دانشگاه فردوسی مشهد

دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی
نشریه علمی

(شماره پیاپی: ۲۶)

شاپا: ۴۱۷۷-۲۳۲۲

شماره ۲۶- سال سی و یکم- دوره جدید

پاییز و زمستان ۱۴۰۳

بررسی تطبیقی اصول داوری تجاری بین‌المللی با تأکید بر حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی	روح الله آخوندی روشناوند محسن حسینی پویا ساناز اسحاق زاده	۱
بررسی ساز وکار تعیین و بازنگری قیمت در قراردادهای خرید و فروش ال ان جی	نسیم برخی لادن زرین	۱۹
چالش‌های جمع‌سپاری به عنوان یکی از شیوه‌های تحقق دموکراسی مشارکتی در نظام حقوق اداری ایران	محمدجواد حسینی مجتبی همتی	۴۰
چالش‌های معیار شناسایی غبن فاحش و افحش در رأی وحدت رویه شماره ۸۲۱ از منظرحقوقی- اقتصادی	سیدحسن حسینی مقدم حسین حمزه رباطی	۵۶
تبیین ضرورت تنظیم‌گری جامع‌نگر، مبتنی بر مرور انتقادی مقالات علمی – پژوهشی داخلی (۲۰۲۰ – ۲۰۲۳)	سید عابد رضایی محمدوزین کریمیان زهرا هادی زاده اصفهانی	۷۵
امکان‌سنجی داوری تجاری بین‌المللی برای حل‌وفصل اختلافات زیست‌محیطی	هادی صالحی علی امیری آرتین جهانشاهی	۱۰۲
توثیق دارایی‌های دیجیتال	نسرین طباطبایی حصاری غزاله صحرانورد	۱۲۵
تحلیلی بر معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان» برای تحقق مفهوم قراردادهای سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون داوری ایکسید	محمد جواد عبداللهی محمد کریمی	۱۴۶
تحلیل حقوقی و اقتصادی مفاد ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول	محسن علیجانی محمدهادی جواهرکلام	۱۶۲
رهیافت آسیب‌شناسانه به نظام مالیاتی افغانستان در پرتو اصول مالیاتی	آرین قاسمی علی‌رضا محسنی	۱۸۵
ماهیت حقوقی دارایی‌های صندوق بازنشستگی کشوری	مجتبی قاسمی احمد پنجه‌پور	۲۰۳
تحریم‌های اقتصادی اتحادیه اروپا: مشروعیت، سازوکارهای اجرایی و چالش‌های حقوقی	رکسانا نیکنامی	۲۲۰

این مجله در پایگاهای زیر نمایه می شود.

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 دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد
سردبیر: دکتر عبدالرضا جوان جعفری
مدیر مسئول: دکتر سیدحسین حسینی
دبیر تخصصی: دکتر حمیدرضا دانش ناری
هیئت تحریریه:

نام و نام خانوادگی	رشتهٔ تحصیلی	درجهٔ علمی	محل خدمت
دکتر محمد حسن حائری	فقه وحقوق اسلامی	استاد	دانشکدهٔ الهیات ومعارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر ستار زرکلام	حقوق خصوصی	دانشیار	دانشکدهٔ حقوق دانشگاه شاهد
دکتر حسین صابری	فقه ومبانی حقوق اسلامی	استاد	دانشکدهٔ الهیات ومعارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر حسین غلامی	حقوق جزاوجرم شناسی	استاد	دانشکدهٔ حقوق دانشگاه علامه طباطبائی
دکتر محمد رضا لطفعلی پور	اقتصادبین الملل	استاد	دانشکدهٔ علوم اداری و اقتصاد دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر حسین میرمحمدصادقی	حقوق جزاوجرم شناسی	استاد	دانشکدهٔ حقوق دانشگاه شهید بهشتی
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی	حقوق جزاوجرم شناسی	استاد	دانشکدهٔ حقوق دانشگاه شهید بهشتی
دکتر محمود هوشمند	اقتصاد توسعه	استاد	دانشکدهٔ علوم اداری و اقتصاد دانشگاه فردوسی مشهد

مدیر اجرایی: دکتر زهره اسکندری پور
ویراستار فنی و ادبی: فرشته گلچین راد
صفحه‌آرایی: 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 : ۳۸۸۰۶۵۶۳ - ۰۵۱
فاکس: ۳۸۸۱۱۲۴۳-۳۸۸۲۹۵۸۴ - ۰۵۱

(دریافت مقالات فقط به‌صورت الکترونیکی امکان‌پذیر است.)

براساس نامه شماره ۳/۱۱/۱۴۹۶۴۴ مورخ ۹۰/۸/۷ کمیسیون نشریات علمی کشور، مجلهٔ دانشنامهٔ حقوق اقتصادی دارای درجهٔ **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 - عاطفه اجری ایسک
۲ - سید امین روح الامینی
۳ - محمد هادی جواهرکلام
۴ - زهرا دانش ناری
۵ - محمد حسین تقی پور درزی نقیبی
۶ - اعظم امینی
۷ - مصطفی رضایی
۸ - افشین آذری متین
۹ - حمید افکار
۱۰ - عارف خلیلی پاجی
۱۱ - فاطمه محروق
۱۲ - زهره افشارقوچانی
۱۳ - مصطفی فاطمی نیا
۱۴ - اسماء سالاری

فهرست مندرجات

عنوان	نویسنده	صفحه
بررسی تطبیقی اصول داوری تجاری بین‌المللی با تأکید بر حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی	روح الله آخوندی روشناوند محسن حسینی پویا ساناز اسحاق زاده	۱
بررسی ساز وکار تعیین و بازنگری قیمت در قراردادهای خرید و فروش ال ان جی	نسیم برخی لادن زرین	۱۹
چالش‌های جمع‌سپاری به عنوان یکی از شیوه‌های تحقق دموکراسی مشارکتی در نظام حقوق اداری ایران	محمدجواد حسینی مجتبی همتی	۴۰
چالش‌های معیار شناسایی غبن فاحش و افحش در رأی وحدت رویه شماره ۸۲۱ از منظرحقوقی- اقتصادی	سیدحسن حسینی مقدم حسین حمزه رباطی	۵۶
تبیین ضرورت تنظیم‌گری جامع‌نگر، مبتنی بر مرور انتقادی مقالات علمی – پژوهشی داخلی (۲۰۲۳ – ۲۰۲۰)	سید عابد رضایی محمدوزین کریمیان زهرا هادی زاده اصفهانی	۷۵
امکان‌سنجی داوری تجاری بین‌المللی برای حل‌وفصل اختلافات زیست‌محیطی	هادی صالحی علی امیری آرتین جهانشاهی	۱۰۲
توثیق دارایی‌های دیجیتال	نسرین طباطبایی حصاری غزاله صحرانورد	۱۲۵
تحلیلی بر معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان» برای تحقق مفهوم قراردادهای سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون داوری ایکسید	محمد جواد عبداللهی محمد کریمی	۱۴۶
تحلیل حقوقی و اقتصادی مفاد ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول	محسن علیجانی محمدهادی جواهرکلام	۱۶۲
رهیافت آسیب‌شناسانه به نظام مالیاتی افغانستان در پرتو اصول مالیاتی	آرین قاسمی علی‌رضا محسنی	۱۸۵
ماهیت حقوقی دارایی‌های صندوق بازنشستگی کشوری	مجتبی قاسمی احمد پنجه‌پور	۲۰۳
تحریم‌های اقتصادی اتحادیه اروپا: مشروعیت، سازوکارهای اجرایی و چالش‌های حقوقی	رکسانا نیکنامی	۲۲۰

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

A comparative study of the principles of international commercial arbitration with an emphasis on the protection of foreign investment	R. Ahondiroshanavand M. Hoseini pouya S. Eshaghzadeh	1
Investigation Of Price Determination and Price Review In LNG Purchase And Sale Contracts	N. Barkhi L. Zarrin	19
The challenges of Crowdsourcing as one of the ways to realize participatory democracy in Iran's administrative law system	M.J. Hosseini M. Hemmati	40
Challenges of the Distinction Criteria between Evident Deception and Grosser Fraud in the Unanimous Verdict of 821 from a Legal-Economic Standpoint	S.H. Hosseini Moghaddam H. Hamzeh Robati	56
Explaining the necessity of a comprehensive regulation, based on a critical review of internal scientific-research articles (2020-2023)	S.A. Rezaee M.V. Karimian Z. Hadizadeh Esfahani	75
Feasibility of International Commercial Arbitration for the Resolution of Environmental Disputes	H. Sahehi A. Amiri A. Jahanshahi	102
Digital assets as security	N. Tabatabai Hesari G. Sahranavard	125
An analysis on the criterion assistance to the economic development of the host state for realizing the concept of investment contracts under the ICSID Arbitration Convention	M. J. Abdollahi M. Karimi	146
Economical and legal analysis of article 1 of the mandatory formal registration of immovable properties	M. Alijani M. H. Javaherkalam	162
Pathological analysis of Afghanistan's tax system in the light of tax principles	A. Ghassemi A. Mohseny	185
The legal nature of Civil Servants Pension Fund's Assets	M. Ghasemi A. Panjehpour	203
EU Economic Sanctions: Legitimacy, Enforcement Mechanisms, and Legal Challenges	R. Niknami	220

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 1-18

A comparative study of the principles of international commercial arbitration with an emphasis on the protection of foreign investment

Ruholah Ahondiroshanavand[1], Mohsen Hoseini pouya[2], Sanaz Eshaghzadeh[3*]

1- Assistant professor in Private Law, Faculty of Social Sciences, Payam Noor University, Tehran, Iran.

2- Assistant professor in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Azad University, Mashhad, Iran.

3- PhD Strudent in Private Law, Faculty of Humanities Islamic Azad University, Neyshabur, Iran.

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

Received: 28 October 2024 Revised: 25 November 2024 Accepted: 19 January 2025 Available Online: 18 March 2025	How to cite this article: Ahondiroshanavand, R.; hosenipouya, M., & Eshaghzadeh ,S. (2024). Supporting foreign investment based on the principles of international commercial arbitration. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, *31*(26): 1-18. (In Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.91180.1411

1-INTRODUCTION

The growing trend of commercial and economic exchanges, especially investment at the international level and the resulting contracts, causes an increase in disputes and may lead to a feeling of insecurity in foreign investors. In other words, it should be said that in order to attract and support foreign investments, governments are obliged to respect all the rights of investors, including creating appropriate ways to settle claims arising from foreign investments. Foreign investors are less willing to go to the courts of the host country during the settlement of disputes arising from their business relations, due to the length of the proceedings, the lack of expertise of the courts and the high costs of proceedings in international disputes. In the meantime, arbitration as one of the methods of settling claims by the parties or agents of international trade is of particular importance. In fact, arbitration is used as a binding, fast and protected method from the political influence of governments as the dominant mechanism for resolving disputes between foreign investors and the government. For many years, the global trend has been towards international arbitration authorities to settle disputes impartially and away from the prejudices of domestic courts. The inclusion of an arbitration clause in bilateral or multilateral treaties is considered as a kind of guarantee for the protection of foreign investment and they raise protections beyond what is stated in the national laws of the host country. In this research, regardless of the general benefits of arbitration, we focus on the principles of commercial arbitration effective on foreign investment. Because referring to arbitration due to its inherent principles, especially "limited intervention of courts", "independence and impartiality of the arbitrator" and "lack of immunity of governments", arbitration is more preferred by the general commercial activists in the domestic and international arena. The principle of independence and impartiality of arbitrators is extremely important in international arbitration. The existence of the mentioned principle in the regulations and its observance by the arbitrators brings the judicial nature of arbitration closer to justice and makes it necessary for the arbitration award to be issued fairly and not face any problems during execution. Just as the judge of the state court should be independent and impartial, so should the arbitrator. Therefore, the arbitrator chosen by the parties should not be considered their lawyer. In the international commercial arbitration regulations of the legal systems, the principle of independence and impartiality of the arbitrator has been emphasized a lot. In

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

the aforementioned regulations, if there are circumstances that cause doubts about the principle of independence and impartiality, the arbitrator can be challenged or, as far as possible, the arbitrator's decision can be overturned. Regarding the limitation of the intervention of the courts, it should be said that due to the parallel activities of the arbitrator and the court in some cases and the close relationship between these two dispute authorities, it seems necessary to specify the scope of the court's intervention in the arbitration matter. Arbitration is a legal and quasi-judicial method with the aim of resolving disputes, confidentiality of arbitration, speed in resolving disputes, the possibility of better and faster execution of judgments. The exclusion of the court's jurisdiction does not mean the absolute non-interference of the courts in the arbitration proceedings. Arbitration cannot survive without the intervention of the court. But this intervention must be demarcated and limited, otherwise it may become a tool to avoid the goal of referring the matter to arbitration. In this regard, the minimum intervention of the court in the implementation of the arbitration award can be before the arbitration process, during the arbitration process or even after the issuance of the award. At each stage, this intervention, which may be supervisory or helpful, forms an important part of the court's proceedings in the arbitration process. In most legal systems, it has been addressed by passing independent laws and enactment of articles related to the intervention of courts in its process. On the other hand, in today's world, the participation of the government and government organizations in international trade has increased. Therefore, many commercial transactions are concluded between the government and foreign private individuals, and it is possible that an arbitration clause is included in a contract between the government and a private individual to resolve disputes in the future. According to the principles of arbitration, the condition of referral to arbitration is mandatory and the arbitrator's decision is valid for both parties. Now, in a situation where a contract is concluded between the government and a private individual and an arbitration clause is included, the implementation of the arbitration clause during a dispute may face the threat of the government invoking its principle of judicial immunity. In this way, the government may claim immunity from legal claims or arbitration, relying on the theory of government immunity and in order to neutralize the execution of the contract or the award resulting from the arbitration. Therefore, it is interesting to examine the issue that in the case of such an arbitration agreement, whether the government can rely on this theory to refuse the condition of referring to arbitration or its implementation, or whether the condition of arbitration can cause the express or implied abrogation of the immunity of the government. Considering that the use of arbitration in resolving commercial disputes is growing today, and besides that, the presence of the government in the business scene and the conclusion of various commercial contracts with private individuals is also increasing, and there have been cases in the judicial procedure where the government invoked its immunity during the implementation of the arbitration clause included in the contract and intended to avoid its implementation, it is necessary to check whether the government has such a right. If the government denies the arbitration clause by resorting to this tactic, it is actually a violation of justice and fairness. There is an opinion that the acceptance of an arbitration agreement by a government means consent to all the effects and results of arbitration, including the acceptance of the supervisory jurisdiction of the government of the seat of the court over the dispute arising from the interpretation and enforcement of the arbitration clause. This point of view has been manifested in the practice of some governments in the form of identifying symptoms of immunity or its fall in the aforementioned lawsuits.

2-PURPOSE

We know that a foreign investor will feel worried about appearing in the courts of the host country when there is a dispute with the host government. It is also sought that the judge has independence and impartiality and avoids one-sided bias. On the other hand, in lawsuits arising from foreign investment, the other party of the investor is the government of a country, which in principle may enjoy immunity and the judgment issued against it may not be enforceable. In this research, we are trying to analyze and compare the principles of international commercial arbitration in Roman-German and Common Law legal systems, and find out the effect of these principles in order to attract and support foreign investment. In other words, in this research, the point of view of laws and sometimes arbitration procedures in comparative legal systems regarding the mentioned three principles is examined. Secondly, in this comparative study, the defects and shortcomings of international arbitration in Iran's domestic legal system have been found, so that perhaps a step can be taken in the direction of reforming these laws.

3-METHODOLOGY

The writing of this article is based on extensive library and internet studies so that it is not enough to summarize repetitive and theoretical material.

4-FINDINGS

Based on the researches and investigations carried out in this article, the desired findings in the Roman Germanic and Common law legal systems can be divided into the following three groups:

1- One of the basic and important principles of international commercial arbitration, which has been emphasized in most of the legal systems of Roman, German and Common Law, is the principle of independence and impartiality of the arbitrator. In Iranian law, according to the first paragraph of Article 12 of this law, the implementation of this issue has also been guaranteed According to this paragraph, "the referee can be injured if the existing circumstances cause reasonable doubts about his impartiality and independence". With the clarification of Article 13 on the guarantee of the execution of the arbitrator's injury, this principle has been legally protected In French law, according to the second paragraph of Article 1456 of the French Civil Procedure Code, "the arbitrator is obliged to disclose any circumstances affecting his independence and impartiality before accepting his mandate In British and American law, the condition of independence and neutrality is also stated as a concept The guarantee of the implementation of the lack of independence and impartiality of the arbitrator in the American legal system will be the annulment of the arbitration award .So, in most legal systems, in case of lack of such qualities for the arbitrator, executive guarantee of violation or annulment of the decision is considered. If there is an arbitration clause in investment contracts, it should be known that regardless of the principle of independence and impartiality in the arbitration regulations, there is a greater guarantee of implementation, due to the fairer and fairer arbitration and issuance of the arbitration award, it is possible to support more foreign investment.

2- Nowadays, the efforts of legal systems in international trade law contracts, especially foreign investment, are aimed not only at limiting the court's involvement in arbitration as much as possible, but also at defining the specific and precise cases of the court's involvement in cases that are necessary. Most of the legal systems have taken an important step towards reducing the supervisory intervention of the courts in the arbitration by emphasizing the doctrine of independence of the arbitration clause and in line with it accepting the "jurisdiction over jurisdiction" principle. According to this principle, the jurisdiction of the court is limited in examining and determining the jurisdiction of the arbitration authority. However, this principle does not mean the absolute absence of the court's involvement in the arbitration matter, and the courts' involvement in the arbitration matter should be demarcated and limited. It must be said, the role of courts in foreign investment arbitrations should be more supportive and supportive. In Iranian law, compared to common law legal systems, court supervisory cases, including obstacles related to the arbitrability of disputes, are more visible. Also, the mentioned cases related to annulment and annulment of the arbitration award in Iran's International Commercial Arbitration Law are worthy of consideration.

3- In the reviewed legal systems, absolute immunity has never had a place and it is acceptable in contrast to limited immunity which includes judicial and executive immunity But this type of immunity of the government against the arbitration authority and also against the court that exercises its supervisory jurisdiction over the arbitration process or is formed for the purpose of arbitration cannot be proposed because the arbitration authority is independent and basically derives its jurisdiction from the arbitration agreement between a government and a foreign person Of course, regarding the limited immunity, there is this view that a distinction should be made between the sovereign acts and the commercial acts of the governments In fact, it can be said that when a government enters the business scene, it should be treated as a private person and prevented from resorting to the principle of

5- CONCLUTION

In international commercial arbitrations, there are principles that each country's commitment to them undoubtedly has a direct effect on the level of attracting and supporting foreign investment in that country. The most important of these principles are "the principle of independence and impartiality of the arbitrator", "the principle of limitation of judicial intervention" and "the principle of non-immunity of the government" which, based on the studies conducted, most of the legal systems have moved towards the expansion and development of these principles with the passage of time. Institutionalizing the principle of arbitrator's independence and impartiality in legal systems is necessary for fair proceedings and due to the protective aspect, it leads to foreign investors' desire for arbitration. The existence of the aforementioned principle in the regulations and its observance by arbitrators brings the judicial nature of arbitration closer to justice and ensures that the arbitration award is issued fairly and does not encounter any problems during its implementation. Regarding court interventions in arbitration matters, it should be said that, despite the fact that arbitration has superior advantages over the court,

the non-interference of the court in the arbitration process cannot be considered absolute. Therefore, the cooperation and assistance of the court to help facilitate the arbitration process starts from the moment the dispute is referred to arbitration and continues until the end of the judgment. But there are some judicial interventions in the arbitration process that weaken the confidence of foreign investors to invest in the country. This type of intervention, which generally occurs before the arbitration proceedings and is related to the determination of the validity of the arbitration agreement and the competence of the arbitrator, or after the issuance of the decision and is related to the annulment of the decision, has a supervisory aspect. On the other hand, the role of the courts in issuing a temporary order and securing the demand, or handling objections and judicial appeals, will have a supportive aspect. Therefore, the role of courts in foreign investment arbitrations should be more supportive and supportive. On the other hand, when the government enters into a transaction with private individuals in the international trade scene, after a dispute arises between the investor and the government, it is possible that the government refuses to implement the arbitration clause by resorting to its judicial and executive immunity. This is more apparent in foreign investment contracts. Today, with international developments, it is no longer possible to implement the theory of absolute immunity and this theory has lost its placeIn contrast to this theory, the theory of limited immunity can be proposed, which includes two stages of judicial and executive immunity of governments. This theory regarding immunity has distinguished between tenure and state sovereignty. With the provision of the arbitration clause in the investment contract, according to the principle of the fall of the immunity of the government, the possibility of the government invoking judicial and executive immunity is ruled out Because the government has waived its immunity by signing the arbitration agreement and this is an issue that is accepted in most legal systems .Although today in most of the legal systems, the fall of the immunity of the government in the matter of arbitration and in order to support the foreign investor has been accepted in most of the legal systems, but some countries still show tolerance regarding the executive immunity of the government. In the end, relying on the basic principles of commercial arbitration, i.e. the principle of limiting the intervention of the courts, the principle of independence and impartiality of the arbitrator, and the principle of non-immunity of the government, the worry and fear of foreign investors regarding the application of unfair laws of a foreign country has been reduced, and for the parties of foreign investment, a fair trial has been achieved.

Keyword: Independence and impartiality of the referee, International commercial arbitration, Foreign investment, Immunity of governments, Court intervention.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ۱۸-۱

بررسی تطبیقی اصول داوری تجاری بین‌المللی با تأکید بر حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی

روح الله آخوندی روشناوند[۱]، محسن حسینی پویا[۲]، ساناز اسحاق زاده[۳]

دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۳۰

چکیده

امروزه بی‌تردید شایع‌ترین شیوه حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی در تجارت بین‌الملل، داوری است. درج شرط داوری در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی درواقع نوعی تضمین برای حمایت از سرمایه‌گذاری به‌شمار می‌رود. براین‌اساس داوری و به‌ویژه قوانین و اصول داوری تجاری بین‌المللی مناسب، نو و پیش‌رو در همه کشورها بدون استثنا می‌تواند نقش به‌سزایی در حمایت و در نهایت افزایش سرمایه‌گذاری خارجی داشته باشد و این خود دلیلی بر اهمیت و ضرورت قوانین داوری تجاری بین‌المللی از جمله در نظام حقوقی ایران است. در این پژوهش درصدد بوده تا ضمن بررسی تحلیلی و مقایسه‌ای، تأثیر اصول داوری تجاری بین‌المللی را برای جذب حداکثری سرمایه‌گذاری بررسی شود. بدون شک با تکیه بر سه اصل اساسی داوری تجاری بین‌المللی یعنی اصل محدودیت مداخله دادگاه‌ها، اصل استقلال و بی‌طرفی داور و اصل عدم مصونیت دولت، نگرانی و هراس سرمایه‌گذاران خارجی از ناحیه اِعمال قوانین ناعادلانه یک کشور بیگانه کاهش یافته و برای طرفین سرمایه‌گذاری خارجی، دادرسی منصفانه‌ای به ارمغان می‌آید. براین‌اساس ضمن بررسی نظری سه اصل مذکور، به رویکرد نظام‌های حقوقی در قبال اِعمال این اصول در راستای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی پرداخته می‌شود.

کلیدواژه‌ها: استقلال و بی‌طرفی داور، داوری تجاری بین‌المللی، سرمایه‌گذاری خارجی، مصونیت دولت‌ها، مداخله دادگاه.

[۱] - استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور ، تهران، ایران.

[۲] - استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد ، مشهد، ایران.

[۳] - دانشجوی دکتری PHD، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد ، نیشابور، ایران.

(نویسنده مسئول: Email: eshaghzadehsanaz@gmail.com)

مقدمه

بزرگ‌ترین مانع بر سر راه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کشورهای در حال توسعه، احساس عدم امنیت سرمایه‌گذاران خارجی می‌باشد. نظر به‌این‌که کشورهای در حال توسعه برای بهبود شرایط اقتصادی خویش نیازمند سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشند، می‌بایست برای ایجاد محیطی مناسب برای سرمایه‌گذاری، همواره راه‌کارهای ویژه برای حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری‌های خارجی درنظر گرفته شود. از مهم‌ترین راه‌کارهای حقوقی در این زمینه، توجه ویژه به شیوه‌های حل و فصل اختلافات تجار و سرمایه‌گذاران خارجی می‌باشد. در اغلب قوانین سرمایه‌گذاری جدید، حل‌وفصل اختلافات میان دولت و سرمایه‌گذاران خارجی از طریق داوری پیش‌بینی شده است. سرمایه‌گذاران خارجی در جریان حل‌وفصل اختلافات ناشی از روابط تجاری خویش، به‌دلیل اطاله دادرسی در دادگاه‌ها، علنی بودن محاکم، غیرتخصصی بودن دادگاه‌ها و نیز پرهزینه‌بودن دادرسی‌های حقوقی در اختلافات بین‌المللی، تمایل کمتری به مراجعه به دادگاه‌های کشور میزبان دارند. ازهمین‌رو پیش‌بینی سایر شیوه‌های حل‌وفصل اختلاف به‌ویژه داوری در نظام حقوق بین‌الملل افزایش یافته است. علاوه‌براین به‌دلیل تصویب و الحاق به کنوانسیون‌هایی[۴] که برای اجرای آرای داوری فراهم گشته‌اند، علی‌الاصول رأی صادره از سوی داور نسبت به آرای اصداری دادگاه‌ها، دارای ضمانت اجرای بیشتری می‌باشد. شایان ذکر است داوری با لحاظ از جمله سه اصل اساسی «محدودیت مداخله دادگاه‌ها»، «استقلال و بی‌طرفی داور» و «عدم مصونیت دولت‌ها» همواره مورد توجه عموم فعالان تجاری در عرصه داخلی و بین‌المللی واقع شده است. در این پژوهش با صرف‌نظر نمودن از پرداختن به مزایای عمومی داوری، بر اصول داوری تجاری مؤثر بر سرمایه‌گذاری خارجی تمرکز گشته است. بدین‌منظور ابتدا به‌عنوان مبادی تصوّری پژوهش، به تعریف و بیان کلی این سه اصل بنیادین در داوری تجاری بین‌المللی پرداخته و سپس با بررسی تطبیقی احکام این اصول سه‌گانه در نظام‌های حقوقی ایران، فرانسه، انگلستان و نیز ایالات متحده آمریکا، به مبادی تصدیقی پژوهش پرداخته‌ایم تا بتوانیم از تأثیر این اصول در راستای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی بهره‌مند گردیم.

نخست: اصل استقلال و بی‌طرفی داور

استقلال و بی‌طرفی داور از موجبات تضمین رسیدگی‌های منصفانه است (Calvo, 1998:64). نبود این ویژگی باعث می‌شود که نتوان به فرایند حل اختلاف اعتماد کرد و آن‌را عادلانه تلقّی نمود. وجود اصل استقلال و بی‌طرفی داوران در داوری‌های تجاری بین‌المللی و رعایت آن توسط داوران، داوری را بیش از پیش به عدالت نزدیک نموده و موجب می‌گردد تا رأی داوری به‌طور عادلانه صادر گردیده و در هنگام اجرا با ایراد بی‌طرفی و عدم استقلال مواجه نگردد (اسدی نژاد،۱۳۹۱، ۲).

در اصطلاح حقوقی، داور مستقل به شخصی گفته می‌شود که هیچ رابطه نزدیک پیشین و کنونی حرفه‌ای، تجاری و شخصی با طرف دیگر ندارد. این‌که داور، مشاور و یا نماینده یا وکیل یکی از طرفین باشد، می‌تواند یک رابطه حرفه‌ای تلقّی گردد. یک رابطه تجاری می‌تواند دربرگیرنده یک مشارکت تجاری باشد که در آن داور، سمت اجرایی یا غیراجرایی داشته و یا شریک معامله تجاری است. درخصوص رابطه شخصی می‌توان به دوستی میان داور یا یکی از طرفین اختلاف اشاره نمود (Trakman, Ibid: 6). هرچه این روابط نزدیک‌تر باشد موجب استقلال کمتر داور می‌شود.

«بی‌طرفی» به‌معنای جانب‌داری و تمایل ذهنی نسبت به طرفین یا موضوع می‌باشد (Steenkamp, 2007: 76). قوانین مختلف داوری به‌طورمعمول تعریف روشنی از اصطلاح «بی‌طرفی» یا رهنمودی برای تفسیر آن ارائه نداده‌اند، هرچند این اصطلاح در نوشته‌های حقوقی، با تعابیر متفاوتی بازگو شده است. مقصود از بی‌طرفی این است که مرجع رسیدگی نباید متمایل به سوی یکی از طرفین دعوا باشد و یا خواهانِ موقعیت برتر یکی و موقعیت بدتر دیگری باشد، بلکه مرجع رسیدگی‌کننده باید در رسیدگی و استماع اظهارات طرفین و بررسی ادله ایشان، کوچک‌ترین فرق و تبعیضی را قائل نشود. بدین‌لحاظ بی‌طرفی برخلاف استقلال که یک ویژگی عینی و ناظر بر رفتار بیرونی است، جنبه شخصی دارد و به‌همین‌دلیل نسبت به مفهوم استقلال، پیچیده‌تر و تشخیص فقدان آن نیز دشوارتر است (Redish, 2001: 12) . رفتار جانب‌دارانه موجب می‌شود داور صلاحیت لازم را از دست بدهد و حالت ذهنی او که گرایش به یک سمت است بر وجدان او که باید قضاوت عادلانه نماید غالب گردد و وی را به سوی

[۴]- کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (کنوانسیون نیویورک)

یک طرف سوق دهد که در آن شرایط او قادر نباشد وظایف خود را به‌طور بی‌طرفانه به انجام رساند. این در حالی است که داور باید مقتضیات عدالت طبیعی را در یک رسیدگی عادلانه، رعایت نماید و با موضوع مطرح شده در نزدش به‌همان شکلی رفتار نماید که دادرس منصوب از سوی دولت رفتار می‌نماید (Vencent, 2003: 492).

برخی از حقوق‌دانان (مافی، ۱۳۹۴، ۱۷۴) معتقدند میان دو واژه استقلال و بی‌طرفی باید قائل به تفکیک گشت. در مقابل پاره‌ای از حقوق‌دانان دیگر(Trakman, 2007: 60) بر این عقیده هستند که این دو مفهوم دارای هم‌پوشانی است.

در دعوای شرکت تأسیسات زیربنایی آفکون علیه شرکت راه‌آهن ویکاس نیگام در ۲۹ می ۲۰۱۷ در دیوان عالی هلند، بحث بر سر این موضوع بود که آیا کارمندان پیشین خوانده به‌موجب بند پنجم بخش ۱۲ قانون داوری، صلاحیت منصوب شدن به داوری را دارند یا خیر؟ شرکت آفکون در دادگاه اظهار داشت که انتصاب کارمندان سابق به‌عنوان داور که در گذشته با کارفرما رابطه تجاری داشته‌اند، بی‌طرفی داور را زیر سؤال می‌برد. این شرکت ادعا می‌کرد که داور تعیین شده، کارمند و مشاور خوانده دعوا بوده و دارای رابطه تجاری با شرکت ویکاس نیگام می‌باشد. در مقابل شرکت راه‌آهن ویکاس نیگام اظهار داشت که این شرکت دارای هوّیتی مستقل است و نمی‌توان ادعا کرد کارمندان پیشین با آن ارتباط دارند. دادگاه با توجه به این‌که انتخاب کارمندان پیشین شرکت خوانده موجب تردید جدی در استقلال و بی‌طرفی داور می‌شود و اعتماد کامل در داوری از ملزومات این امر است، ضمن خاتمه دادن به دعوا، اعتراض شرکت آفکون را وارد دانست و خوانده را به جایگزینی داور ملزم نمود. به‌نظر می‌رسد که در پرونده مزبور، دیوان عالی هلند با به‌کاربردن لفظ صریح استقلال و بی‌طرفی در خصوص داور منصوب شرکت راه‌آهن، میان دو واژه استقلال و بی‌طرفی قائل به تفکیک نشده و هر دو را به یک مفهوم دانسته است.

درخصوص قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶/۰۶/۲۶، برخی صاحب‌نظران یکی از موفقیّت‌های قانون مزبور را تأکید زیاد بر اصل استقلال و بی‌طرفی همه داوران صرف‌نظر از شیوه انتخاب آن‌ها دانسته است (بطحائی و دیگران، ۱۳۹۷، ۴۴). براساس بند نخست ماده ۱۱ این قانون که با تأکید بر تابعیت داور علی‌الظاهر به اصل بی‌طرفی اشاره داشته است، طرفین نمی‌توانند درصورت بروز اختلاف به داور یا داورانی رجوع نمایند که دارای تابعیت یکسان با تابعیت طرف یا اطراف او باشد. در بند نخست ماده ۱۲ این قانون نیز به ضمانت اجرای این موضوع پرداخته شده است. به‌موجب این بند «داور درصورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی درخصوص بی‌طرفی و استقلال او شود». بند چهارم ماده ۱۱ قانون نیز شرایطی را بیان نموده تا از هرگونه تعّدی داور از اصل استقلال و بی‌طرفی خودداری شود «... مقام ناصب باید کلیه شرایطی را که طرفین در موافقت‌نامه برای تعیین داور مقرر داشته‌اند رعایت نموده و استقلال و بی‌طرفی داور را ملحوظ نمایند». با تصریح ماده ۱۳ بر ضمانت اجرای جرح داور، این اصل مورد حمایت قانونی قرار گرفته است. بر اساس این ماده، چنان‌چه اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی درخصوص بی‌طرفی و استقلال داور شود و یا این‌که داور واجد اوصاف مورد توافق طرفین نباشد و یا شخصی‌که به‌عنوان داور مورد پیشنهاد قرار می‌گیرد، هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موّجه در بی‌طرفی و استقلال او می‌شود را افشا نماید، از موارد جرح داور خواهد بود. به‌نظر می‌رسد که قانون‌گذار بین دو واژه استقلال و بی‌طرفی قائل به تفکیک شده است.

شهرت حقوق فرانسه در بی‌طرفی در حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی، یکی از عوامل مهم موفقیّت این کشور در داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد (بطحائی و دیگران، ۱۳۹۷، ۲۸). به‌موجب پاراگراف دوم ماده ۱۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه «داور موظف است پیش از پذیرش مأموریتش هرگونه اوضاع و احوال اثرگذار بر استقلال و بی‌طرفی خویش را افشا نماید. هم‌چنین او موظف است بدون تأخیر هرگونه اوضاع و احوال این چنینی که پس از پذیرش مأموریتش ایجاد می‌شود را افشا نماید». براساس قوانین فرانسه اگر اصل گواهی‌نامه داور دچار مشکلاتی مانند منقضی شدن گردد یا درصورت هرگونه تردید در استقلال و بی‌طرفی او، می‌توان به استناد آن نسبت به جرح داور حتی پس از صدور حکم اقدام نمود (عزیزیانی و یکتایی، ۱۴۰۱، ۲۳۷). به نظر می‌رسد که نظام حقوقی فرانسه، میان اصل استقلال و بی‌طرفی داور تفاوتی قائل نشده است. چنانکه در متن داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) واقع در پاریس نیز تنها به شرط استقلال توجه شده است.[۵] واضعین مقررات داوری اتاق

[۵] - براساس ماده ۷ (۱) مقررات مذکور، هر داور باید مستقل از طرفین باقی بماند.

بازرگانی بین‌المللی ممکن است مفهوم استقلال را شامل بی‌طرفی دانسته و نیازی به قید اصطلاح بی‌طرفی ندانسته‌اند. به هر حال یک داور ضمن مستقل بودن از شخص تعیین‌کننده او، نباید به‌گونه‌ای عمل نماید که گویی نماینده یا عامل شخص تعیین کننده است، به عبارتی باید به‌طور بی‌طرفانه عمل کند (Paulsson, 1990: 212).

کمیته مشورتی تدوین قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان در خصوص عدم نیاز به شرط استقلال داوری در انتخاب داور گفته است ↔فقدان استقلال مهم نیست مگر این‌که موجب شک در بی‌طرفی داور شود». بی‌طرفی مبنای جرح داور است. بنابراین ضرورتی ندارد به استقلال به‌عنوان مبنای جرح داور توجه شود، مگر این‌که عدم استقلال بر عدم بی‌طرفی دلالت داشته باشد (Born, 2018: 1776). در همین خصوص، عالی‌ترین دادگاه انگلستان با این اظهار که ↔داور منتخب از سوی یک طرف در برابر آن طرف که او را انتخاب نموده، مستقل باقی می‌ماند و آن داور را نباید براساس قانون کار به‌عنوان یک کارمند آن طرف دعوا تلقّی نمود» (Cohen, 2011: 633)، مفهوم استقلال و بی‌طرفی را یکی دانسته است. بااین‌حال در حوزه حقوق دریایی و حقوق تجارت، به‌نظر می‌رسد در حقوق انگلستان دیدگاه‌های دیگری مطرح است. در این حوزه‌ها قاعده حاکم این است که دو داور تشکیل‌دهنده دیوان داوری، هر یک نقش نماینده یا وکیل طرف انتخاب‌کننده‌ی خود را برعهده دارند (Mustill, 1991:392).

در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، در ابتدا برخی دادگاه‌ها اظهارنظر نموده‌اند که داور منتخب طرفین می‌تواند در ماهیت موضوع دعوا روابط یک‌طرفه با یکی از دوطرف اختلاف، وکیل یا وکلا و شهود او داشته باشد (Liberman, 2003: 233). توضیح آن‌که در یک دیوان داوری با سه داور، هر یک از طرفین می‌توانند داوری که اصولاً لازم نیست بی‌طرف باشد، را برای خویش انتخاب نماید و آن‌گاه این دو داور باید داور سوم و بی‌طرفی را انتخاب نماید. انجمن داوری آمریکا و بسیاری از متخصصان داوری با اعمال چنین روشی مخالفت نموده و به‌جای آن توصیه نموده‌اند که همه داوران از جمله داوران منتخب طرفین باید ضوابط عالی بی‌طرفی را رعایت نمایند (Nathan, 2006: 18-21). در سال ۱۹۷۷ انجمن داوری و کانون وکلای آمریکا با اعتقاد به این‌که منافع جامعه ایجاب می‌نماید که برای راهنمایی داوران و طرفین، رعایت ضوابطی اخلاقی لازم است، مبادرت به تهیه قواعد اخلاقی در داوری تجاری نمودند. این منشور اخلاقی که نخستین اقدام جامع برای تدوین یک مجموعه از قواعد اخلاقی برای داوران تلقّی می‌شود، درصدد ارائه مهم‌ترین تعهدات اخلاقی داوران در برابر اجتماع و هم‌چنین طرفین دعوا برآمده است (Born, 2018: 1833). هدف از این مجموعه قوانین، در اختیار نهادن یک‌سری رهنمودهای اخلاقی بوده است که کاربرد آن نباید تنها محدود به پرونده‌های انجمن داوری یا مواردی‌که داوران‌حقوق‌دانان هستند باشد، بلکه باید درخصوص همه‌ی داوران در داوری‌های تجاری قابل اعمال باشد. افشای منافع و روابطی که می‌تواند بی‌طرفی داور را خدشه‌دار کند یا شکل تعصب و طرفداری را به خود بگیرد از جمله رهنمودهای این مجموعه باارزش است. در سازمان فینرا[6] که بزرگ‌ترین سازمان خودانتظام در بازار سرمایه‌ی آمریکا (بورس اوراق بهادار) می‌باشد، داوران بدون محدودیت از تمام اقشار و طبقات جامعه و بدون تبعیض جنسیتی از سراسر کشور انتخاب می‌شوند. این داوران پس از ثبت‌نام و دیدن آموزش‌های لازم در آزمون داوری فینرا شرکت نموده و درصورت تأیید به‌عنوان داور سازمان فینرا انتخاب می‌شوند.آن‌چه مهم است این است که داور باید فردی مستقل و آگاه به موضوع باشد. به‌نظر می‌رسد در این مرجع اصل استقلال و بی‌طرفی در قالب یک مفهوم عنوان شده است. قانون داوری فدرال آمریکا در ماده ده اصلاحی ۱۵ نوامبر ۱۹۹۰ با به‌کارگرفتن عباراتی عام و مطلق کلیه داوران را ملزم به رعایت استقلال و بی‌طرفی دانسته است. به‌موجب این ماده دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا می‌توانند درصورتی‌که حکم بر مبنای فساد، تدلیس یا سوءنیت صادر شده باشد و یا درصورتی‌که جانب‌داری مسلّمی رخ داده باشد یا فسادی در هر یک از داوران احراز شده باشد، به درخواست یکی از طرفین، نسبت به بطلان رأی داوری اقدام نماید (Born, Ibid: 1808).

درصورت نبود چنین اوصافی، در برخی نظام‌های حقوقی مانند ایران ضمانت اجرایِ جرح داور و در برخی دیگر مانند ایالات متحده آمریکا ضمانت اجرایِ ابطال رأی داوری پیش‌بینی شده است. بااین‌حال تأکید بر تابعیت داور برای رعایت این اصل که تنها در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران بحث شده است جای بسی تأمل دارد، چراکه امروزه در بازرگانی بین‌المللی منع نمودن داور یا داوران بیگانه از صدور رأی داوری، به‌وضوح مانعی

---

[6] - Financial Industry Regulatory Authority (FINRA).

بر سر راه توسعه داوری تجاری بین‌المللی و نیز جذب و حمایت سرمایه‌گذاران خارجی می‌باشد. وانگهی نفس این موضوع که تابعیت لزوماً جانب‌داری و خروج از اصل استقلال و بی‌طرفی به‌حساب می‌آید، اعتقاد درستی نیست و با فرض اثبات بی‌طرفی چنین داوری و امکان جرح او، جمع بین دو مصلحت توسعه داوری و جذب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی از طرفی و نیز التزام به اصل استقلال و بی‌طرفی داور به‌راحتی فراهم است. علاوه‌براین با در نظر گرفتن اصل حاکمیت اراده و ضرورت انعطاف‌پذیری قوانین داوری، اعمال قوانین سخت‌گیرانه‌ای مانند بند نخست ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی، چندان ضروری به نظر نمی‌رسد.[۷]

باوجود این باید اذعان نمود چون از مهم‌ترین دغدغه‌های سرمایه‌گذاران در قراردادهای سرمایه‌گذاری این است که دادرسان ملی نوعاً در حل‌وفصل اختلافات تجاری ایشان از اصل استقلال و بی‌طرفی کامل فاصله می‌گیرند و این سرمایه‌گذاران در غیاب شرط داوری برای حل‌وفصل اختلافات خویش ملزم به مراجعه به دادگاه‌های ملی کشور سرمایه‌پذیر و تمکین به آرای دادرسان ملی آن کشور می‌باشند و به‌ویژه هنگامی‌که دادرس دادگاه با طرف مقابل دعوا دارای تابعیتی یکسان باشد، دغدغه و نگرانی ایشان از شدت بیشتری برخوردار خواهد بود، بنابراین درصورت وجود شرط داوری در قراردادهای سرمایه‌گذاری باید دانست هر اندازه اصل استقلال و بی‌طرفی در مقررات داوری از ضمانت اجرای بیشتری برخوردار باشد، به‌دلیل عادلانه‌تر و منصفانه‌تر بودن داوری و صدور رأی داوری، امکان حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی بیشتر فراهم است.

دوم- اصل محدودیت مداخله دادگاه در داوری تجاری بین‌المللی

به‌طورکلی وجود شرط داوری در قراردادها موجب می‌شود که دعوا در صلاحیت داور قرار بگیرد و دادگاه دولتی از رسیدگی به آن ممنوع گردد مگر به دلایل موجّهی مانند عدم اعتبار موافقت‌نامه داوری و یا خروج موضوع دعوا از صلاحیت دیوان داوری که در این‌صورت دادگاه صلاحیت رسیدگی خواهد داشت. مبنای حقوقی این امر یعنی صلاحیت نخستین داور درصورت وجود شرط داوری، دکترین استقلال شرط داوری به‌حساب می‌آید. اغلب نظام‌های حقوقی با برجسته شدن دکترین استقلال شرط داوری و هم‌سوی با آن پذیرش «اصل صلاحیت بر صلاحیت» و نیز تصمیم‌گیری شخص داور به هنگام ایراد عدم صلاحیت داور یا موافقت‌نامه داوری گام مهمی در جهت کاهش مداخله نظارتی دادگاه‌ها در امر داوری برداشته‌اند. «اصل صلاحیت بر صلاحیت» به مرجع داوری اختیار می‌دهد تا نسبت به ایراد به صلاحیت داور ناشی از اعتبار و قلمرو موافقت‌نامه داوری اظهارنظر کند (Carbonneau,2007: 27). به‌موجب این اصل، صلاحیت دادگاه در بررسی و تعیین صلاحیت مرجع داوری محدود می‌گردد و مرجع داوری اولین مرجع در بررسی صلاحیت خود است (Kronke et al, 2010: 95) . اختیار مرجع داوری در تعیین صلاحیت خود یک موضوع ناشی از طبیعت موافقت‌نامه داوری بوده و به‌وسیله «دکترین استقلال شرط داوری» حمایت می‌شود.

باوجود این ، این اصل به‌معنای عدم دخالت مطلق دادگاه در امر داوری نمی‌باشد اما دخالت دادگاه‌ها در امر داوری باید مرزبندی و محدود شود وگرنه می‌تواند به ابزاری برای دور شدن از هدف ارجاع موضوع به داوری تبدیل گردد. به‌طورکلی مداخله دادگاه در داوری در نظام‌های مختلف حقوقی را می‌توان به سه مرحله مداخله قضایی پیش از داوری، حین رسیدگی داوری و پس از صدور رأی داوری تفکیک نمود.

۱-۲- پیش از تشکیل دیوان داوری یا پیش از رسیدگی

اصل محدودیت مداخله دادگاه در داوری تجاری بین‌المللی در مرحلهٔ پیش از تشکیل دیوان داوری در دو مورد قابل بررسی است که در زیر به آن پرداخته می‌شود.

۱-۱-۲- قابلیت ارجاع دعوا به داوری

حسب بند نخست ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی «درصورتی‌که موضوع اصلی اختلاف به‌موجب قوانین ایران قابل حل‌وفصل از طریق داوری نباشد»، رای داور اساساً باطل و غیر قابل اجرا است. از سوی دیگر، مطابق با اصل ۱۳۹ قانون اساسی «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع

[۷] - برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: دی ام لیو، جولیان، ای میستلیس، لوکاس و ام کرول، استفان، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۲۷۵.

مجلس برسد. در مواردی‌که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد». موارد مهم را قانون تعیین می‌نماید. براین‌اساس در دعاوی تجاری و سرمایه‌گذاری خارجی چنان‌چه موضوع دعوا مربوط به اموال عمومی و دولتی باشد، ارجاع به داوری منوط‌به تصویب هیأت وزیران و مجلس خواهد بود. فارغ از جنبه حمایتی این اصل از منافع ملی، اصل مزبور به‌دلیل لزوم مراجعه سرمایه‌گذاران خارجی به دادگاه‌های ملی درخصوص اختلافات اموال عمومی و دولتی، یک محدودیت در جذب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی به‌شمار می‌آید. علاوه‌براین در حقوق ایران برخلاف برخی کشورها[۸] در موضوعات مربوط به مالکیت فکری با توجه به این‌که اصل بر داوری‌پذیری بودن دعاوی بوده و ممنوعیت صریحی در این خصوص وجود ندارد، این موضوعات قابل ارجاع به داوری است.

قانون‌گذار فرانسه درخصوص داوری‌پذیری موضوعات، مشابه قانون‌گذار ایران عمل نموده است، با این تفاوت که در برخی قوانین مانند قانون ۱۳ ژوییه ۱۹۷۸ درمورد پروانه اختراع[۹] و قانون چهار ژانویه ۱۹۹۱ درمورد علائم تجاری،[۱۰] صلاحیت انحصاری پیش‌بینی شده تحت شرایطی قابل رجوع به داوری است.[۱۱]

باید گفت فرانسه در مفهوم نظم عمومی و داوری‌پذیری در فضای داخلی و بین‌المللی رویه یکسانی ندارد و بسیاری از مسائل از جمله داوری‌پذیری اموال دولتی که در حقوق داخلی فرانسه غیرقابل داوری است در حقوق بین‌المللی، داوری‌پذیر تلقّی شده است (Lehmann, 2004: 61). بنابراین از این جهت نیز این نظام حقوقی با ایران متفاوت است. در نظام حقوقی انگلستان اصل بر این است که اگر موضوعِ قابل ارجاع به داوری، خلاف نظم عمومی باشد و در آن خصوص رأیی صادر گردد، چنین رأیی باطل تلقّی می‌شود. البته باید اذعان داشت که آراء محاکم قضایی انگلستان نقش مهمی در حقوق این کشور داشته و در دعاوی مختلف از جمله حقوق رقابت، حقوق کار، مالکیت فکری و اموال دولتی حکم به داوری‌پذیری این دعاوی داده شده است. براین‌اساس حقوق‌دانان معتقدند که امروزه حقوق انگلستان داوری را در قلمروی نظم عمومی اجازه می‌دهد و درخصوص موضوع اختلاف که به داوری ارجاع می‌گردد هیچ‌گونه محدودیتی وجود ندارد (Lehmann, Ibid: 74). در حقوق ایالات متحده آمریکا، قانون داوری فدرال،[۱۲] داوری پذیری در موضوعات مختلف را پذیرفته است. براین‌اساس دعاوی حقوق رقابت، مالکیت فکری و اوراق بهادار با مانع داوری‌ناپذیری روبه‌رو نیستند. درواقع باید ریشهٔ به‌رسمیت شناختن داوری در دعاوی مالکیت‌های صنعتی را در حقوق آمریکا جستجو نمود. با اصلاحات قانونی در سال ۱۹۸۳ داوری‌پذیری دعاوی اعتبار پروانه اختراع صریحاً شناسایی شد. مطابق ماده ۲۹۴ قانون فدرال پروانه اختراع،[۱۳] دعاوی اعتبار پروانه اختراع قابل ارجاع به داوری است. برخلاف پروانه اختراع، قانون فدرال، داوری‌پذیری علائم تجاری را به بحث نگذاشته است. یکی از دلایل چنین امری، کمبود رابطه قراردادی در زمینه علائم تجاری نسبت به پروانه اختراع است. اما به نظر می‌رسد که امروز مانعی بر سر راه داوری این دعاوی نباشد (Martin, 1997: 941). همچنین در حقوق آمریکا حتی هنگامی‌که دعاوی اعتبار، داوری‌پذیر محسوب نمی‌شد، رویهٔ قضایی ارجاع این دعاوی به داوری را پذیرفته بود (Petrakis, 1997: 25).

۲-۱-۲- عدم اعتبار موافقت‌نامه داوری

به‌موجب ماده هشت قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، درصورت وجود موافقت‌نامه داوری دادگاه می‌بایست دعوا را به داوری احاله نماید[۱۴] مگر این‌که احراز نماید موافقت‌نامه‌ی داوری

---

[۸] - در کشور آلمان، به‌رغم تلاش‌های صورت‌گرفته در پذیرش دعاوی مربوط به اعتبار حقوق ثبت شده، تأثیر عملی اصلاحات چشمگیر نبوده است. هم‌چنین در ایتالیا تنها در برخی از آراء داوری علائم تجاری با تأکید بر اثر نسبی رأی داور پذیرفته شد.

[9] - La loi n° 78-742 du 13 Juillet 1978 modifiant et comple´tant

[10] - La loi n° 91-7 du 4 Javier 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service

[۱۱] - ماده ۲۰۵۹ قانون مدنی فرانسه دعاوی ناظر به حقوق قابل واگذاری را داوری‌پذیر می‌داند و ماده ۲۰۶۰ همان قانون اعلام می‌دارد که تمام موضوعات مربوط به نظم عمومی قابل ارجاع به داوری نیست. از طرفی در قانون پروانه حق اختراع و علائم تجاری، صریحاً اعلام شده است که صلاحیت انحصاری پیش‌بینی شده در این قوانین با رعایت مواد ۲۰۵۹ و ۲۰۶۰ قانون مدنی مانع رجوع به داوری نمی‌شود.

[12] - Federal Arbitration Act (FAA)

[13] - Consolidated Patent Laws (35 U.S.C)

[۱۴] - دادنامه صادره به شماره ۱۴۰۲۲۵۳۹۰۰۰۴۹۶۶۵۷۳ مورخ ۱۴۰۲/۰۴/۲۹ صادره از شعبه ۱۲دادگاه تجدیدنظر خراسان رضوی «درخصوص تجدیدنظر خواهی شرکت ... به طرفیت تجدیدنظرخواندگان آقای ... و خانم ... نسبت به دادنامه شماره ۱۴۰۰۲۵۳۹۰۰۰۷۸۰۵۵۴۳ مورخ ۱۴۰۰/۰۷/۲۴ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه عمومی حقوقی مشهد که به‌موجب آن حکم به ابطال سند رسمی صادر گردیده است، با عنایت به این‌که برابر مقررات بند ۱۴ ماده ۵۷ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران، اختلافات اعضای شرکت‌های تعاونی با شرکت تعاونی در مرکز داوری اتاق استان و اتحادیه مربوطه حل و

باطل یا غیرقابل اجرا می‌باشد. در حقوق فرانسه وفق بند نخست ماده ۱۵۲۰ ق. آ.د .م دادگاه آن‌جاکه داور به‌دلیل عدم اعتبار موافقت‌نامه‌ی داوری صلاحیت ندارد، باید مداخله فعال داشته باشد. به‌همین شکل در حقوق انگلستان و آمریکا از جمله موارد دخالت دادگاه در داوری، بی‌اعتباری قرارداد داوری است که حتی ممکن است همراه با دستوراتی از طرف دادگاه باشد (جعفری، ۱۳۹۷، ۶۱).

۲-۲- حین رسیدگی داوری

در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران تحت‌تأثیر قانون نمونه آنسیترال[۱۵]دخالت دادگاه در جریان داوری در مواردی از جمله جرح داور، صدور دستور موقت و قرار تأمین خواسته به‌عنوان شیوه‌ای حمایتی پذیرفته شده است. قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در بند دوم و سوم ماده ۱۵۱۹ برگزیدن شیوه ابلاغ را در وهلهٔ نخست به اراده طرفین وانهاده است و سپس اگر در این زمینه توافقی حاصل نگردد، مقرر نموده تا ابلاغ از سوی مأمور دادگاه صورت پذیرد (Holtzman, 1978: 276). قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۹۶ نسبت به قانون نمونه آنسیترال، درخصوص مداخله قضایی زمینه‌های بیشتری را پذیرفته است (رید، ۱۳۸۵، ۲۰۱). در بخش ۴۴ این قانون به‌صراحت از امکان مداخله قضایی به‌موازات اختیارات دیوان داوری سخن به‌میان آمده است. در حقوق آمریکا نیز به اقسام دخالت دادگاه در جریان داوری اشاره شده است. نمونه این مورد اقدامات تأمینی است؛ بااین‌که در این نظام حقوقی اختیارات گسترده‌ای برای صدور دستورات تأمینی به داوران داده شده است،[۱۶] دستور توقیف اموال خوانده از سوی دادگاه به‌عنوان تضمینی برای رأی صادر شده، مناسب دانسته شده است (جعفری، ۱۳۹۷، ۸۴). هرچند در این میان در برخی دعاوی[۱۷] با این استدلال که روح کنوانسیون آنسیترال، دادگاه را از اقدام و عمل در هر مقام به جز حکم داوری منع می‌نماید، دستور توقیف اموال از سوی دادگاه‌ها را بر نمی‌تابند. علاوه‌بر دستور موقت و یا توقیف اموال، دستور دیگری که طرفین می‌توانند از دادگاه بخواهند، دستور منع اقامه دعوا یا پیگیری است. گاهی درحالی‌که داوری در یک کشور در جریان است همان دعوا در دادگاه‌های کشور دیگری نیز تحت رسیدگی موازی قرار می‌گیرد. دراین‌صورت به‌منظور جلوگیری از صرف هزینه، زمان اضافی و دادرسی تکراری چنان‌چه قانون آیین دادرسی مدنی اجازه دهد، یک طرف دعوای داوری می‌تواند از دادگاه‌های آن کشور درخواست صدور منع اقامه یا پیگیری دعوا را بنماید.[۱۸]

۳-۲- پس از رسیدگی یا صدور رأی

وارسی قضایی رأی داوری در مرحله‌ی اجرا سبب می‌شود یا رأی داوری به اجرا درآید یا به‌دلایل ویژه‌ی مصرح قانونی، رأی داوری ابطال گردد (Movsesian, 2008: 423) . ماده ۳۳ ق. د. ت. ب. ا موارد مربوط به ابطال رأی داوری را احصا نموده است، که به‌مراتب مفصل‌تر از موارد احصاء شده‌ی قانون داوری آنسیترال می‌باشد.[۱۹] قانون‌گذار ایران در ماده ۳۳، برخلاف قانون نمونه آنسیترال موارد ابطال رأی را به‌وضوح گسترش داده است. به‌عنوان مثال هرچند در بندهای «الف»، «ب» و «ه» درخواست ابطال رای ضروری به نظر می‌رسد، لیکن موارد بندهای «ج»، «و»، «ح» و «ط» با اعتراض و درخواست تجدیدنظر نسبت به رأی داوری هم قابل طرح می‌باشد و اصولاً نیازی به ابطال رای داوری نیست. بدیهی است این موضوع به اعتبار و ثبات آرای

فصل می‌گردد و ... هیأت دادگاه طرح ابتدایی خواهان‌ها پیش از اظهار مرکز داوری را مسموع ندانسته و دادنامه مورد اعتراض را شایسته تأیید نمی‌داند و به استناد ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی خواهان‌های اولیه را صادر و اعلام می‌نماید. رأی دادگاه قطعی است.

[۱۵]- آنسیترال یا کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد که با قطع‌نامه ۲۲۰۵ در ۱۷ سپتامبر ۱۹۶۶ تأسیس گردید. این سازمان در سال ۱۹۸۵ قوانین مرتبط با داوری تجاری بین‌المللی را به‌عنوان قانون نمونه به تصویب رساند.

[۱۶]- برای مثال قواعد انجمن داوری آمریکا مقرر می‌دارد که داوران می‌توانند برای حفظ اموال دستوراتی صادر نمایند و صدور این دستورات خدشه‌ای به حقوق طرفین یا تصمیم نهایی درخصوص اختلاف وارد نمی‌کند.

[۱۷]- حکم دادگاه ایالت در یک پرونده بین‌المللی در سال ۱۹۸۲، ام هولتزمن، هواردام (۱۳۸۱)، ترجمه علی قاسمی، داوری در ایالات متحده آمریکا، فصل- نامه دیدگاه‌های حقوقی، ۷۱.

[18] - The US decision in General Electric Co v. Deutz AG , 13(10) mealet's IAR CI (1998)

[۱۹] - براساس این ماده ابطال رأی می‌تواند به یکی از دلایل زیر و به درخواست طرفین از دادگاه تقاضا شود. الف) یکی از طرفین فاقد اهلیت باشد، ب) موافقت‌نامه داوری به‌موجب قانون مورد توافق حاکم بر داوری معتبر نباشد و درصورت سکوت قانون، مخالف صریح قانون ایران باشد، ج) مقررات این قانون درخصوص ابلاغ اخطاریه‌های تعیین داور رعایت نشده باشد، د) درخواست کننده ابطال به دلیلی که خارج از اختیار او بوده موفق به ارائه مدارک خود نشده باشد، ه) داور خارج از حدود اختیارات خود رأی داده باشد، و) ترکیب هیأت داوری مطابق با آیین دادرسی موافقت‌نامه داوری نباشد و یا درصورت سکوت یا عدم وجود موافقت‌نامه مخالف این قانون باشد، ح) رأی داوری مستند به سندی باشد که جعلی بودن آن ثابت شده است، ط) پس از صدور رأی داوری مدارکی یافت شود که دلیل بر حقانیت معترض بود و ثابت شود که آن مدارک را طرف مقابل مکتوم داشته یا باعث کتمان آن‌ها شده است.

داوری آسیب جدی می‌زند و دادگاه را به‌نحوی مرجع تجدیدنظر از آرای داوری معرفی می‌نماید که با فلسفه نهاد داوری که یک نوع رسیدگی کاملاً خصوصی با رأی قطعی است ناسازگار می‌باشد. ماده ۳۴ ق. د. ت. ب. ا به موارد بطلان رأی اختصاص یافته است.[۲۰] قانون‌گذار ملی در ماده ۳۴ مزبور، آشکارا با پا فرا گذاشتن از اصول و استانداردهای معمول داوری دخالت دادگاه را حتی درصورت عدم اعتراض طرفین تجویز نموده است. فارغ از مصالحی که قانون‌گذار را به تصویب این موارد واداشته است، باید دانست هرچه دامنه دخالت دادگاه و ابطال رأی داوری گسترانده‌تر می‌شود، به‌همان میزان دامنه حمایت از قراردادهای تجاری و سرمایه‌گذاری خارجی فروکاسته می‌شود، چراکه همیشه میان یک داوری معتبر و مصون از تعرضات قضایی و امنیت سرمایه‌گذاری، رابطه مستقیم و وثیقی برقرار است.

در حقوق فرانسه به‌صراحت ماده ۱۵۲۰ ق. آ. د. م. ف درخواست ابطال رأی تنها درصورتی قابل طرح است که الف) دیوان داوری به اشتباه خود را صالح یا غیرصالح اعلام کرده باشد، ب) دیوان داوری به شیوه صحیح تشکیل نشده باشد، ج) دیوان داوری مطابق مأموریت محوله اتخاذ تصمیم نکرده باشد، د) اصل تناظر رعایت نشده باشد و نهایتاً و) شناسایی و اجرای رأی مغایر با نظم عمومی بین‌المللی باشد. قانون داوری تجاری انگلستان (۱۹۹۶) نیز بخش‌های ۶۷ تا ۶۹ خود را به زمینه‌های به چالش کشیده شدن آرای داوری اختصاص داده است. طبق بخش ۶۷ این قانون یک طرف رسیدگی می‌تواند تصمیم داور را درخصوص صلاحیت ماهوی دیوان داوری به چالش بکشد و خواستار ابطال جزئی یا کلی رأی داوری شود. مبنای دیگر به چالش کشیدن آرای داوری «بی‌نظمی جدی» است که در بخش ۶۸ قانون ذکر گردیده است. یکی از طرفین داوری با استناد به بی‌نظمی جدی که دیوان رسیدگی را تحت تأثیر قرار داده باشد، می‌تواند به رأی اعتراض نماید که نتیجه این اعتراض، ابطال کلی یا جزئی رأی داوری خواهد بود. در پرونده ادونگو[۲۱] بدین دلیل که داور به طرفین اجازه ابراز دلایل به‌صورت شفاهی و نیز رویارویی بایکدیگر را نداده بود، رای داوری نقض شد. مبنای دیگر پیش‌بینی شده در بخش ۶۹ این قانون، مربوط به اعتراض به رأی داوری از نقطه‌نظر حکمی می‌باشد. باوجود محدودیت‌های وسیع قانون انگلستان درخصوص اعتراض حکمی، این حق به طرفین داوری تجاری داده شده است تا یک مسأله حکمی ناشی از رأی داوری را به دادگاه بکشانند. چنان‌که گذشت قانون انگلستان موارد زیادی را برای اعتراض آرای داوری پیش‌بینی نموده است. هرچند برخی از این موارد منطقی و ضروری هستند، لیکن برخی از آن‌ها قابل توجیه نمی‌باشد. به‌عنوان مثال مبنای ارائه شده در ماده ۶۸ قانون درخصوص بی‌نظمی با مسأله حق داور برای هدایت جریان رسیدگی به‌صلاحدید خود و با حسن نیّت و رعایت انصاف در تناقض است یا مبنای ارائه شده در ماده ۶۹ که با آزادی طرفین برای انتخاب قانون حاکم چندان سازگاری ندارد. به‌طورکلی روند اعتراض به آرای داوری در انگلستان، باعث ایجاد ابهامات زیادی درباره قطعیت آرای صادره، گشته است. کلی‌گویی قانون داوری انگلستان (۱۹۹۶) تحت عبارات «بی‌نظمی جدی در رسیدگی» تاب تفسیر بیشتری داشته و می‌تواند موارد بیشتری را برای اعتراض آرای داوری دربرگیرد (علیخانی و عباسی، ۱۳۹۱، ۱۰۲-۱۰۱). در نظام حقوقی آمریکا نیز موارد بسیار محدودی وجود دارند که تنها به استناد آن‌ها می‌توان از دادگاه تقاضای ابطال رای داوری را نمود. با توجه به گوناگونی قوانین ایالات متحده، برای بررسی دیدگاه نظام حقوقی ایالات متحده چاره‌ای جز تکیه بر حقوق فدرال نیست. براساس قوانین فدرال در موارد زیر دادگاه اختیار دارد رأی داوری را ابطال نماید ۱- رأی داوری با فساد و تقلّب صادر شده باشد، ۲- خروج از اصل بی‌طرفی داور، ۳- عدم استماع دلایل توسط داوران و ۴- تجاوز داوران از اختیارات قانونی. باید دانست قوانین فدرال آمریکا تنها امکان ابطال آرای داوری را پیش‌بینی نموده است و امکان تجدیدنظرخواهی از آرای داوری وفق قوانین فدرال وجود ندارد، مگر طرفین در این خصوص توافق نموده باشند. امروزه اغلب کشورها در نظام حقوقی رومی ژرمنی و کامن‌لا، درراستای جذب بیشتر سرمایه‌گذاری خارجی با محدود نمودن مداخله قضایی در امر داوری و نیز جلوگیری از استفاده افراطی شیوه‌های ابطال رأی داوری به کنوانسیون نیویورک ملحق گشته‌اند.

امروزه در قراردادهای حقوق تجارت بین‌الملل طرفین قرارداد تلاش می‌نمایند که با به‌کارگیری روش‌های نوین حل و فصل اختلاف از جمله داوری خود را از مراجعه به محاکم ملی

[۲۰] - به‌موجب این ماده، رأی داوری در موارد زیر اساساً باطل و بی‌اثر است. الف) داوری‌پذیر نبودن موضوع اختلاف، ب) مخالفت رأی با نظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمره و ج) رأی داوری درخصوص اموال غیرمنقول واقع در ایران با قوانین آمره یا مفاد اسناد رسمی معتبر در تعارض باشد.

[21] - O'Donoghue v. Enterprise Inns Plc, 2008, Arbitration, Practice & Procedure Case Data Base, Op Cit, P1.

یک کشور رها ساخته و با مسائلی همچون قوانین سخت‌گیرانه آیین دادرسی یک کشور، عدم محرمانگی دادرسی و افشای اطلاعات، صدور آرای متناقض و... مواجه نگردند. این موضوع در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی از اهمیت دوچندانی برخوردار است. داوری در این حوزه بایستی به‌گونه‌ای باشد که نه‌تنها دخالت دادگاه در آن محدود بوده بلکه موارد مشخص و دقیق دخالت دادگاه در مواردی‌که ضروری است باید مشخص گردد تا راه هرگونه اختلاف نظری در این خصوص را به‌روی طرفین ببندد. آن‌گونه که از بررسی مقایسه‌ای نظام‌های حقوقی ملاحظه گردید باید گفت، این شیوه حل و فصل اختلاف هنوز مستقل و خودکفا نیست و در معرض دخالت‌های متعدد دادگاه‌های ملی قرار دارد. بااین‌حال در راستای حمایت از قراردادهای تجاری بین‌المللی به‌ویژه سرمایه‌گذاری خارجی چاره‌ای جز محدودیت هرچه بیشتر مداخله قضایی در امر داوری نیست. قانون نمونه آنسیترال درخصوص داوری زمینه‌های مداخله قضایی در امر داوری را تا حد قابل توجهی کاهش داده است. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران با اقتباس از قانون نمونه می‌کوشد تا دخالت دادگاه‌های ایران را در احکام داوری محدود و نقش داوری را در دعاوی تجاری بین‌المللی و سرمایه‌گذاری خارجی تقویت نماید. هم‌چنین در اغلب نظام‌های حقوقی با روی کار آمدن دکترین استقلال شرط داوری و هم‌سوی با آن پذیرش «اصل صلاحیت بر صلاحیت» و نیز تصمیم‌گیری شخص داور در زمان ایراد عدم صلاحیت داور یا موافقت‌نامه داوری گام مهمی در جهت کاهش مداخله دادگاه در امر داوری برداشته شده است. نکته حائز اهمیّت دیگر آن است که هدف دادگاه از ایفای نقش در داوری در برخی موارد مانند صدور قرار تأمین خواسته، صدور دستور موقّت و یا شناسایی و اجرای رأی جنبه مساعدتی و در برخی دیگر مانند اعتراض و ابطال رأی جنبه نظارتی دارد. به‌وضوح می‌توان گفت هراندازه نقش مساعدتی و حمایتی دادگاه در امر داوری بیشتر باشد، در راستای حل اختلافات تجاری و سرمایه‌گذاری جنبه حمایتی آن بیشتر به چشم می‌خورد. در مقابل نظام‌های حقوقی ملی باید تلاش نمایند تا در راستای حمایت از دعاوی تجاری و سرمایه‌گذاری خارجی و ایجاد امنیت حقوقی کامل جنبه‌های نظارتی دادگاه‌ها در امر داوری به‌ویژه در خصوص ابطال و اعتراض رأی را کاهش دهند. به‌عنوان مثال در حقوق ایران، موارد مربوط به نقض و ابطال آرای داوری خارجی که در ایران صادر شده است متعدد است[۲۲] که خود جای بسی اصلاح دارد. چراکه دادرسان ایرانی باید از ستیز با داوری خودداری کرده و با شناسایی و اجرای آراء داوری، آن‌را به‌عنوان شیوه‌ای امن برای تجار و سرمایه‌گذاران خارجی معرفی و بدین‌ترتیب زمینه توسعه تجارت بین‌الملل در ایران را مهیا سازند.

سوم- اصل سقوط مصونیت دولت ها در داوری تجاری بین‌المللی

در قراردادهای سرمایه‌گذاری دولتی، نظریه مصونیت دولت به‌عنوان یکی از مفاهیم حقوق بین‌الملل عمومی بیشتر خودنمایی می‌کند (Murphy, 2006: 226) . درواقع، یکی از نگرانی‌های مهم سرمایه‌گذاران خارجی به‌هنگام بروز اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری این است که دولت طرف قرارداد بخواهد به مصونیت قضایی یا مصونیت اجرایی خود استناد نموده و از سپردن اختلاف به داوری سرباز زند. مصونیت دولت هنگامی موضوعیت می‌یابد که دادگاه‌های داخلی یک دولت درصدد تحمیل صلاحیت قضایی خویش بر دولت دیگر برآیند.

مسأله مصونیت دولت به دو شکل کلی قابل طرح است. نخست، مصونیت مطلق و دوم، مصونیت محدود که شامل مصونیت قضایی[۲۳] و مصونیت اجرایی[۲۴] می‌باشد. در مصونیت مطلق، کلیه فعالیت‌های دولت اعم از تجاری، حاکمیتی و یا فعالیت‌های زیان‌بار آن از هرگونه رسیدگی در خارج از قلمرو سرزمینی‌اش مصون فرض می‌شود. با تحولات بین‌المللی قرن بیستم، قاعده مصونیت مطلق دولت به‌تدریج مورد انتقاد دولت‌ها قرار گرفت. نقطهٔ مقابل مصونیت مطلق مصونیت محدود بوده که چنان‌چه از نوع مصونیت قضایی باشد، مصونیت دولت از تعقیب قضایی مطرح است و چنان‌چه از نوع مصونیت اجرایی باشد، مصونیت دولت از توقیف اموال دولتی مدّنظر است. مصونیت قضایی دولت‌ها حقی است که مفاد آن مشعر بر خروج دولت‌ها از حیطه اعمال صلاحیت دادگاه‌های سایر کشورها می‌باشد (Brohner, 1997: 3). با این‌حال باید اذعان داشت مصونیت قضایی دولت در برابر مرجع داوری و نیز در برابر دادگاهی که صلاحیت نظارتی خود را بر روند داوری اعمال می‌نماید و یا به مناسبت داوری تشکیل شده است، قابل طرح و بسط نیست، چراکه مرجع داوری مستقل از حاکمیت‌های سیاسی است و اساساً صلاحیت خود را از توافق‌نامه داوری میان یک دولت و یک

[۲۲] - بند ۳۳ و ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران

[23] - Immunity from jurisdiction.

[24] - Immunity from execution.

شخص خارجی تحصیل می‌نماید. دولتی که شرط داوری را با اراده آزاد پذیرفته باید به صلاحیت داوری پایبند باشد و حق ندارد به مصونیت خویش در روند داوری استناد نماید. باوجود این این بدان معنی نیست که یک دولت نمی‌تواند به صلاحیت دیوان داوری اعتراض نماید. به‌عنوان مثال، دولت ذیربط می‌تواند مدعی باشد که اصلاً طرف توافق داوری نبوده است (Tweddale, 2007: 135).

برخلاف مصونیت قضایی، مصونیت اجرایی دولت‌ها فقط در دادگاه‌های دولتی که مقر اجرای رأی داوری می‌باشند قابل استناد است. اما باید گفت، در معاملات تجاری و سرمایه‌گذاری خارجی که دولت از باب اعمال تصدی خود قرارداد داوری را با شخص سرمایه‌گذار خارجی منعقد می‌نماید، حق توسل به این حربه را چه در مرحله تعقیب قضایی و چه در مرحله اجرای رأی داوری نخواهد داشت.

در پرونده سدلمایر علیه روسیه[۲۵] در داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، سدلمایر موفق شد که رأی داوری را به مبلغ چندین دلار علیه روسیه بدست آورد. در روند اولیه اقامه دعوا، کشور روسیه از هرگونه استناد به مصونیت منع شد، چراکه امضای قرارداد داوری توسط او هرگونه ادعای مصونیت را ساقط کرده بود. براساس کنوانسیون نیویورک نیز اجرای رأی داوری علیه این دولت امکان‌پذیر بود، اما اسقاط مصونیت از اجرا شامل همه جنبه‌های رأی داوری نمی‌شد. براین‌اساس، سدلمایر علیه روسیه اعتراض نمود و اجرای کلی رأی را خواستار شد. دادگاه عالی این نظر را رد کرد و چنین نظر داد که این اموال مصون از اجرا هستند. در نهایت سدلمایر توانست که رأی داوری را درخصوص یکی از اموال دولت روسیه در کشور آلمان اجرا کند. دادگاه آلمان چنین نظر داد که اموال مورد تقاضا برای اهداف تجاری اختصاص یافته و مصون از اجرا نیستند.

در حقوق ایران به‌نظر می‌رسد به‌دلیل توافقی بودن داوری میان طرفین، امکان استناد به مصونیت قضایی از سوی دولت در طول فرایند داوری، فاقد وجاهت قانونی است. به‌عبارت ساده‌تر، پس از آن‌که دولت توافق‌نامه داوری را امضا می‌نماید و می‌پذیرد که حل اختلاف تجاری خویش را به داوری ارجاع دهد، به‌طورضمنی اصل مصونیت قضایی خویش در برابر روند داوری و نیز آرای صادره از آن داوری را اسقاط نموده است و دیگر حق قابل استنادی برای دولت در این زمینه وجود ندارد.

درخصوص اجرای آرای داوری خارجی، دولت ایران در سال ۱۳۸۰ به کنوانسیون بین‌المللی شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی معروف به کنوانسیون نیویورک ملحق شده است. به‌موجب ماده سوم کنواسیون، دولت‌های متعاهد ضمن به‌رسمیت شناختن آرای داوری خارجی براساس آیین دادرسی مدنی کشوری که در آن تقاضای اجرای رای می‌گردد، متعهد به اجرای رای می‌باشند. نظر به الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک، مصونیت اجرایی دولت درخصوص آرای داوری خارجی اساساً منتفی است. وانگهی در این کنوانسیون، موارد رد دستور اجرای رای داور صراحتاً برشمرده شده است[۲۶] و دولت‌ها فقط در موارد احصاء شده در این کنوانسیون و با اثبات این موارد، مجاز به رد تقاضای اجرای حکم می‌باشند.

بنابر موارد فوق، درخصوص اجرای آرای داوری ایرانی با آرای داوری خارجی باید قائل به تفاوت شد. نحوه اجرای آرای داوری که به‌موجب قانون داوری تجاری بین‌المللی صادر شده در ماده ۳۵ آن قانون بیان شده است. به‌موجب این ماده به‌استثنای موارد مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴، آرای داوری که مطابق با مقررات قانون مزبور صادر شود، قطعی و قابل اجراست. چنان‌چه رأی داوری خارج از ایران صادر شده باشد و تقاضای اجرای آن از دادگاه ایران به‌عمل آید، دادگاه در این‌صورت به‌موجب کنوانسیون نیویورک نسبت به اجرای رأی داوری اقدام می‌کند.

براساس رویه‌ی قضایی فرانسه به‌محض این‌که دولت یا هر شخصیت حقوقی دارای مصونیتی در هر نوع داوری اعم از موردی یا سازمانی (نهادی) تن به پذیرش داوری بدهد، صرف پذیرش داوری به‌معنی اعراض از هرگونه مصونیت قضایی و اجرایی است. در این رابطه دادگاه تجدیدنظر روآن[۲۷] فرانسه در سال ۱۹۹۶ در دعوایی علیه یک شرکت دولتی تونسی رأیی صادر می‌نماید که در آن به‌روشنی حقوق خصوصی را از حقوق عمومی تفکیک نموده و بر لزوم متابعت از شرط رجوع به داوری در مسائل مربوط به حقوق خصوصی تأکید نموده است. دادگاه در این رأی اعلام نمود که با پذیرش شرط رجوع به داوری که بدون پذیرش و تمکین به آن اساساً قراردادی امضاء و منعقد نمی‌گشت، دولت

[25] - Mr. Frans Sedelmayer v. the Russia federation, 2 stockholm int arb. Rev. 37,48, 72(2005), available at: http/www.sccinstitute.com.

[۲۶] - ماده پنجم کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (کنوانسیون نیویورک)

[27]- Court of Appeal of Rouen

پذیرفته که مقررات تجارت بین‌المللی در روابط فی‌مابین اجرا گردد و در نتیجه چنین دولتی از مصونیت قضایی خود اعراض نموده است (خضری، ۱۳۹۱، ۶۳). دادگاه‌های فرانسه در سطوح مختلف و در آرای بی‌شماری به‌طور مداوم از پذیرش داوری از سوی دولت یا سازمان مستقل بین‌المللی، انصراف از مصونیت را استنتاج نموده‌اند.

در حقوق انگلستان تا پیش از تصویب قانون مصونیت دولت مصوب ۱۹۷۸،[۲۸] پذیرش داوری از سوی دولت دلیلی بر اعراض از مصونیت قضایی به‌حساب نمی‌آمد. لیکن در بخش نهم این قانون راه‌حل متفاوتی در این زمینه پیش‌بینی شد. براساس این بخش از قانون مزبور، هرگاه چنین قراردادی از سوی دولتی منعقد شود، آن دولت در جریان رسیدگی قضایی از جمله در امور ذیل مصونیت نخواهد داشت: ۱- تعیین و نصب دیوان داوری، ۲- خلع یک داور، ۳- تعیین صلاحیت نخستین دیوان داوری، ۴- درخواست اعمال اختیارات دادگاه همراه با انجام داوری، ۵- صدور حکم درمورد رأی یا ثبت رأی و ۶- نپذیرفتن یا تجدیدنظرخواهی از هر رأیی. براین‌اساس در حقوق انگلستان نیز هنگامی‌که دولت یا سازمان مستقل بین‌المللی مانند هر شخص حقوقی یا حقیقی دیگر شرط رجوع به داوری را پذیرفته باشد، به‌موجب قانون از مصونیت قضایی خویش اعراض نموده است. تصویب قانون مصونیت ۱۹۷۸ در انگلستان یک سال پس از پذیرش نظریه مصونیت محدود (نسبی) به‌وسیله رویه قضایی این کشور صورت گرفت و می‌توان گفت این در راستای پذیرش هر دو نوع مصونیت محدود (قضایی و اجرایی) می‌باشد.

ایالات متحده آمریکا که خود روزگاری پیشتاز نظریه مصونیت مطلق دولت بوده است و با تکیه بر اصل تساوی حاکمیت دولت‌ها اساساً اَعمال دول خارجی را قابل تعقیب و شکایت در مراجع داخلی و خارجی سایر کشورها نمی‌شناخت و براین‌اساس حمایت از حقوق اتباع خارجی را منحصر به حمایت دیپلماتیک دولت متبوع آن اتباع در سطح بین‌المللی می‌نمود، نیز در سالیان اخیر اقدام به اصلاح قوانین مصونیت خود درخصوص داوری نموده است. مهم‌ترین علت روند تحدید مصونیت دولت در ایالات متحده آمریکا، فعالیت مؤسسات و شرکت‌های دولتی بوده است، چراکه دولت نمی‌تواند به استناد حاکمیت خویش بدون پرداخت ضرر و زیان مقتضی، قرارداد منعقده با دولت خارجی را فسخ نماید. در رویّه‌ی قضایی دادگاه‌های ایالات متحده پذیرش داوری در کشور دیگر یکی از مصادیق اِعراض ضمنی از مصونیت دولت به‌حساب می‌آید (Dickinson et al, 2005: 246). براین‌اساس هنگامی‌که دولت‌های خارجی با طرف آمریکایی قراردادهای تجاری با پیش‌بینی داوری برای حل اختلافات تجاری خویش منعقد می‌نمایند، دادگاه‌های ایالات متحده عموماً نظر بر این دارند که چنین قراردادهایی ماهیتاً معاملات تجاری هستند و دولت خارجی نمی‌تواند مستند به اصل مصونیت دولت، از داوری اجتناب ورزد.

شایان ذکر است وفق ماده ۱۷ کنوانسیون سازمان ملل متحد درخصوص مصونیت‌های قضایی دولت‌ها و اموال آن‌ها مصوب ۲۰۰۴ میلادی، رضایت به مراجعه به داوری متضمن رضایت به اعمال صلاحیت نظارتی دادگاه‌های دولتی در توافق داوری شناخته شده است که بر این اساس نیز دارای صلاحیت نظارتی بر اجرای رأی داوری می‌باشند. ماده ۱۷ این کنوانسیون درخصوص دعاوی ناشی از مبادلات تجاری به‌کار رفته و مطابق با آن دادگاه می‌تواند به هر نحوی با دعاوی مربوط ارتباط صلاحیتی برقرار کند.

در تحلیل اصل عدم مصونیت دولت، در داوری‌های نوین تجاری بین‌المللی باید اذعان نمود که هدف شخص یا اشخاص سرمایه‌گذار از ورود به داوری، امنیت بخشیدن به قرارداد سرمایه‌گذاری خود است، بنابراین اگر مصونیت قضایی و اجرایی دولت در میان بیاید، امنیت داوری نقض می‌گردد و دیگر داوری‌های تجاری بین‌المللی از اعتبار لازم برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی برخوردار نخواهد بود. اگر دولتی به‌عنوان محکوم‌علیه در دعوایی از اجرای رأی داوری سرباز زند، لاجرم سرمایه‌گذار باید زمان و منابع معتنابهی را صرف کند تا مشخص نماید کدام دارایی و اموال دولت از مصونیت برخوردار است یا ماهیت معامله را اثبات کند که این امور خود ممکن است سال‌ها به‌طول بیانجامد و کار را برای اشخاص حقوق خصوصی دشوار نماید (Blane, 2012: 131). درواقع این اصل که یکی از مهم‌ترین اصول داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد، نقش به‌سزایی در اجرای عدالت قراردادی در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی دارد و نگرانی‌های شخص سرمایه‌گذار را برای ورود به قراردادهای سرمایه‌گذاری که یک طرف آن دولت است، به‌طورجدی کاهش می‌دهد. از سوی دیگر سرمایه‌گذاران خارجی به جهت برخورداری از حمایت بیشتر در صحنه قراردادهای سرمایه‌گذاری با دولت‌ها

[28] - British Government Immunity Act Approved in 1978

می‌بایست حقوق ملی و کنوانسیون‌های بین‌المللی دولت طرف قرارداد را بررسی کنند. براین‌اساس در راستای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی لازم است با تصویب قوانین خاص و با توجه به تفکیک اعمال حاکمیتی از اعمال تصدی از بروز مشکلات ناشی از مصونیت دولت‌ها جلوگیری نمود.

نتیجه‌گیری

در داوری‌های تجاری بین‌المللی اصولی وجود دارد که میزان التزام هر کشوری به آن‌ها بی‌تردید بر میزان جذب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در آن کشور، تأثیر مستقیمی دارد. از مهم‌ترین این اصول «اصل استقلال و بی‌طرفی داور»، «اصل محدودیت مداخله قضایی» و «اصل عدم مصونیت دولت» می‌باشد که براساس بررسی تجربه تقنینی اغلب کشورهای توسعه یافته، نظام‌های حقوقی با گذشت زمان کم‌وبیش به سمت بسط و توسعه این اصول پیش رفته‌اند. نهادینه کردن اصل استقلال و بی‌طرفی داور در نظام‌های حقوقی لازمه رسیدگی منصفانه بوده و به‌دلیل جنبه حمایتی منجر به تمایل سرمایه‌گذاران خارجی به امر داوری می‌گردد. براین‌اساس با درنظرگرفتن اصل حاکمیت اراده و ضرورت انعطاف‌پذیری قوانین داوری، اصلاح ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران ضروری به‌نظر می‌رسد.

مداخله دادگاه‌ها در روند داوری به سه مرحله پیش از داوری، حین رسیدگی داوری و پس از صدور رأی داوری قابل تفکیک است. هرچند مداخله قضایی در برخی موارد مانند صدور قرار تأمین خواسته، صدور دستور موقّت، شناسایی یا اجرای رأی داور به‌دلیل لزوم جنبه حمایتی و صیانتی آن ضروری نیز می‌باشد، بااین‌حال برخی مداخلات قضایی در روند داوری وجود دارد که باعث تضعیف اعتماد سرمایه‌گذاران خارجی به سرمایه‌گذاری در کشور می‌گردد. این نوع مداخلات قضایی که عموماً منجر به ابطال، بطلان و اصلاح رای داوری می‌شود، واجد جنبه نظارتی است، درحالی‌که نقش دادگاه‌ها در داوری‌های سرمایه‌گذاری خارجی می‌بایست بیشتر جنبه مساعدتی و حمایتی داشته باشد. براین‌اساس، نظام حقوق ایران باید هم‌سو با سایر نظام‌های حقوقی تا حد امکان بر محدود نمودن مداخلات نظارتی دادگاه‌ها در امر داوری متمرکز شود.

هرچند سقوط مصونیت دولت در امر داوری امروز در اغلب نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است، لیکن هنوز درخصوص مصونیت اجرایی دولت برخی کشورها تسامح به خرج می‌دهند. به‌نظر می‌رسد ایران باید با تصویب قوانین خاص در راستای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، اصل عدم مصونیت دولت را هم‌سو با تحولات حقوقی روز دنیا در برابر روند داوری با قوت دنبال نماید.

References

[1] Asadinejad, M. (1391). The principle of independence and impartiality in international commercial arbitrations, The quarterly journal of legal knowledge and research, 2, 2-22. (In Persian).

[2] Mholtzman, H. (1381). Arbitration in the United States of America, Translated by Ali Ghasemi, Legal Perspectives Quarterly, 25, 55-80. (In Persian).

[3] Bathaei, F. Shams, A. Bahmani, M. Joneidi, L. (1397). A comparative study of the independence and impartiality of the dedicated referee, 36, 32-55. (In Persian).

[4] Jafari, M. (1397). The role of national courts in investment arbitration in the field of energy, a comparative study of Iranian and American law, Master's thesis, Tehran: Khatam non-profit university, Faculty of Law and Political Sciences. (In Persian).

[5] Khezri, M. (1391). Exception to arbitration agreement on the principle of government immunity, Research paper of legal ideas, 47, 49-72. (In Persian).

[6] Reid, A. (1385). Harmonization or non-harmonization of the UNCITRAL Model Law with the English Arbitration Law in the field of international commercial arbitration, Translated by Dr. Farhad Khomamizadeh, Specialized magazine of theology and law, 19, 188-.210 (In Persian).

[7] Dmlio, J. Amistelis. L, Mkroul, S. (1391). Comparative International Commercial Arbitration, Translated by Mohammad Habibi Majandeh, Tehran: Mofid University, First edition. (In Persian).

[8] Aziziani, M. Yektayi, S. (1401). The limits of the intervention of the will of the parties, the arbitrator and the court in compulsory arbitration in Iranian and French law with the approach of citizenship rights, Scientific Quarterly Journal of Judicial Law Perspectives, 100, 225-250. (In Persian).

[9] Alikhani, H. Abasi, S. (1391). New achievements of the 1996 UK Arbitration Law compared to Iran's International Commercial Arbitration Law, Journal of legal research, 21, 98-120. (In Persian).

[10] Mafi, H. (1394). A description of Iran's international commercial arbitration law, Tehran: Publications of the University of Judicial Sciences, Second edition. (In Persian).

[11] Blane, A. (2012). Sovereign immunity as a bar to the execution of international arbitral awards, New York: university of law.

[12] Born, G. B. (2018). International Commercial Arbitration, The Netherlands, Kluwer Law International, 2, 1776-1833.

[13] Brohner, J. (1997). State immunity and the violation of human rights, the Nether Lands, Kluwer law international.

[14] Bruno, O. (1984). Arbitrage et contrats d´ Etat, Clunet.

[15] Calvo, A.M. (1998). The Challenge of the ICC Arbitration, Theory and Practice, Journal of International Arbitration, 63, 50-72

[16] Carbonneau, T. (2007). Case and Materials on the Law and Practice of Arbitration, Thomson, West.

[17] Cohen, D. (2011). Independence des Arbitres et Conflit d Interets, Revue de l´arbitrage, 3, 620-638.

[18] Dickinson, A. Lindsay, R. Loonam, J. (2005). State Immunity, Oxford: Oxford University Press.

[19] Holtzmann, H. M. (1978). L´arbitrage et les tribunaux: Des associes dans un system de justice international, Revue de l´arbitrage.

[20] Kronke, H. (2010). Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, Netherland, Kluwer Law International.

[21] Lehmann, M. (2004). A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice, 42, 55-72.

[22] Liberman, S. H. (2003). Something's Rotten in the State of Party- Appointed Arbitration, Healing Adr´S Black Eye Thatis, Nonneutral Neutrals.

[23] Martin, J. (1997). Arbitration in the Alps Rather Than Litigating in Los Angeles: The Advantages of International Intellectual Property-Specific Alternative Dispute Resolution, Stanford Law Review, 94, 922-950.

[24] Movsesian, M. (2008). International Commercial Arbitration and International Court, Faculty Publication, 98, 418-440.

[25] Murphy, S.D. (2006). Principles of International Law, United States of America, Thomson.

[26] Mustill, L. (1991). Vers une nouvell loi anglais sur l'arbitrage, Revue de l'arbitrage, 2, 383-415.

[27] Nathan, K V S K. (2006). The Independence of Arbitrators, Amicus Curiae, 68, 15-29.

[28] Park Paulsson, C. (1990). International chamber of Commerce Arbitration, Paris, Oceana & ICC.

[29] Petrakis, K. (1997). The Role of Arbitration in the Field of Patent Law, Dispute Resolution Journal, 25, 15-35.

[30] Redish, M. Lawrence, C. (2001). Adjudicatory Independence and the Values of Procedural dueProcess, YALE.L.J. 455, 8-22.

[31] Steenkamp, T. Independence and Impartiality of Arbitrators, Dissertation Submitted in Fulfilment of the Requirements for the Degree Magister Legum at the North-West, University Potchefstroom Campus.

[32] Trakman, L. (2007). The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered, International Commercial Arbitration Law Review,10. 45-72.

[33] Tweddale, A. Tweddale, K. (2007). Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice, Oxford, Oxford University Press.

[34] Vencent, G. (2003). Procedure Civile, Paris: Dalloz.

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 19-39

Investigation Of Price Determination And Price Review In LNG Purchase And Sale Contracts

N. Barkhi[1], L. Zarrin[2*]

1- PhD in Oil and Gas Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.
2- MA in Oil and Gas Law, University of Science and Culture, Tehran, Iran.
(*-Corresponding author email: (LadanZarrin1139@gmail.com)

Received: 27 December 2024 Revised: 1 February 2025 Accepted: 26 February 2025 Available Online: 18 March 2025	**How to cite this article:** Barkhi, N.; Zarrin, L. (2024). Investigation of price determination and price review in LNG purchase and sale contracts. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, *31*(26): 19-39. (In Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.87878.1366

1- INTRODUCTION

Among the various gas products, natural gas is one of the most important ones. According to the Paris Agreement, which aimed to control the increase in global temperatures, countries are effectively and dynamically changing and updating their energy consumption structures. In order to transition from the traditional fossil energy system to a renewable and clean energy system, natural gas plays an important role in reducing carbon emissions and promoting the sustainable development of human societies. The common contracts in the gas industry are contracts for the purchase and sale of LNG, and one of its important issues is due to its long-term, price determination and revision. Therefore, the consumption of this fuel shows an increasing trend in recent years. This paper examines the types of LNG contracts, the pricing of these contracts, and the relationship between the evolution of the price setting system with the condition of revision, and the impact of global developments such as liberalization, pandemic, and war, on this market. With this purpose, after introducing the types of common contracts in the gas industry and introducing long-term contracts for the purchase and sale of LNG, the author examines the types of pricing and methods of determining and revising the price and the relationship between them and the role of changes in recent years, including market liberalization, war, and epidemics in determining and revising the price.

Exchanges are generally in the form of liquefied natural gas (LNG) and pipeline natural gas (PNG). Although historically, transactions through pipelines have been more than LNG, but this form of transmission is geographically and geopolitically vulnerable and sometimes unresponsive. In contrast, LNG exchange is more convenient, flexible and convenient for transportation and has surpassed the method of transmission through pipelines over the past years. Therefore, nowadays, transportation in the form of liquefied natural gas has become more common and through liquefaction terminals at the source, transporting liquefied gas with special tankers, and converting liquid to gas at the destination again, and on the other hand, the establishment of equipment and infrastructure requires a huge investment, and in the meantime, the return of investment of the project financiers on a regular basis in the upstream, midstream and downstream sectors, along with a Reasonable profits are of great importance.

2- PURPOSE

The main purpose of this article is to answer to these questions: which are ways and price

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

determination and revision methods in LNG Contracts in global markets? What is the relationship between the evolution of price determination system in contracts with price revision condition? How was the effect of global changes in recent years such as market liberalization, Russia invasion of Ukraine , energy crisis In Europe and epidemic diseases, in this area?

3- METHODOLOGY

With this goal, the author has used the latest articles and books including Latin and Iranian books, researches and sites which were related to the discussion topic to research this issue and in this way, with a descriptive-analytical method, after introducing the types of common contracts in the gas industry and introducing long-term contracts for the purchase and sale of LNG, the types of pricing and the methods of determining and revising the price and the relationship between them have been investigated and the role of recent changes such as market liberalization, war, etc Pandemics have dealt with price fixing and revision.

4- FINDINGS

From the past until now, in the gas industry of countries and at the international level, numerous gas contracts have been signed according to geographical, economic, political, etc. are used. In a general classification, these contracts include: gas field allocation contract, gas supply and delivery contract, gas pipeline contract, and LNG purchase and sale contract. Contracts for the supply of liquefied natural gas (LNG) in the form of contracts for the purchase and sale of LNG have a long history. Initial projects date back to the mid-1900s, and despite the growth and development of the role of single-shipment and short-term contracts as alternatives, these contracts have retained their role as a powerful tool for gas exchanges. Initial contracts were non-flexible agreements between the buyer and seller over a period of 20 years with limited capabilities to modify the rights and obligations of the parties to the contract in a non-flexible business model. Following the response to various structural changes including market liberalization in North America and Europe and changing the principles of supply and demand, gas supply contracts have become increasingly flexible and general procedures are moving towards greater flexibility in price terms and other conditions. According to the definition of the International Group of LNG Importers, a short-term contract is a contract with a duration of less than five years, although in practice, short-term contracts with a duration of five to ten years have been concluded. Long-term sales and purchase contracts have a duration of 20 to 25 years, and through long-term commitments, manufacturers aim to create a long-term ROI flow in high-cost projects.

Many experts believe that LNG purchase and sale contracts are in fact a chain of operations and contracts that are closely related to each other and should be considered as a whole. New players in the LNG market and the advancement of technology, this chain has moved from such integration to the separation of each sector and becoming more specialized. In any case, LNG projects still operate as a chain to a large extent and from the beginning of the chain, they act as a link between the upstream and downstream sectors in the form of gas supply, liquefaction, transportation and reconversion of liquid to gas in the downstream sector, and finally the sale of liquefied natural gas in this chain. Some of the important features of this type of contract include the parties to the contract, the amount, the condition of receiving or paying, the type of currency, the duration, and the destination clause.

Pricing based on the best and most efficient method is very important and vital in long-term contracts for buying and selling LNG. Due to the length of these contracts, the pricing cannot be fixed, because with the passage of time and price fluctuations, the economic balance of the contract will be lost. Therefore, the price determination should be based on an index based on which with changes in the market price, the price of natural gas is liquefied, the subject of the contract is also

changed, and disputes in the contract process are prevented. Indicators have always been used for this purpose, and debates over which method can better represent the basic characteristics of the LNG market continue not only academically and among academics, but also among activists in this field. These contracts are traditionally concluded in a long-term manner, and the price is determined in a fixed price, based on the price of oil, the price of gas (competition between gas and gas), as well as a combination of oil price and gas price.

