



دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی نشریه علمی

شاپا: ۴۱۷۷-۲۳۲۲

(شماره پیاپی: ۲۵)

بهار و تابستان ۱۴۰۳

شماره ۲۵- سال سی و یکم- دوره جدید

۱	زهره شاکری مریم مهربان پورآذر	حمایت از علانم تجاری غیرمتعارف غیربصری دارای معنای ثانویه در نظام‌های ایالات متحده و اتحادیه‌ی اروپا
۲۲	میترا شفیقی سید محسن حسینی پویا سید حمیدرضا موسوی پور	تحلیل اقتصادی نظام دادرسی مدنی با تأکید بر رسیدگی فرجامی
۳۷	علی صابری سید محمد مهدی غمامی روح اله مکارم	ظرفیت نهادی نظام حقوقی ایران برای ارزیابی تأثیرات اقتصادی قوانین
۵۷	مجید صادق نژاد نائینی	نقش شفافیت در پیشگیری از جرایم اقتصادی
۸۰	امیر غفاری عباس کریمی	تعارض قوانین حاکم بر تعهدات پولی
۹۸	غلام نبی فیضی چکاب وحید رجاء	مفهوم «تغییر اساسی» در قواعد مبدأ، با نگاهی به موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت
۱۲۳	سید محمد هادی قبولی درافشان مصطفی بختیاروند	تأثیر ویژگی‌های متاورس بر تحلیل ضدانحصار قدرت بازار
۱۴۰	علیرضا قدیمی مصطفی سلیمی‌فر علی‌اکبر ناجی میدانی سعید ملک‌السادتی	تحلیل مدل‌های مشارکت عمومی- خصوصی در تولید انرژی یرقایی در خطوط انتقال آب (حل تعارضات با رویکرد نظریه بازی‌ها)
۱۶۷	زهره سادات مرتضوی سید مصطفی محقق داماد محمد تقی رفیعی	امکان‌سنجی فقهی حقوقی وقف اوراق بهادار مبتنی بر آموزه‌های حقوق اقتصادی
۱۸۳	رحیم نوبهار فاطمه صفاری	مطالعه توزیع بهینه منابع در نظام عدالت کیفری جمهوری اسلامی ایران در پرتو تجارب سایر کشورها
۲۱۳	لیلی نیاکان زینب بهبودی‌راد علی سوری	بررسی نظریه‌های تنظیم‌گری در صنعت بیمه ایران
۲۳۳	سوران رشیدی سید محمد رضا میری لواسانی مهدی منتظر	الگوی برای مدیریت ریسک‌های حقوقی در صنعت بانکداری ایران

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: فرشته گلچین راد
صفحه آرایی: زینب خواجوی
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.)

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

داوران مقالات این شماره

- ۱- دکتر السان، مصطفی
- ۲- دکتر اجری ایسک، عاطفه
- ۳- دکتر بختیاروند، مصطفی
- ۴- دکتر امینی، اعظم
- ۵- دکتر آذری متین، افشین
- ۶- دکتر صادقی، محمد
- ۷- دکتر دانش ناری، زهرا
- ۸- دکتر محمدخانی، عباس
- ۹- دکتر آقابابایی، حسین
- ۱۰- دکتر دانش ناری، حمیدرضا
- ۱۱- دکتر رستمی، ولی
- ۱۲- دکتر روح الامینی، سید امین
- ۱۳- دکتر ساداتی، سید محمد جواد
- ۱۴- دکتر نورپور، محسن
- ۱۵- دکتر رضایی، مصطفی
- ۱۶- دکتر اسکندری پور، زهره
- ۱۷- دکتر رزمی، سید محمد جواد
- ۱۸- دکتر رجب زاده مغانی، ناهید
- ۱۹- دکتر افکار، حمید
- ۲۰- دکتر بادینی، حسن
- ۲۱- دکتر علومی یزدی، حمیدرضا

فهرست مندرجات

عنوان	نویسنده	صفحه
حمایت از علائم تجاری غیرمتعارف غیربصری دارای معنای ثانویه در نظام‌های ایالات متحده و اتحادیه‌ی اروپا	زهرا شاکری مریم مهربان پورآذر	۱
تحلیل اقتصادی نظام دادرسی مدنی با تأکید بر رسیدگی فرجامی	میترا شفیقی سید محسن حسینی پویا سید حمیدرضا موسوی پور	۲۲
ظرفیت نهادی نظام حقوقی ایران برای ارزیابی تأثیرات اقتصادی قوانین	علی صابری سید محمدمهدی غمامی روح اله مکارم	۳۷
نقش شفافیت در پیشگیری از جرایم اقتصادی	معجد صادق نژاد نائینی	۵۷
تعارض قوانین حاکم بر تعهدات پولی	امیر غفاری عباس کریمی	۸۰
مفهوم «تغییر اساسی» در قواعد مبدأ، با نگاهی به موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت	غلام نبی فیضی چکاب وحید رجاء	۹۸
تأثیر ویژگی‌های متاورس بر تحلیل ضدانحصار قدرت بازار	سید محمد هادی قبولی درافشان مصطفی بختیاروند	۱۲۳
تحلیل مدل‌های مشارکت عمومی - خصوصی در تولید انرژی برقایی در خطوط انتقال آب (حل تعارضات با رویکرد نظریه بازی‌ها)	علیرضا قدیمی مصطفی سلیمی فر علی اکبر ناجی میدانی سعید ملک‌السادتی	۱۴۰
امکان‌سنجی فقهی حقوقی وقف اوراق بهادار مبتنی بر آموزه‌های حقوق اقتصادی	زهرا سادات مرتضوی سید مصطفی محقق داماد محمد تقی رفیعی	۱۶۷
مطالعه توزیع بهینه منابع در نظام عدالت کیفری جمهوری اسلامی ایران در پرتو تجارب سایر کشورها	رحیم نوبهار فاطمه صفاری	۱۸۳
بررسی نظریه‌های تنظیم‌گری در صنعت بیمه ایران	لیلی نیاکان زینب بهبودی‌راد علی سوری	۲۱۳
الگوی برای مدیریت ریسک‌های حقوقی در صنعت بانکداری ایران	سوران رشیدی سید محمد رضا میری لواسانی مهدی منتظر	۲۳۳

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:	Fereshteh Golchin Rad
Page Layout:	Zeinab Khajavi
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

Feasibility of Protecting Nonvisual Nonconventional Trademarks with Secondary Meaning in the US and EU Systems	Z. Shakeri M. Mehraban Poorazar	1
Economic Analysis of The Civil Justice System with an Emphasis on Appellate Proceedings	M. Shafighi S.M. Hosseini Pouya S.H Mousavipour	22
The Institutional Capacity of Iran's Legal System in Assessment The Economic Impacts of Laws	A. Sabri M. M. Ghamami R. Makarem	37
The Role of Transparency in Preventing Economic Crimes	M. Sadeghnejad Naeini	57
Conflict of Laws Applicable to Monetary Obligations	A. Ghaffari A. Karimi	80
The Concept of "Substantial Transformation" in Rules of Origin, with a Focus on the World Trade Organization (Wto) Agreement on Rules of Origin	G.N. Fayzi Chekab V. Raja	98
The Effects of Metaverse Features on Antitrust Analysis of Market Power	S.M.H Ghabooli Dorafshan M. Bakhtiarvand	123
Analysis of Public-Private Partnership Models in the Production of Electric Energy in Water Transmission Lines (Conflicts Resolving by Game Theory Approach)	A.R. Ghadimi M. Salimifar A. A. Naji Meidani S. Malek Sadati	140
The Jurisprudential and Legal Feasibility of Endowment of Securities Based on The Teachings of Economic Law	Z. Mortazavi S. M. Mohaghegh Damad M. Taghi Rafiei	167
Studying The Optimal Distribution of Resources in The Criminal Justice System of The Islamic Republic of Iran in The Light of The Experiences of Other Countries	R. Nobahar1 F. Saffari	183
Investigation of regulation theories in Iran's insurance industry	L. Niakan Z. BehboodiRad A. Souri	213
A pattern for Managing Legal Risks in Iran's Banking Industry	S. Rashidi S. M. Miri Lavasani M. Montazer	233



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 1-21

Feasibility of Protecting Nonvisual Nonconventional Trademarks with Secondary Meaning in the US and EU Systems

Zahra Shakeri ^{1*}, Maryam Mehraban Poorazar ²

1-Assocait Professor, Private and Islamic law department, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

(Corresponding Author Email: zshakeri@ut.ac.ir)

2- MA of Intellectual Property Law, Private and Islamic law department, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

Received: 27 April 2024
Revised: 19 May 2024
Accepted: 2 August 2024
Available online: 2 August 2024

How to cite this article:

Shakeri, Z.; Mehraban poorazar, M. (2025). Feasibility of Protecting Nonvisual Nonconventional Trademarks with Secondary Meaning in the US and EU Systems, *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 1-21.

(in Persian with English abstract)

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.84474.1313>

1- INTRODUCTION

Distinctiveness which is one of the positive substantive conditions of trademarks appears in both intrinsic and acquired ways. Trademarks are divided into five categories in terms of differentiation. Generic marks, suggestive marks, arbitrary marks, fanciful marks and descriptive marks.

Generic marks are not protected by US courts. However, according to Article 7(3) of the European Union Trademarks Law, generic marks can be protected as well as descriptive marks, if the secondary meaning is proven. Suggestive, arbitrary and fanciful marks are also inherently distinctive and are protected upon first market entry. Descriptive marks cannot be registered and supported by themselves, and for support, they will need to acquire distinctiveness (secondary meaning).

In some legal systems, including the United States and the European Union and its member states, the concept of acquired distinctiveness has been recognized. In these systems, it is possible to register descriptive signs that have been distinguished through use.

Some non-traditional marks, in certain legal systems, are protected solely on the basis of acquired distinctiveness and cannot be inherently distinctive. For example, we can refer to the signs of scent in America.

Non-traditional signs, or in other words non-conventional signs that are not visually visible, include sound, smell, taste and touch. In other words, sensory signs other than the category that can be seen with the eyes are included in this category. In the current legal system of Iran, in accordance with the law on patents, Industrial Designs and Trademarks approved in 2006, it is basically impossible to register invisible marks. Therefore, due to the lack of a legal element, examining the acquired distinctiveness of this category of signs before the amendment of the law will be counterproductive. But considering that trademarks are becoming more popular day by day and the legislator may



amend the law in the near future and change the definition of a trademark from “any visible sign” to “any sign”, there is also a need to acquainting with the new issues raised in the world and approaching the international community, prompted the authors to investigate this group of symptoms in the two major systems of the world.

In the previous works, including the article “Comparative examination of the substantive conditions of trademarks with emphasis on colour and three-dimensional marks”, the issue of colour and three-dimensional marks of modern marks has been discussed in general. In the article “Protection of trademarks against unfair competition” it is also briefly mentioned that when it is not possible to apply special intellectual property rights due to the lack of registration or lack of protective conditions, the rights to prohibit unfair competition as a supplement to special rights is used. It is also mentioned in the book “Virtual Space Laws” that considering the developments that have occurred in the field of information technology, the trademark can be visual, auditory or musical. In a way that differentiates the products of a company from other companies. Also, in the article “acquired distinctiveness of trademarks and its criteria with a comparative view of the systems of the United States, the European Union and Iran” the issue of what is acquired distinctiveness and its criteria has been examined and discussed. Therefore, the current article is innovative compared to the previous works, as it examines the category of unconventional non-visual signs, among the new signs discussed in the world, with an emphasis on the acquired distinctiveness feature in particular.

The current research examines each of these signs in four main sections, i.e. sound, scent, taste and touch, and under each section, examines the current situation in the two systems of the United States and the European Union in two paragraphs. Finally, by presenting a summary and suggestions to amend the existing laws, it aims to take a step forward in advancing the country’s economic goals as much as possible.

2- PURPOSE

Considering that now days new signs have been favored by many producers and players in the world’s economic arena, and they seek to use the most unique and up-to-date signs in order to acquire and dominate the world markets as much as possible, and considering that non-conventional non-visual signs are the latest and the most unique category of new marks are, the purpose of this research is to investigate the possibility of supporting unconventional non-visual trademarks, i.e. sound, scent, taste and touch marks with acquired distinctiveness or secondary meaning in the systems of the United States and the European Union.

Also, the implicit goal of the present research is to investigate whether it is possible to open the way for the protection and registration of such signs in our country, Iran, by amending the existing law.

And finally, some suggestions are made to amend the existing law to keep pace with global community and to progress as much as possible in the economic field.

3- METHODOLOGY

This research was done with analytical-descriptive method and library approach.

4- FINDINGS

In the United States, scent and flavor marks are only registrable with acquired distinctiveness, but there is currently no registered example of a flavor mark. Regarding tactile signs, although they can be registered with both distinctions, there is currently no active registration example that has a secondary meaning.

The applicant bears the burden of proving the existence of acquired distinctiveness in the applied mark in both studied systems.

Also, the sufficiency or insufficiency of the evidence presented to prove the existence of the secondary meaning depends on the specific circumstances of each case and the opinion of the hearing court.

During the current research, we found that today in the world, the discussion is about non-traditional, non-visual trademarks, however, according to the definition of trademarks in the law, these types of trademarks cannot be

registered and protected in our country, it is appropriate that the Iranian legislator also paying attention to the issues of the day will amend the law and pave the way for the use and support of such signs.

Therefore, in the present research, by presenting a proposed article, an attempt was made to take a step to amend the existing law and get closer to the international community before the new draft of the trademark law goes into effect.

5- CONCLUSION

Non-traditional non-visual trademarks can be registered by showing acquired distinctiveness in both studied systems. Although due to the requirement in the Guidelines for Examination of European Union Trade Marks, invisible signs are currently not registered at the level of the union, but we hope that by amending the guidelines in this regard, we will see the registration of this category of signs as well.

In the United States, aroma and flavor marks are registrable only with acquired distinctiveness; However currently there is no registered sample regarding taste marks. Regarding tvtile signs, although they can be registered with both distinctions, there is currently no active registration example that has a secondary meaning.

What was implicitly mentioned during the research, and its investigation is necessary in the feasibility of registration non-conventional invisible signs, is the adequacy of the criteria for verifying the existence of acquired distinctiveness or the same evidence that is shown to acquire secondary meaning. It seems that in both systems, the sufficiency or lack of the provided evidence depends on the specific circumstances of each case and the opinion of the hearing court.

Another important issue that should not be neglected is the burden of proving the existence of secondary meaning. This research shows that in both systems, it is the responsibility of the applicant to prove the existence of acquired distinctiveness.

The important issue raised in this research is that the existing law is not up-to-date with the current needs and economy of the society. In today's world, the discussion is about non-traditional non-visual trademarks. Although some of them, such as the taste mark, have not been registered yet, it was observed that due to the increasing interest and attention to trademarks, in the very near future, the registration of this type of mark will also be realized. Although some business owners use them. Therefore, it is appropriate for the Iranian legislator to amend the law by paying attention to the issues of the day and open the way for the protection of invisible trademarks.

What is more, the definition of trademark in the former law (Article 1 of the Trademark and Patent law approved in 1310) shows that the legislator of 1310 had a more progressive view of trademarks, and this backward step by the current legislator is worthy of criticism and regret.

The importance of this suggestion increases by looking at the new draft of the trademark law in 1400, because its article 105 (Article 105 of the Industrial Property Protection Plan (Patents, Industrial Designs and Trademarks approved in 1400), namely the text of Article 30 of the current law (Article 30 of the law on Patents, Industrial Designs and Trademarks (1386) has been repeated in this regard.

Therefore, the following article is proposed to amend the text of the law: "a trademark is any sign that can be distinguish the goods or services of individuals. This sign can be visible or invisible. Distinction can also be inherent or acquired."

Keywords: acquired distinctiveness, secondary meaning, non-visual marks, invisible marks, non-conventional marks.



مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۲۱-۱

حمایت از علائم تجاری غیرمتعارف غیربصری دارای معنای ثانویه در نظام‌های ایالات متحده و اتحادیه‌ی اروپا

زهرا شاکری^۱، مریم مهربان پورآذر^۲

پذیرش: ۱۴۰۳/۵/۱۲

دریافت: ۱۴۰۳/۲/۸

چکیده

در دنیای مدرن امروز هر تولیدکننده‌ای با هدف تسلط هرچه بیشتر بر بازار محصولات خود و حذف یا کم‌رنگ کردن حضور سایر رقبا به دنبال متمایز کردن خود از ایشان است و یکی از این راه‌ها، استفاده از علامت تجاری‌ای است که از علائم سایرین، منحصر به فردتر باشد، از این رو، استفاده از نشان‌هایی مانند صدا، رایحه، طعم و حس لمس ناشی از محصولات، به عنوان علامت تجاری رو به گسترش است. علائم مذکور که از آنها به عنوان علائم غیرمتعارف غیربصری یاد می‌کنند، با این چالش روبرو هستند که آیا از عنصر تمایزبخشی برخوردار هستند و می‌توانند منبع خود را به خوبی معرفی کنند؟ واقعیت آن است که چنین علائمی در زمره نشان‌های عام یا توصیفی طبقه‌بندی می‌شوند و امکان بیان آن در قالب اظهارنامه‌های کلاسیک میسر نیست یا به دشواری امکان‌پذیر است. این پژوهش با روش تحلیلی-توصیفی سرانجام نتیجه می‌گیرد که به‌طور کلی علائم غیربصری در هردو نظام (ایالات متحده و اتحادیه‌ی اروپا) با تمسک به وجود معنای ثانویه و اثبات آن براساس شواهد ارائه‌شده قابل ثبت هستند. هرچند در نظام ثبتی آنها تفاوت‌هایی وجود دارد. ازجمله‌ی این تفاوت‌ها الزامات ثبتی اتحادیه‌ی اروپاست که مانع ثبت علائم رایحه، طعم و لامسه می‌گردد. در حال حاضر، باوجود نبود این مانع در ایالات متحده نیز، نمونه‌ی ثبتی موفق در خصوص علائم طعم و لامسه وجود ندارد.

کلیدواژه‌ها: تمایزبخشی اکتسابی، معنای ثانویه، علائم غیربصری، علائم غیرقابل رؤیت، علائم غیرمتعارف

^۱. دانشیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول: Email: zshakeri@ut.ac.ir)

^۲. دانش‌آموخته‌ی کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

مقدمه

تمایزبخش بودن که یکی از شرایط ماهوی مثبت علائم تجاری است، به دو صورت ذاتی و اکتسابی ظاهر می‌شود. علائم تجاری به لحاظ تمایزبخشی به پنج دسته تقسیم می‌شوند (Badini et al, 1393: 107). اول: علائم عام (ژنریک)،^۱ دوم: علائم اشاره‌ای (دلالت کننده)،^۲ سوم: علائم اختیاری (انتخابی)،^۳ چهارم: علائم انتزاعی (ابداعی)،^۴ پنجم: علائم توصیفی.^۵

علائم عام به نظر دادگاه‌های ایالات متحده قابل حمایت نیستند.^۶ اما طبق ماده‌ی ۷(۳) از مقررۀ علائم تجاری اتحادیه‌ی اروپا،^۷ علائم عام نیز مانند علائم توصیفی، در صورت اثبات معنای ثانویه، قابل حمایت هستند. علائم اشاره‌ای، اختیاری و انتزاعی نیز ذاتاً تمایزبخش بوده و با اولین ورود به بازار حمایت می‌شوند. علائم توصیفی بدو قابل ثبت و حمایت نیستند و برای حمایت، نیازمند اکتساب تمایزبخشی (معنای ثانویه) خواهند بود.

در بعضی از نظام‌های حقوقی از جمله ایالات متحده‌ی آمریکا و اتحادیه‌ی اروپا و کشورهای عضو آن، مفهوم تمایزبخشی اکتسابی به رسمیت شناخته شده است. در این نظام‌ها، ثبت علائم توصیفی را که از طریق استفاده، تمایزبخش شده‌اند، امکان‌پذیر می‌دانند. علائم غیرمتمعارف نیز بعضاً به صورت ذاتاً تمایزبخش قابل حمایت هستند و در برخی موارد، نیاز به تمایزبخشی اکتسابی دارند. برخی از انواع علائم غیرسنتی، در بعضی از نظام‌های حقوقی، صرفاً بر مبنای تمایزبخشی اکتسابی حمایت می‌شوند و نمی‌توانند ذاتاً تمایزبخش باشند. برای نمونه می‌توان به علائم رایحه در آمریکا اشاره کرد.

علائم غیرسنتی یا به عبارتی غیرمتمعارفی که از لحاظ بصری دیده نمی‌شوند، شامل صدا، رایحه، طعم و لامسه می‌شوند. به عبارت دیگر، علائم حسی غیر از دسته‌ای که با چشم دیده می‌شوند، در این

دسته‌بندی جای می‌گیرند. در نظام حقوق فعلی ایران، مطابق با قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶، اساساً ثبت علائم غیرقابل رؤیت ممکن نیست. از این رو، بررسی تمایزبخشی اکتسابی این دسته از علائم تا قبل از اصلاح قانون، به دلیل نبود عنصر قانونی، سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود. اما باتوجه به اینکه علائم تجاری، روز به روز با اقبال بیشتری مواجه می‌شوند و ممکن است قانون‌گذار در آینده‌ای نزدیک، دست به اصلاح قانون زده و تعریف علامت تجاری را از «هر نشان قابل رؤیت» به «هر نشان» تغییر دهد، همچنین نیاز به آشنایی با موارد جدید مطرح‌شده در دنیا و نزدیک شدن به جامعه‌ی جهانی، نگارندگان را برآن داشت تا به بررسی این دسته از علائم در دو نظام بزرگ دنیا پرداخته شود (Mehraban poorazar, 1401: 140).

در آثار پیشین از جمله مقاله‌ی «بررسی تطبیقی شروط ماهوی علائم تجاری با تأکید بر علائم رنگی و سه‌بعدی» به موضوع علائم رنگی و سه‌بعدی از علائم نوین به‌طور کلی پرداخته شده است.^۸ در مقاله‌ی «حمایت از علائم تجاری در برابر رقابت غیرمنصفانه» نیز به این موضوع اشاره‌ی کوتاهی شده است، زمانی که به دلیل عدم ثبت یا نبود شرایط حمایتی، امکان اعمال حقوق ویژه‌ی مالکیت فکری وجود ندارد، حقوق منع رقابت غیرمنصفانه به‌عنوان مکملی برای حقوق ویژه به کار می‌رود.^۹ در کتاب «حقوق فضای مجازی» نیز اشاره شده است که با در نظر گرفتن پیشرفت‌هایی که در عرصه‌ی فناوری اطلاعات روی داده است، علامت تجاری می‌تواند به صورت دیداری، شنیداری یا آهنگین باشد، به نحوی که محصولات یک شرکت را از شرکت‌های دیگر متمایز سازد.^{۱۰} همچنین در مقاله‌ی «تمایزبخشی اکتسابی علائم تجاری و معیارهای احراز آن با نگاه تطبیقی به نظام‌های ایالات متحده، اتحادیه‌ی اروپا و ایران»، موضوع چپستی تمایزبخشی اکتسابی و معیارهای آن مورد بررسی و

^۸ برای مطالعه‌ی بیشتر مراجعه کنید به: فصیحی زاده، علیرضا، مومنی تدرجی، احسان، باقرپور، محمد، «بررسی تطبیقی شروط ماهوی علائم تجاری با تأکید

بر علائم رنگی و سه‌بعدی»، *مجله‌ی مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۷، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، صص ۶۲۷-۶۴۶.

^۹ برای مطالعه‌ی بیشتر مراجعه کنید به: باقری، محمود، بابایی، زهرا، «حمایت از علائم تجاری در برابر رقابت غیرمنصفانه»، *مجله‌ی علمی-پژوهشی حقوق خصوصی*، دوره‌ی ۸، ش ۲، ۱۳۹۰، ص ۹۲.

^{۱۰} برای مطالعه‌ی بیشتر مراجعه کنید به: السان، مصطفی، «حقوق فضای

مجازی»، *نشر شهر دانش*، نوبت بیست و دوم، ۱۴۰۲، ص ۱۰۲.

^۱ Generic.

^۲ Suggestive.

^۳ Arbitrary.

^۴ Fanciful.

^۵ Descriptive.

^۶ H. Marvin Ginn Corp. v. International Ass'n of Fire Chiefs, Inc, Jan 23, 1986, 782 F. 2d 987 (Fed. Cir. 1986)., available at: <https://casetext.com/case/h-marvin-ginn-v-intl-assn-of-fire-chiefs> (Last visited: Nov. 8, 2022).

^۷ EU Directive.

علامت صوتی می‌گردد و نه حمایت از این علامت را مستثنی می‌کند.^۵ علامت صوتی در فرانسه، از زمانی که تعریف حقوقی از علامت تجاری شامل «صدا، عبارات موزیکال، ترتیبات و ترکیبات» گردید؛ قابل ثبت و اجرا هستند. علامت صوتی در قانون جدید آلمان نیز حمایت می‌شوند (Mayur, 2005: 502).

اگرچه ثبت علامت شنیداری در سطح جهانی هنوز قابل دسترس نیست. برندسازی بین‌المللی برای شرکت‌هایی مثل «نوکیا»،^۶ «یاهو»^۷ و «اینترنت»^۸ شامل ثبت علامت صوتی در حوزه‌های قضایی چندگانه می‌گردد (Id). نمونه‌ای از این دست علامت را می‌توان در ثبت صدای «این بی‌سی»^۹ برای یک علامت تجاری حاوی سه نت مشاهده کرد (Belleau, 2013: 4).

۱-۱. ایالات متحده

قانون لنهم، در ماده‌ی ۱۵، علامت تجاری قابل حمایت در سطح فدرال را، این‌طور تعریف می‌کند: «هر کلمه، نام، سمبل، نشان یا هر ترکیبی از آن‌ها»^{۱۰}. از نظر تئوری، هیچ چیز مانع حمایت از علامت غیرمتمعارفی مانند صدا یا رایحه، چنانچه به عنوان شناسه‌ی منبع مورد استفاده واقع شوند، نمی‌باشد، اما در عمل، کمتر شاهد حمایت از چنین علامتی هستیم.

مروری بر رویه‌ی قضایی، تصمیمات هیئت محاکمه و تجدیدنظر علامت تجاری،^{۱۱} شعبه‌ی قضایی اداره‌ی ثبت اختراع و علامت تجاری یا دادگاه‌های فدرال ایالات متحده‌ی آمریکا، نشان می‌دهد که جهت به‌دست آوردن حمایت، صاحبان این علامت، باید تمایز ذاتی یا اکتسابی علامت خود را نشان دهند (Matheson et al. 2010: 42-47).

مذاقه قرار گرفته است.^۱ از این‌رو، مقاله‌ی حاضر از حیث بررسی دسته‌ی علامت غیرمتمعارف غیربصری از علامت نوین موردبحث در دنیا با تأکید بر ویژگی تمایزبخشی اکتسابی به‌طور خاص، دارای نوآوری نسبت به آثار پیشین می‌باشد.

تحقیق حاضر طی چهار بخش اصلی به بررسی هریک از این علامت یعنی صدا، رایحه، طعم و لامسه پرداخته و ذیل هر بخش، طی دو بند به بررسی وضعیت موجود در دو نظام ایالات متحده و اتحادیه‌ی اروپا می‌پردازد. درنهایت با ارائه‌ی جمع‌بندی و پیشنهادهایی جهت اصلاح قوانین موجود، برآن است تا گامی رو به جلو در پیشبرد هرچه بیشتر اهداف اقتصادی کشور بردارد.

۱. علامت شنیداری (صدا)^۲

علامت صوتی می‌تواند به‌عنوان شناسه‌ی منبع برای کالاها و خدمات تجاری عمل کنند. اگرچه علامت شنیداری سال‌های زیادی وجود داشته‌اند، می‌توان ادعا کرد که در بازار جهانی یا در سطح بین‌المللی، درمورد حمایت از چنین علامتی، هیچ اصل واحدی وجود ندارد. «موافقت‌نامه‌ی تریپس»^۳ «دستورالعمل اتحادیه‌ی اروپا»^۴ و مقرره‌ی علامت تجاری اتحادیه، همگی در مورد علامت تجاری صوتی ساکت‌اند. علامت صوتی که ذاتاً متمایز درنظر گرفته نشوند، می‌توانند براساس اثبات معنای ثانویه، قابل ثبت باشند.

اکثر اعضاء اتحادیه‌ی اروپا، مانند اتریش، دانمارک، فرانسه، آلمان، ایرلند، ایتالیا، اسپانیا، سوئد، بریتانیا، نروژ، سوئیس و دفتر هماهنگ‌سازی بازار داخلی، قابلیت ثبت علامت صوتی را به رسمیت می‌شناسند. قانون جدید علامت تجاری بریتانیا، نه شامل حمایت از

^۷ Yahoo!, Registration No. 4756659, listen to it at: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/75807526.m.p3>

^۸ Intel, Registration No. 3659390, listen to it at: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/75332744.m.p3>

^۹ NBC, Registration No. 0916522, listen to it at: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/72349496.m.p3>

^{۱۰} 15 U.S.C. § 1127.

^{۱۱} TTAB=Trademark Trial and Appeal Board.

از این پس هیئت خوانده می‌شود.

^۱ برای مطالعه‌ی بیشتر مراجعه کنید به: شاکری، زهرا، مهربان پورآذر، مریم، «تمایزبخشی اکتسابی علامت تجاری و معیارهای احراز آن با نگاه تطبیقی به نظام‌های ایالات متحده، اتحادیه‌ی اروپا و ایران»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۱۰، ش ۲، تابستان ۱۴۰۲.

^۲ Sound marks.

^۳ TRIPS.

موافقت‌نامه‌ی مرتبط با جنبه‌های تجاری مالکیت فکری، یک موافقت‌نامه‌ی بین‌المللی بین همه‌ی دولت‌های عضو سازمان تجارت جهانی (GOT) است.

^۴ EC Directive.

^۵ البته باید توجه داشت که بریتانیا در ۳۱ ژانویه‌ی سال ۲۰۲۰ از عضویت

اتحادیه‌ی اروپا خارج شده است.

^۶ Nokia, Registration No. 3288274, listen to it at: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/75743899.m.p3>

ناشناس، ناشی شده باشد. از طرف دیگر، اگر یک صدا به صوت‌هایی متداول یا صداهایی که افراد ممکن است تحت شرایط دیگری در معرض آن‌ها قرار گرفته باشند، مرتبط باشد، شواهد تمایزبخشی اکتسابی، باید ارائه گردد.^۵ بنابراین، اگر ثبت یک صدا، برای کالاهایی باشد که آن صوت را در جریان عادی کار خود ایجاد می‌کنند، تنها با نشان‌دادن تمایزبخشی اکتسابی، می‌توان حمایت قانونی را طلب کرد.

در پرونده‌ی جنرال الکترونیک،^۶ هیئت نتیجه گرفت که صدای هشدار در ساعت، پیش‌پا افتاده بوده و تفاوت ماهوی با صداهای به‌کار رفته توسط دیگر انواع هشدارها نداشته است (Matheson et al, 2010: 42-47). همچنین حکم کرد که این علامت صوتی، به علت عدم اثبات شناسایی خدمات متقاضی، قابلیت ثبت ندارد و نه تنها ذاتاً متمایز نبوده، بلکه اکتساب معنای ثانویه‌ی آن هم اثبات نشده است (Agarwal et al, 2021: 16).

دادگاه فدرال نیز از این استدلال، در تصمیم خود در پرونده‌ی دیگری پیروی کرد. در این پرونده، مجری یک تور گشت و گذار در فیلادلفیا، از رقیب خود به دلیل نقض علامت صوتی ثبت شده در سطح فدرال، که شامل صدای کوئک کردن یک اردک بود، شکایت کرد. صدای ثبت شده توسط راهنماهای تور به کمک یک دستگاه «داک-کال»^۷ در طول خدمات تور ایجاد می‌شد. شواهد نیز نشان می‌دهند که مجریان تور در طول سفر در منطقه‌ی تاریخی فیلادلفیا و رودخانه‌ی «دیلور»^۸ از دستگاه‌های داک-کال استفاده می‌کنند، تا برای یکدیگر، پرسنل تور و رهگذران تصادفی در خیابان‌های فیلادلفیا کوئک کنند.^۹

گرچه استانداردهای نشان‌دادن معنای ثانویه‌ی کسب شده، ایجاد شده‌اند، نه هیئت و نه دادگاه‌های فدرال، هنوز راهنمای دقیقی درخصوص این که چه چیزی در چارچوب یک صدا، ذاتاً متمایز خواهد بود، ارائه نکرده‌اند (Id). جای تعجب نیست که دادگاه‌ها، عموماً از حکم دیوان عالی در پرونده‌ی شرکت وال مارت استورز علیه شرکت سامارا برادرز،^۱ برای الزام نشان‌دادن معنای ثانویه در پرونده‌های مشابه پیروی کرده‌اند و این درحالی است که پرونده‌ی وال مارت درخصوص لباس تجاری بوده است. اما با وجود این، حکم نشان‌دادن معنای ثانویه در هرجایی که تمایز ذاتی یک علامت مورد تردید واقع شود، قابل اجرا اجرا شدنی است.

بیش از ۴۰ سال پیش، در یک تصمیم راهبردی^۲ درخصوص قابلیت ثبت علائم صوتی، هیئت، ابتدا بیان داشت که صداهای ممکن است تحت شرایط خاص-درجایی که استفاده از آن‌ها به‌گونه‌ای است که در ذهن مصرف‌کننده، ارتباط خاصی را بین آن صدا و منبع خاص آن ایجاد می‌کند- به‌عنوان علائم تجاری عمل کنند. هیئت، بین صداهای منحصر به فردی که شایسته‌ی حمایت علامت تجاری هستند و «آنهايي که شبیه صداهای پیش پا افتاده یا تقلیدی هستند» و تنها در صورت نشان‌دادن کسب معنای ثانویه در میان مردم، قابل حمایت اند، تمییز قائل شد (Matheson et al, 2010: 44).

در پرونده‌ی ورت کس گروپ^۳، متقاضی به دنبال ثبت صداهای ضربان دار ایجاد شده توسط «آمبر واچ»^۴ خود بود. هیئت در این پرونده، بر حکم خود در پرونده‌ی «ژنرال الکترونیک»، در رد تقاضای ثبت این شرکت تکیه کرد. در پرونده‌ی ورتکس، هیئت اظهار داشت که: «صداهای ممکن است بدون اثبات تمایزبخشی اکتسابی ثبت شوند، اگر دلخواه، منحصر به فرد یا متمایز باشند و بتوانند به روشی استفاده شوند که شنونده پس از شنیدن آن صدا، کالا یا خدمات خاصی را به خاطر بیاورد که از منبع خاصی، ولو

⁵ Vertex Group LLC., 89 U.S.P.Q.2d (BNA) 1694 (TTAB 2009).

⁶ In re General Electric Broadcasting Co., Inc., 199 U.S.P.Q. 560 (T.T.A.B. 1978).

⁷ Duck-call - برای تقلید صدای اردک سنتی است که برای ساختن می‌شود.

⁸ Daleware.

⁹ Ride the Ducks LLC v. Duck Boat Tours Inc., 75 U.S.P.Q.2d (BNA) 1269 (ED. Pa. 2005).

¹ Wal-mart stores vs. Samara Brothers. 529. US. 205. 212 (2000)., available at:

<https://casetext.com/case/wal-mart-stores-v-samara-brothers>.

² Milestone decision

³ Vertex Group LLC., 89 U.S.P.Q.2d (BNA) 1694 (TTAB 2009).

⁴ Amber watch.

یک دستگاه امنیت شخصی با هدف جلوگیری از آدم‌ربایی بچه‌ها.



شکل ۱- ابزار سنتی داک کال

در این پرونده، دادگاه می‌توانست این علامت را ذاتاً متمایز و یا تنها در صورت نشان دادن معنای ثانویه، علامتی با تمایزبخشی اکتسابی در نظر بگیرد. سرانجام دادگاه تشخیص داد که علامت صوتی کوئک کردن ذاتاً متمایز نبوده، چراکه برای مصرف‌کنندگان، یک صدای آشنا بود.^۱ دادگاه در صدور حکم خود، بیان داشت که صداهای معروف حیوانات مثل کوئک کردن یک اردک یا پارس کردن یک سگ، صرفنظر از مکان، هرگز نمی‌توانند به‌عنوان علائم صوتی ذاتاً متمایز شناخته شوند (Matheson et al, 2010: 42-47). همان‌گونه که پیش‌تر بیان گشت، این صدا ذاتاً متمایز در نظر گرفته نشد؛ بنابراین شواهد اساسی از معنای ثانویه ارائه شد تا نشان دهد که این صدا با تدارکات خواهان از تورهای دوزیست در ذهن مصرف‌کنندگان، در ارتباط بوده است (Ruchkin, 2020: 58). نمونه‌هایی از صداهایی که به‌طور موفقیت‌آمیزی در اداره ثبت علامت تجاری ایالات متحده ثبت شده‌اند، عبارتند از: صدای انسان در حال تلفظ عبارات یا ایجاد صداهای خاص، مثل «یو گات میل»^۲ و صدای خنده‌ی کودکان که خنده‌ی «پیلزبری دوبوی»^۳ را نشان می‌دهد. همچنین می‌توان به صدای «هومر سیمپسون»^۴ در انیمیشن سیمپسون‌ها، در حال گفتن عبارت «داه»^۵ و علامت صوتی «تفلیکس»^۶ که این روزها به گوش بسیاری از افراد در سراسر

جهان آشناست، اشاره کرد. به‌عنوان علامت خدماتی صوتی نیز می‌توان به صدای اردک «آفلک»^۷، برای خدمات بیمه اشاره کرد. به‌عنوان نمونه‌ی ناموفق در اثبات وجود تمایزبخشی اکتسابی یک علامت صوتی، می‌توان به تصمیم هیئت در پرونده‌ی «نکستل علیه موتورولا»، بر سر حقوق صدای جرقه‌ی الکترونیکی برای محصولات و خدمات مخابراتی، از جمله تلفن‌های همراه و رادیوها اشاره کرد.^۸

در تصمیم بی‌سابقه‌ی صادر شده در سال ۲۰۰۸، هیئت نتیجه گرفت که این جرقه، نتوانسته است به‌عنوان یک شناسه‌ی منبع عمل کند و به علت ماهیت استفاده‌ی خود در عملکرد طبیعی تلفن‌های همراه، نمی‌توانست ذاتاً متمایز باشد. همچنین با توجه به شواهد ارائه شده توسط نکستل که نشان می‌داد از این صدای مشابه در تبلیغات خود، استفاده می‌کرده است و نتیجه‌ی یک نظرسنجی که نشان می‌داد بیش از ۶۰ درصد از پاسخ‌دهندگان، این صدا را با یک منبع واحد مرتبط می‌دانند، هیئت بیان داشت که این صدا (صدای جرقه‌ی موتورولا) پیش پا افتاده بوده و بدون نشان دادن معنای ثانویه قابل حمایت نیست. با رسیدن به این نتیجه که موتورولا تمایزبخشی اکتسابی نیز ندارد، هیئت این قاعده‌ی مشهور را تأیید کرد که صرف حجم بالای فروش و هزینه‌های هنگفت صرف‌شده برای تبلیغات، به تنهایی نمی‌توانند تمایزبخشی اکتسابی را اثبات کنند.^۹

به‌عنوان یک نمونه‌ی ناموفق دیگر در ثبت علامت صوتی، می‌توان به صدای کلیکِ فندک‌های «زپیو»^{۱۰} اشاره کرد که در ابتدا توسط اداره‌ی ثبت علامت تجاری ایالات متحده، به عنوان علامت تجاری شنیداری رد شد. احتمالاً به علت این واقعیت که تقاضانامه بر مبنای تمایز ذاتی بود و آن صدا متعاقباً توسط «بررسی‌کننده»^{۱۱}

^۶ Netflix, Reg. No. 4236137.

^۷ Registration No. 2607415.

^۸ در سال ۲۰۰۳، موتورولا، تقاضانامه‌ای جهت ثبت صدایی که به‌عنوان «جرقه‌ی الکترونیکی» برای تلفن‌های همراه توصیف شده بود، ارائه کرد. در سال ۲۰۰۵، نکستل، یکی از بزرگ‌ترین ارائه‌دهندگان خدمات تلفن همراه در ایالات متحده‌ی آمریکا و بزرگ‌ترین مشتری موتورولا، تقاضانامه‌ای را جهت ثبت جرقه‌ای مشابه با جرقه‌ی موتورولا، برای خدمات مخابراتی ثبت کرد.

^۹ Nextel Communications, Inc. v. Motorola, Inc., No. 91164353 (TTAB June 12, 2009).

^{۱۰} Zippo, Registration No. 5527388.

^{۱۱} Examiner.

^۱ اما جالب اینجاست که دادگاه در مورد آنچه صدا را آشنا می‌کند و اینکه آیا ماهیت مشترک یک صدا به محل شنیدن آن صدا بستگی دارد یا خیر (یعنی، آیا صدای کوئک کردن یک اردک در رودخانه‌ی دلور به همان اندازه آشنا است که در خیابان‌های شلوغ پائین شهر فیلادلفیا) بحث نکرد.

^۲ YOU'VE GOT MAILL, Reg. No. 2,821,863.

^۳ Pillsbury Doughboy, Reg. No. 2,692,077, listen to it at: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/76163189.mp3>.

^۴ Homer Simpson.

^۵ ID'OH! علامت تجاری رسمی متعلق به Twentieth Centry Fox با شماره ی ثبت ۱۵۳۲۶۹۸۹.

صدای منحصر به فرد یا ترکیبی از صداها» (Ruchkin, 2020: 71).

اولین علامت شنیداری ثبت شده در ایالت متحده ی آمریکا به سال ۱۹۵۰ برمی گردد. در حالی که اولین علامت شنیداری در سطح اتحادیه ی اروپا در سال ۱۹۹۰ حمایت حقوقی به دست آورد (Ruchkin, 2020: 71). دلیل این مسئله، گزینه های محدود برای نمایش صداها در تقاضانامه ها بود که در این خصوص، مجال بحث در این مقال نیست.

دیوان، نظر خود را در مورد الزام متمایز بودن در خصوص علائم شنیداری، اعلام نکرده است. با وجود این، دکنترین اتحادیه ی اروپا، معتقد است که صداها می توانند ذاتاً متمایز باشند. این موضوع همچنین با علائم صوتی ثبت شده، بدون ادعای وجود تمایز بخشی اکتسابی، در دفتر ثبت سازمان مالکیت فکری اتحادیه ی اروپا تأیید می شود (Id). علائم صوتی ایالات متحده نیز در موقعیت مشابهی هستند و ممکن است ذاتاً متمایز باشند.

چنانچه یک صدا پیش پا افتاده باشد، باید شواهدی دال بر وجود معنای ثانویه ارائه گردد. بنابراین چنانچه شخص به دنبال ثبت یک صدا برای کالاهایی است که این صدا را در جریان کار عادی خود ایجاد می کنند، این صدا تنها براساس نشان دادن تمایز بخشی اکتسابی، می تواند حمایت قانونی کسب کند (Ruchkin, 2020: 73).

به عنوان جدیدترین نمونه ی ناموفق در ثبت علامت صوتی در اتحادیه ی اروپا، می توان به پرونده ی شرکت آلمانی «آرداغ»^۷ اشاره کرد که تقاضانامه ای را جهت ثبت صدای ایجاد شده توسط قوطی های نوشیدنی گازدار خود، به اداره ی مالکیت فکری اتحادیه ی اروپا ارائه داد. دادگاه عمومی در ۷ جولای ۲۰۲۱ حکم کرد که: «صدای ایجاد شده توسط قوطی نوشیدنی در حال باز شدن و به دنبال آن سکوت تقریباً یک ثانیه ای و یک صدای گاز دادن که تقریباً ۹ ثانیه طول می کشد، علامت صوتی مصطلح نیست». دادگاه همچنین اظهار داشت: «یک علامت صوتی باید دارای طنین خاصی باشد که مصرف کننده ی مورد نظر را قادر به درک آن به عنوان یک علامت

به عنوان صدایی پیش پا افتاده برای فندک ها در نظر گرفته شد. البته این صدا در سال ۲۰۱۸، با نشان دادن تمایز اکتسابی به عنوان علامت تجاری صوتی ثبت گردید (Waller, 2019).

مثال معروف در این خصوص، صدای موتور موتورسیکلت «وی تواین»^۱ شرکت «هارلی دیویدسون»^۲ است که سال ها برای ثبت آن تلاش کرد، اما موفق نشد و در نهایت به علت برخوردهای قانونی با «کاوازاکی»^۳ و «هوندا»^۴ از تلاش خود دست برداشت (Reinout, 2019).

به طور خلاصه می توان گفت علائم شنیداری غیر عملکردی در ایالت متحده ی آمریکا، هم به طور ذاتی و هم اکتسابی، قابل ثبت هستند (Ruchkin, 2020: 58).

۲-۱. اتحادیه ی اروپا

علائم صوتی، علائم تجاری نسبتاً مشهوری هستند که اگرچه مستقیماً در متون مقرر و بخشنامه^۵ به رسمیت شناخته نشده اند، توانایی شان در ایجاد یک علامت تجاری، توسط دیوان دادگستری اتحادیه ی اروپا به رسمیت شناخته شده است. همان طور که پیش تر نیز به طور ضمنی اشاره شد، صداها ی مختلفی ممکن است یک علامت تجاری محسوب شوند، از یک ملودی با صدای جرنج جرنج یک زنگ گرفته، تا صدای فریاد یک انسان (Furgal, 2013: 23). مانند صدای «فریاد تارزان»^۶ تحت مالکیت شرکت «ادگار رایس باروز»^۷ که به عنوان یک علامت صوتی در اتحادیه ی اروپا مورد حمایت قرار گرفته است و همچنین صداها ی حیوانات مانند صدای غرش شیر «ام جی ام»^۸.

صداها همیشه به عنوان عنصری مهم در حوزه تجارت، برای تمییز دادن کالاها و خدمات یک شرکت از کالاها و خدمات سایر رقبا در نظر گرفته می شدند. از این جهت، از دیرباز تلاش هایی جهت تبدیل آن ها به علائم تجاری، به منظور ایجاد انحصار صورت می گرفته است. مقررات اجرایی علامت تجاری اتحادیه ی اروپا، علائم تجاری شنیداری را این گونه تعریف می کند: «شامل یک

⁷ Edgar Rice Burroughs, listen to it at: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/75326989.mp3>.

⁸ MGM, Registration No. TMA828890.

⁹ Ardagh Metal Beverage Holdings, Case T-668/19 (July 7, 2021).

¹ V-Twin.

² Harley-Davidson.

³ Kawasaki.

⁴ Honda.

⁵ Regulation and the Directive.

⁶ Registration No. TMA913352.

علائم تجاری رایحه، همچنین نیازمند پیروی از اصول دکترین غیرعملکردی هستند. برای مثال، رایحه‌ی پرتقال، به‌طور گسترده‌ای در صنعت پزشکی و دارویی استفاده می‌گردد. اگر این رایحه به‌عنوان علامت تجاری یک شرکت ثبت شود، ممکن است شرکت‌های دیگر را از استفاده، منع کند و منجر به رقابت غیرمنصفانه گردد (Shuju, 2021: 466).

درخصوص حمایت از یک علامت رایحه و ثبت به کمک تمایزبخشی اکتسابی، می‌توان به رایحه‌ی نارگیل مورد استفاده‌ی شرکت «اف‌اِس»^۳ برای خدمات فروشگاه‌های خرده‌فروشی‌اش اشاره کرد.^۴ این رایحه زمانی که مشتریان وارد فروشگاه‌های اف‌اِس می‌شدند، پخش می‌شد. از آنجایی که رایحه هیچ کارکردی نداشت که عملکردی محسوب گردد، برای مصرف‌کنندگان نیز منحصریافته به نظر می‌رسید. نتیجه‌ی نظرسنجی انجام شده از مصرف‌کنندگان نیز نشان داد که همه‌ی آنها رایحه‌ی نارگیل را با منبع خاصی (متقاضی ثبت در اینجا) مرتبط می‌دانستند. افزون بر آن، این شرکت با استفاده از کمپین‌های تبلیغاتی خود نیز به رابطه‌ی بین رایحه‌ی نارگیل و نوع محصولات ارائه شده در فروشگاه‌ها اشاره می‌کرد. در نتیجه، متقاضی با نشان دادن کسب معنای ثانویه‌ی رایحه‌ی خود، توانست علامت بویایی منحصریافته خود را به ثبت برساند (Belleau, 2013: 5). بنابراین، ثبت علائم تجاری بویایی، به طور کلی ممکن است و در ادامه به بررسی رویکرد کشورها در این خصوص خواهیم پرداخت.

۱-۲. ایالات متحده

رویکرد کشورها درخصوص قابلیت ثبت و حمایت از رایحه‌ها به‌عنوان علائم تجاری، متفاوت است. اولین علامت تجاری بویایی که در ایالات متحده‌ی آمریکا ثبت شده است؛ عطر

تجاری سازد و نه یک عنصر عملکردی یا به عنوان نشانه‌ای بدون تمایز ذاتی.^۱ همچنین افزود: «عناصر صوتی و سکوت تقریباً یک ثانیه‌ای، که به‌صورت یک کل در نظر گرفته می‌شوند، هیچ ویژگی ذاتی ندارند که آن‌ها را قادر سازد تا به‌عنوان نشانه‌ای از مبدأ تجاری کالا درک شوند.» آرداغ که قوطی‌های فلزی مورد استفاده در انواع مختلفی از نوشیدنی‌ها را می‌سازد، از این حکم تجدیدنظرخواهی کرد.^۲ باید دید آیا در این مرحله قادر به متقاعدکردن دادگاه در متمایز بودن علامت صوتی خود خواهد بود یا خیر (Raj Kumar, 2021).

در نتیجه می‌توان مطالب فوق را این‌گونه خلاصه کرد که: باوجود وجود گسترده‌ی علائم صوتی در دفتر ثبت اداره‌ی مالکیت فکری اتحادیه‌ی اروپا، هیچ اصول راهنما و واضحی در مورد چگونگی ارزیابی متمایز بودن صداها، آن‌طور که در ایالت متحده‌ی آمریکا اعمال شده است، وجود ندارد (Ruchkin, 2020: 73).

۲. علائم رایحه (بو)^۲

درخواست ثبت یک رایحه به‌عنوان علامت تجاری، متقاضی را با مشکلات متعددی رو به رو خواهد کرد. ازجمله اینکه رایحه‌ها، با توجه به ماهیت شیمیایی‌شان ثابت نیستند و ممکن است با تغییر زمان و فضا تغییر کنند. با گذشت زمان، رایحه ممکن است قوی‌تر، ملایم‌تر، تأثیرگذارتر و یا خیلی معمولی شود و حتی کاملاً از بین برود. وقتی فضا و دما متفاوت است، ممکن است رایحه نیز متفاوت شود. از این رو، تشخیص علامت تجاری بویایی، آسان نیست. ثبت یک علامت تجاری رایحه، نیاز به تجزیه و تحلیل کامل ترکیبات شیمیایی آن دارد. اگر مصرف‌کنندگان نخواهند علائم تجاری سنتی را ببینند، می‌توانند چشم‌شان را ببندند و اگر نخواهند علائم تجاری موسیقی را بشنوند، می‌توانند هدفون بگذارند و به آن گوش نеспارند. اما از آنجایی که انسان قادر به بستن اعضاء بویایی و ادامه‌ی حیات خود در این حالت نیست، علائم تجاری رایحه، می‌توانند نسبت به مصرف‌کنندگان، تبدیل به یک مهاجم قوی شوند و در این صورت مصرف‌کنندگان حق انتخاب خود را از دست خواهند داد.

[grant-trademark-to-fizzing-sound-heard-after-opening-can-396557](#).

² Smell(Olfactory).

³ FFS Holdings, LLC.

⁴ US Registration No. 4113191.

¹ “EU court refuses to grant trademark to ‘fizzing’ can”, (2021), available at: <https://www.wionews.com/world/eu-court-refuses-to->

تجاری بویایی، یعنی رایحه‌ی خمیر بازی «پلی داه»، را در اداره‌ی ثبت اختراع و علامت تجاری ایالات متحده‌ی آمریکا ثبت کرد. هسبرو با ثبت رسمی این رایحه‌ی نمادین، توانست از رابطه‌ی ارزشمند بین برند و طرفداران خود، برای سالیان پیش رو حمایت کند (Id).



شکل ۳- رایحه‌ی خمیر بازی پلی داه

در حال حاضر بیش از ۱۲ علامت بویایی در ایالات متحده ثبت شده است. علائم بویایی در ایالات متحده هرگز نمی‌توانند ذاتاً متمایز باشند. بنابراین، تنها راه ثبت این دسته از علائم، نشان دادن تمایزبخشی اکتسابی است (Ruchkin, 2020: 50).

به عنوان یک نمونه‌ی ناموفق در ثبت علامت رایحه، می‌توان به تقاضانامه‌ی ثبت رایحه‌ی انگور، برای روغن موتور مخصوص وسایل نقلیه‌ی زمینی اشاره کرد که توسط شرکت «منهتن ایل»^۵ ارائه شده بود. متقاضی نشان داد که حداقل ۵ سال قبل از تاریخ ثبت، از این رایحه استفاده کرده است، سالانه حداقل ۵ هزار بطری روغن موتور حاوی بوی انگور به فروش رسانده است و این محصول را در منابع مختلفی تبلیغ کرده است. با وجود این، شواهد ناکافی در نظر گرفته شد، چراکه علامت برای مدتی کمتر از ۱۰ سال استفاده شده بود، حجم فروش برای مدت زمان ۵ ساله کم بود و درخصوص تبلیغات نیز، ارقام خاص و قابل توجهی ارائه نشده بود. بنابراین تقاضای ثبت وی رد شد (Ruchkin, 2020: 52).

به عنوان یک نمونه‌ی موفق ثبت شده، می‌توان به ثبت رایحه‌ی آدامس بادکنکی برای کفش، صندل و دمپایی لانگشتی توسط شرکت گرندِن اِس اِی^۶ اشاره کرد. در ابتدا متقاضی،

«فرانگیپانی»^۱ در طبقه‌ی ۲۳ «نیس»^۲ است و مالک آن، شرکتی به نام «اُسوز»^۳ در کالیفرنیاست.



شکل ۲- رایحه‌ی ثبت شده‌ی فرانگیپانی

شرکت پس از استدلال نزد هیئت عمومی تجدیدنظر و بازنگری علامت تجاری در ایالات متحده‌ی آمریکا، حمایت علامت تجاری را به دست آورد. در آن زمان هیئت، دلایل متعددی را در نظر گرفت. اول این که: تنها یک فروشنده انحصاری وجود داشت و آن هم متقاضی بود که با نخ گلدوزی معطر، کالای خود را می‌فروخت. دوم این که: این رایحه یک ویژگی اضافی بوده و ذاتی یا مشخصه‌ی طبیعی ویژگی‌های آن کالا نبود. سوم این که: متقاضی اثبات کرد که مصرف‌کنندگان، این رایحه را به عنوان یک شناسه‌ی منبع معطر از کالاهای وی می‌شناختند. این سه دلیل، هیئت تجدیدنظر را متقاعد ساخت که نمی‌تواند دلیلی برای رد این علامت تجاری بباند. این مورد، مورد بسیار مؤثری در زمینه‌ی ثبت علامت تجاری بویایی در ایالات متحده‌ی آمریکاست. متأسفانه این علامت تجاری، به دلیل انقضاء و عدم تمدید ثبت، دیگر معتبر نیست (Shuju, 2021: 465).

آنچه از توضیحات فوق به طور ضمنی برمی‌آید این است که این علامت رایحه، درواقع با اثبات وجود تمایزبخشی اکتسابی توانست هیئت تجدیدنظر را در اعطای ثبت، متقاعد کند. متعاقباً، شرکت «هسبرو»^۴ دومین سازنده و توزیع‌کننده‌ی بزرگ اسباب بازی در دنیا، به طور موفقیت‌آمیزی یک علامت

^۱ Frangipani, Registration No. 1639128 (filing date: 1990).

(یک عطر گلی، تازه، با تاثیر بالا، از غنچه‌های پلومریا).

^۲ طبقه‌بندی نیس که بر مبنای توافق‌نامه‌ی نیس مصوب سال ۱۹۵۷ صورت می‌گیرد. نوعی سیستم طبقه‌بندی بین‌المللی برای کالاهای و خدمات و ثبت آن‌ها به عنوان علائم تجاری به حساب می‌آید. استفاده از این طبقه‌بندی، نه تنها برای کشورهای عضو (ثبت ملی علائم تجاری)، بلکه برای ثبت بین‌المللی توسط دفتر مالکیت فکری اتحادیه‌ی اروپا و دفتر بین‌المللی وایپو نیز الزامی است.

تعریف وایپو: یک فرم مختصر از طبقه‌بندی بین‌المللی کالاهای و خدمات شامل ۳۴ طبقه برای کالاهای و ۱۱ طبقه برای خدمات است که با هدف ثبت علائم

تجاری ذیل توافق‌نامه‌ی نیس توسعه یافته است.

طبقه‌ی ۲۳ شامل انواع نخ و رشته برای مصرف نساجی.

^۳ OSEWEZ.

^۴ Hasbro.

^۵ Manhattan Oil.

^۶ Grenden S.A.

مرتبط نشان دهد که علامت وی تمایزبخشی اکتسابی دارد (Ruchkin, 2020: 53).

۲-۲. اتحادیه‌ی اروپا

«توافق‌نامه‌ی تریپس»^۲، «گات»^۳، «دستورالعمل اتحادیه‌ی اروپا»^۴ و «مقرره‌ی علائم تجاری اتحادیه»^۵ هیچ یک به مسئله‌ی حمایت از علائم تجاری رایحه نمی‌پردازند. اگرچه تعدادی از حوزه‌های قضایی، قابلیت ثبت علائم صوتی را به رسمیت شناخته اند، حمایت از عطرها مسئله‌ای بحث برانگیز است (Mayur, 2005: 503).

ثبت رایحه به‌عنوان علامت تجاری در برخی از دولت‌های عضو اتحادیه‌ی اروپا ممکن است. اما مقررات ثبت، قبل و بعد از سال ۲۰۱۵ متفاوت است. قبل از ۲۰۱۵، مانند هر نوع دیگری از علامت، علائم بویایی، نیاز به پشت سر گذاشتن آزمون قابلیت ثبت داشتند و به این نتیجه رسیدند که هیچ دلیلی برای منع ثبت رایحه به‌عنوان علامت تجاری وجود ندارد. برای مثال، اداره‌ی صالح در یکی از کشورهای عضو مانند فرانسه^۶، مقرر کرده بود که این آزمون برای اعمال در این مورد، باید شامل یکی از موارد ذیل باشد: الف) متقاضی تنها کسی است که کالاهای مربوطه را شده است. ج) متقاضی علامت رایحه را در تبلیغات استفاده کرده است. د) متقاضی نشان داده است که مصرف‌کنندگان، دلالت و توزیع‌کنندگان، محصولات متقاضی را به‌عنوان منبع این کالاها به رسمیت می‌شناسند. مشابه این معیار برای ارزیابی علائم بویایی در یکی دیگر از کشورهای عضو، یعنی آلمان نیز، در جایی که برخی از علائم بویایی برای ثبت پذیرفته شده اند، وجود دارد (Shuju, 2021: 467).

بعد از سال ۲۰۱۵، وضعیت متفاوت می‌گردد. بخشنامه‌ی ۲۴۲۴/۲۰۱۵، مقررات پیشین علامت تجاری را اصلاح کرد و حوزه‌ی حمایت از علامت تجاری ثبت شده را تغییر داد. لغو الزامات نمایش گرافیکی در سال ۲۰۱۷، برای تقاضانامه‌های علامت تجاری، یک تغییر مهم است. اگرچه از لحاظ تئوری، ثبت یک علامت تجاری بویایی در اتحادیه‌ی اروپا ممکن به‌نظر می‌رسد، اما در عمل ثبت آن بسیار دشوار است (Id).

تقاضانامه‌ی خود را براساس تمایز ذاتی ثبت کرد و یک نمونه از صندل معطر خود را برای اداره‌ی علامت تجاری ایالات متحده ارسال نمود که رد شد و سپس مقدار قابل‌توجهی از شواهد تمایز اکتسابی ازجمله مقالات متعدد موجود در مجلات را ارائه کرد، که توسط بررسی‌کننده پذیرفته شده و علامت به ثبت رسید.^۱



شکل ۴-روغن موتور حاوی رایحه‌ی انگور



شکل ۵-کفش‌های گردن‌اس‌ای با رایحه‌ی آدامس بادکنکی

به‌طور خلاصه می‌توان گفت علائم بویایی در ایالات متحده، به‌ندرت ثبت می‌گردند. لازم به تأکید است که جهت اخذ حمایت از طریق ثبت برای این دسته از علائم تجاری، متقاضی باید اثبات کند که رایحه‌ی وی به‌عنوان علامت تجاری عمل می‌کند، چراکه مصرف‌کنندگان اغلب تمایل دارند رایحه‌ها را به‌عنوان ویژگی‌های تزئینی کالاها و خدمات تلقی کنند و نه به‌عنوان شناسه‌ی منبع. مسئله‌ی بعدی اثبات عملکردی نبودن رایحه است. برای مثال در پرونده‌ای که شخص به دنبال ثبت رایحه‌ی خوشبوکننده‌ی هوای خودرو به‌عنوان علامت تجاری بود، به‌دلیل عملکردی بودن رایحه، تقاضای وی رد شد. درنهایت اینکه علائم تجاری رایحه هرگز نمی‌توانند ذاتاً متمایز باشند. از این رو، متقاضی باید با کمک شواهد

⁵ Community Trade Marks Regulation.

⁶ The competent administration of one member state like france.

¹ US Registration No. 4754435.

² TRIPS.

³ General Agreement on Tariffs and Trade.

⁴ EU Directive.

به علت عدم تمديد، منقضی شد. در حال حاضر هیچ علامت تجاری بویایی ثبت شده‌ای در اتحادیه‌ی اروپا وجود ندارد (Ruchkin, 2020: 68).

از جمع‌بندی مطالب فوق می‌توان نتیجه گرفت که علائم رایحه در اتحادیه‌ی اروپا با اثبات تمایزبخشی ذاتی و اکتسابی قابل ثبت هستند و در ایالات متحده با اثبات تمایزبخشی اکتسابی، هرچند به دلیل اینکه هنوز روشی برای ارائه‌ی رایحه به ادارات ثبت اتحادیه‌ی اروپا و کشورهای عضو آن مشخص نشده است، ثبت آن‌ها به طور عملی ممکن نیست.

۳. علائم طعم (چشایی)

در خصوص قابلیت ثبت و حمایت از علائم طعم به عنوان علامت تجاری، دو دیدگاه کلی وجود دارد. برخی معتقدند که طعم، هرگز نمی‌تواند به عنوان یک علامت تجاری عمل کند؛ زیرا در ابتدا، نمی‌توان مزه‌ای را که به عنوان یک علامت ارائه شده است، در معرض مصرف‌کنندگان گذاشت و بنابراین مصرف‌کنندگان مجبورند محصول را بخرند، سپس علامت را مورد ارزیابی قرار دهند. برخی دیگر معتقدند که علائم چشایی می‌توانند پیوند عمیقی مابین ذهن مصرف‌کننده با محصول موردنظر برقرار کنند (Momeni tazerji, 1393: 80).

از دیدگاه موافقان، طعم نیز مانند رایحه، هرگز نمی‌تواند ذاتاً متمایز باشد؛ چرا که اغلب به عنوان ویژگی یک محصول تلقی می‌گردد. بنابراین، متقاضی باید با ارائه‌ی شواهد قابل توجهی از تمایزبخشی اکتسابی، نشان دهد که علامت از طریق استفاده در میان مصرف‌کنندگان، قادر به شناسایی یک منبع واحد است (Ruchkin, 2020: 54).

رویه‌ی قضایی فعلی اتحادیه‌ی اروپا از مفهوم یک حکم دیوان دادگستری اروپا در سال ۲۰۰۲ (پرونده‌ی سیک من) پیروی می‌کند. در این حکم مقرر شد که: «لوگوهای نامرئی مانند ادکلن، نمی‌توانند به عنوان علامت تجاری ثبت شوند، مگر اینکه از نظر گرافیکی قابل نمایش باشند. صرف ارائه‌ی یک فرمول شیمیایی ساده، کافی نیست و ثبت، مستلزم الزامات دقیقی است که برآوردن آنها برای متقاضی دشوار است»^۱.

به عبارت دیگر، درست است که با لغو الزام نمایش گرافیکی، در وهله‌ی اول اینطور به نظر می‌رسد که متقاضی برای ثبت علامت رایحه‌ی خود، دیگر با مانعی مواجه نیست، اما با عنایت به اینکه در هر حال طبق دستورالعمل اتحادیه‌ی اروپا هنوز هم ارائه‌ی علامت باید «واضح»^۲، «دقیق»^۳، «جامع»^۴، «قابل دسترسی»^۵، «قابل فهم»^۶، «بادوام»^۷ و «عینی»^۸ باشد، وضعیت کنونی تکنولوژی، این مطابقت را برای علامت رایحه ممکن نمی‌کند. علاوه بر این، مقررات اجرایی علامت تجاری اتحادیه‌ی اروپا، ارائه‌ی نمونه را، نمایش مناسب علامت در نظر نمی‌گیرد. توصیف علامت نیز نمی‌تواند جایگزین نمایش آن شود، چراکه توصیف یک بو یا طعم، واضح، دقیق و عینی نیست.^۹ بنابراین در عمل ثبت این نوع از علائم تجاری تا اصلاح قوانین غیرممکن است.^{۱۰}

قانون علائم تجاری بریتانیا نیز نه از علائم رایحه حمایت می‌کند و نه چنین حمایتی را منع می‌کند.^{۱۱} به همین ترتیب، ثبت علائم تجاری رایحه در فرانسه و آلمان نیز استثناء نشده است (Mateu, 2021). اما رایحه‌ها از بسیاری حوزه‌های قضایی مانند مکزیک، کانادا، کره‌ی جنوبی، برزیل، ژاپن، چین، تایوان، هند و غیره استثناء شده اند (Kurbannazarovich, 2021: 23).

تنها علامت رایحه‌ی ثبت شده^{۱۲} در اتحادیه‌ی اروپا، رایحه‌ی چمن تازه زده شده (Furgal, 2013: 24) برای توپ‌های تنیس بود که در سال ۲۰۰۰ با تکیه بر تمایز ذاتی، ثبت و در سال ۲۰۰۷

⁹ 12/12/2002, C-273/00, Sieckmann, EU:C:2002:748, § 69-73; 04/08/2003, R 120/2001-2, THE TASTE OF ARTIFICIAL STRAWBERRY FLAVOUR.

¹⁰ Guidelines for Examination of European Union Trade Markes, European Union Intellectual Property Office (EUIPO), Part b, Section 2, 9.11.2 smell/olfactory and taste marks, p 235.

¹¹ United Kingdom: Trade Mark Laws and Regulations (2021).

¹² CTM:000428870

¹ Sieckmann v. Deutsches Patent und Markenamt, case C-273/00 (Dec. 12, 2002).

² Clear.

³ Precise.

⁴ Self-contained.

⁵ Easily accessible.

⁶ Intelligible.

⁷ Durable and Objective.

⁸ Article 3(1) EUTMIR.

زمان کودکی چنین طعمی را می‌شناسند: آسپیرین با طعم پرتقال. طعم پرتقال، ویژگی ذاتی یک آسپیرین نیست و آسپیرین را مؤثرتر نیز نمی‌کند. از این حیث، جای تعجب نیست که «ان وی آرگین»^۴ تقاضانامه‌ای را در سال ۲۰۰۲، مبتنی بر ثبت طعم پرتقال، برای داروهای ضدافسردگی خود ارائه کرد (Id).

بررسی‌کننده این تقاضانامه را براساس دو مبنا رد کرد. اول اینکه، طبق بخش ۱، ۲ و ۴۵ از قانون علامت تجاری ایالات متحده (قانون لنهم) با این استدلال که، موضوعی که به دنبال ثبت بود، نه کالاهای متقاضی را از کالاهای دیگران متمایز می‌کرد و نه قادر به شناسایی آن‌ها بود و بنابراین، به‌عنوان یک شناسه‌ی منبع عمل نمی‌کرد و دوم اینکه، طبق بخش ۲(ث)(۵) از قانون لنهم، با این استدلال که موضوعی که به دنبال ثبت آن بود، عملکردی است. بررسی‌کننده همچنین استدلال کرد که به طور خلاصه، به نظر می‌رسد علامت پیشنهادی، قادر به تمییزدادن کالاهای خواهان از کالاهای دیگران نیست؛ چراکه طعم پرتقال، یک ویژگی استاندارد در محصولات دارویی-خوراکی است و به آسانی به‌عنوان شناسه‌ی منبع تلقی نمی‌گردد. به عبارت دیگر، این طعم برای داروها، عام(ژنریک) است. شواهد نیز نشان داد که طعم پرتقال، معمولاً به محصولات دارویی-خوراکی اضافه می‌شود تا این محصولات را به وسیله‌ی افزایش رضایت بیمار، خوش طعم کند و اینکه پرتقال، طعم ترجیح شده‌ای برای این دسته از داروهاست. این واقعیت که این طعم «مورد علاقه‌ی مصرف‌کنندگان» است، در حمایت از استدلال عملکردی بودن طعم پرتقال مورد استفاده قرار گرفت. (قرار است این طعم را بدهد) (Id).

بررسی‌کننده افزود که طعم پرتقال برای محصول دارویی-خوراکی یک مزیت رقابتی است و به متقاضی، حقوق انحصاری نسبت به این طعم می‌دهد که رقبا را در یک وضعیت ضدرقابتی اساسی قرار می‌دهد. این اولین فرصت هیئت جهت درنظر گرفتن قابلیت ثبت طعم به‌عنوان یک علامت تجاری بود. هیئت به نقل از کوآلیتکس اشاره کرد: این توانایی تمییز منبع یک علامت است-و نه وضعیت وجودی آن به‌عنوان رنگ، عطر، کلمه یا نشان-که به آن اجازه می‌دهد اهداف اساسی یک علامت تجاری را برآورده کند (Gallagher, 2015: 808).

«راهنمای ثبت علائم تجاری»^۱ اشاره می‌کند که مشخص نیست چگونه یک طعم می‌تواند به‌عنوان شناسه‌ی منبع عمل کند؛ چراکه طعم یا مزه، عموماً یک عملکرد سودمندی دارد و مصرف‌کنندگان عموماً سابق بر خرید محصول، دسترسی به طعم یا مزه آن ندارند (Bleeker et al, 2019).

به طور کلی، موانع ثبت علائم طعم نیز درست مانند علائم رایحه است و برخی به مسائلی از قبیل تئوری کمبود که در خصوص رنگ‌ها مطرح شده است، اشاره کرده و برخی دیگر به این اشکال پاسخ داده‌اند که جهت جلوگیری از اطاله‌ی موضوع، از پرداختن به آنها اجتناب می‌شود.

۱-۳. ایالات متحده

ثبت علائم تجاری طعم نیز در ایالات متحده، مانند رایحه به‌ندرت صورت می‌گیرد. از آنجایی که ممکن است بعید باشد که هر طعم یا رایحه‌ی خاصی ذاتاً متمایز باشد، اثبات معنای ثانویه برای ثبت علامت، مورد نیاز است.

«دادگاه بدوی ایالات متحده‌ی آمریکا»^۲ در تگزاس جنوبی، در پرونده‌ای،^۳ ادعای علامت تجاری طعم برای یک نوع غذای ایتالیایی را رد کرد. در این پرونده، خواهان ادعا کرد که طعم مرغ و غذاهای پارمزان بادمجان وی، مستحق حمایت علائم تجاری هستند. همچنین، خواهان استدلال کرد که خوانده اسرار تجاری وی، شامل رسی‌ها را دانلود کرده و کارمندان اسبق خواهان را-که تعهدات محرمانگی‌شان را با افشای اسرار تجاری خواهان نقض کرده بودند-استخدام کرده است. درمورد غذای ایتالیایی خواهان، دادگاه حکم کرد که طعم غذای ایتالیایی «عملکردی» است و قادر نیست به‌عنوان یک علامت تجاری عمل کند. درمورد روکش غذای خواهان نیز دادگاه حکم کرد که خواهان نتوانسته آنچه ظاهراً متمایز بوده است را-درمورد روکشی که ممکن بود حمایت لباس تجاری را به دنبال داشته باشد-نشان دهد (Gallagher, 2015: 807). باوجوداین که ممکن است برخی با نظر دادگاه تگزاس درخصوص عملکردی بودن طعم یک نوع مشهور از غذا موافق باشند، (این غذا قرار است این طعم را بدهد). تصور اینکه غذایی حاوی یک طعم، می‌تواند عملکردی نباشد یا نسبت به یک محصول خاص، طعم آن ذاتی باشد، خیلی هم سخت نیست. درواقع همه‌ی مردم در

³ New York Pizzeria Inc. v. Ravinder Syal et al, Civil Action No. 3:13-CV-335 (SDTX Oct. 20, 2014).

⁴ N. V. Organon.

¹ The Trademark Manual of Examining Procedure=TMEP.

² US District court.

دیگری از طعم نعناع-فلفل، برای کالاهایی مشابه کالای متقاضی وجود داشت و بنابراین این استفاده، منحصر بفرد نبود.^۴ به طور خلاصه می توان گفت که با وجود نبود موانع قانونی برای ثبت این دسته از علائم، هیچ طعمی تاکنون نتوانسته است بر آستانه‌ی بالای تعیین شده غلبه کند (Ruchkin, 2020: 54).

۲-۳. اتحادیه‌ی اروپا

در اروپا، اداره‌ی هماهنگ‌سازی بازار داخلی، تلاش شرکت دارویی الی لی لی را جهت ثبت طعم یک توت‌فرنگی رد کرد. با اشاره به این نکته در تصمیم خود در این پرونده، «هر تولیدکننده‌ای مستحق اضافه کردن طعم توت‌فرنگی به محصولات خود، با هدف خوشایند کردن طعم این محصولات است. علاوه بر این، محتمل نیست که طعم، توسط مصرف‌کنندگان به عنوان یک علامت تجاری در نظر گرفته شود، بلکه بیشتر محتمل است که این طعم، برای خوشایند کردن طعم یک محصول در نظر گرفته شود».^۵

علائم چشایی همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، همان موقعیت علائم بویایی را دارند و از نظر تئوری، قابل ثبت هستند. با این باوجود این ود، الزام ماده‌ی ۳(۱) از مقررات اجرایی علامت تجاری اتحادیه‌ی اروپا، آن‌ها را در عمل از ثبت، منع می‌کند. در نتیجه هیچ علامت چشایی تاکنون در اتحادیه‌ی اروپا ثبت نشده است. فارغ از اعطای حمایت از نظر تئوری، موقعیت در بُعد عملی نیز چنین است. طعم کالاها هرگز نمی‌تواند بدون چشیدن آنها در لحظه، درک شود. همچنین طعم محصولات تنها زمانی ممکن است باقی بماند که محصول، احساس شده است. این مطلب به این معناست که مصرف‌کننده، پس از خریدن محصول، به آن دست خواهد یافت (Ruchkin, 2020: 69).

به طور خلاصه اینکه، شواهد نشان می‌دهد باوجود تلاش‌های نادری که جهت ثبت علائم طعم صورت گرفته، با توجه به دلایلی که در بخش علائم رایحه، در خصوص مفاد دستورالعمل

هیئت تصمیم گرفت که طعم پرتقال با اعمال آزمون «مُرتُن نُرُویج»^۱ و با اتکا به پرونده‌ی «شرکت برونزویک»^۲ برای هرداروی خوراکی، عملکردی است. اما هیئت از این هم فراتر رفت و درخصوص این پرسش که آیا یک طعم می‌تواند به عنوان یک علامت تجاری عمل کند، حتی اگر عملکردی نباشد، نظر خود را اعلام کرد و به این نتیجه رسید که: «مصرف‌کنندگان طعم پرتقال متقاضی را به عنوان یک علامت تجاری در نظر نمی‌گیرند» (Id). یکی دیگر از دلایل عدم پذیرش علامت طعم اُرگِن توسط هیئت، این بود که متقاضی نتوانست شواهد مورد نیاز، از جمله استفاده و تبلیغ علامت طعم خود در بازار را ارائه دهد. به طور خلاصه می‌توان گفت این علامت طعم، با سه دلیل اساسی (۱-عملکردی بودن ۲-در تضاد بودن با یکی از اهداف اساسی حقوق علامت تجاری، یعنی ارتقاء رقابت و ۳-عدم توفیق در نشان دادن کسب معنای ثانویه) توسط هیئت محاکمه و تجدیدنظر رد شد (Compton, 2010: 347).

باوجود تلاش‌های اندکی که در این زمینه صورت گرفته است، تاکنون هیچ علامت طعمی در ایالات متحده ثبت نشده است. رویکرد آمریکا در مواجهه با این دسته از علائم، مشابه رویکرد وی در برخورد با علائم رایحه است. در تجزیه و تحلیل پرونده‌ی «پُل باسکَمپ»^۳ نشان داده شد که مصرف‌کنندگان، تمایلی به یکسان دانستن رایحه‌ی محصول خورده شده با منبع آن ندارند و همین امر درخصوص طعم‌ها نیز صادق است. بنابراین طعم‌ها، معمولاً به عنوان ویژگی‌های محصول و نه به عنوان یک علامت تجاری در نظر گرفته می‌شوند. افزون بر آن، برخلاف رایحه‌ها، هنوز نتوانسته‌اند با این تمایل مسبوق به سابقه مقابله کنند.

در مورد استفاده از طعم نعناع-فلفل برای داروها، یعنی فرمول‌های دارویی نیتروگلیسیرین، بررسی‌کننده باوجود این واقعیت که این طعم، برای مدت بیش از ۲۰ سال مورد استفاده بود، شواهد ارائه شده را ناکافی تشخیص داد. به این علت که استفاده‌کننده‌ی

³ Pohl-Boskamp GmbH and CokG.

⁴ In re Pohl-Boskamp GmbH & Co KG., 106 U.S.P.Q.2d 1042 (TTAB, Feb 25, 2013).

⁵ Eli Lilly v. OHIM, R 120/2001-2.

¹ In re Morton-Norwich Prods., Inc., 671 F. 2d 1332 (Fed. Cir. 1982).

² Brunswick corp v. British Seagull Ltd, 35 F. 3d 1527, 1530-33 (Fed. Cir. 1994).

در این پرونده دریافتند که رنگ سیاه برای یک موتور قایق دریایی، یک مزیت رقابتی عملکردی است، چراکه امکان هماهنگی یک رنگ ساده را با قایق‌های رنگی مختلف فراهم می‌کند.

به دلایلی که کاملاً روشن نیست، اداره‌ی ثبت اختراع و علامت تجاری ایالات متحده، ثبت، با استناد به وجه تمایز ذاتی را نیز پذیرفته است. تصمیم دادگاه عالی در پرونده‌ی شرکت وال مارت استورز علیه شرکت سامارا برادرز، که بیان می‌داشت علائم طراحی محصول، هرگز نمی‌توانند ذاتاً متمایز باشند، ممکن است از نظر منطقی، نسبت به علائم لامسه نیز اعمال شود. اما اداره‌ی ثبت اختراع و علامت تجاری ایالات متحده، خلاف این فکر می‌کند (Litowiz et al., 2018: 22).

۱-۴. ایالات متحده

علائم لامسه (بافت) از جمله علائم غیرمتعارف کم‌طرفداراند. علائم سه‌بعدی متعددی نیز وجود دارند که شامل بافت‌های خاصی در پیکربندی‌شان می‌شوند. به منظور اعمال یک علامت لمسی، هیچ طراحی‌ای ضروری نیست (اما ممکن است ارائه گردد). با این حال، متقاضی باید توصیفی تهیه کند و نمونه‌ای از علامت را ارائه دهد. به عنوان نمونه‌های ثبت شده می‌توان به علامت لامسه‌ی شرکت «فمیلی گروپ ال‌ال‌سی»^{۱۰} و علامت لمسی «لویی ویتان»^{۱۱} اشاره کرد.



شکل ۶- علامت لمسی دیوید فمیلی گروپ



شکل ۷- علامت لمسی لویی ویتان

علامت تجاری اتحادیه‌ی اروپا و مقررات اجرایی آن بیان شد، تاکنون هیچ علامت طعمی در اتحادیه به ثبت نرسیده است.^۱

۴. علائم لامسه (بافت)^۲

لمس نیز یکی از علائم حسی پنج‌گانه است که به عنوان یک علامت تجاری نیز، قابلیت ظهور و بروز دارد. این دسته از علائم، همچنین به عنوان «علائم لمسی»^۳، و یا «لامسه‌ای»^۴ شناخته می‌شوند. یک لمس متمایز، مانند «سطح مخملی یک بطری» یا «لمس پنبه» از نظر مفهومی به عنوان علامت تجاری، جهت نشان دادن منبع، قابل حمایت است.

در سال ۲۰۰۶، «انجمن بین‌المللی علامت تجاری»^۵، «قطعه‌نامه‌ی»^۶ در حمایت از شناخت و ثبت علائم لمسی ایجاد کرد. در سال ۱۹۹۶، «لویی ویتان»^۷، به دنبال حمایت علامت تجاری ایالات متحده مبتنی بر «الگوی بافتی متمایز، ساخت انسان، که به عنوان یک ویژگی سطحی استفاده می‌شود» برای چمدان‌های لوکس و محصولات چرمی خود بود. دفتر ثبت علائم تجاری آلمان در سال ۲۰۰۳، بر مبنای یک تقاضانامه‌ی ثبت شده به نام «آندربُرج ای جی»^۸ برای چندین کالا در طبقات ۳۲ و ۳۳، ثبت علامت تجاری را اعطا کرد. «کیمبرلی کلارک»^۹ دارای ثبت علامت تجاری فدرال برای حس لمس ویژه‌ی دستمال کاغذی (الگوی برجسته و متناوب روی دستمال کاغذی) است (Lukose, 2015: 208). به عنوان نمونه‌های دیگری از علائم لامسه‌ی ثبت شده نیز، می‌توان به بطری‌های نوشابه با خطوط موازی برآمده، پخش‌کننده‌های عطر شخصی با بافت سنگ ریزه‌ای و بافت چرمی برای بسته‌بندی شراب، اشاره کرد (Litowiz et al, 2018: 22).

علامت لمسی باید برای مصرف‌کننده، متمایز و فراتر از تزئینات و بسته‌بندی کالاها یا خدمات باشد. این علائم درمقایسه با سایر علائم تجاری غیرستتی، کمتر شناخته شده و کمتر مورد ادعا قرار می‌گیرند (Agarwal at al., 2021: 4).

⁶ Resolution ('Protectability of Touch Marks' dated November 8, 2006).

⁷ Louis Vuitton Malletier.

⁸ Underberg AG.

⁹ Kimberly-Clark.

¹⁰ Family Group LLC (U.S. Reg. No. 3896100).

¹¹ Louis Vuitton (LV).

¹ Guidelines for Examination of European Union Trade Markes, European Union Intellectual Property Office (EUIPO), Part b, Section 2, 9.11.2 smell, olfactory and taste marks, p 32.

² Texture mark (Touch mark).

³ Tactile mark.

⁴ Haptic mark.

⁵ International Trademark Association (INTA).

نُرویچ^۴ ارائه دهد. با این وجود، هیچ پاسخی ارائه نشد و تقاضانامه رد شده تلقی گردید (Ruchkin, 2020: 56).

یکی دیگر از دلایل رد تقاضانامه‌های علامت لمسی، فقدان تمایز است. با تجزیه و تحلیل مواد مربوط به تنها علامت لمسی موجود که در بالا نشان داده شد، می‌توان نتیجه گرفت که این علامت بدون ادعای تمایزبخشی اکتسابی ثبت شده بود. بنابراین علائم بافت یا لمسی می‌توانند دارای تمایز ذاتی و یا اکتسابی باشند (Id).

به‌طور خلاصه می‌توان اظهار داشت که علائم لمسی از جمله علائم غیرمعارف‌اند، زیرا بافت‌ها معمولاً، صرفاً به‌عنوان عناصر زینتی کالاها تلقی می‌گردند و نه به‌عنوان شناسه‌ی منبع. این یکی از دلایلی است که چرا تنها یک علامت لمسی فعال، درحال حاضر در دنیا وجود دارد. علاوه بر این، برای علائم بافت نیز سخت است که بر الزام عملکردی بودن غلبه کنند، زیرا اثبات اینکه بافت این علامت ناشی از ویژگی زیبایی‌شناختی یا سودمندی کالاها نیست، ضروری می‌باشد (Id).

۲-۴. اتحادیه‌ی اروپا

علائم بافت، علائمی هستند که از تأثیرات لامسه‌ای کالاهای خاصی حمایت می‌کنند. در اتحادیه‌ی اروپا، علائم لامسه در دسته‌بندی «سایر» قرار می‌گیرند. بنابراین، باید الزامات عمومی‌ای را که درخصوص همه‌ی علائم تجاری اتحادیه‌ی اروپا وجود دارد، به‌جا آورند. یکی از این الزامات شامل نمایش علائم مندرج در ماده‌ی ۴ از «مقرره‌ی علامت تجاری اتحادیه‌ی اروپا»^۵ می‌شود. زیرا مرحله‌ی اخیر تکنولوژی، اجازه‌ی انتقال احساس لامسه به مردم را، بدون لمس کردن کالاهای مربوطه نمی‌دهد. از این جهت، در اتحادیه‌ی اروپا، هیچ علامت بافتی قادر به ثبت نیست.

به‌عنوان نمونه‌ی شکست خورده، می‌توان به دعوای فی‌ما بین «شرکت پراکتر آند گمبل و اداره‌ی هماهنگ سازی بازار داخلی»^۶ اشاره کرد. این شرکت به دنبال ثبت حس لامسه‌ی ناشی از نقش برجسته‌ی چاپ شده بر سطح صاف بطری، برای محصولاتمانند صابون و لوازم آرایشی بود. تقاضای ثبت متعاقباً

اول از همه، علامت بافت، باید قادر باشد به‌عنوان یک شناسه‌ی منبع عمل کند. اکثریت تقاضانامه‌های ثبت علائم بافت، به این علت که نتوانستند عملکرد بافت خود را به‌عنوان یک علامت تجاری نشان دهند و آنچه به نظر می‌رسید، تزئینات خالص بود، رد شدند. برای مثال، تقاضانامه‌ای که برای علامت لمسی رژلب با توصیف ذیل ثبت شده بود: «این علامت، شامل احساس لمسی از ماده‌ی ترمه است. رنگ به‌عنوان ویژگی این علامت، مورد ادعا نیست. این علامت، یک علامت حسی از نوع لمسی است». بررسی‌کننده در اخطار اداری،^۱ ایراد کرد که در هیچ یک از شواهد متقاضی، چیزی وجود ندارد که نشان دهد مصرف‌کنندگان زمانیکه از رژ لب استفاده می‌کنند، احساس یک ترمه را تجربه خواهند کرد و سپس بین این احساس و منبع محصول متقاضی، ارتباط برقرار می‌کنند. متقاضی پاسخی نداد و بدین ترتیب تقاضانامه، رد شد.^۲

یکی از موانع ثبت این دسته از علائم، مانند دیگر علائم تجاری، عملکردی بودن است. یک علامت لمسی باید بتواند بر عملکرد سودمندی و زیبایی‌شناختی غلبه کند. برای مثال، لمس ممکن است به عملکرد بهتر یک کالای خاص کمک کند. برای نمونه، لمس یک بطری با فرورفتگی، ممکن است درک بهتری از آن را ارائه دهد. یا برای مثال، برجستگی‌های طرح گل روی بسته‌بندی عروسک‌ها، می‌تواند جذابیت بیشتری داشته باشد (Ruchkin, 2020: 55).

به‌عنوان نمونه‌ی شکست خورده، می‌توان به رد تقاضای ثبت برس‌های آرایشی، متعلق به شرکت «هانگ‌وی شان»^۳ اشاره کرد. توصیف این علامت عبارت بود از: «علامت متشکل از بافتی خراشیده یا حک شده بر روی گردن فلزی برس آرایشی است که دسته و سر برس را بهم وصل می‌کند». پس از بررسی علامت، بررسی‌کننده، ثبت را به علت عملکرد سودمندی آن رد کرد. زیرا این بافت، چسبندگی گردن فلزی را تقویت کرده و عمدتاً برای همین منظور استفاده می‌شد. به‌منظور رد این حکم، بررسی‌کننده از متقاضی خواست تا اطلاعات مرتبطی مطابق با آزمون عملکرد مَرْتُن

⁴ In re Morton-Norwich Prods., Inc., 671 F.2d 1332 (Fed. Cir. 1982).

⁵ European Union Trade Mark Regulation=EUTMR.

⁶ Procter & Gamble Company and OHIM, Case C-383/99 P (Sep. 20, 2001), T-163/98.

¹ Office Action.

² The touch mark was applied under the serial No. 87782210 by Shiseido Company, Limited.

³ Hongwei Shan, Serial No. 85426225.

به‌طور خلاصه، علائم بافت در اتحادیه‌ی اروپا، در حال حاضر نمی‌توانند ثبت شوند، چراکه وضعیت فعلی تکنولوژی اجازه‌ی انتقال حس لامسه به مردم را، به منظور برآوردن الزام نمایش، نمی‌دهد. در مورد الزامات عملکردی نبودن و متمایز بودن، در حال حاضر هیچ اصل راهنمایی وجود ندارد با وجود این، رویه‌ی ایالات متحده ممکن است برخی جنبه‌های عمومی را روشن سازد (Id).

باتوجه به اصلاحات ۲۰۱۷ در خصوص لغو الزام نمایش گرافیکی، در وهله‌ی اول، به نظر می‌رسد که هیچ مانعی برای ثبت علائم لامسه وجود ندارد. اما دستورالعمل علامت تجاری صراحتاً بیان می‌دارد: «با در نظر گرفتن الزام مندرج در ماده‌ی ۴ از مقررات اجرایی علامت تجاری اتحادیه‌ی اروپا، مبنی بر اینکه علامت تجاری باید به نحوی در دفتر ثبت نشان داده شود که مقامات ذی‌صلاح و عموم مردم قادر به درک این باشند که مالک به طور واضح و دقیق به دنبال حمایت از چه چیزی است، این مهم، با تکنولوژی موجود فعلی، ممکن نیست»^۱.

رد شد و هیئت بیان داشت که بافت‌ها ممکن است به طور بالقوه، قابل ثبت باشند، اما ارائه‌ی توصیف و تصویری از کالای مربوطه برای نمایش مناسبی از بافت، کافی نخواهد بود. به علاوه اینکه، همانطور که بررسی‌کننده اظهار داشت: «این غیرممکن است که از تصویر ارائه شده، حس لامسه‌ی مورد ادعای متقاضی، استنباط گردد». در عین حال، ارائه‌ی یک توصیف و یک نمونه از بافت، به منظور ثبت آن به عنوان یک علامت تجاری، در ایالات متحده‌ی آمریکا کافی است (Ruchkin, 2020: 70-71).

علائم لامسه نیز می‌توانند هم به عملکرد سودمندی و هم به عملکرد زیبایی‌شناختی کالاها نسبت داده شوند. بنابراین، اگر بررسی‌کننده معتقد باشد که بافت، عمدتاً برای مقاصد غیر از شناسایی منبع استفاده می‌شود، ثبت علامت، رد خواهد شد (Id). نظر به اینکه هیچ علامت لامسه‌ی ثبت شده‌ای در دفتر ثبت اداره‌ی مالکیت فکری اتحادیه‌ی اروپا یافت نمی‌شود، مشخص نیست که الزام متمایز بودن، چگونه روی بافت‌ها اعمال می‌شود. از نقطه نظر مقامات ایالات متحده، باعنایت به اینکه این موضوع با یک بافت چرمی ثبت شده برای بطری‌های شراب اثبات گردید، علائم لمسی ممکن است ذاتاً متمایز باشند (Id).

جدول ۱- امکان سنجی حمایت از علائم غیر سنتی غیر قابل رؤیت با وجه تمایز اکتسابی

علائم غیربصری	اتحادیه‌ی اروپا	ایالات متحده‌ی آمریکا
صدا	پذیرفته شده است. با هردو وجه تمایز قابل ثبت است.	پذیرفته شده است. با هردو وجه تمایز قابل ثبت است. نمونه‌ی ثبتی نیز وجود دارد.
رایحه	پذیرفته شده است اما فعلاً قابل ثبت نیست.	پذیرفته شده و تنها با وجه تمایز اکتسابی قابل ثبت است. نمونه‌ی ثبتی وجود دارد.
طعم	پذیرفته شده، اما فعلاً قابل ثبت نیست.	پذیرفته شده و تنها با وجه تمایز اکتسابی قابل ثبت است. نمونه‌ی ثبت شده وجود ندارد.
لامسه	پذیرفته شده، اما فعلاً قابل ثبت نیست.	پذیرفته شده و با هردو وجه تمایز قابل ثبت است. لکن نمونه‌ی ثبتی وجود ندارد.

the European Union Intellectual Property Office, part b, section 2, 9.11.3, p. 33.

¹ Guidelines for Examination of European Union Trade Marks and Registered Community Designs at

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

علائم تجاری غیرسنتی غیربصری، با نشان دادن تمایزبخشی اکتسابی در هر دو نظام مورد مطالعه، قابل ثبت بوده و در مواردی ثبت شده‌اند. هرچند به دلیل الزام موجود در دستورالعمل علامت تجاری اتحادیه‌ی اروپا فعلاً علائم غیرقابل رؤیت به جز صدا در سطح اتحادیه ثبت نمی‌شوند، اما امید است با اصلاح دستورالعمل در این خصوص، ثبت این دسته از علائم نیز تحقق پیدا کند.

در ایالات متحده، علائم رایحه و طعم تنها با وجه تمایزبخشی اکتسابی قابل ثبت هستند؛ لکن درحال حاضر نمونه‌ی ثبتی درخصوص علائم طعم وجود ندارد. درخصوص علائم لامسه نیز هرچند با هر دو وجه تمییز قابل ثبت هستند، اما درحال حاضر نمونه‌ی ثبتی فعالی که دارای معنای ثانویه باشد، وجود ندارد.

آنچه در خلال تحقیق به صورت ضمنی اشاره گردید و بررسی آن در امکان‌سنجی ثبت علائم غیرمتمعارف غیرقابل رؤیت ضروری است، کفایت معیارهای احراز وجود تمایزبخشی اکتسابی یا همان شواهدی است که جهت کسب معنای ثانویه نشان داده می‌شود. به نظر می‌رسد در هر دو نظام، کافی بودن یا نبودن شواهد ارائه شده، بسته به اوضاع و احوال خاص هر پرونده و نظر دادگاه رسیدگی‌کننده می‌باشد.

موضوع مهم دیگری که نباید مغفول بماند، بار اثبات وجود معنای ثانویه می‌باشد. تحقیقات فوق نشان می‌دهد در هر دو نظام، اثبات وجود تمایزبخشی اکتسابی بر عهده‌ی متقاضی می‌باشد.

مسئله‌ی حائز اهمیت مطرح در این تحقیق، به روز نبودن قانون موجود با نیازهای روز و اقتصاد جامعه است. امروزه در دنیا، بحث بر سر علائم تجاری غیرسنتی غیربصری است. هرچند برخی از آن‌ها مانند علامت طعم، هنوز موفق به ثبت نشده‌اند، اما ملاحظه شد که با توجه به پیشرفت روزافزون علاقه و توجه به علائم تجاری، در آینده‌ای بسیار نزدیک، ثبت این نوع از علائم نیز تحقق می‌یابد. کمااینکه برخی از صاحبان تجارت‌ها، از آن‌ها استفاده می‌کنند. ازاین‌رو، شایسته است تا قانون‌گذار ایرانی نیز با التفات به مسائل روز، به اصلاح قانون پرداخته و راه را برای حمایت از علائم تجاری غیرقابل رؤیت باز بگذارد. چه اینکه تعریف علامت تجاری در قانون سابق (ماده‌ی ۱ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ شمسی) نشان می‌دهد که قانون‌گذار سال ۱۳۱۰، نگاه مترقی‌تری

به علائم تجاری داشته است و این گام به عقب توسط قانون‌گذار فعلی، جای انتقاد و تأسف دارد.

اهمیت این پیشنهاد با نگاه به پیش‌نویس جدید قانون علامت تجاری در سال ۱۴۰۰ بیشتر می‌شود، چراکه ماده‌ی ۱۰۵ آن (ماده‌ی ۱۰۵ طرح حمایت از مالکیت صنعتی (ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری) مصوب ۱۴۰۰)، عیناً متن ماده‌ی ۳۰ قانون فعلی (ماده‌ی ۳۰ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶) را از این حیث، تکرار کرده است. بنابراین شایسته است تا پیش از اجرایی شدن طرح فوق از این نظر اصلاحاتی در آن صورت بگیرد.

ازاین‌رو، ماده‌ی ذیل برای اصلاح متن قانون پیشنهاد می‌گردد:

«علامت تجاری عبارت است از هر نشانی که بتواند کالاها یا خدمات اشخاص را از هم متمایز سازد. این نشان می‌تواند قابل رؤیت و یا غیرقابل رؤیت باشد. وجه تمییز نیز می‌تواند ذاتی یا اکتسابی باشد».

References

- [1] Agarwal, T. & Mehta, V. (2021). Hear me, Touch me, Taste me, Smell me: Conventionalizing Non-traditional Trademarks in India. *Journal on Contemporary Issues of Law*, 3(5), 1-22.
- [2] Alsan, M. (1402). *Social Media Law*, Shahre danesh publication, edition 22, 102-110. (In persian).
- [3] Ardagh Metal Beverage Holdings, Case T-668/19 (July 7, 2021).
- [4] Badini, H. & Hosseinzadeh, M. Mohebifard, S (1393). Examination of the Legal Fair Use Doctrine in Descriptive Trademark, *Journal of Trade Studies*, 19(73), 99-124. (In persian).
- [5] Bagheri, M. & Babaie, Z. (1390), Protection of Trade Marks against Unfair Competition, *Journal Private Law*, 8(2), 85-102. (In persian).
- [6] Belleau, K. (2013). I Can Name in Three Notes: Non-Traditional Trademarks for Traditional Goods, *International In-house Counsel Journal*, 7(25), 1-6.
- [7] Bleeker, G. Warren and Kopolow, M. (2019). Can you trademark sounds, smells, colours, motions and flavours?, Lewis Roca Rothgerber Christie LLP, available at: <https://www.worldtrademarkreview.com/brand-management/can-you-trademark-sounds-smells-coulors-motions-and-flavours>.
- [8] Brunswick corp v. British Seagull Ltd, 35 F.3d 1527, 1530-33 (Fed. Cir. 1994). 6. Compton, Amanda E., (2010), "Acquiring a Flavor for Trademarks: There is No Common Taste in the World", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 8, No. 3, pp 340-359.
- [9] Eli Lilly v. OHIM, R 120/2001-2.
- [10] EU court refuses to grant trademark to 'fizzing' can, (2021). available at: <https://www.wionews.com/world/eu-court-refuses-to-grant-trademark-to-fizzing-sound-heard-after-oppening-can-396557>.
- [11] European Union Trade Mark Regulation=EUTMIR.
- [12] Furgal, U. (2013). Acquired distinctiveness for non-verbal marks, *Intellectual Property law*, Jagiellonian University.
- [13] Gallagher, Thomas A., (2015). Nontraditional Trademarks: Taste/Flavor, *The Trademark Reporter*, 105(3), 806-809.
- [14] Guidelines for Examination of European Union Trade Markes, European Union Intellectual Property Office (EUIPO).
- [15] Industrial Property Protection Scheme(Registration of Patents, Industrial Designs and Trademarks) approved 1401/11/02. (In persian).
- [16] In re General Electric Broadcasting Co., Inc., 199 U.S.P.Q. 560 (T.T.A.B. 1978).
- [17] In re Morton-Norwich Prods., Inc., 671 F.2d 1332 (Fed. Cir. 1982).
- [18] In re Pohl-Boskamp GmbH & Co KG., 106 U.S.P.Q.2d 1042 (TTAB, Feb 25, 2013).
- [19] Kurbannazarovich, Babakulov Z. (2021). Comprative Analysis Registration of Nontraditional Trademarks In Uzbekistan and Some Foreign Countries (legislation and practice revision), *World Bulletin of Management and Law (WBML)* Available Online at: <https://www.scholarexpress.net>, Vol. 1, No.1, 22-25.
- [20] Litowiz, Robert D. and Mcleod, Linda K. (2018). To Creat and Own a Non-traditional Trademark, Just follow Tradition, *Landslide magazine*, 10(3), 18-22.
- [21] Lukose, Lisa P. (2015). Non-traditional Trademarks: A Critique, *Journal of the Indian Law Institute*, April-June 2015, 57(2), 197-215.
- [22] Mateu, C. (2021). The Trademarks Law Review: France, Armengaud Guerlain,<https://thelawreviews.co.uk/title/the-trademarks-law-review/france#footnote-020-backlink>.
- [23] Matheson, Julia A. and Balichina, Anne S. (2010). If It Quacks Like a Duck... It Just Might Be a Trademark, *Landslide magazine*, 2(6), 42-47.
- [24] Mehraban Poorazar, M. (1401). Acquired Distinctiveness in Trademark Law System, Thesis For Degree of MA. in Intellectual Property Law, University of Tehran. (In persian).
- [25] Momeni tezerji, E. (1393). Protection of Nontraditional Marks in trademark law, Thesis For Degree of MA. in Intellectual Property Law, University of Qom. (In persian).
- [26] Raj Kumar, P. (2021). European Union: can a sound mark be registered as a trademark-European Union Court`s Ruling, available at: <https://www.mondaq.com/india/trademark/1092276/can-a-sound-mark-be-registered-as-a-trademak-european-union-court39s-ruling>.

-
- [27] Reinout, Van M. (2019). Jingle all the way: Trademark for sound in china, EU and USA, available at: https://www.hfgip.com/news/Trademark_Sound_Engl.
- [28] Registration of Patents, Industrial Designs and Trademarks Code, 1386/08/07.
- [29] Registration of Trademarks and Patents Code, 1310/04/01.
- [30] Ruchkin, Vladyslav. (2020). Non-conventional trademarks in the european union and the united states of america. Comparative analysis of the approaches to the registrability question, European and International Business Law, Mykolas Romeris University.
- [31] Shuju, F. (2021). New Challenge on Intellectual Property: Smell Trademark, Atlantis Press, Vol. 178, 465-468.
- [32] Vihar III, M. (2005). Nontraditional Areas of Intellectual Property Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress
Jornal of Intellectual Property Rights, Vol. 10, 499-506.
- [33] Waller, T. (2019). Zippo-de-do-dah, available at: <https://www.hgf.com/retail-scanner/zippo-de-do-dah>.
- [34] Nextel Communications, Inc. v. Motorola, Inc., No. 91164353 (TTAB June 12, 2009).
- [35] New York Pizzeria Inc. v. Ravinder Syal et al, Civil Action No. 3:13-CV-335 (SDTX Oct. 20, 2014).
- [36] Procter & Gamble Company and OHIM, Case C-383/99 P (Sep. 20, 2001), T-163/98.
- [37] Ride the Ducks LLC v. Duck Boat Tours Inc., 75 U.S.P.Q.2d (BNA) 1269 (ED. Pa. 2005).
- [38] Sieckmann v. Deutsches Patent und Markenamt, case C-273/00 (Dec. 12, 2002).
- [39] United Kingdom: Trade Mark Laws and Regulations 2021.
- [40] US Trademark act of 1946 (Lanham act).
- [41] Vertex Group LLC., 89 U.S.P.Q.2d (BNA) 1694 (TTAB 2009).



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 22-36

Economic Analysis of The Civil Justice System with an Emphasis on Appellate Proceedings

M. Shafighi , S.M. Hosseini Pouya , S.H. Mousavipour 

1- PhD student in Private Law, Department of Private Law, Neyshabour Branch, Islamic Azad University, Neyshabor, Iran.

2- Assistant Professor, Department of Private Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran.
(corresponding author): s.m.hosseini@gmail.com

3- Assistant Professor, Department of Private Law, Neyshabour Branch, Islamic Azad University, Neyshabor, Iran.

Received: 14 June 2024

Revised: 24 August 2024

Accepted: 8 September 2024

Available Online: 8 September 2024

How to cite this article:

Shafighi, M.; Hosseini Pouya, S.M.; Mousavipour, S.H. (2024). Economic analysis of the civil justice system with an emphasis on appellate proceedings. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 25(31): 22-36.

(in Persian with English abstract)

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.86832.1351>

1- INTRODUCTION

Civil procedure or civil justice, like all other sciences, is definitely based on principles, if sometimes the principles of this science cannot be limited to countable cases, but three main and important pillars can be counted for its formation. Civil justice can claim to be efficient when it has the three principles of the accuracy of the judgments, the cost of the proceedings and the time of the proceedings, and the lack of one of these principles or the lack of coordination between them can weaken this important institution. In the realization of civil justice, the cost of proceedings has a direct effect on the other two pillars of the time of the proceedings and the accuracy of the votes, so that in short, the lower the cost of the proceedings or the possibility of returning the costs of the proceedings to the person who filed the lawsuit, the more certain the number of lawsuits filed. It becomes more, as a result, the time of hearing and dealing with lawsuits becomes longer, and finally, the high volume of lawsuits causes the accuracy and accuracy of votes to decrease. The disproportion of the three listed pillars not only affects the philosophy of justice and judicial efficiency, but also has a negative individual and social function from an economic point of view. In the meantime, the basic issue regarding the economic analysis of the judicial system depends on the three factors mentioned above. However, there is an ambiguity as to how much the above three factors can be effective in the economic analysis of the judicial system and process. The knowledge of economics has the ability to be used as one of the basic pillars in the interpretation and description of the civil procedure and its rules and structures, like some other sciences. In the meantime, the findings of this research indicate that the costs of registering and filing lawsuits and the costs of delaying proceedings are among the factors involved in the analysis of the economics of proceedings. In addition, the conducted study shows that the principles reflected in formalism and realism schools are considered to justify the economy of proceedings and proceedings, including appeal proceedings. Also, the examination of the teachings of economic law and its relationship with the procedure indicates that by resorting to the criteria of efficiency, reasonable behavior, Pareto; Kaldor Hinz and Panz - each of which in some way shows the justification of the activities of individuals - can justify the civil procedure system, including the methods of protesting the votes, especially the appeal proceedings. This research, in a descriptive-analytical way and with library tools, through theoretical discussions, examines and analyzes the economic analysis of appeal proceedings as one of the methods of revising the decisions issued by the courts and also one of the important topics in the legal system. Civil proceedings have been paid.



2- PURPOSE

The basic issue regarding the economic analysis of the judicial system depends on paying attention to the above-mentioned three factors. In addition, there is this uncertainty that in the economic analysis of the judicial system and the process of investigation, to what extent the above three factors can be effective. From this point of view, the first basic question in this regard is, what are the factors involved in the economy of the judicial system and proceedings, including the use of the possibility of appeal proceedings? Another thing is, to what extent do different economic schools justify the economics of proceedings and proceedings, including appeal proceedings? And finally, what are the criteria justifying the proceedings and appeal proceedings? In terms of the further definition of the appellate proceedings and in terms of balance, which is significant in relation to other methods of revising votes in Iranian law, it should be said; The discussed method is not compatible with the division of types of protest in the form of deviation and correction. In explaining this article, it should be said; An appeal (as well as an appeal) is a way in which the same authority that issued the decision will be the re-examination authority in the position of reviewing the contested decision, and it will examine the review request itself and then, as the case may be, proceed to issue votes. In the meantime, the investigating authority can deviate from its previous decision and issue another decision on the substance. In general, the meaning of economic analysis of rights is the use of economic tools and ideas in the process of applying legal institutions. Among the fields of economic thinking, variables such as scarcity, selection, cost-benefit, efficiency and latentism can be considered. Therefore, considering this approach, the economic analysis of rights can be interpreted as new methods that observe the stages of production, distribution and consumption of legal rules. In addition to the above, it should be pointed out that the emergence of new schools of thought among lawyers has created a different and interdisciplinary view of legal components, so that in this way, the possibility of realizing specific social, economic and political goals can be better realized. This has caused the study and application of other social sciences, including economics, to expand in the field of law. In other words, in order to understand the relationships and rules governing the society and its necessities, lawyers need to pay attention to the economic analysis of legal issues.

However, since the request for appeal is processed in a higher authority (Supreme Court of the country), this method is not considered as deviation. Regarding the corrective objection, it should also be mentioned that this method of review is based on the assumption that a higher authority, such as the Court of Appeals, other than the authority that issued the decision, considered the objection and issued a decision on the nature of the decision. to do As mentioned, this authority, depending on the case, can correct and amend the objectionable vote. In view of the above-mentioned situation, despite the fact that the Supreme Court is a higher authority than the court issuing the objectionable decision, but since according to the legal standards in the process of appeal proceedings, it does not issue a decision on the merits. , handling it is not considered a correction.

3- METHODOLOGY

In this research, an attempt has been made to study two subjects of economics and procedural law through library study in an interdisciplinary manner. In conducting economic studies, through the study of economic schools and the existing criteria in the teachings of economic law, civil procedure issues, including appeals, should be evaluated. The knowledge of economics has the ability to be used as one of the basic pillars in the interpretation and description of the civil procedure and its rules and structures, like some other sciences. In the meantime, the findings of this research indicate that the costs of registering and filing lawsuits and the costs of delaying proceedings are among the factors involved in the analysis of the economics of proceedings. In addition, the conducted study shows that the principles reflected in formalism and realism schools are considered to justify the economy of proceedings and proceedings, including appeal proceedings. Also, the examination of the teachings of economic law and its relationship with the procedure indicates that by resorting to the criteria of efficiency, reasonable behavior, Pareto; Kaldor Hinz and Panz - each of which in some way shows the justification of the activities of individuals - can justify the civil procedure system, including the methods of protesting the votes, especially the appeal proceedings. This research, in a descriptive-analytical way and with library tools, through theoretical discussions, examines and analyzes the economic analysis of appeal proceedings as one of the methods of revising the decisions issued by the courts and also one of the important topics in the legal system. Civil proceedings have been paid.

4- FINDINGS

Based on the objectives of the research and the methodological approaches used in the research, the findings are presented in different parts.

1- The knowledge of economics has the ability to be used as one of the basic pillars in the interpretation and description of the civil procedure and its rules and structures, like some other sciences.

2- In the meantime, the findings of this research indicate that the costs of registering and filing lawsuits and the costs of delaying proceedings are among the factors involved in the analysis of the economics of proceedings.

3- the conducted study shows that the fundamentals reflected in formalism and realism schools are considered to justify the economy of proceedings and proceedings, including appeal proceedings. Also, the examination of the teachings of economic law and its relationship with the procedure indicates that by resorting to the criteria of efficiency, reasonable behavior, Pareto; Kaldor Hinz and Panz - each of which in some way shows the justification of the activities of individuals - can justify the civil procedure system, including the methods of protesting the votes, especially the appeal proceedings.

4- In general, the meaning of economic analysis of rights is the use of economic tools and ideas in the process of applying legal institutions. Among the fields of economic thinking, variables such as scarcity, selection, cost-benefit, efficiency and latentism can be considered. Therefore, considering this approach, the economic analysis of rights can be interpreted as new methods that observe the stages of production, distribution and consumption of legal rules. In addition to the above, it should be pointed out that the emergence of new schools of thought among lawyers has created a different and interdisciplinary view of legal components, so that in this way, the possibility of realizing specific social, economic and political goals can be better realized. be made This has caused the study and application of other social sciences, including economics, to expand in the field of law. In other words, in order to understand the relationships and rules governing the society and its necessities, lawyers need to pay attention to the economic analysis of legal issues.

5- CONCLUSION

In brief, it can be said that the examination of the doctrines of economic law regarding the procedure and specifically regarding the identification of the appeal institution indicates that the grounds justifying the appeal proceedings from the point of view of economic law are in the goals of the formalism school. And the school of realism is realized. In the school of formalism, paying attention to the effectiveness of legal rules, including procedural rules, and the departure of these rules from a series of contents is without result. It is obvious that by identifying the appellate proceedings and taking into account the purpose of this institution, which is to monitor the decisions of the courts by the Supreme Court in order to conform the aforementioned decisions to the laws and regulations, the said goal is accurately achieved. In addition, according to the school of realism, the basis for identifying the appeal proceedings is justified in such a way that, although on the surface, resorting to different methods of protesting the votes in practice increases the cost and delays the time (prolonging the proceedings). But in the long term and with a big view, considering the role of the Supreme Court in creating judicial procedure, exactly the opposite of these cases have come to the fore, and the Supreme Court, by conducting appeal proceedings in the long term, avoids the confusion of votes and costs. It prevents additional issues in handling. Also, in relation to the most important criteria in economic law, which is significant for the identification of appeal proceedings, the investigations carried out resulted in the conclusion that the criterion of efficiency, Pareto, Kaldor-Hainz and Panz and reasonable behavior in It is one of the most important indicators that can be used to predict appeal proceedings in the judicial system. Civil procedure or civil justice, like all other sciences, is definitely based on principles, if sometimes the principles of this science cannot be limited to countable cases, but three main and important pillars can be counted for its formation. Civil justice can claim to be efficient when it has the three principles of the accuracy of the judgments, the cost of the proceedings and the time of the proceedings, and the lack of one of these principles or the lack of coordination between them can weaken this important institution. In the realization of civil justice, the cost of proceedings has a direct effect on the other two pillars of the time of the proceedings and the accuracy of the votes, so that in short, the lower the cost of the proceedings or the possibility of returning the costs of the proceedings to the person who filed the lawsuit, the more certain the number of lawsuits filed. It becomes more, as a result, the time of hearing and dealing with lawsuits becomes longer, and finally, the high volume of lawsuits causes the accuracy and accuracy of votes to decrease. The disproportion of the three listed pillars not only affects the philosophy of justice and judicial efficiency, but also has a negative individual and social function from an economic point of view. In the meantime, the basic issue regarding the economic analysis of the judicial system depends on the three factors mentioned above. However, there is an ambiguity as to how much the above three factors can be effective in the economic analysis of the judicial system and process. The knowledge of economics has the ability to be used as one of the basic pillars in the interpretation and description of the civil procedure and its rules and structures, like some other

sciences. In the meantime, the findings of this research indicate that the costs of registering and filing lawsuits and the costs of delaying proceedings are among the factors involved in the analysis of the economics of proceedings. In addition, the conducted study shows that the principles reflected in formalism and realism schools are considered to justify the economy of proceedings and proceedings, including appeal proceedings. Also, the examination of the teachings of economic law and its relationship with the procedure indicates that by resorting to the criteria of efficiency, reasonable behavior, Pareto; Kaldor Hinz and Panz - each of which in some way shows the justification of the activities of individuals - can justify the civil procedure system, including the methods of protesting the votes, especially the appeal proceedings. This research, in a descriptive-analytical way and with library tools, through theoretical discussions, examines and analyzes the economic analysis of appeal proceedings as one of the methods of revising the decisions issued by the courts and also one of the important topics in the legal system. Civil proceedings have been paid. In general, the meaning of economic analysis of rights is the use of economic tools and ideas in the process of applying legal institutions. Among the fields of economic thinking, variables such as scarcity, selection, cost-benefit, efficiency and latentism can be considered. Therefore, considering this approach, the economic analysis of rights can be interpreted as new methods that observe the stages of production, distribution and consumption of legal rules. In addition to the above, it should be pointed out that the emergence of new schools of thought among lawyers has created a different and interdisciplinary view of legal components, so that in this way, the possibility of realizing specific social, economic and political goals can be better realized. be made This has caused the study and application of other social sciences, including economics, to expand in the field of law. In other words, in order to understand the relationships and rules governing the society and its necessities, lawyers need to pay attention to the economic analysis of legal issues.

Keywords: Appeals, appeal proceedings, school of formalism, school of realism, criterion of efficiency, criterion of reasonable behavior.



مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۳۶-۲۲

تحلیل اقتصادی نظام دادرسی مدنی با تأکید بر رسیدگی فرجامی

میترا شفیقی^۱، سید محسن حسینی پویا^{۲*}، سید حمیدرضا موسوی پور^۳

پذیرش: ۱۴۰۳/۶/۱۸

دریافت: ۱۴۰۳/۳/۲۵

چکیده

دانش اقتصاد از این توانایی برخوردار است که مانند برخی علوم دیگر، به مثابه یکی از رکن‌های اساسی در تفسیر و تشریح آیین دادرسی مدنی و قواعد و ساختارهای آن به کار رود. در این بین، یافته‌های این پژوهش حاکی از آن است که هزینه‌های ناشی از ثبت و طرح دعوا و هزینه‌های ناشی از اطلاع دادرسی در زمره عوامل دخیل در تحلیل اقتصاد دادرسی است. علاوه بر این، مطالعه صورت گرفته نشان‌دهنده این است که مبانی منعکس در مکاتب شکل‌گرایی و واقع‌گرایی به نوعی توجیه‌کننده اقتصاد دادرسی و مراحل دادرسی از جمله رسیدگی فرجامی محسوب می‌گردد. همچنین، بررسی آموزه‌های حقوق اقتصادی و ارتباط آن با آیین دادرسی حاکی از آن است که با توسل به معیارهای کارایی، رفتار معقول، پارتو؛ کالدور هینز و پانز - که هریک به نوعی مبین توجیه فعالیت‌های افراد است - می‌توان نظام دادرسی مدنی و از جمله طرق اعتراض به آرا به‌ویژه رسیدگی فرجامی را توجیه نمود. این پژوهش به شیوه توصیفی - تحلیلی و با ابزار کتابخانه‌ای، از رهگذر مباحث نظری، به بررسی و تحلیل اقتصادی رسیدگی فرجامی به عنوان یکی از شیوه‌های بازنگری در آرای صادره از محاکم و همچنین یکی از مباحث حایز اهمیت در آیین دادرسی مدنی پرداخته است.

کلیدواژه‌ها: فرجام‌خواهی، رسیدگی فرجامی، مکتب شکل‌گرایی، مکتب واقع‌گرایی، معیار کارایی، معیار رفتار معقول.

^۱ دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران

^۲ استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

(نویسنده مسئول: s.m.hosseini@gmail.com)

^۳ استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، مشهد، ایران

مقدمه

آیین دادرسی مدنی یا عدالت مدنی مانند تمامی علوم دیگر یقیناً بر پایه‌ی اصولی استوار گردیده است اگر چه گاه نمی‌توان اصول این علم را به موارد قابل شمارشی محدود کرد اما سه رکن اصلی و مهم را می‌توان برای تشکیل آن بر شمرد. عدالت مدنی هنگامی می‌تواند مدعی کارایی باشد که سه اصل صحت آرای دادرسی، هزینه‌ی دادرسی و زمان دادرسی را همگام و هم‌زمان باهم دارا باشد و نبود یکی از این اصول یا عدم هماهنگی بین آن‌ها می‌تواند سبب تضعیف این نهاد مهم گردد.

در تحقق عدالت مدنی هزینه دادرسی به طور مستقیم بر دو رکن دیگر زمان دادرسی و صحت آرا تأثیر مستقیم دارند چنانچه به طور خلاصه هر چه هزینه دادرسی کمتر باشد و یا امکان بازگشت هزینه دادرسی به فردی که اقامه دعوا نموده قطعی‌تر باشد تعداد دعوا اقامه شده بیشتر می‌گردد در نتیجه زمان دادرسی و رسیدگی به دعاوی طولانی‌تر می‌گردد و در نهایت حجم بالای دعاوی سبب کاهش دقت و صحت آرا می‌گردد. عدم تناسب سه رکن برشمرده نه تنها فلسفه عدالت و کارایی دادرسی را تحت تأثیر قرار می‌دهد بلکه از لحاظ اقتصادی نیز کارکرد منفی فردی و اجتماعی دارد. در این بین، موضوع اساسی در خصوص تحلیل اقتصادی نظام دادرسی در گرو توجه به سه عامل بالا است. مع الوصف، این ابهام وجود دارد که در تحلیل‌های اقتصادی از نظام دادرسی و فرایند رسیدگی، تا چه میزان عوامل سه‌گانه فوق می‌تواند مؤثر واقع شود. از این جهت، اولین پرسش اساسی در این رابطه این است که عوامل دخیل بر اقتصاد نظام دادرسی و مراحل رسیدگی از جمله استفاده از امکان رسیدگی فرجامی چه مواردی را در بر می‌گیرد؟ دیگر آنکه مکاتب اقتصادی مختلف تا چه میزان توجیه‌کننده اقتصاد دادرسی و مراحل رسیدگی از جمله رسیدگی فرجامی است؟ و در نهایت این که معیارهای توجیه‌کننده فرایندهای دادرسی و رسیدگی فرجامی کدامند؟

با لحاظ مراتب مذکور و در راستای پاسخ‌دهی به سؤالات بالا، نوشتار حاضر پس از بررسی مفهوم اقتصاد دادرسی و رسیدگی فرجامی، عوامل دخیل بر اقتصاد نظام دادرسی و مراحل رسیدگی، مکاتب اقتصادی توجیه‌کننده نظام اقتصاد دادرسی مدنی از جمله رسیدگی فرجامی بررسی گردیده و پس از آن معیارهای توجیه‌کننده فرایندهای دادرسی و رسیدگی فرجامی تبیین گردیده است.

۱- مفهوم‌شناسی

به منظور تبیین هرچه بیشتر مطالب در این قسمت تلاش شده است تا مهم‌ترین مفاهیم مرتبط با موضوع اصلی این نوشتار تبیین گردد. بدین ترتیب، در این قسمت و ذیل دو عنوان، ابتدا رسیدگی فرجامی و پس از آن، تحلیل اقتصادی آیین دادرسی تبیین مفهومی شده است.

۱-۱- مفهوم رسیدگی فرجامی

از منظر لغوی، واژه «فرجام» به معنی «انتها و پایان هر چیز» در نظر گرفته شده است. (Dehkhoda, 2015:832) با این حال، استعمال و به کارگیری این اصطلاح، در چارچوب ادبیات حقوقی ایران را می‌توان متعاقب الهام از موازین حقوقی و قانونی کشور فرانسه در نظر گرفت. در این میان، به دنبال پیش‌بینی اصل ۷۵ قانون اساسی مشروطه، نهاد «دیوان تمیز» به‌عنوان نهایی‌ترین مرجع رسیدگی در نظام قضایی ایران مورد شناسایی قرار گرفته و بر این اساس، تقاضای رسیدگی از این مرجع، تحت عنوان «استدعای تمیز» نام‌گذاری شد. لازم به ذکر است، اصطلاح «استدعای تمیز» در راستای فارسی‌سازی واژگان حقوقی در سال ۱۳۱۶ توسط فرهنگستان زبان و ادب فارسی به واژه «استدعای فرجام» تغییر یافته و متعاقباً در ادبیات دادرسی تحت عنوان «درخواست فرجام» مصطلح گردیده است. (Jafari langroodi, 2013:752)

با این حال، مقنن ایرانی در ماده ۳۶۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ در مقام تعریف رسیدگی فرجامی اشعار داشته است که: «رسیدگی فرجامی عبارت است از تشخیص انطباق یا عدم انطباق رأی مورد درخواست فرجامی با موازین شرعی و مقررات قانونی». به نظر می‌رسد این تعریف با لحاظ اصل ۱۶۱ قانون اساسی صورت پذیرفته، همچنان که در اصل مذکور آمده است: «دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود بر اساس ضوابطی که رییس قوه قضاییه تعیین می‌کند تشکیل می‌گردد». (Shams, 2014:352)

مع الوصف، در مقام تعریف بیش‌تر رسیدگی فرجامی و با لحاظ موازینی که در خصوص سایر طرق بازنگری در آرا در حقوق ایران قابل توجه است، باید گفت؛ شیوه مورد بحث، با تقسیم‌بندی انواع اعتراض در قالب عدولی و اصلاحی (تصحیحی) تطبیق نمی‌کند. در توضیح این مطلب باید گفت؛ اعتراض عدولی (هم‌چون واخواهی) شیوه‌ای است که در مقام بازنگری به رأی مورد اعتراض،

تا از این طریق، امکان تحقق اهداف خاص اجتماعی، اقتصادی و سیاسی بهتر محقق گردد. این امر، سبب شده است که مطالعه و به‌کارگیری دیگر علوم اجتماعی از جمله اقتصاد در حوزه حقوق گسترش یابد. به عبارت دیگر، حقوق‌دانان به منظور شناخت روابط و قواعد حاکم بر جامعه و ضرورت‌های آن، نیازمند توجه به تحلیل اقتصادی موضوعات حقوقی شده‌اند. (Almasi, 2013: 145)

در این میان، یکی از مباحث مهم در حوزه ضوابط ناظر بر آیین دادرسی، ورود عامل بهره‌وری و کارایی اقتصادی در شکل دادن به قواعد حقوقی آن است. در واقع برخلاف حقوق سنتی که قواعد آن در چارچوب محدود تأمین «عدالت و انصاف» نگریسته می‌شد، حقوق و اقتصاد در مفهوم امروزی، به کارایی نهادها با لحاظ نگاه اقتصادی توجه نموده و تحلیل‌های خود را از قواعد حقوقی براساس میزان کارایی هر یک از آن‌ها ترسیم می‌کند. در این راستا، بر حسب نتایج حاصله، پیشنهاد ایجاد یا اصلاح قواعد حقوقی را برای نیل به کارایی بیشتر ارایه می‌دهد. (Almasi, 2013: 147)

با لحاظ مطالب فوق، می‌توان گفت؛ بحث از تحلیل اقتصادی آیین دادرسی هنگامی آغاز می‌شود که «کارایی» به‌عنوان اصلی در کنار سایر اصول حاکم در فرایند دادرسی پا به عرصه می‌گذارد. در این میان، بازنگری قوانین دادرسی با لحاظ مؤلفه‌های اقتصادی یکی از نتایج تحلیل اقتصادی آیین دادرسی است. در این بین، تحلیل اقتصادی دادرسی در پی پاسخ به این مطلب است که قواعد حقوقی مورد نظر، چه اثراتی را به همراه دارد؟ آیا این قواعد و ترتیبات، منجر به استفاده کارآمد از منابع می‌شود یا خیر؟ مع‌الوصف، این حوزه مطالعاتی، اساساً بر پایه فرض انتخاب عقلانی و متعارف تصمیمات توسط افراد بنیان‌گذاری شده است. از این رو، تحلیل اقتصادی آیین دادرسی نیز در پی کشف نتایج ناشی از اعمال نهادهای حقوقی مختلف بر سیستم‌های قضایی و طرفین درگیر در آن از حیث معیارهای اقتصادی در ابعاد خرد و کلان می‌باشد. بدین ترتیب، تحلیل اقتصادی آیین دادرسی می‌تواند به ارتقای دیدگاه و طرز فکر تصمیم‌گیران حقوقی کمک کند و آن‌ها را قادر به پیش‌بینی اثرات مالی سیاست‌های خود نماید. (Ansari, 2013: 247)

۲- عوامل دخیل بر تحلیل اقتصادی نظام دادرسی مدنی

رفع خصومت یکی از اهداف مهم و ضروری عدالت مدنی است با این حال، معمولاً اقامه دعوا پرهزینه و گران است. در این بین،

همان مرجع صادرکننده رأی، مرجع رسیدگی مجدد خواهد بود و درخواست بازنگری را خود مورد بررسی قرار داده و متعاقب آن، حسب مورد، مبادرت به صدور رأی می‌کند. در این میان، مرجع رسیدگی‌کننده می‌تواند از رأی سابق خود عدول کرده و رأی دیگری در ماهیت صادر نماید. با این وجود، از آن‌جا که درخواست رسیدگی فرجامی در مرجعی بالاتر (دیوان عالی کشور) رسیدگی می‌گردد، این شیوه، عدولی تلقی نمی‌شود. پیرامون اعتراض اصلاحی (تصحیحی) نیز باید به این مطلب اشاره کرد که این طریق بازنگری، ناظر بر فرضی است که مرجعی غیر از مرجع صادرکننده رأی و علی‌الاصول، مرجعی بالاتر، مانند دادگاه تجدیدنظر، به اعتراض رسیدگی نموده و در ماهیت رأی صادر نماید. مع‌الوصف، این مرجع حسب مورد، می‌تواند مبادرت به تصحیح و اصلاح رأی معترض‌عنه کند. با لحاظ مراتب مذکور، به رغم آن‌که دیوان عالی کشور مرجعی بالاتر از دادگاه صادرکننده رأی معترض‌عنه می‌باشد، لکن از آن‌جا که مطابق موازین قانونی در فرایند رسیدگی فرجامی، خود مبادرت به صدور رأی در ماهیت نمی‌کند، رسیدگی آن اصلاحی قلمداد نمی‌شود. (Vahedi, 2014: 208) بدین ترتیب و در مقام تبیین رسیدگی فرجامی باید گفت که این درخواست، تقاضای رسیدگی با ماهیت خاص و ویژه است. به تعبیر دقیق‌تر، از یکسو، این طریق بازنگری در قالب باز پس‌گیری رأی و در برابر مرجع قضایی صادرکننده آن مطرح نشده و شیوه عدولی محسوب نمی‌گردد و از طرف دیگر، دیوان عالی کشور در قالب رسیدگی فرجامی، مبادرت به رسیدگی مجدد و اصلاح رأی ننموده و از این جهت، این شیوه رسیدگی، به روش اصلاحی نیز صورت نمی‌پذیرد. بدین ترتیب و با لحاظ اصل ۱۶۱ قانون اساسی و همچنین ماده ۳۶۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، رسیدگی فرجامی شیوه منحصر به فرد و از نوع نظارتی می‌باشد.

۲-۱- مفهوم تحلیل اقتصادی دادرسی مدنی

به‌صورت کلی، مراد از تحلیل اقتصادی حقوق، بهره‌گیری از ابزارها و انگاره‌های اقتصادی در فرایند اعمال نهادهای حقوقی است. از جمله زمینه‌های تفکر اقتصادی را می‌توان متغیرهایی همچون کمیایی، انتخاب، هزینه فایده، کارآمدی و نهان‌گرایی دانست. بنابراین و با لحاظ این رویکرد، تحلیل اقتصادی حقوق را می‌توان به روش‌هایی نوین ناظر بر مراحل تولید، توزیع و مصرف قواعد حقوقی تعبیر نمود. علاوه بر مطلب فوق، باید به این نکته اشاره نمود که بروز مکاتب فکری جدید نزد حقوق‌دانان باعث ایجاد نگاهی متفاوت و بین رشته‌ای به مؤلفه‌های حقوقی گردیده است

خواهان ممکن است اهداف دیگری هم از اقامه دعوا داشته باشد اما معمولاً مهم‌ترین هدف و دلیل خواهان از اقامه دعوا جبران ضرر و خسارت متحمل شده یا سود مالی که از دست داده یا منفعت مالی خاصی است که ادعا دارد مورد تضعیف واقع شده و معمولاً هدف او دست یابی به عایدی مورد انتظار است. (baily, 2018: 208 and baker, 2019: 195) منطقی معمولاً عایدی مورد انتظار خود را با هزینه دادخواهی خود مقایسه می‌کند. در این میان، خواهان منطقی برای تصمیم‌گیری درباره این موضوع که آیا طرح دعوا بنماید یا خیر، می‌بایست احتمالات و نتایج نهایی مربوط به این دادرسی را نیز مورد بررسی و پیش‌بینی قرار دهد. پس اولین گامی که یک خواهان برای تصمیم‌گیری به اقامه دعوا بر می‌دارد مقایسه بین هزینه‌های دادرسی و سود مورد انتظارش از اقامه دعوا است. اگر سود مورد انتظار او از اقامه دعوا از هزینه‌های دادخواهی‌اش بیشتر گردد خواهان عاقل و انتخاب‌گر دست به اقامه دعوا می‌زند و بر عکس اگر هزینه‌هایش غالب گردد از اقامه دعوا دست می‌کشد. بدین ترتیب، با یک مقایسه ساده در می‌یابیم که هرچه هزینه اقامه دعوا کمتر باشد، احتمال برنده شدن در محاکمه بیشتر باشد و هر چه رقم اعطایی به خواهان در صورت برنده شدن در دعوا بیشتر باشد، احتمال اقامه دعوا بیشتر خواهد بود. معالوصف به رغم مطالب مذکور باید در تحلیل‌های اقتصادی، مفهوم هزینه را اعم از هزینه‌های مادی و معنوی از جمله وقت، میزان منفعت غیر مالی و در نظر گرفت. از این منظر، اگرچه صرف و برآورد هزینه-های مالی در ثبت و اقامه دعوا مؤثر است اما در بسیاری از مواقع، افراد هدف از طرح اقامه دعوا را نیل به منافع غیر مالی و کاستن از هزینه‌های غیر مادی در نظر می‌گیرند. با این توجیه، هر چه امکان دست یافتن به این منظور بیشتر فراهم گردد، انگیزه ایشان از اقامه دعوا بالاتر می‌رود. در این میان، امکان اعتراض به رأی به ویژه رسیدگی فرجامی که وفق ماده ۳۶۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب به بررسی آرای صادره از حیث تطبیق با موازین قانونی و شرعی می‌پردازد، عامل مهمی در جهت ایجاد انگیزه افراد در نیل به مقاصد و اهداف شخصی و کاستن از هزینه-های غیر مادی ناشی از طرح دعوا تلقی می‌گردد. به بیان واضح‌تر، در فرضی که افراد از این امکان برخوردار باشند که با توسل به اصل رسیدگی دو درجه‌ای و همچنین تحت مراحل مختلف دادرسی، شانس رسیدن به اهداف خود از طرح دعوا را بیش‌تر ببینند به همان اندازه، انگیزه و قصد بیشتری در ثبت و اقامه دعوا پیدا می‌کنند.

عوامل متعددی می‌تواند سبب تصمیم به اقامه دعوی گردد اما یکی از موارد اساسی و اصلی در تصمیم‌گیری به اقامه دعوی مسئله هزینه‌های موجود برای شروع به دعوا است. آن چه مسلم است وجود شیوه‌های پرداخت هزینه‌های قضایی متفاوت سبب می‌گردد که پیش‌بینی و تصمیمات طرفین متفاوت گردد. در این بین، تحلیل اقتصادی دادرسی مدنی را می‌توان بر دو محور هزینه‌های دادرسی ناشی از ثبت دادخواست و اقامه دعوا و هزینه‌های ناشی از اطاله دادرسی استوار نمود. بدین ترتیب، در این قسمت و ذیل دو عنوان جداگانه به بررسی عوامل مذکور پرداخته می‌شود.

۱-۲- تأثیر هزینه اقامه دعوا بر رسیدگی‌های مدنی

به طور کلی، دو علت اساسی برای ثبت و اقامه دعوا می‌توان در نظر گرفت؛ نخست، خسارتی که اختلاف را برمی‌انگیزند، دوم، هزینه‌های ثبت یک دادخواست سوم، دادرسی مورد انتظار از دعوا (عایدی و منفعت مورد انتظار از اقامه دعوا ثبت دادخواست حقوقی با افزایش رویدادها و حوادث و هم چنین با افزایش عایدی و منفعت مورد انتظار از دعاوی افزایش می‌یابد. هم چنین هر چه هزینه‌های دادرسی افزایش یابد به همان نسبت می‌توان گفت مقدار ثبت دادخواست‌ها کمتر می‌شود. اما به جرأت می‌توان گفت هزینه‌های دادرسی بر دیگر امور حکومت می‌کند و به طور کاملاً مستقیم و به عنوان تنها عامل مؤثر می‌تواند بر ثبت دادخواست و تشویق به دادرسی یا جلوگیری از اقامه دعوا عمل نمایند. در این بین، معمولاً افراد با توجه به هزینه‌های دادرسی و منفعت عایدی از اقامه دعوا، تصمیم به ثبت دادخواست می‌گیرند. به تعبیر دقیق‌تر، افراد به منظور حداکثر سازی ثروت و دارایی خود هستند و تمامی منافع و هزینه‌های عملی خود را ارزیابی می‌کنند و راه بهتر را برمی‌گزینند. (Abdipour Fard, 2016: 116)

طرح دادخواهی و اقامه دعوا از ابتدا تا خاتمه و اجرای آن، همگام و هم مسیر با صرف هزینه‌های دادرسی است و در تمامی این مراحل، موقعیت مالی طرفین دعوا تحت‌تأثیر این عامل قرار دارد. هزینه‌های فردی دادخواهی و دادرسی را باید روندی پیوسته، چه از جانب خواهان و چه از جانب خوانده، در طول اقامه دعوا دانست. خواهان منطقی قبل از اینکه تصمیم به اقامه دعوا بگیرد، هزینه‌های طرح دعوا و دادخواهی و ارزش و عایدی مورد انتظار خود را از اقامه این دعوا مقایسه می‌کند و اگر ارزش مورد انتظار خود را از اقامه دعوا مبلغی بیشتر و بالاتر از هزینه‌های دادخواهی خود بداند دست به اقامه دعوا می‌زند اگرچه

۲-۲- تأثیر هزینه ناشی از اطاله دادرسی بر رسیدگی- های مدنی

یکی از مسایل مهم در نظام دادرسی مدنی که جز موضوعات غیر قابل انکار محسوب می‌شود، اطاله دادرسی است. طولانی شدن زمان رسیدگی و دادرسی ذهن همه کسانی را که بخواهند بنابر ضرورت دادخواهی و اقامه دعوا نمایند مکدر و مشغول کرده است. اطاله دادرسی نه تنها فلسفه دادرسی را متأثر می‌کند بلکه از لحاظ اقتصادی نیز کارکرد منفی فردی و اجتماعی ایجاد می‌نماید. اگرچه عوامل متعدد و متفاوتی در بروز اطاله دادرسی نقش دارند اما یکی از عمده دلایل موجود می‌تواند حجم بالای ورودی پرونده‌ها به محاکم قضایی باشد. در این بین، مدیریت کاهش زمان دادرسی نه تنها با اولویت‌ترین مسأله دادگستری است؛ بلکه اکنون مهم‌ترین عرصه برای اثبات کارآمدی مدیریت جدید در ساماندهی فرآیند دادرسی به شمار می‌رود. تشکیلات دادگستری به منظور مدیریت کاهش زمان دادرسی باید برای گرفتن ابتکار عمل به عنوان مدیریت قوی ضمن بازنگری در روند دادرسی گذشته، برای تدبیر آینده طرحی نو در اندازد. بدون تردید برای فراهم آوردن شرایط و ساز و کارهای مطلوب در امر اطاله دادرسی باید بر اساس رهیافت علمی برنامه ریزی کرد. (Hart, 1988: 102) در این بین، هر چند طولانی شدن فرایند دادرسی از رهگذر طی مراحل مختلف رسیدگی در بادی امر می‌تواند از منظر تحلیل- های اقتصادی موجب افزایش هزینه‌های بیش‌تری برای افراد و به تبع آن، کاهش انگیزه افراد در اقامه دعوا گردد اما این موضوع نباید به دید مطلق نگریسته شود. به بیان دقیق‌تر، اگرچه هزینه- های نوعی مراحل مختلف رسیدگی از جمله فرایند اعتراض به رأی را بر دستگاه قضایی تحمیل می‌کند، با این حال، به هیچ روی نمی‌توانست این مراحل از جمله استفاده از امکان رسیدگی فرجامی و آثار نظارتی مؤثر آن را بر قضات محاکم تالی و تجدیدنظر و تضمین نسبی دقت و صحت آرا انکار نمود. در واقع، هم‌چنان که بیان شد، مفهوم هزینه در تحلیل‌های اقتصادی اعم از هزینه‌های مادی و غیر مادی است و اتفاقاً در بسیاری از شرایط از جمله در دعای غیر مالی، کاستن از هزینه‌های غیر مالی خود انگیزه‌ای برای افراد در طرح دعواست. از این رهگذر، افزایش طرق اعتراض به رأی به‌ویژه رسیدگی فرجامی با لحاظ هدفی که از آن با لحاظ اصل ۱۶۱ قانون اساسی و ماده ۳۶۶ قانون آیین دادرسی دادگاه- های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ بیان شد، می- تواند به درستی جوابگوی نیاز افراد در نیل به اهداف خویش از طرح دعوا و کاستن هزینه‌های غیر مالی قلمداد گردد.

۳- تحلیل اقتصادی نظام دادرسی مدنی بر مبنای مکاتب اقتصادی

دانش حقوق به‌صورت سنتی به شناخت قواعد رسمی حاکم بر روابط افراد و سازمان‌ها و تعیین امتیازات و تکالیف اشخاص می‌پردازد. این حقوق و وظایف، بسته به مکاتب فکری و فلسفی مختلف، از منابع گوناگونی همچون فطرت، آموزه‌های شرعی، تفکرات حاکمیتی- مدیریتی، عرف و ارزش‌های اجتماعی، اندیشه- های حقوقی و تاریخ الهام می‌گیرد. از این منظر، حقوق دانشی مستقل از دیگر علوم اجتماعی بوده که قواعد و نظام ویژه خود را دارد. با این حال، هم‌چنان که اشاره شد، گرایشات فکری جدید در حوزه علوم انسانی موجب شده است که ارتباط متقابل بین قواعد حقوقی با سایر مؤلفه‌های اجتماعی از جمله اقتصاد ایجاد گردد. در این بین، در آموزه‌های حقوق اقتصادی و به صورت کلی نهادهای حقوقی از جمله رسیدگی فرجامی را می‌توان در قالب معیارهای دو مکتب شکل‌گرایی و واقع‌گرایی تحلیل نمود. مع‌الوصف، ضمن تبیین دیدگاه مکاتب شکل‌گرایی و واقع‌گرایی، مباحث مربوط به رسیدگی فرجامی و تحلیل ناظر بر آن به شرح زیر تبیین می‌شود.

۳-۱- نظام دادرسی مدنی و مکتب شکل‌گرایی

شکل‌گرایی حقوقی، حقوق را مجموعه‌ای از قواعد و مقررات معرفی نموده و حقوق‌دان را شخصی می‌داند که بر این قواعد اشراف دارد. به تعبیری، این دیدگاه به مباحث حقوقی همانند قواعد علوم طبیعی می‌نگرد؛ که به جای روابط مادی و فیزیکی در طبیعت، قواعد حاکم بر روابط اجتماعی افراد را همان قواعد موضوعه حقوقی می‌بیند و برای شناخت آن دقت در منابع رسمی حقوق و استخراج قواعد کلی معمول در این منابع رسمی را لازم و کافی می‌شمرد. روش اصلی در این گرایش تحلیل اصطلاحات و رابطه‌ی منطقی میان قواعد حقوقی است که به عنوان کبرای استدلالات در احکام قضایی و یا مقررات اعمال می‌شود. (Ansari, 2013: 249)

شکل‌گرایی حقوقی در بسیاری از نظام‌ها و دکترین حقوقی دنیا حاکم بوده پایه‌گذاری آن از نیمه دوم قرن نوزدهم و در آمریکا شکل یافته است. مطابق آموزه‌های این مکتب، علم حقوق منحصر به شناخت قواعدی است که از مطالعه و تحلیل آرای دادگاه‌ها استخراج می‌شود و حقوق نیز چیزی جز اعمال این قواعد کلی ثابت و مشخص بر موارد عینی خارجی که در دعاوی به شکل‌های مختلف ظهور می‌کند؛ نیست. بنابراین روش مطالعاتی این مکتب، استفاده از منطق ارسطویی و استقرا و قیاس منطقی برای ایجاد

ارتباط بین قواعد حقوقی، احکام دادگاه‌ها و موضوعات خارجی و عینی است. (Craswell, 2005: 309)

آموزه‌های مکتب مذکور با تمرکز بر آرای دادگاه‌ها و استخراج قواعد حقوقی از آن‌ها، کمک شایانی به شکل‌گیری و رشد حقوق به‌عنوان یک علم مستقل در آمریکا کرد. علمی که در آن، همچون علوم طبیعی و ریاضی، پاسخ هر مورد و دعوا لزوماً از یک راه حل و مفهوم کلی حقوقی استخراج می‌شود. در این بین، برخی نظریه‌پردازان حقوقی معتقدند که از منظر مکتب شکل‌گرایی، حقوق، علمی خالص و مستقل است که داده‌های آن صرفاً در آرای محاکم و منابع نوشته حقوق یافت می‌شود و با شناخت آن‌ها می‌توان در مورد دعوی جدید با استفاده از ابزار استدلال منطقی رأی صادر نمود. از نگاه این گروه در باب آیین دادرسی، از هر روش و ابزاری که موجب اطمینان و اقبال بیشتر در صدور رأی می‌شود، باید استفاده نموده و به‌کار گرفته شود. (Friedman, 1989: 267) در این میان، با لحاظ پیش‌بینی رسیدگی فرجامی به عنوان آخرین مرحله از بازنگری در رأی و همچنین حسب آنچه رسالت دیوان عالی کشور اقتضا دارد، می‌توان گفت که با شناسایی نهاد فرجام و نظارت قضایی بر آراس صادره از محاکم تالی، می‌توان به آموزه‌های مکتب شکل‌گرایی که همان ایجاد اطمینان بیشتر در آرای حقوقی دست یافت.

