام به انتشار چندین گزارش و ابتکار بین‌المللی مشتمل بر برخی استانداردهای جهانی در خصوص تئوری و عملکرد نظام‌های پرداخت، ازجمله علت ریسک تسویه حساب و اقدامات حفاظتی برای کاهش ریسک تسویه نمود. چنین حرکات فعالی منجر به پیشرفت تکاملی نظام‌های پرداخت و همچنین بهبود مدیریت ریسک گردید.^۲

سایر کمیته‌های BIS تأثیرگذارترین نهادهای تنظیم استاندارد مالی بین‌المللی و اعمال نفوذ مستقیم یا غیرمستقیم بر توسعه قوانین و مقررات نظام بانکی و پرداخت برای همه کشورهای توسعه یافته و اکثر کشورهای در حال توسعه هستند. اعضای آن مقامات ارشد نظام‌های پرداخت و تسویه بانک مرکزی کشورهای عضو می‌باشد که به روسای بانک مرکزی کشورهای گروه G10 گزارش می‌دهند. خصوصاً بحران‌های مالی و اعتباری جهانی در سالهای ۲۰۰۷-۲۰۰۹، نقش مهم و موثر این کمیته رادرتظیم استانداردهای بین‌المللی برای نظام‌های پرداخت و موضوعات مرتبط با ثبات مالی جهانی، برجسته کرده است و هم‌اکنون ۲۸ کشور در آن عضویت دارند که بیش از ۸۰ درصد اقتصاد جهان و بیش از ۶۰ درصد جمعیت آن را پوشش می‌دهند و بیش از ۴۰ درصد اعضای آن از اقتصادهای بازارهای نوظهور هستند.

برای مطالعه بیشتر رجوع شود:

Alexander, K. (2009). Global Financial Standard Setting, The G10 Committees, and International Economic Law, 34 BROOK. J. Int'l L, 2008-2009 & Nakajima, M. (2011). Payment system technologies and functions: innovations and developments. IGI Global & Russo, D. (Ed.). (2021). Payments and market infrastructure two decades after the start of the European Central Bank. European Central Bank.

۳- برخی گزارش‌های این کمیته، اصطلاحاً به عنوان گزارش‌های مهم تلقی می‌شوند که تأثیر عمده‌ای بر اصلاحات نظام پرداخت در سطح جهانی و بین‌المللی داشته است. این گزارش‌ها شامل «گزارش اصول اصلی حاکم بر سیستم‌های پرداخت مهم سیستمی (CPSS)»، «گزارش سیستم‌های RTGS»، «گزارش لافالوسی»، «گزارش آنجل»، «گزارش آلسوپ» و «گزارش نوتل» است.

۴- این اصول عمدتاً برای «نظام‌های پرداخت مهم سیستمی (SIPS) اعمال می‌شود؛ یعنی آن دسته از نظام‌های پرداخت، که بروز یک اختلال در آن می‌تواند باعث ایجاد یا انتقال اختلالات بیشتر در بین شرکت کنندگان یا اختلالات سیستمیک در بازارهای مالی شود.

۱ - موسسه‌ای بین‌المللی است که در زمینه ایجاد همکاری و تقویت مشارکت‌های پولی و مالی میان بانک‌های مرکزی کشورهای عضو و مؤسسات مالی بین‌المللی فعالیت می‌کند و در واقع بانکدار بانک‌های مرکزی است. این نهاد در ۱۷ مه ۱۹۳۰ میلادی تأسیس گردید و قدیمی‌ترین سازمان مالی بین‌المللی جهان به شمار می‌رود و متشکل از چهار کمیته بین‌المللی، نظام‌های پرداخت و تسویه (CPSS)، نظارت بانکی بازل (BCBS) و ثبات سیستم‌های مالی جهانی (FSB) و کمیته بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادار (IOSCO) است.

۲ - در این راستا، ابتدا، در سال ۱۹۸۰ یک گروه متخصصین نظام‌های پرداخت توسط روسای بانک‌های مرکزی ده کشور موسوم به (G10) در این بانک تشکیل شد. این گروه در سال ۱۹۹۰، پس از بررسی دقیق تحولات نظام‌های پرداخت در کشورهای G10 و چندین کار تحلیلی، به منظور گسترش فعالیت‌های خود، تحت عنوان کمیته (CPSS) سازماندهی و تشکیل گردید. از آن پس، (CPSS) یکی از کمیته‌های دائمی بانک بین‌المللی تسویه وجوه را تشکیل داده است که وظایف اصلی آن، تنظیم استانداردهای جهانی، نظارت و تجزیه و تحلیل تحولات نظام‌های پرداخت داخلی و نظام‌های پرداخت برون مرزی و چند ارزی است که با همکاری

پرداخت، تصفیه و تسویه هر نظام پرداخت به شدت تحت تأثیر بنیان‌ها و چهارچوب‌های قانونی آن قرار دارد. تمامی اصول اقتصادی نظام‌های پرداخت به ویژه اصول کارایی و امنیت، متضمن استانداردهایی در زمینه ریسک‌های قانونی هستند؛ بنابراین، اصول حقوقی شفاف، جامع و مؤثر، پیش نیاز و عنصر حیاتی برای ایجاد اعتماد بازار، حمایت از سرمایه گذاران و تحدید و مدیریت ریسک‌های نظام پرداخت است. سند (CPSS) مسائل حقوقی نظام‌های پرداخت را در قالب سه اصل بنیادین مطرح نظر قرار داده است که به بررسی و تبیین اصول مزبور می‌پردازیم.

اصل داشتن مبانی حقوقی معتبر و مدون در تمامی

حوزه‌های قضایی مرتبط نظام پرداخت

از دیدگاه سند (CPSS) شرط اولیه و لازم برای استقرار، تداوم و انسجام هر نظام پرداخت، مبانی قانونی و حقوقی معتبر و مدون است که سرآمد تمامی اصول حقوقی و اقتصادی این سند می‌باشد و اولین اصل آن را تشکیل می‌دهد. این اصل در تأکید بر اهمیت و وجوب پشتیبان حقوقی و قانونی مستند و مستحکم برای هر نظام پرداخت مقرر می‌دارد: "نظام پرداخت باید از یک مبانی حقوقی معتبر و مدون در همه حوزه‌های قضایی مرتبط برخوردار باشد." (CPSS, 2001, 3&6) به این معنا که، در هر کشور، قوانین و مقررات مدون باید پشتیبان عملکرد نظام‌های پرداخت باشند و نظام‌های پرداخت باید در چهارچوب اختیارات قانونی و حیطه حقوقی محکم پی ریزی شده و کار کنند.

بر مبنای این اصل، نه تنها تمامی عناصر و فرآیندهای هر نظام پرداخت باید تحت حاکمیت، کنترل و نظارت قوانین و مقررات کلی و عام حاکم بر نظام‌های پرداخت قرار گیرند، بلکه هر نظام پرداخت نیز باید به طور جداگانه و منحصر به فرد، مورد قانون گذاری ویژه قرار گرفته و دارای قانون خاص و قواعد حقوقی مختص خود باشد. (CPSS, 2001, 16) حتی فراتر از آن، در مواقعی که مصالح، ضروریات، اقتضائات و ویژگی‌های خاص نظام پرداخت ایجاب نماید، قادر به تخصیص و یا نسخ قواعد و مقررات عمومی در جهت کنترل و حمایت از عملکرد روان نظام پرداخت باشند. (Rahmatzade et al, 2022, 54)

برای مثال، نمونه‌هایی از قوانین عام که در شکل‌گیری چهارچوب قانونی نظام پرداخت و پشتیبانی از آن مؤثر هستند، عبارتند از: قوانین ناظر بر حقوق تعهدات و قراردادهای، قوانین ورشکستگی، قوانین و مقررات بانکی و غیره. در این میان، زیرساخت‌های حقوقی خاص نظام پرداخت، از اهمیت و نقش موثرتری در این زمینه برخوردار هستند. از جمله: قوانین و مقررات خاص نظیر: قوانین اسناد تجاری (برات، سفته و چک)، قانون پرداخت الکترونیکی، مقررات جلوگیری

استانداردهایی هستند که کشورهای مختلف بتوانند به طور انعطاف‌پذیر در رژیم‌های نظارتی خود اجرا کنند. لذا، از این جهت در دسته‌بندی حقوق نرم قرار می‌گیرند. لیکن ارائه کننده مجموعه مهمی از هنجارهای بین‌المللی هستند که بر استانداردها و رویه‌های نظارتی زیرساخت‌های مالی تأثیر می‌گذارند. از همه مهم‌تر، از آنجایی که این اصول، معیار ارزیابی نظام بانکی کشورهای مختلف در بازدهی‌های دوره‌ای صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی هستند، این امر، بیانگر قدرت سیستماتیک و نظارت بین‌المللی این اصول برای ارزیابی نظام‌های پرداخت در حقوق اقتصادی داخلی کشورها است. (Alexander, 2009, 876)، (Nakajima, 2011, 83)

در خصوص پیشینه این پژوهش لازم به ذکر است، این اصول به صورت متمرکز و اختصاصی در حوزه حقوق و اقتصاد ایران، مورد مطالعه قرار گرفته است، لکن این سند و مطالعات متعدد خارجی در این زمینه می‌توانند زمینه‌های تبیین موضوع و ادبیات حقوقی و اقتصادی لازم را برای ارزیابی، انطباق و اصلاح انواع مختلف نظام‌های پرداخت ایران بر اساس اصول جهانی CPSS فراهم آورد. لذا محوریت اصلی این پژوهش معرفی و توضیح این اصول برای نخستین بار در حقوق اقتصادی ایران است، لکن تلاش شده است به نحو مختصر نظام‌های پرداخت ایران با این اصول تطبیق گردد و به نقاط ضعف و قوت آن‌ها اشاره گردد.

سؤال اصلی این پژوهش آن است، اصول دهگانه حاکم بر نظام‌های پرداخت مهم سیستمی (CPSS) کدام است و ابعاد و کارکرد حقوقی اقتصادی آن‌ها چیست؟ فرضیه پژوهش بر این نظر استوار است که تبعیت نظام‌های پرداخت داخلی و بین‌المللی از اصول یادشده موجب افزایش کارایی، ارتقای امنیت و کاهش ریسک‌های تسویه در این نظام‌ها

می‌شود و کنشگران اقتصادی را به تعاملات و مبادلات تجاری به ویژه پرداخت‌های غیردیداری تشویق می‌کند. این مقاله، اصول حاکم بر نظام‌های پرداخت را، به دو مبحث اصول حقوقی و اصول اقتصادی یا فرآیندی دسته بندی کرده

و به بررسی ابعاد حقوقی و اقتصادی آن‌ها و همچنین ارزیابی و تطبیق اجمالی نظام‌های پرداخت ایران با آن می‌پردازد.^۱

مبحث اول: اصول حقوقی (CPSS) ناظر بر نظام‌های پرداخت

بررسی گزارشات متعدد و اصول بین‌المللی (CPSS) حاکی از این واقعیت است که ایمنی، کارایی و عملکرد صحیح و سالم ترتیبات

۱- بررسی تطبیقی تفصیلی و جامع هریک از نظام‌های پرداخت ایران با اصول سند CPSS، نیازمند یک پژوهش مستقل و خارج از موضوع این مقاله است.

درک و پیاده سازی نشده باشد، می‌تواند مشارکت کنندگان خود را در معرض خطرات جدی قرار دهد. یک نظام پرداخت ضعیف از نظر حقوقی، می‌تواند به شرکت کنندگان آن احساس امنیت کاذب بدهد و در نتیجه منجر به افزایش ریسک‌های اعتباری یا نقدینگی گردد. (CPSS, 2001, 6)

همچنین از آنجایی که در ساختار حقوقی و قانونی هر نظام پرداخت، موضوع اعتبار تسویه حساب و تعیین زمان قطعیت و نهایی شدن تسویه^۱ به منظور تعیین زمان انتقال ریسک‌های مالی، از اهمیت زیادی برخوردار است؛ مبانی حقوقی و قانونی هر نظام پرداخت، مکلف به ارائه تعریف روشنی از زمان قطعیت تسویه حساب در سیستم و تضمین آن می‌باشد. (Nakajima, 2011, 91) بنابراین، یک چهارچوب قانونی معتبر از منظر این اصل، مکلف است به منظور کاهش ریسک‌های سیستمی نظام پرداخت و محافظت سیستم اثرات نامطلوب قوانین و دادرسی ورشکستگی شرکت کنندگان آن و دیگر خطرات مشابه، مفهوم زمان قطعیت و نهایی شدن تسویه را به وضوح تعیین نماید و اثرات عطف به ماسبق شدن قانون ورشکستگی بر حقوق و تعهدات در سیستم‌ها را ممنوع کند. (Kokkola, 2010, 144-146)

قوانین بانکی و بانک مرکزی نیز نقش بسیار مهمی را در حوزه نظام‌های پرداخت ایفا می‌کنند. بانک‌ها و بانک‌های مرکزی برای حضور و مشارکت فعال در نظام‌های پرداخت و خصوصاً طراحی سامانه‌ها و سیستم‌های مؤثر و اتخاذ اصول صحیح مدیریت ریسک، به مجوزها و اختیارات قانونی خاص نیاز دارند. ضمن آنکه ساختار قانونی نظام پرداخت نیز نباید مانع توسعه فناوری‌های جدید نظام پرداخت گردد و باید متضمن قوانین پویا و به روز در زمینه ابزارها و مجوزهای الکترونیکی، پردازش و تسویه الکترونیکی و ضمانت اجراهای مؤثر در موارد خطا و تقلب باشد. (CPSS, 2001, 17-18)

در مجموع می‌توان گفت برای تشخیص و احراز این اصل در هر نظام پرداخت، مؤلفه‌هایی ذیل از نقش بنیادین برخوردار هستند: جامعیت و قابل اعتماد بودن قوانین نظام پرداخت، قابلیت اجرای قوانین و قراردادهای در تمام شرایط، وضوح زمان تسویه حساب نهایی و قطعی به ویژه زمانی که ورشکستگی وجود دارد، عدم وجود قاعده ساعت صفر یا قوانین مشابه، قوانین بانکی و بانک مرکزی و سازگاری و پویایی ساختار قانونی نظام پرداخت با فناوری‌های جدید.

در حقوق ایران، حوزه زیرساخت‌های حقوقی نظام‌های پرداخت متشکل از دو دسته از قوانین و مقررات عام و خاص می‌باشد. در دسته قوانین و مقررات عام می‌توان به قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۵۸،

از ابزارها و خدمات پرداخت ناعادلانه، قوانین ایجاد استاندارد برای ابزارهای پرداخت، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های بانک مرکزی ناظر بر پرداخت، خصوصاً قوانین نظارتی بانک مرکزی بر نظام‌های پرداخت ملی، رویه‌های قضایی و سایر قوانین و مقررات مرتبط با حوزه پرداخت. (CPSS, 2001, 3&6 ؛ BCBS, 2006, 16)

آنچه در راستای تفسیر و اجرای کردن این اصل، واجد اهمیت بسزایی است، این است که اصطلاح "مبنای قانونی" به کار رفته در این سند، صرفاً به این معنا نیست که قانون خاصی مورد نیاز است که به مسائل نظام پرداخت یا سایر اصول این سند بپردازد. به نظر می‌رسد، مهم‌ترین هدف یک مبنای قانونی صحیح، دستیابی طرفین یا شرکت کنندگان نظام پرداخت به درک همه جانبه و قابلیت پیش بینی عملکرد نظام پرداخت می‌باشد. به دیگر سخن، طرفین نظام پرداخت باید حقوق و تعهدات خود را تا حدی که بتوانند نتایج و عواقب استفاده از یک نظام پرداخت را به نحو روشن و منطقی پیش بینی کنند، بدانند. همچنین از خطراتی که در صورت اختلال سیستم یا شکست یکی از شرکت کنندگان ایجاد می‌گردد، اطلاع داشته باشند. (Maggs, 1997, 740) در نتیجه، اگر قرار است در یک نظام پرداخت، مدیریت ریسک، صحیح و کارآمد باشد، باید حقوق و تعهدات طرفین در زمینه عملیات و فرآیندهای سیستم پرداخت و به ویژه مدیریت ریسک با درجه بالایی از اطمینان ایجاد و مشخص شود.

بنابراین، حقوق و تعهدات قانونی کامل و مستحکم برای مکانیسم‌های مدیریت ریسک ضروری است تا کاربران نظام پرداخت در مواقع استرس مالی، قادر به عملکرد قابل پیش‌بینی باشند. تجزیه و تحلیل مکانیسم‌های مدیریت ریسک تقریباً همیشه به سؤالاتی در مورد صحت و قدرت مقررات قانونی ناظر بر نظام پرداخت معطوف می‌گردد.

در نتیجه، مراد از یک بنیان صحیح قانونی مناسب برای یک نظام پرداخت این است که قانون مربوطه، حقوق و تعهدات تمامی اطراف و شرکت کنندگان نظام پرداخت اعم از اپراتور، واسطه‌ها، تنظیم کننده‌ها و کاربران نهایی را به نحو کامل و قابل اجرا تعریف و مشخص نماید. (CPSS, 2001, 16) به عنوان مثال، حقوق تعهدات و قراردادهای که بر مبنای اصول و قواعد فقهی یا عرفی و قوانین مدون موضوعه ایجاد شده است، حقوق و تعهدات قانونی قابل اجرا را در خصوص طرفین پرداخت و انجام و دریافت پرداخت‌ها مقرر می‌کند. یا قوانین تجاری و بانکی که حقوق و تعهدات کاربران نظام پرداخت از جمله طرفین پرداخت و مؤسسات مالی و بانکی را در زمینه پرداخت‌ها و انتقال ارزش پولی، اخذ سپرده، تأمین و دریافت وثیقه، اسناد و اوراق تجاری و بهادار تعیین می‌نماید.

بنابراین اگر سیستمی از نظر قانونی و مبانی حقوقی قوی و مستدل نباشد و یا در آن مسائل حقوقی و پیامدهای آن به خوبی

۱- سند (CPSS) قطعیت را به عنوان "مفهومی که تعیین می‌کند چه زمانی پرداخت، تسویه و تعهدات مربوطه انجام می‌شود" توصیف کرده است؛ بنابراین، انتقال نهایی به عنوان «انتقال غیرقابل فسخ و بدون قید و شرط که منجر به ایفاء تعهد و انتقال ارزش پولی می‌شود» تعریف می‌گردد.

نظام‌های پرداخت و ارتباط آن از حیث نقشی که بر مدیریت و کنترل ریسک‌های مالی آن ایفاء می‌کند، پرداخته است و در این خصوص مقرر می‌دارد: "قوانین و رویه‌های سیستم باید به شرکت‌کنندگان این امکان را بدهد که درک روشنی از تأثیر سیستم بر هر یک از ریسک‌های

مالی که از طریق مشارکت در آن متحمل می‌شوند، داشته باشند." (CPSS, 2001, 6)

از دیدگاه صاحب نظران حقوقی، اصل شفافیت قانون در سه حوزه ۱- شفافیت نهادها و مراجع قانون گذاری ۲- شفافیت فرآیند تقنین ۳- شفافیت داده‌های تقنینی مورد بررسی قرار می‌گیرد. (Darijani et al., 2019, 178) از نقطه نظر سند CPSS نیز، منظور از اصل شفافیت این است که مجموعه قوانین و مقررات ناظر بر نظام‌های پرداخت، باید واضح، جامع و قادر به درک شفاف از بازخورد ریسک‌های مالی نظام پرداخت باشند. (Madhoshi et al., 2005, 73-80) لذا، این قوانین، از یک سو، باید کلیه حقوق و تعهدات و به عبارتی تمامی ابعاد حقوقی طرف‌های درگیر نظام پرداخت را به‌طور واضح و بدون هیچ کم و کاستی مشخص نمایند تا امکان و موجبات درک کارکرد سیستم برای طرفین نظام پرداخت فراهم شود. از سوی دیگر، به همه طرف‌های نظام پرداخت اطلاعات تفصیلی به‌روز، کامل و دقیق برای درک خطراتی که ممکن است از مشارکت در سیستم متحمل شوند و به‌ویژه بازخورد هر یک از ریسک‌های مالی، ارائه نماید.

بنابراین همانطور که ملاحظه می‌گردد، مفهوم شفافیت در سند CPSS که ناظر بر حوزه شفافیت داده‌های تقنینی نظام‌های پرداخت می‌باشد، باید از دو بعد مورد دقت و بررسی قرار گیرد. یک بعد آن، از دیدگاه ارتباط و پیوندی است که این مفهوم با اصل اول این سند برقرار می‌نماید. در واقع، هنگامی که این اصطلاح در سند مزبور به معنای وضوح و عدم ابهام قوانین به کار برده می‌شود، خود می‌تواند جنبه‌های گوناگونی از موضوع اعم از سادگی و قابل فهم بودن قانون برای تابعان آن، فقدان ابهام و پیچیدگی، فقدان تعارض و برداشت تفاسیر مختلف در اجرا، جامعیت و انسجام را در برداشته باشد؛ بنابراین از این زاویه، این اصل پیوندی مهم و ارتباطی تنگاتنگ با اصل اول دارد و متضمن یک چهارچوب قانونی مناسب برای ایجاد و به‌کارگیری درجه اطمینان بالایی از حقوق و تعهدات طرف‌های مختلف و برقراری و حفظ استحکام این حقوق و تعهدات، بویژه در مواقع بروز ریسک‌های مالی است.

بدیهی است اگر قانونی فاقد این ویژگی و خصیصه باشد، کارکرد اصلی آن خدشه‌دار می‌گردد؛ چراکه حقوق و تکالیفی که برای اطراف هر نظام پرداخت در نظر گرفته می‌شود، باید برای آن‌ها قابل فهم و روشن باشد تا به سادگی و سهولت تکالیف خود را به انجام رسانیده و حقوق خود را مطالبه و در یک کلام، نظام پرداخت در مسیر صحیح و

قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۸۲، قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، قانون برنامه‌های چهارم و پنجم توسعه^۱، قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸، مقررات ورشکستگی در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و غیره اشاره کرد. در دسته قوانین و مقررات خاص نیز می‌توان به قانون تجارت در بخش اسناد تجاری برات، چک، سفته، قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ و قوانین اصلاحی ۱۳۷۲، ۱۳۷۶، ۱۳۸۲، ۱۳۹۷ و ۱۴۰۰، آیین نامه‌های هیئت وزیران و مصوبات شورای پول و اعتبار و دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های بانک مرکزی خصوصاً اداره نظام‌های پرداخت آن و غیره اشاره نمود. نظیر: آیین نامه گسترش بهره برداری از خدمات پول الکترونیکی ۱۳۸۵ هیئت وزیران، آیین نامه نظام بانکداری الکترونیکی ۱۳۸۶ هیئت وزیران، دستورالعمل صدور پرداخت و انتقال وجوه مصوب ۱۳۸۵ شورای پول و اعتبار، دستورالعمل حساب جاری ۱۳۹۷، دستورالعمل اجرایی ماده ۶ قانون صدور چک ۱۳۹۷ مصوب ۱۳۹۹ شورای پول و اعتبار، الزامات، ضوابط و فرآیندهای اجرائی چک الکترونیکی مصوب ۱۳۹۷ اداره نظام‌های پرداخت بانک مرکزی، مقررات ناظر بر اعطای چک موردی مصوب ۱۳۹۹ کمیسیون مقررات و نظارت مؤسسات اعتباری، مقررات حاکم بر مرکز شتاب مصوب ۱۳۸۱، مقررات حاکم بر سامانه ساتنا و عضویت در ساتنا، دستورالعمل اجرایی سامانه‌های چکاوک و صیاد و غیره اشاره نمود.

بررسی اجمالی قوانین و مقررات مزبور حکایت از وجود یک چهارچوب قانونی جامع، معتبر، مورد اعتماد و قابل اجرا با قابلیت پشتیبانی پردازش‌های الکترونیکی در انطباق با مفاد این اصل دارد. خصوصاً آیین نامه نظام بانکداری الکترونیکی متضمن اعطای اختیارات قانونی گسترده به بانک مرکزی در زمینه اصلاح و توسعه نظام‌های پرداخت است. تنها مورد مسکوت و خلاء قانونی در این زمینه، عدم تعیین زمان دقیق تسویه قطعی و نهایی در مورد ورشکستگی یک عضو نظام پرداخت است. لزوم تصریح این مورد در قوانین حاکم بر نظام‌های پرداخت بسیار مهم و اساسی است.

اصل شفافیت قوانین و رویه‌های نظام پرداخت به‌منظور

شناخت ریسک‌های مالی نظام پرداخت

اصل دوم سند (CPSS) بر شفاف بودن قوانین و رویه‌های

۱- بند ۴ ماده ۱۰ قانون برنامه چهارم توسعه به برقراری نظام بانکداری الکترونیکی و پیاده سازی رویه‌های تبادل پول و خدمات بانکی الکترونیکی ملی و بین المللی در کلیه بانک‌های کشور و برای همه مشتریان اشاره دارد و بند (ی) ماده ۴۶ قانون برنامه پنجم توسعه درباره ساماندهی حساب‌های دولتی با ابزار الکترونیک و ماده ۴۹ مبنی بر استقرار بانکداری متمرکز و ایجاد و بهره برداری از مرکز صدور گواهی الکترونیک و امضای دیجیتال و بند (ه) ماده ۹۷ به تقویت نظام‌های پرداخت می‌پردازد.

ایران از جمله نظام پرداخت چک، حکایت از این واقعیت دارد، هرچند اصل شفافیت در این قوانین، مورد توجه قانون گذاران قرار گرفته است، لکن، نمی توان به طور قطع بر اجرا و پیاده سازی این اصل بر مبنای سند CPSS صحه گذاشت.

۳- اصل وجود مقررات قانونی مشخص برای مدیریت و مهار ریسک های اعتباری و نقدینگی و تعیین مسئولیت های اپراتور و مشارکت کنندگان نظام پرداخت

مجموعه قوانین و مقررات نظام پرداخت، یک مکانیسم مهم برای مدیریت و مهار ریسک های مالی نظام پرداخت است. بر همین مبنای اصل سوم این سند، با تمرکز بر مدیریت و کنترل ریسک های مالی و کاهش ریسک های عدم پرداخت مقرر می دارد: "نظام پرداخت باید قوانین و رویه های مشخصی برای مدیریت ریسک های اعتباری و ریسک نقدینگی داشته باشد که مسئولیت های مربوط به اپراتور سیستم و مشارکت کنندگان را مشخص می کند و انگیزه های مناسبی را برای مدیریت و مهار ریسک ها فراهم می کند." (CPSS, 2001, 6)

از منظر این اصل، قوانین و رویه های یک نظام پرداخت مهم باید از دو جنبه و رویکرد اساسی برخوردار باشند: در رویکرد اول آن، مبنای برای تعیین محل وقوع و حدوث ریسک های اعتباری و نقدینگی و ارائه تعاریف روشن و واضح از بازخورد ریسک های مالی نظام پرداخت می باشند و دیگر رویکرد آن، رکن رکن نظام پرداخت در ارائه روش های مدیریت ریسک های مالی مبتنی بر تخصیص مسئولیت ها و راهبردهای انگیزشی مدیریت و مهار ریسک هستند. تا در پرتو این قوانین، امکان شناسایی عکس العمل مناسب مجریان و مشارکت کنندگان میسر گردد. (Shahchera, 2010, 198)

به دیگر سخن، قوانین و رویه های نظام پرداخت باید دربرگیرنده کلیه موقعیت های نظام پرداخت اعم از موقعیت های عادی و غیرعادی باشند. هرچند نحوه ترکیب مدیریت ریسک مالی و تخصیص مسئولیت های مربوط به اپراتور و شرکت کنندگان براساس طراحی و نوع سیستم پرداخت متفاوت است. همچنین این قوانین باید تضمین نمایند که همه طرف های دخیل در نظام پرداخت، هم انگیزه ها و هم توانایی هایی لازم را برای مدیریت و مهار هر یک از ریسک هایی که در نظام پرداخت رخ می دهد را دارند و هم چنین، محدودیت هایی برای حداکثر سطح اعتباری که می تواند توسط هر یک از شرکت کنندگان ایجاد شود، قائل گردد. (CPSS, 2001, 6)

قوانین و مقررات شفاف و هدفمند می توانند ریسک های تسویه را کاهش داده و منافع مورد انتظار حاصل از دستیابی به توافقات اطراف نظام پرداخت را بالا ببرند. در نتیجه قانونگذاران می توانند از طریق تدوین و وضع قوانین هدفمند و شفاف و حمایت و حفاظت از آن، کارایی مبادلات و نظام های پرداخت را ارتقاء دهند. (Naderan et

نیل به هدف اصلی وغایت نهایی آن که همانا تحقق پرداخت است، نائل گردد، لذا قوانین ناظر بر نظام پرداختی که مبهم و فاقد شفافیت باشند، در درک و شناسایی حقوق و تعهدات طرفین نظام پرداخت عاجز بوده و فاقد معیارهای مندرج در این اصل است.

از بعد و جنبه های دیگر، ارتباطی است که اصطلاح شفافیت در مفهوم این اصل با اصل سوم این سند در خصوص ریسک های مالی نظام پرداخت برقرار می کند. به موجب این راهبرد، شناسایی و درک کامل ریسک های مالی و تاثیر و نقش نظام پرداخت بر آنها، توسط همه طرف های درگیر نظام پرداخت در محدوده این اصل قرار می گیرد؛ چراکه اولین مرحله در مدیریت مؤثر ریسک های مالی در یک نظام پرداخت، اطمینان از این امر است که ریسک های اعتباری و نقدینگی و میزان و نحوه تأثیر سیستم بر آنها، توسط همه طرف های نظام پرداخت از جمله شرکت کنندگان، اپراتور سیستم و موسسه تسویه حساب، شناسایی و به خوبی درک شده اند. در این راستا، قوانین و رویه های حاکم بر یک نظام پرداخت، نقش کلیدی و اساسی در قادر ساختن طرفین دخیل در نظام پرداخت، به منظور درک ریسک های مالی و نحوه عملکرد سیستم در رویارویی با آنها، بازی می کند.

بنابراین از آنجایی که وضع قوانین شفاف نه تنها یکی از اصول بنیادین نظام های پرداخت از منظر بانک BIS است، بلکه از لوازم و مولفه های بنیادین حکمرانی خوب در حوزه نظام های پرداخت و تأمین اصل کیفیت قانون در این بخش از اقتصاد است. لذا ضروری است قوانین مدون این حوزه از مؤلفه ها و ویژگی های اساسی ذیل برخوردار باشند:

اول: مجموعه قوانین و مقررات نظام پرداخت واجد وضوح، جامعیت و به روزرسانی باشند. دوم: این قوانین به روشنی کارکرد سیستم، جدول زمانی و رویه های مدیریت ریسک را توضیح دهد. سوم: مبنای حقوقی سیستم و نقش طرفین نظام پرداخت را بیان کند. چهارم: به راحتی در دسترس همگان باشد و به نحو روشن اختیارات و صلاحیت ها و محدوده و نحوه اعمال آن را تبیین نماید. پنجم: شرح واضحی از چرخه عمر یک پرداخت در شرایط عادی و رویه ها و جداول زمانی تصمیم گیری و اطلاع رسانی برای رسیدگی به موقعیت های غیرعادی را تنظیم کند. (CPSS, 2001, 22)

در سال های اخیر، اصلاحات و اقدامات اساسی در مجموعه قوانین و مقررات حاکم بر نظام های پرداخت ایران به منظور بهبود شفافیت قانونی و اقتصادی و پیشگیری و مدیریت ریسک های مالی نظام های پرداخت صورت گرفته است. از جمله این اقدامات می توان به قوانین اصلاح قانون صدور چک مصوب ۱۳۹۷ و ۱۴۰۰ که مشتمل بر احکام و ضمانت اجرای بانکی بدیع و سامانه های نوین ناظر بر ارتقای شفافیت فرآیندهای اجرایی نظام پرداخت چک است، اشاره نمود. بررسی اجمالی مجموعه قوانین و مقررات حاکم بر نظام های پرداخت

می‌شود.

هنگام طراحی، تجزیه و تحلیل و خصوصاً اعمال اصلاحات و تغییرات در نظام‌های پرداخت، نحوه کاهش ریسک تسویه مهم‌ترین نکته است. از این میان، ریسک‌های مالی (ریسک‌های اعتباری و نقدینگی) از مهم‌ترین حوزه‌های ریسک در نظام‌های پرداخت هستند که ابزار کلیدی کنترل و مدیریت تمامی ریسک‌ها به ویژه ریسک‌های مالی که موضوع اصلی این اصل هستند، از طریق قوانین و رویه‌های حقوقی ناظر بر نظام پرداخت است. (CPSS, 2001, 22)

از دیدگاه این اصل، صحت و کیفیت قوانین و مقررات نظام پرداخت در خصوص مدیریت و کنترل ریسک‌های مالی از دو بعد مورد بررسی و توجه قرار می‌گیرد. یک بعد، از منظر ریسک‌های اعتباری نظام پرداخت است که از گسترش هر نوع اعتبار بدون تضمین و از عدم هماهنگی عناصر مختلف مرتبط یک معامله ناشی می‌شود. نمونه عدم هماهنگی عناصر یا تسویه ناهمزمان از جمله در معاملات با چک است که این خطر وجود دارد که فروشنده، دارایی را به طرف مقابل خود تحویل دهد اما وجه دارایی فروخته شده را دریافت نکند، که منجر به زیان برابر با ارزش کامل دارایی مربوط می‌شود. (Kokkola, 2010, 115) نکول، تعلیق یا ورشکستگی از مصادیق بارز ریسک‌های اعتباری هستند. (Rambure et al, 2008, 55)؛ بنابراین قوانین مربوطه باید ضمن تعیین دقیق حدود و ابعاد مسئولیت‌های تمامی کاربران و مشارکت کنندگان نظام پرداخت، مجهز به ابزارهای مدیریت ریسک اعتباری باشند. از جمله: طراحی نظام‌هایی که در آن ریسک اعتباری بین شرکت کنندگان ایجاد نمی‌شود. مثل نظام‌های پرداخت فوری، تعیین معیارهای ورود و دسترسی به نظام پرداخت براساس اعتبار شرکت کنندگان البته با رعایت شرایط و الزامات اصل نهم، اعمال محدودیت‌های اعتباری و تعیین جرائم یا مشوق‌ها، اعمال ترتیبات تسهیم و تحت پوشش قراردادن ضرر و زیان وارده، ارائه اطلاعات مالی شفاف، کامل و به موقع برای شرکت کنندگان و نظارت به موقع بانک مرکزی.

بعد دیگر، از منظر ریسک‌های نقدینگی نظام پرداخت است. این ریسک در صورتی تحقق می‌یابد که یک طرف وجوه یا دارایی‌های

(al., 2010, 9-10) بنابراین، این اصل بسیار نزدیک و پرشابهت با اصل دوم این سند است. اصل دوم به شفافیت، جامعیت و در دسترس بودن قوانین و رویه‌های سیستم می‌پردازد و تأکید می‌کند که وضوح و قابل فهم بودن آن‌ها برای نظام پرداخت از اهمیت اساسی برخوردار است. دغدغه اصلی اصل سوم نیز، کیفیت قوانین و رویه‌های سیستم است که بر اهمیت مدیریت مناسب ریسک‌های مالی (خصوصاً اعتباری و نقدینگی) تأکید می‌کند.

همچنین بین این اصل و معیارهای دسترسی منصفانه مشارکت کنندگان، که موضوع اصل نهم گزارش است، ارتباط ویژه‌ای وجود دارد، زیرا شرکت کنندگان با ویژگی‌های مختلف و درجات مختلفی از اعتبار، می‌توانند طیف متفاوتی از ریسک‌های مالی را برای سیستم و سایر شرکت کنندگان به ارمغان بیاورند، بنابراین لازم است در این خصوص نیز در قوانین مربوطه، احکام و قواعد مورد نیاز شناسایی و مستند سازی گردند.

در نظام‌های پرداخت، کاربران و شرکت کنندگان همواره با این خطر مواجه هستند که تسویه حساب در سیستم طبق انتظار انجام نشود، این امر که معمولاً به دلیل عدم پرداخت و عدم ایفای یک یا چند تعهد طرفین در طول فرآیند پرداخت از انقضای یک معامله تا تسویه آن حادث می‌گردد، اصطلاحاً، ریسک تسویه^۱ یا عدم پرداخت نام دارد که از طیف وسیع و گسترده‌ای برخوردار است و منجر به مشکل نقدینگی و ضرر برای طرف دیگر در تسویه حساب می‌شود. براساس این سند، اشکال مختلف ریسک تسویه براساس ماهیت و علت ریسک به ریسک اعتباری^۲، ریسک نقدینگی^۳، ریسک عملیاتی^۴، ریسک قانونی^۵ و ریسک سیستمیک^۶ طبقه بندی

1- settlement risk

۲- ریسک اعتباری یا credit risk، "ریسکی که متعهد پرداخت قادر به ایفای کامل تعهدات مالی خود در سیستم، چه در زمان حال و سررسید و چه در آینده، نباشد." تعریف می‌شود.

۳- ریسک نقدینگی یا liquidity risk، "ریسکی که یکی از اعضای سیستم، قادر به ایفای تعهدات خود در زمان حال یا سررسید نباشد، لیکن در آینده ممکن است بتواند به تعهد خود عمل نماید." تعریف می‌شود

۴- ریسک عملیاتی یا operational risk، خطر خطای انسانی یا خرابی برخی از اجزای سخت افزار، نرم افزار یا سیستم ارتباطی است که برای تسویه حساب حیاتی هستند." تعریف شده است. در ادامه کمیته بازل در نظارت بانکی (BCBS) بانک بین المللی تسویه وجوه آن را "ریسک زیان ناشی از فرآیندها، افراد و سیستم‌های داخلی ناکافی یا ناموفق یا ناشی از رویدادهای خارجی" تعریف کرده است.

۵- ریسک قانونی یا legal risk، ریسک قانونی، خطر زبانی که از اجرای غیرمنتظره و غیر قابل پیش بینی مجموعه قوانین و مقررات نظام پرداخت و یا به دلیل عدم اجرای قراردادهای فی مابین طرفین پرداخت ایجاد می‌شود، تعریف می‌گردد و نمونه غالب بروز و ظهور این ریسک در تفاسیر پیش‌بینی نشده از مبانی قانونی یا قراردادی سیستمی که قراردادهای طرفین بر آن استوار است یا اعمال نامشخص قوانین خصوصی یا مقررات دولتی می‌باشد؛ که نمونه بارز آن احکام

صادر از محاکم قضایی است. این ریسک که به دنبال چارچوب قانونی ضعیف یا عدم اطمینان قانونی بروز می‌کند، باعث ایجاد یا تشدید ریسک اعتباری یا نقدینگی در نظام پرداخت می‌گردد

۶- ریسک سیستمیک یا Systemic risk، که در اصطلاح اقتصاددانان به "اثر دومینو" مشهور است به این خطر گفته می‌شود که شکست یکی از شرکت کنندگان در نظام پرداخت در تسویه تعهداتش یا بروز اختلال در خود سیستم، باعث ایجاد واکنش زنجیره‌ای از شکست تسویه‌ها و ناتوانی سایر مشارکت کنندگان یا مؤسسات مالی در سایر بخش‌های سیستم مالی در انجام تعهدات خود در زمان سررسید گردد.

نحوه به کارگیری و بهره‌برداری از نظام‌های پرداخت و هم چنین الزامات، استانداردها و ضوابط حاکم بر فرآیندهای اجرای آن را تعیین می‌کند."

استانداردها و اصول اقتصادی سند (CPSS) مشتمل بر اصل کارایی و قابلیت کاربرد، اصل امنیت و قابلیت اطمینان عملیاتی، اصل تسویه، اصل ترتیبات راهبری و نظارت کارآمد، پاسخگو و شفاف (بانک مرکزی) و اصل دسترسی منصفانه و آزاد است. شرط حیاتی و اصلی اجرای کامل این اصول برخورداری از زیرساخت‌های قانونی شفاف، موثر و جامع می‌باشد؛ بنابراین، ضروری است، این اصول اقتصادی در گستره و تحت نظارت سه اصل حقوقی پیش گفته، اعمال و اجرا گردند. در این مبحث تلاش می‌شود ذیل پنج گفتار، به بررسی و توضیح این اصول پرداخته شود.

اصل کارایی و قابلیت کاربرد ابزارهای پرداخت برای اقتصاد و کاربران نظام پرداخت

کارایی معاملات در اقتصاد بازار تا حد زیادی تابعی از کارایی نظام‌های پرداخت بوده و توسط آن تعیین می‌شود. (Nakajima, 2011, 19). اصل هشتم این سند به "اصل کارایی و قابلیت کاربرد" اشاره می‌کند و بیان می‌دارد: "سیستم باید ابزاری را برای پرداخت‌ها فراهم کند که برای کاربرانش کاربردی و برای اقتصادکارآمد باشد." (CPSS, 2001, 3&8)

بخش اول این اصل، بر نیاز کاربران نظام پرداخت^۱ به یک ابزار پرداختی که پاسخگو و منعکس کننده مشکلات عملی و روزمره آن‌ها است، تأکید می‌کند. برای این که یک نظام پرداخت برای کاربرانش کاربردی و عملیاتی باشد، ضروری است که ساختار بازار محلی، سوابق و تحولات تاریخی آن و قراردادهای و مبادلات آن در نظر گرفته شود و به هزینه‌های جاری و آینده ورودی‌هایی مانند نیروی کار و فناوری توجه گردد؛ بنابراین، قضاوت در مورد نوع سیستمی که متناسب با نیازهای کاربران آن است، مستلزم درک شیوه‌ها، فناوری‌ها و مهارت‌ها در بخش بانکداری محلی و برقراری تعادل بین طراحی نظام پرداخت با جغرافیای کشور و زیرساخت‌های آن (مانند ارتباطات، حمل و نقل و ساختار بانکی) و همچنین دارا بودن خصیصه انعطاف‌پذیری ترتیبات فنی، تجاری و حاکمیتی آن در پذیرش فناوری‌ها، رویه‌های جدید و تقاضای‌های در حال تغییر و خصوصاً مقرون به صرفه بودن آن است. (CPSS, 2001, 44)

بخش دوم این اصل بر کارآمد بودن ابزار پرداخت سیستم برای اقتصاد تأکید می‌نماید. در حوزه نظام‌های پرداخت، کارایی مفهومی است که به صورت گسترده و به طرق مختلف مورد استفاده قرار

لازم رادر زمان سررسید تعهد، در اختیار نداشته باشد. به عنوان مثال، به دلیل مشکلات عملیاتی سیستم یا ناتوانی موقت در تبدیل به موقع دارایی‌ها به پول نقد به دلیل شرایط نامطلوب بازار. لذا تسویه بدهی و ایفای تعهدات، موقتاً قابل اجرا نیست و در تاریخ آتی انجام خواهد شد. این امر ممکن است به نوبه خود منجر به ناتوانی طرف دیگر در انجام کامل تعهدات خود در زمان سررسید شود. برای جلوگیری از این اتفاق، ممکن است طرف غیر متخلف، مجبور شود نقدینگی یا دارایی‌ها را از منابع دیگر در مدت کوتاهی تهیه کند، به عنوان مثال با استقراض در بازار. این امر ممکن است منجر به هزینه‌های فوق العاده و بروز آشکارهای نقص پرداخت‌ها گردد. (De Caux, et al, 2016, 139-150)

بنابراین قوانین مربوطه در صورتی استاندارد این اصل را رعایت می‌کنند که سیستم‌های تحت پوشش آن‌ها، بتوانند زمانی که تعهدات سررسید می‌شوند، تسویه حساب را انجام دهند و ترتیباتی داشته باشند که به آن‌ها اجازه می‌دهد در برابر شکست شرکت‌کننده‌ای که بیشترین خطرها دارد، مقاومت کنند و برای اپراتورهای زیرساخت، بانک‌های مرکزی و سایر مقامات ذی صلاح ابزارهای قانونی مدیریت ریسک نظیر ترتیباتی که تسویه حساب را تضمین می‌کنند یا در دسترس بودن نقدینگی متعهد پرداخت در قالب دارایی تسویه بانک مرکزی، تعیین مشوق‌ها و جرائم، در دسترس بودن مداوم اطلاعات و دسترسی مشارکت کنندگان نظام پرداخت به تسهیلات اعتباری بانک مرکزی را فراهم نمایند و از همه مهم‌تر، نقش‌ها و مسئولیت‌های اپراتور سیستم و مشارکت کنندگان را برای نظارت و تسهیل جریان روان پرداخت‌ها مشخص نمایند. (CPSS, 2001, 25)

در اغلب قوانین و مقررات ناظر بر نظام‌های پرداخت ایران، از جمله دستورالعمل صدور پرداخت و انتقال وجوه مصوب ۱۳۸۵/۰۸/۳۰ و یا مقررات حاکم بر مرکز شتاب و ساتنا و غیره شیوه‌ها یا دستورالعمل‌های خاص راجع به نحوه و چگونگی مدیریت ریسک اعتباری و ریسک نقدینگی به طوری که بتواند عکس العمل مناسب مجریان سیستم و مشارکت کنندگان را شناسایی کنند، وجود ندارد. لکن در خصوص نظام پرداخت چک، قانون اصلاحی ۱۳۹۷ و ۱۴۰۰ در انطباق با مؤلفه‌های اصل سوم سند CPSS متضمن تغییرات قابل توجه و ابتکاراتی نوین در حوزه مدیریت ریسک‌های مالی چک خصوصاً ریسک اعتباری است.

مبحث دوم: اصول فرآیندی یا اقتصادی (CPSS) حاکم بر نظام پرداخت

در سند (CPSS) اصول اقتصادی یا فرآیندی نظام‌های پرداخت در قالب هفت اصل، مطرح نظر قرار گرفته است. در تعریف اصول اقتصادی می‌توان گفت: "مجموعه‌ای از معیارهای کلی اقتصادی که

۱- شامل مشارکت کنندگان سیستم و مشتریان آنها برای خدمات پرداخت

شده و مواجهه با ریسک‌های عدم پرداخت خصوصاً ریسک‌های اعتباری و نقدینگی می‌باشد. ضمن آن که، رابطه قوی و تنگاتنگی بین سیستم پرداخت با عرضه پول و در نتیجه سیاست پولی برقرار است. پرداخت‌ها، جریانی از ارزش هستند که در یک اقتصاد اتفاق می‌افتد و در یک معامله، ارزش را از خریداران به فروشندگان منتقل می‌کنند. مبدأ و منشأ این ارزش‌ها، عرضه و گردش پول در یک اقتصاد است. گردش پول تا زمانی که بخشی از آن برای پرداخت در یک تراکنش استفاده شود، بیکار می‌ماند؛ بنابراین، کارایی نظام پرداخت در نرخ گردش پول منعکس می‌شود و هرچه زمان تسویه در نظام پرداخت کمتر باشد، کارایی نظام پرداخت بهبود می‌یابد. (Humphrey, 1995, 18-19) ریسک را نیز می‌توان به عنوان هزینه روش‌های مدیریت ریسک کمیت سازی کرد؛ بنابراین، این معیارها به یکدیگر وابسته هستند و در نهایت در هزینه منعکس می‌شوند. (Rambure et al., 2008, 20-21)

بانک مرکزی ایران، طی یک دهه گذشته، طراحی، اصلاح و توسعه انواع نظام‌های پرداخت را با هدف افزایش کارایی آن‌ها و با بهره‌گیری از فناوری‌های نوین بانکی و تعبیه سیستم‌های پرداخت و تسویه الکترونیکی از جمله ساتنا، پایا، تابا، شتاب، شاپرک، صیاد، چکاوک و غیره در دستور کار خود قرار داده است و تلاش نموده است ضمن ارتقای کیفیت و سرعت نظام‌های پرداخت، کاربران بتوانند با صرف منابع و هزینه‌های کمتر از انواع مختلف نظام‌های پرداخت استفاده نمایند. در حال حاضر انواع متعدد نظام‌های پرداخت در ایران از جمله نظام پرداخت چک، نظام پرداخت کارت‌های بانکی، نظام پرداخت اینترنت بانک و موبایل بانک و غیره با رعایت این اصل CPSS در طیف وسیعی از نظام اقتصادی ایران توسط بخش عظیمی از کاربران مورد استفاده است.

اصل تسویه سریع و نهایی نظام پرداخت در روز ارزش،

ترجیحاً در طول روز و حداکثر تا پایان روز

در سند CPSS، فرآیند تسویه به مفهوم عملی که تعهدات مالی بین دو یا چند طرف را انجام می‌دهد، تعریف شده است. این فرآیند از نقش و جایگاه محوری و بنیادین در نظام پرداخت برخوردار است، به نحوی که می‌توان آن را مهم‌ترین بخش فرآیندهای نظام پرداخت و هدف غایی و نهایی آن دانست. (CPSS, 2001, 29)

سند (CPSS) در اصول چهارم، پنجم و ششم خود به زوایای مختلف این فرآیند می‌پردازد و معیارهایی را برای تحقق آن در نظام‌های پرداخت تعیین و ترسیم می‌نماید و نظام‌های پرداخت در سرتاسر جهان را دعوت می‌کند تا با انطباق حداقلی با این معیارها، مقدمات رشد و توسعه اقتصادی در سطوح ملی و بین‌المللی و ایجاد زمینه‌های ثبات مالی در نظام اقتصادی را فراهم نمایند.

می‌گیرد. کارایی در ساده‌ترین حالت، به عنوان یک معیار و جنبه فنی در تولید یا ارائه خدمات به کارگرفته می‌شود و آن زمانی است که هیچ نوع اتلاف منابع وجود نداشته و تمامی منابع به مصارف مورد نظر اختصاص یافته باشند، که منعکس کننده کارایی فنی است. (دادگر، ۱۳۸۹، ۲۸۰) به عنوان مثال، تعداد پرداخت‌هایی که یک نظام پرداخت می‌تواند در یک ساعت پردازش کند، می‌تواند به عنوان معیاری برای ارزیابی کارایی استفاده شود. (CPSS, 2001, 44)

در برخی تعاریف دیگر، کارایی می‌تواند به معنای مقرون به صرفه بودن اقتصادی و بیانگر کارایی تخصیصی باشد و علاوه بر توجه به عدم اتلاف منابع، به هزینه فرصت اقتصادی و نوعی توزیع و تخصیص معقول نیز توجه شود. (Dadgar, 2010, 281) برای مثال هزینه‌های نظام پرداخت برای انجام هر تراکنش به عنوان معیار ارزیابی کارایی به کار گرفته شود. (CPSS, 2001, 44) بانک BIS نیز، در توصیه شماره ۱۵ سیستم‌های تسویه اوراق بهادار "کارایی" را به شرح زیر توصیف می‌کند. "سیستم‌های تسویه اوراق بهادار ضمن حفظ عملکرد ایمنی و اطمینان پذیری، باید در برآوردن نیازهای کاربران، مقرون به صرفه باشند." (BIS & IOSCO, 2001, 14)

از منظر سند (CPSS) مقبولیت و میزان استفاده از نظام‌های پرداخت در اقتصاد، بها و هزینه‌ای که استفاده کنندگان نظام پرداخت حاضرند برای کسب این خدمات بپردازند و در عین حال این خدمات نیز کمترین هزینه و در نتیجه بیشترین ثروت را برای آن‌ها و اقتصاد ایجاد کند، برای تحقق کارایی ضروری است. (CPSS, 2001, 44-45)، (Heinrich, 2003, 711).

بنابراین با غور و تدقیق در ادبیات سند (CPSS) به نظر می‌رسد که "مفهوم پیشینه سازی ثروت" ^۱ برداشت غالب از کارایی در ارزیابی نظام‌های پرداخت باشد. هرچند این نظریه به نوعی بیانگر جنبه هنجاری کارایی کالدور-هیگس نیز می‌باشد. (Posner, 1981, 91-92)

از منظر این سند و همچنین قاطبه اندیشمندان حوزه نظام‌های پرداخت، سنجش و ارزیابی کارایی یک نظام پرداخت عموماً با سه معیار: مدت زمان اجرا، ریسک ها و هزینه‌ها انجام می‌شود (Rambure et al. 2008, 20) البته وجود یک ساختار قانونی مناسب برای اطمینان از مقبولیت گسترده ابزارهای پرداخت ضرورتی انکارناپذیر و بدیهی است. در این زمینه، حقوق و تعهدات پرداخت کنندگان و دریافت کنندگان باید واضح و قابل اجرا باشد تا همه طرف‌های معامله از خطرات ناشی از استفاده از ابزارهای پرداخت مختلف آگاه باشند. (Humphrey, 1995, 20)

معیار زمان اجرا، هزینه‌ای را برای مشتریانی که به وجوه دسترسی ندارند، نشان می‌دهد، این هزینه تلفیقی از نرخ بهره و زمان سپری

"قانون ساعت صفر"^۳ یا قوانین مشابه به منظور کنترل ریسک‌های قانونی ناشی از ورشکستگی کاربران نظام‌های پرداخت و ایجاد اطمینان حقوقی از قابل اجرا بودن قراردادهای و معاملات، تقویت و منسجم نمود. کما اینکه در سال‌های اخیر تعدادی از کشورها، برنامه‌هایی را برای تغییرات مزبور در قوانین ورشکستگی خود انجام داده‌اند. (CPSS, 2001, 19)

بنابراین در مجموع می‌توان گفت از منظر سند (CPSS) تسویه سریع و نهایی در روز ارزش مستلزم:

۱- شفافیت در قوانین و رویه‌های سیستم درخصوص عدم حذف دستور پرداخت ارسالی به سیستم از فرآیند تسویه.

۲- تعریف زمان قانونی واضح و مؤثر نهایی شدن پرداخت.

۳- حصول اطمینان از اینکه فاصله بین پذیرش پرداخت توسط سیستم و تسویه نهایی پرداخت حداقل هرگز بیش از یک روز طول نمی‌کشد و ترجیحاً بسیار کوتاه‌تر است.

۴- اطمینان از اجرای دقیق ساعات کار و فرآیندهای تسویه حساب در نظام پرداخت و عدم وجود قطعی در نظام پرداخت با رعایت اصل نهم در خصوص تأمین قابلیت اطمینان عملیاتی نظام پرداخت. (CPSS, 2001, 31)

فرآیندهای تسویه نظام‌های پرداخت ایران از جمله نظام پرداخت چک در گذشته به شیوه سنتی و از طریق اتاق‌های پایاپای فیزیکی و دستی مدیریت و ساماندهی می‌گردید، لکن به تدریج و با توسعه بانکداری الکترونیک و تصویب طرح جامع نظام پرداخت در سال ۱۳۸۰، مکانیزم پردازش و دستور پرداخت‌های پایاپای بانک مرکزی به صورت الکترونیک و از بستر سامانه‌های نظیر ساتنا، پایا، تابا و چکاوک صورت می‌گیرد. لذا فرآیند تسویه و انتقال وجوه در تمامی

اصل چهارم با تأکید بر تسویه نهایی و سریع پرداخت‌ها بین شرکت کنندگان نظام پرداخت، مقرر می‌دارد: "سیستم

باید تسویه سریع و نهایی را در روز ارزش^۱، ترجیحاً در طول روز حداکثر در پایان روز فراهم کند." (CPSS, 2001)

(29)، این اصل تعیین کننده دو استاندارد در زمینه تسویه و به بیان دیگر مشخص کننده آستانه قابل اندازه گیری یک نظام پرداخت معین است. مورد اول، تسویه حداقل یک روزه و ترجیحاً درون روز می‌باشد و دومین آن، تسویه نهایی در پایان روز ارزش است. (Heinrich, 2003, 709)

براساس این اصل، سیستم‌ها باید به گونه‌ای طراحی شوند که در شرایط عادی به تسویه نهایی در روز ارزش دست یابند. این بدان معناست که هرگونه دستور پرداختی که توسط سیستم برای تسویه پذیرفته می‌شود، باید در همان روز به مشارکت کننده یا دریافت کننده در سیستم، پرداخت و در نهایت تسویه شود.

در راستای دومین استاندارد اصل چهارم و احراز انطباق با آن، تعیین یک زمان مشخص برای تسویه نهایی توسط نظام پرداخت، یعنی زمانی که تسویه تعهد پرداخت واجد خصایص غیرقابل فسخ و بدون قید و شرط است، ضروری است. از منظر این اصل، تسویه حساب را نمی‌توان قطعی و نهایی تلقی کرد تا زمانی که احتمال بازگشایی آن وجود نداشته باشد. آنچه نهایی و قطعی بودن یک پرداخت را در نظام پرداخت تعیین و تضمین می‌نماید، قوانین و مقررات قانونی حاکم بر آن است. رژیم حقوقی حاکم بر پرداخت‌ها و نظام پرداخت و قانون ورشکستگی باید انجام هرگونه تعهد مبنی بر انتقال پول و یا ارزش پولی بین شرکت کنندگان در سیستم را تصدیق و تضمین کنند تا نقل و انتقالات نهایی و قطعی تلقی شوند. (CPSS, 2001, 30-31)

تعیین قانونی زمان دستیابی نظام پرداخت به تسویه نهایی و قطعی، به دلیل پیچیدگی رژیم‌های حقوقی متعدد و قوانین مختلف حاکم بر نظام‌های پرداخت در کشورهای جهان و خصوصاً اهمیت زمان انتقال ریسک‌های مالی کلیدی در یک نظام پرداخت، یک موضوع بسیار مهم است. برای مثال، در نظام حقوق ورشکستگی برخی کشورها، «قانون ساعت صفر»^۲ می‌تواند منجر به معکوس شدن پرداخت‌های تسویه شده و بازگشایی تسویه‌های انجام شده داشته باشد؛ بنابراین، زیربنای قانونی تسویه حساب را می‌توان با حذف

۳- بحران ورشکستگی، از مهمترین عوامل تأثیرگذار بر نظام‌های پرداخت است. یکی از موضوعات مهم حقوقی در نظام‌های پرداخت، قاعده صفر یا همان برگشت پذیری دستورات پرداخت و زمان نهایی شدن تسویه است؛ زیرا این امر در تشخیص زمان انتقال ریسک‌های مالی موجود در نظام پرداخت و مدیریت ریسک‌های نظام پرداخت از نقش و اهمیت محوری برخوردار است. در تعریف قاعده صفر به نحو موجز و خلاصه می‌توان گفت، زمانی که در چارچوب یک سیستم، پرداخت اعمال می‌شود، «قانون ساعت صفر» همه تراکنش‌های یک شرکت کننده ورشکسته را از ابتدای («ساعت صفر») روز ورشکستگی (یا رویداد مشابه) باطل می‌کند؛ و به معنای عطف به ماسبق شدن حکم ورشکستگی به تمامی معاملات و پرداخت‌های کاربران به گذشته و پیش از صدور حکم ورشکستگی می‌باشد. چنین قاعده‌ای مستلزم محاسبه مجدد تمام موقعیت‌های تسویه شده است و می‌تواند تغییرات قابل توجهی در موجودی شرکت کنندگان ایجاد کند. در هر صورت، ممکن است عواقب سیستمیک وجود داشته باشد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

CPSS, B. (2001). Core of Principles for systemically Important Payment Systems P.17 &

رحمت زاده، سعید و همکاران. (۱۴۰۰). تأثیر تعارض قوانین ورشکستگی بر حسن عملکرد نظام‌های پرداخت بین المللی. پژوهش‌های حقوق تطبیقی. (۲۵۳).

۱- اصطلاحی که اغلب برای این مورد استفاده می‌شود «تسویه حساب در همان روز» است. در زمینه بازارها و معاملات مالی، به معاملاتی اطلاق می

شود که در همان روز کاری یا معامله، توافق و تسویه می‌شود.

2- Zero hour rule

گردید. این سامانه با اتصال به سامانه تسویه ناخالص فوری ساتنا، به صورت الکترونیکی و فوری، فرآیند تسویه چک را انجام می‌دهد.

اصل استفاده ترجیحی از دارایی بانک مرکزی یا سایر دارایی‌های بدون ریسک یا با ریسک‌های اعتباری و نقدینگی کم برای تسویه نظام پرداخت

اصل ششم این سند با هدف حذف یا به حداقل رساندن ریسک مالی ناشی از استفاده از یک دارایی خاص برای تسویه پرداخت‌های انجام شده از طریق یک نظام پرداخت مهم سیستمی مقرر می‌دارد: "برای تسویه مبادلات بین بانکی، ترجیحاً باید از دارایی بانک مرکزی استفاده شود. در صورت استفاده از دارایی‌های دیگر، این دارایی‌ها باید بدون ریسک یا ریسک‌های اعتباری و نقدینگی کم باشند." (CPSS, 2001, 34)

دارایی‌های تسویه به منظور تسویه تعهدات پرداخت بین شرکت کنندگان سیستم پرداخت منتقل می‌شود؛ به عبارت دیگر، دارایی‌های تسویه، دارایی‌هایی هستند که ذی نفع پرداخت، پس از پایان کامل تعهد پرداخت، آن‌ها را در اختیار می‌گیرد؛ بنابراین زمانی که متعهدین از پرداخت امتناع می‌نمایند، نظام پرداخت با ریسک اعتباری و نقدینگی مواجه می‌شود. ضمن آن که، دارنده دارایی تسویه نیز با ریسک اعتباری در رابطه با مطالبات مربوط به مؤسسه یا بانک تسویه، در صورتی که آن مؤسسه یا بانک، تسویه حساب را نتواند انجام دهد، مواجه است. هم چنین اگر متعاقب این عدم پرداخت، شرکت کننده دیگری نتواند در زمان مورد انتظار پرداخت تعهد شده خود را انجام دهد، همه مشارکت کنندگان نظام‌های پرداخت با خطر نقدینگی روبرو هستند. به طور معمول، مطالبات از بانک مرکزی نه تنها عاری از این ریسک اعتباری است، بلکه به راحتی قابل انتقال به سایر دارایی‌های نقدی با ارزش رایج است. (CPSS, 2001, 34, Heinrich, 2003, 710)

از سوی دیگر، این ریسک‌ها، می‌توانند پیامدهای سیستمی بسیار جدی بر نظام اقتصادی و مالی کشورها داشته باشند، زیرا دارایی‌های تسویه حساب همه شرکت کنندگان به طور همزمان در معرض این ریسک‌ها هستند و محدودیت کنترل مشارکت کنندگان نظام پرداخت، بر زمان بندی یا اندازه دارایی‌های تسویه آن‌ها در فرآیند تسویه امر مهمی است؛ بنابراین، در اکثر نظام‌های پرداخت مهم، این هدف با انجام فرآیند تسویه در دفاتر بانک مرکزی محقق می‌گردد و دارایی تسویه حساب، موجودی در بانک مرکزی است که نشان دهنده استفاده از دارایی یا پول بانک مرکزی می‌باشد. (Giovanoli, 1993, 87-123) بنابراین، هنگامی که بانک مرکزی صادرکننده ارز مورد استفاده سیستم پرداخت است، اصل ششم به طور کامل محقق می‌گردد. چرا که هیچ ریسک اعتباری یا ریسک

نظام‌های پرداخت ایران منطبق با اصل چهارم CPSS به سرعت و تا پایان روز ارزش انجام می‌شود.

در خصوص نهایی و قطعی بودن تسویه نیز، اگرچه اصطلاح قاعده ساعت صفر در حقوق اقتصادی ایران وجود ندارد، اما وجود مقرراتی همسو و مشابه آن، تحت عنوان تأسیس تاریخ توقف وفق مواد ۴۱۶، ۴۲۳ و ۵۵۷ قانون تجارت، صحت و اعتبار بخشی از پرداخت‌ها و تسویه های قبل یا مقارن ورشکستگی تجار و شرکت‌های تجاری و از جمله بانک‌ها و مؤسسات مالی را زیر سوال می‌برد و عملکرد مطلوب و روان نظام‌های پرداخت را مخدوش می‌سازد.

اصل اطمینان از تسویه به موقع روزانه در نظام‌های پرداخت چندجانبه در صورت عدم توانایی متعهد تسویه

اصل پنجم سند (CPSS) در در راستای اجرایی کردن و تضمین بخش اول اصل چهارم و به ویژه در خصوص نظام‌هایی که براساس یک شبکه چندجانبه و خصوصاً با تأخیر، فرآیند تسویه حساب را انجام می‌دهند، مقرر می‌دارد: "سیستمی که تسویه آن براساس یک شبکه چندجانبه انجام می‌شود، حداقل باید بتواند از تکمیل به موقع تسویه‌های روزانه در صورت عدم توانایی شرکت کننده‌ای که متعهد تسویه است، اطمینان حاصل کند." (CPSS, 2001, 32)

بدین توضیح که در چنین سیستم‌هایی، اگر یک مشارکت کننده نتواند تسویه حساب کند، عواقب آن برای سایر شرکت کنندگان سیستم به طور بالقوه پیچیده است و می‌تواند خطرات اعتباری یا نقدینگی غیرمنتظره ایجاد کند. اغلب این سیستم‌ها، سیستم‌هایی هستند که تسویه حساب را به تعویق و تأخیر می‌اندازند. به این معنا که تأخیر قابل توجهی بین پذیرش پرداخت توسط سیستم و تسویه نهایی آن وجود دارد.

بنابراین سیستم‌هایی با این ترکیب از شبکه چندجانبه و تسویه معوق باید ویژگی‌های مدیریت ریسک را ایجاد کرده و از تکمیل تسویه روزانه با درجه اطمینان بالایی در شرایط نامطلوب، اطمینان حاصل کنند. هر چند بهترین سیستم‌های تسویه نظام پرداخت، سیستم‌هایی هستند که شامل شبکه‌های چند جانبه تسویه یا به تعویق انداختن تسویه نمی‌شوند، مانند نظام‌های تسویه ناخالص فوری که تسویه نهایی را به فوریت و از طریق واریز وجوه از حساب بانک بدهکار به حساب بانک مرکزی و سپس انتقال به حساب بانک مقصد، انجام می‌دهند. (Khoshbin et al., 2022, 2)

در حال حاضر، تمامی سیستم‌های تسویه نظام‌های پرداخت ایران از نوع سیستم‌های تسویه الکترونیکی فوری می‌باشند و از شمول اصل پنجم CPSS خروج موضوعی دارند. به عنوان مثال، برای نخستین بار در نظام پرداخت چک، وفق تبصره یک ماده ۲۱ مکرر قانون اصلاح چک ۱۳۹۷، سامانه چکاوک، مسئول پذیرش، پردازش و تسویه چک

آن‌ها است. به‌منظور دستیابی به سطح بالایی از امنیت، یک نظام پرداخت باید استانداردهای ذیل را برای تمام داده‌های مبادله شده از طریق شبکه ارتباطی خودتضمین کند. (Kokkola, 2010,36-37) به‌عنوان مثال احراز هویت و اعتبار داده‌ها، محرمانگی، یکپارچگی، عدم انکار و غیرقابل رد کردن داده‌ها، دسترسی و قابلیت حسابرسی. (Kokkola, 2010,36-37)، (Kelman, M.C.A, et al, 1999,34)، (Rambure et al., 2008,63-64)، (CPSS, 2001,38-39)، (Turban, E., et al, 2004,56)

از منظر این اصل، ریسک عملیاتی نظام پرداخت از جمله ریسک‌های مخاطره آمیز در نظام پرداخت می‌باشد که از نقص و عملکرد معیوب و ناصحیح سیستم‌ها و شبکه‌های کامپیوتری نظام پرداخت حاصل می‌گردد و در صورت عدم کنترل و مقابله به موقع آن، می‌تواند منجر به بروز ریسک سیستمیک در نظام پرداخت گردد. در مرحله اول، شکست عملیاتی باعث تسویه دیر هنگام یا ناموفق تراکنش‌های بین بانکی می‌شود که منجر به سردرگمی در بازار پولی و مالی می‌گردد. در مرحله بعدی، پرداخت‌های مشتریان به موقع تسویه نمی‌شود، که باعث اختلال دیگری می‌شود که کل اقتصاد بازار را تحت تأثیر قرار می‌دهد. مطالبات تسویه نشده مشتریان منجر به زیان‌های هنگفت تجاری و تنزل اعتبار بانک‌ها خواهد شد و عواقب بسیار جدی و نامطلوب برای نظام اقتصادی کشور در پی دارد. (Nakajima, 2011,91-92)

بر اساس رهنمودهای این سند، اطمینان از حصول و برقراری اصل قابلیت اطمینان عملیاتی، شاه کلید مدیریت و مهار ریسک عملیاتی نظام پرداخت است. اهداف و استانداردهای اصل قابلیت اطمینان عملیاتی نیز نیازمند مستند سازی رسمی و قانونی توسط اپراتور اصلی نظام پرداخت تحت عنوان موافقت نامه‌های سطح خدمات^۱ می‌باشد تا از رهگذر آن، هرگونه تغییرات و اصلاحات در سیستم از ویژگی‌ها و قابلیت‌های مستند بودن، مجاز بودن، کنترل و آزمایش شده بودن و تضمین کیفیت برخوردار باشند

در راستای این اصل، هریک از اجزای سیستم (از جمله سخت افزار، نرم افزار، شبکه و کارکنان) باید در صورت بروز مشکل از امکانات پشتیبانی برخوردار باشند. وجود حداقل یک سیستم پشتیبان فوری و در دسترس که به زیرساخت سایت اصلی متکی نباشند، یک ضرورت کاربردی است. از سوی دیگر، وجود یک طرح اضطراری تجاری^۲ که مشتمل بر آماده سازی راهکارها و اقداماتی است که از عملیات تجاری محافظت کرده و ابزاری را برای بازیابی فناوری‌ها در صورت هرگونه آسیب یا خرابی تاسیسات (نه تنها از شکست اجزا و خدمات نظام پرداخت، بلکه هر تهدیدی که از رویدادهای خارجی مانند اقدامات صنعتی و بلایای عمومی، حملات تروریستی، بیماری‌های همه گیر و

نقدینگی (از نوع مورد بحث در این اصل اصلی) برای مشارکت‌کنندگان در نظام پرداخت در اثر استفاده از دارایی تسویه ایجاد نمی‌شود. در واقع، یکی از اهداف اساسی بانک‌های مرکزی، ارائه دارایی تسویه‌ای مطمئن و نقدشونده است؛ بنابراین اگر از سایر دارایی‌ها استفاده شود، رعایت ملاحظات مربوط به رعایت اصل ششم سند (CPSS) الزامی می‌باشد.

فرآیندهای تسویه حساب تمامی نظام‌های پرداخت ایران، به‌طور کامل در دفتر بانک مرکزی انجام می‌شود و تنها دارایی تسویه تمامی این نظام‌ها، موجودی مطمئن و نقدشونده در بانک مرکزی می‌باشد. هم اکنون، تسویه‌ی تمامی ابزارهای پرداخت اعم از چک، کارت و سایر دستور پرداخت‌های بانکی از بستر سامانه‌های ساتنا، پایا، مرکز شتاب، چکاوک و غیره بانک مرکزی انجام می‌شود، لذا امکان خلق پول بی‌ضابطه توسط بانک‌ها و ایجاد ریسک‌های اعتباری و نقدینگی وجود ندارد. در نتیجه تمامی نظام‌های پرداخت ایران در بحث رعایت ملاحظات مربوط به رعایت اصل ششم سند CPSS و استفاده ترجیحی از دارایی‌های تسویه بانک مرکزی، همگام با این سند عمل می‌نمایند.

اصل حصول اطمینان از امنیت و قابلیت اطمینان عملیاتی درجه بالا در نظام پرداخت و دارا بودن ترتیبات اضطراری تکمیل به موقع پردازش روزانه

یک نظام پرداخت مهم باید با درجه بالایی از امنیت و قابلیت اطمینان عملیاتی طراحی و اجرا گردد که در عین حال نیز در حیطه ارائه خدمات خود، با زمینه‌ها و نیازهای کاربرانش متناسب باشد. اصل هفتم در این رابطه مقرر می‌دارد: "سیستم باید از درجه بالایی از امنیت و قابلیت اطمینان عملیاتی، برخوردار باشد و باید ترتیبات اضطراری برای تکمیل به موقع پردازش روزانه داشته باشد". (CPSS, 2001,37)

بنابراین، اهداف و سیاست‌های امنیتی یک نظام پرداخت مهم، به دلیل اهمیت تجارت و نیاز به محافظت از یکپارچگی پرداخت‌ها، معمولاً از استانداردهای بالاتری نسبت به سایر سیستم‌ها برخوردار هستند. لذا این اهداف و سیاست‌ها باید به وضوح تعریف و مستند شوند و به‌منظور حفظ و ارتقای سطح امنیتی به ویژه زمانی که تغییرات عمده در سیستم یا اجزای آن رخ می‌دهد، به‌طور دوره‌ای و مرتب مورد بازنگری قرار گرفته و متناسب با نظام پرداخت و معماری و مالکیت خاص آن باشند. (CPSS, 2001,38-39)، (Salim Khani, 2016,17-18)

یکی از جنبه‌های مهم اهداف و سیاست‌های امنیتی، لزوم مطابقت با استانداردهای معقول تجاری است. چرا که مهم‌ترین مسئله شبکه‌های ارتباطی نظام‌های پرداخت، امنیت اطلاعات منتقل شده در

1- Service level agreements

2- Business Contingency Plan

غیره ناشی می

شود) فراهم می‌کند، یک ضرورت اجتناب ناپذیر است.

(CPSS,2001,39-42)، (Nakajima,2011,92)

بانک مرکزی ایران براساس ماده ۴ آیین نامه نظام بانکداری

الکترونیکی مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۲ هیئت وزیران، مسئولیت

برقراری امنیت بانکداری الکترونیکی بر اساس استانداردهای

بین‌المللی را برعهده دارد. این بانک از دهه ۱۳۹۰ ارتقای

امنیت بانکداری الکترونیک و نظام‌های پرداخت را از کانال توسعه

سامانه‌های درون بانکی و بین بانکی خود نظیر سامانه‌های نماد،

نهاب، سنا، کاشف، مرکز پاسخگویی و مدیریت رخدادهای بانکی،

مرکز عملیات امنیت و غیره در دستور کار قراردادده است. این بانک در

صدد است با تحقق اهداف نظام جامع پرداخت ایران و افزایش ضریب

مطابقت آن با اصول دهگانه CPSS، ضمن انطباق و هدایت تدریجی

شبکه بانکی کشور به سمت پیاده سازی این سند، به حفاظت از منافع

و حریم خصوصی مشتری و درنهایت افزایش اطمینان و اعتماد آن‌ها

به نظام‌های پرداخت بپردازد.

اصل دارا بودن معیارهای عینی و آشکار مشارکت عادلانه و

آزاد در نظام پرداخت

اصل نهم سند (CPSS) بر لزوم تعیین معیارهای مشارکت و

عضویت کاربران در نظام پرداخت و برقراری فضایی عادلانه، آزاد و

رقابتی در ارائه خدمات پرداخت تاکید می‌کند و مقرر می‌دارد: "سیستم

باید معیارهای عینی و آشکاری برای مشارکت داشته باشد که اجازه

دسترسی عادلانه و آزاد را می‌دهد" (CPSS,2001,51)

این اصل، این واقعیت که رقابت بین مؤسسات مالی در ارائه

خدمات پرداخت، مانند سایر موارد، به ارتقای کارایی اقتصادی در این

بخش کمک می‌کند، به رسمیت می‌شناسد. چراکه در بسیاری

از کشورها، صرفه‌جویی در مقیاس منجر به وجود تعداد کمی از نظام‌های

پرداخت می‌شود. در نتیجه، مشارکت در چنین سیستم‌هایی می‌تواند

تأثیر قابل توجهی بر تعادل رقابتی بین سازمان‌های ارائه‌دهنده خدمات

پرداخت داشته باشد. (CPSS,2001,51)

شرایط حاکم بر مشارکت و عضویت در یک نظام پرداخت

به عنوان «معیارهای دسترسی»^۱ شناخته می‌شوند که برای تعریف

اعضای بالقوه یک سیستم مفید هستند. (Kokkola,2010,40) این

معیارها ممکن است شامل حداقل الزامات برای عضویت یک شرکت

کننده بالقوه، مانند معیارهای کمی (مثلاً حداقل سرمایه مورد نیاز یک

شرکت کننده، رتبه اعتباری یا حجم پرداخت)، یا الزامات کیفی (مثلاً

مربوط به وضعیت حقوقی واحد تجاری)، و همچنین معیارهای فنی،

عملیاتی و جغرافیایی باشد. در هر حال، از نظر این سند این معیارها باید

شفاف و عینی باشند. (Rambure at al., 2008,61) به نظر می‌رسد

هدف اصلی این اصل؛ اطمینان از عدم وارد کردن ریسک مالی،

عملیاتی یا قانونی غیرقابل قبول به نظام پرداخت است. (Kokkola,

2010,40)

این اصل بطور ضمنی تصدیق می‌کند، مدیریت ریسک‌ها از جمله

ریسک‌های مالی و عملیاتی با سایر اصول اصلی مورد اشاره در این

سند ارتباط تنگاتنگی دارد و می‌تواند بر شرایط دسترسی به یک

سیستم تأثیر بگذارد. به عنوان مثال، معیارهای دسترسی می‌تواند

بر اساس معیارهای ریسک مانند نسبت سرمایه، رتبه بندی ریسک یا

سایر شاخص‌ها باشد. علاوه بر این، اصل هشتم که ناظر بر کارایی

است، می‌تواند شرایط دسترسی را تحت تأثیر قرار دهد. مثلاً، به منظور

بهره‌وری عملیاتی، معیارهای مشارکت می‌تواند شامل عواملی مانند

حداقل حجم پرداخت باشد. (CPSS,2001,51)

در هر حال، معیارهای دسترسی که دارای این نوع اثر محدودکننده

هستند، تابع ضوابطی است که به عنوان مثال از قانون رقابت یا قانون

حاکم بر نظام پرداخت و بانک مرکزی ناشی می‌شود. به علاوه، این

معیارها نه تنها ناظر به شرایط عضویت و ورود به نظام پرداخت هستند،

بلکه در برگیرنده معیارهای خروج نیز می‌باشند. این نشان‌دهنده این

واقعیت است که وضعیت مالی شرکت کنندگان می‌تواند در طول زمان

تغییر کند و یک شرکت کننده به دلیل آنکه زیرمعیار رتبه بندی ریسک

قرار گرفته است، به طور موقت از مشارکت کنار گذاشته شود. در عین

حال، باید احتیاط کرد تا ریسک کلی برای یک سیستم افزایش نیابد.

(CPSS,2001,52)

در ایران، شرایط و معیارهای عضویت و دسترسی کاربران

و مشارکت کنندگان کلیه نظام‌های پرداخت در قوانین و مقررات

حاکمه به روشنی تدوین و تعیین گردیده است. برخی از این نظام‌ها

از جمله نظام پرداخت چک، طبق مواد ۶ و ۲۱ مکرر قانون اصلاحی

۱۳۹۷ و ماده ۲۱ قانون اصلاحی ۱۳۷۲، علاوه بر دارا بودن معیارهای

دسترسی و مشارکت در نظام پرداخت چک و احراز صلاحیت حائزین

شرایط عضویت با استفاده از سامانه‌های یکپارچه بانک مرکزی نظیر،

صیاد، نهاب، اعتبارسنجی و غیره، دارای معیارهای تعلیق و خروج از

آن نیز می‌باشند.

اصل وجود ترتیبات راهبری مؤثر، پاسخ گو و شفاف نظام

پرداخت

از آنجایی که نظام‌های پرداخت مهم، دارای پتانسیل تأثیرگذاری

گسترده‌تر بر جامعه مالی و اقتصادی هستند، نیاز خاصی به راهبری

مؤثر، پاسخگو و شفاف وجود دارد، خواه این سیستم تحت مالکیت و

اداره بانک مرکزی یا بخش خصوصی باشد. به طور کلی، حکمرانی

خوب، پایه و اساس انطباق حداکثری نظام پرداخت با اصول اصلی را

توجهی در مورد عملکرد نظام‌های پرداخت و خطرات ناشی از آن کسب کرده‌اند و به روش‌های مختلف در نظام پرداخت مشارکت دارند: به‌عنوان اپراتور و ارائه‌دهنده خدمات تسویه با پول بانک مرکزی، به‌عنوان شرکت کنندگان یا کاربران، به‌عنوان مراجع نظارتی و به‌عنوان یک کاتالیزور و مروج کارایی نظام پرداخت به‌عنوان یک کل. (CPSS, 2006, 32) در نتیجه، وظایف بانک‌های مرکزی در نظام‌های پرداخت، مسئولیت‌های منحصر به فردی

است که این مسئولیت‌ها در چهار محور اصلی مورد توجه سند (CPSS, 2001, 59-67) قرار گرفته است.

اول: وظیفه روشن‌گری و شفافیت بخشی بانک مرکزی در نظام پرداخت، که در بند "الف" بخش "مسئولیت‌های بانک مرکزی سند (CPSS)، به آن اشاره شده است و تاکید می‌کند: "بانک مرکزی باید اهداف نظام پرداخت خود را به وضوح تعریف کند و نقش و سیاست‌های اصلی خود را در رابطه با نظام‌های پرداخت مهم به‌طور عمومی افشا کند"

دوم: وظیفه انطباق نظام‌های پرداخت با اصول (CPSS) است که در بند "ب" بخش "مسئولیت‌های بانک مرکزی" با این مضمون: "بانک مرکزی باید اطمینان حاصل کند که سیستم‌هایی که اجرا می‌کند با اصول اصلی مطابقت دارند"، بیان شده است. به دیگر سخن، بانک مرکزی باید اطمینان حاصل کند که هر نظام پرداخت مهمی که اجرا می‌کند، مطابق با اصول اصلی است و به آن ادامه می‌دهد. این برای همه انواع نظام‌های پرداخت صدق می‌کند.

سوم: وظیفه نظارتی بانک مرکزی است که تحت بند "ج" بخش "مسئولیت‌های بانک مرکزی" مورد شناسایی و رسمیت قرار گرفته است و در این خصوص مقرر گردیده است: "بانک مرکزی باید بر رعایت اصول اصلی توسط همه سیستم‌ها حتی سیستم‌هایی که خود مالکیت و مدیریت آن را برعهده ندارد، نظارت کند و باید توانایی انجام این نظارت را داشته باشد؛ بنابراین در مواردی که بانک مرکزی خود اپراتور نیست، نقش آن نظارت بر انطباق تمامی نظام‌های پرداخت با اصول اصلی است و باید اطمینان حاصل کند که طراح و اپراتور نظام‌های پرداخت به مسئولیت‌های خود عمل می‌کنند. این فعالیت‌ها مبتنی بر تعریف و اجرای استانداردهایی است که توسط بانک‌های مرکزی G10 برای سازماندهی و اجرای نظارت مؤثر در سطح جهانی توسعه داده شده و توسط کمیته نظارت بانکی بازل بانک BIS به‌عنوان استانداردهای نظارت رسمی آن پذیرفته شده است. (CPSS, 2005, 26)

چهارم: وظیفه مشارکت همکارانه بانک مرکزی است که در بند "د" بخش مزبور بدین نحو تصریح گردیده است: "بانک مرکزی در ارتقای ایمنی و کارایی سیستم پرداخت از طریق اصول اصلی باید با

فراهم می‌کند؛ بنابراین سند (CPSS) در اصل دهم خود با اشاره به این مهم، بیان می‌دارد: "ترتیبات راهبری سیستم باید مؤثر، پاسخگو و شفاف باشد." (CPSS, 2001, 9)

ترتیبات راهبری نظام پرداخت، مجموعه‌ای از روابط بین مدیریت نظام پرداخت و بدنه آن، مالکین و سایر ذینفعان آن را در برمی‌گیرد. این ترتیبات، ساختاری را فراهم می‌کند که از طریق آن اهداف کلی سیستم، نحوه دستیابی به آن‌ها و نحوه نظارت بر عملکرد سیستم تنظیم می‌شود. همچنین ترتیبات راهبری خوب، مبنای مناسبی برای انطباق نظام پرداخت با نه اصل اصلی دیگر را فراهم می‌کند و به سیستم کمک می‌کند تا نیازهای جامعه‌ای را که به آن خدمت می‌کند برآورده کند. همچنین تضمین می‌کند که نظام پرداخت از مدیریت ابزارها و توانایی‌های مناسب برای دستیابی به اهداف آن برخوردار است. (Heinrich, 2003, 713)

از سوی دیگر، یکی از جنبه‌های اساسی دستیابی به این اصل، اطمینان از شفاف بودن ترتیبات راهبری است، به‌طوری که همه طرف‌های متأثر به اطلاعات مربوط به تصمیمات مؤثر بر سیستم و نحوه اتخاذ آن‌ها دسترسی داشته باشند. (IMF Code, 1999) در مجموع می‌توان گفت ترکیبی از حکمرانی مؤثر، پاسخگو و شفاف، بستری را برای انطباق نظام پرداخت با اصول اصلی فراهم می‌کند که این وظیفه مهم در نظام‌های پرداخت، بر دوش بانک مرکزی است. هرچند اشکال دیگری از مالکیت نظام‌های پرداخت تحت عنوان نظام‌های تحت مالکیت بخش خصوصی و نظام‌های تحت مالکیت مشترک نیز وجود دارند، لکن رایج‌ترین آن‌ها، نظام‌های تحت مالکیت بانک مرکزی می‌باشد.

بانک‌های مرکزی به‌عنوان صادرکنندگان پول و حافظین ارزش و اعتماد عمومی به پول، همواره علاقه زیادی به عملکرد روان نظام‌های پرداخت ملی و نحوه تأثیرگذاری آن بر اقتصاد داشته‌اند. با این حال، مشارکت آن‌ها در طول زمان تکامل یافته است و به‌طور فزاینده‌ای، نقش برجسته‌ای در تعقیب منافع عمومی برای حفظ اعتماد به ارز و تضمین گردش روان آن بر عهده گرفته‌اند. در نتیجه، مشارکت آن‌ها در پرداخت، تصفیه و تسویه تغییر کرده است.

هم اکنون مهم‌ترین اهداف بانک‌های مرکزی در نظام‌های پرداخت، موارد زیر است: ۱- جلوگیری از ریسک سیستمیک، در نتیجه حفظ ثبات مالی؛ ۲- ارتقای کارایی نظام‌ها و ابزارهای پرداخت؛ ۳- اطمینان از امنیت و اعتماد عمومی به ارز به‌عنوان دارایی تسویه حساب ۴- محافظت از کانال انتقال سیاست‌های پولی. (Kokkola, 2010, 153)

در راستای تحقق این اهداف، بانک‌های مرکزی بر اساس تحولات تاریخی و سطح مشارکت فعلی خود، تخصص قابل

سریع‌تر و ایمن‌تر پول می‌شود، وابسته به نظام‌های پرداخت می‌باشد.

۲- گزارش اصول اصلی حاکم بر نظام‌های پرداخت مهم سیستمی (CPSS) در سال‌های ۲۰۰۰ و ۲۰۰۱، توسط کمیته بین‌المللی سیستم‌های پرداخت و تسویه بانک بین‌المللی تسویه وجوه (BIS) و با همکاری بانک‌های مرکزی بیش از ۱۰ کشور بزرگ صنعتی طراحی و تصویب شده است. هدف اصلی آن، استفاده به‌عنوان دستورالعمل‌ها و استانداردهای جهانی برای تشویق طراحی و بهره‌برداری ایمن‌تر و کارآمدتر SIPS در سرتاسر جهان است. این اصول که تلاش شده است از خصیصه جامعیت و کلیت برخوردار باشند تا در طیف وسیعی از نظام‌های پرداخت اعمال گردد، در نظام‌های حقوقی و اقتصادی بیش از ۲۸ کشور با اقتصادهای پیشرفته و نوظهور و همچنین صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی اعمال گردیده است و تمامی انواع نظام‌های پرداخت مهم، نظیر: نظام‌های پرداخت غیر نقدی کاغذی و الکترونیکی مبتنی بر اسناد تجاری همچون نظام پرداخت چک، نظام پرداخت سفته و برات، نظام پرداخت کارت‌های بانکی، نظام پرداخت اینترنت بانک و موبایل بانک، نظام پرداخت اعتبارات اسنادی، نظام پرداخت پول‌های الکترونیکی و رمزارزهای دیجیتال، نظام پرداخت و تسویه اوراق بهادار و معاملات اوراق مشتقه و غیره را در بر می‌گیرد.

۳- این سند متضمن ده اصل حقوقی و اقتصادی است مسائل حقوقی نظام‌های پرداخت در قالب سه اصل بنیادین: ۱- اصل وجود قوانین و مقررات مدون در حمایت از عملکرد نظام پرداخت؛ ۲- اصل شفافیت قوانین و رویه‌های نظام پرداخت؛ ۳- اصل وجود مبانی حقوقی معتبر برای کنترل و مدیریت ریسک‌های مالی نظام پرداخت گنجانده شده است.

۴- اصول اقتصادی یا فرآیندی نیز در قالب هفت اصل بنیادین نظیر: ۱- اصل تسویه سریع و نهایی؛ ۲- اصل دارایی‌های تسویه؛ ۳- اصل اطمینان از تسویه به‌موقع در نظام‌های تسویه چندجانبه؛ ۴- اصل امنیت و قابلیت اطمینان عملیاتی؛ ۵- اصل کارایی و قابلیت کاربرد؛ ۶- اصل معیارهای دسترسی آزاد و منصفانه؛ ۷- اصل حاکمیت و ترتیبات راهبری مؤثر، شفاف و پاسخگو بانک مرکزی آورده شده است. هرچند تعدادی از اصول اقتصادی ازجمله، اصل تسویه سریع و نهایی، اصل امنیت و قابلیت اطمینان عملیاتی، اصل معیارهای دسترسی منصفانه و اصل حاکمیت یا نظارت بانک مرکزی درعین‌حال، دارای اوصاف و پیامدهای حقوقی هستند که این امر بر اهمیت و ارزش حقوقی این سند می‌افزاید. درواقع، تحقق کارکرد این اصول اقتصادی در وهله اول، درگرو تأمین و برقراری اصول حقوقی می‌باشد. همچنین این سند، نقش کلیدی و پیشرو بانک

سایر بانک‌های مرکزی و سایر مراجع ذیربط داخلی یا خارجی همکاری کند." بنابراین بانک‌های مرکزی مکلفند در راستای ارتقای ایمنی و کارایی نظام پرداخت، با سایر بانک‌های مرکزی و مراجع ذیربط همکاری فعال داشته باشند. (CPSS, 2001, 66)

بانک مرکزی ایران با تصویب طرح جامع نظام پرداخت در سال ۱۳۸۰ که نقشه جامع نظام پرداخت ایران محسوب می‌گردد، ایجاد و توسعه زیرساخت‌ها و ابزارهای نظام‌های پرداخت، استانداردسازی فرآیندهای نظام‌های پرداخت، تدوین استانداردها، دستورالعمل‌ها، رویه‌ها، مقررات و قوانین لازم و همچنین نظارت بر نظام‌های پرداخت را از بستر سامانه‌های سانتا، شتاب، سحاب، تابا و... را در دستور کار خود قرارداد. این بانک، با گسترش قابل توجه نظام‌های پرداخت و ضرورت نظارت دقیق تروایجاد زیرساخت‌های کارآمدتر، وفق ماده ۲ آیین نامه نظام بانکداری الکترونیکی، به‌عنوان راهبر و متکفل تعیین راهبردهای زیرساخت‌های نظام جامع پرداخت و بانکداری الکترونیکی تعیین گردید. در این راستا، این بانک به‌منظور اتخاذ رویکردهای مبتنی بر استانداردهای بین‌المللی مدیریت ریسک و ایفای نقش حاکمیتی و نظارتی مستمر و کارآمد بر نظام‌های پرداخت، با وضع قوانین، آیین نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های حقوقی متعدد و مستمر و طراحی و راه اندازی سامانه‌های مختلف نظارتی و حاکمیتی ازجمله: سنا، نهاب، مکنّا، کاشف، سپام، ایجاد مرکز پاسخگویی به رخداد در شبکه و سرویس‌های بانکی، سیما و غیره، اقداماتی اصولی در توسعه و انطباق نظام‌های پرداخت ایران با اصول CPSS برداشته است. با این وجود، بانک مرکزی ایران هیچ گونه عضویت و ارتباطی با کمیته CPSS بانک بین‌المللی تسویه وجوه ندارد و در نتیجه امکان همکاری و مشارکت فعال این بانک با سایر بانک‌های مرکزی کشورهای عضو این کمیته وجود ندارد. همچنین در شرایط کنونی، زمینه‌های قانونی نظارت و ارزیابی نظام‌های پرداخت ایران با اصول این سند توسط صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی فراهم نمی‌باشد.

نتیجه‌گیری

۱- تحولات گسترده اقتصادهای ملی و بین‌المللی و رشد فزاینده مبادلات پولی در گستره جهانی، اهمیت و نقش نظام‌های پرداخت را بیش‌ازپیش نمایان کرده است. به‌نحوی که از منظر اقتصاد کلان، نظام‌های پرداخت، نه تنها به‌عنوان عنصر حیاتی زیرساخت‌های مالی و اقتصادی هر کشور بلکه به‌عنوان یک مسیر ضروری مدیریت اقتصادی اثربخش و یک بستر حیاتی حقوقی جهت ارتقاء کارایی اقتصادی شناخته می‌شوند. از دیدگاه اقتصاد خرد نیز، افزایش روزافزون حجم و ارزش تبادلات بانکی و توسعه فناوری‌های نوین که بهره‌برداری از آن‌ها موجب انتقال

مرکزی به عنوان تنها مرجع عالی نظارتی، حاکمیتی و راهبری نظام‌های پرداخت و در نهایت تحقق کارایی نظام‌های پرداخت می‌باشند.

۸- نظام‌های پرداخت ایران با اصول اول، پنجم، ششم و هفتم و نهم این سند تقریباً انطباق کامل دارند، لیکن اصول دوم، سوم، چهارم، هشتم و دهم را به نحو کامل تأمین نمی‌نمایند. لذا ضروری است این اصول، در حوزه قانون‌گذاری و مقررات‌گذاری داخلی به‌ویژه سیاست‌ها و راهبردهای بانک مرکزی به‌عنوان راهبر نظام‌های پرداخت ایران، موردتوجه جدی قرار گیرد و تمامی نظام‌های پرداخت خصوصاً نظام پرداخت چک که از مقبولیت و کاربری بالایی در نظام مالی و اقتصادی ایران برخوردار است، در اسرع زمان با آن منطبق شده و به‌صورت مستمر و منظم نظارت گردند. از همه مهم‌تر، بانک مرکزی ایران هرچه سریع‌تر به عضویت کمیته بین‌المللی سیستم‌های پرداخت و تسویه بانک بین‌المللی تسویه و جوه درآید تا ضمن مشارکت فعال و مؤثر با سایر بانک‌های مرکزی کشورهای جهان، در روند اصلاح و توسعه استانداردهای بین‌المللی نظام‌های پرداخت حضور و نقش پررنگ داشته باشد و امکان نظارت و پایش مستمر بین‌المللی نظام‌های پرداخت ایران با اصول بین‌المللی روز فراهم گردد.

مرکزی در خصوص راهبری نظام پرداخت
۵- و شرح مسئولیت‌های آن را در اجرای اصول اصلی و تحقق حکمرانی خوب نظام‌های پرداخت بیان می‌کند.

۶- اصول حقوقی این سند دائر مدار تدوین قوانین و مقررات مدون و معتبری است که متمرکز بر سه محور اصلی است: اول، هر نظام پرداخت علاوه بر قوانین عام ناظر بر حوزه نظام‌های پرداخت، قوانین و قواعد خاصی داشته باشد که مأموریت اصلی آن صرفاً حمایت و پشتیبانی از عملکرد نظام پرداخت موردنظر باشد. دوم، این قوانین باید واجد شفافیت، جامعیت و پویایی در زمینه شناسایی ریسک‌های مالی سیستم و واکنش و بازخورد سیستم از این ریسک‌ها برای کاربران نظام پرداخت باشد. سوم، این قوانین متضمن ضوابط، احکام و ضمانت اجراهای مشخصی برای مدیریت و مهار ریسک‌های اعتباری و نقدینگی نظام پرداخت باشند.

۷- اصول اقتصادی یا فرآیندی این سند متضمن استانداردهای حداقلی در زمینه فرآیندهای اجرایی نظام پرداخت از مرحله پذیرش پرداخت تا تسویه نهایی آن می‌باشند. این اصول متمرکز بر کاهش ریسک‌های امنیتی، عملیاتی و سیستمیک، افزایش سرعت و امنیت تسویه و پرداخت، تأمین فضای رقابتی و دسترسی آزاد افراد جامعه به نظام‌های پرداخت، شناسایی بانک

References

- [1] Alexander, K. (2009). Global Financial Standard Setting, The G10 Committees, and International Economic Law, 34 BROOK. J. Int'l L, 861-879, 2008-2009.
- [2] BCBS, B. (2006). Enhancing corporate governance in banking organisations. 1-30
- [3] Bech, M. L., & Hancock, J. (2020). Innovations in payments. BIS Quarterly Review, March.
- [4] Benson, C. C., Loftesness, S., & Jones, R. (2017). Payments Systems in the US A Guide for the Payments Professional.
- [5] Biagio, B., & Massimo, C. (2001). The Oversight of the Payments Systems: A Framework for the Development and Governance of Payment Systems in Emerging Economies. World Bank Report.
- [6] CPSS, B. (2000). Core of Principles for systemically Important Payment Systems. Part 1.1-18
- [7] CPSS, B. (2001). Core of Principles for systemically Important Payment Systems. Part 2.1-98
- [8] CPSS, B. (2003). A glossary of terms used in payments and settlement systems. A glossary of terms used in payments and settlement systems <https://www.bis.org>.
- [9] CPSS, B. (2005). General guidance for payment system development. 1-74
- [10] CPSS, B. (2005). Central Bank Oversight of Payment and Settlement Systems. 1-61
- [11] CPSS, B. (2006). General Guidance for National Payment System Development. 1-79
- [12] CPSS & IOSCO, B. (2001) Recommendations for Securities Settlement Systems. 1-55
- [13] Dadgar, Y. (2010). Main Dimensions of Law & Economics. Tarbiat Modares University Press. (In Persian).
- [14] Darijani, Mitra, Delir, Hamid, & Ahmadi Mousavi, Seyed Mehdi. (2019). Pathology of the principle of transparency in the field of Iranian criminal legislation and its relationship with good governance. Iranian Political Sociology Monthly, 3(1), 173-208. (In Persian).
- [15] De Caux, R., Brede, M., & McGroarty, F. (2016). Payment prioritisation and liquidity risk in collateralised interbank payment systems. Journal of International Financial Markets, Institutions and Money, 41, 139-150.
- [16] Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC (Text with EEA relevance)
- [17] Giovanoli, M. (1993). Bargeld-Buchgeld-Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff? /Banken und Bankrecht im Wandel: Festschrift für Beat Kleiner.

- [18] Hakimi, N. (2010). New payment infrastructure and electronic settlement, A platform to increase the effectiveness, efficiency and speed of monetary exchanges in the country. *Economic News*, 8(127), 68-77. (In Persian).
- [19] Haldane, A. G., & Saporta, V. (Eds.). (2008). *The future of payment systems* (p.31). Routledge.
- [20] Heinrich, G. (2003). *CPSS Core Principles for Payment Systems*. 691-722.
- [21] Humphrey, D. B. (1995). *Payment systems: principles, practice, and improvements* (Vol. 23). World Bank Publications.
- [22] International Monetary Fund (IMF). (1999). *Code of good practices on transparency in monetary and financial policies*.
- [23] Kelman, M. C. A., & Chissick, M. (1999). *Electronic commerce law and practice*. SWEET & MaxWel.
- [24] Khoshbin, R, Rezaei, F & Rastgar, M. A. (2022) liquidity risk management in new interbank payment systems. *Journal of Investment Knowledge*. (4) 11. 2-8. (In Persian).
- [25] Kokkola, T. (Ed.). (2010). *The Payment System*. Payments, securities and derivatives, and the role of the Euro system. European Central Bank.
- [26] Ledingham, P., Rodgers, A., & Stinson, A. (2000). Recent developments in the payment system. *Reserve Bank of New Zealand Bulletin*, 63(4), 4-11.
- [27] Madhoshi, M, Zali, M. R & Rauf Amani, M. (2005). Evaluating the characteristics of electronic payment systems from the perspective of Iranian users. *Journal of Humanities and Social Sciences*. (19) 5. 73-80. (In Persian).
- [28] Maggs, G. E. (1997). *New Payment Devices and General Principles of Payment Law*. Notre Dame Law Review, 72, 753.
- [29] Naderan, E & Sharifzadeh, M.R. (2010). Exchange costs, assumed rules and regulations on contracts in Islam, an introduction to the economic analysis of contract rights in Islam", two specialized quarterly journals of Islamic economic studies, 1(4). 5- 30. (In Persian).
- [30] Nakajima, M. (2011). *Payment system technologies and functions: innovations and developments*. IGI Global.
- [31] Posner, R. A. (1983). *The economics of justice*. Harvard University Press.
- [32] Rahmatzade, S, Abdipour Fard, E & Delshad Ma'aref, E. (2022) The Effect of Conflict of Bankruptcy's Laws on Proper Functioning of Payment Systems, *Comparative Law Researches Quarterly*. (25).3.49-81. (In Persian).
- [33] Rambure, D., & Nacamuli, A. (2008). *Payment Systems: From the Salt Mines to the Board Room*.
- [34] Russo, D. (Ed.). (2021). *Payments and market infrastructure two decades after the start of the European Central Bank*. European Central Bank.
- [35] Salim Khani, F. (2016). Providing some basic security solutions in banking and payment systems. *Simayebankdari*. (2) 6, 17-19. (In Persian).
- [36] Schmitz, S. W., & Wood, G. E. (2007). Institutional change in the payments system and monetary policy—an introduction. In *Institutional Change in the Payments System and Monetary Policy* (pp. 13-42). Routledge.
- [37] Shahchera, M. (2010) The core principles of payments system in Iran. *Economic News*, (134) 9. 197-199 (In Persian).
- [38] Summers, B. J. (Ed.). (2012). *Payment systems: design, governance and oversight*. Central Banking Publications.
- [39] Turban, E., King, D., Lee, J., & Viehland, D. (2004). *Electronic Commerce: a managerial perspective 2004*. Pearson Education.
- [40] Zhang, J., He, L., & An, Y. (2020). Measuring banks' liquidity risk: An option-pricing approach. *Journal of Banking & Finance*, 111, 105703.



Research Article

Vol. 30, No. 23, Spring-Summer 2023, p. 37-52

Investigating the effect of the personality of white-collar criminals in predicting the differential trial of economic crimes (analyzing the attitude of society's elites)

S. Safari ¹, A. Javan Jafari ^{2*} , S.M. Seyedzadeh Sani ²

1- Ph.D of Criminal Law and Criminology, Department of Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

2-Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

3-Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

(*- Corresponding Author Email: j-javan@um.ac.ir)

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.80189.1242>

Received: 4 February 2023
Revised: 19 April 2023
Accepted: 22 June 2023
Available Online: 22 June 2023

How to cite this article:

Safari, S.; Javan Jafari, A., Seyedzadeh Sani, S.M. (2023). Investigating the effect of the personality of white-collar criminals in predicting the differential trial of economic crimes. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 30(23): (37-52) (in Persian with English abstract).

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.80189.1242>

1- INTRODUCTION

Different handling of some criminal matters is done based on several criteria, the nature of criminal behavior is one of them. In the meantime, economic crimes are one of the most important areas in which Iran's legislator has tried to use differential and different proceedings compared to other crimes. In this regard, it seems that the field of economic crimes with large and major characteristics, especially when it is associated with the extent of the works and the large number of victims, is one of the fields that needs to deviate from the certain principles of fair proceedings and resort to the principles of reliable proceedings. In order to pay attention to the usual expectations, judicial proceedings should be conducted in a fair place. This issue, which is referred to as "differential proceedings", is generally taken into consideration when the regulations of general proceedings are not efficient to deal with a category of crimes. It is worth mentioning that the differentiation of proceedings is not only limited to the specialization of hearing courts. Rather, it means the separation of criminal procedure rules and judicial authorities, which of course can be one of the manifestations of the specialization or specialization of the investigating authorities.

Special courts to deal with the crimes of disruptors in the country's economic system were established in a number of provinces in Iran since 2017. The rules of procedure foreseen for these courts, in many cases, are contrary to the principles and bases of the usual procedure in dealing with other crimes.

2- PURPOSE

Since the provision of differential proceedings in economic crimes is combined with a strict approach in forming special courts to deal with the crimes of those who interfere in the country's economic system. Therefore, by proposing this hypothesis that it seems that the characteristics of the criminals of macro-economic crimes have been effective in predicting differential proceedings in special courts dealing with the crimes of disruptors in the country's economic system, they seek to clearly determine the effect of the personality of white-collar criminals in To examine the provision of differential proceedings to deal with economic crimes from the point of view of the elites of the society (law professors, lawyers, judges).

3- METHODOLOGY

The current research is of an applied type in terms of the purpose of the study, and in terms of the general nature of the descriptive-analytical type, the data of which has been collected in the form of a survey. With the explanation that the authors, in addition to describing and explaining the current situation of differential proceedings in special courts dealing with the crimes of disruptors in the country's economic system, intend to



THIS WORK IS LICENSED UNDER A CREATIVE COMMONS ATTRIBUTION 4.0 INTERNATIONAL LICENSE

conduct a comprehensive analysis of the attitude of the elites of society regarding the effect of the personality of white-collar criminals on the prediction of the rules of differential proceedings in this Courts provide.

The tool used for data collection was a researcher-made questionnaire (closed-answer questions with a 5-point Likert scale), which is generally used as one of the most common tools for collecting information in survey research. In order to take a sample from the elite statistical society, the opinion of law professors, attorneys and judges, who are known as experts in this field, was taken into consideration by the authors. A total of 891 elites were selected as a statistical sample, which is the number of each sample taken in the research groups (158 law professors, 312 lawyers, 421 judges).

4- FINDINGS

Considering the obtained results, it is clear that as expected, in the opinion of the society's elite, the character of economic criminals has been effective in predicting these courts to fight against economic corruption and their differential proceedings. By interpreting the results obtained from the Kruskal-Wallis test, considering that the obtained Sig value is equal to 0.000, it must be acknowledged that firstly, the null hypothesis or the opposite of the research hypothesis is rejected, and secondly, it can be confirmed with 99% confidence and certainty. It can be stated that the personality of economic criminals has been effective in predicting different rules compared to other crimes and this is reflected in the attitude of the statistical sample.

5- CONCLUSION

By examining the data obtained from the questionnaires of this research, it was found that according to the elites of the society, the personality and characteristics of economic criminals were effective in predicting the differential proceedings of economic crimes, and the judges had the greatest influence on this issue. Due to the fact that a differential trial regarding an issue is considered an exceptional matter that should have a strong justification and support. Therefore, the provision of differential and different proceedings, considering that it is considered exceptional and contrary to the principle, requires mentioning strong grounds. The importance of this issue is greater when the fundamental rights of the accused and convicted are limited, and the legislator should have stronger justifications for adopting his differential approach. Therefore, it seems that there can be no doubt about the principle of differentiating the handling of some cases, including macro-economic cases, but in this process, it is necessary that the deviation from the usual rules of procedure and fair principles of procedure should be accompanied by detailed justifications.

Keywords: Disruption in the economic system, crimes of nobles, economic crimes, differential proceedings, white-collar criminals.

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۳۷-۵۲

بررسی تأثیر شخصیت مجرمین یقه سفید در پیش‌بینی دادرسی افتراقی جرایم اقتصادی (تحلیل نگرش نخبگان جامعه)

صادق صفری^۱ - عبدالرضا جوان جعفری^{۲*} - سید مهدی سیدزاده ثانی^۳

دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۵ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۰۱

چکیده

در خصوص رسیدگی به جرایم اقتصادی، دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور از سال ۱۳۹۷ در تعدادی از استان‌های کشور تشکیل شدند. قواعد دادرسی پیش‌بینی شده برای این دادگاه‌ها، در بسیاری از موارد با اصول و مبانی دادرسی معمول در رسیدگی به سایر جرایم مغایر است. به نظر می‌رسد یکی از دلایل توجیهی تشکیل چنین محاکمی، شخصیت مجرمین اقتصادی است که روند رسیدگی به پرونده‌های کلان اقتصادی در دادگاه‌های عادی را با چالش مواجه می‌نماید. نویسندگان در این نوشتار نگرش سه گروه از نخبگان جامعه را در خصوص تأثیر شخصیت مجرمین یقه سفید در پیش‌بینی دادرسی افتراقی در این دادگاه‌ها مورد بررسی قرار دادند. تعداد ۱۵۸ نفر از اساتید رشته حقوق، ۳۱۲ نفر از وکلای دادگستری و ۴۲۱ نفر قضات به عنوان نمونه آماری به روش قضاوتی انتخاب شدند. پرسشنامه این پژوهش به صورت محقق ساخته با سؤالاتی به صورت پاسخ بسته و با الهام از طیف ۵ گزینه‌ای لیکرت طراحی شد و داده‌ها با استفاده از نرم افزار SPSS نسخه ۲۲ مورد تجزیه تحلیل و آزمون (کروسکال-والیس) قرار گرفت. نتیجه حاصل از پژوهش صورت گرفته نشان داد که گروه‌های مختلف نخبگان، عمدتاً عقیده بر تأثیر بسیار زیاد شخصیت مجرمین اقتصادی بر پیش‌بینی دادرسی افتراقی در دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور دارند و از میان گروه‌های آماری، قضات بیش از سایر گروه‌های نخبگان، قائل به این مهم هستند.

کلید واژه‌ها: اخلاک در نظام اقتصادی، جرایم آفا زاده‌ها، جرایم اقتصادی، دادرسی افتراقی، مجرم یقه سفید.

مقدمه

آن، موجب آسفتگی و بی‌نظمی حقوقی می‌گردد» (Bagherinejad, 2015: 15). ولیکن باید توجه داشت رسیدگی به برخی پرونده‌های کیفری به طور متفاوت و با دادرسی افتراقی، موضوعی است که به مرور زمان و پس از مشاهده ناکارآمدی دادرسی معمول، نمود و بروز پیدا کرده است.

افتراقی شدن دادرسی کیفری،^۴ بر پایه معیارهای متعددی انجام می‌گیرد که ماهیت رفتار مجرمانه از جمله آنها می‌باشد.^۵ در این میان،

اصول حاکم بر هر نظام حقوقی، شاکله اصلی آن نظام را می‌سازد و نمایانگر ارزش‌های حاکم بر هر نظام حقوقی است. این اصول را می‌توان مفاهیمی فراقانونی دانست که به عنوان میراث نسل‌های گذشته، مورد پذیرش قرار گرفته و امروزه حتی به عنوان مسلمات حقوقی، نیاز به اثبات ندارند (Sadeghi, 2005: 13). «وجود این اصول، عقلانیت و انسجام ساختار حقوقی را تضمین کرده و فقدان

۴ - برای مطالعه بیشتر در زمینه مبانی حقوقی و جرم‌شناسی افتراقی شدن رجوع کنید به: (Pakniyat, 2017: 32-199)

۵ - برای مطالعه بیشتر در زمینه دادرسی افتراقی در جرایم اطفال و نوجوانان رجوع کنید به: (Mirkamali & Hossaini, 2016: 245-272) همچنین در زمینه دادرسی افتراقی در خصوص نظامیان رجوع کنید به: (Attarnia & et al, 2017: 205-240). همچنین در خصوص سازو کار دادرسی افتراقی در دادسرا و دادگاه‌های ویژه روحانیت رجوع کنید به: (Azarbaijani, 2010: 59-77)

۱- دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد
Email: sadeghsafari13@gmail.com
۲- استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد
(*) - نویسنده مسئول: (Email: j-javan@um.ac.ir)
۳- استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد
Email: seidzadeh@um.ac.ir

بزهکاری اقتصادی از برجسته‌ترین پدیده‌های مجرمانه هستند که سیاست‌گذاران جنایی با پیش‌بینی مقررات خاص به پاسخ‌دهی و رسیدگی ناظر به آن جنبه افتراقی داده‌اند (Niazpour, 2019: 15). در این راستا به نظر می‌رسد، حوزه جرایم اقتصادی با اوصاف کلان و عمده خصوصاً وقتی با گستردگی آثار و انبوه مالباختگان همراه است، یکی از حوزه‌هایی است که ضرورت دارد با عدول از اصول مسلم دادرسی عادلانه و با توسل به اصول دادرسی معتمدانه به جای عادلانه، جهت توجه به انتظارات معمول، رسیدگی قضایی صورت بپذیرد. این موضوع که از آن تحت عنوان «دادرسی افتراقی» یاد می‌شود، اصولاً زمانی مورد توجه قرار می‌گیرد که مقررات دادرسی عمومی، برای مقابله با دسته‌ای از جرایم کارآمد نباشد. شایان ذکر است افتراقی شدن دادرسی، صرفاً منحصر به اختصاصی شدن دادگاه-های رسیدگی کننده نمی‌باشد. بلکه منظور تجزیه شدن قواعد دادرسی کیفری و مراجع قضایی است، که البته می‌تواند یکی از جلوه‌های آن اختصاصی یا تخصصی شدن مراجع رسیدگی کننده باشد.^۱

در حوزه جرایم و تخلفات اقتصادی، در مقایسه با سایر حوزه‌ها، شاهد بیشترین تنوع و تعداد مراجع قضایی^۲ رسیدگی هستیم. به نحوی که رسیدگی به جرایم اقتصادی در همه دادگاه‌های کیفری اعم از کیفری یک، کیفری دو و انقلاب صورت می‌پذیرد (Kabiri & Shafii Khorshidi, 2018: 346). بخشی از این امر بواسطه ویژگی‌های خاص جرایم و مجرمان اقتصادی، حساسیت افکار عمومی و آثار زبان‌بار این جرایم، می‌باشد که دولت‌ها را بر آن داشته است که نهادهای قضایی و دادگاه‌های کیفری و قضات و ضابطین متخصص و دوره دیده‌ای را برای رسیدگی به این جرایم اختصاص دهند.

در کشور ایران نیز همانند بسیاری از کشورها، تدابیر ویژه‌ای در بالاترین عرصه‌های سیاست‌گذاری برای کنترل جرایم اقتصادی اتخاذ شده است.^۳ در این راستا شاهد اتخاذ رویکردهای مختلفی در مقاطع

۱ - در این زمینه برخی معتقدند اگر چه افتراقی شدن دادرسی کیفری به عنوان یک ضرورت غیرقابل اجتناب برای افزایش کارایی سیاست جنایی شناخته می‌شود ولیکن می‌تواند دستاویزی برای نقض حقوق بشر و سوءاستفاده حاکمیت قرار گیرد (Pakniyat, 2017: 24)

۲ - البته این موضوع در خصوص مراجع غیرقضایی در حوزه جرایم و تخلفات اقتصادی هم صادق است که برای جلوگیری از اطاله کلام از پرداختن به آنها صرف‌نظر شده است.

۳ - از جمله این سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران مثل سیاست‌های کلی برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ابلاغ شده در ۱۳۸۲، قانون مبارزه با پولشویی ۱۳۸۶ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری کشور ۱۳۹۰، آئین نامه پیش‌گیری از رشوه در دستگاه‌های اجرایی ۱۳۸۳، آئین نامه مبارزه با پولشویی و آئین نامه پیش‌گیری و مقابله نظام‌مند و پایدار با مفاسد اقتصادی در قوه مجریه ۱۳۹۲ و نهایتاً آئین نامه اجرایی تشکیل دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۹۷ و اصلاحی ۱۳۹۹ می‌باشند. حتی

زمانی مشخص هستیم که آخرین دوره زمانی که پژوهش حاضر نیز متمرکز بر مباحث جامعه‌شناسی پیرامون آن است، تشکیل دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور در سال ۱۳۹۷ می‌باشد. تشکیل چنین محاکمی با توجه به اینکه اصولاً رسیدگی به پرونده‌های مربوط به جرایم اقتصادی با دشواری‌ها و حواشی خاص مواجه است که بخشی از آنها به ویژگی‌های خاص جرایم و بخشی دیگر به اوصاف مجرمان اقتصادی برمی‌گردد. لذا با توجه به حساسیت افکار عمومی در خصوص این جرایم، رسیدگی در خور اهمیت موضوع، به عنوان مطالبه مردم و نخبگان جامعه مطرح می‌شود و اگر از شیوه معمول دادرسی پاسخ مناسب به این قبیل جرایم داده نشود، انتظارات برآورده نمی‌شود و پیگیری مطالبات عمومی از طرق دیگر صورت می‌پذیرد. نظام عدالت کیفری ایران نیز با دریافت این پیام از اجتماع، به فکر کسب توفیق و مقبولیت عمومی بیشتر در رسیدگی به این پرونده‌ها می‌افتد. لذا ناچاراً برای رسیدگی به این پرونده‌ها، راهکاری خاص ایجاد می‌شود و آن هم پیش‌بینی دادرسی افتراقی و متفاوت از دادرسی معمول می‌باشد. تشکیل دادگاه-های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور با قواعد دادرسی متفاوت نسبت به سایر دادگاه‌های کیفری و با حذف بسیاری از تشریفات معمول دادرسی عادلانه، سعی دارد گامی مؤثر در راستای مقابله با جرایم اقتصادی بردارد.

دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور که به دادگاه‌های موضوع استجازه یا جرایم اقتصادی معروف شدند در اجرای بند ۱۱ استجازه مورخ ۲۰ مرداد ۱۳۹۷ رئیس قوه قضائیه وقت از مقام معظم رهبری، به موجب «آئین نامه اجرایی نحوه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور» در تاریخ ۲۳ آبان ۱۳۹۷ در تعدادی از استان‌های کشور تشکیل شدند. البته آئین نامه مورد اشاره در مورخه ۱۳۹۹/۰۷/۰۸ با کمی تغییرات در محتوا، با عنوان «آئین نامه اجرایی نحوه رسیدگی به جرایم عمده و کلان اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور» توسط رئیس قوه قضائیه فعلی تصویب و تا شهریور ۱۴۰۰ جهت اجرا، ابلاغ شده است و تاکنون نیز تمديد شده است. قواعد دادرسی پیش‌بینی شده برای این دادگاه‌ها، در بسیاری از موارد با اصول و مبانی دادرسی معمول در رسیدگی به سایر جرایم مغایر است.

محول نمودن تشخیص عمده و کلان بودن اخلاک در نظام اقتصادی کشور بر عهده قاضی رسیدگی کننده؛ اختیارات ویژه

در این چارچوب، قوه قضائیه به راه‌اندازی مجتمع‌های قضایی ویژه اقتصادی و جرایم کارکنان دولت مبادرت ورزیده است تا به این واسطه به صورت نظام‌مند در راستای مقابله با اینگونه رفتارهای مجرمانه گام برداشته شود (Niazpour, 2019: 594)

دادستان‌ها در پرونده‌های احتکار و گرانفروشی؛ عطف به ما سبق شدن آئین نامه به پرونده‌های سابق با موضوع اخلاف در نظام اقتصادی کشور؛ لزوم تبعیت کلیه مراجع قضایی-نظامی-اداری-ضابطان از دستور یا درخواست دادگاه؛ تشکیل یگانی مرکب از ضابط خاص و عام برای احضار و جلب متهمان؛ محدودیت در اعتراض به قرار بازداشت موقت؛ لزوم ممنوع خروجی متهم در پرونده، محدودیت در انتخاب وکیل در مرحله دادرسی و دادگاه؛ کاهش مهلت بین ابلاغ احضاریه و نشر آگهی تا روز رسیدگی؛ قطعی بودن آراء صادره بجز اعدام؛ فرجام‌خواهی محدود در شعب خاصی از دیوان عالی کشور؛ انتشار الزامی حکم محکومیت با ذکر مشخصات متهم در رسانه ملی؛ امکان پخش تمام یا بخشی از جریان رسیدگی؛ از مهمترین جهات دادرسی افتراقی در دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلافگران در نظام اقتصادی کشور محسوب می‌شود.

شایان ذکر است پیش‌بینی دادرسی افتراقی در جرایم اقتصادی توأم با رویکرد سختگیرانه در تشکیل دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلافگران در نظام اقتصادی کشور در حالی شکل گرفته است که به نوعی برخلاف جریان معمول حاکم بر فرایند دادرسی کیفری در سایر جرایم است، چراکه امروزه گفتن تحت عنوان «توافقی شدن آئین دادرسی کیفری» به عنوان بنیادی‌ترین جلوه از تغییر رویکرد حقوق کیفری شکلی در تقابل با آئین دادرسی کیفری سنتی^۱ شکل گرفته است. لذا نویسندگان با طرح این فرضیه که به نظر می‌رسد ویژگی‌های مجرمین جرایم کلان اقتصادی در پیش‌بینی دادرسی افتراقی در دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلافگران در نظام اقتصادی کشور مؤثر بوده است، در پی آن هستند تا مشخصاً تأثیر شخصیت مجرمین یقه سفید در پیش‌بینی دادرسی افتراقی جهت رسیدگی به جرایم اقتصادی را از نظر نخبگان جامعه (اساتید حقوق، وکلای دادگستری، قضات) مورد بررسی قرار دهند. شایان ذکر است هرچند قضات را می‌توان به عنوان نماد قدرت نیز در نظر گرفت ولیکن نویسندگان در این نوشتار، قضات را به عنوان یکی از گروه‌های نخبگان در نظر گرفته تا امکان مقایسه نظر این گروه با سایر گروه‌ها فراهم باشد.