5- CONCLUSION

The findings showed that determining the price based on the price of gas at the gas poles or the method of gas-to-gas competition is a more efficient method and better reflects the market realities. Hubs, hubs, or business centers are conventional locations for participants in the gas or electricity market. The exchange price of electricity or gas in a place where there is a network of gas pipes or power transmission lines is considered as a pricing indicator in other exchanges in the market. Sometimes the hub is not physical and takes a virtual form. This means that the physical delivery does not necessarily take place at the same place of exchange, but in fact at other nearby points.

On the other hand, any index used for pricing always has the possibility of losing the economic balance of the contract for various reasons, and in such a situation, applying the price revision condition can restore the balance to the trade relationship and prevent further disputes and the severance of the trade relationship. In the revision conditions, the beginning of the revision process is either without the initiating event or on the basis of a starting event. The condition of the revision periodically or without commencement event is either an automatic revision on a specific date during the term of the contract (e.g. every three years) or that one party has the right to initiate the review process at specified intervals. One of the advantages of this method is that the revision operation occurs in a simple manner and therefore prevents disputes about whether the revision clause is applicable or not. In general, the revision clause is a part of the contractual arrangements in order to prevent disputes and is one of the types of price adjustment clauses in the contract. In other words, it is stipulated in the contract that in case of an increase or decrease in the costs of performing the contractual obligation, the parties should negotiate and the price of the contract should be adjusted. Therefore, the origin of such a right is only the agreement of the parties to the contract, and the important point is that this condition should be set in such a way that in case of the need for renegotiation, failure to reach an agreement on the new price and referral of the dispute to the arbitral tribunal, the adjudicating authority does not have extensive authority in the proceedings and the decision issued is not based on determining the price or the pricing formula, because such a result can make the parties agree with the price or formula. to determine a price that they did not consider at all, and thus the agreed-upon aspect of the contract is questioned. Accordingly, most long-term contracts prompt one or both parties to revise the contract price in response to unpredictable changes in the market. The result is that over time, with the change in the pricing method from oil to gas and the creation of a wave of revision in the contracts concluded based on the oil index, it was found that the change in the pricing system affects the condition of revision in the price.

Considering the different bases of pricing and related complexities, it seems necessary to include the condition of revision and analysis, as well as the occurrence of some global developments such as disease, war, the adoption of new policies by governments such as market fluidization, re-examination of these contracts from the perspective of price determination and revision methods, and even the duration of the contract. The studies showed that the occurrence of the epidemic disease did not directly and alone affect the price revision, although the occurrence of this disease and the resulting quarantine in the long term caused a decrease in demand in the market and consequently a sharp decrease in the price. Political and military tensions are among the factors affecting this area. Russia's war against Ukraine and Russia's embargo on Europe showed that changes in the energy supply sector

in these countries on the one hand have led to an increase in revision judgments, and this change in price is not only in Europe and has affected the whole world, on the other hand, it has led European countries to cut off dependence on fossil fuels, which can also affect the future years. The amount of demand for natural gas and the final price of this fuel will have an impact. Another influential factor in this area was market liberalization, which directly affected the determination of the price based on gas, because the method of determining the price based on gas poles was one of the components of a free market and showed its effect on the contracts that were priced based on the oil index, in the form of registering a request for price revision.

In the Iranian legal system, due to the increase in the costs of doing work, materials and manpower, it is possible to make adjustments in the contract through the inclusion of a condition, in order to negotiate the parties to revise the price in a certain range that does not cause the exchange parties to be unknown. However, it seems that the fundamental change of circumstances compared to the time of concluding the contract, which in many countries provides the possibility of renegotiation and modification or termination of the contract under the name of hardship and similar facilities, has not been accepted, and the party that has been in difficulty as a result of the new conditions seeks to restore the balance to the contract and avoid losses under other headings. Hardship means the occurrence of a fundamental and fundamental change in the contract in such a way that the conditions at the time of the contract have changed in a way and it will be possible to implement it at a high cost, which will lose the economic balance and be in conflict with the contractual justice and the necessity of contracts. Regarding the identification of changes as fundamental and fundamental changes, and also in the case of identifying such conditions by the parties or the investigating authority, the way of reaction to its occurrence and the results obtained have led to different and sometimes contradictory discussions and views in different legal systems. Regarding the contracts for the purchase and sale of LNG, due to the fact that they have an international character and expand beyond the national borders of the countries, domestic views have become less and it is necessary to pay attention to the procedures and soft rights at the international level in this regard, which is also the case with the contracts for the purchase and sale of LNG that are also concluded in Iran will be extended. The Convention on the International Sale of Goods has been silent in this regard and in other sources such as the Principles of International Commercial Contracts and Unidroit, this issue has been identified as a change of circumstances and the result in both sources with slight differences is good faith negotiation between the parties and referring to the court for termination or modification. Therefore, it can be seen that hardship can also be a means of renegotiation for the continuation of the commercial relations of the parties and the establishment of economic justice lost in the contract, but with the difference that one of the conditions for its realization is unpredictability and the occurrence of very extraordinary and difficult conditions in the execution of the contract. Therefore, unlike the renegotiation clause, the terms and manner of which are agreed upon in advance in the contract, in hardship, the situation has not been predictable in a conventional way, and the parties will agree to continue the relationship with the modification of the contract. In the Iranian legal system, hardship is not accepted and in cases of extraordinary circumstances that cause an imbalance in the economic status of the contract, the aggrieved party can request the modification of the contract based on the rules and principles of Iranian law.

Finally, this article aims to show that by including some conditions such as the condition of deviation of the cargo or the removal of other conditions such as the destination condition and paying attention to the gaps in the contracts regarding the way of regulating, for example, the revision clause, it is possible to help the continuation of the trade process in this market with less cost and disputes. In particular, not paying attention to some contractual points can lead to exorbitant costs in gas contracts with large amounts of investment. In this way, by managing the effects of global changes on the contract, it is possible to help the continuation of investment and activity in this clean energy. Although in European contracts, buyers act in a coordinated manner under the rules and guidelines issued by the Council of Europe and related agencies, the Asian market does not have such

coordination and centralization, and operates separately and is regulated at the national level. It is more desirable that there should be some kind of cooperation between the exporting countries in this region as well, because any change in the amount of supply and demand in the domestic market of each of the governments will ultimately affect the price of LNG in the whole region.

Keywords: LNG sale and purchase contracts, market liberalization, price determination, price revision clause.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص. ۳۹-۱۹

بررسی سازوکار تعیین و بازنگری قیمت در قراردادهای خرید و فروش ال ان جی

نسیم برخی[۱]، لادن زرین*[۲]

دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۰۸ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۰۸

چکیده

از قراردادهای رایج در صنعت گاز قراردادهای خرید و فروش ال‌ان‌جی بوده و از مسائل مهم آن به‌دلیل طولانی مدت بودن، تعیین قیمت و بازنگری در آناست می‌باشد. این مقاله به بررسی رابطه میان تحول نظام تعیین قیمت با شرط بازنگری، ارزیابی تأثیر تحولات جهانی همچون آزادسازی، بیماری همه گیر و جنگ، بر این بازار می پردازد. نویسنده از آخرین مقالات و کتب برای تحقیق در این موضوع استفاده نموده و بدین شکل با روش توصیفی-تحلیلی مشخص گردید که این قراردادها به شکل سنتی بلند مدت منعقد می‌گردند و تعیین قیمت نیز به‌صورت مقطوع، بر مبنای قیمت نفت، قیمت گاز(رقابت گاز با گاز) و همچنین ترکیبی از قیمت نفت و قیمت گاز، بوده است.یافته‌ها نشان دادند، روش رقابت گاز با گاز، روشی کارآمدتر بوده و به نحو بهتری منعکس کننده واقعیات بازار می‌باشد. به مرور زمان با تغییر در شیوهٔ قیمت‌گذاری از نفت به گاز و ایجاد موجی از بازنگری در قراردادهای منعقده بر اساس شاخص نفت، مشخص گردید، تغییر نظام قیمت‌گذاری بر شرط بازنگری در قیمت تأثیر گذار است. همچنین تحولات اخیر نیز بازار را به صورت افزایش یا کاهش در تقاضا، متحول ساخته و بر قیمت‌ها، میزان تولید و سرمایه‌گذاری اثر گذار بوده است.

کلیدواژه‌ها: آزاد سازی بازار، تعیین قیمت، شرط بازنگری قیمت، قراردادهای خرید و فروش ال ان جی

[۱] دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

[۲] کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران.

(ایمیل نویسنده مسئول: LadanZarrin1139@gmail.com)

مقدمه

در میان فرآورده‌های مختلف گازی، گاز طبیعی یکی از مهم‌ترین آن‌ها می‌باشد. با توجه به موافقتنامه پاریس که هدف آن کنترل افزایش دمای جهانی بود، کشورها به شکل مؤثر و پویایی در حال تغییر و به روز رسانی ساختار مصرف انرژی خود هستند. جهت عبور از سیستم سنتی انرژی فسیلی به سیستم انرژی تجدیدپذیر و پاک، گاز طبیعی نقش مهمی در کاهش تصاعدکربن و ارتقای توسعه پایدار جوامع بشری ایفا می‌کند. بنابراین مصرف این سوخت روند رو به افزایشی را طی سال‌های اخیر نشان می‌دهد. مبادلات عموما به شکل گاز طبیعی مایع شده(ال ان جی)[1] و گاز طبیعی[2] از طریق خطوط لوله (پی ان جی)[3] می‌باشد. هر چند به صورت تاریخی تبادلات از طریق خطوط لوله بیشتراز ال‌ان‌جی بوده است، ولیکن این شکل از انتقال،از نظر جغرافیایی و ژئوپولوتیک آسیب‌پذیر بوده و گاها پاسخگو نمی‌باشد. در مقابل مبادله ال‌ان‌جیراحت‌تر، انعطاف-پذیرتر و مناسب‌تر برای حمل و نقل می‌باشد و طی سال‌های گذشته نسبت به روش انتقال از طریق خطوط لوله پیشی گرفته است. بنابراین امروزه انتقال به صورت گاز طبیعی مایع شده و از طریق ترمینال‌های مایع سازی در مبدأ و حمل گاز مایع با تانکرهای مخصوص، و تبدیل دوباره مایع به گاز در مقصد رواج بیشتری یافته و از سوی دیگر تأسیس تجهیزات و زیرساخت‌ها نیاز به سرمایه‌گذاری هنگفتی دارد و در این میان بازگشت سرمایه تأمینتأمین‌کنندگان مالی پروژه به صورت منظم در بخش‌های بالادستی، میان‌دستی و پایین‌دستی، به همراه یک سود معقول، از اهمیت بسزایی برخوردار است. بنابراین قیمت-گذاری بر مبنای بهترین و کارآمدترین روش، در قراردادهای بلند مدت خرید و فروش ال‌ان‌جیبسیار مهم و حیاتی می‌باشد. با توجه به طول مدت این قراردادها، قیمت‌گذاری نمی‌تواند ثابت باشد؛ چرا که با مرور زمان و نوسانات قیمت‌ها تعادل اقتصادی قرارداد از بین خواهد رفت. بنابراین تعیین قیمت می‌بایست بر مبنای شاخصی صورت پذیرد که بر آن اساس با وقوع تغییرات در قیمت بازار، قیمت گاز طبیعی مایع شده، موضوع قرارداد نیز تغییر یافته و از بروز اختلافات در روند قرارداد پیشگیری گردد. شاخص‌هایی برای این امر همواره استفاده شده است و بحث و جدل‌ها بر سر این موضوع که کدام روش می‌تواند به‌صورت بهتری نمایانگر ویژگی‌های اساسی بازار ال‌ان‌جی باشد، نه تنها به‌صورت آکادمیک و در میان دانشگاهیان، بلکه میان فعالان این حوزه همچنان ادامه دارد. از سوی دیگر هر شاخصی که برای قیمت‌گذاری استفاده گردد همواره احتمال از دست رفتن تعادل اقتصادی قرارداد به دلایل گوناگون وجود داشته و در چنین شرایطی، اعمال شرط بازنگری در قیمت می‌تواندتعادل را به رابطه تجاری بازگردانده و از بروز اختلاف بیشتر و قطع رابطه تجاری پیشگیری کند.از سویی با توجه به مبانی مختلف قیمت‌گذاری و پیچیدگی‌های مربوطه،نحوه درج شرط بازنگری و تجزیه و تحلیل آن، و از سوی دیگر وقوع برخی تحولات جهانی همچون بیماری، جنگ، اتخاذ سیاست‌های جدید از سوی دولت‌ها مانند روان‌سازی بازار، بررسی دوباره این قراردادها ازمنظر شیوه‌های تعیین قیمت و بازنگری و حتی طول مدت قرارداد ضروری به نظر می‌رسد. در این راستا این نوشتار بر آن است که نشان دهد، با گنجاندن برخی شروط یا حذف شروط دیگر و توجه به خلاءهای قراردادها در خصوص نحوه تنظیم مثلا شرط بازنگری می‌توان به ادامه روند تجارت در این بازار با هزینه و اختلافات کمتر کمک کرد. به‌ویژه آنکه عدم توجه به برخی نکات قراردادی می‌تواند منجر به هزینه‌های گزافی در قراردادهای گازی با مبالغ هنگفت سرمایه‌گذاری گردد.

با چنین هدفی نگارنده پس از معرفی انواع قراردادهای رایج در صنعت گاز و معرفی قراردادهای بلند مدت خرید و فروش ال‌ان‌جی، انواع قیمت‌گذاری و شیوه‌های تعیین و بازنگری قیمت و رابطه میان آن دو را بررسی نموده و به نقش تحولات سال های اخیر از جمله آزاد سازی بازار، جنگ و بیماری های همه گیر در تعیین و بازنگری قیمت پرداخته است.

پیشینه

ازجمله کارهای انجام شده و مرتبط با پژوهش پیش رو در منابع فارسی، می توان به مقاله شرط بازنگری قیمت و روش های قیمت گذاری در قراردادهای دریافت یا پرداخت و شیوه‌های مختلف حل و فصل آقای یوشانلویی اشاره کرد که به بررسی شرط بازنگری قیمت گاز طبیعی به طور کلی و با تمرکز بر روش‌های قیمت‌گذاری قراردادهای دریافت یا پرداخت و شیوه‌های حل و فصل اختلافات ناشی از آن پرداخته است. مقاله "بررسی روش های قیمت گذاری ال‌ان‌جی در جهان " نوشته مهدی اخوان نیز روش‌های قیمت گذاری را بررسی نموده و بیشتر به بررسی جنبه های اقتصادی این موضوع می پردازد. منابع انگلیسی مرتبط نیز، مقاله " قراردادهای بلند مدت در

[1] Liquified Natural Gas
[2] Natural Gas
[3] Piped Natural Gas

مقابل قراردادهای کوتاه مدت" نوشته Karsten Neuhoff و Christian Von Hirshhousen می‌باشد، که به بررسی جنبه‌های اقتصادی قراردادهای بلند مدت در اثر تحولات آزادسازی بازارهای گازی پرداخته و در خصوص اثر حذف شرط مقصد و گنجاندن شروط منعطف تر در قراردادها و اینکه سیاست‌های رفتاری تولید کنندگان در اتنخاب میان فروش بلند مدت و فروش کوتاه مدت چگونه باشد، کاوش صورت گرفته است. کتاب " اصول جهانی ال‌ان‌جی"که بر اساس کتاب "شناخت گاز طبیعی و انتخاب ال‌ان‌جی" می‌باشد که بیشتر بر افریقا تمرکز دارد، توسط گروهی نویسنده مستقل با حمایت یک موسسه دولتی امریکایی به نگارش درآمده است. کتاب فوق در بردارنده نگاه کلی بر بازار جهانی گاز، ال‌ان‌جی و بررسی چارچوب پروژه، نقش دولت، ظرفیت ساخت، توسعه پروژه‌های صادرات ال‌ان‌جی، محیط زیست امنیت و اثرات اجتماعی این پروژه‌ها، قیمت گذاری، قرارداد ها، ریسک های مدیریت، تأمین مالی پروژه ها، بومی سازی، پروژه های واردات، بازارها و تکنولوژی های جدید و نوظهور و ... می‌باشد. مقاله "بازنگری قیمت و داوری در بازارهای آسیایی ال ان جی" نوشته Agnieszka Ason که با توجه به تحولات صورت گرفته در بازارها، به نقش رو به رشد بازنگری در قیمت ال‌ان‌جیو داوری در آسیا پرداخته و به دنبال کشف چشم انداز تجدید نظر در قیمت‌ها و ارزیابی پتانسیل داوری به عنوان یک روش حل اختلاف در قراردادهای آسیایی می‌باشد. همچنین بسیاری مقالات و سایت‌ها که در ادامه به فراخور مطلب مورد استفاده قرار گرفته و در فهرست منابع قید گردیده اند.

۱- انواع قراردادهای رایج در صنعت گاز

از گذشته تا کنون در صنعت گاز کشورها و در سطح بین‌المللی قراردادهای گازی متعددی با توجه به شرایط جغرافیایی، اقتصادی، سیاسی و ...مورد استفاده می‌باشد. در یک تقسیم بندی کلی این قراردادها شامل:

۱)قرارداد اختصاص میدان گاز[1]: در این قرارداد حجم قرارداد مبتنی بر مقدار نامشخص اختصاص داده شده از یک میدان مشخص گاز می‌باشد. این‌گونه قرارداد برای تمام مدت حیات آن میدان باقی خواهد ماند و محدوده این قرارداد نه توسط زمان، بلکه به وسیله چنین حق رزروی محدود می‌شود (Hunton Andrew Kurth,2023).از آنجا که به تدریج میزان تولید گاز از این میدان کاهش پیدا می‌کند، این قراردادها را " قرارداد تقلیلی"(فیضی چکاپ و موسوی، ۱۳۹۵: ۸۸-۸۷)نیز می نامند.

۲)قرارداد تهیه و تحویل گاز[2]: در قراردادهای تأمین گاز، فروشنده تعهد به ارائه میزان مشخصی از گاز در نقطه تحویل داشته و مکلف به استفاده از منبعی خاص نمی‌باشد، اما مقدارگاز و الزامات پیرامون زمان تحویل به‌صورت واضح مشخص شده‌اند.

۳)قراردادهای انتقال گاز از طریق خطوط لوله[3]:
خطوط لوله در مناطق مرزی یک موضوع حیاتی و مهم در قراردادهای بین المللی تأمین (عرضه) گاز می‌باشد. خطوط لوله یا به عنوان بخشی از تعهدات فروشنده تحت یک قرارداد تأمین گاز [4]محسوب می شود یا جهت حمل گاز میان چند طرف مورد استفاده قرار می گیرد. این قراردادها معمولا ریسک انتقال را از فروشنده به خریدار منتقل می کنند(Ason,2022:10). چنین قراردادهایی معمولا دارای تعهد" حمل یا پرداخت"[5] است، که در جهت برقراری یک جریان درآمدی با ثبات در طول مدت قرارداد برای حمل کننده می‌باشد.

٤)قرارداد خرید و فروش ال ان جی: قراردادهای عرضه گاز مایع در قالب قراردادهای خرید و فروش ال‌ان‌جی تاریخچه طولانی دارند. پروژه‌های ابتدایی به اواسط سال ۱۹۰۰ برمی گردد و علی رغم رشد و توسعه نقش قراردادهای تک محموله ای و کوتاه مدت به عنوان جایگزین، این قراردادها نقش خود را به عنوان ابزاری قدرتمند جهت مبادلات گازی همچنان حفظ کرده اند. قراردادهای اولیه توافقاتی غیر منعطف میان خریدار و فروشنده در طول مدت ۲۰ سال بوده اند که

[1]Depletion- based contracts/Dedication Contracts
[2] Gas Supply contracts
[3]Gas Transportation Agreement(GTAs)
[4]Gas Supply Agreements(GSAs)
[5] Ship-or-take

قابلیت های محدودی جهت اصلاح حقوق و تکالیف طرفین قرارداد و در یک مدل تجاری غیر منعطف، وجود داشت. به دنبال پاسخگویی به تغییرات ساختاری متنوع شامل آزاد سازی بازار در شمال آمریکاواروپا و تغییر اصول عرضه تقاضا، قراردادهای تأمین گاز به صورت فزاینده‌ای منعطف‌تر گشته و رویه‌های کلی به سوی انعطاف بیشتر در شروط قیمت و سایر شروط می‌باشد(Ason,2022). در یک تقسیم‌بندی کلی مدل-های قراردادی بکار رفته در بخش خرید و فروش ال‌ان‌جی از نظر مدت شامل قراردادهای کوتاه مدت و بلند مدت می‌باشد:

الف-قراردادهای کوتاه مدت خرید و و فروش ال‌ان‌جی[1]

بر اساس تعریف گروه بین‌المللی وارد کنندگان ال ان جی، قراردادکوتاه مدت، قراردادی‌ست که طول مدت آن کمتر از پنج سال می‌باشد (GIIGNL Annual Reports, 2008-2014) هر چند در عمل قراردادهای کوتاه مدت با مدت زمان پنج تا ده سال نیز منعقد گردیده است.از جمله دلایل پیدایش قراردادهای کوتاه مدت،توسعه تعداد زیادی پروژه های صادرات ال‌ان‌جی جهت پاسخگویی به تقاضای ایالات متحده آمریکا در اواخر سال ۱۹۹۰ و اوایل سال ۲۰۰۰، امکان صادرات دوباره میزان گاز مایع مازاد بر تقاضا در آمریکا، توسعه مقادیر زیادی از گاز شل در امریکای شمالی، حادثه هسته‌ای فوکوشیما پس از زلزله وتسونامی سال ۲۰۱۱ (به دلیل عدم قطعیت زمان شروع فعالیت تأسیسات هسته‌ای)، سقوط قیمت نفت در طی سال های ۲۰۱۴ و ۲۰۱۵، می‌باشند.مطابق گزارشات موسسات بین المللی یک سوم کل مبادلات ال‌ان‌جی در قالب این شکل قراردادی صورت می پذیرد اما در اروپا میزان استفاده از قراردادهای کوتاه مدت درحدود ۴۵ تا ۵۰ درصد می‌باشد(Rashad,2022).

ب-قراردادهای بلند مدت خرید و فروش ال ان جی[2]

بسیاری از صاحب نظران بر این اعتقادند که قراردادهای خرید و فروش ال‌ان‌جی در واقع به صورت یک زنجیره از عملیات و قراردادها بوده که در ارتباط نزدیک و مرتبط با یکدیگر می‌باشند که باید به عنوان یک مجموعه مد نظر قرار گیرند.اما امروزه به نظر می‌رسد با وقوع برخی تغییرات در این حوزه، از جمله کمرنگ شدن نقش دولت‌ها در فرایند مذکور و حرکت به سمت خصوصی سازی، ورود بازیگران جدید به عرصه بازار ال‌ان‌جیو پیشرفت تکنولوژی، این زنجیره از چنین یکپارچگی به سمت منفک شدن هر بخش و تخصصی تر شدن حرکت نموده است. در هر صورت پروژه‌های ال‌ان‌ج یهنوز تا حد زیادی به صورت یک زنجیره عمل نموده و از ابتدای زنجیره به صورت تأمین گاز در بخش بالادستی، مایع‌سازی، حمل و نقل و تبدیل دوباره مایع به گاز در بخش پایین دستی و در نهایت فروش گاز طبیعی مایع شده در این زنجیره به صورت محور ارتباط میان بخش بالادستی و پایین‌دستی عمل می-نمایند.درادامه برخی ویژگی های مهم این نوع از قراردادها بررسی شده است.

۲- ویژگی‌های مهم قراردادهای بلند مدت خرید و فروش ال ان جی

در این بخش از مقاله شروط مهم قراردادهای بلند مدت خرید و فروش ال‌ان‌جیبررسی می گردند. این شروط عبارتند از؛

۱)طرفین قرارداد: قرارداد خرید و فروش ال‌ان‌جینیز دارای دو طرف خریدار و فروشنده می‌باشد. از آنجا که اصولا ساختار توسعه پروژه توسط تأمین کننده یا حمایت کننده مالی اتنخاب می شود،حمایت‌کننده مالی پروژهتعیین خواهد نمود که آیا فروشنده، یکی از شرکت‌های فرعی او، یک توسعه دهنده بالادستی، یک شرکت پروژه (که در مالکیت یک توسعه دهنده بالادستی است) و یا یک جمع‌آوری کننده گاز از منابع مختلف باشد. خریدار نیز ممکن است یک واحد بزرگ یا شرکت صنعتی باشد که ال‌ان‌جیرا برای مصرف داخلی خودش خریداری نموده یا آنکه یک شرکت بازاریابی یا جمع آوری کننده گاز طبیعی باشد که گاز را برای فروش در بازار هدف خریداری می نماید و در واقع نقش واسطه یافته است. گاهی نیز خریداریک شرکت تجاری بوده که گاز طبیعی مایع شده را برای فروش در بهترین بازار در بالاترین قیمت، بر اساس شرایط بازار عرضه خواهد کرد.

۲)مقدار[3]شرط دریافت یا پرداخت[4]: شرط مقدار آن است که فروشنده بر طبق قرارداد متعهد می‌گردد به صورت سالانه، میزان مشخصی از ال‌ان‌جیاز سوی فروشنده را برای تحویل از طریق تجهیزات خود آماده نموده و تحویل تجهیزات خریدار نماید. از دیدگاه فروشنده، دلیل تجاری برای ساختار شرط دریافت یا پرداخت در قراردادهای بلند مدت، حفظ جریان

[1]Short- term sale and purchase agreement
[2]Long-term sale and purchase agreement
[3] Quantity
[4]Take or pay

ثابت برای بازگشت سرمایه و ایجاد اطمینان بخشی در سرمایه گذار یا وام دهنده، می‌باشد. مقداری که می‌بایست دریک قرارداد در طول مدت یکسال آماده تحویل گردد،[1] از قبل در قرارداد مورد توافق قرار گرفته و درج گردیده است. هر چند این میزان، در صورتی که خریدار طبق قرارداد حق کاهش یا افزایش را داشته باشد به صورت "پیوست مقدار"،به قرارداد اضافه می شود و قابل تغییر در طول مدت قرارداد می‌باشد.[2] البته این چنین پیوستی ممکن است ناشی از تقاضای خریدار و در جهت مطالبه میزان دریافت نشده سال قبل[3]، باشد که تحت شرط دریافت یا پرداخت برای آن میزان در سال قبل پرداخت انجام شده اما دریافت نگردیده است. همچنین خریدار می تواند از شرط "تلورانس افزایش مقدار "[4]در زمانی که قیمت گاز مایع شده در سطح پایینی است استفاده کند، که درصد این میزان افزایش نیز عموما پنج تا ده درصد می‌باشد و در واقع با افزایش خرید گاز مایع شده با قیمت پایین‌تر و ذخیره‌سازی آن، خریدار از حاشیه سود بالاتری برخوردار گردد.

۳) نوع ارز و پرداخت[5]: نوع ارز خصوصا در جایی که دو طرف نمی خواهند هیچ جای شبه‌ای در توافقات باقی بماند بخش مهمی از قرارداد محسوب می شود. بنابراین اصولا ارزی که باید بر مبنای آن صورتحساب‌ها صادر شود و قیمت، محاسبه و پرداخت گردد، معین می‌گردد. مقررات قیمت قرارداد، یا به صورت صریح به نوع ارز اشاره می‌کند (مثلا اینکه قیمت قرارداد می بایست بر مبنای دلار آمریکا باشد) یا آنکه برای اجزا تشکیل دهنده مربوط به فرمول قیمت،نوع ارز را تعیین می‌کند.

٤) مدت زمان: قراردادهای طولانی مدت خرید و فروش دارای یک مدت زمان عموما ۲۰ تا ۲۵ ساله هستند.تولید کنندگان از طریق تعهدات طولانی مدت، قصد دارند در پروژه های با هزینه هنگفت، جریان بازگشت سرمایه بلند مدت را ایجاد کنند. اخیرا اتحادیه اروپا در جهت دستیابی به هدف کربن زدایی[6] تا سال ۲۰۵۰ در این خصوص محدودیت‌هایی ایجاد نموده است.

[1] annual contract quantity(ACQ)
[2] adjusted annual contract quantity(AACQ)
[3] make-up quantities
[4]Upward Quantity Tolerance (UQT)
[5]Currency and payment
[6]Decarbonize/net zero emission

۵) شرط مقصد[7]: شرط مقصد که اغلب در قراردادهای بلند مدت قرارداده می شود از شروط بسیار مهم این توافقات بوده و به مفهوم تعیین دقیق ترمینال های دریافت محموله های ال‌ان‌جیمی‌باشد و جهت ممانعت خریدار از فروش دوباره محصول خارج از بازار های تعیین شده فروشنده انتخاب می گردد. هدف اصلی از این شرط، کنترل بازار و قیمت‌ها و عدم ایجاد رقابت و نتایج ناشی از آن می‌باشد.

۳-تعیین قیمت در قراردادهای خرید و فروش ال ان جی

تبادلات ال‌ان‌جیبه صورت تاریخی بر مبنای قراردادهای طولانی مدت بوده است و تعیین قیمت در ابتدا، به صورت مقطوع صورت می‌پذیرفت،اما به مرور زمان قیمت‌گذاری همواره بر مبنای یک شاخص صورت پذیرفته است.در خصوص گاز طبیعی هیچ "قیمت جهانی" وجود ندارد، هر چند به جهت پاک بودن این سوخت، یک پاداش یا "اضافه بهای زیست محیطی "به آن اضافه میشود.به طور کلی، سیاست قیمت‌گذاری در گاز میبایست در سه حوزه رفع نیاز نماید: حوزه نخست، ایجاد نوعی کارآمدی اقتصادی‌ست که بر اساس آن هزینه واقعی انرژی برای جامعه، در قیمت‌ها انعکاس یابد بدان معنا که دولت‌ها از ارائه یارانه در این بخش خودداری نمایندچراکه میزان قیمت‌ها همواره بر تصمیمات تولید کننده و مصرف کننده آن انرژی تأثیرگذار می‌باشد. زمانی که این اصل نادیده گرفته شود، مصرف انرژی خصوصا آن بخشی که مربوط به صنعت و مصرف‌کنندگان بزرگ می‌باشد، به سرعت از کنترل خارج گردیده و سبب ناکارآمدی اقتصادی می‌گردد. دومین حوزه، ارضاء اهداف خاص اقتصادی است. بدین معنا که قیمت‌ها به گونه‌ای تنظیم گردند که یک واحد اقتصادی که ظرفیت تأمین مالی و ارائه خدمات مالی از منابع خودش را دارا می‌باشد، در راستای توسعه بازار، اقدام به تولید نموده و این فعالیت برای چنین تولیدکننده‌ای توجیه اقتصادی داشته باشد. سومین حوزه نیز، در نظر گرفتن عدالت اجتماعی می‌باشد که ممکن است با دو مورد قبلی در تعارض قرار گرفته و منجر به نتایج متضادی گردد. بدان معنا که ممکن است سیاست‌های اتخاذ شده برای قیمت‌گذاری در این حوزه در جهت حفظ تعادل در بازار و ورود تولیدکنندگان و رقبای جدید به بازار لزوما متناسب با شرایط مصرف کنندگان نباشد،اما از آنجاکه سرمایه‌گذاری در بخش

[7]Destination clause

انرژی موضوعی صرفا اقتصادی نبوده و دربردارنده ملاحظاتی از جمله ملاحظات سیاسی و تأمین امنیت عرضه نیز می‌باشد، بنابراین نقش پدر مآبانه دولت در تنظیم بازار انرژی، در راستای کنترل مصرف و حفظ تعادل میان عرضه و تقاضا گاهی در تضاد با عدالت اجتماعی قرار می‌گیرد.نتیجه آنکه مهم است که کارا بودن تبادلات گازی، به عنوان ابزاری در جهت دست‌یابی به هریک از اهداف فوق مورد بازنگری و توجه قرار گیرد.

در یک بازار گازی میان خریداران و فروشندگان از طریق یک شبکه لوله‌کشی مشخص یا زنجیره ال‌ان‌جیبه یکدیگر می‌پیوندند و به دلیل محدودیت‌ها در تأمین امنیت عرضه، قراردادها به صورت بلند مدت منعقد می‌گردند. عموما قیمت‌گذاری منطقه‌ای در بالادستی،متکی به عرضه و تقاضا در پایین دستی نمی‌باشد و باید بدون حق آربیتراژ[1] بین‌المللی صورت پذیرد.همچنینبه دلیل نیاز به جابجایی حجم بزرگی از محموله شرکت‌های حمل و نقل و توزیع وجود داشته باشند، دولت ها نیز با قانونمندی قیمت‌ها در بخش پایین دستی،با مد نظر قراردادن امنیت در عرضه و تأمین در بازار، از انحصار حمایت می‌نمایند.تمامی این موارد از ویژگی‌های مشترک بازارهای گازی می‌باشد.

در خصوص سیاست ، نیز سیاست ایده‌آل در تعیین قیمت،بر اساس نحوه تخصیص مالیات و کمک هزینه دولت نسبت به قیمت و توزیع، مشخص می گردد.آزادسازی بازار و سیاست های اقتصادی حاکم بر آن، سبب افزایش اهمیت رقابت گاز طبیعی در بازار انرژی گردیده است. مزایای فنی و محیط زیستی نیز بر محبوبیت آن افزوده که در صورت اثبات قابلیت رقابت آن با سایر سوخت ها، می تواند جایگزین مناسبی باشد. بنابراین سیاست‌های قیمت‌گذاری از طریق سیستم تعرفه مناسب و مالیات، تعادل یافته و نهایتا در مقایسه با قیمتی که برای سایر سوخت ها وجود دارد، معین می‌گردد (Anwar,2001:2-5). قیمت نیز معمولا به دلار آمریکا و برای هر میلیون بی تی یو[2] بیان می شود، در حالی که در اتحادیه اروپا و بریتانیا عموما بر مبنای هر مگاوات در ساعت[3] بیان گردیدهو نشان دهنده چند جزء است. اولین و مهم‌ترین آن محتوای انرژی[4] است.با توجه به درصد متان موجود در گاز به علاوه میزان سایر هیدروکربن‌های سنگین‌تر، محتوای انرژی در گاز طبیعی و قیمت نهایی برای مصرف‌کننده مشخص می‌گردد. پس محتوای انرژی درگاز، در خصوص قیمت،تعیین‌کننده بوده و در واقع این محتوابه معنای ما به ازای سوخت و ترکیبی است که فروشنده عرضه می‌کند(برخلاف قیمت نفت که بر اساس میزان مبلغی که پالایش‌کننده برای نفت خام قبل از پالایش پرداخته است تعیین می‌گردد). البتهوجود پروژه های رقیب و سوخت های جایگزین نیز بر قیمت آن تأثیر می گذارد.

اضافه بها[5] جزء دوم قیمت را تشکیل می دهد،چرا که با پیشرفت فناوری، ارزش حرارتی که همان محتوای انرژی ال‌ان‌جینسبت به سایر سوخت‌ها است، به صورت فزاینده‌ای رشد نموده و همچنین به دلیل تولید دی‌اکسیدکربن پایین‌تر، انرژی پاک محسوب شده و به همین جهت، اضافه بهایی بابت کارایی و پاکی به آن تعلق می‌گیرد[6].

اگر قرارداد فروش ال‌ان‌جیبه صورت تحویل در بندر[7] باشد و فروشنده مسئولیت حمل آن را بر عهده داشته باشد، باید جزء دیگری به قیمت افزوده شود و آن هزینه حمل و نقل می‌باشدتا جبران این خدمت فروشنده باشد. برعکس، اگر قرارداد فروش فوب [8]باشد،چون فروشنده هزینه‌ای برای حمل پرداخت نمی‌کند، قیمت تمام شده همان قیمت تمام شده ال‌ان‌جیبوده وبه محتوای انرژی نزدیک می شود(اخوان، ۱۳۸۹: ۳).به عبارت دیگر، اگر مسئولیت حمل گاز به عهده خریدار باشد، قرارداد به صورت تحویل در بندر مبدأ منعقد می گردد اما اگر مسئولیت مزبور به عهده فروشنده باشد در این صورت قرارداد به صورت سیف منعقد می شود (شیروی، ۱۴۰۰: ۳۷۵).

یکی از مسائل تأثیرگذار در خصوص ساز وکارهای قیمت‌گذاری در جهان،"اضافه بهای قراردادهای خرید و فروش گاز در آسیا"[9] می‌باشد. به معنای مبلغی اضافه بر قیمت تمام شده انرژی ناشی از وابستگی به آن سوخت و میزان بالای مصرف می‌باشدکه این امر در کنار هزینه‌های حمل و نقل در شکل دهی به فرمول قیمت ال‌ان‌جیدر قرارداد خرید و فروش تأثیر گذار بوده و از اجزاء قیمت محسوب می

[1] در علم اقتصاد و مالیه به معنای بهره گرفتن از تفاوت قیمت بین دو یا چند بازار برای کسب سود است و نتیجه نهایی آن فاصله گرفتن قیمت‌ها از ارزش واقعی و منصفانه شان می‌باشد.(arbitrage)

[2] Million British thermal unit (MMBTU)

[3] Per megawatt hour (MWh)

[4] Energy Element

[5] premium

[6] Green premium

[7] Ex-ship

[8] Freight on Board

[9] Asian premium

شود(Dayong,2018).در بعضی از کشورهای آسیایی شرقی مانند کره و ژاپن، هر دو کشور از وارد کنندگان بزرگ ال‌ان‌جیدر دنیا می باشند، اما میزان کلی افزایش اضافه بهاء در ژاپن نسبت به کره بیشتر بوده است، چرا که هر چند ژاپن بزرگترین وارد کننده می‌باشد اما قدرت خرید خریداران در ژاپن پایین تر از این قدرت در کره است،کره دارای یک شرکت گاز می‌باشد که به صورت واحد عمل می‌کند اما چندین واردکننده در ژاپن وجود دارد و قدرت هر یک از این شرکت ها از کره ضعیف تر می‌باشد. بنابراین قدرت خرید و چانه زنی می تواند در خصوص تعیین میزان اضافه بهاء تأثیر گذار باشد (Choi&Heo,2)

بنابراین ملاحظه می‌گردد، هر چند بازارهای گازی دارای مشخصه‌ها و ویژگی‌های تقریبا یکسانی می‌باشند، اما رویکردهای قیمت‌گذاری در بازار گاز،با توجه به زیرساخت‌ها، سیاست‌گذاری دولت‌ها، وجود سوخت‌های رقیب در آن منطقه و میزان وابستگی به این سوخت،از یک کشور به کشور دیگرمتفاوت بوده و به همین دلیل است که مبانی قیمت گذاری و استفاده از شیوه‌ها و شاخص‌های تعیین قیمت در میان فعالان این حوزه در نقاط مختلف دنیا، متفاوت بوده و شکل منطقه‌ای یافته است. مثلا همانگونه که ملاحظه گردید، خریداران آسیایی نسبت به خریداران در کشورهای اروپایی مبلغ بالاتری برای این سوخت پرداخت می‌نمایند.

۱-۳- شیوه‌های تعیین قیمت در قراردادهای خرید و فروش ال ان جی

ساز و کار قیمت‌گذاری از تعیین قیمت به صورت ثابت به قیمت‌گذاری بر مبنای نفت تغییر کرد و در حال حاضر به صورت رقابت گاز با گاز می‌باشد. در واقع تحولات در ساز و کار قیمت-گذاری ال‌ان‌جیدر سه مرحله صورت گرفته است؛ دوران ابتدایی با قیمت مقطوع، دوران توسعه با قیمت‌های مرتبط با نفت و دوران نوین با روش‌های چند گانه به موازات یکدیگر،که در ادامه به تشریح هریک از این شیوه‌ها پرداخته می‌شود(Chen et al,2021: 1).

۱-۱-۳-تعیین قیمت به صورت مقطوع

دوران ابتدایی تجارت ال‌ان‌جیاز سال ۱۹۶۰ را شامل می شود. خرید و فروش ال‌ان‌جیدر اروپا آغاز گردید. خریداران و فروشندگان به صورت ساده به مذاکره در خصوص یک قیمت مقطوع می پرداختند. در سال ۱۹۶۴ بریتانیا یک محموله ال‌ان‌جیبا قیمت مقطوع از الجزایر وارد نمود. در سال ۱۹۶۹، ژاپن یک قرارداد ۱۵ ساله در آلاسکا منعقد نمود که بر آن اساس واردات ال‌ان‌جیبدون درج هیچگونه مقرراتی در خصوص اصلاح قیمت در صورت تورم، صورت می‌پذیرفت و همچنین این اولین باری بود که در آسیا واردات ال‌ان‌جیصورت می پذیرفت. در آن شرایط قیمت قرارداد به شکل بارزی بالاتر از قیمت نفت خام بود(Chen et al,2021: 2) .

۲-۱-۳-تعیین قیمت بر اساس قیمت نفت

دومین مرحله، مرحله توسعه این صنعت از سال ۱۹۷۰ در اوایل قرن ۲۱ می‌باشد. از آنجا که ال‌ان‌جیدر بخش های مختلف تولید، جایگزین سوخت های دیگر گردید، بنابراین مکانیسم قیمت گذاری، به دلایل اقتصادی و رقابتی به قیمت سایر سوخت های رقیب از جمله نفت،گازوئیل، نفت سوخت،پولاد، و تولیدات پایین دستی ارتباط پیدا کرد. برای مثال زمانیکه اولین بحران نفتی در سال ۱۹۷۳ اتفاق افتاد، کنسرسیوم های ژاپنی، طی مذاکراتی تصمیم گرفتند، به جای مصرف نفت در بخش های مولد انرژی، به معرفی مکانیسم قیمت مرتبط با نفت بپردازند. در اوایل ۱۹۸۱، نروژ اقدام به انعقاد قرارداد با قاره اروپا نمود. شاخص های قیمت گذاری شامل قیمت‌های نفت خام اوپک و دریای شمال و همچنین نفت کوره سنگین و سبک بود. پس از مدتی، بیشتر قیمت‌های جهانی با قیمت نفت ارتباط یافتند. همچنان که تورم و بازار انرژی ادامه پیدا کرد، فرمول‌های قیمت گذاری در قراردادهای بلند مدت خرید و فروش ال‌ان‌جی پیچیدگی بیشتری یافت در حالی که شاخص های اقتصادی متنوع دیگر و روش منحنی اس به بازار معرفی گردید(Chen et al,2021: 2).

۳-۱-۳-تعیین قیمت بر اساس رقابت گاز با گاز

سومین مرحله، مرحله ی نوآورانه و جدید است، زمانیکه روش های متعدد از سال ۲۰۱۰ به وجود آمد. همانطور که بازار گاز طبیعی به صورت مستقل‌تر و با وابستگی کمتری به بازار نفت ایجادگردید، معاملات نقدی سهم بزرگ تری از تجارت ال‌ان‌جیرا کسب کردند و قیمت گذاری از قیمت نفت مجزا شد. قیمت نفت به موازات رقابت گاز با گاز یا قیمت گذاری بر مبنای قیمت گاز ایفاء نقش می‌کرد. به علاوه ساز وکارهای جدید مانند ارتباط با سایر قیمت‌های گازی، شاخص های ترکیبی، و پیوند با سوخت های رقیب نیز در بازار گنجانده شد. به علاوه با اعمال

سیاست های "کربن خنثی"،[1] بکارگیری ال‌ان‌جیتبدیل به یک راه مهم در کاهش تصاعد کربن در صنعت گاز گردید و ملزومات جدیدی برای قیمت گذاری در آن زمینه ایجاد نمود به طوریکه همانطور که گفته شد "اضافه بهاء پاکی سوخت" از تولیدات با "کربن خنثی" نیز، ترکیب مهمی از قیمت تجارت شد، و به صورت مستقیم مکانیسم قیمت گذاری را متاثر ساخت(Chen et al,2021: 2).

تجربه نشان داده، قیمت‌گذاری بر مبنای شاخص گاز مورد معامله در قطب‌های گاز[2]، نسبت به روش‌های دیگر از جمله، قیمت‌گذاری بر مبنای نفت یا دیگر سوخت‌های فسیلی و فرآورده‌های نفتی یا روش ترکیبی، برتری دارد چرا که در قطب‌های گاز،که بازارهای عمده خرید و فروش گاز می‌باشند، قیمت بر اساس اصول عرضه و تقاضا شکل گرفته، بنابراین متکی بر واقعیات بازار بوده و در بلند مدت همگام با تغییرات و تحولات در بازار، بالا و پایین می‌گردد. به نظر می‌رسد، تعیین شاخص قیمت‌گذاری در قراردادهای خرید و فروشگاز طبیعی مایع شده صورت منطقه‌ای یافته و در سه منطقه آسیا، اروپا و آمریکا متمایز می‌گردد. تعیین قیمت در آمریکا بر مبنای قیمت تبادلات گازی در بازارهای عمده گاز می‌باشد. قراردادهای خریداران اروپایی بر اساس ترکیبی از شاخص‌های گاز و نفت قیمت‌گذاری شده و این ساز و کار در قراردادهای بلند مدت خرید و فروش ال‌ان‌جیآسیا ، در ارتباط با بازار ال‌ان‌جیتغییر یافته است. بدین شکل که در ابتدا تعیین قیمت در قرارداد به صورت قیمت ثابت بوده و بعدها به صورت قیمت‌گذاری بر مبنای نفت تغییر یافت، و سپس به صورت بر مبنای گاز و قیمت‌گذاری ترکیبی (نفت و گاز) تغییر شکل یافت.[3] همانطور که قراردادهای ال‌ان‌جیبا انعطاف بیشتری در مقصد در آینده شکل خواهند گرفت، مکانیسم قیمت گذاری نیز در جهت رشد و توسعه بازار ال‌ان‌جیتقویت خواهد شد.

۴- شرط بازنگری قیمت در قراردادهای خرید و فروش ال ان جی

به طور کلی شرط بازنگری جزء ترتیبات قراردادی درجهت جلوگیری از بروز اختلاف و یکی از انواع شروط تعدیل قیمت در قرارداد می‌باشد. بدین معنا که در قرارداد شرط شود، در صورت افزایش یا کاهش هزینه‌های ایفاء تعهد قراردادی طرفین مذاکره نمایند و قیمت قرارداد تعدیل یابد. بنابراین منشاء چنین حقی صرفا توافق طرفین قرارداد بوده و نکته مهم آن است که این شرط به گونه‌ای تنظیم گرددکه در صورت نیاز به مذاکره مجدد، عدم حصول توافق در خصوص قیمت جدید و ارجاع اختلاف به دیوان داوری، مرجع رسیدگی کننده دارای اختیار گسترده در رسیدگی نبوده و رأی صادره مبنی بر تعیین قیمت یا فرمول قیمت‌گذاری نباشد چرا که چنین نتیجه‌ای می‌تواند طرفین را با قیمت یا فرمول تعیین قیمتی مواجه نماید که اصلا مد نظرشان نبوده و بدین ترتیب جنبه توافقی بودن قرارداد زیر سؤال می‌رود.بر این اساس، بیشتر قراردادهای طولانی مدت، یک یا هر دو طرف قرارداد را جهت بازنگری قیمت قرارداد، در پاسخ به تغییرات غیر قابل پیش بینی در بازار بر می‌انگیزاند (مانند افزایش تنوع میان قیمت‌های نفت و گاز در سال های اخیر (McNAIRCHAMBERS,2013:2). طرفین قرارداد عموما منافع را میان خودشان تقسیم کرده و از ناهمترازی میان قیمت قرارداد و قیمت بازار، اجتناب می‌کنند. بنابراینشرط بازنگری در جهت ایجاد تعادل در تعهدات مورد توافق در طول مدت قرارداد عمل می‌نماید. (Beisteiner,Thompson,2022: 2).

۴-۱-طراحی و تفسیر شرط بازنگری

هیچ شکل" استاندارد" مشخصی برای شرط بازنگری در قیمت وجود ندارد. یک شرط عمومی بازنگری در قیمت یا سایر

---

[1]Carbon neutrality, net zero

به معنای دستیابی به انتشار صفر خالص دی اکسید کربن اشاره داردکه با توجه به موافقتنامه پاریس در خصوص تغییرات آب و هوایی جهت به صفر رساندن کربن تا سال2025 در صدر سیاست های کشورهای توسعه یافته قرار گرفته است.

[2]هاب، قطب یا مراکز تجارت؛ مکان‌های متعارف برای مشارکت‌کنندگان در بازار گاز یا برق می‌باشند. قیمت تبادل برق یا گاز در محلی که شبکه‌ای از لوله کشی گاز یا خطوط انتقال برق وجود دارد، به عنوان شاخص قیمت‌گذاری در سایر مبادلات در بازار مدنظر قرار می‌گیرد. گاهی هاب به صورت فیزیکی نبوده و شکل مجازی می‌یابد. بدان معنا که تحویل فیزیکی، نه لزوما در همان محل تبادل بلکه در واقع در نقاط نزدیک دیگری رخ می‌دهد.

[3] قیمت‌ها در خرید و فروش های نقدی یا تک محموله ای بر اساس عرضه و تقاضا تعادل می یابد و به صورت تاریخی روند این قیمت‌ها، به صورت گسترده ای، متوسط قیمت قراردادهای ال‌ان‌جیدر ژاپن (در شرایط تنگنای بازار) و قیمت قطب گازی در بریتانیا (در شرایط گشایش بازار) می‌باشد.

The Lantau Group(HK)Limited, "Liquefied Natural Gas(LNG) demand projection, procurement strategy and risk management",p22,December2018, https://documents 1.worldbank.org

شرایط قراردادی در پاسخ به وقایع یا موضوعات خاص می‌باشد (مانند شرط هاردشیپ)، که در نتیجه تغییر اساسی اوضاع و احوال، مجوز بازنگری از سوی یک طرف قرارداد را به لحاظ قرار گرفتن در چنین شرایط دشواری، می دهد و این امر می تواند به غیر از قیمت، شامل بازنگری کل شروط قراردادی گردد. در مقابل، شرط بازنگری، متمایل به ماهیت گسترده تری بوده و به تغییرات بازار به صورت کلی ونه صرفا موضوعات مشخص، پاسخ می دهد. یک شرط بازنگری مؤثر دارای این عناصر می‌باشد؛ اول، وجود یک "واقعه (یا وقایع) آغازگر" که مجوز شروع مکانیسم بازنگری قیمت می‌باشد و دوم، پروسه ای که در اجرای شرط بازنگری در پیش گرفته می شود و سوم، روش شناسی در بازنگری. درنهایت آنکه یک بازنگری قیمت دو مرحله را در پیش خواهد گرفت؛اول، یک طرف باید بر اساس مقررات شرط، بیان کند که واقعه ی آغاز گر رخ داده است، سپس طرفین این موضوع را که آیا، چگونه و از طریق چه کانال ها و روش هایی یک شرط بازنگری مؤثر خواهد بود را، مشخص نمایند(McNAIR CHAMBERS,2013:2).

٤-۲-وقایع آغاز کننده درخواست بازنگری

یک واقعه[1]می‌بایست عمومی بوده و در بردارنده شرایط احتمالیکه امکان دارد تأثیرات اساسی بر قیمت بگذارند، باشد. در شروط بازنگری،آغاز روند بازنگری یابدون واقعه آغازگر یا بر مبنای یک واقعه آغازگر می‌باشد. شرط بازنگری به صورت دوره‌ای[2] یا بدون واقعه آغازگر[3] به این شکل است که، یا بازنگری اتوماتیک در تاریخ خاصی در طول مدت قرارداد باشد(برای مثال هر سه سال یکبار) یا آنکهیک طرف حق داشته باشد روند بازنگری را در فواصل زمانی مشخص، شروع نماید. از مزیت‌های این روش آن است که عملیات بازنگری به صورت ساده‌ای رخ داده و بنابراین از وقوع اختلاف در خصوص اینکه آیا شرط بازنگریقابلیت اجرا دارد یا خیر، پیشگیری می کند(McNAIRCHAMBERS,2013:2). اغلب قراردادهای ال‌ان‌جیآسیا در دهه ۱۹۹۰ به بعد، شرط بازبینی قیمت را با قید فاصله‌های میان پنج تا ده سال مقرر کرده‌اندودر قراردادهای اروپاییاین مدت نزدیک به سه سال است. با وجود این، شروط بازبینی قیمت در قراردادهای ال‌ان‌جیآسیا درخواست بازبینی قیمت بتواند خارج از دوره‌های منظم بازبینی مقرر در قرارداد و به صرف استناد به وقوع برخی اوضاع و احوال خاص انجام گیرد را به صورت محدود پذیرفته‌اند(شجاعی، ۱۳۹۹: ۳۴۶).شرط بازنگری بر مبنای واقعه خاص آغازگر[4] بدین معناست که شروع بازنگری یا فقط شامل یک واقعه خاص می‌باشد یا دوره‌ای را با واقعه خاص ترکیب می‌کنند، و بدین ترتیب به یک طرف قراردادامکان پاسخگویی سریع به تغییرات بازار را کسب می‌کند(McNAIR CHAMBERS,2013:2).قابلیت اعمال شرط بازنگری شاملوقوع شرایط خارج از کنترل طرفین، بروز تغییرات مهم یا اساسی[5] در بازار و غیر قابل پیش بینی بودن می‌باشد. در تعیین اینکه آیا تغییر مهم یا اساسی در بازار رخ داده است یا خیر چالش‌ها و دشواری‌هایی وجود دارد، هر چند مواجه با این امر در زمان طراحی شرط می‌تواند مناقشات حاصل از این امر را کاهش دهد، برای مثال در خصوص مفهوم بازار به منظور تعیین تغییر مهم یا اساسی، که در آن بازار رخ داده باشد، ضروریست که آن عناصری که تشکیل دهنده مفهوم "بازار"[6] برای هدف قراردادی می‌باشد مشخص شوند. اهمیت این موضوع در پروندهنچرال گاز علیه آتلانتیک (jus mundi,2016)مشخص شد که در آن دو بازار جغرافیایی وجود داشت و تأمین کننده بازنگری قیمت را بر این مبنا طلب کرد که، هر چند قرارداد دو منطقه جغرافیایی را تحت پوشش قرار می‌داد، اما خریدار برای بازاری تأمین انجام می داد که قیمت بالاتری پیشنهاد می‌داد، در این پرونده در خصوص محدوده اعمال بازنگری، داوران بازنگری دو بخشی قیمت را برای هر دو بازار جغرافیایی ایجاد و تحمیل کردند(McNAIR CHAMBERS,2013:4).

٤-۳-روند بازنگری در قیمت

عموما یک شرط بازنگری حاوی مدت زمانی‌ست که در طول آن طرفین جهت حصول توافق در شروع بازنگری میان خودشان تصمیم‌گیری می کنند و اگر چنانچه در این خصوص توافقی حاصل نگردد، اختلاف جهت حل و فصل به شخص ثالثی ارجاع می گردد. همچنین شرط داوری می تواند رجوع به میانجیگیری یا سایر روش های جایگزین حل و فصل اختلاف را مقرر کند. هرگز رجوع به دادگاه را در شرط پیش بینی نمی‌کنند (هر چند ممکن است حکم از سوی یک داور در دادگاه را طلب کنند). طرفین همچنین باید توجه داشته باشند که، الزامی

[1] event
[2] Periodic trigger
[3] No trigger event
[4] Special trigger
[5] Significant / material
[6] market

بودن، لزوم مذاکره و تلاش جهت حصول توافق در خصوص ساختار بازنگری قیمت، به قانون حاکم بر قرارداد بستگی دارد. در حقیقت تعداد کمی از نظام‌های حقوقی از چنین توافق بر توافقی استقبال می کنند(McNAIRCHAMBERS,2013:4). ذکر این نکته ضروری‌ستاگر فرمول قیمت مندرج در قرارداد نمی‌تواند به گونه ای درج گردد که خروجی آن قابل پیش‌بینی باشد، بهتر است تمرکز بر روی طراحی مقررات بازنگری و روندی‌که نزد دیوان داوری به کار می رود، ایجاد گردد. شخصی‌سازی پروسه داوری بازنگری جهت ایجاد همخوانی میان آن با نیازهای خاص طرفین، بسیار مهم می‌باشد. انعطاف در این روند می‌تواند سبب سازماندهی موضوعات پیچیده ناشی از اختلافات بازنگری، بهبود تأثیرگذاری این روند و فراهم نمودن فرصت‌ها و امکانات بیشتر جهت حل و فصل اختلافات،گردد (Holland,Wilson,2013: 1-3).

بنابراین یکی از چالش‌های بزرگ در بحث بازنگری قیمت در قراردادهای بلند مدت، نحوه تفسیر شرط با توجه به قصد طرفین و عرف حاکم بر قراردادهای منعقده در آن بازار خاص منطقه‌ای می‌باشد. مثلا در پرونده معروف آتلانتیک،دیوان داوری تغییر را زمانی اساسی دانست که این تغییر موجب ایجاد فاصله معناداری میان فرمول قیمت قرارداد و قیمت محصول در بازار گردد. اینکه چه حدی از تغییر شرایط، تغییر اساسی تلقی شده و موجب ایجاد حق درخواست بازنگری می‌شود، علاوه بر رویه بازار، نحوه تنظیم شرط و نحوه استفاده از کلمات در درج شرط به نحوه تفسیر دیوان‌های داوری نیز بستگی دارد.

۵-رابطه میان نظام تعیین قیمت با شرط بازنگری قیمت

شکل‌گیری قطب‌های گازی (حقیقی یا مجازی) موجب تغییر بازار گاز طبیعی آسیا گردید. مشخصه قطب گازی آن است که، اگر به شکل مؤثری روان‌سازی بازار را سبب شود، ممکن است یک "قیمت بازار" برای گاز طبیعی ایجاد نماید و بدین وسیله کارایی مدل قیمت‌گذاری بر مبنای نفت را زیر سوال ببرد. ایجاد چنین قطبی همچنین می‌تواند با تغییر مسیر به سوی قراردادهای کوتاه مدت و قراردادهای خرید ال‌ان‌جیبه صورت نقدی، و تلاش بیشتر در راستای ایجاد انعطاف قراردادی بالاتر، بر الگوی تأمین خریداران آسیایی نیز اثرگذار باشد. تجربه اروپا به صورت بالقوه، نتایج توسعه قطب تجارت گازی را نشان می دهد. در اروپا به صورت سنتی، خرید و فروش بر مبنای نرخ نفت در یک قرارداد بلند تجاری صورت می گرفت. این پروسه با شکل گیری قطب گازی تغییر کردوبا روان تر شدن تجارت در این بازار اعتماد مشارکت کنندگان در بازار به قیمت‌های منتشر شده در بازار نیز افزایش می‌یافت. شکل‌گیری قطب تجارت گاز در اروپا به واسطه دو عامل، تسهیل گردید: اول ؛ قانون‌گذاران اروپایی برای رقابت گاز با گاز گام‌هایی برداشتند. ایجاد حق دسترسی ثالث به تجهیزات انتقال و توزیع گاز نیز صورت پذیرفت. کمیسیون اتحادیه اروپا نیز شروط قراردادی که انحراف محموله از مقصد یا فروش دوبارهگاز یا ال‌ان‌جیرا محدود یا ممنوع نماید را ناقض قانون رقابت اروپا اعلام نمود. دوم؛ شرایط بازار به گونه‌ای گردید که قیمت در قطب گازی که به طرز چشمگیری پایین‌تر از قیمت قراردادهای بلند مدت مبتنی بر نفت بود. هرچند، اصول عرضه و تقاضا بیانگر آن است که برخی شرایط ضروری برای توسعه یک قطب گازی از پیش وجود دارد. در آسیا میان قیمت‌های تک محموله‌ای و قیمت در قراردادهای بلندت مدت خرید و فروش، تباینی وجود داشته و قیمت در تجارت بلند مدت حدودا ۵۰ درصد گران‌تر می‌باشد. گزارشات رسانه‌ها حاکی از آن است که خریداران آسیایی به چنین تفاوت قیمتی با درخواست بازنگری در قیمت یا مقدار در قرارداد بلند مدت خرید و فروش ال‌ان‌جیپاسخ می‌دهند. درسی که برای فعالان آسیاییاز تجربه اروپا وجود دارد آن است که، اگر یک قطب گازی برای قیمت‌گذاری توسعه یابد که منفک از قیمت نفت باشد، خریداران احتمالا هر چارچوب در دسترس یا اهرم تجاری را، در جهت مذاکره مجدد قیمت قراردادهای بلند مدت-شان، در پیش می‌گیرند. به همین دلیل نیز، خریداران و فروشندگان درخصوص توسعه احتمالی قطب تجارت گاز در آسیا باید بررسی صورت دهند (Maclaren et al,2016:5). بنابراین تجربه اروپا حاکی از آن است که بازنگری در قیمت می تواند از شیوه قیمت‌گذاری در قراردادهای بلند مدت خرید و فروش متأثر شده و با تغییر مبنایقیمت‌گذاری،آسیا نیز شاهد چنین روندی خواهد بود.

٦- نقش تحولات سال‌های اخیر درتعیین و بازنگری قیمت در قراردادهای خریدوفروش ال‌ان جی

تجارت در عرصه بین المللی همواره متأثر از وقایع و رخدادهای جهانی بوده است و به همین دلیل همواره تلاش بر

شناسایی و بررسی تغییرات، روند تحول بازار و پیش بینی و ارزیابی میزان اثرگذاری چنین تغییراتی در آینده رابطه و قراردادهای تجاری می‌باشد. صنعت و تجارت گاز طبیعی مایع شده نیز از این مورد مستثنینمی‌باشد. در زیر سه نمونه از این تغییرات که در سال‌های اخیر رخ داده و آثار ناشی از آن‌ها بررسی می‌گردد.

۱-٦- آزاد سازی بازار

شروع پروسه آزاد سازی بازار، از امریکا از سال ۱۹۷۸ در واکنش به انحصارگرایی در قیمت‌های سرچاهی و جهت کنترل قیمت‌های نفت آغاز گردید. هدف از آن بنیان‌گذاری قیمت در بازار بر مبنای رقابت گاز با گاز به جای تعیین آن توسط مقررات دولتی یا با ارجاع به ارزش سایر سوخت‌ها بوده است. پیش-فرضی که در قیمت‌گذاری در چنین بازارهای آزادی وجود دارد آن است که ادامه روند قیمت‌گذاری گازبر اساس شاخص نفت با بحث آزادسازی غیر مرتبط بوده و همچنین، قراردادهای سنتی بلند مدت قیمت‌گذاری شده بر مبنای نفت، از جهت اقتصادی، نمی‌توانند ادامه یابند چرا که در بازاری که تعیین قیمت‌ها بر مبنای قیمت گاز می‌باشد و این قیمت پایین‌تر از قیمت نفت می‌باشد، فروشنده گازدر قرارداد با شاخص نفت، همچنان نمی-تواند گاز را در بازاری که پایین تر از نفت قیمت‌گذاری شده است، عرضه نماید.علاوه بر آن رشد بین منطقه‌ای تجارت گاز، چه از طریق لوله‌کشی یا به صورت ال ان جی، سبب گسترش رقابت گاز با گاز در سراسر جهان شده و بدینوسیله سیستم قراردادهای سنتی تضعیف می‌گردد. در یک قراردادی که در بردارنده شرط تعیین قیمت بر مبنای نفت می‌باشد، این امر موقعیت خریداردر بازار را تضعیف می‌نماید، چرا که قیمت‌های رقابتی بر مبنای گاز، پایین‌تر از قیمت نفت قرار می‌گیرد و خریدار متضرر می‌گردد، همچنان که رفتارهای اخیر صورت گرفته در آمریکای شمالی و بریتانیا، رقابت گاز با گاز را تأیید می‌کند و قیمت‌گذاری در بازار از قیمت نفت منفک شده است.اما ملاحظه می‌گرددکه در زمان کمبوددر هر دو منطقه عرضه، رقابت سوخت‌های جایگزین منجر به تعیین قیمتی می-گرددکه به صورت غیرمستقیم به نفت مرتبط است. هر چند از منظر اقتصادی، گسستگی قیمت‌های گاز و نفت در زمان انباشتگی در بازار و پیوستگی میان این دو، در زمان کمبود در بازارمنطقی می‌باشد؛ چرا که در بازار، قیمت بر مبنای عرضه و تقاضا تعادل می یابد. اما در خصوصگاز، تقاضا فاکتوری از سهم این سوخت در رقابت با سایر سوخت‌ها می‌باشد در نتیجه به قیمت سوخت‌های رقابتی مانند نفتوابسته می‌گردد.(Energy Charter Scretariat,2009:20-24) بنابراین تعیین قیمت بر مبنای قیمت گاز، یکی از مؤلفه‌های آزادسازی بازار می‌باشد.

از سوی دیگر این آزادسازی در بازنگری در قیمت نیز اثرگذار بود. بدین ترتیب که همزمان با شروع موج اول آزادسازی در اروپا، در پی صدور دستورالعمل کمیسون اتحادیه اروپا، که هدف آن ایجاد رقابت میان فعالان بازار در بخش پایین‌دستی در میان دولت‌های عضو بود، موجی از بازنگری در قیمت قراردادهای بلند مدت خرید و فروش ال‌ان‌جینیز، آغاز گردید. در حالیکه خریداران قبلا گاز را در پایین دستی، در رقابت با نفت یا محصولات نفتی فروخته بودند، پس از این تحولات، گاز را در همان بازار در رقابت با سایر تأمین‌کنندگان گاز می‌فروختند (رقابت گاز با گاز). در نتیجه اختلاف قیمتی میان آنچه خریداران در بخش بالادستی می‌پرداختند با آنچه خریداران در پایین‌دستی دریافت می‌نمودند، ایجاد گردید. اما در داوری‌ها، همچنان مبنای قیمت‌گذاری تغییر نکرد و سطح قیمت را به گونه‌ای قرار دادند که نشان دهنده قیمت بر مبنای رقابت گاز با گاز در بازار باشد (ROWLEYQC,2022:20). بنابراین آزادسازی بازار به طور مستقیم بر تعیین قیمت بر اساس گاز اثر گذار بود، بلحاظ آنکه چنین شیوه‌ای در قیمت‌گذاری، از مؤلفه‌های یک بازار آزاد بوده و تأثیر خود را بر قراردادهای مبتنی بر شاخص نفتی به شکل ثبت درخواست بازنگری در قیمت نشان داد.

۲-٦- جنگ

پیش از حمله روسیه به اوکراین(۲۴ فوریه ۲۰۲۲)، این کشور نزدیک به یک سوم گاز طبیعی اروپا را از طریق خطوط لوله تأمین می‌کرد. در پی کاهش در حدود دو سوماین انتقال ، اروپا خرید و فروش ال‌ان‌جیرا جایگزین نموده و واردات این محصول در سال ۲۰۲۱ افزایشیافت. چنین تحرکی در بازار انرژی اروپا سبب جهش قیمت انرژی در سال ۲۰۲۲ گردید. هر چند در فصل آخر سال ۲۰۲۲ قیمت‌ها رو به کاهش رفتند، اما تنگنا و عدم تعادل در بازار می‌توانست ادامه یافته و منجر به افزایش قیمت گرددکه چنین امری می‌تواند سبب ورود فشار بیشتری بر بازار انرژی در اروپا حداقل تا سال ۲۰۲۵ گردد. راه حل اروپا در بازگرداندن این تعادل، از طریق کاهش در تقاضای گاز در مصارف صنعتی و خانگی بود تا بدین وسیله بتواند

قیمت‌ها را کنترل نماید(McKinsey & Company,2023).

نتیجه آنکه جنگ روسیه علیه اوکراین و تحریم اروپا توسط روسیه، از سویی تغییراتی در بخش تأمین انرژی در این کشورها ایجاد نمودکهافزایش داوری‌های مربوط به بازنگری در پی داشته واین تغییر در قیمت نیز تنها در اروپا نبود و کل دنیا را تحت تأثیر قرار داد، از سوی دیگر کشورهای اروپایی را به سمت قطع وابستگی به سوخت‌های فسیلی سوق داد که این امر نیز می تواند در سال‌های آتی بر میزان تقاضای گاز طبیعی و قیمت نهایی این سوخت تأثیرگذار باشد.

۳-٦-بیماری همه گیر

در سال ۲۰۱۹، وقوع بیمار پاندمیک کوید-۱۹، نیز سبب ویرانی بازارهای سراسر جهان گردید. یکی از حوزه های متأثر از این بیماری خصوصا در حوزه گاز، بحث قیمت‌ها بود. این بیماری و قرنطینه حاصل از آن، سبب کاهش تقاضاوسپس کاهش قیمت گردید. تا آنکه در ۲۰۲۱، در اثر افزایش تقاضا کمبود در تأمین رخ داد و مجدد قیمت‌ها افزایش یافتند.در خصوص عکس العمل فعالان بازار در ارتباط با اثر این بیماری، عده ای براعمال شرایط فورس ماژور از سوی فعالان بازار نظر داشتند همچنان که در آسیا، تا پیش از این بحران، چندان به این شرط توجهی نمی کردند اما در چنین شرایطی مورد استناد قرار گرفت. برای مثال، در بازار گاز طبیعی مایع شده، شرکت چینی[1] که در حدود نیمی از ترمینال های واردات ال‌ان‌جیدر چین را اداره می کرد، در قراردادهای تأمین متفاوتی که با تأمین کنندگانی متفاوت در سراسر دنیا منعقد نموده بود، اعلام فورس ماژور کرد (Bailey,Lidgate,2020:2).هر چند در مقابل، برخی مشارکت‌کنندگان در بازار آن را ظالمانه، غیرشفاف و یکطرفه (عموما به نفع فروشنده) می دانند. اما در نظر این گروه، فورس ماژور صرفا با هدف ایجاد امنیت در قرارداد بوده که منجر به اصلاح موقتی قرارداد می گردد و به عنوان عامل شروع مکانیسم بازنگری در قرارداد در پاسخ به خرابی و خسارت های آینده نمی‌باشد. در شرایطی که بحران مربوط به سلامتی ادامه یابد، حق خاتمه دادن (فسخ یا انفساخ) قرارداد در پاسخ به چنین شرایطی، نیازی مبرم خواهد بود (Ason,2020:12).برخی دیگراز نویسندگان بر این نظر بودند که هر چند در بدو امر به نظر میرسد که بیماری‌ها و نتایج حاصل از آن می‌تواند فورس ماژور تلقی شده و معیارهای آن را برآورده کند اما، وجود اصول کلی حقوقی، مانند اصل تقدس (لزوم) قراردادها و برخی ویژگی های این قرارداد و ظرفیت-های آن همچون شرط دریافت یا پرداخت و یا شرط انحراف از مقصد در قراردادهایخرید و فروش ال ان جی، می‌تواند منجر به مدیریت نتایج بیماری و به چالش کشیدن ادعاهای فورس ماژور در قرارداد گردد. شرط انحراف نیز با انعطاف‌پذیری در مقصد در قرارداد، خریداران را قادر می‌سازد تا در صورتکاهش تقاضا، محدودیت‌های ظرفیت‌های ذخیره سازی خود را بدون نیاز به اعمال تقلیل حجم یا نقض تعهد تحویل گرفتن حجم موضوع قرارداد کاهش داده و ریسک های مربوط به تعهد دریافت یا پرداخت خود را مدیریت کنند(دهقان و امینی،۱۴۰۱: ۱۷-۱۵). نهایتا آنکه، در اوایل فوریه، با اقدام دولت چین در تحمیل محدودیت-هایی برای سفر و اعمال قرنطینه در بخش‌های وسیعی از کشور جهت جلوگیری از گسترش بیماری، بزرگترین واردکننده ال‌ان‌جیدر چین، سی ان او او سی در تحویل محموله‌ها، موضوع فورس ماژور را مطرح نمود و در مارچ همان سال ۲۰۲۰، به برخی از تأمین کنندگان گاز لوله‌کشی و ال‌ان‌جیخود، اعلامیه شرایط فورس ماژور صادر نمود. در حالیکه این اعلامیه‌ها برانگیخته از اقدامات پشتیبانی فوری (مربوط به قرنطینه و کاهش تقاضا) بود اما دغدغه‌ای که در صنعت وجود داشت آن بود که این ابلاغیه‌ها تلاش‌هایی برای مذاکره مجدد در خصوص قراردادها می‌باشند چنین ادعایی در خصوص فورس ماژور، می‌تواند در آینده سبب شروع مجادلاتی در بازنگری در شروط قراردادی داشته باشد، حتی اگر در بهترین شرایط بر افزودن انعطاف در شروط قراردادی و کسب بازنگری کامل در قیمت، توافق کنند(Ason,2020).

در شرط نمونه ارائه شده توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی برای فورس ماژور، بیماری مسری به عنوان یک حادثه آغازگر برای ادعای فورس ماژور در قراردادها، عنوان شده است مگر آنکه در قرارداد خلاف آن موردتوافق قرار گیرد.اما اثری که اثبات شرایط فورس ماژور در یک قرارداد ایجاد می‌کند، تعلیق در اجرای قرارداد به صورت موقت، یا خاتمه قرارداد به صورت فسخ یا انفساخ، در صورت ادامه شرایط می‌باشد. بنابراین بکارگیری روند بازنگری قیمت (که توسط برخی صاحب نظران مطرح شده بود) نمی‌تواند از نتایج اثبات فورس ماژور باشد. اثبات شرایط دشوار پیش آمده تحت عنوان عسر حرج (هارد شیپ)نیز می تواند سبب بازنگری گردد، اما استناد به آن بار

[1]The China National Offshore Oil Corp (CNOOC)

اثباتی بالایی دارد. بنابراین وقوع بیماری همه‌گیر به صورت مستقیم و به تنهایی سبب تأثیر در بازنگری در قیمت نگردیده است، هر چند وقوع این بیماری و قرنطینه حاصل از آن در طولانی مدت سبب کاهش تقاضا در بازار و در پی آن کاهش شدید قیمت گردید.

۷-تعیین و بازنگری قیمت در قراردادهای خرید و فروش ال‌ان‌جیدر ایران

قرارداد مقدماتی برای مشارکت در پروژه ساخت کارخانه گاز طبیعی مایع شده به نام ایران ال‌ان‌جیبا مایع‌سازی گاز طبیعی ایران، شامل واحدهای مایع‌سازی، تأسیسات ذخیره و بارگیری و... در سال ۲۰۰۷ با امضاء یک شرکت اتریشی آغاز گردید، با این حال، توافق نهایی امضاء نشد و در طی دو سال اخیر، این طرح از حالت راکد خارج، در حال اجرا بوده و پیشرفت فیزیکی حاصل شده است[۱]. بنابراین ایران عملا قراردادی در این خصوص منعقد ننموده است. هر چند به دلیل فضای انحصاری حاکم در صنعت نفت و گاز ایران، مفاد این قراردادها و شروط آن‌ها مانند فرمول تعیین قیمت، بازنگری در قیمت و حل و فصل اختلافات مربوط به آن عمدتا به صورت محرمانه صورت می‌پذیرد و دسترسی به این قراردادها جهت نقد و بررسی با محدودیت مواجه می‌باشد.

به طور کلی در نظام حقوقی ایران، در اثر افزایش هزینه‌های انجام کار، مصالح و نیروی انسانی تعدیل در قرارداد از طریق درج شرط، در راستای مذاکره طرفین برای بازنگری در قیمت در محدوده خاصی که موجب مجهول شدن عوضین نگردد، امکانپذیر است. اما به نظر می‌رسد تغییر بنیادین اوضاع و احوال نسبت به زمان انعقاد قرارداد، که در بسیاری از کشورها تحت عنوان هاردشیپ و تأسیسات مشابه امکان مذاکره مجدد و تعدیل یا فسخ قرارداد را فراهم نماید، پذیرفته نشده است و طرفی که در اثر شرایط جدید در سختی قرار گرفته است تحت عناوینی دیگر در پی بازگرداندن تعادل به قرارداد و دفع ضرر می‌باشد. هاردشیپ به معنای بروز تغییر اوضاع و احوال به صورت بنیادین و اساسی در قرارداد می‌باشد به نحویکه اوضاع و احوال زمان عقد به‌گونه‌ای دگرگون شده و امکان اجرای آن با هزینه‌ای گزاف امکان پذیر خواهد بود که تعادل اقتصادی از دست رفته و در تقابل با عدالت قراردادی واصل لزوم قراردادها قرار می‌گیرد.

در خصوص شناسایی تغییرات به عنوان تحول بنیادین و اساسی و همچنین در صورت شناسایی چنین شرایطی از سوی طرفین یا مرجع رسیدگی، نحوه عکس‌العمل نسبت به وقوع آن و نتایج حاصله، بحث‌ها و دیدگاههای گوناگون و بعضا متضادی را در نظام‌های حقوقی متفاوت در پی داشته است. در خصوص قراردادهای خرید و فروش ال ان جی، با توجه به آنکه واجد وصف بین‌المللی می‌باشند و از نظر حقوقی فراتر از مرزهای ملی کشورها گسترش می‌یابند، دیدگاههای داخلی کمرنگ‌تر شده و باید به رویه‌ها و حقوق نرم در سطح بین‌المللی در این خصوص توجه داشت که این موضوع در خصوص قراردادهای خرید و فروش ال‌ان‌جیکه در کشور ایران نیز منعقد گردند تسری خواهد داشت. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در این خصوص سکوت نموده و در منابع دیگر همچون، اصول قراردادهای تجاری بین‌الملل و یونیدروا این موضوع تحت عنوان تغییر اوضاع و احوال شناسایی شده و نتیجه آن در هر دو منبع با اندک تفاوت‌هایی، مذاکره با حسن‌نیت میان طرفین و مراجعه به دادگاه برای فسخ یا تعدیل می‌باشد. بنابراین ملاحظه می‌گردد هاردشیپ نیز می‌تواند از اسباب مذاکره مجدد جهت ادامه روابط تجاری طرفین و برقراری عدالت اقتصادی از دست رفته در قرارداد گردد اما با این تفاوت که از شروط تحقق آن، غیرقابل پیش‌بینی بودن و بروز شرایط بسیار فوق‌العاده و دشوار در اجرای قرارداد می‌باشد. بنابراین برخلاف شرط مذاکره مجدد که شرایط و نحوه اعمال آن از پیش، در قرارداد مورد توافق قرار می‌گیرد، در هاردشیپ اوضاع و احوال به طور متعارف قابل پیش‌بینی نبوده است و

---

[۱] شبکه اطلاع‌رسانی نفت و انرژی «احیای پروژه راهبردی ایران ال‌ان‌جیبه دست متخصصان داخلی» ۲۳ مردادماه ۱۴۰۳،کد خبر:۶۴۵۲۶۳
https://www.shana.ir/news/645263/%D8%A7%D8%AD%DB%8C%D8%A7%DB%8C-%D9%BE%D8%B1%D9%88%DA%98%D9%87-%D8%B1%D8%A7%D9%87%D8%A8%D8%B1%D8%AF%DB%8C-%D8%A7%DB%8C%D8%B1%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%86-%D8%AC%DB%8C-%D8%A8%D9%87-%D8%AF%D8%B3%D8%AA-%D9%85%D8%AA%D8%AE%D8%B5%D8%B5%D8%A7%D9%86-%D8%AF%D8%A7%D8%AE%D9%84%DB%8C

توافق طرفین بر ادامه رابطه با تعدیل قرارداد اتفاق خواهد افتـاد. در نظام حقوقی ایران، هاردشیپ مورد پذیرش قرار نگرفته است و در موارد بروز شرایط فوق‌العـاده کـه موجـب عـدم تعـادل در وضعیت اقتصادی قرارداد می‌گردد، طرف متضـرر بـا اسـتناد بـه قاعده عسروحرج و اصـل لاضـرر، مـی‌توانـد تعـدیل قـرارداد را درخواست نماید.

نتیجه گیری

تبادلات ال‌ان‌جی به صورت تاریخی بر مبنای قراردادهای طولانی مدت بوده وقیمت‌گذاری بر مبنای قیمت در قطب‌های گازی، نسبت به روش‌های دیگر برتری دارد. روش‌های مختلف قیمت‌گذاری مکمل یکدیگر می‌باشند اما همواره نقش بازار منطقه‌ای روی ساختار قیمت گذاری و سطح قیمت‌ها تأثیر گذار است مثلا در آسیا قیمت گاز نسبت به امریکا و اروپا بالاتر می‌باشد و حتی زمانی که صادر کنندگان عمده گاز همچون قطر و استرالیا، اقدام به صادرات گاز به اروپا و آسیا در یک محدوده زمانی مشابه می نمایند، این قیمت برای وارد کننده آسیایی نسبت به وارد کننده اروپایی بالاتر است. علی رغم تلاش های صورت گرفته جهت شکل گیری مبنایی برای تعیین قیمت از طریق تشکیل قطب های گازی یا ایجاد شاخص قیمت، اما همواره افت و خیز قیمت و عدم قطعیت در صنعت ال‌ان‌جیموجب ریسکی شدن فعالیت و سرمایه‌گذاریدر این بخش می‌باشد و این ریسک به صفر نمی‌رسد بلکه نیاز به مدیریت و هدایت از سوی فعالان بازار دارد.در قراردادهای مبتنی بر نفت با نوسانات قیمت نفت و همچنین آزادسازی بازار و در نتیجه، اختلاف میان قیمت‌های قراردادی با قیمت واقعی در بازار، موجی از درخواست های بازنگری را ایجاد می‌نماید. پس ایجاد موجی از بازنگری در برهه‌ای از زمان در نتیجه چنین تغییری در مبنای تغییر قیمت‌گذاری بوده است روندی که از اروپا شروع شده و در قراردادهای آسیایی نیز ایجاد خواهد گردید. در پی آزادسازی و افزایش رقابت وکاهش قیمت‌های ناشی از آن و عدم امکان انتقال این افزایش قیمت به مصرف کننده نهایی، شرط بازنگری در اروپا، مورد استفاده قرار گرفت. آزاد سازی بازار و همچنین شیوع بیماری که سبب رکود در بازار، کاهش تقاضا و افزایش عرضه و حساسیت نسبت به قیمت‌ها گردیده، نهایتا در کنار سایر عوامل همچون راه‌اندازی پروژه‌های آنلاین در برخی نقاط دنیا، هراس خریداران را از مواجه با عدم عرضه توسط فروشندگان در بازارکاهش یافته پس استفاده از ساز وکار بازنگری تقویت می‌گردد. تقویت و افزایش بازنگری در قرادادها در اثر عوامل پیش‌گفته از سوئی و از سوی دیگر تفسیر شرط بازنگری از سوی مرجع رسیدگی کننده، سبب می‌گردد خروجی و نتیجه رسیدگی با آنچه که مد نظر طرفین بوده در تضاد قرار گیرد. بنابراین همواره درج شرط بازنگری در قیمت با ذکر جزئیات، جهت کاهش مخاطرات توصیه می‌گردد و اجرای شرط بازنگری نیز چه در مرحله تفسیر شرط، تشخیص واقعه آغازکننده و چه در مرحله تغییر در قیمت یا فرمول قیمت‌گذاری همچنان چالش‌های خود را دارد. بنابراین به نظر می‌رسد بکارگیری شروط مناسب همچون بکارگیری شرط انحراف محموله و یا حذف برخی شروط مانند شرط مقصد می‌تواند به قرارداد انعطاف بیشتری بخشیده و با مدیریت اثرات تغییرات جهانی بر قرارداد به تداوم سرمایه‌گذاری و فعالیت در خصوص این انرژی پاک یاری رساند. هر چند در قراردادهای اروپایی خریداران تحت قواعد و دستورالعمل‌های صادره از شورای اروپا و آژانس‌های مرتبط به گونه‌ای هماهنگ عمل می نمایند،بازار آسیااز چنین هماهنگی و مرکزیتی برخوردار نبوده و به صورت مجزا عمل می‌نمایند و قاعده‌مندی در سطح ملی صورت می‌پذیرد. مطلوب‌تر آن است که در این منطقه نیز، نوعی تشریک مساعی میان کشورهای صادرکننده صورت پذیرد چرا که هر نوع تغییر در میزان عرضه و تقاضا در بازار داخلی هر یک از دولت‌ها، درنهایت قیمت ال‌ان‌جی درکل منطقه متأثر خواهد گردید.

Referenses

[1]Agnieszka ,A,(2022).International Gas Contracts ،*The Oxford Institute For Energy Studies*،*NaturgyFondation*. Available at:https://a9w7k6q9.stac kpathcdn.com/wpcms/wp-content/uploads/2022/11/International-Gas-Contracts.pdf

[2]-Agnieszka .A, Michal. M, (2020)Force Majeure Notices from Chinese LNG Buyers: Prelude to Renegotiation? Available at:https://a9w7k6q9.stackpathcdn.com/wpcms/wp-content/uploads/2020/03/Force-majeur-notices-from-Chinese-LNG-buyers-prelude-to-a-renegotiation.pdf

[3]Agnieszka .A, Visiting Research Fellow, OIES,(2020)Scenarios for Asian long-term LNG contracts before and after COVID-19, Available at:https://usea.org/sites/default/files/event-/Scenarios%20for%20Asian%20long-term%20LNG%20contracts%20before%20and%20after%20COVID-19.pdf

[4]Akhavan, M(1389)Examining Methods Of Pricing In LNG In The World, *Quarterly Journal Of Economic Researches and Policies* (In Persian).

[5]Anwar Ahmed. E *LNG* PRICING POLICIES,STRUCTURE,FORMULAS AND APPLICABILITY, Available at:http://www.ivt.ntnu.no/ept/fag/tep4215/innhold/LNG%20Conferences/2001/Data/PAPERSVO/SESSION1/Ps1-sp-e.pdf

[6]Bailey .j , Lidgat ,R(*2020)* Coronavirus and Force Majeure Declaration ,*KSLAW*, Fifth edition. Available at:https://www.kslaw.com/attachments/000/007/640/original/ca022020b.pdf?1583270231

[7]Beisteiner L,Thompson D,(2022) THE ROLE OF LNG IN EUROPE QUEST FOR ENERGY DIVERSIFICATION:Challenges, and Corners- and the Contractual LNG Supplies .Available at:https://www.zeilerfloydzad.com/news/the-role-of-lng-in-europes-quest-for-energy-diversification-challenges-chances-and-concerns-and-the-contractual-fundamentals-of-contracting-lng-supplies-zfz-energy-insights/

[8] Chen. R ,Qi .P, Hang.X(2021) Evolution Laws and new trends of global LNG pricing and their implications ,8 (5) .Available at:https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2352854021000747

[9] Choi. G, Heo. E, THE STRUCTURE OF THE LNG IMPORT PRICE IN THE NORTHEAST ASIA: CONSIDERING THE PRICE PREMUIM, *Seoul National University* . Available at:https://www.iaee.org/en/publications/proceedingsabstractpdf.aspx?id=13333

[10]Dayong Zhang, Min Shi and Xunpeng Shi (2018) Oil indexation, market fundamentals, and natural gas prices: An investigation if the Asian premium in natural gas trade",Available at:https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0140988317303808

[11]Dehghan,Z. Amini, M(1401),Force majeure Claim Based on covid-19 in LNG Sales Contracts, *Journal of research Energy.* (In Persian).

[12]Department of Energy of the United States Government،Understanding Natural Gas and LNG Options،*Global Edition* Available at:https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2352854021000747

[13]Energy Charter Secretariat (2009) Fostering LNG Trade: Development in LNG Trade and pricing https://www.energycharter.org

[14]Fayzi checab,GH. Mousavi,M(1400*)*,The Risk Transfer Point Of Contractual responsibility In Gas Sale And Transportation In The View Of CISG ,*Scientific Quarterly Journal Of Legal Juridical* (In Persian).

[15]*Gas Naturals v Atlantic, Partial Final Award, (2016)*Available at: *https://jusmundi.com*

[16] GIIGNL Annual Reports (2008-2014) ResearchGate .Available at:https://www.researchgate.net>figure

[17] Holland .B, Wilson .J,(2013)*Tailorig the Arbital Process to Suit Natural Gas Price Reviews: The Case for Tow-Stage Final Offer Arbitration* "Covington& Burling LLP, , Available at:https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2013/06/tailoring_the_arbitral_process_to_suit_natural_gas_price_review_the-case_for_two_stage_final_arbitration.pdf

[18] *ICC force majeure clause and hardship clauses* (2020) Available at:https://icc.tobb.org.tr/docs/2022/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf

[19] KNOWLEDGE RIDGE (2021) *AN Introduction To LNG Fuel Pricing.* Available at:https://www.knowledgeridge.com

[20] Kurth H. A(2023) Gas sale agreement _Key clauses, *LexisNexis*. Available at:https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/gas-sales-agreement-key-clauses
[21] MacLaren. G ,Lingard .N,Krikness .R , Phua .D, Freshfields Bruckhaus Designer LLP(2016)Recent moves towards gas trading hubs in Asia: implications for Asian gas buyers and sellers, *The center for American and International Law*. Available at:https://www.cailaw.org/media/files/IEL/Publications/2016/recent-moves-vol10no2.pdf
[22]McKinsey & Company (2023) A balancing act: Securing European gas and power market .Available at:https://www.mckinsey.com/industries/oil-and-gas/our-insights/a-balancing-act-securing-european-gas-and-power-markets
[23]McNAIR CHAMBERS(2013)"LNG Price Review Disputes", McNair International .Available at:https://www.mcnairinternational.com/client/publications/2013/LNG_PRICE_REVIEW_DISPUTES_.pdf
[24] Rashad . M, (2022) Explainer: Should Europe more long term LNG contract*?* {updated 2years ago}.Available at: https://www.reuters.com/business/energy/should-europe-use-more-long-term-lng-contracts-2022-02-07/
[25] Revival of Iran's LNG strategic project by domestic experts (In Persian). Available at: https://www.shana.ir/news/645263/%D8%A7%D8%AD%DB%8C%D8%A7%DB%8C-%D9%BE%D8%B1%D9%88%DA%98%D9%87-%D8%B1%D8%A7%D9%87%D8%A8%D8%B1%D8%AF%DB%8C-%D8%A7%DB%8C%D8%B1%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%86-%D8%AC%DB%8C-%D8%A8%D9%87-%D8%AF%D8%B3%D8%AA-%D9%85%D8%AA%D8%AE%D8%B5%D8%B5%D8%A7%D9%86-%D8%AF%D8%A7%D8%AE%D9%84%DB%8C

[25]Rowley QC. J(2019)Global Arbitration Review The Guide to Energy Arbitrations. Available at:https://www.debevoise.com/~/media/files/insights/publications/2019/01/pdf_1.pdf
[26]Shiravi,A (1400),*Oil and Gas Law*, Tehran: Mizan (In Persian).

[27]Shojaei,A.Semaei Sarraf,H.Zeinoddin,M(1399),Evolution of Price Review Clause In Asian LNG Sale And Purchase Agreement, *magiran*(In Persian).

[28]Terceno .J , Mantilla .Y, O. Neil .S,(2023)LNG disputes gather on the horizon amid market volatility *Freshfields Bruckhaus Deringer*,. Available at:https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2023/lng-disputes-gather-on-the-horizon-amid-market-volatility/

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 40-55

The challenges of Crowdsourcing as one of the ways to realize participatory democracy in Iran's administrative law system

M.J. Hosseini [1*], M. Hemmati [2]

1. Phd student in public law, Tehran university (Aras campus)
2. Assistant Professor of public law, university of Judicial and administrative services

(*- Corresponding Author Email: m.j.hosseini@ut.ac.ir)

Received: 25 September 2024 Revised: 25 November 2024 Accepted: 30 November 2024 Available Online: 1 December 2024	**How to cite this article:** Hosseini, M.J., Hemmati, M. (2024). The challenges of Crowdsourcing as one of the ways to realize participatory democracy in Iran's administrative law system. *Encyclopedia of Economic Law Journal, 31*.(26): 40-55. (In Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.89327.1391

1- INTRODUCTION

Although people's participation in the management of public affairs has existed in various forms throughout the world for the past few centuries, in the last decade, another type of democracy has been implemented in many academic circles, which is participatory democracy. In participatory democracy, there is a great emphasis on citizen activism, transforming citizens from voters into active activists. In this type of democracy, the people do not simply elect the rulers, but rather directly supervise their performance and, alongside them, manage the public affairs of society in all three branches. Participatory democracy is a new type of democracy that allows citizens to play an active role in public decision-making. It is the opposite of representative democracy and allows citizens to participate directly in the political and social affairs of society on an ongoing basis. Participatory democracy seeks to improve relations between rulers and citizens through intermediary institutions such as civil society or non-governmental organizations. Participatory democracy is a type of direct democracy because citizens have the right to participate in public decision-making, and voters implement the public decisions. In this system of governance, citizens influence public decisions and determine public priorities and demands, and it includes participation in the implementation of public decisions and monitoring their implementation.

2- PURPOSE

The necessity and importance of research is rooted in the daily intersection of the administration and the people, which causes the daily intersection of the rights and obligations of the two and the duty of the administration to meet the needs of citizens and seek their help in managing public affairs, and crowdsourcing can pave the way for this participation. This article seeks to explain the effectiveness of how people are involved in the administration of public affairs and the impact that this intervention will have on the emergence of participatory democracy. Crowdsourcing is one way to achieve participatory democracy that is also widely used in administrative law. Crowdsourcing can be used in modern administrative law to attract public participation. One of these cases is in the field of policy-making, regulation and legislation; the main part of participation has long been related to the development of community laws, which has its roots in ancient times, and in lands such as Greece and

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

Rome, people were consulted to make important decisions. In modern societies, due to the principle of the rule of law, there is a need to examine the nature of law and how it is formed. If the will of the people is to be the criterion, then the laws in society must be based on their will, so that the people's wishes can be met. When laws and regulations are unilaterally determined by rulers, the wishes of the people will certainly be less reflected in them. For this purpose, crowdsourcing can be used in lawmaking to formulate regulations.

3- METHODOLOGY

Participatory democracy seeks to increase citizen activism in achieving their goals and is closely related to crowdsourcing. Crowdsourcing is the process of entrusting a project to a large group of citizens. Crowdsourcing is a method of participating in an activity in which a set of small tasks is divided among individuals separately from a large group in such a way that they can be aggregated and put together. Crowdsourcing is participation and collaboration within the framework of collective wisdom. The word crowdsourcing is a combination of the two words population and outsourcing; therefore, crowdsourcing means outsourcing to a mass of people, usually through a public call. Crowdsourcing attempts to harness the creativity, initiative, and ideation of citizens. The goals of crowdsourcing are to capture people's ideas in the administration of public affairs, provide solutions to solve community problems, and make decisions to administer certain matters in a non-hierarchical manner. Citizens voluntarily and consciously cooperate with the government and are consulted. Often, the method of attracting and employing them is through a public call on the Internet and social networks. The main question is what are the challenges of crowdsourcing as one of the methods of realizing participatory democracy in the Iranian administrative system? The main issue is to examine the crowdsourcing process as one of the important components of the emergence of democracy and its impact on the durability and consistency of participatory democracy. The article is organized into four sections under the titles of crowdsourcing and participatory democracy, crowdsourcing and people-centered economic legislation, crowdsourcing in the urban management system, participatory democracy, and participatory economy, and then the Findings and results are presented. This article, using a descriptive-analytical approach, examines library sources, uses a questionnaire tool, and presents successful examples of implementing aspects of participatory democracy in some societies. It points to the role that some elements of this type of democracy play in achieving widespread public participation, and analyzes the most important examples of its impact on the economy and general management of Iranian society.

4- FINDINGS

Many countries have recognized the right to regulation for citizens and have used crowdsourcing. In 2011, crowdsourcing was used on the Internet to revise the Icelandic constitution. Some governments, such as the United States, Australia, Slovakia, Norway, Colombia, Argentina, Spain, Flanders, Norway, Italy, Kosovo, Hungary, and Japan, have set a quota for applicants and have committed to accepting citizens' ideas in the field of urban regulations. In Iran, steps have been taken in the field of crowd sourcing laws and regulations. In the Law on Continuous Improvement of the Business Environment, executive agencies are required to inquire about the opinions of economic organizations when drafting or amending regulations. The regulation on the necessity of registering and informing regulations in the database of laws and regulations related to the business environment emphasizes that executive agencies are required to inform the public and economic activists about the draft regulations on their websites one week before issuance so that there is the necessary opportunity to express the opinions of the public or economic activists and organizations. The guidelines for drafting regulations related to the business environment also consider the need for a prior public survey on business laws. The Islamic Consultative Assembly conducted a public consultation on the comprehensive plan for urban management and control of foreign goods imports, and the Ministry of Interior conducted a public consultation on the draft law on national divisions. Secretariat of the Expediency Discernment Council launched a crowdfunding campaign in 2019 to formulate general

cyberspace policies. This year, the State Administration and Employment Organization published two drafts to gather public opinion. The “Direct Participation of Citizens in Legislative Affairs” plan, under the internal regulations of the parliament for direct participation of citizens in legislative affairs, states that whenever five hundred thousand people eligible to participate in the elections to the Islamic Consultative Assembly sign a request to pass a law on a specific issue, the parliament must review it. The administration can also invite people too many daily activities and, by announcing public calls on the Internet, request ideas for its functional and organizational shortcomings. Regarding the design of public urban spaces such as squares, gardens and parks, public cultural and artistic centers, environmental protection and plant and animal species, determining the amount of payment, the method of receipt, the occupations and professions subject to taxation, and the method of spending taxes, it left it to the people. The more the administration moves towards interacting with citizens and the private sector and gives them freedom of action, the less interference it will have in the management of the economic affairs of society.

Article 44 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran emphasizes the possibility of people's participation in the economy, and the general policies of the administrative system and the general policies of Article 44 of the Constitution place great emphasis on people's participation in the economy.