۲-۳- نظام دادرسی مدنی و مکتب واقع‌گرایی

مخالفت با مکتب شکل‌گرایی به‌ویژه در باب قواعد و اصول آیین دادرسی مدنی از همان اواخر قرن نوزدهم در آمریکا آغاز شد. در این بین، حقوق‌دانان برجسته‌ای همچون هولمز و کاردوا، از قضات دیوان عالی آمریکا ایرادات جدی به شکل‌گرایی حقوق داشتند. افکار این حقوق‌دانان نقش اساسی در شکل‌گیری مکتب واقع‌گرایی در حقوق آمریکا داشت. این نویسندگان مدعی شدند که بدون رجوع به شرایط اجتماعی نمی‌توان فهم درستی از حقوق داشت و روشنگری‌ها و یافته‌های دیگر علوم اجتماعی باید در حقوق وارد شود. در این تصور، حقوق رشته‌ی علمی خودکفا و بی‌نیاز به دیگر علوم نیست.

در این میان، هولمز که به عنوان پدر واقع‌گرایی حقوق آمریکا شناخته شده و مورد توجه و احترام بسیار است، با تخفیف نقش منطق ارسطویی در آرای قضایی معتقد بود در حکم قاضی بیش از استدلال و نتیجه‌گیری منطقی از اصول حقوقی، تصورات قاضی از لوازم زمان و مکان، اخلاق و سیاست حاکم بر جامعه و حتی پیش‌دواری‌هایی مؤثرند که او همچون مردم عادی نسبت به

مسایل دارد. از نظر او، حقوق بیانگر منافع و مصالح حاکم بر جامعه است. هولمز حقوق را وسیله‌ای برای نیل به اهداف اجتماعی می‌دانست و لذا معتقد بود شناخت شرایط اجتماعی لازمه‌ی فهم حقوق است و قضات باید با جنبه‌های تاریخی، اجتماعی و اقتصادی حقوق آشنا باشند.

یکی از علل انتقاد واقع‌گرایان به شکل‌گرایی حقوق این بود که این گرایش، حقوق را به رویه مکانیکی تبدیل کرد در حالی که حقوق پدیده اجتماعی است و به جای جدل در میان نوشته‌ها و کتب باید به دنبال حقوق زنده و عملی بود که در پی عملی شدن عدالت و خواسته‌های جامعه و رفع نیازهای جامعه است. براین اساس شناخت جامعه و جایگاه حقوق در روابط اجتماعی، امری غیرقابل‌اجتناب در حیات حقوق شمرده می‌شود. در این بین، واقع‌گرایان در پی هماهنگی حقوق با حقایق اجتماعی و راهیابی ملاحظات دیگر علوم اجتماعی در اندیشه و تربیت حقوقی بودند. طرفداران این مکتب مدام بر تفاوت میان «حقوق در عالم واقع» و «حقوق در کتاب‌ها» تأکید کردند. در نظر واقع‌گرایان، توجه به تحول مدام حقوق در مسیر هماهنگی با تحولات صنعتی، این ادعای شکل‌گرایان را رد می‌کند که حقوق امری مشخص، ثابت و تابع منطق ثابت است. بنابراین از آموزه‌های بنیادین واقع‌گرایان آن است که حقوق رشته خودکفایی نیست. حقوق باید به دیگر علوم اجتماعی توجه بسیار نماید و در خدمت تحقق اهداف اجتماعی باشد.

با لحاظ مراتب مذکور، بزرگترین انتقاد و ایرادی که از مکتب شکل‌گرایی گرفته شد، این بود که در رابطه با توجیه نهادها و قواعد حقوقی شناخت همه عوامل به ویژه عوامل اقتصادی ضرورت دارد. در این میان، عده‌ای بر این باور بودند که افزایش نهادهای حقوقی و درگیرکردن نظام حقوقی و افراد با این نهادها، علاوه بر اینکه از بعد اقتصادی همچون هزینه‌های مربوط به دادرسی و کادر اداری و ... موجب نابسامانی می‌گردد، در رابطه با سایر منابع مؤثر در اقتصاد همچون زمان نیز اثر داشته و در عمل اطاله دادرسی را موجب می‌گردد. معالوف و به رغم انتقادات مذکور، دیدگاه دیگری مبتنی بر مکتب واقع‌گرایی می‌توان لحاظ نمود که بر اساس آن رسیدگی فرجامی از رهگذر مباحث این مکتب نیز توجیه گردد. در این بین، هرچند در ظاهر پیش‌بینی نهاد فرجام و رسیدگی فرجامی موجب افزایش هزینه دادرسی و اطاله رسیدگی و دادرسی گردد اما با نگاهی کلان‌تر می‌توان گفت که بر خلاف دیدگاه رایج در این مکتب نسبت به نهادهای حقوقی، پیش‌بینی فرجام‌خواهی موجب ذخیره هزینه و زمان می‌گردد. به عبارت دقیق‌تر، نظارت بر

رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، با نگاهی متفاوت از رویکرد سنتی به حقوق که محدود به شناخت قواعد حقوقی و ارتباط آنها با هم و ارزیابی آنها براساس عدالت و انصاف و سنت‌های حقوقی حاکم بر جامعه است، حقوق را با منطق اقتصادی بررسی می‌کند. فرض اساسی در علم اقتصاد، فرض محدودیت منابع است؛ بر همین اساس مأموریت این علم را، تخصیص این منابع محدود، به بهترین نحو ممکن یعنی کارایی می‌دانند. در تعبیر اقتصادی «به جریان تولیدی که نتوان با همان میزان منابع، محصول بیشتری به دست آورد یا نتوان با هزینه کمتر همان میزان محصول را تولید کرد، تولید کارآمد اطلاق می‌شود.» (Babaei, 2006:184)

حقوق ترکیبی از قوانین و مقررات و رویه دادگاه‌ها و مراجع تصمیم‌گیری و نظریه‌های حقوقی است که ساختار دولت و قدرت و حدود تکالیف و اختیارات آن‌ها و همچنین حقوق و تکالیف افراد حقیقی و حقوقی را مشخص و روابط آنها را با یکدیگر و با مراجع رسمی و دولتی تعیین می‌کند. تحلیل اقتصادی حقوق با استفاده از تکنیک‌ها، تحلیل‌ها و ارزش‌های اقتصادی تلاش می‌کند تا روابط حقوقی مذکور و عکس‌العمل در مقابل قواعد حقوقی را توصیف و قواعد مفید و کارآمد را ارائه کند. تمامی این تحلیل‌ها و بررسی‌های اقتصادی نیز با تکیه بر عنصر کارایی برگرفته از علم اقتصاد صورت می‌گیرد؛ به این نحو که با کمترین هزینه‌ها، مطلوب بیشتری حاصل شود. بنابراین از نقطه نظر حقوقی کارایی یعنی از امکانات موجود با توجه به محدودیت‌ها و کمبودها، به نحوی استفاده شود که با کمترین هزینه، بالاترین میزان مطلوب حاصل گردد. (Shawl, 2011: 205)

با لحاظ مراتب مذکور، دستیابی به عدالت و انصاف ناشی از توجه به معیار کارایی حاکی از آن است که از منظر حقوق اقتصادی و با توجه به دیدگاه منعکس در معیار کارایی، هدف‌هایی از دادرسی، احقاق حق و ایجاد عدالت مدنی است. در این میان، هرچه ساز و کارهای دستیابی به عدالت مدنی و اتقان در صدور رأی بیشتر باشد، هدف مد نظر در معیار کارایی نیز به نحو مطلوب‌تری محقق می‌گردد. بدیهی است که نهاد فرجام و به تبع آن رسیدگی فرجامی با توجه به تعریفی که از آن به عمل آمد، اساساً به‌عنوان آخرین مرحله از بازنگری در رأی، به دنبال ایجاد هر چه بیشتر و بهتر عدالت و انصاف است و از این رهگذر، دیوان عالی کشور با لحاظ وظیفه نظارتی خویش می‌توند با انجام رسیدگی فرجامی و انطباق رأی صادره با قوانین و مقررات، نقش حایز اهمیتی در تبلور احقاق حق و عدالت ایفا نماید.

۴-۲- معیار موسوم به پارتویی

آرای دادگاه‌ها و ایجاد وحدت رویه قضایی از رهگذر فرجام‌خواهی در بلند مدت می‌تواند ضمن ایجاد اتقان در رأی صادره، از تشتت در دیدگاه‌ها و آرای محاکم و همچنین صرف هزینه‌های اضافی در رابطه با دادخواهی جلوگیری نماید.

۴- معیارهای اقتصادی توجیه‌کننده نظام دادرسی و رسیدگی فرجامی

پس از بررسی مهم‌ترین مبانی توجیه‌کننده رسیدگی فرجامی از منظر حقوق اقتصادی، در این قسمت، رویکردهای ناظر بر اوجه به نهاد فرجام و رسیدگی فرجامی از منظر حقوق اقتصادی مورد توجه قرار می‌گیرد. در توضیح باید گفت که حقوق اقتصادی از یکسری رویکردها و معیارها در راستای توجیه قواعد، اصول و نهادهای حقوقی استفاده می‌نماید که در رابطه با رسیدگی فرجامی، مهم‌ترین معیارهای قابل اعتنا، معیار کارایی، پارتویی، کالدور، رفتار معقول و سلطه فکری است که در این قسمت به بررسی هر یک از این موارد پرداخته می‌شود.

۴-۱- معیار موسوم به کارایی

نگرش و عقیده راجع به ماهیت حقوق، در درک موضوع و مبانی تحلیل اقتصادی حقوق، تأثیر به‌سزایی دارد. به‌عنوان مثال اگر بنا بر عقیده‌ی پیروان مکتب تحقیقی اجتماعی، وظیفه‌ی عالم حقوق همانند یک جامعه‌شناس، تنها کشف قواعد باشد یا همچون یک فقیه باید به استنباط حکم شارع از طریق اجتهاد بپردازد، تحلیل اقتصادی حقوق، منتفی خواهد بود. این مقدمه اثبات می‌کند که حقوق مورد نظر تحلیل‌گران اقتصادی حقوق، مجموعه‌ای از قواعد موجود و لایتغیر نیست، به عبارت دیگر، حقوق مورد نظر ایشان علم نیست بلکه از مقوله‌ی هنر و ابزار مهندسی جامعه است. بنابراین هدف و فایده‌نهایی تحلیل اقتصادی حقوق، ساختن و یا تولید حقوق جدید است. پس از روشن شدن مفهوم حقوق در نگاه تحلیل‌گران اقتصادی، پرسش دیگری پیش خواهد آمد؛ اگر حقوق‌دان مجاز به تولید حقوق و قاعده جدید است، مبنای قواعد جدید و ملاک ارزیابی آنها چیست؟ پاسخ سنتی به این سؤال، «عدالت» است ولی متخصصین تحلیل اقتصادی حقوق به صراحت اعلام می‌کنند که عدالت، مبهم است و در نتیجه بوسیله آن نمی‌توان صحت یک قاعده را ارزیابی کرد. تحلیل‌گران اقتصادی حقوق معتقدند که مقصود از کاربرد اقتصاد در تحلیل اقتصادی حقوق آن است که صحت قواعد حقوقی بر مبنای کارایی سنجیده شود. به عبارت دیگر مبنا و هدف حقوق را کارایی می‌دانند.

(Mohseni, 2013:122)

بهره‌وری و کارایی، به حالتی اطلاق می‌شود که در مقایسه با حالت قبل حداقل یک نفر از مطلوبیت بیشتری برخوردار شود هر چند که موجب کاهش مطلوبیت دیگران شود، ولی میزان افزایش مطلوبیت بیش از خسارات و کاهش مطلوبیت دیگران باشد. به عبارت دیگر کارایی کالدور - هیکس حالتی است که اگر کسی که از موقعیت جدید بهره‌مند شده و مطلوبیتش افزایش یافته کاهش مطلوبیت ناشی از این تغییر به دیگران را جبران کند باز هم سود کرده باشد. البته برای تحقق این کارایی نیازی به جبران عملی وجود ندارد. (Babaei, 2006: 42) بنابراین، اگر تغییر یک قاعده حقوقی، سود و منفعتی بیش از زیان برخی بخش‌ها یا گروه‌های اجتماعی به دنبال داشته باشد، از لحاظ اقتصادی مطلوب است، چرا که در مجموع رفاه و ثروت جامعه را افزایش داده است. این معیار تا حدی مشابه نگرش رونالد کاوز در مقاله هزینه اجتماعی است. (Khandoozi, 2019: 58)

در این بین، با لحاظ تبیین و توجیهی که در رابطه با شناسایی نهاد فرجام بر اساس آموزه‌های مربوط به معیار پارتو بیان شد و با در نظر گرفتن مراتب مذکور، تحقق اهداف منعکس در معیار کالدور - هیکس با پیش‌بینی رسیدگی فرجامی در مقایسه با معیار پارتو به طریق اولی مبرهن می‌گردد.

۴-۴- معیار موسوم به «رفتار معقول»

اقتصاددانان در تحلیل‌های خود از بازار و روابط و تصمیم‌گیری‌های اقتصادی افراد، بر الگوی رفتاری تکیه می‌کنند که از آن به «تئوری رفتار معقول» تعبیر شده است. بر این مبنا افراد ترجیحات مشخص و نظم‌یافته‌ای دارند و با لحاظ محدودیت‌ها (مثل درآمد، وقت و منابع) در پی حداکثر کردن مطلوب‌های ناشی از این ترجیحات هستند (بابایی، ۱۳۸۶: ۳۰). تئوری رفتار معقول یا انتخاب عقلانی به این معناست که به دلیل کمبود، مردم در فرآیند انتخاب به گونه‌ای عمل می‌کنند که به نظر آنها در شرایط محدودیت منابع، بهترین شیوه رسیدن به پیامدهای مورد علاقه‌ی آنها فراهم می‌شود. اعمال این تئوری اقتصادی، به این مفهوم نیست که همه‌ی اشخاص همواره عاقل هستند و به صورت عقلانی رفتار می‌کنند، همان‌گونه که در علم حقوق همه براساس معیار «انسان متعارف» رفتار نمی‌کنند.

براساس این فرض، اقتصاددانان رفتار افراد را در روابط بازار و تصمیم‌گیری‌های اقتصادی تجزیه و تحلیل می‌کنند، قواعد حاکم بر آن را کشف کرده و با استفاده از این قواعد، رفتار اقتصادی آنان را پیش‌بینی می‌کنند. همان‌طور که گفته شد، تحلیل اقتصادی

معیار پارتو یا بهره‌وری تخصیصی در قرن نوزدهم توسط ویلفردو پارتو مطرح شد. معیار پارتو بیانگر حالتی است که در آن، منابع به صورتی اختصاص یافته که امکان تغییر آن به نحوی که حداقل یک نفر هم نتواند در موقعیت بهتری قرار گیرد بدون آنکه دیگران در موقعیت بدتری قرار گیرند، وجود ندارد. به این شکل هرگاه موقعیتی را بتوان فرض کرد که در آن کسی مطلوبیت بیشتری کسب کند بدون آنکه از مطلوبیت افراد دیگر کاسته شود، موقعیت جدید نسبت به موقعیت قبلی دارای کارایی بیشتری خواهد بود تا آنکه به نقطه‌ای منتهی شود که امکان تغییری در این جهت نباشد. (Coase, 1973: 116) بر این اساس تغییر قاعده حقوق وقتی از نظر اقتصادی مطلوب و مجاز است که یا به بهبود مطلوبیت و رفاه همگان از طریق استفاده کامل‌تر از منابع و فرصت‌ها بینجامد یا دست‌کم اگر مطلوبیت و رفاه برخی را افزایش می‌دهد، وضع هیچ‌کس را وخیم‌تر نمی‌کند. ولیکن اگر بهبود رفاه برخی همراه با ضرر زدن به دیگری باشد، نیازی به تغییر قاعده حقوقی وجود ندارد چرا که این قاعده حقوقی کارآمد و بیانگر وضعیت «بهینه پارتو» است. (Khandoozi, 2019: 54)

در این بین، با توجه به هدف و غایت رسیدگی فرجامی، به دو صورت می‌توان تحقق معیار پارتو را از رهگذر شناسایی نهاد فرجام مورد توجه قرار داد. در وهله نخست اینکه با لحاظ مبنای شناسایی فرجام‌خواهی که همان نظارت قضایی بر آرای قضایی از حیث انطباق با قوانین و مقررات است، دیوان عالی کشور با دیدی وسیع، عدالت مدنی را نسبت به همه اطراف دعوا ایجاد می‌نماید. مع - الوصف، بر فرض توجه به ظاهر موضوع، توسل یکی از طرفین به فرجام و درخواست بازنگری در رأی، این نتیجه را دارد که حداقل یکی از طرفین موقعیت بهتری نسبت به طرف دیگر از طریق درخواست بازبینی رأیی که به ضرر وی صادر شده است، پیدا کرده و بدین ترتیب، هدف منعکس در معیار پارتو محقق می‌گردد.

۳-۴- معیار موسوم به کالدور - هیکز

از آنجا که کمتر سیاست و قاعده حقوقی را می‌توان یافت که آنچنان که در معیار پارتو اشاره شده، اجرای آن باعث کاهش مطلوبیت هیچ‌کسی نشود، تحلیل‌گران اقتصادی حقوق دنبال معیار منعطف‌تری بودند که در عین حال براساس آن کارایی نیز محقق شود. معیار جایگزین توسط نیکلاس کالدور و جان هیکس ارائه شد. معیار کارایی کالدور - هیکس راجع به حالتی است که در آن برخلاف معیار پارتو، افزایش مطلوبیت برخی به قیمت زیان یا کاهش مطلوبیت دیگران باشد (Dadgar, 2011: 204). این

شناسایی نهاد فرجام حاکی از این است که مبانی توجیه‌کننده رسیدگی فرجامی از منظر حقوق اقتصادی در اهداف مکتب شکل-گرایی و مکتب واقع‌گرایی محقق می‌گردد. در مکتب شکل‌گرایی توجه بر کارآمد بودن قواعد حقوقی از جمله آیین دادرسی و خروج این قواعد از یکسری مطالب بدون نتیجه است. بدیهی است که با شناسایی رسیدگی فرجامی و با توجه به هدف این نهاد که نظارت بر آرای دادگاه‌ها توسط دیوان عالی کشور به منظور انطباق آرای مذکور با قوانین و مقررات است، هدف مذکور به نحو دقیق محقق می‌گردد. علاوه بر این، با توجه به مکتب واقع‌گرایی نیز مبانی شناسایی رسیدگی فرجامی این‌گونه توجیه می‌گردد که هر چند در ظاهر، توسل به شیوه‌های مختلف اعتراض به آرا در عمل موجب افزایش هزینه و اطاله وقت (اطاله دادرسی) می‌گردد اما در نگاه بلند مدت و با دیدی کلان، با لحاظ نقش دیوان عالی کشور در ایجاد رویه قضایی، دقیقاً خلاف این موارد به منصفه ظهور رسیده و دیوان عالی کشور با انجام رسیدگی فرجامی در بلند مدت، از تشتت آرا و هزینه‌های اضافی در باب رسیدگی جلوگیری می‌نماید. همچنین در رابطه با مهم‌ترین معیارهای موجود در حقوق اقتصادی که در خصوص شناسایی رسیدگی فرجامی قابل توجه است، بررسی‌های به عمل آمده این نتیجه را ایجاد نمود که معیار کارایی، پارتو، کالدور-هینز و پانز و رفتار معقول در زمره مهم‌ترین شاخص-هایی است که می‌تواند به پیش‌بینی رسیدگی فرجامی در نظام دادرسی جامه هدف ببوشاند. به صورت کلی و فارغ از تعاریف هریک از موارد مذکور، می‌توان گفت که اصل اساسی در هر یک از معیارهای موجود بر ضرورت کارا بودن هر یک از قواعد و نهادهای حقوقی و خروج آن از چارچوب اصول و ساختارهای بدون نتیجه است. با لحاظ مراتب مذکور، رسیدگی فرجامی از رهگذر دیوان عالی کشور و نقش دیوان در نظارت بر آرای قضایی از جهت مطابقت آرای صادره با قوانین و مقررات این اثر را به همراه دارد که عدالت مدنی و احقاق حق با رسیدگی فرجامی به‌شیوه‌ای متقن-تر و مطلوب‌تر محقق می‌گردد. بر این اساس، می‌توان ادعا نمود که اهداف مورد نظر در هریک از معیارهای مورد اشاره به نحو شایسته ایجاد شده و رسیدگی فرجامی علاوه بر ایجاد وحدت رویه، موجب عدم تلف منابع از جمله منابع مالی و زمان و ... خواهد گردید.

حقوق بر تشبیه حقوق «به قیمت در بازار» استوار شده و از همین راه منطق تحلیل اقتصادی و الگوی رفتار معقول در تحلیل حقوق نیز اعمال می‌شود. برای روشن‌تر شدن الگوی رفتاری، متخصصان حقوق و اقتصاد معمولاً فرض می‌کنند که افراد برای منافع خود عمل می‌کنند و در پی حداکثر کردن ثروت و دارایی خود هستند و در هر مورد با اطلاع از موقعیت و از سود و زیان ناشی از رفتارهای مختلف و روابط حاکم بر موضوع، انتخاب خود را انجام می‌دهند (Brousseau, 2019: 416). به این نحو، فرض بر این است که افراد به دنبال حداکثر کردن فایده، تمامی منافع و هزینه‌های عملی را ارزیابی می‌کنند و راه بهتر را برمی‌گزینند. مثلاً در زمینه‌ی مسئولیت مدنی، مسئولیت به مثابه هزینه‌ی عمل است لذا افراد در فعالیتی که می‌تواند موجب مسئولیت شود، سود و زیان خود را در نظر گرفته و بر آن اساس رفتار خود را تنظیم می‌کنند و بین راه‌های ممکن، بهترین را برخواهند گزید. رفتار افراد بر این مبنا قابل پیش‌بینی خواهد بود و از منظر حقوقی که حقوق را مهندسی اجتماعی می‌داند، بر اساس آثار قابل پیش‌بینی قاعده‌ی حقوقی بر رفتار انسان‌ها، می‌توان به طراحی حقوق برای نیل به اهداف خاصی پرداخت. (Birmingham, 2017: 184)

در این بین، می‌توان گفت توجیه نهاد فرجام و رسیدگی فرجامی بر اساس معیار رفتار معقول، به نوعی تلفیقی از اهدافی است که در معیار کارایی و پارتو بیان شد. از این جهت، با لحاظ آموزه‌های منعکس در معیار رفتار معقول، به دو طریق شناسایی نهاد فرجام و به تبع آن رسیدگی فرجامی توجیه می‌گردد. نخست اینکه با پیش‌بینی هر چه بیشتر شیوه‌های بازنگری در رأی از جمله فرجام‌خواهی با کارایی و خاستگاه ویژه خود، از یکسو، قواعد و نهادهای حقوقی از حالت منفعل خارج می‌گردد و جنبه کاربردی گرفته و عدالت مدنی به شیوه مؤثرتری محقق می‌گردد و از سوی دیگر، منافع مادی و غیر مادی حداقل یک گروه (فرجام‌خواه) حاصل می‌گردد. هر چند با توجه به توجیهاتی که در باب معیار پارتو بیان شد، حصول منافع از رهگذر رسیدگی فرجامی، برای همه اطراف دعوا و همچنین قوه قضاییه خواهد بود. به عبارت دیگر، از طریق شناسایی نهاد فرجام، منافع تنها یک گروه حاصل نشده و آثار مثبت آن به شکل وسیع‌تری تحقق می‌یابد.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه بیان گردید می‌توان گفت که بررسی آموزه‌های حقوق اقتصادی در باب آیین دادرسی و به‌طور مشخص در باب

References

- [1] Abdipour Fard, Ebrahim. (2016). Legal Requirements Of Financing By Issuance Of Islamic Financial Instruments (Iranian Case Study), Uncitral Emergence Conference.
- [2] Almasi, Nejad Ali, (2013). A study on the quality of the proceedings in the judicial process, scientific-research journal of judicial law perspectives of the University of Judicial Sciences, 17th year, number 58, Tehran. (in Persian)
- [3] Ansari, Mehdi, (2012). Economic analysis of contract law, Javadane Publications (Jangal), first edition, Tehran. (in Persian)
- [4] Bailey, Jean, (2017). Trust, notion and conditions, London: Oxford.
- [5] Barker, Jean, (2019). Commercial Law, London: Oxford.
- [6] Birmingham, Robert, (2017) Breach of contract, Damage measures, Economic Efficiency, 24 Rutgers L Rev, pp: 273-284.
- [7] Brousseau, Eric and Glachant, Jean Michel, (2019). Contract Economics, renewal of Economics, pp: 3-26.
- [8] Coase, Ronald, (1973). The nature of the firm, economica, new series, vo1/4, no16, pp: 386-405.
- [9] Coase, Ronald, (2015). The problem of social cost, Journal of law and Economics, pp: 1-44.1960.
- [10] Craswell, R, (1997). Freedom of contract: the coase lecture series, Chicago working paper in law and economics.
- [11] Craswell, R, (2005). The incomplete contracts literature and Efficient precautions, 56, pp: 151-168.
- [12] Dadgar, Yadullah. (2013). Basic components and dimensions of law and economics, Publications of the Economics Research Institute of Tarbiat Madras University and Noor Alam Publications, first edition, Tehran. (in Persian)
- [13] Dehkhoda, Ali Akbar. (2015). Persian Dictionary, Digital format, University of Tehran publication. Tehran. (in Persian)
- [14] Friedman, Daniel. (1989). The Efficient Breach fallacy, the Journal of legal studies, vol 18, No1, pp: 1-24.
- [15] Hart, oliver and Moore, John, (1988). Incomplete contracts and Renegotiation, 56 Econometrica, pp: 755-785.
- [16] Holmes, oliver. (2019). The path of the law, 10 Harvard law.
- [17] Jafari Langroodim, Mohammad Jafar. (2013). Legal Terminology, Ganj Danesh Publication, Tehran. (in Persian)
- [18] Kronman, Antony. (1987). specific performance, the university of Chicago law Review, vol 45, No 2, pp: 351-382.
- [19] Mohseni, Hassan. (2012). Administration of civil proceedings on the basis of cooperation and within the framework of the principles of proceedings, company of publishing, first edition, Tehran. (in Persian)
- [20] Shams, Abdollah. (2014). Civil Procedure, Volume 2, 23 Edition, Derak Punbication. Tehran. (in Persian)
- [21] Shaul, Stone. (2011). Economic Analysis of Laws, translation, Mohsen Esmaili, Islamic Council Research Center Publications, first edition, Tehran.
- [22] Vahedi, Ghodratollah. (2014). Civil Procedure, Volume 2. Mizan Publication. Tehran. (in Persian)



The Institutional Capacity of Iran's Legal System in Assessment The Economic Impacts of Laws

A. Saberi¹, M. M. Ghamami^{2*}, R. Makarem²

1- PhD student in public law, Imam Sadegh University, Tehran, Iran

2-Associate Professor, Public and International Law Department, Imam Sadegh University, Tehran, Iran

(*- Corresponding Author Email: mmghamamy@gmail.com)

3-PhD student in public law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Received: 19 June 2024

Revised: 11 July 2024

Accepted: 16 August 2024

Available Online: 16 August 2024

How to cite this article:

Saberi, A.; Ghamami, M. M.; Makarem, R. (2024). The Institutional Capacity of Iran's Legal System in Assessment The Economic Impacts of Laws. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 37-56.
(in Persian with English abstract)
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.87775.1364>

1. INTRODUCTION

Regulatory Impact Assessment is a tool for improving the quality of the process and results of standardization based on empirical and specialized studies through systematic and permanent measurement of the potential or actual effects of laws. The regulatory impact assessment is known as one of the tools of regulatory governance, which is used as part of the program of reforming the regulatory system (in the general sense) and moving towards good governance. Today, the regulatory impact assessment considers the investigation of the potential and actual effects (positive and negative) of the regulations according to the three fundamental pillars of sustainable development, i.e. economic, social and environmental issues. The reflection of this expansion of the assessment of regulatory effects in the reform of the regulatory system can be seen in the emphasis on "better regulation" instead of "less regulation". The procedure of the countries is different in which institutions undertake the regulatory impact assessment. Ministries, specialized assessment agencies, regulatory review units, national audit offices, researchers and independent business organizations are responsible for this. Each of the governmental and non-governmental institutions has its own advantages. Government institutions such as ministries better understand the importance of the results of these evaluations. In contrast, the evaluations of non-governmental organizations are more transparent and realistic.

Some commented on the definition of the competent institution in the assessment of impacts in a maximum way. In this way, the institution for regulatory impact assessment is a specialized and scientific institution. This institution must have three types of authority: the authority to standardize and determine criteria, executive authority and regulatory authority. In this way, by determining the criteria for regulatory impact assessment, this institution obliges various governing bodies to provide information based on these criteria and supervises the implementation of these criteria and coordination between national and local organizations; Therefore, the fulfillment of these criteria requires executive and supervisory competence. In the Islamic Republic of Iran, in the ninth paragraph of the general policies of the legislative system, the impact assessment is clearly mentioned. In addition, according to the definitions that have been made in relation to the regulatory impact assessment; Regulatory Impact Assessment is a process by which legal proposals are reviewed based on real needs, and it is



also considered that these proposals are measurable and the reason for the proposal is stated along with them, and for formulating the proposals and after their implementation from Public comments, stakeholders and specialized institutions should be used. All these cases are emphasized in the ninth paragraph of the general policies of the legislative system; Therefore, although in the current laws and procedures of the structure of the Islamic Republic of Iran, a specific framework for impact assessment of law and its implementation method has not been determined, but with regard to the ninth paragraph of the general policies of the legislative system, the impact assessment of law should be considered and its implementation mechanisms with Pay attention to the capacities of the country's legal system. In fact, although no normal law in the Islamic Republic of Iran has explicitly specified the institutional competence to impact assessment of law; But in practice and with a broad interpretation of the articles of some laws, it can be acknowledged that currently in Iran, several actors, including parliamentarians, members of the government, and experts affiliated with government institutions, etc., play a role in impact assessment of law. In other words, in the Islamic Republic of Iran, there is no obligation to impact assessment of law for an institution in any law, and if an institution undertakes this activity, it is optional and not mandatory.

In Iran, most of the sources that have discussed the regulatory impact assessment have paid more attention to its conceptualization, and the impact assessment of law in the legal structure of the Islamic Republic of Iran has been given less attention. However, the approach of this research is to identify the institutional capacity to impact assessment of law in the field of economy in the legal system of the Islamic Republic of Iran, which does not have a source that directly deals with this issue.

2. PURPOSE

According to the above-mentioned introduction, this research examines; In Iran, which institutions have the legal capacity to impact assessment of law, especially in the financial and economic fields? Therefore, the capacities that exist in the legal system of the Islamic Republic of Iran with regard to the scattered laws and regulations to impact assessment of law, especially in the financial and economic fields, are examined. In addition to that, it is carefully considered in the legal institutional capacity of the Islamic Republic of Iran that considering that there are institutions with competence, which of these institutions have both ex ante and ex post impact competence and which of these institutions and the structures are only competent for a posteriori evaluation in the field of economics. Also, in this research, the harms and gaps that exist in the field of impact assessment of law in the field of economy in the legal system of the Islamic Republic of Iran are stated, and solutions are pointed out in order to fix these harms and gaps. In simple words, the purpose of this research is to identify the institutions and legal capacities that exist in the structure of the legal system of the Islamic Republic of Iran to impact assessment of law in the field of economy. Damages and gaps in this field should also be taken into consideration so that a suitable solution can be considered for it. Therefore, in order to better legislate in the field of economy, the institutional capacities and legal structure of the Islamic Republic of Iran should be used as much as possible, and by identifying the damages, he tried to fix them.

3. METHODOLOGY

This article is classified as descriptive and analytical research. In this research, collecting information through the review of books, theses articles, and laws and regulations, by referring to the library, research centers, and the Internet, and then processing the collected data and information with optimal, argumentative, and logical use in one method. will be Descriptive and analytical method to present content and results. Relevant research is considered to test hypotheses and answer questions.

4. FINDINGS

Assessment Impacts of law is a reliable process through experimental methods that increases the quality of legislation. In Iran's legal system, there is no specification on competent institutions to assessment Impacts of the law. However, considering the concept of assessment Impacts of the law, one can find several institutions that have the main competence in this field, especially in the economic field. The commissions of the Islamic parliament, the Ministry of Economic Affairs and Finance, the Program and Budget Organization, the parliament Research Center, economic organizations and private sector activists, and the country's Tax Affairs Organization are among the potential capacities of the legal system of the Islamic Republic of Iran, which are competent to assessment Impacts The law is a priori and a posteriori. However, considering that such institutions have potential competence in this field, but in their current practice, the assessment Impacts of the law is not necessarily done. Considering the field of competences and powers of the institutions in the legal system of the Islamic Republic of Iran, it can be claimed that some institutions have a special effect and position directly in both the ex-ante and ex-post evaluation processes of the law's effects in the field of economy. Of course, it should also be noted that the exclusive duty of these institutions is not only to evaluate the effects of the law in the field of economy, but these institutions have many competencies and powers, some of these competencies and powers can directly be used in the process of evaluating the effects of the law in the field of economics to be exploited. There are some institutions and capacities in the structure of the Islamic Republic of Iran, whose only inherent competence is to evaluate the effects of the law retrospectively. This competence can be exclusive in the field of economic issues or in general.

5. CONCLUSION

By analyzing the legal documents, it was found that the legislator has tried to entrust the task of assessing the effects of the law in an indirect and very detailed manner to the governing and non-governing institutions. The lack of clarification to assessment Impacts of the law directly and dispersion in giving authority in the field of assessment Impacts of the law has led to the fact that the assessment Impacts of the law in Iran's legal system is not well realized. Therefore, while clarifying the task of evaluating the effects of the law for some institutions, it is better that the institutions that should play a more active role in this field should be identified as the main institutions for assessment Impacts of the law and prevent dispersion in giving authority in this field.

Keywords: Legislation Impact Assessment, legislation, economy.

مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۵۶-۳۷

ظرفیت نهادی نظام حقوقی ایران برای ارزیابی تأثیرات اقتصادی قوانین

علی صابری^۱، دکتر سیدمحمد مهدی غمامی^۲، روح اله مکارم^۳

پذیرش: ۱۴۰۳/۵/۲۶

دریافت: ۱۴۰۳/۳/۳۰

چکیده

قانون‌گذاری نیز همچون دیگر اعمال حکومتی از فرایند پیچیده و ظرفیتی تشکیل شده و از ابعاد مختلف قابل بررسی و مطالعه است. از جمله این ابعاد فرایند انجام ارزیابی‌هایی است که تصمیم‌سازان باید قبل و بعد از قانون‌گذاری به انجام آن متعهد باشند. در این پژوهش به این پرسش پرداخته می‌شود که «ظرفیت‌های نهادی نظام حقوقی ایران برای ارزیابی تأثیرات قانون به‌ویژه در حوزه اقتصادی چیست؟» از طریق روش توصیفی-تحلیلی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و با بررسی قوانین و مقررات پراکنده در نظام حقوقی ایران این نتیجه حاصل شد که در ایران ظرفیت‌های حقوقی بالقوه‌ای برای ارزیابی تأثیرات قانون به‌صورت پیشینی و پسینی در نهادهای مختلف در حوزه اقتصاد وجود دارد، هرچند که این ظرفیت‌ها تاکنون به صورت صریح و منسجم برای ارزیابی تأثیرات قانون در این حوزه مورد توجه قرار نگرفته‌اند و به صورت یک سند حقوقی واحد و منسجم تدوین نشده است. در این پژوهش ضمن تلاش در جهت شناسایی ظرفیت‌های حقوقی اعم از نهادهای حکومتی، نهادهای غیردولتی و صنفی در ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصاد و بیان برخی از نقاط ضعف و آسیب‌ها و بیان راهکارهایی برای رفع آن‌ها، سعی شده است؛ بیان گردد برخی از این نهادها و ظرفیت‌ها صرفاً به منظور ارزیابی پسینی قوانین می‌توانند مورد استفاده قرار گیرند و در مقابل برخی از این ظرفیت‌های حقوقی می‌توانند در ارزیابی پیشینی و پسینی قوانین مورد استفاده قرار گیرند.

کلیدواژه‌ها: ارزیابی تأثیرات قانون، قانون‌گذاری، اقتصاد، کیفیت قانون.

۱. دانشجوی دکترا حقوق عمومی، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران.

۲. دانشیار، گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشگاه امام صادق، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول mmghamamy@gmail.com)

۳. دانشجوی دکترا حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران ایران.

مقدمه

جمهوری اسلامی ایران برخی بر این باورند؛ بر اساس قوانین جاری و رویه فعلی، تکلیفی قانونی برای انجام ارزیابی تأثیرات پیشینی قانون وجود ندارد (Markzmalimi, 2021: 195). اما باید متذکر گردد که در بند نهم سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری^۵ به صراحت به ارزیابی تأثیرات اشاره شده است. علاوه بر این با توجه به تعاریفی که در رابطه با ارزیابی تأثیرات قانون صورت گرفته است؛ ارزیابی تأثیرات قانون فرایندی است که توسط آن پیشنهادها، قوانین بر اساس نیازهای واقعی بررسی می‌شود و همچنین این نکته در نظر گرفته می‌شود که این پیشنهادها قابلیت سنجش داشته باشند و به همراه آن‌ها علت پیشنهاد بیان شده باشد و برای تدوین پیشنهادها و پس از اجرای آن‌ها از نظرات عمومی، ذی‌نفعان و نهادهای تخصصی استفاده شود. تمام این موارد در بند نهم سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مورد تأکید قرار گرفته است؛ بنابراین اگرچه در قوانین و رویه فعلی ساختار جمهوری اسلامی ایران چارچوب مشخصی برای ارزیابی تأثیرات قانون و شیوه اجرای آن تعیین نشده است، لکن با عنایت به بند نهم سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، ارزیابی تأثیرات قانون باید مد نظر قرار داده شود و سازوکارهای اجرایی آن با توجه به ظرفیت‌های نظام حقوقی کشور فراهم گردد. از این رو پاسخ به این پرسش رهگیری می‌شود که در ایران چه نهادهایی ظرفیت حقوقی ارزیابی تأثیرات قانون به ویژه در حوزه مالی و اقتصادی را دارند.

در پاسخ به این پرسش با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای بیان می‌شود که اگرچه به صراحت در هیچ قانون عادی به صلاحیت نهادی برای ارزیابی تأثیرات قانون تصریح نشده است؛ اما در عمل و با تفسیر موسع از مواد برخی از قوانین^۶ می‌توان اذعان کرد که هم اکنون در ایران، بازیگران متعددی از جمله نمایندگان پارلمان، اعضای دولت و کارشناسان وابسته به نهادهای حکومتی و غیره در زمینه ارزیابی تأثیرات قانون ایفای نقش می‌کنند. در واقع الزام به انجام ارزیابی تأثیرات قانون برای یک نهاد در هیچ قانونی نیست و اگر نهادی اقدام به این فعالیت می‌نماید، اختیاری بوده و الزامی نیست. علاوه بر این در ادامه مهم‌ترین ظرفیت‌هایی که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برای ارزیابی تأثیرات قانون به ویژه در حوزه مالی و اقتصادی وجود دارد، با لحاظ این نکته که برخی از نهادها دارای هر دو

ارزیابی تأثیرات قانون^۴ ابزاری برای ارتقای کیفیت فرایند و نتایج هنجارگذاری بر پایه مطالعات تجربی و تخصصی از طریق سنجش نظام‌مند و دائمی آثار بالقوه یا بالفعل قوانین است (Makaram, 2021: 18). ارزیابی آثار قانون یکی از ابزارهای حکمرانی تنظیمی شناخته می‌شود که به‌عنوان بخشی از برنامه اصلاح نظام مقررات‌گذاری (به معنای اعم) و حرکت به سمت حکمرانی خوب به‌کار می‌رود. امروزه ارزیابی آثار مقررات‌گذاری بررسی اثرات بالقوه و بالفعل (مثبت و منفی) مقررات را با توجه به سه رکن بنیادین توسعه پایدار یعنی مسائل اقتصادی، اجتماعی و محیط زیستی در نظر می‌گیرد. بازتاب این گسترش ارزیابی آثار مقررات‌گذاری در اصلاح نظام مقررات‌گذاری را می‌توان در تأکید بر «مقررات‌گذاری بهتر» به جای «مقررات‌گذاری کمتر» مشاهده کرد (Kirkpatrick and Parker, 2016: 11,14). رویه کشورها در اینکه چه نهادهایی ارزیابی آثار قوانین را برعهده گیرند، متفاوت است. وزارتخانه‌ها، آژانس‌های تخصصی ارزیابی، واحدهای بازنگری مقررات‌گذاری، اداره‌های حسابرسی ملی، محققان و سازمان‌های تجاری مستقل عهده‌دار این امر هستند. هر یک از نهادهای دولتی و غیردولتی مزایای خاص خود را دارند. نهادهای دولتی مانند وزارتخانه‌ها بهتر اهمیت نتایج این ارزیابی‌ها را درک می‌کنند. در مقابل، ارزیابی‌های نهادهای غیردولتی شفاف‌تر و واقع بینانه‌تر است (Ladgar, 2016: 81).

برخی در تعریف نهاد صلاحیت‌دار در ارزیابی تأثیرات به صورت حداکثری اظهار نظر کردند. بدین شرح که نهاد ارزیابی تأثیرات قوانین یک نهاد تخصصی و علمی است. این نهاد باید سه نوع صلاحیت را داشته باشد: صلاحیت استانداردسازی و تعیین ضوابط، صلاحیت اجرایی و صلاحیت نظارتی. بدین صورت که این نهاد با تعیین ضوابط ارزیابی تأثیرات قانون، دستگاه‌های مختلف حاکمیتی را الزام به ارائه اطلاعات مبتنی بر این ضوابط نموده و بر اجرای این ضوابط و هماهنگی‌های میان سازمان‌های ملی و محلی نظارت می‌کند؛ لذا تحقق این ضوابط نیازمند صلاحیت اجرایی و نظارتی است (Frayadi, 2010: 116). با این حال در این مقاله به صورت حداقلی این نهاد دیده شده است. در

۴- ابتناء بر نظرات کارشناسی و ارزیابی تأثیر اجرای قانون

...

۵- طبیعی است که چنین تفسیرهایی از متون قانون موافقان و مخالفانی داشته باشد.

۴ RIA: Regulatory Impact Assessment

۵- رعایت اصول قانون‌گذاری و قانون‌نویسی و تعیین ساز و کار برای انطباق لوائح و طرح‌های قانونی با تأکید بر:

...

ظرفیت‌های حقوقی ارزیابی پیشینی و پسینی تأثیرات قانون

با توجه به حوزه صلاحیت‌ها و اختیارات نهادها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، می‌توان ادعا نمود که برخی نهادهای به صورت مستقیم در هر دو فرایند ارزیابی پیشینی و پسینی تأثیرات قانون در حوزه اقتصاد دارای اثر و جایگاه ویژه هستند. البته باید به این نکته مهم نیز اشاره نمود که وظیفه اختصاصی این نهادها فقط ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصاد نیست، بلکه این نهادها دارای صلاحیت‌ها و اختیارات متعدد هستند که برخی از این صلاحیت‌ها و اختیارات به صورت مستقیم می‌توانند در فرایند ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصاد مورد بهره‌برداری قرار گیرند؛ بنابراین مهم‌ترین نهادهایی که می‌توانند در ارزیابی تأثیرات قانون در هر دو عرصه پیشینی و پسینی در حوزه اقتصاد دارای اثر باشند در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

شایان ذکر است که باوجود صلاحیت ذاتی تمامی نهادهای زیر در ارزیابی تأثیرات، گستره حیطه موضوعی آن‌ها متفاوت است. برخی از این نهاد صلاحیت بالقوه ارزیابی پیشینی و پسینی تأثیرات قانون در تمامی موضوعات از جمله موضوعات اقتصادی را دارند و برخی دیگر صرفاً در حوزه اقتصادی صلاحیت ارزیابی پیشینی و پسینی را دارند.

کمیسیون‌های مجلس شورای اسلامی

کمیسیون‌های مجلس بخشی از قدرت قوه مقننه را در اختیار دارند و با توجه به تفویض اختیاری که به آن‌ها در حوزه‌های تخصصی شده است، نقش مهمی در ارتقای کارایی مجلس شورای اسلامی بر عهده دارند (Nejadkhalili and Hosseini, 2013: 1). کمیسیون‌های مجلس در قوه مقننه جمهوری اسلامی ایران کارکرد و وظایف مختلفی را بر عهده دارند که مهم‌ترین آن‌ها کارکرد تقنینی و کارکرد نظارتی است (Ghofrani, and Shokohi, 2016: 39). با توجه به این دو کارکرد اهمیت توجه به ارزیابی تأثیرات قانون در کمیسیون‌های مجلس بسیار پر رنگ است. از میان کمیسیون‌های خاص و تخصصی مجلس، «کمیسیون تلفیق»، «کمیسیون اقتصادی»، «کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات»، «کمیسیون انرژی» و «کمیسیون ویژه جهش

صلاحیت ارزیابی پیشینی و پسینی هستند و در مقابل برخی نهادها و ساختارها صرفاً صلاحیت ارزیابی پسینی در حوزه اقتصاد را دارند، مورد بررسی قرار می‌گیرند.^۷

پیشینه پژوهش

در خصوص پیشینه تحقیق باید گفت که اکثر منابع در حیطه ارزیابی تأثیرات قانون، به مفهوم شناسی آن پرداختند. با این حال در برخی از منابع کمی از مفهوم شناسی این موضوع جلوتر رفته‌اند و ارزیابی تأثیرات قانون در نظام حقوقی ایران مورد توجه قرار گرفته است. چنانکه در مقاله «مجلس شورای اسلامی و لزوم ارزیابی تأثیرات قانون در مرحله تقنین»؛ یکی از وظایف مجلس شورای اسلامی ارزیابی تأثیرات قانون شناخته شده است و تمرکز آن در ارزیابی تأثیرات تمامی قوانین توسط قوه مقننه است. علاوه بر آن در مقاله «ملاحظات در انجام فرایند ارزیابی تأثیرات پیشینی قانون در ایران» ضمن تأکید بر اینکه تکلیف قانونی برای انجام ارزیابی پیشینی تأثیرات قانون در ایران وجود ندارد، پیشنهاد شده است که قوه مجریه صلاحیت انجام این وظیفه را داشته باشد. این در حالی است که پژوهش حاضر اثبات می‌نماید که نهادهای متعدد در ایران بالقوه صلاحیت ارزیابی تأثیرات قانون را دارند. مقاله دیگر در این زمینه نیز مقاله «ضرورت و راهکارهای مشارکت بخش خصوصی در ارزیابی تأثیرات قانون در ایران» است. در این مقاله صرفاً به ارزیابی بار مقررات به عنوان یکی از انواع ارزیابی تأثیرات قانون می‌پردازد و بر نقش بخش خصوصی متمرکز است. علاوه بر این، کتاب «سازوکارهای حقوقی ارزیابی آثار مقررات‌گذاری در نظام حقوقی ایران» نیز در سه بخش مباحث را ارائه کرده است. در بخش اول کلیات موضوع پرداخته شده و در بخش دوم مطالعه تطبیقی انجام گردیده و در بخش سوم به فقدان جایگاه حقوقی ارزیابی تأثیرات قانون در نظام حقوقی ایران و موانع و راهکارهای آن تشریح شده است. همانطور که مشاهده می‌شود صرفاً بخش سوم با موضوع این مقاله ارتباط دارد. نگارندگان کتاب مذکور معتقدند که خلا سازمان در این زمینه کاملاً مشهود است و اجرای ارزیابی تأثیرات متصدی خاصی ندارد. اما رویکرد طرح بحث آن کاملاً با ایده این مقاله مغایر است. با بررسی مقالات و منابع مشاهده می‌شود هیچکدام به صورت مستقیم به موضوع این پژوهش در نظام حقوقی ایران نپرداخته‌اند.

^۷ لازم به ذکر است که ذکر نهادهای صلاحیت‌دار صرفاً به منظور ترسیم وضعیت موجود ایران است و الزاماً تأییدکننده صلاحیت تمامی آن‌ها در وضعیت مطلوب نیست.

قانون در تمامی کمیسیون‌های خاص و تخصصی باشد. در این ماده به کمیسیون‌های مجلس اجازه داده شده است در هنگام بررسی طرح یا لایحه از اشخاص حقیقی یا حقوقی خارج از مجلس شورای اسلامی دعوت کنند و با آنان در رابطه با طرح‌ها و لوایح قانونی مشورت کنند. این ماده در جهت ارزیابی پیشینی قانون می‌تواند مورد بهره‌برداری قرار گیرد، زیرا مطابق این ماده کمیسیون‌های مجلس می‌تواند پیش از تصویب قانون از نظرات و مشاوره بخش‌های مختلف اطلاع یابد و در فرایند قانون‌گذاری نظرات آنان را نیز مد نظر قرار دهند.

همچنین در قوانین متعدد، دستگاه‌های اجرایی موظف به ارائه گزارش‌های دوره‌ای به کمیسیون‌های مجلس شده‌اند؛ مثلاً تبصره (۱) ماده (۹) «قانون اقدام متناسب و متقابل دولت جمهوری اسلامی ایران در اجرای برجام»^{۱۱} مصوب ۱۳۹۴، ماده (۲۳) «قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی»^{۱۲} مصوب ۱۳۹۸، تبصره (۳) ماده (۳۱) «قانون حمایت از حقوق معلولان»^{۱۳} مصوب ۱۳۹۶، ماده (۶) «قانون حمایت از توسعه و ایجاد اشتغال پایدار در مناطق روستایی و عشایری با استفاده از منابع صندوق توسعه ملی»^{۱۴} مصوب ۱۳۹۶، ماده (۲۰) «قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات»^{۱۵} مصوب ۱۳۸۷، ماده (۸۲) «قانون مدیریت خدمات کشوری»^{۱۶} مصوب ۱۳۸۶ و غیره.

^{۱۲} ماده ۲۳ - وزارت صنعت، معدن و تجارت مکلف است عملکرد اجرای این

قانون را هر سه ماه یک‌بار به مجلس شورای اسلامی گزارش کند.

^{۱۳} تبصره ۳ - این کمیته مکلف است هر سال، گزارش اقدامات انجام شده در راستای این قانون را دریافت، بررسی و پس از تأیید در شورای عالی رفاه و تأمین اجتماعی از طریق دولت به مجلس شورای اسلامی ارسال نماید. کمیسیون‌های اجتماعی، بهداشت و درمان و قضائی و حقوقی مکلف‌اند ظرف مدت یک ماه پس از بررسی گزارش و صحت آن، خلاصه گزارش را در صحن علنی مجلس قرائت و نتایج آن را جهت اطلاع عموم منتشر کنند.

^{۱۴} ماده ۶ - به منظور حسن اجرای این قانون و ارزیابی میزان پیشرفت کار، سازمان برنامه و بودجه کشور موظف است تا با به کارگیری سامانه مناسب، بر نحوه اعطای تسهیلات و اشتغال ایجاد شده نظارت کند. دستگاه‌های اجرایی موظف‌اند در چهارچوب اعلامی سازمان برنامه و بودجه کشور، اطلاعات مربوط به چهارچوب این نظارت را در سامانه ثبت کنند. سازمان موظف است تا گزارش عملکرد را هر شش ماه یک‌بار به مجلس شورای اسلامی ارائه کند.

^{۱۵} ماده ۲۰ - کمیسیون باید هر ساله گزارشی درباره رعایت این قانون در مؤسسات مشمول این قانون و فعالیت‌های خود را به مجلس شورای اسلامی و رئیس‌جمهور تقدیم کند.

^{۱۶} ماده ۸۲ - سازمان موظف است استقرار نظام مدیریت عملکرد را در سطح کلیه دستگاه‌های اجرائی پیگیری و نظارت نموده و هر سال گزارشی از عملکرد

و رونق تولید و نظارت بر اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی»^۸ می‌توانند نقش مهمی در فرایند ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصادی داشته باشند.

در خصوص صلاحیت کمیسیون‌های مجلس در ارزیابی تأثیرات قانون می‌توان به قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی^۹ اشاره کرد. بند «۷» ماده (۴۵) این قانون یکی از وظایف کمیسیون‌های تخصصی مجلس را برمی‌شمارد و مقرر می‌کند: «تهیه گزارش موردی و سالانه در خصوص امور اجرایی دستگاه‌ها و نحوه اجرای قوانین به خصوص قانون برنامه توسعه و بودجه سالانه و ارائه نکات مثبت، منفی و پیشنهاد نحوه اصلاح آن و تقدیم گزارش به مجلس جهت قرائت». کمیسیون‌های تخصصی مجلس شورای اسلامی زمانی می‌توانند به این وظیفه خود جامه عمل ببوشانند که ارزیابی مناسبی از قانون و تأثیر آن داشته باشند؛ زیرا با ارزیابی تأثیرات قانون است که کمیسیون‌های مجلس می‌توانند از نکات مثبت و منفی یک قانون اطلاع پیدا کنند؛ به عبارت دیگر کمیسیون‌های تخصصی مجلس برای عملیاتی نمودن این بند، ملزم به ارزیابی تأثیرات قانون به خصوص قانون برنامه توسعه و بودجه سالانه کشور هستند.

علاوه بر این ماده (۱۴۳) قانون آیین‌نامه داخلی^{۱۰} نیز می‌تواند یک ظرفیت مناسب دیگر در جهت اجرای ارزیابی تأثیرات

^۸ کمیسیون ویژه گونه‌ای از کمیسیون‌های خاص است که با عنایت به مسائل مهم کشور به پیشنهاد پانزده نفر از نمایندگان و تصویب مجلس ایجاد می‌گردد (ماده (۴۰) قانون آیین‌نامه داخلی). لذا کمیسیون ویژه مأموریت محور است و پس از انجام مأموریت، فعالیت آن به پایان می‌رسد. در ادوار مجلس کمیسیون‌های ویژه متفاوتی تشکیل شده‌اند. «کمیسیون ویژه جهش و رونق تولید و نظارت بر اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی» در دوره یازدهم مجلس فعال بوده است.

^۹ در ادامه عنوان این قانون، به اختصار «قانون آیین‌نامه داخلی» نامیده می‌شود. ^{۱۰} ماده ۱۴۳ - کمیسیون اصلی موظف است در رسیدگی به طرح‌ها و لوایح از وزرا و یا بالاترین مقام دستگاه‌های اجرایی مرتبط با موضوع، مرکز پژوهش‌ها، دیوان محاسبات، نمایندگان کمیسیون‌های فرعی و نمایندگانی که در موعد مقرر پیشنهاد خود را ارائه نموده‌اند و عنداللزوم نماینده بخش خصوصی اعم از اتاق‌های: بازرگانی و صنایع و معادن، کشاورزی، تعاون، اصناف، تشکلهای کارگری، انجمن‌ها و اتحادیه‌ها و مجامع صنفی، صنعتی، معدنی و کشاورزی حسب مورد دعوت نماید و پس از رسیدگی گزارش خود را در مهلت مقرر به هیئت‌رئیس مجلس تقدیم کند.

^{۱۱} تبصره ۱ - وزیر امور خارجه موظف است روند اجرای توافقنامه را هر سه ماه یک‌بار به کمیسیون امنیت ملی و سیاست خارجی مجلس شورای اسلامی گزارش دهد.

سازمان برنامه و بودجه

وزارت امور اقتصادی و دارایی

علاوه بر این از جمله وظایف دیگر این وزارتخانه سیاست‌گذاری و تعیین خط‌مشی در خصوص بررسی و اظهار نظرهای حقوقی مربوط به پیش‌نویس لوائح، طرح‌های قانونی، آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌هایی است که جنبه مالی دارند. وزارت امور اقتصادی و دارایی با عنایت به این وظیفه می‌تواند در تعیین

۱۸. علی‌رغم اینکه ماده مذکور از سوی مقتن نسخ نشده است و شورای نگهبان آن را معایر قانون اساسی و شرع نشناخته است؛ اما در عمل اجرا نمی‌شود. ظاهراً این ماده در «هیئت رفع اختلافات قوای سه‌گانه» خلاف قانون اساسی تلقی شده است؛ از این رو در عمل این ماده اجرا نمی‌گردد.

۲۱ در ماده (۳۲) قانون آیین‌نامه داخلی نیز تصریح گردیده است: «کلیه لوائح قانونی تقدیمی به مجلس باید به امضای رئیس‌جمهور و وزیر یا وزاری مسئول رسیده باشند...». با عنایت به این ماده و ماده (۲۷) قانون محاسبات عمومی کشور در لوائح دارای جنبه مالی وزیر امور اقتصاد و دارایی از جمله وزرای مسئول محسوب می‌شود.

اولویت‌ها را تشخیص دهد و آنان را بر حسب اهمیت طبقه‌بندی کند (Ghazizhariatpanahi, 2004: 446). سازمان برنامه و بودجه کشور در قوه مجریه، وظیفه دارد با استفاده از امکانات گسترده دولت سند بودجه را تنظیم کند و در اختیار مراجع ذی‌ربط قرار دهد. همچنین این سازمان در تهیه برنامه‌های پنج‌ساله توسعه نقش مهمی برعهده دارد که با استفاده از تحلیل و بررسی قوانین برنامه قبلی می‌تواند در ارزیابی تأثیرات قانون ایفای نقش نماید.

با توجه به وظیفه‌ای که در ماده ۳۴ قانون برنامه و بودجه کشور^{۲۴} بر عهده سازمان برنامه و بودجه قرار داده شده است، این سازمان از این ظرفیت برخوردار است که در مطالعات و بررسی‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور، قوانینی که در این حوزه‌ها نیز تأثیرگذار هستند را مورد بررسی و نقد قرار دهد و با توجه به وظیفه دیگری که برای سازمان برنامه و بودجه ذکر شده است؛ یعنی وظیفه ارائه پیشنهاد خط‌مشی‌ها و سیاست‌های مربوط به بودجه کل کشور به مراجع ذی‌ربط، نتایج مطالعات و بررسی‌های خود در عرصه برنامه‌های اقتصادی و بودجه‌ای را به نهادهای مقررگذار ارائه دهد. علاوه بر این وظیفه نظارت مستمر بر اجرای برنامه‌ها و بودجه و تهیه گزارش در رابطه با این مسائل، زمینه را برای سازمان برنامه و بودجه فراهم می‌کند تا در صورتی که در قانون بودجه و همچنین برنامه‌ها نقاط ضعف و تأثیرات منفی وجود داشت، این سازمان در گزارش‌های خود به آن اشاره کند و از این طریق در ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصاد به صورت مستقیم تأثیرگذار باشد.

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

ایده تأسیس مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در مجلس پنجم مطرح شده است. اولین مصوبه برای تأسیس این مرکز در سال ۱۳۷۲ در مجلس تصویب شد؛ اما به دلیل ایرادات شورای نگهبان در نهایت در سال ۱۳۷۴ این مصوبه به‌مثابه اساسنامه این مرکز با اصلاحاتی به تأیید شورای نگهبان رسید^{۲۵} و

و طرح‌های عمرانی مربوط نظارت کند و برای انجام این منظور به طور مستمر از عملیات طرح‌های و فعالیت‌های دستگاه‌های اجرایی بازدید و بازرسی کند و دستگاه اجرایی را مرتباً در جریان نظارت و نتایج حاصل از آن بگذارد.

^{۲۵}- مصوبه فوق‌الذکر یک‌بار مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت؛ چرا که مصوبه مجلس برای تأسیس مرکز پژوهش‌ها به صورت طرح اعلام وصول شده بود و طرح‌ها نباید بار مالی جدید را بدون ذکر شیوه جبران ایجاد کنند (ایراد اصل ۷۵) (نظریه شماره ۱۱۴۰ شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۷۴/۰۸/۱۱). سپس

سال تا به امروز تحولات زیادی در ساختار این سازمان رخ داده است (Banshi, 2014: 80). سازمان برنامه و بودجه وظایف متعددی دارد که مهم‌ترین وظایف آن در این خصوص، مستفاد از ماده (۵) قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱ عبارت‌اند از:

- راهبری و رصد توسعه کشور
- انجام مطالعات و بررسی‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور
- انجام مطالعات و بررسی‌های علمی برای بهبود نظام‌های برنامه‌ریزی و بودجه‌ریزی
- تهیه برنامه‌های پنج‌ساله توسعه کشور و همچنین تهیه و تنظیم بودجه کل کشور
- ارائه پیشنهاد خط‌مشی‌ها و سیاست‌های مربوط به بودجه کل کشور به مراجع ذی‌ربط
- نظارت مستمر بر اجرای برنامه‌ها و بودجه و پیشرفت دوره‌ای سالانه آن‌ها و ارائه گزارش‌های لازم
- و ... (State budget and program organization, 2021: ۳).

بودجه مهم‌ترین سند مالی کشور است که در ایران توسط دستگاه اجرایی تهیه و توسط دستگاه تقنینی بررسی و تصویب می‌شود و بدین صورت بودجه با همکاری قوه مجریه و قوه مقننه تهیه می‌شود (Habibnejad, 2016: 250). فرایند رسیدگی بودجه در ایران نشان‌دهنده محدودیت اختیارات قانون‌گذار در اعمال اصلاحات است^{۲۶}. این محدودیت بیش از آنکه ناشی از متون قانونی باشد، ناشی از فرصت‌های زمانی کم و کمبود اسناد اطلاعاتی پشتیبان برای قانون‌گذار است (Group of experts, 2011: 7). پیچیدگی مسائل بودجه‌ای تا بدان جاست که جز دستگاه‌های اداری و سیاسی و فنی قوه مجریه، دستگاه دیگری نمی‌تواند بدون کار گروهی به گردآوری اطلاعات لازم بپردازد و هماهنگی‌های مورد نیاز را بین فصول و مواد بودجه برقرار کند و

^{۲۲}-<https://www.mporg.ir/tasks>

^{۲۳} در بند هفتم سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری تعیین حدود اختیارات مجلس در تصویب ساختار و مفاد بودجه سالانه کل کشور خواسته شده است. اما تاکنون این محدوده در نظام حقوقی مشخص نگردیده است.

^{۲۴} ماده ۳۴. سازمان موظف است در مورد اجرای فعالیت‌ها و طرح‌های عمرانی که هزینه آن از محل اعتبارات جاری و عمرانی دولت تأمین می‌شود به منظور ارزشیابی و از نظر مطابقت عملیات و نتایج حاصله با هدف‌ها و سیاست‌های تعیین شده در قوانین برنامه عمرانی و قوانین بودجه کل کشور دستورالعمل‌ها و مشخصات طرح‌ها و مقایسه پیشرفت کار با جدول‌های زمانی فعالیت‌های جاری

این مرکز از این تاریخ رسماً آغاز به کار کرد (Natiqnouri, 2014: 217).

بر اساس بندهای «الف» و «ج» ماده (۲) قانون شرح وظایف مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۴، می‌توان صلاحیت ارزیابی پیشینی و پسینی تأثیرات قوانین را برای این مرکز برداشت نمود. این بندها به شرح زیر هستند:

«ماده ۲ - وظایف مرکز عبارت‌اند از:

الف - مطالعه، پژوهش و ارائه نظرات کارشناسی در مورد تمام لوایح و طرح‌ها به نمایندگان و کمیسیون‌های تخصصی مجلس شورای اسلامی در زمان مناسب.

ب - ...

ج - مطالعه و بررسی و پژوهش نسبت به حسن اجرای قوانین و ارائه پیشنهاد‌های کارشناسانه برای رفع موانع و مشکلات».

از بند «الف» ماده فوق صلاحیت این مرکز در «ارزیابی پیشینی تأثیرات قوانین» برداشت می‌شود. همان‌طور که سابقاً بیان شد، ارائه نظرات کارشناسی پیرامون طرح‌ها و لوایح به شیوه‌های مختلفی امکان‌پذیر است. یکی از این شیوه‌ها ارزیابی تأثیرات طرح‌ها و لوایح است؛ به عبارت دیگر اگرچه «ارائه نظرات کارشناسی» منحصر در ارزیابی پیشینی تأثیرات قانون نیست، با این حال اطلاق عبارت «ارائه نظرات کارشناسی» شامل ارزیابی تأثیرات قانون هم می‌شود. هم‌چنین از بند «ج» صلاحیت «ارزیابی پسینی تأثیرات قوانین» برای این مرکز قابل برداشت است. در این بند به بررسی و پژوهش نسبت به حسن اجرای قوانین اشاره شده است. بررسی حسن اجرای قوانین با دو هدف امکان‌پذیر است و انتخاب هر یک از این اهداف تأثیر بسیار مهمی در چگونگی این بررسی و نسبت آن با ارزیابی تأثیرات قانون دارد. بدین صورت اگر بررسی حسن اجرای قانون برای شناسایی متخلفین باشد، قانون به عنوان معیار مد نظر قرار گرفته و رفتارهای اشخاص بر اساس قانون سنجیده می‌شود. در مقابل اگر بررسی حسن اجرای قانون برای تحلیل محتوای قانون باشد، قانون معیار قرار نمی‌گیرد و رفتارهای اشخاص بر اساس آن سنجیده نمی‌شود؛ بلکه با این کار هنجارهای قانون با وضعیت مطلوب در آن حوزه تحلیل و بررسی می‌گردد و در صورت نیاز گام‌هایی برای اصلاح و تغییر قانون

برداشته می‌شود. هدف اخیر می‌تواند از طریق ارزیابی تأثیرات قانون صورت پذیرد. در بند مذکور با تأکید بر «ارائه پیشنهاد‌های کارشناسانه برای رفع موانع و مشکلات» به هدف دوم اشاره شده است؛ بنابراین علی‌رغم عدم تصریح، می‌توان صلاحیت مرکز پژوهش‌ها در ارزیابی پسینی و پیشینی تأثیرات قانون را از دو بند مذکور برداشت نمود.

علاوه بر قانون شرح وظایف مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، می‌توان برای صلاحیت مرکز پژوهش‌ها از قانون آیین‌نامه داخلی هم استفاده کرد. ماده (۱۴۲) این قانون بیان می‌دارد: «هم‌زمان با وصول طرح‌ها و لوایح توسط کمیسیون‌ها در صورت ضرورت و با تصویب کمیسیون اصلی، طرح یا لایحه به کارگروه کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی ارجاع می‌شود. رئیس مرکز پژوهش‌های مجلس موظف است متناسب با موضوع و مواد طرح یا لایحه کارگروهی جهت بررسی طرح یا لایحه ارجاعی، متشکل از کارشناسان آن مرکز و اشخاص حقیقی و حقوقی صاحب‌نظر اعم از نمایندگان فعلی و ادوار مجلس، کارشناس معاونت قوانین مجلس، دیوان محاسبات، مراکز علمی و پژوهشی حوزه و دانشگاه، دستگاه‌های اجرایی، بخش خصوصی و دستگاه‌های مرتبط با طرح یا لایحه، تشکیل دهد و در بدو کار رئیس و دبیر آن را تعیین کند. رئیس کارگروه موظف است پس از بحث و بررسی کارشناسی در کارگروه و در صورت لزوم پس از مطالعه تطبیقی قوانین و مقررات و تجربیات سایر کشورها و با بررسی سوابق قانون‌گذاری و پیشنهاد‌های کمیسیون‌های فرعی و نمایندگان، گزارش کارگروه را با رعایت اسناد بالادستی از جمله قانون اساسی، سند چشم‌انداز، سیاست‌های کلی نظام و قانون برنامه توسعه، همراه با مشخصات اعضای کارگروه به کمیسیون اصلی ارائه کند. رئیس یا نماینده کارگروه موظف است با شرکت در جلسات کمیسیون از گزارش ارائه‌شده دفاع کند. در صورت عدم نیاز به قانون‌گذاری جدید در موضوع مورد بحث، رئیس کارگروه گزارش خود را با ذکر دلایل رد طرح یا لایحه به کمیسیون اصلی ارائه می‌کند».

طبق ماده فوق، در صورتی که کمیسیون ضرورت تشکیل کارگروه را احساس کند به تشکیل آن اقدام می‌نماید؛ از این رو کارگروه برای تمامی طرح‌ها و لوایح تشکیل نمی‌شود. در صورت تصویب ضرورت با انجام مکاتبات رئیس کمیسیون با رئیس مرکز

مجلس پس از رفع این ایراد مجدداً طرح را تصویب به شورای نگهبان فرستادند که در دفعه دوم این طرح مورد تأیید شورای نگهبان واقع شد.

اطلاع قانون‌گذار و مقررات‌گذاران برسانند و در تصمیمات و سیاست‌گذاری‌های حکومت به صورت غیرمستقیم تأثیرگذار باشند.

قانون‌گذار در جمهوری اسلامی ایران برای مشارکت بخش خصوصی و تشکلهای و صنایع مختلف در فرایند قانون‌گذاری و استفاده از نظرات آنان مواد (۱۴۲) و (۱۴۳) قانون آیین‌نامه داخلی را پیش‌بینی کرده است. مطابق این مواد می‌توان از ظرفیت بخش خصوصی و فعالان اقتصادی برای ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصاد استفاده نمود. در قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار، تشکل اقتصادی چنین تعریف شده است: «تشکلهایی که به منظور حفظ حقوق و منافع مشروع و قانونی اعضا و ساماندهی فعالیت و بهبود وضعیت اقتصادی اعضا اعم از حقیقی و حقوقی، به موجب قانون و یا به صورت داوطلبانه توسط مدیران صنایع و معادن، کشاورزی، بازرگانی، خدمات و نیز صاحبان کسب یا پیشه یا حرفه و تجارت نزد اتاق‌ها یا سایر مراجع قانونی ثبت شده یا می‌شوند». بر اساس مواد (۲)، (۳)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۴) و (۳۰) قانون مذکور، شرایطی پیش‌بینی شده است که راه را برای تأثیرگذاری تشکلهای اقتصادی در فرایند ارزیابی پیشینی و پسینی تأثیرات قانون باز گذاشته است و می‌توان از ظرفیت و امکانات این تشکلهای و همچنین ظرفیت قانونی موجود برای فعال نمودن نقش این تشکلهای در فرایند ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصاد استفاده نمود.

پژوهش‌ها درخواست تشکیل کارگروه انجام می‌شود. هدف از تشکیل این کارگروه تقویت تقنین از طریق فعالیت کارشناسی است. اگرچه فعالیت کارشناسی منحصر در ارزیابی تأثیرات قانون نیست، باوجود این اطلاق فعالیت کارشناسی شامل فعالیت ارزیابی تأثیرات قانون هم می‌شود. در نتیجه بر اساس ماده (۱۴۲) قانون آیین‌نامه داخلی، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی صلاحیت تشکیل کارگروه با رعایت مفاد این قانون برای فعالیت‌های کارشناسی از جمله ارزیابی تأثیرات قانون را می‌تواند داشته باشد.

تشکلهای اقتصادی و فعالان بخش خصوصی

در اظهار نظرهای سیاستمداران و فعالان اقتصادی، همواره از مقرراتی سخن گفته می‌شود که به شکل‌های مختلف برای فعالیت‌های اقتصادی مزاحمت ایجاد می‌کنند یا مانعی برای فعالان اقتصادی محسوب می‌شوند (Markzmalimi, 2016: 164). موافقان تشکلهای اقتصادی معتقدند که این تشکلهای می‌توانند با انعکاس مشکلات و نظرهای بخش خصوصی به دولت، نقش صدای بخش خصوصی را ایفا کنند و در بهبود کیفیت تصمیمات دولت مفید باشند (Nasiri-Aghdam and Mortazavifar, 2017: 193). با توجه به این نقش، تشکلهای اقتصادی در عرصه ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصادی می‌توانند صدای بخش خصوصی باشند و مشکلات و نارسایی‌هایی که به موجب قوانین و مقررات برای آن‌ها در فعالیت‌های اقتصادی ایجاد شده است را به

ایران به مسئولان مربوطه بر اساس گزارش تهیه شده از سوی دبیرخانه این شورا...

۲۹ ماده ۱۲- تشکلهای اقتصادی سراسری می‌توانند درخواست‌های خود را برای اصلاح قوانین، مقررات، بخشنامه‌ها، دستورالعمل‌ها و رویه‌های اجرایی محل کسب و کار، به همراه استدلال فنی و حقوقی مربوطه به دبیرخانه شورای گفت‌وگو ارسال و درخواست خود را پیگیری کنند. در صورت مخالفت شورای گفت‌وگو با درخواست ارسال شده، دبیرخانه شورا موظف است دلایل مخالفت با درخواست مربوطه را به طور کتبی به تشکل ذی‌ربط اطلاع دهد.

۳۰ ماده ۱۴- به منظور تعامل مستمر با فعالان اقتصادی اعم از کارفرمایی و کارگری و تلاش برای حل مشکلات آنان و ارائه پیشنهاد برای اصلاح قوانین، مقررات، بخشنامه‌ها، دستورالعمل‌ها و رویه‌های اجرایی به شورای گفت‌وگو، وزراء و رؤسای دستگاه‌های اجرایی و قضایی مرتبط با محیط کسب و کار و رؤسا و مدیران کل این دستگاه‌ها در مراکز استان‌ها موظفند یکی از معاونان خود را به عنوان مسئول بهبود محیط کسب و کار تعیین و معرفی نمایند.

۲۶ ماده ۲- دولت مکلف است در مراحل بررسی موضوعات مربوط به محیط کسب و کار برای اصلاح و تدوین مقررات و آیین‌نامه‌ها، نظر کتبی اتاقها و آن دسته از تشکلهای ذی‌ربطی که عضو اتاقها نیستند، اعم از کارفرمایی و کارگری را درخواست و بررسی کند و هرگاه لازم دید آنان را به جلسات تصمیم‌گیری دعوت نماید.

۲۷ ماده ۳- دستگاه‌های اجرایی مکلفند هنگام تدوین یا اصلاح مقررات، بخشنامه‌ها و رویه‌های اجرایی، نظر تشکلهای اقتصادی ذی‌ربط را استعلام کنند و مورد توجه قرار دهند.

۲۸ ماده ۱۱- به منظور تبادل نظر دولت و بخش‌های خصوصی و تعاونی و تسهیل فعالیت‌های اقتصادی این بخش‌ها، بررسی و رفع موانع کسب و کار و اتخاذ تصمیم مؤثر برای اقدامات لازم در چهارچوب قوانین و مقررات موجود و ارائه پیشنهادها و راهکارهای اجرایی مناسب به مراجع ذی‌ربط، شورای گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی با ترکیب اعضای زیر تشکیل می‌شود... وظایف و اختیارات شورای گفت‌وگو به شرح ذیل است:

- پیشنهاد اصلاح، حذف یا وضع مقررات اعم از آیین‌نامه، بخشنامه، دستورالعمل، شیوه‌نامه یا رویه اجرایی در جهت بهبود محیط کسب و کار در

سازمان امور مالیاتی کشور

سازمان امور مالیاتی کشور در سال ۱۳۸۱ به منظور اجرای ماده (۵۹) قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران^{۳۱}، در جهت افزایش کارایی نظام مالیاتی و رفع موانع سازمانی موجود و همچنین تمرکز کلیه امور مربوط به اخذ مالیات در یک سازمان واحد ایجاد شد. این سازمان به عنوان یک مؤسسه دولتی زیر نظر وزیر امور اقتصاد و دارایی فعالیت دارد. از زمان ایجاد سازمان امور مالیاتی کشور تمام اختیارات، وظایف، نیروی انسانی، امکانات و تجهیزات در وزارت امور اقتصاد و دارایی در معاونت امور مالیاتی و بخش‌ها و حوزه‌های مالیاتی به این سازمان منتقل شد (State budget and program organization, 2021)^{۳۲}.

مطابق ماده (۱) قانون تشکیلات سازمان امور مالیاتی کشور و آیین‌نامه اجرایی بند (الف) ماده (۵۹) قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، اهداف سازمان امور مالیاتی کشور به شرح ذیل است: «فراهم نمودن موجبات اجرای مطلوب کلیه برنامه‌ها و تکالیف مربوط به وصول مالیات و نظارت بر حسن اجرای قوانین و مقررات مالیاتی و ایجاد بستر مناسب جهت تحقق اهداف مالیاتی کشور و افزایش کارایی نظام مالیاتی و تمرکز کلیه امور مربوط به اخذ مالیات در سازمانی واحد». در ماده (۹) قانون تشکیلات سازمان امور مالیاتی کشور، وظایف و اختیارات سازمان امور مالیاتی کشور ذکر شده است. با وجود ماده (۹) قانون مذکور به ویژه بندهای «ب»، «پ»، «ج»، «ح» و «ط»^{۳۳} می‌توان ادعا نمود که وظایف و اختیارات این سازمان، ظرفیت بسیار مناسبی برای تحقق فرایند ارزیابی تأثیرات قانون به دو صورت پیشینی و پسینی در حوزه اقتصاد دارد.

^{۳۱} ماده ۵۹- در نظام مالیاتی:

الف- به دولت اجازه داده می‌شود به منظور افزایش کارایی نظام مالیاتی و رفع موانع سازمانی موجود و همچنین تمرکز کلیه امور مربوط به اخذ مالیات، «سازمان امور مالیاتی کشور» را به صورت یک مؤسسه دولتی و زیر نظر وزیر امور اقتصادی و دارایی ایجاد کند...

^{۳۲} <https://www.intamedia.ir/history>

^{۳۳} ماده ۹- وظایف و اختیارات سازمان به شرح زیر می‌باشد:

...

ب) مطالعه، بررسی و شناخت موانع موجود نظام مالیاتی و برنامه‌ریزی جهت رفع آن‌ها.

پ) اظهار نظر و ارائه پیشنهادها لازم در زمینه تدوین سیاست‌ها و خط‌مشی‌های مالیاتی در اجرای وظایف قانونی مربوط.

شورای رقابت

شورای رقابت به عنوان یک نهاد تنظیمگر فرابخشی در نظام حقوقی ایران عمل می‌کند و متشکل از نمایندگانی از سوی هر یک از قوای سه گانه و ذی نفعان بخش خصوصی است. مهمترین کار ویژه شورای رقابت، توجه به مقوله رقابت و مبارزه با انحصار طلبی است که با هدف «تسهیل فعالیت بخش خصوصی» و بطور کلی، عرصه اقتصادی و عاملی برای کاهش ریسک در این بخش شکل گرفت تا بخش خصوصی با ورود به بازار، نگران انحصارات نباشد. این شورا در اکثر بازارها صلاحیت دارد. امروزه بسیاری از مسائلی که به عنوان اهداف خصوصی سازی مانند کاهش اندازه بخش دولتی، انتقال مالکیت و مدیریت اقتصادی، افزایش کارایی اقتصادی، تعدیل یارانه‌ها و اختلاف قیمت‌ها، تعدیل مقررات، افزایش رقابت، گسترش بازار سرمایه و تأمین منافع مصرف کنندگان اعلام می‌شوند، به نوعی می‌تواند مرتبط با شرح وظایف شورای رقابت باشد. یکی از اختیارات این شورا ارائه نظر در ابتکار تقنینی است. بر اساس بند ۴ ماده (۵۸) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، از جمله وظایف و اختیارات این شورا، «ارائه نظرات مشورتی به دولت برای تنظیم لوایح مورد نیاز» است. این صلاحیت می‌تواند بستر ساز برای ارزیابی پیشینی و پسینی به شمار آید.

شورای پول و اعتبار بانک مرکزی

شورای پول و اعتبار به عنوان مهم‌ترین رکن بانک مرکزی وظیفه مطالعه، اتخاذ تصمیم در رابطه با سیاست‌های کلان و نظارت بر امور پولی و بانکی کشور را برعهده دارد. این شورا مهم‌ترین نهاد برای طراحی و تصمیم‌گیری سیاست‌های پولی کشور و بازوی سیاست‌گذاری اصلی بانک مرکزی است که در قانون پولی

ج) اجرای دقیق و کامل و ارائه پیشنهادها اصلاحی مورد نیاز در خصوص قوانین و مقررات مالیاتی کشور و نظارت بر حسن اجرای آن‌ها.

...

ح) مطالعه، بررسی و پژوهش مداوم در زمینه قوانین و مقررات مالیاتی و ارائه پیشنهاد یا انجام اقدامات لازم برای اصلاح و تکمیل آن‌ها از طریق مراجع قانونی ذی‌ربط.

...

ط) اظهار نظر در خصوص پیش‌نویس طرح‌ها، لوایح و تصویب‌نامه‌های طرح شده مربوط به امور مالیاتی برای وزیر امور اقتصادی و دارایی و سایر مراجع قانونی ذی‌ربط...

ظرفیت‌های حقوقی ارزیابی پسینی تأثیرات قانون

برخی نهادها و ظرفیت‌ها در ساختار جمهوری اسلامی ایران نیز وجود دارد که صرفاً صلاحیت ذاتی آن‌ها ارزیابی پسینی تأثیرات قانون است. این صلاحیت می‌تواند منحصر در حوزه موضوعات اقتصادی یا به صورت عام باشد. چنین نهادها و ساختارهایی در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی

معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی مطابق «قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۸۹» وظایفی بر عهده دارد که این وظایف با فرایند ارزیابی تأثیرات قانون به صورت مستقیم ارتباط پیدا می‌کند. با توجه به ماده (۵) قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور^{۳۷}؛ معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی می‌تواند نقش مهمی در عرصه ارزیابی پسینی قوانین داشته باشد؛ زیرا بر اساس این ماده، معاونت مذکور از این ظرفیت قانونی برخوردار است که یک سال پس از اجرایی شدن تمامی قوانین، از جمله قوانین اقتصادی این اسناد را مورد ارزیابی قرار دهد و در ضمن گزارشی که تهیه می‌کند؛ موارد ابهام، اجمال، تعارض، نقص و هرگونه ایراد اجرایی قوانین را متذکر شود و پیشنهادهای اصلاحی خود را به مراجع ذیصلاح ارائه دهد. باوجود چنین صلاحیتی، معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی تاکنون به این وظیفه عمل ننموده است. شایان ذکر است که بررسی‌های

۵ - شورای عالی با دعوت از رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور یا نماینده او و مسئولان مربوط، پیش‌نویس لوایح برنامه و بودجه را بررسی و پیشنهادات اصلاحی مبنی بر تغییر طرح یا جابجایی بودجه عمرانی و رفاهی استان‌ها را پس از تصویب به سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور اعلام می‌نماید.

۳۶ - قانون‌گذار به دلایلی سعی دارد که وظیفه ارزیابی تأثیرات قانون را به صورت بسیار جزئی به نهادهای حاکمیتی و غیرحاکمیتی بسپارد؛ مثلاً در بند «د» ماده (۹۱) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی قانون‌گذار وظیفه ارزیابی پسینی این قانون را به اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران و اتاق تعاون ایران سپرده است. به همین دلیل نهادهای صلاحیت‌دار در زمینه ارزیابی تأثیرات قانون بسیار پراکنده هستند.

۳۷ ماده ۵- معاونت موظف است حداکثر یک سال پس از اجرایی شدن هر قانون گزارشی از نحوه اجرا و موارد ابهام، اجمال، تعارض، نقص و هرگونه ایراد اجرایی آن را به رئیس مجلس؛ دولت، شورای عالی تنقیح و کمیسیون‌های ذی‌ربط مجلس تقدیم و پیشنهاد اصلاحی لازم برای رفع نقایص یاد شده جهت اقدامات قانونی ارائه نماید.

و بانکی مصوب ۱۳۳۹ پیش‌بینی شد (Banei Skoi and Mirzaei, 2020:143).

در ماده (۱۸) قانون پولی و بانکی کشور از جمله وظایفی که برای شورای پول و اعتبار بیان شده است؛ اظهار نظر در مسائل بانکی و پولی و اعتبار کشور و همچنین اظهار نظر نسبت به لوایح مربوط به وام یا تضمین اعتبار و هر موضوع دیگری که از طرف دولت به شورا ارجاع می‌شود و همچنین دادن نظر مشورتی و توصیه به دولت در مسائل بانکی و پولی و اعتباری کشور که به نظر شورا در وضع اقتصادی و به خصوص در سیاست اعتباری کشور مؤثر خواهد بود. علاوه بر این اظهار نظر درباره هر موضوعی که از طرف رئیس کل بانک مرکزی ایران در حدود قانون مذکور به شورا عرضه گردد. با توجه به این وظایف و ظرفیت قانونی که شورای پول و اعتبار از آن برخوردار است می‌توان ادعا نمود شورای پول و اعتبار می‌تواند در عرصه ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصاد ایفای نقش نماید.

علاوه بر نهادهای مذکور، «کمیسیون‌های هیئت دولت^{۳۴}»، «کمیسیون‌های شورای عالی استان‌ها^{۳۵}»، «پژوهشگاه قوه قضاییه»، «مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست‌جمهوری» و برخی نهادهای دیگر نیز دارای صلاحیت ارزیابی تأثیرات قانون هستند^{۳۶}.

۳۴ - بر اساس اصل (۷۴) قانون اساسی دولت نیز حق ابتکار قانون‌گذاری دارد. لوایح دولت در کمیسیون‌های اصلی و فرعی هیئت دولت بررسی کارشناسی شده و به تصویب هیئت وزیران می‌رسد. صلاحیت کمیسیون‌های هیئت دولت در ارزیابی تأثیرات قانون در ماده (۱۵) آیین‌نامه داخلی هیئت دولت مطرح شده است: ماده ۱۵ - دبیر کمیسیون موظف است برای هر یک از موضوع‌هایی که مورد بحث قرار می‌گیرد گزارشی شامل خلاصه مطلب، نظرات دستگاه‌های مورد استعلام، نظر معاونت حقوقی و امور مجلس رئیس‌جمهور و تلفیق نظرات کارشناسی ارائه شده در کمیسیون‌های فرعی را (که مطابق نظر کمیسیون اصلی و به مسئولیت دبیر کمیسیون تشکیل شده است)، تهیه و در جلسه کمیسیون مطرح نماید.

۳۵ - طبق اصل یکصد و دوم شورای عالی استان‌ها در حدود صلاحیت خود اقدام به ارائه طرح می‌نمایند. برای ارائه این طرح‌ها در آیین‌نامه داخلی شورای عالی استان‌ها فرایندی پیش‌بینی شده است. بخشی از این فرایند نوعی ارزیابی تأثیرات قانون محسوب می‌شود. بندهای «۳» و «۵» ماده (۳۲) این آیین‌نامه داخلی بیان می‌دارد:

۳ - چنانچه طرح‌های فوق مربوط به هر یک از وزارتخانه‌ها یا دستگاه‌های اجرایی باشد، یک نسخه از آن برای وزیر یا عالی‌ترین مقام مسئول ارسال و از آن‌ها برای اعلام نظر یا شرکت در جلسه کمیسیون مربوط دعوت می‌شود.

کارشناسی این معاونت بر روی طرح‌ها و لوایح ارزیابی تأثیرات قانون محسوب نمی‌شود؛ چرا که با تعریف ارزیابی پیشینی تطابق ندارد.

دیوان محاسبات کشور

از اختیارات مالی قوه مقننه، نظارت بر اجرای بودجه برای اطمینان از رعایت قوانین و مقررات و اعتبارات مصوب، توسط قوه مجریه است. مجلس برای این کار نیازمند است با دقت و ورود در جزئیات و بر اساس اصول و ضوابط معینی این وظیفه را انجام دهد. لذا برای این منظور گروه مجیز و متخصصی به نمایندگی از قوه مقننه کار نظارت بر اجرای بودجه و قوانین و مقررات مالی و محاسباتی را انجام می‌دهد (Shahbazi, 1994: 143). در واقع وظیفه اصلی دیوان محاسبات پاسداری از بیت‌المال هست که از طریق نظارت بر عملیات و فعالیت‌های کلیه دستگاه‌ها، بررسی و حسابرسی وجوه مصرف شده و تهیه گزارش تفریغ بودجه و تقدیم آن به مجلس صورت می‌گیرد (Hashemi, 2018: 210).

دیوان محاسبات از ظرفیتی برخوردار است که می‌توان از آن به صورت مستقیم در جهت ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصادی استفاده نمود (Sabari, Ali and Tahan Nazif, 2021: 123). با عنایت به اصل (۵۵) قانون اساسی، دیوان محاسبات کشور باید هر ساله بر نحوه اجرای قانون بودجه کشور نظارت کند. مطابق این وظیفه علاوه بر اینکه دیوان محاسبات بررسی می‌کند، هزینه‌ای خارج از اعتبارات مصوب صرف نشده باشد، این فرصت را نیز فراهم می‌کند تا قانون بودجه ارزیابی شود و در گزارشی که دیوان محاسبات باید برای مجلس ارسال کند، میزان موفقیت و نکات مثبت و منفی قانون بودجه را بیان کند. در واقع دیوان محاسبات به نهاد ارزیابی‌کننده تأثیرات قانون بودجه در دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند، مبدل می‌شود. همچنین باید در نظر داشت با توجه به اینکه قانون بودجه از لحاظ حجم و عظمت، بزرگ‌ترین سند مالی و از لحاظ اهمیت، مهم‌ترین عامل مستقل و پویا در اداره عمومی کشور و سطح کلان اقتصادی است (Almasi et al, 2016: 36)، لذا ارزیابی این قانون توسط دیوان محاسبات کشور می‌تواند تأثیر بسیار زیادی در عرصه کلان اقتصاد و مالی کشور داشته باشد. این وظیفه دیوان محاسبات در اصل پنجاه و پنجم تشریح شده است:

«دیوان محاسبات به کلیه حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد. دیوان محاسبات، حساب‌ها و اسناد و مدارک مربوطه را برابر قانون جمع‌آوری و گزارش تفریغ بودجه هر سال را به انضمام نظرات خود به مجلس شورای اسلامی تسلیم می‌نماید. این گزارش باید در دسترس عموم گذاشته شود.»

همان‌طور که در اصل فوق مشاهده می‌شود؛ دیوان محاسبات وظیفه دارد که گزارش تفریغ بودجه را به «انضمام نظرات خود» به مجلس تقدیم نماید. صرف گزارش تفریغ بودجه ارزیابی تأثیرات قانون شناخته نمی‌شود؛ چرا که گزارش تفریغ، نظارت مالی بر اجرای بودجه است و صرفاً حاوی نحوه اجرای قانون بودجه سال گذشته است و به صورت مستقیم بر ارتقای کیفیت قوانین بودجه اثرگذار نیست. در حالی که گزارش ارزیابی تأثیرات قانون بودجه باید بیانگر نتایج و پیامدهای همه جانبه اجرای بودجه مستند به اطلاعات تجربی باشد. با این حال «نظرات دیوان محاسبات» که به انضمام گزارش تفریغ بودجه ارائه می‌شود، می‌تواند حاوی گونه‌ای از ارزیابی تأثیرات قانون باشد. در واقع این موضوع با مطالعه گزارش‌های تفریغ سالانه هم مشهود است. در مقام توصیف وضعیت موجود باید گفت که این نظرات می‌توانند نوعی اظهارنظر کارشناسی و مبتنی بر داده‌های تجربی باشند و موجب افزایش کیفیت قانون بودجه در سال‌های بعد گردند. البته تأکید می‌گردد که بر اساس اصل پنجاه و پنجم قانون اساسی دیوان محاسبات در تمامی انواع و شیوه‌های ارزیابی تأثیرات قانون صلاحیت ندارد؛ بلکه اطلاق عبارت «نظرات دیوان محاسبات» در این اصل می‌تواند باعث «صلاحیت ارزیابی پسینی تأثیرات قانون بودجه» برای این دیوان گردد.

همچنین در ماده (۵) قانون دیوان محاسبات کشور^{۳۸} به این دیوان وظیفه بررسی کاربرد مناسب روش‌ها و دستورالعمل‌های مالی بیان شده در قانون برای دستگاه‌ها، محول شده است. این وظیفه به دیوان محاسبات اجازه می‌دهد که در گزارش تقدیمی خود به مجلس شورای اسلامی به روش‌ها و دستورالعمل‌های ناکارآمد و نقص‌ها و ضعف‌ها اشاره کند تا در صورت لزوم این

^{۳۸} ماده ۵ - بررسی جهت اطمینان از برقراری روش‌ها و دستورالعمل‌های مناسب مالی و کاربرد مؤثر آنها در جهت نیل به اهداف دستگاه‌های مورد رسیدگی.

(9: Taghizadeh et al, 2013). لذا با توجه به ویژگی‌هایی که قوانین آزمایشی دارند و از آنجا که این قوانین در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی شده است، این امکان وجود دارد که در زمان اجرای قوانین آزمایشی، دولت و مجلس توسط کمیسیون‌های خود تأثیر این قوانین را مورد ارزیابی قرار دهند و از این فرایند به عنوان یک ظرفیت مناسب در جهت تحقق ارزیابی تأثیرات قانون استفاده نمود.

سازمان بازرسی کل کشور

از مهم‌ترین اهداف و وظایف سازمان بازرسی کل کشور تضمین نظام شایسته‌سالاری در نظام اداری است. سازمان بازرسی کل کشور از طریق وظیفه نظارت بر حسن اجرای قوانین که بر عهده قوه قضاییه است، می‌تواند نظام شایسته‌سالاری در نظام اداری را تضمین کند (Mehralian, 2016: 110). سازمان بازرسی کل کشور برای انجام وظایف خود می‌تواند از قضات و اشخاص صاحب صلاحیت و متخصصان هر رشته به طور دائم یا موقت استفاده کند (Emami and Ostovar Sangri, 2012: 147). سازمان بازرسی کل کشور مطابق اصل (۱۷۴) قانون اساسی^{۴۳} وظیفه نظارت بر حسن اجرای قوانین را بر عهده دارد و با توجه به بند «ج» ماده (۲) قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور^{۴۴}، این سازمان وظیفه اعلام موارد تخلف و نارسایی‌ها و سوء جریان‌های اداری و مالی در خصوص سازمان‌های مذکور در این بند را بر عهده دارد. با توجه به موارد مذکور می‌توان استفاده نمود که سازمان بازرسی کل کشور در هنگام بازرسی و نظارت موظف است به جمع‌آوری اطلاعات و تجزیه و تحلیل اقدامات دستگاه‌های مشمول قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور بپردازد و بررسی نماید که «آیا دستگاه‌ها تکالیف قانونی خود را انجام داده‌اند یا خیر؟». لذا علاوه بر اینکه سازمان بازرسی کل کشور به حسن

روش‌ها و دستورالعمل‌ها اصلاح شوند. دیوان محاسبات زمانی می‌تواند این وظیفه را انجام دهد که ارزیابی مناسبی از روش‌ها و دستورالعمل‌های مالی داشته باشد و یکی از طرق دستیابی به آن، ارزیابی پسینی اجرای قانون در این زمینه می‌تواند باشد.

قوانین آزمایشی

در تعریف قانون آزمایشی می‌توان گفت؛ قانونی است که به منظور سنجش نتایج و میزان کارآمدی قانون و توانایی آن در رسیدن به اهداف مورد نظر، به طور موقت و برای دوره‌ای مشخص به اجرا در می‌آید. این دسته از قوانین در اروپا اصطلاحاً سان‌ست^{۴۵} نامیده می‌شوند (Abdullahzadeh Shahrabaki, 2019: 764). قوانین آزمایشی مبین آزمون و خطا در امر قانون‌گذاری هستند (Mansourian and Agha, 2017: 366) و از جمله ویژگی‌های این نوع از قوانین این است که از نظر زمانی محدودند، اهداف آن‌ها به روشنی بیان می‌شود و معیارهای ارزیابی این نوع قوانین نیز بیان می‌شود^{۴۶} (Madder, 2011: 212-213). با توجه به ویژگی‌هایی که ذکر گردید، قوانین آزمایشی برای فرایند ارزیابی تأثیرات قانون مناسب هستند؛ زیرا این قوانین برای یک دوره محدود زمانی تصویب می‌شوند تا در این بازه زمانی بررسی شود که آیا این قوانین می‌توانند اهداف تعیین شده توسط قانون‌گذار را تأمین کنند.

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، تصویب قوانین آزمایشی در اصل (۸۵) قانون اساسی^{۴۷} و ماده (۱۶۳) قانون آیین‌نامه داخلی^{۴۸} پیش‌بینی شده است. اجرای قوانین آزمایشی در مدت تعیین شده، جنبه ارزیابی دارد. قوانین آزمایشی اجرا می‌شوند تا در عمل وضعیت و میزان موفقیت و مفید بودن آن‌ها مشخص گردد و پس از آن در صورت لزوم به تصویب نهایی مجلس برسند

39 Sunset

^{۴۰} بیان اهداف و معیار ارزیابی قانون ویژگی منحصر به فرد قوانین آزمایشی نیست و در سایر قوانین نیز باید رعایت گردد.

^{۴۱} اصل ۸۵- مجلس در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند، در این صورت این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می‌نماید به صورت آزمایشی اجرا می‌شود و تصویب نهایی آن‌ها با مجلس خواهد بود

^{۴۲} ماده ۱۶۳- در مواردی که مجلس ضروری تشخیص دهد، طبق اصل هشتاد و پنجم (۸۵) قانون اساسی اختیار تصویب آزمایشی بعضی از قوانین را که جنبه دائمی دارند به کمیسیون‌های خود و تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را به کمیسیون‌های خود یا به دولت تفویض می‌کند.

^{۴۳} اصل یکصد و هفتاد و چهارم: بر اساس حق نظارت قوه قضائیه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری سازمانی به نام "سازمان بازرسی کل کشور" زیر نظر رئیس قوه قضائیه تشکیل می‌گردد. حدود اختیارات و وظایف این سازمان را قانون تعیین می‌کند.

^{۴۴} بند ج ماده ۲- اعلام موارد تخلف و نارسایی‌ها و سوء جریان‌های اداری و مالی در خصوص وزارتخانه‌ها و نهادهای انقلاب اسلامی و بنیادها به رئیس‌جمهور و در خصوص مؤسسات و شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت به وزیر ذی‌ربط و در مورد شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به وزیر کشور و در خصوص مؤسسات غیردولتی کمک بگیر از دولت به وزیر ذی‌ربط و در خصوص سوء جریان‌های اداری و مالی مراجع قضایی و واحدهای تابعه دادگستری به رئیس قوه قضائیه و در موارد ارجاعی کمیسیون اصل نود (۹۰) قانون اساسی نتیجه بازرسی به آن کمیسیون اعلام خواهد شد.

نظر می‌رسد که این اختلاف نظر در میان حقوقدانان ناشی از عدم دقت در هدف نظارت در سازمان بازرسی است. هنگامی که نظارت برای کشف تخلفات باشد؛ ناظر، محتوای قانون را لازم‌الاجرا می‌داند و در نتیجه هرگونه انحراف از این هنجار را تخلف و جرم می‌شمارد. در مقابل اگر نظارت بر اجرای قانون با هدف ارزیابی تأثیرات صورت پذیرد؛ ناظر، به دنبال شناسایی مجرمین و متخلفین نیست؛ بلکه او سعی می‌کند با در نظر گرفتن اهداف وضع قانون، وضعیت موجود را با آن اهداف مقایسه کند تا اشکالات محتوایی قانون شناسایی شود. با این توضیح روشن گردید که صلاحیت اصلی سازمان بازرسی کل کشور ارزیابی تأثیرات قانون نیست؛ اگرچه این سازمان به صورت فرعی و تبعی همانند سایر نهادها نسبت به موضوع فعالیت خودش امکان ارزیابی تأثیرات قانون را نیز دارد و از این ظرفیت در جهت ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصاد می‌توان بهره برد.

هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار

هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار مانند هر نهاد دیگر از بدو شکل‌گیری، به لحاظ ترکیب، اختیارات و کارکرد تحولاتی داشته است؛ اما به موجب قانون‌گذاری‌های مکرر در بازه زمانی سال ۱۳۸۷ تا سال ۱۳۹۹ هیئت مذکور دچار تحولاتی زود هنگام شده است (Markzmalimi, 2018: 13). از جمله مهم‌ترین وظایفی که هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار بر اساس تبصره «۳» ماده (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) دارد؛ عبارت است از اینکه این هیئت موظف

اجرای قوانین اطلاع پیدا می‌کند، در هنگام تجزیه و تحلیل در صورتی که در تکالیف قانونی که برای دستگاه‌ها وضع شده باشد نیز نارسایی و ضعفی وجود داشته باشد، این سازمان از آن مطلع خواهد شد. سازمان بازرسی کل کشور می‌تواند ضعف‌ها و نارسایی قوانین و مقررات را در اختیار نهادهای مقررگذار قرار دهد و این ضعف‌ها و نارسایی‌ها در قوانین در واقع اطلاعاتی است که بر اساس ارزیابی تأثیرات قانون در دستگاه‌های مشمول بازرسی و نظارت سازمان بازرسی کل کشور به دست آمده است.

در اینجا لازم به ذکر است که نگارنده معتقد است صلاحیت اصلی سازمان بازرسی کل کشور ارزیابی تأثیرات قوانین نیست. این در حالی است که ممکن است برخی حقوق‌دانان با استناد به وظیفه «نظارت بر حسن اجرای قوانین» مذکور در قانون اساسی معتقد باشند که این سازمان صلاحیت ارزیابی تأثیرات قانون را دارد. برای رد استدلال این گروه باید این‌گونه توضیح داد که وفق اصل (۱۷۴) قانون اساسی سازمان بازرسی کل کشور وظیفه نظارت بر حسن اجرای قوانین را دارد.

بنابراین از آنجا که سازمان بازرسی بر اساس حق نظارت قوه قضایی تشکیل شده است؛ از این رو وظیفه آن صرفاً نظارت است. در واقع بر اساس ماده (۲) قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور، این سازمان حسن اجرای قوانین را در کشور رصد می‌نماید و در صورت مشاهده تخلف و نارسایی‌های جریان‌های اداری و مالی آن را به مقامات ذی‌صلاح گزارش می‌نماید؛ بنابراین نتیجه اصلی رصد و نظارت این سازمان برای افزایش کیفیت قانون‌گذاری از طریق نظرات کارشناسی و اطلاعات تجربی استفاده نمی‌گردد. به

^{۴۵} اصل ۱۷۴: بر اساس حق نظارت قوه قضائیه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری سازمانی به نام «سازمان بازرسی کل کشور» زیر نظر رئیس قوه قضائیه تشکیل می‌گردد. حدود اختیارات و وظایف این سازمان را قانون تعیین می‌کند.

^{۴۶} تبصره ۳ - کلیه مراجع صادرکننده مجوز موظفند ظرف مدت چهارماه پس از لازم‌الاجراء شدن این قانون، نسبت به اظهار عنوان و تکمیل شناسنامه صدور، تمدید، اصلاح و لغو مجوزها بر اساس استاندارد تعیین شده طبق ضوابط قانونی توسط هیأت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب و کار بر روی درگاه ملی مجوزهای کشور به صورت الکترونیکی اقدام کنند.

در صورت عدم اظهار و ثبت و تکمیل اطلاعات موضوع این ماده بر روی درگاه مذکور در مهلت زمانی تعیین شده، الزام اشخاص به اخذ مجوزی که اطلاعات آن در این درگاه ثبت نشده، ممنوع است و بالاترین مقام دستگاه اجرائی یا مرجع صادرکننده مجوز و یا مقامات و مدیران مجاز از طرف وی مسؤول حسن اجرای این ماده هستند.

هیأت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب و کار موظف است پس از بارگذاری اطلاعات مربوط به مجوزها توسط مراجع صادرکننده مجوز، ظرف مدت شش‌ماه نسبت به تعیین سقف زمانی صدور مجوز در هر کسب و کار و شرایط و مراحل صدور مجوز اقدام و در درگاه ملی مجوزهای کشور منتشر نماید.

این هیأت هر ماه حداقل یک‌بار به ریاست وزیر امور اقتصادی و دارایی و با حضور دادستان کل کشور، رئیس سازمان بازرسی کل کشور، رئیس دیوان محاسبات کشور یا نمایندگان تام‌الاختیار آنان، دو نماینده مجلس شورای اسلامی، رئیس اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، رئیس اتاق تعاون مرکزی ایران، رئیس اتاق اصناف ایران و حسب مورد نماینده دستگاه اجرائی ذی‌ربط موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده (۵) قانون محاسبات عمومی کشور و دارندگان ردیف و عنوان در قانون بودجه سنواتی مربوط، تشکیل می‌شود.

این هیأت موظف است حداکثر تا مدت سه‌ماه پس از ابلاغ این قانون، شرایط و مراحل صدور مجوزهای کسب و کار در مقررات، بخشنامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و مانند اینها را به نحوی تسهیل و تسریع نماید و هزینه‌های آن را به نحوی تقلیل دهد

عبارت‌پردازی نادرست و عدم تعیین ضمانت اجرا از جمله عواملی هستند که باعث ایجاد «دسترسی ضعیف به منابع آماری موجود»، «مشارکت گزینشی ذی‌نفعان و صاحب‌نظران»، «نگارش نامناسب قوانین»، «عدم ارائه سنجه در قوانین برای ارزیابی تأثیرات آن»، «عدم تعیین دقیق نهاد مجری»، «گزینش اقتضائی قوانین برای ارزیابی پسینی»، «توجه نامتوازن معاونت‌های مرکز پژوهش‌ها به ارزیابی پسینی»، «اتخاذ معیارهای اشتباه در انتخاب موضوعات ارزیابی»، «کم توجهی در به روزرسانی و پیگیری ارزیابی‌های سابق»، «نظارت ناکارآمد مجلس شورای اسلامی بر اجرای قوانین»، «بالفعل نشدن صلاحیت قانونی ارزیابی پسینی»، «افراط در پاسخگویی به مسائل جاری و غفلت از آینده‌پژوهی» شده‌اند. تمامی موارد مذکور از جمله آسیب‌های هنجاری و مشترک ارزیابی تأثیرات قانون هستند که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم مؤثر بوده‌اند. در کنار آسیب‌های هنجاری، آسیب‌های رویه‌ای نیز بر فرایند ارزیابی پیشینی و پسینی تأثیرات قانون مؤثر بوده است. این آسیب‌ها عبارت‌اند از «عدم اعتبار سنجی داده‌ها»، «انتشار نامنظم گزارش‌های ارزیابی»، «عدم رویه‌سازی در انتخاب ساختار گزارش‌های ارزیابی»، «عدم ابتناء ارزیابی‌ها بر داده‌های تجربی»، «عدم لایحه‌محوری در تصویب قوانین»، «وجود موقعیت تعارض منافع در تصمیم‌گیری‌های تقنینی»، «نهادینه نشدن تشکیل سازمان‌های مردم نهاد و صنفی»، «عدم احساس نیاز به ارزیابی تأثیرات قوانین» و «نبود انگیزه نیروی انسانی در تهیه گزارش‌های ارزیابی تأثیرات قانون». به عبارت بهتر در هیچ یک از این نهادها دستورالعمل (یا چک لیست) مدونی برای فرایند تهیه گزارش ارزیابی پیشینی و پسینی تأثیرات قانون وجود ندارد و فرایندهای موجود نیز ناکارآمد هستند (Makaram, 2021). علاوه بر این در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران یکی از مهم‌ترین آسیب‌هایی که در زمینه ارزیابی تأثیرات پیشینی و پسینی قانون قابل مشاهده

است؛ شرایط و مراحل صدور مجوزهای کسب‌وکار در مقررات، بخشنامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و مانند این‌ها را به نحوی تسهیل و تسریع نماید و هزینه‌های آن را به نحوی تقلیل دهد که صدور مجوز کسب‌وکار در کشور با حداقل هزینه و مراحل آن ترجیحاً به صورت آنی و غیرحضوری و راه‌اندازی کسب‌وکار در کمترین زمان ممکن صورت پذیرد. علاوه بر این، هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار موظف است؛ پیشنهادها را برای اصلاح قوانین تهیه و به مراجع مربوطه ارائه کند. لذا مقررات و قوانینی که مربوط به صدور مجوزهای کسب‌وکار است، توسط این هیئت باید بررسی شود و در صورت نیاز به اصلاح قوانین و مقررات، مراتب به مراجع مربوط اطلاع داده شود. اگرچه هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار در رویه عملی ضعف‌هایی داشته است؛ اما می‌توان ادعا نمود که این نهاد در ساختار جمهوری اسلامی ایران در یک بخش حوزه اقتصاد یعنی در محدوده صدور مجوزها و کسب‌وکار می‌تواند در فرایند ارزیابی تأثیرات قوانین به صورت مستقیم مؤثر باشد.

آسیب‌شناسی و ارائه راهکار

به طور کلی فرایند ارزیابی تأثیرات قانون در ایران آسیب‌هایی دارد. برخی از این آسیب‌ها در «تمامی» نهادهای فعال در این زمینه وجود دارد و برخی دیگر «مختص» برخی از نهادهاست. در این متن به چند آسیب فراگیر از منظر حقوقی اشاره می‌گردد. پرواضح است که فرایند ارزیابی تأثیرات قانون می‌تواند آسیب‌های غیرحقوقی اعم از آسیب‌های فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و غیره نیز داشته باشد که لازم است در نوشتار دیگری به آن پرداخته شود. این موارد را می‌توان در ذیل آسیب‌های هنجاری و آسیب‌های رویه‌ای تقسیم بندی کرد. آسیب‌های هنجاری مشترک عمدتاً ناشی از قانون آیین‌نامه داخلی مجلس است. در مورد خلأ هنجاری باید گفت که، نقص در موضوع احکام قوانین،

که صدور مجوز کسب و کار در کشور با حداقل هزینه و مراحل آن ترجیحاً به صورت آنی و غیرحضوری و راه‌اندازی آن کسب و کار در کمترین زمان ممکن صورت پذیرد.

مصوبات هیأت مذکور درمورد بخشنامه‌ها، دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌ها پس از تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی و درمورد تصویب‌نامه‌های هیأت وزیران پس از تأیید هیأت وزیران برای کلیه مراجع صدور مجوزهای کسب و کار و کلیه دستگاه‌ها و نهادها که در صدور مجوزهای کسب و کار نقش دارند لازم‌الاجراء می‌باشد.

فعالیت این هیأت پس از انجام تکالیف مذکور نیز استمرار یافته و در صورتی که تحقق این اهداف به اصلاح قوانین نیاز داشته باشد، هیأت مذکور موظف است پیشنهادها را برای اصلاح قوانین تهیه و به مراجع مربوطه ارائه کند.

- ۱- در مواردی که تصمیمات هیأت مقررات‌زدایی در جهت بهبود محیط کسب و کار و تسهیل صدور مجوزها، نیازمند تصویب هیأت وزیران است، وزیر امور اقتصادی و دارایی موظف است ظرف مدت دوهفته، تصمیمات هیأت را برای هیأت وزیران ارسال کند. هیأت وزیران موظف است پیشنهادها را برای هیأت را حداکثر ظرف مدت چهار و پنج روز رسیدگی و نسبت به آنها تصمیم‌گیری کند.
- ۲- دبیرخانه هیأت مستقر در وزارت امور اقتصادی و دارایی (مرکز ملی مطالعات، پایش و بهبود محیط کسب و کار) است. دبیر هیأت از بین افراد مورد وثوق و امین به انتخاب و حکم وزیر امور اقتصادی و دارایی منصوب می‌شود.

در نظام حقوقی ایران تصریحی در نهادهای صلاحیت‌دار ارزیابی تأثیرات قانون وجود ندارد. با این حال با عنایت به مفهوم ارزیابی تأثیرات قانون، می‌توان نهادهای متعددی را یافت که صلاحیت اصلی در این زمینه به ویژه در حوزه اقتصادی دارند. کمیسیون‌های مجلس شورای اسلامی، وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان برنامه و بودجه، مرکز پژوهش‌های مجلس، تشکلهای اقتصادی و فعالان بخش خصوصی و سازمان امور مالیاتی کشور از جمله ظرفیت‌های بالقوه نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران هستند که از صلاحیت ارزیابی تأثیرات قانون به صورت پیشینی و پسینی برخوردار هستند. معاونت قوانین مجلس، دیوان محاسبات کشور، قوانین آزمایشی، سازمان بازرسی کل کشور و هیئت مقررات زدایی و بهبود محیط کسب و کار نیز ظرفیت‌های بالقوه نظام حقوقی کشور هستند که می‌توان از آن‌ها در جهت ارزیابی تأثیرات پسینی قوانین بهره برد. باوجود این با توجه به اینکه چنین نهادهایی دارای صلاحیت بالقوه در این زمینه هستند اما الزاماً در رویه فعلی آن‌ها ارزیابی تأثیرات قانون انجام نمی‌شود.

با تحلیل اسناد حقوقی مشخص گردید قانون‌گذار سعی نموده است که وظیفه ارزیابی تأثیرات قانون را به صورت غیرصریح و بسیار جزئی به نهادهای حاکمیتی و غیرحاکمیتی بسپارد. همین عدم تصریح به ارزیابی تأثیرات قانون به صورت مستقیم و پراکندگی در اعطاء اختیارات در زمینه ارزیابی تأثیرات قانون منجر شده است که ارزیابی تأثیرات قانون در نظام حقوقی ایران به خوبی تحقق نیابد. لذا ضمن تصریح به وظیفه ارزیابی تأثیرات قانون برای برخی از نهادها، بهتر است نهادهایی که در این زمینه باید نقش فعال‌تری داشته باشند به عنوان نهادهای اصلی ارزیابی تأثیرات قانون مشخص گردند و مانع پراکندگی در اعطاء اختیارات در این زمینه گردند.

است، نبود یک سند حقوقی که در آن ساز و کار واحد و منسجمی به منظور ارزیابی تأثیرات قانون پیش‌بینی شده باشد. همین خلأ منجر به این شده است که با وجود اینکه ظرفیت‌هایی که در نهادها و ساختارهای حقوقی جمهوری اسلامی ایران برای تحقق ارزیابی تأثیرات قانون با استفاده از قوانین پراکنده وجود دارد، نتواند مفید واقع شود.

برای ارتقای ارزیابی تأثیرات قانون شایسته است که «دسترسی مرکز پژوهش‌ها به آمار و اطلاعات» تقویت گردد. همچنین «گفت‌وگو میان ذی‌نفعان در مورد طرح‌ها و لوایح» افزایش یابد. همچنین به منظور رفع مهم‌ترین آسیب در این حوزه پیشنهاد می‌گردد؛ یک سند حقوقی با عنوان راهنمای ارزیابی تأثیرات قانون در ایران تنظیم شود و در این سند از تجربه دیگر کشورها و اتحادیه اروپا برای تنظیم راهنمای ارزیابی تأثیرات قانون استفاده نمود. اما باید دقت داشت که این سند نمی‌تواند الگویی کاملاً تقلیدی باشد؛ بلکه باید با توجه به ساختار حقوقی جمهوری اسلامی ایران تنظیم شود. علاوه بر این برای اینکه ارزیابی تأثیرات قانون در حوزه اقتصاد در ایران تحقق یابد، پیشنهاد می‌شود که برای قوانینی که در این حوزه تصویب می‌شود، اهداف پیش از تصویب معین شده باشند تا بدین وسیله معیاری برای ارزیابی تأثیرات قانون داشت. همچنین برای تصویب قوانین در این حوزه از مشاوره با ذینفعان استفاده نمود و برخی از تشکلهای اقتصادی و فعالان بخش خصوصی و دستگاه‌های دولتی مربوط را ملزم به ارائه گزارش ارزیابی تأثیرات قانون به کمیسیون‌ها و مجلس نمود. در پایان نیز پیشنهاد می‌شود که کمیسیون‌های مجلس شورای اسلامی و صحن علنی مجلس در هنگام بررسی طرح و لایحه باید ملزم به در نظر گرفتن گزارش‌های ارزیابی تأثیرات قانون باشند.

نتیجه‌گیری

ارزیابی تأثیرات قانون یک فرایند قابل اتکا از طریق روش‌های تجربی است که کیفیت قانونگذاری را افزایش می‌شود.

References

- [1] Abdullahzadeh Shahrabaki, Azadeh. (2019), methods of improving the quality of laws, *Public Law Studies Quarterly*, Volume 50, Number 2, pp. 757-770. (In Persian).
- [2] Almasi, Hassan et al. (2016), review of the budget deduction report of the State Court of Accounts in the implementation of monitoring the financial performance of the government and the effectiveness of annual budgets, *Audit Knowledge*, year 16, number 63, pp. 35-61. (In Persian).
- [3] Banai Eskoui, Majid and Mirzaei, Vida. The status and legal scope of the approvals of the Money and Credit Council, *Public Law Research Quarterly*, Volume 21, Number 66. (In Persian).
- [4] Banshi, Nematullah. (2014), Pathology of the Budget System in the Islamic Republic of Iran with Emphasis on the 9th and 10th Governments, (Master's Thesis), Marvdasht: Islamic Azad University, Faculty of Basic Sciences, Department of Law. (In Persian).
- [5] Emami, Mohammad and Ostovar Sangri, Korosh. (2012), *Administrative Law*, Tehran: Mizan Publishing House, first volume, 16th edition. (In Persian).
- [6] Faradi, Masoud. (2010), *legal mechanism for evaluating the effects of regulation in Iran's legal system*, Tehran: Vice-Chancellor of Research, Education and Citizenship Rights, first edition. (In Persian).
- [7] GhaziShariatpanahi, Abulfazl. (2004), *Constitutional Rights and Political Institutions*, Tehran: Mizan Publishing House, 12th edition. (In Persian).
- [8] Ghofrani, Fahima and Shokohi, Akbar. (2016), the development process of the structures of the Majlis Commission (from 1285 until now), Islamic Council Research Center (Social Studies Office), serial number 15757. (In Persian).
- [9] Group of experts. (2011), Budget and Budgeting Law Draft (1st Edition), Islamic Council Research Center, Program and Budget Studies Office (Budget Group), serial number 10907. (In Persian).
- [10] Habibnejad, Seyyed Ahmad. (2016), review of legislative initiative by parliamentarians regarding the seventy-fifth article of the constitution, *Public Law Research Quarterly*, year 18, number 54, pp. 247-264. (In Persian).
- [11] Hashemi, Seyyed Mohammad. (2018), *Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Mizan, Volume II, 25th edition. (In Persian).
- [12] Kirkpatrick, Colin; Parker, David. (2016), *evaluating the effects of regulation towards better regulation (collection of articles)*, translated by Bagher Ansari et al., Tehran: Khorsandi, first edition. (In Persian).
- [13] Ladgar, Peter. (2016), "Investigation of the quality and performance of the assessment of regulatory effects", an article in the book: *Evaluation of regulatory effects; Toward better regulation (collection of articles)*, translated by Fazel Ameri, Tehran: Khorsandi, second edition. (In Persian).
- [14] Madder, Louis. (2011), *impact assessment: towards the qualitative improvement of legislation*, "Speech in Law and Legislation: A Collection of Articles", written and translated by Hasan Vakilian, edited by Ahmed Marzhanmalmiri, Tehran: Islamic Council Research Center, first edition, pp. 306-321. (In Persian).
- [15] Makaram, Ruhollah. (2021), the pathology of ex ante and ex ante evaluation of the effects of laws based on appropriate evaluation indicators in Iran's legal system; A case study of the Research Center of the Islamic Council, Master's thesis, Imam Sadiq University. (In Persian).
- [16] Mansourian, Naser Ali and Agha, Vahid. (2017), The Place of Trial Laws in Iran's Public Law, *Journal of Legal Research*, No. 55, pp. 365-434. (In Persian).
- [17] Markzmalmiri, Ahmed. (2016), the concept of cumbersome regulations and the explanation of its effects on the business environment, *Majlis and Strategy Quarterly*, 23, No. 87, pp. 200-163. (In Persian).
- [18] Markzmalmiri, Ahmed. (2018), Obstacles to Facilitate the Issuance of Business Licenses in Iran: Monitoring Report of the Deregulation and Facilitation of Business Licensing Board, *Research Center of the Islamic Council (Economic Studies Office of the Competition Regulation and Business Environment Group)*, serial number 16460. (In Persian).
- [19] Markzmalmiri, Ahmed. (2021), Considerations in carrying out the process of evaluating the previous effects of the law in Iran, *Administrative Law Quarterly*, Year 8, Number 26, pp. 195-217. (In Persian).
- [20] Mehralian, Ardeshtir. (2016), the reconciliation of the country's inspection organization with the institution of ombudsman and its similar institutions, *National Research Monthly*, Volume 2, Number 17, pp. 105-119. (In Persian).

- [21] Nasiri-Aghdam, Ali and Mortazavifar, Zainab. (2017), The role of private sector organizations in the regulation of economic affairs: Pathology of the past and future path, *Majlis and Strategy Quarterly*, Year 18, Number 68, pp. 185-220. (In Persian).
- [22] Natiqnouri, Ali Akbar. (2014), *four conferences on the role of research in the legislative process at a glance (series of lectures)*, Tehran: Islamic Council Research Center, first edition. (In Persian).
- [23] Nejad Khalili, Mahdi and Hosseini, Seyed Hossein. (2013), the structure of the Islamic Council (2), the evolution of the commissions from the first to the ninth round of the Islamic Council, *the Research Center of the Islamic Council (Department of Political Studies)*, serial number 13697. (In Persian).
- [24] Saberi, Ali and Tahan Nazif, Hadi. (2021), Islamic Consultative Assembly & the Necessity of Regulatory Impact Assessment in the Legislative Stage, *knowledge of public law*, 10th year, number 34. (In Persian).
- [25] Shahbazi, Khairullah. (1994), a survey of the legal developments of the Court of Accounts from the beginning until today, *Assembly and research*, number 13. (In Persian).
- [26] Taghizadeh, Javad et al. (2013), a reflection on the delegation of legislative authority in the opinions of the Guardian Council, *Knowledge Quarterly of Public Law*, Year 3, Number 7, pp. 1-26. (In Persian).



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 57-79

The Role of Transparency in Preventing Economic Crimes

M. Sadeghnejad Naeini¹ 

1-Associate Professor, Department of Law, University of Hakim Sabzevari, Khorasan Razavi, Iran
(*- Corresponding Author Email: m.sadeghnejad@hsu.ac.ir)

Received: 15 May 2024
Revised: 22 June 2024
Accepted: 7 August 2024
Available Online: 7 August 2024

How to cite this article:

Sadeghnejad Naeini, M. (2024). The role of transparency in preventing economic crimes *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 57-79.
(in Persian with English abstract)
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.86561.1346>

1- INTRODUCTION

One of the most important ways to prevent economic crimes is to make the economic system transparent and to institutionalize the issue of transparency. There have been many and varied definitions of transparency, which is the result of the taste, understanding and expertise of the providers of the definitions. Because transparency has been considered in various political, economic and administrative matters by researchers, and each of these scientists has defined this principle based on their expertise and field of study. Transparency in this article means economic and financial transparency in its different dimensions. As one of the most important issues in the world's economic environment is the transparency of information. Assets and information of people, companies, capitalists, statesmen, various economic actors, including merchants and manufacturers, information on land and housing, domestic production, and the amount and items of import and export are all at the disposal of governments. With this information, governments are able to plan economically and control the economy, or in the other word govern. The principle of transparency plays a key and fundamental role in the prevention of economic crimes, and in fact, it is one of the examples of situational and postural preventive measures that cause the grounds for committing crimes to disappear or decrease.

2- PURPOSE

Transparency and information, processes, issues and subject's disclosure regardless of whether the system of investigation and follow-up of regulatory and judicial institutions is focused on it or not, have strengthened the sense of being seen and being monitored in the custodians and supervisors of different positions of the governance system and The improvement of decision-making processes, the strengthening of disciplinary mechanisms, and the prevention of violations and crimes will be accomplished automatically and in this regard, it is consider as one of the significant solutions to prevent corruption and inefficiency. The main question of this article is what is the role and contribution of transparency in the prevention of economic crimes and whether this approach is efficient and effective in Iran's economic and criminal justice system.

In light of the main question of research, the mechanisms and functions of transparency in preventing economic crimes have been studied. It is worth mentioning that in this article, special attention has been paid to corporate crimes as one of the obvious examples of economic crimes.



3- METHODOLOGY

This article will examine and analyze the role of transparency in preventing economic crimes through an interpretive analytical method. Referring to foreign and Persian books and articles, laws, regulations, bills and international documents, as well as referring to electronic resources and using computerized research, have been tools for gathering information.

4- FINDINGS

According to the definitions presented and the examination of various domestic and foreign sources, it seems that transparency in economic and commercial affairs should be defined as follows: Extensive access to pertinent and reliable information about periodic performance, financial position, investment opportunities, corporate governance, and subsidiary risk in such a way that firstly, commercial companies should be obliged to disclose and clarify information and make it available to all stakeholders, according to applicable laws, and secondly, this disclosure of information should facilitate the process of evaluating the performance of companies and their accountability. Thus, in this definition and other definitions provided, transparency is completely intertwined with information disclosure, so that it can be said that the common denominator of all definitions of transparency is the quality of output information. In this regard, some experts have openly admitted that the exact meaning of the two mentioned terms (transparency and disclosure of information) is not very clear in the existing literature, and therefore, there is no clear distinction between the two. The findings indicate that improving this index will reduce the chances of committing crimes and will lead to Public monitoring and trust in the government and will strengthen the participation of all (people and the government) to confront corruption. The principle of transparency plays a crucial and effective role in preventing economic crimes, as previously mentioned, in other words transparency stands out among all the models presented to deal with corruption. This prominence is so substantial that in all the sources and literature of this field, transparency is considered to be the most powerful enemy of corruption and a key element to ensure the success of anti-corruption strategies and investigations, have been implemented. Situational prevention of economic crimes is based on the main model of this type of prevention, which is, preventing the formation of suitable situations and opportunities for criminals. Therefore, if significant information related to the issues that lead to the perpetration of such crimes are made available to the public, the chances of committing a crime will be practically eliminated. In this way, the component of accountability is related to access to information and in interaction with transparency, so that on the one hand, transparency leads to accountability, and on the other hand, one of the mechanisms of establishing transparency is the obligation to respond. Therefore, transparency establishes and strengthens the rule of law, which is an essential tool for equal and fair economic competition and ultimately leads to the reduction of economic crimes. As "Max Weber" also believes, in a society where there is a possibility of competition, the rule of general laws is necessary, because it is assumed that such a society consists of a large number of investors who, are more or less equals in terms of economic power. Transparency in commercial and economic affairs does not arise by itself, but measures are necessary to be taken place in order to achieve the context of its creation and establishment. In this regard, tools and methods can be exploited to create transparency. That is to say, establishing the principle of transparency as one of the beneficial tools to prevent economic crimes requires the existence of mechanisms, the most important of which are the elimination of conflicts of personal and professional interests, the obligation to declare property and assets, and the creation of a financial intelligence unit. Conflict of interest is considered as one of the situational measures in this sense that since it is about people who have passed their stages of growth and socialization, therefore the application of social prevention measures cannot be justified in their case. To resolve conflicts of interest, the focus should be on the victim and the circumstances that contributed to the crime, rather than on the individual and their inner characteristics means by applying preventive measures, we will remove the attraction of committing economic crimes and limit the opportunities to perpetrate crimes. This statement implies that conflicts of interest can be resolved through situational and postural solutions. The obligation to declare the properties and assets of officials and high-ranking employees is one of the methods of preventing economic corruption and the criterion for increasing the level of accountability. This is also foreseen in Article 8 of the United Nations Convention against Corruption. In domestic law, principle 142 of the Constitution and Article 1 of the law related to dealing with the assets of ministers and government employees, both national and military, municipalities and their affiliated institutions, approved in 1337, deal with this issue. In the past few years, efforts have been made to pass a law on this issue by the parliament and the government. Including the bill to deal with the property of the officials of the Islamic Republic of Iran system enacted in 1386, which was approved by the parliament, but it faced objections from the Guardian Council and was referred to the

Expediency Discernment Council and finally in 1394 with amendments by the expediency council was approved and notified. The preventive function of creating a financial information unit is to enable the General economic activists to access the financial information of commercial companies as well as the financial information of the government, as one of the critical components of financial transparency. In this regard, the comprehensiveness of the information, its relevance and quality, as well as the requirement to publish them, are of great importance. The preventive role of creating a financial intelligence unit is to the extent that it is mentioned in Article 58 of the Law of Accession of the Government of the Islamic Republic of Iran to the United Nations Convention against Corruption approved in 1387. This article stipulates as follows: "States Parties shall cooperate with one another for the purpose of preventing and combating the transfer of proceeds of offences established in accordance with this Convention and of promoting ways and means of recovering such proceeds and, to that end, shall consider establishing a financial intelligence unit to be responsible for receiving, analyzing and disseminating to the competent authorities reports of suspicious financial transactions." Also, in Article 7 of the Anti-Smuggling of Goods and Currency Law approved in 1392, the legislator has assigned duties to the relevant institutions in order to prevent and control the market of illegal currency exchanges. One of these requirements, which is aimed at clarifying foreign exchange activities, is to create a financial intelligence unit for exchanges and monitor and evaluate their activities.

5- CONCLUSION

The role of transparency in the prevention of economic crimes is very Essential and undeniable, however, there are obstacles that need to be taken into account such as the issue of protecting trade secrets or sanctions, which is very evident in Iran's economic system. The conflict between the principle of transparency and the principle of protecting trade secrets is similar to the conflict between two models of fair trial and the criminal model. It is also feasible to take a differential approach, with the guiding principles being confidentiality in certain situations and transparency in others. Although, transparency should be the principle in all economic matters, we should not ignore the fact that in some commercial matters, in order to preserve the intellectual rights of creators while also observing commercial justice (such as preserving trademarks or industrial and manufacturing formulas), the principle must be based on keep secrets. In other words, as to combine the two criminal models and a fair trial, the laws and judicial procedures of the countries adopt and apply different criminal policies according to the typology of criminals, victims, and crimes; for example, against terrorist criminals, economic criminals, or globalized crimes, the crime control model means strictness and increasing the authority of the officers, expediting trials, determination, and execution punishment prevails. In contrast to other crimes and criminals, such as criminals without a record or juvenile delinquents, criminal policy is justice-oriented; we should also adopt this differential approach regarding the principle of transparency and the principle of protecting commercial secrets. Undoubtedly, by making the economic environment healthy and eliminating the hidden grounds predisposing to crimes that disturb the economic order through the principle of transparency in the economic criminal law, order will be established in all layers of the economic system and cases of recourse to the criminal law will decline drastically. Therefore, the macro approach of the transparency principle results in a sound and stable economic environment. As a result, preventing and dealing with economic crimes, particularly corporate crimes, is accomplished more effectively. To be more precise society and the economic system can be considered the main beneficiaries of observing the principle of transparency in economic relations. In the end, it should also be noted that although transparency is considered as an effective and efficient tool for preventing economic crimes, creating accountability, greater effectiveness, and establishing economic stability and security, all these can not only be achieved through transparency. It means there is always a risk that the government and private companies will be negatively affected by excessive transparency. Thus, for more transparency, it is necessary to establish a balance based on costs and resources. That is, transparency must be the guiding concept, except in particular and exceptional instances, which must be specified by legislation to prevent arbitrary value judgments and abuse. However, it appears that there are still many questions and ambiguities about the effects of economic transparency on the prevention of economic crimes, particularly in countries like Iran, which is in the midst of a transition period and is vulnerable to various forms of abuse and economic rent-seeking. It is important to examine the conditions under which greater transparency can bring positive or negative results and it should be done in accordance with international standards, drawing on the experiences of nations that have already reached this stage, and taking into account Iran's distinctive economic, political, and cultural factors. In this case, it is worth noting that due to the economic sanctions imposed on Iran by powerful countries, Iran is forced to take measures to bypass these sanctions and it may be argued that in some circumstances, lessening transparency is evitable in order to avoid sanctions and save the country's economy. Regardless of the validity of this argument, on the other hand, it should be noted that reducing transparency and secrecy under the pretext of circumventing sanctions can

provide the basis for rent and become a suitable tool for various economic corruptions. Therefore, the main issue is the lack of transparency in the processes of acquiring power and wealth in the country, which are mainly dependent on public resources from oil and gas revenues. The way these resources are used and managed is also not transparent. The way resources are managed is the main cause of corruption in the country. Therefore, sanctions are not the main cause of corruption in the country, but sanctions and circumvention of sanctions have been the catalyst for the occurrence of many financial corruptions, including the phenomenon of the famous oil billionaire in the country. In other words, it seems that circumventing the sanctions is an excuse by some to cover up the great financial corruption in the country's political and administrative system. Stated differently economic corruption has always existed in the country; however, following the implementation of oil sanctions, under the guise of bypassing the embargoes, the scale of corruption increased dramatically. Some opponents of better foreign policy and eliminating sanctions may be motivated by the benefits they have obtained from sanctions, rather than ideological reasons. In fact, they are known as "sanction traders". It appears that the above viewpoint is correct. Because the reality is that the subject of sanctions has offered a cover for more secrecy and has become an excuse to justify corruption for some people. In the past few years. Economic sanctions, especially oil sanctions, have generated significantly great opportunity for individuals who entered these industries to make a profit. Therefore, sanctions have provided more opportunities and incentives for economic crimes. It is evident that the more transparent the country's economic and commercial environment is, with little room for secrecy, the opportunities for committing economic crimes will decline. Thus, it seems that we should not reduce transparency in the economic environment under the pretext of circumventing sanction, Because doing so does not preserve the country's economy, but it is regarded as a remedy worse than disease means creates ideal conditions and opportunities for committing economic crimes. The issue of transparency should not be neglected or disregarded due to problems such as sanctions and... In light of the aforementioned, this article has investigated and acknowledged the role of transparency as one of the situational or postural preventative strategies to lower the likelihood of committing economic crimes. And the author believes that the strengthening of this element in the system and commercial relations is not only risky but also plays fundamental role in reducing or eliminating criminal prospects, and of course, some special conditions and examples that require a lack of transparency should be limited and in line with the principle of necessity.

Keywords: The principle of transparency, Economic crimes, Iran's economic system, Situational prevention, corporate crimes.

مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۷۹-۵۷

نقش شفافیت در پیشگیری از جرایم اقتصادی

مجید صادق‌نژاد نائینی ^{۱*}

دریافت: ۱۴۰۳/۲/۲۶ پذیرش: ۱۴۰۳/۵/۱۷

چکیده

یکی از مهم‌ترین راهکارهای پیشگیری از جرایم اقتصادی، شفاف‌سازی نظام اقتصادی و نهادینه‌سازی بحث شفافیت است. از شفافیت تعریف‌های متعدد و متنوعی صورت گرفته است که این تنوع ناشی از ذوق، دریافت و تخصص ارائه‌کنندگان تعریف بوده است. زیرا شفافیت در امور مختلف سیاسی، اقتصادی و اداری مدنظر پژوهشگران قرار گرفته و به همین دلیل هر کدام از این دانشمندان بنا بر تخصص و رشته مطالعاتی خود به تعریفی از این اصل پرداخته‌اند. منظور از شفافیت در این مقاله، شفافیت اقتصادی و مالی در ابعاد مختلف آن است. توضیح آنکه، یکی از مهم‌ترین مسائلی که در فضای اقتصادی دنیا به‌عنوان یک پیش فرض وجود دارد شفافیت اطلاعات است. دارایی‌ها و اطلاعات مردم، شرکت‌ها، سرمایه داران، دولتمردان، فعالان مختلف اقتصادی اعم از تجار و تولیدکنندگان، اطلاعات زمین و مسکن، تولیدات داخل، مقدار و اقلام وارداتی و صادراتی همه و همه در اختیار دولت‌ها قرار دارد. با این اطلاعات است که دولت‌ها قابلیت برنامه‌ریزی اقتصادی پیدا می‌کنند و می‌توانند اقتصاد را در کنترل خود داشته باشند و به عبارت دیگر حکمرانی کنند. اصل شفافیت نقش کلیدی و بنیادین در پیشگیری از جرایم اقتصادی دارد و در واقع از مصادیق تدابیر پیشگیرانه وضعی و موقعیتی است که سبب می‌گردد تا زمینه‌های ارتکاب جرم از بین رفته و یا کاهش یابند. در این نوشتار با روش تحلیلی تفسیری به بررسی و تحلیل نقش اصل شفافیت در پیشگیری از جرایم اقتصادی خواهیم پرداخت و یافته‌ها حاکی از آن است که ارتقای این شاخص باعث کاهش فرصت‌های ارتکاب جرم شده و نظارت و اعتماد عمومی نسبت به حاکمیت را به دنبال داشته و مشارکت همگانی (مردم و دولت) برای مبارزه با فساد را تقویت خواهد کرد.

کلیدواژه‌ها: اصل شفافیت، جرایم اقتصادی، نظام اقتصادی ایران، پیشگیری وضعی، جرایم شرکتی.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشگاه حکیم سبزواری، خراسان رضوی، ایران.
(ایمیل نویسنده مسئول: m.sadeghnejad@hsu.ac.ir)

مقدمه

شده است: درجای که تا آن سیاست‌ها و رویه‌های تجاری و فرایند مؤسس آنها، قابل دسترسی و قابل پیش‌بینی هستند.

شفافیت که ضد نظریه حفظ اسرار ظاهر شده است، شامل مجموعه اطلاعاتی می‌شود که جایگاه "واقعیت خفته نگه داشته شده و ناگفته" را ترک کرده تا با هویتی جدید و "واقعیت گفته شده" ابراز گردد. در واقع، شفافیت مرحله‌ای از دارا بودن اطلاعات است، مرحله‌ای که این اطلاعات را برای دیگران، جز دارنده آن، قابل دسترسی می‌کند. اصل شفافیت^۳ نه تنها در مسائل مالی و تجاری، بلکه در امور سیاسی نیز مورد انتظار بوده و به تعبیر برخی، از ابعاد اجتناب‌ناپذیر به‌زمامداری می‌باشد (یزدانی زنوز، ۱۳۸۸؛ ۲۰). تاریخچه ظهور این اصل به اسناد حقوق بشری برمی‌گردد. به حق دسترسی به اطلاعات، در ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی اشاره شده است. بنابراین، دسترسی به اطلاعات ارتباط تنگاتنگی با آزادی عقیده و بیان دارد و همچنین یکی از مؤلفه‌های شفافیت به حساب می‌آید. بنابراین، اصل شفافیت اصالت در حقوق بشر دارد.

همچنین، اصل شفافیت یکی از قواعد بنیادین سازمان جهانی تجارت است که به‌رغم کاستی‌های موجود در بدو فعالیت سازمان جهانی تجارت، پیگیری و اجرای این اصل با یک روند رو به رشد همراه بوده است. علاوه بر این، شفافیت به ویژه بعد از بحران مالی شرق آسیا، در دستور کار بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول هم قرار گرفته است، زیرا می‌تواند بازارها و حکمرانی را تحت تأثیر قرار دهد (یزدانی زنوز، ۱۳۸۴؛ ۳۱).

باید توجه داشت که شفافیت به خودی خود هدف نیست، بلکه ابزاری است برای ایجاد فضای سیاسی و اقتصادی برای مردم تا در این فضا بتوانند حقوق خود را اعمال و از آن دفاع نمایند. هدف از شفافیت، اجازه دادن به شهروندان، بازار و گروه‌هاست تا سایرین را در قبال سیاست‌ها و عملکردهایشان پاسخگو نگه دارند (مهام و همکار، ۱۳۸۴؛ ۵).

شفافیت فقط هنگامی مؤثر می‌افتد که دو شرط وجود داشته باشد. اولاً، سوژه‌هایی که خواستار شفافیت آنها هستیم قادر و مجبور به ارائه اطلاعات ضروری باشند و در ثانی، دریافت‌کنندگان اطلاعات بتوانند بر طبق برخی معیارهای پذیرفته شده از این اطلاعات برای ارزیابی عملکرد سوژه‌ها استفاده نمایند (آن فلورینی، ۱۳۸۳؛ ۵۲۹).

یکی از دغدغه‌های اصلی هر حکومتی، مقابله با جرایم اقتصادی است که این مقابله تنها با رویکردهای کیفری و واکنشی محقق نمی‌گردد بلکه باید راهکارهای کنشی و غیرکیفری شناسایی و تقویت گردند. یکی از راهکارهای پیشگیرانه، اتخاذ تدابیر پیشگیرانه وضعی یا موقعیتی است که هدف اصلی در این رویکرد، حذف یا کاهش موقعیت‌ها و فرصت‌های ارتکاب جرم است. در راستا و به عنوان یک راهکار پیشگیری وضعی، بحث شفافیت مطرح می‌گردد که این موضوع به معنای شفاف‌سازی نظام اقتصادی و نهادهای سازای بحث شفافیت است. ارتقای این شاخص باعث کاهش فرصت‌های ارتکاب جرم شده و نظارت و اعتماد عمومی نسبت به حاکمیت را به دنبال داشته و مشارکت همگانی (مردم و دولت) برای مبارزه با فساد را تقویت خواهد کرد.

شفاف سازی عملکرد دولت (به معنای عام) در بحث اقتصادی از جمله شاخص‌های حکمرانی مطلوب است که ارتقای وضعیت این شاخص از طریق آگاهی مستمر و بدون تبعیض شهروندان از فرایندها و امور مربوط به سازوکارهای حاکمیتی فراهم می‌شود. در این راستا، رئیس‌جمهور وقت لایحه شفافیت را برای طی مراحل قانونی به مجلس ارسال کرد که البته به دلیل ایرادات وارده از سوی شورای نگهبان و اصرار مجلس، به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال شده است و هم‌اکنون در دست بررسی در مجمع تشخیص است.^۲

ظهور مفهوم شفافیت در حقوق بازرگانی به طور روشن از سده بیستم شکل گرفت. در یک پایان‌نامه دکتری با عنوان «اسرار تجاری در حوزه بازرگانی»، نویسنده خواستار تعدیل موضع شدید قانون‌گذار نسبت به حفظ اسرار تجاری شد و با ذکر دلایلی نتیجه‌گیری کرد که مفهوم شفافیت می‌تواند جایگاهی انتظام‌بخش در حقوق اقتصادی ایفاء کند. با وجود این، حدود یک سده طول کشید تا برای اصل شفافیت جایگاهی حقوقی ایجاد شد (جعفری؛ ۱۳۸۸؛ ۲۱۹).

کلمه شفافیت در لغت به معنای وضوح و روشنی است و در فرهنگ حقوقی بلک‌لا، شفافیت به معنای صراحت، روشنی، نبود تزویر و عدم تلاش برای پنهان نمودن اطلاعات مخرب تعریف شده است (Black Law Dictionary, 2004, P. 4675). شفافیت در فرهنگ لغت سازمان جهانی تجارت، این‌گونه تعریف

3- Transparency Principle.

موضوعات مختلف، فارغ از آنکه نظام بررسی و پیگیری نهادهای نظارتی و قضایی بر آن متمرکز باشد یا نباشد، حس دیده شدن و تحت نظارت قرار داشتن را در متولیان و متصدیان جایگاه‌های مختلف نظام حکمرانی تقویت کرده و خودبه خود موجب بهبود فرایندهای تصمیم‌گیری، تقویت سازوکارهای انضباط‌بخش و پیشگیری از وقوع تخلف و جرم خواهد شد و از این حیث به‌عنوان یکی از راهکارهای جدی پیشگیری از فساد و ناکارآمدی قلمداد می‌شود.^۵ سوال اصلی مقاله حاضر آن است که شفافیت در پیشگیری از جرایم اقتصادی چه نقش و سهمی دارد و آیا این رویکرد در نظام اقتصادی و عدالت کیفری ایران، کارا و موثر هست یا خیر؟ با عنایت به سوالات اصلی تحقیق، سازوکارها و کارکردهای عنصر شفافیت در پیشگیری از جرایم اقتصادی مورد بررسی قرار گرفته است. شایان ذکر است که در این مقاله به جرایم شرکتی به عنوان یکی از مصادیق بارز جرایم اقتصادی نیز توجه ویژه شده است و در بررسی‌ها مورد عنایت واقع شده است.

گفتار اول: مفهوم و تعریف اصل شفافیت

در ابتدا به بیان مفهوم و تعریف اصل شفافیت از منظر حقوق عرفی و حقوق اسلامی پرداخته می‌شود و سپس به بیان مؤلفه‌ها و کارکردهای پیشگیرانه آن پرداخته خواهد شد.

بند اول: مفهوم اصل شفافیت از منظر حقوق عرفی

مفهوم شفافیت برای اولین بار در معاهده ماستریخت در ۱۵ دسامبر ۱۹۹۱ به کار گرفته شده است. البته لغت شفافیت در خود معاهده به کار نرفته، بلکه در بیانیه ضمیمه شماره ۱۷ که در رابطه با حق دسترسی به اطلاعات است به کار رفته است. ضمیمه این معاهده درباره اتحادیه اروپا بوده و می‌توان این اعلامیه را نقطه شروع سیاست درست و حقیقی شفافیت در جامعه اروپایی دانست. اهمیت این اعلامیه از آنجایی است که برای اولین بار در مورد تقویت و ایجاد حرکت سیاسی برای شفاف کردن عملکرد اتحادیه اروپاست (حسینی، ۱۳۹۲؛ ۷۴).