مبانی نظری

موضوع جرایم اقتصادی از جنبه‌های مختلف مفهومی و مصداقی قابل تحلیل است. از حیث مفهومی، جرایم اقتصادی از زمانی که به طور جدی در حقوق کیفری و جرم‌شناسی مطرح شده‌اند، هیچ‌گاه به

طور روشن تعریف نشده و از حیث تعریف بسیار چالش‌برانگیز هستند.^۲ ابهام در مصادیق جرایم اقتصادی نیز از ابهام در مفهوم این جرایم نشأت می‌گیرد. لذا به لحاظ اینکه معیارهای ارائه شده جهت شناسایی جرایم اقتصادی از باب غلبه می‌باشند، با فقدان یک معیار قانونی یا حداقل معیار شناخته شده در خصوص جرایم اقتصادی مواجه هستیم (Mahdavi pour, 2016: 19-34). حقوق‌دانانی که در حوزه جرایم اقتصادی قلم فرسایی نموده‌اند، ضمن اشاره به خلاء عدم وجود تعریف واحد در خصوص جرایم اقتصادی، هریک سعی نموده‌اند تعریفی از این جرایم را ارائه دهند.^۳ با مرور تعاریف صورت گرفته از جرایم اقتصادی،^۴ می‌توان به طور کلی بیان داشت که این جرایم کارکرد، الزامات و نظم نهادها و فرایندهای نظام اقتصادی را دچار اختلال اساسی می‌کنند.

نکته حائز اهمیت اینکه در بسیاری از تعاریف ارائه شده در خصوص جرایم اقتصادی به تمایز آنها از جرایم مالی یا جرایم علیه مالکیت توجه نشده است. در حالی که برای تشخیص جرایم اقتصادی به چند نکته باید توجه کرد. اولاً رویکرد جرایم اقتصادی کلان است و معمولاً با تشکیل باند یا گروه از سوی مرتکبین همراه است. ثانیاً موضوع جرایم اقتصادی تعرض به ساختار اقتصادی دولتی و منافع ملی است. ثالثاً سیاست کیفری سختگیرانه در جرایم اقتصادی حاکم

۲ - در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای اولین بار از «جرایم اقتصادی» استفاده شده و در پاره‌ای مواد قانونی دیگر بدون اینکه تعریفی از آن ارائه شود، از آن یاد شده است.

۳ - ایرادهایی که به تعاریف ارائه شده در خصوص جرایم اقتصادی وارد شده است باعث شده برخی از محققان بدون ارائه تعریفی از این جرایم، به ذکر معیارهایی از قبیل انگیزه مرتکب، وسایل ارتکاب جرم، ارزیابی مجرم از عمل مجرمانه و ... بپردازند

۴ - برای مطالعه بیشتر در زمینه تعاریف مختلف از جرایم اقتصادی رجوع کنید به: (Bahremand, 2018: 245)

(Rizvani, 2020: 16) (Zeraat, 2012: 12) (Saki, 2017: 5) (Hassani & Sadegh Nejad Naini, 2013: ۱۵۲) (Darroudi, 2001: 14) (Mahdavi pour, 2016: 39) (Kabiri & Shafii Khorshidi, 2018: 46) (Shams Nateri & Tavasolizadeh, 2011: 200) (Komaijani, 1994: 150) (Koosha, 2001: 7).

همچنین برای مطالعه بیشتر در خصوص مصادیق جرایم اقتصادی و تبیین و توضیح هر یک رجوع کنید به: (Rizvani, 2020: 32-48)

(Mahdavi pour, 2016: 63-155) (Moghim, 2017: 73-77)

برای مطالعه در زمینه گونه شناسی جرایم اقتصادی شامل: جرایم مرتبط با نظام پولی و ارزی، جرایم نظام تولید و توزیع، جرایم حوزه پرداخت مالیات، جرایم حوزه نظام صنفی، قاچاق، بورس اوراق بهادار، جرایم مالی کارکنان دولت و پولشویی رجوع کنید به: (Noorzad, 2010: 127-210) (Saki, 2017: 15-610) .

۱ - با ویژگی استفاده از ابزارهای واکنشی قهرآمیز و اصرار بر تعقیب همه گونه‌های بزهکاری که در سراسر فرایند کیفری به دنبال پاسخ‌دهی به رفتار مجرمانه می‌باشد.

در اصطلاح حقوقی «مجرم یقه سفید»^۵ به فردی اطلاق می‌شود که با سوء استفاده از موقعیت شغلی و قانونی خود، با ارتکاب اعمال غیرخشن به ظاهر قانونی، منافع غیرقانونی به دست می‌آورد.^۶ این اصطلاح برای اولین بار توسط ادوین ساترلند^۷ در سال ۱۹۳۹ و در معروف‌ترین کتاب خود تحت عنوان «بزهکاری یقه سفیدی» بکار رفت که به عنوان «جرم ارتكابی توسط شخصی قابل احترام و دارای موقعیت اجتماعی بالا با استفاده از وضعیت شغلی خود» تعریف نموده است که تعریفی «مجرم محور یا طبقه محور»^۸ است. سپس در مدخل «دایره المعارف جرم‌شناسی»^۹ در سال ۱۹۴۹ مفهوم مجرم یقه‌سفید را توسعه داد و چنین نوشت: «مجرم یقه‌سفید فردی است که از نظر اجتماعی-اقتصادی دارای موقعیت بالایی بوده و قوانین مربوط به تنظیم فعالیت‌های شغلی خود را نقض می‌کند.» این افراد از پست‌های عمومی خود سوء استفاده کرده به نفع خود اموال و امکانات عمومی بهره‌برداری می‌کنند.^{۱۰}

اصطلاح «جرم یقه‌سفیدی» اگر چه در قوانین کیفری ایران مورد اشاره قرار نگرفته است، اما از زمان مطرح شدن مفهوم «جرائم یقه‌سفیدها» در گفتمان روزمره مردم به صورت محدود ریشه کرده است. هرچند تعبیر «مجرم یقه‌سفید» در میان مردم عادی جامعه، اصلاح مرسوم و رایج نیست ولیکن به نظر می‌رسد «جرائم آقازاده‌ها» اصلاحی است که بیشتر برای افراد عادی جامعه شناخته شده باشد که تا حدودی با اصطلاح «مجرم یقه‌سفید» مطابقت نسبی دارد^{۱۱} و دارای ویژگی‌های بارزی هستند از جمله اینکه اولاً مجرمین یقه سفید از اطلاعات خاص و غیرقابل دسترس برای همگان، برخوردار هستند. ثانیاً در فرایند ارتکاب جرم، نزدیکان و آشنایان را برای سهولت ارتکاب جرم جذب می‌کنند. ثالثاً مجرمین اقتصادی محاسبه دقیق منافع حاصل از ارتکاب جرم را انجام می‌دهند. رابعاً خوگیری مجرمین یقه سفید به ارتکاب جرم مشاهده می‌شود. خامساً مجرمین یقه سفید از هنجارمندی ظاهری برخوردارند.

5- White-Collar Crime

۶ - به نظر می‌رسد وجه تسمیه این عنوان‌گذاری وضعیت ظاهری چنین مجرمانی است که اغلب با ظاهری آراسته به کت و شلوار تیره و پیراهن سفید و کروات هستند.

7- Edwin Sutherland

8- Offender-based approach

9- Encyclopedia of Criminology

۱۰ - برخی معتقدند عنصر کلیدی جرائم یقه‌سفیدها، اعتماد و نقض آن است (Ghouchibaigi, 2019: 239). و آنچه ویژگی مشترک جرم یقه سفیدها را تشکیل می‌دهد عبارت است از «سوء استفاده از اعتماد» است (Shaiker, 2014: 250)

۱۱ - برای مقایسه ویژگی‌های مجرمین یقه سفید با مجرمین معمولی از حیث مردم‌شناختی، تحصیلی، استخدامی رجوع کنید به نتایج مطالعات دانشگاه یال در این خصوص در سال ۱۹۸۸ و یا رجوع کنید به: (Benson & Simpson, 2012: 68-84).

است و اعمال تدابیر خاص^۱ در مبارزه با جرائم اقتصادی وجود دارد. رابعاً مجرمین جرائم اقتصادی^۲ دارای ویژگی‌های خاص هستند که تمرکز نویسندگان در این پژوهش بر شخصیت مجرمین یقه سفید است.

در نظریه شخصیت جنایی، پیناتل^۳ بر این عقیده است که نه تنها میان مجرم و غیرمجرم اختلاف درجه وجود دارد بلکه میان خود مجرم نیز اختلافاتی وجود دارد. خصلت‌های روانی همچون خودخواهی، بی‌ثباتی، خسونت و فقدان عاطفه در هر انسانی کم و بیش وجود دارد. شدت و ضعف این خصلت‌ها و فزونی یکی بر دیگری باعث بروز رفتار مجرمانه خاص می‌شود. بر اساس این نظریه، مجرم اقتصادی با دیدن افراد متمول احساس حقارت می‌کند و برای دستیابی به جایگاه آنان، قوانین را نادیده می‌گیرد. خودخواهی فرد باعث فزون‌خواهی وی می‌شود و موجب تحریک او برای رسیدن به جایگاه بالایی اقتصادی و یافتن موقعیت برتر در میان جامعه و هموعان می‌شود. تحریک یک یا چند خصلت از این خصلت‌های روانی ممکن است موجب نفوذ در میان مقامات دولتی شده و پدیده مجرمانه فساد مالی را سبب شود یا اینکه انگیزه‌ای برای کسب منفعت یا امتیاز مادی برای کارکنان و مدیران یک شرکت تجاری باشد (Hatmi, 2021: 47).

نظریه شخصیت جنایی پیناتل صرفاً به شخصیت مجرم می‌پردازد. پیچیدگی و تخصصی بودن رفتار مجرمانه اقتصادی موجب می‌شود که پس از ارتکاب جرم، نه تنها از سرزنش عمومی جامعه ترسی نداشته باشند، بلکه از درون به زرنگی و مهارت خود افتخار کند. جامعه نیز قبح عمل وی را به خوبی درک نمی‌کند و چه بسا برخی هوش و ذکاوت او را تحسین نمایند. این احساس مرتکب می‌تواند ناشی از خصلت‌های شخصیتی خودخواهی یا بی‌ثباتی یا فقدان عاطفه در وی شکل گرفته باشد.

مرگن^۴ نیز شخصیت مجرمین اقتصادی را با ویژگی‌های خود محور بودن، ریاکاری، فقدان دغدغه خاطر و عذاب وجدان، عطش قدرت، از خود راضی بودن، کتمان کاری و پنهان سازی جنبه‌های مجرمانه فعالیت شرکت‌ها یا توجیه اعمال مجرمانه یا استدلال‌های شبه حقوقی توصیف می‌کند (Gassen, 2014: 15).

۱ - تدابیر خاص کیفری همچون سرعت در رسیدگی و محاکمه، عدم رعایت تشریفات دادرسی، قطعیت، اجرای سریع، رسیدگی مراجع خاص و ... اعمال می‌شود که بخش عمده‌ای از آنها در آئین نامه تشکیل دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرائم اخلاک‌گرا در نظام اقتصادی کشور نمود و بروز پیدا کرده است.

۲ - در ادبیات جرم‌شناسی یک اصطلاح در خصوص مجرمین اقتصادی مرسوم و متداول شده است که از این جرائم تحت عنوان جرائم «آقازاده‌ها» یا «یقه سفیدان» یاد می‌شود.

3- Pinatel. Jean

4- Mergen

خصوص تأثیر شخصیت مجرمین یقه سفید در پیش‌بینی دادرسی افتراقی جرایم اقتصادی پرداخته است. خصوصاً اینکه در این پژوهش به تحلیل و انتقاد صرف اکتفا نشده است و مباحث مطرح شده مستند به کار میدانی شده است که به تفصیل در قسمت روش پژوهش تشریح شده است.

در خصوص جرایم اقتصادی آثار متعددی تاکنون منتشر شده است که عمدتاً به تجزیه و تحلیل ارکان جرایم اقتصادی پرداخته‌اند. یکی از اولین آثاری که در حوزه جرایم اقتصادی به رشته تحریر در آمده است و شاید از آن بتوان به عنوان الگویی برای سایر کتب موجود در این زمینه یاد کرد، کتابی با عنوان «جرایم اقتصادی در حقوق کیفری ایران» است که در سال ۱۳۸۹ توسط نورزاد چاپ شده است که انتشار آن بر مبنای رساله دکتری ایشان با عنوان «مطالعه تطبیقی سیاست جنایی ایران و سازمان ملل متحد در مقابله با جرایم اقتصادی» می‌باشد. همچنین «حقوق کیفری اقتصادی» عنوان کتابی است که توسط برخی نویسندگان از جمله زراعت در سال ۱۳۹۱؛ ساکی در سال ۱۳۹۶؛ همچنین سیاه‌بیدی و دیگران در سال ۱۳۹۷ منتشر شده است که در این کتب بخش عمده‌ای از جرایم اقتصادی به همراه قوانین خاص آنها مورد تجزیه و تحلیل حقوقی قرار گرفته و ارکان هر یک از جرایم اقتصادی و ویژگی‌های مجرمین جرایم اقتصادی تشریح شده است.

شایان ذکر است در سال ۱۳۹۷ به کوشش نیازپور کتاب «مجموعه مقالات برگزیده ملی همایش سیاست جنایی ایران در جرایم اقتصادی» گردآوری شده که در آن حدود ۲۱ مقاله برگزیده از همایش مورد اشاره مربوط به حوزه‌های مختلف مرتبط با جرایم اقتصادی آمده است. همچنین در سال ۱۳۹۸ نیز به کوشش نیازپور، دانشنامه‌ای با عنوان «دانشنامه علوم جنایی اقتصادی» با همکاری جمع کثیری (بالغ بر ۱۰۰ نفر) از اساتید و محققان حقوق کیفری منتشر شده است که بسیاری از مفاهیم مربوط به جرایم اقتصادی و دادرسی آن مورد توجه قرار گرفته است. از مهمترین ویژگی‌های مثبت این آثار پرداختن به اکثر موضوعات مربوط به جرایم اقتصادی است ولیکن برخی مباحث مطرح شده در این کتب به صورت عمیق مورد تحلیل قرار نگرفته است و بسیاری از مفاهیم در حد طرح موضوع باقی مانده است.

نهایتاً در خصوص اصطلاح دادرسی افتراقی منابع موجود را مورد بررسی قرار داده است. در این زمینه پاک نیت در سال ۱۳۹۶ کتابی با عنوان «افتراقی شدن دادرسی کیفری» منتشر نموده است که در بخش اول به مبانی و در بخش دوم به آثار افتراقی شدن دادرسی پرداخته شده است که تألیف مورد اشاره مربوط به رساله دکتری نویسنده در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی می‌باشد که در سال ۱۳۹۳ با عنوان «افتراقی شدن آئین دادرسی کیفری؛ مبانی و آثار» دفاع شده است. همچنین نیازپور در سال ۱۳۹۸ کتاب «آئین دادرسی

با این حال اصطلاح جرم یقه‌سفیدان بیان‌کننده جرایمی است که توسط افراد تحصیل کرده و برخوردار از پایگاه اجتماعی در سطح متوسط و بالا صورت می‌گیرد.^۱ یعنی کسانی که لباس خوب پوشیده‌اند و معمولاً انتظار نمی‌رود در ردیف مجرمین قرار بگیرند. این افراد از پایگاه اجتماعی و اقتصادی خود به عنوان پوششی برای فعالیت نادرست استفاده می‌کنند. این نوع از مجرمین به سادگی دستگیر نمی‌شوند و از طریق پول و اعمال نفوذ سیاسی و یا موقعیت اجتماعی یا فرهنگی می‌توانند از ابزارهای قانونی به نفع خود استفاده کنند (Mohseni, 2011: 136). مجرمین اقتصادی اغلب با تأسیس یک شرکت یا شخص حقوقی نوعاً می‌توانند در پس شخصیت حقوقی، خود را مخفی نمایند. در اشخاص حقوقی قدرتمند، یافتن فردی که مجرم واقعی است اغلب کاری دشوار است. این امر باعث می‌شود اشخاص حقوقی به عنوان سپر بلای مجرمان یقه‌سفید مورد سوء استفاده قرار گیرند. از این رو برخی از محققان پیشنهاد داده‌اند «در تحقیقات مقدماتی اصل برائت^۲ در مورد متهمانی که در قالب اشخاص حقوقی جرمی را مرتکب می‌شوند، مورد استثناء قرار گیرند و اصل بر گناهکاری آنها باشد. در این حالت شناخت و مجازات مجرمان یقه سفید که در قالب اشخاص حقوقی فعالیت مجرمانه دارند آسان‌تر است» (Muezzin Zadegan, 2019: 65-66)

پیشینه پژوهش

به طور کلی با ملاحظه آثار علمی مرتبط با جرایم اقتصادی، اعم از کتب و مقالات و پایان‌نامه‌های بررسی شده، اثری که مشخصاً به موضوع پژوهش حاضر باشد، یافت نشد. شاید مهمترین علت عدم پرداختن سایر نویسندگان به چنین موضوعی، تشکیل دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور در سال ۱۳۹۷ بوده است که از این حیث قدمت زیادی ندارند. هرچند در اکثر آثاری هم که بعد از تشکیل این دادگاه‌ها، منتشر شده‌اند، مطلبی در خصوص این دادگاه‌ها مشاهده نمی‌شود. اما آنچه موجب تمایز اساسی پژوهش صورت گرفته توسط نگارندگان نسبت به منابع موجود شده است، روش تحقیق حاضر است که به مقایسه نظر نخبگان جامعه در

۱ - برای مشاهده سایر ویژگی‌های مجرمان اقتصادی از جمله غیرخشن بودن و عدم باور به قانون رجوع کنید به: (Salimi & Davari, 2012: 217-218)
(Noorzad, 2010: 77-79)؛ همچنین برای مطالعه در زمینه مقایسه جرایم یقه سفید و جرایم عادی از حیث تفاوت میان سن، جنسیت و طبقه مجرمان رجوع کنید به: (Ghourchibaigi, 2019: 247).
مالی یقه سفیدی و مشاهده نتایج چندین تحقیق میدانی در خصوص ویژگی‌های بزه‌دگان و مجرمین یقه سفید از حیث نژاد، جنسیت و طبقه رجوع کنید به: .
(Benson & Simpson, 2012: 147-246)
۲ - برای مطالعه بیشتر در زمینه مفهوم، جایگاه، مبانی، قلمرو، آثار اصل برائت رجوع کنید به: (Varvaei & Hariri, 2016: 85-118).

قضایوتی^۶ برای نمونه‌گیری استفاده شد. برای این منظور نویسندگان براساس سابقه و پیشینه‌ای که در مورد اعضای جامعه آماری داشتند، در خصوص اساتید حقوق سعی شد، اعضای هیأت علمی دانشکده‌های حقوق با تخصص جزا و جرم‌شناسی بیشتر مورد تأکید باشند، در خصوص قضات و وکلاء دادگستری نیز افرادی که بیشتر در حوزه کیفری فعالیت داشتند مورد توجه قرار گرفتند. جمعاً تعداد ۸۹۱ نفر از نخبگان^۷ به عنوان نمونه آماری انتخاب شدند که تعداد هر یک از نمونه‌های اخذ شده در گروه‌های مورد پژوهش (اساتید حقوق ۱۵۸ نفر، وکلای دادگستری ۳۱۲ نفر - قضات ۴۲۱ نفر) در جدول ذیل مشخص شده است.

جدول ۱ - فراوانی نمونه آماری نخبگان جامعه (اساتید حقوق - وکلاء - قضات)

نخبگان جامعه	فراوانی (نفر)	درصد فراوانی
اساتید حقوق	158	۱۷/۷۳
وکلاء دادگستری	312	۳۵/۰۱
قضات	421	۴۷/۲۵
جمع کل	۸۹۱	٪۱۰۰

نویسندگان برای تعیین اعتبار یا روایی^۸ ابزار سنجش، از اعتبار صوری بهره گرفتند. بدین صورت که پرسشنامه پس از تنظیم، در اختیار صاحب‌نظران و افراد برجسته در نمونه آماری نخبگان قرار گرفت و نظرات آنها در رفع ایرادات پرسشنامه لحاظ شد. همچنین برای بررسی پایایی^۹ پرسشنامه، با اخذ آزمون مقدماتی^{۱۰} از میان ۳۰ نفر اولیه هر یک از نمونه‌های آماری که مبادرت به پر کردن پرسشنامه نموده بودند، ارزشیابی شد که ضریب آلفای کرونباخ معادل ۰/۹۳۹ بدست آمد و حکایت از پایایی قابل قبول داشت. این امر پس از تکمیل فرایند اخذ پرسشنامه‌ها توسط افراد هر نمونه آماری نیز مورد آزمون قرار گرفت که در هر یک از گروه‌های نخبگان جامعه، ضریب بالایی بدست آمده از آزمون آلفای کرونباخ به شرح جدول ذیل، دلالت بر اعتبار و پایایی قابل قبول دارد.^{۱۱}

کیفری اقتصادی» را به رشته تحریر در آورده است که در فصل اول آن مرحله پیش دادرسی ناظر به این جرایم و در فصل دوم مراحل دادرسی و پسا دادرسی را مورد بحث قرار داده است. نکته حائز اهمیت اینکه هر چند این کتاب در سال ۱۳۹۸ منتشر شده است و مبحث اول از فصل دوم این کتاب به نهادهای رسیدگی‌کننده به جرم‌های اقتصادی اختصاص یافته است ولیکن مطالبی در خصوص دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاط‌گران در نظام اقتصادی کشور مشاهده نمی‌شود.

روش تحقیق

پژوهش حاضر از لحاظ هدف مطالعه از نوع کاربردی^۱ و از حیث ماهیت کلی از نوع توصیفی^۲ - تحلیلی^۳ است که داده‌های آن به صورت پیمایشی گردآوری شده است. با این توضیح که نویسندگان علاوه بر توصیف و تشریح وضعیت فعلی دادرسی افتراقی در دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاط‌گران در نظام اقتصادی کشور، قصد دارند تحلیل جامعی از نگرش نخبگان جامعه در خصوص تأثیر شخصیت مجرمین یقه سفید بر پیش‌بینی قواعد دادرسی افتراقی در این دادگاه‌ها ارائه دهد. بدیهی است بررسی نگرش نخبگان جامعه در خصوص افتراقی نمودن دادرسی در جرایم اقتصادی، از این جهت اهمیت دارد که چنانچه مطابقت با نظر نخبگان در خصوص یک موضوع احراز شود، این مهم به عنوان یک پشتوانه قوی محسوب می‌شود و می‌توان انتظار تداوم آنرا برای مدت طولانی داشت.

ابزار مورد استفاده برای جمع‌آوری داده‌ها نیز پرسشنامه محقق ساخته^۴ (سؤال‌های پاسخ بسته با طیف ۵ گزینه‌ای لیکرت) بوده است که اصولاً به عنوان یکی از متداول‌ترین ابزارها، برای جمع‌آوری اطلاعات در تحقیقات پیمایشی مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۵ برای نمونه‌گیری از جامعه آماری نخبگان جامعه اخذ نظر اساتید حقوق، وکلاء دادگستری و قضات، که به عنوان صاحب‌نظران این حوزه شناخته می‌شوند، مورد توجه نویسندگان قرار گرفت. با توجه به اینکه بدست آوردن داده‌های تخصصی و دقیق حائز اهمیت بود از روش

1- Applied

2- Analytical research

3- Experimental research

۴ - شایان ذکر است با توجه به اینکه در حوزه موضوع پژوهش پرسشنامه استاندارد، آن طور که در برخی رشته‌ها وجود دارد، یافت نشد لذا ناچاراً از پرسشنامه محقق ساخته استفاده شده است و برای افزایش ضریب تعمیم‌دهی و بدست آمدن روایی تحقیق از صاحب‌نظران این حوزه در طراحی سؤالات استفاده شده است.

۵ - با توجه به مصاف شدن ایام پر کردن پرسشنامه‌ها با ایام شیوع ویروس کرونا در سطح کشور، نویسندگان برای پر کردن پرسشنامه به صورت مجازی و آنلاین اقدام نمودند. برای این منظور پس از طراحی پرسشنامه، از طریق سایت پرس لاین به نشانی www.porsline.ir پرسشنامه برای فضای مجازی طراحی شد و سپس با استفاده از شبکه‌های پیام‌رسان‌های موجود، اقدام به ارسال پرسشنامه الکترونیک برای افراد نمونه آماری در سراسر کشور شد.

6- Judgemental Sample

۷ - لازم به ذکر است تعداد نمونه‌هایی که طبق استاندارد فرمول کوکران می‌بایست اخذ شود، تعداد به مراتب کمتری بود، ولیکن نویسندگان برای افزایش ضریب اطمینان تعداد بیشتری از نمونه آماری را مورد توجه قرار دادند.

8- Validity

9- Reliability

10- Pretest

۱۱ - آزمون آلفای کرونباخ از طریق نرم افزار SPSS و برای تشخیص پایایی پژوهش استفاده می‌شود. همانطور که ملاحظه می‌شود مطابق آزمون آلفای کرونباخ، پایایی بدست آمده برای هر یک از نمونه‌های آماری اخذ شده، بیش از ۰/۷ می‌باشد که قابل قبول محسوب می‌شود و نزدیک بودن ضریب بدست آمده به عدد ۱ نیز حکایت از پایایی بالای ابزار پژوهش بکار رفته دارد.

جدول ۲ - سنجش پایایی سؤالات پرسشنامه (آزمون آلفای کرونباخ)

نمونه آماری	Cronbach's Alpha
اساتید حقوق	۰/۹۰۳
وکلاهی دادگستری	۰/۹۵۱
قضات	۰/۹۶۳

یافته‌های پژوهش

الف) یافته‌های جمعیت شناختی

یکی از موارد مربوط به مشخصات فردی در سؤالات پرسشنامه، جنسیت افراد بود که حسب داده‌های پژوهش، بخش قابل توجهی از نمونه اخذ شده در هر گروه را مردان تشکیل می‌دادند به نحوی که ۸۵/۴ درصد از گروه اساتید حقوق و ۷۲/۴ درصد از گروه وکلای

جدول ۳ - وضعیت نمونه‌های آماری بر مبنای متغیر جنسیت

نمونه آماری	فراوانی/درصد	مرد	زن
اساتید حقوق (۱۵۸ نفر)	فراوانی	۱۳۵	۲۳
	درصد	۸۵/۴	۱۴/۶
قضات (۴۲۱ نفر)	فراوانی	۳۵۶	۶۵
	درصد	۸۴/۶	۱۵/۴
وکلاهی دادگستری (۳۱۲ نفر)	فراوانی	۲۲۶	۸۶
	درصد	۷۲/۴	۲۷/۶

جدول ۶ - وضعیت نمونه‌های آماری از حیث بزه‌دیده واقع شدن در جرایم اقتصادی

نخبگان جامعه	فراوانی/درصد	بله	خیر
اساتید حقوق (۱۵۸ نفر)	فراوانی	۲۱	۱۳۷
	درصد	۱۳/۳	۸۶/۷
قضات (۴۲۱ نفر)	فراوانی	۳۱	۳۹۰
	درصد	۷/۴	۹۲/۶
وکلاهی دادگستری (۳۱۲ نفر)	فراوانی	۲۹	۲۸۳
	درصد	۹/۳	۹۰/۷

ب) یافته‌های اصلی پژوهش

با توجه به اینکه مجرمین اقتصادی، دارای ویژگی‌هایی هستند که آنها را از سایر مجرمان متمایز می‌نمایند و یکی از مهمترین ویژگی‌های این مجرمین، جایگاه و قدرت آنهاست که به عنوان افراد ذی‌نفوذ شناخته می‌شوند. در این راستا به نظر می‌رسد یکی از معضلات رسیدگی به این چنین پرونده‌هایی و شاید مهمترین دلیل به نتیجه نرسیدن برخی از پرونده‌های کلان اقتصادی همین ویژگی‌های منحصر به فرد مجرمین اقتصادی است. لذا فرضیه محققان نیز بر همین مبنا مطرح شد که ویژگی‌های مجرمین اقتصادی و پرونده‌های کلان اقتصادی در پیش‌بینی دادرسی افتراقی در دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور مؤثر بوده است. در جدول ذیل نگرش گروه‌های مختلف مخبگان در پاسخ به سؤال پژوهش ملاحظه می‌گردد.

مداخله گروه‌های مختلف نمونه آماری در پرونده‌های جرایم اقتصادی نیز سؤال دیگری بود که در قسمت مشخصات فردی پرسشنامه مطمح نظر نگارندگان قرار گرفته بود. منظور از مداخله افراد در پرونده‌های جرایم اقتصادی این است که آیا آنها در فرایند رسیدگی به چنین پرونده‌هایی تاکنون شرکت داشته‌اند یا خیر. در گروه اساتید حقوق ۴/۴ درصد در این پرونده‌ها دخالت داشته‌اند که به نظر می‌رسد از باب اشتغال همزمان برخی اساتید حقوق در امر وکالت باشد. همچنین ۸/۷ درصد از نمونه آماری وکلا و ۲۲/۳ درصد از نمونه آماری قضات در پاسخ به این سؤال اعلام نمودند که در پرونده‌هایی با موضوع جرایم اقتصادی دخالت داشته‌اند که در جدول ذیل مشاهده می‌شود.

جدول ۷ - وضعیت نمونه آماری نخبگان جامعه از حیث دخالت در پرونده‌های جرایم اقتصادی

نخبگان جامعه	فراوانی/درصد	بله	خیر
اساتید حقوق (۱۵۸ نفر)	فراوانی	۷	۱۵۱
	درصد	۴/۴	۹۵/۶
قضات (۴۲۱ نفر)	فراوانی	۹۴	۳۲۷
	درصد	۲۲/۳	۷۷/۷
وکلا دادگستری (۳۱۲ نفر)	فراوانی	۲۷	۲۸۵
	درصد	۸/۷	۹۱/۳

جدول ۸ - نگرش گروه‌های نخبگان در خصوص تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی در پیش‌بینی دادگاه‌های ویژه اقتصادی

نمونه آماری	بسیار زیاد	زیاد	نظری ندارم	کم	خیلی کم
اساتید حقوق (۱۵۸ نفر)	۸۰	۵۰	۷	۱۳	۸
قضات (۴۲۱ نفر)	۳۵۹	۳۸	۳	۲۱	۰
وکلا دادگستری (۳۱۲ نفر)	۶۵	۱۰۷	۳	۱۳۷	۰
جمع	۵۰۴	۱۹۵	۱۳	۱۷۱	۸

نویسندگان برای آزمون فرضیه مورد اشاره، ابتدا می‌بایست توزیع نرمال بودن داده‌ها را مورد مذاقه قرار می‌دادند تا متعاقباً یکی از آزمون‌های پارامتریک^۱ یا ناپارامتریک^۲ را انتخاب نمایند. در این راستا پس از اخذ آزمون کولموگروف-اسمیرنوف^۳ که $(P=0/000)$ بدست آمد، مشخص گردید که داده‌های جمع آوری شده از توزیع غیرنرمال برخوردارند و این بدان معناست که هرچند که ارزش علمی پژوهش کاسته نخواهد شد، بلکه صرفاً می‌بایست از آزمون‌های ناپارامتریک برای تحلیل داده‌ها استفاده کرد.

از میان آزمون‌های مختلف ناپارامتریک، برای مقایسه میانگین چند گروهی که توزیع نمونه‌های غیرنرمال است، می‌بایست از آزمون کروسکال-والیس^۴ استفاده کرد. این آزمون که معادل آزمون پارامتریک تحلیل واریانس یک طرفه آنووا^۵ (نمونه‌های نرمال داده‌ها) می‌باشد، نوعی تعمیم یا گسترش یافته آزمون من-ویتنی^۶ است. در این آزمون چنانچه Sig بدست آمده کمتر از ۰/۰۵ باشد فرضیه H_0 صفر که مخالف فرضیه پژوهش است رد می‌شود و به عبارت دیگر فرضیه پژوهش تأیید می‌گردد. برای آزمون فرضیه پژوهش، نویسندگان ابتدا سؤالات پرسشنامه که مرتبط با موضوع فرضیه بوده است را با یکدیگر ادغام و سپس مورد آزمون قرار دادند که نتیجه ذیل حاصل شد.

با ملاحظه نتایج بدست آمده مشخص می‌شود همانطور که انتظار می‌رفت، در نظر نخبگان جامعه، شخصیت مجرمین اقتصادی در پیش‌بینی این دادگاه‌های مبارزه با مفاسد اقتصادی و دادرسی افتراقی آنها مؤثر بوده است. با تفسیر نتایج بدست آمده از آزمون کروسکال-والیس، با عنایت به اینکه میزان Sig بدست آمده برابر با ۰/۰۰۰ است، باید اذعان کرد که اولاً فرضیه صفر یا مخالف فرضیه پژوهش رد می‌شود و ثانیاً می‌توان با اطمینان و قاطعیت ۹۹ درصد می‌توان اعلام کرد که شخصیت مجرمین اقتصادی در پیش‌بینی قواعدی متفاوت نسبت به سایر جرایم مؤثر بوده است و این امر در نگرش نمونه آماری منعکس شده است. اما تفاوت میانگین نگرش ابراز شده از ناحیه نمونه‌های آماری، قابل تأمل به نظر می‌رسد که از این جهت لزوم بررسی دقیق‌تر در نگرش گروه‌های مختلف نخبگان جامعه را توجیه می‌نماید.

با تفکیک هر یک از گروه‌های نخبگان جامعه ملاحظه می‌گردد، قضات بیشترین تأثیر را برای شخصیت مجرمین در پیش‌بینی دادرسی افتراقی این دادگاه‌ها قائل هستند و سپس اساتید حقوق به این مهم عقیده دارند. نکته قابل تأمل اینکه وکلای دادگستری قائل به این تأثیر نبوده و میانگین کمتر از ۲/۵ مؤید این است که در خصوص این موضوع، وکلای دادگستری نظری همسو با سایر گروه‌ها نداشتند.

موضوع پژوهش از منظر بزه‌دیده واقع شدن افراد نمونه آماری به عنوان یکی از متغیرهای مداخله‌گر، نیز قابل بررسی است. در این خصوص نیز به نظر می‌رسد افرادی که از نمونه‌های آماری، بزه‌دیده این جرایم واقع شده‌اند بیشتر قائل به اهمیت شخصیت متهمان این جرایم در پیش‌بینی دادرسی افتراقی هستند. برای اینکه این امر مستند

- 1- Parametric Tests
- 2- Nonparametric Tests
- 3- Kolmogorov-Smirnov
- 4- Kruskal-Wallis
- 5- One Way Anova
- 6- Mann-Whitney

به حدس و گمان صرف نباشد، نویسندگان مبادرت به مقایسه نگرش جرایم می‌نمایند. نمونه‌های آماری این پژوهش بر مبنای بزه‌دیده واقع شدن در این

جدول ۹ - آزمون کروسکال والیس - تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی

افراد	تعداد (N)	میانگین (Mean)	Kruskal-Wallis Test (Sig)
نخبگان جامعه	891	۳/۱۲	۰.۰۰۰

جدول ۱۰ - مقایسه نگرش گروه‌های مختلف نخبگان جامعه در خصوص تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی

افراد	تعداد (N)	میانگین (Mean)
اساتید حقوق	۱۵۸	۳/۱۵
قضات	۴۲۱	۳/۷۵
وکلا	۳۱۲	۲/۳۲

جدول ۱۱ - مقایسه نگرش نمونه‌های آماری پژوهش در فرض بزه‌دیده واقع شدن و نشدن در جرایم اقتصادی - تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی

نمونه آماری	بزه‌دیده جرایم اقتصادی	تعداد (N)	میانگین (Mean)
نخبگان جامعه (۸۹۱ نفر)	بله	۸۱	۳/۵۶
	خیر	۸۱۰	۳/۱۰

جدول ۱۲ - مقایسه نگرش گروه‌های نخبگان جامعه در فرض بزه‌دیده واقع شدن و نشدن در جرایم اقتصادی - تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی

گروه‌های آماری نخبگان	بزه‌دیده جرایم اقتصادی	تعداد (N)	میانگین (Mean)
اساتید حقوق (۱۵۸ نفر)	بله	۲۱	۳/۵۲
	خیر	۱۳۷	۳/۰۹
قضات (۴۲۱ نفر)	بله	۳۱	۳/۹۷
	خیر	۳۹۰	۳/۷۳
وکلا دادگستری (۳۱۲ نفر)	بله	۲۹	۳/۱۴
	خیر	۲۸۳	۲/۲۴

جدول ۱۳ - مقایسه نگرش گروه‌های نخبگان جامعه در فرض دخالت در پرونده‌های کلان اقتصادی - تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی

گروه‌های آماری نخبگان	دخالت در پرونده‌های کلان اقتصادی	تعداد (N)	میانگین (Mean)
اساتید حقوق (۱۵۸ نفر)	بله	۷	۳/۴۳
	خیر	۱۵۱	۳/۱۳
قضات (۴۲۱ نفر)	بله	۹۴	۳/۹۹
	خیر	۳۲۷	۳/۶۸
وکلا دادگستری (۳۱۲ نفر)	بله	۲۷	۳/۴۱
	خیر	۲۸۵	۲/۲۲

جدول ۱۴ - آزمون خی دو - بررسی معناداری نگرش نخبگان در خصوص تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی

افراد	تعداد (N)	میانگین (Mean)	Chi-Square Test (Sig)
نخبگان جامعه	891	۳/۱۲	۰.۰۰۰

دو، با عنایت به اینکه میزان Sig بدست آمده برابر با ۰/۰۰۰ است، باید اذعان کرد که اولاً فرضیه صفر یا مخالف فرضیه پژوهش رد می‌شود و ثانیاً می‌توان با اطمینان و قاطعیت ۹۹ درصد می‌توان اعلام کرد که بین نگرش گروه‌های مختلف نخبگان رابطه معناداری وجود دارد و تمایل آنها برای انتخاب گزینه مربوط به تأثیر بسیار زیاد مشاهده می‌شود.

نتیجه‌گیری

به طور کلی پیشرفت جوامع بشری، گسترش روزافزون صنعت و تکنولوژی، منتهی به پیچیده شدن پدیده مجرمانه نیز شده است که از این بابت سیاست‌گذاران جنایی را به سمت تخصص‌گرایی در پاسخ-دهی به بزه‌کاران سوق داده است. رسیدگی تخصصی به جرایم، صرفاً نیازمند جرم‌نگاری و کیفرگذاری ویژه نمی‌باشد، بلکه مستلزم پیش-بینی آئین دادرسی و قواعد شکلی خاص است. یکی از مهمترین اقداماتی که می‌توان جهت رسیدگی تخصصی به مجموعه‌ای از جرایم خاص مورد توجه قرار داد، تشکیل نهادها و مراجع ویژه برای رسیدگی به جرایم است.^۲ در خصوص رسیدگی به جرایم اقتصادی، با توجه به تنوع و تکرر فعالیت‌های اقتصادی، اهمیت و حساسیت موضوع، خصوصاً در فرضی که در سطح کلان رخ می‌دهد، به نظر می‌رسد تأسیس نهادهای ویژه و تخصصی (نه اختصاصی) قابلیت توجیه داشته باشد.

برخلاف تخصصی شدن دادگاه‌ها که بنا به پیشرفت و پیچیده شدن جوامع، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است، اختصاصی شدن محاکم کیفری به معنای وقوع شرایطی استثنایی و خاص است که منجر به فاصله گرفتن از ضوابط دادرسی عادلانه و زیر پا نهادن مقررات عمومی آئین دادرسی کیفری می‌گردد و چندان مورد استقبال حقوقدانان قرار نمی‌گیرد. باید توجه داشت که هرچند معمولاً وجود یک شرایط بحرانی، اختصاصی شدن دادرسی را بعضاً توجیه می‌کند، اما شرایط بحرانی دائمی نیست و لذا هر چند در بدو ایجاد چنین محاکمی با دادرسی افتراقی، شاهد استقبال عمومی از تشکیل چنین

همانطور که ملاحظه می‌شود، موضوع مطرح شده از الگوی یکسان و بر مبنای انتظارات موجود در این زمینه شکل گرفت و در میان نخبگانی که بزه‌دیده جرایم اقتصادی واقع شده بودند، این موضوع بیشتر مورد توجه بوده است که در جدول ذیل نگرش هر یک از گروه‌های نخبگان مشاهده می‌شود.

از میان گروه‌های مختلف نخبگان جامعه هم به ترتیب قضات، اساتید و وکلایی که بزه‌دیده جرایم اقتصادی بودند، به ترتیب بیشترین موافقت را در خصوص تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی بر پیش‌بینی دادرسی افتراقی در دادگاه‌های ویژه مفاسد اقتصادی مطرح نمودند.

همچنین مقایسه نگرش افرادی که دخالتی در پرونده‌های جرایم اقتصادی داشتند با افرادی که اساساً دخالتی در این پرونده‌ها نداشتند می‌تواند در راستای فرضیه پژوهش مورد بررسی قرار گیرد.

همانطور که در جدول فوق ملاحظه می‌شود در کلیه گروه‌های نمونه آماري نخبگان جامعه، افرادی که در رسیدگی به این پرونده‌ها دخالت داشتند و به نوعی درگیر بودند، بیش از سایر افراد قائل به این موضوع بودند که در پیش‌بینی دادرسی افتراقی دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاص‌گران در نظام اقتصادی کشور، شخصیت مجرمین اقتصادی تأثیر داشته است. در خصوص گروه قضات این نکته قابل توجه است که حتی قضاتی که درگیر این پرونده‌ها نبودند از وکلا و اساتیدی که درگیر چنین پرونده‌هایی بودند بیشتر به این موضوع اذعان داشتند و قضاتی که درگیر رسیدگی به چنین پرونده-هایی بودند به میزان بسیار زیادی قائل به این مهم بودند که در پیش‌بینی دادرسی افتراقی این دادگاه‌ها برای رسیدگی به جرایم اقتصادی، شخصیت مجرمین اقتصادی، تأثیر داشته است.

اما برای بررسی این مهم که آیا اختلاف معناداری میان نگرش گروه‌های مختلف نخبگان در خصوص تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی بر تأسیس دادگاه‌های ویژه وجود دارد یا خیر، نویسندگان از میان آزمون‌های مختلف پارامتریک، برای بررسی ارتباط یا معناداری نگرش گروه‌های مختلف نخبگان در خصوص تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی بر تأسیس دادگاه‌های ویژه اقتصادی، از آزمون خی دو(کای دو)^۱ استفاده نمودند. در این آزمون چنانچه Sig بدست آمده کمتر از ۰/۰۵ باشد فرضیه H صفر که مخالف فرضیه پژوهش است رد می‌شود و به عبارت دیگر معناداری رابطه تأیید می‌گردد.

با ملاحظه نتایج بدست آمده مشخص می‌شود، بین نظر نخبگان جامعه، در پاسخ به پرسش تأثیر شخصیت مجرمین اقتصادی بر پیش‌بینی دادگاه‌های ویژه اقتصادی تفاوت وجود دارد و به عبارت دیگر گروه‌های مختلف نخبگان، تمایل داشتند که یک گزینه(بسیار زیاد) را بیشتر انتخاب کنند. با تفسیر نتایج بدست آمده از آزمون خی

۲ - تخصص‌گرایی در رسیدگی به جرایم و پاسخ به پدیده‌های مجرمانه از جلوه-های حقوق کیفری مدرن و توجه به مهارت و دانش در زمینه‌های خاص و ویژه می‌باشد. شیوه‌های نوین ارتکاب جرایم به ویژه در حوزه مالی و اقتصادی و لزوم آگاهی و تخصص دست‌اندرکاران و مقامات رسیدگی‌کننده به چنین جرایمی، تأسیس نهادهای ویژه رسیدگی به امور اقتصادی را توجیه می‌کند. در راستای تخصصی شدن فرایند دادرسی در حوزه جرایم اقتصادی، برای اولین بار در کشور ما مجتمع قضایی ویژه امور اقتصادی در سال ۱۳۷۵ طی دستورالعملی از سوی رئیس قوه قضائیه وقت تشکیل گردید (Laki, 2019: 797-800)

محاکمی هستیم، ولیکن به مرور با کاهش مقبولیت عمومی و انتقاداتی مواجه خواهد شد.

دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور به عنوان یک مرجع رسیدگی اختصاصی (و نه تخصصی) محسوب می‌شوند که به لحاظ قواعد دادرسی، به صورت افتراقی و متفاوت از دادرسی عمومی می‌باشند. اختصاصی شدن دادگاه‌ها^۱ نمود بارز افتراقی شدن دادرسی کیفری است و شیوه رسیدگی در آنها معمولاً متمایز از سایر دادگاه‌ها و به دور از اصول کلی دادرسی کیفری و گفتمان حقوق بشری حاکم بر آن است.

همانطور که اشاره شد دادرسی افتراقی نسبت به یک موضوع، امری استثنائی تلقی می‌شود که می‌بایست دارای توجیه و پشتوانه قوی باشد. چراکه پیش‌بینی دادرسی افتراقی و متفاوت که ناظر بر تشست، تفرق و جزیره‌ای شدن آئین دادرسی است (Muezzin, 2019: 46-47) و به لحاظ اینکه امری استثنائی و خلاف اصل تلقی می‌گردد، نیازمند ذکر مبانی قوی می‌باشد. اهمیت این موضوع وقتی که حقوق بنیادین متهمین و محکومین تحدید می‌شود، بیشتر است و مقنن می‌بایست دلایل توجیهی قوی‌تری برای اتخاذ رویکرد افتراقی خود داشته باشد. لذا به نظر می‌رسد در خصوص اصل افتراقی نمودن رسیدگی به برخی پرونده‌ها از جمله پرونده‌های کلان اقتصادی نمی‌توان تردید کرد ولیکن در این فرایند ضرورت دارد انحراف از قواعد دادرسی معمول و اصول منصفانه دادرسی، با توجیهات دقیق همراه باشد.

مطابقت نظر نخبگان جامعه با رویکردهای اتخاذ شده توسط

مقنن، یکی از موضوعاتی است که همواره مورد توجه قانون‌گذاران در ادوار گذشته بوده است و به عنوان پشتوانه قوی برای دوام یک سیاست کیفری یا دادرسی افتراقی از آن یاد می‌شود،^۲ چراکه یکی از عوامل مقبولیت نظام عدالت کیفری و تضمین‌کننده دوام آن، می‌تواند مطابقت رویکردهای اتخاذ شده با نظر اقشار مختلف جامعه خصوصاً قشر نخبگان باشد.

بررسی ویژگی‌های مجرمین اقتصادی و تأثیر آن در پیش‌بینی دادرسی افتراقی براساس نگرش نخبگان جامعه، موضوعی بود که در فرضیه مطرح شد. همانطور که در ابتدای طرح موضوع اشاره شد یکی از اموری که دادرسی افتراقی در جرایم اقتصادی را توجیه می‌نماید، ویژگی‌های خاص و متفاوت مجرمین اقتصادی نسبت به سایر مجرمان است که مانع از به نتیجه رسیدن برخی از پرونده‌های مطرح شده در این حوزه می‌شود. این مهم باعث می‌شود اگر در رسیدگی به این پرونده‌ها، قواعد دادرسی افتراقی نسبت به سایر جرایم حاکم نباشد، قضات کمتر رغبت به رسیدگی به این پرونده‌ها داشته باشند.

با بررسی داده‌های بدست آمد از پرسشنامه‌های این پژوهش مشخص گردید از نظر نخبگان جامعه شخصیت و ویژگی مجرمین اقتصادی در پیش‌بینی دادرسی افتراقی جرایم اقتصادی مؤثر بوده است و بیشترین تأثیر را برای این موضوع قضات دادگستری قائل بودند. همچنین افرادی از گروه‌های نمونه آماری نخبگان جامعه که به نوعی درگیر پرونده‌های اقتصادی بودند بیش از سایر افراد قائل به تأثیر ویژگی‌های مجرمین اقتصادی در پیش‌بینی دادرسی افتراقی داشتند.

References

- [1] Ahmadi, Mohammad Aref. (2017). Fair Trial. Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [2] Ackerman, Susan Rose. (2006). Corruption and government: causes, consequences and reform. Translated by Manouchehr Sabouri, first edition, Tehran: Pardis Danesh Publishing. (In Persian).
- [3] Bagherinejad, Zaiynab. (2015). Principles of criminal procedure. First edition, Tehran: Khorsandi Publications. (In Persian).
- [4] Benson, Michael L; Simpson, Sally S. (2012). White collar crimes are an opportunistic approach. Translated by Esmail Rahiminejad, first edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [5] Bahreman, Hamid. (2019). Corruption. In: Encyclopaedia of Economic Criminal Sciences, edited by Amir Hasan Niazpour, second edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [6] Bahreman, Hamid. (2018). Economic crime in Iranian law: from definition to answers. In: Collection of National Selected Papers of Iran's Criminal Policy Conference on Economic Crimes, by Amir Hassan Niazpour, first edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [7] Pakniyat, Mostafa. (2014). Differentiation of criminal procedure; Foundations and works. Doctoral thesis,

۱ - برای اولین بار قانون اصول تشکیلات عدلیه مصوب ۱۳۰۷ در تعریف محاکم اختصاصی مقرر می‌داشت: «محاکم اختصاصی آن است که به هیچ امری حق رسیدگی ندارد غیر از آنچه قانون صراحتاً اجازه داده است؛ مثل محاکم تجارت، محاکم نظامی، و غیره که تشکیلات و ترتیبات آنها، به موجب قانون علی‌حده، تعیین می‌شود»

۲ - به عنوان نمونه در دوره پهلوی با ورود و نفوذ بیشتر گروه نخبگان روشنفکر به بدنه حکومت، زمینه بیشتری برای تأثیر در تحولات و قوانین به وجود آمد. تجربه شکست مشروطیت سبب شد تا جامعه روشنفکران با چرخشی فکری از آرمان‌های دموکراسی خواهی و مساوات دست کشیده و راه برون رفت ایران از عقب ماندگی و حرکت در مسیر مدرنیزاسیون را در الگوی آمرانه ببینند.

- criminal law and criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University. (In Persian).
- [8] Saffari Khozani, Hamid. (2011). The position of specialized authorities in the evolution of the criminal justice system of the Islamic Republic of Iran. Master's thesis in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Islamic Studies, Imam Sadigh University. (In Persian).
- [9] Pakniyat, Mostafa. (2017). Differentiation of criminal proceedings, Tehran: Mizan Publications. (In Persian).
- [10] Tadayon, Abbas; Bagherinejad, Zaiynab. (2019). Principles governing economic criminal proceedings. In: Encyclopaedia of Economic Criminal Sciences, edited by Amir Hasan Niazpour, second edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [11] Hatmi, Iman. (2021). Economic crimes in Iran, First edition, Tehran: Jungle Publications. (In Persian).
- [12] Khezri, Mohammad. (2005). Rent-seeking economy, First edition, Tehran: Publications of Management and Planning Organization. (In Persian).
- [13] Rizvani, Seyed Jalil. (2020). Economic crimes, first edition, Mashhad: Avai Hekmat Publications. (In Persian).
- [14] Zeraat, Abbas. (2012). Economic criminal law, Tehran: Jungle Publications. (In Persian).
- [15] Dadgaran, Seyed Mohammad. (2012). Public opinion and its measurement criteria, ۹th edition, Tehran: Marwarid Publications. (In Persian).
- [16] Saki, Mohammad Reza. (2017). Economic criminal law. ۴th edition, Tehran, Jangal Javadane Publications. (In Persian).
- [17] Salimi, Ali and Davari, Mohammad. (2012). Sociology of Kejrovi, ۵th edition, Tehran: Hozha and University Research Press. (In Persian).
- [18] Siah Bedi Kermanshahi, Saeed; Rahimi Niyat, Iman; Malekzadeh Roudbane, Reyhane. (2018). Economic criminal law, Tehran: Jungle Javadane Publications. (In Persian).
- [19] Shaiker, David. (2014). The concept and nature of punishment, Translated by Hossein Aghaei Jannet Makan, second edition, Tehran: Jangal Publications, Javadane. (In Persian).
- [20] Sadeghi, Mohsen. (2005). Legal principles and its place in subject law, first edition, Tehran: Mizan publication. (In Persian).
- [21] Sadri, Ahmed (2011). Max Weber's Sociology of Intellectuals, Translated by Hasan Abaniki. Second edition, Tehran: Kavir Publications. (In Persian).
- [22] Ghourchibaigi, Majid. (2018). Responding to economic crimes: from criminal strategies to economic regulatory rights. In: Collection of National Selected Papers of Iran's Criminal Policy Conference on Economic Crimes, by Amir Hassan Niazpour, first edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [23] Ghourchibaigi, Majid. (2019). White collar crimes. In: Encyclopaedia of Economic Criminal Sciences, edited by Amir Hasan Niazpour, second edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [24] Kabiri, Sohail; Shafii Khorshidi, Ali Asghar. (2018). Disruption in the economic system of the country, First edition, Tehran: Majd Publications. (In Persian).
- [25] Gassen, Raymond. (2014). Criminology of economic crime (general theory of fraud), Translated by Shahram Ebrahimi. Third edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [26] Laki, Zaiynab. (2019). Special judicial complex for economic crimes. In: Encyclopaedia of Economic Criminal Sciences, edited by Amir Hasan Niazpour, second edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [27] Mohseni, Farid. (2019). Economic crime. In: Encyclopaedia of Economic Criminal Sciences, edited by Amir Hasan Niazpour, second edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [28] Mohseni, Manouchehr. (2011). Sociology of social deviations, Second edition, Tehran: Tahori Publications. (In Persian).
- [29] Mahdavi pour, Azam. (2016). Differential criminal policy in the realm of economic crime, Second edition, Tehran: Mizan publication. (In Persian).
- [30] Muezzin Zadegan, Hassan Ali. (2019). Publication of the sentence of economic convicts. In: Encyclopaedia of Economic Criminal Sciences, edited by Amir Hasan Niazpour, second edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [31] Mirkhalili, Seyed Mahmoud; Hassani, Jalaluddin. (2019). Red collar crimes. In: Encyclopaedia of Economic Criminal Sciences, edited by Amir Hasan Niazpour, second edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [32] Nazari, Hamed. (2018). Sociology of punishment, First edition, Tehran: Aron Publications. (In Persian).
- [33] Noorzad, Mojtaba. (2010). Economic crimes in Iranian criminal law, First edition, Tehran: Jangul Javdaneh Publications. (In Persian).
- [34] Niazpour, Amirhasan. (2013). Agreement on criminal procedure, Second edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).

- Persian).
- [35] Niazpour, Amirhasan. (2019). Economic criminal procedure, First edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [36] Varvaei, Akbar; Hariri, Mehdi. (2016). A fair and just trial, First edition, Tehran: Ariyadad Publishing. (In Persian).
- [37] Ebrahimi, Shahram; Sadegh Nejad Naini, Majid. (2013). Criminological analysis of economic crimes. Journal of Criminal Law Research, 2(5), 147-174. (In Persian).
- [38] Omedi, Jalil; Atofat, Hosseinali. (2015). "Public execution of punishment: justifications and consequences", journal of criminal law and criminology studies, 2(4-5), 213-236. (In Persian).
- [39] Omedi, Jalil; Nakoi, Samia. (2008). "Definition and basics of public criminal proceedings", journal of humanities teacher, 12(3), 23-37. (In Persian).
- [40] Azarbaijani, Alireza. (2010). "Analysis of the methods and bases of reference to laws and sharia in the prosecutor's office and special courts of the clergy", Journal of Private Law Quarterly, 7(17), 59-78. (In Persian).
- [41] Pourhosseini, Mohammadjavad; Qureshi, Seyyed Mehdi and Javadi, Mohammad Hassan. (۲۰۱۷). "Examining the public execution of punishments from the perspective of criminology and the opinions of jurists", Journal of Islamic Law Research, 18(1), 159-184. (In Persian).
- [42] Tavajohi, Abdolali; Dehghani, Ali. (2013). "In the controversy of securityism and fair trial standards", Journal of Criminal Law Research, 2(3), 7-34. (In Persian).
- [43] Janston, Jerry. (2011). "Penal policy: elitist, populist or participatory", Translated by Behrooz Javanmard, Excellence in Law Journal, (11), 73-104. (In Persian).
- [44] Javanjafari, Abdolreza; Sadati, Seyed Mohammadjavad. (2015). "The concept of power in criminal sociology", Journal of Criminal Law Research, 3(11), 9-38. (In Persian).
- [45] Hassani, Jaffar; Mehra, Nasrin. (2015). "A critique on the concept of "economic crime" in the Islamic Penal Code approved in 2012", Journal of criminal law and criminology studies, 2(2-3), 45-69. (In Persian).
- [46] Darroudi, Ali. (2001). "Examining Iran's current policy towards consumer protection and competition", Research Center of the Ministry of Commerce. (In Persian).
- [47] Rahmanian, Hamed; Habibzadeh, Mohammadjafar. (2013). "Criminal instrumentalism: scope, concept, indicators", Journal of Criminal Law Research, 2(5), 47-71. (In Persian).
- [48] Shams Nateri, Mohammadebrahim; Tavasolizadeh, Touran. (2011). "State prevention of economic crimes", Journal of Faculty of Law and Political Sciences, 41(4), 199-217. (In Persian).
- [49] Abbasi, Nikzad; Varvaei, Akbar. (2018). "Investigating and criticizing the effects of the emergence of differential proceedings for delinquent children and juveniles in the Criminal Procedure Law approved in 2012", journal of Social Order Research, 10(4), 171-190. (In Persian).
- [50] Attarnia, Hamed; Goldoust Jouibari, Rajab and Ardebili, Mohammadali. (2017). "Analysis and criticism of the differential nature of military proceedings", Iranian and international legal research, 10(37), 205-240. (In Persian).
- [51] Komaijani, Aliakbar. (1994). "The first program and portfolio of large projects", Magazine and research publication, 9(2), 135-155. (In Persian).
- [52] Koosha, Jaffar. (2001). "Interpretations of economic criminal law" Master course of Mashhad Razavi University of Sciences, second semester. (In Persian).
- [53] Moghimi, Mahdi. (2017). Legal-criminological study of economic crimes (with emphasis on national and transnational prevention strategies). journal of police knowledge research, 19, 69-93. (In Persian).
- [54] Moghadasi, Mohammadbagher; Farajiha, Mohammad. (2013). "Features of populist criminal policies; Comparative study", Journal of Comparative Law Studies, 4(2), 137-155. (In Persian).
- [55] Mirkamali, seyed Alireza; Hossaini, Ensiah. (2016). "Children's differential proceedings in the criminal procedure law of 2012", Journal of Criminal Law Research, 7(2), 245-272. (In Persian).



Research Article

Vol. 30, No. 23, Spring-Summer 2023, p. 53-65

Legal and Economic Analysis of Anti-Competitive Practices in Bitcoin Market

M. Pazhoomand ^{1*}, J. Nory Yoshanloey²

1-LLM in International Commercial and Economic Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

2-Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

(*- Corresponding Author Email: m.pazhoomand@ut.ac.ir
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.79643.1238>

Received: 22 January 2023 Revised: 22 April 2023 Accepted: 22 June 2023 Available Online: 22 June 2023	How to cite this article: Pazhoomand, M.; Nory Yoshanloey, J. (2023). Legal and Economic Analysis of Anti-Competitive Practices in Bitcoin Market. <i>Encyclopedia of Economic Law Journal</i> , 30(23): (53-65) (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.79643.1238
---	---

1- INTRODUCTION

Competition law aims to analyze the rules and standards that govern economic markets. One of the most significant markets today is the cryptocurrency market, particularly Bitcoin. Bitcoin operates as an electronic and virtual payment system and is built on the digital, decentralized, and public platform called Blockchain. Blockchain can be categorized into public and private structures, with a third type known as semi-private.

The advent of Blockchain technology, by eliminating the need for trust, has the potential to establish a modern foundation and framework in economic and legal systems, including the formulation of new competition rules. The possibility of anti-competitive practices varies depending on the governing system within each Blockchain. Public Blockchains generally have a lower likelihood of such practices compared to private Blockchains due to their structure and market consensus. However, it is conceivable that as the governing systems of public Blockchains advance in the future, the likelihood of anti-competitive practices may increase.

Bitcoin operates on a public Blockchain and is open source. Despite ongoing debates about its nature and legal status, Bitcoin has become an integral part of the commercial and economic market. Market players recognize its value and conventional properties without a doubt. While digital cryptocurrencies have yet to be officially recognized as legal tender in any country or region, many governments unofficially acknowledge Bitcoin. Consequently, Bitcoin holds economic value in terms of tax laws, and an increasing number of corporations, including Microsoft and Tesla, accept Bitcoin as a form of payment.

Competition in the context of anti-trust law refers to the legal protection of free competition in economic and commercial activities, prohibiting any forms of monopoly. The Bitcoin market has witnessed large-scale investments, and despite significant fluctuations in Bitcoin value, the amount of investment has remained substantial. Economic entities actively engage in business and economic activities within this market. Therefore, the principles of applying competition law to all markets also apply to the Bitcoin market. As outlined in Article 43 of the "Law on the Implementation of the General Policies of Article 44 of the Constitution of Iran", natural and legal persons in public, private, cooperative, and governmental sectors are entitled to competition rules.

Regarding Bitcoin, Iranian legislation, specifically the "Cryptocurrencies Requirements and Regulations Document" composed by the Iran Central Bank in 2019, recognizes the mining of public cryptocurrencies within the country as an industry. The document also addresses other economic activities such as transferring, exchanging, providing wallet services, and foreign investment. Additionally, the "Cryptocurrencies Mining Code" implemented in 2022 defines cryptocurrency mining as an activity involved in its creation and possession. Market intelligence, based on its valued nature, validates and accredits cryptocurrencies. Any activities conducted within this market entitle market entities to the status of economic entities, thereby subjecting them to competition rules governing the Bitcoin market as a whole.

Despite its opportunities, the Bitcoin market has disadvantages and threats due to the lack of legislation, leading to increased risks of fraud and deception, often referred to as the "wild west" nature of the market. The pursuit of competition to acquire more Bitcoin and increase market power can manifest in two forms: investment in computational resources or conducting attacks, particularly DDoS attacks (Construction or Destruction Strategy). In addition to criminal activities, the likelihood of anti-trust practices poses a threat to the free



operation of the market.

2- PURPOSE

According to research and studies, the risk of anti-competitive practices occurring in the cryptocurrency market can be categorized into three formats: anti-competitive agreements, abuse of dominance, and mergers. Based on this data, we aim to conduct a comprehensive case study and analysis of the Bitcoin market to determine how competition rules and standards govern this market. Our goal is to understand whether conventional anti-trust practices can potentially occur in this market. We also need to establish the criteria and norms for identifying such behaviors. Additionally, we question whether the market rules and principles themselves are sufficient to guarantee competition essentials. If such practices do occur, which authority has the jurisdiction and power to supervise and enforce competition sanctions? Moreover, considering the anonymous nature of market players, how can competition authorities enforce these sanctions, and how can we define the extent of their jurisdiction in the international legal regime?

In this regard, two theories have been presented. According to the main theory, due to high competition in entering and conducting business in the market, the occurrence of anti-trust practices is both possible and conceivable. Despite the challenges associated with identifying the identities of individuals and active entities operating in various areas of the market worldwide, the supporting theory suggests that their activities must adhere to the laws of the registered entity. Consequently, by registering as a legal entity, the competition legal framework of the registered jurisdiction governs the entity's business activities. Hence, the possibility of identifying and enforcing competition sanctions can be presumed.

3- METHODOLOGY

In this research, a descriptive-analytical method has been employed. Firstly, all types of anti-competitive practices in the Bitcoin market are explained, taking into consideration Iran's legislative framework in this regard. Subsequently, the appropriate and effective means of enforcing competition rules and imposing sanctions on entities will be discussed. The required data and statistics were gathered using the library method.

4- FINDINGS

This study reveals that anti-competitive practices are prevalent in the Bitcoin market across various activities and aspects. Initially, we demonstrate that the abuse of dominance occurs through a 51% attack, which involves altering the original chain. Market power and computational power serve as criteria to identify a dominant position. This abuse of dominance, commonly referred to as selfish mining, necessitates modifying the Bitcoin blockchain algorithm. Such algorithmic collusion requires the majority approval of Bitcoin developers, indicating collusion among them and enabling them to conduct a 51% attack independently.

The attainment of this dominant position may result from the accumulation of computational power by a single entity (miner or pool) or through a merger. Another form of dominance arises when an individual achieves a technological monopoly in the creation and invention of superior graphic chips, leading to a monopolistic market and stifling free competition. Additionally, the emergence of large-scale mining, particularly in areas with lower energy costs or other equipment expenses, contributes to this dominant scenario.

A new form of collusion is evident in the form of anti-competitive agreements among developers, known as algorithmic collusion. This cartel behavior and horizontal agreement mark the initiation of a 51% attack, which alters the consensus of the Bitcoin blockchain and enables the cartel's monopoly. Other types of anti-competitive agreements among service providers and consumers are also highly plausible.

Ultimately, considering Bitcoin's self-regulated nature, we acknowledge that applying competition law principles is feasible by recognizing the legal identity of each individual involved. In this case, competition authorities and antitrust laws possess the authority and jurisdiction to enforce competition rules and laws within the legal framework of the entity's registration.

5- CONCLUSION

The Bitcoin market is not immune to anti-competitive practices, and within its economic activities, there is a risk of breaching competition rules, which poses a threat to both the players and consumers. The blockchain-based nature of the market challenges the enforceability of competition rules, necessitating the initial definition of the market's structure and basic principles. Due to Bitcoin's worldwide, open, and public character, it remains untouched by any government or jurisdiction, and no local legal framework can independently regulate or enforce rules in this market.

Various economic activities, including mining, transaction validation, exchanges, investments, and the

provision of Bitcoin services and equipment, are conducted by entities that actively participate in different areas of the market. Large-scale investments have been made, leading to extensive competition among economic activities and, subsequently, various forms of anti-competitive practices.

The primary form of abuse of dominance is exhibited by miners who possess significant computational power and aim to alter the original chain by creating a secondary market (blockchain) through a 51% attack. This selfish strategy is made possible through collusion with developers, which is known as algorithmic collusion. In such cases, the dominant entity can manipulate the platform's consensus and control the market's governance. Contributing to mining pools or engaging in mergers among miners or pools can also lead to such dominant positions. Additionally, achieving technical monopoly, patent rights, and the invention of superior graphic chips carries the risk of creating a dominant position and monopolizing the market. Such centralizations undermine the fundamental principle of Bitcoin, decentralization, and violate the primary competition rule of the market.

The most significant anti-competitive agreement is horizontal agreement and collusion among groups of miners with the intent to carry out a 51% attack. Centralization in other areas of the market, including consumers and service providers involved in transactions, mining equipment, and the internet, carries the risk of limiting access to the market through vertical agreements.

Enforcing competition regulation and imposing sanctions on the self-regulated and global Bitcoin market present their own set of challenges and limitations. However, if we consider that legal entities in the market should be analyzed according to competition legal frameworks and the authorities of their registered place and law, it would be the first step in scrutinizing and evaluating these entities from a competition law perspective. For instance, within our legal framework, the Council of Competition has the authority to investigate the activities of mining entities registered in Iran and enforce appropriate competition sanctions against any anti-competitive behaviors. Additionally, effective communication with the group of developers would serve as a vital link to enforce and implement competition rules and principles.

Keywords: Bitcoin, Competition Law, Selfish Mining, 51% Attack, Algorithmic Collusion

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۵۳-۶۵

تحلیل حقوقی و اقتصادی رفتارهای ضد رقابتی در بازار بیت کوین

جعفر نوری یوشانلوئی^۱ - مریم پژومند^{۲*}

دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۰۱

چکیده

حقوق رقابت، حاکم بر فعالیت اقتصادی بنگاه‌ها در بازارهای تجاری و اقتصادی، با چالش نوین بازار رمزارزها روبروست. ضمن توجه به فلسفه قواعد رقابتی و اقتصادی بودن فعالیت در این بازارها، تحلیل حقوقی بازار بیت کوین از منظر رقابتی منجر به شناسایی انواع رفتارهای ضد رقابتی می‌شود. در این راستا نحوه اعمال مقررات و ضمانت اجرای رقابتی طبق ساختار بازار تعیین می‌شود. بروز رفتارهای ضد رقابتی با توجه به ساختار بازار بیت کوین (موردمطالعه) محتمل است. در مهم‌ترین شکل، سوءاستفاده از موقعیت مسلط که با عنوان استراتژی استخراج خودخواهانه و حمله ۵۱٪ معروف است، با تغییر زنجیره اصلی، ضمن خدشه به خصیصه غیرمتمرکز بیت کوین، موجب شکست بازار با نقض اصل رقابت صادقانه می‌شود. این وضعیت مسلط می‌تواند در نتیجه ادغام و یا انحصار در تجهیزات برتر به وجود آید. همچنین تبانی الگوریتمی، مبنی بر تغییر الگوریتم برای ایجاد زنجیره فرعی، نمونه‌ای از رفتارهای کارتی است که با تبانی توسعه‌دهندگان موجبات حمله ۵۱٪ فراهم می‌شود. ترتیب دادن حملات نیز شکلی از تبانی جهت اخلال در رقابت رقبا است. همچنین خطر قراردادهای ضد رقابتی فعالان و مصرف‌کنندگان بازار را تهدید می‌کند. با توجه به ساختار خودانتظام و جهانی بازار بیت کوین، مقررات و نهادهای رقابت با چالش صلاحیت حاکمیتی برخورد می‌کنند، ضمن این که دشواری شناسایی هویت فعالان بازار اعمال ضمانت اجرای رقابتی را بسیار سخت می‌سازد. علاوه بر ارتباط مؤثر با توسعه‌دهندگان بیت کوین که می‌تواند پل ارتباطی مؤثر با بازار در اعمال قواعد و اصول رقابتی باشد، امکان اجرای مقررات رقابتی و صلاحیت نهاد قانونی، بر بنگاه‌های فعال ثبت شده در قالب شخصیت حقوقی، طبق نظام حقوقی کشور محل ثبت فعالیت، قابل تحقق است.

کلیدواژه‌ها: رمزارز، بیت کوین، بلاکچین، حقوق رقابت، سوء استفاده از موقعیت مسلط، استراتژی استخراج خودخواهانه، تبانی الگوریتمی، حمله ۵۱٪، بازار خودانتظام.

طبقه‌بندی JEL: L13, L12, K21

مقدمه

دیجیتال، غیرمتمرکز و شفاف به نام زنجیره بلوک (بلاکچین)^۴ شکل می‌گیرد. (Miri lavasani et al. 2019: 74) در یک دسته‌بندی ساختار بلاک چین‌ها به دو نوع عمومی^۵ و خصوصی^۶ تقسیم می‌شوند.^۷ (Schrepeel, 2019: 290)

موضوع حقوق رقابت، بررسی قواعد حاکم بر بازارهای اقتصادی و امروزه یکی از مهم‌ترین آن‌ها بازار رمزارزها^۸؛ و به‌طور خاص بیت کوین، است. بیت کوین به‌عنوان سیستم الکترونیکی و مجازی پرداخت (Nakamoto, 2008: 1) بازاری پلتفرمی است که بر بستری

4- Blockchain

5- Public, Permission- less or open

6- Private or permissioned

۷- البته نوع سوم نیز میان این دو حالت یعنی شبه (نیمه) خصوصی (semi-private) در طبقه بندی جداگانه قرار دارد. که این نوع از بلاک چین‌ها از سوی یک شرکت واحد اداره و مدیریت می‌شوند که اجازه دسترسی تنها به کاربران تأیید شده (Qualified users) داده می‌شود. (مطالعه بیشتر همین منبع، ص ۲۹۱)

۱- دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران
۲- فارغ‌التحصیل کارشناسی ارشد حقوق تجاری اقتصادی بین‌المللی دانشگاه تهران، تهران، ایران

(Email: m.pazhoomand@ut.ac.ir)

(*) - نویسنده مسئول:

3- Cryptocurrency

هیئت‌وزیران (۱۴۰۱)، استخراج رمزارز نوعی فعالیت به‌منظور خلق و تملک آن است (بند ۵) که با توجه به ماهیت ارزشی آن (بند ۳) عقلای بازار برای آن ارزش و اعتبار قائل هستند. در نتیجه فعالیت در این بازار، فعالان بازاری مشمول عنوان بنگاه اقتصادی می‌شود که مقررات حقوق رقابت بر فعالیت‌های ایشان و به‌طور کلی بازار بیت کوین حاکم است.

بازار بیت کوین در عین داشتن فرصت‌ها، تهدیدهایی نیز به همراه دارد، چراکه عدم قانون‌گذاری احتمال بروز تقلب و حيله را بسیار می‌کند؛ همان‌طور که از آن به اکوسیستم غرب وحشی^۱ یاد می‌شود. (Böhme et al, 2014: 58) امروزه گسترش رقابت برای کسب بیت کوین بیشتر و افزایش سهم بازاری، در دو شکل سرمایه‌گذاری در منابع کامپیوتری (قدرت محاسباتی) و نیز ترتیب دادن حملات؛ مهم‌ترین آن‌ها حمله DDoS^۲ وجود دارد (استراتژی سازنده^۳ و مخرب^۴) (Böhme et al, 2014: 72 – 74). علاوه بر وقوع رفتارهای مجرمانه، امکان بروز رویه‌های ضدرقابتی، فعالیت آزادانه در بازار را تهدید می‌کند.

در بررسی‌های به عمل آمده، خطر وقوع رفتارهای ضدرقابتی در بازار رمزارزها در سه شکل کلی قراردادهای ضدرقابتی، سو استفاده از موقعیت مسلط و ادغام عنوان شده‌اند. (Rastogi, 2021: 271 & 272) همسو با این یافته‌ها، ما با تحلیل موردی بازار بیت کوین به دنبال چگونگی اعمال اصول و قواعد حقوق رقابت در این بازار هستیم تا معلوم شود آیا در این بازار امکان بروز رفتارهای ضدرقابتی مرسوم وجود دارد؟ معیار و ضوابط شناسایی این رفتارها چگونه تعیین می‌شوند؟ دامنه جغرافیایی جهانی فعالیت‌های اقتصادی بازار بیت کوین اعمال قواعد و مقررات رقابتی را با چه چالش‌هایی روبه‌رو می‌سازد؟ آیا قواعد بازار به‌تنهایی می‌توانند تضمین‌کننده اصول رقابتی باشند؟ در صورت وقوع این رفتارها، چه مرجعی صلاحیت نظارت و اعمال ضمانت اجراهای رقابتی را دارد؟ با توجه به مؤلفه گمنامی بازیگران، نهادهای رقابتی چگونه می‌توانند این ضمانت اجراها را اعمال و حدود صلاحیتی این نهادها در نظام حقوق بین‌الملل چگونه تعیین می‌شود؟

در این راستا یک فرضیه اصلی و یک فرضیه فرعی ارائه می‌شود. در فرضیه اصلی، به دلیل رقابت بالا برای ورود و فعالیت در این بازار، وقوع رفتارهای ضدرقابتی محتمل و قابل‌تصور است. با وجود دشواری تعیین هویت اشخاص، فعالان این بازار در نقاط مختلف دنیا در یکی از عرصه‌های بازار (مانند استخراج و شرکت‌های ارائه دهنده تجهیزات

فناوری جدید بلاکچین با حذف تراست نشان داد پتانسیل بالقوه‌ای برای ایجاد زیرساخت‌های نوین در سیستم اقتصادی و حقوقی؛ از جمله ایجاد قواعد و اصول رقابت جدید، دارد. (Schrepel, 2019: 299 & 300) امکان بروز رفتارهای ضدرقابتی با توجه به سیستم حاکمیتی هر بلاکچین متغیر و متفاوت است و برخلاف بلاک چین‌های خصوصی، در ساختار بلاکچین‌های عمومی و اجماع حاکم بر شبکه احتمال وقوع چنین رفتارهایی در عمل کمتر است. هرچند پیش‌بینی می‌شود با توجه به پیشرفت و تکامل سیستم حاکمیتی در آینده احتمال وقوع رفتارهای ضدرقابتی در بلاکچین‌های عمومی نیز قابل‌تصور است. (Schrepel, 2019: 294 & 295 - 306 & 307)

بیت کوین مبتنی بر بلاک چین عمومی و منبع باز است و درحالی‌که بحث‌های بسیاری در مورد ماهیت و موضع قانون‌گذاری بدان وجود دارد، این رمزارز بازاری تجاری و اقتصادی را تشکیل داده است. بیت کوین به دلیل منفعتی که دارد برای فعالان بازار دارای ارزش است و ازاین‌رو در مالیت عرفی آن تردیدی نیست (Kheradmand, 2019: 117) هرچند تاکنون رمزارزهای دیجیتال به‌منزله واحد پولی یک کشور یا منطقه به رسمیت شناخته نشده است، اما دولت‌های بسیاری این رمزارز را به‌صورت غیررسمی پذیرفته‌اند. به‌طوری‌که از منظر قوانین مالیاتی، برای آن ارزش اقتصادی قائل شده‌اند و تعداد شرکت‌هایی که امروزه انجام معاملات از طریق بیت کوین را پذیرفته‌اند رو به افزایش می‌باشد که از جمله آن‌ها می‌توان به شرکت‌های مایکروسافت یا تسلا اشاره کرد.

حقوق رقابت یا ضدانحصار به قوانینی اطلاق می‌شوند که از رقابت آزاد در فعالیت‌های اقتصادی و تجاری حمایت و از شکل‌گیری انحصار در این گونه فعالیت‌ها جلوگیری می‌کنند. (Norouzi Shams, 2006: 93) امروزه سرمایه‌گذاری‌های انبوهی برای فعالیت در بازار بیت کوین صورت می‌گیرد که علیرغم نوسانات شدید در ارزش بیت کوین از شدت این سرمایه‌گذاری‌ها نکاسته است و اشخاص فعال در این بازار در قالب بنگاه اقتصادی به فعالیت تجاری و اقتصادی می‌پردازند. در نتیجه طبق اصل قابلیت اعمال حقوق رقابت در کلیه بازارها، فعالیت‌های بازار بیت کوین نیز مشمول قواعد رقابتی بازار آزاد هستند. همان‌طور که در ماده ۴۳ قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴، تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های عمومی، خصوصی، تعاونی و دولتی مشمول قواعد رقابتی قانون قرار می‌گیرند.

در خصوص بیت کوین؛ قانون‌گذار ایران در "سند الزامات و ضوابط فعالیت در حوزه رمزارزها در کشور" تنظیمی بانک مرکزی (۱۳۹۷)، استخراج رمزارزهای جهان روا (عمومی) در کشور را به‌عنوان یک صنعت شناخته و به فعالیت‌های اقتصادی دیگر مانند نقل‌وانتقال، صرافی، ارائه خدمات کیف پول و سرمایه‌گذاری خارجی نیز اشاره می‌کند. همچنین به‌موجب "آیین‌نامه استخراج رمزارزهایی‌ها" مصوب

1- Wild West

2- Distributed denial-of-service

3- Construction

4- Destruction

که به عواملی مانند داشتن متخصصین، تجهیزات سخت‌افزاری استخراج و سرمایه لازم ارتباط مستقیم دارد. در بازارهای ارائه خدمات، موقعیت مسلط با توجه به برنامه‌هایی (محصولات و خدمات) که بر پلتفرم راه‌اندازی می‌شوند تعیین می‌شود که با استفاده از این مؤلفه می‌توان بازیگرانی که از برنامه مسلط و غالب^۳ استفاده می‌کنند و یا آن‌ها را ارائه می‌دهند شناسایی کرد. (Schrepel, 2019: 304 & 305)

استراتژی خودخواهانه، سوءاستفاده از موقعیت مسلط

با تغییر شکل استخراج از قالب‌های فردی به گروهی (Szmigielski, 2016: 75) و همچنین پیشرفت تکنولوژی از CPU به ASIC (Seyed Hosseini and Doaei, 2014: 87)، قالب فعالیت اقتصادی در این بازار به شکل استخراج‌های استخراج^۴ در آمده است. (Franco, 2015: 107 (Eyal et G'un Sirer, 2013: 5) & 145) استخراج در عین داشتن مزیت و جاذبه، پتانسیل ایجاد سهم‌های نابرابر بازیگران هستند زیرا تجمیع استخراج‌کننده‌ها متمرکز شدن فعالیت استخراج را به دنبال دارد. (عیزی و سلیمانی، ۱۳۹۸: ۷۴) همان‌طور که از آن به تمرکززایی ناخواسته^۵ یاد و بزرگ بودن بیش‌ازاندازه یک استخراج‌تهدیدی نسبت به بازار و فعالیت استخراج شناخته شده است. (Eyal, 2015: 92) همچنین شکل دیگر فعالیت استخراج با عنوان بزرگ مقیاس، خطر بروز حالت مسلط در بازار استخراج را تهدید می‌کنند. (Halaburda and Sarvary, 2016: 117) مطابق بند ۷ آیین‌نامه مذکور این مراکز استخراج به‌صورت تجمیعی و متمرکز در مقیاس بالا فعالیت می‌کنند.

خطر وجود موقعیت مسلط با داشتن ۵۱٪ قدرت محاسباتی، برای امنیت شبکه (بازار) بیت کوین تهدیدآمیز است که به‌طور خاص به حمله ۵۱٪ معروف است. در این حمله شخص مسلط، به دنبال تغییر زنجیره اصلی و سیستم حاکمیتی شبکه با ایجاد زنجیره انحرافی^۶ است. (Franco, 2015: 113) با نقض اصل اولیه بازار مبنی بر استمرار زنجیره اصلی در نتیجه استراتژی استخراج خودخواهانه^۷، ثبات بازار متزلزل و امکان فعالیت و رقابت آزاد را برای اقلیت با اخلال مواجه می‌کند (Lee Kuo Chuen, 2015: 63) به عبارتی شرط لازم برای سوءاستفاده از موقعیت مسلط این است که شخص مسلط قصد تغییر شبکه اولیه و اجماع بازار را داشته باشد. این امر در نتیجه تبانی الگوریتمی محقق می‌شود که مستلزم تأیید از سوی توسعه‌دهندگان

و لوازم استخراج)، به فعالیت می‌پردازند. طبق فرضیه فرعی، فعالیت ایشان مستلزم رعایت قوانین محل ثبت بنگاه است. در این حالت با ثبت شخصیت حقوقی، نظام حقوق رقابتی محل ثبت، حاکم بر فعالیت بنگاه خواهد بود. در نتیجه امکان شناسایی و اعمال ضمانت اجراهای رقابتی قابل فرض است.

در نوشتار حاضر، ابتدا معیار وضعیت مسلط بازاری شناسایی و اشکال سوءاستفاده از آن تبیین می‌شود. به دنبال آن، پدیده ادغام و امکان اخلال در رقابت با توجه به نهادهای استخراج‌بررسی می‌شد. به‌علاوه نوع جدید فعالیت استخراج در قالب بزرگ مقیاس^۱ به‌عنوان تهدیدی در بروز حالت مسلط ذیل عنوان موقعیت مسلط بحث می‌شود. در قسمت بعد، به تبانی الگوریتمی به‌عنوان نمونه رفتار کارتی و توافقات افقی اشاره و امکان تبانی توسعه‌دهندگان بیت کوین بررسی می‌شود. انحصار فنی یکی دیگر از خطراتی است که اصول رقابتی آزاد را برهم می‌زند. در ادامه نیز، انواع توافقات ضدرقابتی میان فعالان بازار شناسایی و در پایان با توجه به مؤلفه خودانتظام بازار، جایگاه حقوق رقابت و امکان اجرای قواعد آن در بازار مورد تحلیل قرار می‌گیرد. به‌علاوه قانون رقابت ایران و سایر قوانین ملی کشور مرتبط با رمزارها با موضوع تطبیق قانونی داده می‌شود.

بند اول: موقعیت مسلط اقتصادی در بازار بیت کوین

تحلیل مسائل و مشکلات رقابتی همواره نیازمند ارزیابی اولیه، تعریف بازار و قدرت بازاری است که این مهم مستلزم درک و شناخت اولیه مسائل اقتصادی همان بازار است. (Robertson, 2019: 159) در یک دسته‌بندی کلی بازیگران بازارهای بلاکچینی به سه دسته مؤسسان و توسعه‌دهندگان اصلی، استفاده‌کنندگان^۲ و استخراج‌گران تقسیم می‌شوند. (Thibault, 2020: 29) منظور از بازار بیت کوین کلیه فعالیت‌های اقتصادی استخراج، نقل‌وانتقالات و ارائه خدمات مرتبط با بیت کوین است که مجموعه‌ای از فعالان تجاری در سطح بین‌المللی بدان‌ها مشغول‌اند. (Kroll et al. 2013: 3) به‌علاوه با پیش‌بینی ماده ۱۲ آیین‌نامه هیئت‌وزیران در امکان سرمایه‌گذاری خارجی، این دسته از فعالیت‌های اقتصادی در بازار نیز موردتوجه قانون‌گذار است.

سهم بازاری؛ تعیین حالت مسلط

با روشن شدن دامنه بازار و بازیگران آن، در قدم اولیه برای تعیین وضعیت مسلط لازم است مؤلفه سهم بازاری مشخص شود. در بازار استخراج، سهم بازاری بر اساس میزان قدرت محاسباتی معین می‌شود

3- Dominant application
4- Mining pools
5- Unintended centralities
6- Fork
7- Selfish mining

1- Large Scale Mining
2- Users

بیت کوین است.

این در حالی است که تا کنون تنها فعالیت ایشان در زمینه ارتقا سخت افزار و مقابله با حملات و خرابکاری های^۴ احتمالی و تأمین ثبات و امنیت بازار است. (Dowd, 2014: 55)

تمرکززایی در بازارهای ارائه دهنده خدمات بیت کوین

احتمال بروز حالت مسلط در میان واسطه گران بازار یعنی صرافان^۵، خدمات کیف پول دیجیتال و میکسرهای^۶ با توجه به نوع خاص خدمات ارائه شده و انحصار در تکنولوژی برتر وجود دارد. (Böhme et al, 2015: 220 & 221) همچنین طبق گزارش پارلمان اروپایی، بازار خدمات ابری پیشرفته در سلطه گروه کوچکی از شرکت های بزرگ فناوری و تکنولوژی^۷ است که دلالت بر تمرکززایی شدید^۸ در بازار ارائه خدمات بیت کوین دارد. در نتیجه وجود چنین تمرکزی، خطر بروز توافقات ضد رقابتی، تحمیل شروط ناعادلانه بر مصرف کنندگان و انحصاری شدن، شکست بازار را به دنبال خواهد داشت.

درواقع موجبات سوء استفاده از موقعیت مسلط در این بازارها در شکل های مختلف تعیین، حفظ و یا تغییر قیمت یک کالا یا خدمت به صورتی غیر متعارف، تحمیل شروط قراردادی غیر منصفانه و تحدید مقدار عرضه و یا تقاضا به منظور افزایش و یا کاهش قیمت بازار (قسمت ط ماده ۴۵) قابل تحقق است. به علاوه قراردادهای ضد رقابتی و تبانی (ماده ۴۴) و رفتارهای ممنوع مندرج در ماده ۴۵ مانند قیمت گذاری تبعیض آمیز از دیگر رفتارهای ضد رقابتی بنگاه های مسلط است. به علاوه فعالانی که موقعیت و جایگاه برتری در بازارهای وابسته^۹؛ مانند شرکت های تولید کننده سخت افزارهای استخراج و کیف پول الکترونیکی، دارند می توانند از این موقعیت خود به عنوان اهرم فشار در بازارهای دیگر سوء استفاده کنند. (Faella and Cosimo, Romano, 2019: 22 & 23) همچنین رفتاری به موجب ماده ۴۶ قانون رقابت نیز ممنوع است، به ویژه اگر هدف آن ایجاد محدودیت یا اختلال در رقابت باشد.

بند دوم: استخراج های استخراج، پدیده ادغام

توجه به این امر ضروری است که ادغام در بسیاری موارد، نه تنها مانعی برای رقابت نیست، بلکه سبب ارتقای کارایی بنگاه های

در این وضعیت شاهد شکست و تقسیم بازار در نتیجه تبانی میان شخص مسلط و توسعه دهندگان هستیم که مصداق آن در بند ۶ ماده ۴۴ قانون رقابت ایران ذکر شده است. اقلیت ملزم به پیروی از تغییر تحمیلی هستند تا از خطر عدم شناسایی بلاک های خود (در اصطلاح بلاک های بی سرپرست^۱) و ضرر جلوگیری کنند. یکی از فروض سوء استفاده از موقعیت مسلط، تحمیل چنین شرایط غیر منصفانه ای است که در این حالت مشمول بند ۲ قسمت ط ماده ۴۵ خواهد بود. علاوه بر این حمله، ترتیب دادن حملات دیگر علیه رقبا برای کسب قدرت محاسباتی و یا اختلال در فعالیت ایشان از سوی چنین شخص مسلطی، نمونه ای از سوء استفاده از وضعیت مسلط است (Bonneau et al, 2015: 110) که به موجب بند ۴ قسمت ط ماده ۴۵ قانون رقابت مصداق بارز ایجاد مانع به منظور حذف رقبا تلقی می شود. طبق بررسی ها، احتمال وقوع این حملات از سوی بنگاه های با داشتن قدرت محاسباتی بالا علیه استخراج گران کوچک بیشتر است. این امر همچنین موجب می شود که به مرور سایر بازیگران کار کردن با چنین استخری را بر سایر استخرهای صادق ترجیح داده و با در اختیار قرار قدرت محاسباتی به این استخر سهم بیشتری را برای وی در بازار بیت کوین رقم زنند. (Eyal and Gun Sirer, 2013: 3 & 13)

یکی از دغدغه های مربوط به سرمایه گذاری های گسترده استخراج در قالب بزرگ مقیاس خطر بروز حالت مسلط در یک منطقه خاص است. به خصوص اگر دولت میزبان در ارائه خدمات و شرایط سرمایه گذاری و فعالیت اقتصادی کمک های دولتی در نظر بگیرد شکست بازار به موجب موجب ماده ۵۲ قانون رقابت محقق می شود. از این منظر، تعرفه دولتی در خصوص هزینه مصرفی برق می تواند جالب توجه باشد. طبق آیین نامه فوق الذکر، دولت تمهیداتی برای قانون مندی فعالیت استخراج در نظر گرفته است. در خصوص برق مورد نیاز برای استخراج، ماده ۷ طرق خاصی را برای تأمین آن پیش بینی کرده است. طبق بند ۴ این ماده در قسمت (الف) برای مراکز استخراج بزرگ مقیاس تخفیف ۲۰٪ قائل شده است که چنین رویکرد تشویقی می تواند زمینه ساز سرمایه گذاری و تمرکز بیشتر در کشور باشد.

ادعا شده است که حالت مسلط می توانند در سطح گردانندگان بیت کوین^۲ نیز رخ دهد (Rastogi, 2021: 283) و تیم توسعه که مسئولیت شناسایی و برطرف کردن باگ ها و ارتقا سیستم را دارند، در آینده بر سیستم چیره شوند و همانند بانک مرکزی بیت کوین^۳ در آیند.

- 1- Orphan blocks
- 2- Operators
- 3- Bitcoin central bank

4- Firefighting

5- Currency exchanges

6- Mixers

7- <https://coinrivet.com/european-parliament-issues-cryptocurrency-warning/amp/>

8- Centralization

9- Ancillary

عملاً می‌توانند یک موقعیت برتر در بازار را تشکیل دهند. (Alaodini et al, 2015: 110)

تبانی الگوریتمی

مهم‌ترین شکل تبانی در قالب استراتژی استخراج خودخواهانه نمایان می‌شود (Eyal and Gun Sirer, 2013: 1 – 2 & 17) که به صرات از حمله ۵۱٪ به کارتلی از استخراج گران^۱ یاد می‌شود که در این حالت کارتل می‌تواند اجماع حاکم بر بازار را تغییر داده و حاکمیت بازار را به دست می‌گیرد. (Schrevel, 2019: 293) در این حالت اقلیت مجبور به پذیرش حاکمیت اکثریت و این تقلب سازمان یافته می‌شود (Mirzakhani and Saadi, 2018: 76) که از نتایج انحصاری شدن بازار می‌باشد، احتمال احتکار و استنکاف از معامله بر اساس مواد ۴۵ و ۵۱ قانون رقابت ممنوع است.

داشتن قدرت محاسباتی ۵۱٪ شرط بروز این استراتژی ضد رقابتی است، درحالی‌که طبق یکی از تحقیقات با تبانی ۳۳٪ استخراج گران نیز امکان وقوع تبانی الگوریتمی و کنترل بازار وجود دارد. (Böhme et al, 2014: 68) درحالی‌که تأیید و تبانی توسعه‌دهندگان بر تغییر الگوریتم و ایجاد زنجیره فرعی لازمه وقوع تبانی الگوریتمی است. (Rastogi, 2021: 276) اما تا به امروز مهم‌ترین هدف توسعه‌دهندگان برقراری امنیت بازار و ارتقا شبکه در راستای اصول و مبانی بیت کوین و استمرار زنجیره اصلی است. اما اگر قصد و انگیزه مشترک ایشان در تغییر الگوریتم بیت کوین باشد، در صورت اجماع اکثریتی تبانی الگوریتمی محقق می‌شود.

انحصارات

حقوق رقابت به دلیل ممانعت از انحصار و تشویق کسب و کارهای کوچک، زمینه ساز مناسبی برای کارایی است. در برخی موارد کنترل انحصار مورد توجه حقوق رقابت قرار می‌گیرد به گونه‌ای که صاحب حق انحصاری نتواند از این امتیاز و قدرت برتر خود در جامعه سوءاستفاده نماید. انحصار تنها زمانی مضر به اقتصاد جامعه و غیرقابل قبول است که اعمال آن به صورت فعالیت‌های ضد رقابتی انجام گیرد. (Habiba et al, 2018: 67) اینکه تعریف دو واژه انحصار و وضعیت اقتصادی مسلط به لحاظ ظاهری شبیه هم هستند، به این دلیل است که وضعیت اقتصادی مسلط، حالت شدید وضعیت انحصاری است. (Alaodini et al, 2015: 109)

حالت مسلط در نتیجه انحصار فنی در تولید چیپ گرافیکی برتر و قدرت برتر تکنولوژی است. (Franco, 2015: 144 & 145) چنین انحصار فنی موجب می‌شود سایر رقبا در معرض خطر خروج از بازار

اقتصادی، افزایش رفاه عمومی و در نهایت به فضای رقابتی کمک شایانی می‌کند؛ اما با وجود این مزایا، باید آن را یکی از مهم‌ترین عوامل ایجاد اخلال در رقابت برشمرد، چراکه می‌تواند یکی از مقدمات بروز وضعیت مسلط باشد (بند ۳ ماده ۴۸ قانون رقابت). مقامات حقوق رقابت با چالش بررسی و ارزیابی ادغام در بازارهای سنتی روبرو هستند؛ درحالی‌که این امر به مراتب در رقابت پلتفرمی دشوارتر و پیچیده‌تر است و همواره معضل به روز نبودن ابزارهای قانونی با تکنولوژی به سرعت در حال رشد مطرح است. (Surblyte, 2015: 2) مشارکت استخراج کنندگان در استخرها را می‌توان نوعی ادغام دانست؛ چراکه در نتیجه مشارکت، انتقال قدرت به صورت در اختیار قرار دادن سهم بازاری (قدرت محاسباتی) به شخص حقوقی استخر محقق می‌شود. (Østbye, 2017: 28 & 29) درحالی‌که امروزه اقتصادی بودن فعالیت در بازار استخراج بیت کوین، بازیگران فردی را به مشارکت با یکدیگر در شکل جدید استخرهای استخراج وادار می‌کند می‌تواند پویایی بازار را به همراه داشته باشد، البته تا زمانی که مشارکت ایشان باعث ایجاد تمرکز نشود. اگر در نتیجه ادغام، موقعیت مسلط ایجاد شود، پتانسیل بالقوه سوءاستفاده از موقعیت مسلط بازار را تهدید می‌کند. (بند ۱ ماده ۴۸) که می‌تواند حکایت از تبانی اولیه میان ایشان و قصد حمله ۵۱٪ و در اختیار گرفتن کنترل و حاکمیت بازار داشته باشد که مشمول بند ۴ ماده ۴۸ و از ادغام‌های ممنوع است.

بند سوم: تبانی در بازار بیت کوین

جذابیت و عطش سودآوری در بازار بیت کوین رقبای موجود را؛ برای افزایش سود، به همکاری با یکدیگر می‌کشاند که رفتارهای ضد رقابتی آن‌ها نمونه رفتار کارتلی در حقوق رقابت است. (A thematic report, 2019: 20) همان‌طور که در بازارهای دیگر موجود در عرصه تکنولوژی امکان بروز تبانی از سوی یک کارتل وجود دارد در بازار بیت کوین نیز احتمال بروز این نوع رفتارهای کارتلی قابل تصور است. (Micinnis and Roche, 2019: 56) در خصوص نحوه وقوع توطئه و تبانی در این بازار باید معیار آن با توجه به نوع خاص این بازار مشخص شود. (Rastogi, 2021: 273)

همان‌طور که گفته شد؛ ورود و خروج به بازار نیازمند اخذ مجوز و رضایت اولیه نیست و حتی سایر بازیگران نیز نمی‌توانند از ورود افراد جلوگیری و دست به تبانی با یکدیگر برای ممانعت از ورود زنند، همان‌طور که در حال حاضر اکثر استخرهای بزرگ عمومی هستند. (Eyal, 2015: 89) اما ماهیت به شدت متمرکز استخرهای استخراج احتمال ایجاد دسیسه و توطئه میان ایشان را برای اهداف دیگری بالا می‌برد. (Rastogi, 2018: 279) نکته حائز اهمیت این است که در نهان بسیاری از رویه‌های ضد رقابتی از جمله سوءاستفاده برتر، می‌تواند تبانی و سازش وجود داشته باشد و بنگاه‌های اعضای یک سازش

1- A cartel of miners

که فعالیت استخراج با چیپ‌های گرافیکی ASIC انجام می‌شود، انحصار فنی وجود ندارد و در صورت ارتقا از آن، پیش‌بینی می‌شود بازار با شکست بازار در نتیجه انحصار فنی روبرو نشود.

تبانی در ترتیب حملات

تبانی در بازار استخراج با ترتیب دادن حملاتی مانند حمله DDOS مصداق بارز اخلاف در رقابت به موجب ماده ۴۴ قانون رقابت ایران است که برای حذف سایر رقبا و یا اخلاف در فعالیت ایشان؛ با هدف افزایش سهم بازاری، است. خطر این حملات از سوی هر کدام از بنگاه‌های استخراج به‌ویژه استخراج‌های بزرگ محتمل است. همچنین در بازار تراکنش‌های بیت کوین نیز این حملات علیه صرافی‌ها با هدف خرید و فروش به قیمت دلخواه صورت می‌گیرد (Böhme et al, 2014: 57 & 58) که می‌تواند مصداق بند ۱ ماده ۴۴ قانون رقابت قرار گیرد. چنین رفتارهای مخربی، به اعتبار و امنیت بازار نیز خدشه وارد و فرصت رقابت منصفانه برای عموم اشخاص را تهدید می‌کند.^۲

بند چهارم: قراردادهای ضد رقابتی در بازار بیت کوین

مهم‌ترین قرارداد ضد رقابتی، به شکل تبانی الگوریتمی میان کارتلی از استخراج گران قابل‌تصور است که می‌تواند نمونه بارز توافقات افقی در جهت اخلاف در رقابت آزاد و مصداق از ماده ۴۴ قانون رقابت ایران باشد. به دنبال اعمال استراتژی خودخواهانه، چنین کارتلی می‌تواند در تعیین حق العمل تأیید تراکنش‌ها و یا انتخاب تبعیض‌آمیز آن‌ها هر یک از مصادیق ماده ۴۴ را مرتکب شود. (Lee, 2015: 63) Kuo Chuen, 2015: 63 امروزه تملک و نقل و انتقال بیت کوین در تصاحب چند بازیگر مسلط محدود شده است که می‌تواند در ارزش گذاری بیت کوین و حق العمل تراکنش‌ها نقش به سزایی داشته باشند. (Franco, 2015: 156) در این صورت می‌تواند در تعیین نرخ و ارزش معاملات تأثیر گذار باشند و با تبانی از عرضه، خودداری و با احتکار موجب افزایش قیمت شوند. چنین رفتاری طبق بند الف ماده ۴۵ قانون رقابت احتکار و استتکاف از معامله تلقی و ممنوع است.

چنین وضعیتی مقدمه تحمیل شروط غیرمنصفانه و یا قیمت‌های غیرمتعارف در بازار تأیید تراکنش بر مصرف‌کنندگان است. در واقع تعیین حق العمل گزاف دلالت ضمنی بر تعیین آن از سوی گروهی متمرکز از ارائه دهندگان خدمات تأیید تراکنش‌هاست (Østbye, 2017: 23) که در راستای بند ۱ ماده ۴۴ قانون رقابت تبانی و

قرار می‌گیرند. (Rastogi, 2021: 275) در خصوص بیت کوین، زمانی که (سیستم) حاکمیتی که بلاکچین بر آن بنا شده، با ایجاد زنجیره فرعی تغییر یابد، بارزترین مصداق انحصار است. (Schrepeel, 2019: 313-315) زمانی که نوآوری در بازار بیت کوین به شکل اختراعات چیپ‌های گرافیکی برتر رخ دهد، به برتری دارنده آن منجر می‌شود. این نوآوری توازن انجام فعالیت اقتصادی میان بازیگران را بر هم می‌زند به طوری که بدون دسترسی به نوآوری برتر امکان فعالیت بهینه برای سایر رقبا وجود ندارد. (OECD, 2018: 10) چنین امری منجر بدین می‌شود که عملاً بازار در انحصار کامل شخص مسلط باشد. (Szmigielski, 2016: 88)

هر چند انحصار فنی نوآوری‌ها به قیمت‌گذاری گزاف اختراعات و تکنولوژی نوین منجر می‌شود؛ لازم است حقوق مالکیت فکری در عین تضمین و تأمین حقوق صاحبان اختراع و نوآوری، خللی به اصول و قواعد رقابت آزاد و منصفانه در این بازار وارد نکند. (Hasanisangani and Safaei, 2019: 18) هدف از اعطای انحصار قانونی به محصولات حمایت شده توسط حقوق مالکیت، فکری نه تنها تشویق و ترویج ابداعات و ابتکارات، بلکه گسترش ایده‌های نوین است. ولی از آنجا که بنگاه‌ها از توان بالقوه سوء استفاده از موقعیت مسلط خود در زمینه حقوق مالکیت فکری برخوردار هستند، لذا مقررات ناظر بر رقابت به گونه‌ای تنظیم می‌شود که تحت شرایط خاص استثنای ناشی از حقوق مالکیت فکری را محدود یا حتی خنثی کند. همان‌طور که به درستی در ماده ۵۱ قانون رقابت ایران بدین امر پرداخته شده و اختیارات مشخصی برای شورای رقابت پیش‌بینی شده است.

این در حالی است که اگر چنین انحصاری ایجاد شود، چه نهادی و یا اشخاصی می‌توانند با آن مقابله کنند تا موجبات انحصار رفع و دسترسی آزاد به تکنولوژی برای عموم ممکن باشد؟ این چالشی است که با بروز تکنولوژی کامپیوترهای کوانتومی^۱ و قرار گرفتن درصد بالایی از قدرت محاسباتی در اختیار یک شخص (Szmigielski, 2016: 101) بازار استخراج بیت کوین را به شدت تهدید می‌کند چراکه منجر به منسوخ شدن کامل فعالیت استخراج و می‌شود. (Dowd, 2014: 50) در عرصه بین‌المللی، چگونه می‌توان صاحبان این انحصار را ملزم به رعایت اصول رقابتی بازار آزاد کرد و چه نهادی صالح برای اعمال مقررات رقابتی است؟

البته باید توجه داشت که در این حوزه، کشورهای مختلف و مؤسسات بین‌المللی سرمایه‌گذاری‌های انبوهی برای دسترسی به فناوری و تجهیزات برتر اختصاص داده‌اند و دستیابی به این نوآوری به معنای تضمین برتری در بازار نیست زیرا سایر رقبا نیز می‌توانند به سرعت بدان دست یابند و یا حتی از آن پیشی بگیرند. در حال حاضر

۲- اگر هدف از حمله ۵۱٪ از بین بردن اعتبار و بازار بیت کوین باشد به حمله گلدفینگر (Goldfinger attack) معروف است. (Kroll et al. 2013: 2) برای مطالعه بیشتر در خصوص انگیزه و احتمالات این حمله رک همین منبع، ص ۱۳

1- Quantum computing

خودانتظام بازار میسر خواهد بود.

در بازار خودانتظام بیت کوین^۲، فعالان بازار با تعهد به اصول و قواعد (پروتکل^۳) بازار، از سیستم حاکمیتی و اجماع بازار پیروی می‌کنند. (Schrepel, 2019: 288 & 293) اصل اولیه التزام و استمرار زنجیره اصلی، خصیصه بارزی در تضمین ثبات بازار و رقابت منصفانه است. به علاوه ویژگی اصلی بیت کوین؛ غیرمتمرکز بودن، دو مؤلفه اساسی در تضمین رقابتی کارآمدی و تعیین رفتارهای خلاف با آن است. برای تضمین خصیصه غیرمتمرکز بیت کوین و جلوگیری از بروز استراتژی خودخواهانه، قالب بهینه فعالیت استخراج باید به شکل استخرهای متعدد، کوچک و خصوصی باشد. (Lee Kuo Chuen, 2015: 58) همان‌طور که رفتار عقلایی در بازار، اجتناب از بروز هر نوع تمرکز است. نمونه این رفتار در خصوص خروج استخراج گران از استخر GHash.IO و جلوگیری از ایجاد حالت مسلط بود. به‌طوری‌که برای مدت کوتاهی این استخر دارای قدرت محاسباتی بیش از ۵۱٪ شد اما به سرعت مشارکت کنندگان استخر از آن خارج شدند.^۴

(Bonneau et al, 2015: 111) هرچند در طراحی بیت کوین امکان وقوع حمله ۵۱٪ پیش‌بینی شده اما غیراقتصادی بودن آن از احتمال وقوع آن می‌کاهد. (Nakamoto, 2008: 4 & 6)

امکان وقوع تبانی الگوریتمی تنها در صورت تأیید و تبانی توسعه‌دهندگان قابل‌تصور است. گمنامی توسعه‌دهندگان، امکان شناسایی و اعمال مقررات قانونی را دشوار می‌سازد و در فرض تبانی میان ایشان در حال حاضر ابزارهای قانونی برای مقابله با چنین رفتاری وجود ندارد. این در حالی است که تبانی میان ایشان بسیار غیرممکن و دور از ذهن است چراکه هدف اولیه ایشان تأمین ثبات و امنیت بازار با پای بندی به قواعد و اصول آن است. توسعه‌دهندگان با نظارت بر بازار و کنترل اجماع، ثبات بازار و رقابت آزادانه را تأمین می‌کنند. (Schrepel and Buterin, 2020: 10)

در خصوص تبعیض در انتخاب و تأیید تراکنش‌ها و حق العمل آن، تاکنون رویه مشخصی نداشته و بر اساس توافقات خصوصی تعیین می‌شود. به‌طور سنتی، حداقل هزینه‌های مبادلاتی به‌صورت ثابت تعیین می‌شوند که مشتریان می‌توانند به انتخاب خود آن را تغییر و افزایش دهند؛ اگرچه ایده آل آن است که هزینه تراکنش‌ها و حق العمل آن‌ها بر اساس مکانیزم بازاری تعیین شود. استخراج گران تاکنون به‌صورت عقلایی در بازار رفتار کرده‌اند و تراکنش‌هایی را انتخاب می‌کنند که منجر به افزایش سود آن‌ها شود. تعیین قیمت

موجبات بروز قراردادهای ضدرقابتی مندرج در این قانون می‌شود. از سوی دیگر سیاست کاهش مبلغ اگر بدین منظور باشد که از این پس فعالیت رقبا، بهینه اقتصادی نداشته باشد، با قیمت‌گذاری تهاجمی شکست بازار محقق می‌شود. (قسمت د ماده ۴۵ قانون رقابت)

ممکن است در توافقات میان تولید کنندگان و عرضه کنندگان، شروطی با آثار ضدرقابتی درج شود و از آنجا موقعیت طرفین در این نوع از توافقات همسان نیست، خطر بروز توافقات ضدرقابتی اعم از عمودی و یا افقی، مصرف‌کنندگان را تهدید می‌کند. در خصوص رمزارزها این نوع توافقات ضدرقابتی به‌طور عمده زمانی رخ می‌دهد که بازیگران در عرصه‌های دیگر بازار نیز فعالیت داشته باشند. این امر در خصوص شرکت‌های تولیدکننده تجهیزات استخراج که در بازار استخراج نیز فعالیت دارند بسیار شایع است. (Schöning and Tagara, 2018: 4) به‌طوری‌که در ازای فروش و ارائه کالاها و خدمات خود، کسب درصدی از قدرت محاسباتی متقاضیان را به‌عنوان یک شرط یک طرفه در قراردادهای خود می‌گنجانند. (Szmigielski, 2016: 99) که مستند به بند ۲ قسمت ط ماده ۴۸ مصداق تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه و یا حتی فروش اجباری (قسمت و) تلقی شود. همان‌طور که در قراردادهای مرتبط با حقوق مالکیت فکری به‌ویژه قراردادهای واگذاری و مجوز بهره‌برداری اختراعات و انحصارات، با هم فروشی شرط معمولی است. (Bakhtiyarvand et al, 2017: 2) که سوءاستفاده شخص مسلط از موقعیت انحصاری خود برای تحمیل شروط نامنصفانه و یا غیرمتعارف مصداق از بندهای ۱ و ۵ قسمت ط ماده ۴۵ قانون به شمار می‌آید.

بند پنجم: جایگاه حقوق رقابت در بازار خودانتظام بیت

کوین

وجود قوانین و مقررات تسهیل‌کننده رقابت، از مهم‌ترین شرایط لازم برای تحقق اقتصاد رقابتی مبتنی بر بازار آزاد است. (Sadeghi, 2007: 170) نقض قواعد حقوق رقابت علاوه بر اثرات سوء بر کارایی اقتصادی، سبب ورود خسارات به اشخاص نیز می‌شود.^۱

(Khoshnoudi et al. 2017: 113) با مشخص شدن انواع رفتارهای ضدرقابتی در بازار بیت کوین، باید بررسی کرد که چگونه قواعد و مقررات رقابتی می‌توانند از سوی نهادهای صالح رقابتی در این بازار اعمال و اجرا شوند. نبود مرجع حاکمیتی و قانون‌گذاری در این بازار آزاد، چالش نحوه و میزان دخالت مقامات رقابتی و اعمال راهکارهای حقوق رقابت را به دنبال دارد که پاسخ بهینه آن با توجه به ساختار

2- Self-regulated

3- Protocol

۴- همچنین این استخر به صورت علنی و عمومی متعهد شد که قدرت محاسباتی خود را محدود کند تا در آینده لطمه‌ای به اعتبار شبکه بیت کوین وارد نشود.

۱- مقاصد کوتاه مدت، از جمله جبران خسارت از زیان دیدگان، کارکرد ترمیمی حقوق رقابت است؛ درحالی‌که اعمال خسارت تنبیهی با هدف بازدارندگی موانع سوءاستفاده بنگاه اقتصادی و شیوع توسل به رویه‌های ضدرقابتی شد.

مصرف کنندگان را تهدید می کند. مبتنی بودن بازار بر بستر بلاکچین، نحوه اعمال حقوق رقابت در این بازار را با چالش روبرو می کند؛ به طوری که در گام نخست، بایستی ساختار و اصول اولیه بازار مشخص شوند. خصیصه جهانی و آزاد بودن بیت کوین باعث می شود که هیچ دولت و یا کشوری نتواند بر آن حاکمیت داشته و هیچ نظام حقوقی ملی نیز نمی تواند مستقلاً برای آن قانون گذاری و آن را به مرحله اجرا در آورد.

فعالیت های استخراج، تأیید تراکنش ها، نقل و انتقالات، سرمایه گذاری و ارائه خدمات و تجهیزات بیت کوین مهم ترین فعالیت های اقتصادی هستند که بنگاه ها به آن ها می پردازند. سرمایه گذاری های انبوهی برای حضور و فعالیت اقتصادی در عرصه های مختلف انجام می شود. چنین رقابت شدیدی میان فعالان اقتصادی، می تواند منجر به بروز انواعی از رفتارهای ضد رقابتی شوند. شکل بارز سوء استفاده از موقعیت مسلط، در مورد استخراج گری صدق می کند که با داشتن قدرت محاسباتی برتر به قصد تغییر زنجیره اولیه و ایجاد بازار فرعی ترتیبات حمله ۵۱٪ را فراهم می کند. چنین استراتژی خودخواهانه ای همراه با تبانی با گروه توسعه دهندگان قابل وقوع است؛ که به طور خاص به تبانی الگوریتمی معروف است. در این حالت شخص مسلط می تواند با تغییر اجماع شبکه، حاکمیت بازار را کنترل کند و در انحصار خود در آورد. هر نوع مشارکت در استخراج های استخراج و یا ادغام این اشخاص می تواند زمینه ساز بروز حالت مسلط باشد. همچنین داشتن انحصار فنی و حق اختراع در خصوص چیپ های گرافیکی برتر، خطر شکل گیری وضعیت مسلط و انحصاری شدن بازار را به دنبال دارد. این چنین تمرکزهایی خصیصه اصلی بازار یعنی غیرمتمرکز بودن آن را متزلزل کرده و اصل رقابتی اولیه در بازار را نقض می کند.

مهم ترین قرارداد ضد رقابتی، توافق افقی و تبانی میان دسته ای از استخراج گران است که قصد حمله ۵۱٪ را دارند. تمرکززایی در سایر حوزه های بازار و در روابط مصرف کنندگان با ارائه دهندگان خدمات تراکنش، تجهیزات استخراج و اینترنت، خطر محدودیت های دسترسی به بازار و توافقات عمودی بسیار قابل توجه است.

با توجه به بازار خودانتظام و جهانی بیت کوین، امکان قانون گذاری رقابتی و اعمال ضمانت اجراها با چالش و محدودیت مواجه است. این در حالی است که اگر بتوان قائل بدین باشیم که شخصیت های حقوقی فعال در این بازار اقتصادی طبق قوانین و نهادهای رقابتی نظام حقوقی محل ثبت بررسی شوند، می تواند گام اولیه در تجزیه و تحلیل رقابتی بازار و فعالان آن باشد. کما این که در نظام حقوقی کشور ما، شورای رقابت صلاحیت رسیدگی به فعالیت های مربوط به استخراج بنگاه های اقتصادی ثبت شده در ایران را دارند و می تواند در حدود قوانین ضمانت اجرای رویه های ضد رقابتی را اعمال کنند. به علاوه، پل ارتباطی اجرای اصول و مبانی حقوق

ثابت چنین مؤلفه ای را زیر سؤال می برد. حتی گفته شده که لزوم اقتصادی بودن رفتار ایشان موجب شده است که امروزه برای تأیید تراکنش های با میزان کم، هزینه های بالایی درخواست و پرداخت می شود. (Schöning and Tagara, 2018: 6) توسعه دهندگان در حال حاضر در حال کار بر روی مفهومی با عنوان هزینه های هوشمند^۱ یا هزینه های شناور (متغیر)^۲ هستند که به موجب الگوریتم می توان حق العمل را بر اساس دانش احتمالات و هوش مصنوعی تعیین کرد. (Franco, 2015: 144 & 156)

هرچند به طور کلی، شناسایی دقیق هویت بازیگران با توجه به مؤلفه گمنامی دشوار است، اما ثبت بنگاه های فعال در این بازار و اعطای شخصیت حقوقی بدان ها، موجبات شناسایی بازیگران بازار بیت کوین را فراهم می کند. بر این اساس نظام حقوقی محل ثبت و یا استقرار فعالیت اقتصادی بر ایشان حاکم می باشد و طبق قواعد رقابتی آن نظام حقوقی رفتارهای این اشخاص بررسی می شوند. طبق ماده ۲ آیین نامه، فعالیت در بازار رمزارزها در کشور مستلزم کسب مجوز قانونی و رعایت مقررات مربوطه است. در کشور ما، به موجب ماده ۵۳ قانون رقابت، شورای رقابت صلاحیت رسیدگی به فعالیت های اقتصادی بنگاه های استخراج رمزارز موضوع آیین نامه هیات وزرا را دارد که گام ابتدایی برای شناسایی، مقابله با و جلوگیری از رفتارهای ضد رقابتی در بازار بیت کوین است. با توجه به قوانین تجارت و ثبت شرکت ها، الزام ثبت شرکت ها در قالب شخصیت حقوقی مشخص در بررسی و تحلیل رقابتی رفتارهای آن ها و اعمال ضمانت اجراهای قانونی نیز مؤثر است.

خودانتظامی بازار ایجاد دارد تا نهادهای رقابتی با گروه توسعه دهندگان بیت کوین در ارتباط باشند که پل ارتباطی موثری در انتقال و تضمین حقوق رقابت در بازار بیت کوین محسوب می شود. هرچند این دسته از بازیگران فعالیت آزاد و مستقلی دارند، اما برخی از ایشان نیز در قالب گروهی مشخص هستند که به دنبال جذب توسعه دهندگان بیشتر و سازمان دهی فعالیت ایشان است. این ارتباط در تحلیل جامع و دقیق فنی و حقوقی بازار، برای شناسایی رفتارهای ضد رقابتی و مقابله با آن ها کارآمد است. پای بندی به قواعد رقابتی مستلزم پیروی اکثریت بازاری است؛ امری که حرکت و اراده مستقل بازیگران را طلب می کند و رویکرد توسعه دهندگان می تواند در این حرکت مستقل نقش عمده ای داشته باشد.