In this document, the government is required to transfer any activity that is not covered by Article 44 of the Constitution to the private and cooperative sectors by the end of the Fourth Development Plan. Transferring these activities to non-governmental sectors will not only allow citizens to participate in the administration of public affairs, but will also boost the economy, diversify economic activities, and multiply wealth and inject it into smaller businesses and economic institutions. The general policies of national production, support for Iranian labor and capital have also provided for the possibility of people's participation and entrusting matters to them, and special attention has been paid to low-income groups in society to provide conditions for the activities of various economic sectors, especially non-governmental sectors, and thereby achieve economic development. The Law on Removing Barriers to Competitive Production and Improving the Country's Financial System has provided progressive measures to facilitate the business of the private sector and cooperatives and to involve small production sectors and knowledge-based companies, and various tax discounts and facilitating the issuance of licenses for carrying out certain matters by the private sectors have been considered. Currently, due to administrative centralization, the administration interferes in many economic affairs, which reduces the activity of the private sector and cooperatives. In the Iranian administrative system, the administration has not yet provided suitable conditions for privatization. This is while the modern management of public affairs requires privatization, outsourcing, and entrusting the administration of public affairs to the private sector in order to both reduce government ownership and provide opportunities for economic activity for individuals. Privatization in the field of economy requires economic decentralization; as much as possible, economic enterprise affairs should be entrusted to the private sector, cooperatives, and non-governmental centers, and government enterprise should be reduced. One of the solutions to attract public participation in economic affairs from the administration is outsourcing. Delegating some of the non-essential duties of the administration to citizens leads to public participation in the administration of public affairs. This reduces government interference and government monopoly. Today, many progressive administrative systems have prioritized allowing citizens to participate in economic activities and freedom of economic activities.

5- CONCLUSION

Participatory democracy is a new type of democracy that places great emphasis on the public participation of citizens in all public areas of society's governance and considers elections as a means of selecting leaders as one of the forms of participation. In this type of democracy, citizens, alongside managers and rulers, are decision-makers and activists in the administration of public affairs in

society, and they participate in the administration of public affairs through surveys, online comments, elections, referendums, crowdsourcing, proposing laws, approving public budgets, proposing policy, etc. This broad participation is reflected in all aspects of life, from culture, politics, and economics to public administration. Participatory democracy seeks to increase citizen activism in order to fulfill their desires, and is often a way of attracting and employing them through public appeals on the Internet and social networks. Today, in democratic societies, people's participation in the legislative sphere is considered a symbol of the people's right to sovereignty in social spheres. In Iranian administrative law, this capacity and scope for citizens to participate in the management of public affairs and participation in the economy has not been used much, and the public has not been given a suitable opportunity, and the general public, especially the young generation without capital and support, have not benefited from this economic participation. There are several reasons for this, including the conflict of interests between managers and the people (who, out of concern about cutting the rent chain, consider the people their competitors) and the flaws in the process and cycle of economic crowdsourcing of real privatization. This means that if we consider crowdsourcing to include the regulation, implementation, and supervision of crowdsourcing, in the Iranian administrative law system, despite the provision of crowdsourcing and economic participation in the field of fundamental rights, the conflict of interest has caused that, firstly, the opinions of the people and experts are not used in decision-making regarding the areas of privatization and the method of transfer (defects in the decision-making and regulation cycle), secondly, in the implementation, a competitive approach and the selection of the best scientific and feasible plans for crowdsourcing are not accepted (defects in the implementation cycle of crowdsourcing), and finally, impartial and scientific supervision is not carried out by the supervisory authorities (defects in the supervision cycle). To overcome the current situation and develop public participation, it is necessary to provide a legal basis for public participation by changing current laws, and to create the basis for creating participatory democracy by expanding privatization and allowing citizens to engage in free economic activity and reducing obstacles to commercial and economic activity. In the Iranian administrative law system, crowdsourcing can be used to both lead to collective wisdom and pave the way for greater citizen participation in the administration of administrative affairs and a move toward administrative democracy, so that the scope of the government's economic activities can also be reduced. The administration can invite people to participate in many of its activities and to improve and update its affairs, and by announcing public calls on the Internet, it can request ideas for its functional and organizational deficiencies, so that it can improve its performance through these new ideas.

Keywords: Participatory democracy, administrative law, participatory economy, right to participation, crowdsourcing.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص. ۵۵-۴۰

چالش‌های جمع‌سپاری به عنوان یکی از شیوه‌های تحقق دموکراسی مشارکتی در نظام حقوق اداری ایران

محمدجواد حسینی[1]*، مجتبی همتی[2]

دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۰۴ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۰

چکیده

دموکراسی مشارکتی گونه‌ای جدید از دموکراسی است که تأکید فراوان بر مشارکت عمومی شهروندان در تمامی عرصه‌های عمومی اداره جامعه دارد و انتخابات را وسیله‌ای برای انتخاب زمامداران به‌عنوان یکی از اشکال مشارکت می‌داند. در این‌گونه از دموکراسی شهروندان در کنار مدیران و حکومت‌گران، تصمیم‌گیرنده و کنشگر اداره امور عمومی جامعه هستند و از رهگذر نظرسنجی، اظهارنظر اینترنتی، انتخابات، رفراندوم، جمع‌سپاری، پیشنهاد قانون، تصویب بودجه عمومی، پیشنهاد خط‌مشی‌گذاری و... در اداره امور عمومی مشارکت می‌نمایند. این مشارکت گسترده در تمامی جلوه‌های زندگی نمود پیدا می‌کند و از فرهنگ، سیاست، اقتصاد تا مدیریت عمومی را شامل می‌شود. در این نوشتار به شیوهٔ توصیفی‌تحلیلی و با جمع‌آوری اطلاعات از طریق کتابخانه‌ای، به اثرات جمع‌سپاری در امور اقتصادی جهت تحقق و استمرار دموکراسی مشارکتی در نظام حقوق اداری جمهوری اسلامی ایران و چالشها و راهکارهای آن پرداخته شده است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد اگرچه در سال‌های اخیر گام‌های مثبت و مؤثری برای مشارکت عمومی شهروندان از منظر حقوق اساسی درنظر گرفته شده اما از منظر حقوق اداری به‌دلیل تضاد منافع مدیران با مردم و نقص در چرخه و فرایند جمع‌سپاری، تا تحقق دموکراسی مشارکتی در حوزه‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، فاصله‌ای طولانی پیش‌روی جامعه ایرانی است.

کلیدواژه‌ها: دموکراسی‌مشارکتی، حقوق اداری، اقتصاد مشارکتی، حق بر مشارکت، جمع‌سپاری.

[1] دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران (پردیس ارس) تهران، ایران.

(نویسنده مسئول: Email: m.j.hosseini@ut.ac.ir)

[2] استادیار حقوق عمومی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

مقدمه

هرچند مشارکت مردم در اداره امور عمومی جامعه و حاکم بودن بر سرنوشت اجتماعی خویش در چند سدهٔ اخیر در سراسر گیتی به‌گونه‌های گوناگون وجود داشته است اما در دهه اخیر در بسیاری از محافل علمی و دانشگاهی و در بسیاری از جوامع پیشرفته سیاسی گونهٔ دیگری از دموکراسی پیاده‌سازی و اجرا گردیده و آن دموکراسی مشارکتی است و «در کنار مردم‌سالاری مستقیم و شورایی، صاحبنظران از مردم‌سالاری مشارکتی به عنوان روشی جدید و کارآمد برای تثبیت نظام‌های حقوق اساسی و دموکراتیک صحبت می‌کنند. اهمیت گرایش به سمت این روش، بحران موجود در حکومت‌های مردم‌سالار است که با چالش روزافزون بی‌تفاوتی توده‌های مردمی نسبت به حکمرانی و فاصله گرفتن شهروندان نسبت به موضوعات گوناگون حکومتی و مدیریتی جامعه همراه شده و مشارکت مردمی را به حداقل ممکن رسانده است.» (جلالی، گرجی‌ازندریانی، ۱۳۹۸: ۴۳۳) در دموکراسی‌مشارکتی تأکید فراوانی بر کنشگری شهروندان می‌شود و ایشان از رأی‌دهنده به کنشگر فعال تبدیل می‌شوند. مشارکت عمومی فرایندی است که مقرر می‌نماید اشخاص فرصت تأثیرگذاری بر تصمیمات و خط‌مشی‌گذاری‌های عمومی را دارند. (Breakfast, Mekoa, Maphazi, 2015: 36)

در این‌گونه از دموکراسی مردم صرفاً دست به انتخاب زمامداران نمی‌زنند بلکه علاوه‌بر انتخاب ایشان بر عملکردشان نظارت مستقیم داشته و در کنار و به وسیله آنها به اداره امورعمومی جامعه در هر سه سطح قوه مقننه، مجریه و قضاییه و در سه فرایند قانون‌گذاری، اجرای قوانین و مقررات و نظارت بر چگونگی اجرای قوانین می‌پردازند. دموکراسی‌مشارکتی گونهٔ جدیدی از دموکراسی است که اجازه می‌دهد شهروندان نقش فعالی در تصمیم‌گیری‌های عمومی داشته باشند، بنابراین این‌گونه از دموکراسی نقطه مقابل دموکراسی نماینده‌محور است و به شهروندان امکان و موقعیت مشارکت مستقیم در امور سیاسی و اجتماعی جامعه خویش را به صورت مستمر می‌دهد. (Gilia, 2013: 255) دموکراسی‌مشارکتی درصدد آن است که روابط میان حاکمان و شهروندان را به واسطه نهادهای واسط همانند نهادهای مدنی و یا سازمان‌های مردم نهاد به‌وسیله دراختیار گذاردن اطلاعات و برقراری ارتباطات بهبود بخشد. (Gilia, 2013: 255) دموکراسی‌مشارکتی گونه‌ای از دموکراسی مستقیم است چراکه شهروندان حق مشارکت در تصمیم‌گیری‌های عمومی را دارند، انتخاب‌کنندگان (شهروندان) به اجرای تصمیمات عمومی اتخاذ شده می‌پردازند. در این سیستم از حکمرانی شهروندان اثرگذار بر تصمیمات عمومی و تعیین‌کننده اولویت‌ها و خواسته‌های عمومی هستند که توسط خودشان مطرح می‌شود. (Aragonès, Sánchez-Pagés, 2008: 2) البته باید درنظر داشت که مشارکت عمومی مفهومی وسیع‌تر از صرف مشارکت در تصمیم‌گیری‌های عمومی است و از این مفهوم فراتر رفته و مشارکت در اجرای تصمیمات عمومی و نظارت بر اجرای آن‌ها را نیز دربر می‌گیرد. (Breakfast, Mekoa, Maphazi, 2015: 38) این نوشتار به شیوهٔ توصیفی‌تحلیلی و با بررسی منابع کتابخانه‌ای و بیان نمونه‌های موفق پیاده‌سازی جلوه‌هایی از دموکراسی مشارکتی در برخی از جوامع به نقشی که برخی از عناصر این‌گونه از دموکراسی در تحقق مشارکت گسترده مردم دارد، اشاره نموده و مهم‌ترین مصادیق تأثیرگذاری آن در اقتصاد و مدیریت عمومی جامعه ایرانی را مورد واکاوی قرار داده است.

ضرورت و اهمیت تحقیق ریشه در تلاقی روزمره اداره و مردم در قالب اداره‌کنندگان و اداره‌شوندگان دارد که سبب ملتقی هرروزه حق و تکلیف این دو و وظیفه اداره در تأمین نیازهای شهروندان و همیاری گرفتن و انبازی آنها در اداره امور عمومی است و جمع‌سپاری می‌تواند زمینه‌ساز این مشارکت باشد. این مقاله درپی تبیین اثرگذاری نحوهٔ دخالت دادن مردم در اداره امور عمومی و اثری که این مداخله بر پیدایی دموکراسی مشارکتی خواهد گذاشت، می‌باشد و پرسش اصلی این است که چالش‌های جمع‌سپاری به‌عنوان یکی از شیوه‌های تحقق دموکراسی مشارکتی در نظام حقوق اداری ایران چیست؟ مسأله اصلی بررسی فرایند جمع‌سپاری به عنوان یکی از مؤلفه‌های مهم پیدایی دموکراسی و اثرگذاری آن در دوام و قوام دموکراسی مشارکتی است. نوشتار در چهار بخش تحت عناوین جمع‌سپاری و دموکراسی‌مشارکتی، جمع‌سپاری و قانون‌گذاریِ اقتصادیِ مردم محور، جمع‌سپاری در نظام مدیریت شهری، دموکراسی‌مشارکتی و اقتصاد مشارکتی سامان یافته و سپس برآمد کار و نتایج حاصله بیان شده است.

۱- جمع‌سپاری و دموکراسی‌مشارکتی

دموکراسی‌مشارکتی درپی افزایش کنشگری شهروندان در راستای تحقق خواسته‌های ایشان است و ارتباط وثیقی با جمع‌سپاری[1] دارد که مفهوم آن عبارت است از سپردن انجام یک پروژه به جمع کثیری از شهروندان چراکه امکان مشارکت مردم را فراهم و زمینه‌ساز مداخله آنها در امور عمومی می‌گردد و «مشارکت سهیم و شریک شدن افراد جامعه و پذیرش مسئولیت در فعالیت‌ها و وجوه گوناگون زندگی اجتماعی به منظور دستیابی به اهداف مشخص است.» (جاوید، فتاحی‌زفرقندی، ۱۳۹۲: ۷۱) واژهٔ جمع‌سپاری «برای اولین‌بار در ژوئن سال ۲۰۰۶ توسط جف‌هاو[2] نویسنده آمریکایی مجله وایرد با همکاری مارک رابینسون[3] در مقاله‌ای تحت‌عنوان طلوع جمع‌سپاری[4] معرفی شد.» (ابوترابی‌زارچی، ابراهیمی، ۱۴۰۰: ۵) جمع‌سپاری «به معنای روشی از مشارکت در انجام فعالیتی است که طی آن، مجموعه‌ای از وظایف کوچک میان تک‌تک افراد به طور جداگانه از یک جمع بزرگ به‌گونه‌ای تقسیم می‌شود که قابل جمع و کنار هم قرار گرفتن هستند.» (بهادری‌جهرمی، علیپور، ۱۴۰۱: ۲۷) جمع‌سپاری «مشارکت و همکاری در چارچوب خرد جمعی است. واژه جمع‌سپاری، ترکیبی از دو کلمه جمعیت و برون‌سپاری است؛ بنابراین جمع‌سپاری به معنای برون‌سپاری به انبوه مردم است که معمولاً از طریق فراخوان عمومی صورت می‌گیرد.» (زابلی‌زاده، ۱۳۹۵: ۱۴۹)

در جمع‌سپاری تلاش می‌شود تا علاوه‌بر شریک نمودن مردم در اداره امورعمومی و سپردن ابتکار انجام برخی از امور به مردم از خلاقیت، ابتکار و همچنین ایده‌پردازی شهروندان استفاده شود. البته باید درنظر داشت که «نظرخواهی و کسب دانش از عموم، امری نیست که به آسانی صورت پذیرد، مگر آنکه بستری برای سپردن مسئله به جمع مردم و مطالبه‌گری از آنها برای رسیدن به پاسخ‌های بیشتر و بیشتر فراهم آید.» (صلواتیان و همکاران، ۱۳۹۸: ۲۰۷) جذب ایده‌های مردم در اداره امورعمومی و ارائه راهکار برای حل‌وفصل مشکلات و معضلات جامعه و یا تصمیم‌گیری برای اداره برخی از امور پیش‌رو و استفاده از خرد جمعی و حل مسأله خارج از روش‌های مرسوم سازمانی و بروکراتیک در مجموعه‌ای غیرسلسله مراتبی از اهداف مهم جمع‌سپاری است که در آن شهروندان به صورت داوطلبانه و آگاهانه اقدام به همکاری با دولت می‌نمایند و مورد مشورت، مشاوره و مداخله واقع می‌گردند و غالباً طریقه جذب و به کارگیری آنها از طریق فراخوان عمومی به‌ویژه در بستر اینترنت و شبکه‌های اجتماعی است. امروزه پذیرفته شده که «فرایندهای مشارکت مشورتی شهروندی اگر به درستی درک و اجرا شوند می‌توانند به‌طور مؤثری به حل مشکلات پیچیده اجتماعی، سیاسی و اقتصادی عصر ما کمک کند.» (ذوالفقارزاده، شهسواری، ۱۳۹۸: ۱۸۶)

۲- جمع‌سپاری و قانون‌گذاریِ اقتصادیِ مردم محور

جمع‌سپاری یکی از راه‌های رسیدن به دموکراسی‌مشارکتی است که اتفاقاً در حقوق اداری نیز کاربرد زیادی دارد و می‌توان در حقوق اداری نوین برای جذب مشارکت مردم از جمع‌سپاری استفاده نمود. یکی از این موارد در حوزه خط‌مشی‌گذاری، مقررات‌گذاری و قانون‌گذاری است؛ چراکه وقتی سخن از مشارکت مردم در اداره امور عمومی می‌شود این مشارکت تنها در انتخابات و انتخاب زمامداران یا برخی از امور اجرایی کشور نیست و «امروزه در جوامع مبتنی بر دموکراسی، مشارکت مردم در عرصه قانون‌گذاری نمادی از حق حاکمیت مردم در عرصه‌های اجتماعی محسوب می‌شود.» (جاوید، فتاحی‌زفرقندی، ۱۳۹۲: ۸۱) بخش عمده مشارکت از دیرباز به تدوین قوانین و مقررات جامعه مربوط می‌شد که این امر ریشه در ایام باستان دارد و در سرزمین‌هایی مانند یونان و روم برای اتخاذ تصمیمات مهم و کلان جامعه از رهگذر قوانین و مقررات به مشورت با مردم و نظرخواهی از ایشان می‌پرداختند. در جوامع مدرن امروزی به دلیل وجود و وجوب اصل حاکمیت قانون و مبنا قرارگرفتن آن برای تمامی کنش‌ها و واکنش‌های حکومت‌گران نیاز به تدقیق در ماهیت قانون و چگونگی تشکیل و تدوین آن است چون اگر بنا باشد اراده مردم اساس و ملاک کار قرار گیرد باید قوانین و مقررات موجود در جامعه نیز برآمده از خواست و نیاز آن‌ها

[1] Crowdsourcing
[2] Jeff Howe
[3] Mark Robinson
[4] The Rise of Crowdsourcing

باشد تا از این طریق خواسته‌های مردم اجابت گردد. درغیراین صورت زمانی که قوانین و مقررات به صورت یکطرفه از جانب حکام تعیین گردد مسلماً خواسته‌های مردم نمود کمتری در آنها پیدا خواهد کرد و سختی در اجرای این قوانین به وجود خواهد آمد و «این امر موجب متروک شدن قانون و مقاومت عموم در مقابل اجرای آن می‌شود.» (حسینی صدرآبادی، محمدپور، ۱۴۰۲: ۹۲) برای همین منظور در حوزه قانون‌گذاری و همچنین مقررات به‌ویژه در حوزه‌هایی که ارتباط مستقیم با شهروندان و حقوق آنها دارد می‌توان از شیوه جمع‌سپاری برای تدوین مقررات استفاده نمود.

امروزه بسیاری از کشورها حق بر مقررات‌گذاری را برای شهروندان خویش به رسمیت شناخته‌اند و در بعضی از آنها به‌تازگی از شیوهٔ جمع‌سپاری استفاده شده است، برای نمونه در سال ۲۰۱۱ برای بازنگری و دوباره‌نویسی قانون اساسی ایسلند از روش جمع‌سپاری استفاده شد و با استفاده از بستر اینترنت زمینه مشارکت مردم فراهم گردید. همچنین برخی از دولت‌ها در آمریکا (ریچموند و سن‌آنتونیو)، استرالیا (کانبرا)، اسلواکی، نروژ، کلمبیا، آرژانتین (بوینس‌آیرس)، اسپانیا (مادرید)، فلاند (هلسینگی)، نروژ، ایتالیا، کوزوو، مجارستان و ژاپن (حبیب‌نژاد، عامری، ۱۳۹۸: ۷-۱۰) هرکدام به شیوه‌ای خاص و با تعیین حدنصابی برای درخواست‌کنندگان خود را ملزم به قبول پیشنهادات و ایده‌های شهروندان در حوزه مقررات شهری نموده‌اند.

نمونه برجسته و مهمتر جمع‌سپاری که می‌تواند در حقوق اداری کاربردهای فراوانی داشته باشد در حوزه مقررات‌گذاری است چون «موضوع مشارکت عمومی در روند مقررات‌گذاری ریشه در مفهوم حق تعیین سرنوشت دارد.» (حبیب‌نژاد، عامری، ۱۳۹۸: ۴) تصویب قانون برعهده قوه مقننه است اما اجرای آن برعهده قوه مجریه می‌باشد و این قوه برای اجرای قوانین اقدام به تهیه مقررات اداری از جمله آیین‌نامه، بخشنامه، تصویب‌نامه و ... می‌نماید. باتوجه به اینکه اجرای قوانین و مقررات ارتباط مستقیمی با حقوق و تکالیف شهروندان دارد، می‌توان این امر را جمع‌سپاری و پس از آگاهی‌بخشی‌های لازم به شهروندان درخصوص تصویب قانون جدید، برای تصویب مقررات اجرایی آن در قالب‌های مذکور به نظر مردم، ایده‌ها و افکار آنها مراجعه نمود.

در ایران در زمینه جمع‌سپاری حوزهٔ قوانین و مقررات گام‌هایی برداشته شده است، در قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار[1] در ماده ۳ دستگاه‌های اجرایی مکلف شده‌اند به هنگام تدوین یا اصلاح مقررات، بخشنامه‌ها و رویه‌های اجرایی نظر تشکل‌های اقتصادی ذیربط را استعلام و مورد توجه قرار دهند، همچنین در ماده ۳ آیینامه لزوم ثبت و اطلاع‌رسانی مقررات در پایگاه اطلاعات قوانین و مقررات مرتبط با محیط کسب و کار[2] تأکید شده که «دستگاه‌های اجرایی مکلفند پیشنویس مقررات خود را مطابق دستورالعمل ماده ۲ این آیینامه یک هفته قبل از صدور در تارنمای خود به اطلاع عموم و فعالان اقتصادی برسانند تا فرصت لازم برای اعلام نظرات عموم یا فعالان اقتصادی و تشکل‌ها وجود داشته باشد.» ماده ۳ دستورالعمل نحوه تدوین پیشنویس مقررات مرتبط با محیط کسب و کار[3] نیز ضرورت نظرسنجی پیشینی از عموم درخصوص قوانین و مقررات حوزه کسب و کار را مدنظر داشته و دولت و دستگاه‌های اجرایی را مکلف به اخذ نظر کتبی تشکل‌های اقتصادی و ذینفعان در زمان تدوین، اصلاح مقررات و رویه‌های اجرایی نموده و در صورت اقتضاء دعوت از ایشان و شرکت در جلسات مربوطه را مطرح نموده است.[4]

در سال‌های اخیر مجلس شورای اسلامی در طرح جامع مدیریت شهری و کنترل واردات کالای خارجی و وزارت کشور در پیش‌نویس قانون تقسیمات کشوری به صورت محدود اقدام به جمع‌سپاری نمودند، البته این اقدام آنها

[1] مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶

[2] مصوب هیأت وزیران مورخ ۱۴۰۲/۰۲/۱۷ موضوع تصویبنامه شماره ۱۷۹۷۶/ت۶۱۱۳۴۵ ه مورخ ۱۴۰۲/۰۲/۰۹

[3] بخشنامه شماره ۱۳۵۴۴مورخ ۱۴۰۳/۰۲/۰۱ معاونت حقوقی رییس‌جمهور

[4] ماده۳: دولت و دستگاه‌های اجرایی مکلف‌اند در مراحل تدوین یا اصلاح مقررات و رویه‌های اجرایی نظر کتبی اتاق‌ها و آن دسته از تشکل‌های اقتصادی ذیربطی که عضو اتاق‌ها نیستند و در صورت لزوم ذینفعان، مراکز علمی معتبر ازجمله دانشگاه‌ها، مراکز پژوهشی، بنیاد ملی نخبگان و همچنین نهادهای قانونی مردم‌نهاد تخصصی و صنفی را اخذ و مورد توجه قرار دهند و در صورت اقتضاء از آنها برای شرکت در جلسه دعوت کنند. پس از تدوین پیشنویس مقرره، دستگاه اجرایی مکلف است حداقل یک هفته قبل از صدور مقرره پیشنویس اخیر را علاوه‌بر تارنمای خود، در پایگاه اطلاع‌رسانی منتشر نماید تا زمینه جمع‌سپاری در تدوین مقررات فراهم گردد.

بیشتر جنبه نظرسنجی داشت تا جمع‌سپاری ولی اقدامات این چنینی می‌تواند زمینه‌ساز مشارکت مردم در حوزه قانون‌گذاری باشد. امری که در «سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری»[1] مورد تأکید قرار گرفته و مراجع ذیصلاح مکلف شده‌اند تا به هنگام قانون‌گذاری و قانون‌نویسی به آن توجه ویژه‌ای داشته و برای «جلب مشارکت حداکثری مردم، ذینفعان و نهادهای قانونی مردم‌نهاد تخصصی و صنفی در فرایند قانون‌گذاری»[2] اقدامات لازم را مبذول نمایند. جلب مشارکت مردم علاوه‌بر همه‌پرسی تقنینی مقرر در قانون اساسی[3]، از طریق جمع‌سپاری نیز امکان پذیر است و در مرحله قبل از تصویب (دریافت پیشنهادات و ایده‌ها) و پس از تصویب قانون (موافقت یا مخالفت با قانون جدید) می‌توان نظر مردم را سنجید و از طرح و نظرات و ایده‌های آنها بهره برد. علاوه بر موارد مذکور دبیرخانه مجمع تشخیص مصلحت نظام[4] در سال ۱۳۹۹ اقدام به جمع‌سپاری نمود و در راستای تدوین سیاست‌های کلی فضای مجازی مهلتی[5] برای مشارکت مردم و ارائه نظرات و پیشنهادات خود در حوزه‌های مرتبط با فضای مجازی ایجاد نمود و از همه شهروندان خواست تا ایده و نظرات خود را در محورهای چهارده‌گانه اعلامی در راستای تعیین سیاست‌های کلی فضای مجازی ارائه دهند و برای تشویق هرچه بیشتر مردم به مشارکت برای دادن طرح و ایده، جایزه نیز تعیین نمود. در سال جاری سازمان اداری و استخدامی کشور دو پیشنویس[6] را برای جمع‌آوری دیدگاه عموم مردم منتشر نموده تا پس از جمع‌آوری نظرات گوناگون اقدام به نهایی‌سازی آنها نماید که این امر نیز در راستای اخذ نظر شهروندان و پذیرش ایده‌های آنها است.

به‌تازگی ابتکارات تقنینی در زمینه مشارکت مستقیم مردم در اداره امور ملی و محلی در حال انجام است که در صورت تصویب و اجرایی شدن می‌تواند تا حدود بسیاری رهگشا باشد. در طرح «مشارکت مستقیم شهروندان در امور قوه مقننه» که در ذیل آیین‌نامه داخلی مجلس درنظر گرفته شده اما هنوز به سرانجام نرسیده، جهت مشارکت مستقیم شهروندان در امور تقنینی راهکارهایی ارائه شده است و هر زمان که پانصد هزار نفر از واجدین شرکت در انتخابات مجلس شورای اسلامی درخواستی برای تصویب قانون در یک موضوع خاص را امضاء نمایند هیأت رئیسه مجلس شورای اسلامی مکلف است تا طرحی در آن زمینه تهیه و دراختیار نمایندگان جهت بررسی قرار دهد. هرچند این طرح تاکنون تصویب نگشته و مراحل تبدیل شدن به قانون را طی نکرده و چندسالی مسکوت مانده اما در صورتی که به تصویب برسد می‌تواند زمینه‌ساز مشارکت تقنینی شهروندان ایرانی باشد.

۳- جمع‌سپاری در نظام مدیریت شهری

در نظام حقوق اداری ایران بسیاری از مقررات حوزه شهری همانند مصوبات شوراهای اسلامی شهر و یا بخشنامه‌ها و مصوبات شهرداری‌ها به طور ملموس و روزمره با زندگی شهری مردم در ارتباط است که می‌توان ابتکار تقنین بسیاری از آنها را به مردم محل سپرد. چراکه «حق تعیین سرنوشت می‌تواند ابعاد مختلفی را به همراه داشته باشد ازجمله در ساحت محلی و در نقشی که شهروندان می‌توانند در مقررات‌گذاری‌های محلی شهری برعهده داشته باشند.» (حبیب‌نژاد، عامری، ۱۳۹۸: ۳) این‌گونه جمع‌سپاری مورد تأکید ماده ۹ مصوبه شورای عالی اداری[7] نیز بوده و دستگاه‌های اجرایی مکلف به ارائه اطلاعات راجع‌به اقدامات و تصمیمات خود به عموم مردم درراستای مشارکت ایشان در تصمیم‌گیری آگاهانه می‌باشند.[8]

برای نمونه در حوزهٔ فضای سبز شهری و ایجاد بوستان‌های عمومی درحال حاضر شهرداری مناطق مختلف اقدام به ایجاد و نگهداری این‌گونه فضاها می‌نمایند اما نه در ایجاد آنها و نه در طراحی، ساخت و فضانمایی از مردم منطقه به‌ویژه اهالی محل هیچ‌گونه نظرسنجی نمی‌کنند. این درحالی است که این‌گونه فضاها برای تفریح و گذران

[1] مصوب ۱۳۹۸/۰۷/۰۶

[2] بند نهم سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری.

[3] اصل پنجاه‌ونهم قانون اساسی

[4] مرکز مطالعات و بررسی‌های راهبردی

[5] از تاریخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۲ تا ۱۴۰۰/۰۳/۰۱

[6] مستندسازی و ثبت تجربیات مدیران حرفه‌ای کشور و آیین‌نامه ساماندهی نیروهای شرکتی و خرید خدمات حجمی.

[7] مصوبه شورای عالی اداری درخصوص منشور حقوق شهروندی به شماره ۱۱۲۷۱۲۸ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۸

[8] دستگاه‌های اجرایی مکلفند اطلاعات راجع‌به نحوه استفاده مردم از خدمات و فرایندهای اداری، نحوه مشارکت در آنها و نحوه اعتراض به تصمیمات و اقدامات خود را دراختیار عموم قرار دهند به نحوی که امکان تصمیم‌گیری آگاهانه را برای آنها فراهم کنند.

اوقات فراغت مردم محل ایجاد می‌شوند و مردم باید در نحوه ایجاد آن دخیل باشند. همین‌گونه است طراحی بسیاری از فضاها و اماکن عمومی در سطح شهر که در ایجاد آنها می‌توان از نظرات مردم و ایده‌های شهروندان بهره گرفت. در بسیاری از موارد عدم توجه به نیازهای شهروندان سبب می‌گردد که شهرداری با صرف هزینه‌های گزاف و گاهاً چند میلیاردی پروژه‌ای را طراحی و ایجاد نماید اما به دلیل عدم استقبال عمومی عملاً هیچ‌گونه استفاده‌ای از آن پروژه نشود. برای نمونه در چندین سال گذشته شهرداری تهران در برخی از مناطق جنوب شهر اقدام به احداث پارک و بوستان‌هایی با صرف هزینه‌های بسیار بالا نموده است و مبالغ کلانی برای خرید تجهیزات شهربازی اختصاص داده است درحالی که آن مناطق از ابتدایی‌ترین و ضروری‌ترین نیازهای عمومی همانند مدرسه و یا مراکز درمانی و بهداشتی محروم است.[۱] اگر شهرداری قبل از احداث بوستان‌های گران قیمت در آن مناطق از طریق نظرسنجی عمومی اقدام به طرح پرسش از مردم و نیازسنجی می‌نمود مسلماً به جای احداث بوستان اقدام به تأسیس مراکز درمانی و بهداشتی که جزء ضروریات زندگی شهری است می‌نمود. در برخی از کشورها نمونه موفق جمع‌سپاری طراحی فضاهای شهری تجربه شده است. برای نمونه در ایالات متحده آمریکا اداره فدرال ترانزیت طراحی بسیاری از ایستگاه‌های اتوبوس در سطح فدرال را به فراخوان عمومی گذاشت و از طریق جمع‌سپاری و کسب ایده‌های مردم اقدام به ساخت ایستگاه‌های اتوبوس نمود.[۲]

در نظام حقوق اداری ایران می‌توان از جمع‌سپاری استفاده‌های بسیار زیادی کرد تا هم منتهی به خرد جمعی و هم زمینه‌ساز مشارکت هرچه بیشتر شهروندان در اداره امور محلی و حرکت به سمت دموکراسی اداری باشد و از این طریق از دامنه فعالیت‌های اقتصادی دولت نیز کاسته شود. اداره می‌تواند درخصوص بسیاری از فعالیت‌های جاری و روزمره خود در راستای ارائه خدمات عمومی و در جهت بهتر و به‌روز شدن امور از مردم دعوت به عمل آورد و با اعلام فراخوان‌های عمومی در بستر اینترنت برای کمبودهای عملکردی و سازمانی خود درخواست ایده و یا یاری نماید تا از طریق این ایده‌های نوین عملکرد بهتری را رغم بزنند. برای نمونه در حوزه مدیریت شهری می‌توان از جمع‌سپاری استفاده نمود و درخصوص طراحی فضاهای عمومی شهری از شهروندان ساکن محل نظرسنجی و ایده جمع‌آوری کرد و بعد از آن به طراحی میادین، بوستان‌ها و پارک‌ها، مراکز عمومی فرهنگی هنری و... پرداخت. در حوزه حفاظت از محیط زیست و منابع طبیعی نیز می‌توان جمع‌سپاری نمود و محافظت از گونه‌های گیاهی و جانوری محیط‌های خاص را به مردم داوطلب همان محل سپرد و از ایشان خواست تا در راستای حفاظت هرچه بیشتر از محیط‌زیست پیرامونی اقدام و با اداره همکاری نمایند و اداره از رهگذر مشارکت ایشان به حفاظت از محیط‌زیست بپردازد. در حوزه پرداخت انواع عوارض شهری و مالیات‌هایی که افراد باید در طول سال پرداخت نمایند می‌توان به جمع‌سپاری رجوع نمود و تعیین میزان پرداخت، نحوه دریافت، مشاغل و حِرف مشمول مالیات و... را به جمعی از مردم سپرد تا آن را تعیین و مشخص نمایند. از این مهمتر نحوه خرج‌کرد این مالیات‌ها و عوارض را نیز می‌توان به مردم سپرد تا چگونگی آن را اولویت‌بندی نمایند. علاوه‌بر موارد فوق، برخی از صاحب‌نظران پا را فراتر گذاشته و معتقدند که می‌توان خط‌مشی‌گذاری عمومی جامعه را نیز جمع‌سپاری نمود و از این رهگذر خط‌مشی‌های کلی نظام اداری، سیاسی، فرهنگی و... را تبیین نمود[۳] چون «اصول دموکراسی‌مشارکتی مستلزم این است که مردم متأثر از یک پیشنهاد تقنینی مورد مشورت در مورد آن قرار بگیرند و خواهان این باشند که نظراتشان قبل از این که آن سیاست تقنینی وضع گردد مورد بررسی قرار گیرد.» (حبیب‌نژاد، عامری، ۱۳۹۸: ۴)

از زاویه‌ای دیگر؛ امروزه بسیاری از مجوزهای کسب و کار و فعالیت‌های عمرانی، اقتصادی و فرهنگی و... توسط اداره اعطاء می‌شود و اداره در مورد نحوه فعالیت افراد در

[۱] برای نمونه بنگرید به احداث پارک و دریاچه مصنوعی در منطقه هرندی میدان شوش تهران که منطقه‌ای مملوء از معتادین متجاهر می‌باشد و به دلیل کثرت این افراد، خانواده‌ها در آن محدوده تردد بسیار کمی دارند. شایسته بود به جای تأسیس پارک و دریاچه مصنوعی و شهربازی، برای جمع‌آوری این حجم از معتادین متجاهر گرم‌خانه یا کمپ ترک اعتیاد در محل ایجاد می‌شد.

[2] Next stop design
(www.fa.wikipedia:Crowdsourcing)

[۳] برای نمونه بنگرید به: ذوالفقارزاده، محمدمهدی، شهسواری، زینب، (۱۳۹۸) جمع‌سپاری خط‌مشی و جلب مشارکت عامه در فرایند خط‌مشی‌گذاری عمومی: درس آموزه‌هایی برای ایران، سیاستگذاری عمومی، دوره ۵، شماره ۲.

حرفه‌های خاص اظهارنظر می‌نماید. در این رابطه به دلیل اهمیتی که شرایط اعطاء مجوز در عملکرد افراد دارد اداره می‌تواند شرایط و فاکتورهای لازم برای بدست آوردن مجوز یک حرفه یا شغل خاص را از مردم و متخصصان و دارندگان آن حرفه خاص نظرسنجی نماید و یا نحوه شرایط را از آنها طلب کند چون اغلب افرادی که در آن حرفه مشخص فعالیت و کنشگری دارند تخصص ویژه‌ای نیز دارند که شاید آن تخصص به آن حد و اندازه در دسترس اداره نباشد. برای مثال می‌توان از اتحادیه‌ها و سندیکاهای مختلف شرایط و ضوابط اعطاء مجوز را جویا شد و همه سندیکاهای کشور را برای بیان نظرات و پیشنهادات فراخواند. در ایران برای مقررات‌گذاری مستقیم توسط شهروندان از رهگذر جمع‌سپاری و سایر شیوه‌های دموکراتیک راهکارهای قانونی مؤثری ایجاد نشده است و علیرغم تأکید قانون‌گذار در متن قانون اساسی بر مشارکت مردم در اداره امور می‌توان نتیجه گرفت که «مشارکت شهروندان و ذینفع‌ها در فرایند تصمیم‌گیری‌ها اجباری و یک اصل قانونی است و سازمان‌های اداری حق نقض این اصل را ندارند» (رضایی، میرزاده‌کوهشاهی، ۱۳۹۷: ۹) اما درحال حاضر بسترهای لازم برای مشارکت در مقررات‌گذاری مردم درنظر گرفته نشده و «نظام حقوقی ایران همپای نقش مستقیم گمشده شهروندان درخصوص امر قانون‌گذاری، مشارکت شهروندان در مقررات‌گذاری‌های شهری نیز مغفول باقی مانده است» (حبیب‌نژاد، عامری، ۱۳۹۸: ۲۴) و این «مشارکت محدود شهروندان ایرانی در تهیه و تدوین قوانین و سیاست‌ها نتیجتا باعث می‌شود آگاهی از مفاد قوانین و سیاست‌ها کاهش یافته و منجر به بی‌تفاوتی شهروندان نسبت به این قوانین و اسناد بالادستی شود.» (طحان نظیف و همکاران، ۱۴۰۰: ۲۸)

٤-دموکراسی مشارکتی و اقتصاد مشارکتی

اقتصاد و مسائل مرتبط با آن ارتباط مستقیمی با اداره و سیاست‌های اداری دولت دارد و نوع رژیم سیاسی حاکم بر جامعه تأثیر فزاینده‌ای در نحوه تعاملات اقتصادی شهروندان، میزان مداخله دولت در اقتصاد، آزادی روابط تجاری و کلیه مسائل مرتبط با اقتصاد جامعه دارد. در نظام حقوقی ایران به‌ویژه در حوزه حقوق اداری به جنبه‌های اقتصادی حقوق اداری کمتر توجه شده و تأثیرگذاری عملکرد اداره به عنوان بازوی اجرایی حکومت بر اقتصاد مردم کمتر مورد مداقه قرار گرفته است، حال آنکه اداره سهم وسیعی در تحولات اقتصادی جامعه بازی می‌کند. هرچه اداره به سمت تعامل با شهروندان و بخش خصوصی برود و آزادی کنشگری به آنها بدهد، به همان میزان از دخالتش در اداره امور اقتصادی جامعه کاسته خواهد شد و برعکس اگر اداره در پی افزایش کارویژه‌ها و صلاحیت‌های خود باشد به همان میزان بر اقتدار خود می‌افزاید و از آزادیِ بخش خصوصی می‌کاهد. این درحالی است که براساس آموزه‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دولت اسلامی مکلف به ایجاد شرایطی برای «مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش» و «ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیرضرور» می‌باشد.[1]

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران امکان مشارکت مردم در اقتصاد مورد تأکید قرار گرفته است، برای نمونه در اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی اقتصاد ایران بر سه پایه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی بنیان نهاده شده که در دو بخش خصوصی و تعاونی می‌توان فرصت مشارکت اقتصادی را به شهروندان داد و آزادی فعالیت اقتصادی آنان را در پرتو قوانین و مقررات تضمین نمود. در سال‌های اخیر تأکید بسیاری از مقامات عمومی و همچنین برخی از قوانین و مقررات بر ایجاد فرصت مشارکت مردم در اداره امورعمومی به ویژه اقتصاد بوده است و برخی از اسناد بالادستی نیز به خوبی این مهم را دریافته‌اند. در سیاست‌های کلی نظام اداری[2] رؤسای سه قوه، نیروهای مسلح و مسئولان نهادهای غیردولتی موظف شده‌اند اصول حاکم در این سند را اجرا نمایند که یکی از آنها (بند نوزدهم) زمینه‌ساز برای جذب و استفاده از ظرفیت‌های مردمی در نظام اداری است که یکی از جلوه‌های این مشارکت، مشارکت در امور اقتصادی می‌باشد. در «سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی»[3] بر مشارکت مردم در اقتصاد تأکید فراوانی شده و اهمیت این مداخله توسط حاکمیت به خوبی درک شده است. در این

[1] بندهای هشتم و دهم اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

[2] مصوب ۱۳۸۹/۰۲/۰۱.

[3] مصوب ۱۳۸۴/۰۳/۰۱ .

سند باتوجه به اصول چهل‌وسوم و چهل‌وچهارم قانون اساسی به منظور افزایش رقابت‌پذیری در اقتصاد ملی و همچنین افزایش سهم بخش‌های خصوصی و تعاونی در اقتصاد ملی و کاستن از بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی فعالیت‌های اقتصادی در راستای جلوگیری از بزرگتر شدن دولت و تصدی‌های او در اقتصاد مقرر گردیده که «دولت حق فعالیت اقتصادی جدید خارج از موارد صدر اصل چهل‌وچهارم را ندارد»[1] و دولت موظف گردیده تا پایان برنامه چهارم توسعه هرگونه فعالیتی که مشمول صدر اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی نیست را به بخش خصوصی و تعاونی واگذار نماید. نکته جالب‌تر این است که متن این سیاست کلی فرصت بزرگی به وجود آورده تا در اموری که تاکنون امکان مشارکت بخش خصوصی در آنها وجود نداشت فعالیت نمایند و این امر از انحصار دولت جمهوری اسلامی بیرون آمده است که در راستای توسعه بخش خصوصی و تعاونی‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی و فعالیت اشخاص، حرکتی رو به تعالی است. برای نمونه در بند دوم قسمت الف این سیاست بیان گردیده که «سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در زمینه‌های مذکور در صدر اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی به شرح ذیل توسط بنگاه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی و بخش‌های تعاونی و خصوصی مجاز است» و سپس مصادیق آن را که شامل صنایع بزرگ و مادر و معادن بزرگ (به جز نفت و گاز)، بیمه، راه و راه‌آهن، کلیه امور پست و مخابرات به استثناء شبکه‌های مادر مخابراتی، بخشی از هواپیمایی و کشتیرانی قابل واگذاری به بخش‌های غیردولتی است. در بخش دیگر این سند الزامات و مقدمات واگذاری امور مذکور به بخش خصوصی و تعاونی‌ها بیان شده و توانمندسازی، نظارت و پشتیبانی و استفاده از روش‌های معتبر و سالم واگذاری مورد تأکید قرار گرفته است. به تحقیق واگذاری این امور به بخش‌های غیردولتی علاوه‌بر امکان مشارکت شهروندان در اداره امورعمومی، سبب رونق اقتصاد، تنوع بخشی به فعالیت‌های اقتصادی و تکثیر ثروت و تزریق آن به بنگاه‌ها و نهادهای اقتصادی کوچک‌تر می‌شود که درنهایت رونق تولید را به ارمغان خواهد آورد.

«سیاست‌های کلی تولید ملی، حمایت از کار و سرمایه ایرانی»[2] نیز از دیگر اسناد بالادستی است که امکان مشارکت مردم و سپردن امور به آنها را مقرر نموده است. در بند نهم این سند به افزایش سهم بخش‌های تعاونی و خصوصی در تولید ملّی از طریق تقویت انگیزه و عزم ملّی و تأکید و تسریع در اجرای کامل سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم، رعایت انضباط مالی و بودجه‌ای دولت، رفع تبعیض بین بخش دولتی و بخش‌های خصوصی و تعاونی و همچنین ساماندهی و حمایت از بنگاه‌های کوچک و متوسط در جهت کارآمدسازی آنها اشاره شده که گسترش تعاونی‌ها و افزایش امکان فعالیت بخش خصوصی و تقویت آنها می‌تواند زمینه‌ساز جمع‌سپاری و مشارکتی نمودن امور اقتصادی کشور به محوریت مردم و شهروندان عادی جامعه باشد. در بند چهاردهم این سند نیز به ارتقاء سرمایه‌های انسانی، طبیعی، اجتماعی و فیزیکی با تأکید بر توسعه نهادهای مردمی برای رشد تولید ملی اشاره است. گسترش سازمان‌های مردم‌نهاد و غیردولتی برای تولید محصولات و ارائه خدمات ازجمله مواردی است که مشارکت اقتصادی شهروندان را به همراه دارد و از یکه‌تازی دولت در عرصه اقتصاد می‌کاهد. در بند هفدهم این سند نیز به گسترش تنوع ابزارهای سرمایه‌گذاری در بازار سرمایه و تکمیل ساختارهای آن و اعمال سیاست‌های تشویقی برای حضور عموم مردم و سرمایه‌گذاران داخلی و بین‌المللی به ویژه منطقه‌ای در بازار سرمایه اشاره شده است. اعمال سیاست‌های مشوق برای حضور مردم و سرمایه‌گذاری در عرصه فعالیت‌های اقتصادی اگر به درستی اجرا شود و دولت زمینه‌های مورد نیاز آن را فراهم سازد به تحقیق موجب تعالی حضور بخش خصوصی و مردمی در اقتصاد و تنوع بخشی به فعالیت‌های مولد اقتصادی است.

یکی دیگر از اسناد بالادستی که مشارکت مردم در امور اقتصادی را پیش‌بینی و بر آن تأکید نموده «سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی» است. این سند «بنیان‌های خود را بر اقتصاد مردم نهاد استوار نموده و توجه خویش را به اقتصاد مشارکتی معطوف کرده است» (احمدی‌بنی و همکاران، ۱۴۰۱: ۴۸) و در این سند «مقاوم بودن اقتصاد، حمایت از تولید، مردمی کردن اقتصاد، مدیریت مصرف و فعالیت‌های دانش بنیان تأکید شده است.» (احمدی‌بنی و همکاران،

[1] بند ۱ بخش الف سیاست‌های کلی توسعه بخش‌های غیردولتی و جلوگیری از بزرگ شدن بخش دولتی.

[2] مصوب ۱۳۹۱/۱۱/۲۴ .

۱۴۰۱: ۴۹) در این سند راهبردی که جدیدتر از اسناد پیشین است در بند اول مشارکت همه مردم در فعالیت اقتصادی مورد توجه قرار گرفته و توجه ویژه‌ای به قشرهای کم درآمد و متوسط جامعه گردیده است[۱] تا شرایط فعالیت بخش‌های مختلف اقتصادی به ویژه بخش‌های غیردولتی فراهم آید و از این رهگذر توسعه اقتصادی حاصل گردد.

در کنار موارد مطروحه باید به قانون «رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور»[۲] نیز اشاره نمود که این قانون تمهیدات مترقی در جهت تسهیل کسب و کار بخش خصوصی و تعاونی‌ها و مشارکت دادن بخش‌های کوچک تولیدی و شرکت‌های دانش بنیان فراهم آورده است. برمبنای این قانون برای انجام برخی از امور توسط بخش‌های خصوصی انواع تخفیف‌های مالیاتی[۳] و تسهیل صدور مجوزها[۴] درنظر گرفته شده و با تشکیل کمیسیونی خاص از روندهای پیشین صدور مجوزهای کسب و کار مقررات‌زدایی گردیده است.

از زاویه‌ای دیگر؛ خصوصی‌سازی امری است که می‌تواند تحقق‌بخش مشارکت مردم باشد.[۵] «خصوصی‌سازی معانی متفاوتی دارد و از واگذاری دارایی‌های دولت به بخش خصوصی تا کاهش دخالت دولت در تولید را دربر می‌گیرد.» (یخشکی، ۱۴۰۱: ۸۴) خصوصی‌سازی در ایران با برنامه اول توسعه اقتصادی مطرح گردید و سپس در سایر اسناد و متون حقوقی دنباله‌روی شد. باتوجه به اصول متعدد قانون اساسی و سایر اسناد بالادستی مذکور مبرهن است که زمینه‌های قانونی لازم برای هرچه بیشتر نمودن فعالیت بخش خصوصی در حوزه اقتصاد وجود دارد و با استناد به قوانین و اسناد موجود می‌توان به گسترش فعالیت بخش‌های خصوصی اقدام نمود. درحال حاضر به دلیل تمرکز اداری و اقتصادی موجود اداره در بسیاری از امور اقتصادی دخالت می‌نماید و بسیاری از سازمان‌ها و وزارتخانه‌های تحت نظر دولت از محل بودجه عمومی فعالیت اقتصادی می‌نمایند. همین امر سبب کمتر شدن فعالیت بخش خصوصی و تعاونی‌ها می‌گردد. در نظام اداری ایران هنوز بسترهای مناسبی از جانب اداره برای خصوصی‌سازی فراهم نگردیده و هنوز اداره به همان شیوه‌های کهن به تمشیت امور می‌پردازد. این درحالی است که مدیریت نوین امور عمومی خصوصی‌سازی، برون‌سپاری و سپردن اداره امور عمومی به بخش‌های خصوصی را می‌طلبد تا هم تصدی‌گری دولت کم شود و هم فرصت فعالیت اقتصادی برای اشخاص حقیقی و حقوقی فراهم آید. سپردن اداره امور عمومی به بخش‌های خصوصی زمینه‌ساز انواع مشارکت مردمی می‌گردد، امری که در دموکراسی‌مشارکتی تأکید فراوانی برآن می‌شود و تمام پویه و تلاش تئوری‌های مرتبط با دموکراسی‌مشارکتی محقق نمودن مشارکت هرچه بیشتر مردم در اداره امورعمومی جامعه است. خصوصی‌سازی در حوزه اقتصاد در

---

[۱] تأمین شرایط و فعال سازی کلیه امکانات و منابع مالی و سرمایه‌های انسانی و علمی کشور به منظور توسعه کارآفرینی و به حداکثر رساندن مشارکت آحاد جامعه در فعالیت‌های اقتصادی با تسهیل و تشویق همکاری‌های جمعی و تأکید بر ارتقاء درآمد و نقش طبقات کم درآمد و متوسط.

[۲] مصوب ۱۳۹۴/۰۲/۰۱

[۳] برای نمونه ماده ۱۳۲ این قانون مقرر داشته است: درآمد ابرازی ناشی از فعالیت‌های تولیدی و معدنی اشخاص حقوقی غیردولتی در واحدهای تولیدی یا معدنی که از تاریخ اجرای این ماده از طرف وزارتخانه‌های ذیربط برای آنها پروانه بهره‌برداری صادر یا قرارداد استخراج و فروش منعقد می‌شود و همچنین درآمدهای خدماتی بیمارستان‌ها، هتل‌ها و مراکز اقامتی گردشگری اشخاص یاد شده که از تاریخ مذکور از طرف مراجع قانونی ذیربط برای آنها پروانه بهرهبرداری یا مجوز صادر می‌شود، از تاریخ شروع بهرهبرداری یا استخراج یا فعالیت به مدت پنج سال و در مناطق کمتر توسعه یافته به مدت ده سال با نرخ صفر مشمول مالیات می‌باشد.

[۴] برای نمونه تبصره ۳ ماده ۵۷ مقرر داشته است: کلیه مراجعی که مجوز کسب و کار صادر می‌کنند موظفند نوع، شرایط و فرایند صدور، تمدید و لغو مجوزهایی را که صادر می‌کنند به همراه مبانی قانونی مربوطه ظرف مدت یک ماه پس از ابلاغ این قانون، تهیه و مستقر در وزارت امور اقتصادی و دارایی به هیأت مقررات زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار به صورت الکترونیکی و پس از تأیید نماینده تام‌الاختیار یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی ارسال کنند، این هیأت هر ماه حداقل یک بار ... تشکیل می‌شود.

[۵] باید درنظر داشت که صرف خصوصی‌سازی بدون نظارت دولت و عدم توجه به اهلیت خریداران مفید فایده نبوده و زمینه از بین رفتن دارایی‌های عمومی را فراهم می‌نماید. خصوصی‌سازی باید واقعی باشد، برخی از اقدامات دولت نظیر واگذاری شرکت‌های دولتی در قبال بدهی‌های دولت به بخش عمومی غیردولتی و یا صندوق‌های بازنشستگی را نمی‌توان خصوصی‌سازی به معنای واقعی کلمه دانست. برای مطالعه بیشتر دراین زمینه بنگرید به مومنی، فرشاد، حاجی نوروزی، شیما (۱۳۹۶) اقتصاد سیاسی خصوصی‌سازی همراه با فساد، پژوهشنامه اقتصادی، سال ۱۷، شماره ۶۷.

وهله اول نیازمند تمرکززدایی اقتصادی است؛ باید تا جایی که ممکن است امور تصدی‌های اقتصادی را به بخش خصوصی و تعاونی‌ها و مراکز غیردولتی سپرد و از تصدی‌گری دولت کاست. در این رابطه اداره از دو منظر نظارت بر فعالیت‌های بخش خصوصی و تعاونی‌ها می‌تواند نقش مهمی ایفا نماید:

اول؛ انجام بسیاری از امور اقتصادی مستلزم گرفتن مجوز پیشینی از دولت و سپس شروع فعالیت در حوزه موردنظر است که اغلب صدور این مجوزها با دشواری همراه و روند اداری پیچیده‌ای دارد به گونه‌ای که این بروکراسی اداری در بسیاری از موارد مانع فعالیت بخش‌های خصوصی و تعاونی‌ها می‌گردد و سخت‌گیری‌های اداره باعث می‌شود که بسیاری از شرکت‌ها و سازمان‌های غیردولتی خصوصی تمایل چندانی به همکاری با ادارات دولتی و یا عهده‌دار شدن امور در حیطه وظایف آنها از طریق برون‌سپاری را نداشته باشند.

دوم؛ در حوزهٔ خصوصی‌سازی فعالیت دیگر اداره نظارت بر بخش‌های خصوصی است که این امر با فراوانی قوانین و مقررات اداری سبب کندی فعالیت اشخاص خصوصی می‌شود و درنهایت سبب می‌گردد که بسیاری از آنها در امور اقتصادی از همکاری با دولت دور شوند. اگر قرار است که اداره در امور اقتصادی زمینه مشارکت مردم را فراهم نمایند باید طرح‌های تشویقی در این راستا درنظر بگیرد و همچنین بازنگری کلی در قوانین و مقررات اداری حوزه اقتصادی به عمل آورد. زمانی که قرار باشد اشخاص خصوصی مشارکت در امور اقتصادی داشته باشند اما به دلیل فراوانی مقررات اداری نتوانند آن چنان که باید فعالیت نماید، مسلماً این امر سبب بی‌رغبتی عامه مردم به مشارکت در فعالیت‌های اداری اقتصادی می‌گردد.[1] اداره با ایجاد سازوکارهای شفاف، مشخص و ایجاد چارچوب‌های حقوقی محدود و ثابت برای فعالیت‌های اقتصادی بخش خصوصی و تعاونی می‌تواند زمینه مشارکت هرچه بیشتر شهروندان در امور اقتصادی را فراهم نماید.

یکی از راهکارهای جلب مشارکت مردم در امور اقتصادی از جانب اداره، برون‌سپاری است که یکی از طرق متداول مشارکت در ارائه خدمات عمومی توسط شهروندان از رهگذر سازمان‌های عمومی و دولتی است. سپردن بخشی از وظایف غیرذاتی اداره به شهروندان سبب مشارکت عامه در اداره امورعمومی می‌شود. این امر سبب کم شدن دخالت دولت و کمتر کردن ملی‌سازی می‌گردد و انحصار دولت را کمرنگ می‌نماید. به تجربه و مشاهده ثابت شده که «بسیاری از بنگاه‌های دولتی نه تنها ناکارآمد و غیربهره‌ور هستند بلکه تولیدکننده ضایعات بوده و منابع مالی محدود دولتی را به علت کمبودها و سوبسیدهای مورد نیاز خود به هدر می‌دهند.» (یخشکی، ۱۴۰۱: ۸۵) همین رویه درخصوص بسیاری از شرکت‌های دولتی قابل مشاهده است چراکه علیرغم داشتن بودجه سالانه و فراوانی استقبال از محصولات آنها (تا آنجا که برای فروش محصولات قرعه‌کشی و محدودیت اعمال می‌شود) اما بسیاری از این شرکت‌های دولتی یا مشکلات عدیده مالی دارند و یا با تراز منفی سالانه و سوددهی بسیار کمی همراه هستند. این امر نشان‌دهنده ضعف بخش دولتی است که می‌توان با خصوصی‌سازی و اجازه کنشگری بیشتر به شهروندان و تنوع بخشیدن به امور اقتصادی و استفاده از ظرفیت‌های مردمی و ایده‌ها و نظرات متفاوت آنها تا حدوی کاستی‌های بخش دولتی را سامان بخشید و درنظر داشت که «خصوصی‌سازی از دستاوردهای دموکراسی به شمار می‌آید» (یخشکی، ۱۴۰۱: ۸۷) و با کاهش فعالیت دولت در عرصه اقتصاد و گسترش فعالیت‌های مردمی در این حوزه می‌تواند توان خود را صرف مسائل اجتماعی مهم و امور مرتبط با فرهنگ و اجتماع نماید، درحال حاضر گستردگی فعالیت‌های اقتصادی دولت سبب کمرنگ شدن سایر وظایف و کارویژه‌های آن شده است. واسپاری امور اقتصادی به بخش‌های خصوصی فرصت مناسبی برای سامان دادن سایر امور برعهده دولت را فراهم می‌نماید و درمقابل فرصت مغتنمی در اختیار شرکت‌های خصوصی و واحدهای صنفی و تعاونی‌ها برای کنشگری اقتصادی ایجاد می‌کند. از این‌رو امروزه بسیاری از نظام‌های اداری پیشرو اجازه کنشگری اقتصادی به

[1] برای نمونه در حوزه انعقاد قراردادهای اداری بیش از ده قانون و آیین‌نامه مختلف وجود دارد که اشخاص طرف قرارداد با اداره ملزم به رعایت آنها می‌باشند از جمله قانون برگزاری مناقصات، قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، آیین‌نامه اجرایی بند (ج) ماده ۱۲ قانون برگزاری مناقصات، نصاب معاملات موضوع ماده ۳ قانون برگزاری مناقصات، آیین‌نامه اجرایی بند(ه) قانون برگزاری مناقصات و...

شهروندان و آزادی فعالیت‌های اقتصادی را سرلوحه کار خود قرار داده‌اند.

نتیجه‌گیری

دموکراسی‌مشارکتی درپی افزایش کنشگری شهروندان در راستای تحقق خواسته‌های ایشان است و ارتباط وثیقی با جمع‌سپاری دارد که مفهوم آن عبارت است از سپردن انجام یک پروژه به جمع کثیری از شهروندان چراکه امکان مشارکت مردم را فراهم و زمینه‌ساز مداخله آنها در امور عمومی می‌گردد. در جمع‌سپاری تلاش می‌شود تا علاوه‌بر شریک نمودن مردم در اداره امور عمومی و سپردن ابتکار انجام برخی از امور به مردم از خلاقیت و ایده‌پردازی سایر شهروندان استفاده شود که اتفاقاً در حقوق اداری نیز کاربرد زیادی دارد و می‌توان در حقوق اداری نوین برای جذب مشارکت مردم از جمع‌سپاری استفاده نمود. یکی از این موارد در حوزه خط‌مشی‌گذاری، مقررات‌گذاری و قانون‌گذاری است و اغلب طریقه جذب و به کارگیری آنها از طریق فراخوان عمومی به ویژه در بستر اینترنت و شبکه‌های اجتماعی است. امروزه در جوامع مبتنی بر دموکراسی، مشارکت مردم در عرصه قانون‌گذاری نمادی از حق حاکمیت مردم در عرصه‌های اجتماعی محسوب می‌شود و بسیاری از کشورها حق بر مقررات‌گذاری را برای شهروندان خویش به رسمیت شناخته‌اند و در بعضی از آنها اخیراً از شیوه جمع‌سپاری استفاده شده است. در سال‌های اخیر مجلس شورای اسلامی در طرح جامع مدیریت شهری و کنترل واردات کالای خارجی و وزارت کشور در پیش‌نویس قانون تقسیمات کشوری به صورت محدود اقدام به جمع‌سپاری نمودند. به‌تازگی ابتکارات تقنینی در زمینه مشارکت مستقیم مردم در اداره امور ملی و محلی در حال انجام است که در صورت تصویب و اجرایی شدن می‌تواند تا حدود بسیاری رهگشا باشد.

در ایران باوجود موارد محدود اشاره شده در متن و باوجود تأکید اسناد بالادستی کشور به مشارکت دادن شهروندان در اداره امور عمومی و مشارکت در اقتصاد، از این ظرفیت و گنجایی استفاده چندانی نشده و فرصت مناسبی دراختیار عامه قرار نگرفته و عامه مردم به ویژه قشر جوانِ بدون سرمایه و بدونِ پشتوانه بهره‌ای از این مشارکت اقتصادی نداشته‌اند. این امر دلائل متعددی دارد که تضاد منافع مدیران و مردم (که مدیران به خاطر نگرانی از قطع زنجیره رانت، مردم را رقیب خود می‌دانند) و نقص در فرایند و چرخه جمع‌سپاری اقتصادی/خصوصی‌سازی واقعی را باید ازجمله آنها دانست. به این معنا که اگر جمع‌سپاری را شامل حوزه مقررات‌گذاری، اجرا و نظارت بر جمع‌سپاری بدانیم، در نظام حقوق اداری ایران، علیرغم پیش‌بینی جمع‌سپاری و مشارکت اقتصادی (دموکراسی اقتصادی/اقتصاد مشارکتی) در حوزه حقوق اساسی، تضاد منافع سبب گردیده که اولاً در مقام تصمیم‌گیری راجع به حوزه‌های خصوصی‌سازی و نحوه واگذاری از نظرات مردم و متخصصین (اعم از ملی، محلی، صنفی و دانشگاهی) استفاده نشود (نقص در چرخه تصمیم‌گیری و مقررات‌گذاری)، دوماً در مقام اجرا، رویکرد رقابتی و انتخاب بهترین طرح‌های علمی و قابل اجرا جهت جمع‌سپاری پذیرفته نشود (نقص در چرخه اجرای جمع‌سپاری) و درنهایت نظارت بی‌طرفانه و علمی از طرف مراجع نظارتی صورت نگیرد (نقص در چرخه نظارت). برای برون‌رفت از وضعیت موجود و توسعه مشارکت مردم باید با تغییر قوانین و مقررات فعلی زمینه قانونی مشارکت مردم را فراهم نمود و با گسترش خصوصی‌سازی و اجازه فعالیت اقتصادی آزاد به شهروندان و کمتر نمودن موانع فعالیت تجاری و اقتصادی زمینه‌های ایجاد دموکراسی مشارکتی را به ارمغان آورد.

در نظام حقوق اداری ایران می‌توان از جمع‌سپاری استفاده‌های زیادی کرد تا هم منتهی به خرد جمعی و هم زمینه‌ساز مشارکت هرچه بیشتر شهروندان در اداره امور اداری و حرکت به سمت دموکراسی اداری باشد و از این طریق از دامنه فعالیت‌های اقتصادی دولت نیز کاسته شود. اداره می‌تواند درخصوص بسیاری از فعالیت‌های جاری و روزمره خود در راستای ارائه خدمات عمومی و در جهت بهتر و به‌روز شدن امور از مردم دعوت به عمل آورد و با اعلام فراخوان‌های عمومی در بستر اینترنت برای کمبودهای عملکردی و سازمانی خود درخواست ایده و یا یاری نماید تا از طریق این ایده‌های نوین عملکرد بهتری را رغم بزند.

References

[1] AbuTarabi Zarchi, M. H. & Ebrahimi, S. N. (1400). New Technologies for Online Dispute Resolution: Opportunities and Challenges with a Focus on Online Crowdsourcing, *Legal Studies*, 13(3), 1-32. (in Persian)
[2] Ahmadibani, R. & Atrian, F., Ghamami, S. M. M. (1401). People-centered principle with emphasis on cooperatives in general policies of resistance economy, *New approaches of jihadi management and Islamic governance*, 8, 48-64. (in Persian)
[3] Aragonès, E. & Sánchez-Pagés, S. (2008). A theory of participatory democracy based on the real case of Porto Alegre, European Economic Review, doi:10.1016/j.euroecorev.2008.09.006, 1-43.
[4] Breakfast, N. & Mekoa, I. Maphazi, N. (2015). Participatory Democracy in Theory and Practice: A Case Study of Local Government in South Africa, Africa's Public Service Delivery & *Performance Review*, 31-51.
[5] Bahadri Jahormi, A. & Alipour M. R. (1401). Legal Feasibility of Crowdsourced Revision of Laws and Regulations, *Knowledge of Public Law*, 11 (35), 25-50. (in Persian)
[6] Jamshidi, A. Patfat, A. (1395). Citizen's rights in the light of new administrative practices, *Bioethics*, 6 (21), 23-50. (in Persian)
[7] Javaid, M J. & Fatahi Zafarqandi, A. (1392). People's participation strategies in the administration of the Islamic government, *knowledge of Public Law*, 2 (6), 69-88. (in Persian)
[8] Jalali, A. Gurji Azandriani, A. (1398). Participatory democracy and urban referendums in the Italian legal system, a model for completing the Iranian legal system, *Comparative Law Studies*, 10 (2), 429-448. (in Persian)
[9] Gilia, C. (2013). the Citizen Instrument and Beneficiary of Local Participatory Democracy Models of Good Practices: The French Experience, *Procedia Social and Behavioral Sciences*, 81, 255-258.
[10] Hosseini Sadrabadi, I. & Mohammad pour, M. J. (1402). Public participation in drafting and amending the law, *Knowledge of Public Law*, 12 (40), 87-114. (in Persian)
[11] Hosseini, M. J. & Hosseini Sadrabadi, I. Hemmti, M. (1402). Fundamentals of Participatory Democracy, *Law and Political Studies*, 3 (3), 168-185. (in Persian)
[12] Habibnejad, S. A. & Ameri, Z. (1398). The role of people's participation in establishing urban regulations; Comparative study of Western and Iranian law, *comparative study of Islamic and Western law*, 6 (3), 1-28. (in Persian)
[13] Hayek, M. (1400). The relationship between the culture of new participatory democracy and the use of social networks, *media mass communication tools*, 32 (4), 75-98. (in Persian)
[14] Rahmatullahi, H. & Aghamohammad Aghaei. E. (1392). An introduction to the role of the government in the process of people's participation, Shiraz University Legal Studies, 5 (3), 67-107. (in Persian)
[15] Rezaei, H. Mirzadeh Kohshahi, N. (1397). The Role of Citizens' and Employees' Participation in Optimal Administrative Decisions Administrative Law, 6 (17), 9-30. (in Persian)
[16] Seyed Javadin, S. R. (1397). Fundamentals of Organization and Management, Tehran, Negah Danesh Publications (in Persian)
[17] Salvatian, S. & Khajehian, D., Mashriqi, M. (1398). Designing crowdsourcing process of creative ideation for radio drama productions, *Innovation and Creativity in Humanities*, 9 (3), 189-230. (in Persian)
[18] Tahan Nazif, H. & Hakemi, M. A, Rasti, A. (1400). Crowd Law Development of Participation in Rule Making, *Bi-quarterly Scientific Journal Letter of Culture and communications*, 6 (1), 25-56. (in Persian)
[19] Yakhashki, H. (1401). Modern Public Administration: Privatization and its Challenges, *Finance Law Knowledge*, 6 (19), 80-98. (in Persian)
[20] Zablizadeh, A. (1395). social media facilities and capacities for public monitoring of Rahor police performance, *Rahvar research studies*, 5 (18), 141-168. (in Persian)
[21] Zulfiqarzadeh, M. M. & Shahsawari, Z. (1398). Public policy outsourcing and attracting public participation in the public policy making process: Lessons for Iran, *Public Policy*, 5 (2), 185-205. (in Persian)

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 56-74

Challenges of the Distinction Criteria between Evident Deception and Grosser Fraud in the Unanimous Verdict of 821 from a Legal-Economic Standpoint

S.H. Hosseini Moghaddam [1*], H. Hamzeh Robati [2]

1- Associate Professor of Private Law, Faculty of Law and political science, Mazandaran University, Mazandaran, Iran.
(*-Corresponding Author Email: s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir)
2- p.h.d student in Private Law, Mazandaran University, Mazandaran, Iran.

Received: 9 November 2024 Revised : 17 December 2024 Accepted: 27 January 2025 Available Online: 18 March 2025	**How to cite this article:** Hosseini Moghaddam, S.H., Hamzeh Robati, H. (2024). Challenges of the Distinction Criteria between Evident Deception and Grosser Fraud in the Unanimous Verdict of 821 from a Legal-Economic Standpoint. *Encyclopedia of Economic Law Journal, 31*(26): 56-74. (In Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.85515.1329

1- INTRODUCTION

Contracts are a common means of distribution and exchange of wealth. The parties to the contract act in their own interest and each of them wants to be the winner of the transaction, take as much as possible and give as little as possible. Thus, the commercial profit is obtained and it becomes an incentive for money circulation. The law also considers profit-seeking as legitimate and a prerequisite for contractual freedom. Sometimes the inequality of the exchanged values is so great that disrupts the economic balance of the contract and the scale of justice deviates to one side. Therefore, since the economic balance of contracts is one of the main goals and indicators in contract law to realize commutative justice, in Article 416 of the Civil Code, the legislator has provided for the right of termination due to evident deception for the victims of economic inequality.

Oppositely, the parties usually deprive themselves of the options and invalidate them, especially the option of lesion, in order to stabilize the contract and prevent the termination of the transaction. There was a disagreement among the courts and the jurisprudence experts as to whether invalidation of lesion includes all circumstances. Finally, the General Board of the Supreme Court issued unanimous verdict No. 821 and clarified that "Pursuant to articles 416 et seq. of the Civil Code, in cases of 'gross' fraud, the deceived party has the right of termination (the option) in accordance with other conditions. If the waiver of the right is conditioned under Article 448 of this law, depending on the circumstances of reasonable behavior, the aforementioned condition is outside the highest levels of lesion which is conventionally considered 'Grosser Fraud'". Therefore, the purpose of the parties from insertion of lesion clause merely includes evident deception and doesn't involve higher levels, i.e. "grosser fraud", because they didn't have inherent consent in its waiver.

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

However, distinction of evident deception from grosser fraud for contract termination is one of the fundamental challenges, because the correct distinction of evident deception from grosser fraud by a judge is like a therapist who correctly diagnoses a disease and avoids the unpleasant consequences of a misdiagnosis. Thus, a correct diagnosis by adopting a correct and close to the truth method can lead to the economic status restitution of the deceived party or contractual stability and the maintenance of the economy of the concluded contract and according to circumstances, misdiagnosing can cause economic failure or the destruction of a contract that has been unjustifiably terminated. Hence, there has always been an effort to determine a certain and understandable criterion to distinguish evident deception and grosser fraud. In the legal texts, the "grosser fraud" degree is not mentioned and only in the unanimous verdict of 821, grosser fraud has been ruled as one of the legal resources. On one hand, the civil law generally declared custom as the criterion for identifying lesion. Thus, in order to identify grosser fraud it is necessary to refer to custom by extrapolating the criteria of Article 417 of the Civil Code. In the cases where the waiver of the evident deception option is conditioned, in distinction of gross fraud from grosser one it must be investigated whether the custom pays attention to the state of the parties or the circumstances of that transaction or the type of similar transactions or the type of people. Since paying attention to the unstable and unsteady arbitration of the custom makes it difficult to maintain the justified and legitimate economic interests of the parties, in order to secure these interests and the intention of the parties, special attention should be paid to the specific circumstances of the transaction and the parties and only in cases of ambiguity, one should pay attention to a typical behavior in transactions. Therefore, using a suitable method in determining the degree of lesion maintains the economic balance of the parties and the legitimate economic interests, prohibits unhealthy competition and the acquisition of illegitimate benefits, prevents economic failure and failure of the financial markets, etc.

Therefore, according to the aforementioned unanimous verdict on evident deception and grosser fraud the challenges of their identification are examined. In paragraph 1, we will examine the levels of lesion option; in paragraph 2, we discuss the benefit of separating gross fraud from grosser fraud and criticize unanimous verdict No. 821; and in paragraph 3, we discuss the criteria for identifying evident deception and grosser fraud and its economic efficiency.

2- PURPOSE

In stipulating waiver of a level of lesion option in transactions, the correct identification of lesion levels based on the unanimous verdict No. 821 has a direct effect on the survival and stability of the contract and maintaining the economic balance. Thus, the interpretation of the mentioned condition in the courts and the solution to resolve the challenge of distinguishing lesion option's levels should be in such a way that ensures legal and judicial efficiency in terms of economic aspect. Therefore, identifying the levels of lesion based on the state of the parties and the type of transaction has the efficiency effect on the market.

3- METHODOLOGY

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

4- FINDINGS

Lesion has inconsiderable, gross, and grosser degrees. In order to identify the degree of lesion against the waiver of option clause, one should pay attention to the present customs, i.e. the status and intention of the person doing the transaction and the circumstances of the transaction. Identifying lesion degrees with a legal-economic approach will cause contractual stability, especially in terms of maintaining the economic system of the parties and the market. Differentiating the degrees of lesion with an economic approach leads to achieving the highest profit with the lowest cost. Hence, distinguishing the degrees of lesion according to the present custom has Pareto-type efficiency, as the reallocation of benefits improves one's status without making others worse off.

5- CONCLUSION

By the issuance of unanimous verdict No. 821, the highest level of lesion, i.e. the grosser fraud which has been used repeatedly by lawyers and jurists was accepted and the levels of lesion legally divided into negligible lesion (simple lesion), non-negligible lesion in gross amount and non-negligible lesion in grosser amount and had prescribed support. The basis of identification and criteria for determining and distinguishing these cases has been assigned to the general custom. According to Article 417 of the Civil Code and the aforementioned unanimous verdict, the basis for identifying lesion is the contractual custom and the reasonable behavior of individuals. At first, the legislator has resorted to generic custom to identify simple lesion, evident deception, and grosser fraud and has considered the general and conventional criteria as the basis of customary loss. The jurists have also considered a generic criterion (financial loss) as a criterion for recognition and identification, provided that there are no subjective reasons to the contrary; otherwise, for subjective and special reasons the generic criterion will be excluded from the generality and one should pay attention to the specific case and act on it. The legislative process of the Civil Law and Article 419 demonstrates the same principle that in dealing with the criteria for distinction of evident deception from grosser fraud the court should initially consider generic custom based on reasonable behavior and conventional custom. If the generic custom doesn’t neglect in differences of the exchanged values or considers the amount to be grosser, it dictates the positiveness of the option. Then, the party (deceived party) who claims that the specific circumstances governing the contract and the special conditions of the parties at the time of the conclusion of the contract to be contrary to a typical behavior bears the burden of proof. If it's proven, the generic criterion is removed from the circle of discrimination and the subjective standard is replaced, so the loss is eliminated and gross lesion is identified and separated from grosser fraud. From the economic viewpoint, this analysis is more compatible with the commutative justice of the contract and according to the circumstances can fairly maintain or revive the economy of the contract and the parties. In an orderly society, the existence of security in transactions and economic order is crucial; on the one hand for thrive of transactions and, as a result, the creation of wealth and its circulation, and on the other hand, for entrepreneurship. The parties must have a

precise criterion, to determine the boundary between negligible or ineffective lesion by "evident and waivable deception", and the non-waivable lesion by "grosser fraud". And in case of any dispute, they can be sure that by filing lawsuit in judicial authority, the court determines these limits based on a specific legal criterion and resolves the dispute by referring the matter to an expert. Currently, the status of grosser fraud has been legalized based on unanimous verdict 821, and the non-affectation of waiving evident deception on grosser fraud has also been clarified, but there is no fixed standard on how to identify and determine these two. We suggest that Article 417 of the Civil Code should be amended and the provisions of the unanimous verdict should be included in the text of Article 417, as a result, grosser fraud is not invalidated by the evident deception waiver clause. On the other hand, like the provisions of the former article 417, the legislator should set the criteria for determining evident deception to be more than one-fifth to a quarter of the price, and the criterion for grosser fraud to be more than a quarter of the price or more than one-third of the price during the transaction. So that judicial experts don’t get deadlocked in expressing their opinions with the excuse of customary differences and according to Article 19 of the Law of Experts and Article 262 of the Civil Procedure Law and by relying on specific legal criteria, they can express their opinions explicitly, reasoned and justified, and clear the way of courts in dealing with cases and lawsuits related to lesion option.

Keywords: Economic Balance; Evident Deception and Grosser Fraud; Unanimous Verdict Number 821; Contractual Stability; Customary Criterion; Generic and Subjective Criterion.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص ۷۴-۵۶

چالش‌های معیار شناسایی غبن فاحش و افحش در رأی وحدت رویه شماره ۸۲۱ از منظرحقوقی- اقتصادی

سیدحسن حسینی مقدم*[۱]، حسین حمزه رباطی[۲]

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۸

چکیده

حفظ تعادل اقتصادی در قراردادهایِ معوض یکی از تأکیدات حقوق قراردادهاست. معمولا در قراردادهای معوض طرفین، خیار غبن فاحش را ساقط می‌کنند. مطابق رأی وحدت رویه شماره ۸۲۱، سقوط خیار غبن فاحش، منصرف از مرتبه اعلای غبن است که عرفاً «فاحش» دانسته می‌شود. اما از چالش‌های پیش‌روی محاکم و مدعی غبن فاحش یا افحش، چگونگی شناسایی غبن فاحش از افحش می‌باشد. در ماده ۴۱۷ قانون مدنی، ملاک شناسایی غبن به داوریِ شکننده عرف محول گردید. بر مبنای ملاک این ماده برای تمییز بین غبن فاحش از افحش نیز بایستی به عرف حاکم مراجعه کرد. داوریِ عرف و نبودِ معیار مشخص، علاوه بر آنکه انگاره‌های شخصی دادگاه‌ها را در پذیرش یا ردّ غبنی که حسب مورد در عالم واقع رخ داده یا خیر، وارد می‌کند بلکه داوری عرف و رسوخ سلیقه شخصی قضات در تشخیص غبن فاحش و افحش، به ثبات قراردادی و تعادل اقتصادیِ طرفین و قرارداد لطمه میزند. از این‌رو معیار عرفی خود یک چالش در تشخیص مراتب غبن می‌باشد. با پذیرش معیار عرفی، بحث این است که آیا داوری عرف مطابق معیار نوعی می‌باشد یا شخصی؟ اگر عرف نوعاً به تمییز غبن فاحش و افحش اقدام کند، آیا وفق نوع اشخاص است یا نوع معاملات؟ اگر ملاک عرف شخصی باشد، معیار عرف بر اساس حال متعاملین خواهد بود یا شرایط و موضوع معامله؟ بر اساس مواد ۴۱۵، ۴۱۶، ۴۱۷ و ۴۱۸ قانون مدنی، بایستی ملاک عرف را تلفیقی از معیارهای نوعی و شخصی دانست تا بتوان معیار منطبق با واقع در تشخیص غبن فاحش و افحش، برای حفظ تعادل اقتصادی متعاملین ترسیم نمود، که «عرف حالی» یاد می‌شود.

کلیدواژه‌ها: تعادل اقتصادی؛ غبن فاحش و افحش؛ رأی وحدت رویه شماره ۸۲۱؛ ثبات قراردادی؛ ملاک عرفی؛ معیار نوعی و شخصی.

---

[۱]- دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.

(نویسنده مسئول Email: s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir)

[۲] – دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.

مقدمه

قرارداد وسیله مرسوم توزیع و مبادله ثروت است. طرفین قرارداد برای نفع خاص خویش فعالیت می‌کنند و هرکدام می‌خواهند در داد و ستد برنده باشند و هرچه بیشتر بستانند و هرچه کمتر بدهند. از همین امر سود تجاری به‌دست می‌آید و انگیزه برای گردش پول می‌شود. قانون نیز تلاش برای سودجویی را مشروع و لازمه آزادی قراردادی می‌دانند. گاه نابرابری از ارزش‌های مبادله شده چنان زیاد است که تعادل اقتصادی قرارداد را برهم می‌زند و شاهین عدالت به کژی گراییده می‌شود (katouzian, 2012: 373). لذا از آنجا که تعادل اقتصادیِ قراردادها، از اهداف و شاخص‌های اصلی در حقوق قراردادها برای تحقق عدالت معاوضی است، قانونگذار برای متضرر از نابرابری اقتصادی، حق فسخ ناشی از غبن فاحش را مطابق ماده ۴۱۶ قانون مدنی پیش‌بینی کرده است.

در مقابل این حق، معمولا متعاملین جهت ثبات قرارداد و جلوگیری از فسخ معامله، کافه خیارات به‌ویژه غبن را از خود سلب و ساقط می‌کنند. در اینکه آیا ساقط کردن خیار غبن، شامل تمام مراتب می‌شود یا خیر؟ بین محاکم و صاحبین نظر در فقه و حقوق، اختلاف وجود داشته که درنهایت هیئت عمومی دیوان عالی با صدور رای وحدت رویه شماره ۸۲۱، صراحتاً مقرر نمود «مطابق مواد ۴۱۶ و بعد قانون مدنی، در موارد غبن "فاحش"، با لحاظ دیگر شرایط مقرر، مغبون حق فسخ (خیار) دارد. چنانچه برابر ماده ۴۴۸ همین قانون، سقوط این حق شرط شده باشد، به اقتضای رفتار متعارف اشخاص، شرط یاد شده منصرف از مراتب اعلای غبن است که عرفا "افحش" دانسته می شود....» بنابراین مقصود طرفین از درج شرط سقوط خیار غبن، صرفاً شامل مرتبه فاحش می‌باشد ، فلذا از مراتب بالاتر یعنی«افحش» منصرف می‌باشد زیرا در سقوط آن طیب نفس نداشته‌اند.

با وجود این، تشخیص غبن فاحش از افحش برای فسخ قرارداد یکی از چالش‌های اساسی می‌باشد، چراکه تشخیص درست در غبن فاحش از افحش توسط قاضی، همانند درمان‌گری است که بیماری را درست تشخیص داده و از عواقب ناگوار تشخیص نادرست جلوگیری می‌کند. لذا تشخیص درست با اتخاذ شیوه‌ای صحیح و نزدیک به حقیقت می‌تواند موجب اعاده وضع اقتصادی مغبون یا ثبات قراردادی و حفظ اقتصاد قراردادِ منعقده گردد و تشخیص غلط آن حسب مورد می‌تواند به شکست اقتصادی مغبون یا نابودی قراردادی که بلاوجه فسخ شده، منتهی شود. از اینرو همواره، تلاش بر این بوده، معیار مشخص و قابل درکی برای تمیز غبن فاحش و افحش تعیین گردد. در متون قانونی مرتبه‌ای بعنوان «غبن افحش» به چشم نمی‌خورد و تنها در رای وحدت رویه ۸۲۱ به‌عنوان یکی از منابع قانونی، غبن افحش مورد حکم قرار گرفته است. از طرفی قانون مدنی به‌طور کلی، معیار شناسایی غبن را عرف اعلام نمود. بنابراین برای تشخیص غبنِ افحش نیز بایستی ناچاراً با ملاک از ماده ۴۱۷ قانون مدنی به عرف رجوع کرد. لیکن اینکه عرف برای تشخیص غبن افحش از فاحش در مواردی که سقوط خیار غبن فاحش شرط شده است، به حال طرفین یا اوضاع و احوال آن معامله نظر دارد یا به نوع معاملات مشابه و یا نوع افراد، نیاز به بررسی دارد. از آنجائیکه توجه به داوریِ غیرثابت و متزلزلِ عرف، حفظ منافع اقتصادیِ موجه و مشروع متعاملین را دشوار می کند، لذا بایستی جهت تأمین این منافع و مقصود طرفین ، به اوضاع و احوال خاصِ معامله و متعاملین توجه ویژه داشت و تنها در موارد دارای ابهام، به رفتار نوعی در معاملات توجه نمود. بنابراین اتخاذ روشی مناسب در تعیین مراتب غبن، موجب حفظ تعادل اقتصادیِ طرفین، حفظ منافع اقتصادیِ مشروع، منع رقابت ناسالم و منع کسب منافع نامشروع، منع شکست اقتصادی و بازارهای مالی و ... می شود.

لذا مطابق رای وحدت رویه مذکور در رابطه با غبن فاحش و افحش، چالش‌های شناسایی آنها در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته و در بند ۱، به بررسی مراتب خیار غبن ؛ بند ۲، به فایده تفکیک غبن فاحش از افحش و نقد رای وحدت رویه ۸۲۱؛ و بند۳، به معیارهای شناسایی غبن فاحش و افحش و کارآیی اقتصادی آن، می‌پردازیم.

۱- شرایط و مراتب خیار غبن

در اصطلاح فقهی به مالکیت در آوردن مال است به قیمتی زیادتر از قیمت اصلی که همراه با جهل طرف دیگر باشد (ansari,2020:233). در تعریف غبن ماده ۴۱۶ قانون مدنی آورده «هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند». در ماده ۴۱۷ غبنی که عرفاً قابل مسامحه نباشد را مرتبه فاحشِ غبن دانسته است. بدین‌رو، جوهر غبن در عدم تعادل بین دو عوض به میزان فاحش(چشم گیر) در زمان معامله است و مبنای خیار غبن، جبران همین ضرر نارواست که در اثر عدم تعادل بین عِوض معامله و ارزشی که مورد معامله واقعاً دارا است، به یکی از طرفین (مغبون) وارد می‌شود.(shahidi, 2012: 58 ؛ katouzian, 2012: 371)

ماده ۴۱۷ قانون مدنی قبل از اصلاح در سال ۱۳۶۱، ضابطه اجمالی از اختلاف قیمت و تعیین مراتب غبن را بدین ترتیب بیان می‌کرد «اگر غبن به مقدار یک‌پنجم قیمت یا بیشتر باشد، فاحش است و در کمتر از مقدار مزبور در صورتی فاحش است، که عرفاً قابل مسامحه نباشد.» ماده مزبور در تاریخ ۱۳۶۱/۱۰/۰۸ چنین اصلاح شد «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.» قانون منسوخ ضابطه‌مندتر و شفاف بود و همه قضات رویه یکسانی داشتند. اما سپردن ضابطه تشخیص غبن به عرف، به پیروی از نظر مشهور فقها، قدری آن را دچار اشتباه در تشخیص کرده است. به‌نظر نمی‌رسد قاضی به عرف مراجعه کند، بلکه خودش را جای عرف می‌گذارد.(kariminia et al, 2021: 97)

برای تشخیص و بررسی مراتب خیار غبن بایستی شرایطی که در تحقق خیار غبن و تشخیص مراتب غبن موثر است را تحلیل نمود که عبارتند از:

۱-۱- خیار غبن مختص به طرفین عقد

منتقل‌الیه قراردادی، حق فسخ قرارداد اولی را به‌علت غبن ندارد. چراکه ملاک غبن ضرری است که ناشی از عدم رعایت تعادل قراردادی به مغبون وارد می‌شود و وی می‌تواند در راستای نفی ضرر مطابق قاعده لاضرر، در مقام جبران آن برآید و فسخ معامله را به‌عنوان یکی از راه‌های جبران زیان یاد شده اعمال کند. بنابراین اشخاص ثالث مانند منتقل‌الیه قراردادی نمی‌تواند معامله را فسخ کنند. در میان اشخاص ثالث، ولی قهری، قیم و منتقل‌الیه قهری (ورثه) حق فسخ معامله را دارند. در ارث حقوق قانونی قهراً به ورّاث منتقل می‌شود و این موضوع در ماده ۴۴۵ قانون مدنی تصریح شده است. در ولایت و قیمومت نیز چون اراده مولّی‌علیه نافذ نیست و اراده حقوقی وی به‌وسیله ولی یا قیم اعلام می‌شود، تنها اراده آنها در خیار غبن نافذ است که اختیار اجرای آن مبتنی بر رفتار توأم با مصلحت برای مولّی‌علیه می‌باشد.

۲-۱- حاکمیت خیار غبن در معامله معوض

تمییز مراتب غبن صرفا در معاملات معوض و مغابنه ای موثر است. زیرا خیار غبن مخصوص عقود معوض است. جایی‌که دو ارزش با هم مبادله می‌شوند، اگر زیان ناشی از نامتعادل بودن عوض با معوض به یکی وارد شود، خیار غبن جهت جبران زیان محقق می‌شود. غبن در معاملات غیرمعوض و مبتنی بر مسامحه وجود ندارد. در عقودی که عوضی در آن نیست ادعای نامتعادل بودن معوض مسموع نیست. حتی در عقود رایگان و مبتنی بر مسامحه که شرط عوض می‌شود نیز، شرط مذکور ساختار اصلی عقد رایگان را برهم نمی‌زند و آن را معوض نمی‌سازد. پس اگر تعادلی بین آن دو وجود نداشته باشد، به قرارداد لطمه نمی‌زند. بنابراین در این عقود، با وجود نظرات مخالف، غبن راهی ندارد. در عقود احتمالی مانند بیمه یا شرطبندی در مسابقات اسب‌دوانی و غیره، تسامح در میزان دو عوض آشکارا دیده می‌شود و چون تشخیص سود و زیان واقعی دو طرف در هنگام عقد ممکن نیست و تراضی طرفین بر تسامح و اتفاق است، اصولا خیار غبن به‌وجود نمی‌آید همانطور که در ماده ۷۶۱ قانون مدنی همین قاعده بیان شده است.(mostafavi et al, 2014: 15; katouzian, 2012: 371)

۳-۱- عدم تعادل اقتصادیِ عوضین به‌طور فاحش

تفائت قیمت دارای مراتبی می باشد از جمله تفاوت قیمت قابل مسامحه و تفاوت قیمت غیرقابل مسامحه. با توجه به این تقسیم مراتب تفاوت قسمت باید گفت که صِرف غبن و تفاوت قیمتِ عوضین موجب تحقق خیار نیست بلکه در صورتی خیار غبن ثابت است که عدم تعادل ارزش عوضین فاحش و غیرقابل تسامح باشد. تفاوت قیمت غیرفاحش، عرفا قابل مسامحه است چراکه طرفین در قرارداد معاوضه و مغابنه‌ای درصدد دریافت هر چه بیشتر

از طرف مقابل و پرداخت کمتر به او می‌باشد و این جریان به‌طور طبیعی موجب عدم تعادل ارزش می‌شود و از همین امر سود تجاری به‌دست می‌آید و انگیزه برای گردش پول می‌شود. اما این تلاش برای کسب سود باید متعارف باشد. اختلاف قیمت ناشی از چانه‌زنی‌های قراردادی، امری متعارف محسوب می‌شود. ازاین‌رو این میزان اختلاف قیمت عرفی را غبن می‌گویند که وفق قانون قابل فسخ نمی‌باشد. گاه نابرابری از ارزش‌های مبادله شده چنان زیاد است که تعادل اقتصادی قرارداد را برهم می‌زند و شاهین عدالت به کژی گراییده می‌شود (katouzian, 2012: 373; katouzian, 2021: 90). چنین تفاوت قیمت چشم‌گیری را فاحش می‌گویند. مقنن برای حفظ عدالت معاوضی قرارداد، برای تفاوت‌های فاحش در ارزشهای قراردادی، حق فسخ پیش‌بینی کرده است. بنابراین برای امکان فسخ بایستی غبن فاحش یا بالاتر باشد.

٤-۱- ملاک خیار غبن تفاوت فاحشِ قیمت در زمان انجام معامله

برای اینکه قائل به خیار غبن شد، عدم تعادل اقتصادی قرارداد بایستی در زمان انجام معامله وجود داشته باشد. تفاوت قیمت در زمان تقاضای فسخ قرارداد ملاک خیار غبن قرار نمی‌گیرد. نوسانات اقتصادی جامعه قطعاً بر قیمت‌ها تأثیر چشمگیری می‌گذارد. در معاملات مستمر و مدت‌دار و یا معاملاتی که هنوز قطعی نشده این بحث پیش می‌آید که آیا حدوث اختلاف قیمت، بعد از انجام معامله و در زمان استمرار آن تا قبل از انجام تعهد و یا قطعیت قرارداد، موجبی برای خیار غبن است یا خیر؟ این نوع اختلاف قیمت را «غبن حادث» می‌گویند که مورد بررسی نیز قرار گرفته است.

مطابق قانون مدنی غبن حادث ملاک خیار غبن نیست بلکه تفاوت بایستی در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته باشد. هر چند عدالت قراردادی حکم می‌کند که شرایط طرفین در زمان اجرای قرارداد و تعهد نبایستی به‌طور گزاف و فزاینده‌ای تفاوت پیدا کند به‌طوری که با وقوع شرایطی مانند تحریم، یک طرف قرارداد روز به روز بر دارایی‌اش افزوده و دیگری به ورشکستگی اقتصادی و حتی فروپاشی خانوادگی نزدیک شود. غبن حادث در قراردادهای مشارکت در ساخت مبتلابه است که رویه قضایی چاره‌ای برای شرایط جدید و غیرقابل پیش‌بینیِ حادث شده در زمان اجرای قرارداد نیاندیشیده است. مقنن در مواردی مانند قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ برای غبن حادث و عدم تعادل اجاره‌بها امکان تقاضای تعدیل را تصویب نموده است. همچنین تقاضای اعسار و تقسیط وجه قراردادی و امکان تقاضای تعدیل آن را بنوعی می‌توان چاره اندیشیِ قانون برای غبن حادث دانست. نظریه غبن حادث از عدالت و انصاف پیروی می‌کند. گاهی تحولات اقتصادی به قدری شدید است که الزام به انجام تعهدات، ضرری و ناعادلانه جلوه می‌کند. در حوزه قراردادهای معاوضی، اقتصاد و مسائل اقتصادی نقش اساسی را ایفا می‌کند، لذا شایسته است تا همواره کارآمدی اقتصادی را مقدم بر سنت‌گرایی بدانیم و در تفسیر، بر اساس مسائل اقتصادی عمل کنیم. بنابراین، اگر الزام به انجام تعهد در اثر تغییر اوضاع و احوال شرایط قرارداد نسبت به زمان انعقاد آن، مستلزم ورود ضرر غیرمتعارف به متعهد گردد، یا باید قرارداد را فسخ نمود و یا شرایط قراردادی را تعدیل نمود. اینکه چه غبنی فاحش است و چه غبنی غیرفاحش، به نظر قاضی سپرده شده تا مطابق عرف، فاحش بودن یا نبودن تفاوت قیمت را مورد حکم قرار دهد.

۵-۱- جهل مغبون به قیمت واقعی مال در زمان انجام معامله

اگر مغبون با علم به قیمت واقعی مبادرت به انجام معامله با تفاوت فاحش قیمت نماید، خیار برای وی به‌وجود نمی‌آید چراکه وفق قاعده اقدام علیه خود عمل نموده است. همچنین اگر مغبون در شرایطی باشد که فرض بر علم وی برود مانند کارشناس رسمی دادگستری در حوزه املاک ادعای غبن در شهر محل حوزه خود را نماید، می‌توان وی را عالم فرض کرد و خیار غبن را محقق ندانست. هر چند در این خصوص اختلاف‌هایی است، اما لااقل می‌توان علم وی را فرض نمود مگر آنکه عدم علم خود را به دلایل متقنی بتواند اثبات نماید. در موارد علم مغبون به قیمت واقعی، خیار وی ساقط نمی‌شود بلکه اساساً خیار غبن به‌وجود نمی‌آید و حتی استفاده واژه مغبون برای چنین شخصی نیز مبتنی بر مسامحه است و واقعی نیست.