از شفافیت تعریف‌های متعدد و متنوعی صورت گرفته است که این تنوع ناشی از ذوق، دریافت و تخصص ارائه‌کنندگان تعریف بوده است. زیرا شفافیت در امور مختلف سیاسی، اقتصادی و اداری

از دیدگاه بانک جهانی، شفافیت بیانگر افزایش جریان دوره-ای و معتبر اطلاعات اقتصادی، اجتماعی و سیاسی است درباره سرمایه‌گذاران خصوصی، استفاده از وام‌ها و اعتبار وام‌گیرندگان، ارائه خدمات دولتی، سیاست‌های مالی و پولی و فعالیت‌های نهادهای بین‌المللی. متقابلاً، فقدان شفافیت در صورتی است که فردی اعم از وزیر یک دولت یا یک نهاد عمومی یا یک شرکت یا بانک، عمداً مانع از دسترسی به اطلاعات شده یا اطلاعات غلط ارائه نماید یا اینکه در تضمین کیفیت اطلاعات ارائه شده قصور نماید.^۴

ایران بر اساس اعلام سازمان شفافیت بین‌المللی رتبه خوبی ندارد. طبق اعلام این سازمان در سال ۲۰۱۳، در بین ۱۷۷ کشور، رتبه ایران ۱۴۴ است و از نمره صد، نمره ۲۵ را اخذ نموده است و رتبه درصدی ایران، ۲۰ درصد است و لذا جزو کشورهای فاسد و دارای شفافیت بسیار ناچیز محسوب می‌شود.^۵

اهمیت بحث شفاف‌سازی تا جایی است که رهبر انقلاب حضرت آیت الله خامنه‌ای با ابلاغ سیاست‌های کلی "اقتصاد مقاومتی" مصوب ۱۳۹۲/۱۱/۲۹ بر اساس بند یک اصل ۱۱۰ قانون اساسی که پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام تعیین شده است، به این بحث اشاره و تأکید داشتند. از جمله در بند ۱۹ و ۲۳ این سیاست‌های کلی به شفافیت اشاره نمودند.

بند ۱۹- شفاف‌سازی/اقتصاد و سالم‌سازی آن و جلوگیری از اقدامات، فعالیت‌ها و زمینه‌های فسادزا در حوزه‌های پولی، تجاری، ارزی و

بند ۲۳- شفاف و روان سازی نظام توزیع و قیمت‌گذاری و روزآمدسازی شیوه‌های نظارت بر بازار.

از آنجا که در جرایم اقتصادی، مرتکبان نوعاً افراد حسابگر، معقول و منطقی هستند که با محاسبات دقیق به ارتکاب جرایم روی می‌آورند، لذا به کارگیری شیوه‌های پیشگیری مبتنی بر اصلاح و درمان کمتر مؤثر است و در مقابل، اعمال راهکارهای وضعی می‌تواند مؤثرتر و کارا تر باشد. یکی از این راهکارها، بحث شفاف‌سازی است که موجب کاهش فرصت ارتکاب جرایم اقتصادی شده و می‌تواند به‌عنوان یک ابزار سودمند برای پیشگیری از جرایم اقتصادی به شیوه غیرکیفری، مورد توجه قرار گیرد. به بیان دیگر و همان‌طور که در گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در خصوص لایحه شفافیت نیز آمده است، شفافیت و در معرض دید قرار گرفتن اطلاعات، فرایندها، مسائل و

^۵ - <http://www.transparency.org/country>

^۴ - گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در خصوص لایحه شفافیت مندرج در سایت مرکز به آدرس زیر:

https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/1199050

^۴- Toward Transparency in finance and governance, The World Bank Draft, 1999, available at: <http://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1093/wbro/16.1.41?journalCode=wbro>

کاری و دوری مسئولان از مواضع تهمت است. در این باره امام صادق (ع) به نقل حضرت امیر (ع) می‌فرماید: اگر کسی خود را در معرض تهمت قرار دهد، کسانی [را] که به او بدگمان می‌شوند، نباید ملامت کند (وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص: ۳۷). امام علی (ع) در نامه معروف خود به مالک اشتر می‌نویسد: اگر مردم به تو بدگمان شدند و تو را در موضوعاتی متهم کردند با بیان روشن دلیل خود را بیان کن و سوءظن آنها را با بیان دقیق برطرف گردان، زیرا تو با این کار برای خودت پاداش در نظر گرفته‌ای و نسبت به مردم خود هم لطف کرده‌ای و با این عذرخواهی به هدف خویش که راه یافتن آنان به حق است دست یافته‌ای (نهج البلاغه، ۱۳۸۰؛ ۵۶۵). آگاه باشید که حق شما این است که من همه اطلاعات را غیر از اسرار جنگی از شما پنهان ندارم و هیچ مطلبی را از شما مخفی نکنم (همان؛ ۵۶۳).

دقت در گفتار فوق به وضوح نشان می‌دهد که اصل بر شفافیت است و عدم شفافیت و پنهان کاری است که استثناء و خلاف اصل محسوب می‌گردد. بنابراین اگر سیاست را تدبیر مدنی یا اداره و مدیریت بر جامعه بنامیم زمامداری امام علی (ع) پس از پیامبر اسلام (ص) ارزشمندترین میراث نظری و گرانبها ترین تجربه عملی در عرصه اندیشه و عمل سیاسی است.

بند سوم: تعریف جرم اقتصادی و شرکتی

از آنجایی که موضوع اصلی در بحث مقاله حاضر، پیشگیری از جرایم اقتصادی با تأکید بر جرایم شرکتی است، لذا بیان تعریف این دو اصطلاح به طور مختصر، ضرورت دارد.

۳-۱- جرایم اقتصادی: آنچه امروزه به جرم اقتصادی مشهور شده است، متضمن لطمه شدید به نظام اقتصادی هر کشور و نیز نظام اقتصادی بین‌المللی یعنی چرخه تولید، توزیع، حمل و نقل، مصرف و پول است. لذا سازمان‌های بین‌المللی مانند سازمان ملل متحد و اتحادیه اروپا نیز در دهه اخیر در این خصوص، سیاست جنایی افتراقی با گرایش سختگیرانه پیشبینی کرده‌اند. از آنجایی که مصادیقی از این جرایم مانند پولشویی و جرایم زیست‌محیطی جنبه جهانی پیدا کرده‌اند، به نظر می‌رسد که نظام حقوقی کشورهای مختلف در پرتو معاهدات بین‌المللی از جمله کنوانسیون مریدا، به سمت نوعی همگرایی در پیشگیری و مبارزه با این گونه بزهکاری گام بر می‌دارند. این رویکرد، چه در بعد

مدنظر پژوهشگران قرار گرفته و به همین دلیل هر کدام از این دانشمندان بنا بر تخصص و رشته مطالعاتی خود به تعریفی از این اصل پرداخته‌اند.

در یک تعریف، شفافیت به سادگی و سهولت تحلیل معنادار فعالیت‌های شرکت و بنیادهای اقتصادی آن توسط فرد خارج از شرکت تعریف شده است (نوبخت، ۱۳۸۵؛ ۲۰). در تعریف دیگر، شفافیت را افزایش جریان به موقع و درخور اتکای اطلاعات اقتصادی، اجتماعی و سیاسی که در دسترس همه ذینفعان مربوط باشد، تعریف کرده‌اند.^۷ شفافیت در فرهنگ لغت سازمان جهانی تجارت، این‌گونه تعریف شده است: درجه‌ای که تا آن سیاست‌ها و رویه‌های تجاری و فرایند مؤسس آنها، قابل دسترسی و قابل پیش‌بینی هستند (باقری، ۱۳۹۱؛ ۱۹).

با توجه به تعریف‌های ارائه شده و بررسی منابع مختلف داخلی و خارجی، به نظر می‌رسد که شفافیت را در امور اقتصادی و تجاری باید به این صورت تعریف نمود:

شفافیت یعنی دستیابی گسترده به اطلاعات مربوط و اتکاپذیر در خصوص عملکرد دوره‌ای، موقعیت مالی، فرصت‌های سرمایه‌گذاری، راهبری شرکتی و ریسک شرکت‌های تابعه که‌هاول : شرکت‌های تجاری باید به موجب قوانین لازم‌الاجرا، موظف به افشا و شفاف‌سازی اطلاعات و قرار دادن آنها در دسترس همه ذینعان باشند و دوم: این افشای اطلاعات باید فرایند ارزیابی عملکرد شرکت‌ها و پاسخگویی آنها را تسهیل نماید.

بدین‌سان، در این تعریف و سایر تعریف‌های ارائه شده، شفافیت با افشای اطلاعات کاملاً عجین شده است، به‌گونه‌ای که می‌توان گفت، وجه مشترک تمامی تعاریف ارائه شده از شفافیت، کیفیت در اطلاعات خروجی است. در همین راستا، برخی صاحب‌نظران با صراحت اذعان داشته‌اند که معنای دقیق دو اصطلاح مذکور (شفافیت و افشای اطلاعات) در ادبیات موجود چندان مشخص نیست و لذا میان این دو، تمایز روشن و مورد وفاقی وجود ندارد (ساریخانی و همکار، ۱۳۹۱؛ ۱۰۵).

بند دوم: تعریف و مفهوم اصل شفافیت در منابع اسلامی

شفافیت علاوه بر امور اقتصادی، در امور سیاسی و حکومت-داری نیز از اهمیت زیادی برخوردار است. نکته مهم در این خصوص، چگونگی رابطه زمامدار با مردم، شفافیت، عدم پنهان

اتخاذ کند ولی در این راه موفق نبوده است چرا که تشخیص مصادیق جرایم اقتصادی با ابهامات زیادی مواجه است و دامنه دقیق این جرایم مشخص نیست (حسینی و مهرا، ۱۳۹۴: ۶۶).

با وجود ابهام در تعریف و مصادیق جرایم اقتصادی، برخی مصادیق آن مانند جرایم بورسی یا جرایم شرکتی، روشن بوده و به عبارتی، جزو مصادیق اعلای این جرم هستند که در مقاله حاضر بر مصداق جرم شرکتی به دلیل شیوه کمی و کیفی آن، عنایت بیشتری وجود دارد.

۳-۲- جرایم شرکتی: مفهوم جرم شرکتی^۸ به مثابه گونه‌ای نوین از جرائم یقه سفیدان اصطلاحی است که از دهه ۱۹۷۰ میلادی و در پی ظهور گفتمان جرم‌شناسی انتقادی حیات نوینی یافت. پیشگام نظریه جرائم یقه سفیدان، ادوین ساترلند، با انتشار کتاب جرائم یقه سفیدان، به برخی جلوه‌های نهان بزهکاری اشاره نموده است. از دید ساترلند، این جرائم، بزه‌هایی هستند که به واسطه اشخاص قابل احترام و دارای جایگاه اجتماعی بالا در گفتمان شغلی (سازمانی) ارتکاب می‌یابند (دانش ناری و سایرین، ۱۳۹۳: ۱۴۳).

جرایم شرکتی به‌عنوان مصداقی از جرایم اقتصادی و یقه-سفیدها^۹، یکی از آسیب‌های مهمی است که امنیت اقتصادی کشورها را تهدید می‌کند. این موضوع به خصوص در کشورهایی مثل ایران که دارای اقتصاد دولتی و رانتی هستند، دارای مظاهر و ابعاد آشکارتری هست. این جرایم با زنجیره‌ای از جرایم دیگر در ارتباط هستند؛ جرایمی از قبیل پولشویی، ارتشاء، جعل و... که می‌توانند ضربات سهمگینی را به منافع ملی و سرمایه‌های اقتصادی-اجتماعی وارد آورند. به همین دلیل در سراسر دنیا دولتها در صدد شناسایی علل ارتکاب این جرایم بوده تا بتوانند به حمایت از نظم و امنیت اقتصادی برخیزند (صادق نژاد نائینی، ۱۴۰۰: ۲۸).

ناگفته پیداست که جرایم شرکتی همانند سایر جرایم، از یک عامل ناشی نمی‌شوند، بلکه عوامل مختلفی در وقوع آنها تأثیر دارند. هرچند نویسندگان مختلف با توجه به دیدگاه و تخصص‌شان بر برخی از جنبه‌ها و عوامل بیشتر تأکید می‌کنند،^{۱۰} اما این امر

جرم‌شناختی و چه در بعد کیفری، از چند سال پیش به این سو، در گفتمان مسئولان قضایی، اجرایی و تقنینی کشور، به‌ویژه در قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد به دلیل تمرکز بر پیشگیری وضعی- فنی، قانون مجازات اسلامی، به دلیل خارج‌ساختن این جرایم از شمول تعویق، تعلیق و مرور زمان و نیز قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مشهود است (ابراهیمی و صادق-نژاد نائینی، ۱۳۹۲: ۱۴۷).

جرایم اقتصادی را می‌توان فعالیت مجرمانه عمدی دانست که مرتکب به واسطه جایگاه خاص و با بهره‌گیری از دانش و اطلاعات خود و نیز وسایل و شیوه‌های ویژه، با هدف کسب هرگونه منفعت یا امتیاز مستقیم یا غیرمستقیم برای خود یا دیگری مرتکب می‌شود و آن فعل نیز نتایج شدیدی را به دنبال دارد. منظور از نتایج شدید این است که آثار جرم، دامن مردم یک منطقه، کشور یا کل جهان (مانند جرایم زیست محیطی) را می‌گیرد. اموال مورد تعرض در اینجا از چنان اهمیتی برخوردارند که از طریق جرم‌انگاری، مورد حمایت حقوق کیفری قرار گرفته‌اند. در واقع حقوق کیفری آخرین حربه و آخرین راهکار است. پس جرم انگاری این اعمال و رفتارها به نوعی القاکنده این پیام است که سایر ضمانت اجراها، اثربخشی لازم جهت حمایت از این ارزش‌ها را نداشته‌اند (مثل جعل اسکناس، تقلب مالیاتی و گمرکی). در واقع خطرات این جرایم، خواه مستقیم، خواه غیرمستقیم دامن همه مردم را می‌گیرد (همان، ص ۱۵۳).

اصطلاح جرم اقتصادی در قانون مجازات اسلامی هم وارد شده است (به خصوص ماده ۳۶ ق.م.ا.). برخی نویسندگان معتقدند که بررسی مفهوم جرم اقتصادی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نشان می‌دهد که این مفهوم بدون مبانی نظری و حتی بدون توجه به تجربیات عملی نظام اقتصادی و رفتارهای مجرمانه‌ای که در حال حاضر اقتصاد کشور را تهدید می‌کنند، وارد قانون شده است. با اینکه قانون تلاش کرده است که مصادیق جرم اقتصادی را احصاء کند و سیاست کیفری قهرآمیزی با این دسته از جرایم

^۸ - Corporate Crime.

^۹ - بزهکاران یقه‌سفید در اصطلاح عربی "المجرم ذو قبه البيضاء" نامیده می‌شود. به نقل از: موسوی مجاب، سید درید، جرایم یقه‌سفیدی با نگاهی به آموزه‌های دینی، مجله فقه و حقوق، سال ششم، شماره ۲۲، پاییز ۱۳۸۸، ص ۱۰۰.

^{۱۰} - برای نمونه رک. سیمپسون، سالی و بنسون، مایکل، جرایم یقه‌سفیدی؛ رویکردی فرصت‌مدار، ترجمه اسمعیل رحیمی‌نژاد، انتشارات میزان، چاپ اول، پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۱۸ و بعد. نویسندگان این کتاب در تبیین جرایم یقه‌سفیدی

و شرکتی، رویکردی فرصت‌مدار دارند و فرصتهای مختلف ارتکاب جرایم شرکتی و یقه‌سفیدی را به عنوان عامل مهم و مؤلفه لازم برای جرم به رسمیت می‌شناسند. نمونه دیگر، مقاله پیشگیری از جرایم شرکتی در پرتو الگوی مدیریت فرهنگ سازمانی است که نویسنده آن معتقد است که الگوی مدیریت فرهنگ سازمانی، مدلی فرایندمحور می‌باشد که در مرحله ابتدایی، فرهنگ جرم‌زا را شناسایی میکند. سپس، تصویرسازی مطلوب سازمانی که همان فرهنگ قانونمندی است، براساس رویکردهای اخالق سازمانی تعریف و شکاف میان

دولت‌ها باید از مقررات و نهادهای برای گسترش شفافیت کمک بگیرند.

در چند سال گذشته با در نظر گرفتن مساعی ارتباطی و رسانه‌ای سازمان آموزشی، علمی و فرهنگی سازمان ملل (یونسکو) و برخی از سازمان‌های منطقه‌ای همچون شورای اروپا، اتحادیه اروپا و سازمان کشورهای آمریکایی و اتحادیه آفریقایی برای تعیین شاخص‌های توسعه رسانه‌ها در سراسر جهان و اقدامات خاص برخی کشورها در این باره، چهار زمینه مهم مورد توجه قرار گرفته است که یکی از آنها "گسترش حق دسترسی آزادانه همگان به اطلاعات و اهمیت تصویب قوانین آزادی اطلاعات و حق اطلاع" است (معمدنژاد، ۱۳۹۰؛ ۱۲).

در سازمان جهانی تجارت این مقرر، امکان آگاهی دولت و بازیگران اقتصادی را از سیاست تجاری موجود در داخل کشور و همچنین در خارج از آن فراهم می‌سازند. نهادهای بین‌المللی مانند بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول نیز بر دسترسی آزاد به اطلاعات و پاسخ‌گویی تأکید فراوان دارند، زیرا این امر منجر به شفافیت و در نهایت، کاهش فساد مالی - اقتصادی می‌گردد (Lodge, 2004, 124).

بدین‌سان، اطلاع‌رسانی و دسترسی به اطلاعات و اسناد، ابزار اساسی در مورد اقدامات ضدفساد تلقی می‌شود، زیرا دلایل و مستندات تصمیمات و قراردادهای دیگر کنش‌های مالی باید مستند و توجیه شده باشد (ناعمه، ۱۳۸۰؛ ۹). دسترسی به اطلاعات و رابطه آن با بحث شفافیت و در نتیجه، کاهش جرایم اقتصادی را می‌توان در قالب نمودار ذیل به طور خلاصه مشاهده نمود:

اجتناب‌ناپذیر است که این جرایم، چند عاملی^{۱۱} هستند یعنی هیچ عاملی به تنهایی علت جرم نیست، بلکه علت جرم از اتحاد و اقتران عوامل متعدد محقق می‌شود. لذا در بحث علت‌شناسی جرایم شرکتی نباید فقط به یک جنبه یا بُعد - مثلاً بُعد اقتصادی یا نهاد قوه قضاییه - توجه داشت، بلکه باید با یک دید جامع و ساختاری (کلان) به علت‌شناسی پردازیم.

با عنایت به مراتب فوق و در یک تعریف ساده، جرم شرکتی عبارت است از رفتار شرکت یا عاملان شرکت، بنگاه یا مؤسسه به نمایندگی از شرکت و به نام و به حساب آن شرکت، که در بستر فعالیت شغلی ارتکاب یافته و طبق قانون مجازات ممنوع و قابل کیفر است (نجفی ابرندآبادی و صادق‌نژاد نائینی، ۱۳۹۲؛ ۴۶).

گفتار دوم: سازوکارهای ایجاد شفافیت

شفافیت به خودی خود حاصل نمی‌شود، بلکه باید مکانیسم‌ها و سازوکارهایی وجود داشته باشد تا از طریق آنها بحث شفافیت محقق گردد. البته به نظر می‌رسد که میان این مکانیسم‌ها و بحث شفافیت یک رابطه لازم و ملزومی وجود دارد. به این صورت که از یک‌طرف، برای ایجاد شفافیت باید این سازوکارها وجود داشته و اعمال گردند، در غیر این صورت شفافیت حاصل نمی‌گردد. به تعبیر دیگر، این مکانیسم‌ها به منزله مقدمه واجب بحث شفافیت محسوب می‌شوند که از عدم آنها عدم شفافیت لازم می‌آید و از طرف دیگر، هنگامی که شفافیت ایجاد می‌شود، این سازوکارها به منزله آثار و پیامدهای اصل شفافیت ظاهر می‌گردند. در ادامه به بیان این سازوکارها و تشریح نقش آنها در ایجاد شفافیت خواهیم پرداخت. زیرا با شناخت عناصر و سازوکارهای ایجاد شفافیت است که کارکردهای پیشگیرانه شفافیت اقتصادی نمود می‌یابد.

بند اول: گردش آزاد اطلاعات

اطلاعات معمولاً به خودی خود در دسترس افراد قرار نمی‌گیرد و از این نظر که گردش آزاد اطلاعات لازمه شفافیت است،

^{۱۲} - در این خصوص همچنین رک: صادق‌نژاد نائینی، مجید، مطالعه جرم‌شناختی جرایم/ اشخاص حقوقی حقوق خصوصی؛ از علت‌شناسی تا پیشگیری، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شهریور ۱۳۹۳؛ صادق‌نژاد نائینی، مجید، کتاب جرم‌شناسی جرایم شرکتیهای تجاری، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ اول، اردیبهشت ۱۴۰۰.

فرهنگ مطلوب و فرهنگ موجود بررسی می‌شود. در نهایت برنامه‌های تغییر فرهنگ اتخاذ و اجرایی می‌شود تا فرهنگ مطلوب / قانونمند محقق شود. رک. دانش ناری، حمیدرضا، پیشگیری از جرایم شرکتی در پرتو الگوی مدیریت فرهنگ سازمانی، فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضائی پژوهشی، دوره ۲۷، شماره ۹۸، تابستان ۱۴۰۱، ص ۲۳۵ به بعد.

11 - Multi factors



ملاحظه می‌شود که گردش آزاد اطلاعات باعث افزایش آگاهی مردم شده و همین امر زمینه حضور و مشارکت آنان را در نظارت و بازخواست از عملکرد مسئولان فراهم می‌آورد. به بیان دیگر، دسترسی آزاد به اسناد و اطلاعات و افشاگری، موجب پیشگیری از فساد می‌شود (هاشمی و همکار، ۱۳۹۳؛ ۸۰).
بند دوم: پاسخگویی

صندوق بین‌المللی پول در تدوین رفتارنامه شفافیت مالی هدف خود را پاسخگو نمودن هر چه بیشتر دولت‌ها در قبال هزینه‌ها و درآمدهای عمومی ذکر کرده و بیان داشته است که شفافیت مؤثر و پیوسته، منجر به پاسخگویی بیشتر خواهد شد و پاسخگویی بیشتر و پیوسته، منجر به منصفانه و کارآبودن سیاست‌های مالی و کاهش فساد خواهد شد.^{۱۳}

زیرا شفافیت، پیش شرط و لازمه پاسخگویی^{۱۴} است. اگر مردم به ماهیت و کمیت فعالیت‌های اقتصادی دولت و سایر شرکت‌های خصوصی واقف نباشند، سؤالی نمی‌تواند مطرح نمایند تا پاسخی هم دریافت کنند. لذا شفافیت در امور مالی شرکت‌ها به‌ویژه شرکت‌های دولتی به‌عنوان یکی از خاستگاه‌های جرایم اقتصادی، برای پاسخگویی کنشگران اقتصادی و شرکتی لازم و ضروری است و با توجه به اینکه پاسخگویی خود یکی از عناصر مهم حکمرانی مطلوب به حساب می‌آید و همچنین در یک نظام

مردم‌سالار انتظار این است که مسئولین پاسخگو باشند، یکی از نقش‌های مهم شفافیت در کمک به ارتقای پاسخگویی است. در قوانین و مقررات داخلی ایران نیز، در مواردی به بحث پاسخگویی اشاره شده است. برای نمونه، در بند نهم از سیاست‌های اقتصاد مقاومتی ابلاغی از سوی رهبر انقلاب در تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۹، به این بحث اشاره شده است.^{۱۵} همچنین می‌توان به ماده ۲۵ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰ اشاره کرد که در آن، دستگاه‌های مختلف دولتی و غیردولتی را موظف به بازنگری و مهندسی مجدد سامانه پاسخگویی به شکایات و مکانیزه نمودن آن نموده است، به نحوی که دریافت شکایات به طور غیرحضور توسط واحدهایی که مسئولیت پاسخگویی و رسیدگی به شکایات مردم را دارند به واحد مربوطه در دستگاه منعکس گردد. این مقرر، یعنی افزایش پاسخگویی، فرصت‌های ارتکاب جرایم اقتصادی را محدود می‌کند.

بند سوم: به‌کارگیری فن‌آوری‌های اطلاعات و ارتباطات

امروزه با انقلابی که در زمینه فناوری اطلاعات و ارتباطات صورت گرفته است به جرأت می‌توان ادعا نمود که استفاده از تکنولوژی‌های نوین اطلاعات و ارتباطات، بخش جدایی‌ناپذیر روند توسعه اقتصادی است. یکی از مظاهر عمده در این خصوص، تحقق دولت الکترونیک است که می‌تواند مانع مؤثری برای ارتکاب جرایم

برای نمونه رک. زارعی، محمدحسین، فرایند مردمی شدن، پاسخگویی و مدیریت دولتی، مجله مجتمعات آموزش عالی قم، سال سوم، شماره ۹، بهار و تابستان ۱۳۸۰، صص ۱۳۱ تا ۱۳۳.

۱۵ - بند نهم - اصلاح و تقویت همه‌جانبه نظام مالی کشور با هدف پاسخگویی به نیازهای اقتصاد ملی، ایجاد ثبات در اقتصاد ملی و پیشگامی در تقویت بخش واقعی.

13-The IMF Fiscal Transparency Code: A Potentially Powerful New Anti-Corruption Tool Paper prepared for Workshop on "Public Sector Financial Transparency and Accountability: The Emerging Global Architecture and Case Studies." 29 th International Anti-Corruption Conference (IACC), 10-15 October, 1999, Durban, South Africa I, P.6

۱۴ - پاسخگویی دارای انواع مختلفی (پاسخگویی اداری - سازمانی، پاسخگویی حقوقی و پاسخگویی عمومی - شهروندی) است. برای مطالعه بیشتر در این مورد

می‌گردد که اصل شفافیت چگونه منجر به پیشگیری از جرایم اقتصادی می‌گردد. به بیان دیگر، کارکردهای این اصل برای پیشگیری از جرایم اقتصادی از جمله جرایم شرکتی به عنوان یکی از مصادیق بارز جرایم اقتصادی چیست؟ در این گفتار، کارکردهای اصل شفافیت برای پیشگیری از جرایم اقتصادی بیان شده و به اقتضای مورد، به اسناد بین‌المللی مرتبط و همچنین قوانین داخلی ایران در این خصوص اشاره می‌شود.

بند اول: دسترسی آزاد به اطلاعات اقتصادی و ایجاد اطمینان در سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی

پیشگیری وضعی از جرایم اقتصادی، بر اساس الگوی اصلی این گونه از پیشگیری، یعنی ممانعت از شکل‌گیری موقعیت‌ها و فرصت‌های مناسب برای بزه‌کار قرار دارد. لذا در صورتی که اطلاعات مهم و مرتبط با موضوعاتی که زمینه‌ساز ارتکاب این گونه از جرایم هستند، در دسترس عموم قرار گیرند، فرصت‌های ارتکاب بزه عملاً منتفی خواهد شد (جلالی فراهانی، ۱۳۸۴؛ ۶). به عنوان مثال، انتشار اطلاعات در مورد مناقصه‌های دولتی یا واگذاری سهام شرکت‌های دولتی و مواردی از این دست، منجر به از میان رفتن فرصت‌های مجرمانه خواهد شد و ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای مانند پرداخت رشوه در مناقصات دولتی یا تقویم پایین اموال دولتی کاهش خواهد یافت.

اصولاً سرمایه‌گذاران به دنبال مکانی برای سرمایه‌گذاری هستند که بیشترین بازدهی و کمترین ریسک را برای آنها به همراه داشته باشد. از این رو، شرکت‌هایی که در افشای اطلاعات مالی خود عملکرد شفاف ندارند، ریسک سرمایه‌گذاری خود را بالا برده و جذابیت خود را از دید سرمایه‌گذاران از دست می‌دهند و ممکن است که سرمایه‌گذاری در آن شرکت صورت نگیرد. در مورد سرمایه‌گذاری خارجی نیز این قضیه به طریق اولی مصداق دارد. زیرا شفافیت در سیاست‌های اقتصادی برای سرمایه‌گذاران خارجی دارای اهمیت زیادی است. از جمله دلایل آن می‌توان به کاهش هزینه‌های اضافی مربوط به ارائه نکردن اطلاعات از سوی نهادهای دولتی و فساد مالی و رشوه‌خواری، تسهیل تصاحب و تملک‌های شرکت‌های داخلی توسط نهادهای سرمایه‌گذاری خارجی، اطمینان از حفظ حقوق سرمایه‌گذاران خارجی و پایش وضعیت شفافیت سیاست‌های اقتصادی به وسیله نهادهای بین‌المللی و تأثیر آن بر تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران خارجی اشاره کرد.

اقتصادی باشد. البته دولت الکترونیک امری فراتر از صرف استفاده از فن‌آوری اطلاعات است، بلکه دولت الکترونیک موفق، نتیجه همکاری‌های مشترک میان سیاستمداران، دیوان‌سالاران، کارمندان و IT است. برای یک فرایند موفق دولت الکترونیک، تکنولوژی فقط ۱۵ درصد نقش دارد در حالی که فرایند مدیریت ۸۵ درصد نقش باقی مانده را بر عهده خواهد داشت (یزدانی زنوز، منبع پیشین، ص ۹۵).

اهمیت فناوری اطلاعات و ارتباطات در حوزه پیشگیری از جرایم اقتصادی از دو جهت عمده است: یکی، امکان نظارتی است که به واسطه دستاوردهای فن‌آورانه فراهم آورده و دیگری اینکه، مهم‌ترین و قوی‌ترین ابزار برقراری آزادی اطلاعات و مناسب‌ترین بستر برای تحقق مفهوم شفافیت به عنوان مهم‌ترین راهکار در این زمینه، به شمار می‌رود.

یکی از جلوه‌های اصلی کاربرد فن‌آوری‌های نوین اطلاعاتی و ارتباطاتی مورد توجه دولت‌ها برای شفاف‌سازی بیشتر، مفهوم دولت الکترونیک است، به گونه‌ای که برخی معتقدند که چنانچه حکومت‌ها بخواهند در مسیر تحقق حکومت‌داری خوب حرکت کنند باید به ابزار نیرومندی همچون دولت الکترونیک مسلح باشند (دلیرپور، ۱۳۸۸؛ ۱۰۰).

بیان این مستندات بیانگر اهمیت بحث دولت الکترونیک در پیشگیری از جرایم اقتصادی است. زیرا دولت الکترونیک یکی از اقدامات مؤثر در تقویت نظارت همگانی در جهت پیشگیری از جرایم اقتصادی، تلقی می‌گردد. بدیهی است که این نظارت همگانی منجر به افزایش خطر ارتکاب جرایم اقتصادی از جمله جرایم شرکتی شده و شرایط را برای سالم‌سازی محیط اقتصادی در قالب پیشگیری وضعی مهیا می‌کند.

گفتار سوم: کارکردهای اصل شفافیت در پیشگیری از جرایم اقتصادی

اصل شفافیت چنان که گذشت، در پیشگیری از جرایم اقتصادی نقش مهم و تأثیرگذاری دارد. به بیان دیگر، در میان تمامی الگوهای ارائه شده برای مبارزه با فساد، شفافیت از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. این اهمیت به حدی است که در تمامی منابع و ادبیات این حوزه، شفافیت، قدرتمندترین دشمن فساد و عنصر کلیدی برای تضمین موفقیت راهکارهای ضدفساد و اعتبار تحقیقات به عمل آمده، تلقی گردیده است.^{۱۶} حال این سؤال مطرح

در سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ هجری شمسی مصوب ۱۳۸۲، در مورد سیاست‌های اقتصادی، به این مورد اشاره شده است: تثبیت فضای اطمینان بخش برای فعالان اقتصادی و سرمایه‌گذاران با اتکا به مزیت‌های نسبی و رقابتی و خلق مزیت‌های جدید و حمایت از مالکیت و کلیه حقوق ناشی از آن و ایجاد اعتماد و حمایت از سرمایه‌گذاران با حفظ مسئولیت‌پذیری آنان.

همچنین، دسترسی آزاد به اطلاعات اقتصادی به عنوان یکی از مؤلفه‌های بحث شفافیت، یکی از عوامل مهم اثرگذار بر جذابیت شرکت برای سرمایه‌گذاران و به عنوان یکی از عناصر اصلی در چارچوب نظام‌های راهبری اقتصادی است. نقش شفافیت در جذب سرمایه‌های داخلی و خارجی را به صورت مختصر در نمودار ذیل می‌توان مشاهده نمود:



بند دوم: نظارت‌پذیری و پاسخگو کردن کنشگران اقتصادی در قبال فعالیت‌های تجاری

این موضوع یعنی نظارت‌پذیری و پاسخگو کردن در خصوص جرایم شرکتهای تجاری بسیار مصداق دارد زیرا در نظام اقتصادی ایران، بحث نظارت بر شرکتهای تجاری به خصوص از نوعی دولتی و مختلط (به تعبیر عمومی، خصولتی) از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است.

برای تحقق این امر لازم است مردم و سایر فعالان اقتصادی بر اعمال اقتصادی و تجاری شرکت نظارت داشته باشند و در جریان چند و چون فالیتهای شرکت و کنشگران آن قرار بگیرند.

بنابراین، شفافیت می‌تواند شناخت موانع بازارها را برای فعالان اقتصادی تسهیل نماید تا در نتیجه بتوانند تصمیمات و گزینه‌های دیگری را اتخاذ نمایند که این امر دولت‌ها را وادار می‌کند که به هدف کسب سود، سیاست‌های خود را تغییر دهند تا سرمایه‌گذاران بیشتری را جلب نمایند.

ناگفته پیداست که چنانچه شفافیت در امور اقتصادی و واگذاری‌ها وجود نداشته باشد، تمایل سرمایه‌دار به سرمایه‌گذاری کاهش می‌یابد. نمونه اخیر این امر مربوط می‌شود به واگذاری شرکت آلومینیوم المهدی و نامه چند تن از نمایندگان مجلس به رئیس سازمان خصوصی‌سازی در مورد تخلفات رخ داده شده در این شرکت و توقیم اموال آن. تخلفات رخ داده آن قدر زیاد بود که نمایندگان مجلس از سازمان خصوصی‌سازی درخواست کردند تا شرکت آلومینیوم المهدی به دلیل تخلفات واگذار نشود، زیرا

شرکتی که متهم به سوء استفاده است قابل واگذاری نیست. این عدم شفافیت باعث شد تا تمایل بخش خصوصی به خرید این شرکت کاهش یابد.^{۱۷}

آزادی دسترسی به اطلاعات اقتصادی و نقش آن در جلب سرمایه‌های داخلی و خارجی و پیشگیری از جرایم اقتصادی آنقدر زیاد است که قانونگذار ایرانی در بند الف ماده ۸ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰ در این راستا تکالیفی را در مورد اطلاع‌رسانی لازم به مردم و تدوین سیاست‌هایی در مورد شفاف‌سازی اطلاعات، بر عهده معاونت‌های برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی و توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور قرار داده است.

^{۱۷} - به نقل از سایت خبری الف به آدرس:

<http://alef.ir/vdcbw5b5zrhbf5p.uiur.html?۲۳۲۲۸۷>

^{۱۸} - به تدوین سیاستها و راهکارهای شفاف‌سازی اطلاعات و استقرار و تقویت نظامهای اطلاعاتی و استانداردسازی امور و مستند نمودن فالیتهای

دستگاههای اجرایی برای ثبت و ضبط شفاف و جامع کلیه عملیات، اطلاع‌رسانی لازم به عموم مردم و همچنین تأمین نیازهای اطلاعاتی دستگاههای نظارتی و اطلاعاتی کشور اقدام نماید".

به شفافیت بیشتر می‌شود و فرصتهای ارتکاب قاچاق کالا و ارز به عنوان یکی از مصادیق بارز جرایم اقتصادی را محدود می‌کند. بدین ترتیب، مؤلفه پاسخ‌گویی در ارتباط با دسترسی به اطلاعات و در تعامل با شفافیت است به طوری که از یک‌سو، شفافیت به پاسخ‌گویی می‌انجامد و از سوی دیگر، یکی از سازوکارهای ایجاد شفافیت، الزام به پاسخ‌گویی است. بند سوم: ایجاد حاکمیت قانون و امکان رقابت برابر اقتصادی

یکی از پیامدهای اقتصادی حاکمیت قانون، فراهم شدن زمینه برای رقابت برابر اقتصادی است. زیرا در نظامی که حاکمیت قانون به رسمیت شناخته شده باشد، فرصت‌های جذاب برای فعالیت‌های اقتصادی به نحو برابر برای همگان وجود دارد و تبعیض ناروا^{۱۹} حتی به جهت ارائه اطلاعات یا جانبداری یا تخصیص منابع به افراد یا گروه‌های خاص، مغایر با اصول شفافیت و حاکمیت قانون است (باقری، ۱۳۹۲: ۱۰۶).

در صورت فقدان شفافیت، حاکمیت قانون خدشه‌دار می‌شود و محیط اقتصادی برای سوءاستفاده و رانت‌جویی فراهم می‌شود و به تبع آن، امکان رقابت برابر و عادلانه اقتصادی نیز سلب می‌گردد. از این نظر، شفافیت لازمه برخورداری کامل از رقابت اقتصادی برابر به حساب می‌آید.

مفهوم شفافیت و دسترسی به اطلاعات از این نظر به طور تنگاتنگی در ارتباط با پاسخ‌گویی و حاکمیت قانون است. در فضایی که نقش‌ها و مسئولیت‌ها مشخص نباشد و اطلاعاتی در مورد فعالیت‌های تجاری شرکت‌ها در دسترس نباشد، پاسخ‌گویی امکانپذیر نیست و حاکمیت قانونی نیز خدشه‌دار خواهد شد. اصولاً بدون شفافیت و اطلاعات، دیالوگی بین شهروندان و دولت، و در شرکت‌های تجاری بین مدیران و سهامداران، وجود نخواهد داشت و فساد و سوء استفاده از قدرت به راحتی اشاعه خواهد یافت.

بنابراین، شفافیت موجب برقراری و تقویت حاکمیت قانون می‌گردد که حاکمیت قانون خود ابزاری مهم برای رقابت برابر و عادلانه اقتصادی است که این امر در نهایت منجر به کاهش جرایم اقتصادی می‌گردد. چنانکه "ماکس وبر"^{۲۰} نیز معتقد است، در جامعه‌ای که در آن امکان رقابت وجود دارد، حاکمیت قوانین عام ضروری است، زیرا فرض بر این است چنین جامعه‌ای متشکل از

لذا شرکت باید قانوناً متعهد به افشای آمار و اطلاعات در خصوص فعالیت‌های خود باشد، آمار و اطلاعات دقیق و معناداری که امکان ارزیابی فعالیت‌های شرکت را بدهد. از این رو، دسترسی به اطلاعات معتبر و شفاف بیشتر، لازمه اجتناب‌ناپذیر از فرایندی است که بتوان شرکت و عوامل آنرا در قبال اعمالشان به پاسخ‌گویی فراخواند، زیرا در فضایی که نقش‌ها و مسئولیت‌ها روشن و تعریف شده نیستند و اطلاعاتی نیز از فعالیت‌های تجاری و اوضاع مالی شرکت در دست نباشد، امکان پاسخ‌گویی وجود نخواهد داشت.

شفافیت شرط لازم برای پاسخ‌گویی کارآمد کنشگران اقتصادی از جمله مقامات شرکتی است. زیرا بر اساس این اصل، کسانی که مدیران شرکت در برابر آنها مسئول هستند باید اطلاعات کامل و دقیقی درباره آنچه که مدیران در حال انجام آن هستند، در اختیار داشته باشند. به بیان دیگر، شرکت‌ها و بنگاه‌های تجاری باید ماهیت و روش اعمال و وظایف خود و تمامی رویه‌های رسمی و غیررسمی را طی بیانیه‌های عمومی به اطلاع مردم برسانند.

پاسخ‌گو نمودن مدیران شرکتی در برابر سهامداران و سایر مردم که از نتایج شفاف‌سازی است از اهمیت زیادی برخوردار است زیرا این امر موجب می‌شود تا کنشگران شرکتی سیاست‌های بهتر و عملکرد صحیح‌تری را اتخاذ نمایند. در واقع، شفافیت ابزاری است برای انعکاس فعالیت‌های تجاری شرکت‌های تجاری که فرایند کنترل بر فعالیت‌ها و مدیریت آنها را تسهیل می‌کند.

به عنوان نمونه، یکی از جرایم شایعی که توسط شرکت‌های تجاری ارتکاب می‌یابد، قاچاق کالا و ارز است. لذا نظارت بر فرایند صادرات و به ویژه واردات کالا با استفاده از فن‌آوری‌های نوین نظارتی و همچنین شفاف‌سازی در این مورد می‌تواند منجر به پیشگیری از ارتکاب این جرایم شود. در همین راستا، قانونگذار در ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳ به منظور سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، هماهنگی و نظارت در حوزه امور اجرایی، پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا و ارز، ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز با ریاست رئیس جمهور یا نماینده ویژه وی را پیش‌بینی نموده است.

در ماده ۵ قانون مارالذکر، بحث نظارت بر فرایندهای صادرات و واردات با استفاده از سامانه‌های الکترونیکی و هوشمند پیش‌بینی شده است. زیرا نظارت با استفاده از این سامانه‌ها منجر

²⁰- Max Weber.

^{۱۹} - بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی به "رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمامی زمینه‌های مادی و معنوی" به عنوان یک ارزش در نظام اقتصادی اسلامی اشاره شده است.

اساس ظرفیت‌ها و حق میان اقشار جامعه تقسیم می‌شود و دیگر کسی به سمت استفاده از راه‌های غیرقانونی برای کسب فرصت‌ها و منافع مالی نمی‌رود که به موجب آن به اصطلاح، قانون را دور بزند و نتیجتاً احساس بی‌عدالتی و عدم‌پابندی در میان اقشار از بین می‌رود که در این صورت می‌توان شاهد کاهش نرخ جرایم اقتصادی بود (باقری، ۱۳۹۲: ۵۸).

در ماده ۵ کنوانسیون مریدا ۲۰۰۳ نیز که در خصوص سیاست‌ها و اقدامات پیشگیری از فساد است، به بحث حاکمیت قانون و شفافیت توجه شده و کشورهای عضو را در این خصوص مکلف به اتخاذ تدابیری نموده است. طبق بند یک این ماده، هر کشور عضو، طبق اصول اساسی نظام حقوقی خود، سیاست‌های مؤثر و هماهنگ ضد فساد را که مشارکت جامعه را ارتقاء می‌دهد و اصول حاکمیت قانون، مدیریت مناسب امور عمومی و اموال دولتی، یکپارچگی، شفافیت و مسئولیت‌پذیری را منعکس می‌کند، توسعه داده و اجراء خواهد کرد یا به آنها ادامه خواهد داد.

با توجه به مطالب بیان شده، رابطه شفافیت و حاکمیت قانون و نقش آنها در پیشگیری از جرایم اقتصادی را می‌توان به صورت ذیل ترسیم نمود:



اصل شفافیت به عنوان یکی از ابزارهای مفید برای پیشگیری از جرایم اقتصادی، نیازمند وجود سازوکارهایی است که مهم‌ترین این سازوکارهای اجرایی در این گفتار بررسی می‌شود.

عده زیادی سرمایه‌گذار است که به لحاظ قدرت اقتصادی، کم و بیش برابرد (مرکز مالگیری، ۱۳۸۵: ۲۰۰).

از این‌رو، در جامعه‌ای که شفافیت در فعالیت‌های اقتصادی و تجاری نباشد، حاکمیت قانون و به تبع آن، امکان رقابت برابر اقتصادی نیز وجود ندارد. زیرا در نبود یا کاهش شفافیت است که می‌توان با پرداخت رشوه، فهرست شرکت کنندگان صلاحیت‌دار و فاقد صلاحیت را در مناقصه‌ها تعیین و یا تغییر داد. کارکنان ذیربط با رشوه قادرند نام فردی را به فهرست مناقصه وارد کرده یا فهرست مزبور را به نفع مناقصه‌گزاران رشوه دهنده محدود کنند.

همچنین از لحاظ جامعه‌شناسی جنایی و با رویکرد نظریه فشار مرتون نیز می‌توان به تحلیل این موضوع پرداخت. رابرت مرتون معتقد است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۶۷) که نوآوری، واکنش افرادی است که هدفهای تعریف شده فرهنگی جامعه را می‌پذیرند اما از شیوه‌ها و وسایل نهادینه قانونی برای دستیابی به آنها بی‌بهره‌اند. پس برای دستیابی به هدفها، به وسایل و شیوه‌های ابداعی خود متوسل می‌گردند که گاه غیرقانونی و مجرمانه است.

در مورد جرایم اقتصادی نیز با استفاده از شفافیت و ایجاد حاکمیت قانون، می‌توان شکاف بین وسایل و اهداف را کاهش داده و در نتیجه به پیشگیری از این جرایم نائل آمد. به این صورت که در پرتو اصل شفافیت، منابع و فرصت‌ها به صورت عادلانه و بر

گفتار چهارم: سازوکارهای اجرایی اصل شفافیت برای پیشگیری از جرایم اقتصادی

شفافیت در امور تجاری و اقتصادی به خودی خود ایجاد نمی‌شود، بلکه اقداماتی لازم است تا صورت گیرد و زمینه پیدایش و برقراری آن حاصل شود. در این راستا می‌توان از ابزارها و روش‌هایی کمک گرفت تا شفافیت ایجاد گردد. به بیان دیگر، ایجاد

زمستان ۱۳۸۶؛ وایت، راب و هینس فیونا، درآمدی بر جرم و جرم‌شناسی، ترجمه میر روح الله صدیق بطحایی اصل، نشر دادگستر، چاپ سوم، تابستان ۱۳۸۹.

۲۱- برای مطالعه بیشتر در این خصوص برای نمونه رک: رحیمی‌نژاد، اسمعیل، جرم‌شناسی، انتشارات فروزش، چاپ ششم، سال ۱۴۰۱؛ صادقی‌نژاد نائینی، مجید، جرم‌شناسی جرایم شرکت‌های تجاری، منبع پیشین، ص ۱۳۲؛ والکلیت، ساندرا، شناخت جرم‌شناسی، ترجمه حمید رضا ملک محمدی، نشر میزان، چاپ اول،

بند اول: رفع تعارض منافع فردی و شغلی

سازمان ملل در کتابچه خط مشی ضد فساد خود، وین، ژوئن ۲۰۰۱، تعارض منافع را چنین تعریف می‌کند: "تضاد منفعت عبارت است از رویه غیرقانونی استفاده یک شخص از نفوذ یا موقعیتی که وی در بخش عمومی دارد، برای به دست آوردن منفعت دلخواه یا اعمال یک رفتار تبعیض‌آمیز به نفع دیگری که معمولاً همراه با پرداخت رشوه از سوی آن فرد است" (مهدوی پور، ۱۳۹۰؛ ۸۹).

تعارض منافع یکی از گلوگاه‌های فساد مالی به شمار می‌رود، زیرا در صورت عدم توجه و نبود ضمانت اجراهای متناسب، هنگامی که منافع شخصی فرد در تعارض با منافع شغلی و دولتی قرار می‌گیرد، با میل به حفظ منافع شخصی، ارتکاب فساد از جانب مأمور دولتی یا عمومی بسیار محتمل است.

تعارض منافع از این حیث جزو تدابیر وضعی محسوب می‌گردد که چون تعارض منافع در خصوص افرادی است که مراحل رشد و جامعه‌پذیری خود را سپری کرده‌اند، بنابراین اعمال تدابیر پیشگیری اجتماعی در مورد آنها نمی‌تواند مصداق یابد. لذا برای رفع این تعارض منافع به جای تمرکز بر روی فرد و خصوصیات درونی او، باید به سراغ بزه‌دیده و موقعیت‌های ارتکاب جرم برویم. به این معنا که با اعمال تدابیر وضعی و بازدارنده، از ارتکاب جرایم اقتصادی جاذبه‌زدایی کنیم و فرصت‌های ارتکاب جرم را محدود نماییم. این سخن به این معناست که رفع تعارض منافع از طریق راهکارهای وضعی و موقعیت‌مدار امکان‌پذیر است.

تعارض منافع هنگامی بروز می‌کند که شخصی به‌عنوان مستخدم بخش عمومی یا خصوصی در انجام وظایف شغلی خود تحت تأثیر علایق شخصی قرار گیرد. در چنین مواردی تصمیمات بر مبنای دلایل نادرستی اتخاذ می‌شود (جرمی، ۱۳۸۵؛ ۲۲۳).

باید توجه داشت که تعارض منافع تنها مربوط به بخش دولتی و عمومی نیست، بلکه در بخش خصوصی نیز ممکن است با شرایطی رخ دهد. تعارض منافع دارای مفهوم وسیعی است و مصادیق متعددی دارد که دو مورد از آنها که خیلی هم شایع است عبارتند از خویشاوندگاری و پارتی‌بازی، که هر دو موجب کاهش شایسته‌سالاری و عدم انجام صحیح امور می‌شود.

گام اول در مورد رفع تعارض منافع، وجود قوانین متناسب و شفاف است تا افراد با آگاهی از کلیه موارد تعارض منافع ملزم به رعایت آن گردند. تصویب یک قانون خاص در مورد تعارض منافع، لازمه مدیریت شایسته است (میرزایی، ۱۳۸۶؛ ۶۹).

کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد در ماده ۱۲ خود وضع مقررات و آیین‌نامه‌های رفتاری را جهت جلوگیری

از تضاد منافع برای نیل به مبارزه با فساد مالی ضروری دانسته است. این کنوانسیون کشورها را به تصویب و تقویت سازوکارهایی جهت هر چه شفاف‌تر شدن و جلوگیری از تضاد منافع ترغیب می‌نماید (بند ۴ ماده ۷).

در حقوق داخلی ایران، قانون جامع و شفافی که به امر تعارض منافع و تعیین سازوکارهای اجرای آن پردازد وجود ندارد، صرفاً در برخی از قوانین و مقررات، مواردی آمده که نتیجه اجرای آنها می‌تواند پیشگیری از تعارض منافع باشد. این موارد عبارتند از:

۱- یکی از قوانینی که اجرای آن منجر به جلوگیری از تضاد منافع می‌شود، لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ می‌باشد که مطابق آن برخی مقامات کشوری و لشکری و کلیه کارمندان دستگاه‌های دولتی و وابسته به آن، شهرداری‌ها، اشخاصی که به نحوی از خزانه دولت حقوق یا حق الزحمه مستمر دریافت می‌کنند و برخی شرکتها، حق شرکت در معاملات یا داوری در دعاوی با دولت یا مجلس یا شهرداری یا دستگاه‌های وابسته و مؤسسات مقرر در قانون را ندارند و حتی پدر، مادر، برادر، خواهرزن، شوهر، اولاد بلافصل و عروس و داماد اشخاص فوق نیز از این حق محرومند. این قانون به یک قانون متروک تبدیل شده است و عملاً محتوای آن رعایت نمی‌گردد. ضمن اینکه در این قانون تنها به ممنوعیت انجام معاملات و داوری با مؤسسات فوق‌الذکر می‌پردازد، در حالی که این امر فقط یک مصداق از تعارض منافع است.

۲- تبصره ۳ و تبصره ۴ ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳:

تبصره ۳- شرکت و عضویت در شوراهای عالی، مجامع عمومی، هیأت‌های مدیره و شوراهای مؤسسات و شرکت‌های دولتی که به عنوان نمایندگان قانونی سهام دولت و به موجب قانون و یا در ارتباط با وظایف و مسئولیت‌های پست و یا شغل سازمانی صورت می‌گیرد شغل دیگر محسوب نمی‌گردد لکن پرداخت یا دریافت حقوق بابت شرکت و یا عضویت در موارد فوق ممنوع خواهد بود.

تبصره ۴- تصدی هر نوع شغل دولتی دیگر در مؤسساتی که تمام یا قسمتی از سرمایه آن متعلق به دولت و یا مؤسسات عمومی است و نمایندگی مجلس شورای اسلامی، وکالت دادگستری، مشاوره حقوقی و ریاست و مدیریت عامل یا عضویت در هیأت مدیره انواع شرکت‌های خصوصی جز شرکت‌های تعاونی ادارات و

بند دوم: الزام به اعلام اموال و دارایی‌ها

الزام به اعلام اموال و دارایی‌های مقامات و مسئولین و کارمندان عالی‌رتبه، یکی از شیوه‌های پیشگیری وضعی از بروز مفاسد اقتصادی و معیار افزایش میزان پاسخگویی است. این امر در ماده ۸ کنوانسیون ملل متحد^{۲۲} برای مقابله با فساد مالی هم پیش‌بینی شده است. در حقوق داخلی هم اصل ۱۴۲ قانون اساسی و ماده ۱ قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزراء و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری، شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها مصوب ۱۳۳۷ به این مهم پرداخته است. در سالهای اخیر نیز تلاش‌هایی برای تصویب قانونی راجع به این موضوع از سوی مجلس و دولت صورت گرفته است. از جمله طرح رسیدگی به دارایی مقامات و مسئولان و کارگزاران نظام جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۶ که به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده، لکن با ایراد شورای نگهبان مواجه شده و به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع گردید و در نهایت در سال ۱۳۹۴ با اصلاحاتی از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام، تأیید و ابلاغ گردید^{۲۳}.

تجربه‌های کشورهای مختلف نشان می‌دهد که تأثیر قوانین اعلام دارایی‌های مقامات و مسئولین، بیشتر در حد ترس و دلهره‌ای است که ایجاد می‌کند. نمونه‌های شناخته شده از مواردی که مقامات عالی رتبه دولتی به دلیل اعلام نادرست وضعیت مالی به دادگاه کشانده شده باشند، نادر است. با وجود این، باز هم می‌توان تأکید کرد که سیستم افشای وضعیت دارایی می‌تواند به خودی خود عامل بازدارنده مفیدی باشد (پاتی افسو، ۱۳۸۴؛ ۲۷).

در مورد جرایم اقتصادی که موضوع بحث مقاله حاضر است، به نظر می‌رسد که ایجاد الزام قانونی برای اعلام اموال و دارایی‌های شرکت‌های بزرگ تجاری اعم از دولتی و خصوصی، می‌تواند راهکاری مفید و مؤثر برای پیشگیری از جرایم اقتصادی باشد. به بیان دیگر، آنچه تاکنون بحث شده است، رسیدگی به اموال و دارایی‌های مقامات و مسئولین بوده که درست هم می‌باشد، در حالی که به نظر می‌رسد در مورد جرایم شرکتی باید به روش دیگری عمل کرد. به این صورت که اولاً باید طبق قانون، شرکتها ملزم به اعلام اموال و دارایی‌هایشان باشند و به طور دوره‌ای

مؤسسات برای کارکنان دولت ممنوع است. یکی از علل تصویب این دو مقرر می‌تواند بحث تعارض منافع باشد.

۳- مطابق بند ۱ ماده ۵ نظامنامه اخلاق و رفتار کارکنان گمرک جمهوری اسلامی ایران، اشتغال کارکنان گمرک به تجارت یا حق‌العمل‌کاری و هر نوع حرفه دیگر که با انجام وظیفه آنها در گمرک ارتباط داشته باشد ممنوع اعلام شده است. در واقع این نظامنامه، تعارض منافع را عاملی می‌داند که بر نحوه انجام وظیفه کارمند اثر می‌گذارد یا بطور بالقوه می‌تواند اثر بگذارد.

۴- بندهای ۳ و ۴ ماده ۲۵۸ قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ راجع به شرکت‌های سهامی، که طی آن مقنن به صراحت مدیران شرکت (اعم از دولتی و خصوصی را) از ارتکاب اعمال موجد تعارض منافع منع کرده و ضمانت اجرای حبس از یک تا سه سال برای آن تعیین نموده است.

۵- بند ۴ ماده ۱۴۷ قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ راجع به ممنوعیت پذیرش سمت بازرسی شرکت در حالی که فرد یا همسر وی از مدیران شرکت حقوق دریافت می‌کنند، نیز می‌تواند از مصادیق تلاش مقنن برای رفع تعارض تلقی گردد.

۶- بند ۴ ماده ۷ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مصوب ۱۳۸۷ در این خصوص مقرر می‌دارد:

هر کشور عضو، براساس اصول قانون داخلی خود تلاش خواهد کرد تا نظامهایی که شفافیت را ارتقاء می‌دهد و از تنازع منافع جلوگیری می‌نماید، اتخاذ و حفظ کرده و تحکیم بخشد.

با توجه به مطالب بیان شده و مستندات فوق، باید گفت که مدیریت تعارض منافع در محیط‌های شغلی و حرفه‌ای، از جمله در فضای حاکم بر شرکت‌های تجاری و استفاده مناسب از فنون و راهبردهای مرتفع ساختن آن در جهت بهبود عملکرد شرکت، از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. عدم توجه به این امر می‌تواند باعث حاکم شدن فضای جرم‌زا بر شرکت شده و فرهنگ عدم تبعیت از قانون را در شرکت نهادینه کند.

۲۳- در اجرای قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۹/۸/۱۳۹۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام و به منظور افزایش اعتماد عمومی مردم به مسئولان جمهوری اسلامی ایران و ارتقاء سلامت اداری، آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران، در ۲۱ ماده و ۸ تبصره در تاریخ ۱۹/۳/۱۳۹۸ به تصویب رییس قوه قضاییه رسید.

۲۲- هر کشور عضو، در صورت اقتضاء و طبق اصول اساسی قانون داخلی خود تلاش خواهد نمود تا اقدامات و نظامهای مورد نیاز مقامات دولتی را ایجاد نماید تا در رابطه با فعالیتهای بیرونی خود، استخدام، سرمایه‌گذاری، ذخایر مالی و هدایای کلان یا منافی که ممکن است از آن، تضاد منافع در رابطه با وظایف آنها به‌عنوان مقامات دولتی بروز کند، اظهاریه‌هایی را برای مراجع مربوط تهیه نماید.

همچنین کتابچه راهنمایی نیز تحت عنوان "کتابچه شفافیت مالی"^{۲۶} برای توضیح جزئیات مربوط به اجرای رفتارنامه، منتشر کرده است.

کارکرد پیشگیرانه ایجاد واحد اطلاعات مالی، قابلیت دسترسی عموم فعالان اقتصادی به اطلاعات مالی شرکت‌های تجاری و همچنین اطلاعات مالی دولت، به عنوان یکی از مؤلفه‌های مهم شفافیت مالی می‌باشد. در این راستا، جامع بودن اطلاعات، مرتبط و با کیفیت بودن آنها و همچنین الزام به انتشار آنها از اهمیت زیادی برخوردار است.

نقش پیشگیرانه ایجاد واحد اطلاعات مالی تا حدی است که در ماده ۵۸ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مصوب ۱۳۸۷ به این امر اشاره شده است. این ماده چنین مقرر می‌دارد: کشورهای عضو جهت جلوگیری و مبارزه با انتقال عواید ناشی از جرائم احراز شده براساس این کنوانسیون و ارتقاء راهها و روشهای بازگرداندن چنین عوایدی با یکدیگر همکاری خواهند نمود و بدین منظور ایجاد واحد اطلاعات مالی را به عنوان مسؤول دریافت، تجزیه و تحلیل و نشر گزارشات مربوط به معاملات مالی مظنون، به مقامات صلاحیتدار مورد بررسی قرار خواهند داد.

همچنین، قانون گذار در ماده ۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲^{۲۷} نیز در راستای پیشگیری و کنترل بازار مبادلات غیرمجاز ارز، تکالیفی را بر عهده نهادهای ذیربط نهاده است که یکی از این الزامات که در راستای شفاف سازی فعالیت های ارزی است، *ایجاد سامانه اطلاعات مالی* صرافی ها و رصد و ارزیابی فعالیت های آنهاست.

وجود یک واحد اطلاعات مالی واحد و منسجم به عنوان ابزاری مؤثری برای پیشگیری از جرایم شرکتی، در کشورهایی مانند ایران که دارای شرکت های تجاری بزرگ دولتی هستند، واجد اهمیتی دوچندان است.

به بیان دیگر، عدم وجود یک سیستم منضبط مالی به خصوص در مورد شرکت های دولتی، از عوامل مهم و تسهیل کننده جرایم شرکتی مانند اختلاس و حساب سازی های ساختگی است.

تغییرات آنرا اعلام نمایند. البته در قوانین ایران، شرکت های تجاری پذیرفته شده در بورس، طبق قوانین و ضوابط این بازار، مکلف به اعلام اطلاعات مالی خود به طور دوره ای هستند^{۲۴}، اما در مورد سایر شرکت های تجاری که در بورس پذیرفته نشده اند، این الزام قانونی وجود ندارد. ثانیاً، همان طور که اموال و دارایی های مقامات باید کنترل شود تا به ناحق افزایش نیافته باشد، اموال و دارایی های شرکت ها نیز باید کنترل شود تا افزایش ناحقی نداشته باشد. این امر می تواند به عنوان یک عامل بازدارنده قوی عمل کند. به این صورت که با جاذبه زدایی و پرهزینه کردن ارتکاب جرم، از فرایند گذار از اندیشه به عمل مجرمانه جلوگیری می کند. زیرا هنگامی که شرکت بداند که اموال و دارایی های او کنترل می شود، جاذبه ارتکاب جرم برای او کم شده و در نتیجه، احتمال ارتکاب جرایم شرکتی کاهش می یابد.

بند سوم: ایجاد واحد اطلاعات مالی

فقدان اطلاعات دقیق و شفاف و عدم قطعیت، از ویژگی های رامنشدهی امور مالی است. دهه ۸۰ میلادی شاهد افزایش محنت بار بحران های بانکی در کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه بود که هزینه های مالی و اقتصادی زیادی بر جای گذاشت و بحث بر سر سیاست هایی که برای ثبات مالی اهمیت داشتند شروع شد و شفافیت اهمیت خاصی در این بحث ها پیدا کرد (یزدانی زنون، پیشین، ۷۱).

فقدان واحد اطلاعات مالی یعنی نبود شفافیت که این امر موجب بی ثباتی در اقتصاد و در نتیجه، عدم سرمایه گذاری از جانب سرمایه داران داخلی و خارجی شده و باعث رکود اقتصادی می شود و در چنین فضایی است که زمینه برای ارتکاب جرایم شرکتی مانند تقلب در محصولات یا قاچاق کالا یا تقلب در مناقصه ها و مزایده ها فراهم می گردد.

در این راستا و برای ایجاد شفافیت در سیاست ها و اهداف مالی کشورها، صندوق بین المللی پول، رفتارنامه ای تحت عنوان "رفتارنامه رویه های خوب در شفافیت مالی"^{۲۵} تنظیم کرده است و کشورهای عضو را تشویق به پیروی از این کد نموده است.

²⁵ - Code of good Practices on Fiscal Transparency.

²⁶ - Manual of Fiscal Transparency

^{۲۷} - ماده ۷ - بانک مرکزی موظف است در جهت پیشگیری و کنترل بازار مبادلات غیرمجاز ارز اقدامات زیر را به عمل آورد:

ب - ایجاد سامانه اطلاعات مالی صرافی ها و رصد و ارزیابی فعالیت آنها.

^{۲۴} - برای نمونه می توان به دستورالعمل افشای فوری اطلاعات مصوب سازمان بورس اشاره نمود. سازمان بورس در این دستورالعمل شرکت های حاضر در بورس را موظف به افشای آنی اطلاعات رویدادهای شرکت برای جلوگیری از نشت اطلاعات به بیرون شرکت، تایید دارندگان امضای مجاز، افشای اطلاعات بدون جانبداری، منع غیررسمی اطلاعات، منع استفاده شخص از اطلاعات و ... نموده است.

مالی کلان دولت نظیر رد دیون، روابط مالی دولت و نفت و ... از جمله موارد دیگری است که به دلیل ارتباط موضوع برای این واحد قابل تعیین است. بدیهی است به منظور فراهم آمدن شرایط مطلوب مدیریت بدهی های دولت، تسریع در تدوین استاندارد های حسابداری بخش عمومی و پیگیری مجدانه برای اجرای آن ها، تدوین استانداردهای حسابرسی بخش عمومی، ایجاد شبکه توسعه یافته فن آوری ارتباطات دولت، ایفای نقش سیاست گذاری های مالی توسط واحد مسئول مدیریت بدهی ها و لحاظ نمودن ضمانت های اجرایی برای تصمیمات آن، ضروری می باشد^{۲۸}.

نتیجه گیری

نقش شفافیت در پیشگیری از جرایم اقتصادی بسیار مهم و کلیدی و غیرقابل انکار است مع ذلک موانعی در این خصوص وجود دارد که باید مورد توجه قرار گیرد از جمله بحث حفظ اسرار تجاری یا مبحث تحریم ها که در نظام اقتصادی ایران خیلی بارز است. جدال اصل شفافیت و اصل حفظ اسرار تجاری همانند جدال دو مدل دادرسی عادلانه و مدل کیفری است. شاید بتوان در این مورد نیز رویکرد افتراقی اتخاذ نموده، به این صورت که در برخی موارد اصل را بر شفافیت گذاشت و در برخی موارد اصل را بر حفظ اسرار تجاری. البته در همه امور اقتصادی باید اصل بر شفافیت باشد اما از این مطلب نیز نباید غافل ماند که در برخی امور تجاری برای حفظ حقوق معنوی پدیدآورندگان و همچنین رعایت عدالت تجاری (مانند حفظ علائم تجاری یا فرمول های تولیدی و صنعتی) باید اصل را بر حفظ اسرار گذاشت. به بیان دیگر همان طور که برای تلفیق دو مدل کیفری و دادرسی عادلانه، قوانین و رویه های قضایی کشورها، سیاست های کیفری افتراقی، بر حسب گونه شناسی بزهکاران، بزه دیدگان و جرایم اتخاذ کرده و اعمال می کنند- به عنوان نمونه، در قبال مجرمان تروریستی، بزهکاران اقتصادی یا جرایم جهانی شده، مدل کنترل جرم غلبه دارد. یعنی سختگیری و افزایش اختیارات ضابطین، سرعت در محاکمه، تعیین و اجرای مجازات. در قبال جرایم و مجرمان دیگر، مانند مجرمان بدون سابقه یا نوجوانان بزهکار، سیاست کیفری، عدالت محور می نماید- در مورد اصل شفافیت و اصل حفظ اسرار تجاری هم باید به این رویکرد افتراقی روی آوریم.

مسلماً با سالم سازی محیط اقتصادی و از بین بردن محیط ها و زمینه های پنهان مستعدکننده جرایم مخل نظم اقتصادی در اثر استفاده از اصل شفافیت در حقوق کیفری اقتصادی، نظم در تمام

اعتراف به وجود این مشکل از سوی مسئولان نظارتی کشور نیز صورت گرفته است؛ همچنان که رئیس دیوان محاسبات در همایش ارتقای سلامت نظام اداری در دی ماه ۱۳۸۹ به این مطلب اشاره نموده است: "انضباط مالی به معنای تسلط کامل بر درآمدها و هزینه ها و کسب نتایج به صورت مشخص است، اما واقعیت این است که هنوز کل درآمدهای نظام در یکجا به صورت متمرکز درنیامده و تحت یک سیاست واحد اعمال نظر و قدرت نمی شود. همه کشورهای مرفعی دنیا دارای یک نظام مالی متمرکز هستند و از یک طریق درباره نحوه هزینه کرد درآمدها سیاست گذاری می- شود. در کشور ما شرکت هایی با میلیاردها درآمد و بنیادهای مختلف با صدها میلیارد درآمد وجود دارند، اما تاکنون این درآمدها در یک سیستم مالی منضبط جمع نشده است (رحمانی فضلی، ۱۳۸۹: ۱)".

در ایران درحال حاضر، بستر و شبکه ارتباطی وسیع و گسترده ای که اطلاعات مالی دستگاه های اجرایی را به واحد مسوؤل نگهداری حساب بدهی های دولت انتقال دهد، وجود ندارد. در صورت تشکیل واحد سازمانی مشخصی برای مدیریت بدهی ها و گزارش دهی مستمر، علاوه بر ضرورت ایجاد یک نظام حسابداری مناسب، وجود زیر ساخت های ارتباطی و اطلاعاتی متمرکز و پایدار از ضروریات محسوب می گردد، در غیر این صورت نه تنها ارائه گزارش های کوتاه مدت از مانده بدهی های دولت و طبقه بندی آن ممکن نمی باشد (به دلیل تغییرات روزانه مانده این مبالغ در سطح صدها دستگاه اجرایی در سراسر کشور) بلکه ارائه گزارش های بلند مدت (مانند گزارش های شش ماهه و غیره) قابلیت اتکای پایینی داشته و حتی ممکن است گمراه کننده نیز باشد.

با توجه به تعاریف ارائه شده و ویژگی های مربوط به مدیریت بدهی ها می توان نتیجه گرفت که ایجاد واحدی در خزانه داری کل کشور یا هر واحد دیگری برای تجمع و گزارشگری اطلاعات مربوط به بدهی های دولت در سطح کلان مملکتی (و نه مدیریت بدهی ها) با توجه به شرایط و امکانات موجود، راهکاری قابل بررسی برای کوتاه مدت است. چنین واحدی در صورت تشکیل می بایست ارتباط مستمر و منظمی با نمایندگان نهاد های مرتبط با اطلاعات بدهی های دولت، مانند بانک مرکزی، معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رییس جمهور، سازمان خصوصی سازی، سازمان حسابرسی، سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران، برای دریافت اطلاعات، داشته باشد. عمل به تکالیف بودجه ای خزانه داری کل کشور در اعمال حساب موارد مرتبط به وضعیت

بنابراین، مسئله اصلی نبود شفافیت در فرایندهای کسب قدرت و ثروت در کشور است که عمدتاً به منابع عمومی حاصل از درآمدهای نفت و گاز وابسته هستند. نحوه مصرف و مدیریت این منابع هم غیر شفاف است. شیوه مدیریت منابع، اصلی ترین علت فساد در کشور است. بنابراین تحریم ها، علت اصلی وقوع فساد در کشور نیست بلکه تحریم ها و دور زدن تحریم ها، کاتالیزور وقوع بسیاری از مفاسد مالی و از جمله پدیده میلیاردی نفتی معروف در کشور بوده است. به بیان دیگر، به نظر می رسد دور زدن تحریم ها، بهانه ای از سوی عده ای برای سرپوش گذاشتن بر فساد بزرگ مالی در نظام سیاسی و اداری کشور است. به بیان دیگر، فساد اقتصادی همواره در کشور وجود داشته است. اما بعد از وضع تحریم های نفتی، به بهانه دور زدن تحریم ها ابعاد مفاسد بسیار نجومی تر شد. به نظر می رسد برخی که در مقابل روند بهبود مشکلات سیاست خارجی و کاهش تحریم ها، ایستادگی می کنند، دلیل اصلی ایستادگی شان در مقابل کاهش تحریم ها، نه مباحث ایدئولوژیک که در واقع نفعی است که از تحریم ها نصیب شان شده است. در واقع می توان آنان را "کاسبان تحریم" نامید.

به نظر می رسد که دیدگاه فوق صحیح باشد. زیرا واقعیت نشان می دهد که مسئله تحریم ها، پوششی برای مخفی کاری بیشتر فراهم کرده و بهانه ای برای توجیه فساد برای عده ای شده است. تحریم های اقتصادی و به خصوص تحریم های نفتی فرصت های بسیار بزرگتری را برای سودجویی افرادی که در سال های گذشته وارد این حوزه ها شده بودند، ایجاد کرد^{۲۹}. بنابراین تحریم ها، فرصت ها و جاذبه های بیشتری را برای جرایم اقتصادی فراهم کرد. بدیهی است که هر چقدر فضای اقتصادی و تجاری کشور شفاف تر باشد و بهانه ای برای مخفی کاری وجود نداشته باشد، فرصت های ارتکاب جرایم اقتصادی نیز کاهش می یابد.

بنابراین، به نظر می رسد که نباید به بهانه تحریم ها و دور زدن آنها، شفافیت را در فضای اقتصادی کمرنگ نماییم، چون چنین کاری نه تنها باعث نجات اقتصاد کشور نمی گردد، بلکه به منزله داروی بدتر از درد می باشد، یعنی زمینه ها و فرصت های مناسبی را نیز برای ارتکاب جرایم اقتصادی فراهم می کند. لذا بحث شفافیت نباید بابت مسائلی مانند تحریم ها و.. مورد غفلت یا تغافل قرار گیرد.

با عنایت به مراتب فوق، در مقاله حاضر، عنصر شفافیت به عنوان یکی از راهکارهای پیشگیری وضعی یا موقعیت مدار برای

لایه های نظم اقتصادی مستقر می شود و موارد توسل به حقوق کیفری را به شدت کاهش می دهد. لذا اصل شفافیت رویکردی کلان دارد و منجر به سالم سازی و انتظام بخشی محیط اقتصادی می گردد و در نتیجه پیشگیری و مبارزه با جرایم اقتصادی از جمله جرایم شرکتی، به صورت موفق تر انجام می شود. به تعبیری می توان، منتفع اصلی از رعایت اصل شفافیت در روابط اقتصادی را جامعه و نظام اقتصادی دانست.

در پایان باید به این مطلب مهم نیز توجه داشت که درست است شفافیت به عنوان ابزاری مؤثر و کارا برای پیشگیری از جرایم اقتصادی، ایجاد پاسخگویی، اثربخشی بیشتر و ایجاد ثبات و امنیت اقتصادی تلقی می گردد، اما باید توجه داشت که تمامی این موارد تنها با شفافیت حاصل نمی گردند و این خطر وجود دارد که دولت و شرکت های خصوصی بر اثر شفافیت بیش از حد تحت تأثیرات منفی قرار بگیرند. بنابراین برای شفافیت بیشتر لازم است یک تعادل بر اساس هزینه-منابع برقرار کرد. یعنی باید اصل بر شفافیت باشد مگر در موارد خاص و استثنائی که البته به منظور ممانعت از قضاوت ارزشی خودسرانه و حمایت در برابر سوء استفاده، قانون باید این موارد استثنائی را مشخص نماید.

به هر حال به نظر می رسد که در ارتباط با تأثیرات شفافیت اقتصادی بر پیشگیری از جرایم اقتصادی هنوز سؤالات و ابهامات زیادی وجود دارد، به خصوص در مورد کشورهایی مانند ایران که دوران گذار را سپری می کنند و در معرض انواع سوءاستفاده ها و رانت جویی ها هستند، بررسی این مطلب که شفافیت بیشتر در چه شرایطی می تواند نتایج مثبت یا منفی به بار بیاورد مهم است و باید هم با در نظر گرفتن استانداردهای بین المللی در این خصوص و استفاده از تجربیات کشورهایی که این مرحله را پشت سر گذاشته اند و هم با در نظر گرفتن شرایط اقتصادی، سیاسی و فرهنگی خاص کشور ایران باشد. در این مورد به ویژه باید توجه داشت که در حال حاضر به دلیل تحریم اقتصادی ایران از سوی کشورهای قدرتمند، ایران ناچار است اقداماتی اتخاذ کند تا بتواند این تحریم ها را به اصطلاح دور بزند و ممکن است استدلال شود که برای دور زدن تحریم ها و نجات اقتصاد کشور لازم است تا در برخی موارد از شفافیت کاسته شود. صرف نظر از صحت این استدلال، باید در مقابل، توجه داشت که کاستن از شفافیت و مخفی کاری به بهانه دور زدن تحریم ها می تواند زمینه را برای رانت فراهم کرده و ابزاری مناسب برای فسادهای مختلف اقتصادی گردد.

^{۲۹} - برای نمونه می توان به پرونده بابک زنجانی، میلیارد معروف نفتی اشاره کرد که به دلیل بدهی زیاد به شرکت نفت و اتهامات دیگر مانند اختلال در نظام

اقتصادی کشور، دستگیر و پس از آنکه مدت زیادی قریب به ده سال در بازداشت بود با استرداد اموال و بدهی های دولت، از مجازات اعدام عفو گردید.

شفافیت را دارد باید به طور محدود بوده و در راستای اصل ضرورت باشد.

کاهش‌های فرصت‌های ارتکاب جرایم اقتصادی مورد بررسی و پذیرش قرار گرفته است و نویسنده معتقد است که تقویت این عنصر در نظام اقتصادی و مناسبات تجاری نه تنها خطرآفرین نبوده بلکه در کاهش یا از بین بردن فرصت‌های مجرمانه نقشی اساسی دارد و صد البته، برخی شرایط و مصادیق خاص که اقتضای عدم

References

- [1] Ebrahimi, shahram, sadeghnejadnaeini, majid, *Criminological Analysis of Economic Crimes*, Criminal Law Research, Volume 2, Number5, pp. 147-174
- [2] Bagheri, mahtab, *The Position of Principle of Transparency in World Trade Organization*, Dissertation Master of International Trade Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, 2012.
- [3] Pope, Jeremy, "Parliament and Anti-Corruption Legislation", in Rick Stapenhurst, Niall Johnston and Riccardo Pelizzo (eds.), *The Role of Parliament in Curbing Corruption*, World Bank Institute, 2006, pp. 51-67, Translation by Masoud Faryadi, Majles and Research magazine, Number 52, 2006.
- [4] Jafari, Amin, *the position of commercial transparency in economic criminal law in France*, Criminal science updates (collection of articles), under the supervision of: Dr. Ali Hossein Najafi Abrandabadi, Mizan Publications, first edition, March 2009.
- [5] Jalali farahani, amirhossein, *Situational Prevention of Cybercrimes in the Light of Human Rights' Standards*, Fiqh and Law Quarterly, Number 4, 2005.
- [6] Hasani, jafar, mehra, nasrin, *Critiques on the concept of \"economic crimes\" in the Islamic penal code of Iran (1392)*, Criminal Law and Criminology Studies, Volume 2, Number 2-3, july 2015.
- [7] Hoseini, valiollah, *free access to information; A comparative study of the legal systems of Iran and the European Union*, doctoral dissertation in public law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, 2013.
- [8] *good governance*; Development Foundation, Islamic Council Research Center, first edition, 2004.
- [9] Daneshnari, Hamidreza, *Prevention of corporate crime in light of organizational culture management model*, The Quarterly Journal of Judicial Law Views, Volume 27, Issue 98 - Serial Number 98, August 2022.
- [10] Daneshnari, Hamidreza, Ghapanchi, Hesam, Moosavi, Nahid, *financial corporate crime: from typology to criminology*, Encyclopedia of Economics Law journal , Volume 21, Issue 6 - Serial Number 6, February 2015.
- [11] W. Paati Afusu, Amah, Raj Soper Amanin, Kishore A., Parti, *Legal Frameworks for Combating Corruption (Financial)*, Translated by Ahmad Ranjbar, Political Studies Office of Islamic Council Research Center, , first edition, 2004.
- [12] Dalirpoor, Parviz, *Electronic government and the fight against corruption, the knowledge assessment quarterly of the National Inspection Organization*, the first year, volume 2, 2018.
- [13] Rahiminejad, Esmail, *Criminology*, Forozesh Publishing, 6th edition, year 2022.
- [14] Zareii, Mohammadhosein, *Popularization process, accountability and government management*, Qom Higher Education Complex Magazine, third year, volume 9, spring and summer 2019.
- [15] Sarikhani, Adel, Sarab, Rohollah, *Preventive Functions of Transparency in Criminal Policy*, Legal Journal of Justice, Volume 77, Issue 82 - Serial Number 82, June 2013.
- [16] Simpson, Sally and Benson, Michael, *White Collar Crime; An opportunity-oriented approach*, translated by Esmail Rahimi-nejad, Mizan Publications, first edition, fall 2011.
- [17] Sheikh Hor Aamili, Muhammad bin Hasan, Farabi, Muhammad Ali and Abbasi Ali Kamar, Yasoob, *social etiquette from the point of view of the innocents (AS) (translation of Wasal al-Shia)*, 1 volume, Astan Quds Razavi, Islamic Research Foundation, Mashhad, 5th edition, March 2001.
- [18] Sadeghnejadnaeini, Majid, *Criminology of bcorporate crimes*, Judiciary Press and Publications Center, first edition, 2021.
- [19] Sadeghnejadnaeini, Majid, *Criminological study of private legal entities: from etiology to prevention*, A thesis Submitted to the Graduate Studies Office in Partial Fulfillment of the requirements for the degree of PHD in: Criminal Law and Criminology, Faculty of Law Shahid Beheshti University, August 2014.
- [20] Sadeghnejadnaeini, Majid, Najafiabrandabadi, Alihosein, *General Theory of Pressure and Corporate Crimes*, Legal Research Magazine, Special Issue No. 13, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Summer 2013.

- [21] Markaze malmiri, Ahmad, Rule of Law, Publications of Islamic Council Research Center, first edition, 2006.
- [22] Motamednejad, Kazem, The evaluation of law foundation of media freedom in local regional and international backgrounds, Public Law Research, Volume 13, Issue 35, January 2011.
- [23] Maham, Keyhan, Pouriyanasab, Amir, Transparency and disclosure in the financial statements of Islamic financial institutions, Stock Exchange Magazine, Number. 49, 2014.
- [24] Moosavimoghab, Doraid, White Collar's crimes according to the Religious Teachings, Jurisprudence and Law Magazine, 6th year, number 22, autumn 2018.
- [25] Naemeh, Hassan, Transparency and Anti-Corruption, Special Issue of Legal Research Journal, Legal Research quarterly, Number 4, 2001.
- [26] Najafiabrandabadi, Alihossein, Criminal Sociology, edited in February 2011, available in: www.Lawtest.ir.
- [27] Novbakht, Zahra, Evaluation of information transparency of companies in Tehran Stock Exchange, Stock Exchange Magazine, Number 54 and 55, 2015.
- [28] Nahj-ul-Balagha, translated by Mohammad Dashti, Al-Hadi Publications, 2010.
- [29] Walklate, Sandra, understanding criminology, Translated by Hamid Reza Malek Mohammadi, Mizan Publishing House, first edition, winter 2016.
- [30] White, R. D. (Robert Douglas), Crime and criminology: an introduction, 2nd ed, Translated by Mir Ruhollah Sediq Bathai, original, published by Judge, third edition, summer 2019.
- [31] Hashemi, Seyyed Mohammad and Hosseini, Wali Allah, The Forgotten Right: The Right to Free Access to Information, Legal Research Magazine, Special Issue Number 12, 2013.
- [32] Yazdani Zenouz, Hormuz, examining the role of transparency in achieving good governance, human rights master's thesis, Shahid Beheshti University School of Law, 2014.
- [33] Yazdani Zenouz, Hormuz, The Role of Transparency in Achieving Good Governance, quarterly of public law, second year, number 5, summer 2018.
- [34] Rahmani Fazli, Abdol Reza, the country's income and expenditure are not clear, Tabnak Analytical News Database, Available at: www.Tabnak.ir.
- [35] Dr. Raghofer's interview with Analytical Energy News (Naftna) under the title: "Sanctions circumvention became an excuse for corruption and secrecy", January 20, 2013, Available at: <http://naftna.net/ir/interviews>.
- [36] Blacks Law Dictionary, 8th ed, 2004, P. 4675.
- [37] Toward Transparency in finance and governance, The World Bank Draft, 1999, available at: <http://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1093/wbro/16.1.41?journalCode=wbro>
- [38] Marella Buckley, Anyi Corruption Initiatives and human Rights: The Potentials, in: Human Rights and Good governance, Edited by: Hans-Otto, Sano and Gudmundur, Alfredson, Martinus Nijhoff Publishers (London and Newyork), 2002, P. 179.
- [39] Vishwanath T. and D. Kaufmann, Towards Transparency in Finance and Governance, World Bank, DRAFT, SEPTEMBER 6TH, 1999, available at:
- [40] <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/WBI/EXTWBIGOVANTCOR/>
- [41] Lodge, Martin, Accountability and transparency in regulation: Critiques, doctrines and instruments, In: The Politics of Regulation (Institutions and regulatory reforms for the age of governance), Published by: Edward Elgar Publishing Limited, 2004, P.124
- [42] The IMF Fiscal Transparency Code: A Potentially Powerful New Anti-Corruption Tool Paper prepared for Workshop on "Public Sector Financial Transparency and Accountability: The Emerging Global Architecture and Case Studies." 29 th International Anti-Corruption Conference (IACC), 10-15 October, 1999, Durban, South Africa I, P.6
- [43] Accountability and transparency, 2007, P.1, available at: <http://www.iisd.org/trade/policy/transparency.asp>.
- [44] Toward Transparency in finance and governance, The World Bank Draft, 1999, available at: <http://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1093/wbro/16.1.41?journalCode=wbro>
- [45] <http://www.transparency.org/country#IRN>
- [46] Vishwanath T. and D. Kaufmann, Towards Transparency in Finance and Governance, World Bank, DRAFT, SEPTEMBER 6TH, 1999, available at:
- [47] <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/WBI/EXTWBIGOVANTCOR/>
- [48] Lodge, Martin, Accountability and transparency in regulation: Critiques, doctrines and instruments, In: The Politics of Regulation (Institutions and regulatory reforms for the age of governance), Published by: Edward Elgar Publishing Limited, 2004, P.124
- [49] The IMF Fiscal Transparency Code: A Potentially Powerful New Anti-Corruption Tool Paper prepared for Workshop on "Public Sector Financial Transparency and Accountability: The Emerging Global Architecture

and Case Studies.” 29 th International Anti-Corruption Conference (IACC), 10-15 October, 1999, Durban, South Africa I, P.6

[50] Hellstrom, John, Increasing Transparency and Fighting Corruption Through ICT: Empowering People and Communities, University of Stockholm Review, available at: <http://www.scribd.com/doc>, P.5

[51] Ida Elisabeth Koch, good governance and implementation of social and cultural rights, P.90



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 80-97

Conflict of Laws Applicable to Monetary Obligations

Amir Ghaffari¹ , Abbas Karimi² 

1- PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

(Corresponding author's email: Ghaffariamir@ut.ac.ir)

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

Received: 16 June 202

Revised: 29 July 2024

Accepted: 17 August 2024

Available Online: 17 August 2024

How to cite this article:

Ghaffari, A.; Karimi, A. (2024). Conflict of Laws Applicable to Monetary Obligations. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 80-97. (in Persian with English abstract).<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.84929.1320>

1- INTRODUCTION

Globalization of international trade and communication has resulted in more and more legal issues, for which laws and other sources of law do not provide explicit answers. Money and monetary payments are one of these issues. Money has two seemingly opposing characteristics in cross-border relationships between people: international and national. Due to its place in cross-border economic relations, the medium of exchange has an international character. There is no universal money that acts as a medium of exchange in international relations, but each money has its own nationality (e.g. dirhams and rials).

Although many studies have been conducted on the conflict of laws governing non-monetary obligations, Iranian legal works have not addressed various issues and challenges associated with the conflict of laws governing monetary obligations. Accordingly, this study examines the rules of conflict of laws applicable to monetary obligations.

Even though money is the basis of all financial relationships, defining money in conventional legal terms is difficult. In spite of the fact that money is present in every financial relationship, there is no definition of money in the law. The monetary and banking law of Iran states only that the Iranian currency is the rial. Understanding money requires understanding that it is not a material possession, but purchasing power. Unlike legal events and legal acts, money cannot be classified according to conventional jurisprudence. Lastly, monetary instruments (payment instruments) should not be confused with money.

Money has a dual nature that combines immateriality with materiality. As a "measure of value" in a given society, money has an immaterial aspect. This is the immaterial aspect of money, which symbolizes a country's sovereignty and serves as its economic foundation. Public law and public international law are more concerned with the immaterial side of money.

Material money is money that has been placed in a special society so that it can be exchanged. Money's material aspect is called "purchasing power" and it is the subject of ownership. The material aspect of money is what is the subject of "monetary obligations". In the same way that music is compared to musical instruments, money is compared to monetary obligations. Money can only serve as a "medium of exchange" if it is exchanged. A monetary obligation should be attached to money.

There are specific issues associated with these two aspects of money (immaterial and material) in international private relationships. Immaterial money obeys the laws and regulations of the country where it is issued, while material money (which is the subject of monetary obligations) obeys the law applicable to the contract (which may differ from the law governing money). Taking the example that the law applicable to the loan contract is England while the money subject to the loan is Swiss francs, the law applicable to the loan contract is different from the law applicable to the money. There are problems and challenges associated with the intersection and friction between different laws, for example, the rules of interpretation contained in the law governing the contract (for example, English law) indicate whether a reference to "dollars" in the contract refers to "US dollars",



"Australian dollars" or "Canadian dollars". However, once it has been determined that the "dollar" mentioned in the contract is, for example, "US dollars," the Federal Law of the United States of America (= the law governing money) shall be used to determine what exactly is meant by "US dollars" (i.e., what bills and coins constitute US dollars).

It is required that money take the form of a "monetary obligation" before it can be exchanged for goods or services. It is possible to define money in two ways: in a broad sense and in a strict sense. Payment of a monetary amount is the definition of money, in its broadest sense. As a strict definition, a monetary obligation refers to an obligation whose subject is money. "Obligation to maintain" and "obligation to compensate" are monetary obligations according to the broader definition of monetary obligations, but not according to the strict definition. The characteristics of monetary obligations make them worthy of separate study from non-monetary obligations. Money differs from non-monetary payments in a number of ways, such as defining the definition of payment, determining payment methods as a result of cancellation and annulment, and finally determining remedies for breach of contract.

There are two functions of money in international private relations: money of account and money of payment. Two concepts have been distinguished based on money's dual function as both a medium of exchange and a measure of value. The money of account is the currency of the subject of a monetary obligation and refers to the substantive aspect of the obligation. The money of payment refers to the object paid to the creditor of a monetary obligation, which refers to its formal aspect. For a better understanding of these two concepts, the following example may be useful: if, under English law (the law governing the contract), a person undertakes to pay the pound sterling equivalent of 1000 Swiss francs in London, the Swiss francs serve as the account currency, while the pounds sterling serve as the payment currency. Differentiating between money of account and money of payment has the useful effect of determining the validity of agreements involving foreign currencies as monetary obligations.

It is the practice of accepting foreign currency as money of payment that may endanger the balance of exchange and the monetary and banking system of a country. While the determination of foreign currency as money of account has no effect on the monetary and banking system of the country, it is only used to measure the value of monetary obligations. As a result, the money of account is usually subject to the law of the parties' choice, while the money of payment is generally subject to the rules of the country where the monetary obligation is settled. The separation of money of account and money of payment has the advantage of determining who bears the risk of any changes in the conversion rate between the time of contract conclusion and time of payment due.

Finally, the monetary unit forms the basis of the country's monetary system, and its rules are governed by public law, and in the context of international relations, by public international law. Contrary to this, money, which is a medium of exchange between individuals and the subject of private property, is the subject of another area of law, namely private law and international private law. Money serves to fill the void between the exchanged properties by filling in the space and time. A person's patrimony includes money as the equivalent of the value of the sold property and the purchased property during the time interval between when he sells a property and when he buys another property. It is for this reason that money is referred to as a "bridge between the present and the future". Money in this sense consists of "purchasing power" or, more precisely, "paying power". The purchasing power of a person is the positive part of his or her patrimony that has not yet become tangible property but is destined to do so in the near future.

Despite the emergence of various and complex issues surrounding the conflict of laws governing money and monetary obligations (some of which have been mentioned above), jurists have yet to address the conflict of laws governing money and monetary obligations. Is this due to the materiality of money? Can it be explained by the fact that "money is one of the means of public law"? In light of the fundamental distinction between money and other property, the answer to the first question is clear; in terms of the last question, the answer is also negative, since public law scholars have not given much attention to the above issue; private law scholars have conducted the majority of research on this issue.

2- PURPOSE

While statutes rarely change in the legal system, we always see changes in the legal system, and without a doubt, the root of these changes lies elsewhere. Legislators in democratic societies cannot be reformers; they must reflect the will of the majority in the law as it stands. It is the duty of judges to be reformers, not to follow the will of the people. It is the judge's responsibility to criticize the law expressed by the majority. As a result, judges have been responsible for creating and developing private international law rules in many countries. By presenting new interpretations of existing legal raw materials, the present research aims to guide judges in resolving hard cases. The purpose of this study is to guide judges on various issues related to the conflict of laws regarding money obligations and money.

3- METHODOLOGY

This research presents the results of a library study and a descriptive-analytical method based on a library study. A comprehensive evaluation of the physical and electronic authorities in English, French, German, and Farsi languages has been carried out.

4- FINDINGS

Due to its dual nature, money cannot be governed by traditional conflict laws (e.g. the law of the place where it occurs), which are applicable to other properties. Private international law deals with various issues arising from monetary obligations that differ from other obligations. This includes issues regarding revalorization of monetary obligations when the purchasing power of the foreign currency decreases, the substitution of different currencies, the determination of the validity of agreements to determine foreign currencies as money of payment, late payment and suspensions of monetary obligations, as well as the law of the forum that governs foreign currency disputes.

The name of money (or monetary unit), purchasing power, and monetary means are essential elements in describing money. It is the name of money (or monetary unit) that enables money to function as a measure of value. Purchasing power refers to money's ability to settle debts and obligations. It is coins, bills, and bank account numbers that make money a means of economic exchange.

5- CONCLUSION

As a result of this research, the following results can be summarized. The following issues are covered by the law applicable to the contract: (1) determination of the money of account of the obligation; (2) determining the money of payment; (3) determining the valid way of payment of the monetary obligation; (4) determination of contractual interest; (5) determining the exchange rate to convert the money of account into money of payment; (6) revalorization of monetary obligations; (7) issues related to the inability to perform the contract and the grounds for the suspension of monetary obligations.

Money law regulates the following subjects: (1) determining the monetary unit of each country; (2) determining the current currency in the country; (3) determining money when governments are substituted.

According to the law of the place of execution of the monetary obligation, the following matters are governed: (1) determining the money of payment where the contract of the parties is ambiguous or the validity of their contract regarding the determination of the amount to be paid is doubtful, as well as (2) the determination of bank holidays; (3) determining the grounds for suspension of monetary obligations (eg, illegality of the enforcement of monetary obligations);

"Place of residence of the obligee" acts as a connecting factor in determining the monetary unit of the liability for damages, so in non-contractual obligations, the currency current in the place of residence of the victim should serve as the basis for determining the currency of account for damages liability.

Lex Fori governs the following: (1) The currency of the dispositive part of the court's ruling; (2) Determining interest rate in the absence of an agreement between the parties.

Keywords: Monetary Obligations, Conflict of Laws, Money, Law of Money, Law Applicable to Contract, Money of Account, Money of Payment.

مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۸۰-۹۷

تعارض قوانین حاکم بر تعهدات پولی

امیر غفاری^۱، عباس کریمی^۲

پذیرش: ۱۴۰۳/۵/۲۷

دریافت: ۱۴۰۳/۳/۲۷

چکیده

به دنبال جهانی‌شدن بازرگانی، مسائل حقوقی جدیدی مطرح می‌گردد که پیش از این در قوانین و نیز در دیگر منابع حقوق برای آن‌ها راه‌حل صریحی پیش‌بینی نشده‌است. یکی از این قبیل موضوعات، مسأله تعیین قانون حاکم بر تعهدات پولی است. در این اثر در تلاشیم تا به بررسی مسأله تعیین موضوعات تحت حکومت قوانین حاکم بر تعهدات پولی بپردازیم. لذا، پرسش اصلی این مقاله، آن است قوانین اصلی و فرعی مرتبط با حوزه تعهدات پولی، حاکم بر چه موضوعاتی هستند؟ این مقاله با استفاده از روش تحلیلی-توصیفی و کتابخانه‌ای و بهره‌گیری از ادبیات حقوقی غربی کوشیده اثبات کند قوانین اصلی حاکم بر تعهد پولی، بر تعیین واحد پول محاسباتی موضوع تعهد، تعیین واحد پول پرداختی، تعیین نحوه پرداخت قانونی تعهد پولی، تعیین بهره قراردادی، تعیین نرخ تسعیر جهت تبدیل پول محاسباتی به پول پرداختی، تعدیل تعهدات پولی، مبانی سقوط تعهدات پولی، تعیین واحد پولی و وجه رایج هر کشور، تعیین پول موضوع تعهد در فرض تغییر در حکومت‌ها حاکم است و قوانین فرعی حاکم بر تعهدات پولی، بر شیوه پرداخت، تعیین روزهای تعطیل بانکی، تعیین مبانی تعلیق تعهدات پولی، تعیین قالب پولی قسمت اجرایی رأی دادگاه و تعیین نرخ بهره در فرض عدم وجود بهره قراردادی حکومت می‌کند.

کلیدواژه‌ها: تعهدات پولی، تعارض قوانین، پول، قانون حاکم بر پول، قانون حاکم بر قرارداد، پول محاسباتی، پول پرداختی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران؛
(نویسنده مسئول: Ghaffariamir@ut.ac.ir)

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران

مقدمه

برای اینکه بتوان پول را در ازای کالا یا خدمتی پرداخت کرد، آن پول باید موضوع تعهد قرار گیرد. هماهنگ ساختن قواعد حاکم بر پول با قواعد حاکم بر تعهدات، پیچیدگی‌ها و مسائل خاصی را به وجود می‌آورد که مطالعه خاص «تعهدات پولی» از دیگر تعهدات را ضروری می‌سازد. این امر، در مواردی که تعهدات پولی، وصف بین‌المللی پیدا می‌کنند، پیچیده‌تر می‌شود چرا که قواعد مربوط به نظام‌های حقوقی مختلف (قانون حاکم بر واحد پولی، قانون حاکم بر بانک و قانون حاکم بر قرارداد) را درگیر می‌کند. علت این امر، آن است که پولی که وسیله مبادله در روابط بین‌المللی اشخاص واقع می‌شود، پولی واحد و جهان‌شمول نیست، بلکه پول‌های مختلفی است که هر کدام متعلق به کشور یا مجموعه کشورهای خاصی است (مثل، دلار، یورو، درهم و ریال). باوجود مطالعات فراوان در خصوص قواعد حل تعارض مربوط به قوانین حاکم بر تعهدات غیرپولی، در آثار حقوقی ایرانی، به مسائل و چالش‌های مختلف مرتبط با تعارض قوانین حاکم بر تعهدات پولی پرداخته نشده است. بر همین اساس، مطالعه حاضر، به تحلیل قواعد حل تعارض قوانین مربوط به تعهدات پولی اختصاص پیدا کرده است. به منظور تعیین موضوع بحث، ابتدا لازم است منظور از تعهد پولی، تبیین گردد.

می‌توان دو تعریف از تعهد پولی ارائه نمود؛ در تعریف اعم، تعهد پولی به «هر تعهدی که از طریق پرداخت مقداری پول، ایفا گردد» تعریف می‌شود (Malaurie et al, 2007: 1096) (Proctor, 2012: 3.05) (Schmidt, 1997: C1). بر اساس این تعریف، موضوع تعهد پولی، می‌تواند پول باشد یا ارزشی که بر اساس معیاری غیر از پول، تعیین می‌شود. تعریف مزبور، وصف

۳- فرانسوا تره تعهد پولی را «تعهد به انتقال مالکیت مقداری پول یا تعهد به پرداخت یک ارزش» تعریف می‌کند (Terré, 2020: 365).

۴- جهت تعریف و مقایسه اصطلاحات پول محاسباتی و پول پرداختی، رجوع شود به قسمت «۱-۱».

۵- شایان توجه است که تحت حقوق آلمان نیز، اسکناس و سکه، عین محسوب می‌شوند (Schmidt, 1997: 86s). حقوق سوئیس نیز همین موضع را دارد (Nobel, 1987: 291). نویسندگان فرانسوی نیز اسکناس و سکه را عین می‌دانند (Kleiner, 2009: 579). در همین راستا، بولتن فصلی بانک فرانسه (Bulletin trimestriel de la Banque de France) در شماره مورخ فوریه سال ۱۹۷۶ می‌نویسد: «اگرچه در زمان‌های گذشته، اسکناس نشان‌گر تعهد نهاد منتشرکننده آن بود، اما امروزه اسکناس مال منقول محسوب می‌شود».

۶- در همین راستا، دادگاه فدرال سوئیس در رأی مورخ ۱۶ ژوئیه ۱۹۲ بیان می‌دارد: «شیائی مانند سکه طلای بریتانیایی و سکه نقره سوئیسی که دیگر

«پولی» تعهد را نه ناشی از موضوع تعهد بلکه ناشی از نحوه اجرای تعهد می‌داند. در تعریف اخص از تعهد پولی، هر تعهدی که موضوعش پول باشد و ایفای آن از طریق پرداخت مقداری پولی امکان‌پذیر باشد، تعهد پولی محسوب می‌گردد^۳ (Grua, 1998: 259). به تعبیر دیگر، در این تعریف، تعهد پولی آن تعهدی است که هم در بر دارنده پول محاسباتی و هم پول پرداختی باشد^۴. بر خلاف این تعریف، در تعریف اعم، تعهد پولی صرفاً دارای پول پرداختی است. در واقع تعریف اعم از تعهد پولی، کارکردهای متنوع پول را نادیده می‌گیرد و سعی در تقلیل کارکرد پول به وسیله پرداخت دارد، این در حالی است که پول به‌عنوان وسیله محاسبه ارزش نیز ایفای نقش می‌کند. بر این اساس، در تحقیق حاضر، تعریف اخص تعهد پولی مبنای تحلیل‌های آتی قرار می‌گیرد.

لازم به ذکر است که موضوع «قالب‌های پولی»، یعنی اسکناس و سکه، از محل بحث تحقیق حاضر خارج است. با توجه به عینیت قالب‌های پولی، این دسته از اموال همیشه تحت قانون محل وقوع آن‌ها قرار می‌گیرند.^۵ علمای حقوق کاملاً با تشبیه اسکناس به برات، به همین نتیجه رسیده‌اند (Proctor, 2012: 1-56) (Collins and Harris, 2018: 33-357). به هر روی، تفاوت اصلی سکه و اسکناس با دیگر اعیان، آن است که اسکناس و سکه، دارای «قوة ابرا» هستند.^۶

همچنین، به منظور فهم بهتر مسائل تعارض قوانین تعهدات پولی، لازم است بین قانون حاکم بر پول و قانون حاکم بر تعهد پولی تفکیک قائل شد. قاعده تبعیت پول از قانون کشور صادرکننده آن (Lex monetae)، یکی از قواعد حقوق بین‌الملل عمومی است که بر مبنای ماده اول منشور حقوق و تکالیف اقتصادی دولت‌ها مصوب ۱۹۷۴^۷ و همچنین بند هفتم از ماده دو منشور ملل متحد^۸

رواج قانونی ندارند، از لحاظ حقوقی پول محسوب نگردیده و کالا به حساب می‌آیند. لذا، جعل آن‌ها، جعل پول محسوب نشده و موضوع معاهدات استرداد مجرمین در رابطه با جعل پول قرار نخواهد گرفت». ر.ک. به:

Arrêts du Tribunal fédéral suisse (Recueil officiel), 78 I, 225.

همچنین، دیوان عدالت اروپایی در پرونده زیر سکه طلای ضرب‌شده توسط آفریقای جنوبی را به دلیل رواج آن در یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا، مشمول اصل آزادی سرمایه و نه اصل آزادی نقل و انتقال کالا، دانسته است:

Regina v. Ernest George Thompson and others, C 7/78, Rec. 1978 p. 2247.s

۷- «هر کشوری حق حاکمیتی و سلب‌ناپذیری دارد که نظام اقتصادی خود و نیز نظام‌های سیاسی، اجتماعی و فرهنگی خود را مطابق با خواست مردم خود، بدون دخالت خارجی، اجبار یا تهدید به هر شکلی انتخاب کند».

۸- «هیچ یک از موارد مندرج در این منشور به سازمان ملل اجازه مداخله در اموری که اساساً در صلاحیت داخلی هر کشوری است را نمی‌دهد و همچنین

پولی دانست که حداقل یکی از شرایط فوق، در رابطه متعهد و متعهدله وجود داشته باشد^{۱۲} (Kleiner, 1985: 51).

در نهایت، باید گفت واحد پولی، اساس نظام پولی کشور را تشکیل می‌دهد و قواعد حاکم بر آن، تحت حقوق عمومی قرار می‌گیرد و در چارچوب روابط بین‌المللی نیز، حقوق بین‌الملل عمومی بر آن حاکم است. بر خلاف آن، پولی که وسیله مبادله بین اشخاص و موضوع مالکیت خصوصی واقع می‌شود، در حوزه دیگری، یعنی حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل خصوصی قرار می‌گیرد^{۱۳}. این پول، به تعبیری، آن چیزی است که خلاء زمانی و مکانی بین اموال مورد معاوضه را پر می‌کند. به تعبیر روشن‌تر، در فاصله زمانی بین زمانی که فرد مالی را می‌فروشد و زمانی که مالی را می‌خرد، پول به عنوان مابازای مال فروخته‌شده و مال خریداری شده در دارایی فرد قرار می‌گیرد. به همین دلیل، از پول به عنوان «پُل بین حال و آینده» یاد شده است (Keynes, 1936: 293). پول در این معنی، حاوی «قدرت خرید» یا به تعبیر دقیق، «قدرت پرداخت» است. قدرت خرید، آن بخش مثبت از دارایی شخص است که فعلاً به مال واقعی تبدیل نشده است منتها سرنوشت محتوم آن، این است که به چنین مالی تبدیل شود.

پس از این مقدمه، در ادامه، ابتدا به پرسش اصلی مقاله حاضر می‌پردازیم: چه موضوعاتی تحت قوانین اصلی حاکم بر تعهدات پولی بین‌المللی قرار دارند؟ (قسمت «۱»)، و سپس، چه موضوعاتی تحت قوانین فرعی حاکم بر تعهدات پولی قرار می‌گیرند؟ (قسمت «۲»).

۱. قوانین اصلی حاکم بر تعهدات پولی

در این قسمت، طی دو بخش به بررسی قوانین اصلی حاکم بر تعهدات پولی خواهیم پرداخت. بدین نحو که در قسمت «۲-۱»، ابتدا به بررسی موضوعات تحت حاکمیت قانون حاکم بر تعهدات پولی می‌پردازیم و سپس، در قسمت «۲-۲»، از موضوعات تحت حاکمیت قانون حاکم بر پول بحث خواهیم کرد.

توجیه می‌گردد (Rousseau, 1974: 86) (Proctor, 2012: 19.02). بر اساس این قاعده، هر کشور می‌تواند واحد پولی خود و نظامات حاکم بر آن را تعیین کند. نظامات مذکور، به تبع انتخاب واحد پولی خاص توسط طرفین قرارداد، بر قرارداد حکومت خواهد کرد، فارغ از اینکه قانون حاکم بر قرارداد با قانون کشور صادرکننده پول مزبور یکی باشد یا خیر. قانون حاکم بر تعهد پولی، همان قانون حاکم بر قرارداد است که اصولاً توسط طرفین انتخاب می‌شود، مگر در موارد استثنای حکومت قواعد آمره یا نبود قانون منتخب طرفین.

نکته دیگر آن که اساساً موضوع قواعد حل تعارض قوانین تعهدات پولی، تعهدات پولی بین‌المللی است. به منظور تشخیص مواردی که تعهدات پولی، واجد وصف بین‌المللی هستند، می‌توان خارجی بودن واحد پول موضوع تعهد را دلیل بین‌المللی توصیف کردن تعهد پولی مطرح کرد. در این رابطه، سوالی که مطرح می‌شود، آن است که چه زمان می‌توان پول را خارجی دانست؟ در زمان‌های گذشته، تصویری که روی سکه و اسکناس نقش بسته بود، ملاک تعیین خارجی بودن پول بود^{۱۴}؛ منتها، امروزه، ملاک خارجی بودن پول، تابعی از محل پرداخت^{۱۵} و مقر دادگاه رسیدگی کننده به دعوا^{۱۶} می‌باشد. در انتخاب معیار جهت تعیین خارجی بودن پول، نمی‌توان معیاری مطلق را برگزید؛ خارجی بودن پول، با توجه به اوضاع و احوال هر قضیه و به صورت نسبی تعیین می‌شود؛ نسبت به دادگاه رسیدگی کننده به دعوا، زمانی که پول موضوع دعوا را دولتی به غیر از دولت متبوع دادگاه منتشر کرده باشد، با پول خارجی مواجه خواهیم بود. نسبت به طرفین قرارداد، پول آن‌گاه وصف خارجی خواهد داشت که تمام یا قسمت غالب دارایی طرفین قرارداد را ارزی غیر از ارز موضوع قرارداد تشکیل داده باشد یا ارز مورد نظر، خارج از محل اقامت یا محل فعالیت طرفین انتشار پیدا کرده و رواج داشته باشد یا ارز موضوع تعهد فاقد رواج در محل پرداخت تعهد باشد (Kleiner, 2010: 178). با توجه به جمیع آن‌چه گفته شد، می‌توان تعهد پولی بین‌المللی را تعهدی

از اعضا می‌خواهد که چنین موضوعاتی را تحت این منشور حل و فصل کنند. اما این اصل به اعمال اقدامات اجرایی تحت فصل هفتم خدشه‌ای وارد نمی‌کند.

9 Crim. 25 mars 1837, S. 1838, 1, p. 171.

۱۰- نویسندگان زیر، ملاک خارجی بودن پول را تابعی از محل پرداخت پول می‌دانند: (Malaurie, 1978: 294) (Bequignon, 1925: 5) (Lalive, 1971: 45) (Bruneau, 1984: 90) (Mezger,) (Caemmerer, 1977: 3) (1967: 584).

۱۱- نویسندگان زیر، ملاک خارجی بودن پول را تابعی از مقر دادگاه رسیدگی کننده به دعوا می‌دانند: (Mann, 1992: 189) (Schmidt,) (Van Hecke, 1964: 155) (Nurit-Pontier,) (1997: 244-4) (1994: 12).

۱۲- به تعبیر برخی نویسندگان، تعهد، آن‌گاه وصف خارجی پیدا می‌کند که «قوانین دو یا چند کشور مختلف جهت پاسخگویی به یک مسأله حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح شوند» (Mayer et Heuzé, 2007: 76).

۱۳- به همین دلیل است که عنوان قانون فدرال مصوب ۲۲ دسامبر ۱۹۹۹ سوئیس، «قانون فدرال در خصوص واحد پولی و ابزارهای پرداخت» است.

۱-۱. قانون حاکم بر قرارداد موجد تعهد پولی

در تبیین موضوعات تحت حاکمیت قانون حاکم بر قرارداد، باید به موضوعاتی همچون، تعیین واحد پول محاسباتی موضوع تعهد؛^{۱۴} تعیین واحد پول پرداختی؛ تعیین نحوه پرداخت قانونی تعهد پولی؛^{۱۵} تعیین بهره قراردادی؛^{۱۶} تعیین نرخ تسعیر جهت تبدیل پول محاسباتی به پول پرداختی؛ مسائل مربوط به تعذر اجرای قرارداد و مبانی سقوط تعهدات پولی و موضوع تعدیل تعهدات پول، اشاره نمود.

قانون حاکم بر قرارداد، در موارد ابهام در تعیین واحد پول محاسباتی تعهد یا فقدان تعیین واحد پول محاسباتی تعهد توسط طرفین، واحد پول محاسباتی موضوع تعهد را تعیین می‌کند (Jacquet et al, 2014: 744). به منظور تعیین موضوع تعهد پولی، دو سوال مطرح می‌شود: موضوع تعهد پولی چیست و به چه میزان است؟ سوال اول، به واحد پول محاسباتی موضوع تعهد اشاره دارد و سوال دوم به ارزش موضوع تعهد ارتباط پیدا می‌کند. تفکیک بین این دو جنبه، جهت تحلیل قواعد حقوقی حاکم بر تعهدات پولی، ضروری می‌باشد. نظام حاکم بر تعهدات پولی در حقوق بین‌الملل خصوصی، بر مبنای نقش پول خارجی در تعهد پولی (نقش محاسباتی یا پرداختی) تعیین می‌شود. تفکیک بین پول محاسباتی و پول پرداختی^{۱۷}، که در نظام‌های حقوقی متعددی شناخته شده است^{۱۸} (Mann, 1992: 205)، تفکیکی تصنعی از دو چهره واقعی واحد نیستند، بلکه دارای ماهیت‌های مختلفی می‌باشند که موضوع قواعد حقوقی مختلفی قرار می‌گیرند. تفکیک مزبور، تعبیر دو کارکرد مختلف پول است: محاسبه ارزش و پرداخت^{۱۹}.

در وهله اول، تعیین واحد پول محاسباتی موضوع تعهد، ساده به نظر می‌رسد، چرا که در غالب موارد، واحد مزبور به صراحت در قرارداد تعیین شده‌است. با این حال، در همه موارد، مسأله به این سادگی نیست؛ در مواردی ممکن است توافق طرفین در خصوص واحد پول محاسباتی موضوع تعهد روشن نباشد و مثلاً به «ارزش بازاری» ارجاع داده باشند یا مثلاً، فرضی را می‌توان در نظر گرفت که دو شخص کانادایی و آمریکایی قراردادی منعقد کرده و وجه-المعامله را هزار دلار قرار داده‌اند؛ اشاره به دلار در این قرارداد، اشاره به دلار کانادا است یا دلار آمریکا؟

یکی از فواید تفکیک بین واحد پول محاسباتی و واحد پول پرداختی در تشخیص حدود اعتبار تعیین ارز خارجی به عنوان قالب تعهدات پولی است. بدین شرح که آنچه ممکن است نظام پولی و بانکی کشور و تعادل پرداخت‌ها در یک نظام پولی را به مخاطره اندازد، تعیین ارز خارجی به عنوان پولی پرداختی است. این در حالی‌ست که تعیین ارز خارجی به عنوان پول محاسباتی، اصولاً تأثیری بر نظام پولی و بانکی کشور ندارد و صرفاً معیاری برای محاسبه ارزش موضوع تعهد محسوب می‌گردد (Kleiner, 2009: 591). از دیگر فواید این تفکیک آن است که تعیین می‌کند ریسک تغییر در نرخ تبدیل واحد پول محاسباتی به واحد پول پرداختی در فاصله انعقاد قرارداد تا سررسید پرداخت را چه کسی برعهده می‌گیرد.

بر این اساس، قواعد تفسیری موجود در قانون حاکم بر قرارداد (برای نمونه، قانون انگلیس) مشخص می‌کند که اشاره به «دلار» در قرارداد، اشاره به کدام یک از «دلار آمریکا»، «دلار استرالیا» و یا «دلار کانادا» بوده است. اما پس از تعیین این که

در حقوق آلمان نیز بین پول محاسباتی (Schuldewährung) و پول پرداختی (Zahlungswährung) تفکیک انجام می‌گیرد (Schmidt, 1997: 244-2)؛ در حقوق سوئیس نیز، بند ۲ از ماده ۱۴۷ قانون بین‌الملل خصوصی، به بحث از پول محاسباتی اختصاص دارد و بند سوم همان ماده به موضوع پول پرداختی می‌پردازد. آرای زیر از رویه قضایی فرانسه نیز بین پول محاسباتی و پول پرداختی قائل به تفکیک شده‌است:

Civ. 14 janvier 1931, Ville de Tokyo, JDI 1931, p. 126; Civ. 5 juin 1934, Est Lumiere, JDI 1935, p. 90; لازم به ذکر است که دیوان عالی کشور فرانسه نسبت به توصیف پول پرداختی توسط دادگاه‌های پایین‌تر، اعمال نظارت می‌کند:

Com. 21 avril 1992, RJDA 1992, n°939.

۱۹- برای شرح این تفکیک توسط لرد دنینگ، ر.ک.:

Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd. SA v Nigerian Produce Marketing Co. Ltd. [1971] 2 Q.B. 23 at p. 54. S

14- Bonython v Commonwealth of Australia (1951) A.C. 201.

15- Rome I Art.I2(I)(b).

16- Miliangos v George Frank (Textiles) Ltd. (No. 2) (1977) Q.B. 489.

۱۷- بر مبنای کارکرد دوگانه پول به عنوان «معیار محاسبه ارزش» و «وسیله پرداخت»، بین دو مفهوم پول محاسباتی و پول پرداختی تفکیک شده‌است. پول محاسباتی به قالب ارزی موضوع تعهد پولی اشاره داشته و جنبه ماهوی دارد. در حالی که پول پرداختی، اشاره به وسیله پرداخت تعهد پولی داشته و دارای جنبه شکلی است. جهت تبیین بهتر این دو مفهوم اشاره به مثال زیر مفید است: اگر شخصی به موجب قانون انگلیس متعهد به پرداخت هزار فرانک سوئیس در لندن باشد، فرانک سوئیس نقش پول محاسباتی و پوند استرلینگ نقش پول پرداختی را ایفا می‌کنند.

۱۸- در حقوق انگلستان، رأی زیر از دیوان عالی کشور (مجلس اعیان)، به روشنی بین پول محاسباتی و پول پرداختی تفکیک قائل شده‌است:

Woodhouse A. C. Israel Cocoa Ltd. V. Nigerian Produce Marketing Co. Ltd., [1972], AC 741

پولی حکومت می‌نماید. نا گفته نماند حسب رأی مزبور، زمان وقوع پرداخت تعهد پولی، زمان وصول وجوه به حساب دریافت‌کننده می‌باشد. با تعیین زمان پرداخت تعهد، مکان پرداخت تعهد نیز مشخص می‌شود: محل دریافت وجوه توسط ذی‌نفع وجوه (که معمولاً محلی است که حساب بانکی ذی‌نفع وجوه در آن مستقر است).

در این رابطه، لازم به ذکر است امروزه، کشورها تاکید بر استفاده از ابزارهای پولی قابل ردیابی در پرداخت‌ها دارند. برای مثال، مواد ۶-۱۱۲ و ۸-۱۱۲ از مجموعه قوانین پولی و مالی فرانسه، اشخاص بازرگان و غیربازرگان را ملزم می‌کند به ترتیب در معاملات بالای ۱۱۰۰ یورو و ۳۰۰۰ یورو، از ابزارهای پولی قابل ردیابی (مثل، پرداخت از طریق انتقال وجه از حساب بانکی و صدور چک بانکی) استفاده کنند. البته موضع حقوق انگلستان متفاوت است، دادگاهی در انگلیس در سال ۱۹۸۹ دفاع خواننده دعوا مبنی بر عدم امکان بازپرداخت سپرده بانکی به علت تحریم‌های آمریکا را رد کرده و وی را محکوم به پرداخت دویست و نود و دو میلیون دلار وجه نقد در وجه خواهان کرده‌است.^{۲۴} تحت حقوق ایران، استفاده از وجه نقد (سکه و اسکناس) در پرداخت‌ها با محدودیت مواجه نیست، صرفاً در برخی موارد استثنایی، که وجه‌المعامله به صورت نقدی پرداخت می‌شود، چنانچه دریافت‌کننده وجوه، از

منظور از «دلار» مذکور در قرارداد، به عنوان مثال «دلار آمریکا» بوده است، آن‌گاه تعیین این‌که دقیقاً منظور از «دلار آمریکا» چه چیزی است (یعنی چه اسکناس‌ها و سکه‌هایی دلار آمریکا محسوب می‌گردد)، با قانون فدرال ایالات متحده آمریکا (= به عنوان قانون حاکم بر پول) خواهد بود.

موضوع دیگری که ذیل قانون حاکم بر قرارداد قرار می‌گیرد، موضوع تعریف پرداخت صحیح تعهد پولی است.^{۲۵} (Proctor, 2012: 7.02). بدین نحو که قانون حاکم بر قرارداد تعیین خواهد کرد که آیا اقدامات متعهد منجر به برائت ذمه وی نسبت به تعهد پولی شده یا وی در موقعیت نقض تعهد پولی است.^{۲۶} حکومت قانون حاکم بر قرارداد، بر موضوع نحوه پرداخت تعهد پولی، نتیجه منطقی «اصل اسمی‌گرایی»^{۲۷} است به طوری که قانون حاکم بر قرارداد نه تنها میزان و حدود موضوع تعهد را مشخص می‌کند، بلکه نحوه پرداخت موضوع تعهد پولی را نیز معین می‌سازد. در تأیید قاعده حکومت قانون حاکم بر قرارداد نسبت به تعریف پرداخت صحیح تعهد پولی در حقوق ایران، می‌توان به رأی شماره «۹۴۰۹۹۷۲۱۶۰۴۰۰۱۳۲» مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۱۹ صادره توسط شعبه ۳۹ دادگاه عمومی تهران اشاره نمود.^{۲۸} در قضیه موضوع این رأی، اختلاف بر سر این بوده که آیا تعهد نسبت به پرداخت ارز خارجی به حساب مقصد، تعهد به وسیله می‌باشد یا تعهد به نتیجه؟ به تعبیر دیگر، پرداخت تعهد پولی خارجی در چه زمانی انجام گیرد؟ به محض ارسال وجوه توسط پرداخت‌کننده یا در زمان وصول وجوه ارز خارجی در حساب مقصد؟ در قضیه موضوع دعوا، ارز موضوع دعوا، دلار آمریکا بوده و محل پرداخت تعهد نیز خارج از ایران، با این حال، قاضی رسیدگی‌کننده به دعوا، بدون رجوع به قوانین کشورهای دیگر، اقدام به حل و فصل دعوا نموده‌است. این بدین معنی است که از دیدگاه قاضی، قوانین ایران به عنوان قانون حاکم بر قرارداد طرفین، بر موضوع تعریف پرداخت صحیح تعهد

35 (2014): 1075) Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, 2020: 1075). و برای مشاهده بحث تفصیلی راجع به پرداخت از طریق سیستم بانکی نیز، ر.ک.: (Geva, 2020: 54).

۲۲ طبق اصل اسمی‌گرایی، تا زمانی که اسم واحد پولی ثابت باقی مانده‌است، قوه ابرای واحد پولی ثابت می‌ماند حتی اگر واحد پولی در گذر زمان، دچار کاهش در ارزش شده باشد. در نتیجه این اصل، متعهد یک تعهد پولی، همواره متعهد به پرداخت تعداد ثابتی از واحدهای پولی موضوع تعهد بوده و نمی‌توان وی را مجبور به پرداخت ارزش اولیه آن‌ها نمود.

۲۳ این رأی، طی رأی شماره «۹۴۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۰۸۳۴» مورخ ۱۳۹۴/۰۷/۲۶ صادره توسط شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید گردیده‌است.

24- Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co [1989] QB 728.

۲۰- «قانون حاکم بر قرارداد بر موضوعات زیر حاکم است: ... (ب) اجرا» (بند ۱ ماده ۱۲ تصویب‌نامه رم ۱)

۲۱- برای مطالعه بیش‌تر در خصوص مفهوم پرداخت و رویه قضائی کشورهای کامن‌لا ر.ک.: (Dixon, 2021: 1-09s) (Goode and Brindle and Cox, 2018: 1-) (McKendrick, 2017: 254 001s, 3-001s). همچنین، برای بررسی ماهیت پرداخت در حقوق فرانسه، ر.ک.: (Terré, 2020: 1412s) (Beudant et Lerebours-) (Pigeonnière, 1951: 51 Mazeaud et Chabas, 1991: 927) (Marty, Raynaud et Jestaz, 1989: 194) (Grua, 1961: 159) (Bénabent, 2021: 744) (Loiseau, 2006: 171) (Sériaux, 2004: 225) (2003: 479) (Roussille, 2015: 549) (Zénati-Castaing et Revet,)

ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) نیز تسری داد.

موضوع دیگری که تحت قانون حاکم بر قرارداد قرار می‌گیرد، تعیین نرخ تسعیر برای تبدیل واحد پول محاسباتی به واحد پول پرداختی است. این حکم از گذشته مورد اجماع علمای حقوق بین‌الملل خصوصی بوده است که قانون حاکم بر قرارداد، تعیین کننده نرخ تسعیر بین واحد پول محاسباتی و واحد پول پرداختی است (Collins and Harris, 2018: 37R-051) (Proctor, 2012: 7.52) (Nussbaum, 1954: 332s) (Evan, 1956: 307) (Dach, 1954: 155). در توجیه این حکم می‌توان گفت از آنجایی که نرخ تسعیر مستقیماً روی مقدار بدهی پرداختی تأثیر می‌گذارد، لذا موضوعی ماهوی است و باید از قانون حاکم بر قرارداد تبعیت نماید. تحت حقوق فرانسه، انگلستان و ایران^{۲۸}، نرخ تسعیر در زمان و محل پرداخت، معیار تبدیل پول محاسباتی به پول پرداختی قرار می‌گیرد^{۲۹} (Terré, 2020: 1459) (Proctor, 2012: 7.51)؛ مگر آن که متعهد در پرداخت تأخیر کرده و این تأخیر مستند به وی بوده باشد، در این فرض، متعهد می‌تواند پرداخت طبق نرخ رایج تسعیر در سررسید پرداخت یا زمان پرداخت واقعی را درخواست کند^{۳۰} (Kullmann, 1992: 276) (Mestre, 2012: 3.05) (Dixon, 2020: 5.22). در همین راستا، حقوق آلمان ر.ک.:

۲۸- برای تأیید این حکم در حقوق کامن‌لا ر.ک. (Proctor, 2012: 3.05) (Dixon, 2020: 5.22). در همین راستا، حقوق آلمان ر.ک.:

۲۹- مثال بارز این فرض، ممنوعیت انجام پرداخت در محل اجرای تعهد پولی به واسطه تحریم‌های بین‌المللی است.

۳۰- در تأیید این حکم می‌توان به رأی قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۸۴۰ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۵ صادره از شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره نمود که خولنده (وام‌دهنده) را ملزم به دریافت وام‌های مندرج در قراردادهای موضوع دعوا به نرخ ارز رسمی زمان سررسید (ارز مرجع در محل بازپرداخت وام) و سپس آزادسازی اسناد و وثایق رهنی وام‌ها می‌نماید. مستخرج از سایت: «<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/10288>».

۳۱- برای دیدن این حکم در آرای صادره از دادگاه‌های انگلستان ر.ک. George Veflings Rederi A/S v President of India [1979] 1 WLR 59, 63, per Lord Denning MR.

۳۲- برای دیدن این حکم استثنایی در آرای دادگاه‌های فرانسوی ر.ک. Cour de cassation, chambres civiles, 1re, 18 déc. 1990, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles I, no 300; Cour de cassation, chambres civiles, 2e, 29 mai 1991, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles, II, no 165; Cour de cassation, chambres civiles, 1re, 20 mai 2009, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles I, no 101.

صاحبین مشاغل غیرمالی^{۲۵} باشد، دریافت‌کننده وجوه ملزم به انجام رویه شناسایی معمول^{۲۶} می‌باشد^{۲۷}.

همان‌گونه که اجرای تعهدات پولی تحت حکومت قانون حاکم بر قرارداد، قرار می‌گیرد، مبانی سقوط تعهدات پولی نیز تحت همین قانون واقع می‌گردد. مسأله مهمی که در رابطه با تعهدات پولی مطرح می‌گردد، ارتباط بین تعذر (به عنوان یکی از مبانی سقوط تعهدات به صورت کلی) و تعهدات پولی است. در این خصوص شایان توجه است که تحت نظام‌های مختلف حقوقی دنیا، اجرای تعهد پولی هیچ‌گاه متعذر نمی‌گردد^{۲۸}. این حکم، نتیجه کلی بودن ماهیت پول است. در هر صورت، تعذر انجام تعهد پولی در محل اجرای آن،^{۲۹} ممکن است منجر به تعلیق اجرای تعهد پولی گردد، نه سقوط آن.

یکی دیگر از موضوعات تحت حاکمیت قانون حاکم بر قرارداد، موضوع تعلق بهره به تعهدات پولی است (Collins and Harris, 2018: 37-088). این حکم نتیجه منطقی فرع بودن «بهره» نسبت به «اصل» تعهد پولی است؛ همان‌طور که اصل تعهد پولی تحت حاکمیت قانون حاکم بر قرارداد واقع می‌شود، فرع آن نیز به تبع، از این قانون تبعیت می‌کند. با الغای خصوصیت از موضوع این حکم (بهره)، می‌توان این حکم را به موارد موضوع

۲۵- بند «ث» ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۰۲، مشاغل غیرمالی را چنین تعریف می‌کند: «مشاغلی که شاغلین آن معاملات زیادی را به صورت نقدی انجام داده و از نظر پولشویی در معرض خطر قرار دارند از قبیل پیش فروش کنندگان مسکن یا خودرو، طلافروشان، صرافان، فروشندگان خودرو، فرش‌های قیمتی، فروشندگان عتیقه‌جات و هر نوع محصول گران‌قیمت».

۲۶- حسب ماده ۵۹ آیین نامه اجرایی مصوب ۱۳۹۸/۰۷/۲۲ ماده (۱۴) الحاقی قانون مبارزه با پولشویی، شناسایی معمول شامل اقدامات زیر است: (۱) احراز هویت ارباب‌رجوع، (۲) اطمینان از شناسایی مالک واقعی، (۳) شناخت ماهیت، هدف و میزان فعالیت طرف قرارداد، (۴) بررسی اسناد و مدارک مثبت سمیت اشخاصی که تحت هر عنوان (از جمله ولی، وصی، قیم، وکیل و نماینده شخص حقوقی) به نمایندگی از اشخاص دیگر عمل می‌کنند، علاوه بر انجام رویه‌های احراز هویت در خصوص این اشخاص».

۲۷- ماده ۱۵۰ آیین نامه اجرایی مصوب ۱۳۹۸/۰۷/۲۲ ماده (۱۴) الحاقی قانون مبارزه با پولشویی: «صاحبان مشاغل غیرمالی مکلف‌اند در موارد زیر نسبت به انجام یا به‌روزرسانی رویه‌های شناسایی معمول اقدام کنند: [...] ۲- هنگام انجام معاملات بیش از سه برابر سقف مقرر به صورت نقدی؛ منظور از سقف مقرر در ماده مزبور، مبلغ سقف مقرر در قانون برگزاری مناقصات جهت انجام معاملات خرد است که هرساله توسط هیأت وزیران به استناد تبصره (۱) ماده (۳) قانون برگزاری مناقصات تصویب می‌گردد. سقف مزبور در سال ۱۴۰۲ شمسی، طی تصویب نامه ۵۰۰۴۸/ت/۱۱۷۹ هـ مورخ ۱۴۰۲/۲۴/۲ هیأت وزیران، معادل یک میلیارد و چهارصد و پنجاه میلیون ریال تعیین شده است.

در هر حال، باید دانست حکم فوق (اختیار متعهدله در انتخاب بین نرخ تسعیر زمان سررسید یا نرخ تسعیر در زمان پرداخت، در فرض انقضای سررسید تعهد پولی) در جایی است که طرفین نسبت به نرخ تسعیر یا روز مبنای نرخ تسعیر توافقی نکرده باشند؛ بدیهی است که در صورت توافق، همان ملاک خواهد بود.

آخرین موضوعی که تحت قانون حاکم بر قرارداد قرار می-گیرد، موضوع تعدیل تعهدات پولی است. تعدیل تعهدات پولی در دو مورد مطرح می-شوند. نخست آن که واحد پولی موضوع تعهد، دچار جایگزینی شده باشد؛ دوم آن که واحد پولی موضوع تعهد دستخوش کاهش یا افزایش ارزش شده باشد. لازم به توجه است جبران کاهش ارزش پول با حکم به بهره و خسارت تأخیر تأدیه متفاوت است. توضیح آن که بهره و خسارت تأخیر تأدیه در جایی مورد حکم قرار می-گیرند که تعهد پولی در سررسید ایفا نشده باشد. در حالی که در مورد جبران کاهش ارزش پول، فارغ از این که سررسید تعهد حال شده باشد یا خیر، برای این که پرداخت بدهکار، پرداختی معتبر تلقی گردد، بایستی اصل دین را تعدیل کرد.

در فرض تبدیل یا جایگزینی واحد پولی، قانون حاکم بر پول، تعیین کننده ضریب تبدیل واحد پولی قدیم به جدید خواهد بود. با توجه به اینکه تعدیل تعهدات پولی، مستقیماً در میزان تعهد پولی تأثیرگذار هستند، لذا قواعد مربوط به آن، از جمله قواعد ماهوی می-باشند، در نتیجه از قانون حاکم بر ماهیت تعهد، یعنی قانون حاکم بر قرارداد، پیروی می-کنند.^{۳۷} از آن جایی که پول، همیشه ارزش اسمی خود را در کشور منتشرکننده آن حفظ می-کند، لذا تأثیر کاهش یا افزایش قدرت خرید پول بر تعهدات مدیون، به قانون حاکم بر پول ارتباطی پیدا نمی-کند، بلکه تحت قانون حاکم بر تعهد پولی قرار می-گیرد.^{۳۸} تحت حقوق ایران، قاعده عامی که تعدیل تعهدات پولی بین‌المللی را تجویز کند وجود ندارد، لذا، اصولاً نمی-توان به استناد کاهش ارزش واحد پول خارجی موضوع تعهد، تعدیل ارزش پول موضوع تعهد را درخواست کرد. با این حال، بر این حکم می-توان استثنا قائل شد؛ در مواردی که ارزش واحد پولی خارجی

529: (1991) (Fages, 2009: 532) (Mattout, 2009: 104). ماده ۶۰۹ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز حاوی حکمی مشابه حکم فوق می-باشد.^{۳۳} تحت حقوق ایران، در فرض تأخیر متعهد در پرداخت تعهد پولی، چنانچه از زمان سررسید تعهد تا زمان پرداخت، ارزش واحد پول محاسباتی نسبت به ارزش واحد پول پرداختی افزایش پیدا کرده باشد (با افزایش نرخ تسعیر پول محاسباتی به پول پرداختی مواجه باشیم)، بنا بر وحدت ملاک با حکم ماده ۳۱۴ قانون مدنی ایران^{۳۴}، متعهدله می-تواند پرداخت بر مبنای نرخ تسعیر زمان پرداخت را درخواست کند چرا که بعد از انقضای سررسید، متعهد در حکم غاصب بوده و حقی نسبت به ارزش افزایش یافته پول محاسباتی نخواهد داشت. در صورتی که از زمان سررسید تعهد تا زمان پرداخت، ارزش واحد پول محاسباتی نسبت به ارزش واحد پول پرداختی کاهش یافته باشد (کاهش نرخ تسعیر پول محاسباتی به پول پرداختی مطرح باشد)، بر اساس وحدت ملاک با مفهوم مخالف حکم ماده ۶۴۹ قانون مدنی ایران^{۳۵}، متعهدله می-توان پرداخت بر مبنای نرخ تسعیر زمان سررسید را مطالبه کند. این حکم، با الغای خصوصیت از موضوع ماده ۶۵۴ قانون مدنی ایران و تسری حکم آن به سایر اعمال نامشروع، تقویت می-شود؛ بدین توضیح که دعوای متعهد جهت پرداخت بر اساس نرخ تسعیر در زمان پرداخت، مبتنی بر عمل نامشروع وی در عدم ایفای تعهد در سررسید می-باشد، لذا مسموع نخواهد بود. در تقویت این حکم، می-توان به رأی شماره «۹۲۱۳۰۴» مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۴ صادره توسط شعبه ۱۱۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران اشاره نمود.^{۳۶} در دعوای موضوع این رأی، اختلاف بر سر نرخ تسعیر ارز موضوع قراردادهای قرض منعقد در کشور روسیه، ایجاد شده است. مقرض مدعی لزوم بازپرداخت قرض بر اساس نرخ تسعیر زمان بازپرداخت واقعی بوده و مقتض، مدعی لزوم بازپرداخت قرض بر اساس نرخ تسعیر زمان سررسید قرارداد قرض می-باشد. قاضی در تأیید موضع مقتض، حکم به لزوم بازپرداخت قرض حسب نرخ تسعیر زمان سررسید قراردادهای قرض می-دهد.

۳۶ این رأی، توسط رأی شماره «۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۸۴۰» مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۵ صادره توسط شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است.

۳۷ این حکم در رأی زیر نیز مورد تأیید قرار گرفته است:

British Bank for Foreign Trade v Russian Commercial & Industrial Bank (No 2) (1921) 38 Times Law Reports 65.

38- Anderson v Equitable Life Assurance Society." (1929) 134 L.T. 557; Re Schnapper [1936] 1 All E.R. 322; Kornatzki v Oppenheimer (1937) 4 All E.R. 133.

۳۳- بند ۳ و ۴ این ماده بیان می-دارد: «(۳) پرداخت پول به واحد پول محل پرداخت باید مطابق با نرخ رایج تسعیر در موعد پرداخت انجام شود. (۴) اما اگر متعهد در زمانی که موعد پرداخت فرا رسیده است مبلغ تعهد را نپردازد، ذی‌نفع تعهد می-تواند پرداخت طبق نرخ رایج تسعیر در موعد مقرر پرداخت یا زمان پرداخت واقعی را درخواست کند.

۳۴- «اگر در نتیجه عمل غاصب قیمت مال مغضوب زیاد شود غاصب حق مطالبه قیمت زیادی را نخواهد داشت...».

۳۵- «اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقتض است.».

کننده تداوم نظام پولی از طریق تبدیل طلب‌هایی است که در قالب واحد پولی قدیم ایجاد شده‌اند (Burdeau, 1974: 195).

موضوع دیگری که ممکن است تحت قانون حاکم بر پول قرار گیرد، موضوع «تعدیل تعهدات پولی» است. گرایش کلی در کشورهای حقوق نوشته، در خصوص موضوع تعدیل تعهدات پولی، آن است که موضوع تعدیل تعهدات پولی، از قانون حاکم بر پول موضوع تعهد تبعیت می‌کند. رویکرد کشورهای حقوق نوشته در رابطه با قانون حاکم بر تعدیل تعهدات پولی، رویکردی نسبتاً لیبرال‌تر نسبت به تعدیل تعهدات پولی است. برای مثال، دادگاه‌های سوئیسی حکم به جبران کاهش ارزش تعهدات ارزی، حتی در جایی که قانون حاکم بر ماهیت تعهد قانون کشور سوئیس بوده، داده‌اند.^{۴۰}

رویکرد حقوق امریکا، رویکردی خاص است. منبع اساسی در این رابطه، پرونده «Lendle» می‌باشد.^{۴۱} در این قضیه، فردی مقیم در امریکا در سال ۱۹۲۰، ۴۰۰ هزار فرانک آلمان به نفع فردی وصیت می‌نماید. پس از مرگ موصی در سال ۱۹۲۷ (و بعد از کاهش شدید ارزش فرانک آلمان) بر سر نحوه اجرای وصیت متوفی اختلاف حاصل شد. دادگاه چنین حکم داد که ارجاع به مارک در وصیت‌نامه، در واقع ارجاع به مارکی است که در زمان اجرا رایج بوده است. لذا، دادگاه به پرداخت ۴۰۰ هزار رایش‌مارک به نفع موصی‌له حکم می‌کند. این حکم، تنها بر مبنای تفسیر وصیت توجیه می‌گردد. یعنی گفته شود که قصد موصی ارجاع به مارک در جریان، حین اجرای وصیت بوده است نه مارک در جریان، به هنگام انشاء وصیت. مع الوصف، رأی پرونده لندل را نمی‌توان بر مبنای قواعد عمومی توجیه کرد؛ چراکه اولاً وصیت موصوف تحت حکومت قانون محل اقامت موصی قرار گرفته و این درحالی‌ست که قانون محل اقامت موصی، اصل اسمی‌گرایی را به رسمیت شناخته و قاعده‌ای عمومی را که مفید تعدیل تعهدات ارزی باشد، به رسمیت نمی‌شناسد.^{۴۲} ثانیاً، قانون حاکم بر ارز موضوع وصیت

آنچنان دچار کاهش شده که ارزش تعهد پولی را در حکم تلف قرار می‌دهد، می‌توان بر مبنای ملاک حکم ماده ۳۱۱ قانون مدنی ایران^{۴۳}، حکم به تعدیل تعهد پولی داد. در این فرض، به منظور پرداخت قیمت آن (در لسان ماده یادشده) در وجه متعهدله، باید ارزش آن نسبت به ارزش معوض تعهد پولی (آنچه در برابر تعهد پولی تسلیم شده است یا قرار است تسلیم شود) تعدیل شود و مورد حکم قرار گیرد. در تأیید این نتیجه، می‌توان به نظریه غبن حادث نیز استناد کرد.

۱-۲. قانون حاکم بر پول

قانون حاکم بر پول به معنای قانون کشور منتشرکننده پول موضوع تعهد است. با توجه به آنچه در مقدمه پژوهش حاضر در خصوص تفکیک بین قانون حاکم بر پول و قانون حاکم بر تعهد پولی گفته شد، هر کشور حق دارد واحد پولی خود را برگزیند و وجه رایج در محدوده سرزمینی خود را تعیین کند. این حکم، نتیجه قاعده «تبعیت پول از قانون کشور صادرکننده آن» می‌باشد.

موضوع تعیین پول موضوع تعهد در فرض تغییر در حکومت‌ها نیز تحت قانون حاکم بر پول قرار می‌گیرد. موارد مزبور شامل دو مورد می‌شود: تغییر حکومت در سرزمین واحد (شامل تجزیه کشور به کشورهای متعدد، مانند تجزیه شوروی، یوگسلاوی و چکسلواکی؛ انضمام یک کشور به کشور دیگر، مانند اتحاد دوباره آلمان شرقی و غربی و استعمار یک کشور توسط کشور استعمارگر؛ و در نهایت کسب استقلال توسط کشورهای مستعمره) و ایجاد اتحادیه پولی بین کشورهای مختلف (مانند اتحادیه اروپا). در موارد تغییر حکومت در محدوده سرزمینی واحد، تعیین واحد پول محاسباتی موضوع تعهد آسان است، چرا که باید واحد پولی قبلی که موضوع تعهد پولی بوده را تبدیل به واحد پولی جدید نمود. نظام پولی جدید، نرخ تبدیل واحد پولی قدیم به واحد پولی جدید را تعیین می‌کند (Burdeau, 1974: 187) (Mann, 1992: 207). رابطه مزبور، جهت تبدیل واحد پولی قدیم به واحد پولی جدید، تضمین-

26 March 1931, Clunet 1932, 227; 13 November 1931, JW 1932, 2337.

در پرونده زیر نیز، دادگاه با استناد به اصل اجرای قرارداد بر مبنای حسن نیت، حکم به جبران کاهش ارزش موضوع یک بیمه‌نامه داد:

Swiss Federal Tribunal, 13 November 1931, BGE 57 II, 596.

41- (1929) 250 NY 502, 166 NE 182.

۴۲- البته، برخی از نویسندگان بیان داشته‌اند که در مواردی که حقوق یکی از ایالات بر تعهد ارزی حاکم است، در صورتی که ارزش ارز خارجی با سقوط مواجه شده است، می‌توان بر مبنای نظم عمومی و جلوگیری از مصادره حکمی اموال طلبکار، حکم به تعدیل تعهد ارزی داد. برای مثال ر.ک.:

۳۹- «غاصب باید مال منصوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد».

۴۰- دادگاه فدرال سوئیس در پرونده‌های زیر، به تعدیل دین مارک آلمانی داده و اعمال قوانین مربوط به تعدیل آلمان را برخلاف نظم عمومی سوئیس ندانسته‌اند:

28 February 1930, JW 1930, 1900; 26 February 1932, JW 1932, 1163.

در پرونده‌های زیر، دادگاه بر اساس قواعد عمومی تعهدات سوئیس حکم به تعدیل دیون مارک آلمانی داده است:

۲. قوانین فرعی حاکم بر تعهدات پولی

در این قسمت، در دو بخش به بحث از قوانین فرعی حاکم بر تعهدات پولی خواهیم پرداخت. بدین نحو که در قسمت «۱-۲» به موضوعاتی خواهیم پرداخت که تحت حاکمیت قانون محل اجرای تعهد پولی و قانون اقامتگاه متعهدله قرار می‌گیرند و در قسمت «۲-۲» نیز، موضوعاتی مورد تحلیل قرار خواهند گرفت که تحت حاکمیت قانون دولت متبوع دادگاه رسیدگی‌کننده به اختلاف قرار می‌گیرند.

۲-۱. قانون محل اجرای تعهد پولی و قانون اقامتگاه متعهدله

قانون محل اجرای تعهدات پولی، اصولاً مجال اندکی جهت ایفای نقش پیدا می‌کند. این قانون، در برخی موارد بر موضوع نحوه اجرای تعهد (در مقابل مسائل ماهوی اجرای تعهد) حاکم بوده و در بعضی موارد دیگر، با ایفای نقشی سلبی، انجام تعهد را در پاره‌ای موارد با ممنوعیت مواجه می‌کند و تبعاً موجب تعلیق اجرای تعهد پولی خواهد شد.^{۴۸} در رابطه با موضوعات مربوط به نحوه اجرای تعهد پولی که تحت قانون حاکم بر محل اجرا قرار می‌گیرد، دو مورد شایان ذکر است. نخست، تعیین واحد پول پرداختی در فرض عدم وجود توافق صریح و سپس، تعیین روزهای بانکی تعطیل.

در رابطه با مورد نخست، یعنی فرض عدم تعیین صریح پول پرداختی توسط طرفین، متعهد می‌تواند با تسلیم پول رایج در کشور محل پرداخت به متعهدله، تعهد خود را ایفا نماید (Proctor, 7.53: 2012). مبنای این حکم، اماره قضائی مبنی بر تعلق اراده ضمنی طرفین بر تعیین پول رایج در محل اجرای تعهد پولی، به‌عنوان پول پرداختی است (Yvon Loussouarn et al, 2013: 604). این فرض بر مبنای «اماره غلبه» توجیه می‌گردد. در همین رابطه، در فرض فقدان توافق صریح طرفین، می‌توان فرض را بر وحدت پول پرداختی و پول محاسباتی قرار داد (Proctor, 2012: 5.14). در توجیه این فرض گفته شده است که تبدیل پول محاسباتی به پول پرداختی، ریسک و هزینه تسعیر ارز را بر یکی از طرفین تعهد تحمیل می‌کند؛ این در حالی است که فعالان دنیای

(= قانون آلمان)، ارتباطی با ضریب یک به یک بین مارک قبلی و رایش‌مارک فعلی برقرار نکرده بود. به هر روی، به نظر می‌رسد که دادگاه در پرونده لندل، هم از قانون حاکم بر پول و هم از قانون حاکم بر تعهد انحراف پیدا کرده است.