نتیجه گیری

بازار بیت کوین، مصون از رفتارهای ضد رقابتی نیست و در فعالیت های اقتصادی بازار، خطر نقض قواعد رقابت، فعالان بازار و

1- Smart fees

2- Floating fees

References

- [1] Alaodini, Amrabbas and Ghanbari Jahromi, Mohammad Jafar. (2015). Rules of healthy competition and comparison of countries in terms of competitiveness. *Perspective of Business Management*. Vol. 28. (In Persian).
- [2] Azizi, Fatemeh and Soleymani, Hadi. (2020). Introduce of Bitcoin and its security challenges, *Passive defense*, Vol. 10, 4. (In Persian).
- [3] Bakhtiyardvand, Mostafa and Farhadkhani, Zeinab. (2017). Tying in intellectual property licenses: the approach of competition law, *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, 2: 24. (In Persian).
- [4] Böhme, Rainer, Brenner, Michael, Moore, Tyler and Smith, Matthew. (2014). *Financial Cryptography and Data Security*, Springer.
- [5] Böhme, Rainer & Christin, Nicolas & Edelman, Benjamin and Moore, Tyler. (2015). Bitcoin: Economics, Technology, and Governance, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 29, 2.
- [6] Bonneau, Joseph, Miller, Andrew, Clark, Jeremy, Narayanan, Arvind, Kroll, Joshua A. and Felten, Edward W. (2015). SOK research perspectives and challenges for bitcoin and cryptocurrencies, *IEEE Symposium on Security and Privacy*.
- [7] Dowd, Kevin. (2014). *New Private Monies: A Bit-Part Player?*, IEA: the institute of economic affairs, 1st edition.
- [8] European Union Blockchain Observatory and Forum. (2019). *Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*
- [9] Eyal, Ittay and G`un Sirer, Emin. (2013). Majority is not Enough: Bitcoin Mining is Vulnerable, *International Conference on Financial Cryptography and Data Security*.
- [10] Eyal, Ittay. (2015). The Miner's Dilemma, *IEEE Symposium on Security and Privacy*.
- [11] Faella, Gianluca and Cosimo Romano, Valerio. (2019). Artificial intelligence and blockchain: an introduction to competition issues, *competition law & policy debate*, Vol. 5, 3.
- [12] Franco, Pedro. (2015). *Understanding Bitcoin: Cryptography, engineering, and economics*, Wiley.
- [13] Habiba, Saeed and Mirshamsi. (2018). The position of the rules of competition law in the transfer contracts and permission to exploit industrial property rights, *Private Law*, Vol. 6: 14. (In Persian).
- [14] Halaburda, Hanna and Sarvary, Miklos. (2016). *Beyond Bitcoin: The Economics of Digital Currencies*, Palgrave Macmillan.
- [15] Hasanisangani, Vahid and Safaei, Seyed Hossein. (2019). Competition analysis of excessive pricing in the framework of intellectual property law by dominant company, *Law researchs*, Vol. 11, 3. (In Persian).
- [16] Kheradmand, Mohsen. (2019). Jurisprudential review of cryptocurrency mining and exchange with a focus on the "Bitcoin", *Knowledge of Islamic Economics*, Vol. 10: 2. (In Persian).
- [17] Khoshnoudi, Reza and Alipour, Reza and Shekouhian, Alireza. (2017). Theoretical foundation, objectives and methods of compensation in competition law, *The Judiciary law journal*, 99. (In Persian).
- [18] Kroll, Joshua A., Davey, Ian C., and Felted, Edward W. (2013). The Economics of Bitcoin Mining, or Bitcoin in the Presence of Adversaries, *The Twelfth Workshop on the Economics of Information Security*.
- [19] Lee Kuo Chuen, David. (2015). *Handbook of digital currency, Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*, Elsevier.
- [20] McGinnis, John O. and Roche, Kyle. (2019). Bitcoin: order without law in the digital age, *Indiana law journal*, Vol. 94, Iss. 4, 6.
- [21] Miri Lavasani, Somaye saadat and Heydari, Bahareh and Razmjou, Aliakbar and Razmjou, Mohadese. (2019). Study of status of national cryptocurrency law, *journal of new achievements in humanities studies*, 13. (In Persian).
- [22] Mirzaei, Kazem and Fotouhabadi, Vahid and Nosrat abadi, Jamshid. (2019). Study of effective factors on Bitcoin fluctuation and inherent fiscal risks of cryptocurrencies with GARCH (1,1) model, *Defense economic*, 10. (In Persian).
- [23] Mirzakhani, Reza and Saadi, Hosseinali. (2018). Bitcoin and monetary and jurisprudence nature of virtual money, *journal of Iran's economic essays*, 30. (In Persian).
- [24] Naderi, Hossein. (2019). Analysis, Bitcoin: opportunities and threats, *National security watch*, 88. (In Persian).
- [25] Nakamoto, Satoshi. (2008). *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*.
- [26] Norouzi Shams, Mashiatollah. (2006). A look at competition law in the laws of several countries, *Human sciences (Imam Hossein University)*, Vol. 61. (In Persian).
- [27] OECD. (2018). *Blockchain Technology and Competition Policy*.
- [28] Østbye, Peder. (2017). The Adequacy of Competition Policy for Cryptocurrency Markets, *Monetary Economics: Financial System & Institutions eJournal*.
- [29] Østbye, Peder. (2018). The Case for a 21 Million Bitcoin Conspiracy, *Journal of Financial Transformation*, Capco Institute, vol. 48.

- [30] Rastogi, Sakshi. (2021). Cryptocurrency in the light of competition law, *Supremo Amicus*, Vol. 11.
- [31] Robertson, Viktoria. (2019). The relevant market in competition law: a legal concept, Oxford University Press, Vol.7, 2.
- [32] Robertson, Viktoria. (2020). Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US, Hart.
- [33] Sadeghi, Toubia. (2007). Principles of competition commercial law with respect to relevant bill, Theology and law of Razavi University, 23. (In Persian).
- [34] Schöning, Falk and Tagara, Myrto. (2018). Blockchain: Mind the gap! Lessons learnt from the net neutrality debate and competition law related aspects, *Legal practices*.
- [35] Schrepel, Thibault. (2019). Is Blockchain the Death of Antitrust Law The Blockchain Antitrust Paradox, *Georgetown Law Technology Review*, 281.
- [36] Schrepel, Thibault. (2020). The Theory of granularity: a path for antitrust in blockchain ecosystems, Available at SSRN 3519032.
- [37] Schrepel, Thibault and Buterin, Vitalik. (2020). Blockchain code as antitrust, *Berkeley technology law journal*.
- [38] Seyed Hosseini, Mir Meysam and Doaei, Meysam. (2014). Bitcoin: first virtual money, *Bours*, 114 and 115. (In Persian).
- [39] Seyedi, Amir and Shahir, Leyli. (2017). The irony of Bitcoin to international money, *Market and Cpaital*, 93. (In Persian).
- [40] Surblyte, Gintare. (2015) Competition Law at the Crossroads in the Digital Economy: Is it All About Google?, *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 15-13*, Vol. 4, 5.
- [41] Szmigielski, Albert. (2016). Bitcoin Essentials: Gain insights into Bitcoin, a cryptocurrency and a powerful technology, to optimize your Bitcoin mining techniques, Packt.



Economic analysis of the bodily damages supply Fund in the light of "Efficiency" and "Cost-Benefit" principles

M. Abedi¹, H. Afkar² *

1-Associate Professor of the Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad

2-PhD in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad (Corresponding Author)

(*- Corresponding Author Email: Hamidafkar@mail.um.ac.ir
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.76138.1167>

Received: 22 February 2023

Revised: 05 May 2023

Accepted: 01 August 2023

Available Online: 01 August 2023

How to cite this article:

Abedi, M.; Afkar, H., (2023). Economic analysis of the bodily damages supply Fund in the light of "Efficiency" and "Cost-Benefit" principles. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 30(23): (67-79) (in Persian with English abstract).

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.76138.1167>

1- INTRODUCTION

The change of social values and the acceptance of realism theories in the science of law have caused attention to the economic function of legal rules and institutions to be more important than before, and ignoring economic criteria in the establishment of legal rules has caused a lack of social desire towards them; For this reason, a new framework of law knowledge has emerged with the subject of economic analysis of law. With the aim of greater economic efficiency of legal knowledge, the said field seeks to revise some rules and also to create new legal institutions. In the course of time, with the aim of providing compensation for damages according to social needs, the field of civil responsibility has continuously reconstructed and modified its rules and provided the basis for the establishment of new compensatory institutions. The rational and optimal allocation of social resources is important from the point of view of economics to create effective legal institutions and is one of the most important principles of social and individual investment. One of the newly established legal institutions in the field of civil liability and insurance law is the bodily damages supply Fund, whose economic justification not only strengthens the legal status of this institution, but also provides the necessary legal basis for the establishment of similar institutions. On the other hand, not paying attention to the economic and social criteria in the establishment of this institution not only deprives the legislator of the desire to use similar institutions, but also forgets the importance and position of the bodily damages supply Fund in the society. For this purpose, it is necessary to evaluate the economic optimality of the bodily damages supply Fund in the legal system and compare the benefits of the said fund with its costs in the light of efficiency and cost-benefit theories, which are two basic principles in the economic analysis of legal institutions.

2- PURPOSE

Although several legal and jurisprudential foundations justify the necessity of establishing the said fund, but maintaining and continuing the position of the fund in the society based on jurisprudential and legal criteria is not enough, and examining the efficiency and economic desirability of the said establishment strengthens its social foundation; For this reason, in this research, the aim is to evaluate the efficiency of the bodily damages supply Fund from the point of view of economic analysis of the evaluation rights and its economic justification, so as to be able to justify the creation and survival of the bodily damages supply Fund. Achieving the desired result requires answering the question that according to the expenses that are incurred for the establishment of the bodily damages supply Fund from various financial sources, can the establishment of the said institution and the continuation of its activity be considered desirable from the point of view of economic analysis of rights and the idea of using Did public institutions extend compensation to some other areas of unintentional damages? For this purpose and in order to achieve a proper economic analysis of the functioning of the bodily damages supply Fund, which will be referred to as "the fund" in this research, first the principles of cost-benefit and efficiency are explained and considering the factors of economic desirability in Each section, the operation of the fund is explained based on the mentioned principles and its economic justification is evaluated based on each criterion.



3- METHODOLOGY

The method used in this research is descriptive-analytical.

4- FINDINGS

The research findings are as follows: One of the foundations of the establishment of the insurance institution and the bodily damages supply Fund is the theory of distributive justice, which has been further strengthened in the mandatory insurance laws. According to the theory of distributive justice, the damage caused to the victim is distributed among the members of the society so that the losses caused by the accidents as a part of the social life are collectively compensated. On this basis, a kind of social cooperation is formed to guarantee the future damage so that everyone can benefit from this source of compensation in special circumstances, and as soon as the damage occurs, the fund is obliged to compensate the damage. Such a benefit increases the willingness to pay for the establishment of the fund and the continuation of its activity, and it justifies the function of the fund based on the above-mentioned principle by increasing the benefits in the cost-benefit balance. Based on the criterion of absolute increase in efficiency, the bodily damages supply Fund has an economic justification in terms of the relationship between the victim and the perpetrator; In such a way that the bodily damages supply Fund is the substitute for the perpetrator of the loss in the compensation, and by having vicarious responsibility, it fulfills the obligation of the perpetrator of the loss. Compensation by this fund helps the victim get rid of the precarious economic situation and feel better by getting the opportunity to be compensated by the fund; While the situation of the perpetrator of the loss does not lose its usefulness and the replacement of the fund for compensation justifies the Pareto relationship between the victim and the perpetrator of the loss. In this way, in relation to civil liability, the use of social compensation institutions such as the bodily damages supply Fund can be justified. It seems that the above thought is not complete and the justification of the efficiency of the bodily damages supply Fund in the Pareto criterion requires the comparison of all economic input and output factors, and paying attention to the reduction of the economic utility of the compensating society of the fund's resources is also necessary to evaluate the efficiency of the fund. As a legal entity under public law, the bodily damages supply Fund has independent financial resources that are provided through natural and legal entities as well as by using some government and public resources. Obtaining funds from these sources and allocating them to some disadvantaged groups makes the optimization of the fund's financial resources questionable from the point of view of the Pareto criterion; In other words, although allocating fund resources to some specific people increases their efficiency, but the change in the economic status of the groups supplying the fund resources makes this method of payment ineffective, and the problem is that the profit of one person should not be at the expense of significant or small losses of other people. will result in the effectiveness of the bodily damages supply Fund. Of course, it must be accepted that the strictness of the Pareto criterion makes it less possible to find a policy that does not reduce the utility of anyone. Usually, there are winners and losers in legal changes and the policies applied by legislators are on the onehand to optimize the situation of a certain group, while the productivity of another group is jeopardized. Therefore, for a legal institution to be considered efficient based on Pareto's theory, it should be tolerant and the small loss of a specific group should be tolerantly regarded as no loss; In this way, if the amount of reduction in the utility of a particular group due to their large number and because of the benefits that this group obtains, is to the extent that it can be ignored, then this utility reduction can be ignored. With this interpretation, financing of the society that provides the financial resources of the Fund, due to their huge number, does not cause a noticeable decrease in the utility of the society that provides it, and on the other hand, the benefit that each member of the population receives for this cost compensates for the deterioration of his economic situation. and makes him feel better and have economic courage; Therefore, sharing risks and financial resources, or organizing possible risks in return for paying a small amount based on the Pareto efficiency criterion, can be verified on the basis of tolerance. The use of social institutions such as the bodily damages supply Fund based on the Kaldor-Hicks criterion is logically justified; Because it is true that the payment of dowry by this institution increases the wealth and utility of the victim despite the deterioration of the economic conditions and the decrease of the utility of the other party, but the increase of the wealth of the victim has priority over the decrease of the wealth of the paying society and protects him from economic destruction; In other words, in social damage guarantee institutions such as insurance and bodily damages supply Fund, the paying society by helping people who suffer from a certain condition, changed their inappropriate position and all together improved from the new condition, profit will take. This criterion can be examined in three ways:

1- Evaluating the benefits of the bodily damages supply Fund with the criterion of utilitarianism leads to the conclusion that the sense of social pleasure in positive concepts such as benevolence, peace of mind, social security is realized in a favorable way and compared to the pain and suffering caused to the public by providing financial resources. Fund is imposed, has superiority. The principle of utilitarianism expresses the attitude of

general benevolence, and as some have stated, anyone who rejects utilitarianism must be hard-hearted; Because the social assurance of providing damages in accidents where the fear of not being compensated brings a sense of security and peace of mind, which increases social happiness, and compensating the victims who were injured due to accidents related to vehicles, a sense of help and Cooperation brings life to man. Traffic accidents are due to industrial developments and the spread of mechanism, which is inevitable to impose on some members of the society in some cases, and for this reason, social thinking is looking for a way to heal part of the physical and mental injuries of the victims and provide financing through social institutions. Like insurance and bodily damages supply Fund, it arouses the feeling of sympathy and benevolence in a person and brings happiness to the soul and soul, which brings the intended pleasure in the criterion of utilitarianism.

2- From the point of view of wealth maximization, the achievement of social security will strengthen the process of production and industry and maximize wealth. On the other hand, the economic empowerment of a society and the production of wealth requires the maximum use of human resources with high physical and mental strength. The occurrence of any risk caused by the violation of the government's duty of social care creates a duty for the government to compensate and protect the victim. Non-compensation for physical damages that have lasting and contagious social consequences causes a decrease in the physical and mental health of the society's human resources, and due to the disability caused by the lack of timely treatment, it severely reduces the society's productive and service capacity.

3- From the point of view of social welfare, the existence of the fund is also effective because the distribution of damages among a group, although at first glance it causes a deviation from the concept of corrective justice, but the acceptance of pure responsibilities in current societies is more welcome and the distribution and distribution of the cost of errors among all persons who are liable to commit that error, a reasonable and fair solution will be to sum up the interests of both parties. On the other hand, the presence of spiritual aspects also moderates the logical role of the bodily damages supply Fund based on this criterion, and the sense of pleasure from social cooperation and helping people adds to the benefits of this theory.

5- CONCLUSION

One of the means of manifesting distributive justice in the compensation process is the creation of a fund for physical damages in order to achieve the goal of compensation in the light of social life with the rational and optimal allocation of social resources. The legal and jurisprudential foundations of the obligations of the Fund for the physical damages make the legal acceptance of the aforementioned institution acceptable, but its economic efficiency requires a test of the functioning of the fund with economic theories. The benefit of having social security and removing the feeling of dissatisfaction resulting from the violation of the security duty of the government covers the cost of establishing the fund based on the cost-benefit principle. Although it is difficult to match the productivity of the fund with the Pareto efficiency criterion, the difficulty of justifying most of the social and legal institutions with the said criterion makes the economic inefficiency of the fund based on the said criterion negligible. Identifying the economic optimality of a legal entity based on the Cadot-Hicks criterion requires a comparison of efficiency in the assumption of the presence or absence of that entity and the superiority of its benefits. Placing the physical damage fund in the theoretical body of utilitarianism instills a feeling of pleasure more than pain and suffering to the society, and despite the apparent conflict of the effectiveness of this institution with the Pazner criterion, the possibility of quick recovery of economic power and the achievement of a sense of social security is a great help in maximizing social wealth. Fulfilling the common duty arising from the thinking of distributive justice in compensating for damages and providing the basis for social growth and excellence resulting from the good governance of the welfare state also justifies not only the role and position of the physical damage fund in compensating for traffic accidents, but also the idea of expanding compensation funds. It also strengthens non-traffic accidents.

Keywords: Bodily damages supply Fund, Economic Analysis, Economic Efficiency Bodily Injury Fund, Social Welfare Theory, Wealth Maximization.

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۶۷-۷۹

تحلیل اقتصادی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در پرتو اصول «کارایی» و «هزینه-فایده»

محمد عابدی^۱ - حمید افکار^{۲*} 

دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۰۳ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۱۰

چکیده

اتخاذ سبک‌های نوین تأمین مالی جبران خسارت حوادث مستلزم تأسیس نهادهای حقوقی بر پایه مطالعات اقتصادی است. تحلیل اقتصادی یک نهاد حقوقی باعث می‌شود تا با تزریق داده‌های اقتصادی به کالبد نظام حقوقی، پویایی و مطلوبیت نهاد موردنظر تثبیت گردد. صندوق تأمین خسارت‌های بدنی یکی از نهادهایی است که هدف اصلی آن حمایت از زیان‌دیدگان حوادث ناشی از وسایل نقلیه موتوری است تا در کنار نهاد بیمه، تضمین بیشتری برای جبران خسارت پدید آید. اگرچه مبانی حقوقی و فقهی متعددی ضرورت ایجاد صندوق مزبور را توجیه می‌نماید، لیکن حفظ و استمرار جایگاه صندوق در جامعه بر پایه معیارهای فقهی و حقوقی کافی نیست و بررسی کارایی و مطلوبیت اقتصادی تأسیس مزبور، تقویت‌کننده بنیاد اجتماعی آن خواهد بود؛ به همین جهت، در این پژوهش به شیوه‌ای تحلیلی و توصیفی کارایی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی از منظر اصول کارایی و هزینه-فایده ارزیابی و توجیه اقتصادی آن امکان‌سنجی می‌گردد. ارزیابی کارکرد صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در پرتوی نظریات مزبور، تقویت بنیاد صندوق بر پایه تحلیل اقتصادی حقوق را به دنبال دارد. احساس امنیت خاطر اجتماعی و نبود بیم ناشی از نقض وظیفه ایمنی حاکمیت، جبران‌کننده هزینه تأسیس این نهاد از منظر اجتماعی است. سختی توجیه کامل نهادهای اجتماعی با معیار پارتو، ضرورت انطباق کامل با این معیار را از نظر تحلیل‌گران اقتصادی قابل اغماض می‌سازد و ارزش این نهاد اجتماعی را نفی نمی‌کند. همچنین بهیچ‌یک از اصول اقتصادی صندوق بر مبنای قیاس مطلوبیت در کالبد معیارهای فایده‌گرایی، حداکثرسازی ثروت و افزایش رفاه اجتماعی قابل توجیه و بیانگر ضرورت ایجاد و بقای جایگاه صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در جبران حوادث رانندگی می‌باشد و نتیجه این ارزیابی، شکل‌دهنده اندیشه گسترش صندوق‌های جبران خسارت در حوادث غیرترافیکی نیز خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: صندوق تأمین خسارت‌های بدنی، تحلیل اقتصادی، کارایی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی، نظریه رفاه اجتماعی.

طبقه‌بندی موضوعی JEL: K10- K2- K4

مقدمه

موضوع تحلیل اقتصادی حقوق ظهور یافته است. رشته مزبور با هدف کارایی اقتصادی بیشتر دانش حقوق به دنبال بازنگری برخی قواعد و همچنین ایجاد نهادهای حقوقی نو است. حوزه مسئولیت مدنی در گذر زمان و با هدف فراهم آوردن زمینه جبران خسارت به دنبال نیازهای اجتماعی، پیوسته قواعد خود را بازسازی و اصلاح نموده و زمینه تأسیس نهادهای جبرانی جدیدی را فراهم آورده است. تخصیص منطقی و بهینه منابع اجتماعی برای ایجاد نهادهای حقوقی کارا از منظر علم اقتصاد حائز اهمیت است و یکی از مهم‌ترین اصول سرمایه‌گذاری اجتماعی و فردی است (Mirzaei & Pashazadeh, 2017, 2). یکی از نهادهای حقوقی تازه تأسیس در حوزه حقوق مسئولیت مدنی و بیمه، صندوق تأمین خسارت‌های بدنی است که پذیرش توجیه اقتصادی آن نه تنها باعث تقویت جایگاه

تغییر ارزش‌های اجتماعی و پذیرش نظریه‌های واقع‌گرایی در علم حقوق باعث گردیده تا توجه به کارکرد اقتصادی قواعد و تأسیس‌های حقوقی بیش‌ازپیش موردتوجه باشد و نادیده گرفتن معیارهای اقتصادی در وضع قواعد حقوقی موجب عدم رغبت اجتماعی نسبت به آن‌ها شود؛ به همین جهت، چارچوب جدیدی از دانش حقوق با

۱- دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

Email: dr.m.abedi@um.ac.ir

۲- دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

(*) - نویسنده مسئول: (Email: Hamidafkar@mail.um.ac.ir)

تبیین می‌گردد و با در نظر گرفتن عوامل مطلوبیت اقتصادی در هر بخش، کارکرد صندوق بر مبنای اصول یاد شده تشریح و توجیه اقتصادی آن بر اساس هر معیار امکان‌سنجی می‌گردد.

کارایی صندوق بر اساس اصل هزینه - فایده^۲

یکی از اصولی که در هر پیش‌فرض اقتصادی موردتوجه انسان معقول و متعارف قرار می‌گیرد، اصل هزینه - فایده است؛ بدین معنا که هر شخص قبل از مبادرت به فعالیت یا تأسیس نهادی، هزینه و فایده آن را در نظر گرفته و سپس با غلبه و ترجیح منافع، تصمیم به اقدام می‌گیرد. بر اساس اصل هزینه - فایده، تأسیس و راه‌اندازی یک نهاد حقوقی زمانی ارزشمند تلقی می‌شود که منافع آن بر هزینه‌هایش پیشی گیرد (Dinwiddy & Teal, 1996, 3). این اصل اقتصادی ابزار مناسبی برای تأمین رفاه اجتماعی است و به انتخاب بهترین سیاست‌ها و تأسیس کاربردی‌ترین نهادها به نفع جامعه کمک می‌نماید (De Rus, 2021, 2).

دو سوی اصل هزینه- فایده در پیدایش صندوق تأمین خسارات بدنی قابل جریان است. چنان که از یک سو، جامعه‌ی تأمین‌کننده منابع صندوق متحمل هزینه و دچار زیان مالی می‌شوند و از سوی دیگر، مزایایی با ایجاد این نهاد حقوقی توسط مقنن در نظر گرفته شده است تا از طریق ایجاد این مزایا، انگیزه تأمین منبع مالی صندوق و استمرار بقای آن تقویت شود. بی‌تردید اگر در این رابطه هزینه‌های تحمیلی بر اشخاص بیش از منافع برداشتی باشد، انگیزه و توجیهی برای بقای صندوق باقی نمی‌ماند؛ بنابراین فایده نهاد مزبور نیازمند بررسی و غلبه است.

یکی از مبانی تأسیس نهاد بیمه و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی را باید تحقق نظریه عدالت توزیعی دانست که این مبنا بیش‌ازپیش در قوانین بیمه اجباری تقویت شده است (Safai & Orak, 2014, 71). بر اساس نظریه عدالت توزیعی، ضرری که بابت ورود خسارت به زیان‌دیده وارد می‌شود، بین اعضای جامعه پخش می‌شود تا زیان‌های ناشی از حوادث به‌عنوان جزئی از زندگی مشترک اجتماعی به‌طور جمعی جبران شود (Abhari & Ghorbani, 2018, 111). در واقع تقسیم و توزیع ضررهای اتفاقی ناشی از بدشانسی یا خطا بین عموم افراد جامعه با مبنای عدالت توزیعی سازگارتر است (Javaherkalam, 2022, 431). در این مبنا نوعی تعاون اجتماعی برای تضمین آتی خسارت شکل می‌گیرد تا در شرایط خاص همگان از این منبع جبران بهره‌گیرند و به‌محض ایراد خسارت، صندوق مکلف به جبران خسارت می‌گردد. چنین فایده‌ای میل به انجام هزینه برای تأسیس صندوق و استمرار فعالیت آن را افزایش می‌دهد و با سنگین‌تر کردن کفه منافع در ترازوی هزینه -

حقوقی این نهاد می‌شود، بلکه بستر حقوقی لازم برای ایجاد نهادهای مشابه نیز فراهم می‌گردد. در نقطه مقابل، عدم توجه به معیارهای اقتصادی و اجتماعی در تأسیس این نهاد نه‌تنها رغبت مقنن به استفاده از نهادهای مشابه را سلب می‌کند، اهمیت و جایگاه صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در جامعه را به ورطه فراموشی می‌سپارد. به همین منظور ضرورت دارد تا بهیچ‌یک اقتصادی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در نظام حقوقی ارزیابی شود و در پرتوی نظریه‌های کارایی و هزینه-فایده که دو اصل اساسی در تحلیل اقتصادی نهادهای حقوقی محسوب می‌شوند، منافع صندوق مزبور با هزینه‌های آن قیاس گردد.

از حیث پیشینه پژوهشی مبانی تعهدات صندوق تأمین خسارت‌های بدنی و ماهیت این نهاد در برخی آثار علمی موردتوجه قرار گرفته^۱، لیکن تطبیق این نهاد با شرایط روز جامعه بر مبنای تحلیل‌های اقتصادی مسکوت مانده است و از این حیث پژوهش حاضر دارای نوآوری است.

مبانی و چارچوب نظری پژوهش

در این پژوهش سعی شده تا با شیوه‌ای توصیفی- تحلیلی جهات توجیهی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی بر بنیاد معیارهای اقتصادی اصل هزینه - فایده و اصل کارایی و اکاوی و توجیه اقتصادی آن در جوامع صنعتی کنونی ارزیابی شود. نتیجه مثبت این سنجش باعث تقویت مقبولیت اجتماعی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در حوزه حوادث رانندگی شده و نویدبخش تسری اندیشه استفاده از صندوق‌های جبران خسارت در سایر حوزه‌های مشابه است. در مقابل، عدم کارایی این نهاد بر مبنای تحلیل‌های اقتصادی، تضعیف‌کننده تکیه‌گاه اجتماعی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی و درنهایت موجبی برای کاهش حمایت حقوقی از آن است.

نیل به نتیجه مطلوب مستلزم پاسخگویی به این پرسش است که با توجه به هزینه‌هایی که برای راه‌اندازی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی از منابع مالی متعدد صورت می‌گیرد، آیا می‌توان تأسیس نهاد مزبور و استمرار فعالیت آن را از منظر تحلیل اقتصادی حقوق مطلوب دانست و اندیشه استفاده از نهادهای عمومی جبران خسارت را به برخی عرصه‌های خسارات غیرعمدی دیگر نیز گسترش داد؟ بدین منظور و برای دستیابی به تحلیل اقتصادی مناسب از کارکرد صندوق تأمین خسارت‌های بدنی که در این پژوهش از آن با عنوان اختصاری «صندوق» نیز یاد خواهد شد، ابتدا اصول هزینه- فایده و کارایی

۱- برای مطالعه بیشتر در خصوص مبانی تعهدات صندوق تأمین خسارت‌های بدنی و شناخت ماهیت آن رجوع کنید به کتاب «تعهدات و حقوق صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در نظام حقوقی ایران» نوشته حمید ابهری و محمد قربانی جویباری، ۱۴۰۰، انتشارات مجد، تهران، صص ۳۵ تا ۵۳.

منافع احساس بهتری داشته باشند، بدون اینکه بخش دیگری با تحمل ضرر احساس بدتری یابد. (Weitzel, 2004, 59; A group of authors, 2017, 557; Khokhlova, 2021, 3) منافع دو گروه معیار ارزیابی بر اساس نظر پارتو است و چنانچه افزایش مطلوبیت یک فرد یا گروه از یک نهاد حقوقی به قیمت کاهش مطلوبیت فرد یا گروهی دیگر باشد، چنین نهادی کارا نیست و باید از آن صرف نظر کرد. در حقیقت معیار کارایی پارتویی به دنبال شیوه‌ای است تا بتوان تشخیص داد با چه نهادها و قواعدی می‌توان وضعیت یک فرد را بهبود بخشید، بدون اینکه از مطلوبیت دیگری کاسته شود (Popa, 2007, 73).

بر اساس معیار پارتویی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی از حیث رابطه بین زیان‌دیده و مرتکب زیان توجیه اقتصادی دارد؛ بدین صورت که صندوق تأمین خسارت‌های بدنی جایگزین مرتکب زیان در جبران است و با داشتن مسئولیت نیابتی (Abhari & Ghorbani, 2021, 41). ایفا کننده تعهد فاعل زیان است. جبران خسارت توسط این صندوق باعث می‌شود تا زیان‌دیده از وضعیت متزلزل اقتصادی رهایی یابد و با به دست آوردن فرصت جبران توسط صندوق، احساس بهتری به دست آورد؛ درحالی‌که وضعیت مرتکب زیان نیز مطلوبیت خود را از دست نمی‌دهد و جایگزینی صندوق برای جبران خسارت، رابطه پارتویی بین زیان‌دیده و فاعل زیان را توجیه می‌سازد. به این ترتیب در رابطه مسئولیت مدنی استفاده از نهاد جبران اجتماعی مانند صندوق تأمین خسارت بدنی قابل توجیه است.

به نظر می‌رسد اندیشه فوق تمام نیست و توجیه کارایی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در معیار پارتو مستلزم مقایسه تمام عوامل ورودی و خروجی اقتصادی است و توجه به کاهش مطلوبیت اقتصادی جامعه‌ی جبران‌کننده منابع صندوق نیز برای ارزیابی بهره‌وری صندوق لازم است. صندوق تأمین خسارات بدنی به‌عنوان شخص حقوقی حقوق عمومی دارای منابع مالی مستقل است که از طریق اشخاص حقیقی و حقوقی و همچنین با استفاده از برخی منابع دولتی و عمومی تأمین می‌شود^۳. اخذ وجوه از این منابع و اختصاص به برخی

فایده، کارکرد صندوق را بر اساس اصل مزبور توجیه می‌نماید. همچنین یکی از توقعات اجتماعی شهروندان حکمرانی خوب دولت‌ها و حمایت از زیان‌دیدگان است. اگرچه ورود خسارت مسئولیت شخصی مسبب حادثه را به دنبال دارد، لیکن شناسایی، برخورد و مطالبه خسارت از مقصری که با نقض نظم عمومی، تعادل جامعه را به هم می‌زند از وظایف حاکمیت است. عدم امکان شناسایی وسیله نقلیه مسبب حادثه یا عدم امکان الزام استفاده‌کننده وسیله به داشتن بیمه‌نامه مسئولیت معتبر، نشان از عدم توانایی کافی دولت در فراهم آوردن شرایط تضمین‌کننده خسارت ناشی از حوادث ترافیکی دارد که نتیجه آن عدم جبران صدمات زیان‌دیدگان حوادث ترافیکی و از دست رفتن بخشی از توان فیزیکی و روانی جامعه است؛ بنابراین لازم است تا به طریقی مسئولیت ایمنی حاکمیت در قبال زیان‌دیدگان جبران شود و مسئولیت ناشی از ناتوانی در متقاعد کردن اشخاص به اخذ بیمه‌نامه یا عدم توانایی در شناسایی مقصر حادثه بر خود وی تحمیل گردد. بدین ترتیب از حس تنفر اجتماعی ناشی از حکمرانی بد و زوال اعتماد عمومی که از ناتوانی حاکمیت در جبران نشدن خسارات ناشی می‌شود، کاسته خواهد شد. این مزیت تقریباً تمام جوامع بشری را متقاعد نموده تا با ایجاد صندوقی خاص، نظریه حکمرانی خوب و حمایت از زیان‌دیده را به جامعه نشان دهند. بدین ترتیب منفعتی که از ایجاد حس اعتماد و حفظ امنیت و سلامت جسمی و روانی جامعه حاصل می‌شود نیز پرداخت هزینه برای تأسیس صندوق تأمین خسارت بدنی را از منظر اقتصادی قابل توجیه می‌سازد.

کارایی صندوق تأمین بر اساس اصل کارایی^۱

سنجش بهینگی اقتصادی یک نهاد حقوقی مستلزم بررسی مؤلفه‌های مفیدی است که از پیدایش آن نهاد حاصل می‌گردد. اصل کارایی از منظر اقتصادی همواره به شکل ثابتی باقی نمانده و در گذر زمان دستاویز ظهور نظریه‌های متفاوتی توسط اقتصاددانان شده است. در این بخش ضمن ارائه مفهوم مختصری از مهم‌ترین معیارهای کارایی اقتصادی، تأسیس و بقای صندوق تأمین خسارت‌های بدنی بر مبنای نظریه‌های مزبور تطبیق داده می‌شود.

۴-۱. افزایش مطلق کارایی اقتصادی

یکی از نظریه‌پردازان اقتصادی در عرصه کارایی و بهره‌وری مطلوب، اقتصاددانی ایتالیایی به نام پارتو^۲ است که به عقیده وی یک مقرر، نهاد یا قاعده حقوقی زمانی بهینه و کارا تلقی می‌شود که وضعیت اقتصادی یک فرد را بهبود بخشد، بدون اینکه مطلوبیت طرف دیگری کاهش یابد یا به عبارتی بخشی از جامعه با برخورداری از

۳- ماده ۲۴ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵: «منابع مالی صندوق به شرح زیر است: الف - هشت درصد (۸٪) از حق بیمه اجباری موضوع این قانون بر مبنای نرخنامه مذکور در تبصره (۳) ماده (۱۸) این قانون ب - مبلغی معادل حداکثر یک سال حق بیمه اجباری که از دارندگان وسیله نقلیه‌ای که از انجام بیمه موضوع این قانون خودداری کنند وصول می‌شود. میزان مبلغ مذکور، نحوه وصول، تخفیف، تقسیط و بخشودگی آن به پیشنهاد بیمه مرکزی به تصویب مجمع عمومی صندوق می‌رسد. پ - مبالغ بازافتی از مسببان حوادث، دارندگان وسایل نقلیه، بیمه‌گران و سایر اشخاصی که صندوق پس از جبران خسارت زیان‌دیدگان مطابق مقررات این قانون حسب مورد دریافت می‌کند. ت - درآمد حاصل از سرمایه‌گذاری وجوه صندوق با رعایت ماده (۲۷) این قانون ث - بیست درصد (۲۰٪) از جریمه‌های وصولی راهنمایی و رانندگی

1- Efficiency.
2- Pareto

بهره‌وری کالدور - هیکس^۱ تجلی یافته است (Sharma et al, 3) 2018. نظریه مزبور از جهت دستیابی به بهترین نتیجه، تقویت کننده نظریه پارتو است، لیکن بر خلاف معیار بهره‌وری پارتو، افزایش مطلوبیت برخی ممکن است به قیمت زیان یا کاهش مطلوبیت دیگران باشد (Weitzel, 2004, 60; Munzer, 1990, 200)؛ این نوع بهره‌وری به حالتی اطلاق می‌شود که در مقایسه با حالت قبل حداقل یک نفر از مطلوبیت بیشتری برخوردار شود، هرچند که موجب کاهش مطلوبیت دیگران شود؛ ولی میزان افزایش مطلوبیت آن فرد بیش از خسارات و کاهش مطلوبیت دیگران است و کسانی که وضعیت بهتری دارند باید به کسانی که وضعیت بدتری دارند، در جبران کمک نمایند (Ridic & Ridic, 2018, 54) تا وضعیت نهایی مطلوب‌تری در جامعه حاکم شود. بر خلاف کارایی پارتو که توجیه پروژه عمومی سخت است، معیار کالدور-هیکس دولت را برای برقراری یک پروژه یا سیاست خاص ناچار به رویارویی با سنجش هزینه و فایده گروه‌های اجتماعی می‌کند.

باید توجه کرد که در این معیار هر چه گستره شمول متعهدین بیشتر و وضعیت مالی آن‌ها بهتر باشد، از لحاظ اقتصادی کمتر متأثر می‌گردند و همچنین کمتر در شرایط نامطلوبی قرار می‌گیرند. معمولاً استفاده از نهادهای اجتماعی همچون صندوق تأمین خسارت‌های بدنی بر مبنای معیار کالدور-هیکس توجیه منطقی دارد؛ زیرا درست است که پرداخت دیه توسط این نهاد باعث افزایش ثروت و مطلوبیت زیان‌دیده علی‌رغم تنزل شرایط اقتصادی و کاهش مطلوبیت طرف دیگر می‌شود، ولی افزایش ثروت زیان‌دیده بر کاهش ثروت جامعه‌ی پرداخت کننده ترجیح دارد و وی را از نابودی اقتصادی مصون می‌دارد؛ به عبارت دیگر، در نهادهای تضمین خسارت اجتماعی مثل بیمه و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی، جامعه‌ی پرداخت کننده با کمک به افرادی که از وضعیت خاصی رنج می‌برند، باعث تغییر جایگاه نامناسب آن‌ها شده و همه در کنار هم از وضعیت جدید بهبود یافته، سود خواهند برد (Bostani & Malekpoor, 2012, 2032). انتقاد به نظر پارتویی مبنی بر اینکه سود یک نفر نباید به زیان قابل ملاحظه یا اندک دیگری منجر شود، در نظریه کالدور-هیکس رفع می‌شود؛ زیرا صرف زیان دیگری مداخلیتی ندارد و فراهم آمدن مطلوبیت بیشتر نسبت به ضرر به بار آمده برای دیگری موجب حصول کارایی خواهد بود و بر خلاف کارایی پارتو که در آن نتایج بهینه برای هر یک از اعضای جامعه پیش نیاز اجرای هر سیاستی است، معیار کالدور هیکس به دولت اجازه می‌دهد تا با مقایسه منافع سیاست با هزینه آن تصمیم بگیرد (Sharma, 2018, 9).

بدون جبران مانند خسارات زیان‌دیدگان حوادث ترافیکی که در بسیاری موارد صدمات شدیدی دارند، باعث می‌شود تا نه تنها شخص

اقتضای زیان‌دیده باعث می‌شود تا بهینه‌سازی منابع مالی صندوق از منظر معیار پارتو محل تردید قرار گیرد؛ به عبارت دیگر، اگرچه اختصاص منابع صندوق به برخی افراد خاص موجب افزایش کارایی آن‌ها می‌شود، لیکن تغییر وضعیت اقتصادی گروه‌های تأمین کننده منابع صندوق، این شیوه پرداخت را غیرکارا جلوه می‌دهد و ایرادی که نباید سود یک نفر به زیان قابل ملاحظه یا اندک افراد دیگری منجر شود، در کارایی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی ظهور می‌یابد.

البته باید پذیرفت که سخت‌گیری معیار پارتو باعث می‌شود تا کمتر سیاستی را بتوان یافت که باعث کاهش مطلوبیت هیچ کسی نشود. معمولاً در تغییرات حقوقی بازنده و برنده‌ای وجود دارد (Babaei, 2007, 42) و سیاست‌های مورد اعمال مقنن از یک سو برای بهینه‌سازی وضعیت قشر خاصی است که در مقابل آن بهره‌وری قشر دیگری به خطر می‌افتد؛ بنابراین برای کارا تلقی شدن یک نهاد حقوقی بر اساس نظریه پارتو باید قائل به مسامحه شد و ضرر اندک گروهی خاص را مسامحتاً به منزله عدم ضرر دانست؛ به این صورت که اگر میزان کاهش مطلوبیت گروه خاص به جهت تعداد کثیر آن‌ها و به خاطر منافعی که همین گروه به دست می‌آورند، به حدی باشد که بتوان از آن اغماض نمود، می‌توان از این کاهش مطلوبیت صرف نظر کرد. با این تفسیر تأمین مالی جامعه‌ی تأمین کننده منابع مالی صندوق به جهت عظیم بودن خیل آن‌ها، باعث کاهش محسوس مطلوبیت جمعیت تأمین کننده نمی‌شود و از طرف دیگر منفعتی که هر یک از اعضای جمعیت در قبال این هزینه دریافت می‌کند، تنزل وضعیت اقتصادی وی را جبران می‌کند و باعث احساس بهتر و جرأت اقتصادی وی می‌شود؛ بنابراین به اشتراک گذاشتن ریسک‌ها و منابع مالی یا همان سامان‌دهی مخاطرات احتمالی در قبال پرداخت مبلغی اندک بر اساس معیار کارایی پارتو بر مبنای تساهل قابل تأیید است (Gayer et al, 2014, 156).

۴-۲. افزایش نسبی بهره‌وری اقتصادی

تحقق برد و باخت حتمی یک عنصر حقوقی هر چند به میزان اندک، باعث می‌شود تا نیل به کارایی پارتویی غیرممکن گردد و به همین جهت تمایل به اجرای این معیار در بین اقتصاددانان کاهش داشته است. همچنین سیاست‌گذاران نیز دستیابی به کارایی پارتویی را در زندگی واقعی و اعمال سیاست‌ها دشوار دانسته و به دنبال راهکاری برای دستیابی به بهترین نتیجه گام برداشته‌اند که با عنوان معیار

در کل کشور ج - بیست درصد (۲۰٪) از کل هزینه‌های دادرسی و جزای نقدی وصولی توسط قوه قضائیه و تعزیرات حکومتی. ج - جریمه‌های موضوع بند (پ) ماده (۴)، ماده (۴۴) و بند (ت) ماده (۵۷) این قانون. ح - کمک‌های اعطائی از سوی اشخاص حقیقی یا حقوقی.»

گردد (Devadasan, 2018, 231). در این رابطه لذت را می‌توان شامل حس لذت از ثروت، مهارت، دوستی، نام نیک، قدرت، تقوا، حافظه، خیال، انتظار، آسودگی، معاشرت و غیره دانست (Devadasan, 2018, 231) و به عقیده برخی ارتقای شادی و لذت عمومی بهترین راه برای خوشبخت شدن جامعه است (Scarre, 2002, 78).

سنجیده شدن فواید صندوق تأمین خسارت بدنی با معیار فایده گرایی این نتیجه را به دنبال دارد که حس لذت اجتماعی در مفاهیم مثبتی همچون احسان، آسودگی خیال، تضمین اجتماعی به نحو مطلوبی محقق می‌شود و نسبت به درد و رنجی که بر عموم تأمین کنندگان منابع مالی صندوق تحمیل می‌شود، برتری دارد. اصل فایده گرایی بیانگر نگرش خیرخواهی عمومی است و آن‌طور که برخی بیان نموده‌اند، هر کس که فایده گرایی را رد می‌کند باید سخت دل باشد (Smart & Williams, 1973, 67)؛ زیرا اطمینان خاطر اجتماعی از تأمین خسارت در حوادثی که بیم جبران نشدن خسارت باقی است، احساس امنیت و آسودگی خاطری به همراه دارد که موجب افزایش شادی اجتماعی می‌شود و جبران خسارت زیان‌دیدگانی که بر اثر حوادث مربوط به وسایل نقلیه دچار صدمه شده‌اند، حس کمک و تعاون در انسان را زنده می‌کند. حوادث رانندگی مرهون تحولات صنعتی و گسترش ماشینیسیم است که تحمیل آن به عده‌ای از افراد جامعه در برخی موارد اجتناب‌ناپذیر است (Afkar et al, 2020, 228) و به همین جهت تفکر اجتماعی به دنبال راهی است تا بخشی از صدمات جسمی و روحی زیان‌دیدگان را التیام بخشد و تأمین مالی از طریق نهادهای اجتماعی همچون بیمه و صندوق تأمین خسارت بدنی احساس همدردی و احسان درون آدمی را برمی‌انگیزد و شادی روح و روان را به دنبال دارد که به ارمغان آورنده لذت مقصود در معیار فایده‌گرایی است.

این ایراد قابل طرح است که تحمیل هزینه به جامعه‌ی تأمین کننده منابع مالی صندوق نیز موجب آزرده‌گی خاطر آن‌ها می‌شود و درد و رنج تدارک منبع برای چنین نهادی از منظر فایده‌گرایی قابل توجیه نیست، اما صرف ایجاد درد و رنج برای ناکارآمدی صندوق تأمین خسارت بدنی کافی نیست و همان‌طور که در معیار کالدور – هیکس بیان شد، قیاس حس لذت و درد باید منجر به نتیجه‌ای شود که احساس خوشایندی برای جامعه به دنبال داشته باشد. بر اساس نظر فیلسوف انگلیسی جان استوارت میل^۳ آن عملی بهترین است که بیشترین لذت را برای بیشترین تعداد به ارمغان آورد و معیار سنجش کارایی بر اساس منفعت گرایی بیشترین خوشبختی برای تعداد بیشتر است (Zafar Daher, 2018, 20). در این رابطه نه تنها درد و رنجی که طیف جبران کننده منابع مالی صندوق به دوش می‌کشند، آنچنان اندک است که در مقابل حس لذت قشر بهره‌مند از مزایای صندوق،

زیان‌دیده کارکرد اجتماعی و اقتصادی خود را از دست دهد، خانواده وی نیز در معرض خطر قرار گیرند. به‌عنوان مثال ممکن است فردی که در حادثه رانندگی صدمه دیده و مرتکب زیان نیز متواری شده است، برای احیا و درمان خود ناگزیر به دریافت دیه باشد تا نه تنها به وضعیت قبل از زیان برگردد، توان رفع نیاز خانواده خود را نیز داشته باشد. عدم جبران صدمات این فرد نه تنها موجب کارافتادگی وی خواهد شد، اعضای خانواده وی را نیز با تنگدستی مواجه می‌نماید و بدین ترتیب طیف عظیمی از افراد با تزلزل اقتصادی مواجه می‌گردند که هزینه‌های ناشی از این تغییر جایگاه به‌طور مستقیم و غیرمستقیم بر جامعه تحمیل می‌شود و از کارایی اقتصادی جامعه خواهد کاست؛ در حالی که اگر پرداخت خسارت زیان‌دیده توسط یک نهاد عمومی به عمل آید، اثرات مخرب کمتری برای جامعه به دنبال دارد و میزان مطلوبیت اقتصادی کلی جامعه را افزایش می‌دهد.

نظریه مزبور در علم اقتصاد و سیاست با اقبال بیشتری همراه است و امکان سیاست‌گذاری اجتماعی و وضع برنامه‌های راهبردی را به نحو احسن میسر می‌سازد، لیکن مفهوم کلی مطلوبیت در معانی گسترده‌ای قابل تعبیر است و برای بررسی افزایش میزان مطلوبیت در این نظریه لازم است تا معنای مطلوبیت به نحو احسن تبیین گردد. در این راستا استفاده از نظریات اقتصادی دیگر برای شناسایی میزان بهره‌وری اقتصادی و افزایش مطلوبیت در نظریه کالدور – هیکس ضروری است. اعتقاد به فایده‌گرایی اجتماعی، حداکثر سازی ثروت اجتماعی و بالا بردن سطح رفاه جامعه نظریاتی است که علاوه بر استقلال مبانی، برای تبیین مطلوبیت اقتصادی در ظرف نظریه کالدور – هیکس قابل ارائه است.

۴-۲-۱. اندیشه فایده‌گرایی^۱

نظریه فایده گرایی کلاسیک مبتنی بر تلفیق جامعه‌شناسی حقوق با فاکتورهای اخلاقی است که از پیوند بین اخلاق فردی و خیر عمومی دفاع می‌کند (Baujard, 2013, 4). دولت و قانون در این پیوند به دنبال این است که با برجسته کردن رابطه بین قانون و جامعه، حداکثر خوشبختی جامعه یا سعادت کل جامعه را پدید آورد (Devadasan, 2018, 225; Baujard, 2013, 4). دیدگاه فایده‌گرا که پیشگام ارائه آن بنتام^۲ است، «اصل سودمندی» را به‌عنوان ارزشی از قانون توضیح می‌دهد که در آن حس لذت و درد معیارهای تشخیص سودمندی است؛ بدین معنا که اصل سودمندی با تأیید یا رد هر عملی از طریق افزایش شادی و کاهش درد است تا هر شیئی که موجب منفعت، مزیت، لذت، شادی یا جلوگیری از وقوع شرارت، درد، شر یا ناراحتی برای کل جامعه یا افرادی خاص شود، سودمند تلقی

1- Utilitarianism.

2- Bentham.

3- John Stuart Mill.

یکسانی ندارند تا بتوان بین آن‌ها رتبه‌بندی دقیقی ارائه داد (Arli, 2021, 47). Çil و لذت و شادی در باور بشر و افکار عمومی همواره یکسان نیست. به همین جهت ریچارد پازنر^۴ با ارائه نظریه جدیدی به جای تأکید بر مفهوم کلی منفعت، بر مفهوم حداکثر سازی ثروت^۵ در جامعه تأکید دارد (Sadeghi & Aghajani, 2012, 184). در این معیار هدف حقوق و بنیان‌های حقوقی حداکثر کردن ثروت است و در این معنا عدالت در روابط اقتصادی و اجتماعی حاکم می‌شود (بابایی، ۱۳۸۶: ۴۸). برای این منظور باید به دنبال راهی بود تا ثروت اجتماعی افزایش یابد اعم از اینکه منفعت گروه خاصی حاکم شود یا به خطر افتد.

علت دفاع پازنر از این نظریه تأکید بر قابلیت تشخیص آن در برابر نظریه‌های منفعت گرایی و کارایی پارتو است و از طرف دیگر این معیار به خودی خود باعث افزایش مطلوبیت جامعه نیز می‌شود زیرا ثروت اقتصادی بیشتر منجر به رفاه اجتماعی بیشتر نیز می‌شود (Jones & Felps, 2013, 216).

تأسیس و به کارگیری صندوق تأمین خسارت بدنی در نگاه ظاهری با معیار پازنر قابل توجیه نیست و افزایش هزینه اجتماعی را به دنبال دارد؛ بدین صورت که تأسیس چنین نهادی مستلزم اختصاص بودجه‌ای کلان است که منبع تأمین آن اشخاص حقیقی، حقوقی و بخشی از هزینه‌های عمومی است. پرداخت این مبالغ توسط این قشر باعث کاهش ثروت آن‌ها و پایین آمدن سطح درآمد عمومی می‌گردد و هدف حداکثرسازی ثروت قابل تحقق نیست؛ اما تأمل دقیق‌تر نتیجه‌ای متفاوت به دنبال دارد.

حصول امنیت خاطر اجتماعی باعث می‌شود تا روند تولید و صنعت تقویت یابد و حداکثر سازی ثروت حاصل شود. به عنوان مثال ممکن است شخصی از بیم خطرات احتمالی که ممکن است در فرآیند تولید حاصل شود، از گسترش فرآیند تولید محصولات خود چشم‌پوشد، درحالی‌که همین فرد با پرداخت مبلغی اندک و مشخص می‌تواند خطر مزبور را بیمه نموده و تولید محصولات خود را چند برابر کند. همین قاعده در حوادث رانندگی نیز حاکم است و اگرچه به نظر می‌رسد که بیمه خسارت ترویج دهنده بی‌احتیاطی در جامعه است، لیکن افزایش استرس و اضطراب از مواجهه با خسارت، با افزایش میزان تصادفات رابطه مستقیمی دارد (Eskandari et al, 2018, 139) که بیمه و صندوق تأمین خسارت بدنی از میزان این اضطراب می‌کاهد. این رابطه منحصر به حوادث رانندگی نیست و همان‌طور که در صنعت بیمه با جمع‌آوری خسارت‌های احتمالی و انتقال خطرات به بیمه‌گر،

قابل اغماض است، بلکه همین قشر نیز علی‌رغم درد و رنجی که در پرداخت هزینه دارند، از حس لذت ناشی از تعاون اجتماعی و کمک به بهبود وضعیت زیان‌دیدگان برخوردار می‌شوند و احساس امنیت مالی در برخورد با حوادث می‌یابند که بر درد و رنج آن غلبه دارد^۱ و به‌طور کلی منفعت بالقوه وجود چنین نهادی برای هر فردی در جامعه رقم می‌خورد و لذت و شادی ناشی از امنیت خاطر جبران خسارت، مجموع جامعه را خرسند نگه می‌دارد؛ به عبارت دیگر سرشکن کردن خسارت بین همگان که مبنای تحقق اندیشه جمعی کردن مسئولیت در برخی نهادها مانند بیمه و صندوق تأمین خسارت بدنی است (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۴۵۶)، حس درد و رنج گروهی اندک را بین تمام جامعه توزیع و کم‌اثر می‌نماید تا لذت درونی ناشی از جبران زیان‌دیدگان بر این رنج بیرونی غلبه کند.

۲-۲-۴. تفکر حداکثر سازی ثروت^۲

انتقادهای وارده به نظریه فایده‌گرایی زمینه بروز معیار جدید حداکثر سازی ثروت را فراهم آورد. فریدمن^۳ معتقد بود که معیار «لذت و درد» ذهنی است و پذیرش آن به عنوان یک معیار عینی دشوار است و عواقب لذت یا درد یک عمل ممکن است نامشخص یا غیر قابل پیش‌بینی باشد (Devadasan, 2018, 232). از سوی دیگر لذت‌ها انواع مختلفی دارند که همه آن‌ها در نزد تمام انسان‌ها ارزش و اعتبار

۱- جبران خسارت در مسئولیت مدنی علاوه بر اینکه باید کامل باشد، شایسته فوریت است تا وضعیت زیان‌دیده سریع‌تر به حالت قبل برگردد و درد و رنج ناشی از تغییر وضعیت التیام یابد. در این راستا مقنن در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵، مقرراتی برای جبران سریع خسارت توسط صندوق تأمین خسارت‌های بدنی وضع نموده است. در بخشی از رأی وحدت رویه شماره ۷۳۴ مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور آمده: «در خصوص نحوه مراجعه زیان‌دیدگان به صندوق برای دریافت خسارت چنین مستفاد می‌شود که نظر قانون‌گذار تسریع و تسهیل در پرداخت خسارت به آنان بوده است ... و رعایت تشریفات مقرر برای دعاوی حقوقی در این موارد ضرورت ندارد ...». همچنین در رأی وحدت رویه شماره ۷۷۷ مورخ ۱۳۹۸/۲/۳۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، پرداخت خسارت توسط صندوق تأمین از باب امتنان عنوان شده است تا جبران مبتنی بر ارفاق و تسهیل باشد و جبران خسارت زیان‌دیده در اولویت قرار گیرد.

لزوم ترمیم آسیب و رنج ناشی از حوادث ترافیکی یکی از ضرورت‌هایی است که دادگاه‌ها را نیز در صدور رأی فوری علیه صندوق مصمم می‌سازد. به عنوان مثال، در تصمیم شماره ۸۸۳۷۲۲۵-۱۴۰۱۲۵۳۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۱/۸/۱۲ شعبه ۱۴۳ دادگاه کیفری دو مشهد، محکومیت صندوق به پرداخت دیه شکستگی پای مصدوم بدین صورت بیان شده است: «در خصوص درخواست دیه آقای م. ع علیه صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به قائم مقامی متهم متواری دائر بر جرح غیر عمدی ناشی از بی‌احتیاطی در رانندگی با تقصیر صد در صد، دادگاه با عنایت به ... صندوق تأمین خسارت‌های بدنی را بابت ۱- شکستگی بدون عیب درشت نی ساق چپ (هشت صدم کل دیه) در حق شاکی محکوم می‌نماید...»

2- Wealth Maximization.
3- Friedman.

4- Richard Posner.

۵- برای مطالعه بیشتر در خصوص مفهوم حداکثر سازی ثروت مراجعه کنید به: “Wealth Maximization Revisited” Article by Richard A. Posner. Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy. Vol2. Year 1985.

منافع مالی یا خدمات مرتبط با خطر به بیمه شده ارائه می‌شود (Rejda, 2000, 20) تا فعالیت خود را گسترش دهد، همین تضمین خاطر باید توسط حکومت برای برقراری اطمینان خاطر زیان‌دیدگان در فرض فقدان بیمه‌نامه یا عدم شناسایی مسبب حادثه نیز برقرار باشد تا احتیاط بیش از حد مانعی برای حداکثر سازی ثروت تلقی نشود. در این راستا تعهدات صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در حوزه تصادفات به گونه‌ای طراحی شده است که حمایت از زیان‌دیده را در مواردی که امکان جبران توسط بیمه‌گر نیست، به ارمغان آورد و از پویایی فعالیت اجتماعی نکاهد.

از سوی دیگر توانمند کردن اقتصادی یک جامعه و تولید ثروت مستلزم بهره‌گیری حداکثری از نیروی انسانی با توان فیزیکی و روانی بالا است. بروز هر گونه خطری که ناشی از نقض تکلیف مراقبت اجتماعی حاکمیت باشد، برای حاکمیت تکلیف جبران خسارت و حمایت از زیان‌دیده را ایجاد می‌کند. عدم جبران زیان‌های بدنی که عواقب اجتماعی پایدار و سرایت‌پذیر دارند، موجب کاهش سلامت جسمی و ذهنی نیروی انسانی جامعه می‌گردد و از کارافتادگی ناشی از عدم درمان به موقع، توان تولیدی و خدماتی جامعه را به شدت کاهش می‌دهد. در مقابل حمایت مالی از زیان‌دیدگان باعث می‌شود تا قدرت نیروی کار جامعه تنزل نیابد و به سرعت احیا شود. نتیجه چنین حمایتی تقویت توان تولیدی و قابلیت حداکثرسازی ثروت در جامعه است. به همین جهت لازم است خسارت‌هایی که امکان جبران آن به واسطه ناشناخته بودن فاعل ممکن نیست، از باب مبانی متعددی چون همبستگی اجتماعی و عدالت توزیعی یا اقتدار بر دیگری بر حاکمیت تحمیل گردد (Yazdaniyan, 2016 (A), 481; Abhri and Ghorbani Jooybari, 2021, 35 to 40) یا به عبارت ساده‌تر این مبانی را به جهت اینکه امکانات دولت برای جبران خسارت کافی است، مستمسکی برای جبران قرار داد (Yazdaniyan, 2016, 121). بسیاری از کشورهای صنعتی با این معیار و به جهت جبران بهتر خسارات و بازایی سریع توان نیروی انسانی علاوه بر حوزه تصادفات، برای خسارات بدنی زیان‌بار در سایر حوزه‌ها تدابیری اتخاذ نموده‌اند و به‌عنوان مثال در برخی کشورها بستر تعمیم بیمه اجباری و مشارکت همگانی در توزیع خسارت به حوزه حوادث کار نیز تسری داده شده (Khodabakhshi, 2010, 134) یا در کشور فرانسه چنانچه فاعل فعل زیان‌بار در خصوص حوادث شکار ناشناخته باشد، خسارت از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی قابل باز یافت است (Yazdaniyan, 2016 (A), 482).

۳-۲-۴. گسترش رفاه اجتماعی^۱

نگاه اقتصادی صرف به حقوق و داشتن مطلوب ثروت نیز دور از

انتقاد نمانده و برخی حقوقدانان معتقدند که داشتن تفکر اقتصاد اثباتی نسبت به حقوق و سلطه‌گری فکری ناشی از نگرش اقتصادی باعث عدم توجه به عدالت توزیعی و غفلت از اهداف اصلی علم حقوق می‌گردد که نگاه اقتصادی صرف به آن را قابل نقد می‌نماید (Badini, 2003, 111 to 115). شاول و کاپلو اقتصاددانانی بودند که تأمین مطلوبیت را در رفاه اجتماعی معنا نموده‌اند (Shavell, 2003, 2; Kaplow & Shavell, 2001, 977). در این مفهوم هر آنچه که در ترجیحات و ارزش‌های مطلوب اجتماعی اعم از رفاه مادی و سایر جنبه‌ها قرار گیرد، مطلوب است و افزایش کارایی تنها به عرصه مادی و اقتصادی محدود نمی‌شود، بلکه تمامی زمینه‌های اجتماعی همچون روابط خانوادگی، حقوق اساسی و گرایش‌های معنوی همچون خدمت به دیگران را نیز شامل می‌شود (Babaei, 2007, 50).

گذر از مبانی صرفاً مادی در این نظریه، توجیه جایگاه صندوق تأمین خسارت‌های بدنی را با سهولت بیشتری همراه می‌کند؛ بدین توضیح که نظریات سابق با دیدگاهی اقتصادی و مالی به جایگاه این صندوق می‌نگرند و توجیه مبانی حقوقی و اقتصادی این نهاد را با رویکردی مادی می‌سنجند؛ درحالی‌که وجود جهات معنوی نیز تعدیل‌کننده نقش منطقی صندوق تأمین خسارات بدنی بر اساس این دیدگاه است.

گفته شد که یکی از مهم‌ترین مبانی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی عدالت توزیعی در جامعه است. این مبنا یکی از نتایج مهم تحقق نظریه رفاه است و بر اساس آن، برای افزایش رفاه اجتماعی لازم است تا ضررها بین اعضای جامعه توزیع شود (Hosseinizadeh & Doozdoozani, 2013, 67). توزیع خسارت بین یک جمع اگرچه در نگاه اول باعث عدول از مفهوم عدالت اصلاحی می‌شود، لیکن پذیرش مسئولیت‌های محض در جوامع کنونی با استقبال بیشتری همراه است و توزیع و سرشکن کردن هزینه خطاها بین تمام اشخاصی که در معرض ارتکاب آن خطا هستند، راه حلی معقول و عادلانه برای جمع منافع دو سوی زیان خواهد بود (Moloodi et al, 2018, 245). خطاهای کوچکی که ممکن است بر مبنای نظام عدالت اصلاحی و در جریان شناسایی مسئولیت مدنی نادیده گرفته شود، با وجود عدالت توزیعی در چرخه اجتماعی جبران زیان مورد توجه قرار می‌گیرد. به‌عنوان مثال ممکن است که در پی بروز حادثه رانندگی بین دو خودرو، وسایل نقلیه دیگری نیز در چرخه اسباب یا شرایط ایجاد کننده حادثه باشند، لیکن به جهت عدم امکان تشخیص میزان تأثیر یا تقصیر هر یک، از زمره عوامل نهایی مسئولیت حذف گردند درحالی‌که بر مبنای نظام عدالت توزیعی و با سرشکن شدن خسارت به نقش این افراد نیز توجه می‌شود. البته شاید ایراد شود که مفهوم عدالت توزیعی به خودی خود در نظریه رفاه اجتماعی هدف حقوق نیست و تمسک به آن برای توجیه نظریه رفاه اجتماعی موجه نیست؛

1- Social Welfare.

نتیجه‌گیری

تحلیل اقتصادی حقوق با هدف اثبات کارآمدی قواعد حقوقی، نقش مؤثری در واقع‌بینی اجتماعی نسبت به قواعد و نهادهای حقوقی دارد و عدم توجه به مؤلفه‌های اقتصادی در ایجاد یک تأسیس حقوقی، رغبت اجتماعی و عمومی نسبت به آن نهاد و الزام‌آور بودن قواعد حقوقی آن را کاهش می‌دهد؛ به همین جهت، سنجش کارایی اقتصادی نهادهای حقوقی در جامعه یکی از وظایف مقدماتی مقنن است. پیدایش و گسترش نهاد جبرانی بیمه با گذر زمان موجب شده تا حقوق بیمه به عنوان یک رکن بنیادی در جبران خسارت ایفای نقش نماید و تفکر عدالت توزیعی جبران خسارت به مرور جایگزین مفهوم عدالت اصلاحی گردد. یکی از ابزارهای تجلی عدالت توزیعی در فرآیند جبران خسارت، ایجاد صندوق تأمین خسارت‌های بدنی است تا با تخصیص منطقی و بهینه منابع اجتماعی، هدف جبران خسارت در پرتوی زندگی مشترک اجتماعی فراهم آید. مبانی حقوقی و فقهی تعهدات صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پذیرش قانونی نهاد مزبور را قابل قبول می‌نماید، لیکن کارایی اقتصادی آن مستلزم محک کارکرد صندوق با نظریات اقتصادی است. منفعت وجود تضمین اجتماعی و زدودن احساس نارضایتی حاصل از نقض وظیفه ایمنی حاکمیت، هزینه تأسیس صندوق بر مبنای اصل هزینه-فایده را پوشش می‌دهد. اگرچه تطبیق بهره‌وری صندوق با معیار کارایی پارتو دشوار است، لیکن سختی توجیه بیشتر نهادهای اجتماعی و حقوقی با معیار مزبور، عدم کارایی اقتصادی صندوق بر اساس معیار مزبور را قابل اغماض می‌سازد. شناسایی بهیمنی اقتصادی یک نهاد حقوقی بر اساس معیار کادور-هیکس مستلزم قیاس کارایی در فرض وجود یا عدم آن نهاد و برتری مزایای آن است. قرار دادن صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در کالبد نظری فایده‌گرایی، احساس لذتی بیش از درد و رنج به جامعه القا می‌نماید و علی‌رغم تعارض ظاهری کارایی این نهاد با معیار پازنر، امکان بازیابی سریع توان اقتصادی و حصول حس امنیت اجتماعی، به حداکثرسازی ثروت اجتماعی کمک شایانی می‌نماید. انجام وظیفه همگانی منبعث از تفکر عدالت توزیعی در جبران خسارت و فراهم آوردن زمینه رشد و تعالی اجتماعی ناشی از حکمرانی خوب دولت رفاه نیز نه تنها نقش و جایگاه صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در جبران حوادث رانندگی را قابل توجیه می‌سازد، بلکه اندیشه گسترش صندوق‌های جبران خسارت در حوادث غیرترافیکی را نیز تقویت می‌نماید.

لیکن باید توجه داشت که مفاهیمی همچون عدالت و انصاف از عناصر تعالی رفاه افراد است و در کنار دیگر عناصر رفاه همچون حس خوشنودی و احساس همدردی به آن توجه می‌شود (Babaei, 2007, 50).

بر اساس دیدگاه رفاه چنانچه ترجیحی در رفاه حاصل از وجود نهاد الف نسبت به نهاد ب باشد یا رفاهی که از وجود نهادی حاصل می‌شود بر رفاه به دست آمده از عدم آن مرجح گردد، توجه و تقویت آن نهاد توجیه اقتصادی دارد (Baujard, 2013, 8) ولو اینکه بتوان آن را در حیطه تکالیف حاکمیت گنجانند. افزایش سطح رفاه اقتصادی و امنیت روانی بر مبنای نظریه خیر و رفاه اجتماعی باید توسط حاکمیت برای جامعه فراهم شود. این نقش در عرصه‌های مختلف به انحاء گوناگون تجلی می‌یابد که در حوزه حوادث رانندگی مستلزم ظهور بیمه و تأسیس صندوق تأمین خسارت بدنی است.

مبنای خیر و رفاه اجتماعی در تأسیس صندوق تأمین خسارت بدنی نقش ویژه‌ای دارد؛ بدین معنا که بر اساس نظریه مزبور لازم است که مجموعه سازمان یافته‌ای از قوانین، مقررات، برنامه‌ها و سیاست‌ها در قالب نهادهای اجتماعی ارائه شود تا با پاسخگویی به نیازهای مادی و معنوی انسان زمینه رشد و تعالی وی فراهم گردد (Zahedi Asl, 2011, 14). در این نظریه دولت رفاه متعهد می‌شود تا سطح معینی از تأمین اجتماعی را برای همه فراهم آورد و با اتخاذ تدابیر پیشگیرانه در صورت بروز حادثه و ورود خسارت، سازوکارهایی مانند بیمه و صندوق‌های جبران خسارت فراهم آورد؛ به عبارت دیگر، مشخصه دولت رفاه این است که خسارت اشخاص را قطع نظر از سبب آن و به این خاطر که نیازمند جبران هستند، بر عهده دولت می‌نهد (Abhari & Ghorbani Jooybari, 2021, 37) و جبران آن در تصادفات از طریق بیمه‌ها یا با ایفای نقش صندوق تأمین خسارت بدنی محقق می‌شود و بدین ترتیب بخشی از رفاه مطلوب در عرصه مادی و معنوی پدید می‌آید؛ بنابراین نه تنها صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در عرصه حوادث رانندگی توجیه اقتصادی دارد، بلکه کارکرد عمومی بیمه و صندوق‌های جبران خسارت در سایر عرصه‌های حوادث اجتماعی نیز بر مبنای نظریه رفاه قابل تقویت است.

References

- [1] A group of authors. (2017). Encyclopedia of Public Law, Tehran: Imam Sadegh (AS) University Publication. (In Persian).
- [2] Abhari, Hamid; Ghorbani Jooybari, Mohammad. (2021). The Obligations and Rights of Bodily Damages Supply Fund in Iran Legal System. Tehran: Majd Publication. (In Persian).

- [3] Abhari, Hamid; Ghorbani Jooybari, Mohammad. (2018). "Responsibility of Bodily Injury Indemnity Fund for Physical Damages to the Negligent Driver". *Insurance Research Journal*, 33(132). 101 -120. (In Persian).
- [4] 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).
- [5] Arli Çil, Dilek (2021). "The Critique of Mill's Utilitarianism Concerning Virtue". *Humanitas - Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*.9(17), 45-58.
- [6] Babaei, Iraj. (2007). "Theoretical foundations of the approach of economic analysis of rights". *Research of Law and Politics Journal*. 9(23). 13-60. (In Persian).
- [7] Badini, Hasan. (2003). "Philosophical foundations of the economic approach to law". *Journal of Faculty of Law and Political Sciences*. 62(512). 91-135. (In Persian).
- [8] Baujard, Antoinette. (2013). *Utilitarianism and Anti-Utilitarianism*. GATE Working Paper. No. 1332, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2357441> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2357441>.
- [9] Bostani, Mostafa; Malekpoor, Alireza. (2012). "Critical Analysis of Kaldor-Hicks Efficiency Criterion, with Respect to Moral Values". *Social Policy Making and Incoherence. Advances in Environmental Biology*. 6(7), 2032 – 2038. (In Persian).
- [10] De Rus, Ginés. (2021). *Introduction to Cost-Benefit Analysis: Looking for Reasonable Shortcuts*. Spain: Edward Elgar.
- [11] Devadasan, Pradeep. (2018). *The Utilitarian Theory of Law-An Analysis*. Quality in Higher Education Challenges & Opportunities Conference.
- [12] Dmitrievna Khokhlova, Alina. (2021). Application of V. Pareto's economic efficiency criterion in Russian judicial practice. RUDN Conference on Legal Theory, Methodology and Regulatory Practice.
- [13] Dinwiddy, Caroline; Teal, Francis. (1996). *Principles of Cost-Benefit Analysis for Developing Countries*. England: Cambridge University Press.
- [14] Eskandari, Mohammadreza; NickSirat far, Mozhgan; Saberinia, Zakariya; Golshahi, Mohammad Mahdi. (2018). "Examining the Role of Stress and Anxiety in Driver's Behavior". *Traffic Management Studies*. 13(48). 129 -143. (In Persian).
- [15] Gayer, Gabrielle; Gilboa, Itzhak; Samuelson, Larry; Schmeidler, David. (2014). "Pareto Efficiency with Different Beliefs". *The Journal of Legal Studies*. 43(2), 151–171.
- [16] Hosseinzadeh, Javad; Doozdoozani, Khadijeh. (2013). "Basics and obligations of the Bodily Damages Supply Fund". *Private Law Thoughts Journal*. 1(1). 61- 92. (In Persian).
- [17] Javaherkalam, Mohammad Hadi. (2022). *Basics and principles of bodily injury compensation*. Tehran: Enteshar Publication. (In Persian).
- [18] Kaplow, Louis; Shavell, Steven. (2001) *Fairness versus Welfare*. *Harvard Law Review* .114(4), 961-1388.
- [19] Jones, Thomas; Felps, Will. (2013). *Shareholder Wealth Maximization and Social Welfare: A Utilitarian Critique*. *Business Ethics Quarterly*. 23(2), 207-238.
- [20] Khodabakhshi, Abdollah. (2010). *Compensation of workers in the civil liability system*. Tehran: Enteshar Publication. (In Persian).
- [21] Mirzaei, Hossein; Pashazadeh Behnami, Leila. (2017). "Cost - Benefit Analysis of Higher Education in the Humanities". *Strategic and Macro Policy Journal*. 5(17). 1-25. (In Persian).
- [22] Moloodi, Mohammad; Haji Azizi, Bijan; Gholami, Nagin. (2018). "Economic Basis of Loss Distribution in Tort Law". *Legal Studies*. 10(29). 227-258. (In Persian).
- [23] Munzer, Stephen. (1990). *A Theory of Property*. England: Cambridge University Press.
- [24] Popa, Florin. (2007). Pareto efficiency and equitable allocations of resources. *Romanian Journal of Economic Forecasting*. 10(23), 73 – 79.
- [25] Posner, Richard. (1985). *Wealth Maximization Revisited*". *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*. Vol 2, 85 – 105.
- [26] Rejda, George. (2000). *Principle of Risk Management and Insurance*. America: Addison Wesley Publishing Company.
- [27] 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.
- [28] Sadeghi, Mohsen; Aghajani, Zahra. (2012). "The Economic Philosophy of Right to Replacement and Right to Retraction of Detective Goods and Their Position in Iranian Law". *Private Law Studies Journal*. 42(1). 181 -200. (In Persian).
- [29] 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).
- [30] Scarre, Geoffrey. (2002). *Utilitarianism*. New York: Routledge.
- [31] Sharma, Sankalp; Giri, Anil; Haque, Tajamul; Tetteh, Iuliia. (2018). *Land Acquisition in India: A Pareto and Kaldor-Hicks Perspective*. *Land*. 7(2), 1-12.

- [32] Shavell, Steven. (2003). Welfare Economics, Morality, and the Law. MA Paper of Harvard Law School Cambridge, Available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.391041>.
- [33] Smart, J. J. C; Williams, Bernard. (1973). Utilitarianism: For and Against. United States of America: Cambridge University Press.
- [34] Weitzel, Tim. (2004). Economics of Standards in Information Networks. Frankfurt: Physica-Heidelberg.
- [35] Yazdaniyan, Alireza. (2016). General rules of civil liability with a comparative study in French law, Tehran: Mizan Publication. (In Persian).
- [36] Yazdaniyan, Alireza. (2016(A)). State civil liability arising from acts of terrorism in the compensation of forgotten victims of terrorism in the law of Iran and France. Private Law Studies. 46(3). 475-494. (In Persian).
- [37] Zafar Daher, Hafiz. (2018). Utilitarianism theory according to Bentham and Stuart Mill. International Journal for Empirical Education and Research. pp 17 – 26. DOI: 10.35935/edr/25.2617.
- [38] Zahedi Asl, Mohammad. (2011). Basics of social welfare. Tehran: Publications of Allameh Tabatabaei University. (In Persian).



Research Article

Vol. 30, No. 23, Spring-Summer 2023, p. 81-94

Economic Efficiency Analysis of Inopposability

M. Robati¹, R. Pilvar^{2*} , H. Javar³

1- Ph.D. Candidate of Private Law, Faculty of Law, Tehran University (Farabi College), Qom, Iran

2- Assistant Professor, Faculty of Law, Tehran University (Farabi College, Qom, Iran

3- Associate Professor, Faculty of Law, Tehran University (Farabi College), Qom, Iran

(*- Corresponding Author Email: rahimpilvar@ut.ac.ir)<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.81583.1261>

Received: 4 March 2023	How to cite this article: Robati, M.; Pilvar, R., & Javar, H. (2023). Economic Efficiency Analysis of Inopposability. <i>Encyclopedia of Economic Law Journal</i> , 30(23): (81-94) (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.81583.1261
Revised: 20 May 2023	
Accepted: 16 August 2023	
Available Online: 16 August 2023	

1- INTRODUCTION

The inopposability is a sanction that came from French law to Iranian law and has taken examples in Iranian law, judicial procedure and legal doctrine. The flow of this sanction is where the rules protecting the rights of third parties, such as the need to register and publish or comply with the form, etc., in creating legal elements such as a contract, are not observed by the persons involved in, like the parties of a contract. In Iranian law, this sanction is included among sanctins and legal situations such as nullity, lack of Influence and Mora'a, and this raises the question of how effective the the aforementioned sanctions and legal situations are for failure to comply with the rules protecting the rights of third parties compared to inopposability, and whether there is a need to adapt inopposability from French rights?

Since efficiency is one of the basic concepts in economics and several criteria have been presented in that science to evaluate it, the analysis of effective sanction or legal status using the economic tools provided in the evaluation of efficiency, in other words, economic analysis, becomes important in this regard.

2- PURPOSE

The present research aims to economic evaluate and analyze "inopposability" as one of the sanctions and legal situations that have made their way from French law to Iranian law, with the criteria presented regarding efficiency in economics, along with other sanctions and legal situations in Iranian law and by proving the economic efficiency of this saction, to propose its use to the Iranian legal system.

3- METHODOLOGY

Using efficiency evaluation criteria in economics, this research describes and economically analyzes inopposability in comparison with other sanctions and legal situations in Iranian law.

4- FINDINGS

"Inopposability" is an exception to "opposability" due to which, the indirect effect of the legal element is excluded against third parties and the third parties have the right to ignore the inopposable legal element. Therefore, inopposability is depriving the legal element from all or part of its indirect effects against all or some of the persons who are considered third to the mentioned legal element and tend to reject the effects of the intended legal element. Of course, despite the lack of effect against third parties, such an element is still effective against its direct parties.

Efficiency, which in short is the choice or change that creates the greatest utility at the lowest cost, has formed several approaches and criteria in microeconomics. Among these, two approaches or criteria of Pareto efficiency and Kaldor-Hicks efficiency are more famous and used.

Sanctions and legal statuses of nullity and lack of Influence, although they are effective in the sense that they eliminate the harmful effects of the legal element against third parties, but since they are not limited to the



removal of the mentioned effects, but all effects related to direct persons and causes their situation to worsen, it must be said that they lack Pareto efficiency; In fact, the current situation should be considered as a state of Pareto improvement, and it is necessary to move towards the Pareto optimum and look for a situation where, while the harmful effects of the legal element towards third parties deteriorate (improving their situation), its effects towards direct parties to preserve (not to degrade their status).

The legal status of inopposability is based on the separation of effects and only the deprivation of harmful effects against third parties. While the sanctions of nullity (absolute and relative) and lack of Influence (Moghough and Mora'a) in case of rejection, completely invalidate the legal element, but inopposability by distinguishing between direct and indirect effects and simply denying indirect effects against the third parties, both improve the status of the third parties and do not degrade the status of the direct parties, and it has collected between the rights of the direct parties and the third parties, and thus it is consistent with the Pareto efficiency (improving the status of at least one person while not degrading another situation). Since, in the assumption of the conflict between the rights of third parties and the rights of direct parties, no other sanctions can improve the position of third parties and prevent the deterioration of the position of direct parties better than inopposability, the sanction of inopposability should be considered as Pareto optimal point.

It should also be said that by preserving the direct effects of the legal element in relation to direct parties, inopposability not only prevents their condition from worsening (Pareto efficiency), but also prevents them from incurring losses due to the deterioration of indirect effects, in addition It provides the possibility of modifying and maintaining the mentioned effects through negotiation and bargaining with parties. In case it is not possible to restore the said effects, it compensates their losses in another way (by the possibility of redistribution through directly preserved effects). In this way, the benefit that third parties get from supporting and improving their situation is more than the loss that comes to direct persons, and thus there is also the Kaldor-Hicks efficiency.

5- CONCLUSION

Probative or descriptive analysis of existing sanctions and legal situations, such as nullity, including absolute and relative nullity, lack of Influence and Mora'a relative to the rules protecting the rights of third parties, shows that existing sanctions and legal situations by deprivation all the effects of the legal element, are not appropriate sanctions and legal situations to the possibility of damage to third parties, in other words, they are not effective.

Therefore, it is appropriate to move towards consider and predicting another sanction or legal situation that on the one hand can protect the rights of third parties and prevent them from harm, and on the other hand, does not invalidate the legal element just because of the possibility of loss to third parties.

The inopposability sanction by distinguishing between the direct and indirect effects of the legal element brings Pareto and Kaldor-Hicks efficiency. This sanction, on the one hand, improves the situation of the third parties by removing the indirect effects of the legal element towards them, and on the other hand, by keeping the direct effects of the legal element towards its direct parties, it also maintains the situation of these parties and it prevents their situation from getting worse, thus it is based on Pareto efficiency. On the other hand, even in the assumption that this separation of the effects and removal of the indirect effects of the legal element cause damage to direct parties, inopposability, in addition to provides the possibility of modifying and keeping the mentioned effects through negotiation and bargaining with third parties and provides their satisfaction, if it is not possible to restore the mentioned effects, by providing the possibility of redistribution through preserved direct effects, it makes the loss of direct parties compensable. As a result, the profit that third parties get from supporting and improving their situation by inopposability is more than the loss for direct parties, thus there is the Kaldor-Hicks efficiency too.

Keywords: non-opposability, inopposability, economic analysis of law, economic efficiency, sanction

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۸۱-۹۴

تحلیل استنادپذیری از منظر کارایی اقتصادی

مهسا رباطی^۱ - رحیم پیلوار^{۲*} - حسین جاور^۳

دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۳ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۲۵

چکیده

استنادپذیری ضمانت‌اجرائی است که از حقوق فرانسه به حقوق ایران راه یافته و مصادیقی را در قانون، رویه قضایی و دکترین حقوقی ایران به خود اختصاص داده است. جریان این ضمانت‌اجرا در جایی است که قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث، مانند لزوم ثبت و انتشار یا رعایت شکل و... در ایجاد عناصر حقوقی همچون قرارداد، از سوی اشخاص دخیل مانند طرفین قرارداد رعایت نشود. این ضمانت‌اجرا در حقوق ایران در عرض ضمانت‌اجراها و وضعیت‌های حقوقی چون بطلان، عدم نفوذ و مراعی قرار می‌گیرد و این پرسش را ایجاد می‌کند که کارآمدی ضمانت‌اجراها و وضعیت‌های حقوقی پیش‌گفته برای عدم رعایت قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث در مقایسه با استنادپذیری به چه میزان است و آیا با وجود آن‌ها، نیاز به اقتباس استنادپذیری از حقوق فرانسه هست؟ از آنجایی که کارایی، مفهومی اساسی در علم اقتصاد است که معیارهای متعددی برای ارزیابی آن ارائه شده، این پژوهش با استفاده از معیارهای ارزیابی کارایی در علم اقتصاد، استنادپذیری را در مقایسه با دیگر ضمانت‌اجراها و وضعیت‌های حقوقی موجود در حقوق ایران، توصیف و تحلیل اقتصادی می‌نماید. این پژوهش نتیجه می‌گیرد که نسبت به وضعیت عدم رعایت قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث، استنادپذیری، در مقایسه با دیگر ضمانت‌اجراها و وضعیت‌های حقوقی موجود در حقوق ایران، بر اساس معیار کارایی پارتویی و کالدور-هیكس دارای کارآمدی اقتصادی است.

کلیدواژه‌ها: استنادپذیری، عدم قابلیت استناد، تحلیل اقتصادی حقوق، کارایی اقتصادی، ضمانت اجرا.

طبقه‌بندی JEL: K12

مقدمه

وجود نظام حقوقی کارآمد مقدمه رشد و پیشرفت جامعه است. مفهوم کارآمدی در علم اقتصاد به تفصیل و با ارائه ابزارهایی جهت ارزیابی موردبررسی قرار گرفته است. استفاده از ابزارهای اقتصادی به‌ویژه اقتصاد خرد، جهت بررسی آثار قواعد حقوقی و ارزیابی تحقق اهداف قواعد یادشده، موضوع تحلیل اقتصادی حقوق است. در واقع با تحلیل اقتصادی حقوق یا به عبارت دیگر به کارگیری ابزارهای اقتصادی

در بررسی قواعد حقوقی، می‌توان به ارزیابی آثار قواعد حقوقی و تحقق اهداف آن دست یافت. در این میان، کارایی قواعد حقوقی از مهم‌ترین موضوعات که شایسته سنجش و ارزیابی علمی است که ابزار آن در علم اقتصاد ارائه شده است.

پژوهش حاضر «استنادپذیری» را به عنوان یکی از ضمانت‌اجراها و وضعیت‌های حقوقی که از حقوق فرانسه به حقوق ایران راه یافته، با معیارهای ارائه شده درخصوص کارایی در علم اقتصاد، در کنار دیگر ضمانت‌اجراها و وضعیت‌های حقوقی موجود در حقوق ایران، ارزیابی و تحلیل اقتصادی می‌نماید و با اثبات کارآمدی اقتصادی این ضمانت-اجرا، استفاده از آن را به نظام حقوقی ایران پیشنهاد می‌دهد. در این راستا، ابتدا مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق به عنوان زمینه تحلیل و استنادپذیری به عنوان موضوع تحلیل، تبیین (گفتار نخست) و سپس استنادپذیری بر مبنای کارآمدی پارتو (گفتار دوم) و کارآمدی کالدور-هیكس (گفتار سوم)، تحلیل می‌گردد و در پایان نتیجه بررسی

۱- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران (پردیس فارابی)

Email: mahsa.robati@ut.ac.ir

۲- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران (پردیس فارابی)

(Email: rahimpilvar@ut.ac.ir

*) نویسنده مسئول:

۳- دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران (پردیس فارابی)

Email: hjavard@ut.ac.ir

کارایی اقتصادی استنادپذیری (در فرض نقض حقوق اشخاص ثالث) نسبت به سایر ضمانت‌اجراها ارائه می‌گردد.

گفتار نخست - مفهوم‌شناسی

قبل از «تحلیل اقتصادی استنادپذیری»، شایسته است به مفهوم‌شناسی «تحلیل اقتصادی» (بند نخست) و «کارایی» (بند دوم) و نیز «استنادپذیری» (بند سوم) به‌عنوان مفاهیم پایه در این تحلیل پرداخته شود.

بند نخست - مفهوم تحلیل اقتصادی

مفهوم «اقتصاد» در عبارت «تحلیل اقتصادی حقوق»، به معنای «علم اقتصاد» یا «نظام اقتصادی»^۱ نیست بلکه «اقتصاد» در این ترکیب، نوعی «روش تحلیل» است. در «تحلیل اقتصادی حقوق»، تجزیه یا ارجاع به مفاهیم پایه صورت نمی‌گیرد بلکه از مفاهیم اقتصادی برای تفسیر و شناسایی عناصر حقوقی^۲ استفاده می‌شود، در نتیجه «تحلیل» در ترکیب «تحلیل اقتصادی حقوق» در معنای تحلیل تفسیری یا ترجمه‌ای است که بر اساس آن با انتقال یک پدیده یا موضوع پیچیده و ناآشنا به حوزه‌ای آشنا، در شناسایی بهتر ابعاد آن موضوع تلاش می‌شود (Stelmach and Brozek, 2005, p.69-). بدین ترتیب «تحلیل اقتصادی حقوق»، تفسیر یا ترجمه حقوق در معنایی اعم از حق، مجموعه قواعد حقوقی یا نظام حقوقی (Naeemi, 2021, pp.41-) است که با استفاده از «اقتصاد» به‌عنوان ابزار و روش تفسیر یا ترجمه و به تعبیری همچون یک «ترم‌افزار تحلیل داده» (Aghaei, 2014, p.5) (Thogh, 2014, p.5) داده‌های حقوقی را به زبان اقتصادی ترجمه (Abdali, 2010, p.109) و به ابزارهای تحلیل اقتصادی عرضه می‌کند تا از نتایج آن برای ارزیابی کارآمدی عناصر حقوقی بهره‌برداری گردد؛ تحلیل اقتصادی حقوق، بازخوانی حقوق از نظر اقتصادی است این بازخوانی به‌منظور بررسی میزان موفقیت (کارآمدی) قواعد حقوقی در تحقق اهداف اجتماعی است. درواقع حقوق به «بررسی درونی» قواعد خود می‌پردازد، درحالی‌که تحلیل اقتصادی به دنبال «بررسی بیرونی» حقوق در سطح اجتماع و برآیند آثار آن در روابط فردی و اجتماعی است (Habibi, 2003, p.14).

رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق دو سؤال اساسی راجع به عناصر حقوقی مطرح می‌کند؛ سؤال نخست توصیفی و درخصوص آثار عناصر حقوقی بر رفتار مردم است. سؤال دوم هنجاری و درخصوص مطلوبیت اجتماعی عناصر حقوقی است. پاسخ به این سؤالات می‌تواند از سویی درک تأثیر واقعی قواعد حقوقی بر رفتار اشخاص را روشن و به تصمیم‌گیری در مورد سیاست‌های حقوقی کمک کند (Shavell, 2004, p.1; Kaplow & Shavell, 2002, p. 1666) و از سوی دیگر به ما نشان دهد که حقوق می‌تواند منطق و انسجامی داشته باشد که قبلاً ما فقط به‌طور شهودی می‌دانستیم (Deffains & Kirat, 2001, p.1).

تحلیل اقتصادی در معنای خاص، از ابزارهای تحلیل در «اقتصاد خرد» استفاده می‌نماید. علم اقتصاد خرد حاوی دو دسته گزاره‌های اثباتی یا توصیفی و گزاره‌های هنجاری یا دستوری است. ازاین‌رو استفاده از نظریه‌ها و ابزارهای آن علم برای تحلیل اقتصادی نیز می‌تواند جنبه اثباتی و توصیفی^۳ یا هنجاری و دستوری^۴ داشته باشد.

تحلیل اثباتی در پی توصیف چیزی است که وجود دارد؛ به توضیح و توصیف رفتارها و واقعیتهای می‌پردازد و جنبه واقعی و هست و نیست دارد. در تحلیل هنجاری درباره آنچه که باید باشد، بحث می‌شود؛ «باید» و «نباید» دارد و به توصیه‌ها و تجویزها و مصلحت‌اندیشی می‌پردازد (Calabresi & Melamed, 2013, p.33; Naeemi, 2021, pp. 33&34). تحلیل اقتصادی حقوق نیز از این دو نوع تحلیل متفاوت بهره می‌گیرد. بدین ترتیب از جهت اثباتی، تحلیل اقتصادی حقوق به دنبال چیستی حقوق و آثار قواعد حقوقی است و با پیش‌بینی این آثار، در صدد است نشان دهد که کدام قواعد حقوقی مطلوب و کارا هستند و آیا حقوق به اهداف خود دست یافته است؟ (Badini, 2003, p.108)

در تحلیل هنجاری، فرض^۵ این است که اشخاص، عقلانی رفتار می‌کنند، آینده‌نگر هستند و طوری رفتار می‌کنند که مطلوبیت^۶ مورد انتظار خود را به حداکثر برسانند (Becker, 1993, p.386; Shavell, 2004, pp.1-2). درواقع یکی از پیش‌فرض‌های اساسی در اقتصاد خرد، «عقلانی بودن رفتار»^۷ یا انتخاب^۸ انسان‌ها یا به تعبیری دیگر «انسان اقتصادی»^۹ است. منظور از رفتار عقلانی این است که

3- Positive analysis

4- Normative analysis

5- Fiction

عقلانیه عمل کردن انسان‌ها تنها یک فرض است و جنبه روانشناختی و واقع‌گرایانه ندارد (Badini, 2003, p.99).

6- Utility

7- Rational behaviour

8- Rational choice

9- Homo economicus (economic man)

۱- برای مفهوم‌شناسی «علم اقتصاد» و «نظام اقتصادی»، رک. (Lord Robbins, 1932, pp.12-14; Dadgar & Rahmani, 2013, pp.26-27; Dadgar, 2013, p.50; Samuelson & Nordhaus, 2009, p.4).

۲- عناصر و اجزای یک نظام حقوقی اعم از اعمال حقوقی، وقایع حقوقی، آرای قضایی، حق و به‌طور کلی وضعیت‌های حقوقی هستند که در این پژوهش «عنصر حقوقی» (élément juridique) تعبیر می‌گردند.

به همراه می‌آورد؛ زیرا از سویی از نظر اقتصاد رفاه، ارزیابی اجتماعی وضعیت هر شخص به «مطلوبیت» وی بستگی دارد و زمانی می‌توان گفت که «رفاه اجتماعی»^۵ افزایش یافته است که «مطلوبیت» هر فرد افزایش یابد (Shavell, 2003, pp.1-2). از سوی دیگر تخصیص منابع به اشخاصی که حداکثرخواهی یا میل بیشتری به پرداخت دارند، «ثروت اجتماعی» را به دنبال خواهد داشت. بدین ترتیب در شرایطی که از سویی منابع در دسترس، محدود و از سوی دیگر خواسته‌های اشخاص نامحدود است، باید تخصیص منابع به نحوی باشد که به بیشینه‌سازی «مطلوبیت» و «رفاه» منجر شوند (Wacks, 2006, pp.65-66) و در مقابل، از تخصیصی که به تقلیل ثروت و اتلاف منابع می‌انجامد، اجتناب شود (Tousi, 2013, pp.259-260).

اما در یک جامعه با توجه به یکسان نبودن مطلوبیت اشخاص، این سؤال مطرح می‌گردد که چگونه می‌توان نفع و ضرر اشخاص مختلف در یک جامعه را نسبت به یک موضوع با یکدیگر مقایسه نمود و شرایطی را فراهم آورد که تمام افراد جامعه از موضوع یادشده به‌طور یکسان بهره‌مند گردند؟ این موضوع به مسئله «مقایسه فردی مطلوبیت» در اقتصاد شهرت دارد و در راستای حل این مشکل، معیارها و رویکردهای مختلفی به کارایی شکل گرفته است.

در این میان مهم‌ترین نوع کارایی، کارایی تخصیصی است. در کارایی تخصیصی، به «تخصیص عقلانی» منابع توجه می‌گردد. «تخصیص عقلانی» به این معنی است که اشخاص در مقام تخصیص منابع به شکلی عمل می‌کنند که با انجام عمل معین، بیشترین مطلوبیت را کسب کنند و درعین‌حال هیچ عمل دیگری با همان هزینه و به‌عنوان جایگزین وجود ندارد که مطلوبیت بیشتری داشته باشد (Iranpour, 2018, pp.247-248). کارایی تخصیصی خود به دو نوع «کارایی پارتویی» و «کارایی کالدور-هیگس» تقسیم می‌شود که این پژوهش درصدد است نهاد استنادناپذیری را بر اساس آن‌ها تحلیل اقتصادی نماید.

بند سوم- مفهوم استنادناپذیری

«استنادناپذیری اثباتی»^۶ که در ادله اثبات دعوا مطرح است، ناظر به مواردی است که در مقام دعوا، «دلیلی» که حکایت از وجود یک عنصر حقوقی دارد، از قابلیت استناد برخوردار نباشد. لیکن مفهومی که این پژوهش در پی تحلیل اقتصادی آن است، «استنادناپذیری ذاتی»^۷ است که در آن «وجود» عنصر حقوقی و نتایج آن قابلیت استناد ندارد. مفهوم اخیر ناظر به آثار «ثبوتی» عنصر حقوقی است؛ هر یک از عناصر حقوقی از جمله وضعیت‌های حقوقی، علاوه بر آثار مستقیمی

انسان‌ها منافع و هزینه‌های هر گزینه را در نظر گرفته، همواره به دنبال بیشینه کردن سود و کمینه کردن ضرر خود هستند (Iranpour, 2018, pp. 11 & 13; Naeemi, 2021, p.115). بدین ترتیب از نظر اقتصادی، عقلانیت نیازمند بیشینه‌سازی است (Cooter & Ulen, 2011, p31). تحلیل هنجاری حقوق نیز به دنبال این است که قواعد حقوقی چگونه باید باشد و قواعدی باید وضع گردد که از نظر اقتصادی کارا باشد (Shapiro & McClennen, 1998, p.460). البته تحلیل هنجاری حقوق بر پایه نتایج به دست آمده از تحلیل اثباتی است؛ زیرا ابتدا باید رفتار افراد در برخورد با قواعد حقوقی ارزیابی گردد تا بر پایه آن بتوان بایسته‌های قواعد حقوقی را تبیین نمود؛ نخست باید از طریق تحلیل اقتصادی، قواعد حقوقی موجود از لحاظ کارایی ارزیابی گردد و در صورت عدم کارایی، قواعدی کارا پیشنهاد و جایگزین گردد (Badini, 2003, p.111).

بند دوم- مفهوم کارایی اقتصادی

در میان نظریه‌های مطرح در اقتصاد خرد، «کارایی» یا «کارآمدی» مفهومی اساسی است که درک مفهوم آن پیش‌نیاز اصلی جهت ورود به تحلیل اقتصادی حقوق است و با استفاده از یافته‌های مبتنی بر آن، می‌توان دست به تغییر آگاهانه در حوزه سیاست‌های حقوقی زد (Zoghi, 2015, p.52). یکی از مهم‌ترین معیارهای «انتخاب» یا «تخصیص» منابع محدود برای پاسخ به خواسته‌های نامحدود، معیار «کارایی» است. کارایی در لغت، به معنای بهره‌برداری از زمان و انرژی با کم‌ترین اتلاف ممکن و در اصطلاح، به معنای بهترین استفاده از امکانات در دسترس اشخاص است. درواقع هر سازوکاری بتواند از اتلاف منابع جلوگیری کند و موقعیت‌های غیرمطلوب را به سوی افزایش رضایت‌بخشی و مطلوبیت پیش برد، مسئله کارایی مطرح است (Naeemi, 2021, pp.143 & 159)؛ بنابراین کارایی در اصطلاح تحلیل اقتصادی، یعنی انتخابی که با کمترین هزینه و اتلاف، بیشترین میزان «مطلوبیت» را ایجاد نماید (Babaei, 2016, p.41).

در حقیقت در نگرش اقتصادی، با توجه به فرض «انتخاب عقلانی»، فرض می‌شود که انسان از نظر منطقی به دنبال «حداکثرسازی»^۱ است و موضوع این حداکثرخواهی، «فایده» یا «ثروت»^۲ است (Kerkmeester, 2000, pp.386-390). تأمین حداکثرخواهی اشخاص یعنی تأمین «مطلوبیت»^۳ آن‌ها و افزایش مطلوبیت اشخاص در جامعه، افزایش «رفاه»^۴ و «ثروت اجتماعی» را

- 1- Maximize
- 2- Wealth
- 3- Utility
- 4- well-being

5- Social welfare
6- Inopposabilité Probatoire
7- Inopposabilité Substantiel

به عنصر حقوقی) را برقرار می‌کند و استنادپذیری را به‌عنوان ضمانت‌اجرای آن مقرر می‌کند.

این پژوهش در صدد است با تحلیل اقتصادی وضعیت حقوقی عنصری که در آن قواعد حمایتگر از اشخاص ثالث نقض شده را بررسی و از منظر کارایی پارتو (گفتار دوم) و کارایی کالدور-هیکس (گفتار سوم) وضعیت حقوقی کارآمد را تحلیل هنجاری نموده و به‌عنوان ضمانت اجرا و وضعیت حقوقی کارآمد از نظر اقتصادی، به نظام حقوقی ایران پیشنهاد دهد.

گفتار دوم- معیار کارایی پارتو

ارزیابی کارآمدی بر اساس معیار کارایی پارتو، مستلزم مفهوم‌شناسی کارایی پارتو (بند نخست) و سپس تطبیق آن بر موضوع یعنی تحلیل استنادپذیری بر اساس کارایی پارتو (بند دوم) است.

بند نخست- مفهوم کارایی پارتو

«کارایی پارتو»^۶ از نام «ویلفردو پارتو»^۷ اقتصاددان سوئیسی-ایتالیایی گرفته شده که بر اساس آن، کارایی، انتخاب یا تخصیص منابع به خواسته‌ها به‌گونه‌ای است که در عین بهبود وضعیت یا افزایش مطلوبیت یا رفاه یکی (بر اساس نظر خود وی)، به دیگری ضرری وارد نگردد (Miceli, 2004, p.4). این رویکرد دارای «شرط ایجابی و سلبی» در تحقق کارایی است؛ نخست بهبود وضعیت یا افزایش مطلوبیت یا رفاه حداقل یک نفر و دوم قرارنگرفتن حتی یک نفر دیگر در وضعیت بدتر یا کاهش مطلوبیت یا رفاه وی نسبت به قبل؛ بنابراین هرگونه لطمه به رفاه یک شخص برای رد کردن هرگونه سود احتمالی برای دیگران کافی است، صرف‌نظر از این که سود حاصله چقدر زیاد است. در این مفهوم از کارایی، بار زیادی به ضرر بخشیده می‌شود (Zerbe, 2001, p.3).

بنابراین تحلیل اقتصادی، چنانچه بتوان در وضعیت تخصیص منابع، تغییری به وجود آورد که در عین بهبود وضعیت یا افزایش مطلوبیت یا رفاه حداقل یک نفر، وضعیت یا مطلوبیت یا رفاه حتی یک نفر دیگر نسبت به قبل بدتر نگردد، تخصیص جدید (بازتخصیص)^۸، کارآمد و مرجح بر تخصیص موجود است و به آن «بهبود یا ارجحیت پارتو»^۹ می‌گویند. لیکن چنانچه تغییر در وضعیت تخصیص منابع یا بازتخصیص آن، موجب بهبود وضعیت یا افزایش مطلوبیت یا رفاه حداقل یک نفر نگردد یا حداقل یک نفر را نسبت به قبل در وضعیت

که نسبت به شخص یا اشخاص مستقیم^۱ خود دارند (مانند اثر قرارداد در ایجاد حقوق و تعهدات برای طرفین)، به‌صورت غیرمستقیم نیز آثاری نسبت به اشخاص ثالث دارند که موجب ورود عناصر حقوقی به فضای عمومی حقوق می‌گردد (Duclos, 1984, p.22) بدین ترتیب که بر اساس آثار غیرمستقیم، اشخاص ثالث ملزم به شناسایی وجود عناصر یادشده، احترام به آن‌ها و تحمل آثار آن‌ها می‌شوند (Cornu, 1992, p.577). این وصف عناصر حقوقی، «قابلیت استناد»^۲ نامیده شده که به‌عنوان اصل کلی شناخته می‌شود (Demogue, 1933, p.69).

«استنادپذیری»^۳ استثنایی بر «قابلیت استناد» است که به‌موجب آن، اثر غیرمستقیم عنصر حقوقی، در برابر اشخاص ثالث منتفی می‌گردد و اشخاص ثالث این حق را می‌یابند که عنصر حقوقی غیرقابل استناد را نادیده انگارند؛ بنابراین استنادپذیری، بی‌تأثیر کردن عنصر حقوقی از تمام یا بخشی از آثار غیرمستقیم خود در برابر تمام یا برخی از اشخاصی است که نسبت به موارد مذکور بیگانه محسوب شده و تمایل به رد آثار عنصر حقوقی مورد نظر دارند (Nguyen Xuan, 1977, p.2&3). البته چنین عنصری با وجود فقدان اثر در برابر اشخاص ثالث، همچنان نسبت به عاملان مستقیم خود واجد اثر است (Terré, Simler et Lequette, 1996:72).^۴ برای مثال استنادپذیری قرارداد وضعیتی دانسته شده که در آن قرارداد، میان طرفین خود معتبر و دارای اثر است اما تمام یا برخی از اشخاص ثالث می‌توانند قرارداد را نادیده بگیرند^۵ (Delmas Saint-Hilaire, 2000, p.416).

سلب آثار غیرمستقیم عنصر حقوقی به دلیل زبانی است که آثار یادشده علیه اشخاص ثالث به دنبال دارد (Wintgen, 2004, p.117; Nguyen Xuan, 1977, pp.2 & 3). درواقع قانون‌گذار اصولاً برای حمایت از اشخاص ثالث نسبت به آثار عناصر حقوقی، قواعدی (همچون لزوم انتشار، رعایت شکل، پنهان نبودن یا عدم تقلب نسبت

1- Acteurs directs- Sujets directs

استفاده از این اصطلاح به‌جای اصطلاح «طرفین» (parties) که معمولاً در مورد اعمال حقوقی مطرح می‌شود، مناسب‌تر است؛ زیرا اصطلاح مذکور مفهوم گسترده‌تری داشته، علاوه بر اعمال حقوقی، وقایع حقوقی، حقوق موضوعه و وضعیت‌های حقوقی را نیز در برمی‌گیرد (Duclos, 1984:23).

2- Opposabilité

3- Inopposabilité

۴- این ویژگی مهم‌ترین وجه تمایز بطلان با استنادپذیری را تشکیل می‌دهد (برای مقایسه تفصیلی استنادپذیری با بطلان رک. Falaise, 1997).

۵- گفتنی است نهاد استنادپذیری حتی می‌تواند ناظر به خود بطلان باشد (برای ملاحظه استنادپذیری بطلان، رک. Robati, Mohseni & Ghabouli Dorafshan, 2016, pp.117-140).

6- Pareto efficiency

7- Wilfredo Pareto

8- Reallocation

9- Pareto improvement

مفهومی جدید و فاقد سابقه در فقه امامی است. این مفهوم در اثر اقتباس از حقوق فرانسه، به حقوق ایران راه یافته است (رک. Ghabouli Dorafshan & Mohseni, 2011, pp.95-103). «بطلان نسبی» وضعیت عنصر حقوقی است که در عین دارا بودن شرایط اساسی مربوط به وجود عنصر حقوقی، فاقد شرایطی است که فرانسویان از آن به شرایط اعتبار عنصر حقوقی یاد می‌کنند که عمده‌تاً شرایطی است که به‌منظور حمایت از منافع خصوصی یکی از طرفین عمل حقوقی یا استثنائاً برخی از اشخاص ثالث، در نظر گرفته می‌شود (Shahidi, 1996, p.72; Mohseni & Ghobuli Dorafshan, 2010, p.248). به همین دلیل، قانون‌گذار در این موارد، سرنوشت عنصر حقوقی را فقط در اختیار اشخاص ذی‌نفع مذکور قرار می‌دهد. به‌این‌ترتیب تا زمانی که آنان تعرضی نسبت به عنصر حقوقی ننمایند، عنصر حقوقی صحیح بوده و تمام آثار خود را بر جای می‌گذارد؛ اما اگر ابطال آن به درخواست ذی‌نفع در مهلت مقرر مطرح و مورد حکم دادگاه قرار گیرد، اصولاً جز در موارد استثنایی، عنصر حقوقی از ابتدا باطل گشته و آثار خود را از دست می‌دهد (Mohseni & Ghobuli, 2010, pp. 237 & 238).

«عدم‌نفوذ» در معنای خاص (عدم نفوذ موقوف) وضعیت عنصر حقوقی فاقد اثری است که قابل اصلاح بوده و با تنفیذ بعدی ذی‌نفع اعتبار می‌یابد (Katouzian, 2000, p.298; Jafari Langroudi, 1991, p.4). عمل حقوقی غیرنافذ (همچون عقد فضولی و اکراهی) فاقد رضای معتبر است (Mohseni, 2011, p.317) و تا قبل از تنفیذ، اثر حقوقی ندارد و در صورت تنفیذ، کامل و دارای اثر می‌گردد و در صورت رد توسط ذی‌نفع، عمل حقوقی، باطل خواهد شد. «عدم نفوذ مراعی» وصف عمل حقوقی است که دارای شرایط اساسی بوده اما علت تامه آن به دلیل «وجود مانع» (حقوق اشخاص ثالث)، مؤثر نیست. وجود مانع، نفوذ عقد را «مراعی» (در حالت انتظار) برای رفع مانع قرار می‌دهد مانند عدم نفوذ بیع مال مرهون. (cf. Mohaghegh, 2014, pp.12-13; Damad, Ghabouli Dorafshan & Saatchi, 2014, pp.12-13; Karimi, 2012, pp.159-163).

اثر مشترک تمام ضمانت‌اجراها و وضعیت‌های حقوقی پیش‌گفته را در این است که اساساً (بطلان مطلق) یا پس از اعمال حق رد از سوی ذی‌نفع (بطلان نسبی و عدم نفوذ موقوف) و یا به دلیل عدم زوال مانع (عدم نفوذ مراعی)، عنصر حقوقی به‌طور کلی از اعتبار می‌افتد و تمامی آثار آن، چه نسبت به اشخاص مستقیم آن مانند طرفین عمل حقوقی و چه نسبت به اشخاص ثالث زایل می‌شود. به‌علاوه در عدم نفوذ موقوف و مراعی حتی قبل از الحاق رد یا تنفیذ و رفع مانع، عمل حقوقی فاقد اثر است و تنها با تنفیذ یا رفع مانع آثار آن جریان می‌یابد.

کارایی ضمانت‌اجراهای پیش‌گفته نسبت به عنصر حقوقی که در آن به دلیل نقض قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث، برای اشخاص

بدتر قرار دهد یا موجب کاهش مطلوبیت یا رفاه وی گردد، تخصیص جدید یا بازتخصیص، کارآمد نبوده بلکه وضعیت موجود، وضعیت «بهینه پارتو»^۱ (Zerbe, 2001, p.3) یا «نقطه مطلوبیت پارتو» است که در آن امکان تغییر با رویکرد بهبود وضعیت یا افزایش مطلوبیت یا رفاه یکی در عین عدم تنزل وضعیت یا کاهش مطلوبیت یا رفاه دیگری وجود ندارد (Shami Aghdam, 2008, p.15; Issaei, 2012, p.153). باید توجه داشت که «بهبود پارتویی» و «بهینه پارتویی»، کارکردهای مفهومی متفاوتی دارند.

در یک جامعه بزرگ و پیچیده، می‌توان نسبتاً مطمئن بود که وضع یا نسخ هر قاعده حقوقی از سویی وضعیت برخی از اشخاص را بدتر می‌کند، به‌ویژه برخی که هیچ کاری انجام نداده‌اند که بدتر شدن وضعیت آن‌ها شایسته باشد و از سوی دیگر باعث بهبود وضعیت برخی اشخاص می‌شود، به‌ویژه برخی که هیچ کاری انجام نداده‌اند که سزاوار آن بهبود باشند (Friedman, 2000, P.18). درواقع قواعد حقوقی به طرق مختلف بر اشخاص تأثیر می‌گذارد و باید تأثیر آن‌ها را بررسی و مطلوبیت آن‌ها را ارزیابی نمود. در این راستا کارایی عناصر حقوقی از منظر پارتویی را می‌توان با این سؤال ارزیابی نمود که آیا می‌توان تخصیص یا عنصر حقوقی دیگری ارائه کرد که در آن از سویی مطلوبیت یا رفاه حداقل یک نفر افزایش یابد و از سوی دیگر مطلوبیت یا رفاه حتی یک نفر دیگر نسبت به قبل بدتر نگردد؟

بند دوم- تحلیل مبتنی بر کارایی پارتو

موضوع پژوهش حاضر نحوه تخصیص منابع از طریق وضع ضمانت‌اجرا یا برقراری وضعیت حقوقی برای عنصر حقوقی است که با وجود سودمندی برای اشخاص مستقیم خود، به دلیل عدم رعایت قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث، موجب زیان اشخاص ثالث می‌گردد. برای مثال درخصوص وضعیتی که انتقال سهام بانام شرکت، در دفتر ثبت سهام ثبت نگردد (موضوع ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت)، اگرچه انتقال یادشده میان طرفین آن سودمند است، لیکن عدم ثبت آن در دفتر ثبت سهام شرکت و به تبع، عدم اطلاع اشخاص ثالث از آن، برای ایشان این مخاطره را به دنبال دارد که سهام یادشده را همچنان در مالکیت مالک اولیه (انتقال‌دهنده) بدانند و آن را از ایشان انتقال گرفته یا بابت مطالبات خود از وی، توقیف نمایند.

ضمانت‌اجرا یا وضعیت‌های حقوقی سنتی در حقوق ایران، بطلان و عدم نفوذ هستند. بطلان مطلق، ضمانت‌اجرای شدیدی است که عنصر حقوقی را در برابر همگان، حتی طرفین آن، از اعتبار می‌اندازد. عنصر حقوقی باطل از ابتدا فاقد اثر وجودی بوده و حتی قابل اصلاح نیز نیست (رک. Mohaghegh Damad et al., 2009, pp.107-108). در کنار بطلان مطلق، نهاد بطلان نسبی وجود دارد که

1- Pareto optimality/ Pareto optimum

موجود از منظر اثباتی، بیانگر عدم کارایی پارتویی آن و نیاز به حرکت به سوی بهینه پارتویی است و از سوی دیگر با توجه به کارکرد ضمانت اجرای استنادناپذیری (جمع حقوق اشخاص مختلف) و هماهنگی آن با کارایی پارتو و برقراری وضعیت بهینه پارتویی، از منظر تحلیل هنجاری، به نظام حقوقی ایران پیشنهاد می‌گردد.

گفتار سوم - معیار کارایی کالدور-هیکس

پس از تبیین مفهوم کارایی کالدور-هیکس (بند نخست)، تلاش می‌گردد تا تحلیلی اقتصادی از استنادناپذیری و مفاهیم مشابه آن بر اساس این معیار ارائه گردد (بند دوم).

بند نخست - مفهوم کارایی کالدور-هیکس

«کارایی بالقوه پارتویی»^۱ یا «کارایی کالدور-هیکس»^۲ برگرفته از نام دو اقتصاددان به اسمی «Nicholas Kaldor» و «John Hicks» است. بر اساس این رویکرد، کارایی، انتخاب یا تخصیص منابع به خواسته‌ها به گونه‌ای است که در عین بهبود وضعیت یا افزایش مطلوبیت یا رفاه یکی (بر اساس نظر خود وی)، این بهبود وضعیت یا افزایش مطلوبیت یا رفاه وی بیش از کاهش مطلوبیت یا رفاه دیگران باشد، به قدری که او حتی اگر کاهش مطلوبیت دیگران در اثر این تغییر را جبران کند، بازهم وضعیت یا مطلوبیت وی بهتر و بیشتر از قبل باشد. در واقع سودی که یکی می‌برد، بیشتر از ضرری است که به دیگری وارد می‌شود، لذا انتخاب یا تخصیص منابع کارا است (Kaldor, 1939, pp.549-552; Hicks, 1939, pp.696-697; Eshraghi Araei, 2014, pp.67-71; Miceli, 2004, pp.5-6).⁶⁸

خلاصه آن که چنانچه سرجمع منافع چیزی که حاصل می‌شود از هزینه‌های آن بیشتر باشد، این امر بر اساس کارایی کالدور-هیکس توجیه پذیر است، هرچند موجب شود که منافع اشخاص کاهش پیدا کند (Shiravi, 2021, p.78). بدین ترتیب برای تحقق کارایی بر اساس این رویکرد، صرفاً تحقق «شرط ایجابی» یعنی بهبود وضعیت یا افزایش مطلوبیت حداقل یک نفر کافی است و «شرط سلبی» یعنی عدم تأثیر در وضعیت دیگری یا عدم کاهش مطلوبیت دیگری لازم

آخر زبان‌بار است، با این پرسش مورد تحلیل قرار می‌گیرد که آیا می‌توان ضمانت اجرای دیگری ارائه داد که در آن از سویی وضعیت اشخاص ثالث بهبود یابد و از سوی دیگر وضعیت اشخاص مستقیم نیز نسبت به قبل بدتر نگردد؟

در حقیقت اگرچه اشخاص مستقیم با نقض قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث، تقصیر نموده و از این جهت شایسته حمایت و بهبود وضعیت نمی‌باشند لیکن از سویی پویایی و امنیت حقوقی و اقتصادی مستلزم حفظ عناصر حقوقی و به‌ویژه مبادلات، تسهیل آن و ترغیب اشخاص به مبادله است و از سوی دیگر شایسته است که ضمانت اجرا متناسب با زیان وارده یا احتمال ورود آن باشد. به عبارت دیگر اگرچه اشخاص مستقیم شایسته بهبود وضعیت نمی‌باشند لیکن تا جایی که رفع ضرر از اشخاص ثالث مستلزم تنزل وضعیت اشخاص مستقیم نباشد، وضعیت اشخاص اخیر باید حفظ گردد.

ضمانت اجراها و وضعیت‌های حقوقی پیش گفته، اگرچه از این جهت که آثار زیان‌بار عنصر حقوقی در برابر اشخاص ثالث را زایل می‌کند، کارا هستند لیکن از آنجایی که به سلب آثار یادشده محدود نمی‌گردند، بلکه تمامی آثار مربوط به اشخاص مستقیم را نیز ساقط می‌نماید و موجب بدتر شدن وضعیت ایشان می‌گردد، باید گفت که فاقد کارایی پارتویی هستند؛ درواقع وضعیت فعلی را باید وضعیت بهبود پارتویی دانست و لازم است که به سوی بهینه پارتویی حرکت کرد و به دنبال وضعیتی بود که در عین زوال آثار زیان‌بار عنصر حقوقی نسبت به اشخاص ثالث (بهبود بخشیدن به وضعیت ایشان)، آثار آن نسبت به اشخاص مستقیم را حفظ نماید (تنزل نیافتن وضعیت ایشان).

همان‌طور که در تعریف وضعیت حقوقی استنادناپذیری گفته شد، این مفهوم مبتنی بر تفکیک آثار و صرفاً سلب آثار زیان‌بار در برابر اشخاص ثالث است. در مثال پیش گفته (انتقال سهام شرکت بدون ثبت در دفتر ثبت سهام)، ضمانت اجرای بطلان (مطلق و نسبی) و عدم نفوذ (موقوف و مراعی) در صورت رد، به کلی انتقال را از اعتبار می‌اندازد، لیکن استنادناپذیری با تفکیک میان آثار مستقیم و غیرمستقیم و صرفاً سلب آثار غیرمستقیم در برابر اشخاص ثالث، هم وضعیت اشخاص ثالث را بهبود می‌بخشد هم وضعیت اشخاص مستقیم را تنزل نمی‌دهد و میان حقوق اشخاص مستقیم و اشخاص ثالث جمع نموده است و بدین ترتیب منطبق با کارایی پارتو است (بهبود وضعیت حداقل یک نفر در عین عدم تنزل وضعیت دیگری). از آنجایی که در فرض تعارض حقوق اشخاص ثالث با حقوق اشخاص مستقیم، هیچ ضمانت اجرای دیگری نمی‌تواند بهتر از استنادناپذیری، موقعیت اشخاص ثالث را بهبود بخشد و مانع بدتر شدن موقعیت اشخاص مستقیم گردد، باید وضعیت استنادناپذیری را نقطه بهینه پارتو دانست.

بدین ترتیب از سویی تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای حقوقی

1- Potential Pareto Efficiency/ Improvement

در کارایی پارتو، نباید در وضعیت، مطلوبیت یا رفاه دیگری، تنزلی پیش آید. بر اساس این رویکرد، در صورت وجود خسارت، باید خسارت به صورت واقعی جبران گردد، در حالی که در رویکرد کارایی کالدور-هیکس، صرف امکان جبران خسارت کافی است و نیازی به جبران خسارت واقعی نیست. از این رو رویکرد کارایی کالدور-هیکس، به جهت بالقوه بودن امکان جبران خسارت در آن، کارایی بالقوه پارتویی نیز نامیده شده است (Zerbe, 2001, p.5).

2- Kaldor-Hicks efficiency

نیست.

البته جبران ضرر در این رویکرد فرضی است و لازم نیست جبران ضرر تحقق یابد بلکه صرف بیشتر بودن سود یکی از ضرر دیگری در اثر تخصیص منابع، به معنای جبران ضرر دیگری است. همین موضوع تفاوت مهم میان رویکردهای «پارتو» و «کالدور-هیكس» را تشکیل می‌دهد؛ برعکس معیار اخیر که جبران خسارت فرضی است، بر اساس معیار پارتو، باید عملاً جبران ضرر صورت گیرد (Miceli, 2004, p.6) در غیر این صورت زیان‌دیدگان حق رد تغییرات را دارند (Cooter & Ulen, 2011, p.42).

در رویکرد کارایی پارتو، هرچند به لحاظ اخلاقی این که هیچ‌کس از بازتخصیص زیان نبیند، جذاب است ولی این معیار در اجرا مشکلات خاص خود را دارد. مهم‌ترین مشکل این است که مطابق این معیار، تصمیم‌گیری در هر موردی، نیازمند اتفاق نظر^۱ و موافقت همه اشخاص درگیر بوده و این امر، انتخاب را مشکل یا غیرممکن می‌کند. هیكس معتقد است که هر تغییر و اصلاح اقتصادی، ضرر و زبانی را متوجه مردم می‌کند و معیارهایی مانند معیار پارتو، به همین جهت غیرواقعی هستند. هیكس و کالدور بر این باور بودند که باید جبران خسارت فرضی وجود داشته باشد^۲، زیرا تغییر در یک قاعده، زمانی مشروع است که سود حاصل از قاعده برای جامعه، بیش از زیان آن برای گروه متضرر باشد و بدین ترتیب به اصلی سودانگاران تن در می‌دهند (Naeemi, 2021, pp.170-171). به عبارت دیگر در رویکرد کالدور-هیكس، «رضایت ضمنی»^۳ جایگزین «رضایت واقعی»^۴ در رویکرد پارتو می‌شود (Miceli, 2004, p. 6).

بدین ترتیب «کارایی کالدور-هیكس» نسبت به «کارایی پارتو» در تحلیل اقتصادی، واقعی‌تر و منعطف‌تر تلقی شده است؛ زیرا از سویی در جهان واقعی مبادلات اقتصادی که جهان رقابت است، بهتر شدن وضع یکی از طرفین مبادله نوعاً به ضرر دیگری تمام می‌شود. از سوی دیگر معیار «کالدور-هیكس» امکان تحلیل نفع و ضرر را با مقایسه منافع عده‌ای نسبت به ضررهای عده‌ای دیگر فراهم می‌آورد (Cooter & Ulen, 2011, p.42). از این‌رو معیار کارایی کالدور-هیكس، با توجه به این که مبتنی بر فرض‌های واقعی است در حوزه سیاست‌گذاری، مورد پذیرش بسیاری از اقتصاددانان قرار گرفته است و

1- Unanimous Consent

۲- درواقع این امکان وجود دارد که وضعیت هر کس را نسبت به گذشته بهبود بخشیم، بدون آنکه وضعیت فرد دیگری را بدتر نماییم و این کار از طریق گنجاندن شرط جبران خسارت امکان‌پذیر است. البته اینکه این جبران خسارت واقعاً اتفاق بیفتد، مسئله‌ای سیاسی است که یک اقتصاددان، به سختی می‌تواند در مورد آن اظهار نظر کند و صرف اینکه امکان توزیع مجدد وجود داشته باشد، کافی است (Kaldor, 1939, p.550).