علمِ بعدی مغبون، تأثیری در سقوط خیار ندارد مگر بعد از علم به قیمت واقعی و مغبون واقع شدن، خیار غبن را با قید فوریت

(عرفی) اعمال نکند که در این صورت موجب سقوط خیار غبن می‌گردد. در مقام اثبات علم یا جهل مغبون، بنظر نباید مغبون را جاهل به قیمت فرض کرد، بلکه اصولا اوست که باید جهل به قیمت را اثبات کند. برخی از حقوق‌دانان اعلام می‌دارند که جهل مغبون بایستی جهل مرکب باشد و الا اگر بداند که قیمت مال را نمی‌داند و با این وصف وارد معامله شود، حق خیار ندارد و مغبون محسوب نمی‌گردد (Jafari Langroudi, 2013: 487). شاید دلیل این نظر قاعده اقدام باشد که شخص با علم خود به ناآگاه بودن، وارد عرصه معامله یا تجارت می‌شود و باید از عهده نتایج ناشی از اقدام خود برآید. اما به‌نظر این امر ضروری نمی‌باشد و ملاک، جهل به قیمت واقعی است. حال چه شخص به جهل خود علم داشته باشد یا خیر. هدف از خیار غبن جبران ضرری است که فرد ناخواسته متحمل شده است. قطعا اگر فرد قیمت را هم نداند، درصدد انجام معامله‌ای منصفانه و متعادل است و از معامله‌ای غیرعقلانی و ضرری پرهیز می‌کند. در این شرایط چطور علم به جهل قیمت را می‌توان دلیلی بر عدم رعایت توازن اقتصادی قرارداد پنداشت؟! راه‌حل قانونی بایستی در حفظ تعادل قراردادی باشد و قاضی و حقوقدان در مسیر احقاق حق و ترویج عدالت گام بردارد. لذا به گفته بعضی از فقیهان، مرکب یا بسیط بودن جهل مغبون در ثبوت خیار غبن تأثیری ندارد و خیار ثابت است.(ansari,2020:249)

از طرفی برخی نیز معتقدند که اگر معلوم شود، مغبون به دلیل رغبت فراوان به انجام دادن معامله یا وضع ویژه معیشت و تجارت خود، اگر از قیمت واقعی آگاه بود نیز در رضای به عقد درنگ نمی‌کرد، باید معامله را لازم شمرد؛ زیرا اثبات این وضع به معنای تسامح او به هنگام عقد در تعادل اقتصادی بین دو عوض است. نکته ای که نابرابری فاحش را بی اثر می‌کند (katouzian, 2012: 374). این موضوع یک امر درونی است که به سادگی قابل کشف نمی‌باشد، محاکم به علم یا عدم علم و تفاوت قیمت در زمان معامله توجه می‌کنند و انگیزه در حدی که تفاوت فاحش را بپذیرد قابل دستیابی نیست و فرضاً هم معامله‌ای مبتنی بر تسامح است یا غیرعقلایی. اما پیرامون وضعیت ویژه معیشت و تجارت باید گفت که چنین معامله‌ای مبتنی بر اضطرار است که معامله اضطراری صحیح می‌باشد مگر معامله اضطراری همراه با سوءاستفاده طرف باشد که با قواعد دیگری غیر از غبن مورد خدشه است.

برخلاف معنی غبن که فریفتن می‌باشد و چنین می‌رسد که بایستی غابن مغبون را بفریبد اما در فقه و قانون مدنی ملاک تحقق غبن، صرفا عدم علم مغبون بیان شده و اثری برای علم یا جهل غابن در تحقق خیار غبن قائل نشدند. ملاک تحقق خیار غبن، انجام عملی توسط غابن برای فریب مغبون نیست. لذا اگر غابن نسبت به قیمت واقعی مال، جاهل باشد و اقدامی فریبکارانه هم انجام ندهد، با اختلاف فاحش قیمت، غبن محقق می‌شود.

٦-١- فوریت اعمال خیار غبن بعد از علم به تحقق غبن

مقصود از فوری بودن، فوریت عرفی است که رعایت آن به نظر قاضی نهاده شده است و بایستی یک سری لوازم آن برای فوریت عرفی مدنظر قاضی قرارگیرد. لوازم عرفی که برای اعمال خیار غبن لازم است، قطعا بایستی آن را در مهلت عرفی مدنظر و محاسبه قرار داد مانند مراجعه مغبون به وکیل دادگستری برای اخذ مشاوره، تهیه و پرداخت حق‌الوکاله، تنظیم و ارسال دادخواست از طریق وکیل یا دفتر خدمات، تنظیم و ارسال اظهارنامه از طریق وکیل یا دفتر خدمات و غیره، همگی از لوازم عرفی اعمال خیار غبن می‌باشند که بایستی مهلت مناسبی برای اقدامات مغبون در فوریت عرفی لحاظ گردد. بنابراین نباید انتظار داشت مغبون تازه از سفر برگشته در فرودگاه مطلع از غبن معامله خویش شد مستقیماً برای اقامه دعوی یا ارسال اظهارنامه راهی دفتر خدمات قضایی یا دادگستری شود. حسب معاملات متفاوت اعم از سبک یا سنگین، مهلت عرفی متغیر است و هر تأخیری از موجبات اسقاط حق خیار نیست.

۲- تمییز بین غبن فاحش و افحش و نقد رای وحدت رویه ۸۲۱؛

مطابق قانون و عقیده حقوقدانان و فقها، هر اختلاف قیمتی موجب ایجاد حق فسخ ناشی از خیار غبن برای متضرر نمی‌باشد؛ بلکه برای غبن مراتبی ذکر شده که برخی از این مراتب حق فسخ ایجاد می‌کند. گاه در قرارداد (قانون حاکم بر متعاملین) طرفین

شروطی درج می‌شود که هر اختلاف قیمتی را نمی‌توان مبنای خیار غبن قرارداد و برای رهایی از زیان ناشی از اختلاف قیمت، معامله را فسخ نمود.

قانون مدنی فقط دو مرتبه برای غبن (غبن ساده و غبن فاحش) ذکر کرده و نامی از غبن افحش نیاورد، اما رای وحدت رویه شماره ۸۲۱، مرتبه غبن افحش را مورد حکم قرار داد. فایده تمییز مراتب غبن این است که قانون صِرف تفاوت قیمت را ملاکِ خیار غبن نمی‌داند بلکه تفاوتی را منجر به تحقق خیار بیان می‌کند که عرف آن را قابل مسامحه نداند. به بیان دیگر، عدم تعادل اقتصادی بایستی فاحش و چشمگیر باشد. متعاملین نیز در قرارداد، به‌طور معمول خیار غبن ولو فاحش را از خود سلب و ساقط می‌کنند و به مراتب اعلی در غبن اشاره‌ای نمی‌کنند. شناسایی مراتب غبن موجب می‌گردد تا دادگاه با تطبیق آن با اراده متعاملین و قانون، حسب مورد تصمیم به تأیید فسخ قرارداد بگیرد یا خیر. از مجموع نظرات می‌توان غبن را به مراتب ذیل تقسیم کرد:

۱-۲- غبن ساده(یسیر)

اختلاف و تفاوت قیمتی که در زمینه کسب و معامله لحاظ نمی شود و عرف به آن با دیده اغماض می‌نگرد و چاشنی داد و ستدها می‌باشد. (Isfahani & Khomeini, 2001:348 & 349) این مقدار در عقود معاوضی و روابط اقتصادی هر طرفی بدنبال کسب سود برای خود است. تلاش برای کسب سود انگیزه برای انجام معاملات می‌گردد. سِیر طبیعیِ تلاش برای کسب منفعت بیشتر، سبب تفاوت قیمت می‌گردد و این تفاوت قیمت که عرف نسبت به آن تسامح دارد لازمه معاملات و روابط اقتصادی است. مقنن نیز در ماده ۴۱۶ قانون مدنی برای صِرف غبن، قائل به حق فسخ نشده است.

۲-۲- غبن فاحش

اختلاف قیمتی را فاحش می‌گویند که مردم آن را مورد ملاحظه قرار داده و اغلب به مثل آن در هنگام معامله تسامح نمی‌کنند و غیرقابل اغماض باشد (mohaqiq heli, 1989: 420). قانون مدنی در ماده ۴۱۷ غبنی را فاحش می‌داند که عرفا قابل مسامحه نباشد و صرفا برای این نوع غبن حق فسخ بر اساس ماده ۴۱۶ پیش‌بینی نمود. مطابق منطوق و مفهوم مخالف مواد ۴۱۷ و ۴۱۶ قانون مدنی، فقط دو نوع غبن یعنی غبن غیرقابل مسامحه از نظر عرف (غبن فاحش) و غبن قابل تسامح و غیرفاحش (غبن ساده)، مورد شناساییِ قانون مدنی قرار گرفته که نوع اول قابل فسخ و نوع دوم غیرقابل فسخ می‌باشد.

ماده ۴۱۷ قانون مدنی قبل از اصلاح سال ۱۳۶۱، ضابطه اجمالی از اختلاف قیمت و غبن را چنین بیان می‌کرد «اگر غبن به مقدار یک‌پنجم قیمت یا بیشتر باشد، فاحش است و در کمتر از مقدار مزبور در صورتی فاحش است، که عرفاً قابل مسامحه نباشد.» ماده مزبور در تاریخ ۱۳۶۱/۱۰/۰۸ به عبارت ذیل اصلاح شد: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.» قانون منسوخ ضابطه‌مندتر بود و همه قضات رویه یکسانی داشتند. اما سپردن ضابطه تشخیص غبن به عرف، به پیروی از نظر مشهور فقها، قدری آن را دچار اشتباه در تشخیص کرده است. به نظر نمی‌رسد قضات به عرف مراجعه کنند، بلکه خود را جای عرف می‌نهند و براساس دیدگاه اقتصادی خود تصمیم می‌گیرند. طبیعتا یک قاضی که در زمینه‌های اقتصادی فعالیت مالی دارد، امکان دارد تفاوت ارزش را فاحش تشخیص داده و قاضیِ دیگر، غیرفاحش.(kariminia et al, 2021: 97)

۳-۲- غبن افحش

از غبن افحش در قانون مدنی ذکری نشده است. در رابطه با غبن افحش گفته‌اند که اصطلاح متداول فقهی و حقوقی است و مقصود غبن خیلی زیاد می‌باشد. اما از نظر قانون مدنی و به عقیده برخی از اساتید، غبن فاحش شامل همه مراتب غبن می‌شود(Jafari Langroudi, 2013: 488). فایده این تقسیم جایی است که شخص در قرارداد، خیار غبن فاحش را از خود سلب و ساقط می‌کند. عقیده این است که اگر شخص، غبن را به میزان فاحش از خود ساقط کرد و متعاقباً مشخص شود که غبن بیشتر از مقدار عرفیِ فاحش می‌باشد، این غبن افحش است و غبن در این مرتبه ساقط نگردید. بنابراین مغبون باتوجه به عدم‌تصریح غبن افحش درقانون مدنی، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، در اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مادهٔ ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، حق فسخ معامله را خواهد داشت.

در خصوص شرط سقوط خیار غبن فاحش آورده‌اند، به همان مرتبه‌ای از غبن که در وقت شرط کردن مورد قصدشان

بوده و عبارت شامل آن می‌شده، اکتفا می‌شود. اگر آنچه شرط شده، ساقط شدن مرتبه‌ای از غبن، مانند یک‌دهم باشد، سپس معلوم شود که غبن یک‌پنجم است، خیار ساقط نمی‌شود، بلکه اگرشرط کند که اگرچه غبن، فاحش یا افحش باشد، خیارساقط شود، خیار فقط نسبت به مقدار غبنی که در این‌گونه معامله محتمل هست، ساقط می‌شود نه بیشتر (Isfahani & Khomeini, 2001:349 & 350). میرزای قمی در جامع‌الشتات آورده: افحش وقتی رخ می‌دهد که تفاوت قیمت به ضِعف (دو برابر) برسد. همچنین می‌گوید: اگرخیارات هم ساقط شده باشد، مشمول خیار غبن ناشی از افحش نمی‌شود.

همچنین در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۹۶۲– ۱۳۹۲/۱۱/۲۰ دیوان عالی آمده: «ذکر عنوان سقوط خیار غبن ولو به هر درجه که باشد، صرفا شامل درجات خیار غبن فاحش بوده و غبن افحش را دربر نمی‌گیرد...» در رأی شعبه سوم دیوان عالی نیز آمده: «...آنچه اسقاط شده، مطلق غبن است و مقید به مرتبه خاصی از آن نیست. لذا قانونا و طبق موازین شرعیه آن، حاکی از مرتبه ادنی از غبن است و در هر مورد که غبن فاحش و غیرمتعارف باشد، اسقاط حق غبن، نافی استفاده از حق غبن نیست و غبن افحش به صورتی اطلاق می‌شود که بیشتر از غبن فاحش و تفاوت به وضوح و روشنی مشاهده شود.»(kariminia et al, 2021: 99). بنابراین در صورت سقوط خیار غبن، مغبون راضی به سقوط خیار و حق خود به مقدارِ افحش نبوده و نسبت به اسقاط این مرتبه طیب نفس ندارد. به حکم قاعده «لایحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه» مال مسلمان جز به طیب نفس او حلال نخواهد شد، همچنین است حق مسلمان یعنی «لایحل حق مسلم الا عن طیب نفسه» بنابراین حقی که مغبون نسبت به افحش دارد به صرف رضایت او به اسقاط فاحش، ساقط نمی‌شود. همانطور که اموال تبعیض‌پذیرند، اغلب بلکه جمیع حقوقِ مالی نیز تبعض‌پذیر هستند و گرچه خیار حقیقت واحدی است، لیکن دارای افراد متعددی می‌باشد. خیار ناشی از غبن فاحش فردی است غیر از خیار بواسطه غبن افحش. (ansari, 1990: 384; mamghani, 1931:79; rashti gilani, 1987: 429)

آیا برای غبن، مرتبه‌ای بالاتر از افحش نیز می‌توان تصور کرد؟ فقها و حقوقدانان از غبن بالاتر از غبن افحش سخنی به میان نیاورده‌اند. حد ادنی برای غبن را فاحش و حد اعلی آن را افحش اعلام کرده‌اند. بنابراین نمی‌توان بالاتر از اعلی مرتبه‌ای را تصور کرد. به‌نظر اگر مبنایی را برای افحش قائل شویم، مثلا نصف یا بیشتر، اما اگر مالی به مبلغ بسیار ناچیز و نامتعادل‌تر از غبن افحش بفروش رود، چنین معامله‌ای، یا مبتنی بر تسامح واقع شده که دیگر در آن خیار غبن راه ندارد و یا معامله‌ای سَفَهی می‌باشد که بعلت غیرعقلایی بودن، باطل است نه قابل فسخ. با وجود این در کتاب وسیله النجاه آورده شد که در صورت شرط سقوط خیار غبن فاحشا کان افحش، ساقط نمی شود خیار اگر ارزش مال ده یا بیست درصد باشد (Isfahani & Khomeini, 2001:350). این یعنی اینکه برای غبن می توان مراتب بالاتری را هم پیشبینی کرد که البته به نظر بایستی مرتبه بالاتر از افحش را یا صلح محاباتی پنداشت و یا معامله غیرعقلایی و باطل.

٤-۲- رای وحدت رویه شماره ۸۲۱

اختلاف بین محاکم مبنی بر اینکه آیا سقوط خیار غبن شامل غبن فاحش و افحش هر دو می‌شود یا خیر؟ و اساسا آیا خیار غبن افحش در نظام حقوقی قابل پذیرش است یا خیر؟ منجربه صدور رای وحدت رویه شماره ۸۲۱ شرح ذیل شده:

پیرامون اختلاف نظر درخصوص شمول اسقاط غبن فاحش به افحش، شعبه سوم غبن افحش را اعلی مرتبه غبن دانسته که اسقاط غبن فاحش شامل آن نمی‌شود، بدین شرح «تصریح به سقوط خیار غبن در متن عقد منحصر به مرتبه‌ای است که به آن مقید شده و در صورت تحقق بیش از آن خارج از شرط سقوط است. علاوه، در تمام مراتب غبن ملاک در هر مرتبه از آن عرف در زمان معامله و اوضاع و احوال حاکم بر آن است. در متن قراردادها تصریح به سقوط غبن فاحش شده است. فرجام‌خواه مدعی است که غبن افحش است. مصداقی از غبن فاحش خمس قیمت و بنابه فتاوی معتبر بعضاً عشر قیمت صدق می‌کند در صورت صحت، غبن افحش به اعلی مراتبه است. با عنایت به اینکه اسقاط خیار غبن ولو فاحش در صورتی ساقط می‌شود که در حین معامله احتمال آن داده می‌شد، لذا اگر غبن بیش از مقدار احتمال باشد به عبارتی غبن افحش باشد، خیار غبن ساقط نخواهد شد.» لیکن شعبه نوزدهم به

لحاظ مفهوم عرفی و تعریف قانونی غبن، استناد به غبن افحش را در موارد اسقاط غبن فاحش خالی از وجه دانسته، بدین توضیح «اعمال خیار غبن مقرر در ماده ۳۹۶ با ماده ۴۱۶ همان قانون با افزودن فاحش بودن مقید شده است و سپس ماده ۴۱۷ قانون مدنی احراز فاحش بودن خیار را به عرف واگذار نموده است و با این‌وصف به هر میزان عوض که طرفین از آن مسامحه ننمایند داخل در تعریف غبن است و طرف مغبون اختیار فسخ خواهد داشت درحالی‌که طرفین به موجب قرارداد از قبل این خیار را ساقط نموده‌اند و تفکیک بعدی خیار به فاحش یا افحش گرچه در نوشتار حقوقی به کرّات استفاده می‌شود نظر به مفهوم عرفی خیار غبن و فاحش بودن آن بدون وجه بوده و از این حیث نیز استناد بر اعمال خیار به استناد غبن افحش نیز خالی از وجه است؛ زیرا این عرف است که در خصوص قابلیت فسخ معامله از حیث مغبون شدن یکی از طرفین حاکمیت داشته و در این تفاوتی نمی‌کند که تفاوت قیمت زیاد باشد یا کم، که با توجه به نوع معامله، زمان وقوع قرارداد، مکان آن یا انگیزه‌های طرفین در انعقاد قرارداد (گرچه اصولاً انگیزه در انعقاد قرارداد مؤثر نیست) و سایر اوضاع و احوال و شرایط حاکم بر قرارداد مؤثر و تغییرپذیر است و با اسقاط حق فسخ ناشی از خیار غبن دیگر جایی برای تفکیک نوع غبن باقی نخواهد ماند.»

با اختلاف حاصله، نماینده دادستان نظر داده «...برخی بر این عقیده‌اند که خیار یک حق واحد است و سبب واحد دارد. سبب خیار غبن، تفاوت ثمن با قیمت واقعی است و اگر تفاوت این دو بیشتر شود، موجب تعدد خیار نخواهد بود و با شرط اسقاط خیار غبن اعمّ از فاحش و افحش ساقط می‌شود، لیکن به زعم اینجانب با شرط اسقاط کلیه خیارات حتی غبن، خیار غبن افحش ساقط نمی‌شود، چون اسقاط غبن افحش مورد طیب نفس و قصد نبوده و مغبون فقط به اسقاط غبن فاحش که مرتبه ادنی از غبن می‌باشد، رضایت داده و به بیشتر از آن رضایتی نداشته است و از طرفی اسقاط خیار غبن به فرد عرفی غبن که همان غبن فاحش است، منصرف می‌باشد و شامل غبن افحش نمی‌گردد... باتوجه به مفاد مواد ۴۱۷، ۴۱۸ و ۴۱۹ قانون مدنی که ناظر بر اهمیت شرایط معامله و قابل مسامحه نبودن غبن می‌باشد درجایی‌که در متن قرارداد، خیار غبن را با قیودی مانند اعلی‌مرتبه و یا غبن افحش اسقاط شده باشد؛ آنچه مسلم است اراده طرفین مندرج در قرارداد مبنی بر اسقاط خیار غبن به‌نحو کلی یا عبارت اسقاط غبن فاحش منصرف از افحش بودن تفاوت قیمت است و از این حیث نمی‌توان در اینگونه موارد اسقاط غبن افحش را به طرف متضرر نسبت داد. بنابراین از آنجاکه معامله قابل تجزیه نمی‌باشد تا تبعض و صفقه را همراه داشته باشد، به نظر اصل ادعای غبن افحش، دعوایی قابل استماع می‌باشد و باطل شمردن چنین دعوایی مغایر با شرع مقدس و موازین قانونی است.»

نهایتا هیئت عمومی دیوان عالی کشور ضمن پذیرش مرتبه غبن افحش، رای وحدت رویه شماره ۸۲۱ را در تاریخ ۱۴۰۱/۰۴/۲۸ را صادر نمود: «مطابق مواد ۴۱۶ و بعد قانون مدنی، در موارد غبن "فاحش"، با لحاظ دیگر شرایط مقرر، مغبون حق فسخ (خیار) دارد. چنانچه برابر ماده ۴۴۸ همین قانون، سقوط این حق شرط شده باشد، به اقتضای رفتار متعارف اشخاص، شرط یاد شده منصرف از مراتب اعلای غبن است که عرفا "افحش" دانسته می‌شود. برخی فتاوی معتبر فقهی نیز بر همین اساس صادر شده است....»

بر اساس این رای، اختلاف موجود مبنی بر اینکه آیا در حقوق ایران میتوان برای غبن مرتبه ای اعلی تر از فاحش قرار دهیم یا خیر، مختومه گردید. مرتبه اعلی از غبن یعنی غبن افحش مورد پذیرش و وارد نظام تقنینی ایران شده و قاضی با توجه به عرف قراردادی، باید ملاکی برای غبن فاحش و ساده بیابد و در مواردی که خیار غبن فاحش ساقط می‌گردد، باید معیارهایی جهت تمییز غبن فاحش از افحش درنظر گیرد.

۳- معیارهای شناسایی غبن فاحش و افحش و تحلیل اقتصادی

خیار غبن مستقیما با اقتصاد قراردادی مرتبط است. زیانی که به فرد ناشی از برهم خوردن تعادل اقتصادی وارد می‌شود، بایستی به طرق مقتضی جبران شود. تحقق و اجرای عدالت مهمترین هدفِ نظام قانونی و اجتماعی است. حفظ تعادل قراردادی و برابری نسبی اقتصادی برای متعاملین، امری ضروری بوده که مفهوم والای عدالت از آن حمایت می‌کند. به حکم عدالت و انصاف نباید معاملات و کسب سود را مجوزی برای ورود زیان

به دیگری پنداشت. فسخ قرارداد به جهت خیار غبن، راهی برای جبران ضرر ناشی از تفاوت ارزش عوضین می‌باشد. غبن دارای مراتب مختلفی است و برای تحقق خیار غبن، بایستی تفاوت قیمت یا فاحش و یا افحش باشد؛ اما اگر تفاوت قیمت به میزانی باشد که عرف از آن به مسامحه می‌گذرد، خیار ثابت نمی‌شود. مشکل اساسی، چگونگی تمییز بین فاحش و افحش بودن یا نبودنِ تفاوت ارزش عوضین در صورت شرط سقوط خیار غبن می‌باشد. با گسترش مراودات اقتصادی و نقش و تأثیری که مسائل اقتصادی بر حوزه‌های مختلف از جمله حقوق قراردادها می‌گذارد مستلزم این است که در مسائل مربوطه مانند تمییز بین غبن فاحش و افحش، همواره کارآمدی اقتصادی را مقدم بر سنت‌گرایی بدانیم و تفسیرها را بر اساس مسائل اقتصادی ارائه نماییم. تشخیص درست غبن فاحش و افحش، می‌تواند موجب حیات و اعاده وضع اقتصادی مغبون گردد و تشخیص ناصحیح منجربه سقوط اقتصادیِ قرارداد و طرفی شود که اشتباهاً حسب مورد معامله منحل یا استوار شود. بنابراین اتخاذ معیار مناسب برای تمییز مراتب غبن موثر در رسیدگی منصفانه به این دعاوی و برقراری عدالت اقتصادی در قرارداد می‌باشد.

مواد ۴۱۷ و ۴۱۹ قانون مدنی معیاری برای شناسایی غبن ارائه می‌دهد. ماده ۴۱۷، پیش از اصلاح سال ۱۳۶۱، ضابطه اجمالی تحقق غبن را بیان می‌کرد «اگر غبن به مقدار یک‌پنجم قیمت یا بیشتر باشد، فاحش است و در کمتر از مقدار مزبور در صورتی فاحش است، که عرفاً قابل مسامحه نباشد.» مطابق این ماده هر اختلاف قیمتی که بیشتر از خمس (۲۰ درصد) باشد، فاحش تلقی می‌شود. بنابراین قاضی نمی‌توانست بیش از این اختلاف را براساس شرایط معامله و حتی عرف، غبن نداند. اما برای اختلاف کمتر از خمس، اصل را بر قابل مسامحه و یسیر بودن غبن گذاشته است. اما داوری نهایی را بر دوش عرف نهاده تا اگر اختلاف قیمت کمتر از خمس (مثلا یک‌دهم) را قابل تسامح ندانست، خیار غبن فاحش به مغبون بدهد. این ماده ضابطه مشخصی برای انجام معاملات و تشخیص غبن فاحش داده بود. در مواردی که میزان را قانون معین می‌کند، سلیقه‌گرایی کمتر و تصمیمات چه در انعقاد قرارداد و چه در صدور رای، ضابطه‌مندتر می‌گردد و مانع سوءاستفاده از عرف می‌شود. اما در مقابل، ملاکی غیرمنعطف ارائه می‌دهد که منجر به خشکی‌گراییِ قانونی می‌شود؛ امکان دارد معامله‌ای با اختلاف بیش از خمس در شرایط و احوال آن معامله فاحش محسوب نشود، اما با این قانون در هر صورت باید آن را فاحش دانست!

این ماده در اصلاحات سال ۱۳۶۱ مقرر نمود «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.». لذا ضابطه قبلی مبنی بر اختلاف بیش از خمس حذف گردید و «عرف» معیار تمییز نابرابری فاحش شد. به دشواری می‌توان تناسبی را بین ارزش‌ها معین کرد و مرز سود تجارتی و ستمگری را شناخت. داوری عرف شکننده و انعطاف‌پذیر است و به تناسب نوع و شرایط معامله و همچنین نیاز جامعه به مبادله کالا متفاوت است(katouzian, 2012: 373). عرف مطلقاً معیار دقیق و بی‌عیبی نیست. سپردن ضابطه تشخیص غبن به عرف، به پیروی از مشهور فقها، قدری آن را دچار اشتباه در تشخیص کرده و به نظر نمی‌رسد قاضی به عرف مراجعه کند، بلکه خودش را جای عرف می‌گذارد. (kariminia et al, 2021: 97)

نظرات متفاوتی در خصوص معیار تشخیص غبن ارائه شد. برخی برای تشخیص غبن فاحش، کسرِ معینی را در نظر گرفته‌اند یک‌دوم، یک‌سوم، یک‌چهارم، یک‌پنجم، یک‌ششم و غیره. برخی فقها ملاک فاحش بودن اختلاف قیمت در یک‌سوم و یک‌چهارم را قبول داشته ولی یک‌پنجم را به صورت مشکوک آورده و بیان داشته‌اند بعید نیست مردم در همین حد را مسامحه نکنند (ansari, 2020: 258). برخی نیز ملاک فاحش را در فقه عامه نیز برخی یک‌سوم را به دلیل سنت نبوی؛ الثلث و الثلث کثیر: به یک‌سوم وصیت کن و یک‌سوم زیاد است. برخی ربع، برخی سدس را معیار غبن فاحش قرار داده‌اند (panje poor et al, 2020: 258). میرزای قمی در جامعالشتات تفاوت قیمت را زمانی افحش می‌داند که به ضِعف (دو برابر) برسد. (kariminia et al, 2021: 97)

بدین‌روی، نظر فقها در خصوص معیار سنجش میزان اختلاف قیمت برای تشخیص غبن فاحش، متفاوت است. یک‌سوم، یک‌چهارم، یک‌پنجم. اما مطابق نظر مشهور فقها، برای غبن فاحش در شرع حدی مشخص نگردید. مطابق قاعده‌ای که در شرع معهود است، در موارد سکوت شارع و عدم وجود نص شرعی، مردم را به متعارف بین خودشان مراجعه می‌دهند. پس باید برای تشخیص غبن به عرف و اهل خبره [مقومین- کارشناسان]

رجوع کرد.(Mostafavi et al, 2014: 18) به بیانی، هر متکلمی (شارع، مقنن و غیره) مطلبی بیان کند اگر مقصود معلوم باشد به همان تفسیر عمل می‌شود والا میزان و معیار تفسیر موضوعات، عرف خواهد بود. لذا وفق «التعیین بالعرف کالتعیین بالنّص» و یا «الثابت بالعرف کالثابت بالنص» اگر هیچ دلیل و معیاری برای سنجش و تعیین مرزهای غبن و فاحش و افحش وجود نداشت، باید به عرف مراجعه کرد. در واقع همان‌طور که برای تشخیص الفاظ، وفق ماده ۲۲۴ قانون مدنی به عرف رجوع می‌کنیم و برای تشخیص اصل غبن و مغبونیت نیز مطابق ماده ۴۱۷ به عرف مراجعه می‌کنیم، به همان دلیل، اُولی آن است که برای تمییز غبن فاحش و افحش به عرف رجوع کنیم (keikha& moazeni bistgani, 2020: 293). بنابراین عرف باید نابرابری فاحش یا افحشِ اقتصادی در قرارداد را تشخیص دهد. این‌که عرف چگونه فاحش را از افحش تشخیص می‌دهد، محل اختلاف است. آیا ملاک عرف باید نوع قراردادها باشد یا شرایط ویژه آن عقد؟ یا به نوع اشخاص و رفتار عقلا توجه کرد یا وضعیت و حال متعاملین؟

مقصود از ملاک نوعی بودن برای تمییز غبن در عرف، عادت قراردادی است. در این معیار باید دید، انسان متعارف در شرایط ویژه معامله چنان غبنی را تحمل می‌کند یا آن را ضرری ناروا می‌پندارد. لذا دادرس نباید به انگیزه‌های دو طرف رجوع کند (katouzian, 2012: 374). مقصود از ملاک شخصی در تشخیص غبن، مورد نظر قرار گیرد حال متعاملین و وضعیتی که در آن شرایط به معامله پرداخته‌اند و شرایط حاکم بر آن معامله می‌باشد. «ارزش» نتیجه رغبتی است که شخص برای به‌دست آوردن آن در خود احساس می‌کند. این رغبت ممکن است ناشی از رفع نیاز طبیعی باشد یا عارضی یا اجتماع و غیره. چون خواسته و نیازهای مردم که با هم در اجتماع زندگی می‌کنند معمولا به هم شباهت دارد، پس «ارزش» اصولا چهره نوعی و همگانی دارد. اما بدان معنا نیست که ارزش و خواسته‌ها را عامل شخصی نتواند به‌وجود آورد و معامله‌ای که برای شخص ارزش متفاوت دارد را صرفا به‌علت ضرری بودن آن نزد عموم، فسخ کرد. بنابراین می‌توان گفت، «ارزش» (همچنین ضرر و غبن در عرف)، مفهومی اعتباری و نسبی دارد (katouzian, 2013: 177). مشهور فقها عرف را با توجه به صِرف ضرر مالی (نوعی) معیار سنجش قرار داده و برخی دیگر، ضرر حالی (شخصی). ماده ۴۱۷ قانون مدنی بدون تفکیک بین ضرر حالی و مالی، به طور مطلق و مجمل عرف را ملاک تمییز قرار داد. (keikha& Moazeni bistgani, 2020: 278)

۱-۳- معیار بودن عرف با نظر به ضرر مالی (نوعی)

مقصود، در نظر گرفتن ضرر، جدای از حال متبایعین است. فقها در مقام بیان حد ضرر گفته‌اند: آن است که آدمیان به چنان خسارتی تن ندهند. این نوع از تشخیص غبن در عرف به همان ملاک‌های نوعی بر می‌گردد، یعنی باید عموم افراد جامعه و رفتار آنها را ملاک قرار داد. ظاهر سخنان فقهای امامیه و غیرامامیه، ملاک ضرری که سبب ثبوت خیار غبن می‌شود را ضرری بودن اصل معامله می‌دانند بدون اینکه حال اشخاص (غابن و مغبون) در نوع ضرر مؤثر باشد. ازاین‌رو حد و مرز غبن را نوع مردم که به سبب آن یکدیگر را فریب نمی‌دهند، گفته‌اند. اظهر را ملاک بودن ضرر مالی می‌دانند، زیرا ضرر مالی فی‌النفسه و بدون مدخلیت حال افراد، ضرر محسوب می‌گردد.(ansari, 2020: 259)

۲-۳- معیار بودن عرف با توجه به ضرر حالی (شخصی)

مقصود ضرری است که با توجه به وضعیت متعاملین در نظر گرفته می‌شود. معادلی که مقصود طرفین است امکان دارد برای شخصی ضرری باشد اما برای دیگری خیر. مبنای غبن، ضرری است که به مغبون در اثر عدم تعادل ارزش‌های مبادله شده وارد می‌شود. چگونه می‌توان مبنای این ضرر را بدون توجه به متضرر، تصور کرد. اگر صرف ضرر مالی و نوعی ملاک عرف برای تشخیص غبن باشد با این مشکل مواجه می‌شویم، عدم تعادلی که فی‌النفسه ضرری است اما در روابط بین متعاملین با توجه به وضعیتی که در آن قرار دارند ضرری نباشد را هم مبنای فسخ قرار دهیم. یعنی امکان دارد به شخص در عالم واقع ضرری وارد نشده باشد، لیکن چون نوع افراد آن را ضرری تلقی می‌کنند، لزوما باید آن را غبن و قابل فسخ دانست.

ظهور حدیث لاضرر نیز این است که در هر معامله‌ای باید ضرر را نسبت به خود افراد سنجید، نه نوع معامله. فقها با استناد به این حدیث فتوا داده‌اند اگر مکلّفی مجبور شود برای وضو، آب به

مبلغ گزافی بخرد و ضرر به او وارد شود، خرید آب به مبلغ گزاف واجب نیست و می‌تواند تیمم کند؛ اما برای شخص ثروتمند که خرید آب به مبلغ گزاف بر او ضرر چشمگیری وارد نمی‌آورد، واجب است که آب بخرد و وضو بگیرد. حاصل این است که اگر ضرر مالی در تحقق غبن معتبر باشد، خرید آب وضو به چند برابر قیمت برای همگان ضرری و غیرواجب است چه فقیر و چه ثروتمند. در حالیکه ضرر حالی قائل به تفصیل بر اساس حال و شرایط طرفین است، اگر تفاوت قیمت بسته به وضعیت و موقعیت شخص و معامله، ضرری باشد پس غبن محقق و حکم به خیار غبن داده می شود و اگر عدم توازن قیمت ضرری به مغبون وارد نیآورد، حکم به عدم‌خیار غبن داده می‌شود. (ansari, 2020: 259)

صاحب مکاسب معیار بودن ضرر مالی را اظهر می‌داند مگر آنکه نوعی بودن ضرر با دلیل خاص و معارض، بیرون رود (ansari, 2020: 259). یعنی خاص، عام را تخصیص می‌زند. در واقع عرف باید بدواً ضرر نوع معاملات را برای تمییز غبن فاحش و افحش، ملاک قرار دهد. یعنی اگر عرف با در نظر گرفتن انسانی متعارف، حکم به فاحش بودن و غبن دهد، خیار اصولا محرز و ثابت است مگر آنکه شرایط خاص طرفین از جمله رغبت فراوان به انجام معامله، وضعیت ویژه معیشت، اضطرار، نسیه یا حال بودن و غیره، حکم به عدم ضرری و غبن بودن معامله بدهد که در اینجا چون طرفین بر خلاف عرف تراضی نمودند، تراضی و قرارداد بر عرف مقدم است و موجب تخصیص آن می‌شود.

در انتخاب معیار نوعی و شخصی، ملاک نوعی در ایجاد رویه واحد کمک می‌کند و مفهوم عرف نیز همین است که باید متعارف در قرارداد و متعارف در بین مردم و خردمندان لحاظ گردد. اگر ملاک عرف را نوعی بدانیم اشخاص در اثبات غبن راه سهل‌تری در پیش دارند و نیاز نیست ویژگی‌های شخصی را که نفوذ به آن میسر نیست، اثبات نمایند. همین که مشخص شود قراردادی برخلاف توازن اقتصادی متعارف منعقد شده، بایستی آن را ضرری دانست و غبن را در آن راه داد. لیکن در رسیدگی به دعاوی در فرض ارجاع امر به کارشناس، برابر ماده ۲۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی، نظر کارشناس باید «صریح و موجه باشد» و مطابق ماده ۱۹ قانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱ نظرکارشناس باید «مستدل وصریح باشد». منظور از موجه بودن یعنی منطبق با اصول وقواعدی معقول باشد و منظور از مستدل بودن نیز یعنی بر معیاری اعم از نصّ صریح قانون و مقررات خاصی استوار باشد. در فرضی‌که معیار قانونیِ خاصی برای تفکیک و تمیز مرز بین غبن فاحش و افحش نباشد چگونه ممکن است کارشناس رسمی دادگستری به تکلیف قانونی خود در اعلام نظر موجه، مستدل وصریح عمل نماید؟ از این‌روی کارشناسان که باید کمک حال قضات در امر تخصصی باشند خود فاقد متر و معیار صحیح هستند و با بن‌بست روبرو می‌گردند.

در ملاک شخصی و حالی با وجود اینکه داوریِ عرف را شکننده‌تر از عرف نوعی می‌کند، ولی انعطاف‌پذیرتر و با عدالت منطبق‌تر است. همان‌طور که گفته شد، مبنای غبن ضرری است که به مغبون وارد می‌شود. بنابراین باید به حال شخص در قابل مسامحه بودن یا نبودنِ تفاوت ارزش اقتصادیِ قرارداد توجه کرد. طرفین در انعقاد قرارداد به دنبال کسب سود برای خود و عدم ورود زیان به آنها از محل قرارداد هستند و اساسا به سایر قراردادهایی که افراد می‌بندند نظری ندارند. حال چگونه می‌توان نوع قرارداد مردم را ملاک قرارداد دو شخص دیگر دانست؟ اساسا قراردادها نسبی هستند و طرفین بسته به شرایط و هدف خود معادلی برای مال یا تعهد خود در نظر می‌گیرند. با وجود این، در ملاک شخصی تعدد رویه و دخیل شدن سلیقه قاضی محتمل‌تر و بیشتر است. چراکه اغلب قضات به جای بررسی عرف چه نوعی و چه حالی، خود به‌جای عرف تصمیم می‌گیرند. لذا انگاره شخصی و هوش اقتصادی یک قاضی تأثیری بسیاری در فاحش یا افحش دانستن یک اختلاف قیمت دارد. از طرفی، راه یافتن به ضمیر متعاملین مشکل و اقدامی است که حقوق وسیله و توان آن را ندارد و ناچارا باید به اماره‌های خارجی روی آورد (katouzian, 2012: 375). امارات خارجی، مراجعه به رفتار خردمندان و عرفِ اقتصادی معاملات است.

ظاهراً در قانون مدنی و رای وحدت رویه ۸۲۱ برای تشخیص غبن فاحش و افحش، معیارِ عرف اصولاً عمومی و نوعی است و استثنائاً عوامل شخصی را ملاک قرار می‌دهد. مطابق ماده ۴۱۷ قانون مدنی، دادرس نباید به انگیزه شخصیِ طرفین توجه و مراجعه کند بلکه عرف و عادت قراردادی باید فاحش بودنِ عدم‌تعادل را اثبات کند. در رای وحدت رویه ۸۲۱، قاضی با توجه

به عرف قراردادی (ضابطه نوعی)، باید ملاکی برای غبن فاحش و ساده بیابد و در مواردی که خیار غبن (مقصود غبن فاحش) ساقط می‌گردد، باید معیارهایی جهت تمییز غبن فاحش از افحش را درنظر گیرد. در این رای معیار تشخیص غبن را رفتار متعارف اشخاص (ضابطه نوعی) با توجه به مواد قانون مدنی بیان شده است. حالی‌که خود قانون هیچ معیار متقنی نداده، ولی تعیین ملاک قانونی بسیار ضروری‌ست.

نباید چنین پنداشت که عوامل شخصی و ویژه معامله مورد نزاع در تمییز فاحش و افحش بودن اختلاف قیمت، تأثیری ندارند. در ماده ۴۱۹ قانون مدنی مقرر شد «در تعیین مقدار غبن، شرایط معامله نیز باید منظور گردد.» این شرایط، مختص داد و ستدهای مالی و فرعی در عقد نیست و شامل اوضاع و احوال محیط بر تراضی نیز می‌شود. برابر این ماده باید دید آیا انسان متعارف در آن شرایط خاص تفاوت قیمت را تحمل می‌کند یا آن تفاوت قیمت را مشمول شرط سقوط خیار غبن فاحش می‌داند یا خیر؟ (katouzian, 2012: 374). بنابراین وفق ماده مذکور توجه به اوضاع و احوال قرارداد موثر می‌باشد و لازم است قاضی در تمییز بین غبن فاحش و افحش، عرف را بر اساس اشخاص و قرارداد مورد توجه قرار دهد. لذا عرف نوعی مطلقا نمی‌تواند معیار تشخیص باشد. چراکه عرف در تبیین مصادیق ضرر، تمکن مالی متعاملین، زمان و مکان، شرایط معامله و ارزش مبیع را در نظر می‌گیرد. بنابراین نمی‌توان عرف نوعی را بدون در نظر گرفتن حال متعاملین منظور نمود. بدین ترتیب، بهترین ملاک برای تشخیص فاحش از افحش، عرف است. آن هم نه عرف با درنظر گرفتنِ صرفِ نوع معاملات و اشخاص، بلکه عرفِ نوعی با در نظر گرفتن ضرر حالی؛ به‌نظر می‌رسد ماده ۴۱۹ قانون مدنی موید همین نظر است. حتی می‌توان گفت که هدف مقنن از اصلاح ماده ۴۱۷ سال ۱۳۶۱ نیز همین منظور بوده که تفاوت یک‌پنجم (نوعا غیرمتعارف) را به ملاک عرفی با توجه به حال متعاملین تبدیل کند.(keikha& moazeni bistgani, 2020: 296)

در نهایت باید گفت، می‌توان معیار نوعی و شخصی را در یک موضوع توامان در نظر گرفت. هدف قانون مدنی از اصلاح ماده ۴۱۷ و وضع ماده ۴۱۹ قانون مدنی نیز همین است که ابتدائا و اصولا معیار عرفِ نوعی مورد توجه قرار گیرد و سپس معیار شخصی و شرایط ویژه معامله منظور گردد. لذا اگر مشخص شود قراردادی برخلاف توازن اقتصادی متعارف منعقد شده، بایستی آن را وفق ملاک‌های نوعی، ضرری دانست و خیار غبن را در آن راه داد و اشخاص را بی‌نیاز از اثبات شرایط خاص نمود. اگر شخص مخالف این ظاهرِ متعارف در قرارداد، ادعایی کند (خواه غابن، خواه مدعی غبن)، بار اثبات ادعا بر عهده خود اوست و باید با دلیل و اماره آن را اثبات نماید والا وفق همان فرض و فهم عرفی رفتار می‌شود.

قاضی برای تشخیص فاحش یا افحش بودن تفاوت قیمت باید شرایط و عواملی را جهت ارزیابی عوضین در نظر گیرد:

نخست- حال و شرایط متعاقدین: گاه کسر قیمت برای شخصی با شرایط و موقعیت مالی و اجتماعی که دارد قابل مسامحه، برای فردی فاحش و برای دیگری افحش محسوب می‌شود. گاه معامله در شرایطی واقع شده که از دست دادن مبلغی غبن شمرده نمی‌شود مثل معامله اضطراری.

دوم- نوع معامله: تسامح عرف در غبن حسب نوع معامله متفاوت است؛

سوم- شرایط معامله و مورد معامله: برای ارزیابی عوضین شرایط معامله سنجیده می‌شود. چراکه شرایط معامله جزء یکی از عوضین است و در قیمت تأثیر بسزایی دارد. مانند مدت معامله، حال یا موجل بودن تادیه ثمن یا تسلیم مبیع، وجود شرط خیار و شرط به نفع یکی از طرفین، کمیاب بودن یا نبودن مورد معامله و غیره.

چهارم- زمان و مکان: گاهی تفاوت قیمت در یک زمان یا مکان فاحش و در زمانی افحش است و در زمان و مکانی دیگر اساسا غبن نیست. مثل زمان قحطی و جنگ و شیوع بیماری و غیره؛

پنجم- نیاز جامعه: حساسیتی که عرف راجع به کالاهای ضروری از خود نشان می‌دهد، نسبت به عتیقه و آثار هنری ندارد. بطور کلی غبنی که وابسته به ذوق و سلیقه اشخاص است را فاحش نمی‌بیند.

ششم- قیمت مبیع: عموما برای گوشی سه میلیونی، یک میلیون گرانتر غبن و برای خانه یک میلیاردی یک میلون گرانتر عدم غبن. با آنکه مثال مذکور نمونه خوبی نیست وانگهی ملاک

تفاوت قیمت بر اساس نسبت آن است اما می‌توان تفاوت قیمت در اموال کمیاب و عتیقه و غیره را با مشابه آن سنجید. (keikha& moazeni bistgani, 2020: 294; katouzian, 2012: 374& 373)

۳-۳- تأثیر تشخیص مراتب غبن از منظر اقتصادی

تحلیل اقتصادی حقوق در مرحله قانونگذاری یا در رویه قضایی و مواردی که مبتی بر نظر و تفسیر قضایی است مانند قراردادها، می توان بهره برد. یکی از این موضواعات که بایستی از دید اقتصادی – حقوق به آن نگریسته شود، غبن در معاملات است.

وجود غبن در معاملات و تأثیر مراتب غبن بر معاملات و شرط اسقاط خیار ، از نگاه اقتصادی دارای آثاری است که می تواند منجر به شکست بازار گردد. چراکه در اقتصاد خرد، بازارها رقابتی هستند و این آثار می تواند موجب تغییر در بازار شود. از این طریق که منجر به ایجاد حباب در بازار و ایجاد قیمتهای غیرواقعی گردد. یا فریب در معاملات بر اساس تفاوت فاحش یا افحشِ قیمتِ مورد معامله، موجب بی نظمیِ مالی و معاملاتی در بازار نسبت به عامه افراد که تخصص کافی را ندارند، می شود. تمام این مواردرنهایت به عدم امنیت اقتصاد و رکود بازار می‌انجامد.

البته نباید اقتصاد را به بازارها محدود کرد و ملاک تحلیل را بازارهای مالی قرار داد. بلکه اقتصاد خانواده و قدرت اقتصادیِ اشخاص در معاملات و تأثیر مراتب غبن در معاملات را در اقتصاد شخصی نیز مورد توجه ویژه قرار داد. از منظر اقتصاد شخصی و معاملاتی، تمییز صحیح مراتب غبن در شرط سقوط غبن، همانطور که پیشتر گفته شد، اثر مستقیمی بر بقای حیات اقتصادیِ مغبون یا ورشکستگی او دارد. در مقابل نیز می تواند حسب مورد مانع کسب درآمد غیرمنصفانه و البته نامشروع گردد یا موجب افزایش دارایی ناعادلانه‌ی او گردد.

بنابراین اتخاذ روشی مناسب در تعیین مراتب غبن، موجب حفظ تعادل اقتصادیِ طرفین، حفظ منافع اقتصادیِ مشروع، منع رقابت ناسالم و منع کسب منافع نامشروع، منع شکست اقتصادی و بازارهای مالی و ... می شود. از این رو قوانین و آرای قضایی از نگاه یک اقتصادی، باید کارآ باشد. از دید یک اقتصاددان قانون و اقداماتی کارآ هستند که موجب بهره برداری حداکثری شوند(Lawson, 1992: 78 ; mohammadi & et al, 2021: 206) در تحلیل اقتصادیِ حقوق باید بررسی شود که قانون از لحاظ اقتصادی، مطلوب است یا خیر؟

در انواع کارآیی‌هایِ علم اقتصاد (کارآیی پارتو ، کارآیی کالدرو – میکس و کارآیی حداکثری سازی ثروت) رای وحدت رویه شماره ۸۲۱ مبنی بر تأثیر اسقاط خیار غبن بر مراتب منظور طرفین، به کارآییِ پارتو نزدیک‌تر است.

در کارآییِ پارتو، افزایش منفعت یکی موجب افزایش هزینه دیگری است، اما نه به این صورت که به ضرر او باشد بلکه تخصیص مجدد منافع وضعیت هیچکس را بدتر نمی کند ، بلکه وضعیت حداقل یک نفر را بهبود می بخشد. (Lawson,1992: 85 ; Coleman, 1980: 512). در رای وحدت رویه شماره ۸۲۱ مبنی بر تأثیر مراتب خیار غبن بر احقاق حقوق اقتصادی مغبون، نیز وضعیت کسی بدتر نمی شود. در واقع مغبون با امکان پیدا کردن به فسخ معامله و اعاده وضع به حال سابق (یعنی تخصیص مجدد منافع) وضعیتش بهبود پیدا می کند و غابن نیز با اعاده وضع به حال سابق منافع غیرمنصفانه ای که دریافت کرده را باز پس می دهد و منافع مستحق خود را دریافت میدارد. در این صورت نه او ضرر کرده و نه مغبون. بنابراین تأثیر و کارآیی اقتصادیِ رای وحدت رویه ۸۲۱ و تشخیص صحیح مراتب غبن توسط محاکم ، موجب احقاق حقوق اقتصادی مغبون شده بدون آنکه چبران خسارت (فسخ و اعاده وضع به حال سابق) ضرری ناروا و فراتر از حق مشروع به طرف دیگر وارد آورد.

نتیجه‌گیری

با صدور رای وحدت رویه ۸۲۱، مرتبه اعلی از غبن، یعنی غبن افحش را که در لسان حقوقدانان و فقها مکرراً استفاده شده، مورد پذیرش قرار گرفت و مراتب غبن بطور قانونی به غبن قابل مسامحه (غبن یسیر و ساده)، غبن غیرقابل مسامحه به میزان فاحش و غبن غیرقابل مسامحه به میزان افحش تقسیم گردید و دارای پشتوانه منصوص شد. وانگهی مبنای شناسایی و معیار تعیین و تمییز این موارد به امر کلی یعنی عرف واگذار شده است. مبنای

شناسایی غبن مطابق قانون مدنی در ماده ۴۱۷ و رای وحدت رویه یاد شده، عرف قراردادی و رفتار متعارف اشخاص می‌باشد. قانون‌گذار در ابتدا برای تمییز غبن ساده، فاحش و افحش، متوسل به عرفِ نوعی شده و ملاک عمومی و متعارف را مبنای ضررِ عرفی شمرده است. فقها نیز معیار نوعی (ضرر مالی) را ملاک تشخیص و تمییز دانسته‌اند به شرطی که دلایل شخصی مخالف آن نباشد؛ و الا ملاک نوعی و عام بنابه دلایل شخصی و خاص از عمومات خارج می‌شود و باید به مورد خاص توجه و عمل کرد. سیر تقنینی قانون مدنی و ماده ۴۱۹ بیانگر همین اصل است که در دادگاه، رسیدگی به معیارهای تشخیص غبن فاحش از افحش بایستی ابتدا عرفِ نوعی را بر اساس رفتار انسانی متعارف و عرف قراردادی توجه نمود. اگر عرفِ نوعی در اختلاف ارزش‌های مبادله شده تسامح نکند و یا میزان آن را افحش بداند، حکم به ثبوت خیار می‌دهد. در این صورت مدعیِ خلاف (غابن یا مغبون) که اوضاع و احوال خاص حاکم بر قرارداد و شرایط خاص طرفین در زمان تنظیم را برخلاف رفتار نوعی می‌داند، باید آن را اثبات کند و در صورت اثبات، ملاک عمومی از مدار تمییز خارج و معیار شخصی جایگزین آن می‌شود و بر اساس آن امر ضرری را رفع و فاحش را از افحش تشخیص و تفکیک می‌دهند. این تحلیل از منظر اقتصادی نیز با عدالت معاوضی قرارداد سازگاری بیشتری داشته و حسب مورد می‌تواند اقتصاد قرارداد و طرفین را بطور عادلانه، حفظ و یا اعاده کند. وانگهی در جامعه منظم، وجود امنیت در معاملات و حفظ نظم اقتصادی برای رونق معاملات و در نتیجه خلق ثروت و گردش آن از یک‌سو و کارآفرینی از سوی دیگر، بسیار حایز اهمیت است. متعاملین باید معیاری دقیقی در اختیار داشته باشند تا مرز بین غبن قابل مسامحه و غیرمؤثر بر معامله را با غبن فاحش و قابل اسقاط را با غبن افحش غیرقابل اسقاط، احراز نمایند و در صورت بروز اختلاف فی‌مابین، با مراجعه به مرجع قضایی مطمئن باشند دادگاه با ارجاع امر به کارشناسی بر اساس معیار قانونی مشخص این حد و مرزها را تعیین و به اختلافات پایان خواهد بخشید. در حال حاضر براساس رای وحدت رویه ۸۲۱ وضعیت غبن افحش جایگاه قانونی یافته و عدم تأثیر اسقاط غبن فاحش بر غبن افحش نیز روشن شد ولیکن چگونه این دو شناسایی و تعیین می‌شوند، هیچ معیار ثابتی در دست نیست. پیشنهاد می‌گردد ماده ۴۱۷ قانون مدنی اصلاح گردد و مفاد رای وحدت رویه مذکور نیز در متن ماده ۴۱۷ رسوخ نماید که غبن افحش با شرط سقوط غبن فاحش ساقط نمی شود. از سوی دیگر همانند مفاد ماده ۴۱۷ سابق معیار تعیین غبن فاحش بیش از خمس تا ربع قیمت و ملاک غبن افحش بیش از ربع قیمت یا بیش از ثلث قیمت حین المعامله بوسیله مقنن تعیین شود و کارشناسان دادگستری در اعلام نظر به بهانه اختلاف عرفی دچار بن بست نگردیده و وفق ماده ۱۹ قانون کارشناسان و نیز ماده ۲۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی بطور صریح، مستدل و موجه با اتکای برمعیار قانونی خاص اعلام نظر نموده و راه‌گشای دادگاه‌ها در رسیدگی به پرونده‌ها و دعاوی مربوط به غبن گردند.

References

[1]Ansari, M.; Abbasi Zanjani, M.M. (2020). *Makasib (Options)* (Vol. 9). Qom: Dar Al-Elm Publications.(in Persian)

[2] “ , “ (1990). *Al-Makasib*. Qom: Dar Al-Zakhaer.(in Arabic)

[3]Jafari Langroudi, M.J. (2013*). legal terminology*, Tehran: Ganj-E Danesh. (in Persian)

[4]Katouzian, A.N. (2012*). Elementary courses of civil law, legal acts (contracts, unilateral acts).* Tehran: Sahami Enteshar publications.

[5] “ , “ (2013). *General rules of contracts* (Vol. 2). Tehran: Sahami Enteshar Co. (in Persian)

[6] “ , “ (2022). *Non-contractual obligations: civil liability*. Tehran: Ganj'E Danesh. (in Persian)

[7] Keikha, M.; Moazeni Bistgani, H. (2020). Assessment of effective factors in the recognition of gross lesion and grosser lesion. *Teachings of civil jurisprudence (Razavi University of Islamic Sciences)*. 12(22), 277-298. (in Persian)

[8]Mamghani, M.A. (1931). *The end of discussion completes the goal of wishes*. Qom: Majma-e Zakhayer-e Eslami. (in Arabic)

[9] Mohaqiq helli, A. (1989). *Shara'i' al-Islam fi masa'il al-halal wa l-haram* (vol. 14). Beirut: Al-fiqh al-shia institution. (in Arabic)

[10] Mahmoudian, A.; Amani, A.; Moradi, R. (2018). The effectiveness of the prohibition of detriment rule in the realization of lesion option. *Private and Criminal Law Research Quarterly*. 38, 191-209. (in Persian)

[11] Mostafavi, Z.; Mohammadi, S.; Asqari Aq-mashhadi, F. (2014). The conditions for the realization of lesion option. *Quarterly Journal of Studies in Islamic Law & Jurisprudence.* 10(37), 11-36. (in Persian)

[12] Naroei, A.; Panje poor, J.; Abedini, A.; Baharlooii, S. (2020). Jurisprudential study of lesion option and good faith in fivefold religions and its relationship with business ethics. *Journal of ethical research*. 10(4), 255-274. (in Persian)

[13] Rashti Gilani, M.H. (1986). *Imami jurisprudence: Options section*. Qom: Davari Bookstore. (in Arabic)

[14]Shahidi, M. (2012*). Civil law 6: Specific contracts 1*. Tehran: Majd Publications. (in Persian)

[15] Soltanian, S.A.; Kariminia, M.M.; Ansari Moghaddam, M. (2021). Analyzing the extinction of lesion option and its effect on the decline in the amount of gross lesion and grosser lesion. *Journal of new achievements in humanities studies*. 4(41), 95-110. (in Persian)

[16] Hoseini Moghaddam, s.h; Hamzeh Robati, h. (2022). The Efficiency Economic a condition of the Amount of Penalty of Sale Belonging to Another (Beyond the Scope of Unified Judicial Precedents No. 733 and 811). *Journal encyclopedia of economic law*. 28(20), 197-217. (in Persian)

[17] Lawson, G. (1992). Efficiency and Individualism. *Duke Law Journal*. 42, 53-98.

[18] Coleman, J. L. (1980). Efficiency, utility, and wealth maximization. *Hofstra Law Review*. 8, 509-551.

[19] mohammadi, p; mozaffari, m; keshavarz bahadori, n. (2021). The Analyze Economic Transaction with the Intention of Escaping from Debts in iran. *Journal encyclopedia of economic law*. 27(18), 203-221. (in Persian)

[20] Isfahani, A; Khomeini, R. (2001). *Wasila al-Najat*. Qom. Imam Khomeini Editing and Publishing Institute. (in Arabic)

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 75-101

Explaining the necessity of a comprehensive regulation, based on a critical review of internal scientific-research articles (2020-2023)

S.A. Rezaee[1], M.V. Karimian[2], Z. Hadizadeh Esfahani[3*]

1- Assistant Professor in Public Administration, Imam Hossein University, Tehran, Iran
2- Associate Professor in Judicial Administration, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran
3- PhD student in public policy in Imam hussein university
(*-Corresponding Author Email: zahrahadizadeh313@yahoo.com)

Received: 7 October 2024 Revised: 27 October 2024 Accepted: 26 November 2024 Available Online: 30 November 2024	**How to cite this article:** Rezaee, S.A., Karimian, M.V., Hadizadeh Esfahani, Z. (2024). Explaining the necessity of a comprehensive regulation, based on a critical review of internal scientific-research articles (2020-2023). *Encyclopedia of Economic Law Journal, 31*(26): 75-101. (In Persian with English abstract) https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.88472.1375

1- INTRODUCTION

The importance of regulation has increased over the past 40 years and this has played a key role in economic growth as well as an important part of social progress; Because currently governments tend to interfere less in providing direct services, as a result, regulation has become a large part of their actions. Currently, governments are increasingly using contractual combinations, laws and other regulatory tools to achieve a wide range of social and economic goals.

With the passing of several decades and numerous and various researches, this concept, like other subjects and concepts in the field of human sciences, has undergone changes and transformations; In such a way that all the elements in the previous definition can be questioned and challenged:

Is the intervention in the matter of regulation, only in economic affairs and with the appropriate approach in this field?

Is the government the only regulatory institution?

Are laws and regulations the only regulatory tools and mechanisms?

If the answer to all the above questions is no; In this case, what definition of regulation can be provided that is comprehensive in all its points and types?

In the opinion of many thinkers, regulation is a legal approach in the way of government intervention, which is mainly with the tools of law and regulations and with the purpose of exercising control, and especially looking at the background of its emergence, mainly in the economic field. It is realized. This issue seems to have several reasons: firstly, regulation is an emerging term that the efforts of many researchers to recognize its meaning are consequently affected by its primary source; Secondly, this concept was crystallized by experts, who were mainly experts in fields such as law, economics, policy making, etc.; Therefore, the subject has been looked at with a specific analytical lens, influenced by the relevant field. Also, the administration of the country's affairs is a multi-faceted matter, and in order to analyze its various issues, especially those related to public and government affairs, it is necessary to apply different ideas in the fields of law, political science, and management. Govt. and... looked into the theories of economics, sociology, psychology, etc. to analyze the events with a complete view. Although part of the existing literature directly and indirectly refers to the innovative methods of regulation; But the current research is innovative in this

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

sense that it has been tried to review the theoretical and research literature related to regulation in the first step, focusing on: definition, tool, regulatory institution and also through the lens of different sciences, until a To obtain a general understanding of the concept of comprehensive regulatory process, taking into account all its dimensions, and in the next step, scientific-research articles published in recent magazines in recent years were studied, according to the results of the first step. be evaluated.

So it seems; Considering the range that exists in relation to the concept of regulation in the literature; Other extended definitions can be considered. In these definitions, the regulatory process can be direct or indirect, by governmental or non-governmental actors, in economic or non-economic matters, for the target population that can be governmental or non-governmental, and in any form. The first definition, which is more general, is abstract; Because it is confined within the framework of government rules and institutions, and of course with the stipulation that all regulatory institutions and laws are not at the same level.

2- PURPOSE

The primary root of the concept of regulation was in the field of economics and law. The connection of economics with this field, due to the issues in regulation that were related to this field, and the connection of the field of law from the point of view that laws and regulations are the only, or better said, the most important means of regulation. It is considered gray; That is, in the initial definitions, regulation includes the government's intervention in economic affairs through the establishment of laws and regulations. The review of the literature in the field of regulation shows; Despite the extensive research that has been done in relation to the concept of regulation; Currently, there is no comprehensive and precise definition of it, which is agreed upon by all thinkers in the field of regulation. Therefore, the purpose of this research is: to identify the scientific, conceptual, instrumental and institutional scope in the field of regulation and also to evaluate the articles published in this field.

3- METHODOLOGY

In the first step, the theoretical and research literature related to regulation, focusing on: definition, tool, regulatory institution, and also through the lens of different sciences, was carried out in a descriptive-analytical way to get a general outline of the concept of regulatory process. A comprehensive approach should be achieved by considering all its dimensions.

In the next step, scientific-research articles published in recent magazines were studied in recent years to be evaluated according to the results of the first step; This stage was done in the way of critical review by examining 43 articles related to the concept of regulation in the period of 2020-2023.

4- FINDINGS

Evaluation of selected articles showed; Despite the influence of different sciences in the field of regulation, 72% of all articles have benefited from the field of law and 16 articles, i.e. 37% of all articles, have been written with the approach of economics. In 26 articles, i.e. 60% of all articles, regulation is defined as regulation. 29 articles, i.e. 67% of all articles, considered law and regulation as the only regulatory tool. In 37 articles, i.e. 86% of all articles, government institutions are introduced as regulatory bodies.

Although the influence of the field of economics as a basic science in examining the concept of regulation has been decreasing in recent years, nevertheless, issues are still being investigated in researches. have economic roots or at least have special consequences in this field. According to the conceptual and functional range that was examined in the first and second part of this article, regulation can have a special place in all the different social issues that become a problem in the scope of a government. be The review of the reviewed articles indicates a conflict in the content of the researches; How is it possible that regulation is considered equivalent to regulation and its only tool is

the law, and at the same time, when introducing regulatory institutions, authorities other than the government are considered by the researcher?! This conflict is realized in two ways, the first case is when the secondary regulatory body is still government or public; But it does not have the authority to make laws and regulations. The second state also includes a situation where apart from the government, private and civil institutions are also considered as regulators; However, non-governmental organizations are completely different from government organizations in terms of the origin of power. Another point in the evaluation of the articles is the introduced tools, which are mainly about the law, regulations and rules, and finally some other limited tools are mentioned. At present, none of the reviewed articles addressed the mechanisms of behavior change in regulation, if, as mentioned, these mechanisms are more result-oriented than previous tools and achieve the goal of regulation. They guarantee more. In other words, to the extent that the presence of non-governmental actors becomes more colorful and the roots of the investigated issues move away from the economic field, the use of initiative in regulation becomes more important.

5- CONCLUSION

Comprehensive regulation means "the process of developing rules and regularizing public behavior"; That is, the cycle that begins with the identification and definition of regulatory standards, in accordance with the goals of governance, based on the principles, institutions and norms of society; And it is implemented by using innovative tools and mechanisms.

As a result, to modify the mechanisms of society administration; Scientific, conceptual, instrumental and institutional transformation in regulation is essential.

On this basis, it is suggested:

When it comes to the regulation process; It should be noted that the elements and relationships between these elements, in the form of a regulatory cycle, determine the comprehensive regulatory process. The most important element in regulation that requires intervention is the regulatory element. The regulatory element includes a range that sets standards and rules based on governance goals; Therefore, paying attention to the activation of social and civic capacities as a regulator, as well as paying attention to initiative, should be paid attention to by researchers and, in the next step, by rulers.

In the introductory discussions of the article, it was discussed that one of the reasons for the limitations in the definitions of regulation is a one-sided and single-discipline view of this issue, which is mainly through the lens of disciplines such as law and The economy has been borrowed and, as a result, the most important regulatory tools have been considered to establish rules and regulations. Another issue that is a place for reflection; Gender is the issue that has been investigated by researchers. If the emergence of some issues are due to a legal vacuum (assuming that they are carefully rooted), this issue is not a reason to prescribe legal solutions in the face of other issues. In other words; Many social issues are rooted in the lack of cultural, educational, religious, etc. areas of the society; Therefore, in solving them, the use of other existing capacities, with the help of innovative tools and methods, can be more effective in regulating the subject.

Keywords: Comprehensive Regulation, Regulatory Tool, Regulatory Institution, Critical Review.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۰۱-۷۵

تبیین ضرورت تنظیم‌گری جامع‌نگر، مبتنی بر مرور انتقادی مقالات علمی – پژوهشی داخلی (۲۰۲۳ – ۲۰۲۰)

سید عابد رضایی[۱]، **محمدوزین کریمیان**[۲]، **زهرا هادی‌زاده اصفهانی**[۳]*

دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۶ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۶

چکیده

مداخله حقوقی در حوزه‌ی اقتصاد، مقررات‌گذاری و نهاد دولتی، تنها تعریف، ابزار و نهاد در حوزه‌ی تنظیم‌گری نیستند؛ به‌خصوص اگر ریشه‌ی برخی از مسائل و مفاهیم مرتبط با حوزه‌ی تنظیم‌گری را بتوان در حوزه‌ی علمی رشته‌های دیگری غیر از حقوق و اقتصاد، جستجو نمود. هدف از انجام پژوهش حاضر، شناسایی گستره‌ی علمی، مفهومی، ابزاری و نهادی در حوزه‌ی تنظیم‌گری از طریق مطالعه‌ی منابع کتاب‌خانه‌ای و به روش توصیفی–تحلیلی و همچنین ارزیابی مقالات علمی–پژوهشی داخلی بین سال‌های ۲۰۲۰ الی ۲۰۲۳ در حوزه‌ی تنظیم‌گری به روش مرور انتقادی بود. نتایج حاصل از مطالعه‌ی ادبیات نظری و پژوهشی نشان داد: تنظیم‌گری جامع‌نگر به معنای «فراگَرد تکوین ضوابط و قاعده‌مند نمودن رفتارهای عمومی» است؛ یعنی چرخه‌ای که با شناسایی و تعریف استانداردهای تنظیم‌گری، متناسب با اهداف حکمرانی، مبتنی بر اصول، نهادها و هنجارهای جامعه، برای تنظیم‌گری رفتار مقامات سیاسی، مدیران دولتی و خصوصی و مردم آغاز می‌شود؛ و با به‌کارگیری ابزار و مکانیسم‌های ابتکاری، اجرایی می‌گردد. ارزیابی ۴۳ مقاله منتخب نشان داد؛ علی‌رغم تأثیر علوم مختلف در حوزه‌ی تنظیم‌گری، ۷۲٪ کل مقالات از رشته‌ی حقوق بهره‌برده‌اند و ۱۶ مقاله یعنی ۳۷٪ کل مقالات نیز با رویکرد علم اقتصاد به نگارش درآمده‌اند. در ۲۶ مقاله یعنی ۶۰٪ کل مقالات، تنظیم‌گری معادل مقررات‌گذاری تعریف شده است. ۲۹ مقاله، یعنی ۶۷٪ کل مقالات، قانون و مقررات را تنها ابزار تنظیم‌گری در نظر گرفته‌اند. در ۳۷ مقاله یعنی ۸۶٪ کل مقالات، نهادهای دولتی به عنوان نهاد تنظیم‌گر معرفی شده‌اند. درنتیجه برای اصلاح مکانیسم‌های اداره‌ی جامعه؛ تحول علمی، مفهومی، ابزاری و نهادی در تنظیم‌گری، امری ضروری است.

کلیدواژه‌ها: تنظیم‌گری جامع‌نگر، ابزار تنظیم‌گری، نهاد تنظیم‌گر، مرور انتقادی.

[۱] استادیار گروه مدیریت دولتی، دانشگاه جامع امام حسین (ع)، تهران، ایران

[۲] دانشیار گروه مدیریت قضائی، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، تهران، ایران

[۳] دانشجوی دکتری خطمشی‌گذاری دانشگاه جامع امام حسین (ع)

(نویسنده مسئول: zahrahadizadeh313@yahoo.com)

مقدمه

اهمیت تنظیم‌گری[1]، در طول ۴۰ سال گذشته افزایش یافته است و این امر در رشد اقتصادی و همچنین بخش مهمی از پیشرفت اجتماعی نقش اساسی داشته است؛ چراکه در حال حاضر دولت‌ها تمایل دارند کمتر در ارائه خدمات مستقیم دخالت کنند، در نتیجه تنظیم‌گری به بخش گسترده‌ای از اقدامات آن‌ها تبدیل شده است. در حال حاضر دولت‌ها به‌طور فزاینده‌ای از ترکیبات قراردادی، قوانین و سایر ابزارهای تنظیمی برای دستیابی به طیف وسیعی از اهداف اجتماعی و اقتصادی استفاده می‌کنند (Windholz & Hodge 2012: 212). در تحلیل مفهوم تنظیم‌گری باید گفت؛ یکی از مهم‌ترین بسترهای پیوند میان موضوعات اقتصادی و حقوقی، بروز اندیشه‌های نهادگرایی در اقتصاد است. اهمیت پیوند میان این دو حوزه، سبب به‌وجود آمدن، مفاهیمی میان رشته‌ای مانند تنظیم‌گری شد. در توضیح بیشتر؛ جامعه‌ای که در راستای تحقق رقابت در چارچوب اقتصاد مبتنی بر بازار فعالیت می‌کند، می‌بایست یک برنامه‌ی حقوقی مشخص داشته باشد تا به‌وسیله‌ی آن به اهداف آزادی‌طلبانه خود برسد. تنظیم‌گری یکی از ابزارهایی است که در قالب یک ساختار حقوقی مشخص و مدون، فعالیت‌های اقتصادی را حمایت و تسهیل می‌نماید (Valizadeh, 2019: 257).

بنابراین ریشه‌ی اولیه‌ی مفهوم تنظیم‌گری، در بستر علوم اقتصاد و حقوق بوده است. پیوند علم اقتصاد با این حوزه، به جهت مسائل مورد نظر در تنظیم‌گری که مرتبط با این رشته بودند و پیوند رشته‌ی حقوق از این نظر که قانون و مقررات به عنوان تنها و یا بهتر است گفته شود، مهم‌ترین ابزار تنظیم‌گری محسوب می‌شده؛ یعنی در تعاریف اولیه، تنظیم‌گری شامل مداخله‌ی دولت در امور اقتصادی از طریق وضع قوانین و مقررات است. با گذشت چند دهه و انجام تحقیقات متعدد و مختلف، این مفهوم، همچون سایر موضوعات و مفهومات در گستره‌ی علوم انسانی، دچار تغیر و تحول شده؛ به‌گونه‌ای که تمامی عناصر موجود در تعریف پیشین می‌تواند مورد سؤال و چالش قرار گیرد:

آیا مداخله در امر تنظیم‌گری، صرفاً در امور اقتصادی و با رویکرد مدنظر در این رشته است؟

آیا دولت، تنها نهاد تنظیم‌گر محسوب می‌شود؟

آیا قانون و مقررات، تنها ابزار و مکانیسم تنظیم‌گری محسوب می‌شود؟

اگر پاسخ تمامی سؤالات سؤالفوق خیر است؛ در این‌صورت چه تعریفی از تنظیم‌گری می‌توان ارائه داد که جامع تمامی نکات و اقسام آن باشد؟

بررسی ادبیات حوزه‌ی تنظیم‌گری نشان می‌دهد؛ باوجود تحقیقات گسترده‌ای که در رابطه با مفهوم تنظیم‌گری انجام شده است؛ در حال حاضر تعریف جامع و دقیقی از آن، که مورد توافق همه‌ی اندیشمندان حوزه‌ی تنظیم‌گری باشد، موجود نیست (Koop & Lodge. 2015: 104). باوجود نبود یک وفاق جمعی در رابطه با معنا و مفهوم تنظیم‌گری، در سال‌های اخیر، تلاش‌های بسیاری در راستای توضیح این مفهوم انجام شده است:

«تنظیم‌گری عبارت است از عمل قاصدانه و مستمر بخش عمومی یا خصوصی که براساس معیارهای مشخص برای تأثیر گذاشتن و شکل دادن به رفتار تنظیم شونده یا جریان امور یا وقایع در موضوعات اقتصادی یا اجتماعی؛ با مشارکت ذینفعان؛ با هدف تأمین منافع، خیر و رفاه عمومی که متضمن تأمین بهینه تولید و توزیع کالا و خدمت و حمایت‌های اجتماعی باشد، وضع می‌شود و پایش یا اجرای آن توسط تنظیم‌گر و یا با مشارکت ذینفعان انجام می‌شود» (Hadavand and Jam, 2021: 236).

مفهوم تنظیم‌گری، ۳ سطح مختلف از معانی را در برمی‌گیرد که به ترتیب شامل: سطوح عام، خاص و اخص می‌شود. سطح عام: به معنای تنظیم الزام‌آور رفتار اجتماعی است. به عبارت دیگر این شکل از تنظیم‌گری به سامان‌دهی زندگی اجتماعی با اتکا به اقتدار سیاسی می‌پردازد. سطح خاص: تنظیم‌گری در سطح دوم ناظر بر دخالت دولت در سازوکار بازار اقتصاد است. که در این‌صورت هم بر نظام حقوقیِ تنظیم اقتصاد اشاره دارد و هـم بر دخالت قانونی در بازار. در این زمینه دولت از ابزار حقوقی و فرا حقوقی استفاده می‌کند؛ که ابزار حقوقی آن طیف وسیعی از اعمال و مقررات حقوقی را شامل می‌شود. لازم به ذکر است سازوکارهای فراحقوقی مربوط به حالتی می‌شود که دولت معتقد است وضعیت موجود توسط دیگر نهادهای موجود در جامعه، بدون دخالت آن تنظیم می‌شود (خود تنظیمی/خودتنظیم‌گری[2] نمونه‌ای از تنظیم‌گری بدون دخالت دولت است). سطح اخص: تنظیم‌گری در این سطح معادل با قانون‌گذاری تعریف می‌شود. به عبارت دیگر تنظیم‌گری به معنای وضع مقررات اجرایی توسط سازمان‌ها و نهادهای اداری است (Rasekh, and Hosseini Karaei, 2015: 29 &30).

[1] Regulation

[2] Self-regulation

در میان انبوه الگوهای مطرح شده در رابطه با شیوه‌ی مداخله‌ی دولت، الگوواره جدید در این حوزه تحت‌عنوان «تنظیم‌گری حقوقی» و «دولت تنظیم‌گر» ایجاد شده است. برخلاف تنظیم‌گری در سیستم‌های مصنوعی که فاقد حیات هستند و به‌صورت خودکار، بر اساس برنامه‌ای از پیش تعیین شده، با کنترلی حداقلی تنظیم‌گری صورت می‌پذیرد؛ در سیستم‌های زنده، به‌ویژه انسانی، نیاز به دخالت یک عامل بیرونی برای اصلاح رفتار و خطاها وجود دارد. تنظیم‌گری حقوقی در معنای عام، همان نقش و کارکرد حقوق موضوعه است که از طریق آن، دولت وظایف خود را در حیطه‌ی اداره‌ی امور عمومی به فعلیت می‌رساند. اما تنظیم‌گری در مفهوم خاص، یک الگوواره جدید است که علاوه بر بازیگران عمومی، شامل بازیگران خصوصی می‌شود، در کنار حقوق سخت، حقوق نرم نیز جای دارد و همچنین ابزار تنظیم‌گری متنوع است (Yavari, 2014: 630 - 635).

تنظیم‌گری، یعنی وضع قوانین، نظارت بر قوانین و اجرای قوانین، هم یک خط‌مشی و هم ابزار قانونی کلیدی و در عین حال ستونی از نهادهایی است که زندگی سیاسی، اجتماعی و اقتصادی را تعیین می‌کند. معمولاً به‌عنوان یک مکانیسم کنترل پایدار و متمرکز بر فعالیت‌های ارزشمند با استفاده از قوانین مستقیم و غیر مستقیم تعریف می‌شود. اغلب، مقررات مربوط به فعالیت‌های سازمان‌های تنظیم‌گر[1] مستقل عمومی است که برای ارتقای اهداف اقتصادی، اجتماعی، مدیریت ریسک و یا توسعه‌ی مؤلفه‌های اخلاقی طراحی شده‌اند. از دهه ۱۹۹۰، دولت‌های بیشتری در سراسر جهان چنین سازمان‌هایی را تأسیس کرده‌اند و تأکید بیشتری بر استفاده از اختیارات، قوانین، و تنظیم استانداردها می‌کنند، بنابراین تا حدی جایگزین تأکید قبلی بر مالکیت عمومی و خدمات ارائه‌شده مستقیم شده‌اند (Levi-Faur et al. 2021)[2]. همچنین یکی از مظاهر اقتدار دولت‌ها، تدوین خط‌مشی‌های تنظیمی است. این خط‌مشی‌ها هنگامی تصویب می‌شوند که دولت‌ها جهت ایجاد تغییرات در رفتار فردی یا جمعی قوانینی را در نظر بگیرند. دولت با تعیین چارچوب‌های قانونی، از ابزار فرمان و کنترل استفاده می‌کند تا بازیگران اجتماعی را مجبور به پیروی و رعایت مقررات قانونی کند؛ در صورت انحراف و خطا از مسیر، افراد تحت تنظیم‌گری می‌بایست مجازات‌های تعیین شده را متحمل شوند (Knill & Tosun. 2020: 21).

همان‌طور که در مطالب فوق به تعدادی از تعاریف موجود تنظیم‌گری اشاره شد؛ در نظر بسیاری از اندیشمندان، تنظیم‌گری یک رویکرد حقوقی در نحوه‌ی مداخله‌ی دولت است که عمدتا با ابزار قانون و مقررات و با هدف اعمال کنترل، و به خصوص ناظر بر پیشینه‌ی پیدایش آن عمدتا در حوزه‌ی اقتصادی تحقق می‌یابد. به نظر می‌رسد این موضوع چند علت داشته باشد: نخست تنظیم‌گری اصطلاح نوظهوری است که تلاش بسیاری از محققان در بازشناسی مفهوم آن به تبع متاثر از آبشخور اولیه آن است؛ دوم این مفهوم در اثر صاحب نظرانی تبلور یافته، که عمدتا در رشته‌هایی نظیر حقوق، اقتصاد، خط-مشی‌گذاری و ... متخصص بوده؛ بنابراین با یک لنز تحلیلی خاص، متاثر از رشته‌ی مربوطه به موضوع نگاه شده است. همچنین اداره‌ی امور کشور، یک امر چند وجهی بوده، که برای تحلیل موضوعات مختلف آن، به خصوص امور مربوط به امور عمومی و دولتی می‌بایست علاوه بر به‌کارگیری نظریات مختلف در رشته‌های حقوق، علوم سیاسی، مدیریت دولتی و... گشتی در نظریات حوزه‌ی اقتصاد، جامعه‌شناسی، روان‌شناسی و ... زد تا با دیدی کامل اتفاقات و وقایع را تحلیل نمود. هرچند بخشی از ادبیات موجود به‌طور مستقیم و غیر مستقیم به شیوه‌های نوآورانه تنظیم‌گری اشاره شده است؛ ولی تحقیق حاضر از این حیث دارای نوآوری است که تلاش شده است در گام اول ادبیات نظری و پژوهشی مرتبط با تنظیم‌گری، با محوریت: تعریف، ابزار، نهاد تنظیم‌گر و همچنین از دریچه‌ی علوم مختلف بررسی، تا یک شمای کلی از مفهوم فراگرد تنظیم‌گری جامع-نگر، با درنظر گرفتن تمامی ابعاد آن حاصل شود؛ این مرحله با مطالعه‌ی منابع کتاب‌خانه‌ای و اسناد و مدارک موجود، به شیوه-ی توصیفی- تحلیلی انجام شد. در گام بعدی، مقالات علمی – پژوهشی منتشر شده در مجلات اخیر در سال‌های اخیر مورد مطالعه قرار گرفتند تا باتوجه به نتایج حاصل از گام اول، مورد ارزیابی قرار گیرند؛ این مرحله نیز به شیوه‌ی مرور انتقادی با بررسی مقالات مرتبط با مفهوم تنظیم‌گری در بازه‌ی زمانی ۲۰۲۳ – ۲۰۲۰ صورت گرفت.

[1] Regulatory agencies

[2] برای نگارش این پاراگراف، از چکیده‌ی مقاله‌ی مورد ارجاع استفاده شده است.

۱. ادبیات نظری

۱-۱.مفهوم‌شناسی تنظیم‌گری

در یک فراگرد تنظیم‌گری، دو عنصر کلیدی آن؛ تنظیم‌گر[1] و تنظیم شونده[2] (گروه هدف[3])، هستند. اشکال قدیمی تنظیم‌گری ناظر به حالاتی بود که در آن نهاد تنظیم‌گر تنها دولت محسوب می‌شد. به عبارت دیگر، قدر متیقن تعاریف اولیه به چند شرط اشاره دارد: ۱. شکلی مستقیم از مداخله که ۲. توسط بازیگران بخش عمومی و دولتی ۳. عمدتا در زمینه‌ی فعالیت‌های اقتصادی ۴. برای جمعیت هدف (که بیشتر آن ها فعالان بخش اقتصادی هستند) و ۵. به وسیله‌ی وضع قواعد و مقررات، انجام می‌شود؛ اما در بستر حکمرانی[4]، تنظیم‌گری نه تنها شامل بازیگران دولتی، بلکه بازیگران غیردولتی و نهاد و جنبش‌های مدنی و اجتماعی را نیز در بر می‌گیرد. از طرفی، پیش از این، تنظیم‌گری شامل در نظر گرفتن قواعد و مقررات بود؛ ولی در حال حاضر با تحقیقات اخیر اندیشمندان این موضوع استنباط می‌شود، که تنظیم‌گری اشکالی ورای قانون‌گذاری صرف دارد. به عبارت دیگر، در تنظیم‌گری جامع‌نگر، مرز دقیقی میان تنظیم‌گر و تنظیم‌شونده وجود ندارد، چرا که در برخی از موارد واگذاری حدود تنظیم‌گری به سایر بازیگران غیر دولتی، سبب افزایش نوآوری و کارایی در این حیطه می‌شود (Yasuda. 2022: 472)[5]. بنابراین در کنار «دولت تنظیم‌گر[6]»، گسترش تنظیم‌گری، سبب ایجاد تنوع رو به رشد سریع نظام‌های تنظیم‌گری شده که در آن بازیگران غیر دولتی با تنظیم‌گری خصوصی[7] و همچنین گروه‌های مدنی در قالب خود تنظیمی[8] مشارکت دارند (Levi-Faur et al. 2021)[9]. مواردی که تنظیم‌گری از جانب دولت یا نهادهایی که از جانب دولت به آنان اختیار داده شده، صورت نمی‌پذیرد؛ تنظیم‌گری داوطلبانه[10] نیز نام دارد (Yasuda. 2022: 474).

بنابراین به نظر می‌رسد؛ باتوجه به گستره‌ای که در رابطه با مفهوم تنظیم‌گری در ادبیات وجود دارد؛ می‌توان تعاریف موسع دیگری در نظر گرفت. در این تعاریف، فراگرد تنظیم‌گری می‌تواند مستقیم یا غیر مستقیم، توسط بازیگران دولتی یا غیر دولتی، در موضوعات اقتصادی یا غیر اقتصادی، برای جمعیت هدفی که می‌تواند دولتی یا غیر دولتی باشد، و به هر شکلی صورت پذیرد. تعریف اول که بیشتر مصطلح است، انتزاعی است؛ چراکه محصور در چارچوب قواعد و نهادهای دولتی است، و البته با این قید که تمامی نهادها و قوانین تنظیم‌گرایانه در یک سطح نیستند (Koop & Lodge. 2015.p. 104).

۱-۲.حوزه‌های علمی مرتبط با تنظیم‌گری

برخی از مفاهیم جدید در تنظیم‌گری جامع‌نگر، که در شکل سنتی آن، کم‌تر رواج داشته و ریشه‌های آنان در علوم دیگر قابلیت بررسی و مطالعه دارند، شامل موارد ذیل است:

خودتنظیم‌گری: این اصطلاح برگرفته از علم روان‌شناسی[11] و علوم رفتاری[12] است؛ به‌گونه‌ای که در قالب یک نظریه‌ی مستقل در این حوزه تعریف می‌شود. خودتنظیمی به افکار، احساسات و اقدامات خودسازنده‌ای[13] اشاره دارد که به صورت برنامه‌ریزی شده و چرخه‌ای برای دستیابی به اهداف فردی در نظر گرفته می‌شود. این تعریف، از نظر اعمال و فرآیندهای پنهانی که حضور و کیفیت آن‌ها به باورها و انگیزه‌های فرد بستگی دارد، با تعاریفی که بر یک ویژگی، توانایی یا مرحله‌ای از یک ویژگی تأکید دارند، متفاوت است. یک تعریف فرآیند می‌تواند توضیح دهد که چرا یک فرد ممکن است یک نوع عملکرد را خود تنظیم کند اما نوع دیگری را نه. برای مثال؛ شطرنج بازان با انگیزه‌ی بالا، ممکن است سعی کنند یک استراتژی دفاعی شناخته شده را تقلید کنند، اما اغلب زمانی که اعتماد به نفس آن‌ها در طول یک مسابقه رقابتی ضعیف می

---

1 Regulator
2 Regulatee
3 Target group

[4] حکمرانی (Governance) به عنوان جدیدترین پارادایم در حوزه‌ی اداره‌ی امور کشور، به منظور خاتمه بخشیدن به شیوه‌ی خط‌مشی‌گذاری از بالا به پایین ایجاد شده است. در این بستر فکری نو ظهور، بر نقش تمامی ظرفیت‌های موجود؛ از بخش‌های دولتی و غیر دولتی گرفته تا تمامی شهروندان تاکید می‌شود (شیرازی، ۱۴۰۰: ۳۳).

[5] در این منبع برای معرفی شکل جامع‌نگر تنظیم‌گری در بستر حکمرانی، از اصطلاح Regulatory governance (حکمرانی تنظیم‌گرایانه) استفاده شده است.

6 Regulatory state
7 Private regulation
8 Self-regulation

[9] برای نگارش این پاراگراف، از چکیده‌ی مقاله‌ی مورد ارجاع استفاده شده است.

10 voluntary regulation
11 Psychology
12 Behavioral sciences
13 self-generated

شود، آن را رها می کنند (Boekaerts et al. 1999: 14). خودتنظیم‌گری در سطح حکمرانی، این مفهوم را در سطح یک رفتار جمعی توسعه می‌دهد (قابل مطالعه در علم روان‌شناسی اجتماعی[1])؛ اما این تنها تفاوت موجود نیست، بلکه در این شکل از خودتنظیم‌گری، غیر از خود افراد، دولت نقش مهمی در جهت‌دهی به آن دارد. در مطالعات اولیه‌ی این حوزه، نقش دولت در کنترل و هدایت خودتنظیمی بسیار پررنگ در نظر گرفته می‌شد؛ ولی در حال حاضر تاکید بر به حداقل رساندن مداخله‌ی دولت است (Boekaerts et al. 2007: 887).

تنظیم‌گری داوطلبانه: باتوجه به این‌که این مفهوم تا حدودی مشابه خودتنظیم‌گری است؛ در توضیح آن برای فهم بیشتر، می‌توان در درجه‌ی اول به تفاوت میان این‌دو پرداخت. در خودتنظیم‌گری، عنصر تنظیم‌گر و تنظیم‌شونده، واحد و غیر دولتی هستند؛ به عبارت دیگر، خودتنظیم‌گری، اِعمال تنظیم‌گری بر خود است و دولت نقش جهت‌دهی به آن دارد. ولی در تنظیم‌گری داوطلبانه، عنصر تنظیم‌گر یک مجموعه‌ی غیردولتی است، که بر اساس یک دغدغه یا موضوع عمومی اجتماعی، اقدام به تنظیم‌گری حوزه‌ای غیر از خود می‌نماید. در اینجا به دلیل غیردولتی بودن تنظیم‌گر و همچنین اعمال تنظیم‌گری بر نهادی غیر از خودشان، از اختیار و قدرت برخودار نیستند؛ به همین منظور اقدامات آنان در راستای برانگیختن دولت جهت تنظیم‌گری حوزه‌ی مورد نظر است (Potoski & Prakash. 2002: 11). ریشه‌ی شکل‌گیری تنظیم‌گری داوطلبانه را می‌توان در علم جامعه‌شناسی[2] بررسی نمود؛ جایی که جنبش‌های جمعی[3] را حاصل کوشش جمعی در راستای پیشبرد منافع و اهداف مشترک و عموم، از طریق عمل جمعی خارج از چارچوب نهادهای رسمی می‌داند (Giddens, 2003: 678).

تنظیم‌گری خصوصی: در توضیح این اصطلاح، به نظر می‌رسد شفاف‌سازی واژه «خصوصی» با مفاهیم مخالف آن[4]، در دو حوزه‌ی علمی حقوق[5] و اداره‌ی امور عمومی/ مدیریت دولتی[6] (به عنوان دو رشته علمی پایه در تنظیم‌گری باتوجه به تحقیقات موجود) می‌تواند کمک کننده باشد. علم حقوق بر مبنای منشا، موضوع و اهداف، به رشته‌های مختلفی تقسیم می‌شود که اهم آن‌ها تقسیم حقوق به عمومی و خصوصی است. حقوق عمومی شامل «قواعدی است که بر روابط دولت و ماموران او با مردم حکومت می‌کند و سازمان‌های دولتی را منظم می‌سازد» و به عبارت دیگر دربرگیرنده‌ی تمام مقرراتی است که مربوط به قوای سه‌گانه و طرز اعمال حاکمیت دولت است (Katouzian, 2014: 82). در مقابل، حقوق خصوصی؛ شامل قواعدی است که توسط اراده‌ی شخصی افراد در زمینه‌ی روابطشان با دیگر افراد در نظر گرفته می‌شود (Shabani, 2013: 20). در بستر این علم، تنظیم‌گری خصوصی شامل قواعدی است که توسط افراد، جهت تنظیم روابطشان، در زمینه‌های مختلف وضع می‌شود و بر اساس اصل آزادی قراردادها[7] در جمهوری اسلامی ایران، تا جایی مشروعیت دارد که خلاف قانون نباشد[8]. در حوزه‌ی علمی دیگر، نظام مدیریتی ایران به سه سطح تقسیم می‌شود که در یک تعامل تنگاتنگ جامعه را مدیریت می‌کنند: (۱) اداره‌ی امور سیاسی / مدیریت سیاسی[9]، (۲) اداره امور عمومی / مدیریت دولتی و (۳) مدیریت خصوصی[10] . اداره‌ی امور سیاسی کشور، مسائل عمومی را به طرق مختلف شناسایی و برای حل آن چاره‌جویی می‌کند (Danai Fard, 2013: 1). بخش خصوصی متفاوت از بخش دولتی است و شیوه‌ی مدیریت خاص خود را می‌طلبد. اگر این دو حوزه را دو سر یک طیف در نظر بگیریم، یک سر طیف مدیریت دولتی به معنای مدیریت ادارات و سازمان‌های دولتی، تحت مالکیت دولتی و عمومی جهت تأمین کالا و خدمات عمومی قرار دارد؛ در سر دیگر طیف، مدیریت خصوصی قراردارد که تحت مالکیت خصوصی، مدیریت شرکت‌های تجاری و بازرگانی را به‌عهده دارد و کالاهای خصوصی تولید می‌کند (Tahmasbi, 2017: 15). تنظیم‌گری خصوصی بر مبنای این وجه از تعریف، شامل وضع قواعد، مقررات و رویه‌هایی جهت تنظیم اَعمال و اقدامات بخش خصوصی است که به دو صورت انجام می‌شود؛ یا توسط خود بخش خصوصی در نظر گرفته می‌شود و یا از جانب دولت اِعمال می‌شود[11] (Grabs et al.

---

1 Social Psychology
2 Sociology
3 Collective Movements
[4] این جمله در زبان اهل علم شایع است که «تعرف الاشیاء باضدادها»؛ یعنی اشیاء از راه نقطه‌ی مخالف و نقطه ی مقابلشان شناخته و به وجود آن‌ها پی‌برده می‌شود (مطهری، ۱۳۸۸، ج۳: ۱۲۲).
5 Law
6 Public Administration
7 liberate contractually
[8] طبق ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران – مصوب ۱۳۰۷: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».
9 Political Administration
10 Private Management
[11] به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۹۸ – ۱۳۹۹/۰۷/۱۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «کارکنان بانک‌های خصوصی که تحت نظارت بانک

2020: 1183). چناچه تنظیم‌گری در بخش خصوصی توسط دولت صورت گیرد، ۲ نکته باید مدنظر قرار گیرد: ۱. در نظر گرفتن تفاوت در اهداف و اصول حاکم بر بخش دولتی و خصوصی؛ برای مثال در بخش خصوصی، برخلاف دولتی به‌جای برقراری عدالت، برابری و انصاف، کسب سود مدنظر است (Tahmasbi, 2017: 17)، ۲. اجتناب از دام تنظیم‌گری؛ که این موضوع نیاز به توضیح مفصل‌تری دارد که در ادامه بیان می‌گردد.

تسخیر تنظیم‌گری[1]**:** فرآیندی است که از طریق آن منافع گروهی خاص بر تنظیم‌گری دولت تأثیر می‌گذارد؛ درنتیجه توانایی دولت را در جهت حفظ منافع عمومی مختل می‌کند. این گروه‌ها عمدتا تنظیم‌شوندگانی هستند که می‌بایست تحت کنترل دولت به عنوان نهاد تنظیم‌گر قرار می‌گرفتند، ولی با وجود دام تنظیم‌گری، بر نحوه‌ی تنظیم‌گری –به‌جای تأثیر پذیری– تأثیر می‌گذارند (Dal Bo. 2006: 203). یکی از اشکال دام تنظیم‌گری هنگامی است که دولت تخصص و دانش فنی لازم جهت تنظیم‌گری صنعت را ندارد، در این شرایط جهت کسب اطلاعات به خود صنعت یا بخش مورد نظر مراجعه می‌کند. اطلاعاتی که در این فرآیند رد و بدل می‌شود می‌تواند به راحتی فرآیند تنظیم‌گری را تحت تأثیر قرار دهد. در صورتی که اطلاعات به گونه‌ای آگاهانه در راستای تحت تأثیر قرار دادن تنظیم‌گری از نهاد تنظیم‌شونده در اختیار تنظیم‌گر قرار بگیرد، دام تنظیم‌گری شکل می‌گیرد (Heims & Moxon. 2024: 139). در این‌باره، علوم سیاسی حوزه‌ای است که به مطالعه‌ی سیاست؛ در قالب بررسی رفتارهای سیاسی بازیگران مختلف که بر روند تصمیم‌گیری تأثیرگذار بوده، می‌پردازد (Knill & Tosun. 2020: 3).

فراتنظیم‌گری[2]**:** این شکل از تنظیم‌گری، با اتخاذ یک استراتژی کنترلی در مرتبه‌ی بالاتر، می‌تواند استحکام و هماهنگی بیشتری میان سیستم‌ها و زیر سیستم‌ها برقرار نماید. به عبارت دیگر؛ هنگامی که تنظیم‌گری در یک سیستم، موجب تأثیرگذاری در سیستم سطح پایین‌تر شود، فراتنظیم‌گری صورت گرفته است. برای مثال در صورتی که مداخله‌ی تنظیم‌گری دولت منجر به خودتنظیم‌گری در جامعه شود. و یا هنگامی که سیستم مورد نظر، خود دولت باشد، فراتنظیم‌گری در از طریق اقدامات بین‌المللی صورت می‌گیرد (Zwitter. 2024: 11). در این‌باره باید توضیح داد که وابستگی متقابل میان دولت‌ها، جهت حل مسائل مشترک بین‌المللی، سبب ایجاد یک تنظیم‌گری بین‌المللی در قالب فراتنظیم‌گری است. چراکه گاهی مسائلی ایجاد می‌شود که بین چند کشور مختلف مشترک است و برای حل آن نیاز است تا اقدامات و مداخلات همگرایی در این کشورها انجام شود؛ از طرفی گاهی همکاری‌های اقتصادی بین الملل، در راستای توسعه‌ی بازارهای داخلی، نیازمند رعایت چارچوب‌هایی است. این قواعد، مقررات و رویه‌های موجود در سطح بین‌المللی که موجب شکل‌گیری یک نظام تنظیم‌گری فرای مرزهای یک دولت می‌شود و بر تنظیم‌گری داخلی آن تأثیر می‌گذارد، یا در قالب رژیم‌های بین‌المللی اصول و قواعدی را وضع می‌نماید و یا توسط سازمان‌های بین‌المللی چارچوب‌هایی در نظر گرفته می‌شود. بررسی این شکل از تنظیم‌گری در روابط بین‌الملل[3] قابل مطالعه است (Knill & Tosun. 2020: 183 - 191).

مرکزی، به ارائه خدمات گسترده پولی و بانکی به مردم می‌پردازند، از مصادیق مأمورین به خدمات عمومی محسوب می‌شوند و مشمول مجازات مقرر در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ هستند». مستفاد از رأی مذکور، در مواردی که یک سازمان خصوصی، متولی و هادی امور دولتی و اداری باشد، می‌تواند مشمول قوانین و مقررات بخش دولتی باشد؛ بنابراین در موارد مشابه ممکن است تنظیم‌گری دولتی، شامل تنظیم‌گری بخش خصوصی نیز بشود.

1 Regulatory Capture

2 Meta-regulation

3 International Relations

جدول ۱، خلاصه مطالب فوق در بررسی برخی از اصطلاحات جدید در تنظیم‌گری جامع‌نگر، با اشاره به حوزه‌ی علمی مورد مطالعه است.