به دنبال تورم شدید آلمان در سال‌های اولیه دهه ۱۹۲۰ میلادی، قواعد مبسوط و مفصلی در رابطه با تعدیل تعهدات ارزی خارجی ایجاد شد. دیوان پادشاهی آلمان در امور مدنی، شرط حکم به تعدیل تعهد ارزی خارجی را «کاهش فاجعه‌بار ارزش» ارز خارجی دانسته است.^{۴۹} به هر حال، دادگاه‌های آلمان در مواردی نیز که «کاهش فاجعه‌بار ارزش» ارز خارجی واقع نشده بود، به منظور بازگرداندن تعادل قراردادی بین طرفین، بر مبنای نظریه حوادث پیش‌بینی‌نشده سعی در تعدیل تعهدات متقابل داشته‌اند.^{۴۴} البته، از نظر دادگاه‌های آلمان، عقد قرض از رویکرد فوق مستثنی است.^{۴۵} آن‌ها دلیل مستثنی شدن عقد قرض از تعدیل را تمام شدن اجرای تعهدات طرفین به محض پرداخت قرض و کاهش ارزش عوض قراردادی در زمانی که در تصرف متعهد بوده،^{۴۶} ذکر کرده‌اند. این دیدگاه را باید در حقوق ایران نیز تقویت کرد؛ چراکه در حقوق ایران، عقد قرض، عقدی شبه معوض است و پس از تملیک و تسلیم مال القرض به مقترض، عقد از طرف مقرض، اجرا شده تلقی می‌گردد. در تأیید این حکم در حقوق ایران، می‌توان به حکم ماده ۶۴۹ قانون مدنی ایران اشاره کرد که در فرض تسلیم مال القرض، نقصان آن اعم از نقصان عینی یا اعتباری (به صورت نقص در ارزش) را از مال مقترض دانسته است. علی‌ای حال، حقوق آلمان نیز مانند حقوق انگلیس، قواعد مربوط به تعدیل تعهدات پولی را قواعدی ماهوی تلقی می‌کند. بنابراین، در مواردی که حقوق حاکم بر ماهیت تعهد پولی، حقوق آلمان است، قواعد تعدیل مربوط به واحد پولی موضوع تعهد اجرا نخواهد شد. در یک پرونده نسبتاً جدید، دادگاه فدرال آلمان، قانون حاکم بر مهریه یک شخص ایرانی را قانون آلمان تشخیص داده و از حکم به تعدیل مهریه ریالی به استناد تبصره ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی ایران خودداری کرده است.^{۴۷}

45- Supreme Court, 28 June 1934, RGZ 145, 51, 56.

46- Supreme Court, 13 October 1933, RGZ 142, 23, 34, 35.

47- BGH, NJW 2010, 1528.

۴۸- «دادگاه در جایی که قوانین محل اجرای قرارداد، اجرای آن را غیرقانونی اعلام کرده باشند، می‌تواند به قانون مزبور حکم کند. در این راستا، دادگاه به طبیعت و هدف قوانین مزبور و آثار اعمال یا عدم اعمال آنها توجه خواهد کرد» (بند ۳ ماده ۹ تصویب‌نامه رم).

Rashba, Debts in Collapsed Foreign Currencies (1944) 34 Yale LJ 1.

با این حال، چنین استدلالی نتوانسته است که دیگر حقوقدانان آمریکایی را قانع سازد.

43- 27 January 1928, RGZ 120, 70, 76 and 16 December 1931, JW 1932, 1048 (Austrian Crowns) and Leipziger Zeitschrift 1931, 38 (Russian Roubles).

44- 15 January 1931, RGZ 131, 158, 1777.

گیرد؟ البته بدیهی است که در صورتی که در قرارداد، طرفین حکم این مسأله را تعیین کرده باشند، آن گاه محلی برای اجرای قانون محل اجرای تعهد در خصوص این مسأله باقی نخواهد ماند.

در ارتباط با نقش سلبی قانون محل اجرای تعهد به عنوان مبنای تعلیق تعهد پولی، لازم به توجه است که تشخیص محل اجرای تعهد پولی از اهمیت زیادی برخوردار است. در این راستا، باید توجه داشت که محل اجرای تعهد پولی، محلی است که متعهد ملزم به ارائه موضوع تعهد و متعهدله مستحق در دریافت موضوع تعهد است^{۵۱} (Proctor, 2012: 7.84-7.85). بر این مبنا، توانایی متعهد در تمهید مقدمات انجام پرداخت در کشوری به غیر از کشور محل پرداخت تعهد پولی، مسأله‌ای بی‌ارتباط به پرداخت تعهد می‌باشد. ممنوعیت انجام پرداخت در محل پرداخت، ممکن است موجب تعلیق انجام تعهد پولی گردد. با این حال، ممنوعیت انجام مقدمات ایفای تعهد در محلی به غیر از کشور محل انجام تعهد، اثری در تعلیق تعهد پولی نخواهد داشت.^{۵۲} به عنوان مثال، اگر مقررات ارزی کشور محل اقامت متعهد، وی را از انجام تعهد ممنوع کند، این ممنوعیت سبب تعلیق تعهد پولی وی و معافیت از مسئولیت نقض تعهد پولی نخواهد شد. از همین رو، بسیار مهم است که قانون محل اجرای تعهد پولی را از قانون منتشرکننده پول و قانون حاکم بر محل فعالیت سیستم بانکاری بین‌المللی^{۵۳} متمایز دانست.

۲-۲. قانون مقر دادگاه

تعهدات ارزی ناشی از اعمال نفوذ ناروا یا فساد، گرچه قانون بیگانه حکم به صحت آن‌ها نماید، ممکن است برخلاف قوانین مرتبط با نظم عمومی کشور متبوع دادگاه باشند و در نتیجه دادگاه حکم به عدم استماع آن‌ها دهد. دادگاه‌های انگلیس در موارد متعددی از اعمال قانون حاکم بر تعهدات ارزی به دلیل وصف

تجارت معمولاً از چنین ریسک‌ها و هزینه‌هایی اجتناب می‌کنند.^{۴۹} حاصل دو نتیجه فوق آن است که در فرض عدم وجود توافق صریح بر پول محاسباتی، می‌توان فرض را بر وحدت پول رایج در کشور محل اجرای تعهد پولی با پول محاسباتی موضوع تعهد قرار داد (Hecke, 1972: 598). این حکم، به تعهدات پولی قراردادی اختصاص دارد؛ در رابطه با تعهدات پولی غیرقراردادی، پول محاسباتی، واحد پولی کشور محل اقامت زیان‌دیده در زمان ورود زیان می‌باشد^{۵۰} (Putman, 1992: 292).

در توضیح حکم فوق، باید افزود تعهد جبران خسارت باید با واحدی پولی تقویم شود که زیان‌دیده، ضرر را در قالب آن واحد، متحمل شده‌است. واحد پولی زیان‌وارده، واحدی است که مستقیماً دارایی زیان‌دیده را متأثر کرده‌است. این حکم، با استناد به اصل جبران کامل خسارات نیز تقویت می‌شود، چرا که جبران کامل خسارت، اقتضای آن دارد جبران خسارت با این هدف انجام گیرد که زیان‌دیده را موقعیتی قرار دهد که در فرض عدم ورود زیان در آن موقعیت قرار می‌گرفت. بر این اساس، در صورت حکم به جبران خسارت در قالب واحدی پولی غیر از واحد پولی زیان‌وارده، هدف جبران کامل خسارات حاصل نخواهد شد. بر این اساس، عامل ارتباط تعیین واحد پول محاسباتی در مورد تعهدات غیرقراردادی، اقامتگاه زیان‌دیده می‌باشد. این حکم بر این فرض مبتنی است که دارایی اشخاص را واحد پولی محل اقامت آنان تشکیل می‌دهد.

یکی دیگر از موضوعات مربوط به نحوه اجرای تعهدات پولی که تحت قانون حاکم بر محل اجرای تعهد پولی قرار می‌گیرد، موضوع تعیین روزهای کاری و روزهای تعطیل می‌باشد. گزارش جولیانو و لاگارد در خصوص کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، این موضوع را مهم‌ترین مسأله‌ای می‌داند که قانون محل اجرای تعهدات پولی بر آن حاکم است (Giuliano and Lagarde, 1980: 23). به طوری که این پرسش مطرح می‌شود که اگر سررسید طلب در روز تعطیل واقع شود، آیا پرداخت باید قبل از آن روز یا بعد از آن روز انجام

Foreign Bank, ibid.; Argo Fund Ltd v Essar Steel Ltd [2005] EWHC 600 (Comm.), [2005] 2 Lloyd's Rep. 203; Imperial Life Assurance Co v Colmenares (1967) 62 D.L.R. (2d) 138 (Sup Ct Can); Jones v Chatfield [1993] 1 N.Z.L.R. 617.

۵۳- توضیح آن‌که همانطور که در مورد پرونده «Libyan Arab Foreign Bank» نیز اشاره شد، ایفای تعهدات دلاری با استفاده از سیستم بانکی بین‌المللی، نیاز به تأیید توسط خزانه‌داری ایالات متحده دارد. حال، اگر در موردی مانند قضیه فوق، استفاده از این سیستم ناممکن گردد، تعهد متعهد به پرداخت دلار متأثر نمی‌شود و وی ملزم به پرداخت تعهد به وسیله تسلیم وجه نقد به متعهدله خواهد بود.

49- Adelaide Electric Supply Co v Prudential Assurance Co [1934] AC 122, 156.

50- Civ. 1re, 4 déc. 1990, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles I, no 280.

۵۱- شایان توجه است که در غالب موارد، محل انجام پرداخت، اقامتگاه متعهدله است (Dixon, 2020: 5-20).

52- Kleinwort, Sons & Co Ltd v Ungarische Baumwollindustrie AG [1939] 2 K.B. 678 (CA); Rossano v Manufacturers' Life Insurance Co [1963] 2 Q.B. 352, 371; Toprak Mahsulleri Ofisi v Finagrains Compagnie Commerciale Agricole et Financiere S.A. [1979] 2 Lloyd's Rep. 98 (CA); Libyan Arab

تجویز کرد.^{۶۰} حقوق ایالات متحده نیز تا قبل از قضیه «Miliangos»، استفاده از واحدی پولی به غیر از دلار را در آرای دادگاه‌ها ممنوع می‌کرد. پس از صدور رای «Miliangos» و تأثیر شگرف آن بر حقوق کشورهای کامن‌لا، قانون نمونه «دعای پول خارجی یکپارچه»^{۶۱} در سال ۱۹۸۹ تصویب شد. این قانون در راستای ماده ۸۲۳ شرح سوم حقوق روابط خارجی ایالات متحده به تصویب رسیده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد که دادگاه‌های ایالات متحده اصولاً حکم خود را در قالب دلار امریکا صادر می‌کنند. مع‌هذا، از صدور حکم در قالب ارزی تعهد قراردادی یا خسارت وارده ممنوع نخواهند بود (ALI, 1987: §823). به همین منوال، در حقوق آلمان نیز، ممنوعیتی نسبت به صدور حکم در قالب ارزهای خارجی پیش‌بینی نشده است (Remien, 1989: 262) (Schmidt, 1985: 41). دادگاه‌های سوئیس مجازند که برای تقویم خسارات از ارزی غیر از ارز رایج سوئیس استفاده کنند. مبنای این اختیار، رویه دیوان فدرال سوئیس است. البته لازم به ذکر است که آئین دادرسی مدنی سوئیس، مصوب ۱۹ دسامبر ۲۰۰۸، هیچ مقرره‌ای در رابطه جواز صدور حکم در قالب ارزهای خارجی ندارد. در حقوق ایران، آرای متعدد صادره از دادگاه‌ها، جواز صدور حکم در قالب ارزهای خارجی را تأیید می‌نماید.^{۶۲} در پایان لازم به ذکر است که سال‌ها، گرایش غالب در حقوق بین‌الملل خصوصی آن

تبعیض‌آمیز بودن، امتناع کرده‌اند.^{۵۴} تحت حقوق ایران نیز، به حکم ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹^{۵۵} و ماده ۹۷۵ قانون مدنی^{۵۶}، همین قاعده قابل دفاع است. یکی دیگر از موضوعاتی که تحت شمول قانون مقر دادگاه قرار می‌گیرد، موضوع قالب ارزی محکوم‌به رأی دادگاه است. در این میان، حقوق فرانسه از مدت‌ها پیش امکان صدور رأی دادگاه در قالب ارزی غیر از وجه رایج کشور فرانسه را پذیرفته است (Ripert, 1926: 25). به همین روی، آرای قضائی در دهه ۱۹۲۰ صادر شده است که حکم به جبران خسارت در قالب ارزهای غیررایج کشور فرانسه داده است (Boskovic, 2003: 49). بر خلاف فرانسه، محاکم انگلستان تا زمان قضیه «Miliangos»^{۵۷} به ارزی غیر از پوند استرلینگ حکم نمی‌دادند. رأی قضیه «Miliangos» حقوق انگلیس را در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی پول متحول کرد (Hene, 1975: 19) (Tallon, 1977: 485) (Gaudemet-Tallon et Tallon, 1979: 687) (White, 1976: 717) (Niyonzima, 1986: 221) (Black, 2003: 36). مع‌الوصف، باید دانست که قبل از «Miliangos»، دادگاه تجدیدنظر در دو مورد راه را برای صدور رأی قضیه «Miliangos» هموارتر کرده بود.^{۵۸} پس از رأی «Miliangos»، در قضیه «The Folias» استفاده از ارزهای خارجی به موارد تعهدات قراردادی تسری داده شد^{۵۹} و پس از آن، رأی پرونده «Despina»، استفاده از ارزی خارجی را در دعای مسئولیت مدنی نیز

59- Services Europe Atlantique Sud (SEAS) v. Stockholms Rederiaktiebolag Svea of Stockholm (The Folias), (1979) 1 AC 685 (HL (E)).

60- Owners of M. V. Eleftherotria v. Owners of M. V. Despina R. [1979] AC 685, [1979] 1 Lloyd's Law Rep. 1.

61- "Uniform Foreign Money Claims Act"

۶۲ - در این رابطه، رای شماره «۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۳۶» مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۶ صادره از شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران شایان توجه است. رای فوق، دادنامه صادره از دادگاه نخستین را که حکم به پرداخت معادل ریالی خواسته دعوا داده بود، به شرح ذیل نقض می‌کند: «به نظر دادگاه خواسته خواهان مطالبه ۲۶۰.۰۰۰ یورو بوده است و قید مبلغ ۴.۱۱۷.۳۶۰.۰۰۰ ریال در اجرای ماده ۶۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با توجه به این‌که خواسته پول خارجی بوده به عنوان بهای خواسته قید گردیده‌است و دادگاه مکلف به صدور حکم مطابق خواسته بوده و نه بهای خواسته لذا آنچه مورد حکم قرار گرفته خارج از خواسته تشخیص و با انطباق جهت تجدیدنظرخواسته با بند «ه» ماده ۳۴۸ و به استناد ماده ۳۵۸ قانون مرقوم ضمن نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته پرونده برای رسیدگی مطابق خواسته به دادگاه محترم بدوی اعاده می‌گردد». مستخرج از سایت: «<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/6962>»

54 - Holzer v Deutsche Reichsbahn Gesellschaft (1938) 277 NY 473; Oppenheimer v Cattermole [1976] AC 249 (HL) and Re Helbert Wagg & Co Ltd's Claim [1956] Ch 323

۵۵ - «عقود و قراردادهایی که محل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

۵۶ - «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

57- Miliangos v George Frank (Textiles) Ltd. (No. 2) (1977) Q.B. 489

۵۸ - دادگاه تجدیدنظر رأی داورى قضیه زیر که در قالبی غیر از پوند استرلینگ صادر شده بود را تأیید کرد:

Jugoslavenska Oceanska Plovidaba v. Castle Investment Co case (1974) 1 QB 292.

همچنین، لرد دنینگ در رای زیر بیان داشت که مبنای قاعده «ارزیابی خسارات بر مبنای ارز دادگاه در روز نقض عهد» از این پس دیگر وجود ندارد:

Schorsch Meier GmbH v. Hennin decision (1975) 1 QB 416.

بود که نرخ بهره، تحت حاکمیت قانون مقر دادگاه قرار می‌گیرد.^{۶۳} دلیل این امر آن بود که تحت نظریات سنتی، ضمانت‌اجراهای نقض قرارداد در عداد امور آیینی محسوب می‌شدند و امور آیینی از قانون دولت متبوع دادگاه پیروی می‌کردند؛ از آنجایی که حکم به بهره در شمار ضمانت‌اجراهای نقض قرارداد محسوب می‌شد، لذا چنین نتیجه گرفته می‌شد که حکم به بهره، تحت قانون دولت متبوع دادگاه قرار می‌گیرد. با این حال، امروزه هر آنچه در میزان تعهد طرفین مؤثر باشد، از جمله امور ماهوی محسوب می‌شود و تحت قانون حاکم بر قرارداد قرار می‌گیرد. بر این اساس و با لحاظ تأثیر حکم به بهره در میزان تعهدات اشخاص، قانون حاکم بر قرارداد، بر موضوع «بهره» نیز حکومت خواهد کرد. بر این اساس، ماده ۱ فصل نخست قانون بین‌الملل خصوصی مصوب ۱۹۹۵، در مواردی که تعهد پولی به ارزی غیر از پوند استرلینگ می‌باشد، به دادگاه‌های انگلیس این اختیار را داده‌است که حکم به نرخ به غیر از آنچه در انگلیس حاکم است، صادر نمایند.

نتیجه‌گیری

نتایج این پژوهش را می‌توان به صورت زیر خلاصه کرد. قانون حاکم بر تعهد پولی، بر موضوعات ذیل حاکم است: (۱) تعیین واحد پول محاسباتی موضوع تعهد؛ (۲) تعیین واحد پول

پرداختی؛ (۳) تعیین نحوه پرداخت قانونی تعهد پولی؛ (۴) تعیین بهره قراردادی؛ (۵) تعیین نرخ تسعیر جهت تبدیل پول محاسباتی به پول پرداختی؛ (۶) تعدیل تعهدات پولی؛ (۷) مبانی سقوط تعهدات پولی.

قانون حاکم بر پول، بر موضوعات زیر حاکم است: (۱) تعیین واحد پولی هر کشور؛ (۲) تعیین وجه رایج در کشور؛ (۳) موضوع تعیین پول موضوع تعهد در فرض تغییر در حکومت‌ها. قانون محل اجرای تعهد پولی بر موضوعات زیر حاکم است: (۱) شیوه پرداخت^{۶۴}، مثلاً تعیین پول پرداختی در جایی که قرارداد طرفین مبهم است یا اعتبار قراردادشان نسبت به تعیین پول پرداختی، مورد تردید است و همچنین (۲) تعیین روزهای تعطیل بانکی؛ (۳) تعیین مبانی تعلیق تعهدات پولی (مانند، ممنوعیت اجرای تعهد پولی)؛

«اقامتگاه متعهدله» به عنوان عامل ارتباط در تعیین واحد پولی تعهد جبران خسارت عمل می‌نماید، لذا، در تعهدات غیرقراردادی، باید واحد پولی رایج در اقامتگاه زیان‌دیده را مبانی تعیین واحد پول محاسباتی تعهد جبران خسارت قرار داد. قانون مقر دادگاه بر موضوعات زیر حاکم است: (۱) قالب پولی قسمت اجرایی رأی دادگاه^{۶۵}؛ (۲) تعیین نرخ بهره در فرض عدم وجود بهره قراردادی.^{۶۶}

65- Miliangos v George Frank (Textiles) Ltd. (No. 2) (1977) Q.B. 443.

۶۴- البته این نظر کمیسیون حقوق انگلیس است:

Law Commission's view (Working Paper, para. 4.22 et seq)

در حالی که در پرونده زیر، دادگاه بیان داشته است که نرخ بهره، به تبعیت از خود حق بهره، تحت شمول قانون حاکم بر ماهیت دعوا قرار می‌گیرد:

Helmsing schiffahrts GmbH & Co KG v Malta Drydocks Corp. [1977] 2 Lloyd's Rep. 44, Kerr J.

63- The Pacific Colocotronis [1981] 2 Lloyd's Rep. 40, 45-47 (CA); Rogers v Markel Corp [2004] EWHC 1375 (QB), at [81]; Karafarin Bank v Dara (No.2) [2009] EWHC 3265 (Comm.), [2010] 1 Lloyd's Rep. 236. See also Maschinenfabrik Augsburg-Nurenburg AG v Altikar Pty Ltd [1984] 3 N.S.W.L.R. 152.

64- Rome I Art. I2(2); Mount Albert Borough Council v Australasian Temperance and General Mutual Life Assurance Society Ltd. [1938] A.C. 224.

References

- [1] American Law Institute (1987). *Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States*. Philadelphia: American Law Institute.
- [2] Bamberger, H. G.; Roth, H. (2007). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB)* (2nd ed.). München: Beck C. H.
- [3] Bénabent, A. (2021). *Droit des obligations* (19th edition). Paris: LGDJ.
- [4] Bequignon, Ch. (1925). *Les dettes de monnaie étrangère*. Paris: Editions de Boccard.
- [5] Beudant, R; Lerebours-Pigeonnière, P. (1936). *Cours de droit civil français: les Contrats et les obligations* (2nd ed.). vol. 7. Paris: Librairie Arthur Rousseau.
- [6] Black, V. (2003). Foreign Currency Obligations in Private International Law. *Recueil des cours*, 302, 9-195.
- [7] Black, Vaughan (2010). *Foreign Currency Claim in the Conflict of Laws*. Oxford: Hart Publishing.
- [8] Boskovic, O. (2003). *La réparation du préjudice en droit international privé*. Paris: LGDJ.
- [9] Brindle, M.; Cox, R. (2018). *Law of Bank Payment* (5th ed.). London: Sweet and Maxwell.
- [10] Bruneau, C. (1984). *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature, Essai de détermination de l'objet*. Paris: Université de droit d'économie et de sciences sociales.
- [11] Burdeau, G. (1974). *Les successions de systemes monetaires en droit international*. Paris: Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris.
- [12] Catala, N. (1961). *La nature juridique du paiement*. Paris: LGDJ.
- [13] Collins, L.; Harris, J. (2018). *Dicey, Morris, and Collins on the conflict of laws* (15th ed.). London: Sweet & Maxwell.
- [14] Dach, J. (1954). Conversion of Foreign Money: A Comparative Study of Changing Rules, *The American Journal of Comparative Law*, 3(2), 155–185.
- [15] Dixon, V. (2020). *Goode on Payment Obligations in Commercial and Financial Transactions* (4th Edition). London: Sweet & Maxwell.
- [16] Evan, Ch. (1956). Rationale of Valuation of Foreign Money Obligations, *Michigan Law Review*, 54 (3), 307-362.
- [17] Fages, B. (2009). Conversion en euros de la dette libellée en monnaie étrangère, *Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz*. (3), 532.
- [18] Gaudemet-Tallon, H.; Tallon, D. (1979). Compétence internationale et dettes de monnaie étrangère devant la Chambre des Lords. Nouveaux développements. *Revue critique de droit international privé*, 687.
- [19] Geva, B. (2020). *The Law of Electronic Funds Transfers*. New York: LexisNexis.
- [20] Gianviti, F. (1973). Réflexions sur l'article VIII, section 2b) des Statuts du Fonds Monétaire International. *Revue Critique de Droit International Privé*, 62, 629–661.
- [21] Giuliano, M.; Lagarde, P. (1980). Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. *Official Journal of the European Communities*, 282, 1-50.
- [22] Goode, R. M.; McKendrick, E. (2017). *Goode on Commercial Law* (6th ed.). London: Penguin Books.
- [23] Grua, F. (1998). Le depot de monnaie en banque. *Recueil Dalloz, chr.*, 259.
- [24] Grua, F. (2003). *L'obligation et son paiement, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*. Paris: Dalloz.
- [25] Hene, D. H. (1975). Judgments in Foreign Currencies, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quaterly*.
- [26] Jacquet, J.-M.; Delebecque, Ph.; Corneloup, S. (2014). *Droit du commerce international* (3rd ed.). Paris: Dalloz.
- [27] Kleiner, B. (1985). *Internationales Devisen-Schuldrecht: Fremdwährungs-, Euro- und Rechnungseinheitsschulden*. Zürich: Schultess.
- [28] Kleiner, C. (2009). Money in Private international law: What Are the Problems? What Are the Solutions. *Yearbook of Private International Law*. 11, 565-597.
- [29] Kleiner, C. (2010). *La monnaie dans les relations privées internationales*. Paris: LGDJ.
- [30] Kullmann, J. (1992). Conversion en francs français de sommes exprimées en monnaie étrangère à la date de la mise en demeure adressée au débiteur. *Recueil Dalloz, Dalloz*, 276.

- [31] Lalive, P. (1971). Depreciation monetaire et contrats en droit international prive. *Memoires publies par la faculte de droit de Geneve, ounzieme journée juridique*, 32-80.
- [32] Loiseau, G (2006). Réflexions sur la nature juridique du paiement. *Juris-classeur périodique, édition Générale*, 171.
- [33] Loussouarn, Y.; Bourel, P.; De Vareilles-Sommières, P. (2013). *Droit international privé* (10th ed.). Paris: Dalloz.
- [34] Malaurie, Ph. (1978). Le droit monetaire dans les relations privees internationales. *Recueil des cours, Collected Courses, Vol. 160*, Leiden: Brill/Nijhoff Publishing.
- [35] Malaurie, Ph.; Aynès, L.; Stoffel-Munck, Ph. (2020). *Droit des obligations* (11th ed.). Paris: LGDJ.
- [36] Mann, F. A. (1992). *The Legal Aspect of Money with special reference to Comparative Private and Public International Law* (5th ed.). Oxford: Clarendon Press.
- [37] Marty, G.; Raynaud, P.; Jestaz, Ph. (1989). *Droit civil: Les obligations*, Paris: Sirey.
- [38] Mayer, P.; Heuzé, V. (2007). *Droit international privé* (9th ed.). Paris: Montchretien.
- [39] Maynard. K. (1936). *The General Theory of Employment Interest and Money*. Cambridge: Macmillan Cambridge University Press.
- [40] Mazeaud, H.; Mazeaud, L.; Mazeaud, J.; Chabas, F. (1991). *Leçons de droit civil: Obligations, théorie générale*. Paris: Montchrestien.
- [41] Mestre, J. (1991). *La conversion en francs français de la dette stipulée en monnaie étrangère*. *Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz*, 529
- [42] Mezger, E. (1967). L'unification du lieu de paiement des obligations monetaires, *Journal de droit international (Clunet)*
- [43] Niyonzima, M. (1986). Les demandes en monnaie étrangère de dommages-intérêts pour inexécution du contrat devant les tribunaux anglais: Dix ans après l'affaire Miliangos, *Schweizerische Juristen-Zeitung*.
- [44] Nobel, P. (1987). Notenbank und Banknoten. in Dicke, D.-Ch.; Fleiner-Gerster, Th. (eds.) *Staat und Gesellschaft. Festschrift für Leo Schürmann zum 70. Geburtstag*. Fribourg: Université de Fribourg.
- [45] Nurit-Pontier, L. (1994). Le statut juridique de la monnaie étrangère, *La revue Banque*, Paris.
- [46] Nussbaum, A. (1954). The Legal Status of Gold. *The American Journal of Comparative Law*, 3 (3), 360–378.
- [47] Proctor, Ch. (2012). *Mann on the Legal Aspects of Money* (7th ed.). Oxford: Oxford University Press
- [48] Putman, E. (1992). De la loi applicable à la monnaie de compte pour déterminer le montant d'une obligation extracontractuelle. *Revue Critique de Droit International Privé, Dalloz*, 292.
- [49] Remien, O. V. (1989). Die Währung von Schaden und Schadensersatz. Grundlagen und vertragsrechtliche Besonderheiten. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 53, 245-292.
- [50] Ripert, G. (1926). Les dommages-intérêts en monnaie étrangère, *Revue critique De législation et de jurisprudence*.
- [51] Roussille, M. (2015). Variations sur l'opération de paiement, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*. Paris: LGDJ.
- [52] Schmidt, K. (1985). Fremdwährungsschuld und Fremdwährungsklage. *Zeitschrift für Zivilprozeß*
- [53] Schmidt, K. (1997). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnissen §244-248 (Geldrecht)* (13th ed.). Berlin: Sellier/de Gruyter.
- [54] Sériaux, A. (2004). Conception juridique d'une opération économique: le paiement. *Revue trimestrielle de droit civil*. 225
- [55] Tallon, D. (1977). Les dettes libellées en monnaie étrangère devant la Chambre des Lords: l'arrêt Miliangos du 5 novembre 1975, *Revue critique de droit international privé*, 485.
- [56] Van Hecke, G. (1964). *Problemes juridiques des emprunts internationaux* (2nd ed.). Leiden: Brill.
- [57] Van Hecke, G. (1972). *International Encyclopedia of Comparative Law. Vol III*. Leiden: Brill.
- [58] Von Caemmerer, E. (1977). Zahlungsort. in Flume, W. (ed.). *Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag am 11 August 1977*, München: Beck C. H.
- [59] White, G. (1976). Judgments in Foreign Currency and the EEC Treaty. *Journal of Business Law*, 7, 60.

- [60] Zénati-Castaing, F.; Revet, Th. (2014). *Cours de droit civil - contrats, Théorie générale-quasi-contrats*, Paris: Presses Universitaires de France (P.U.F).



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 98-122

The Concept of "Substantial Transformation" in Rules of Origin, with a Focus on the World Trade Organization (Wto) Agreement On Rules of Origin

G.N. Fayzi Chekab¹, V. Raja²

1- Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

2- PhD. Researcher, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

(*- Corresponding Author Email: yahidraja@ut.ac.ir)

Received: 10 April 2024

Revised: 5 May 2024

Accepted: 25 July 2024

Available Online: 25 July 2024

How to cite this article:

Fayzi Chekab, G.N., & Raja, V. (2024). The Concept of "Substantial Transformation" in Rules of Origin, with a Focus on the World Trade Organization (Wto) Agreement On Rules of Origin. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 98-122.

(in Persian with English abstract)

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.88839.1382>

1- INTRODUCTION

In the intricate and interconnected landscape of international trade, the determination of a product's origin serves as a linchpin for the application of tariffs, the granting of trade preferences, and the implementation of various government measures that can significantly impact trade flows and market access. The concept of "substantial transformation" lies at the heart of rules of origin, acting as a critical tool for discerning the country where a good is genuinely manufactured or undergoes a significant transformation that alters its essential character. The importance of this concept has been amplified in recent decades due to the globalization of production processes and the rise of complex, multinational supply chains. The traditional notion of a product originating solely from the country where it was wholly obtained or produced is no longer sufficient in an era where goods often traverse multiple borders and undergo various stages of processing and assembly in different countries.

The concept of substantial transformation seeks to address this complexity by focusing on the qualitative changes that occur during the production process. It aims to identify the country where the essential character of a product is fundamentally altered, thereby conferring origin status upon that country. This approach recognizes that value addition and transformation can occur at different stages of production, and that the final product may embody the contributions of multiple countries. The determination of substantial transformation, therefore, requires a nuanced assessment of the production process, considering factors such as the nature and extent of the transformation, the value added in each country, and the specific rules and criteria outlined in relevant trade agreements and national laws.

The World Trade Organization's (WTO) Agreement on Rules of Origin and the latest draft consolidated text of the Harmonization Work Programme provide a framework for determining substantial transformation. These frameworks, along with various national legal systems, utilize subsidiary or complementary criteria to assess whether a product has undergone substantial transformation and qualifies for origin status. These criteria include changes in tariff classification, value-added tests, and specific production process criteria. The application of these criteria, however, is not without its challenges, as it often involves complex calculations, interpretations of technical specifications, and considerations of economic and policy objectives.



The historical evolution of the substantial transformation concept reveals a continuous effort to strike a balance between flexibility, fairness, and predictability in international trade. The concept's origins can be traced back to the early days of international trade, where it was used for governmental purposes such as determining tax rates and duties. The 1970s marked a turning point, with the concept gaining prominence as a key principle for identifying the true origin of a product. The WTO's Uruguay Round negotiations and the subsequent Agreement on Rules of Origin further solidified the concept's importance in harmonizing rules of origin among countries. The proliferation of regional trade agreements in recent decades has also contributed to the evolution of substantial transformation, with these agreements often incorporating provisions for preferential treatment based on origin and defining the concept within their specific contexts. The ongoing efforts to harmonize rules of origin and address the challenges of their implementation reflect the dynamic nature of international trade and the need for adaptable and effective mechanisms to determine the origin of goods in an increasingly interconnected global economy.

2- PURPOSE

The primary objective of this research is to conduct an in-depth exploration of the concept of substantial transformation within the framework of rules of origin, with a particular emphasis on its application in the Iranian legal context and its alignment with international trade practices, particularly those outlined in the WTO's Agreement on Rules of Origin and the latest draft consolidated text of the Harmonization Work Programme. The study aims to achieve the following specific goals:

Conceptual Clarity and Historical Context: The research seeks to provide a comprehensive and nuanced understanding of the concept of substantial transformation, tracing its historical evolution from its early origins in customs practices to its current role in shaping global trade regulations. It aims to clarify the conceptual ambiguities surrounding substantial transformation and highlight its significance in determining the origin of goods in an increasingly interconnected global economy.

Critical Analysis of Assessment Criteria: The study aims to conduct a critical analysis of the various criteria used to assess substantial transformation, including changes in tariff classification, value-added tests, and specific production process criteria. It seeks to evaluate the strengths and weaknesses of each criterion, their applicability in different contexts, and their potential for harmonization across different legal systems and trade agreements. The research also aims to identify potential challenges and limitations associated with the application of these criteria, such as issues of interpretation, compliance costs, and the potential for manipulation.

Comparative Legal Analysis: The research seeks to explore the legal approach to substantial transformation in Iran, comparing and contrasting it with international practices and identifying areas for potential reform and improvement to align with global standards. It aims to assess the clarity, consistency, and transparency of the Iranian legal framework in relation to substantial transformation and offer recommendations for enhancing its effectiveness and efficiency.

Examination of WTO Frameworks: The study aims to examine the application of substantial transformation in the WTO's Agreement on Rules of Origin and the latest draft consolidated text of the Harmonization Work Programme. It seeks to assess the effectiveness of these frameworks in promoting harmonization and addressing the challenges of determining origin in a globalized economy. The research also aims to identify potential gaps and inconsistencies in these frameworks and suggest ways to improve their implementation and enforcement.

Identification of Challenges and Solutions: The research aims to identify the challenges and complexities associated with the application of substantial transformation in rules of origin, including issues of interpretation, compliance costs, and potential for circumvention. It seeks to propose solutions to mitigate these challenges, drawing upon best practices from around the world and insights from legal scholars and trade experts. The research also aims to highlight the importance of capacity building and technical assistance to help developing countries navigate the complexities of rules of origin and benefit from

preferential trade agreements.

Policy Recommendations: Based on the findings of the research, the study aims to offer recommendations for reforming and improving the laws and regulations related to rules of origin in Iran and other countries. These recommendations will be grounded in the analysis of international best practices, expert opinions, and the specific challenges and opportunities identified in the research. The study aims to contribute to the development of more effective, efficient, and harmonized rules of origin systems that promote transparency, fairness, and predictability in international trade.

3- METHODOLOGY

This research employs a qualitative methodology, primarily relying on a comprehensive review of legal documents, academic literature, and international trade agreements. The study analyzes the WTO's Agreement on Rules of Origin, the latest draft consolidated text of the Harmonization Work Programme, Iranian customs laws and regulations, and relevant case law. The research also draws upon the insights of legal scholars and experts in international trade law. It adopts a comparative approach, examining the application of substantial transformation in different legal systems and trade agreements to identify best practices and potential areas for harmonization. The research utilizes a combination of doctrinal and empirical analysis, drawing upon legal texts, scholarly works, and real-world examples to provide a nuanced understanding of the concept and its implications.

The research methodology involves several key steps:

Literature Review: A thorough review of existing literature on substantial transformation, rules of origin, and international trade law is conducted to establish a theoretical foundation and identify key concepts, debates, and gaps in the existing knowledge. This includes an examination of scholarly articles, books, reports, and other relevant publications to gain a comprehensive understanding of the historical development, theoretical underpinnings, and practical applications of substantial transformation in different contexts.

Document Analysis: The WTO's Agreement on Rules of Origin, the latest draft consolidated text of the Harmonization Work Programme, Iranian customs laws and regulations, and relevant case law are meticulously analyzed to identify the legal provisions, interpretations, and applications of substantial transformation in different contexts. This involves a close reading and interpretation of legal texts, identifying key terms, definitions, and criteria related to substantial transformation. The analysis also examines the legislative history and policy objectives behind these legal instruments to understand the underlying rationale and intent.

Comparative Analysis: The legal approaches to substantial transformation in Iran and other countries, including major trading partners and regional trade blocs, are compared and contrasted to identify similarities, differences, and best practices. This analysis helps to contextualize the Iranian approach within the broader landscape of international trade law and identify potential areas for reform. The comparative analysis focuses on key aspects such as the definition of substantial transformation, the criteria used for its assessment, and the procedures for determining origin. It also examines the challenges and opportunities associated with harmonizing rules of origin across different legal systems.

Case Study Analysis: Real-world examples and case studies from different industries and trade scenarios are examined to illustrate the practical application of substantial transformation and its subsidiary criteria. This analysis provides insights into the challenges and complexities associated with determining origin and the potential impact on businesses and trade flows. The case studies are selected to represent a diverse range of products and production processes, highlighting the nuances and complexities of applying substantial transformation in different contexts. The analysis focuses on how different criteria are applied and interpreted in specific cases, and the implications for businesses and trade policy.

4- FINDINGS

Concept of Substantial Transformation: The research elucidates the concept of substantial transformation as a change in the fundamental characteristics, composition, or intended use of a product, resulting in a new and different commercial product. It highlights the challenges associated with the concept's inherent ambiguity and the need for subsidiary criteria to ensure its effective application. The study traces the historical development of the concept, from its early origins in customs practices to its codification in international trade agreements. It emphasizes the dynamic nature of the concept, adapting to the complexities of global supply chains and evolving trade patterns. The research also explores the different interpretations of substantial transformation in various legal systems and trade agreements, highlighting the need for greater harmonization and clarity.

Criteria for Assessing Substantial Transformation: The study analyzes three key criteria:

Value-Added Test: This criterion assesses the degree of transformation based on the percentage increase in the value of the final product after undergoing production processes in a specific country. It explores the application of this test in both non-preferential and preferential trade contexts, highlighting its advantages in terms of simplicity and accuracy, as well as its limitations related to compliance costs and potential for manipulation. The research delves into the complexities of calculating value addition, considering factors such as the valuation method (e.g., transaction value, deductive value, computed value), inclusion of transportation and insurance costs, and treatment of non-originating materials. It also examines the different thresholds used in various trade agreements and the challenges of determining an appropriate threshold that balances the interests of different countries.

Change in Tariff Classification: This criterion examines whether the production process leads to a change in the tariff classification of the final product compared to its original inputs. It discusses the advantages of this approach, including its transparency, predictability, and alignment with the Harmonized System (HS) of tariff classification. It also acknowledges the limitations, such as the need for specialized knowledge and potential inconsistencies in its application across different countries and trade agreements. The study explores the challenges of interpreting tariff classification changes, particularly in cases involving complex products or multiple production stages. It also discusses the potential for manipulation through tariff engineering and the need for clear guidelines and consistent application of the HS.

Specific Production Process Criterion: This criterion involves identifying specific manufacturing or processing operations that, regardless of changes in tariff classification or value addition, confer origin status upon a product. The study explores the use of this criterion in various industries, such as textiles, automotive, and chemicals, highlighting its flexibility and adaptability to specific contexts. It also acknowledges the challenges associated with defining and updating specific processes, as well as the potential for lobbying and lack of transparency. The research emphasizes the importance of clear and objective criteria for determining specific processes and the need for regular reviews to keep pace with technological advancements. It also discusses the potential for conflicts between specific process criteria and other criteria, such as the value-added test, and the need for a balanced approach.

Application in the WTO Agreement and Harmonization Work Programme: The research examines how the concept of substantial transformation and its subsidiary criteria are incorporated into the WTO's Agreement on Rules of Origin and the latest draft consolidated text of the Harmonization Work Programme. It analyzes specific provisions and guidelines related to the application of these criteria, emphasizing the importance of transparency, predictability, and non-discrimination in the determination of origin. The study also discusses the ongoing efforts within the WTO to harmonize rules of origin and address the challenges associated with their implementation. It highlights the importance of these efforts in promoting a more open, predictable, and equitable global trading system.

Legal Approach in Iran: The study conducts an extensive exploration of the legal framework governing substantial transformation in Iran. It meticulously analyzes relevant customs laws, regulations, and case law to discern the specific provisions, interpretations, and applications of the concept within the

Iranian context. The research compares and contrasts the Iranian approach with prevailing international practices, particularly those enshrined in the WTO's Agreement on Rules of Origin and other relevant trade agreements. This comparative analysis aims to identify areas where the Iranian legal framework aligns with global standards and areas where potential reforms and improvements could be implemented to enhance its effectiveness and compatibility with international trade norms.

The research delves into the key elements of the Iranian legal approach, including:

Definition and Interpretation of Substantial Transformation: The study examines how Iranian customs laws and regulations define and interpret the concept of substantial transformation. It analyzes the specific language used, the criteria employed, and the interpretive guidelines provided to customs officials and businesses. The research also explores relevant case law to understand how Iranian courts have applied and interpreted the concept in specific disputes.

Criteria for Assessing Substantial Transformation in Iran: The research investigates the specific criteria used in Iran to assess whether a product has undergone substantial transformation. It examines whether Iran relies primarily on the change in tariff classification criterion, the value-added test, specific production process criteria, or a combination of these approaches. The study also analyzes the specific thresholds and requirements associated with each criterion and how they are applied in practice.

Procedural Aspects: The research examines the procedural aspects of determining origin in Iran, including the documentation requirements, verification procedures, and dispute resolution mechanisms. It assesses the transparency, efficiency, and fairness of these procedures and identifies potential areas for streamlining and improvement.

Challenges and Opportunities: The study identifies the challenges faced by Iranian businesses in complying with complex rules of origin requirements and the potential impact on their competitiveness in international markets. It also explores the opportunities for Iran to leverage its rules of origin system to promote domestic industries, attract foreign investment, and expand its participation in global value chains.

Recommendations for Reform: Based on the comparative analysis and the identification of challenges and opportunities, the research offers specific recommendations for Iranian policymakers to enhance the clarity and effectiveness of their rules of origin system. These recommendations may include adopting clearer definitions, harmonizing criteria with international standards, providing better guidance and support to businesses, and streamlining administrative procedures. The study also emphasizes the importance of ongoing dialogue and collaboration with international partners to ensure that Iran's rules of origin system remains aligned with evolving global trade practices and contributes to the country's economic development goals.

5- CONCLUSION

The concept of substantial transformation is a cornerstone of rules of origin, playing a critical role in determining the origin of goods and facilitating international trade. However, its application is fraught with challenges and complexities. This research provides a comprehensive analysis of the concept, its evolution, and its application in different contexts. The findings underscore the need for ongoing efforts to refine and harmonize rules of origin, ensuring transparency, fairness, and predictability in international trade. The study also offers valuable insights for policymakers and practitioners in Iran and other countries, contributing to the development of more effective and efficient rules of origin systems. It emphasizes the importance of addressing the existing challenges, such as the lack of a precise definition, varying interpretations of criteria, and potential for manipulation, to enhance the effectiveness and fairness of rules of origin in the global trade landscape.

The research concludes by advocating for continuous dialogue and collaboration among WTO members, regional trade blocs, and national governments to achieve greater harmonization and clarity in the application of substantial transformation, ultimately promoting a more open, predictable, and equitable global trading system. It calls for further research and analysis to explore the evolving nature of substantial transformation in the context of emerging technologies and new trade patterns, ensuring that rules of origin

remain relevant and effective in the 21st century. It also highlights the importance of capacity building and technical assistance to help developing countries navigate the complexities of rules of origin and benefit from preferential trade agreements. Finally, the research underscores the need for a balanced approach that considers the interests of all stakeholders, including businesses, governments, and consumers, in the ongoing development and implementation of rules of origin.

Keywords: Substantial Transformation, International Trade Law, Customs Law, World Trade Organization, Rules of Origin

مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۹۸-۱۲۲

مفهوم «تغییر اساسی» در قواعد مبدأ، با نگاهی به موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت

غلام نبی فیضی چکاب^۱، وحید رجاء^۲

دریافت: ۱۴۰۳/۱/۲۲ پذیرش: ۱۴۰۳/۵/۴

چکیده

مفهوم «تغییر اساسی» در تعیین منشأ کالاهایی که در چندین کشور تولید می‌شوند، نقشی حیاتی ایفا می‌کند و بر اعطای ترجیحات تجاری و اعمال تدابیر مختلف دولتی بر این کالاها تأثیر به‌سزایی دارد. این مفهوم در قلب قواعد مبدأ قرار گرفته و به‌عنوان ابزاری برای تشخیص کشوری که یک کالا واقعاً در آن تولید شده است، عمل می‌کند. در دنیای پیچیده تجارت جهانی، جایی که زنجیره‌های تأمین جهانی و تولیدات چندملیتی به امری رایج تبدیل شده‌اند، تعیین منشأ کالاها به چالشی مهم تبدیل شده است. مفهوم تغییر اساسی، با تأکید بر تحولات اساسی در فرایند تولید، به حل این چالش کمک می‌کند و شفافیت و عدالت را در تجارت بین‌المللی تقویت می‌نماید. برای ارزیابی اینکه آیا یک محصول دچار تحولات اساسی شده و واجد شرایط دریافت وضعیت مبدأ است یا خیر، چندین معیار فرعی یا مکمل شامل تغییر در طبقه‌بندی تعرفه‌ای، معیار ارزش‌افزوده و معیارهای فرایند تولید خاص در نظام‌های حقوقی مختلف و موافقت‌نامه‌های تجاری به‌کار گرفته می‌شوند. هدف این پژوهش بررسی مفهوم و کاربرد این معیارها در سیستم‌های قواعد مبدأ، با تأکید ویژه بر رویکرد حقوق ایران، خواهد بود. همچنین، به چگونگی اعمال مفهوم تحولات اساسی و معیارهای فرعی آن در موافقت‌نامه قواعد مبدأ و آخرین پیش‌نویس تلفیقی کارگروه هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت می‌پردازد. نتایج این پژوهش می‌تواند به‌عنوان مبنایی برای اصلاح و بهبود قوانین و مقررات مرتبط با قواعد مبدأ در ایران و سایر کشورها مورد استفاده قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: تغییر اساسی، حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق گمرکی، سازمان جهانی تجارت، قواعد مبدأ.

۱. دانشیار، دکتری، گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

۲. پژوهشگر دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول: Email: vahidraja@ut.ac.ir)

مقدمه

در دنیای امروز، تجارت بین‌المللی به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های اصلی توسعه اقتصادی کشورها شناخته می‌شود و سازمان جهانی تجارت به‌عنوان متولی اصلی تجارت بین‌الملل، با وضع قواعد و مقرراتی، به دنبال تسهیل و نظم‌بخشی به این امر مهم است. قواعد مبدأ به‌عنوان نظام شناسایی ملیت اقتصادی کالاها یکی از کلیدی‌ترین قواعد و اجزای تجارت بین‌الملل شناخته می‌شود که می‌تواند شرایط لازم برای دریافت تعرفه‌های ترجیحی در بازارهای هدف صادراتی را هموار و شفاف نموده و متقابلاً به افزایش صادرات و رونق تولید داخلی کمک شایانی نماید. تعیین مبدأ محصولات و کالاها نیازمند شناخت کامل و صحیح معیارهای قواعد مبدأ و اعمال صحیح آن خواهد بود. بدین منظور با مفهومی برساخته حاصل تجربه بازرگانی بشری و خرد جمعی بازرگانان بانام «تغییر اساسی» روبه‌رو می‌شویم که نقش بنیادینی در اعمال و تفسیر قواعد مبدأ بازی می‌کند. «تغییر اساسی» در قواعد مبدأ، در حقیقت به تغییراتی در فرایند تولید یک کالا اشاره دارد که به‌موجب آن ویژگی‌های اساسی مانند خصوصیات، ترکیب یا کاربرد اصلی یک محصول آفریده شود و موجب می‌گردد مبدأ محصول نهایی با مبدأ مواد اولیه یا اجزای تشکیل‌دهنده آن متفاوت گردد. در این پژوهش با بهره‌گیری از اسناد بین‌المللی و دکتترین حقوقی به این پرسش پاسخ خواهیم داد که مفهوم تغییر اساسی در قواعد مبدأ چیست؟ برای ارزیابی «تغییر اساسی» از چه معیارهایی استفاده می‌شود و این معیارها چگونه در موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت بسط و گسترش یافته‌اند؟

در این نوشتار در بخش اول به مبانی نظری و پیشینه مفهوم تغییر اساسی و تعریف دقیق آن با استفاده از اسناد و قوانین بین‌المللی اشاره نموده و در بخش دوم معیارهای ارزیابی تغییر اساسی من‌جمله معیار درصد ارزش‌افزوده و معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه و معیار عملیات خاص را با ذکر مثال‌هایی از صنایع یا بخش‌های مختلف و کاربست این معیارها در موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت را مورد مطالعه قرار می‌دهیم. در موضوع این پژوهش مقاله‌ای به قلم آقای دکتر توکل حبیب زاده در مجله تحقیقات حقوقی آزاد در سال ۱۳۹۴ با عنوان موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت نگاشته و انتشار یافته است. مقاله موصوف متمرکز بر ساختار موافقت‌نامه سازمان جهانی تجارت بوده و در ضمن آن به‌صورت گذرا به مفهوم تغییر اساسی و برخی معیارهای فرعی مرتبط با

آن نیز پرداخته‌شده و از تدقیق در مبانی نظری مفهوم تغییر اساسی صرف‌نظر شده است. همچنین پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد از خانم ناهید الله‌یاری در سال ۱۳۸۹ در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی با عنوان موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت نگاشته شده که به‌صورت کلی برخی تعابیر و مفاهیم مربوط به قواعد مبدأ را توصیف نموده است. این پژوهش از طریق تحقیق کتابخانه‌ای و جستجو در منابع علمی موجود در فضای حقیقی و مجازی و مقالات و پایان‌نامه‌های نگارش شده در این حوزه و باهدف ایجاد ادبیات حقوقی در این حوزه به تطبیق و تحلیل و بررسی خواهد پرداخت.

۱. شناسایی و تاریخچه مفهوم تغییر اساسی در قواعد مبدأ

در این قسمت خاستگاه توسعه مفهوم تغییر اساسی در چارچوب قواعد مبدأ بررسی می‌شود و به تحول تاریخی این مفهوم اشاره‌شده و ظهور و تکامل آن را در مقررات و توافقات تجاری ردیابی خواهیم کرد به‌علاوه خواهیم دید که چگونه معیار تغییر اساسی در طول زمان در زمینه‌های تجاری مختلف شناسایی، تعریف و اعمال شده است و اهمیت و پیامدهای آن برای تعیین مبدأ کالا در تجارت بین‌الملل نیز مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

۱.۱. تاریخچه مفهوم تغییر اساسی^۱

مفهوم تغییر اساسی به اوایل ایجاد و تولد تجارت بین‌الملل بازمی‌گردد، زمانی که برای برخی اهداف دولتی مانند تعیین نرخ مالیات و عوارض، تعیین مبدأ کالاها ضروری بود. نمونه‌های تاریخی شامل قواعد "کشور مبدأ"^۲ در قرن نوزدهم است که توسط کشورهای مختلف برای طبقه‌بندی کالاها و وارداتی و اعمال تعرفه بر اساس سطح تبدیل یا فرآوری آن‌ها به کار می‌رفت. تلاش‌های اولیه برای ایجاد مفهوم به اوایل دهه ۱۹۷۰ میلادی بازمی‌گردد. تا پیش‌ازین تاریخ، کشورها به‌طور سنتی مبدأ را بر اساس عواملی مانند استخراج جغرافیایی یا محل تولید نهایی ارزیابی می‌کردند و به جهت تناقض یا تفاوت در رویه قانونی کشورهای مختلف، تضادهای منافع جدی میان نظام‌های حقوقی پدیدار می‌گشت. در ابتدای این دهه تلاش‌های جهانی برای آزادسازی تجارت آغاز شده بود و ضرورت وجود یک

¹ Substantial Transformation

² Country of Origin

مفهوم تغییر اساسی یا دگرگونی دومین معیار اصلی برای تعیین مبدأ محصولات شناخته می‌شود و به جهت ابتلای بیشتر، بخش عمده مباحث مربوط به قواعد مبدأ را میان نویسندگان به خود اختصاص داده است. این مفهوم زمانی کاربرد پیدا می‌کند که از نهاده‌های بیش از یک کشور در تولید یک محصول واحد استفاده می‌شود (WCO Origin Conference, 2017: 24-50). و طبیعتاً دیگر جایی برای اعمال معیار تولید کاملاً به‌دست‌آمده^۱ وجود ندارد. بنا بر تعریف سنتی این معیار، برای جلوگیری از داشتن چندین کشور مبدأ برای یک محصول، کالا محصول کشوری شناخته می‌شود که آخرین بار در آن دچار تغییر اساسی شده است.

برخی صاحب‌نظران معتقدند شاید بتوان این مفهوم را با تعبیر «بیشترین درجه فرآوری»^۲ جایگزین نمود کما اینکه ایالات‌متحده آمریکا در سال ۱۹۸۴ به‌جای معیار تغییر اساسی از چنین معیاری در صنعت نساجی استفاده کرد ولی بعداً از اعمال آن منصرف شد (Weiler & Cho, 2016: 9-11). به نظر می‌رسد چنین اقدامی بیشتر منجر به توسعه اختلافات میان کشورها شده و امکان اعمال سلیقه برای پیشبرد سیاست‌های تجاری را فراهم آورده و از سوی دیگر هزینه‌های انطباق را به طرز سرسام‌آوری افزایش دهد بنابراین بهتر است اجماعی که بر این معیار ایجاد شده را حفظ نموده و در جهت بهینه کردن آن کوشید.

معیار تغییر اساسی اصولاً معیار منعطفی است و به مقامات گمرکی و محاکم برای جلوگیری از «دور زدن» قدرت مانور بیشتری اعطا می‌کند و به‌نظام‌های حقوقی کامن لاء اجازه می‌دهد با ایجاد آرا و سوابق قضایی مفهوم تغییر اساسی را گسترش دهند؛ اما در سوی دیگر یکی از عناصر لازم برای پیشبرد و توسعه تجارت عامل قطعیت است. به این معنا، قوانین من‌جمله قواعد مبدأ در حوزه تغییر اساسی باید پیش‌بینی‌پذیر و باقابلیت تفسیرپذیری جزئی باشد تا بتوان استراتژی‌های تجاری را بر آن بنا نهاد. پس به‌طور خلاصه دو مفهوم انعطاف و قطعیت پیرامون معیار تغییر اساسی در حال رشد و نمو هستند و طبیعی است که هر نظام حقوقی مکلف است تعادل را در میان این دو مفهوم چه در تجارت ترجیحی و چه در تجارت غیر ترجیحی ایجاد و لحاظ نماید.

رویکرد دقیق‌تر به مبدأ را ضروری جلوه می‌داد. در همین سال‌ها مفهوم تغییر اساسی به‌عنوان یک اصل کلیدی ظهور کرد و هدف آن به تصویر کشیدن ماهیت مبدأ واقعی یک محصول بود در این دوران تعریفی غیردقیق و کلی از تغییر اساسی به جامعه تجارت بین‌الملل معرفی شده و به معنای تغییراتی در شکل، ظاهر، ماهیت یا شخصیت محصول اطلاق می‌گشت چنانچه محصول نهایی می‌بایست یک «کالای تجاری جدید و متفاوت» می‌بود. بااین‌حال، ماهیت ذهنی «اساسی، جدید، بنیادین» مفاهیمی تفسیرپذیر بودند که بازهم مانع اجماع حقوقی در تعیین و اعمال قواعد مبدأ می‌شدند.

درست پس‌ازاین دهه نیاز به پیش‌بینی‌پذیری بیشتر در تجارت منجر به تلاش‌هایی برای همسان‌سازی کاربرد قواعد مبدأ در چارچوب موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) گردید. به‌علاوه کنوانسیون کیوتو (۱۹۷۴) باهدف ایجاد دستورالعمل‌هایی برای هر دو «کالاهای کاملاً به‌دست‌آمده» و «اصول تغییر اساسی» تدوین کرد. بااین‌حال تا پیش از دور اروگوئه مذاکرات سازمان جهانی تجارت فقدان مفهوم «تغییر اساسی» نگاه‌ها را به‌طورجدی به خود جلب کرده بود و درنتیجه تلاش‌هایی برای هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ در میان کشورها به‌منظور تسهیل تجارت و جلوگیری از موانع غیر تعرفه‌ای صورت گرفت. دور اروگوئه منجر به ایجاد موافقت‌نامه قواعد مبدأ شد و رهنمودهایی برای اعمال قواعد مبدأ، ازجمله اصل «تغییر اساسی»، ارائه داده و سپس جزئیات کار را به کمیته هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ این سازمان ارجاع داده است.

اما در کنار تحولات این مفهوم در سازمان جهانی تجارت، نقش موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای را نمی‌توان نادیده گرفت، گسترش موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای در اواخر قرن بیستم و اوایل قرن بیست‌ویکم بود که موجب شد مفهوم «تغییر اساسی» تکامل یابد. این موافقت‌نامه‌ها اغلب شامل مفادی برای برخورداری محصولات کشورهای عضو موافقت‌نامه از ترجیحات تجاری بوده و اصل «تغییر اساسی» را تعریف، تفسیر و گسترش می‌داد هرچند با تغییراتی در معیارها و آستانه‌ها که منعکس‌کننده منافع و ساختارهای اقتصادی متنوع کشورهای عضو همراه می‌گشت.

به‌هرروی سیر تحولات تاریخی این مفهوم نشان‌دهنده تلاش مداوم برای یافتن تعادل بین انعطاف‌پذیری، انصاف و پیش‌بینی‌پذیری در تجارت بین‌الملل است.

¹ Wholly Obtain

² Most Significant Process

«کشوری که باید به‌عنوان مبدأ یک محصول خاص تعیین شود، یا کشوری است که کالا به‌طور کامل در آنجا به‌دست‌آمده است یا زمانی که بیش از یک کشور درگیر تولید محصول هستند، کشوری است که آخرین تغییر اساسی محصول در آنجا انجام‌شده است»

بنابراین معیار افتراقی میان تولید کاملاً به‌دست‌آمده و تغییر اساسی که همان تولید در بیش از یک کشور است در موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت نیز مورد تصریح قرار گرفته است. عیناً همین تعبیر در بند ۱ ماده ۹ در بخش هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ نیز قید گردیده است.

در آخرین پیش‌نویس تلفیقی کارگروه هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت که در سال ۲۰۱۰ تدوین گردیده در ضمیمه دو با عنوان «قواعد خاص مبدأ محصول»^۲ به دو قاعده متعاقب به‌عنوان قواعد اصلی^۳ اشاره شده است؛ که مجموعاً بیان می‌دارد مبدأ یک کالا، آخرین کشوری است که تولید در آن صورت گرفته است مشروط بر آنکه یک قاعده اصلی مستقل در آن کشور رعایت شده باشد. به نظر می‌رسد در این بخش از پیش‌نویس تلفیقی به مفهوم تغییر اساسی پرداخته و شرط اثرگذاری تغییر اساسی در تعیین مبدأ را وقوع آن در آخرین کشور محل تولید دانسته است. در قسمت دیگری با عنوان قواعد تکمیلی^۴ نیز در شش بند، معیارهای تغییر در طبقه‌بندی تعرفه و محتوای ارزش‌افزوده بیان شده است که به تفصیل بدان می‌پردازیم. سپس در ۹۷ بخش مستقل در مقام بررسی هر محصول به‌طور خاص قواعد اولیه و تکمیلی به تفصیل گفته شده است. در برخی از محصولات از معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه در برخی از معیار درصد ارزش‌افزوده و در برخی دیگر معیار عملیات خاص به‌صورت جداگانه و یا ترکیبی بهره‌گیری شده است.

۳.۱. شناسایی مفهوم تغییر اساسی در حقوق ایران

در لایحه امور گمرکی که در سال ۱۳۸۵ تدوین و به هیئت دولت برای تصویب ارجاع گشته بود در ماده ۴۲ وجه تمایز و عملکرد بنیادین این ضابطه به همین صورت قید گردیده بود. البته دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس طی اظهارنظر کارشناسی معتقد بود علاوه بر صفت و خاصیت اصلی، تغییر شکل کالای نهایی نیز معیار مهمی در فهم ضابطه تغییر

۲.۱. شناسایی مفهوم تغییر اساسی در موافقت‌نامه

سازمان جهانی تجارت و سایر اسناد بین‌المللی

به‌عنوان مهم‌ترین بخش این نوشتار ضروری است به این پرسش پاسخ دهیم «چه زمانی می‌توان گفت یک محصول دچار تغییر اساسی شده است؟ یا چه اتفاقی باید رخ دهد تا وقوع تغییر اساسی را محرز تلقی کنیم؟» به نظر می‌رسد زمانی تغییر اساسی در یک محصول رخ می‌دهد که «ویژگی‌های بنیادین» مانند خصوصیات، ترکیب یا کاربرد اصلی یک محصول ایجاد شود (Piontek, 2023: 9-126). اما معیار مبحث عنه فاقد وضوح کامل است و کشف مصادیق عینی آن به‌آسانی امکان‌پذیر نیست در نتیجه معیارهای فرعی دیگری در اجرای این معیار به آن افزوده می‌شود تا کارایی آن ارتقا یابد برای این منظور معیارهای فرعی می‌تواند در هر مورد در توافق‌نامه‌های تجاری و قوانین ملی متفاوت باشد، اما به‌طور کلی برخی معیارهای فرعی که مورد اشاره حقوق‌دانان قرار گرفته به شرح ذیل می‌باشد.

۱. اگر تغییر به‌گونه‌ای باشد که منجر به طبقه‌بندی کالای

«تغییر یافته» با کد تعرفه‌ای متفاوت از نهاده‌های نخستین باشد

۲. اگر تغییر به شکل یک عملیات تولیدی خاص صورت

پذیرفته باشد

۳. اگر تغییر به‌گونه‌ای باشد که با افزودن یک نهاده، سطح

معینی از ارزش‌افزوده در یک محصول ایجاد شود

۴. اگر تغییر به‌گونه‌ای باشد که نسبت ارزش یک نهاده به

ارزش کل یک محصول از میزان خاصی بالاتر رود.

در کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو^۱ در رویه توصیه‌شده شماره ۳ ضمیمه "k" نیز به مفهوم تغییر اساسی اشاره شده و گفته شده «در صورتی که دو یا چند کشور در تولید کالا مشارکت داشته باشند، مبدأ کالا باید بر اساس معیار تغییر اساسی تعیین شود»

موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت نیز در بند b

ماده ۳ بیان می‌دارد "پس از دوره انتقال" قواعد مبدأ باید به نحوی تبیین شود که در نتیجه آن مفهوم تغییر اساسی این‌گونه تعریف شود:

^۱ کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو (RKC) یک توافق‌نامه بین‌المللی است که توسط سازمان جهانی گمرک (WCO) برای اولین بار در سال ۱۹۷۴ به عنوان کنوانسیون کیوتو تصویب شده و بر نوسازی و هماهنگ‌سازی رویه‌ها و شیوه‌های گمرکی برای تسهیل تجارت بین‌المللی تمرکز دارد. این کنوانسیون متعاقباً در سال ۱۹۹۹ مورد بازنگری قرار گرفت تا منعکس‌کننده شیوه‌های معاصر در تجارت جهانی باشد.

^۲ Product Specific Rules of Origin

^۳ Primary Rules

^۴ Residual Rules

محدودیت‌های مقداری یا هر اقدام دیگر مرتبط با امر تجارت در آن، به کار گرفته می‌شود. قواعد مبدأ بر اساس ضوابط سازمان جهانی تجارت و مورد تأیید شورای همکاری گمرکی در آیین‌نامه اجرائی این قانون تعیین می‌گردد.^۱

اما تصویب این قانون در مجلس شورای اسلامی چندان هم آسان نبود. شورای نگهبان قانون اساسی یک ایراد اساسی بر لایحه امور گمرکی وارد کرد که در متن نظریات استدلالی شورای نگهبان می‌توان آن را مشاهده کرد. اعضای شورای نگهبان معتقد بودند (Guardian Council, 2011).

"با توجه به اینکه ضوابط حاکم بر سازمان جهانی تجارت بر اساس اصل (۷۷) قانون اساسی تاکنون به تأیید و تصویب شورای نگهبان نرسیده است، لذا درج عبارت «بر اساس ضوابط سازمان جهانی تجارت» که متضمن تأیید این ضوابط است، بدون طی تشریفات قانونی مغایر اصل (۷۷) قانون اساسی است. همچنین، چون ضوابط مذکور ممکن است متضمن مفاهیم و مفادی باشد که ممکن است شبهه مغایرت با موازین شرعی داشته باشد، لذا تأیید این ضوابط بدون طی مراحل قانونی مندرج در اصول ۷۲، ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی، مغایر اصول مذکور است."

بنابراین، ایرادات شورای نگهبان در این گزاره خلاصه می‌شود که چون ضوابط سازمان جهانی تجارت در نظام قانون ایران به تصویب نرسیده، ارجاع قانون امور گمرکی به آن با شبهه شرعی و قانونی روبروست. البته می‌دانیم که به‌هرحال این شبهه برطرف شده و شورای نگهبان نیز ماده ۱۷ را با همین وصف تأیید نموده و اجرایی شده است اما از این حیث که بعدها در مسیر تصویب قوانین دیگر نیز ممکن است این شبهه تکرار شود آن را مورد بحث قرار می‌دهیم.

در خصوص ایراد وارده از سوی شورای نگهبان دایر بر احتمال مغایرت این ماده با اصل ۷۷ قانون اساسی باید گفت مطابق مفاد اصل ۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران "عهدنامه‌ها، مقاوله نامه‌ها، قراردادهای و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد." ثانیاً بنا بر نظریه تفسیری این شورا به شماره ۱۲۸۸۷ تاریخ ۶۶/۱۰/۲۹ شورای نگهبان در پاسخ سؤالی با این مضمون که "لواحی در خصوص الحاق ایران به سازمان‌ها و مجامع بین‌المللی از قبیل بانک توسعه اسلامی در مجلس مطرح می‌شود در اینکه این گونه موارد از مصادیق عهدنامه‌ها، موافقت‌نامه‌ها، مقاوله نامه‌ها و قراردادهای بین‌المللی مذکور در اصل ۷۷ می‌باشد یا نمی‌باشد

اساسی خواهد بود؛ بنابراین بهتر است عنوان «تغییر اساسی» به‌صورت «تغییر شکل اساسی» اصلاح گردد (Parliamentary Research Center, 2011: 65) که موردپذیرش هیئت دولت قرار نگرفته و به همان شکل تصویب می‌گردد. هرچند علت این عدم پذیرش در هیچ‌یک از منابع این پژوهش ذکر نشده لکن به عقیده نگارنده، تغییر شکل یک عنوان غیرعلمی و بسیار کلی است و صرفاً زمانی می‌تواند به‌عنوان ضابطه تغییر اساسی شناخته شود که موجب تغییر خاصیت یا صفت اصلی نیز باشد ضمن آنکه ضرورت تطابق با موافقت‌نامه مبدأ ایجاب می‌کند از همان عبارت مورد اجماع جهانی یعنی «تغییر اساسی» استفاده شود.

نکته دیگری که در این آیین‌نامه قابل تأمل می‌نماید تبعیت کلی گمرک از ضوابط شورای همکاری گمرکی^۱ در خصوص ضوابط «تغییر اساسی» است که در ماده ۲۶ این آیین‌نامه به گمرک جمهوری اسلامی ایران تکلیف شده است (Cabinet of Ministers, 2012: 14).

بنابراین بررسی مفاهیم و ضوابط اصلی و فرعی «تغییر اساسی» و تطبیق آن با موافقت‌نامه قواعد مبدأ و متن تلفیقی پیش‌نویس آن یک ضرورت تلقی می‌شود؛ اما در اینجا یک نکته فرعی نیز وجود دارد و آن اینکه در زمان نگارش این لایحه در سال و بعداً در زمان تصویب یعنی سال ۱۳۹۴، بیش از ۱۹ سال از تغییر نام شورای همکاری گمرکی به سازمان جهانی گمرک می‌گشته است لکن به نظر می‌رسد قانون‌گذار به این امر دقت کافی ننموده و همچنان موضوع را به شورای همکاری گمرکی ارجاع داده است.

ماده ۱۷ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۹۰ به ارائه سه المان اساسی در خصوص مفهوم قواعد مبدأ پرداخته است. نخست ماهیت مبدأ "جایی که کالا در آن ساخته و تولید می‌شود" و دوم کارکرد اصلی قواعد مبدأ "اعمال اهداف تعرفه‌ای و... و سوم منبع شناخت این گونه قواعد "ضوابط سازمان جهانی تجارت و شورای همکاری گمرکی" (Customs Affairs Law, 2011). "کشور مبدأ کالا کشوری است که کالا در آن تولید یا ساخته و به‌منظور اعمال اهداف تعرفه‌ای گمرکی،

^۱ Custom Co-operation Council شورای همکاری گمرکی که اکنون به عنوان سازمان جهانی گمرک شناخته می‌شود، در سال ۱۹۵۲ تأسیس شد یک نهاد مستقل بین‌الدولی است که مأموریت آن افزایش اثربخشی و کارایی ادارات گمرکی می‌باشد نماینده ۱۸۵ اداره گمرکی در سراسر جهان است که به طور جمعی تقریباً ۹۸٪ تجارت جهانی را فراوری می‌کنند.

است. سپس در پاسخ به این پرسش که چه عملیاتی اساسی تلقی می‌شود مخاطب را به‌عنوان کلی "پیدایش صفت و خاصیت اصلی در کالای نهایی" ارجاع داده و ضوابط فرعی را نیز در مواد بعدی به آن افزوده است (Cabinet of Ministers, 2012: 13).

"ماده ۲۵ - وقتی دو یا چند کشور در تولید کالا دخالت دارند (کالایی که تماماً در یک کشور تولید نشده)، مبدأ آن کالا بر اساس ضابطه تغییر اساسی تعیین خواهد شد.

تبصره - ضابطه تغییر اساسی ضابطه‌ای است که بر اساس آن کشور مبدأ کالا تعیین می‌شود، کشوری که در آن آخرین عملیات اساسی پردازش یا ساخت انجام شده، به‌نحوی که این عملیات اساسی موجب پیدایش صفت و خاصیت اصلی کالای نهایی می‌گردد."

در خصوص موافقت‌نامه تجارت ترجیحی ایران و کشورهای عضو گروه اکو نیز تعریف مشخصی شبیه آنچه در موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت یا کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو و یا قانون گمرکی اتحادیه اروپا وجود ندارد لکن بند ۲ ماده ۱ قواعد مبدأ موافقت‌نامه اکو می‌گوید "قواعد مبدأ اکو برای تشخیص مبدأ محصولات که بر اساس موافقت‌نامه تجارت اکو حائز شرایط امتیازات ترجیحی می‌شوند به‌کاربرده خواهند شد". مشابه این گزاره در ماده ۶.۱ قواعد مبدأ موافقت‌نامه تجارت آزاد ایران و اوراسیا نیز مشاهده می‌شود که به‌جای ارائه تعریفی از اصطلاح قواعد مبدأ صرفاً به کاربرد و کارکرد اصلی آن اشاره کرده است و می‌گوید "قواعد مبدأ در این بخش باهدف اعطای تعرفه ترجیحی مطابق با این موافقت‌نامه تبیین می‌شود."

علی‌رغم اینکه به برخی از قواعد مبدأ ترجیحی ایران و کشورها یا گروه‌های دیگر دسترسی نبود لکن بررسی چند نظام قواعد مبدأ در موافقت‌نامه ایران و کشورهای عضو گروه دی - هشت و یا قواعد مبدأ موافقت‌نامه ایران و سوریه هم دقیقاً همین رویه قابل‌رویت است؛ بنابراین به عقیده من شایسته است در نگار موافقت‌نامه‌های جدید که دارای قواعد مبدأ ترجیحی است تعریفی مشخص از قواعد مبدأ ارائه شود تا ضمن رفع ابهام از این اصطلاح در حقوق داخلی، به ایجاد ادبیات حقوقی در این حوزه نیز دامن زده شود.

بین نمایندگان اختلاف‌نظر وجود دارد، لطفاً نظر آن شورای محترم را در این خصوص بفرمائید. "چنین پاسخ داده است که «با توجه به اینکه بر الحاق‌های مورد سؤال علیه طرفی که ملحق می‌شود نتیجتاً آثار موارد مذکور در اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی مرتب می‌شود، در حکم موافقت‌نامه است و باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد.»

بنابراین، به‌خوبی می‌دانیم پیوستن ایران به موافقت‌نامه سازمان جهانی تجارت نیازمند تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان یا عنداللزوم مجمع تشخیص مصلحت نظام خواهد بود؛ اما نکته در اینجا است که آنچه مورد بحث قرار گرفته پیوستن ایران به موافقت‌نامه سازمان جهانی تجارت نیست؛ بلکه استفاده از ضوابط این سازمان در اجرای قانون و تهیه آیین‌نامه اجرایی توسط هیئت‌وزیران است که به‌کلی با اصل الزام به همه مفاد موافقت‌نامه تفاوت دارد.

ممکن است در پاسخ گفته شود که استفاده از ضوابط یک قانون در نگارش آیین‌نامه نیز به‌مثابه پذیرش مفاد آن در قانون داخلی بوده و باید دقیقاً گفته شود که کدام ضوابط قرار است در این قانون منبع و مرجع قرار گیرد تا شورای نگهبان در مورد شرعی و قانونی بودن آن ضوابط نیز اظهارنظر کند.

شاید در بدایت امر این نکته منطقی و صحیح به نظر برسد؛ اما نباید از نظر دور داشت اولاً نگارش این ماده به معنای الزام هیئت‌وزیران به تبعیت نعل بالنعل از همه ضوابط سازمان جهانی تجارت نیست؛ بلکه این اختیار به هیئت‌وزیران داده می‌شود که در تهیه آیین‌نامه تا حدودی که ناقض قانون اساسی شرع نباشد این ضوابط را در تدوین آیین‌نامه رعایت کنند. ثانیاً در صورتی که آیین‌نامه تدوین شده از سوی هیئت‌وزیران مابینتی با قانون و شرع داشته باشد متعاقباً قابلیت ابطال از سوی دیوان عدالت اداری خواهد داشت. ثالثاً این نظریه به معنای محدود کردن هیئت دولت به‌عنوان صالح‌ترین نهاد جهت اجرای قوانین بوده و موجب اختلال در فرایند اداره کشور خواهد بود.

ماده ۲۵ آیین‌نامه گمرکی جمهوری اسلامی ایران نیز به تعریف مفهوم تغییر اساسی پرداخته و از واژگان «تغییر اساسی» برای این مفهوم بهره جسته است. در تعریف ارائه‌شده از سوی این آیین‌نامه ابتدا به وجه افتراقی مفهوم «تغییر اساسی» از "تولید کاملاً به‌دست‌آمده" اشاره شده که همان دخالت چند کشور در تولید یک کالا است. سپس در تبصره این ماده به بیان جزئی‌تر و بررسی عملکرد این مفهوم پرداخته‌شده و ضابطه «آخرین عملیات اساسی فراوری یا ساخت» نیز پذیرفته‌شده

۲. معیارهای سنجش تغییر اساسی در قواعد مبدأ

در این قسمت به بررسی سه معیار کلیدی برای سنجش وقوع تغییر اساسی و متعاقباً تعیین مبدأ کالا در تجارت بین‌المللی می‌پردازد. این معیارها شامل: «معیار ارزش‌افزوده» است که میزان افزایش ارزش کالای نهایی را پس از فرایند تولید در یک کشور خاص ارزیابی می‌کند؛ «تغییر طبقه‌بندی تعرفه‌ای» که بررسی می‌کند آیا عملیات تولیدی موجب تغییر کد تعرفه‌ای کالای نهایی نسبت به نهاده اولیه شده است یا خیر؟ و درنهایت «فرایند تولیدی خاص» که به فهرست مشخصی از فرایندهای تصریح‌شده برای اعطای وضعیت مبدأ به کالا در یک نظام قواعد مبدأ ترجیحی و یا غیر ترجیحی اشاره دارد.

۱.۲. معیار درصد ارزش‌افزوده^۱

به‌عنوان قاعده کلی بر مبنای معیار ارزش‌افزوده اگر درصد خاصی از ارزش محتوای داخلی به کالاهای واردشده مورد استفاده برای تولید کالای تمام‌شده افزوده شود کالاهای واردشده دستخوش تغییرات اساسی قرار می‌گیرند به‌بیان‌دیگر معیار ارزش‌افزوده، درجه دگرگونی مورد نیاز برای اعطای مبدأ به کالا را (الف) برحسب حداقل درصد ارزشی که باید از کشور مبدأ حاصل شود یا (ب) حداکثر مقدار ارزشی که می‌تواند از استفاده از قطعات و مواد وارداتی حاصل شود، تعریف می‌کند (Weiler & Cho, 2016: 12-15). اگر به درصد کف نرسیده باشد یا از درصد سقف فراتر رود، آخرین فرایند تولید دیگر تعیین‌کننده مبدأ نخواهد بود.

شیوه کاربرد این معیار بسته به اعمال برای مقاصد غیر ترجیحی و یا اهداف ترجیحی می‌تواند متفاوت باشد. در خصوص موارد غیر ترجیحی در صورتی که معیار رعایت نشود، آنگاه مبدأ به کشور قبلی (کشوری که فرایند تولید قبلی در آن رخ داده است) اعطا خواهد شد و چنانچه برای مقاصد ترجیحی به‌کاررفته باشد، دیگر اعطای ترجیح بلا موضوع خواهد بود، مگر اینکه کشور پیشین نیز یک کشور ذینفع تحت یک موافقت‌نامه تجارت ترجیحی با کشور واردکننده باشد.

معیار ارزش‌افزوده اغلب به دلیل سادگی و دقت مورد تحسین قرار می‌گیرد اما در عمل به‌دلیل هزینه‌های انطباق قابل‌توجه مورد انتقاد هم واقع می‌شود و برخی نویسندگان آن را یک روش بسیار نامطلوب برای تعیین مبدأ می‌دانند زیرا رعایت

الزامات اداری آن می‌تواند بسیار پرهزینه و دشوار باشد، به‌خصوص اگر قوانین مستلزم ردیابی ارزش قطعات و مواد خاص باشد (Weiler & Cho, 2006).

به‌صورت کلی در اعمال «معیار درصد ارزش‌افزوده» محدودیت‌هایی وجود دارد که گاهی اعمال آن را با چالش مواجه می‌کند. برای نمونه می‌توان به چالش اعمال معیار ارزش‌افزوده در موافقت‌نامه ایالات‌متحده آمریکا-مکزیک و کانادا^۲ اشاره نمود. این موافقت‌نامه که نسخه جدیدی از موافقت‌نامه نفتا است، شاخص ارزش منطقه‌ای محتوا^۳ را به عدد ۷۵ درصد ارتقا داد و در نتیجه اعطای ترجیحات تعرفه‌ای ذیل این موافقت‌نامه از سوی کشورهای متعاقد سخت‌گیرانه‌تر و در نتیجه دسترسی به بازار و نوآوری محدودتر گردید و همچنین نگرانی‌هایی در خصوص هزینه تولید خودرو در آمریکای شمالی ایجاد کرده و باعث می‌شود تولیدکنندگان استفاده از قطعات بی‌کیفیت ولی کم‌هزینه را جایگزین قطعات خودرو باکیفیت نمایند و این امر می‌تواند به‌طور بالقوه هزینه‌های تولید را افزایش دهد.

۱.۱.۲. معیار درصد ارزش‌افزوده در موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت

در متن موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت تعریف معینی از معیار درصد ارزش‌افزوده به‌عنوان یکی از روش‌های تعیین مبدأ کالاها نشده است لکن در ماده ۲ با عنوان «نظم در دوره انتقالی» به یکی از اصول قواعد مبدأ یعنی اصل شفافیت در تدوین قواعد مبدأ اشاره نموده و در بند (ii) بیان می‌کند که در صورت استفاده از معیار ارزش‌افزوده، درصد مشخص و روش محاسبه باید به‌وضوح در قواعد مبدأ ذکر شود. این قاعده صراحتاً در ضمیمه دوم مربوط به قواعد مبدأ ترجیحی نیز در ماده ۳ بند iii ذکر شده است. "در مواردی که در قواعد مبدأ ترجیحی معیار درصد ارزش‌افزوده اعمال می‌شود، روش محاسبه این درصد نیز باید مورد اشاره قرار گیرد؛ بنابراین از نقطه‌نظر این موافقت‌نامه درج شیوه و روش محاسبه درصد ارزش‌افزوده چه در قواعد مبدأ ترجیحی و چه در قواعد مبدأ غیر ترجیحی یک الزام و لازم‌الرعا می‌باشد. نکته دیگری که در خصوص این موافقت‌نامه در حوزه اعمال معیار درصد ارزش‌افزوده به چشم‌خورده و قابل‌برداشت می‌باشد این است که موافقت‌نامه قواعد مبدأ از تعیین شیوه محاسبه خاص در تدوین

² USMCA

³ RVC

¹ Ad Valorem Criterion

انتشار یافت و ضمن تأکید بر اهمیت تصمیم نایروبی به این نکته اشاره کرد که بخش زیادی از کشورهای ارائه‌دهنده ترجیحات تجاری این شیوه محاسبه دایر بر رعایت آستانه ۷۵ درصدی نهاده‌های غیر مبدأ را رعایت نمی‌کنند (LDC Group, 2020). پیش‌ازین، بسیاری از کشورها از معیارهای متفاوتی به‌جز درصد ارزش‌افزوده در تجارت ترجیحی با کشورهای کمتر توسعه‌یافته استفاده می‌کردند و یا درصد آستانه را بسیار پایین‌تر از ۷۵ درصد در نظر می‌گرفتند. البته هنوز همه کشورها این گزینه را نپذیرفته‌اند و برخی هنوز ممکن است از روش‌های مختلف یا آستانه‌های پایین‌تری استفاده کنند.

۲.۱.۲. معیار درصد ارزش‌افزوده در پیش‌نویس تلفیقی کارگروه هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت

همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، پیش‌نویس تلفیقی کارگروه هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت ابتدا به بیان چند قاعده تکمیلی یا فرعی برای ارزیابی مفهوم تغییر اساسی پرداخته است. در بند "h" قاعده ۱ ضمیمه دو این متن به کلیت معیار درصد ارزش‌افزوده اشاره شده و این‌چنین آمده است. «زمانی که کالایی از مواد اولیه‌ای از بیش از یک کشور تولید می‌شود، کشور مبدأ کالا کشوری است که بخش اعظم آن مواد اولیه در آنجا تولید شده است که بر اساس معیار مشخص شده در فصلی که کالا در آن طبقه‌بندی می‌شود، تعیین می‌گردد.» سپس در بند "I" همین ماده مبنایی برای محاسبه درصد ارزش‌افزوده ارائه داده و علاوه بر ایجاد ارزش‌افزوده در کالا به یک مبنای دیگر با عنوان «حجم یا وزن افزوده» پرداخته و این دو معیار را نیز به‌جای هم در موقعیتی که استفاده از یکی ممنوع یا ممنوع باشد تجویز کرده است. هنگامی که معیار برای اعمال قاعده ۱ فوق که در فصلی ذکر شده است، وزن یا حجم باشد و این معیار اجازه تعیین منشأ را ندهد، از معیار ارزش استفاده می‌شود؛ در صورتی که معیار برای اعمال قاعده ۱ فوق که در فصلی ذکر شده است، ارزش باشد و این معیار اجازه تعیین منشأ را ندهد، از معیار وزن یا حجم، حسب مورد، استفاده می‌شود.

پیش‌نویس تلفیقی سپس در ۹۷ بخش به‌طور مستقل به بررسی معیارهای اصلی و فرعی هر محصول پرداخته که در این میان معیار درصد ارزش‌افزوده نیز برای ارزیابی وقوع یا عدم وقوع تغییر اساسی و متعاقباً تعیین مبدأ برخی محصولات به‌صورت گسترده مورد استفاده بوده است (World Trade

قواعد هماهنگ غیر ترجیحی استنکاف ورزیده و آن را به تدوین‌کنندگان وانهاده و صرفاً به بیان اصل شفافیت بسنده کرده است بنابراین می‌توان گفت سازمان جهانی تجارت در این موافقت‌نامه روش‌های مختلفی را برای محاسبه درصد ارزشی ارزش‌افزوده به رسمیت می‌شناسد (James, 2005).

از سوی دیگر کمیته قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت که مسئول نظارت و تفسیر موافقت‌نامه سازمان جهانی تجارت در مورد قواعد مبدأ می‌باشد، از طریق چندین گروه کاری فرعی با تمرکز بر جنبه‌های خاص قواعد مبدأ، مانند مبدأ غیر ترجیحی، محتوای ارزش منطقه‌ای و رفتار ویژه با کشورهای در کمترین درجه توسعه‌یافتگی (LDC) فعالیت می‌کند (World Trade Organization, n.d.). در سال‌های اخیر، چندین طرح را به کمیته قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت ارائه کرده است و به دنبال اصلاحاتی در قواعد مبدأ است که اعضای اعطاکننده ترجیحات باید برای مؤثرتر کردن ترجیحات تجاری بدان ملتزم باشند (World Trade Organization, 2020).

نشست وزیران سازمان جهانی تجارت که در نایروبی پایتخت کنیا برگزار گردیده به تصمیمات مورخ ۱۹ دسامبر ۲۰۱۵ منجر شد که حاوی نکاتی در خصوص اعمال درصد ارزش‌افزوده در قواعد مبدأ ترجیحی بود (World Trade Organization, 2015). ازجمله آنکه در بند الف ماده ۱ مقرر گردید روشی برای محاسبه درصد ارزش‌افزوده بر اساس ارزش نهاده‌های غیر مبدأ اتخاذ شود.

به‌موجب تصمیم مذکور و کارهای تکمیلی بعدی مقرر شد تا کشورهای اعطاءکننده ترجیحات تجاری اجازه استفاده کشورهای صادرکننده کمتر توسعه‌یافته از نهاده‌های غیر مبدأ تا حداکثر ۷۵ درصد ارزش نهایی محصول، یا یک آستانه معادل را داشته باشند. در پنجمین سالگرد مصوبه‌ای که به "تصمیم نایروبی" شهرت یافت، سند دیگری در مورخ ۲ مارچ ۲۰۲۰

۱ Least Developed Countries (LDCs) بر اساس گزارش سازمان ملل متحد، اصطلاح «کشورهای کمتر توسعه یافته (LDCs)» به گروهی از کشورها اطلاق می‌شود که کمترین شاخص‌های توسعه اجتماعی-اقتصادی را دارند. در حال حاضر، ۴۵ اقتصاد توسط سازمان ملل متحد به عنوان کشورهای LDC تعیین شده است. این کشورها در برابر شوک‌های اقتصادی و زیست محیطی بسیار آسیب پذیر هستند و دارای سطوح پایینی از منابع انسانی هستند. آنها حق دسترسی به بازار ترجیحی، کمک‌های فنی ویژه و ظرفیت سازی در زمینه فناوری را در میان سایر امتیازات دارند. اکثریت قریب به اتفاق این کشورها در آفریقا واقع شده اند. فهرست کشورهای LDC هر سه سال یک بار توسط شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد بررسی می‌شود.

ب - برای کالاهای تولیدشده در داخل، بر اساس قیمت صادراتی آن کالا طبق ماده (۱۶) قانون^۱.
این ماده از آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی که از ابتدا نیز به همین صورت نگاشته شده شباهت عجیبی با متن موجود در ضمیمه کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو دارد و به نظر می‌رسد به‌صورت مستقیم از همان منبع برداشت گردیده است. بررسی نظریات استدلالی شورای نگهبان و گزارش کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس در خصوص این لایحه نیز نشان می‌دهد که ایراد خاصی نسبت به آن در نظام تقنینی کشور وجود نداشته و همان متن اولیه مندرج در لایحه عیناً تصویب شده است.

نکته دیگر اینکه برای محاسبه درصد ارزش‌افزوده لزوماً می‌بایست ارزش کالا مشخص باشد. آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی به نحوه محاسبه ارزش کالا اشاره‌ای نکرده و آن را مستقیماً به مبنای محاسبه حقوق ورودی گمرکی ارجاع داده است و ارزش را ملاک قرار می‌دهد که برای حقوق ورودی لحاظ می‌گردد. در حقیقت در این بخش از آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی معلوم نیست ارزش کالا بر اساس کدام اینکوترمز باید برآورد گردد کما اینکه همان‌طور که در پیش می‌آید در موافقت‌نامه تجارت ترجیحی ایران با کشورهای عضو گروه اکو در بخش‌هایی از اینکوترمزهای CIF, CIP, FOA, FOB استفاده شده و در موافقت‌نامه تجارت آزاد ایران و اوراسیا نیز ترم CIF موردقبول واقع شده است. هرچند جستجوهای نشان می‌دهد گمرک جمهوری اسلامی در حال حاضر برای محاسبه ارزش کالاها از ترم CIF بهره می‌گیرد و این مشکل تا حدودی در عمل حل شده است لکن به نظر می‌رسد برای رعایت اصل شفافیت مندرج در موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی

(Organization, 2010). به‌عنوان نمونه در قسمت ۵۸ در خصوص برخی از محصولات که امکان و قابلیت اعمال این معیار برای تعیین مبدأ را داشته‌اند در سه بخش به تعریف معیار ارزش‌افزوده پرداخته است و از آن تحت عنوان "قانون ۵۰ درصد ارزش‌افزوده" نام برده است. در تعریف ارائه‌شده معیار ارزش‌افزوده به این معنی است که فرایند ساخت باید حداقل ۵۰٪ از قیمت کارخانه محصول را افزایش دهد. این افزایش ارزش از طریق کار و فرآوری مستقیم کالا و در صورت امکان، با استفاده از قطعاتی که در همان کشور ساخته شده‌اند، حاصل می‌شود. در این گزاره اصطلاح قیمت کارخانه به معنای "قیمتی است که باید برای محصول به‌دست‌آمده به سازنده‌ای که آخرین کار یا فرآوری در آن انجام شده است پرداخت شود (این قیمت شامل مالیات‌های داخلی نمی‌شود یا ممکن است پس از صدور چنین محصولی بازپرداخت شود)" صدا البته که به‌موجب مقرره مندرج در همین متن، منظور از کار و فرآوری مستقیم در تعریف بالا، مونتاژ همراه با هرگونه عملیات آماده‌سازی، تکمیل و بررسی و ادغام قطعات خواهد بود. در جداول ارائه‌شده در این پیش‌نویس گاهی از رقم ۳۵ درصد و در مواردی ۴۵ درصد برای برخی از محصولات استفاده شده است (World Trade Organization, 2010).

۳.۱.۲. رویکرد حقوق ایران نسبت به معیار درصد ارزش‌افزوده

آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی در تدوین این بخش از اصل شفافیت مندرج در موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت تأسی جسته و تکلیف ارائه‌شده از سوی آن موافقت‌نامه مبنی بر لزوم درج جزئیات و روش محاسبه معیار درصد ارزش‌افزوده در تجارت ترجیحی و همچنین و امور غیر ترجیحی رعایت نموده است. چنانچه در ماده ۲۷ این آیین‌نامه آمده است (Cabinet of Ministers, 2012: 15).

"در اجرای آیین‌نامه یا توافقات بین‌المللی، وقتی که ضابطه تغییر اساسی بر مبنای شرط درصدی از ارزش تعیین می‌شود، ارزش‌ها باید طبق موازین زیر منظور گردد"

الف - برای مواد وارداتی، ارزشی که بر اساس آن به هنگام ورود، حقوق ورودی وصول می‌شود و چنانچه این مواد مبدأ مشخصی نداشته باشند، بر اساس اولین قیمت قابل اثبات پرداخت‌شده در قلمرو گمرکی کشوری که آن مواد ساخته شده است

^۱ ماده ۱۶ - ارزش کالایی را که نمیتوان براساس مواد (۱۱) و (۱۳) تا (۱۵) تعیین نمود، ارزش آن با توجه به بند (ت) ماده (۱۵) قانون (ارزش محاسباتی) از جمع موارد زیر تعیین خواهد شد:

۱ - ارزش مواد و هزینه های ساخت یا فرآوری که در تولید یا ساخت کالا در کشور مبدأ بکار رفته است.

۲ - سود و مخارج کلی (هزینه های مستقیم و غیرمستقیم مربوط به تولید و فروش کالای مورد ارزشگذاری که در بند (۱) منظور نشده است) که صادرکننده در قیمت فروش کالا در کشور مبدأ منظور نموده است.

۳ - سایر هزینه هایی که طبق ماده (۱۴) قانون باید به قیمت واقعاً پرداخت شده یا قابل پرداخت افزوده شود.

تبصره - گمرک ایران میتواند در اجرای این ماده، تفاهمنامه تبادل اطلاعات گمرکی با گمرکهای کشورهای طرف معامله با ایران منعقد نماید.

هرگونه هزینه دیگری که مرتبط با حمل و نقل این مواد از محل تأمین کننده به محل تولید است، نمی شود.

۲.۲. معیار تغییر در طبقه بندی تعرفه ای

«روش تغییر طبقه بندی تعرفه» روشی برای تعیین مبدأ یک کالا است. برای استفاده از این روش، ابتدا یک سیستم طبقه بندی هماهنگ تعرفه برای کالاهای مختلف ایجاد گردیده و سپس هر تحولی در یک کالا که موجب شود جایگاه آن کالا از یک طبقه به طبقه دیگر تغییر یابد، تحولی اساسی/پرداش کافی شناخته شده و کشوری که این تحول در آن روی داده است مبدأ کالا شناخته می شود. بنا بر آنچه گفته شد ابتدا سیستم هماهنگ تعرفه بررسی و سپس به بررسی معایب و مزایای اعمال این معیار خواهیم پرداخت.

سیستمی که تحت نظارت کنوانسیون بین المللی سیستم طبقه بندی و کدگذاری هماهنگ شده کالا^۱ تدوین شده و در تاریخ ۱ ژانویه ۱۹۸۸ اجرایی شد و به طور کلی به عنوان «سیستم هماهنگ» یا به اختصار «HS» شناخته می شود، یک سیستم بین المللی استاندارد برای نام ها و اعدادی است که برای طبقه بندی محصولات تجاری استفاده می شود. این سیستم توسط سازمان جهانی گمرک توسعه یافته است. در حال حاضر ۱۵۵ طرف متعهد به این کنوانسیون وجود دارد، باین حال بیش از ۲۰۰ کشور و اقتصاد از آن به عنوان مبنایی برای تعرفه های گمرکی و جمع آوری آمار تجارت بین المللی استفاده می کنند

سیستم هماهنگ شامل بیش از ۵۰۰۰ گروه کالایی است که هر کدام با یک کد شش رقمی شناسایی می شوند. این کدها با یک ساختار منطقی و قانونی سازمان دهی شده اند و برای دستیابی به طبقه بندی یکنواخت، با قوانین از پیش تعریف شده پشتیبانی می شوند. بیش از ۹۸ درصد از کالاهای تجارت بین المللی بر اساس سیستم هماهنگ طبقه بندی می شوند.^۲

سیستم طبقه بندی هماهنگ به صورت سلسله مراتبی سازمان دهی شده و به بیست و یک بخش^۳ تقسیم می شود که هر بخش نشان دهنده یک گروه صنعتی گسترده است. (مانند بخش اول - حیوانات زنده) همچنین به نود و شش فصل^۴ تقسیم می شود که هر فصل نشان دهنده دسته بندی های خاص تر در

تجارت، ذکر هر یک از ترم های لازم مانند CIF برای محاسبه ارزش کالا در متن این ماده ضروری است.

موافقت نامه تجارت آزاد ایران و اوراسیا نیز واجد موادی در خصوص معیار درصد ارزش افزوده می باشد. در بند C از ماده ۶.۳ ضمیمه قواعد مبدأ این موافقت نامه به بیان کلی مفهوم معیار درصد ارزش افزوده پرداخته شده است.

"تولید شده در یک طرف با استفاده از نهاده های غیر مبدأ به شرطی که محتوای ارزش افزوده آن طرف کمتر از ۵۰ درصد ارزش EXW نباشد"

این معیار که پایین تر از معیار عددی مندرج در موافقت نامه تجارت ترجیحی ایران با کشورهای عضو گروه اکو (۶۰ درصد) است دارای یک تفاوت عمده دیگر نیز هست. در موافقت نامه تجارت ترجیحی ایران با کشورهای عضو گروه اکو صحبتی از وجود استثنا نیست؛ یعنی موافقت نامه جامع الشمول شناخته شده است لکن موافقت نامه تجارت آزاد ایران و اوراسیا خارج از تعریف کلی معیار، مواردی که به طور معین برای آن ها درصد جداگانه و استثنایی لحاظ شده را نیز دارای رسمیت دانسته است. " ... به استثنای مواردی که معیار مبدأ خاص برای چنین کالایی باشد."

قواعد مبدأ مندرج در موافقت نامه تجارت آزاد ایران و اوراسیا سپس در ماده ۶.۵ به تفصیل به نحوه محاسبه درصد ارزش افزوده برای محصولات اشاره کرده و فرمولی نیز ارائه نموده است.

برای اهداف این فصل و قوانین خاص محصول مشخص شده در ضمیمه ۲ این موافقت نامه، فرمول محاسبه محتوای ارزش افزوده (از این پس "VAC" نامیده می شود):

$$\text{ارزش نهاده های غیر مبدأ} - \text{قیمت کارخانه} \times 100 \\ \text{قیمت کارخانه}$$

ارزش نهاده های غیر مبدأ عبارت است از:

(الف) ارزش CIF مواد در زمان واردات به یک طرف.
(ب) اولین قیمت تعیین شده پرداخت شده یا قابل پرداخت برای نهاده های غیر مبدأ در قلمرو طرفی که کار یا فراوری در آنجا انجام می شود.

وقتی که تولید کننده کالا در قلمرو یکی از طرف ها، نهاده های غیر مبدأ را درون همان طرف تهیه می کند، ارزش این گونه مواد شامل هزینه حمل و نقل، بیمه، هزینه بسته بندی و

¹ Harmonized Commodity Description and Coding System

² World Customs Organization. What is the Harmonized System

³ Sections

⁴ Chapters

یک بخش (مانند فصل ۰۲ - گوشت و ضایعات خوراکی گوشت) بوده و در نهایت به هزار و دویست و چهل و یک عنوان^۱ تقسیم می‌شود که هر عنوان نشان‌دهنده دسته‌بندی‌های حتی خاص‌تر در یک فصل (مانند عنوان ۰۲۰۱ - گوشت گاو، تازه یا سرد شده) است. عناوین یک فصل به‌طور کلی بر اساس درجه فراوری مرتب‌شده‌اند. هر چه عنوان در فصل جلوتر باشد، آن کالا پردازش بیشتری را پشت سر گذاشته است.

بنابراین، مگر اینکه قواعد مبدأ خلاف آن را مشخص کنند، هرگونه تغییر در سطح طبقه‌بندی محصول در سطح عنوان، زیر عنوان و حتی آیتم تعرفه باید برای اعطای مبدأ به آن محصول در کشوری که آخرین تغییر در آنجا رخ داده است، کافی باشد. (European Commission, 2022) علاوه بر این به هر محصول بر اساس طبقه‌بندی آن در یک کد شش‌رقمی منحصر به فرد اختصاص داده می‌شود. این کد به شناسایی جهانی محصول کمک می‌کند (Inama, 2009).

چارچوب سلسله مراتبی سیستم هماهنگ، تقسیم آن بر اساس صنعت و چیدمان نظام‌مند عناوین بر اساس افزایش پیچیدگی فنی و تلاش اقتصادی، زیربنایی آسان برای استفاده و آسان برای تطبیق برای تعیین مبدأ فراهم می‌کند. البته باید به این موضوع اشاره کرد که درحالی‌که سیستم هماهنگ حاوی پیچیده‌ترین و دقیق‌ترین سیستم طبقه‌بندی تعرفه بوده، در درجه اول برای دو هدف طبقه‌بندی کالا و گردآوری آمار طراحی شده است.

هم‌اکنون بخش عمده‌ای از نظام تجارت بین‌الملل بر مبنای سیستم هماهنگ طبقه‌بندی فعالیت می‌کند فلذا اعمال معیار بر مبنای این سیستم طبقه‌بندی در نهایت به یکپارچگی و هم‌افزایی در تعیین مبدأ کالا می‌انجامد. علاوه بر این وجود یک جدول که به‌صورت کامل و شفاف انتشار یافته و اصلاحات و جزئیات آن نیز به اطلاع عموم در سراسر دنیا می‌رسد موجب می‌شود اعمال معیار بر مبنای این جدول و نظام طبقه‌بندی هماهنگ از یک‌سو شفاف و عاری از ابهام باشد و از سوی دیگر یکی از مهم‌ترین اهداف موافقت‌نامه قواعد مبدأ و همچنین نظام حقوقی تجارت بین‌الملل به نام قابلیت پیش‌بینی محقق گردد.

حقوق دانان در این خصوص به برخی محدودیت‌ها من جمله لزوم داشتن دانش تخصصی جهت استفاده از نظام طبقه‌بندی هماهنگ و همچنین اصلاحات و به‌روزرسانی‌های دوره‌ای که تطبیق قواعد مبدأ را بر مبنای این نظام دشوار می‌سازد اشاره

می‌کنند. اگرچه به نظر نمی‌رسد این محدودیت‌ها چندان جدی باشد؛ اما برخی دیگر نکات هم مورد اشاره قرار گرفته که نمی‌توان آن‌ها را از نظر دور داشت. به‌عنوان مثال گفته می‌شود اعمال این معیار (تغییر در طبقه‌بندی محصول) نوعی تکیه بر تغییرات فیزیکی یک محصول است. به بیان دیگر این امکان وجود دارد که با یک تغییر کوچک موجب تغییر در طبقه‌بندی محصول شویم بدون آنکه ارزش افزوده مهمی در آن ایجاد شود و این به معنای انحراف در تعیین مبدأ یک کالا خواهد بود.

نکته دیگری که حقوق دانان بعضاً به آن اشاره می‌کنند ناسازگاری در میان اعضای سازمان جهانی تجارت در استفاده از معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه است به‌عنوان مثال اتحادیه اروپا از این معیار به‌عنوان معیار مستقل یا جایگزین استفاده می‌کند و یا ژاپن: این معیار را با معیارهای دیگر (مثلاً معیار درصد ارزش افزوده) ترکیب می‌کند و یا کانادا: از این معیار در تعرفه ترجیحی عمومی استفاده نمی‌کند، اما به‌طور گسترده در موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد به کار می‌برد و نتیجتاً این ناسازگاری‌ها بر پیش‌بینی پذیری تجارت تأثیر می‌گذارد (World Customs Organization, 2015).

ضمیمه k کنوانسیون تجدیدنظر شده کیوتو در باب اعمال معیار تغییر طبقه‌بندی تعرفه نص صریحی ندارد لکن به نظر می‌رسد از این معیار برای شناسایی «تغییر اساسی» در این کنوانسیون استفاده شده است یعنی چنانچه در یک موافقت‌نامه تجارت ترجیحی، به تبعیت از این کنوانسیون، معیار درصد ارزش افزوده یا عملیات خاص لحاظ نشده باشد، آنگاه تنها راه برای رهیافت به اینکه آیا تحولی اساسی رخ داده یا خیر؟ از مسیر اعمال معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه خواهد گذشت چه آنکه در رویه توصیه‌شده شماره ۴ آمده است.

"در اعمال معیار تغییر اساسی می‌بایست از مفاد کنوانسیون بین‌المللی کنوانسیون بین‌المللی سیستم هماهنگ شده توصیف و کدگذاری کالا استفاده گردد"

این موضوع را از خلال مفاد رویه توصیه‌شده شماره ۵ می‌توان دریافت آنجا که قید شده "در صورتی که معیار درصد ارزش افزوده لحاظ شود..." و این بدین معناست که ممکن است برای شناسایی مفهوم تغییر اساسی از معیاری غیر از ارزش افزوده بهره برد.

¹ Headings

"کمیت فنی بر اساس معیار «تغییر اساسی»، استفاده از تغییر در زیر عنوان یا عنوان تعرفه را هنگام تدوین قواعد منشأ برای محصولات خاص یا بخش محصولی بررسی و تدوین خواهد کرد و در صورت لزوم، حداقل تغییر را در چارچوب نام‌گذاری که مطابق با این معیار است، مشخص خواهد کرد." علاوه بر این در ضمیمه دوم این موافقت‌نامه در خصوص قواعد مبدأ ترجیحی، در ماده ۳ بخش a بند i، توصیه مشابهی جهت رعایت شفافیت در اعمال معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه در قواعد مبدأ ترجیحی ذکر شده است و ذکر کامل و با جزئیات عناوین و زیر عنوان آن ضروری دانسته شده است.

"در مواردی که معیار تغییر طبقه‌بندی تعرفه اعمال می‌شود، چنین قاعده ترجیحی مبدأ و همچنین هرگونه استثنایی برای این قاعده، باید به‌طور شفاف زیر عنوان‌ها یا عنوان‌های موجود در نام‌گذاری تعرفه که تحت پوشش این قاعده قرار می‌گیرند را مشخص کند."

۲.۲.۲. معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه‌ای در پیش‌نویس تلفیقی کارگروه هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت

در آخرین پیش‌نویس تلفیقی کارگروه هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت در بخش قواعد تکمیلی در بندهای "b"، "a" ماده اول ضمیمه دو این متن به کلیات "معیار تغییر طبقه‌بندی تعرفه‌ای" سلباً و ایجاباً پرداخته شده است. سپس در بخش مربوط به هر کالا به‌طور مستقل چگونگی اعمال این معیار شرح داده شده است. چنانچه در بند نخست، حالتی بیان گردیده که تغییر در نهاده اولیه به میزانی نیست که بتواند طبقه‌بندی تعرفه‌ای آن کالا را تغییر دهد و در این صورت باید قائل به عدم وقوع تغییر اساسی باشیم و مبدأ آن کالا را همان مبدأ نهاده اولیه تلقی کنیم.

"زمانی که کالایی از طریق پردازش بیشتر ماده اولیه‌ای تولید می‌شود که در همان زیر بخش طبقه‌بندی کالای نهایی قرار می‌گیرد، کشور مبدأ کالا، همان کشوری است که ماده اولیه در آن تولید شده است" (World Trade Organization, 2010: 8).

در بند بعدی وضعیتی مورد اشاره قرار گرفته که بر اساس آن یک کالا از نهاده‌های دارای مبدأ و نهاده‌های غیر مبدأ تشکیل شده است و معیارهای ویژه آن کالا جهت شناسایی تغییر اساسی نیز برآورده نشده است. در این حالت تعیین مبدأ با در

۱.۲.۲. معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه‌ای در موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت

در بند i بخش a ماده دوم موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت ضمن اشاره به معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه به یکی از اصول مهم و بنیادین قواعد مبدأ یعنی اصل شفافیت پرداخته شده است. در حقیقت ماده دو موافقت‌نامه قواعد مبدأ در قسمت الزامات دوره انتقالی، اعضا را مکلف دانسته تا زمانی که قواعد مبدأ هماهنگ تدوین می‌گردد، اگر بخواهند از معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه برای تعیین مبدأ غیر ترجیحی یک کالا بهره بجویند می‌بایست اولاً به وجود این معیار و کاربرد آن در قوانین خود تصریح نمایند ثانیاً در صورتی که استثنائاتی بر این معیار وارد شده، این استثنائات به‌طور دقیق و تفصیلی بیان گردد ثالثاً طبقه‌بندی که قرار است مرجع این معیار باشد نیز به‌وضوح تعیین و در دسترس باشد.

"در مواردی که معیار تغییر طبقه‌بندی تعرفه اعمال می‌شود، چنین قاعده مبدأ و هرگونه استثناء از این قاعده، باید عناوین فرعی یا عناوین نام‌گذاری تعرفه‌ای را که توسط این قاعده مورد توجه قرار می‌گیرد، به‌وضوح مشخص کند."

همچنین در بخش چهار این موافقت‌نامه در ماده ۹ قسمت ۲ بند ii در قسمت برنامه کاری، کمیته فنی این موافقت‌نامه مکلف شده اولاً نظام طبقه‌بندی شامل عنوان و زیر عنوان از همه محصولات طراحی و ایجاد نماید و البته گفته شده که مبنای این طبقه‌بندی می‌بایست تغییر اساسی باشد زیرا همان‌طور که گفتیم اساساً از این معیار به‌عنوان یک معیار فرعی برای "شناسایی تغییر اساسی" استفاده می‌کنیم بنابراین نمی‌توان بدون در نظر گرفتن آن یک نظام طبقه‌بندی جامع و کامل داشت. از سوی دیگر موافقت‌نامه تصریح نموده که می‌بایست این در ایجاد این نظام موارد و مبانی "حداقل تغییر یا تغییر جزئی"^۱ را در نظر داشته باشد.

به نظر می‌رسد هدف این ماده از ذکر "حداقل تغییر یا تغییر جزئی" برقراری نوعی تعادل بوده است زیرا چنانچه این تغییر در طبقه‌بندی ناشی از یک تغییر واقعی فیزیکی جزئی باشد، واقعاً نتوان آن را نشان‌دهنده وقوع تغییر اساسی به‌عنوان جان‌مایه تغییر اساسی دانست. از سوی دیگر نیاز به تغییر قابل توجه می‌تواند برای محصولات خاصی غیرعملی یا بیش‌ازحد محدودکننده باشد

¹ De minimis rule

نظر گرفتن نسبت میان نهاده‌های مبدأ و غیر مبدأ صورت می‌گیرد.

"زمانی که کالایی از طریق پردازش بیشتر ماده اولیه‌ای تولید می‌شود که مطابق باقاعده اصلی آن کالا نیست، کشور مبدأ کالا، همان کشوری است که ماده اولیه در آن تولید شده است. در اجرای این قاعده، هم مواد اولیه با مبدأ مشخص و هم مواد اولیه بدون مبدأ مشخص در نظر گرفته می‌شوند" (World Trade Organization, 2010: 8).

۳.۲.۲. رویکرد حقوق ایران نسبت به معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه‌ای کالا

در قانون امور گمرکی سال ۱۳۵۰ که تا سال ۱۳۹۰ نیز معتبر تلقی می‌شد، اثری از ارجاع به نظام طبقه‌بندی هماهنگ در میان نبود لکن در ماده ۵۶ این قانون، به فهرست طبقه‌بندی نمائیکلاتور بروکسل که از سوی شورای همکاری گمرکی تدوین گردیده اشاره شده و اداره گمرک مکلف گردیده است این فهرست طبقه‌بندی را با اصلاحات و توضیحات برای اطلاع عموم آگهی نماید (Former Iranian Customs Affairs Law, 1971).

در متن این ماده به قانونی با عنوان "قانون قرارداد الحاق دولت ایران به فهرست طبقه‌بندی (نمائیکلاتور) بروکسل" اشاره شده است. جستجو برای یافتن چنین قانونی موفقیت‌آمیز نبود لکن به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار، ماده‌واحدی با عنوان "قانون راجع به اجازه الحاق دولت ایران به قرارداد پروتکل طبقه‌بندی کالا در تعرفه گمرکی بلژیک" بوده که در ۲۳ آذرماه ۱۳۳۷ در مجلس شورای ملی به تصویب رسیده و بر اساس آن "به دولت اجازه داده می‌شود الحاق رسمی دولت ایران را به قرارداد ۱۹۵۰ پروتکل سال ۱۹۵۵ بروکسل مربوط به طبقه‌بندی کالا تعرفه گمرکی به دولت بلژیک اعلام و تشریفات لازم را طبق مندرجات همان قرارداد انجام دهد.

این قانون ناظر به کنوانسیون با همین نام است که در سال ۱۹۵۰ امضا شد و مبنای سیستم هماهنگ شده توصیف و کدگذاری کالا (HS) محسوب می‌گردد؛ بنابراین قانون امور گمرکی سال ۱۳۵۰ عملاً نوعی از نظام طبقه‌بندی را پذیرفته و آن را مورد اشاره قرار داده بود؛ اما این نظام طبقه‌بندی، بعداً به‌وسیله کنوانسیون بین‌المللی سیستم هماهنگ شده توصیف و کدگذاری کالا جایگزین گردید که فوقاً بدان پرداختیم.

جمهوری اسلامی ایران نیز طی یک ماده‌واحد تحت عنوان "قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی نظام هماهنگ شده توصیف و کدگذاری کالا" در سال ۱۳۶۳، به این کنوانسیون پیوسته بود.

ماده‌واحد - کنوانسیون بین‌المللی سیستم هماهنگ شده توصیف و کدگذاری کالا منعقد در بروکسل در تاریخ ۲۴ خرداد ۱۳۶۳ هجری شمسی مطابق با ۱۴ ژوئن ۱۹۸۳ میلادی مشتمل بر یک مقدمه، ۲۰ ماده و ضمیمه آن (فهرست طبقه‌بندی سیستم هماهنگ شده) به شرح پیوست تصویب و به دولت اجازه تسلیم اسناد و الحاق به آن داده می‌شود.

تبصره ۱ - جدول تعرفه گمرکی موضوع بند الف ماده ۲ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۵۰ باید بر اساس فهرست طبقه‌بندی شده سیستم هماهنگ شده موضوع این ماده‌واحد تنظیم گردد.

تبصره ۲ - از تاریخ اجرای فهرست طبقه‌بندی سیستم هماهنگ شده موضوع این قانون عبارت "فهرست طبقه‌بندی (فهرست طبقه‌بندی) بروکسل" مندرج در قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۵۰ به عبارت "فهرست طبقه‌بندی سیستم هماهنگ شده توصیف و کدگذاری کالا" اصلاح می‌گردد.

تبصره ۳ - اجرای بند ۴ ماده ۱۰ این کنوانسیون در مورد ایران منوط به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خواهد بود.

لکن اقدام عملی قابل‌توجهی جهت تدوین و بومی‌سازی این نظام در کشور به چشم نمی‌خورد؛ بنابراین طبیعی بود که در لایحه امور گمرکی که بعداً به مجلس شورای اسلامی تسلیم گردید، مفاد این کنوانسیون جدید لحاظ شود چنان‌که در ماده ۱۲ این لایحه به تکلیف دولت جهت تهیه جدول تعرفه متناسب با این کنوانسیون اشاره شده بود که بعداً در فرایند تصویب این لایحه به قانون امور گمرکی بدین شکل درآمد

"وزارت امور اقتصادی و دارایی موظف است اصلاحات مربوط به سامانه هماهنگ شده توصیف و کدگذاری کالا، یادداشت‌های توضیحی آن و اصلاحات بعدی را در قالب آیین‌نامه پیشنهاد نماید و به تصویب هیئت‌وزیران برساند و اصلاحات مزبور را در روزنامه‌های کثیرالانتشار آگهی و در تارنمای (وبگاه) اختصاصی گمرک درج کند."

تا مدت‌زمان طولانی انجام این تکلیف از سوی وزارت اقتصاد و دارایی معلق ماند تا بالاخره در سال ۱۴۰۰ هیئت‌وزیران در جلسه ۴/ ۱۲/ ۱۴۰۰ به پیشنهاد شماره

در ماده ۴۳ این پیش‌نویس آمده بود "در به‌کارگیری ضابطه تغییر اساسی، گمرک از کنوانسیون بین‌المللی سیستم هماهنگ توصیف و کدگذاری کالا و همچنین قواعد هماهنگ مبدأ تدوین‌شده توسط شورای همکاری گمرکی / استفاده خواهد نمود." اگرچه در فرایند تصویب این قانون، این ماده حذف شد و بعداً در آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی به شکل دیگری آمد اما نکته جالب‌توجه اینجاست که به نظر می‌رسد مقنن تعمداً در مسیر نگارش قانون و آیین‌نامه، عنوان "کنوانسیون بین‌المللی سیستم هماهنگ توصیف و کدگذاری کالا" را حذف کرده و صرفاً به "قواعد هماهنگ مبدأ" اشاره نموده که احتمالاً منظور همان کنوانسیون است که با تصویب مجلس به‌صورت قانون داخلی درمی‌آید.

در قسمت‌های پیشین اشاره کردیم که معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه‌ای گاه به‌صورت مستقل و گاهی همراه با معیار درصد ارزش‌افزوده و گاهی با معیار عملیات یا فراوری خاص دیده و به‌کاربرده می‌شود. به این معنا که در صورتی تغییر در طبقه‌بندی تعرفه می‌تواند نشانگر یک تغییر اساسی باشد که درصد ارزش‌افزوده خاصی از مواد مبدأ در آن موجود باشد در این صورت تغییر در طبقه‌بندی تعرفه نمی‌تواند به‌عنوان عاملی برای تعیین مبدأ شناخته شود.

موافقت‌نامه تجارت آزاد ایران و اوراسیا اصل را بر معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه‌ای دانسته و از سایر روش‌های شناسایی تغییر اساسی به‌عنوان ابزار کمکی استفاده می‌نماید. این موافقت‌نامه در پیوست دو خود جدولی نمانکلاتور خود را برای استفاده از این معیار پیش‌بینی نموده است که البته منطبق بر نظام هماهنگ تعرفه‌ای است که پیش‌از این مورد بحث واقع شد.

بنا بر آنچه در پیوست یک این موافقت‌نامه مورد تصریح قرار گرفته است، نمانکلاتور اعمال‌شده در موافقت‌نامه منطبق بر نمانکلاتور کالایی فعالیت اقتصاد خارجی در اتحادیه اوراسیا مصوب شماره ۵۴ شورای کمیسیون اقتصادی اوراسیا در تاریخ ۱۶ جولای ۲۰۱۲ با اصلاحات انجام‌شده در سال ۲۰۱۷ می‌باشد. به‌طور ویژه در مورد ایران، نمانکلاتور به قانون صادرات و واردات ایران و آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات و جداول تعرفه گمرکی که بر مبنای نظام هماهنگ کدگذاری و شرح کالا در جولای ۲۰۱۷ می‌باشد.

۱۴۰۰۶۲/ ۲/ مورخ ۶/ ۹/ ۱۴۰۰ وزارت امور اقتصادی و دارایی و به استناد ماده (۱۳) قانون امور گمرکی - مصوب ۱۳۹۰ - و در اجرای الزامات بند (۴) ماده (۱۶) قانون الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی سیستم هماهنگ شده توصیف و کدگذاری کالا، این سیستم هماهنگ را به انضمام یادداشت‌ها و اصلاحات منتشر نماید.

حال که در خصوص جایگاه نظام هماهنگ طبقه‌بندی در حقوق ایران صحبت شد می‌توان با دقت و تأمل بیشتری به جایگاه معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه در قوانین موضوعه اشاره نمود. واقعیت این است که در قانون امور گمرکی از اعمال این معیار صحبتی به میان نیامده است همچنان مستقیماً نیز اثری از این معیار در آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی مشاهده نمی‌شود؛ اما از خلال محتوای ماده ۲۶ این آیین‌نامه ممکن است پذیرش این معیار را استخراج کرد. در این ماده از آیین‌نامه اولاً ضابطه تغییر اساسی درج‌شده و سپس تصریح گردیده "در به‌کارگیری ضابطه تغییر اساسی، گمرک از قواعد هماهنگ مبدأ تدوین‌شده توسط شورای همکاری گمرکی استفاده خواهد نمود" (Cabinet of Ministers, 2012: 13).

پرسش اینجاست که با التفات به این مطلب که نظام طبقه‌بندی هماهنگ تعرفه از سوی شورای همکاری گمرکی تهیه و تدوین گردیده است و با در نظر گرفتن این مطلب که معیار طبقه‌بندی تعرفه در حقیقت یک معیار تکمیلی برای شناسایی "تغییر اساسی" شناخته می‌شود، آیا می‌توان از دل این ماده مجوزی برای اعمال معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه را استنباط نمود یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال بهتر است به مفاد پیش‌نویس لایحه امور گمرکی بازگردیم. مقایسه مفاد مقررات فوق در لایحه قانون امور گمرکی با الزامات مذکور در بند (الف) فوق راجع به تغییر طبقه بندی تعرفه ای نشان می دهد که گمرک ایران با قبول معیار تغییر طبقه بندی تعرفه، هم به استثنائات مربوط اشاره می کند و هم نمانکلاتور گمرکی مورد نظر را دقیقاً مشخص میسازد. بنابراین الزامات فوق به طور کلی رعایت شده بود براین اساس بند ج ماده ۴۰ لایحه، معیار تغییر طبقه بندی در نتیجه پردازش یا ساخت را می پذیرفت. مواد ۴۵ و ۴۸ استثنائاتی را که در واقع نقشی در تغییر طبقه بندی ندارند، برمی‌شمرد و ماده ۴۳ نمانکلاتور گمرکی مبنای این تشخیص را مشخص می نمود (Sadeghi, 2007).

۳.۲. پردازش، عملیات خاص یا معیار فنی^۱

معیار دیگری که برای ارزیابی وقوع تغییر اساسی در برخی از سیستم‌های قواعد مبدأ مورد استفاده قرار گرفته، معیار "کار یا عملیات خاص" نام دارد. بنا بر تعریف، در نظام قواعد مبدأ ممکن است برای هر محصول، یک عملیات خاص ساخت یا پردازش در نظر گرفته می‌شود که فارغ از هرگونه تغییر در طبقه‌بندی تعرفه یا درصد ارزش افزوده، صرفاً به واسطه وقوع آن عملیات خاص، وقوع "تغییر اساسی" اثبات گردیده و کشوری که در آن این عملیات تولیدی صورت گرفته به عنوان مبدأ محصول شناخته می‌شود.

"عملیات خاص ساخت یا پردازش" در بسیاری از نظام‌های قواعد مبدأ، به‌ویژه در بخش نساجی و پوشاک، به‌طور گسترده مورد استفاده قرار گرفته و نفیاً یا ایجاباً در خصوص اعطای وضعیت مبدأ به یک محصول مشخص اعمال می‌گردد.

این معیار را می‌توان به راحتی م با روشی شفاف و دقیق برای مطابقت با یک وضعیت خاص تنظیم کرد. با این حال، معیار ایده آلی محسوب نمی‌شود چراکه تعریف و تعیین یک فرایند معین برای طیف وسیعی از محصولات و به‌روزرسانی مداوم آن برای محصولات جدید و پیشرفت‌های تکنولوژیکی در تولید اگر نگوییم غیرممکن، ولی بسیار دشوار است.

علاوه بر این، چنین فرایندی برای تعیین مبدأ، به‌شدت در معرض لابی‌گری صنایع مختلف قرار می‌گیرد، زیرا تدوین‌کنندگان این قوانین برای دستیابی به اطلاعات، به صنعت وابسته هستند؛ و از آنجایی که این معیار بر اساس اصطلاحات فنی است، محتوای آن از دید عموم پنهان می‌ماند (Inama, 2009).

در برخی از نظام‌های قواعد مبدأ از معیار "عملیات یا پردازش خاص" به‌صورت ترکیبی و هم‌زمان با معیارهای دیگر استفاده می‌شود به‌عنوان مثال قواعد مبدأ در نظام ترجیحات عمومی اتحادیه اروپا^۲ برای پوشاک (HS 62) در نظام طبقه‌بندی) بر اساس وضعیت کشور ذی‌نفع (کمتر توسعه‌یافته یا غیر کمتر توسعه‌یافته) متفاوت است. در خصوص کشورهای کمتر توسعه‌یافته تنها کافی است پارچه به لباس تغییر یابد تا دارای وضعیت محصول با مبدأ خاص آن کشورها شوند. ولی برای کشورهای غیر کمتر توسعه‌یافته، ضروری است اولاً تبدیل نخ به پارچه و پارچه به لباس (برش و دوخت) همگی در یک کشور صورت گیرد و ثانیاً برش و دوخت همراه با چاپ به همراه

حداقل دو عملیات تکمیلی یا نهایی (مانند تهیه مواد اولیه، سفیدگری) به شرطی که ارزش پارچه بدون چاپ استفاده‌شده از ۴۷/۵ درصد قیمت درب کارخانه محصول تجاوز نکند. در حقیقت این یک مثال از اعمال دو معیار "درصد ارزش افزوده" و "عملیات خاص" می‌باشد (National Board of Trade, 2012).

در قواعد مبدأ برخی از موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد مانند موافقت‌نامه تجارت آزاد ایالات متحده - مکزیک - کانادا این معیار برای تعیین وضعیت مبدأ در صنعت خودروسازی مورد استفاده قرار می‌گیرد چنانچه گفته می‌شود برای آنکه بتوان به موتور یک خودرو مبدأ USMCA را اعطا نمود باید الزاماً اقداماتی همچون ماشین‌کاری بلوک و سر موتور و مونتاژ موتور در منطقه موافقت‌نامه انجام شود و یا در صنعت نساجی این موافقت‌نامه مقرر می‌دارد برای آنکه یکپارچه بتواند مبدأ این موافقت‌نامه را کسب کند ضرورتاً باید عملیات ریسندگی در تولید پارچه در یکی از کشورهای متعاقد صورت گرفته باشد.

موافقت‌نامه تجارت آزاد اتحادیه اروپا و کره جنوبی نیز مشابه همین قواعد را در مورد محصولات شیمیایی بیان داشته و متضمن این است در صورتی یک واکنش شیمیایی را می‌توان از مبدأ طرف مقابل فرض نمود که تغییر در ساختار مولکولی یا خواص آن در محدوده یکی از متعاهدین صورت گرفته باشد و در صنعت خودروسازی نیز فرایندهایی مانند جوشکاری، رنگ‌آمیزی و مونتاژ نهایی قطعات خودرو باید در کشورهای عضو موافقت‌نامه انجام شود تا قطعات واجد شرایط اعطای مبدأ باشند.

این نمونه‌ها از موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد مختلف نشان می‌دهد که چگونه آزمون فنی یا معیار فرایند خاص در صنایع مختلف به‌صورت سلبی یا ایجابی اعمال می‌شود.

۱.۳.۲. پردازش یا عملیات تولیدی خاص در موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت و پیش‌نویس تلفیقی کارگروه هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت

موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت به‌صراحت اصطلاحات "آزمایش‌های فنی"، "پردازش خاص" یا "تولید ویژه" را ذکر نمی‌کند. با این حال، مفهومی مرتبط با آن‌ها را مورد بحث قرار می‌دهد:

¹ Specified Processes

² Generalized System of Preferences

پردازش یا از مصرف حاصل شده باشد؛ بنابراین می‌بینیم که این معیار به صورت ترکیبی با معیار تغییر در طبقه‌بندی تعرفه‌ای به چه شکل مورد استفاده قرار گرفته است (World Trade Organization, 2010: 131).

۲.۳.۲. رویکرد حقوق ایران به آزمون فنی یا عملیات تولیدی خاص

در آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی استفاده از این معیار در دو بخش قابل بررسی است نخست در کالاهای کاملاً به دست آمده که در ماده ۲۴ این آیین‌نامه قید گردیده و پیش از این به تفصیل مورد بحث و بررسی قرار گرفت. چنانچه به عنوان نمونه در بند ب این ماده به عملیات "برداشت" به عنوان یک عملیات خاص که می‌تواند موجب ایجاد وضعیت مبدأ باشد اشاره شده است و یا در بند خ به عملیات جمع‌آوری به عنوان یک عملیات ضروری برای تعیین وضعیت مبدأ قراضه‌ها اشاره شده است. "قراضه و ضایعات حاصل از عملیات ساخت یا پردازش و اشیای مستعمل که در همان کشور جمع‌آوری شده و فقط مناسب برای بازیافت مواد خام باشند." به صورت کلی نیز در بیشتر قواعد مبدأ ترجیحی و غیر ترجیحی در خصوص کالاهای کاملاً به دست آمده استفاده از معیار عملیات تولیدی خاص برای تعیین مبدأ معمول و قابل مشاهده است (Cabinet of Ministers, 2012: 14).

وجهه دیگری از کاربرد این معیار در آیین‌نامه به استفاده برای شناسایی حدوث تغییر اساسی در محصولاتی بازمی‌گردد که واجد تعریف کالاهای کاملاً به دست آمده نیستند و مثلاً در درون مرزهای متعدد دو یا چند کشور ساخته و پرداخته شده‌اند. در این حالت نیز باز معیار عملیات تولیدی خاص در این آیین‌نامه دو جنبه متفاوت می‌یابد نخست وجهه سلبی آن که به عنوان عملیات ناکافی برای تعیین مبدأ در ماده ۲۸ آیین‌نامه بدان اشاره شده که چون مبحث مستقلی در این پژوهش به آن اختصاص داشته شده از بررسی مجدد آن صرف نظر می‌کنیم. محصولات نباتی که در همان کشور برداشت می‌شوند. در این سند هیچ اشاره‌ای به "آزمایش فنی" یا "ساخت ویژه" نشده است (Cabinet of Ministers, 2012: 15).

در موافقت‌نامه تجارت ترجیحی ایران و کشورهای عضو گروه اکو اثری از اصطلاح "آزمایش فنی" نشده است. *باین حال، ماده ۲ (f) به ارائه تعریفی از مفهوم "ساخت" پرداخته و آن را چنین تعریف می‌کند:*

مواد ۲ (iii) (a) و ۳ (b) به معیار "عملیات تولید یا پردازش" برای تعیین مبدأ کالا اشاره می‌کنند. در حالی که در این موافقت‌نامه تعریفی با جزئیات از این مفهوم ارائه نمی‌شود لکن ناظر به اصل شفافیت و اصل پیش‌بینی پذیری که بعداً در مورد آن صحبت خواهیم کرد بیان می‌دارد عملیاتی که منجر به تعیین مبدأ می‌شوند باید "دقیقاً مشخص" شوند. این بدان معناست که فرایندهای خاص یا مراحل تولید می‌توانند در تعیین مبدأ در نظر گرفته شوند. در مورد اینکه آیا این معیار به صورت سلبی هم قابل اعمال است یا خیر نیز چیزی در موافقت‌نامه ذکر نشده است؛ اما همان‌طور که در بخش عملیات ناکافی آورده شد، در بند 2-i-c به عملیات تولیدی اشاره شده که نمی‌تواند موجب ایجاد وضعیت مبدأ برای محصول گردد. شاید بتوان این ماده را نیز شاخه‌ای از این معیار تلقی کرد لکن بدان دلیل که بحث عملیات حداقلی یا ناکافی به صورت جداگانه در این پژوهش مورد بررسی دقیق قرار می‌گیرد. بحث درباره آن موجب اطاله کلام خواهد شد.

در متن پیش‌نویس تلفیقی کارگروه هماهنگ‌سازی قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت معیار عملیات یا پردازش خاص به صورت سلبی در قالب بسته‌بندی و ظروف در قاعده کلی ۴ مورد اشاره قرار گرفته است. "مبدأ مواد بسته‌بندی و ظروف اگر تحت سیستم هماهنگ طبقه‌بندی شوند. در تعیین مبدأ کالا در نظر گرفته نمی‌شود" همچنین به عملیات و فرایندهای حداقلی نیز در قاعده کلی ۶ پرداخته شده است. "عملیات یا فرایندهای خاصی مانند اطمینان از حفظ کالا، تسهیل حمل و نقل و بسته‌بندی یا ارائه کالا برای فروش، حداقلی در نظر گرفته می‌شوند و در تعیین مبدأ کالا در نظر گرفته نمی‌شوند." به صورت جداگانه به این موارد در قسمت‌های دیگری خواهیم پرداخت (World Trade Organization, 2010: 9).

به علاوه در قسمت تعاریف این متن از مفهومی با اصطلاح عملیات تولیدی خاص پرده‌برداری شده که شامل هر نوع کار، مونتاژ یا عملیات پردازش می‌شود و برای تعیین مبدأ کالا مورد استفاده قرار می‌گیرد. این تعریف در حقیقت برای فهم بهتر جدول کالاها و محصولات مختلف است که در همین متن تلفیقی کارگروه آمده و گاهی در شناسایی مبدأ از این معیار عملیات تولیدی خاص استفاده می‌شود چنانچه به عنوان مثال در بخش ۵۰ این متن در عنوان ابریشم در زیر عنوان ضایعات ابریشم از این معیار استفاده شده و در مقابل آن نوشته شده، مبدأ، کشوری خواهد بود که ضایعات ابریشم از یک عملیات تولید یا

"هر نوع کار یا پردازش کافی شامل مونتاژ یا عملیات خاص روی هر دو محصول صنعتی و کشاورزی"

از این اصطلاح تعریف شده در بیان جنبه سلبی معیار عملیات تولیدی خاص به خوبی استفاده شده چنانچه در ماده ۵ (۲) در مقام بیان عملیات ناکافی به معیار عملیات تولیدی خاص اشاره گردیده و عملیات ناکافی که نمی‌توانند وضعیت مبدأ را به تنهایی به یک محصول اعطا کنند مورد تصریح قرار گرفته است.

استفاده از این معیار از جنبه ایجابی نیز همانند آنچه در آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی مشاهده شد به کالاهای کاملاً دست آمده اختصاص داشته و عملیاتی ذکر شده که بر اساس آن می‌توان مبدأ یک کشور را به این گونه کالاها اعطا نمود که به دلیل مشابهت با سایر موافقت‌نامه‌های تجارت ترجیحی از بیان مجدد آن صرف‌نظر می‌کنیم.

اما نکته قابل توجه که این موافقت‌نامه را با موافقت‌نامه اوراسیا از این حیث کمی متفاوت می‌سازد استفاده از اصطلاح "کالاهای به اندازه کافی ساخته شده یا پردازش شده"^۱ در ماده ۵ قواعد مبدأ این موافقت‌نامه است. ممکن است در ابتدا به نظر برسد که این ماده به بیان و تفسیر معیار عملیات خاص می‌پردازد اما تأمل و تدقیق بیشتر آن معلوم می‌کند که این اصطلاح در حقیقت برای مفهوم کلی تغییر اساسی استفاده شده و به این معیار به طور ویژه نمی‌پردازد. به عبارت دیگر در این ماده ذکر شده است چنانچه یک کالا کمتر از ۶۰ درصد ارزش خود را از خارج از منطقه اکو به دست آورده باشد بنا بر شرایط دیگر مذکور در این ماده، می‌توان آن را واجد یک ارزش افزوده قابل قبول تلقی کرده و ترجیحات تجاری موافقت‌نامه را بدان اعطا نمود.

نتیجه گیری

در این پژوهش، مفهوم "تغییر اساسی" در قواعد مبدأ به عنوان یک اصل کلیدی در تعیین ملیت اقتصادی کالاها و تسهیل تجارت بین‌المللی مورد بررسی قرار گرفت. این مفهوم، با ریشه در تاریخ تجارت، در طول زمان و تحت تأثیر تحولات اقتصادی و توافقات بین‌المللی، به ویژه موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت، تکامل یافته است. مفهوم تغییر اساسی به عنوان یک ابزار حیاتی در تعیین مبدأ کالاها، نقش مهمی در جلوگیری از "دور زدن" قواعد مبدأ و تضمین انصاف در تجارت بین‌المللی ایفا می‌کند. این مفهوم، با ایجاد شفافیت در فرایند

تولید و تعیین ارزش افزوده، به کشورها کمک می‌کند تا از مزایای موافقت‌نامه‌های تجاری بهره‌مند شوند و از سوءاستفاده‌های احتمالی جلوگیری کنند. سه معیار اصلی برای ارزیابی تغییر اساسی شامل معیار درصد ارزش افزوده، تغییر طبقه‌بندی تعرفه‌ای و پردازش یا عملیات خاص مورد بررسی قرار گرفتند. هر یک از این معیارها، با مزایا و محدودیت‌های خاص خود، در نظام‌های حقوقی مختلف و موافقت‌نامه‌های تجاری به کار گرفته می‌شوند. معیار درصد ارزش افزوده، با تمرکز بر افزایش ارزش کالا در یک کشور خاص، معیاری کمی و قابل اندازه‌گیری ارائه می‌دهد. تغییر طبقه‌بندی تعرفه‌ای، با تکیه بر سیستم طبقه‌بندی هماهنگ، روشی شفاف و قابل پیش‌بینی برای تعیین مبدأ فراهم می‌کند. پردازش یا عملیات خاص، با تعیین فهرست مشخصی از فرایندهای تولیدی، به شناسایی تغییرات اساسی در صنایع خاص کمک می‌کند. موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای، با توجه به منافع و ساختارهای اقتصادی کشورهای عضو، به تفسیر و توسعه مفهوم تغییر اساسی پرداخته‌اند. این موافقت‌نامه‌ها، با ایجاد تنوع در معیارها و آستانه‌ها، نشان می‌دهند که مفهوم تغییر اساسی یک مفهوم ثابت و غیرقابل تغییر نیست، بلکه می‌تواند با توجه به شرایط و نیازهای خاص هر منطقه تنظیم و تطبیق داده شود. عدم وضوح کامل در تعریف تغییر اساسی، هزینه‌های بالای انطباق با معیار ارزش افزوده و لابی‌گری صنایع در تعیین عملیات خاص، از جمله چالش‌های موجود در اجرای این مفهوم هستند. برای رفع این چالش‌ها، پیشنهاد می‌شود که در تدوین موافقت‌نامه‌های جدید، تعریفی مشخص و شفاف از قواعد مبدأ و مفهوم تغییر اساسی ارائه شود. همچنین، استفاده از فناوری‌های جدید و سیستم‌های اطلاعاتی یکپارچه می‌تواند به کاهش هزینه‌های انطباق و افزایش کارایی در تعیین مبدأ کالاها کمک کند. ایجاد سازوکارهای شفاف و مشارکتی برای تعیین عملیات خاص نیز می‌تواند به کاهش لابی‌گری صنایع و افزایش عدالت در تجارت بین‌المللی منجر شود.

¹ Sufficiently worked or processed products

References

- [1] *Agreement on Rules of Origin*. (1994). World Trade Organization.
- [2] Cabinet of Ministers. (2012). *Executive Regulations of the Customs Affairs Law*.
- [3] *Customs Affairs Law*. (2011). Islamic Consultative Assembly.
- [4] European Commission-Taxation and Customs Union. (2022). *Harmonized System - General Information*. Retrieved from https://taxation-customs.ec.europa.eu/customs-4/calculation-customs-duties/customs-tariff/harmonized-system-general-information_en
- [5] *Former Iranian Customs Affairs Law*. (1350/03/30 [1971/06/21]). Majles Shora Resolutions, 22(1), 6594. Retrieved from <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/96636>
- [6] *Free Trade Agreement between Iran and the Member States of the Economic Cooperation Organization (ECO)* (2007).
- [7] Guardian Council. (2011). *Reasoned Opinions of the Guardian Council Regarding the Customs Affairs Bill Approved on January 1, 2012*.
- [8] Inama, S. (2009). *Training Module on Rules of Origin*. TradeMark Southern Africa.
- [9] *Interim Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the Islamic Republic of Iran and the Eurasian Economic Union and its Member States*. Year of Approval (2019).
- [10] *International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures (Kyoto Convention)*. (1973). World Customs Organization.
- [11] *International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures (Revised Kyoto Convention)*. (1999). World Customs Organization, Specific Annex K (Rules of Origin). (1999). World Customs Organization.
- [12] Islamic Consultative Assembly. (2010, October 18). *Expert Opinion on: "The Bill on the Accession of the Government of the Islamic Republic of Iran to the Revised Kyoto Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures"*. Retrieved from <https://rc.majlis.ir/fa/news/show/782776>
- [13] James, W. E. (2005). Rules of origin and rules of preference and the World Trade Organization: The challenge to global trade liberalization. In P. F. J. Macrory, A. E. Appleton, & M. G. Plummer (Eds.), *The World Trade Organization: Legal, economic and political analysis* (pp. 237-276). Springer
- [14] LDC Group. (2020, March 5). *5th Anniversary of the Nairobi Ministerial Decision: Review of Implementation, Identification of Gaps and the Way Forward – Communication from the LDC Group (G/RO/W/194)*. World Trade Organization, Committee on Rules of Origin. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/RO/W194.pdf&Open=True>
- [15] National Board of Trade. (2012, March). *The Impact of Rules of Origin on Trade – a Comparison of the EU's and the US's Rules for the Textile and Clothing Sector [Report]*.
- [16] Parliamentary Research Center. (2011). *Expert opinion on: "Customs Affairs Bill"* (Returned from the Guardian Council) (Specific to the Open Session)
- [17] Piontek, E. (2023). *European Integration and International Law of Economic Interdependence*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law.
- [18] *Regulation on Determining Amendments to the Harmonized Commodity Description and Coding System (HS) and its Explanatory Notes*. (2021, December 25). With subsequent amendments and additions.
- [19] Sadeghi, M. (2007). *An Examination of the Customs Affairs Bill from the Perspective of the World Trade Organization Regulations: A Comparative Study*. Commissioned by: Iranian Scientific Association of Commerce.
- [20] WCO Origin Conference. (2017). *World Customs Organization*. Addis Ababa.
- [21] Weiler, J. H. H., & Cho, S. (2006). *The Law of Regional Economic Integration in the American Hemisphere*. New York, NY: NYU School of Law.
- [22] Weiler, J. H., & Cho, S. (2016). *International and Regional Trade Law: The Law of the World Trade Organization*. The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law and Justice.
- [23] World Customs Organization. (2015). *Study on the use of change of tariff classification-based rules*. World Customs Organization. Retrieved August 21, 2024, from https://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/origin/instruments-and-tools/comparative-study/related-documents/study-on-the-use-of-change-of-tariff-classification_based-rules-en.pdf?db=web
- [24] World Customs Organization. (2017). *WCO Origin Conference* (pp. 24-50).

- [25] World Trade Organization. (2010, November 11). *G/RO/W/111/Rev.6: Draft consolidated text of non-preferential rules of origin* [Harmonization work programme] (Note by the Secretariat). <https://doi.org/10.6020/NM.WCO-2010-02>
- [26] World Trade Organization. (2015). *Tenth WTO Ministerial Conference, Nairobi, 2015* (WT/MIN(15)/47 — WT/L/917). https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc10_e/l917_e.htm
- [27] World Trade Organization. (2020, March 5). *Rules of Origin Agreement enters into force*. Retrieved from https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/roi_05mar20_e.htm
- [28] World Trade Organization. (2022). *Compilation of information on preferences and benefits reported in notifications to the committee on rules of origin* (G/RO/W/194). World Trade Organization. Retrieved from <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/RO/W194.pdf&Open=True>
- [29] World Trade Organization. (n.d.). *Least developed countries (LDCs) sub-committee*. World Trade Organization. Retrieved from https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dev_sub_committee_ldc_e.htm



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 123-139

The Effects of Metaverse Features on Antitrust Analysis of Market PowerS.M.H Ghabooli Dorafshan ^{1*}, M. Bakhtiarvand²

1- Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

(*- Corresponding Author, Email: h.ghaboli@um.ac.ir)

2- Associate Professor, Department of Private Law and Intellectual Property Law, University of Qom, Qom, Iran.

Received: 15 April 2024

Revised: 4 July 2024

Accepted: 20 August 2024

Available Online: 20 August 2024

How to cite this article:

Ghabooli Dorafshan, S.M.H.; Bakhtiarvand, M. (2024). The Effects of Metaverse Features on Antitrust Analysis of Market Power. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 123-139.

(in Persian with English abstract)

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.88296.1373>

1- INTRODUCTION

Metaverse is a phenomenon that technology companies have made significant investments in, and media experts, industry, academics, policy makers, and legislators have paid special attention to it. (OFcom, 2023:3). Metaverse was specifically mentioned from October 2021. On the mentioned date, Mark Zuckerberg announced that he will change the name of his social media company, Facebook, to Meta Platforms (Meta for short). In addition, he announced that he will spend billions of dollars in the coming years to make Metaverse a reality (Buchholz et al, 2022:313.)

The global Metaverse market was valued at \$234.04 billion in 2022 and is expected to increase from \$416.02 billion in 2023 to \$3,409.29 billion in 2027. Undoubtedly, companies operating in such a market, which generate significant amounts of revenue or have the ability to generate it, are tempted to make anti-competitive agreements for economic gain, abuse dominant positions, and Reduce competition through mergers and acquisitions. Several large technology companies have made large investments in the Metaverse and thus have real incentives to prevent new competitors from entering this space (Delevaux, 2022:3).

What was said above indicates an important event in the field of competition: the new space of Metaverse is being formed, in which, in any case, issues related to this branch of law will emerge, and the care of the competition authorities and the regulation of this space. Establishing Metaverse and making it attractive for users requires large private investment, which, without a doubt, investors will seek to recover. Antitrust law recognizes that early investors and their sponsored companies have a legitimate interest in profiting from the technologies they invented. Despite this, according to the teachings of the economics of competition, the possibility of deviation of markets with multilateral digital platforms in which network effects are particularly powerful is higher. In addition, some enterprises active in the Metaverse will have unique access to users' personal data and its resources, which makes it more difficult for competitors to enter or develop (Crauthers, 2022:2).