3- Implied consent

4- Actual consent

در تحلیل اقتصادی حقوق نیز به کار رفته است به گونه‌ای که وقتی یک اقتصاددان یا حقوق‌دان از کارایی اقتصادی صحبت می‌نماید، در اکثر موارد، منظور، کارایی کالدور-هیكس است (Zerbe, 2001, p.5). بر اساس این معیار، یک قاعده حقوقی در صورتی از نظر کارایی کالدور-هیكس، کارآمد است که از لحاظ نظری، نفع‌ذی‌نفعان از آن قاعده، خسارت متضرران را پوشش دهد و با وجود این، باز هم سود و منفعتی باقی بماند (Naeemi, 2021, p.171).

بند دوم- تحلیل مبتنی بر کارایی کالدور-هیكس

در گفتار پیش، تلاش شد درباره عنصر حقوقی که اشخاص مستقیم آن، قواعد حامی اشخاص ثالث را نقض نموده‌اند، با تحلیل اثباتی و هنجاری، ضمانت‌اجرائی با کارایی پارتویی ارائه شود. در این راستا ضمن تحلیل توصیفی ضمانت‌اجراهای بطلان، عدم نفوذ و مراعی، ضمانت‌اجرای استنادناپذیری تحلیل هنجاری و پیشنهاد گردید. کارآمدی پارتویی استنادناپذیری از این جهت بود که درخصوص عنصر حقوقی تبیین‌شده، با سلب آثار غیرمستقیم عنصر حقوقی در برابر اشخاص ثالث، وضعیت آنان را بهبود می‌بخشید و درعین حال با حفظ آثار مستقیم عنصر حقوقی نسبت به اشخاص مستقیم آن، وضعیت آنان را نیز حفظ و از بدتر شدن یا تنزل آن جلوگیری می‌نمود. باین‌حال ممکن است ایراد شود که هرچند آثار عنصر حقوقی نسبت به اشخاص مستقیم آن حفظ می‌گردد و تنها آثار زیان‌باری که عنصر حقوقی نسبت به اشخاص ثالث دارد، زایل می‌گردد لیکن همین سلب اثر از عنصر حقوقی نسبت به اشخاص ثالث، برای اشخاص مستقیم آن مخاطراتی دارد و از این‌رو نمی‌توان به نحو قاطع نتیجه گرفت که وضعیت اشخاص مستقیم در اثر استنادناپذیری تنزل نمی‌یابد.

مخاطرات سلب اثر از عنصر حقوقی نسبت به اشخاص مستقیم را با یک مثال توضیح می‌دهیم. یکی از قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث که اشخاص مستقیم باید آن را رعایت نمایند، لزوم اعلان و انتشار عنصر حقوقی است که قانون‌گذار در مواردی آن را برقرار نموده است. از مصادیق شایع لزوم انتشار در وضعیت فعلی جامعه، لزوم تنظیم سند رسمی برای نقل‌وانتقال املاک، موضوع ماده ۲۲ قانون ثبت است^۵. به موجب ماده ۲۲ قانون ثبت، نقل و انتقالات املاک باید در دفتر املاک ثبت گردد و دولت تنها کسی را مالک می‌شناسد که ملک در دفتر مذکور به نام او ثبت گردیده است. بدین ترتیب اگر شخصی ملکی را با سند عادی به دیگری منتقل کند و سپس آن را با سند رسمی به غیر او انتقال دهد، بر اساس ماده ۲۲ قانون ثبت، دادگاه باید از قبول سند عادی مالکیت خودداری کرده و تنها کسی که نام او در دفتر املاک به عنوان مالک ثبت شده را مالک قانونی تلقی نماید. با

۵- درخصوص تحلیل اقتصادی این ماده رک. Yasrebi, & Rezapoor, Akerdi, 2018, pp.359-357; Tabatabai Hessari, 2014, p.332

عدم نفوذ موقوف و مراعی) که اصل عنصر حقوقی را نشانه گرفته و از بین می‌برد، ضمانت‌اجرای استنادناپذیری وضعیتی متناسب و کارا و مناسب‌تر نسبت به اشخاص مستقیم و ثالث است؛ زیرا امنیت و پویایی حقوقی و اقتصادی، اقتضا دارد که خود عنصر حقوقی تا حد امکان حفظ گردد. اصول حقوقی همچون اصل حفظ و بقای قرارداد نیز بر حفظ قرارداد یا عنصر حقوقی رهنما هستند. بدین ترتیب اگرچه اشخاص مستقیم به دلیل نقض قواعد حامی اشخاص ثالث، شایسته حمایت نیستند اما حفظ عنصر حقوقی برای حفظ اعتماد و ترغیب اشخاص به برقراری روابط حقوقی و گردش اقتصادی، هدایت به پذیرش نهادی می‌کند که در عین جلوگیری از ورود ضرر به ثالث، عنصر حقوقی و تا حد امکان آثار آن را حفظ نماید.

در واقع از سویی برقراری قواعد ثبت و انتشار جهت حفظ و ارتقای امنیت روابط حقوقی و مبادلات، به کارایی اقتصادی کمک می‌کند و نقض این قواعد، نه تنها شایسته حمایت حقوقی نیست بلکه مخل کارایی اقتصادی نیز هست. از سوی دیگر حسن نیت شخصی نیز که با سند عادی اقدام به خرید زمین کرده است، شایسته حمایت حقوقی است و از نظر اقتصادی نیز برقراری امنیت، تسهیل مبادلات ارضی و همچنین افزایش حجم این مبادلات و به تبع تولید ثروت، مطلوب است. بدین ترتیب مصلحت امنیت ناشی از قواعد ثبت و انتشار در تقابل با مصلحت حمایت از امنیت صاحبان حسن نیت قرار می‌گیرد. رفع این تقابل، ضمانت‌اجرای را فرامی‌خواند که میان حقوق اشخاص مستقیم و ثالث جمع نماید.

در میان ضمانت‌اجراهای پیش گفته، استنادناپذیری بر خلاف ضمانت‌اجراهای بطلان یا عدم نفوذ، نه تنها با سلب آثار غیرمستقیم عنصر حقوقی در برابر اشخاص ثالث، از ورود زیان به ایشان احتراز می‌نماید بلکه با حفظ آثار مستقیم عنصر حقوقی نسبت به اشخاص مستقیم آن، سعی در بقای عنصر حقوقی و حفظ امنیت و گردش روابط حقوقی و اقتصادی می‌نماید. به علاوه در فرضی که سلب آثار غیرمستقیم موجب زیان اشخاص مستقیم گردد نیز استنادناپذیری با برقراری زمینه مذاکره و چانه‌زنی، امکان جلوگیری از ورود زیان به اشخاص مستقیم را فراهم می‌آورد و حتی در صورت عدم نتیجه مذاکرات، با حفظ آثار مستقیم عنصر حقوقی میان اشخاص مستقیم، بالاترین سطح از جبران خسارت از اشخاص مستقیم را تأمین می‌نماید. قدرت چانه‌زنی ناشی از وضعیت استنادناپذیری، معلول این ویژگی است که استنادناپذیری برای اشخاص ثالث «حق انتخاب» (اختیار در پذیرش یا انکار عنصر حقوقی) را ایجاد می‌کند. این حق انتخاب هم امکان جلوگیری از ورود ضرر به اشخاص مستقیم و اشخاص ثالث را فراهم می‌آورد و هم خود در تحلیل اقتصادی، یکی از مکانیسم‌های برقراری کارایی است؛ زیرا طرفین در صورت امکان مبادله آزاد با مذاکره و چانه‌زنی و بدون در نظر گرفتن قواعد حقوقی،

وجود صراحت یادشده، برداشت‌های مختلف از این ماده موجب گردیده که وضعیت انتقال املاک با سند عادی در دکتترین و رویه قضایی محل اختلاف گردد. برخی اساتید حقوق (Katouzian, 1997, pp. 256-260) انتقال املاک بدون سند رسمی را باطل می‌دانند. برخی دیگر (Shahidi, 1996, pp. 53-72) وضعیت آن را صحیح و با اثبات انتقال در دادگاه، قابل‌پذیرش از سوی دولت نیز می‌دانند. برخی حقوق‌دانان (Khodabakhshi, 2010) نیز وضعیت استنادناپذیری را بر انتقال املاک با سند عادی بار می‌نمایند؛ انتقال ملک با سند عادی بین طرفین آن را صحیح شمرده لیکن آن را در برابر اشخاص ثالث دارای سند رسمی، فاقد اثر و استنادناپذیر می‌خوانند.

در مثال اخیر، عدم قابلیت استناد انتقال املاک با سند عادی در برابر شخص ثالث (دارنده سند رسمی)، از سویی با حمایت از شخص ثالث در برابر انتقال عادی، وضعیت ایشان را بهبود می‌بخشد. از سوی دیگر با حفظ صحت نقل و انتقال با سند عادی میان طرفین آن، وضعیت آنان را نیز حفظ نموده و بدتر نمی‌نماید. لیکن باید توجه داشت که حفظ صحت معامله با سند عادی لزوماً به معنای مالک شدن دارنده سند عادی نسبت به مال موضوع انتقال نیست؛ زیرا استنادناپذیری انتقال با سند عادی در برابر دارنده سند رسمی، این انتخاب یا اختیار را به دارنده سند رسمی می‌دهد که انتقال عادی را نادیده انگارد و بدین ترتیب بتواند مالکیت خود بر مال را حفظ کند. روشن است که امکان تملک مال از سوی دارنده سند رسمی، وضعیت منتقل‌الیه با سند عادی را تنزل می‌دهد و مالکیت وی بر مال را منتفی می‌کند. به عبارت دیگر اگرچه آثار مستقیم عنصر حقوقی برای اشخاص مستقیم آن باقی می‌ماند و آثار غیرمستقیم آن سلب می‌شود اما همین که اشخاص ثالث امکان نادیده گرفتن عنصر حقوقی را دارند، برای اشخاص مستقیم زیان بار است.

در رد این ایراد باید گفت؛ از سویی نقض قواعد حامی اشخاص ثالث، وضعیتی است نیازمند ضمانت‌اجرا؛ برخلاف اشخاص ثالث که بدون آن که تقصیری مرتکب شوند که تنزل و وضعیت آنان را توجیه کند، اشخاص مستقیم مرتکب نقض قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث شده‌اند و شایسته حمایت (حفظ یا بهبود وضعیت) نیستند. نمی‌توان پذیرفت که اشخاص مستقیم، بی‌اعتنا به قواعد حامی اشخاص ثالث، عنصر حقوقی پدید آورند بدون آنکه پیامدی برای آنان به دنبال داشته باشد؛ زیرا فقدان ضمانت‌اجرا، وضع قواعد حامی اشخاص ثالث را بی‌فایده می‌کند؛ بنابراین صحت عنصر حقوقی با تمام آثار آن، پذیرفتنی نیست و پیش‌بینی ضمانت‌اجرای متناسب و کارا بایسته است. در نتیجه وضعیت صحت اگرچه نسبت به اشخاص مستقیم بهترین وضعیت حقوقی است لیکن به دلیل پیش گفته، این وضعیت از قلمرو بررسی خارج است. از سوی دیگر نسبت به ضمانت‌اجراهای موجود (بطلان،

سند رسمی) محل اشکال حقوقی است، باین حال اگرچه همچون استنادناپذیری حق انتخاب میان رد یا تنفیذ آثار عنصر حقوقی را برقرار می‌نماید لیکن از سویی رد یا تنفیذ خود عنصر حقوقی و کلیه آثار آن را در برمی‌گیرد و محدود به آثار غیرمستقیم نمی‌گردد و با رد توسط ذینفع، انتقال یادشده حتی نسبت به طرفین آن از اعتبار می‌افتد و فاقد اثر می‌گردد و زبان قطعی غیرقابل برگشتی به دنبال دارد. از سوی دیگر پیش از رد یا تنفیذ عنصر حقوقی نیز هیچ اثری بر آن بار نمی‌نماید و آن را (تا زمان رد یا تنفیذ) در حالت مبهم و فاقد اثر قرار می‌دهد و بدیهی است وضعیت نیز برای طرفین انتقال عادی زبان‌بار است.

استنادناپذیری همچنین این کارایی و مزیت را نسبت به ضمانت-اجراهای بطلان و عدم نفوذ دارد که حتی در فرضی که تلاش طرفین انتقال عادی برای انصراف شخص ثالث (دارنده سند رسمی) از تمسک به استنادناپذیری، نتیجه ندهد و وی با رد و انکار آثار سند عادی علیه خویش، مالکیت منتقل‌الیه با سند عادی را مانع شود، با حفظ صحت انتقال عادی بین طرفین آن در اثر استنادناپذیری، برای منتقل‌الیه آن این اثر را به ارمغان آورد که بتواند مثل یا قیمت ملک را از انتقال‌دهنده مطالبه نماید. در واقع پذیرش صحت انتقال با سند عادی بین طرفین (در فرض استفاده ثالث از نهاد استنادناپذیری)، موجب می‌گردد که موضوع قرارداد عادی، در حکم تلف قرار گیرد. تلف حکمی که از آثار قرارداد صحیح است و بر قرارداد باطل بار نمی‌گردد، امکان مطالبه مثل یا قیمت را فراهم می‌آورد.

البته بطلان یا عدم نفوذ پس از رد نیز مانع جبران خسارت انتقال‌گیرنده نیست، اما این جبران خسارت اولاً ماهیت مسئولیت قهری غیرقراردادی دارد و ثانیاً محدود است به خسارات راجع به ثمن پرداختی از سوی انتقال‌گیرنده و دیگر خسارات آن هم در فرض جهل به موضوع که قطعاً در مرتبه پایین‌تری نسبت به جبران خسارت با تقدیم مثل یا قیمت قرار می‌گیرد.

بدین ترتیب درخصوص عنصر حقوقی نقض‌کننده قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث که تقابل حقوق اشخاص مستقیم عنصر حقوقی با حقوق اشخاص ثالث را موجب می‌شود، باید ضمانت اجرایی را برگزید که در عین حمایت از اشخاص ثالث و بهبود وضعیت آنان، موجب تنزل و بدتر شدن وضعیت اشخاص مستقیم نگردد (کارآمدی پارتو). حمایت یا بهبود وضعیت اشخاص ثالث باید به‌گونه‌ای باشد که در صورت زیان اشخاص مستقیم، حتی با جبران زیان اشخاص یادشده، وضعیت و مطلوبیت اشخاص ثالث بهتر و بیشتر از قبل باشد و در واقع سودی که اشخاص غیرمستقیم می‌برند بیش از زیانی باشد که به اشخاص مستقیم وارد می‌گردد (کارایی کالدور-هیکس). برای جبران زیان اشخاص مستقیم نیز کافی است امکان توزیع مجدد وجود داشته باشد.

با توجه به این که بطلان مطلق عنصر حقوقی را در برابر همگان،

درنهایت به مبادله‌ای دست می‌یابد که برای طرفین بیشترین سود و کمترین هزینه را داشته باشد که خود مصداقی از کارایی است. همچنین در مبادله آزاد، مال درنهایت در دست شخصی قرار می‌گیرد که بیشترین ارزش را برای وی دارد و بدین ترتیب به بیشینه‌سازی ثروت اجتماعی می‌انجامد.^۱

در مثال پیش گفته، حق انتخاب یا اختیار دارنده سند رسمی و در واقع قاطع نبودن استنادناپذیری در زوال آثار انتقال با سند عادی در برابر دارنده سند رسمی، امکان مذاکره و چانه‌زنی طرفین انتقال با سند عادی را با دارنده سند رسمی فراهم می‌نماید، بدین نحو که در صورتی که ملک برای طرفین انتقال عادی دارای ارزش بیشتری از دارنده سند رسمی باشد، آنان تلاش می‌نمایند که دارنده سند رسمی را از طرق مختلفی همچون تأمین حقوق وی از طریق دیگر، پرداخت کلیه هزینه‌ها و خسارات وی یا معاوضه با ملکی دیگر و... منصرف از تمسک به استنادناپذیری نموده و به عبارت دیگر نظر وی در پذیرش آثار انتقال با سند عادی را جلب نمایند. بدین ترتیب ممکن است دارنده سند رسمی با پذیرش آثار انتقال عادی، نه تنها احتمال ورود ضرر به طرفین انتقال عادی را منتفی نموده، موجب جریان تمامی آثار عنصر حقوقی اعم از مستقیم و غیرمستقیم گردد.

این در حالی است که بطلان انتقال عادی با سلب تمامی آثار انتقال عادی اعم از آثار مستقیم آن میان طرفین و آثار غیرمستقیم در برابر دارنده سند رسمی، به‌طورکلی و غیرقابل بازگشتی، انتقال را فاقد اثر می‌نماید و نه تنها زمینه‌ای برای مذاکره و رسیدن به کارایی فراهم نمی‌آورد بلکه ضرر طرفین انتقال عادی را از حالت احتمالی به حالت قطعی درمی‌آورد زیرا آثار مستقیم انتقال میان طرفین را که زمینه را برای رفع نقص و جبران خسارت و حفظ مبادله برقرار می‌نمود را نیز ساقط می‌نماید. عدم نفوذ نیز گذشته از آن که پذیرش آن نسبت به انتقال ملک با سند عادی و اعطای حق رد یا تنفیذ به ثالث (دارنده

۱- بر اساس این مفهوم که در حقوق اقتصادی به قضیه کوز (Coase Theorem) معروف است، در فرضی این که هزینه مبادله (Transaction cost) یعنی هزینه‌هایی که برای انتقال حق از یک طرف به طرف دیگر وجود دارد، در یک رابطه حقوقی به خودی خود صفر باشد، هیچ ضرورتی به مداخله دولت برای وضع قوانین وجود ندارد، در این شرایط طرفین می‌توانند با چانه زنی و مذاکره به یک توافق منطقی بر اساس کارایی پارتویی دست یابند. این قضیه ناشی از تعمیم یافته‌های رونالد کوز (Ronald Coase) در مقاله «هزینه‌های اجتماعی» (The problem of social cost) است (رک. Coase, 1960, 2-144). همچنین یکی از معیارهای ارائه شده برای کارایی، «به حداکثر رساندن ثروت» (maximization of social wealth) است. بر اساس این معیار، ثروت در صورتی افزایش خواهد یافت که منابع، از جمله امتیازات قانونی، در اختیار افرادی باشد که بیشترین ارزش را برای آن قائل هستند و حاضرند برای دارا شدن آن بیشترین مبلغ را پرداخت کنند، پس معیار کارایی اقتصادی، تمایل به پرداخت (willingness to pay) است (Posner, 1999, p.100).

که در ارزیابی کارایی ارائه گردیده است و به عبارت دیگر تحلیل اقتصادی در این خصوص اهمیت می‌یابد.

کارایی که به طور خلاصه عبارت است از انتخاب یا تغییری که با کمترین هزینه، بیشترین مطلوبیت را ایجاد نماید، در اقتصاد خرد، رویکردها و معیارهای متعددی را نسبت به خود شکل داده است. در این میان دو رویکرد یا معیار کارایی پارتو و کارایی کالدور-هیکس از شهرت و کاربرد بیشتری برخوردار است. تحلیل اثباتی یا توصیفی ضمانت‌اجراها و وضعیت‌های حقوقی موجود همچون بطلان اعم از بطلان مطلق و نسبی، عدم نفوذ و وضعیت مراعی در خصوص عدم رعایت قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث، نشان می‌دهد که ضمانت-اجراها و وضعیت‌های حقوقی موجود با سلب تمامی آثار عنصر حقوقی که نسبت به آن قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث رعایت نگردیده است، ضمانت‌اجراها و وضعیت‌های حقوقی متناسب با احتمال زیان به اشخاص ثالث و به عبارت دیگر کارآمد نیستند. از این رو شایسته است که به سوی تدوین و پیش‌بینی ضمانت اجرا یا وضعیت حقوقی دیگری حرکت کرد که بتواند از سویی حامی حقوق اشخاص ثالث باشد و از ورود ضرر به آنان جلوگیری نماید و از سوی دیگر به صرف احتمال ورود ضرر به اشخاص ثالث، عنصر حقوقی را از اعتبار نیندازد. ضمانت‌اجرای استنادپذیری با تفکیک میان آثار مستقیم و غیرمستقیم عنصر حقوقی، کارآمدی پارتو و کالدور-هیکس را به ارمان می‌آورد. این ضمانت‌اجرا از سویی با سلب آثار غیرمستقیم عنصر حقوقی نسبت به اشخاص ثالث، وضعیت اشخاص یادشده را بهبود می‌بخشد و از سوی دیگر با حفظ آثار مستقیم عنصر حقوقی نسبت به اشخاص مستقیم آن، وضعیت این اشخاص را نیز حفظ می‌نماید و از بدتر شدن یا تنزل موقعیت آنان جلوگیری می‌نماید و بدین ترتیب مبتنی بر کارآمدی پارتویی است. از سوی دیگر حتی در فرضی که این تفکیک آثار و سلب آثار غیرمستقیم عنصر حقوقی، احتمال ورود زیان به اشخاص مستقیم را دربرداشته باشد، استنادپذیری علاوه بر این که امکان اصلاح و برقراری آثار یادشده را از طریق مذاکره و چانه‌زنی با اشخاص ثالث و کسب رضایت آنان فراهم می‌آورد، در صورت عدم امکان اعاده آثار یادشده، با برقراری امکان توزیع مجدد از طریق آثار مستقیم حفظ شده، زیان اشخاص مستقیم را قابل جبران می‌نماید. در نتیجه سودی که اشخاص ثالث از حمایت و بهبود وضعیت خود می‌برند، بیش از زیانی است که به اشخاص مستقیم وارد می‌گردد و بدین ترتیب کارایی کالدور-هیکس نیز برقرار می‌گردد.

حتی اشخاص مستقیم از اعتبار می‌اندازد و قابلیت اصلاح نیز ندارد، هرچند حقوق اشخاص ثالث را حفظ می‌نماید، لیکن نسبت به اشخاص مستقیم ضمانت‌اجرای شدیدی است و میل اشخاص مستقیم به مبادله را کاهش داده و گردش مبادلات را تضعیف و بدین ترتیب به نظم اقتصادی آسیب وارد می‌نماید، زبانی که حتی سود حاصل از حمایت از اشخاص ثالث نیز نمی‌تواند آن را پوشش دهد. بطلان نسبی پس از اعمال و عدم نفوذ پس از رد و وضعیت مراعی در صورت عدم رفع مانع نیز همین اثر را دارند؛ بنابراین ضمانت‌اجراهای شدید یادشده، از طرفی بیش از نیاز اشخاص ثالث، به حمایت از آنان می‌پردازند و علاوه بر آثار غیرمستقیم، آثار مستقیم عنصر حقوقی را نیز زایل می‌نمایند. از طرف دیگر با توجه به عدم امکان اعاده آثار مستقیم، زبانی که برای حمایت از ثالث، به اشخاص مستقیم وارد می‌گردد، غیرقابل جبران می‌گردد. درحالی که استنادپذیری با تفکیک میان آثار یک عنصر حقوقی و تنها زوال آثار غیرمستقیم که به اشخاص ثالث زیان وارد می‌کند، از اشخاص ثالث حمایت می‌نماید و وضعیت آنان را بهبود می‌بخشد. همچنین استنادپذیری با حفظ آثار مستقیم عنصر حقوقی نسبت به اشخاص مستقیم، نه تنها از بدتر شدن و تنزل وضعیت آنان جلوگیری می‌نماید (کارآمدی پارتو)، بلکه بابت ورود زیان به ایشان در اثر زوال آثار غیرمستقیم، علاوه بر این که امکان اصلاح و برقراری آثار یادشده را از طریق مذاکره و چانه‌زنی با اشخاص فراهم می‌آورد، در صورت عدم امکان اعاده آثار یادشده، به طریق دیگری (با برقراری امکان توزیع مجدد از طریق آثار مستقیم حفظ شده)، زیان آنان را جبران می‌نماید. بدین ترتیب سودی که اشخاص ثالث از حمایت و بهبود وضعیت خود می‌برند، بیش از زیانی است که به اشخاص مستقیم وارد می‌گردد و بدین ترتیب کارایی کالدور-هیکس نیز برقرار می‌گردد.

نتیجه‌گیری

عدم رعایت قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث همچون لزوم ثبت و انتشار عنصر حقوقی یا رعایت شکل آن و ... از سوی اشخاص مستقیم همچون طرفین قرارداد، موجب احتمال ورود ضرر از سوی عنصر حقوقی نسبت به اشخاص ثالث می‌گردد و مستلزم پیش‌بینی ضمانت اجرا یا وضعیت حقوقی کارآمد است. از آنجایی که کارایی یکی از مفاهیم اساسی در علم اقتصاد را تشکیل می‌دهد و معیارهای متعددی در آن علم برای ارزیابی آن ارائه گردیده است، تحلیل ضمانت‌اجرا یا وضعیت حقوقی کارآمد با استفاده از ابزارهای اقتصادی

References

- [1] Abdali, Mehrzad. (2010). The Place of Ethics in Economic Analysis of Law, Journal of Comparative Law, 19(85). pp. 101-126. (In Persian).

- [2] Aghaei Thogh, Moslem (2014). Analysis of 'Economic Analysis of Law', Comparative Law Review, 4(2). pp. 1-17. (In Persian).
- [3] Babaei, Iraj. (2016). Theoretical foundations of the economic analysis approach of law, Law and Policy Research, 9(23). pp. 59-13. (In Persian).
- [4] Badini, Hassan. (2003). Philosophical foundations of the economic approach to law, Journal of the Faculty of Law and Political Sciences of Tehran University, No. 62, pp. 136-91. (In Persian).
- [5] Becker, Gary S. (1993). Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior, The Journal of Political Economy, 101(3). pp. 385-409.
- [6] Bolurifar, Mina, Hagi Azezi, Bijen & Jafari, Fazlullah. (2018) The Application of Economic Analysis of Law Based on Rational Independence and Expediency, Contemporary Legal Studies Journal (CLSJ). 10(18). pp. 1-23. (In Persian).
- [7] Calabresi, Guido and Melamed, A. Douglas. (2013). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability (Economic Analysis of Laws). translated by Saeedeh Mazinianian and Khashayar Esfandiarifar, Tehran: Noor Elam Publishing. (In Persian).
- [8] Coase, Ronald. (1960). The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, pp.2-144.
- [9] Cooter, Robert & Ulen, Thomas. (2011). Law and Economics, 6 ed., Boston: Pearson Education.
- [10] Cornu, Gérard. (1992). Vocabulaire juridique, 3 éd., Paris, Presses universitaires de France.
- [11] Dadgar, Yadallah. (2013). Principles of micro and macro economic analysis, Tehran: Amareh Publishing. (In Persian).
- [12] Dadgar, Yadallah and Rahmani, Timur. (2013). Basics and Principles of Economics, ed. 13, Qom: Bostan Kitab Institute. (In Persian).
- [13] Deffains, Bruno & Kirat, Thierry. (2001). Law and Economics in Civil Law Countries, Elsevier Science.
- [14] Delmas Saint-Hilaire, Philippe. (2000). Le tiers à l'acte juridique, Paris: L.G.D.J.
- [15] Demogue, René. (1933). Traité des obligations en général, T.7, Partie 2, Paris, Rousseau.
- [16] Duclos, José. (1984). L'opposabilité: essai d'une théorie générale. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- [17] Eshraghi Araei, Mojtaba. (2014). Economic and Legal Analysis of Anticipatory Breach, Iraninan Jouornal of Trade Studies (IJTS). 18(69). pp. 59-82. (In Persian).
- [18] Friedman, David D. (2000). Law's order : what economics has to do with law and why it matters, Princeton University Press.
- [19] Ghabouli Dorafshan, Seyyed Mohammad Mahdi & Mohseni, Saeed. (2011). The general theory of nullity in contracts (a comparative study in the legal system of Iran and France). Tehran: Jungle. (In Persian).
- [20] Habibi, Behnam. (2003). Economic analysis of private Law, Tehran: Majd. (In Persian).
- [21] Hicks, J. R. (1939). The Foundations of Welfare Economics, The Economic Journal, 49(196). pp. 696-712.
- [22] Iranpour, Farhad. (2018). foundations and application of economic analysis in private law (behavioral and functionalist approach to the foundations of private law). Tehran: The World of Economy Publications. (In Persian).
- [23] Issaei Tafreshi, Mohammad, Abdali, Mehrzad. (2012). The Approaches of the Protection of Contracts in the Economic Analysis of Law (A Comparative Study in Iranian and French Law). Comparative law Research Quarterly, 16(2). pp. 151-173. (In Persian).
- [24] Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar. (1991). Civil rights: mortgages and compromises. Tehran: Ganje Danesh Publications. (In Persian).
- [25] Kaldor, Nicholas. (1939). Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, The Economic Journal, 49(195). pp. 549-552.
- [26] Kaoplw, Louis & Shavell, Steven. (2002). Economic Analysis of Law, in Handbook of Public Economics, Edited by A.J Auerbach and M. Feldstein, V.3, Chapter 25, Elsevier Science.
- [27] Karimi, abbas. (2012). Essay to organize the theory of ineffectiveness of Mora'a, Judicial Law Views, No.58, pp. 156-188.
- [28] Katouzian, Nasser. (1997). Nominate contracts, V. 1, 6 ed., Tehran: EntesharCo. (In Persian).
- [29] Katouzian, Nasser. (2000). Civil Law, general rules of contracts. V.2., 5 ed., Tehran: EntesharCo. (In Persian).
- [30] Kerkmeester, Heico. (2000). Methodology: general, Encyclopedia of law and economics, V.I., the history and methodology of law and economics, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 383-401
- [31] Khodabakhshi, Abdollah. (2010). Another Interpretation of Article 22 of Registration of Documents and Real Properties Act, The Judiciary Law Journal, 74(71). pp. 9-39. (In Persian).
- [32] Lord Robbins, L. (1932). An Essay on the Nature and Significance of Economics, London: Macmillan.
- [33] Miceli, Thomas J. (2004). The Economic Approach to Law, California, Stanford: Stanford University Press.
- [34] Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, Qanavati, Jalil, Vahdati Shobairi, Sayyed Hasan and Abdipour, Ebrahim.

- (2009). Law of Contract According to Imamieh Jurisprudence. V.2, Tehran: SAMT. (In Persian).
- [35] Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa, Ghabouli Dorafshan, Seyyed Mohammad Mahdi and Saatchi, Ali. (2014). Analysis of the legal status of customer transactions regarding to pre-emption's subject, Civil Jurisprudence Doctrines, Razavi University of Islamic Sciences, 7(11). pp. 21-3. (In Persian).
- [36] Mohseni, Saeed. (2011). Mistake in the Party to the contract (with comparative study in Iranian and French Law). Tehran: Imam Sadiq University (peace be upon him). (In Persian).
- [37] Mohseni, Saeed & Ghobuli Dorafshan, Seyyed Mohammad Mahdi. (2010). The concept and effects of relative nullity. Journal of Knowledge and Development, 17(33). pp. 245-271. (In Persian).
- [38] Naeemi, Seyyed Morteza. (2021). An Interdoudction to the Approach of Economic Analysis of Law, 2 ed., Tehran: Mizan Publishing. (In Persian).
- [39] Nguyen Xuan, Chanh. (1977). De l'application de la notion d'inopposabilite en droit commercial, Sous la direction de Jean Stoufflet, thèse de Doctorat D'ETAT: Droit privé: Clermont Ferrand 1, France, S.l.: s.n.
- [40] Posner, Richard. (1999). Consequentialism, In book: introduction to the philosophy of Law, Readings & Cases, Problems of jurisprudence, reading 2, edited by jeferson White & Dennis Patterson, Oxford University Press.
- [41] Robati, Mahsa, Mohseni, Saeed and Ghabouli Dorafshan, Seyyed Mohammad Mahdi. (2016). "non-opposability of nullity in commercial companies", Journal of Legal Studies, 9(4). pp. 117-140. (In Persian).
- [42] Samuelson, Paul A. & Nordhaus, William D. (2009). Economics, 19 ed., New York: McGraw-Hill.
- [43] Shahidi, Mahdi. (1996). Collection of Legal Articles, 1 ed., Tehran: Jurist Publication. (In Persian).
- [44] Shami Aghdam, Shahin. (2008). Economic analysis of the sanctions of contractual obligations in Iranian law, Master's thesis in economic law, Allameh Tabatabai University, Faculty of Law and Political Sciences, under the supervision of Dr. Iraj Babaei. (In Persian).
- [45] Shapiro, Scott & McClellenn, Edward F. (1998). Law-and-economics from a philosophical perspective, in book: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, V.2, London: MacMillan Reference Ltd., pp. 65-460.
- [46] Shavell, Steven. (2004). Foundations of economic analysis of law, Harvard University Press.
- [47] Shiravi, Abdolhossein. (2021). Economic Law, 2 ed., Tehran: SAMT. (In Persian).
- [48] Stelmach, Jerzy and Bartosz Brozek. (2005). Methods of Legal Reasoning, Dordrecht: Springer.
- [49] Tabatabai Hessari, Nasreen. (2014). Economic Functions of Official Real Estate Registration in the Light of the Doctrine of Economic Efficiency, Legal Research Quarterly, 18(72). pp. 311-336. (In Persian).
- [50] Terré, François, Simler, Philippe et Lequette, Yves. (1996). Droit civil: les obligations, 6 éd., Paris: Dalloz.
- [51] Tousi, Abbas. (2013). Law and Economy Methodology, Legal Research Quarterly, Special Issue, No. 4, pp. 251-277. (In Persian).
- [52] Wacks, Raymond. (2006). Philosophy of Law: A Very Short Introduction, New York: Oxford University Press.
- [53] Wintgen, Robert. (2004). Étude critique de la notion d'opposabilité: les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand. Paris: LGDJ.
- [54] Yasrebi, Seyed Ali Mohammad & Rezapoor Akerdi, Mohammadali. (2018). The Choice Between The Owner or Possessor; Economic Analysis of the Land Registration System (Record and Register System) in Common Law with a View to Article 22 of the Law of Deed and Real Estate Registration, Private Law Studies Quarterly, 48(2). pp. 343-362. (In Persian).
- [55] Zerbe, Richard O. (2001). Economic efficiency in law and economics, Massachusetts: Edward Elgar Publishing.
- [56] Zoghi, Saeed. (2015). Getting to know the basics of economic analysis of law, Legal Discourse Quarterly, 13(30). pp. 35-62. (In Persian).



A New Insight into the Standard Terms of Consumer Contracts from the "Behavioral Law and Economics" perspective; Emphasizing EU Directions and Iranian law

J. Ghanavati¹, Y. Dadgar², M. A. Rezapoor Akerdi^{2*} 

1-Associate Professor, Department of Law, University of Tehran, Qom, Iran

2-Professor, Department of Economics, University of Shahid Beheshti, Tehran, Iran

3-PhD Candidate, Department of Law, University of Tehran, Qom, Iran

(* - Corresponding Author Email: m.a.rezapoor90@gmail.com)

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.76138.1167>

Received: 03 March 2023 Revised: 23 May 2023 Accepted: 19 August 2023 Available Online: 19 August 2023	How to cite this article: Ghanavati, J.; Dadgar, Y., & Rezapoor Akerdi, M. A. (2023). A New Insight into the Standard Terms of Consumer Contracts from the "Behavioral Law and Economics" perspective; Emphasizing EU Directions and Iranian law. <i>Encyclopedia of Economic Law Journal</i> , 30(23): (95-115) (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.76138.1167
---	---

1- INTRODUCTION

Since the early 1920s and 1930s, when American legal realism defended the development of other social science methods in legal theory, a new attitude towards interdisciplinary approaches to law was formed, and from 1970, "economic analysis of law" or "law and economics" became the most dominant movement in interdisciplinary studies in law. Since about 1960, the notions of "neoclassical economics" were seriously challenged by the insights of behavioral economics. Simultaneously with the introduction of behavioral insights into economics, these insights were applied to law and the economic analysis of law. From now onward, the economic analysis of law underwent a fundamental transformation and a new discipline, named "behavioral law and economics", emerged that was the result of replacing behavioral economics instead of neoclassical economics.

"behavioral law and economics" is a revision of principles and foundations of "neoclassical law and economics" based on the findings of behavioral economics. "Behavioral economics" per se is the synthesis of "cognitive psychology" and economics, which seeks to make the teachings of neoclassical economics more realistic and adapt them with real human behavior, and therefore, behavioral economics can be considered as an explanation of economic behavior with the help of psychological findings.

It is difficult and unnecessary to examine all the foundations and principles of behavioral economics in this article, but it can be said briefly that behavioral economics concentrates on the "rational choice theory" of neoclassical economics with its main criterion, i.e. "expected utility maximization", and insists on the belief that human behavior in reality, is significantly different one than what the neoclassical economics predicts. Therefore, "the biases and heuristics" of human by influencing his judgment and decision-making process, cause that his behavior deviate from the prediction of conventional economics in three areas, which include "bounded rationality", "bounded self-interest" and "bounded willpower".

A large part of the writings on "behavioral law and economics" deals with the analysis of the foundations of law and economics, and another part of it, which is still in its initial stages, applies the findings of behavioral economics to various fields of law, such as property law, contract law, civil liability, etc. ... In contract law, the researches are mainly focused on consumer contracts, and the principal question is, can the prevailing approach in law to the consumer contracts, which is based on neoclassical economics and imposing information duties to the sellers and suppliers, help the law to achieve his goal, i.e. equal and free of unfair terms contracts in consumer law?!

Studies and evidence show that the current approach in consumer law, i.e. information duties, is unsuccessful and inefficient. Therefore, we need to a new approach in this area and more and more intelligent involvement of the legislator to achieve fair contracts in this area. Regulations that have so far focused on informing the consumer and creating an informational balance between the parties to the contract, should be changed, and instead of assuming the rational choice of the consumer in the case of having equal information, should



concentrate on their cognitive weaknesses and limitations and based on the actual process of Consumer decision-making, achieve to their goals with an intelligent and purposeful legislative intervention process.

In this article, we will discuss whether the current approach of legal systems in dealing with inefficient and unfair terms in standard consumer contracts can achieve its goals, and if not, by taking advantage of the insights of "behavioral law and economics" What solutions should be considered in legal policy?!

2- PURPOSE

As is obvious, The main goal in consumer contract regulations is the protection of consumer which as the weaker party to the contract, against the producers and suppliers of goods and services should be protected. In fact, the business party in b2c contracts, due to its financial and informational power, has the opportunity to impose his unilateral terms on the consumers. So, this regulations are going to guarantee that this contracts will be bilateral beneficial for both parties of it.

Thus, the principal purpose in this article is to make it possible to conclude fair and mutually beneficial contracts by taking advantage of the behavioral economics' findings. And for this purpose, we suggest some theoretical and practical solutions to Iranian Legislator.

3- METHODOLOGY

Basically, the research method in behavioral and cognitive sciences, including behavioral economics and behavioral law and economics, is an experimental method but in this article, we are trying to explain the experimental findings of behavioral economics and its application in consumer law, this article has a descriptive-analytical Methodology, which uses experimental findings as data for analysis.

4- FINDINGS

1- The information solutions that are adopted for creating information symmetry between the parties of the consumer contract, are inefficient because that, the information asymmetry not causes the unfair contracts terms alone, Therefore, the usual legal solutions, such as requiring the seller to include the necessary information in the contract or on the goods, are not sufficient ones.

2- According to behavioral law and economics, Since the existence of cognitive biases and various errors in consumers decision making, is the main factor in accepting unfair terms in the consumer contracts, the focus of the legal system should be on removing bias from consumers; Therefore, solutions such as simplifying contractual terms, drawing consumers' attention to the important and main terms of the contract, monitoring standard consumer contracts and etc, will be effective solutions.

3- The provisions of Iranian law in this field do not have the necessary comprehensiveness and, moreover, do not correspond to the developments in this field. As mentioned, the contractual terms for consumers are divided into prominent and non-prominent categories, in the prominent contractual terms such as the terms related to the price and basic characteristics of the goods, the market mechanism and freedom of contract are sufficient in ensuring the consumer's rights and fair contracts. But instead, the legislator's attention should be directed to non-prominent contractual terms, terms that sellers can abuse buyers' inattention and maximize their economic benefit, for this, the legislator can apply the following solutions.

3(a)- use of default rules: Behavioral findings show that setting any rule as a default increases the probability of its selection. In fact, people's reluctance to change the current state, as well as the endowment effect, justify the people's propensity to the default rule. Based on this, the Iranian legislator can increase the possibility of including such terms in the contract by determining beneficial rules for the consumer as the default rule.

3(b)- Prohibiting the use of standard contracts and forcing to negotiate: In the non-prominent terms where the greatest amount of inequality and injustice is observed, the legislator for drawing people's attention to the importance of these terms, can force people to negotiate on them and prohibit the standard contract terms.

3(c)- Use of black and gray list: This proposal, which is based on its use in European Union law and its effectiveness, by determining absolutely or relatively invalid terms, is another example of the legislator's intervention in unfair consumer contract terms.

3(h)- The provision of cooling-off periods, such as Article 37 of the Electronic Commerce Law approved in 2003 (1382 SH), gives the buyer, who has made a purchase due to various cognitive biases, the possibility to rethink and terminate the contract if necessary.

5- CONCLUSION

The consumer contracts are an example of the impact of Evolution in anthropological foundations of law in solving legal problems. Behavioral law and economics, by rejecting the hypothetical economic man (homo

economocus), turn their eyes to the actual behavior of man and so, Paying attention to the actual decision-making process of consumers shows why the regulations in this area have been ineffective. In fact, Too much focus on the informational paradigm and the assumption of competent consumer has led to the neglect of other factors of creating unfair contractual terms. Therefore, by emphasizing the actual process of consumers' choice and their cognitive errors and biases, it is possible to direct the regulations in the field of consumer contracts towards efficiency and fair agreements.

Keywords: Behavioral Law and Economics, Neoclassical Economics, Economic Analysis of Law, Standard Terms, Consumer Contracts.

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۹۵-۱۱۵

نگاهی نو به شروط استاندارد قراردادهای مصرف از دیدگاه «حقوق و اقتصاد رفتاری»؛ با تأکید بر دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا و حقوق ایران

جلیل قنوتی^۱ - یدالله دادگر^۲ - محمدعلی رضاپور آکردی^{۳*}

دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۲ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۲۸

چکیده

امروزه قراردادهای مصرف به عنوان بخش گسترده‌ای از قراردادها، غالباً در قالب استاندارد منعقد می‌شوند. با وجود صرفه اقتصادی، این قراردادها، گاه نتایج نامطلوبی برای مصرف‌کننده در پی دارد؛ به گونه‌ای که تاجر با بهره‌گیری از موقعیت برتر خود، قراردادی غیرمنصفانه و ناعادلانه به سود خود و به زیان مصرف‌کننده منعقد می‌کند. حقوق نمی‌تواند در برابر این بی‌عدالتی منفعل بماند؛ اما سازوکارهای حقوقی برای مقابله با شروط ناعادلانه و یک‌طرفه قرارداد مصرف از کارایی لازم برخوردار نیست؛ زیرا مقررات مذکور، هماهنگ با آموزه‌های اقتصاد نئوکلاسیک، بزرگ‌ترین عامل پدیدآمدن قراردادهای غیرمنصفانه مصرف را نابرابری و عدم تقارن اطلاعاتی بین مصرف‌کننده و تاجر دانسته و بر این اساس، از راهکارهای افشاء اطلاعات به عنوان ابزار اصلی حل مسأله مذکور بهره می‌گیرد؛ این امر نیازمند بازنگری و تحول است که این نگرش نو، بهره‌گیری از یافته‌های «حقوق و اقتصاد رفتاری» است. بر این اساس، مشکل اصلی قراردادهای مصرف، نه فقط عدم تقارن اطلاعاتی بین مصرف‌کننده و تاجر، بلکه در فرآیندهای واقعی ادراک و تصمیم‌گیری مصرف‌کننده نهفته است که متأثر از سوگیری‌ها و خطاهای شناختی است. در این مقاله، با روش توصیفی-تحلیلی با تکیه بر داده‌های آماری و کمی تحقیقات اقتصاد رفتاری نشان خواهیم داد که رویکرد حقوق اتحادیه اروپا که متضمن مفصل‌ترین و پیشروترین مقررات در این عرصه است و همچنین، مقررات حمایت از مصرف‌کننده در حقوق ایران که مبتنی بر پارادایم اطلاعاتی و هم‌راستا با آموزه‌های اقتصاد نئوکلاسیک است، در نیل به قراردادهای منصفانه و عادلانه ناموفق بوده است. پس باید مطابق با آموزه‌های «حقوق و اقتصاد رفتاری» علاوه بر استفاده از قواعد افشاء اطلاعات که پارادایم غالب کنونی در حقوق است، با استماع از یافته‌ها و ابزارهای بینش رفتاری، از سوءاستفاده فروشندگان و عرضه‌کنندگان از سوگیری‌ها و خطاهای شناختی مصرف‌کنندگان جلوگیری نمود و به قراردادهای عادلانه مصرف دست یافت.

کلیدواژه‌ها: حقوق و اقتصاد رفتاری، اقتصاد نئوکلاسیک، تحلیل اقتصادی حقوق، شروط استاندارد، قرارداد مصرف، شروط ناعادلانه.

طبقه‌بندی JEL: K12-B59

مقدمه

نگرشی نوین نسبت به رویکردهای بین‌رشته‌ای به حقوق شکل گرفت و از ۱۹۷۰ «تحلیل اقتصادی حقوق» یا «حقوق و اقتصاد»، تبدیل به جریان غالب بین‌رشته‌ای حقوق شد. تحلیل اقتصادی حقوق به عنوان شاخه‌ای از تحلیل اقتصادی به معنای اعمال نگرش اقتصادی بر رفتار غیربازاری، بر میانی و اصول اقتصاد نئوکلاسیک مبتنی است. تقریباً از ۱۹۶۰ انگاره‌های «اقتصاد نئوکلاسیک» به وسیله بینش‌های اقتصاد رفتاری مورد مناقشه جدی قرار گرفت. هم‌زمان با ورود بینش‌های رفتاری به اقتصاد، این بینش‌ها به حقوق و تحلیل اقتصادی حقوق هم

از اوایل دهه ۱۹۲۰ و ۱۹۳۰ که واقع‌گرایی حقوقی آمریکایی، از بسط شیوه‌های سایر علوم اجتماعی در نظریه حقوقی دفاع کرد،

۱- دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دانشکده فقه و حقوق

Email: j_ghanavati@yahoo.com

۲- استاد اقتصاد دانشگاه شهید بهشتی

Email: yydadgar@gmail.com

۳- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دانشکده فقه و حقوق

(Email: m.a.rezapoor90@gmail.com)

(*) - نویسنده مسئول:

شخصی محدود» و «اراده محدود»^{۱۴} است. به اعتقاد محققان اقتصاد رفتاری، با ابتناء فروض اقتصاد بر رفتار واقعی انسان، ضمن ارتقاء یا حفظ قدرت پیش‌بینی علم اقتصاد، امکان ارائه پیش‌بینی‌های دقیق‌تری نیز فراهم می‌گردد؛ زیرا با وجود انحراف رفتار انسان از نظریه انتخاب عقلانی، این انحراف، نظام‌مند و قابل پیش‌بینی بوده و در قالب نظریه جامع دورنما یا چشم‌انداز^{۱۵} که کانمن و تورسکی آن را به‌عنوان رقیب نظریه مطلوبیت انتظاری مطرح کرده‌اند (Dadgar, 2020; 69)، می‌گنجد؛ بنابراین، هدف اقتصاد رفتاری، ارتقاء قدرت توضیحی و پیش‌بینانه نظریه اقتصادی با ارائه مبانی واقعی‌تر روان‌شناختی است.

سرآغاز اعمال اقتصاد رفتاری بر حقوق در مقاله تالر، جولز و سانسیتین^{۱۶} یافت می‌شود. حقوق و اقتصاد رفتاری را می‌توان تلاش برای ابتدای تحلیل اقتصادی حقوق بر رفتار واقعی و نه فرضی انسان دانست تا از این طریق، هم تحلیل اقتصادی دقیق‌تر و کارآمدتری از حقوق ارائه شود و هم در راستای هدف نظام حقوقی که هدایت رفتار انسان است، از یافته‌های اقتصاد رفتاری که همانا کشف رفتار واقعی انسان است، بتوان بهره برد.

بخش عظیمی از نوشته‌های حقوق و اقتصاد رفتاری، به واکاوی مبانی حقوق و اقتصاد می‌پردازد و بخش دیگری از آن که هنوز در مراحل آغازین خود بسر می‌برد، به اعمال یافته‌های اقتصاد رفتاری بر عرصه‌های مختلف حقوق نظیر حقوق مالکیت، حقوق قراردادهای، مسئولیت مدنی و ... می‌پردازد. در حیطه حقوق قراردادهای، توجه محققان حقوق و اقتصاد رفتاری، عمدتاً، معطوف به قراردادهای مصرف است و به این پرسش پرداخته می‌شود که آیا رویکرد حاکم در نظام حقوقی به مسأله قراردادهای مصرف که مبتنی بر اقتصاد نئوکلاسیک و مبنی بر وضع تکالیف اطلاعاتی بر عهده فروشندگان و عرضه‌کنندگان است، می‌تواند به حقوق در نیل به هدف اصلی این حوزه که انعقاد قراردادهایی برابر و عاری از شروط ناعادلانه است، کمک کند یا خیر؟!

مطالعات و شواهد نشان می‌دهد که رویکرد فعلی حقوق مصرف که در قالب تکالیف اطلاعاتی قابل طرح است، ناموفق و ناکارآمد است^{۱۷}؛ بنابراین مقررات این حوزه، نیازمند نگرشی نوین و دخالت بیشتر و هوشمندانه‌تر مقنن برای نیل به قراردادهای منصفانه در این حوزه است. مداخلاتی که تا کنون بر آگاه‌سازی مصرف‌کننده و ایجاد توازن اطلاعاتی بین طرفین قرارداد متمرکز بوده است، باید متحول شود و به جای فرض رفتار عقلانی مصرف‌کننده در صورت دارا بودن

ورود پیدا کرد؛ لذا همان زمانی که کانمن و تورسکی^۱ از اهمیت «نظریه دورنما یا چشم‌انداز»^۲ برای بازار سخن می‌گفتند^۳، حقوقدان، مارک کِلْمَن^۴، از اهمیت این نظریه در نظریه کوز که یکی از اصول حقوق و اقتصاد است، نوشت^۵. از این زمان، تحلیل اقتصادی حقوق دچار تحولی اساسی شد و رشته‌ای نو که حاصل جایگزینی اقتصاد رفتاری به جای اقتصاد نئوکلاسیک بود، پدید آمد، رشته‌ای که «حقوق و اقتصاد رفتاری» یا «حقوق رفتاری»^۶ نام گرفت.

«حقوق و اقتصاد رفتاری»^۷، بازنگری در اصول و آموزه‌های «حقوق و اقتصاد استاندارد» یا «تحلیل اقتصادی حقوق» بر اساس یافته‌های اقتصاد رفتاری است. «اقتصاد رفتاری» نیز به نوبه خود تلفیقی از «روان‌شناسی شناختی»^۸ و دانش اقتصاد است که به دنبال واقعی‌تر نمودن آموزه‌های اقتصاد نئوکلاسیک و تطابق آن با رفتار واقعی انسان است و از این‌رو، اقتصاد رفتاری را می‌توان توضیح رفتار اقتصادی با کمک یافته‌های روان‌شناسی دانست (Dadgar, 2020; 10). هرچند ریشه‌های اقتصاد رفتاری را پیش‌ازین و در آثار دانشمندانی چون هربرت سایمون^۹، کاتونا^{۱۰} و دیگران می‌توان جست، ولی کانمن و تورسکی را می‌توان از بنیان‌گذاران اقتصاد رفتاری دانست.

بررسی تمامی مبانی و اصول اقتصاد رفتاری در این مقاله دشوار و غیرضروری است اما به‌طور خلاصه، اقتصاد رفتاری بر «نظریه انتخاب عقلانی»^{۱۱} اقتصاد نئوکلاسیک و معیار اصلی آن، یعنی «بیشینه‌سازی مطلوبیت انتظاری»^{۱۲}، تاخته و بر این اعتقاد اصرار می‌ورزد که رفتار انسان در واقعیت، به‌گونه‌ای متفاوت از پیش‌بینی اقتصاد نئوکلاسیک ظاهر می‌شود. بر این اساس، انسان در اثر «سوگیری‌ها و رهیافت‌های ذهنی»^{۱۳} که بر فرآیند داوری و تصمیم‌گیری او اثر می‌گذارد، در سه حوزه از پیش‌بینی اقتصاد متعارف منحرف می‌شود که این سه حوزه شامل «عقلانیت محدود»، «منفعت

1 - Daniel Kahneman and Amos Tversky

2 - Prospect Theory

3 - Kahneman Daniel, Tversky Amos, 1979.

4 - Mark Kelman

5 - Mark Kelman, 1979

۶ - در خصوص نام‌گذاری این رشته جدید که حاصل ترکیب اقتصاد رفتاری و حقوق است، پیشنهادات گوناگونی مطرح شده است که «حقوق و اقتصاد رفتاری»، «اقتصاد رفتاری و حقوق»، «دانش رفتاری و حقوق» و «حقوق رفتاری» پرتکرارترین آن‌ها است.

7 - Behavioral Law and Economocs

8 - Cognitive Psychology

9 - Herbert Simon

10 - George Katona

11- Rational Choice Theory

12- Expected Utility Maximization

13- Biases & Heuristics

14- Bounded Rationality, Bounded Self-Interest & Bounded Willpower

15- Prospect Theory

16- Jolls, Sunstein, Thaler, 1998.

17- European Commission Report, (2016), Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs).

محدودیت‌های شناختی خویش دانسته‌اند. در این مقاله رویکرد کانمن و تورسکی به‌عنوان رویکرد غالب در حقوق و اقتصاد رفتاری، ملاک قرار گرفته است.

۳- در این نوشتار، منظور از رهیافت‌های ذهنی (که میانبرهای ذهنی یا شیوه‌های اکتشافی نیز نامیده می‌شود)، استراتژی‌های ساده‌ای است که افراد متخصص و غیرمتخصص، هنگام تصمیم‌گیری با وقت و اطلاعات محدود از آن استفاده می‌کنند (Engel & Gigerenzer, 2006; 1-2). درواقع، این شیوه‌ها، راهکارهایی هستند که انتخاب واقعی انسان به جای فروض انتخاب عقلانی و روش‌های منطقی، بر آن استوار است. همچنین، سوگیری‌های شناختی که به‌طور خلاصه می‌توان آن‌ها را انحراف از رفتار بهینه دانست، به معنای شکست نظام‌مند افراد در رفتار مطابق فرض انتخاب عقلانی (و معیار اصلی آن بیشینه‌سازی مطلوبیت انتظاری) در نتیجه نواقص و محدودیت‌های تصمیم‌گیری است.

۱- واکاوی دیدگاه «حقوق و اقتصاد» به مسئله شروط استاندارد قراردادهای مصرف

نقطه آغازین هر تحلیل اقتصادی از حقوق، نظریه مشهور کوز است که مقرر می‌دارد: در شرایط هزینه مبادله صفر (پایین)، نتیجه بهینه، فارغ از قاعده حقوقی، به دست خواهد آمد (Coase, 1960). نظریه کوز هم، به نوبه خود مبتنی بر نظریه بنیادی انتخاب عقلانی^۶ است. این نظریه، در مقبول‌ترین برداشت از آن، چنین فرض می‌کند که افراد در مواجهه با انتخاب‌های گوناگون، گزینه‌ای را بر خواهند گزید که بیش‌ترین مطلوبیت (یا رفاه) را برایشان در پی خواهد داشت. در تحلیل حقوق مصرف هم، این، نقطه شروع است؛ یعنی پیشنهاد تحلیل اقتصادی حقوق یا حقوق و اقتصاد، این است که طرفین آگاه، برای نیل به نقطه بهینه قرارداد که حاصل تلاقی کیفیت کالا و خدمات از یک سو و قیمت آن از سوئی دیگر است، مذاکره نموده و بنابراین، طرفین قرارداد قادر خواهند بود تا بدون موضوعیت‌داشتن تخصیص اولیه حقوق و نیز بدون نیاز به دخالت نظام حقوقی، به نتیجه کارآمد نائل آیند.

از منظر «حقوق و اقتصاد نئوکلاسیک»، مسائلی مثل قدرت معاملاتی نابرابر طرفین، طبیعت پذیرش بی‌قیدوشرط و یا عدم پذیرش قرارداد^۷ و امضاء قرارداد بدون خواندن مفاد آن، چالشی برای آن‌که قرارداد بتواند بیشینه‌ساز رفاه افراد باشد، ایجاد نمی‌کند چون سازوکار رقابت بین شرکت‌ها در خصوص شروط استاندارد، تضمین‌کننده قراردادهای منصفانه است. مصرف‌کنندگان اگر از بعضی از شروط

از اطلاعات برابر، به ضعف‌ها و محدودیت‌های شناختی او تمرکز کرده و با توجه به فرآیند واقعی تصمیم‌گیری مصرف‌کننده، با دخالت تقنینی هوشمندانه و هدفمند، به اهداف خود دست یابد.

با وجود مقالات و کتب متعددی که در حوزه «اقتصاد رفتاری» در ایران به رشته تحریر درآمده است^۱، اما «حقوق و اقتصاد رفتاری» به‌عنوان نگرشی بین‌رشته‌ای، چندان موردتوجه جامعه حقوقی قرار نگرفته است و جز چند پایان‌نامه که اخیراً با این موضوع تدوین شده یا در حال تدوین است، در دانشکده‌های حقوق موضوع کم‌تر شناخته شده‌ای است. این مطلب در موضوع حاضر که شامل نگرش رفتاری به حقوق مصرف است، نیز صادق بوده و می‌توان نوشته حاضر را تقریباً، اولین مقاله‌ای دانست که مستقلاً به موضوع حقوق مصرف از دیدگاه «حقوق و اقتصاد رفتاری» پرداخته است.

در این مقاله به این مسئله خواهیم پرداخت که آیا رویکرد فعلی نظام‌های حقوقی در برخورد با شروط ناکارآمد و غیرمنصفانه در قراردادهای استاندارد حوزه مصرف، می‌تواند به اهداف خود در این حوزه دست یابد و در غیر این صورت، با بهره‌گیری از بینش‌های حقوق و اقتصاد رفتاری، چه راهکارهایی باید در سیاست‌گذاری حقوقی حوزه مصرف مدنظر قرار گیرد؟

مبانی نظری

۱- در این نوشتار، منظور از اقتصاد رفتاری، مفهومی عام از آن است که برابر با «علوم یا بینش رفتاری»^۲ است. در واقع، حقوق و اقتصاد رفتاری مبتنی بر یافته‌های رفتاری یا آن‌چیزی است که حوزه «داوری و تصمیم‌گیری»^۳ نامیده شده است و به‌وسیله روان‌شناسان و محققان سایر علوم اجتماعی و انسانی هدایت و راهبری می‌شود و اقتصاد رفتاری به‌عنوان نماینده این گفتمان که بیشترین ارتباط را با حقوق و اقتصاد استاندارد نیز داراست، در این حوزه به‌طور کلی و در این نوشتار مورد مذاقه قرار گرفته است.

۲- در حوزه علوم رفتاری، دو دیدگاه نسبت به رهیافت‌های ذهنی^۴ وجود دارد؛ رویکرد کانمن و تورسکی که با معیار قراردادن عقلانیت اقتصادی در معنای مرسوم، انحراف از مدل انتخاب عقلانی و بیشینه‌سازی مطلوبیت انتظاری را سوگیری و خطا دانسته‌اند و رویکرد اشخاصی نظیر گرد گیگرنزر^۵ که با پذیرش مفهومی اکولوژیک و محیطی از عقلانیت، استفاده از میانبرهای ذهنی را عقلانی و بهترین و به‌صرفه‌ترین راه افراد در مواجهه با

۱ - برای نمونه، رک:

Dadgar, 2020; Altman, 2019; Rahbar, et al, 2013.

2 - Behavioral Science

3- Judgment and decision making (JDM)

4- Heuristics

5- Gerd Gigerenzer

6- Rational Choice Theory

7- Take-it-or-Leave-it

از اوست، ارجح بر دخالت قانونی و سازوکارهای بدیل است. این مطلب را با مثالی توضیح می‌دهیم؛ فرض کنید فروشنده می‌تواند گارانتی کامل محصول یا گارانتی محدود محصول را در قالب شرط در قرارداد استاندارد بگنجانند. هزینه انتخاب گارانتی کامل برای فروشنده، به ازای هر واحد تولید، ۱۰ دلار است و ارزش گارانتی کامل برای مصرف‌کننده به ازای هر واحد^۳، ۱۵ دلار بیشتر از ارزش گارانتی محدود است. طبق نظریه اقتصادی، فروشنده، گارانتی کامل را برمی‌گزیند زیرا که می‌تواند مبلغی بین ۱۰ دلار (هزینه تولید) و ۱۵ دلار (ارزش گارانتی کامل برای خریدار) که بیشتر از هزینه اوست، مطالبه نماید. این انتخاب هم از طرفی کارآمد^۴ است زیرا مطلوبیتی که خریدار به دست می‌آورد از هزینه اضافی که به فروشنده می‌پردازد، بیشتر است و هم از طرف دیگر، با این انتخاب، وضع رفاه مصرف‌کننده بهتر می‌شود چون با پرداخت مبلغی کمتر از ۱۵ دلار، معادل ۱۵ دلار به مطلوبیت یا رفاه وی افزوده می‌شود.^۵ حال فرض کنیم که گارانتی کامل برای خریدار فقط ۵ دلار بیشتر از گارانتی محدود بیارزد، در این صورت، فروشنده گارانتی محدود را برمی‌گزیند، زیرا اگر گارانتی کامل را برگزیند یا باید قیمت را به اندازه هزینه خود که ۱۰ دلار بوده بالا برده که در این صورت، خریداری نخواهند داشت و یا کمتر از هزینه ۱۰ دلاری خود مطالبه نمایند که به صرفه نیست؛ اما در همین فرض دوم هم انتخاب فروشنده که انتخاب بازار است، بر دخالت حقوقی و هرگونه سازوکار بدیل ارجح است، زیرا گنجانیدن شرطی غیر از انتخاب فروشنده که به معنای برگزیدن گارانتی کامل به جای محدود است، سبب می‌شود فروشنده مبلغی بیش از هزینه ۱۰ دلاری خود مطالبه کند که این بیشتر از ارزش ۵ دلاری این شرط برای خریدار است و بنابراین هم کارایی شرط و هم رفاه خریدار کاهش خواهد یافت (Korobkin, 2003; 1209-1210).

اما چنان که بیان شد، دیدگاه حقوق و اقتصاد نئوکلاسیک، مبتنی بر نظریه کوز بوده که بر فرض هزینه‌های مبادلاتی صفر مبتنی است، امری که رونالد کوز نیز بر غیرواقعی و ایده‌آل بودن آن اذعان داشته است. از سوی دیگر، دیدگاه حقوق و اقتصاد نئوکلاسیک، بر فرض بازار کامل و اطلاعات کامل و به اعتقاد برخی، بر فرض ترجیحات یکسان و همگن خریداران استوار است که این فروض اگرچه همواره غیرواقعی نیستند اما قطعاً همیشه نیز محقق نمی‌شوند؛ بنابراین، حتی از دیدگاه اقتصاد نئوکلاسیک، امکان بروز شرایطی که ترتیبات

راضی نباشند، می‌توانند برای خرید شروط بهتر اقدام نمایند (یعنی به فروشنده دیگری رجوع کنند). فروشندگان نیز چون در پی سود هستند، نمی‌خواهند خریداران محصولات خود را از دست دهند و به همین دلیل، استاندارد قراردادهایشان را با خواست اکثریت مصرف‌کنندگان منطبق می‌کنند.

بنابراین، رقابت سبب می‌شود، فروشندگان شروطی را در قرارداد بگنجانند که مطابق با خواست و ترجیحات مصرف‌کنندگان است. به علاوه، "وظیفه خواندن قرارداد"^۱ نیز سبب می‌شود تا هر طرفی، مسئول تصمیمات خود بوده و بحث مخاطرات اخلاقی هم منتفی باشد. به طور کلی، حقوق و اقتصاد استاندارد، بر پابرجایی و استحکام قرارداد تأکید دارد حتی اگر متعاقباً، کشف شود که قرارداد به میزان مورد انتظار، سودمند نبوده است.

همچنین، شروط استاندارد، ریسک قرارداد را بین مصرف‌کننده و فروشنده تقسیم می‌کند و بنابراین استانداردسازی شروط نه تنها نشانه ناعادلانه بودن شروط قراردادی نیست بلکه ابزار تقسیم ریسک بین طرفین قرارداد و بیشینه‌ساز رفاه خواهد بود (Luth, 2008; 4).

تحلیل اقتصادی حقوق پیشنهاد می‌کند که در بازار کامل با اطلاعات کامل، قراردادهای بین فروشنده و خریدار قطعاً تنها حاوی شروط کارآمد است، بدین معنی که فایده آن قراردادهای بیشتر از هزینه آن خواهد بود. به علاوه، بر اساس نظریه اقتصادی، جایگزین کردن یک شرط ناکارآمد (یعنی شروط الزامی غیر توافقی) به جای شروط مرضی‌الطرفین، وضع فروشنده و خریدار هردو را بدتر می‌کند چون چنان که در ادامه تشریح خواهد شد، سازوکار بازار و رفتار عقلانی طرفین قرارداد، حصول بهترین توافق از منظر کارایی اقتصادی و منفعت مصرف‌کننده به طور خاص را تضمین خواهد نمود؛ درحالی که مداخله تقنینی قضائی در قرارداد که مستلزم تغییر در شروط مرضی‌الطرفین است، لاجرم به معنای تنزل کارایی قرارداد از حد بیشینه (توافق مرضی‌الطرفین) به توافقی کمتر سودمند خواهد بود بدین ترتیب کارآمدترین نتیجه قرارداد که از رهگذر توافق اراده‌های طرفین به دست می‌آید با دخالت حقوقی، به درجه‌ای ادنی تنزل می‌یابد که این به معنای نزول رفاه هردو طرف قرارداد است. نتیجه این دو پیشنهاد این می‌شود که در فقدان اثرات خارجی یا در صورتی که شروط قراردادی به زیان اشخاص ثالث نباشد، دادگاه نباید از اجرای شروط قراردادی امتناع ورزد حتی اگر این شروط در قالبی از قبل تهیه شده و بر پایه و مبنای الحاقی^۲ در قرارداد گنجانده شده باشند (Korobkin, 2003; 1208).

پس قرارداد و شروط استاندارد هم به لحاظ کارایی اجتماعی و هم به لحاظ رفاه طرف ضعیف که هدف از مقررات حقوق مصرف حمایت

۳ - منظور از ارزش، مبلغی است که خریدار در ازای دریافت گارانتی حاضر به پرداخت است (Willingness to Pay: wtp).

۴ - مراد از کارایی اجتماعی، فزونی مطلوبیت حاصل از هر واحد کالا (در این مثال، مطلوبیت خریداران) بر هزینه تمام‌شده هر واحد کالا می‌باشد.

۵ - به این دلیل مبلغ پرداختی توسط خریدار، کمتر از ۱۵ دلار خواهد بود که فروشنده باید به میزانی کمتر از ۱۵ دلار قیمت را بالا ببرد تا مصرف‌کننده حاضر به پذیرش شرط شود.

1- duty to read
2 - Adhesive basis

خواندن آن، از منظر اقتصاد اطلاعات، مهم‌ترین مسئله در حوزه شروط استاندارد قراردادهای مصرف قلمداد می‌شود (De Geest, 2002; 222).

مسئله عدم تقارن اطلاعاتی، خود، سبب حدوث پدیده انتخاب وارونه یا معکوس^۴ می‌شود؛ بدین معنی که افراد به دلیل عدم امکان ارزیابی کیفیت در اثر فقدان اطلاعات کامل، انتخاب خود را تنها مبتنی بر قیمت انجام می‌دهند و در نتیجه، کالاهای باکیفیت که نمی‌توانند قیمت خود را به سطح کالاهای باکیفیت کمتر برسانند، از بازار خارج می‌شوند (Akerlof, 1970). هرچه تعیین کیفیت کالا سخت‌تر باشد، ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده برای اتخاذ تصمیم آگاهانه و غلبه بر شکست بازار و پدیده انتخاب وارونه، ناشی از عدم تقارن اطلاعاتی دشوارتر می‌شود (Hartlief, 2004; 258-260). بنابراین، اقتصاد اطلاعات معتقد است که عدم تقارن اطلاعاتی و نتیجه آن، یعنی انتخاب وارونه، منجر به شروط قرارداد مصرف با کیفیت پایین می‌شود که تنها به نفع فروشنده است و مهم‌تر آن‌که، مکانیزم‌های بازار هم برای حل این مسئله کافی نیستند. نکته مهم در این میان، آن است که رویکرد اقتصاد اطلاعات، بر این فرض مبتنی است که مصرف‌کنندگان به‌عنوان گزینشگرانی عقلانی، در صورت داشتن اطلاعات کافی، عقلانی‌ترین گزینه را بر خواهند گزید؛ بنابراین ارائه اطلاعات به مصرف‌کنندگان در این بینش، نقش مرکزی ایفاء می‌کند. (Faure & Luth, 2011; 343).

۲- ارزیابی وضع کنونی مقررات حقوقی در حوزه شروط استاندارد قراردادهای مصرف

با بیان اجمالی دیدگاه «حقوق و اقتصاد» در مورد شروط استاندارد قرارداد مصرف و در تلاش برای یافتن شباهت و تفاوت بین رویکرد حقوقی و دیدگاه اقتصادی به مسئله مذکور^۵، در این قسمت، موقع

مرضی‌الطرفین در قالب قرارداد و شروط استاندارد، نتیجه‌ای کارآمد در پی نداشته باشد، وجود دارد. حال، به‌طور کلی چنین شرایطی تحت عنوان شکست بازار قابل بررسی است که در ادامه بدان اشاره خواهد شد.

۱-۱- ناکارآمدی احتمالی قرارداد مصرف؛ تأثیر اقتصاد اطلاعات^۱

دیدگاه حقوق و اقتصاد در خصوص قراردادهای مصرف، بر سازوکار بازار و نظریه رقابت کامل^۲ مبتنی است که یکی از فروض این نظریه، فرض اطلاعات کامل است. این فرض بدین معنی است که تمام کارگزاران در بازار یعنی هم بنگاه‌ها و هم خریداران، از کیفیت و قیمت و همه اطلاعات مربوط کاملاً آگاه هستند؛ اما فرض برخورداری کارگزاران اقتصادی از اطلاعات کامل و نیز فرض برخورداری برابر طرفین قرارداد از اطلاعات، پیش از ورود اقتصاد رفتاری نیز با تردیدهایی روبرو شده است؛ درواقع مسئله عدم تقارن اطلاعاتی و پذیرش آن در رویکرد استاندارد اقتصادی، ریشه در اقتصاد اطلاعات دارد. اقتصاد اطلاعات شاخه‌ای از اقتصاد خرد است که به بررسی چگونگی تأثیر اطلاعات بر تصمیمات اقتصادی افراد و به‌طور کلی بر اقتصاد می‌پردازد؛ بنابراین اقتصاد اطلاعات هرچند در چارچوب اقتصاد نئوکلاسیک قرار می‌گیرد اما بر فرض بازار کامل و اطلاعات کامل اقتصاد نئوکلاسیک خرده‌گرفته و تأثیر عواملی همچون عدم تقارن اطلاعاتی و توانایی‌های متفاوت افراد در ارزیابی اطلاعات را بر اقتصاد می‌سنجد (Stiglitz, 1985; 22-24).

اقتصاد اطلاعات بر توانایی محدود مصرف‌کنندگان در ارزیابی اوصاف و ویژگی‌های کالا تمرکز می‌کند؛ توانایی محدود مصرف‌کنندگان در ارزیابی کیفیت برخی از کالاها^۳ منجر به مسئله عدم تقارن اطلاعاتی می‌شود؛ یعنی درحالی که یکی از طرفین (فروشنده) از توانایی ارزیابی ویژگی‌های کالا برخوردار است، طرف دیگر (مصرف‌کننده) این توانایی را ندارد؛ هنگامی که مصرف‌کنندگان از اطلاعات محدودی در خصوص کالا برخوردارند، سایر ویژگی‌های کالا مثل قیمت، بر تصمیم‌گیری فرد غالب و چیره و تبدیل به عامل اصلی تصمیم‌گیری می‌شود؛ ازاین‌رو، مسئله امضاء قرارداد بدون

4 - Adverse selection

۵ - واکاوی وجوه مشترک دیدگاه حقوق و دیدگاه اقتصاد نئوکلاسیک مستلزم بحثی مجزا است که از رسالت این نوشتار خارج است اما به طور کلی، اصل آزادی قراردادی، ریشه در انسان‌شناسی حقوقی دارد که دست‌کم در حقوق قراردادهای به انسان‌شناسی اقتصاد نئوکلاسیک (انسان اقتصادی) بسیار نزدیک است؛ این مطلب که در مقررات عامی همچون اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL) تبلور یافته است، برخی از صاحب‌نظران را به‌درستی بر آن داشته است که «... حقوق قراردادهای بر این امر اصرار نمی‌ورزد که معاملات منصفانه باشد به این معنا که تعهدات اجرائی طرفین متعادل باشد. به طور کلی نظر بر این است که طرفین قرارداد بهترین قاضی و ارزیاب تعهدات معوض خود در مبادله هستند...»؛ قنوتی، جلیل، ۱۳۸۹، اصل آزادی قراردادی: قراردادهای و شروط غیرعادلانه، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال ۴۲، شماره ۸۵/۱، صص ۱۳۵-۱۵۷، ص ۱۴۴.

چنان که مشاهده می‌شود اصل آزادی قراردادی و سپس اصل ازوم پابندی به قرارداد، یادآور فرض انتخاب عقلانی است.

1- Information Economics

2- Perfect Competition

۳- کالاها بر اساس توانایی مصرف‌کننده در تعیین کیفیت آن، به سه دسته کالای جستجو (search goods)، تجربی (experience goods) و اعتباری (credence goods) تقسیم می‌گردد. کیفیت کالاهای جستجو، به آسانی، پیش از خرید می‌تواند ارزیابی شود اما کیفیت کالاهای تجربی، تنها پس از خرید کالا یا خدمت می‌تواند مورد ارزیابی قرار گیرد و در نهایت، کیفیت کالاهای اعتباری، حتی پس از خرید آن هم مشخص نمی‌گردد.

در کاهش هزینه مبادله و بنابراین، مطلوبیت آن برای مصرف‌کنندگان و فروشندگان، جز در مواردی که چنین قراردادهایی به طرز فاحشی سواستفاده‌گرانه باشد، باید مورد تأیید قرار گیرد (Hillman and Rachlinski, 2002; 455).

به اعتقاد نویسندگان حوزه حقوق مصرف، دامنه آزادی قراردادی دربرگیرنده آزادی در تنظیم قرارداد طبق خواست و اراده افراد و نیز آزادی در خطا و اشتباه در انعقاد و تنظیم قرارداد است. همچنین، در کنار آزادی قراردادی، اصل مسئولیت فردی^۴ وجود دارد که اصلی مهم در حقوق قراردادهای اروپا است و بدین معنی است که طرفین به قرارداد پایبند هستند، حتی اگر در آینده و از نگاه پسینی کمتر از آنچه پیش‌بینی می‌شد، سودمند باشد. این اصل، حقوق قراردادهای اروپا و ازجمله شروط استاندارد حوزه مصرف را تحت تأثیر قرار داده است (Leff, 1970; 143)؛ بنابراین در حوزه شروط استاندارد قراردادهای مصرف، همچنان ایده بنیادی بر پایداری طرفین متعاقب رضایت آنان نسبت به قرارداد است.^۵

مضافاً، اصل بنیادی آزادی قراردادی، شامل تکلیف طرفین به بررسی دقیق مبادله است. این تکلیف نسبت به شروط استاندارد نیز همانند شروط مذاکره‌شده اعمال می‌شود؛ بنابراین تکلیف به خواندن قرارداد^۶ که بر عهده مصرف‌کننده و فروشنده هر دو است، نه به معنای التزام طرفین به خواندن شروط قراردادی و نه حاوی کیفر و مجازات آنان در صورت تخطی از این تکلیف، بلکه بدین معنی است که شروط قراردادی بر قرارداد حاکم هستند حتی اگر طرفین نخواهند شروط قراردادی را بخوانند. درواقع، مصرف‌کننده، قرارداد را با فرض رضایت منعقد می‌نماید و با پذیرش قیمت و کالا و سایر جنبه‌های مبادله، به‌طور خودکار، همه شروط قرارداد را می‌پذیرد. بر اساس نظریه رضایت فرضی و فراگیر (Llewellyn, 1960; 370-1)، وقتی مصرف‌کننده فرصتی واقعی برای خواندن شروط پیش از ورود به قرارداد داشته، فرض بر این است که بدون خواندن شروط هم بدان رضایت داده و بنابراین باید بدان متعهد باشد (Hillman and Rachlinski, 2002; 455).

۲-۲- دوگانه مسئولیت مصرف‌کننده یا ناتوانی او

در حقوق، دو دیدگاه در حمایت از مصرف‌کننده به چشم می‌خورد: دیدگاهی که مصرف‌کننده را با پیگیری فعالانه بهترین معاملات به لحاظ قیمت و کیفیت، قادر به تنظیم بازار می‌داند و تحت عنوان

واکاوی دیدگاه حقوق فرامی‌رسد؛ بدین منظور نخست، مبانی حقوقی حاکم بر شروط استاندارد قرارداد مصرف را بررسی و سپس به راهکارهای عملی حقوق در این زمینه و به‌طور خاص دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا و مقررات حقوق ایران خواهیم پرداخت.

پیش از آغاز لازم به ذکر است که منظور از رویکرد حقوقی به مسأله شروط استاندارد قراردادهای مصرف، تدابیر و مقرراتی است که با هدف انعقاد قراردادهایی عادلانه یا منصفانه بین طرفین، تدوین می‌شود تا بدین‌وسیله قرارداد مصرف که کارآمدترین وسیله توزیع ثروت و نیل به کارآمدترین بهره‌وری از منابع است، معتبر و پابرجا بماند. پس تمرکز ما، عمدتاً، معطوف به راهکارهای شکلی و پیشینی که حاوی تکالیف اطلاعاتی بر عهده تاجر است و با هدف ارتقاء تصمیم‌گیری مصرف‌کننده اندیشیده و ارائه می‌شود، خواهد بود و راهکارهای ماهوی که به تمیز قرارداد و شروط عادلانه از ناعادلانه می‌پردازد و حسب مورد قرارداد را باطل یا صحیح می‌داند، بدین منظور از اهمیت کم‌تری برخوردار است، اما باوجوداین، به‌عنوان راهکاری در مواجهه با شروط استاندارد می‌تواند مؤثر در مقام باشد.

۲-۱- آزادی قراردادی، مسئولیت فردی، تعهد به خواندن قرارداد و رضایت فراگیر^۱

مفاهیمی چون آزادی قراردادی، انتخاب مصرف‌کننده و مصرف فعالانه^۲، مفاهیم اصلی حقوق مصرف اروپا و امریکا هستند (Grundmann, et al, 2001, 7). فصل مشترک این اصول در این است که طرفین قرارداد، همان‌گونه که در انتخاب قرارداد و تصمیم به انعقاد آن در بهترین موقعیت قرار دارند، در تعیین شروط قراردادی هم باید آزاد باشند. حقوق مصرف اروپا، بر انتخاب مصرف‌کننده و نیز وجود مصرف‌کننده فعال و بر نقش آن‌ها در تنظیم بازار تأکید می‌ورزد؛ چراکه مصرف‌کننده، با انتخاب خود، سبب ترویج مبادلات سودمند اقتصادی شده و با فراهم کردن امکان رقابت، سبب افزایش کیفیت و کاهش قیمت و سایر مواهب رقابت اقتصادی می‌شود؛ بنابراین، وجود مصرف فعالانه، در این فرآیند یک عامل ضروری است زیرا مصرف‌کننده فعال با افزایش مبادلات و تضمین رقابت، بازار را تنظیم می‌کند.

به‌علاوه، دکتین آزادی اقتصادی^۳ که در حقوق قراردادها رایج است، به حوزه قراردادهای استاندارد هم بسط یافته است (Kornhauser, 1976; 1154)؛ هرگونه دخالت دولت در قراردادها که سبب نقض استقلال و حق انتخاب افراد شود، با این اصول در تضاد است. پیرو همین دیدگاه و به دلیل نقش قراردادهای استاندارد

4- Individual responsibility

۵ - به منظور بررسی تاریخی و جامع روند آزادی قراردادی و مسئولیت فردی در رژیم‌های حقوقی ناظر بر شروط ناعادلانه قراردادی، رک- Träger, 2008; 59

6- Duty to Read

1- Blanket assent

2- Active consumerism

3- Laissez-faire

با مشخص شدن مبانی رویکرد حقوقی نسبت به قراردادهای استاندارد مصرف، اکنون نحوه مواجهه با شروط استاندارد^۶ بررسی می‌شود. بدین منظور ابتدا به حقوق مصرف اتحادیه اروپا خواهیم پرداخت زیرا که از مفصل‌ترین و به‌روزترین نظام تقنینی در حوزه مصرف برخوردار بوده، به طرز چشمگیری، همگام با تحولات نظریه اقتصادی و سیر «حقوق و اقتصاد»، در تغییر و تبدیل قرار گرفته و به‌وضوح از رویکرد حقوق و اقتصاد تأثیر پذیرفته و در نهایت، تمرکز اصلی محققان حقوق و اقتصاد رفتاری را به خود معطوف داشته است. هرچند در کشورهای مختلف اروپایی به مقررات متفاوتی در این زمینه برمی‌خوریم اما هسته اصلی برخورد این نظام‌ها، مشابه بوده و از مسائل و دغدغه‌های مشترکی نشأت گرفته و دارای مبانی و اهداف یکسانی نیز می‌باشد. بر این اساس، دیدگاه مصرف‌کننده آگاه، نگاه حاکم بر حقوق مصرف اروپاست و اساساً فرض بر آن است که تنها مشکل مصرف‌کننده، نداشتن اطلاعات کافی برای تصمیم‌گیری است و در صورت برخورداری از اطلاعات برابر، مصرف‌کننده، خود، بهترین مدافع حقوق خویش خواهد بود (Wilhelmsson, 2006; 52). در این بخش خواهیم دید که در عمل نیز چنین نگاهی در حقوق تبلور یافته است.

از دیدگاه حقوقی، بسیاری از قراردادهای مصرف به‌صورت استاندارد منعقد می‌شود که همین عامل، اثرگذاری بر محتوای قرارداد را برای مصرف‌کننده دشوار می‌کند. به عبارتی، این قسم قراردادهای با ایجاد مانع در راه مذاکره طرفین بر سر جزئیات قرارداد، سبب می‌شود تا برخی مفاد قرارداد با اراده واقعی مصرف‌کننده منطبق نباشد. همچنین، این قسم قراردادهای عمدتاً ماهیتی الحاقی داشته و مصرف‌کننده تنها می‌تواند آن را به همان ترتیب، پذیرفته و یا از انعقاد عقد صرف نظر کند.

مشکل دیگری که ممکن است در اثر استفاده از قراردادهای استاندارد رخ دهد، مشکل عدم شفافیت شروط استاندارد است. در واقع، همان‌طور که اشاره خواهد شد، نابرابری طرفین در آگاهی از مفاد شروط و هزینه‌بر بودن کسب این آگاهی برای طرف قرارداد، به

دیدگاه مصرف‌کننده مطمئن و آگاه^۱ مطرح می‌شود و دیدگاه دیگری که مصرف‌کننده را به دلیل مواجهه با موانع متعدد، ناتوان در تنظیم بازار می‌داند. برخی این دو دیدگاه را به ترتیب، «مدل قراردادی»^۲ و «مدل مصرف‌کننده»^۳ می‌نامند: مدل قراردادی از آزادی قراردادی محافظت می‌کند و مدل مصرف‌کننده از مصرف‌کننده حمایت می‌کند (Maxeiner, 2003; 160).

بر اساس دیدگاه اول، تنها مداخلاتی مجاز است که به مصرف‌کننده در کار تنظیم بازار کمک کند و این مداخلات شامل استفاده از ابزارهای اطلاعاتی است که به مصرف‌کننده در اتخاذ تصمیم آگاهانه کمک می‌کند. بر اساس مدل قراردادی، حقوق باید از مصرف‌کننده در جهت اتخاذ تصمیماتی آگاهانه و مستقل حمایت کند؛ به عبارت دیگر، مسئولیت اصلی محافظت در برابر معاملات غیرسودمند یا زیان‌بار، برعهده خود مصرف‌کننده است به شرطی که به ابزار اصلی محافظتی خود، یعنی اطلاعات دسترسی داشته باشد. حال اگر در چنین شرایطی، مصرف‌کننده نتواند شروط را برگزیند، باید به مفاد قرارداد پایبند باشد (Luth, 2010; 211).

دیدگاه دوم، یعنی مدل مصرف‌کننده، ارتباط نزدیک‌تری با پدرمآبی^۴ دارد و می‌تواند دخالت‌های ماهوی بیشتری را برای محافظت از مصرف‌کننده توجیه نماید. این محافظت هم در برابر رفتار سواستفاده‌گرانه فروشنده و هم در برابر تصمیم‌گیری غلط و معیوب خود مصرف‌کننده می‌تواند صورت پذیرد.^۵ بر اساس این دیدگاه، با توجه به موقعیت ضعیف‌تر مصرف‌کننده و نیاز به محافظت بیشتر از وی، نمی‌توان انتظار داشت که مصرف‌کنندگان شروط قراردادی را بخوانند و آن را بفهمند و بنابراین نباید آن‌ها را متعهد به قرارداد دانست زیرا در واقع، آن‌ها به شروط گزاف قرارداد، رضایت واقعی نداشته‌اند (Rakoff, 1983; 1237).

۳-۲- راهکارهای اتحادیه اروپا و حقوق ایران در مواجهه با شروط استاندارد قراردادهای مصرف

1- Confident and informed consumer

2- Contract model

3- Consumer model

۴ - پدرمآبی (Paternalism) مفهومی است که بیش‌تر در جنبهٔ هنجاری حقوق و اقتصاد رفتاری کاربرد دارد و منظور از آن، مداخلهٔ مقنن در انتخاب‌های افراد به سود خود آنان است، به عبارتی با پذیرش پدرمآبی، مقنن در انتخاب‌هایی که در حقوق دیگران اثرگذار نبوده ولی، تحت‌تأثیر سوگیری‌ها و خطاهای شناختی، به بیشترین منفعت فرد نمی‌انجامد نیز امکان مداخله می‌یابد.

۵- مسألهٔ دخالت در قراردادهای مصرف و توجیهات و موانع آن که با قیّم‌آبی نیز ارتباط وثیقی دارد، در چندین کتاب و مقاله بحث شده است که برای نمونه به این منابع می‌توان اشاره نمود؛

Ramsay, 1984; 15-35, Haupt, 2003; Van den Bergh, 2003; Levitin, 2007.

۶ - در نوشته‌های حقوق و اقتصاد (رفتاری)، شروط استاندارد (standard terms or pre-formulated)، گاهی تحت عنوان شروط الحاقی (adhesive terms) یا شروط متحدالشکل (boilerplate) که قسمی از شروط استاندارد قراردادی هستند، مورد اشاره قرار می‌گیرد، زیرا ماهیت از پیش‌آماده و طبیعت پذیرش بی‌قیدوشرط و نیز عدم مذاکره بر سر مفاد قرارداد، به دلیل نابرابری موضع طرفین مورد نظر است، با وجود این، در معنای اخص و صحیح حقوقی، شروط الحاقی به معنای شروط استاندارد است که نابرابری قدرت معاملاتی طرفین، طرف ضعیف را یا وادار به پذیرش بی‌قیدوشرط و یا رد کل قرارداد می‌کند. شروط متحدالشکل نیز شروط استاندارد است که غالباً در انتهای قرارداد، ناظر بر مقرراتی مانند شرط تجزیه‌پذیری شروط قراردادی، یا حقوق اشخاص ثالث در قرارداد است و معمولاً هم با وجود اهمیت، مورد مذاکره و توجه طرفین قرار نمی‌گیرد.

(352-3).

بنابراین افشای اطلاعات به وسیله فروشندگان می تواند به عنوان سیاست ارجح برای مقابله با عدم تقارن اطلاعاتی، از جمله عدم تقارن اطلاعاتی در شروط استاندارد، دیده شود. حقوق مصرف اتحادیه اروپا به طور خاص، به شدت به پارادایم اطلاعاتی و این باور که مصرف کنندگان با داشتن اطلاعات می توانند به بازار نظم دهند، پایبند است (Wilhelmsson, 2006; 71).

حال این ابزار سیاست گذاری، یعنی افشای اطلاعات به وسیله چند قاعده شکلی اجرائی می شود. در راهکارهای شکلی به این توجه می شود که به لحاظ ساختاری و روشی، خریدار به میزان کافی و به موقع از اطلاعات صحیح نسبت به محصول برخوردار باشد. یکی از این قواعد که در سراسر نظام های حقوقی اروپا و امریکا اجرا می شود، شرط قابلیت دسترسی^۶ است. بر اساس این شرط، شروط قراردادی باید به آسانی برای خواندن در دسترس مصرف کننده قرار گیرد. قاعده شکلی دیگر این است که قرارداد باید واضح و شفاف^۷ باشد، بدین معنی که خواندن و فهم قرارداد نباید خیلی دشوار باشد؛ بنابراین قراردادها باید به زبانی ساده نوشته شده و حتی اندازه نوشته ها نباید خیلی کوچک باشد و به علاوه، شروط باید قابل فهم^۸ باشد. استفاده زیاد از ادبیات حقوقی^۹ و جملات طولانی هم شفافیت را کاهش می دهد. برای آشنایی بیشتر مصرف کنندگان با شروط قرارداد هم می توان دوره اجباری «حق فسخ»^{۱۰} را در قرارداد در نظر گرفت تا بدین وسیله در تصمیم خود تعمق و غور کرده و در صورت نیاز از آن عدول کند (Luth, 2010; 214).

هم چنین قاعده تفسیر علیه ارائه کننده شرط^{۱۱} که مقرر می دارد چگونه شروط مبهم قراردادی باید تفسیر شود، می تواند به عنوان یک قاعده اطلاعاتی تلقی شود. قاعده مذکور یا همان قاعده حاکم بر ابهام در شرط^{۱۲}، یک قاعده تفسیر قراردادی است که بر اساس آن، یک شرط مبهم باید به زیان طرفی که آن را در قرارداد درج کرده است، تفسیر شود زیرا با توجه به این که معمولاً فروشندگان شروط را به قرارداد می افزایند، این قاعده در راستای محافظت از مصرف کنندگان است. این قاعده در فروشندگان، ایجاد انگیزه می کند تا از گنجاندن شروط مبهم در قرارداد بپرهیزند زیرا تنها به شروط قابل فهم و شفاف علیه مصرف کننده می توانند استناد نمایند. راه دیگر دخالت برای بالابردن اطلاعات مصرف کننده هم ارائه اطلاعات درباره حقوق مصرف کنندگان به آنان است (Luth, 2010; 215).

برتری اطلاعاتی طرف پیشنهاددهنده و عدم تعادل طرفین منجر می شود و این انگیزه ای در طرف مطلع خواهد بود تا به روش ها و ابزارهای مختلف به این نابرابری اطلاعاتی دامن زده و از آن بهره ببرد؛ این اقدام از طریق استفاده از ادبیات حقوقی، استفاده از عبارات تخصصی، ارجاع به متون دیگر و ... می تواند صورت پذیرد.

به علاوه، مسئله دیگری که بر اهمیت نظارت و مداخله در این زمینه می افزاید، مسئله عدم امکان انتخاب آگاهانه و اثرگذاری مصرف کننده بر محتوای قرارداد و نیز وجود بازار انحصاری است که امکان مراجعه به قراردادی دیگر را از مصرف کننده سلب می کند (Adel & Shamsollahi, 2019; 211-213).

بدین ترتیب، با وجود مسائل عدیده در این قراردادها و پذیرش این که تنها مشکل مصرف کننده، نداشتن اطلاعات کافی برای تصمیم گیری است، حقوق مصرف اروپا به مداخله تقنینی (یا قضائی) در شروط استاندارد قرارداد مصرف مبادرت می ورزد؛ این دخالت ها به مناسبتی به سه دسته دخالت پسینی به وسیله دادگاه، دخالت پیشینی به وسیله مقنن و بهبود رقابت^۱ تقسیم شده است (Becher, 2009; 749). از منظری دیگر، دخالت تقنینی خود، یا مربوط به بخش ماهوی توافق است که با هدف تأثیرگذاری بر محتوای مبادله انجام می شود و یا مربوط به فرآیندها و شیوه هایی است که منجر به انعقاد قرارداد می شود و ارتباط و تعامل بین طرفین قرارداد را ایجاد می کند (De Hoon, 2007; 6-9). دخالت های شکلی در خصوص شروط ناعادلانه، شامل تکالیف و طرق جبران اطلاعاتی^۲ است. شرط در دسترس بودن، شفافیت، خوانا بودن و قابل فهم بودن، باید سبب ایجاد انگیزه در مصرف کننده برای خواندن و فهم شروط قراردادی و رضایت واقعی به قرارداد شود. دخالت ماهوی معمولاً شامل معیار ماهوی مثل خلاف وجدان بودن^۳، منصفانه یا متعارف بودن^۴، یا معیار انصاف می شود که معمولاً با فهرست سیاه و خاکستری همراه است.

۱-۳-۲- راهکارهای شکلی: تکالیف اطلاعاتی

تقریباً تمامی نظام های حقوقی برای حل مسأله شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف، از راه حل های مبتنی بر اطلاعات بهره می برند که در این راه، مهم ترین ابزار مقابله با عدم تقارن اطلاعاتی، افشای اطلاعات^۵ است (Hadfield et al., 1998; 143). چنان که گفته شده است؛ ارائه اطلاعات بی شک "یکی از ابزارهای کلیدی در دسترس برای بهبود محافظت از مصرف کننده است ... اطلاعات و هشدارها ابزارهای سنتی محافظت از مصرف کننده هستند" (Howells, 2005; 1).

6 - Availability requirement

7 - Transparent

8 - Intelligible

9 - Legalese

10 - Cooling off periods

11 - Contra proferentem rule

12 - Ambiguity rule

1 - Competition enhancement

2 - Information duties and Remedies

3 - Unconscionability

4 - Fairness or Reasonability

5 - Information disclosure

مصرف‌کننده، ابزار اصلی مواجهه با این مشکل به شمار می‌رود به‌طوری‌که مصرف‌کنندگان بااطلاع، رکن اساسی در راه‌اندازی بازارهای کارآمد هستند (Faure & Luth, 2011; 350).

۲-۳-۲- راهکارهای ماهوی

طبیعت پذیرش بی‌قیدوشرط یا رد شروط استاندارد و دشواری خواندن شروط، مهم‌ترین مسائل شروط استاندارد یا شروط ناعادلانه در نوشته‌های حقوقی است. فروشندگان و عرضه‌کنندگان، پیش‌نویس قرارداد را به سود خود تهیه کرده و توجهی به منافع مصرف‌کنندگان ندارند، از این‌رو، نظام‌های حقوقی، علاوه بر قواعد شکلی که برای افزایش ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده است، از راهکارهای ماهوی نظیر معیار منصفانه‌بودن^۶ و یا دکتترین خلاف وجدان‌بودن^۷ و یا متعارف‌بودن^۸ بهره می‌برند. این دکتترین و اصول، در جزئیات در نظام‌های حقوقی متفاوت است ولی مبنای آن‌ها یکسان است؛ معیارهای ماهوی به دادگاه اجازه می‌دهد تا شروط گزاف^۹ را از قرارداد حذف کنند.

پس، علاوه بر راهکارهای شکلی، نظام‌های حقوقی از راهکارهای ماهوی هم برای مقابله با شروط غیرمنصفانه بهره می‌برند. در حوزه تقنینی اتحادیه اروپا، ملاک اصلی غیرمنصفانه‌بودن شرط همان است که در ماده ۳ دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا بیان شده است. به‌موجب این ماده، شرط قراردادی که مشخصاً مورد مذاکره قرار نگرفته است، در صورتی که "برخلاف حسن‌نیت و موجب عدم تعادل قابل‌توجهی در حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد طرفین، به زیان مصرف‌کننده شود"، ناعادلانه است. این امر، به دادگاه امکان بازبینی در شروط ناعادلانه و ابطال شروط گزاف را می‌دهد.

به این منظور، از فهرست سیاه و خاکستری برای شفاف‌کردن شروط غیرمنصفانه استفاده شده است^{۱۰}. طبق ماده ۳۴ دستورالعمل پیشنهادی ۲۰۰۸/۰۱۹۶ در خصوص حقوق مصرف‌کننده، شروط مذکور در فهرست سیاه، شروطی هستند که در هر شرایطی غیرمنصفانه محسوب می‌شوند. طبق ماده ۳۵ دستورالعمل پیشنهادی، شروط مذکور در فهرست خاکستری شروطی هستند که غیرمنصفانه فرض می‌شوند مگر آن‌که تاجر بتواند طبق ماده ۳۲، منصفانه‌بودن آن را اثبات کند. در این ماده، آمده است؛ غیرمنصفانه‌بودن شرط قراردادی، با در نظر گرفتن طبیعت و ماهیت محصولی که موضوع

در حوزه تقنینی اتحادیه اروپا، مهم‌ترین سندی که بر شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌حاکم است، دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا در مورد شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف^۱ است. در این دستورالعمل به موادی برمی‌خوریم که در ادامه بدان اشاره می‌شود؛

در قسمت اول ماده ۵ دستورالعمل مقرر شده است؛ شروطی که به‌صورت مکتوب به مصرف‌کننده عرضه می‌شود، باید شفاف و قابل‌فهم باشد. به‌علاوه، قسمت دوم ماده مذکور، به قاعده تفسیر علیه ارائه‌دهنده که در کامن‌لو هم مطرح است، اشاره می‌کند؛ بدین بیان که هرگاه در معنی شرطی ابهام وجود داشته باشد، تفسیر به نفع مصرف‌کننده صورت خواهد پذیرفت. نکته اخیر در ماده ۳۶ دستورالعمل پیشنهادی ۲۰۰۸/۰۱۹۶ در خصوص حقوق مصرف‌کننده^۲ هم ذکر شده است.

به‌علاوه در دستورالعمل پیشنهادی مذکور، در خصوص حقوق مصرف‌کننده در اتحادیه اروپا که به‌طور مفصل به این حوزه پرداخته است، به مقرراتی در این خصوص نیز برمی‌خوریم؛ مثلاً در ماده (۱) ۳۱ دستورالعمل پیشنهادی مقرر شده است؛ شروط قراردادی باید به زبانی روشن و قابل‌فهم بیان شده و خوانا باشد. مطابق ماده (۲) ۳۱ نیز؛ شروط قراردادی باید به‌طوری در دسترس مصرف‌کننده باشد که فرصت و مجال واقعی آگاهی و آشنایی با آن شروط را پیش از انعقاد قرارداد و با توجه به ابزارهای ارتباطی معمول و مورد استفاده در قرارداد به او بدهد.

همچنین در مواد ۵ و ۶ و ۷ دستورالعمل حقوق مصرف‌کننده که در مقام اصلاح دستورالعمل سال ۱۹۹۳ تدوین شده است و موادی را به دستورالعمل سال ۱۹۹۳ اضافه می‌کند، چنین تجویز می‌کند که تجار باید پیش از انعقاد هر یک از قراردادهای از راه دور^۳ و قراردادهای خارج از محل تجارت تاجر^۴ و نیز قراردادهایی غیر از دو قرارداد مذکور، اطلاعات مشخصی را به مصرف‌کننده ارائه کنند تا با تحقق این شرط بتوان مصرف‌کننده را به مفاد قرارداد ملتزم دانست.^۵ این موارد تنها نمونه‌هایی از مواد دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا در حوزه حقوق مصرف است. به‌طور کلی می‌توان گفت در حوزه حقوق مصرف اروپا، مسئله اصلی در خصوص شروط ناعادلانه، عدم تقارن اطلاعاتی است و بنابراین، افشاء اطلاعات و آگاهی‌بخشی به

1 - Unfair Contract Terms Directive - 93/13/EEC

2 - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights {SEC(2008)2544}{SEC(2008)2545}{SEC(2008)2547} available: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008PC0614&from=EN>

3 - Distance contracts

4 - Off -premises contracts

5 - Directive 2011/83/EU on consumer rights, OJL304/64, Article 6 & 7.

6 - Fairness test

7 - Unconscionability

8 - Reasonability

9 - Onerous

۱۰ - دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا فقط شامل فهرست خاکستری است؛

در صورتی‌که دستورالعمل پیشنهادی ۲۰۰۸/۰۱۹۶ در خصوص حقوق مصرف‌کننده شامل فهرست خاکستری و فهرست سیاه است.

برخی معتقدند که حکم این قانون قابل تسری به همه قراردادهای این حوزه است.

با الهام از تقسیم مداخلات حقوقی اتحادیه اروپا به شکلی و ماهوی، می‌توان گفت در حقوق ایران راهکارهای ماهوی در حمایت از مصرف‌کننده و در مواجهه با شروط استاندارد این قراردادها، عمدتاً منحصر به قواعد عمومی قراردادهاست و در قوانین خاص این حوزه به راهکارهای شکلی و اطلاعاتی در رفع مسأله عدم تقارن اطلاعاتی بین طرفین توجه شده است هرچند که این راهکارهای شکلی منحصر در قوانین خاص نبوده و از قواعد عمومی قراردادها هم قابل استنباط است؛ برای نمونه، بیان شد که ارائه قرارداد به صورت شفاف، قابل فهم و به زبان ساده از راهکارهای شکلی اتحادیه اروپا در این حوزه است، نظیر چنین امری در حقوق ایران، نه صریحاً، اما طبق مقررات عمومی قابل برداشت است؛ چراکه طبق قواعد عمومی قراردادها، طرفین باید نسبت به مفاد عقد و شروط ضمن آن آگاهی داشته و مضمون آن‌چه را که بدان متعهد می‌شوند، درک نمایند؛ پس اگر شروط قرارداد یا مفاد آن، مبهم، مجهول و یا برای طرفین، به دلیل تخصصی بودن نامفهوم باشد، ثبوتاً، اراده صحیحی بدان تعلق نگرفته است هرچند که اثبات چنین امری دشوار و خلاف ظاهر است.

نکته قابل توجه این است که در قوانین خاصی که به منظور حمایت از مصرف‌کننده تدوین شده‌اند، به مقرراتی شکلی برمی‌خوریم که می‌توان غلبه گفتمان حقوق و اقتصاد، یا پارادایم اطلاعاتی را در آن، به وضوح مشاهده کرد؛ در این قوانین، فروشندگان و عرضه‌کنندگان، با هدف حمایت از مصرف‌کننده، به ارائه اطلاعات لازم و ضروری ملزم شده‌اند؛ اطلاعات لازم یعنی اطلاعاتی که آگاهی از آن به طور متعارف برای مصرف صحیح و بهینه و ایمن از کالا یا خدمت ضروری و در تصمیم‌گیری مصرف‌کننده مؤثر است. در بند ۲ ماده ۳ قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۱۳۸۸ عرضه‌کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگان، موظف شده‌اند که اطلاعات لازم شامل: نوع، کیفیت، کمیت، آگاهی‌های مقدم بر مصرف، تاریخ تولید و انقضای مصرف را در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند. البته در لایحه پیشنهادی این قانون، در فصل سوم و تحت عنوان حق برخورداری از اطلاعات لازم، عرضه‌کنندگان کالا و خدمات به ارائه اطلاعات لازم در خصوص کالاها و چگونگی استفاده مطلوب از آن موظف شده و در غیر این صورت کالای فاقد این اطلاعات، کالای معیوب محسوب می‌شد اما با حذف این بند، ضمانت اجرای ماده ۳ در ماده ۱۹ بیان شده است که جبران خسارت و جزای نقدی تا دو برابر میزان خسارت است. همچنین، به موجب بند ۳ ماده ۴ قانون مذکور، عرضه‌کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگان، باید نمونه کالای موجود در انبار را جهت فروش در معرض دید مصرف‌کنندگان قرار دهند و چنان‌چه امکان نمایش آن‌ها در فروشگاه وجود نداشته باشد، باید مشخصات کامل کالا را به اطلاع مصرف‌کنندگان برسانند.

قرارداد بوده است و اوضاع و احوالی که قرارداد در آن شکل گرفته و نیز سایر شروط قراردادی و یا قرارداد دیگری که قرارداد مورد نظر بدان وابسته است، تعیین می‌شود. به علاوه طبق همین ماده، اگر شرطی در فهرست سیاه و در فهرست خاکستری نباشد، در صورتی که برخلاف حسن نیت و موجب عدم تعادل قابل توجهی در حقوق و تعهدات طرفین به زیان مصرف‌کننده شود، شرط غیرمنصفانه محسوب می‌شود.

۳-۲- راهکارهای حقوق ایران در مواجهه با شروط استاندارد قراردادهای مصرف

در حقوق ایران، همانند کامن‌لو (Korobkin, 2003; 1256)، تفکیکی بین شروط استاندارد و غیر آن وجود ندارد و اصولاً از حکم واحدی تبعیت می‌کنند که البته در فرض فقدان قوانین خاص حقوق مصرف و ذیل قواعد عام حقوق قراردادها، نکته عجیبی نیز به نظر نمی‌رسد؛ بنابراین باید دید فارغ از استاندارد بودن یا نبودن شروط قرارداد مصرف، مواجهه حقوق ایران با شروط مذکور چگونه است؟! طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران، محکمه نمی‌تواند قراردادهای خصوصی را که مخالف با نظم عمومی است، به موقع اجراء گذارد؛ بنابراین مفهوم گسترده نظم عمومی که شامل نظم اقتصادی هم خواهد بود، می‌تواند ابزار گسترده‌ای را در اختیار محاکم برای نظارت بر شروط قراردادهای استاندارد قرار دهد، هرچند ظاهراً، در عمل، تمسک چندان بدین مفهوم مشاهده نمی‌شود (Katouzian, 2008; 332). علاوه بر مفهوم نظم عمومی، از مقررات عمومی ناظر به عیوب اراده و خيارات هم می‌توان لزوم برابری و تعادل عوضین در مفهوم عام آن را استنباط کرد که این مورد هم چندان با استقبال رویه قضایی مواجه نشده است.

در حوزه تقنین، قوانینی نظیر حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۱۳۸۸ و حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶ و قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ وجود دارد؛ اما در خصوص شروط ناعادلانه قراردادهای مصرف، مقررات خاصی به چشم نمی‌خورد. در ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کننده، مصوب ۱۳۸۸ عبارت "شروط ناعادلانه" به کار رفته است اما این قانون فاقد تمهیدات خاصی در خصوص این قراردادها است. در قانون مذکور، در تعریف تبانی، تحمیل شروط غیرعادلانه را یکی از مصادیق تبانی دانسته است؛ اما آن‌چه را که این قانون ممنوع کرده است، تبانی است نه شروط ناعادلانه. در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ نخستین بار عبارت "شرط غیرمنصفانه" را وارد ادبیات حقوقی ایران کرده و آن را علیه مصرف‌کننده، غیرمؤثر اعلام کرد؛ اما این قانون، تعریفی از شروط غیرمنصفانه ارائه نکرده است؛ مضافاً بر این که محدود به قراردادهای الکترونیک و در بستر اینترنتی است هرچند

تصمیم‌گیرندگانی کاملاً عقلانی‌اند و تنها مشکل پیش روی آنان در بازار، نداشتن اطلاعات کافی است که این مسئله نیز با پیش‌بینی تکالیف پیش‌قراردادی مبنی بر لزوم ارائه اطلاعات به مصرف‌کنندگان، حل خواهد شد (Sibony, 2014; 901-903). این فرض، ثمره نظریه انتخاب عقلانی است که فرض می‌کند: ابناء بشر، وقتی اطلاعات کافی داشته باشند، قادرند به‌طور عقلانی، در میان گزینه‌ها، انتخابی که رفاه و مطلوبیت آن‌ها را بیشینه می‌کند، برگزینند (Mathis & Steffen, 2015; 31).

اما در میان حقوق‌دانان نسبت به این دیدگاه و شیوه‌های محافظت از مصرف‌کننده که ریشه در تحلیل اقتصادی دارد، انتقاداتی مطرح شده است. به عقیده آنان، افراد و خصوصاً مصرف‌کنندگان، همیشه چنان که ترجیحاتشان را بیشینه می‌کند، عمل نمی‌کنند.^۱ در واقع، پرسش اصلی از نگاه این گروه این است که آیا فرض رفتار عقلانی و مطابق با منفعت شخصی افراد، منجر به پیش‌بینی‌های قابل اتکائی در خصوص رفتار مصرف‌کننده می‌شود؟! مصرف‌کنندگان حتی با برخورداری از اطلاعات کافی نیز بدون خواندن قرارداد آن را امضاء می‌کنند (De Geest, 2002; 223). به علاوه، تکلیف افشاء اطلاعات هم اتخاذ تصمیماتی عقلانی را از سوی مصرف‌کنندگان تضمین نمی‌کند (Wilhelmsson, 2006; 69-70)؛ بنابراین، نهایتاً، مصرف‌کنندگان، نمی‌توانند اطلاعات را به‌درستی و به قدر کفایت پردازش کرده و تصمیم درستی بگیرند (Grundmann, 2002; 290). به نظر می‌رسد که روان‌شناسی شناختی نیز این انتقاد را تأیید می‌کند. از زمان کانمن و تورسکی روان‌شناسان شناختی نشان دادند که سوگیری‌ها و رهیافت‌های ذهنی^۲ بر فرآیند تصمیم‌گیری افراد غالب بوده که در نتیجه آن، به شیوه‌ای متفاوت از پیش‌بینی مدل اقتصاد نئوکلاسیک رفتار می‌کنند. این نگرش، منجر به پیدایش «حقوق و اقتصاد رفتاری» گردید (Faure & Luth, 2011; 338).

همان‌گونه که بیان شد، نظریه اقتصادی پیشنهاد می‌کند که در بیشتر اوضاع و احوال، نیروهای بازار، کارآمدی قراردادهای استاندارد مصرف را تضمین می‌کنند. بر این اساس، همه شروط استاندارد یا حداقل آن‌هایی که مصرف‌کنندگان آن را خوانده و فهمیده‌اند، باید توسط دادگاه لازم‌الاجراء و معتبر دانسته شود اما در مقابل، یافته‌های اقتصاد رفتاری نشان می‌دهد که خریداران، به دلیل عقلانیت محدود، تنها، ویژگی‌های معدودی از مبيع را ارزش‌گذاری نموده و تنها آن‌ها را در تصمیم‌گیری خود دخیل می‌کنند (به عبارتی، همه اوصاف محصول را در نظر نمی‌گیرند). حال اگر شروط قراردادی، جزء این ویژگی‌ها نباشد، فروشندگان انگیزه خواهند داشت تا تنها شروط یک‌طرفه

مضافاً، بر اساس ماده ۳۳ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، فروشندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات، باید اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان جهت خرید و یا قبول شرائط را از زمان مناسبی قبل از عقد در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند؛ این اطلاعات شامل مواردی نظیر مشخصات فنی و ویژگی‌های کاربردی کالا و یا خدمات و نیز شرائط و فرآیند عقد از جمله ترتیب و نحوه پرداخت، تحویل و یا اجراء، فسخ، ارجاع و خدمات پس از فروش است. همچنین طبق ماده ۳۵ قانون مذکور، «اطلاعات اعلامی و تأییدیه اطلاعات اعلامی به مصرف‌کننده باید در واسطی با دوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و براساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود».

بنابراین، می‌توان چنین معتقد بود که در حقوق ایران نیز در قراردادهای استاندارد مصرف، به تبع اصول و قواعد عام قراردادهای اصل آزادی قراردادی، مسئولیت فردی، تکلیف به خواندن قرارداد و ... حاکم است و دیدگاه مصرف‌کننده شایسته، با توجه به مبانی فقهی و حقوقی و با تسری اصول عام قراردادهای در حقوق مصرف ایران هم قابل پذیرش است. به عبارتی دیگر، فرض مقنن بر آن است که تنها عامل انعقاد قراردادهای ناعادلانه مصرف، عدم تقارن اطلاعاتی بین طرفین و نابرابری اطلاعاتی بین آنان است که با تکالیف اطلاعاتی که بر عهده فروشنده، عرضه‌کننده و یا تولیدکننده گذاشته می‌شود، قابل حل است.

با توجه به آن‌چه گفته شد، تفاوتی در همراهی با انگاره‌های حقوق و اقتصاد، بین حقوق ایران و رویکرد حقوق مصرف اروپا وجود ندارد و هر آن‌چه که در آتیه، در خصوص لزوم اصلاح این رویکرد و در انداختن طرحی نو بیان می‌شود، بر حقوق ایران هم قابل تسری خواهد بود. درواقع، در حقوق ایران هم، این مصرف‌کننده است که مسئول انعقاد قراردادی شایسته با شروطی منصفانه است و تنها در مواردی محدود که قواعد عمومی قراردادهای نقض شده یا شروط استاندارد قراردادی با نظم عمومی در تضاد باشد و یا تحمیل شروط غیرعادلانه، به‌عنوان مصداق تبانی مطرح باشد، امکان مداخله قانونی یا قضائی وجود خواهد داشت و همچنین راهکارهای حقوقی شکلی در حقوق ایران نیز منحصر در راهکارهای اطلاعاتی است.

۳- دیدگاه «حقوق و اقتصاد رفتاری» در خصوص شروط استاندارد قرارداد مصرف

چنان که گفته شد، اساس و پایه حقوق مصرف، بر تکالیف اطلاعاتی استوار است. چنین رویکردی دوشادوش این فرض اقتصاد نئوکلاسیک پیش‌می‌رود که مصرف‌کنندگان، انسان‌هایی اقتصادی و

۱ - برای مشاهده خلاصه‌ای از این انتقادات ر.ک

Howells, G. G., & Weatherill, S, 2005.

2 - Cognitive heuristics and biases

اقتصاد رفتاری می‌رساند. درواقع، مشکل اصلی، در عقلانیت محدود و مشکل خریداران در فرآیند تصمیم‌گیری است؛ ازاین‌رو، لازمه کارایی و منصفانه‌بودن شروط این است که نه‌تنها خریداران از محتوای قراردادهای استاندارد آگاه باشند بلکه باید آن اطلاعات را در تصمیم‌گیری خود دخیل کنند. در ادامه به توضیح دلایل غیرمنصفانه‌بودن و ناکارآمدی شروط استاندارد از منظر یافته‌های رفتاری خواهیم پرداخت.

۱-۳-۱- برجسته‌نبودن شروط استاندارد قراردادی در برابر سایر اوصاف

رابطه قراردادی خریدار و فروشنده، در سیطره اوصاف مبیع، یعنی اوصافی چون قیمت و ویژگی‌های فیزیکی کالا است. طبق یافته‌های اقتصاد رفتاری و برخلاف فرض انتخاب عقلانی، افراد با عقلانیت محدود خویش، در فرآیند تصمیم‌گیری برای خرید و به عبارتی در مرحله تدبیر و سنجش سود و زیان معامله، تنها به اوصاف و ویژگی‌های خاصی در کالا یعنی اوصاف برجسته^۳ مبیع، توجه می‌کنند و فروشنده‌ها نیز با آگاهی از این امر و بر اساس منفعت اقتصادی خود، دارای انگیزه کافی برای ارتقاء اوصاف برجسته مبیع به سطح کارآمدی از کیفیت^۴ هستند ولی درمورد سایر اوصاف (غیربرجسته) که هیچ نقشی در تصمیم‌گیری خریداران به خرید محصول ندارد، دارای انگیزه اقتصادی برای منفعت‌طلبی و حداکثرنمودن سود خویش هستند؛ بنابراین، در نتیجه تصمیم‌گیری خریداران با عقلانیت محدود، شروط استاندارد قراردادی، شروطی ناکارآمد به لحاظ اقتصادی و ناعادلانه از منظر حقوقی خواهند بود زیرا شروط استاندارد، جزء اوصاف برجسته قرارداد نیستند و تنها شروط مربوط به اوصاف برجسته مبیع مثل ثمن و اوصاف اساسی آن که ذیل شروط استاندارد قرار نمی‌گنجد، موردتوجه خریدار و بالتبع فروشنده قرار گرفته و شروط استاندارد به سود فروشنده و به زیان خریدار در قرارداد گنجانده خواهد شد (korobkin, 2003; 1206).

بنابراین، شروط استاندارد قرارداد برای بیشتر خریداران غیربرجسته است؛ حال این پیش‌بینی مبتنی بر دو فرض حاصل از مطالعات رفتاری است؛ نخست آن که، تصمیم به خرید با قرارداد استاندارد به قدری پیچیده است که خریداران به‌ناچار بعضی از ویژگی‌ها را غیربرجسته می‌دانند و برخلاف فرض اقتصاد سنتی، همه ویژگی‌های مبیع مورد بررسی قرار نمی‌گیرد^۵ و دیگر آن که، شروط استاندارد،

سودمند را در شروط استاندارد بگنجانند، خواه این شروط کارآمد باشد یا نباشد؛ بنابراین، دلیلی وجود ندارد تا فرض کنیم که شروط استاندارد، کارآمد و برای مصرف‌کننده سودمند یا به عبارتی منصفانه هستند (korobkin, 2003; 1203).

تحقیقی که برای کمیسیون اروپائی انجام شد، نشان می‌دهد که عموماً، مصرف‌کنندگان، قراردادهایی را امضاء می‌کنند که آن را نخوانده‌اند؛ حتی وقتی شروط قراردادی را خوانده و یا حتی با شروطی ناعادلانه مواجه می‌شوند نیز، اغلب اقدامی برای طرح دعوی نمی‌کنند؛ بنابراین، برخلاف پیش‌بینی حقوق و اقتصاد سنتی، مبنی بر کارایی و منصفانه‌بودن قراردادهای استاندارد حوزه مصرف و شروط آن، نتایج عملی خلاف این را نشان می‌دهد زیرا اولاً، مصرف‌کنندگان شروط قراردادی را نمی‌خوانند و ثانیاً، اگر هم قرارداد را مطالعه کنند، به دلیل وجود عقلانیت محدود و وجود سوگیری‌ها، لزوماً تصمیم درستی اتخاذ نخواهند کرد.

به‌علاوه، راهکارهای حقوقی که مبتنی بر منطق اقتصادی و متمرکز بر راهکارهای اطلاعاتی و افزایش اطلاعات مصرف‌کنندگان است نیز، ثمربخش نخواهد بود؛ زیرا از دیدگاه حقوق و اقتصاد رفتاری، عامل اصلی وجود شروط غیرمنصفانه و ناکارآمد، نه نداشتن اطلاعات از سوی مصرف‌کنندگان بلکه عقلانیت محدود آنان و عدم توانایی آنان در اتخاذ تصمیمات درست است؛ چراکه افراد با عقلانیت محدود در مواجهه با انتخاب‌های مختلف، با زمان کم و نیز محدودیت‌های ذاتی شناختی، از قواعد سرانگشتی^۶، به‌عنوان میانبرهای ذهنی، استفاده می‌کنند که این امر منجر به ارزیابی‌ها و داوری‌های نادرست می‌شود (Mathis & Steffen, 2015, p.37). پس حل مسأله شروط ناعادلانه و ناکارآمد قراردادی نه در ساختار بازار و افشاء اطلاعات که در استفاده از یافته‌های رفتاری و دخالت حقوق میسر می‌شود.

۱-۳-۲- دلایل غیرمنصفانه‌بودن و ناکارآمدی قراردادهای استاندارد مصرف از دیدگاه «حقوق و اقتصاد رفتاری»

اما به‌راستی چرا برخلاف پیش‌بینی نظریه اقتصادی، در عمل، فروشنده شروط یک طرفه و غیرمنصفانه را به جای شروط کارآمد و منصفانه در قرارداد می‌گنجانند؟ در ابتدا برخی از صاحب‌نظران، علت مسئله را در نخواندن شروط توسط خریداران عنوان می‌کردند اما این امر نه‌تنها علت منحصر این مسئله نیست؛ زیرا اگر مشکل، فقط نخواندن شروط بود، با الزام به خواندن باید مشکل حل می‌شد، بلکه خود نیز معلول عواملی است که ریشه‌یابی آن، ما را به رهنمودهای

3 - Salient attributes

4 - Efficient level of quality

۵ - این امر در مغایرت با یکی از فروض اقتصاد نئوکلاسیک در خصوص تصمیم‌گیری افراد است، بدین بیان که تصمیم‌گیری افراد در بین گزینه‌های مختلف با بررسی کامل همه اوصاف و ویژگی‌های محصول بوده و تفاوتی از این حیث بین

1- European Commission Report, (2016), Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs).