جدول ۱- اصطلاحات جدید در تنظیم‌گری جامع‌نگر

شماره	اصطلاح	مفهوم محوری	حوزه‌ی علمی مورد مطالعه
۱	خودتنظیم‌گری	اِعمال تنظیم‌گری بر خود	روان‌شناسی اجتماعی
۲	تنظیم‌گری داوطلبانه	تنظیم‌گری مسائل اجتماعی در قالب جنبش‌های جمعی	جامعه‌شناسی
۳	تنظیم‌گری خصوصی	تنظیم قرارداد با اراده‌ی شخص در روابط فردی	حقوق
۴		خودتنظیمی بخش خصوصی	مدیریت بازرگانی
۵		تنظیم‌گری بخش خصوصی توسط دولت	مدیریت دولتی
۶	دام تنظیم‌گری	نفوذ و تأثیرگذاری بر نحوه‌ی تنظیم‌گری دولت	علوم سیاسی
۷	فراتنظیم‌گری	اِعمال تنظیم‌گری یک سیستم سطح بالاتر بر سیستم زیرین خود	تمامی حوزه‌های پیشین

۳-۱. نهادهای تنظیم‌گر

یکی از مهم‌ترین عناصر در تنظیم‌گری، وجود استانداردهای تعیین‌کننده‌ی حدود تنظیم‌گری است. این استانداردها گاهی در قالب اصول مستنبط از مواد و اصول قانونی است، گاهی حاصل تصمیمات نهادهای تنظیم‌گر و گاهی برخواسته از هنجارهای موجود در جامعه. مراجع و نهادهایی که به هر شکل در فراگرد تنظیم‌گری، اقدام به تعیین و وضع استانداردهای لازم جهت اِعمال تنظیم‌گری می‌کنند، نهادهای تنظیم‌گر نامیده می‌شوند.

تنظیم‌گری مبتنی بر اصول[1]

در این شکل از تنظیم‌گری، تنظیم‌گر یک نهاد یا شخص خاص نیست؛ بلکه اصول یا قانونی است که در قالب اسناد بالادستی برای تنظیم‌گری یک حوزه‌ی خاص وجود دارد. از آن‌جایی که این اصول، عموما به صورت کلی بیان می‌شوند و رسالت آن‌ها تعیین حدود و چارچوب‌های تنظیم‌گری است، شاید ضمانت اجرای سنگینی نداشته باشند؛ اما به هر حال می‌تواند نقطه‌ی آغاز و بنیادینی در تنظیم‌گری یک موضوع به خصوص باشد (Madise. 2019: 121). به همین منظور، یکی از رگه‌های تنظیم‌گری را می‌توان تحت تأثیر تدوین قانون مدنی به ویژه در شرایطی که به افراد اختیار در تصمیم گیری –به خصوص در روابط تجاری– داده می‌شد، بررسی نمود. در این‌صورت برای مثال، کارکرد دولت تضمین حقوق و آزادی‌های افراد در چارچوب قوانینی است که امروزه تحت عنوان تنظیم‌گری شناخته می‌شود (Rasekh, and Hosseini Karaei, ۲۰۱۵: ۲۶). تنظیم‌گری مبتنی بر اصول، می‌تواند شامل اصول مختلف قانون اساسی، برای مثال اصل ۴۴[2] در رابطه با تنظیم‌گری حوزه‌ی اقتصاد، یا اصل ۴۵[3] در رابطه با موضوع انفال و ثروت‌های عمومی باشد. سیاست‌های کلی ابلاغی مقام معظم رهبری (مطابق با اصل ۱۱۰ قانون اساسی[4]) نیز نمونه‌ی دیگری از این اصول است که در این‌مورد می‌توان به سیاست‌های کلی نظام اداری مصوب ۱۳۸۹، اشاره نمود. غیر از موارد ذکر شده، گاهی موادی از قوانین عادی نیز، موید اصول تنظیم‌گرایانه هستند، مانند: ماده ۱۰ قانون مدنی در بحث اصل

[1] Principles-Based Regulation

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

[3] «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند.»

[4] «وظایف و اختیارات رهبر:
۱- تعیین سیاست‌های کلّی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام ...»

آزادی قراردادها و همچنین اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها مطابق با ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲[۱].

تنظیم‌گری نهادی[۲]

تا اواسط دهه ۱۹۹۰، ساختار نهادی تنظیم‌گری در محافل دانشگاهی یا خط‌مشی‌گذاری توجه چندانی نداشت. فرض این بود که ساختارهای نهادی تنظیم مقررات در مقایسه با سایر عوامل مانند دامنه و جامعیت مقررات، منابع اختصاص داده شده به نهاد تنظیم‌گری، اختیارات قانونی و ... اهمیت کمی دارند. همچنین عموماً فرض بر این بود که ساختار نهادی تنظیم‌گری تأثیر کمی بر کارایی یا اثربخشی عملکرد آن دارد. با این حال، از اواسط دهه ۱۹۹۰، بحثی فعال مطرح شد که در آن مزایا و معایب ساختارهای مختلف نهادی با دقت بیشتری ارزیابی شده است. اگرچه نمی‌توان به طور قابل قبولی استدلال کرد که ساختارهای نهادی تعیین کننده اصلی اثربخشی تنظیم‌گری هستند، اما اثبات شده است که یک ساختار نامناسب یا منسوخ می‌تواند مانع دستیابی به اهداف تنظیم‌گری شود (Taylor. 2010: 473). نهاد تنظیم‌گری در پی کنترل عمومی بر مجموعه‌هایی است که به ارائه خدمت می‌پردازند . نهاد تنظیم‌گر به کوچکی و چابکی میل دارد و کثرت تخصیص بودجه برای آن از اولویت برخوردار نیست. نهاد تنظیم‌گر با انواع ابزارهای در دسترس به انجام مداخلات حاکمیتی مبادرت می‌ورزد و حرکت نهادهای هادی در مسیر اهداف از پیش تعیین شده را رصد می‌نماید (Shirazi, 2019: 3). تنظیم‌گری نهادی در ایران به دو شکل تحقق می‌یابد: یا با تشکیل یک نهاد، که از اساس وظیفه‌ی تنظیم‌گری یک حوزه‌ی خاص را به‌عهده دارد، مانند: تاسیس نهاد تنظیم‌گر بخش صنعت نفت، گاز، پتروشیمی و صنایع با تصویب مرکز ملی شورای رقابت (مصوب ۱۴۰۰) و یا اختیار تنظیم‌گری در یک زمینه‌ی مشخص به نهادی واگذار می‌شود، که غیر از آن وظایف دیگری نیز به عهده دارد، همانند نقش تنظیم‌گری نیروی انتظامی در هنگام برگزاری تجمعات مطابق با بند ۳ ماده ۴ [۳]قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران.

تنظیم‌گری هنجاری[۴]

اصول و نهادهای تنظیم‌گر، تنها محرک تنظیم‌گری اجتماعی نیستند. قوانین غیررسمی که به طور خود به خود پدیدار می‌شوند نیز به شکل دادن به رفتارهای جمعی کمک می‌کنند. در واقع، اثربخشی قواعد حقوقی گاهی تحت تأثیر حضور همزمان هنجارهای اجتماعی و یا فرهنگی قرار می‌گیرد (Vestoso & Cecere. 2022: 153). کدهای فرهنگی، نرم‌های فرهنگی، مؤلفه‌های اعتقادی و ... از جمله اشکال قواعد نرمی هستند که از طریق بازیگران اجتماعی رواج می‌یابند. قاعده‌گذاری در نظام اجتماعی فرآیندی است که تحت عنوان خود تنظیمی در یک سیستم اجتماعی پدیدار می‌گردد. بر خلاف تنظیم‌گری‌های اصولی و نهادی، در این قسم؛ تکیه در تنظیم رفتار، برانگیختن انگیزه‌ی افراد با استفاده از ابزارهای تشویقی است (Ghasem Zadeh Iraqi et al, 2021: 300). در نظام حقوقی ایران، قانون مشخصی جهت به رسمیت شناختن این شکل از تنظیم‌گری وجود دارد. مطابق با اصل ۸ قانون اساسی: «در جمهوری اسلامی ایران دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند. (وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِناتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِياءُ بَعْضٍ يأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ)». قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر مصوب ۱۳۹۴ نیز، قانونی است که به نحو خاص، نحوه‌ی ضوابط و حدود این قسم از تنظیم‌گری را تعیین و تضمین می‌کند.

۴-۱.ابزارهای تنظیم‌گری[۵]

تکامل در مفهوم تنظیم‌گری، موجب تکامل دیدگاه‌ها در رابطه با ابزارهای تنظیم‌گری نیز شده است (Windholz. 2022: 317)؛ بنابراین یکی دیگر از تفاوت‌های تنظیم‌گری جامع‌نگر با تنظیم‌گری سنتی، در استفاده از ابزار مختلف جهت تنظیم‌گری است (Windholz & Hodge . 2012: 218). در رویکردهای جامع‌نگر تنظیم‌گری، ابزارهای کارآمدتر؛ ابزارهای نتیجه‌گرا هستند. منظور از آن، ابزارهایی است که در

---

[۱] «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود.»

[2] Institutional regulation

[۳] «مأموریت و وظایف نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران عبارت است از: ...

۳ - تأمین امنیت برای برگزاری اجتماعات، تشکلها، راهپیماییها، و فعالیتهای قانونی و مجاز و ممانعت و جلوگیری از هر گونه تشکل و راهپیمایی‌و اجتماع غیر مجاز و مقابله با اغتشاش، بی‌نظمی و فعالیتهای غیر مجاز.»

[4] Normative regulation

[5] Regulatory tools

قالب یک مکانیسم رفتاری، در نهایت منجر به تغییر رفتار جامعه‌ی هدف متناسب با استنداردهای تنظیم‌گری می‌گردد. در ابتدا؛ مواردی تبیین می‌گردد که به لحاظ ماهیتی، ابزار تنظیم-گری محسوب می‌شوند و در ادامه سایر مکانیسم‌های تنظیم-گری که موجب تغییر رفتار می‌شود، مورد بررسی قرار می‌گیرند (Windholz. 2022: 317).

ویندهلز و هاج[1] (۲۰۱۲) با تاسی به ادبیات موجود در این حوزه، به خصوص فرایبرگ[2] (۲۰۱۰) غیر از ابزار سنتی آن، یعنی قانون‌گذاری، ۵ ابزار دیگر؛ و در مجموع ۶ ابزار ذیل را معرفی کرده‌اند (Windholz & Hodge . 2012: 218):

(۱) **ابزار اقتصادی[3] (مانند ایجاد بازار، مالیات، سهمیه بندی یا قیمت گذاری)؛** این شکل از تنظیم‌گری نیاز به اقدام در بازارها برای محافظت از منافع عمومی در برابر شکست بازار دارد. شکست بازار زمانی اتفاق می‌افتد که مکانیسمی که عرضه و تقاضا را تنظیم می‌کند، برای ارائه نتایج مطلوب خط‌مشی به طور عادلانه و کارآمد کافی نباشد. رایج ترین اقدامات دولت در این شکل، ممکن است دریافت مالیات یا پرداخت‌های مشروط به نتیجه، ایجاد بازارهای گمشده (مانند بازارهای آلوده)، تجزیه یا تنظیم انحصارها (یا مجازات تبانی)، بهبود جریان اطلاعات، یا در اختیار گرفتن تأمین کالاهای عمومی یا خدمات ضروری که در غیر این صورت کمتر ارائه می‌شوند، باشد. البته سازمان‌های تنظیم‌گر دولتی همیشه از منافع عمومی محافظت نمی‌کنند؛ بلکه ممکن است برای منافع خصوصی‌ای که می‌توانند از تنظیم‌گری به عنوان راهی برای افزایش سود استفاده کنند، کار کنند.

(۲) **ابزار مبادله‌ای[4] (که در آن دولت ها از طریق قرارداد یا شرایط اعطا بر رفتار تأثیر می گذارند)؛** این امر به طور فزاینده‌ای در گرو خصوصی‌سازی و بستن قرارداد در ارائه خط‌مشی‌های عمومی جلوه می‌یابد. فرایبرگ (۲۰۱۰) آن‌را به عنوان "تنظیم‌گری‌ای که از طریق تعامل مستقیم بین طرفین از طریق یک قرارداد، توافقنامه کمک مالی یا سایر ترتیبات مالی رخ می دهد"، تعریف می کند؛ که طبق آن طرفین حق دارند وارد توافق شوند یا در مورد شرایط آن مذاکره کنند. تنظیم‌گری مبادله‌ای نیازی به اختیار قانونگذاری مستقیم ندارد و اساساً بر مفاهیم کلی حقوق قراردادها استوار است.

(۳) **ابزار مجوزدهی[5] (مانند ثبت، صدور مجوز یا اعطای اعتبار)؛** این شکل از تنظیم‌گری، شاید قدیمی‌ترین باشد، بدین شکل که فعالیت‌ها، اماکن یا محصولات خاصی از طریق طیف وسیعی از ابزارهای مرتبط با مجوز، ثبت، صدور گواهینامه و ... اعتبار می‌یابد. به میزانی که حوزه‌ی مورد نظر از حساسیت بیشتری برخوردار باشد (مثل بهداشت، تغذیه و ...)، اعطای مجوز نیازمند بررسی و دقت نظر بیشتری است.

(۴) **ابزار اطلاعاتی[6] (مانند برچسب گذاری محصول یا رژیم‌های افشای مداوم)؛** اطلاعات یک ابزار غیرمستقیم تنظیمی است که افراد را قادر می سازد تا تصمیمات بهتری بگیرند. به عنوان مثال، افشا (مثلاً محتوای چربی در غذا) و شاخص‌های عملکرد (مثلاً تعداد طرح‌های برنامه‌ریزی تأیید شده) همگی بخشی از روند رو به افزایش به عنوان ابزارهای پشتیبانی تنظیم‌گری هستند که مکانیسمی را برای کمک به افراد برای دستیابی به تصمیم‌ها یا جهت‌گیری‌های خط‌مشی خاص ارائه می‌کنند. البته ناگفته نماند، نگرانی‌هایی وجود دارد که این ابزارها به‌عنوان موانعی برای تصمیم‌گیری صحیح باشند تا به‌عنوان فرآیندهای مفید و پشتیبانی کننده.

(۵) ابزار ساختاری[7] (طراحی فیزیکی، یا فرآیندهایی مانند ترتیبات مالیاتی)؛ تنظیم‌گری ساختاری به ابزارهایی اطلاق می‌شود که برای ایجاد نتایج تنظیم‌گری، با حذف یا محدود کردن انتخاب و ساختاردهی رفتار طراحی شده-اند؛ به گونه‌ای که افراد به هیچ وجه چاره‌ای جز اقدام بر اساس الگوی تنظیم‌گری مطلوب نداشته باشند یا با تحریم مواجه شوند. در اینجا، تمرکز بر طراحی محیط تنظیم‌گری است که افراد در آن فعالیت می‌کنند. این ابزار ارتباط نزدیک با تنظیم-گری قانونی دارد. به عنوان مثال، طراحی محیط ساختار یافته می‌تواند بر نحوه رفتار افراد تأثیر بگذارد. طراحی ساختمان‌ها، خیابان‌ها و زیرساخت‌های سبز می‌تواند بر اینکه مردم در یک مسیر خاص سفر می‌کنند و میزان ترافیک آن مسیر تأثیر بگذارد.

(٦) ابزار قانونی[8] (مانند قوانین و مقررات)؛ تنظیم-گری قانونی منعکس‌کننده دیدگاه سنتی تنظیم‌گری در قالب قانون است. با این حال، بدیهی است که تنظیم‌گری بسیار فراتر از قانون است، اما قانون شکل عمده‌ای از آن است.

---

1 Windholz & Hodge
2 Freiberg
3 Economic tool
4 Transactional tool
5 Authorizational tool
6 Informational tool
7 Structural tool
8 Legal instrument

استانداردهای تنظیم‌گری به دنبال ضمانت اجراهایی جهت کسب اطمینان از رعایت حداقل الزامات به عنوان ابزاری برای تنظیم عملکرد در یک بخش خاص هستند. در حالی که استانداردها راه‌حل‌های «کافی» ارائه می‌کنند، اما اغلب محدود به تمرکز کردن بر جنبه‌های «منفی» یک فعالیت خاص به جای ترویج عملکرد خوب هستند (Scott & Baker. 2013: 2-6).

مکانیسم‌های تغییر رفتار در تنظیم‌گری جامع‌نگر

با مطالعه‌ی ادبیات حوزه‌ی رفتاری، می‌توان مکانیسم‌های تغییر رفتار که در فراگرد تنظیم‌گری نیز کاربرد دارند را استخراج نمود. لازم به ذکر است؛ گاهی جهت اعمال تغییرات ممکن است یک یا چند مکانیسم به کار گرفته شود و همچنین یک مکانیسم می‌تواند در عین حال اثراتی ورای نتایج مورد نظر تنظیم‌گران داشته باشد (Windholz. 2022: 317). در این بخش، مکانیسم‌های تغییر رفتار در فراگرد تنظیم‌گری جامع‌نگر بررسی می‌گردد.

مهارسازی[1]

مهارسازی ممکن است به عنوان مجموعه‌ای از اقدامات قدرت نفوذ خارجی تعریف شود که از طرف دولت انجام می‌شود و هدف آن وادار کردن تنظیم‌شوندگان به رفتار خاصی است. در جامعه بشری، کلیت مهارسازی با این واقعیت تعیین می‌شود که به عنوان یک شیوه‌ی نفوذ، به عنوان وسیله‌ای برای حل تعارضات گسترده عمل می‌کند، از جمله در مواردی به‌کار می‌رود که در آن‌ها حذف تضادها بین بازیگران اجتماعی به روش‌های دیگر غیرممکن است. مهارسازی، توسط ارگان‌های دولتی اعمال می‌شود و در صلاحیت نهادهایی است که توسط قانون اساسی و قوانینی که مغایر با قانون اساسی نیستند و طبق رویه تعیین شده توسط قانون اساسی و مواردی از این قبیل تعیین شده است (Asilyan & Necrasova. 2023: 3).

مهارسازی مکانیسم تغییر رفتاری است که بیشتر با مقررات مرتبط است و عموماً دارای سه عنصر هستند:

(۱) قوانینی که استانداردهایی را تعریف می‌کنند که باید رعایت شوند،

(۲) مکانیسم‌هایی برای تشخیص عدم انطباق با قوانین و استانداردها

و (۳) تحریم‌هایی که در ادامه‌ی عدم انطباق‌ها اعمال می‌شود.

[1] Coercion

این مکانیسم در کنار مزیت‌هایی که دارد، مثل: ضمانت اجرای قوی، اثرگذاری و ...، معایبی دارند، از جمله؛ تحمیل هزینه‌های غیر ضروری، سوگیری‌های خصمانه، پیچیده بودن فرآیند کنترل و نظارت و ... (Windholz. 2022: 317 & 318).

مشوق ها (و بازدارنده ها)[2]

از آن‌جایی که در رویکرد جامع‌نگر تنظیم‌گری، حضور مردم و نقش آفرینی آنان در فراگرد تنظیم‌گری پر اهمیت‌تر جلوه می‌یابد؛ باید گفت ترغیب مردم به مشارکت در امر تنظیم‌گری و همچنین پیش‌بینی و پیش‌گیری از کج‌روی‌ها با در نظر گرفتن بازدارنده‌ها، ضروری است (Shirazi, 2021: 31). به عبارت دیگر، در حالی که تنظیم‌گری با استفاده از ابزارهای سنتی در قالب برخوردهای قهری مانند قانون و مقررات، بر کنترل افراد به منظور اتخاذ رفتار مناسب تاکید دارد، رویکردهای جدید به تغییر رفتار داوطلبانه آن‌ها ارج می‌نهد (Shirazi, 2021: 51).

مشوق‌ها (و بازدارنده‌ها) فرض می‌کنند که افراد تصمیمات را بر اساس معادله‌ی هزینه – فرصت انجام می‌دهند. سپس در بحث تنظیم‌گری، با افزایش منافع و/یا کاهش هزینه‌های رفتارهای سازگار (از طریق مشوق‌ها) یا کاهش مزایا و/یا افزایش هزینه‌های رفتارهای ناسازگار (از طریق بازدارنده‌ها) بر آن تصمیم‌ها تأثیر می‌گذارند. مشوق‌ها می‌توانند مستقیم و غیرمستقیم باشند. نمونه‌هایی از مشوق‌ها و بازدارنده‌های مستقیم شامل اعتبارات مالیاتی، نرخ‌های مالیاتی متفاوت، تخفیف‌ها، پاداش‌ها، کمک‌های مالی، یارانه‌ها و عوارض است که به طور مستقیم منفعت مالی یا ضرری برای تنظیم شوندگان ایجاد می‌کند. نمونه‌هایی از مشوق‌های غیرمستقیم شامل جوایز و سیستم‌های صدور گواهینامه است که می‌تواند توسط تنظیم‌گرها برای متمایز کردن اشخاص مشمول تنظیم گری در بازار استفاده شود. باتوجه به حضور داوطلبانه افراد در این مکانیسم، هزینه‌ی نظارت و کنترل بر فرآیند آن به حداقل می‌رسد (Windholz. 2022: 318).

متقاعدسازی[3]

تنظیم‌گری می‌تواند با توسل به علایق، ارزش‌ها، باورها و ترجیحات، افراد و نهادها را متقاعد کند که رفتارشان را تغییر دهند. مکانیسم‌های متقاعدکننده به دنبال تأثیرگذاری بر رفتار بدون توسل به مداخلات اجباری یا انگیزشی هستند. درعوض،

[2] Incentives (and Disincentives)

[3] Persuasion

متقاعدسازی با سرزنش کردن، تشویق و/یا متقاعد کردن تنظیم‌شونده برای عمل به شیوه‌ای سازگار با هدف تنظیم‌گری اعمال می‌شود. این امر مستلزم آن است که تنظیم‌گر، محرک‌های انگیزشی و محرک‌های رفتاری متفاوت برای گروه هدف را درک کنند. یک مکانیسم متقاعدسازی، که به درستی هدف گذاری شده و به خوبی اجرا شود، می‌تواند برای تغییر رفتار یا حداقل، ایجاد انگیزه در افراد برای تغییر رفتارشان موثر باشد. اما به خودی خود، بعید است که منجر به تغییرات گسترده و پایدار شود. در برخی موارد، تنظیم‌گرها می‌خواهند از آن پیروی کنند اما دانش، مهارت یا منابع لازم برای انجام این کار را ندارد (Windholz. 2022: 319).

ناگفته نماند که متقاعدسازی در سایه‌ی اعتماد و اعتقاد به مشروعیت دولت و نهادهای تنظیم‌گر تحقق می‌یابد. اعتماد و مشروعیت به صورت مداوم می‌بایست از طریق تعامل مستمر با جامعه و نهادهای مدنی و تلاش برای یافتن راه حل‌های مشترک برای پاسخگویی به مسائل تقویت شود. دولت و نهادهای تنظیم‌گر باید گوش شنوا و چشم باز جهت درک شرایط و مسائل جامعه داشته باشند. بنابراین می‌توان گفت؛ نقطه‌ی آغاز متقاعدسازی، ایجاد سازوکارهای اعتمادساز و مشروعیت‌ساز برای دولت است (Shams, 2022: 474).

همراهی[1]

همراهی، مکانیسمی است که بر اساس آن، در ارتباط میان تنظیم‌گری و گروه هدف تنظیم‌شونده؛ اقداماتی به صورت مستقیم انجام می‌شود تا گروه هدف به سمت خودتنظیمی و تنظیم‌گری داوطلبانه حرکت کنند؛ تا نیازی به اقدامات قهری و اجباری از جانب دولت وجود نداشته باشد (Ghasem Zadeh Iraqi et al, 2021:288).

مانند سایر مکانیسم‌های تغییر رفتار، همراهی می‌تواند به اشکال مختلف باشد. رایج ترین شکل‌ها، ارائه‌ی اطلاعات و مشاوره، آموزش و تقویت منابع و زیرساخت‌ها هستند. مکانیسم های همراهی یک مزیت مهم نسبت به سایر مکانیسم‌های تغییر رفتار دارند: آن‌ها عملی و مستقیم هستند. در حالی که مکانیسم‌های اجباری به افراد می‌گوید که چه کاری باید انجام دهند و مشوق‌ها و ترغیب‌ها آن‌ها را تشویق می‌کند تا این کار را انجام دهند، در مکانیسم‌های همراهی به گروه هدف کمک می‌شود تا اقدامات لازم را انجام دهند. البته لازمه این کار، این است که کسانی که اطلاعات را در اختیار دارند، از سطوح قابل قبولی از درک، دانش و نیازهای مخاطبان (متفاوت) برخوردار باشند. یک پیش‌فرض در رابطه با این مکانیسم این است که در صورت آگاهی گروه هدف از میزان اطلاعات و سطح دانش تنظیم‌گران، این موضوع به خودی خود یک مقبولیت و در نتیجه تبیعت از فراگرد تنظیم‌گری ایجاد می‌کند (Windholz. 2022: 319).

سقلمه زدن[2]

اگر صحبت از کم هزینه‌ترین مکانیسم تغییر رفتار در تنظیم‌گری باشد که در عین حال به عنوان یک روش متمایز سبب پیش‌برد اهداف تنظیم‌گری باشد؛ آن روش سقلمه‌زدن است. در این مکانیسم، پیشنهاد می‌شود که خط‌مشی‌گذاران، با بهره‌برداری از برخی الگوهای غیرمنطقی، که اغلب «سوگیری‌های شناختی[3]» نامیده می‌شوند، ممکن است شهروندان را به سمت تصمیم‌گیری مثبت در سطح فردی و اجتماعی سوق دهند و در عین حالی که انتخاب‌های دیگر آنان نیز محترم است. دایره‌ی تجربی این مکانسیم بسیار گسترده است؛ به گونه‌ای که در تجزیه و تحلیل مصادیق آن باید مجموعه اقدامات دقیق و نوظهوری را در نظر گرفت که در نهایت منجر به تغییر رفتار در مکانیسم تنظیم‌گری شود (Alberto et al. 2014: 438).

این مکانیسم برخواسته از تئوری اقتصاد رفتاری است. این روش بدون هیچ گزینه‌ی تشویقی یا بازدارندگی، رفتار افراد را به روشی قابل پیش‌بینی تغییر می‌دهد. برای اینکه یک سقلمه، مکانیسم رفتاری محسوب شود، باید ارزان قیمت باشد و اجتناب از آن به عنوان یک مکانیسم تنظیم‌گری به راحتی صورت پذیرد. سقلمه‌ها بر تغییر «معماری انتخاب[4]» – زمینه و محیطی که در آن تصمیم‌ها گرفته می‌شود – تمرکز می‌کنند. این کار با چشم پوشی از داستان نئوکلاسیک که انسان‌ها در به حداکثر رساندن منفعت خود عقلانی هستند آغاز می‌شود و با جایگزینی آن با واقعیت تجربی که عقلانیت افراد محدود به عادات آن‌هاست تکمیل می‌شود. در این راستا، سوگیری‌های شناختی منجر به انحراف نظام‌مند از استانداردهای تصمیم گیری عقلانی می‌شود. سوگیری‌های شناختی مهمی که توسط اقتصاددانان رفتاری شناسایی شده‌اند عبارتند از: سوگیری در زمان حال یا لحظه‌ای[5] (افراد تمایل قوی‌تری نسبت به دریافت نتایج فوری دارند، تا نتایج بعدی)، سوگیری حفظ وضعیت موجود[6] (تمایل

[1] Assistance

[2] Nudge

[3] Cognitive biases

[4] Choice architecture

[5] Present or current moment bias

[6] Status quo bias

افراد به اینکه دوست دارند شرایط برای آنان ثابت بماند)، سوگیری لختی[1] (افراد تمایل دارند به انتخاب‌هایی دست بزنند که نیاز نباشد کاری انجام دهند) و سوگیری حذف[2] (تمایل به قضاوت در مورد اعمال مضر به عنوان بدتر و از نظر اخلاقی مذموم‌تر، در حدی که نیاز به حذف آن باشد) (Windholz. 2022: 320 & 321).

قاب‌بندی[3]

تحقیقات نشان می‌دهد که رسانه‌های تحت کنترل دولت ابزار مؤثری برای شکل‌دهی افکار عمومی هستند. برنامه‌های تلویزیونی، برنامه‌های خبری، نشست‌های هم‌اندیشی برخط و ... از جمله بسترهایی هستند که دولت‌ها می‌توانند دیدگاه‌های مورد نظر خود را، آن‌گونه که مدنظرشان هست به مخاطبین منتقل کنند. در روش قاب‌بندی، محتوا با تاکید بر رویه‌ی مورد نظر متولیان تولید می‌شود؛ یعنی زوایایی از موضوع برجسته می‌شود که بیشتر منطبق بر منفعت و خواست هادیان آن است (Pan et al. 2022: 317). البته نه فقط دولت، بلکه هر گروهی یا حزبی که به این ابزار مجهز باشد می‌تواند ناظر بر اهداف مورد نظر خود، محتواهایی تولید و منتشر کند تا مخاطبین خود را تحت تأثیر قرار دهد. با توجه به موضوع مقاله حاضر، منظور رسانه‌هایی است که در اختیار تنظیم‌گرها باشد.

در مکانیسم قاب‌بندی در تنظیم‌گری، نهادهای تنظیم‌گر گرد هم می‌آیند تا به یک اجماع در رابطه با مسئله‌ی مورد نظر برسند و هدف از تنظیم‌گری را روشن و شفاف سازند. برای رسیدن به اجماع در این راستا، چالش‌های مختلفی وجود دارد که توسط ذی‌نفعان معایب و مزایای آن بررسی می‌گردد (Wirtz et al. 2020: 6 -8).

۲. پیشینه پژوهشی

هیوز[4] (۲۰۲۳) معتقد است: در نظام حکمرانی، شیوه‌ی اداره‌ی جامعه به گونه‌ای است که میان متولیان امور، حکمرانان و سایر ذی‌نفعان از جمله گروه‌های مدنی و اجتماعی در رابطه با نحوه و ضابطه‌ی حاکم بر نحوه‌ی اداره‌ی امور کشور و عملکرد افراد یک اتفاق نظر وجود دارد. به عبارت دیگر اصول اداره‌ی جامعه بر اساس اجماع نظر میان تمامی بازیگران تعریف می‌شود؛ در این راستا تنظیم‌گری به عنوان یکی از کارکردهای حکمرانی در وضع و اجرای قوانین که هدف آن هدایت و کنترل جامعه است، برمبنای همین اتفاق نظر میان بازیگران باید صورت پذیرد. طبق اظهارات آلموند و وان‌اِرپ[5] (۲۰۲۰) هنگامی که صحبت از اشکال جدید تنظیم‌گری می‌شود؛ بی‌شک یکی از الزامات پرداختن به این مسئله، فاصله گرفتن از تعاریف اولیه‌ی این مفهوم است. به عبارت دیگر هر یک از عناصری که در این تعاریف وجود داشت، به گذشت زمان، به‌طور تبعی دچار تغییر و تحول می‌شود؛ چه آنکه تعاریف ابتدایی از تنظیم‌گری به معنای مداخله‌ی دولت به صورت عمدی در فعالیت‌های گروه هدف است و چنانچه به صورت مستقیم صورت پذیرد، قاعدتا اولین ابزار دولت جهت اِعمال تنظیم‌گری در این زمینه، ابزارهای قانونی است که در قالب استانداردهای الزام‌آور توسط بازیگران دولتی بر فعالیت‌های صورت گرفته توسط بخش خصوصی در زمینه اقتصادی به‌کار گرفته می‌شود. هویزینگ و سیلبی[6] (۲۰۱۸) معتقدند که در هر جامعه و یا سازمان، یک‌سری شیوه‌های متداولی جهت انجام امور وجود دارد، تنظیم‌گری به معنای چارچوب‌گذاری، به نحوی است که طریقه‌ی انجام این امور معمول را مشخص سازد؛ به رعیات این ملاحظه که چارچوب‌های تعیین‌شده منطبق بر اصول، انتظارات و هنجارهای حاکم در یک جامعه باشد. بر اساس ادعای یاسودا[7] (۲۰۱۶)، در بستر حکمرانی، دوگانگی میان دولت و مردم معنایی ندارد؛ به عبارت دیگر، در این نظام از اداره‌ی کشور دیگر نمی‌تواند مرز مشخصی میان بخش عمومی و خصوصی و یا ملی و محلی مشخص نمود تا جایی که گاهی جای بازیگران به عنوان تنظیم‌شونده و تنظیم‌گر جابجا می‌شود. لازمه‌ی این اتفاق، مشارکت دادن تمامی ظرفیت‌های جامعه، به‌خصوص گروه‌های اجتماعی و مدنی در فراگرد تنظیم‌گری است. بنابراین در تعریف جدید از تنظیم‌گری، به میزانی که گستره‌ی فعالیت‌های تنظیمی افزایش پیدا می‌کند، فعالیت‌های دولتی، تنها بخشی از فعالیت‌های تنظیمی را تشکیل می‌دهد. از نظر گانینگهام[8] (۲۰۱۶)، مشارکت دادن تمامی ذین‌نفعان در فراگرد تنظیم‌گری به معنای نادیده گرفتن اقتدارات دولت نیست؛ بلکه همواره سایه‌ای از اِعمال آن توسط دولت در قالب مکانیسم‌های مختلف وجود دارد، اما تفاوت در ابزار و شیوه‌های به‌کارگیری آن است. به همین جهت حتی در اشکال مختلف تنظیم‌گری مانند خودتنظیمی و تنظیم‌گری

[1] Inertia bias
[2] Mission bias
[3] Framing
[4] Hughes
[5] Almond & van Erp
[6] Huising, & Silbey
[7] Yasuda
[8] Gunningham

مشارکتی نیز، در مراحلی از پیاده‌سازی فراگرد تنظیم‌گری اتکا به اقتدار دولتی دیده می‌شود. بورا[1] (۲۰۱۴)، تنظیم‌گری را به‌عنوان عملکرد نظام اجتماعی درنظر می‌گیرد که با هدف تصمیم‌گیری و تنظیم یکی از حوزه‌های مربوط به امور عمومی صورت می‌گیرد. او معتقد است که در یک گزاره‌ی مختصر اگر بنا باشد تعریفی از تنظیم‌گری ارائه شود، می‌توان آن‌را جوهره‌ی بسیاری از فعالیت‌هایی دانست که به‌منظور تأثیرگذاری بر یک جامعه هدف انجام می‌شود. کوهن[2] (۲۰۱۱) ارائه‌ی تعاریف جدید از تنظیم‌گری را به مثابه به چالش کشیدن محوریت قانون و مقررات به عنوان یکی از ابزارهای تنظیم‌گری در حوزه‌ی موضوعی مورد بررسی نمی‌داند؛ بلکه معتقد است در شیوه‌ی نوین تنظیم‌گری، بر ابزار و مکانیسم‌هایی تاکید می‌شود که بیش‌از قوانین و مقررات نتیجه‌گرا هستند. نکته‌ی دیگری که او مدنظر قرار می‌دهد، اهمیت ابتکار عمل داشتن نهادهای تنظیم‌گری در استفاده از شیوه و ابزارهای متنوع و جدید است و اینکه اختیارات این نهادها نباید محدودیت در راستای ابتکار آنان ایجاد نماید. مینوگ[3] (۲۰۰۸) بر این نکته تاکید می‌کند که دلیل وجود تنوع و کثرت در تعریف، ابزار و مکانیسم و نهادهای تنظیم‌گر در حوزه‌ی تنظیم‌گری به این جهت است که هر دولت می‌بایست با تاسی از تمامی اقسام و ابعاد موجود و همچنین در نظر گرفتن شرایط و اقتضائات حاکم در کشور خود، فراگردی طراحی نماید تا بیشترین بازدهی را داشته باشد.

۳. روش انجام پژوهش

روش پژوهش مقاله‌ی حاضر، مرور انتقادی است. روش تحقیق مرور انتقادی یک رویکرد مرور نظام‌مند متون موجود است که بر اساس آن ادبیات موجود ارزیابی می‌شود تا درک جامعی از یک موضوع خاص ارائه دهد. این روش برای شناسایی شکاف‌ها در تحقیق، ارزیابی کیفیت مطالعات و هدایت جهت‌های تحقیقاتی آینده ضروری است. هدف از انجام یک مرور انتقادی، یعنی ارزیابی دانش قبلی و دریافت و ارائه یک نمای کلی از یک موضوع، موجب تمایز آن از سایر انواع روش‌هاست (Farrukh & Sjad, 2023). این پژوهش، با روشی که ذکر گردید، در قالب ۵ مرحله، انجام شده است.

مرحله اول: تعریف سؤالات تحقیق، به‌طور شفاف و واضح. باتوجه به ادبیات نظری و پیشینه پژوهشی مطالعه شده، سؤالات ذیل، برای این تحقیق انتخاب شده است.

پژوهش‌های مورد بررسی، در چه حوزه/های علمی به بررسی موضوع پرداخته‌اند؟

در پژوهش‌های مورد بررسی، چه تعاریفی از تنظیم‌گری ارائه شده است؟

در پژوهش‌های مورد بررسی، چه ابزار و مکانیسم‌هایی برای تنظیم‌گری در نظر گرفته شده است؟

در پژوهش‌های مورد بررسی، چه نهادهایی به‌عنوان نهاد تنظیم‌گر معرفی شده است؟

مرحله دوم: شناسایی و انتخاب نمونه خاصی از منابع مرتبط با موضوع، جهت بررسی. بر این اساس، در پایگاه‌های داده‌ی مدنظر، مطابق با جدول ۲، کلمات کلیدی مرتبط با موضوع جستجو گردید. به دلیل حجم بالای مقالات علمی – پژوهشی داخلی، بازه‌ی زمانی ۲۰۲۳ – ۲۰۲۰ جهت تحدید نمونه‌ی مطالعه انتخاب شد. خروجی این جستجو، تعداد ۶۸ مقاله در حوزه‌ی تنظیم‌گری بر اساس یافته‌های حاصل از جستجو در تمامی پایگاه‌های مدنظر بود.

[1] Bora
[2] Cohn
[3] Minogue

جدول ۲: تعداد کل مقالات یافت‌شده از پایگاه‌های داده، بر اساس کلمات کلیدی جستجو شده

پایگاه داده	کلمات کلیدی جستجو شده	تعداد مقاله‌های نهایی بین سال‌های ۲۰۲۰ الی ۲۰۲۳
پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID.ir) پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی (Ensani.ir) پایگاه مجلات تخصصی نور (noormags.ir) محقق گوگل (scholar.google.com)	تنظیم گری تنظیم گر رگولاتور	۶۸

پس از مطالعه‌ی چکیده مقالات، ابتدا ۹ مقاله و پس از مطالعه‌ی متن کامل آن‌ها ۶ مقاله، به جهت عدم ارتباط کامل با موضوع مورد بررسی کنار گذاشته شد و درنهایت ۴۳ مقاله علمی – پژوهشی داخلی بین سال‌های ۲۰۲۰ تا ۲۰۲۳ به عنوان نمونه‌ی نهایی پژوهش انتخاب شد.

مرحله سوم: تعداد ۴۳ مقاله که در مرحله‌ی قبل به عنوان نمونه‌ی نهایی انتخاب شدند، با دقت و جزئیات مورد مطالعه و بررسی قرار گرفت، تا موارد مورد سؤال در مرحله‌ی اول از آن استخراج شد.

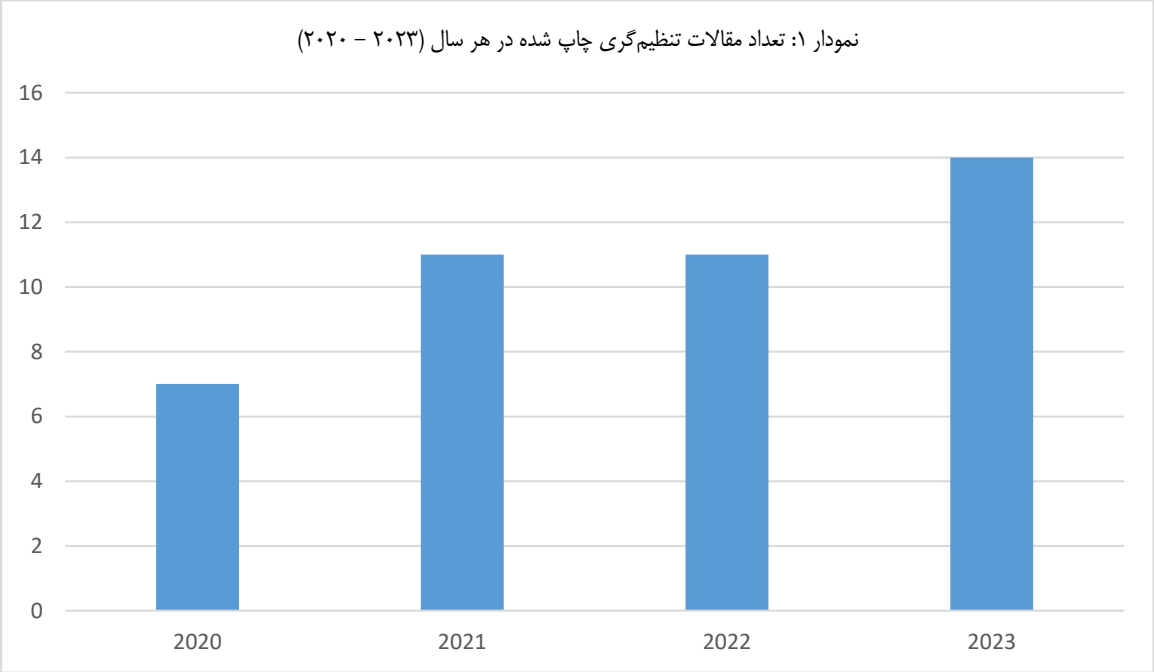
مرحله چهارم: ارائه‌ی گزارشی از یافته‌های حاصل از مطالعه‌ی مقالات که در بخش چهارم مقاله آمده است.

مرحله پنجم: تجزیه و تحلیل یافته‌های حاصل از مرحله‌ی چهارم و تطبیق آن‌ها با ادبیات نظری و پژوهشی جهت ارزیابی شکاف‌های مطالعاتی (Rajendran et al., 2023).

٤. یافته‌های پژوهش

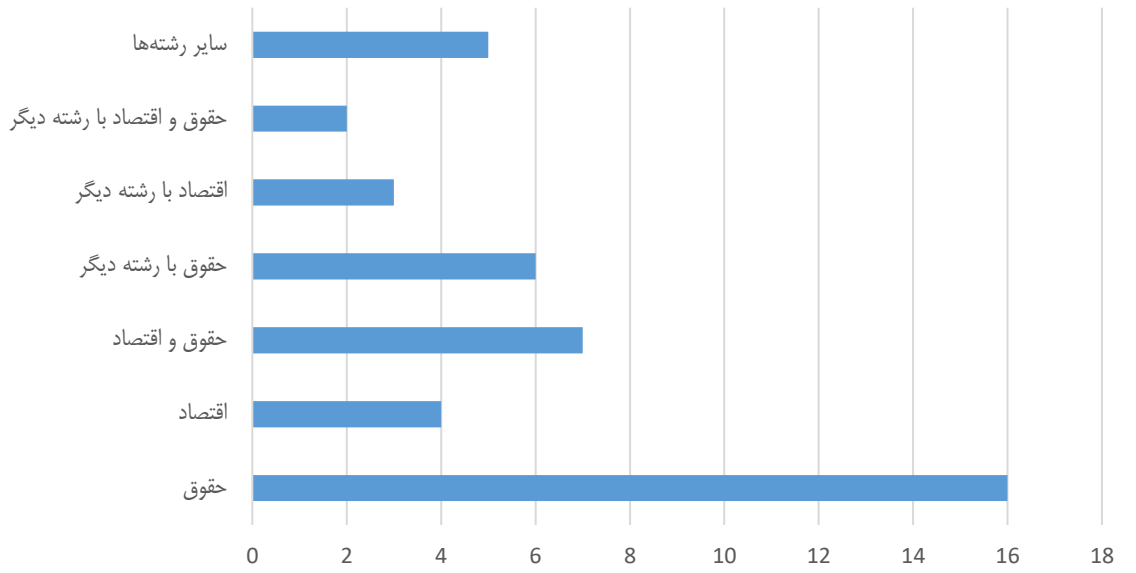
در ادامه‌ی این بخش، یافته‌های حاصل از مطالعه‌ی نهایی ۴۳ مقاله به‌صورت سازمان‌دهی شده و خلاصه ارائه شده است.

باتوجه به بررسی‌های صورت گرفته، تعداد مقالات علمی – پژوهشی منتشر شده در مجلات داخلی، در بازه‌ی ۲۰۲۳ – ۲۰۲۰ ، مرتبط با موضوع تنظیم‌گری در هر سال مطابق با نمودار ۱ است.



در رابطه با حوزه‌های علمی که مقالات تنظیم‌گری منتخب، در نگارش از آن‌ها بهره‌برده‌اند، ۳ ملاک جهت تعیین و شناسایی حوزه‌های علمی در نظر گرفته شد: مسئله‌ی اصلی مورد بررسی در مقالات، تخصص و رشته‌ی نویسندگان مقاله و شیوه استدلال، تحلیل و راه‌حل‌های ارائه شده جهت حل مسئله‌ی مورد نظر. به جهت اهمیت و نهادینگی دو رشته‌ی حقوق و اقتصاد در تنظیم‌گری سنتی و همچنین تمرکز بیشتر مقالات بر این دو حوزه‌ی علمی، به صورت متمایز در کنار سایر رشته‌های علمی شناسایی شدند. بدین منظور، گزارش تعداد مقالات کار شده در رابطه به حوزه‌های علمی مختلف در نمودار ۲ نمایش داده شده است.

نمودار ۲: رویکرد مقالات حوزه تنظیم‌گری در به‌کاری از علوم مختلف



مشاهده‌ی نمودار ۲، نشان می‌دهد که از میان کل مقالات، ۳۱ مورد یعنی ۷۲٪ کل مقالات از رشته‌ی حقوق بهره‌برده‌اند و همچنین در ۱۶ مقاله یعنی ۳۷٪ کل مقالات نیز با رویکرد علم اقتصاد به نگارش درآمده‌اند. در ۱۶ مقاله یعنی ۳۷٪ کل مقالات، از سایر علوم استفاده شده است. مانند: مجموعه گرایش‌های مدیریت (دولتی، صنعتی، بازرگانی، رسانه و کسب و کار)، فناوری اطلاعات، جامعه‌شناسی، بهداشت، داروسازی، روابط بین‌الملل، علوم سیاسی، علوم ارتباطات و علوم پزشکی.

در رابطه با ۳ سؤال دیگر، یعنی؛ مفهوم تنظیم‌گری، ابزار و مکانیسم‌های تنظیم‌گری و نهادهای تنظیم‌گر، باید گفت: در ۲۶ مقاله یعنی ۶۰٪ کل مقالات، تنظیم‌گری معادل مقررات‌گذاری تعریف شده است. ۲۹ مقاله، یعنی ۶۷٪ کل مقالات، قانون، مقررات قاعده را تنها ابزار تنظیم‌گری در نظر گرفته‌اند. در ۳۷ مقاله یعنی ۸۶٪ کل مقالات، دولت و نهادهای دولتی به عنوان نهاد تنظیم‌گر معرفی شده‌اند. به جهت حجم بالای مطالب یافته‌های مروری ۴۳ مقاله، گزارش ۱۵ مقاله، به‌عنوان خلاصه‌ای از یافته‌ها در جدول ۴ ارائه شده؛ پیش از آن، اطلاعات مقالات مورد بررسی در جدول ۳ آمده است.

جدول ۳- معرفی اطلاعات ۱۵ مقاله‌ی نمونه

نام مقاله	نام مجله	نویسنده / نویسندگان	سال	ردیف
«Competition law and Market regulatory; Investigating and Identifying the Factors Affecting the Facilitation of Competition and the Prohibition of Monopolies in the Public Utilities»	COMMERCIAL SURVEYS	Asgharnia et al	۲۰۲۳	۱
«The Basics of Justifying Regulation in Capital Market Violations»	Journal of Securities Exchange	Javanmardi & Elham	۲۰۲۳	۲
«Regulatory sandbox and its challenges in Iran's legal system»	Legal Research	Zarei and Idrisian	۲۰۲۳	۳
«The Synergy of Policy Patterns: The Triple Approach of Regulatory, Program, and Agent (A Case Study of Iran Vice Presidency for Science and Technology»	Journal Strategic Studies of Public Policy	Elyasi	۲۰۲۳	۴
«Changing the legislative paradigm during the transition to the digital age»	Legal research	Moradi Islami& Bayat Komitaki	۲۰۲۳	5
«Blockchain Technology & the Emerging Conflicts in National & International Monetary Systems»	Economic strategy	Pirouz & Gholamnia	۲۰۲۲	6
«Energy Regulatory Entity and its Legal Capacities in the Non-Oil Economy (Case Study of the Ministry of Energy Quasi-Regulatory Entity: Iranian Electricity Market Regulatory Board)»	JOURNAL OF RESEARCHES ENERGY LAW STUDIES	Olyaee & Rostami	۲۰۲۲	7
«Analysis of the Regulatory Structure of the Automotive Industry by Institutional Mapping Framework»	Journal of Improvement Management	Esmailipour Masouleh & Sadeghi Niyaraki	۲۰۲۱	8
«Analysis of regulatory deadlocks of transport platform businesses in Iran with the framework of the defense coalition»	Innovation management	Soltanzadeh et al	۲۰۲۱	9
«Analyzing the Role of the Government in Promoting the Iranian Industries' Competitiveness»	Journal of Iranian Public Administration Studies	Mosayebzadeh et al	۲۰۲۱	10
«Government interventions in traffic accident control in the light of cooperative reactive regulation theory»	*Legal research*	Vaziri et al	۲۰۲۱	۱۱
«The Concept of Regulatory State: An Analysis of Regulation as Instrument of Governance»	*Strategy*	Hadavand & Jam	۲۰۲۱	۱۲
«Evaluating the effects of regulation of the Iran Commodity Exchange on commodity price fluctuations»	*Economic research*	Amiri et al	۲۰۲۱	۱۳
«Regulatory and Concentration in Iran's Automotive Industry»	*Quarterly Journal of Industrial Economics Researches*	Montazeri & Zahed	۲۰۲۰	۱۴
«The Application of FDA Functional Models in	*Medical Law*	Hoshyaran Jolodar	۲۰۲۰	۱۵

the FDA Regulatory System of Iran with Emphasis on Informal Guidelines»	*Journal*	et al		

در ادامه اطلاعات حاصل از بررسی مقالات، مبتنی بر ۴ سؤال مدنظر پژوهش، در ۱۵ مقاله‌ی نمونه به روش زیر در جدول ارائه شده است.

جدول ٤- ٤ مؤلفه‌ی مورد سؤال در ۱۵ مقاله‌ی نمونه

ردیف	مسئله مورد بررسی	حوزه‌علمی مورد مطالعه	تعریف ارائه شده از تنظیم-گری	ابزار و کارکردهای تنظیم-گری	نهاد تنظیم‌گر
۱	تسهیل رقابت و منع انحصار در صنایع خدمات عمومی	• حقوق • مدیریت دولتی • اقتصاد	طراحی نظام حقوقی جهت تسهیل رقابت و منع انحصار	مقررات اقتصادی	نهادهای حافظ رقابت (شورای رقابت و ...) نهادهای تنظیم‌گر بخشی (پلیس اداری و ...)
۲	تخلفات بازار سرمایه	• حقوق	تدوین مقررات و مجازات؛ جهت دستیابی به اهداف از پیش تعیین شده	مقررات	سازمان بورس و اوراق بهادار
۳	تنظیم‌گری حوزه-ی فینتک	• حقوق • اقتصاد • فناوری اطلاعات	طراحی ابزار، جهت زمینه-سازی برای فعالیت‌های کسب و کار با کاهش یا حذف محدودیت‌ها	قوانین و مقررات (تنظیم-گری سنتی) سندباکس (تنظیم‌گری نوآورانه)	کمیسیون عالی تنظیم مقررات مرکز ملی فضای مجازی بانک مرکزی شورای عالی بورس و اوراق بهادار کارگروه مدیریت یکپارچه و هماهنگی محیط‌های آزمون
۴	طراحی سیاست-های معاونت علمی و فناوری رئیس جمهور	• علوم اجتماعی • مدیریت	به‌کارگیری ابزارهای سیاستی حمایتی برای ترغیب بازیگران جهت اجرای سیاست‌های تنظیمی	آیین‌نامه و دستوالعمل تسهیل‌گر، جهت اجرای سیاست‌ها	شوراهای عالی کشور مجلس شورای اسلامی
۵	نحوه قانون‌گذاری در عصر دیجیتال	• حقوق • فناوری اطلاعات	قانون‌گذاری منعطف و پویا، ناظر بر تحولات عصر دیجیتال	مقرره‌گذاری تدریجی، انعکاسی و مشارکتی	مجلس شورای اسلامی نهادهای خصوصی، صنفی و حرفه‌ای
۶	فناوری زنجیره بلوکی و منازعات در حال گسترش در نظام‌های پولی	• حقوق • اقتصاد	سیاست و قانون‌گذاری از جانب حاکمیت مرکزی	خط‌مشی قوانین داخلی و بین‌المللی	نمایندگان حاکمیت
۷	تنظیم‌گری انرژی در حوزه اقتصاد غیرنفتی	• حقوق • اقتصاد	کنترل و تنظیم بازار از طریق مقررات‌گذاری، اجرایی سازی قواعد و کنترل و نظارت بر اجرای آن و همچنین تشویق یا مجازات بازیگران بازار	مقررات‌زدایی (کاهش محدودیت در رفتار بازیگران بازار) بازتنظیم‌گری (تدوین قوانین جدید برای آزادسازی بازار) تنظیم‌گری رقابت (ایجاد فضای مناسب برای معامله)	هیات تنظیم بازار برق ایران

				فراتنظیمی (مقرراتی که با آن بتوان عملکرد نهادهای تنظیم‌گر را سنجید)	
۸	تنظیم گری صنعت خودرو	• مدیریت صنعتی • مدیریت بازرگانی	مکانیسمی که به منظور نظارت و هدایت بازار توسط سازمان‌های دولتی انجام می‌شود و شامل همه اقدامات دولتی جهت هدایت بازار با به‌کارگیری همه‌ی ظرفیت‌های اجتماعی است.	خط‌مشی‌گذاری تعیین ضوابط اجرا نظارت	وزارت صنعت، معدن و تجارت سازمان ملی استاندارد وزارت نفت وزارت راه و شهرسازی وزارت امور اقتصاد و دارایی وزارت نیرو بانک مرکزی سازمان تعزیرات حکومتی و ...
۹	بن بست‌های تنظیم‌گری کسب و کارهای پلتفرمی حمل و نقل	• اقتصاد • مدیریت کسب و کار	میان داری دولت در بروز تعارض بین بازیگران اقتصادی	مجموعه قوانین زیرسیستم سیاستی نظام باورها ائتلاف مدافع میانجی سیاستی منابع و محافل سیاستی سازوکارهای تغییر	نهادهای دولتی و عمومی غیر غیردولتی (وزارت کشور، شهرداری، معاونت علمی و فناوری ریاست جمهوری، وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات و ...)
۱۰	ارتقای رقابت پذیری صنایع ایران	• اقتصاد • مدیریت مالی	نقش تنظیمی دولت در ایجاد ثبات اقتصاد کلان، ایجاد رقابت، توسعه مالی و افزایش کارایی بازار کار	مبارزه یا دستکاری نرخ سیاست‌های مالی و پولی خصوصی‌سازی، توسعه بازار سرمایه، اصلاح قوانین، نظارت بر بانک ها و ...	دولت
۱۱	کنترل تصادفات رانندگی	• حقوق	بسترسازی برای ائتلاف میان بازیگران دولتی، اجتماعی و خصوصی در تحقق اهداف از مجرای مشارکت عمومی	ایجاد نظام پاداش، مشوق، بازدانده‌ها، تذکر، اطلاع‌رسانی، آموزش و ترغیب	دولت نهادهای مردمی بازار
۱۲	مفهوم شناسی تنظیم گری در بستر حکمرانی	• حقوق	بازگرداندن تولید و توزیع بخش عمده‌ی کالا یا خدمات به بخش خصوصی از طریق قاعده گذاری بخش دولتی و یا غیر دولتی از طریق تفویض اختیار و همچنین اجرای قواعد	قاعده‌گذاری	دولت، نهادهای دولتی، نهادهای عمومی غیردولتی و نهاد خصوصی
۱۳	نوسانات قیمت کالاها	• اقتصاد	مداخله‌ی دولت در بازار و تعیین ساختار و قواعد حاکم بر آن جهت تنظیم میزان تولید و توزیع یک کالا	مکانیسم های قانونی و اجرایی سیستم اطلاع رسانی، پردازش و تحلیل اطلاعت بازار قیمت گذاری	سازمان بورس و اوراق بهادار بورس کالا
۱۴	تمرکز در صنعت خودروسازی	• اقتصاد	در فرآیندهای تنظیم‌گری، نهادها و سازمان های اداری با مجوز قانون به وسیله وضع	قانون و مقررات	نهادهای اداری (مثل شورای رقابت)

			مقررات یا اصول و از طریق کنترل ورود و خروج به بازار و کنترل عرضه و قیمت، دولت را در راستای رسیدن به اهداف یاری می‌کنند.		
۱۵	تنظیم‌گری سازمان غذا و داروی ایران	• حقوق • داروسازی	مکانیسم مقررات‌گذاری، دادرسی دعاوی و دستورالعمل‌های غیررسمی	از قانون اساسی گرفته تا قوانین عادی، آیین‌نامه‌ها و سازوکارهای خودتنظیمی	سازمان غذا و داروی آمریکا

۵. تجزیه و تحلیل یافته‌ها

بررسی و مشاهده‌ی نمودار ۱، نشان می‌دهد: با گذشت زمان و طی سال‌های اخیر، تعداد مقالات منتشرشده در مجلات داخلی در حوزه‌ی مفهومی تنظیم‌گری افزایش یافته است و این موضوع خود به تنهایی می‌تواند موید اهمیت این موضوع در بین پژوهش‌گران باشد. مطابق با آمار موجود در جدول ۲، به نظر می‌رسد علی‌رغم اینکه آبشخور اولیه‌ی مفهوم تنظیم‌گری از حوزه‌ی فعالیت‌های اقتصادی بوده، در حال حاضر به نسبت رشته‌ی حقوق، این رشته اثرگذاری کم‌تری در مجموعه مقالات دارد؛ ولی رشته حقوق همچنان تأثیر بسزایی در تحلیل مفهوم و مسائل مرتبط با تنظیم‌گری دارد. سایر رشته‌هایی که در تحلیل مقالات شناسایی شده‌اند، تا حدودی منطبق بر جدول ۱؛ یعنی مفاهیم تنظیم‌گری در علوم دیگر هستند، غیر از رشته‌ی روان-شناسی اجتماعی که باتوجه به اهمیت موضوع خودتنظیم‌گری و همچنین به‌کارگیری مکانیسم‌های تغییر رفتار؛ توسعه‌ی نظریات و رویکردهای این رشته را ضروری می‌سازد. اهمیت بهره‌برداری از علوم مختلف در مقالات از این جهت است، که تنظیم‌گری یک موضوع ثابت و غیرقابل انعطاف نیست؛ بلکه مفهومی پویاست. پویا بودن آن، از این حیث که ضمن تأثیرگذاری بر شرایط، از آن تأثیر نیز می‌پذیرد. به عبارت دیگر جهت دستیابی به اهداف تنظیم‌گرانه، تنظیم‌گر باید با ارزیابی دقیق شرایط، بهترین واکنش را برگزیند و بر آن اساس عمل کند. در این‌صورت تنظیم‌گری با یک اعلام موضع دقیق، نمایندگی مشخصی از اهداف خواهد داشت (Nobahar, Rahim and Shahbeigi, 2020: 526). نکته‌ی دیگر اینکه در مواضع مختلف علمی، پژوهش‌گران پیش‌رو در ایجاد و خلق راه‌حل‌های جدید هستند؛ بنابراین تا زمانی که نگاه جامع‌نگر با استفاده از ظرفیت تمامی علوم در تنظیم‌گری میان پژوهش‌گران ایجاد نشود، به‌کارگیری این روش‌ها و مکانیسم‌ها در عمل محال خواهد بود.

ستون مسئله در جدول ۴، نشان می‌دهد که اگرچه تأثیر رشته‌ی اقتصاد به عنوان یک علم زیربنایی در بررسی مفهوم تنظیم‌گری، در طی سال‌های اخیر رو به کاهش بوده است، اما با این وجود در حال حاضر همچنان مسائلی در پژوهش‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرند که ریشه‌ی اقتصادی داشته و یا حداقل تبعات خاصی در این حوزه دارند. باتوجه به گستره‌ی مفهومی و کارکردی که در بخش اول و دوم مقاله حاضر مورد بررسی قرار گرفت، تنظیم‌گری قادر است در تمامی موضوعات مختلف اجتماعی که در گستره‌ی یک دولت تبدیل به مسئله می‌شوند، جایگاه به‌خصوصی داشته باشد. کما اینکه به ترتیب در منابع ردیف ۴، ۵، ۱۱ و ۱۵ مسائل مورد نظر پژوهش، در حوزه‌های غیر اقتصادی هستند. ملاحظه‌ی مقالات مورد بررسی حاکی از یک تعارض در محتوای پژوهش‌ها است؛ چطور می‌شود که تنظیم‌گری، معادل مقررات‌گذاری و تنها ابزار آن نیز قانون در نظر گرفته شود و در عین حال، در معرفی نهادهای تنظیم‌گر، مراجعی غیر از دولت مدنظر پژوهش‌گر باشند؟! این تعارض به دو شکل تحقق می‌یابد، حالت اول زمانی است که نهاد تنظیم‌گر ثانوی، همچنان دولتی یا عمومی است؛ اما اختیار قانون و قاعده‌گذاری ندارد، مانند منبع ردیف ۱. حالت دوم هم شامل وضعیتی است که غیر از دولت، نهادهای خصوصی و مدنی نیز به عنوان تنظیم‌گر در نظر گرفته می‌شوند، مانند منابع ردیف ۵ و ۱۲؛ حال آن‌که نهادهای غیردولتی با نهادهای دولتی از نظر منشاء قدرت کاملا متفاوت‌اند. نکته‌ی دیگر در ارزیابی مقالات، ابزارهای معرفی شده است، که عمدتاً صحبت از قانون،مقررات و قاعده است و درنهایت چند ابزار محدود دیگر، مانند آنچه در منابع ردیف ۸، ۹ و ۱۱ مورد اشاره قرار گرفته است. در حال حاضر هیچ‌کدام از مقالات مورد بررسی به مکانیسم‌های تغییر رفتار در تنظیم‌گری نکردند، در صورتی که همان‌طور که ذکر شد، این مکانیسم‌ها به نسبت ابزارهای پیشین نتیجه‌گراتر هستند و دستیابی به هدف تنظیم‌گری را بیشتر تضمین می‌کنند.

به عبارت دیگر، به میزانی که حضور بازیگران غیردولتی پر رنگ‌تر می‌شود و ریشه‌ی مسائل مورد بررسی از حوزه‌ی اقتصادی فاصله می‌گیرد، استفاده از ابتکار عمل در تنظیم‌گری اهمیت بیشتری پیدا می‌کند.

یکی از مهم‌ترین نکات در طراحی یک فراگرد تنظیم‌گری، در نظر گرفتن مناسبات سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و ... در یک کشور است. یک فراگرد تنظیم‌گری موفق در کشوری خاص، می‌تواند در مرزهای یک سرزمین دیگر با شکست مواجه شود. در این‌باره ادعا می‌شود که واگذاری تنظیم‌گری به بازیگران غیر خصوصی سبب افزایش اثربخشی و نوآوری در این حوزه می‌شود؛ اما باید دید متناسب با ساختارهای سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی (به خصوص نهادی و مناسبت میان آن‌ها)، تا چه میزان امکان اجرایی شدن وجود دارد. البته این موضوع نیز در خور توجه است که به میزانی که فراگرد تنظیم‌گری اخیرا دچار تغییر و تحول شده، ماهیت مسائل موجود نیز دچار پیچیدگی‌هایی شده و همچنین سطح استانداردهای مورد نظر در فراگرد تنظیم‌گری ارتقاء پیدا کرده (Yasuda. 2022: 473).

در حرکت از شکل سنتی تنظیم‌گری به شکل تنظیم‌گری جامع‌نگر، ایجاد سه تحول، به ترتیب ذیل مورد نیاز است:

- تمرکززدایی از دولت در بستر حکمرانی؛
- فعال‌سازی مشارکت‌های غیردولتی (و حتی درگیر کردن خودِ تنظیم‌شوندگان)
- ارتقاء سطح فراگرد تنظیم‌گری در به‌کارگیری ظرفیت‌های داوطلبانه مردمی (Yasuda. 2022: 473).

لازم به ذکر است، همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، مشارکت سایر بازیگران (غیردولتی)، به معنای کم رنگ شدن نقش دولت نیست؛ چراکه واگذاری این حیطه به دیگر نهادها و سازمان‌ها، نیازمند نظارت و کنترل از جانب دولت است. برای مثال گاهی ممکن است رفتارهای تنظیم‌گرایانه‌ی بخش خصوصی در آینده تبعاتی به دنبال داشته باشد، در اینصورت دولت اقدامات پیش‌گیرانه‌ای جهت خنثی نمودن تبعات منفی ناشی از آن اقدام را انجام می‌دهد –این اقدامات بیشتر در حوزه‌ی اقتصادی و در راستای تنظیم بازار صورت می‌گیرد. گاهی هم تنظیم‌گری مشارکتی[1] به صورت توامان توسط دولت و بخش خصوصی صورت می‌پذیرد؛ برای مثال دولت مجموعه استانداردهای گسترده‌ای را برای حوزه‌ی صنعت وضع می‌کند و برای تدقیق جزئیات آن از صنعت کمک می‌خواهد (Yasuda. 2022: 473 & 474).

شیوه‌ی تنظیم‌گری سنتی، مبتنی بر مدل از بالا به پایین[2] بود؛ یعنی حالتی که در آن دولت به‌صورت یک‌جانبه، در رابطه با تنظیم‌گری موضوعات مختلف قواعدی وضع و محدودیت‌هایی را اعمال می‌نماید. اشکال جدید تنظیم‌گری در حکمرانی به‌گونه‌ای است که این شکل از تنظیم‌گری را دارای نقاط ضعف می‌داند؛ چراکه در بسیاری از موارد تنظیم‌گران اطلاعات و دانش کافی در رابطه با مسائل و اطلاعات تخصصی موضوع ندارند، حال آن‌که گاهی واگذاری اختیار به تنظیم‌شوندگان بر اساس مدل از پایین به بالا[3]، موجب بهبود فرایند تنظیم‌گری می‌شود (Belinskij. 2019: 3). بنابراین می‌توان گفت تنظیم‌گری به شکل جامع‌نگر، مبتنی بر مدل ترکیبی[4] است و بر اساس تلفیقی از دو مدل پیشین اجرا می‌شود (Knill & Tosun. 2020: 136).

در رویکرد جامع‌نگر، فراگرد تنظیم‌گری باید به‌گونه‌ای طراحی شود که تا حد امکان، اقدامات و فعالیت‌های تنظیم‌گرایانه، عمدتاً خارج از دولت انجام شوند، اما چگونگی هدایت و مدیریت آن‌ها و همچنین نظارت بر این فراگرد، از طریق نیروهای قوی تنظیم‌گری دولت اعمال شود. بنابراین در فسلفه‌ی جدید تنظیم‌گری، به‌جای گسترش و تقویت فعالیت‌های تنظیم‌گری، تاکید بر نقش خط‌مشی‌گذاری و نظارتی دولت است (Shams, 2022: 475).

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

تنظیم‌گری یکی از کارکردهای حکمرانی است؛ ولی باتوجه به جدید بودن حوزه‌ی حکمرانی، به نظر می‌رسد بسیاری از مفاهیم مرتبط با آن، همچنان به‌صورت پیشین آن مورد استفاده و استناد قرار می‌گیرند. اگر حکمرانی را به‌عنوان الگووارهی تعریف کنیم که در آن بر نقش تمامی ظرفیت‌های موجود؛ از بخش‌های دولتی و غیر دولتی گرفته تا تمامی شهروندان تاکید می‌شود، لذا در بازتعریف کارکردهای مرتبط با آن، نمی‌توان هدف حکمرانی را نادیده گرفت. به همین منظور تنظیم‌گری نه به شکل یک مداخله‌ی یک جانبه‌ی دولتی، بلکه به صورت فراگردی درنظر گرفته می‌شود، که در آن تمامی ظرفیت‌های موجود در آن مشارکت دارند؛ منتها بسته به سطح، موضوع،

[1] co-regulation

[2] Top–Down Regulation

[3] Bottom–Up Regulation

[4] Hybrid Regulation

مکانیسم، ابزار و .... تنظیم‌گری؛ نحوه‌ی مشارکت بازیگران مختلف می‌تواند متفاوت باشد.

با در نظرگرفتن منطق اصیل تنظیم‌گری که با بررسی مطالب به دست آمد، مشخص شد هدف از تنظیم‌گری، تعیین حد و حدود و چارچوب در یک حوزه‌ی خاص می‌باشد؛ حوزه‌ای که مرتبط با امر عمومی است؛ نتیجتاً یک تعریف کلی، عمومی و جامع از تنظیم‌گری که در برگیرنده‌ی تمامی اقسام پیشین باشد، این‌چنین است: «فراگَرد تکوین ضوابط و قاعده‌مند نمودن رفتارهای عمومی». یعنی چرخه‌ای که با شناسایی و تعریف استانداردهای تنظیم‌گری، متناسب با اهداف حکمرانی، مبتنی بر اصول، نهادها و هنجارهای جامعه، برای تنظیم‌گری رفتار مقامات سیاسی، مدیران دولتی و خصوصی و مردم آغاز می‌شود؛ و با به‌کارگیری ابزار و مکانیسم‌های ابتکاری، اجرایی می‌گردد.

بر این مبنا پیشنهاد می‌گردد:

– وقتی صحبت از فراگرد تنظیم‌گری می‌شود؛ باید به این موضوع توجه کرد که عناصر و مناسبات میان این عناصر، در قالب یک چرخه‌ی تنظیم‌گری، فراگرد تنظیم‌گری جامع‌نگر را رقم می‌زند. مهم‌ترین عنصر در تنظیم‌گری که اقدامی از جنس مداخله می‌طلبد، عنصر تنظیم‌گر است. عنصر تنظیم‌گر شامل محدوده‌ای می‌شود که اقدام به تعیین استاندارد و چاچوب‌های مبتنی بر اهداف حکمرانی می‌نماید؛ بنابراین توجه به فعال‌سازی ظرفیت‌های اجتماعی و مدنی به‌عنوان تنظیم‌گر و همچنین توجه به ابتکار عمل، مورد توجه پژوهش‌گران و در گام بعد، حکمرانان قرار گیرد.

– در مباحث مقدماتی مقاله در مورد این موضوع بحث شد که یکی از دلایل محدودیت‌های موجود در تعاریف تنظیم‌گری، نگاه یک‌جانبه و تک‌رشته‌ای به این موضوع است که عمدتاً از دریچه‌ی رشته‌هایی نظیر حقوق و اقتصاد وام گرفته شده و به تبع، مهم‌ترین ابزارهای تنظیم‌گری وضع قواعد و مقررات درنظر گرفته شده است. موضوع دیگری که در این‌باره محل تامل است؛ جنس مسائلی است که توسط پژوهش‌گران مورد بررسی قرار گرفته است. اگر پدیدار شدن برخی مسائل ناشی از خلاء قانونی هستند (بر فرض اینکه با دقت ریشه‌یابی شده باشند)، این موضوع دلیلی بر تجویز راه‌حل‌های قانونی در مواجهه با سایر مسائل نیستند. به عبارت دیگر؛ بسیاری از مسائل اجتماعی، ریشه در نقصان حوزه‌های فرهنگی، آموزشی، اعتقادی و ... جامعه دارند؛ لذا در حل آنان، به‌کارگیری سایر ظرفیت‌های موجود، به کمک ابزار و روش‌های نوآورانه، می‌تواند اثرگذاری بیشتری در تنظیم‌گری موضوع مورد نظر داشته باشد.

References

[1] Alemanno, Alberto. Spina, Alessandro (2014). Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation, International Journal of Constitutional Law, 12 (2), 429–456, https://doi.org/10.1093/icon/mou033

[2] Almond, P., & van Erp, J. (2020). Regulation and governance versus criminology: Disciplinary divides, intersections, and opportunities. Regulation & Governance, 14(2), 167-183.

[3] Asilyan, L.V & Necrasova, I.E (2023). The essence of state coercion in the mechanism of legal regulation. SHS Web of Conferences 164(43). 1 – 4. DOI:10.1051/shsconf/202316400092.

[4] Bartle, I., & Vass, P. (2007). Self-regulation within the regulatory state: Towards a new regulatory paradigm?. Public Administration, 85(4), 885-905.

[5] Belinskij, A., Iho, A., Paloniitty, T., & Soininen, N. (2019). From top–down regulation to bottom–up solutions: Reconfiguring governance of agricultural nutrient loading to waters. Sustainability, 11(19), 5364.

[6] Boekaerts, M., Zeidner, M., & Pintrich, P. R. (Eds.). (1999). Handbook of self-regulation. Elsevier.

[7] Bora, A. (2014). Rethinking regulation: What governance is all about. *Portuguese Journal of Social Science*, *13*(2), 197-213.

[8] Cohn, M. (2011). 13 Law and regulation: the role, form and choice of legal rules. *Handbook on the Politics of Regulation*, 185.

[9] Dal Bo, E. (2006). Regulatory Capture: A Review. Oxford Review of Economic Policy, 22(2), 203–225. doi:10.1093/oxrep/grj013

[10] Danai Fard, Hassan (۲۰۱۲), Challenges of public administration in Iran, ۷th edition, Tehran: University Humanities Study Organization "Samt".

[11] Farrukh, A., & Sajjad, A. (2023). A Critical Review of Literature Review Methodologies. *Advancing Methodologies of Conducting Literature Review in Management Domain*, *2*, 103-123.

[12] Ghasem Zadeh Iraqi, Morteza; Khojsteh Bagherzadeh, Hassan and Shah Mohammadi Salmani, Abdolreza (2021), Presenting the model of governance in online video platforms with an emphasis on the role of industry (self-regulation), Media and Culture, ۱۱(۲), .۳۰۶-۲۷۷

[13] Giddens, Anthony (۲۰۰۳), Sociology, translated by Manouchehr Sabouri, ۹th edition, Tehran: Ney Publishing.

[14] Grabs, J., Auld, G., & Cashore, B. (2020). Private regulation, public policy, and the perils of adverse ontological selection. Regulation & Governance, 15(4), 1183–1208. doi:10.1111/rego.12354

[15] Guillaume, Biard. (2022). Implementing Regulatory Policy. In the Routledge Handbook of Policy Tools. Edited by Michael Howlett. 316 -331. doi: 10.4324/9781003163954-31

[16] Gunningham, N., & Holley, C. (2016). Next-generation environmental regulation: law, regulation, and governance. *Annual Review of Law and Social Science*, *12*(1), 273-293.

[17] Hadavand, Mehdi and Jam, Farhad (2021), "The concept of regulatory government: analysis of regulation as a governance tool", Strategy Quarterly, ۳۰(۹۹), .۲۶۶-۲۲۸

[18] Heims, E., & Moxon, S. (2024). Mechanisms of regulatory capture: Testing claims of industry influence in the case of Vioxx. Regulation & Governance, 18(1), 139-157. http://ebookcentral.proquest.com/lib/ubnru-ebooks/

[19] Hughes, O. (2023). "Chapter 2: Governance". In *The Crisis of Governance*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. Retrieved Jul 14, 2024, from https://doi.org/10.4337/9781839103308.00006

[20] Huising, R., & Silbey, S. S. (2018). From nudge to culture and back again: Coalface governance in the regulated organization. Annual Review of Law and Social Science, 14(1), 91-114.

[21] Karimi Khozani, Ali; Ghafari, Gholamreza and Azizabadi Farahani, Fatemeh (۲۰۱۵), "Ethical challenges and solutions of the police in managing protest crowds", Journal of Ethics in Science and Technology, ۱۳ (۱), .۱۷-۹

[22] Katouzian, Nasser (۲۰۱۳), Introduction to the science of law and study in Iran's legal system, ۹۳rd edition, Tehran: Publishing Company.

[23] Knill, Christoph, and Jale Tosun (2020). Public Policy : A New Introduction, Macmillan Education UK, ProQuest Ebook Central,

[24] Koop, C., & Lodge, M. (2015). What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. Regulation & Governance, 11(1), 95–108. https://doi:10.1111/rego.12094

[25] Levi-Faur,David. Kariv-Teitelbaum, Yael. Medzini, Rotem. (2021). Regulatory Governance: History, Theories, Strategies, and Challenges. https://doi:10.1093/ACREFORE/9780190228637.013.1430

[26] Madise, S. (2019). Different Types of Regulation. In: The Regulation of Mobile Money. Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions. Palgrave Macmillan, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-030-13831-8_4
[27] Michael, W., Taylor. (2010). Institutional Structures of Regulation. 473-480. doi: 10.1016/B978-0-12-397875-2.00026-X
[28] Minogue, M., & Cariño, L. (Eds.). (2008). *Regulatory governance in developing countries*. Edward Elgar Publishing.
[29] Motahari, Morteza (۲۰۰۹), the collection of works of Master Shahid Motahari, ۱۳th edition, Tehran: Sadra Publishing House.
[30] Nobahar, Rahim and Shahbeigi, Iman (۲۰۲۰), "The evolution of the paradigm of punishment to regulation in the light of the theory of responsive regulation", Criminal Law and Criminology Studies, ۵۰(۲), ۵۳۹-۵۱۵.
[31] Pan, J., Shao, Z., & Xu, Y. (2022). How government-controlled media shifts policy attitudes through framing. Political Science Research and Methods, 10(2), 317-332.
[32] Potoski, M., & Prakash, A. (2002). Protecting the environment: voluntary regulations in environmental governance. Policy Currents, 11(4), 9-14.
[33] Rajendran, R., Din, R., & Othman, N. (2023). A Critical Review on Using Canva as a Visual Media Platform for English Language Learning. *Social Sciences*, *13*(6), 631-641.
[34] Rasekh, Mohammad and Hosseini Karaei, Siddmojtaba (۲۰۱۴), "The Concept of Regulation in the Realm of Law", Encyclopedia of Economic Law Journal, ۲۲(۸), .۲۳-۳۹
[35] Scott, Alister. Baker, Jonathan. (2013). Regulatory tools: a literature review. Available at http://neat.ecosystemsknowledge.net/pdfs/regulatory_tools_literature_review_full.pdf.
[36] Scott, Colin (2012). Regulating Everything: From Mega- to Meta-regulation. Administration, 60:57-85.
[37] Shabani, Qasim (۲۰۱۳), Fundamental Rights and Government Structure of the Islamic Republic of Iran, ۵۱st edition, Tehran: Information Publications.
[38] Shams, Irfan (2022), Epidemic and Regulating Government, Legal Research Quarterly, ۲۵(۱۰۰۲), ۴۷۸-۴۶۱.
[39] Shirazi, Hossein (۲۰۱۹), regulation instead of ownership in policy-making; A case study: the model of interaction between the institution of public libraries and the library department of Tehran municipality, Dolat Pazhuhi Quarterly, ۵(۲۰), .۱-۳۵
[40] Shirazi, Hossein (2021), policy making to change behavior in order to empower citizens; A necessary approach in order to realize the government's macro-goals, Scientific Quarterly of Government Research, ۶ (۲۷), .۵۹-۳۱
[41] Tahmasbi, Reza (۲۰۱۶), An introduction to the theories of public administration, ۷th edition, Tehran: University Humanities Study Organization "Samt".
[42] Valizadeh (۲۰۱۹). Analysis of regulation, privatization in Iran. Kanon Yar, ۱۲(۳), .۲۵۵-۲۹۸
[43] Vestoso, Margherita. Cecere, Ilaria. (2022). Norm vs Norm: A behavioural and agent-based study of the interaction between formal and informal rules. Sociologia del diritto, 153-172. https://doi:10.3280/sd2022-001007
[44] Windholz, E. (2022). Implementing Regulatory Policy: Regulatory Tools and the Use of Authority. In The Routledge Handbook of Policy Tools (pp. 316-331). Routledge.
[45] Windholz, Eric and Hodge, Graeme (2012). Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity. Monash University Law Review, 38 (2), 212- 237., Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2215334
[46] Wirtz, B. W., Weyerer, J. C., & Sturm, B. J. (2020). The Dark Sides of Artificial Intelligence: An Integrated AI Governance Framework for Public Administration. International Journal of Public Administration, 1–12. doi:10.1080/01900692.2020.1749851
[47] Yasuda, J. (2016). Regulatory governance. In *Handbook on theories of governance* (pp. 428-441). Edward Elgar Publishing.
[48] Yasuda, J. (2022). "Chapter 41: Regulatory governance". In Handbook on Theories of Governance. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. Retrieved Mar 16, 2024, from https://doi.org/10.4337/9781800371972.00051
[49] Yavari, Asadullah. (۲۰۱۴). Understanding the concept of legal regulation. Comparative law studies. ۵(۲). .۶۲۹-۶۴۷

[50] Zwitter, A. (2024). Cybernetic governance: implications of technology convergence on governance convergence. Ethics and Information Technology, 26(2), 1-13.

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 102-124

Feasibility of International Commercial Arbitration for the Resolution of Environmental Disputes

Hadi Sahehi[1*], Ali Amiri [2], Artin Jahanshahi [3]

1- Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran
2- Master of International Trade Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran (https://orcid.org/0009-0004-3403-5954)
3- PhD student in Private Law Branch, Department of Law and Political Sciences, University of Shiraz, Shiraz, Iran
(*- Corresponding Author Email: salehi0306@gmail.com)

Received: 3 November 2024 Revised: 27 November 2024 Accepted: 6 January 2025 Available Online: 18 March 2025	**How to cite this article:** Sahehi, H., Amiri,A. , Jahanshahi,J. (2024). Feasibility of International Commercial Arbitration for the Resolution of Environmental Disputes. *Encyclopedia of Economic Law Journal, 31.*(26): 102-124. (In Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.88000.1370

1- INTRODUCTION

Environmental issues, particularly climate change, have long-term impacts that are not confined to the present era. Described as a "super wicked problem," these challenges require significant investment and regulatory efforts to mitigate their effects. Governments and investors face the dual challenge of adapting to environmental threats and dealing with legal uncertainties. The public sector alone cannot address these challenges, necessitating private sector collaboration for financing and transitioning towards a carbon-reduction economy. This shift leads to new contracts and commercial disputes, particularly in the context of environmental regulations. The paper explores the role of commercial arbitration in resolving such disputes, highlighting its neutrality and enforceability under the New York Convention. However, the confidential nature of arbitration may not be suitable for environmental disputes, which often involve public interest.

Commercial arbitration, in light of environmental disputes, has expanded beyond private and state relations to encompass public and international issues. In recent decades, globalization and the privatization of state functions have fostered diverse collaborations between states and private actors, often involving environmental obligations. These commitments are reflected in commercial contracts and, in the event of a dispute, are referred to international commercial arbitration. The rise in "public-private arbitrations" involving public interests signifies these changes.

The development of environmental legislation and climate change has impacted commercial arbitrations, leading to the formation of new claims and defenses based on environmental laws. Commercial arbitrators face challenges in interpreting and enforcing contractual obligations, especially in cases where new laws may be considered force majeure or affect specific industries. Ultimately, arbitrators must decide how to consider these laws and their impact on the parties' obligations.

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

2- PURPOSE

Commercial arbitration is a recognized method for resolving disputes arising from commercial contracts, particularly in large-scale industrial projects with significant potential environmental impacts. Arbitration clauses allow parties to opt for arbitration instead of general courts when disputes arise. However, when these disputes involve environmental issues, specific complexities emerge that require special attention. This section will examine the capability of commercial arbitration to resolve environmental disputes.

In major commercial contracts, especially those related to industrial projects that can significantly affect the environment, arbitration is proposed as a mechanism for dispute resolution. Such a clause permits the contracting parties to take their disputes to arbitration rather than to public courts in the event of a disagreement. Nevertheless, when the disputes pertain to environmental matters, questions arise regarding the arbitrators' jurisdiction and expertise in this field. Arbitrators must possess sufficient knowledge and experience in environmental-related areas to adjudicate the disputes fairly and effectively. Furthermore, there may be a need to consider international and national environmental laws and regulations, which can introduce their own set of complexities.

3- METHODOLOGY

This research is written in a descriptive-analytical way by considering, reviewing and analyzing existing legal sources such as books, articles and laws and regulations.

4- FINDINGS

Environmental disputes have unique characteristics that may not be suitable for resolution in every judicial forum, particularly due to their technical nature and time sensitivity, especially those related to climate change. To address these unique features, parties in commercial contracts can adopt specialized procedural rules, such as the optional rules of the Permanent Court of Arbitration for environmental disputes, which are tailored by a committee of arbitration and environmental law experts to meet the needs of environmental disputes.

Environmental disputes are uniquely complex and often require specialized forums for resolution due to their technical nature. The International Chamber of Commerce (ICC) has highlighted the importance of accessing appropriate expertise, particularly in climate change-related disputes. This flexibility in arbitration allows parties to choose arbitrators with specific qualifications and applicable laws. The selection of arbitrators is a critical decision, especially in environmental cases, where technical expertise is paramount. Institutions like the Permanent Court of Arbitration provide lists of specialized environmental arbitrators to aid in this process.

The irreversible nature of environmental damage necessitates the availability of interim measures in arbitration. Parties can seek provisional orders from national courts or emergency arbitrators to prevent further harm before the arbitration process is fully underway. This ensures that the arbitration can address the dispute without the situation worsening due to procedural delays.

International commercial arbitration, despite being defined by the parties' autonomy, can encompass environmental disputes that incidentally relate to commercial conflicts. However, the private nature of arbitration and its confidentiality can conflict with the needs for transparency and public participation in environmental disputes, potentially leading to public distrust in the arbitration results and the arbitration mechanism itself.

Arbitral tribunals must follow the substantive law stipulated by the parties, but in the absence of such specification, they can determine the law governing the nature of the dispute. This includes applying mandatory laws related to the seat of arbitration or the countries where the arbitration agreement or award is intended to be enforced. Arbitrators have a responsibility to create a transnational public order that conveys justice embodying non-commercial or humanitarian values.

Ultimately, commercial arbitration may not significantly impact the development of international environmental law, as arbitral awards are only binding between the disputing parties and often remain confidential. This can lead to inconsistent decisions and the lack of a stable judicial practice, negatively affecting the development of environmental law. Arbitrators must apply the appropriate law and consider relevant environmental obligations when necessary.

The confidentiality of arbitration, while not precisely defined, is inherently linked to its contractual nature, allowing only the disputing parties to participate. This confidentiality, which covers the proceedings, evidence, and decisions, contrasts with the need for transparency in environmental disputes, where public participation is crucial. The Hague Rules on Business Arbitration, uniquely, mandate public hearings unless otherwise agreed by the parties, highlighting a tension between traditional confidentiality and the call for greater civil society involvement in environmental matters.

The role of amicus curiae, or ‘friend of the court’, allows entities like NGOs, educational institutions, and others with an interest in the dispute’s outcome to contribute, albeit without direct access to the proceedings or documents. Their participation is generally at the discretion of the parties or the arbitral tribunal, depending on the rules governing the arbitration. For instance, the Swiss Rules of International Arbitration permit third-party intervention upon consultation with all involved parties.

While the Permanent Court of Arbitration’s rules remain silent on amicus curiae submissions in environmental disputes, arbitral tribunals have broad discretion in procedural matters. This discretion can extend to considering amicus curiae submissions, especially when the arbitration’s outcomes have broader public implications, as seen in investor-state disputes. However, this does not necessarily resolve the inherent tension between arbitration’s private nature and the need for transparency in environmental obligations, particularly when parties might seek to circumvent environmental commitments. The integration of amicus curiae can potentially balance the private nature of commercial arbitration with its benefits, but it’s not a definitive solution to the challenges posed.

5- CONCLUSION

In conclusion Governments and public entities regularly enter into contracts with private companies, including concession agreements, public service provision contracts, and others. Whether these contracts are concluded in the capacity of commercial activities of the state or in the exercise of sovereign authority, environmental disputes may arise in both cases. In most instances, arbitration clauses are included within these contracts. Those affected by environmental damages are not limited to the direct parties to the dispute but also include the general public and other stakeholders. This characteristic of environmental disputes conflicts with the nature of commercial arbitration, which is designed for the private resolution of disputes.

Regarding confidentiality, there is currently no uniform practice concerning the confidentiality of arbitration. The typically confidential nature of commercial arbitration and the absence of a doctrine based on judicial precedent increase the risk of inconsistent decisions. As long as there is no codified

law in this area, establishing a consistent practice will remain challenging. Additionally, while arbitral awards may have a persuasive impact on subsequent arbitration tribunals, they are not binding on other tribunals. Undoubtedly, the majority of parties in commercial arbitration are private entities that place significant importance on confidentiality, to the extent that imposing a general law on transparency could be seen as a deterrent, reducing the appeal of commercial arbitration as a dispute resolution mechanism.

Adopting an exception in the style of the Brazilian model, though seemingly attractive, may raise other issues: enforceable criteria for distinguishing public-private disputes, the competent authority to determine whether these criteria are met, and other related matters will remain ambiguous. Transparency is one of the significant challenges in the arbitration process. The confidential nature of commercial arbitration diminishes its attractiveness for resolving environmental disputes. The lack of transparency in investor-state arbitration has been one of the main reasons for recent and widespread opposition to this method of dispute resolution. Some countries have taken steps to increase transparency in investment arbitration.

Regarding the intervention of third parties in disputes, where the parties have not explicitly agreed to the submission of amicus curiae briefs and the relevant arbitration rules are silent, the matter is left to the discretion of the arbitral tribunal. After consulting with the parties, the arbitral tribunal may invite or allow a person or entity that is not a party to the dispute to submit a written brief on an issue within the scope of the dispute. Under most arbitration laws, the arbitral tribunal has broad discretion over procedural matters. In cases where the parties cannot reach such an agreement, arbitration rules that explicitly consider the intervention of third parties may serve as a basis for accepting amicus curiae submissions.

Considering the above, commercial arbitration could be welcomed as an institution for resolving environmental disputes, provided that arbitration organizations and environmental institutions leverage the flexible features of commercial arbitration and establish mechanisms to make this institution more suitable for addressing environmental disputes.

Keywords: Public interest**,** Amicus curiae, Confidentiality, Expertise.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۲۴-۱۰۲

امکان‌سنجی داوری تجاری بین‌المللی برای حل‌وفصل اختلافات زیست‌محیطی

هادی صالحی*[۱]، علی امیری[۲]، آرتین جهانشاهی[۳]

دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۱۳ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۷

چکیده

داوری تجاری بین‌المللی به‌عنوان یکی از متداول‌ترین شیوه‌های جایگزین حل‌وفصل اختلاف، در مناسبات تجاری، سبقه طولانی دارد. چالش‌ها و خسارات مرتبط با محیط زیست همواره در دیوان‌های داوری مطرح بوده است. توسعهٔ سریع قانون‌گذاری در حیطه حفاظت از محیط‌زیست، به‌ویژه در خصوص تغییرات آب‌وهوایی، بر ماهیت دعاوی ارائه شده توسط بازیگران این عرصه تأثیر خواهد گذاشت. عمده این دعاوی توسط دولت‌ها و شرکت‌های فعال در بخش ساخت و ساز، مهندسی و انرژی که همگی از طرفین داوری تجاری هستند، ارائه شده است. نوشتار حاضر با روش توصیفی و تحلیلی بررسی می‌کند که آیا داوری تجاری نهادی مناسب برای حل‌وفصل اختلافات زیست‌محیطی است یا خیر؟ پاسخ به این پرسش مستلزم بررسی ویژگی‌های داوری تجاری برای حل‌وفصل اختلافات محیط زیستی است. از مؤثرترین و برجسته ترین این ویژگی‌ها می‌توان به صدور آرا لازم اجرا، سهولت اجرای آرا و رویه انعطاف‌پذیر که می‌تواند متناسب با اختلاف خاص سازگار شود، اشاره کرد. پس از بررسی و تحلیل ویژگی‌های نهاد داوری در جهت رسیدگی به اختلافات زیست محیطی، ویژگی‌هایی که از کارکرد نهاد داوری می‌کاهد، از جمله محرمانگی و خصوصی‌بودن داوری تجاری که سبب عدم دسترسی اشخاص ثالث و عموم جامعه نسبت به محتویات اختلاف است بررسی خواهد شد. شفافیت که معمولاً شامل افشای اسناد، برگزاری جلسات علنی، مشارکت اشخاص ثالث در فرایند داوری (دوست دادگاه)، و دسترسی عمومی به اطلاعات پرونده است، در داوری این نوع اختلافات محل نقد است. علاوه بر این، طبیعت اغلب محرمانه داوری تجاری و عدم وجود یک دکترین و سابقه قضایی خطر تصمیمات متناقض را به همراه دارد. نتیجه آنکه به سبب وجود ساختار منعطف داوری تجاری و قابلیت شخصی‌سازی در مقایسه با حل‌وفصل اختلاف در دادگاه‌های ملی، امکان حل وفصل سریع و عادلانه اختلافات از این دست به این وسیله منطقی و کارآمدتر است.

کلید واژگان: نفع عمومی، دوست دادگاه، محرمانگی، کارشناسی.

۱ استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، ایران.
(ایمیل نویسنده مسئول: Salehi0306@gmail.com)
۲ کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران .
۳ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی،دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز،شیراز، ایران.

مقدمه

بدون شک آسیب‌های زیست‌محیطی، باتوجه‌به ویژگی‌هایی مانند پیچیدگی، عدم قطعیت و ابعاد گسترده، صرفاً مسئله‌ای مربوط به عصر حاضر نیست؛ خسارات ناشی از آسیب‌های زیست محیطی آثاری بلند مدت بر سبک زندگی و حیات همه انسان‌ها در ادوار مختلف دارد. آسیب‌های زیست محیطی و همچنین تغییرات اقلیمی توسط پژوهشگران حیطه محیط زیست با عنوان «مسئله فوق شرور» (Levin et al., ۲۰۰۹: ۱) مطرح شده است. تغییرات اقلیمی از جمله اساسی‌ترین چالش‌های محیط زیستی است که رفع بخشی از اثرات بی‌سابقه و جبران‌ناپذیر آن مستلزم ورود سرمایه‌گذاران داخلی و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی است (Bizikova, ۲۰۲۲: ۸۲). تلاش برای کنترل و کاهش تغییرات اقلیمی نیازمند راهکارهایی پویا، از جمله مقررات‌گذاری توسط دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی در راستای حرکت به سمت اقتصاد سبز است. کاهش تولید و مصرف سوخت‌های فسیلی، همراه با سرمایه‌گذاری قابل‌توجه در انرژی‌های تجدیدپذیر و سایر فناوری‌هایی که برای کاهش انتشار کربن طراحی شده‌اند نمونه بارز از حرکت به سمت اقتصاد سبز می‌باشد. مسائل محیط زیستی، به‌ویژه تغییرات اقلیمی، هم دولت‌ها و هم سرمایه‌گذاران را با چالش‌هایی مواجه می‌کند؛ از یک‌سو دولت‌ها در برابر تغییر شرایط و تهدیدات جبران ناپذیر محیط زیستی ناچار به قانون‌گذاری در این خصوص هستند و از سوی دیگر، سرمایه‌گذاران با چالش‌هایی همچون عدم قطعیت بستر قانونی و مشکلات مربوط به برنامه‌ریزی و اجرای پروژه‌های خود روبرو هستند. باتوجه‌به اینکه کشور میزبان ممکن است قراردادهای سرمایه‌گذاری که قبلاً منعقد کرده است را تغییر دهد یا قوانین و سیاست‌های داخلی را به‌منظور انجام تعهدات بین‌المللی در خصوص تغییرات اقلیمی تغییر دهد، این امر ممکن است بر منافع مورد انتظار سرمایه‌گذاران تأثیر منفی بگذارد (Zhang & Li, ۲۰۲۴: ۳).

باتوجه‌به گستردگی مسائل و چالش‌های محیط زیستی، توان و عملکرد بخش عمومی به‌تنهایی برای یافتن راه‌حل کاهش آثار مخرب صنایع و موارد مشابه کافی نمی‌باشد. به بیانی دیگر نظر به اینکه نخست: توان بخش عمومی به علت اینکه صنایع حیاتی هر کشور را بر عهده دارد توان تغییر به سمت کاهش خطرات زیست محیطی را ندارد دوم:بخش عمده دیگری از صنایع در اختیار بخش‌های خصوصی که خارج از حیطه اختیار بخش عمومی می باشد، درنتیجه مساعدت بخش خصوصی برای تأمین مالی و حرکت به سمت اقتصاد سبز و کاهش مصرف کربن و سرمایه‌گذاری خصوصی به شکل سبز احساس می‌شود. این اقدامات بخش عمومی نه‌تنها سبب انعقاد قراردادهای جدید که مرتبط به مسائل محیط زیستی است می‌گردد، بلکه مقررات الزام‌آور در خصوص کاهش مصرف کربن سبب تحول عمیق قراردادی می‌گردد. درنتیجه آنکه چنین قراردادهایی که در دل خود تعهدات جدیدی را که اغلب اغلببرای بازیگران این عرصه ناشناخته است و از سوی دیگر ماهیتی عمومی دارد به نوبه خود سبب ایجاد اختلافات تجاری جدید می‌شود. این اختلافات به از جهات متعددی با سایر اختلافات حادثه متفاوت است.