Two views have been proposed regarding Metaverse: According to the first view, there will be a global digital platform (ITU, 2023:3). In this way, a company will create a single Metaverse that is used by a large number of consumers. In this case, the possibility of the said company having a dominant position will be high, and therefore it will have a special duty not to abuse the market power. The mentioned company is required to carefully examine the effect of its actions on end users and businesses. According to the second view, it is predicted that instead of a single Metaverse, hundreds of mostly connected Metaverses will be formed. In this sense, Metaverses will operate in the form of a collective space, compatibility of which is one of its essential



features (ITU, 2023:4). Assuming the existence of multiple Metaverses, there will be a possibility of abusing the dominant position by the company that has it.

In any case, the Metaverse, which is referred to as a market (Council of the European Union, 2022:5) and consists of a diverse set of platforms and digital ecosystems (Schöbel, Leimeister) , 2023:1), has the capacity to become a place for showing power and exclusivity of the dominant platforms. As a result, one of the most important issues of competition law is the abuse of the dominant economic situation, which generally means having considerable power in the market (OECD, 2020:2). This unilateral anti-competitive behavior is influenced by the characteristics of Metaverse, as one of the digital markets, which causes the competitive analysis in this market to be different from traditional markets. Therefore, it is necessary to examine the characteristics of the Metaverse from this point of view.

With regard to what was said, in this article, we will first define the term Metaverse in order to explain the topic, and then we will examine the role of competition in this market and the importance of organizing it. Then, we will discuss the important issue of market power and features of the Metaverse that affect market power. Previously, valuable works have been written about the legal issues related to the Metaverse (Akefi Ghaziani et al:2022:142 et seq, Moradi Berelian:2022:363 et seq, Darabpour:2023:65 et seq, Latif Zade, Ghabooli Dorafshan: 2023-a:349 et seq, Latif Zade, Ghabooli Dorafshan:2023-b:165 et seq) in which issues other than competition law are examined. An important article has also been written about competition rights in digital platforms (Kadkhodaei et al: 2023:7 et seq) and in it, major competition issues related to digital platforms have been discussed.

2- PURPOSE

The purpose of this article is to study the important issue of market power in Metaverse and explain the effects of Metaverse characteristics on antitrust analysis of market power in this new market.

3- METHODOLOGY

The authors have adopted a descriptive-analytical method to study the implications of Metaverse characteristics for the antitrust analysis of market power.

4- FINDINGS

Metaverse is a new market where digital platforms operate. In order to flourish, this market needs competition between existing platforms and the provision of conditions for the entry of new competitors. In the Metaverse market, it is probable that undertakings abuse their dominant economic position. Verification of this unilateral behavior, which is an example of anti-competitive practices, requires examining the market power of the platforms. The results of this article, written in a descriptive-analytical way, with the aim of investigating how the characteristics of Metaverse affect market power, show that the characteristics of Metaverse, as a digital market, influence market power in a way that makes it different from the market power in the traditional business environment and should be taken into consideration in the antitrust analysis of the behavior of the companies in the Metaverse. The characteristics affecting the market power in the Metaverse include network effects, being based on data, economies of scale, the market being two or multi-sided and the existence of digital ecosystems. These features give the dominant undertakings such market power that they can monopolize the market and prevent the entry of new competitors.

Competition in Metaverse, as one of the digital markets, motivates existing companies and new companies to create new technologies and improve business processes. Competition encourages investment and prompts companies to improve the quality of their products (U.S. Government Publishing Office, 2022:27). In a competitive environment, the actors in the field of production and distribution of goods and services will continuously seek to maintain their survival (Sadeghi Moghaddam & Ghafari Farsani, 2011:115), but with the lack of competition, the existing companies have no incentive to invest in research and development. This, in turn, reduces the pace of innovation in this industry. In this case, the slow changes whose purpose is to maintain the income flow of existing companies replace revolutionary new products or services. Undoubtedly, such a situation

gradually destroys the motivation of investors to invest and compete with new companies that intend to challenge the dominance of existing companies through direct competition. What remains are areas that are called killing zones with almost no competition (U.S. Government Publishing Office, 2022:27).

In Iranian law, according to paragraph 15 of Article 1 of the Law on the Implementation of the General Policies of Principle 44 of the Constitution, the dominant economic situation is "a situation in the market in which the ability to determine the price, the amount of supply or demand for goods or services, or the terms of the contract is at the disposal of one or several real or legal persons". The ability in this article is the market power, which will be necessary when invoking Article 45 of the Law on the Implementation of the General Policies of Principle 44 of the Constitution, whose subject is the abuse of a dominant economic situation. Of course, paragraph i of Article 45 does not define this type of abuse and is limited to stating some examples, which has been criticized by some experts because "although stating examples can be effective in identifying an issue, it is not enough; Especially with the assumption that the examples are illustrative and not exclusive" (Abdipour, 2009:135).

Some experts believe that market power in the Metaverse may come mainly from network effects. Network works are conditions in which the value of a product, service or platform depends on the number of buyers, sellers or users who use it. Normally, with the increase in the number of buyers, sellers or users, the network effects and the value of the offered product will be higher. The willingness to pay, supply or use a product, service or platform increases with the increase in the number of buyers, sellers or users (Congressional Research Service, 2022:21). Network effects describe how the use of a product or service by one user affects the value of the product for other users (OECD, 2022:3). In fact, network effects increase the value of a product, parallel to the increase of its users (Congressional Research Service, 2023:6). Network effects, as seen in digital markets, do not exist in traditional markets and industries (Kadkhodaei et al:2023:17).

Digital markets, such as Metaverse, are often based on data, and in many cases, data has become a factor to strengthen market power. Successful companies in data-based digital markets benefit from a significant advantage that comes from the speed, variety and volume of big data. The term big data is not comprehensively defined, but basically it means high amounts of different types of data that are produced at high speed from multiple sources, and its control and analysis requires new and stronger processors and algorithms.

The meaning of the economies of scale is that the increase in production volume, due to fixed costs, leads to a decrease in the production cost of each unit (Autorité de la concurrence, CNIL, 2023:fn.11). One can say that digital goods and services, typically, are produced by spending a significant fixed cost but without variable cost or with a small variable cost. In other words, the cost of production is very low compared to the number of customers. Therefore, digital companies, after being established, can grow quickly by expanding their activities to new users with minimal cost (Petropoulos, 2020:5).

Although this aspect of digital markets such as the Metaverse exists in all markets (and large factories or retailers are more efficient than their smaller competitors), the digital world maximizes economies of scale and this can result in a considerable competitive advantage for dominant companies (Crémer et al, 2019:2) and create serious obstacles for the entry of potential competitors (WTO, 2023:3).

In many digital markets, such as Metaverse, bilateral or multilateral platforms are often the main actors (OECD, 2022:4). These digital platforms serve both sides of the market, i.e. consumers and business suppliers who have gathered to exchange products or services, and sometimes exploit them (APEC Competition Policy and Law Group, 2022:7). The main business model of platforms is to facilitate interaction between different groups of users (buyers and sellers or potential customers and advertisers). Therefore, it is said that platforms operate in multilateral markets in which each group of users is considered a market party (Murati, 2021:21). Platforms provide a digital infrastructure for various services such as shopping centers (Amazon), application stores (Apple), social networking sites (Facebook) and search engines (Google) (UNCTAD, 2019: 2).

Competition in the digital economy is increasingly competition between ecosystems. In the digital realm, ecosystem is used in two separate concepts: A- multi-product ecosystem, which consists of complementary goods or services that make up a package that the final consumer can consume, and B- multilateral ecosystems that consist of a group of independent actors who cooperate through specific complementary products to provide a

product or service or a package of products and services that have been produced collectively (Salan, 2022:9). In this sense, digital ecosystems enable efficient interaction between producers, content providers, developers, consumers, and other users that contribute to business value creation (online or even offline). Digital ecosystems, make it possible, for example, to produce, distribute, market, sell or deliver products or services through electronic means, sell and transport digital goods through traditional means, and transfer or store information as an independent service. (Petropoulos, 2020:2).

5- CONCLUSION

Metaverse, which is known as one of the digital markets, consists of platforms and digital ecosystems. This new business environment is at the beginning and its expansion and dynamics depend on the competition between the existing platforms and ecosystems and the economic enterprises that intend to enter it. The lack of competition in the Metaverse market, which requires the dynamism and constant efforts of companies, leads to their withdrawal from innovation and production of products and providing new and more desirable services, which will result in a decrease in the welfare of the society. In such a case, there will be a possibility of the companies dominating the market to monopolize (according to American law) or abuse their dominant economic position (according to European Union and Iranian law). For this reason, the intervention of the legislator and the authorities in charge of the competition in order to organize the competition and prevent this anti-competitive behavior from occurring or applying the appropriate remedies and sanctions is necessary. Monopoly or abuse of a dominant economic position in the Metaverse happens when the company has a significant amount of market power. Therefore, establishing the market power has a decisive role in concluding that the unilateral behavior of an economic enterprise is anti-competitive. It is obvious that before examining the presence or absence of market power, it is necessary to define the relevant market, and due to the newness of the Metaverse, providing such a definition will not be as simple as defining the market in the traditional space. In addition, the digital Metaverse market has features that affect the market power and are considered barriers to entering the market. The network effects that the digital platforms that make up the Metaverse have is an important factor in strengthening their market power. These effects represent the increase in the value of one side of the platform with the increase of users of the same section or the section related to it. Another feature that affects the power in the Metaverse market is that this market is based on huge amounts of user data that is collected by dominant platforms and the production and supply of goods and services and even determining their prices according to taste of every customer. Economies of scale and economies of territory also play a role in strengthening the market power of companies that dominate Metaverse, because after spending the fixed cost of establishing the platform, they can offer their products to more customers or territory with little cost or expand their activity to markets adjacent to the main product. Due to the two-sided or multi-sided nature of the platforms present in the Metaverse, their owners obtain valuable information from the participants on each side of the market, which are considered an important source for economic power and earning more money. Finally, since it is possible to establish digital ecosystems in Metaverse, which can include complementary products or different sets of users, companies that have their own business model based on digital ecosystems, can increase their market power by preventing competitors from accessing data or leveraging their power in one market in order to strengthen their power in another market. In Iran, sooner or later, anti-competitive cases related to Metaverse will be raised in the Competition Council, and as a practical solution, it is recommended that the features affecting the market power of Metaverse, which were examined in this article, be used when citing paragraph Article 45 of the Law on Implementation of General Policies of Principle 44 of the Constitution should be taken into consideration by the Council.

Keywords: Metaverse, Market, Market power, Network effects, Digital platforms, Digital ecosystems

مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۱۲۳-۱۳۹

تأثیر ویژگی‌های متاورس بر تحلیل ضدانحصار قدرت بازار

سید محمد هادی قبولی درافشان^{*۱}  مصطفی بختیاروند^۲ 

دریافت: ۱۴۰۳ / ۱ / ۲۷ پذیرش: ۱۴۰۳ / ۵ / ۳۰

چکیده

متاورس بازار جدیدی است که پلتفرم‌های دیجیتال در آن فعالیت می‌کنند. این بازار برای شکوفایی، نیازمند رقابت بین پلتفرم‌های موجود در آن و فراهم بودن شرایط برای ورود رقبای جدید است. در بازار متاورس، سوءاستفاده بنگاه‌ها از وضعیت اقتصادی مسلط امری محتمل است. احراز این رفتار یک‌جانبه که از مصادیق رویه‌های ضدرقابتی است، مستلزم بررسی قدرت بازار پلتفرم‌ها است. نتایج این مقاله که به روش توصیفی-تحلیلی، با هدف بررسی نحوه اثرگذاری ویژگی‌های متاورس بر تحلیل ضدانحصار قدرت بازار نگاشته شده است نشان می‌دهد ویژگی‌های متاورس، به‌عنوان یک بازار دیجیتال، قدرت بازار را به‌گونه‌ای تحت‌تأثیر قرار می‌دهند که موجب تفاوت آن از قدرت بازار در فضای سنتی کسب و کار می‌شود و باید در تحلیل ضدانحصار رفتار بنگاه‌های متاورس مورد توجه قرار گیرد. ویژگی‌های مؤثر بر قدرت بازار در متاورس عبارت است از: آثار شبکه‌ای، مبتنی بودن بر داده‌ها، مزیت مقیاس، دو یا چند طرفه بودن بازار و وجود زیست‌بوم‌های دیجیتال. این ویژگی‌ها بنگاه‌های مسلط را از چنان قدرت بازاری برخوردار می‌کند که می‌تواند بازار را انحصاری کنند و مانع ورود رقبای جدید شوند.

کلیدواژه‌ها: بازار متاورس، قدرت بازار، آثار شبکه‌ای، پلتفرم دیجیتال، زیست‌بوم دیجیتال.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

(نویسنده مسئول: Email: h.ghaboli@um.ac.ir)

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی و حقوق مالکیت فکری دانشگاه قم، قم، ایران.

مقدمه

متاورس^۳ پدیده‌ای است که شرکت‌های فناوری، سرمایه‌گذاری قابل ملاحظه‌ای در رابطه با آن انجام داده‌اند و صاحب‌نظران رسانه، صنعت، دانشگاهیان، سیاست‌گذاران و قانون‌گذاران به‌طور ویژه‌ای آن را مورد توجه قرار داده‌اند (OFcom, 2023:3). متاورس از اکتبر ۲۰۲۱ به‌طور خاص مطرح شد. در تاریخ مذکور، «مارک زاکربرگ» اعلام کرد: نام شرکت رسانه اجتماعی خود یعنی فیسبوک را به پلتفرم‌های متا^۴ (به اختصار متا) تغییر می‌دهد. به‌علاوه، وی اعلام کرد برای تبدیل متاورس به یک واقعیت، طی سال‌های آینده میلیاردها دلار هزینه خواهد کرد (Buchholz et al, 2022:313).

بازار جهانی متاورس در سال ۲۰۲۲، ۲۳۴.۰۴ میلیارد دلار ارزش‌گذاری شد و پیش‌بینی می‌شود از ۴۱۶.۰۲ میلیارد دلار در سال ۲۰۲۳ به ۳.۴۰۹.۲۹ میلیارد دلار در سال ۲۰۲۷ افزایش یابد.^۵ بی‌تردید، بنگاه‌های فعال در چنین بازاری، که مقادیر قابل‌توجهی از درآمد را تولید می‌کند یا قابلیت تولید آن را دارد، وسوسه می‌شوند برای سودجویی اقتصادی توافقات ضدرقابتی انجام دهند، از موقعیت‌های مسلط سوءاستفاده کنند و از طریق ادغام‌ها و تملک‌ها رقابت را کاهش دهند. چندین شرکت بزرگ فناوری، سرمایه‌گذاری‌های کلانی را در متاورس انجام داده‌اند و بدین ترتیب، انگیزه‌های واقعی برای منع ورود رقبای تازه‌وارد به این فضا دارند (Delevaux, 2022:3).

آنچه گفته شد، حاکی از رخداد مهمی در عرصه رقابت است: فضای جدید متاورس در حال شکل‌گیری است که در هر حال، مسائل مرتبط با این شاخه از حقوق در آن بروز خواهد کرد و عنایت متولیان رقابت و ساماندهی این فضا را می‌طلبد. بنا نهادن متاورس و جذاب کردن آن برای کاربران مستلزم سرمایه‌گذاری کلان خصوصی است که بی‌تردید، سرمایه‌گذاران در پی بازیابی آن خواهند بود. حقوق ضدانحصار این امر را می‌پذیرد که سرمایه‌گذاران اولیه و شرکت‌های تحت حمایت آنها نفع مشروعی در کسب سود از فناوری‌هایی دارند که آن را ابداع کرده‌اند. باوجود این، مطابق آموزه‌های علم اقتصاد رقابت، احتمال انحراف بازارهای برخوردار از پلتفرم‌های دیجیتال چند جانبه که در آنها آثار شبکه‌ای به‌طور ویژه قدرتمند هستند، بیشتر است. به‌علاوه، برخی بنگاه‌های فعال در متاورس، دسترسی منحصر به فرد به داده‌های شخصی کاربران و منابع آن خواهند

داشت که ورود یا توسعه رقبا را مشکل‌تر می‌کند (Crauthers, 2022:2).

در مورد متاورس دو دیدگاه مطرح شده است: بر اساس دیدگاه نخست، یک پلتفرم دیجیتال جهانی وجود خواهد داشت (ITU, 2023:3). به این ترتیب که یک شرکت، متاورس واحدی را ایجاد خواهد کرد که خیل عظیم مصرف‌کنندگان از آن استفاده می‌کنند. در این صورت، احتمال برخورداری شرکت مذکور از موقعیت مسلط بالا خواهد بود و بنابراین تکلیف ویژه‌ای مبنی بر عدم سوءاستفاده از قدرت بازار بر عهده آن خواهد بود. شرکت یادشده ملزم می‌شود نحوه اثرگذاری اعمالش را بر کاربران نهایی و کسب و کارها به دقت بررسی کند. طبق دیدگاه دوم، پیش‌بینی می‌شود که به جای یک متاورس واحد، صدها متاورس اغلب متصل تشکیل شوند. در این مفهوم، متاورس‌ها در قالب یک فضای جمعی، که سازگاری یکی از خصایص اساسی آن است، فعالیت خواهند کرد (ITU, 2023:4). در فرض وجود متاورس‌های متعدد نیز احتمال سوءاستفاده از موقعیت مسلط توسط بنگاه برخوردار از آن، وجود خواهد داشت.

در هر حال، متاورس که از آن تحت‌عنوان یک بازار یاد می‌شود (Council of the European Union, 2022:5) و از مجموعه متنوعی از پلتفرم‌ها و زیست‌بوم‌های دیجیتال تشکیل شده است (Schöbel, Leimeister, 2023:1)، این ظرفیت را دارد که به مکانی برای قدرت‌نمایی و انحصارگرایی پلتفرم‌های مسلط بر آن تبدیل شود. در نتیجه، یکی از مهم‌ترین موضوعات حقوق رقابت یعنی سوءاستفاده از وضعیت مسلط اقتصادی مطرح می‌شود که وضعیت مذکور به‌طور کلی عبارت است از برخورداری از قدرت قابل‌ملاحظه در بازار (OECD, 2020:2). احزار این رفتار ضدرقابتی یکجانبه، تحت‌تأثیر ویژگی‌های متاورس، به‌عنوان یکی از بازارهای دیجیتال، قرار دارد که موجب می‌شود تحلیل رقابتی در این بازار نسبت به بازارهای سنتی متفاوت باشد. بنابراین، بررسی ویژگی‌های متاورس از این دیدگاه ضرورت دارد.

با عنایت به آنچه گفته شد، در این مقاله ابتدا جهت‌آشنایی با موضوع، اصطلاح متاورس را تعریف و در ادامه، نقش رقابت در این بازار و اهمیت ساماندهی آن را بررسی می‌کنیم. سپس، به موضوع مهم قدرت بازار و ویژگی‌هایی از متاورس که بر قدرت بازار اثرگذار است می‌پردازیم. پیش از این، آثار ارزشمندی در مورد مسائل حقوقی مرتبط با متاورس نگاشته شده (Akefi Ghaziani et al, 2022:142 et seq, Moradi

⁵ <https://www.fortunebusinessinsights.com/metaverse->

³ Metaverse

⁴ Meta Platforms

برخی نویسندگان، پلتفرم چندرسانه‌ای سکندلایف^۹ را شکل ابتدایی متاورس می‌دانند زیرا کاربران را قادر می‌سازد چهرک‌ها را خلق و از آنها بهره‌برداری کنند و در دنیای مجازی به تعاملات اجتماعی بپردازند (Yilmaz, 2024:52).

۲. نقش رقابت در متاورس و ضرورت ساماندهی آن

رقابت در متاورس، به‌عنوان یکی از بازارهای دیجیتال، موجب می‌شود شرکت‌های موجود در آن و بنگاه‌های تازه وارد، برای ایجاد فناوری‌های نوین و ارتقای فرایندهای کسب و کار، انگیزه داشته باشند. رقابت، سرمایه‌گذاری را تشویق و بنگاه‌ها را بر آن می‌دارد کیفیت محصولات خود را بهبود بخشند (U.S Government Publishing Office, 2022:27). در یک فضای رقابتی، فعالان عرصه تولید و توزیع کالا و خدمت پیوسته در پی حفظ بقای خود خواهند بود (Sadeghi Moghaddam & Ghafari Farsani, 2011:115). اما با فقدان رقابت، بنگاه‌های موجود، انگیزه‌ای برای سرمایه‌گذاری در تحقیق و توسعه نخواهند داشت. این امر، به نوبه خود، شتاب نوآوری را در این صنعت کاهش می‌دهد. در این صورت، تغییرات کندی که هدف از آنها حفظ جریان درآمد بنگاه‌های موجود است جایگزین محصولات یا خدمات جدید متحول‌کننده می‌شوند. بی‌تردید، چنین وضعیتی به تدریج، انگیزه سرمایه‌گذاران را برای سرمایه‌گذاری و رقابت با بنگاه‌های تازه واردی که قصد به چالش کشیدن تسلط بنگاه‌های موجود را از طریق رقابت مستقیم دارند از بین می‌برد. آنچه باقی می‌ماند مناطقی است که آنها را مناطق کشتار^{۱۱} می‌نامند و تقریباً رقابتی در آنجا وجود ندارد (U.S Government Publishing Office, 2022:27).

۳. تعریف بازار مرتبط در متاورس و اهمیت آن

یکی از نخستین اموری که مراجع رقابت به آن توجه می‌کنند، شناسایی و تعریف بازار یا بازارهایی است که بنگاه‌های اقتصادی در آنها فعالیت می‌کنند و لازم است نسبت به آنها تصمیم‌گیری شود (APEC Competition Policy and Law Group, 2022:8). تعریف بازار، تقریباً در تمامی پرونده‌های ضدانحصار نقش ایفا می‌کند (Nachbar, 2023:374) و وسیله‌ای

Berelian:2022:363 et seq, Darabpour:2023:65 et seq, Latif Zade, Ghabooli Dorafshan:2023-a:349 et seq, (Latif Zade, Ghabooli Dorafshan:2023-b:165 et seq) که در آنها موضوعاتی غیر از حقوق رقابت بررسی شده است. مقاله مهمی نیز راجع به حقوق رقابت در پلتفرم‌های دیجیتال به رشته تحریر در آمده (Kadkhodaei et al:2023:7 et seq) و در آن، به مسائل عمده رقابتی مرتبط با پلتفرم‌های دیجیتال، پرداخته شده است.

۱. مفهوم متاورس

Metaverse واژه‌ای مرکب از Meta به معنی فرا و Universe به معنی کیهان است که در فارسی می‌توانیم آن را فراکیهان بنامیم.^۶ در حال حاضر، تعریفی از متاورس که مورد پذیرش همگانی باشد وجود ندارد و بسیاری آن را واژه‌ای مبهم برای اشاره به آینده‌ای از اینترنت می‌دانند که هنوز محقق نشده است. اما تقریباً در تمامی تعاریف متاورس، استفاده از واقعیت مجازی، واقعیت افزوده و چهرک‌های متصل شده توسط یک شبکه فراگیر به چشم می‌خورد (Clifford Chance, 2022:2). برای نمونه، فرهنگ لغت آکسفورد، متاورس را این‌گونه تعریف کرده است: «یک محیط (فرضی) واقعیت مجازی که در آن کاربران به صورت غوطه‌ور با چهرک‌های یکدیگر و محیط پیرامون خود تعامل می‌کنند، که این محیط گاه به‌عنوان افزونه یا جایگزین اینترنت، وب جهانی، شبکه‌های اجتماعی و ... تلقی می‌شود».^۷ فرهنگ وبستر، تعریف ذیل را از متاورس ارائه داده است: «یک محیط مجازی دائمی که دسترسی به واقعیت‌های مجازی متعدد و سازگاری آنها را ممکن می‌کند».^۸

طبق تعریف دیگر، متاورس یک محیط دیجیتال شبیه‌سازی شده است که فعالیت آن، توسط واقعیت مجازی، واقعیت افزوده، زنجیره بلوکی، واقعیت مرکب و فناوری‌های پیشرفته دیگر ممکن می‌شود.^۹ همچنین در برخی منابع، متاورس «جهان سه‌بعدی مجازی است که در آن، چهرک‌ها به فعالیت‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی می‌پردازند. این واژه به‌طور گسترده‌ای در مفهوم جهان مجازی مبتنی بر زندگی روزمره به کار می‌رود که در آن، واقعیت و مجاز به‌صورت همزمان وجود دارند» (Park & Kim, 2022:4211).

^۹ <https://www.fortunebusinessinsights.com/metaverse-market-106574>

^{۱۰} Bakhtiarvand, برای مطالعه بیشتر راجع به سکندلایف نک.

Mikaniki, 2020:85 et seq

^{۱۱} Kill Zones

^۶ برخی محققان، معادل فراجهان را به کار برده‌اند (Akefi Ghaziani et al:2022:144, Moradi Berelian:2022:364).

^۷ https://www.oed.com/dictionary/metaverse_n?tl=true

^۸ <https://www.merriam-webster.com/dictionary/metaverse>

اهمیت دارد، در منابع مختلفی از جمله یکی از اعلامیه‌های کمیسیون اروپایی تعریف شده است. مطابق این تعریف، بازار مرتبط محصول، دربرگیرنده تمامی محصولات یا خدماتی است که از دیدگاه مصرف‌کننده، به سبب ویژگی‌های محصولات، قیمت آنها و کاربرد مورد انتظار از آنها جانشین یکدیگرند.^{۱۴} بازار جغرافیایی مرتبط قلمروی را در بر می‌گیرد که بنگاه‌ها در آن به عرضه و تقاضای محصولات یا خدمات می‌پردازند، شرایط رقابت به قدر کافی متجانس هستند و به دلیل اینکه شرایط رقابت قلمروهای مجاور به طور محسوسی متفاوت هستند از قلمروهای مذکور قابل تمییز است.^{۱۵} در حقوق ایران، بند یک ماده یک قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی بازار را فضایی جغرافیایی یا مجازی می‌داند که در آن خریداران و فروشندگان، کالاها و خدمات مشابه یا جانشین نزدیک را مبادله می‌کنند.

۴. مفهوم قدرت بازار

در حقوق آمریکا، همانطور که برخی صاحب‌نظران گفته‌اند، حکم به انحصارگرایی و نقض ماده ۲ قانون شرم، مستلزم احراز برخورداری از قدرت انحصاری یا به عبارت دیگر، میزان بالایی از قدرت بازار است (Landes, Posner, 1980:937). در اتحادیه اروپایی ماده ۱۰۲ معاهده عملکرد، سوءاستفاده از موقعیت مسلط توسط بنگاه یا بنگاه‌های اقتصادی را ممنوع اعلام کرده‌است. دیوان اروپایی در پرونده هوفمن-لاروش موقعیت مسلط اقتصادی را وضعیتی از توانایی اقتصادی بنگاه می‌داند که به بنگاه قدرت می‌دهد به‌میزان قابل توجهی از رقبای مشتریان و در نهایت، مصرف‌کنندگان خود به‌طور مستقل عمل کند و در نتیجه بتواند از رقابت مؤثر در بازار مرتبط جلوگیری کند (Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, Case C-85/76, 38 ¶ 1979 E.C.R. 461). واضح است که در حقوق رقابت اتحادیه اروپایی نیز قدرت بازار در رسیدگی رقابتی به رفتار بنگاه‌ها اهمیت دارد.

در حقوق ایران، مطابق بند ۱۵ ماده یک قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، وضعیت اقتصادی مسلط عبارت است از «وضعیتی در بازار که در آن توانایی تعیین قیمت، مقدار عرضه یا تقاضای کالا یا خدمت یا شرایط قرارداد در

است برای تشخیص مرزهای رقابت بین بنگاه‌های اقتصادی. هدف عمده تعریف بازار، شناسایی محدودیت‌های رقابتی است که بنگاه‌های ذیربط با آن مواجهند و از طریق تشخیص رقبای واقعی آنها که قابلیت محدود کردن رفتارهایشان را دارند امکان‌پذیر است. به‌علاوه، تعریف بازار، معیاری را برای ارزیابی قدرت بازار و تسلط بر بازار فراهم می‌کند که برای مثال، جهت اعمال ماده ۱۰۲ معاهده عملکرد اتحادیه اروپایی^{۱۲} (معاهده عملکرد) مورد نیاز است. به‌ویژه، تعریف بازار محاسبه سهم بازاری بنگاه‌های دخیل و همچنین سهم شرکت‌کنندگان دیگر را در بازار ممکن می‌کند که دلیل اولیه‌ای بر قدرت بازار آنها محسوب می‌شود. همچنین، تعریف بازار می‌تواند برای ارزیابی برخی توافقات ممنوع مطابق ماده ۱۰۱ معاهده عملکرد کاربرد داشته باشد (European Commission, 2021:4-5). در حقوق ایران نیز، تعریف بازار برای اجرای مواد ۴۴ و ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی اهمیت دارد.

در واقع، تحلیل در حقوق رقابت، بدون یافتن تعریف بازار مربوط ممکن نخواهد بود. معنلک، در حال حاضر، تعریف قبلی اعتمادی برای بازار در صنعت وجود ندارد و این امر تعریف بازار را برای متاورس با مشکل مواجه می‌کند. بنابراین، نحوه تعریف بازار متاورس شایسته تأمل است. در حقوق رقابت، دو روش عمده برای تعریف بازار مربوط توسط مرجع رقابت وجود دارد: الف) از طریق تحلیل ادغام بین دو شخص یا ب) از طریق تحقیق و تفحص ضدانحصار یا مطالعه بازار. مفهوم متاورس ممکن است پرسش‌های مهمی را جهت تعیین بازار محصول یا بازار جغرافیایی مرتبط در راستای تحلیل رقابتی مطرح کند. ولی این سؤال را می‌توان پرسید که آیا اصولاً مراجع رقابتی باید بازارهای جدید مربوط (مثلاً اموال غیرمنقول در متاورس) را بر این مبنا تعریف کنند که قرار است متاورس‌ها نسخه‌های مجازی جهان ما باشند و بنابراین بیشتر بازارها احتمالاً پیش از این در رویه مراجع رقابتی تعریف شده‌اند یا خیر. در نتیجه، مسأله مهم این است که آیا برای مثال یک بازار مستقل آثار هنری در متاورس و بازار دیگری خارج از آن وجود خواهد داشت؟^{۱۳}

صرف‌نظر از پاسخ پرسش اخیر، بازار محصول و بازار جغرافیایی که برای تحلیل رقابتی رفتارهای یک‌جانبه یا چندجانبه

¹⁴ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03), article ii7.

¹⁵ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03), article ii8.

¹² Treaty on the Functioning of the European Union

¹³

<https://techinsights.linklaters.com/post/102htcb/metaverse-series-3-looking-at-metaverses-with-antitrust-3d-glasses>

استفاده می‌کنند. به طور معمول، با افزایش تعداد خریداران، فروشندگان یا کاربران، آثار شبکه‌ای و ارزش حاصل از محصول عرضه شده بیشتر خواهد بود. تمایل به پرداخت، عرضه یا استفاده از محصول، خدمت یا پلتفرم با افزایش شمار خریداران، فروشندگان یا کاربران افزایش می‌یابد (Congressional Research Service, 2022:21). آثار شبکه‌ای بیان می‌کنند که چگونه استفاده از یک کالا یا خدمت توسط یک کاربر بر ارزش محصول برای کاربران دیگر اثر می‌گذارد (OECD, 2022:3). در واقع، آثار شبکه‌ای موجب افزایش ارزش یک محصول، به موازات افزایش کاربران آن می‌شود (Congressional Research Service, 2023:6). آثار شبکه‌ای، به نحوی که در بازارهای دیجیتال دیده می‌شود، در بازارها و صنایع سنتی وجود ندارد (Kadkhodaei et al:2023:17).

آثار شبکه‌ای به دو نوع مستقیم و غیرمستقیم تقسیم می‌شوند (U.S Government Publishing Office, 2022:31). آثار شبکه‌ای هنگامی مستقیم یا مربوط به بخش واحد است که ارزش پلتفرم دیجیتال برای کاربران در یک طرف بازار، با افزایش کاربران در همان طرف افزایش یابد. می‌توان گفت که شبکه‌های اجتماعی چنین آثار شبکه‌ای دارند زیرا ارزش آنها برای کاربران به تعداد کاربران دیگری که می‌توانند جذب کنند وابسته است. در مقابل، آثار شبکه‌ای غیرمستقیم یا بین بخشی هنگامی رخ می‌دهد که ارزش پلتفرم برای کاربران در یک طرف بازار به تبع افزایش تعداد کاربران در طرف دیگر بازار افزایش یابد. به نظر می‌رسد موتورهای جستجو از آثار غیرمستقیم شبکه‌ای منتفع می‌شوند زیرا هر چه کاربران بیشتری را جذب کنند که می‌توانند آماج تبلیغات قرار گیرند، ارزش آنها برای تبلیغ‌کنندگان بیشتر می‌شود. به عقیده برخی دادگاه‌ها و اندیشمندان، هر دو دسته آثار شبکه‌ای، موانع ورود به بازار را ایجاد می‌کنند که موجب می‌شود رقابت واقعی با فعالان بزرگ‌تر موجود در بازارهای دیجیتال خاصی برای بنگاه‌های کوچک مشکل شود (Congressional Research Service, 2019:9-10). بنابراین، ممکن است تعداد معدودی از شرکت‌ها از آثار شبکه‌ای منتفع شوند و در پی متمرکز کردن کنترل خود بر پلتفرم‌های اصلی متاورس باشند. به همین دلیل، برخی منتقدان بر این عقیده‌اند که متاورس فرصت‌های جدیدی را برای شرکت‌های بزرگ فناوری فراهم می‌کند که قدرت بازار خود را افزایش دهند و تسلط خود را به فراتر از پلتفرم‌های اینترنت نسل دو گسترش دهند. پاره‌ای از متخصصان،

اختیار یک یا چند شخص حقیقی و یا حقوقی قرار گیرد». توانایی در این ماده همان قدرت بازار است که هنگام استناد به بند ط ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی که موضوع آن سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط است ضرورت خواهد یافت. البته بند ط ماده ۴۵، این نوع سوء استفاده را تعریف نکرده و به بیان برخی مصادیق بسنده کرده که با انتقاد برخی صاحب‌نظران مواجه شده است زیرا «اگرچه بیان مصادیق می‌تواند در شناساندن یک موضوع مؤثر باشد، ولی کافی نیست؛ به‌ویژه در فرضی که بیان مصادیق از باب تمثیل است و نه حصری» (Abdipour, 2009:135).

به‌موجب یک تعریف، قدرت بازار عبارت است از قدرت کسب سود از طریق کاهش خروجی به پایین‌تر از سطح رقابتی و افزایش غیرمعارف قیمت‌ها به بالاتر از هزینه (Hovenkamp, 2021:1985). طبق تعریف دیگر، قدرت بازار عبارت است از توانایی یک بنگاه (یا گروهی از بنگاه‌ها که به طور مشترک عمل می‌کنند) بر افزایش قیمت، بالاتر از سطح رقابتی، بدون از دست دادن فروش‌های بسیار با چنان سرعتی که افزایش قیمت سودده نباشد و لازم باشد کاهش یابد (Landes, Posner, 1980:937).

۵. عوامل مؤثر بر قدرت بازار در متاورس

در این قسمت، عوامل مؤثر بر قدرت بازار را در متاورس، که در زمره ویژگی‌های این بازار دیجیتال محسوب می‌شوند، بررسی می‌کنیم. توضیح اینکه بازارهای دیجیتال، از جمله متاورس، ویژگی‌هایی دارند که هنگام ارزیابی قدرت بازار باید مدنظر قرار گیرند. برخی از این ویژگی‌ها مستلزم اجتناب از تمرکز بر یک بازار معین و در مقابل، بررسی نقش آنها در تعمیم قدرت اقتصادی به بازارهای مختلف هستند (OECD, 2022:2). افزون بر این، بسیاری از بازارهای دیجیتال، به‌شدت متمرکزند و یک بنگاه مسلط، سهم قابل‌ملاحظه‌ای از آنها را در اختیار دارد (Newman, 2019:1503). در هر حال، ویژگی‌های خاص بازارهای دیجیتال را که بر قدرت بازار اثرگذارند می‌توان به شرح زیر بیان کرد:

۵/۱. آثار شبکه‌ای^{۱۶}

برخی متخصصان معتقدند قدرت بازار در متاورس ممکن است عمدتاً از آثار شبکه‌ای ناشی شود. منظور از آثار شبکه‌ای شرایطی است که در آن، ارزش محصول، خدمت یا پلتفرم به تعداد خریداران، فروشندگان یا کاربرانی بستگی دارد که از آن

¹⁶ Network Effects

نگران این مسأله هستند که اگر متاورس به قدر کافی رشد کند، بخش عظیمی از زندگی دیجیتال کاربران ممکن است توسط تعداد اندکی از شرکتها کنترل شود که به افول حریم خصوصی و حاکمیت اراده کاربر منجر خواهد شد. در چنین فرضی، بنگاههای متاورس ممکن است قادر باشند از در دسترس بودن فناوریها، استانداردها و برنامههای کاربردی رقیب در پلتفرمهای خود جلوگیری کنند؛ نظیر این رویه را شرکت‌های بزرگ فناوری در حال حاضر، در فروشگاههای برخط برنامههای کاربردی خود انجام می‌دهند (Congressional Research Service, 2022:21).

در پرونده گوگل شاپینگ^{۱۷} اعلام شد خدمات جستجوی عمومی و تبلیغات برخط، دو طرف پلتفرم جستجوی عمومی محسوب می‌شوند و بین آنها آثار شبکه‌ای وجود دارد. بدین ترتیب که میزان درآمد ناشی از تبلیغات که موتور جستجوی عمومی می‌تواند کسب کند به تعداد کاربران خدمت جستجوی عمومی بستگی دارد؛ با افزایش تعداد کاربران خدمت جستجوی عمومی، طرف تبلیغات برخط پلتفرم برای تبلیغ‌کنندگان جذابیت بیشتری خواهد داشت (Google Search - AT.39740 - Shopping:159). در نتیجه، با افزایش تعداد کاربران خدمت جستجوی عمومی، احتمال شخصی کردن تبلیغات برای کاربران و در نتیجه، احتمال فروش بالاتر می‌رود که به نوبه خود، به فراهم‌کنندگان خدمت جستجو اجازه می‌دهد قیمت‌های بیشتری را برای تبلیغات مطالبه کنند. درآمد حاصل را می‌توان برای حفظ کاربران فعلی و جذب کاربران جدید در موتور جستجوی عمومی سرمایه‌گذاری کرد (Knapstad, 2023:21). به همین ترتیب، در پرونده اندروید^{۱۸} کمیسیون اروپایی اعلام کرد سهم بازار گوگل و میزان نصب اندروید، انگیزه‌های قوی را برای توسعه‌دهندگان برنامه‌های کاربردی سیستم‌های عامل مجانی تلفن‌های همراه هوشمند جهت متمرکز کردن تلاش‌های خود بر توسعه برنامه‌های سازگار با اندروید و عدم توسعه برنامه‌های کاربردی سیستم‌های عامل غیرمجانای به وجود می‌آورد. از دیدگاه کمیسیون اروپایی، سه دلیل عمده برای این امر وجود دارد: نخست، بیشتر توسعه‌دهندگان برنامه‌های کاربردی منابع محدودی دارند؛ دوم، انتقال برنامه‌های کاربردی از یک سیستم عامل مجانی تلفن همراه به سیستم عامل دیگر، هزینه‌بر و وقت‌گیر است. سوم، هیچ یک از سیستم‌های عامل مجانی تلفن

همراه به اندازه اندروید در دسترس نیست (AT.40099 - Google Android:465-468). با توجه به استدلال‌های کمیسیون، بین توسعه‌دهندگان برنامه‌های کاربردی و سیستم عامل گوشی‌های هوشمند اندروید آثار شبکه‌ای وجود دارد. اندروید یکی از رایج‌ترین سیستم‌های عامل مجانی است که برای گوشی‌های هوشمند به کار می‌رود و با عنایت به اینکه هیچ یک از سیستم‌های عامل دیگر گوشی‌های هوشمند به اندازه آن کاربر ندارد، توسعه برنامه‌های کاربردی که بر روی اندروید عمل می‌کنند سرمایه‌گذاری بهتری خواهد بود. لذا، تسلط اندروید از طریق افزایش برنامه‌های کاربردی سازگار با گوشی‌هایی که به وسیله این سیستم عامل فعالیت می‌کنند تقویت می‌شود که این امر ورود سیستم‌های عامل غیرمجانای رقیب به بازار و گسترش آنها را با مشکل مواجه می‌کند. این پرونده‌ها نشان می‌دهند که هرگاه پلتفرم‌های بزرگ‌تر، توفایی جذب فعالان طرف دیگر بازار (مانند توسعه‌دهندگان نرم‌افزار) را داشته باشند، کاربران خدمات آنها، از حق انتخاب‌های بیشتری برخوردار خواهند بود. بنابراین، رقبای بالقوه این پلتفرم‌ها برای رسیدن به سطح آنها و افزایش سهم خود در بازار باید به سختی تلاش کنند. نتیجه اینکه آثار شبکه‌ای می‌تواند موانع اقتصادی ورود به بازار را که قدرت بازار یک پلتفرم را به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهند تقویت کنند (Knapstad, 2023:21-22).

۵/۲. مبتنی بودن بر داده‌ها

بازارهای دیجیتال، از قبیل متاورس، اغلب بر داده‌ها مبتنی هستند و در موارد زیادی، داده‌ها به عاملی برای تقویت قدرت بازار تبدیل شده‌اند. شرکت‌های موفق در بازارهای دیجیتال مبتنی بر داده، از یک مزیت قلیل‌ملاحظه بهره‌مندند که به طور خاص از سرعت، تنوع و حجم کلان داده^{۱۹} ناشی می‌شود. اصطلاح کلان داده به طور جامع تعریف نشده اما اصولاً منظور از آن مقادیر بالا از انواع مختلف داده است که با سرعت زیاد از منابع متعدد، تولید می‌شود و کنترل و تحلیل آن مستلزم پردازشگرها و الگوریتم‌های جدید و قوی‌تر است. امروزه، فناوری‌های کلان داده، برای اهداف متنوعی به کار می‌روند، به ویژه برای بهینه کردن فرایندهای کسب و کار، افزایش سوددهی از طریق کاهش هزینه و نیل به مشتری محوری. به مدد کلان داده‌ها، کشف گرایش‌ها و ظرفیت‌های جدید بازار امکان‌پذیر است (OECD, 2022:3-4). برخی نویسندگان، به درستی، توفایی بنگاه‌ها در جمع‌آوری و

¹⁹ Big Data

¹⁷ CASE AT.39740Google Search (Shopping)

¹⁸ AT.40099 – Google Android

جدید تبدیل شود که کنترل‌گران از آن برای محدود کردن رقابت و نوآوری حاصل از رقابت استفاده می‌کنند. ساختار قدرت متاورس به وسیله تصمیمات راجع به دسترسی به اطلاعات دیجیتال گردآوری و احتکار شده و همچنین داده‌های جدید زیست‌شناختی شکل خواهد گرفت (Wheeler, 2022:15). به علاوه، پلتفرم‌های مسلط، با هدف دسترسی به داده‌های بیشتر، فعالیت خود را به کسب و کارهای مرتبط دیگر گسترش داده‌اند. برای نمونه، گوگل، سیستم عامل اندروید خود را به طور مجانی در اختیار سازندگان تلفن همراه قرار می‌دهد و از این طریق می‌تواند داده‌های کاربران را جمع‌آوری کند. همچنین، گوگل خدمات بسیار زیاد دیگری را از جمله، اشتراک ویدئو، مقایسه قیمت‌ها، رایانش ابری و خدمات پرداخت برخط ارائه می‌دهد که این خدمات، داده‌های بیشتری را از مصرف‌کنندگان برای این شرکت فراهم می‌کند و از یک سو کیفیت خدمات موتور جستجوی آن و از سوی دیگر، ارزش داده‌هایی را که گوگل به تبلیغ‌کنندگان می‌فروشد تا بتوانند تبلیغات هدفمند بهتری را انجام دهند افزایش داده است. این واقعیت، گوگل را هم برای کاربران و هم تبلیغ‌کنندگان جذاب می‌کند و درآمدهای تبلیغاتی آن را افزایش می‌دهد. در سال ۲۰۱۸، گوگل و فیسبوک شرکت‌های مسلط تبلیغات دیجیتال بوده‌اند و سهم مرکب ۵۸ درصد از بازار ۱۱۱ میلیارد دلاری آمریکا را در اختیار داشته‌اند (UNCTAD, 2019:4).

۵/۳. مزیت مقیاس (صرفه به مقیاس)^{۲۰}

منظور از مزیت مقیاس این است که افزایش حجم تولید، به دلیل هزینه‌های ثابت، به کاهش هزینه تولید هر واحد می‌انجامد (Autorité de la concurrence, CNIL, 2023:fn.11). توضیح اینکه کالاهای خدمات دیجیتال، به طور نوعی، با صرف یک هزینه ثابت قلیل ملاحظه ولی بدون هزینه متغیر یا با هزینه متغیر اندک تولید می‌شوند. به بیان دیگر، هزینه تولید نسبت به تعداد مشتریان بسیار کم است. بنابراین بنگاه‌های دیجیتال، پس از تثبیت، می‌توانند از طریق گسترش فعالیت‌های خود به کاربران جدید با حداقل هزینه، به سرعت رشد کنند (Petropoulos, 2020:5).

اگرچه این جنبه از بازارهای دیجیتال از قبیل متاورس، در همه بازارها وجود دارد (و کارخانه‌ها یا خرده‌فروشان بزرگ، نسبت به رقبای کوچک‌تر خود، کارآمدترند)، اما دنیای دیجیتال، بازده مقیاس را به حد اکثر می‌رساند و این امر می‌تواند مزیت رقابتی قابل ملاحظه‌ای را برای شرکت‌های مسلط در پی داشته باشد

پردازش کلان‌داده‌ها را یکی از مهم‌ترین نمودهای تحول در رقابت در سطح بازارهای دیجیتال دانسته‌اند (Rahbari, 2022:296).

از دیدگاه نظری، پلتفرم‌ها می‌توانند از طریق جمع‌آوری گسترده و پیچیده اطلاعات کاربران، به تمایل پرداخت هر کاربر برای کالا یا خدمت معینی پی ببرند و تبعیض در قیمت را نسبت به مشتریان اجرا کنند. پلتفرم‌های دیجیتال اطلاعات خصوصی را استخراج می‌کنند و به هر کاربر پیشنهادهای متفاوتی را بر مبنای محاسبات الگوریتم‌های پلتفرم عرضه می‌کنند. به علاوه، داده‌ها و الگوریتم‌ها این امکان را برای پلتفرم‌ها فراهم می‌کنند که به طور بالقوه، کارآمدی تولید را از طریق به حداقل رساندن هزینه‌های معاملاتی و جستجوی کاربر بهبود بخشند. داده‌ها و الگوریتم‌ها همچنین کیفیت خدمات و محصولات عرضه شده را که بر مبنای سلاقی مصرف کنندگان طراحی و شخصی‌سازی شده‌اند بالا می‌برند (Manganelli, Nicita, 2021:17). یادگیری ماشینی و هوش مصنوعی، ارزش داده‌ها را به طور چشمگیری برای بنگاه‌ها افزایش داده است. با جمع‌آوری، تحلیل و تجمیع مقادیر زیادی از داده‌ها، بنگاه‌ها می‌توانند کیفیت محصول را بهبود بخشند و فعالیت‌های خود را به حوزه‌های جدید توسعه دهند. از آنجا که یادگیری ماشینی در صورت اجرا بر روی مجموعه‌های بزرگ‌تر داده، بینش‌های بهتری را در خصوص کسب و کار ارائه می‌دهد، بنگاه‌هایی که به مقادیر بالای داده دسترسی دارند می‌توانند کیفیت خدمات خود را به طریقی افزایش دهند که از توان بنگاه‌هایی که به داده‌ها دسترسی محدود دارند خارج است (Petropoulos, 2020:3).

پس از تصاحب اطلاعات شخصی، شرکت‌ها تلاش می‌کنند تا از دسترسی بنگاه‌های دیگر به آنها جلوگیری کنند. احتکار داده‌ها، از طریق توزیع نابرابر آن، به عنوان یک دارایی حیاتی برای رقابت، مانع رقابت خواهد شد. پلتفرم‌های بزرگ، بدین سبب بر بازار دیجیتال مسلط هستند که اطلاعات دیجیتال را که تبلیغات بر آن مبتنی است کنترل و دیگران را از دسترسی به آن محروم می‌کنند. همان‌طور که رییس کمیسیون تجارت فدرال آمریکا اظهار داشته است: کنترل داده‌ها، بنگاه‌های مسلط را قادر ساخته است بازارها را تسخیر کنند و موانعی را برای ورود ایجاد کنند. عملکرد متاورس، حجم اطلاعات خصوصی جمع‌آوری شده جهت تأمین الگوریتم‌های وابسته به داده را گسترش خواهد داد. بنابراین چنین وابستگی فزاینده‌ای می‌تواند به یک ابزار

²⁰ Economies of Scale

بهترین محصول یا خدمت را به وجود آورد که به نوبه خود می تواند مشتریان را به سبب بازدهی فزاینده مقیاس جذب کند. در چنین اوضاع و احوالی، بنگاه نه تنها یک پایگاه گسترده تر مشتریان به دست می آورد و به ازای هر مشتری، از هزینه میانگین پایین تری بهره مند می شود، بلکه محصول یا خدمت بهتری را به مشتریان عرضه می کند (Kuo, 2022:12).

مزیت مقیاس با مزیت ناشی از دامنه فعالیت^{۲۵} همراه است که نتیجه تولدایی شرکت های دیجیتال بر فعالیت در بازارهای مجاور بازار اصلی آنها است و از طریق استفاده از داده های مشتریان، برندسازی و ارتباط با تأمین کنندگان انجام می شود (Dasgupta, Williams: 2020:7). در پلتفرم های دیجیتال، این نوع مزیت، عمدتاً از قابلیت بالای داده پردازی و به طور دقیق تر، از قابلیت عرضه محصولات متنوع از طریق یک پلتفرم ناشی می شود (ICC, 2023:9). بنابراین، مزیت ناشی از دامنه فعالیت، به عنوان مانعی برای ورود بنگاه های جدید به بازار متاورس محسوب می شود؛ زیرا از یک سو، رقابت با یک پلتفرم با موقعیت تثبیت شده که از یک پایگاه کاربران مطمئن و مجموعه عظیم داده جهت تأمین یک تجربه خدمت مناسب برای مصرف کنندگان برخوردار است کار ساده ای نیست و از سوی دیگر، ایجاد یک پلتفرم جدید برای رقابت با بنگاه مسلط یا ورود به چندین بازار محصول از نظر اقتصادی و فنی برای یک بنگاه تازه وارد غیرممکن است (Kuo, 2022:19).

۵.۴. دوطرفه یا چند طرفه بودن^{۲۶}

در بسیاری از بازارهای دیجیتال، مانند متاورس، پلتفرم های دوطرفه یا چند طرفه اغلب فعالان اصلی هستند (OECD, 2022:4). این پلتفرم های دیجیتال، به دو طرف بازار، یعنی مصرف کنندگان و تأمین کنندگان کسب و کار که جهت مبادله محصولات یا خدمات گرد هم آمده اند، خدمت می رسانند و گاه از آنها بهره برداری می کنند (APEC Competition Policy and Law Group, 2022:7). مدل اصلی کسب و کار پلتفرم ها عبارت است از تسهیل تعامل بین گروه های مختلف کاربران (خریداران و فروشندگان یا مشتریان و تبلیغ کنندگان بالقوه). بنابراین، گفته می شود پلتفرم ها در بازارهای چندطرفه فعالیت می کنند که در آنها هر گروه از کاربران یک طرف بازار

(Crémer et al, 2019:2) و موانع جدی را برای ورود رقبای بالقوه ایجاد کند (WTO, 2023:3). در بازارهایی که از مزیت مقیاس بالایی برخوردارند، بزرگ ترین بنگاه مزیت چشمگیری نسبت به رقبایی دارد که هنوز به سطح تولید بنگاه مذکور دست نیافته اند. دیوان اروپا، در پرونده یونایتد برنزد^{۲۱} مزیت مقیاسی را که رقبای تازه وارد نمی توانند از آن بهره ببرند، به عنوان مانع بالقوه ای برای ورود به بازار تلقی کرد. در بازارهای دیجیتال، آثار شبکه ای و داده ها، مزیت های مقیاس حداکثری را ایجاد می کنند. در پرونده گوگل شاپینگ اعلام شد که مزیت مقیاس از طریق افزایش تعداد درخواست های جستجو در موتور جستجو به وجود می آید و شناسایی نتایج مرتبط تر و تشخیص سریع تر الگوهای رفتاری کاربر را در خصوص درخواست های متداول و غیرمتداول ممکن می کند.^{۲۲} در نتیجه، وابستگی به داده های حاصل از به کارگیری پلتفرم جهت بهبود کیفیت خدمت ارائه شده، مقیاس حداکثری را ایجاد می کند که موانعی را برای ورود به بازار به وجود می آورد (Knapstad, 2023:21). صرفه به مقیاس در تصمیم شورای رقابت ایران راجع به شکایت از شرکت های تپسی و اسنپ به دلیل قیمت گذاری تهاجمی مورد توجه قرار گرفته و موجب رد شکایت مزبور شده است.^{۲۳}

اصطلاح دیگری که در این زمینه به کار می رود، حداکثر بازده به مقیاس^{۲۴} است، به طوری که گفته می شود شرکت های مسلط بر بازارهای دیجیتال، به طور معمول از حداکثر بازده به مقیاس منتفع می شوند (Kuo, 2022:12). منظور از بازده به مقیاس این است که هزینه تولید خدمات دیجیتال، در مقایسه با تعداد مشتریانی که خدمت دریافت می کنند بسیار پایین است (Crémer et al, 2019:2). علیرغم بالا بودن نسبی هزینه تأسیس پلتفرم، هزینه های متغیر ارائه خدمت یا تهیه کالا پایین هستند. به زبان ساده، هنگامی که پلتفرم خدمتی را بنا می نهد یا اطلاعاتی را ارائه می کند، خدمت یا اطلاعات مذکور، مانند نقشه های گوگل، با هزینه بسیار اندکی به افراد بیشتری ارائه می شود. اگر پلتفرم ها یک پایگاه مشتریان مطمئن در اختیار داشته باشند، خدماتی که ارائه می دهند هزینه کلی آنها را افزایش نخواهد داد زیرا صرفاً به هزینه های ثابتی جهت ارائه اطلاعات و هزینه اندکی برای ارائه خدمت به کاربران جدید نیاز دارند. به علاوه، بنگاه می تواند در زمینه هزینه های ثابت سرمایه گذاری و

²³ <https://www.nicc.gov.ir/council/decisions-council/687-306-1396-06-13.html>

²⁴ Extreme Returns to Scale

²⁵ Economies of Scope

²⁶ Two-sided or Multi-sided

²¹ C-27/76 United Brands v Commission EU:C:1978:22, para. 122.

²² Google and Alphabet v Commission (Google Shopping) EU:T:2021:76.3., paras 287–290.

توسط پلتفرم یا تجمیع کننده مورد درآمدزایی قرار می‌گیرند بدین صورت که یا آنها را منتقل می‌کند یا برای معرفی عرضه مخاطبان هدفمند به تبلیغ کنندگان آنها را مورد استفاده قرار می‌دهد. در سوی عرضه، پلتفرم یا تجمیع کننده، اطلاعات زیادی را در مورد کسب و کارهایی که از خدمتش استفاده می‌کنند و همچنین تراکنش‌های آنها به دست می‌آورد که اغلب موجب می‌شود این پلتفرم‌ها یا تجمیع کنندگان متهم شوند داده‌ها را به نفع خود یا برای مقدم کردن محصولات و خدمات خود نسبت به اشخاص ثالثی که از خدمات آنها استفاده می‌کنند به کار می‌گیرند. پلتفرم‌ها پس از مسلط شدن بر بازار، از تأثیر شبکه‌ای قوی‌تری در دو سوی بازار برخوردار می‌شوند که آنها را قادر می‌سازد به انحصارگرانی در عرصه جستجو یا تجارت الکترونیک تبدیل شوند (APEC Competition Policy and Law Group, 2022:13).

۵/۵. زیست‌بوم‌های دیجیتال^{۲۸}

رقابت در اقتصاد دیجیتال به طور فزاینده‌ای رقابت بین زیست‌بوم‌ها است.^{۲۹} در قلمرو دیجیتال، زیست‌بوم در دو مفهوم مجزا به کار می‌رود: الف) زیست‌بوم‌های چند محصولی که عبارت است از کالاها یا خدمات مکمل تشکیل دهنده یک بسته که مصرف کننده نهایی می‌تواند آن را مصرف کند؛ ب) زیست‌بوم‌های چندطرفه که مشتمل است بر گروهی از فعالان مستقل که از طریق محصولات مکمل خاص برای تهیه یک محصول یا خدمت یا بسته‌ای از محصولات و خدمات که به طور جمعی تولید شده است همکاری می‌کنند (Salan, 2022:9). در این مفهوم، زیست‌بوم‌های دیجیتال، تعامل کارآمد بین تولیدکنندگان، تأمین کنندگان محتوا، توسعه‌دهندگان، مصرف کنندگان و کاربران دیگر را ممکن می‌کنند که به ارزش آفرینی از تجارت (برخط یا حتی برون خط) منجر می‌شود. زیست‌بوم‌های دیجیتال، برای نمونه، تولید، توزیع، بازاریابی، فروش یا تحویل محصولات یا خدمات را از طریق ابزار الکترونیکی، فروش و حمل و نقل کالاها یا دیجیتال را از طریق وسایل سنتی و انتقال یا ذخیره اطلاعات به عنوان یک خدمت مستقل را امکان‌پذیر می‌کنند (Petropoulos, 2020:2).

در سال‌های اخیر، موفق‌ترین شرکت‌های دیجیتال مدل کسب و کار خود را در زمینه زیست‌بوم‌های بزرگ محصولات و خدمات مکمل، در کنار خدمات اصلی خود بنا نهاده‌اند. ادغام طیف گسترده‌ای از محصولات و خدمات می‌تواند به صرفه‌جویی

محسوب می‌شود (Murati, 2021:21). پلتفرم‌ها یک زیرساخت دیجیتال را برای خدمات متنوعی از قبیل مراکز داد و ستد (آمازون)، فروشگاه‌های برنامه کاربردی (اپل)، تارنماهای شبکه اجتماعی (فیسبوک) و موتورهای جستجو (گوگل) فراهم می‌کنند (UNCTAD, 2019:2).

در برخی منابع، یکی از انواع پلتفرم، تجمیع کننده نامیده شده است که واسطه رابطه بین کاربران و اشخاص ثالث است. تجمیع کنندگان اغلب توده عظیمی از کاربران را در اختیار دارند و دسترسی به آنها را به منظور کسب ارزش از اشخاص ثالث ارتقا می‌بخشند (APEC Competition Policy and Law Group, 2022:13). تجمیع کنندگان، همه انواع اطلاعات موجود (شامل محصولات و خدمات) را گردآوری و آنها را دسته‌بندی می‌کنند. موارد ذیل مثال‌هایی از تجمیع کنندگان هستند: google.com, facebook.com, twitter.com, amazon.com, Netflix, Uber, Airbnb. این تجمیع کنندگان مقادیر بزرگی از اطلاعات (از قبیل صفحات وب، رخ‌نمای^{۳۰} کاربران و اطلاعات محصولات، فیلم‌ها، رانندگان و آپارتمان‌ها) را برای کاربران خود جمع‌آوری می‌کنند تا به راحتی به آنها دسترسی پیدا کنند (Schrempel, 2021:1).

در بازارهای دیجیتال، یک طرف بازار می‌تواند ارزش افزوده‌ای را از رهگذر تعامل با طرف دیگر بازار کسب کند. این ارزش می‌تواند متقارن و بین دو طرف باشد (مثلا در مورد یک بازار خرید و فروش که هدف اصلی آن داد و ستد کالاها است)، به علاوه، ممکن است یک طرف ارزش بیشتری را از تعامل با طرف دیگر به دست آورد (مثلا در یک تجمیع کننده که کاربران اهمیت بالاتری را برای محتوای پلتفرم قائلند و تبلیغ کنندگان به تعامل با کاربران اهمیت بیشتری می‌دهند). وقتی حضور یک طرف بازار در پلتفرم برای طرف دیگر بسیار ارزشمند باشد، پلتفرم ممکن است تصمیم بگیرد به آن طرف یارانه بدهد. در پلتفرم‌های تجمیع کننده، تبلیغ منبع اصلی درآمد کسب و کار است. از آنجا که تبلیغ کنندگان توسط کاربران مصرف کننده پلتفرم جذب می‌شوند، پلتفرم‌ها به منظور جذب آنها غالباً محتوا را به قیمت خیلی پایین یا حتی رایگان ارائه می‌دهند (Petropoulos, 2020:5).

در سوی تقاضا، مدل کسب و کار ممکن است پرداخت یا اشتراک را لازم بداند ولی در اغلب موارد، دسترسی در مقابل تسلیم برخی داده‌های شخصی، رایگان است. این داده‌ها متعاقباً

²⁹ <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm>

²⁷ Profile

²⁸ Digital Ecosystems

کارآمد منتهی شود که به طور بالقوه قیمت‌ها را کاهش می‌دهد. محصولات و خدمات مکمل همچنین می‌توانند از طریق مساعدت به طرف تقاضا که سهولت دسترسی به طیفی از خدمات مختلف را افزایش می‌دهد، تجربه کلی مصرف‌کننده را بهبود بخشند. با وجود این، ممکن است نگرانی‌های بالقوه رقابتی در مورد زیست‌بوم‌های دیجیتال وجود داشته باشد.^{۳۰} تأثیرات محتمل ضد رقابتی زیست‌بوم‌های دیجیتال شامل رد دسترسی به داده‌ها یا ممانعت از سازگاری برای اشخاص ثالث، می‌تواند برای رقابت مضر باشد. به علاوه، استفاده اهرمی راهبردی^{۳۱} در بازارهای پلتفرم چند طرفه می‌تواند آثار ضد رقابتی فوق را تشدید کند (OECD, 2021:5). استفاده اهرمی عبارت است از استفاده از قدرت در یک بازار به قصد تقویت موقعیت در بازار دیگر.^{۳۲} استفاده اهرمی هنگامی رخ می‌دهد که یک بنگاه از قدرت انحصاری خود در یک بازار برای گسترش دادن آن به یک بازار مجاور بهره می‌گیرد و در نتیجه، از طریق افزایش دادن قیمت‌ها یا محدود کردن تولید یا کیفیت، در بازار مجاور قدرت خود را اعمال می‌کند (Todd, 2019:488). قواعد حکمرانی نیز در زیست‌بوم‌ها اهمیت دارند. مجموعه قواعد عملکرد زیست‌بوم‌ها ممکن است برای رقابت مفید باشد از این جهت که تمامی قلمرو را برای کاربران مختلف امن و قابل اعتماد می‌کند. معذک، اگر مجموعه قواعد مذکور نامتناسب باشند یا اصولاً به طریقی به کار روند که رقبا را حذف یا تضعیف کنند ممکن است ضد رقابتی تلقی شوند (OECD, 2021:5).

نتیجه‌گیری

متاورس که به عنوان یکی از بازارهای دیجیتال شناخته می‌شود، از پلتفرم‌ها و زیست‌بوم‌های دیجیتال تشکیل شده است. این فضای جدید کسب و کار، در آغاز راه قرار دارد و گسترش و پویایی آن در گرو رقابت بین پلتفرم‌ها و زیست‌بوم‌های موجود و بنگاه‌های اقتصادی است که قصد ورود به آن را دارند. فقدان رقابت در بازار متاورس، که نیازمند پویایی و تلاش مداوم بنگاه‌ها است، انصراف آنها را از نوآوری و تولید محصولات و ارائه خدمات جدید و مطلوب‌تر در پی دارد که نتیجه آن، کاهش رفاه جامعه خواهد بود. در چنین فرضی، احتمال تمایل بنگاه‌های مسلط بر بازار به انحصارگرایی (به تعبیر حقوق آمریکا) یا سوءاستفاده از موقعیت مسلط اقتصادی خود (به تعبیر حقوق اتحادیه اروپایی و ایران) وجود خواهد داشت. به همین سبب، دخالت قانونگذار و

مراجع متولی رقابت به منظور ساماندهی رقابت و جلوگیری از بروز این رفتار ضد رقابتی یا اعمال ضمانت اجراهای متناسب ضروری است. انحصارگرایی یا سوءاستفاده از موقعیت مسلط اقتصادی در متاورس زمانی اتفاق می‌افتد که بنگاه از میزان قابل توجهی از قدرت بازار برخوردار باشد. پس احراز قدرت بازار نقش تعیین‌کننده‌ای در صدور حکم به ضد رقابتی بودن رفتار یکجانبه بنگاه اقتصادی دارد. بدیهی است که پیش از بررسی وجود یا فقدان قدرت بازار، لازم است بازار مرتبط تعریف شود که به دلیل جدید بودن متاورس، ارایه چنین تعریفی به راحتی تعریف بازار در فضای سنتی نخواهد بود. علاوه بر این، بازار دیجیتال متاورس ویژگی‌هایی دارد که قدرت بازار را تحت تأثیر قرار می‌دهند و مواعی برای ورود به بازار محسوب می‌شوند. آثار شبکه‌ای که پلتفرم‌های دیجیتال تشکیل‌دهنده متاورس از آن برخوردارند عامل مهمی در تقویت قدرت بازار آنها است. این آثار بیانگر افزایش ارزش یک طرف پلتفرم با افزایش کاربران همان بخش یا بخش مرتبط با آن است. ویژگی دیگر مؤثر بر قدرت بازار متاورس، مبتنی بودن این بازار بر مقادیر عظیمی از داده‌های کاربران است که توسط پلتفرم‌های مسلط جمع‌آوری می‌شود و تولید و عرضه کالاها و خدمات و حتی تعیین قیمت آنها را با توجه به سلیقه هر مشتری امکان‌پذیر می‌کند. صرفه به مقیاس و صرفه ناشی از قلمرو نیز در تقویت قدرت بازار بنگاه‌های مسلط بر متاورس نقش ایفا می‌کنند، زیرا پس از صرف هزینه ثابت تأسیس پلتفرم، می‌توانند با هزینه کمی محصولات خود را به مشتریان بیشتری عرضه کنند یا قلمرو فعالیت خود را به بازارهای مجاور محصول اصلی توسعه دهند. به دلیل دو یا چند طرفه بودن پلتفرم‌های حاضر در متاورس، مالکان آنها اطلاعات ارزشمندی را از شرکت‌کنندگان در هر طرف بازار به دست می‌آورند که منبع مهمی برای قدرت اقتصادی و کسب درآمد بیشتر محسوب می‌شوند. در نهایت، از آنجا که امکان تأسیس زیست‌بوم‌های دیجیتال در متاورس فراهم است که این زیست‌بوم‌ها می‌توانند مشتمل بر محصولات مکمل یا مجموعه‌های مختلفی از کاربران باشند، بنگاه‌هایی که مدل کسب و کار خود را بر مبنای زیست‌بوم‌های دیجیتال بنا نهند می‌توانند قدرت بازار خود را از طریق ممانعت از دسترسی رقبا به داده‌ها یا استفاده اهرمی از قدرت خود در یک بازار به قصد تقویت قدرت در بازار دیگر افزایش دهند. در کشور ما، دیر یا زود پرونده‌های ضد رقابتی

v³² https://digitalfreedomfund.org/wp-content/uploads/2020/05/5_DFF-Factsheet-Self-preferencing-and-EU-competition-law.pdf

³⁰ <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm>

³¹ Strategic Leverage

مرتبط با متاورس در شورای رقابت مطرح خواهد شد که به عنوان راهکار عملی، توصیه می‌شود ویژگی‌های مؤثر بر قدرت بازار متاورس که در این مقاله بررسی شد، هنگام استناد به بند ط ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مدنظر شورا قرار گیرد.

References

- [1] Abdi Pour I (2009), Abuse of Dominant Economic Position. Islamic Law Journal, Year 6, No. 21, 125-155.
- [2] Akefi Ghaziani, M. et al. (2022), Metaverse and Legal Challenges in Property Law. Modern Technologies Law, 3(6), 142-153.
- [3] APEC Competition Policy and Law Group (2022), Competition Law and Regulation in Digital Markets, APEC Secretariat.
- [4] AT.40099 – Google Android.
- [5] Autorité de la concurrence, CNIL (2023), Competition and personal data: a common ambition, available at: https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-12/competition_and_personal_data_a_common_ambition_joint_declaration_by_the_cnil_and_the_adlc.pdf (visited: 2/10/2024).
- [6] Bakhtiarvand, M, Mikaniki, B. (2020), Intellectual Property Rights in the Second-life Virtual World, Private Law, 17(1), 83-100.
- [7] Buchholz, F, Oppermann, L, Prinz, W (2022), There's more than one Metaverse, i-com 2022; 21(3): 313–323, <http://dx.doi.org/10.1515/icom-2022-0034>.
- [8] C-27/76 United Brands v Commission EU:C:1978:22.
- [9] Clifford Chance (2022), The Metaverse: What Are the Legal Challenges? available at: <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2022/02/the-Metaverse-what-are-the-legal-implications.pdf> (visited: 12/20/2023).
- [10] Congressional Research Service (2022), The Metaverse: Concepts and Issues for Congress, available at: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R47224.pdf> (visited: 11/11/2023).
- [11] Congressional Research Service (2023), Antitrust Reform and Big Tech Firms, available at: <file:///E:/competition/New/congressional%20research%20service,2023.pdf> (visited: 2/10/2024).
- [12] Council of the European Union (2022), Metaverse- Virtual Worlds, Real Challenges, available at: <https://www.consilium.europa.eu/media/54987/Metaverse-paper-9-march-2022.pdf> (visited: 2/9/2024).
- [13] Crauthers, R.S. (2022), Antitrust: into the Metaverse, available at: <https://www.wsgr.com/en/insights/antitrust-into-the-Metaverse.html> (visited: 2/9/2024).
- [14] Crémer, J., , Montjoye, Y., Schweitzer, H., Competition policy for the digital era, Publications Office, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>.
- [15] Darabpour, M. R. (2023). Metaverse; Nature and Legal Challenges (Governance, Persons and Property). Modern Technologies Law, 4(7), 65-81.
- [16] Dasgupta, K, Williams, M (2020), The New Economics and Regulation of Digital Platforms: Lessons from the Old World of Regulation? ITS Online Event, available at: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/224850/1/Dasgupta-Williams.pdf> (visited: 10/13/2023).
- [17] Delevaux, R (2022), Regulating the Metaverse: issues and regulatory strategies, available at: <https://www.iicom.org/wp-content/uploads/Rodman-Delevaux.pdf> (visited: 10/3/2023).
- [18] European Commission (2021), Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209%2801%29> (visited: 2/10/2024).
- [19] Google and Alphabet v Commission (Google Shopping) EU:T:2021:76.3.
- [20] Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, Case C-85/76, 1979 E.C.R. 461.

- [21] https://digitalfreedomfund.org/wp-content/uploads/2020/05/5_DFF-Factsheet-Self-preferencing-and-EU-competition-law.pdf (VISITED:2/11/2024).
- [22] <https://techinsights.linklaters.com/post/102htcb/Metaverse-series-3-looking-at-Metaverses-with-antitrust-3d-glasses> (visited: 12/5/2023).
- [23] <https://www.fortunebusinessinsights.com/Metaverse-> (visited: 12/5/2023).
- [24] <https://www.fortunebusinessinsights.com/Metaverse-market-106574> (2/10/2024).
- [25] <https://www.merriam-webster.com/dictionary/Metaverse> (12/12/2023).
- [26] <https://www.nicc.gov.ir/council/decisions-council/687-306-1396-06-13.html> (visited: 10/20/2023).
- [27] <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm> (visited: 1/20/2024).
- [28] https://www.oed.com/dictionary/Metaverse_n?tl=true (visited: 11/2/2023).
- [29] ICC (2023), Digital Economy and Competition: Digital Platforms' Main Aspects under Competition Perspective, available at: <https://www.iccbrasil.org/wp-content/uploads/2022/07/WORKING-PAPER-Digital-Economy-and-Competition-1-1.pdf> (visited: 2/11/2024).
- [30] ITU (2023), Policy and regulation opportunities and challenges in the Metaverse, ITU, available at: <https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/mv/Documents/List%20of%20FG-MV%20deliverables/FGMV-07.pdf> (visited: 1/5/2024).
- [31] Kadkhodaei et al. (2023), "Competition Law on Digital Platforms; The Need to Revise Traditional Regulations", The Quarterly Journal of Public Law Research, 25(79), 7-40.
- [32] Knapstad, T (2023), Digital dominance: assessing market definition and market power for online platforms under Article 102 TFEU, European Competition Law Journal, <https://doi.org/10.1080/17441056.2023.2280334>.
- [33] Kuo, H (2023), Competition in EU Digital Markets, Master Thesis, European Business Law.
- [34] Landes, W.M, Posner, R.A. (1980), Market Power in Antitrust Cases, Harvard Law Review, 94(5): 937-996.
- [35] Latifzadeh, M, Ghabooli Dorafshan. S.M.M. (2023-a), Introducing Digital Identity in Metaverse, Identifying Related Legal Challenges and Solutions, Private Law Studies Quarterly, 53, 2: 349 – 372.
- [36] Latifzadeh, M., & Qabuli Dorafshan, S.M.M. (2023-b) Research on the legal issues of Metaverse with emphasis on how to protect children. Modern Technologies Law, 4(8), 165-182.
- [37] Manganello, A, Nicita, A (2021), Regulating digital platforms: The road ahead, Competition Law Review, 2-2021: 15-21.
- [38] Moradi Berelian (2022), An Introduction to Consequences and Legal Challenges of Metaverse, Legal Research Quarterly, 25, 363-391.
- [39] Murati, E (2021), What are digital platforms? An overview of definitions, typologies, economics and legal challenges arising from the platform economy in EU, EJPLT, 2021/1: 19-55.
- [40] Nachbar, T.B (2023), Qualitative Market Definition, Virginia Law Review, 109: 373-426.
- [41] Newman, J.M (2020), Antitrust in Attention Markets: Definition, Power, Harm, University of Miami Legal Studies Research Paper No. 3745839, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3745839> (visited: 2/10/2024).
- [42] OECD (2020), Abuse of Dominance in Digital Markets – Contribution from Mexico, available at: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2020\)35/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2020)35/en/pdf) (visited: 2/7/2024).
- [43] OFcom (2023), Future technology and media literacy: The Metaverse, available at: https://www.ofcom.org.uk/data/assets/pdf_file/0024/263427/Future-technology-and-media-literacy.pdf (visited: 2/9/2024).
- [44] Park, S.M, Kim Y.G. (2023), A Metaverse: Taxonomy, Components, Applications, and Open Challenges, IEEE Access, vol. 10:4209-4251, 2022, 10.1109/ACCESS.2021.3140175.
- [45] Petropoulos, G (2020), Competition Economics of Digital Ecosystems, available at: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)91/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)91/en/pdf) (visited: 10/20/2023).
- [46] Rahbari, I (2022), An Analysis of Legal Challenges of Big Data, Legal Research Quarterly, 98,295-319.
- [47] Sadeghi Moghaddam, M.H, Ghafari Farsani, B. (2000), The Spirit of Competition Law (Comparative Study of the Goals of Competition Law), Legal Journal of Judiciary, n.73, 113-146.

- [48] Salan, M (2022), Market Power Analysis in the Digital Era: The Case of Digital Multi-Product Ecosystems , Master's Thesis Law and Technology LL.M, Tilburg Institute for Law, Technology and Society.
- [49] Schoßbel, S.; Leimeister, J. M. (2023). Metaverse Platform Ecosystems, Electronic Markets (Electron Markets), 33(1),1-12, <https://doi.org/10.1007/s12525-023-00623-w>.
- [50] Schrepel, T (2021), Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law, Journal of European Competition Law & Practice, 12, 1: 1-3.
- [51] Todd, P.F (2019), Digital Platforms and the Leverage Problem, Neb. L. Rev, 98/2: 486-541.
- [52] U.S Government Publishing Office (2022), Investigation of Competition in Digital Markets, available at: <https://www.congress.gov/117/cprt/HPRT47833/CPRT-117HPRT47833.pdf> (visited: 2/10/2024).
- [53] UNCTAD (2019), Competition issues in the digital economy, available at: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd54_en.pdf (visited: 12/9/2023).
- [54] Wheelerm T (2022), Who Will Make the Rules for the Metaverse? ,M-RCBG Associate Working Paper Series | No. 195, Available at: https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/195_AWP_final.pdf (visited: 11/6/2023).
- [55] WTO (2023), Promoting Competition for E-Commerce, available at: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/GC/W902R1.pdf&Open=True> (visited: 12/5/2023).



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 140-166

Analysis of Public-Private Partnership Models in the Production of Electric Energy in Water Transmission Lines (Conflicts Resolving by Game Theory Approach)

A.R. Ghadimi¹, M. Salimifar^{2*}, A. A. Naji Meidani^{3*}, S. Malek Sadati⁴

1- Ph. D. Candidate of Economics, Department of Economics, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

2- Professor, Department of Economics, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

3- Associate Professor, Department of Economics, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

4- Assistant Professor, Department of Economics, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad Iran

(*- Corresponding Authors Email: mostafa@mail.um.ac.ir and naji@mail.um.ac.ir)

Received: 30 June 2024

Revised: 22 August 2024

Accepted: 7 September 2024

Available Online: 7 September 2024

How to cite this article:

Ghadimi, A. R.; Salimifar, M.; Naji Meidani, A. A. & Malek Sadati, S. (2024). Analysis of Public-Private Partnership Models in the Production of Electric Energy in Water Transmission Lines (Conflict Resolving by Game Theory Approach). *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 140-166.
(in Persian with English abstract)
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.88220.1372>

1- INTRODUCTION

The use of electric energy technology, as one of the renewable energies historically existed before the exploitation of fossil fuels and in recent years has provided more than 20% of the world's electricity. The development of the electricity industry has been explicitly emphasized in the sixth development Plan of the country and the Ministry of Energy has been given a mission to increase the power generation capacity up to twenty five thousand MW during the implementation of the Plan through the investment of the non-governmental sector and common methods of investment, including BOO and BOT and the guaranteed purchase of electricity will be based on the rate determined by the Iran's Economic Council. Among the types of renewable energy included in the laws, is the use of electric energy potential on water and wastewater transmission pipelines and the side facilities of dams (at the dam's outtakes and transmission lines) in the form of small electric power plants (with a capacity of 10 MW and less). Based on this, executive bodies in the field of water supply and water and wastewater treatment, including regional water companies and water and wastewater companies (in the role of investees), using the mechanism of public and private sector participation in the aforementioned contractual methods, will entrust the implementation of these plans to the private sector investor.

2- PURPOSE

The conventional method of selecting an investor is to auction a percentage of the income earned by the investor. Since these projects are not among the projects whose implementation is usually in the set of duties of the executive body, usually the basic studies to determine the production capacity and other technical aspects of the projects are not carried out by these bodies with the accuracy and level of other. The importance of this point is determined when the selected private party has the ability to generate more energy from a project and, as a



result, more income than what is stated in the auction documents. From the point of view of the government, in the absence of detailed technical and specialized studies regarding the estimation of project dimensions, the amount of energy production, and the risks associated with energy production in the long term, there is a possibility that the estimated amount of energy production is lower or higher than the actual amount. The result of this is the emergence of contractual disputes and the violation of long-term contract terms between the public and private sectors. For this purpose, the government side (investee) has two options: a) preparing a technical plan before handing over the plan to the investor and b) conducting annual inspections, reviewing the investor's financial documents and processing the financial model in the years of commercial operation period. The result of such a mechanism is creating costs for each of the parties to the contract (government and private parties). For the government side, paying for the hiring of a consulting engineer to conduct basic design studies and preparing a technical plan, or paying for the hiring of a consulting engineer for annual inspections and annual audits, and in case of proof of violation, fines should be predicted and imposed on the private party in the contract. Therefore, the current research intends to use the Game Theory approach in reaching the optimal point and restoring the contract conditions to the initial state in this two-way relationship.

3- METHODOLOGY

The tool used to reduce risks caused by information asymmetry is game theory. Game theory tries to model the behavior governing a strategic situation (conflict of interest). This situation is formed when a person's success depends on the strategies that others choose. The ultimate goal of this knowledge is to find the optimal strategy for the players. The contract concluded between the government and the private party for the use of the electric energy potential of the water transmission facilities belonging to the government, by the private party, is long-term. The financial model used in this contract is a model for determining the financial indicators of the project based on calculation assumptions and by examining the income and costs of the project during the period of construction and operation. In the preparation of financial models in this financing method, the purpose of determining financial indicators by considering assumptions including: 1) Energy sales price announced by the Ministry of Energy; 2) (the length of the exploitation period; 3) (the adjustment rate of initial investment costs during the construction period, the adjustment rate of operation and maintenance costs and project revenues during the operation period and 4) The volume of energy production.

Based on this, the financial indicators of the plan, including the IRR of the project, are calculated by applying the above assumptions and in a certain operating period. This rate is compared with common investment rates and the investor's expected IRR, and based on that, comments are made regarding the justification or unjustification of the project.

The model used in this study is as follows:

$$\pi = (P_i) \times \sum_{r, k=1}^n Q_i \frac{(1+k)^n}{(1+r)^n} - \left(\sum_{r, j=1}^{n, m} C1_m \frac{(1+j)^m}{(1+r)^n} + \sum_{r, l=1}^n C2_n \frac{(1+l)^n}{(1+r)^n} \right) \quad (3)$$

where in:

π : Project profit

P_i : Guaranteed price of product purchase by government

Q_i : Product volume (electricity produced due to the potential of water transmission lines in kWh)

$C1_m$: Capital costs

$C2_n$: operation and maintenance costs

r : Discount rate r

k : Inflation rate of incomes during the operation period

j : The adjustment rate of construction period costs

l : Inflation rate of operating costs during the construction period

n : Length of construction and operation period

m: The length of the construction period is

If the parties of the public-private partnership contract, during the period of commercial operation of the project, comply with the provisions of the contract without any problems and issues, and the contract is formulated and continues in accordance with all the facts, requirements and technical, contractual and legal risks, the profit equation of the parties will be as follows:

• **Private party profit function (Prvt)**

If P is the price of the product (here, each kWh of energy produced in the project), the investor (the private party) will be the winner of the auction, who is willing to give a larger share of this number to the public party (b) (assuming the same amount of energy production for all investors of the company competitor). This share is defined as a percentage of gross income. Considering that the amount of the product is given, this percentage of the gross income can be a percentage of the price. Therefore, his profit function will be:

$$\pi_{Prvt} = \sum_{i=1}^n (P_i - b_i) Q_i - C_i \quad (2)$$

π_{Prvt} : Private Party Profit

P_i : Guaranteed price of product

b : The level that the private party offers to the public party or so called BID. $0 < b < P$

Q_i : product volume

C_i : Costs

n : Length of construction and operation period

• **Government party profit function (Gov)**

According to the above equation, if b is a part of the price of the product (here, each kWh of energy produced) that the private party is willing to pay to the government party, the profit function of the government party will be as follows:

$$\pi_{Gov} = \sum_{i=1}^n (b_i) Q_i \quad i = 1, 2, \dots, n \quad n=20 \quad (3)$$

π_{Gov} : Government side interest

b_i : The level that the private party offers to the public party or so called BID. $0 < b < P$

Q_i : product amount

If the government party wants to carry out complete studies in the initial definition and design phase of the project and based on that choose the private party and assign the partnership contract to him, he must bear the cost of conducting the studies (C_{Pe}). Considering that the use of the mentioned potential is not one of the inherent duties of the government party (here water and wastewater companies), it usually does not bear such a cost. The private party as the person entered into this contract, considering the nature of the investment, is highly sensitive to the return of the principal and profit of his capital during the 20-year commercial operation period (based on the partnership agreement between the public sector and the private sector), and enters into the contract negotiations and investor selection, with a more detailed level of information about the project. As a result, information asymmetry is likely to occur. The result of this information asymmetry can be showing a lower production level (d) than the actual production amount (Q). Of course, the probability of such a phenomenon is not 100% (∂). In other words, in conditions of information asymmetry:

d = The amount of concealment of production from the private side. $0 < d < Q$

With the possibility of information asymmetry, the government party can carry out periodical inspections during the period of commercial operation to test the accuracy of the information received from the private party. These inspections have a cost for the government party (C_{Aud}), but in case of discovery of cases caused by the provision of false information by the private party, it can compensate for part or all of it by receiving fines.

The assumption of concealment in the presentation of the actual production amount (Q) means that the private party cheats in providing information and does not report the production to the government as much as (d_i) or declares that the total production (Q_i) is as much as (d_i) has been less. In this situation, the profit functions of the private party and the government party will be as follows, respectively:

$$\pi_{Prvt} = \sum_{i=1}^n (P_i - b_i) Q_i - C_i + P_i d_i \partial_i \quad C' > 0 \quad C'' > 0 \quad (4)$$

$$\pi_{Gov} = \sum_{i=1}^n (b_i)(Q_i - d_i) \partial_i \quad (5)$$

In the tree diagram below, the different game modes between the government side and the private side are specified. The profit functions in case of the behavior of each of the parties are modeled below.

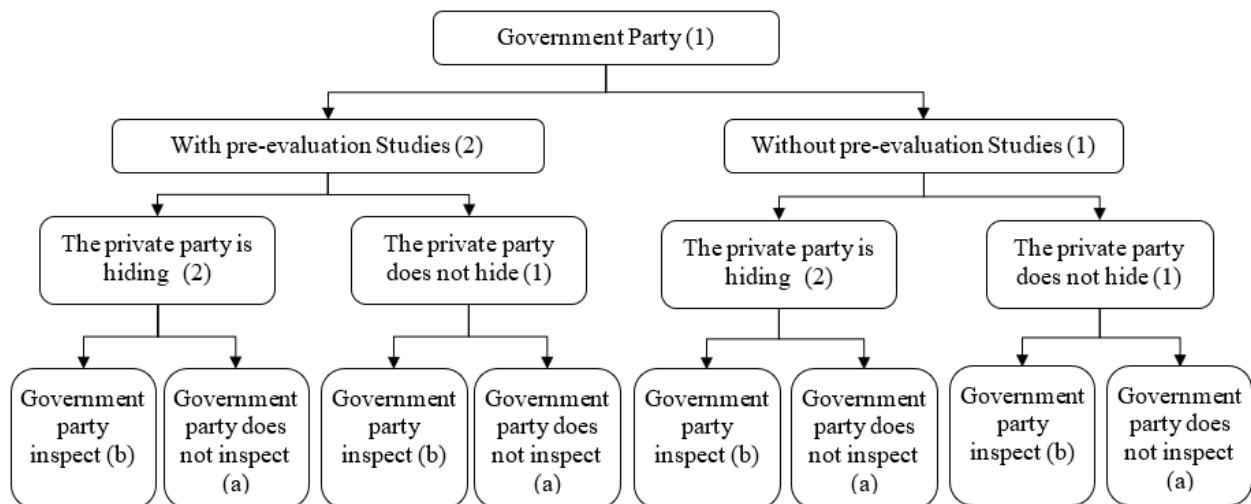


Figure 1. Game theory tree diagram

• Technical studies and design (pre-evaluation)

C_{pe} is the cost of pre-evaluation studies, which is usually estimated as a percentage of the capital cost. The important point is that, this cost is not paid due to the uncertainty of the government in attracting the participation of the private sector to implement the investment project in using the potential of electric energy in water transmission pipelines, or it is severely lower than the indicated percentages. The result of which is the lack of reliable information to enter into negotiations with the private sector.

The more the public party spends on pre-assessment studies, the less successful the private party is in concealment. (k) can be considered as the private party's success rate in concealment, which will be between zero and one.

$$0 \leq k \leq 1$$

The profit function of the government party is as follows:

$$\pi_{Gov} = \sum_{i=1}^n (b_i)(Q_i - kd_i)\partial_i - C_{pe} \quad (6)$$

If $k=0$, that means the private party could not be successful in concealment, in this case a fine should be considered for him, which can bring him to the same receipt before concealment.

Regarding the profit function of the private party:

$$\text{if } C_{pe} = 0 \quad \Rightarrow \quad K = 1$$

In this case, the private party completely succeeds in hiding the amount of d.

$$\pi_{Prvt} = \sum_{i=1}^n (P_i - b_i)Q_i - C_i + P_i kd_i \partial_i \quad C' > 0 \quad C'' > 0 \quad (7)$$

But if the government party pays the pre-assessment costs effectively and completely, the private party loses its chance to hide 100%. On the other hand, the government will face less income .

In the profit equation of the private sector (number 7), if (k) is the success factor of the private party equal to zero, the third term is practically equal to zero and the equation will be similar to equation number 2.

• Post-contract inspection

When the government party has not done the pre-assessment studies, we will return to the relations number 4 and 5. In this case, the government party pays the inspection fee (C_{Aud}), which should logically be a value between zero and (bQ). The pre-assessment fee was preventive in nature. That is, as C_{pe} increases, the probability of success of the private party in concealment, i.e. (k), decreases. Therefore, (k) had an inverse relationship with C_{pe} . But here the cost of C_{Aud} is related to the next stage of concealment. It is natural that the higher this cost, the higher the probability of discovering the secret that we represent with δ .

$$\delta = \frac{C_{Aud}}{b_i Q_i} \quad (8)$$

In this case, the profit functions of the parties will be as follows:

$$\pi_{Prvt} = \sum_{i=1}^n (P_i - b_i)Q_i - C_i + (1 - \delta)P_i d_i \quad (9)$$

$$\pi_{Gov} = \sum_{i=1}^n (b_i)(Q_i - d_i) + \delta(b_i d_i) - C_{Aud_i} \quad (10)$$

Now if:

$$\text{if } C_{Aud} = 0 \Rightarrow \delta = 0$$

This means that no inspection is done during the operation period and as a result no concealment is found. In this case, the profit function of the private party will be the same as function number 4 and the profit function of the government party will be the same as function number 5. But if:

$$\text{if } C_{Aud} = bQ \Rightarrow \delta = 1$$

Concealment of the private party is recognized when providing false information. The minimum penalty for the private party in this case, is that the government party considers the income that was predicted for the private party in the initial proposal and shares the excess income with him. However, in practice the government pays a fee between zero (0) and (bQ) to carry out the inspections.

$$\text{if } 0 < C_{Aud} < bQ \Rightarrow 0 < \delta < 1$$

In the above equations, the inspection fee should be entered in such a way that in case of violation by the private party, all the inspection fees will be borne by him, and otherwise (when $d_i=0$), the inspection fee will be paid by the government party. So we can write:

$$\pi_{Pvt} = \sum_{i=1}^n (P_i - b_i)Q_i - C_i - (1 - \delta)P_i d_i - \delta b_i Q_i \quad (11)$$

Since the:

$$\delta = \frac{C_{Aud}}{b_i Q_i}$$

If $C_{Aud} = \delta b_i Q_i$ we will have:

$$\pi_{Gov} = \sum_{i=1}^n (b_i)Q_i - [C_{Aud_i} - \delta b_i Q_i] \quad (12)$$

However, if the private party's fine is only equal to the public party's cost for the inspection, it may create the necessary incentive for the private party to repeat the failure to disclose correct information. Therefore, it is necessary to think of a mechanism so that in addition to paying the inspection fees, a fine is considered according to the amount of the private party's error. The important point is that determining the amount of the fine should be such that the net present value of the benefits of the private party, after receiving the fines, is at least equal to the amount seen in the project assignment documents.

4- FINDINGS

In this research, the conflicts of public-private partnership contracts in the use of electric energy production from water transmission lines were analyzed with the approach of game theory. Information asymmetry and as a result, accessing of one party of the contract to more and more accurate information, will lead to changes in the terms of the contract in the long run. Using game theory, different game modes were modeled and an attempt was made to rule the initial conditions of the contract on the outputs of the financial model. The results showed that the best game mode for the government side (the highest net present value for the government side) is when the study plan has no pre-evaluation, there is secrecy and there is periodic inspection (30,165 million Rials), which in this case, the IRR of the private party will be 13%. On the other hand, the best game mode for the private party (the highest net present value for the private party) is when the study plan has no pre-evaluation, there is secrecy and there is no periodic inspection (26,794 million Rials), which in this case the IRR of the project will be 17%. Finally, in the most logical case, i.e. when the plan has pre-evaluation studies, there is no concealment and therefore there is no need for periodic inspection, the IRR of the project will be 15% and the present value of the net benefit of the parties will be almost to each other.

5- CONCLUSION

1) Considering the growth of replacing small hydropower plants with pressure relief valves (flow control) to consume excess energy in the gravity lines of water transmission in the country, which can lead to the recovery of significant amounts of energy, the existence of precise contractual and calculation frameworks In which the role and influence of the parties to the contract are well explained, it becomes necessary .

2) Since the results of the research showed that the use of the model designed in the present study based on game theory is able to analyze different modes of public-private partnership models in the use of electric energy production from water transmission lines. It is suggested to the relevant officials and planners, especially the Ministry of Energy, to use the mentioned model in public-private partnership contracts.

3) In order to prevent the emergence of opportunistic behavior and to design more suitable mechanisms to deal with concealment by private sector investors, it is suggested to the government experts to examine the project implementation costs as closely as possible. Because the result of this research shows that assuming the existence of such concealment on the part of the private sector, the cost of verifying the information at the investor selection stage is justified.

4) In order to increase the accuracy of the proposals presented by the private sector investors in the investor selection processes, it is suggested that the government determine awards and give the best proposal. This award will increase the motivation of investors to examine the project more closely. Government experts can also include minimums for the desired items in the contract.

5) Due to the long duration of the project, it is better to set fixed time periods for negotiations between the parties during the project, so that any differences can be identified and resolved quickly and accurately. Also, in case of unexpected changes in the scope of the project or the price of the required goods and materials, an extraordinary meeting is held and necessary amendments are made.

6) The existence of such studies gives a warning to the private sector parties to put on the agenda the use of accurate and factual information in the proposal and implementation of the project.

7) Although there is always the possibility of renegotiation, the government should provide conditions that limit the hope of the investor to obtain more privileges. Continuous and accurate monitoring of the project and keeping in touch with other investors can make this possible.

Keywords: Public-Private Partnership, Information Asymmetry, Contractual Conflicts, Game Theory, Hydro-Electricity Energy, Water Transmission Lines

مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۱۶۶-۱۴۰

تحلیل مدل‌های مشارکت عمومی - خصوصی در تولید انرژی برقابی در خطوط انتقال آب

(حل تعارضات با رویکرد نظریه بازی‌ها)

علیرضا قدیمی^۱ , مصطفی سلیمی‌فر^۲ , علی‌اکبر ناجی میدانی^۳ , سعید ملک‌السادتی^۴ 

دریافت: ۱۴۰۳/۴/۱۰ پذیرش: ۱۴۰۳/۶/۱۷

چکیده

در این پژوهش به سه موضوع مجزا از هم به صورت یکجا پرداخته شده است و سعی شده است تا این سه موضوع در قالب یک مسئله مشترک مورد پژوهش قرار گیرد که عبارتند از: ۱) تولید انرژی تجدیدپذیر؛ ۲) مدل‌های مشارکت بخش عمومی - خصوصی و ۳) رویکرد تئوری بازیها. در میان منابع انرژی تجدیدشونده، استفاده از انرژی منابع آبی جهت راه‌اندازی نیروگاه‌های برقابی کوچک، اهمیت فراوانی دارد. کمبود توانایی دولت در اجرای صحیح، به موقع و با کیفیت پروژه‌های تولید انرژی، استفاده از الگوهای جدید مشارکت بخش خصوصی و دولتی را تأکید می‌کند. در مرور مطالعات، روش جامعی که بتواند نتایج مختلف بروز اختلافات در محیط قراردادهای مشارکت بخش عمومی - خصوصی را مدل‌سازی و تحلیل کند، یافت نشد. لذا تلاش شد تا مدل جامعی با تکنیک نظریه بازی‌ها (بازی متقارن) برای بررسی نتایج عدم تقارن اطلاعاتی و پنهان کاری طرف خصوصی در ارائه اطلاعات درآمدی صحیح و در نتیجه بروز تعارضات قراردادی، در این مدل‌ها ارائه شود. طرح نیروگاه برقابی بر روی خط انتقال آب از سد شیرین‌دره به بخونورد با استفاده از روش مشارکت بخش عمومی - خصوصی، به عنوان مطالعه موردی انتخاب شد. نتایج نشان داد که بهترین حالت بازی برای بخش دولتی، هنگامی است که طرح مطالعات پیش ارزیابی نداشته، پنهان کاری باشد و بازرسی دوره‌ای وجود داشته باشد در این حالت، ارزش حال فایده خالص برابر با ۳۰،۱۶۵ میلیون ریال خواهد بود. بهترین حالت بازی برای بخش خصوصی، هنگامی است که طرح مطالعات پیش ارزیابی نداشته، پنهان کاری وجود داشته و بازرسی دوره‌ای وجود نداشته باشد که در آن ارزش حال فایده خالص برابر ۲۶،۷۹۴ میلیون ریال و نرخ بازدهی داخلی طرح، ۱۷ درصد خواهد بود. در منطقی‌ترین حالت یعنی هنگامی که طرح مطالعات پیش ارزیابی داشته باشد، پنهان کاری وجود نداشته و بازرسی دوره‌ای نباشد، نرخ بازدهی داخلی طرح طرف خصوصی، ۱۵ درصد و ارزش حال فایده خالص دو طرف تقریباً با هم برابر است.

کلیدواژه‌ها: مدل‌های مشارکت عمومی - خصوصی، عدم تقارن اطلاعات، تعارضات قراردادی، تئوری بازی‌ها، انرژی برقابی، خطوط انتقال آب.

۱. دانشجوی دکتری رشته علوم اقتصادی، گروه اقتصاد، دانشکده علوم اداری و اقتصادی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. (مقاله حاضر برگرفته از رساله دکتری رشته علوم اقتصادی، گروه اقتصاد، دانشکده علوم اداری و اقتصادی، دانشگاه فردوسی مشهد است)
۲. استاد، گروه اقتصاد، دانشکده علوم اداری و اقتصادی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.
(نویسنده مسئول: Email: mostafa@mail.um.ac.ir)
۳. دانشیار، گروه اقتصاد، دانشکده علوم اداری و اقتصادی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.
(نویسنده مسئول: Email: naji@mail.um.ac.ir)
۴. استادیار، گروه اقتصاد، دانشکده علوم اداری و اقتصادی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

مقدمه

استفاده از تکنولوژی انرژی برقایی به عنوان یکی از انرژی-های تجدیدپذیر از نظر تاریخی پیش از بهره‌برداری از سوخت-های فسیلی وجود داشته و در سال‌های اخیر بیش از ۲۰ درصد برق جهان را تأمین کرده است. لذا امروزه انرژی برقایی به عنوان یکی از شاخص‌های توسعه در جهان مطرح است و به این ترتیب برنامه‌ریزی برای تأمین انرژی و روش‌های تهیه آن بر سیاست-های کلان ملی و منطقه‌ای تأثیر بسزایی دارد. به طور کلی انرژی برقایی در دنیا با بهره‌گیری از مخازن پشت سدها و نیز جریان رودخانه‌های دائمی که دارای آبدهی قابل توجه و پتانسیل ارتفاعی مطلوبی هستند، صورت می‌پذیرد. با این حال، در برخی از سیستم‌های انتقال آب (بصورت ثقلی) که دارای بارآبی (فشار هیدرولیکی) مازاد و دبی مناسب در طول مسیر خود می‌باشند، امکان تولید انرژی برقایی وجود دارد (Kucukali, 2015:1400-1407). از طرف دیگر، توسعه صنعت برق در برنامه ششم توسعه کشور به صراحت مورد تأکید قرار گرفته است و بر اساس بند «ت» ماده ۴۸ قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی کشور، به وزارت نیرو ماموریت داده شده است تا در طول اجرای برنامه نسبت به افزایش توان تولید برق تا بیست و پنج هزار مگاوات از طریق سرمایه‌گذاری مؤسسات عمومی غیردولتی، تعاونی و خصوصی اعم از داخلی و خارجی و یا منابع داخلی شرکت‌های تابعه یا به صورت روش‌های متداول سرمایه‌گذاری از جمله ساخت، بهره‌برداری و مالکیت^۲ و ساخت، بهره‌برداری و انتقال^۳ اقدام نماید و خرید تضمینی برق بر اساس نرخ تعیین شده توسط شورای اقتصاد خواهد بود (Mohammadi et al, 2010: 13-27). از جمله انواع انرژی‌های تجدیدپذیر مندرج در این قوانین، استفاده از پتانسیل انرژی برقایی بر روی خطوط لوله انتقال آب و فاضلاب و تاسیسات جانبی سدها (پای سد و خطوط انتقال) در قالب نیروگاه‌های برقایی کوچک (به ظرفیت ۱۰ مگاوات و کمتر) است. بر این اساس دستگاه‌های اجرایی در حوزه تأمین آب و تصفیه آب و فاضلاب شامل شرکت‌های آب منطقه‌ای و شرکت‌های آب و فاضلاب (در نقش سرمایه‌پذیر)، با استفاده از مکانیزم مشارکت بخش عمومی و خصوصی^۴ در قالب‌های قراردادی پیش گفته، اجرای این طرح‌ها را به سرمایه‌گذار بخش خصوصی واگذار می‌کنند (Rasouli et al, 2018: 125-139). روش مرسوم در انتخاب سرمایه‌گذار، به مزایده گذاردن درصدی از درآمد کسب شده توسط سرمایه‌گذار

است. بدین معنی که سرمایه‌گذاری توسط سرمایه‌پذیر انتخاب خواهد شد که (با فرض ایجاد تأسیسات یکسان تولید انرژی و تولید مقادیر یکسان از انرژی) حاضر باشد سهم بیشتری از درآمد خود را به وی پرداخت کند. از آنجاکه این طرح‌ها در زمره طرح‌هایی که به طور مرسوم اجرای آن‌ها در مجموعه وظایف دستگاه اجرایی است، قرار نمی‌گیرند، معمولاً مطالعات پایه به منظور تعیین ظرفیت تولید و سایر جنبه‌های فنی طرح، توسط این دستگاه‌ها به دقت و سطح سایر طرح‌ها انجام نمی‌گیرد. اهمیت این نکته زمانی مشخص می‌گردد که طرف خصوصی منتخب این توانایی را داشته باشد که از یک طرح، میزان تولید انرژی و به تبع آن درآمد بیشتری از آنچه در اسناد مزایده قید نموده است، داشته باشد. از دیدگاه طرف دولتی نیز - در غیاب انجام مطالعات دقیق فنی و تخصصی در خصوص برآورد ابعاد طرح، میزان تولید انرژی و ریسک‌های مرتبط با تولید انرژی در بازه‌های بلندمدت - این احتمال وجود دارد که میزان انرژی تولیدی برآورد شده کمتر و یا بیشتر از حد واقعی باشد. نتیجه این امر بروز اختلافات قراردادی و نقض شرایط قرارداد بلندمدت بین بخش عمومی و خصوصی است. بدین منظور طرف دولتی (کارفرما) دو راهکار پیش‌رو دارد: الف) تهیه طرح فنی قبل از واگذاری طرح به سرمایه‌گذار و ب) انجام بازرسی‌های سنواتی، بررسی اسناد مالی سرمایه‌گذار و پردازش مدل مالی در سال‌های دوره بهره‌برداری تجاری (Eskandari et al, 2021: 69-90).

نتیجه چنین سازوکاری، ایجاد هزینه برای هر یک از طرفین قرارداد (طرف دولتی و طرف خصوصی) است. برای طرف دولتی هزینه نمودن برای استخدام یک مهندس مشاور جهت انجام مطالعات طراحی پایه و تهیه طرح فنی و یا هزینه کرد برای به‌کارگیری یک مهندس مشاور برای انجام بازرسی‌های سنواتی و حسابرسی سالانه است و در صورت اثبات تخلف، باید جریمه‌هایی برای طرف خصوصی در قرارداد پیش‌بینی شود. در صورت برآورد بیشتر و یا کمتر از حد واقع در زمینه میزان تولید انرژی نیز برای طرف دولتی این خطر وجود دارد که با جریمه‌هایی بابت عدم رسیدن به ظرفیت واقعی تاسیسات نصب شده بر اساس طرح فنی وی مواجه گردد و یا با کمبود درآمد قابل حصول بدلیل عدم دسترسی به اطلاعات واقعی تولید روبرو گردد (Jalali et al, 2014: 1-24). لذا پژوهش حاضر در نظر دارد در رسیدن به نقطه بهینه و بازگرداندن شرایط قرارداد به حالت اولیه، در این ارتباط دو سویه، از تئوری بازی‌ها استفاده نماید. در ادامه، در بخش دوم مبانی

4. Public-private partnership

2. Build own operate
3. Build operate transfer

مقادیر تجربی محاسبه شده را می‌توان در مذاکره استفاده کرد. چارچوب پیشنهادی در این مطالعه دامنه مذاکره، زمان لازم برای مذاکره و خسارات ناشی از اختلافات را کاهش می‌دهد.

در تحقیقی به استفاده از رویکرد تئوری بازی برای مذاکره مجدد پروژه‌های مشارکت عمومی و خصوصی در صنعت محیط زیست و حاکمیت شهری چین پرداخته شد (Yang et al, 2018: 1076-1092). برای این منظور، مدل بازی چانه‌زنی دو نفره و مدل بازی ائتلافی چند نفره برای مدل‌سازی فرآیندهای مذاکره مجدد پیشنهاد شده و سپس راه‌حل‌ها و پیامدهای تعادلی استخراج شدند. در نهایت، عملکرد مدل با مطالعه موردی پروژه روش‌های مشارکت بخش عمومی - خصوصی دفع فاضلاب در دریاچه اراهای تأیید شد.

از دیدگاه نظری، دلیل اصلی پذیرش و مشارکت عمومی - خصوصی امکان برخورداری از ویژگی‌های کیفی مدیریت و کارایی بخش خصوصی است. مشارکت بخش عمومی - خصوصی با ایجاد قراردادهای پیچیده با مجری بخش خصوصی حاصل می‌شود که در آن بخش عمومی به عنوان کارفرما (سرمایه‌پذیر) و مجری خصوصی به عنوان کنشگر (سرمایه‌گذار/مجری) عمل می‌کند. مشارکت‌های بخش عمومی - خصوصی عموماً به منظور ارائه انواع خدمات و امور زیربنایی چون انرژی، مخابرات، حمل و نقل، آب و فاضلاب و ... به کار گرفته می‌شوند. این نوع مشارکت‌ها معمولاً به شکل موافقتنامه بلندمدت بین مؤسسات عمومی و خصوصی است (Roehrich et al, 2014: 110-119).

در تحقیقی تحت عنوان «تجزیه و تحلیل اقتصادی مدل بساز - بهره‌برداری کن - انتقال بده، در ایجاد نیروگاه‌های جایگزین» (Yumurtaci and Erdem, 2007: 234-241)، با اشاره به مشکلات اصلی تأمین مالی در بخش سرمایه‌گذاری در صنعت برق به‌خصوص در کشورهای در حال توسعه، استفاده از روش‌های مشارکت عمومی - خصوصی از جمله روش ساخت - بهره‌برداری - انتقال راهگشا دانسته شده و با در نظر گرفتن شاخص‌های فنی و اقتصادی در نیروگاه به بهترین نوع آن برای تأمین مالی از طریق روش مشارکت عمومی - خصوصی اشاره گردیده است.

در تحقیقی با استفاده از تئوری بازی‌ها به تعیین برنامه‌های برداشت آب زیرزمینی پرداخته شد (Nagkoulis and Katsifarakis, 2007: 1571-1586). برای این منظور، جهت

نظری و تجربی پژوهش معرفی می‌شود، بخش سوم بسط نظریه بازی‌ها جهت حل مسأله تحقیق را شامل می‌شود، در بخش چهارم الگوی عملیاتی بازی طراحی شده و در بخش پایانی نتیجه‌گیری و جمع‌بندی ارائه می‌شود.

پیشینه پژوهش

در این پژوهش به سه موضوع مجزا از هم به‌صورت یکجا پرداخته شده است و سعی شده است تا این سه موضوع در قالب یک مسئله مشترک مورد پژوهش قرار گیرد که عبارتند از: ۱) تولید انرژی تجدیدپذیر؛ ۲) مدل‌های مشارک بخش عمومی - خصوصی و ۳) رویکرد تئوری بازی‌ها. هر یک از این موضوعات به صورت فردی و یا دوتایی به تواتر در ادبیات موضوع و در پژوهش‌های مختلف مورد بررسی قرار گرفته‌اند اما پرداختن به این سه موضوع در کنار هم کم‌تعداد و شاید بدون سابقه بوده است.

در تحقیقی از نظریه بازی‌های تکاملی برای بررسی استراتژی‌های رفتاری بخش خصوصی از دیدگاه تولیدکنندگان و فروشندگان انرژی سبز، با در نظر گرفتن عوامل تأثیرگذار متعدد در طول تولید انرژی سبز در یک پروژه مشارکت بخش عمومی - خصوصی استفاده گردید (Liu et al, 2021: 696-715). برای این منظور، استراتژی پایدار تکاملی محاسبه شده و پارامترهای تأثیرگذار بررسی شد. همچنین، یک شبیه‌سازی عددی برای تعیین کمیت روابط و استراتژی‌های رفتاری بخش خصوصی صورت پذیرفت. نتایج حاکی از آن است که راهبردهای همکاری بخش خصوصی متأثر از بازده پایه، مزایای اجتماعی و زیست محیطی، یارانه‌ها، مشوق‌های همکاری، هزینه‌های مبادلاتی و مجازات دولت بوده و با کنترل احتمالات و پارامترهای اولیه همکاری می‌توان استراتژی‌های آن‌ها را تغییر داد.

در تحقیقی حل تضاد مالی برای پروژه‌های مشارکت عمومی - خصوصی با استفاده از چارچوب بازی سه مرحله‌ای (مرحله چانه‌زنی، مرحله تصویب و مرحله تصمیم‌گیری) مورد بررسی قرار گرفته است (Jang et al, 2018: 1-10). برای این منظور، دو مرحله اول از تئوری بازی‌های دو سطحی سنتی اقتباس شده و مرحله سوم برای پشتیبانی از مذاکرات متوالی و خریداران متعدد اضافه شده است. همچنین، برای تأیید قابلیت استفاده از چارچوب پیشنهادی، محققان برنامه‌های موردی طراحی شده را با دو مورد روش‌های مشارکت بخش عمومی - خصوصی واقعی آزمون گردید. نتایج در مورد اول نشان داد که قدرت چانه‌زنی کیفی را می‌توان با دقت کمی تعیین کرد. در مورد دوم نتایج نشان داد که

منطقه‌ای، کشاورزان، استانداری، سازمان محیط زیست) و گزینه-های هر یک و وارد کردن آن‌ها به مدل، ۱۲۸ حالت در مناقشه به دست آمد که با استفاده از مفاهیم حل غیرهمکارانه و با توجه به اولویت بندی استراتژی ها، ۴ وضعیت برای بازیکنان به عنوان نقاط تعادل، شناسایی شد. پس از تحلیل نهایی نرم افزار، مطلوب-ترین حالت در مناقشه از بین نقاط تعادل، حالت ۹۶ به دست آمد که کشاورزان و شرکت آب منطقه ای به ترتیب آبیاری نوبتی و توزیع مناسب آب مورد نیاز را رعایت کرده اند. با توجه به نتایج به دست آمده، حل این مناقشات بدون حکمرانی مؤثر در حوزه آبخیز سفیدرود بزرگ به منظور تشویق راه حل‌های همکارانه بین بهره برداران و تنبیه متخلفان امکان‌پذیر نمی‌باشد.

در تحقیقی شناسایی، رتبه‌بندی و تخصیص ریسک‌های حیاتی مراحل مشارکت عمومی- خصوصی در صنعت آب و فاضلاب استان گیلان انجام شد (Rasooli et al, 2018: 125-139). در پژوهش مزبور، برای استخراج ریسک‌های حیاتی از عوامل اجرایی با مسئولیت مستقیم در قراردادهای منعقد به روش ساخت، بهره‌برداری و انتقال مشارکت‌های عمومی- خصوصی استفاده شد. با روش حذف سیستماتیک ۳۷ نمونه برای مطالعه شناسایی شد. با تکنیک دلفی ۱۷ ریسک با درجه اهمیت برابر و بیشتر از ۳ استخراج و از طریق پرسشنامه بین نمونه مورد مطالعه توزیع شد. اطلاعات جمع‌آوری شده در هر مرحله و مراحل مختلف مشارکت عمومی - خصوصی (امکان سنجی، تدارکات، ساخت، بهره‌برداری و انتقال) از طریق روش‌های آماری ناپارامتریک مورد واکاوی قرار گرفت. نتایج نشان داد بین ریسک‌های با درجه اهمیت بالای ۳ در مراحل مختلف مشارکت عمومی-خصوصی صنعت آب و فاضلاب استان گیلان رابطه معناداری وجود دارد.

در تحقیقی به حل تعارضات برای مدیریت پایدار منابع آب بر اساس تئوری بازی پرداخته شده است (Taraghi et al, 2017: 131-160). به همین منظور، میزان استفاده بهینه از منابع آب و سود خالص کشاورزی در چهار سناریوی الگوی کشت، با استفاده از چهار روش حل تعارض شامل راه حل‌های نش نامتقارن، کالای- اسمورودینسکی نامتقارن، مساحت یکنواخت نامتقارن و ضررهای یکسان نامتقارن، برای سال زراعی ۱۳۹۳-۱۳۹۲ در محدوده مطالعاتی ارومیه مشخص گردید. نتایج نشان داد با افزایش وزن محیط زیستی، سطح زیرکشت و به تبع آن سود خالص کشاورزی در تمامی سناریوها کاهش می‌یابد. سناریوی

تسهیل مشارکت سهامداران در دستیابی به بهترین برنامه پمپاژ متناوب، مسئله به عنوان یک بازی ضد همکارانه فرموله شده است. همچنین، با استفاده از رئوس برای نشان دادن بازیکنان (کاربران) و یال‌های وزن دار برای نشان دادن تعاملات آن‌ها، الگوریتمی ایجاد شد که می‌تواند برای دریافت سود بازیکنان استفاده شود. سپس، با فرض اینکه بازیکنان اجازه دارند با انجام حرکات متوالی سود خود را بهبود بخشند، از الگوریتم طراحی شده برای یافتن تعادل نش در بازی استفاده شد. با این حال، همه بازی‌ها به یک تعادل نش همگرا نمی‌شوند، زیرا تغییر توالی بازیکنان می‌تواند به راه حل‌های متفاوتی منجر شود. بنابراین، محققان از الگوریتم‌های ژنتیک برای یافتن توالی بازیکنانی که هزینه پمپاژ کلی یا مصرف انرژی را به حداقل می‌رسانند، با استفاده از کمترین دور بازی ممکن استفاده کردند. الگوریتم پیشنهادی می‌تواند توسط محققان و مقامات برای ارتقای همکاری بین کاربران چاه استفاده شود که منجر به منافع مالی و زیست‌محیطی می‌شود.

براساس برآوردهای اولیه، ۵ تا ۱۰ درصد انرژی آبی قابل استحصال در جهان مربوط به نیروگاه‌های برقابی کوچک می‌باشد. بهره‌برداری از نیروگاه‌های برقابی کوچک، در نقاط مختلف به ویژه در مناطق دورافتاده که نمی‌توانند از خطوط انتقال نیرو استفاده کنند، با استقبال فزاینده‌ای روبه‌رو است. برای نمونه در چین هزاران واحد کوچک برقابی در حال کار است. حتی در کشورهای پیشرفته اروپایی نیز تعداد معتدلهایی از واحدهای کوچک برقابی هنوز پس از سال‌ها در حال بهره‌برداری هستند. با توجه به نیاز روزافزون جوامع بشری به انرژی الکتریکی و محدودیت منابع سوخت‌های فسیلی و عوارض منفی زیست محیطی ناشی از آن‌ها و نیز مزایای چشم‌گیر شیوه تأمین انرژی الکتریکی از منابع آبی، امروزه این بخش از روش تأمین انرژی الکتریکی بیش از پیش مورد توجه قرار گرفته است. در این میان نیروگاه‌های برقابی کوچک از نوع جریانی از ویژگی‌های خاصی برخوردارند (Ziaeeepour Rodsari and Beheshti, 2020: 21-32).

بررسی و ارائه راهکار برای حل مناقشه بخش مصرف پایین دست سد سفیدرود با استفاده از تئوری بازی‌ها مورد بررسی قرار گرفته است (Mortezapoot et al, 2019: 13-21). برای مدل-سازی و تحلیل مناقشه، از مدل گراف برای حل مناقشات^۵ استفاده شد. پس از تعیین بازیکنان (سازمان جهاد کشاورزی، شرکت آب

روش‌شناسی

ابزاری که برای کاهش مخاطرات ناشی از عدم تقارن اطلاعاتی بکار می‌رود، تئوری بازی‌ها است. تئوری بازی‌ها تلاش می‌کند تا رفتار حاکم بر یک موقعیت استراتژیک (تضاد منافع) را مدل سازی کند. این شرایط، هنگامی شکل می‌گیرد که موفقیت یک فرد به راهبردهایی که دیگران انتخاب می‌کنند، بستگی دارد. هدف نهایی این دانش، پیدا کردن راهبرد بهینه برای بازیکنان است. قرارداد منعقد بین طرف دولتی و طرف خصوصی بابت استفاده از پتانسیل انرژی برقی تاسیسات انتقال آب متعلق به طرف دولتی، توسط طرف خصوصی و به صورت بلندمدت است. مدل مالی بکار رفته در این قرارداد، مدلی برای تعیین شاخص‌های مالی طرح بر اساس مفروضات محاسباتی و با بررسی درآمدها و هزینه‌های طرح در طی دوره ساخت و بهره‌برداری است. در تهیه مدل‌های مالی در این روش تأمین مالی، هدف تعیین شاخص‌های مالی با در نظر گرفتن مفروضاتی شامل:

(۱) قیمت فروش انرژی ابلاغ شده توسط وزارت نیرو؛

(۲) طول دوره بهره‌برداری؛

(۳) نرخ تعدیل هزینه‌های سرمایه‌گذاری اولیه در طول دوره ساخت، نرخ تعدیل هزینه‌های بهره‌برداری و نگهداری و درآمدهای طرح در طول دوره بهره‌برداری و

(۴) حجم تولید انرژی است.

بر این اساس شاخص‌های مالی طرح از جمله نرخ بازده داخلی طرح با اعمال مفروضات فوق و در یک دوره بهره‌برداری معین، محاسبه می‌گردد. این نرخ با نرخ‌های رایج سرمایه‌گذاری و نرخ بازده انتظاری سرمایه‌گذار مورد مقایسه قرار گرفته و بر اساس آن نسبت به توجیه یا عدم توجیه طرح، اظهار نظر می‌شود. مدل بکار رفته در این بررسی به صورت زیر است (Salimifar and Ghadimi, 2015: 119-144):

$$\pi = (P_i) \times \sum_{r, k=1}^n Q_i \frac{(1+k)^n}{(1+r)^n} - \left(\sum_{r, j=1}^{n, m} C1_m \frac{(1+j)^m}{(1+r)^n} + \sum_{r, l=1}^n C2_n \frac{(1+l)^n}{(1+r)^n} \right) \quad (1)$$

که در آن:

π سود پروژه

P_i قیمت تضمینی خرید محصول توسط دولت

چهارم با توجه به امکان عملی بودن و مقبولیت بیشتر آن توسط کشاورزان معقول تر و قابل قبول تر می باشد. همچنین با مقایسه سناریوی چهارم با اوزان محیط زیستی و اقتصادی برابر با وضعیت موجود با فرض کشت محصولات غالب در منطقه، مشخص می‌گردد که در سناریوی چهارم با اوزان برابر، مصرف آب به میزان ۱۷٪ نسبت به وضع موجود کاهش و سود خالص کشاورزان نسبت به وضعیت موجود ۱۰٪ افزایش می‌یابد.

در تحقیقی به ارائه یک مدل مالی به منظور حل اختلاف در قراردادهای مشارکت دولتی- خصوصی با استفاده از نظریه بازی پرداخته شده است (Jalali Naeini et al, 2014: 1-24). مدل ارائه شده در این تحقیق از نوع بازی‌های پویا با اطلاعات کامل بوده و بیشترین هم‌خوانی را با فضای واقعی دارا می‌باشد، به گونه‌ای که پدیده‌های مختلفی چون فرصت‌طلبی پیمانکار خصوصی، ارزش زمانی پول، مذاکره با پیمانکاران دیگر و هزینه‌های مختلف سیاسی تحمیل شده به دولت را لحاظ نموده است. در نهایت راه‌کارهایی برای پیشگیری از بروز این‌گونه اختلافات و بهبود فرایند اجرایی پروژه‌های مشارکت بخش عمومی - خصوصی ارائه شده است.

در تحقیقی مسئله مدیریت و تقسیم آب در قالب یک مدل بازی پویای قطعی پیوسته را برای مدیریت مصرف آب در شرایط وجود اختلاف ارائه گردید (Homayoonfar et al, 2010: 14-56). توابع سود آبی، بلند مدت و همچنین معادله انتقال حالت در مدل پیشنهادی به صورت پیوسته و با استفاده از توابع ریاضی بیان شد که این موارد باعث کاهش در حجم محاسبات گردید. همچنین برای حل مدل بازی پویای پیوسته پیشنهادی، از معادلات ریکاتی استفاده شد. مدل پیوسته مذکور، در حوزه پایین دست سد زاینده‌رود مورد استفاده قرار گرفته که به نتایج مناسبی در مقایسه با نتایج مدل بهینه‌سازی پویا دست یافته است.

Q_i	حجم محصول (برق تولید شده ناشی از پتانسیل خطوط انتقال آب بر حسب کیلووات ساعت)
$C1_m$	سرمایه‌گذاری اولیه
$C2_n$	هزینه‌های بهره‌برداری و نگهداری
r	نرخ تنزیل
k	نرخ تورم درآمدها در طی دوره بهره‌برداری
j	نرخ تعدیل هزینه‌های دوره ساخت
l	نرخ تورم هزینه‌های بهره‌برداری در طی دوره بهره‌برداری
n	طول دوره ساخت و بهره‌برداری
m	طول دوره ساخت

میزان محصول به صورت پیش فرض مشخص می‌باشد، این درصد از درآمد ناخالص می‌تواند درصدی از قیمت هم باشد. بنابراین تابع سود وی عبارت خواهد بود از:

$$\pi_{Prvt} = \sum_{i=1}^n (P_i - b_i) Q_i - C_i \quad (2)$$

که در آن:

π_{Prvt}	سود طرف خصوصی
P_i	قیمت تضمینی محصول
B	سطحی که طرف خصوصی به طرف دولتی پیشنهاد می‌کند یا اصطلاحاً BID می‌کند. $0 < b < P$
Q_i	حجم محصول
C_i	هزینه‌ها
N	طول دوره ساخت و بهره‌برداری

• تابع سود طرف دولتی (Gov)

با توجه به معادله فوق اگر b بخشی از قیمت محصول (در اینجا هر کیلووات ساعت انرژی تولید شده) باشد که طرف خصوصی

معادله فوق، برای تعیین نرخ بازده داخلی طرح، در طی دوره بهره‌برداری تدوین شده است. بر اساس تعریف، نرخ بازده داخلی طرح، نرخ است که ارزش حال فایده خالص طرح^۶ را صفر می‌سازد. قیمت محصول (P) بر اساس مصوبات ابلاغی وزارت نیرو در ۱۰ سال اول بهره‌برداری به صورت خرید تضمینی و در طی سال‌های بعدی بهره‌برداری بر اساس قیمت‌های بازار برق، به صورت برون‌زا وارد مدل می‌گردد. طرف دولتی برای استفاده از پتانسیل انرژی برقابی تاسیسات انتقال آب خود، حق انتفاع از این پروژه را به مزایده می‌گذارد و طرف خصوصی‌ای برنده مزایده خواهد بود که حاضر باشد سهم بیشتری از درآمد کسب شده از پروژه را به طرف دولتی بازگرداند. اگر طرفین قرارداد مشارکت عمومی - خصوصی، در طی دوره بهره‌برداری تجاری طرح، بدون هیچ‌گونه مشکل و مسئله‌ای مفاد قرارداد را رعایت کنند و قرارداد نیز منطبق بر تمام واقعیت‌ها، الزامات و ریسک‌های فنی، قراردادی و حقوقی تدوین گردیده و ادامه یابد، سود طرفین به شکل زیر خواهد بود:

• تابع سود طرف خصوصی (Prvt)

اگر P قیمت محصول (در اینجا هر کیلووات ساعت انرژی تولید شده در طرح) باشد، سرمایه‌گذار (طرف خصوصی) برنده مزایده خواهد بود که حاضر باشد سهم بیشتری از این عدد را به طرف دولتی (با فرض میزان تولید یکسان انرژی برای تمام سرمایه‌گذاران شرکت کننده در رقابت) بپردازد (b). این سهم به صورت درصدی از درآمد ناخالص تعریف می‌شود. با توجه به اینکه

صددرد نیست (∂). به عبارت دیگر در شرایط عدم تقارن اطلاعات:

$$d = \text{مقدار پنهان کاری تولید از سمت طرف خصوصی. } 0 < d < Q$$

طرف دولتی با احتمال عدم تقارن اطلاعات می‌تواند در طی دوره بهره‌برداری تجاری، برای آزمون صحت اطلاعات دریافتی از سوی طرف خصوصی، نسبت به بازرسی‌های دوره‌ای^۸ اقدام نماید. این بازرسی‌ها برای طرف دولتی هزینه (C_{Aud}) دارد، اما در صورت کشف مواردی ناشی از ارائه اطلاعات غلط توسط طرف خصوصی، می‌تواند با دریافت جریمه‌هایی بخشی از آن و یا تمام آن را جبران نماید.

فرض وجود پنهان کاری در ارائه میزان تولید واقعی (Q)، بدین معنی است که طرف خصوصی در ارائه اطلاعات تقلب می‌کند و به اندازه d_i از تولید را به طرف دولتی گزارش نمی‌دهد یا اعلام می‌کند که تولید کل (Q_i) به اندازه d_i کمتر بوده است. در این شرایط توابع سود طرف خصوصی و طرف دولتی به ترتیب به شکل زیر خواهد بود.

$$\pi_{Gov} = \sum_{i=1}^n (b_i)(Q_i - d_i)\partial_i \quad (5)$$

در نمودار درختی زیر، حالت‌های مختلف بازی بین طرف دولتی و طرف خصوصی مشخص گردیده است. بازی انتخاب شده از نوع متقارن است که در آن نتیجه و سود حاصل از یک راهبرد تنها به این وابسته است که چه راهبردهای دیگری در بازی پیش گرفته شود و از این که کدام بازیکن این راهبرد را در پیش گرفته است، مستقل است. توابع سود در صورت بروز رفتارهای هر یک از طرفین در ادامه مدل شده است.

حاضر باشد به طرف دولتی بپردازد، تابع سود طرف دولتی به شکل زیر خواهد بود:

$$\pi_{Gov} = \sum_{i=1}^n (b_i)Q_i \quad i = 1, 2, \dots, n \quad n=20 \quad (3)$$

که در آن:

π_{Gov} سود طرف دولتی

b_i سطحی که طرف خصوصی به طرف دولتی پیشنهاد

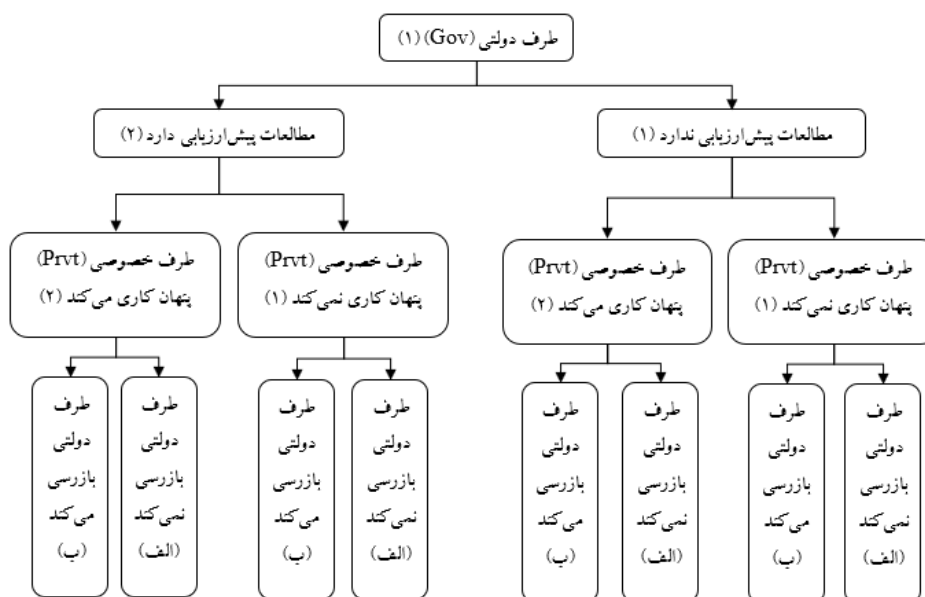
می‌کند یا اصطلاحاً BID می‌کند. $0 < b < P$

Q_i حجم محصول

اگر طرف دولتی بخواهد مطالعات کاملی را در مرحله تعریف و طراحی اولیه پروژه^۹، انجام دهد و بر اساس آن نسبت به انتخاب طرف خصوصی و واگذاری قرارداد مشارکت به وی اقدام نماید، باید هزینه انجام مطالعات (C_{Pe}) را متقبل گردد. با توجه به اینکه استفاده از پتانسیل مورد اشاره از وظایف ذاتی طرف دولتی (در اینجا شرکت‌های آب و فاضلاب) نیست، معمولاً چنین هزینه‌ای را متقبل نمی‌نماید. طرف خصوصی به عنوان فرد وارد شده در این قرارداد، با توجه به ماهیت سرمایه‌گذاری، به شدت نسبت به بازگشت اصل و سود سرمایه خود در طی دوره بهره‌برداری تجاری ۲۰ ساله (مبتنی بر قرارداد مشارکت بخش دولتی و بخش خصوصی)، حساس است و با سطح اطلاعات دقیق‌تری در خصوص طرح وارد مذاکرات قراردادی و انتخاب سرمایه‌گذار می‌گردد. در نتیجه رخ دادن پدیده عدم تقارن اطلاعات محتمل خواهد بود. نتیجه این عدم تقارن اطلاعات، می‌تواند نشان دادن سطح تولید پائین‌تر (d) از مقدار تولید واقعی (Q) باشد. البته احتمال بروز چنین پدیده‌ای

$$C' > 0 \quad C'' > 0$$

$$\pi_{prvt} = \sum_{i=1}^n (P_i - b_i)Q_i - C_i + P_i d_i \partial_i \quad (4)$$



شکل ۱. نمودار درختی تئوری بازی‌ها

نظر گرفت که می‌تواند رساندن وی به همان دریافتی قبل از پنهان کاری باشد.

در مورد تابع سود طرف خصوصی:

$$\text{if } C_{p_\rho} = 0 \quad \Rightarrow \quad K = 1$$

در این حالت طرف خصوصی کاملاً موفق می‌شود مقدار d را پنهان کند.

$$\pi_{Prvt} = \sum_{i=1}^n (P_i - b_i)Q_i - C_i + P_i k d_i \partial_i$$

$$C' > 0 \quad C'' > 0 \quad (\Upsilon)$$

اما اگر طرف دولتی هزینه‌های پیش‌ارزیابی را به صورت موثر و کامل پرداخت کند، طرف خصوصی شانس خود را برای پنهان کاری به طور صددرصد از دست می‌دهد. از دیگر سو طرف دولت هم با عایدی کمتری مواجه خواهد شد.

در معادله سود بخش خصوصی (شماره ۷)، اگر k ضریب موفقیت طرف خصوصی برابر با صفر باشد، عملاً جمله سوم برابر با صفر و معادله شبیه معادله شماره ۲ خواهد شد.

- بازرسی پس از قرارداد

وقتی طرف دولتی مطالعات پیش ارزیابی را انجام نداده باشد به روابط شماره ۴ و ۵ بر می گردیم. در این حالت طرف دولتی هزینه بازرسی (C_{Aud}) را انجام می دهد که منطقیاً باید مقداری بین صفر و bQ باشد. هزینه پیش ارزیابی ماهیتاً بیش گیرانه بود. یعنی

- مطالعات فنی و طراحی (پیش، ارزیابی)

C_{Pe} هزینه مطالعات پیش ارزیابی است که معمولاً به صورت درصدی از هزینه سرمایه‌گذار اولیه برآورد می‌شود. نکته مهم اینکه این هزینه، بدلیل عدم اطمینان طرف دولتی در جلب مشارکت بخش خصوصی برای اجرای پروژه سرمایه‌گذاری در استفاده از پتانسیل انرژی برقی در خطوط لوله انتقال آب، پرداخت نمی‌شود و یا به شدت کمتر از درصدهای مورد اشاره است که نتیجه آن، فقدان اطلاعات قابل اطمینان برای ورود به مذاکره با بخش خصوصی است.

هرچه طرف دولتی بیشتر روی مطالعات پیش ارزیابی هزینه کند، موفقیت طرف خصوصی در پنهان کاری کمتر است. می‌توان k را ضریب موفقیت طرف خصوصی در پنهان کاری دانست که بین صفر و یک خواهد بود.

$$0 \leq k \leq 1$$

تابع سود طرف دولتی به شکل زیر است:

$$\pi_{Gov} = \sum_{i=1}^n (b_i)(Q_i - kd_i)\partial_i - C_{Pe} \quad (8)$$

اگر $k = 0$ باشد، یعنی طرف خصوصی نتوانسته تا در پنهان کاری موفق باشد، در این حالت باید جریمه‌ای برای وی در

است. طبیعی است هرچه این هزینه بالاتر رود، احتمال کشف پنهان‌کاری که آنرا با δ نمایش می‌دهیم، بیشتر است.

هرچه C_{Pe} افزایش می‌یافت، احتمال موفقیت طرف خصوصی در پنهان‌کاری یعنی k کاهش می‌یافت. لذا k رابطه عکس با C_{pe} داشت. اما در اینجا هزینه C_{Aud} به مرحله بعد از پنهان‌کاری مرتبط

$$\delta = \frac{C_{Aud}}{b_i Q_i} \quad (۸)$$

در این حالت توابع سود طرفین به شکل زیر خواهد بود:

$$\pi_{Prvt} = \sum_{i=1}^n (P_i - b_i) Q_i - C_i + (1 - \delta) P_i d_i \quad (۹)$$

$$\pi_{Gov} = \sum_{i=1}^n (b_i)(Q_i - d_i) + \delta(b_i d_i) - C_{Aud_i} \quad (۱۰)$$

حال اگر:

$$if C_{Aud} = 0 \Rightarrow \delta = 0$$

بدین معنی که در طی دوره بهره‌برداری بازرسی انجام نمی‌شود و در نتیجه هیچ پنهان‌کاری هم پیدا نمی‌شود. تابع سود طرف خصوصی در این حالت همان تابع شماره ۴ و تابع سود طرف دولتی همان تابع شماره ۵ خواهد بود. اما اگر:

$$if C_{Aud} = bQ \Rightarrow \delta = 1$$

پنهان‌کاری طرف خصوصی، در صورت ارائه اطلاعات غلط تشخیص داده می‌شود. حداقل جریمه طرف خصوصی در این حالت، این است که، طرف دولتی، درآمدی که در پیشنهاد اولیه برای طرف خصوصی پیش بینی شده بود را در نظر بگیرد و اضافه درآمد را با وی تسهیم کند.

با این حال در عمل دولت هزینه‌ای بین صفر (۰) و bQ را برای انجام بازرسی‌ها پرداخت می‌کند.

$$if 0 < C_{Aud} < bQ \Rightarrow 0 < \delta < 1$$

در روابط فوق باید هزینه بازرسی را وارد کرد به گونه‌ای که در صورت تخلف طرف خصوصی، کلیه هزینه‌های بازرسی به دوش وی بیفتد و در غیر این صورت (وقتی که $d_i=0$ باشد) هزینه بازرسی را طرف دولتی بدهد. پس می‌توان نوشت:

$$\pi_{Prvt} = \sum_{i=1}^n (P_i - b_i) Q_i - C_i - (1 - \delta) P_i d_i - \delta b_i Q_i \quad (۱۳)$$

از آنجا که:

$$\delta = \frac{C_{Aud}}{b_i Q_i}$$

اگر $C_{Aud} = \delta b_i Q_i$ خواهیم داشت:

$$\pi_{Gov} = \sum_{i=1}^n (b_i) Q_i - [C_{Aud_i} - \delta b_i Q_i] \quad (۱۴)$$

با این حال اگر جریمه طرف خصوصی صرفاً برابر با هزینه طرف دولتی برای بازرسی باشد، احتمالاً انگیزه لازم برای طرف خصوصی برای ارتکاب مجدد عدم افشای اطلاعات صحیح را ایجاد سازد. لذا لازم است تا مکانیزمی اندیشیده شود تا علاوه بر پرداخت هزینه‌های بازرسی، جریمه‌ای متناسب با میزان خطای طرف خصوصی در نظر گرفته شود. نکته مهم اینکه تعیین میزان جریمه باید به گونه‌ای باشد که ارزش حال خالص فایده‌های طرف خصوصی، پس از اخذ جریمه‌ها، حداقل برابر با میزانی باشد که در اسناد واگذاری طرح دیده شده است.

- راندمان کل (درصد): ۷۰٪

- افت تولید سالانه (درصد): ۵٪

- قدرت الکتریکال خروجی (کیلووات): ۲۹۱.۹

محاسبات تیم فنی طرف دولتی در بدبینانه‌ترین حالت در نظر گرفته شده است. برای محاسبه قدرت الکتریکال خروجی، راندمان کل ۷۰ درصد با افت سالانه ۵ درصد و کارکرد حدود ۳۲۹ روز در سال (۹۰ درصد روزهای سال) است و همانطور که قبلاً بیان گردید، قرار بوده است تا در مراحل بعدی میزان تولید واقعی نیروگاه تدقیق شود که عملاً چنین اتفاقی نخواهد افتاد. در صورتی که طرف خصوصی، سعی در بهره‌گیری تجهیزاتی با افت کمتر داشته باشد، مقادیر پرداختی به طرف دولتی قابل تغییر خواهد بود. در جدول زیر شرایط تولید انرژی به ازای در نظر گرفتن افت تولید انرژی‌های متفاوت، ارائه شده است.

یافته‌ها

احداث طرح نیروگاه برقابی، در محل فشارشکن مسیر خط انتقال آب از سد شیرین‌دره به شهر بجنورد با هدف استفاده از پتانسیل موجود در این مسیر به منظور تولید انرژی برقابی با استفاده از مکانیزم مشارکت بخش عمومی و خصوصی در دستور کار شرکت آب و فاضلاب استان خراسان شمالی (طرف دولتی) بوده است. برای پردازش مدل‌های بکار رفته در بازی طراحی شده از اطلاعات این نیروگاه استفاده شده است. برای انتخاب طرف خصوصی، شرکت آب و فاضلاب استان خراسان شمالی - به عنوان طرف دولتی - مطالعاتی را در سطح نه چندان دقیق انجام داده است.

طرف خصوصی منتخب، طرفی خواهد بود که حاضر باشد تا درصد بالاتری از درآمد کسب شده خود را بابت فروش انرژی به وزارت نیرو در اختیار طرف دولتی قرار دهد. وزارت نیرو، در راستای تشویق و توسعه تولید انرژی‌های پاک و تجدیدپذیر و به استناد قوانین برنامه پنج ساله توسعه اقتصاد کشور، خرید انرژی نیروگاه‌های با ظرفیت زیر ۱۰ مگاوات را تضمین نموده است. در بررسی و پردازش مدل‌های مالی برای انتخاب طرف خصوصی، قیمت هر کیلووات ساعت انرژی برقابی تولید شده در خطوط انتقال آب و سیالات، برای سال ۱۴۰۲ برابر با ۱۰,۸۰۰ ریال بوده است. برآورد ظرفیت نیروگاه و میزان تولید انرژی الکتریکی سالانه مستلزم بررسی اطلاعات و داده‌های موجود و مرتبط با محل ساختگاه و ارزیابی منابع انرژی، برآورد میزان انرژی الکتریکی قابل تولید سالانه از نیروگاه، تعیین پارامترهای موثر در انتخاب تجهیزات و نظایر آن می‌باشد. برای بدست آوردن ظرفیت نیروگاه، می‌توان محاسبات ذیل را بر اساس مبانی مکانیک سیالات برای توان اسمی نیروگاه در هر ایستگاه انجام داد.

- قدرت مکانیکی ورودی (کیلووات): ۴۱۷

- دبی (متر مکعب بر ثانیه): ۳۸۰

- فشار (کیلو پاسکال): ۱۱۲۰۰

- هد آب (متر): ۱۱۲

- شتاب ثقل (متر بر مجذور ثانیه): ۹.۸

- دانسیته (کیلوگرم بر متر مکعب): ۱۰۰۰

- راندمان توربین (درصد): ۷۵ - ۸۰٪

- راندمان ژنراتور (درصد): ۹۰ - ۹۵٪

سال	تولید انرژی در پیشنهاد قیمت (افت سالانه ۵٪) (۱)	تولید انرژی در واقعیت (افت سالانه ۳٪) (۲)	میزان پنهان کاری (بدلیل تغییر افت سالانه) (۳-۱=۲)	تولید انرژی در مطالعات پیش ارزیابی (افت سالانه ۴٪) (۴)	میزان پنهان کاری (بدلیل تغییر افت سالانه) (۵-۴=۳)
۱	دوره ساخت نیروگاه				
۲	۲,۳۰۱,۳۴۰	۲,۳۰۱,۳۴۰	۰	۲,۳۰۱,۳۴۰	-
۳	۲,۱۸۶,۲۷۳	۲,۲۲۲,۲۹۹	۴۶,۰۲۶	۲,۲۰۹,۲۸۶	۲۳,۰۱۳
۴	۲,۰۷۶,۹۵۹	۲,۱۶۵,۳۳۰	۸۸,۳۷۱	۲,۱۲۰,۹۱۵	۴۴,۴۱۶
۵	۱,۹۷۳,۱۱۱	۲,۱۰۰,۳۷۱	۱۲۷,۲۶۰	۲,۰۳۶,۰۷۸	۶۴,۲۹۳
۶	۱,۸۷۴,۴۵۵	۲,۰۳۷,۳۵۹	۱۶۲,۹۰۴	۱,۹۵۴,۶۳۵	۸۲,۷۲۵
۷	۱,۷۸۰,۷۳۳	۱,۹۷۶,۲۳۹	۱۹۵,۵۰۶	۱,۸۷۶,۴۴۹	۹۹,۷۸۹
۸	۱,۶۹۱,۶۹۶	۱,۹۱۶,۹۵۱	۲۲۵,۲۵۵	۱,۸۰۱,۳۹۱	۱۱۵,۵۶۰
۹	۱,۶۰۷,۱۱۱	۱,۸۵۹,۴۴۳	۲۵۲,۳۳۲	۱,۷۲۹,۳۳۶	۱۳۰,۱۰۷
۱۰	۱,۵۲۶,۷۵۶	۱,۸۰۳,۶۶۰	۲۷۶,۹۰۴	۱,۶۶۰,۱۶۲	۱۴۳,۴۹۷
۱۱	۱,۴۵۰,۴۱۸	۱,۷۴۹,۵۵۰	۲۹۹,۱۳۲	۱,۵۹۳,۷۵۶	۱۵۵,۷۹۴
۱۲	۱,۳۷۷,۸۹۷	۱,۶۹۷,۰۶۳	۳۱۹,۱۶۶	۱,۵۳۰,۰۰۶	۱۶۷,۰۵۸
۱۳	۱,۳۰۹,۰۰۲	۱,۶۴۶,۱۵۱	۳۳۷,۱۴۹	۱,۴۶۸,۸۰۵	۱۷۷,۳۴۶
۱۴	۱,۲۴۳,۵۵۲	۱,۵۹۶,۷۶۷	۳۵۳,۲۱۵	۱,۴۱۰,۰۵۳	۱۸۶,۷۱۴
۱۵	۱,۱۸۱,۳۷۴	۱,۵۴۸,۸۶۴	۳۶۷,۴۹۰	۱,۳۵۳,۶۵۱	۱۹۵,۲۱۳
۱۶	۱,۱۲۲,۳۰۶	۱,۵۰۲,۳۹۸	۳۸۰,۰۹۲	۱,۲۹۹,۵۰۵	۲۰۲,۸۹۳
۱۷	۱,۰۶۶,۱۹۰	۱,۴۵۷,۳۲۶	۳۹۱,۱۳۶	۱,۲۴۷,۵۲۵	۲۰۹,۸۰۱
۱۸	۱,۰۱۲,۸۸۱	۱,۴۱۳,۶۰۶	۴۰۰,۷۲۵	۱,۱۹۷,۶۲۴	۲۱۵,۹۸۲
۱۹	۹۶۲,۲۳۷	۱,۳۷۱,۱۹۸	۴۰۸,۹۶۱	۱,۱۴۹,۷۱۹	۲۲۱,۴۷۹
۲۰	۹۱۴,۱۲۵	۱,۳۳۰,۰۶۲	۴۱۵,۹۳۷	۱,۱۰۳,۷۳۰	۲۲۶,۳۳۲
جمع	۲۸,۶۵۸,۴۱۶	۳۳,۷۰۵,۹۷۸	۵,۰۴۷,۵۶۲	۳۱,۰۴۳,۹۶۶	۲,۶۶۲,۰۱۱

جدول ۱: شرایط تولید انرژی از طرف خصوصی با فرض پنهان کاری ارقام: کیلووات ساعت- مآخذ: نتایج پژوهش

در جدول فوق، ستون (۱) نشان دهنده میزان تولید انرژی پیشنهاد شده توسط برنده مزایده است. بر این اساس در سال آغاز بهره‌برداری از طرح (سال دوم قرارداد) میزان تولید انرژی ۲,۳۱۰,۳۴۰ کیلووات ساعت است، این عدد به ازای کارکرد ۳۲۹ روز در سال محاسبه شده است. به دلیل افت راندمان این عدد در هر سال - بر اساس مستندات تهیه شده توسط طرف دولتی برای مزایده و در فقدان مطالعات دقیق پیش ارزیابی - ۵ درصد کاهش پیدا خواهد کرد. بر اساس ستون شماره (۲)، اگر افت تولید نسبت به آنچه در اسناد مزایده ارائه شده است، تنها دو درصد کمتر باشد، در مجموع، تولید ۵,۰۴۷,۵۶۲ کیلووات ساعت انرژی توسط طرف خصوصی پنهان شده است. دلیل وقوع این امر، می‌تواند فقدان مطالعات پیش‌ارزیابی دقیق توسط طرف دولتی باشد.