2- Rule of thumb

میزان تلاش و به عبارتی هزینه آن هستند، از این رو، می‌توان انتظار داشت که توجه خود را تنها معطوف به مهم‌ترین ویژگی‌های محصول کنند؛ معمولاً شروط موجود در قراردادهای استاندارد، در قیاس با ویژگی‌هایی مثل قیمت، کارکرد و ظاهر فیزیکی میبع از اهمیت کم‌تری برخوردار هستند (korobkin, 2003; 1230).

دلیل دیگری نیز برای جلب توجه کمتر شروط استاندارد وجود دارد؛ غالباً، شروط استاندارد، مربوط به اموری است که احتمال وقوع آن‌ها بسیار اندک است (اگر محصول فروشنده کار نکند، اگر خریدار به موقع قیمت را ندهد و ...) و به علاوه، یکی از قوی‌ترین یافته‌های رفتاری این است که افراد در هنگام محاسبه و در نظر گرفتن احتمالات در تصمیم‌گیری بد عمل می‌کنند و در خصوص احتمالات کم، یا اهمیت زیادی بدان داده و یا آن را کاملاً نادیده می‌گیرند (Sunstein, 2002; 74). در واقع، اگر این رخدادهای ممکن اما با احتمال اندک که می‌تواند منجر به اعمال شروط استاندارد شود، به لحاظ ذهنی در دسترس^۴ خریداران نباشد، امکان نادیده‌انگاشتن احتمال وقوع این رخدادهای زیاد خواهد بود و در چنین شرایطی، خریداران با این شروط به صورت ویژگی‌های غیر مرتبط رفتار می‌کنند.

به همین دلیل، برخی، اولین گام دادگاه در برخورد با شروط استاندارد قراردادی را تعیین برجسته بودن یا برجسته نبودن آن شروط دانسته‌اند. اگر شروط مذکور، برجسته باشد، در صورت فقدان اکراه و فریب و اثرات آن بر اشخاص ثالث، نیاز به دخالت دادگاه نبوده و سازوکار بازار وجود شروط کارآمد را تضمین می‌کند اما اگر چنین نباشد، سازوکار بازار به منظور کارآمدی و سودمندی قرارداد برای مصرف‌کننده کافی نبوده و دخالت نظام حقوقی لازم است. (korobkin, 2003; 1207).

۲-۱-۳- سوگیری‌های مؤثر بر رفتار مصرف‌کنندگان

تا بحال گفته شد که شروط استاندارد قراردادهای مصرف برای مصرف‌کننده برجسته نبوده و به همین دلیل هم ممکن است مورد غفلت مصرف‌کننده و سوءاستفاده تاجر قرار گیرد. در این جا بررسی می‌شود که توجه افراد به اوصاف برجسته کالا، در فرآیند تصمیم‌گیری آن‌ها و سوگیری‌ها و رهیافت‌های ذهنی مؤثر بر آن قابل جستجو است؛ سوگیری‌هایی که در فرآیند تصمیم‌گیری و توانایی مصرف‌کنندگان در ارزیابی شروط استاندارد اثر می‌گذارد.

تحقیقات نشان می‌دهد که "مصرف‌کنندگان واقعی قراردادهای استاندارد را نمی‌خوانند" (Ben-Shahar, 2009; 2). دلائل متعددی در توضیح این امر وجود دارد؛ مردم کمبود وقت دارند و به اشتباه گمان می‌کنند که از حقوقشان به عنوان مصرف‌کننده آگاهی کامل دارند؛ توانایی مصرف‌کنندگان در پیش‌بینی زبان‌های بالقوه ناشی از

غیربرجسته است زیرا محتوای این شروط، به گونه‌ای است که توجه ارادی یا غیرارادی خریداران را به خود معطوف نمی‌کنند، در ادامه به توضیح مختصر این دو فرض می‌پردازیم.

۱- هرچه میزان اطلاعات مربوطه افزایش یابد، پیچیدگی تصمیم‌گیری بیشتر شده و نیازمند سطح بیشتری از تلاش شناختی^۱ است (Payne. Et al, 1993; 85-86). در واقع، لازمه انتخاب استراتژی تصمیم‌گیری توسط افراد، ایجاد توازن بین دقت و صحت انتخاب و تمایل افراد به کاهش هزینه تصمیم‌گیری است، پس می‌توان چنین پیش‌بینی کرد که افراد در راستای ایجاد توازن بین دو عامل متضاد دقت و صحت انتخاب و نیز هزینه مورد نیاز برای انتخاب، به میزانی که تصمیم‌گیری پیچیده‌تر شده و هزینه آن افزایش یابد، از استراتژی ساده‌تری برای انتخاب استفاده می‌کنند تا بدین وسیله از هزینه تصمیم‌گیری بکاهند و این امر به کاهش دقت و صحت انتخاب منجر می‌شود. شواهد و مطالعات نیز این را تأیید می‌کند که هرچه حجم اطلاعات بیشتر شود، بررسی گزینشی^۲ ویژگی‌ها نیز بیشتر می‌شود و ارتباط مستقیمی بین پیچیدگی تصمیم‌گیری و بررسی گزینشی گزینه‌ها برقرار است (Olshavsky, 1979; 300; Ford, et al, 1989; 105).

پس هرچه، انتخاب برای مصرف‌کننده در اثر افزایش تعداد گزینه‌های در دسترس و افزایش تعداد اوصاف مهم در انتخاب هر محصول، پیچیده‌تر باشد، افراد ناچار خواهند بود که به برخی اوصاف محصول بسنده کنند تا از این طریق، بین هزینه و فایده تصمیم‌گیری توازن برقرار کنند. نتیجه آزمایشات متعدد در این زمینه نشان می‌دهد با پیچیده شدن انتخاب، مصرف‌کنندگان به ناچار توجه خود را تنها بر برخی از اوصاف معطوف کرده و از دیگر اوصاف غافل می‌شوند. (korobkin, 2003; 1226-1229).

۲- روان‌شناسان توجه را به ارادی و غیرارادی^۳ تقسیم می‌کنند (Bettman. Et al, 1998; 193). با این توضیح که، توجه افراد به محرک‌های محیطی یا به دلیل انتخاب خود افراد است یا بدین خاطر است که برخی جنبه‌های محیط، ذاتاً جذاب بوده و توجه ما را به طور غیرارادی معطوف به خود می‌کنند؛ حال شروط استاندارد، توجه خریداران را نه به طور ارادی و نه غیرارادی جلب نمی‌کنند؛ افراد توجه ارادی خود را معطوف به اطلاعاتی می‌کنند که در راستای نیل به هدفشان باشد و همان گونه که بیان شد خریداران معمولاً به دنبال ایجاد توازن بین درستی و صحت تصمیم‌گیری و

اوصاف برجسته و غیربرجسته وجود ندارد. این ویژگی فرآیند تصمیم‌گیری، تحت عنوان بررسی غیرگزینشی non-selective مطرح می‌شود.

1 - Cognitive effort

2 - Selectivity

3 - Voluntary and involuntary attention

می‌دهند. جانبداری و سوگیری به حال و جهت‌دار بودن رفتار نسبت به لحظه فعلی یک واقعیت رفتاری کارگزاران است (Dadgar, 2020; 303). این سوگیری، منجر بدین می‌شود که افراد به پیش‌فرض‌ها تمسک کنند و چون شروط ارائه‌شده توسط تاجر به‌عنوان شروط پیش‌فرض فهمیده می‌شوند، احتمال پذیرش آن از سوی مصرف‌کنندگان زیاد می‌شود (Luth, 2010; 64). درواقع، مصرف‌کننده از هر تغییری از وضع کنونی گریزان است و این سبب می‌شود تا در صورتی که قدرت سوگیری وضع کنونی از منافع احتمالی برهم‌زدن قرارداد بیشتر باشد، مصرف‌کنندگان حتی به شروط ناعادلانه قراردادی هم پایبند بمانند (Radonjić, 2018; 12).

به‌علاوه، اثر برخورداری^۶ هم، در این حوزه مؤثر است، اثر برخورداری که از مهم‌ترین یافته‌های اقتصاد رفتاری است، بدین واقعیت اشاره دارد که مالکیت و تصرف فرد بر مال، بر ارزش‌گذاری او بر آن دارایی مؤثر است. توضیح آن که طبق فرض تحلیل اقتصادی، مبلغی که فرد برای خرید کالایی حاضر به پرداختش است (تمایل به پرداخت)^۷ با مبلغی که حاضر به فروش همان کالا در فرض مالکیت بر آن کالا است (تمایل به دریافت)^۸، در هر شرایطی^۹ برابر است ولی تحقیقات رفتاری نشان می‌دهد که مالکیت و وضع فرد بر مال، سبب فزونی مبلغی که فرد حاضر به فروش آن مال در ازای آن است بر مبلغی است که اگر مالک آن مال نمی‌بود، برای خریدن همان کالا می‌پرداخت. مثلاً، طبق تحلیل اقتصادی، اگر خانه‌ای برای فردی که قصد خرید آن را دارد یکصد میلیون تومان ارزش داشته باشد و این فرد مالک آن خانه هم باشد، آن خانه برای آن فرد همان یکصد میلیون تومان می‌ارزد و مالکیت او تاثیری در ارزش‌دارایی برایش نخواهد داشت اما طبق یافته‌های اقتصاد رفتاری، فرد مالک برای فروش خانه ممکن است یکصد و ده میلیون تومان طلب کند؛ درحالی که اگر مالک نبود، تنها صد میلیون تومان برای خرید آن خانه می‌پرداخت.

حال در حوزه قراردادهای مصرف نیز اثر برخورداری می‌تواند به‌عنوان حربه‌ای در دستان فروشنده قرار گیرد، به نحوی که تعبیه دوره‌های طولانی مدت رایگان آزمودن و آزمایش کالا (دوره‌های تست مجانی کالا) با هدف ایجاد نوعی احساس برخورداری و مالکیت نسبت به آن کالا سبب می‌شود تا ارزش‌گذاری افراد نسبت به مبیع، از ارزش‌گذاری واقعی آنان بیشتر باشد و در نتیجه، این امر با افزایش ارزش کالا برای فرد، سبب اغماض از شروط ناعادلانه نامطلوب با هدف غائی حفظ مبیع می‌شود.

استفاده از محصول محدود بوده و در نتیجه، فهم آن‌ها از اهمیت شروط قراردادی نیز محدود است؛ مضافاً آن که، فهم شروط قراردادی به دلیل ادبیات خاص حقوقی راحت نیست. (Ben-Shahar, 2009; 17-20).

مسئله دیگر، فراوانی اطلاعات است؛ تصمیم‌گیری بهینه در خصوص شروط استاندارد قراردادی، مستلزم ارزیابی اطلاعات مختلفی در خصوص قیمت و رقبا و ... است و به همین دلیل مصرف‌کنندگان ترجیح می‌دهند تا به جای تصمیم بهینه، به تحقق خواسته‌ها و نیازهایشان از مبیع و اطلاعات مربوط بدان تمرکز نموده و بنابراین به شروط استاندارد توجه نمی‌کنند (Ben-Shahar, 2009; 17-20). به‌علاوه، مطالعات رفتاری نشان داده است که جذابیت کالا و خدمات، مانع توجه کافی به شروط استاندارد می‌شود؛ در واقع، با توجه به این که افراد وقت و تلاش خود را برای انتخاب کالا یا خدمت صرف نموده‌اند و از آنجائی که از هدررفت وقت و تلاش خود با عدم انعقاد قرارداد اجتناب دارند، شروط استاندارد را نادیده گرفته و قرارداد را امضاء می‌نمایند^۱؛ به عبارتی دیگر، هزینه و فایده شروط استاندارد، تأثیری در تصمیم قطعی مسبوق مصرف‌کننده نخواهد داشت.

یکی دیگر از یافته‌های اقتصاد رفتاری مربوط به سوگیری خودبینی یا خودمحوری^۲ است که ناشی از سوگیری‌های خوش‌بینی و اعتماد بیش از حد به خود^۳ است؛ این سوگیری منجر به دست‌کم‌گرفتن احتمال وقوع حوادث بد و ارزیابی بیش از حد احتمال حوادث مثبت است. در خصوص شروط ناعادلانه قراردادی هم این سوگیری سبب نخوندن شروط و نیز دست‌کم‌گرفتن احتمال وقوع حوادثی می‌شود که موجب استناد به شروط ناعادلانه خواهد شد (Radonjić, 2018; 11). ضمناً، خوش‌بینی بیش از حد و خودخدمتی^۴، سبب ارزیابی شروط استاندارد به گونه‌ای عادلانه‌تر و سودمندتر از آن چه که در واقعیت است، می‌شود (Faure & Luth, 2011; 348).

سوگیری مؤثر دیگر، سوگیری حفظ وضع کنونی^۵ است؛ بدین معنی که افراد وضع کنونی خود را به سایر شرایط جایگزین ترجیح

۱ - این مطلب با پدیده اثر هزینه هدررفته (Sunk cost effect) مرتبط است. این پدیده یکی از اختلافات اقتصاد رفتاری و اقتصاد نئوکلاسیک است، بدین معنی که به عقیده اقتصاد رفتاری، بر خلاف اقتصاد نئوکلاسیک، هزینه‌های هدررفته مانند هزینه‌ای که بابت خرید بلیط یک فستیوال سینمایی، از پیش، پرداخت شده، در انتخاب فرد در آینده اثر می‌گذارد؛ بنابراین اگر فردی هزینه بلیط مذکور را در گذشته پرداخت کرده باشد ولو این هزینه، هرگز جبران نخواهد شد اما در انتخاب فرد به رفتن به سینما یا نرفتن در آینده تأثیر خواهد گذاشت. در این خصوص ر.ک Thaler, 1980; 39-60

2 - Egocentric bias

3 - Overoptimism and overconfidence

4 - Self-serving

5 - Status quo bias

6 - Endowment effect

7 - Willingness to pay (wtp)

8 - Willingness to accept (wta)

۹ - البته این فرض، ناظر به فرض فقدان و عدم تأثیرگذاری اثر ثروت (Wealth effect) است.

پاسخگوی همه مسائلی باشد که در تجارت مطرح می‌شود و بنابراین این راهکار، کارآمد نیست (Korobkin, 2003; 1246).

۳-۲-۲-۲- کنترل‌های ماهوی بیشتر

پیشنهاد دیگری که مطرح شده است، کنترل ماهوی بیشتر بر شروط استاندارد است زیرا تکالیف اطلاعاتی نمی‌تواند راهی برای حل مسأله غیرمنصفانه بودن شروط استاندارد باشد؛ از این رو نظارت بر ماهیت شروط، می‌تواند مسأله کاهش رفاه مصرف‌کننده در اثر شروط یک‌طرفه را حل کند. نظارت ماهوی، برخلاف افشاء اطلاعات که شکلی است، بر محتوای قرارداد تمرکز می‌کند و اشکال مختلفی دارد؛

۳-۲-۲-۱- شروط آمره پیشینی توسط مقنن

طبق این پیشنهاد، قراردادهای استاندارد، می‌توانند با شروط آمره قراردادی که توسط مقنن تعیین شده تا بر روابط قراردادی خریدار و فروشنده حاکم باشد، جایگزین شود. درواقع، به جای اجرای شروط الحاقی در شکل از قبل آماده‌شده یا الزام طرفین به مذاکره یا الزام خریدار به اعلام رضایت، دولت می‌تواند با تصویب و تعیین مجموعه‌ای از شروط منصفانه و حائز کارایی، محتوای شروط استاندارد را به طرفین تحمیل کند (Rakoff, 1983; 1220-1248).

۳-۲-۲-۲- شروط پسینی توسط دادگاه‌ها

در پیشنهاد دیگری، گفته شده است که به جای شروط آمره قانونی، دادگاه‌ها می‌توانند شروط پسینی خود را جایگزین شروط تحمیلی فروشنده کنند. در این رویکرد، دادگاه به این می‌پردازد که کدام شروط از منظر پیشینی، یعنی با نگاه به زمان انعقاد معامله، برای طرفین کارآمد و کدام یک ناکارآمد است (Korobkin, 2003; 1252). هرچند این رویکرد در قیاس با شروط تحمیلی قانونی، از این مزیت بهره می‌برد که چون رویکردی پسینی است، بنابراین متناسب با هر مورد و هر قرارداد بوده و از مشکل عمومیت رنج نمی‌برد؛ اما این رویکرد هم دارای مشکلاتی است که طراحان آن هم بدان واقف بوده‌اند؛ مانند آن که اولاً قضات شایستگی کمی در بررسی این امر دارند و خود نیز در معرض خطاهایی هستند و مهم‌تر آن که این امر سبب نااطمینانی در طرفین قرارداد می‌شود زیرا که نسبت به اجرای قرارداد و شروط آن همواره تردید است و چه بسا هزینه این عدم اطمینان از منافع این راهکار فزونی یابد (Korobkin, 2003; 1253).

۳-۲-۳- راهکارهایی برای افزایش خواندن شروط قراردادی

چنان که گفته شد، یکی از مشکلات مصرف‌کنندگان، زیادی

همچنین، یافته دیگر اقتصاد رفتاری، اثر قاب‌بندی^۱ است که به تأثیر نحوه ارائه اطلاعات و انتخاب‌ها بر ادراک آن اطلاعات و انتخاب‌ها توسط افراد و در نتیجه، تأثیر این قالب‌بندی‌ها بر تصمیم‌گیری افراد، اشاره دارد. حال به نظر می‌رسد که می‌توان شروط ناعادلانه را به گونه‌ای ارائه کرد که عادلانه و درست ادراک شود. برای نمونه، اگر شروط استاندارد قراردادی از سوی تاجر، کاملاً یک‌طرفه و به سود وی باشد، توافق بر هر شرطی که قدری مساعدتر و سودمندتر به حال مصرف‌کننده باشد، از سوی مصرف‌کننده به عنوان یک سود و منفعت ارزیابی می‌شود در حالی که این شرط، به طور مطلق، برای او سودمند نبوده بلکه تنها به زیان او نبوده و یا کمتر زیان‌بار بوده است. این کار با تغییر نقطه مرجع^۲ مصرف‌کننده صورت می‌پذیرد که می‌تواند ادراک فرد از سود و زیان را تغییر داده و هر آن‌چه از نقطه مرجع که شروط استاندارد است، کمتر و ادنی باشد، زیان و هر آن‌چه که از شروط استاندارد بهتر و اعلی باشد، به عنوان منفعت فهمیده می‌شود، در حالی که ممکن است درواقع چنین نباشد (Radonjić, 2018; 12).

۳-۲- راهکارهای این مسئله از دیدگاه حقوق و اقتصاد رفتاری

بنابراین طبق بینش رفتاری، مصرف‌کنندگان در اثر سوگیری‌های مذکور، شروط استاندارد را نخوانده و ارزیابی نمی‌کنند و به علاوه در صورت خواندن شروط هم به دلیل وجود همان سوگیری‌ها، ممکن است، خطا کنند که این امر می‌تواند به شروط با کیفیت پایین منجر شود. در این قسمت، راهکارهایی که در نوشته‌های حقوق و اقتصاد رفتاری مورد توجه قرار گرفته است، مطرح می‌شود.

۳-۲-۱- منع شروط استاندارد و یا الزام طرفین به مذاکره

یکی از راهکارهای افراطی، منع مطلق شروط استاندارد است؛ یعنی تنها به این دلیل ساده که مصرف‌کنندگان این شروط را نمی‌خوانند، علی‌الطلاق، استفاده از این شروط ممنوع شود (Faure & Luth, 2011; 352). پیشنهاد مشابه دیگر، الزام طرفین به مذاکره و در صورت عدم توافق طرفین، رد قرارداد توسط دادگاه است (Korobkin, 1998; 673-675)؛ اما این پیشنهادها، هزینه مبادله را که کاهش آن، دلیل اصلی مطلوبیت شروط استاندارد از منظر اقتصادی است، افزایش می‌دهد، زیرا افراد برای هر مبادله کوچک یا باید روی همه جزئیات قرارداد مذاکره کنند و یا باید قواعد عام حقوق خصوصی را به عنوان قواعد پیش‌فرض اعمال کنند (De Geest, 2002; 224) و این قواعد هم آن قدر کلی است که نمی‌تواند

1 - Framing effect
2 - Reference point

مربوط به ثمن و اوصاف اساسی مبیع، سازوکار بازار و آزادی قراردادی در تضمین حقوق مصرف‌کننده کافی است و مقنن می‌تواند با ایجاد تقارن اطلاعاتی بین طرفین به تحقق قراردادی عادلانه امیدوار باشد اما در عوض، توجه مقنن باید معطوف به شروط غیربرجسته قراردادی شود، شروطی که فروشندگان با زیرکی می‌توانند از عدم توجه خریداران بهره برده و منفعت اقتصادی خویش را بیشینه نمایند، بدین منظور قانونگذار می‌تواند با راهکارهایی که در ادامه پیشنهاد می‌شود، از مصرف‌کننده حمایت نماید.

الف- استفاده از قواعد پیش‌فرض: یافته‌های رفتاری نشان می‌دهد که تعیین هر قاعده‌ای به‌عنوان پیش‌فرض احتمال تحقق و انتخاب نهایی آن را افزایش می‌دهد، عدم تمایل افراد به تغییر وضع کنونی و همچنین اثر برخورداری، توسل به قاعده پیش‌فرض را در افراد توجیه می‌نماید. بر این اساس مقنن ایرانی می‌تواند با تعیین قواعد سودمند برای مصرف‌کننده به‌عنوان قاعده پیش‌فرض، احتمال گنجاندن چنین شروطی را در قرارداد افزایش دهد. اگر با تغییر قواعد مسئولیت مدنی و وضع هرچه بیش‌تر مسئولیت‌های مطلق و فرض مسئولیت بر عهده تاجر و تولیدکننده، مصرف‌کننده خود را برخوردار از حق جبران زیان بداند، یقیناً، مذاکره بر سر تعدیل و تغییر این قواعد، با توجه به وجود اثر برخورداری دشوارتر بوده و کسب رضایت مصرف‌کننده برای تاجر، هزینه بیشتری در پی خواهد داشت.

ب- منع استفاده از قراردادهای استاندارد و اجبار به مذاکره: در شروطی که بیشترین میزان نابرابری و بی‌عدالتی مشاهده می‌شود که اصولاً همان شروط غیربرجسته هستند، مقنن می‌تواند با اجبار افراد به مذاکره و منع تعیین تکلیف شروط مذکور از پیش، توجه افراد را به اهمیت این شروط معطوف نماید.

ج- استفاده از لیست سیاه و خاکستری: این پیشنهاد که مستظهر به استعمال آن در حقوق اتحادیه اروپا و کارآمدی آن است، با تعیین شروطی مطلقاً و یا اصولاً باطل، جلوه دیگری از مداخله مقنن در شروطی است که عدالت قراردادی را مخدوش نموده است.

ح- پیش‌بینی دوره‌های الزامی حق فسخ به سود مصرف‌کننده نظیر ماده ۳۷ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، به خریداری که متأثر از سوگیری‌های گوناگون شناختی اقدام به خرید کرده است، امکان غور و تعمق و در صورت لزوم فسخ معامله را می‌دهد.

در پایان، لازم بذکر است که این مقاله، تنها در صدد طرح نگاهی نو به حوزه قراردادهای مصرف بوده و بر این نکته تأکید می‌ورزد که با تغییر مبانی انسان‌شناختی در حقوق چگونه می‌توان به مسائل جزئی و عینی پاسخ گفت. در این مقاله، سعی شده است تا با تغییر نگاه به انسان از «انسان اقتصادی» به «انسان واقعی» که ریشه در حقوق و اقتصاد رفتاری دارد، گامی در اصلاح شروط ناکارآمد و ناعادلانه قراردادهای مصرف برداشته شود.

اطلاعات^۱ است. به‌علاوه، پیچیدگی شروط قراردادی هم مزید بر علت است تا مصرف‌کنندگان شروط قراردادی را اصلاً نخوانند. به همین دلیل، برخی از محققان، ساده‌سازی شروط را راهی برای حل این مسأله دانسته‌اند. تحقیقات کمیسیون اروپایی نشان می‌دهد کاهش پیچیدگی و ساده‌سازی ادبیات شروط قراردادی، سبب افزایش چند درصدی در خواندن این شروط می‌شود. پیشنهادهای هم درباره نحوه ارائه شروط مبنی بر اندازه نوشته‌ها، کوتاه کردن جمله، برجسته‌نمودن شروط، آوردن مثال‌هایی از زندگی واقعی و ... ارائه شده است که جملگی به منظور جلب توجه مصرف‌کننده است (Helberger, 2013).

علاوه بر موارد مذکور، پیشنهادهای دیگری نظیر استفاده از روش‌هایی مانند نمایش دادن شروط استاندارد مهم و ضروری به مصرف‌کننده از طریق الصاق آن به محصولات (Luth, 2010; 246) و نیز رتبه‌بندی قراردادها و شروط استاندارد (Marotta-Wurgler, 2009; 312)، تأیید پیشینی شروط قرارداد به‌وسیله یک نهاد عمومی یا گروه‌های ذی نفع خصوصی و نیز تهیه شروط استاندارد از طریق مذاکره با نهادهای حامی مصرف‌کنندگان نیز مطرح شده است (Radonjić, 2018; 19).

نتیجه‌گیری

۱- راهکارهای اطلاعاتی که با هدف ایجاد تقارن اطلاعاتی بین طرفین قرارداد مصرف یعنی مصرف‌کننده و فروشنده اتخاذ می‌شود، فاقد کارایی لازم می‌باشد چون آن‌چه که سبب انعقاد قراردادهایی با شروط ناعادلانه می‌شود، تنها به عدم برخورداری مصرف‌کننده از اطلاعاتی برابر با فروشنده بازمی‌گردد؛ بنابراین راهکارهای رایج حقوقی، نظیر الزام فروشنده به درج اطلاعات لازم در قرارداد یا بر روی کالا، به‌تنهایی مؤثر در مقام نیست.

۲- از آنجایی که وجود سوگیری‌های شناختی و خطاهای مختلف در مصرف‌کنندگان عامل اصلی پذیرش شروط ناعادلانه در قرارداد مصرف است، تمرکز نظام حقوقی باید بر سوگیری‌زدایی از مصرف‌کنندگان باشد؛ بنابراین، راهکارهایی نظیر ساده‌سازی شروط قراردادی، جلب توجه مصرف‌کنندگان به شروط مهم و اصلی قرارداد، نظارت بر قراردادهای استاندارد مصرف و ... راهکارهایی مؤثر خواهد بود.

۳- مقررات حقوق ایران در این حوزه، از جامعیت لازم برخوردار نبوده و به‌علاوه با تحولات این حوزه مطابقت ندارد. چنان که اشاره شد، شروط قراردادی برای مصرف‌کنندگان به دو دسته برجسته و غیربرجسته تقسیم می‌شود، در شروط برجسته قراردادی نظیر شروط

References

- [1] Adel, Morteza; Shamsollahi Mohsen. (2019). Unfair Contract Terms in Consumer Contracts, *Private Law Research*, 7(25): 205-233. (In Persian).
- [2] Akerlof, G. (1970). The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, 84(3): 488-500.
- [3] Altman Moris. (2019). *Behavioral Economics*, Translated by Ranani Mohsen, Tehran, Avande Danesh Publication. (In Persian).
- [4] Becher, S. I. (2009). A 'Fair Contracts' Approval Mechanism: Reconciling Consumer Contracts and Conventional Contract Law. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 42(4):747-804.
- [5] Ben-Shahar, O. (2009). The myth of the "opportunity to read" in contract law. *European Review of Contract Law*, 5(1). 1-28.
- [6] Bettman J, Luce M, Payne J. (1998). Constructive Consumer Choice Processes, *Journal of Consumer Research*, 25(3):187-217.
- [7] Coase, Ronald. H. (1960). The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 3:1-44.
- [8] Dadgar, Yadollah. (2017). Patterns of Behavioral Economics and the Capacity to Modify the Governing Approach, *Comparative Economics*, 4(1): 69-88. (In Persian).
- [9] Dadgar, Yadollah. (2020). *Behavioral Economics; an evolutionary Approach in the Comprehensive science*, Tehran, Noore Elm Publication. (In Persian).
- [10] De Geest, G. (2002). The signing-without- reading problem: An analysis of the European Directive on unfair contract terms. In H. B. Schäfer & H. J. Lwowski (Eds.). *Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen Festschrift für Klaus Ott* (pp. 213-235). Wiesbaden: Gabler.
- [11] De Hoon, M. W. (2007). Power Imbalances in Contracts: An Interdisciplinary Study on Effects of Intervention, *Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 006/2007*, Available at: ssrn.com/paper=985875.
- [12] Engel Christoph, Gigerenzer Gerd. (2006). Law and Heuristics: An Interdisciplinary Venture, p.1-2 in *Heuristics and the Law*, Edited by Gigerenzer Gerd, Engel Christoph, The MIT Press.
- [13] European Commission Report. (2016). Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs). https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/terms_and_conditions_final_report_en.pdf.
- [14] Faure Michael G., Luth Hanneke A. (2011). Behavioural Economics in Unfair Contract Terms Cautions and Considerations, *Journal of consumer policy*, 34:337-358.
- [15] Ford J. Kevin et al. (1989). Process Tracing Methods: Contributions, Problems, and Neglected Research Questions, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 43(1):75-117.
- [16] Ghanavati, Jalil. (2010). liberty of contracts: contracts and unfair terms, *Journal of Fiqh and Usul*, 42(2). pp.135-157.
- [17] Grundman S, Kerber W, Weatherill S. (2001). *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin: de Gruyter.
- [18] Grundmann, S. (2002). Information, party autonomy and economic agents in European contract law. *Common Market Law Review*, 39(2): 269-293.
- [19] Hadfield, G. K., Howse, R. and Trebilcock, M. J. (1998). Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy. *Journal of Consumer Policy*, 21(2): 131- 169.
- [20] Hartlief, T. (2004). Freedom and protection in contemporary contract law. *Journal of Consumer Policy*, 27(3): 253-267.
- [21] Haupt, S. (2003). An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law. *German Law Journal*, 4(11): 1137-1164.
- [22] Helberger, Natali. (2013). Form Matters: Informing Consumers Effectively, *University of Amsterdam - Institute for Information Law (IViR)* <https://ssrn.com/abstract=2351791>.
- [23] Hillman, R. A. and Rachlinski, J. J. (2002). Standard-Form Contracting in the Electronic Age. *New York University Law Review*, 77(2): 429-495.
- [24] Howells, G. G. (2005). The potential and limits of consumer empowerment by information. *Journal of Law and Society*, 32(3). 349-370.
- [25] Howells, G. G., & Weatherill, S. (2005). *Consumer protection law*. Aldershot: Ashgate.
- [26] Jolls C, Sunstein C.R, Thaler R. (1998). A Behavioral Approach to Law and Economics, , *STANFORD LAW REVIEW*, 50:1471-1550.
- [27] Kahneman Daniel, Tversky Amos. (1979). Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica*, 47(2):263-292.
- [28] Katouzian, Nasser. (2008). The Limitations of Freedom of Contracts on the Basis of Protection of the Consumer, *Private Law Studies*, 38(3):327-342.
- [29] Kelman, Mark. (1979). Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem, 52

- Southern California Law Review 52 (3): 669-698.
- [30] Kornhauser, L. A. (1976). Unconscionability in Standard Forms. *California Law Review*, 64(5): 1151-1183.
- [31] Korobkin Russell. (1998). The Status Quo Bias and Contract Default Rules, 83 *Cornell Law Review*, 83(3):608-687.
- [32] Korobkin, R. (2003). Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability, *Chicago Law Review*, 70(4): 1203-1295.
- [33] Leff, A. A. (1970). Contract As Thing. *American University Law Review*, 19(2): 131-157.
- [34] Levitin, A. J. (2007). All But Accurate: A Critique of the American Bankers Association's Study on Credit Card Regulation. SSRN eLibrary. Available at: SSRN.com/paper=1029191.
- [35] Llewellyn, K. N. (1960). *The Common Law Tradition - Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown and Company.
- [36] Luth H. A. (2010). Behavioral Economics in Consumer Policy: The Economic Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited (PhD thesis). Erasmus University Rotterdam, Rotterdam, <https://repub.eur.nl/pub/19572/Proefschrift-Hanneke-A.-Luth.pdf>, last visited November 14, 2018.
- [37] Luth, Hanneke A. (2008). Extending the Scope of the Unfair Terms Discipline in Consumer Contracts - An Economic and Behavioural Perspective, RILE Working Paper No. 2008/01, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1115302> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1115302>
- [38] Marotta-Wurgler, F. (2009). Are "Pay Now, Terms Later" Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software License Agreements", *The Journal of Legal Studies*, 38(2): 309-343.
- [39] Mathis K, Steffen D. (2015). "From Rational Choice to Behavioral Economics: Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications", in: *European Perspectives on Behavioral Law and Economics* (ed. Klaus Mathis). Cham 2015, 31.
- [40] Maxeiner, J. R. (2003). Standard-Terms Contracting in the Global Electronic Age: European Alternatives. *Yale Journal of International Law*, 28(1). pp. 109-182.
- [41] Olshavsky Richard W. (1979). Task Complexity and Contingent Processing in Decision Making: A Replication and Extension, *Organizational Behavior and Human Performance*, 24(3).
- [42] Payne J.W, Bettman J.R, Johnson E.J. (1993). *the Adaptive Decision Maker*, New York: Cambridge University Press.
- [43] Radonjić, Aleksa. (2018). Behavioral approach to unfair terms and conditions in EU consumer law, *Strani Pravni Zivot*. (4):7-24.
- [44] Rahbar F, Motavasseli M, Amiri M. (2013). Behavioral Economists and their Theories. *JPBUD*, 18 (1) :133-165. (In Persian).
- [45] Rakoff Todd D. (1983). Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction, *Harvard Law Review*, 96(6): 1173-1284.
- [46] Ramsay, I. (1984). *Rationales for Intervention in the Consumer Marketplace*. London: OFT.
- [47] Sibony A.L. (2014). Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive, *European Review of Private Law*, 6: 901-942. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3183933>.
- [48] Stiglitz Joseph E. (1985). Information and Economic Analysis: A Perspective, *The Economic Journal*, 95:21-41, <https://www.jstor.org/stable/2232867>.
- [49] Sunstein Cass R. (2002). Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law, *Yale Law Journal*, 112(1): 61-107.
- [50] Thaler, R. H. (1980). Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of economic behaviour and organisation*, 1(1). 39-60.
- [51] Träger, M. (2008). Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation: A Survey of Theory and Practice. In: H. Collins (Ed.). *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, pp. 57-74. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- [52] Van den Bergh, R. J. (2003). Competition law and consumer protection legislation. In: A. N. Hatzis (Ed.). *Economic Analysis of Law: A European Perspective*. Cheltenham: Edward Elgar.
- [53] Wilhelmsson, T. (2006). Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms in Consumer Contracts. *European Business Law Review*, 17(1). pp. 51-72.



Research Article

Vol. 30, No. 23, Spring-Summer 2023, p. 117-131

Analysis Previous actions of the contractor in reducing environmental risks in upstream oil contracts

A. Amirkhani^{1*}, R. Tajarloo²

1-Ph.D Student of oil and gas law, Department of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

2-Assistant Professor, Department of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

(*- Corresponding Author Email: Amirkhani.a@ut.ac.ir)<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.79043.1229>

Received: 06 March 2023 Revised: 02 June 2023 Accepted: 21 August 2023 Available Online: 21 August 2023	How to cite this article Amirkhani, A., Tajarloo, R., (2023). Analysis Previous actions of the contractor in reducing environmental risks in upstream oil contracts. <i>Encyclopedia of Economic Law Journal</i> , 30(23): (117-131) (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.79043.1229
--	---

1- INTRODUCTION

One of the most important challenges created in recent years is how to protect the environment against oil operations. Considering the harmful effects caused by this operation, the responsible institutions of this industry are trying to prioritize prevention over treatment in order to reduce environmental risks and emphasize preventive measures. One of the most important challenges created in recent years is how to protect the environment against oil operations. This research, in a descriptive and analytical manner, aims to analyze the requirements and previous measures of the contractor in the law and contract and explain the nature of environmental regulations by referring to national environmental laws and regulations, referring to international procedures, and international standards. International and international standards and references to national law and international procedures, as well as legal measures and explicit and implicit contractual terms, including feasibility studies, regulations related to protected areas, appropriate measures in emergency situations, waste management, and cleaning, and insurance, provide effective mechanisms to reduce pollution trends.

2- PURPOSE

The purpose of this article is to investigate the positive impact of legal and contractual requirements in upstream oil regulations on the reduction of environmental risks by the oil industry contractor, and finally, performing previous legal and contractual measures in conducting oil operations is the best environmental solution.

3- METHODOLOGY

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

4- FINDINGS

Today, in the process of evolution of environmental management as a wide and dynamic system To prevent environmental pollution and destruction, preventive approaches are considered has been. Reduction of environmental risks is considered both in the contract and in the law. Examining the types of upstream oil contracts of different countries shows that many preventive measures are imposed on the contractor to protect the environment in performing oil operations. One of the most important conditions that play a major role in the prevention of environmental damage is environmental impact assessment, which includes technical, economic, legal, financial, operational, and program evaluations that must be followed by the contractor. Preventive environmental measures are a way to strike a balance between the environment and the oil industry.



5- CONCLUSION

The risks and damages caused by oil operations have caused the host governments to develop environmental rules and conditions to reduce environmental risks within the operating area and to pay attention to the principle of environmental prevention by analyzing the requirements and the previous legal and contractual actions of the contractor to reduce environmental risks. In this research, which was carried out with a descriptive-analytical method, the main issue under discussion is how to reduce environmental risks through previous legal and contractual measures around the three axes of feasibility studies, explicit contractual terms, implicit contractual terms, or the same codes of conduct. Having a written plan to comply with each of the conditions on the part of the contractor and cooperating with the employer in this regard has many reducing effects on environmental damage. Finally, the implicit terms of the contract, including the codes of conduct of oil companies in compliance with environmental issues, which, although there is no guarantee of explicit implementation for violating the relevant regulations, are effective in the global reputation of the company and the acceptance of society in establishing and conducting oil operations.

Keywords: upstream oil contracts, environmental conditions, codes of conduct, feasibility studies, previous measures

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۱۱۷-۱۳۱

واکاوی اقدامات پیشینی پیمانکار نسبت به کاهش ریسک‌های زیست‌محیطی در قراردادهای بالادستی نفتی

آزاده امیرخانی^{*۱} - رضا طبرلو^۲

دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۵ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۳۰

چکیده

یکی از مهم‌ترین چالش‌های ایجاد شده در طول سال‌های اخیر، چگونگی حفاظت از محیط‌زیست در برابر اقدامات و عملیات نفتی است. با عنایت به آثار مخرب ناشی از این عملیات، نهادهای مسئول این صنعت در تلاش‌اند به‌منظور کاهش ریسک‌های زیست‌محیطی اصل پیشگیری را بر درمان اولویت بخشند و بر اقدامات پیشگیرانه تأکید کنند. این پژوهش به شیوه توصیفی تحلیلی بر آن است تا از طریق واکاوی الزامات و اقدامات پیشینی پیمانکار و تبیین ماهیت ضوابط زیست‌محیطی از طریق ارجاع به قوانین و مقررات ملی زیست‌محیطی، ارجاع به رویه‌های بین‌المللی و استانداردهای بین‌المللی و ارجاع به روش قانون ملی و رویه‌های بین‌المللی و همچنین تبیین ماهیت شروط صریح و ضمنی قراردادی از جمله مطالعات امکان‌سنجی، ضوابط مرتبط با مناطق حفاظت شده، اقدامات مقتضی در شرایط اضطراری، مدیریت پسماند و پاک‌سازی، بیمه، تنظیم و رعایت کدهای زیست‌محیطی به این نتیجه دست یابد که به‌کارگیری هر یک از مکانیسم‌های معروضه می‌تواند در جای خود نقش مؤثری بر کاهش روند آلودگی‌های زیست‌محیطی داشته باشد.

کلیدواژه‌ها: قراردادهای بالادستی نفتی، شروط زیست‌محیطی، کدهای رفتاری، مطالعات امکان‌سنجی، اقدامات پیشینی.

JEL Classification

مقدمه

داشت کشورهای توسعه‌یافته استانداردهای سختگیرانه‌ای برای حفاظت از محیط‌زیست خود تدوین کرده‌اند اما مسئله اصلی وجود ذخایر عظیم نفتی در کشورهای درحال توسعه است که یا فاقد رژیم‌های لازم برای حفاظت از محیط‌زیست می‌باشند و یا با وجود قوانین و مقررات مدون در حوزه محیط‌زیست تمایلی به نظارت بر ابعاد زیست‌محیطی ندارند و اغلب موضوع حفظ محیط‌زیست در عملیات بالادستی نفتی قربانی سود سرشار و تمایلات اقتصادی دولت‌های میزبان می‌شود. (Zhiguo, 32-35:1994)

اگرچه این روند به تدریج تغییر یافت و از نیمه دوم قرن بیستم میلادی موضوع حفاظت از محیط‌زیست در کانون توجه دولت‌ها قرار

عملیات بالادستی نفت و گاز در کنار ارزش‌افزوده‌ای که از نظر اقتصادی برای دولت‌های میزبان ایجاد می‌کند، مشمول رشته‌ای از فرآیندها و اقداماتی است که از مرحله اکتشاف و تولید آثار مخرب زیست‌محیطی و بعضاً غیرقابل جبران را بر جای می‌گذارد.^۳ باید اذعان

۱- دانشجوی دکتری رشته حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

(*) - نویسنده مسئول: (Email: Amirkhani.a@ut.ac.ir)

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

۳- به عنوان نمونه: بزرگ‌ترین لکه‌ی نفتی ایجاد شده در خلیج مکزیک که ناشی از انفجار سکوی نفتی دیپ واتر هورایزون (Deepwater Horizon) و تحت مسئولیت شرکت نفت بریتیش پترولیوم در تاریخ ۲۰ آوریل ۲۰۱۰ بوجود آمد و در نهایت دادگاهی در آمریکا و در سپتامبر ۲۰۱۴ شرکت نفتی انگلیسی بریتیش

پترولیوم را به اتهام تقصیر فاحش در ایجاد لکه‌ی عظیم نفتی به عنوان مقصر معرفی نمود.

(New Orleans Sun. 4 September 2014. "BP found "grossly negligent" in Gulf of Mexico oil spill)

مذاقه در شروط صریح قراردادی و تبیین و بررسی کدهای رفتاری و استانداردهای وضع شده زیست محیطی توسط شرکت های نفتی بین المللی به عنوان شرط ضمنی می باشد که در ادامه شرح و تفصیل آن ها بیان می گردد.

۱. مهم ترین روش های درج ضوابط زیست محیطی در قراردادهای بالادستی نفتی

۱-۱- اولویت ارجاع به قوانین و مقررات ملی زیست محیطی بر سایر روش ها

برخی از کشورها اولویت ارجاع نسبت به درج ضوابط و شروط زیست محیطی در قراردادهای بالادستی نفتی را به قوانین و مقررات ملی خود اختصاص داده اند و در شرایط عمومی قراردادهای بالادستی نفتی خود، پیمانکار را ملزم به رعایت قوانین و مقررات ملی زیست محیطی نموده اند که از آن جمله قراردادهای خدماتی فیلیپین با پیش بینی حمایت از محیط زیست بر اساس قوانین، مقررات و احکام صادر شده از مراجع ذی صلاح آن کشور پیمانکار را متعهد می سازد تا بیشترین تلاش را برای جلوگیری از آلودگی و ایراد خسارت به جو، اقیانوس ها، دریاچه ها، رودخانه ها، بنادر و زمین ها به کار برد و تلاش های معقولی برای از بین بردن فوری آلودگی و کاهش آثار آن انجام دهد. (Republic of the Philippines DEPARTMENT OF ENERGY, no date)^۲

در برخی دیگر از قراردادها بیان شده است که اولویت با قوانین و مقررات ملی است و اگر قوانین و مقررات ملی در این خصوص یافت نشد اولویت را به رویه های بین المللی صنعت نفت داده است. مصداق این توضیح در بند ۳-۴ ماده ۱ شرایط عمومی قرارداد مشارکت در تولید (2005) فی مابین دولت هند و شرکت نفتی ZYX با این وصف که کلیه گزارش ها و بیانیه ها باید مطابق با قرارداد و قوانین هند تهیه گردد و اگر مقرراتی در این باره وجود نداشت باید مطابق با رویه های عمومی پذیرفته شده در صنعت بین المللی نفت باشد.^۳

2- 25.01 In the performance of the Petroleum Operations, the CONTRACTOR shall be subject to the laws, decrees, and regulations on environmental protection, indigenous 'peoples rights and safety promulgated by the Government and endeavor to make its best efforts to prevent pollution and damage to the atmosphere, oceans, rivers, lakes, harbors and land, and secure the safety and health of the operating personnel. The CONTRACTOR shall use all reasonable endeavors as applicable to eliminate promptly any pollution occurring in the performance of the Petroleum Operations and minimize its consequences.

3- All reports and Statements shall be prepared in accordance with the Contract and the laws of India and, where there are no

گرفت و مواردی از ارجاع قراردادهای بالادستی نفتی رایج از جمله قراردادهای امتیازی، قراردادهای مشارکت در تولید و قراردادهای خدمت به رعایت استانداردهای محیط زیستی بسته به ماهیت قرارداد درج گردید.^۱

از جمله مهم ترین اقداماتی که از نظر قانونی و قراردادی می تواند کاهش دهنده آثار مخرب عملیات نفتی بر محیط زیست محسوب گردد، اقدامات پیشینی توسط پیمانکار است. به عبارتی عاملان نفتی و متعهدان به انجام عملیات نفتی از طریق اقدامات پیشینی تصریح شده در قانون و قرارداد می توانند نقش بسزایی در حفظ محیط زیست و کسب اعتبار بین المللی در زمینه تجاری خود داشته باشند.

بدیهی است که پیوندی ناگسستنی مابین عملیات و اقدامات نفتی و محیط زیست وجود دارد که تأثیرات مخرب غیرقابل انکاری را بر محیط زیست تحمیل می کند. از این رو کشورهای دارای ذخایر نفتی من جمله ایران اقدام به تدوین ضوابط قانونی و قراردادی زیست محیطی مرتبط با عملیات نفتی نموده اند.

به طور کلی برای رعایت ملاحظات زیست محیطی در انجام عملیات نفتی ارجاع به پنج روش به شرح ذیل معمول است: ارجاع به قوانین و مقررات ملی محیط زیستی، ارجاع به استانداردهای بین المللی این صنعت، ارجاع به قوانین ملی و استانداردهای بین المللی صنعت نفت و گاز، ارجاع به قوانین ملی یا استانداردهای صنعت و موافقت نامه های بین المللی محیط زیست و ایجاد استانداردهای محیط زیستی خاص هر پروژه (16: 2011, Tienhaara)

هدف نویسنده از نگارش مقاله حاضر بررسی قانونی و قراردادی اقدامات پیشینی پیمانکار نسبت به رعایت ملاحظات زیست محیطی مدل های مختلف قراردادهای بالادستی نفتی در کشورهای مختلف،

۱- قراردادهای هیبریدی مورد استفاده در کشورهای چین و هند برای حفاظت از محیط زیست چارچوب حقوقی قاعده مندی را ارائه می کنند و به مسائل زیست محیطی نگاه ویژه ای دارند. به عنوان مثال در قراردادهای هیبریدی چین که از سال ۱۹۸۰ و با ترکیب الگوهای دو قرارداد مشارکت در تولید و خدمات برای حفاظت از محیط زیست پیمانکار را ملزم به رعایت تعهدات ذیل نموده است: الف) تهیه بیمه نامه اشخاص که مسئولیت در برابر آلودگی، عملیات پاکسازی آلودگی و انفجار را پوشش می دهد، ب) قبل از آغاز عملیات پیمانکاری، پیمانکار باید طرح را برای بازنگری و تأیید به کمیته اقدامات فوری در خصوص ایمنی و محیط زیست ارائه نماید. ج) پیمانکار باید به صورت دوره ای درباره ایمنی، حفظ محیط زیست و سوانحی که در جریان عملیات نفتی پیش می آید، گزارش هایی به شرکت ملی نفت ارائه کند، د) پیمانکار از هر گونه مداخله در منابع ماهیگیری باید خودداری کند؛ و) پیمانکار موظف است بیشترین تلاش را برای جلوگیری از آلودگی و ایراد خسارت به جو، اقیانوس ها، رودخانه ها، دریاها، بنادر و زمین به کار گیرد و تمام تلاش های معقول برای خاتمه فوری هر گونه آلودگی که در اجرای عملیات نفتی حادث شده را به کار گیرد و آثار آن را به حداقل برساند. (کهن هوش نژاد، التیمی، ۱۳۹۸، ۸۲)

به رعایت آن اقدام می‌کند و باید حدی از مهارت، احتیاط و دوراندیشی را به کار گیرد که هر شرکت نفتی بین‌المللی دیگر در چنین اوضاع و احوالی آن‌ها را پیش می‌گیرد. (Tienhaara op. cit. 16)

به‌طور کلی ارجاع به استانداردهای بین‌المللی صنعت نفت یک روش مورد قبول در قراردادهای بالادستی نفتی بسیاری از کشورها می‌باشد. به‌عنوان نمونه در بند ۷ ماده ۹ قرارداد مشارکت در تولید منعقد مورخ (2019) فی‌مابین دولت جمهوری بنگلادش و شرکت پتروبنگلا^۱ انجام کلیه عملیات نفتی مربوط به منطقه قراردادی باید منطبق با شیوه‌های بین‌المللی خوب صنعت نفت باشد.

از دیگر قراردادهای بالادستی نفتی که تأکید بر استفاده از روش خوب صنعت دارد می‌توان به ماده ۲۵ قرارداد مشارکت در تولید کشور تانزانیا با شرکت ABC (2004) اشاره کرد که بر استفاده پیمانکار از بهترین تکنیک‌های موجود مطابق با میدان خوب نفتی تأکید نموده است و تصریح شده است، اقدامات لازم برای پیشگیری از آسیب‌های زیست‌محیطی که عملیات نفتی بر آن تأثیر می‌گذارد نسبت به حداقل رساندن تأثیرات روی دریاها و دریاچه‌ها و زمین‌های مجاور اقدام نمایند^۱.

چنانکه شرح آن گذشت، استفاده از نوین‌ترین دستاوردهای علمی و فناوری روز دنیا، درصد آلودگی‌های نفتی را به حداقل می‌رساند و اکوسیستم کشور را به معیار جهانی محیط‌زیستی نزدیک می‌کند. (4-1999 esfandiyari khaledi et al, 2019)

سازمان‌هایی در سطح ملی و بین‌المللی برای وضع استانداردهای بین‌المللی اعلام موجودیت کرده‌اند و نسبت به آن اقدام نموده‌اند که از آن جمله انسیتیو نفت آمریکا^۲، برنامه محیط‌زیست ملل متحد^۳، سازمان استاندارد بین‌المللی^۴، اتحادیه بین‌المللی صیانت از طبیعت^۵، بانک جهانی^۶، شورای کسب‌وکار جهانی برای توسعه

با مذاقه در قوانین و مقررات داخلی کشورها، علی‌الخصوص کشورهای درحال توسعه مشخص می‌گردد که این قوانین در بسیاری از موارد صراحت لازم را به جهت حفاظت از محیط‌زیست ندارند و از این نظر دارای ضعف‌های آشکاری هستند. آنچه باعث شکل‌گیری این خلأها شده است مسئله احساس عدم نیاز و عدم ضرورت درک حفاظت از محیط‌زیست در این کشورها می‌باشد. در پاره‌ای از موارد نیز سخت‌گیری کمتر از نظر قوانین و مقررات، تحت‌الشعاع جذب سرمایه‌گذاری خارجی قرار می‌گیرد و این کشورها از تحمیل قوانین و مقررات زیست‌محیطی خود نسبت به عملیات نفتی به نفع جلب رضایت سرمایه‌گذاران چشم‌پوشی می‌کنند (16: ousavi et al, 2015)

در ایران نیز در قراردادهای بالادستی نفتی بر رعایت قوانین و مقررات و ضوابط و راهنماهای موجود در خصوص حفظ محیط‌زیست تأکید شده است، به‌نحوی که پیمانکار در عملیات اکتشاف و استخراج و تولید باید آن‌ها را رعایت کند. شرکت ملی نفت ایران به‌عنوان رکن اجرایی وزارت نفت به همراه شرکت‌های تابعه خود طی قوانین و مقرراتی که مصوب مراجع صلاحیت‌دار مختلفی از جمله سازمان حفاظت از محیط‌زیست، مجلس شورای اسلامی و یا تصویب‌نامه‌های داخلی وزارت نفت می‌باشد، مکلف است الزامات زیست‌محیطی مرتبط با عملیات را رعایت نماید و در این خصوص نظارت‌های لازمه را انجام دهد تا ورود آسیب به محیط‌زیست به حداقل برسد. باید بیان داشت ایران به‌عنوان کشوری درحال توسعه در زمینه حفاظت از محیط‌زیست آن‌چنان که باید دارای مقبولیت قانونی نیست و بعضاً قوانین محیط‌زیستی در برابر ابعاد اقتصادی ناشی از فروش نفت و گاز رنگ می‌بازند. برای مثال با توجه به آمار و اطلاعات به دست آمده در دهه‌های گذشته از منطقه عسلویه در خصوص آلودگی‌های نفتی هیچ مقامی نه پیگیری کرده و نه نظارت و نه جلوگیری نموده است و به همین دلیل است که این منطقه در طول چند دهه گذشته شاهد افزایش آلودگی‌های زیست‌محیطی بوده است.

۱-۲- ارجاع به رویه‌های بین‌المللی و استانداردهای

بین‌المللی

از دیگر روش‌های درج ضوابط زیست‌محیطی در قراردادهای بالادستی نفتی ارجاع به رویه‌های بین‌المللی و استانداردهای بین‌المللی می‌باشد که به "روش خوب صنعت" اشاره دارد و در آن متعهد انجام عملیات نفتی را ملزم به استفاده از استانداردها و رویه‌هایی می‌کند که هر شخص متعارفی در آن اوضاع و احوال نسبت

1- mODEL PRODUCTION SHARING AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED REPUBLIC OF TANZANIA AND TANZANIA PETROLEUM DEVELOPMENT CORPORATION AND ABC OIL COMPANY November 2004. article 25 https://pure.diiis.dk/ws/files/783639/DIIS_WP_2017_1.pdf

۲- (American Petroleum Institute (API) موسسه‌ای ملی و دارای اعتبار جهانی است که معیارهای زیست‌محیطی را در موضوعات گوناگون از جمله سند راهنمای زیست‌محیطی API در خصوص مدیریت ساحلی پسماند جامد در عملیات اکتشاف و تولید تنظیم می‌کند.

3- United Nation Environment Program (UNEP)

۴- این سازمان بین‌المللی نیز معیارهایی را در موضوعاتی از جمله مدیریت زیست محیطی، بازرسی زیست محیطی منتشر کرده است که اغلب اختیاری هستند.

5- International Union for Conservation of Nature (IUCN)

۶- این سازمان کتابچه‌ای تحت عنوان پیشگیری و کاهش آلودگی را در زمینه ایجاد خط مشی‌های مربوط به عملیات توسعه نفت و گاز در ساحل در سال ۱۹۹۸ منتشر کرد.

relevant provisions in either of these, in accordance with generally accepted practices in the international petroleum industry. article 3-4-1

پایدار^۱ هستند.

باید اذعان داشت ارجاع به استانداردهای بین‌المللی هرچند در سطحی بالاتر از قوانین ملی هستند یا موضوعات خاص و جدید را پوشش می‌دهند که در قوانین ملی گنجانده نشده است، لیکن این نقد بر این روش وارد است که در سطح بین‌المللی نمی‌توان مرجع خاصی را یافت که فهرست کاملی از استانداردهای زیست‌محیطی را ارائه دهد و مسئولیت آن را بپذیرد. (zeynoddin et al, 2015: 225)

۳-۱- ارجاع به هر دو روش قانون ملی و رویه‌های بین‌المللی

یکی دیگر از مهم‌ترین و رایج‌ترین روش‌های ارجاع نسبت به درج ضوابط زیست‌محیطی در قراردادهای بالادستی نفتی ارجاع به هر دو روش قانون ملی و رویه‌های بین‌المللی است که مصداق آن در قرارداد مشارکت در تولید لیبریا بیان شده است "مطابق بند ۵ ماده ۶ قرارداد مشارکت در تولید لیبریا، پیمانکار متعهد می‌شود که تمام عملیات نفتی را مطابق با قوانین حفاظت و مدیریت محیط‌زیست لیبریا و تمامی رویه‌های محیط‌زیست بین‌المللی انجام دهد". (116) (Momenirad et al, 2016)

۳-۲. اقدامات پیشینی قانونی و قراردادی حفاظت از محیط‌زیست

مقررات زیست‌محیطی در دسته‌های مختلفی که برخی آن‌ها را به دو نوع "کنترل پیشینی" و "کنترل مستمر" تقسیم کرده‌اند قرار می‌گیرند.^۲ کنترل‌های پیشینی به‌طور عمده به برنامه‌ریزی و مرحله ابزار موافقت نسبت به شروع فعالیت‌ها مرتبط است، درحالی‌که کنترل‌های مستمر به مرحله عملیاتی مرتبط می‌باشند.

تشریح روش‌های حقوقی و قراردادی کنترل‌های پیشینی در عملیات نفتی به جهت حفاظت از محیط‌زیست که هدف اصلی مقاله حاضر است اقداماتی هستند که مطابق با آن‌ها، کنترل در مرحله اولیه فعالیت، تحمیل می‌شود تا اینکه هرگونه معضلات زیست‌محیطی بالقوه را تخفیف دهند. معمولاً این نوع کنترل منجر به ممانعت از هرگونه فعالیتی می‌شود مگر اینکه آن فعالیت الزامات لازم یا شرایط ضروری را مراعات کند. این دسته از کنترل‌ها، قلمرو وسیعی از فعالیت‌ها را پوشش می‌دهند که قبل از شروع یا استمرار آن‌ها اخذ مجوز الزامی است. ازجمله مثال‌هایی که در رابطه با کنترل‌های پیشینی وجود دارد می‌توان به الزاماتی که ارائه اطلاعات حداقلی را

قبل از صدور مجوز مقرر می‌نمایند، سیستم‌های اعطای موافقت که شرایطی را برای اخذ موافقت انجام فعالیت الزام می‌کنند و طراحی مناطق معین برای تعیین حفاظت از بوم‌ها و گونه‌های طبیعی در معرض خطر ناشی از فعالیت‌های نفتی اشاره کرد.

کنترل‌های پیشینی موصوف با مدیریت زیست‌محیطی عملیات نفتی در تعاملی عمیق قراردارند. برای روشن‌تر شدن فهم موضوع باید بیان کرد، اقدامات مدیریتی و کنترل‌های پیشینی قانونی و قراردادی در قراردادهای بالادستی نفتی ایران مشتمل بر سه راهکار مطالعات امکان‌سنجی، شروط صریح و ضمنی (کدهای رفتاری)^۳ قانونی و قراردادی می‌باشد.

۱-۲- مطالعات امکان‌سنجی

مطالعات امکان‌سنجی در برگیرنده ارزیابی‌های فنی، اقتصادی، حقوقی، مالی، عملیاتی و برنامه‌ای می‌باشد (shiravi, 2015: 578) یکی از ملاحظات و مسائل حقوقی که مورد ارزیابی قرار می‌گیرد، مسئله حفظ محیط‌زیست است. امروزه با توجه به اهمیت حفظ محیط‌زیست در پروژه‌های نفتی، یکی از پیش‌نیازهای ضروری سرمایه‌گذاران برای شروع پروژه‌های مذکور، انجام ارزیابی پیامدهای زیست‌محیطی است. این فرآیند جزئی جدایی‌ناپذیر قراردادهای نفتی محسوب می‌شود.^۴ ارزیابی اثرات زیست‌محیطی به این معناست که ابتدا ریسک‌های آسیب‌زننده به محیط‌زیست شناسایی و سپس مورد ارزیابی واقع گردند و درنهایت راهکارهایی برای مدیریت آن ریسک‌ها به جهت کاهش آسیب‌های وارده به محیط‌زیست انجام دهند.

با توجه به اینکه ارزیابی زیست‌محیطی ازجمله بهترین معیار توسعه پایدار و اقدام مهم پیشینی در کاهش ریسک‌های زیست‌محیطی محسوب می‌شود، به‌تدریج قالب قانونی به خود گرفته است و به یک الزام در قوانین ملی و مقررات بین‌المللی و دستورالعمل‌های سازمان‌های گوناگون و بسیاری از اسناد بین‌المللی تبدیل شده است (Mousavi et al, 2019: 206) در برخی از این

3- Code of conduct

4- Technical Service Contract for The Rumaila Oil Field, 1997, Article 41(5)_ Agreement on The Exploration, Development and Production Sharing for the Shafag-Asiman Offshore Block, 2010, Article 4(6)_ Contract for Exploration and Production of Hydrocarbons at Morskoye Field, 2002, Article 20(3)_ Le Contrat de Partage de Production, La République du Cameroun, Article 21(1-2)_ Le Contrat de Recherche et de Partage de production D'Hydrocarbures portant sur Cayar Offshore profond, 2012, Article 9(5)_ Le Contrat de Partage de Production portant sur le Bloc V du Graben Albertine, entre la République Démocratique du Congo et L'association: Dominion Petroleum Congo, SOCO Exploration Production RDC et La Congolaise des Hydrocarbures, 2007, Article 6(4)

1- World Business Council for Sustainable Development (WBCSD)

۲- پاتریشا پارک، ترجمه‌ی محمدرضا حسینی-صادق جعفرزاده درابی. ۱۳۹۲، حقوق بین الملل محیط زیست چاپ اول-ص ۳۰۳

محیط‌زیست متعهد است که قوانین و مقررات مربوط به معیارهای سند مذکور را چه در خشکی و چه در فراساحل، در سطح ملی و بین‌المللی رعایت نماید و به انجام اقدامات احتیاطی لازم در راستای اجرای قرارداد گام بردارد. (javid et al, 2014:8)

در خصوص مطالعات امکان‌سنجی در قراردادهای بالادستی نفتی به‌عنوان اقدام پیشینی باید بیان کرد در برخی از این قراردادها تأکید شده است که تأثیر عملیات نفتی بر محیط‌زیست، انسان‌ها، دام‌ها، حیات‌وحش و حیات دریایی مشخص گردد و طرح‌های واکنش اضطراری نیز معین شود و از این طریق پیمانکار متعهد به ارائه گزارش ارزیابی اثرات زیست‌محیطی به مقام صلاحیت‌دار است تا نسبت به قبول یا رد اجرای آن تصمیم‌گیری نماید و ارائه جزئیات تفصیلی از اجرای طرح لازم نیست.^۳ در مقابل در برخی دیگر از قراردادها در خصوص انجام اقدام مذکور، جزئیات دقیق‌تر مفاد مربوط به ارزیابی اثرات زیست‌محیطی، مجری، زمان تحویل و سایر موارد را مورد اشاره قرار می‌دهند.^۴

در برخی دیگر از قراردادهای نفتی در خصوص ارزیابی اثرات زیست‌محیطی برخورد سختگیرانه‌تری با پیمانکار شده است که از آن جمله؛ بند e ماده ۲۵ قرارداد مشارکت در تولید بین دولت جمهوری تانزانیا به‌عنوان کارفرما و شرکت توسعه نفتی تانزانیا و شرکت نفتی ABC به‌عنوان پیمانکار است که در آن تصریح شده است، پیمانکار باید با هزینه خود و به‌عنوان هزینه قانونی قابل بازیافت یک یا چند مطالعه جامع ارزیابی اثرات زیست‌محیطی را قبل و حین و بعد از هر عملیات نفتی انجام دهد.

۲-۲-۲- شروط صریح قانونی و قراردادی

از دیگر اقدامات پیشینی مؤثر بر کاهش ریسک‌های زیست‌محیطی، ملزم نمودن پیمانکار از طریق درج شروط صریح قانونی و قراردادی در قراردادهای بالادستی نفتی است.

۲-۲-۱- ضوابط مرتبط با مناطق حفاظت شده

منطقه حفاظت شده محیط‌زیست، محدوده‌ای از منابع طبیعی چون جنگل و مرتع است که به جهت ضرورت حفظ و تکثیر جانوران و رستنی‌هایش تحت حفاظت قرار دارد و در آن قطع درختان و تخریب و شکار بدون مجوز ممنوع می‌باشد. به عبارتی بهتر منطقه حفاظت شده به محدوده‌ای از منابع طبیعی کشور اعم از جنگل و مرتع و دشت و آب و کوهستان اطلاق می‌شود که از لحاظ ضرورت و

مقررات مستقیماً و صراحتاً مجریان طرح‌های عمرانی و توسعه‌ای را به انجام ارزیابی اثرات زیست‌محیطی الزام نموده است و در برخی دیگر به‌صورت ضمنی متعهد به انجام آن نموده است. (dabiri et al, 2007:)

در ایران نیز علاوه بر قوانین^۱ و مقررات گسترده در این خصوص، مطابق با مصوبه شورای عالی حفاظت محیط‌زیست ۱۳۹۰، مجریان پروژه‌های تصریح شده در مصوبه ملزم گردیده‌اند به همراه گزارش امکان‌سنجی و مکان‌یابی، اقدام به تهیه گزارش ارزیابی اثرات زیست‌محیطی نمایند.

نسل جدید قراردادهای بالادستی ایران موسوم به IPC دارای چارچوب حقوقی لازم به جهت مدیریت مسائل زیست‌محیطی است که در حال حرکت به سمت‌وسوی معیارهای بین‌المللی می‌باشد. قرارداد فوق‌الاشاره بر اساس سندی تکامل‌یافته‌تر از عنصر EIA اقدام به ارزیابی آثار زیست‌محیطی می‌نماید و آن سند بالادستی ESHIA2 است که یک سند جامع حقوقی و قراردادی است که با هدف کاهش آسیب‌های زیست‌محیطی، به مباحث ارزیابی آثار محیط‌زیستی، ایمنی، امنیتی، اجتماعی و بهداشتی می‌پردازد. (Amirkhani et al, 2016:125)

یکی از مقتضیات ورود پیمانکاران و کارفرمایان به اجرای پروژه‌های نفتی، رعایت سند ESHIA است که می‌بایست به تأیید کارفرما، پیمانکار و سازمان حفاظت از محیط‌زیست برسد. پیمانکار برای اجرای فرآیند این سند باید سه‌گام شامل شناسایی ریسک‌ها، ارزیابی ریسک‌های شناسایی‌شده و مدیریت ریسک‌های مذکور را دنبال کند.

کارفرما نیز برای اجرای طرح باید موافقت سازمان حفاظت از محیط‌زیست را دریافت کند و پیمانکار نیز در برابر کارفرما و سازمان

۱- در ایران مطابق با صدر و بند(الف) ماده(۱۹۲)"قانون برنامه پنجم توسعه(۱۳۹۰-۱۳۹۵)؛ به منظور کاهش عوامل آلوده کننده و مخرب محیط زیست کلیه واحدهای بزرگ تولیدی، صنعتی، عمرانی خدماتی و زیربنایی موظفند: الف- طرح ها و پروژه‌های بزرگ تولیدی، خدماتی و عمرانی را پیش از اجرا و در مرحله مطالعات امکان سنجی و مکان یابی بر اساس ضوابط شورای عالی حفاظت از محیط زیست مورد ارزیابی اثرات زیست محیطی قرار دهند. رعایت نتیجه ارزیابی‌ها توسط مجریان طرح‌ها و پروژه‌ها الزامی است؛ بنابراین مطابق با مقررات فعلی کشورمان تمام طرح‌های بالادستی مشمول ارزیابی اثرات زیست محیطی هستند. در قانون برنامه ششم توسعه(۱۳۹۶-۱۴۰۰) نیز قانونگذار نسبت به این مساله توجه نموده است و در ماده (۳۸) این قانون و بند(الف) آن مقرر نموده است: دولت موظف است اقدامات زیر را به جهت حفاظت از محیط زیست به عمل آورد: الف- نظارت بر ارزیابی راهبردی محیط زیست در سیاست‌ها و برنامه‌های توسعه‌ای و ارزیابی اثرات زیست محیطی طرح‌های بزرگ کلیه دستگاه‌های اجرایی و بخش‌های خصوصی و تعاونی، نهادهای عمومی غیر دولتی در پهنه سزمینی از جمله مناطق آزاد تجاری و صنعتی بر اساس شاخص‌ها، ضوابط و معیارهای پایداری محیط زیست.

2- Environmental, Social and Health Impact Assessment

3- MODEL PRODUCTION SHARING AGREEMENT Between THE FEDERAL GOVERNMENT OF THE FEDERAL REPUBLIC OF SOMALIA and a limited liability company incorporated under the laws of Somalia(۲۰۲۰).Article20-5

4- Ministry of Petroleum and Natural Gas, India, 2007

دادن اطلاع، به برخی از مقامات ملزم شده‌اند.

با عنایت به موارد قانونی و قراردادی معروضه، می‌توان به‌صراحت بیان داشت وجه مشترک آن‌ها ممنوعیت مطلق انجام عملیات نفتی در پناهگاه‌ها، تالاب‌های با اهمیت ملی، مناطق حساس بیولوژیکی و پارک‌های ملی نیست، بلکه تحت تدابیر قانونی و قراردادی و صدور مجوزهای لازم با شرایط پیش‌بینی شده انجام این امر امکان‌پذیر است.

۲-۲-۲- اقدامات مقتضی در شرایط اضطراری

در کشور ایران مطابق با بند ۲ ماده ۲ آیین‌نامه رفع آلودگی زیست‌محیطی فعالیت‌های نفتی مصوب ۱۳۸۸ کلیه شرکت‌ها و واحدهای دارای فعالیت‌های نفتی موضوع این آیین‌نامه مکلف شده‌اند " ظرف بیست و چهار ساعت سوانح زیست‌محیطی احتمالی را با ذکر محل وقوع و کم و کیف سوانح، به اطلاع سازمان برسانند." چنانکه در قرارداد مشارکت در تولید تانزانیا پیمانکار مکلف شده است در صورت بروز هرگونه حادثه اضطراری که بر محیط‌زیست تأثیر بگذارد را فوراً به وزیر انرژی اطلاع دهد و اقداماتی را انجام دهد که مطابق با عملکرد خوب بین‌المللی باشد.^۱

در برخی از قراردادهای پیمانکار مکلف شده است به‌منظور کنترل شرایط اضطراری به هنگام وقوع، قبل از شروع عملیات نفتی برنامه‌ای تحت عنوان (برنامه مدیریت بحران) تهیه کرده و به‌منظور تصویب به وزارت محیط‌زیست دولت میزبان ارائه کند.

در خصوص هزینه‌های اضطراری نیز لازم به ذکر است در برخی موارد ممکن است به سبب وقوع شرایط اضطراری و به‌منظور حفظ حیات، محیط‌زیست و یا اموال، هزینه کرد مالی که در برنامه کاری و بودجه مصوب سالیانه پیش‌بینی نشده‌اند، ضرورت یابد که تحت شرایط خاصی مجوز هزینه کرد مبالغ اضطراری به پیمانکار داده می‌شود. به‌طور کلی مزیت برنامه مزبور این است که در آن تعهدات پیمانکار به‌طور مفصل بیان می‌شوند از این رو سند مناسبی به‌منظور احراز اجرا یا عدم اجرای الزامات HSE محسوب می‌شود.

در قراردادهای بیع متقابل ایران شرط صریحی در این خصوص پیش‌بینی نشده است ولی در سایر قراردادهای نفتی معمولاً شرطی به هزینه‌های اضطراری اختصاص داده می‌شود.

به‌طور خلاصه در بسیاری از قراردادهای نفت و گاز نمونه، طرفین پیش‌بینی کرده‌اند که احتمال وقوع حوادث و رویدادهای

حفظ و تکثیر نسل جانوران وحشی یا حفظ و یا احیای رستنی‌ها و وضع طبیعی آن دارای اهمیت خاصی بوده و تحت حفاظت قرار می‌گیرد. عملیات نفتی وقتی در حیات وحش و دیگر مناطق حفاظت شده محیط‌زیستی یا فرهنگی قرار می‌گیرد ریسک‌های خاصی را با خود به همراه دارد.

سازمان‌های مردم‌نهاد و حامیان محیط‌زیست با برگزاری کنفرانس‌ها و نشست‌های متعددی در تلاش بوده‌اند که به جامعه جهانی بفهماند در این‌گونه مناطق نباید عملیات استخراج انجام شود اما سود سرشار حاصل از استخراج طلای سیاه دولت‌ها را موجب نمی‌کند که دست از این مناطق بکشند و فرصت‌های بالقوه بهره‌برداری از این مناطق را نادیده بگیرند.

برابر با اصل ۵۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران " فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط‌زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند ممنوع است." همچنین مطابق با بند ۳ ماده ۳ قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست (مصوبه ۱۳۵۳ / ۳ / ۲۸ و اصلاحیه ۱۳۷۱ / ۸ / ۲۴) صدور هرگونه پروانه اکتشاف و بهره‌برداری از مواد معدنی برای مناطقی که تحت عنوان پارک ملی - آثار طبیعی ملی- پناهگاه حیات وحش و منطقه حفاظت شده تعیین گردیده‌اند، موکول به موافقت شورای عالی حفاظت محیط‌زیست می‌باشد.

اگرچه مطابق با قانون انجام عملیات نفتی در مناطق حفاظت شده با موانعی روبرو است اما در بسیاری از قراردادهای بالادستی این موانع دور زده می‌شوند و بعضاً نادیده گرفته می‌شوند. از جمله در بند ۶ ماده ۳۷ قرارداد مشارکت در تولید فراساحل در قرارداد نمونه ماداگاسکار در سال ۲۰۰۶ این چنین آمد در صورتی که بخشی از ناحیه قرارداد در یک منطقه ذخایر طبیعی قرار گرفته باشد، اپراتور می‌بایست مطابق با شیوه‌های زیست‌محیطی کلی پذیرفته شده در صنعت بین‌المللی نفت و گاز، تلاش لازم را برای به حداقل رساندن تأثیرات منفی بر روی این ذخایر طبیعی به کار گیرد. (Tienhaara, 2011: 114)

در پاره‌ای دیگر از قراردادهای از جمله در بند ششم ماده ۳۷ قرارداد مشارکت در تولید منطقه اقلیم کردستان منعقد شده در سال ۲۰۰۷ دست به نوآوری زده و به پارک‌های ملی و منابع طبیعی توجه ویژه‌ای نموده است. با این توضیح که پیمانکار متعهد است اقدامات مناسب را برای حفاظت و به حداقل رساندن هرگونه تأثیر منفی مواد بر پارک‌های ملی و ذخایر طبیعی اتخاذ کند. (Smith, 1993: 463)

همچنین در برخی از قراردادهای بالادستی نفتی از جمله قرارداد خدماتی میدان نفتی رومی‌لای عراق و شرکت بی پی انجام عملیات نفتی در مناطق حفاظت شده، مناطق حساس، پارک‌های ملی، محیط‌زیست آبیان ممنوع یا به رعایت مقررات خاصی منوط شده است و در خصوص انجام هرگونه عملیات در مناطق حفاظت شده به

1- The Contractor shall notify the Minister and TPDC forthwith in the event of any emergency or accident affecting the environment and shall take such action as may be prudent and necessary in accordance with good international petroleum industry practice in such circumstances. ARTICLE 25(e)

می‌دهد، اپراتور باید بلافاصله شرکت نفت جنوب عراق و پیمانکار را مطلع نماید و فوراً طرح احتمالی مربوطه را اجرا نماید و احیای سایت را به گونه‌ای که مطابق با رویه‌های مطلوب صنعت بین‌المللی نفت لازم باشد، اجرا نماید.

۳-۲-۲- مدیریت پسماند و پاک‌سازی

بدیهی است که عملیات بالادستی نفتی با تولید پسماند همراه است و کاهش^۵ و مدیریت پسماندهای ناشی از آن برای جلوگیری از اثرات مخرب زیست‌محیطی امری الزامی است. به‌طور کلی در قراردادهای بالادستی نفتی در خصوص مدیریت پسماند مقرراتی تصریح می‌شود^۶ و در اکثریت آن‌ها پیمانکار مسئول انجام عملیات احیا و پاک‌سازی تعرفه شده است و به‌طور معمول دو معیار برای آن وجود دارد: اول آنکه منطقه قراردادی الزاماً باید بر طبق مطالعه پایه ارزیابی اثرات زیست‌محیطی که به وضع موجود پیش از اجرای عملیات ناظر است مسترد گردد و دوم آنکه پاک‌سازی و احیا باید به نحوی باشد که بتوان در آینده از ناحیه قراردادی استفاده کرد.^۷ در بعضی از قراردادهای بالادستی نفتی نیز برای پاک‌سازی و احیا منطقه قراردادی اقدام به انعقاد یک تفاهم نامه فی مابین طرفین قرارداد بالادستی نفتی به جهت تشکیل صندوق ذخیره مالی نموده‌اند و شرایط اختصاص وجوه مذکور به پاک‌سازی و احیا را معین نموده

اضطراری وجود دارد و می‌بایست برای آن‌ها پیش‌بینی‌های لازم انجام شود. از این‌رو، به منزله بخشی از گزارش ارزیابی اثرات زیست‌محیطی ضروری است که پیمانکار برنامه واکنش به شرایط اضطراری را نیز ارائه دهد.^۱ برخی قراردادهای نفت و گاز سه بخش دیگر را نیز در موارد اضطراری پوشش می‌دهند که شامل اعلام، واکنش و عواقب عدم واکنش می‌باشد.

اعلام معمولاً محدود به زمانی است که پیمانکار دولت را از وضعیت پیش آمده آگاه کند.^۲ درباره واکنش، الزامات یا اغلب مبهم هستند همانند اقدامات محتاطانه، یا به استانداردهای خوب صنعت نفت و گاز اشاره می‌کنند^۳ که از آن جمله در بند ۲-۷ ماده ۱۴ قرارداد مشارکت در تولید هند در صورت بروز هرگونه اضطرار یا حادثه دیگر ناشی از عملیات نفتی پیمانکار باید اقداماتی را انجام دهد که مطابق با شیوه‌های مدرن صنعت نفت باشد.

باین‌حال بر اساس برخی از قراردادها در صورتی که پیمانکار به سرعت به یک حادثه یا موردی اضطراری واکنش نشان ندهد، دولت حق دارد به هزینه پیمانکار واکنش لازم را انجام دهد.^۴

در بند ۱۱ ماده ۴۱ قرارداد میدان رومیلا عراق در ارتباط با چگونگی مدیریت بحران و واکنش در برابر شرایط اضطراری بیان شده است "اپراتور با همکاری پیمانکار، باید پیش از انجام هرگونه فعالیت حفاری، طرح‌های احتمالی مواجهه با نشت نفت خام، فوران، آتش‌سوزی، حوادث و وضعیت‌های اضطراری را که برای نیل به واکنش سریع و مؤثر طراحی شده باشد، آماده و برای بازبینی به شرکت نفت جنوب عراق ارائه نماید. طرح‌های فوق باید با شرکت نفت جنوب عراق مطرح شود و ملاحظات ذیل در آن لحاظ گردد: الف) در صورت بروز یک وضعیت اضطراری، حادثه، نشت نفت یا آتش‌سوزی ناشی از عملیات نفتی که محیط زیست را تحت تأثیر قرار

۵- کاهش تولید پسماند یکی از مهم‌ترین اهداف حفظ محیط زیست است. کاهش تولید پسماند به معنای آن است که در طول اقداماتی که منجر به تولید پسماند می‌گردد، با استفاده از تغییر روش انجام عملیات و نیز تغییر در مواد مصرفی تولید پسماند تا جایی که ممکن است به حداقل رسانده می‌شود. باید اذعان داشت تولید برخی پسماندها از یک مقدار کمتر نشده و حجم تولیدی آنها در اصل تابعی از میزان فعالیت انجام شده می‌باشد. به عنوان نمونه معمولاً حجم آب برداشتی که همراه نفت تولید می‌گردد به مرور زمان با تهی شدن مخزن افزایش می‌یابد و افزایش تولید آب سازند به مرور زمان یک امر غیر قابل اجتناب است و یا حجم گل حفاری تولیدی تابعی از تعداد چاه‌های حفر شده در منطقه و همچنین عمق این چاه‌ها می‌باشد که در این موارد کاهش تولید پسماند تا جایی امکان پذیر بوده و پس از آن تولید پسماند غیرقابل کاهش می‌باشد. با این وجود در بسیاری از مواقع می‌توان میزان تولید پسماندها را به میزان قابل توجهی کاهش داد به عنوان مثال استفاده از گراول پک و اسکرین در چاه‌های تولیدی می‌تواند در کاهش ماسه تولیدی که بسیار هم مشکل ساز می‌باشد کمک شایانی نماید و یا با نصب کنترل جامدات می‌توان میزان گل تخلیه شده از چاه را به حداقل رساند. اگر چه در بسیاری از مواقع به دلیل استفاده از تجهیزات کهنه و غیراستاندارد میزان تولید پسماند را چندین برابر می‌نماید که با تعویض این تجهیزات می‌توان به نتایج مطلوبی دست پیدا نمود و یا حتی با کنترل مناسب چاه می‌توان از تغییر در خواص گل و متعاقب آن از تعویض آن جلوگیری کرد. (قدمی جگروبی و همکاران، ۱۳۸۸: ۶)

6- MODEL PRODUCTION SHARING CONTRACT BETWEEN THE REPUBLIC OF CAMEROON AND THE HOLDER article 21(1)(1)

7- Contract for Exploration and Production of Hydrocarbons at Morskoye Field, 2002, Article 20(9)

1- Production Sharing Agreement in Respect of the North Caspian Sea (Kashagan) among Agip Caspian Sea B.V BG Exploration Limited; BP Kazakhstan Limited; Den Norske Stats Oljeselskap a.s.; Mobil Oil Kazakhstan Inc.; Shell Kazakhstan Development B.V.; Total Exploration Production Kazakhstan; JSC Kazakstancaspianshelf; The Republic of Kazakhstan and JSC National Oil and Gas Company Kazakoiil, art 40.2 (Nov. 18, 1997) (Kaz.), all in: Tienhaara, (2001)

2- Azeri and Chirag Fields PSA

3- PRODUCTION SHARING AGREEMENT FEDERAL REPUBLIC OF SOMALIA. article 20-6 The Contractor shall notify such approving Governmental Authority and the SPA within twenty four (24) hours in writing in the event of any emergency or major accident and shall take such action as may be prescribed by the Federal Government's emergency procedures, the Contractor's emergency and accident response plans (developed pursuant to sub-clause (20.5)Article(c)25(PRODUCTION SHARING AGREEMENT TANZANIA2004)

4- Petroleum Agreement (Republic of Ghana),(2006)

خطرات زیست‌محیطی ناشی از فعالیت‌های صنعتی می‌باشد. در بیمه محیط‌زیست خود شخص بیمه شده و شخص ثالث با هدف پوشش خسارت‌های مربوط به اشخاص که از زوال محیط‌زیست تأثیرپذیرند، مشخص می‌شوند. پذیرش بیمه محیط‌زیست یعنی فرار از پرداخت غرامت‌های ناشی از آلوده کردن محیط‌زیست.

تقریباً تمامی بخش‌های عملیات نفتی تحت پوشش بیمه‌های مربوط قرار می‌گیرند و پیمانکار اصلی و پیمانکاران جز مکلف‌اند اموال و دارایی‌های پروژه را در مقابل ریسک‌های مختلف بیمه کنند. ازجمله این بخش‌ها می‌توان به بیمه آلودگی محیط‌زیست اشاره کرد. به‌موجب ماده (۱-۱۲) قرارداد بیع متقابل، پیمانکار مکلف است با همکاری و تصویب شرکت ملی نفت ایران و رعایت قوانین و مقررات مربوطه، انواع پوشش بیمه‌ای موردنیاز پروژه را تأمین کند. این مفاد قراردادی اغلب مشخص می‌کنند که بیمه باید آلودگی یا خسارت زیست‌محیطی را پوشش دهد. در بیع متقابل به‌صراحت بیان شده است در صورتی که پوشش بیمه‌ای تهیه شده توسط پیمانکار مطابق با برنامه بیمه‌ای نباشد، وی مکلف است پوشش‌های مزبور را تعویض کند که تمام هزینه‌های صورت گرفته در این راستا بر عهده خود پیمانکار است و قابل باز یافت نخواهند بود. با وجود پیش‌بینی تدابیر مختلف در قراردادهای نفتی، همواره احتمال وقوع خسارت و آسیب به محیط‌زیست وجود دارد. از این رو یکی از پوشش‌های بیمه‌ای رایج در قراردادهای نفتی، بیمه پاک‌سازی و خسارت‌های وارد شده به محیط‌زیست است. در قرارداد فوق‌الذکر تعهد پیمانکار نسبت به تأمین پوشش بیمه‌ای برای خسارت‌های وارده به محیط‌زیست شامل آلودگی هوا، آب و خسارت‌های سطح الارضی و تحت‌الارضی وارد شده به خاک‌ها و آب‌ها به‌روشنی بیان شده است. در قرارداد بیع متقابل نیز باید شرطی مفصل و جامع در راستای تأمین پوشش بیمه‌ای برای خسارت‌های وارده به محیط‌زیست پیش‌بینی شود. (Panahi 10) shams abad, 1997:

به‌طور کلی یکی از مهم‌ترین نکات در شروط بیمه‌ای قراردادهای نفتی، تعیین منطقه جغرافیایی تحت پوشش بیمه و دوره زمانی اعتبار بیمه‌نامه است. مطابق قرارداد مزبور، بیمه‌های اشاره شده، تمام منطقه قراردادی را تحت پوشش قرار می‌دهند و در صورت بروز هرگونه خسارت در منطقه قراردادی به‌وسیله هر یک از پوشش‌های بیمه‌ای برحسب موضوع و مورد بیمه، خسارت‌های وارده جبران می‌شوند. افزون بر منطقه تحت پوشش بیمه، ضروری است دوره زمانی اعتبار بیمه‌نامه نیز که متناسب با دوره زمانی قرارداد است در قرارداد بیع متقابل تصریح شود. (hatami et al, 2017: 300)

اهمیت پوشش بیمه‌ای در قراردادها نیز مورد اشاره قرار گرفته است. من‌جمله مطابق ماده ۲۰ قرارداد مشارکت در تولید تانزانیا پیمانکار بیمه‌نامه‌ای که در صنعت بین‌المللی نفت مطابق با رویه‌های خوب صنعت است را باید اتخاذ کند. مطابق با ماده ۲۴ هند و بند ۶

است. از آن جمله می‌توان به قرارداد مشارکت در تولید بین دولت جمهوری تانزانیا به‌عنوان کارفرما و شرکت توسعه نفتی تانزانیا و شرکت آب و نفت به‌عنوان پیمانکار قرارداد اشاره کرد که در نهایت شرکت توسعه نفتی تانزانیا و شرکت "آب و نفت" مسئول پاک‌سازی شناخته شده‌اند و هر دو پیمانکار را ملزم نموده است محیط عملیاتی را مطابق با رویه‌های خوب صنعت به حالت قبل از عملیات پاک‌سازی و احیا اعاده نمایند^۱ و بیان شده است هر کدام نسبت به پاک‌سازی اقدام نمود، دیگری از مسئولیت در این خصوص رها می‌شود. اگرچه در نهایت تصریح شده است در صورت مواجه شدن صندوق ذخیره با کمبود امکانات مالی، پیمانکار است که مسئول نهایی تأمین منابع مالی برای این موضوع است.^۲ با توجه به وسعت و بسط مسائل مرتبط با حوزه انرژی به‌خصوص نفت و گاز، مکان‌یابی و محل دفن پسماندهای حفاری، ازجمله روش‌های نو ظهور برای حفظ محیط‌زیست در پاره‌ای شرکت‌های تابعه شرکت ملی نفت ایران من جمله شرکت ملی مناطق نفت خیز جنوب است. همچنین نصب سامانه‌های مدیریت پسماند بر روی دکل‌های حفاری یکی دیگر از روش‌های جمع آوری پسماند است که از ورود آلاینده‌های شیمیایی ناشی از حفاری به محیط‌زیست جلوگیری می‌کند و کنده‌های حفاری که به وسیله دستگاه‌های کنترل جامدات جدا می‌گردد، بعد از عملیات به‌سازی به‌صورت جامد و تثبیت شده به محل مخصوص برده می‌شود و مطابق با استانداردها مدفون می‌گردد. (ebrahimi et al, 2014: 14)

به دلیل اهمیت این موضوع در اکثر قراردادهای نفتی ایران نیز شرکت ملی نفت با گنجانیدن شرطی در خصوص مدیریت پسماندها و جلوگیری از آسیب‌های زیست‌محیطی سعی دارد در خصوص آلودگی، پیمانکار را مسئول بداند و او را وادار به رفع آلودگی کند. به‌طور کلی از مهم‌ترین عوامل در کاهش اثرات منفی زیست‌محیطی پسماندها، مدیریت صحیح آنهاست، به‌گونه‌ای که برخی مواقع هزینه‌های مورد نیاز در حذف آلودگی‌های یک پسماند و یا کنترل انتشار آلودگی آن با اعمال مدیریتی صحیح و ابتکاری به میزان چشمگیری کاهش پیدا می‌کند.

۴-۲-۲- بیمه

بیمه محیط‌زیست به‌عنوان ابزاری برای به عهده گرفتن مسئولیت

۱- برگرداندن محیط به حالت اولیه توسط پیمانکار بعد از رها سازی و بعد از پایان قرارداد و انجام اقداماتی بر اساس رویه‌های خوب صنعت نفت.

2- MODEL PRODUCTION SHARING AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED REPUBLIC OF TANZANIA AND TANZANIA PETROLEUM DEVELOPMENT CORPORATION AND ABC OIL COMPANY November 2004. ARTICLE 21: SITE CLEANING AND ABANDONMENT

بی پی به عنوان اپراتور محرز شد لیکن حجم خسارت‌های وارده به میزانی بود که اگر دولت امریکا در پی جبران خسارت از شرکت بهره‌بردار برمی‌آمد شاید زمینه ورشکستگی این شرکت را فراهم می‌کرد. در هر حال بیمه‌های در نظر گرفته شده در این عملیات مطلقاً مکفی برای جبران آسیب‌های ایجاد شده نبود. به طور خلاصه عدم قطعیت در خصوص میزان خسارت‌های زیست‌محیطی و عدم پیش‌بینی میزان خسارت وارده و علی‌الخصوص غیرقابل جبران بودن برخی آسیب‌ها اخذ پوشش‌های بیمه‌ای را در این خصوص دشوار می‌کند.

۳-۲- شرط ضمنی (کدهای رفتاری)

اصطلاح شروط ضمنی برای مفهومی قابلیت کاربرد دارد که در عقد نیامده است لیکن مدلول التزامی مفاد توافق و لازمه طبیعت آن است. سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که اگر حفاظت از محیط‌زیست در قالب شروط صریح قراردادی نیاید آیا باز هم شرکت‌های نفتی ملزم به رعایت استانداردهای زیست‌محیطی هستند؟ در پاسخ می‌توان گفت؛ با توجه به اهمیت مسئله حفاظت از محیط‌زیست، شرکت‌های بین‌المللی نفتی در قالب کدهای رفتاری یا کدهای اخلاقی، بخشی از مفاد این کدها را به لزوم رعایت استانداردهای HSSE اختصاص داده‌اند که ماهیت حقوقی این کدها در دایره شروط ضمنی قرار دارد هرچند در متن قرارداد نمی‌گنجد. (7)

(sobhi,2016:

باید اذعان داشت که در کنار مقررات، قراردادها نیز ابزار مناسبی جهت تنظیم رفتار شناخته شدند. این بدین معناست که استانداردهای تعریف شده به قراردادهای بین دولتها و شرکت‌های بین‌المللی نفتی راه یافته‌اند و اثر بخشی خود را از این طریق افزایش می‌دهند. به این نحو استانداردها از کشوری به کشور دیگر منتقل شده و قراردادها به وسیله‌ای برای اجرا و گسترش اصول مهمی مانند حقوق بشر تبدیل می‌شوند؛ بنابراین همواره بین استانداردهای قراردادی شده و مقررات ارتباط وجود دارد.

قراردادها ممکن است به عنوان وسیله‌ای برای اجرای اهداف مقررات و کدهای داوطلبانه باشند. شایان ذکر است قراردادها به عنوان ابزار کاربردی مناسب‌تر در تنظیم رفتار دارای ضمانت اجرای قراردادی و دارای تأثیرات کاراتری بر تعهدات شرکت‌ها هستند. اگرچه در قراردادها نیز ذکر بعضی استانداردها و اصول برای تنظیم رفتار (مانند رعایت مسائل زیست‌محیطی) ممکن است آن‌چنان که باید چندان کارآمد نباشد اما مسئولیت شرکت‌ها را از حالت اخلاقی و اجتماعی به صورت مسئولیت قراردادی شکل می‌دهد تا قابلیت پیگیری داشته باشد. این بدین معناست که شرکت‌های نفتی فعال در عرصه بین‌المللی اگرچه با قدرت اقتصادی فراوان بر تمامی جنبه‌های زندگی مردم سایه افکنده‌اند، دارای تعهدات بسیاری هستند که حداقل از

ماده ۴ قرارداد نفتی میدان کایار سنگال که در تمامی این مواد به صورت مشترک بیان شده است که پیمانکار باید تمامی بیمه‌نامه‌های معمول در صنعت بین‌المللی نفت را که در ارتباط با تعهدات و مسئولیت‌هایی هستند که وی عهده‌دار می‌باشد، امضا نماید و امضای سایر پیمانکاران فرعی را هم اخذ نماید، به خصوص بیمه‌های زیست‌محیطی.

همچنین در مفاد برخی قراردادهای بالادستی ذکر شده است که بیمه باید "آلودگی" یا خسارت زیست‌محیطی "را پوشش دهد". هرچند در قراردادهای بالادستی نفتی در خصوص پوشش بیمه‌ای ریسک‌های زیست‌محیطی توسط پیمانکار صحبت شده است و از طریق درج شروط قراردادی، مسئولیت محض پیمانکار و اخذ بیمه‌نامه مناسب به طرف مقابل الزام می‌شود، لیکن هیچ قانون و آیین‌نامه‌ای بیمه اجباری را در ارتباط با آلودگی‌های ناشی از عملیات بالادستی مقرر ننموده است و از حیث پوشش بیمه‌ای عملیات اکتشاف، توسعه و حفاری خلأ قانونی ملموس است. اگرچه در قانون حفاظت از دریاها و رودخانه‌های قابل کشتی‌رانی در تعریف آلودگی، آلودگی‌های ناشی از تأسیسات و استخراج نفت مورد اشاره واقع شده است اما در ماده شش، تحصیل بیمه‌نامه را فقط برای کشتی‌ها و نفت‌کش‌ها الزامی ساخته و تکلیفی برای تحت پوشش بیمه قرار دادن آلودگی‌های عملیات بالادستی مقرر نکرده است (yousefi at al,2022:11).

باید اذعان داشت شناسایی و ارزیابی ریسک‌ها در صنایع نفت، گاز و پتروشیمی که از ماهیتی پیچیده برخوردار هستند از یک سو و مسائل و چالش‌های صنعتی بیمه کشور در حوزه نفت و انرژی از طرف دیگر موجب شده است که علی‌رغم سهم بالای این صنایع در ایجاد ارزش افزوده و برخورداری از سهم قابل توجه از تولید ناخالص داخلی، سهم پوشش‌های بیمه‌ای در آن‌ها به مراتب کمتر از انواع دیگر بیمه‌های موجود در کشور باشد. (derakhshan,2010: 43)

همان گونه که شرح آن در بالا گذشت، بیمه کردن کامل ریسک‌های زیست‌محیطی با توجه به عدم قطعیت‌ها و ابهام‌های موجود در کمیت و کیفیت ریسک‌های مبحوث عنه، مسئله‌ای پیچیده است. چراکه ریسک آلودگی‌های شدید محیط‌زیستی از جمله ریسک‌هایی است که گاهی منجر به ورود خسارات کلان و غیر قابل تخمینی می‌شود و از این حیث ریسک‌های زیست‌محیطی معمولاً از جمله ریسک‌های بیمه ناپذیر صنعت نفت هستند.

مصادق بارز آن حادثه نشت نفت در خلیج مکزیک در سال ۲۰۱۰ است که در اثر انفجار سکوی نفتی دیپ واتر هورایزون باعث ایجاد خسارت‌های فراوان زیست‌محیطی گردید. گرچه سهل‌انگاری شرکت

بیشتری می‌شود. (Gunningham, et al, 1997: 365)

در دهه‌های اخیر شرکت‌های پیمانکار فعال در صنعت نفت تأثیر بسزایی در اقتصاد جهانی گذاشته‌اند. این تأثیر گسترده همواره بازیگران و اعضای جامعه جهانی را برآن داشته است تا اقدامی در جهت تنظیم رفتار این شرکت‌ها انجام دهند. یکی از این اقدامات کدهای رفتاری هستند که توسط سازمان‌های بین‌المللی و یا خود شرکت‌ها تنظیم می‌شوند که فاقد ضمانت اجرا می‌باشند و جنبه‌های اخلاقی و مسئولیت‌های اجتماعی را پررنگ می‌کنند.

کدهای رفتاری صنایع نفتی در قالب آیین‌نامه‌های رفتاری تهیه و به‌صورت قانون داخلی شرکت‌ها، به وسیله مدیران و کارکنان و شرکت‌های وابسته مورد استفاده قرار می‌گیرند که ذیلاً به بررسی چند نمونه از آن‌ها می‌پردازیم:

در اهمیت رعایت استانداردهای HSSE در کد رفتاری شرکت BP آمده است: "ما در محیط‌های خطرناک کار می‌کنیم و متعهد هستیم عملیات خود را به‌صورت منظم مدیریت کنیم. هیچ چیز برای ما مهم‌تر از بهداشت، ایمنی و امنیت محیط کار و محیط جوامع میزبان و هم‌چنین داشتن رفتار مسئولانه نسبت به محیط‌زیست مشترکمان نیست."^۲

در کد رفتاری شرکت shell نیز اینچنین آمده است: شرکت شل خود را متعهد به اجرای مؤثر و کارآمد تعهدات ناشی از hsse می‌داند و تأثیرات عملیات و پروژه‌های خود را بر جامعه و محیط‌زیست ارزیابی و مدیریت می‌کند.^۳ در ادامه تأکید شده است که شرکت‌های شل برای دست‌یابی به بهبود مستمر عملکرد خود رویکردی سیستماتیک به مدیریت سلامت، ایمنی، امنیت و محیط‌زیست دارند.^۴

در خصوص ارزش حقوقی این کدها، در پاراگراف آخر کد اخلاقی شرکت ENI^۵ چنین بیان شده است که هرگونه نقض اصول و مفاد این کد، می‌تواند به‌عنوان نقض تعهدات اصلی قراردادی محسوب شده و منجر به اعمال ضمانت‌اجراهای موجود در قوانین موضوعه اعم از

لحاظ نظری، سلطه گسترده آنان را کاهش خواهد داد. از سویی دیگر خود شرکت‌های مذکور برای به دست آوردن عقیده مثبت جهانیان به اقدامات خیرخواهانه‌ای دست می‌زنند که فراتر از قانون است؛ به عبارت دیگر رعایت مقررات قانونی برای "خوب بودن" کافی نیست و انجام اموری که نشان دهنده اخلاق تجاری باشد، که بسیار فراتر از تعهدات قانونی و قراردادی هستند، می‌تواند حس حسن نیت را در عموم مردم ایجاد نماید. در نتیجه اقدامات دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی از مسیرهای پیش‌بینی شده قانونی هرگز در عمل چندان کارآمد نبوده‌اند، تا جایی که خود شرکت‌ها تمایل به رعایت استانداردها و حتی فراتر از آن داشته باشند؛ به عبارت دیگر می‌توان گفت، منافع شرکت‌های نفتی رفتار آنان را هدایت خواهند کرد.

((خود قانون‌گذاری)) شرکت‌ها و یا همان داوطلبانه یک عمل ایده آل برای دولت‌ها در تنظیم رفتار است، هیچ هزینه‌ای برای دولت‌ها ندارد و در واقع خود شرکت‌ها اصولی را تصویب می‌کنند تا بدان پایبند باشند. از طرف دیگر دولت قدرت قانون‌گذاری اجرای آن را در همه زمینه‌ها ندارد. در نتیجه شرکت‌های فراملی با ایجاد کدهای رفتاری داوطلبانه^۱ علاوه بر متعهد کردن خود به استانداردها، مسئولیت‌های اجتماعی خود را نزد عموم جامعه افزایش می‌دهند. این کدها می‌توانند توسط گروهی از شرکت‌ها طراحی و اجرا شوند که در یک بخش خاص فعالیت می‌کنند. وقتی خود شرکت‌ها کدهای داخلی را طراحی کنند، می‌توانند فرمول، هدف، قابلیت اعمال و حتی ضمانت‌اجراهای انتظامی مناسب شرکت را در نظر بگیرند. این بدان معناست که کیفیت و تأثیر چنین کدهایی در شرایط متفاوت کاملاً متغیر است. کدهای رفتاری داوطلبانه به خاطر عدم وجود یک نهاد نظارتی مستقل و مکانیزم ضمانت‌اجرائی مؤثر، همواره به شدت مورد انتقاد هستند؛ اما شرکت‌ها از حس حسن نیتی که به واسطه وجود این کدها در افکار عمومی به وجود می‌آید بهره می‌برند، اگرچه واقعاً تعهدات مربوط به کدها را در عمل رعایت نمی‌کنند. (Börkey, 1998: 1-98)

کدهای رفتاری معمولاً توسط شرکت‌ها تنظیم می‌شوند و در بخش‌های خاصی با همکاری سازمان‌های مردم‌نهاد به‌عنوان نمایندگان جامعه مدنی و دولت‌ها با هدف ایجاد مسئولیت بیشتر برای شرکت‌ها و شفافیت در فعالیت آن‌ها به‌خصوص در صنایع استخراجی مانند معادن و نفت و گاز اقدام به تنظیم کدهای رفتاری می‌کنند. شناخته‌ترین اقدام، اصول داوطلبانه امنیت و حقوق بشر است که شرکت‌ها در محدوده ارزیابی ریسک‌ها به عهده می‌گیرند. اگرچه در این مورد هم هیچ نظارت یا ضمانت‌اجرائی وجود ندارد، اما مانند کدهای داوطلبانه موجب افزایش مسئولیت‌های اجتماعی شرکت‌ها در افکار عمومی می‌گردد و گاهی توسط قراردادن این کدها در قراردادهای بین شرکت‌های فراملی و دولت میزبان دارای اثر بخشی

2- BP, Code of Conduct, p.9: "Nothing is more important to us than the health, safety and security of our workforce and the communities in which we operate, and behaving responsibly towards our shared environment."

3- The Shell HSSE&SP Control Framework supports effective and efficient implementation of our HSSE&SP Commitment and Policy across Shell. This is how we manage the impacts of our operations and projects on society and the environment.

4- Shell companies have a systematic approach to health, safety, security and environmental management in order to achieve continuous performance improvement (OUR CODE OF CONDUCT MAKING THE RIGHT DECISIONS, p.43)

Access www.shell.com

5- Ente Nazionale Idrocarburi

1- Self regulation

فسخ قرارداد و جبران خسارات ناشی از نقض تعهدات شود.^۱ علاوه بر موارد مذکور، آیین‌نامه رفتار شرکت آرامکو نیز دربرگیرنده هنجارهای اخلاقی و زیست‌محیطی شرکت‌های زیرمجموعه و پیمانکاران و تولیدکنندگان و سایر اشخاص وابسته به این شرکت‌ها است.

باید گفت، با گذشت دهه‌ها از کشف و استخراج نفت و حرکت به سمت جامع و کامل‌تر شدن قوانین و مقررات مرتبط با صنعت نفت و محیط‌زیست، همچنان اثرات نامطلوب ناشی از عملیات پیمانکاران صنعت نفت و گاز بر محیط‌زیست تاخت و تاز می‌کند و این موضوع خود نشان از ناکارآمدی قوانین مذکور دارد. با کاهش نقش دولت‌ها در این زمینه، آن‌ها به فکر تشویق شرکت‌ها در اتخاذ نوعی از خودتنظیمی زیست‌محیطی (قاعده‌گذاری داوطلبانه) عملیات نفتی افتاده‌اند و متعاقباً شرکت‌ها نیز اقدامات پیشگیرانه را در قالب قاعده‌گذاری زیست‌محیطی با همکاری دولت‌های میزبان پذیرفته و بار اصلی اجرای قواعد آن را بر عهده گرفته‌اند. می‌توان گفت امروزه بسیاری از شرکت‌های پیمانکار نفتی دارای کدهای رفتاری زیست‌محیطی مختص به خود هستند که با به‌کارگیری آن‌ها برای سرمایه‌گذاری‌های بعدی مقبولیت بیشتری در جامعه جهانی بدست می‌آورند.

نتیجه‌گیری

کشورهای سرمایه‌گذار و البته کشورهای میزبان در خلال یک عملیات نفتی، بیشتر اهداف اقتصادی و کسب سود را مدنظر خود قرار می‌دهند، این در حالی است که بی‌توجهی به مسائل زیست‌محیطی در روند عملیات اکتشاف، توسعه و تولید می‌تواند به‌مرورزمان اثرات منفی و زیان‌آوری را برای کشور میزبان به دنبال داشته باشد. به همین دلیل است که در صنعت نفت نمی‌توان از مباحث زیست‌محیطی غافل شد. رعایت ملاحظات زیست‌محیطی برای طرفین عملیات علی‌الخصوص کشور میزبان دارای اهمیت زیادی است. چنانکه شرکت ملی نفت به‌عنوان کارفرمای پروژه‌های اکتشاف و تولید نفت، بر اساس قوانین مختلف صادره از سازمان حفاظت از محیط‌زیست، مجلس شورای اسلامی و یا دستورالعمل‌های درون‌سازمانی مکلف است رعایت ضوابط و الزامات زیست‌محیطی را از پیمانکار بخواهد و خود نیز در

این راستا بکوشد. آنچه باید موردتوجه قرار بگیرد، عدم کارایی توجه صرف به وضع قوانین و ایجاد کمیته‌های مدیریت بهداشت، ایمنی و محیط‌زیست است، چراکه این امر نمی‌تواند به‌خودی‌خود گامی مؤثر در اجرای تمام و کمال مقررات زیست‌محیطی باشد. در عمل نیز با وجود در نظر گرفتن مسئولیت ناشی از نقض قواعد زیست‌محیطی، نمی‌توان به رعایت کامل قوانین زیست‌محیطی امیدوار بود چراکه برخی خسارات وارده به محیط‌زیست همچون از بین رفتن یک گونه گیاهی نادر و یا انتشار بیش‌ازحد مجاز آلاینده‌ها در هوا مابه‌ازائی ندارند و جبران آن‌ها تقریباً غیر ممکن است.

به همین دلیل خطرات و آسیب‌های ناشی از اقدامات و عملیات نفتی سبب شده است تا دولت‌های میزبان برای کاهش ریسک‌های زیست‌محیطی در محدوده منطقه عملیاتی دست به تدوین ضوابط و شروط زیست‌محیطی بزنند و اصل پیشگیری زیست‌محیطی را موردتوجه قرار دهند و با واکاوای الزامات و اقدامات پیشینی قانونی و قراردادی در کاهش ریسک‌های زیست‌محیطی قدم بردارند.

در این پژوهش که با روش توصیفی-تحلیلی صورت پذیرفت، مسئله اصلی موردبحث یعنی چگونگی کاهش ریسک‌های زیست‌محیطی از طریق اقدامات پیشینی قانونی و قراردادی حول سه محور مطالعات امکان‌سنجی، شروط صریح قراردادی و شروط ضمنی قراردادی یا همان کدهای رفتاری موردبررسی قرار گرفت و معین گردید که مهم‌ترین اقدام پیشینی قانونی و قراردادی در کاهش ریسک‌های زیست‌محیطی در قراردادهای بالادستی نفتی ارزیابی اثرات زیست‌محیطی است که در ابتدا سند EIA و سپس سند ESHIA به‌عنوان دو سند بالادستی معتبر معرفی گردید و ازجمله پیش‌نیازهای اساسی و مهم برای ورود عاملان نفتی به انجام عملیات و اقدامات نفتی محسوب گردید و الزام پیمانکاران را نسبت به رعایت آن نشان داد. چراکه اگر ارزیابی اثرات زیست‌محیطی با دقت و به‌صورت جامع انجام گیرد نقش عمده‌ای در کاهش آسیب‌های زیست‌محیطی ناشی از انجام عملیات نفتی دارد. از دیگر محورهای موردبحث، مهم‌ترین شروط صریح قراردادی ازجمله رعایت ضوابط مرتبط با مناطق حفاظت شده، مدیریت پسماند، اقدامات مقتضی در شرایط اضطراری و شرط بیمه است و چنانکه شرح شروط مذکور گذشت، داشتن برنامه مدون برای رعایت هر یک از شروط از طرف پیمانکار و همکاری با کارفرما در این خصوص اثرات کاهنده زیادی بر آسیب‌های زیست‌محیطی دارد. درنهایت شروط ضمنی قرارداد که از آن جمله کدهای رفتاری شرکت‌های نفتی در رعایت مسائل زیست‌محیطی است که اگرچه ضمانت اجرای صریحی برای نقض مقررات مربوطه نسبت به آن متصور نیست؛ لیکن در اعتبار جهانی شرکت و دریافت مقبولیت جامعه در استقرار و انجام عملیات نفتی مؤثر است و این همان موضوعی است که شرکت‌های نفتی با رعایت آن به دنبال افزایش مقبولیت جهانی خود هستند.

1- ENI, Code of Ethics, p.20: "Respect of the Code's rules is an essential part of the contractual obligations of all eni's People pursuant to and in accordance with applicable law. Any violation of the Code's principles and contents may be considered as a violation of primary obligations under labour relations or of the rules of discipline and can entail the consequences provided for by law, including termination of the work contract and compensation for damages arising out of any violation."

پیشنهادهای

استفاده از آن‌ها می‌تواند به عرف نفتی یا لکس پترولیا تبدیل گردد و از این طریق کاهش ریسک‌های زیست‌محیطی را شاهد باشیم.

– بیمه‌های زیست‌محیطی یکی از کاربردی‌ترین ضمانت‌اجراهای جبران خسارت‌های وارده به محیط‌زیست محسوب می‌شوند؛ بنابراین از نظر قانونی لازم است تا در عملیات بالادستی نفتی خلأ قانونی مذکور برطرف شود و با وضع قوانین در این زمینه روند جبران خسارت‌ها تسریع گردد.

– ملزم نمودن پیمانکاران و فعالان عرصه نفت به استفاده از نوین‌ترین دستاوردهای علمی و فناوری روز دنیا باعث کاهش درصد زیادی از آلودگی نفتی می‌گردد. از این رو ملحوظ نظر قراردادن این موضوع در قراردادهای نفتی قابل توجه است.

– با عنایت به اهمیت حفاظت از محیط‌زیست، اعمال مالیات‌های زیست‌محیطی ابزار مناسبی برای جبران خسارات ناشی از آلودگی است تا از این طریق انتشار آلودگی را به حد با ثباتی کاهش دهد؛ بنابراین تا جایی که امکان‌پذیر است کشورهای میزبان از ارائه معافیت‌های زیست‌محیطی از جمله مالیات‌ها به پیمانکاران نفتی جدا خودداری نمایند تا بهانه‌ای برای از بین بردن محیط‌زیست فراهم نگردد.

– برای تأثیرگذارتر شدن مقررات خودتنظیمی و ایجاد بستری برای رشد، توسعه و درنهایت استقرار این گونه قوانین به نظر می‌رسد نقش کشورهای میزبان در تهیه و تدوین برنامه‌های زیست‌محیطی و اسناد راهنما در این زمینه و درنهایت تشویق فعالان عرصه نفت به

References

- [1] Aminzadeh, Elham. and Yousefi, Sanaz. (2022). The Role of Compulsory Insurance in Compensating Environmental Damages Caused by Oil Pollution. *Energy law studies*. Vol. 2, No. 5. (In Persian).
- [2] Börkey, Peter and Glachant, Matthieu and Lévêque, Francois. (1998). Voluntary approaches for environmental policy in OECD countries: An assessment", CERN, Centre d'économie Industrielle, Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris.
- [3] Dabiri, Farhad and Kiani, Mojdeh. (2016). Review of Preventive laws and regulations including assessment of environmental effects in Iran and several industrialized countries. *Journal of Environmental Science and Technology*, Vol. 9, No. 4. (In Persian).
- [4] Derakhshan, Masoud. (2009). Development of Insurance Coverage in Oil and Gas and Petrochemical Industries, *Gostareh Energy magazine*, Vol. 4, No. 45. (In Persian).
- [5] Ebrahimi, Seyed Nasrollah. (2014). Legal principles governing upstream service contracts in Iran's oil and gas industry, *Iranian energy economy research journal*, Vol.3, No. 12. (In Persian).
- [6] Esfandiari Khaledi, Abbas and Jalali, Mahmood. (2021) Environmental considerations in oil contracts, *Journal of Energy Law Studies*, Vol. 2, No. 6. (In Persian).
- [7] Gadami Jagerloui, Saeed and Mozni, Alireza and Nabai, Mohammad, Rouhi and Abbas, Yavari Changiz. (2018). Waste Management in Oil Industries is an Important Issue in Preventing Damage to the Environment, National Conference of Man, Environment, Sustainable Development, Club Young researchers of Islamic Azad University, Hamedan branch. (In Persian).
- [8] Gao, zhigo, (1994) International Petroleum Contracts: Current Trends and New Directions, *International Energy and Resources Law Policy Series*, Graham & Trotman
- [9] Gunningham, Neil. and Rees, Joseph. (1997). Industry self-regulation: an institutional perspective, *Law & Policy*, 19(4),
- [10] Hatami, Ali and Karimian, Ismaeil. (2016). Foreign Investment Rights in the Light of Law and Investment Contracts, Tisa Publications. (In Persian).
- [11] Javid, Mohammad Javad and Shahmoradi, Esmat. (2013). Environmental Criteria in Oil Contracts, the Fourth International Conference on New Approaches in Energy Conservation. (In Persian).
- [12] Kohan Hoshnejad, Ruhollah and Eltamimi, Mohammad Hossein, (2018). the basis of environmental requirements in Iran's oil contracts, *Quarterly Journal of Environmental Economics and Natural Resources*, Vol.3, No. 4. (In Persian).
- [13] Momeni Rad, Ahmad, and Amirkhani, Azadeh and Taimouri, Zohre, (2015), Protecting Human Environmental Rights in Oil Contracts, *Islamic Human Rights Studies Quarterly*. (In Persian).
- [14] Mousavi, Fazlullah, and Eyni, Mojtaba. (2018). a New Approach in the Legal Analysis of Environmental Conditions of Oil Contracts, *Energy Law Studies*, Vol. 5, No. 1. (In Persian).
- [15] Mousavi, Fazlullah and Shirmardi Dezaki, Mohammad Reza. (2015). Analysis of environmental approach in oil contracts, *Journal Of Researches Energy Law Studies*, Vol. 1, No. 1. (In Persian).
- [16] Panahi Shams and Abadi, Lotfallah. (1997). All engineering risk insurance and damages caused by natural disasters, *Insurance Research Quarterly*, Vol. 12, No. 4. (In Persian).
- [17] Patricia Park. (2013). Translated by Mohammad Reza Hosseini-Sadegh Jafarzadeh Darabi. International

- Environmental Law, first edition. (In Persian).
- [18] Shiravi, Abdul Hossein. (2013). Oil and Gas Laws, Mizan Publications, first edition. (In Persian).
- [19] Sobhi, Hossein. (2015). Environmental protection in upstream oil and gas contracts, the first national conference of modern research of Iran and the world in psychology and educational sciences, Law and Social Sciences. (In Persian).
- [20] Tienhaara, Kyla. (2011) Foreign Investment Contracts in the Oil & Gas Sector: A Survey of Environmentally Relevant Clauses, Sustainable Development Law & Policy, Vol. 11, No. 3.
- [21] Zeynoddin, Seyed Mustafa and Shahmoradi, Esmat. (2014). Comparative study of environmental considerations in international oil contracts, Energy Law Studies, Vol. 1, No. 2. (In Persian).
- [22] Ministry of Petroleum and Natural Gas, India, (2007).
- [23] BP Code of Conduct access <https://www.bp.com/>
- [24] Shell, Code of Conduct, Acces www.shell.com

Contracts

- [1] Agreement on The Exploration, Development and Production Sharing for the ShafagAsiman Offshore Block in the Azerbaijan Sector of the Caspian Sea, Between the State Oil Company of the Republic of Azerbaijan and BP Exploration of (Azerbaijan) Limited & Socar Oil Affiliate, (2010)
- [2] Contract for Exploration and Production of Hydrocarbons at Morskoye Field, Atyrau Region, Within blocks XXIX-14-D (partially), E (partially); XXX-14-A (partially) and B (partially), Between the Ministry of Energy and Mineral Resources, and KoZhaN Ltd, (2002)
- [3] ENI, Code of Ethics, Approved by the Board of Directors of Eni SpA on March 18, (2020)
- [4] Extension of PSA for Azeri-Chirag- Gunashli Oil Field (2017) Access: <https://gratanet.com/>
- [5] Petroleum Agreement Republic of Ghana ‘ (2006) Access: https://www.petrocom.gov.gh/wp-content/uploads/2018/12/ghana_model_petroleum_agreement
- [6] Petroleum Contract for Contract Area 33/07 in the East China Sea, Between China National Offshore Oil Corporation and Primeline Energy China Limited & Primeline Petroleum Corporation, (2012)
- [7] PRODUCTION SHARING AGREEMENT FEDERAL REPUBLIC OF SOMALIA (2020) Access: somalia.licensinground.com/wp-content/uploads/Somalia-Licensing-Round-PSA-Final-Version.pdf
- [8] Production Sharing Agreement in Respect of the North Caspian Sea (Kashagan) among Agip Caspian Sea B.V BG Exploration Limited.
- [9] PRODUCTION SHARING CONTRACT BETWEEN THE REPUBLIC OF CAMEROON AND THE HOLDER (2010) Access: <http://www.snh.cm/ReglementationDesHydrocarbures/CONTRAT-TYPE-ANGLAIS-16-DECEMBRE-2014.pdf>
- [10] PRODUCTION SHARING AGREEMENT TANZANIA, (2004)
- [11] Technical Service Contract for The Rumaila Oil Field, Between South Oil Company of the Republic of Iraq and BP Iraq limited, CNPC International (Iraq) Limited & SOMO, (1997)
- [12] Timor-Leste Inst. For Dev. Monitoring & Analysis, Model Production Sharing Contract under the Petroleum Act (Timor-Leste), [www.laohamutuk.org/Oil/ Pet Regime/PSC%20model%20270805.pdf](http://www.laohamutuk.org/Oil/PetRegime/PSC%20model%20270805.pdf). Access: www.laohamutuk.org/Oil/ Pet Regime



Research Article

Vol. 30, No. 23, Spring-Summer 2023, p. 133-146

Analysis of contractual securities from the perspective economic law

O. Mohammadinia¹, A. Saatchi^{2*} 

1-Assistant Professor of Law Department of Valiasr University of Rafsanjan, Rafsanjan, Iran

2-Assistant Professor of Department of private law, Faculty of law and political sciences, Ferdowsi university of Mashhad, Mashhad, Iran.

(*- Corresponding Author Email: alisaatchi@um.ac.ir)<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.80689.1247>

Received: 13 March 2023 Revised: 05 June 2023 Accepted: 23 August 2023 Available Online: 23 August 2023	How to cite this article: Mohammadinia, O., Saatchi, A., (2023) Analysis of contractual securities from the perspective economic law., <i>Encyclopedia of Economic Law Journal</i> , 30(23): (133-146) (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.80689.1247
--	---

1- INTRODUCTION

In the contractual field, one of the most important and even the most important issues is the implementation of obligations by the parties, and it has always been considered as one of the concerns of the parties to the contract. Also, from the economic point of view, contract is an institution in which exchanges are realized and the economic system is based on it. Therefore, if the contract is excluded from economic exchanges, many of the legal concepts will be nullified. The contract execution guarantee is also the most important function that brings to the parties "confidence in the execution of the contract". Therefore, the mutual commitment of the parties of the contractual relationship is important because it gives them hope for the execution of the contract and based on the trust they have in it and the other acts organize themselves. In fact, the purpose of concluding a contract is not merely to fulfill it abroad, but to fulfill the obligation resulting from it and to reach the obligee in exchange that is stipulated in the contract.

Against this background, the obligation of a contract that does not take effect is equal to its non-existence, and the conclusion of the contract; It is only a prelude to reach the final goal. Therefore, the most technical and most important part of a contract is the implementation guarantee.