نظر به اینکه ماهیت این اختلافات تا حدودی متفاوت از اختلافات سنتی است چالش‌های جدیدی را برای نهاد داوری تجاری بین المللی ایجاد می‌کند؛ یکی از عناصری که ماهیت این اختلافات را مجزا می‌کند، وجود نفع عمومی در این اختلافات است که به تبع آن شفافیت در رسیدگی لازم می‌باشد، که این موضوع با داوری تجاری که ماهیتی محرمانه دارد در تضاد است. اعتقاد بر این است که سازمان‌های بین‌المللی داوری که بر داوری‌های تجاری نظارت دارند، به‌طور فزاینده‌ای به بررسی و تصمیم‌گیری در مورد اختلافات مرتبط با مسائل محیط زیستی، به‌ویژه در ارتباط با تغییرات آب‌وهوایی، فراخوانده می‌شوند. این امر می‌تواند به‌دلیل افزایش آگاهی و نگرانی‌های جهانی در مورد تأثیرات زیست‌محیطی و لزوم مقابله با تغییرات آب‌وهوایی باشد. دیوان‌های داوری ممکن است در موقعیتی قرار گیرند که نیاز به اتخاذ تصمیمات مهم در مورد این مسائل داشته باشند که می‌تواند شامل تعیین مسئولیت‌ها و جبران خسارت‌های زیست‌محیطی باشد. از سوی دیگر وقتی در حین فعالیت تجاری که به منابع طبیعی و محیط‌زیست پیوند خورده است اختلافی حادث می‌شود که این اختلاف به یک چالش زیست‌محیطی پیوند خورده است و باتوجه به قرارنامه داوری دیوان داوری ملزم به رسیدگی باشد و چه‌بسا عمده‌ای از تعهدات یکی از طرفین به یک تعهد محیط زیستی پیوند خورده باشد.

آسیب‌های زیست‌محیطی، به‌عنوان یک واقعه اجتناب‌ناپذیر، تأثیرات عمیقی بر نحوه تعامل تجاری دولت‌ها و فعالان عرصه اقتصاد دارد. حل‌وفصل اختلافات آمیخته به

مسائل زیست‌محیطی، به‌عنوان گامی الزامی جهت تحقق عدالت اقلیمی و کنترل پدیده‌ای فرامرزی که زندگی همگان را تحت‌تأثیر قرار می‌دهد، ضروری است. قوانین و مقررات مختلفی در خصوص چالش‌های زیست محیطی وجود دارد که فعالیت‌های آسیب‌زا را منع می‌کند، از جمله، اصل ۵۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قوانین خاصی مالیاتی در جهت اخذ مالیات بیشتر بر صنایع آلوده‌کننده. به‌رغم پیشرفت‌های قابل‌توجه در حیطه قانون‌گذاری و حکمرانی بین‌المللی (بیش از ۲۳۸۲ قانون و سیاست مختلف مرتبط با تغییرات اقلیمی در سراسر جهان تصویب شده است و ۷۴۷ قانون جدید پس از تصویب توافقنامه پاریس تصویب شده‌اند) (Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, ۲۰۲۱)؛ نظر به ویژگی‌های خاص آسیب‌های زیست‌محیطی، مانند پراکنده بودن، غیرقابل‌پیش‌بینی بودن و نامشخص بودن مقررات و عدم شمول این مقررات، سبب نارسایی قوانین ملی در جهت حفاظت از محیط‌زیست می شود.

با توجه به اینکه بیشتر مخاطب الزامات بین‌المللی در خصوص تعهدات محیط زیستی دولت‌ها هستند و همچنین دولت‌ها در راستای رفع نیاز های زیر ساختی اقدام به انعقاد قرارداد هایی با اشخاص حقوق خصوصی می‌کنند که ماهیت آن‌ها با مسائل زیست محیطی پیوند خورده است، نتیجه آنکه حل و فصل چالش‌های از این دست هم از جهت اقتصادی هم از جهت سیاسی اهمیت دارد. نوشتار حاضر، قصد دارد با روشی توصیفی و تحلیلی و همچنین گردآوری داده‌ها به شیوه کتابخانه‌ای امکان توسل به نهاد داوری تجاری در حل‌وفصل اختلافات زیست‌محیطی را مورد بررسی قرار دهد. پاسخ به این پرسش که آیا نهاد داوری تجاری بین‌المللی می‌تواند محل مناسبی برای حل و فصل این اختلافات باشد، با بررسی ویژگی‌های این نهاد می‌باشد. بررسی ویژگی‌ها با دسته‌بندی این ویژگی‌ها به دو دسته مزایای و معایب داوری نسبت به رسیدگی به اختلافات آمیخته با چالش‌های زیست محیطی همراه است. برخی از این ویژگی‌ها ارتباط مستقیمی به دعاوی آمیخته با چالش‌های زیست محیطی دارد. از جمله اینکه این نهاد یک محیط بی‌طرفی را فراهم می‌آورد، که در کمال صحت اقدام به صدور رای مقتضی نماید. صدور تصمیمات الزام‌آور و اجرای راحت این تصمیمات بر اساس کنوانسیون نیویورک از جمله مواردی است که از مزایای داوری تجاری می‌توان شمرد . همچنین بررسی خواهد شد که چگونه طبیعت محرمانه داوری و عدم دسترسی ناشی از آن، بر مناسبت این نهاد برای حل‌وفصل اختلافات زیست‌محیطی تأثیر منفی می‌گذارد. در مجموع نهاد داوری تجاری فرصت‌ها و چالش‌های فراوانی برای تبدیل‌شدن به جایگاهی برای حل‌وفصل اختلافات زیست‌محیطی خصوصاً تغییرات آب هوایی که به‌سرعت در حال رخ‌دادن است پیش رو دارد. نوشتار حاضر در پی تبیین فرصت‌های داوری تجاری و همچنین چالش‌های این نهاد مرسوم برای حل فصل اختلافات محیط زیستی آمیخته با اختلافات تجاری است.

1- تبیین داوری تجاری در پرتو اختلافات زیست‌محیطی:

داوری تجاری، به‌ویژه در سطح بین‌المللی، به‌عنوان یک ابزار مؤثر برای حل و فصل اختلافات تجاری شناخته می‌شود. در شرایطی که بحران‌های زیست‌محیطی و اختلافات ناشی از آن‌ها به یک معضل جهانی تبدیل شده‌اند، این سوال مطرح می‌شود که آیا می‌توان از داوری تجاری برای حل اختلافات مربوط به مسائل زیست‌محیطی استفاده کرد؟ به‌ویژه در پرونده‌هایی که ویژگی‌های خاص زیست‌محیطی، مانند موارد مربوط به تغییرات اقلیمی، حفاظت از منابع طبیعی و آسیب‌های زیست‌محیطی دارند.

نظر به اینکه اختلافات زیست محیطی مسئله عمومی و بین دولی است استناد به قاعده مسئولیت بین‌المللی دولت در برابر رفتار متخلفانه و نقض تعهدات زیست‌محیطی امری بدیهی و روشن است. (اردکانی و آرش پور، ۱۴۰۱: ۴۲۳) اما تخلفات زیست‌محیطی به روابط بین دولت‌ها محدود نمی‌شود بلکه به روابط بین اشخاص با دولت خواه در مقام اعمال تصدی و خواه در مقام اعمال حاکمیت هم تسری پیدا کرده است. حتی این امر بعید به نظر نمی‌رسد که بین اشخاص حقوق خصوصی هم طرح شود ، به این معنا که در انجام فعالیت‌های صنعتی که در روابط خصوصی اشخاص است، چالش‌ها محیط زیستی بروز پیدا کند. از سوی دیگر این دیدگاه که داوری‌های تجاری صرفاً قابل استفاده در روابط افراد حقوق خصوصی است صحیح نیست؛ چرا که در طول چهل سال گذشته، جهانی‌سازی، تعامل بین دولت‌ها و فعالان اقتصادی را به طور بنیادین تغییر داده است. همین موضوع منجر به شکل گیری اشکال مختلف همکاری بین دولت‌ها و بازیگران حقوق خصوصی شده است که تحت‌تأثیر خصوصی‌سازی فعالیت عمومی و افزایش مشارکت‌های عمومی

– خصوصی قرار دارد (SCHILL, ۲۰۲۰). دولت‌ها و نهادهای تابع به طور منظم قراردادهایی با شرکت‌های خصوصی منعقد می‌کنند که شامل قراردادهای امتیازی، قراردادهای ارائه خدمات عمومی و امثالهم است.(Brekoulakis, ۲۰۱۷) خواه این قرارداد در حیطه اعمال تصدی دولت، خواه به عاملیت حاکمیت دولت باشد، در هر دو حالت هم امکان بروز اختلافات زیست‌محیطی وجود دارد. با توجه به اهمیت حل و فصل اختلافات تجاری با سرعت بیشتر و خارج از بدنه حکومت شرط داوری به طور عمده در قراردادهای تجاری حتی اگر یک طرف این قرارداد دولت باشد، وجود دارد.افزون بر مورد پیشین که قراردادهایی با موضوع فعالیت تجاری – صنعتی که همراه با مخاطرات زیست محیطی است منعقد می‌شود، شیوه‌های پیش بینی شده در خصوص افزایش سرمایه‌گذاری هم به‌طور منظم قراردادهایی از این دست را ایجاد می‌کند. لازم به ذکر است شیوه حل وفصل اختلاف در قرارداد هایی که بر اساس معاهدات سرمایه‌گذارسرمایه‌گذاری منعقد شده است تا حدودی با قراردادهای موردی متفاوت است اما از لحاظ ارجاع به داوری تجاری بین المللی دارای وجه اشتراک هستند.

نظر به رویه معمول در سرمایه‌گذاری خارجی اصولاً ۳ شیوه حل و فصل اختلاف وجود دارد که دو مورد آن در ذیل معاهده سرمایه‌گذار سرمایه‌گذاری مقرر می‌گردد. شیوه‌های حل وفصل اختلاف ذکر شده ذیل معاهده سرمایه‌گذار سرمایه‌گذاری مبتنی بر حدوث اختلافات فی مابین دولت‌های متعاهد و همچنین در خصوص رابطه دولت میزبان سرمایه و سرمایه‌گذار می‌باشد که بر اساس شرط التزام عام این مکانیزم فعال می‌گردد. شیوه سوم حل و فصل اختلاف ناظر بر قرارداد تجاری سرمایه‌گذار خارجی و طرف دیگر موضوع قرارداد است. ماحصل این بحث اهمیت حل و فصل اختلافات زیست محیطی در بستر داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد چرا که در فرض حدوث اختلاف زیست محیطی ذیل قراداد تجاری و عدم حل و فصل آن احتمال طرح دعاوی بزرگتری در سطح بین‌المللی را به همراه خواهد داشت. با توجه همه مطالب ذکر شده، این موضوعات منجر به افزایش داوری‌های تجاری «بین یک نهاد عمومی و یک نهاد خصوصی براساس قراردادی که منافع عمومی را درگیر می‌کند» یا به‌اصطلاح «داوری عمومی – خصوصی» شده است. در سال ۲۰۱۸، تقریباً ۱۵ درصد از پرونده‌های اتاق بین‌المللی بازرگانی[1]، نتیجه اختلافاتی بود که یک طرف آن دولت یا یک نهاد وابسته به دولت بوده است (ICC, ۲۰۲۰: ۹). همان سال، تقریباً ۳۸ درصد از مواردی که در دیوان دائمی داوری[2] طرح شده، بر اساس قراردادهایی بود که یک دولت، سازمان بین‌المللی، یا سایر نهادهای عمومی یکی از اطراف آن بوده اند.(PCA, ۲۰۱۸: ۱۸) نظر به آنکه به طور گسترده‌ای پذیرفته شده است که آسیب‌های محیط زیستی تهدیدی فوری و احتمالاً غیرقابل‌برگشت برای جوامع بشری محسوب می‌شود دعاوی که دولت‌ها و نهادهای آن‌ها که آمیخته با مسائل زیست‌محیطی است دارای اهمیت بیشتری است.(ICC, ۲۰۲۰: ۹) . همانطور که پیش‌تر بیان شد علت این اهمیت و درگیری دولت‌ها با اختلافات از این جنس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و احتمال طرح دعاوی بزرگ تر می‌باشد.

سرمایه‌گذاری‌های خارجی، معاملات تجاری، قراردادهای پروژه محور، یا حتی به طور عام قراردادهای بین‌المللی با مسئلهٔ محیط‌زیست پیوندی ناگسستنی دارند. به‌عبارت‌دیگر همه فعالیت‌های روزمره خواه یا ناخواه با محیط‌زیست ارتباط دارد، این موضوع به‌ویژه در بخش‌های ساخت‌وساز و انرژی نمود بیشتری دارد. در سال ۲۰۱۷، ۴۲٪ از ۱۸۶ پرونده‌های جدیدی که در اتاق بین‌المللی بازرگانی پذیرفته شده، در بخش‌های ساخت‌وساز، مهندسی و انرژی بوده است(ICC, ۲۰۲۰: ۹) . عمده پروژه‌های صنعتی بزرگ که مرتبط با حیطه انرژی، نظیر نفت و گاز است و پروژه‌های ساخت وساز عمده که می‌تواند مرتبط با زیر ساخت‌های کشوری باشد، همگی بر اساس قرارداد های تجاری هستند که می‌توانند آسیب‌های محیط زیستی داشته باشند (Evans, ۲۰۱۹: ۱۵) .به‌عنوان نمونه می‌توان به دعوایی مربوط به نقض قرارداد پیمانکاری که ادعای دریافت غرامت به دلیل نشت مایع خنک‌کننده رادیواکتیو در یک کارخانه اشاره کرد. این دعوی با این قید همراه است که نشت این مایع حتماً آسیب‌های محیط زیستی را همراه داشته است (Ibid: ۲۸۹)، یا دعوای مربوط به بازسازی یک کارخانه به‌دلیل وجود نشت گازهای سمی، می‌تواند از این قبیل دعاوی باشد که سابقه طرح داشته است (Sanderson, ۲۰۱۹: ۱۶) .عمده روش‌های حل‌وفصل اختلافات ناشی از قراردادها، داوری تجاری است که قراردادهای فوق‌الذکر از این قاعده مستثنی نمی‌باشند. درنتیجه ، در صورت بروز مسئله زیست‌محیطی در ذیل یک قرارداد که شرط داوری تجاری وجود دارد، حل‌وفصل این اختلاف به نظر ممکن می‌رسد.

[1] ICC

[2] PCA

با توجه به مطالب بیان شده بررسی اجمالی داوری تجاری در پرتو اختلافات زیست محیطی قابلیت دسته‌بندی به مباحث شکلی ماهوی را دار با این توضیح که :

۱-الف) ماهوی:

قواعد بین‌المللی، اعم از اصول، قواعد، قوانین و مقررات بین‌المللی در حوزه حفاظت از محیطزیست که این قواعد در حوزه تغییرات آب‌وهوایی روزبه‌روز پیشرفته‌تر می‌شوند، در قراردادهای تجاری منعکس خواهند شد، خواه سبب ایجاد تعهد برای دولت‌ها خواه سبب ایجاد تعهد برای طرف دیگر قرارداد باشد. در حقیقت نه‌تنها تعهدات بین‌المللی، بلکه حتی قوانین داخلی هم برای این قراردادها بار می‌شود. کما اینکه برخی از وکلا و داوران در سطح داوری‌های تجاری بین‌المللی بیان کرده‌اند: هنگامی‌که در زمان انعقاد قراردادها یا اجرای آن‌ها ریسک‌های جدیدی ظاهر می‌شود، در وهله اول طرفین به دنبال کاهش اثرات این ریسک نسبت به خود هستند و پس از آن به دنبال تخصیص این ریسک ها به طرق مختلف نظیر مدیریت ریسک‌های قراردادی بین خود هستند. در حال حاضر بسیاری از قراردادها شامل تعهداتی برای رعایت یا تضمین رعایت تعهدات زیست‌محیطی، حقوق بشری یا توسعه پایداری هستند. (NRF, ۲۰۲۴). نتیجه آنکه در تفسیر چنین شرایط قراردادی امکان دارد اختلافاتی که با مسائل محیط زیستی پیوند خورده است حادث شود.

به‌عنوان نمونه، در سال ۲۰۱۷، یک شرکت نفت و گاز اتریشی دعوایی را به خواسته‌ای به میزان ۳۴ میلیون یورو در یک داوری تجاری علیه رومانی مطرح کرد. در این اختلاف شرکت اتریشی ادعا داشت که دولت رومانی از پرداخت هزینه‌هایی بابت پاک‌سازی آلودگی ها محیطزیستی ناشی از قرارداد ۱۲ساله استخراج متعهد شده است، امتناع می‌ورزد. مدیرعامل این شرکت بیان داشت که دولت رومانی از پاک‌سازی محیط تاریخی و سکوهای نفتی که مورد استخراج بوده است ناکام مانده است(Young, ۲۰۱۷) . همچنین در سال ۲۰۱۷، در یک داوری مرتبط با قرارداد مربوط به یک پروژه معدنی مطرح شد. در این دعوی وزارت محیطزیست و انرژی یونان ادعا کرد که پیشنهاد شرکت طرف مقابل برای استفاده از فناوریِ ذوب لحظه‌ای[۱] – فرایندی برای ذوب سنگ معدن حاوی سولفات‌ها – نقض قرارداد و شرایط زیست‌محیطی پروژه بوده است(Button-Stephens, ۲۰۱۷) .

خلاصه آنکه وجود قوانین متعدد داخلی و بین‌المللی در خصوص اختلافات زیست‌محیطی و همچنین وجود شرط داوری و موافقت‌نامه داوری در قراردادها و تلاش طرفین برای کاهش این ریسک قراردادی از ناحیه خود شرایطی را ایجاد می‌کند که داوری تجاری به این اختلافات ورود پیدا کند. به‌عبارت‌دیگر داوری تجاری با مسئله محیط زیستی روبه‌رو خواهد شد.

همچنین است که توسعه قانون‌گذاری زیست‌محیطی نیز بر ماهیت خواسته‌ها و دفاع‌های مطرح شده در داوری‌های تجاری تأثیر خواهد گذاشت، اعم از اینکه این ریسک قراردادی در قرارداد وارد شود یا آنکه مسکوت رها شود. نمونه‌ای که اغلب اغلبمحل اختلاف است، نحوه رسیدگی به بندهای قوه قاهره، عقیم شدن و یا غیرقابل‌اجرا شدن قرارداد است. چنین بندهایی در شرایطی که یک رویداد به طور قابل‌توجهی بر توانایی یک طرف برای انجام تعهداتش تأثیر می‌گذارد، به‌عنوان استثنایی بر ماهیت الزام‌آور تعهدات قراردادی عمل می‌کنند. نتیجه آنکه یکی از اختلافاتی که به‌طور غیر مستقیم مرتبط با چالش‌های محیط زیستی است به همین امر مربوط می‌شود به این نحو که آیا اقدامات دولتی باهدف حفاظت از محیطزیست، از جمله قانون‌گذاری‌های مرتبط با تغییرات آب‌وهوایی، ممکن است در حوزه چنین بندهایی قرار بگیرند؟ به طور خاص، قوانین زیست‌محیطی جدید و درحال‌توسعه ممکن است به طور مستقیم یا غیرمستقیم در قراردادهای تجاری منعکس شوند و بر تفسیر و اجرای تعهدات قراردادی تأثیر بگذارند.

نتیجه آنکه، داوران تجاری ممکن است با ادعاها و دفاع‌هایی روبرو شوند که بر اساس این قوانین جدید شکل‌گرفته‌اند. به‌عنوان‌مثال، اگر یک قانون جدید محیط زیستی اجرای یک پروژه خاص را محدود کند، طرفین ممکن است در مورد اینکه آیا این قانون جدید می‌تواند به‌عنوان قوه قاهره در نظر گرفته شود و از تعهدات قراردادی معاف شوند، اختلاف‌نظر داشته باشند. این موضوع می‌تواند به‌ویژه در مواردی که قوانین زیست‌محیطی جدید به‌سرعت تغییر می‌کنند و بر صنایع خاصی تأثیر می‌گذارند، مهم باشد. در نهایت، داوران باید تصمیم بگیرند

[۱] Flash smelting

که آیا چنین قوانینی را به‌عنوان بخشی از قوانین قرارداد مربوطه در نظر بگیرند و چگونه این قوانین بر تعهدات طرفین تأثیر می‌گذارند (Odynski & Héloïse Broc, ۲۰۲۲: ۳۵۴جدا از بحث تأثیر قوانین زیست محیطی بر اجرا و انعقاد قراردادها که منتهی به داوری می‌شود، به صرف ایجاد یک آسیب محیط زیستی تشخیص این امر که منشاء این آسیب چه کسی است، میزان خسارت ناشی از این آسیب به چه میزان است و خسارت باید در حق جه کسی پرداخت شود می‌تواند محل اختلاف باشد. تصمیم‌گیری‌های ازاین‌دست می‌توانند پیامدهای قابل‌توجهی برای طرفین داوری و همچنین برای توسعه قانون‌گذاری و قانون نگاری زیست‌محیطی داشته باشند.

طرح ادعاهایی از جانب اطراف داوری تجاری لزوماً بر نقض قواعد زیست‌محیطی نیست؛ بلکه می‌تواند پیش از وقوع نقض تعهد و بحرانی شدن موضوع طرح شود. این مورد که عموماً با نقض پیش از موعد (خبیا، کاظمی نجف آبادی، ۱۳۹۰: ۱۳۸) شناخته می‌شود هم می‌تواند محل نزاع باشد. به‌عنوان‌مثال، همان‌طور که در یک مقاله خبری در سال ۲۰۱۷ گزارش شده است، در یک داوری ناشی از یک قرارداد مشارکت در تولید، شرکت ملی نفت[۱] الجزایر ادعا کرده است که شرکت توتال در بهره‌برداری از یک میدان گاز مطابق با قوانین زیست‌محیطی مربوطه شکست‌خورده است، زیرا بر اساس مدل‌های زمین‌شناسی توافق شده ذیل قرارداد، میزان بیشتری گاز استخراج کرده است و در نتیجه حفاظت از میدان را به خطر انداخته است (GAR, ۲۰۱۷) که خود این موضوع می‌تواند با ادعای نقض پیش از موعد همراه باشد. در نهایت، اگرچه داوری تجاری بین‌المللی در بیشتر موارد برای همه اختلافات قراردادی تشکیل می‌گردد، اما طرفین داوری عمومی – خصوصی، ممکن است تشخیص دهند که ارائه اختلافات صرفاً زیست‌محیطی به داوری تجاری به نفع آن‌ها باشد. طرح اختلافات در داوری‌های تجاری بین‌المللی کاملاً به توافق طرفین بستگی دارد، این توافق ارجاع لزوماً پیش از بروز اختلاف نیست؛ بلکه حتی پس از بروز اختلاف، آن را به داوری ارجاع دهند، به‌عبارت‌دیگر حسب شرط داوری یا موافقت‌نامه داوری مقرر شده اختلافات ناشی می‌تواند دامنه شمول متفاوتی داشته باشد، اما دیوان‌های داوری اغلبتفسیر موسعی از موافقت‌نامه داوری یا شرط داوری دارند، و این تفسیر موسع با دو موضوع همسوتر است، اول آنکه اختلافات مهم محیط زیستی با فقدان مرجع و آرا معتبر روبه رو هستند. دوم سرعت بروز وقایع محیطی زیستی نیازمند مرجعی است که به‌سرعت به این اختلافات رسیدگی کند، کما اینکه با ماهیت گسترش داوری همسوتر است.

به‌عنوان‌مثال، در پرونده تحت عنوان اندرسون علیه پی جی ای[۲]، ساکنان هینکلی یک سال پس از ارائه اختلافشان به دادگاه‌های ایالتی، داوری علیه شرکت گاز و برق پاسیفیک را آغاز کردند. علت احاله این دعوی مهم به داوری این بود که قاضی به شاکیان توضیح داد که ممکن است رسیدگی به این اختلاف تا پنج سال به طول بینجامد. در نتیجه طرفین توافق کردند که اختلاف خود در مورد اینکه آیا شرکت پی جی ای بیش از ۴۰ سال است که آب‌های زیرزمینی در هینکلی را آلوده می‌کند، به داوری بسپارند.

طرفین متقاضی داوری ممکن است به‌دلیل مزایایی که تبیین خواهد شد، به طور داوطلبانه توافق کنند که اختلافات زیست‌محیطی را پس از بروز آن‌ها به داوری تجاری ارائه دهند، زیرا ماهیت درون مرزی و اصولاً جانبدارانه دادگاه دولتی یک طرف دعوای چالش‌هایی را برای حل و فصل دقیق اختلاف برای طرفین دعوی و حتی دادگاه رسیدگی‌کننده ایجاد کند. همان‌طور که اشاره شد با توجه به ویژگی‌ها خاص آسیب‌های محیط زیستی نظیر سرعت در فراگیری ارجاع اختلافات مرتبط با این آسیب‌ها به داوری تجاری بین‌المللی می‌تواند منطقی باشد چرا که یکی از مبانی وجود داوری تجاری بین‌المللی و اکثر شیوه‌های جایگرین حل و فصل اختلاف اصل سرعت در رسیدگی است . هر چند که سرعت در رسیدگی ناظر بر سرعت در اعمال تجاری است اما استفاده از این ظرفیت خالی از لطف نیست. به بیان دیگر یکی از اهداف تأسیس این نهاد سرعت در رسیدگی است که این امر باتوجه‌به اراده طرفین، در صورت فقدان اراده قانون‌گذار و پیچیدگی‌های اختلاف می‌تواند متفاوت باشد که این ویژگی با آسیب محیط زیستی همخوانی بسیاری دارد.

۱–ب) شکلی:

طرفین اختلاف می‌توانند با توافق بر مهلت‌های مقرر، حسب نوع قرارداد و اختلافات پیش‌بینی‌شده و یا حتی پس از

[۱] Sonatrach

[۲] ANDERSON v. PACIFIC GAS AND ELECTRIC CO (1993)

بروز اختلاف باتوجه‌به آسیب به وجود آمده، طول فرایند رسیدگی را کاهش دهند. این زمان‌بندی مشخص شده راجع به اختلاف می‌تواند حسب مورد برای مذاکرات پیش از شروع روند داوری، مهلت ارسال اخطاریه شروع داوری، مهلت رسیدگی و حتی مهلت صدور رأی باشد. حتی طرفین ممکن است برای انواع مختلف اختلافات، مهلت‌های متفاوتی را مقرر کنند. به‌عنوان‌مثال، در یک پروژه استخراج در بخش نفت و گاز، طرفین ممکن است توافق کنند که مسائل صرفاً قراردادی که نیاز به تحلیل عمیق واقعی یا فنی ندارند، مانند اینکه کدام طرف باید هزینه‌های پاک‌سازی ناشی از استخراج را بپردازد، در مدت مشخصی حل شود، این در فرضی است که به طور مثال آسیب محیط زیستی هنوز وارده نشده است، اما منشأ اختلاف به یک مسئله محیط زیستی پیوند می‌خورد. نتیجه آنکه مهلت مقرر شده باتوجه‌به ماهیت قراردادی داوری تجاری برای داوران و طرفین الزام‌آور است.

از سوی دیگر منشعب کردن[۱] ماهوی اختلاف و همچنین قواعد الزام‌آور دیوان‌های داوری در خصوص سرعت در رسیدگی که همگی در مدیریت دعوی توسط داور صورت می‌گیرد، می‌تواند از موجبات ایجاد سرعت برای رسیدگی به اختلافاتی که ذاتاً نیاز به رسیدگی سریع دارند همراه باشد. به طور مثال ماده ۲۲ قواعد داوری اتاق بین‌المللی بازگانی، داوران موظف هستند، باتوجه‌به پیچیدگی و ارزش اختلاف داوری را به‌گونه‌ای انجام دهند که سریع و به‌صرفه باشد یا در قواعد داوری آنسیترال در مقرره ۱۷ دیوان داوری باید داوری را به‌گونه‌ای انجام دهد که از تأخیر و هزینه‌های غیرضروری اجتناب شود. نتیجه آنکه تلاش‌های متعدد در راستای سرعت‌بخشیدن به داوری برای حل‌وفصل اختلافات راجع به مسائل زیست‌محیطی این نهاد را مناسب‌تر می‌سازد.

نظر به اینکه طرح اختلافات زیست‌محیطی ناشی از قرارداد تجاری در دادگاه عمومی کشوری که محل فعالیت است اصل بی‌طرفی را خدشه‌دار کرده و بیم اعمال نفوذ را به همراه دارد وجود یک محل رسیدگی‌کننده که بی‌طرف باشد به شدت احساس می‌شود. همانطور که پیش‌تر بیان شد در پروژه‌هایی که امکان بروز حادثه محیط زیستی وجود دارد یک طرف دولت محل اجرای پروژه است، نیاز به یک مرجع که وابستگی به یک طرف قرارداد را نداشته باشد نسبت به سایر قراردادها بیشتر حس می‌شود. اصل بی‌طرفی در رسیدگی به همه اختلافات از اصول بدیهی و لازم الرعایه است اما در خصوص اختلافات موضوع بحث این مهم دارای اهمیت بیشتری است چرا که در این اختلافات صرفاً مسائل مالی برای دولت مطرح نیست بلکه امکان عبور این اختلاف به فراتر از مرز ها تا دادگاه‌های بین‌المللی می‌رود. داوری تجاری به طرفین این امکان را می‌دهد که مرجعی بی طرف و داورانی مستقل از ملیت طرفین اختلاف انتخاب کنند. این ارتباط واضح بین داوری تجاری و مسائل زیست‌محیطی در گزارش‌های اخیر صادر شده توسط اتاق بین‌المللی بازگانی(sylvie, ۲۰۱۹: ۵) و اتاق بازرگانی استکهلم[۲]تأیید شده است (SCC, ۲۰۲۳: ۱۵)که نشان می‌دهد داوری تجاری شاهد افزایش اختلافاتی که ممکن است شامل مسائل مرتبط با محیط‌زیست و تغییرات آب‌وهوایی باشد است و همچنین ادامه این موضوع تا جایی پیش خواهد رفت که هم مسائل مستقیم و هم مسائل جانبی محیط زیستی را حل‌وفصل کند.

۲- نقاط قوت داوری تجاری

اختلافات زیست‌محیطی و دعاوی که مربوط به این حوزه از حقوق می‌شود ویژگی‌های منحصربه‌فردی دارد که حسب این ویژگی امکان طرح آن در هر مرجع قضایی وجود ندارد. به طور مثال، بعید به نظر می‌رسد که یک چالش محیط زیستی در مرتبه بسیار عمیق، به‌صورت مذاکره قابل حل‌وفصل شدن باشد. حسب بررسی ویژگی‌های خاص آسیب‌ها و اختلافات زیست محیطی و انطباق این ویژگی‌ها به ویژگی‌های داوری تجاری بین‌المللی، برخی از ویژگی‌ها مناسب و به‌عنوان فرصت شناسایی شده و برخی به‌عنوان محدودیت شناسایی می‌شود. ذکر این نکته ضروری است که برخی از ویژگی‌های نام‌برده‌شده در مقام محدودیت از دید طرح اختلافات زیست‌محیطی است نه محدودیت ذاتی داوری تجاری بین‌المللی. اختلافات زیست‌محیطی ویژگی‌های منحصربه‌فردی دارند. به‌عنوان‌مثال،

[۱] Bifurcate یا منشعب کردن داوری فرایندی است که دیوان داوری در رسیدگی به اختلاف مطروحه یک مبنا برای تقسیم این اختلاف پیدا کرده و هر قسمتی از این اختلاف را جداگانه رای خواهد داد. منشعب کردن این امکان را به دیوان داوری می دهد که مسائل پیچیده را تقسیم کرده و با سرعت بیشتری نسبت به آن تصمیم گیری کند. به‌عنوان نمونه مواد ۴۲ و ۴۳ دیوان داوری ایکسید این مهم را پیش بینی کرده است.

[۲] SSC

این نوع اختلافات، به‌ویژه آن‌هایی که به تغییرات آب‌وهوایی مربوط می‌شوند، از طبیعت فنی و حساس به زمان برخوردار هستند. همچنین معمولاً مسائلی را که به منافع عمومی مرتبط هستند، مطرح می‌کنند. برای پاسخگویی به این ویژگی‌های منحصربه‌فرد، طرفین قراردادهای تجاری می‌توانند قوانین تخصصی‌تری مانند قوانین اختیاری دیوان دائمی داوری برای داوری اختلافات مرتبط با محیط زیست و یا منابع طبیعی را اتخاذ کنند. [۱] این قوانین که توسط کمیته‌ای از کارشناسان داوری و قانون محیط‌زیست تدوین شده‌اند، قوانین داوری متداول را، در صورت نیاز، برای پاسخگویی به نیازهای اختلافات زیست‌محیطی تطبیق می‌دهند(PCA, ۲۰۱۶)

۲-۱ تخصصی بودن داوری

پدیده‌های زیست‌محیطی و آسیب‌هایی ازاین‌دست به‌دلیل ویژگی فنی و تخصصی بهتر است در مراجع اختصاصی حل‌وفصل گردد. به‌طور مثال، اینکه یک آسیب زیست‌محیطی تا چه میزان محیط را آلوده کرده است و بر چند عنصر طبیعی خسارت وارد کرده است امری قابل‌لمس و مشخص نیست و نیازمند بررسی‌های دقیق است. از حیث قانونی و حقوقی همه افراد به همه قوانین مسلط نیستند . اتاق بین‌المللی بازرگانی طی گزارشی تحت عنوان حل‌وفصل اختلافات مرتبط با تغییرات آب‌وهوایی از طریق داوری و سایر روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلاف در سال ۲۰۱۹ اظهار داشت که «مهم‌ترین ویژگی داوری در اختلافات مرتبط با مسائل محیط زیستی خصوصاً تغییرات آب‌وهوایی، توانایی اطمینان از دسترسی به تخصص مناسب برای طرفین و دیوان داوری است» (ICC, Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR,۲۰۱۹) . این گزارش اولین مطالعه جامع است که ویژگی‌های داوری تجاری را برای حل‌وفصل اختلافات مربوط به تغییرات آب‌وهوایی مورد بررسی قرار می‌دهد. ویژگی تخصصی بودن بیان شده در گزارش مذکور هم در اختیار دیوان داوری و هم در اختیار طرفین داوری است. به بیان دیگر ویژگی منعطف داوری ایجاب می‌کند که طرفین قادر باشند که داوران آشنا با موضوع را انتخاب کنند یا حسب مورد درخواست ارجاع به کارشناس تخصصی این موضوع را از دیوان داوری داشته باشند. لازم به ذکر است اختیار ارجاع به کارشناسان متخصص این موضوع برای دیوان داوری وجود دارد.

[۱] PCA, Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to the Environment and/or Natural Resources (2001)

۲-۱-۱ داوران

یکی از ویژگی‌های مهم داوری، اما نه مهم‌ترین آن، توانایی طرفین در انتخاب مقام رسیدگی‌کننده به اختلاف حادثه است(Malone & Cameron, ۲۰۱۵: ۲۵۹) . انتخاب داوران از مطالب مهمی است که قابلیت بررسی‌های فراوانی دارد. تعیین داور می‌تواند به دو روش باشد، روش اول و مشخص‌کردن نهاد یا شخص یا اشخاص معینی برای رسیدگی به اختلاف در روش دوم تعیین مقام ناصب که داور یا داوران را حسب مورد مشخص می‌کند. در مواردی طرفین بر ویژگی‌های خاصی که داور باید دارای آن ویژگی‌های باشد توافق می‌کنند، باید توسط مقام ناصب در نظر گرفته شود که این موضوع حتی در بحث جرح داور هم دارای چالش‌های فراوانی است . تعیین ویژگی‌های داور در موافقت‌نامه داوری و یا شرط داوری و حتی توافق پس از بروز اختلاف امکان‌پذیر است. در مواردی عدم رعایت این موضوع حتی به ابطال رأی داور می‌انجامد (شیروی،۱۴۰۲: ۱۷۴). نکته‌ای که دارای اهمیت فراوان است مقام ناصب تخصص، تجربه و صلاحیت‌های نامزد را در ارتباط با موضوع اختلاف در نظر می‌گیرد و هرگونه معیاری که توسط طرفین شناسایی شده است را در تعیین داور باید در دستور کار خود قرار دهد(Verbist, ۲۰۱۳: ۱۵۶) . تعیین داور از سمت طرفین در مواردی که اختلاف به مسائل محیط زیستی مربوط می‌شود امری دشوار است بدین شرح که تعیین داور و بررسی ویژگی‌های داورانی که در حیطه چالش‌ها محیط زیستی و حقوقی به‌طور هم‌زمان آگاهی داشته باشند برای طرفین داوری مسئله‌ای وقت‌گیر و پیچیده می‌باشد. (Bizikova, ۲۰۲۲: ۳۶۱) به همین روی دیوان دائمی داوری لیستی از داوران تخصصی در خصوص اختلافات محیط زیستی ارائه می‌دهد که این امر را برای طرفین و وکلای آنان راحت‌تر می‌سازد. فهرست منتشر شده دارای ۹ داور از ۷ ملیت متفاوت است. [۲] داوران منتخب در عرصهٔ اختلافات زیست‌محیطی لزوماً باید دارای دو صلاحیت حقوقی و فنی تخصصی باشند (Pring & Pring, ۲۰۱۶: ۴۶). در حقیقت حسب ویژگی‌های تخصصی و منحصربه‌فرد اختلافات زیست‌محیطی که شامل سؤالات فنی و تخصصی است تشکیل یک دیوان داوری شامل اشخاص آگاه به قوانین و مقررات حوزه محیط‌زیست و همچنین آشنا با اطلاعاتی نسبی به مسائل فنی آن اختلاف، می‌تواند از ایجاد اختلافات در سطوح بین‌الدولی جلوگیری کند. نتیجه آنکه داوری تجاری باتوجه به شرایط و اوضاع و احوال خود و دسترسی به داوران متخصص نهاد مناسبی جهت حل‌وفصل اختلافات

[۲] https://pca-cpa.org/en/about/panels/panels-of-arbitrators-and-experts-for-environmental-disputes

می‌تواند باشد منوط به اینکه طرفین قراردادهایی که دارای خطرات بالقوه محیط زیستی هستند از این ظرفیت استفاده کنند.

۲-۱-۲ کارشناسی

هرچند داوران از بین کسانی انتخاب می‌شوند که در زمینه مورد اختلاف تخصص داشته و از تجربه کافی برخوردار باشند، تصمیمات در برخی مسائل مستلزم کارشناس است (شیروی، ۱۴۰۲، ۲۵۶). نقش کارشناس بررسی واقعه مورد اختلاف و ارائه نظر خود به‌صورت بی‌طرف و منصافانه است. کارشناسی به درخواست طرفین یا اختیار دیوان داوری انجام می‌شود (شیروی۱۴۰۲). برخی اندیشمندان در خصوص اهمیت کارشناسی بیان داشته‌اند که اصلی‌ترین وسیله اثبات در مسائل فنی کارشناسی است(Voser & Bell, ۲۰۱۹: ۲۲۶) . حتی در برخی موارد عدم تعیین کارشناس را با عنوان تقصیر یا غفلت هیئت داوری شناسایی می‌کنند(Ehle, ۲۰۱۲: ۷۶) . در نظام‌های حقوق کامن لا و رومی – ژرمنی مطابق با قوانین داوری استفاده از کارشناس مشاهده می‌شود. حتی در قوانین نمونه، نظیر موارد منتشر شده در کانون وکلای بین‌المللی[۱] یا حتی مؤسسه رسمی داوران[۲] در خصوص چگونگی بهره‌بری از کارشناس و یا دستورالعمل مربوط به کارشناسان منتخب طرفین یا دیوان‌های داوری مصوب شده است. لازم به ذکر است حسب بررسی‌های به‌عمل‌آمده تعیین کارشناس از سمت طرفین دعوا برای اثبات ادعاهای خود به‌کرات اتفاق می‌افتد این در حالی است که نصب کارشناس از سمت دیوان داوری به‌دفعات کمتری انجام می‌شود(Sachs & Schmidt-Ahrendts, ۲۰۱۱: ۱۴۷). هر چند در عمل انتقاداتی به کارشناسی در روند داوری وارد است؛ اما نباید این امر موجب چشم‌پوشی از اهمیت این ادله مهم در رسیدگی‌های حساس شود. به‌طورکلی هر کارشناس، چه توسط طرفین و چه توسط دیوان داوری منصوب شده باشد، باید در مقابل اطراف دعوی، وکلای آن‌ها و دیوان داوری دارای استقلال باشد. [۳] همچنین، هرچه چقدر که کارشناس استقلال خود را حفظ کند و این امر به‌وضوح مشخص باشد، نظر وی دارای اعتباری بیشتری بوده در نتیجه دیوان داوری نسبت به اظهارنظر او توجه بیشتری می‌نماید(Voser & Bell, ۲۰۱۹: ۲۳۰) . به‌عنوان‌مثال در پرونده پرنکو علیه دولت اکوادور[۴] که از نوع داوری سرمایه‌گذار دولت است، دیوان داوری در خصوص نظر کارشناسان منصوب از سمت طرفین دعوا بیان می‌کند که هر کدام سعی داشتند بهترین نتیجه را برای طرفی که آن‌ها را برای رسیدگی به کارشناسی منصوب کرده است، رقم بزنند و و آن‌ها مرز بین تحلیل موضوعی حرفه‌ای و نمایندگی طرف را نقض کرده‌اند . (Para, ۵۸۱)این انتقادات به همراه پیچیدگی فنی بالای پرونده، دیوان داوری را بر آن داشت تا کارشناس خود را منصوب کند. روند مشابهی می‌تواند در مواردی که داوری تجاری با حل اختلافات زیست‌محیطی که مسائل فنی پیچیده‌ای دارند، مواجه هستند، محقق شود. همانند انتخاب داوران، انتخاب کارشناسان تصمیمی حیاتی برای طرفین یک داوری تجاری است. همانند داوران، طرفینی که آشنایی قبلی کمی با اختلافات زیست‌محیطی دارند، می‌توانند لیست‌های کارشناسان را که توسط سازمان‌های داوری ارائه می‌گردد مشاهده کرده و تصمیم بگیرند. به‌عنوان نمونه لیست کارشناسان این حوزه که از سمت دیوان دائمی داوری ارائه می‌شود. [۵] طرفین همچنین می‌توانند از اتاق بازرگانی بین‌المللی برای کمک در شناسایی و منصوب‌کردن یک کارشناس با دانش مناسب کمک بخواهند. [۶] آزادی طرفین و دیوان‌های داوری در جهت تعیین یک کارشناس مستقل واجد شرایط، در صورت لزوم، یک مزیت مهم استفاده از داوری تجاری برای حل اختلافات زیست‌محیطی است. این اختیار این اطمینان را به طرفین می‌دهد که هر دو طرف و دیوان داوری از تخصص لازم برای حل مسائل علمی و فنی پیچیده‌ای که اختلاف مذکور به وجود آورده، بهره‌مند می‌شوند.

---

[۱] International Bar Association

[۲] Chartered Institute of Arbitrators

[۳] IBA Rules on the Taking of Evidence, above n 60, Articles 5(2)(c) and 6(2); CIArb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration, above n 61, Article 4.

[۴] Perenco v Ecuador LTD. v The Republic of Ecuador and Empressa Estatal Petroleos de Ecuador (Pertoecuador)**, Interim Decision on Environmental Counterclaim, 11 August 2015, No ARB/08/6 ICSID Case**

[۵] https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2016/07/Current-ListAnnex-3-SP-SciEXP-update-20190930-184038-v6_.pdf

[6] ICC Expert Rules. https://iccwbo.org/publication/icc-expert-rules-english-version

۲-۲ دستور موقت

یکی از ویژگی‌های مسائل زیست‌محیطی ماهیت و ذات برگشت‌ناپذیر آسیب‌های زیست‌محیطی است. در داوری‌هایی پیچیده که پروسه داوری امکان دارد چندین سال به طول انجامد، این ویژگی از مسائل زیست محیط (Harrison, ۲۰۱۴: ۲۴۸)، می‌تواند تا مرحله‌ای پیش رود که آسیب چندین برابر شده و حتی موضوع داوری را به حدی گسترده کند که در چندین کشور ایجاد آسیب کند. به همین روی دستور موقت پیش از شروع پروسه داوری و حین آن در دسترس طرفین است. درصورتی‌که داوری هنوز آغاز نشده باشد، طرفین می‌توانند برای دریافت دستور موقت بدون نقض بند داوری به دادگاه‌های داخلی مراجعه کرده و صدور دستور موقت را خواستار باشند. [۱] افزون بر این موضوع، طرفین می‌توانند از رویه‌های «داور اضطراری» که توسط چندین نهاد داوری ارائه شده است را استفاده کنند. به این معنا که طرفی که خواستار صدور دستور موقت است صرفاً برای صدور همین دستور درخواست تشکیل دیوان را داده و دیوان داروی به‌عنوان‌مثال ظرف ۱ ماه نسبت به درخواست صدور دستور موقت تصمیم‌گیری کند. به‌عنوان نمونه قانون داوری آنسیترال در ماده ۲۶ بند ۱ بیان می‌کند «دیوان داوری می‌تواند به درخواست یکی از طرفین، اقدامات موقتی را اعطا کند» در فرض سکوت قانون شکلی داوری باتوجه‌به قانون محل داوری[۲] دیوان داوری می‌تواند این اقدام را انجام دهد.

۲-۳ آرا لازم‌الاجرا و قابل‌اجرا

ویژگی منحصربه‌فرد داوری تجاری بین‌المللی نسبت به سایر روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات صدور آرای لازم‌الاجرا است. علاوه بر این موضوع اجرای آرا باتوجه به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، بسیار ساده‌تر است. این کنوانسیون که اکنون ۱۶۹ کشور عضو دارد، تعهد عمومی را بر دادگاه‌های دولتی مبنی بر شناسایی و اجرای جوایز داوری بین‌المللی وضع می‌کند؛ به‌این‌ترتیب که هر کشور عضو باید آرای داوری را الزام‌آور شناسایی کرده و آن‌ها را مطابق با قوانین شکلی قلمرویی که تقضای اجرای رای در آن می‌شود، و شرایط دیگری که به طور مستوفی بحث شده اجرا کنند. این کنوانسیون شرایط متفاوتی که کشور مقصد رأی از اجرای رأی خودداری کند را بیان می‌کند.

عمده دلایلی که کنوانسیون برای امتناع از اجرای رأی بیان داشته، عمدتاً از جنبه شکلی داشته و اصولاً نیازی به بازبینی ماهیت پرونده توسط دادگاه داخلی که قابلیت اجرای رأی را بررسی می‌کند، ندارند. در واقع، برخی کشورها، از جمله فرانسه، به صراحت از دادگاه‌های ملی خود می‌خواهند که هنگام بررسی شناسایی و اجرای یک رأی داوری، ماهیت پرونده را مورد بررسی قرار ندهند. [۳] کنوانسیون نیویورک ‘به طور بحث‌برانگیزی یکی از موفق‌ترین معاهدات سازمان ملل متحد در زمینه قانون تجارت بین‌الملل است (Connoly K & Connolly , ۲۰۱۸). باوجود اینکه آرا داوری در قریب به۹۰ درصد موارد توسط طرفین پذیرفته شده است؛ فعالان حیطه داوری سهولت اجرا بر اساس کنوانسیون نیویورک را به‌عنوان ویژگی ارزشمندترین داوری تلقی می‌کنند.

این مزیت مهمی است در مورد منازعات زیست‌محیطی که در آن تصمیم نهایی اتخاذ شده توسط داوران با تخصص مناسب بر اساس شواهد و مدارک گسترده شاهدان و کارشناسان، تنها در صورت بروز نقض جدی مانند تشکیل نادرست دیوان داوری که مواردی خاصی در را در بر می‌گیرد یا نقض فرایند قانونی مانند عدم رعایت اصل تناظر و... از اجرای آن خودداری می‌شود؛ بنابراین، کنوانسیون نیویورک به‌گونه‌ای عمل می‌کند که دادگاه‌های ملی نمی‌توانند تصمیمی را که طبق رویه‌ای که طرفین به آن توافق کرده‌اند، به دلایل سیاسی کنار بگذارند. باوجود اینکه شرایط اجرای رای داوری بر اساس کنوسیوان نیویورک به ترویج اجرای آرا داوری کمک می‌کند، ممکن است این سوال مطرح شود که آیا کنوانسیون نیویورک

---

[۱] PCA Environmental Rules, above n 38, Article 26(3)
ICC Rules of Arbitration, above n 36, Article 28(2)

[۲] lex arbitri

[۳] See e.g., Cour de cassation, Judgement, 30 January 2019, No 14–23.822(‘Whereas, the annulment judge is the judge of the award, admitting or denying its insertion into the French legal regime, and not the judge of the case for which the parties have entered into an arbitration agreement; that under the pretext of unsubstantiated objections based on the violation of Article 1502.3 of the Code of Civil Procedure, the objection, which accuses the Court of Appeal of not having censured an error of law allegedly committed by the arbitrators, only seeks a review of the merits; that it cannot be upheld’—automated translation)

می‌تواند به‌گونه‌ای عمل کند که اجازه اجرای آرا داوری که مقررات و اهداف زیست‌محیطی را نقض می‌کنند را بدهد. بسیار بعید است که آرایی از این قبیل صادر شود و حتی اگر صادر شود، شناسایی و اجرای چنین رأی ای می‌تواند تحت کنوانسیون نیویورک به‌دلیل مخالف با نظم عمومی رد شود. همچنین قوانین جدید محیط زیستی حتی اگر به تصویب کشور نرسیده باشد از جهت نظم عمومی قابل‌استناد است.

۳- نقاط ضعف داوری تجاری

نظر به اینکه انعطاف داوری تجاری بین‌المللی، مرجع مذکور را به مرجع مناسبی جهت رسیدگی به اختلافات زیست محیطی تبدیل می‌کند، باید به این نکته توجه داشت که صلاحیت داوری تجاری و محدوده اختیارات آن توسط طرفین مشخص می‌شود. بااین‌وجود، ازآنجاکه طرفین در غالب موارد اختلافی که از موضوع قرارداد یا در ارتباط با آن پیش می‌آید، به داوری ارجاع می‌دهند، این محدودیت در صلاحیت مانع از شنیدن اختلافات محیط زیستی که به‌صورت تصادفی به اختلافات تجاری مربوط می‌شوند توسط دیوان‌های داوری تجاری نمی‌شود. در حقیقت اختیار دیوان‌های داوری در خصوص رسیدگی به اختلافات توسط شرط داوری و موافقت‌نامه داوری مقرر می‌گردد، اما نظر به اینکه عمده ای از سازمان های داوری شروط استاندارد خاص خود را همه ساله در اختیار عموم قرار می دهند و این شروط از جامعیت صلاحیتی کافی برخوردار است کمتربا این مشکل مواجه هستند. دیگر ویژگی حوادث و آسیب‌های زیست‌محیطی مرتبط با نفع عمومی بودن این دعاوی و ماهیت عمومی بودن این آسیب‌ها است. به بیان دیگر متضررهای این آسیب‌ها صرفاً به طرفین دعوا در خصوص مسئولیت‌های ایشان و غرامات مقرر شده محدود نمی‌شود؛ بلکه عموم افراد در خصوص آسیب‌های ناشی از چالش‌های زیست محیطی ذی‌نفع هستند. به همین جهت افراد دیگری حسب مورد بر خود لازم می‌دانند که در اختلاف در حال رسیدگی با ویژگی زیست محیطی ورود کنند. این ویژگی آسیب‌های محیط زیستی با ویژگی‌های داوری تجاری که به‌منظور تضمین حل‌وفصل خصوصی اختلافات طراحی شده‌اند در تعارض است. از طرف دیگر ضرورت‌های شفافیتی که در اختلافات با نتایج عمومی مطرح است، معمولاً شامل افشای اسناد یا سایر تصمیمات، جلسات علنی، مشارکت اشخاص ثالث در فرایند داوری، و دسترسی عمومی است (Poorooye & Feehily, ۲۰۱۷:۲۸۲) که با طبیعت خصوصی این مکانیزم حل اختلاف در مناقشه است. در نتیجه این خطر وجود دارد که افکار عمومی نسبت به نتیجه داوری و حتی کل مکانیزم داوری، بی اعتماد شوند، با این ایراد که دادگاه‌های مخفی تصمیماتی با تبعات عمومی صادر می‌کنند درحالی‌که هیچکس مسئولیت این تصمیم را بر عهده نمی‌گیرد. (Hay ۲۰۱۸:۲۱۵) . علاوه بر بر موارد مذکور، طبیعت محرمانه داوری تجاری، که اغلب به همین شکل است، و عدم وجود یک رویه قضایی متقن، خطر تصمیمات متناقض را به همراه دارد و بنابراین ممکن است بر توسعه حقوق و قانون گذاری محیطزیست تأثیر منفی بگذارد.

۳-۱ فقدان دکترین و رویه ثابت

علی‌القاعده دیوان‌های داوری باید با توجه با قانونی ماهوی مقرر شده توسط طرفین اقدام به صدور رأی نمایند. در فروض متفاوتی که این قانون مشخص نشده باشد حسب مورد دیوان‌های داوری قانون حاکم بر ماهیت داوری را می‌یابند. این اختیار تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف بی اندازه نیست کمااینکه در ماده ۳۳ قوانین محیطزیست دیوان دائمی داوری مقرر شده است که در حل‌وفصل اختلاف، دیوان داوری باید قانون یا قوانین مقرر شده را که توسط قانون حاکم بر ماهیت اختلاف تعیین شده را اعمال کند؛ [۱] اما این بدین معنی نیست که طرفین یک قانون فرضی و بی‌ربط به ماهیت اختلاف به‌قصد دور زدن تعهدات زیست‌محیطی انتخاب کنند. در فرض وجود چنین حالتی، به طور عمده پذیرفته شده است که دیوان داوری می‌تواند قانون اجباری کشوری غیر از کشوری که قوانین آن توسط طرفین توافق شده است را اعمال کند. به‌ویژه، قوانین لازم‌الاجرا در محل داوری یا در یکی از کشورهایی که موافقت‌نامه داوری یا رأی داوری قرار است شناسایی و اجرا شود، مرتبط هستند. دیوان‌های داوری اصولاً نمی‌توانند به‌صورت کدخدامنشانه رأی صادر کنند مگر فرضی که طرفین این اختیار را به دیوان داوری سپرده باشند. در مواردی دیگر این اختیار از جانب طرفین به دیوان داده می‌شود که به‌صورت

---

[۱] PCA Environmental Rules, above n 38, Article 33(1
ICC Rules of Arbitration, above n 36, Article 21(1
UNCITRAL Arbitration Rules, above n 45, Article 35(1)

داوری دوستانه[1] رأی مقتضی را صادر نمایند؛ در این حالت دیوان داوری مناسب‌ترین راه‌حل را در جهت حل‌وفصل اختلاف می‌یابد.

در فرض عدم تعیین قانون، تعیین قانون حاکم پروسه پیچیده دارد که در این بحث نمی‌گنجد؛ اما علی‌القاعده دیوان باید قانونی که مناسب می‌داند را اعمال کند (شیروی، ۱۴۰۲، ۲۵۰) اما در هنگام اعمال قانون مناسب دیوان داوری باید مفاد قرارداد را که ممکن است شامل تعهدات زیست‌محیطی (در مقدمه یا در اصل قرارداد) باشد، و در صورت لزوم، عرف‌های تجاری مرتبط را در نظر بگیرد. [2] افزون بر موارد پیشین در صورت وجود یک اجماع و اتفاق‌نظر بین‌المللی بر یک رویه و رویکرد عمومی، در فرض نقض قرارداد توسط یکی از طرفین آن را اعمال کند(Mayer ۲۰۰۶:۲-۱۹) . درخصوص تهیه یک رویه و رویکرد بین‌المللی برخی از اندیشمندان بیان داشته‌اند که: داوران به‌عنوان قضات مشترک حقوق تجارت بین‌المللی در ساخت نظم عمومی فراملی، به‌گونه‌ای که داوری را به عدالتی صرفاً کاربردی تبدیل نکنند، بلکه برعکس، عدالتی باشد که ارزش‌های غیرتجاری یا انسان‌گرایانه را منتقل کند مسئولیت اجتماعی دارند(Racine ۲۰۰۵: ۲۷) .

اگرچه هنوز اجماعی بر اینکه آیا قوانین زیست‌محیطی بخشی از سیاست عمومی فراملی هستند وجود ندارد، برخی از دانشمندان از این ایده پشتیبانی می‌کنند Kessedjian) . (۲۰۰۷: ۸۶۹ازاین‌رو، داورانی که در داوری‌های تجاری تصمیم‌گیری می‌کنند ممکن است در مورد قوانین زیست‌محیطی ملی و بین‌المللی تصمیم‌گیری‌هایی انجام دهند. بااین‌حال، داوری تجاری احتمالاً تأثیر قابل‌توجهی بر توسعه قانون زیست‌محیطی بین‌المللی نخواهد داشت به دو دلیل اصلی. نخست:، همان‌طور که ذکر خواهد شد، آرای داوری فقط بین طرفین دعوا الزام‌آور است و اغلب محرمانه هستند. در نتیجه آراء صادره از غنای کافی برخوردار نیست به این دلیل که تفاسیری که از قوانین زیست محیطی می‌شود علنی نخواهد شد. دوم:، چون رویه نمی‌تواند در خلاء توسعه یابد Ramirez &) (Tagtachian, ۲۰۱۷: ۴۵دشوار است که اصول حقوقی کلی از آرای داوری استخراج شود. به‌عبارت‌دیگر اصول کلی حقوقی نمی‌تواند در خلاء قانونی متولد شود؛ مادامی که قانونی مدونی در خصوص رسیدگی به اختلافات زیست محیطی در داوری و روابط بین افراد وجود ندارد ایجاد رویه هم بسیار دشوار است. همچنین، درحالی‌که آرای داوری ممکن است تأثیر قانع‌کننده‌ای بر دیوان‌های داوری بعدی داشته باشند، اثر الزام‌آور ندارند؛ بنابراین، کاملاً ممکن است که دو دیوان داوری که بر روی یک موضوع مشابه تصمیمات متعارضی اتخاذ کنند.

۲-۳ محرمانگی

همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، محرمانگی فرایند داوری از مزایای داوری تجاری بین‌المللی است. نخست:، این امر مانع تلاش برای نفوذ به فرایند داوری می‌شود و دوم:خطر افشای اطلاعات حساس تجاری به رقبا، مشتریان و دیگران را کاهش می‌دهد .(Shore & Dimitrov, ۲۰۰۹: ۱۶۵) با این حال، امروزه رویه مشخصی در خصوص لزوم محرمانگی در داوری و حتی مرزهای آن وجود ندارد. به‌عنوان نمونه، قانون دیوان داوری بین‌المللی لندن شامل تعهد محرمانگی کاملی است که به موجب آن طرفین متعهد می‌شوند تمامی آرا داوری، تمامی مواد استناد شده در داوری و تمامی اسناد استناد شده توسط طرف دیگر در روند داوری که به‌صورت عمومی افشا نشده‌اند، محرمانه نگه دارند، مگر اینکه افشای آن‌ها به‌واسطه وظیفه قانونی، برای حفاظت یا پیگیری یک حق قانونی، یا برای اجرا یا اعتراض به یک رأی مورد نیاز باشد. در مقابل، قانون اتاق بین‌المللی بازرگانی به‌طور خاص از طرفین نمی‌خواهد که از افشای اطلاعات درباره داوری خودداری کنند، بلکه به دیوان‌های داوری اختیار می‌دهد تا دستوراتی در مورد محرمانگی روند داوری یا هر مسئله دیگری که با داوری مرتبط هستند، صادر کنند. قانون محیط زیست دیوان دائمی داوری و قوانین آنتسیترال نیز تعیین می‌کنند که هرگونه آراء صادر شده در ارتباط با داوری محرمانه است، مگر اینکه توافق مخالفی از طرفین وجود داشته باشد. در عمل، صرف‌نظر از قانون اعمال‌شده، طرفین اغلب بر محرمانگی روند داوری توافق می‌کنند. بسته به ماهیت توافق بین طرفین، عموم ممکن است از وجود داوری، ادعاهای تخلفات، هویت داوران، مسائل حقوقی مطرح‌شده یا محتوای رأی نهایی بی‌خبر بمانند. این محرمانگی در تضاد با روند غالب در قانون محیط‌زیست برای باز کردن فرایندهای تصمیم‌گیری به نظارت و مشارکت عمومی است. در واقع، با توجه به اینکه اختلافات زیست‌محیطی به‌طور طبیعی به

---

[1] amiable compositeur یا داوری دوستانه به معنایی شیوه ای از رسیدگی است که در قالب داوری انجام می‌شود اما مقام رسیدگی کننده ملزم نیست که از قوانین ومقررات خاصی پیروی کند و می‌تواند بر اساس عدالت و انصاف رای مقتضی را صادر نماید

[2] ICC Rules of Arbitration, above n 36, Article 21(2)

UNCITRAL Arbitration Rules, above n 45, Article 35(3)

عموم مردم مرتبط هستند، تعارض بین علاقه طرفین به حفظ محرمانگی روند و منافع عمومی افزایش یافته است (Magraw & Amerasinghe, ۲۰۰۹: ۲۴۳).

با این حال نظر به مطالب مارالبیان در خصوص تعارض میان حفظ محرمانگی و نفع عمومی دخیل در دعاوی با موضوعات محیط زیستی، چندین نهاد اقداماتی را برای افزایش شفافیت قانونی داوری تجاری از طریق انتشار آرا داوری انجام داده‌اند. به‌عنوان‌مثال، اتاق بین‌المللی بازرگانی از مدت‌ها پیش بخش‌های ویرایش شده یا خلاصه‌هایی از آرا داوری که در آن مرکز صادر شده‌اند را در نشریه فصلی «مجله حل‌وفصل اختلافات اتاق بین‌المللی بازرگانی»[۱] منتشر می‌کند. سایر نهادها، مانند مرکز بین‌المللی حل اختلاف یا مرکز داوری بین‌المللی وین ، با انتشار مجموعه‌هایی از آرا داوری، هرچند در مقایسه با اتاق بازرگانی نظم کمتری دارد، رویکرد مشابهی را اتخاذ کرده‌اند. علاوه بر این، برخی کتاب‌ها به طور منظم بخش‌هایی از آرا داوری را بر اساس قوانین مختلف منتشر می‌کنند، مانند سالنامه داوری تجاری سالانه همچنین، از ژانویه ۲۰۱۶، اتاق بین‌المللی بازگانی نام‌های داوران، ملیت آن‌ها، نقش آن‌ها در دیوان‌های داوری، روش انتخاب آن‌ها، اینکه آیا داوری در جریان است یا خاتمه‌یافته، و از ۱ ژوئیه ۲۰۱۹، بخش صنعت درگیر و همچنین وکلا به نمایندگی از طرفین در پرونده را در وب‌سایت خود منتشر کرده است . سایر نهادها، مانند مرکز داوری لندن و اتاق داوری استکهلم ، نیز گزارش‌هایی را منتشر می‌کنند که جزئیات دعاوی گذشته، از جمله پیچیدگی، زمان یا هزینه را شامل می‌شوند. به‌رغم موارد اشاره شده، یکی از چالش‌های اصلی، صرف‌نظر از شرط محرمانگی، عدم دسترسی به متون معاهدات سرمایه‌گذاری مرتبط و آرای داوری سرمایه‌گذاری به علت تفاوت زبانی است؛ به‌عنوان‌مثال، برخی از متون معاهده به زبان‌هایی غیر از انگلیسی، مانند معاهده کلمبیا – ونزوئلا، جمهوری بولیواری در سال ۲۰۲۳ و بلاروس – زیمبابوه در سال ۲۰۲۳ که به ترتیب به زبان‌های اسپانیایی و روسی هستند، تهیه شده است.(Zhang & Li, ۲۰۲۳:۱۴)

از سوی دیگر فارغ بحث انتشار اراء داوری در جهت افزایش شفایفت برخی نهاد های بین‌المللی فعال درعرصه داوری و تجارت، نظر به اهمیت شفافیت در رسیدگی هایی که با نفع عمومی در ارتباط است اقدامات خاصی را انجام داده اند. یکی از مهم ترین این اقدامات، اقدام کمسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان محلل متحد (آنتسیترال) با تصویب قوائدی که هدف آن تضمین شفافیت در داوری سرمایه‌گذارسرمایه‌گذاری بود. این قواعد که قواعد شفافیت نام گرفته است، نتیجه اقدامات نمایندگان بیش از پنجاه وپنج کشور عضو و ناظران ملی و سازمانی بود که نزدیک به سه سال در خصوص این قواعد مذاکره کرده بودند.(رضایی) بدین توضیح که داوری سرمایه‌گذارسرمایه‌گذاری که یکی از طرفین آن دولت‌ها می‌باشند به‌عنوان یکی از عرصه‌های مهم تقابل منافع عمومی و رسیدگی ها غیر قضایی می‌باشد. بر همین اساس شفایت در این فرایند رسیدگی نسبت به سایر شیوه‌ها بیشتر احساس می‌شود.

در واقع، آنسیترال با علم به نقش بنیادی مردم بهعنوان صاحبان اصلی سرمایهگذاریهای میان اشخاص خصوصی خارجی و دولت‌ها و نظر به احتمال پنهانکاری موضوعات مهم برای عموم توسط دولت به بهانه حاکمیت یا به اعتبار قدرت برتر خویش، این قواعد را تهیه، تصویب و منتشر کرده است.[۲] با وحدت ملاک از این هدف انسیترال در جهت تدوین قانونی برای ایجاد شفافیت در داوری سرمایه‌گذارسرمایه‌گذاری به نظر می‌رسد که اعمال اصول کلی این قانون بر داوری های تجاری با موضوعات محیط زیستی غیر ممکن نباشد.

در برخی موارد می‌توان از محرمانگی عقب‌نشینی کرد. برخی نظام‌های حقوقی، محرمانگی داوری را بسته به طرفین مورد بازنگری قرار داده‌اند. به‌عنوان مثال، برزیل در تاریخ ۲۶ می ۲۰۱۵ قانون جدیدی برای داوری تصویب کرد که بر اساس آن، داوری‌های عمومی خصوصی مشمول اصل انتشار و تمام قوانین دیگر حاکم بر شفافیت در امور عمومی می‌شوند. در نهایت، افشای اطلاعات درباره یک داوری جاری، به‌ویژه در مورد اختلافات زیست‌محیطی که در آن انتشار اطلاعات اغلب به‌عنوان یک پیروزی مهم تلقی می‌شود، حتی اگر پرونده از نظر حقوقی شکست‌خورده باشد، نادر نیست (Baker & Stebbing, ۲۰۱۸).

با وجود این اقدامات برای افزایش شفافیت، عمدتاً داوری‌های تجاری همچنان به‌صورت خصوصی و بدون اینکه حتی وجود اختلاف برای عموم شناخته شده باشد، انجام می‌گیرد. طبیعت محرمانه داوری تجاری از جذابیت آن برای حل معمول اختلافات زیست‌محیطی می‌کاهد. عدم شفافیت در داوری سرمایه‌گذار – دولت یکی از دلایل مخالفت‌های اخیر و عمومی با این نوع حل اختلاف بود. این واکنش علیه داوری سرمایه‌گذاری باعث شد تعدادی از کشورها و نهادها به توافق برای استفاده از روش‌های حل اختلاف جایگزین برسند. درحالی‌که پذیرش قوانین شفافیت آنسیترال، قوانین لاهه و سایر اقدامات مشابه به افزایش همراهی افکار عمومی با داوری

[۱] ICC Dispute Resolution Bulletin

[۲] محبی، محسن و حسین کاویار؛ مجموعه مقررات جدید آنسیترال درباره داوری بینالمللی، خرسندی، ص »ح« دیباچه، 1131.

سرمایه‌گذاری کمک کرده است، فعالان داوری تجاری ممکن است در پذیرش و اعمال این قوانین تردید داشته باشند.

بی‌شک، اکثریت مخاطبین داوری تجاری افراد خصوصی هستند که به محرمانگی اهمیت می‌دهند، به‌گونه‌ای که تحمیل یک قانون عمومی در مورد شفافیت می‌تواند به‌عنوان یک مانع تلقی شود که داوری تجاری را به‌عنوان یک نهاد کم جذابیت برای حل اختلافات تبدیل می¬کند. پذیرش استثنایی به سبک قانون کشور برزیل و همچنین نگاهی به قوائد شفافیت آنسیترال که در بالا توصیف شده است، جذاب به نظر می‌رسد. اما این اقدامات خود می‌تواند مسائل دیگری را به وجود آورد: معیارهای قابل‌اجرا برای تعیین یک داوری عمومی خصوصی چیست؟ آیا امکان اعمال قوائد شفافیت آنسیترال که به صراحت قید شده در خصوص داوری های سرمایه‌گذارسرمایه‌گذاری است با ایراد مواجه می‌شود یا خیر؟

۳-۳ خصوصی‌بودن داوری

خصوصی بودن داوری و محرمانگی مرزهای دقیقی ندارند. به عبارت دیگر محرمانگی داوری جزئی از خصوصی بودن فرایند داوری می‌باشد.اما تفکیک به همین سادگی نخواهد بود، باتوجه‌به طبیعت قراردادی و توافقی داوری تجاری، صرفاً طرفین و نمایندگان ایشان می‌توانند در داوری شرکت کنند و حضور یابند که ان ویژگی خصوصی بودن داوری است از سوی دیگر مادامی که اشخاص ثالث امکان مداخله نداشته باشند به نوعی فرایند داوری محرمانه می‌شود. اما با توجه به اینکه محرمانگی بیشتر ناظر بر روند رسیدگی، مستندات، تصمیمات طرفین و تصمیم دیوان داوری است، در بخشی جداگانه به آن پرداخته شد. خصوصی بودن بیشتر ناظر بر عدم امکان مداخله افراد غیر از طرف دعوی است. ماهیت خصوصی داوری تجاری در اکثریت قریب به اتفاق قوانین داوری گنجانده شده است.

به‌عنوان نمونه، بند ۴ ماده ۲۵ قانون دیوان دائمی داوری در خصوص اختلافات محیط‌زیستی مقرر می‌دارد: جلسات باید به‌صورت غیرعلنی برگزار شوند مگر اینکه طرفین توافق دیگری داشته باشند. در مقابل، قوانین لاهه مقرر می‌دارند که: جلسات برای ارائه شواهد یا برای بحث شفاهی باید عمومی باشند. قانون داوری لاهه تنها قانونی است که تا این زمان چنین موضعی را اتخاذ کرده است. در مورد اختلافات زیست‌محیطی، این ممنوعیت مؤثر بر شرکت اشخاص غیر طرف در داوری با فراخوان برای مشارکت بیشتر جامعه مدنی و سازمان‌های مردم نهاد در تضاد است. به‌طور سنتی، سازمان‌های غیردولتی، سمن‌ها و سایر طرف‌هایی که به نتیجه اختلافات زیست‌محیطی علاقه‌مند هستند، به دو روش مختلف برای مشارکت تلاش کرده‌اند: به‌عنوان طرف‌های دعوا یا به‌عنوان دوستان دادگاه. در خصوص حالت اول، بعید است که سمن‌ها و سازمان‌های درگیر به‌عنوان افراد ذی‌نفع مستقیم در دعوا وارد شوند؛ در نتیجه از بیان این موضوع پرهیز می‌کنیم. روش دوم، بحث از دوست دادگاه است که به‌اختصار بیان خواهد شد.

۳-۳-۱ دوست دادگاه

اصطلاح لاتین« آمیکِس کوریا» که ترجمه لغوی آن دوست دادگاه می‌باشد ، با عناوین دیگری نظیر همیار دادگاه یا ذی‌نفع غیر مستقیم یادمی‌شود. در برخی از فرهنگ لغات حقوقی این‌گونه تعریف شده است: «شخصی که در دعوا، طرف دعوا محسوب نمی‌شود ، اما از دادگاه درخواست می‌کند یا دادگاه از وی می‌خواهدکه اظهارات (خود) را در دعوا ثبت کند، به این علت که آن شخص نفع قوی در موضوع اختلاف دارد .«

تاریخچه پذیرش دوست دادگاه در سازمان تجارت جهانی در اختلافی با با موضوعی زیست محیطی بوده است. دعوای میگو و لاکپشت که موضوع اصلی آن ممنوع کردن واردات محصولات تولید شده از گونه خاصی از میگو از سوی ایالات متحده آمریکا بود. در جریان رسیدگی به این اختلاف هیات رسیدگی دو درخواست ثبت لایحه از سوی سازمان های محیط زیستی دریافت کرد که حاوی اطلاعات علمی و فنی در خصوص تأثیر تصمیم ایالات متحده آمریکا بر محیط زیست لاک پشت های دریایی و احتمال انقراض آن‌ها بود(نیکبخت، خسروسرشکی، ۱۳۹۸: ۱۷).

دوست دادگاه می‌تواند نهادهایی مانند سازمان‌های غیردولتی، مؤسسات آموزشی، سازمان‌های غیرانتفاعی، آژانس‌های دولتی، گروه‌های بومی یا انجمن‌های تجاری باشد که علاقه‌مند به نتیجه اختلاف و دارای تخصص در حداقل یک جنبه از موضوع اختلاف هستند. به عبارت دیگر سازمان های مردم نهاد عمدتاً به‌عنوان گروه‌هایی که از منافع عمومی پشتیبانی می‌کنندر دعاوی به هر نحوی به نفع عمومی گره خورده است خود را موظف به ورود می‌دانند. (Harrison, ۲۰۱۶: ۲۴۷).دوست دادگاه طرف دادرسی نیست، با این توضیح که دسترسی دوست دادگاه به جزئیات و اطلاعات و مدارک ارائه شده توسط طرفین در فرایند رسیدگی ممنوع بوده است و از حضور آنان در جلسات دادرسی جلوگیری خواهد شد. اصولاً ابتکار عمل حضور دوست دادگاه در روند داوری تجاری به اراده طرفین واگذار می‌گردد ، بدین معنی که مادامی که طرفین اجازه حضور ثالثی در رسیدگی صادر نکنند از حضور فعال ثالث جلوگیری خواهد شد.

در مواردی که طرفین نتوانند به توافقی در خصوص ورود دوست دادگاه در موافقت‌نامه داوری دست یابند، قوانین داوری که به صراحت مداخله طرف‌های ثالث را در نظر می‌گیرند،

می‌توانند به‌عنوان پایه‌ای برای پذیرش دوستان دادگاه عمل کنند. به‌عنوان نمونه، ماده ۴ بند ۲ قوانین داوری بین‌المللی سوئیس مقرر می‌دارد: « درصورتیکه یک یا چند شخص ثالث خواستار ورود به رسیدگی‌هایی باشند که تحت این قواعد در جریان می باشد، یا در صورتی‌که یکی از طرفین رسیدگی‌های داوری در جریان تحت این قواعد، تقاضای جلب یک یا چند شخص ثالث به داوری را داشته باشند، دیوان داوری باید پس از مشورت با کلیه طرفین از جمله شخص یا اشخاصی که الحاق آنها مطرح است و با در نظر گرفتن کلیه شرایط ذی ربط تصمیم گیری نماید .»[1] بند۲ از ماده ۳۷ قانون داوری دیوان دائمی داوری سال۲۰۱۰ به صراحت بیان می‌دارد[2]: پس از مشورت با طرفین، دیوان داوری می‌تواند از یک شخص یا نهادی که طرف دعوا نیست دعوت کند یا اجازه دهد که یک اظهارنامه کتبی را در مورد موضوعی که در حیطه اختلاف است، به دیوان داوری ارائه دهد.(CILC, ۲۰۱۹) نظر به اینکه اختلافات محیط زیستی از موارد بارز نفع عمومی محسوب می‌شود از سوی دیگر سمن‌ها و سایر سازمان‌های عهده دار نفع عمومی به حساب می‌آیند دیوان‌های داوری با استفاده از اختیارات اعطا شده توسط قوانین داوری می‌توانند سمن‌هایی که در راستای بیان حقایق محیط زیستی هستند را به جریان داوری جلب کرده. بدین شرح که از یک سوی این سازمان‌ها می‌توانند نفع عمومی را مورد حمایت قرارداده و از سوی دیگر نظرات کارشناسی در راستای حل و فصل اختلاف به صورت بی‌طرفانه‌ای تحت اختیار دیوان‌های داوری قرار دهند.

قانون داوری دیوان دائمی داوری در خصوص اختلافات محیطزیستی[3] در این‌خصوص سکوت کرده است. جایی که طرفین صراحتاً بر درخواست دوست دادگاه توافق نکرده‌اند و قوانین داوری مربوطه ساکت هستند، موضوع به اختیار دیوان داوری واگذار می‌شود. بر اساس اکثر قوانین داوری، دیوان داوری اختیارات گسترده‌ای در مورد روند دادرسی دارد (Sylvie, ۲۰۱۹).قانون داوری اتاق بین‌المللی بازرگانی در ماده ۲۵[4] به احراز حقایق پرونده اشاره دارد. به‌طور کلی، این ماده بیان می‌کند که دیوان داوری در خصوص جمع‌آوری و پذیرش ادله دارای ازادی عمل می‌باشد . بدین شرح که دیگر، در تعیین واقعیت‌های پرونده، دیوان داوری ممکن است تصمیم بگیرد به شخص دیگری غیر از طرفین دعوی توجه کند یا خیر (Sylvie, ۲۰۱۹).

اصولاً پذیرش لایحه دوست دادگاه به‌واسطه تأثیر عمومی آرای داوری صادره در دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری بیشتر محل بحث است. اما اگر مبنای مشروعیت بخشیدن به ثبت لایحه دوست دادگاه در داوری‌های سرمایه‌گذاری تأثیر عمومی آرای صادره باشد، تسری این استدلال به داوری‌های تجاری با اختلافات زیست‌محیطی خالی از لطف نخواهد بود؛ کما اینکه مبنای داوری سرمایه‌گذاری از ابتدا به داوری‌های تجاری بازمی‌گردد (نیکبخت، خسروسرشکی، ۱۳۹۸: ۱۲). نتیجه آنکه شاید نقض خصوصی‌بودن داوری تجاری را با همه مزایایی که دارد بتوان با نهادهایی مانند دوست دادگاه تعدیل کرد، اما این به معنای آن نیست که حتماً این چالش و کمبود جبران می‌شود. کما اینکه اگر طرفین به منظور دور زدن تعهدات محیط زیستی، شرط خلاف ورود دوست دادگاه کنند، کار بسیار دشوار می‌شود و حتی از اختیارات دیوان داوری خارج است.

۱

[2] **Article37(2):**
After consulting the parties, the arbitral tribunal may allow one or more third persons or entities that are not parties to the dispute to file a written submission with the arbitral tribunal regarding a matter within the scope of the dispute.

[3] PCA, Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to the Environment and/or Natural Resources (2001)

[4] 1)
The arbitral tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means.
2)
The arbitral tribunal may decide to hear witnesses, experts appointed by the parties or any other person, in the presence of the parties, or in their absence provided they have been duly summoned.
3)
The arbitral tribunal, after consulting the parties, may appoint one or more experts, define their terms of reference and receive their reports. At the request of a party, the parties shall be given the opportunity to question at a hearing any such expert.
4)
At any time during the proceedings, the arbitral tribunal may summon any party to provide additional evidence.
5)
The arbitral tribunal may decide the case solely on the documents submitted by the parties unless any of the parties requests a hearing.

نتیجه‌گیری

دولت‌ها و نهادهای دولتی به‌طور منظم قراردادهایی با شرکت‌های خصوصی منعقد می‌کنند که شامل قراردادهای امتیازی، قراردادهای ارائه خدمات عمومی و غیره است. خواه این قرارداد در مقام اعمال تصدی دولت، خواه اعمال حاکمیت باشد، در هر دو حالت امکان بروز اختلافات زیست‌محیطی وجود دارد. در بیشتر موارد، شرط داوری نیز در ذیل قرارداد وجود دارد. متضرران آسیب‌های محیط‌زیستی صرفاً به طرفین دعوا در خصوص مسئولیت‌های ایشان محدود نمی‌شوند؛ بلکه عموم افراد ذی‌نفع هستند. این ویژگی آسیب‌های محیط‌زیستی با ویژگی‌های داوری تجاری که به‌منظور تضمین حل‌وفصل خصوصی اختلافات طراحی شده‌اند، در تعارض است.

در خصوص محرمانگی، امروزه رویه مشخصی در خصوص محرمانگی داوری وجود ندارد. طبیعت اغلب محرمانه داوری تجاری و عدم وجود یک دکترین سابقه قضایی، خطر تصمیمات متناقض را به همراه دارد و مادامی که قانون مدونی وجود ندارد، ایجاد رویه هم بسیار دشوار است. همچنین، در حالی که آرای داوری ممکن است تأثیر قانع‌کننده‌ای بر دیوان‌های داوری بعدی داشته باشند، اثر الزام‌آور بر سایر دیوان‌های داوری ندارند. بی‌شک، اکثریت مخاطبین داوری تجاری افراد خصوصی هستند که به محرمانگی اهمیت می‌دهند، به‌گونه‌ای که تحمیل یک قانون عمومی در مورد شفافیت می‌تواند به‌عنوان یک مانع تلقی شود که داوری تجاری را به‌عنوان یک نهاد کم‌جذابیت برای حل اختلافات تبدیل می‌کند.

پذیرش استثنایی به سبک برزیلی که در بالا توصیف شده است، هرچند جذاب به نظر می‌رسد، می‌تواند مسائل دیگری را به وجود آورد: معیارهای قابل‌اجرا برای تعیین یک عمومی‌خصوصی، مرجع صالح برای تعیین اینکه این معیارها برآورده شده‌اند و غیره به‌صورت مبهم باقی خواهند ماند. شفافیت یکی از مسائل مطرح در داوری است. طبیعت محرمانه داوری تجاری از جذابیت آن برای حل معمول اختلافات زیست‌محیطی می‌کاهد. عدم شفافیت داوری سرمایه‌گذار – دولت یکی از دلایل مخالفت‌های اخیر و بسیار عمومی با این نوع حل اختلاف بود. برخی از کشورها نیز گام‌هایی برای افزایش شفافیت داوری سرمایه‌گذاری برداشته‌اند.

در خصوص مداخله اشخاص ثالث در اختلاف، جایی که طرفین صراحتاً بر ارائه نوشته‌های دوست دادگاهی توافق نکرده‌اند و قوانین داوری مربوطه ساکت هستند، موضوع به اختیار دیوان داوری واگذار می‌شود. پس از مشورت با طرفین، دیوان داوری می‌تواند از یک شخص یا نهادی که طرف دعوا نیست، دعوت کند یا اجازه دهد که یک لایحه کتبی را در مورد موضوعی که در حیطه اختلاف است، به دیوان داوری ارائه دهد. بر اساس اکثر قوانین داوری، دیوان داوری اختیارات گسترده‌ای در مورد روند دادرسی دارد. در مواردی که طرفین نتوانند به چنین توافقی دست یابند، قوانین داوری که صراحتاً مداخله طرف‌های ثالث را در نظر می‌گیرند، می‌توانند به‌عنوان پایه‌ای برای پذیرش دوستان دادگاه عمل کنند.

نظر به مطالب مارالبیان داوری تجاری می‌تواند به‌عنوان نهادی به جهت حل و فصل اختلافات زیست محیطی مورد استقبال واقع گردد اما با این فرض که سازمان‌های داوری و همچنین سازمان‌های مرتبط به مسائل محیط زیستی از ویژگی‌های منعطف داوری تجاری بهره جسته و با چینش سازوکاری این نهاد را در راستای حل و فصل اختلافات زیست محیطی مناسبت تر نمایند.

Refrences

[1] Baker, M., & Stebbing, H. (2018). *Acclimatising to climate change*. Globalarbitrationreview.com. https://globalarbitrationreview.com/article/acclimatising-climate-change

[2] Bizikova, L. (2022). On Route to Climate Justice: The Greta Effect on International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, *39*(Issue 1), 79–116. https://doi.org/10.54648/joia2022004

[3] Brekoulakis, S. (2017, May 8). *The Protection of the Public Interest in Public Private Arbitrations*. Kluwer Arbitration Blog. https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/08/the-protection-of-the-public-interest-in-public-private-arbitrations

[4] Button-Stephens, B. (2017, August 7). *Greece to bring claim against Canadian mining investor*. Globalarbitrationreview.com. https://globalarbitrationreview.com/article/greece-bring-claim-against-canadian-mining-investor

[5] CILC. (2019). *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration | CILC website*. Center for International Legal Cooperation . https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/

[6] Connoly K, K. M., & Connolly , K. (2018, May 1). *A comparison of the enforcement regimes under the New York and Washington Conventions — A tale of two cities | Knowledge | Global law firm | Norton Rose Fulbright*. Www.nortonrosefulbright.com. https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/04f14b2a/a-comparison-of-the enforcement-regimes-under-the-new-york-and-washington-conventions-mdashbra-tale-of-two-cities

[7] Ehle, B. (2012). Practical aspects of using expert evidence in international arbitration. In M. Roth & M. Geistlinger (Eds.) , **Yearbook on International Arbitration Volume II** pp. 75–84. Antwerp: Intersentia N.V.

[8] Evans, J. D. (2019, October 31). *Construction Arbitrations in the Nuclear Sector*. Lexology. https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=51cbb957-e1ab-467c-92dc-ce121991bf9f

[9] GAR. (2017). *Total and Sonatrach to drop ICC claims*. Globalarbitrationreview.com. https://globalarbitrationreview.com/article/total-and-sonatrach-drop-icc-claims

[10] Habiba, S., Kazemi Najafabadi, A. (2011). The Rule of Anticipatory Breach: Origin and Life. A Review on the Formation of the Rule of Anticipatory Breach. Private Law Studies, 41(3), 137-154.

[11] Harrison, J. (2014). Significant International Environmental Law Cases: 2012-14. *Journal of Environmental Law*, *26*(3), 519–540. https://doi.org/10.1093/jel/equ028

[12] Harrison, J. (2016). The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia). *The International Journal of Marine and Coastal Law*, *31*(1), 145–159. https://doi.org/10.1163/15718085-12341389

[13] Hay E (2018) Winds of Change? Confidentiality and in International Commercial Arbitration. In: González-Bueno C *(ed) 40 under 40: International Arbitration. Dykinson, S.L., Madrid*, pp 211–230. https://discovery.dundee.ac.uk/en/publications/dispute-resolution-in-the-energy-sector-initial-report

[14] ICC. (2020, June 11). *ICC Dispute Resolution (2018) Statistics*. ICC - International Chamber of Commerce. https://nyiac.org/wp-content/uploads/2019/08/icc_disputeresolution2018statistics.pdf

[15] Kessedjian, C. (2007). Transnational Public Policy. In A. Van den Berg (Ed.) , **International Arbitration 2006: Back to Basics?** pp. 857-870. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International

[16] Levin, K., Cashore, B., Bernstein, S., & Auld, G. (2009). Playing it forward: Path dependency, progressive incrementalism, and the "Super Wicked" problem of global climate change. *IOP Conference Series: Earth and Environmental Science*, *6*(50), 502002. https://doi.org/10.1088/1755-1307/6/0/502002

[17] Magraw, D., & Amerasinghe, N. (2009). Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration. **ILSA Journal of International & Comparative Law**, 15 337-360.

[18] Malone, B., & Cameron, P. (2015). Dispute Resolution in the Energy Sector: Initial Report. In *Discovery* -

the University of Dundee Research Portal. Scottish Arbitration Centre.

[19] Mayer, P. (2006). Effect of International Public Policy in International Arbitration. In L. Mistelis & J. Lew (Eds.) , *Pervasive Problems in International Arbitration* pp. 61-69. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

[20] NRF. (2024). *Climate change and sustainability disputes: International arbitration perspectives*. Nortonrosefulbright.com. https://www.nortonrosefulbright.com/en-us/knowledge/publications/b4cbedfe/climate-change-and%20sustainability-disputes-international-arbitration-perspective

[21] Odynski, K., & Héloïse Broc. (2022). Commercial Arbitration. *T.M.C. Asser Press EBooks*, *1*(1), 351–379. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-507-2_12

[22] PCA. (2016). *PERMANENT COURT OF ARBITRATION OPTIONAL RULES FOR ARBITRATION OF DISPUTES RELATING TO NATURAL RESOURCES AND/OR THE ENVIRONMENT*. https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources.pdf

[23] PCA. (2018). *COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE Rapport annuel PERMANENT COURT OF ARBITRATION Annual Report*. https://docs.pca-cpa.org/2020/03/7d4bf644-pca-annual-report-2018.pdf

PCA. (n.d.). *Environmental Dispute Resolution | PCA-CPA*. Pca-Cpa.org. https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/environmental-dispute-resolution/

[24] Poorooye, A., & Feehily, R. (2017). Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance. *HARVARD NEGOTIATION LAW REVIEW*, *22*(2), 275–325.

[25] Pring, G. (Rock) P., & Pring, C. (Kitty). (2016). *Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers*. UN Environment.

[26] Racine, J.-B. (2005). Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international. **Revue de l'arbitrage**, 2, 305-360.

[27] Sachs, K., & Schmidt-Ahrendts, N. (2011). Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence. In A. J. Van den Berg (Ed.*)* , *Arbitration Advocacy in Changing Times* pp. 135–148. Kluwer Law International/ICCA.

[28] Sanderson, C. (2019, June 4). *Multibillion Korean-Qatari ICC case settles*. Globalarbitrationreview.com. https://globalarbitrationreview.com/article/multibillion-korean-qatari-icc-case-settles

[29] SCC. (2023). *SCC Arbitration Institute*. Sccinstitute.com. https://sccinstitute.com/about-the-scc/news/2019/just-published-green-technology-disputes-in-stockholm/

[30] SCHILL, S. (2020, August 20). *Transnational Private-Public Arbitration as Global Regulatory Governance*. Www.mpil.de. https://www.mpil.de/en/pub/research/archive/erc-project.cfm

[31] Shiravi, A. (2023). International Commercial Arbitration (2nd ed., 15th pub.). Tehran: SAMT Publications.

[32] Shore, L., & Dimitrov, D. (2009). Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure—The Public Interest in Private Dispute Resolution. In C. Klausegger et al. (Eds.) , **Austrian Arbitration Yearbook** pp. 163-174. Bern: Stämpfli Verlag AG.

[33] sylvie. (2019, November 26). *ICC Arbitration and ADR Commission Report on Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*. ICC - International Chamber of Commerce. https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-through-arbitration-and-adr/

[34] Verbist, H. (2013). Boekbespreking over "J. Fry, S. Greenberg; F. Mazza, 'The Secretariat's Guide to ICC Arbitration', ICC Publication No. 729 E, Paris, 2012, 506 p." *ICC*, *1*(1), 199–200.

[35] Voser, N., & Bell, K. (2019). Expert Evidence in Construction Disputes: Arbitrator Perspective. *The Guide*

to Construction Arbitration Law Business R Esearch, *1*(1), 226–235.

[36] Yekbakhsh, H., & Khosroshahi, H. (2019). The Role of Amicus Curiae (Indirect Stakeholder) in International Investment Arbitration. Legal Research Quarterly, 26(102), 11-34. https://doi.org/10.48308/jlr.2019.103584

[37] Yong, L. (2017, April 25). *Romania faces environmental claim at ICC*. Globalarbitrationreview.com. https://globalarbitrationreview.com/article/romania-faces-environmental-claim-icc

[38] Zaker Ardakani, M., & Arashpour, A. (2022). Judicial assessment of the settlement of international environmental disputes. Tehran University Law Review, 52(1), 421-437

[39] Zhang, S., & Li, N. (2024). Addressing Climate Change through International Investment Agreements: Obstacles and Reform Options. *Sustainability*, *16*(4), 1471–1471. https://doi.org/10.3390/su16041471

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 125-145

Digital assets as security

Nasrin Tabatabai Hesari [1], Ghazaleh Sahranavard [2*]

1- Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

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

2-PhD Candidate , Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

Received: 9 October 2024 Revised: 10 November 2024 Accepted: 1 December 2024 Available Online: 1 December 2024	**How to cite this article:** Tabatabai Hesari, N., Sahranavard, G. (2024). Digital assets as security. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, *31*.(26):125-145. (In Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.89930.1403

1- INTRODUCTION

Digital asset has become universal economic phenomena and means record or representation of value that is exclusively stored, displayed and administered electronically, on or through a virtual platform or database. It is capable of being subject to a right of control, enjoyment or use, regardless of whether such rights are legally characterised as being of a proprietary, obligational or other nature, and it is capable of being transferred from one party to another, including by way of voluntary disposition. So the term digital asset is extremely broad and captures a huge variety of things including digital files, digital records, email accounts, domain names, in-game digital assets. This definition has been developed through the creation of block chain technology and cryptographic assets and led to creation of NFTs, ie tokenization of real world physical assets (such as real estate) and other intangible assets (such as monetary obligations, contractual obligations, intellectual property, etc.) and even other digital assets by smart contracts.

As the value of digital assets continues to increase, their use as security becomes interesting and some countries and international organizations have tried to regulate special laws or documents to respond to this economic need; Also in Iranian economy, the development of digital assets and their acceptance as security by institutions parallel to the banking system in practice, makes it necessary to pay attention to this issue and determine its rules and legal effects in legal system.

In particular this article address the use, by private parties, whether natural or legal persons, of digital assets as security for credit and focus on situations where the parties contractually agree to create a security interest in a digital asset, so as to secure the performance by the security provider or another debtor of its secured obligation(s) vis-à-vis the secured creditor and enjoy priority over the security provider's other creditors.

It is important to answer to this question that is it possible for parties to contractually agree to create a security interest in a digital asset, so as to secure the performance (for example loan repayment to bank) by the security provider and entitle the secured creditor to satisfaction of its claims and to enjoy priority over the security provider's other creditors? and if it is possible, under which circumstances the security right creates and be effective against third parties?

The validity of transactions based on digital assets (and especially cryptocurrencies) is doubtful in some legal systems and the issue of which types of financial rights (things in possession or things in action) these assets will be subject to, has created legal challenges about the possibility of using them as security, because in some systems, "guarantee" can only be created in relation to the tangible things; In addition to the fact that this type of assets can not be physically possessed even in the assumption that they represent a real world asset.

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

Also the conditions for creation and perfection of security right in digital assets, according to the special characteristics of this type of assets including intangibility, possession through access to the right of control and transferability distinct from traditional property need legal review.

In Iranian legal system, mortgage, among other forms of guarantee contracts, has the widest application but the conditions of receipt and material objectivity of mortgaged property, make the objectivity of property limited to material objects. Some modern laws, introduce guarantee as contract according to which, it is possible to conclude any type of guarantee contract, concluding tangible specified object or intangible specified object such as digital assets. But the main question is that what is the legal relationship between mortgage and guarantee contract?

In order to respond to recent legal challenges, various countries and relevant international organizations have made efforts the results of which, can be seen in the form of laws and international documents. However, there are still various problems and challenges regarding the use of digital assets as security in different legal systems, including Iranian legal system which this article aims to answer.

2- PURPOSE

The increasing economic value of digital assets, has drawn attention to use them as security in economic markets especially for obtaining credit. A example of this is the first Bitcoin-backed loan granted in 2002 by Goldman Sachs (an American banking and financial services company). In another example, one of the subsidiaries of the French bank, Societe General, issued tokens (as part of digital assets) that can be used as security by customers to obtain credit. In Iranian law, Peyman digital currency has been launched by Phoenix company which is supported by four national banks, Melli, Mellat, Parsian and Pasargad and the owners of this token, can get credit by using it as security. Also, Saderat Bank's electronic asset verification system (SET) grants loans to its customers by accepting all types of assets (tangible and intangible such as digital assets) as security.

Despite this feeling of global need towards accepting the economic value of digital assets and consequently providing the grounds for the possibility of using this category of assets as security in order to obtain credit by their owners, different legal systems have different positions regarding the possibility of using this type of property as security and this issue has lead to formation two different approaches in this regard.

Since lack of legal certainty in some legal systems about using digital assets as security, restrains the further use and creates considerable risks, the recent research aims to explain the point of view of supporters and opponents of using digital assets as security and to state the terms and conditions of creation and perfection of security right in digital assets, a matter that has not been considered independently by Iranian legal researchers.

3- METHODOLOGY

The library and documentary are the most commonly used research methods in this article and the collection of information is done through the review of books, articles and international documents about using intangible and especially digital assets as security.

4- FINDINGS

The findings indicate that in order to consolidate the property rights of individuals and the freedom of the parties in their contracts, the legal system of property must provide the possibilities of using all the benefits of the property (both real and financial), including using them as security, for the owners of all types of assets, including digital assets; This would, by placing digital assets in the ranks of physical assets, lead to full support for the owners of this type of assets, prevent the abandonment of tjem, generate more income, increase their influence in the market and facilitate the commercialization process of them for their owners.

For creation and perfection of security right in digital assets, the formal and substantive conditions vary according to the approach of different legal systems and existing international documents in this field; For

example, in some documents and systems, creation of the security right is subject to the conclusion of a written contract and its perfection is subject to registration of that right in the comprehensive registration entity.

5- CONCLUSION

This research with an analytical-comparative approach and according to some international documents has reached the conclusion that in order to respond to the new need of using digital assets as security and based on the legal and economic foundations, the opinion of the proponents of using digital assets as security is superior, because it is in line with the principle of freedom of contracting and strengthens the principle of ownership and its efficiency, and it is superior by increasing safety and motivation in transactions, reducing costs and the number of lawsuits and optimal allocation of resources, increasing the efficiency of the security contracts and ultimately commercializing this type of assets.

Understanding these principles, legal systems and various international organizations have developed regulations and documents regarding the acceptance of using digital assets as security and its conditions.