بر اساس اعداد ستون شماره (۴)، اگر بر اساس محاسبات تدقیق افت در مطالعات پیش ارزیابی، افت محاسباتی ۴ درصد در نظر گرفته شود، در مجموع امکان افزایش تولید به میزان ۲,۶۶۲,۰۱۱ کیلووات ساعت نسبت به حالت بدون مطالعات پیش ارزیابی، وجود خواهد داشت. در این حالت فرض می‌شود که مطالعات پیش ارزیابی توسط طرف دولتی انجام شده و در نتیجه آن افت تولید به جای ۵ درصد، ۴ درصد برآورد شده است، اما کماکان این احتمال وجود دارد که طرف خصوصی تجهیزاتی با افت کمتر (۳ درصد) را نصب کرده باشد و در این حالت نیز باز احتمال پنهان کاری وجود دارد. لازم به ذکر این است این فرض جهت پردازش مدل‌های مالی و بررسی حالت‌های مختلف بازی، در زمانی است که مطالعات پیش ارزیابی وجود دارد، اما به جهت پیاده کردن تمام حالت‌های بازی متصور، این فرض در نظر گرفته

هزینه‌های بهره‌برداری و نگهداری سالانه طرح شامل هزینه‌های پرسنلی و هزینه‌های تعمیرات و نگهداری سالانه، به قیمت‌های سال ۱۴۰۲، برابر با ۴،۰۰۰ میلیون ریال برآورد شده است.

هزینه‌های نوسازی و بازسازی اساسی، به صورت درصدی از هزینه‌های سرمایه‌گذاری اولیه برای بخشی از اجزای طرح بوده که در طول دوره بهره‌برداری معمولاً یک یا دو بار اتفاق می‌افتد. در این بررسی، یک بار و در سال دهم بهره‌برداری، نوسازی و بازسازی اساسی اتفاق خواهد افتاد که به قیمت‌های سال ۱۴۰۲، برابر با ۱۱،۵۴۴ میلیون ریال است.

• درآمدهای پروژه

درآمدهای پروژه از محل خرید تضمینی برق در طول دوره بهره‌برداری و توسط وزارت نیرو تامین می‌گردد. قیمت خرید تضمینی برق هر ساله توسط وزارت نیرو تعیین می‌گردد و برای سال ۱۴۰۲ این عدد برابر با ۱۰،۸۰۰ ریال به ازای هر کیلووات ساعت انرژی تولیدی در خطوط انتقال آب بوده است. در مدل محاسباتی طرف خصوصی، برای تولید انرژی و با لحاظ تولید سالانه ۲،۳۰۱ مگاوات ساعت انرژی، درآمد کسب شده در سال اول بهره‌برداری معادل ۲۴،۸۵۴ میلیون ریال به قیمت‌های سال ۱۴۰۲ بوده است. در قراردادهای خرید تضمینی برق، مبلغ تعرفه مشمول ضریب سه پله کاهش نرخ خرید در ابتدای سال‌های هشتم، دوازدهم و شانزدهم و معادل ۶۰ درصد می‌باشد.

• مفروضات محاسباتی

مدل‌های مالی بر اساس شرایط و مبانی ویژه‌ای پردازش می‌گردند. این مدل‌های به قیمت‌های ثابت پردازش شده‌اند. استفاده از مدل‌های قیمت‌ثابت در استلنداردهای وزارت نیرو روشی مرسوم و پذیرفته شده است. در این حالت تأثیر تورم بر کلیه هزینه‌های طرح در طول دوره ساخت و بهره‌برداری یکسان در نظر گرفته می‌شود. لذا کلیه محاسبات با قیمت‌های ثابت سال ۱۴۰۲ انجام گرفته و نرخ تنزیل مورد استفاده در تعیین شاخص‌های مالی طرح، ۸ درصد بوده است (آریان، طیبه، ۱۳۸۲).

• مدل مالی بدون تسهیم درآمد

بر اساس اطلاعات پایه، مدل مالی تدوین گردیده است. بر اساس نتایج این مدل مالی، نرخ بازده داخلی پروژه ۱۸ درصد است که در مقایسه با نرخ تنزیل مورد استفاده در صنعت برق، در مدل‌های قیمت‌ثابت و بدون تورم، رقم قابل قبولی است. در این حالت

شده است. بر این اساس احتمال وجود دارد که طرف خصوصی در غیاب مطالعات پیش ارزیابی دقیق فنی طرف دولتی، نسبت به تولید مقدار بیشتری انرژی مبادرت ورزد.

۱-۴. مدل‌های مالی پایه

مدل‌های مالی پایه بر اساس استاندارد‌های موجود در وزارت نیرو پردازش گردیده است.^۹

در این مدل‌های نرخ بازده داخلی پروژه با لحاظ کلیه هزینه‌ها و درآمدهای طرح در طی یک دوره ۲۰ ساله مورد مقایسه قرار می‌گیرند. بر اساس قرارداد خرید تضمینی منعقد بین طرف خصوصی و دولت، این دوره ۲۰ ساله‌ی مشارکت شامل دوره ساخت و دوره بهره‌برداری است که در طول آن طرف خصوصی، علاوه بر پرداخت هزینه‌های سرمایه‌گذاری اولیه، نسبت به بهره‌برداری و نگهداری از طرح اقدام نموده و در مواعد مقرر نسبت به بازسازی و تعمیرات اساسی^{۱۰} تجهیزات اقدام نموده و در انتهای دوره بهره‌برداری، اقدام به برچیدن تجهیزات و ماشین‌آلات خود نموده و ساختگاه پروژه را بدون هیچ گونه هزینه‌ای، به طرف دولتی باز خواهد گرداند.

انتخاب طرف خصوصی، بر اساس خروجی‌های مدل مالی و تسهیم کردن طرف دولتی، در درآمدهای کسب شده از محل پروژه و توسط طرف خصوصی خواهد بود. در ابتدا مدل مالی اصلی بدون توجه به سهم هریک از طرفین در درآمد کسب شده پردازش می‌گردد. کلیه اطلاعاتی که مدل مالی بر اساس آن پردازش می‌گردد از جمله هزینه‌هایی که در ادامه به آن خواهیم پرداخت از نتایج مزایده انتخاب طرف خصوصی، که توسط شرکت آب و فاضلاب استان خراسان شمالی به‌عنوان طرف دولتی، برگزار گردیده، استخراج شده است.

• هزینه‌های پروژه

هزینه‌های مخارجی است که طرف خصوصی برای ایجاد، راهبری و نگهداری و تداوم بهره‌برداری از پروژه در طول دوره ۲۰ ساله‌ی مشارکت با بخش عمومی متقبل می‌گردد. این هزینه‌ها به سه دسته کلی شامل: الف) هزینه‌های سرمایه‌گذاری اولیه؛ ب) هزینه‌های بهره‌برداری و نگهداری و ج) هزینه‌های نوسازی و بازسازی اساسی تقسیم می‌شوند.

هزینه‌های سرمایه‌گذاری اولیه، شامل هزینه‌های طراحی، تامین تجهیزات، اجرا، نصب و همچنین راه اندازی می‌باشند که به قیمت‌های سال ۱۴۰۲، برابر با ۶۰،۰۰۰ میلیون ریال در نظر گرفته شده است.

10. Overhaul

۹. راهنمای تهیه گزارش‌های فنی و مالی و نحوه ارجاع کار در پروژه‌های مشارکتی در بخش آب و فاضلاب، سازمان برنامه و بودجه کشور، نشریه شماره ۷۶۳، تهران، ۱۳۹۷.

ارزش حال خالص فایده‌های طرح، برابر با ۲۵،۱۶۰ میلیون ریال است.

دوره	سال	سرمایه گذاری اولیه	اورعالم	بهره برداری و نگهداری	تولید تفری (کلیدرات سلامت)	قیمت فروش برقی (ریال/کلیدرات سلامت)	فروش برقی	پرداختی به طرف دولتی	خالص درآمد	استهلاک	درآمد مشمول مالیات	مالیات	توزیع نقدی
ساخت	۱	۶۰۰۰۰		-		۱۰۸۰۰	۲۴۸۰۵۴	-		۳۱۵۸	-		(۶۰۰۰۰)
	۲			۴۰۰۰	۲۳۰۱۳۴۰	۱۰۸۰۰	۲۴۸۰۵۴	-	۲۰۸۰۵۴	۳۱۵۸	۱۷۲۹۷	۴۴۳۴	۱۶۴۳۰
	۳			۴۰۰۰	۲۱۸۶۲۷۳	۱۰۸۰۰	۳۳۶۱۲	-	۱۹۶۱۲	۳۱۵۸	۱۶۴۵۴	۴۱۱۳	۱۵۴۹۸
	۴			۴۰۰۰	۲۰۷۶۴۵۹	۱۰۸۰۰	۳۲۴۳۱	-	۱۸۴۳۱	۳۱۵۸	۱۵۲۷۳	۳۸۱۸	۱۴۶۱۳
	۵			۴۰۰۰	۱۹۷۳۱۱۱	۱۰۸۰۰	۳۱۳۱۰	-	۱۷۳۱۰	۳۱۵۸	۱۴۱۵۲	۳۵۳۸	۱۳۷۷۲
	۶			۴۰۰۰	۱۸۷۴۴۵۵	۱۰۸۰۰	۳۰۳۴۴	-	۱۶۲۴۴	۳۱۵۸	۱۳۰۸۶	۳۲۷۲	۱۲۹۷۳
	۷			۴۰۰۰	۱۷۸۰۷۳۳	۱۰۸۰۰	۱۹۳۳۲	-	۱۵۳۳۲	۳۱۵۸	۱۲۰۷۴	۳۰۱۹	۱۲۲۱۳
	۸			۴۰۰۰	۱۶۹۱۶۹۶	۸۵۲۳	۱۴۴۱۹	-	۱۰۴۱۹	۳۱۵۸	۷۲۶۱	۷۸۱۵	۸۶۰۴
	۹			۴۰۰۰	۱۶۰۷۱۱۱	۸۵۲۳	۱۳۶۹۸	-	۹۶۹۸	۳۱۵۸	۶۰۴۰	۱۶۳۵	۸۰۶۳
	۱۰		۱۱۵۴۴	۴۰۰۰	۱۵۳۶۷۵۶	۸۵۲۳	۱۳۰۱۳	-	۹۰۱۳	۳۱۵۸	(۵۶۸۸)	-	(۲۵۳۰)
بهره برداری	۱۱			۴۰۰۰	۱۴۵۰۴۱۸	۸۵۲۳	۱۲۳۶۳	-	۸۳۶۳	۴۳۱۲	۴۰۵۰	۱۰۱۳	۷۳۵۰
	۱۲			۴۰۰۰	۱۳۷۶۸۹۷	۶۷۲۷	۹۶۶۹	-	۵۶۶۹	۴۳۱۲	۴۵۷	۳۳۹	۵۰۳۰
	۱۳			۴۰۰۰	۱۳۰۹۰۰۲	۶۷۲۷	۸۸۰۵	-	۴۸۰۵	۴۳۱۲	۴۹۳	۱۲۳	۴۶۸۲
	۱۴			۴۰۰۰	۱۲۴۳۵۵۲	۶۷۲۷	۸۳۳۵	-	۴۳۳۵	۴۳۱۲	۵۳	۱۳	۴۳۵۲
	۱۵			۴۰۰۰	۱۱۸۱۳۷۴	۶۷۲۷	۷۹۴۷	-	۳۹۴۷	۴۳۱۲	(۳۶۵)	-	۳۹۴۷
	۱۶			۴۰۰۰	۱۱۲۳۳۰۶	۵۳۰۹	۵۹۵۸	-	۱۹۵۸	۴۳۱۲	(۲۳۵۴)	-	۱۹۵۸
	۱۷			۴۰۰۰	۱۰۶۶۱۹۰	۵۳۰۹	۵۶۶۰	-	۱۶۶۰	۴۳۱۲	(۲۶۵۲)	-	۱۶۶۰
	۱۸			۴۰۰۰	۱۰۱۲۳۸۱	۵۳۰۹	۵۳۷۷	-	۱۳۷۷	۴۳۱۲	(۲۹۳۵)	-	۱۳۷۷
	۱۹			۴۰۰۰	۹۶۶۳۳۷	۵۳۰۹	۵۰۱۰۸	-	۱۰۱۰۸	۴۳۱۲	(۳۲۰۴)	-	۱۰۱۰۸
	۲۰			۴۰۰۰	۹۱۴۱۲۵	۵۳۰۹	۴۸۵۳	-	۸۵۳	۴۳۱۲	(۳۴۵۹)	-	۸۵۳

جدول ۲: مدل مالی کل در حالت بدون تسهیم درآمد
ارقام: میلیون ریال/ سال برآورد: ۱۴۰۲

● مدل‌های مالی در تسهیم درآمد

بر اساس پیشنهاد طرف خصوصی منتخب، سالانه، ۹.۵ درصد از درآمدها به طرف دولتی داده می‌شود. اگر طرف خصوصی، تمام درآمد را به خود اختصاص می‌داد، نرخ بازده داخلی پروژه برای وی، ۱۸ درصد و ارزش حال خالص فایده‌های طرح برای طرف خصوصی برابر با ۲۵،۱۶۰ میلیون ریال بود. این کاهش ۹.۵ درصدی در درآمدهای طرف خصوصی باعث خواهد شد که نرخ بازده داخلی پروژه برای وی به ۱۴ درصد کاهش یابد و ارزش حال فایده خالص وی نیز به ۱۴،۷۱۸ میلیون ریال کاهش می‌یابد. در این حالت، ارزش حال درآمد خالص طرف دولتی، نیز برابر با ۱۴،۳۷۵ میلیون ریال برای دوره ۲۰ ساله قرارداد خواهد بود.

● بسط مدل‌های مالی در حالت‌های مختلف بازی

حالت‌های مختلف بازی، توسط طرف خصوصی و طرف دولتی، بر اساس تصویر شماره یک قابل تصور است. حالت‌های مختلف بازی عبارتند از:

● حالت اول (۱-۱): بدون مطالعات پیش ارزیابی توسط

طرف دولتی

■ در حالت ۱-۱-۱ بدون مطالعات پیش‌ارزیابی و بدون

پنهان‌کاری طرف خصوصی

حالت ۱-۱-۱ الف) بدون مطالعات پیش‌ارزیابی و بدون

پنهان‌کاری طرف خصوصی و بازرسی طرف دولتی

حالت ۱-۱-۱ ب) بدون مطالعات پیش‌ارزیابی و بدون پنهان

کاری طرف خصوصی و بازرسی طرف دولتی

■ حالت ۲-۱-۱ بدون مطالعات پیش‌ارزیابی و با پنهان

کاری طرف خصوصی

حالت ۲-۱-۱ الف) بدون مطالعات پیش‌ارزیابی و با پنهان

کاری طرف خصوصی و بدون بازرسی طرف دولتی

حالت ۲-۱-۱ ب) بدون مطالعات پیش‌ارزیابی و با پنهان‌کاری طرف خصوصی و با بازرسی طرف دولتی

● حالت دوم (۲-۱): با مطالعات پیش‌ارزیابی توسط طرف دولتی

■ حالت ۱-۲-۱ با مطالعات پیش‌ارزیابی و بدون

پنهان‌کاری طرف خصوصی

حالت ۱-۲-۱ الف) با مطالعات پیش‌ارزیابی و بدون

پنهان‌کاری طرف خصوصی و بدون بازرسی طرف دولتی

حالت ۱-۲-۱ ب) با مطالعات پیش‌ارزیابی و بدون

پنهان‌کاری طرف خصوصی و با بازرسی طرف دولتی

■ حالت ۲-۲-۱ با مطالعات پیش‌ارزیابی و با

پنهان‌کاری طرف خصوصی

حالت ۲-۲-۱ الف) با مطالعات پیش‌ارزیابی و با

پنهان‌کاری طرف خصوصی و بدون بازرسی طرف دولتی

حالت ۲-۲-۱ ب) با مطالعات پیش‌ارزیابی و با پنهان‌کاری

طرف خصوصی و با بازرسی طرف دولتی

اتخاذ هر یک از حالت‌های فوق، توسط طرفین بازی، مقادیر

درآمدی قابل تقسیم بین طرفین را تحت‌تأثیر قرار خواهد داد.

به طور مثال اگر طرف خصوصی، در ارائه اطلاعات درآمدی خود پنهان‌کاری کند، قطعاً ارزش حال فایده خالص وی افزایش خواهد یافت، اما اگر طرف دولتی، با احتمال ارائه اطلاعات غیر واقعی از سوی طرف خصوصی، نسبت به پرداخت هزینه بازرسی دوره‌ای اقدام کند، می‌تواند این پنهان‌کاری را تشخیص داده و در برابر آن، اقدام مقتضی اتخاذ کند.

در جدول شماره ۳، شاخص‌های مالی طرف خصوصی و

طرف دولتی، در حالت‌های مختلف بازی ارائه گردیده است.

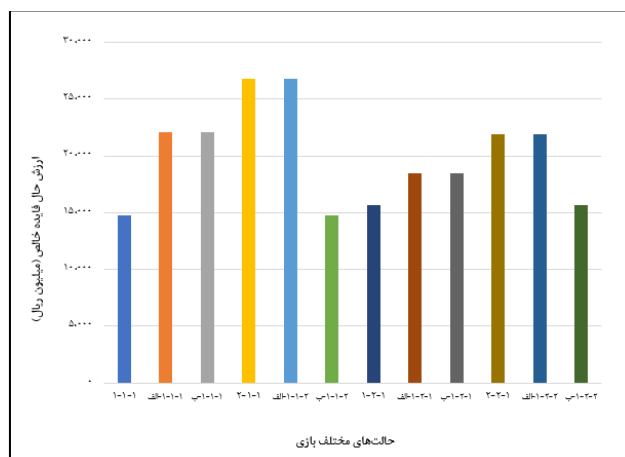
مطالعات پیش ارزیابی	پنهان کاری	بازرسی دوره‌ای	حالت	طرف	ارزش حال فایده خالص	نرخ بازده داخلی
(۱) ندارد	نمی‌شود (۱)	(حالت پایه)	۱-۱-۱	خصوصی	۱۴,۷۱۸	۱۴٪
				دولتی	۱۴,۳۷۵	---
		ندارد (الف)	۱-۱-۱-۱	خصوصی	۲۲,۰۵۹	۱۶٪
			الف	دولتی	۲۰,۸۸۶	---
		دارد (ب)	۱-۱-۱-۱	خصوصی	۲۲,۰۵۹	۱۶٪
				دولتی	۱۹,۹۶۰	---
	می‌شود (۲)	(حالت پایه)	۲-۱-۱	خصوصی	۲۶,۷۹۴	۱۷٪
				دولتی	۱۴,۳۷۵	---
		ندارد (الف)	۲-۱-۱-۱	خصوصی	۲۶,۷۹۴	۱۷٪
			الف	دولتی	۱۴,۳۷۵	---
		دارد (ب)	۲-۱-۱-۱	خصوصی	۱۴,۷۱۸	۱۳٪
				دولتی	۳۰,۱۶۵	---
(۲) دارد	نمی‌شود (۱)	(حالت پایه)	۱-۲-۱	خصوصی	۱۵,۶۲۶	۱۴٪
				دولتی	۱۴,۰۸۴	---
		ندارد (الف)	۱-۲-۱-۱	خصوصی	۱۸,۴۵۳	۱۵٪
			الف	دولتی	۱۸,۴۲۵	---
		دارد (ب)	۱-۲-۱-۱	خصوصی	۱۸,۴۵۳	۱۵٪
				دولتی	۱۷,۵۶۷	---
	می‌شود (۲)	(حالت پایه)	۲-۲-۱	خصوصی	۲۱,۸۶۴	۱۶٪
				دولتی	۱۴,۰۸۴	---
		ندارد (الف)	۲-۲-۱-۱	خصوصی	۲۱,۸۶۴	۱۶٪
			الف	دولتی	۱۴,۰۸۴	---
		دارد (ب)	۲-۲-۱-۱	خصوصی	۱۵,۶۲۶	۱۴٪
				دولتی	۲۱,۲۰۶	---

جدول ۳: جمع‌بندی نتایج در حالت‌های مختلف بازی
 ارقام: میلیون ریال - درصد
 مأخذ: نتایج پژوهش

بر اساس نتایج جدول فوق، به طور مثال حالت (۱-۱-۱-الف)، بیانگر این است که از دیدگاه طرف دولتی (۱)، مطالعات پیش ارزیابی انجام نشده است (۱)، طرف خصوصی پنهان کاری نمی‌کند (۱) و طرف دولتی هم بازرسی دوره‌ای در طول دوره بهره‌برداری تجاری نمی‌کند (الف) که در این حالت ارزش حال فایده خالص طرف خصوصی برابر با ۲۲,۰۵۹ میلیون ریال و نرخ بازده داخلی وی ۱۶٪ است و در عین حال ارزش حال فایده خالص طرف دولتی نیز برابر با ۲۰,۸۸۶ میلیون ریال است. افزایش شاخص‌ها در این حالت نسبت به حالت پایه (۱-۱-۱) به این دلیل است که طرف خصوصی، توانایی تولید بیشتری داشته (بدلیل افت تولید کمتر در تاسیسات منصوبه) و این افزایش درآمد را با طرف خصوصی سهیم شده است.

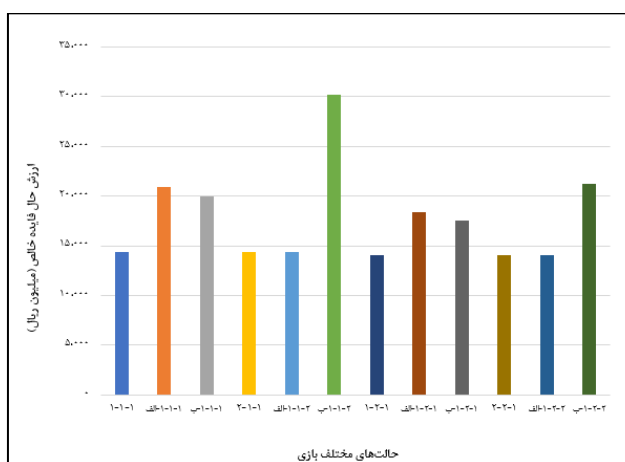
در نمودارهای ۱ الی ۳، ارزش حال فایده خالص طرفین در حالت‌های مختلف بازی با هم مقایسه شده است.

نمودار ۱: تغییر ارزش حال فایده خالص طرف خصوصی در حالت‌های مختلف بازی



ماخذ: نتایج پژوهش

نمودار ۲: تغییر ارزش حال فایده خالص طرف دولتی در حالت‌های مختلف بازی



ماخذ: نتایج پژوهش

خروجی‌های مدل مالی، حاکم باشد. نتایج نشان داد که بهترین حالت بازی برای طرف دولتی (بیشترین ارزش حال خالص برای طرف دولتی)، هنگامی است که طرح مطالعات پیش ارزیابی نداشته، پنهان کاری وجود داشته و بازرسی دوره‌ای وجود داشته باشد (۳۰,۱۶۵ میلیون ریال) که در این حالت نرخ بازدهی داخلی طرف خصوصی، ۱۳ درصد خواهد بود. در طرف مقابل، بهترین حالت بازی برای طرف خصوصی (بیشترین ارزش حال خالص برای طرف خصوصی)، هنگامی است که طرح مطالعات پیش ارزیابی نداشته، پنهان کاری وجود داشته و بازرسی دوره‌ای وجود نداشته باشد (۲۶,۷۹۴ میلیون ریال) که در این حالت نرخ بازدهی داخلی طرح، ۱۷ درصد خواهد بود. در نهایت، در منطقی‌ترین حالت یعنی هنگامی که طرح مطالعات پیش ارزیابی داشته باشد، پنهان کاری وجود نداشته و بنابراین نیازی به بازرسی دوره‌ای

نتیجه‌گیری

در این پژوهش به تحلیل تعارضات قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی در استفاده از تولید انرژی برقابی از خطوط انتقال آب با رویکرد نظریه بازی‌ها پرداخته شد. از محدودیت‌های این مطالعه، فقدان آمارهای پایه قابل اتکا به خصوص از سوی طرف دولتی، در بلندمدت است. ماهیت بلندمدت قراردادهای مشارکت بخش عمومی - خصوصی، پدیده عدم تقارن اطلاعاتی را به عنوان تهدیدی بلندمدت برای این مدل‌ها، به همراه خواهد داشت. عدم تقارن اطلاعاتی و در نتیجه دسترسی یک طرف قرارداد به اطلاعات بیشتر و دقیق‌تر، منجر به تغییر شرایط قرارداد در بلندمدت خواهد شد. با استفاده از تئوری بازی‌ها، حالت‌های مختلف بازی مدلسازی شد و تلاش شد تا شرایط اولیه قرارداد، بر

نباشد، نرخ بازدهی داخلی طرح، ۱۵ درصد خواهد بود و ارزش حال فایده خالص طرفین، تقریباً نزدیک به هم است.

پیشنهادهای

(۱) با توجه به رشد جایگزینی نیروگاه‌های برقآبی کوچک با شیرهای فشارشکن (کنترل دبی) جهت استهلاک انرژی مازاد در خطوط ثقلی انتقال آب در کشور که می‌تواند به بازیافت مقادیر قابل توجهی از انرژی منجر شود، وجود چارچوب‌های دقیق قراردادی و محاسباتی که در آن نقش و تأثیر طرفین قرارداد بر یکدیگر به خوبی تبیین شده باشد، ضرورت می‌یابد.

(۲) از آنجاکه نتایج تحقیق نشان داد که استفاده از مدل طراحی شده در مطالعه حاضر بر اساس نظریه بازی‌ها، قادر به تحلیل حالت‌های مختلف مدل‌های مشارکت عمومی - خصوصی در استفاده از تولید انرژی برقآبی از خطوط انتقال آب می‌باشد، به مسئولان و برنامه‌ریزان مربوطه بویژه وزارت نیرو پیشنهاد می‌شود در قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی از مدل یاد شده استفاده کنند.

(۳) به منظور جلوگیری از بروز رفتار فرصت‌طلبانه و طراحی مکانیسم‌های مناسب‌تر جهت رویارویی با پنهان‌کاری از سوی سرمایه‌گذاران بخش خصوصی، بررسی هر چه دقیق‌تر هزینه‌های اجرای پروژه به کارشناسان دولتی پیشنهاد می‌گردد. چرا که نتیجه این تحقیق نشان می‌دهد که با فرض وجود چنین پنهان

کاری از طرف خصوصی، هزینه کرد برای تدقیق اطلاعات در مرحله انتخاب سرمایه‌گذار توجیه پذیر است.

(۴) به منظور افزایش دقت پیشنهادات ارائه شده از سوی سرمایه‌گذاران بخش خصوصی در فرآیندهای انتخاب سرمایه‌گذار، پیشنهاد می‌گردد که دولت جوایزی را تعیین کرده و به بهترین پیشنهاد اعطا نماید. این جایزه انگیزه سرمایه‌گذاران را جهت بررسی دقیق‌تر پروژه افزایش دهد. کارشناسان دولتی نیز می‌توانند حداقل‌هایی را برای موارد مورد نظر در قرارداد درج نمایند.

(۵) با توجه به طولانی بودن مدت اجرای پروژه بهتر است در خلال اجرای پروژه، دوره‌های ثابت زمانی برای انجام مذاکره بین طرفین تنظیم شود تا هر گونه اختلافی با سرعت و دقت مشخص شده و مرتفع گردد. همچنین، در صورت بروز تغییرات پیش‌بینی نشده در محدوده پروژه یا قیمت کالاهای و مواد مورد نیاز، جلسه فوق‌العاده‌ای برگزار شده و اصلاحات لازم صورت پذیرد.

(۶) وجود چنین مطالعاتی به طرف‌های بخش خصوصی، این هشدار را می‌دهد که در ارائه پیشنهاد و انجام پروژه، بکارگیری اطلاعات دقیق و منطبق بر واقعیت را در دستور کار قرار دهند.

(۷) اگرچه امکان مذاکره مجدد همواره وجود دارد، لیکن دولت می‌بایست شرایطی را فراهم آورد که امید سرمایه‌گذار برای کسب امتیازات بیشتر را محدود کند. پایش مداوم و دقیق پروژه و حفظ ارتباط با سایر سرمایه‌گذاران این امر را می‌تواند میسر کند.

References

- [1] Aryan, Tayyaba. (2003). *Proposing the Appropriate Discount Rate for Economic Evaluation*. Tehran: National Committee of Large Dams of Iran. (In Persian).
- [2] Eskandary, M; Taghavifard, M; Raeesi Vanani, I; Ghazi Noori, S. (2021). "An Intelligent Hybrid Model for Determining Public-Private Partnership in Iranian Water and Wastewater Industry Based on Collective Tree Algorithms", *Journal of Water and Wastewater*, 32(1), 69-90. (In Persian).
- [3] Goldust, Y.; Sadeghi Darvazeh, S.; Salehdoost, M.; Zavareh Hesari, A. (2022). "Risk Identification and Prioritization in Public-Private Partnership Water Transfer Projects (Case Study: Water Transfer Project to Safadasht Lands)", *Water and Wastewater*, 33(2), 132-152. (In Persian).
- [4] Greer, R.A., Lee, K., Fencl, A. et al. Public-Private Partnerships in the Water Sector: The Case of Desalination. *Water Resour Manage* 35, 3497–3511.
- [5] Hajkandi, H; yasi, M; Mohammadi, M; Jamali, S. (2020). "Prioritizing the Construction of Hydropower Plants on Water Transmission Lines Using Multi-criteria Decision Making Methods", *Water Resources Engineering*, 13(44), 13-27. (In Persian).
- [6] Homayounfar, H; Ganji, A; Khalili, D; Mousavi, A. (2010). "A Model for Reservoir Operation Based on the Game Theory". *Iran-Water Resources Research*, 6(2(17)), 4-5. (In Persian).
- [7] Jalali Naeini, G; Shahanaqhi, K; Emamian, S. (2014). "The Establishment of Financial Model in Order to Solve the Dispute in the Cooperative (Executive) Governmental- Private Contracts by Using Game Theory", *Management Research in Iran*, 18(3), 1-24. (In Persian).
- [8] Jang, W. Yu, G. Jung, W. Kim, D. (2018), Financial Conflict Resolution for Public-Private Partnership Projects Using a Three-Phase Game Framework, *Journal of Construction Engineering and Management*, 144(3).
- [9] Kucukali, S. (2015), *Water supply lines as a source of small hydropower in Turkey: A case study Edermit*, World Renewable Energy Congress- Sweden, 1400-1407, Linkoping, Sweden.
- [10] Liang, Q. Hu, H. Wang, Z. Hou, F. (2019), A game theory approach for the renegotiation of Public-Private Partnership projects in Chinese environmental and urban governance industry, *Journal of Cleaner Production*, 238: 117952.
- [11] Liu, J. Yu, J. Yin, Y. Wei, Q. (2021), An evolutionary game approach for private sectors' behavioral strategies in China's green energy public-private partnership projects, *Energy Reports*, 7: 696-715.
- [12] Mortezapour, M; Shahnazari, A; Khaledian, M. (2019). "Water Governance in the Sefidrud Basin Using the Theory of Games Approach", *Journal of Watershed Management Research*, 10(19), 13-21. (In Persian).
- [13] Nagkoulis, N., Katsifarakis, K.L. (2022), Using Game Theory to Assign Groundwater Pumping Schedules, *Water Resour Manage*, 36: 1571–1586.
- [14] Pourrajabian, A; Rahgozar, S; Dehghan, M; Fattahi, A; Hamehkhani, A. (2019). "Feasibility study of harnessing hydro power for electricity generation in water transmission pipelines of Kermanshah city", *Iranian Journal of Ecohydrology*, 6(3), 781-792. (In Persian).
- [15] Rassouli, B; Kheradyar, S; Banimahd, B. (2018). "Identify, Rank and Allocate Critical Risk the Stages of Public – Private Partnership by Delphi Technique in the Context of Resistance Economy (Case Study: Water and Sewage Industry of Guilan Province)", *Investment Knowledge*, 7(27), 125-139. (In Persian).
- [16] Roehrich J. K., Lewis M. A. and George G. (2014). Are Public-Private Partnerships a Healthy Option? A Systematic Review. Social Science and Medicine. Research Collection Lee Kong Chian School of Business.; http://ink.library.smu.edu.sg/lkcsb_research/4691.
- [17] Salimifar, M; Ghadimi, A. (2015). "Comparing of Price Determination in Iranian Electricity Industry in BOT Models", *Iranian Energy Economics*, 4(15), 119-144. (In Persian).

- [18] Taraghi, M; Montaseri, M; Zarghami, M; Mianabadi, H. (2017). "Conflict Resolutions for Sustainable Water Resource Management; Case Study. Agricultural Economics", *Iranian Journal of Agricultural Economics (Economics and Agriculture Journal)*, 11(3), 131-160. (In Persian).
- [19] Wei, S. Yang, H. Abbaspour, K. Mousavi, J. Gnauck, A. (2010), Game theory-based models to analyze water conflicts in the Middle Route of the South-to-North Water Transfer Project in China, *Water Research*, 44(8): 2499-2516.
- [20] Yumurtaci, Z., Erdem, H. (2007). Economical analyses of build-operate-transfer model in establishing alternative power plants, *Energy conversion and Management*, 48(1), 234
- [21] Ziaepourroudsari, R; Beheshti, M. (2020). "Feasibility Study of Hydro Power Schemes Development in Urban Water Supply Systems by Analytic Hierarchy Process method (Case Study: Part of the Greater Tehran's Water Mains Network)", *Journal of Water and Soil Resources Conservation*, 9(4), 21-33. (In Persian).
-



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 167-182

The Jurisprudential and Legal Feasibility of Endowment of Securities Based on The Teachings of Economic Law

Zahra Sadat Mortazavi¹ , Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad^{*2} , Mohammad Taghi Rafiei³ 

- 1 - PhD student in Private Law, Department of Private Law, Neyshabour Branch, Islamic Azad University, Neyshabor, Iran.
- 2 - Professor, Department of Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.
- 3 - (*-corresponding author: mohagheghdamd.m@gmail.com)
- 4 - Associated Professor, Department of Private Law, Tehran University (Farabi), Tehran, Iran.

Received: 23 June 2024
Revised: 15 August 2024
Accepted: 2 September 2024
Available Online: 2 September 2024

How to cite this article:

Mortazavi, Z.S; Mohaghegh Damad, S.M.; Rafiei, M.T. (2024). The Jurisprudential and Legal Feasibility of Endowment of Securities Based on The Teachings of Economic Law. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 167-182. (in Persian with English abstract)
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.85521.1339>

1- INTRODUCTION

As one of the historical, social and religious achievements, the Waqf institution has a significant position in the social system and its capacities can be used to develop economic convergence in the society. Humanity seems to be a very complicated task. However, despite the fact that the common thread of all these debates is on the topic of endowment, it seems that explaining the concept of endowment property with the transformation and evolution of societies, especially from the economic point of view, and also the emergence of new properties in the economic market. To some extent, the feasibility of endowment of any property has confused the opinions of jurists and jurists, and in this respect, there has been a difference of opinion regarding the capacities of the endowment institution and modern economic relations.

Nowadays, one of the important interdisciplinary topics is the adaptation of the Waqf institution with economic rights. First of all, there should be poems that explain the position and juridical and legal nature of securities as a financial instrument, which sometimes indicates the ownership position of a person in general in the stock market (stocks) and sometimes indicates a creditor relationship from a government institution or company (partnership bonds). and sometimes it is a representative of property rights that is shown as the option to buy and sell. In this article, the paper of securities as a financial and economic tool that has a more general concept of endowment of shares in the stock exchange has been processed, which in addition to the theoretical value of the subject and the detailed follow-up on the subject in jurisprudence and law has a lot of practical value, including the most important The cases are to know the position and role of legal transfer and the legal nature of the transactions and contracts that are carried out in relation to the mentioned papers.

In other words, merely analyzing and examining the nature of these securities, based on the foundations of Western law, and ignoring the foundations of principles, rules, institutions, and new and innovative institutions in Islamic law will not fully and comprehensively comply with the subject. Moreover, it will not lead to an accurate understanding of the nature of securities. On the other hand, it is necessary to know the nature of the transfer contract and the transactions of these securities also do not guide it to the right path. Therefore, the necessity of discussing the appropriateness of the institution of endowment for the transfer of ownership and endowment for the existing value of the securities should be evaluated. For this purpose, many legal experts, in order to pay attention to the precise and comprehensive foundations of the new issues in the Imamiyyah jurisprudence, have only followed the path of western legal teachings and in order to understand the legal nature of securities, they have been converted into a kind of imitation, and from this point of view, no effort is made to conform These



documents did not create the foundations of Islamic law. but, it should not be assumed that the endowment institution should only belong to Islamic societies. Because the nature of the endowment institution

is in line with the standards in modern economic law, such as the theory of economic functionalism, and as if there is a common understanding of the endowment institution among human societies. Among these institutions and related legal mechanisms will help the progressive development process.

2- PURPOSE

Since the institution of Waqf has a long history and in addition to the existence of this legal and economic institution in Islamic countries, in the developed countries of the world, institutions similar to Waqf are used as a financial institution. Researches and articles have been done in this regard, mostly in the form of examining the feasibility of examples of endowment of credit assets such as money, shares as part and example of securities and securities in its general sense, which includes shares and partnership bonds, only in terms of The possibility of endowment and the conditions of its authenticity or inauthenticity have been discussed. While the feature and innovation used in this article and the reason for this article is that, in addition to explaining the securities and its difference with the endowment of shares, the investigation of the endowment of securities in all its cases from two legal and economic points of view has been done together, while examining the ability Sahi waqf of securities, the economic benefits of this eternal act have been discussed according to the items and factors of economic rights, which has made the article special compared to other previous articles and researches.

3- METHODOLOGY

In this article, the method of investigation and research based on study method along with deductive reasoning is used.

4- FINDINGS

Based on the objectives of the research and the methodological approaches used in the research, the findings are presented in different parts.

1- The issue of securities as a subject that is intertwined with economic rights is involved in some disagreements. In spite of the fact that the common thread of all these debates is on the principle of waqf. However, in the conceptual explanation of some examples, there are differences of opinion. Since the economic evolution and transformation of societies has caused the evolution of economic markets, jurisprudence-legal analyzes should be in accordance with the issues and examples of the economic markets and respond to the needs of the society.

2- In despite of the existence of some views for and against the endowment of securities, the main topic of this disparity of opinions is the dispute over ownership, objectivity, and the contradictions of benefiting from securities assuming the survival of the subject.

3- While examining the concept of securities and waqf and mentioning the arguments of the proponents and opponents, evaluating and analyzing the arguments presented, we have finally come to the conclusion that despite the fact that the conditions of the waqf are not defined in the Shari'ah, and based on the generality of the proofs of authenticity, while developing the concept of the same thing that nobles are not It also includes material and credit and considers the credit relationship of ownership to them as correct and on the other hand by justifying the endowment of securities by referring to the economic principles of reliance cost and the central outcome and based on works such as the role of endowment in reducing inequality and its importance in Productivity growth, from the point of view of economic rights, this endowment has the ability to be applied and implemented.

5- CONCLUSION

In breif, it can be said that by considering the position of the endowment institution, the value and validity of securities in the modern economic system and paying attention to the effect of endowment on the subject of securities in relation to the economic rights of individuals in society, it is clear that jurisprudence rules emphasize the survival of the endowment or the imprisonment of its principal and the release of its benefits. They have different opinions. But it seems that they consider the survival of the principle correct in the case of usufruct. The document of the deniers of endowment of money is not a verse, narration or a practical principle. Rather, their opposition is only due to the fact that they believe that money is destroyed by usufruct and does not have the characteristic of being objective. Let it be like money that replaces the same money, and money will continue to exist as a result of its endowment despite the change of its object. In addition, from the point of view of economic rights, the realization and guarantee of individual interests is dependent on the guarantee and realization of

collective interests, and progressive development implies a state in which individuals can enjoy inclusive growth and development, and this is only convergence in fair distribution. Social benefits are not provided.

Key words; Endowment, securities, Imami jurisprudence, globalization, comparative studies

مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۱۶۷-۱۸۲

امکان‌سنجی فقهی حقوقی وقف اوراق بهادار مبتنی بر آموزه‌های حقوق اقتصادی

زهره سادات مرتضوی^۱، سید مصطفی محقق داماد^{۲*}، محمد تقی رفیعی^۳

پذیرش: ۱۴۰۳/۶/۱۲

دریافت: ۱۴۰۳/۴/۳

چکیده

با در نظر گرفتن جریان جهانی‌سازی اقتصاد و ارتباط متقابل دانش حقوق و اقتصاد، امروزه شاهد بازتعریف مفاهیم حقوقی مبتنی بر استانداردهای اقتصادی با معیارهای نوین می‌باشیم. در حقوق ایران که نظام قانون‌گذاری آن منبعث از فقه امامیه است، توجه به مطالعات تطبیقی از اهمیت خاصی برخوردار است و همین امر پویایی بیش از پیش موضوعات فقهی را ایجاب می‌نماید. در این میان، موضوع وقف اوراق بهادار به‌عنوان موضوعی مبتلابه که با حقوق اقتصادی عجین شده، درگیر برخی از اختلاف نظرها است. با وجود این که فصل مشترک تمامی این بحث‌ها بر اصل موضوع وقف صحه گذارده‌اند، ولیکن در تبیین مفهومی برخی از مصادیق دچار تشتت آراء هستند. از آن‌جا که تحول و دگرگونی اقتصادی جوامع سبب تحول بازارهای اقتصادی شده است، تحلیل‌های فقهی-حقوقی بایستی منطبق بر موضوعات و مصادیق روز بازارهای اقتصادی گردد و پاسخگوی نیازهای روز جامعه باشد. با وجود برخی دیدگاه‌های موافق و مخالف بر قابلیت وقف اوراق بهادار که موضوع اصلی این تشتت نظرات، اختلاف بر سر قابلیت مالیت داشتن، عینیت داشتن و منافات داشتن انتفاع از اوراق بهادار با فرض بقای موضوع آن است. در این مقاله از روش بررسی و تحقیق مبتنی بر روش مطالعاتی همراه با استدلال قیاسی استفاده شده است. ضمن بررسی مفهوم اوراق بهادار و وقف و ذکر ادله موافقین و مخالفین و ارزیابی و تحلیل ادله مطروحه، در نهایت به این نتیجه رسیده‌ایم که با وجود بنای عقلا و عدم تحدید شرایط وقف در کلام شارع و با استناد به عمومات ادله صحت ضمن توسعه مفهوم عین که اعیان غیرمادی و اعتباری را نیز در برمی‌دارد و تعلق رابطه اعتباری مالکیت نسبت به آنها صحیح تلقی می‌گرداند و ازسوی دیگر با توجیه وقف اوراق بهادار با استناد به اصول اقتصادی هزینه اتکا و پیامدمحوری و بر اساس آثاری نظیر نقش وقف در کاهش نابرابری و اهمیت آن در رشد بهره‌وری، از منظر حقوق اقتصادی نیز وقف این اوراق قابلیت اعمال و اجرا دارد.

کلیدواژه‌ها: وقف، اوراق بهادار، فقه امامیه، جهانی‌سازی، مطالعات تطبیقی.

۱. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران.

۲. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول: mohagheghdamad.m@gmail.com)

۳. دانشیار، گروه حقوق انرژی و تجارت بین الملل، دانشگاه حقوق دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

مقدمه

نهاد وقف به‌عنوان یکی از دستاوردهای تاریخی، اجتماعی و دینی در نظام اجتماعی از جایگاه قابل‌توجهی برخوردار است و می‌توان از ظرفیت‌های آن جهت توسعه همگرایی اقتصادی در جامعه بهره برد. البته در این میان ماهیت‌شناسی نهاد وقف و انطباق آن با موضوعات اقتصادی نوین در جامعه انسانی کار بسیار پیچیده‌ای به نظر می‌رسد. اما باوجود آن‌که فصل مشترک تمامی این بحث‌ها بر اصل موضوع وقف صحنه‌گذارده‌اند، با این حال به نظر می‌رسد که تبیین مفهومی از اموال موضوع وقف با دگرگونی و تحولات جوامع به‌ویژه از منظر اقتصادی و همچنین پیدایش اموال جدید در بازار اقتصادی تا حدودی امکان‌سنجی وقف هرگونه مال را در آرای حقوق‌دانان و فقها دچار تشنگی نموده و از این حیث تفاوت عقیده‌ای در قبال ظرفیت‌های موجود در نهاد وقف و مراودات اقتصادی نوین به وجود آمده است. امروزه از جمله موضوعات مهم میان‌رشته‌ای تطبیق نهاد وقف با حقوق اقتصادی است. پیش از هر چیز باید اشعار داشت که تبیین جایگاه و ماهیت فقهی و حقوقی ورقه بهادار به‌عنوان ابزار مالی است که بعضاً بیانگر موقعیت مالکیت فرد به‌طور عموم در بورس (سهام) است و گاه بیانگر رابطه طلبکاری از یک نهاد دولتی یا شرکت است (اوراق مشارکت) است و بعضاً به‌عنوان نماینده حقوق مالکیتی است که به‌صورت اختیار خرید و فروش نمایش داده می‌شود. در این مقاله به ورقه اوراق بهادار به‌عنوان ابزار مالی و اقتصادی که مفهوم عام‌تری از وقف سهام در بورس دارد، مورد پردازش قرار گرفته شده که مضاف بر ارزش نظری موضوع و تتبع دقیق پیرامون موضوع در فقه و حقوق از ارزش کاربردی فراوانی برخوردار است، از جمله مهم‌ترین این موارد، شناخت جایگاه و نقش انتقال حقوقی و ماهیت حقوقی معاملات و قراردادهایی است که در رابطه با اوراق مذکور انجام می‌شود. به دیگر سخن، صرف تحلیل و بررسی جایگاه ماهیتی این اوراق، مبتنی بر مبانی حقوق غرب و نادیده گرفتن مبانی و اصول و قواعد و نهادها و تأسیس‌های بدیع و نوین در حقوق اسلامی به نحو جامع و کامل به امتثال موضوع نخواهد بود. علاوه بر این موجب فهم دقیق از ماهیت اوراق بهادار نخواهد شد. از سوی دیگر، موجب می‌گردد که شناخت ماهیت قرارداد انتقال و معاملات این اوراق نیز آن را به مسیر صحیح رهنمون نگرداند. بر این اساس، ضرورت بحث از این نظر اقتضاء دارد تا نسبت نهاد وقف در قبال انتقال مالکیت و وقف بر ارزش موجود در

قبال اوراق بهادار مورد ارزیابی قرار بگیرد. بدین‌منظور، بسیاری از صاحب‌نظران حقوقی، برای توجه به مبانی دقیق و جامع امور و نهادهای جدید در فقه امامیه، صرفاً در مسیر و راه آموزه‌های حقوق غرب پا گذاشته و در راستای درک ماهیت حقوقی اوراق بهادار، تبدیل به نوعی مقلد شده و از این جهت، هیچ‌گونه کوششی به منظور و جهت مطابقت‌سازی این اوراق با تأسیس‌های حقوق اسلامی پدید نیاورده‌اند. البته نباید این‌گونه تصور کرد که صرفاً بایستی نهاد وقف را متعلق به جوامع اسلامی دانست. زیرا ماهیت نهاد وقف با استانداردهای موجود در حقوق اقتصادی^۴ نوین مانند نظریه کارکردگرایی اقتصادی در یک راستا عمل می‌نماید و گویی درک مشترکی از نهاد وقف بین جوامع انسانی وجود دارد. با این حال باید دانست که ظرفیت‌های موجود در حقوق اقتصادی در قبال نهاد وقف و بهره‌مندی از مطالعه تطبیقی میان این نهاد و سازوکارهای حقوقی مرتبط با آن به فرایند توسعه مترقیانه^۵ کمک خواهد نمود.

از آن‌جا که نهاد وقف سبقه‌ای به بلندای تاریخ دارد و علاوه بر وجود این نهاد حقوقی و اقتصادی در کشورهای اسلامی، در کشورهای پیشرفته جهان نیز از نهادهای مشابه وقف به مثابه نهاد مالی استفاده می‌کنند. تحقیق و پژوهش‌ها و مقالاتی در این خصوص انجام شده که اغلب در قالب بررسی امکان‌سنجی مصادیقی از وقف اموال اعتباری مانند پول، سهام به‌عنوان جزیی و مصادیقی از اوراق بهادار و اوراق بهادار در مفهوم عام آن که شامل سهام و اوراق مشارکت است صرفاً از حیث امکان وقفیت و شرایط صحت یا عدم صحت آن پرداخته شده است. در حالی که ویژگی و نوآوری که در این مقاله به‌کار رفته و موجب امتیاز این مقاله شده، این است که علاوه بر تبیین اوراق بهادار و تفاوت آن با وقف سهام، به بررسی وقف اوراق بهادار در تمامی مصادیقش از دو منظر حقوقی و اقتصادی به‌طور توأمان پرداخته شده و ضمن بررسی قابلیت صحتی وقف اوراق بهادار به مزایای اقتصادی این عمل جاودانه با توجه به آیتم‌ها و فاکتورهای حقوق اقتصادی پرداخته شده که همین موضوع سبب خاص شدن مقاله نسبت به سایر مقالات و پژوهش‌های سابق شده است. از این رو، پرسش اصلی پژوهش بر این امر استوار خواهد بود که: شرایط ورقه بهادار به‌عنوان موضوع وقف چگونه است؟ دیدگاه فقه و حقوق نسبت به آن چگونه است؟ سپس در ادامه، این پرسش فرعی مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت که وقف اوراق بهادار در حقوق اقتصادی بر اساس چه اصول و منابعی قابلیت توجیه پیدا می‌نماید؟ بنابراین در

^۵ Progressive Development^۴ Economic Rights

این پژوهش که مطالب به روش مطالعات کتابخانه‌ای گردآوری خواهد شد، سعی بر آن می‌شود تا مبتنی بر شیوه استدلال قیاسی مباحث موردنظر ارزیابی شده و حاصل دستاوردهای آن مقدمه‌ای بر توسعه نگرش‌های علمی در قبال نهاد وقف در جامعه مدرن قرار بگیرد.

۱- مفهوم‌شناسی

از منظر لغوی و در زبان عربی، واژه «وقف» در برابر معنای ایستادن و پابندگی^۶ وضع شده و در زبان فارسی نیز، مشابه همین معنا به تبعیت از ریشه عربی این واژه در نظر گرفته شده و به معنای ایستادن، به حالت ایستاده ماندن و آرام گرفتن، منع کردن و جلوگیری نمودن آمده است (Dehkhoda, 1395: 1125). در رابطه با معنای اصطلاحی و آنچه در علم حقوق مورد توجه است، باید گفت که میان آموزه‌های فقهی در عین شباهت معنایی، نوعی اختلاف نظر وجود دارد که خاستگاه این اختلاف را باید در تفاوت نظریات ایشان نسبت به ماهیت وقف، چگونگی و شرایط ایجاد آن جستار نمود که در ادامه به توضیح این اختلاف دیدگاهی پرداخته می‌شود. البته پیش از پرداختن به این اختلاف نظر بایستی به این نکته اشاره نمود که بیش از آن که نهاد وقف به سرزمین یا جامعه دینی خاصی تعلق داشته باشد، به واسطه ماهیت فراگیر بودن، عقلایی بودن و در عین حال کارکردگرا بودن در نظام اجتماعی این نهاد مورد پذیرش فطرت غالب جوامع انسانی است و اگر بتوان نهاد وقف را به عنوان معیاری انسانی و حقوق بشری معرفی نمود، بیش از هر زمان دیگری می‌توان انتظار فراگیر شدن نهاد وقف در جامعه جهانی را دنبال نمود. یکی از مهم‌ترین لوازم رشد و ترقی زیست بشری، شرکت در زندگی جمعی و مشارکت اجتماعی و اقتصادی است. اهمیت این فرایند همواره مورد توجه جامعه‌شناسان و اندیشمندان اقتصادی و سیاسی بوده است (Lampiranou, 2013: 14). با وجود نگرش‌های جامعه شناختی نسبت به نهاد وقف، گرش حقوقدانان و فقها در قبال این نهاد تخصصی‌تر و در عین حال گسترده‌تر به نظر می‌رسد. استقراء در میان آرای فقها، مبین این مطلب است که ماحصل گونه‌بندی تعریف اصطلاحی وقف در سه فرض مختلف؛ تحبیس الاصل و تسبیل المنفعه (Tosi, 1387: 286)، تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه (۱۴۰۸: ۲۱۱) (Helli, 1393: 256) و تسبیل الثمره (Khoyi, 1393: 256) مورد توجه قرار گرفته است. از سوی دیگر، برخی فقها از وقف به عنوان صدقه جاریه یاد نموده و به زعم ایشان «الوقف و هو

الصدقه الجاریه و ثمرتها: تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه» (Ameli, 1417: 228). ذکر این نکته نیز حایز اهمیت است که بعد از شیخ طوسی، قاطبه‌ی فقه‌های عظام امامیه از عبارت «تسبیل» روی گردان شده و واژه «اطلاق» را جایگزین آن نموده‌اند. بنا به اعتقاد برخی دیگر، وقف عبارت است از «عقد ثمره تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه» (Helli, 1408: 212) و بسیاری دیگر نظیر علامه حلی، در تعریف وقف از همین عبارت استفاده نموده‌اند. این در حالی است که عده‌ای دیگر از فقها، با حذف عبارت «عقد»، مفهوم وقف را چنین بیان داشته‌اند که: الوقف و هو تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه (Ameli, 1380: 194). در حقوق ایران و به موجب ماده ۵۵ قانون مدنی نیز از این اصطلاح چنین تعریف به عمل آمده که: «وقف عبارت است از این که عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود». البته آنچه که در ذات نهاد وقف موجود است، مسأله «مشارکت» است. بدیهی است که مشارکت گسترده در فرایندهای تصمیم‌گیری، یکی از پیش‌نیازهای حاکمیت دموکراتیک لحاظ می‌گردد. از نظر امارت‌یاسن، مشارکت چارچوب اساسی توسعه است. این مشارکت، زندگی شخصی و اجتماعی افراد را تحت تأثیر قرار می‌دهد و موجب به زیستی انسان و معنابخشی می‌شود (Heidari et al, ۱۳۹۶: 145). در خصوص این ماده، ممکن است این استنباط شود که مراد از «حبس عین» به نوعی جدا ساختن ملک (فک ملک) از دارایی مالک و مصون قرار دادن آن از هرگونه نقل و انتقال است. در واقع، لازم است که عین قدرت و تاب پایداری در برابر استفاده و انتفاع را در وقف دارا باشد. مفهوم مخالف این استنباط بدین معنا است که امکان وقف منفعت و دین و حق وجود ندارد. علاوه بر این، در وقف، حبس عین باید به نحو دائمی باشد اگرچه که بعد از مدتی، هدف از وقف منتفی گردد و تسبیل منفعت هم در معنای مصروف داشتن مورد وقف، در راه خدا است (Katouzian, 1383: 57).

اوراق بهادار نیز نوع و قسمی از ابزارهای مالی تلقی می‌گردند که گاه مبین موقعیت مالکیت و سهام شخص در شرکت‌های حاضر به نحو عمومی در بورس بوده و گاه مبین نوعی رابطه طلب از یک نهاد دولتی یا شرکت در قالب اوراق مشارکت یا نماینده حق مالکیتی است که به انحای مختلف مورد خرید و فروش و انتقال واقع می‌گردد. در حقیقت، اوراق بهادار در اقسام و انواع مختلف خویش، (سهام، اوراق قرضه و مشارکت یا اختیار معامله در رابطه با آنها)، بیانگر ارزش مالی برای دارنده آن است

^۶ مادام دأماً و مستقراً و ساکناً

(Dadga, 1393: 68). علاوه بر نگرش مالکیتی نسبت به اوراق بهادار لازم است به این اوراق نگرش معاوضه و رد و بدل نمودن عنصر ارزش و مزیت را نیز بار نمود. بر این اساس، معاوضه در معنای عام هر عقدی است که در آن عوضین معامله و مبادله می‌گردند. بدین معنا هر عقدی که در آن عوضینی اعم از وجه نقد، کالا یا منفعت در مقابل هم معامله گردند، نوعی «معاوضه محض» تلقی می‌شود (Tousi, 1387: 249). لازم به ذکر است که اوراق بهادار به دو قسم اوراق بهادار غیراسلامی و اوراق بهادار اسلامی (صکوک) تقسیم می‌گردد. در رابطه با اوراق بهادار غیراسلامی باید به اوراق قرضه به مثابه مهم‌ترین قسم اشاره نمود که در واقع، اسنادی هستند که بر اساس و مبنای آن، شرکت انتشار دهنده این تعهد را می‌دهد که مبلغ مشخص و معینی تحت عنوان بهره سالانه در بازه زمانی معین و مشخص به صاحب آن پرداخت می‌نماید و در زمان و موقع آن یعنی سررسید، اصل مبلغ تعیینی را بازپرداخت نماید (Dadgar, 1393: 17).

۲- اوراق بهادار به مثابه موضوع وقف

پس از تبیین مفهومی که به اجمال از اوراق بهادار و همچنین نهاد وقف در میان آرای فقها و حقوقدانان به عمل آمد، در این قسمت به بررسی شرایط لازم جهت آن که اوراق بهادار به‌عنوان موضوع وقف در نظر گرفته شود خواهیم پرداخت. در این راستا وجود ترتیبات قانونی و شرعی خاص مربوط به اوراق بهادار، فقدان وجود غرر در به دست آوردن ورقه بهادار، نبود عنصر ربا در تحصیل ورقه بهادار و ممنوعیت انجام فعالیت نامشروع از جمله شرایطی است که لازم است به صورت منفرد یا جمعی محقق شود تا بتوان اوراق بهادار به‌عنوان موضوع وقف مورد اجرا قرار داد.

۲-۱- وجود ترتیبات قانونی و شرعی خاص مربوط به اوراق بهادار

اوراق بهادار اسلامی یا همان صکوک از ماهیت حقوقی خاص و دو سویه برخوردار هستند. این مطلب بدان معناست که این اوراق از یک‌سو دارای ماهیتی با پایه قراردادی همراه با صاحبان متعدد ناشی از روابط حقوقی متفاوت منبعت از یک قرارداد هستند و از طرف دیگر به‌مثابه ابزارهای مالی تلقی می‌شوند که تعلق اصلی آنها به بازار اولیه بوده ولی با این حال ممکن است در بازار ثانویه نیز به فروش برسند. ماهیت قراردادی بودن اوراق بهادار امکان مشروعیت حقوقی را به این اوراق بخشیده است و نمی‌توان به واسطه استانداردهایی دیگر آن‌ها را واجد حمایت یا اثر حقوقی دانست (Shoosinasab, 1394: 78). اعمال اراده در تنظیم، خرید

یا فروش اوراق بهادار خود برخاسته از ماهیت قراردادی این اوراق می‌باشد. اگرچه این اوراق به صورت یک‌سو به تنظیم و عرضه می‌گردند اما بر حسب توافق حاصله، یک امر قراردادی محسوب می‌شوند. شایان ذکر است که هر یک از اقسام صکوک نیز به نوبه خویش ترتیبات قانونی خاص خویش را داشته و شرایط مربوط به خود را به لحاظ کارکردی دارند. در این میان و به‌عنوان نمونه می‌توان گفت که به موجب قانون مربوط به اوراق مشارکت، مقنن ایرانی یکی از اطراف این ورقه را دولت و نهادهای عمومی در نظر گرفته و این در حالی است که در پاره‌ای دیگر از صکوک، از جمله صکوک اجاره، اطراف این ورقه افراد هستند که یا مبتنی بر سود یا دارایی فیزیکی و سهم بیع مشاع، نسبت به انتقال این اوراق اقدام می‌نمایند (Abdipour Fard, 2016 : 91). این که دولت بتواند بخشی از استانداردهای مندرج در اوراق بهادار را به انتخاب و اراده طرف مقابل قرار بدهد، موضوعی دارای اختلاف است. به نظر می‌رسد که تمامی حقوق و استانداردهای مربوط به اوراق بهادار بایستی توسط دولت وضع گردیده و پذیرنده اوراق نیز در کاهش یا افزایش آن هیچ نقشی ندارد.

۲-۲- فقدان وجود غرر در به‌دست آوردن ورقه بهادار

یکی از مهم‌ترین شرایط سلبی که برای اوراق بهادار اسلامی مطرح شده، ممنوعیت از ربوی بودن آن‌ها است. در این راستا باید گفت که در فرضی که منظور از غرر هرگونه فریفتن باشد، چنین فرضی در اوراق بهادار اسلامی به نوعی سالبه به انتفاء موضوع است، چرا که شرکت‌کنندگان در این فرایند از آگاهی و اطلاع کامل برخوردار هستند. حقیقت تضمین شفافیت در قبال اوراق بهادار در نظام حقوق اسلام یک شرط اساسی است. علاوه بر این، باید اشعار داشت که در فرایند انتشار اوراق بهادار اسلامی، تمامی شروط مربوط به قرارداد ضوابط و شرایط مربوط به انتشار به طور دقیق معین می‌گردد و از این جهت باید گفت که در مقایسه با سایر انواع اوراق بهادار، اوراق بهادار اسلامی در تمامی زمینه‌های لازم و مربوط به فرایند انتشار، سود و بازدهی فارغ از هرگونه ابهام و غرر است (Abdipour Fard, op.cit, 96).

۲-۳- نبود عنصر ربا در تحصیل ورقه بهادار

همچنان که مبرهن است، در آموزه‌های اسلامی معاملات ربوی ممنوع و حرام دانسته شده است. در این‌جا لازم می‌آید که بین مفهوم بانکداری در اسلام و اقتصاد مبتنی بر تعالیم اسلامی تمایز قائل شد. توضیح آن‌که، نگرش حقوقی اسلام به رخدادهای پدیدارهای زیست اجتماع آن‌قدر گسترده است که نمی‌توان حوزه

در راستای امکان وقف اوراق بهادار در نظر گرفت که ذیلاً به بررسی هر یک از این موارد پرداخته می‌شود.

۱-۳- دیدگاه مخالفین

از منظر فقها و حقوقدانانی که اعتقاد بر عدم امکان وقف اوراق بهادار دارند، استناد به برخی موازین فقهی و حقوقی از جمله عدم تسری مفهوم عین بر اوراق بهادار و عدم هماهنگی با بقای در برابر انتفاع قابل طرح است که ذیلاً به اختصار در این قسمت تبیین می‌گردند.

۱-۳-۱- عدم تسری مفهوم عین بر اوراق بهادار

عمده‌ترین دلیل مخالفت برخی از فقها در این باب را باید بر این اساس دانست که به زعم ایشان، مال موقوفه باید از اعیان باشد و پول و آن‌چه که در حکم پول است مانند اوراق بهادار در جرگه مال کلی قرار می‌گیرد. آموزه‌های فقهی در این راستا مبین این مطلب است که وقف آن‌چه عین تلقی نمی‌گردد، از قبیل دین و منفعت و مال کلی صحیح نیست؛ اعم از این که دارای سررسید بوده و سررسید آن رسیده باشد یا نباشد و خواه متعهد و مدیون توانایی ادای دین را داشته باشد یا نداشته باشد (Najafi, 1404: 18). در این راستا برخی از صاحب نظران حقوقی در مقام توجیه و گستره مفهومی عین برآمده و چنین اظهار عقیده نموده‌اند که مال قابل حس توسط حس لامسه عین نامیده شده و بنابراین تعریف، نقود و آن‌چه در حکم نقود هست از جمله اوراق بهادار نیز مشمول عنوان عین می‌گردند و بدین‌سان، مفهوم عین در کلام فقها را باید به عین اعتباری از جمله اسکناس و اوراق بهادار نیز تسری و گسترش داد. علاوه بر این، تحولات اقتصادی که به موازات صنعتی شدن جوامع ایجاد شده و به تبع آن جایگزین‌هایی که امروزه در مقام ادای عوض معاملات ایجاد گردیده است، این ضرورت را ایجاد نموده تا از سوی مقنن، یا در مفهوم عین بازنگری اساسی گردد و یا این که شرط مال موقوفه از «عین بودن» به «مال بودن» تغییر یابد (Abde Tabrizi, 1393: 37).

۳-۱-۲- عدم هماهنگی با بقای در برابر انتفاع

دلیل وارد شده دیگر بر عدم امکان وقف اوراق بهادار، عدم قابلیت بقای آن در برابر انتفاع است. در این رابطه اگرچه تقسیم‌بندی دیدگاهی خاصی در آموزه‌های فقهی به چشم نمی‌خورد، اما در موضوع اجاره که در آن نیز بقای عین در برابر انتفاع شرط است، اندیشه‌های فقهی به چند دسته مختلف تقسیم می‌گردد

مالکیتی خاصی برای آن تخصیص داد. درحالی که به نظر می‌رسد در نظام بانکداری اسلامی سعی در محدودسازی نگرش وسیع اسلام در امور مالی، اجتماعی و اقتصادی شده است که این خود اختلاف نظرات متعددی را به بار آورده است. در این میان به هیچ عنوان تفاوتی نمی‌نماید که ربای موجود در قالب ربای قرضی یا ربای معاملی باشد. در این راستا باید توجه داشت که همچنان که از اهداف نظام بانکداری بدون ربا نیز برمی‌آید، هدف اصلی تصویب و اعمال این قانون، حذف ربا از سیستم بانکداری کشور و مطابقت آن با شرع منور اسلام است. بدین ترتیب، همچنان که پیش‌تر نیز اشاره شد، با توجه به این که نوع تخصیص سود و بازدهی ناشی از فرایند به‌کارگیری و انتشار اوراق بهادار اسلامی، به نحو مشاعی بوده و همچنین تضمین اصل سود به صورت مقطوع در بسیاری از انواع اوراق بهادار اسلامی انجام نمی‌گیرد، از این نظر می‌توان گفت که یکی دیگر از ویژگی‌ها و شرایط اوراق بهادار اسلامی، غیرربوبی بودن آن‌ها است (Abdipour Fard, 2016, 97).

۲-۴- ممنوعیت انجام فعالیت نامشروع

یکی دیگر از شرایط سلبی که برای اوراق بهادار اسلامی مدنظر قرار گرفته، این است که استفاده و به‌کارگیری این اوراق نباید در معاملات و فعالیت‌هایی به‌کارگرفته شود که مینا و جهت نامشروع دارند. عده‌ای بر این نظر استوارند که ماهیت قراردادی بودن اوراق بهادار، پذیرنده این شرط است که اوراق مربوطه نبایستی متصف بر هدفی باشند که از مشروعیت موضوع یا جهت معامله برخوردار نمی‌باشند. از این رو، عرضه اوراق بهادار با هدف نامشروع که اخلاق حسنه و نظم عمومی آن را تأیید نمی‌کند، برخلاف موازین و اصول مرتبط با اوراقی است که می‌توان آن را موضوع وقف قرارداد. به‌عنوان نمونه و همچنان که برخی یادآور شده‌اند، استفاده از این اوراق در جهت تأمین سرمایه برای راهاندازی تأسیسات و قطعات کارخانه شراب‌سازی ممنوع است. (Abdipour Fard, 2016: 98)

۳-۳- ادله فقهی - حقوقی مطروح در باب امکان سنجی وقف اوراق بهادار

استقرای در میان نظریات فقهی حقوقی مطروحه نشان‌گر آن است که هرچند به نحو مستقیم در آموزه‌های فقهی با توجه به مستحدث بودن این موضوع پرداخته نشده و همچنین در منابع حقوقی نیز عنایت چندانی به این موضوع نشده است، با این حال، به لحاظ برخی اصول و مبانی می‌توان دو دیدگاه مخالف و موافق

۲-۳- دیدگاه موافقین

در مقابل دیدگاه‌های مطروحه به شرح فوق مبنی بر عدم امکان وقف اوراق بهادار، نظریات نوینی بر پایه برخی استدلال‌ات، وجود چنین امری را توجیه می‌نماید که در این قسمت به تبیین آن پرداخته می‌شود.

۱-۲-۳ - عرف و بنای عقلا

یکی از استدلال‌های مهم گروه موافق وقف این دست از اموال این است که بنای عقلا چنین وقفی را پذیرفته و معتقدند وجود موضوعات و مسائل مبتلابه در جامعه و لزوم هماهنگی آموزه‌های فقهی و نیازهای جامعه چنین اقتضاء دارد که تا حد ممکن بر پویایی مبانی و موضوعات فقهی تأکید گردد و بر این اساس، عرف و بنای عقلا چنین اقتضاء می‌نماید که حتی در فرضی که شخصی اسکناس، ورقه بهادار و آن‌چه در حکم این موضوعات است برای ایجاد امر خیر و به‌ویژه دستگیری نیازمند را در نظر گرفت، ممانعتی در این رابطه با وی نگردد و رأی به وقف موضوع این اموال داد. (Malakoutifar, 1384:35) در این بین، می‌توان گفت مناسب‌ترین استناد و استدلال در مقام پذیرش بنای عقلا این است که در نظام‌های حقوقی مدرن همچون فرانسه و انگلیس، نهادهای مشابهی به ترتیب در قالب فونداسیون و تراست وجود داشته که امروزه، با کارکردی نظیر وقف، امور و موضوعات عام-المنفعه به وسیله اوراق بهادار در چارچوب نهادهای مذکور صورت می‌گیرد. از جمله این که بر خلاف دیدگاه سنتی نهاد وقف در فقه امامیه و حقوق ایران که مال موضوع آن باید دارای شرایط ویژه از جمله عین بودن باشد، اموال از هر نوع که باشد (منقول، غیرمنقول و حتی مال کلی) می‌تواند موضوع تراست قرارگیرد (Elsen, 2015: 216). ضمن آن که در آموزه‌های حقوقی کامن‌لا، چنین مطرح است که با توجه به موضوع تراست که اغلب امور عام‌المنفعه و نفع اجتماعی است، عملیاتی نمودن نهاد مزبور از طریق ابزارهایی نظیر اوراق بهادار، علاوه بر این که استفاده از تراست را پرنرنگ‌تر می‌نماید، در تحول و پیشرفت اقتصادی جوامع نیز کارایی مؤثری به همراه خواهد داشت (payben, 2017: 73).

۲-۲-۳ - عدم تحدید شرایطی وقف در کلام شارع و استناد به عمومات ادله صحت

در این رابطه باید بیان داشت که عقد وقف در میان انواع معاملات امضایی از این ویژگی مفید برخوردار است که بنا به ماهیت و هدف انتفاعی و خیرخواهانه آن، در زمره عقود قرار

و بدین‌سان وحدت ملاک از این نظریات در باب وقف این موضوع نیز بی‌تردید قابلیت استناد دارد؛ در واقع، این تقسیم‌بندی بدین نحو است که برخی از فقها، اجاره درهم و دینار و آن‌چه را که در حکم پول است، به نحو مطلق، جایز ندانسته و به عدم بقای آن در برابر انتفاع اعتقادی دارند (Helli, 1419:375). عده دیگر بر این باورند که در فرضی که درهم و دینارها و آن‌چه که در حکم پول است، ملازمه‌ای با تلف دارند یا خیر؛ چنین اظهار عقیده نموده‌اند که در فرضی که موضوع انتفاع، از منفعت حکمی قابل توجهی برخوردار باشند، اجاره و به تبع آن وقف آنها صحیح است و در غیر این صورت حکم بر عدم صحت می‌گردد (Najafi, 1419:375). عده-ای دیگر از فقها، وجود منفعت عرفی را دلیل صحت اجاره و وقف این دست از موضوعات و موال دانسته و در نهایت، برخی از فقها، به نحو مطلق به جواز اجاره و به تبع آن، وقف درهم و دینار و آن‌چه در حکم پول است (Tousi, 1387:79)، نظر داده‌اند. علاوه بر آن‌چه که در اقوال فقهی بیان شد، در حقوق ایران مقنن در ماده ۵۸ قانون مدنی چنین اشعار داشته که فقط "وقف مالی جایز است که با بقای عین بتوان از آن منتفع شد، اعم از این که منقول باشد یا غیرمنقول مشاع باشد یا مفروز".

در این راستا برخی از نویسندگان حقوقی چنین ابراز عقیده نموده‌اند که «عین مال باید حبس بماند و منافع تسبیل شود و جدایی عین و منافع تنها در صورتی امکان دارد که مال در دید عرف با انتفاع از بین نرود؛ پس وقف زمین و کتاب و درخت و اتومبیل درست است ولی وقف انواع خوراکی‌ها و پول برای استفاده متعارف (خرج کردن) امکان ندارد» (Katouzian, 1377:59). با این حال و در مقام بررسی آن‌چه که بیان گردید، می‌توان گفت که اگر پول و آن‌چه در حکم پول است از جمله اوراق بهادار، به نحوی موضوع وقف قرار گرفته باشد با انتفاع از آن تلف گردد، مانند وقف پول و ورقه بهادار برای پرداخت‌های انتفاعی و کمک‌های تأمین اجتماعی در جهت نیازهای مستمندان مصروف گردد و با آن ملزومات مورد نیاز برای افراد نیازمند تهیه گردد؛ چنین وقفی صحیح به نظر نمی‌رسد. در مقابل، در فرضی که از پول و آن‌چه در حکم پول است؛ از جمله ورقه بهادار، به نحوی استفاده شود که از محل آن برای افراد نیازمند اعطای وام گردد یا برای ایشان نوعی سرمایه‌گذاری شود و درآمد حاصل از این وام یا سرمایه‌گذاری برای آن‌ها مصروف گردد، چنین وقفی که موضوع آن پول و در حکم پول است، صحیح و جایز بوده و با شرط بقای موضوع وقف در برابر انتفاع فاقد هرگونه منافاتی است.

گرفته است که شارع مقدس، حداقل محدودیت، شرط و قید را برای آن در نظر گرفته که در این رابطه می‌توان به قاعده «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها» که بر گرفته از روایات معتبر مندرج در کافی و استبصار و تهذیب آمده استناد جست و به موضوع‌سازی و توسعه گستره وقف نظر داد. علاوه بر این، در باب وقف اوراق بهادار می‌توان در این باب چنین استدلال نمود که وقف اوراق بهادار، با امتثال به برخی عموماً وارد در موضوع وقف از جمله اصل اباحه و عموماً ادله صحت، فاقد هرگونه منع شرعی و قانونی است (Tabatabai, 1406:495).

۳-۳- ارزیابی و تحلیل ادله مطروح

در آموزه‌های حقوق داخلی، مطالب ناچیزی نسبت به ماهیت حقوقی اوراق بهادار بیان و عرضه شده است تا حدی که بنا به زعم و عقیده پاره‌ای حقوقدانان، ماهیت این اوراق به مواردی از جمله، منقول یا غیرمنقول بودن این اوراق محدود شده است (Katebi, 1390:138; Saghri, 1372:37) از دیگر سو، عده کمی هم از صاحب‌نظران حقوقی که به تحلیل این تأسیس و نهاد جدید حقوقی پرداخته‌اند به طور عمده، بر اساس مسائل و موضوعات مطروحه در حقوق غرب و به طریق تقسیم‌بندی این اوراق به حقوق عینی و دینی بنای تحلیل و ماهیت‌شناسی گزارده‌اند. بنا به باور عده‌ای، اصولاً اوراق بهادار، مال و یا حق مالی شناخته نمی‌شود (Jafari Langroudi, 1368:42)، و به زعم عده‌ای دیگر، این دسته از اوراق را باید حق دینی (Shoarian & Tafreishi, 1381:245) در نظر گرفت. عده دیگری نیز از حقوقدانان، میان سهام بانام و بی‌نام قائل به تفکیک شده و سهام بانام را در زمره دیون شرکت به شرکاء تلقی نموده‌اند (Almasi, 1389:194). برخی دیگر از حقوقدانان و در مقام تحلیل دقیق‌تری (و البته بر مبنای تقسیم‌بندی مزبور) چنین عقیده دارند که صحیح‌تر آن است که حقوق سهامداران نه کاملاً با حق عینی تطبیق داده و نه با حق دینی. در حقیقت و به باور ایشان، حقی که شریکان در شرکت‌های تجاری دارند قابل مقایسه با ماهیت هیچ یک از حقوق عینی و دینی نیست. در واقع و از نظر این گروه، به موجب قرارداد، حقوق عینی شرکاء بر سرمایه تبدیل به حق خاصی می‌شود که موضوع آن درآمد مربوط به منافع سالیانه است (Katouzian, 1383:60). عده دیگری هم برای سهام و ورقه بهادار دو حالت در نظر گرفته‌اند؛ نخست حقوقی که شریک در شرکت دارد و دیگری برگه بهاداری است که نه تنها مؤید حق شرکاء است بلکه نماینده و نمایان‌گر حق مذکور برای ایشان است. به اندیشه این دسته از صاحب‌نظران حقوقی، در

راستای شناخت و تبیین ماهیت حقوقی سهامداران با تفکیک سهم و ورقه سهم، معتقدند حقوقی که به سهام تعلق می‌گیرد با خود سهم ادغام شده، در نتیجه حق مالکیت بر سهام دیگر حق دینی تلقی نشده و درحقیقت، حق عینی بوده که به مال معینی یعنی سهم تعلق می‌گیرد (Sotoodh Tahrani, 1388:71). عده‌ای دیگر، که سعی در تحلیل مفصل و صحیح این اوراق و به نوعی تکمیل نظریه اخیر داشته‌اند نیز به همین راه رفته و بر مبنای تقسیم‌بندی مزبور که خوانش دیگری از تقسیم حقوق اموال و تعهدات است این اوراق را تحلیل کرده‌اند. به عقیده این دسته از حقوقدانان، ضمن صحه‌گذاری بر سهام پذیرفته شده در بورس چنین اعتقاد دارند که سهام و ورقه پذیرفته شده در بورس اموالی در نوع خاص خودشان هستند که از یک سو در رابطه ناشر تابع حقوق تعهدات (قراردادها) و از سوی دیگر در مقابل اشخاص ثالث تابع حقوق مربوط به اموال است (Ghamami & Ebrahimi, 1391:129). به نظر این گروه نیز هر چند ورقه بهادار نتیجه قراردادی است که یک یا چند نفر به موجب آن توافق می‌کنند، سرمایه و شخصیت حقوقی مستقلی ایجاد کنند، با این حال، این موضوع از جهت ماهیت از اصل خود متمایز می‌گردد و ماهیت مستقلی به خویش می‌گیرد. به عبارت دقیق‌تر باید گفت که از نظر گروه اخیر، حقوق عالم اعتبارات است و این قابلیت حقوق و اعتبار دادن شخصیت حقوقی چنین فرضی را ایجاد می‌کند که سهم و ورقه بهادار که نتیجه حقوق قراردادهاست و در ابتدا یک حق ناشی از قرارداد و تعهد محسوب می‌گردد، پس از ایجاد بازتاب حقوق آن در ورقه بهادار به یک دارایی و مال عینی تبدیل می‌گردد. به تعبیری دقیق‌تر، همان‌گونه که شرکت پس از ایجاد دارای شخصیت حقوقی جدای از ایجادکنندگان آن می‌گردد، سهم و ورقه بهادار نیز مفهوم حقوقی می‌گیرد که به اعتبار مفهوم شرکت ایجاد می‌شود و پس از ایجاد از قرارداد منشاء شکل‌گیری خود متمایز می‌شود. سهم در مقابل شرکت یک حق ناشی از قرارداد بین سهامداران است (حق دینی) اما در مقابل انتقال گیرنده و سایر اشخاص عین است (Ibid, 139). در حقیقت، بر اساس این عقیده، ورقه سهم ورقه‌ای است که حقوق مربوط به سهام در آن انعکاس یافته و از این قابلیت برخوردار است که بر طبق مقررات حاکم بر اموال عینی منتقل گردد. از این جهت، در فرضی که ورقه بهادار انتقال داده شود خریدار نه تنها مالکیت سند را به تحصیل می‌نماید بلکه نسبت به تمامی حقوق مربوط به سند دارای حق می‌گردد. حقوقی که به سند اوراق بهادار ارتباط پیدا می‌نماید با سند ادغام شده و سند را

تبدیل به یک دارایی و مال عینی می‌نماید. بدین‌سان، کلیه آثار یک حق عینی که مصداق اکمل آن حق مالکیت است به ورقه بهادار تسری می‌یابد.

به هر روی و همچنان که بیان شد، هر یک از طرفداران نظریات فوق‌الاشعار ضمن تأکید بر تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی که خواش دیگری از تفکیک و تمایز میان حقوق اموال از حقوق تعهدات است، قدم در راه تحلیل ماهیت سهام و ورقه بهادار گذارده‌اند که البته نسبت به آن انتقادات فراوانی نیز مطرح است. این جمله بدان معناست که تحلیل و بررسی تأسیس‌های حقوقی بر اساس یک تأسیس کاملاً وارداتی از نظام حقوق غربی یعنی تقسیم حقوق به عینی و دینی علاوه بر این که چندان صحیح نیست، در نهایت این تالی فاسد را نیز به همراه دارد که به بر هم ریختن سایر مفاهیم و تأسیس‌های بومی منتج می‌گردد. علاوه بر این، ذات پذیرش این تقسیم‌بندی در حقوق داخلی نیز با وجود نظریه مال کلی بر ذمه کاملاً محل تأمل است و پذیرش این تقسیم‌بندی سنتی و کلاسیک به حق و ملک می‌تواند از مقبولیت بیشتری برخوردار باشد؛ تقسیم‌بندی که با نهادها و تأسیس‌های حقوق اسلامی از سازگاری و انطباق بیشتری برخوردار بوده و به تحلیل هر چه صحیح‌تر مفاهیم حقوقی نیز منتج می‌گردد. همچنین، تمیز جایگاه و ماهیت حق صاحبان اولیه ورقه با سایر سهامداران و انتقال گیرندگان سهام، به نظر صحیح نمی‌آید، چرا که به هر روی، باید چنین پنداشت که صاحبان اولیه ورقه حق خود را خواه عینی و خواه دینی به خریداران انتقال داده و صرف انتقال یا صدور و انتشار اوراق سهام، موجب تغییر ماهیت حق نمی‌گردد. علاوه بر این، ادغام نمودن حقوق متعلق به سهام با خود ورقه و سند سهام نیز برهان و علت قابل تأمل دیگری بر تبدیل این حق به عینی تلقی نمی‌شود؛ چراکه در هر صورت، نفس سند و نوشته بر خلاف مواردی همچون اسکناس و پول فی نفسه فاقد ارزش مالی اعتباری بوده و ماهیت حقوقی مستقل نداشته و به طور ضمنی می‌تواند دلالت بر حق سهامدار داشته باشد. به عبارت و بیان دقیق‌تر، ماهیت سهام و ورقه بهادار با پول و اسکناس به هیچ عنوان فصل مشترک مقایسه‌ای ندارد. از سوی دیگر، در این خصوص می‌توان به نتایج و آثار و تفاوت تلف پول و ورقه بهادار اشاره کرد. در مقام بیان نمونه برای درک دقیق‌تر، باید گفت در فرضی که فردی مبلغی پول از دیگری تلف کند، در هر حال به میزان مبلغ اسمی پول حداقل ضامن خسارت است؛ چراکه مستقیماً بخشی از دارایی دیگران را از بین برده است و بر اساس قاعده اتلاف ضامن می‌باشد. اما اگر فردی اوراق سهامی را تلف

کند حداقل در رابطه با سهام بانام پاسخ منفی است؛ زیرا ورقه سهام صرفاً حکایت از حق دارنده در شرکتی دارد که تلف آن بدون هیچ‌گونه شک و ابهامی، سبب زوال حق شریک و صاحب ورقه نیست. همچنین در خصوص سهام و ورقه بی‌نام نیز چنین به نظر می‌رسد که تلف ورقه بهادار مستقیماً هیچ‌گونه خللی در حقوق دارنده ایجاد ننموده و تنها به این دلیل که دارنده مدرک و سند دارندگی خود را از دست داده است و از زمان زوال این موضوع تا زمان اثبات از حق مالکیت خود از بخشی از حقوق و منافعی محروم می‌گردد، این امکان وجود دارد که اتلاف‌کننده را ضامن خسارات دانست؛ اما در هر حال مالکیت دارنده قابل اثبات است و این اثبات مالکیت، دلالت بر این می‌کند که صرف اتلاف ورقه سهام، سبب زوال حق دارنده نمی‌شود و بالتبع، دلالت بر این می‌نماید که ورقه سهام در هر حال ارزش مستقل (حتی اعتباری) ندارد و بر خلاف پول و اسکناس صرفاً سند است و نه چیز دیگر. در مقام صحه‌گذاری بر این دیدگاه در رابطه با تمایز و تفکیک اوراق تجاری و اوراق اسکناس باید گفت به اعتقاد پاره‌ای فقهای متأخر نظیر امام خمینی (ره)، «ورقه‌های سفته و سایر اوراق تجاری، دارای مالیت و از نقود نیستند و معاملاتی که به آن‌ها واقع می‌شود، به خود آن‌ها واقع نمی‌شود، بلکه به نقود و غیر آن‌ها که اوراق از آن‌ها حکایت می‌کند، می‌باشد و دادن آن‌ها به طلبکار، ذمه مدیون را ساقط نمی‌کند و اگر چیزی از آن‌ها در دست غاصب و مانند آن تلف شود، یا شخصی آن را تلف کند به ضمان تلف یا اتلاف، ضامن نمی‌باشد.

و اما اوراق نقدی، مانند اسکناس و دینار و دلار و غیر آن‌ها دارای مالیت اعتباری می‌باشند و آن‌ها مانند دینار و درهم مسکوک از طلا و نقره نقود می‌باشد و دادن آن‌ها به طلبکار مسقط ذمه مدیون است و در تلف و اتلاف آن‌ها مانند سایر اموال ضمان است» (Khomeini, 1425:457, Vol.4). از این حیث، ماهیت ورقه بهادار را می‌بایست در ماهیت حق صاحب آن جستجو نمود؛ آن هم نه بر مبنای تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی بلکه بر اساس تأسیس‌های بومی و نهادهای اسلامی و بر مبنای تفکیک حق و ملک. با فرض این که ماهیت و ساختار حقوقی ورقه بهادار، در حالتی که حق صاحب ورقه، نوعی طلب قلمداد گردد، بر خلاف دیدگاه رایجی که در این خصوص در آموزه‌های حقوق غرب وجود دارد، اشکال و ابهام خاصی در راستای تحلیل ماهیت‌شناختی و قابلیت نقل و انتقال سهام وجود ندارد؛ چراکه مطابق با آموزه‌های فقهی، طلب ماهیت متفاوتی نسبت به حق شخصی و طلب در آموزه‌های حقوق غربی دارد. در واقع و مطابق

با آموزه‌های فقهی، نهاد دین به معنای مال کلی بر ذمه است. از این جهت، دین در زمره یکی از مصادیق اموال اعتباری محسوب می‌گردد. بدین ترتیب باید گفت که وفق آموزه‌های فقهی، «مالکیت عرض خارجی نیست»، بلکه از اعتبارات عقلانی است و لذا مانعی از اعتبار کردن آن در یک موضوع اعتباری دیگر وجود ندارد. دین و یا مال کلی بر ذمه، معدوم مطلق نیست، بلکه موجود به وجود اعتباری است و این موجود اعتباری گاهی در ذمه و گاهی در خارج از ذمه، اعتبار می‌شود و با این وصف، عقاء آن را ملک و قابل تملک می‌دانند (Khomeini, 1421:17&18. Vol.1). در این فرض، هرچند ذمه مدیون نقش اساسی در مالیت قلمداد نمودن اعیان کلی دارد، با این حال و به هر روی، رابطه‌ای که دائن با دین دارد، یک رابطه مستقیم از جنس مالکیت است و ضرورت اضافه دین به ذمه مدیون، خلاف این موضوع را اثبات نمی‌نماید. بدین‌سان، دائن دین همانند مالک اعیان خارجی می‌باشد و از اوصاف و ویژگی‌های مالکیت بهره‌مند است.

با توجه به رابطه عموم و خصوص مطلق که بین اوراق بهادار و سهام وجود دارد قبل از بیان مفهوم سهام از نگاه مقنن جا دارد به این ارتباط و تفاوت این دو با یکدیگر پرداخته شود. با لحاظ مفهوم اوراق بهادار که شامل هر ورقه یا مستندی که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک است، این اوراق شامل سهام، اوراق مشارکت، مشتقات، اختیار معامله، قرارداد آتی و صکوک خواهد بود. اوراق بهادار مفهومی عام‌تر و کلی‌تر از سهام دارد و به تعبیری هر سهمی در دسته اوراق بهادار قرار دارد؛ درحالی‌که هر ورقه بهاداری سهم محسوب نمی‌شود. سهم صرفاً یک نوع از ورقه بهادار محسوب می‌شود که مشهورترین ابزار سرمایه‌گذاری در بازار بورس است و حق قانونی مالکیت بر دارایی‌ها در یک شرکت است که بعضاً شرکت‌ها برای تامین مالی پروژه‌ها و توسعه فعالیت‌های خود این سهام را به عموم عرضه می‌کنند و خریدار به‌عنوان شریک در سود شرکت سهیم می‌شود؛ در نتیجه دارندگان سهام دارای حق رأی و دریافت سود نقدی هستند، در حالی‌که اوراق مشارکت که نوعی از اوراق بهادار است صرفاً یک نوع بدهی محسوب می‌شود و دارای یک سود ثابت و تضمین شده است که دارنده آن نسبت به دریافت اصل سرمایه خود نسبت به سهامداران شرکت دارای اولویت هستند و اوراق مشارکت دارای انقضاء هستند؛ در حالی‌که سهام بدون سررسید هستند و دارندگان سهام می‌توانند سالانه از سود تقسیمی شرکت بهره‌مند شوند؛ در حالی‌که دارندگان اوراق مشارکت که نوع

دیگری از اوراق بهادار هستند، از این امتیاز برخوردار نیستند. با توجه به ارتباطی که بین سهام و اوراق بهادار وجود دارد، ملاحظه می‌کنید که مقنن ایرانی با عبارتی ابهام‌انگیز در ماده ۲۴ لایحه قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، سهم را اینگونه تعریف کرده است: «سهم قسمتی از سرمایه شرکت سهامی است که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی می‌باشد. ورقه سهم، سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد». بر این مبنا، این امکان وجود دارد که واژه سهم را از دو دیدگاه مورد توجه قرار دهیم. از یک سو، سرمایه شرکت سهامی به اجزای ریز مساوی با مبلغ اسمی معین تقسیم می‌شود که هر جزء آن سهم نامیده می‌شود و سرمایه اولیه اسمی شرکت از مجموع مبالغ اسمی سهام که از پذیرهنویسان دریافت می‌شود، تشکیل می‌شود و بدین ترتیب می‌توان چنین اشعار داشت که هر سهمی نماینده میزانی پول است که در زمره ارزش اسمی آن لحاظ می‌شود. از طرف دیگر و با دیدگاه متفاوت که برخی بر این امر اعتقاد دارند، ورقه بهادار را می‌توان عنوانی برای تعریف و شناسایی حق سهامدار در شرکت لحاظ نمود؛ با این حال و هر چند که در بادی امر، این عنوان و این واژه که فی نفسه ممکن است ابهام‌برانگیز در ذهن جلوه نماید و موجب گمراهی در مفهوم سهم مالکانه و مالکیت مشترک گردد، مبین آن است که دارنده ورقه و سهم به میزان ورقه‌ای که پذیرهنویسی نموده و برای او در نظر گرفته می‌شود، دارای آورده بوده و به آن میزان در تشکیل سرمایه شرکت مشارکت داشته است و بعد از پذیرهنویسی، تعهدات و منافع او بر مبنای تعداد سهام وی منظور و ملحوظ می‌گردد (Abdipoor, 1391:137). بدین‌سان، تحت هیچ عنوان نباید آن را در معنای مالکیت مشاع او در سرمایه یا دارایی شرکت قلمداد نمود. در مقام توضیح این مطلب باید گفت که ساختارها و شاکله حقوقی شرکت‌های تجاری با وجود شخصیت حقوقی مستقل، از ماهیت متفاوتی نسبت به شرکت‌های مدنی برخوردار بوده و از این حیث، سهامدار مالک مشاع اموال شرکت محسوب نشده و در این راستا، شرکت خود مالک اموال و دارایی خویش است. با این حال و بنا به دیدگاه دیگر می‌توان چنین بیان داشت که خود شرکت موضوع حق و مملوک صاحبان اوراق تلقی می‌گردد. از این حیث، در این رابطه موضوع مالکیت، مال عینی و ملموس نیست، بلکه شرکت به‌عنوان یک مفهوم ذهنی و اعتباری موضوع مالکیت قرار می‌گیرد و هر یک از اعضا یا سهامداران شرکت به نسبت میزان سهام خود در این مالکیت سهیم و شریک هستند. بدین

ترتیب نوعی مالکیت مشاع تحقق می‌یابد که موضوع آن نه عین مادی خارجی، بلکه یک مال اعتباری است. مالی که وجود آن در عالم اعتبار فرض می‌شود و مالکیت آن بر اساس ارزش تجارت در جریان تقویم و محاسبه می‌شود (Ibid,138).

با وجود نظریه و دیدگاه حقوقدانان خارجی و برخی صاحب نظران داخلی که مفهوم عین را مال خارجی قابل لمس تلقی می‌نمایند (Katouzian,1383:25)، در آموزه‌های فقهی، عین محصور و محدود به مالی خارجی نیست و مطابق با دیدگاه غالب فقهی، «عین چیزی است که اگر در خارج وجود یافت، جسمی می‌باشد که دارای طول و عرض و ارتفاع می‌باشد» (Khoyi,1417:16.Vol.2) از این جهت، هر چند اموال کلی و دیون نیز یکی از اقسام عین تلقی می‌گردند، با این حال، در تعریف عین به امکان تحقق عین در خارج نیز اشاره شده و به عقیده دیدگاه غالب فقهی، عین به چیزی اطلاق می‌گردد که اگر در خارج تحقق پیدا کرد، دارای طول، عرض و ارتفاع باشد. از سوی دیگر به این موضوع نیز باید توجه داشت که هرچند بیان تصور امور اعتباری و تعلق رابطه اعتباری مالکیت نسبت به امور اعتباری و ذهنی نظیر مال کلی در فقه اسلامی از دیرینه قابل ملاحظه‌ای برخوردار است، اما لحاظ رابطه اعتباری مالکیت نسبت به اموری که اساساً اعتباری تلقی شده و فاقد هرگونه مصداق خارجی است، از پیشینه خاصی در آموزه‌های فقهی ندارد. به بیان دیگر متعلق مالکیت در حقوق اسلامی یا عین است یا منفعت و اشیاء غیرمادی و اعتباری محض نه عین محسوب می‌شوند و نه منفعت. به هر روی چنین می‌توان گفت که همان گونه که فقه اسلامی برای اعیان کلی (به اتکای وجود خارجی آنها) و منافع که فی نفسه وجود خارجی و ملموس ندارند، بدون هیچ‌گونه تردیدی رابطه اعتباری مالکیت را پذیرفته است، پذیرش اعیان و اشیاء غیرمادی همچون شرکت‌های تجاری به‌عنوان یک موجود کاملاً اعتباری یا به اعتبار اموال و دارایی موجود شرکت که به‌صورت غیرمستقیم متعلق حق سهامداران نیز می‌باشد، با مانع چندانی روبرو نباشد و به سادگی بتوان با توسعه مفهوم عین که سابقاً به عین خارجی، کلی و کلی در معین تقسیم می‌شدند، اعیان غیرمادی و اعتباری را نیز عین دانست و بر این اساس، تعلق رابطه اعتباری مالکیت نسبت به آنها را صحیح دانست. در این راستا برخی از حقوقدانان که اموال کلی را عین محسوب نمی‌کنند و بیع کلی را تملیکی نمی‌دانند، بر این عقیده‌اند که امروزه گونه‌های اموال جدیدی در روابط مالی اجتماع انسان‌ها پدید آمده است و در گذشته وجود نداشته مانند

نرم‌افزار رایانه‌ای یا یک فیلم سینمایی و... که امروزه باید آنها را هم‌ردیف اموال عینی محسوب نمود؛ زیرا هر چند این اموال خصوصیات مادی و فیزیکی با اموال عینی معمولی متفاوت است لیکن در مقام تحلیل مقایسه‌ای این گونه اموال را نمی‌توان در ردیف منفعت یا حق یا عمل جای داد؛ چه این که منفعت، مالی است که از مال دیگر تولد می‌یابد و خود استقلال ندارد، بلکه وابسته به مال دیگری است و نیز حق خود به لحاظ وابسته بودن به مال عینی دیگر یا وابسته بودن به شخص دیگر، فاقد استقلال است (Shahidi,1389:15). در هر حال به نظر می‌رسد تحلیل حق سهامداران در شرکت‌ها و بنگاه تجاری بر مبنای رابطه اعتباری مالکیت با مانع چندانی مواجه نیست و در این صورت واگذاری حق سهامدار بر اساس عقد بیع قابل توجیه است.

علاوه بر این باید توجه داشت که در فرض عدم پذیرش شخصیت حقوقی مستقل برای شرکت‌های تجاری که دیدگاه برخی از فقهای معاصر نیز می‌باشد، بیع سهام نیز بدون هیچ تردیدی صحیح است؛ زیرا سهم، جزئی از مال مشترک بین شرکاست که سهامدار می‌تواند همانند هر مال مشاع دیگری به‌وسیله عقد بیع به دیگری تملیک نماید. همچنین در صورت پذیرش شخصیت حقوقی محدود برای شرکت‌های تجاری نیز بیع آن با اشکالی مواجه نیست. به بیان دقیق‌تر، نظر داشتن به صحت بیع سهام شرکت‌ها از سوی برخی از فقهای معاصر مبتنی بر این امر است که سهم در شرکت تجاری همانند سهم‌الشرکه در شرکت‌های مدنی، در زمره جزئی از دارایی و سرمایه شرکت تلقی گردد (Sistani,1389:494&Fayaz,nd,197). بدیهی است که در فرض لحاظ ماهیت سهم و رابطه شریک با شرکت بر مبنای حق، مسأله با پیچیدگی بیشتری روبرو است و تحلیل قرارداد واگذاری بر اساس عقد بیع به سادگی امکان پذیر نیست؛ زیرا ماده ۳۳۸ قانون مدنی بر مبنای دیدگاه مشهور فقها بیع را به «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف نموده که بر این اساس علاوه بر شرط عین بودن مبیع، انتقال مالکیت یا همان تملیک مبیع به‌عنوان جنس تعریف عقد بیع در نظر گرفته شده است. به بیان دیگر بر اساس این تعریف، به‌وسیله عقد بیع، بایع می‌تواند مالی را که نسبت به آن رابطه اعتباری مالکیت داشته است، به دیگری تملیک نماید. به بیانی صحیح‌تر، بیع نوعی تبدیل اضافه مالکیت محسوب شده و از این حیث، دیگر موضوعات از جمله اضافه حقی که اضافه متفاوت از مالکیت است، فاقد هر گونه تبدیل تلقی می‌گردد.

۴- رویکرد آموزه‌های حقوق اقتصادی به وقف اوراق بهادار

علاوه بر آموزه‌های فقهی و حقوق سنتی که به نوعی وقف اوراق بهادار را توجیه می‌نماید، این موضوع از رهگذر دیدگاه‌های مربوط به حقوق اقتصادی نیز قابل دفاع است که ذیلاً به بررسی مهم‌ترین موارد آن پرداخته می‌شود.

۴-۱ - توجیه وقف اوراق بهادار از منظر اصول حقوق اقتصادی

توجیه وقف اوراق بهادار از منظر حقوق اقتصادی هم از طریق اصول و هم به وسیله آثار مرتبط با آن در این جرگه حقوقی قابلیت توجیه دارد که در این قسمت، به بررسی مهم‌ترین اصول مطروحه آن پرداخته می‌شود.

۴-۱-۱- وقف اوراق بهادار مبتنی بر اصل اقتصادی هزینه اتکا

وفق این اصل، هر شخص اعم از حقیقی و حقوقی که بر پایه یک نهاد حقوقی هزینه‌ای نموده، به تبع آن این انتظار را دارد که از منافع و مزیت‌های مربوط به هزینه‌کرد خویش بهره‌مند گردد. در این میان باید توجه داشت که به عقیده غالب صاحب‌نظران حوزه حقوق اقتصادی، منفعی که هر شخص از هزینه خود در یک نهاد حقوقی انتظار دارد، منصرف به منافع مالی نبوده و منافع معنوی و غیرمالی را نیز دربرمی‌گیرد (Baily, 2018: 9). بدین ترتیب، می‌توان گفت از طریق تحصیل اوراق بهادار، مطابق با اصل هزینه اتکا، هر شخص به دنبال آن است که با سرمایه‌گذاری خود در نهاد و ساختار اوراق بهادار، عایدات و منافع مورد نظر خویش را به دست آورد و با عنایت وفق توضیحات بیان شده، منافع مورد انتظار می‌تواند غیرمادی نیز باشد، بدین ترتیب، وقف این اوراق به‌مثابه شاخص‌ترین منفعت غیرمادی از هزینه‌کرد راجع به اوراق بهادار محسوب می‌گردد. در این بین، وقف اوراق بهادار اسلامی با شاخصه اسلامی بودن اوراق مذکور، می‌تواند هدف مورد نظر را بیشتر پوشش و توجیه نماید.

۴-۱-۲- وقف اوراق بهادار مبتنی بر اصل اقتصادی پیامدمحوری

آنچه که بیشتر و اساساً در تحلیل‌های حقوقی مدنظر قرار می‌گیرد، بررسی موضوعات حقوقی از منظر ماهیتی و واکاوی هر نهاد حقوقی از رهگذر مواردی همچون صحت، بطلان و مواردی

از این قسم مرتبط با ماهیت‌شناختی نهاد حقوقی مورد مطالعه بوده و در این میان، به ندرت در تحلیل موضوعات حقوقی، به پیامد آن نهاد توجه می‌گردد. مع‌الوصف، این امر که در موضوعات حقوق خصوصی بیشتر رواج داشته است، امروزه با گسترش مصادیق موضوعی و نگرشی اقتصادی بر موضوعات حقوقی، به موازات پیامدمحوری آن‌ها در حقوق اقتصادی و توسعه اقتصادی جوامع رواج و اهمیت بیشتری یافته است (Barker, 2019: 203). از این حیث، به نظر می‌رسد با توجه به این که وقف اوراق بهادار می‌تواند به‌عنوان یکی از مصادیق شاخص حقوق اقتصادی تلقی گردد، هم پای ماهیت‌شناختی و بررسی صحت یا بطلان آن، باید به پیامدمحوری این موضوع نیز توجه گردیده و منافع و مضرات آن نیز در کنار بررسی صحت و بطلان وقف اوراق بهادار توجه گردد. در این میان، با لحاظ این که توسعه بازار بورس از طریق سرمایه‌گذاری در خصوص اوراق بهادار از یکسو خود به توسعه زیربنای اقتصادی هر جامعه کمک نموده و از طرف دیگر، سنت مورد احترام وقف که خود به طور غیر مستقیم به برابری اقتصادی و توسعه اقتصاد مساعدت می‌نماید، از منظر اصل پیامدمحوری، نه تنها ضرر و مشکلی نداشته بلکه همچنان که بیان گردید، فواید و آثار اقتصادی مثبت مستقیم و غیرمستقیمی به همراه داشته و بدین سان، می‌توان گفت که از این منظر نیز، وقف اوراق بهادار با هیچ اشکالی روبه‌رو نیست.

۴-۲- وقف اوراق بهادار از منظر آثار و تبعات حقوق اقتصادی

پس از این که در قسمت پیشین، وقف اوراق بهادار از رهگذر اصول حقوق اقتصادی بررسی گردید، در این قسمت، توجیه این موضوع از طریق آثار مرتبط با حقوق اقتصادی مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۴-۲-۱- جایگاه وقف در گسترش و رشد بهره‌وری

در روزگار کنونی، با عنایت به موضوع رشد جمعیت، کاهش منابع در دسترس و افزایش رقابت در سطح کلان بازار جهانی، استفاده صحیح و کارآمد از منابع موجود انسانی و رونق بهره‌وری این منابع، نقش حایز اهمیتی در رشد اقتصادی جوامع ایفا می‌نماید. درحقیقت، جریان رشد در کشورهای پیشرفته دنیا، گروهی از شاخصه‌های کیفی از جمله سازمان، کیفیت‌گرایی، انگیزه و خویش‌انضباطی افراد جامعه جای نیروی کمی عنصر رشد را همچون زمین، سرمایه و منابع طبیعی که به شیوه سنتی جوامع را به توسعه اقتصادی رهنمون می‌سازند، گرفته‌اند که این تغییر،

نماید. در این میان، اوراق بهادار با توجه به ماهیت و کارکرد خاص خود و این‌که امکان معامله و انتقال آن با لحاظ قابلیت قدرت انتخاب مبلغی، در زمره مواردی است که تحصیل آن صرفاً محدود به طبقه بالای جامعه نبوده و قشر متوسط جامعه نیز از امکان سرمایه‌گذاری در خصوص آن برخوردار است. به تبع این موضوع، وقف از رهگذر اوراق مزبور نیز قابلیت توسعه داشته و بدین ترتیب، با افزایش گستره و دایره مدار مصادیق وقف، می‌توان در کاهش نابرابری تلاش نمود.

نتیجه‌گیری

با در نظر گرفتن جایگاه نهاد وقف و ارزش و اعتبار اوراق بهادار در نظام اقتصادی نوین و با پرداختن به این‌که اثر وقف بر موضوع اوراق بهادار و نسبت آن با حقوق اقتصادی اشخاص در جامعه، مشخص می‌شود که احکام فقهی به بقای عین موقوفه یا حبس اصل آن و جاری شدن منافع آن تأکید دارند. هرچند فقها در وقف درهم و دینار و آنچه در حکم پول است اختلاف نظر دارند، اما به نظر می‌رسد که بقای اصل را در صورت انتفاع صحیح می‌دانند. مستند منکران وقف پول، آیه، روایت یا یک اصل عملی نیست بلکه مخالفت آن‌ها تنها به خاطر این است که معتقدند پول با انتفاع از بین می‌رود و از ویژگی عینی بودن برخوردار نیست که البته در بحث ادله صحت با استناد به بنای عقلا، عرف و عموماً ادله صحت اثبات شد که ویژگی تحول یافته پول که مالیت مثلی آن را آشکار می‌سازد، باعث می‌شود مثل پول جانشین عین پول گردد و اصل پول در اثر وقف آن با وجود تغییر عین آن، باقی بماند. علاوه بر این از منظر حقوق اقتصادی، تحقق و تضمین منافع فرد در گرو تضمین و تحقق منافع جمعی است و توسعه مترقیانه متضمن حالتی است که در آن اشخاص بتوانند از رشد و توسعه فراگیر برخوردار باشند و این امر جز با همگرایی در توزیع عادلانه مزیت‌های اجتماعی فراهم نمی‌گردد. از این رو نهاد وقف به‌عنوان یکی از مکانیزم‌های اقتصادی مشروع که می‌تواند بالقوه با معیارهای اقتصاد دولتی، تنظیم مالیات و مبارزه با پولشویی توسعه یافته و شفافیت اقتصادی به همراه آورد می‌تواند گام مؤثری در توسعه همگانی رفاه محسوب گردد. از طرف دیگر بر اساس اصول هزینه اتکا و پیامدمحوری و هم به موجب آثاری نظیر نقش وقف در کاهش نابرابری و اهمیت وقف در رشد بهره‌وری، وقف اوراق بهادار قابلیت توجیه پیدا می‌نماید.

منبعث از اهمیت روزافزون توانایی‌های انسانی در امر تولید کالا و خدمات در هر دو بخش خصوصی و عمومی متبلور گردیده است. به عبارت دقیق‌تر، به منظور دارا بودن رشد و توسعه اقتصادی پیوسته، ناگزیر می‌بایست منابع تولیدی انبوه وجود داشته و یا تلاش گردد که از منابع موجود، استفاده بهینه و مؤثری صورت پذیرد (Mohseni, 1396: 116). بدیهی است که به علت ناچیز بودن منابع هر کشور، توسل به روش نخست کارایی چندانی نخواهد داشت. در این بین، پرواضح است که اقتصاد ایران هم درگیر مشکل بهره‌وری بوده و این معضل، دامن‌گیر نهاد وقف نیز می‌باشد. از این جهت، ایجاد بهره‌وری اقتصادی از رهگذر وقف، افزایش درآمد مناسبی برای جوامع اسلامی به همراه خواهد داشت و به این ترتیب، تا حد امکان باید روش‌های استفاده از این نهاد تسهیل گردد. در این میان، بدیهی است که تحقق وقف از هر طریق و روش از جمله وقف اوراق بهادار و به گردش درآمد آن در بازار ثانویه، می‌تواند به افزایش و رشد بهره‌وری کمک شایان نماید.

۲-۲-۴- نقش وقف در کاهش نابرابری

در شرایط فعلی، این موضوع در آموزه‌های حقوقی مطرح است که توسعه و رشد اقتصادی بدون هرگونه اقدام در برابر کاهش و مهار نابرابری در امر توسعه میسر نخواهد بود. علاوه بر این، کاهش پیوسته نابرابری و افزایش توازن و توان یکسان اجتماعی و حدوث تعادل تمامی افراد اجتماع در سطح زندگی، به‌عنوان یکی از بااهمیت‌ترین اهداف نظام مقدس اسلام به شمار رفته که خود این موضوع نیز با امر عدالت توزیعی ارتباط عمیقی دارد. مع‌الوصف، مقصود از برابری، برابری ظاهری و یکسانی صوری نبوده بلکه منظور از آن، یکسان بودن برابرها و نایکسان بودن نابرابرها در بهره‌مندی از امکانات قلمداد می‌گردد. به تعبیر دقیق‌تر، دولت یا افراد به‌عنوان بخش خصوصی، می‌توانند در قالب اقدامات انسان‌دوستانه در خصوص شهروندان کم‌بضاعت یا بی‌بضاعت، اقدام به ایجاد چنین توازن و کاهش نابرابری‌ها نمایند (Rezanejad, 1398: 74).

علاوه بر مطالب مذکور، باید توجه داشت که در وضعیت حال حاضر، کارکرد وقف و استفاده از این نهاد به نحوی است که اغلب این اقدام از سوی طبقه بالای جامعه صورت گرفته و در این بین، طبقه متوسط جامعه به نحوی پویا در این اقدام و فعالیت نقش کم‌رنگی دارند. بدین جهت، شایسته است که شیوه‌ها و ابزارهای متعدد و نوینی وجود داشته باشد که از رهگذر آن‌ها، فعالیت و به‌کارگیری اقشار مختلف در اعمال نهاد وقف قابلیت پویایی پیدا

References

- [1] Abdipoorfard, Ebrahim (1391). "Analytical discussions of commercial law (commercial papers, stock market and securities, right to acquire or professions or business)". 4th edition. University research institute. (in Persian)
- [2] Abdipour Fard, Ebrahim. (2016). "Legal requirements of financing by issuance of Islamic financial instruments (Iranian Case Study), Uncitral emergence conference.
- [3] Ameli, Mohammad ibn Makki, Shahid Awwal (1413). "Al-Dorus al-Shariyah fi Feghh al-Emamiah". Islamic Publications Office Affiliated with Qom Seminary Teachers Association. (in Arabic)
- [4] Ameli, Mohammad ibn Makki, Shahid Awwal (1380). "al-Lum'ah al Dimashqiyah". Translated by Ali Shirvani. Darolfekr. Qom. (in Arabic)
- [5] Ameli, Zay al-Din ibn Ali, Shahid Thani (1413). "Masalek al-Afham ela Tanghih Sharae al-Eslam". Islamic Teachings Institute. Qom. (in Arabic)
- [6] Bailey, Jean. (2018). "Trust, notion and conditions". London: Oxford.
- [7] Baker, Jean. (2019). "Commercial law". London: Oxford.
- [8] Dadgar, Yadollah. (1393). "Economic Jurisprudence" Tarbiat Modares University. Tehran. (in Persian)
- [9] Dehkoda, Ali Akbar. (1395). "Dehkoda Dictionary" Tehran University. Tehran.
- [10] Elsen, Michel. (2015). "Economic Law". US: Springer. (in Persian)
- [11] Helli, Mohaghegh, Najmodin jaafar ebn. Hassan. (1408). "Sharayeoleslam fi masaelolhalal valharam" moasseseh esmaeilian. Qom.
- [12] Katouzian, Naser. (1377). "Civil law, fixed contracts, gifts". Ganj-e Danesh.Tehran.(in Persian)
- [13] Katouzian, Naser. (1383). "Civil law in the current legal sysyem". Mizan. Tehran. (in Persian)
- [14] Khoyi, Abolghasem. (1393). "Menhaj Al-salehin, Alebarat valmoamelat" Madinatoelm. Qom. (in Arabic)
- [15] Mohseni, Abdolhossein. (1396). "Functions of endowment in economics". Economic research journal. Vol 3. No 12. (in Persian)
- [16] Najafi, Mohammad Hassan. (1404). "Jawaher al-Kalam fi Sharh Sharae al-Eslam". Foundation for the Revival of Arabic Heritage. Beirut. (in Arabic)
- [17] Payben, George. (2017) "Economic Financing and legal institutions". Canadian journal of politic and law. No 127.
- [18] Rezanejad. (1398). "The impact of endowment on the economic development of societies", Development and knowledge magazine. Tehran. No. 23. (in Persian)
- [19] Tabatabai, Mohammad. (1406). "Almanahal". Al albeit institute. Qom. (in Arabic)
- [20] Tusi, Abujafar, Mohammad ibn hasan (1387). "Al Mabsut fi feghh al emamiah". Mortazavi publication for the revival of Al-Jafari Works. Tehran. (in Arabic)
- [21] Tusi, Abujafar, Mohammad ibn hasan (1407). "Alkhalaf". Islamic publications



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 183-212

Studying The Optimal Distribution of Resources in The Criminal Justice System of The Islamic Republic of Iran in The Light of The Experiences of Other Countries

Rahim Nobahar^{1*} , Fatemeh Saffari² 

- 1- Department of Islamic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.
- 2- PhD student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

(*- Corresponding Author Email: r-nobahar@sbu.ac.ir)

Received: 18 May 2024

Revised: 8 July 2024

Accepted: 11 August 2024

Available Online: 11 August 2024

How to cite this article:

Nobahar, R.; Saffari, F. (2024). Studying The Optimal Distribution of Resources in The Criminal Justice System of The Islamic Republic of Iran in The Light of The Experiences of Other Countries. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 183-212.

(in Persian with English abstract)

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.86911.1354>

1 - INTRODUCTION

Governments often allocate extensive material and human resources to the criminal justice system and consider the increase in the crime rate as an acceptable reason for increasing the budget of this system. However, because resources are limited, extensive allocation of resources to the criminal justice system causes deprivation of other parts of society. Therefore, optimizing the resources allocated to the criminal justice system is necessary and it depends on modifying the structure of resource distribution among different parts of this system and determining the optimal share of each section.

According to the Iranian constitution, the duties of the criminal justice system of the Islamic Republic of Iran are crime prevention, detection and prosecution, trial, sentencing, and execution of punishment. These tasks are performed by the crime prevention department of the judiciary, public prosecutors' offices, criminal courts, and prisons. In this study, the distribution of resources among these institutions is examined. Although the police play an essential role in criminal justice, they are not discussed in this research because the comprehensive study of the police is the subject of independent research.

2 - PURPOSE

The purpose of this research is not to provide a solution to save money in all parts of the criminal justice system but to insist on the consumption of resources correctly to do justice. Optimization helps reduce the use of high-cost, low-return policies and shift the savings into programs that have been shown to reduce crime. To achieve this goal, the priorities of the Islamic Republic of Iran's criminal justice system must be determined and the budget allocated to these portions should be based on performance indicators.



3 - METHODOLOGY

The optimal distribution of resources in the criminal justice system is based on applying one of the elements of economics (efficiency) in the administration of criminal affairs. Relying on an economic approach to law and analysis of available data and statistics, the present study tries to provide a suitable solution for the optimal distribution of limited resources among the unlimited and increasing needs of the criminal justice system.

4 - FINDINGS

To determine the priorities of the criminal justice system, it is useful to review the experience of some developed countries. In the twenty-first century's first decade, UK government spending and policy have overwhelmingly focused on enforcement measures (such as police, courts, and prisons) rather than on tackling the causes. This is reflected in the vast increases in spending on the criminal justice system. However, it didn't work. There were almost 100,000 new young entrants to the criminal justice system every year. According to findings of the longitudinal surveys, a small group of children born each year will commit a disproportionate number of future offenses – 5-10% of children account for 50-70% of all the offenses admitted by the children or known to the police. Also, The National Audit Office has estimated that preventing just one in ten young offenders from ending up in custody in the UK would save £100 million a year. Since it became clear that this more punitive approach to offending had little effect, the emphasis shifted to prevention and early intervention.

In 2023, the budget allocated to the judiciary of the Islamic Republic of Iran was three hundred thousand billion rials. Of this amount, only a few small parts i.e. one hundred fifty billion rials have been allocated to prevention programs. While prevention methods can never be a substitute for enforcement, a better balance needs to be struck if the government is going to make a real impact on crime rates. However, allocating more funds to crime prevention should be accompanied by strengthening scientific research.

The Ministry of Justice in England and Wales is responsible for administering courts and tribunals, prison, probation services, and legal aid. About 50% of the budget of the Ministry of Justice of England is used for the management of prisons, and the budget of the courts is half of the budget of the prison. The public prosecution services of England receive an independent budget, and their budget is not included in the budget of the courts. However, the budget of England prisons is significant compared to the budget allocated to the courts. In the Islamic Republic of Iran, in 2023, the budget for prisons was one-third of the budget allocated to the courts. Also, according to the budget law approved in 2022, fifty thousand billion rials were allocated to prisons, while the budget of the courts was one hundred and seventy thousand billion rials.

The significant difference between the budgets of courts and prisons in our country can indicate that the punishment is somehow neglected. To reduce the costs of punishment, the criminal justice system has adopted a lenient approach towards perpetrators. It releases convicts early, especially those involved in theft and drug crimes. This approach, in turn, has resulted in the weakness of the certainty of punishments and their deterrent character.

The judicial system's budget is standardized as a percentage of the nominal gross domestic product. In England and Wales, from 2021 to 2023, approximately 0.25 to 0.28 percent of the gross domestic product has been allocated to prisons. However, in 2023, 0.69% of the gross domestic product of the Islamic Republic of Iran was allocated to prisons. In this comparison, two points should be noted: In recent decades, England prisons were given to the private sector to reduce the government's enormous expenses. Also, the number of prisoners in the Islamic Republic of Iran is more than the number of prisoners in England. In 2023; the prison population in England was less than ninety thousand people. However, the average population of our country's prisons in 2022 was 234 thousand people. According to the population of the prisons of the Islamic Republic of Iran and compared to the budget allocated to the courts, the budget of the prisons is small.

In the Islamic Republic of Iran in 2022, about sixty-six percent of prisoners stayed imprisoned for less than three months. In our country, judges usually do not sentence to short-term imprisonment. Therefore, two groups

of people stay in prison for less than three months: First, the accused who are sent to prison due to the issuance of a pre-trial detention order or due to non-payment of bail. Second, some convicts who are pardoned and released quickly. Some American states have limited the use of pre-trial detention to protect society and save the costs of the criminal justice system at the same time.

In 2022, in our country, many prisoners were pardoned and released. Compared to 2021, the use of pardons to release prisoners has grown significantly. While in 2021, the total number of pardons granted to prisoners was twelve thousand, this number in 2022 has reached seventy-seven thousand. Also, in 2022, the number of leaves granted to prisoners has reached 1,244,827 cases. Granting extended leaves and pardons to prisoners is done to reduce the prison population and its expenditures. However, this will increase the crime rate and criminal justice costs in the long term because frequent use of pardon and leave reduces the certainty of punishments and their deterrent effect.

A significant part of the financial and human resources of the criminal justice system is spent on dealing with drug cases and punishing the perpetrators of such crimes. In a research, it was revealed that the costs of the country's judicial system in issuing death sentences in drug cases are approximately 0.274 percent of the judiciary's budget. This number is only related to one article of the entire criminal law! In many cases of drug crimes, while the main perpetrators and traffickers are not arrested, minor perpetrators are arrested with a small amount of drugs. These people are released from prison after a short period. Only 10 percent of the cases that lead to the death sentence are related to organized groups and armed drug trafficking gangs. Therefore, it is necessary to review and amend the laws governing Iranian Drugs Law. In line with this approach, the State of Kentucky enacted a law in 2011 that eliminated pre-trial detention and instituted probation for many drug offenses. The law made marijuana possession a misdemeanor, reduced sentences for some drug crimes, and expanded parole eligibility. This reform is projected to save the state \$422 million by 2020 and reduce its prison population growth by over 17 percent. In this case, the legislator was aware of the cost savings of the reforms. By making an estimate, known as "fiscal notes," states can help legislators recognize benefits and better allocate scarce budgetary resources. If a state does not account accurately for the fiscal impacts of criminal justice bills, legislators may not realize the significant cost savings of the proposals and may therefore fail to enact them.

In our country, in addition to presenting proposed bills to implement reforms in the criminal justice system to reduce its costs, it is suggested that a detailed evaluation of the costs and the amount of savings caused by the bill should be done. If legislators generally need more accurate estimates of the cost of legislation, then they may be more likely to support criminal justice policies that make matters worse by unnecessarily increasing incarceration rates and costs.

Between 2010 and 2020, the budget of the European judicial system grew steadily but unevenly. This variation is primarily due to an increase in the court budget. In European countries, the budget allocated to courts and prosecution services in 2020 was less than one percent of gross domestic product. However, in 2022, 2.15% of our country's gross domestic product was allocated to the courts. Therefore, the budget allocated to the prosecution services and courts in the Islamic Republic of Iran is enormous and needs to be adjusted.

After determining the priorities, performance indicators should be determined so that resources are distributed among the various components of the criminal justice system based on those indicators. Such indicators will allow the criminal justice system to justify rational adjustments to budget allocation. They may also provide vital information to consider when negotiating the overall criminal justice system budget. The budget should be allocated based on input, output, outcome, and process indicators. In assessing performance, reliance on one single indicator should be avoided as far as possible. First, it is necessary to introduce simple performance measures at an acceptable cost and then closely monitor the functioning and impact of the measures, debug the measures, and adjust as needed.

Since 2013, in the courts of the Islamic Republic of Iran an instruction entitled "Instructions for measuring the efficiency and overtime payment of the employees of the judicial units of the provinces" have been used. This

instruction has been reviewed and modified several times, and its latest version was prepared in 2020. According to Article 3 of this instruction, four performance indicators have been predicted: processing cases - judicial efficiency - behavioral and occupational competence - and effective use of new technologies. Despite the prediction of qualitative indicators that focus the quality of judges' work, only the measure of "dealing with cases" is used in practice, which is a quantitative indicator. This structure may encourage judges to provide unreal statistics so that if there are many complainants in a case, judges create separate cases with as many complainants as possible instead of creating one case. In addition, this instruction reduces the quality of dealing with cases and disrupts the provision of justice. In order to speed up the judicial proceedings, the judges make an order without taking the necessary judicial measures to find out the truth.

The efficiency measure in the criminal justice system emphasizes increasing the speed of judicial proceedings, dealing with more criminal cases in a certain period, and saving costs. Some believe that focusing only on increasing efficiency will harm the criminal justice system and therefore, it is necessary to pay attention to efficiency, quality, and accuracy. The public prosecutor's office is the most critical stage for simultaneously controlling efficiency, quality, and accuracy variables. In the public prosecutor's office, it is possible to reduce the number of cases and increase the efficiency, accuracy, and quality of proceedings through mechanisms such as separating legal cases from criminal cases and suspending prosecution in minor cases.

5 - CONCLUSION

Clause 2 of Article 113 of the Seventh Development Plan Law mentions that the judicial branch's share of the public budget will increase by 30% in the first year of the program implementation. It is necessary to accurately estimate the needs of prisons and allocate a proportional share of the judiciary's budget to this organization. Also, it is necessary to review the prevailing policies and procedures and reduce the use of high-cost, low-return policies so that the budget allocated to the prison is spent optimally and efficiently.

A number of indicators can be used regarding prisons: the number of people who enter prison (input indicator), the number of people who stay in prison for a long time (output indicator), the recidivism rate (outcome indicator), the amount of violence against prisoners, prison facilities, and preparing prisoners to return to society (process indicator).

Regarding crime prevention, on page 36 of the supplementary information document of the country's budget law of 2023, the crime reduction amount is considered a performance indicator for the crime prevention program. In this area, the number of effective prevention programs that are scientifically and accurately designed and the impact of their implementation on reducing crimes should be the criterion for budget allocation.

In the prosecution services and criminal courts, a combination of performance indicators can be used: the number of registered cases (input indicator), the number of cases leading to the issuance of the final verdict (output indicator), the low appeal rate (outcome indicator), the judge's attention to documents and evidence, and helping poor victims and defendants (process indicator).

In our country, it is necessary to review and amend some rules such as the laws governing drugs. Moreover, it is better to increase the certainty of imprisonment and reduce the severity of this expensive punishment. By increasing the certainty of execution of the punishment, the costs of criminal justice increase in the first place, but in the long term, it leads to the reduction of crime and the costs of criminal justice system. Due to the negative consequences of a short-term stay in prison and its unnecessary costs, bail, and pre-trial detention orders must be arranged and limited in use. Also, granting extended leaves and pardons to prisoners must be reduced to a degree that does not harm the certainty of punishment.

Keywords: Criminal Justice System, Optimal Distribution of Resources, Priorities of Criminal Justice, Performance Indicator



مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۱۸۳-۲۱۲

مطالعه توزیع بهینه منابع در نظام عدالت کیفری جمهوری اسلامی ایران در پرتو تجارب

سایر کشورها

رحیم نوبهار^۱ ID، فاطمه صفاری^۲ ID

دریافت: ۱۴۰۳/۲/۲۹ پذیرش: ۱۴۰۳/۵/۲۱

چکیده

محدودیت منابع مالی، مدیریت هزینه‌های روزافزون عدالت کیفری و بهینه‌سازی منابع تخصیصی به این نظام را ایجاب می‌کند. تحقق این امر مستلزم آن است که سهم کارآمد بخش‌های نظام عدالت کیفری تعیین و منابع تخصیصی به این نظام به‌صورت بهینه میان آن بخش‌ها تقسیم شود. چهارچوب تحلیل در پژوهش حاضر، رویکرد اقتصادی به حقوق کیفری است. این مقاله با تکیه بر تحلیل اقتصادی داده‌های آماری عدالت کیفری سعی در ارائه راهکار جهت بهینه‌سازی توزیع منابع در این نظام دارد. برابر یافته‌های این پژوهش، یکی از اولویت‌های نظام عدالت کیفری کشور توجه به بحث اجرای مجازات است. با بازبینی و اصلاح سیاست‌های کم‌بازده و پرهزینه عدالت کیفری و طراحی مجموعه‌ای از شاخص‌های عملکرد در حوزه زندان‌ها می‌توان ضمن تضمین قطعیت اجرای مجازات، بودجه این بخش را به نحو صحیح و بهینه مدیریت کرد. بودجه کلان تخصیصی به رسیدگی به جرایم در دادسرا و دادگاه‌های کیفری باید از طریق بازنگری در شاخص‌های عملکرد، کارآمد گردد. همچنین، از اهمیت پیشگیری از جرم نباید غافل شد و تخصیص بودجه به این حوزه باید براساس کم و کیف برنامه‌های پیشگیرانه صورت پذیرد. تخصیص بودجه به بخش‌های عدالت کیفری بر مبنای ارزیابی دقیق عملکرد آنها، افزون بر تقویت عملکردگرای، سبب کارآمدی ساختار توزیع منابع می‌شود.

کلیدواژه‌ها: نظام عدالت کیفری، توزیع بهینه، اولویت‌های عدالت کیفری، شاخص عملکرد.

۱. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول: r-nobahar@sbu.ac.ir)

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

مقدمه

مجازات قرار دارد و اصلاح مجرم ذیل اجرای مجازات بحث می‌شود (U.S. Department Of Justice, 2016)، به‌طور خلاصه‌تر وظایف نظام عدالت کیفری ج.ا. عبارت است از پیشگیری از جرم، کشف و تعقیب و رسیدگی به پرونده و صدور حکم و اجرای مجازات. وظایف مذکور به ترتیب برعهده معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه، دادسراها و دادگاه‌های کیفری و سازمان زندان‌ها است. این نهادها، نظام عدالت کیفری ج.ا. را تشکیل می‌دهند و در این پژوهش توزیع منابع میان نهادهای مذکور بررسی می‌شود.

اگرچه ضابطان دادگستری در جهت تحقق عدالت کیفری نقش مهمی دارند، در این پژوهش مورد بحث قرار نمی‌گیرند. به‌دلیل آنکه بحث در خصوص ضابطان دادگستری که طبق قانون آیین دادرسی کیفری به ضابطان عام و خاص تقسیم می‌شوند، مفصل و موضوع یک پژوهش مستقل است. همچنین، هیچ آماری از عملکرد و بودجه ضابطان در دست نیست. ایفای وظایف ضابطان عام برعهده افسران فرماندهی انتظامی ج.ا. است. این فرماندهی وظایف متعدد دیگری را نیز برعهده دارد و کلیه بخش‌های آن در خدمت نظام عدالت کیفری نیست. با این همه، بودجه بخش‌های مختلف فرماندهی انتظامی به تفکیک تعیین نشده است. فقدان چنین اطلاعاتی، تحلیل و بررسی منابع مالی ضابطان را ناممکن می‌سازد.

ایده توزیع بهینه منابع در نظام عدالت کیفری مشتمل بر کاربست یکی از عناصر علم اقتصاد یعنی کارایی در اداره امور کیفری و مبتنی بر آموزه‌های جنبش حقوق و اقتصاد است. پژوهش حاضر ضمن توجه به اینکه نباید تنها به بحث «کارایی اقتصادی» محدود شد و کارایی را به عنوان هدف منحصر یا غالب در حقوق تلقی کرد (Posner, 1985, p.1194-1195)، به تحلیل اقتصادی آمار عدالت کیفری می‌پردازد. در این مقاله، ابتدا ضمن اشاره به تجربه برخی از کشورهای توسعه‌یافته، اولویت‌های نظام عدالت کیفری ج.ا. مشخص می‌شود؛ این اولویت‌بندی می‌تواند مبنایی برای توزیع منابع میان بخش‌های مختلف این نظام باشد. سپس بررسی می‌شود که با تکیه بر چه شاخص‌هایی منابع به ترتیب اولویت، میان اجزای متنوع نظام عدالت کیفری توزیع گردد.

اولویت‌های توزیع منابع در نظام عدالت کیفری ج.ا.

به منظور اصلاح ساختار توزیع منابع در نظام عدالت کیفری ج.ا.، ابتدا باید بررسی شود منابع تخصیصی به این نظام با چه

دولت‌ها امکانات مادی و انسانی گسترده‌ای را به نظام عدالت کیفری اختصاص می‌دهند و افزایش میزان جرایم را دلیل مشروعی برای افزایش بودجه این نظام می‌دانند. افزایش بودجه نهادهای عدالت کیفری می‌تواند یکی از طرق افزایش نفوذ و اعتبار عدالت کیفری در جامعه باشد. از این‌رو، این نهادها از افزایش بودجه سود می‌برند، اما هزینه بسیار سنگین ناشی از توسعه سیستم عدالت کیفری، توانایی جامعه برای مرتفع ساختن نیازهای شهروندان را کاهش می‌دهد. در واقع، به‌دلیل محدودیت منابع، تخصیص بی-حساب منابع به نظام عدالت کیفری، موجب محرومیت سایر بخش‌های جامعه از جمله آموزش و پرورش، بهداشت، درمان و سلامت و بروز مشکلات در آن حوزه‌ها می‌گردد. این در حالی است که گاه بخشی از بودجه نظام عدالت، صرف اقدامات غیرضروری، پرهزینه و کم‌بازده می‌شود. با این وصف، مسئله اصلی این است که چه میزان از منابع کمیاب باید به نظام عدالت کیفری اختصاص یابد تا نظام عدالت نه بیشتر از سهمش و نه کمتر از استحقاقش دریافت کند؛ چرا که در حالت نخست، سایر بخش‌های جامعه با محدودیت مواجه می‌شوند و در حالت دوم تحقق عدالت دشوار می‌گردد.

جهت تعیین سهم بهینه نظام عدالت کیفری از بودجه عمومی دولت، ناگزیر از ورود به بحث توزیع بهینه منابع میان بخش‌های نظام عدالت کیفری هستیم. با توزیع بهینه منابع میان بخش‌های نظام عدالت کیفری، سهم عادلانه و کارآمد هر بخش مشخص شده و حاصل جمع منابع توزیع شده، سهم کارا و بهینه عدالت کیفری را مشخص می‌سازد.

مقصود از توزیع بهینه منابع، تقسیم منابع تخصیصی به نظام عدالت کیفری میان بخش‌های مختلف آن است (احمدی، ۱۳۸۲، ص ۱۵-۲۰)؛ به‌طوری که ضمن هدر ندادن منابع، بهترین استفاده از منابع محدود برای تأمین حداکثر نیازها و تحقق عدالت شود (دادگر، ۱۳۹۶، ص ۱۷، ۹۷).

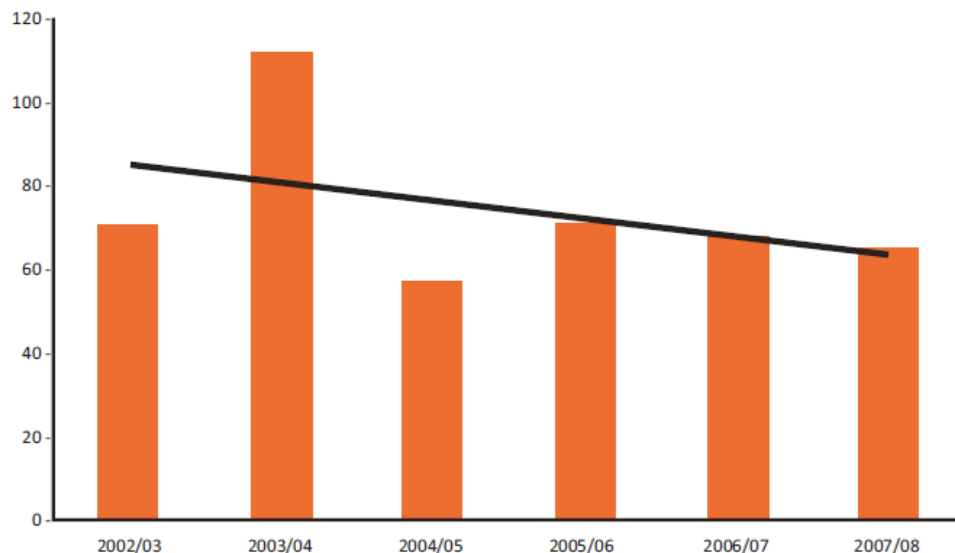
به استناد اصل‌های ۶۱ و ۱۵۶ قانون اساسی ج.ا. که کلیه اهداف و وظایف قوه قضاییه را بیان می‌کند (پروین، ۱۳۸۲، ص ۱۱۷)، وظایف نظام عدالت کیفری ج.ا. عبارتند از: اجرای قوانین جزایی، تعقیب و کشف جرم، رسیدگی به شکایات و صدور حکم، اجرای مجازات، اصلاح مجرم و پیشگیری از جرم. از آنجاکه اجرای قوانین جزایی ذیل رسیدگی به شکایات و صدور حکم و اجرای

اقدامات اجرایی همچون پلیس، دادگاه و زندان بود و علل ارتکاب جرم و برطرف کردن زمینه‌های ارتکاب جرم مورد توجه جدی قرار نمی‌گرفت. در شکل ۱ میزان هزینه‌کرد دولت در حوزه محاکم و زندان در ازای صرف هر پوند هزینه در حوزه پیشگیری مشخص شده است (Chambers & Ullmann & Waller, 2009, p.6).

اولی‌ترین میان بخش‌های مختلف آن توزیع گردد. با تعیین اولویت‌های عدالت کیفری مبنایی برای توزیع منابع به‌دست می‌آید.

توجه به پیشگیری از جرم در نظام عدالت کیفری

در دهه اول قرن بیست و یکم اولویت سیاست‌ها و هزینه‌های دولت انگلستان در حوزه نظام عدالت کیفری، تمرکز بر

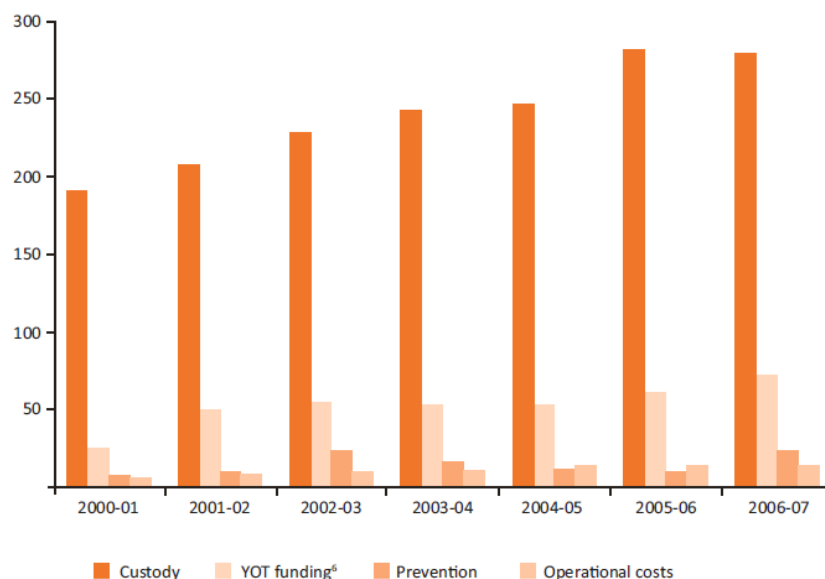


شکل ۱- میزان هزینه‌کرد دولت انگلستان در حوزه محاکم و زندان در ازای هزینه‌کرد یک پوند هزینه در حوزه پیشگیری

در زمینه پیشگیری هزینه می‌شد و هفتاد و پنج درصد از بودجه صرف حبس و نگهداری محکومان می‌گردید. هزینه‌های شورای قضائی جوانان به تفکیک هزینه‌های اجرایی، هزینه حبس و هزینه پیشگیری در شکل ۲ ارائه شده است (Chambers & Ullmann & Waller, 2009, p.6-8, 24).

طبق نمودار فوق، برای نمونه، در سال ۲۰۰۸ در ازای یک پوند هزینه در حوزه پیشگیری، هفتاد پوند در حوزه محاکم و زندان هزینه شده است. انگلستان از سال ۱۹۹۷ تا سال ۲۰۰۷ در حوزه مقابله با جرم جوانان نیز رویکرد تنبیهی‌تر را اتخاذ نمود؛ به‌طوری که در این سال‌ها تنها پنج درصد از بودجه شورای قضائی جوانان^۳

^۳. شورای قضائی جوانان (Youth Justice Board)، یک نهاد دولتی است که بر سیستم قضائی جوانان در انگلستان و ولز و ارائه خدمات عدالت به جوانان نظارت می‌کند.



شکل ۲- هزینه‌های شورای قضائی جوانان

غیرکیفری تعیین می‌شود (Bowles & Faure & Garoupa, 2008: p.395). در طراحی هر نهادی برای کنترل جرم، باید به هزینه‌های آن توجه کرد (Friedman, 2010, p.44).

البته روش‌های پیشگیرانه هرگز نمی‌توانند جایگزین اقدامات اجرایی شوند، اما اگر دولت قصد دارد که بر نرخ جرم تأثیر واقعی بگذارد و بودجه تخصیصی به عدالت کیفری را به‌صورت منطقی‌تر هزینه نماید لازم است تعادل بهتری میان پیشگیری و اقدامات اجرایی ایجاد شود (Chambers & Ullmann & Waller, 2009, p.10).

در ایالات متحده آمریکا مطالعات نشان داده است که هزینه تحمیل شده توسط کسی که در طول عمرش تنها یک برخورد با پلیس دارد، از ۱۷۳۰۰۰ دلار تا ۲۴۲۰۰۰ دلار است. یک مجرم با دو برخورد با پلیس یا بیشتر، ۱.۱ میلیون دلار تا ۱.۶ میلیون دلار تا سن ۲۶ سالگی بر هزینه‌های عمومی تحمیل می‌کند. مجرمانی که ۱۵ بار یا بیشتر با پلیس برخورد دارند، به طور تخمینی هزینه‌ای بین ۳.۶ میلیون دلار تا ۵.۸ میلیون دلار را تا سن ۲۶ سالگی تحمیل می‌کنند. از این رو، وزارت دادگستری ایالات متحده آمریکا، مرکز مطالعه و پیشگیری از خشونت دانشگاه کلرادو را مأمور کرد

کم‌توجهی به بحث پیشگیری در انگلستان در حالی بود که تخمین اداره ملی حسابرسی نشان می‌داد جلوگیری از زندانی شدن تنها یک نفر از هر ده نفر مجرم جوان سبب صرفه‌جویی ۱۰۰ میلیون پوند در سال می‌شود. یافته‌ها حاکی از آن بود که ۵ تا ۱۰ درصد از کودکان، ۵۰ تا ۷۰ درصد از جرایم ارتكابی توسط کودکان را مرتکب می‌شوند. بنابراین، با کاربست برنامه‌های پیشگیری موفق نسبت به کودکان در معرض خطر می‌توان ضمن کاهش جرایم ارتكابی، هزینه‌های نظام عدالت کیفری را کاهش داد. در نتیجه، از سال ۲۰۰۸ به بعد، تاکید دولت انگلستان بر پیشگیری و مداخله زودهنگام قرار گرفت (Chambers & Ullmann & Waller, 2009, p.9, 18, 40).

هدف اقتصادی حقوق کیفری، کمینه‌کردن هزینه‌های جرم است (کوثر و یولن، ۱۳۸۹، ص ۶۱۸). در صورتی که مداخلات زودهنگام نقش موثری در کاهش جرایم و هزینه‌های عدالت کیفری داشته باشد، با یک تحلیل هزینه-فایده^۴ می‌توان به اهمیت پیشگیری از جرم پی برد. تحلیل‌گران اقتصادی حقوق معتقدند به‌طور کلی قلمرو حقوق کیفری، در عمل براساس هزینه‌ها و منافع استفاده از ابزارهای کیفری در مقایسه با هزینه‌ها و منافع ابزارهای

۴. برای مطالعه بیشتر در خصوص تحلیل هزینه-فایده و چالش‌های این تحلیل در حوزه عدالت کیفری، رجوع کنید به:

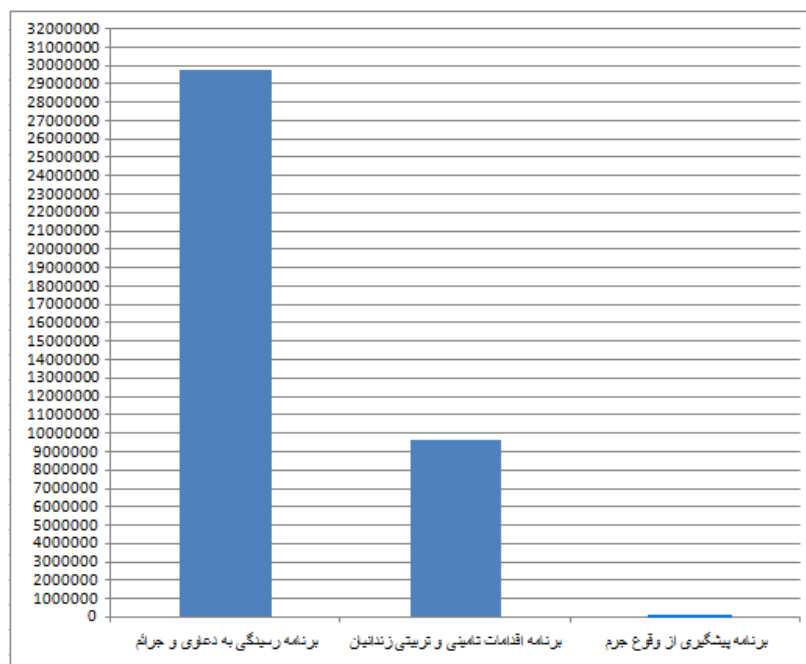
Roman, John, Cost-Benefit Analysis of Criminal Justice Reforms, NIJ Journal, issue No. 272, 2013, pp. 31-38, p.32-33.