In other words; Although the execution of the contract at the moment of signing the contract is desired by the parties; But there is always the possibility of breaking the promise. The desire to be opportunistic and gain more profit, changing conditions and circumstances during the execution of the contract, lack of sufficient information about the credibility of the contracting party and the subject of the contract, and the obligee's negligence in implementing the provisions of the contract are the reasons behind possibility of breach of covenant assumed in any contractual relationship. For this reason, the contract institution needs an efficient and coordinated system that, firstly, reduces the possibility of breach of contract and strengthens trust in contract implementation, and secondly, in case of breach of contract, by providing a suitable tool to achieve the expected conditions of contract implementation. To fulfill the purpose of the obligee from concluding the contract, this important task in contract law is the responsibility of the performance guarantee institution for this purpose; The undertaker in many cases to fulfill contractual obligations; takes various guarantees; so that in light of it, it can achieve the maximum benefit, which is the full implementation of contractual obligations without holding on to the ruling powers. In this regard, various guarantees from the parties to the contract and in some cases; legislators have provided for the implementation of contractual obligations. For example, the provision of legal options creates this guarantee for the parties. If in certain cases, each of the buyer and the seller do not fulfill their obligations, the other party has the authority to terminate the current contract. In many cases; The provision of guarantees is such that the legislator prescribes the basis for the agreement of the parties regarding contractual guarantees and determines its limits. For example, Article 230 of the Civil Code has given the authority to the parties to the contract to set a deposit to guarantee the performance of the contractual obligations. In other cases, the legislator's guarantees are in the form of creating some guarantee obligations. For example, according to Article 2 of the Consumer Rights Protection Law approved in 1388, in cases where the seller delivers a defective



product to the customer, there is an obligation to repair or replace the defective product.

2- PURPOSE

Basically, there are many legal and contractual guarantees, which can be included in the contract to a large extent to solve people's concerns about the breach of obligation. On this occasion, the present article with the aforementioned purpose, while examining the legal and economic aspects of various guarantees, is trying to make a proposal to include such items in the contract.

3- METHODOLOGY

In the current research, the analytical method has been used in such a way that the points of view in the issue have been explained in the related topics and then it has been studied from the point of view of legal and economic analysis.

4- FINDINGS

The findings indicate that it is important that the guarantees in the contracts are divided according to the time to the execution of the contract and after that, and the first category includes the guarantees related to the non-fulfillment of the obligation and its delay, and in connection with the second guarantees, we can mention the guarantee and warranty. In terms of legal and economic analysis, the existence of all the mentioned items at the time of drafting the contract can be written in the contract. Although there may be various guarantees regarding the implementation of obligations, the existence of each of these depends on the bargaining power of the parties and also according to the legal ability of each of them to register the relevant conditions. Also, in principle, from the legal point of view, the combination of the mentioned guarantees does not face any obstacle; In this sense, in a contract, the condition of guaranteeing the non-performance of the obligation along with the delay of the obligation may be possible, with the stipulation that the sum between the guarantee related to the non-performance and the good performance of the obligation. However, regarding the possibility of combining guarantees related to guarantees and warranties, it should be mentioned that in cases where the guarantee is considered as a third-party guarantee, it will not cause much problem; But in cases where the warranty is in the concept of guaranteeing the performance of the seller, it is considered the same as the obligation to guarantee (warranty) in some cases, and in this case there is no legal problem for the seller to guarantee the performance of the seller in two respects. In other words, the seller may guarantee the performance of the seller in writing, and in some cases, the said guarantee may also appear in the form of a warranty. And the benefit of such an issue is when the buyer is deprived of the granted warranty for some reason; In this situation, the warranty can be very helpful.

5- CONCLUSION

This study had found that, there are various legal and contractual guarantees regarding the implementation of contractual obligations; that in some cases it is possible that the legal guarantees of the necessary efficiency are not applicable. In many cases, contractual guarantees can help the obligee in the implementation of the contractual obligation. Some contractual guarantees are related to the time of performance of the obligation and some of the cases are specific to the time of operation of the seller or the services provided. It should be noted that, in principle, there is a combination of contractual guarantees when the obligation is fulfilled, with the explanation that the guarantee of non-fulfillment of the obligation not only in some cases can be accompanied by the demand for the main obligation; Rather, from a legal point of view, such an obligation can be combined with the guarantee related to the delay in the implementation of the obligation and other contractual guarantees; But it was stated that the aforementioned guarantee cannot be combined with the guarantee of good fulfillment of obligations. Also, according to the definitions of guarantee and warranty, it seems that the obligation related to warranty (obligation to guarantee) is conceptually broader and more comprehensive than the obligation related to warranty. Because the obligation to guarantee firstly includes the property of the seller as well as its quality and function. While guarantee basically means the guarantee of collaterals and in some cases; It means to guarantee the performance of the seller. It was also stated that the sum of these two guarantees does not face legal obstacles in principle and can be a solution in many cases.

Also, from the point of view of economic analysis, we know that although contracts are created by the will of the parties, after they are created, they act as an economic tool to regulate the market, and the economic security of an economic system depends on their implementation. He considered the best arbitrator to determine his preferences, which is to seek profit from the fulfillment of the obligation in concluding each contract. Therefore, since in the rare situation there is a possibility of violation in every obligation, the contractual game requires that

solutions such as warranty and guarantee in goods transactions with increased costs due to faulty or incomplete implementation of the contract will push the obligee towards the fulfillment of the promise. The obligation of the obligee to fulfill the same obligation and the possibility of receiving damages due to the breach of the covenant; which by recognizing the obligee's will in determining the performance guarantee in monetary debt and otherwise, provides the possibility of drawing his expected situation; Soda removes the breach of promise from the obligee's mind and finally provides social welfare by creating a safe trading situation.

Keywords: Contractual securities, performance bonds, guarantee, Warranty, Economical analysis

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۱۴۶-۱۳۳

تحلیل تضمین‌های قراردادی از منظر حقوق اقتصادی

امید محمدی نیا^۱ - علی ساعتچی^{۲*}

دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۲۲ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۱

چکیده

تضمینات قراردادی مناسب‌ترین ابزار در جهت مقابله با تخلف طرف مقابل از انجام تعهدات قراردادی است. به همین منظور، دریافت‌کنندگان کالا و خدمات به دنبال تضمینات قراردادی مناسب در این زمینه هستند. موضوعی که بر پایه مؤلفه‌های تحلیل اقتصادی چون عقلانیت ابزاری مبتنی بر ترجیحات، حداکثر سازی مطلوبیت، تئوری بازی‌ها و کارایی فنی و تخصصی بخش جداناپذیر رفتار کارگزار اقتصادی در محیط بازار است. در یک بررسی کلی، تضمینات موجود در قرارداد به تضمینات ناظر به اجرای تعهد و تضمینات مربوط به زمان پس از اجرای تعهد تقسیم می‌شود. تضمین مربوط به زمان اجرای تعهد؛ بیشتر در قالب وجه التزام عدم اجرا و یا تأخیر تعهدات قراردادی و یا در قالب ضمانت اشخاص ثالث متجلی می‌گردد. همچنین تضمینات مربوط به کارکرد مبیع یا خدمات ارائه شده؛ شامل تضمین مربوط به گارانتی و وارانتهی است. پژوهش حاضر؛ ضمن مطالعه‌ی انواع تضمینات در قراردادها به این نتیجه دست یافته که اصولاً نه تنها از دیدگاه حقوقی، بلکه از منظر اقتصادی هرچه اراده متعهدله در گزینش و تعیین دامنه ضمانت اجرا تأثیر بیشتری داشته باشد و در لحظه انعقاد قرارداد متعهدله بتواند اراده خود و نه قانون را بر قرارداد حاکم کند؛ ضمانت اجراها به دلیل آن که توان تأمین ترجیحات را بیشتر دارند، از کارآمدی بیشتری برخوردار هستند. علاوه بر این در قراردادهای کالا محور تضمین گارانتی و وارانتهی بر اساس نظریه بازی‌ها بیشتر می‌تواند بازی همکارانه را محقق سازد. همچنین از دیدگاه حقوقی و اقتصادی جمع میان تضمینات مختلف قراردادی نه تنها امکان‌پذیر است؛ بلکه در برخی موارد، این موضوع، لازم و ضروری است.

کلیدواژه‌ها: تضمینات قراردادی، وجه التزام، گارانتی، وارانتهی، تحلیل اقتصادی.

مقدمه

کارکردی را که برای طرفین به ارمغان می‌آورد «اعتماد به اجرای قرارداد است (Stiven, 2004:14)؛ بنابراین تعهد متقابل طرفین رابطه قراردادی از این رو اهمیت دارد که آن‌ها را به اجرای قرارداد امیدوار می‌سازد و بر پایه اعتمادی که به اجرای قرارداد دارند؛ اعمال دیگر خود را ساماندهی می‌کنند. در حقیقت، هدف از انعقاد عقد، صرف تحقق آن در خارج نیست بلکه مقصود اصلی، اجرای تعهد ناشی از آن و رسیدن متعهدله به عوضی است که در ضمن عقد مقرر شده است. بر این مبنا، تعهد قراردادی که در بیرون جامه عمل نپوشد با عدم خویش مساوی است و انعقاد قرارداد؛ صرفاً مقدمه‌ای برای رسیدن به مقصود نهایی است. (Vahdati shobire, 2006:1) بر همین اساس، اصولاً فنی‌ترین و مهم‌ترین بخش از یک قرارداد، مباحث ضمانت اجرا می‌باشد.

به عبارت دیگر اگرچه اجرای قرارداد در لحظه انعقاد عقد، مطلوب طرفین است؛ اما همواره احتمال عهدشکنی و نقض عهد وجود دارد.

در حوزه قراردادی، یکی از مسائل مهم و حتی اصلی‌ترین موضوع، اجرای تعهدات از سوی طرفین قرارداد است و همواره به عنوان یکی از نگرانی‌ها و دغدغه طرفین قرارداد تلقی شده است. همچنین از دیدگاه اقتصادی قرارداد نهادی است که مبادلات در بستر آن تحقق یافته و نظام اقتصادی بر پایه آن پی‌ریزی می‌شود؛ به طوری که اگر قرارداد را از مبادلات اقتصادی کنار بگذارند بسیاری از مفاهیم این علم تهی می‌گردد. ضمانت اجرای قرارداد نیز مهم‌ترین

۱- استادیار گروه حقوق دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه ولی عصر (عج)

رفسنجان

۲- استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی

مشهد

(Email: alisaatchi@um.ac.ir)

(*) - نویسنده مسئول:

(۱) و در گام دوم، تضمینات ناظر به پس از اجرای تعهد را بررسی می‌نماید. (۲)

۱- تضمینات ناظر به زمان اجرای قرارداد

تضمین اجرای تعهد ممکن است به دو صورت در قرارداد درج شود. در برخی موارد تضمین مربوطه در خصوص عدم اجرای تعهد است (۱-۱) و در پاره‌ای از موارد ناظر به تضمین مرتبط با تأخیر اجرای تعهد می‌باشد. (۱-۲)

۱-۱- تضمین مرتبط با عدم اجرای تعهد

در ارتباط با قراردادهایی که اصولاً مستلزم انجام کار به صورت مستمر و یا غیر مستمر است، متعهدله برای آن که اطمینان پیدا نماید که متعهد، اصل تعهد را انجام می‌دهد می‌تواند اقدام به اخذ برخی تضمینات قراردادی نماید. توضیح آن که مطابق این تضمین، پیش بینی می‌شود که اگر متعهد تعهد خود را در زمان تعیین شده انجام ندهد خسارت‌های مربوطه به صورت مقطوع تعیین گردد که این موضوع تحت عنوان شرط جزایی (Jafari langroudi, 1984:404) یا شرط وجه التزام و یا کیفری یاد می‌شود. (Ezanlou, 2011:68) در حقیقت، پیش بینی شرط مذکور در اکثر قریب به اتفاق قراردادهای هدف تضمین اجرای قرارداد بوده و تحصیل نوعی بیمه خصوصی به هزینه متعهد است (Abedi, 2013:73). از منظر اقتصادی این ضمانت اجرای قراردادی مبتنی بر عقلانیت بوده و نهادی است که کارایی لازم را دارد. یک کارگزار اقتصادی، با عقلانیت «هدف - وسیله» تصمیم گیری می‌کند به نحوی که برخی از صاحب نظران اعتقاد دارند «عقلانیت در اعمال فردی ظهور می‌یابد که برای رسیدن به هدف خود شیوه‌های سنجیده و حساب شده را به کار می‌گیرد» (planting, 1993:132). در دیدگاه اقتصادی نیز انسان اقتصادی ۱ انسانی عاقل است که در روابط خویش در پی حداکثر سازی نفع و مطلوبیت است (Dadgar, 2016:111) و چون در این مسیر بهترین قاضی ترجیحات خویش قلمداد می‌گردد (Pezhoyanet al, 2004:220) بیش از هر کس می‌تواند سود و زیان خویش را تشخیص دهد و خصلت خود محوری پیدا می‌کند. به همین جهت، میزان وجه التزام در لحظه انعقاد قرارداد بر اساس «قابلیت پیش بینی ضرر» تعیین می‌شود؛ بنابراین از آنجا که هیچ شخصی بهتر از متعهدله نمی‌تواند خسارت ناشی از عهدشکنی را در دارایی خویش محاسبه نماید، متعهد نیز می‌تواند مسئولیت خویش در صورت نقض عهد را ارزیابی کند و از این رو ابزار قراردادی از دریچه تحلیل اقتصادی ابزاری کارآمد محسوب می‌گردد.

میل به فرصت‌طلبی و کسب سود بیشتر، تغییر شرایط و اوضاع احوال در مسیر اجرای قرارداد، عدم اطلاعات کافی از اعتبار طرف قراردادی و موضوع عقد و سهل‌انگاری متعهد در اجرای مفاد پیمان دلایلی است که احتمال نقض عهد را در هر رابطه قراردادی مفروض نگه می‌دارد. به همین دلیل، نهاد قرارداد نیازمند سیستمی کارآمد و هماهنگ است که در درجه نخست احتمال نقض عهد را کاهش دهد و اعتماد به اجرای پیمان را تقویت سازد و در درجه دوم در صورت نقض عهد با در اختیار گذاردن ابزاری مناسب جهت نیل به شرایط انتظاری اجرای قرارداد؛ هدف متعهدله را از انعقاد قرارداد تأمین نماید. این وظیفه مهم در حقوق قراردادهای به عهده نهاد ضمانت اجراست (Bayern, 2011:143). به همین منظور متعهدله در بسیاری از موارد برای اجرای تعهدات قراردادی؛ اقدام به اخذ تضمینات مختلف می‌نماید؛ تا در پرتو آن بتواند به حداکثر مطلوبیت که همانا اجرای کامل تعهدات قراردادی بدون تمسک به قوای حاکمه است، دست پیدا نماید. در این رابطه تضمینات مختلفی از سوی طرفین قرارداد و در برخی موارد قانون‌گذار در مورد اجرای تعهدات قراردادی پیش بینی شده است. به عنوان مثال، پیش بینی خیارات قانونی، این تضمین را برای طرفین ایجاد می‌کند که اگر در موارد معین، هر یک از خریدار و فروشنده به تعهدات خود عمل ننمایند، طرف دیگر این اختیار را داشته باشد که بتواند قرارداد حاضر را فسخ نماید. در پاره‌ای از موارد پیش بینی تضمینات به این صورت است که قانون‌گذار بستر توافق طرفین در خصوص تضمینات قراردادی را تجویز نموده و حدود آن را تعیین می‌نماید. به عنوان نمونه، ماده ۲۳۰ قانون مدنی این اختیار را به طرفین قرارداد داده است که برای تضمین اجرای تعهدات قراردادی، وجه التزام تعیین نمایند و در موارد دیگر، تضمینات قانون‌گذار در قالب ایجاد برخی از تعهدات تضمینی است. به عنوان نمونه، مطابق ماده ۲ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده مصوب ۱۳۸۸ در مواردی که فروشنده، کالای معیوب به مشتری تسلیم نماید این تعهد وجود دارد که کالای معیوب را تعمیر و یا تعویض نماید.

بنابراین همان گونه که ملاحظه می‌گردد سؤال مهمی که در تحقیق حاضر با آن مواجه هستیم آن است که آیا ضمانت اجراها در جهت اجرای تعهدات قراردادی از حیث حقوقی و اقتصادی مکفی است؟ در پاسخ به نظر می‌رسد تضمینات قانونی از حیث حقوقی و اقتصادی مطلوبیت کافی را نداشته و ضروری است طرفین قرارداد در خصوص تضمینات مزبور خود به توافق رسیده و حدود و ثغور آن را تعیین نمایند چراکه اولاً هر قراردادی شرایط مخصوص به خود را داشته و باید بر اساس آن اوضاع و احوال تصمیم‌گیری نمود و ثانیاً تضمینات قانونی در برخی موارد کاربرد مؤثر حقوقی لازم را نداشته و ضروری است از طریق ساختار قراردادی چنین تضمیناتی وارد توافق گردد. به همین منظور، پژوهش حاضر در گام نخست به تحلیل حقوقی و اقتصادی تضمینات ناظر به زمان اجرای قرارداد می‌پردازد

1- Economic Man.

2- Egocentrism.

damad, 2009:490) به این معنا که شروط مربوط به عدم اجرای تعهد چه به صورت کیفری توصیف گردد و یا به صورت جبران خسارت باید نافذ تلقی شود؛ اگرچه این امکان وجود دارد در برخی موارد استثنایی آن را باطل دانست.^۶

۱-۲- تضمین مرتبط با تأخیر اجرای تعهد

در مواردی که متعهد له قصد داشته باشد خسارات مربوط به تأخیر اجرای تعهد را مطالبه نماید لازم است که مفاد تراضی طرفین به صورت تعدد مطلوب باشد؛ به این معنا که قصد طرفین از اجرای تعهد به زمان مقرر تعلق نداشته و اجرای آن در زمان دیگر نیز امکان پذیر باشد. این موضوع در مقابل حالتی است که اجرای تعهد، به گونه وحدت مطلوب بوده است. (Efehani, 1997, V.5:222) بنابراین این نوع تضمین خسارت، در مواردی کاربرد دارد که اجرای تعهد برای متعهدله در زمانی غیر از موعد تعیین شده مفید باشد؛ در غیر این صورت به محض تخلف از اجرای تعهد در موعد مقرر، قرارداد منحل خواهد شد. (Safaei, 2006:208) با این حال، به نظر می‌رسد در اکثر قراردادهای با وجود تأخیر متعهد، اجرای تعهد برای متعهدله مطلوب بوده و او می‌تواند توانان خسارت تأخیر را به همراه اجرای تعهد از متعهد تقاضا نماید؛ بنابراین آن گونه که معمول است در زمان تدوین قرارداد، شرطی درج می‌شود با این عنوان که در ازای هر روز تأخیر، مبلغ مشخص از بابت تأخیر اجرای تعهد تعیین می‌گردد. با این حال، سؤال مهمی که در این رابطه مطرح می‌گردد در خصوص امکان درج شرط تأخیر تأدیه دیون پولی است که آیا وجود چنین تضمینی از سوی متعهدله، موجب ربوی شدن شرط و بطلان قرارداد خواهد شد؟ در پاسخ به این پرسش، اگرچه برخی از فقهای معاصر مخالفت خود را با چنین موضوعی اعلام (Lankarani, 306) وعده‌ای دیگر به صورت مشروط مورد پذیرش قرار داده‌اند (Makarem Shirazi, 2006:590) با این حال، وجود رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ قاعداً در نظام حقوقی ایران تردیدی در صحت چنین تضمینی در دیون پولی باقی نخواهد گذاشت.

اما از دیدگاه اقتصادی نیز چنین ضمانت اجرایی بر کارایی نهاد ضمانت اجرا می‌افزاید و حفظ قوام اجتماعی که هدف حقوق قراردادهای در زنجیره اتصال تولیدکننده، عرضه‌کننده و مصرف‌کننده است تسهیل می‌کند (Cambell, 2002:11) چراکه از منظر تحلیل اقتصادی هیچ کس جز خود متضرر نمی‌تواند ترجیحات خویش را در نظرآورده و میزان خسارت انتظاری خویش ناشی از نقض عهد را محاسبه نماید (Broussaeu, 2002:165). خصوصاً اینکه در تعهدات پولی آنچه

همچنین از منظر اقتصادی در یک بنگاه یا سیستم اقتصادی زمانی کارایی وجود دارد که هیچ‌گونه اتلاف منابع وجود نداشته باشد؛ بنابراین اگر تولیدکننده بتواند با کاهش هزینه‌های تولید به همین میزان تولید دست یابد وضعیت وی کارآمد نیست و در صورتی که در وضعیت موجود حداکثر تولید از منابع صورت گیرد بدون آنکه قرار باشد در مقادیر آن تغییری ایجاد گردد آن وضعیت کارا است. (Morris et al, 2014:280) به عبارت دیگر، از منابع موجود بهترین استفاده صورت پذیرد. (Dadgar, 2017:81) این موضوع در حوزه مصرف زمانی تحقق می‌یابد که مصرف‌کننده قیمتی که پرداخت می‌کند مساوی با رضایت مندی حاصل از مصرف کالا باشد یعنی برابری مطلوبیت نسبی و قیمت نسبی شرط کارایی تخصصی است بر همین اساس، اگر منفعت نهایی^۱ بیشتر از هزینه نهایی^۲ باشد از لحاظ اقتصادی ادامه کار بنگاه کارا است و در غیر این صورت بنگاه کارایی تخصصی نخواهد داشت. براین مبنا در حوزه حقوق قراردادهای فارغ از هزینه‌های معاملاتی، اراده نیز چون کالایی است که در راستای تولید یک نهاد قراردادی مصرف می‌گردد و زمانی مصرف مزبور کارایی دارد که بتواند مطلوبیت کارگزار را تأمین نماید. از آنجا که اشخاص، خود بهترین داور ترجیحات خویش محسوب می‌شوند رسمیت سازی به وجه التزام از جمله نهادهایی است که با اعتبار بخشیدن به خسارت انتظاری متعهدله در مرحله نقض قرارداد می‌تواند کارایی یک نظام حقوقی را افزایش دهد.

اما در این که ماهیت وجه التزام جبران خسارت است یا آن که خسارت تنبیهی تلقی می‌شود اختلاف است؛ چراکه در حالت دوم، متعهدله بدون توجه به خسارات واقعی، شرطی در قرارداد می‌نماید که بیشتر ضمانت اجرای تعهد اصلی است؛ تا آن که جبران خسارت قراردادی تلقی شود و در این حالت، در حقوق برخی از کشورها از جمله انگلیس، در مواردی که ماهیت وجه التزام جبران خسارت^۳ باشد چنین شروطی صحیح بوده و در مواردی که در قالب شرط کیفری^۴ باشند باطل خواهد بود (Max young, 2009:135- Stone, 2008: 630) و برخی از نویسندگان داخلی نیز بر این مبنا و تفکیک، درصدد اصلاح ماده ۲۳۰ قانون مدنی برآمدند. (Abedian, 2006:3) با این حال، به نظر می‌رسد پذیرش این موضوع، با توجه به صراحت ماده مذکور دشوار باشد (Katouzian, 2008:213-Mohaghegh

1- Marginal Benefit.

2- Marginal.

3- Liquidated damages

4- Penalty clause

۵- در حقوق آمریکا نیز قانون‌گذار با پذیرش این نکته در ماده ۲۷۱۸-۲ قانون یک

نواخت تجاری به آن اشاره می‌کند

»A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty.«

۶- به عنوان نمونه، اگر مطابق ماده ۴۲ قانون تجارت الکترونیک این گونه شرط را تحت عنوان شروط غیر منصفانه تلقی نمایم ممکن است قائل به بطلان چنین شرطی در نظام حقوقی ایران بود.

است در هنگام انعقاد قرارداد با شرکت، تضمینات موثری مورد توجه قرار بگیرد. از جمله آن که مدیران شرکت که دارای حق امضا از سوی شرکت هستند به صورت مجزا تعهدات شرکت را تضمین نمایند.

از منظر تحلیل اقتصادی افراد هنگامی که وارد یک رابطه قراردادی می‌شوند آن را با ابزار ضمانت اجرا، هدفمند می‌سازند و اگر اعتمادی به رابطه مزبور دارند به این دلیل است که می‌دانند «ضمانت اجراها» تأمین امنیت قراردادی آن‌ها را به عهده دارند. این ضمانت اجراها بر اساس قاعده حسابگری ذهنی نقش موثری در ترسیم کشش آن‌ها در طول حیات رابطه عقدی دارد؛ به طوری که بر اساس میزان و شدت ضمانت اجراها متعهد رفتار خود را به سمت اجرا یا نقض تعهد سوق می‌دهد (Kheshtandar, 2018:62)؛ بنابراین مشخص و معین بودن ضمانت اجرا لازم است؛ زیرا اگر ضمانت اجرای تعهد برای متعهد مشخص نباشد او نخواهد توانست به محاسبه ذهنی دست زند و بین نقض و اجرای تعهد یکی را برگزیند. به دیگر سخن، یکی از کارکردهای ضمانت اجرا، کنترل گری رفتار متعهد است به طوری که نهاد مزبور باید به صورتی طراحی گردد که علاوه بر خصلت جبرانی، ویژگی بازدارندگی از نقض عهد را داشته باشد و متعهد را به اجرای تعهد وا دارد؛ به همین منظور این ویژگی جز با تعیین ضمانت اجرا محقق نخواهد شد. بر این اساس، با تعیین ضمانت اجراهای اختیاری در قرارداد وضعیت گونه قراردادی به شیوه‌ای طراحی خواهد شد که متعهد با محاسبه هزینه - فایده نقض و در نظر داشتن حداکثر سازی نفع خویش به سمت اجرای قرارداد گام برداشته و این نهاد حقوقی برای طرفین سودمند باشد؛ امری که نهایتاً از منظر اقتصاد رفاه به رفاه اجتماعی منجر خواهد شد. (Posner, 2003:15- Miceli, 2004:1)

۲- تضمینات ناظر به بعد از اجرای قرارداد

اصولاً در قراردادهایی که حاوی تحویل پروژه و یا تحویل کالا است این سؤال به وجود می‌آید چه تضمیناتی در خصوص صحت عملکرد متعهد وجود دارد؟ به همین منظور برای آن که متعهد بتواند از انجام عملیات اجرایی پس از اتمام قرارداد اطمینان حاصل نماید اقدام به اخذ برخی از تضمینات لازم می‌پردازد که این مهم شامل گارانتی (۱-۲) و واراننتی (۲-۲) است.

۱-۲- گارانتی

نکته مهمی که در خصوص این تضمین قراردادی وجود دارد آن است که مفهوم این نهاد حقوقی به درستی مورد بازشناسایی قرار گرفته تا در زمان درج آن در قرارداد دقت‌های لازم صورت گیرد؛ چراکه در غیر این صورت با افزایش احتمال تفاسیر متعدد، هزینه قراردادی افزایش می‌یابد؛ بنابراین در این خصوص نویسندگان تعاریف

موضوع تعهد است ارزش و قدرت اقتصادی موضوع قرارداد است نه عینیت پول و تعیین میزان خسارت بر مبنای شاخص تورم اعلامی از سوی بانک مرکزی در قالب «خسارت تأخیر تأدیه» حداقل کارکردی که دارد بازگرداندن متعهد به قبل از انعقاد قرارداد و یا بازسازی حداقل انتظار وی از اجرای تعهد است که به دلیل نوعی بودن معیار در هر قرارداد و عدم توانایی در تأمین ترجیحات متعهد به معیار شخصی، کارایی لازم را ندارد. به همین دلیل نیز در چنین تعهداتی همواره متعاقبین میل بر تعیین وجه التزام دارند تا بتوانند در صورت نقض تعهد در جایگاهی قرار گیرند که از اجرای تعهد آن وضعیت را پیش بینی می‌نمودند. بر این مبنای منظر نگارنده پذیرش وجه التزام در دیون پولی با صدور رأی وحدت رویه موصوف کارایی نظام ضمانت اجراها را افزایش داده است.

۱-۳- سایر تضمینات

به غیر از موارد مطرح شده، این امکان وجود دارد که متعهد و یا حتی متعهد، تضمینات دیگری را در کنار سایر تضمینات مطالبه نمایند. به عنوان مثال، متعهد برای اجرای تعهدات قراردادی تقاضای ضامن و یا وثیقه عینی نماید. با این حال، این تضمینات در عین حالی که همواره مهم و مورد توجه طرفین قرارداد است در برخی موارد اثر دو چندان دارد؛ به عنوان نمونه در فرضی که مجری و یا متعهد قرارداد شرکت تجاری است این نگرانی و دغدغه برای طرف‌های قرارداد وجود دارد که شرکت تجاری در سایه شخصیت حقوقی مستقل از شرکا و مدیران (Kaviani, 2010:12- Paseban, 2015:61) تعهدات قراردادی خود را استیفا نمایند و طرف قرارداد نیز با وجود اخذ تضمیناتی چون عدم اجرای تعهد و یا تأخیر آن،^۱ نتواند به هدف اصلی خود که همانا جبران خسارت وارده است دست پیدا نماید. این موضوع در زمانی جدی مطرح می‌گردد که شرکت‌هایی همچون شرکت سهامی و یا با مسئولیت محدود، شرکا تنها در حدود آورده‌ی خود به شرکت، مسئول تلقی می‌گردند. در نتیجه، با وجود اخذ هرگونه تضمینات قراردادی بیان شده، در صورتی که متعهد (شرکت) از اجرای تعهدات خودداری نماید تنها راه حل موجود درخواست انحلال و ورشکستگی شرکت و روبه رو شدن با فرایند پیچیده و دشوار امر تصفیه شرکت است. همچنین این موضوع، در زمانی دشوارتر می‌گردد که شرکت منحل شده اموال کافی برای تصفیه دیون خود نداشته باشد. به همین علت، برای برون رفت از این اثر نامطلوب، مناسب

۱- البته باید توجه داشت در فرضی که تضمینات موجود به صورت ضمانت نامه بانکی و یا چک تأیید شده از طرف متعهد (شرکت) اخذ شده باشد، چنین نگرانی وجود ندارد؛ اما باید توجه داشت در عمل، کمتر شرکتی حاضر خواهد شد که در خصوص خسارت‌های مربوط به عدم اجرای تعهدات قراردادی؛ اقدام به ارائه چنین ضمانت نامه‌ای نماید.

متعددی از گارانتی ارائه داده‌اند به این صورت که برخی آن را به معنای تعهد جانبی به پاسخگویی برای پرداخت بدهی، مسئولیت، تعهد یا اجرای وظیفه دیگری به منظور اطمینان از مسئولیت گارانتی دهنده دانسته؛ در نتیجه، یک توافق جانبی برای اجرای تعهدات دیگری را گارانتی می‌نامند. (Campbell black, 1968: 833)

همچنین برخی آن را یک توافق ثانویه تلقی که در آن شخص گارانتی دهنده مسئول بدهی یا تقصیر دیگری یعنی بدهکار اصلی است؛ بنابراین گارانتی مستلزم ملاحظات و قرارداد مستقل بوده و بایست به صورت کتبی درآید؛ بنابراین باید توجه داشت که یک گارانتی به معنای قرارداد کتبی است که در آن درباره مسئولیت ثانویه در قبال ذی نفع در رابطه با تعهدات اولیه طرف مقابل اطمینان داده می‌شود و این به معنای جبران خسارت نیست. (Chappell et al, 2001: 184)

به عبارت دیگر، گارانتی را نباید با تضمین خسارات^۱ اشتباه گرفت و آن را یکی فرض کرد. چراکه تضمین خسارت قراردادی است که بر مبنای آن شخص «الف» با شخص «ب» توافق می‌نماید که اگر در آینده او مدیون شخص «ب» بشود؛ شخص ثالث «ج» خسارت‌های شخص «ب» را پرداخت نماید؛ اما باید توجه داشت که در توافق اخیر، رجوع «ب» به «الف» منوط به رجوع و احراز تخلف شخص «ج» از پرداخت خسارت نمی‌باشد و شخص «ب» در هر حال، با وجود عدم اجرای تعهد از ناحیه شخص «الف» حق رجوع به نامبرده را دارد. در حالی که در گارانتی، گارانتی‌گیرنده در صورتی حق رجوع به گارانتی دهنده را دارد که ابتدائاً برای جبران خسارت‌های وارده به شخص ثالث یا ضامن رجوع نموده و در صورت عدم پرداخت خسارت‌های وارده، حق رجوع به طرف مقابل خود را دارد. (Winston, 2006: 270)

به عبارت بهتر، توافق نخست شبیه ضمان تضامنی بوده در حالی که توافق دوم یا گارانتی مشابه ضمان وثیقه‌ای است. همچنین حقوقدانان خارجی تعریفی که از گارانتی ارائه نموده‌اند منطبق با مفهوم لغتی کلمه مزبور است؛ به این صورت که گارانتی به قراردادهایی اطلاق می‌شود که به موجب آن شخص ضامن، متعهد می‌شود که چنانچه متعهد اصلی (مضمون عنه) از انجام تعهدات خود امتناع نماید یا خسارتی به متعهد اصلی وارد آید ضامن به همراه مضمون عنه در مقابل مضمون له مسئول تعهدات و خسارت مضمون عنه باشد. (Andrews et al, 2011: 3)

در قالب ضمانت نامه‌های بانکی یا قراردادهای تضمینی^۲ کاربرد دارد (Shiravi, 2013: 267)

با وجود این موضوع، گارانتی در حوزه حقوق مصرف‌کننده مفهوم دیگری داشته که از تعریف فوق متمایز می‌گردد زیرا همان‌گونه که ملاحظه گردید گارانتی در لغت و اصطلاح حقوقی شبیه به عقد

ضمانت بوده و به موجب آن شخص ثالثی تعهدات مضمون عنه خود را ضمانت می‌نماید اما به موجب تعریفی که از گارانتی در حقوق مصرف‌کننده مطرح است و بر اساس تعاریف ارائه شده؛ گارانتی عبارت است از توافقی اعم از شرط ضمن عقد یا مستقل از عقد اصلی که به موجب آن شخصی به نام گارانتی دهنده (که معمولاً سازنده کالا) در برابر شخص دیگری به نام گارانتی گیرنده متعهد می‌گردد چنانچه کالا و خدمات مورد معامله در مدت زمانی مشخص یا مادام العمر دچار عیب، ایراد یا نقصی گردد آن را اصلاح یا تعمیر نماید یا چنانچه دارای عیب اساسی باشد آن را با کالایی مشابه تعویض نماید. (Mohammadi et al, 2013: 215)

مشابه تعریف ارائه شده در ماده نخست قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده مصوب سال ۱۳۸۸ وجود دارد.^۳ همچنین برخی از حقوقدانان، گارانتی را در مفهوم عام حقوقی، تضمین اجرای به موقع یک قرارداد یا تعهد دانسته و در اصطلاح حقوقی، گارانتی را بر حسب کاربردهای گوناگون دارای مفاهیم متعدد دانسته‌اند. به این صورت که در حوزه تولید و عرضه کالا، گارانتی ضمانت و تعهد تولیدکننده یا عرضه‌کننده کالا یا خدمات است مبنی بر این که کالا یا خدمات عرضه شده، توصیفات اظهار شده را دارد و کیفیت و کارایی آن در مدت معین تضمین می‌شود. (Abdipourfard, 2013: 72)

بنابراین مطابق تعاریف لغوی و اصطلاحی و با توجه به قوانین و آیین نامه‌های داخلی می‌توان عنوان داشت که تعهدی کتبی است که بر مبنای آن فروشنده و یا عرضه‌کننده کالا تعهد می‌نماید که اگر کالا و یا خدمات عرضه شده پس از فروش، دچار عیب و یا نقصی شود، طرف مقابل این حق را دارد که بر اساس سند کتبی ارائه شده، جهت تعمیر و یا تعویض کالا به طرف مورد نظر (تولید کننده و عرضه‌کننده) مراجعه نماید. این تعهد در حقیقت، خدمات مشخصی است که برای تضمین کارکرد کالا داده می‌شود.

چنین ضمانت اجرایی در فرضی که مورد تعهد، عرضه کالا به مصرف‌کننده است ضمانت اجرای کارآمدی است چرا که انسان اقتصادی برای رسیدن به اهداف خود به صورت سنجیده و حساب شده تلاش می‌کند و در پی آن است که برای رسیدن به هدف خویش

۳- ماده ۱-۳: «ضمانتنامه کالا یا خدمات: سندی است که تولیدکننده، واردکننده، عرضه‌کننده یا تعمیرکننده هر دستگاه فنی به خریدار یا سفارش دهنده کالا و خدمات می‌دهد تا چنانچه ظرف مدت معین عیب یا نقص فنی در کالای فروخته شده یا خدماتی که انجام گردیده مشاهده شود، نسبت به رفع عیب، یا تعویض قطعه یا قطعات معیوب و یا دستگاه بدون اخذ وجه و یا پرداخت خسارات وارده اقدام کند.» و در همین راستا بند ۲ آیین نامه اجرایی حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۹۵ ضمانت نامه را سندی می‌داند که به زبان فارسی و در برگیرنده مسئولیت دوره ضمانت و تعهد خدمات عرضه‌کننده و استفاده مطلوب از خودرو که توسط عرضه‌کننده به همراه خودرو، تحویل مصرف‌کننده می‌شود.

1- Indemnity
2- Guarantee agreement

(Soyer, 2001: 3) با این حال وارانتهی در لغت، تعهدی است همراه با تاییداتی در خصوص موضوع قرارداد که ممکن است ناظر به زمان قرارداد و یا بعد آن باشد. (Halsbury's Laws of England, 2012, Vol 91 at 64.)

مطابق تعاریف مطرح شده، وارانتهی تعهدی صریح یا ضمنی است که امور مهمی از قبیل مالکیت موضوع معامله، کیفیت و سودمندی آن را تضمین می‌کند، بنابراین تضمین قرارداد در معنای عام و کلی، خود تعهدی است که ارائه دهنده خدمات یا فروشنده در مقابل محصول یا خدماتی که ارائه می‌دهد متعهد می‌شود در صورت نقض ادعای خود، حاضر به تعمیر یا تعویض کالا یا پرداخت مبلغی خسارت خواهد شد. در نتیجه، نقض عهد نیز زمانی اتفاق خواهد افتاد که این تعهد به نحوی اجرا نشود یعنی کالا نقضی داشته یا مطابق میل یا انتظار مشتری نباشد؛ بنابراین وارانتهی به عنوان یک ابزار بیمه‌ای در جهت جبران ریسک‌هایی که خریداران با آن مواجه هستند تلقی می‌گردد (Jonahing et al, 2011: 76) تا آن جا که امروزه وارانتهی و شروط مرتبط با آن به عنوان یکی از مهم‌ترین شروط و تعهدات، در قراردادهای بین المللی تبدیل شده است؛ (Bade, 2015: 104) همچنین باید اذعان نمود که حقوق آمریکا در این زمینه از جمله نظام‌های حقوقی است که به تفصیل در خصوص وارانتهی اقدام به قانون‌گذاری نموده است و در این خصوص دو قانون عام و خاص مشاهده می‌گردد؛ نخست قانون متحد الشکل^۸ مصوب ۱۹۶۴ و دومین قانون به صورت اختصاصی، قانون مگنسون-ماس^۹ مصوب ۱۹۷۵ است که این مقرره نیز در ایالات مختلف آمریکا لازم الاجرا می-باشد.^{۱۰}

از منظر اقتصادی نیز وارانتهی چون گارانتی ضمانت اجرای کارآمدی است؛ زیرا در رویکرد تحلیل اقتصادی یکی از ویژگی‌های ضمانت اجرا «کامل بودن» است به طوری که متعهدله با توسل به آن خشنود گردد و ضرری را که از نقض عهد به او وارد شده را بازباید و متعهد نیز با ارزیابی میزان هزینه‌ای که در صورت نقض تعهد با آن مواجه است انگیزه نقض تعهد را در روابط قراردادی خود پیدا نکند. در حقیقت همان گونه که برخی بیان داشته: «مسئولیت مدنی در ابتدا برای برقراری صلح از طریق فراهم کردن روش حقوقی برای خاموش کردن عطش انتقام» به وجود آمده است. (Badini, 2012: 355) و همین امر است که فارغ از بحث جبرانی، وارانتهی را در زمره اسباب بازدارنده نقض عهد قرار می‌دهد و با ایجاد مسئولیت برای متعهد حتی

موثرترین ابزار را به کار گیرد. بر این اساس در دیدگاه مذکور، علاوه بر آن که لازم است ابزار رسیدن به هدف عقلانی باشد انتخاب آن نیز با توجه به هدف مذکور، عقلانی و حساب شده باشد. (1995, p. 26). در این چارچوب، هیچ شخصی بهتر از خود فرد نمی‌تواند نفع خویش و بهترین وسیله برای رسیدن به هدف و مطلوب خود را در نظر آورد. (Ezzati, 2014: 47) موضوعی که در ادبیات اقتصادی به خود محوری^۱ شهرت دارد و شخص را داور نهایی رفتار خود می‌داند. به همین منظور، گارانتی از آنجا که در لحظه انعقاد قرارداد مورد توافق قرار می‌گیرد و متعهد له با توجه به احتمالات و شیوه‌های متعدد نقض می‌تواند حدود و میزان آن را تعیین کند کارایی بیشتری دارد.

از منظر دیگر نیز گارانتی را می‌توان ضمانت اجرای کارآمدی دانست؛ چرا که از منظر اقتصاد رفتاری انسان «تحریک پذیر» است و عوامل متعدد محیطی می‌تواند در شکل گیری رفتار او دخیل باشد (Rahimi Boroujerdi, 2013: 72). اقتصاد رفتاری که بر اساس تئوری رفتار گرایی^۲ از اوایل قرن بیستم وارد تئوری‌های اقتصادی گردیده و توسط دانشمندانی چون آرتوینلی^۳، هارولد لاسول^۴، رابرت دال^۵ و آندره شلیفر^۶ گسترش پیدا کرده معتقد است که انسان رفتاری قانونمند و پیچیده دارد و به شدت تحت تاثیر محیط قرار دارد. (Ibid: 244) بر همین اساس او با پیش فرض‌هایی که در ذهن دارد عمل می‌کند؛ بنابراین می‌توان با تمهید مقدمات و تذکراتی رفتار او را اصلاح کرد (Taylor, 2017: 23) بر این اساس، ضمانت اجراها اگر معقوله پایه ریزی شوند باید خصلت بازدارندگی را با توجه به «تحریک پذیری» اشخاص که مبتنی بر اقتصاد رفتاری است در خود جای دهند. گارانتی نیز از آنجا که رابطه تولیدکننده یا عرضه کننده را پس از عقد با مصرف کننده قطع نمی‌کند و همواره او را مسئول عیوب و نواقص کالای تولیدی می‌داند و تا زمان حصول نفع نهایی از ترجیحات قراردادی مراقبت می‌نماید، انگیزه تولید کالای سالم و بهینه را در او افزایش داده؛ چرا که در غیر این صورت هزینه‌های معاملاتی وی افزایش می‌یابد.

۱-۲-۲- وارانتهی

مفهوم وارانتهی در ادبیات حقوقی ایران نه تنها موضوعی ناشناخته و مبهم است بلکه به عقیده برخی از نویسندگان حقوق خارجی، وارانتهی یکی از مریض‌ترین اصطلاحات حقوقی تلقی می‌گردد

7- The term 'warranty' has been described as 'one of the most ill used expressions in the legal dictionary »

8- Uniform Commercial Code

9- Magnuson-Moss Warranty

۱۰ - همچنین برای ملاحظه مفهوم و ارکان وارانتهی در حقوق قراردادهای ر.ک

(Mohaqeqdamad et al, 2017 :733)

1 - Egocentrism.

2- Behavioralism.

3 -Arthurf. Bently (1870-1957).

4- Harold lasswell(1902-1978).

5 - Robert A.Dahl(1915-2014).

6 - Andrei shleifer (1961).

پس از انعقاد و اجرای عقد اورا به سمت اطلاع رسانی بهینه و کامل و ایجاد محیط قراردادی امن سوق می‌دهد و در نهایت به رفاه اجتماعی منجر می‌شود. وارانته با القای این اندیشه که قرارداد صرفاً یک عمل حقوقی نیست که در یک لحظه منعقد و در یک بازه زمانی اجرا گردد؛ بلکه واقعیتی است اجتماعی که خالق آن تا زمانی که انگیزه و علت انعقاد قرارداد در روابط متعاقبین جریان دارد به آثار رفتار خود پایبند است می‌تواند عنصر بازدارندگی را به حوزه مسئولیت قراردادی بازگردانده و با جلوگیری از نقض عهد و یا اعطای بدل تعهد نقض شده اصل کامل جبران خسارت را محقق گرداند.

در این معنا، جبران کنندگی کامل، هنگامی محقق می‌شود که متعهد مجبور باشد به میزانی خسارات وارده به متعهد له را جبران کند که اگر قرارداد را اجرا می‌کرد او در همان وضعیت قرار می‌گرفت. این وضعیت یابی محدود به جبران زیان‌های مالی نیست بلکه روح آزاده و ضربه‌ای هم که به شهرت و حیثیت تجاری متعهد له وارد شده باید توسط نهاد ضمانت اجرا التیام یابد و همین امر نشان می‌دهد که هنوز عقیده لیندن و کاهش حس انتقام در کالبد ضمانت اجرا باید متبلور باشد و یکی از طرقی که این مهم را محقق می‌کند متعهد ساختن متعهد در دایره وارانته است

. این قاعده که در حقوق رم با عبارت^۱

344) *lucrum cessans Domnum emergens*, (Shaareyan et al, 2014: مشهور گشته، ترجمان مفهوم خسارت انتظاری است که با برآورده ساختن انتظارات معقول متعده و تعیین خسارت تا میزانی که او را در موقعیت مشابهی که اگر قرارداد انجام می‌شد در آن وضعیت قرار می‌گرفت، در رفتار متعهد ایجاد نوعی بازدارندگی می‌نماید. اما ویژگی دومی که ضمانت اجراها باید داشته باشند تا توان بازدارندگی در آن‌ها متبلور گردد «مراقبت» از تعهد تا مرحله اجرای قرارداد است به این معنا که در تعهدات قراردادی همواره این احتمال وجود دارد که متعهد با خود خواهی و در نظر گرفتن نفع خویش در مسیر مخاطره اخلاقی^۲ قرار گیرد و به سوی نقض تعهد متمایل شود؛ حال اگر ضمانت اجراها بگونه‌ای طراحی شوند که نتوانند از قرارداد در برابر کژمنشی متعهد مراقبت نمایند نمی‌توانند بازدارنده رفتار فرصت طلبانه متعهد باشند؛ بنابراین توضیحات وارانته نهادی است که چنین قابلیت کارایی را برای نظام اقتصادی به ارمغان می‌آورد.

۱-۲- ارزیابی تضمینات راجع به زمان اجرای قرارداد

همان‌گونه که سابقاً بیان شد تضمینات مختلفی ممکن است در خصوص اجرای تعهدات وجود داشته و وجود هر یک از این موارد وابسته به قدرت چانه زنی طرفین و همچنین با توجه به توانایی

حقوقی هر یک از آن‌ها در اندراج شروط مربوط است؛ اما مسئله‌ای که در این قسمت باید بررسی شود آن است که آیا جمع میان تضمینات مزبور در قرارداد وجود دارد؟ در پاسخ به پرسش مطرح شده باید عنوان نمود که اصولاً از حیث حقوقی این موضوع، با مانعی مواجه نیست به این معنا در یک قرارداد ممکن است شرط تضمین عدم اجرای تعهد به همراه تأخیر تعهد امکان‌پذیر بوده اما همان‌گونه که سابقاً عنوان شد، جمع میان تضمین مربوط به عدم اجرا و حسن انجام تعهد امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ اما پرسش دیگری در این زمینه قابل طرح است و آن این که آیا با وجود تضمینات مذکور امکان الزام به اجرای تعهد قراردادی وجود دارد؟ پاسخ این سؤال در خصوص تضمینات مربوط به تأخیر اجرای تعهد و حسن انجام تعهدات چندان دشوار نیست و چنین امکانی وجود دارد؛ اما موضوع در خصوص تضمینات مربوط به عدم اجرای تعهدات کمی دشوار می‌گردد؛ زیرا به عقیده برخی حقوقدانان، وجود تضمین مربوط به عدم اجرای تعهد بدل از اجرای تعهد اصلی است (Katouzian, 2007: 215) با این حال، به نظر گروهی دیگر، در این حالت میان دو فرض قائل به تفکیک بود؛ به این صورت که اگر تعهد قراردادی به صورت وحدت مطلوب باشد امکان مطالبه وجه التزام قراردادی امکان‌پذیر نیست، اما در مواردی که تعهد قراردادی به صورت تعدد مطلوب است امکان مطالبه اجرای تعهد علاوه بر اخذ وجه التزام عدم اجرای تعهد وجود دارد. (Mohagheq Damad 2013: 490) و در نهایت، دسته‌ی دیگر معیار پذیرش یا عدم قبول چنین موضوعی را منوط به احراز قصد اصلی طرفین نموده‌اند؛ با این توضیح که اگر قصد طرفین به این مطلب اختصاص پیدا کرده که امکان وجه التزام و اجرای اصل تعهد قراردادی، امکان‌پذیر باشد؛ در صحت چنین موضوعی نباید تردید کرد؛ در غیر این صورت امکان چنین امری میسر نخواهد بود. (Hossein Abadi, 2002: 59) بنابراین بهترین راه حل آن است که در قرارداد تاکید گردد که وجود هر یک از تضمینات قراردادی، همراه اجرای تعهد اصلی قابل مطالبه است. از منظر تحلیل اقتصادی نیز به چند دلیل، جمع بین ضمانت اجراها و اجرای تعهد اصلی کارایی بیشتری دارد تا آنکه معتقد باشیم در صورت نقض عهد صرفاً جبران خسارت است که در کانون توجه قرار می‌گیرد و مطالبه اجرای عین تعهد دیگر جایگاهی نخواهد داشت. دلیل نخست همان‌گونه که سابقاً بیان شد از این جهت افراد هنگامی که وارد یک رابطه قراردادی می‌شوند آن را با ابزار ضمانت اجرا هدفمند می‌سازند و اگر اعتمادی به این رابطه دارند به جهت آن است که می‌دانند «ضمانت اجراها» تأمین امنیت قراردادی آن‌ها را به عهده دارند. (Ditmarfen, 2017: 62) از همین رو معین بودن ضمانت اجراها نخستین اصل زیر بنایی این نهاد حقوقی است. دلیل دوم که جمع بین

1- Expectation interest.

2- Moral hazard.

مصرف کننده مصوب سال ۱۳۸۶ مراد از گارانتی همانا ضمانت کارکرد کالا و یا خدمات پس از اجرای تعهدات اصلی است که در این مفهوم، گارانتی با اصطلاح وارانته حقوقی بسیار شبیه می گردد؛ بنابراین سوالی که وجود دارد آن است که چه تفاوتی میان این دو دسته از تضمینات وجود دارد؟ در این رابطه ملاحظه می گردد میان گارانتی و تعهد ناظر به وارانته با این که مشابهت های زیادی از حیث مفهومی می تواند وجود داشته باشد اما از حیث شکل توافق، ماهیت، موضوع، اطراف تعهد و ضمانت اجرای آن تفاوت وجود دارد. نخست آن که گارانتی الزاماً باید به صورت صریح و کتبی ایجاد شود؛ در حالی که وارانته در بیشتر مواقع ممکن است شفاهی و حتی به صورت ضمنی باشد. این شرط علاوه بر تعاریف ارائه شده از گارانتی در قوانین برخی از کشورها از جمله در حقوق ایران مطابق بند سوم ماده نخست «قانون حمایت از حقوق مصرف کننده کالا» و یا مطابق بند دوم ماده ۸ «قانون شروطقراردادی غیرمنصفانه»^۶ مصوب ۱۹۷۷ انگلیس مقرر نموده «هر نوشته کتبی گارانتی محسوب می گردد». دوم این که وارانته از حیث ماهیت، نفس تعهد است در حالی که گارانتی به معنای وثیقه و گروهی تعهد تلقی می گردد (Sadeghi et al, 2010:98) و سوم آن که موضوع گارانتی لزوماً به اوصاف و کارکرد مبیع باز می گردد؛ درحالی که وارانته ممکن است علاوه بر این موضوع، ناظر به تضمین مالکیت کالا نیز باشد و تفاوت چهارم، اطراف تعهد در گارانتی در برخی موارد، سه نفر بوده، حال آن که در وارانته همواره دو طرف قرارداد دخیل هستند و در آخر ضمانت اجرای نقض گارانتی، عموماً تعویض و یا تعمیر کالای مورد نظر است (Mohammadi et al, 2012:222) اما در وارانته ضمانت اجرای موجود، اصولاً جبران خسارات وارده و حتی در برخی موارد فسخ قرارداد موجود است و در نهایت، تفاوت عمده دیگری که میان وارانته و گارانتی وجود دارد آن است که گارانتی همواره تضمین ناظر به بعد از اجرای قرارداد است؛ درحالی که وارانته نه تنها از چنین ویژگی برخوردار است؛ بلکه مطابق تعاریف ارائه شده چنین تعهدی می تواند به عنوان یکی از تضمینات مؤثر در زمان قرارداد نیز تلقی شود؛ با این توضیح که فروشنده تعهد و تضمین می نماید برخی از ویژگی های مربوط به مبیع در زمان قرارداد وجود دارد.

همچنین امکان جمع میان تعهد مربوط به گارانتی و وارانته وجود دارد زیرا این موضوع در مواردی که گارانتی در معنای ضمانت شخص ثالث محسوب شود، مشکل چندانی ایجاد نخواهد کرد؛ اما در مواقعی که گارانتی در مفهوم تضمین کارکرد مبیع باشد با تعهد به

ضمانت اجراها را کارآمد می سازد نیت مندی یا انگیزه گرایی^۱ است و به عنوان یکی از مؤلفه های عقلانیت ابزاری بر این محور می چرخد که عامل اقتصادی با نیت قبلی و از روی قصد رفتار می کند؛ بنابراین برای هر آنچه که بر می گزیند دلایلی دارد که علت انتخابهای او را می سازد و وقتی فرد بر این مبنا تصمیم می گیرد نتیجه مورد نظر خویش را بهترین ترجیح رفتار خویش می داند. بر این مبنا هنگامی که متعهد وضعیت خود در مرحله نقض تعهد را به دلیل الزام خود به انجام عین تعهد و همچنین جبران خسارت ناشی از نقض عهد پرهزینه تر از اجرای اختیاری عین تعهد ببیند سودای نقض عهد را از ذهن خواهد زدود. سومین دلیل نیز کاهش هزینه معاملاتی^۲ از طریق به رسمیت شناختن اراده اشخاص در ترسیم وضعیت انتظار ناشی از اجرای تعهد یا رسیدن به آن از مسیر الزام به اجرای عین تعهد و اخذ خسارت است. در اختیار نهادن ابزار الزام متعهد به اجرای عین تعهد و به رسمیت شناختن طرق ارادی جبران خسارت ناشی از نقض عهد محصولی است که صرفاً از یک هزینه مصرف در به رسمیت شناختن اراده در مرحله انعقاد قرارداد به وجود آمده است. قاعده کمترین هزینه^۳ یکی از قواعد مسلم اقتصاد خرد است (Samuelsson, 2008:259) با این حال، در علم اقتصاد «هزینه»^۴ مفهومی گسترده دارد و صرفاً محدود در معنای هزینه های پولی نیست و هزینه های غیرپولی چون وقت، انرژی، احساس عدم اطمینان و ... را نیز در بر می گیرد؛ بنابراین هرچه میزان ابزار متعهدله در مسیر نیل به وضعیت اجرای قرارداد یا بازسازی آن وضعیت در مرحله نقض تعهد بیشتر باشد علاوه بر کاهش هزینه های اقتصادی با افزایش امنیت قراردادی و تأمین حس اطمینان، هزینه های غیر پولی نیز کاهش پیدا می کند. (Libert, 2005:12)

۲-۲- ارزیابی تضمینات راجع به پس از اجرای قرارداد

در خصوص تضمینات مربوط به بعد از اجرای تعهد، باید توجه داشت که مفهوم دقیق گارانتی در قرارداد مشخص گردد؛ چراکه گارانتی در حوزه تجارت بین الملل اصولاً در معنای ضمانت شخص ثالث کاربرد دارد و از حیث مفهومی با ضمانت تضامنی و یا وثیقه ای شبیه می گردد اما در حقوق داخلی برخی از کشورها و همچنین مطابق بند دوم ماده ۳۶ کنوانسیون بیع وین^۵ و با توجه به قانون حمایت

- 1- Intentionality.
- 2- transaction cost
- 3- The rule of least cost.
- 4 - Cost.

۵- «بایع همچنین مسئول هر نوع عدم انطباقی است که پس از زمان مذکور، در بند پیشین حاصل شود و ناشی از نقض هر یک از تعهدات وی باشد، از جمله نقض هر نوع ضمانت بایع دایر بر این که کالا تا مدتی جهت استفاده برای مقاصد عادی و یا

برای مقاصد خاص مناسب خواهد بود، و یا خصایص یا اوصافی معینی را حفظ خواهد کرد». ک (Saffaee et al, 2010:323)

6- Unfair contract terms act1977.

7- (b) anything in writing is a guarantee.

تعهد به تضمین) از حیث مفهومی، وسیع‌تر و جامع‌تر از تعهد مربوط به گارانتی باشد. چراکه تعهد به تضمین اولاً شامل مالکیت مبیع و همچنین کیفیت و کارکرد آن است؛ درحالی‌که گارانتی اصولاً به معنای ضمان وثیقه‌ای و در برخی موارد به معنای تضمین کارکرد مبیع است. همچنین عنوان شد که جمع این دو تضمین مزبور نیز اصولاً با مانع حقوقی مواجه نبوده و در بسیاری از موارد نیز می‌تواند راهگشا باشد.

همچنین از منظر تحلیل اقتصادی دانستیم قراردادهای گرچه مخلوق اراده طرفین است اما پس از ایجاد به‌عنوان یک ابزار اقتصادی تنظیم‌کننده بازار است و امنیت اقتصادی یک نظام اقتصادی به اجرای آن‌ها بستگی دارد؛ بنابراین ضمانت اجراها را باید فنی‌ترین بخش از حقوق قراردادهای دانست و هر شخص را بهترین داور تعیین ترجیحات خویش تلقی کرد که در انعقاد هر قرارداد به دنبال کسب سود ناشی از اجرای تعهد است. براین اساس از آنجاکه در وضعیت کمیابی احتمال نقض در هر تعهد وجود دارد، بازی قراردادی ایجاد می‌نماید که راهکارهایی چون وارانته و گارانتی در معاملات کالا با افزایش هزینه ناشی از اجرای معیوب و یا ناقص قرارداد متعهد را به سمت وفای عهد سوق دهد. همچنین جمع بین الزام متعهد به اجرای عین تعهد و امکان اخذ خسارات ناشی از نقض عهد که با رسمیت شناختن اراده متعهد له در تعیین ضمانت اجرا در دیون پولی و غیر آن امکان ترسیم وضعیت انتظاری وی را فراهم می‌کند، سودای نقض عهد را از ذهن متعهد خارج ساخته و نهایتاً با ایجاد یک وضعیت امن معاملاتی رفاه اجتماعی را تأمین کند.

تضمین (وارانته) در برخی موارد یکسان تلقی می‌گردد که در این صورت نیز هیچ اشکال حقوقی وجود ندارد که فروشنده از دو حیث، کارکرد مبیع را تضمین نماید. به عبارت بهتر ممکن است فروشنده به صورت کتبی کارکرد مبیع را تضمین نماید و همچنین تضمین مذکور در مواردی نیز به صورت وارانته نمایان گردد و فایده چنین موضوعی در مواقعی است که خریدار به دلایلی از گارانتی اعطایی محروم شود که در این وضعیت وارانته می‌تواند بسیار راه‌گشا باشد.

نتیجه‌گیری

با بررسی صورت گرفته مشخص شد که تضمینات قانونی و قراردادی مختلفی در خصوص اجرای تعهدات قراردادی وجود دارد که در برخی موارد این امکان وجود دارد که تضمینات قانونی از کارایی لازم برخوردار نباشد. در این وضعیت تضمینات قراردادی در بسیاری از موارد می‌تواند متعده را در اجرای تعهد قراردادی یاری نماید. در این مورد، برخی تضمینات قراردادی ناظر به زمان اجرای تعهد و پاره‌ای از موارد به زمان کارکرد مبیع و یا خدمات ارائه شده اختصاص دارد. باید توجه داشت که اصولاً جمع میان تضمینات قراردادی زمان اجرای تعهد وجود دارد با این توضیح که تضمین عدم اجرای تعهد نه‌تنها در برخی موارد، می‌تواند به همراه مطالبه تعهد اصلی همراه بوده؛ بلکه از حیث حقوقی چنین تعهدی قابل جمع با تضمین مربوط به تأخیر اجرای تعهد و سایر تضمینات قراردادی دیگر است؛ اما عنوان شد که تضمین مزبور قابلیت جمع همزمان با تضمین حسن انجام تعهدات را ندارد. همچنین با توجه به تعاریف ارائه شده از تضمین مربوط به گارانتی و وارانته به نظر می‌رسد تعهد مربوط به وارانته

References

- [1] AbdipourFard, Ebrahim. (2013). Warranty and guarantee of product quality, a comparative study of existing models and optimal solutions, Islamic law, Vol. 10, No. 36. (In Persian).
- [2] Altman, Robert. (2012). Behavioral Economic for Dummies Mississauga, John Wiley and sons publication.
- [3] Andrews, Geraldine Mary, Millett, Richard. (2011). Law of Guarantee, Sweet & Maxwell, Six Edition, London.
- [4] Bade, Donna. (2015). Export/import procedures and Documentation, published by Division of American management association international.
- [5] Badini, Hassan. (2012). Philosophy of Civil Responsibility, Tehran, Anshar Joint Stock Company, second edition. (In Persian).
- [6] Bayern, Shwnj. (2011). False Efficiency and missed opportunities in law and economic, T.U.L law review, No. 86, pp135-160.
- [7] Block, Mark. (2001). Methodology of Economics, Translated by Gholamreza Azad, Tehran. Ney publication. (In Persian).
- [8] Broussaeu, E. (2002). The Economics of Contract Law Theory: Theory and Application, Cambridge, Cambridge university press.
- [9] Cambell, Harris.D. (2002). Remedies in contract and Tort. Cambridge University press.
- [10] Campbell black, Henry. (1968). Black's law Dictionary, revised 5th Edition by the publisher's editorial staff, west publishing co.
- [11] ChappellDavid Marshall Derek Vincent Powell-Smith Cavender Simon. (2001). Building Contract Dictionary, Third Edition, published by Blackwell Science
- [12] Chappell, David, Marshall, Derek Vincent, Powell -Smith Simon CA vender. (2001) Building Contract

- Dictionary, Third Edition, published by Blackwell Science.
- [13] Dadgar, Yadullah. (2015). Basic axes in economic systems, Tehran, Nashrani, first edition. (In Persian).
- [14] Ditmarfen, Derfredtn. (2017). a Drama on the Philosophy of Law, Translated by Mohammad Hasan Khoshtan Dar, Tehran, NegahMazares Publishing House, first edition. (In Persian).
- [15] Elizabeth A. Martin. (2006). *Oxford Dictionary of law*, sixth Edition, Oxford university press, England.
- [16] Esfahani, Mohammad HosseinKompany. (1977). The Margin of Kitab al-Makasab, 5 volumes, Anwar al-Hadi, Qom, 1. (In Arabic).
- [17] Ezzati, Morteza. (2014), Analysis of Economic Behaviors in Islamic Framework, Tehran, Samit Publications, First Edition. (In Persian).
- [18] Hals bury's Laws of England . (2012). 5th edition, Vol 91 at 64.
- [19] Hargrives Heap, Shavn p. (2004). Economic Rationality UK ,Edward Elgar publisher.
- [20] HosseinAbadi, Amir. (2002). Review of the obligation contained in the contract, Theology and Law of Razavi University (legal teachings), Vol. 2, No. 2. (6 consecutive), pp. 47-59. (In Persian).
- [21] Junhong Chu and Pradeep K. Chintagunta. (2011) An Empirical Test of Warranty Theories in the U.S. Computer Server and Automobile Markets ,Journal of Marketing, Vol. 75, No. 2 pp. 75-92.
- [22] Katouzian, Nasser. (2007) General rules of contracts, vol. 3, publishing company, fifth chapter, Tehran. (In Persian).
- [23] Lankarani, Mohammad Fazel, (without data) Jame Al Masael, Volume 1, Amir Qalam Publications, 11th. (In Persian).
- [24] Libert, leo. (2005). Punishment and Retribution , England Ash gate publishing company.
- [25] Magnuson-Moss Warranty Act 1975.
- [26] Makarem Shirazi, Nasser. (2006) IsftatayatJadid, Volume 2, Publications of Imam Ali Bin AbiTalibSchool,second edition. (In Persian).
- [27] Max Young. (2009). *Understanding Contract Law*, published in the Taylor & Francis e-Library.
- [28] Miceli, Thomas.J. (2004). The Economic Approach to Law, Stanford, California,
- [29] Mohagheq Damad, Seyyed Mustafa. (2013). General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law, Islamic Sciences Publishing Center, Ch II. Tehran. (In Persian).
- [30] Mohagheq Damad, Seyyed Mustafa, Saatchi, Ali. (2017). The Conceptual Dimensions of Warranty in Contract Law with Comparative Approach, Journal of Comparative Law, Volume 8, Number 2, autumn and winter, Page 733-758. (In Persian).
- [31] Mohammadi, Pejman and Shenior, Qadir. (2013). Reviewing the Legal Aspects of Guarantee, Journal of Private Law, Vol. 10, No. 2. (In Persian).
- [32] Morris, S. Charles, ONR, Philippis. (2013). Economic analysis, theory and application, vol. 1, translated by Dr. Ahmad Kamijani and Hassan Sobhani, Tehran, Tehran University Publications, 16th edition.
- [33] Parisi, Francesco. (2004). The Harmonization of Legal Warranties in European Law: An Economic Analysis, American Journal of Comparative Law, 52 (Spring).
- [34] Pester ,William C. (1966). The Contractual Aspect of Consumer Protection: Recent Developments in the Law of Sales Warranties, Michigan Law Review, Vol. 64, No. 7, Published by: The Michigan Law Review Association.
- [35] Pezhoyan, Jamshid and Mousavi Jahrami, Farhad. (2004). Generalities of Economics. Tehran, Payam Noor University Publications, second edition. (In Persian).
- [36] planting , Alvin. (1993).warant The current Debate , Oxford University Press.
- [37] Posner, Richard.A. (2003). Economic Analysis to Law, New York, Aspen publication.
- [38] Rahimi Boroujerdi, Alireza. (2013). Ethical Economy, Tehran, Noor Alam Publications, first edition. (In Persian).
- [39] Sadeghi, Mahmoud, Mirqasem, Jaafarzadeh, Mohammad, AhsaniAfrooz. (2010). Obligations and requirements of the parties in the technology transfer contract and its adaptation to Iranian law, common law and some other legal systems, comparative law research, 5th term, No. 3. (In Persian).
- [40] Safaei, SeyedHossein, Kazemi, Mahmoud, Adel, Morteza, Mirzanjad, Akbar. (2010). International Sales Law, 3rd edition, Tehran University Press, Tehran. (In Persian).
- [41] Safai, Seyyed Hossein. (2006). General rules of contracts, Mizan Publications, 4th edition. (In Persian).
- [42] Samuelsson, Paul. (2008). Fundamentals of Economics, Translated by Morteza Mohammad Khani, Tehran, Scientific and Cultural Publishing Company. (In Persian).
- [43] Shaareyan, Ebrahim, and Torabi, Ebrahim. (2014). The Principles of European Contract Law and Iranian Law, Tehran, Forozesh Publications, second edition. (In Persian).
- [44] Shiravi, Abdul Hossein. (2012). International Trade Laws, Semat Publications, the fifth edition, Tehran. (In Persian).
- [45] Soyer, Baris. (2001). Warranties in Marine Insurance, Cavendish Publishing Limited, First edition London, Sydney.
- [46] Stenmark, Mikael. (1995). Rationality in science, Religion and Everyday life , university of Notre dame press.

- [47] Stiven, Shovell. (2004). *Foundation of Economic Analysis of law*, Harvard university press.
- [48] Stone, Richard. (2008). *The Modern Law of Contract*, Rutledge-Cavendish, Seventh Edition, USA.
- [49] Taylor, Richard, Warsantisen, Kas. (2017). *Saqlameh*, Translated by Mehdi Sarabadi, Tehran, Hormazd Publications, first edition. . (In Persian).
- [50] Unfair contract terms act1977.
- [51] Uniform Commercial Code1964.
- [52] Vahdati Shobiri, Seyyed Hassan. (2006). *Basics of Contractual Civil Liability (Comparative Study in Law and Jurisprudence)*, Qom, Research Institute of Islamic Sciences and Culture, 1st edition. (In Persian).
- [53] Winston, Elizabeth I. (2006). *Why Sell What You Can License Contracting around Statutory Protection of Intellectual Property*, 14 Geo. Mason L. Rev. 93 University of Washington Law Library



Research Article

Vol. 30, No. 23, Spring-Summer 2023, p. 147-162

The approach of Iran's judicial system to the disclosure of information in listed companies

R. Sayyari^{1*}, B. Taghipour²

1-Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law & Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran

2-Assistant Professor, Faculty of Law & Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran.

(*- Corresponding Author Email: raufsayyari@gmail.com)<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.79087.1227>

Received: 25 March 2023	How to cite this article: Sayyari, R.; Taghipour, B. (2023). The approach of Iran's judicial system to the disclosure of information in listed companies. <i>Encyclopedia of Economic Law Journal</i> , 30(23): (147-162) (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.79087.1227
Revised: 12 June 2023	
Accepted: 25 August 2023	
Available Online: 25 August 2023	

1- INTRODUCTION

During the last century, many governments have established many rules in the field of investment to strengthen the economic system. One of the most important economic areas in which regularization of investment has been the attention of governments during the last few decades is the shares of companies, especially listed companies. Undoubtedly, investment rules have the necessary efficiency and cause capital to enter the economic system, guaranteeing investment security. For this reason, to create investment security in the shares of stock exchange companies, several mechanisms have been determined in the laws of most countries. One of the most critical mechanisms in this field is the "information disclosure" of stock companies.

The information disclosure issue of stock companies is also accepted in Iran's legal system. It is considered in many laws and regulations, such as the Securities Market Law (approved 2005) and executive instructions for information disclosure of companies registered with the Stock Exchange Organization (approved 2007). It is placed. Regardless of this attention, which indicates its importance from the legislator's point of view, the "disclosure of information" of listed companies has gained a significant reputation in Iran's economic system in recent years. The first importance of this issue goes back to the acceptance of the shares of commercial companies by many investors, primarily legal entities, in the last two decades; So that due to the limitation and insufficient diversity of the capital market in Iran and the difficulties of investing in foreign markets, many investors have turned to owning the shares of stock exchange companies. Based on this, it can be said that "Information disclosure" of stock exchange companies will effectively determine the profit and loss of a large group of investors. In addition, in the past years, Iran's stock exchange system has experienced a bubble-like increase in the stock value of listed companies and its sudden fall in a short period, which has caused severe losses to many shareholders. Considering that this economic fluctuation in the stock exchange system is related mainly to the non-disclosure of information by stock exchange companies, it clearly shows the importance of "information disclosure."

2- PURPOSE

One of the most prominent requirements of a dynamic and efficient capital market is information transparency and timely and appropriate information. Due to the adverse consequences that the lack of timely and correct disclosure of information related to companies has on the legal entity of the company, shareholders, the stock market, and the economic system of countries, governments have always tried to prevent the concealment of information owners by creating legal mechanisms—important companies in the stock market. One of the mechanisms that can be seen in the legal system of many countries today is the obligation to disclose the information of stock companies. For this reason, the obligation to disclose important information related to securities that may affect the decision of investors has been imposed on the crucial actors of the securities market as the case may be; In this regard, in Iran's legal system, although in the Securities Law (approved in 2014), the creation of a system of mandatory information disclosure in securities transactions in the primary and secondary markets has been considered by the legislator; Despite these legal sources governing the information disclosure activities of stock companies, i.e. the Securities Market Law (approved 2005) and the executive instructions for



information disclosure of companies registered with the organization (approved 2007), they do not have many rules regarding the identification of the bases governing information disclosure, as well. For many reasons, these laws and regulations could not fill the existing legal gaps well and guarantee the rights of all the stakeholders of the capital market; So this failure has caused many ambiguities regarding things such as the principles of information disclosure, the concept of information disclosure and its foundations.

3- METHODOLOGY

Considering the existing ambiguities, the current research will examine the legal dimensions of information disclosure of listed companies in the legal system of Iran and several other countries using the descriptive-analytical method based on library studies.

4- FINDINGS

The findings of this article indicate that information disclosure in the securities market is associated with problems due to its complexities. In a division, they include an information classification system, loss to the company, and conflict of interests.

First: Iran's legal system is the essential basis for the "information disclosure" of stock exchange companies, the protection of investors, and the security of their investment; Because investors may buy shares at a high price or sell them at a low price due to lack of awareness. In fact, in the market, in many cases, there is economic inequality between the parties of a contract, which may lead to the loss of the weaker party. In Iran's legal system, this basis is essential for the rules governing the disclosure of information of stock companies. In the judicial system, it is accepted in the decisions issued by some courts. As stated in the decision issued by one of the courts: the best result of information disclosure in the securities market is to protect the ordinary investors of this market against the risk of misuse of information by people who, due to their position Especially in listed companies, they become aware of the confidential information of these companies.

Second: In Iran's legal system, the Securities Market Law (approved in 2005) called the information that must be disclosed "confidential." In the description of this information, it was stated: "Any information not disclosed to the public that directly or indirectly Securities, transactions or its issuer are related, and in case of publication, it affects the price or the decision of investors to trade related securities" (Paragraph 32, Article 1). This rule is stated in another way in the executive directive for information disclosure of companies registered with the Securities and Exchange Organization (Information Disclosure Directive). While emphasizing that the "important information" of listed companies must be disclosed, the directive states in the description of "important information": "Information about the events and decisions related to the publisher that had a significant impact on the price of the publisher's securities and the decision of investors." be" (Paragraph 6 of Article 1); Also, although in many legal systems, only "important information" or the same information that affects the decision of a conventional investor to carry out or not carry out the transaction of the company's shares, must be disclosed; However, examples of "important information" and its exact border from "unimportant information" are ambiguous in some cases; For this reason, it is challenging to count important information in a list. Based on this difficulty, in Iran's legal system, the information disclosure directive (approved in 1386) only mentioned some examples of important information and left the recognition of other important information to the stock exchange company (Article 4).

Third: In Iran's legal system, like many legal systems, the principle of correctness of information has been taken into consideration; In this regard, the Securities Market Law (2004), to fulfill the code of correctness of information, not only emphasizes avoiding "untrue information" in numerous articles, but the legislator tries to give credibility to reports issued by companies by determining mechanisms. Is; For example, in Article 7 of the Information Disclosure Directive, regarding notices and financial statements that require the approval of the auditor, the publisher is required to obtain the auditor's opinion regarding that information concerning the set deadlines; In this regard, in one of the opinions issued by the arbitration board of the Stock Exchange, the board has stated in approving and validating the auditors' report: "Although the petitioner claimed that the declared profit of each share was fictitious; Despite this, considering that the company's financial statements on the alleged date were prepared based on standard audit reports that were approved by the auditing institutions that are members of the public accountants' society and committed to the stock exchange, the claimant's claim is not accepted, and the judgment is issued against it. ».

Fourth: In Iran's legal system, the issue of comprehensibility of information is not explicitly mentioned in the Securities Market Law and the Information Disclosure Directive; Despite this, according to Iranian jurisprudence, since managers have powers in using the principles of profit realization, matching estimates and forecasts, and applying methods such as changing the technique of evaluating inventory and goodwill depreciation, current or capital costs, and determining the cost of doubtful receivables, which can be abusing it,

change the amount of profit and other information related to the company; Therefore, the information provided should not only be vague and general, but should be as detailed as possible and include all financial and management issues; Also, due to the specialized aspect of many information and the lack of understanding of accounting principles by many investors, the comprehensibility of the information does not mean that it is comprehensible to the public, but the said information should be presented in a way that can be used by experts and analysts. have; In this regard, the information disclosure instructions contain materials that can be deduced from their content to understand the principle of information; Among these cases, Article 5 of this directive stipulates: "... important information must be provided clearly, accurately and as little as possible." This issue implies a detailed and understandable disclosure of information. Another article is Article 18 of this directive. Since, in some cases, the published financial reports create ambiguity in the company's situation in some ways or that it does not clarify its situation well, in this regard, Article 18 of the Information Disclosure Directive, the company has obliged the stock exchanges to disclose other necessary information upon the request of the stock exchange organization.

5- CONCLUSION

Today, in most economic systems, one of the essential rules that stock companies must follow is the rules related to information disclosure. Due to the importance of this issue in the legal system of Iran, the disclosure of information about stock companies is accepted. In the laws and regulations, mechanisms are foreseen for it. Considering this issue and its importance in Iran's economic system, the current article has investigated the concept, subject scope, theoretical foundations, principles, challenges, and obstacles of information disclosure of listed companies with a descriptive-analytical method. The investigations of this article indicate that among the many theoretical bases expressed for the basis of information disclosure, the protection of investors is considered the most important legal basis. Also, the disclosure of stock market information follows several principles, the most prominent of which are: the principle of timely disclosure of information, the principle of correctness of data, and the focus on comprehensibility of information. Even though these principles are explicitly considered in the laws and regulations of Iran's legal system or can be inferred from these laws and regulations, information disclosure in practice has many challenges and obstacles, such as the application of the information classification system. Some companies are faced with the avoidance of loss to the company and the conflict of interests of managers, which has caused non-compliance with the principles of information disclosure. In addition, the non-observance of some regulations in Iran's legal system lacks a guarantee of sufficient implementation or has a vague guarantee of performance. For this reason, it is suggested that, in the future amendments of the Securities Market Law or the Information Disclosure Directive, on the one hand, the guarantee of vague executions, such as the guarantee of criminal execution of failure to comply with the principle of the correctness of the information (which without determining the legal punishment, in general, The Islamic Penal Code is referred to), the ambiguity should be resolved and on the other hand, the principle of comprehensibility of information should be clearly mentioned, and the guarantee of legal enforcement of non-compliance should also be determined precisely.

Keywords: information disclosure, timely disclosure, accuracy of information, comprehensibility, conflict of interest.

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۱۶۲-۱۴۷

رویکرد نظام قضایی ایران به افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی

رئوف سیاری^{۱*} - بهرام تقی‌پور^۲

دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۰۵ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۳

چکیده

در عصر کنونی، در بازار بورس و اوراق بهادار کشورها، یکی از سازوکارهای حمایت از سرمایه‌گذاران، افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی است. با توجه به اهمیت این موضوع در نظام اقتصادی ایران، این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و بر مبنای مطالعات کتابخانه‌ای به بررسی مفهوم، محدوده موضوعی، مبانی نظری، اصول، چالش‌ها و موانع افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی در ایران و چند کشور دیگر پرداخته است. بررسی‌های مقاله دلالت بر این دارد که از میان مبانی نظری متعدد بیان شده برای مبنای افشای اطلاعات، حمایت از سرمایه‌گذاران به‌عنوان مهم‌ترین مبنای قانونی به شمار می‌آید. همچنین افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی از اصول متعددی چون اصل افشای به‌موقع اطلاعات، اصل صحت اطلاعات و اصل قابل‌درک بودن اطلاعات، تبعیت می‌نماید. باوجوداینکه این اصول در نظام حقوقی ایران تصریح شده یا از قوانین موجود، قابل استنباط است، اما افشای اطلاعات در عمل با چالش‌ها و موانع متعددی، همچون اعمال نظام طبقه‌بندی اطلاعات از سوی برخی شرکت‌ها، اجتناب از ورود ضرر به شرکت و تعارض منافع مدیران، مواجه است که در برخی موارد، موجب عدم رعایت کامل اصول افشای اطلاعات می‌شود. علاوه بر این، عدم رعایت برخی از اصول، در نظام حقوقی ایران، فاقد ضمانت اجرای کافی بوده و یا ضمانت اجرای مبهمی دارد.

کلیدواژه‌ها: افشای اطلاعات، افشای به‌موقع، صحت اطلاعات، قابل‌درک بودن، تعارض منافع.
طبقه‌بندی: JEL: G39, J52, F3

۱. مقدمه

در طی یک قرن اخیر بسیاری از دولت‌ها در راستای تقویت نظام اقتصادی، اقدام به وضع قواعد متعدد در زمینه سرمایه‌گذاری نموده‌اند. یکی از مهم‌ترین حوزه‌های اقتصادی که قاعده‌مندسازی سرمایه‌گذاری در آن، طی چند دهه اخیر، موردتوجه دولت‌ها بوده است، سهام شرکت‌ها به‌ویژه شرکت‌های بورسی است. بدون تردید، قواعد سرمایه‌گذاری، زمانی از کارایی لازم برخوردار و موجب ورود سرمایه به نظام اقتصادی می‌شود که امنیت سرمایه‌گذاری را تضمین نماید. به

همین جهت در راستای ایجاد امنیت سرمایه‌گذاری در سهام شرکت‌های بورسی، سازوکارهای متعددی در قوانین بیشتر کشورها تعیین شده است. یکی از مهم‌ترین سازوکارهای موجود در این زمینه «افشای اطلاعات»^۴ شرکت‌های بورسی است.

موضوع افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی در نظام حقوقی ایران نیز پذیرفته شده و در قوانین و مقررات متعدد، مانند: قانون بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۴) و دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان بورس (مصوب ۱۳۸۶) موردتوجه قرار گرفته است. صرف‌نظر از این توجه که دلالت بر اهمیت آن از نظر قانون‌گذار دارد، مسئله «افشای اطلاعات» شرکت‌های بورسی در سال‌های اخیر در نظام اقتصادی ایران، نیز اهمیت فراوانی یافته است. نخستین اهمیت این موضوع به استقبال بسیاری از سرمایه‌گذاران به‌ویژه اشخاص حقوقی از سهام شرکت‌های تجاری در دو دهه اخیر

۱ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران
(*) - نویسنده مسئول: Email: raufsayyari@gmail.com
۲ - استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران

تکلیف قانونی به افشای اطلاعات دارند، این سؤال مطرح می‌شود، منظور از «اطلاعات»، کدام اطلاعات شرکت هستند؟ به عبارت دیگر، محدوده موضوعی افشای اطلاعات چیست؟

در پاسخ باید گفت: اصولاً نخستین هدف از افشای اطلاعات شرکت، آن است که اشخاصی که قصد معامله سهام شرکت را دارند، با آگاهی نسبت به انجام معامله، اقدام کنند. بر اساس قواعد عام حقوق مدنی نیز طرفین یک قرارداد برای انعقاد آن قرارداد، به همه اطلاعات لازم در مورد موضوع معامله نیاز دارند.

باین‌حال، متقاضی خرید سهام یک شرکت برای انعقاد قرارداد ممکن است به همه این اطلاعات نیاز نداشته باشد؛ درواقع، شرکت‌ها باید تنها اطلاعاتی را افشا کنند که برای عملکرد بهینه بازار سرمایه ضرورت دارد؛ در نتیجه، اطلاعاتی که برای سرمایه‌گذاران، نامربوط است، ضرورتی به افشای آن‌ها وجود ندارد (Mehrabani, 2009: 19). به تعبیر دیگر، اطلاعاتی باید افشاء شوند که ممکن است بر تصمیمات سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران تأثیر بگذارد. این رویکرد امروزه در نظام حقوقی بیشتر کشورها پذیرفته شده است؛ به عنوان مثال، در نظام حقوقی ایران، قانون بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۴) اطلاعاتی را که باید افشا شوند، «اطلاعات نهانی» نامیده و در توصیف این اطلاعات بیان داشته است: «هرگونه اطلاعات افشاء نشده برای عموم که به‌طور مستقیم و یا غیرمستقیم به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن مربوط می‌شود و در صورت انتشار بر قیمت و یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اوراق بهادار مربوط تأثیر می‌گذارد» (بند ۳۲ ماده ۱). این قاعده در دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار (دستورالعمل افشای اطلاعات) به نحو دیگری بیان شده است. دستورالعمل ضمن تأکید بر اینکه «اطلاعات مهم» شرکت‌های بورسی باید افشا شوند، در توصیف «اطلاعات مهم» بیان می‌دارد: «اطلاعاتی درباره رویدادها و تصمیمات مربوط به ناشر که بر قیمت اوراق بهادار ناشر و تصمیم سرمایه‌گذاران تأثیر با اهمیت داشته باشد» (بند ۶ ماده ۱).

اگرچه در بسیاری از نظام‌های حقوقی، تنها «اطلاعات مهم» یا همان اطلاعاتی که بر تصمیم یک سرمایه‌گذار متعارف در انجام یا عدم انجام معامله سهام شرکت، تأثیرگذار است، باید افشاء شود؛ باین‌حال، مصادیق «اطلاعات مهم» و مرز دقیق آن از «اطلاعات غیرمهم» در برخی موارد، ابهام‌آلود است؛ به همین جهت، احصای اطلاعات مهم در یک فهرست، بسیار دشوار است. بر مبنای همین دشواری بوده است که در نظام حقوقی ایران، دستورالعمل افشای اطلاعات (مصوب ۱۳۸۶) تنها به برخی مصادیق اطلاعات مهم اشاره نموده و تشخیص سایر اطلاعات مهم را به شرکت بورسی واگذار

بازمی‌گردد؛ به‌طوری‌که به دلیل محدودیت و عدم تنوع کافی بازار سرمایه در ایران و دشواری‌های سرمایه‌گذاری در بازارهای خارجی، بسیاری از سرمایه‌گذاران به تملک سهام شرکت‌های تجاری بورسی، روی آورده‌اند. بر این اساس می‌توان گفت: «افشای اطلاعات» شرکت‌های بورسی در تعیین نفع و ضرر گروه زیادی از سرمایه‌گذاران، تأثیرگذار خواهد بود. علاوه بر این در سال‌های گذشته، نظام بورسی ایران در یک بازه زمانی کوتاه‌مدت، افزایش حباب‌وار ارزش سهام شرکت‌های بورسی و سقوط ناگهانی آن را تجربه کرده است که موجب ورود ضرر شدید به بسیاری از سهامداران شده است. با توجه به اینکه این نوسان اقتصادی در نظام بورسی تا حد زیادی با مسئله عدم افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی مرتبط است، اهمیت «افشای اطلاعات» را به‌خوبی نمایان می‌سازد.

با امان نظر به موارد فوق، پژوهش کنونی با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و بر مبنای مطالعات کتابخانه‌ای، به بررسی ابعاد حقوقی افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی در نظام حقوقی ایران و چند کشور دیگر در سه بخش، خواهد پرداخت. در این راستا ابتدا، مفهوم، محدوده موضوعی و مبانی افشای اطلاعات و سپس، اصول حاکم بر افشای اطلاعات و در نهایت، چالش‌های افشای اطلاعات در شرکت‌های بورسی، توضیح داده می‌شود.

۲. مفهوم، محدوده موضوعی و مبانی افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی

با توجه به اینکه بررسی ابعاد حقوقی موضوع در درجه نخست مستلزم آشنایی با مفهوم، محدوده موضوعی و مبانی افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی، است در این قسمت به تفکیک، این موارد بررسی خواهد شد.

۲-۱. مفهوم و محدوده موضوعی افشای اطلاعات

مهم‌ترین مسئله در مورد تکلیف به افشای اطلاعات، معنای «اطلاعات» است؛ زیرا تا زمانی که مفهوم اطلاعات به‌درستی مشخص نشود، موضوع تکلیف به افشای آن به‌خوبی روشن نخواهد بود. از نظر برخی نویسندگان، «اطلاعات»، مجموعه‌ای از آگاهی-هاست که مبنای اکتشاف و تولید دانش قرار می‌گیرد. اگرچه کلمه «داده»^۱ گاهی به جای «اطلاعات» به کار می‌رود؛ اما میان این دو اصطلاح تفاوت وجود دارد؛ درواقع، «داده»، دارای ویژگی خام و پردازش نشده است که از پردازش و پرورش آن، اطلاعات به وجود می‌آید (Parham mehar and others, 2019: 502).

با توجه به اینکه در نظام حقوقی ایران شرکت‌های بورسی،

کرده است (ماده ۴).^۱

برخی از نویسندگان برای، تشخیص اطلاعات مهم (اطلاعات مؤثر بر قیمت سهام)؛ بر این نظرند، تنها اطلاعات مالی (به‌ویژه اطلاعات حسابداری شرکت)، جزو اطلاعات مهم محسوب و باید افشا شوند. این رویکرد، از سوی متخصصان علوم اقتصادی نیز پذیرفته شده است؛ به‌طوری‌که از منظر بسیاری از متخصصان دانش حسابداری، «افشای اطلاعات مهم»، صرفاً به معنای «ارائه اطلاعات مالی» مربوط به شرکت در گزارش‌های مالی یا گزارش‌های سالانه است (Mehrabani, 2009: 19). نظام قضایی ایران نیز در پرونده‌های متعدد چنین رویکردی داشته است؛ به‌طوری‌که در آرای صادره از سوی دادگاه‌ها عمدتاً «خودداری از ارائه اطلاعات مالی»، دارای مسئولیت مدنی یا کیفری دانسته شده است.^۲

در نقد این رویکرد باید گفت: اگرچه اطلاعات مؤثر بر سهام شرکت‌های تجاری، عمدتاً اطلاعات مالی مربوط به شرکت هستند، بااین‌حال در برخی موارد اطلاعات غیرمالی تأثیر فراوانی بر قیمت سهام شرکت‌ها دارند؛ به‌گونه‌ای که در برخی موارد، این تأثیر ممکن است فراتر از تأثیر اطلاعات مالی بر سهام شرکت باشد. این مسئله که دایره شمول اطلاعات مهم، اعم از اطلاعات مالی و غیرمالی است، از اطلاق بند ۳۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۴) با عبارت «هرگونه اطلاعات افشاء نشده»، قابل استنباط است. بر این اساس می‌توان گفت: علاوه بر اطلاعات مالی، اطلاعات راجع به اشخاص مهم (به‌عنوان مثال جابجایی مدیران و یا ورود یا خروج سرمایه‌داران بزرگ) و اطلاعات راهبردی شرکت (به‌عنوان مثال طرح‌ها، اهداف و دورنمای وضعیت شرکت) (Parham mehar and others, 2019: 505) به‌عنوان اطلاعات غیرمالی، جزو اطلاعات مهم و مؤثر بر قیمت سهام هستند؛ درنتیجه باید همانند اطلاعات مالی

مهم، افشاء شوند.

۲-۲. مبانی افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی

با توجه به اینکه امروزه در بیشتر کشورها، به‌موجب قوانین و مقررات، افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی، الزامی است، این سؤال پیش می‌آید، مبانی قانونی افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی چیست؟ در همین راستا از نظر نویسندگان کسب اعتبار شرکت‌های تجاری، کاهش هزینه سرمایه‌گذاری، رعایت اصل برابری و انصاف و حمایت از سرمایه‌گذاران، به‌عنوان مهم‌ترین مبانی افشای اطلاعات ذکر شده است، که در ذیل موردبررسی قرار می‌گیرند.

۲-۲-۱. کسب اعتبار شرکت تجاری

برخی نویسندگان مهم‌ترین مبانی «افشای اطلاعات» را کسب اعتبار شرکت تجاری دانسته‌اند (Mostotrest, 2015: 3). از نظر آنان، انتشار اخبار صحیح و اطلاعات منعکس‌کننده موفقیت‌های شرکت، موجب خواهد شد که از یک‌سو، اعتبار شرکت، بالا رود و از دیگر سو، ارزش سهام شرکت، افزایش یابد و با قیمت بالاتری معامله شود (K. Hargis, 2000: 104). درواقع، ارائه اطلاعات، ارتباط مستقیمی با امنیت روانی سرمایه‌گذاران دارد؛ شرکت‌هایی که از تأمین مالی خارجی استفاده می‌کنند، انگیزه بیشتری برای افشای اطلاعات بیشتر دارند تا نیازهای اطلاعاتی اعتباردهندگان خود را برآورده کنند و اعتماد را افزایش دهند (Białek-J., 2016: 16)؛ زیرا زمانی که اطلاعات کافی موردنیاز برای سرمایه‌گذاران، وجود نداشته باشد آنان احساس امنیت کمتری می‌کنند و در حالت تدافعی بیشتری قرار می‌گیرند؛ در مقابل، ارائه اطلاعات مالی قابل‌اعتماد، نه‌تنها می‌تواند عدم قطعیت چشم‌انداز آینده شرکت را کاهش دهد و بر اعتبار شرکت بیفزاید (Muda & Sadalia, 2017: 340)؛ بلکه هرچه امنیت اطلاعاتی یک شرکت بیشتر باشد، در درازمدت و در مواقع نیاز باعث گرایش مردم و سرمایه‌های عمومی به سمت آن شرکت، جهت پیشبرد طرح‌های توسعه از طریق تأمین مالی عمومی خواهد شد.

۲-۲-۲. کاهش هزینه سرمایه‌گذاری

گروه از نویسندگان، مهم‌ترین مبانی «افشای اطلاعات» را کاهش هزینه سرمایه‌گذاری دانسته‌اند (Białek-J., 2016: 2)؛ زیرا معاملات در بازار اوراق بهادار دربر دارنده دو نوع هزینه است؛ نخست، هزینه آشکار که شامل کارمزد کارگزاری‌ها و مالیات است؛ دوم، هزینه‌های پنهان که مرتبط با موضوع نقد شوندگی سهام بوده، که شامل هزینه تأثیر اطلاعات بر قیمت سهام، هزینه فرصت از دست رفته و هزینه زمان‌بندی است (Hemmati & Amiri, 2018: 111)؛ ازاین‌رو از نظر آنان، اطلاعات مربوط به سهام شرکت‌های بورسی،

۱ - در حقوق آمریکا تعهد ناشران محدود است به اینکه اولاً، از افشای اطلاعات نادرست با اهمیت خودداری کنند، و ثانیاً کلیه اطلاعاتی را افشا نمایند که برای همراه کننده نبودن اطلاعات افشا نشده لازم است (Matrixx Initiatives, Inc. v. Siracusano, 2011). در حقوق ایران، تعهد ناشر بی‌قید و شرط نیست و تعهد وی مشروط به مهم بودن اطلاعات است، بنابراین اطلاعاتی مهم محسوب می‌شود که بر تصمیم سرمایه‌گذاران و قیمت اوراق بهادار اثر قابل توجهی داشته باشد (Shahidi and Shams Elahi, 2019: 239-280)، در رویه قضایی هم ترکیبی از این دو معیار برای تشخیص اطلاعات مهم پذیرفته شده است، از این رو در دادنامه شماره ۶۹ پرونده کلاسه ۴۸/۱۱۹۲/۸۷ صادره از شعبه ۱۱۹۲ مجتمع ویژه رسیدگی به جرائم اقتصادی، نیز مصداق اطلاعاتی دانسته شده که علاوه بر مؤثر بودن در قیمت اوراق بهادار، بر تصمیم سرمایه‌گذاران هم اثرگذار است؛ بنابراین معیار تشخیص این اثرگذاری نوعی می‌باشد.

۲- دادنامه شماره ۸۶، مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۵، شعبه ۱۱۹۲ دادگاه عمومی جزایی تهران. دادنامه شماره ۶۶-۱۳۸۷/۰۲/۰۱ پرونده کلاسه ۱۱۰/۱۰۱۶/۸۶ صادره از شعبه ۱۰۱۶ دادگاه عمومی جزایی تهران.

با وجود مخالفانی که این نظریه (نظریه حمایت از سرمایه‌گذار به‌عنوان مبنای قواعد افشای اطلاعات) دارد، امروزه در بیشتر نظام‌های حقوقی مهم‌ترین مبنای «افشای اطلاعات» شرکت‌های بورسی، حمایت از سرمایه‌گذاران و امنیت سرمایه‌گذاری آنان است؛ از آن جهت که سرمایه‌گذاران ممکن است به سبب فقدان آگاهی، اقدام به خرید سهام با قیمت بالا و یا فروش آن با قیمت پایین نمایند، (Mostotrest, 2015: 3). در واقع، در بازار، در بسیاری موارد میان طرفین یک قرارداد، نابرابری اقتصادی وجود دارد و این نابرابری ممکن است به زیان طرف ضعیف‌تر قرارداد منجر شود.

۳. اصول حاکم بر افشای اطلاعات شرکتهای بورسی

۳-۱. اصل افشای به موقع اطلاعات^۲

۱- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۳۱۲۱۳۰۰۰۷، مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۱ شعبه ۶۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲-۲-۳. رعایت اصل عدالت و برابری

۲-۲-۴. حمایت از سرمایه‌گذاران

این رویکرد قابل انتقاد است؛ زیرا اگرچه ممانعت نهاد ناظر از انتشار اوراق نامطلوب می‌تواند از جهاتی به نفع سرمایه‌گذاران باشد، اما این مسئله عرصه فعالیت‌های اقتصادی شرکت‌های تجاری را بشدت محدود می‌نماید و ممکن است موجب بروز زیان به ناشران با حسن نیت شود. علاوه بر این، عدم اجازه انتشار اوراق بهادار به شرکت‌هایی که در مقطعی از زمان در وضعیت بحرانی به سر می‌پرند

محمول بر صحت است دعوی خواهان را غیر وارد و حکم به آن صادر می‌شود».^۲

عدم رعایت اصل افشای به موقع اطلاعات، در بسیاری از کشورها، علاوه بر ضمانت اجرای مدنی (جبران خسارت ناشی از مسئولیت مدنی)، دارای ضمانت اجرای کیفری است. باین حال در نظام حقوقی ایران، ضمانت اجرای کیفری آن، مبهم است؛ به طوری که در قوانین ایران به صراحت جرم انگاری نشده است. به همین جهت این سؤال پیش می‌آید آیا در ایران، نقض اصل افشای به موقع اطلاعات، جرم محسوب می‌شود؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت: با توجه به اینکه عدم افشای به موقع اطلاعات مؤثر بر قیمت سهام (به ویژه زمانی که افشای اطلاعات، موجب کاهش قیمت سهام می‌شود)، می‌تواند دلالت بر عادی نشان دادن وضعیت شرکت نماید، بتوان این رفتار را بر اساس ماده ۴۶ قانون اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۴)، جرم دانست. بند ۳ این ماده، «هر شخصی که اقدامات وی نوعاً منجر به ایجاد ظاهری گمراه کننده از روند معاملات اوراق بهادار یا ایجاد قیمت‌های کاذب و یا اغوای اشخاص به انجام معاملات اوراق بهادار شود» را مستوجب مجازات کیفری دانسته است. این رویکرد در نظام قضایی ایران نیز پذیرفته شده است. در یکی از پرونده‌های مطرح در محاکم کیفری ایران، مدیران شرکت که نسبت به افشای به موقع اطلاعات، اقدام نمودند رفتار آنان مصداق «اغوای اشخاص به معامله اوراق بهادار» دانسته شد. در این پرونده، دادگاه چنین استدلال نمود: مدیران شرکت با عدم ارائه اطلاعات شرکت در بازه زمانی‌ای که باید اطلاعات را افشا می‌نمودند عملاً شرایطی را فراهم آورده‌اند که تصویر روشنی از سوددهی شرکت در اذهان سرمایه‌گذاران شکل گرفته است؛ چراکه عدم ارائه اطلاعات، از نظر سرمایه‌گذاران به عدم تغییر در شرایط شرکت، تعبیر می‌شود. بر همین مبنا در بازه زمانی که اطلاعات باید منتشر می‌شد (اما نشد) بیش از ۱۴ میلیون سهم شرکت با قیمت مشخص معامله شد؛ حال آنکه قیمت واقعی این سهام‌ها، کمتر از قیمت معامله شده آن بوده است؛ در واقع اگر اطلاعات شرکت به موقع، افشاء شده بود، خرید این مقدار سهم با قیمت یادشده توجیه‌پذیر نبود و معامله‌کنندگان به ارزیابی معقول‌تری از قیمت سهم دست می‌یافتند. بدین ترتیب، اوضاع واقعی شرکت از چشم سرمایه‌گذاران مخفی مانده و معامله بر اساس اطلاعات موجود، موجب ضرر آن‌ها شده است.^۳ بر همین مبنا، دادگاه، حکم به محکومیت کیفری آنان صادر نمود.

افشاء آن در بازار و تأثیر آن در قیمت، کمتر باشد، دارندگان اطلاعات نهانی فرصت کمتری برای استفاده از اطلاعات افشاء نشده خواهند داشت و کمتر می‌توانند از موقعیت برتر اطلاعاتی خود سو استفاده کنند.

اگرچه به موقع بودن افشاء اطلاعات در بسیاری موارد، مستلزم فوریت آن است، اما لزوماً و همواره به معنای فوریت افشاء اطلاعات نیست. در واقع، اطلاعات را از نظر زمان افشا یا به موقع بودن افشا می‌توان به دو دسته تقسیم نمود؛ دسته نخست، اطلاعات مربوط به رویدادهایی که تأثیر فوق العاده آن‌ها بر قیمت اوراق بهادار به حدی است که نمی‌توان برای افشای آن‌ها تا پایان دوره‌های سه‌ماهه حسابرسی منتظر ماند. به همین دلیل باید فوراً یعنی در سریع‌ترین زمان ممکن (یا فاصله زمانی که قانون‌گذار تعیین می‌کند، مثلاً حداکثر ظرف مدت دو روز)، منتشر شوند؛

اما دسته دوم، گزارش‌ها و صورت‌های مالی دوره‌ای هستند که برخلاف اطلاعات مهم، جنبه رویدادی ندارند و در اصل بیانگر بررسی و مرور عملکرد شرکت در یک دوره زمانی مشخص و نتایج آن و جایگاه مالی شرکت در پایان دوره مربوطه هستند (Sadeghimghadam and Norozi, 2018: 142-143). به عنوان مثال در نظام حقوقی ایران دستورالعمل افشای اطلاعات، بیان می‌دارد: «اطلاعات پرتفوی سرمایه‌گذاری‌های شرکت‌های سرمایه‌گذاری و هلدینگ در پایان هر ماه حداکثر ۱۰ روز پس از پایان ماه» باید منتشر شوند (بند ۹ ماده ۷). در نظام حقوقی آمریکا نیز قانون اوراق بهادار فدرال، شرکت‌ها را ملزم می‌نماید گزارش‌های عمومی (مانند گزارش سالانه به سهامداران) را در زمان‌های تعیین شده در این قانون (مانند هنگام برگزاری مجمع سالانه برای انتخاب مدیران)، در فرم‌های مخصوص مربوط به هر یک، به طور مداوم افشا کنند.^۱ بنابراین در مورد این گونه اطلاعات، به موقع بودن افشاء به معنای افشای فوری آن‌ها نیست؛ بلکه در همان زمان که قانون مقرر کرده است باید افشاء شوند؛ این موضوع در رویه هیئت داورای بورس و اوراق بهادار نیز مورد توجه قرار گرفته است؛ به عنوان مثال در یکی از آرای صادره، خواهان به ادعای اینکه شرکت س.ع.ک با عدم ارائه به موقع اطلاعات در مورد سود شرکت در بازه زمانی ۱۳۸۵ الی ۱۳۸۷ موجب خرید گمراهی سرمایه‌گذاران در خرید سهام شرکت شده بود، بیان داشته است: «با بررسی زمان دقیق خرید اوراق بهادار و افشای ناشر بیان داشته است: اگرچه ناشر در افشای اطلاعات تأخیر نموده است، لیکن تاریخ خرید سهام توسط خواهان، پس از ارائه این اطلاعات به سازمان بورس و اوراق بهادار است و گزارش شرکت در تاریخ‌های مذکور نیز، منطبق با اوضاع و احوال محقق و معلوم قضیه و

۲ - دادنامه شماره ۹۵۱۱۰۰۰۴۰، مورخ ۱۳۹۵/۰۶/۱۷، صادره از هیات داورای بورس و اوراق بهادار (Jamali & sadeghi, 2017: 519)

۳ - دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۲۱۳۰۲۰۰۴۸، مورخ ۱۳۹۰/۰۹/۲۲، شعبه ۱۱۹۲ دادگاه عمومی (جزایی) تهران

1 - <https://www.investor.gov/introduction-investing/investing-basics/form-10-k>

۳-۲. اصل صحت اطلاعات

یکی دیگر از اصول حاکم بر افشای اطلاعات، صحت و درستی اطلاعات افشاء شده است؛ صحت اطلاعات، موجب می‌شود یک اطلاعات، قابل اتکا باشد. در واقع، اطلاعات، زمانی «قابل اتکا» محسوب می‌شود که عاری از اشتباه و به‌طور صادقانه، معرف آن چیزی باشد که مدعی بیان آن است یا به‌گونه‌ای معقول، انتظار می‌رود، آن‌گونه باشد (Mehrabani, 2009: 16). اصل صحت از آن جهت اهمیت دارد که در برخی موارد، با وجود رعایت افشاء به‌موقع از سوی مدیران، آنان در عمل ممکن است با صورت‌سازی، اقدام به افشاء اطلاعات نادرست نمایند و سرمایه‌گذاران را دچار اشتباه کنند.

به همین جهت، رعایت این اصل در قوانین بسیاری از کشورها موردتوجه قرار گرفته است؛ به‌عنوان مثال در نظام حقوقی ایران، قانون بازار اوراق بهادار (۱۳۸۴)، در راستای تحقق اصل صحت اطلاعات، نه‌تنها در مواد متعدد بر اجتناب از «اطلاعات خلاف واقع»، تأکید دارد، بلکه قانون‌گذار با تعیین سازوکارهایی سعی در اعتبار بخشیدن به گزارش‌های صادره از شرکت‌ها می‌باشد؛ به‌عنوان مثال ماده ۷ دستورالعمل افشای اطلاعات، در خصوص گزارش‌ها و صورت‌های مالی که نیاز به تأیید حسابرس دارد، ناشر مکلف است اظهارنظر حسابرس را در خصوص آن اطلاعات با لحاظ مهلت‌های تعیین شده اخذ نماید؛ در همین راستا در یکی از آرای صادره از هیئت داورای بورس اوراق و بهادار، هیئت در تأیید و اعتبار بخشیدن به گزارش حسابرسان بیان داشته است: «اگرچه خواهان ادعا نمود که سود اعلامی هر سهم واهی بوده است؛ باوجوداین، نظر به اینکه صورت‌های مالی شرکت در تاریخ موردادعا، بر اساس گزارش‌های استاندارد حسابرسی تهیه گردیده که به تأیید مؤسسات حسابرسی عضو جامعه حسابداران رسمی و متعهد به بورس اوراق بهادار رسیده است، دعوای خواهان غیر وارد و حکم به آن صادر می‌شود»^۱؛ همچنین در نظام حقوقی آمریکا نیز در قسمت‌های مختلف قانون معاملات اوراق بهادار (۱۹۳۴) به‌صراحت بر «درستی»^۲ اطلاعاتی که از سوی شرکت‌های بورسی افشاء می‌شوند، تأکید شده است. در همین راستا کمیسیون اوراق بهادار آمریکا معتقد است به‌منظور تحقق اصل صحت، اطلاعاتی که افشاء می‌شوند باید بیانگر رابطه واقعی بوده و توصیف‌های متعادل را از وضعیت موجود برای کمک به سرمایه‌گذاران در ارزیابی شرکت ارائه دهند و نباید شامل ادعاهای اغراق‌آمیز یا غیر مستند باشند (U.S. Securities and Exchange

Commission, 2021: 5)

با توجه به اهمیت اصل صحت اطلاعات برای حمایت از سرمایه‌گذاران، امروزه در بسیاری از کشورها برای عدم رعایت آن، ضمانت اجرای مدنی یا کیفری، تعیین شده است. باوجودآنکه در نظام حقوقی ایران چنین ضمانت اجرایی در قانون بازار اوراق بهادار مشاهده می‌شود^۳ اما ضمانت اجرای کیفری عدم رعایت اصل صحت که در ماده ۴۷ این قانون، پیش‌بینی شده است تا حدی مبهم به نظر می‌رسد. این ماده بیان می‌دارد: «اشخاصی که اطلاعات خلاف واقع یا مستندات جعلی را به سازمان و یا بورس ارائه نمایند یا تصدیق کنند و یا اطلاعات، اسناد و یا مدارک جعلی را در تهیه گزارش‌های موضوع این قانون مورد استفاده قرار دهند، حسب مورد به مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۵) محکوم خواهند شد». همان‌طور که مشاهده می‌شود در این ماده دقیقاً معلوم نیست، ارتکاب هر یک از رفتارهای مادی مقرر در این ماده، با کدام عناوین مجرمانه مقرر در قانون مجازات اسلامی (گزارش خلاف واقع، تصدیق خلاف واقع، جعل و استفاده از سند مجعول)، منطبق بوده و بر اساس کدام ماده یا مواد این قانون، قابل مجازات هستند. این موضوع ممکن است، موجب تفاسیر مختلف از این ماده و تعیین مجازات‌های متفاوت در موارد مشابه شود. این در حالی است که در ماده ۱۰ قانون معاملات اوراق بهادار آمریکا (۱۹۳۴)، مجازات‌های قانونی ارائه اطلاعات نادرست، تصدیق اطلاعات نادرست، اعمال در حکم ارائه اطلاعات نادرست و نیز مجازات کمک به ارائه چنین اطلاعاتی، به تفکیک، مشخص شده است.

۳-۳. اصل قابل‌درک بودن^۴

بازار سرمایه عمدتاً طیف گسترده‌ای از مشتریان و فعالان بازار را در خود جای می‌دهد؛ به همین جهت، اطلاعاتی که از سوی شرکت‌ها در بازار سرمایه، منتشر می‌شوند، باید به شکلی قابل‌فهم، افشاء شوند؛ به‌طوری‌که درک آن اطلاعات برای عموم، دشوار نباشد (Lawson, 2022: 1).

از نظر متخصصان دانش حسابداری، «اطلاعاتی، قابل‌فهم است

۳ - در حقوق آمریکا، علاوه بر اصل صحت اطلاعات، تعهد به اصلاح اطلاعات نیز وجود دارد، از این رو در پرونده Stransky v. Cummins Engine Co, 1995 دادگاه مقرر داشته است: «زمانی که یک شرکت اظهاراتی را منتشر می‌کند که در زمان انتشار معتقد بوده آن اطلاعات درست بوده باشد، لکن با افشای متعاقب اطلاعات بعدی کشف می‌شود که واقعاً درست نبوده‌اند، شرکت مکلف است که در مدت زمان معقولی آن اظهارات پیشین را اصلاح نماید».

۴ - به‌عنوان مثال، ماده ۴۳ قانون بورس، ناشران را مسئول جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذارانی که در اثر ارائه اطلاعات خلاف واقع در عرضه اولیه، متضرر گردیده‌اند، دانسته است.

۱ - دادنامه شماره ۹۵۱۱۰۰۰۴۰، مورخ ۱۳۹۵/۰۶/۱۷، صادره از هیات داورای بورس و اوراق بهادار (Jamali & sadeghi, 2017: 519)

دارد، افشای تفصیلی اطلاعات است. در همین راستا، کمیسیون بورس اوراق بهادار در مورد انتشار گزارش‌های مدیریت عامل و هیئت‌مدیره به مجمع عمومی شرکت، همواره بر افشای مفصل و پرمحتوای این گزارش‌ها تأکید کرده است. در این کشور در برخی موارد، افشای اطلاعات باید با روش ارجاع خاص به اطلاعات دقیق‌تر باشد؛ در این صورت شرکت‌ها علاوه بر افشای اطلاعات، اطلاعات بسیار جزئی و دقیق در خصوص مواردی چون روابط، خدمات، هزینه‌ها و تضاد منافع شرکت را به منبع (یا لینکی) که آن اطلاعات را به تفصیل نشان می‌دهد، ارجاع می‌دهند (U.S. Securities and Exchange Commission, 2021: 2-5).

با وجود اهمیتی که اصل قابل‌درک بودن اطلاعات دارد، در نظام حقوقی ایران، به مسئله قابل‌درک بودن اطلاعات در قانون بازار اوراق بهادار و دستورالعمل افشای اطلاعات، به صراحت اشاره‌ای نشده است، حال این سؤال مطرح می‌شود که در نظام حقوقی ایران منظور از قابل‌درک بودن اطلاعات چیست؟

در پاسخ به سؤال فوق باید گفت؛ از آنجایی که مدیران در استفاده از اصول تحقق سود، تطابق برآورد و پیش‌بینی و اعمال روش‌هایی نظیر تغییر روش ارزیابی موجودی کالا و استهلاک سرقفلی، هزینه‌های جاری یا سرمایه‌ای و تعیین هزینه مطالبات مشکوک الوصول دارای اختیاراتی می‌باشند که می‌توانند با سوءاستفاده از آن، میزان سود و سایر اطلاعات مربوط به شرکت را تغییر دهند (Tahmasbi, 2019: 338)؛ بنابراین اطلاعات ارائه شده، نه تنها نباید به صورت مبهم و کلی ارائه شود، بلکه باید تا حد امکان مفصل بوده و شامل تمام مسائل مالی و مدیریتی باشد؛ همچنین با توجه به جنبه تخصصی بسیاری از اطلاعات و عدم درک بسیاری از سرمایه‌گذاران از اصول حسابداری، قابل‌فهم بودن اطلاعات به معنی قابل‌درک بودن آن برای عموم نیست (Soltani, 2018: 47)، بلکه اطلاعات مذکور باید به نحوی ارائه گردد، که قابلیت بهره‌برداری برای متخصصین و تحلیل‌گران را داشته باشد؛ در همین راستا دستورالعمل افشای اطلاعات، در بردارنده موادی است که می‌توان اصل قابل‌درک بودن اطلاعات را از مفاد آن‌ها استنباط نمود؛ از جمله این موارد، ماده ۵ این دستورالعمل است که مقرر می‌دارد: «...اطلاعات مهم باید صریح، دقیق و تا حد امکان به صورت کمی ارائه شود.» این مسئله، دلالت بر افشای تفصیلی و قابل‌درک اطلاعات دارد. ماده دیگر، ماده ۱۸ این دستورالعمل می‌باشد. با توجه به آنکه در برخی موارد، گزارش‌های مالی منتشر شده، از جهاتی در وضعیت شرکت، ایجاد ابهام می‌نمایند و یا آنکه وضعیت آن را به خوبی، روشن نمی‌کند، در این خصوص، ماده ۱۸ دستورالعمل افشای اطلاعات، شرکت‌های بورسی را مکلف نموده است تا سایر اطلاعات لازم را به درخواست سازمان بورس را افشا کنند. این قاعده که در نظام حقوقی آمریکا نیز

که استفاده‌کنندگان عادی بتوانند موضوع را درک و آثار آن را ارزیابی کنند. استفاده‌کنندگان عادی از اطلاعات مالی، کسانی هستند که دانش متعارفی از مسائل کسب‌وکار، اقتصاد و حسابداری دارند و می‌خواهند با مطالعه دقیق اطلاعات، بر اساس آن قضاوت یا تصمیم‌گیری کنند» (Accounting Standards Development Committee, 2019: 78-79). بر همین اساس، قابل‌فهم بودن اطلاعات که یکی از ویژگی‌های کیفی اطلاعات، دانسته می‌شود، مقتضی آن است که استفاده‌کنندگان صورت‌های مالی بتوانند صورت‌های مالی واحدهای تجاری مختلف را مقایسه و نسبت به یکدیگر بسنجند (Mehrabani, 2009: 17).

باین حال در عمل در برخی موارد، اطلاعات منتشرشده بر اثر ابهام یا کلی بودن، برای عموم، قابل‌فهم نیست؛ حتی گاهی، این ابهام و پیچیدگی به گونه‌ای است که درک آن برای افراد دارای دانش عمومی در بورس نیز دشوار است. از نظر برخی اقتصاددانان، عدم درک، موجب افزایش هزینه معاملاتی سرمایه‌گذاران می‌شود. در واقع، سرمایه‌گذاران ناآگاه به دلیل ناتوانی در شناسایی و درک اطلاعات مربوط به قیمت سهام، ممکن است دچار خطا شده و هزینه معاملاتی زیادی را متحمل شوند. به همین جهت، کیفیت بالای اطلاعات، موجب کاهش هزینه معاملاتی در بازار سهام می‌شود (Hemmati and Amiri, 2018: 108).

با توجه به اهمیت قابل‌درک بودن اطلاعات در سرمایه‌گذاری، امروزه این اصل به صراحت در قوانین برخی کشورها پذیرفته شده است؛ به عنوان مثال در نظام حقوقی آمریکا در قانون معاملات اوراق بهادار در ماده ۱۵ به قابل‌درک بودن^۱ گزارش‌های مالی شرکت‌های بورسی تصریح شده است (Securities Exchange Act, 1934). در راستای قابل‌درک بودن اطلاعات، کمیسیون بورس اوراق بهادار ایالات متحده آمریکا^۲ در برخی از اسناد منتشره، بیان داشته است: افشای اطلاعات باید با استفاده از زبان انگلیسی ساده و با در نظر گرفتن سطح تجربه مالی سرمایه‌گذاران خرد باشد. به همین منظور، شرکت‌ها باید از اصطلاحات قانونی یا تجاری بسیار فنی اجتناب کنند، مگر آنکه این اطلاعات به وضوح توضیح داده شوند؛ چراکه استفاده از زبان بیش از حد فنی می‌تواند تمرکز و درک اطلاعات مهم ارائه شده را برای سرمایه‌گذاران دشوارتر کند. در همین راستا، کمیسیون، شرکت‌ها را تشویق می‌کند تا از نمودارها، جداول و سایر ویژگی‌های گرافیکی یا متنی برای توضیح یا مقایسه جنبه‌های مختلف پیشنهادها یا شرکت‌ها استفاده کنند؛ زیرا این عناصر می‌توانند به سرمایه‌گذاران خرد کمک کنند تا به راحتی اطلاعات را هضم کنند. یکی دیگر از سازوکارهایی که در نظام حقوقی آمریکا برای فهم هر چه بیشتر اطلاعات، وجود

1 - Understandable

2 - U.S. Securities and Exchange Commission

۴. چالش‌ها و موانع افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی

افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی در عمل با برخی چالش‌ها و موانع، مواجه است که برخی از مهم‌ترین آن‌ها شامل نظام طبقه‌بندی اطلاعات، ورود ضرر به شرکت و تعارض منافع، در این قسمت توضیح داده می‌شود.

۴-۱. نظام طبقه‌بندی اطلاعات

برخی شرکت‌های تجاری، به‌ویژه شرکت‌هایی که تمام یا قسمتی از سهام آن‌ها متعلق به بخش دولتی است، قائل به یک نظام طبقه‌بندی اطلاعات^۲ هستند؛ به‌طوری‌که برخی از آن‌ها با تقسیم اطلاعات به اطلاعات عمومی و خصوصی، اطلاعات عمومی را به‌طور گسترده منتشر می‌کنند اما در افشای اطلاعات خصوصی، محتاطانه عمل می‌نمایند (Forbes & Wither, 2019: 3-5). برخی دیگر از شرکت‌های تجاری نیز اطلاعات را در یک وضعیت سلسله‌مراتبی سه تا پنج‌گانه، تقسیم نموده و از افشای لایه‌های مرکزی اطلاعات (که عمدتاً آن را اطلاعات محرمانه می‌دانند)، بشدت اجتناب می‌کنند (Bergström & Åhlfeldt, 2014: 28). در واقع، باوجود آنکه این موارد با اصل افشای به‌موقع اطلاعات، مغایرت دارد، در عمل برخی از شرکت‌ها اطلاعات را بشدت مدیریت نموده و با توجیه محرمانه بودن برخی اطلاعات، از انتشار آن‌ها خودداری یا نسبت به انتشار دیرنگام آن، یعنی زمانی که اطلاعات، ارزش محرمانه بودنش را از دست بدهد، مبادرت می‌کنند.

اگرچه چنین تقسیم‌بندی از اطلاعات در نظام حقوقی ایران در قوانین و مقررات مرتبط با افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی پذیرفته نشده است، اما رویه محرمانه نگهداشتن اطلاعات در بازار بورس ایران وجود دارد؛ به‌طوری‌که مدیران به دلایل متعدد ازجمله برای دستیابی به اهداف خود، بسیاری از اطلاعات شرکت را پنهان می‌کنند. علاوه بر این، در بازار سرمایه ایران، دولت، یک سهامدار بزرگ محسوب می‌شود؛ به‌طوری‌که در بسیاری از شرکت‌های تجاری بورسی، دولت، دارای سهام مدیریتی (میزانی از سهام که در تعیین مدیران یا مدیریت شرکت، ایفای نقش نماید) است؛ بررسی‌ها نشان می‌دهد افشای اطلاعات در این‌گونه شرکت‌ها بسیار محتاطانه صورت می‌گیرد و مدیران، تمایلی به افشای همه اطلاعات شرکت ندارند. این مسائل موجب شده در برخی موارد، تنها یک یا چند سرمایه‌گذار، اطلاعات خصوصی درباره ارزش شرکت را در اختیار داشته باشند و سایر سرمایه‌گذاران فقط به اطلاعات عمومی شرکت، دسترسی داشته باشند (Hemmati and Amiri, 2018: 115).