The formal and substantive conditions governing the security right in digital assets depend on the considerations of the national laws of countries and international related documents, and among them, the point of view that the creation of the security right depends on the conclusion of a written contract and its perfection is subject to registration, is more compliant with legal principles. It seems that according to the principle of consensuality of contracts in Iranian law, the security right in digital assets creates by the agreement of the parties (either written or oral) and the deprivation of the right of control from the pledgor and it will be effective against third party by registering security right in the comprehensive registration entity (listed in Article 9 of the Production and Infrastructure Financing Law), also this system has deficiencies that need to be resolved.

As said, in order to use digital assets as security, it is necessary to transfer the right of control (equivalent to the right of ownership or possession of physical property) from the security provider to the secured creditor. Although This method would protect the security right of secured creditor, but also can put the right of ownership of security provider in danger. To solve this problem, the right of control can be transferred to the trustee agreed by the parties or it would be possible to block the security provider's right of control in the blockchain system so that, he would not be able to carry out conflicting transactions on the digital asset; As a result, simultaneously both security and ownership rights are protected.

Keywords: Guarantee, Mortgage, Creation of security right, Effectiveness of security right, Intangible property.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۴۵-۱۲۵

توثیق دارایی‌های دیجیتال

نسرین طباطبایی حصاری[۱]، غزاله صحرانورد[۲*]

دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۸ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۱

چکیده

افزایش ارزش دارایی‌های‌دیجیتال، مباحث جدیدی از جمله امکان توثیق این دارایی‌ها و ضرورت تنظیم احکام خاص برای آنها را مطرح نموده است. توسعه دارایی‌های‌دیجیتال در اقتصاد ایران و به‌ویژه پذیرش توثیق آن توسط موسسات موازی سیستم بانکی درعمل، تعیین احکام و آثار حقوقی آن را ضروری می‌نماید. مسئله آن است که وثیقه‌سپاری دارایی‌های‌دیجیتال با چه موانع حقوقی مواجه است و شرایط شکلی و ماهوی حاکم بر حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال چیست؟ این پژوهش با رویکرد تحلیلی-تطبیقی به این نتیجه رسید که دیدگاه موافقین امکان توثیق دارایی‌های‌دیجیتال توفق دارد زیرا همسو با اعتباربخشی بیشتر به اصل مالکیت و کارایی مؤثرتر اصل آزادی قراردادی است که افزایش امنیت معاملات و تجاری‌سازی این نوع از دارایی را درپی‌خواهد داشت؛ علی‌رغم تفاوت قوانین ملی در خصوص شرایط شکلی و ماهوی توثیق دارایی‌های دیجیتال، دیدگاهی که ایجاد حق‌وثیقه را منوط به انعقاد قراردادکتبی و قابلیت استناد آن در برابر ثالث را منوط به ثبت می‌داند، با مبانی حقوقی انطباق بیشتری دارد. در حقوق‌ایران با توجه به اصل رضایی‌بودن عقود، ایجاد حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال به صرف توافق طرفین و قابلیت استناد آن در برابر ثالث با ثبت وثیقه در سامانه جامع وثایق (مندرج در ماده ۹ق.ت. م. ت. ز) محقق خواهدشد، اگرچه این سامانه نارسایی‌هایی دارد که ضروری است مرتفع گردد.

کلیدواژه‌ها: تضمین، رهن، ایجاد حق وثیقه، قابلیت استناد حق وثیقه، مال غیرمادی.

[۱] دانشیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول:nasrintaba@ut.ac.ir)

[۲] دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

مقدمه

«دارایی دیجیتال» به هر مالی اطلاق می‌شود که به‌صورت دیجیتال ایجاد، ذخیره، کنترل و منتقل می شود؛ (ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security, 2022:17) مانند داده‌ها، تصاویر، ویدیوها و ... ؛ البته این تعریف با ظهور فناوری زنجیره‌ی بلوکی[1] و دارایی‌های رمزنگاری شده[2] و خلق مفاهیم نوینی از جمله توکنسازی[3] دارایی‌های فیزیکی دنیای واقعی (ازجمله املاک و مستغلات) و سایر دارایی‌های غیرمادی (مانند تعهدات پولی ، تعهدات قراردادی، اموال فکری و ...) و حتی دارایی‌های دیجیتال دیگر از طریق قرارداد هوشمند[4]، توسعه یافته است. (Foroughi et al, 2010:41)

ظهور دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان طبقه‌ی جدیدی از اموال، دولت‌ها را با چالش‌های متعددی رو به رو ساخته (Ghamami et al,2022 :151) که پاسخ به آنها نیازمند تدقیق اندیشمندان علوم مختلف از جمله علم حقوق می‌باشد؛ از جمله این که با توجه به افزایش ارزش دارایی‌های دیجیتال و رواج نسبی آنها در بازارهای معاملات، این نیاز برای دارندگان این دارایی‌ها ایجاد شد که بتوانند با وثیقه سپاری این دارایی ها برای کسب اعتبار و تضمین تعهدات خود استفاده نمایند و به جای آنکه آن را بلااستفاده روی USB ذخیره و رها کند، از این طریق آن را وارد چرخه اقتصادی کنند .از سوی دیگر اعتبار دهندگان نیز تمایل داشتند با اخذ این دارایی ها به‌عنوان وثیقه، در صورت عدم ایفای تعهدات توسط اعتبار گیرنده بتوانند از این محل ، طلب خود را برداشت نمایند.

با این حال مورد تردید بودن اعتبار معاملات مبتنی بردارایی‌های دیجیتال (و علی الخصوص رمز ارزها) از یک سوو این مسئله که این اموال مشمول کدام‌یک از انواع حقوق مالی (حق عینی یا دینی) خواهند بود، امکان وثیقه سپاری این دارایی ها را در برخی نظام های حقوقی از جمله ایران با چالش های حقوقی مواجه نموده است. چرا که در برخی نظام‌ها «وثیقه» فقط در رابطه با اعیان موضوع حق عینی قابل تحقق است؛ مضافا بر اینکه این نوع از دارایی‌ها حتی در فرضی که معرف یک مال ملموس و واقعی در عالم خارج می‌باشد، قابل قبض فیزیکی (که در برخی از نظام‌ها لازمه‌ی ایجاد حق وثیقه و در برخی دیگر تکمیل‌کننده‌ی آن در اموال منقول است (Beale, 2008: 375-404)) نمی‌باشد و همین مسئله باعث افزایش ریسک معاملاتی، کاهش اطمینان و اعتماد اشخاص ثالث و پدیده ثروت کاذب می‌شود (Tabatabai Hessari, 2023: 586, 587) همچنین در صورتی که توثیق این نوع از دارایی‌ها پذیرفته شود، شرایط ایجاد حق وثیقه نسبت به طرفین و استقرار و قابلیت استناد آن در برابر ثالث مباحثی است که نیازمند تعیین تکلیف حقوقی می‌باشد و با توجه به ویژگی‌های خاص این نوع از دارایی‌ها (ازجمله غیرملموس بودن، تملک یا تصرف از طریق دسترسی به حق کنترل و قابلیت نقل و انتقال متمایز با اموال سنتی) با چالش‌هایی رو به رو است.

در حقوق ایران نیز با وجود مقررات متعدد و بعضاً متعارض در خصوص اعتبار معاملات با محوریت دارایی‌های دیجیتال[5]، امکان ترهین این نوع از دارایی‌ها در هاله‌ای از ابهام می‌باشد، به خصوص که مطابق قواعد سنتی عقد رهن، عینیت رهینه (ماده ۷۷۴ ق.م) و قابلیت قبض فیزیکی آن (ماده ۷۷۲ ق.م) از شرایط صحت عقد برشمرده شده و دارایی دیجیتال به‌دلیل ماهیت ناملموس خود، واجد هیچ یک از دو شرط اخیر نمی‌باشد. اگرچه در برخی قوانین نوین، ضرورت وثیقه‌سپاری اموال غیرمادی (از جمله دارایی‌های دیجیتال) دریافته شده و حرکت پیشنهادات اصلاحی قوانین، این امر را تأیید می‌نماید، اما با بررسی مصوبات و مقررات اخیرالذکر یک سوال چالش برانگیز باقی می‌ماند و آن تعیین ارتباط میان نهاد حقوقی «رهن» و «وثیقه» است؛ آیا عمل حقوقی مذکور در مقرّرات فوق، همان عقد رهن است یا قالبی غیر از عقد رهن در توثیق اموال غیرمادی از جمله دارایی‌های دیجیتال ایجاد شده است؟

در جهت پاسخ به چالش‌های حقوقی اخیر، کشورهای مختلف و سازمان‌های بین المللی مربوطه تلاش‌هایی نموده اند که حاصل آن در قالب قوانین و اسناد مختلف قابل مشاهده می‌باشد. اما همچنان معضلات و چالش‌های گوناگونی در خصوص توثیق دارایی‌های دیجیتال در نظام‌های حقوقی مختلف و از جمله نظام حقوقی ایران وجود دارد؛ بنابراین شایسته است به طور جامع به بررسی امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال و احکام و شرایط حاکم بر حق وثیقه در این نوع از دارایی‌ها پرداخته شود؛ علی‌الخصوص که اگرچه مسئله‌ی توثیق

[1] Blockchain technology.
[2] Crypto assets.
[3] Tokenization.
[4] Smart Contract.

[5] مانند بند ج ماده ۲ «قانون پولی و بانکی» ۱۳۵۱، سند «الزامات و ضوابط حوزه‌ی رمز ارزها» ۱۳۹۷ ، ماده ۱ تصویب‌نامه هیات وزیران در خصوص «شرایط استفاده از رمزارزها » ۱۳/۰۵/۱۳۹۸، مصوبه درخصوص «دارندگان دستگاه‌های استخراج رمزارز» ۰۸/۰۴/۱۳۹۹، ماده ۲۳ «دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها» ۱۴۰۰.

اموال غیرمادی در مقالات متعددی مورد بررسی قرار گرفته، اما به توثیق دارایی‌های دیجیتال که ویژگی‌های خاص آن احکام متفاوتی برای آن می‌طلبد، به‌طور مستقل در نوشته‌های موجود پرداخته نشده است.

در این راستا با رویکردی تطبیقی- تحلیلی، در مبحث یکم این نوشتار، امکان سنجی توثیق دارایی‌های دیجیتال در قالب بیان دیدگاه‌های مخالفین و موافقین وثیقه سپاری این نوع از دارایی‌ها تحلیل شده و در مبحث دوم، احکام و شرایط شکلی و ماهوی حاکم بر حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال استخراج شده است.

مبحث یکم: امکان سنجی توثیق دارایی‌های دیجیتال

افزایش روزافزون ارزش اقتصادی و استفاده از دارایی‌های دیجیتال، وثیقه‌سپاری آن را مورد توجه در بازارهای اقتصادی به ویژه اخذ اعتبار قرار داده است؛ نمونه بارز این موضوع اولین وام با پشتوانه بیت کوین است که در سال ۲۰۰۲ توسط شرکت گلدمن ساکس (شرکت خدمات مالی و بانکداری آمریکایی) اعطا شده است. در نمونه‌ای دیگر، یکی از شرکت‌های تابع بانک فرانسوی SocieteGeneral اقدام به انتشار توکن‌هایی (به‌عنوان قسمی از دارایی‌های دیجیتال) نموده که توسط مشتریان قابل وثیقه‌سپاری جهت اخذ اعتبار می‌باشد. (Florent, 2021:1) در حقوق ایران نیز ارز دیجیتال پیمان جهت پاسخگویی به نیاز معامله‌گران بازارهای دیجیتال توسط شرکت ققنوس راه اندازی شده که توسط چهار بانک ملی، ملت، پارسیان و پاسارگاد پشتیبانی می‌شود و صاحبان این توکن می‌توانند با وثیقه سپاری آن، اعتبار یا وام اخذ نمایند[۱]. همچنین سامانه توثیق الکترونیکی دارایی (ست) بانک صادرات، با پذیرش کلیه‌ی دارایی‌های افراد (اعم از مادی و غیرمادی) به‌عنوان وثیقه، به مشتریان خود وام اعطا می‌نماید[۲].

[۱] قابل مشاهده در: kuknos.ir/loan-with-paymon. آخرین بازدید ۱۴۰۳/۰۵/۱۱

[۲] قابل مشاهده در: https://set.bsi.ir/home، آخرین بازدید ۱۴۰۳/۰۵/۱۱. البته به نظر می‌رسد این سامانه صرفا به منظور الکترونیکی نمودن فرآیند وثیقه‌سپاری دارایی‌ها تاسیس گردیده و در اقسام دارایی‌هایی که برای اخذ اعتبار، قابل وثیقه‌سپاری معرفی شده (از جمله سهام و اوراق بهادار، بیمه عمر، صندوق‌های با درآمد ثابت) دارایی‌های دیجیتال دیده نمی‌شوند. با این حال باید دید در آینده رویه‌ی عملی این سامانه نسبت به اعطای وام با توثیق دارایی‌های دیجیتال چطور خواهد بود.

با وجود این احساس نیاز جهانی نسبت به پذیرش ارزش اقتصادی دارایی‌های دیجیتال و به تبع فراهم آوردن زمینه‌های امکان توثیق این دسته از دارایی‌ها جهت اخذ اعتبار توسط دارندگان آن‌ها، نظام‌های حقوقی مختلف موضع‌گیری متفاوتی نسبت به امکان وثیقه‌سپاری این نوع از اموال از خود نشان می‌دهند و سبب شکل‌گیری دو رویکرد متفاوت در این خصوص شده اند:

بند یکم: رویکرد عدم امکان توثیق دارایی های دیجیتال

این دسته از حقوق‌دانان برای توجیه دیدگاه خود مبنی بر عدم امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال به موارد ذیل استناد می‌کنند:

۱-ورود بستر بلاک چین به بازارهای پول (بانک‌ها و موسسات اعتباری) و انعقاد قراردادهای مالی در قالب قراردادهای هوشمند، منوط به اعتبارسنجی دارایی‌های دیجیتال و به خصوص دارایی‌های رمزنگاری‌شده و رمز ارزها در نظاهای مختلف حقوقی است؛ (Nasser,2018: 276) اگرچه در برخی نظام‌های حقوقی مانند نظام حقوقی آمریکا دارایی‌های دیجیتال و به طور خاص رمزارزها معتبر تلقی شده و و مورد استفاده در بازارهای است[۳]، اما در برخی نظام‌های حقوقی دیگر از جمله ایران، اردن، لبنان و ...، اعتبار این نوع از دارایی‌ها جهت انجام معاملات در بازار پول محل تردید است؛ (Chohan,2017:1) دلیل عمده‌ی در عدم پذیرش اعتبار دارایی‌های دیجیتال در نظام مالی این کشورها، «عدم امکان کنترل و نظارت» و «امکان استفاده از آن‌ها در اعمال مجرمانه»ای مانند پولشویی می‌باشد[۴]. در حقوق ایران و مطابق ماده ۱ «تصویبنامه هیات وزیران در خصوص شرایط استفاده از رمزارزها» مصوب ۱۳۹۸/۰۵/۱۳، «استفاده از رمزارزها صرفاً با قبول مسئولیت

[۳] UCC § 1-201(b)(16), UCC § 1-201(b)(31), and UCC § 7-101(Legal Information Inistitute, Cornel Law School, https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1- 201ETC).

[۴] در این راستا بانک مرکزی ایران در سی‌امین جلسه شورای عالی مبارزه با پول‌شویی در تاریخ ۹ آذر ۱۳۹۶، به‌طور رسمی همه مؤسسات مالی را از کار با ارزهای دیجیتال منع کرد. همچنین این بانک در اردیبهشت ماه سال ۱۳۹۷، طی یک اعلامیه رسمی، خرید و فروش بیت‌کوین در ایران را ممنوع اعلام کرد. در این اطلاعیه بیان شد: از آنجا که ماهیت ارزهای مجازی، این ارزها را به ابزاری برای پولشویی، تامین مالی تروریسم و به طور کلی جابجایی پول بین مجرمان تبدیل می‌کند، ممنوعیت به کار گیری این ارزها به بانک‌ها ابلاغ شده است.

خطرپذیری (ریسک) از سوی متعاملین صورت می‌گیرد و مشمول حمایت و ضمانت دولت و نظام بانکی نبوده و استفاده از آن در مبادلات داخل کشور مجاز نیست». همین مسئله موجب شده موسسات و ساختارهایی غیر از نظام بانکی و در قالب نهادهای موازی با آن نظام (از جمله شرکتهای لیزینگ)، اقدام به اعطای اعتبار با پذیرش دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان وثیقه نمایند؛ درحالی‌که این امر در تعارض با قوانینی مانند قانون پولی و بانکی کشور قرار می‌گیرد که مقرر می‌کند هرگونه عملیات بانکی از قبیل اعطای تسهیلات و تامین اعتبار، لزوماً باید توسط بانک انجام شود و انجام آن توسط نهادهای موازی جرم انگاری شده است.

۲- تأمین امنیت و کاهش ریسک در معاملات، مستلزم دسترسی متعاملین به اطلاعات دقیقی در خصوص «وضعیت حقوقی مورد معامله» است (اصل اعلام یا عمومیت دسترسی به اطلاعات)؛ در این خصوص قبض مال توسط وثیقه‌پذیر ابزاری جهت آگهی اشخاص ثالث در خصوص حق وثیقه بر مال مورد نظر می باشد (Tabatabai Hessari et al, 2023: 586) و همچنین از نمایش ثروت کاذب مالک جلوگیری می‌نماید زیرا قرینه ای بر وجود حق وثیقه پذیر بر آن است. (Hamwijk,2014: 416) بر همین اساس نظام های حقوقی به طور تکنیکال، «قبض» مال توسط وثیقه‌پذیر و رفع تصرف وثیقه‌گذار از آن را لازمه‌ی «ایجاد حق وثیقه میان طرفین قرارداد» و یا «تکمیل‌کننده‌ی اثر آن نسبت به اشخاص ثالث» قرار داده اند. (Tabatabai Hessari et al, 2023: 586,587; Gullifer et al,2020:293) امری که در کنار کاهش ریسک و هزینه و زمان لازم برای اجرای وثیقه در اموال ملموسی که در قبض وثیقه پذیر هستند (Hamwijk,2014:416) سبب شده به طور سنتی، معاملات با حق وثیقه در اموال منقول صرفا ملموس یا مادی که قابلیت قبض فیزیکی داشته باشند، مورد پذیرش قرار گیرند؛ (Westbrook,2001:125) در حالی که، دارایی‌های دیجیتال حتی در فرضی که به دارایی‌های فیزیکی پیوند خورده‌اند، فاقد وجود خارجی و ملموس می‌باشند و پذیرش توثیق این دسته از اموال به جهت عدم امکان قبض و ریسک اجرای حق با دشواری مواجه است.

در حقوق ایران نیز مطابق مقررات «عقد رهن» مندرج در مواد ۷۷۱ الی ۷۹۴ قانون مدنی (که مطابق نظر مشهور فقهای امامیه تدوین شده (First shahid,2018:395; Hosseini Maraghi,1997:256; Sheikh Tusi,1988:380) به لزوم عین معین بودن مال مرهونه و ضرورت قبض فیزیکی آن جهت صحت عقد اشاره گردیده، امری که باعث ایجاد تردید در امکان توثیق اموال غیرمادی به طور کلی و دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان قسمی از آن در حقوق ایران شده است.

۳-طرفداران این نظریه با استناد به تفاوت حقوق عینی و دینی اذعان می‌دارند که عقود تضمینی عینی از جمله عقد وثیقه فقط در رابطه با اموال موجد حق عینی یعنی اموال فیزیکی، مادی و محسوسی که قابل قبض فیزیکی هستند، محقق می‌شود ؛ (weil,1979:10 به نقل از Mousavi Hashemi,2018:380) با این توضیح که در عالم حقوق و طبق نظریه‌های کلاسیک نظام حقوق نوشته، حق مالی به دو قسم حق عینی[1] (حق شخص بر مال) و حق شخصی یا دینی[2] (حق شخص نسبت به شخص دیگر) تقسیم می‌شود (Terre et al,1992:30 به نقل از Badini et al,2010:9 ;Carbonnier,1998:64,65) درحالی که حقوق دینی صرفا نسبت به طرفین آن معتبر است، حقوق عینی مطلق بوده و در برابر همه قابل استناد می‌باشد.

این دیدگاه با تردید در ماهیت دارایی‌های دیجیتال اذعان می‌دارد که این دسته از دارایی‌ها نه تنها واجد ویژگی و عملکرد اموال موجد حق عینی نیستند،

بلکه برای تغییر آن‌ها و به منظور تسهیل روابط تجاری بین‌المللی و کاهش استفاده از اموال مادی (جایگزینی توکن ها با اموال فیزیکی) ایجاد شده‌اند(Nakamoto,2008:1-8) و ازآنجایی که«وثیقه» فقط در رابطه با اعیان موضوع حق عینی قابل تحقق است، دارایی‌های دیجیتال قابل توثیق نمی‌باشند.

این مسئله در خصوص ماهیت رمز ارزها و شمول عنوان پول (ارز) یا دارایی (مال) بر آن‌ها پررنگ‌تر است؛ به عقیده‌ی این گروه، رمز ارزها نوعی پول دیجیتال هستند و کارکردهای سه گانه پول (واسطه مبادله، وسیله سنجش و حفظ ارزش) در آن‌ها قابل مشاهده می‌باشد. (Soleimanipour,2018:173) همانطور که در تعریف بانک مرکزی اروپا، ارز دیجیتال نوعی پول دیجیتالی معرفی شده است که اعضای یک جامعه‌ی مجازی خاص، آن را پذیرفته و مورد استفاده قرار می‌دهند (Roshan,2018:50) در حقوق ایران نیز در بند یکم «تصویب‌نامه در خصوص استخراج و استفاده از رمز ارزها ۱۳۹۸»، هیئت وزیران خود را صالح در ایجاد ممنوعیت در تبادل

[1] Droit objectif.
[2] Droit subjectif.

رمزارزها دانسته و این نشانگر آن است که دولت رمز ارز را نوعی پول تلقی می‌نماید. (Ghamami et al,2022 :153)

در نتیجه به اعتقاد این دسته از حقوق‌دانان، دارایی‌های دیجیتال و رمز ارزها قسمی از حقوق دینی بوده که نمی‌توانند موضوع عقود تضمینی عینی مانند رهن و توثیق قرار گرفته و در برابر همگان قابل استناد باشد.

۴-خطرات و ریسک‌های ذاتی موجود در مورد انواع دارایی‌های دیجیتال، تردیدهای موجود در خصوص توثیق این نوع از دارایی را دوچندان می‌کند؛ از جمله این خطرات عبارت‌اند از: خطرات امنیتی شبکه و بستری که دارایی‌های دیجیتال در آن ایجاد، ذخیره و مورد معامله واقع می‌شوند که منجر به کاهش امنیت و افزایش ریسک‌های معاملاتی خواهد شد و ممکن است از طریق سرقت یا هک شبکه، وثیقه‌پذیر تضمین خود را به راحتی از دست دهد؛ نوسانات شدید بازارهای مربوط به دارایی‌های دیجیتال امکان تعیین قیمت دقیق این نوع از دارایی‌ها را دشوار می‌کند که در این صورت اطمینان و قطعیت حقوقی مورد نظر در این معاملات حاصل نمی‌گردد، به طوری که وثیقه‌پذیری که امروز معادل طلب خود وثیقه اخذ نموده، ممکن است فردا با نوسات بازار و کاهش شدید قیمت دارایی دیجیتال متضرر گردد و این خود منجر به غرری شدن معاملات خواهد شد؛ با توجه به ویژگی‌های خاص دارایی‌های دیجیتال از جمله انتقالات درون شبکه‌ای متمایز از انواع سنتی آن، نقل و انتقال این نوع از دارایی‌ها بدون نظارت مرجع ویژه و بدون توجه به جغرافیا و قانون ملی خاصی انجام می‌گردد (Rahimi, 2019:2)، امری که منجر به چالش تعیین قانون حاکم و مرجع صالح به منظور رسیدگی به اختلافات حاصله از این نوع از معاملات می‌شود. با این اوصاف نه تنها امنیت معاملاتی در توثیق دارایی‌های دیجیتال افزایش نمی‌یابد، بلکه خطرات تضمین بازپرداخت به موقع دیون، با توجه به ذات ریسک‌پذیر این نوع از دارایی‌ها و بستری که بر آن دارایی‌های دیجیتال ایجاد شده و مورد انتقال و توثیق قرار می‌گیرند، همچنان پابرجا است و چه بسا بیشتر هم می‌شود.در نتیجه بر اساس این رویکرد، توثیق دارایی‌های دیجیتال با توجه به عدم شفافیت موضوع در برخی نظام‌های حقوقی (از جمله نظام حقوقی ایران)، اطمینان و قطعیت حقوقی مورد نظر را نداشته و با توجه به خطرات قابل توجهی که ممکن است به همراه داشته باشد، در نهایت قانون‌گذاران و مجریان قانون را با مشکلاتی روبه رو خواهد ساخت.

بند دوم: رویکرد امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال

رویکرد دیگر که در اقتصاد دنیای امروز رویکرد غالب است، به استناد مبانی حقوقی و اقتصادی قابلیت توثیق دارایی دیجیتال را پذیرفته و در بسیاری از اسناد و قوانین بین المللی نیز منعکس شده است:

الف) مبانی حقوقی پذیرش توثیق دارایی‌های دیجیتال

این دیدگاه برای پذیرش توثیق دارایی‌های دیجیتال و در پاسخ به ایرادات مطروحه توسط رویکرد عدم پذیرش، به دلایل ذیل استناد می‌کند:

۱- ضرورت پذیرش اعتبار، تجویز معاملات، مقرره‌گذاری و اعمال نظارت و کنترل بر بازارهای مالی مبتنی بر دارایی‌های دیجیتال، با توجه به افزایش روزافزون «ارزش اقتصادی» این نوع از دارایی‌ها و «تمایل بازیگران بازارهای مالی به انجام معاملات بر محوریت این اموال»، امری انکار ناپذیر است. همانطور که برخی از کشورها، سازمان‌ها و مجامع بین‌المللی با درک این مسئله، تمایل خود را به پذیرش این نوع از دارایی‌ها ابراز و اقدام به تصویب اسناد و قوانینی در این زمینه نموده‌اند؛ (Rahimi, 2019:2) از جمله پیشگامان این موضوع، . می‌توان به کشورآمریکا،[1] چین، آلمان، سنگاپور، دانمارک و استرالیا اشاره نمود. (Rubenfeld,2014:23)

---

[1] هم زمان با پیشرفت چشمگیر دارایی‌های دیجیتال و به خصوص رمز ارزها در سال ۲۰۱۹ و۲۰۲۰، پنج لایحه در کنگره و یک طرح پیشنهادی (در خصوص قانون) توسط نماینده‌ی کمیسیون بورس و اوراق بهادار[1] ایالات متحده در زمینه‌ی فناوری و دارایی‌های دیجیتال ارائه شده است:

Securities Clarity Act, H.R. 8378, 116th Cong. (2020), https://emmer.house.gov/_cache/files/d/e/de97d89a-a652-42e9-a436-b36fd541933f/E5FEB0CE89638FF4E5C649E1AC916FC5.emmer-041-xml.pdf ; Keep Big Tech Out of Finance Act, H.R. 4813, 116th Cong. (2019); Token Taxonomy Act of 2019, H.R. 2144, 116th Cong. (2019); Crypto-Currency Act of 2020, H.R. 6154, 116th Cong. (2020); Managed Stablecoins are Securities Act of 2019, H.R. 5197, 116th Cong. (2019); Hester M. Peirce, Comm'r, SEC, Running on Empty: A Proposal to Fill the Gap Between Regulation and Decentralization (Feb. 6, 2020), https://www.sec.gov/news/speech/peirce-remarks-

در حقوق ایران نیز مستنبط از بند یکم «تصویب‌نامه در خصوص استخراج و استفاده از رمز ارزها ۱۳۹۸»، حکم به مالیت داشتن و جواز انجام معاملات در حوزه‌ی دارایی‌های دیجیتال صادره شده، اگرچه ریسک‌پذیری آن به متعاملین واگذار شده و در این راستا از دولت سلب مسئولیت شده است. (Ghamami et al,2022 :153)

۲-اگرچه نقش «قبض» در توثیق اموال منقول با کارکردهایی از جمله اطلاع‌رسانی در خصوص وضعیت حقوقی مال (اصل اعلام)، ایجاد اعتماد و اطمینان در اشخاص ثالث و جلوگیری از پدیده‌ی نمایش ثروت کاذب انکارناپذیر است، اما این بدان معنا نیست که امکان وثیقه‌سپاری اموالی که به‌دلیل ماهیت ناملموس و غیرمادی خود قابل قبض فیزیکی نیستند، وجود نداشته باشد. در واقع بعد از وقوع انقلاب صنعتی در قرن هجدهم میلادی، این دیدگاه مطرح شد که ضرورتی برای محدود نمودن توثیق اموال منقول، به دارایی‌های مادی وجود ندارد؛ زیرا غایت نهایی توثیق، ایجاد اطمینان برای ایفای تعهدات است و برای عملی کردن آن، اموال غیرمادی (از جمله دارایی‌های دیجیتال) نیز کارایی لازم را خواهند داشت (Beale et al,2012:127) . لذا نوع جدیدی از توثیق تحت عنوان «حق وثیقه‌ی غیرتصرفی»[1] پدید آمد که در آن ترادف وثیقه با رهن مورد تردید قرار گرفت (Westbrook et al,2001,125). در این زمینه «نظام ثبت اموال منقول» به منزله‌ی جایگزین «قبض» با به همراه داشتن کارکردهای اخیر، ایفای نقش خواهد کرد، علی‌الخصوص که نارسایی‌های موجود در «قبض فیزیکی» اموال منقول – از جمله اینکه با قبض فیزیکی مال، صرفاً در لحظهٔ قبض می‌توان از وضعیت حقوقی مال آگاه شد و به این دلیل قدرت اطلاع رسانی از این طریق، نسبت به اشخاص ثالث کارایی کمتری دارد– در این روش مرتفع خواهد شد. (Tabatabai Hessari et al, 2023: 586,587) در اسناد بین‌المللی مرتبط با توثیق دارایی‌های دیجیتال از جمله «اصول مؤسسه حقوق اروپایی در خصوص استفاده از دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان وثیقه ۲۰۲۲»[2] نیز سیستم ثبت وثایق در توثیق دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان جایگزین قبض در اموال مادی در نظام‌های حقوقی که واجد چنین سیستمی هستند، مورد توجه قرار گرفته است.

۳- در خصوص ماهیت دارایی‌های دیجیتال (به خصوص رمز ارزها) و شمول عنوان پول (ارز) یا دارایی (مال) بر آن‌ها در میان نظریه‌پردازان حقوقی اختلافات نظرهایی دیده می‌شود، اما به نظر می‌رسد در حال حاضر رمز ارزها نه تنها مانند پول وسیله‌ی سنجش ارزش نیستند، بلکه با پول‌های رایج سنجیده می‌شوند؛ لذا کارکردهای سه‌گانه‌ی پول در خصوص رمز ارزها صادق نمی‌باشد و بهتر است آن‌ها را به‌عنوان دارایی توصیف کنیم (Cvetkova ; Digital Assets Final Report,2023:131 ۲۰۱۸:۱۳۵). همانطور که در حقوق آمریکا در سند «راهنمای ارز مجازی ۲۰۱۴[3]» (که توسط سازمان درآمدهای داخلی آمریکا تدوین شده) و در حقوق ایران در سند «الزامات و ضوابط حوزه‌ی رمز ارزها ۱۳۹۷» و «سند تحول مردمی ۱۴۰۰»، رمز ارز به مثابه‌ی یک دارایی مالی معرفی شده است.

رابطه‌ی دارنده با دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان یک دارایی مالی، مستقیم بوده و نیازی به وجود شخص و ذمه‌ی دیگری نیست؛ در نتیجه ماهیت غیرمادی آن‌ها مخل شمول حق عینی بر این نوع از دارایی نمی‌باشد (Jalali Farahani et al,2010:47) و بنابراین امکان وثیقه‌سپاری دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان قسمی از حقوق مالی عینی وجود دارد.

به اعتقاد گروهی دیگر اما نظر به استقلال وجودی دارایی‌های دیجیتال و ویژگی و عملکرد متفاوتشان، این نوع از دارایی‌ها در هیچ از دو قسم حق عینی و دینی نمی‌گنجند؛ در نتیجه این نوع از دارایی‌ها مشمول قسم سوم از حقوق مالی تحت عنوان حق معنوی[4] هستند که متعلق آن یک پدیده اعتباری است و اگرچه صرفاً شامل دارایی‌های دیجیتال نیستند و تمامی دارایی‌های غیرمادی (مانند حق تالیف، حق اختراع و ...)را در بر می‌گیرند ، اما دارایی‌های دیجیتال با توجه به ماهیت غیرملموسشان می‌توانند به‌عنوان یکی از اقسام آن در نظر گرفته شوند (Digital Assets Final Report,2023,21,22).

۴- از نظر فنی، سرعت و شفافیت در انتقالات بین‌المللی و فرامرزی، کاهش هزینه‌ها، حفظ حریم خصوصی اشخاص و تامین امنیت معاملات از مزایای زیرساخت‌های فناوری دارایی‌های دیجیتال (فناوری بلاک چین به‌طور خاص) می‌باشد

blockress-2020-02-06 [hereinafter Peirce Speech and Proposal] (proposing Rule 195).

[1] non-possessory security right .

[2] ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security 2022.

[3] IRS Notice 2014–21, "Guidance on Virtual Currency", Q1.

[4] Things in practice or intellectual property right.

(Elwell et al,2013,21) و در واقع این فناوری برای به حداقل رساندن خطر و تقلب طراحی شده است (Zare,2022:157)، زیرا هدف آن جلوگیری از «دوبار خرج کردن[1]» با برگشت‌ناپذیر کردن تراکنش‌ها از طریق استفاده ترکیبی از مکانیزم اعتبارسنجی شبکه و روش‌های رمزنگاری (که غیرقابل تغییر است) می‌باشد؛ بدین منظور فناوری بلاک چین، تاریخچه‌ی تمام معاملات و تراکنش‌های دیجیتالی که تاکنون انجام شده را نگهداری می‌کند و تایید هر تغییر، توسط تمامی کاربران شبکه انجام می‌شود (Narayanan et al,2016:28) و از این حیث امکان فساد مالی در این انتقالات وجود ندارد. (Hosseini Moghadam et al,2018:33,34)

۵-مالکیت، رابطه‌ی میان مالک و مملوک است که موجب سلطه و اقتدار مالک و تصرف انحصاری او در مال شده (Naraghi, 1987:113) و حد اعلای حقوقی است که یک شخص ممکن است نسبت به مالی داشته باشد؛ اگرچه در نظام-های مختلف حقوقی به طور سنتی در مقوله‌ی مالکیت، تمرکز بر روی اموال ملموس و مادی بوده (Badini et al, 2010:6,7)، اما در عصر حاضر، شاهد خلق مفاهیم جدیدی مانند مالکیت مجازی (که حق بر اشیای غیرقابل لمسی مانند دارایی‌های دیجیتال می‌باشدکه صرفاً در درون جهان مجازی وجود دارند) هستیم (Panahi et al, 2019:24). بنابراین از آنجا که اموال دیجیتال همانند اموال مادی، دارای ظرفیت ایجاد حقوق متنوع با درجات مختلف برای صاحبانش است، در کنار سایر انتفاعاتی که برای این نوع از اموال متصور است، امکان توثیق آن نزد وثیقه‌پذیر به‌عنوان تضمین بازپرداخت دیون ممکن به نظر می‌رسد (Zulfiqari et al,2017:193) . در واقع نظام حقوقی حاکم بر توثیق اموال، باید در راستای تحکیم حق مالکیت، به صاحبان تمامی انواع دارایی‌ها از جمله دارایی‌های دیجیتال، امکان استفاده کامل از اموال خود از جمله توثیق این اموال را دهد و این بیانگر «اصل اطلاق مالکیت» می‌باشد. در غیر این صورت، «اصل تخصیص بهینه‌ی منابع[2]» در علم اقتصاد نقض خواهد شد، چرا که شخص با برتری بر دیگران و پرداخت بهای بالاتر، «مالکیت» مال دیجیتال را به دست آورده، اما امکان استفاده از تمام قابلیت‌های آن را نخواهد داشت.

۶- یکی از اهداف نظام حقوقی معاملات توثیقی این است که دامنه‌ی دارایی‌های قابل استفاده در توثیق را برای تضمین امنیت بیشتر در معاملات و تسهیل اعطای وام‌های کم هزینه، گسترش دهد (Abbasi Menesh,2017:40)؛ در صورتی که در حقوق ایران یکی از خلاهای موجود در وثیقه‌سپاری اموال منقول، دایره محدود اموال قابل توثیق است که مانعی بر سر راه اخذ اعتبار به حساب می‌آید (Tabatabai Hessari et al, 2023: 588) ، همانطور که در دوره‌ای، بانک‌ها در بسیاری از موارد ترجیح می‌دادند که از مشتریان صرفا وثایق ملکی دریافت نمایند (Molakrimi,2012:4) اما با ایجاد پاره‌ای مشکلات عملی برای بانک‌ها و وثیقه‌سپاران، «قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت-های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی» تصویب شد تا دایره‌ی وثایق قابل پذیرش توسط بانک‌ها موسع شده و اعطای اعتبار تسهیل گردد. اما همچنان با وجود اینکه برخی اموال، علی‌الخصوص اموال غیرمادی، بخش مهمی از اموال اشخاص را تشکیل می‌دهند، در بخش بانکی به‌عنوان مهم‌ترین تامین کننده‌ی اعتبار، قابل توثیق نبودند؛ در این راستا پذیرش توثیق دارایی‌های دیجیتال نه تنها کمبود سایر انواع دارایی‌های مادی قابل توثیق را پوشش می‌دهد، بلکه منجر به گسترش دایره مصادیق وثایق به دارایی‌های خارج از حوزه‌ی ملی کشورها و جذب سرمایه‌های داخلی و خارجی شده که این مسئله همسو با تامین و کارایی مؤثرتر «اصل آزادی قراردادی طرفین» بوده و ضمن افزایش امینت در معاملات، کاهش تعداد دعاوی را نیز در پی خواهد داشت؛ در حالی که اگر توثیق این اموال را نپذیریم، در چنین مواردی یا طلبکار بدون تضمین باقی می‌ماند یا تسهیلات‌دهنده به‌دلیل نبود تضمین مناسب برای بازپرداخت دیون در سررسید، اصلاً حاضر به اعطای تسهیلات نمی‌شود.

۷- از نظر تحلیل اقتصادی و با استناد به نظریه‌ی «کارایی»، با پذیرش توثیق دارایی‌های دیجیتال جهت تامین اعتبار مالی، امکان استفاده از تمام قابلیت‌های این اموال و تجاری‌سازی آن‌ها محقق شده (Daniel, 2002:45) که این مسئله منجر به تولید ثروت بیشتری خواهد شد. (Bagheri et al,2012:379) همچنین مطابق «اصل هزینه‌ی اتکا»، در فرضی که شخصی برای تحصیل دارایی‌های دیجیتال متحمل

[1] Double spending.

[2] به موجب اصل تخصیص بهینه منابع، امکانات موجود با توجه به محدودیت‌ها و کمبودها باید به نحوی مورداستفاده قرار گیرد که بالاترین میزان مطلوبیت حاصل گردد؛ به این معنا که منابع محدود موجود را دراختیار اشخاصی قرار گیرد که برای آن، بیشترین ارزش را قائل هستند و حاضرند برای داشتن آن منابع، بیشترین مبلغ را پرداخت کنند: (Badini,2033:103; Rahimi,2017:13)

هزینه‌هایی می‌شود، این هزینه زمانی از نظر اقتصادی برای او کارآمد خواهد بود که بتواند با اتکا به آن، از تمام مزایای اقتصادی مال از جمله توثیق آن جهت اخذ اعتبار و تضمین بازپرداخت تعهدات خود بهره‌مند شود. (Sadeghi, 2023:92)

ب) قوانین ملی و اسناد بین‌المللی با رویکرد پذیرش توثیق دارایی‌های دیجیتال

نظام‌های حقوقی مختلف و سازمان‌های بین‌المللی، ضمن درک ضرورت پذیرش توثیق این نوع از دارایی‌ها و مبتنی بر دلایل این رویکرد، حرکت به سمت تدوین قوانین و اسناد جدید یا اصلاح قوانین سابق را آغاز نموده‌اند. این اسناد را می‌توان در دو شاخه مورد بررسی قرار داد:

شاخه اول: قوانین و اسناد عام مربوط به وثیقه سپاری دارایی های غیر مادی:

لازم به ذکر است که در خصوص وثیقه‌سپاری دارایی‌های غیرمادی، مقررات و اصولی در نظام های حقوقی دنیا می‌توان یافت که هر چند این مقررات با تمرکز بر دارایی‌های دیجیتال تنظیم نشده‌اند، لکن مبنای حقوقی اتخاذ شده در آنها قابلیت استفاده در خصوص وثیقه‌سپاری دارایی‌های دیجیتال را نیز دارد از جمله:

۱- «قانون نمونه‌ی معاملات توثیقی آنسیترال[۱] » مصوب ۲۰۱۶[۲] که در ماده ۸۶[۳]آن، توثیق دارایی‌های غیرمادی به رسمیت شناخته شده است. از آنجایی که دارایی‌های دیجیتال قسمی از اموال غیرمادی محسوب می‌شوند، می‌توان از مبنای آن در توثیق این نوع از دارایی‌ها نیز استفاده نمود.

۲-مطابق ماده ۵۵ «الحاقیه‌ی راهنمای قانونگذاری معاملات معاملات توثیقی در اموال فکری[۴]» آنسیترال، آن دسته از دارایی‌های غیرمادی که قابل نقل و انتقال هستند، قابل توثیق نیز خواهند بود؛ با توجه به آنکه دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان قسمی از دارایی‌های غیرمادی، قابل انتقال می‌باشند، لذا امکان وثیقه‌سپاری آنها مطابق مقرره‌ی اخیر، فاقد مشکل حقوقی است.

۲- «اصول بانک جهانی در خصوص ورشکستگی و نظام حقوق طلبکار[۵]» اذعان می‌دارد که ضروری است نظام توثیق وثایق به تمامی انواع اموال منقول (اعم از مادی و غیرمادی) گسترش یافته و در این راستا از امکان توثیق اموال فکری (به‌عنوان قسمی از اموال غیرمادی) سخن می‌گوید؛ از آنجایی که اموال فکری خصوصیتی در این زمینه نداشته و مصادیق اموال غیرمادی در این اصول به‌صورت حصری بیان نشده و شامل دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان قسمی از اموال غیرمادی نیز می‌شود، می‌توان از مبنای اتخاذ شده در این اصول در خصوص امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال نیز استفاده نمود و احکام و آثار مورد بحث در این سند را به توثیق این نوع از دارایی‌ها سرایت داد.

۳-«کنوانسیون سازمان ملل در خصوص واگذاری مطالبات در تجارت بین‌الملل[۶]» اگرچه به طور خاص به توثیق دارایی‌های دیجیتال اشاره ننموده، اما اصول کلی را برای ایجاد و اجرای حق وثیقه در اموال غیرمادی پیشنهاد می‌دهد که قابل تسری به دارایی‌های دیجیتال می‌باشد.

۴- ماده ۹ «قانون متحدالشکل تجاری» آمریکا که در همه‌ی ۵۰ ایالت آن با تغییرات اندکی پذیرفته شده است، توثیق دارایی‌های غیرمادی را به رسمیت شناخته و دارایی‌های دیجیتال نیز به‌عنوان مصداقی از آن دارایی‌ها مشمول حکم مقرر در این قانون می‌شود.

۵- در حقوق ایران نیز با وجود سلطه‌ی دیدگاه مبنی بر پذیرش اعیان برای توثیق مطابق قانون مدنی، -علاوه بر پیشنهادات اصلاحی و تدوین قوانین جدید التصویب در این حوزه که در ادامه بررسی خواهد شد- امکان توثیق دارایی‌های غیرمادی در برخی قوانین قدیمی‌تر قابل مشاهده می‌باشد؛ از جمله ماده‌ی ۱۱۴ «لایحه‌ی قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت» مصوب ۱۳۴۷ در خصوص سهام وثیقه، «دستورالعمل توثیق اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۹/۰۳/۲۹ هیات مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار»، «دستورالعمل سپرده‌گذاری و معاملهٔ اوراق مبتنی بر دارایی فکری در فرابورس ایران مصوب۱۳۹۲/۱۰/۲۱» و ...؛ در حوزه‌ی حقوق بانکی نیز مقررات

---

[۱] کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد.

[2] UNCITRAL Model Law on Secured Transactions 2016.

[3] Article 86. Security rights in intangible assets: "Except as provided in articles 87 and 97-100, the law applicable to the creation, effectiveness against third parties and priority of a security right in an intangible asset is the law of the State in which the grantor is located.

[۴] UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (Supplement on Security Rights in Intellectual Property2010.

[5] The World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights System (Revised 2005).

[6] United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade 2001.

پراکنده‌ای از جمله «دستورالعمل نحوه‌ی اعطای تسهیلات ویژه به طرح‌های اختراعی و ابتکاری مصوب ۱۳۶۶/۰۴/۱۳»، «دستورالعمل اجرایی عملیات پولی و بانکی در مناطق آزاد تجاری – صنعتی شورای پول و اعتبار مصوب ۱۳۷۹/۰۶/۱۳»، ماده‌ی ۷ آیین نامه‌ی فصل سوم «قانون عملیات بانکی بدون ربا» مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۴ هیأت وزیران، ماده‌ی ۲ «آیین نامه‌ی صدور ضمانت نامه و ظَهرنویسی از طرف بانک ها مصوب ۱۳۸۲» و «قانون عدم الزام سپردن وثیقه‌ی ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر موسسات و شرکتهای دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰»، « قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرحهای تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانکها مصوب ۱۳۸۶» وجود دارد که همگی اذعان می‌دارند اموال غیرمادی (از جمله دارایی‌های دیجیتال) می‌توانند موضوع عقد وثیقه قرار بگیرند.

شاخه دوم: قوانین و اسناد خاص وثیقه سپاری دارایی های دیجیتال:

گذشته از قوانین و اسناد اخیر در خصوص پذیرش توثیق اموال غیرمادی، در سال‌های اخیر، افزایش روزافزون ارزش دارایی‌های دیجیتال و نوآوری‌های الکترونیکی مرتبط با آن، قانونگذاران کشورهای مختلف و نهادها و سازمان‌های بین‌المللی را بر آن داشته تا به طور خاص در خصوص توثیق این نوع ازدارایی‌ها قوانین و مقرراتی تدوین نمایند:

۱- یکی از مهمترین اقدامات در زمینه‌ی امکان‌سنجی توثیق دارایی‌های دیجیتال جهت تضمین بازپرداخت دیون و اعتبارات مالی، «اصول موسسه حقوق اروپایی در خصوص استفاده از دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان وثیقه ۲۰۲۲»[1]می‌باشد که به‌عنوان مبنایی برای قانونگذاری درکشورهای عضو اتحادیه اروپا مورد استفاده قرار می‌گیرد. در بند ۱ اصل ۱ این سند، امکان وثیقه‌سپاری تمامی انواع دارایی‌های دیجیتال، به معنای ایجاد حق عینی برای دارنده و رجحان او نسبت به دیگر طلبکاران، به رسمیت شناخته شده است.

۲- از دیگر اسنادی که در سطح اروپا به منظور ایجاد یکپارچگی و تسهیل معاملات توثیقی تدوین شده است، «اصول موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی در مورد دارایی‌های دیجیتال و حقوق خصوصی ۲۰۲۳» می‌باشد[2] که اصول ۱۴ الی ۱۷ این سند، ضمن پذیرش امکان وثیقه‌سپاری دارایی‌های دیجیتال، به احکام و آثار معاملات توثیقی با محوریت این نوع از دارایی‌ها اختصاص یافته است.

۳- گروه ویژه قضایی انگلستان نیز در نوامبر ۲۰۱۹ با انتشار سندی در خصوص دارایی‌های رمزنگاری شده و قراردادهای هوشمند، به تبیین این موضوع می‌پردازد که سوابق الکترونیکی (دارایی‌های دیجیتال) می‌توانند به‌عنوان مال تلقی شده و در قالب قراردادهای هوشمند (مشابه کارکرد قراردادهای سنتی)، موضوع حقوق و تعهدات الزام‌آور قانونی برای طرفین قرار گیرند. همچنین در مبحث «توثیق» (UKJT,2019:25) این سند، ضمن تأیید امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال، احکام و آثار آن مورد بحث قرار گرفته است .

ج- تحولات جدید نظام حقوقی ایران در راستای رویکرد پذیرش توثیق دارایی‌های دیجیتال

در حقوق ایران نیز همسو با سایر کشورها و پس از رواج استفاده مردم از دارایی‌های دیجیتال و تصویب برخی مصوبات از جمله «تصویبنامه هیات وزیران در خصوص شرایط استفاده از رمزارزها مصوب ۱۳۹۸/۰۵/۱۳»، «مصوبه درخصوص دارندگان دستگاه‌های استخراج رمزارز مصوب ۱۳۹۹/۰۴/۰۸»، «سند تحول مردمی ۱۴۰۰ (ذیل عنوان سرمایه‌گذاری و نظام تامین مالی)» و «ماده ۲۳ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب شورای پول و اعتبار بانک مرکزی ۱۴۰۰/۰۳/۰۹»، نیاز به بررسی امکان توثیق این نوع از دارایی و تعیین احکام و آثار آن در جهت ارتقای نظام مالی و افزایش رشد اقتصادی کشور احساس می‌شد؛ همین مسئله مقنن را بر آن داشت تا با تصویب قوانین جدید، زمینه را برای پذیرش این نهاد فراهم آورد، هر چند به‌صراحت دارایی دیجیتال مورد اشاره قرار نگرفته است.

از جمله، «قانون تامین مالی تولید و زیرساخت‌ها» مصوب ۱۴۰۳/۰۲/۱۱ مجلس شورای اسلامی می‌باشد که با هدف بهبود دسترسی به تأمین مالی بیرونی از طریق توسعه دامنه وثایق در ماده ۷ مقرر می‌دارد: «کلیه اموال و دارایی‌ها اعم از عین، منفعت، طلب و حقوق مالی، اموال منقول و غیر منقول، اموال مادی و غیرمادی مانند... اوراق بهادار، سپرده‌ها و گواهی سپرده‌های ریالی در چهارچوب مصوبات شورای پول و اعتبار و

[1] ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security 2022.

[2] UNIDROIT Working Group Principles on Digital Assets and Private Law ۲۰۲۳ .

سپرده‌ها و گواهی سپرده‌های ارزی، عواید قابل تصرف از سهام، عواید قابل تصرف از قراردادها یا اجرای طرح ... نشان تجاری (برند)، مالکیت‌های فکری، کالاهای بادوام، بیمه‌های مسؤولیت، مجوزهای اداری، یارانه‌های نقدی و موجودی انبار مواد اولیه یا محصول واحدهای تولیدی قابل توثیق می‌باشند.» بنابراین این قانون در جهت توسعهٔ قلمرو دارایی‌های قابل توثیق به ویژه دارایی‌های غیرمادی (مانند دارایی‌های دیجیتال) گام برداشته است (Tabatabai Hessari et al, 2023: 589).

همچنین در بند ث ماده ۳ «قانون برنامه هفتم توسعه جمهوری اسلامی ایران» عیناً همین ماده با موضوع امکان توثیق دارایی‌های غیرمادی آورده شده، که البته به دلیل وجود حکمی مشابه در «لایحه وظایف بانک مرکزی» (که در متن نهایی از لایحه حذف شد) تا تعیین تکلیف نهایی در مجمع تشخیص مصلحت نظام، مراعا گذاشته و سپس از متن نهایی حذف شد.

لایحه جدید قانون تجارت نیز که به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و نیازمند تایید شورای نگهبان برای اجرایی شدن می‌باشد، فصل هفتم خود را به «وثیقه تجاری» اختصاص داده؛ در ماده ۱۸۴ این لایحه چنین اذعان شده که: «هر مال منقول یا در حکم منقولی مانند مطالبات، ورقه اختراع و حق سرقفلی می‌تواند مورد وثیقه قرار گیرد، مشروط بر اینکه قابل واگذاری به غیر باشد.» لذا از آنجایی که مصادیق ذکر شده در این ماده حصری نبوده و حکم مندرج در آن، تمامی اموال منقول غیرمادی که قابلیت نقل و انتقال داشته باشند را در بر می‌گیرد، قابل تسری به دارایی‌های دیجیتال نیز خواهد بود.

اما بررسی قانون تامین مالی، در خصوص امکان توثیق اموال غیرمادی در حقوق ایران، یک مسأله مهم را مطرح می سازد و آن تعیین ارتباط میان نهاد حقوقی «رهن» و «وثیقه» است؛ با این توضیح که بارزترین شیوه توثیق قراردادی، رهن است و مفاد مصوبات فوق نیز مبین این امر می‌باشد که توثیق قراردادی مورد نظر آنها بوده است.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار در «قانون تامین مالی و تولید زیرساخت‌ها»، به معرفی «عقد وثیقه» به‌عنوان یک عقد نامعین که منطبق با حاکمیت اراده و آزادی طرفین در انعقاد عقود می‌باشد، پرداخته و در این راستا ضمن عدول از دو شرط لزوم عین معین بودن مال مرهونه (با قید عبارت «دارایی» در تعریف عقد وثیقه[1] که محدود به دارایی‌های مادی نیست و انواع دارایی‌های غیرمادی از جمله دارایی‌های دیجیتال را دربرمی‌گیرد) و لزوم قبض فیزیکی مرهونه در عقد رهن[2]، عقد وثیقه را به‌عنوان عقدی که اعم از عقد رهن بوده و تابع شرایط اختصاصی آن نمی‌باشد، به رسمیت شناخته است. مضافا بر اینکه در بند الف ماده ۸ این قانون، امکان تجزیه‌پذیری مال مورد وثیقه در صورت بازپرداخت یا ایفای بخشی از تعهدات (بر خلاف ماده ۷۸۳ قانون مدنی)، پذیرفته شده و ذی‌نفع وثیقه مکلف گردیده در چهارچوب قراردادی و در صورت درخواست وثیقه‌سپار، متناسب با بازپرداخت هر بخش از اعتبارات و یا ایفای تعهدات، نسبت به آزادسازی وثیقه مازاد یا جایگزینی آن اقدام نماید.

عدول از قیود مقرر در قانون مدنی در لایحه‌ی جدید قانون تجارت نیز قابل مشاهده است؛ بدین ترتیب که در فصل هفتم این لایحه از «وثیقه» تجاری به جای «رهن» استفاده شده است و در ماده ۱۸۲ آن مقرر گردیده که امکان توافق بر عدم تسلیم و قبض مال مورد وثیقه وجود دارد که این خود گویای این مسئله است که در عقد وثیقه بر خلاف رهن، قبض شرط صحت نمی‌باشد.

بنابراین نسبتِ بین مفاهیم «وثیقه» و «رهن»، عموم و خصوص مطلق است؛ بدین معنا که در نظام حقوقی ایران عقود معینِ وثیقه‌ای، از باب تمثیل بوده و هر روشِ خلق حقِ وثیقه طبق اصل حاکمیت اراده، معتبر شناخته می‌شود (Hamidi Aval et al, 2021:37,38). در نتیجه اگر هدف، توثیقِ مال مادیِ موجود و قابل قبض باشد، تبعیت از عقد رهنِ مندرج در قانون مدنی کفایت می‌کند؛ ولی هرگاه بناست از دیدگاه سنتیِ فاصله گرفته و با گسترش دایره وثایق قابل پذیرش، اموال غیرمادی از جمله دارایی‌های دیجیتال را قابل توثیق بدانیم، به مفهوم عام وثیقه‌گذاری توسل می‌جوییم. (Hamidi Aval et al, 2021:40) البته این دیدگاه از آنجایی که تعدد در ابزار توثیقی را منجر می‌شود (و این برخلاف دیدگاه اتخاذ شده در اسناد جهانی در خصوص وحدت گرایی در ابزار توثیق می‌باشد[3]) مورد انتقاد است و بهتر بود قانون‌گذار به جای تصویب قانون جدید، با توجه به

[1] بند «ض» ماده ۱ آن قانون مقرر می‌نماید: «وثیقه مال یا دارایی است که به منظور ایجاد اطمینان ضمانت قرارداد، در گرو قرار داده می‌شود...»

[2] در تبصره ماده ۷ قانون مذکور آمده: «قبض، شرط صحت قرارداد وثیقه نیست...».

[3] در «قانون نمونه بانک اروپایی بازسازی و توسعه در خصوص معاملات توثیقی» مقرر شده که این سند با هدف ادغام انواع ابزارهای سنتی جهت برقراری حق وثیقه مانند وثیقه همراه با قبض(pledges)، حق حبس (Lien) و وثیقه با انتقال مالکیت و بدون قبض (Mortgages) تدوین گشته و در صدد ایجاد «حق وثیقه واحد» در انواع اموال مختلف (صرف نظر از قالب و شکل) می‌باشد.همین مقرره در ذیل پاراگراف شماره ۳۷ ماده ۲ قانون نمونه آنسیترال در تعریف حق وثیقه مقرر شده است.

مبانی فقهی عقد رهن که در آن لزوم عین معین بودن و قبض فیزیکی مال مرهونه مورد اختلاف فقها بوده است[۱]، به اصلاح مواد قانون مدنی در خصوص عقد رهن می‌پرداخت؛ در چنین وضعیتی و با به رسمیت شناختن عقد وثیقه همسو با نیازهای نوین، به نظر می‌رسد عقد رهن با توجه به قیودش، به زودی متروک خواهد شد، چرا که حتی در فرضی که موضوع وثیقه عین معین باشد، طرفین ترجیح می‌دهند برای اجتناب از شرط قبض فیزیکی، عقد خود را در قالب وثیقه منعقد بنمایند.

مبحث دوم: احکام و شرایط حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال

با توفق رویکرد پذیرش امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال با توجه به مطالب اخیر، تعیین چهارچوب حقوقی وثیقه سپاری دارایی های دیجیتال و رفع معضلات حقوقی آن دارای اهمیت است که در دو مورد مهم، مورد بررسی قرار گرفته شده است:

بند یکم: جایگاه حق کنترل در تعیین مالک دارایی دیجیتال و نحوه انتقال آن به وثیقه‌پذیر

«حق کنترل» به معنای رابطه‌ی شخص با مال دیجیتال است که به صاحب آن حق، توانایی اجازه یا منع دسترسی به دارایی دیجیتال را می‌دهد (Digital Assets Final Report,2023:17) ؛ در واقع با توجه به ماهیت و عملکرد متفاوت دارایی‌های دیجیتال نسبت به مال در مفهوم سنتی، حق کنترل در این دسته از دارایی‌ها، کارکردی معادل «حق مالکیت یا تصرف[۲]» در اموال منقول مادی دارد (Digital Assets Final Report,2023:40). بنابراین صاحب حق کنترل در دارایی دیجیتال، امکان بهره‌مندی از منافع، انتقال و اعراض (از طریق انتقال حق کنترل) از این دارایی‌ها را دارد (UNIDROIT Working Group,2023: 26-30).

در خصوص توثیق دارایی‌های دیجیتال نیز، شخصی می‌تواند این دسته از اموال را جهت اخذ اعتبار یا تضمین معاملات خود به وثیقه گذارد که با داشتن حق کنترل، مالک مال دیجیتال بوده یا این اختیار را از جانب مالک آن داشته باشد (Elsan et al,2019:162) و به منظور ایجاد حق وثیقه، «حق کنترل» خود بر آن دارایی را به وثیقه‌پذیر منتقل کند؛ این مسئله با هدف جلوگیری از انجام معاملات معارض با حق وثیقه انجام شده (Lehmann et al,2023:20,21) و همسو با عملکرد بلاکچین است؛ زیرا از منظر بلاکچین، شخصی که «حق کنترل» دارایی دیجیتال (مثلا رمز یا کلید اختصاصی دارایی رمزنگاری شده) را دارد، امکان انجام معامله بر آن دارایی از جمله انتقال مالکیت یا توثیق آن را خواهد داشت (Lehmann et al,2023:20,21).

با انتقال حق کنترل از وثیقه‌سپار به وثیقه‌پذیر، اگرچه حمایت کامل از وثیقه‌پذیر محقق می‌شود، اما در نقطه‌ی مقابل، وثیقه‌پذیر با در اختیار داشتن حق کنترل، امکان انجام هر نوع معامله‌ای بر دارایی دیجیتال را به دست آورده و این موضوع مالکیت وثیقه‌سپار را، با فراهم آوردن زمینه‌ی سوءاستفاده‌ی وثیقه‌پذیر از مال، با خطر مواجه می‌کند؛ در این راستا و برای حمایت هم‌زمان از «حق مالکیت» وثیقه‌سپار از یک سو و «حق وثیقه» وثیقه‌پذیر از سویی دیگر، اصول مؤسسه حقوق اروپایی با تغییر معیار «انتقال حق کنترل به وثیقه‌پذیر» به «سلب آن از وثیقه‌سپار» برای توثیق دارایی‌های دیجیتال، پیشنهاد می‌کند که آن حق به شخص ثالثی که امین طرفین می‌باشد منتقل گردد (Eli Principles on the Use of Digital Assets as Security,2022:28) یا «سلب حق کنترل» بر دارایی دیجیتال با روش‌هایی همچون قفل کردن و مسدود کردن آن دارایی در فضای بلاک‌چین محقق گردد (Lehmann et al,2023:20,21)؛ مشابه این مقرره در «دستورالعمل توثیق اوراق بهادار» مصوب ۱۳۸۹/۰۳/۲۹ هیات مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار که در آن، ثبت وثیقه‌گذاری از طریق تغییر کد مالکیت اموال به کد وثیقه و مسدود نمودن آنها در پایگاه داده‌ها به نفع وثیقه گیر به منزله‌ی قبض در نظر گرفته شده است، قابل مشاهده می‌باشد.

بند دوم: ایجاد و *استقرار حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال*

در خصوص قالب قرارداد موجد حق وثیقه در اموال غیرمادی (از جمله دارایی‌های دیجیتال) دو دیدگاه متعارض در اسناد بین‌المللی و قوانین ملی مرتبط می‌توان یافت؛ در برخی اسناد و قوانین به ضرورت انعقاد قرارداد کتبی برای ایجاد حق وثیقه در اموال غیرمادی اشاره شده و از این حیث، عقد وثیقه در این اموال تشریفاتی درنظر گرفته شده است؛ به‌عنوان مثال در ماده (ب) ۲۰۳-۹ «قانون متحدالشکل تجاری آمریکا» با عنوان «معاملات توثیقی» که به طور مبسوط به توثیق اموال

---

[۱] دیدگاه اتخاذ شده در قانون مدنی همسو با نظر مشهور فقهای امامیه در خصوص ضرورت عین معین بودن رهینه و قبض فیزیکی آن نگارش یافته درحالی که برخی فقها نظر مخالف دارند؛ از جمله: (Najafi,1993:103; Second Shahid, 1996:117). برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: (Karimi et al,2008:315-324)

[2] Ownership or Possession.

منقول پرداخته، برای ایجاد حق وثیقه مقرر گشته که قرارداد توثیق باید قابل اجرا باشد (Abbasi Menesh, 2017:82) ؛ به این منظور قراردادی قابل اجرا است که: الف) وثیقه‌پذیر در قبال تحصیل حق وثیقه بر مال مزبور، عوض را به وثیقه‌سپار اعطا و تسلیم نماید. ب) وثیقه‌سپار در مال موضوع وثیقه، ذیحق بوده و یا این که اختیار به وثیقه دادن آن را دارا باشد، ج) وثیقه‌سپار قرارداد وثیقه‌ای را که مشتمل بر توصیف وثیقه است، تصدیق و امضاء کند؛ ... (Elsan et al,2019:82,83). همچنین مطابق بند ۳ ماده ۶ «قانون نمونه‌ی معاملات توثیقی آنسیترال »[1]، حق وثیقه با قرارداد وثیقه ایجاد می‌شود؛ در این ماده چنین مقرر گشته که: «به جز استثنای مندرج در ماده۴، قرارداد وثیقه باید در یک نوشته منعقد شود و یا با یک نوشته به اثبات برسد و در هر حال این نوشته باید به امضای وثیقه گذار رسیده باشد.» استثنای مذکور در خصوص بند ۴ این ماده، در خصوص امکان انعقاد شفاهی عقد وثیقه در دارایی‌های مادی است که در تصرف وثیقه‌پذیر قرار دارد و لذا دارایی‌های دیجیتال، نظر به ماهیت ناملموسشان از شمول این ماده خارج بوده و در خصوص توثیق این نوع از دارایی‌ها، انعقاد قرارداد کتبی ضرورت دارد.

اما در مقابل برخی اسناد، بدون اشاره به لزوم انعقاد قرارداد کتبی، صرف توافق شفاهی طرفین بر وثیقه‌سپاری دارایی‌های دیجیتال را به‌عنوان معیار ایجاد حق وثیقه معرفی می‌نمایند؛ مثلاً در اصل سوم سند «اصول موسسه حقوق اروپایی در خصوص استفاده از دارایی های دیجیتال به‌عنوان وثیقه ۲۰۲۲»، با قید این مسئله که طرفین مکلف‌اند الزامات قانونی موجود در قانون ملی حاکم در خصوص ایجاد حق وثیقه بر دارایی دیجیتال را رعایت نمایند، از واژه‌ی «توافق[2]» و بدون اشاره به ضرورت انعقاد قرارداد کتبی استفاده شده است؛ لذا مطابق این سند تا جایی که در قانون ملی حاکم، تشریفات خاصی در خصوص ایجاد حق وثیقه در دارایی دیجیتال (مانند ضرورت انعقاد قرارداد کتبی یا ثبت آن) مقرر نشده باشد، آن حق مطابق با شرایط توافق طرفین ایجاد می‌شود (ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security,2022: Principle 3 (6)). در اصل چهاردهم «اصول موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی در مورد دارایی‌های دیجیتال۲۰۲۳» ضمن تایید نظر اخیر در اصول موسسه حقوق اروپایی، اشاره‌ای به لزوم کتبی بودن قرارداد موجد حق وثیقه نشده است. (UNIDROIT Working Group,2023: Principle 14)

در حقوق ایران نیز از آنجایی که مقرره‌ی خاصی به تبیین این موضوع نپرداخته است، باید قائل بر این بود که مطابق اصل رضایی بودن عقود و ضرورت تصریح قانونگذار بر تشریفاتی بودن عقود خاص، قرارداد توثیق دارایی‌های دیجیتال، عقدی رضایی است و نیازی به انعقاد قرارداد کتبی یا سایر تشریفات قانونی وجود ندارد.

علاوه بر زمان ایجاد حق وثیقه بر دارایی دیجیتال میان طرفین قرارداد توثیق، زمان استقرار و تاثیرگذاری آن نسبت به اشخاص ثالث نیز نیاز به تعیین معیار دقیق حقوقی دارد؛ فلسفه‌ی ضرورت تعیین این مسئله اعلام وضعیت حقوقی مال مورد وثیقه است تا اشخاص ثالثی که قصد انعقاد قرارداد نسبت به آن مال را دارند، از وضعیت آن مطلع شده و با علم به وجود حق وثیقه بر دارایی دیجیتال، اقدام به انجام معامله نمایند (Elsan et al,2019:163) و از این طریق خطر وجود حق وثیقه مخفی از بین برود. (World Bank Group,2019:72) به این منظور در برخی قوانین ملی و اسناد بین‌المللی، دیدگاه مبتنی بر جایگزینی «سیستم ثبت وثایق» به جای قبض در اموال مادی، به‌عنوان معیار قابلیت استناد حق وثیقه نسبت به ثالث در دارایی‌های غیرمادی و از جمله دارایی‌های دیجیتال تفوق یافته؛ به‌عنوان مثال ماده ۹ «قانون متحدالشکل تجاری آمریکا» با تفکیک مرحله‌ی ایجاد و استقرار حق وثیقه برای تکمیل یا استقرار آن حق در اموال غیرمادی و قابل استناد بودن آن نسبت به ثالث، شیوه‌های متفاوتی پیش‌بینی نموده که کامل‌ترین آن، «ثبت» حق وثیقه و اخذ گواهی مشعر بر این امر توسط وثیقه‌پذیر می‌باشد (Uniform Commercial Code Amendments,2022: 9-320(b)(1))؛ بدین معنا که با ثبت، یک فرض قانونی بر اطلاع اشخاص ثالث از حق وثیقه ایجاد خواهد شد و به تبع این حق در برابر ثالث قابل استناد خواهد بود. در بند ۱ ماده ۱۸ «قانون نمونه آنسیترال در خصوص معاملات توثیقی» نیز تاکید بر جایگزینی ثبت به جای قبض در توثیق اموال غیرمادی شده است. بنابراین صرف نظر از این مسئله که آیا با توجه به ماهیت دارایی‌های دیجیتال و مبتنی بودن انتقال و توثیق آنها بر فناوری بلاکچین –که خود نوعی دفتر توزیع شده اطلاعات است–، استفاده از سیستم ثبتی برای ایجاد محدودیت در نقل و انتقال آنها ممکن است یا خیر، به

[1] UNCITRAL Model Law on Secured Transactions 2016.

[2] Security agreement

نظر می رسد مبنای مورد استفاده در این مقررات قابل گسترش به حوزه دارایی‌های دیجیتال نیز می‌باشد.

در مقابل برخی اسناد بین‌المللی در جهت معرفی معیار قابلیت استناد حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال، میان حوزه‌های واجد یا فاقد سیستم ثبت وثایق، قائل به تفکیک شده‌اند؛ «اصول موسسه حقوق اروپایی در خصوص استفاده از دارایی‌های دیجیتال به‌عنوان وثیقه۲۰۲۲» در بند ۵ و ۶ اصل ۴ خود، جهت تاثیرگذاری حق وثیقه در مقابل ثالث مقرر می‌نماید در نظام‌های حقوقی که سیستم ثبت قانونی برای ثبت وثایق در اموال غیرمادی (از جمله دارایی دیجیتال) وجود دارد، تاثیرگذاری حق وثیقه نسبت به ثالث منوط به ثبت آن در دفترکل مربوطه می‌باشد، اما در نظام‌هایی که چنین سیستم ثبتی موجود نیست، استقرار حق وثیقه منوط است به اینکه دارایی دیجیتال، تحت کنترل مؤثر وثیقه‌پذیر (درجه‌ای از کنترل و تسلط جهت جلوگیری از نقل و انتقال مستقل دارایی دیجیتال توسط وثیقه‌سپار) درآید (Eli Principles on the Use of Digital Assets as Security,2022:30)؛ در واقع این بدان معناست که وثیقه‌سپار، کنترل دارایی دیجیتال مربوطه را به وثیقه‌پذیر یا امین مورد توافق طرفین انتقال داده یا حق کنترل ایشان نسبت به دارایی دیجیتال به روش‌هایی همچون مسدود نمودن آن حق در سیستم، از او سلب گردد؛ در نتیجه چنین الزامی به شفافیت حقوق تضمینی برای اشخاص ثالث کمک زیادی می‌کند (Lehmann et al,2023:22).

برخی اسناد دیگر اما، بدون اشاره به تقسیم‌بندی اخیر، صرف انتقال حق کنترل به وثیقه‌پذیر یا سلب کنترل از ایشان را به‌عنوان لحظه‌ی استقرار حق وثیقه درنظر می‌گیرند؛ در اصل ۱۵ «اصول موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی در مورد دارایی‌های دیجیتال و حقوق خصوصی۲۰۲۳» ، بدون اشاره به لزوم ثبت حق وثیقه و حتی بدون ذکر تقسیم بندی مذکور، صرف انتقال «حق کنترل» به وثیقه‌پذیر یا امین مورد توافق طرفین را معیار قابل استناد بودن حق وثیقه نسبت به ثالث معرفی می‌نماید (Unidroit working Principle15 Group,2023:).

در حقوق ایران و در خصوص ضرورت ثبت حق وثیقه برای قابلیت استناد آن نسبت به ثالث، در قوانین قدیمی‌تر مقرراتی می‌توان یافت که به جایگزینی ثبت با قبض در اموال منقول اشاره شده که اگرچه در آن قوانین صراحتا به توثیق دارایی‌های دیجیتال اشاره نشده، اما از مبنای مورد استفاده در آن‌ها می‌توان در توثیق این نوع از دارایی‌ها نیز استفاده نمود؛ به‌عنوان مثال در ماده ۴۲ قانون دریایی، با عدول از شرط لزوم قبض فیزیکی مال برای صحت عقد رهن کشتی، به جایگزینی ثبت به جای قبض برای اطلاع اشخاص ثالث از وجود حق وثیقه بر کشتی و قابلیت استناد آن حق در برابر آنان، اشاره شده است؛ همچنین ثبت وثیقه‌گذاری اوراق بهادار، در دستورالعمل توثیق اوراق بهادار۱۳۸۹، به منزله‌ی قبض در نظر گرفته شده است.

اما همچنان چالش حقوقی نبود بانک اطلاعاتی جامع در خصوص وضعیت حقوقی اموال منقول و نبود نظام جامع برای ثبت که امکان اطلاع دقیق اشخاص ثالث از آخرین وضعیت مال را فراهم کند، در نظام حقوقی ایران وجود دارد (Tabatabai Hessari et al,2023:590) ؛ به این منظور همسو با حرکت اصلاحی قوانین جدید اخیرالذکر در خصوص ایجاد تحول در نظام توثیق اموال حقوق ایران، این مسئله مورد توجه واقع شده؛ در ماده ۹ قانون تامین مالی تولید و زیرساخت‌ها، سامانه جامع وثایق (اعم از اموال منقول و غیرمنقول) به‌عنوان سامانه‌ای که کلیه اطلاعات مربوط به فرایندهای توثیق اعم از معرفی مال و دارایی، درخواست ترهین، ارزش‌گذاری، اجرا و آزادسازی وثایق و سایر اطلاعات مورد نیاز را در بر گرفته و به هر وثیقه، یک شناسه یکتا اختصاص می‌دهد، معرفی شده است؛ البته این سامانه با ایراداتی مواجه است؛ اولاً نهاد متولی برای طراحی و اجرای این سامانه وزارت امور اقتصادی معرفی شده و در بند ج ماده ۱۰ این قانون از رسمیت داشتن ثبت وثیقه پس از پذیرش قطعی آن در سامانه و دریافت شناسه یکتا سخن به میان آمده، درحالی که رسمیت بخشیدن به اسناد در نظام حقوقی ایران به عهده‌ی دفاتر اسناد رسمی به‌عنوان زیرمجموعه‌ی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور می‌باشد؛ ثانیاً مطابق تبصره ۲ ماده ۹، ثبت وثیقه در سامانه‌ی پیش‌بینی شده، نافی احکام قانونی ثبت وثیقه در سازمان ثبت اسناد و املاک کشور نیست؛ امری که منجر به تعدد مراجع ثبتی در توثیق اموال منقول خواهد شد. ثالثاً با وجود آن که یکی از مهم‌ترین کارکردهای ایجاد نظام جامع ثبت وثایق، اطلاع‌رسانی به اشخاص در خصوص وضعیت حقوقی مال، مطابق اصل اعلام می‌باشد، در این سامانه امکان دسترسی اشخاص به اطلاعات اموال پیش‌بینی نشده است (Tabatabai Hessari et al,2023:581-602).

همچنین ماده ۱۹۰ لایحه جدید قانون تجارت، ضمن معرفی سامانه ثبت وثایق اموال منقول، اذعان می‌دارد: «در مورد اموال دارای سند رسمی، چنانچه وثیقه بودن به طور رسمی ثبت

نگردد، وثیقه در مورد اشخاص ثالث قابل استناد نیست... در خصوص سایر اموال، قرارداد وثیقه باید در سامانه‌ای متمرکز نزد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که به این منظور ایجاد می‌شود، به ثبت برسد و مراتب در وثیقه بودن مال، جنس، وصف و مقدار آن برای عموم قابل دسترس باشد. ثبت قرارداد وثیقه در سامانه مذکور برعهده‌ی وثیقه گذار است. پس از ایجاد این سامانه، وثیقه بدون ثبت در سامانه مذکور، در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد نیست...»

نتیجه‌گیری

«دارایی دیجیتال» با اینکه بسیار نو ظهور بوده و علیرغم این واقعیت که (در اغلب موارد) معرف دارایی واقعی در عالم خارج نمی باشد و ماهیت ناملموسی دارد، اما به پدیده‌ی اقتصادی جهانی تبدیل شده و طبقه‌ی جدیدی از دارایی‌ها را پدید آورده که از قواعد و اصول سنتی حقوق اموال و مالکیت پیروی نمی‌کند. همزمان با افزایش ارزش و تمایل اشخاص به انجام معامله با محوریت این نوع از دارایی‌ها، نیازهای نوینی برای بشر در بازارهای ملی و بین‌المللی، از جمله امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال برای اخذ اعتبار و تضمین معاملات و چالش‌هایی درخصوص ضوابط حاکم بر ایجاد و استقرار حق وثیقه در این اموال پدیدار شد. در این نوشتار ضمن تبیین دیدگاه مخالفین و موافقین توثیق دارایی‌های دیجیتال، این نتیجه حاصل شد که با وجود تردید برخی از دولت‌ها در خصوص اعتبار و ماهیت دارایی‌های دیجیتال و با وجود استناد این رویکرد به اوصاف خاص (ناملموس بودن در تمام انواع که قبض فیزیکی آن را غیرممکن می‌کند) و خطرات ذاتی این نوع از دارایی‌ها، دیدگاه قائلین بر امکان توثیق دارایی‌های دیجیتال برتری دارد؛ چرایی این موضوع با ادله حقوقی و اقتصادی قابل توجیه است؛ نظام حقوقی حاکم بر توثیق اموال، باید در راستای تحکیم حق مالکیت اشخاص و آزادی طرفین در قرارداد، برای صاحبان تمامی انواع دارایی‌ها از جمله دارایی‌های دیجیتال، امکانات استفاده از تمام منافع مال (اعم از واقعی و مالی) از جمله وثیقه‌سپاری آن را فراهم کند؛ در نتیجه جواز توثیق این نوع از دارایی با قراردادن اموال دیجیتال در ردیف اموال مادی، منجر به حمایت کامل از دارندگان دارایی‌های دیجیتال، جلوگیری از متروک شدنِ این اموال، درآمدزایی بیشتر، افزایش نفوذ در بازار و تسهیل فرآیند تجاری‌سازی این نوع از دارایی‌ها برای صاحبان‌شان می‌شود؛ مضافاً بر اینکه اگر قانون دایره‌ی وثایق قابل پذیرش را موسع نماید و آن را به دارایی‌های دیجیتال تسری دهد، نه تنها کمبود سایر دارایی‌های مادی جبران می‌شود، بلکه وثایق خارج از حوزه‌ی ملی کشورها مورد پذیرش قرار می‌گیرد که این مسئله افزایش امنیت و کاهش دعاوی در معاملات داخلی و خارجی و به تبع افزایش انگیزه‌ی سرمایه‌گذاران برای فعالیت را در پی دارد؛ در صورتی که اگر توثیق این اموال را نپذیریم، دارایی‌های دیجیتال ارزش و جایگاه واقعی خود را در دنیای امروز پیدا نخواهند کرد و اصل تخصیص بهینه‌ی منابع و اصل هزینه‌ی اتکا در علم اقتصاد نقض خواهد شد؛ در این فضا یا اشخاص حاضر به اعطای تسهیلات نمی‌شوند و یا اعتبارات اعطایی بدون تضمین باقی می‌ماند. در نتیجه پذیرش توثیق دارایی‌های دیجیتال با افزایش کارایی نهاد وثیقه، تامین مالی و کاهش هزینه‌های مبادلاتی، به تسهیلات دهنده، تسهیلات‌گیرنده و در نهایت عموم جامعه نفع‌رسانی می‌کند.

نظام‌های حقوقی و سازمان‌های بین‌المللی مختلف با درک این مبانی به تدوین مقررات و اسنادی در خصوص پذیرش دارایی‌های دیجیتال اقدام نموده‌اند؛ در حقوق ایران نیز با توجه به افزایش مصادیق دارایی‌های غیرمادی، ضرورت تدوین قوانینی به منظور پذیرش توثیق این دسته از اموال (به‌عنوان مصداقی از اموال غیرمادی) احساس و بدین منظور قوانین نوینی از جمله قانون تامین مالی تولید و زیرساخت‌ها ۱۴۰۳ به تصویب رسیده که در آن به منظور عدول از شرایط مضیق عقد رهن قانون مدنی، به «عقد وثیقه» که اعم از عقد رهن بوده و در آن ضرورتی به عین معین بودن مال مورد توثیق یا قبض فیزیکی آن وجود ندارد، اشاره شده است.

برای وثیقه‌سپاری دارایی‌های دیجیتال، انتقال حق کنترل (معادل حق مالکیت یا تصرف در اموال مادی) آن دارایی از وثیقه‌سپار به وثیقه‌پذیر ضروری است که اگرچه با این انتقال از حق وثیقه‌ی وثیقه‌پذیر در برابر معاملات معارض بر مال حمایت می‌شود، اما حق مالکیت وثیقه‌سپار در خطر قرار می‌گیرد که برای حل این معضل می‌توان حق کنترل را به امین مورد توافق طرفین انتقال داد یا حق کنترل وثیقه‌سپار را در سیستم بلاکچین مسدود نمود تا به طور همزمان از هر دو حق وثیقه و مالکیت حمایت شود. همچنین در خصوص ایجاد و قابلیت استناد حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال این نتیجه حاصل شد که شرایط شکلی و ماهوی حاکم بر ایجاد و استقرار حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال، با توجه به رویکرد مختلف نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی موجود در این زمینه، متفاوت ارزیابی شده؛ مثلاً در برخی اسناد و نظام‌ها در جهت تبیین شرایط

قرارداد موجد حق وثیقه، به ضرورت انعقاد قراردادکتبی اشاره شده، درحالی که برخی دیگر صرف توافق (اعم از کتبی یا شفاهی) را برای ایجاد حق وثیقه، ضروری در نظر گرفته‌اند. در اکثریت نظام‌ها نیز ثبت حق وثیقه (به‌عنوان جایگزینی برای قبض) به‌عنوان معیار قابلیت استناد آن حق در برابر ثالث برای تامین اصل اعلام و جلوگیری از ایجاد پدیده‌ی ثروت کاذب پیش‌بینی شده است. با توجه به فقدان مقرره‌ی خاص در حقوق ایران در خصوص شرایط حق وثیقه در دارایی‌های دیجیتال، به نظر می‌رسد با توجه به اصل رضایی بودن عقود، ایجاد حق وثیقه در دارایی دیجیتال با توافق طرفین عقد وثیقه و سلب حق کنترل از وثیقه‌سپار، بدون نیاز به انعقاد قرارداد کتبی محقق می‌شود. همچنین قابلیت استناد این حق در برابر ثالث، منوط به ثبت آن در سامانه جامع وثایق که در ماده ۹ قانون تامین مالی تولید و زیرساخت‌ها پیش‌بینی شده، می‌باشد. البته این سامانه نارسایی‌هایی دارد که با اصلاح آن‌ها بر تاثیرگذاری و مطلوبیت آن افزوده می‌شود؛ در این راستا پیشنهاد می‌گردد ضمن فراهم آوردن امکان دسترسی اشخاص به اطلاعات حقوقی مال مورد وثیقه (با حفظ حریم خصوصی) به منظور تامین هرچه بیشتر اصل اعلام و جلوگیری از پدیده‌ی ثروت کاذب، با هدف هماهنگ‌سازی این سامانه با نظام حقوقی ایران و جلوگیری از تعدد مراجع ثبتی، نهاد متولی آن سازمان ثبت اسناد و املاک کشور معرفی گردد.

References

[1] Abbasi Menesh, Hamidreza, (2017). *Security rights in intellectual property and providing the optimal model (comparative study in the annex of the UNCITRAL legislative guide on lien rights in intellectual property and the Uniform Commercial Code of the United States and Iranian law).* Thesis for PHD degree in private law, Tarbiat Modares University, Faculty of Law, supervisor: Dr. Mahmoud Sadeghi. (In Persian)

[2] Alex, weil, (1979). *Terre Francois., Droit Civil*. Paris: Dalloz.

[3] Badini, Hassan. (۲۰۰۳). Philosophical foundations of the economic approach to law. *Journal of Faculty of Law and Political Sciences, 62,* 91-135. (In Persian)

[4] Badini, Hassan; Sheikh siyah, Javad. (۲۰۱۰). From property rights to property rights. A comparative study of the evolution of the concept of ownership. *Journal of Comparative Law, 1(1),* 1-22. (In Persian)

[5] Bagheri, Mahmoud; Jafari Chalantari, Mahmoud, (2012). Economic analysis of intellectual property mortgage. Journal of Legal Research, 62, 373-407. (In Persian)

[6] Beale, H (2008). The Future of Secured Credit in Europe. *European Company and Financial Law Review*, Vol.5.

[7] Beale, H; Bridge, Michael; Gullifer, Louise; Lomnicka, Eva, (2012). *The Law of Security and Title-Based Financing.* New York: Oxford University Press.

[8] Carbonnier, Jean, (1998). *Droit Civil***.** Tome 3, Les biens (18ed). Presses Universitaires de France.

[9] Chohan, U. W. (2017). *Assessing the differences in bitcoin & other cryptocurrency legality across national jurisdictions*. *Available at: SSRN3042248*.

[10] Cvetkova, Irina, (2018). CRYPTOCURRENCIES LEGAL REGULATION. *BRICS law journal ,5* (2).

[11] Daniel J., Gervais, (2002). *The Internationalization of Intellectual Property: New CIallenges from the very Old and the very New*. FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J.

[12] Elsan, Mustafa; Ardeshiri Lordjani, Mohammad Salim, (2019). A comparative study of the implementation of movable collateral in the American Uniform Commercial Code and Iranian law. *Legal Research, 95,* 159-181. (In Persian)

[13] Elwell, Craig Kent; M. Maureen Murphy; Michael V. Seitzinger; Edward Vincent Murphy, (2013). Bitcoin: questions, answers, and analysis of legal issues.

[14] First shahid, (2018). A*l-Dros al-Sharia fi fiqh al-Amamiyyah* (first ed). Tehran: Sadeghi Publications. (In arabic)

[15] Florent D,(2021). La Société Générale fait une proposition à MakerDAO. available at:<https://cryptoast.fr/societe-generale-collaboration-historique-defi-makerdao/>.

[16] Foroughi, Alireza; Hosseinzadeh Sareshki, Asma, (2010). Jurisprudence and legal review of value and ownership of digital data in cyber space. *Two quarterly journals of jurisprudence and private law, 2(*3), 35-53. (In Persian)

[17]Ghamami, Mohammad Mahdi; Alipour, Mohammad Reza, (۲۰۲۲). A comparative study of dealing with cryptocurrencies in the Iranian and American legal systems. *Bi-quarterly Encyclopedia of Economic Law, 29(*21), 150-176. (In Persian)

[18] Gullifer, Louise; Payne, Jennifer, (2020). *Corporate Finance Law: Principles and Policy.* Book Review(.3rd ed)

[19] Hamidi Aval, Amirreza; Jafarzadeh, Mirgasim. (۲۰۲۱). Validation of the rights arising from the agreement granting the license to exploit intellectual property. *Comparative Law Research, 25*(1), 29-56. (In Persian)

[20] Hamwijk, D. J. Y, (2014). Publicity in secured transactions law: Towards a European public notice filing system for non-possessory security rights in movable assets?.*University of Amsterdam.* available at: https://hdl.handle.net/11245/1.417628.

[21] Hosseini Maraghi, Mir Abd al-Fatah,(۱۹۹۷). *al-Anawin al-Fiqhiyyah.* second volume. Qom: Islamic Publishing House. (In arabic)

[21] Hosseini Moghadam, Seyyed Hassan; Farzin Far, by votes. (2018). Analysis of the situation of block chains and digital currency transactions from the perspective of Iranian law and Imami jurisprudence. *Fars Law Research Journal, 5*, 27-45. (In Persian)
[22] Jalali Farahani, Amir Hossein. (۲۰۱۰). *Convention on Cyber Crimes and its Additional Protocol* (2nd edition). Tehran: Khorsandi Publications .(In Persian)
[23] Karimi, Abbas; Moin Islam, Muhammad, (۲۰۰۸). Mortgage of intellectual property. *Journal of Private Law Studies, 38* (2), 315-324. (In Persian)
[24] Kenneth J, Vandevelde, (1980). The new property of the nineteenth century: the development of the modern concept of property. Buffalo Law Review, 29.
[25] Molakrimi, Fereshte, (۲۰۱۲). Jurisprudential examination of bank securities. *Research Institute of Money and Banking, 9*, 1-12. (In Persian)
[26] Matthias, Lehmann; Matthias, Haentjens, (2023). The Law Governing Secured Transactions in Digital Assets. *Leiden Law School*, Hazelhoff Research Paper, Series no. 12.
[27] Mc Cormack, Gerard, (2004). secured Credit under English and American law. Cambridge studies in corporate law.
[28] McFarlane B and Douglas S, (2022). Property, Analogy and Variety, *Oxford Journal of Legal Studies*, 42(1).
[29] Mehranfar, Mohammad. (۲۰۰۸). *Getting to know the concepts of stock exchange* (first ed). Tehran: Challenge Publications. (In Persian)
[30] Mousavi Hashemi, Seyed Hasan; Pashazadeh, Hassan; Saghiri, Ismail; Gharibeh, Ali, (2018). Types of financial rights in Iran's civil law with a view to Western law. *Comparative Research Quarterly of Islamic and Western Laws, 6* (4), 111-132. (In Persian)
[31] Najafi, Sheikh Mohammad Hassan, (۱۹۹۳). *Jawaharlal Kalam* (third ed). Volume 25. Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiya. (In arabic)
[32] Naraghi, Mulla Ahmad, (۱۹۸۷). *Avaed al-ayam*. Qom: School of Insight. (In arabic)
[33] Narayanan, A., Bonneau, J., Felten, E., Miller, A. and Goldfeder, S., (2016). Bitcoin and cryptocurrency technologies: a comprehensive introduction. *Princeton University Press*.
[34] Nasser, Mehdi; Sadeghi, Hossein, (2018). validation and legal challenge of using smart contracts; With a comparative study of the Iranian and American legal systems. *Private Law Research Quarterly, 7* (27), 225-288. (In Persian)
[35] Panahi, Mehdi; Almasi, Nejad Ali; Shams, Ahmed; Mohammad Taheri, Mahmoud Reza, (2019). Legal components and principles governing ownership in cyber space, *Azad Scientific Quarterly of Legal Research, 13 (48)*, 23-38. (In Persian)
[36] Rabbani Mousavian, Ali, (2019). Legitimacy of cryptocurrencies from the point of view of governmental and individual jurisprudence. jurisprudence *and Islamic Law Research, 16*(60), 53-75. (In Persian)
[37] Rahimi, Fathullah; Sharifian, Sahar, (2019). The position of digital currencies in the national and international system. J*ournal of Contract Law and New Technologies, 1*(1), 1-22. (In Persian)
[38] Rahimi, Hasamuddin, (2017). L*egal and economic analysis of international interest on transport equipment; based on the Cape Town Convention*. Thesis for a master degree in private law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran. Supervisor: Dr. Mahmoud Bagheri. (In Persian)
[39] Roshan, Mohammad; Mozafari, Mustafa; Mirzaei, Haniyeh, (2018). Investigating the juridical and legal status of Bitcoin. *Legal Research Quarterly, 22* (88), 49-78. (In Persian)
[40] Rubenfeld, S, (2014). Canada Enacts Bitcoin Regulations. *The Wall Street Journal*.
[41] S Nakamoto,(2008). *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.* available in: https://nakamotoinstitute.org/static/docs/bitcoin.pdf
[42] Sadeghi, Mohsen, (۲۰۲۳). Equilibrium theory of Professor Jafari Langroudi; Economic analysis of unanimous ruling No. 810 of the Supreme Court (03/04/1400). J*ournal of Criticism and Analysis of Judicial Opinions, 2* (4), 75-105. (In Persian)

[43] Second Shahid, (۱۹۹۶), *Tahrir al-Rawza fi Sharh al-Lomee* (first ed). Qom: Taha Cultural Institute. (In arabic)
[44] Shashank, Bhardwaj, (2022). Goldman Sachs rolls out first bitcoin-backed loan (*Forbes*). available at: https://www.forbesindia.com/article/crypto-made-easy/goldman-sachs-rolls-out-first-bitcoinbacked-loan/75833/1
[45] Sheikh Tusi, (۱۹۸۸). al-Tabyan fi Tafsir al-Qur'an. Al-Alam Al-Islami Publishing House. (In arabic)
[46] Soleimanipour, Mohammad Mehdi; Soltaninejad, Hamed; Pourmathar, Mehdi, (2018). Jurisprudential review of virtual money. *Islamic Financial Research, 6*(2), 167-192. (In Persian)
[47] Tabatabai Hessari, Nasrin; Ayanparast, sahar, (۲۰۲۳). The position of the registration institution in ensuring the stability and legal status of movable property and transaction security with an emphasis on secured transactions. *Journal of Private Law Studies, 53* (3), 581-602. (In Persian)
[48] Terre, Francois; Simler, Philippe, (1992**).** *Droit civil, Les biens***. paris:**Dalloz (4 ed).
Westbrook, Raymond; Jasnow, Richard, (2001). *Security for Debt in Ancient Near Eastern Law. Boston: Brill Academic Publishers*.
[49] World Bank Group, (2019). Secured-Transactions-Collateral-Registries-and-Movable-Asset-Based Financing. Washington: WORLD BANK Publishing (1st Ed).
[50] Zare, Azam, (2022). Analyzing the legal regime of digital currencies; Looking at Iranian law. *Journal of Law Studies, 27*, 157-185. (In Persian)
[51] Zulfiqari, Sohail; Abu Atta, Muhammad; Masjid Sarai, Hamid, (2017). A reflection on the confirmation of shares in joint stock companies. *Iranian and International Comparative Legal Research, 11*(42), 193-229. (In Persian)

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 146-161

An analysis on the criterion assistance to the economic development of the host state for realizing the concept of investment contracts under the ICSID Arbitration Convention

M. J. Abdollahi [1]*, M. Karimi [2]

1- Department of Law, Khomeinishahr Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran.
(*- Corresponding Author Email: Abdollahi@iaukhsh.ac.ir)
2- PhD student in Private Law, Department of Law, Faculty of Law, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

Received: 18 November 2024 Revised : 17 December 2024 Accepted: 9 March 2025 Available Online: 18 March 2025	**How to cite this article:** Abdollahi.M; Karimi. M. (2024). An analysis on the criterion ((assistance to the economic development of the host state)) for realizing the concept of investment contracts under the ICSID Arbitration Convention . *Encyclopedia of Economic Law Journal*, *31*(26): 146-161. (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.91568.1417

1- INTRODUCTION

The ICSID Arbitration Court is considered the most successful international arbitration institution in this field in settling investment disputes between capital governments and investors, which has created numerous procedures since its establishment.One of the most important established procedures is around the concept of ((investment contract)).The ICSID Convention has not provided a definition of investment contracts in Article 25, which has caused the arbitration procedures in many cases to try to explain the limitations related to the confirmation of investment ontracts.In this regard, one of the most important criteria was presented in the case of Salini against the Moroccan government, in which several restrictions are considered for the approval of an investment, one of the most controversial of which is the criterion (assistance to the economic development of the host state) that since its introduction, it has been the subject of many discussions among academics and judges, and in fact, it is the most challenging restriction among the restrictions presented in the Salini case.Investigating this important issue, why the important criterion ((assistance to the economic development of the host)) cannot be applied uniformly in international arbitration courts and how to avoid its removal in the arbitration procedure, is the subject of the analysis presented in this article.

2- PURPOSE

Since one of the most controversial criteria for recognizing an investment contract in the criterion presented in the Salini case is the criterion ((assistance to the economic development of the host country)) and the theory that this criterion in the economic development of the host country, which is usually the countries are developing, it plays an important role and if realized, it will play an important role in economic development and as a result increase the welfare level of the host countries;In this study, the authors aimed not to remove this criterion from the standards that make up the concept of investment contracts under the title of ICSID Convention, while expressing the challenges related to it, they have presented solutions to preserve it.

3- METHODOLOGY

In this research, the authors have explained the complexity of the concept of economic development in the first part of the article.In the second part of the article, the analysis of the reasons related to the non-acceptance of the host government's contribution to the economic development criterion in the Salini case has been analyzed, and in this section, referring to the numerous arbitration

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

opinions that have been issued in this regard, which show different arbitration procedures in Regarding the criterion of helping the economic development of the host government, the problems related to this criterion have been specifically analyzed.In the third part of the article, according to the problems analyzed in the second part of the article, solutions have been provided to prevent the removal of this criterion.The material presented in this research, which was collected with the method of reading books and with the tool of taking notes, shows that in facing the problems related to this criterion, it is necessary to pay attention to new methods of investment and also to adopt a flexible approach to fulfill the requirements of this The criterion is essential.