تا صدها برنامه پیشگیری در حال اجرا در سراسر کشور را بررسی نمود (Chambers & Ullmann & Waller, 2009, p.7, 41). در جدول ۱ که برگرفته از سند «اطلاعات تکمیلی قانون بودجه سال ۱۴۰۲ کل کشور» است، اعتبارات دادگستری ج.ا. و سازمان زندان‌ها بر حسب برنامه‌های اجرایی، شاخص عملکرد در هر برنامه و بودجه تخصیصی به هر برنامه ارائه شده است.

جدول ۱- اطلاعات تکمیلی اعتبارات دادگستری و سازمان زندان‌ها در سال ۱۴۰۲

عنوان دستگاه	مجموع اعتبارات هزینه‌ای و تملک دارایی‌های سرمایه‌ای در سال ۱۴۰۲ (میلیون تومان)	برنامه‌های دستگاه	شاخص عملکرد در هر برنامه	بودجه تخصیصی به هر برنامه (میلیون تومان)
دادگستری جمهوری اسلامی ایران	۳۰/۵۰۹/۴۴۱	برنامه احیاء حقوق عامه	حفظ و صیانت از حقوق عامه	۳/۳۰۰
		برنامه پیشگیری از وقوع جرم	میزان کاهش جرایم	۱۵/۴۰۰
		برنامه رسیدگی به دعاوی و جرایم	نسبت پرونده‌های مختومه به وارده	۲۹/۸۰۰/۲۴۱
		ارائه خدمات یکپارچه دولت هوشمند	نسبت هوشمندسازی خدمات به کل خدمات	۶۵۷/۵۰۰
		برنامه کارآمد نمودن فرایندهای قضایی	میزان پیشرفت سند تحول	۳۳/۰۰۰
سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور	۹/۷۷۳/۱۸۷	برنامه اقدامات تأمینی و تربیتی زندانیان	نسبت زندانیان به صد هزار جمعیت	۹/۶۲۸/۱۸۷
		برنامه حمایت از اشتغال زندانیان آزاد شده	میزان زندانیان تحت پوشش به زندانیان واجد شرایط	۱۳۰/۰۰۰
		ارائه خدمات یکپارچه دولت هوشمند	نسبت هوشمندسازی خدمات به کل خدمات	۱۵/۰۰۰

طبق جدول ۱، بودجه تخصیصی به دادگستری در سال ۱۴۰۲، سی همت است. از این مبلغ تنها پانزده میلیارد تومان به برنامه‌های پیشگیری اختصاص یافته است و بیست و نه همت صرف رسیدگی به دعاوی و جرایم خواهد شد. شکل ۳ مبالغ پیش-بینی شده برای پیشگیری از جرم، سازمان زندان‌ها و رسیدگی به دعاوی و جرایم را مقایسه می‌کند.



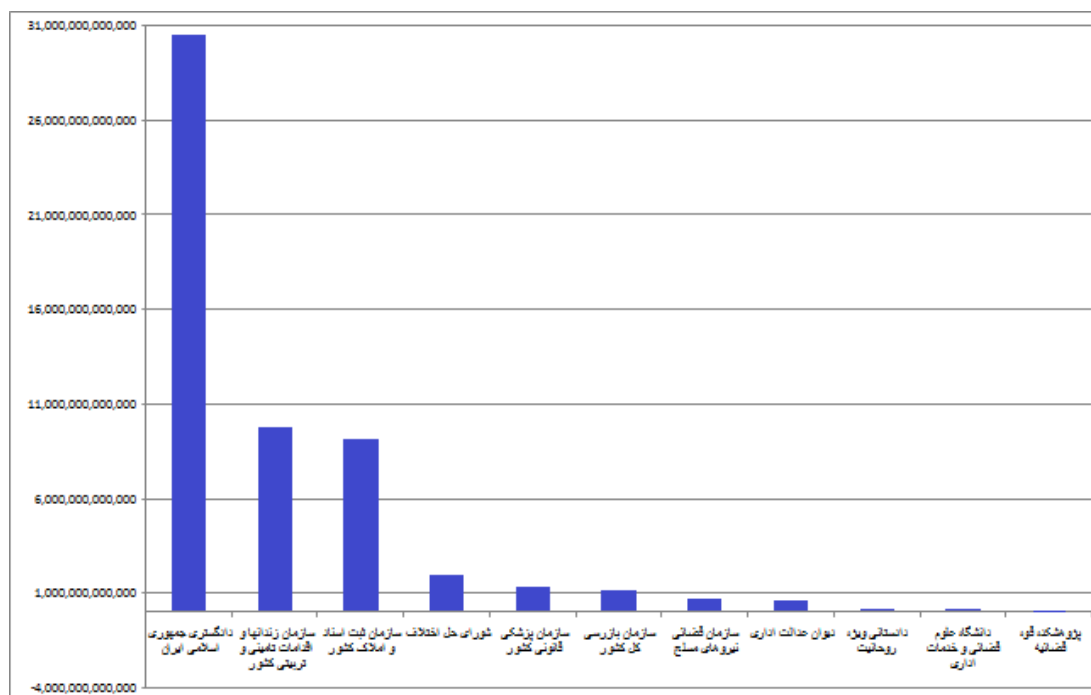
شکل ۳- مقایسه بودجه تخصیصی به برنامه‌های رسیدگی به دعوی و جرایم، اقدامات ترمیمی و تربیتی زندانیان و پیشگیری از وقوع جرم (میلیون تومان)

زندانیان)، قضائی، دادرسی و نگهداری دارد که میانگین هزینه‌های چهار مؤلفه فوق، به‌طور تقریبی ماهیانه ۱۰ میلیون تومان است. ایشان تصریح کرده است که با نصف و حتی یک سوم این هزینه‌ها می‌توان از وقوع جرم پیشگیری نمود (خبرگزاری مهر، ۱۴۰۱)^۵. با این همه، نمی‌توان به سرعت از افزایش بودجه برنامه پیشگیری از وقوع جرم کشور حمایت کرد. افزایش بودجه این بخش منوط به انجام پژوهش‌های علمی در این زمینه و ارائه تدابیر پیشگیرانه مؤثر و متناسب با وضعیت کشور است. نبود چشم‌انداز مبتنی بر پژوهش‌های علمی در حوزه پیشگیری سبب هدر رفت بودجه اندک تخصیصی به این حوزه می‌گردد. متأسفانه در کشور ما، بهای کمی به فعالیت‌های پژوهشی داده می‌شود و در سیاست‌گذاری جنایی از یافته‌های علمی پیروی نمی‌شود. این امر، در شکل ۴ که به مقایسه میان بودجه تخصیصی به دستگاه‌های زیر مجموعه قوه قضاییه در سال مالی ۱۴۰۲ پرداخته مشهود است.

معاونت پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه افزون بر سهمی که از بودجه قوه قضاییه دریافت می‌کند، از سازمان امور اجتماعی کشور و شورای اجتماعی کشور نیز بودجه می‌گیرد. با این همه، بودجه پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه بسیار ناچیز است. همچنین، یکی از وظایف فرماندهی انتظامی، پیشگیری از وقوع جرم است که کلاتری‌ها عهده‌دار آن هستند. البته پیشگیری از وقوع جرم در قالب برنامه‌های پیشگیری از وقوع جرم نیست بلکه در قالب گشت‌زنی و حضور در صحنه وقوع جرم است. اما طبق قانون بودجه مشخص نیست چه میزان از بودجه این فرماندهی به پیشگیری اختصاص می‌یابد.

سختگوی ناچا در شهریور ۱۴۰۱ با تأکید بر ضرورت پیشگیری از جرم و تأثیر آن بر کاهش هزینه‌ها اعلام داشته هر سارقی که دستگیر می‌شود، هزینه‌های انتظامی (شامل هزینه‌های مربوط به مأمورین گشت، بازجویی، مأموران انتقال و باز گرداندن

^۵ <https://www.mehrnews.com/news/5584799/>



شکل ۴- مقایسه بودجه دستگاه‌های زیر مجموعه قوه قضاییه در قانون بودجه ۱۴۰۲ (تومان)

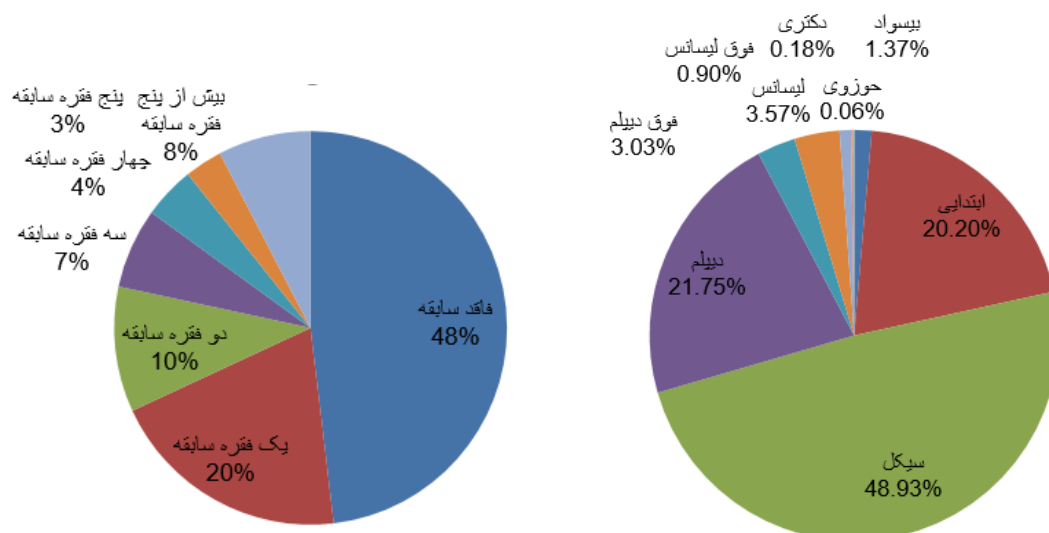
در سال‌های ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۱، سطح تحصیلات اکثر زندانیان زیر دیپلم بوده و تعداد اندکی از آنان دارای تحصیلات عالی هستند. این موضوع که در جدول ۲ و شکل ۵ قابل ملاحظه است (سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۱، جلد ۲، ۱۴۰۲، ص ۴۲۵؛ سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۰، جلد ۲، ۱۴۰۱، ص ۴۱۹) باید در بحث پیشگیری از وقوع جرم مورد توجه قرار گیرد.

سیاست‌گذارانی که به دنبال اعمال اصلاحات در نظام عدالت کیفری هستند دریافته‌اند که اعمال اصلاحات با پژوهش‌های علمی در کنار هم حرکت می‌کنند. در صورت بی‌توجهی به تحقیقات علمی و عدم سرمایه‌گذاری در این حوزه، اعمال اصلاحات در نظام عدالت کیفری با شکست مواجه می‌گردد (Sie, 2022).

در طراحی برنامه‌های پیشگیری از جرم باید به وضعیت موجود و آمار و اطلاعات توجه کرد. برای نمونه، طبق آمار رسمی

جدول ۲- تحصیلات زندانیان کل کشور در سال‌های ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۱

سال ۱۴۰۱	سال ۱۴۰۰	سال ۱۳۹۹	تحصیلات زندانیان
۳,۲۱۸	۵,۴۳۱	۶,۶۳۷	بیسواد
۴۷,۳۲۳	۵۰,۷۹۲	۵۷,۲۶۲	ابتدایی
۱۱۴,۶۴۰	۹۷,۶۱۵	۸۵,۱۹۳	سیکل
۵۰,۹۶۸	۴۵,۹۱۸	۴۳,۹۳۹	دیپلم
۷,۱۰۷	۶,۳۹۲	۶,۳۱۴	فوق دیپلم
۸,۳۵۸	۷,۳۴۵	۷,۲۱۶	لیسانس
۲,۱۰۸	۱,۸۲۱	۱,۷۷۴	فوق لیسانس
۴۲۸	۳۵۲	۳۳۵	دکتری
۱۴۱	۱۳۱	۱۴۳	حوزوی



شکل ۶- موجودی زندانیان به تفکیک سابقه قبلی ورود به زندان در سال ۱۴۰۱

شکل ۵- موجودی زندانیان به تفکیک تحصیلات در سال ۱۴۰۱

همچنین، گزارش طبقه‌بندی افراد حاضر در زندان‌های سراسر کشور طی سال‌های ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۱ بر پایه سابقه قبلی ورود به زندان که در جدول ۳ و شکل ۶ ارائه شده (سالنامه عمومی

قوه قضاییه ۱۴۰۱، جلد ۲، ۱۴۰۲، ص ۴۲۷؛ سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۰، جلد ۲، ۱۴۰۱، ص ۴۲۱) جای تأمل دارد.

جدول ۳- میانگین موجودی زندانیان به تفکیک سابقه قبلی ورود به زندان- کل کشور

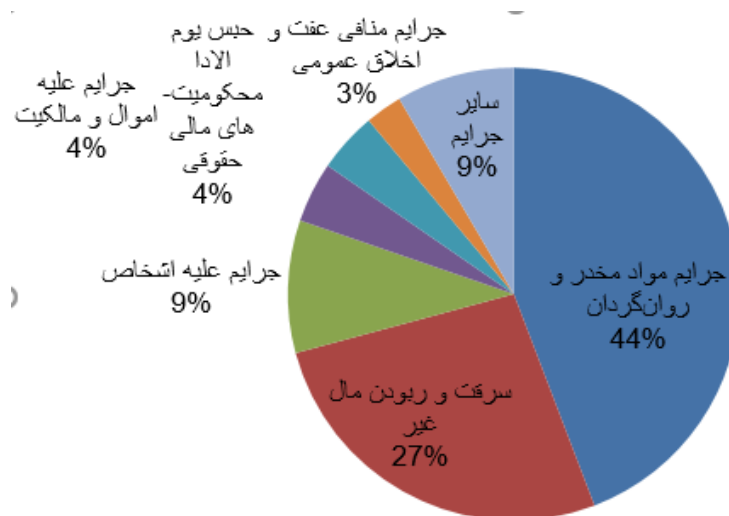
سال ۱۴۰۱	سال ۱۴۰۰	سال ۱۳۹۹	سابقه قبلی ورود به زندان
۱۱۲.۷۳۶	۱۰۲.۲۲۲	۹۸.۴۱۸	فاقد سابقه
۴۶.۷۹۴	۴۵.۰۵۰	۴۴.۲۵۳	یک فقره سابقه
۲۴.۱۱۶	۲۲.۲۸۰	۲۱.۹۸۱	دو فقره سابقه
۱۵.۴۵۸	۱۴.۲۹۸	۱۳.۷۶۷	سه فقره سابقه
۱۰.۰۴۸	۹.۲۹۸	۸.۹۹۸	چهار فقره سابقه
۷.۲۵۳	۶.۶۰۳	۶.۳۱۹	پنج فقره سابقه
۱۷.۸۸۸	۱۶.۰۴۷	۱۵.۰۷۷	بیش از پنج فقره سابقه

با ملاحظه جدول ۳ مشخص می‌شود حدود پنجاه درصد این افراد، برای اولین بار وارد زندان شده‌اند. در این آمار به طور خاص، نوع جرایم ارتكابی تازه واردها تعیین نشده است. اما طبق جدول ۴ و شکل ۷ که گزارشی از نوع جرایم ارتكابی کلیه افراد حاضر در زندان ارائه می‌دهد، بخش قابل ملاحظه‌ای از جمعیت زندان را

مرتکبان جرایم مواد مخدر و سرقت تشکیل می‌دهند (سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۱، جلد ۲، ۱۴۰۲، ص ۴۲۸؛ سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۰، جلد ۲، ۱۴۰۱، ص ۴۲۲). بر این اساس، می‌توان نتیجه گرفت که در بررسی علل ارتكاب جرم و بالتبع ارائه تدابیر پیشگیرانه باید به شرایط اقتصادی جامعه توجه ویژه‌ای کرد.

جدول ۴- میانگین موجودی زندانیان به تفکیک گروه جرم- کل کشور در سال‌های ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۱

عنوان جرم	سال ۱۳۹۹	سال ۱۴۰۰	سال ۱۴۰۱
جرایم مواد مخدر و روان‌گردان	۸۳.۹۴۷	۹۶.۱۵۵	۱۰۳.۵۲۴
سرقت و ربودن مال غیر	۵۸.۷۷۸	۵۷.۷۳۲	۶۲.۳۶۷
جرایم علیه اشخاص	۲۱.۴۹۳	۲۱.۱۴۲	۲۲.۱۶۸
جرایم علیه اموال و مالکیت	۱۰.۶۷۸	۹.۲۸۵	۱۰.۱۵۸
حبس یوم الادا محکومیت‌های مالی حقوقی	۱۰.۲۱۵	۸.۶۷۸	۱۰.۰۸۷
جرایم منافی عفت و اخلاق عمومی	۶.۵۹۷	۶.۱۴۵	۶.۱۵۶
سایر جرایم	۱۷.۱۰۴	۱۶.۶۶۱	۱۹.۸۳۱



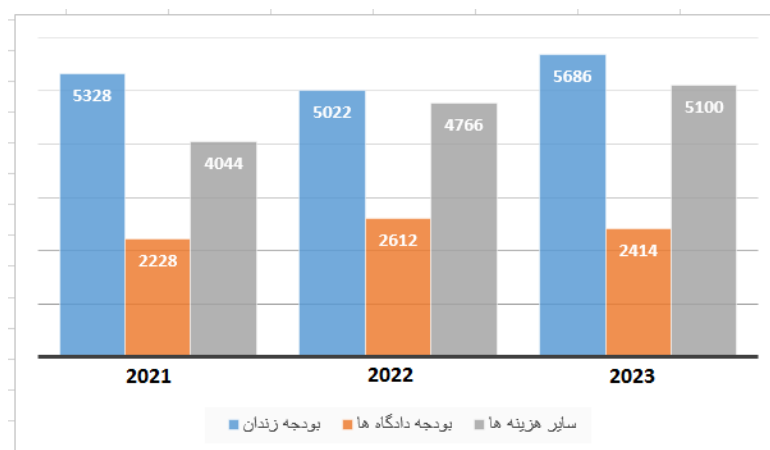
شکل ۷- موجودی زندانیان به تفکیک گروه جرم در سال ۱۴۰۱

بودجه تخصیصی به وزارت دادگستری طی سال‌های ۲۰۲۱ تا ۲۰۲۳ مشخص شده است (Departmental Overview 2022-23: Ministry of Justice, 2024, p.6-7; Departmental Overview 2021-22: Ministry of Justice, 2023, p.6; Departmental Overview 2020-21: Ministry of Justice, 2022, p.6).

۱-۲- تخصیص بودجه کافی به سازمان زندان‌ها

و ساماندهی آن

در انگلستان، وزارت دادگستری عهده‌دار اداره دادگاه‌ها و زندان‌ها است (Ministry of Justice, 2023, p.5)؛ آقایی طوق و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۱۹۲). در شکل ۸ سهم زندان و دادگاه‌ها از



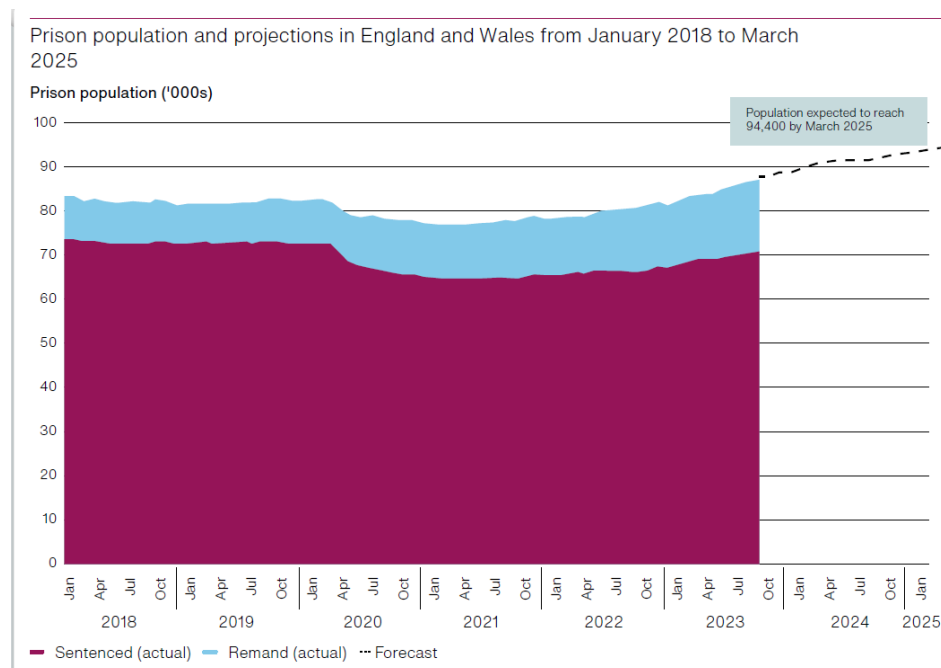
شکل ۸- سهم زندان و دادگاه‌ها از بودجه وزارت دادگستری طی سال‌های ۲۰۲۱ تا ۲۰۲۳

قوه قضاییه ۱۴۰۱، جلد ۲، ص ۴۳۵). نتیجه چنین رویکردی، متزلزل شدن قطعیت اجرای مجازات‌ها و خاصیت سزادهی و اربابی ضوابط کیفری است.

بودجه سیستم قضایی با معیار درصدی از تولید ناخالص داخلی سنجیده می‌شود. با ملاحظه تولید ناخالص داخلی انگلستان مشخص می‌شود که در سال‌های ۲۰۲۱ تا ۲۰۲۳، به طور تقریبی بیست و پنج تا بیست و هشت صدم درصد از تولید ناخالص داخلی به زندان اختصاص یافته است. حال آنکه در سال‌های ۱۳۹۹، ۱۴۰۰ و ۱۴۰۱ به ترتیب سی و شش صدم درصد، شصت و چهار صدم درصد و شصت و نه صدم درصد از تولید ناخالص داخلی ج.ا. به زندان اختصاص یافته است. در این مقایسه به دو نکته باید توجه کرد: در دهه‌های اخیر، خدمات رفاهی، حمایتی، بهداشتی و امنیتی زندان‌های انگلستان به بخش خصوصی واگذار شد تا هزینه‌های سرسام‌آور دولت در این حوزه کاهش یابد (قاسمی کهریزسنگی و فرجیه‌ها، ۱۳۹۴، ص ۴۳). همچنین، تعداد زندانیان در ایران بیش از دو برابر زندانیان انگلستان است. در شکل جمعیت زندان‌های انگلستان از سال ۲۰۱۸ تا ۲۰۲۳ قابل مشاهده است (Departmental Overview 2022-23: Ministry of Justice, 2024, p.20).

حدود پنجاه درصد از بودجه وزارت دادگستری انگلستان صرف اداره زندان‌ها می‌شود و بودجه دادگاه‌ها نصف بودجه زندان است. البته دادستانی انگلستان، بودجه مستقلی دریافت می‌کند و بودجه آن در بودجه دادگاه‌ها لحاظ نشده است. با این همه، بودجه زندان‌های انگلستان در مقایسه با بودجه تخصیصی به بخش رسیدگی به جرایم و دعاوی قابل توجه است.

طبق جدول ۱، بودجه سازمان زندان‌ها در سال ۱۴۰۲ یک سوم بودجه تخصیصی به رسیدگی به دعاوی و جرایم است. همچنین، طبق قانون بودجه سال ۱۴۰۱، پنج همت به زندان‌ها اختصاص یافته درحالی‌که بودجه برنامه رسیدگی به دعاوی و جرایم هفده همت بوده است. وجود اختلاف چشمگیر میان بودجه دادگاه‌ها و زندان در کشور ما می‌تواند بیانگر غفلت از مسئله اجرای مجازات و نگران‌کننده باشد. مدتی است نظام عدالت کیفری در جهت کاهش هزینه‌ها سعی در اعمال ملاحظت نسبت به مرتکبان جرایم و آزادسازی زود هنگام محکومان از زندان‌ها به‌ویژه در حوزه جرایم سرقت و مواد مخدر نموده است (نجفی توانا، ۱۳۸۶، ص ۲۲۵ و ۲۳۸). برابر آمار قوه قضاییه در سال ۱۴۰۱ بیشترین میزان آزادی از زندان مربوط به مرتکبان دو جرم فوق بوده است (سالنامه عمومی



شکل ۹- جمعیت زندان‌های انگلستان طی سال‌های ۲۰۱۸ تا ۲۰۲۵

چند درصد متهم و چند درصد محکوم هستند (سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۱، جلد ۲، ۱۴۰۲، ص ۴۱۴-۴۲۶).

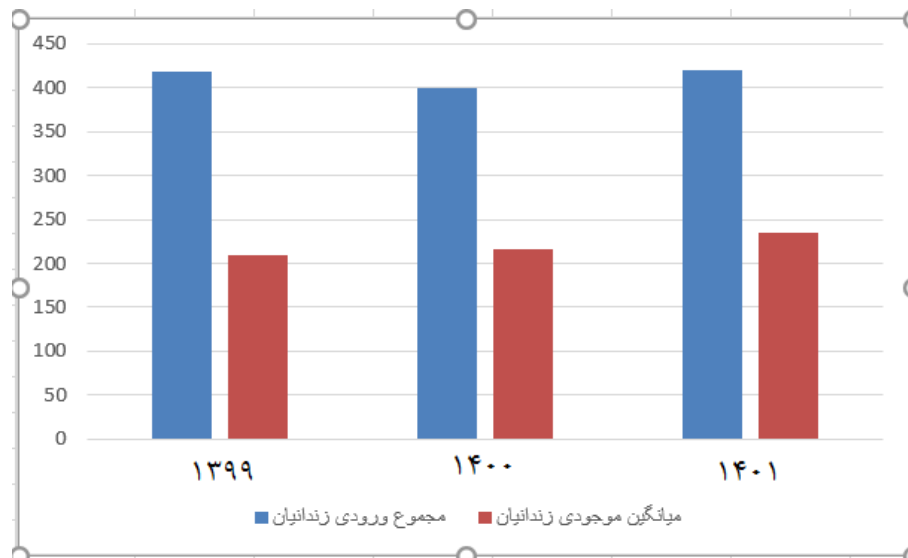
در جدول ۵، تعداد زندانیان کشور ما در سال‌های ۱۴۰۰ و ۱۴۰۱ به تفکیک ورودی زندانیان و موجودی زندانیان ارائه شده است. همچنین، مشخص شده که در بین ورودی‌ها و موجودی‌ها،

جدول ۵-تعداد زندانیان کل کشور در سال‌های ۱۴۰۰-۱۴۰۱

سال ۱۴۰۱		سال ۱۴۰۰		عنوان
۵۶٪ متهم	۴۱۹.۴۰۲	۵۴٪ متهم	۳۹۹.۱۲۴	مجموع ورودی زندانیان
۴۴٪ محکوم		۴۶٪ محکوم		
۱۵.۵٪ متهم	۲۳۴.۲۹۱	۱۸.۵٪ متهم	۲۱۵.۷۹۸	میانگین موجودی زندانیان
۸۴.۵٪ محکوم		۸۱.۵٪ محکوم		

را توجیه می‌نماید (سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۱، جلد ۲، ۱۴۰۲، ص ۴۳۶؛ سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۰، جلد ۲، ۱۴۰۱، ص ۴۳۰).

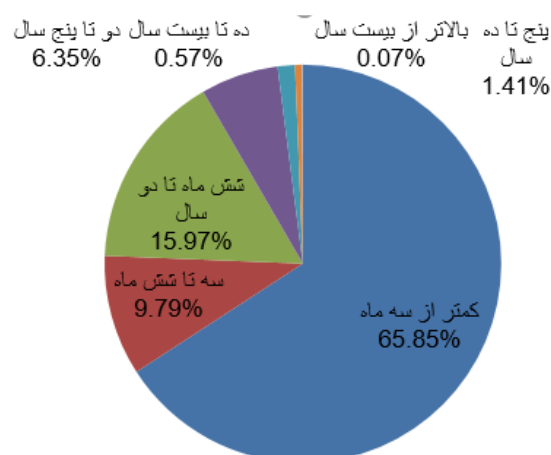
اختلاف میان ورودی و موجودی زندان در شکل ۱۰ قابل ملاحظه است. ملاحظه گزارش آزادی زندانیان به تفکیک مدت اقامت که در جدول ۶ ارائه شده، اختلاف میان ورودی و موجودی



شکل ۱۰- مقایسه ورودی و موجودی زندان‌های کل کشور طی سال‌های ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۱

جدول ۶- آزادی زندانیان به تفکیک مدت اقامت- کل کشور در سال‌های ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۱

مدت اقامت	سال ۱۳۹۹	سال ۱۴۰۰	سال ۱۴۰۱
کمتر از سه ماه	۲۸۴۶۱۰	۲۶۳۰۵۲۸	۲۸۱۰۵۱۱
سه تا شش ماه	۳۷۰۹۳۴	۳۴۰۰۶۷	۴۱۸۳۷
شش ماه تا دو سال	۶۱۰۱۸۲	۵۰۰۷۰۸	۶۸۰۲۸۷
دو تا پنج سال	۱۶۰۲۴۱	۱۴۰۷۸۳	۲۷۰۱۴۷
پنج تا ده سال	۷۶۵۶	۵۰۰۲۴	۶۰۰۱۷
ده تا بیست سال	۳۰۱۵۱	۲۸۸۱	۲۰۴۲۶
بالاتر از بیست سال	۱۴۵	۳۸۶	۲۸۴



شکل ۱۱- آزادی زندانیان به تفکیک مدت اقامت در سال ۱۴۰۱

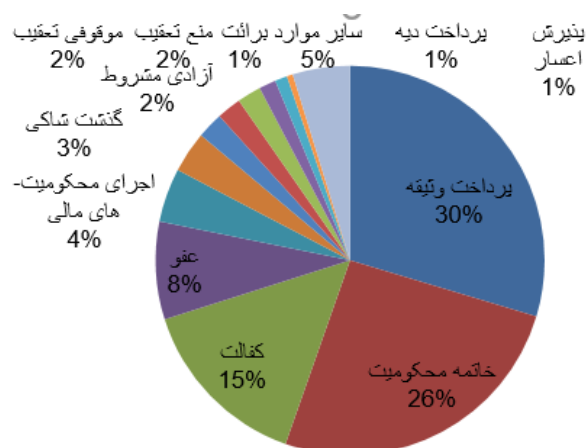
با توجه به جمعیت زندان‌های ج.ا.ا و در مقایسه با بودجه تخصیصی به برنامه رسیدگی به جرایم و دعاوی، بودجه زندان‌ها اندک است. نظر به اینکه در بند الحاقی ۲ ماده ۱۱۳ لایحه برنامه هفتم توسعه مصوب مجلس شورای اسلامی به افزایش ۳۰ درصدی سهم قوه قضاییه از بودجه عمومی در اولین سال اجرای برنامه اشاره شده، برآورد دقیق نیازهای سازمان زندان‌ها و تخصیص سهم متناسبی از بودجه قوه قضاییه به این سازمان ضرورت دارد. همچنین، لازم است با بازبینی سیاست‌ها رویه‌های حاکم و کاهش استفاده از سیاست‌های پرهزینه و کم‌بازده، بودجه تخصیصی به زندان به صورت بهینه و کارا هزینه شود.

طبق شکل ۱۱ در سال ۱۴۰۱ حدود شصت و شش درصد زندانیان، کمتر از سه ماه در زندان اقامت داشتند. با توجه به اینکه حکم به حبس زیر سه ماه داده نمی‌شود و این حبس‌ها تبدیل به

جایگزین حبس می‌شوند، در رابطه با افرادی که کمتر از سه ماه در زندان اقامت دارند دو احتمال وجود دارد: یک دسته از این افراد متهمانی هستند که با صدور قرار بازداشت موقت یا به دلیل عجز از پرداخت وثیقه وارد زندان شده‌اند. دسته دیگر افرادی هستند که پس از ورود به زندان، مشمول عفو شده و آزاد گردیده‌اند. نظر به اینکه بخش اعظمی از ورودی‌های زندان را متهمان تشکیل می‌دهند و در آمار موجودی زندانیان کاهش قابل ملاحظه‌ای در تعداد متهمان وجود دارد، غلبه با دسته اول است. همچنین، طبق گزارش ارائه شده از نوع آزادی زندانیان که در جدول ۷ و شکل ۱۲ قابل ملاحظه است، حدود سی درصد آزادی‌ها با پرداخت وثیقه صورت گرفته است (سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۱، جلد ۲، ۱۴۰۲، ص ۴۳۳؛ سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۰، جلد ۲، ۱۴۰۱، ص ۴۲۷). بنابراین، بسیاری از متهمان به علت عجز از پرداخت وثیقه، در لیست ورودی زندانیان قرار می‌گیرند.

جدول ۷- آزادی زندانیان به تفکیک نوع آزادی- کل کشور در سال‌های ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۱

نوع آزادی	سال ۱۳۹۹	سال ۱۴۰۰	سال ۱۴۰۱
پرداخت وثیقه	۱۱۸.۰۲۹	۱۱۰.۳۸۰	۱۲۶.۷۸۱
خاتمه محکومیت	۱۱۷.۵۳۴	۱۱۳.۱۶۳	۱۱۰.۰۰۴
کفالت	۶۱.۰۴۷	۵۴.۹۳۴	۶۲.۸۶۵
عفو	۱۲.۹۱۴	۴.۵۵۲	۳۴.۶۹۶
اجرای محکومیت‌های مالی	۱۶.۱۰۹	۱۶.۴۰۴	۱۹.۱۵۲
گذشت شاکی	۱۲.۴۴۷	۱۲.۹۴۲	۱۴.۶۱۸
موقوفی تعقیب	۱۰.۳۹۵	۹.۹۳۴	۹.۳۱۰
آزادی مشروط	۱۱.۷۹۴	۹.۴۲۷	۸.۷۰۶
منع تعقیب	۱۲.۵۵۹	۷.۹۳۶	۸.۴۹۴
برائت	۸.۳۱۶	۶.۲۳۹	۶.۰۰۳
پذیرش اعسار	۳.۷۶۹	۳.۳۳۰	۴.۳۷۰
پرداخت دیه	۲.۴۰۹	۲.۱۲۳	۲.۱۳۸
سایر موارد	۱۹.۷۱۸	۲۰.۰۱۳	۲۰.۳۷۲



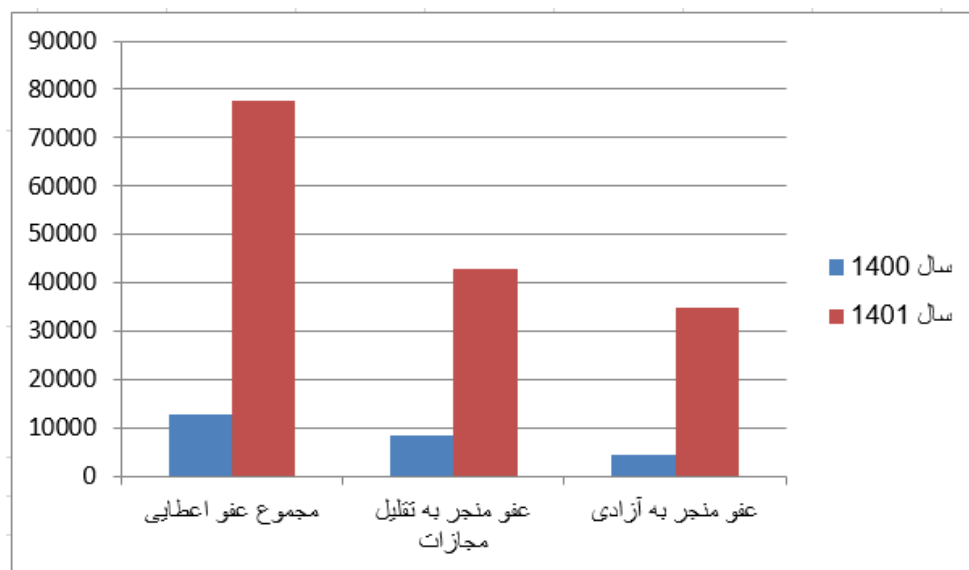
شکل ۱۲- آزادی زندانیان به تفکیک نوع آزادی در سال ۱۴۰۱

طبق شکل ۱۲، در سال ۱۴۰۱ هشت درصد آزادی زندانیان با استفاده از نهاد عفو صورت گرفته و در بین سایر دلایل آزادی زندانیان، عفو در مرتبه چهارم قرار دارد. در مقایسه با سال ۱۴۰۰، استفاده از عفو با رشد چشمگیری مواجه بوده است. این امر در جدول ۸ و شکل ۱۳ قابل مشاهده است (سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۱، جلد ۲، ۱۴۰۲، ص ۴۴۱؛ سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۰، جلد ۲، ۱۴۰۱، ص ۴۳۶).

با توجه به تبعات منفی اقامت کوتاه مدت در زندان و هزینه‌های بی‌نتیجه آن، سامان دادن به قرارهای بازداشت موقت و وثیقه و محدود کردن استفاده از آنها ضرورت دارد. برخی از ایالت‌های آمریکا با هدف حمایت از جامعه و صرفه‌جویی در هزینه‌های نظام عدالت کیفری، بر بازداشت موقت تمرکز کرده و استفاده از آن را محدود نمودند (Leachman & Chettiar & Geare, 2012, p.6).

جدول ۸- عفو اعطا شده به زندانیان - کل کشور در سال‌های ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۱

عنوان	سال ۱۳۹۹	سال ۱۴۰۰	سال ۱۴۰۱
مجموع عفو اعطایی	۱۸,۸۹۱	۱۲,۷۹۲	۷۷,۶۱۱
عفو منجر به تقلیل مجازات	۵,۹۹۶	۸,۳۰۱	۴۲,۹۶۱
عفو منجر به آزادی	۱۲,۸۹۵	۴,۴۹۱	۳۴,۶۵۰



شکل ۱۳- مقایسه عفوهای اعطایی در سال‌های ۱۴۰۰-۱۴۰۱

به اعمال مجازات‌های سنگین ندارند و متهمان و محکومان این حوزه نیز به تجربه به این موضوع پی برده‌اند. در یک کار میدانی نگرش متهمین و محکومین به اعدام در حوزه جرایم مواد مخدر بررسی شد. در این بین ۸۵ درصد پاسخ‌دهندگان امیدوار به عدم اجرای حکم اعدام بودند. نیمی از افراد مورد تحقیق، سابقه‌ی محکومیت در حوزه مواد مخدر داشتند و اکثریت آنها از نهادهای ارفاقی مثل عفو، آزادی مشروط و تعلیق استفاده کرده بودند. آنها اذعان داشتند که اگر در گذشته تجربه برخورد شدیدی را می‌داشتند هرگز سراغ مواد مخدر نمی‌رفتند و به این مرحله نمی‌رسیدند (حسینی و سلطانی و صفری، ۱۳۹۸، ص ۱۸۳-۱۸۸).

بخش قابل‌توجهی از منابع مالی و انسانی نظام عدالت کیفری صرف رسیدگی به پرونده‌های مواد مخدر و مجازات مرتکبان این قبیل جرایم می‌شود. در یک پژوهش آشکار شد هزینه‌های سیستم قضایی کشور در صدور حکم اعدام در پرونده‌های مرتبط با بند ۶ ماده ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر نسبت به بودجه قوه قضاییه، به طور تقریبی ۰.۲۷۴ درصد است. با توجه به اینکه این عدد تنها مربوط به یک بند از یک ماده از مجموع سیاهه جرایم موجود است، بسیار قابل تامل است. این در حالی است که در بسیاری از موارد، افرادی در حوزه جرایم مواد مخدر دستگیر و روانه زندان می‌شوند که از عوامل اصلی و کلیدی این حوزه نبوده و با مقدار اندکی مواد مخدر دستگیر می‌شوند. این افراد پس از مدتی از زندان آزاد می‌شوند. تنها ۱۰ درصد از پرونده‌هایی که منتهی به صدور حکم اعدام می‌شود مربوط به گروه‌های سازمان-

همچنین، در سال ۱۴۰۱ تعداد مرخصی‌های اعطایی به زندانیان به ۱.۲۴۴.۸۲۷ مورد رسیده است (سالنامه عمومی قوه قضاییه ۱۴۰۱، جلد ۲، ۱۴۰۲، ص ۴۴۱). اعطای عفو و مرخصی-های گسترده با هدف کاهش جمعیت زندان و هزینه‌های آن صورت می‌گیرد.

از منظر مدل نهادگرایی جدید مجرمان مانند سایر افراد، عقلانی عمل می‌کنند و صرفاً هنگامی دست به ارتکاب جرم می‌زنند که منافع مورد انتظار آنان از جرم بر هزینه‌های آن غلبه داشته باشد (Latov, 2000, p.7). بنابراین، کیفر باید به صورت بازدارنده طراحی شود تا عقلانیت بزهکار را به عدم ارتکاب جرم سوق دهد. قطعیت مجازات بیشترین نقش را در بازدارندگی ایفا می‌کند (آشوری و صوری‌پور، ۱۳۹۴، ص ۲، ۱۵). حتمی‌بودن عقوبتی حتی معتدل، همیشه تأثیری شدیدتر از ترس از مجازاتی خشن که امید رهایی در آن راه دارد، به جای می‌گذارد. استفاده مکرر از نهاد عفو این ذهنیت را برای مردم ایجاد می‌کند که مجازات نتیجه‌ی ضروری اعمال مجرمانه آنها نیست و امید فریبنده رهایی از کیفر در نهادشان پرورش می‌یابد (یکاریا، ۱۳۸۰، ص ۸۶-۸۸). در نتیجه، اعطای عفو و مرخصی‌های گسترده از طریق کاهش قطعیت مجازات‌ها و به دنبال آن کاهش اثر بازدارندگی مجازات‌ها، در بلندمدت به افزایش نرخ ارتکاب جرم و هزینه‌های عدالت کیفری می‌انجامد.

سیاست کیفری مقنن در قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر سختگیرانه و بعضاً نامتناسب است. در عمل، قضات رغبتی

هزینه‌های نظام عدالت را افزایش می‌دهد. در ایالات متحده آمریکا، تقریباً کلیه ایالت‌ها پیش از ارائه لایحه پیشنهادی به مجلس، گزارش مالی^۶ درخصوص هزینه‌ها، صرفه‌جویی‌های احتمالی و درآمدهای حاصل از لایحه پیشنهادی تنظیمی‌نمایند (Leachman & Chettiar & Geare, 2012, p.2).

شاخص عملکرد توزیع بودجه میان بخش‌های نظام عدالت کیفری

در نظام عدالت کیفری کشور ما، در مواردی قانون در خصوص نحوه مصرف بودجه تخصیصی تعیین تکلیف کرده است. برای نمونه، حقوق کادر اداری دستگاه قضا طبق قانون مدیریت خدمات کشوری پرداخت می‌گردد. به موجب ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، حقوق و مزایای قضات تابع قانون نظام هماهنگ پرداخت کارمندان دولت مصوب ۱۳۷۰ است. در مواردی نیز چگونگی هزینه‌کرد منابع تخصیصی بر عهده دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری است. بحث‌های این قسمت ناظر به حوزه دوم است و تلاش می‌شود شاخص‌های عملکرد مناسبی برای توزیع بودجه میان بخش‌های نظام عدالت کیفری ارائه شود.

توزیع بهینه با تکیه بر ترکیب شاخص‌های عملکرد

بسیاری از کشورها شاخص‌های عملکرد را جهت ارزیابی عملکرد دادگاه‌ها ایجاد کردند؛ این شاخص‌ها تصمیم‌های اتخاذی در خصوص بودجه را هدایت و رهبری می‌کنند (گزارش پژوهشی مروری بر تجارب برخی از کشورها در اصلاحات قضایی، ۱۳۹۳، ص ۳۲-۳۳؛ Wittrup, 2010, p.6). برای نمونه، در کشور فنلاند وزارت دادگستری با همکاری اداره دادگاه‌ها، سیستم‌های جدید مدیریتی را اجرا می‌کند که بر اساس آن عملکرد دادگاه‌ها مطابق شاخص‌های بهره‌وری، صرفه و کارایی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد (Contini & Mohr, 2007, p.34).

برای انتخاب صحیح شاخص‌های عملکرد، تنها قاعده عمومی معتبر این است که عملکرد باید بر اساس ترکیبی از شاخص‌های خروجی^۷ و نتیجه^۸ و فرایند^۹ ارزیابی شود و تا حد

یافته و باند‌های مسلح قاچاق مواد مخدر است (حسینی و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۱۵۹-۱۶۱). از این رو، لزوم بازنگری در قانون مبارزه با مواد مخدر احساس می‌شود. همچنان که برخی نویسندگان یادآور شده‌اند در مورد کیفر حبس که پرهزینه است بهتر است قطعیت مجازات را افزایش و شدت کیفر را کاهش دهیم (کوثر و یولن، ۱۳۸۹، ص ۶۲۲-۶۲۴). با قطعیت اجرای مجازات، در وهله نخست هزینه‌های عدالت کیفری افزایش می‌یابد اما در بلندمدت به کاهش ارتکاب جرم و هزینه‌های عدالت کیفری می‌انجامد.

برخی از ایالت‌های آمریکا برای کاهش هزینه‌های نظام عدالت کیفری و زندان، بر تخلفات رانندگی و نگهداری ماری جوانا تمرکز کردند و در این موارد، جریمه را جایگزین مجازات زندان نمودند. در حوزه جرایم مواد مخدر نیز از طریق افزایش آستانه نگهداری مواد مخدر، برخی از جرایم مواد مخدر را از طبقه جنایت خارج کرده و آن را تبدیل به جنحه یا خلاف نمودند. جایگزین‌های حبس برای برخی از جرایم مواد مخدر در نظر گرفته شد (Essex, 2021, p.2; Cost Of Justice In The American Criminal System Criminology Essay, 2018; Leachman & Chettiar & Geare, 2012, p.2-6). برای مثال، ایالت لوئیزیانا با تغییر مجازات مواد مخدر و تقویت جایگزین‌های حبس، هزینه‌های غیرضروری را کاهش داد. در عوض، قانون‌گذاران یک تعهد قانونی برای ایالت لوئیزیانا ایجاد کردند مبنی بر اینکه ۷۰ درصد از پول پس‌انداز شده را در حوزه ارائه خدمات از جمله جبران خسارت وارده به بزه‌دیدگان صرف نماید. همچنین در زندان‌ها منابع به سمت آموزش، یادگیری مهارت‌های شغلی و درمان سوءمصرف مواد سوق یافت تا بازگشت زندانیان به جامعه تسهیل شود (Sie, 2022).

ضمن ارائه لوایح پیشنهادی برای اعمال اصلاحات در نظام عدالت کیفری در جهت کاهش هزینه‌های این نظام، پیشنهاد می‌شود که ارزیابی دقیقی از هزینه‌های آن و میزان صرفه‌جویی احتمالی از طریق اعمال چنین اصلاحاتی صورت پذیرد و در اختیار قانون‌گذاران قرار گیرد. نبود چنین ارزیابی‌هایی سبب می‌شود قانون‌گذاران از تصویب لوایحی که منجر به کاهش هزینه‌ها می‌شود، قصور نموده و در مقابل از سیاست‌هایی حمایت کنند که

⁶ Fiscal Note

^۷ خروجی همان خدمات ارائه شده است. معیار عملکرد متناظر با خروجی کارآمدی است؛ یعنی به حداکثر رساندن مقدار خروجی نسبت به هزینه کل نهاده‌های ورودی.

^۸ نتیجه همان هدفی است که از ارائه خدمات حاصل می‌شود. ارزش اجتماعی نتیجه، ذهنی و قراردادی است.

^۹ فرایند روشی است که طی آن ورودی‌ها تهیه می‌شوند و همچنین خروجی‌ها تولید یا نتایج حاصل می‌گردند.

شاخص‌های عملکرد زمانی بسیار مفید هستند که در چهارچوب اهداف و نتایج نظام عدالت کیفری قرار گرفته باشند. پنج هدف کلی نظام عدالت کیفری کانادا که توسط وزیرانی که در حوزه عدالت مسئول هستند ایجاد شده و مورد توافق قرار گرفتند عبارتند از:

- نظم و امنیت عمومی از طریق پیشگیری و مداخله
 - بازپروری، بازاجتماعی شدن و مسئولیت‌پذیری مرتکبان
 - احترام و اعتماد عمومی به نظام عدالت
 - برابری اجتماعی و دسترسی به نظام عدالت برای همه شهروندان
 - رفع یا برآورده کردن نیازهای بزه‌دیدگان.
- نمونه‌هایی از شاخص عملکرد که مبتنی بر اهداف فوق است عبارتند از:

- هزینه کلی اداره بخش‌های نظام عدالت کیفری
- نوع و طول مدت مجازات‌های تعیین شده در دادگاه
- رضایت عمومی از دادگاه‌ها و نظام‌های اصلاح و تربیت و آزادی مشروط

- میزان اجرا و استفاده از معاضدت قضایی
 - میزان خدمات ارائه شده برای بزه‌دیدگان جرم
- (Gannon et al, 2005, p.11).

در فرانسه، برای هر یک از برنامه‌های نظام عدالت کیفری مجموعه‌ای از اهداف در خصوص نحوه عملکرد و اداره امور مشخص شده است. سپس با توجه به هر یک از اهداف، شاخص‌های عملکرد تعیین می‌گردد. در جدول ۹ و ۱۰، به ترتیب اهدافی که برای «برنامه اجرای عدالت کیفری» و «برنامه اداره زندان» تعیین شده و شاخص عملکرد متناظر با هر یک از اهداف ارائه شده است (Webber, p.24-25).

امکان باید از کاربرد تنها یک شاخص عملکردی برای سنجش عملکرد پرهیز کرد. هر شاخص عملکردی تنها یک یا چند جنبه محدود از عملکرد را نشان می‌دهد. استفاده از چند شاخص محدود و تک‌بعدی می‌تواند موجب انحراف در رفتار سازمانی شود. وجود این انحراف‌های بالقوه بدان معنی نیست که انحراف عملکردی ناشی از شاخص‌های عملکردی تک‌بعدی، از انحراف عملکردی در دنیای بدون شاخص‌های عملکردی بیشتر است. بدون شاخص عملکردی نیز انحراف‌ها وجود دارند، فقط ممکن است به چشم نیایند. توجه به این معضل ممکن است منجر به تلاشی بیهوده برای ایجاد شاخص‌های عملکرد متعدد شود. باید نیروها را بر تولید اطلاعاتی متمرکز ساخت که برای تصمیم‌گیری مفید هستند و کمک مؤثری به تخصیص بهینه منابع می‌کنند. در واقع، باید کاربردهای مختلف و محدودیت‌های هر یک از شاخص‌های عملکردی مبتنی بر ورودی، خروجی، نتیجه و فرایند را به خوبی در نظر گرفت و با توجه به اهداف و برنامه‌های تعریف شده برای هر بخش، ترکیبی از شاخص‌های عملکردی متناسب را انتخاب کرد. عرضه نسجیده شاخص‌های عملکرد باعث ایجاد نتایج ناخواسته جدی شده است که خود موجب برانگیختن واکنش عمومی در برابر هر نوع اندازه‌گیری عملکرد گشته است (شیائوکامپو، ۱۳۸۹، ص ۶۱۸-۶۱۹ و ۶۷۲ و ۷۱۱).

بررسی‌های دفتر ذیحسابی کل کانادا در سال ۱۹۹۱ حاکی از آن بود که نظام‌های ارزیابی عملکرد باید علاوه بر شاخص‌های کمی، شامل اطلاعات کیفی عملکرد نیز باشند. بر اساس این بررسی، تنها با استفاده از شاخص‌های کمی، عملکرد برنامه را نمی‌توان به خوبی ارزیابی کرد (حسن آبادی و نجار صراف، ۱۳۸۸، ص ۱۷۸).

جدول ۹- اهداف برنامه اجرای عدالت کیفری فرانسه به همراه شاخص عملکرد متناظر با هر هدف

برنامه اجرای عدالت کیفری	
هدف	شاخص عملکرد
صدور احکام کیفری با کیفیت در محدوده‌ی زمانی منطقی	۱. متوسط واکنش در جهت پاسخ به جرم
	۲. میزان امتناع و عدم پذیرش به وسیله‌ی بایگانی قوه قضاییه (rate of refusals by the national judicial registry)
	۳. زمان متوسط برای انتقال پرونده‌های محکومیت کیفری به بایگانی قوه قضاییه
	۴. تعداد پرونده‌های کیفری که توسط دادستان رسیدگی شده
	۵. تعداد پرونده‌های کیفری که توسط قاضی دادگاه رسیدگی شده
	۶. تعداد پرونده‌های کیفری که توسط قاضی تحقیق رسیدگی شده
افزایش و متنوع ساختن پاسخ به جرم	۱. نرخ یا میزان واکنش‌های ارائه شده توسط نظام عدالت کیفری ۲. میزان جایگزین‌های حبس
بهبود اجرای احکام کیفری	۱. میزان اجرای احکام ۲. متوسط زمان برای اجرای احکام کیفری
مدیریت هزینه‌های رو به افزایش سیستم عدالت کیفری	۱. میانگین هزینه قضایی هر پرونده‌ای که پاسخی از سوی نظام عدالت کیفری دریافت می‌کند

جدول ۱۰- اهداف برنامه اداره زندان فرانسه به همراه شاخص عملکرد متناظر با هر هدف

برنامه اداره زندان	
هدف	شاخص عملکرد
افزایش امنیت زندان‌ها	۱. میزان فرار از زندان ۲. میزان وقوع حوادث
ایجاد تعدیل و انطباق در احکام کیفری	۱. درصد بازداشت شدگانی که از تعدیل و تطبیق مجازات خود بهره‌مند هستند
اجازه دادن تداوم روابط خانوادگی	۱. میزان امکانات فراهم شده برای ملاقات‌های خانوادگی
افزایش دسترسی به خدمات بهداشتی	۱. موارد ارجاع شده برای درمان
ایجاد شرایط مطلوب برای باز اجتماعی شدن حرفه‌ای محکومان	۱. درصد بازداشت‌شدگانی که تحصیلات عمومی یا تخصصی دریافت کرده‌اند ۲. درصد بازداشت‌شدگانی که متعهد می‌شوند به انجام فعالیت‌هایی که دارای حق الزحمه است

قضایی در صدور حکم اعدام در یک پرونده مربوط به بند ۶ ماده ۸ اصلاحیه قانون مبارزه با مواد مخدر محاسبه گردید. بررسی‌ها نشان داد که ۶۵ درصد هزینه‌ها را حقوق کارکنان تشکیل می‌دهد (حسینی و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۱۵۸-۱۵۹).

در کشورهای اروپایی بین سال‌های ۲۰۱۰ تا ۲۰۲۰ بودجه سیستم قضایی به صورت پیوسته اما غیریکنواخت افزایش یافت. بیشترین عامل تغییر در بودجه دستگاه قضایی کشورهای اروپایی افزایش بودجه دادگاه بوده است. به طور میانگین، ۷۰ درصد از بودجه دادگاه‌ها صرف پرداخت حقوق قضات و کارکنان اداری دادگاه‌ها می‌شود. در جدول ۱۱ بودجه تخصیصی به دادگاه‌ها و دادستانی برخی از کشورهای اروپایی در سال ۲۰۲۰ به صورت درصدی از تولید ناخالص داخلی ارائه شده است (European judicial systems CEPEJ Evaluation Report, 2022, 22-30).

شاخص‌های عملکرد باید به صورت مستمر مورد بازبینی قرار گیرند و نواقص آنها مرتفع گردد. به‌طور کلی، اگر قرار است که بودجه دستگاه قضایی به صورت کارا مصرف شود، ضرورت دارد که به صورت مستمر توزیع بودجه اصلاح شود (Wittrup, 2010, p.6). در عین حال باید توجه داشت که زیاد بودن این شاخص‌ها نیز ممکن است در مرحله اجرا مشکلاتی را ایجاد نماید و اولویت‌ها را بی‌اهمیت می‌سازد (عزتی، ۱۳۸۸، ص ۳۷۱).

بررسی شاخص‌های عملکرد ترکیبی در بخش‌های نظام عدالت کیفری جمهوری اسلامی ایران

در سال ۱۴۰۱، دو و پانزده صدم درصد از تولید ناخالص داخلی کشور ما به برنامه رسیدگی به جرایم و دعاوی اختصاص یافته است. درصد قابل ملاحظه‌ای از این بودجه صرف پرداخت حقوق کارکنان می‌شود. در یک پژوهش، کلیه هزینه‌های سیستم

جدول ۱۱- بودجه تخصیصی به دادگاه‌ها و دادستانی کشورهای اروپایی در سال ۲۰۲۰ به صورت درصدی از تولید ناخالص داخلی

States	As % of GDP (court)	As % of GDP (prosecution services)
Denmark (DNK)	۰٫۰۹	۰٫۰۴
Finland (FIN)	۰٫۱۳	۰٫۰۲
France (FRA)	۰٫۱۵	۰٫۰۴
Iceland (ISL)	۰٫۳۰	۰٫۱۴
Ireland (IRL)	۰٫۰۴	۰٫۰۱
Italy (ITA)	۰٫۱۹	۰٫۰۸
Netherlands (NLD)	۰٫۱۴	۰٫۰۸
Norway (NOR)	۰٫۰۸	۰٫۰۱
Poland (POL)	۰٫۳۹	۰٫۱۳
Portugal (PRT)	۰٫۲۸	۰٫۰۷
Spain (ESP)	۰٫۳۲	۰٫۰۳
Sweden (SWE)	۰٫۱۵	۰٫۰۵
Ukraine (UKR)	۰٫۳۸	۰٫۱۹
UK-England and Wales (UK:ENG&WAL)	۰٫۱۱	-
UK-Northern Ireland (UK:NIR)	۰٫۱۶	۰٫۰۸
UK-Scotland (UK:SCO)	۰٫۰۹	۰٫۱۱

تعریف شاخص عملکرد برای خدماتی که نظام عدالت کیفری ارائه می‌دهد، دشوار است. با این همه، در حوزه دادسراها و دادگاه‌های کیفری می‌توان ترکیبی از شاخص‌های عملکرد را به شرح جدول ۱۲ ملاک عمل قرار داد.

طبق جدول ۱۱، بودجه تخصیصی به دادسرا و دادگاه‌ها در ج.ا. بسیار زیاد است. از این رو، تعدیل هزینه‌های دادسراها و دادگاه‌ها ضرورت دارد.

جدول ۱۲- ترکیبی از شاخص‌های عملکرد در حوزه دادسراها و دادگاه‌های کیفری

نوع شاخص				بخش
فرایند	نتیجه	خروجی	ورودی	
- کمک به بزه‌دیدگان و متهمان تهیدست - میزان دقت و توجه قاضی به اسناد و ادله ارائه شده	- کاهش خطا و اشتباه قضات - نرخ پایین استیناف	موارد دادرسی شده	تعداد پرونده‌های ثبت شده	دادسراها و دادگاه‌های کیفری

اضافه‌کار کارکنان واحدهای قضایی استان‌ها» تهیه شده است. این دستورالعمل در چندین نوبت مورد بازنگری و اصلاح قرار گرفته و آخرین نسخه آن در آبان ۱۳۹۹ تهیه و ابلاغ گردیده است. در مقدمه دستورالعمل بهره‌وری آمده است که این دستورالعمل به منظور سنجش بهره‌وری و تعیین فوق‌العاده اضافه کار قضات و کارمندان شاغل در دادسراها، دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر و شوراهای حل اختلاف تهیه شده است.

شاخص‌های فرایند معمولاً کیفی هستند. البته می‌توان از طریق نظرسنجی از مراجعه‌کنندگان، کیفیت فرایند و رضایت ارباب رجوع را به صورت عددی مورد ارزیابی قرار داد (شیائوکامپو، ۱۳۸۹، ص ۶۱۵).

در دادگستری‌های ج.ا. کارهایی صورت گرفته است. از سال ۱۳۹۲، «دستورالعمل سنجش بهره‌وری و پرداخت فوق‌العاده

شعبه، نوع پرونده، رأی یا تصمیم قضایی و نحوه رسیدگی ارزیابی می‌گردد. معیار و مصادیق مختومه کردن پرونده در ماده ۵ ذکر شده است. ماده ۶، نصاب حداقل و حداکثر تعداد پرونده مختومه در هر شعبه و مبلغ فوق‌العاده اضافه کار رسیدگی به هر پرونده را به شرح جدول ۱۳ مشخص نموده است.

طبق ماده ۳ دستورالعمل بهره‌وری، چهار شاخص عملکرد پیش‌بینی شده است که عبارتند از: رسیدگی به پرونده‌ها کارآمدی قضایی - شایستگی رفتاری و شغلی - استفاده مؤثر از فناوری‌های نوین. به موجب ماده ۴، شاخص «رسیدگی به پرونده‌ها» براساس عوامل مختومه کردن پرونده، کاهش و نگهداشت سطح موجودی

نصاب و مبلغ فوق‌العاده اضافه‌کار برای هر پرونده مختومه به تفکیک شعبه			
ردیف	شعبه و تعداد کارکنان	نصاب پرونده (فقره)	
		حد اکثر	مبلغ (ریال)
۱	دادیاری [یک قاضی، یک مدیر دفتر و یک کارمند]	۱۰۰	۷۰۰.۰۰۰
۲	اظهاری [یک قاضی و یک کارمند]	۲۵۰	۴۰۰.۰۰۰
۳	دفاع از کیفرخواست در دادگاه کیفری دو [یک قاضی]	۱۲۰	۲۰۰.۰۰۰
۴	دفاع از کیفرخواست در دادگاه کیفری یک [یک قاضی]	۳۰	۷۰۰.۰۰۰
۵	امور سرپرستی [یک قاضی، یک مدیر دفتر و یک کارمند]	۱۰	۲۰۰.۰۰۰
۶	اجرای نایب دادیاری [یک قاضی، یک مدیر دفتر و یک کارمند]	۱۲۰	۵۰۰.۰۰۰
۷	بازپرسی (ویژه نوجوانان) [یک قاضی، یک مدیر دفتر و یک کارمند]	۶۵	۱۲۳.۰۰۰
۸	بازپرسی (ویژه قتل یا مواد ۳۰۲ و بندهای الف و ب، ماده ۳۰۳ قانون آ.د.ک) [یک قاضی، یک مدیر دفتر و یک کارمند]	۴۰	۱۵۱.۰۰۰
۹	بازپرسی (سایر موارد) [یک قاضی، یک مدیر دفتر و یک کارمند]	۸۰	۱۰۰.۰۰۰
۱۰	اجرای نایب بازپرسی [یک قاضی، یک مدیر دفتر و یک کارمند]	۱۰۰	۷۰۰.۰۰۰
۱۱	دادگاه عمومی بخش (مشترک) [یک قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۹۰	۱۱۲.۰۰۰
۱۲	دادگاه عمومی بخش (شعبه کیفری) [یک قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۱۰۰	۹۲.۰۰۰
۱۳	دادگاه عمومی حقوقی [یک قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۷۰	۱۵۰.۰۰۰
۱۴	دادگاه خانواده [یک قاضی، یک قاضی مشاور، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۱۱۰	۱۲۸.۰۰۰
۱۵	دادگاه اطفال و نوجوانان [یک قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۵۰	۲۰۱.۰۰۰
۱۶	دادگاه کیفری دو [یک قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۱۰۰	۱۰۰.۰۰۰
۱۷	دادگاه انقلاب [یک قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۱۰۰	۱۰۰.۰۰۰
۱۸	دادگاه انقلاب (با تعدد قاضی) [دو قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۳۰	۴۹۶.۰۰۰
۱۹	دادگاه انقلاب (با تعدد قاضی) [سه قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۳۵	۴۹۶.۰۰۰
۲۰	اجرای نایب دادگاه‌ها [یک قاضی و یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۱۰۰	۸۳.۰۰۰
۲۱	دادگاه تجدیدنظر (حقوقی، کیفری و مشترک) [دو قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۸۰	۱۹۴.۰۰۰
۲۲	دادگاه تجدیدنظر (حقوقی، کیفری و مشترک) [سه قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۱۲۰	۱۹۴.۰۰۰
۲۳	دادگاه تجدیدنظر (خانواده) [دو قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۱۰۰	۱۵۵.۰۰۰
۲۴	دادگاه تجدیدنظر (خانواده) [سه قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۱۵۰	۱۵۵.۰۰۰
۲۵	دادگاه کیفری یک (ویژه اطفال و نوجوانان) [سه قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۱۰	۲۸۱.۰۰۰
۲۶	دادگاه کیفری یک (ویژه قتل) [سه قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۷	۸۷۰.۰۰۰
۲۷	دادگاه کیفری یک (مشترک، با مختومه نمودن ماهانه حداقل ۳ پرونده قتل عمد) [سه قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۱۰	۶۴۱.۰۰۰
۲۸	دادگاه کیفری یک (سایر موارد) [سه قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۳۰	۶۱۶.۰۰۰
۲۹	شورای حل اختلاف (حقوقی و کیفری) [یک قاضی، سه عضو و دو کارمند]	۵۰	۲۵۰.۰۰۰
۳۰	شورای حل اختلاف (صلح و سازش) [یک قاضی، سه عضو و دو کارمند]	۳۰	۵۰۰.۰۰۰
۳۱	اجرای احکام کیفری [یک قاضی، یک مدیر دفتر و یک کارمند]	۷۰	۱۴۵.۰۰۰
۳۲	اجرای احکام مدنی [یک قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]	۶۰	۱۴۵.۰۰۰
۳۳	اجرای احکام شورای حل اختلاف [یک قاضی، مدیر اجرا و سه کارمند]	۵۰	۲۰۰.۰۰۰

جدول ۱۳- نصاب پرونده مختومه به تفکیک شعبه

طبق ماده ۱۳ دستورالعمل، شاخص «کارآمدی قضات» مربوط به کیفیت رسیدگی و اقدامات هم‌سو با سیاست‌های کلی قضایی است که براساس جدول ۱۴ ارزیابی می‌گردد.

بنابر ماده ۷، فوق‌العاده اضافه‌کار هر شعبه براساس میانگین مبلغ پرونده‌های مشمول بهره‌وری در هر شعبه با احتساب ضرایب هر پرونده که در دستورالعمل بهره‌وری آمده محاسبه و پس از کسر نصاب حداقل، پرداخت می‌گردد.

جدول ۱۴- معیارها و سطوح انتظار و امتیاز کارآمدی قضایی

عوامل	معیارها	سطح (درصد)		شیوه امتیازدهی به سطح در حد انتظار	حداکثر امتیاز
		زیر حد انتظار	در حد انتظار		
اتقان رأی	نسبت آرای حضوری قطعی‌شده به دلیل عدم اعتراض، به کل آرای قابل اعتراض	کمتر از ۸۵	۸۵ و بیشتر	یک امتیاز به ازای هر یک درصد بیشتر	۱۵
	نسبت آرای تأییدشده به کل آرای تجدیدنظرخواهی‌شده	کمتر از ۸۵	۸۵ و بیشتر	یک امتیاز به ازای هر یک درصد بیشتر	۱۵
	نسبت پرونده‌های ورود مجدد به کل پرونده‌ها	بیشتر از ۲۰	۲۰ و کمتر	یک امتیاز به ازای هر دو درصد کمتر	۱۰
	نسبت آرای تصحیحی به کل آرا	بیشتر از ۱۰	۱۰ و کمتر	یک امتیاز به ازای هر دو درصد کمتر	۵
رسیدگی در زمان متعارف	نسبت آرای صادرشده در ده روز پایانی دوره آماری به کل آرا در فصل بهره‌وری	بیشتر از ۱۰	۱۰ و کمتر	یک امتیاز به ازای هر دو درصد کمتر	۵
	نسبت پرونده‌های معوقه به کل پرونده‌های موجودی شعبه	بیشتر از ۱۰	۱۰ و کمتر	یک امتیاز به ازای هر یک درصد کمتر	۱۰
	نسبت لغو وقت رسیدگی به کل اوقات رسیدگی	بیشتر از ۵	۵ و کمتر	یک امتیاز به ازای هر یک درصد کمتر	۵
صلح و سازش و استفاده از نهادهای ارفاقی	- نسبت آرای دارای رویکرد ارفاقی (بایگانی کردن پرونده، تعلیق یا تریک تعقیب، تمویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات ضمن حکم یا پس از آن و معافیت از کیفر) به کل آرا - نسبت آرای دربردارنده جایگزین‌های حبس به کل آرا - نسبت آرای صلح و سازش ناشی از مسامحه و پیگیری مرجع قضایی (گزارش اصلاحی، قرار موقوفی تعقیب، قرار موقوفی اجرا، استرداد دادخواست، استرداد دعوا، قرار رد دعوا و تخفیف در جرائم دارای جنبه عمومی) به کل آرا	کمتر از ۲۵	۲۵ و بیشتر	یک امتیاز به ازای هر یک درصد بیشتر	۲۵
کیفیت پرونده	نسبت پرونده‌های مختومه دارای ضریب بالاتر از یک بر طبق جدول شماره ۳ به کل پرونده‌های مختومه	کمتر از ۴۰	۴۰ و بیشتر	یک امتیاز به ازای هر شش درصد بیشتر	۱۰

شاخص افزایش کارایی در نظام عدالت کیفری بر افزایش سرعت رسیدگی و پردازش تعداد بیشتری از پرونده‌های کیفری در مدت زمان معین و با صرف هزینه‌های کمتر تأکید دارد. برخی معتقدند تمرکز صرف بر افزایش کارایی، به نظام عدالت کیفری آسیب خواهد زد. بنابراین، در فرایند کیفری لازم است کارایی در کنار کیفیت و دقت مورد توجه قرار گیرد. مرحله تعقیب و تحقیقات مقدماتی در دادرسی مهم‌ترین مقطع برای کنترل متغیرهای کارایی، کیفیت و دقت به‌طور هم‌زمان است. به جای آنکه دادگاه با حجم انبوهی از پرونده‌ها و کشف حقیقت روبرو باشد، در مرحله تحقیقات مقدماتی می‌توان به کمک سازوکارهایی مانند بایگانی و جداسازی پرونده‌های واجد وصف حقوقی از کیفری، صدور قرار بایگانی و تعلیق تعقیب در پرونده‌های کم‌اهمیت و ارسال سایر پرونده‌ها به

با وجود پیش‌بینی چنین جدولی که به کیفیت کار قضات توجه می‌نماید، در عمل تنها به شاخص «رسیدگی به پرونده‌ها» که یک شاخص کمی ترتیب اثر داده می‌شود، این ساختار ممکن است قضات را تشویق کند که پرونده‌سازی کنند و آمار واهی ارائه دهند. به این صورت که اگر در یک پرونده، تعداد زیادی شاکی وجود دارد به نفع قاضی است که به جای ایجاد یک پرونده، به تعداد شکات پرونده‌های مجزا تشکیل دهد. همچنین، کاربست چنین دستورالعملی در نظام عدالت کیفری، کیفیت رسیدگی به پرونده‌ها را کاهش می‌دهد و تأمین عدالت را دچار اختلال می‌نماید. زیرا در عمل ملاحظه می‌شود که قضات برای پر کردن آمار ماهانه، از انجام برخی از پیگیری‌ها که برای کشف حقیقت ضروری است چشم‌پوشی کرده و اقدام به صدور رأی می‌نمایند.

گردش، حجم ورودی ناخالص تقسیم بر ورودی خالص است. اگر پرونده‌ای در سیستم گردش کمتری داشته باشد، مطلوب است.

در سند اطلاعات تکمیلی قانون بودجه سال ۱۴۰۲ کشور، ذیل هر دستگاه اجرایی عناوین برنامه‌ها، شاخص عملکرد و ارقام در نظر گرفته شده برای انجام این برنامه‌ها مشخص شده است. در صفحه ۳۸ این سند، برای برنامه اقدامات تامینی و تربیتی زندانیان، «نسبت زندانیان به صدهزار جمعیت» به عنوان شاخص عملکرد در نظر گرفته شده است. برای اثرگذاری واقعی نیاز به تقویت و تکمیل این سند است. در رابطه با عملکرد زندان می‌توان شاخص-های ترکیبی جدول ۱۵ را مورد توجه قرار داد.

شعب دادگاه، به روند افزایش کارایی همزمان با افزایش دقت و صحت در رسیدگی کمک کرد. اثربخشی این مدل منوط به افزایش قابل توجه نیروی انسانی متخصص و نظارت و ارزیابی مستمر عملکرد دادسرا است (قاسمی کهریزسنگی و فرجیها، ۱۳۹۴، ص ۳۷-۳۹).

به تازگی با هدف افزایش کیفیت رسیدگی به پرونده‌ها شاخصی تحت عنوان نرخ گردش پرونده ارائه شده است؛ پرونده‌ای که وارد دادگستری می‌شود، ورودی خالص نامیده می‌شود. این پرونده در دادسرا، دادگاه و دادگاه تجدیدنظر مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. به این رسیدگی‌ها ورودی ناخالص گفته می‌شود. نرخ

جدول ۱۵- مجموعه‌ای از شاخص‌های عملکرد در بخش زندان

بخش	نوع شاخص			
	ورودی	خروجی	نتیجه	فرایند
سازمان زندان‌ها	ورودی زندانیان	موجودی زندانیان موجودی زندانیان با احتساب مرخصی‌های اعطایی	میزان اعتیاد به ارتکاب جرم	- نحوه برخورد با زندانیان - امکانات زندانیان - آماده‌سازی آنها برای بازگشت

به منظور توزیع بهینه منابع در نظام عدالت کیفری باید نیازها و برنامه‌های بخش‌های این نظام ارزیابی و اولویت‌بندی شوند. یافته‌های سایر کشورها نشان می‌دهد که برنامه‌های پیشگیری موفق به میزان قابل ملاحظه‌ای در کاهش جرایم ارتكابی و هزینه‌های نظام عدالت کیفری تاثیر دارد. روش‌های پیشگیری هرگز نمی‌توانند جایگزین اقدامات اجرایی شوند. با این حال، اگر دولت قصد دارد که بر نرخ جرم تأثیر واقعی بگذارد لازم است تعادل بهتری میان پیشگیری و اقدامات اجرایی ایجاد شود. اما توجه به پیشگیری از جرم و اختصاص بودجه بیشتر به آن باید به موازات تقویت پژوهش‌های علمی در این راستا به پیش رود. از این‌رو، پیشنهاد می‌شود براساس برنامه‌های علمی ارائه شده در حوزه پیشگیری از وقوع جرم و اثربخشی آنها، بودجه به معاونت پیشگیری ج.ا.ا اختصاص یابد.

رسیدگی به جرایم در دادسرا و دادگاه و سرمایه‌گذاری در این حوزه زمانی مؤثر خواهد بود که حکم صادرشده با جدیت اجرا شود. حال آنکه اختلاف قابل توجه میان بودجه برنامه رسیدگی به دعاوی و جرایم و بودجه سازمان زندان‌ها بیانگر آن است که اجرای

در حوزه پیشگیری از وقوع جرم نیز در صفحه ۳۶ سند اطلاعات تکمیلی قانون بودجه سال ۱۴۰۲ کشور، میزان کاهش جرایم به عنوان شاخص عملکرد برنامه پیشگیری از وقوع جرم در نظر گرفته شده است. در این حوزه به نظر می‌رسد تعداد برنامه-های کارآمدی که به صورت علمی و دقیق در زمینه پیشگیری از وقوع از جرم طراحی شده‌اند و تاثیر اجرای این برنامه‌ها در کاهش جرایم را باید ملاک تخصیص بودجه قرار داد.

نتیجه‌گیری

کمبود منابع موجود و تنوع نیازهای عدالت کیفری، لزوم تخصیص بهینه منابع به این نظام را ایجاب می‌کند. تخصیص بهینه مستلزم توزیع بهینه منابع میان بخش‌های نظام عدالت کیفری است. بهینه‌سازی لزوماً به معنای صرفه‌جویی در همه بخش‌ها نیست بلکه به معنای درست مصرف کردن منابع است. البته بهینه‌سازی از طریق کاهش استفاده از سیاست‌های پرهزینه و کم‌بازده به صرفه‌جویی در هزینه‌ها می‌انجامد و با صرف پس‌انداز حاصل در موارد ضروری به تأمین بهتر عدالت کمک می‌کند.

ساماندهی شود و تا جای ممکن از ورود متهمان به زندان اجتناب گردد.

در دادگستری‌ها و زندان‌ها باید مجموعه‌ای از شاخص‌های عملکرد مبتنی بر ورودی، خروجی، نتیجه و فرایند تعریف شود. سپس بر پایه ارزیابی عملکرد هر بخش به موجب شاخص‌های ترکیبی، بودجه بهینه تخصیص یابد. توجه صرف به کارایی و افزایش سرعت رسیدگی سبب می‌شود که کیفیت و دقت کاهش یابد. نتیجه این امر، افزایش گردش پرونده در دادگستری و به دنبال آن افزایش هزینه‌های عدالت کیفری خواهد بود. در حوزه دادگستری‌ها، دستورالعمل سنجش بهره‌وری پیش‌بینی شده است. در این دستورالعمل شاخص‌های عملکرد متعددی پیش‌بینی شده و برای ارزیابی عملکرد قضات دادسرا و دادگاه‌ها افزون بر معیارهای کمی، معیارهای کیفی نیز مورد توجه قرار گرفته است. با این همه، تنها شاخص تعداد پرونده‌های مختومه ملاک عمل قرار می‌گیرد. این امر، تحقق عدالت کیفری را با چالش مواجه می‌سازد. زیرا هر شاخص عملکردی تنها یک یا چند جنبه محدود از عملکرد را نشان می‌دهد. استفاده از چند شاخص معدود و تک‌بعدی می‌تواند موجب انحراف در رفتار سازمانی شود.

کیفر حبس به نحو مطلوبی صورت نمی‌پذیرد. این رویکرد با متزلزل ساختن قطعیت کیفر حبس، بازدارندگی این کیفر را کاهش داده است. بنابراین تخصیص بودجه کافی به زندان -از جمله ساخت زندان‌های جدید- باید یکی از اولویت‌های نظام عدالت کیفری باشد. به عبارت دیگر، بهینه‌سازی ایجاب می‌کند که با هزینه‌کردن بودجه بیشتری در بخش زندان، نقش بازدارندگی این کیفر مهم را احیا کرده تا در بلندمدت به کاهش ارتکاب جرم و هزینه‌های عدالت کیفری بینجامد. افزون بر این، به منظور سامان دادن به وضعیت زندان‌ها لازم است در چهارچوب یک سیاست جنایی منسجم و با هدف بازنگری در سیاست‌های پرهزینه و کم-بازده، اصلاحاتی نسبت به مجازات‌ها اعمال شود. بخش اعظمی از فضای زندان، توسط مرتکبان جرایم مواد مخدر اشغال شده است و به‌رغم هزینه‌های گزافی که این گروه به نظام عدالت تحمیل می‌کنند، حبس آنها هیچ گونه اثر بازدارندگی ندارد و به سرعت افراد جدیدی جایگزین افراد محبوس می‌شوند. کیفر حبس تنها باید نسبت به مجرمانی که خطرناک‌ترین اعمال را در قبال جامعه انجام داده‌اند اعمال گردد و از ورود مرتکبان جرایم خرد به زندان جلوگیری شود. همچنین، لازم است قراردادهای تأمین کیفری

References

- [1] Aghaei Togh, M.; Motahharpoor, M.; Rafiei, M.R.; Markaz Malmir, A.; Mosavizadeh, Sh.; Attar, S.; Setayesh, H.; Jafari, S.; Faryadi, M. (2016). *Judicial Investigation 2*. Tehran: Judiciary Press and Publishing Center. (In Persian).
 - [2] Ahmadi, A.M. (2003). *Principle of Budgeting*. Hamedan: Noore Elm. (In Persian).
 - [3] Ashoori, M.; Sabooripour, M. (2015). A Comparison Between the Effect of Severity and Certainty of Imprisonment on its deterrent function. *Criminal law and criminology studies*, 2 (2 & 3), 1-17. (In Persian).
 - [4] Beccaria, C. (2001). *On Crimes and Punishments*. Translated into Persian by Mohammad Ali Ardebili. Tehran: Mizan publication. (In Persian).
 - [5] Bowles, R.; Faure, M.; Garoupa, N. (2008). The Scope of Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications. *law and society*, 35 (3), 389-416.
 - [6] Chambers, M.; Ullmann, B.; Waller, I. (2009). *Less Crime, Lower Costs: Implementing effective early crime reduction programmes in England & Wales*. policyexchange.
 - [7] Contini, F.; Mohr, R. (2007). Reconciling independence and accountability in judicial systems. *law review*, 3 (2), 26-43. <https://ro.uow.edu.au/lawpapers/46>.
 - [8] Cooter, R.; Ulen, TH. (2010). *Law and Economics*. Translated into Persian by Yadollah Dadgar & Hamedeh Akhavan. Tehran: Tarbiat Modares University Press. (In Persian).
 - [9] Cost of Justice in The American Criminal System Criminology Essay. (2018). Uk, <https://www.ukessay.com>.
 - [10] Dadgar, Y. (2017). *Principles of Economic Analysis: Micro and Macro*. Tehran: Amareh Press. (In Persian).
 - [11] Essex, A. (2021). Reducing Admissions to Jail and Prisons. National conference of state legislatures (NCSL).
 - [12] European judicial systems CEPEJ Evaluation Report. (2022). Evaluation cycle. Part 1: tables, graphs and analyses, Council of Europe.
 - [13] Ezzati, M. (2009). The role of performance budgeting in the accountability of the education system. *1st International Performance Based Budgeting Conference*. Tehran: Industrial Research & Training Center of Iran. (In Persian).
 - [14] Friedman, D. (2010). Rational Criminals and Profit Maximizing Police: The economic analysis of law and law enforcement. *Cambridge University press*, 43-58.
 - [15] Gannon, M.; Mihorean, K.; Beattie, K.; Taylor-Butts, A; Kong, R. (2005). Criminal Justice Indicators. *Statistics Canada*. Canadian Centre for Justice Statistics.
 - [16] Ghasemi Kahrizsangi, R.; Farajiha, M. (2015). The Challenge of Justice and Efficiency in the Discourse of the Criminal Managerialism with Emphasis on the Law of Iran. *Criminal Law Doctrines*, 12 (9), 29-54. (In Persian).
 - [17] Hassanabadi, M.; Najjar Sarraf, A. (2010). *A Total Model for Performance Based Budgeting Diamond Model*. Tehran: Industrial Research & Training Center of Iran. (In Persian).
 - [18] Hosseini, H.; Khabbazi khaddar, T.; Rezaei Moghaddam, N.; Safari, S. (2018). A Cost Analysis of the Judicial System in Death Penalty in Drug Offences (To look to paragraph 6 of Article 8 Law Amending the Law on Narcotics). *Monetary & Financial Economics*, (16), 135- 166. (In Persian).
 - [19] Hosseini, H.; soltani, M.; safari, S. (2019). Non-alignment of Iran's criminal and legislative criminal justice policy in the field of drug crimes. *The Judiciary's Law Journal*, 83 (106), 169-193. (In Persian).
- Judiciary Statistics and Information Technology Center. (2022). *General Yearbook of the Judiciary in 2021*. (In Persian).

- [20] Judiciary Statistics and Information Technology Center. (2023). *General Yearbook of the Judiciary in 2022*. (In Persian).
- [21] Latov, L. (2000), An Economic Theory of Crime and Punishment. *Problems of Economic Transition*, 43 (4), 6-23.
- [22] Leachman, M., Chettiar, I., Geare, B. (2012). Improving Budget Analysis of State Criminal Justice Reforms: A Strategy for Better Outcomes and Saving Money. Center on Budget and Policy Priorities, American Civil Liberties Union.
- [23] Ministry of Justice. National Audit Office. (2022). Departmental Overview 2020-21.
- [24] Ministry of Justice. National Audit Office. (2023). Departmental Overview 2021-22.
- [25] Ministry of Justice. National Audit Office. (2024). Departmental Overview 2022-23.
- [26] Najafi Tavana, A. (2007). Conflicts and Obstacles in Iran's Criminal Policy. Comparative legal researches of Iran and the world, (1), 223-278. (In Persian).
- [27] Parvin, F. (2003). Objectives and duties of the judiciary in the constitution. *Islamic social studies*, (3 & 4), 112-129. (In Persian).
- [28] Posner, R. (1985). An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review*, 85 (6), 1193-1231.
- [29] Research institute of private law. (2014). *Reviewing the Experiences of Certain Countries in Judicial Reforms*. Tehran: Judiciary Press and Publishing Center. (In Persian).
- [30] Roman, J. (2013). Cost-Benefit Analysis of Criminal Justice Reforms. *NIJ Journal*, (272), 31-38.
- [31] Schiavo-Campo, S., Tommasi, D. (2010). *Managing Government Expenditure*. Translated into Persian by Mohammad Ghasemi & Behzad Lameei. Tehran: Majlis Research Center. (In Persian).
- [32] Sie, J. (2022). How 4 States Cut Their Criminal Justice Budgets Without Sacrificing Safety. National conference of state legislatures.
- [33] U.S. Department of Justice. (2016). Fy 2017 Budget Summary.
- [34] Webber, D. Good Budgeting, Better Justice: Modern Budget Practices for the Judicial Sector. *Law and Development Working Paper Series*, 3, the World Bank, USA.
- [35] Wittrup, j. (2010). Budgeting in the era of judicial independence. *International Journal for Court Administration*.



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 213-232

Investigation of Regulation Theories in Iran's Insurance Industry

Leili Niakan^{*1} , Zeinab BehboodiRad² , Ali Souri³ 

1- Assistance Professor, General Insurance Group, Insurance Research Center

(*-Corresponding Author Email: niakan@irc.ac.ir)

2- Master of Economic Sciences, Faculty of Economics, University of Tehran

3- Associate Professor, Department of Theoretical Economics, Faculty of Economics, University of Tehran

Received: 18 July 2024

Revised: 1 September 2024

Accepted: 10 September 2024

Available online: 10 September 2024

How to cite this article:

Niakan, L.; BehboodiRad, Z.; Souri, A. (2024). Investigation of regulation theories in Iran's insurance industry. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 213-232.

(in Persian with English abstract).

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.86713.1349>

1- INTRODUCTION

One of the highly important topics that has captured the attention of economists over the past decades is the role and significance of the financial system in the economic growth of countries. Financial markets control a considerable volume of a country's financial capital. The insurance industry is a crucial component of financial markets, and today, its importance and substantial role in economic growth and overall societal welfare are evident. Insurance, as an industry within the financial sector, plays a compensatory and supportive role in the economy of any country. Additionally, insurance is one of the most essential institutions in the financial market, providing not only confidence and security but also facilitating the expansion of productive activities through the establishment of reserves. Therefore, stability and efficiency in the insurance industry are essential for a country's economy as a financial market.

Starting from the second half of the eighteenth century, with the emergence of economic ideas within the classical school and their subsequent development, the significance of market mechanisms in improving the business environment and achieving public welfare became more pronounced. A century later, the founders of the neoclassical school, using a more scientific and reasoned language, reaffirmed the irreplaceable role of market mechanisms in enhancing the overall well-being of society and efficiently utilizing its resources. Competition within the framework of market mechanisms will drive businesses to constantly seek optimal utilization of available resources. This means achieving the best production from the least resources at the lowest cost and continuously focusing on innovation and introducing advanced products to attract more customers, ultimately leading to increased sales and profits. This process not only eliminates inefficient intermediaries who squander society's resources but also enhances the interests of efficient businesses. Furthermore, it contributes to the increased well-being and satisfaction of consumers of goods and products. Since the sum of the welfare of producers and consumers constitutes the overall welfare of society, the ultimate result of market mechanisms is the promotion of public welfare.

However, in theoretical terms, market mechanisms are contingent upon the existence of conditions that lead to efficiency, productivity, and optimal resource allocation, ultimately contributing to greater economic welfare for society. If these conditions are absent, market mechanisms practically fail to operate, resulting in what is commonly referred to as a market failure. Factors such as monopolies, non-competitive markets, public goods, externalities, and information asymmetry are among the causes of market failure.



The insurance market falls into the category of markets where the free behavior of participants (insurers and policyholders) does not necessarily lead to efficiency and is susceptible to market failure. Some factors that contribute to the failure of the insurance market include external effects, incomplete and asymmetric information, and insufficient competition. For instance, the phenomenon of incomplete and asymmetric information can lead to inefficiencies in the insurance market, and regulatory measures can help reforming it.

Insurance companies and policyholders require information about the counterparties to make informed decisions regarding insurance transactions. Both insurers and policyholders face the challenge of information asymmetry, which cannot be resolved without government intervention and regulatory assistance. In these circumstances, what is commonly referred to as the “principal-agent problem” arises.

The principal-agent problem stems from the differing motivations of insurers and policyholders, as well as the difficulty faced by the principal (policyholder) in monitoring and controlling the behavior of the agent (insurer). Insurers seek to maximize profits and the value of their company, while policyholders aim to maximize the support and benefits received under their insurance contracts. The policyholder pays premiums, and the insurer holds funds to pay for contractually obligated claims.

The issue of information asymmetry occurs in two stages: before the contract (adverse selection) and after the contract (moral hazard). Adverse selection typically arises due to information asymmetry between insurers and policyholders before the contract is formed. For example, the policyholder may be aware of their own health conditions and medical history, while the insurer lacks this information. In such cases, if the insurer decides to set a uniform rate for all individuals, those who are in better health will opt out of the market (as they perceive the rate as unfair). Ultimately, only individuals in significantly poor health will remain, causing losses for the insurer and destabilizing the market.

Adverse selection refers to the hidden behavior of an insured party in the insurance market, resulting from insufficient vigilance against risk or excessive consumption of compensatory services provided by the insurer (compared to the time before having insurance). This situation occurs due to the inability of the insurer to fully monitor the precautionary behavior of the insured. For example, an individual who insures their home completely against fire or theft may lack motivation to purchase fire extinguishing equipment or alarms. Adverse selection can also occur in the opposite direction.

The insurer may choose to refrain from fulfilling their commitments or take on additional financial risk that jeopardizes their ability to meet contractual obligations. Insured parties can attempt to monitor the behavior of their insurer and, if necessary, take legal actions to protect their interests. However, this can be costly and likely beyond the capacity of many small policyholders. In a legal dispute, an insurer may have significantly greater resources and bargaining power compared to a small policyholder. Therefore, regulatory bodies can argue that they can provide assurance to policyholders that insurers will uphold their contractual commitments.

Market failures in insurance markets can occur due to information asymmetry and issues arising between principals (insurers) and agents (policyholders). These failures can lead to suboptimal decisions by insurers and insured parties, increased risk of insolvency, and market abuse. Regulatory efforts to reduce information asymmetry can improve these market failures.

The concept of market failure provides justification for government intervention through regulatory measures to enhance social welfare. The government has the ability to utilize public resources and exercise executive powers to grant benefits (or disadvantages) to industries. The government can act as a potential opportunity or threat for any industry. Through policy-making processes and legislative enforcement, the government can establish a framework to advance political or social objectives. Economic regulations encompass actions available to the government, allowing it to impose taxes, provide subsidies, or directly enforce legal and administrative controls.

To explain the rationale behind government regulation, various theories have been proposed by economists. The first theory is the theory of public interest, which considers regulation essential for establishing an effective and efficient governance system. It emphasizes the need for a regulatory system and the role of the government in correcting market distortions. This theory primarily focuses on the benefits derived from the existence of regulatory institutions and highlights how these institutions contribute to safeguarding public welfare. However, the perspective

that emphasized the existence of regulation and the necessity of government intervention in economic markets based on market failure came under attack from various quarters in the 1970s.

Many practitioners viewed regulation as benefiting the industry under regulation and its stakeholders, rather than benefiting the general public. From the viewpoint of these perspectives—recognized as the theory of regulatory capture and its extended form, the economic theory of regulation—regulation becomes a product of conflicting interests among powerful groups seeking to utilize their power tools for greater gains, rather than a benevolent endeavor aimed at enhancing efficiency. These alternative theories challenge the government's rationale for regulation, considering it fraught with pitfalls and significant drawbacks. Consequently, they oppose the establishment of a regulatory system. According to these theories, rent-seeking and powerful actors have strong incentives to exploit the capacities of regulatory institutions, given their extensive and diverse powers. As a result, most regulators fall under the influence of rent-seeking and powerful entities, effectively becoming captured by them. In such circumstances, their performance often contradicts the intended purpose for which they were established.

While the first category of theories does not dismiss criticisms raised by the second category of theories, proponents argue that the solution to this problem lies not in abandoning regulatory institutions but in designing mechanisms that prevent their capture. They advocate for independent and impartial functioning of regulators.

Additionally, Shleifer (2005) introduced the theory of “regulatory enforcement” alongside the theories of public interest and regulatory capture. This theory, with a pragmatic and non-ideological perspective, examines the trade-off between the social costs of market failure and the costs of government intervention. It investigates the optimal type of government intervention in various markets. According to this theory, four different strategies exist to achieve social objectives:

1-Market Discipline: In this strategy, despite a transparent environment, market participants voluntarily refrain from engaging in certain violations to maintain their reputation and credibility.

2-Private Litigation: Individuals can seek justice through complaints and legal action.

3-Regulation and Oversight: This strategy involves setting rules and monitoring them through regulatory institutions.

4-Government Provision: The government directly enters the market to secure public welfare.

Each of these strategies has different social costs associated with market failure and government intervention. Social decision-makers aim to minimize the combined social costs by selecting an optimal strategy or a specific combination. Consequently, unlike the perspectives of public interest theory and regulatory capture theory—which examine the need or lack thereof for regulation in a general sense—this theory assesses the optimal strategy and determines whether regulation is necessary on a case-by-case basis. It considers the social costs of market failure and government intervention separately for each market, regardless of ideological views, adopting a pragmatic and situational approach.

In fact, in this perspective, the principle of need and the extent of using regulatory mechanisms do not follow the global standard pattern and are contingent upon contextual factors, including the political system, economic structure, and legal frameworks. In other words, regulation requires a native model that aligns with the overall national governance system to the maximum extent.

2- PURPOSE

In the Iran's insurance industry, multiple regulations have been established during different periods. Therefore, it is worth discussing the reasons behind the implemented regulations in the country's insurance industry, considering the relevant literature on regulatory theories. In other words, which regulatory theory provides a better explanation for insurance regulation in Iran? Have the implemented regulations been in line with the public interest or are they a result of stakeholder groups' efforts to achieve their own goals?

3- METHODOLOGY

To this end, the fundamental regulatory theories have been examined, and the process of regulation in Iran's insurance industry has been studied. Subsequently, based on evidence, the theory that best aligns with the reasons behind the implemented regulations in Iran's insurance industry has been identified.

4- FINDINGS

Analyses have shown that the theory of public interest provides the most suitable framework for explaining the regulatory requirements in Iran's insurance industry.

5- CONCLUSION

The purpose of this study is to examine the reasons behind regulatory arrangements in the Iranian insurance industry from the perspective of regulatory theories. Understanding these reasons leads to a more accurate evaluation of the established regulations, which will be effective in the process of legal reforms. In other words, clarifying whether the existing regulations in the Iranian insurance industry serve the public interest and address inefficiencies and societal benefits or cater to the interests of stakeholders will provide a framework for the path and process of regulatory reforms. Reviewing regulatory theories and existing studies in this field indicates that all industry regulations cannot be justified solely based on one introduced theory. However, it can be said that these regulations are more aligned with which theory. Considering the trend of regulation in the Iranian insurance industry, it can be concluded that the implications of the public interest theory are most evident in the context of the industry's most important regulatory arrangements and their underlying reasons.

Given the diversity of insurance fields, for a more precise and detailed examination, it is possible to separately investigate this matter for each insurance branch. Considering significant differences between business lines, a general application of these theories can be better tested. Furthermore, the application of regulatory theories can be focused solely on a specific law under examination.

Keywords: government intervention, market failure, insurance industry, regulation, public interest theory.



مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۲۳۲-۲۱۳

بررسی نظریه‌های تنظیم‌گری در صنعت بیمه ایران

لیلی نیاکان^۱، زینب بهبودی‌راد^۲، علی سوری^۳

دریافت: ۱۴۰۳ / ۴ / ۲۸ پذیرش: ۱۴۰۳ / ۶ / ۲۰

چکیده

بازار بیمه از آن دسته از بازارهاست که رفتار آزاد مشارکت‌کنندگان در این بازار منجر به کارایی نمی‌شود و در معرض شکست بازار است. موضوع شکست بازار، توجیهاتی برای دخالت دولت از طریق وضع مقررات به منظور افزایش رفاه اجتماعی فراهم ساخته است. برای تبیین چرایی تنظیم‌گری توسط دولت، نظریاتی از جمله نظریه منفعت عمومی، نظریه تسخیر، نظریه اقتصادی تنظیم‌گری و نظریه اجرای تنظیم از سوی برخی از اقتصاددانان مطرح شده است. با توجه به وجود ضوابط و مقررات متعدد در صنعت بیمه ایران، این پژوهش به دنبال بررسی دلایل تنظیم‌گری‌ها در این صنعت با توجه به نظریات تنظیم‌گری است. به عبارت دیگر، کدام نظریه‌ی تنظیم‌گری توضیح‌دهندگی بهتری برای تنظیم‌گری در صنعت بیمه ایران دارد؟ آیا تنظیم‌گری‌های صورت گرفته در راستای منفعت عمومی بوده است یا محصول تلاش‌های گروه‌های ذینفع برای رسیدن به اهداف خود؟ بدین منظور ابتدا نظریه‌های اصلی تنظیم‌گری بررسی شده و روند تنظیم‌گری در صنعت بیمه ایران مورد مطالعه قرار گرفته است. در ادامه براساس شواهد، نظریه‌ای که بیشترین میزان انطباق با دلایل تنظیم‌گری‌های صورت گرفته در صنعت بیمه ایران را دارد، شناسایی شده است. تجزیه و تحلیل‌ها نشان داد که نظریه منفعت عمومی مناسب‌ترین چارچوب را برای توضیح تنظیم‌گری‌های صنعت بیمه ایران ارائه می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: دخالت دولت، شکست بازار، صنعت بیمه، تنظیم‌گری، نظریه منفعت عمومی.

۱. استادیار، گروه پژوهشی عمومی بیمه، پژوهشکده بیمه، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول: Email: niakan@irc.ac.ir)

۲. کارشناسی ارشد علوم اقتصادی، دانشکده اقتصاد، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۳. دانشیار، گروه آموزشی اقتصاد نظری، دانشکده اقتصاد، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

مقدمه

یکی از موضوعات بسیار مهم که توجه اقتصاددانان را طی دهه‌های گذشته به خود جلب نموده است، نقش و اهمیت نظام مالی در رشد اقتصادی کشورهاست. صنعت بیمه یکی از اجزاء مهم بازارهای مالی است. از این رو، ثبات و کارایی صنعت بیمه به عنوان یک بازار مالی برای اقتصاد کشور امری ضروری است.

مکانیزم بازار به لحاظ نظری منوط به وجود شرایطی منجر به کارایی، بهره‌وری و تخصیص بهینه‌ی منابع شده و موجبات رفاه اقتصادی بیشتر را برای جامعه فراهم می‌آورد. اما در صورت نبود این شرایط، مکانیزم بازار عملاً نمی‌تواند به‌طور کارا عمل نموده و در اصطلاح شکست بازار اتفاق می‌افتد.

بازار بیمه نیز مانند همه بازارها در معرض شکست بازار است. برخی از عواملی که باعث شکست بازار بیمه می‌شود، اثرات خارجی، اطلاعات ناقص و نامتقارن و رقابت ناکافی است. در عمل موضوع شکست بازار، توجیهاتی برای دخالت دولت از طریق وضع مقررات به منظور افزایش رفاه اجتماعی فراهم ساخته است. برای تبیین چرایی تنظیم‌گری توسط دولت، نظریاتی از سوی برخی از اقتصاددانان مطرح شده است. از جمله این نظریات، نظریه منفعت عمومی^۱، نظریه تسخیر تنظیم‌گری^۲، نظریه اقتصادی تنظیم‌گری^۳ و نظریه اجرای تنظیم هستند. در صنعت بیمه ایران مقررات متعددی در دوره‌های مختلف وضع شده است و لذا این بحث قابل طرح است که دلایل تنظیم‌گری‌های صورت گرفته در صنعت بیمه کشور با توجه به ادبیات مربوط به نظریات تنظیم‌گری چیست؟

پس از مقدمه، بخش نخست مقاله مبانی نظری نظریات تنظیم‌گری را بررسی می‌کند. در بخش دوم، پیشینه پژوهش مورد مطالعه قرار می‌گیرد. بخش سوم به بررسی روند تنظیم‌گری در صنعت بیمه ایران می‌پردازد. در بخش چهارم دلالت‌های نظریه منفعت عمومی با تحولات تنظیم‌گری صنعت بیمه ایران تطبیق داده می‌شود. نتیجه‌گیری و پیشنهادها نیز در بخش پایانی مقاله ارائه می‌شود.

مبانی نظری

از نیمه دوم قرن هجدهم با ظهور اندیشه‌های اقتصادی در قالب مکتب کلاسیک و توسعه آن، اهمیت مکانیزم بازار در بهبود فضای کسب و کار و تحقق منفعت عمومی بیش از پیش نمایان گردید. یک قرن بعد، بنیان‌گذاران مکتب نئوکلاسیک نیز، با زبان علمی‌تر و مستدل‌تری نقش بی‌بدیل مکانیزم بازار را در ارتقاء رفاه کل جامعه و استفاده کارآمد از منابع آن به اثبات رساندند. اما در بعضی مواقع، به دلایل متفاوت این اتفاق رخ نمی‌دهد و تخصیص صورت گرفته در اقتصاد بهینه نیست؛ در اصطلاح شکست بازار اتفاق می‌افتد. در این صورت، مداخله دولت به‌طور کلی و تنظیم‌گری به‌طور خاص می‌تواند نیروهای بازار را به نحوی هدایت کند که کارایی تخصیصی اقتصاد بهبود یابد و رفاه جامعه حداکثر شود. در بازار بیمه نیز، عواملی مانند پدیده اطلاعات ناقص و نامتقارن از طریق کژمنشی^۴ و کژگزینی^۵ موجب عدم کارایی و شکست بازار خواهند شد. شکست‌های بازار بیمه به دلیل عدم تقارن اطلاعات می‌تواند منجر به تصمیمات غیربهینه بیمه‌گر و بیمه‌گذار، افزایش ریسک ورشکستگی و سوء استفاده از بازار شود. تنظیم‌گری با کاهش عدم تقارن اطلاعات می‌تواند این شکست‌های بازار و ناکارآمدی‌های ناشی از آن‌ها را بهبود بخشد.

وقتی صحبت از تنظیم‌گری می‌شود، چند نظریه مهم برای توضیح انگیزه مداخله و تنظیم‌گری دولت ارائه شده است. اولین نظریه، نظریه منفعت عمومی است که تنظیم‌گری را برای ایجاد یک نظام حکمرانی مناسب و کارا ضروری می‌داند و بر ضرورت ایجاد نظام حکمرانی مبتنی بر تنظیم‌گری و نقش دولت در اصلاح تحریفات بازار تأکید دارد. این نظریه بیشتر بر منافع حاصل از وجود نهادهای تنظیم‌گر تأکید دارد و ضمن برشمردن آن‌ها از جنبه‌های مختلف، وجود نهادهای تنظیم‌گر را موجب صیانت از منفعت عمومی معرفی می‌کند. دومین و سومین نظریه، نظریه تسخیر تنظیم‌گری و گسترش یافته آن، نظریه اقتصادی تنظیم‌گری است که یک دیدگاه جایگزین از چرایی تنظیم‌گری توسط دولت ارائه می‌دهند و تنظیم‌گری را دارای آفات و آسیب‌های قابل توجه می‌دانند و از همین رو با شکل‌گیری نظام تنظیم‌گری مخالفت می‌کنند. همچنین شلیفر (Shleifer, 2005) نظریه «اجرای تنظیم» را نیز در کنار نظریه

⁴ Moral Hazard

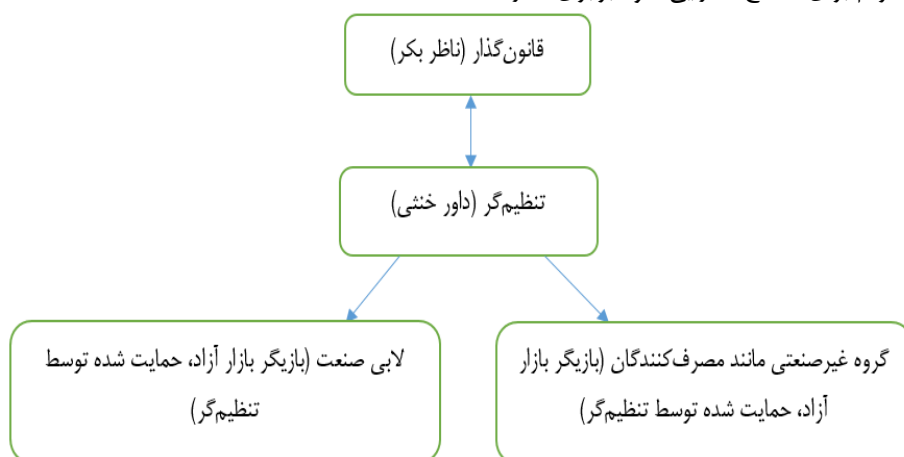
⁵ Adverse Selection

¹ Public Interest Theory

² Capture Theory of Regulation

³ Economic Theory of Regulation

عملکرد بازار آزاد می‌داند. ویلسون (Wilson, 1980: 138) بیان می‌کند که اصل اساسی پشت نظریه منفعت عمومی، بر نقش تنظیم‌گری به‌عنوان مکانیزم توزیع مجدد برای افزایش رفاه اجتماعی از طریق اصلاح تخصیص نادرست منابع، تأکید دارد. از نگاه ویلسون (Wilson, 1964; Hutcheson, 2011: 275) تنظیم‌گری ممکن است پاسخی به یک شکست بازار درک شده باشد. از این‌رو، تنظیم‌گری بیشتر از پیشگیرانه بودن، در واکنش به اتفاقات خاص است. طبق نظر آدامز و تاور (Adams & Tower, 1994: 165)، تحت نظریه منفعت عمومی، تنظیم‌گران به‌عنوان داورانی مستقل و بی‌طرف در نظر گرفته می‌شوند که به درخواست عمومی برای اصلاح نقایص و شکست بازار پاسخ می‌دهند. یک تصویر ساده از مدل مفهومی این نظریه در شکل ۱ نشان داده شده است.



شکل ۱. نظریه منفعت عمومی-مدل مفهومی
منبع: آدامز و تاور (Adams & Tower, 1994: 165)

نظریه منفعت عمومی بر نقش دولت در اصلاح تحریفات بازار تأکید دارد. اگرچه، تحریفات بازار ممکن است بهانه مناسبی برای مداخله باشد، اما تنظیم‌گری فقط در صورتی که به نفع عموم باشد، باید انجام شود. اما تعریف آنچه که به نفع عموم است، واقعاً مبهم است. بونبرایت (Bonbright, 1961: 29) بیان می‌کند که حمایت از مصرف‌کنندگان از اهمیت بالایی برخوردار است و هرگونه اقدام نظارتی که چنین کاری را انجام می‌دهد، می‌تواند عملکردی در جهت منفعت عمومی تلقی شود. بوکانان و تالوک (Buchanan & Tullock, 1962: 284) معتقدند که به دلیل مبهم بودن آنچه می‌تواند محرک اقدام در جهت منفعت عمومی باشد، تنظیم‌گری در جهت منفعت عمومی باید بر کارایی بازار (یا عدم وجود آن) متمرکز باشد و نه به‌عنوان ابزار توزیع مجدد برای اصلاح بی‌عدالتی بین تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان. یکی از عرصه‌هایی که می‌توان از این نظریه برای تحلیل آن استفاده کرد، صنعت بیمه است. از نگاه آدامز و تاور (Adams & Tower, 1994: 165)، "تنظیم‌گری شرکت‌های بیمه به‌طور سنتی

منفعت عمومی و نظریات تسخیر بیان کرد، که در ادامه به توضیح این نظریه نیز خواهیم پرداخت.

نظریه منفعت عمومی

ایپولیتو (Ippolito, 1979: 55) نظریه منفعت عمومی را به عنوان تلاشی برای ایجاد "یک دستگاه اصلاحی دولتی برای بهبود عملکرد بازار در مواردی که رقابت شکست می‌خورد" توصیف می‌کند. استیگلر (Stigler, 1971: 3) بیان می‌کند: "... مقررات در درجه اول برای حمایت از منافع عموم مردم و یا برخی از زیر طبقه-های بزرگ مردم ایجاد شده است". از نگاه پوزنر (Posner, 1974: 336) نظریه منفعت عمومی از دو فرضیه توسعه یافته است. نخست، بازارهای اقتصادی شکننده هستند و اگر این بازارها بدون محدودیت رها شوند، رفتار ناکارا و ناعادلانه‌ای خواهند داشت. دوم، تنظیم‌گری دولت نسبتاً بی‌هزینه تلقی می‌شود. براین اساس پوزنر مداخله دولت را پاسخی به تقاضای مردم برای اصلاح ناکارایی‌ها و نابرابری‌ها در

نظریه منفعت عمومی بر نقش دولت در اصلاح تحریفات بازار تأکید دارد. اگرچه، تحریفات بازار ممکن است بهانه مناسبی برای مداخله باشد، اما تنظیم‌گری فقط در صورتی که به نفع عموم باشد، باید انجام شود. اما تعریف آنچه که به نفع عموم است، واقعاً مبهم است. بونبرایت (Bonbright, 1961: 29) بیان می‌کند که حمایت از مصرف‌کنندگان از اهمیت بالایی برخوردار است و هرگونه اقدام نظارتی که چنین کاری را انجام می‌دهد، می‌تواند عملکردی در جهت منفعت عمومی تلقی شود. بوکانان و تالوک (Buchanan & Tullock, 1962: 284) معتقدند که به دلیل مبهم بودن آنچه می‌تواند محرک اقدام در جهت منفعت عمومی باشد، تنظیم‌گری در جهت منفعت عمومی باید بر کارایی بازار (یا عدم وجود آن) متمرکز باشد و نه به‌عنوان ابزار توزیع مجدد برای اصلاح بی‌عدالتی بین تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان. یکی از عرصه‌هایی که می‌توان از این نظریه برای تحلیل آن استفاده کرد، صنعت بیمه است. از نگاه آدامز و تاور (Adams & Tower, 1994: 165)، "تنظیم‌گری شرکت‌های بیمه به‌طور سنتی

بدتر می‌کند. اصل این استدلال‌ها این است که، دامنه شکست بازار یا رفتارهای آسیب‌رسان اجتماعی که به صورت خودکار توسط نیروهای غیرشخصی رقابت کنترل نمی‌شوند، بسیار محدود است، بنابراین دامنه هرگونه مداخله مطلوب دولت نیز محدود است (Shleifer, 2005: 440). با این وجود، به دو دلیل مهم زیر انتقادات مکتب شیکاگو نمی‌تواند پاسخ نهایی باشد:

(۱) در سطح نظری، اعتماد مکتب شیکاگو به بخش خصوصی و دادگاه‌ها بیش از حد است. بخش خصوصی در بعضی موارد بسیار خوب عمل می‌کند، اما در عین حال منجر به ایجاد بی‌نظمی می‌شود و لزوماً نتیجه دادگاه عادلانه نخواهد بود. همچنین با معرفی دادگاه‌ها به‌عنوان نهاد بی‌طرف، آگاه و فسادناپذیر که به دنبال رفاه اجتماعی است، بیش از حد به آن‌ها اختیار داده شده است. با این حال، بسیاری از شواهد نشان می‌دهد که دادگاه‌ها در سراسر جهان اغلب ناکارآمد، با انگیزه سیاسی، کند و حتی فاسد هستند. همچنین اعتقاد یک‌طرفه به خیرخواهی دادگاه‌ها و بدخواهی تنظیم‌گران، نه اساس مفهومی و نه پایه محکم در واقعیت دارد. از این گذشته، هم قاضیان و هم تنظیم‌گران کارگزاران دولت بوده و در معرض فشارهای سیاسی، مشوق‌ها و محدودیت‌ها هستند.

(۲) در سطح تجربی نیز، مکتب شیکاگو نتوانسته است با واقعیت‌های اساسی مقابله کند که امروز ما در یک جامعه ثروتمندتر، اما تنظیم شده‌تر زندگی می‌کنیم و به‌عنوان مصرف‌کننده، عموماً با مقررات بیشتری که از ما حمایت کند خوشحال‌تریم. همچنین شواهد محکمی وجود دارد که مقررات برای توسعه بازارهای مالی و مشارکت عمومی در آن‌ها مفید است (Shleifer, 2005: 441).

نظریه تسخیر

اثرگذاری نهادهای قدرتمند بر عملکرد حاکمیت به‌منظور استفاده از قدرت حاکمیتی در راستای منافع شخصی سابقه‌ای طولانی دارد. پس از آن که نظریه منفعت عمومی از طریق تحقیقات نظری و عملی مورد انتقادات بسیار قرار گرفت، نظریه تسخیر عمده‌تاً توسط دانشمندان سیاسی معرفی شد. نظریه تسخیر معتقد است که تنظیم‌گری، به منفعت عمومی مربوط نمی‌شود، بلکه بر مبنای منافع بنگاه‌ها و صنایع قدرتمند طراحی شده و اساساً در اثر فشار آن‌ها

برای حفاظت از منفعت عمومی ترویج می‌شود.^۱ کیمبال (Kimball, 1961: 477) ادعا می‌کند که تنها با اهداف ملموس می‌توان واقعاً برای تأمین منفعت عمومی تنظیم‌گری کرد. او پیشنهاد می‌کند که در بیمه، نقش اصلی تنظیم‌گری باید "تسهیل عملکرد موفقیت‌آمیز خود شرکت" باشد. هارینگتون و نیهاوس (Harrington and Niehaus, 1999; Hutcheson, 2011: 282) با کیمبال موافق هستند و استدلال می‌کنند که اصلی‌ترین عامل در عملکرد موفقیت‌آمیز یک بیمه‌گر، توانگری بیمه‌گر است. به‌طور خاص، کیمبال (Kimball, 1961; Hutcheson, 2011: 282) معتقد است که توانگری بیمه‌گر می‌تواند به بهترین وجه از طریق تنظیم‌گری حق بیمه مدیریت شود. به عبارت دیگر، او از اجرای تنظیم نرخ در چارچوب بیمه حمایت می‌کند.

در زمینه محیط تنظیم‌گری در بعضی از بخش‌های بیمه مانند بیمه سلامت، آدامز و تاور (Adams & Tower, 1994; Hutcheson, 2011: 285) استدلال می‌کنند که نبود اطلاعات (عدم تقارن اطلاعات) و افشای آن‌ها می‌تواند مداخله نظارتی را الزامی کند. به عنوان مثال افراد در مورد ریسک خود اطلاعات برتری نسبت به شرکت بیمه دارند و عدم تمایل آن‌ها برای به اشتراک گذاشتن چنین اطلاعاتی ممکن است به دلیل "نقص اخلاقی" در شخصیت نباشد، بلکه بیشتر به دلیل بی‌اطلاع بودن افراد از ارزش چنین اطلاعاتی برای بیمه‌گر به‌منظور ارزیابی ریسک افراد است.

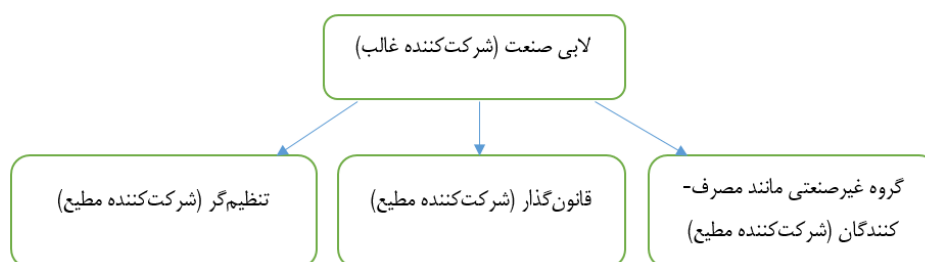
بسیاری نظریه منفعت عمومی را به دلیل اغراق در میزان شکست بازار و عدم شناسایی توانایی رقابت بخش خصوصی در رسیدگی به بسیاری از مشکلات ادعا شده، مورد انتقاد قرار می‌دهند. مکتب شیکاگو معتقد است که بازارها می‌توانند از بسیاری از شکست‌های بازار بدون هیچ گونه مداخله دولت (اعم از تنظیم‌گری) جلوگیری کنند. در موارد محدودی که نیروهای رقابت به اندازه کافی قوی نیستند و بازارها نمی‌توانند به خوبی کار کنند، دادخواهی خصوصی می‌تواند به اختلافات فعالان بازار رسیدگی کند.^۱ حتی اگر بازارها و دادگاه‌ها نتوانند مشکلات را به خوبی حل کنند، تنظیم‌گران دولتی ناقص، فاسد و اسیر هستند؛ بنابراین تنظیم‌گری حتی وضع را

^۱هایی که قراردادهای و حقوق مالکیت را به خوبی اجرا می‌کنند، دامنه تنظیم‌گری مطلوب (حتی توسط یک دولت منفعت عمومی) حداقل خواهد بود (Shleifer, 2005: 441).

^۱طبق نظریه قراردادهای کوز، در موارد معدودی که رقابت و بخش خصوصی، در رسیدگی به شکست‌های بازار موفق نمی‌شوند، دادگاه‌های بی‌طرف با اجرای قراردادهای و قوانین عادی جرم و جنایت می‌توانند این کار را انجام دهند. با دادگاه-

تسخیر است، به این معنا که سرمایه‌داران مشارکت‌کننده اصلی در فرایند تنظیم‌گری محسوب می‌شوند و فرایند تنظیم‌گری منافع سرمایه‌دار را ترویج می‌کند.

جالب‌ترین نسخه نظریه تسخیر از علوم سیاسی به دست آمده است؛ دانشمندان علوم سیاسی از دیدگاه رادیکال که مورد حمایت مارکسیست/مکرکر است، حمایت نمی‌کنند و روند تنظیم‌گری را نتیجه تسخیر فرصت‌طلبانه توسط گروه‌های مؤثر سیاسی می‌دانند. شکل ۲ مدل مفهومی نظریه تسخیر منسوب به دانشمندان سیاسی را نشان می‌دهد.



به‌منظور استفاده از قدرت حاکمیت در جهت تأمین منافع خود شکل می‌گیرد. طبق دیدگاه پوزنر (Posner, 1974: 336)، تحت نظریه تسخیر: "مقررات در پاسخ به تقاضای گروه‌های ذی‌نفعی ارائه می‌شود که برای حداکثرسازی منافع اعضای خود مبارزه می‌کنند". او بین دو فرضیه نظریه تسخیر تمایز قائل می‌شود، یعنی دیدگاه مارکسیست/مکرکر^۱ و دیدگاه دانشمندان سیاسی. منشأ نظریه تسخیر را می‌توان در دیدگاه مارکس جستجو کرد که بنگاه‌های بزرگ، مؤسسات نظارتی (و فرآیندها) را به ضرر نیروی کار تسخیر می‌کنند. دیدگاه مارکسیست/مکرکر تفسیری رادیکال‌تر از نظریه

شکل ۲. مدل مفهومی نظریه تسخیر دیدگاه دانشمندان سیاسی
منبع: آدامز و تاور (Adams & Tower, 1994: 168)

بنابراین، در این شرایط سیاستمداران از سیستم خودتنظیمی حمایت می‌کنند (Meier, 1991: 709).

با توجه به این توضیحات، این نظریه شامل دو گزاره اساسی است: ۱. فرایندهای سیاسی تنظیم‌گری معمولاً توسط صنعت تسخیر می‌شود. مقررات نه تنها نمی‌تواند با قیمت‌گذاری انحصاری مقابله کند، بلکه برای حفظ آن از مداخله دولت استفاده می‌شود. ۲. در مواردی که تحت‌تأثیر گروه‌های مصرف‌کننده سازماندهی شده، تنظیم‌گر به دنبال رفاه اجتماعی است، اما به دلیل بی‌کفایتی تنظیم‌گران به ندرت موفق می‌شوند. بنابراین دامنه تنظیم‌گری دولت در بهترین حالت حداقل است و چنین مداخله‌ای حتی در موارد نادر بی‌فایده و خطرناک است (Shleifer, 2005: 441). البته نظریات دسته اول انتقاد وارد شده از سوی نظریات دسته دوم را رد نمی‌کنند، اما معتقدند چاره این مشکل، کنار گذاشتن نهادهای تنظیم‌گر نیست، بلکه باید سازوکاری طراحی شود که از تسخیر نهادهای تنظیم‌گر

این نظریه که اصطلاح تسخیر به‌خوبی آن را توصیف می‌کند، بیان می‌کند که تنظیم‌گران دارای یک گروه ذی‌نفع هستند (صنعت تنظیم شده) و با گذشت زمان نهاد تنظیم‌گر تحت سلطه صنعت تنظیم شده قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، در ادامه‌ی تنظیم‌گری، با گذشت زمان اولویت‌های سیاسی دیگری در دستور کار قرار می‌گیرد و نظارت بر صنعت تنظیم شده کم می‌شود. همچنین سازمان تنظیم‌گر تمایل به درگیری با بنگاه تنظیم شده را ندارد، زیرا برای اطلاعات خود به شرکت وابسته است. علاوه بر این موقعیت‌های شغلی برای تنظیم‌گر در صنعت تنظیم شده وجود دارد.

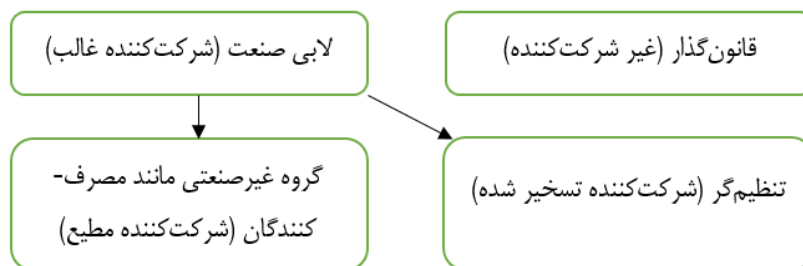
نویسندگانی مانند گورملی (Gormley, 1986; Adams & Tower, 1994: 169) پیشنهاد می‌کنند که توانایی گروه‌های صنعتی در تسخیر فرایند تنظیم‌گری، با میزان پیچیدگی در یک صنعت ارتباط مستقیم دارد. سیاستمدارانی که مسائل صنعت را بیش از حد فنی یا پیچیده می‌دانند، احتمالاً اهمیت خود را نادیده می‌گیرند.

¹ Marxist/Muckraker

صنعتی متعدد محدود نمی‌شود، همیشه گروه‌های رقابتی در یک صنعت نیز وجود دارند. ۵. تسخیر، بسیاری از شواهد را نادیده می‌گیرد؛ که سازمان تنظیم‌گر اغلب منافع گروه‌های مصرف‌کننده را ارتقاء می‌دهد نه بنگاه‌های تنظیم شده را.

نظریه اقتصادی تنظیم‌گری

سومین دیدگاه نظریه اقتصادی تنظیم‌گری است که به‌عنوان نسخه اصلاح شده نظریه تسخیر اولین بار توسط استیگلر بیان شد، اما شامل عناصری از هر دو نظریه منفعت عمومی و نظریه تسخیر است (Hutcheson, 2011: 292). این نظریه امکان "تسخیر" فرآیند تنظیم‌گری توسط سایر گروه‌های ذی‌نفع را پذیرفته است (Posner, 1974: 343). این نظریه مقررات را یک کالای اقتصادی می‌داند که تحت قوانین سنتی عرضه و تقاضا اداره می‌شود (Posner, 1974: 344). شکل ۳ رابطه بین گروه‌های شرکت‌کننده تحت نظریه اقتصادی تنظیم‌گری را تشریح می‌کند.



شکل ۳. مدل مفهومی نظریه اقتصادی تنظیم‌گری
منبع: آدامز و تاور (Adams & Tower, 1994: 171)

تنظیم‌گری پیش‌بینی می‌کند که تقاضا برای تنظیم‌گری بیشتر خواهد بود. برعکس، در جایی که یک صنعت متمرکز با بنگاه‌های کمتر وجود دارد، به احتمال زیاد منافع صنعت به بهترین نحو از طریق خودتنظیمی ارائه می‌شود (Adams & Tower, 1994: 170).

نظریه اجرای تنظیم

در کنار نظریه منفعت عمومی که موافق دخالت نهادهای تنظیم‌گر برای رفع شکست‌های بازار است و نظریه تسخیر که مخالف این دخالت است، نظریه "اجرای تنظیم" قرار دارد که توسط شلیفر (Shleifer, 2005: 439-451) معرفی شد. این نظریه با نگاهی عمل‌گرایانه و غیرایدئولوژیک با بررسی بده-بستان بین دو

جلوگیری شود و تنظیم‌گران عملکرد مستقل و بی‌طرفانه‌ای داشته باشند.

اما این نظریه از چند نظر مورد انتقاد است. ۱. در این نظریه هیچ دلیلی برای این که چرا صنعت تنظیم شده تنها گروه ذی‌نفع قادر به نفوذ در سازمان است، ارائه نشده است. مشتریان بنگاه تنظیم شده که نفع آشکاری در نتیجه فرآیند تنظیم‌گری دارند، چرا ممکن است نتوانند سازمان را به‌طور مؤثری مانند بنگاه تنظیم شده تسخیر کنند. ۲. همچنین هیچ دلیلی در مورد این که چرا صنایعی که قادر به تسخیر سازمان‌های موجود هستند، قادر به ایجاد سازمانی که منافع آن‌ها را ارتقاء دهد، نیستند. ۳. یا صنعتی که به اندازه کافی قوی هست که بتواند سازمانی که برای مهار آن راه‌اندازی شده است را تسخیر کند، چرا نمی‌تواند از ایجاد آن سازمان در وهله اول جلوگیری کند. ۴. زمانی که یک سازمان واحد صنایع مختلفی را که دارای منافع متضاد هستند، تنظیم‌گری می‌کند، این نظریه قدرت توضیحی و پیش‌بینی ندارد. این دشواری به یک سازمان با مشتریان

پلتزمن (Peltzman, 1976: 212) ادعا می‌کند که منافع گروه‌های صنعتی هنوز در بازار حاکم است؛ زیرا دارای مزایای اطلاعاتی نسبت به مصرف‌کنندگان یا سیاستمداران هستند. تا زمانی که تقاضای گروه‌های مؤثر سیاسی از مخالفت با تنظیم‌گری فراتر رود، مقررات توسط سیاست‌گذاران ارائه می‌شود (Rahman, 1992: 115).

بر خلاف نظریه منفعت عمومی، نظریه اقتصادی تنظیم‌گری ادعا می‌کند که مداخله دولت سعی در رفع نقایص بازار ندارد، اما مانند نظریه تسخیر، این ایده را در نظر می‌گیرد که مقررات برای ارتقاء منافع شرکت‌کنندگان صنعتی که از لحاظ سیاسی مؤثرند، وجود دارد. در صنعتی که رقابتی زیادی وجود دارد، نظریه اقتصادی

آن‌ها از نظر سیاست‌گذار، هزینه اجتماعی شکست بازار در استراتژی انضباط بازار بیشتر و میزان هزینه اجتماعی دخالت حاکمیت در استراتژی تنظیم‌گری کمتر باشد، به استراتژی تنظیم‌گری بیشتر روی آورده‌اند. همچنین در کشورهایی که در آن‌ها نظارت کمتری بر روی نهادهای حاکمیتی وجود دارد، به جهت احتمال بیشتر فساد در نهادهای حکومتی و افزایش هزینه اجتماعی دخالت در آن‌ها، استراتژی تصدی‌گری دولت و تنظیم‌گری معمولاً بهینه محسوب نمی‌شوند. نکته دیگری که باید مورد توجه قرار بگیرد، مبانی حقوقی کشورهاست. کشورها براساس نوع سیستم حقوقی به دو دسته کشورهای با ریشه "قانون مدنی"^۱ و کشورهای با ریشه "قانون عرفی"^۲ تقسیم‌بندی می‌شوند. تفاوت در این ریشه قانونی، سبب تفاوت در هزینه اجتماعی شکست بازار و دخالت در استراتژی دادگستری خصوصی شده و لذا به تفاوت در استراتژی بهینه انتخابی توسط سیاست‌گذار منجر می‌شود.

پیشینه پژوهش

اگرچه در زمینه تنظیم‌گری در صنعت بیمه مطالعات زیادی در ایران انجام شده است، اما در خصوص دلایل تنظیم‌گری صنعت بیمه از منظر نظریه‌های تنظیم‌گری تاکنون مطالعه‌ای در ایران انجام نشده است. در کشورهای خارجی نیز مطالعات بسیار محدودی در این زمینه صورت گرفته است که در ادامه به این مطالعات خواهیم پرداخت.

دارسی (D'Arcy, 1984: 1-28) تأثیر تنظیم‌گری بر صنعت بیمه اموال و مسئولیت آمریکا را طی سال‌های ۱۹۸۰-۱۹۷۳ مورد تجزیه و تحلیل قرار داده و کاربرد چهار نظریه تنظیم‌گری تسخیر، حداقل‌سازی تعارض جوسکو، حداکثرسازی حمایت سیاسی پلترمن و یک نظریه تنظیم‌گری جدید تحت عنوان الگوی اشتغال^۳ را با استفاده از سیستم معادلات هم‌زمان آزموده است. این مطالعه یک آزمون مقطعی را با استفاده از داده‌های سال‌های ۱۹۸۰-۱۹۷۳ ارائه می‌دهد. بدین منظور یک مدل ساختاری سیستم معادلات هم‌زمان فرموله شده است. از نتایج این سیستم معادلات هم‌زمان که با داده‌های تجربی حل شده است، برای آزمایش نظریه‌های مختلف تنظیم‌گری استفاده شده است. در پایان دارسی نتیجه می‌گیرد که اثر تنظیم‌گری روی بیمه خودرو و بیمه صاحبان خانه متفاوت است

هزینه اجتماعی شکست بازار و هزینه دخالت دولت، به بررسی نوع دخالت بهینه حاکمیت در بازارهای مختلف می‌پردازد. براساس این نظریه، برای رسیدن به اهداف اجتماعی چهار استراتژی مختلف وجود دارد. استراتژی نخست، استفاده از انضباط بازار است؛ به این معنا که با وجود یک فضای شفاف، بازیگران بازار جهت حفظ حسن شهرت و اعتبارشان از انجام برخی تخلفات خودداری می‌کنند. استراتژی بعدی، استفاده از دادگستری خصوصی است که افراد می‌توانند با شکایت و دادخواهی از آن‌ها احقاق حق کنند. در استراتژی سوم، بحث تنظیم قوانین و نظارت بر آن توسط نهاد تنظیم‌گر مطرح می‌شود. استراتژی چهارم نیز تصدی‌گری دولتی است که دولت جهت تأمین منفعت عمومی خودش وارد بازار می‌شود. هرکدام از چهار استراتژی فوق دارای مقادیر متفاوتی هزینه اجتماعی شکست بازار و همچنین هزینه اجتماعی دخالت حاکمیتی است.

با توجه به این توضیحات، تصمیم‌گیر اجتماعی به دنبال انتخاب استراتژی و یا ترکیب خاصی از استراتژی‌هایی است که مجموع دو هزینه اجتماعی را کمینه سازد. در نتیجه، برخلاف دیدگاه نظریه منفعت عمومی و همچنین مکتب شیکاگو - که هریک نیاز یا عدم نیاز به تنظیم‌گری را به صورت عمومی بررسی می‌کنند - برای بررسی استراتژی بهینه و تشخیص نیاز یا عدم نیاز به تنظیم‌گری، بازار را به صورت موردی بررسی می‌کند و در هر بازار فارغ از نگاه ایدئولوژیک و با رویکردی عمل‌گرایانه و اقتضایی، هزینه اجتماعی شکست بازار و هزینه اجتماعی دخالت دولت را به صورت مجزا تحلیل می‌نماید.

در واقع در این دیدگاه، اصل نیاز و میزان استفاده از مکانیسم‌های تنظیم‌گری از الگوی واحد جهانی پیروی نمی‌کند و تابعی از شرایط زمینه‌ای شامل نظام سیاسی، ساختار اقتصادی و چارچوب‌های حقوقی حاکم است. به عبارت دیگر، تنظیم‌گری نیازمند الگویی بومی است که با نظام کلان حکمرانی ملی حداکثر تطابق را داشته باشد.

این نظریه می‌تواند تفاوت میزان و شدت تنظیم‌گری در کشورهای مختلف را توضیح دهد. شدت تنظیم‌گری در یک کشور می‌تواند نشان‌دهنده و معلول تفاوت در هزینه‌های اجتماعی هر استراتژی از نظر سیاست‌گذار باشد. به عنوان مثال، کشورهایی که در

³ Employment Pattern

¹ Civil Law

² Common Law

این نظریه برای روشن کردن برخی تفاوت‌ها در الگوهای تنظیم‌گری در سراسر جهان استفاده می‌کند.

هاچسون (Hutcheson, 2011: 1-365) به بررسی قانون بیمه سلامت در آفریقای جنوبی طی سال‌های ۱۹۹۳ تا ۲۰۱۰ می‌پردازد. در آفریقای جنوبی دولت تصور می‌کند کژگزینی به‌عنوان یک پیامد مقررات‌زدایی که در اواخر دهه ۱۹۸۰ اتفاق افتاد، مسئول وخیم شدن پوشش بیمه سلامت برای افراد مسن، ناسالم یا فقیر است و مبتنی بر این موضوع، تنظیم‌گری‌هایی توسط دولت صورت می‌گیرد. اما هاچسون بیان می‌کند که کژگزینی وجود نداشته و همچنین نظریه تسخیر تنظیم‌گری را به‌عنوان چارچوبی برای توضیح قانون فعلی پیشنهاد می‌کند. او برای آزمایش وجود کژگزینی از روش تخمین پانل دیتا استفاده می‌کند.

تقوایی و همکاران (تقوایی و همکاران، ۱۳۹۴: ۸۲) کوشیده‌اند یکی از مهم‌ترین عوامل مانع رشد صنعت بیمه، یعنی چالش‌های مقررات‌گذاری را مورد مذاقه قرار دهند. براساس یافته‌های این مطالعه، دولتی بودن اقتصاد، عدم توازن و تعادل در ترکیب شورای عالی بیمه، سهم‌خواهی دستگاه‌های اجرایی از درآمدهای بیمه، ناراضی بودن سهامداران شرکت‌های بیمه از سرمایه‌گذاری‌های صنعت، عدم هماهنگی بخش عمده‌ای از دستگاه‌های اجرایی کشور با شورای عالی بیمه، عدم تعامل کافی قانون‌گذار با مقررات‌گذار بخش بیمه، و فقدان هماهنگی کافی بین قوه قضاییه با مقررات‌گذار بیمه، از عمده‌ترین مشکلات مقررات‌گذاری در ایران هستند.

کریمی و همکاران (کریمی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۶۷) به بررسی تأثیر کیفیت مقررات‌گذاری بر توسعه صنعت بیمه پرداخته‌اند. آن‌ها این مسئله را با یک تحلیل مقایسه‌ای و برآورد مدل اقتصادسنجی با داده‌های تابلویی در کشورهای منتخب طی دوره ۱۹۸۹ تا ۲۰۱۲ بررسی کرده‌اند. نتایج برآورد مدل نشان می‌دهد که بهبود مقررات‌گذاری بیمه در کشورهای توسعه‌یافته بیش از کشورهای با توسعه متوسط، بر توسعه بیمه تأثیر دارد؛ هرچند این تأثیرگذاری در همه کشورهای نمونه اندک بوده و حاکی از آن است که تأثیر این متغیر نهادی، تدریجی است.

تقوایی و همکاران (تقوایی و همکاران، ۱۳۹۵: ۷۷) سعی در معرفی رویکردهای مختلف مقررات‌گذاری بیمه‌های تجاری و تحلیل

و هیچ یک از نظریات آزمایش‌شده به اندازه کافی تنظیم‌گری بیمه اموال و مسئولیت را براساس آزمون‌های بیمه خودرو و صاحبان خانه توضیح نمی‌دهند. تفاوت‌های بین این دو رشته ممکن است تا حدی یافته‌های متفاوت را توضیح دهد و ملاحظات بیشتری را در بازنگری نظریات تنظیم‌گری پیشنهاد کند.

آدامز و تاور (Adams & Tower, 1994: 156-177) تنظیم‌گری بازارهای بیمه را با استفاده از سه نظریه‌ی تنظیم‌گری - نظریه منفعت عمومی، نظریه تسخیر و نظریه اقتصادی تنظیم‌گری - ارزیابی می‌کنند. آن‌ها به دنبال این هستند که توضیح دهند چرا صنعت بیمه در برخی از کشورهای انگلیسی-آمریکایی مانند استرالیا تحت کنترل قانونی سختگیرانه‌تری نسبت به سایر کشورهای انگلیسی-آمریکایی مانند نیوزلند است. در این مطالعه، هریک از نظریه‌ها مورد بحث و بررسی قرار گرفته و دلالت‌های نظریه‌ها با ویژگی‌ها و شرایط بازار بیمه در برخی از کشورها تطبیق داده شده است و نتیجه‌گیری شده است که نظریه اقتصادی تنظیم‌گری به دلیل قدرت توضیح‌دهندگی و پیش‌بینی بیشتر، مناسب‌ترین چارچوب را برای توضیح محیط‌های تنظیم‌گری متفاوت در کشورها ارائه می‌دهد. این نتیجه‌گیری مبتنی بر این استدلال است که این نظریه به‌جای تصور غیرواقعی که تنظیم‌گری با هدف حداکثرسازی رفاه جامعه است، دیدگاه واقع‌بینانه‌تری را پذیرفته است که براساس مفهوم منافع شخصی، تنظیم‌گری نتیجه عرضه و تقاضا است. آدامز و تاور بیان می‌کنند فقط زمانی می‌توان روند تنظیم‌گری را کاملاً درک کرد که ماهیت و نقش شرکت‌کنندگان در بازار برای تنظیم‌گری صنعت بیمه به‌درستی تحلیل شود.

شلیفر (Shleifer, 2005: 439-451) با توجه ویژه به بازارهای اوراق بهادار، برخی از نظریه‌های کلیدی تنظیم‌گری اقتصادی را مرور می‌کند. سه نظریه‌ای که شلیفر بر آن‌ها تمرکز می‌کند، عبارت‌اند از: نظریه رفاه یا نظریه منفعت عمومی مرتبط با پیگو، نظریه قراردادی مرتبط با کوز، و نظریه تسخیر استیگلز. سپس نظریه اجرای تنظیم را مطرح می‌کند. او این چارچوب را به مثال‌های تنظیم‌گری بازارهای اوراق بهادار اعمال کرده و استدلال می‌کند که اجرای خصوصی قوانین عمومی^۱ می‌تواند به‌عنوان یک استراتژی کارآمد برای کنترل اجتماعی این بازارها ظاهر شود. در نهایت، از

¹ Private Enforcement of Public Rules

تعرفه‌ای حاکم با مشکلاتی مواجه بود. این مشکلات سبب شد شورای عالی بیمه با هدف فراهم کردن امکان رقابت بین شرکت‌های بیمه‌ای و پویایی بیشتر بازار بیمه، «چارچوب برنامه اصلاح نظام تعرفه بازار بیمه کشور» را در سال ۱۳۸۸ تصویب کند. صنعت بیمه ایران با اجرای سیاست خصوصی‌سازی دچار یک نوع تغییر در ساختار خود شد. تأسیس شرکت‌های بیمه خصوصی و فروش سهام شرکت‌های دولتی به عموم موجب کاهش نقش دولت در تصدی‌گری اقتصادی این صنعت گردید. در کنار این سیاست، سیاست آزادسازی تعرفه‌های بیمه و همچنین انتفاعی بودن ذات شرکت‌های بیمه خصوصی و انتظار سهامداران از سودآوری این شرکت‌ها و نحوه رقابت تهاجمی منتج از آن، پایین بودن سطح دانش و تخصص صنعت و ظرفیت پایین آن در جذب نیروهای متخصص و سایر دلایل، بیمه مرکزی ایران را بر آن داشت تا جهت کنترل فعالیت‌های شرکت‌های بیمه، اقدام به تصویب مقررات مربوط به نظارت بر توانگری مالی شرکت‌های بیمه در قالب آیین‌نامه شماره ۶۹ در انتهای سال ۱۳۹۰ و اجرای آن از سال ۱۳۹۱ به بعد نماید. با اجرای سیاست خصوصی‌سازی، تعداد شرکت‌های بیمه‌ای، نمایندگان و ذی‌نفعان شرکت‌های بیمه افزایش یافت. لذا بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران نه تنها باید بر عملکرد صحیح مالی و مدیریت ریسک شرکت‌های بیمه نظارت می‌کرد، بلکه باید از رفتار صحیح شرکت‌های بیمه‌ای مطمئن می‌گشت تا اطمینان حاصل کند که شرکت‌های بیمه علاوه بر حفظ موجودیت خویش، منافع ذی‌نفعان به‌ویژه بیمه‌گذاران را رعایت کرده و بر رویه‌های رقابتی سالمی تکیه می‌کنند. از این‌رو، بیمه مرکزی ج.ا.ا با هدف ایجاد ساختاری مناسب برای افزایش کارایی هیئت مدیره و مدیران ارشد شرکت‌های بیمه و احصای اهداف آن‌ها و دستیابی به اهداف شفافیت، عدالت و رعایت حقوق ذی‌نفعان، آیین‌نامه حاکمیت شرکتی را در سال ۱۳۹۶ تهیه و تدوین کرد. البته در این بین، قوانین و آیین‌نامه‌های بسیار مهم دیگری نیز تصویب شده‌اند که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان موارد زیر را نام برد: قانون اداره امور شرکت‌های بیمه، اساسنامه شرکت‌های بیمه دولتی، مقررات تأسیس و فعالیت مؤسسات بیمه در مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران، آیین‌نامه سرمایه‌گذاری مؤسسات بیمه، آیین‌نامه اندوخته‌های قانونی مؤسسات بیمه، آیین‌نامه حمایت از حقوق بیمه‌گذاران، بیمه-شدگان و صاحبان حقوق آن‌ها، آیین‌نامه تنظیم امور نمایندگی بیمه

و پیشنهاد مناسب‌ترین رویکرد مقررات‌گذاری در بیمه‌های تجاری ایران دارند. آن‌ها به این نتیجه می‌رسند که مناسب‌ترین و جامع‌ترین رویکرد مقررات‌گذاری همان سیستم توانگری ۲ می‌باشد که در اتحادیه اروپا به‌عنوان آخرین و کامل‌ترین رویکرد، در مقررات‌گذاری بیمه‌های تجاری مورد استفاده قرار گرفته است.

منوری و راسخ (منوری و راسخ، ۱۳۹۶: ۱۴۷) برای مطالعه فرایندهای سیاسی، اقتصادی و قانونی که رابطه‌ی بین حکومت، تنظیم‌گر، عملگرهای بازارهای مالی و تحقق منفعت عمومی را در چارچوب مفهوم تنظیم‌گری شکل می‌دهند، ایران و انگلستان را که از دو نقطه شروع متفاوت به تنظیم بازار مالی رسیده‌اند، انتخاب کرده‌اند. نتیجه مطالعه این است که سبک تنظیم بازارهای مالی مبتنی بر فضای اقتصاد و اقتصاد سیاسی هر کشور است.

روند تنظیم‌گری در صنعت بیمه ایران

همزمان با شروع فعالیت بیمه در ایران در قرن بیستم، دولت-های وقت کم و بیش به اهمیت نظارت بر مؤسسات بیمه واقف بوده و با وضع قوانین و مقررات مختلف سعی در اعمال آن کرده‌اند. اولین آثار قانونی اعمال نظارت بر مؤسسات بیمه به سال ۱۳۱۰ برمی‌گردد؛ سالی که «قانون راجع به ثبت شرکت‌ها» از تصویب مجلس گذشت و به موجب ماده هشت آن، نظارت بر شرکت‌های بیمه تابع نظام-نامه‌ای خاص شد. از جمله مهم‌ترین تکالیف مؤسسات بیمه براساس نظام‌نامه فوق، تنظیم قراردادهای بیمه به زبان فارسی بود. بعد از آن تا انقلاب اسلامی دو قانون بسیار مهم که منشأ بسیاری از قوانین، مقررات و آیین‌نامه‌های بعدی بودند، تصویب شدند؛ نخست، قانون بیمه در سال ۱۳۱۶ و دومی قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری در سال ۱۳۵۰ بود که به تصویب مجلس شورای ملی رسیدند.