مشاهده می‌شود (به‌طوری‌که سازمان بورس می‌تواند در آن مورد از شرکت بورسی تقاضای توضیح بیشتر یا توضیحات تکمیلی بنماید) را می‌توان یکی از سازوکارهای قانونی برای تحقق اصل قابل‌درک بودن اطلاعات دانست.

به‌منظور تحقق اصل قابل‌درک بودن اطلاعات، امروزه ضمانت‌اجراهایی برای آن تعیین شده است؛ به‌عنوان مثال در نظام حقوقی آمریکا به‌موجب قانون معاملات اوراق بهادار در صورتی که کلی و پیچیده بودن اطلاعات افشاء شده و یا اطلاعات توأم با بیان مبالغه‌آمیز، درک اطلاعات را دشوار یا تصور سرمایه‌گذار را از واقعیت‌های شرکت دور نماید و موجب ورود ضرر به وی گردد، مسئولیت مدنی ناشر را به دنبال دارد؛ اما در نظام حقوقی ایران، در قوانین و مقررات، ضمانت اجرای صریحی برای عدم رعایت اصل قابل‌درک بودن اطلاعات، تعیین نشده است. باین‌حال به نظر می‌رسد بتوان با توسل به ماده ۴۳ قانون بازار اوراق بهادار، حکم به جبران ضرر و زیان ناشی از انتشار اطلاعات غیرقابل‌درک، صادر نمود. این ماده بیان می‌دارد: «ناشر، شرکت تأمین سرمایه، حسابرس و ارزیابان و مشاوران حقوقی ناشر، مسئول جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذارانی هستند که در اثر قصور، تقصیر، تخلف و یا به دلیل ارائه اطلاعات ناقص و خلاف واقع در عرضه اولیه که ناشی از فعل یا ترک فعل آن‌ها باشد، متضرر گردیده‌اند.» از آنجایی که غیرقابل‌درک بودن اطلاعات، یک نقص محسوب می‌شود، می‌توان اطلاعات غیرقابل‌درک را مصداقی از «اطلاعات ناقص»، مندرج در این ماده دانست؛ در نتیجه در صورت ورود ضرر ناشی از چنین اطلاعاتی، شرکت بورسی، مسئول جبران خسارت ناشی از آن است.^۱ این رویکرد در نظام قضایی ایران از سوی برخی قضات نیز پذیرفته شده است (سامانه نشست‌های قضایی، صورتجلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان محمودآباد، مورخ ۱۴۰۱/۳/۲۶).

۱ - در همین راستا هیات دאوری بورس و اوراق بهادار، وجود رابطه سببیت میان نقص در افشای اطلاعات و خسارت وارد شده را جهت جبران خسارت لازم می‌داند؛ به عنوان مثال در یکی از دعاوی مطروحه، خواهان مدعی شد، در جریان افشای اطلاعات توسط شرکت ناشر، متضرر شده است، از این رو هیات در داوری در راستای رد دعای مذکور بیان داشته است: «صرف نظر از اینکه خواهان مبنای خسارت وارد به خود و نحوه محاسبه آن را بیان نکرده و مشخص ننموده است که بین خسارت وارده ادعایی به خواهان و تخلفات منتسب به خوانده درخصوص افشای نامناسب اطلاعات مالی شرکت خوانده رابطه سببیت برقرار است یا نه؟ اساساً تخلف منتسب به خوانده مبنی بر عدم انجام تکالیف قانونی مندرج در ماده ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار، به موجب ماده ۴۶ به بعد همان قانون دارای وصف مجرمانه بوه که مسئولیت‌های حقوقی ناشی از آن تخلف، منوط به رسیدگی و اثبات آن در مرجع صالحه کیفری می‌باشد» (دادنامه شماره ۹۶۱۰۰۰۱۰۷، مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۱۹، صادره از هیات داوری بورس و اوراق بهادار) (Jamali, sadeghi & sheydaie, 2020: 253).

برخی نویسندگان در توجیه رویکرد این شرکت‌ها بیان می‌دارند: اطلاعات شرکت، جزو دارایی‌های آن به شمار می‌آید؛ به‌طوری‌که در برخی موارد، حتی ارزش آن (به‌ویژه زمانی که اطلاعات از نوع محرمانه باشند) از دارایی‌های فیزیکی شرکت نیز بیشتر است؛ بنابراین همچنان که حق مالکیت بر اموال فیزیکی، قابل احترام است، مالکیت بر اطلاعات نیز باید مورد احترام قرار گیرد (Bergström & Åhlfeldt, 2014: 27). علاوه بر این، اگرچه آزادی اطلاعات می‌تواند منافع زیادی را برای جامعه به همراه داشته باشد، اما در برخی موارد، تبعات نامطلوبی برای شرکت به همراه دارد؛ بنابراین، لازم است دسترسی به اطلاعات شرکت‌های بورسی، تنظیم شده باشد (Lubis & Others, 2018: 96).

باین‌حال، این استدلال چندان قابل قبول به نظر نمی‌رسد؛ زیرا زمانی که شرکت تجاری، نام خود را با عنوان شرکت بورسی ثبت می‌نماید، اصول اولیه حاکم بر بازار سرمایه (ازجمله اصل افشای اطلاعات) را پذیرفته است؛ بنابراین باید از قواعد تضمین‌کننده این اصل، تبعیت نماید.

۴-۲. ورود ضرر به شرکت

در برخی موارد، وضعیت بازار به‌گونه‌ای است که در صورت انتشار اطلاعات، به ناشر، ضرر وارد می‌شود. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، در صورت وجود چنین ضرری (اعم از ضرر مستقیم یا عدم‌النفع)، معافیت موقت از افشای اطلاعات یا تأخیر در افشای اطلاعات، با وجود شرایطی، تجویز شده است؛ البته در این موارد که به‌عنوان وضعیت اضطراری، توصیف می‌شوند، زیان باید شدید یا به‌گونه‌ای باشد که حتی از زیان‌های ناشی از عدم افشای اطلاعات به سهامداران نیز بیشتر باشد. این رویکرد در نظام‌های حقوقی آمریکا پذیرفته شده است؛ به‌طوری‌که در چنین شرایطی به شرکت‌ها اجازه داده شده است تا پایان وضعیت اضطراری از افشای اطلاعات، خودداری کنند. در نظام حقوقی ایران نیز دستورالعمل افشاء اطلاعات، نیز مسئله را پذیرفته است. طبق ماده ۱۵ این مقرر، شرکت ناشر می‌تواند اطلاعات مهم را با الزام به عدم افشاء، با تأخیر (پس از رفع محدودیت‌های مقرر در این ماده)، افشاء نماید. مهم‌ترین مورد مقرر در این ماده، هنگامی است که «افشای فوری موجب زیان یا عدم‌النفع با اهمیت برای ناشر شود» (بند ۱)؛ در این صورت این مسئله برای تأخیر در افشاء عذر محسوب می‌شود. ازجمله موارد قابل انطباق با این بند، زمانی است که یک دعوای کیفری مهم علیه شرکت تجاری مطرح باشد؛ با توجه به اینکه معمولاً در این فرض، انتشار فوری اطلاعات مربوط به آن، بر روابط اشخاص مرتبط با شرکت (با آن شرکت)، تأثیرگذار است و اعتماد آنان نسبت به شرکت را کاهش می‌دهد، تا زمانی که وضعیت دعوای کیفری مشخص شود اعم از اینکه شرکت

تجاری به‌طور قطعی محکوم شود یا رأی به برائت آن صادر شود و یا با طرف مقابل خود صلح نماید، شرکت می‌تواند از افشای اطلاعات خودداری کند. این رویکرد در نظام قضایی ایران نیز پذیرفته شده است؛ به‌عنوان مثال در یکی از پرونده‌های مطرح در نظام قضایی ایران، یکی از مؤسسات مالی اعتباری که در قالب شرکت بورسی فعالیت می‌نمود به دلیل اختلاس یکی از کارکنانش، در یک بازه زمانی کوتاه‌مدت، قادر به ایفاء تعهدات مالی خود (اعم از سود سپرده بانکی و وام) در برابر مشتریان نبود. چند هفته پس از مطرح شدن شکایت کیفری مربوط به اختلاس در دادگستری، مشتریان موسسه از اختلاس، آگاهی یافته و برخی از آنان، با طرح شکایت کیفری علیه مدیران موسسه، به دلیل عدم افشای به‌موقع اطلاعات، خواستار مجازات آنان بر اساس ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار شدند. مدیران شرکت در دفاعیات خود، چنین استدلال نمودند: افشای این اطلاعات، موجب ورشکستگی و اضمحلال شرکت می‌شده است؛ زیرا از یک سو، اشخاصی که قصد داشتند در آینده نسبت به سپرده‌گذاری در موسسه اقدام نمایند با آگاهی از اختلاس، از این موضوع، منصرف می‌شدند و از دیگر سو، مشتریان موسسه پس از آگاهی از اختلاس، از ترس از دست دادن وجوه خود، به یکباره به موسسه هجوم آورده و سرمایه خود را از آن خارج می‌نمودند؛ درحالی‌که در آن بازه زمانی موسسه به دلیل در اختیار نداشتن نقدینگی کافی، نمی‌توانست تمام وجوه متقاضیان را مسترد نماید؛ در نتیجه این مسئله، موجب بحرانی‌تر شدن وضعیت موسسه و ورشکستگی آن می‌شده است؛ کما آنکه پس از اطلاع مشتریان از این موضوع، این اتفاق، واقع شد و شرکتی که می‌توانست با یک فرصت چند ماهه و فروش اموال خود، به‌تدریج تعهداتش را ایفاء نماید را به سمت ورشکستگی، سوق داد.

دادگاه کیفری در خصوص این موضوع، استدلال مدیران موسسه را از آن جهت که در عمل نیز افشای اطلاعات در این موارد موجب بروز ضرر جبران‌ناپذیر (سقوط و ورشکستگی شرکت)، می‌شده است (و پیش از این نیز در موارد مشابه در مورد برخی شرکت‌ها نیز چنین تبعاتی داشته است) را پذیرفت و رأی به نفع مدیران موسسه صادر نمود.^۱

یکی دیگر از مواردی که افشای اطلاعات، موجب ورود ضرر به شرکت می‌شود، زمانی است که انتشار اطلاعات، سبب دستیابی رقبای شرکت به اطلاعات کلیدی یک شرکت تجاری گردد و موجب شود در رقابت از آن شرکت، پیشی بگیرند. در عمل نیز بسیاری از شرکت‌ها ترس از آن دارند که اطلاعات اساسی مرتبط با موفقیت آن‌ها در دسترس رقبای تجاری‌شان قرار گیرد؛ ازجمله این شرکت‌ها، شرکت‌های دانش‌بنیانی هستند که فناوری انحصاری در زمینه تولید یک

۱- دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۱۴۱۲۰۰۱۳، مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۲ شعبه ۲۴ دادگاه کیفری استان تهران

اصولاً مدیران بر اساس اصل افشای اطلاعات، وظیفه دارند اطلاعات مهم را به سهامداران ارائه و آنان را از همه وقایع مؤثر بر شرکت آگاه کنند؛ باین‌حال در برخی موارد، مدیران به دلیل منافع شخصی‌ای که دارند از افشای اطلاعات خودداری و از آن به نفع خود بهره‌برداری می‌کنند.^۲ این عدم تمایل به افشای اطلاعات (که موجب پیدایش تعارض منافع می‌شود)، عمدتاً به دو دلیل بازمی‌گردد؛ نخست آنکه، اطلاعات مربوط به وضعیت مالی شرکت، دلالت بر نحوه عملکرد مدیران دارد؛ در واقع، وضعیتی که شرکت در آن بسر می‌برد تا حد زیادی منعکس‌کننده نحوه عملکرد مدیران شرکت و یکی از ابزارهای ارزیابی عملکرد مدیران است. در صورتی که عملکرد مدیران، نادرست باشد، افشای اطلاعات از یک سو، ناکارآمدی آنان را نشان خواهد داد و از دیگر سو، ممکن است ورود و دخالت نهادهای ناظر بیرونی برای بررسی وضعیت شرکت را به دنبال داشته باشد. به همین جهت، مدیران در برخی موارد برای پوشاندن عملکرد نادرست خود ممکن است از افشای به‌موقع اطلاعات، اجتناب و یا به سهامداران، اطلاعات مبهم، ناقص و یا حتی غلط ارائه نمایند (Pourheidari and Foroughi, 2018: 29-31).

دوم آنکه، گاهی برخی مدیران، در یک شرکت و یا نماد بورسی نیز ذی‌نفع می‌باشند. در چنین شرایطی، تعارض منافع ساختاری به وجود می‌آید. اگر یک مدیر، مسئول هولدر یک گروه و یا صنعت خاصی نیز باشد احتمال اعمال نفوذ و تلاش وی با هدف اینکه آن گروه و یا صنعت متضرر نشود، بالا می‌رود. علاوه بر این در برخی موارد، مدیران از افشای به‌موقع اطلاعات، خودداری یا از اطلاعات موجود به نفع خود استفاده می‌کنند. این مورد که مهم‌ترین جلوه تعارض منافع مدیران است در نظام قضایی ایران تاکنون در پرونده‌های متعددی، مورد بررسی قرار گرفته است؛ به‌عنوان مثال، در یکی از پرونده‌ها، یکی از متهمان (عضو هیئت‌مدیره) که به پاره‌ای از اطلاعات، شامل نوسانات و تغییرات صورت‌حساب‌های مالی، آگاه بود و باید آن‌ها را به سازمان بورس ارائه می‌داد تا آن سازمان، این اطلاعات را در اختیار تمام سرمایه‌گذاران و کسانی که خواستار سرمایه‌گذاری بودند، قرار دهد، در دوره اختفای اطلاعات واقعی شرکت (در یک دوره سه‌هفته‌ای)، به انجام معامله مبادرت نموده و بخشی از سهام خود را به قیمت مشخصی فروخت. سه هفته بعد به‌محض آنکه نماد سازمان بورس، باز شد قیمت همان سهام فروخته

کالای خاص را در اختیار دارند. علاوه بر این، در بیشتر موارد، شرکت‌های کوچک با توجه به اینکه نسبت به شرکت‌های بزرگ معمولاً آسیب‌پذیرتر هستند از ترس بهره‌مندی رقبا از اطلاعات مهم شرکت، انگیزه کمتری برای افشای فعالیت‌های خود دارند (Białek, 2016:16).

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است اگر شرکت‌های رقیب به شیوه دیگری بتوانند به اطلاعات با ویژگی فوق دست یابند، آیا شرکت همچنان مجاز به عدم افشای اطلاعات است؟

در پاسخ باید گفت: در نظام حقوقی ایران، به‌صراحت در مورد این موضوع، قاعده‌ای وجود ندارد؛ در نتیجه با توجه به اطلاق دستورالعمل فوق، در هر صورت، شرکت بورسی (حتی در صورتی که رقبای وی بتوانند از طرق دیگر به اطلاعات دست یابند) می‌تواند از افشای اطلاعات خودداری کند؛ اما در نظام حقوقی انگلستان عدم افشای اطلاعات از سوی شرکت بورسی در این فرض، در صورتی عذر موجه محسوب می‌شود که دسترسی رقا به اطلاعات از طریق سایر منابع، امکان‌پذیر نباشد؛ در نتیجه در صورتی که دسترسی رقا به اطلاعات از طریق سایر منابع، ممکن باشد، شرکت ملزم به افشای اطلاعات است (Sealy & Worthington, 2007: 287).

به نظر می‌رسد این رویه با منطق حقوقی سازگارتر است؛ زیرا هدف از تجویز عدم افشاء اطلاعات در فرض فوق، عدم ورود ضرر به شرکت است؛ در صورتی که شرکت رقیب بتواند به اطلاعات از طریق دیگری دست یابد، ضرر محقق می‌شود؛ در نتیجه، با انتفای هدف، دیگر محدودیت افشاء بدون معنا خواهد بود.

۳-۴. تعارض منافع

تعارض منافع^۱ به زبان ساده، یعنی فرد در موقعیتی قرار بگیرد که تصمیم یا رفتار حرفه‌ای وی در تضاد با منافع سازمان یا استانداردها و ضوابط آن شغل خاص، اما همراستا با منافع شخصی او باشد. تعارض منافع در افشای اطلاعات می‌تواند به‌صورت تعارض میان مدیران و سهامداران شرکت و یا تعارض میان مدیران و سرمایه‌گذاران آتی باشد. دسترسی به اطلاعات مهم شرکت و نیز اختیارات تفویضی مالکان بنگاه به مدیران جهت تصمیم‌گیری پیرامون دارایی و معاملات بنگاه اقتصادی ازجمله مهم‌ترین زمینه‌های بروز رفتار فرصت طلبانه برای مدیران بنگاه می‌باشد که عمدتاً موجب جدی‌ترین تعارض در رابطه میان مدیران و سهامداران می‌گردد (Sadeghian Nadushan and Bagheri, 2016: 137). با توجه به آنکه مدیران در بالاترین سطح شرکت قرار دارند، دارای اطلاعاتی هستند که دیگر ذینفعان از آن، آگاه نیستند و اگر از این اطلاعات، سو استفاده کرده یا در اختیار دیگران بگذارند، سهامداران، متضرر می‌شوند.

۲- در این خصوص دادنامه شماره ۱۳۸۷/۰۲/۰۱-۶۶ پرونده کلاسه ۱۱۰۰/۱۰۱۶/۸۶ صادره از شعبه ۱۰۱۶ دادگاه عمومی جزایی تهران مقرر داشته است: «متهمان با دارا بودن ۸۷ درصد از سهام شرکت بورسی، به عنوان مدیران شرکت در سطح مدیران مالی، رئیس حسابداری و مسئول امور سهام شرکت، مکلف به رعایت دستورالعمل اجرایی سازمان بوده و نمی‌باید در بازه زمانی مخفی بودن اطلاعات از عموم سرمایه‌گذاران، اقدام به انجام معامله جهت فرار از زیان احتمالی، نمایند».

بود.^۳

با این حال برخی قضاات بر این عقیده‌اند، عدم افشای اطلاعات، یک جرم آنی است؛ زیرا تاریخ تقدیم اطلاعات، در آن موضوعیت دارد و اگر از آن تاریخ بگذرد، باید اطلاعات ماه‌های بعد، یعنی سه ماه یا شش ماه بعد ارائه شود؛ در نتیجه نمی‌توان شخصی را که پس از آن تاریخ به عضویت هیئت‌مدیره درآمده است، دارای مسئولیت کیفری دانست. از نظر این قضاات، اگر هیئت‌مدیره عوض شوند و اعضای جدید بیایند، آن‌ها مکلف‌اند صورت‌حساب‌های مالی جدید ارائه دهند و در این فرجه‌ها، اطلاعات سابق را اصلاح کرده و ارائه نمایند. در واقع تکلیف قانونی آنان، «فقط در همان تاریخ»، موضوعیت دارد و بعد از آن، باید اصلاحات و تعدیلات بعدی، انجام و ارائه شوند.^۴

این استدلال با موازین حقوقی سازگارتر است؛ زیرا استمرار، ناشی از تکلیف قانونی است که بر یک شخص، بار می‌شود و اگر آن شخص تغییر نماید، به نظر می‌رسد نتوان گفت این ترک فعل، استمرار دارد (Sadegh Najad, 2014: 27)؛ بنابراین در این موارد نباید مدیران بعدی را دارای مسئولیت دانست.

نتیجه‌گیری

امروزه در بیشتر نظام‌های اقتصادی، یکی از مهم‌ترین قواعدی که شرکت‌های بورسی باید از آن تبعیت نمایند، قواعد مربوط به افشای اطلاعات است. با توجه به اهمیت این موضوع، در نظام حقوقی ایران، افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی پذیرفته شده و در قوانین و مقررات، سازوکارهایی برای آن، پیش‌بینی شده است. با توجه به این موضوع و اهمیت آن در نظام اقتصادی ایران، مقاله کنونی با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی مفهوم، محدوده موضوعی، مبانی نظری، اصول و چالش‌ها و موانع افشای اطلاعات شرکت‌های بورسی پرداخته است. بررسی‌های این مقاله دلالت بر دارد از میان مبانی نظری متعدد بیان شده برای مبنای افشای اطلاعات، حمایت از سرمایه‌گذاران به-عنوان مهم‌ترین مبنای قانونی به شمار می‌آید. همچنین افشای اطلاعات بورسی از اصول متعددی پیروی می‌کند که برجسته‌ترین آن‌ها عبارتند از: اصل افشای به‌موقع اطلاعات، اصل صحت اطلاعات و اصل قابل‌درک بودن اطلاعات. با وجود اینکه این اصول در نظام حقوقی ایران به‌صراحت در قوانین و مقررات موردتوجه قرار گرفته و یا از این قوانین و مقررات، قابل استنباط است اما افشای اطلاعات در عمل با چالش‌ها و موانع متعددی، چون اعمال نظام طبقه‌بندی

شده توسط وی، کمتر از یک سوم قیمتی که وی سهامش را فروخته بود، تنزل یافته بود. دادگاه از آن جهت که وی از اطلاعات نهانی به نفع خود استفاده کرده بود و برای جلوگیری از ضرر آتی (که پس از باز شدن نماد بورس و مشخص شدن قیمت واقعی سهام وی متحمل آن می‌شد)، وی را (با استناد به بند الف تبصره ۱ ماده ۴۶) محکوم نمود.^۱ همچنین در پرونده‌ای دیگر، محتویات پرونده، دلالت بر افزایش ۱۲۸ درصدی قیمت سهام یکی از شرکت‌های پذیرفته شده در بورس در یک بازه زمانی کوتاه، داشت. در این مورد، عرضه سهام از سوی برخی کارگزاری‌ها طی بازه زمانی کوتاه، منجر به جابجایی سهم، به مبالغ قابل توجهی، از اشخاص حقوقی مرتبط با سهامدار عمده شرکت به سه شخص حقیقی گردیده بود. اشخاص حقیقی پس از بالا رفتن قیمت سهم و اندکی قبل از فرو ریختن قیمت سهام (در اوج قیمت)، سهام خود را به فروش رسانده و سودی قابل توجه در بازه زمانی وقوع جرم کسب نمودند. پس از بررسی صورت‌حساب‌های بانکی متهمان، مشخص شد که معاون وقت سرمایه‌گذاری شرکت که اطلاعات نهانی مربوط به زمان عرضه سهام آن شرکت را در اختیار داشت، موجبات افشای اطلاعات نهانی مربوط به سهام شرکت را فراهم آورده و آن را در اختیار بستگان و دوستان خود قرار داده بود. به همین جهت، دادگاه به دلیل سو استفاده مدیر از اطلاعات نهانی، حکم به محکومیت وی صادر نمود.^۲

یکی از سؤالاتی که در مورد تعارض منافع مدیران شرکت، پیش می‌آید آن است آیا تعارض منافع، شامل مدیرانی که بعداً به سمت مدیریتی در شرکت دست یافته‌اند نیز می‌شود؟

این موضوع، در نظام قضایی ایران در یکی از پرونده‌ها مطرح شد. بر اساس محتویات این پرونده، اطلاعات حاوی صورت‌حساب‌های میان‌دوره شش‌ماهه، تقریباً با ۲۰۰ روز تأخیر ارائه شد و پیش‌بینی درآمدهای هر سهم نیز با تأخیری ۱۲۰ روزه ارائه گردید. در این پرونده، دادگاه بدوی در خصوص اتهام خودداری از ارائه اطلاعات مهم، متهمان را محکوم کرد، چنین استدلال نموده بود که در مورد عدم افشای اطلاعات، عنصر مادی جرم، ترک فعل می‌باشد و این جرم از جمله جرائم مستمر به شمار می‌آید؛ این استمرار، موجب می‌شود، مدیرانی را هم که پس از تاریخ ارائه اطلاعات آمده‌اند، در برگیرد. این تکلیف قانونی، مستمر است و اگر اشخاص بعد از انقضای آن زمان به عضویت هیئت‌مدیره در آیند، نسبت به آن مکلف خواهند

۳- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۲۰۰۴۸، مورخ ۱۳۹۰/۹/۲۲ شعبه ۱۱۹۲ دادگاه عمومی (جزایی) تهران

۴- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۲۰۰۰۷، مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۱ شعبه ۶۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۲۰۰۰۷، مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۱ شعبه ۶۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۲۰۰۲۱، مورخ ۱۴۰۰/۶/۲ شعبه ۱۱۹۳ دادگاه کیفری دو مجتمع قضایی ویژه رسیدگی به جرائم اقتصادی تهران

اوراق بهادار و یا دستورالعمل افشای اطلاعات، از یک سو، از ضمانت اجراهای مبهم، مانند ضمانت اجرای کیفری عدم رعایت اصل صحت اطلاعات (که بدون تعیین مجازات قانونی به‌طور کلی به قانون مجازات اسلامی، ارجاع داده شده است)، رفع ابهام شود و از دیگر سو، اصل قابل‌درک بودن اطلاعات، به‌صراحت مورد اشاره قرار گیرد و ضمانت اجرای قانونی عدم رعایت آن نیز به‌طور دقیق، تعیین شود.

اطلاعات از سوی برخی شرکت‌ها، اجتناب از ورود ضرر به شرکت و تعارض منافع مدیران، مواجهه است که موجب عدم رعایت اصول افشای اطلاعات شده است. علاوه بر این، عدم رعایت برخی از اصول، در نظام حقوقی ایران، فاقد ضمانت اجرای کافی بوده و یا ضمانت اجرای مبهمی دارد.

به همین جهت، پیشنهاد می‌شود، در اصلاحات آتی قانون بازار

References

- [1] Accounting Standards Development Committee. (2019). Accounting standards, Tehran, Audit Organization, publication 160, 32nd edition. (In Persian).
- [2] Bergström, Erik & Ahlfeldt, Rose-Mharie. (2014). "Information Classification Issues", Conference Paper.
- [3] Białek-J., Anna. (2016). Determinants of Information Disclosure by Companies Listed on the Warsaw Stock Exchange in Poland, Int. J., Vol. x, No. x.
- [4] Bushee, J. Bushee & Leuz. (2005). Christian, "Economic consequences of SEC disclosure regulation: Evidence from the OTC bulletin board", Journal of Accounting and Economics, Vol. 39, Issue 2.
- [5] Coates, John. (2021). ESG Disclosure – Keeping Pace with Developments Affecting Investors, Public Companies and the Capital Markets, U.S Securities and Exchange Commission.
- [6] Forbes, S. J., Lederman, M., & Wither, M. J., "Quality Disclosure when Firms Set their Own Quality Targets", International Journal of Industrial Organization, 61(3)
- [7] Hemmati, Hassan and Amiri, Ismail. (2018). "The effect of disclosure quality in terms of reliability score and timeliness on the cost of stock transactions", Financial Accounting Research Quarterly, second year, number 36. (In Persian).
- [8] Jamali, Jafar & sadeghi, Mohammad, Jurisprudence of the arbitration board of securities and exchange organization, First book to 2017, Bourse Pub, 2017. (In Persian).
- [9] Jamali, Jafar, Sadeghi, Mohammad and Shidaei, Navid, Jurisprudence of the arbitration board of securities and exchange organization, second book 2017-2019, Bourse Publications, first edition, 2020. (In Persian)
- [10] K. Hargis. (2000). "International cross-listing and stock market development in emerging economies", International Review of Economics and Financial, Vol. 9, Issue 2.
- [11] Lawson, Basic Principles for Information Disclosure, 2022.
- [12] Lubis, Muharman & Others. (2018). The Indonesia Public Information Disclosure Act (UU-KIP): Its Challenges and Responses, International Journal of Electrical and Computer Engineering, Vol. 8, No. 1.
- [13] Mehrabani, Atala. (2009). "The importance and role of information disclosure in the stock exchange", Stock Exchange Magazine, No. 82. (In Persian).
- [14] Mostotrest. (2015). Information Disclosure Regulation of Public Joint Stock Company Mostotrest, Mostotrest, Moscow.
- [15] Muda, Iskandar & Sadalia, Isfenti. (2017). The Significance of Internet Based Financial Information Disclosure on Corporates' Shares in Indonesia, International Journal of Economic Research, Vol. 14.
- [16] Parhammehar, Hamidreza and others. (2019). "Comparative study of the impact of disclosure of confidential information in stock market transactions; Scope of disclosure of information, performance guarantee, cancellation of transactions", Private Law Quarterly, Vol. 17, No. 2. (In Persian).
- [17] Pourheidari, Omid and Foroughi, Aref. (2018). "Investigating the influence of the CEO on the quality of accounting information disclosure", Financial Accounting Empirical Studies Quarterly, year 15, number 16. (In Persian)
- [18] Rahpeyk, Hassan and Shamsalehi, Mohsen. (2016). "Basics of Obligation to Provide Information in Stock Transactions", Encyclopedia of Economic Laws, Volume 24, Number 12. (In Persian).
- [19] Sadegh Najad, Majid. (2014). Immediacy or continuity of the crime in the crimes subject to the Securities Law approved in 2014, Tehran, Press and Publishing Center of the Judiciary, first edition. (In Persian).
- [20] Sadeghian Nadushan, Mehrdad and Bagheri, Mahmoud. (2016). "Conflict of interests of companies' stakeholders and solutions to it", Comparative Law Research Quarterly, Volume 20, Number 3. (In Persian).
- [21] Sadeghimghadam, Mohammad Hassan and Norozi, Mohammad. (2018). "Criticism and review of information disclosure system in Iran Stock Exchange", Law Quarterly, Volume 41, Issue 2. (In Persian).

-
- [22] Sealy, Len & Worthington, Sarah. (2007). Cases and Materials in Company Law, London, First published November 15.
 - [23] Shahidi, Morteza and Shams Elahi, Mohsen. (2019). "Comparative study of the positive obligation of securities issuers to disclose information in Iranian and American law", Research Journal of Comparative Law, 4th Volume, No. 5. (In Persian).
 - [24] Soltani, Mohammad, Capital market law, Samt pub, third ed, 2018. (In Persian).
 - [25] Tahmasbi, Reyhane, The impact of auditing quality on the management of real and accrual profit in Tehran Stock Exchange, ghanoonyar Law review, vol 9, 2019. (In Persian).
 - [26] U.S. Securities and Exchange Commission, Staff Statement Regarding Form CRS Disclosures; Standards of Conduct Implementation Committee, 2021. (In Persian).



Research Article

Vol. 30, No. 23, Spring-Summer 2023, p. 163-185

A Comparative Study of the Duties of Insurance Supervisory in Iran and Selected Countries

L. Niakan^{1*}, F. Atatalab²

1- Assistance Professor, General Insurance Group, Insurance Research Center, Tehran, Iran

2- Researcher, Insurance Research Center, Tehran, Iran

(*- Corresponding Author Email: niakan@irc.ac.ir)<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.81302.1255>

Received: 30 March 2023 Revised: 15 June 2023 Accepted: 27 August 2023 Available Online: 27 August 2023	How to cite this article: Niakan, L. & Atatalab, F. (2023). A Comparative Study of the Duties of Insurance Supervisory in Iran and Selected Countries. <i>Encyclopedia of Economic Law Journal</i> , 30(23): (163-185) (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.81302.1255
--	---

1- INTRODUCTION

The efficiency of insurance supervisors are contingent upon their legitimacy and credibility, which fosters trust in their decisions and activities. Thus, creating a structured framework that clearly presents organizational goals and functions and takes appropriate action to address weaknesses within the insurance system is crucial. Insurance regulation and supervision necessitate integrity and transparency in performance to ensure that public interest is upheld. Therefore, establishing a trustworthy reputation through consistent adherence to ethical standards is paramount for insurance supervisors seeking to maintain regulatory compliance and public confidence.

In recent years, many factors at both global and national level have propelled the development of insurance industry: changing risk profiles, emergence of new risks, technological advances in product design and delivery, changes in company structures and responsibilities, shifts in industry composition, and transformations in financial markets. Such rapid changes have necessitated adjustments on the part of regulatory institutions tasked with overseeing insurance industry. In Iran, these dynamics are also apparent as insurance industry undergoes significant structural changes, including establishment of new insurance companies, startup expansions, and digital transformations. As a result, policymakers and industry officials must prioritize prediction of new regulatory requirements to meet the evolving needs of this dynamic market. To effectively navigate the changes and challenges facing insurance industry, it is essential for regulators to align their structural and legal requirements with new needs of industry. This entails close attention to evolving landscape of insurance companies, as well as a proactive approach to addressing emerging issues.

This study encompasses various aspects related to insurance supervision and regulation such as institutional structure, regulatory appropriateness, regional and local considerations, risk-based supervision, regulatory goals, independence and accountability of supervisory, procedures for appointing supervisory board, and legal protection for supervisors. By analyzing these different aspects, policymakers can gain a holistic understanding of challenges facing insurance industry and develop comprehensive solutions that address these issues. Also, it provides valuable insights into how regulatory bodies can adapt to industry dynamics.

2- PURPOSE

The purpose of study is to investigate the regulations and guidelines that govern operation of insurance regulatory and supervisory across selected countries and analyze related international standards. Eventually, findings are compared to the legal framework of Iran's insurance supervisory, Central Insurance.

3- METHODOLOGY

The research method is pragmatic in its objectives. The study collects the necessary materials on the subject of supervision and regulation in selected countries and compares findings with Iran's current situation. Recommendations are presented based on the outcomes of this comparative analysis. The descriptive method is utilized for data collection and analysis, employing a comparative approach. Furthermore, information is



collected via library studies, utilizing relevant documents such as regulations and laws governing the insurance supervisory in selected countries, in addition to related articles and reports.

4- FINDINGS

Crucial inquiries emerge regarding supervisory structure and function, including its goals, responsibilities, and authority. Additionally, issues concerning accountability and transparency of supervisory's performance, executive actions, and enforcement capabilities against violators are equally important.

All selected countries have implemented regulations for their insurance markets. Thus, it can be inferred that in none of these countries has market force been entrusted solely to ideal market rules of perfect competition without any interference from government regulation. The effective regulation of insurance industry is essential for safeguarding interests of policyholders and beneficiaries, ensuring market stability and integrity, identifying and mitigating systemic risks, and enforcing compliance with regulations. This involves a range of regulatory functions, including monitoring of compliance by supervised institutions, imposition of fees and costs to achieve regulatory goals, and supervision of investment activities of insurance companies. In addition, regulators must be able to request information, conduct inspections, and perform audits of insurers, intermediaries, and brokers to ensure complying with relevant regulations. Furthermore, it is important to determine accounting methods used by insurers and intermediaries, and to impose financial and criminal penalties on those who violate regulations. Taken together, these measures are critical for promoting transparency, accountability, and stability in insurance industry.

In addition, supervisors and regulators possess the requisite legal support, financial resources, and authority to effectively carry out their duties. They are staffed by experienced and highly skilled professionals who must maintain strict confidentiality regarding any confidential information they may have access to. Therefore, supervision of insurance industry requires a regulatory that is independent and accountable, transparent in its interactions, and committed to strengthening trust between insurers and policyholders. As an administrative body, regulatory entity has power to issue and enforce regulations, and determine its relationships with executive and judicial entities.

A comparative analysis of regulatory frameworks and supervisory practices for insurance companies reveals that: all countries have established principles and requirements for granting activity licenses to insurance firms, supervision of insurance activities encompasses a range of functions including oversight of accounting and reporting standards, terms and conditions of insurance policies, on-site and off-site inspections, financial strength, technical reserves, management requirements, investments, reinsurance and actuarial. The insurance regulator is an independent institution, part of a ministry, a specialized entity that oversees only insurance companies, or a broader institution responsible for supervising entire financial market.

5- CONCLUSION

Insurance industry is subject to significant transformation as a result of technological advancements, which enhances the efficiency of activities and introduces new tools and methods for insurers that facilitate the payment of losses and reduce fraud. Compliance is a top priority for insurance industry regulators, and its automation could potentially yield significant benefits. In light of the transformative effects of technological advancements, insurance regulators have to adopt a risk-based supervision approach to ensure effective oversight. Accordingly, Central Insurance must expand its supervisory approach beyond mere implementation and embrace this more comprehensive strategy. It is worth noting that there is currently a gap in the regulatory framework with respect to smart contracts, which are not yet recognized under existing laws. As such, there is a pressing need for legislation that supports these innovative technologies.

After highlighting the importance of supervision in protecting consumers during market failures, it is imperative that members of the Supreme Council of Insurance uphold their responsibility as defenders of consumer rights. The regulations that are approved by this council serve as guidelines for insurance companies and to ensure impartiality, the council should be composed of individuals who do not have any conflict of interest. The council consists of representatives from government, private sector, and insurers. Central Insurance is present in the council as a representative of policyholders and beneficiaries but without the right to vote. With the goal of safeguarding the interests of all stakeholders, including consumers, it is important that all members of the council have an equal voice in decision-making process.

In response to violation of regulations by insurers including conducting insurance operations without obtaining the necessary permits, non-compliance with rate-making requirements, failure to comply with capital requirements, failure to send or publish financial statements, and employing individuals without required professional qualifications as managers of insurance institutions, different countries have designed various mechanisms to address such issues. In order to deter such activities, legal systems have determined a range of

punishments corresponding to each violation, which typically include criminal sanctions such as imprisonment and fines, as well as police measures like deprivation of professional competence, restriction of activity, cancellation of license, and additional fines. The aim of such penalties is to protect consumer in insurance market.

Keywords: Supervision, Regulation, Structure, Operational Independency, Accountability.

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۱۸۵-۱۶۳

مطالعه تطبیقی وظایف نهاد ناظر بیمه‌ای در ایران و کشورهای منتخب

لیلی نیاکان^{*۱} - فاطمه عطاطلب^۲

دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۱۰ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۵

چکیده

مؤسسات بیمه با جبران خسارت‌های مالی موجب تضمین رشد اقتصاد ملی گشته و تداوم برنامه‌ریزی توسعه اقتصادی کشور را میسر می‌سازند. همچنین نقش ویژه‌ای در سیاست‌های پولی و اعتباری کشور ایفا نموده و با تمرکز سرمایه‌های ملی به‌صورت حق بیمه و ایجاد ذخیره‌های فنی، در عمل امکانات بالقوه سرمایه‌گذاری‌های کلان را در مجاری مختلف اقتصادی فراهم می‌آورند. نظارت بر عملیات بیمه در فرایند رشد و پیشرفت اقتصادی حضوری محوری داشته و توسعه عملیات بیمه پیوند نزدیکی با کیفیت اعمال نظارت دارد. لذا ایجاد ساختاری که در آن اهداف و عملکردها شفاف و به‌طور مناسب ارائه می‌شوند و در مواقع لزوم متناسب با ضعف بیمه‌گر/سیستم اقدام می‌کند، حیاتی است. هدف این پژوهش بررسی قوانین و مقررات حاکم بر تأسیس و فعالیت نهادهای نظارتی و تنظیم‌گر بیمه‌ای در کشورهای منتخب و همچنین مطالعه اصول استانداردهای بین‌المللی در این خصوص و مقایسه آن با چارچوب قانونی فعالیت نهاد ناظر صنعت بیمه کشور -بیمه مرکزی ج.ا.ا- با هدف شناسایی خلأهای احتمالی و پیشنهاد اصلاحاتی جهت برقراری نظارت مؤثر است. تحقیق حاضر از نظر هدف، کاربردی و از نظر گردآوری اطلاعات و داده‌ها و روش تجزیه و تحلیل، از نوع توصیفی بوده که با رویکرد تطبیقی انجام می‌پذیرد. همچنین روش جمع‌آوری اطلاعات، مطالعات کتابخانه‌ای و بر اساس مستندات موجود در مقررات و قوانین نهاد ناظر صنعت بیمه در کشورهای منتخب، مقالات و گزارش‌های پژوهشی موجود در حوزه تحقیق است. در این پژوهش، ضمن بررسی مبانی نظارت و تنظیم‌گری در صنعت بیمه ایران، چارچوب ساختاری و نهادهای ناظر بیمه‌ای در کشورهای منتخب (آلمان، انگلستان، استرالیا، کانادا، هند، مالزی، ترکیه، هنگ کنگ و کره جنوبی) مطالعه شده و اختیارات و مسئولیت‌های این نهادها در راستای نظارت و تنظیم‌گری مؤثر بررسی و مقایسه شده است. نتایج نشان می‌دهد، منطق مقررات‌گذاری در بخش بیمه به‌طور کلی، حمایت از منافع بیمه‌شدگان، ارتقای ثبات بازار بیمه و جلوگیری از رفتار نامناسب بیمه‌گران است. نظارت بر عملکرد شرکت‌های بیمه در شاخه‌های متعدد فنی، اقتصادی و حقوقی قابل‌طرح است که حوزه‌هایی نظیر کنترل شرایط تأسیس، اعطا و ابطال مجوز فعالیت، سازگاری شرایط عمومی بیمه‌نامه‌ها با قوانین، کنترل امور فنی و مالی از منظر حقوقی، کنترل نحوه پرداخت خسارت‌ها و تصفیه حساب‌ها را شامل می‌شود. برخورداری از قدرت کافی، حمایت قانونی و منابع مالی؛ برخورداری از استقلال عملیاتی به‌ویژه از نهادهای سیاسی و بیمه‌گران؛ پاسخگویی و شفافیت در کارکردها و اختیارات؛ امکان استخدام، آموزش و حفظ نیروی انسانی کافی؛ میزان کارایی بازار و میزان دسترسی به اطلاعات از مهم‌ترین پیش‌شرط‌های اثربخشی نظارت است.

کلیدواژه‌ها: نظارت، تنظیم‌گری، ساختار، استقلال عملیاتی، پاسخگویی.

مقدمه

از جهت تاریخی، مقررات‌گذاری بیمه در گذشته‌های خیلی دور قابل‌ردیابی بوده و امروزه در بسیاری از کشورها مقررات خاصی درباره

کسب‌وکار بیمه وجود دارد. تا قبل از ظهور بخش بیمه داخلی در کشورهای درحال توسعه، بازار آن‌ها نوعاً در اختیار نمایندگی‌ها یا شعب شرکت‌های بیمه خارجی دارای مجوز محلی بود. این وضعیت هنگامی که کشورها شروع به درک اهمیت عملیات بیمه برای توسعه اقتصادهای ملی خود کردند و بیمه‌گران خارجی به ملاحظات محلی حساس‌تر شدند تغییر کرد. از آن زمان دولت‌ها تلاش بسیاری برای ایجاد و تقویت بازارهای ملی بیمه کردند. نبود سرمایه خصوصی در

۱- استادیار، گروه پژوهشی عمومی بیمه، پژوهشکده بیمه

(*) - نویسنده مسئول: (Email: niakan@irc.ac.ir)

۲- دکتری بیم‌سنجی، پژوهشگر، پژوهشکده بیمه

Email: f_atatalab@yahoo.com

تنظیم مقررات معمولاً شامل فرآیند توسعه، اولویت‌های بازار بیمه، سیاست‌ها و قوانین مربوطه بوده و با دستورالعمل‌ها، یادداشت‌ها و توصیه‌هایی همراه است که عموماً غیر الزام‌آور هستند. منطق مقررات‌گذاری در بخش بیمه به‌طور کلی، اطمینان از حمایت از منافع بیمه‌شدگان، ارتقای ثبات و استحکام بازار بیمه و جلوگیری از رفتار نامناسب بیمه‌گران است. نظارت بر عملکرد بیمه‌ای جنبه‌های گوناگونی دارد که عبارتند از: (۱) نظارت فنی شامل نظارت بر نرخ و تعرفه حق بیمه، شرایط عمومی و خصوصی بیمه‌نامه‌ها، کنترل اندوخته‌های حق بیمه و خسارت در هر سال و در رشته‌های گوناگون بیمه، کنترل ترازنامه‌ها از نظر فنی، تعیین نرخ‌های جدید حق بیمه و نظارت بر اندوخته‌های ریاضی بیمه زندگی؛ (۲) نظارت حسابداری شامل کنترل دفاترهای حسابداری و شیوه عمل حسابداری و نظارت بر شیوه تهیه ترازنامه و حساب سود و زیان شرکت‌های بیمه؛ (۳) نظارت مالی شامل رسیدگی به وضع مالی و دارایی شرکت بیمه از جهت هزینه‌ها، بدهکاری‌ها و بستانکاری‌ها و تعهدهای آن؛ (۴) نظارت حقوقی شامل کنترل شرایط تأسیس یک شرکت بیمه با توجه به ضابطه‌ها و قانون بیمه‌گری و قانون تجارت، تنظیم اساسنامه و رعایت مواد آن، سازگاری شرایط عمومی بیمه‌نامه با قانون‌های کشور و مصوبه‌های دستگاه نظارت، کنترل امور فنی، حسابداری و مالی از نظر حقوقی و تخلف‌های احتمالی و تعیین جریمه‌ها و در صورت لزوم، جلوگیری از ادامه فعالیت یک شرکت بیمه متخلف، رسیدگی به درخواست‌ها و دعاوی بیمه‌گذاران و زیان‌دیدگان در مورد تصفیه خسارت‌ها، کنترل تصفیه حساب و اگذاری اتکایی؛ (۵) نظارت اقتصادی در برگیرنده کنترل فعالیت تمام شرکت‌های بیمه از جهت تحقق سیاست اقتصادی دولت؛ و (۶) نظارت مبتنی بر ریسک فرایندی ساختارمند بر پایه شناسایی مهم‌ترین ریسک‌هایی که هر شرکت بیمه با آن مواجه است و از طریق توجه خاص ناظر بر کم و کیف آن ریسک‌ها و آسیب‌پذیری مالی شرکت در مواجهه با پیامدهای بالقوه نامطلوب (Mahmud Salehi, 1990: 13-39; Yazdan Panah & Khalilzadeh, 2013: 20).

بر اساس سالنامه آماری صنعت بیمه (۱۴۰۰)، صنعت بیمه ایران متشکل از یک نهاد حاکمیتی و ۳۴ شرکت ارائه‌دهنده خدمات بیمه‌ای با ۱۳۹۵ شعبه در سراسر کشور است. بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران ایفاگر نقش حاکمیتی بازار بیمه ایران بوده و شرکت‌های بیمه که خدمات خود را به‌صورت انتفاعی ارائه می‌کنند مؤسسات بازرگانی فعال در این بازار هستند. بازار ایران شامل یک شرکت بیمه دولتی است و مابقی شرکت‌ها غیردولتی هستند. شبکه فروش صنعت بیمه کشور شامل نمایندگان و کارگزاران بیمه مرکب از ۹۴۶۸۶ نمایندگی و ۴۱۴۰۶ کارگزاری است. تعداد شاغلین شرکت‌های بیمه ۳۳۲۰۳ نفر است که با افزودن نمایندگی‌ها و کارگزاری‌های بیمه، تعداد شاغلین صنعت بیمه به ۱۵۹۲۹۵ نفر بالغ می‌گردد. نهاد ناظر بر صنعت بیمه

دسترس، باورهای ایدئولوژیک و تمایل به دستیابی به برخی اهداف توسعه‌ای در کوتاه‌ترین زمان؛ کشورهای درحال توسعه را به ایجاد بازارهای بیمه به‌شدت انحصاری یا انحصار چندجانبه با سهم بالای دولت در قالب مالکیت و دخالت در عملیات روزانه بازارهای مذکور تشویق کرد؛ بنابراین فقط نیاز اندکی به نظارت رسمی وجود داشت. امروزه هنوز هم در بخش قابل ملاحظه‌ای از کشورهای درحال توسعه، دولت در بخش بیمه نقش مستقیم دارد؛ اما این وضعیت به‌سرعت در حال تغییر است و ایجاد یا تقویت نظارت بر بیمه به یک ضرورت تبدیل شده است (UNCTAD, 1996: 5-6). سرشت و طبیعت فعالیت‌های بیمه‌ای به دلیل پیوند آن با حقوق و منافع مردم (مشتریان و زیان‌دیدگان) ایجاب می‌کند که کنترل و نظارتی درست و سنجیده بر کار شرکت بیمه انجام گیرد. این نوع کنترل و دیده‌بانی جنبه جهانی دارد و پیشینه آن به قرن نوزدهم برمی‌گردد. هدف از کنترل اقتصادی و مالی دولت‌ها بر شرکت‌های بیمه، راهنمایی حرفه بیمه‌گری در مسیری درست و سالم برای تأمین افراد بیمه‌شده و اجرای سیاست‌های اقتصادی و حمایتی دولت است. در ایران، خیلی دیرتر، پس از پیدایش و پاگرفتن فعالیت‌های بیمه‌ای، این نوع نظارت برقرار شده است. تصویب‌نامه مورخ ۲۶ مهر ۱۳۱۶ هیئت‌وزیران، ضابطه‌های نظارتی بخش بیمه را برقرار ساخت. بر پایه تصویب‌نامه یادشده، کلیه شرکت‌های بیمه داخلی و خارجی مکلف شدند که ۲۵ درصد از تمام معاملات بیمه‌ای خود را در برابر دریافت کارمزد معینی به شرکت سهامی بیمه ایران واگذار کنند. این ضوابط در سال ۱۳۳۲ تغییر یافت و به‌جای وزارت تجارت، کار نظارت بر فعالیت شرکت‌های بیمه به وزارت اقتصاد واگذار شد و سرانجام با اجرای برنامه‌های توسعه اقتصادی و ایجاد چند شرکت بیمه داخلی در کشور، ضرورت تهیه و تصویب قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری احساس شد و قانون آن در سال ۱۳۵۰ به تصویب رسید و به مرحله اجرا درآمد (Farshbaf, 2009: 23).

اگرچه مقررات‌گذاری و نظارت کارکردهای متمایز و متفاوتی را توصیف می‌کنند، در صنعت بیمه تمایز صریحی بین این اصطلاحات نیست و اصول اساسی بیمه^۱ انجمن بین‌المللی ناظران بیمه^۲ عمدتاً از اصطلاح «نظارت» برای اشاره به نظارت و مقررات‌گذاری استفاده می‌کند. منظور از نظارت بیمه‌ای، با نظارت بر رفتار شرکت‌های بیمه و واسطه‌ها از جمله رعایت قوانین و مقررات بیمه‌ای و همچنین انجام اقدامات اجرایی، قابل دسترس‌تر و قابل درک‌تر است. ناظران بیمه‌ای، مؤسسات یا نهادهایی هستند که مسئولیت نظارت بر رفتار بیمه‌گران و واسطه‌ها و اجرای قوانین و مقررات بیمه توسط ایشان را بر عهده دارند. مقررات‌گذاری بیمه مربوط به وضع قوانین در بخش بیمه است.

1- Insurance Core Principles (ICPs)

2- International Association of Insurance Supervisors (IAIS)

ایران، بیمه مرکزی، سازمانی دولتی است که از سال ۱۳۵۰ شروع به فعالیت نمود. مأموریت این سازمان، اعمال حاکمیت دولت بر صنعت بیمه ایران به منظور حمایت از بیمه‌گذاران و تعمیم امر بیمه از طریق نظارت، هدایت و تنظیم است. تحولات اقتصادی ایجاب می‌کند که متولی اصلی صنعت بیمه، که همان بیمه مرکزی است، استراتژی حرکت و فعالیت خود را هماهنگ با هدف‌های اقتصاد ملی تدوین کند تا علاوه بر حمایت از برنامه‌های توسعه، بستر مناسبی را برای ادامه حیات شرکت‌های بیمه داخلی و همچنین ایجاد تحول در صنعت بیمه فراهم نماید.

برای این که یک تنظیم‌کننده مقررات و ناظر بیمه‌ای مؤثر و کارآمد باشد، مهم‌ترین نیاز ضمنی، داشتن مشروعیت و اعتبار است که منجر به اعتماد به فعالیت‌ها و تصمیماتی می‌شود که می‌گیرد. چنین مشروعیت و اعتباری باعث افزایش اعتماد به سیستم و مؤسسات مالی می‌گردد. به همین دلیل، ایجاد ساختاری که در آن اهداف و عملکردها شفاف و به‌طور مناسب ارائه می‌شوند و در مواقع لزوم متناسب با ضعف بیمه‌گر یا سیستم اقدام می‌کند، حیاتی است. لازمه تنظیم مقررات بیمه‌ای و نظارت، داشتن یکپارچگی و شفافیت در عملکرد است (OECD, 2018: 7-8).

هدف از اجرای این تحقیق، بررسی قوانین و مقررات حاکم بر تأسیس و فعالیت نهادهای نظارتی و تنظیم‌گر بیمه‌ای در کشورهای منتخب و همچنین مطالعه اصول استاندارد بین‌المللی در این خصوص و مقایسه آن با چارچوب قانونی فعالیت نهاد ناظر صنعت بیمه کشور -بیمه مرکزی ج.ا.- با هدف شناسایی خلأهای احتمالی و پیشنهاد اصلاحاتی جهت برقراری نظارت مؤثر است. استفاده از تجربه سایر کشورها و بررسی مقررات حاکم بر فعالیت نهادهای ناظر بیمه‌ای آن‌ها و همچنین چارچوب‌های استاندارد بین‌المللی در این زمینه، می‌تواند در رسیدن به الگوی مطلوب و اصلاحات هدفمند و کارا مؤثر باشد. با توجه به این مهم، در این پژوهش، مقررات حاکم بر شکل‌گیری و فعالیت نهادهای تنظیم‌گر و نظارتی بیمه در ایران و کشورهای منتخب مورد مطالعه قرار گرفته است.

مبانی نظری

در دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ همزمان با توسعه و اهمیت یافتن مفاهیمی چون حقوق اجتماعی، سلامت، امنیت عمومی و ملاحظات زیست‌محیطی؛ تقاضا برای مداخله هدفمند حاکمیت در این قبیل حوزه‌ها با هدف تضمین منافع عمومی افزایش یافت. همچنین، با گسترش بازارهای اقتصادی و در پی آن بروز پدیده شکست بازار، نیاز به مداخله دولت در بخش‌های مختلف اقتصادی به‌منظور کنترل تبعات منفی فعالیت بازار و بخش خصوصی ایجاد شد. امروزه پس از چالش‌هایی چون بحران‌های زیست‌محیطی و تبعات ناشی از بحران

مالی ۲۰۰۸، مسئله مداخله حاکمیت و تنظیم‌گری بیش از پیش مورد توجه اقتصاددانان و سیاست‌گذاران قرار گرفته است. برخی محققین با رویکرد حقوقی و جرم‌شناسانه، ریشه ظهور تنظیم‌گری را در بخش جرائم شرکتی جستجو کرده‌اند (Glaeser & Shleifer, 2003: 401-425). به‌صورت سنتی بسیاری از جرائم شرکتی و جرائم رخ داده در بازارهای تجاری، در قالب‌هایی به‌جز جرائم معمولی و تحت عنوان «جرائم یقه‌سفیدان»^۱ مورد توجه و بررسی دادگاه‌ها و جرم‌شناسان قرار می‌گرفته است. پیچیدگی‌های مربوط به جرائم تجاری و شرکتی و مشکلات مربوط به پیگیری قضایی این‌گونه از جرائم و بعضاً غیرممکن بودن جبران خسارت وارده در آن‌ها در مواردی که جرم صورت گرفته منجر به تضییع گسترده اموال و حقوق عمومی شده و یا آثار خارجی زیادی به همراه داشته است، پیگیری این‌گونه جرائم را در نظام قضایی با دشواری همراه کرده است. این مشکلات در طول زمان نیاز به ایجاد یک نظام حاکمیتی خاص با رویه‌های پیشگیرانه و برخورد از قابلیت‌های مقررات‌گذاری با حداقل امکان تخطی از آن‌ها را پررنگ کرد. این نهادها به‌ویژه در کشورهایی که از نظام قضایی ضعیفی برخوردار بودند، گسترش یافت و درنهایت در بسیاری از این کشورها بستر ایجاد سازمان‌های تنظیم‌گر را فراهم کرد. در این نگاه، تنظیم‌گری پاسخی «اجرایی و سیاستی»^۲ به ناکارآمدی نظام «حقوقی - قضایی»^۳ می‌شود که به‌صورت مکمل، زمینه اعمال حکمرانی بر فعالین خصوصی را فراهم می‌آوردند (Braithwaite et al., 2007: 1-7). کارکرد تنظیم‌گری شامل مجموعه مداخلات حاکمیتی در فعالیت‌های اقتصادی و اجتماعی با استفاده از ابزارهای مختلف حقوقی، اقتصادی، اجتماعی و ... با هدف تحقق سیاست‌ها و یا منافع عمومی است. بر اساس این تعریف، تنظیم‌گری بر مبنای اهداف خیرخواهانه و نه رانت‌جویی گروه‌های ذینفع تعریف می‌شود. این تعریف بسیار گسترده‌تر از تعریف تنظیم‌گری مبتنی بر مداخلات دولت تنها با هدف ممانعت از شکست بازار است. تنظیم‌گری نظام حاکمیتی شامل زیر کارکردهایی است که می‌توان آن‌ها را در موارد ذیل برشمرد:

الف) مقررات‌گذاری: تدوین و تصویب مقرراتی که تعیین‌کننده قواعد رفتار بازیگران هستند.

ب) آگاه‌سازی: آگاه‌سازی بازیگران تحت تنظیم از اهداف تنظیم‌گری و چارچوبی که ذیل آن باید رفتار کنند.

ج) رصد: رصد بازیگران با هدف آگاهی از وضعیت حوزه تحت تنظیم‌گری و میزان تعهد به مقررات وضع شده.

د) اعمال مقررات: طراحی سازوکارهای لازم برای جهت‌دهی به

1- White-Collar Crime

2- Administrative-Political

3- Judiciary-Legal

- منابع تأمین مالی نهاد ناظر و اختیارات نهاد ناظر در تخصیص منابع خود؛
- عزل و نصب رئیس کل و مدیران ارشد نهاد ناظر؛
- ضوابط انتشار اطلاعات و عدم افشای غیرضروری اطلاعات؛
- ارزیابی صلاحیت اشخاص ثالث که وظایف نظارتی از طریق برون‌سپاری به آن‌ها واگذار شده است (Atatalab & Ansari, 2015: 36).

سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) نیز با هدف ایجاد فهمی مشترک نسبت به مفاهیم و تعاریف مرتبط با تنظیم‌گری و نظارت در صنعت بیمه و با توجه به ملاحظات نهادی و محیطی هر کشور نظیر اندازه و پیچیدگی بیمه‌گران (اتکایی)، بودجه، میزان توسعه بازار و یکپارچگی منطقه‌ای، در سال ۲۰۲۰ پیمایشی در بیش از ۵۰ کشور دنیا انجام داد تا نوعی راهنما برای تکمیل اصول اساسی بیمه‌ای انجمن IAIS در خصوص اهداف، اختیارات و مسئولیت‌های مقامات نظارتی بیمه ارائه کند.

بررسی‌ها حاکی از آن است که، اغلب کشورهای درحال توسعه مدرن‌ترین قوانین و مقررات بیمه را برای محیطی که در آن اصول بازار حاکم است وضع کرده‌اند؛ اما آنچه هنوز هم منبعی برای ایجاد مشکل است، پیاده‌سازی عینی و ذهنی آن‌ها در عمل است. ایجاد تقویت نهادهای نظارتی مستقل و قوی که بتوانند بر یک چارچوب رگولاتوری منسجم و بدون ابهام در زمینه بیمه متکی باشند، جهت مواجهه با مشکل مذکور کمک زیادی خواهد کرد. ماهیت فعالیت‌های بیمه‌ای با توجه به درگیر بودن با منافع ذی‌نفعان ایجاب می‌کند تا تنظیم و نظارت متناسب با عملکرد صنعت بیمه صورت پذیرد. تنظیم‌گری به معنای وضع قوانینی است که هدف اصلی آن توسعه، ثبات مالی و حمایت از افرادی است که از خدمات مالی استفاده می‌کنند و نظارت بر پیروی از تنظیم، وظیفه ناظران است. درواقع این ناظر است که رعایت نکردن قواعد حقوقی از سوی نهاد مالی را کشف می‌کند. شایان ذکر است که اگرچه امور تنظیم و نظارت گاهی در وظایف و کارکردهای نهادهای جداگانه‌ای لحاظ می‌شود، درهرحال تنظیم، مقدمه محسوب می‌شود و تنظیم مطلوب، نتایجی ازجمله نظارت مطلوب‌تر را به همراه دارد (Kial et al., 2019: 279-295).

عوامل زیادی در تفاوت نقش و تأثیر بیمه در ایران و کشورهای توسعه‌یافته وجود دارد؛ ازجمله این عوامل می‌توان به ضعیف بودن فرهنگ عمومی بیمه در کشور، دولتی بودن اقتصاد، رقابت دولت و بخش دولتی بیمه با شرکت‌های بیمه خصوصی، عدم استقلال کامل و کافی صنعت بیمه و دخالت‌های غیر کارشناسانه در بخش کاملاً اقتصادی صنعت بیمه اشاره کرد؛ اما نظام مقررات‌گذاری می‌تواند عامل مهمی در برطرف شدن مشکلات صنعت بیمه در ایران باشد. به‌بیان‌دیگر، اکثر تنگناها و مشکلات بیمه در ایران با تنظیم مقررات

رفتار بازیگران و استفاده از سازوکارهای انگیزشی و تنبیهی. (ه) داوری و حل منازعات: تصمیم‌گیری در مورد عواقب عدم پایبندی به مقررات یا حل‌وفصل منازعات. (و) مجازات: اعمال مجازات و تنبیهات لازم در موارد تخلف. (ز) ارزیابی: پایش نظام تنظیم‌گری و اعمال اصلاحات لازم. (ح) طراحی مکانیسم: چینش بازیگران و تعریف ارتباطات بین آن‌ها به گونه‌ای که نتیجه عملکرد و تعاملات بازیگران، تأمین‌کننده اهداف مدنظر تنظیم‌گر باشد.

هر یک از کارکردهای فوق می‌توانند مستقیماً توسط نهادهای حاکمیتی انجام شده و یا به بخش‌های غیرحاکمیتی واگذار شوند. در کشور ما طی سالیان طولانی اکثر وظایف تنظیم‌گرانه مستقیماً توسط حاکمیت انجام می‌گرفته است. در دوران دولت‌های تصدی‌گر که عملاً تا ارائه خردترین خدمات هم در حیطه وظایف دولت محسوب می‌شده است، به‌طریق‌اولی تفکیک مشخصی بین سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری وجود نداشته است. با گذشت زمان و تحولات مفهوم و جایگاه دولت در ایران، به‌تدریج سازمان‌هایی در زیرمجموعه دولت به‌وجود آمدند که روی وظایف تنظیم‌گرانه تمرکز داشته و اموری همچون مجوز دهی، تنظیم بازار و اعمال برخی جرائم بر متخلفان را بر عهده داشتند. تاریخ موضوع تنظیم‌گری با تأسیس برخی نهادهای تخصصی و صنفی که دارای اختیارات تنظیم‌گری بودند وارد دوران تازه‌ای شد.

انجمن بین‌المللی ناظران بیمه یکی از مهم‌ترین نهادهایی است که ساختاری جامع جهت نظارت بر شرکت‌های بیمه تدوین نموده است. هدف این انجمن، ارتقای نظارت در صنعت بیمه جهت ایجاد و حفظ بازار بیمه‌ای منصفانه، قابل‌اعتماد و پایدار، به‌منظور حمایت از بیمه‌گذاران و نیز مشارکت در ثبات سیستم مالی است. اصول اساسی بیمه‌ای ارائه‌شده توسط این انجمن، چارچوب پذیرفته‌شده جهانی برای نظارت بر بخش بیمه است. در اصول اساسی انجمن شرایط لازم برای نهادهای ناظر بیمه‌ای در محورهای زیر ارائه شده است:

- استقلال عملیاتی؛
- ساختار سازمانی نهاد ناظر؛
- محدوده نظارت و اختیارات نهاد ناظر در فرایند نظارت بر عملکرد شرکت‌های بیمه؛
- محورهای اصلی وظایف نهاد ناظر برای نظارت بر عملکرد شرکت‌های بیمه؛
- شرایط و پیش‌زمینه‌های نظارت کارا و مؤثر؛
- رویه‌های مدیریت داخلی برای کسب اطمینان از انسجام اقدامات نظارتی؛
- ضوابط بازنگری رویه‌های نظارتی و ارتباط با مقامات اجرایی و قضایی؛

تشابه، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. همچنین روش جمع‌آوری اطلاعات، مطالعات کتابخانه‌ای و بر اساس مستندات موجود در مقررات و قوانین نهاد ناظر صنعت بیمه در کشورهای منتخب، مقالات و گزارشات پژوهشی موجود در حوزه تحقیق است.

هدف این مطالعه، بررسی مقررات حاکم بر فعالیت نهادهای ناظر و تنظیم‌گر بیمه‌ای در کشورهای منتخب با توجه به چارچوب‌های استاندارد بین‌المللی در این زمینه است. بدین منظور، با توجه به اصول اساسی بیمه‌ای انجمن بین‌المللی ناظران بیمه و رهنمودهای OECD، سولاتی در این خصوص تنظیم شده و قوانین بالادستی صنعت بیمه کشورهای منتخب برای پاسخ به آن سولات بررسی و با قوانین مرتبط در کشور مقایسه شده است. واحد مشاهده، کشور و استراتژی انتخاب کشورهای منتخب، نظام‌های مشابه و توسعه‌یافته می‌باشد. جامعه آماری در سطح جهانی شامل ۲۰۲ کشور و حجم نمونه ۹ است که با روش نمونه‌گیری هدفمند انتخاب شده‌اند. ملاک انتخاب کشورها، وضعیت توسعه صنعت بیمه در آن‌ها و همچنین مشابهت مقرراتی با صنعت بیمه کشور است؛ لذا کشورهای آلمان، انگلستان، استرالیا، کانادا، هند، مالزی، ترکیه، هنگ‌کنگ و کره جنوبی کشورهای منتخب در نمونه تحقیق می‌باشند. دلیل انتخاب ۴ کشور اول، صنعت بیمه توسعه‌یافته آنهاست. مقررات صنعت بیمه هند همواره در تدوین مقررات صنعت بیمه کشور مد نظر بوده و از نظر کثرت مقررات و قاعده‌محور بودن نظارت در آن، مشابه ایران است. کشورهای مالزی و ترکیه از نظر همجواری جغرافیایی (ترکیه) و مشابهت فرهنگی و مذهبی (ترکیه و مالزی) مد نظر قرار گرفته‌اند. کشورهای هنگ‌کنگ و کره جنوبی، مشابه ایران، قانون تأسیس مستقلی برای نهاد ناظر صنعت بیمه خود دارند که با توجه به توسعه‌یافتگی صنعت بیمه آن‌ها طی سال‌های اخیر، قوانین حاکم بر فعالیت نهاد ناظر و تنظیم‌گر بیمه‌ای آن‌ها می‌تواند الگوی مناسبی برای تطبیق باشد. درخصوص اهداف، اختیارات و مسئولیت‌های مقامات نظارتی بیمه، سولاتی از هر دو جنبه نظارت و تنظیم‌گری مدنظر قرار گرفته است.

یافته‌های تحقیق

در بررسی قوانین و مقررات صنعت بیمه در کشورهای منتخب از بُعد ساختار و کارکرد نهاد ناظر، سؤالات متعدد و متنوعی مطرح می‌شود که اهداف، وظایف و اختیارات نهاد ناظر، پاسخگویی و شفافیت عملکرد آن، اقدامات اجرایی و قدرت اجرای احکام در مقابل بازیگران متخلف از مهم‌ترین آن‌ها می‌باشد.

➤ نهاد ناظر صنعت بیمه چه نهادی است؟

حسب مفاد اصل اساسی بیمه‌ای شماره ۲ انجمن بین‌المللی ناظران بیمه، ساختار ناظر در حوزه‌های مختلف قضایی، متفاوت است.

قابل اصلاح است، زیرا تنظیم و تنسيق امور بیمه و ایجاد بازاری پویا و رقابتی و همچنین اعمال نظارت مؤثر و حمایت از مصرف‌کنندگان و جلوگیری از انحصار، نیاز به وضع مقررات جدید [ویا اصلاح قوانین موجود] دارد (Rostami et al., 2015: 57-87).

در سال‌های اخیر عوامل بسیاری به ایجاد تحولات صنعت بیمه در سطح جهانی و نیز ملی دامن زده است. تغییر در ریسک‌های پیش روی صنعت بیمه، ظهور ریسک‌های جدید، تحولات تکنولوژیک در طراحی و ارائه محصولات بیمه‌ای، تغییر در وظایف و ساختار شرکت‌های بیمه، تغییر در ساختار صنعت بیمه، تغییرات بازارهای مالی و غیره موجب شده است که نهادهای نظارتی بیمه نیز ضرورت انجام تغییرات را احساس نمایند. از سوی دیگر صنعت بیمه کشور اخیراً با پویایی‌ها و تحولاتی در ساختار صنعت بیمه مواجه شده است. تأسیس و آغاز به کار شرکت‌های بیمه جدید، گسترش فعالیت استارت‌آپ‌ها و تحول دیجیتال در صنعت بیمه کشور و تغییراتی از این دست موجب شده که سیاست‌گذاران و مسئولان صنعت بیمه پیش‌بینی الزامات و سیستم نظارتی مورد نیاز برای شرایط جدید بازار بیمه را در دستور کار خود قرار دهند. یکی از مهم‌ترین ابعاد قابل توجه در همگام شدن نهاد ناظر با تحولات به‌وجود آمده و پیش روی صنعت بیمه، توجه به الزامات ساختاری و قانونی است که نهاد ناظر بیمه‌ای برای پاسخگویی به توسعه شرکت‌ها و نهادهای بیمه‌ای کشور باید در نظر بگیرد (Tayar, 2021: 16).

تمرکز این مقاله بر ملاحظات مرتبط با ابعاد مختلف ساختار نظارت و تنظیم‌گری بیمه است. در این چارچوب، ابعادی نظیر ساختار نهادی تنظیم‌گری و نظارت بیمه، تناسب مقررات و نظارت، ملاحظات منطقه‌ای و محلی، نظارت مبتنی بر ریسک، اهداف و دستورالعمل‌های تنظیم‌گری و نظارت، استقلال و پاسخگویی نهادهای نظارتی بیمه، رویه‌های تعیین رئیس و هیئت ناظر و محافظت قانونی از ناظران مورد توجه و بررسی قرار گرفته است.

روش‌شناسی تحقیق

روش تحقیق مورد استفاده در این پژوهش در بخش احصای اطلاعات مربوط به ساختار نظارت و تنظیم‌گری، از نظر هدف یک تحقیق کاربردی است؛ چراکه پس از احصای مطالب مورد نیاز در حوزه نظارت و تنظیم‌گری در کشورهای منتخب، به مقایسه نتایج حاصله با وضعیت ایران خواهیم پرداخت و پیشنهادهای ارائه خواهد گردید. از نظر گردآوری اطلاعات و داده‌ها و روش تجزیه و تحلیل، تحقیق حاضر از نوع توصیفی بوده که با رویکرد تطبیقی^۱ انجام می‌پذیرد. تطبیق و مقایسه به عملی اطلاق می‌شود که در آن دو یا چند پدیده را در کنار هم قرار داده و به‌منظور یافتن وجوه اختلاف و

برای مثال، ناظر می‌تواند یک نهاد مستقل باشد که توسط هیئت‌مدیره اداره می‌شود؛ یا یک کمیسیون یا یک نهاد تحت نظارت یک فرد منصوب. هیچ ساختار واحدی برای ناظران مناسب نیست. صرف‌نظر از ساختار، همه ناظران باید فرآیندها و پادمان‌هایی داشته باشند که به آن‌ها امکان فعالیت مستقل، پاسخگو و شفاف را می‌دهد. مسئولیت نظارت بر بیمه در یک حوزه یا کشور ممکن است بر عهده بیش از

یک نهاد ذی‌ربط باشد. برای مثال، دستگاه یا نهادی که چارچوب قانونی نظارت بر بیمه را تعیین می‌کند ممکن است با نهادی که مسئولیت اجرای آن را بر عهده دارد متفاوت باشد. در جدول زیر نهاد واضح مقررات و نهاد ناظر صنعت بیمه در کشورهای مورد بررسی، ارائه شده است.

جدول ۱- نهاد ناظر و نهاد تنظیم مقررات در کشورهای منتخب

هند	IRDA ¹ هم نهاد ناظر و هم نهاد تنظیم مقررات است.
آلمان	BaFin ² هم نهاد ناظر و هم نهاد تنظیم مقررات است.
انگلستان	PRA ³ (نهاد تنظیم مقررات احتیاطی) و FCA ⁴ (نهاد نظارت بر رفتار مالی) نهادهای تنظیم‌کننده مقررات و FPC ⁵ (کمیته سیاست مالی) نهاد ناظر است.
مالزی	بانک نگارا هم نهاد ناظر و هم نهاد تنظیم مقررات است.
استرالیا	ASIC ⁶ و APRA ⁶ هم نهاد ناظر و هم نهاد تنظیم مقررات هستند.
کره جنوبی	FSC ⁸ هم نهاد ناظر و هم نهاد تنظیم مقررات است.
هنگ کنگ	IA ⁹ هم نهاد ناظر و هم نهاد تنظیم مقررات است.
کانادا	اداره نظارت بر مؤسسات مالی OSFI ¹⁰ هم نهاد ناظر و هم نهاد تنظیم مقررات در سطح فدرال است. AMF ¹¹ هم نهاد ناظر و هم نهاد تنظیم مقررات برای بازارهای مالی در ایالت کبک است. FSCO ¹² (کمیسیون خدمات مالی اونتاریو) نهاد نظارت بر بازارهای مالی در ایالت اونتاریو است. این سازمان به وضع مقررات فراگیر اقدام نمی‌کند ولی دارای اختیار وضع مقررات در زمینه‌های محدود در اونتاریو می‌باشد.
ترکیه	بخش بیمه ترکیه توسط موارد زیر مقررات‌گذاری می‌شود: کد تجاری شماره ۶۱۰۲ (برای قراردادهای بیمه). قانون بیمه شماره ۵۶۸۴ (برای امور شرکتی، نظارتی و عملیاتی). کد تعهدات شماره ۶۰۹۸ (برای مقررات عمومی حقوق قراردادها). IRSA ¹³ بر عملیات بیمه‌گران مستقیم و اتکایی و فعالیت شعب شرکت‌های بیمه و بیمه اتکایی ترکیه در خارج از کشور نظارت می‌کند.
ایران	بیمه مرکزی ج.ا.ایران نهاد ناظر است. بر اساس ماده ۶ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری، شورای عالی بیمه یکی از ارکان بیمه مرکزی است که بر اساس ماده ۱۷ قانون فوق، تصویب آیین‌نامه‌های لازم برای هدایت امر بیمه و فعالیت مؤسسات بیمه یکی از وظایف آن به شمار می‌رود.

منبع:

(Atatalab & Ansari, 2015: 160); (Schaloske and Feldmann, 2021); (Law on the Establishment of Central Insurance of Iran and Insurance, 1971); (IA, 2019); (ASIC, 2023); (IMF, 2012: 12), (IMF, 2013a: 13); (IMF, 2013b: 25); (Bafin, 2022); (Bank of England, 2013); (Şenocak & Kösoğlu, 2021).

- 1- Insurance Regulatory and Development Authority
- 2- Federal Financial Supervisory Authority
- 3- Prudential Regulation Authority
- 4- Financial Conduct Authority
- 5- Financial Policy Committee
- 6- Australian Prudential Regulation Authority
- 7- Australian Securities and Investments Commission
- 8- Financial Services Commission
- 9- Insurance Authority
- 10- Office of the Superintendent of Financial Institutions
- 11- Autorité des marchés financiers
- 12- Financial Services Commission of Ontario
- 13- Private Pension Regulation and Supervision Agency

➤ نهاد ناظر به چه مقاماتی پاسخگو است؟

در اصل اساسی شماره ۱ انجمن IAIS آمده است: قوانین پایه باید مسئولیت مقام (یا مقامات) نظارتی بیمه را مشخص کنند. چارچوب نهادی نظارت بیمه در حوزه‌های قضایی مختلف، متفاوت است. برای مثال، ممکن است مقام ناظر مجزایی برای نظارت احتیاطی و هدایت بازار، نظارت احتیاطی خرد و کلان، و نظارت مستمر وجود داشته باشد. در این صورت، چارچوب نهادی، مسئولیت‌ها و مبنای همکاری و هماهنگی آن‌ها باید در قوانین پایه مشخص شده

باشد. نهاد ناظر باید دارای استقلال عملیاتی در تخصیص منابع مالی و انسانی مطابق با اهداف خود باشد. در عین حال این استقلال باید با پاسخگویی همراه باشد تا اطمینان حاصل شود که ناظر وظایف خود را مطابق با قانون و در محدوده قانون انجام می‌دهد. نهاد نظارت باید به این درک برسد که شفافیت و پاسخ‌گویی در تمامی فعالیت‌هایی که انجام می‌دهد به اعتبار و مشروعیت وی و همچنین کارایی و ثبات بازار کمک می‌کند. در جدول ۲ جایگاه سازمانی نهاد ناظر از لحاظ پاسخگویی در کشورهای مورد بررسی ارائه شده است.

جدول ۲- جایگاه سازمانی نهاد ناظر در کشورهای منتخب، از منظر پاسخگویی

هند	IRDA زیر نظر دولت مرکزی هند است و گزارش فعالیت‌هایش را از طریق وزارت دارایی به مجلس ارائه می‌دهد.
آلمان	نظارت فنی و قانونی Bafin تحت نظر وزارت دارایی فدرال است.
انگلستان	PRA زیر نظر بانک مرکزی انگلستان بوده و در مقابل خزانه‌داری و مجلس پاسخگو است. FPC زیر نظر بانک مرکزی انگلستان است و گزارشات خود را دو بار در سال منتشر می‌کند. FCA سازمانی مستقل است ولی در مقابل خزانه‌داری و از طریق آن در مقابل مجلس پاسخگوست.
مالزی	بانک نگارا گزارشات خود را به وزیر دارایی مالزی می‌دهد و وزیر را از موضوعات مرتبط با سیاست‌های پولی و مالی مطلع می‌سازد.
استرالیا	ASIC و APRA زیر نظر وزارت خزانه‌داری بوده و هم به مجلس و هم به دولت پاسخگو می‌باشند.
کره جنوبی	FSC زیر نظر وزارت استراتژی و مالی می‌باشد.
هنگ کنگ	سازمان بیمه IA زیر نظر وزارت مالی و به آن پاسخگو است.
کانادا	بر اساس قانون، وزیر دارایی مسئول OSFI است و سرپرست OSFI فقط مسئول پاسخگویی برای اعمال نظارت تحت قوانین مالی است. عملکرد OSFI از طریق وزیر دارایی به مجلس گزارش می‌شود. AMF زیر نظر وزیر اقتصاد و دارایی ایالت کبک می‌باشد و گزارش سالانه خود را به مجلس ملی ارائه و به‌صورت بولتن هفتگی منتشر می‌کند. سرپرست FSCO در مقابل وزیر دارایی ایالت اونتاریو پاسخگو می‌باشد.
ترکیه	IRSA به‌عنوان یک نهاد عمومی مستقل عمل می‌کند. محتوای تصمیمات آن مشمول نظارت نبوده و رسیدگی قضایی صرفاً بر قانونی بودن تصمیمات آن انجام می‌شود.
ایران	وزیر امور اقتصادی و دارایی به‌عنوان رئیس مجمع عمومی بیمه مرکزی ج.ا.ایران، سازمان بازرسی کل کشور به استناد مفاد قانون تشکیل این سازمان و قوه مقننه و دیوان محاسبات کشور در حدود اختیارات خود از بیمه مرکزی ج.ا.ایران سؤال می‌نمایند؛ بنابراین نهاد ناظر به نهادهای مذکور پاسخگوست. همچنین، طبق قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری، بیمه مرکزی گزارش خود را درباره عملیات و فعالیت‌های مؤسسات بیمه در ایران به شورای عالی بیمه ارائه می‌دهد.

منبع:

(Atatalab & Ansari, 2015: 78); (Schaloske and Feldmann, 2021); (Law on the Establishment of Central Insurance of Iran and Insurance, 1971); (IA, 2019); (ASIC, 2023); (IMF, 2012), (IMF, 2013a); (IMF, 2013b); (Bafin, 2022); (Bank of England, 2013); (Şenocak & Kösoğlu, 2021).

➤ آیا اهداف نظارتی نهاد ناظر شفاف تعریف شده‌اند؟

بر اساس اصل اساسی بیمه‌ای شماره ۱ انجمن IAIS، اهداف و اولویت‌های نهادهای نظارتی برحسب حوزه قضایی و بسته به سطح توسعه بازار بیمه، شرایط بازار و مشتریان تفاوت می‌کند. حداقل اهداف نظارت بیمه عبارت‌اند از: حمایت از بیمه‌گذاران؛ ترویج حفظ یک بازار بیمه منصفانه، ایمن و پایدار؛ و مشارکت در ثبات مالی. قوانین پایه باید قدرت کافی به نهاد ناظر، برای تحقق مسئولیت‌ها و اهداف خود و توانایی انجام اقدام مقتضی بدهد. برای تحقق این اهداف، هم‌ترازی مسئولیت، اهداف و قدرت ناظر با چالش‌های حقیقی که بازار بیمه با آن مواجه است اهمیت دارد. ممکن است تغییرات اقتصادی، اجتماعی

یا محیط کسب‌وکار در قوانین و مقررات فعلی نبوده یا کفایت نکند و در نتیجه، نتایج مطلوب نظارتی حاصل نشود. در این صورت، نهاد ناظر باید تغییرات در قوانین و مقررات جاری را در دستور کار قرار دهد. تنظیم، تعمیم و هدایت امر بیمه در ایران، حمایت از بیمه‌گذاران و بیمه‌شدگان و صاحبان حقوق آن‌ها، و نظارت دولت بر فعالیت بیمه؛ به‌عنوان اهداف بیمه مرکزی در قانون تأسیس بیمه مرکزی و بیمه‌گری تصریح شده است. نهاد ناظر صنعت بیمه ایران با تعیین اهداف و راهبردهای بلندمدت و میان‌مدت در برنامه‌های راهبردی خود این موضوع را مورد توجه قرار داده است. همچنین مقررات و مصوبات شورای عالی بیمه و بخشنامه‌ها بر اساس تغییر شرایط در

رقابت کامل بدون هیچگونه دخالتی از جانب دولت سپرده نشده است. از همین رو سازمان‌هایی شکل گرفته‌اند تا به وضع مقررات بر بازار بیمه پرداخته و بر آن اعمال نظارت نمایند. در حوزه نظارت علاوه بر وجود نهاد مستقیم نظارت، ممکن است نهادهای دیگری نظیر نهادهای و سازمان‌های حمایت از مصرف‌کننده نیز به نوعی بر شرکت‌های بیمه اعمال نظارت نمایند.

بازار بیمه در طول زمان، تنظیم و به‌روزرسانی می‌شوند. اصلاح آیین‌نامه‌های ذخایر، سرمایه‌گذاری، مقررات مربوط به نرخ و شرایط توانگری مالی و غیره در این راستا صورت گرفته است.

➤ وظایف و اختیارات نهاد ناظر چیست؟

در بین کشورهای مورد مطالعه هیچ کشوری را نمی‌توان مشاهده کرد که هیچ مقرراتی برای بازار بیمه وضع نکرده باشد. لذا در هیچ یک از این کشورها، کنترل نیروی بازار صرفاً به قواعد بازار ایده‌آل

جدول ۳- وظایف اصلی نهاد ناظر در کشورهای منتخب

رسالت سازمان IRDA:	
۱. حفاظت از منافع بیمه‌گذاران و نظارت بر رشد سریع و منظم صنعت بیمه به نفع افراد عادی و افزایش رشد اقتصادی. ۲. تنظیم، ترویج، نظارت بر اجرای استانداردهای بالای صداقت و امانتداری، سلامت مالی، رفتار منصفانه و صلاحیت شرکت‌های نظارت‌شونده. ۳. اطمینان از حل و فصل سریع خسارت‌های واقعی، جلوگیری از تقلب‌های بیمه‌ای و رفتارهای سوء دیگر و استفاده از مکانیزم دادرسی برای شکایت مؤثر. ۴. ارتقاء عدالت، شفافیت و رفتار منضبط در بازارهای مالی در برخورد با بیمه و ساخت یک سیستم مدیریت اطلاعات قابل اعتماد برای اجرای استانداردهای بالای سلامت مالی در بازارهای مالی. ۵. نظارت بر میزان بهینه خودنظارتی برای کارهای روزمره صنعت که سازگار با الزامات مقررات احتیاطی باشد.	
اختیارات و وظایف IRDA:	
۱. ارتقاء بهره‌وری در صنعت بیمه؛ ۲. ارتقاء و نظارت بر سازمان‌های حرفه‌ای در ارتباط با صنعت بیمه و بیمه انکابی؛ ۳. ارتقاء استاندارد و شیوه حسابداری مورد استفاده توسط شرکت‌های بیمه و واسطه‌های بیمه‌ای؛ ۴. تعیین درصد فعالیت بیمه زندگی و بیمه عمومی توسط شرکت‌های بیمه در بخش‌های روستایی یا اجتماعی؛ ۵. تعیین درصد حق بیمه دریافتی از بیمه‌گران جهت تأمین مالی طرح‌های ارتقا و نظارت بر سازمان‌های حرفه‌ای؛ ۶. وضع عوارض یا حق نظارت و سایر هزینه‌ها برای انجام اهداف قانونی؛ ۷. فراهم کردن شرایط لازم برای تعیین رویه‌های رفتاری و آموزش عملی کارگزاران، ارزیابان خسارت و نمایندگان بیمه؛ ۸. کنترل و نظارت بر نرخ‌ها، مزایا، شرایط و ضوابطی که ممکن است توسط بیمه‌گران در رابطه با فعالیت‌های بیمه عمومی پیشنهاد شود و توسط کمیته مشورتی تعرفه ارائه و تنظیم نشده باشد؛ ۹. نظارت بر عملکرد کمیته مشورتی تعرفه؛ ۱۰. درخواست اطلاعات، انجام بازرسی، سؤال و تحقیق شامل حسابرسی از شرکت‌های بیمه، واسطه‌ها، کارگزاران بیمه و سایر سازمان‌های مرتبط با صنعت بیمه؛ ۱۱. نظارت بر سرمایه‌گذاری و حاشیه توانگری شرکت‌های بیمه؛ ۱۲. دآوری در مورد اختلافات بین بیمه‌گران و واسطه‌ها و کارگزاران بیمه؛ ۱۳. صدور گواهی برای متقاضیان ثبت، تمدید، اصلاح، حذف، تعلیق و لغو مجوز.	۹-۱
اهداف نظارت: اطمینان از عملکرد مناسب، با ثبات و یکپارچگی بازار مالی آلمان؛ اطمینان از حفظ منافع بیمه‌گذاران؛ جاری بودن قوانین و مقررات در مورد عملیات و فعالیت‌های شرکت بیمه است و رعایت آن‌ها؛ انجام فعالیت‌های اقتصادی صحیح توسط شرکت‌های بیمه؛ اطمینان از تأدیه تعهدات مرتبط با قراردادهای بیمه در هر لحظه از زمان؛ اطمینان از کفایت ذخایر فنی و سرمایه‌گذاری مناسب دارایی‌ها؛ اطمینان از رعایت اصول صحیح فعالیت اقتصادی، شامل روال اداری و حسابداری صحیح و سالم و همچنین مکانیزم‌های کنترل داخلی مؤثر و در نتیجه، توانگری مالی شرکت‌های بیمه. طبق بخش ۸۳ قانون نظارت بر بیمه آلمان، نهاد ناظر اختیارات زیر را دارد: ۱- الزام شرکت بیمه، اعضای هیئت‌مدیره و سایر مدیران و اشخاصی که مسئولیت مدیریت شرکت را بر عهده دارند، به تهیه اطلاعاتی راجع به فعالیت و عملیات شرکت و ارائه تمام اسناد و مدارک نظیر شرایط عمومی بیمه‌نامه‌ها، نرخ حق بیمه‌ها، فرم‌ها و سایر مدارک و اسنادی که به نحوی با بیمه‌نامه‌ها مرتبط‌اند، اسناد مربوط به قراردادهای شرکت‌ها و قراردادهای برون سپاری. ۲- ارزیابی عملیات و فعالیت‌های شرکت، در چارچوب نظارت تکمیلی. ۳- مشارکت در انجام حسابرسی شرکت بیمه و در صورت لزوم اظهار نظر. ۴- حضور نمایندگان ناظر در جلسات هیئت‌مدیره شرکت و مجمع سهامداران با حق اظهار نظر.	۹-۲
نقش اصلی FPC به عنوان یک ناظر احتیاطی در سطح کلان در ساختار نظارت مالی شناسایی، پایش و اقدام جهت کاهش یا حذف ریسک‌هایی است که انعطاف‌پذیری سیستم مالی انگلستان را تهدید می‌کند. نمونه‌هایی از ریسک‌های سیستمی مشخص شده توسط قانون عبارتند از: - ریسک‌های مرتبط با ویژگی ساختاری بازار مالی مانند ارتباط بین مؤسسات؛	انگلستان

- ریسک‌های مرتبط با توزیع ریسک در بخش مالی؛ - سطوح غیر قابل تداوم افزایش تأمین مالی یا اعتبار از طریق دریافت وام. هدف کلی PRA ارتقاء ایمنی و سلامت شرکت‌های تحت نظارت و اهداف خاص آن تمرکز بر آثار منفی که فعالیت شرکت‌ها می‌تواند بر ثبات سیستم مالی انگلستان داشته باشد و کسب اطمینان از حمایت مناسب از بیمه‌گذاران است. وظیفه PRA تنظیم مقررات احتیاطی خرد برای بیمه‌گران می‌باشد. هدف FCA این است که اطمینان حاصل کند بازارهای مالی به‌صورت عادلانه در مقابل مصرف‌کنندگان فعالیت می‌کنند و مؤسسات تحت نظارت به مصرف‌کنندگان خدمات و محصولات مناسب ارائه می‌کنند.	
وظیفه بانک نگار ارتقاء ثبات پولی و مالی برای ایجاد رشد پایدار اقتصادی در مالزی، ثبات سیستم مالی و تقویت بازارهای مالی است. علاوه بر این موارد، بانک نقش قابل توجهی در توسعه زیرساخت‌های سیستم مالی، نظارت بر این زیرساخت‌ها و حصول اطمینان از دسترسی همه بخش‌های جامعه و اقتصاد به خدمات مالی دارد. وظایف بانک نگار در بخش بیمه عبارت‌اند از: • پیشنهاد اعطای مجوز، خرید یا فروش سهام مازاد بر ۵٪ یک مالک شرکت بیمه یا دارنده سهام مذکور و تغییر اپراتور تکافل به وزیر؛ • تصویب انتصاب (انتصاب مجدد) مدیران شرکت بیمه و مدیران اجرایی، حسابرس بیرونی و اکچوئر منصوب شده مورد نیاز شرکت‌های بیمه زندگی؛ • تجویز استانداردهای اداری و نحوه کسب‌وکار احتیاطی؛ • هدایت بازرسی‌ها و تحقیقات از دارندگان مجوز؛ • اتخاذ طیفی از اقدامات پیش‌دستانه تا اقدامات اصلاحی و اتخاذ اقدامات مبتنی بر تصمیمات صریح ناظر وقتی که یک شرکت بیمه یا اپراتور تکافل به روشی دور از احتیاط عمل می‌کند، از قانون تخطی می‌کند، متخلف باشد یا دارایی‌های کافی جهت تأمین الزامات توانگری نداشته باشد.	بیمه
وظیفه APRA اعطای مجوز ثبت و فعالیت‌های شرکت‌های بیمه عمومی، زندگی و اتکایی و وظیفه ASIC اعطای مجوز خدمات مالی استرالیا به شرکت‌های بیمه، کارگزاران، نمایندگان و توزیع‌کنندگان بیمه است. اهم اختیارات ASIC جهت نظارت عبارتند از: ۱- ثبت شرکت‌ها و طرح‌های سرمایه‌گذاری مدیریت شده؛ ۲- ثبت حساب‌رسان و شرکت‌های متقاضی انحلال؛ ۳- نگهداری و حفظ اطلاعات ثبت‌شده درباره شرکت‌ها، گواهینامه‌های خدمات مالی و گواهینامه‌های اعتباری؛ ۴- تدوین مقررات با هدف اطمینان از یکپارچگی بازارهای مالی؛ ۵- توقف انتشار محصولات مالی تحت مقررات افشای محصولات معیوب؛ ۶- بررسی موارد مشکوک به نقض قانون و مطالبه ارائه مدارک یا پاسخگویی به سؤالات، صدور اخطارهای تخلف؛ ۷- شروع پیگرد قانونی از طریق دادستانی و درخواست مجازات حقوقی از دادگاه.	بازار بیمه
FSC وظیفه تهیه پیش‌نویس و اصلاح قوانین و مقررات مالی، نظارت، بازرسی، انحلال مؤسسات مالی، صدور مجوزهای قانونی و ثبت مؤسسات مالی، نظارت بر بازارهای سرمایه و همچنین نظارت بر معاملات ارزهای خارجی توسط مؤسسات مالی برای اطمینان از توانایی مالی این مؤسسات را به‌عهده دارد. خدمات نظارت مالی (FSS)، که یک نهاد عمومی غیردولتی و بازوی اجرایی FSC است، وظیفه نظارت روزانه بر عملیات و وضعیت مؤسسات بیمه‌ای (شرکت‌های بیمه، کارگزاران و نمایندگی‌های بیمه)، حل‌وفصل اختلافات مالی بین مؤسسات و مصرف‌کنندگان مالی ازجمله سپرده‌گذاران و سایر اشخاص ذینفع، و همچنین فعالیت‌های تکمیلی FSC را بر عهده دارد. FSS و FSC اهداف مشترکی جهت پیشرفت صنعت مالی کره، ثبات بازار مالی به‌منظور ارائه شیوه‌های عادلانه در معاملات مالی و حفاظت از سپرده‌گذاران، سرمایه‌گذاران و سایر مصرف‌کنندگان مالی دارند.	بازار بیمه
وظیفه اصلی ناظر بیمه (IA) تنظیم و نظارت بر صنعت بیمه برای ارتقای ثبات عمومی صنعت بیمه و حمایت از صنایع موجود و بیمه‌گذاران بالقوه است. IA مسئولیت‌های زیر را دارد: • نظارت بر انطباق فعالیت‌های بیمه‌گر و واسطه‌های بیمه با مفاد قانون. • ترویج و تشویق اتخاذ استانداردهای مناسب رفتاری و شیوه‌های کسب‌وکار صحیح و محتاطانه توسط بیمه‌گران و واسطه‌های بیمه. • بررسی و پیشنهاد اصلاحات در قانون مربوط به کسب‌وکار بیمه و سیستم‌های تنظیم مقررات بیمه‌گران و واسطه‌های بیمه. • تنظیم رفتار واسطه‌های بیمه از طریق نظام صدور مجوز. • ارتقاء درک بیمه‌گذاران از محصولات بیمه و صنعت بیمه. • تدوین استراتژی‌های نظارتی مؤثر، تسهیل توسعه پایدار بازار و ارتقای رقابت‌پذیری صنعت بیمه در بازار جهانی. • انجام مطالعات در مورد موضوعات مؤثر بر صنعت بیمه. • همکاری و کمک به مقامات نظارتی خدمات مالی هنگ‌کنگ یا هر مکان خارج از هنگ‌کنگ، در صورت لزوم. • تنظیم و نظارت بر گروه‌های بیمه‌ای که IA به‌عنوان ناظر گروه محسوب می‌شود.	هنگ‌کنگ
وظایف OSFI در بخش بیمه عبارتند از: ۱- نظارت بر بیمه‌گران تحت قوانین فدرال برای تعیین این که آیا آن‌ها در شرایط مالی سالم قرار داشته و مطابق با قوانین حاکم و الزامات نظارتی فعالیت می‌کنند. ۲- در صورت کمبود منابع مالی بیمه‌گران تحت قوانین فدرال، بلافاصله به آن‌ها اطلاع دهد و انجام سریع اقدامات صحیح ضروری را از مدیریت یا هیئت‌مدیره آن‌ها بخواهد.	کانادا

۳- اتخاذ سیاست‌ها و رویه‌هایی برای کنترل و ارتقاء مدیریت ریسک در بیمه‌گران، تحت قوانین فدرال. ۴- پایش و ارزیابی مسائل فراگیر سیستمی یا بخشی که ممکن است اثر منفی بر بیمه‌گران بگذارد.	
وظایف و اختیارات اصلی IRSA عبارتند از: ۱- انجام وظایف و اختیارات مربوط به بیمه و بازنشستگی خصوصی در حدود قوانین مربوطه؛ ۲- اتخاذ، اجرا و نظارت بر تدابیر توسعه بیمه ملی و بازنشستگی خصوصی و حمایت از بیمه‌شدگان و سهام‌داران؛ ۳- انجام تحقیقات، حسابرسی و بازرسی افراد و مؤسسات فعال در زمینه بیمه و بازنشستگی خصوصی؛ ۴- تهیه و ارزیابی گزارش‌های تلفیقی در مورد بخش‌های بیمه و بازنشستگی خصوصی و همچنین سایر بازارهای مالی مرتبط؛ ۵- انجام تحقیقات و سایر مطالعات و ارائه نظرات مربوط به قانونگذاری و اجرا در حدود وظایف خود.	۱- ۲- ۳- ۴- ۵-
وظایف بیمه مرکزی ایران بر اساس ماده ۵ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری به شرح زیر است: ۱- تهیه آیین‌نامه‌ها و مقرراتی که برای حسن اجرای امر بیمه در ایران لازم باشد. ۲- تهیه اطلاعات لازم از فعالیت‌های کلیه مؤسسات بیمه که در ایران کار می‌کنند. ۳- انجام بیمه‌های اتکایی اجباری و قبول بیمه‌های اتکایی اختیاری از مؤسسات داخلی یا خارجی. ۴- واگذاری بیمه‌های اتکایی به مؤسسات داخلی یا خارجی در هر مورد که مقتضی باشد. ۵- ارشاد و هدایت و نظارت بر مؤسسات بیمه و حمایت از آن‌ها در جهت حفظ سلامت بازار بیمه و تنظیم امور نمایندگی و دلالی بیمه و نظارت بر امور بیمه اتکایی و جلوگیری از رقابت‌های مکارانه و ناسالم. عنوان یکی از ارکان بیمه مرکزی، بر اساس ماده ۱۷ قانون فوق به شرح زیر است: وظایف شورای عالی بیمه به ۱- رسیدگی و اظهار نظر نسبت به صدور پروانه تأسیس یا لغو پروانه مؤسسات بیمه طبق مقررات این قانون و پیشنهاد آن به مجمع عمومی. ۲- تصویب نمونه ترازنامه که باید مورد استفاده مؤسسات بیمه قرار گیرد. ۳- تعیین انواع معاملات بیمه و شرایط عمومی بیمه‌نامه‌ها و نظارت بر امور بیمه اتکایی. ۴- تعیین میزان کارمزد و حق بیمه مربوط به رشته‌های مختلف بیمه مستقیم. ۵- تصویب آیین‌نامه‌های لازم برای هدایت امر بیمه و فعالیت مؤسسات بیمه. ۶- رسیدگی و اظهار نظر نسبت به گزارش بیمه مرکزی درباره عملیات و فعالیت‌های مؤسسات بیمه در ایران که حداقل هر شش ماه یک بار باید تسلیم شود. ۷- اظهار نظر درباره هرگونه پیشنهاد که از طرف رئیس شورای عالی بیمه به آن ارجاع می‌شود. ۸- انجام سایر وظایفی که این قانون برای آن تعیین نموده است.	۱- ۲- ۳- ۴- ۵- ۶- ۷- ۸-

منبع:

(Atatalab & Ansari, 2015: 39); (Schaloske and Feldmann, 2021); (Law on the Establishment of Central Insurance of Iran and Insurance, 1971); (IA, 2019); (ASIC, 2023); (IMF, 2012), (IMF, 2013a); (IMF, 2013b); (Bafin, 2022); (Bank of England, 2013); (Şenocak & Kösoğlu, 2021).

- به‌طور کلی می‌توان وظایف اصلی نهادهای ناظر بیمه‌ای در کشورهای مورد مطالعه را در چند محور کلی خلاصه کرد:
- حمایت از حقوق بیمه‌گذاران و سایر ذینفعان و ایجاد سازوکارهای لازم برای تحقق آن؛
 - اطمینان از عملکرد مناسب، با ثبات و یکپارچگی بازار مالی؛
 - شناسایی، پایش و اقدام جهت کاهش یا حذف ریسک‌های سیستمی؛
 - تنظیم مقررات احتیاطی خرد برای بیمه‌گران؛
 - نظارت بر رعایت قوانین و مقررات توسط مؤسسات نظارت‌شونده؛
 - وضع عوارض یا حق نظارت و سایر هزینه‌ها برای نیل به اهداف خود؛
 - نظارت بر توانگری و سرمایه‌گذاری شرکت‌های بیمه؛
 - اعمال مجازات‌های مالی و کیفری برای متخلفین از مقررات بیمه‌ای؛
- آیا ضمانت اجرای اقدامات نظارتی نهاد ناظر در قوانین لحاظ شده است؟
- بر اساس اصل اساسی بیمه‌ای شماره ۱۰ انجمن بین‌المللی ناظران بیمه‌ای، ناظر باید اقدامات تشدیدکننده‌ای برای جلوگیری از نقض الزامات نظارتی توسط یک بیمه‌گر معرفی کند (اقدامات پیشگیرانه)، به نقض الزامات نظارتی توسط یک بیمه‌گر پاسخ دهد (اقدامات اصلاحی)، و آن اقدامات را برای اطمینان از این که بیمه‌گر به نگرانی‌های ناظر پاسخ می‌دهد اجرا کند (اقدامات تحریمی).
- عدم انطباق بیمه‌گر با الزامات نظارتی می‌تواند بیمه‌گذاران را در معرض ریسک قرار داده، ثبات مالی را به خطر افکند یا به سایر اهداف

کلان، تسهیل انتقال تعهدات تحت بیمه‌نامه از یک بیمه‌گر ورشکسته به بیمه‌گری که این انتقال را پذیرفته است، تعلیق مجوز بیمه‌گر، منع افراد کلیدی از چنین نقش‌هایی در آینده.

✓ تأخیر یا تعلیق موقت، کلی یا جزئی پرداخت ارزش بازخرد تعهدات بیمه‌ای یا پیش‌پرداخت قراردادهای کاهش حداکثر نرخ تضمین برای کسب‌وکارهای جدید یا اعمال الزامات ذخیره‌گیری مضاعف.

اگر بیمه‌گر در انجام فعالیت سازگار با الزامات نظارتی موفق نشود، ناظر باید اقدامات اصلاحی اتخاذ کند. راهنمایی که در بالا ارائه شد، در زمان اعمال اقدامات اصلاحی نیز قابل اعمال است. در موارد ضروری و نقض جدی الزامات نظارتی، ناظر می‌تواند مجوز فعالیت بیمه‌گر را لغو کند. ناظر بیمه‌گر را ملزم به انجام اقداماتی درخصوص نگرانی‌های شناسایی شده کرده، به‌صورت دوره‌ای انجام اقدامات توسط بیمه‌گر را بررسی و اثربخشی اقدامات بیمه‌گر را ارزیابی می‌کند. بدین منظور، بیمه‌گر را ملزم به ارائه برنامه برای برطرف کردن مشکل در یک چارچوب زمانی قابل قبول می‌نماید. این برنامه باید شامل اقدامات پیشنهادی بیمه‌گر یا اقدامات پیشگیرانه یا اصلاحی الزام‌شده توسط ناظر باشد. اگر بیمه‌گر قادر به ارائه برنامه قابل قبول نباشد، ناظر باید چنین برنامه‌ای را به بیمه‌گر تحمیل نماید. نتایج اقدامات بیمه‌گر و اثربخشی آن‌ها باید توسط ناظر بررسی شود.

در صورتی که بیمه‌گر نسبت به رفع نگرانی‌های ناظر نسبت اقدام نکند و منجر به تحمیل ریسک مضاعف به بیمه‌گذاران شود، ناظر اقدامات اجرایی پیشگیرانه یا اصلاحی را تشدید می‌کند. این اقدامات می‌تواند شامل صدور دستور رسمی از سوی ناظر به بیمه‌گر برای انجام اقدامات خاص یا توقف انجام فعالیت‌های خاص یا شامل درخواست کمک ناظر از دیگر مقامات یا دادگاه‌ها برای اجرای یک اقدام باشد.

ناظر متناسب با نقض الزامات نظارتی یا سایر تخلفات، تحریم‌هایی شامل اعمال جریمه، منع افراد کلیدی از ایفای نقش‌های مشابه در آینده، و الزام جبران خسارت را علیه بیمه‌گران و افراد اعمال می‌کند که می‌تواند ماهیت اداری، مدنی یا کیفری داشته باشد. تحریم‌های اعمال‌شده توسط ناظر باید متناسب با ماهیت و شدت عدم انطباق بیمه‌گر با الزامات نظارتی و در عین حال، بازدارنده باشد.

قدرت اجرای احکام نهاد ناظر در کشورهای منتخب به شرح جدول ۴ می‌باشد.

نظارتی خدشه وارد کند. هرچه این تهدید با اهمیت‌تر باشد، ناظر باید سریع‌تر عمل کرده و اقدامات مهم‌تری لازم است. چنانچه اقدامات پیشگیرانه یا اصلاحی برای حفظ بیمه‌گر کفایت نکند، لازم است از بازار خارج شده یا منحل شود. این اقدامات در چارچوب نظارتی مستند شده و جهت شفافیت بیشتر، به‌طور عموم منتشر می‌شود. فرایند تصمیم‌گیری باید در مواقع ضرور، امکان اقدام سریع را به ناظر بدهد. در برخی موارد، اجرای اقدامات نظارتی نیازمند تأیید سایر مراجع، نظیر مرجع قضایی است.

ناظر باید قدرت برخورد با افراد یا نهادهایی که بدون مجوز لازم فعالیت‌های بیمه‌ای انجام می‌دهند را داشته باشد. پس از شناسایی فعالیت بدون مجوز، باید افراد یا نهادهای مزبور را مجبور به توقف فعالیت از طریق حکم دادگاه و الزام به اقدام جهت اخذ مجوز نموده و اطلاع‌رسانی به مجریان قانون جزایی/مدنی و اطلاع‌رسانی عمومی را انجام دهد.

در صورتی که احتمال ناسازگاری فعالیت بیمه‌گر با الزامات نظارتی وجود داشته باشد، اقدامات پیشگیرانه اتخاذ می‌شود. تعیین این موارد نیازمند اختیاراتی برای ناظر است که در عین حال باید مبتنی بر ارزیابی باشد. در این موارد، باید سریعاً یا به تناسب اهمیت موضوع با بیمه‌گر مکاتبه شده و ناظر منتظر بازرسی در محل بعدی نماند. ناظر باید نگرانی‌های خود را بلافاصله با هیئت‌مدیره مطرح کند و همچنین، با مدیرعامل و مدیران کلیدی در وظایف کنترلی مکاتبه نماید.

ناظر باید قدرت انجام اقدامات پیشگیرانه زیر را داشته باشد:

✓ محدودیت در فعالیت‌های کسب‌وکار نظیر منع بیمه‌گر از صدور بیمه‌نامه‌های جدید یا انواع محصولات جدید، الزام بیمه‌گر به تغییر شیوه‌های فروش یا سایر فعالیت‌های کسب‌وکاری، عدم تأیید فعالیت‌های کسب‌وکاری یا اکتسابات جدید، محدود کردن انتقال دارایی‌ها، منع بیمه‌گر از ادامه رابطه کسب‌وکاری با یک واسطه یا تأمین‌کننده خارجی یا الزام به تغییر شرایط ارتباط، محدود کردن مالکیت و فعالیت‌های شرکت تابعه چنانچه این فعالیت‌ها موقعیت مالی بیمه‌گر را با مخاطره مواجهه می‌سازد.

✓ ارائه رهنمودهایی برای تقویت موقعیت مالی بیمه‌گر، مانند نیاز به اقداماتی برای کاهش یا حذف ریسک‌ها، الزام به افزایش سرمایه، محدود کردن یا تعلیق پرداخت سود سهام به سهام‌داران، محدود کردن خرید سهام بیمه‌گر.

✓ سایر محدودیت‌ها شامل الزام به تقویت ترتیبات حاکمیتی، کنترل‌های داخلی یا سیستم مدیریت ریسک، الزام بیمه‌گر به تهیه گزارشی درخصوص اقدامات مدنظر وی برای رسیدگی به فعالیت‌های شناسایی شده توسط ناظر از طریق نظارت احتیاطی

جدول ۴- قدرت اجرای احکام نهاد ناظر در کشورهای منتخب

-اختیار برگزاری هیئت‌مدیره و موظف کردن آن‌ها به پیگیری تصمیمات اتخاذ شده. -پیشنهاد به دولت مرکزی جهت انتصاب رئیس برای شرکت‌های بیمه زندگی، قدرت به دست گرفتن فعالیت بیمه‌گر در شرکت‌های بیمه عمومی توسط دولت مرکزی. -جریمه افراد و شرکت‌های بیمه شامل نقض رعایت دستورالعمل‌ها، نقض نگهداری حاشیه توانگری مناسب، اقدام غیرقانونی شرکت‌های بیمه به‌عنوان واسطه بیمه و اعطای تخفیف تحت عنوان واسطه بیمه، قبول کار از دیگر واسطه‌های دارای مجوز، عدم تطابق با مقررات خاص از قانون بیمه و ارائه اطلاعات نادرست. -تعلیق ثبت یک شرکت بیمه در مواردی که مطابق با پیش‌فرض‌ها نبوده یا اقداماتی در جهت نقض الزامات قانونی/ مقررات‌ها/ دستورالعمل/ راهنما/ دستورات قابل اجرا انجام داده باشند. -تأیید کلیه انتصابات مربوط به رؤسای اجرایی یا اداری، مدیران یا CEO (مسئولین ارشد اجرایی)، عزل رئیس یا CEO یک شرکت بیمه در راستای حفاظت از شرکت و انتصاب فرد دیگری به‌عنوان رئیس برای همان پست. وظایف خاصی هستند که مختص دولت مرکزی (یعنی وزارت دارایی) است. به‌طور خاص IRDA نمی‌تواند رئیس برای شرکت‌های بیمه زندگی منصوب کند و این مستلزم ارجاع به دولت مرکزی به همراه دلایل است. دولت مرکزی می‌تواند بعد از دریافت گزارش از IRDA شرکت بیمه را به‌صورت اجباری در اختیار بگیرد به علت این که بیمه‌گر دستورالعمل‌ها را نادیده گرفته یا اقدامات دیگری که به بیمه‌گذاران، سهامداران یا منافع عمومی زیان وارد کرده است.	هند
در مواردی که شرکت‌های بیمه قوانین بیمه‌ای را رعایت نکنند، Bafin اقداماتی را به شرح زیر انجام می‌دهد: ۱- منع پرداخت به سهامداران، بیمه‌گذاران و افراد دیگر اگر ریسک ناتوانی ایفای تعهدات بیمه‌ای وجود دارد. ۲- منع انتقال دارایی‌ها به دیگران و بازخرید سهام بیمه‌گر در بورس. ۳- اعمال محدودیت بر عرضه بی‌قید و شرط دارایی‌های بیمه‌گر در ارتباط با تجدید ساختار دارایی‌ها یا برنامه‌های تأمین مالی. ۴- الزام هیئت نظارت به برکناری اعضای هیئت‌مدیره‌ای که از لحاظ فنی به‌عنوان افراد غیر قابل‌اعتماد یا فاقد صلاحیت شناسایی شدند. قبل از انجام چنین اقدامی، Bafin می‌تواند شرکت بیمه را در مرحله اول به‌صورت غیر رسمی و در مرحله دوم به‌صورت کاملاً رسمی با "کارت زرد" اخطار دهد. ۵- انتصاب یک مأمور ویژه که قدرت هیئت‌مدیره بیمه‌گر به وی انتقال یابد. ۶- لغو پروانه برای عدم رعایت الزامات مربوطه. ۷- ارسال گزارش جرائم کیفری به دفتر دادستان و درخواست از دادگاه برای رسیدگی به پرونده عدم توانگری. از دیگر اختیارات Bafin: - محکومیت به حداکثر ۳ سال حبس یا جریمه برای حسابرس یا دستیار حسابرس که گزارش نادرست ارائه کرده یا حقایق را کتمان نموده است. - محکومیت به جریمه یا حداکثر ۵ سال حبس در صورتی که متخلف در قبال مابه‌ازایی برای خود یا شخص دیگر اقدام نماید و یا با اقدام خود به شخص دیگری آسیب وارد کند. - کسی که مرتکب ارسال صورت‌های مالی نادرست به نهاد ناظر به‌منظور دریافت مجوز برای عملیات بیمه‌ای یا صندوق بازنشستگی، تمدید مجوز یا گرفتن تأیید برای تغییر یک برنامه یا انتقال پرتفوی قراردادهای بیمه‌ای شود محکوم به جریمه یا حداکثر ۳ سال حبس می‌شود. - در صورتی که شخص مسئول (یکی از اعضای هیئت‌مدیره) گزارشات عدم توانگری مالی را نتواند به موقع به نهاد ناظر ارسال کند محکوم به جریمه و یا حداکثر ۳ سال حبس می‌شود. - اگر مقام مسئول (یکی از اعضای هیئت‌مدیره یا هیئت نظارت) به‌عنوان عامل مجاز برای اقدام نظارتی، اطلاعات نادرست ارائه بدهد یا اطلاعات را پنهان نماید یا وانمود کند که اطلاعات مطابق با قانون است، به حداکثر ۳ سال حبس یا پرداخت جریمه محکوم می‌شود.	آلمان
FCA برای ارتقاء استانداردهای رفتار مالی در بازار، از سیاست‌ها و روش‌های زیر استفاده می‌کند: ۱- اجرای احکام جریمه‌های سنگین برای نقض قوانین به‌منظور ارتقاء استانداردهای حرفه‌ای ۲- تعقیب برخی از مدیران ارشد در قبال اعمال آن‌ها ۳- اقدام برای مقابله با کسب‌وکار غیر مجاز ۴- اولویت قائل شدن مستمر جهت دریافت غرامت برای مصرف‌کنندگان ۵- استفاده از اجرای احکام کیفری و حقوقی برای حمایت از مصرف‌کنندگان و اقدام علیه مؤسسات و افراد فاقد استانداردهای مورد نظر شامل: ✓ بازپس گرفتن اختیارات شرکت‌ها ✓ منع افراد از انجام فعالیت‌های قانونی ✓ تعلیق افراد یا مؤسسات از انجام فعالیت‌های قانونی ✓ اعمال جریمه بر مؤسسات یا افرادی که قوانین را نقض می‌کنند یا مرتکب سوء استفاده از بازار می‌شوند. ✓ درخواست از دادگاه برای صدور دستور رعایت مقررات FCA ✓ تعقیب کیفری برای مقابله با جرائم مالی مانند معامله به نفع مؤسسه رقیب یا اخلاف در بازار و یا کسب‌وکار غیر مجاز. همچنین، قانون بازارها و خدمات مالی مصوب سال ۲۰۰۰ (FSMA) به FCA این قدرت را می‌دهد که با خلافاکاری صورت‌گرفته توسط افراد و مؤسساتی که عضو جامعه تحت هدایت و نظارت هستند مقابله کند. برخی از این قدرت‌ها (اختیارات) برای افراد بیرون جامعه مذکور نیز کاربرد دارد. FCA می‌تواند اقدام حقوقی علیه افراد و شرکت‌ها (شامل آن‌هایی که عضو جامعه تحت هدایت و نظارت نیستند) را در دادگاه عالی مطرح کند. اقدامات حقوقی اصلی شامل موارد زیر است: ۱- درخواست صدور حکم رعایت مقررات FCA از دادگاه عالی ۲- درخواست پرداخت جریمه ۳- درخواست صدور حکم ورشکستگی. FPC می‌تواند دستورالعمل‌ها و توصیه‌هایی برای PRA و FCA صادر کند و می‌تواند توصیه‌هایی نیز به سایر نهادها بنماید. تحت اختیار توصیه، FPC می‌تواند از PRA و FCA اقداماتی برای کاهش میزان ریسک بخواهد. ضروری است که PRA توانایی‌های موجود خود جهت اجرای احکام را حفظ نماید یا از طریق اتکا به توانایی اجرای احکام FCA و یا از طریق توسعه توانایی اجرای احکام دائمی محدود خود، به نحوی که بتواند از منابع بیرونی بازار و یا FCA نیز جهت تکمیل توانایی خود در صورت نیاز استفاده نماید. انتظار نمی‌رود که PRA نیاز داشته باشد یا بخواهد خیلی زیاد از قدرت اجرای احکام رسمی استفاده کند.	انگلستان

بانک نگارا دارای قدرت اجرای احکام بوده و می‌تواند اقداماتی علیه کسانی که تخلف می‌کنند یا از قوانین و مقررات پیروی نمی‌کنند انجام دهد. این اقدامات ممکن است به‌طور همزمان و یا جدا از اقدام کیفری که تنها در حوزه اختیارات دادستان کل است انجام گیرد. از این‌رو صرف‌نظر از هرگونه تصمیم‌گیری در اقدامات کیفری، بانک تحت قانون خدمات مالی ۲۰۱۳ و قانون خدمات مالی اسلامی ۲۰۱۳ مجاز به برخورد اداری می‌باشد. این امر شامل تحمیل مجازات‌های پولی، صدور دستورات لازم به‌منظور رعایت آن توسط مؤسسه متخلف، توبیخ‌های رسمی عمومی و یا غیرعلنی و صدور دستور انجام اقدامات لازم برای کاهش یا توقف نقض قوانین است. هدف از انجام این کار تکامل سیستم مالی و اطمینان به آن است. بانک نگارا روابط کاری نزدیکی با دادستان کل و دیگر سازمان‌های اجرایی مانند پلیس مرکزی، کمیسیون شرکت‌های مالی، کمیسیون تعاونی مالی، کمیسیون اوراق بهادار مالی، کمیسیون مبارزه با فساد مالی، گمرک سلطنتی مالی، وزارت تجارت داخلی، تعاونی‌ها و حمایت از مصرف‌کنندگان و امنیت فضای مجازی مالی دارد.	مالزی
APRA از عوارض جمع‌شده از بخش مالی برای نظارت بر صنعت مالی استفاده می‌کند. عدم پرداخت عوارض مشمول پرداخت جریمه تأخیر می‌شود. این هزینه به‌عنوان یک هزینه مالی شناخته می‌شود و در صورت‌حساب‌های ماهانه منعکس می‌گردد و فوراً باید تسویه گردد. اگر شرکت صورت‌حساب خود را پرداخت نکند یا پرونده اختلاف (مغایرت حسابی) در APRA ثبت نکند اقدام قانونی جهت بازپایافت مبلغی که به APRA بدهکار است، از طریق وکیل دولت استرالیا انجام خواهد شد. هزینه‌های مرتبط با این پیگیری بر عهده شرکت خواهد بود. APRA دارای قدرت اجرای احکام زیر می‌باشد: ۱- درخواست حسابرسی هدفمند یا بررسی با هدف خاص در مورد شرکت‌های بیمه عمومی ۲- آغاز تحقیقات رسمی در مورد شرکت‌های بیمه عمومی و یا آغاز دادرسی کیفری ۳- اعمال محدودیت‌هایی روی ثبت مجوز شرکت‌های بیمه عمومی و بیمه‌گران زندگی ۴- صدور دستورالعمل‌ها از جمله دستورالعمل‌های افزایش سرمایه برای شرکت‌های بیمه عمومی و دادن اخطار به شرکت‌های بیمه زندگی در رابطه با وجوه قانونی لازم. ۵- گرفتن تعهد لازم‌الاجرای کتبی از بیمه‌گر برای انجام کاری یا منع کاری در یک دوره توافق شده. ۶- درخواست محدود کردن عملکرد مؤسسه از دادگاه فدرال. دادگاه ممکن است علاوه بر یا در ازای حکم توقف فعالیت، به شخص دستور دهد که خسارت افراد دیگر را بپردازد. ۷- عزل یا سلب صلاحیت افراد ۸- درخواست تولىت قضایی ۹- انتقال اجباری پرتفو در شرایط خاص. APRA می‌تواند تمام یا بخشی از فعالیت‌های شرکت بیمه عمومی یا شرکت بیمه زندگی را به شرکت بیمه دیگری انتقال دهد. دارایی‌ها و مسئولیت‌های شرکت بیمه می‌تواند به یک شرکت غیر بیمه‌ای (مانند شرکت مدیریت دارایی) انتقال یابد. ۱۰- لغو مجوز شرکت‌های بیمه عمومی به دلایل خاص. لغو ثبت شرکت‌های بیمه زندگی فقط به‌صورت داوطلبانه یا به علت ورشکستگی می‌تواند انجام گیرد و در چارچوب اختیارات اجرای احکام نیست. به‌عنوان یک راهکار، APRA محدودیت‌هایی را روی صدور بیمه‌گران زندگی اعمال می‌کند، به‌عنوان مثال ممانعت از انجام فعالیت‌های جدید. تصمیمات اجرای احکام APRA از لحاظ عدم مغایرت با سایر قوانین توسط دادگاه تجدید نظر اداری مورد تجدید نظر قرار می‌گیرد و نظرات AAT نهایی تلقی می‌شود. در عین حال اختیار برخی از مصوبات مربوط به شرایط بحرانی مؤسسات تحت نظارت، نظیر انتقال اجباری پرتفو، از بررسی توسط این دادگاه مستثنی می‌باشد؛ یا مواردی نظیر سلب صلاحیت افراد و انتصاب مدیران از طریق درخواست از دادگاه‌ها در دسترس خواهد بود. مجازات‌های اقتصادی برای نقض الزامات قانونی: اگر فردی اطلاعات یا مدارک نادرست یا گمراه‌کننده به نهادی از کشورهای مشترک‌المنافع از جمله APRA بدهد مجازات این جرم ۱۲ ماه حبس است. بیمه‌گری که نتواند اطلاعات درخواستی APRA را در بازه زمانی مشخص تهیه نماید مجازات می‌شود. اختیارات ASIC جهت نظارت: - توقف انتشار محصولات مالی معیوب تحت مقررات افشا - بررسی موارد مشکوک به نقض قانون و در انجام این بررسی مطالبه ارائه مدارک یا پاسخگویی به سؤالات - صدور اخطارهای تخلف در ارتباط با موارد مظنون به نقض برخی قوانین - درخواست مجازات حقوقی از دادگاه - شروع پیگرد قانونی از طریق دادستانی مواردی که تحت آن ASIC جریمه تأخیر مطالبه می‌کند: ۱- جریمه تأخیر در ارسال اسناد و مدارک در دوره زمانی مشخص ۲- عدم پرداخت به موقع حق نظارت.	استرالیا

دلایل اعمال اختیارات: (الف) ناظر، اعمال قدرت را برای حمایت از بیمه‌گذاران در برابر خطری که ممکن است بیمه‌گر نتواند به تعهدات خود پاسخ دهد یا انتظارات معقول بیمه‌گذاران را برآورده کند، مطلوب می‌داند. (ب) از نظر ناظر، بیمه‌گر اطلاعات گمراه‌کننده یا نادرستی را به موجب یا برای اهداف هر یک از مفاد قانون بیمه یا هر فرمانی که به موجب آن لغو شده است، به سازمان ارائه کرده است. (ج) پوشش اتکایی کافی برای طبقات ریسکی که از نظر وی لازم است، اخذ نشده باشد. (د) دلیلی وجود داشته باشد که بر اساس آن ناظر از مجوز دادن به بیمه‌گر منع شود. محدودیت‌های قابل اعمال عبارتند از: (۱) الزام بیمه‌گر به اصلاح جمله‌بندی هر بیمه‌نامه یا طبقه‌ای از بیمه‌نامه‌ها؛ یا حق بیمه قابل پرداخت در رابطه با هر نوع بیمه‌نامه یا طبقه‌ای از بیمه‌نامه‌ها. (۲) الزام بیمه‌گر به عدم انعقاد هیچ‌گونه قرارداد بیمه یا قرارداد بیمه‌ای با شرح مشخص، عدم تغییر هیچ‌گونه قرارداد بیمه‌ای با توصیف مشخص. (۳) عدم انجام سرمایه‌گذاری در یک طبقه یا شرح مشخص یا تحقق کل یا نسبت معینی از سرمایه‌گذاری‌های یک طبقه یا شرح مشخصی که در زمان تحمیل الزامات سرمایه توسط بیمه‌گر نگهداری می‌شود، قبل از انقضای یک دوره معین. (۴) نگهداری دارایی‌های یک بیمه‌گر به ارزشی که در هر زمان برابر با کل یا نسبت مشخص به‌عنوان دارایی نگهداری شده در هنگ‌کنگ یا برای اهداف الزامی تحت این بخش. (۵) تلقی/عدم تلقی دارایی‌های یک طبقه یا شرح مشخص به‌عنوان دارایی نگهداری شده در هنگ‌کنگ برای اهداف الزامی تحت این بخش. (۶) لحاظ بدهی‌های داخلی یک بیمه‌گر مجاز، یا چنین بدهی‌هایی از هر طبقه یا شرحی، پس از کسر بخش بیمه اتکایی، به‌عنوان بدهی خالص (در محاسبه مبلغ هر یک از بدهی‌ها برای اهداف این بخش، همه بدهی‌های احتمالی و محتمل‌الوقوع باید در نظر گرفته شوند، اما بدهی‌های مربوط به حقوق صاحبان سهام در نظر گرفته نمی‌شود). (۷) الزام بیمه‌گر برای نگهداری کل یا نسبت مشخصی از دارایی‌هایی که الزامات طبق آن بخش در مورد آن اعمال می‌شود، توسط شخص مورد تأیید ناظر به‌عنوان امین بیمه‌گر. دارایی که توسط شخص امین برای بیمه‌گر مجاز در انطباق با الزامات مقرر در این بخش نگهداری می‌شود، تا زمانی که این الزام لازم‌الاجرا است، آزاد نمی‌شود مگر با موافقت ناظر. (۸) اگر رهن یا هزینه‌ای توسط بیمه‌گر در زمانی ایجاد شود که الزامی بر بیمه‌گر تحمیل شده باشد، رهن یا هزینه‌ای است که به هر دارایی که توسط شخص امین نگهداری می‌شود، تضمین^۱ می‌دهد. رهن یا هزینه تا حدی که چنین تضمینی را به همراه داشته باشد در مقابل مدیر تصفیه^۲ و هر طلبکار بیمه‌گر باطل خواهد بود. (۹) الزام بیمه‌گر به انجام تمام اقدامات لازم برای اطمینان از اینکه مجموع حق بیمه‌ها پس از کسر حق بیمه قابل پرداخت برای بیمه اتکایی، در قبال تعهدی که بیمه‌گر در طول دوره مشخصی از تعهدات در جریان انجام کسب‌وکار عمومی یا هر بخش مشخصی از چنین کسب‌وکاری دارد، دریافت شود و یا از مبلغ مشخصی تجاوز نکند. (۱۰) درخواست از شخص اکچوئر برای ارزیابی وضعیت مالی بیمه‌گر (شامل ارزیابی بدهی‌ها و تعیین ارزش دارایی‌ها) در رابطه با کسب‌وکار یا هر بخش مشخصی از کسب‌وکار تا یک تاریخ مشخص و تهیه چکیده‌ای از گزارش تحقیقات و بیانیه‌ای درخصوص کسب‌وکار بلندمدت یا قسمتی از آن. چکیده یا بیانیه باید به اعضای اعضای هیئت‌مدیره برسد. (۱۱) الزام بیمه‌گر به تودیع هرگونه اسنادی که مورد نیاز است در مدت مشخص شده (تاریخی که نباید زودتر از ۳ ماه قبل از پایان آن دوره و نه زودتر از یک ماه پس از تاریخی که در آن الزام اعمال می‌شود، باشد). (۱۲) الزام بیمه‌گر به ارائه اطلاعات، تهیه دفترچه یا اوراق مربوط به موضوعات مشخصی که به شیوه‌ای مشخص تأیید شده است، در زمان‌ها یا فواصل زمانی معین (به نهاد ناظر یا شخص مجاز دارای اختیار از طرف ناظر). (۱۳) الزام بیمه‌گر به انجام اقداماتی در مورد امور، کسب‌وکار یا دارایی خود، آن طور که ناظر مناسب تشخیص می‌دهد. و انتصاب شخصی به‌عنوان مشاور بیمه‌گر طی آن دوره و یا انتصاب مدیری^۳ جهت اداره امور، کسب‌وکار و اموال بیمه‌گر. نکات: ناظر در رابطه با بیمه‌گری که دادگاه بدوی در رابطه با آن حکم انحلال را صادر کرده، دسترسی نمی‌دهد. دستور داده شده باید (الف) کتبی باشد؛ (ب) به بیمه‌گر مشخص شده به‌طور مستقیم ارائه شود؛ (ج) فوراً به اجرا درآید؛ (د) نام و نشانی مشاور یا مدیری را که حسب مورد در مورد آن بیمه‌گر منصوب شده است، ذکر شود؛ و (ه) اطلاعیه دستور داده شده توسط مقام در روزنامه و به طرق دیگری که برای اطلاع عموم مصلحت به نظر می‌رسد منتشر می‌شود. (۱۴) در صورت عدم تعادل بین ارزش دارایی‌های بیمه‌گر نسبت به مقدار بدهی‌ها، الزام بیمه‌گر به (الف) ارائه طرحی برای احیای وضعیت مالی سالم؛ (ب) اجرای هر گونه طرحی که توسط ناظر پذیرفته شده است. (۱۵) در صورت کاهش ارزش دارایی‌های بیمه‌گر نسبت به مقدار بدهی‌ها به کمتر از مقداری که طبق قوانین مقرر تجویز یا تعیین می‌شود، الزام بیمه‌گر به (الف) ارائه یک طرح مالی کوتاه‌مدت؛ (ب) اجرای هرگونه طرحی که توسط ناظر به‌عنوان کافی پذیرفته شده است (در تعیین ارزش دارایی‌ها و میزان بدهی‌های یک بیمه‌گر، ناظر ممکن است هرگونه سرمایه سهام پرداخت نشده، سود آتی و ذخایر پنهان^۴ بیمه‌گر را در نظر بگیرد). نکات قابل توجه: (الف) قبل از اعمال اختیارات ذکر شده نسبت به بیمه‌گر، ناظر باید اخطار کتبی به بیمه‌گر ارسال کرده و در آن قید کند که در حال بررسی اعمال آن قدرت و زمینه‌ای است که ناظر بر اساس آن اعمال قدرت را در نظر می‌گیرد؛ و بیمه‌گر می‌تواند ظرف مدت یک ماه از تاریخ ابلاغ اخطاریه، اظهارات کتبی خود را به ناظر ارائه کند و در صورت درخواست بیمه‌گر، اظهارات شفاهی را برای شخصی که برای این منظور از سوی ناظر تعیین شده است، ارائه دهد. (ب) اطلاعیه تحت این بخش باید جزئیاتی را در مورد دلیلی که ناظر بر اساس آن اعمال اختیار را در نظر می‌گیرد ارائه کند. (ج) قبل از اعمال هرگونه قدرت یا اختیاراتی در رابطه با بیمه‌گر، اخطاریه کتبی به هر شخصی که مدیر یا کنترل‌کننده بیمه‌گر است و این مقام برای تصدی وی مناسب و شایسته نیست، ارسال شده و در آن قید شود که ناظر در حال بررسی اعمال قدرت یا اختیاراتی است که به وی اعطا شده است، و شخصی که اخطاریه به او ابلاغ می‌شود می‌تواند ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ اخطاریه، اظهارات کتبی به ناظر و در صورت درخواست آن شخص، برای شخصی که برای این هدف توسط ناظر منصوب شده است ارسال نماید. اخطاریه باید جزئیاتی را در مورد دلیلی که مقامات بر اساس آن اعمال اختیار یا اختیارات مورد نظر را بررسی می‌کنند، ارائه کند. (د) در صورتی که به نظر ناظر دیگر لازم نیست که این الزامات به قوت خود باقی بماند، ناظر ممکن است الزامی را که وضع شده است، لغو کند و یا هر از چند گاهی چنین الزاماتی را تغییر دهد. (۱۶) هر شخصی که (الف) در انطباق با هر الزامی که تحمیل شده است، اهمال کند؛ (ب) به‌عنوان مدیر اجرایی، مدیر یا کنترل‌کننده بیمه‌گر عمل بدون دلیل منطقی از رعایت هر یک از الزامات کوتاهی کند؛ یا (ج) عمداً مانع، مقاومت یا تأخیر ایجاد کند؛ مرتکب جرم شده و محکوم به پرداخت جریمه نقدی و حبس به مدت زمان معین و مقرر در قانون است. (۱۷) شخصی که بر اساس الزامات، عمداً یا سهواً اطلاعاتی را ارائه می‌دهد که در یک ماده خاص نادرست است، مرتکب جرم شده و محکوم به جزای نقدی و حبس می‌باشد.	هنگ‌کنگ
--	---------

- 1- Conferring a security
- 2- Liquidator
- 3- Manager
- 4- Hidden reserves

بر اساس قانون شرکت‌های بیمه قدرت اجرای احکام زیر به وزیر دارایی واگذار شده است: ۱- اعمال محدودیت بر دارایی‌هایی که یک شرکت بیمه می‌تواند داشته باشد، جهت تأمین منافع سیستم مالی کانادا به بهترین نحو. ۲- دستور انتقال سهام هر شخصی که در یک شرکت بیمه تحت نظارت فدرال در نقض مقررات مربوطه سهم دارد. OSFI قدرت اجرای احکام زیر را دارد: ۱- دستور بازگشت وظایف مدیریتی برون‌سپاری شده، اگر تمام یا بخش عمده‌ای از وظایف برون‌سپاری شده نامناسب به نظر رسد. ۲- عزل یک فرد از سمت رئیس یا مدیر ارشد؛ ۳- لغو انتصاب یک حسابرس؛ ۴- دستور اعاده سرمایه‌گذاری‌های یک شرکت بیمه تحت نظارت فدرال به علت تخلف از قانون شرکت‌های بیمه؛ ۵- لغو، تعلیق یا اصلاح یک تأییدیه؛ ۶- کنترل دارایی شرکت بیمه تحت نظارت فدرال و دارایی‌های تحت مدیریت آن؛ ۷- درخواست صدور دستور انحلال مؤسسه‌ای تحت قانون انحلال و یا تجدید ساختار از دادستان کل؛ ۸- درخواست قرار صادره از دادگاه برای جلوگیری از ادامه نقض قانون شرکت‌های بیمه یا قوانین مرتبط. OSFI به ندرت از قدرت اجرای احکام خود استفاده می‌کند و ترجیح می‌دهد مسائل را از طریق ترغیب اخلاقی که خوب هم عمل می‌کند حل کند. برای مثال OSFI اشخاص مسئول در شرکت‌های بیمه تحت نظارت فدرال را عزل نمی‌کند و از اقدامات داوطلبانه استفاده می‌کند. OSFI می‌تواند کنترل دارایی‌های شرکت بیمه تحت نظارت فدرال یا خود شرکت را تحت شرایط زیر بر عهده بگیرد: ۱- عدم عمل به تعهدات یا عدم تمایل به پرداخت تعهداتی که موعد آن‌ها رسیده است. ۲- دارایی‌ها برای پوشش تعهدات به بیمه‌گذاران و طلبکاران کافی نباشد. ۳- دارایی‌ها به‌صورت مطلوبی به حساب نیامده باشند. ۴- سرمایه قانونی به سطح خاصی برسد یا کاهش آن به روشی ادامه پیدا کند که ممکن است برای بیمه‌گذاران یا طلبکاران زیان‌آور باشد. ۵- عدم رعایت دستور صادره توسط سرپرست OSFI در زمینه سرمایه/دارایی. ۶- هر گونه امور دیگری که ممکن است به منافع بیمه‌گذاران و طلبکاران یا صاحبان دارایی‌های تحت مدیریت بیمه‌گران زیان وارد کند. در صورتی که برای دادگاه محرز شود که شخص محکوم منافع مالی نیز کسب کرده است، می‌تواند جریمه اضافی معادل سه برابر منافع مالی برآورد شده را اعمال نماید. جریمه‌ها با در نظر گرفتن موارد زیر به روش تناسبی اعمال می‌شود: ۱- درجه تعدد یا قصور ۲- زیان وارد شده بواسطه تخلف ۳- سابقه ۵ سال گذشته فردی که مرتکب تخلف شده ۴- سایر معیارهای تعیین شده. حداکثر جریمه برای یک تخلف: الف- برای شخص حقیقی، ۱۰۰۰۰ دلار کانادا برای تخلف کوچک و ۵۰۰۰۰ دلار کانادا برای تخلف جدی و مهم و ۱۰۰۰۰۰ دلار کانادا برای یک تخلف بسیار خطرناک. ب- برای مؤسسات، ۲۵۰۰۰ دلار کانادا برای تخلف کوچک، ۱۰۰۰۰۰ دلار کانادا برای تخلف جدی و مهم و ۵۰۰۰۰۰ دلار کانادا برای تخلف بسیار خطرناک. جریمه‌ها برای گزارش‌دهی با تأخیر و یا نادرست، با نرخ ثابت روزانه بر مبنای ارزش کل دارایی‌های شرکت بیمه تحت نظارت فدرال می‌باشد. تخلفات از قانون شرکت‌های بیمه و قوانین مرتبط آن توسط دستگاه‌های سلطنتی مورد پیگرد قرار می‌گیرد و مجازات‌های اقتصادی توسط دادگاه‌های کانادا اعمال می‌شود. دادگاه‌ها از سازگاری مجازات‌های اقتصادی در مورد مؤسسات تحت پیگرد اطمینان حاصل می‌کنند. برای اطمینان از سازگاری و منصفانه بودن جریمه‌های پولی اداری اعمال شده بر شرکت‌های بیمه تحت نظارت فدرال، OSFI راهنمای داخلی و کمیته جریمه‌های پولی اداری پیشنهادهای برای بازبینی تخلف‌ها دارد. AMF کبک می‌تواند رأساً یا بنا به درخواست، هر گونه تحقیقی را اگر دلیل منطقی داشته باشد برای اطمینان از این که تخلف از قوانین تحت صلاحیت خود رخ داده باشد انجام دهد. اشخاصی که مأموریت تحقیق به آن‌ها داده می‌شود دارای اختیارات و مصونیت‌های مأمورین عالی رتبه‌ای که تحقیق و تفحص می‌کنند خواهند بود. قدرت اجرای احکام AMF شامل: الف- برای بیمه‌گران: اعمال جریمه پولی به‌عنوان مجازات اقتصادی حداکثر تا یک میلیون دلار کانادا، به‌عنوان مثال اگر شرکت بیمه خلاف قوانین رفتار کند؛ تحمیل محدودیت یا تغییر شرایط پروانه؛ درخواست دستور به انجام کاری یا عدم انجام کاری از سوی شرکت بیمه از دادگاه عالی؛ شروع اقدام کیفری اگر خلافی تحت قانون بیمه کبک مرتکب شده باشند؛ دستور به شخص حقوقی یا شرکاء جهت توقف انجام یک کار یا انجام اقدامات خاص. ب- برای واسطه‌ها و نماینده‌ها: تعلیق یا لغو پروانه و/یا اعمال محدودیت‌ها و شرایطی بر توزیع فعالیت‌هایشان؛ اعمال مجازات‌های اداری و جریمه؛ درخواست اعمال مجازات‌های اداری و دستورهای ویژه مثل منع از فعالیت به‌عنوان رئیس یا صاحب منصب، مسدود کردن دارایی‌ها، دستور به یک نماینده یا مؤسسه جهت ارائه گزارشی از فعالیت‌ها و رویه‌ها، دستور کناره‌گیری و غیره؛ اعمال مجازات اداری که از ۱۰۰۰۰۰ دلار کانادا تجاوز نکند، برای یک بیمه‌گر یا نماینده برای عدم رعایت قانون نمایندگی؛ دستور به شرکت بیمه جهت توقف فروش محصول بیمه‌ای از طریق نمایندگان؛ نهادینه‌سازی اقدام کیفری برای عمل کردن بر خلاف قانون نمایندگی؛ درخواست از دادگاه عالی کبک جهت صدور انتصاب قیم به دلایل خاص. رویکرد FSCO در انتابو برای اجرای احکام به‌صورت تدریجی است، به‌طوری که مجازات به تناسب شدت تخلف می‌باشد. قدرت اجرای احکام آن شامل دستور توقف عملیات، تعلیق، لغو یا اعمال شرایطی بر پروانه یا مجازات پولی اداری است. قبل از انجام اقدامات به شخص متخلف فرصتی جهت ارائه توضیحات داده می‌شود. FSCO اخیراً اداره انضباط مقرراتی را ایجاد کرده که به‌صورت فعالانه جهت شناسایی مسائل و روندهای صنعت عمل می‌کند.	کانادا
اجرای قانون از طریق سیستم قضایی ترکیه فرآیندی طولانی است. اکثریت قریب به اتفاق دعاوی بیمه‌ای توسط دادگاه‌های تجارت بدوی رسیدگی می‌شود. علاوه بر سایر موانع دعوای حقوقی ترکیه، فقدان تجربه و تخصص کافی همراه با ناکافی بودن مقررات قانونی قانون تجارت قدیمی (که با قانون تجارت جدید ترکیه (TCC) از ۱ ژوئیه ۲۰۱۲ جایگزین شد) به عدم اطمینان قابل توجهی در مورد نتایج دادگاه منجر می‌شود. از این رو سازوکارهای خارج از دادگاه اغلب مورد استفاده قرار می‌گیرد. به غیر از این ترتیبات حل‌وفصل از طریق داوری و داوطلبانه، میانجیگری اجباری قبل از دعاوی دادگاه برای اختلافات تجاری نیز وجود دارد که توسط قانونگذار معرفی شده است. در سال ۲۰۰۷، سیستم داوری بیمه داوطلبانه به‌عنوان جایگزینی برای رسیدگی دادگاه معرفی شد. اگرچه تصمیمات دادگاه در اصل الزام‌آور نیستند، اما دادگاه‌های محلی در صدور احکام خود به‌شدت به احکام دادگاه عالی استیناف^۱ تکیه می‌کنند. با این حال، رویه قضایی ثابت و منسجمی با توجه به تحلیل و تفسیر شرایط و ضوابط بیمه در اکثر اختلافات وجود ندارد، به‌ویژه اگر اختلاف نیاز به تخصص فنی یا مهندسی داشته باشد، زیرا این‌گونه اختلافات بیشتر از طریق حل و فصل خارج از دادگاه حل می‌شود.	ترکیه

به موجب ماده ۴۰ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری ۱- در صورت تقاضای دارنده پروانه ۲- در صورتی که مؤسسه بیمه تا یک سال پس از صدور پروانه عملیات خود را شروع نکرده باشد. ۳- در مواردی که به تشخیص بیمه مرکزی ایران وضع مالی مؤسسه بیمه طوری باشد که نتواند به تعهدات خود عمل نماید یا بر بیمه مرکزی ایران ثابت گردد که ادامه فعالیت مؤسسه به زیان بیمه‌گذاران و بیمه‌گذاران و یا صاحبان حقوق آن‌ها است، پروانه بیمه برای تمام رشته‌ها و یا رشته‌های معینی پس از موافقت شورای عالی بیمه با تصویب مجمع عمومی بیمه مرکزی ایران ابطال خواهد شد. طبق ماده ۵۲ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری ابطال پروانه یک مؤسسه بیمه برای کلیه عملیات بیمه‌ای از موارد انحلال مؤسسه است. بر اساس ماده ۴۲ همان قانون در صورتی که پروانه مؤسسه بیمه‌ای طبق ماده ۴۰ باطل گردد، مؤسسه مزبور می‌تواند ظرف ۳۰ روز به هیئت وزیران مراجعه و لغو تصمیم متخذه را درخواست کند. نظر هیئت وزیران قطعی است. همچنین به موجب ماده ۴۱ قانون مذکور در مواردی که مؤسسه بر خلاف اساسنامه خود یا قوانین و مقررات بیمه رفتار کند به پیشنهاد بیمه مرکزی ایران و تصویب شورای عالی بیمه به‌طور موقت از قبول بیمه در رشته‌های معین ممنوع خواهد شد. در خصوص انحلال و ورشکستگی بر اساس ماده ۵۱ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری در صورتی که ورشکستگی یک مؤسسه بیمه اعلام شود دادگاه مکلف است قبل از اتخاذ هرگونه تصمیم، نظر بیمه مرکزی ج.ا.ایران را جلب نماید. دادگاه با توجه به نظر بیمه مرکزی تصمیم قطعی اتخاذ خواهد کرد.

طبق ماده ۵۹ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری، بیمه مرکزی ایران به‌منظور حفظ حقوق بیمه‌گذاران و بیمه‌شدگان و صاحبان حقوق آن‌ها یا به ملاحظات اقتصادی و حمایت امر بیمه می‌تواند با تأیید شورای عالی بیمه و تصویب مجمع عمومی بیمه مرکزی ایران مؤسسات بیمه‌ای را که وضع مالی یا اداری آن‌ها رضایت‌بخش نیست، مکلف نماید که در یکی از مؤسسات بیمه دیگری که موافق باشند ادغام شوند و در صورتی که ادغام صورت نگیرد پروانه مؤسسه‌ای که وضع مالی یا اداری آن‌ها رضایت‌بخش نیست طبق مقررات این قانون لغو خواهد شد. تصمیم بیمه مرکزی ایران علاوه بر ابلاغ کتبی به مؤسسات مورد نظر در روزنامه رسمی کشور و در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران و عنداللزوم در یکی از روزنامه‌های محلی به اطلاع عموم خواهد رسید.

از دیگر اقدامات بیمه مرکزی در صورت عدم اجرای مفاد آیین‌نامه‌ها و قوانین مربوطه به موارد زیر می‌توان اشاره نمود:

ماده ۲۸ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث؛ بیمه مرکزی ایران موظف است بر حسن اجرای این قانون نظارت نماید و در صورت عدم اجرای مفاد آن از سوی هر یک از شرکت‌های بیمه، حسب مورد متخلف را به پرداخت جریمه نقدی حداکثر تا مبلغ ده برابر حداقل تعهدات بدنی موضوع ماده ۴ این قانون ملزم نموده و یا با تأیید شورای عالی بیمه، پروانه فعالیت شرکت مذکور را در یک یا چند رشته بیمه برای مدت حداکثر یک سال تعلیق نماید و با تأیید شورای عالی بیمه و تصویب مجمع عمومی بیمه مرکزی ایران پروانه فعالیت آن شرکت را در یک یا چند رشته بیمه به‌طور دائم لغو کند. جریمه موضوع این ماده به حساب صندوق تأمین خسارت‌های بدنی واریز خواهد شد.

ماده ۳۵ آیین‌نامه شماره ۶۸ (بیمه‌های زندگی و مستمری)؛ در صورت عدم اجرای مفاد این آیین‌نامه توسط مؤسسه بیمه، بیمه مرکزی می‌تواند حسب مورد هر یک از اقدامات زیر را انجام دهد:

- ۱- تذکر شفاهی به مدیران فنی، مدیر عامل و هیئت‌مدیره شرکت بیمه
- ۲- اخطار کتبی به مدیران فنی، مدیر عامل و هیئت‌مدیره شرکت بیمه
- ۳- اعلام سلب صلاحیت مسئول فنی، مدیر فنی، معاون فنی یا مدیر عامل شرکت بیمه
- ۴- تعلیق پروانه فعالیت مؤسسه بیمه با تصویب شورای عالی بیمه

ماده ۱۹ آیین‌نامه شماره ۷۶ (نحوه واگذاری بیمه‌های اتکالی اجباری و میزان کارمزد و مشارکت در سود آن)؛ بیمه مرکزی می‌تواند در صورت عدم اجرای مفاد این آیین‌نامه توسط هر یک از مؤسسات بیمه، با تأیید هیئت عامل یک یا چند مورد از اقدامات ذیل را اعمال نماید:

- ۱- تذکر کتبی به مؤسسه بیمه
 - ۲- عدم پرداخت تمام یا قسمتی از کارمزد و یا کارمزد منافع به تشخیص بیمه مرکزی
 - ۳- انجام سایر اقدامات پیش‌بینی شده در قوانین و مقررات مربوطه از قبیل سلب صلاحیت، تعلیق فعالیت شرکت بیمه در یک یا چند رشته بیمه‌ای معین و ...
- مواد ۷ و ۹ آیین‌نامه شماره ۸۸ (گزارشگری و افشای اطلاعات مؤسسات بیمه)؛ بیمه مرکزی اطلاعات مربوط به رویدادهای زیر را حسب مورد در روزنامه‌های کثیرالانتشار یا پایگاه اطلاع‌رسانی خود افشا می‌کند:

- ۱- اخطار کتبی به مدیران مرتبط مؤسسه بیمه که ناشی از تخلف از قوانین و مقررات بوده و مستند به تصمیم هیئت عامل بیمه مرکزی باشد.
- ۲- صدور، تعلیق و یا لغو پروانه (مجوز) فعالیت مؤسسه بیمه در یک یا چند رشته بیمه‌ای مستقیم یا اتکالی
- ۳- تصمیم مؤسسه بیمه به توقف فعالیت در یک یا چند رشته بیمه مستقیم یا اتکالی
- ۴- گزارش وضعیت توانگری مالی مؤسسه بیمه
- ۵- ادغام یا انتقال پرتفوی مؤسسه بیمه به سایر مؤسسات بیمه
- ۶- انحلال یا ورشکستگی مؤسسه بیمه
- ۷- سایر اطلاعاتی که از لحاظ حفظ منافع بیمه‌گذاران، بیمه‌شدگان و صاحبان حقوق آن‌ها لازم است.

بیمه مرکزی بر حسن اجرای مفاد این آیین‌نامه نظارت می‌نماید و در صورت قصور یا تخلف در اجرای آن حسب مورد اقدامات ذیل را به عمل می‌آورد:

- ۱- اخطار کتبی به مدیران مرتبط مؤسسه بیمه
 - ۲- سلب صلاحیت حرفه‌ای مدیران مرتبط مؤسسه بیمه
 - ۳- پیشنهاد تعلیق فعالیت مؤسسه بیمه در یک یا چند رشته بیمه‌ای یا تمام رشته‌ها به شورای عالی بیمه
 - ۴- پیشنهاد لغو پروانه فعالیت مؤسسه بیمه در یک یا چند رشته بیمه‌ای یا تمام رشته‌ها به شورای عالی بیمه.
- مواد ۱۷ و ۱۸ آیین‌نامه شماره ۸۵ (آیین‌نامه تنظیم امور ارزیابی خسارت بیمه‌ای)؛ در صورت عدم اجرای مفاد این آیین‌نامه توسط مؤسسات بیمه، بیمه مرکزی می‌تواند حسب مورد اقدامات زیر را انجام دهد:

- ۱- تذکر کتبی به مدیر عامل و هیئت‌مدیره یا مدیران فنی مؤسسه بیمه
- ۲- اخطار کتبی به مدیر عامل و هیئت‌مدیره یا مدیران فنی مؤسسه بیمه
- ۳- سلب صلاحیت مدیر عامل، هیئت‌مدیره یا مدیران فنی ذریع مؤسسه.

در صورت عدم اجرای مفاد این آیین‌نامه توسط ارزیاب خسارت، بیمه مرکزی می‌تواند حسب مورد اقدامات زیر را انجام دهد:

- ۱- تذکر کتبی به ارزیابان خسارت بیمه‌ای
- ۲- اخطار کتبی به ارزیاب خسارت بیمه‌ای
- ۳- تعلیق پروانه ارزیاب خسارت بیمه‌ای از سه ماه تا یکسال
- ۴- لغو پروانه فعالیت ارزیاب خسارت بیمه‌ای.

مواد ۹، ۱۰ و ۱۳ آیین‌نامه شماره ۹۰ (نحوه احراز صلاحیت حرفه‌ای کارکنان کلیدی و عملیاتی مؤسسات بیمه)؛ بیمه مرکزی می‌تواند اقدامات زیر را انجام دهد:

صلاحیت حرفه‌ای کارکنان کلیدی مؤسسات بیمه را لغو نماید:

- ۱- در صورت احراز تخلف هر یک از کارکنان کلیدی مؤسسات بیمه از قوانین و مقررات بیمه‌ای که به موجب مصوبات شورای عالی بیمه مشمول یا مستوجب سلب صلاحیت حرفه‌ای باشد.
 - ۲- در صورتی که هر یک از کارکنان کلیدی شرایط موضوع ماده ۲ این آیین‌نامه را از دست بدهد یا مستنداتی کشف شود مبنی بر این که وی از ابتدا شرایط ماده مذکور را نداشته است.
 - ۳- ارائه هر گونه اطلاعات کذب و خلاف واقع و یا همراه کننده توسط کارکنان کلیدی به بیمه مرکزی یا اکچوئر رسمی بیمه
- تبصره- در احکام لغو تأییدیه صلاحیت حرفه‌ای کارکنان کلیدی مؤسسات بیمه، مدت محرومیت و همچنین سمت‌های مشمول محرومیت درج می‌شود. چنانچه مؤسسات بیمه به هر علت ظرف مدت ۶۰ روز نسبت به معرفی فرد جایگزین واجد شرایط در یکی از سمت‌های کارکنان کلیدی اقدام ننماید، بیمه مرکزی می‌تواند موضوع را همراه با پیشنهاد مشخص در شورای عالی بیمه مطرح نماید.

منبع:

(ASIC, 2023); (ASIC, 2021); (IMF, 2011a); (IMF, 2011b); (Bank of England, 2013); (IMF, 2012); (IMF, 2013a); (IMF, 2013b); (IMF, 2014); (IA, 2021); (Ahn et al., 2023: 51); (Yatkin et al., 2022); (Regulation No. 75 of the Supreme Council of Insurance, 2012); (Regulation No. 90 of the Supreme Insurance Council, 2014); (Regulation No. 85 of the Supreme Council of Insurance, 2013); (Regulation No. 88 of the Supreme Council of Insurance, 2014); (Regulation No. 76 of the Supreme Council of Insurance, 2013); (Regulation No. 68 of the Supreme Council of Insurance, 2013); (Regulation No. 69 of the Supreme Council of Insurance, 2012); (Regulation No. 78 of the Supreme Council of Insurance, 2012); (Law on the Establishment of Central Insurance of Iran and Insurance, 1971); (Compulsory insurance law for damages caused to third parties due to accidents caused by vehicles, 2016)

نتیجه گیری

صنعت بیمه در کنار بانک‌ها و شرکت‌های سرمایه‌گذاری، رکن مهمی از نظام مالی کشورهاست که ضرورت مقررات‌گذاری جهت شکوفایی آن بدیهی است. بیمه یک ابزار مالی ضروری است که مدیریت ریسک بهتر نتایج مالی نامطمئن را ممکن می‌سازد. برای این که خدمات و محصولات بیمه‌ای حمایت مالی کافی را ارائه کنند، ضروری است که بازارهای بیمه با یک چارچوب نهادی قوی مقرراتی و نظارتی، برای بیمه‌گذاران سالم و ایمن باشند. این امر هم نیازمند شفافیت در اهداف و وظایف مقام ناظر بیمه و هم تقسیم کار مشخص و هماهنگ بین نهادهای ناظر مربوط به بیمه است. به دلیل برخی ملاحظات، صحت عملکرد بازارهای بیمه، به‌خصوص وقتی در چارچوب مفهوم کلی اطمینان از رقابت در بازار به آن نگاه شود، شکننده است. اهمیت توان ایفای تعهدات بیمه‌گران و رابطه نامتعادل بین بیمه‌گران و جمعیت بیمه‌شده، قانون‌گذاران را به سمت این سیاست سوق می‌دهد که لازم است این بخش به نحو شایسته مقررات‌گذاری شود. این مقررات شامل مواردی مانند بایسته‌ها و ساختار نهاد مقررات‌گذار، قوانین اعطای مجوز، نظارت مداوم و مداخله در روابط بیمه‌گر و بیمه‌شده و غیره است. ماهیت فعالیت‌های بیمه‌ای با توجه به درگیر بودن با منافع ذی‌نفعان ایجاب می‌کند تا نظارت و مقررات‌گذاری کارا و متناسب با عملکرد صنعت بیمه در راستای تنظیم بازار صورت پذیرد.

همان گونه که می‌دانیم، مقررات‌گذاری بر صنعت بیمه کشور بر سه مبنا صورت می‌گیرد: نخست قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ که دربردارنده تعاریف و اصول کلی و حدود و ثغور امر بیمه است. دوم، قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری مصوب ۱۳۵۰ و سوم، مصوبات شورای عالی بیمه. قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری به‌عنوان مهم‌ترین مقرره در این باره از دو بخش تشکیل می‌شود که در بخش نخست و ماده اول آن ضمن تبیین هدف و چگونگی تشکیل بیمه مرکزی ایران، مستقیماً به اعمال نظارت دولت در جهت تنظیم و تعمیم امور بیمه می‌پردازد.

بیمه مرکزی ج.ا.ا. مهم‌ترین و اساسی‌ترین نهاد در امور نظارتی و تنظیم مقررات امور بیمه‌ای محسوب می‌شود. دو رکن بیمه مرکزی - مجمع عمومی و شورای عالی بیمه - برحسب اختیارات و وظایف قانونی مصرح در قانون تأسیس بیمه، در مراحل سه‌گانه

سیاست‌گذاری، مقررات‌گذاری و نظارت، بر اعمال آن نظارت می‌نمایند. وظایف این دو رکن شامل تهیه آیین‌نامه‌ها و مقررات، ارشاد و هدایت مؤسسات و تنظیم امور نمایندگی‌ها، رسیدگی و اظهارنظر نسبت به صدور و ابطال پروانه‌های فعالیت، تعیین میزان کارمزد و حق بیمه، تنظیم نمونه ترازنامه‌ها و شرایط عمومی بیمه‌نامه‌ها و غیره است. لازم به ذکر است که در اعمال برخی از این وظایف و اختیارات، این حق برای مجلس و دولت جهت مقررات‌گذاری محفوظ مانده است. لازم است تمامی این نهادها در تنظیم مقررات و اتخاذ تصمیمات خود، اصول حاکم بر نظام مقررات‌گذاری مطلوب ازجمله تناسب، پاسخ‌گویی، سازگاری، شفافیت، هدف‌گذاری و غیره را مدنظر داشته باشند.

نظارت مؤثر همواره به‌عنوان یکی از اهداف بیمه مرکزی مطرح بوده است. بروز بحران برای یک شرکت بیمه در یک دهه گذشته و اتفاقات رخ داده در این خصوص، موجب شد این نیاز رنگ و بوی جدی‌تری به خود بگیرد. از نظر انجمن بین‌المللی ناظران بیمه، به‌منظور اعمال نظارت مؤثر، پیش‌شرط‌های زیر بایستی برای نهاد ناظر فراهم باشد:

- برخورداری از قدرت کافی، حمایت قانونی و منابع مالی؛
- برخورداری از استقلال عملیاتی به‌ویژه از نهادهای سیاسی و بیمه‌گران؛
- پاسخگو بودن و شفافیت ناظر در کارکردها و اختیارات خود؛
- امکان استخدام، آموزش و حفظ نیروی انسانی کافی؛
- زیرساخت‌های بازار مالی (سطح اثربخشی و توسعه‌یافتگی)؛
- کارایی بازار و دسترسی به اطلاعات.

الزاماتی که از نظر IAIS باید مورد توجه نهادهای ناظر بیمه‌ای قرار بگیرد شامل توانگری مالی و کفایت سرمایه، ارزش‌گذاری دارایی‌ها، بدهی‌ها و کفایت ذخایر فنی، تشخیص و ارزشیابی انواع و فرم‌های سرمایه، سرمایه‌گذاری‌ها، گزارش‌دهی و افشای اطلاعات مالی است. در خصوص الزامات مربوط به نحوه اداره شرکت، نهادهای ناظر باید موارد زیر را مورد توجه قرار دهند:

- مدیریت فرایندها و کنترل‌ها در حوزه‌های هیئت‌مدیره، مدیران اجرایی و مدیریت ارشد؛
- تعیین صلاحیت و شایستگی مدیران؛
- کنترل‌های اداری، سازمانی و داخلی؛

خواهد بود. در این راستا، به سه محور اصلی در این تغییرات باید توجه شود:

تغییرات فناوری در فرایند خدمات بیمه‌ای اعم از عملیات بیمه‌گری، فروش، نحوه پرداخت خسارت و همه شئون فعالیت بیمه‌گری و همچنین عملیات نظارتی نهاد ناظر.

تجربیات صنعت بیمه که طی این سالیان حاصل شده است.

تجربه جهانی و استانداردهای IAIS.

تغییرات فناوری از چند بُعد صنعت بیمه را تحت تأثیر قرار می‌دهد و کارایی فعالیت‌ها را بیشتر می‌کند؛ از ابزارها و روش‌های جدید بیمه‌گری تا تسهیل در پرداخت خسارت و کاهش تقلبات. در عمل در صنعت بیمه کشور، صرفاً فناوری‌های نوین در حوزه فروش (فروش آنلاین) ورود کرده است؛ درحالی‌که تحول دیجیتال به‌صورت زیرساختی صنعت را متحول می‌کند. به‌ویژه بحث بلاک‌چین که از بستر قراردادهای هوشمند، فرایند عملیات بیمه‌گری را دگرگون می‌کند. در حال حاضر، تطبیق با مقررات مهم‌ترین وظیفه ناظر صنعت بیمه است که تا درصد قابل‌توجهی می‌تواند خودکارسازی شود. لذا بیمه مرکزی باید رویکرد نظارتی خود را از تطبیق گسترش داده و به رویکرد نظارت مبتنی بر ریسک برسد. با تغییرات فناوری، گریزی از نظارت مبتنی بر ریسک نیست و در این خصوص قانون تأسیس خلأ دارد؛ قراردادهای هوشمند به رسمیت شناخته نشده و لازم است نگاه قانون در این خصوص حمایتی باشد. در موضوع حاکمیت شرکتی، فرایند انتخاب هیئت‌مدیره، کمیته‌ها و ... همگی نیاز به زیرساخت‌های فناوری دارد و لذا نگاه تخصصی ناظر باید روی این موارد باشد و نه تمرکز روی فرایندهای جزئی.

نظارت در قانون تأسیس قرار دارد و هدف آن، حمایت از مصرف‌کننده به دلیل وقوع شکست بازار است. لذا اعضای شورای عالی بیمه باید مدافع حقوق مصرف‌کننده باشند. مقرراتی که در شورا تصویب می‌شود، بایدونبایدی برای شرکت‌های بیمه است؛ بنابراین باید متشکل از افرادی باشد که بی‌طرف باشند. قاعدتاً سه ضلع اصلی شورا باید نمایندگان حاکمیت، بخش خصوصی و بیمه‌گذاران باشند. در حال حاضر بیمه مرکزی بدون حق رأی و به‌عنوان نماینده بیمه‌گذاران و ذی‌نفعان در شورا حضور پیدا می‌کند. لذا نماینده بیمه‌گذاران با حق رأی، مشخص نیست.

بررسی قوانین و مقررات بیمه‌ای در کشورهای مختلف نشان می‌دهد این کشورها مکانیزم‌های مختلفی را برای رسیدگی به انواع تخلفات در بازار بیمه خود طراحی نموده‌اند. باین‌حال رویه مرسوم در اغلب کشورها احصاء انواع تخلفات متداول در بازار بیمه است. برخی از مهم‌ترین مصادیق این تخلفات شامل مبادرت به عملیات بیمه‌ای بدون کسب مجوزهای لازم، عدم رعایت الزامات نرخ‌گذاری، عدم رعایت نصاب‌های سرمایه‌ای جهت تأسیس مؤسسات بیمه‌ای، عدم ارسال یا انتشار صورت‌های مالی و نیز به‌کارگیری افراد فاقد صلاحیت

- پیروی و تبعیت از الزامات قانونی؛
- روابط با صاحبان سهام؛
- مدیریت ریسک‌های مربوط به نحوه اداره شرکت؛
- استراتژی‌ها و سیاست‌ها؛
- مدیریت دارایی‌ها و بدهی‌ها؛
- نحوه تصمیم‌گیری.

در مورد رفتار با بازار، الزامات زیر از نظر IAIS باید مورد توجه قرار گیرد:

- سیاست‌ها و رویه‌ها در برخورد با مشتریان؛
- جامعیت و بی‌نقص بودن محصول ارائه‌شده توسط بیمه‌گر؛
- افشای اطلاعات مرتبط در بازار و بین بیمه‌گذاران، ارائه اطلاعات کافی و مشورت در مورد بیمه‌نامه‌ها؛
- مسئولیت‌های پیش‌بینی‌نشده در قراردادهای بیمه.

بررسی نهادهای ناظر و تنظیم‌گر در کشورهای منتخب نشان می‌دهد که این نهادها قدرت لازم، حمایت قانونی و منابع مالی جهت ایفای وظایف و اختیارات را دارند؛ از نیروی انسانی متخصص و ماهر بهره‌مند هستند و اطلاعات در دسترس خود را محرمانه نگه می‌دارند؛ بنابراین استقلال، پاسخ‌گویی و حصول اطمینان از مسئولیت‌پذیری، شفافیت و یکپارچگی تعامل و تقویت اعتماد بیمه‌گذاران و بیمه‌گران از شرایط لازم برای فعالیت نهاد ناظر صنعت بیمه است که قدرت صدور و اجرای قانون به‌مثابه یک نهاد اداری را می‌دهد و تعیین‌کننده روابط با نهادهای اجرایی و قضایی است.

مطالعه تطبیقی چارچوب‌های وضع مقررات و نظارت بر شرکت‌های بیمه در کشورهای منتخب حاکی از آن است که: همه کشورهای مورد مطالعه اصول و الزاماتی برای اعطای پروانه فعالیت به شرکت‌های بیمه دارند.

نظارت بر فعالیت شرکت‌های بیمه شامل نظارت بر الزامات حسابداری، گزارش‌دهی، شرایط بیمه‌نامه‌ها، بازرسی در محل و خارج از محل، توانگری مالی، ذخایر فنی، الزامات مدیریتی، سرمایه‌گذاری‌ها، برنامه‌های بیمه اتکایی و گزارش‌های اکچوئری است.

نهاد ناظر و تنظیم‌گر صنعت بیمه به‌صورت نهادی مستقل یا بخشی از یک وزارتخانه است. همچنین نهاد نظارت می‌تواند نهادی تخصصی باشد که صرفاً بر شرکت‌های بیمه نظارت می‌کند و یا نهادی که به‌طورکلی بر بازار مالی نظارت دارد.

با توجه به اینکه زمان زیادی از تصویب قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری گذشته و محیط پیرامونی صنعت بیمه تغییرات زیادی داشته است، انتظار می‌رود این تغییرات زمانی و محیطی در سازمان بیمه مرکزی و صنعت بیمه منعکس شود؛ بالطبع اولین نقطه تغییر، در قوانین مبنایی یعنی قانون بیمه و قانون تأسیس

کیفری (حبس و جزای نقدی) و انتظامی (سلب صلاحیت حرفه‌ای، محدودیت فعالیت، لغو پروانه و جرائم نقدی) دانست.

حرفه‌ای لازم به‌عنوان مدیران مؤسسات بیمه است. در این قوانین علاوه بر احصاء تخلفات، مجازات‌هایی نیز متناسب با هر تخلف تعیین شده است. به‌طورکلی مجازات‌ها را می‌توان شامل مجازات‌های

References

- [1] Ahn, J., Wook Shin, H., Todd, K. L., & Mi, B. (2023). Insurance and reinsurance in South Korea: overview. Retrieved from Practical Law: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-521-5158?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-521-5158?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).
- [2] Atatalab, F., & Ansari, A. (2015). Examining the structure and function of insurance supervisory institutions in selected countries and providing practical suggestions to improve the structure and function of Central Insurance of Iran. Insurance Research Center. (In Persian).
- [3] ASIC. 2023. ASIC fees. <<https://asic.gov.au/for-business/payments-fees-and-invoices/asic-fees/>>
- [4] ASIC. (2021). Our role, <<http://asic.gov.au/about-asic/what-we-do/our-role/>>.
- [5] BaFin. (2022). Function and composition of the advisory board. Retrieved from: https://www.bafin.de/EN/DieBaFin/GrundlagenOrganisation/Gremien/Fachbeirat/fachbeirat_node_en.html;jsessionid=689503FCAF3664C85E40C884706E477D.1_cid501.
- [6] Bank of England. (2013). Macroprudential policy at the Bank of England, Quarterly Bulletin 2013: Q3. 53 (3).
- [7] Braithwaite, J., Coglianesi, C., & Le, D. (2007). Can regulation and governance make difference. Blackwell Publishing Asia Pty Ltd. Australia.
- [8] Compulsory insurance law for damages caused to third parties due to accidents caused by vehicles. Approved on 2016. (In Persian).
- [9] Farshbaf, J. (2009). The basics of supervision in the insurance industry. Insurance Research Center. (In Persian).
- [10] Glaeser, E. I., & Shleifer, A. (2003). The rise of regulatory state. Journal of Economic Literature. 41(2): 401-425.
- [11] Government of Canada. (2022). Financial institution supervisory committee infographic (osfi-bsif.gc.ca). Retrived from: <https://www.osfi-bsif.gc.ca/Documents/WET3/FinSystem/eng/fisc-infographic.html>.
- [12] IA. (2019). Insurance Authority. Retrived from: ia.org.hk/en/aboutus/role/history.html.
- [13] IA. (2021). Insurance ordinance (Cap. 41). Insurance Authority. < <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap41>>
- [14] IMF. (2011a). Germany: financial sector assessment program—detailed assessment of observance on insurance core principles. IMF Country Report No. 11/272.
- [15] IMF. (2011b). United Kingdom: the future of regulation and supervision technical note. IMF Country Report No. 11/230.
- [16] IMF. (2012). Australia: insurance core principles—detailed assessment of observance. IMF Country Report No. 12/312.
- [17] IMF. (2013a). India: financial sector assessment program—detailed assessments report on IAIS insurance core principles. IMF Country Report No. 13/265.
- [18] IMF. (2013b). Malaysia: publication of financial sector assessment program documentation— detailed assessment of observance of insurance core principles. IMF Country Report No. 13/57.
- [19] IMF. (2014). Financial sector assessment program-insurance core principles- detailed assessment observance. IMF Country Report No. 14/72.
- [20] Kial, M., Bagheri, M., Zareii, M., & Hashemi, S. (2019). A comparative study of the structure of insurance regulation and supervision in the United States and Iran. Comparative Law Review. 10(1): 279-295. (In Persian).
- [21] Law on the Establishment of Central Insurance of Iran and Insurance. Approved on 1971. (In Persian).
- [22] Mahmud Salehi, J. (1990). Supervisory and monitoring rights in insurance. Insurance Industry Quarterly. 15(58): 13-39. (In Persian).
- [23] OECD. (2018). The institutional structure of insurance regulation and supervision. <www.oecd.org/finance/The-Institutional-Structure-of-Insurance-Regulation-andSupervision>.
- [24] Regulation No. 69 of the Supreme Council of Insurance. (2012). How to calculate and monitor the solvency of insurance institutions. (In Persian).
- [25] Regulation No. 75 of the Supreme Council of Insurance. (2012). Regulation of agents' affairs. (In Persian).
- [26] Regulation No. 78 of the Supreme Council of Insurance. (2012). Official insurance actuary. (In Persian).
- [27] Regulation No. 90 of the Supreme Insurance Council. (2014). How to verify the professional qualification of key and operational employees of insurance institutions. (In Persian).
- [28] Regulation No. 85 of the Supreme Council of Insurance. (2013). Regulation of insurance loss assessment matters. (In Persian).
- [29] Regulation No. 88 of the Supreme Council of Insurance. (2014). Reporting and information disclosure of insurance institutions. (In Persian).
- [30] Regulation No. 76 of the Supreme Council of Insurance. (2013). How to assign compulsory reinsurance and the

- amount of fees and participation in its profits. (In Persian).
- [31] Regulation No. 68 of the Supreme Council of Insurance. (2013). Life and pension insurances. (In Persian).
- [32] Rostami, V., Hashemi, S. M., & Taqvai, M. R. (2015). Regulatory challenges in the country's commercial insurance industry. *Journal of Administrative Law*. (In Persian).
- [33] Schaloske, H., & Feldmann, K. (2021). Insurance & reinsurance: Germany. *Country Comparative Guides 2020*. The Legal 500.
- [34] Şenocak, A., & Kösoğlu, M. (2021). Insurance and reinsurance in Turkey: overview. *Practical Law*.
- [35] Statistical annual report of the insurance industry. (2022). Central Insurance of Iran. (In Persian).
- [36] Tayar, Sh. (2021). Comparative evaluation of the structure of human resources and the regulations of the insurance supervisory body to respond to the development of the country's insurance companies and institutions. *Insurance Research Center*. (In Persian).
- [37] UNCTAD. (1996). For issues of insurance regulation and supervision and relevant developing countries. *United Nations Conference on Trade and Development*.
- [38] Yazdan Panah, A. & Khalilzadeh, P. (2013). Risk-based supervision in the insurance industry: a conceptual framework. *20th National Conference and the 6th International Conference on Insurance and Development*. (In Persian).
- [39] Yarkin, A. K., Bilgin, G., Aytug, K. A., & Atli, E. (2022). The insurance and reinsurance law review: Turkey. *The Law Reviews*.



Research Article

Vol. 30, No. 23, Spring-Summer 2023, p. 187-200

Analogical Reasoning in International Investment Law; Its Functions and Inclusions

H. Piri¹ 

1- Assistant Professor of Public International Law, Law Department, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran
(Email: H.piri@uok.ac.ir; heidar.piri@gmail.com)
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.82481.1276>

Received: 14 April 2023

Revised: 20 June 2023

Accepted: 06 September 2023

Available Online: 06 September 2023

How to cite this article:

Piri, H. (2023). Analogical Reasoning in International Investment Law; Its Functions and Inclusions. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 30(23): (187-200) (in Persian with English abstract).

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.82481.1276>

1- INTRODUCTION

Legislation and passing laws for each circumstance or imaginary situation is impossible, therefore, in any legal system there are silences and gaps; things the system does not seem to regulate, matters as to which it seems not to speak. Not only modern domestic legal systems, but no legal system could predict all matters and provide solutions to all disputes. In any legal system, it is possible to face a circumstance in which the court comes to the conclusion that there is no legal provision for the delivering judgment or the law is so obscure and deficient that it practically means silence of law, and on the other hand the judge has to deliver his judgement and cannot refrain from examining cases on the ground of the silence or obscurity of law. This is also true of international legal system and perhaps particularly in international investment law, due to the relative newness of the international investment regime, the slow legislative process and its normative and institutional weaknesses.

Article 42 of the ICSID Convention provides that: «the Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute and such rules of international law as may be applicable. The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law». Therefore, according to the ICSID Convention, failure to settle the dispute and refrain from delivering judgment on the ground of silence or obscurity of the law is not acceptable by the Tribunal. Because suspending lawsuits under the pretext of a *non liquet* is against the international legal and social order. Now that the arbitrator has to examine cases and deliver judgement and his decision must be well reasoned and documented, in case of silence or deficiency of law in the matter, or its brevity or contradictory nature, what should he rely on to issue a judgment? How can the shortcomings of this field of international law be resolved?

Since the establishment of the ICSID Tribunals and other investment treaty tribunals, different methods and mechanisms have been used to solve problems relating to the shortcomings and ambiguities in this regime and fillings existing gaps as well. The most obvious of which is resorting to analogical reasoning. Although Direct references to analogies are not very common among ICSID tribunals, but this form of arguments have been used indirectly and implicitly. Therefore, international investment law is one of the most widely used fields of legal analogy in international law. Of course, the more recent a field is, the more legal gaps it has. As a result, analogies from other regimes of international law can play a role.

The impact and importance of analogies in international investment law led to the question: why, when, how and what kind of analogies are drawn by investment treaty tribunals? Do they have the authority to recourse to analogy by borrowing from other regimes of international law in case of silence or deficiency of law in the matter, or its brevity nature?

Analogy does not have the same credibility in the logic and the different areas of the contemporary international law system. In international criminal law, an argument by analogy is prohibited by reason of specific rules. Such a specific limitation on the analogous application is laid down by the rules of *nulla poena nullum crimen sine lege*. Art.22(2) Rome Statute of the International Criminal Court expressly states: «the definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy». Other prohibitions of arguments by analogy can be found by interpretation of international treaties rules. Art 3 (2) of Understanding on



Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes which stipulates that: «*recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements*», Could be interpreted as limiting analogical reasoning in the panel (or the Appellate Body) of the WTO. However, there is not such a prohibition or limitation in using analogies in international investment law. On the contrary, article 42 (2) of the ICSID Convention authorize the tribunal to do so. Therefore, the question that arises is, what is the status of analogical reasoning in the process of evolution and development of international investment law?

2- PURPOSE

This article is focused on analyzing and clarifying the role and place of analogy as a basic method of legal reasoning in the judicial award of investment Tribunals. The purpose of this research is not only to identify the concept of analogical reasoning in international investment law but also to examine the status of this essential form of reasoning in the investment treaties and particularly in the contemporary practice of investment Tribunals. Furthermore, it specifically scrutinizes the impacts of analogical reasoning can have on international investment law. Determining a clear methodology for the use of analogy in international investment law can help scholars, practitioners and arbitrators to reach sound awards.

3- METHODOLOGY

The article has been performed based on the descriptive-analytical research method. The necessary data has been collected by library method.

4- FINDINGS

This article shows that in the legal reasoning of ICSID Tribunals and other investment treaty arbitration, analogy is cited both as the starting point of legal reasoning and as a fundamental element of decision making. ICSID Tribunals achieve this by referring to judicial procedure as an analogical argument, ie., a general argument based on which *like cases should be treated alike*. Therefore, referring to the judgments of national, regional and international courts and tribunals is a permanent feature of international investment law, and it takes place both at the macro level (Macro-analogy) and at the micro level (Micro-analogy). Analogy at the macro level is concerned with the type of legal systems and, in fact, relate to different legal systems, but analogy at the micro level is focused on specific legal issues and deal with specific institutions or specific problems. Therefore, the two approaches of macro and micro-analogy are complementary.

The author believes that analogical reasoning has also played a pivotal role in the making of international investment law and arbitration. In this area, analogy have been used in a wide range of subject matters. *Legal transplantation* is a technique often adopted by treaty makers to use analogies. Investment Tribunals in clarifying the meanings of treaty texts and detecting the content and scope of the rule, among other things, turn to analogies of public international law. In clarifying the vagueness and brevity of the treaty provisions and filling the existing gaps, they clearly refer to the general principles of law recognized by civilized nations stipulated in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice and analogies resulting from national laws. For example, the provisions against indirect expropriation in a number of international investment treaties derive from US constitutional law. Other recent international investment treaties borrow the general exceptions provisions for the protection of public goods, among other things public health, environment and cultural heritage from GATT and GATS. The investment Tribunals in interpreting the vagueness of many substantive investment treaty provisions, including the prohibition of indirect expropriation without financial damages, fair and equitable treatment, most-favoured nation treatment, the principle of national treatment or full protection and security, in like circumstances, has made reference to analogies from international trade law. In understanding the 'right to a court' make comparisons to human rights standards especially ECtHR cases. Finally, the investment Tribunals interpreted the concept of 'legitimate expectations' conducting a comparative analysis of domestic public law, European human rights law, European Union law and public international law. Therefore, the extensive use of analogies in investment arbitral awards not only play a subsidiary means for the determination of rules of law, but also paly an auxiliary role in the reasoning of international investment Tribunals. Because by analogies the Tribunals justify their decisions and confirm or support a particular conclusion as well.

5- CONCLUSION

According to the aforementioned, it seems to be an inevitable conclusion that international investment law is not only a complete or closed legal regime, but also is very dynamic. Even modern national legal orders, which

are rich in general and abstract norms, require judicial interpretations. Therefore, in every legal system there are silences. Due to failure to foresee some issues and the absence of agreement between host states and foreign investors, investment treaties are full a silences, ambiguity and brevity. Article 42 of the ICSID Convention while acknowledging this, explicitly prohibits the Tribunal to bring in a finding of *non liquet* and to refrain from delivering judgment on the ground of silence or obscurity of the law. Therefore, ICSID Tribunals and investor-state dispute settlement mechanisms (chambers), in performing of their judicial tasks, are required not only to resolve ambiguity, brevity or pure silence of the regulations, but also to provide clear and coherent interpretations in settling disputes. In this regard, ICSID Tribunals in interpreting and clarifying vague investment treaty provisions and regulations make reference to general principles of law and above all to analogies as a gap filling and also a solution to ambiguities and brevity in the laws as well.

The practice and procedure of ICSID Tribunals and the chambers of investor-state dispute settlement, shows that analogies and similar approaches of other international courts (especially the ICJ) have been widely used. By considering to analogical reasoning as an inevitable method of reasoning in interpreting investment treaties, in addition to increasing the authority and powers of the investment Tribunals in making decisions, it improves the quality and legality of judicial decisions. It also fosters the coherence and integration of the provisions of investment treaties with other international regulations through the principle that *similar cases have to be treated the same way legally*. Because transferring the basic ideas of different regimes to investment Tribunals not only prevent the fragmentation of this area of international law by allowing that '*similar cases be treated the same way*', but it can also enhance the perceived legitimacy of investment arbitration and provide a useful and necessary tool to humanize this area of international law. For example, Art 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties enables the above Tribunals to apply the human rights treaties that the host state has acceded, and also to apply the human rights rules that are generally applicable among states. With the interpretations of the investment Tribunals in clarifying and determining the existing law (*de lege lata*), it is possible to turn the wheels of international investment law in the path of development. Therefore, the application of analogical reasoning, in addition to filling gaps and clarifying the content of the rules, has led to the development of this part of international law and at last have a positive effect on the relationship between the new branches and other written and unwritten fields of international law. However, despite growing support in practice and doctrine, drawing analogies in interpretation of investment treaties has recently been criticized on both methodological and practical grounds. In this respect, the whole work of interpretation criteria and all forms of legal reasoning should be applied in the context of fundamental values that are attributed to the legal system. It is necessary and inevitable.

Keywords: Analogy, Legal reasoning, *Non Liquet*, Silence in Law, ICSID, Investment Treaties.

مقاله پژوهشی

دوره ۳۰، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۲، ص ۱۸۷-۲۰۰

مستندات و کاربردهای استدلال قیاسی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

حیدر پیری^۱

دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۵ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۱۵

چکیده

پیش‌بینی قاعده حقوقی برای هر وضعیت و موقعیت تصویرپذیری امری محال است. هیچ قانون‌گذاری نمی‌تواند مدعی باشد که راه‌حل تمامی موضوعات و قضایای حقوقی را در متن قوانین پیش‌بینی نموده و در هیچ فرضی دادرس برای حل‌وفصل اختلافات، با خلأ حقوقی، ابهام، اجمال یا سکوت قانونی روبرو نمی‌شود. این امر در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز در بند ۲ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید مورد اذعان قرار گرفته است. مطابق مقرر فوق، دیوان دآوری مکلف به صدور حکم و حل‌وفصل دعواست و نمی‌تواند به بهانه نبود حکم، اجمال، ابهام و سکوت قانون، از صدور رأی استنکاف نماید. از زمان تشکیل دیوان دآوری ایکسید و سایر محاکم معاهده‌ای سرمایه‌گذاری، از روش‌ها و مقولات متفاوتی برای مقابله با فروش فوق استفاده شده، که بارزترین آن‌ها توسل به استدلال قیاسی است. علیرغم سکوت محاکم فوق در بیشتر موارد در خصوص توسل به قیاس در روش‌شناسی، قیاس نقش مهمی در دآوری معاهدات سرمایه‌گذاری، به‌مثابه ابزاری برای رفع سکوت، تعیین معنای مفاد معاهدات، روشن نمودن محتوای قواعد و ابهام و اجمال مفاهیم، قواعد و اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و شناسایی قاعده حقوقی ایفا می‌نماید. مقاله حاضر، با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی به بررسی نقش این روش اساسی استدلال حقوقی در تصمیمات مراجع حل اختلاف سرمایه‌گذاری، می‌پردازد.

کلیدواژه‌ها: قیاس، استدلال حقوقی، سکوت و خلأ در قانون، ایکسید، معاهدات سرمایه‌گذاری.

مقدمه

بین‌الملل و به‌طور خاص، در حوزه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، با توجه به تازگی نسبی رژیم سرمایه‌گذاری بین‌المللی و فرایند کند وضع قواعد و ضعف نهادین و هنجاری آن نیز صدق می‌نماید. بند ۲ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید صراحتاً مقرر می‌دارد: «دیوان دآوری نمی‌تواند اعلام کند که به علت اجمال یا سکوت یا ابهام قانون نتوانسته است حکم مسئله را پیدا کند». در نتیجه، مطابق کنوانسیون ایکسید عدم حل‌وفصل اختلاف و امتناع از صدور رأی به بهانه سکوت و خلأ قانونی از دیوان دآوری پذیرفتنی نیست؛ زیرا معطل گذاشتن دعاوی به بهانه خلأ قانونی، با نظم قضایی و اجتماعی بین‌المللی مغایر است. حال که قاضی یا داور مکلف به رسیدگی و صدور حکم است و رأی او باید مستدل و مستند باشد، در فرض سکوت، ابهام و اجمال قانون با تکیه بر چه مستندی باید رأی صادر نماید؟ کاستی‌های این حوزه از حقوق بین‌الملل چگونه رفع می‌شود؟

تفسیر استانداردهای موسع و مقررات مبهم که در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی رایج است، موضوعی است که اخیراً مورد توجه قرار گرفته است. سه دهه پس از اولین معاهده دوجانبه

قانون‌گذاری و پیش‌بینی قاعده برای هر وضعیت و موقعیت تصویرپذیری امری غیرممکن است، لذا در هر نظام حقوقی موارد مسکوت و خلأهایی وجود دارد؛ همان وضعیت‌ها و مسائلی که ظاهراً سازمان و سامان نیافته‌اند. نه تنها نظام‌های حقوقی داخلی، بلکه هیچ نظام حقوقی قادر نخواهد بود که کلیه موضوعات را پیش‌بینی کند و راه‌حل همه اختلافات را ارائه دهد. ممکن است در هر نظام حقوقی وضعیتی پیش آید که محکمه رسیدگی‌کننده به دعوا، به این نتیجه برسد که هیچ مقرر قانونی برای فیصله دعوا وجود ندارد و یا آن که قانون آن‌قدر اجمال و ابهام دارد که عملاً به معنی سکوت است و از طرفی قاضی ملزم به صدور حکم مقتضی است و نمی‌تواند از رسیدگی به بهانه نبود حکم قانونی استنکاف کند. این موضوع، در نظام حقوق

۱- استادیار حقوق بین‌الملل عمومی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران

H.piri@uok.ac.ir Heidari.piri@gmail.com

است؛ اما در حوزه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری با محظورات یاد شده مواجه نیست، شاهد بر این ادعا بند ۲ ماده ۴۲ کنوانسیون ایسکید است؛ بنابراین، با مثبت فرض نمودن این احتمال، سؤالی که مطرح می‌شود این است که قیاس در فرایند توسعه و تکوین حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری از چه جایگاهی برخوردار است؟

برای پاسخ به این سؤالات، این مقاله ابتدا به مفهوم قیاس در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نظری می‌افکند، سپس مستندات قیاس را اسناد و رویه محاکم سرمایه‌گذاری مورد بررسی قرار می‌دهد. در قسمت سوم، نقش و جایگاه قیاس در پویایی و توسعه تدریجی حقوق معاهدات سرمایه‌گذاری بیان می‌شود. در نهایت به‌طور خاص به پیامدها و اثرات این روش اساسی استدلال در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌پردازد.

۱. مفهوم قیاس در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

منطق، مرزبردار نیست، اصول و قواعد منطقی فارغ از نظام و حوزه‌های مختلف حقوق یکسان حکم می‌رانند؛ بنابراین، قیاس در حقوق بین‌الملل، مفهومی جدا از آنچه در نظام‌های حقوقی داخلی آمده است، ندارد. در نظام حقوق بین‌الملل نزدیک‌ترین واژه‌ای که با قیاس حقوقی برابری می‌کند، *انالوجی*^۴ است (Piri & Ghari Seyed, 2021: 143). *انالوجی*، از واژه یونانی *analogia* به معنای مطابقت و مناسبت با عقل است (Becker, 1973: 248). قیاس در لغت به معنای اندازه‌گیری (Ibn Faris bin Zakaria, 1983: Art Qos)، مساوات، مقایسه و برابر کردن دو یا چند چیز است (Hosseini Zubeidi, 1993: Art Qis). فرهنگ حقوقی بلک قیاس را به‌عنوان تطابق یا تشابه نسبتبه تفسیر می‌نماید. قیاس تشابه روابط است بین چیزهایی که با هم مقایسه می‌شوند (Bryan, 2009: 84). در اصطلاح حقوقی، برای قیاس تعاریف گوناگونی آمده است البته این تعاریف از معنای لغوی آن دور نیافتاده است. در اصطلاح حقوقی قیاس عبارت است از اینکه به دلیل جهت مشترک و تشابهی که میان دو چیز وجود دارد؛ از علم به حکم یکی به حکم دیگری پی ببریم. قیاس حقوقی متضمن این است که تصمیم سابق در قضیه جدید تعمیم می‌یابد به دلیل شباهت‌های مرتبط بین قضیه سابق و مورد لاحق (Lamond, 2008:1). قیاس اثبات حکم در یک امر است به سبب ثبوت این حکم در امری دیگر؛ بر اساس اینکه علت مشترکی میان آن دو وجود دارد (Falsafi, 2015: 566). شیء مورد حکم (مسکوت‌الحکم) را فرع می‌نامند، و چیزی را که حکم از آن اقتباس شده باشد، اصل یا مورد منصوص‌الحکم، علت مشترک بین آن دو را علت جامع یا وجه جامع، و در نهایت حکم، چیزی است که در مورد اصل، ثابت و قطعی است و قصد داریم آن را برای فرع نیز اثبات

سرمایه‌گذاری در سال ۱۹۵۹ (Elkins 2006: 815)، سرعت انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به‌طور قابل‌توجهی افزایش یافت. با افزایش تعداد این معاهدات، اختلافات سرمایه‌گذاری نیز افزایش یافت. اولین نمونه شناخته شده داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی از سال ۱۹۸۷ آغاز و از آن زمان تاکنون بیش از ۹۰۰ رأی داوری شروع شده است.

از زمان تشکیل دیوان داوری ایکسید و سایر محاکم معاهده‌ای سرمایه‌گذاری، از روش‌ها و سازوکارهای متفاوتی برای حل ابهامات یا درک ماهیت این رژیم و مقابله با کاستی‌ها و رفع خلأهای موجود در این حوزه استفاده شده، که بارزترین و عملی‌ترین آن‌ها توسل به استدلال قیاسی است، که بر مبنای آن زمانی که مسئله‌ای پیش آید که موضوع دعوا قرار بگیرد، قاضی نخست با مقایسه و بررسی ماهیت معلوم یا مفروض با دعوای مطرح نزد دادگاه (ماهیت مجهول)، راه‌هایی که بر مبنای آن تصمیمات شبیه یا متفاوت از هم اتخاذ، را شناسایی، سپس اصلی که بر مبنای آن قضیه مشابه پیشین را حل نموده به دلیل جهات مشترک و تشابهات بر قضیه جدید حمل می‌نماید (Ghari Seyd Fatemi & Piri, 2019: 1151). لذا، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به‌طور خاص از حوزه‌های پرکاربرد قیاس حقوقی است. طبیعتاً به هر میزان که حوزه‌ای جدیدتر باشد، چالش‌های عملی و نظری و خلأهای حقوقی‌اش نیز بیشتر و در نتیجه قیاس از سایر حوزه‌ها می‌تواند نقش پررنگ‌تری داشته باشد.

اهمیت قیاس در این حوزه منجر به طرح این سؤال شد: چرا، چه زمانی، چگونه و چه نوع قیاس‌هایی توسط محاکم معاهده‌ای سرمایه‌گذاری استفاده شده است؟ آیا محاکم فوق از این اختیار برخوردار هستند که در صورت نقص، سکوت یا ابهام در قواعد، با استقراض از قضایا یا قواعد متعلق به سایر حوزه‌های حقوق بین‌الملل به قیاس متوسل شود؟ در حوزه حقوق بین‌الملل کیفری مطابق ماده ۲۲ و ۲۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی که صراحتاً مقرر می‌دارد که تعریف جرم بر اساس اصل تفسیر مضیق به عمل می‌آید و توسل به قیاس برای تعریف آن ممنوع است،^۲ ممنوعیت در توسل به قیاس وجود دارد. در ماده ۳ (۲) تفاهم‌نامه راجع به قواعد و رویه‌های حاکم بر حل اختلافات سازمان تجارت جهانی^۳ مبنی بر اینکه توصیه‌ها و تصمیمات رکن حل اختلاف نمی‌تواند چیزی به حقوق و تعهدات مقرر در موافقت‌نامه‌های تحت پوشش بیفزاید یا از آن‌ها بکاهد، رکن حل اختلاف سازمان تجارت جهانی در توسل به قیاس با محدودیت روبرو

1- Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB 87/ 3, 27 June 1990.

2- Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, in force on 1 July 2002, United Nations, Treaty Series, Vol. 2187, No. 38544.

3- Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Annex 2 of the WTO Agreement.

4- Analogy

کنیم؛ بنابراین، قیاس دارای چهار رکن است: اصل، فرع، جامع یا علت و حکم. از این رو، قیاس حکم را از یک رابطه معلوم به رابطه دیگری که از لحاظی بدان شباهت دارد و از لحاظ دیگر با آن متفاوت است منتقل می‌کند (Juthe, 2005: 5). به بیان ساده‌تر، قیاس مبتنی بر مشابهت میان اعمال و تعمیم حکم بر اساس همین مشابهت است. به‌طور خلاصه، تعریف ما از استدلال قیاسی بدین صورت است: توسعه قلمرو و تسری حکم قانونی از جهاتی چون مفهوم، مصداق آن در مورد ابهام، اجمال و بالأخص سکوت آن، به لحاظ اشتراک و مساوات موضوع مسکوت‌الحکم (فرع) با موضوع منصوص‌الحکم (اصل) در علت، به نحوی که نقض غرض مقنن نباشد. از این رو، استدلال قیاسی یک فرایند شناختی از مورد خاص به خاص را نشان می‌دهد.

۲. مستندات قیاس در رویه محاکم سرمایه‌گذاری

در استدلال حقوقی مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)^۱ و سایر مراجع حل اختلاف معاهدات سرمایه‌گذاری، به قیاس هم به‌عنوان نقطه شروع تجزیه و تحلیل استدلال حقوقی و هم به‌عنوان عنصر بنیادین تصمیم‌گیری استناد شده است. محاکم ایکسید این مهم را با ارجاع به رویه قضایی به‌عنوان استدلال قیاسی یعنی استدلال کلی که بر مبنای آن قضایای مشابه بایستی نتیجه مشابهی داشته باشند، محقق می‌نمایند.^۲ از این رو، ارجاع به آرای محاکم داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی ویژگی دائمی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است و هم در حوزه کلان^۳ و هم در سطح خرد^۴ صورت می‌گیرد. قیاس در سطح کلان به نوع نظام حقوقی و در واقع به نظام های حقوقی مختلف مرتبط است در حالی که قیاس در سطح خرد بر نوع قیاس و در ارتباط با یک مقرره، نهاد یا مسئله حقوقی خاص متمرکز است. در نتیجه هر دو رویکرد مکمل هم هستند. در سطح خرد، نشان داده می‌شود که چگونه این سیستم فرمول‌های حقوقی خاص را (قواعد، تصمیمات قضایی و عقاید دکترین) از دیگر نظام‌های حقوقی اقتباس می‌نماید.

در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، قیاس در طیف گسترده‌ای از زمینه‌های موضوعی صورت می‌گیرد. پیوند حقوقی^۵ تکنیکی است که

اغلب توسط خالقین معاهدات بین‌المللی برای توسل به قیاس اتخاذ شده است. محاکم سرمایه‌گذاری در تجزیه و تحلیل معانی اصطلاحات و روشن نمودن محتوا و دامنه قاعده در کنار سایر موارد به قیاس‌های حقوق بین‌الملل عمومی روی می‌آورند (ICSID, CMS v. Argentina, 2005: para.304). در رفع ابهام و اجمال مقررات و برطرف نمودن خلأهای موجود به‌وضوح به اصول کلی حقوق مقبول ملل متدین مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و قیاس‌های منتج از حقوق داخلی استناد می‌نمایند. به‌عنوان مثال قواعد و مقررات مخالف مصادره غیرمستقیم در برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی از قانون اساسی و دیوان عالی ایالات متحده گرفته شده است (Penn v. New York, 1978: 104).^۶ محاکم فوق‌همچنین در تفسیر استانداردهای قابل اعمال از جمله ممنوعیت مصادره غیرمستقیم بدون پرداخت خسارت مالی، رفتار عادلانه، اصل رفتار ملی یا حمایت و امنیت کامل در وضعیت‌های مشابه به حقوق تجارت بین‌الملل (UNCITRAL, Myers v. Canada, 2000: paras.243-51)، در درک حق دسترسی به دادگاه به موازین حقوق بشر (ICSID, Monde v. USA, 2002: paras.143-4) و در نهایت به ترکیبی از حقوق عمومی تطبیقی، قوانین اتحادیه اروپا، حقوق بشر اروپایی و حقوق بین‌الملل عمومی در دادن محتوا به برخی مفاهیم از جمله انتظارات مشروع به قیاس متوسل می‌شوند (ICSID, Total v. Argentina, 2010: paras.128-34). قیاس‌ها همچنین در سطح ساختاری صورت گرفته است (Roberts, 2013: 45). علاوه بر این، قیاس نقش کمکی در استدلال محاکم سرمایه‌گذاری بین‌المللی ایفا می‌نماید؛ برای تأیید یا حمایت از یک نتیجه‌گیری خاص.^۷

۲-۱. استقراض قضایی با توسل به قیاس در تفسیر موازین حقوق بین‌الملل؛ قضیه ویکتور پی کاسادو علیه جمهوری شیلی^۸

اقتباس و گرفتن سابقه قضایی از حقوق بین‌الملل عمومی برخی اوقات در بافت کاملاً متفاوتی مورد استناد قرار گرفته است تا برخی محاکم را قادر سازد تصمیمات خود را توجیه نمایند. راه‌حلی که به‌سادگی نمی‌تواند در متون حاکم به‌تنهایی یافت شود. هنگامی که

۶- همزمان، همان‌گونه مدل معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده اغلب به عنوان یک الگو توسط تعدادی از کشورها در مذاکرات معاهدات مربوط به سرمایه‌گذاری استفاده شده است، قوانین ایالات متحده Lex Americana به معیار و استاندارد طلایی در این حوزه تبدیل شده است.

7- Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award (12 October 2005).

8- Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on Provisional Measures, 25 September 2001.

1- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

2- Casado v. Chile (Victor Pey Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile), ICSID Case ARB/98/2. BIT Chile – Spain Provisional Measures 2001, 16 ICSID Rev- FILJ (2001), paras.53-57; Telenor v. Hungary (Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary), ICSID Case ARB/04/15. BIT Hungary – Norway Decision on jurisdiction 2006, para.79.

3- Macro-analogy

4- Micro-analogy

5- Legal Transplantation

قابل‌اعمال متکی نیستند بلکه بر سابقه قضایی خارجی یا اصولی متکی هستند که از آن‌ها نشأت گرفته‌اند. این تصمیم موجب تکامل رویه قضایی مورد استناد شد.

وام‌گیری از تصمیمات سایر نهادهای بین‌المللی با توسل به قیاس در تفسیر موازین حقوق بین‌الملل انسجام و یکپارچگی حقوق بین‌الملل را به دنبال خواهد داشت. درواقع، جوهر و اساس وام‌گیری قضایی استدلال قیاسی است. مسائل مشابه، قضات و داوران را ترغیب می‌نماید تا راه‌حل‌های مشابه اتخاذ نمایند. اگرچه دکتترین سابقه در حقوق بین‌الملل وجود ندارد، در بیشتر قضایا، بحث و تبادل نظر در خصوص آرا صورت می‌گیرد و مطالعه سیستماتیک رویه قضایی محاکم بین‌المللی نشان از تمایل به ترسیم مسیر منسجم در حقوق بین‌الملل می‌باشد. وام‌گیری قضایی به‌طور خاص زمانی مفید می‌نماید که قضات و داوران با خلأ حقوقی، مقررات مبهم و همچنین با قضایای دشواری که نتایج آن به علت تفاسیر واگرا نامعلوم می‌باشد، روبرو شوند. این عوامل به‌نوعی ما را در توسل به استدلال قیاسی در داورى معاهدات سرمایه‌گذاری وادار می‌نماید. البته لازم به ذکر است که وام‌گیری قضایی با توسل به قیاس با توجه به معماری متفاوت معاهدات از جمله اهداف، تعهدات، حمایت‌ها و اشکال جبران خسارت اگر به شکل مناسب و درستی انجام نگیرد، ابزار بسیار قدرتمندی است که می‌تواند مشکلاتی ایجاد و نتایج غیرقابل‌پیش‌بینی به همراه داشته باشد.

۲-۲. قیاس و رفع ابهام و اجمال از مفاهیم، قواعد و اصول حاکم بر سرمایه‌گذاری؛ قضیه مدیریت پسماند علیه مکزیک و قضیه میبرز علیه کانادا^۵

یکی از مهم‌ترین دلایل مراجع حل اختلاف سرمایه‌گذاری در توسل به قیاس، ناشی از ابهام اصول و قواعد حمایت از سرمایه‌گذاری در معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری است. معاهدات سرمایه‌گذاری به‌وسیله مفاهیم، استانداردها و واژگان حقوقی انعطاف‌پذیر یا قیود کلی و مبهم از قبیل سلب مالکیت یا مصادره غیرمستقیم، ضرورت برخورداری سرمایه‌گذاران خارجی از رفتار منصفانه و عادلانه، رفتار ملت کامله‌الوداد، اصل رفتار ملی، امنیت و حفاظت کامل ترسیم شده‌اند، و فاقد محتوای هنجاری روشن و به‌خوبی تعریف نشده‌اند. بسیار مشکل است مفاهیم حقوقی از جمله رفتار عادلانه و منصفانه به‌وسیله روش‌های سنتی تفسیر یعنی تمرکز بر واژگان، بافت و هدف و مقصود

تفسیر نمی‌تواند برای انتقال تعهدات از یک حوزه به حوزه دیگر حقوق بین‌الملل یا ایجاد تعهدات جدید مورد استفاده قرار گیرد، اختلافات و تشابهات متنی در اسناد حقوق بین‌الملل بایستی در این رابطه مورد توجه قرار گیرد. در قضیه (ویکتور کاسادو-شیلی)، محکمه داورى به قضیه برادران لاگرانژ مختومه در دیوان بین‌المللی دادگستری اشاره می‌نماید (ICJ Rep, 2001: 466) و با توسل به قیاس دریافت که اقدامات موقتی در چارچوب ماده ۴۱ اساسنامه دیوان الزام‌آور می‌باشد. محکمه داورى اظهار داشت که قضیه لاگرانژ و به تبع آن الزام مقرر در ماده ۴۱ (اصل) با توسل به قیاس قابل‌اعمال بر ماده ۴۷ کنوانسیون ایکسید و قضیه حاضر (فرع) خواهد بود. هرچند که ماده ۴۷ کنوانسیون ایکسید واژه‌ها و کلمات متفاوتی در قیاس با ماده ۴۱ اساسنامه دیوان در بر دارد (Victor Pey Casado, 2001: paras.17,19). بر اساس ماده ۴۱، دیوان بین‌المللی دادگستری اختیار دارد^۱ در صورتی که تشخیص دهد که اوضاع و احوال ایجاب می‌کند اقداماتی را که باید برای حفظ حقوق طرفین موقتاً به عمل آید، انجام دهد.^۲ ماده ۴۷ کنوانسیون ایکسید مقرر می‌دارد: «به استثنای مواردی که طرفین به طرز دیگری موافقت نموده باشند، در صورتی که دیوان تشخیص دهد که اوضاع و احوال ایجاب می‌نماید، می‌تواند به منظور حفظ حقوق احتمالی هر یک از طرفین، اقدامات تأمینی توصیه نماید».^۳

در نتیجه علی‌رغم اختلاف در متن و الزام و اجبار مقرر در اقدامات موقتی که در ماده ۴۱ اساسنامه دیوان و متعاقباً قضیه لاگرانژ وجود دارد، محکمه ایکسید آن را بر قضیه حاضر و ماده ۴۷ کنوانسیون ایکسید قابل‌اعمال می‌داند؛ هرچند که اقدامات موقت مقرر در ماده ۴۷ تنها در حد یک توصیه هستند. چنین تفسیری علاوه بر اینکه کارایی و اثربخشی کنوانسیون ایکسید را تسهیل می‌نماید، می‌تواند با قدرت ذاتی محاکم بین‌المللی برای اتخاذ اقدامات موقتی توجیه شود. مسلماً چنین سیر استدلالی وضعیت و شرایط معاهده را فراتر از اهداف خالقین آن توسعه می‌دهد و نقش شایانی در توسعه حقوق بازی می‌کند. ماهیت الزام‌آور اقدامات موقتی در آرای ایکسید،^۴ بر متون

1- The court shall have the power to **indicate** any provisional measures

۲- برای مدت طولانی، مشخص نبود که آیا اقدامات موقتی مقرر در ماده ۴۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، برای کشورهای ذی‌نفع الزام‌آور است. با تفسیر ماده ۴۱ اساسنامه، دیوان در قضیه لاگرانژ به این مهم پاسخ مثبت می‌دهد.

3- The Tribunal may **recommend** any provisional measures

4- Maffezini v Kingdom of Spain, Request for Provisional Measures (Procedural Order No 2) 28 October 1999, s 9; Pey Casado v Chile (Procedural Order No 14) 25 September 2001, s 17-26; Tokio Tokelés v Ukraine, Decision on Jurisdiction (Procedural Order No 1) 1 July 2003, s 4; Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador, Decision on Provisional Measures, 17 August 2007, s 58

5- Waste Management, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (NAFTA), Award of 30 April 2004; 5 NAFTA (UNCITRAL), SD Myers Inc v Canada, Partial Award, 13 November 2000.

روشن و مشخص شوند.^۱

این مفاهیم بنیادین، تنها در طول زمان معانی عینی‌تری به خود می‌گیرند به علت تفاسیری که محاکم معاهده‌ای سرمایه‌گذاری در تصمیماتشان به آن‌ها می‌دهند، در نتیجه داوران را ترغیب می‌نماید تا تفاسیر قبلی مقررات مشابه را برای روشن‌نمودن وضعیت فعلی موردتوجه قرار دهند. از این‌رو، تفسیر و اعمال این استانداردهای رفتاری بیشتر از آرای سابق داورى سرچشمه گرفته است تا متون معاهدات قابل‌اعمال یا رویه دولت (Schill, 2011: 1101). از آنجاکه متدهای تفسیر معاهدات که در کنوانسیون حقوق معاهدات مورد تصدیق قرار گرفته است راهنمای کمی در این خصوص فراهم می‌نمایند، محاکم داورى سرمایه‌گذاری اغلب به‌طور خاص مجبور می‌شوند به رویه پیشین محاکم معاهده‌ای سرمایه‌گذاری به‌منظور تعیین و توسعه استاندارد هنجاری قابل‌اعمال متوسل شوند. به‌عنوان مثال محکمه داورى در قضیه میپرز علیه کانادا بر اساس قواعد داورى آنستیرال در تفسیر اصل رفتار متخذه نامطلوب‌تر نباشد^۲ در وضعیت‌های مشابه به حقوق تجارت بین‌الملل استناد می‌نماید (SD Myers Inc 2000: paras.243-51). ملاحظات مشابهی برای تقریباً تمام دیگر حقوق سرمایه‌گذاری از جمله مفهوم مصادره غیرمستقیم و تعهدات به حفاظت کامل و امنیت صادق است.^۳

در قضیه مدیریت پسماند علیه مکزیک محکمه داورى به‌منظور دستیابی به یک تعریف عملی از استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، آرای داورى سابق که استاندارد فوق را اعمال کرده بودند به‌طور موسّع تشریح نموده است (Waste Management, 2004: para.98). مسئله قابل‌توجه این است که محکمه داورى اصل رفتار عادلانه و منصفانه را مستقلاً با توسل به متدهای تفسیر معاهده در چارچوب کنوانسیون حقوق معاهدات تفسیر نمی‌نماید بلکه معنای استاندارد را بر حسب تأثیر سابقه قضایی داورى بیان می‌کند. هرچند در قضیه فوق محکمه داورى قضایای مورد استناد از آرای داورى نفتا^۴ را موردتوجه قرار می‌دهد اما بیشتر محاکم داورى سرمایه‌گذاری معنی اصل رفتار عادلانه و منصفانه را از سوابق قضایی به‌طور کلی بدون توجه کافی به معاهده سرمایه‌گذاری موردنظر در آن قضایا استنباط می‌نمایند. آنچه

در درک تصمیم‌گیری دیوان داورى به‌عنوان عمل قانون‌گذاری اساسی است این است که محاکم بعدی به‌طور انتقادی رویه قضایی سابق و مقدمات آن را بررسی نمی‌نمایند بلکه آن‌ها را به‌گونه‌ای اعمال می‌نمایند که گویی الزام‌آورند.

اساساً، زبان مبهم اصل رفتار عادلانه و منصفانه و دیگر حقوق و مفاهیم مربوط به سرمایه‌گذاری که توسط ساختار نهادین و در رأس آن‌ها کنوانسیون ایکسید فراهم شده است باعث می‌شود که این حقوق به‌طور عملیاتی با مقررات (قیود) کلی در قوانین مدنی از جمله اصل حسن نیت قابل قیاس باشد که به تصمیم‌گیرندگان اجازه می‌دهد تا محتوای هنجاری و استاندارد دقیق قابل‌اعمال بر وضعیت‌های اجتماعی خاص را معین و روشن نمایند. ابهام اصول حمایت از سرمایه‌گذاری کاملاً شبیه به چنین قیود و مقررات کلی هستند، زیرا آن‌ها مستلزم تفویض اساسی قدرت قانون‌گذاری از دولت‌ها به محاکم در متون بین‌المللی سرمایه‌گذاری است؛ بنابراین، رویه قضایی داورى بسیار بیشتر از هرگونه راهنمایی که توسط دولت‌های عضو معاهدات سرمایه‌گذاری ارائه شده است، تفسیر حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و معنای استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذاری را مشخص و تعیین می‌نماید.

ابهام استانداردهای اساسی که به‌عنوان معیاری برای مسؤولیت بین‌المللی کشورهای میزبان اعمال می‌شود از عوامل اصلی اهمیت توسل به قیاس است که محاکم داورى به آن می‌پردازند. این عمل ناشی از موقعیت و جایگاهی است که دولت‌ها برای آن‌ها پیش‌بینی کرده‌اند؛ از یک سو، محاکم داورى سرمایه‌گذاری نه‌تنها از اختیار و صلاحیت برخوردارند بلکه همچنین این وظیفه را بر عهده دارند تا اصول مندرج در معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری را با استفاده از روش‌های پذیرفته شده تفسیر معاهدات اعمال نمایند.^۵ باین‌حال، از سوی دیگر، راهنمایی کمی در ارتباط با معنای دقیق اصول موردبحث به‌وسیله دولت‌های عضو این معاهدات به محاکم داده شده است. در نتیجه، دادگاه‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری به‌ناچار با پرکردن خلأها و شکاف‌های قابل‌توجهی که ناشی از ابهام استانداردهای حقوق سرمایه‌گذاری است، مواجه می‌شوند. این ابهامات به‌نوبه خود، دادگاه‌های داورى را با گزینه‌های تفسیری فراوانی در خصوص چگونگی تثبیت محتوای تعهدات معاهده سرمایه‌گذاری و اینکه چه تعهداتی مشخصی از آن‌ها منتج می‌شود، رها می‌کند.

۵- بند ۲ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید، صراحتاً دیوان داورى را از اعلام اینکه به علت اجمال یا سکوت یا ابهام قانون نتوانسته است حکم مسأله را پیدا کند، و در نتیجه امتناع از رأی، ممنوع می‌نماید.

1- See *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004, para. 113; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award of 17 March 2006, para.297.

2- no less favourable treatment

3- See Markus Perkams, 2010, "The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law- Searching for Light in the Dark", In *International Investment Law and Comparative Public Law*, Stephan W. Schill (ed.), Oxford Scholarship Online.

4- NAFTA

۳-۲. قیاس و تعیین معنای مفاد معاهدات (روشن نمودن دامنه و محتوای قاعده): قضایای آزروریکس و توتال علیه آرژانتین، قضیه ایروک علیه لهستان و قضیه ماندو علیه ایالات متحد آمریکا^۱

دیوان داوری ایکسید و برخی دیگر از محاکم معاهده‌ای سرمایه‌گذاری از قیاس به عنوان ابزاری برای روشن شدن معنای مقررات (مفاد) حاکم بر معاهدات سرمایه‌گذاری و تعیین دامنه و محتوای قواعد که در قضایای خاص قابل اعمال هستند، استفاده می‌نمایند. این امر منعکس کننده نقش نسبت داده شده به تصمیمات قضایی در ماده ۳۸ (۱) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان ابزارهای فرعی برای تعیین قواعد حقوقی است (Rosenne, 2006: 1551). از این رو، استدلال تفسیری محاکم ایکسید ابزار فرعی برای تعیین قواعد حقوقی قلمداد می‌شود و نقش قابل توجهی در استقرار چارچوب حقوقی قابل پیش‌بینی که در آن منافع سرمایه‌گذاران، دولت‌ها و اشخاص ثالث به درستی در نظر گرفته شود، دارند.

تصمیمات محاکم بین‌المللی می‌تواند به عنوان شهادی بر وجود یک قاعده یا اصل خاص حقوق بین‌الملل بکار برده شود یا به عنوان شهادی بر یک تفسیر خاص یا کاربست یک قاعده یا اصل^۲. به طور مشابه، سابقه قضایی می‌تواند برای تعیین و مشخص کردن معنای معمول مقررات معاهده خاص بکار برده شود. همان گونه که دیوان داوری در قضیه آزروریک علیه آرژانتین بیان داشت، ضروری است دادگاه معنای معمول اصطلاحات استفاده شده در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را در چارچوب ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات مورد توجه قرار دهد. یافته دیگر محاکم و به ویژه دیوان بین‌المللی دادگستری به کارکرد تفسیری دادگاه کمک می‌نماید (Azurix Corp, 2006: para.391).

به همین منوال، سابقه قضایی می‌تواند برای تعیین کارکرد مقررات یک معاهده خاص بکار برده شود یا در نظر گرفتن این امر که چگونه دیگر محاکم مقررات مشابه در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را تفسیر کرده‌اند. به عنوان مثال، دادگاه داوری در قضیه ایروک علیه لهستان به سابقه قضایی محاکم داوری در ارتباط با تفسیر قید چتری یا شرط التزام عام^۳ در چارچوب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بین

سوئیس و پاکستان و سوئیس و فیلیپین استناد می‌نماید تا کارکرد و معنای قیدهایی قابل مقایسه در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین هلند و لهستان را روشن و تعیین نماید (Azurix Corp, 2005: paras.73,89; Eureko B.V., 2003).

اکثریت محاکم نه تنها به معنای ساده قید مورد نظر و اصل تفسیر مؤثر اشاره می‌نمایند بلکه همچنین به دیگر آرای داوری سرمایه‌گذاری با این اظهار که آن‌ها قانع کننده و مستدل اند، استناد می‌نمایند (Eureko, 2005: paras.246-249, 257) اگرچه دادگاه تأکید زیادی بر تفسیر قید چتری یا شرط التزام عام^۴ در دیگر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در سایر قضایا داشت اما آن تصمیمات را به عنوان سابقه قضایی الزام آور قلمداد نمی‌نماید؛ بنابراین سابقه قضایی داوری به عنوان ابزار فرعی (اضافی) تفسیر مورد استفاده قرار می‌گیرد بدون اینکه دارای ماهیت الزام آور باشد. با این حال، چنین استفاده‌ای از سوابق قضایی به محاکم این اجازه را می‌دهد تا همگرایی گسترده معاهده را توسعه دهند.

قانون حمایت از سرمایه‌گذاری، به ویژه اگر از منظر حل و فصل اختلافات مورد توجه قرار گیرد، حقوق معاهده‌ای را به عنوان نقطه شروع استدلال می‌پذیرد، بنابراین این حوزه از حقوق وابستگی موجهی به تجربه رژیم‌های مشابه حقوق بین‌الملل دارد. همچنین، ساختار موجود در استدلال حقوقی در ارتباط با حقوق معاهده‌ای کاملاً به چنین استدلالی باز است. به عنوان مثال، معنای عادی یک اصطلاح یا اصطلاحات در یک معاهده ممکن است از معنای مربوط به عبارات مشابه در اسناد مشابه ناشی شده باشد و تعیین شباهت اصطلاحات و اسناد به روش استدلال قیاسی ادامه خواهد یافت. قانون حمایت از سرمایه‌گذاری بخشی از حقوق عمومی معاهدات است و تعیین معنای معمول با اشاره و ارجاع به دیگر رژیم‌ها، یک روش (عمل) تفسیری کاملاً عملی و موجه به شمار می‌رود.

۴- Umbrella Clause که می‌توان آن را به شرط فراگیر، شرط التزام عام، شرط تضمین تعهدات و شرط حرمت قرارداد ترجمه کرد از جمله شروط مهمی است که در بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری پیش‌بینی می‌شود. درج این شرط در این معاهدات به معنی تعهد دولت میزبان به تضمین رعایت تمامی تعهدات خود (اعم از قراردادی و معاهده‌ای) در برابر سرمایه‌گذاران خارجی در قراردادهای سرمایه‌گذاری است. به بیانی دیگر، هر یک از طرفین قرارداد ملزم به تضمین تعهداتی هستند که در قبال سرمایه‌گذاری‌های اشخاص حقیقی و حقوقی طرف دیگر در سرزمینشان به عهده گرفته‌اند. این شرط به شرط التزام عام معروف شده است؛ چراکه تعهداتی مجزا از سایر تعهدات معاهده سرمایه‌گذاری ایجاد می‌کند که بر اساس آن طرفین معاهده ملزم می‌شوند هر تعهدی را که در ارتباط با اتباع طرف دیگر به عهده گرفته‌اند، رعایت کنند به طوری که زیرپا گذاشتن این تعهد سبب نقض این شرط و در نتیجه نقض آن معاهده سرمایه‌گذاری شده و بنابراین به سرمایه‌گذار خارجی امکان طرح دعوای قراردادی‌اش را در یک مرجع بین‌المللی نیز می‌دهد.

1- Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006; Eureko B.V. v. Republic of Poland, UNCITRAL, Partial Award of 19 August 2005; Mondev Int'l Ltd. v. United States (ICSID-NAFTA Ch. 11), Case No. ARB (AF)/99/2, Award (Oct. 11, 2002).

2- See Mohamed Shahabuddeen, Precedent in the World Court, Cambridge University Press, 1996.

3- Umbrella Clause

۲-۴. قیاس به عنوان ابزاری برای رفع خلأ حقوقی و منبع انطباق با تصمیمات سابق؛ قضیه شرکت ای آی اس و قضیه گاز طبیعی علیه آرژانتین، قضیه شرکت متانکس علیه ایالات متحده آمریکا و قضیه محصولات ذرت علیه مکزیک^۴

طبیعتاً به هر میزان که حوزه‌ای جدیدتر باشد، مثلاً حقوق بین-الملل سرمایه‌گذاری، خلأهای حقوقی‌اش نیز بیشتر است و در نتیجه، قیاس می‌تواند نقش پررنگ‌تر و مؤثرتری داشته باشد. قیاس با تصمیمات سابق یکی از روش‌هایی است که محاکم داوری از سابقه قضایی استفاده می‌نمایند. این رویکرد به عنوان مثال، توسط دیوان داوری در قضیه شرکت ای آی اس علیه آرژانتین در ارتباط با تأثیرات قانون اضطراری آرژانتین در سال ۲۰۰۱-۲۰۰۲ اتخاذ شد. دادگاه داوری اظهار داشت که ملزم به پیروی از سابقه قضایی نیست اما به درستی این امر را مورد توجه قرار داد که از تصمیمات داوری سابق به عنوان منبع مقایسه و الهام استفاده می‌نماید (AES Corporation, 2005: paras. 23, 30-1). به زعم دادگاه، رویکرد مشابهی هم بر تفسیر قانون و هم بر وقایع مرتبط که عمدتاً ریشه در دو یا چند اختلاف متفاوت دارد، قابل اعمال است (AES Corporation, 2005: paras. 31-2).

در تعیین اینکه آیا اقدامات متقابل بین دولتی دفاع موجهی در اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذار قلمداد می‌شود، محکمه داوری در قضیه محصولات ذرت علیه مکزیک به مقایسه با ممنوعیت اقدامات متقابل که حقوق کشورهای ثالث در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی را تحت تأثیر قرار دهد، می‌پردازد (Corn Products, 2008: paras. 161-79).

در تعیین اینکه آیا بایستی نهاد دوست دادگاه^۵ را پذیرفت، محکمه داوری در قضیه متانکس علیه ایالات متحده به قیاس با رویه دیگر محاکم بین‌المللی از جمله دیوان داوری ایران-آمریکا و پانل-های سازمان تجارت جهانی و دادگاه‌های داخلی که چنین نهادی را پذیرفته بودند، استناد می‌نماید (Methanex Corp, 2001: paras. 29-34).

نقطه شروع بحث این است که قوانین سرمایه‌گذاری تا حدودی از رژیم از پیش موجود حقوق بین‌الملل وام می‌گیرد و تا حدودی نیز از آن منشعب می‌شود، و مفسر معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری برای تعیین میزان (درجه) شباهت و اختلاف لازم است معنای عادی اصطلاحات خاص و ساختارهای گسترده‌تر در هر دو مورد را بسط و گسترش دهد. از آنجاکه حقوق سرمایه‌گذاری ممکن است به عنوان یک نسخه هنجاری رژیم‌های چندگانه حقوق بین‌الملل دیده شود، مفسر ممکن است به روشنی به رویکردها و تکنیک‌های متفاوتی (از حقوق بشر، حقوق معاهدات، و حمایت دیپلماتیک و عناصری خاص از حقوق مسئولیت دولت) با کاربردهای مختلف برای معنا و طرز عمل عناصر خاص حقوق سرمایه‌گذاری، اتکا کند. به عنوان مثال، در تعیین دامنه و محتوای حداقل استاندارد رفتاری در چارچوب معاهده تجارت آزاد آمریکای شمالی^۱، محکمه داوری در قضیه ماندو علیه ایالات متحده به رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر در ارتباط با حق بر دسترسی به دادگاه به عنوان مبنایی برای روشن نمودن مفهوم با شیوه استدلال قیاسی، مورد بررسی قرار داد (Mondev, 2002: para. 144).

در تعریف تعهد به رفتار با سرمایه‌گذار خارجی، «در وضعیت‌های مشابه»^۲ دادگاه SD Myers به رویه قضایی سازمان تجارت جهانی و گات در ارتباط با «محصولات مشابه»^۳ متوسل می‌شود، و به این نتیجه می‌رسد دولت بایستی رفتاری مشابه رفتار با شهروندان و اتباع در پیش گیرد (S.D. Myers, 2000: paras. 243-51; Methanex Corp., 2005: paras. 29-35). در تفسیر مفهوم انتظارات مشروع، محکمه داوری ایکسید در قضیه توتال علیه آرژانتین به تحلیل تطبیقی حقوق عمومی داخلی، حقوق بشر اروپایی، قوانین اتحادیه اروپا و حقوق بین‌الملل عمومی پرداخت (Total, 2010: paras. 128-34). تشابهات ساختاری و عملی بین تریپس و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی مبنای متقاعدکننده برای قضات تریپس فراهم می‌کند تا قیاس‌های حقوق بشر اروپایی را اعمال کنند زمانی که در خصوص حقوق مالکیت معنوی تصمیم‌گیری می‌نمایند.

4-

AES Corporation v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005; Methanex Corp. v. United States (UNCITRAL-NAFTA Ch. 11), Decision on Amici Curiae, 2001; Corn Products Int'l, Inc. v. Mexico (ICSID-NAFTA Ch. 11), Case No. ARB(AF)/04/01, Decision on Responsibility, 2008.

۵- رویکرد مشابهی در قضیه گاز طبیعی علیه آرژانتین در محکمه داوری ایکسید می‌توان یافت (Gas Natural, 2005: para. 36).

6- Amici Curiae

1- NAFTA

2- in like circumstances

3- like products

داوری معاهدات سرمایه‌گذاری یک شکل ترکیبی- پیوندی جدید از اشکال حل‌وفصل اختلافات است که در دوران طفولیت به دیگر منابع خارجی حقوق به‌کرات متوسل شده است. استدلال قیاسی، به دلیل اینکه سیستم معاهده‌ای سرمایه‌گذاری نو و مختلط است به‌وفور (هرچند به‌طور ضمنی و غیرمستقیم) یافت می‌شود. زمانی که یک رشته جوان است، بسیاری از مسائل هنوز حل نشده باقیمانده است، که این امر باعث می‌شود که مشارکت‌کنندگان در این حوزه با رشته‌ها و حوزه‌های حقوقی تثبیت شده برای ارائه محتوا و اشکال حوزه جدید به قیاس متوسل شوند. چنین اقتباسی احتمالاً زمانی که این حوزه (رشته) از یک یا چند رشته حقوقی بالغ‌تر تشکیل شده باشد، بسیار مشهود است. معاهدات سرمایه‌گذاری همچنین در حد مرز بسیاری از دوگانگی‌های پر مسئله از جمله حقوق عمومی و حقوق خصوصی، حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل قرار گرفته است، به همین دلیل دامنه قابل‌توجهی برای ترسیم قیاس‌های متفاوتی فراهم است. با تصدیق و اذعان به عدم تکامل حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، استفاده از استدلال قیاسی می‌تواند برای توسعه حقوق سرمایه‌گذاری و داوری آن مفید باشد و با توجه به انسجام سیستم حل‌وفصل اختلافات و قابلیت پیش‌بینی آن، مشروعیت آن را تقویت نماید.

بدیهی است که مهاجرت ایده‌های نظام‌های مختلف حقوقی به حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، و مسلماً از یک حوزه حقوق بین‌الملل به حوزه دیگر، علاوه بر روشن‌نمودن تفسیر مقررات معاهدات سرمایه‌گذاری و تضمین ثبات و سازگاری داوری معاهدات سرمایه‌گذاری (Schill, 2010: 25-27)، موجب ایجاد هویت مجزای محاکم معاهده‌ای سرمایه‌گذاری به‌عنوان مکانیسم‌های حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی می‌شود مشابه سایر دادگاه‌های بین‌المللی. با مشارکت در اقتباس قضایی، محاکم داوری خودشان را در داخل شبکه جهان‌وطنی محاکم و دادگاه‌های بین‌المللی قرار می‌دهند.

معاهدات سرمایه‌گذاری به‌طور سنتی، در قالب کلمات موجز (مختصر) و به‌اجمال بیان شده است که این امر باعث ایجاد ابهامات و شکاف‌های زیادی در آن شده است که این مسائل با توسل به قیاس ممکن است رفع شود. اساساً، معاهدات سرمایه‌گذاری مخلوق حقوق بین‌الملل عمومی هستند زیرا آن‌ها موافقت‌نامه‌های بین دولتی به شمار می‌روند که بایستی مطابق کنوانسیون حقوق معاهدات وین تفسیر شوند. به لحاظ رویه، بیشتر معاهدات سرمایه‌گذاری به سرمایه‌گذاران اجازه می‌دهد تا اختلافات داوری را به‌طور مستقیم علیه دولت بر مبنای قواعد توسعه‌یافته عمدتاً در زمینه داوری تجاری بین‌المللی و قراردادهای دولت و سرمایه‌گذار مطرح کنند. بر این اساس، بسیاری از قواعد ماهوی توسعه‌یافته در حقوق بین‌الملل عمومی و بسیاری از قواعد شکلی توسعه‌یافته در حقوق بین‌الملل خصوصی به شکل قیاسی بر آن حاکم خواهد بود. به‌عنوان مثال، معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری اخیر، مقررات مربوط به استثنائات کلی برای حفاظت از

این اصول و قضایا قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل قابل‌اعمال در روابط بین طرفین نیستند، حتی زمانی که آن‌ها در حقوق بین‌الملل عام ریشه داشته باشند. زمانی که به چنین قیاس‌هایی استناد می‌شود، مشارکت‌کنندگان ادعا نمی‌کنند که این اصول و قضایا به‌عنوان یک قانون بر نظام معاهده‌ای سرمایه‌گذاری اعمال شود.

تمرکززدایی این حوزه از حقوق، سیستم را برای توسل به قیاس‌های متنوع و رقابتی باز می‌نماید و روند همگرایی مجموعه واحد از قیاس‌های پذیرفته شده را کاهش می‌دهد. سیستم بر پایه هزاران معاهده (اغلب دوجانبه) استوار است تا یک یا چند معاهده چندجانبه گسترده. این معاهدات توسط صدها دادگاه اختصاصی (و نه یک دادگاه دائمی مستقر) که توسط طرف‌های اختلاف تشکیل می‌شوند تفسیر و اعمال می‌شوند. سیستم معاهده‌ای سرمایه‌گذاری در حدفاصل بین یک‌جانبه‌گرایی و چندجانبه‌گرایی و بین روش‌های سیستمیک و اختصاصی حل‌وفصل اختلافات قرار گرفته است. با این حال، استفاده از قیاس در قضایای ابتدایی این حوزه از حقوق، همچنین در قضایای معاصر که به موضوعات جدید می‌پردازد، نقش مهمی در قوام گرفتن ماهیت رشته و رویه قضایی در حال ظهور آن بازی می‌کند.

۳. قیاس وسیله پویایی و توسعه تدریجی حقوق معاهدات در حوزه سرمایه‌گذاری

با وجود اینکه محاکم ایکسید به‌عنوان محاکم اختصاصی شناخته می‌شوند که اختلافات حقوقی را بر مبنای منابع حقوقی ناهمگن حل‌وفصل می‌کنند، اما در این محاکم این گرایش وجود دارد که آن‌ها در توسعه همگن متدولوژی حقوق بین‌الملل نقش دارند. البته ارجاع مستقیم به قیاس در میان محاکم ایکسید بسیار رایج و معمول نیست.^۱ به نظر می‌رسد دلیل اصلی این باشد که استدلال‌هایی که می‌تواند به‌عنوان قیاس در حقوق داخلی قلمداد شود، در اغلب موارد در حقوق بین‌الملل به‌گونه‌ای متفاوت طبقه‌بندی می‌شوند به‌ویژه به‌عنوان استدلال‌هایی بر مبنای رویه دولت‌ها یا سوابق قضایی از دیگر حوزه‌ها (Fauchald, 2008: 326).

۱- از مهمترین آرای که به طور صریح به قیاس استناد می‌نماید می‌توان به قضایای زیر اشاره نمود:

ADF v. US (ADF Group Inc. v. United States of America), ICSID Case ARB(AF)/00/1. NAFTA Award 2003, 18 ICSID Rev – FILJ (2003) N.95; SGS v. Philippines (SGS Société Générale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines), ICSID Case ARB/02/6. BIT Philippines –S witzerland Decision on jurisdiction 2004, 8 ICSID Rep (2005), paras.135,144; Mondev v. US (Mondev International Ltd v. United States of America), ICSID Case ARB(AF)/99/2. NAFTA Award 2002, 42 ILM (2003), paras.142-143; Maffezini v. Spain (Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain), ICSID Case ARB/97/7, Decision on jurisdiction 2000, para.79.

شدن این بخش از حقوق بین‌الملل جلوگیری شود بلکه همچنین می‌تواند مشروعیت درک شده داوری سرمایه‌گذاری را افزایش و ابزار مفیدی برای انسانی نمودن این حوزه سازگار با حقوق بین‌الملل فراهم نماید. به عنوان مثال، ماده ۳۱(۳)(ج) کنوانسیون حقوق معاهدات، محاکم فوق را قادر می‌سازد نه تنها تعهدات معاهده‌ای حقوق بشری که دولت میزبان عضو آن می‌باشد را اعمال نماید، بلکه قواعد حقوق بشری که به طور کلی در میان دولت‌ها قابل اعمال است نیز بکار برد. علاوه بر این، با تفاسیر محاکم داوری سرمایه‌گذاری در شفاف‌سازی و احراز قواعد موجود، گرداندن چرخ‌های حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در مسیر توسعه میسر می‌گردد. از این رو، اعمال استدلال قیاسی علاوه بر رفع خلأها و روشن نمودن دامنه و محتوای قواعد، سبب توسعه حقوق بین‌الملل در این بخش شده و نهایتاً بر رابطه میان شاخه‌های جدید با سایر حوزه‌های نوشته و نانوشته حقوق بین‌الملل، تأثیر مثبت خواهد گذاشت. بالین حال، علیرغم حمایت فزاینده در رویه و دکتربین، توسل به قیاس در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری اخیراً هم به لحاظ روش‌شناسی و هم بر مبنای عملی مورد انتقاد قرار گرفته است.^۳ از این نظر، کل کار معیارهای تبیین و تفسیر و اشکال استدلال حقوقی باید در چارچوب ارزش‌های بنیادی باشد که ما به نظام حقوقی نسبت می‌دهیم. این وظیفه هم ضروری است و هم غیرقابل اجتناب.

اموال و دارایی‌های عمومی از جمله بهداشت عمومی، محیط‌زیست و میراث فرهنگی را از حقوق تجارت بین‌المللی به‌ویژه ماده ۲۰ موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت^۱ و ماده ۱۴ موافقت‌نامه عمومی راجع به تجارت خدمات وام گرفته‌اند.^۲

نتیجه‌گیری

از آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نه تنها متکامل و محصور در نظم بستن نیست بلکه پویایی بسیار دارد. حتی نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته داخلی که در استانداردهای عمومی و انتزاعی توانگر است، نیازمند تفاسیر و تعبیر قضایی‌اند؛ بنابراین، تا حدی، هر نظام حقوقی با خلأ مواجه است. معاهدات سرمایه‌گذاری نیز به دلیل عدم حصول توافق و عدم پیش‌بینی برخی موضوعات از سوی تنظیم‌کنندگان آن‌ها و وضع قواعد نوعی و برخورد از وصف کلیت، سرشار از ابهام، اجمال، سکوت و خلأ است. بند ۲ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید ضمن اذعان به این امر، صراحتاً دیوان داوری را از اعلام اینکه به علت اجمال یا سکوت یا ابهام قانون نتوانسته است حکم مسئله را پیدا کند، و در نتیجه امتناع از رأی، ممنوع می‌نماید. از این رو، محاکم ایکسید و مراجع حل اختلاف معاهدات سرمایه‌گذاری در مقام اجرای وظیفه قضایی خود ملزم به رفع ابهام و اجمال موجود در مقررات، ارائه تفاسیر روشن و منسجم و در نهایت حل و فصل اختلافات است. در این راستا محاکم ایکسید با استناد به اصول کلی حقوقی و در رأس آن به قیاس به عنوان راه‌حلی برای رفع خلأها، ابهام و اجمال در قواعد و تفسیر معاهدات و مقررات گوناگون متوسل می‌شوند.

تجزیه و تحلیل رویه محاکم ایکسید و مراجع معاهده‌ای سرمایه‌گذاری نشان می‌دهد که به نحو گسترده‌ای از قیاس و رویکردهای مشابه استدلال‌های تفسیری دیگر محاکم بین‌المللی استفاده نموده‌اند. توجه محاکم فوق به قیاس به عنوان روش استدلال اجتناب‌ناپذیر در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری علاوه بر اینکه اقتدار و اختیارات محاکم فوق در تصمیم‌گیری‌ها را افزون ساخته و بر پویایی و قانونمندی تصمیمات محاکم می‌افزاید؛ انسجام و یکپارچگی مقررات معاهدات سرمایه‌گذاری با سایر مقررات بین‌المللی را از طریق اصل رفتار مشابه با وضعیت‌های مشابه را افزایش می‌دهد، چراکه انتقال ایده‌های اساسی حوزه‌های مختلف به محاکم داوری سرمایه‌گذاری نه تنها اجازه می‌دهد تا با برخورد با مسائل حقوقی مشابه از چندپاره

۳- برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک:

J. E. Alvarez, "Beware: Boundary Crossings"- A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law', The Journal of World Investment & Trade, 2016, Vol.17 (2), pp.171-228.

1- General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT 1994), 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 33 ILM 1153 (1994).

2- General Agreement on Trade in Services (GATS), 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B to the WTO Agreement, 33 ILM 1167 (1994).

References

- [1] *AES Corporation v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005.
- [2] *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction of 8 December 2003.
- [3] *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006.
- [4] Becker, L.C., 'Analogy in Legal Reasoning', *Ethics*, Vol.83, 1973.
- [5] Bryan A. Garner. (2009). *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co.
- [6] *Casado v. Chile* (Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile), ICSID Case ARB/98/2. *BIT Chile – Spain Provisional Measures 2001*, 16 ICSID Rev– FILJ (2001).
- [7] *Corn Products Int'l, Inc. v. Mexico* (ICSID-NAFTA Ch. 11), Case No. ARB(AF)/04/01, Decision on Responsibility, 2008.
- [8] *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, UNCITRAL, Partial Award of 19 August 2005.
- [9] Falsafi, Hedayatollah. (2015). *Permanent Peace and Rule of Law; Dialectics of sameness and difference*, Tehran, Farhang Nashr No Publication (In Persian).
- [10] Fauchald, Ole Kristian. (2008). *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis*, EJIL, Vol.19, No.2.
- [11] *Gas Natural v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction of 17 July 2005.
- [12] *General Agreement on Tariffs and Trade 1994* (GATT 1994), 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 33 ILM1153(1994).
- [13] *General Agreement on Trade in Services (GATS)*, 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B to the WTO Agreement, 33 ILM 1167 (1994).
- [14] Ghari Seyed Fatemi, Seyed Mohammad; Piri, Heidar; Mahmoody, Seyed Hadi (2019), *Discovery of Legal Rule through Analogy by the International Court of Justice*, *Public Law Studies Quarterly*, Vol.49, No.4, pp.1149-1169 (In Persian).
- [15] Hosseini Zubeidi, Mohammad Morteza. (1993). *Taj al-Arus Man Javaher al-Qamoos*, Vol.8, Beirut, Dar al-Fakr (In Arabic).
- [16] Ibn Faris bin Zakaria, Abul Hossein Ahmad. (1983). *Ma'jam Maqays Al-Lagheh*, Vol.11, Qom, Islamic Propaganda Office Publisher. (In Arabic).
- [17] ICJ Reports, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, 27 June 2001.
- [18] ICSID, *CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic - Award*, 12 May 2005, ICSID Case No. ARB/01/8.
- [19] ICSID, *Mondev International Ltd v United States of America- Award*, 11 October 2002, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2.
- [20] ICSID, *Total SA v Argentine Republic – Decision on Liability*, 27 December 2010, ICSID Case No. ARB/04/1.
- [21] Juthe, Andre, (2005). "Argument by Analogy", *Argumentation*, Vol.19, Issue.1.
- [22] Lamond, Grant, 2008, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- [23] *Methanex Corp. v. United States* (UNCITRAL-NAFTA Ch. 11), Decision on Amici Curiae, 2001.
- [24] *Mondev Int'l Ltd. v. United States* (ICSID-NAFTA Ch. 11), Case No. ARB(AF)/99/2, Award, para. 144 (Oct. 11, 2002).
- [25] *NAFTA (UNCITRAL), SD Myers Inc v Canada*, Partial Award, 13 November 2000.
- [26] *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104, 124 (1978).
- [27] Piri, Heidar; Ghari Seyed Fatemi, Seyed Mohammad; Mahmoody, Seyed Hadi (2021), *The Application of Analogical Reasoning in International Criminal Law System; Perhaps, Dos and Don'ts*, *Criminal law Research*, Vol.9 (35), pp.139-169. (In Persian).
- [28] Roberts, A (2013), *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment System*, *American Journal of International Law*, Vol.107, Issue.1.
- [29] *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, in force on 1 July 2002, United Nations, Treaty Series, Vol. 2187, No. 38544.
- [30] Rosenne, Shabtai, 2006, *The Law and Practice of the International Court, 1920– 2005*, Vol.III: Procedure, Martinus Nijhoff.
- [31] Schill, Stephan, 2010, "International Investment Law and Comparative Public Law: An Introduction", In S. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press.
- [32] Schill, Stephan, 2011, "System-Building in Investment Treaty Arbitration and Law-making", *GLJ*, Vol.12, No.5.
- [33] *Telenor v. Hungary* (*Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary*), ICSID Case ARB/04/15. *BIT Hungary – Norway Decision on jurisdiction* 2006.
- [34] *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, Annex 2 of the WTO Agreement.
- [35] *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision

on Provisional Measures, 25 September 2001.

- [36] Waste Management, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (NAFTA), Award of 30 April 2004.
- [37] Z. Elkins et al., 'Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960–2000', 2006, International Organization, Vol. 60.