یکی از مهم‌ترین اتفاقاتی که بلافاصله بعد از پیروزی انقلاب در صنعت بیمه رخ داد، تصویب قانون ملی شدن مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری در سال ۱۳۵۸ توسط شورای عالی انقلاب بود. پس از گذشت حدود دو دهه از ملی شدن صنعت بیمه، به‌منظور تعمیم و گسترش صنعت بیمه در کشور، افزایش کارایی و توسعه فعالیت‌های اقتصادی، خصوصی‌سازی در صنعت بیمه مدنظر قرار گرفت و با تصویب قانون تأسیس مؤسسات بیمه غیردولتی در سال ۱۳۸۰ توسط مجلس شورای اسلامی، وارد فاز اجرایی شد. با وجود خصوصی‌سازی در سال ۱۳۸۰ باز هم صنعت بیمه به دلیل نظام

و جایگزین آن، آیین‌نامه مقررات تعیین حق بیمه کلیه رشته‌های بیمه‌ای، آیین‌نامه گزارشگری و افشای اطلاعات مؤسسات بیمه، آیین‌نامه نحوه احراز صلاحیت حرفه‌ای کارکنان کلیدی و عملیاتی مؤسسات بیمه و قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه.

تطبیق دلالت‌های نظریه منفعت عمومی با تحولات تنظیم‌گری صنعت بیمه در ایران

در این قسمت دلایل تنظیم‌گری‌ها در صنعت بیمه ایران با توجه به نظریه‌های تنظیم‌گری مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. تجزیه و تحلیل‌ها نشان داد که دلالت‌های نظریه منفعت عمومی بیشتر از سایر نظریه‌ها در مورد مهم‌ترین تنظیم‌گری‌های صنعت بیمه ایران مصداق دارد. از این رو می‌توان نتیجه گرفت که نظریه منفعت عمومی بیشترین قرابت را با صنعت بیمه ایران دارد. در ادامه دلالت‌های نظریه منفعت عمومی با مهم‌ترین تنظیم‌گری‌های صورت گرفته در صنعت بیمه کشور تطبیق داده شده است.

ایپولیتو (Ippolito, 1979: 55) نظریه منفعت عمومی را به-عنوان تلاشی برای ایجاد "یک دستگاه اصلاحی دولتی برای بهبود عملکرد بازار در مواردی که رقابت شکست می‌خورد" توصیف می‌کند. مداخله دولت به‌طور کلی و تنظیم‌گری به‌طور خاص می‌تواند نیروهای بازار را به نحوی هدایت کند که کارایی تخصیصی اقتصاد بهبود یابد و رفاه جامعه حداکثر شود. دولت توانایی استفاده از منابع عمومی و اعمال اختیارات اجرایی برای تحمیل تنبیهات (یا تشویقات) در بخش‌های مختلف را دارد. دولت می‌تواند به‌عنوان یک فرصت یا تهدید بالقوه برای هر صنعت عمل کند. از طریق روند سیاست‌گذاری و اجرای قانون‌گذاری، دولت می‌تواند چارچوبی برای پیشبرد اهداف سیاسی یا اجتماعی ایجاد کند. مقررات اقتصادی در واقع اقدامات در دسترس دولت است که به موجب آن می‌تواند مالیات وضع کند، یارانه دهد یا مستقیماً کنترل‌های قانونی و اداری اعمال کند (Hutcheson, 2011: 272). با تأسیس چند شرکت بیمه خصوصی ایرانی در فاصله سال‌های ۱۳۳۱ لغایت ۱۳۴۳، توسعه بازرگانی خارجی و رقابت‌های تنگاتنگ بین مؤسسات بیمه با افزایش واحدهای تولیدی؛ نظارت بر مؤسسات بیمه و امر بیمه اهمیت زیادی یافت. از جمله مواردی که نظارت دقیق دولت را به‌صورت گسترده بر مؤسسات بیمه طلب می‌نمود، نحوه تشکیل شرکت‌ها، رعایت

ضوابط فنی و مالی و تنظیم امور مربوط به دلالتی و نمایندگی بیمه بود. براین اساس، «قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری» در سال ۱۳۵۰ به تصویب رسید و نظارت بر امر بیمه در ایران به-عنوان مهم‌ترین وظیفه این سازمان محسوب گردید. به موجب این قانون نهاد ناظر بر صنعت بیمه ایران، بیمه مرکزی است. این شرکت دولتی به‌دلیل افزایش تعداد شرکت‌های بیمه و ضرورت اعمال نظارت بیشتر دولت بر این صنعت و تدوین اصول و ضوابط استاندارد برای فعالیت‌های بیمه‌ای، جهت حفظ حقوق بیمه‌گذاران و بیمه-شدگان تأسیس شد. در واقع مأموریت این شرکت، اعمال حاکمیت دولت بر صنعت بیمه ایران به‌منظور حمایت از بیمه‌گذاران و تعمیم امر بیمه از طریق نظارت، هدایت و تنظیم امر بیمه در کشور است.

از نگاه ویلسون (Wilson, 1964; Hutcheson, 2011: 275)، تنظیم‌گری در نظریه منفعت عمومی ممکن است پاسخی به یک شکست بازار درک‌شده مانند شکست یک شرکت بیمه باشد. از این رو، تنظیم‌گری بیشتر از پیشگیرانه بودن، در واکنش به اتفاقات خاص است. به‌عنوان مثال شکست شرکت‌ها، مانند سقوط شرکت بیمه عمومی و خودرو^۱ در سال ۱۹۷۱ باعث شد که دولت انگلستان افشاگری مالی را بهبود بخشد و مقررات توانگری را سخت‌تر کند (Finsinger et al., 1985; Hutcheson, 2011: 275). یکی از تحولات مهم در صنعت بیمه بلافاصله بعد از انقلاب، ملی شدن این صنعت بود. پس از انقلاب بسیاری از صاحبان سهام بیمه‌ها و بانک‌ها از کشور خارج شدند و نوسانات قابل‌توجهی در ارزش دارایی‌ها و مطالبات آن‌ها ایجاد شد. با توجه به این‌که ادامه فعالیت‌های شرکت‌های بیمه با این شرایط امکان‌پذیر نبود، شورای انقلاب «قانون ملی شدن مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری» را در سال ۱۳۵۸ تصویب کرد. ماده یک این قانون مقرر نموده است: «به‌منظور حفظ حقوق بیمه‌گذاران و گسترش صنعت بیمه در سراسر کشور و گماردن بیمه به خدمت مردم، از تاریخ تصویب این قانون کلیه مؤسسات بیمه کشور ضمن قبول اصل مالکیت مشروع مشروط، ملی اعلام می‌شود».

با توجه به نگاه ویلسون بسیاری از تنظیم‌گری‌های مهم صنعت بیمه ایران متأثر از تحولات تنظیم‌گری صنعت بیمه در سطح جهان بوده است. پس از موج‌های اقتصادی دهه‌های ۸۰ و ۹۰ میلادی روند خصوصی‌سازی و آزادسازی در اقتصاد کشورها شکل

¹ Vehicle and General Insurance Company

همچنین رویکرد بیمه مرکزی از توسعه صرف بازار و آزادسازی، به سمت اعمال قوانین و مقررات حرکت کرد.

استیگلر (3: 1971, Stigler) بیان می‌کند: "... مقررات در درجه اول برای حمایت از منافع عموم مردم و یا برخی از زیر طبقه-های بزرگ مردم ایجاد شده است". در نگاه بونبرایت (Bonbright, 1961: 29) حمایت از مصرف‌کنندگان از اهمیت بالایی برخوردار است و هرگونه اقدام نظارتی که چنین کاری را انجام می‌دهد، می‌تواند عملکردی در جهت منفعت عمومی تلقی شود. او عقیده دارد که با پیوند دادن منفعت عمومی به حمایت از مصرف‌کنندگان، "دولت ابزاری برای دستیابی به رفاه [اجتماعی]" است. همچنین اقدام در راستای منفعت عمومی را می‌توان به منزله معرفی مقرراتی دانست که نگرانی‌های جامعه را در مورد این‌که تولیدکنندگان به‌طور کامل هزینه‌های اجتماعی فعالیت‌های خود را در نظر نمی‌گیرند، برطرف می‌کند. در زیر برخی از قانون‌هایی را که در کشور به‌طور مستقیم برای پایبندی به اصل حمایت از مصرف‌کننده تصویب شده‌اند، مرور می‌کنیم.

اولین آثار قانونی اعمال نظارت بر مؤسسات بیمه به سال ۱۳۱۰ برمی‌گردد؛ سالی که «قانون راجع به ثبت شرکت‌ها» به تصویب مجلس رسید. ماده ۲۸ آیین‌نامه اجرایی این قانون چنین مقرر داشت: «شرکت‌های بیمه، اعم از ایرانی و خارجی مکلفند کلیه قراردادهای مربوط به بیمه را به زبان فارسی تنظیم کنند و در مقابل بیمه‌شدگان ایرانی فقط متن فارسی سندیت خواهد داشت». در آن زمان تنها تعداد معدودی از بیمه‌گذاران ایرانی به زبان خارجی موضوع قراردادهای بیمه تسلط داشتند و کسانی که مفاهیم و اصطلاحات تخصصی قراردادها را به‌درستی درک می‌کردند، بسیار محدودتر بودند. با نشر متن فارسی شرایط عمومی بیمه‌نامه‌ها، تجار و بازرگانان ایرانی متوجه منافع مطلوب بیمه و ضرورت ایجاد تأمین در معاملات و مبادلات بازرگانی خود گشته و با توجه به نظارت دولت، به‌تدریج به بیمه کردن فعالیت‌های اقتصادی خود علاقه‌مند شدند. این قانون در واقع پاسخی برای حمایت از مصرف‌کنندگان و بنابراین به نفع عموم بود.

آیین‌نامه شماره ۷۱ «حمایت از حقوق بیمه‌گذاران، بیمه‌شدگان و صاحبان حقوق آن‌ها»، از مهم‌ترین تلاش‌های بیمه مرکزی برای تضمین حقوق ذی‌نفعان در شرکت‌های بیمه است. این آیین‌نامه از چند جهت سعی در حفظ حقوق بیمه‌گذاران، بیمه‌شدگان و صاحبان

گرفت. به دنبال این تحولات در ایران نیز در سال ۱۳۸۰ خصوصی-سازی در صنعت بیمه مدنظر قرار گرفت و قانون تأسیس مؤسسات بیمه غیردولتی تصویب شد. در سال‌های پس از خصوصی‌سازی در اقتصاد کشورها موج دیگری را در دنیا شاهد بودیم که در آن دولت‌ها بر روش‌های پیشرفته نظارت تأکید کردند تا بر بخش خصوصی نظارت بهینه‌ای اعمال کنند. این موضوع بیشتر در بازارهای مالی قابل مشاهده بود. به دنبال پیشرفته‌تر شدن روش‌های نظارت در سایر کشورها آیین‌نامه توانگری مالی در سال ۱۳۹۱ در صنعت بیمه ایران تصویب شد. موضوع حاکمیت شرکتی نیز در پی رسوایی‌های گسترده مالی که در شرکت‌های بزرگ دنیا به وجود آمد، مورد توجه اکثر کشورها قرار گرفت. بررسی علل و شرایط پدیدآورنده رسوایی‌ها نشان داد که فقدان نظارت بر مدیریت و حاکمیت ضعیف سهامداران شرکت‌ها بر نحوه اداره امور، به همراه سپردن اختیارات نامحدود به مدیران اجرایی زمینه مساعدی را برای سوء استفاده فراهم ساخته است. در نتیجه در سال ۱۹۹۹ اصول سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در خصوص حاکمیت شرکتی، به تأیید وزرای کشورهای عضو این سازمان رسید. این سازمان در سال ۲۰۰۵ نیز دستورالعمل-هایی را در خصوص حاکمیت شرکت‌های بیمه به‌عنوان مکمل اصول حاکمیت شرکتی منتشر کرد. به دنبال این تحولات، بیمه مرکزی ج.ا.ا با هدف ایجاد ساختاری مناسب برای افزایش کارایی هیئت مدیره و مدیران ارشد شرکت‌های بیمه و دستیابی به اهداف شفافیت، عدالت و رعایت حقوق ذی‌نفعان، آیین‌نامه حاکمیت شرکتی را در سال ۱۳۹۶ تصویب نمود.

بحران شرکت بیمه توسعه نیز منجر به تحولاتی در صنعت بیمه ایران شد. فروش بی‌رویه بیمه‌نامه به‌خصوص در رشته شخص ثالث طی سال‌های ۱۳۸۹ الی ۱۳۹۳ توسط این شرکت و قرار گرفتن در آستانه ورشکستگی، سبب شد که بیمه مرکزی برای ممانعت از وقوع بحران‌های مشابه، تحولاتی در نظارت خود بر صنعت بیمه ایجاد کند. از جمله این تحولات، اصلاحات انجام شده در قانون بیمه شخص ثالث، آیین‌نامه تنظیم امور نمایندگان و ضرورت یافتن به-کارگیری جدی‌تر آیین‌نامه‌هایی مانند آیین‌نامه توانگری مالی و تسریع تصویب آیین‌نامه‌هایی مانند تأیید صلاحیت حرفه‌ای کارکنان کلیدی و آیین‌نامه حاکمیت شرکتی بود. در تمام این ضوابط در قیاس با قوانین و مقررات سابق صنعت بیمه، ضمانت‌های اجرایی بیشتری در نظر گرفته شد و قوانین و مقررات مستحکم‌تری وضع شد.

حقوق آن‌ها دارد. به عنوان مثال، در خصوص اطلاع‌رسانی و تبلیغ خدمات بیمه‌ای، ماده سه آیین‌نامه مقرر نموده است: «عرضه-کنندگان بیمه باید از تبلیغات گمراه‌کننده خودداری نمایند. منظور از تبلیغ گمراه‌کننده تبلیغی است که: ۱. موجب ابهام در تشخیص محصولات بیمه‌ای شود؛ ۲. وعده‌هایی خارج از پوشش‌های مقرر در بیمه‌نامه یا فراتر از عملکرد بیمه‌گر ارائه دهد؛ ۳. با شرایط بیمه‌نامه منطبق نباشد؛ ۴. با قوانین و مقررات بیمه‌ای و عرف بیمه منطبق نباشد». همچنین طبق ماده چهار آیین‌نامه شماره ۷۱: «مؤسسات بیمه موظفند از انطباق تبلیغات بیمه‌ای شرکت، نمایندگان خود و کارکنان آن با مقررات مربوط اطمینان حاصل نمایند و ضمن ایجاد سیستمی برای کنترل محتوا، فرم و روش انتشار تبلیغات بیمه‌ای، موارد بیان شده در آیین‌نامه را ثبت و در دفاتر مؤسسه نگهداری نمایند».

بوکانان و تالوک (Buchanan and Tullock, 1962: 284) معتقدند که تنظیم‌گری در جهت منفعت عمومی باید بر کارایی بازار (یا عدم وجود آن) متمرکز باشد. در سال ۱۳۸۰ خصوصی‌سازی به عنوان راهکاری که موجب افزایش کارایی و توسعه فعالیت‌های اقتصادی می‌شود، در صنعت بیمه مدنظر قرار گرفت و با تصویب «قانون تأسیس مؤسسات بیمه غیردولتی» در سال ۱۳۸۰ اجازه فعالیت به مؤسسات خصوصی در همین سال وارد فاز اجرایی شد. ماده واحده این قانون مقرر نموده است: «به‌منظور تعمیم و گسترش صنعت بیمه در کشور، افزایش رقابت و کارایی در بازار بیمه، افزایش رفاه عمومی و گسترش امنیت اجتماعی و اقتصادی، افزایش نقش بیمه در رشد و توسعه اقتصادی کشور و جلوگیری از ضرر و زیان جامعه ذیل اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی و در چارچوب ضوابط، قلمرو و شرایط تعیین شده؛ اجازه تأسیس مؤسسه بیمه غیردولتی به اشخاص داخلی داده می‌شود».

باوجود خصوصی‌سازی در سال ۱۳۸۰، به واسطه وجود نظام تعرفه‌ای باز هم صنعت بیمه با مشکلاتی مواجه بود. این مشکلات سبب شد شورای عالی بیمه با هدف ارتقاء کارایی، فراهم کردن امکان رقابت بین شرکت‌های بیمه‌ای و پویایی بیشتر بازار بیمه، «چارچوب برنامه اصلاح نظام تعرفه بازار بیمه کشور» را در سال ۱۳۸۸ تصویب کند.

کیمبال (Kimball, 1961: 477) در نظریه منفعت عمومی بیان می‌کند که نقش تنظیم‌گری در بیمه باید "تسهیل عملکرد

موفقیت‌آمیز خود شرکت" باشد و اصلی‌ترین عامل در عملکرد موفقیت‌آمیز یک بیمه‌گر، توانگری بیمه‌گر است. به طور خاص، کیمبال (Kimball, 1961: 482) معتقد است که نگرانی برای توانگری خود را در این شرط نشان می‌دهد که حق بیمه نباید "ناکافی" باشد. در واقع اگر قیمت‌گذاری به نیروهای رقابتی واگذار شود، می‌تواند منجر به رقابت قیمتی تهاجمی شود که منجر به نرخ-های ناکافی بیمه خواهد. به عبارت دیگر ایده تنظیم نرخ یک ابزار دولت به منظور حمایت از مصرف‌کنندگان برای اطمینان از کافی بودن حق بیمه برای کاهش خطر ورشکستگی است. ایپولیتو (Ippolito, 1979; Hutcheson, 2011: 283) معتقد است که هزینه‌های مربوط به ورشکستگی، نه محدود به زمان وقوع ورشکستگی، می‌تواند آنقدر زیاد باشد که تهدید به ورشکستگی به تنهایی مداخله دولت را توجیه می‌کند. در واقع، هزینه‌های بحران مالی درست قبل از ورشکستگی ممکن است یک بیمه‌گر را وادار به ورشکستگی کند.

نظر به اهمیت تعیین نرخ حق بیمه، بیمه مرکزی ج.ا.ا. برای حصول اطمینان از نحوه نرخ‌گذاری‌ها آیین‌نامه ۸۱ «مقررات تعیین حق بیمه کلیه رشته‌های بیمه‌ای» را در سال ۱۳۹۱ و سپس جایگزین آن آیین‌نامه شماره ۹۴ را در سال ۱۳۹۶ به تصویب شورای عالی بیمه رسانده است. این آیین‌نامه پس از گذار از نظارت تعرفه‌ای به نظارت مالی، به منظور الزام شرکت‌های بیمه بر رعایت اصول فنی در تعیین حق بیمه، کلیاتی را تعیین نموده و شرکت‌ها را ملزم به رعایت اصول و موازن حق بیمه با حفظ محدوده ضریب خسارت نموده است. شرکت‌هایی که اصول نرخ‌گذاری را رعایت نکنند، به صلاحدید بیمه مرکزی به دوره نظارت تعرفه‌ای عقب رانده خواهند شد. در صورت اجرای کامل این آیین‌نامه، انتظار می‌رود صنعت بیمه کمتر با نرخ‌شکنی‌های غیرحرفه‌ای مواجه شود و از بروز مشکلات مالی برای شرکت‌ها به دلیل ارائه نرخ‌های غیرفنی ممانعت شود و صنعت بیمه بتواند به راهکار قیمت‌گذاری کافی، عادلانه و مناسب دست یابد.

آیین‌نامه شماره ۶۹ «نحوه محاسبه و نظارت بر توانگری مالی مؤسسات بیمه» نیز جهت کنترل فعالیت‌های شرکت‌های بیمه و نظارت بر توانگری مالی شرکت‌ها در سال ۱۳۹۰ تصویب شد. راهکارها و الزامات پیش‌بینی شده در این آیین‌نامه به خوبی هدف حمایت از حقوق ذی‌نفعان و سهامداران را تأمین می‌نماید. زیرا

خسارت توسط بیمه‌گذار، ارزیابی و پرداخت خسارت در تمامی نقاط جغرافیایی که تحت پوشش بیمه‌نامه قرار دارد را فراهم و در این خصوص به بیمه‌گذاران اطلاع‌رسانی نماید». همچنین برای شفافیت بیشتر و حفظ حقوق ذی‌نفعان طبق تبصره یک ماده ۳۰ مقرر شده است: «بیمه مرکزی مراتب لغو پروانه شرکت بیمه و اطلاعاتی را که از لحاظ منافع بیمه‌گذاران و بیمه‌شدگان و صاحبان حقوق آن‌ها لازم باشد، به هزینه شرکت بیمه در روزنامه رسمی کشور و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار آگهی نماید». ماده ۳۱ نیز مقرر نموده است: «شرکت‌های بیمه موظفند یک نسخه از بخشنامه‌ها یا دستورالعمل‌های مرتبط با نحوه صدور بیمه‌نامه یا پرداخت خسارت در رشته‌های مختلف را همزمان با ابلاغ به واحدهای ذی‌ربط خود، به بیمه مرکزی نیز ارسال نمایند. در صورت مغایرت بخشنامه‌های مذکور با قوانین و مقررات، بیمه مرکزی مراتب را جهت اصلاح به شرکت بیمه منعکس می‌نماید». آیین‌نامه «گزارشگری و افشای اطلاعات مؤسسات بیمه» نیز در راستای افزایش سطح آگاهی بیمه‌گذاران در سال ۱۳۹۳ تصویب شد و شرکت‌ها ملزم به افشای اطلاعات در سامانه رسمی خود شدند.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

هدف از این مطالعه، بررسی دلایل تنظیم‌گری‌های صنعت بیمه ایران از منظر نظریات تنظیم‌گری است. شناخت این دلایل باعث می‌شود تا ارزیابی دقیق‌تری از مقررات وضع شده حاصل شود که نتایج آن در فرایند اصلاح قوانین و مقررات مؤثر خواهد بود. به عبارت دیگر، تبیین این که مقررات موجود در صنعت بیمه ایران در جهت منفعت عمومی و اصلاح ناکارایی‌ها و بهبود منافع جامعه است یا منافع گروه‌های ذی‌نفع، چارچوبی را برای روند و مسیر اصلاح قوانین و مقررات و همچنین فرآیندهای آن فراهم خواهد کرد. مرور نظریات تنظیم‌گری و بررسی مطالعات موجود در این زمینه، حاکی از آن است که همه تنظیم‌گری‌های یک صنعت را نمی‌توان صرفاً براساس یکی از نظریات معرفی شده توجیه کرد؛ اما می‌توان گفت که این تنظیم‌گری‌ها بیشتر با کدام نظریه سازگار است. در جدول ۱ خلاصه نظریات مطرح شده و نکات کلیدی هر نظریه بیان شده است.

هدف بیمه‌گذار از پرداخت حق بیمه این است که در صورت لزوم، شرکت بیمه بتواند به موقع از پس تعهدات خود و از عهده خسارات برآید که اگر چنین باشد، سهامداران نیز از عملکرد صحیح شرکت و مدیریت دقیق آن و از بازگشت سرمایه‌های خود و سودآوری شرکت اطمینان حاصل می‌نمایند.

آدامز و تاور (Adams & Tower, 1994; Hutcheson, 2011: 285) استدلال می‌کنند که در بعضی از بخش‌های بیمه، فقدان اطلاعات (عدم تقارن اطلاعات) و افشای آن‌ها می‌تواند مداخله نظارتی را الزامی کند. در وضعیتی که مصرف‌کنندگان فاقد اطلاعات مربوط به سلامت مالی بیمه‌گر یا مفاد فنی در بیمه‌نامه هستند، کاملاً قابل قبول است استدلال کنیم که تنظیم‌گر باید اطمینان حاصل کند مصرف‌کنندگان اطلاعات کافی برای تصمیم‌گیری خرید بهینه را دارند.

یکی از مهم‌ترین اهداف «آیین‌نامه حمایت از حقوق بیمه‌گذاران، بیمه‌شدگان و صاحبان حقوق آن‌ها» که در سال ۱۳۹۱ تصویب شد، افزایش آگاهی عمومی از خدمات بیمه‌ای و شیوه عرضه آن و الزام بیمه‌گران به ارائه اطلاعات کامل، درست و به موقع قبل و بعد از صدور بیمه‌نامه به بیمه‌گذاران بود. در زمینه فروش، پیشنهاد و صدور بیمه‌نامه، ماده هشت آیین‌نامه مذکور مقرر داشته است: «عرضه‌کننده بیمه موظف است کلیه اطلاعات ضروری در مورد پوشش‌های بیمه، وظایف و تعهدات بیمه‌گر و بیمه‌گذار، میزان حق بیمه و نحوه پرداخت آن، استثنائات و محدودیت‌های بیمه‌نامه، تاریخ شروع و انقضای بیمه‌نامه و نحوه ارائه خدمات بیمه‌ای و دیگر توضیحات لازم را به متقاضی خدمات بیمه‌ای به صورتی مناسب (نظیر مکتوب، الکترونیکی و غیره) اعلام نماید». همچنین در راستای حفظ حق انتخاب بیمه‌گذاران در ادامه همین ماده مقرر شده است که: «این اطلاعات باید به گونه‌ای ارائه شود که مقایسه خدمات بیمه‌ای را از نظر قیمت، مدت و شرایط برای متقاضی خدمات بیمه امکان‌پذیر سازد». طبق ماده ۱۴ آیین‌نامه ۷۱: «مسئولیت درج صحیح اطلاعات در بیمه‌نامه بر عهده بیمه‌گر است و موارد اجمال، ابهام یا اختلاف در مندرجات بیمه‌نامه یا سایر مستندات به نفع بیمه‌گذار یا ذی‌نفع تفسیر می‌شود». در خصوص رسیدگی به خسارت، آیین‌نامه در ماده ۱۹ مقرر داشته است: «مؤسسه بیمه موظف است تمهیدات لازم برای اعلام

جدول ۱. خلاصه نظریه‌های تنظیم‌گری

نظریه منفعت عمومی	۱. ایجاد یک دستگاه اصلاحی دولتی برای بهبود عملکرد بازار در موارد شکست رقابت ۲. وضع مقررات برای حمایت از منافع عموم مردم ۳. بازارهای اقتصادی شکننده و رفتار ناکارآ و ناعادلانه‌ی بازار در صورت رها شدن و تلقی تنظیم‌گری نسبتاً بی‌هزینه دولت (فرضیات نظریه) ۴. تأکید بر نقش تنظیم‌گری به‌عنوان مکانیزم توزیع مجدد برای افزایش رفاه اجتماعی از طریق اصلاح تخصیص نادرست منابع (اصل اساسی نظریه) ۵. تنظیم‌گری پاسخی به یک شکست بازار درک شده (تنظیم‌گری در واکنش به اتفاقات خاص) ۶. تنظیم‌گران داورانی مستقل و بی‌طرف ۷. اقدامات نظارتی در جهت حمایت از مصرف‌کننده عملکردی در جهت منفعت عمومی ۸. پیوند منفعت عمومی با حمایت از مصرف‌کنندگان، و دولت به‌عنوان ابزاری برای دستیابی به رفاه اجتماعی ۹. نقش تنظیم‌گری در بیمه: تسهیل عملکرد موفقیت‌آمیز خود شرکت، مدیریت توانگری بیمه‌گر از طریق تنظیم‌گری حق بیمه، حمایت از اجرای تنظیم نرخ به‌منظور حمایت از مصرف‌کنندگان برای اطمینان از کافی بودن حق بیمه برای کاهش خطر ورشکستگی ۱۰. الزام مداخله نظارتی به دلیل فقدان اطلاعات (عدم تقارن اطلاعات) و افشای آن‌ها در بعضی از بخش‌های بیمه
نظریه تسخیر	۱. وضع مقررات در پاسخ به تقاضای گروه‌های ذینفع برای حداکثرسازی منافع اعضای خود ۲. تسلط صنعت تنظیم شده بر نهاد تنظیم‌گر در طول زمان ۳. تسخیر فرآیندهای سیاسی تنظیم‌گری توسط صنعت و بی‌کفایتی و عدم موفقیت تنظیم‌گران تحت تأثیر گروه‌های مصرف‌کننده ۴. ارتباط مستقیم توانایی گروه‌های صنعتی در تسخیر فرآیند تنظیم‌گری با میزان پیچیدگی در یک صنعت، عدم ایفای نقش توسط سیاستمداران به واسطه پیچیده دانستن صنعت و حمایت از سیستم خودتنظیمی
نظریه اقتصادی تنظیم‌گری	۱. ترکیبی از نظریه منفعت عمومی و نظریه تسخیر ۲. پذیرش امکان «تسخیر» فرآیند تنظیم‌گری توسط سایر گروه‌های ذینفع ۳. گروه‌های صنعتی دارای مزایای اطلاعاتی نسبت به مصرف‌کنندگان یا سیاستمداران و حاکم بودن منافع گروه‌های صنعتی در بازار ۴. ارائه مقررات توسط سیاست‌گذاران تا زمان فراتر رفتن تقاضای گروه‌های مؤثر سیاسی از مخالفت با تنظیم‌گری ۵. مداخله دولت، نه به هدف رفع نقایص بازار ۶. وجود مقررات برای ارتقاء منافع شرکت‌کنندگان صنعتی از لحاظ سیاسی مؤثر ۷. تقاضای بیشتر برای تنظیم‌گری با افزایش رقبا در یک صنعت ۸. اولویت خودتنظیمی در یک صنعت متمرکز با بنگاه‌های کمتر
نظریه بازی تنظیم	۱. بررسی نوع دخالت بهینه حاکمیت در بازارهای مختلف با بررسی بده-بستان بین دو هزینه اجتماعی شکست بازار و هزینه دخالت دولت ۲. چهار استراتژی مختلف نظریه: ۱. استفاده از انضباط بازار، ۲. استفاده از دادگستری خصوصی، ۳. تنظیم قوانین و نظارت بر آن توسط نهاد تنظیم‌گر، ۴. تصدیگری دولتی ۳. بررسی بازار به صورت موردی برای بررسی استراتژی بهینه و تشخیص نیاز یا عدم نیاز به تنظیم‌گری ۴. پیروی نکردن از الگوی واحد در مورد میزان استفاده از مکانیسم‌های تنظیم‌گری ۵. تنظیم‌گری تابعی از شرایط زمینه‌ای شامل نظام سیاسی، ساختار اقتصادی و چارچوب‌های حقوقی حاکم ۶. شدت تنظیم‌گری در یک کشور نشان‌دهنده و معلول تفاوت در هزینه‌های اجتماعی هر استراتژی از نظر سیاست‌گذار ۷. وجود نظارت کمتر بر روی نهادهای حاکمیتی در یک کشور و در نتیجه، احتمال بیشتر فساد در نهادهای حکومتی و افزایش هزینه اجتماعی دخالت در آن‌ها

همان‌طور که مشاهده می‌شود و در بخش قبل به‌صورت مفصل توضیح داده شد، با توجه به روند تنظیم‌گری صنعت بیمه ایران دلالت‌هایی که برای نظریه منفعت عمومی در جدول مطرح شده است، بیشتر از سایر نظریه‌ها در مورد مهم‌ترین تنظیم‌گری‌های صنعت بیمه ایران و دلایل آنها مصداق دارد. از این رو می‌توان نتیجه گرفت که نظریه منفعت عمومی بیشترین قرابت را با صنعت بیمه ایران دارد.

با توجه به گستردگی رشته‌های بیمه‌ای، برای بررسی دقیق‌تر و جزئی‌تر می‌توان این موضوع را برای هر رشته بیمه به صورت جداگانه بررسی کرد. زیرا با در نظر گرفتن، تفاوت‌های قابل توجه بین خطوط کسب‌وکار، بهتر می‌توان کاربرد کلی این نظریات را آزمایش کرد. همچنین می‌توان کاربرد نظریات تنظیم‌گری را تنها در مورد یک قانون خاص مورد بررسی قرار داد.

References

- [1] Adams, M. B., & Tower, G. D. (1994). Theories of regulation: some reflections on the statutory supervision of insurance companies in Anglo-American countries. *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 19 (71), 156-177.
- [2] Bonbright, J. (1961). *Principles of Public Utility Rates*. New York: Columbia University Press.
- [3] Buchanan, J. M., & Tullock, G. (1962). *The calculus of consent, logical foundations of constitutional democracy*. University of Michigan Press.
- [4] D'Arcy, S. P. (1984). Economic theories of regulation applied to the property-liability insurance industry. *BEER faculty working paper*, no. 1024, 1-28.
- [5] Finsinger, J., Hammond, E., Tapp, J., & Institute for Fiscal Studies (Great Britain). (1985). *Insurance: competition or regulation? a comparative study of the insurance markets in the United Kingdom and the Federal Republic of Germany*. London: Institute for Fiscal Studies.
- [6] Gormley, W. T., Jr. (1986). Regulatory Issue Networks in a Federal System. *Polity*, 18(4), 595-620.
- [7] Harrington, S. E., & Niehaus, G. (1999). *Risk Management and Insurance*. Boston; London: Irwin McGraw-Hill.
- [8] Hutcheson, H. D. (2011). A regulatory capture explanation of South Africa's private health insurance legislation. *PhD Thesis*, 1-365.
- [9] Ippolito, R. A. (1979). The effects of price regulation in the automobile insurance industry. *The Journal of Law and Economics*, 22(1), 55-89.
- [10] Karimi, M., Cheshmi, A., & Cheshmi, M. (2015). Investigating the impact of regulatory quality on the development of the insurance industry. *Financial Monetary Economics*, 23(11), 167-191. (In Persian)
- [11] Kimball, S. (1961). The Purpose of Insurance Regulation: A Preliminary Inquiry in the Theory of Insurance Law. *Minnesota Law Review*, 45, 471-524.
- [12] Meier, K. J. (1991). The Politics of Insurance Regulation. *Journal of Risk and Insurance*, 58(4), 700-713.
- [13] Monavari, H., & Rasekh, M. (2016). Financial market regulation styles in Iran and England. *Investment Knowledge*, 6(22), 147-163. (In Persian)
- [14] Peltzman, S. (1976). Toward a more General Theory of Regulation. *Journal of Law & Economics*, 19(2), 211-240.
- [15] Posner, R. A. (1974). Theories of economic regulation. *The Bell journal of economics and management science*, 5(2), 335.
- [16] Rahman, R. (1992). *The Australian Accounting Standards Review Board. The establishment of its participative review process (Book Review)*. The Accounting Review, 68(2), 433.
- [17] Shleifer, A. (2005). Understanding regulation. *European Financial Management*, 11(4), 439-451.
- [18] Stigler, G. J. (1971). The theory of economic regulation. *The Bell journal of economics and management science*, 2(1), 3-21.
- [19] Tagwai, M., Rostami, V., & Hashemi, S. (2015). Analyzing regulation policies in Iran's commercial insurances and presenting the ideal model. *Administrative Law*, 4 (11), 75-95. (In Persian)
- [20] Tagwai, M., Rostami, V., & Hashemi, S. (2015). Regulatory challenges in Iran's commercial insurances industry. *Administrative Law*, 2 (7), 57-89. (In Persian)
- [21] Wilson, G. (1964). The Effect of Rate Regulation on Resource Allocation in Transportation. *The American Economic Review*, 54(3), 160-171.
- [22] Wilson, J. Q. (1980). *The Politics of regulation*. New York: Basic Book



Research Article

Vol. 31, No. 25, Spring-Summer 2024, p. 233-257

A Pattern for Managing Legal Risks in Iran's Banking Industry

S. Rashidi ¹, S. M. Miri Lavasani ^{2*}, M. Montazer ²

1- PhD student in Finance-Financial Law, department of management and economics, science and research branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2- Assistant professor, department of management environmental, Faculty of natural resources and environment, science and research branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (*- Corresponding Author Email: Sm.lavasani@srbiau.ac.ir)

3- Assistant Professor, department of Private Law, Faculty of Human Sciences, Damavand Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Received: 10 June 2024

Revised: 28 August 2024

Accepted: 9 September 2024

Available Online: 9 September 2024

How to cite this article:

Rashisi, S.; Miri Lavasani, S.M., & Montazer, M. (2023). A pattern for Managing Legal Risks in Iran's Banking Industry. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 31(25): 233-257.

(in Persian with English abstract)

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.85623.1334>

1- INTRODUCTION

The phenomenon of risk is one of the key characteristics of decision formation in the field of investment, matters related to financial markets and all kinds of economic activities (Nasseri, 2017). For example, regulatory risk arises due to changes in various laws in an economic society. Providing financial facilities and attracting resources in the form of deposits is considered one of the important activities of the banking system. These activities are carried out in the form of contracts and according to the current laws and regulations of the countries. In case of weakness in the design of banks' contracts, so that the rights and rights of banks and customers are not considered fairly in different situations, the legal risk of banks increases. The changes in the rules will greatly affect manufacturing companies and financial institutions. The unscientific determination of the facility interest rate ceiling by the legislators causes banks to face major problems. On the other hand, providing financial facilities and attracting resources in the form of deposits are considered among the important activities of the banking system. These activities are carried out in the form of contracts and according to the current laws and regulations of the countries. In case of weakness in the design of banks' contracts, so that the rights and rights of banks and customers are not considered fairly in different situations, the legal risk of banks increases. This risk can cause very heavy losses. In some cases, these losses have bankrupted banks.

After major corporate scandals in recent years, the importance of financial institutions' legal risk management as part of their overall risk management has increased. Also, the new banking directive implementing the Basel II agreement means that institutions must allocate resources to identify and manage legal risks. In particular, the Rebanking Directive includes legal risk in the broader definition of operational risk. In general, creating comprehensive and enforceable standards for evaluating and consequently reducing legal risk in financial markets is likely to have a positive effect on the performance and commercial efficiency of financial institutions. In particular, the financial health and reliability of the performance of credit institutions in banks depend on legal risk management. The implementation of legal risk management rules in financial and credit institutions of the Eurozone as a rule and guideline for risk identification by creating appropriate standards and reducing legal risk has been able to create a deep impact on the operational framework of the European Central Bank and the central banks of the member countries. According to the legal risk management standards, the European system of central banks has certain characteristics to consider. In accordance with the principle of free market economy and efficient allocation of financial resources in accordance with Article 105, in the case of national central banks in the field of contracts related to granting facilities and depositability, the ability to implement the provisions of contracts, obligations, laws, damages and legal risk litigation should be examined.



The issue of legal risk in the banking system is faced with many ambiguities in the field of defining and implementing a policy based on legal risk management. Conducting operations, the basic rules of contract supervision, the correct functioning of supervisory systems along with supervisory authority and confidentiality conditions constitute the most important areas of legal risk management. According to the non-exhaustive list of specific characteristics of legal risk, it is clear that although the country's banks have a strong role in the financial markets, their goals, duties and contract specifications are not consistent with their risk. Clearly, the awareness about legal risk in the banking field is increasing, but it does not seem to be covered by the general concept of legal risk, because the drafted contracts in many cases are associated with uncertainty in benefits due to the non-disclosure of the limits of the contracts and their confidentiality. The studies conducted in the field of legal risk and banking contracts show that neither the redefinition of banking guidelines nor the approaches based on the regulation of the main documents in accordance with Basel II, although they led to the evolution of risk management techniques, but they do not have a detailed definition of legal risk. However, legal risk consequences include fines, penalties, or punitive damages from regulatory actions, as well as conflicts of interest and lawsuits.

Most of the discussions raised in the field of legal risk in the banking system have been mainly focusing on specific aspects but without systematic treatment of the subject. The group of lawyers of the European financial market and the group of lawyers of the financial market, as well as the sub-committee of the International Union of Lawyers, have started to analyze and present proposals regarding the amendment of the law and the elements of legal risk. These members have achieved a somewhat more systematic approach and a generally accepted definition of legal risk in the context of operational risk, although so far they have not been conclusive. Joanna Benjamin has identified four sources of legal risk, which include 1- the behavior of the financial institution itself 2- the nature of the financial markets 3- problems within the law 4- the interaction of the law and the financial markets, understanding these sources is at least as important as understanding the components of a definition. Is. Only in this way can it be understood in the first place that there is a legal risk. Developing such an understanding is critical if we are to design systems and procedures to manage risks. On this basis, legal risk management means risk assessment and appropriate risk management, as well as ensuring a consistent approach by credit institutions in the field of clarity and facilitation of risks related to financial and non-financial contracts in banks based on financial and accounting standards in accordance with the guidelines and regulations related to implementation, supervision and arbitration in case of defects in the contract, legal sources and interpretation of the provisions (principle of agreement, i.e. with certainty of the goals of the parties).

Such a definition should only be applicable to legal risk as part of operational risk, since any deviation from the approach used by the Community legislator would jeopardize its possible practical relevance. Failure to manage legal risk causes the organization to be exposed to a wide range of criminal, regulatory and civil liability; Therefore, all in-house legal departments of financial institutions and banks should consider legal risk management programs that they have not already done so. However, the success of any of these programs depends on fostering, or in some cases even creating, a corporate risk management culture that values legal risk awareness. Such a program requires avoiding conflicts of interest and supporting the independence of internal legal departments (for example, by appropriate management accountability structures and reporting lines), and includes allocating sufficient resources to the legal department to implement it. Its duties are carried out in a professional and satisfactory manner (Yu et. al, 2018). Basically, legal risk management can be divided into four components: identification - legal risks, assessment of risk importance coefficients, monitoring and reporting mechanisms, and finally, control or reduction of risks related to placements. Since institutions may have different judicial or institutional procedures or processes, they have to take these things into consideration when setting up a legal management framework appropriate to their organization, a factor that should be reflected in the re-banking directive (Amukwa, 2018). In addition, legal risk management should be compatible with operational risk management in general. However, questions may be raised about the relationship between the internal auditor's role as a risk manager, the traditional practice of compliance and those charged with responsibility for risk in general (Castets et al., 2019). In addition, in certain circumstances it may not be appropriate or practical for an institution to act in isolation in response to a risk that may affect a wide range of market participants, and where there may be a need for accountability involving trade associations and other market participants (Bento et al., 2018).

The banking industry is facing numerous legal challenges due to economic and political developments, changes in laws and regulations, intense competition and the need of clients for diverse legal services. Among these challenges, we can mention the conflict of laws and regulations, conflict of interests, changes in financial and banking laws, contractual and legal risks, and intellectual property rights. All these risks in total form legal risks because banks are one of the most important active elements in the economy. Legal risks for banks can be

considered as one of the key factors in determining the success or failure of a financial organization. The diversity and complexity of banking activities requires special attention to legal aspects. Today, banks are recognized as the backbone of the economy and financial markets around the world and continue to play a vital role in providing finance and credit to various industries and services. In banks, legal risks are among the problems and challenges governing the daily operation and even the profitability of the organization. Some of these risks include conflict of interest, violation of regulations and laws, damage to third parties or property, legal tensions and legal costs. As a result, banks need to create a legal culture in order to identify, manage and optimally control their legal risks. The management of legal risks in banks should be done through the creation of an organized and coordinated process, and of course, a detailed analysis of these risks and proper confidentiality. Regulatory requirements and relevant laws, as well as the possibility of non-compliance with legal regulations in the bank can cause legal risks and loss of customer trust. Considering that legal risks in banks are highly dependent on the ability of managers to understand and recognize legal threats, it is very necessary to strengthen the training and awareness of managers and employees in the field of rights and relevant laws to deal with these threats correctly and intelligently. Risk management is the process by which a business systematically identifies, analyzes and manages business risk. Risk management can be used for identification, analysis and overall management. Management of legal risks in the bank can bring advantages for the following reasons. First, by managing and controlling legal risks, the bank can prevent problems and financial losses caused by legal claims. These programs can reduce customer complaints, lawsuits, and other legal threats. Second, by managing legal risks, the bank can maintain its independence and market non-affiliation under any threat and strengthen its public image. By complying with the laws and regulations related to taxation, protecting the rights of customers and other legal issues, the bank can gain high efficiency and trust of customers as a reliable institution. Third; By managing legal risks, the bank can adjust and comply with its legal procedures and policies based on official laws and regulations. This helps the bank to avoid any legal violations and conduct all its transactions according to the relevant laws. fourth; By managing legal risks, the bank can improve its legal negotiation skills and show the other party that it is prepared to deal with any claims and lawsuits. This can help the bank to participate in better negotiations and reduce legal damages. fifth; Managing legal risks can help the bank to reduce its legal costs. By conducting previous studies and optimal preparation in dealing with legal risks, the bank can optimally use predictable and unpredictable costs and reduce potential costs.

2- PURPOSE

The studies conducted in the field of legal risk and banking contracts show that the redefinition of banking guidelines and approaches based on the regulation of the main documents in accordance with Basel II have led to the evolution of risk management techniques, but they have not provided a comprehensive definition of legal risk (Falta, 2017). On the other hand, the consequences of legal risk require more attention and investigations (Andriani, 2018); Therefore, according to the above, it can be said that the country's banking industry needs a standard procedure for identifying and managing legal risks. Although arrangements have been made in the field of risk management in other sectors, there has been less discussion in the field of legal risk; Therefore, presenting a pattern based on legal risk can be effective for banks in terms of reducing risks and improving the financial situation, because in order to manage legal risks in the Iranian banking industry, banks must adopt appropriate strategies. In this regard, this study tries to answer the question that what are the legal risks that banks are facing and what are the consequences of these risks for the Iranian banking industry? In this regard, the aim of this study is to present a pattern of legal risk management in Iran's banking industry.

3- METHODOLOGY

This study was conducted using a combined (qualitative-quantitative) approach. In this regard, the qualitative part of the research was conducted by asking experts in the field of banking contracts, legal experts or risk managers who provide legal risk management services, and bank managers, and finally the research pattern was presented. In the quantitative phase of the research, the presented pattern was validated by structural equation modeling method (partial least squares-PLS) by soliciting opinions from experts and bank managers.

4- FINDINGS

After open coding, in axial coding, the central phenomenon of the research is determined based on the emphases of the respondents and the theoretical foundations of the research. Then the categories including causal conditions, contextual conditions, intervening conditions and consequences are identified and their interactions are designed in the form of a paradigm model. Selective coding is the third stage of the coding method. This stage is actually the theory refinement process and the main stage of theorizing. In other words, based on the results of the previous two stages of coding, he produces theory and in this way systematically relates the central category to other categories and corrects the categories that need further improvement and development. The results of open and central coding, resulting in selective coding in this research, state that legal risk is a function of causal conditions (internal and external legal risks), background conditions (financial, contractual and intellectual property legal risks). These factors provide the conditions for actions and interactions (strategic legal risks, operational legal risks, and transactional legal risks) that lead to consequences (financial crimes, imposition of crimes, financial damages, loss of reputation, legal costs, and weakening of relationships with customers). follows In this regard, seventeen strategies have been identified for managing legal risks in the banking industry in Iran. First; Identification of legal risks: The bank must carefully identify the legal risks related to its activities and performance. This process includes analysis of contracts, identification of conflicts of interest, review of compliance with current laws and regulations, and identification of intellectual property rights. Second; Evaluating legal risks: The bank must evaluate legal risks and check their importance and probability of occurrence. This process includes analyzing the impact of risks on the bank's performance and evaluating the bank's ability to manage and reduce them. Third; formulation of policies and strategies: the bank must determine detailed policies and strategies regarding the management of legal risks. This process includes the formulation of policies related to compliance with laws and regulations, conflicts of interest, protection of customers' rights and management of legal claims. fourth; Training and awareness: The bank should hold appropriate training programs for its employees in the field of legal rules and regulations. This process includes education about new laws and regulations, conflicts of interest, and proper legal behavior. fifth; Legal consulting: The bank can use the services of legal consultants to help them formulate policies and strategies, assess legal risks, and handle legal claims. sixth; Management of legal claims: The bank must carefully follow up and deal with legal claims. This process includes working with the bank's lawyers and formulating appropriate solutions to settle claims. the seventh; Taking care of customers' rights: The bank must fully respect the rights of its customers. This process includes protecting customers' personal information, respecting intellectual property rights, and providing legal services and advice to customers. Eighth; Examination of contracts and transactions: The bank must carefully examine its contracts and transactions and confirm their correctness from a legal point of view. This process includes drawing up appropriate contracts, identifying and managing contractual risks, and complying with laws and regulations. ninth; Communication with regulatory institutions: The bank must have continuous communication with regulatory institutions such as the central bank and the tax system organization. This process includes informing about changes in legal rules and regulations, cooperating in investigating and fixing legal deficiencies, and providing regular reports to regulatory bodies. the tenth; Ongoing monitoring and review: The bank should implement monitoring and review processes to manage legal risks. This process includes continuous review and assessment of legal risks, providing review reports and making necessary decisions and changes. Eleventh; Planning for unexpected events: The bank should have preparedness plans for unexpected and unpredictable events. This process includes preparing a crisis plan, determining roles and responsibilities in case of unfortunate legal events, and implementing crisis exercises. twelfth; Review and update policies: The bank should update its policies and strategies to be consistent with changes in laws and regulations, new risks and developments in the banking industry. This process includes the continuous review of policies, their improvement and formulation of new policies. the thirteenth; Relationship with the bank's lawyers: The bank should establish a close relationship with expert and expert lawyers in the field of banking law. This process includes cooperation with domestic and foreign lawyers for legal advice, litigation supervision and protection of the bank's interests.

the fourteenth; Creating a legal culture: The bank should promote a legal culture in its organization. This process includes educating employees about legal issues, encouraging proper legal behavior, and providing legal guides and resources to employees. fifteenth; Proactive risk management: The bank must be proactive in managing legal risks and take steps to control risks before they occur. This process includes creating a warning system, predicting new risks and providing preventive solutions. the sixteenth; Reporting and notification: The bank must provide regular reports about its legal risks and management measures. This process includes providing internal and external reports, informing managers and shareholders, and providing information to customers and regulatory bodies. seventeenth; Continuous evaluation and improvement: The bank must continuously evaluate

its performance in legal risk management and make the necessary improvements. This includes reviewing the results, analyzing errors and damages, making suggestions for improvement, and evaluating the legal risk management system.

5- CONCLUSION

Legal risks are related to risks caused by non-compliance with legal rules and regulations, lawsuits, contractual conflicts and other legal factors. Legal risk management of banks is a process that is carried out in order to identify, evaluate, control and reduce legal risks that may have a negative impact on the bank. Managing legal risks in banks is very important, because complying with legal rules and regulations, preventing lawsuits and reducing legal risks can help maintain the credit and profitability of the bank. Based on this, considering the importance of the research topic in this study, an attempt has been made to provide a legal risk management pattern in the banking industry of Iran. Based on the results of the research, the management of legal risks in the bank is very important and can significantly help to improve the performance and stability of the bank. By managing these risks, the bank can avoid financial losses caused by lawsuits and legal threats, maintain its public image, and conduct its internal affairs and transactions according to official rules and regulations. Therefore, to ensure the stability and further development of the bank, the management of legal risks should be considered as one of the key management priorities. By upgrading the skills and equipment necessary to identify, assess and control legal risks, the bank can avoid negative effects and legal side costs, and at the same time, gain advantages such as reducing damages and legal costs, maintaining public image and increasing negotiation ability. brought In short, the management of legal risks is very vital for any bank and by using the appropriate processes and policies, it can help improve its performance and stability.

Keywords: Economic Law Risk, Banking, Mixed method

مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۵، بهار و تابستان ۱۴۰۳، ص ۲۵۷-۲۳۳

الگوی برای مدیریت ریسک‌های حقوقی در صنعت بانکداری ایران

سوران رشیدی^۱، سید محمد رضا میری لواسانی^{۲*}، مهدی منتظر^۳

دریافت: ۱۴۰۳/۳/۲۱ پذیرش: ۱۴۰۳/۶/۱۹

چکیده

هدف از این مطالعه، شناسایی ریسک‌های حقوقی در صنعت بانکداری و ارائه الگوی مدیریت این ریسک‌ها است. در این راستا روش تحقیق تلفیقی (کیفی و کمی) می‌باشد. بخش کیفی تحقیق با استفاده از تئوری داده بنیاد و از طریق مصاحبه عمیق نیمه ساختاریافته با ۱۵ نفر از خبرگان حوزه بانکداری با نمونه‌گیری هدفمند انجام شد. نتایج سه مرحله کدگذاری باز، محوری و انتخابی در بخش کیفی بیان می‌دارد که شکل‌گیری ریسک‌های حقوقی تابعی از شرایط علی، شرایط زمینه‌ای و مداخله‌گر است. بر این اساس در نتیجه این تعاملات سه شکل کلی از ریسک شامل ریسک‌های حقوقی استراتژیک، حقوقی عملیاتی و حقوقی معاملاتی شناسایی شد. این ریسک‌ها پیامدهای نامطلوبی شامل جرائم مالی، تضعیف روابط عمومی، تعقیب قضایی، افزایش خسارات مالی، نقض قوانین و مقررات و کاهش رضایت مشتریان دارند. بخش کمی تحقیق نیز با رویکرد حداقل مربعات جزئی انجام شد. نمونه آماری در بخش کمی، ۱۰۰ نفر از مدیران و کارکنان بخش بانکی می‌باشند. بر این اساس مدل طراحی شده در بخش کیفی تأیید شده است. بنابراین با توجه به ۱۷ راهبرد شناسایی شده برای مدیریت این ریسک‌ها، این نتیجه‌گیری به دست می‌آید که با شناخت و مدیریت ریسک‌های حقوقی در بخش بانکی، می‌توان از پیامدهای نامطلوب و خسارات مالی برای بانک‌ها پیشگیری نمود.

کلیدواژه‌ها: ریسک حقوقی، بانکداری، گرند تئوری.

۱. دانشجوی دکتری رشته مالی - حقوق مالی، دانشکده مدیریت و اقتصاد، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲. استادیار، گروه مدیریت محیط زیست، دانشکده منابع طبیعی و محیط زیست، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
(نویسنده مسئول: Sm.lavasani@srbiau.ac.ir)

۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد دماوند، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

مقدمه

صنعت بانکداری با توجه به تحولات اقتصادی و سیاسی، تغییرات قوانین و مقررات، رقابت شدید و نیاز مشتریان به خدمات حقوقی متنوع، با چالش‌های حقوقی متعددی روبرو است. از جمله این چالش‌ها می‌توان به تضاد قوانین و مقررات، تعارض منافع، تغییرات قوانین مالی و بانکی، ریسک‌های قراردادی و حقوقی و حقوق مالکیت فکری اشاره کرد. تمامی این ریسک‌ها در مجموع ریسک‌های حقوقی را شکل می‌دهند چراکه بانک‌ها یکی از مهم‌ترین عناصر فعال در اقتصاد هستند. حقوق اقتصادی به مجموعه‌ای از حقوق و آزادی‌هایی اشاره دارد که در حوزه اقتصاد و تجارت برای افراد و شرکت‌ها تضمین می‌شود. این حقوق شامل حقوق مالکیت، حقوق قراردادی، حقوق معاملات تجاری، حقوق ثبت اختراع و نشان تجاری، حقوق مشارکت در سود و امتیازات، حقوق دسترسی به منابع و بازارهای اقتصادی، حقوق بهره‌مندی از خدمات عمومی مانند آب، برق و حمل و نقل و حقوق بهره‌مندی از حمایت‌های دولتی می‌باشد. حقوق اقتصادی به افراد و شرکت‌ها امکان می‌دهد تا در فضای اقتصادی به طور عادلانه و بدون تبعیض به منافع خود دست یابند و در فعالیت‌های اقتصادی خود آزادانه عمل کنند. این حقوق تأمین می‌کنند که هیچ فرد یا نهادی نمی‌تواند حقوق مالکیت، قرارداد یا معاملات اقتصادی افراد را محدود کند. بر این اساس، پس از رسوایی مالی بزرگ طی سال‌های اخیر، اهمیت مدیریت ریسک مؤسسات مالی به‌عنوان بخشی از فرایند مدیریت ریسک آن‌ها افزایش یافته است. همچنین از نظر دستورالعمل بانکداری نوین مبتنی بر توافق‌نامه بازل دو^۱، مؤسسات مالی باید ریسک‌های حقوقی را شناسایی و مدیریت کنند (مک‌کورمیک^۲، ۲۰۱۰). چرا که ایجاد استانداردهای جامع و قابل اجرا برای ارزیابی و در نتیجه کاهش ریسک حقوقی در بازارهای مالی تأثیر مثبتی بر عملکرد و کارایی تجاری مؤسسات مالی دارد. به عبارتی، سلامت مالی و قابلیت اطمینان عملکرد مؤسسات اعتباری در بانک‌ها وابسته به مدیریت ریسک حقوقی آن‌ها است (Mbugua & et al, 2020).

مسئله ریسک حقوقی در نظام بانکداری، تعریف و اجرای سیاست‌های مبتنی بر مدیریت آن، با ابهامات فراوان مواجه است. از دیدگاه (Popadić, 2020) انجام عملیات، قوانین اولیه نظارت بر قراردادهای عملکرد صحیح سیستم‌های نظارتی همراه

باصلاحیت نظارتی و شرایط محرمانه مهم‌ترین زمینه‌های مدیریت ریسک حقوقی را تشکیل می‌دهد. با توجه به ویژگی‌های خاص ریسک حقوقی، اگرچه بانک‌های کشور در بازارهای مالی دارای نقش مهمی هستند، اما اهداف، وظایف و ماهیت قراردادهای آن‌ها اغلب منطبق با ریسک آن‌ها نیست. قراردادهای حوزه بانکداری در بسیاری از موارد با توجه به عدم افشای حدود و ثغور قراردادها و محرمانگی آن‌ها با نا اطمینانی در منافع همراه است و به نظر نمی‌رسد تحت پوشش مفهوم کلی ریسک حقوقی باشد (Nurul, 2019). از این رو مطالعات انجام شده در زمینه ریسک حقوقی و قراردادهای بانکی نشان می‌دهد که بازتعریف دستورالعمل‌های بانکداری و رویکردهای مبتنی بر تنظیم اسناد اصلی منطبق با بازل دو هرچند باعث تکامل تکنیک‌های مدیریت ریسک گردید، اما تعریف جامعی از ریسک حقوقی ارائه نداده‌اند (Falta, 2017). از طرفی پیامدهای ریسک حقوقی مستلزم توجه و بررسی‌های بیشتری می‌باشد (Andriani, 2018)؛ بنابراین با توجه به موارد فوق می‌توان بیان نمود که صنعت بانکداری کشور نیازمند یک رویه استاندارد شناسایی و مدیریت ریسک‌های حقوقی هستند. هرچند در زمینه مدیریت ریسک در سایر بخش‌ها تمهیداتی اندیشیده شده ولی در زمینه ریسک حقوقی کمتر بحث شده است؛ بنابراین ارائه الگوی مبتنی بر ریسک حقوقی می‌تواند برای بانک‌ها در زمینه کاهش مخاطرات و بهبود وضعیت مالی تأثیرگذار باشد، چراکه برای مدیریت ریسک‌های حقوقی در صنعت بانکداری ایران، بانک‌ها باید استراتژی‌ها و راهبردهای مناسبی را اتخاذ کنند. در این راستا این مطالعه در تلاش است که به این سؤال پاسخ دهد که ریسک‌های حقوقی که بانک‌ها با آن مواجه هستند کدامند و پیامدهای این ریسک‌ها برای صنعت بانکداری ایران چیست؟ در این راستا هدف از این مطالعه ارائه الگوی مدیریت ریسک‌های حقوقی در صنعت بانکداری ایران است. بر این اساس با استفاده از رویکرد تلفیقی (کیفی-کمی) و نظرخواهی از خبرگان حوزه قراردادهای بانکی، متخصصان حقوقی یا مدیران ریسک که خدمات مدیریت ریسک قانونی را ارائه می‌دهند و مدیران بانک‌ها مدل تحقیق ارائه شد و در مرحله بعد با نظرخواهی از کارشناسان و مدیران بانک‌ها، مدل ارائه شده اعتبارسنجی شد.

ساماندهی مقاله حاضر به این شرح است که در بخش نخست مبانی نظری و تجربی تحقیق ارائه می‌شود. در بخش

¹ Basel² McCormick

بعدی ضمن معرفی روش تحقیق و مشخصات نمونه تحقیق در فازهای کیفی و کمی، نتایج تحقیق ارائه شده است و در پایان نیز نتیجه‌گیری و پیشنهادها مطرح شده است.

مبانی نظری

۱. ریسک حقوقی

ریسک حقوقی به معنای قرار گرفتن در معرض جریمه‌ها، مجازات‌ها، یا خسارات تنبیهی ناشی از اقدامات نظارتی و همچنین تسویه حساب‌های مالی است (Basel, 2006). بانک انگلستان^۱ در گزارشی تحت عنوان «نظارت بر سیستم‌های پرداخت» در نوامبر ۲۰۰۰، ریسک حقوقی در سیستم‌های پرداخت را این گونه تعریف کرد: «ریسک تفسیر غیرمنتظره قانون یا عدم اطمینان حقوقی که سیستم پرداخت یا ذی نفعان را با چالش‌های مالی پیش‌بینی نشده و زیان‌های احتمالی مواجه خواهد کرد» (Bank of England, 2000). تعاریف دیگری از ریسک حقوقی به شرح ذیل مطرح شده است: «ریسک حقوقی از عدم اطمینان در قوانین، مقررات و اقدامات قانونی ناشی می‌شود. ریسک حقوقی این احتمال است که یک شریک تجاری به‌طور فرصت طلبانه یک قرارداد را نقض کند یا حقوق مالکیت معنوی را سلب کند» (Hill, 2005).

«ریسک حقوقی ریسکی است که طی آن، قرارداد، سطح حفاظت موردنظر پیمانکاران را فراهم نمی‌کند» (Kreditilsynet, 1994). «ریسک حقوقی تغییر در قانون است به نحوی که بر موقعیت بانک‌ها تأثیر منفی بگذارد. ریسک حقوقی به این صورت تعریف می‌شود که ممکن است دعاوی حقوقی، قضاوت‌های نامطلوب یا قراردادهای معیوب بتواند عملکرد یا وضعیت بانک را مختل کند یا تأثیر نامطلوبی بر آن بگذارد. ریسک حقوقی عبارت است از قرار گرفتن در معرض جریمه‌ها، مجازات‌ها یا خسارات تنبیهی ناشی از اقدامات نظارتی و همچنین تسویه حساب‌های خصوصی» (Te, 2016). Bento (2015) تعریف صریحی از ریسک حقوقی ارائه نمی‌کند و تمایز دقیقی بین ریسک قانونی و ریسک انطباق قائل نمی‌شود. از نظر وی، ریسک‌های حقوقی، رویدادهای احتمالی با پیامدهای قانونی منفی هستند که با نقض انواع مختلف استانداردها (قوانین، مقررات، قوانین حاکمیتی، قراردادها، خودتنظیمی، قوانین نرم و قوانین فرعی) مرتبط هستند. در این

مطالعه مفهوم بسیار گسترده‌ای از ریسک حقوقی اتخاذ شده که به‌موجب آن مؤسسات مالی که اغلب از دسته‌های ریسک مختلف استفاده می‌کنند، می‌تواند به‌سرعت با سایر ریسک‌ها همپوشانی داشته باشد. وسترینک و وینتر^۲ ریسک حقوقی را به شرح زیر توصیف می‌کنند: «ریسک حقوقی محصول شانس عدم دستیابی به کیفیت قانونی مطلوب یک محصول یا خدمات و جدی بودن پیامدهای آن است». والی و گولیان نیز ریسک قانونی را به‌عنوان گونه‌ای از ریسک عملیاتی معرفی می‌کنند. آن‌ها به‌عنوان یک تعریف کلی از ریسک قانونی پیشنهاد می‌کنند: «ریسک حقوقی خطر زیان مالی یا اعتباری است که می‌تواند ناشی از عدم آگاهی یا درک نادرست، ابهام یا بی‌توجهی بی‌پروا نسبت به نحوه اعمال قانون و مقررات در تجارت، روابط، فرایندها، محصولات و خدمات باشد». لذا ریسک حقوقی مؤثر بر یک مؤسسه مالی ممکن است در سه عنوان گروه‌بندی شوند.

ریسک حقوقی سازمانی: این ریسک مربوط به نگهداری دارایی‌ها و اموال شرکت و یا امور داخلی شرکت است.

ریسک متدولوژی حقوقی: این ریسک به علت ناکافی بودن روش‌های و اقدامات انجام‌شده برای محافظت از دارایی‌های شرکت در برابر ادعاهای دیگران یا محافظت در برابر مسئولیت پرداخت خسارت یا غرامت به دیگران است.

ریسک حقوقی تجارت: این ریسک در جریان عملیات تجاری شرکت، تعهدات یا تعهداتی ایجاد می‌شود که پیش‌بینی نشده یا بیشتر از آنچه پیش‌بینی شده است.

اگرچه این مثال‌ها به‌خودی‌خود تعریف دقیقی از ریسک حقوقی ارائه نمی‌دهند، اما در توضیح آنچه بسیاری به‌عنوان هسته اصلی این مفهوم در نظر می‌گیرند، بسیار مفید هستند. طبقه‌بندی سه‌جانبه «سازمانی»، «روش‌شناسی» و «رفتار کسب‌وکار» نیز احتمالاً حداقل یکی از راه‌های مفید برای نگاه کردن به مسائل ریسک حقوقی از منظر مدیریت ریسک است. بدیهی است که مستندات و ادعاهای نامطلوب می‌توانند در هر یک از این سه طبقه فوق‌الذکر قرار گیرند (McCormick, 2010)؛ بنابراین ریسک حقوقی مفهومی پراکنده است که در ادبیات نظری و تجربی درباره آن اتفاق نظر وجود ندارد. تعریف ریسک حقوقی پیچیده است. راه‌های مختلفی برای تعریف ریسک حقوقی وجود دارد. تعاریف از علل دارای ماهیت حقوقی شروع می‌شوند و به تعاریف تبعی از پیامدهای حقوقی منتهی می‌شوند. در تمام دیدگاه‌های ریسک

² Westrink and Winter

¹ England Bank

ریسک‌های مربوط به قراردادهای مالی و غیرمالی در بانک‌ها بر اساس استانداردهای مالی و حسابداری که منطبق با دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های مربوط به اجرا، نظارت و داوری در صورت نقص در قرارداد، منابع قانونی و تفسیر مفاد (اصل توافق یعنی با اطمینان از اهداف طرفین) باشد (Song, 2019). چنین تعریفی در مورد ریسک حقوقی به‌عنوان بخشی از ریسک عملیاتی قابل اجرا است (Gidado & Umoru, 2020).

فقدان مدیریت مناسب ریسک حقوقی موجب می‌شود که سازمان در معرض طیف وسیعی از مسئولیت کیفری، نظارتی و مدنی قرار بگیرد؛ بنابراین، تمام بخش‌های حقوقی داخلی مؤسسات مالی و بانک‌ها باید برنامه‌های مدیریت ریسک حقوقی را در نظر بگیرند (Beecher & Streitwieser, 2019). با این حال، موفقیت هر یک از این برنامه‌ها به تقویت یا حتی در برخی موارد ایجاد فرهنگ حاکمیت شرکتی مدیریت ریسک بستگی دارد. چنین برنامه‌ای اجتناب از تضاد منافع و حمایت از استقلال ادارات حقوقی داخلی (به‌عنوان مثال ساختارهای مسئولیت مدیریتی مناسب و خطوط گزارشگری) را ضروری می‌کند و شامل تخصیص منابع کافی به بخش حقوقی برای اجرای این برنامه‌ها است (Yu & et al, 2018).

اساساً، مدیریت ریسک حقوقی را می‌توان به چهار مؤلفه تقسیم کرد: شناسایی خطرات حقوقی، ارزیابی ضرایب اهمیت ریسک‌ها، نظارت و سازوکارهای گزارشگری و درنهایت کنترل یا کاهش ریسک‌های مربوط به قرار داده‌ها. از آنجاکه ممکن است مؤسسات، دارای رویه‌ها و یا فرایندهای مختلف قضایی یا نهادی باشند، مجبورند این موارد را هنگام تنظیم یک چارچوب مدیریت حقوقی متناسب با سازمان خود موردتوجه قرار دهند (Amukwa, 2018). علاوه بر این، مدیریت ریسک حقوقی باید با مدیریت ریسک عملیاتی به‌طور کلی سازگار باشد. با این حال، ممکن است سؤالاتی در مورد رابطه بین نقش ناظر داخلی به‌عنوان مدیر ریسک، عملکرد سستی پیروی و کسانی که مسئولیت خطر را به‌طور کلی متهم می‌کنند، ایجاد شود (Castets-Renard & et al). علاوه بر این، در شرایط خاص ممکن است مناسب یا عملی نباشد که یک مؤسسه در پاسخ به ریسکی که ممکن است طیف وسیعی از فعالان بازار را

قانونی، پیامدهای نقض استانداردها (عدم رعایت) نقش مهمی دارد. برای بحث در مورد ریسک‌های احتمالی، تمایز میان ریسک‌هایی که علل آن‌ها عمدتاً یک خصوصیت درونی دارند – و بنابراین با اقدامات داخلی می‌توان از آن‌ها اجتناب کرد – و ریسک‌هایی که علل آن‌ها ویژگی خارجی دارند – که تأثیری بر آن‌ها وجود ندارد یا فقط بسیار محدود است، مفید می‌باشد. وقتی این تمایز برای تعریف والی^۱ و گوزلیان^۲ اعمال می‌شود، می‌توان آن را به‌صورت زیر توصیف کرد.

ریسک حقوقی داخلی: فقدان دانش، آگاهی یا بی‌تفاوتی در مورد قانون و کاربرد آن در فعالیتهای سازمانی، تصمیم‌گیری‌ها یا اقدامات کارکنان (شامل عدم استفاده مؤثر از ابزارهای قانونی موجود، مانند محدودیت‌های مسئولیت، یا عدم رعایت مقررات).

ریسک حقوقی خارجی: ابهام یا ابهام در رابطه با نحوه اعمال قانون در سازمان (ابهام حقوقی، اعم از اینکه با عدم اطمینان در مورد واقعیات همراه باشد یا نباشد) و به‌طور گسترده: تغییرات واقعی و مرتبط در سیاست، قوانین و مقررات دولت یا رویه قضایی (و نحوه تفسیر آن).

بیشتر مباحث مطرح‌شده در زمینه ریسک حقوقی در نظام بانکی، عمدتاً با تمرکز بر جنبه‌های خاص اما بدون برخورد منظم با موضوع بوده است (Grigg, 2020). گروه حقوقدانان بازار مالی اروپا^۳ و گروه حقوقدانان بازار مالی^۴ و همچنین کمیته فرعی اتحادیه بین‌المللی وکلای دادگستری^۵ در زمینه مدیریت ریسک حقوقی به تجزیه و تحلیل و ارائه پیشنهاداتی صرفاً در مورد اصلاح قانون و عناصر ریسک حقوقی پرداخته‌اند (Castets & et al, 2019). جونا بینجامین^۶ چهار منبع ریسک حقوقی^۷ را شناسایی کرده است که شامل رفتار مؤسسه مالی، ماهیت بازارهای مالی، مشکلات درون قانون، اثر متقابل قانون و بازارهای مالی، می‌باشند. درک این منابع حداقل به‌اندازه درک ریسک مهم است. فقط از این طریق می‌توان در وهله نخست درک کرد که ریسک حقوقی وجود دارد. اگر قرار باشد سیستم و رویه‌هایی برای مدیریت ریسک‌ها طراحی شود، توسعه چنین درکی بسیار مهم است. بر این مبنای مدیریت ریسک حقوقی عبارت است ارزیابی ریسک و مدیریت ریسک مناسب و همچنین اطمینان از یک رویکرد سازگار در زمینه شفافیت و تسهیل

⁵ IBA

⁶ Joanna Benjamin

⁷ Legal Risk In The Financial Markets

¹ Whalley

² Guzelian

³ EFMLG

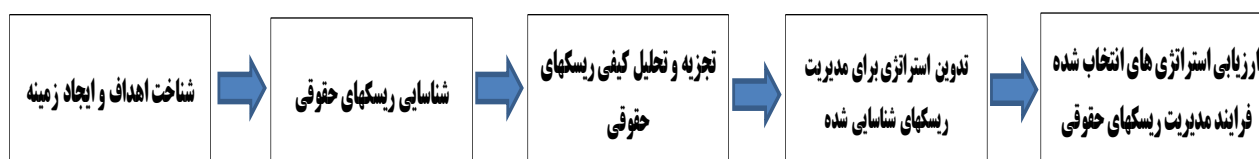
⁴ FMGL

تحت تأثیر قرار دهد، جداگانه عمل کند و در مواردی که ممکن است درگیر انجمن‌های تجاری و سایر فعالان بازار باشد (Bento, 2018).

۲. مدیریت ریسک حقوقی

ادبیات نظری بسیار اندکی در رابطه با کاربرد مدیریت ریسک در زمینه ریسک حقوقی موجود است. بسیاری از ادبیات موجود در موضوع قانون و ریسک بر استفاده از قانون برای تنظیم یا تسهیم ریسک در سطح خط‌مشی عمومی یا از منظر قانون و اقتصاد تمرکز دارند. مدیریت ریسک حقوقی به دلیل ماهیت آن با مدیریت سایر ریسک‌ها متفاوت است. به دلیل حجم گسترده قوانین در اقتصاد بازار، انعطاف ذاتی قانون و انعطاف‌پذیری تفسیر قراردادها، در عمل برای شرکت غیرممکن است که اطلاعات کاملی در مورد چارچوب قانونی حاکم بر تجارت خود داشته باشد. همیشه یک چارچوب قانونی وجود خواهد داشت و شرکت نمی‌تواند به‌طور کامل از ریسک حقوقی اجتناب کند. مدیریت ریسک حقوقی شامل مدیریت ریسک حقوقی با ابزار قانونی نیز

می‌باشد. مؤسسه مالی می‌تواند با استفاده از ابزارها و شیوه‌های حقوقی در سطوح استراتژیک، عملیاتی یا معاملاتی، ریسک‌های حقوقی را مدیریت کنند. ابزارها و شیوه‌های حقوقی مورد استفاده برای مدیریت ریسک به سطح مدیریت ریسک و زمینه بستگی دارد. مدیریت ریسک بانک‌ها شامل استفاده از ترکیبی از شیوه‌های مدیریت ریسک خواهد بود. ابزارهای قانونی خاصی وجود دارد که بسته به زمینه می‌توان از آن‌ها استفاده کرد؛ بنابراین ضروری است که چارچوبی برای مدیریت ریسک حقوقی عمدتاً با ارجاع به ادبیات موجود در مورد روش‌شناسی مدیریت ریسک ایجاد شود. آنچه در ادامه می‌آید تحلیلی از چگونگی اعمال مدیریت ریسک در زمینه ریسک حقوقی و مستلزم بررسی هر یک از مراحل درگیر در فرایند مدیریت ریسک در رابطه با چگونگی انجام آن مراحل در رابطه با ریسک حقوقی است. همچنین شامل بحث در مورد برخی از تکنیک‌های مدیریت ریسک و بررسی میزان استفاده از این تکنیک‌ها در رابطه با شناسایی و مدیریت ریسک حقوقی است (Popadić, 2021).



شکل ۱- مدل مدیریت ریسک حقوقی

است. زمینه داخلی هر چیزی درون سازمان است که می‌تواند بر روشی که یک سازمان در آن ریسک می‌کند، تأثیر بگذارد (Te, 2016).

پیشینه پژوهش

در سال‌های اخیر مطالعات خارجی بسیاری، به بررسی ریسک حقوقی و استراتژی‌های مناسب مقابله با آن پرداختند که در ذیل به اهم آن‌ها پرداخته شده است. پوپادیک نشان دادند نوع و ابعاد قراردادها، در ارزیابی وضعیت آتی و تعیین حجم و مقدار ریسک مؤثر است. تغییرات در محیط نظارتی و چشم‌انداز ریسک، ثابت و غیرقابل پیش‌بینی است، درحالی‌که مشاغل بزرگ روی تحول دیجیتال شرط‌بندی می‌کنند و تمرکز خود را بر روی نوآوری متمرکز می‌کنند. در نتیجه، عواقب استراتژی‌های مدیریت ریسک ضعیف دیگر فقط به تسویه حساب و جریمه محدود نمی‌شوند، بلکه آسیب به رشد نام تجاری و تجارت را شامل

استاندارد ISO 31000 بیان می‌کند که اولین مرحله در فرایند مدیریت ریسک، ایجاد زمینه است که شامل «حوزه، زمینه، معیار» می‌باشند. استاندارد سابق استرالیا AS 4360 علاوه بر فرایند مدیریت ریسک، زمینه را دارای سه جزء می‌داند. این مؤلفه‌ها زمینه مدیریت ریسک، زمینه داخلی و زمینه خارجی هستند. در این مرحله، بانک اهداف مدیریت ریسک خود را با جزئیات بیشتری در مقایسه با فرایند طراحی چارچوب مدیریت ریسک بیان می‌کند. ایجاد زمینه، پیش‌نیاز مهمی است تا بانک بتواند ارزیابی ریسک را به شیوه‌ای مناسب و مؤثر انجام دهد. ایجاد زمینه به دو بخش خارجی و داخلی تقسیم می‌شود. زمینه خارجی محیط خارجی است که در آن سازمان به دنبال دستیابی به اهداف خود است. ایجاد زمینه خارجی کمک می‌کند تا اطمینان حاصل شود که اهداف و نگرانی‌های ذی‌نفعان خارجی هنگام تدوین معیارهای ریسک در نظر گرفته می‌شود. زمینه داخلی محیط داخلی است که سازمان به دنبال دستیابی به اهداف خود

نمونه‌ای از استانداردسازی بین‌المللی پیشرو در رویکرد مدیریت ریسک است؛ و مدیریت ریسک چارچوبی است که به دنبال پیگیری مداوم، پالایش و بهینه‌سازی کسب‌وکار و فرایندها می‌باشد (Salehi, 2022). شفیع‌ی مطرح نموده است که ظهور و محبوبیت مدیریت ریسک از واکنش به تغییرات سریع ناشی از جهانی‌شدن و فشار قانونی بر سازمان‌ها برای مدیریت ریسک‌ها به‌طور کلی صورت گرفته است. اهمیت آن در سال‌های اخیر به دلیل تعدد تقلب‌های شرکتی، رسوایی مالی، افزایش پیچیدگی خطرات و فشار از سوی سازمان‌های نظارتی به‌طور چشمگیری افزایش یافته است. مدیریت ریسک به‌عنوان ابزاری کارآمد برای مدیران سازمان‌ها معرفی شده است (Shafii, 2022).

مرور بر پیشینه تجربی و مطالعات انجام‌شده نشان می‌دهد که مهم‌ترین نوآوری این پژوهش در زمینه شناسایی ریسک‌های حقوقی است که بانک‌های کشور ایران با آن مواجه هستند. همچنین با توجه به اینکه هیچ استاندارد مدون و سازمانی در زمینه شناسایی و مدیریت ریسک‌های حقوقی در ایران وجود ندارد می‌توان نوآوری را از نظر الگوی جامع و بومی مدیریت ریسک حقوقی دانست. همچنین از نظر رویکرد ارزیابی و شناسایی ریسک‌های حقوقی با توجه به عدم وجود مطالعه جامع می‌توان نوآوری پژوهش را از نظر علم مدیریت ریسک نیز مدنظر قرارداد. از آنجایی که پژوهش به‌صورت مورد در شبکه بانکی انجام می‌شود و متناسب با نیازها، محیط درونی و بیرونی سازمان و شرایط کنونی ایران است می‌توان از نظر حوزه کاربردی نیز پژوهش را دارای نوآوری دانست. همچنین می‌توان موارد ذیل را به‌عنوان نوآوری پژوهش در نظر گرفت:

✓ تعیین یک رویکرد شناسایی و تبیین ریسک‌های حقوقی و تطبیق مبتنی بر قراردادهای بانکی و مالی (با توجه به رویکردهای موردبررسی و ابعاد در نظر گرفته‌شده)

✓ ارائه الگو مدیریت ریسک حقوقی و تطبیق با توجه به برون‌دادهای پژوهش مبتنی بر ویژگی‌های سازمانی و اقتضاء زمانی و مکانی برحسب ریسک‌های حقوقی فعلی.

✓ تعیین روش‌ها و راهکارهای مدیریت ریسک حقوقی و تطبیق و ارتقای کیفی شیوه‌های مواجهه با ریسک‌های حقوقی در بانک‌ها و سازمان‌های مالی اعتباری

✓ شناسایی ریسک‌های حقوقی در صنعت بانکداری ایران برای اولین بار ایران

می‌شوند (Popadić, 2021). گیدادو و اومورو نشان دادند که استفاده از اطلاعات مکاتبه شده در جهت مدیریت ریسک توسط مدیران ارشد و هیئت‌مدیره در بخش مدیریت ریسک موردتوجه زیادی قرار دارد. این اطلاعات توسط کارکردهای نظارت داخلی (حسابرسی داخلی)، حساب‌رسان مستقل و بخش کنترل داخلی تأمین می‌شود (Gidado & Umoru, 2020). گینگ نشان داد که ریسک قانونی زمانی مطرح می‌شود که یک معامله از نظر قانونی قابل انجام نباشد. ریسک قانونی در کل با ریسک اعتباری مرتبط است زیرا طرفین معامله در صورت زیان در یک معامله به دنبال بستر قانونی برای زیر سؤال بردن اعتبار معامله می‌گردند (Grigg, 2020). امبوگوا و همکاران نشان دادند که مدیریت ریسک از نظر آماری تأثیر مهمی بر عملکرد سرمایه‌گذاری‌های کارآفرینانه املاک و مستغلات تجاری در کنیا دارد. این مطالعه همچنین نشان می‌دهد که تجزیه و تحلیل ناقص مدیریت ریسک سیاسی / حقوقی از نظر آماری تأثیر مهمی بر عملکرد سرمایه‌گذاری‌های کارآفرینی ندارد. این مطالعه نیاز مقامات مربوطه به اجرای انطباق کامل الزامات محیطی را قبل از شروع هرگونه سرمایه‌گذاری کارآفرینانه توسط کارآفرینان املاک و مستغلات و سایر سهامداران توصیه می‌کند (Amukwa, 2020).

در میان مطالعات داخلی، حسینی و همکاران مطرح نمودند که عدم اطمینان، عنصری ذاتی در تمام فعالیت‌های اقتصادی به شمار می‌آید. نظام مالی و بانکداری اسلامی نیز همانند سایر فعالیت‌های اقتصادی و بانکداری متعارف با انواع ریسک روبرو می‌باشد که مدیریت آن برای کسب هدف مطلوب بسیار حائز اهمیت است. به دنبال تجهیز منابع و تخصیص آن به فعالیت‌های اقتصادی در بازارهای مالی - که امروزه شبکه بانکی قسمت عمده‌ای از این بازار اعتباری را بر عهده دارد - دقت درمانده مطالبات غیر جاری بانک‌ها، ضرورت شناخت ابعاد ریسک و ابزارهای مدیریت ریسک را روشن و نمایان می‌سازد (Hosseini & et al, 2022). صالحی در مطالعه خود مطرح می‌کند که تعدادی استانداردهای مدیریت ریسک وجود دارند که برای ادغام بهترین روش‌ها و کمک به ساده‌سازی و بهبود پیاده‌سازی‌های مدیریت ریسک برای کسب‌وکارها طراحی شده‌اند و سیستم‌های مدیریت ریسک اغلب برای اثبات اثربخشی در اجرا و تطبیق با اهداف شرکت، موظف‌اند در برابر حسابرسی‌ها و ارزیابی‌های داخلی سختگیران بایستند؛ بنابراین استانداردهای مدیریت ریسک تعریف‌شده توسط ISO 31000

✓ شناسایی تکنیک‌های کنترل و کاهش ریسک‌های حقوقی که قبلاً در هیچ‌کدام از مطالعات داخل کشور انجام نشده است.

مواد و روش‌ها

در این تحقیق از روش ترکیبی (کیفی و کمی) به‌منظور تجزیه و تحلیل داده‌ها و دستیابی به نتایج بهره گرفته شده است. روش ترکیبی تلفیقی از دو روش تحقیق کیفی و کمی می‌باشد. استفاده از روش ترکیبی در تحقیق به محققان اجازه می‌دهد تا ابعاد موضوع را به‌صورت عمیق‌تر و واضح‌تر مورد بررسی قرار دهند و بدین‌وسیله به نتایج پیچیده‌تر و غنی‌تری دست یابند.

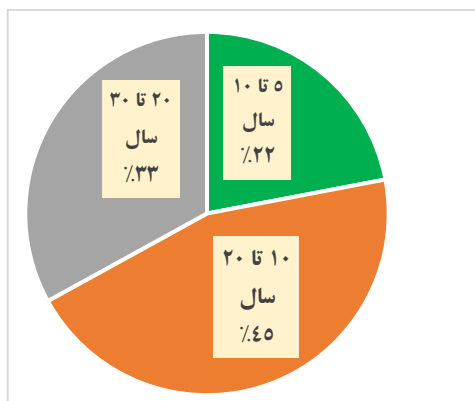
بخش کیفی: با توجه به متفاوت بودن عوامل مؤثر بر ریسک حقوقی در صنعت بانکداری در ایران و همچنین جدید بودن این بحث در میان مطالعات داخلی، ضروری است که برای توسعه مدل اولیه تحقیق، تحقیق کیفی جهت اکتشاف ریسک‌ها و برهم‌کنش میان آنها صورت گیرد. بر این اساس با رویکرد کیفی گردند تئوری به این امر پرداخته شد. ترکیب نتایج فاز تحقیق کیفی با متغیرهای شناسایی شده از طریق مبانی نظری، باعث جامعیت و بومی‌سازی مدل برای شرایط خاص این موضوع در ایران می‌شود. فاز کیفی تحقیق حاضر مربوط به طراحی مدل مفهومی تحقیق می‌باشد که در ادامه مختصری توضیح داده خواهد شد و فاز کمی مربوط به آزمون مدل طراحی شده است.

بخش کمی: در فاز کمی تحقیق، برای آزمون مدل ارائه شده از روش مدل‌سازی معادلات ساختاری با رویکرد روش حداقل مربعات جزئی و با استفاده از نرم‌افزار Smart PLS2 بهره گرفته شده است. مدل‌سازی معادلات ساختاری از دو بخش مدل اندازه‌گیری و مدل ساختاری تشکیل شده است و متغیرهای مدل در دودسته متغیرهای پنهان و آشکار تقسیم‌بندی می‌شوند. بخش مدل اندازه‌گیری شامل سؤالات (گویه‌ها) هر بُعد است و روابط میان سؤالات و ابعاد در این بخش مورد تجزیه و تحلیل قرار

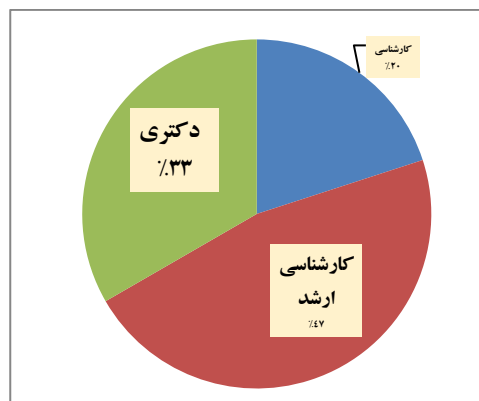
می‌گیرد. بخش مدل ساختاری نیز حاوی تمامی سازه‌های مطرح در مدل اصلی پژوهش است و میزان همبستگی سازه‌ها و روابط میان آنها در این قسمت مورد تمرکز واقع می‌شود.

جامعه و نمونه آماری

جامعه آماری این تحقیق کلیه مدیران، کارکنان و رؤسای بانک‌های فعال در صنعت بانکداری ایران هستند که به‌ویژه با حوزه مدیریت ریسک بانکی در ارتباط می‌باشند. لذا در این تحقیق سعی شده است تعداد نمونه هم در مرحله کیفی و هم کمی بیشتر از حالت متعارف باشد؛ بنابراین در مرحله کیفی تحقیق از تعداد ۱۵ نفر خواسته شد که پرسشنامه بازی که برای منظور طراحی شده است را تکمیل کنند. افرادی برای مرحله کیفی انتخاب شده‌اند که از حوزه تحقیق مطلع بوده و در این حوزه به نحوی صاحب‌نظر هستند. در تحقیق حاضر به‌منظور جمع‌آوری داده‌ها و اطلاعات برای تجزیه و تحلیل بخش کیفی، از گراندد تئوری، استفاده شد. روش نمونه‌گیری در فاز کیفی پژوهش حاضر، روش نمونه‌گیری هدفمند است. بعد از انجام ۱۵ مصاحبه، دیده شد که عوامل اصلی و فرعی در مصاحبه‌ها تکرار شده و پاسخ‌ها از روندی تکراری تبعیت می‌کنند لذا نمونه با ۱۵ نفر مورد تأیید قرار گرفت و به فرایند مصاحبه پایان داده شد و پژوهشگر به اشباع نظری رسید. محقق تمامی مصاحبه‌ها را هدایت نمود. اتخاذ این رویه باعث شد تا محقق بتواند اطلاعات حاصل از مصاحبه‌های پیشین را در مصاحبه‌های بعدی به کار بندد. به این ترتیب که بعد از انجام هر مصاحبه نقاط مبهم یا ضعف الگو و مقوله‌ها مشخص و نفر بعدی با توجه به تخصص موردنیاز برای رفع ابهامات انتخاب شد. جمع‌آوری داده‌ها تا مرحله اشباع نظری مقوله‌ها و به بیان واضح‌تر تا جایی که امکان دستیابی به داده‌های جدید دیگر فراهم نبود، ادامه یافت. سؤالات مصاحبه بخش کیفی شامل پنج سوال باز و کلی پیرامون عوامل مؤثر علی، زمینه‌ای، مداخله‌گر و پیامدها و دیگر ابعاد ریسک حقوقی می‌باشند. نمونه تحقیق در فاز کیفی ویژگی‌هایی به شرح ذیل دارد:



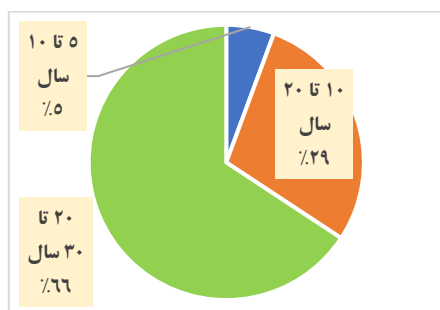
نمودار ۲- فراوانی سابقه کاری



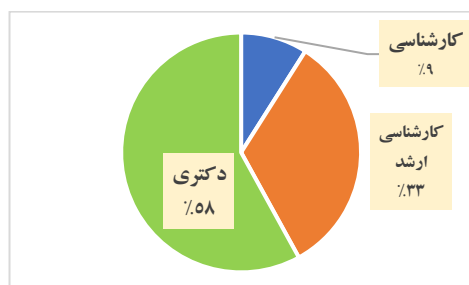
نمودار ۱- فراوانی سطح تحصیلات

همان گونه که نتایج نشان می‌دهند ۵۸ نفر از پاسخ‌دهندگان دارای تحصیلات در مقطع دکتری، ۳۳ نفر کارشناسی ارشد، ۹ نفر کارشناسی بوده‌اند. همچنین نمونه موردبررسی به لحاظ سابقه کاری شامل ۵ نفر با سابقه ۵ تا ۱۰ سال، ۲۹ نفر با سابقه ۱۰ تا ۲۰ سال و ۶۶ نفر با سابقه ۲۰ تا ۳۰ سال است. سوالات پرسشنامه فاز کمی بر اساس مؤلفه‌های احصا شده در مدل در قالب طیف پنج گزینه ای لیکرت طراحی شدند.

نمونه آماری در مرحله کمی تحقیق حاضر ۱۰۰ نفر از کارشناسان و کارکنان بخش بانکی کشور و بانک مرکزی است. پرسشنامه تحقیق به صورت الکترونیکی برای ایشان ارسال گردید. در این مرحله سعی شده است از نظرات افراد با ویژگی‌های جمعیت‌شناسی مختلف (سابقه کاری، تحصیلات و غیره) بهره گرفته شود تا امکان تعمیم نتایج به کل جامعه آماری فعال در فضای بانکی کشور فراهم شود. در نمودار ۳ و ۴ دو مورد از ویژگی‌های جمعیت شناختی نمونه موردبررسی ارائه شده است.



نمودار ۴- فراوانی سابقه کاری



نمودار ۳- فراوانی سطح تحصیلات

اصلاح گردید؛ بنابراین بهره‌گیری از مبانی نظری تحقیق و نظر خبرگان و صاحب‌نظران تضمین‌کننده روایی پرسشنامه می‌باشد. همچنین برای سنجش پایایی یا قابلیت اعتماد، ثبات و سازگاری پرسشنامه، از شاخص آلفای کرونباخ استفاده شده است. چنانچه ضریب محاسبه شده از رقم ۰/۷ بیشتر باشد، سؤال‌های پرسشنامه از نظر پایایی دارای همبستگی درونی مناسبی بوده و قابل پذیرش است. نتایج بررسی‌ها نشان می‌دهد، ضریب آلفای کرونباخ برای

در مرحله کمی تحقیق، پرسشنامه‌ای بر اساس شاخص‌های شناسایی شده از سوی خبرگان تحقیق در فاز کیفی متشکل از سؤالات عمومی و تخصصی به صورت الکترونیکی و در مقیاس پنج گزینه‌ای لیکرت (به ترتیب خیلی کم، کم، متوسط، زیاد، خیلی زیاد) طراحی شد. برای اطمینان از اعتبار و روایی ابزار گردآوری اطلاعات، ضمن تأکید بر بهره‌گیری از مبانی نظری تحقیق، پرسشنامه با نظر اساتید و تعدادی از خبرگان تعدیل و

تصریح مدل در فاز کیفی تحقیق

در بخش کیفی تحقیق، از روش گردند تئوری برای تجزیه و تحلیل داده‌ها استفاده شده است. در این روش متغیرها و مضامین مدل مفهومی تحقیق با استفاده از رویکرد کدگذاری مورد شناسایی قرار گرفتند. کدگذاری شامل سه مرحله کدگذاری باز، محوری و انتخابی است. در مرحله کدگذاری باز محقق، داده‌های گردآوری شده از پرسشنامه باز را بررسی کرده و سعی می‌کند مفاهیمی از عمق موارد مطرح شده، استخراج کند.

کل پرسشنامه برابر با ۰/۸۷ بوده و درمجموع پرسشنامه از انسجام درونی مناسب و قابلیت اطمینان مناسبی برخوردار است.

نتایج و بحث

در این قسمت ابتدا نتایج مربوط به فاز کیفی و طراحی مدل مفهومی تحقیق ارائه شده است و در مرحله بعد نتایج مربوط به فاز کمی و به عبارت دیگر اعتبارسنجی مدل مفهومی طراحی شده، ارائه شده است:

جدول ۱- برخی از مفاهیم و کدهای استخراجی از مصاحبه

نشانگر	مفاهیم	کدهای اولیه متناظر
۱	ریسک های حقوقی داخلی	ریسک ناسازگاری ساختاری مرتبط با عدم سازگاری بین ساختار و چارت سازمانی بانک. این ریسک شامل عدم تطابق بین مسئولیت‌ها، وظایف و نیروی انسانی است که می‌تواند منجر به نقض قوانین و مقررات یا کاهش کیفیت خدمات مالی شود.
۲		ریسک عدم انطباق با سیاست‌های داخلی مرتبط با تضاد و عدم تطابق بین سیاست‌ها و دستورالعمل‌های داخلی بانک و عملکرد و عملیات مورد استفاده توسط کارکنان. این ریسک می‌تواند منجر به تضعیف قابلیت اعتماد و ایجاد تنش‌های حقوقی شود.
۳		ریسک ناشی از رفتار کارکنان؛ ممکن است کارکنان با رفتاری ناقض قوانین و مقررات، سیاست‌ها و دستورالعمل‌های داخلی حاکم بر بانک عمل کنند. این ریسک می‌تواند شامل تقلب‌ها، سوءاستفاده از اطلاعات محرمانه، نادیده گرفتن سیاست‌های KYC (شناسایی مشتری) و غیره باشد.
۴		ریسک حقوقی ناشی از نوآوری‌های مالی؛ برخی بانک‌ها ممکن است نوآوری‌های مالی مختلفی را در بخش‌های مختلف از جمله تجارت الکترونیکی، پرداخت‌های بدون واسطه و محصولات و خدمات مالی دیجیتال ارائه دهند. این نوآوری‌ها می‌توانند ریسک‌های حقوقی و قانونی جدیدی را برای بانک ایجاد کنند، به خصوص در خصوص عدم تطابق با قانون‌ها و مقررات حاکم.
۵	ریسک های حقوقی خارجی	ریسک تنظیمی خارجی مرتبط با پیچیدگی و تغییرات قوانین و مقررات حقوقی کشورها و صنعت در کشور. این ریسک می‌تواند شامل قوانین مالی، بانکداری، تجارت بین‌المللی، حقوق تجاری و دیگر قوانین حقوقی مربوطه باشد.
۶		ریسک قانونی خارجی مرتبط با تطبیق عملکرد بانک با قوانین و مقررات حقوقی کشورهای دیگر که فعالیت‌های بین‌المللی بانک را تحت تأثیر قرار می‌دهد. این ریسک می‌تواند شامل پیامدهای تجاری، مالی، مالکیت فکری، حقوق مشتریان و دیگر قوانین مربوطه باشد.
۷		ریسک مرتبط با تطبیق فعالیت‌های بانک با قوانین و مقررات حقوقی کشورهایی که بانک در آن‌ها فعالیت می‌کند. این ریسک ممکن است شامل تنظیمات مالی، مالیاتی، حمایت از مشتریان، حفاظت از اطلاعات شخصی و قوانین کارفرمایی باشد.
۸		ریسک قراردادی بین‌المللی مرتبط با مسائل متعددی مانند تعاملات قراردادی بین بانک و اشخاص و نهادهای خارجی، صلاحیت قراردادهای، سازمان قضایی و محل رسیدگی به اختلافات، وجود تعارض قوانین در قراردادهای و قضایا و غیره.
۹	ریسک‌های	ریسک‌های حقوقی مالی در بانکداری با محوریت معاملات مالی بانک، اعتبارات، تسهیلات و سایر موارد مالی، به مسائل

حقوقی مالی	حقوقی مربوط به فعالیت‌های مالی بانک اشاره دارد.
۱۰	ریسک مرتبط با عدم رعایت مقررات و قوانین بانکی توسط بانک در فعالیت‌های مالی. این ریسک می‌تواند شامل نقض قوانین بانکی در معاملات مالی، انحصار، نداشتن مجوزهای لازم، عدم اجرای قوانین ضدپولشویی و دیگر مسائل مربوطه باشد.
۱۱	ریسک قراردادی مالی مرتبط با عدم رعایت تعهدات به‌عهده گرفته شده در قراردادهای مالی بین بانک و مشتریان، شامل قراردادهای وام، تسهیلات مالی، اعتبارات، نمایش عمومی صورت‌های حساب و دیگر قراردادهای مالی.
۱۲	ریسک مرتبط با تغییر قوانین و مقررات مالی و بانکی که می‌تواند تأثیر مستقیم بر فعالیت بانک در معاملات مالی داشته باشد، شامل تغییر نرخ بهره، قوانین مالیاتی، مقررات اوراق بهادار و سایر مسائل مالی.
۱۳	ریسک قانونی مربوط به سرمایه‌گذاری مرتبط با عدم رعایت قوانین حقوقی در سرمایه‌گذاری بانک در بازارهای مالی مانند بورس، صندوقهای سرمایه‌گذاری و سایر فعالیت‌های سرمایه‌گذاری.
۱۴	مدیریت ریسک حقوقی مالی در بانک‌ها با محوریت این مسائل به منظور شناسایی، ارزیابی، کنترل و کاهش این ریسک‌ها انجام می‌شود که شامل استفاده از خدمات حقوقی تخصصی در حوزه بانکداری، تعامل با سازمان‌ها و نهادهای نظارتی، تقویت فرآیندهای داخلی مانند مکاتبات قراردادی و رفع اختلافات و تشکیل و تقویت تیم‌های تخصصی حقوقی است. همچنین ارتقای آگاهی کارکنان از قوانین بانکی و مالی، تشکیل کمیته‌های حقوقی داخلی، پیگیری تغییرات قوانین و مقررات مالی، و اطلاع‌رسانی مناسب در داخل سازمان نیز از تکنیک‌های مدیریت این ریسک‌ها است.
۱۵	ریسک نقض قرارداد: ممکن است بانک در فعالیت‌های قراردادی با مشتریان خود قوانین و شرایط قرارداد را نقض کند. این ریسک می‌تواند شامل عدم رعایت تعهدات مالی، تأخیر در پرداخت وام‌ها، هزینه‌ها یا سایر تعهدات قراردادی باشد.
۱۶	ریسک نقض قوانین و مقررات: بانک ممکن است در فعالیت‌های قراردادی خود قوانین و مقرراتی را نقض کند. این ریسک می‌تواند مرتبط با عدم رعایت مقررات بانکی، قوانین حقوقی، قوانین ضدپولشویی و سایر قوانین مربوط به صنعت بانکداری باشد.
۱۷	ریسک عدم تطابق تفسیر قرارداد: ممکن است در تفسیر قراردادها بین بانک و مشتری به اختلافات حقوقی برسد. این ریسک می‌تواند شامل تفسیر نادرست شرایط و مفاد قراردادها و ابهام‌های قراردادی باشد.
۱۸	ریسک عدم تعادل قراردادی: ممکن است بانک در فعالیت‌های قراردادی با مشتریان خود تعادل قراردادی را نادیده بگیرد یا به سایر طرف‌های قرارداد مزایای خاصی ارائه دهد.
۱۹	ریسک صوری شدن معاملات: در بعضی از معاملات مالی بانکداری، شرایط قراردادی آنچنان پیچیده و فنی می‌شوند که ممکن است تبدیل به اسناد صوری شوند، در این صورت ریسک عدم تطابق با محتوای واقعی قرارداد و حقوق و تعهدات طرفین افزایش می‌یابد.
۲۰	مدیریت ریسک‌های حقوقی قراردادی در بانک‌ها با ارزیابی و کنترل قراردادها، استفاده از خدمات حقوقی تخصصی، آموزش کارکنان درباره قوانین و مقررات بانکی، بررسی اصول و قواعد تفسیر قراردادها و تشکیل کمیته‌های حقوقی در داخل سازمان انجام می‌شود. همچنین، مدیریت ریسک قراردادی با توجه به نیازهای مشتریان و تنوع قراردادهای مالی بانک از اهمیت بالایی برخوردار است.
۲۱	ریسک‌های حقوقی مالکیت فکری
۲۲	سوء استفاده از اطلاعات: ممکن است به نحوی از اطلاعات و ایده‌هایی که توسط بانک ایجاد یا استفاده می‌شوند، سوء استفاده شود.
۲۳	جرم سرقت مالکیت فکری را می‌توان با انتقال ایده‌ها، الگوها و روش‌های منحصر به فرد بانک به طور غیرمجاز تعریف کرد.
۲۳	نقض قراردادهای مالکیت فکری: اگر قراردادهای مالکیت فکری بین بانک و واحد مربوط به مالکیت فکری نقض شود،

می‌تواند به تخلفات حقوقی منجر شود و حقوق مالکیت فکری بانک تضعیف شود.		
نقض قوانین مالکیت فکری: در برخی موارد، به علت عدم رعایت اقدامات مربوط به مالکیت فکری، بانک ممکن است به تخلفات قانونی مبتلا شود و پیگرد قانونی را تجربه کند.	۲۴	
هنگامی که مالکیت فکری بانک توسط طرف‌هایی مانند دولت یا قوانین مربوط به کشورهایی که بانک در آن فعالیت می‌کند، نادیده گرفته می‌شود، ممکن است نتایج منفی برای بانک به همراه داشته باشد.	۲۵	
در صورت بروز تخلفات مربوط به مالکیت فکری، بانک باید برای مقابله با این مشکلات قضایی، رویکردها و راه‌حل‌های قانونی را بررسی و اجرا کند.	۲۶	
حفظ حقوق مالکیت فکری و اجرای اقدامات قانونی در صورت تخلفات ممکن است نیازمند هزینه‌های قابل توجهی باشد، که بانک باید برای آنها بودجه‌ای را اختصاص دهد.	۲۷	
تغییرات در قوانین و مقررات: دولت ممکن است قوانین و مقرراتی که حاکم بر بانک‌ها و صنعت مالی است، تغییر دهد. این تغییرات می‌تواند تأثیر زیادی بر فعالیت‌ها و مسائل مالیاتی بانک‌ها داشته باشد.	۲۸	
محدودیت‌ها در عملکرد: دولت ممکن است برخی محدودیت‌ها را بر روی عملکرد بانک‌ها تحمیل کند. این محدودیت‌ها می‌تواند شامل مواردی مانند تعدیل نرخ سود و سهام، تنظیم سیاست‌های قرض‌دهی و کنترل واردات و صادرات باشد.	۲۹	
تعیین مجدد قراردادهای: دولت ممکن است تغییراتی را در قراردادهای یا تفاهم‌نامه‌های مالی با بانک‌ها ایجاد کند. این تغییرات می‌تواند منجر به تغییر در شرایط مالی، مسئولیت‌ها و حقوق و تعهدات بانک‌ها شود.	۳۰	
ضوابط وظایف مالی: دولت ممکن است نسبت به بانک‌ها وظایف مالی مشخصی را تعیین کند، مانند نظارت بر سرمایه بانک، میزان سرمایه‌ای که برای مقابله با ریسک‌های مالی باید اختصاص داده شود و مسائل مربوط به سرمایه.	۳۱	ریسک‌های حقوقی دولتی
استراتژی‌های مالی دولتی: دولت ممکن است استراتژی‌های مالی خود را تغییر دهد که می‌تواند تأثیرات قابل توجهی بر بانک‌ها و صنعت مالی داشته باشد. مانند تغییر در سیاست‌های پولی، نرخ بهره و تنظیم کنترل نرخ ارز.	۳۲	
دستورات دولتی: دولت ممکن است دستورات خاصی را صادر کند که بر بانک‌ها تأثیر گذاشته و در آن‌ها تغییراتی ایجاد کند مانند مواردی مانند اجباری کردن بانک‌ها برای ارائه خدمات به لایه‌های خاص از جامعه.	۳۳	
تمام این تغییرات و دستورات دولتی می‌توانند به طور مستقیم یا غیرمستقیم تأثیرات نامطلوبی بر بانک‌ها و صنعت مالی داشته باشند و ریسک‌های حقوقی را ایجاد کنند. بانک‌ها باید به طور منظم قوانین و مقررات جدید را دنبال کرده و راهکارهای ملایمی را برای مدیریت ریسک‌های حقوقی دولتی پیاده‌سازی کنند.	۳۴	
دعای قضایی: بانک ممکن است به علت اختلافات حقوقی با مشتریان، شرکای تجاری یا سایر طرف‌ها با دعای قضایی مواجه شود. این دعای می‌تواند به ضرر مالی، آسیب رساندن به نام و شهرت بانک و هزینه‌های قضایی منجر شود.	۳۵	
مسائل جبران خسارت: در صورتی که بانک عملیات خود را به نحوی نادرست انجام دهد یا مشکل در ارائه خدمات داشته باشد، ممکن است مشتریان یا طرف‌های دیگر از بانک درخواست جبران خسارت کنند. این موضوع می‌تواند خسارت مالی جدی را به بانک وارد کند.	۳۶	ریسک‌های حقوقی قضایی
تخلفات حقوقی: بانک ممکن است به علت تخلفات حقوقی، مانند نقض قراردادهای، قوانین و مقررات، قوانین ضد رقابتی و سایر قوانین، از سوی مراجع قضایی مورد پیگرد قرار گیرد. این موضوع می‌تواند به جریمه‌ها، محدودیت‌های قانونی و پیشرفت دعای قضایی منجر شود.	۳۷	
تأثیر تصمیمات قضایی: تصمیمات قضایی ممکن است بر بانک و تعاملات آینده آن با مشتریان و طرف‌های دیگر تأثیری داشته باشد. تصمیمات قضایی می‌توانند مرجعی برای تعیین حقوق و تعهدات بانک باشند و به طور کلی بر	۳۸	

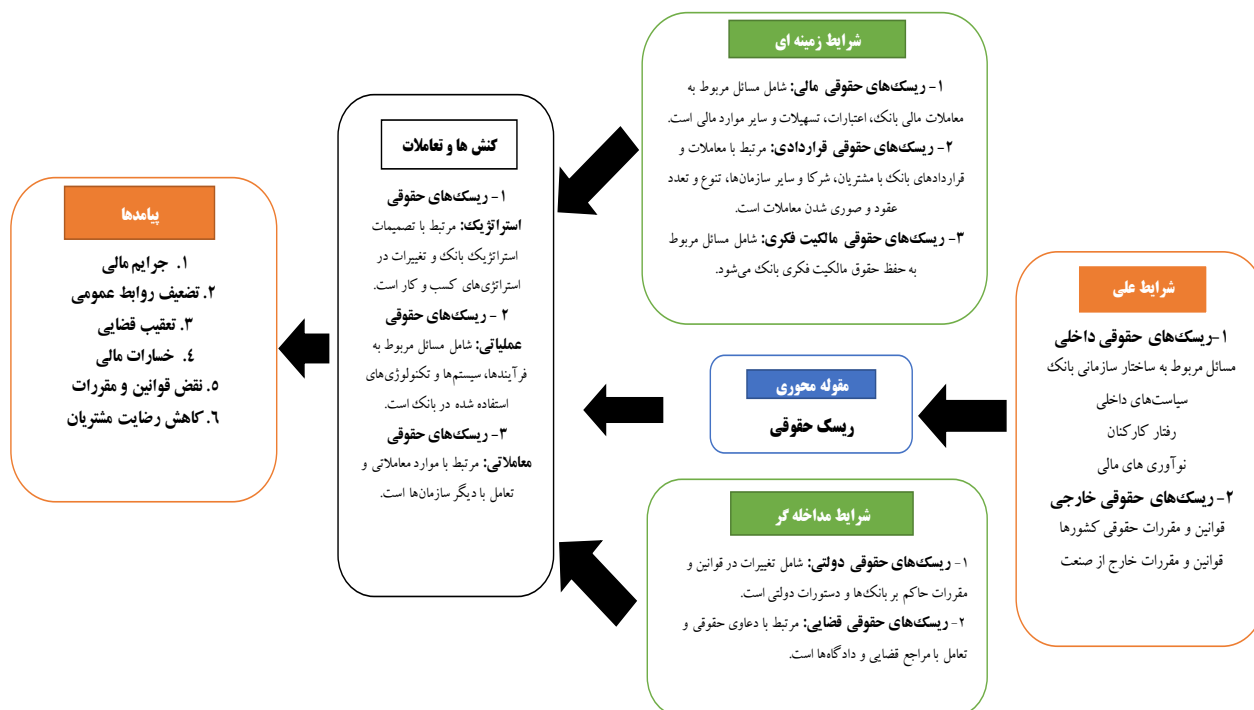
		عملکرد بانک تاثیر گذار باشند.
۳۹		اجتناب از تعامل با دادگاه ها: در برخی موارد، بانک ممکن است تصمیم بگیرد که به جای رسیدگی به دعاوی قضایی و تعامل با دادگاه ها، به کارشناسان حقوقی و وکلای دادگستری مراجعه کند. این موضوع می تواند هزینه های حقوقی را کاهش دهد، اما در عین حال خطراتی نظیر نارضایتی مشتریان در پاسخ به این تصمیم وجود دارد.
۴۰		برای مدیریت ریسک های حقوقی قضایی، بانک باید استراتژی ها و راهکارهای مناسبی را برای رفع اختلافات و پیگیری دعاوی حقوقی از طریق مراجع قضایی و دادگاه ها به کار گیرد. همچنین، بانک باید از وکلای متخصص حقوقی استفاده کند و قوانین و مقررات مربوطه را به طور منظم بررسی و روند تغییرات آن ها را دنبال کند.
۴۱		تغییر در قوانین و مقررات: استراتژی های جدید بانک ممکن است نیازمند تغییرات در قوانین و مقررات حاکم بر صنعت مالی باشد. این تغییرات می توانند مشکلاتی را ایجاد کنند و منجر به ریسک های حقوقی شوند.
۴۲		تغییر در روند کسب و کار: در صورتی که بانک تصمیم بگیرد که استراتژی و روند کسب و کار خود را تغییر دهد، این تغییرات می توانند به ریسک های حقوقی منجر شوند. به عنوان مثال، استراتژی جدید ممکن است نیازمند تعامل با مشتریان جدید، مشارکت های تجاری جدید یا تغییر قراردادها باشد که می تواند به تعارض ها و دعاوی حقوقی منجر شود.
۴۳	ریسک های حقوقی استراتژیک	عدم رعایت قوانین و مقررات: استراتژی های بانک ممکن است با قوانین و مقررات حاکم در کشور یا دیگر مناطق همسایه مغایرت داشته باشد. این مغایرت ها می توانند به سوابق تعزیراتی، جریم و پیگرد قانونی منجر شوند.
۴۴		روند تغییرات قوانین بین المللی: استراتژی های بانک ممکن است با تغییرات در قوانین و مقررات بین المللی مرتبط با صنعت مالی مغایرت داشته باشد. این مغایرت ها می توانند به استفاده نادرست از اطلاعات، تحریم ها، تعارض بین درآمدها و سرمایه گذاری های خارجی منجر شوند.
۴۵		استراتژی های بانک ممکن است به شرکت در معاملات پیچیده، توسعه فعالیت در کشورهای تحت تحریم و سایر عملیات غیرقانونی منجر شوند که می تواند به تعرضات حقوقی و جریم منجر شود.
۴۶		برای مدیریت ریسک های حقوقی استراتژیک، بانک باید در همه موارد از راهکارهای حقوقی مناسب استفاده کند. این راهکارها شامل بررسی دقیق قوانین و مقررات مربوطه، مدیریت و کاهش ریسک های قانونی، هماهنگی با وکلای متخصص حقوقی و افزایش آگاهی در مورد تغییرات حقوقی و قضایی مرتبط با استراتژی های بانک است.
۴۷		خطاهای عملیاتی: خطاهای در اجرای فرایندها و ارائه خدمات ممکن است منجر به اشتباهات مالی، خسارات به مشتریان، تعارضات قراردادی و دعاوی حقوقی شود.
۴۸		نقص های سیستمی: مشکلات در سیستم های اطلاعاتی و تکنولوژی ها می توانند به عملکرد نامناسب، اشتباهات در انجام تراکنش ها و از بین رفتن اطلاعات منجر شوند. این نقص ها باعث خسارت های مالی و ریسک های حقوقی می شوند.
۴۹	ریسک های حقوقی عملیاتی	نقض حریم خصوصی: در صورت عدم احترام به حریم خصوصی مشتریان و نقض قوانین حفاظت از اطلاعات شخصی، بانک ممکن است مورد پیگرد قانونی قرار گیرد. این مسئله می تواند به جریمه ها، جبران خسارت و آسیب به نام و شهرت بانک منجر شود.
۵۰		تخلفات در ارائه خدمات: ارائه خدمات نامناسب، نقض تعهدات به مشتریان، تأخیر در پاسخگویی، اطلاعات نادرست و برخی موارد از این دست ممکن است به شکایات مشتریان، دعاوی قضایی و جبران خسارت منجر شوند.
۵۱		تخلفات در امور مالی و حقوقی: نقض قوانین مالی و حقوقی می تواند مشکلاتی ایجاد کند و به تحریم ها، جریم و دعاوی قضایی منجر شود. مثلاً، عدم رعایت قوانین مربوط به پولشویی، مالیات، تحریم ها و جریم مالی ممکن است به پیگرد قانونی، جریمه و خسارت های قانونی منجر شود.

۵۲	برای مدیریت ریسک‌های حقوقی عملیاتی، بانک باید از راهکارهای حقوقی و فنی مناسب استفاده کند. این راهکارها شامل ارتقاء سیستم‌ها و تکنولوژی‌ها، اجرای فرآیندهای کنترل داخلی، آموزش و آگاهی‌بخشی به کارکنان در مورد استفاده صحیح از سیستم‌ها و پیگیری روند تغییرات قوانین و مقررات است. همچنین، بانک باید مکانیزم‌های حفاظت از اطلاعات شخصی و حفظ حریم خصوصی مشتریان را به طور دقیق پیاده کند.	
۵۳	عدم رعایت قراردادها: تعامل بانک با سازمان‌ها و مشتریان ممکن است به تعارضات در قراردادها، عدم رعایت تعهدات قراردادی و نقض شرایط قرارداد منجر شود که می‌تواند به دعاوی و خسارت‌های مالی و حقوقی منجر شود.	
۵۴	تعارض منافع: در صورت وجود تعارض منافع بین بانک و سازمان‌ها یا مشتریان، می‌تواند به تحریف اطلاعات، استفاده نامناسب از اطلاعات و مشاغل غیرمجاز منجر شود. این مسئله می‌تواند به ریسک‌های حقوقی، عملکرد نامناسب و آسیب به شهرت بانک منجر شود.	
۵۵	تاکید بر رعایت تحریم‌ها و قوانین مربوطه در تعاملات بین‌المللی می‌تواند برای بانک ریسک‌های حقوقی به همراه داشته باشد. مانند تحریم‌های مالی، تحریم‌های مربوط به مشتریان خاص و تحریم‌های متقابل.	
۵۶	نقض قوانین رقابتی: بانک ممکن است به نقض قوانین رقابتی و موارد مرتبط با ممنوعیت‌های انحصارطلبانه در معاملات خود بپردازد که می‌تواند به هزینه‌های بالا، جریمه‌ها و دعاوی حقوقی منجر شود.	ریسک‌های حقوقی معاملات
۵۷	تعاملات بین‌المللی: تعامل بانک با سازمان‌ها و مشتریان در سطح بین‌المللی ممکن است با تغییر قوانین و مقررات راجع به تبادل اطلاعات مالی، حریم خصوصی و حمایت از حقوق مالکیت فکری همراه باشد که می‌تواند به ریسک‌های حقوقی و نظامی منجر شود.	
۵۸	برای مدیریت ریسک‌های حقوقی معاملاتی، بانک باید از راهکارهای حقوقی و مدیریتی مناسب استفاده کند. این راهکارها شامل بررسی دقیق و قانونی تعاملات، ارزیابی تعهدات قراردادی و رعایت قوانین و مقررات مربوطه است. همچنین، بانک باید از وکلای متخصص حقوقی، مشاوران تجاری و تجربه‌های گذشته در مورد تعاملات بین‌المللی استفاده کند.	
۵۹	بانک‌ها باید قوانین و مقررات مربوط به پولشویی را رعایت کنند و از فعالیت‌های مشکوک در ارتباط با پولشویی پیشگیری کنند. در صورت نقض این قوانین، بانک ممکن است به عنوان همکار در پولشویی محکوم شود.	
۶۰	تقلب مالی شامل تقلب در تراکنش‌های مالی، ارائه اطلاعات نادرست یا تحریف شده و سوءاستفاده از امکانات بانکی است. این جرم ممکن است به دعاوی حقوقی، جریمه و تحقیقات جنایی و کیفری منجر شود.	
۶۱	اگر بانک و کارکنان آن در ارتکاب جرایمی مانند وثیقه جعلی، تقلب در معاملات مالی و سوءاستفاده از اطلاعات مشتریان شرکت کنند، ممکن است به کیفرخواست و شروع رسیدگی قضایی برای بانک منجر شود.	
۶۲	بانک‌ها باید مسئولیت‌های قانونی خود را در قبال مشتریان و سایر ذی‌نفعان رعایت کنند. در صورت عدم رعایت این مسئولیت‌ها، بانک ممکن است به خسارت جبرانی مجرمانه و دعاوی قضایی مواجه شود.	جرایم مالی
۶۳	عدم رعایت قوانین و مقررات مربوط به مالیات می‌تواند به جرایم مالی و پیگرد قانونی منجر شود. مثلاً، ارائه اطلاعات نادرست به مقامات مالیاتی، اجتناب از پرداخت مالیات در صورت لزوم و استفاده از ابزارهای غیرقانونی برای کاهش مالیات از جمله جرایم مالیاتی هستند.	
۶۴	برای مدیریت ریسک‌های حقوقی مرتبط با جرایم مالی، بانک‌ها باید از راهکارهای حقوقی و مدیریتی مناسب استفاده کنند. این راهکارها شامل تدابیری مانند ایجاد سیاست‌ها و فرآیندهای مناسب برای پیشگیری از جرایم مالی، اجرای سیستم‌های کنترل داخلی قوی، تحقیق و تجزیه و تحلیل موردی و آموزش و آگاهسازی کارکنان در مورد قوانین و مقررات مالی و جرایم مرتبط است.	
۶۵	ریسک‌های قانونی و جریمه‌های مالی می‌توانند باعث تضعیف روابط عمومی بانک شود.	تضعیف روابط

۶۶	عمومی	مشتریان و سهامداران می‌توانند از رویکرد و شفافیت بانک ناراضی شوند و اعتماد خود را به بانک از دست بدهند، که به دنبال آن می‌تواند منجر به خسارات مالی برای بانک شود.
۶۷	تعقیب قضایی	اگر بانک متهم به تخلفات و جرایم مالی شود، ممکن است مواجه با دعاوی قضایی شود.
۶۸		این دعاوی ممکن است از سوی مشتریان، سهامداران یا سازمان‌های نظارتی ارائه شود و باعث خسارت به وجهه بانک و هزینه‌های قانونی برای مقابله با آنها شود.
۶۹	خسارات مالی	ریسک‌های حقوقی می‌توانند به خسارات مالی برای بانک منجر شوند.
۷۰		جرایم مالی ممکن است باعث خسارات مالی مستقیم در اثر جریمه‌ها، جبران خسارت به مشتریان یا جریان خروج سرمایه شوند.
۷۱	نقض قوانین و مقررات	عدم رعایت قوانین و مقررات ممکن است باعث تخلفات نظارتی و پیگیری‌های دستگاه‌های نظارتی شود.
۷۲		ریسک حقوقی می‌تواند منجر به جرایم مالی و حتی افزایش جرائم شود.

جدول فوق نمونه‌ای از کدگذاری باز تحقیق را نشان داد. پس از کدگذاری باز، در کدگذاری محوری ابتدا پدیده محوری پژوهش، بر اساس تأکیدات پرسش‌شوندگان و مبانی نظری تحقیق تعیین می‌شود. سپس مقوله‌ها شامل شرایط علی، شرایط زمینه‌ای، شرایط مداخله‌گر و پیامدها مورد شناسایی قرار گرفته و نحوه تعاملات آن‌ها به شکل یک مدل پارادایمی طراحی می‌شود. کدگذاری انتخابی سومین مرحله از روش کدگذاری است. این مرحله درواقع فرایند پالایش تئوری و مرحله اصلی نظریه‌پردازی است. به عبارت دیگر، بر اساس نتایج دو مرحله قبلی کدگذاری، به تولید تئوری پرداخته و به این ترتیب مقوله محوری را به شکلی نظام‌مند به دیگر مقوله‌ها ربط داده و مقوله‌هایی که نیازمند بهبود و توسعه بیشتری هستند را اصلاح می‌کند. نتایج کدگذاری باز و

محوری، منتج به کدگذاری انتخابی در این تحقیق، بیان می‌دارد که ریسک حقوقی تابعی از شرایط علی (ریسک‌های حقوقی داخلی و خارجی)، شرایط زمینه‌ای (ریسک‌های حقوقی مالی، قراردادی و مالکیت فکری) است. این عوامل، شرایط را برای اعمال کنش‌ها و تعاملات (ریسک‌های حقوقی استراتژیک، ریسک‌های حقوقی عملیاتی و ریسک‌های حقوقی معاملاتی) مهیا می‌کند که پیامدهای (جرائم مالی، تحمیل جرائم، خسارت‌های مالی، افت اعتبار، هزینه‌های قانونی و تضعیف روابط با مشتریان) را به دنبال دارد. مدل مفهومی شکل ۲ حاصل تجزیه و تحلیل مجدد داده‌های پژوهش است و نتایج کدگذاری انتخابی در این تحقیق را نشان می‌دهد.



شکل ۲- مدل نهایی حاصل از یافته‌های فاز کیفی تحقیق

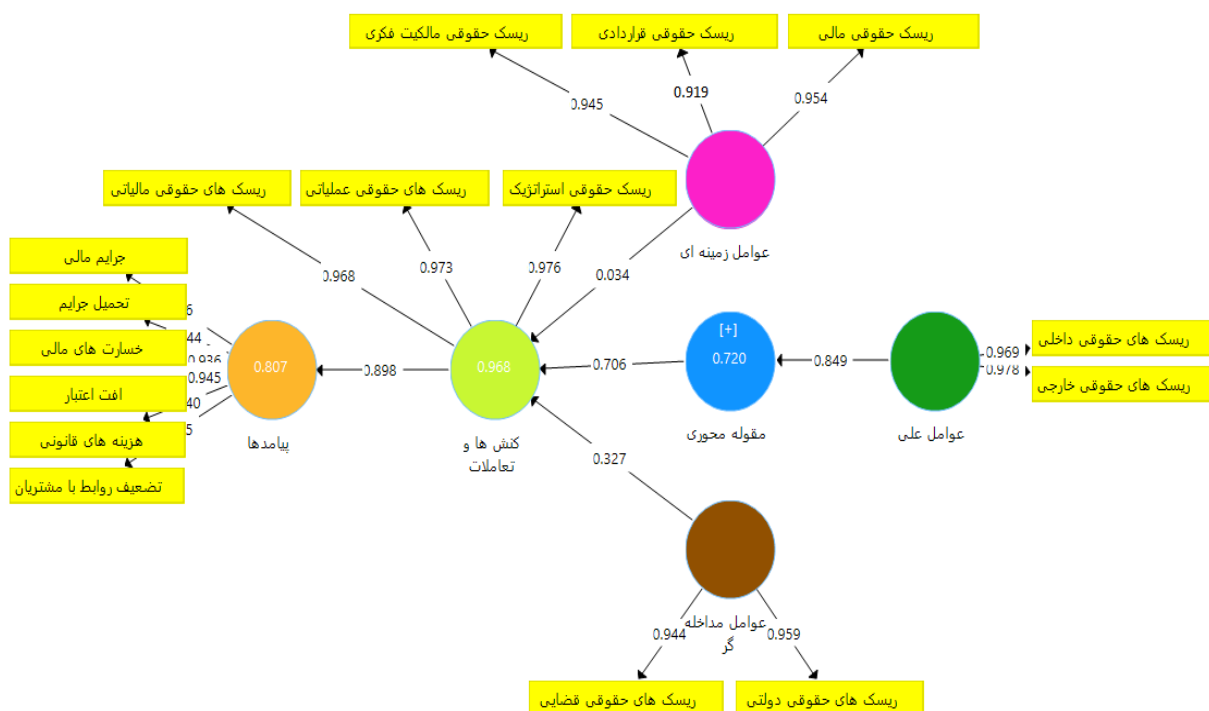
تخمین مدل پژوهش

با توجه به اینکه در نرم‌افزار Smart PLS از مقدار تی برای بررسی معنی‌دار بودن ضرایب استفاده می‌شود و این مقدار برای خطای ۵ درصد عدد ۱/۹۶ می‌باشد، برای بررسی معنی‌داری از مقایسه مقدار آماره تی روابط با عدد مفروض فوق استفاده می‌گردد. به‌طوری‌که اگر مقدار آماره تی از مقدار ۱/۹۶ بیشتر باشد، رابطه نشان داده‌شده، معنی‌دار است. جدول ۵ ضرایب معنی‌داری تی متغیرهای پژوهش را نشان می‌دهند. شکل ۱ ضرایب مسیر اثرگذاری متغیرهای تحقیق را نشان می‌دهد.

با توجه به مدل مفهومی استخراج‌شده، در مرحله بعد (مرحله کمی تحقیق)، مدل و روابط میان متغیرهای آن مورد آزمون قرار می‌گیرد.

فاز کمی تحقیق

برازش مدل اندازه‌گیری: برازش مدل اندازه‌گیری از طریق شاخص‌های بارهای عاملی، آلفای کرونباخ، پایایی ترکیبی (CR)، میانگین واریانس استخراج‌شده (AVE)^۲ و روایی تشخیص (واگرا)^۳ بررسی گردیده است. نتایج این آزمون‌ها در نهایت نشان دهد که سازه‌ها از این لحاظ در سطح مطلوبی قرار دارند.



شکل ۳- مقدار ضریب مسیر متغیرها

با توجه به خروجی نرم افزار، ضرایب مسیر و نتایج مربوط به معنی داری آن ها در جدول ۵ نشان داده شده است.

جدول ۲- ضرایب اثرگذاری متغیرها و معناداری آن ها

نتیجه	ضریب t	ضریب مسیر	مسیر	
			از متغیر	به متغیر
معنی دار	۸/۳۸۲	۰/۸۴۹	شرایط علی	محوری
معنی دار	۲/۳۱۵	۰/۰۳۴	شرایط زمینه ای	کنش ها و تعاملات
معنی دار	۴/۲۱۲	۰/۳۲۷	شرایط مداخله گر	کنش ها و تعاملات
معنی دار	۶/۶۸۴	۰/۷۰۶	محوری	کنش ها و تعاملات
معنی دار	۵/۶۸۵	۰/۸۹۸	کنش ها و تعاملات	پیامدها

منبع: یافته های پژوهش

نتایج آزمون هریک از فرضیه‌ها، تحلیل ضرایب متغیرها و تحلیل آماره‌های آزمون‌ها) اما به دلیل جلوگیری از اطاله بحث، صرفاً نظریه پردازی تحقیق ارائه شده است. لذا با توجه به الگوی شناسایی‌شده، استفاده از نظر خبرگان تحقیق و رویه‌ها و دستورالعمل‌ها و مقررات موجود در حوزه ریسک حقوقی، الگوی مدیریت ریسک حقوقی صنعت بانکداری در ایران شامل مراحل شرح ذیل در این تحقیق ارائه شده است:

مطابق نظر کرسول^۱ (۲۰۰۵) پژوهشگر نظریه بنیاد می‌تواند به سه روش نمودار، تشریحی (روایت داستان) و مجموعه‌ای از گزاره‌ها، نظریه خود را ارائه نماید. در این پژوهش، الگوی پژوهش تشریح گردیده است (شامل جداول داده‌های توصیفی، روایی و پایایی اعتبار پرسشنامه، آزمون مانایی داده‌ها، آزمون‌های تشخیصی، رگرسیون یا پیش‌شرط‌های آزمون‌های پارامتریک و ناپارامتریک، جداول خروجی نرم‌افزارهای مرتبط به هریک از فرضیه‌ها، تایید یا رد فرضیه‌ها، تحلیل و تفسیر پژوهش

جدول ۳- راهبردهای مدیریت ریسک‌های حقوقی در صنعت بانکداری در ایران

گام	عنوان	پیشنهاد اجرایی
اول	شناسایی ریسک‌های حقوقی	بانک باید ریسک‌های حقوقی مربوط به فعالیت‌ها و عملکرد خود را به‌دقت شناسایی کند. این فرایند شامل تحلیل قراردادهای، شناسایی تعارض منافع، بررسی تطبیق قوانین و مقررات جاری و شناسایی حقوق مالکیت فکری است.
دوم	ارزیابی ریسک‌های حقوقی	بانک باید ریسک‌های حقوقی را ارزیابی کند و اهمیت و احتمال وقوع آن‌ها را بررسی کند. این فرایند شامل تحلیل تأثیر ریسک‌ها بر عملکرد بانک و ارزیابی توانایی بانک در مدیریت و کاهش آن‌ها است.
سوم	تدوین سیاست‌ها و راهبردها	بانک باید سیاست‌ها و راهبردهای دقیقی را در خصوص مدیریت ریسک‌های حقوقی تعیین کند. این فرایند شامل تدوین سیاست‌های مربوط به رعایت قوانین و مقررات، تعارض منافع، حفاظت از حقوق مشتریان و مدیریت دعاوی حقوقی است.
چهارم	آموزش و آگاهی	بانک باید برنامه‌های آموزشی مناسبی برای کارکنان خود در زمینه قوانین و مقررات حقوقی برگزار کند. این فرایند شامل آموزش درباره قوانین و مقررات جدید، تعارض منافع و رفتار حقوقی صحیح است.
پنجم	مشاوره حقوقی	بانک می‌تواند از خدمات مشاوران حقوقی استفاده کند تا در تدوین سیاست‌ها و راهبردها، ارزیابی ریسک‌های حقوقی و رسیدگی به دعاوی حقوقی به آن‌ها کمک کنند.
ششم	مدیریت دعاوی حقوقی	بانک باید دعاوی حقوقی را با دقت پیگیری کرده و به آن‌ها رسیدگی کند. این فرایند شامل همکاری با وکلای بانک و تدوین راهکارهای مناسب برای حل و فصل دعاوی است.
هفتم	مراقبت از حقوق مشتریان	بانک باید حقوق مشتریان خود را به‌طور کامل رعایت کند. این فرایند شامل محافظت از اطلاعات شخصی مشتریان، رعایت حقوق مالکیت فکری و ارائه خدمات حقوقی و مشاوره به مشتریان است.
هشتم	بررسی قراردادهای و معاملات	بانک باید قراردادهای و معاملات خود را به‌دقت بررسی کرده و از نظر حقوقی صحیح بودن آن‌ها را تأیید کند. این فرایند شامل تدوین قراردادهای مناسب، شناسایی و مدیریت ریسک‌های قراردادی و رعایت قوانین و مقررات است.
نهم	ارتباط با نهادهای نظارتی	بانک باید ارتباط مستمری با نهادهای نظارتی مانند بانک مرکزی و سازمان نظام مالیاتی داشته باشد. این فرایند شامل اطلاع‌رسانی درباره تغییرات قوانین و مقررات حقوقی، همکاری در بررسی و رفع نقایص حقوقی و ارائه گزارش‌های منظم به نهادهای نظارتی است.
دهم	نظارت و بازبینی	بانک باید فرآیندهای نظارتی و بازبینی را برای مدیریت ریسک‌های حقوقی اجرا کند. این فرایند شامل بررسی و ارزیابی مداوم ریسک‌های حقوقی، ارائه گزارش‌های بازبینی و اتخاذ تصمیمات و تغییرات لازم

¹ Creswell

	مداوم	است.
یازدهم	برنامه‌ریزی برای رویدادهای غیرمترقبه	بانک باید برنامه‌های آمادگی برای رویدادهای غیرمترقبه و قابل پیش‌بینی نشده داشته باشد. این فرایند شامل تهیه طرح بحران، تعیین نقش‌ها و مسئولیت‌ها در صورت بروز رویدادهای حقوقی ناگوار و اجرای تمرین‌های بحرانی است.
دوازدهم	بررسی و به‌روزرسانی سیاست‌ها	بانک باید سیاست‌ها و راهبردهای خود را به‌روزرسانی کند تا با تغییرات قوانین و مقررات، ریسک‌های جدید و تحولات صنعت بانکداری سازگار باشد. این فرایند شامل بررسی مداوم سیاست‌ها، ارتقاء آن‌ها و تدوین سیاست‌های جدید است.
سیزدهم	ارتباط با وکلای بانک	بانک باید رابطه نزدیکی با وکلای خبره و متخصص در حوزه حقوق بانکداری برقرار کند. این فرایند شامل همکاری با وکلای داخلی و خارجی برای مشاوره حقوقی، نظارت بر دعاوی و حمایت از منافع بانک است.
چهاردهم	ایجاد فرهنگ حقوقی	بانک باید فرهنگ حقوقی را در سازمان خود ترویج کند. این فرایند شامل آموزش کارکنان درباره مسائل حقوقی، تشویق به رفتار حقوقی صحیح و ارائه راهنماها و منابع حقوقی به کارکنان است.
پانزدهم	مدیریت ریسک‌های پیشرو	بانک باید برای مدیریت ریسک‌های حقوقی پیشرو باشد و اقداماتی را انجام دهد تا ریسک‌ها را قبل از وقوع کنترل کند. این فرایند شامل ایجاد سیستم هشدار دهی، پیش‌بینی ریسک‌های جدید و ارائه راهکارهای پیشگیرانه است.
شانزدهم	ارائه گزارش و اطلاع‌رسانی	بانک باید گزارش‌های منظمی درباره ریسک‌های حقوقی و تدابیر مدیریتی خود ارائه کند. این فرایند شامل ارائه گزارش‌های داخلی و خارجی، اطلاع‌رسانی به مدیران و سهامداران و ارائه اطلاعات به مشتریان و نهادهای نظارتی است.
هفدهم	ارزیابی و بهبود مداوم	بانک باید عملکرد خود در مدیریت ریسک‌های حقوقی را به‌صورت مداوم ارزیابی کرده و بهبودهای لازم را انجام دهد. این شامل بررسی نتایج، تجزیه و تحلیل خطاها و خسارات، ارائه پیشنهادات بهبود و ارزیابی سیستم مدیریت ریسک‌های حقوقی است.

منبع: یافته‌های تحقیق

الگوی مذکور را می‌توان در قالب یک الگوی شماتیک و کلی به‌صورت شکل ۳ نشان داد.



شکل ۳- الگوی مدیریت ریسک حقوقی

نتیجه‌گیری

ریسک‌های حقوقی مربوط به خطراتی هستند که ناشی از عدم تطابق با قوانین و مقررات حقوقی، دعاوی حقوقی، تعارضات قراردادی و سایر عوامل حقوقی می‌باشند. مدیریت ریسک‌های حقوقی بانک‌ها، فرایندی است که به منظور شناسایی، ارزیابی، کنترل و کاهش ریسک‌های حقوقی که ممکن است بر بانک تأثیر منفی داشته باشند، انجام می‌شود. مدیریت ریسک‌های حقوقی در بانک‌ها بسیار حائز اهمیت است، زیرا رعایت قوانین و مقررات حقوقی، پیشگیری از دعاوی حقوقی و کاهش خطرات حقوقی می‌تواند به حفظ اعتبار و سودآوری بانک کمک کند. بر این اساس با توجه به اهمیت موضوع تحقیق در این مطالعه تلاش شده به ارائه الگوی مدیریت ریسک حقوقی در صنعت بانکداری ایران پرداخته شود. بر اساس نتایج تحقیق، مدیریت ریسک‌های حقوقی در بانک اهمیت بسیاری دارد و می‌تواند به شکل قابل توجهی به بهبود عملکرد و پایداری بانک کمک کند. با مدیریت این ریسک‌ها، بانک می‌تواند از خسارات مالی ناشی از دعاوی حقوقی و تهدیدات قانونی جلوگیری کند، تصویر عمومی خود را حفظ کند و امور داخلی و معاملات خود را بر اساس قوانین و مقررات رسمی انجام دهد. از این رو، برای تضمین پایداری و پیشرفت بیشتر بانک، مدیریت ریسک‌های حقوقی باید به عنوان یکی از اولویت‌های کلیدی مدیریتی در نظر گرفته شود. با ارتقاء مهارت‌ها و تجهیزات لازم برای شناسایی، ارزیابی و کنترل ریسک‌های حقوقی، بانک می‌تواند از تأثیرات منفی و هزینه‌های جانبی حقوقی جلوگیری کند و در عین حال، مزیت‌هایی از جمله کاهش خسارات و هزینه‌های حقوقی، حفظ تصویر عمومی و افزایش قابلیت مذاکره را به دست آورد. به طور خلاصه، مدیریت ریسک‌های حقوقی برای هر بانک بسیار حیاتی است و با بهره‌گیری از فرایندها و سیاست‌های مناسب می‌تواند به بهبود عملکرد و پایداری آن کمک کند. براساس یافته‌های حاصل از پژوهش و با عنایت به مقوله‌های شناسایی‌شده شامل: شرایط علی، مداخله‌گر، بستر و کنش‌ها و تعاملات ریسک‌های حقوقی و نیز الگوی مدیریت ریسک حقوقی ارائه شده، پیشنهادهای کاربردی پژوهش به صنعت بانکداری در ایران به شرح زیر است:

- بانک باید ریسک‌های حقوقی حایز اهمیت را شناسایی نموده اطمینان حاصل کند که مدیریت این ریسک‌ها به شیوه مناسبی انجام می‌شود؛
- مدیریت ارشد باید برای مدیریت موثر ریسک حقوقی، تدابیر لازم را جهت شناسایی، ارزیابی، پایش و کاهش ریسک حقوقی در خطوط کاری مختلف اتخاذ نماید؛
- مؤسسه اعتباری باید از قوانین و مقررات ناظر بر فعالیت‌های خود آگاهی کامل داشته باشد به ویژه کارکنان آن میبایست بر این مقررات تسلط کافی داشته باشند؛
- مسئولیت‌های مربوط به مدیریت ریسک حقوقی میبایست به طور شفاف تبیین شوند؛
- به منظور مدیریت مناسب ریسک‌های حقوقی، بانک باید دانش و مهارت کافی در مورد شیوه انعقاد قراردادها و سایر تعهدات قانونی داشته باشد. به منظور حصول اطمینان از اعتبار قانونی قراردادها باید از قوانین لازم الاجرا در خصوص حدود اختیارات تصمیم‌گیری اشخاصی که در انعقاد قرارداد شرکت مینمایند اطلاع کافی داشته باشد؛
- مستندسازی قرارداد باید به طور مناسب انجام شود. اعتبار قانونی قراردادها احتمال تفاسیر متفاوت از آنها و بروز اختلافات در این زمینه میبایست تحت پایش قرار گیرد؛
- لازم است بانک تغییرات مربوط به قوانین و مقررات را در سطوح ملی و بین‌المللی پیگیری نماید تا در چارچوب قوانین جاری کشور برای انطباق با الزامات بین‌المللی جدید آمادگی داشته باشد؛
- بانک باید از شیوه قانونی زمینه‌های فعالیت خود آگاهی داشته باشد. علاوه بر این شرکتهای مادر باید اطمینان حاصل کنند که شرکت‌های تابعه و وابسته به آنها از قوانین و مقررات ناظر بر فعالیتهای خود اطلاع دارند؛
- بانکی که فعالیتهای برون مرزی دارد باید به این موضوع توجه داشته باشد که اصول قانونی فعالیتهای و رویه‌ها در کشورها متفاوت است. از این رو لازم است از قوانین و مقررات کشور میزبان آگاهی داشته باشد.

References

- [1] Alfieri, A. V. (2005). The fall of legal ethics and the rise of risk management. *Geo. LJ*, 94, 1909.
- [2] Amukwa, J. N. (2020). The Kudu gas project: an analysis of the legal risk to the development of offshore upstream gas operations (Doctoral dissertation, *University of Pretoria*).
- [3] Andriani Rahayu, A. (2018). The implementation of risk management and its effect on good cooperative governance and success. *Journal of Indonesian Economy and Business*, 33(3), 243-256.
- [4] Bank of England (2000). Oversight of payment systems. Quoted by McCormick 2006, p. 107.
- [5] Basel Committee on Banking Supervision (2006). International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. A Revised Framework, Comprehensive Version. Bank for International Settlements.
- [6] Beecher, B., & Streitwieser, B. (2019). A risk management approach for the internationalization of higher education. *Journal of the Knowledge Economy*, 10(4), 1404-1426.
- [7] Bento, R. F., Mertins, L., & White, L. F. (2018). Risk management and internal control: A study of management accounting practice. In *Advances in Management Accounting*. Emerald Publishing Limited.
- [8] Castets-Renard, C., Besse, P., Loubes, J. M., & Perrussel, L. (2019). Encadrement des risques techniques et juridiques des activités de police predictive. *Technical and Legal Risk Management of Predictive Policing Activities*.
- [9] Falta, M. (2017). *Hauptprozess Legal Risk Management*. In *Praxishandbuch Legal Operations Management* (pp. 655-679). Springer, Berlin, Heidelberg.
- [10] Grigg, N. S. (2020). Uncertainty and legal risk management. *ASCE-ASME Journal of Risk and Uncertainty in Engineering Systems, Part A: Civil Engineering*, 6(3), 06020001.
- [11] Gidado, S. D., & Umoru, T. A. (2020). Ratings of Business Educators on Influence of Business Education on Acquisition of Marketing. *Business Legal and Risk Management Skills by Students in Colleges of Education in North-Central Nigeria*.
- [12] Mbugua, J. K., Otuya, R., & Muhanji, S. (2020). Effect of Political/Legal Risk Management on Performance of Commercial Real Estate Entrepreneurial Investments in Kenya. *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, 10(5), 507-521.
- [13] McCormick, R. (2010). *Legal risk in the financial markets*. Oxford University Press on Demand.
- [14] NURUL, H. (2019). Research on Legal Risk in Enterprise Management. *Scientific and Social Research*, 1(1).
- [15] Popadić, S. N. (2021). prevention in Serbia and I Legal prevention and legal challenges of legal risk management. *Environmental Science & Policy*, 116, 213-219.
- [16] Salehi, Hamidreza. (2022). ISO 31000 risk management case study: Iran Tablo Company). *Accounting and Management Perspective*, 5(66), 33-41«(In Persian)»
- [17] Shafii Bafti, Afshin, (2022), risk management in financial markets, the fifth international conference on interdisciplinary studies in management and engineering, Tehran. «(In Persian)»
- [18] Song, S. Y. (2019). *Managing Trade Secret Legal Risks for Food Company in China*. In *Finance and Strategy Inside China* (pp. 67-76). Springer, Singapore.
- [19] Te, P. (2016). *Risk Management in Banking Principles and Framework*. london: Oxford Fajar Sdn. Bhd.
- [20] Naseri, Alireza. (2017) The legal aspects and effects of compliance with laws and regulations in Iran's insurance industry and international commercial insurances, the third international conference on jurisprudence and law, advocacy and social sciences, Hamedan.
- [21] Yu, Y., Chan, A. P., Chen, C., & Darko, A. (2018). Critical risk factors of transnational public-private partnership projects: Literature review. *Journal of Infrastructure Systems*, 24(1), 04017042