4- FINDINGS

In its introduction, the ICSID Convention mentions the realization of the economic development of the host country as one of the goals of the ratification of the convention, and for this reason, beyond the limitations and requirements contained in the Salini case, the need to pay attention to the economic development of the host country has been among the primary goals of the ICSID Convention.For this reason, although arbitral tribunals have commented in various cases, even some of them to remove the requirement to help the economic development of the host country, from the restrictions necessary to confirm investment contracts, but since usually the investment host countries are developing countries. By maintaining this criterion, although by adopting the approaches proposed in this research, it is possible to re-emphasize the necessity of realizing the economic development of capital host countries which, if realized, can be considered important elements in improving their economic status.The materials presented in this research show that in facing the problems related to this criterion, it is necessary to pay attention to new investment methods and also to adopt a flexible approach to fulfill the requirements of this criterion.In this regard, on the one hand, it is important to pay special attention to the possibility of realizing the concept of investment through investor participation in new investment methods, as well as intangible assets such as technology transfer and technology in a specific industry and even according to some authors, it is more important than concrete investments such as the construction of a highway, and on the other hand, a slight adjustment in the possibility of fulfilling this criterion can also lead to the non-fulfillment of the necessary restrictions. It will help for the concept of investment and make the courts face less problems in evaluating the existence of this criterion.Regarding the adjustment that should be considered; Instead of evaluating the requirement (contributing to the economic development of the host country) and instead of checking whether this concept has been fulfilled or not, the arbitrators can focus on whether it was possible to participate in the economic development of the host country at the time of the contract. is it or not.Therefore, the arbitral tribunals should focus on the potential of the investor's participation in the economic development of the host state at the time of investment, instead of completely eliminating this criterion, which can naturally end up being detrimental to the host governments, and instead of focusing on the final result of the investment.

5- CONCLUSION

One of the most important goals of concluding investment contracts, as mentioned in the introduction of the ICSID Convention, is to help the economic development of the host country.This goal, as one of the predicted criteria for verifying the existence of an investment contract, has been addressed in numerous cases, and the international investment arbitration procedure has shown that it was the most controversial criterion.In some cases, arbitrators have refused to accept it as one of the limitations of verifying investment contracts due to the difficulties associated with verifying this criterion on the one hand and due to the ambiguity in how to distinguish the elements of this criterion on the other hand.On the other hand, in some cases, this standard has been followed and in some cases it has been adjusted.For example, in the case of Phoenix Action against the Czech Republic, the solution to save this criterion from elimination is to modify it so that instead of limiting participation or assistance in the economic development of the host country, attention should be paid to the ability or potential to realize economic development.It should be noted that some arbitral tribunals have considered this objective not as one of the limitations of investment verification, but simply as one of

the objectives of investment contracts under the title of ICSID and for this reason, they emphasize that there is no need to pay attention to this criterion in the arbitration process. However, the authors, carefully in different theories about the criterion of helping the economic development of the host country, believe that the existence of this criterion is necessary to meet the conditions of international investment contracts, at least in its adjusted form;Because if we consider one of the basic goals of investment contracts as mentioned in the convention to help the development of the host country, this goal should be included in the conditions of investment contracts to ensure its fulfillment. There must be a spirit and purpose governing these types of contracts.In fact, the existence of the criterion of helping the economic development of the host government can be a turning point in promoting investment and the willingness of countries to grant concessions and support to international investors in their territory;Because if the economic development of the host country is realized, since the investment contract has an effective role in this development, the realization of this importance can lead to the promotion of international investment contracts as much as possible.

Keywords: Economic Development Criterion, International Investment Irbitration, ICSID, Host State, Investor

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۶۱-۱۴۶

تحلیلی بر معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان» برای تحقق مفهوم قراردادهای سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون داوری ایکسید

محمد جواد عبداللهی*[1]، محمد کریمی[2]

دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۲۸ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۹

چکیده

کنوانسیون ایکسید در حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری به دلائل متعدد، تعریفی از قراردادهای سرمایه‌گذاری ارائه نمی‌دهد که این وضعیت سبب شده رویه قضایی در پرونده‌های متعدد داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی سعی در تبیین قیود مرتبط با احراز قراردادهای سرمایه‌گذاری نماید. در این مسیر، معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان»، در میان مراجع داوری به‌عنوان بحث برانگیزترین این معیارها تلقی شده است. اینکه چرا این معیار نتواسته به طور یکنواخت در مراجع داوری بین‌المللی اعمال شود و چگونه می‌توان از حذف آن در رویه داوری جلوگیری کرد، موضوع تحلیل‌های ارائه شده در این پژوهش است. مطالب ارائه شده در این پژوهش که با روش کتابخانه‌ای و با ابزار فیش برداری انجام شده نشان می‌دهد در مواجهه با مشکلات متعدد مرتبط با این معیار، از یک طرف ضرورت توجه به شیوه‌های نوین سرمایه‌گذاری و از طرف دیگر اتخاذ رویکردی انعطاف پذیر برای تحقق الزامات این معیار ضروری است.

کلیدواژه‌ها: معیار توسعه اقتصادی، داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، ایکسید، دولت میزبان، سرمایه گذار.

[1]. استادیار گروه حقوق، واحد خمینی شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران
(نویسندهٔ مسئول:Abdollahi@iaukhsh.ac.ir)

[2]. دانشجوی دکتری حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

مقدمه

امروزه داوری بین‌المللی به‌عنوان یکی از کارآمدترین روش‌های حلّ وفصل اختلافات در تجارت خارجی محسوب می‌شود که از جهات متعدد در مقایسه با دادگاه‌های ملی، گزینه کارآمدتری برای مدیریت حلّ اختلافات در تجارت خارجی محسوب می‌شود (Arab Ahmadi et al, 2024: 188). افزایش اخیر در جابجایی فراملی کالاها و خدمات، منجر به افزایش محبوبیت داوری به‌عنوان مکانیزم اصلی حل و فصل اختلافات در قراردادهای بین‌المللی شده است (Karimi et al, 2024: 124). در میان سازمان‌های مختلف داوری در سطح بین‌المللی، مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ایکسید (ICSID[1])، به‌عنوان نهاد اصلی مدیریت اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، یک مکانیسم قابل اعتماد و مؤثر برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌های متعاهد کنوانسیون و تبعه یک دولت متعاهد دیگر از طریق سازش[2] و داوری محسوب می‌شود (Herdegen, 2024: 521). کنواسیون تعریفی از سرمایه‌گذاری ارائه نمی‌دهد. بررسی کارهای مقدماتی مرتبط با تدوین کنوانسیون نشان می‌دهد هرچند تعاریف متعددی نوشته شده بود، با این وجود در نهایت از متن کنوانسیون حذف گردید، چرا که وجود چنین تعریفی به‌دلیل «الزام مبنایی رضایت طرفین[3]»، ضروری تشخیص داده نشد (Butler and Tarawneh, 2024: 113) البته دیدگاه مخالف نیز در برخی آراء جدید قابل ملاحظه است که از جمله آنها رأی صادره در ژانویه ۲۰۲۳ است که به موجب آن محکمه داوری بیان کرد: «طرفین یک قرارداد یا یک معاهده اختیار نامحدود در کنوانسیون ایکسید برای تعریف (تعیین) یک قرارداد سرمایه‌گذاری که نوعا چنین ماهیتی ندارد، نخواهند داشت[4]» (Ziccardi Capaldo, 2024: 393). به طور کلی با توجه به فقدان تعریف مشخص از قرارداد سرمایه‌گذاری، رویه داوری بین‌المللی در آراء متعدد سعی در ترمیم این خلأ نموده است. یکی از مهم‌ترین آراء صادره در این خصوص مربوط به دعوای سالینی بر علیه دولت مراکش است که به معیار سالینی شهرت یافته است. در این پرونده چهار معیار برای احراز سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید ارائه شده کهعبارت است از: : «سهم پول[5] (فعالیت مورد نظر تعهد مالی داشته باشد)، مدت زمان معین[6] (پروژه در دوره زمانی معین انجام شود) ، عنصر ریسک[7](سرمایه گذار در ریسک و خطر فعالیت اقتصادی شریک باشد)، و کمک به توسعه دولت میزبان[8]»[9] (Heath et al, 2023: 164). معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه به‌عنوان یکی از چهار معیار پیش بینی شده در پرونده سالینی، قیدی را برای احراز سرمایه‌گذاری در کشور میزبان سرمایه به رسمیت شناخته و آنچنان که در آراء متعدد داوری تحلیل شده، این معیار تا حد زیادی با هدف کنوانسیون (در کمک به توسعه کشورهای میزبان سرمایه)[10] مرتبط است (Konstantinidi, 2024: 18) و البته منطبق با هدف قراردادهای سرمایه‌گذاری نیز می‌باشد، چرا که توسعه اقتصادی دلیل اصلی مشارکت در رژیم سرمایه‌گذاری است (Živković, 2023:117). لازم به ذکر است معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان، از مباحث بسیار بحث برانگیز در این زمینه محسوب می‌شود (Krajewski and Hoffmann, 2019: 571) که رویه‌های داوری نشان داده در خصوص اینکه آیا این معیار باید در جرگه عناصر احراز سرمایه‌گذاری وجود داشته باشد یا خیر، اختلاف نظر فراوانی وجود دارد (Lim et al, 2021: 112) و حتی برخی محاکم داوری به صراحت تأکید کرده اند چنین قیدی نباید پیش شرط احراز مفهوم سرمایه‌گذاری باشد[11] (Schill et al, 2022: 189). نویسندگان در این پژوهش ضمن بررسی آراء متعدد داوری، از جهات مختلف ایرادات مرتبط با معیار کمک به توسعه کشور میزبان را با روش کتابخانه ایی و با ابزار فیش بردای بررسی نموده و در نهایت راهکارهایی را جهت حفظ این معیار در داوریه‌های

---

[1] The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)

[2] Conciliation

[3] Essential requirement of the consent of the parties

[4] Rasia FZE and Joseph K. Borkowski v. Republic of Armenia, ICSID Case No. ARB/18/28, Award, 20January 2023, Paras.369-379.

[5] A contribution of money

[6] A certain duration

[7] An element of risk

[8] Economic development of the host state

[9] Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 52 (July 23, 2001).

[10]. با توجه به مقدمه کنوانسیون ایکسید مشهود است که نیاز به توسعه اقتصادی از طریق سرمایه گذاری های خصوصی بین‌المللی از اهدف اصلی کنوانسیون ایکسید است. در این راستا گزاره‌های زیر از مقدمه کنوانسیون ICSID قابل تشخیص است:

۱. تضمین کتبی به سرمایه گذاران خارجی؛ عمدتا از اقتصادهای توسعه یافته در حمایت از سرمایه گذاری خارجی و (۲) تشویق در توسعه اقتصادی بین‌المللی از طریق سرمایه‌گذاری‌های خصوصی (Okpe, 2014: 234).

[11] SABA FAKES v TURKEY, Award (14 July 2010), para 111

بین‌المللی اراده داده‌اند. برای تحقق این مهم مطالب این پژوهش در سه بخش تدوین شده است.

۱- ماهیت بحث برانگیز معیار کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان

درحالی‌کهبسیاری از محاکم داوری به استفاده از معیار سالینی ادامه داده اند با این وجود نظر به انتقاداتی که این معیار با آن مواجه بوده، تعداد فزاینده‌ای از دادگاه‌ها از استناد به معیارهای پرونده سالینی امتناع کرده اند و یا اینکه معیارهای آنرا تعدیل نموده اند. به نظر می‌رسد مشکل اصلی این معیار در نظر بسیاری از محاکم داوری، قید کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان است. این عنصر به‌ویژه به‌دلیل ماهیت موقت ارزیابی‌های انجام‌شده توسط محاکم مورد انتقاد قرار گرفته و بیان شده اگر محکمه بررسی کند که آیا قرارداد متضمن درک معقولی از «سرمایه‌گذاری» می‌باشد یا خیر، سایر معیارهای پرونده سالینی که عبارتند از معیار سهم (پولی)، مدت زمان معین و وجود ریسک کاملاً در خدمت این معیار قرار خواهند گرفت. از طرف دیگر استدلال شده معیار کمک به توسعه دولت میزبان، نتایج معیارهای دیگر را منعکس می‌کند و محتوای مستقل کمی‌برای بررسی دارد. علاوه بر این، این معیار از محکمه می‌خواهد به ارزیابی‌های تخصصی در زمینه تجاری، اقتصادی، مالی و یا سیاسی که باعث فعالیت‌های خواهان پرونده شده بپردازد که برای انجام چنین ارزیابی‌هایی، صلاحیت قضایی دادگاه مناسب نیست[۱]. در همین راستا، زاخاری داگلاس[۲] معتقد است: «اگر هدف اساسی یک معاهده سرمایه‌گذاری جذب سرمایه خارجی باشد، مفهوم سرمایه‌گذاری را نمی‌توان در دادخواست‌های ارائه‌شده به محاکم (داوری) سرمایه‌گذاری جست وجو نمود که سال‌ها و شاید دهه‌ها، پس از تصمیم‌گیری برای انجام سرمایه در دولت میزبان، تأسیس شده اند»[۳].

در پرونده کیبوراکس نیز دادگاه بیان کرد «مشارکت ممکن است نتیجه یک سرمایه‌گذاری موفق باشد و از این جهت به‌عنوان یک قید (مفهوم سرمایه‌گذاری) نباید در نظر گرفته شود»[۴]. به گفته محکمه کیبوراکس سایر عناصر پرونده سالینی که عبارت است از: سهم پول، مدت زمان و وجود ریسک، همگی بخشی از تعریف متعارف برای سرمایه‌گذاری هستند، درحالی‌کهمعیار آنچه به توسعه کشور میزبان کمک می‌کند، (صرفاً) منطبق با قوانین کشور میزبان احراز می‌شود (Burger, 2013: 151-152). البته احراز این معیار از کشوری به کشور دیگر می‌تواند متفاوت باشد. به طور مثال احراز کمک به توسعه دولت میزبان می‌تواند در کشورهای در حال توسعه راحت تر از کشورهای توسعه یافته که دارای اقتصاد پیشرفته ای هستند، باشد و از این جهت سرمایه گذار باید آستانه بالاتری را برای احراز این معیار در کشورهای توسعه یافته ثابت کند. به همین دلیل تأکید شده خیلی دشوارتر است برای یک سرمایه‌گذار که ثابت کند سهم مؤثری در توسعه یک کشور توسعه یافته در مقایسه با سرمایه‌گذاری در یک کشور در حال توسعه داشته است (Rensmann, 2017: 275).

۲- دلایل مرتبط با عدم پذیرش معیار کمک به به توسعه اقتصادی دولت میزبان در پرونده سالینی

رویه داوری‌های بین‌المللی مربوط به سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان داده در حال حاضر، برخی از محاکم داوری ترجیح می‌دهند معیار کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان را به‌عنوان بخشی از معیار سالینی در نظر نگیرند، بلکه بجای آن به‌عنوان عاملی در ارزیابی کلی از وجود سرمایه‌گذاری، به آن توجه کنند[۵] و برخی از محاکم نیز اساسا این معیار را در تحلیل خوشان از سرمایه‌گذاری لحاظ نکرده‌اند[۶]. رویه داوری‌های بین‌المللی نشان می‌دهد که برای رد این معیار دلائل متعددی بیان شده که به تحلیل آنها خواهیم پرداخت.

---

[1] Alpha Projektholding GMBH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award of 8 November 2010 (Robinson, Alexandrov, Turbowicz), 312.

[2] Zachary Douglas

[3] The International Law of Investment Claims (2009) at 190.

[4] ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction of 27 September 2012 (Kaufmann-Kohler, Lalonde, Stern), 220; for other tribunals following this view, see Saba Fakes 110

[5] KT Asia Investment Group B.V. v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8, Award (17 October 2013) para 172; Mabco Constructions SA v Republic of Kosovo, ICSID Case No. ARB/17/25, Decision on Jurisdiction (30 October 2020) para 301; Saba Fakes v Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award (14 July 2010) para 111.

[6] As early as 2015, it was observed that ‘there seems to be a move away from Salini to a simpler test involving contribution, duration and risk’ in Border Timbers Limited, Timber Products International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/25, Award (28 July 2015) para 285.

۱-۲- اجرای ذهنی[1]

یکی از مهم‌ترین دلائل رد معیار کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان توسط محاکم داوری در توجه به ماهیت ذهنی این معیار بوده که سبب موضع گیری‌های متفاوت در پرونده‌های مختلف داوری تحت مقررات ایکسید شده است. در این راستا بیان شده احراز اینکه آیا سرمایه گذار نقشی در توسعه اقتصادی کشور میزبان داشته، ماهیتا یک ارزیابی ذهنی است و از این جهت افراد منطقی ممکن است در مورد یک موضوع (مشابه) به نتایج متفاوتی دست یابند[2]. این امر به ویژه با توجه به اینکه در پرونده سالینی در برابر مراکش، این الزام به خوبی توضیح داده نشده، چرا که محکمه احساس کرده ساخت یک بزرگراه یک مثال واضح برای کمک به توسعه اقتصاد کشور میزبان است که «نمی‌تواند به‌طور جدی مورد تردید قرار گیرد»[3]، تبلور بیشتری یافته است[4]. علاوه‌براین هیچ اتفاق نظری در مورد اینکه این سهم مشارکت در توسعه دولت میزبان با چه معیاری باید اندازه‌گیری شود، یا آستانه مورد نیاز آن کجاست، وجود ندارد[5] و احراز این مهم تا حد زیادی به نظر داور یا هیئت داوری رسیدگی کننده به پرونده بستگی دارد.در این راستا به طور مثال آستانه بالایی در دعوای MHS علیه مالزی پیشنهاد شد. در این پرونده دادگاه اعلام کرد، احراز «سهم مهم[6]» در کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان لازم است[7]. این امر جنجالی را برانگیخت زیرا کلمه «مهم»، یک قید اضافی به آنچه در دادگاه سالینی علیه مراکش بیان شده بود، تلقی می‌شد و این موضوع یکی از دلایلی بود که سبب شد دو سال بعد این حکم باطل شود[8] (Chan and Lai, 2023: 20-21). در پرونده نجات‌دهنده‌های تاریخی مالزی، داور انحصاری دریافت که مشارکت مثبت و مهم[9] در توسعه اقتصادی کشور میزبان، الزامی‌است که باید برای محافظت از سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید وجود داشته باشد. برای تحقق این مفهوم، دیوان به افزایش تولید ناخالص داخلی یک اقتصاد، به‌عنوان عاملی که معیار توسعه اقتصادی را تعیین می‌کند، با حساسیت بالا توجه نمود. دیوان ضمن تأیید این معیار، بیان کرد افزایش تولید ناخالص داخلی با مقدار کم نمی‌تواند برای احراز سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید کافی باشد. دیوان همچنین بیان کرد: «... اگر قید مهم[10] وجود نداشته باشد، هر قراردادی که تولید ناخالص داخلی یک اقتصاد را به هر میزانی، هرچند کم، افزایش دهد[11]، به‌عنوان «سرمایه‌گذاری» واجد شرایط تلقی خواهد شد»[12].

در پرونده CSOB نیز چنین نتیجه گیری شد که سرمایه‌گذاری باید تأثیر مثبتی بر توسعه کشور میزبان داشته باشد. دیوان داوری در این پرونده بیان کرد عبارات موجود در مقدمه کنوانسیون «این استنباط را مجاز می‌داند که یک معامله بین‌المللی که با مشارکت (طرفین) برای کمک به ارتقای توسعه اقتصادی یک دولت متعاهد طراحی شده، می‌تواند (یک قرارداد) سرمایه‌گذاری تلقی شود»[13]. به طور کلی ترکیب معیارهایی که

---

[1] A subjective exercise

[2] Manchester Securities Corporation v Republic of Poland, PCA Case No. 2015-18, Award (7 December 2018) para 371; MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V v Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award (4 May 2016) para 189; Philip Morris Brand SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction (2 July 2013) para 188.

[3] Cannot seriously be questioned

[4] Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (23 July 2001) para 57.

[5] Patrick Mitchell v Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award (1 November 2006), para 33.

[6] Significant Contribution

[7] Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10 (17 May 2007) para 123.

[8] Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment (16 April 2009) para 80(b).

[9] Positive and significant contribution

[10] Requirement of significance

[11]. در این راستا به طور مثال در پرونده joy mining که ارزش ضمان نامه بانکی ۹/۶ میلیون پوند انگلیس بود، بیان شد برای احراز کمک به توسعه اقتصادی مصر کافی نیست (Joy Mining Machinery Limited v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction (6 August 2004). Viñuales and Waibel, 2021: 137).

[12] Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/10, (May 17, 2007), 123.

[13] Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v Slovak Republic, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/4, (May 24, 1999), 64 (hereinafter Ceskoslovenska obchodni banka).

برای تعیین میزان سهم در توسعه اقتصادی کشور میزبان در پرونده‌های Salini، MHS و CSOB بیان شده، دلالت بر این دارد سرمایه‌گذاری باید: الف) برای منافع عمومی ساخته شود[1]؛ ب) سبب انتقال دانش شود[2]؛ ج) افزایش تولید ناخالص داخلی کشور میزبان را به همراه داشته باشد[3]؛ د) تأثیر مثبتی بر توسعه کشور میزبان بگذارد[4] (García-Bolívar, 2010: 156).

در مقابل این رویکرد برخی محاکم داوری معتقدند که با توجه به وجود مشکلات مرتبط با این معیار، اساسا معیار «سهم مهم» در توسعه کشور میزبان نباید اتخاذ شود چرا که سرمایه‌گذار را مجبور به اثبات وجود این معیار با استانداردهای بالایی می‌کند و نتیجتا منجر به سناریویی می‌شود که به موجب آن هر سرمایه‌گذاری باید سهم قابل توجهی در توسعه اقتصادی کشور (میزبان) داشته باشد. این دیدگاه به بهترین شکل در پرونده سئو بر علیه کره بیان شد. دیوان در این پرونده بیان کرد «... به سختی می‌توان انتظار داشت که هر سرمایه‌گذاری به تنهایی بتواند استانداردهای زندگی را افزایش دهد و سطح رفاه عمومی (و غیره) یک ملت را بهبود بخشد»[5] (Chan and Lai, 2023: 21).

۲-۲- دشواری معیار

برخی محاکم[6] معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان را به‌دلیل دشواری یا عدم امکان تشخیص احراز آن مردود (Sinclair et al, 2022: 188) و یا اثبات آنرا دشوار[7] دانسته‌اند (Rovine, 2011: 38). در این رابطه به طور مثال بیان شده اختلاف نظر قابل توجهی وجود دارد که با توجه به معیار توسعه اقتصادی کشور میزبان، به چه میزان سرمایه‌گذاری باید به توسعه کشور میزبان کمک کند تا الزامات این معیار محقق شود (Wahab et al. 2022: 26). برای مثال در پرونده پی کاسادو علیه شیلی، دیوان داوری اعلام کرد شرط مشارکت در توسعه اقتصادی که در مقدمه کنواسیون ذکر شده، به‌عنوان یک نتیجه است نه به‌عنوان قید احراز سرمایه‌گذاری. دیوان در واقع با توجه به دشواری احراز مشارکت در توسعه اقتصادی کشور میزبان در نظر گرفت که این الزام در سایر قیود احراز سرمایه‌گذاری، ملحوظ شده و از این جهت بیان کرد: «شرط مشارکت در توسعه دولت میزبان، که اثبات آن نیز دشوار است، بیشتر به ماهیت اختلاف[8] مربوط می‌شود تا صلاحیت مرکز؛ زیرا یک سرمایه‌گذاری ممکن است بدون از دست دادن کیفیت سرمایه‌گذاری برای کشور میزبان نیز مفید باشد. درست است که در مقدمه کنوانسیون ایکسید کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان را درنظر گرفته شده؛ بااین‌حال، این امر به‌عنوان یک نتیجه و نه به‌عنوان شرط سرمایه‌گذاری است ... (و از این جهت) بدین معنا نیست که توسعه کشور میزبان، عنصر سازنده مفهوم سرمایه‌گذاری است. به همین دلیل، همانطور یکه توسط برخی از دادگاه‌های داوری بیان شده، شرط چهارم در واقع توسط سه شرط دیگر احاطه شده است[9]» علاوه بر این، کمیته موقت در میچل[10] بیان کرد: وجود مشارکت در توسعه اقتصادی کشور میزبان به‌عنوان یک معیار اساسی – هرچند ناکافی – (برای احراز) ویژگی سرمایه‌گذاری، به این معنا نیست که این مشارکت باید همیشه قابل توجه یا موفقیت آمیز باشد. و البته، دادگاه‌های ایکسید نیازی به ارزیابی سهم واقعی عملیات مورد نظر (در توسعه کشور میزبان سرمایه) ندارند و فقط کافی است که این عملیات به نحوی به توسعه اقتصادی کشور میزبان کمک کند، هرچند مفهوم توسعه اقتصادی بسیار گسترده و بسته به شرایط هر پرونده متغیر است»[11] (García-Bolívar, 2010: 156-157). با وجود تمام این تفاسیر، هنوز برخی از محاکم نظر به دشواری و پیچیدگی مفهوم توسعه اقتصادی دارند و براین اعتقادند که امکان احراز این معیار غیر ممکن است. در این راستا به طور مثال در پرونده فونیکس اکشن بر علیه جمهوری چک، محکمه اعلام کرد که شرط سرمایه‌گذاری برای کمک به توسعه دولت میزبان به‌دلیل وجود دیدگاه‌های بسیار متفاوتی در مورد آنچه که (مفهوم) توسعه را تشکیل می‌دهد، غیرممکن

---

[1] Be made for public interest
[2] To transfer know-how
[3] Enhance the Gross Domestic Product of the host country
[4] Make a positive impact on the host State's development.
[5] Jin Hae Seo v Republic of Korea, HKIAC Case No. 18117 (27 September 2019) para 105.
[6] Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8.
[7] Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2
[8] Merits of the dispute
[9] Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision (Sept.25, 2001), 232.
[10] Ad-hoc Committee of Mitchell
[11] Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo, Decision on the Application for the Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, Nov. 1, 2006), 33.

است[۱] (Collins, 2023: 84).

۳-۲- عدم شفافیت عناصر موجود در معیار کمک به توسعه اقتصادی

نکتهٔ قابل توجه دیگر در خصوص معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان که دلالت بر عدم شفافیت و در واقع بحث برانگیز بودن این معیار دارد، وجود ابهام در عناصر تشکیل دهنده این مفهوم است. در این خصوص باید بیان کنیم برای احراز این معیار ما با دو موضوع مواجه هستیم. اولین موضوع اینکه در وهله نخست باید معنای «توسعه اقتصادی» شفاف شود و دومین موضوع اینکه مسئله چگونگی تحقق مشارکت مهم، نیازمند بررسی است. در ابتدا این بیان واضح وجود دارد که برای واجد شرایط بودن یک قرارداد به‌عنوان یک قرارداد سرمایه‌گذاری، یک فعالیت باید کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان کند که این توسعه انحصارا می‌تواند در معنای اقتصادی آن تفسیر شود. در این خصوص محکمه داوری بیان کرد «محکمه باید هر منفعت سیاسی یا فرهنگی تحصیل شده به سبب قرارداد را در ارزیابی سرمایه‌گذاری کنار گذارد مگر در مواردی که چنین منافعی تأثیر قابل توجهی بر توسعه اقتصادی دولت خوانده داشته باشد[۲]» که به موجب این بیان تنها تحقق توسعه اقتصادی ملاک ارزیابی دانسته شده است. در این پرونده در واقع محکمه معیار محدودی از مفهوم توسعه را در ارتباط بین کمک منابع سرمایه گذار با اقتصاد دولت میزبان ترسیم کرد. با این وجود دقیقا مشخص نیست که اقتصادی بودن این کمک دقیقا چگونه باید احراز شود؟ آیا تنها رشد تولید ناخالص داخلی ملاک است و یا اینکه باید ارزیابی‌ها در خصوص منافع آینده دولت نیز مدنظر قرار گیرد؟ دشواری در این خصوص از این حقیقت ناشی می‌شود که در نظر محاکم عنصر کمک به توسعه، «بی نیاز از اثبات»[۳] است. در این راستا به طور مثال در پرونده MHS بر علیه مالزی داور بر این اعتقاد بود که قرارداد ساخت با توجه به ماهیت آن، اهمیت فوق العاده ای برای توسعه کشور میزبان دارد. در عین حال قرارداد نجات[۴] که در همین پرونده مورد بحث واقع بود، مشخص شد که سهمی(در توسعه دولت میزبان) نداشته، زیرا «منفعت آن پایدار نبوده است[۵]»[۶]. بنابراین از آنجایی که به نظر می‌رسد فهم مشترکی از توسعه اقتصادی وجود ندارد، این عنصر در برابر انواع مختلف تفاسیر آسیب پذیر است. یک تفسیر محدود از این مفهوم می‌تواند توسعه اقتصادی را به افزایش منابع مالی دولت محدود کند، در صورتی که با اتخاذ یک تفسیر گسترده، توسعه اقتصادی می‌تواند به طور بالقوه شامل تحقق رشد در ظرفیت اقتصادی دولت با روش‌هایی مانند انتقال تکنولوژی، بهبود زیرساختها و غیره شود (Paul Newcombe et al, 2011: 228-229). تفسیر اخیر با مفهوم جدید از واژه توسعه پایدار[۷] سازگار است و البته در تضاد با رویکردهای سنتی تر به توسعه پایدار است که مصالحه بین رشد اقتصادی و محافظت از محیط زیست[۸] را ضروری می‌داند[۹]. توسعه پایدار در حال حاضر به‌عنوان پارادایم جدید قانون حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز پذیرفته شده و تأکید شده که باید در تهیه پیش نویس موافقت نامه‌های سرمایه‌گذاری آتی، همانطور که توسط سازمان ملل متحد پیشنهاد شده ، مورد توجه قرار گیرد (Ulrich and Ziemele, 2019: 176). در حال حاضر این مفهوم متضمن موضوعات گسترده تری از توسعه اجتماعی[۱۰] و حکمرانی خوب[۱۱]

---

[1] Phoenix Action Ltd v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009.

[2] MHS v. Malaysis, Award, supra n. 39, at para. 138.

[3] Self evidence

[4] Salvage contract

[5] Benefit was not lasting

[6] Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey - ICSID Case No. ARB/02/5 - Decision on Jurisdiction - 4 June 2004.

[7] Sustainable development

[8] Protection of the environment

[۹]. توسعه پایدار به تعبیر برونتلند «توسعه ای است که نیازهای نسل حاضر را بدون خدشه به توانایی نسل های آینده در تأمین نیازهای خود، برآورده می کنند». آنچه در این تعریف از سوی برونتلند به‌عنوان اساس توسعه پایدار معرفی شده، «توسعه اقتصادی توأم با تأمل در استانداردهای زیست محیطی و رعایت آن ها با در نظر گرفتن حق نسلهای آینده در برخورداری از مواهب طبیعی برای تأمین نیازهایشان در آینده است» (Shabazi, 2010: 127). علاوه بر این بیان شده صنعتی شدن بدون توجه به محیط زیست با آثار و پیامدهای زیست محیطی متعددی همراه بوده است. از این رو تلاش دانشمندان به این نتیجه انجامید که توسعه به گونه ای باید تعریف و تصریح گردد که در تعارض با محیط زیست قرار نگیرد، ازاینرو بحث توسعه پایدار مطرح گردید. طبق این نظریه رابطه بین انسان و محیط زیست نه تنها باعث تخریب و نابودی نمی‌شود بلکه توسعه پایدار باعث استفاده بهینه از تمام امکانات و توانمندی های محیط زیست می‌باشد و می‌توان به ارتقای سطح زندگی بشر بینجامد. محیط زیست مانعی برای توسعه محسوب نمی‌شود. بلکه محیط زیست زمینه لازم را برای توسعه پایدار فراهم می‌کند (Rostami, 2024: 178).

[10] Social development

[11] Good governance

است که اگر پذیرفته شود، می‌تواند کمک به معیار توسعه دولت میزبان نماید که نتیجه آن احراز شرایط یک فعالیت، به‌عنوان فعالیت مشمول سرمایه‌گذاری خواهد بود (Newcombe et al, 2011: 229). دومین موضوع برجسته و در واقع مبهم، محدوده کمک لازم برای تحقق یک فعالیت، به‌عنوان یک سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید است. در این خصوص همانطوری که به درستی محکمه خاطرنشان کرده: «اگر قید (کمک با) اهمیت وجود نداشت، هر قراردادی که تولید ناخالص داخلی یک اقتصاد را به هر میزان، هرچند اندک افزایش می‌داد، به‌عنوان یک سرمایه‌گذاری واجد شرایط تلقی می‌شد»[1]. در واقع مشکل این است که به سختی می‌توان عنصر «اهمیت» را با عبارات دقیق تعریف کرد و در نتیجه در اینجا باید به داوران دیوان اختیاری دیگر اعطاء نمود. این مشکل مربوط به این وضعیت است که هیچ معیار روشنی برای اینکه چه کمکی برای «توسعه اقتصادی[2]» کشور میزبان با اهمیت است، وجود ندارد (Newcombe et al, 2011: 229). از این جهت تصریح شده معیاری که کمک به توسعه کشور میزبان را شفاف می‌سازد، باید با دقت خاصی مورد بررسی قرار گیرد. ارجاعی که در مقدمه کنوانسیون؛ به مفهوم توسعه اقتصادی کشور میزبان شده، نشان می‌دهد توسعه اقتصادی یکی از اهداف کنوانسیون بوده و این امر از این فرض حمایت می‌کند که یک معامله بین‌المللی که برای ارتقای توسعه کشور میزبان طراحی شده، از موقعیت پذیرش به‌عنوان یک قرارداد سرمایه‌گذاری برخوردار است. اما این نتیجه را نیز نمی‌توان گرفت که فعالیتی که آشکارا به توسعه اقتصادی کمک نمی‌کند، باید از حمایت کنوانسیون محروم شود. بنابراین هر مفهومی‌از توسعه اقتصادی، اگر به‌عنوان معیاری برای وجود سرمایه‌گذاری و در نتیجه برای حمایت تحت کنوانسیون به آن استناد می‌شود، باید با انعطاف‌پذیری مورد بررسی قرار گیرد و از این جهت نباید صرفا محدود به مشارکت‌های مهم در تولید ناخالص داخلی شود، بلکه می‌بایستی شامل توسعه توان انسانی، توسعه سیاسی و اجتماعی و حفاظت از محیط زیست محلی و جهانی نیز شود (Schreuer et al, 2009: 134).

٤-٢- تحلیل پس از وقوع رویداد[3]

یکی دیگر از دلائل عدم پذیرش معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان این است که چنین تحلیلی در واقع متضمن ارزیابی پس از وقوع رویداد سرمایه‌گذاری است. بر مبنای این انتقاد«وجود سرمایه‌گذاری باید در آغاز آن ارزیابی شود و نه با نگاهی به گذشته»[4] (Marc Exelbert, 2016: 1266) و از این جهت تصریح شده با توجه به این واقعیت که چنین تحلیلی معمولا مدت‌ها پس از سرمایه‌گذاری انجام می‌شود، استفاده از آن به‌عنوان معیاری برای تعیین وجود سرمایه‌گذاری نامناسب می‌سازد. از این رو، محاکم در پرونده‌های متعدد داوری تشخیص داده اند که این معیار صرفاً یکی از نتایج مورد انتظار از سرمایه‌گذاری است[5]. همانطوری که در پرونده فیلیپ موریس علیه اروگوئه بیان شده[6] برای تعیین اینکه آیا یک سرمایه‌گذاری در زمان انجام آن می‌توانسته به توسعه اقتصادی کشور میزبان کمک کند یا خیر، محکمه لازم است تحلیلی از برخی معیارها پس از وقوع آنها ارائه دهد که با در نظر گرفتن زمان سپری شده، می‌تواند طیف گسترده ای از نظرات (متفاوت) را ایجاد کند که چنین شکلی از برداشتها، برای هدایت و تحلیل نظر قضایی دادگاه مناسب نیست. علاوه بر این اگر قرار است این معیار اتخاذ شود، باید سرمایه گذاران (در زمان انعقاد قرارداد) مطمئن باشند که پروژه آنها مطمئناً به اقتصاد کشور میزبان کمک خواهد که نه تنها از لحاظ آماری چنین فرضی که هر پروژه موفق خواهد بود، غیرممکن است، بلکه با معیار ضرورت «وجود ریسک» در همین پرونده (پرونده سالینی)، اعم از ریسک تجاری[7] یا سرمایه‌گذاری، در تضاد است؛ زیرا

---

[1] MHS v. Malaysis, Decision on Annulment, supra n. 3, at para. 123.

[2] Economic Development

[3] An ex-post facto analysis

[4] The existence of an investment must be assessed at its inception and not with hindsight.

[5] Mabco Constructions SA v Republic of Kosovo, ICSID Case No. ARB/17/25, Decision on Jurisdiction (30 October 2020) para 296; Spółdzielnia Pracy Muszynianka v Slovak Republic, PCA Case No. 2017-08, Award (7 October 2020) para 289; Saba Fakes v Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award (14 July 2010) para 111.

[6] Philip Morris Brand SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (2 July 2013) para 207

[7]. به طور کلی ریسکهای که ممکن است در هر معامله ایی وجود داشته باشد را می‌توان به سه دسته اصلی تقسیم بندی کرد: (الف) ریسک سرمایه گذاری، (ب) ریسک تجاری، و (ج) ریسک حاکمیت. تنها معامله‌ای که حاوی ریسک سرمایه‌گذاری باشد، معیار ریسک تحت آزمون سالینی را برآورده می‌کند. موارد مرتبط با ریسکهای سرمایه‌گذاری نشان داده که چنین ریسک‌هایی نسبتاً خطرناک تر از ریسکهای تجاری هستند. لازم به ذکر است یکی از مهم‌ترین ریسکهای سرمایه گذاری خارجی ریسک حاکمیتی است که هر

همیشه این خطر وجود دارد که یک پروژه درآمد ایجاد نکند یا تمام پول سرمایه‌گذاری شده از بین برود (Chan and Lai, 2023: 21). از این جهت به این مهم تأکید شده که این معیار به این مفهوم نیست که مشارکت در توسعه اقتصادی همیشه باید کلان و موفقیت آمیز باشد (Oke, 2021: 73).

۳- راهکارهای پیشنهاد شده برای استناد به رویکرد

در مواجهه با مشکلات مرتبط با معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان که سبب شده برخی دادگاه اساساً این رویکرد را در ارزیابی‌های خود کنار گذارند، و همچنین در جهت جلوگیری اط حذف این معیار که تماما به زیان دولتهای میزبان سرمایه است، با ملاحظه رویه داوری می‌توان دو رویکرد را جهت تفسیر بهتر از این معیار ملاحظه کرد که عبارتند از توجه خاص محاکم داوری به صور جدید (ناملموس) قراردادهای سرمایه‌گذاری و بررسی انعطاف پذیر نقش چنین سرمایه‌گذاری در توسعه دولت میزبان و رویکرد دیگر تمرکز بر پتانسیل کمک به توسعه دولت میزبان؛ بجای احراز حتمی تحقق این کمک است.

۳-۱- توجه توأم با انعطاف به نقش سرمایه‌گذاری در توسعه دولت میزبان

علی رغم تأکید بر وجود ایرادت متعدد در قید کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان با این وجود به نظر می‌رسد با توجه به صور جدید توسعه اقتصادی کشور میزبان، چنین معیاری را که کمک واقعی به دولتهای میزبان سرمایه‌گذاری و به ویژه کشورهای در حال توسعه خواهد نمود، بتوان تا حد زیادی احراز نمود. در این خصوص به طور مثال بیان شده درحالی‌کهویژگی تحقق توسعه در معیار سالینی بحث برانگیز است، با این وجود دستورالعمل خاصی را برای تمایز فعالیت‌های صرفاً تجاری از سرمایه‌گذاری‌ها ارائه می‌دهد، چرا که سایر معیارهای بیان شده در پرونده سالینی برای احراز این تمایز، دشوار هستند. در این راستا هرچند در بیشتر موارد، استفاده یا انتقال دانش فنی خاص توسط خواهان؛ به‌عنوان یک مزیت برای کشور میزبان درنظر گرفته شده، با این وجود در مقایسه با مشارکت‌های ملموس‌تر همانند ساخت بزرگراهها، اهمیت زیادی به آنها داده نمی‌شود. این امر به این دلیل اتفاق می‌افتد که منافع ملموس(مانند ساخت بزرگراه) آشکار هستند، درحالی‌کهاین موضوع که دولت میزبان چه سودی از انتقال دانش یا مالکیت معنوی (به‌عنوان منافع ناملموس) خواهد برد، نیاز به ارزیابی سخت تری دارد. با این حال باید توجه داشت در فعالیت‌های اقتصادی جدید، احتمالاً منافع ناملموس بر منافع ملموس غالب خواهند شد، و در این موارد دادگاه باید تعیین کند که چه منافع مورد انتظاری از یک پروژه به دست می‌آید. لازم به ذکر است درحالی‌کهیک پروژه زیربنایی ممکن است برای مدت طولانی سود قابل توجهی را به همراه داشته باشد، انتقال دانش، مالکیت فکری یا دانش فنی می‌تواند برای مدت زمان نامحدودی سود قابل توجهی را به همراه داشته باشد. انتقال محض دانش، بدون اینکه هیچ گونه پروژه ملموسی همراه آن باشد می‌تواند به توسعه اقتصادی دولت میزبان بیشتر کمک کند تا یک پروژه ملموس بدون انتقال دانش. بنابراین آنچه بر توسعه دولت میزبان تأثیر مثبت می‌گذارد، بسته به حوزه پروژه اقتصادی می‌تواند متفاوت باشد. از این جهت با ارزیابی دقیق از یک فعالیت در یک صنعت خاص، به آسانی می‌توان تمام فعالیت‌های توسعه پسند، از جمله پروژه‌ها با مزایای ناملموس را شامل شود. در واقع با نامعلوم گذاشتن اصطلاح «سرمایه‌گذاری» در کنوانسیون این پتانسیل ایجاد شده که این مفهوم با ظهور انواع جدیدی از سرمایه‌گذاری‌ها مرتبط شود (Jung Engfeldt, 2014: 62). علاوه بر این به این مهم تأکید شده است که اشکال جدید سرمایه‌گذاری ناملموس در حال حاضر اکثر سرمایه‌گذاری‌های فرامرزی را در میان اقتصادهای توسعه یافته را تشکیل می‌دهد (Cottier, 2014: 579). در تحقیقات متعدد نیز به این مهم تأکید شده که دارایی‌های ناملموس نقش کلیدی در توسعه کشورها دارد. در این زمینه به طور مثال سوریناچ و مورنو در سال ۲۰۱۱ در مطالعه‌های به بررسی نقش دارایی‌های ناملموس در رشد اقتصادی منطقه‌ای در اتحادیه اروپا پرداخته اند. آنها در این مقاله توجه ویژه ای به چهار دارایی ناملموس کرده اند که عبارتند از: سرمایه دانش، سرمایه انسانی، سرمایه اجتماعی و سرمایه کارآفرینی. ایشان برای هر کدام از این دارایی‌ها، ویژگی‌های کلی، شاخصها و محدودیتهای اندازه گیری و همچنین، نتایج مهم تأثیر این فاکتورها بر رشد اقتصادی منطقه ای را توصیف کرده اند. آنان در این پژوهش به این نتیجه رسیده اند که «دارایی‌های ناملموس»؛ نقش مهمی در توضیح رفتار بنگاه‌ها و مسیرهای رشد اقتصادی در سطح منطقه ای در اروپا ایفا می کند» (Rezapor and Amiri, 2015: 177).

چند از کشوری به کشور دیگر متفاوت است (Douglas, 2009: 2) با این وجود معمولا احراز آن معیار تشخیص یک سرمایه گذاری تلقی نمی‌شود (Nakajima, 2022: 92).

در این رابطه می‌توان به پرونده بریجستون علیه پاناما[1] که تحت معاهده دوجانبه ارتقای تجارت ایالات متحده و پاناما (از این به بعد به‌عنوان TPA) مطرح شده نیز اشاره نمود[2]. بریجستون تولیدکننده تایر و محصولات لاستیکی، یک شبکه پیچیده شرکتی را ایجاد کرده که شرکت‌های تابعه آن دارای علائم تجاری و مجوز فعالیت در آمریکای مرکزی، از جمله در پاناما هستند. این پرونده به اعتراض ناموفق بریجستون به علامت تجاری یکی از رقبای خود مربوط می‌شود. بریجستون ادعا کرد تصمیم دادگاه تأثیر منفی بلندمدتی بر امکان استفاده از علائم تجاری و مجوزهای علامت تجاری بریجستون خواهد داشت و به مرور زمان ارزش آنها را کم می‌کند و از این جهت به نقض حقوق بریجستون به‌عنوان یک سرمایه گذار خارجی در چارچوب معاهده TPA استناد کرد. در این پرونده پاناما ایرادات متعددی را مطرح کرد؛ از جمله اینکه تحت چه شرایطی داشتن علامت تجاری یک سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود؟ و دوم اینکه تحت چه شرایطی مجوز علامت تجاری را باید یک سرمایه‌گذاری تلقی نمود؟ دادگاه تلاش کرد تا مشخص نماید در چه شرایطی یک علامت تجاری واقعاً متضمن یک سرمایه‌گذاری است. دادگاه این ایده را که صرف ثبت یک علامت تجاری برای تلقی آن به‌عنوان سرمایه‌گذاری کافی است، نپذیرفت. در نظر دادگاه یک علامت تجاری ثبت شده در درجه اول صرفا یک حق منفی است که در واقع استناد به این حق انحصاری، به معنای استفاده از علامت تجاری؛ صرفاً برای حذف رقبا از استفاده از علائم تجاری مشابه است که چنین استفاده ای متضمن استفاده مثبت از علامت تجاری نمی‌شود. به گفته دیوان، این فعالیت «هیچ منفعتی برای کشوری که ثبت (علامت تجاری) در آن انجام شده، ندارد، و به خودی خود هیچ گونه سودی برای صاحب علامت تجاری ایجاد نمی‌کند».

باوجود این وقتی از علامت تجاری به طور مثبت استفاده شود، وضعیت تغییر می‌کند. استفاده مثبت از یک علامت تجاری مستلزم تعامل دارنده علامت تجاری در برخی از فعالیت‌های اقتصادی است که در چنین مواردی، علامت تجاری برای تولید، تبلیغ و فروش محصولات که تحت علامت تجاری هستند به کار گرفته می‌شود که انجام فعالیت بدین شکل، معمولا مشارکت برخی منابع مالی را نیز به همراه دارد. در نتیجه دیوان اعلام کرد فعالیت‌های اقتصادی که از علامت تجاری برای مشارکت در فعالیت‌های اقتصادی بیشتر همانند فروش کالاهای تحت علامت تجاری، ارائه خدمات پس از فروش و همچنین کمک به اقتصاد دولت میزبان از طریق پرداخت مالیات انجام می‌شود، به‌عنوان فعالیت کمک کننده به اقتصاد داخلی محسوب می‌شود. در نتیجه، دیوان به این نتیجه رسید که علامت تجاری از یک حق صرفاً انحصاری؛ به سرمایه‌گذاری شایسته حمایت تبدیل شده، زیرا استفاده مثبت از یک علامت تجاری، ویژگی‌های یک سرمایه‌گذاری؛ از جمله مشارکت در توسعه اقتصادی دولت میزبان را برآورده می‌سازد(Stepanov, 2020: 745-746).

۲-۳- تمرکز بر پتانسیل کمک به توسعه دولت میزبان

بر اساس این رویکرد می‌توان معیاری منعطف تر در ارزیابی توسعه اقتصادی دولت میزبان، در جهت امکان استمرار استناد به این معیار ارائه نمود. در این راستا محکمه داوری در پرونده فینیکس اکشن علیه جمهوری چک[3]، بر این اعتقاد بود که رویکردی کمتر جاه طلبانه ای باید اتخاذ شود تا بر مشارکت سرمایه‌گذاری بین‌المللی در اقتصاد کشور میزبان تمرکز نماید که البته این رویکرد در مفهوم صرف سرمایه‌گذاری که توسط عناصر سهم پولی، وجود مدت معین و احراز ریسک شکل می‌گیرد، نهفته و از این رو (تحقق آن) باید فرض شود. در واقع توصیه شده با ایجاد توازن بین منافع سرمایه‌گذاران و دولت‌ها، اتخاذ یک رویکرد معتدل بین تحلیل مطلق از این معیار و پیش‌فرض کلی پیشنهاد شده توسط دادگاه فینیکس ارائه شود و در نتیجه به جای این که بررسی کنیم که آیا به توسعه اقتصادی کشور میزبان کمکی وجود داشته، دادگاه می‌تواند این موضوع را بررسی کند که آیا امکان مشارکت در توسعه وجود داشته است یا خیر.

بنابراین بجای حذف کامل این معیار که به ضرر دولت‌های میزبان خواهد بود و بجای تمرکز بر روی نتیجه نهایی(سرمایه‌گذاری)، می‌بایستی بر روی پتانسیل مشارکت

[1] Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34.

[2] Bridgestone v. Panama, § 1; United States Panama Trade Promotion Agreement, Pan.U.S., June 28, 2007 (hereinafter US Panama TPA), https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/panama-tpa/final-text.

[3] Phoenix Action Ltd v Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (15 April

سرمایه گذار در زمان انجام آن تمرکز نمود. البته این پیشنهاد جدیدی نیست. ژرژ دلوم[1]، مشاور ارشد حقوقی سابق بانک جهانی پیشنهاد کرده بود که باید بر سهم «مورد انتظار – هرچند نه همیشه واقعی[2]» سرمایه‌گذاری در توسعه اقتصادی دولت میزبان تمرکز نمود (Chan and Lai, 2023: 22).

٤- نتیجه‌گیری

یکی از مهم‌ترین اهداف انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری همانطوریکه در مقدمه کنوانسیون ایکسید نیز به آن اشاره شده، کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه است. این هدف به‌عنوان یکی از معیارهای پیش بینی شده برای احراز وجود قرارداد سرمایه‌گذاری، در پرونده‌های متعدد به آن پرداخته شده و رویه داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز نشان داده که بحث برانگیزترین معیار بوده است. در برخی از پرونده‌ها داوران با توجه به دشواری‌های مرتبط با احراز این معیار از یک طرف و از طرف دیگر با توجه به وجود ابهام در نحوه تشخیص عناصر این معیار، از پذیرفتن آن به‌عنوان یکی از قیود احراز قراردادهای سرمایه‌گذاری خودداری کرده اند. در مقابل در برخی از پرونده‌ها از این معیار تبعیت شده و در برخی نیز معیارکمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان تعدیل شده است. لازم به ذکر است تحلیل دیدگاه های متعدد نویسندگان و رویه محاکم داوری سرمایه گذاری بین‌المللی نشان داده مهم‌ترین دلائل مربوط به رد معیار کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان را می توان اولا در رابطه با مواردی از جمله ماهیت ذهنی این معیار که در عمل سبب اتخاذ موضع گیری‌های متفاوت در پرونده‌های مختلف داوری شده و ثانیا در دشواری احراز و اثبات عناصر معیار توسعه اقتصادی از این جهت که به چه میزان یک سرمایه‌گذاری باید به توسعه کشور میزبان کمک کند و یا اینکه ملاک در ارزیابی توسعه اقتصادی صرفا در جهت احراز رشد تولید ناخالص داخلی است یا توسعه در سایر بخش های اقتصادی را نیز دربرمی گیرد و ثالثا در وجود ابهام در عناصر تشکیل دهنده این معیار از این جهت که آیا محکمه داوری باید هر منفعت سیاسی یا فرهنگی تحصیل شده به سبب قرارداد را ارزیابی نماید و یا صرفا به تأثیر قابل توجه سرمایه گذاری بر توسعه اقتصادی دولت میزبان سرمایه توجه داشته باشد و در نهایت در ارزیابی پس از وقوع رویداد سرمایه‌گذاری توسط محاکم است که بر مبنای دشواری اخیر معمولا در رسیدگی های داوری، وجود سرمایه‌گذاری در زمان آغاز آن ارزیابی نمی شود، بلکه صرفا با نگاهی به گذشته عناصر سرمایه گذاری تحلیل می شود و از این جهت استفاده از آن به‌عنوان معیاری برای تعیین وجود سرمایه‌گذاری نامناسب است.

در مقابل این دشواری های که در برخی از پرونده ها عملا سبب حذف این معیار، از معیارهای مرتبط با احراز قراردادهای سرمایه گذاری شده، برخی محاکم ازجمله در پرونده فینیکس اکشن بر علیه جمهوری چک، راهکار نجات این معیار از حذف شدن را در تعدیل آن بدین نحوی دانسته اند که بجای قید مشارکت یا کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه، می‌بایستی به قابلیت یا پتانسیل امکان تحقق توسعه اقتصادی توجه نمود. درنظر برخی محاکم نیز راهکار حفظ معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان در اتخاذ دیدگاهی منعطف به شیوه های نوین سرمایه گذاری، همانند دارایی های ناملموس و توجه مضاعف به نقش آنها در توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه است. در این خصوص در پرونده برجیستون علیه پاناما دیوان داوری دارنده امتیاز تجاری را در فرض استفاده مثبت از آن که در عمل سبب ایجاد کسب و کار، درآمد و پرداخت مالیات از محل فروش محصولات و خدمات پس فروش آنها شده بود، به‌عنوان یک سرمایه گذاری شایسته حمایت که می تواند معیار مشارکت در توسعه اقتصادی دولت میزبان را برآورده سازد، تلقی نمود. علاوه بر این، خاطر نشان می شود برخی محاکم داوری اساسا این هدف را نه به‌عنوان یکی از قیود احراز سرمایه‌گذاری بلکه صرفا به‌عنوان یکی از اهداف قراردادهای سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید تلقی نموده اند و از این جهت تأکید بر عدم ضرورت توجه به این معیار در روند رسیدگی‌های داوری دارند.

نویسندگان با مداقه در نظریات مختلف پیرامون معیار «کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان» بر این اعتقادند که وجود این معیار برای احراز شرایط قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، حداقل در شکل تعدیل یافته آن ضروری است؛ چرا که اگر یکی از اهداف اساسی قراردادهای سرمایه‌گذاری را آنچنان که کنوانسیون ایکسید به آن اشاره نموده در کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان سرمایه تلقی نماییم، این هدف در احراز شرایط قراردادهای سرمایه‌گذاری؛ در جهت حصول اطمینان از تحقق روح و هدف حاکم بر این نوع قراردادها، باید وجود داشته باشد. در واقع وجود معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان» در کنار سایر معیارهای احراز یک

[1] Georges Delaume (2009) para 85
[2] Expected – if not always actual

قرارداد به‌عنوان یک قرارداد سرمایه گذاری تحت کنوانسیون ایکسید، می‌تواند نقطعه عطفی در ترویج سرمایه‌گذاری های بین‌المللی و همچنین در تمایل فزاینده کشورها به اعطاء امتیازات و حمایت از سرمایه گذاران بین‌المللی در قلمرو سرزمینی شان تلقی شود؛ زیرا در صورت تحقق توسعه اقتصادی کشور میزبان، از آنجایی که قراردادهای سرمایه‌گذاری در ایجاد این توسعه نقش مؤثری داشته اند؛ می‌تواند به‌عنوان عاملی سودمند برای کشورهای میزبان سرمایه تلقی شوند که سبب ترویج پذیرش سرمایه گذاران خارجی و انعقاد هر چه بیشتر معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری، در جهت حمایت از سرمایه گذاران خارجی به سبب نقش مؤثر آنها در توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه خواهد شد.

References

[1] Amiri, H.; Rezapour, Z. (2015). Investigating the effect of social capital on the entry of firms into foreign trade. *Applied Sociology*, *26*(1), 171-184. (In Persian)

[2] Arab Ahmadi, M.R.; Karimi, M. (2024). An analysis of the theory of independence in international commercial arbitration. *Private Law Research*, *12*(44), 187-219. (In Persian)

[3] Burger, L. (2013). The Trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test). *ASA Bulletin*, *31*(3), 521-536.

[4] Butler, N.; Tarawneh, J. (2024). A BIT of Protection for Non-Fungible Tokens: Digital Assets as a Catalyst for Economic Growth. *Journal of World Investment & Trade*, *25*, 93–129.

[5] Chan, D.; Lai, J. (2023). Two decades after Salini v Morocco: The case for retaining the Salini test with modifications. *Arbitration International*, *39*(1), 63–84, https://doi.org/10.1093/arbint/aiad007.

[6] Collins, D. (2023). *An Introduction to International Investment Law*. United Kingdom, Cambridge University Press.

[7] Cottier, T.; Lastra, R. M.; Tietje, C.; Satragno, L. (Eds.). (2014). *The rule of law in monetary affairs: world trade forum*. Cambridge University Press.

[8] Douglas, Z. (2011). *The International Law of Investment Claims*. New York: Cambridge University Press.

[9] García-Bolívar, Omar E. (2010). *Protected Investments and Protected Investors*. The Outer Limits Of Icsid's Reach, 2(1) Trade L. & Dev. 145.

[10] Heath, D.; Lalani, S.; Shapiro, S. (2024). *Hospitality & Construction Disputes*. Post-Covid, Brill.

[11] Hoffmann, R.T.; Krajewski, M. (2019). *Research Handbook on Foreign Direct Investment*. USA: Edward Elgar Publishing.

[12] Jung Engfeldt, H. (2014). Should ICSID Go Gangnam Style in Light of Non-Traditional Foreign Investments Including Those Spurred on by social media? Applying an Industry-Specific Lens to the Salini Test to Determine Article 25 Jurisdiction. *Berkeley Journal of International Law*, *32*(1), 44-63.

[13] Karimi, M.; Nasiran, D.; Najafi, M.R.; Arab Ahmadi, M.R. (2024). A reflection on the efficiency of the arbitration institution in foreign trade. *Civil Law Knowledge*, *13*(1), 121-134. (In Persian)

[14] Konstantinidi, M. (2024). *Enhancing the Implementation of Sustainable Development Through International Investment Law*. Switzerland: Springer.

[15] Lim, H.; Jean, P. (2021). *International Investment Law and Arbitration Commentary*. Awards and Other Materials, United Kingdom: Cambridge University Press.

[16] Marc Exelbert, J. (2016). Consistently Inconsistent: What Is a Qualifying Investment Under Article 25 of the ICSID Convention and Why the Debate Must End. *Fordham Law Review*, *85*(3), 11-25.

[17] Matthias, H. (2024). *Principles of International Economic Law*. 3e, New York: OUP Oxford.

[18] Nakajima, K. (2022). *The International Law of Sovereign Debt Dispute Settlement*. New York: Cambridge University Press.

[19] Oke, K. (2021). *The Interface between Intellectual Property and Investment Law an Intertextual Analysis*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing.

[20] Okpe, F. (2014). Endangered Element of Icsid Arbitral Practice: Investment Treaty Arbitration, Foreign Direct Investment, and the Promise of Economic Development in Host States. *Richmond Journal of Global Law & Business*. *13*(2), 17-25.

[21] Paul Newcombe, A.; Cordonier Segger, M.; Gehring, M. (2011). *Sustainable Development in World Investment Law*. Netherland: Kluwer Law International.

[22] Rensmann, T. (2017). *Small and Medium-sized Enterprises in International Economic Law*. United Kingdom: Oxford University Press.

[23] Rostami, S. (2024). Sustainable development management in countries from the perspective of international law with an analysis of economic jurisprudence. *Economic Jurisprudence Studies*, *5*(4), 192-175. (In Persian)

[24] Rovine, A. W. (2013). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2012)* (Vol. 6). Martinus Nijhoff Publishers.

[25] Schreuer, H.; Malintoppi, L.; Reinisch, A; Sinclair, A. (2009). *The Icsid Convention: a commentary A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Second edition, New York: Cambridge University Press.

[26] Shahbazi, A. (2010). "Sustainable development" or "sustainability of development" in international law. *International Law Journal*, *27*(42), 139-125. (In Persian)

[27] Stepanov, I. (2020). Economic development dimension of intellectual property as investment in international investment law. *The Journal of World Intellectual Property*, *23*(5-6), 736-758.

[28] Ulrich, G.; Ziemele, I. (Eds.). (2019). *How international law works in times of crisis*. Oxford University Press, USA.

[29] Wahab, A.; Mohamed, S.; Duggal, K. (2022). *The Resurgence of the Unified Arab Investment Agreement and the Organisation for Islamic Cooperation Investment Agreement A Dawn of a New Chapter on Investment Protection*?, Netherlands: Brill.

[30] Ziccardi Capaldo, G. (2024). *Global Community Yearbook of International Law And Jurisprudence 2023 Global Law*. Politics, Ethics, Justice, OXFORD University Press US

[31] Živković, V. (2023). *Fair and Equitable Treatment and the Rule of Law*. USA: Edward Elgar Publishing Limited.

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 162-184

Economical and legal analysis of article 1 of the mandatory formal registration of immovable properties

M. Alijani[1]; M. H. Javaherkalam[2*]

1- Assistant Professor of Faculty of Law and Political Science, shahid chamran university of ahvaz, Ahvaz, Iran.
2. Assistant Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.
(*-Corresponding Author E-mail): javaherkalam@atu.ac.ir

Received: 13 October 2024 Revised: 11 November 2024 Accepted: 30 November 2024 Available Online: 30 November 2024	**How to cite this article:** Alijani, M.; Javaherkalam, M. H. (2024). Economical and legal analysis of article 1 of the mandatory formal registration of immovable propertie. *Encyclopedia of Economic Law Journal, 31*.(26): 162-184. (In Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.89080.1386

1- INTRODUCTION

The Law on the Necessity of Official Registration of Immovable Property Transactions, approved on 2022/11/27, initially presented to the Islamic Consultative Assembly in 2016 under the title of "the plan of enhancing the credibility of official documents" and approved with amendments in the meeting dated 2020/05/20, was subject to the amendments dated 2021/06/27, 2021/09/19, and 2022/08/31 to resolve the objections raised by the Guardian Council and approved finally on 2022/11/27, and the Expediency Discernment Council of the System recognized it as compatible with the System's expediency on 2024/05/15. The main purpose of this law is to maintain and stabilize the ownership of persons on real estate through the exclusive accreditation of official documents and to derogate from the accreditation of ordinary documents in the field of immovable property transactions, leading to ensuring the stability and security of transactions and expanding trust in legal and contractual relationships, reducing the number of lawsuits and prolongation of proceedings, preventing sham transactions and transfers aiming to escape from liability, preventing the commission of property crimes (such as the fraud and transfer of the property of another and interfering transactions), preventing the unauthorized acquisition of immovable property by foreigners (due to its considerable prevalence in recent years in different regions of Iran), and organizing the market of immovable property transactions in real estate agencies and consultants. Other important goals of approving the law include transparency and state supervision and control in real estate transactions, especially as part of the national territory, prevention of tax evasion, ease of online access to information related to contracts, and facilitation of inquiries about the ownership status of immovable property. However, one of the main factors leading to the approval of the Law on the Necessity of Registration was the disadvantages of relying on ordinary documents in immovable property transactions in courts, especially the ease of annulment of official documents through prior ordinary transactions or with the help of witness testimony. This issue has worsened with the approval of Article 62 of the Law of Permanent Decrees of the Country's Development Programs, especially the contraposition of the exception provided for in the aforementioned article, which considered ordinary documents with Sharia validity as valid and reliable against official documents and practically blocked the jurisprudence's escape from the annulment of official

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

documents and the application of Article 22 of the Law on Registration. Article 1 of the Law on the Necessity of Official Registration of Immovable Property Transactions is a rebellion against the well-known opinion of jurists and jurisprudence who considered informal real estate transactions to be correct in contrast to articles 22 and 46 to 48 of the Registration Law and in accordance to the views of the Guardian Council. To deal with the existing procedures, this law enumerates some examples of transactions that need to be registered and provides a rule to differentiate them. In addition, as a new measure, it seeks to determine explicit sanctions for the non-registration of transactions by stating that many claims cannot be heard.

However, not only does Article 1 of the new law require analysis in terms of the transactions that must be registered and the authority for registering legal deeds related to immovable property has important differences with the previous regulations, but also one of the basic challenges and ambiguities of the law is the failure to specify a substantive sanction for informal transactions. On the other hand, one of the main bases of the approval of the new law has been the fulfillment of economic goals and functions, and to complete the legal discussions, the economic analysis of the provisions of Article 1 of the Law on the Necessity of Registration is also necessary and inevitable, so that in this way, the most important economic principles governing the analysis of juristic bodies are studied in the new regulation with an emphasis on such aspects as efficiency, dealing with opportunism, optimum risk allocation, reducing transaction costs, dealing with moral hazard, increasing the credibility of transactions, and reducing legal claims and property crimes, and the weaknesses and strengths of Article 1 are explained while strengthening and stabilizing positive innovations and fixing its weaknesses and deficiencies. For this purpose, first, the legal analysis of the provisions of Article 1 of the aforementioned law is done. Then, the economic analysis of Article 1 of the said law, including the economic analysis of the basis of the enactment of the article and the economic analysis of the rulings and the effects of the approval of the article, is done.

The discussed Law has many ambiguities, gaps, and defects, especially in Article 1. The purpose of this paper is to resolve these ambiguities and gaps, especially to clarify the legal deeds that must be registered and the status of unregistered transactions. In fact, the present research aims to show how the new is different from the previous laws, especially articles 22 and 46 to 48 of the Registration Law and Article 62 of the Law of Permanent Decrees of the Country's Development Programs in terms of transactions requiring registration and the legal status of unregistered deeds related to immovable property, and what innovations can be found in the new law regarding the electronic registration of documents and the official transaction registration authority. Accordingly, the present research seeks to answer this question: in addition to the sale of immovable property, which contracts and even unilateral legal acts require official registration in the field of transactions requiring registration, and in case of non-registration, are the aforementioned legal deeds invalid or are they non-invocable against official documents, or are unregistered transactions valid and effective? Another purpose of this research is the sanction of non-registration of "transaction cancellation" and its effect on subsequent transactions, for which a new provision has been established in Article 1 of the Law on the Necessity of Registration and it is apparently not compatible with our jurisprudence and legal principles. In addition, the economic analysis of the provisions of Article 1 of the new law have also been among the purposes of the present article.

2- METHODOLOGY

In this paper, to analyze Article 1 of the said from a legal and economic point of view, a descriptive-analytical research method has been used with an emphasis on the interpretation of the text. Additionally, the required data have been collected using the library search and have been criticized and analyzed using the principles and tools of the interpretation.

3- RESULTS

Analyzing Article 1 of the Law on the Necessity of Official Registration of Immovable Property Transactions from a legal and economic point of view has led to the following results in the present research:

1. Considering the transactions that must be registered, Article 1 of the Law on the Necessity of Registration has differences from the previous regulations, especially Articles 46 and 47 of the Registration Law and Article 62 of the Law of Permanent Decrees of the Country's Development Programs, both in terms of the legal deeds that must be registered and the sanction of non-registration of transactions. Of course, comparing the sanction of non-registration of immovable property transactions in the Law on the Necessity of Registration and the previous regulations, especially the Registration Law, it should be said that in the previous regulations, the legislator has only stated formally the sanction and has not clearly defined the informal transaction status from a legal point of view.

2. Article 1 of this Law considers a group of legal deeds related to real estate as cases requiring registration. Otherwise, they are subject to the sanction stipulated in this article: 1) legal deeds whose subject or result is the transfer of the immovable property itself, including sale, exchange, conveyance (whether for value or free), donation, advance sale of the building, hire-purchase (which ultimately leads to the possession of the immovable property itself), bilateral participation, possessory will, exercizing the right of preemption, and so on; 2) legal deeds whose subject or result is the transfer of immovable property interests for more than two years (such as rent, conveyance of interests, and testamentary disposition of immovable property interests), assignment of easement right or establishment of the right of use for more than two years (i.e. contracts creating right of use such as estate for years or life estate); 3) donation contract (the effect of which is the redemption of the property from the owner or donor and the establishment of the right of use for the beneficiary, and the intention to create it must be permanent) and mortgage contract (the main requirement of which is the creation of collateral for the creditor or mortgagor) in relation to immovable property; and 4) the commitment to create the aforementioned legal deeds, such as the commitment to sell (whether it is in the form of a mutual promise to sell or a unilateral promise to sell) and the commitment to advance sell the apartment.

3. When a transaction has been registered in the electronic document registration system, the cancellation of said transaction must also be registered in the same system. It should be noted that the verification and confirmation of the termination of the contract and the correctness of its deeds require the judgment of a judicial authority or arbitration, such as the termination of the contract due to the exercise of the option of breach of condition, the option of lesion or defect, or the fulfillment of the termination condition, and in this case, after the decision of the adjudicating body, the termination of the transaction must be registered and entered in the electronic document registration system. Additionally, the termination of the contract may not require the issuance of a decision by the court or arbitrator in such cases as the cancellation of the contract due to the option of conditions, and in these cases, it can be concluded from the contraposition of Note 1 of Article 1 of the Law on the Necessity of Registration that the termination of the transaction must be registered in the system and it should not wait for the court order or the arbitrator's decision.

4. Undoubtedly, the biggest ambiguity and the most important challenge of the Law on the Necessity of Registration is the lack of determining an explicit sanction for not registering substantively the transaction in the electronic document registration system, because instead of determining the legal status of the unregistered transaction in terms of validity, invalidity, non-invocablity, and so on, the legislator has been satisfied with inadmissibility and invalidity of claims and evidence related to immovable property transactions.

5. From the point of view of economic analysis, the official registration of real estate and related transactions will reduce numerous legal claims, including the claim to prove the sale and the requirement to draw up an official document and prove the ownership, which account for a large number of ongoing claims in the courts. Additionally, conducting official transactions will eliminate the possibility of transferring the property to two or more people, fraud, and interfering

transactions. Considering invalid the informal transactions of immovable property, the first part of Article 1 of the Law on the Necessity of Registration and its notes have actually considered real estate as certified goods that can be easily identified and transferred. In other words, these properties are no longer pure consumer goods, but they will have a high economic turnover.

4- CONCLUSION

This Law approved on 2022/11/27, which was not approved by the Guardian Council after going back and forth five times between the Islamic Consultative Assembly and the Guardian Council and finally was recognized as compatible with the System's expediency after being amended by the Expediency Discernment Council on 2024/05/15, has been approved to establish the ownership of persons on immovable property through the exclusive crediting of official documents and discrediting of ordinary documents in the field of transactions related to real estate. The most important requirements for passing the law were to guarantee the stability and security of transactions, expand trust in legal and contractual relations, deal with the omission of articles 22 and 46 to 48 of the Registration Law, validity of informal transactions related to immovable property from the jurisprudence points of view following the well-known opinion of jurists, and even cancelling official documents with the help of prior ordinary documents or the testimony of witnesses and judicial presumptions, which was greatly facilitated and expanded especially after the enactement of Article 62 of the Law of Permanent Decrees of the Country's Development Programs, as well as reduce the number of lawsuits and prolongation of proceedings (especially lawsuits related to proof of ownership, enforcement of transactions, the necessity of drawing up an official document, declaration of annulment of interfering transactions, and annulment of official documents drawn up), prevent formal transactions and transfers aiming to escape from liablity, prevent property crimes, organize the market of immovable property transactions in real estate agencies and consultants, make easy online access to information related to contracts, facilitate inquiries about the ownership status of immovable property, prevent tax evasion, and supervise and control real estate transactions (as part of the national land) by the government. Therefore, the approval of the law in question is generally considered a valuable and positive measure. Maybe it should have been approved years ago and it would have been even better if the legislator and jurisprudence remained faithful to the provisions of the Registration Law like some well-known jurists. However, the new law has many ambiguities, challenges, difficulties, and complications, and it is obvious that addressing all of them is not possible in a single paper. Accordingly, the present research seeks to analyze only Article 1 of the law from a legal and economic point of view and leaves the investigation of other issues and articles to other research works.

In line with previous regulations and of course, with some fundamental differences, Article 1 of the Law on the Necessity of Registration considers it mandatory to register legal deeds related to immovable property in the "electronic document registration" system. According to the first part of this article, transactions whose subject or result is the transfer of property itself or the transfer of immovable property interests for more than two years, the assignment of the easement right or establishment of the right of use for more than two years, as well as donation and mortgage contracts for real estate and commitment to create the aforementioned legal deeds must be registered in the system. Otherwise, the legislator in the position of determining formal sanction considers inadmissible and invalid the claims and evidence related to unregistered real estate transactions in judicial, quasi-judicial, arbitration, and administrative authorities, and no legal suit, criminal complaint, or petition related to said transactions, such as the proof or the execution of the transaction, the cancellation of the official document of ownership, the obligation to draw up the official document, expropriation, eviction, the obligation to fulfill the obligations contained in it, and the transfer of the property of another, are not heard. Therefore, although the legislator has not stated the substantive sanction for the unregistered transaction, the tone of the article and the inadmissibility and invalidity of all lawsuits and evidence related to informal

contracts indicate that the legislator considers the aforementioned transactions invalid and accordingly, the lawsuit for the extradition of considerations is regarded the only lawsuit that can be heard. Additionally, the legislator considers mandatory "the registration of cancellation" of the transactions registered in the system, and regarding the effect of contract termination on subsequent official transactions, the legislator prefers the right of the third-party transferee to the right of the first owner (the holder of the right of termination) and does not accept the extradition of the property itself, even in the case of specifying the right of termination for the transferor and prohibiting the transferee from transferring the object of transaction to a third party. It only gives him the right to charge the current price of the property from the first transferee, unless he has the right to cancel in the second transaction or the object of transaction has somehow become his property. Thus, according to the rule, it should be considered that the legislator has appropriated the uniform practice vote no. 810 of the General Board of the Supreme Court by enacting Note 1 of Article 1 of the new law.

From the point of view of economic analysis, to justify the economic foundations of enactment of the Law on the Necessity of Official Registration of Immovable Property Transactions, several principles such as the principle of dealing with opportunism, the principle of reliance cost, the principle of optimum risk allocation, reducing transaction costs, reducing the number of legal claims and property crimes, and facilitating the implementation of court rulings and the principles of security and efficiency of contracts have been analyzed. Additionally, to analyze economically the rulings and effects of Article 1 of the aforementioned law, especially the exclusive accreditation of registered transactions and the effect of cancellation of transactions on subsequent official contracts, the rulings of the law have been investigated based on several economic principles, such as the principle of cost/benefit proportionality, the principle of achieving efficiency, the principle of dealing with moral hazard, legal guarantee as a price, and relying on the result-oriented approach and the economic effects of trust in official ownership and transaction have been explained, and it has been concluded that the law in question can be considered as a rule and an effective, positive, and useful law for the society.

Keywords: Necessity of official registration of immovable property transactions, economic analysis, registration of contract termination, electronic document registration system, contractual efficiency and security.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص ۱۸۴-۱۶۲

تحلیل حقوقی و اقتصادی مفاد ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول

محسن علیجانی[۱]، محمدهادی جواهرکلام[۲*]

دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۲۲ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۰

چکیده

در این مقاله، ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، از منظر حقوقی و اقتصادی، با روش تحقیق توصیفی-تحلیلی و با هدف تبیین اعمال حقوقی که باید در «سامانه ثبت الکترونیک اسناد» ثبت شوند و ضمانت اجرای معاملات ثبت‌نشده و نیز مبانی وضع ماده یک از منظر تحلیل اقتصادی (تحلیل پیشینی) و توجیه اقتصادی احکام و آثار ماده مزبور (تحلیل پسینی)، بررسی شده است. نتیجه حاصل‌شده این بود که اگرچه قانون‌گذار ضمانت اجرای معاملات ثبت‌نشده را به‌صراحت تعیین نکرده و صرفاً به بیان ضمانت اجرای شکلی، مانند عدم استماع دعاوی اثبات و تنفیذ معامله، الزام به تنظیم سند رسمی، ابطال سند، خلع ید و تخلیه ید و الزام به اجرای تعهدات مندرج در معاملات غیررسمی و شکایت کیفری انتقال مال غیر، بسنده کرده؛ به‌نظر می‌رسد معاملات عادی راجع به املاک، باطل است و به‌همین جهت قانون‌گذار، تنها دعوای قابل استماع در زمینه معاملات غیررسمی املاک را که دلالت بر بطلان معامله نیز دارد، استرداد عوضین برشمرده است. همچنین، پس از تبیین اثر فسخ معامله رسمی بر معاملات رسمی بعدی و توجیه اقتصادی تصویب ماده یک قانون جدید و احکام و آثار آن، مشخص گردید که احکام مقرر با بسیاری از اصول تحلیل اقتصادی حقوق سازگار است.

کلیدواژه‌ها: الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، تحلیل اقتصادی، ثبت فسخ قرارداد، سامانه ثبت الکترونیک اسناد، کارایی و امنیت قراردادی.

[۱]. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران.

[۲]. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول: Javaherkalam@atu.ac.ir)

مقدمه

قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول[1] مصوب ۱۴۰۱/۹/۶، که در آغاز با عنوان طرح «ارتقای اعتبار اسناد رسمی» در سال ۱۳۹۵ به مجلس شورای اسلامی تقدیم و در جلسه ۱۳۹۹/۲/۳۱ با اصلاحاتی تصویب شده بود، به‌جهت تأمین ایرادهای شورای محترم نگهبان، با اصلاحات مورخ ۱۴۰۰/۴/۶، ۱۴۰۰/۶/۲۸، ۱۴۰۱/۶/۹، و سرانجام ۱۴۰۱/۹/۶ به تصویب رسید و مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز در تاریخ ۱۴۰۳/۲/۲۶ آن را موافق با مصلحت نظام تشخیص داد. هدف اصلی این قانون، حفظ و تثبیت مالکیت اشخاص بر املاک از طریق اعتباربخشی انحصاری به اسناد رسمی و عدول از اعتبار اسناد عادی در حوزهٔ معاملات اموال غیرمنقول است؛ امری که منجر به تضمین ثبات و امنیت معاملات و گسترش اعتماد در روابط حقوقی و قراردادی، کاستن از شمار دعاوی و اطاله دادرسی، جلوگیری از معاملات صوری و نقل و انتقال‌های با انگیزه فرار از دین، پیشگیری از ارتکاب جرایم ملکی (مانند کلاهبرداری و انتقال مال غیر و معاملات معارض)، جلوگیری از تملک غیرمجاز اتباع بیگانه نسبت به اموال غیرمنقول (به‌جهت شیوع گسترده آن در سال‌های اخیر در مناطق مختلف ایران) و سروسامان دادن به بازار معاملات اموال غیرمنقول در بنگاه‌ها و مشاوران املاک خواهد شد. از اهداف مهم دیگر تصویب قانون می‌توان به شفافیت و نظارت و کنترل دولت در معاملات املاک، به‌ویژه به‌عنوان بخشی از سرزمین ملی، جلوگیری از فرار مالیاتی، سهولت دسترسی به اطلاعات مربوط به قراردادها به صورت برخط و تسهیل استعلام از وضعیت مالکیت اموال غیرمنقول اشاره نمود. وانگهی، یکی از عوامل اصلی گرایش به تصویب قانون الزام به ثبت، مضرات استناد به اسناد عادی در معاملات اموال غیرمنقول در دادگاه‌ها، به‌ویژه سهولت ابطال اسناد رسمی از طریق معاملات عادی مقدم یا به کمک شهادت شهود بود. این وضعیت با تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، به‌خصوص مفهوم مخالف استثنای مقرر در ماده مزبور، که اسناد عادی دارای اعتبار شرعی[2] را در برابر اسناد رسمی، معتبر و قابل استناد شمرده، وخیم‌تر شده و در عمل، راه فرار رویه قضایی از ابطال اسناد رسمی و اعمال ماده ۲۲ قانون ثبت را مسدود نموده بود. ماده یک قانون الزام به ثبت، طغیانی در برابر نظر مشهور حقوق‌دانان و رویه قضایی است که برخلاف مواد ۲۲ و ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت و در راستای عمل به نظریات شورای نگهبان، معاملات غیررسمی املاک را صحیح می‌پنداشتند. این قانون، برای مقابله با رویه‌های موجود، برخی مصادیقِ معاملات نیازمند ثبت را شمارش و ضابطه‌ای نیز برای تمیز آنها پیش‌بینی نموده و افزون بر آن، در اقدامی نو، برای عدم ثبت معاملات، با تصریح به عدم قابلیت استماع بسیاری از دعاوی، درصدد تعیین ضمانت اجرای صریح برآمده است.

با این حال، ماده یک قانون جدید، نه‌تنها از حیث معاملاتی که باید به ثبت برسند و مرجع ثبتِ اعمال حقوقی راجع به اموال غیرمنقول با مقررات پیشین تفاوت‌های مهمی دارد و نیازمند تحلیل است، بلکه یکی از چالش‌ها و ابهام‌های اساسی قانون، عدم تعیین ضمانت اجرای ماهوی برای معاملات غیررسمی است. از طرف دیگر، تحلیل اقتصادی مفاد ماده یک قانون الزام به ثبت، که یکی از مبانی اصلی تصویب قانون جدید بوده، برای تکمیل بحث‌های حقوقی اجتناب‌ناپذیر است تا از این طریق، مهم‌ترین اصول اقتصادی ناظر بر تحلیل نهادهای حقوقی، با تأکید بر جنبه‌هایی مثل کارایی، مقابله با فرصت‌طلبی، تخصیص بهینه ریسک، کاهش هزینه معاملاتی، مقابله با مخاطره اخلاقی، افزایش اعتبار معاملات و کاهش دعاوی حقوقی و جرایم ملکی، در مقرره جدید مطالعه شده و ضمن تبیین و نمایان ساختن نقاط ضعف و قوت ماده یک، به تقویت و تثبیت نوآوری‌های مثبت و برطرف ساختن نقاط ضعف و رفع کاستی‌های آن مبادرت شود. برای این منظور، ابتدا به تحلیل حقوقی مفاد ماده یک قانون یادشده پرداخته می‌شود؛ آنگاه تحلیل اقتصادی ماده یک قانون مذکور، اعم از تحلیل اقتصادی مبانی وضع ماده و تحلیل اقتصادی احکام و آثار تصویب ماده، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. لیکن پیش از آغاز بحث لازم است تأکید شود که تحلیل اقتصادی صورت‌گرفته در این مقاله، تحلیل اثباتی یعنی پیامد تضمینات حقوقی است؛ منتها در موارد لزوم، به تحلیل هنجاری که هدف آن بیان چگونگی تغییر قانون جهت کارایی است نیز پرداخته خواهد شد.

---

[1]. در این نوشتار جهت رعایت اختصار از این قانون در ادامه با عنوان «قانون الزام به ثبت» یاد خواهد شد.

[2]. ظاهراً مقصود از «اعتبار شرعیِ» اسناد عادی که پیش از این در نظریات شورای نگهبان نیز با عنوان «حجت شرعی» از آنها یاد شده است، وجود بینه شرعی یا شهادت شهود بر درستی اسناد عادی و معاملات غیررسمی است.

۱- تحلیل حقوقی مفاد ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول

برای تحلیل حقوقی ماده یک قانون الزام به ثبت، ابتدا دامنه موضوعی ماده، یعنی معاملاتی که باید ثبت شوند، مطالعه می‌گردد؛ سپس به تحلیل حکم ماده، یعنی ضمانت اجرای تکلیف به ثبت و وضعیت معاملات ثبت‌نشده می‌پردازیم.

۱-۱. دامنهٔ موضوعی ماده یک؛ معاملات نیازمند ثبت

الف- قلمرو ماده: ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در مورد اعمال حقوقی که باید به ثبت برسند، اعلام می‌دارد: «یکسال[1] پس از راه اندازی رسمی سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی موضوع ماده (۱۰) این قانون، هر عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع که موضوع یا نتیجه آن انتقال مالکیت عین یا انتقال حق انتفاع (اعم از عمری یا رقبی برای مدت بیش از دو سال) یا انتقال حق ارتفاق اموال غیرمنقول باشد و وقف و نیز انعقاد عقد رهن در خصوص آنها و انعقاد عقود مفید انتقال منافع اموال مذکور برای مدت بیش از دو سال و اجاره به شرط تملیک و هر نوع پیش‌فروش ساختمان، اعم از اینکه به صورت سهمی از کل عرصه و یا اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور باید در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد...».

بر این اساس، چند دسته از اعمال حقوقی مربوط به املاک باید به ثبت برسد، وگرنه با ضمانت اجرای مقرر در این ماده روبه‌رو می‌شود: ۱- اعمال حقوقی که موضوع یا نتیجه آن، انتقال عین مال غیرمنقول باشد مثل بیع، معاوضه، صلح (اعم از معوض یا مجانی)، هبه، پیش‌فروش ساختمان، اجاره به شرط تملیک (که در انتها به تملیک عین مال غیرمنقول می‌انجامد)، شرکت معاوضی، وصیت تملیکی، اخذ به شفعه و نظایر آنها؛ ۲- اعمال حقوقی که موضوع یا نتیجه آن، انتقال منافع مال غیرمنقول برای بیش از دو سال (مثل اجاره، صلح منافع و وصیت به منافع مال غیرمنقول)، واگذاری حق ارتفاق یا ایجاد حق انتفاع برای زاید بر دو سال (یعنی عقود موجد حق انتفاع مثل رقبی یا عمری) باشد؛ ۳- عقد وقف (که اثر آن، فک ملک از مالک (واقف) و پیدایش حق انتفاع برای موقوف‌علیهم بوده و باید به‌صورت دائمی انشاء شود) و عقد رهن (که مقتضای اصلی آن پیدایش وثیقه برای طلبکار یا مرتهن است) نسبت به اموال غیرمنقول؛ ۴- تعهد به انشای اعمال حقوقی یادشده، مانند تعهد به بیع (اعم از اینکه در قالب وعده متقابل بیع باشد یا وعده یک طرفی بیع) و تعهد به پیش‌فروش آپارتمان.

ب- مقایسه ماده یک قانون جدید با قوانین پیشین: از آنچه گفته شد، معلوم می‌گردد که ماده یک قانون الزام به ثبت از حیث معاملاتی که باید ثبت شوند، تفاوت‌هایی با مقررات پیشین، به‌ویژه مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور دارد، زیرا ماده ۴۶ ق.ث. اعلام می‌دارد: «ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل: ۱) کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد. ۲) کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است». بدین ترتیب، بند نخست ماده مزبور شامل تمامی معاملات مربوط به عین املاک ثبت‌شده می‌گردد، مانند بیع، صلح، معاوضه، هبه، پیش‌فروش ساختمان، اجاره به شرط تملیک، وقف و رهن؛ چراکه تمام این معاملات نسبت به عین مال غیرمنقول واقع می‌شوند (برای شرح ماده، ر.ک.: Katouzian, 2008: 56-61 Katouzian, 2009: 88-89, 271-274 & 381- & 92-93 ;383). همچنین، اجاره و صلح منافع و وصیت به منافع املاک نیز مشمول این بند هستند، با این تفاوت که قانون‌گذار انتقال منافع کمتر از دو سال را نیز مستلزم ثبت می‌داند؛ حتی با تفسیر وسیع از بند یک ماده ۴۶ ق.ث. می‌توان آن‌ها را شامل تعهد به انتقال مال غیرمنقول ثبت‌شده نیز دانست. وانگهی، اگرچه بند یک ماده مزبور صراحت ندارد، چه‌بسا بتوان گفت که واژه «معامله» در این ماده معنای عامی دارد[2] و شامل تمام اعمال حقوقی، اعم از عقد و ایقاع، می‌شود. با این تعبیر، اخذ به شفعه و وصیت تملیکی نسبت به مال غیرمنقول را هم می‌توان مشمول ماده شمرد. بند دو ماده ۴۶ نیز شامل حق ارتفاق و حق انتفاعی که در مورد ملکی برقرار می‌شود، خواهد بود، مشروط بر اینکه ملک مزبور قبلاً ثبت شده باشد؛ بدون اینکه قانون‌گذار لزوم ثبت حق انتفاع را مقید به ایجاد حق برای بیش از دو سال نموده باشد. بنابراین، تفاوت ماده یک قانون الزام به ثبت و ماده ۴۶ ق.ث. عمدتاً در این است که نخست:طبق ماده اخیر، تنها معاملات راجع به اموال غیرمنقول که «در دفتر املاک ثبت شده‌اند» باید به ثبت برسند، اما در ماده یک قانون جدید چنین قیدی دیده نمی‌شود؛ دوم: در نظام قانون ثبت، معاملات مربوط به اموال غیرمنقول باید در «دفتر اسناد رسمی» ثبت شوند تا سرانجام خلاصهٔ‌معامله در دفتر املاک به ثبت برسد، اما ماده یک قانون الزام به ثبت، ثبت الزامی معاملات را در «سامانه ثبت

[1]. در مصوبه ابتدایی، ۶ ماه مهلت برای ثبت در نظر گرفته شده بود.

الکترونیک اسناد» پیش‌بینی نموده تا از آنجا در دفتر املاک ثبت شوند. بنابراین، قانون‌گذار در مقرره جدید ثبت الکترونیک اسناد مربوط به معاملات اموال غیرمنقول یا ثبت برخط (آنلاین) را جایگزین سیستم ثبت سنتی (ثبت در دفاتر اسناد رسمی به‌صورت کاغذی) کرده است. به هر حال، ماده ۴۷ قانون ثبت، در تکمیل ماده ۴۶، می‌افزاید: «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند، ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱) کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده. ۲) صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه». بر پایه این ماده، ثبت تمام معاملات راجع به عین اموال غیرمنقول، از جمله صلح، هبه و شرکت معاوضی، و نیز ثبت کلیه معاملات مربوط به منافع املاک، به شرحی که تفصیل آن در ماده ۴۶ گذشت، در نقاطی که وزارت دادگستری (قوه قضاییه) مقتضی بداند، الزامی است؛ هرچند در دفتر املاک ثبت نشده باشد. ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی هم ثبت معاملات یادشده را در سامانه ثبت الکترونیک اسناد الزامی شمرده، بدون آنکه لزوم ثبت را به صلاح‌دید قوه قضاییه واگذار نماید و افزون بر معاملات مندرج در ماده ۴۷، شامل ثبت حق ارتفاق، حق انتفاع بیش از دو سال، وقف و رهن اموال غیرمنقول و تعهد به انجام این قراردادها نیز می‌شود؛ همچنان که ماده یک قانون جدید ثبت صلح‌نامه، شرکت‌نامه (شرکت معاوضی) و هبه‌نامه مربوط به اموال غیرمنقول را هم در بر می‌گیرد.

علاوه بر این، بین ماده یک قانون الزام به ثبت و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور شباهت‌ها و تفاوت‌های مهمی وجود دارد: از حیث معاملات مشمول قانون، ماده اخیر شامل «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت‌شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات» می‌شود. بنابراین، از حیث دامنه موضوعی، دو ماده با یکدیگر شباهت زیادی دارند و عموم ماده ۶۲، همانند ماده یک قانون الزام به ثبت، تمامی معاملات راجع به عین و منافع اموال غیرمنقول را در بر می‌گیرد؛ با این تفاوت که ماده ۶۲ شامل اجاره‌های کمتر از دو سال نیز می‌شود. همچنین، اگر واژه «معامله» در ماده ۶۲ در معنای دقیق آن به‌کار رفته باشد، ایقاعات مربوط به اموال غیرمنقول، مانند وصیت تملیکی و اخذ به شفعه، از شمول ماده مذکور خارج است و از این جهت، ماده یک قانون جدید جامع‌تر و کامل‌تر به نظر می‌رسد؛ مگر اینکه بگوییم اصطلاح معامله در ماده مذکور در معنای عام استعمال شده است. افزون بر آن، واگذاری حق انتفاع و حق ارتفاق نیز ظاهراً مشمول ماده ۶۲ نمی‌شود، زیرا از عدم تصریح به واژه «حقوق» در این ماده، برخلاف قوانین گذشته مانند مواد ۴۶ و ۴۷ ق.ث.، و مصادیق مصرح در این ماده، چنین بر می‌آید که قانون‌گذار بر معاملات تملیکی (ناقل عین و منافع) نظر داشته است نه ایجاد یا انتقال حقوق مربوط به اموال غیرمنقول. به هر حال، چنانچه ایجاد و انتقال حق انتفاع و حق ارتفاق را نیز برخلاف ظاهر ماده ۶۲ مشمول آن بدانیم، ماده اخیر برقراری حق انتفاع برای مدت زمانی کمتر از دو سال را هم شامل می‌شود. از حیث مرجع و چگونگی ثبت نیز بین دو قانون یادشده تفاوت وجود دارد، چرا که در قانون احکام دائمی، معاملات باید در دفاتر اسناد رسمی ثبت شوند؛ اما در قانون جدید ثبت آن‌ها در سامانه ثبت الکترونیک اسناد الزام‌آور شناخته شده است.

ج- ثبت فسخ قرارداد (حکم تبصره یک ماده یک قانون جدید): یکی دیگر از اعمال حقوقی که طبق تبصره یک ماده یک قانون جدید، ثبت آن الزامی است، اگرچه ضمانت اجرای عدم ثبت آن با قاعده عمومی مندرج در ماده یک متفاوت است، ثبت فسخ قرارداد است. فراز نخست تبصره یک ماده یک قانون الزام به ثبت می‌گوید: «دعوای تنفیذ فسخ معاملات ثبت‌شده اموال غیرمنقول در مواردی که ثبت فسخ مستلزم رأی مرجع قضایی یا داوری است مشروط بر اینکه ظرف پانزده روز پس از اعمال حق فسخ اظهارنامه رسمی ارسال و ظرف پانزده روز بعد از آن نسبت به طرح دعوای تنفیذ فسخ اقدام شود مسموع است هرچند فسخ ثبت نشده باشد». بر این مبنا، در مواردی که قرارداد منعقدشده مشمول ماده یک قانون جدید بوده، مانند صلح یک قطعه زمین یا خرید و فروش یک واحد آپارتمان، و در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت رسیده باشد، ممکن است برای طرفین یا یکی از آن‌ها حق فسخی موجود باشد؛ اعم از آنکه حق فسخِ مذکور ریشه قراردادی داشته باشد، مانند خیار شرط و تخلف شرط، یا اینکه خود قانون به‌طور مستقیم حق فسخی را برای یکی از طرفین مقرر نموده باشد، مثل خیار غبن و عیب. در این حالت، قانون‌گذار برای روشن شدن وضعیت معامله منعقده برای اشخاص ثالث که در سامانه هم به ثبت رسیده است، از عبارت «در مواردی که ثبت فسخ مستلزم رأی مرجع قضایی یا داوری است» استفاده نموده و از آن بر می‌آید که نخست:معامله‌ای که در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت رسیده است، فسخ معامله مزبور نیز باید در همان

سامانه ثبت شود؛ دوم:ممکن است احراز و تأیید فسخ قرارداد و درستی اعمال آن نیازمند رأی مرجع قضایی یا داوری باشد، مثل انحلال قرارداد در اثر اعمال خیار تخلف از شرط، خیار غبن یا عیب یا تحقق شرط فاسخ، که در این صورت، پس از رأی مرجع رسیدگی‌کننده، باید فسخ معامله در سامانه ثبت و درج گردد. همچنین، ممکن است احراز فسخ عقد نیازمند صدور رأیی از دادگاه یا داور نباشد، مانند بر هم زدن قرارداد از باب خیار شرط، که در این موارد از مفهوم مخالف تبصره یک چنین بر می‌آید که مراتب ثبت فسخ معامله باید در سامانه انجام گیرد و منتظر حکم دادگاه یا تصمیم داور نماند. همچنین است اگر طرفین با توافق معامله واقع‌شده را اقاله نمایند. بدین ترتیب، منظور تبصره یک از «فسخ معامله»، تمام شیوه‌های انحلال عقد است و افزون بر فسخ در معنای اصطلاحی آن، شامل انفساخ (دست‌کم در مواردی که سبب آن را طرفین تدبیر کرده‌اند) و تفاسخ هم می‌شود؛ چنانکه در ادامه تبصره یک ماده یک به «ثبت انفساخ» معامله نیز تصریح شده است. در اصلاحیه‌های نخست تبصره‌های ماده یک هم بر الزامی بودن ثبت فسخ و اقاله معاملات اموال غیرمنقول در سامانه تأکید شده بود. بحث مهمی که در مورد تبصره یادشده باقی مانده، ضمانت اجرای عدم ثبت فسخ معامله و اثر فسخ معامله مقدم بر معاملات رسمی بعدی است که در قسمت ضمانت اجرای ماده یک بدان خواهیم پرداخت.

۲-۱. تحلیل حکم ماده یک؛ ضمانت اجرای عدم ثبت معاملات

در مواد یک و ده قانون الزام به ثبت مقرر شده است که یک سال پس از راه‌اندازی رسمی «سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی»، اعمال حقوقی موضوع ماده یک، به شرح پیش‌گفته، باید در «سامانه ثبت الکترونیک اسناد» ثبت شود، «در غیر این صورت دعاوی راجع به اعمال حقوقی مذکور که ثبت نشده باشد و ادله راجع به آنها در بخشی که مفید موارد مذکور است، نزد مراجع قضائی، شبه قضائی و داوری قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است و جز دعوای استرداد عوضین هیچ شکایت کیفری یا دعوای حقوقی یا تقاضایی در خصوص آن عمل حقوقی و اسناد مربوط به آن، از قبیل شکایت انتقال مال غیر، دعوای اثبات یا تنفیذ معامله، ابطال سند رسمی مالکیت، الزام به تنظیم سند رسمی، خلع ید، تخلیه ید و الزام به اجرای تعهدات مندرج در آن، در مراجع مذکور مسموع نیست. همچنین، اسناد ثبت‌نشده راجع به اعمال حقوقی مذکور در هیچ یک از دستگاه‌های اجرائی موضوع ماده (۲۹) قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ پذیرفته نمی‌شود و در مراجع قضائی و اداری مذکور فقط شخصی مالک ملک شناخته می‌شود که در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک کشور... ملک به نام او به ثبت رسیده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد». بر مبنای این ماده، می‌توان گفت که قانون‌گذار جدید دو نوع ضمانت اجرای شکلی و ماهوی برای عدم ثبت معاملات در نظر گرفته است؛ هرچند که ضمانت اجرای عدم ثبت فسخ معامله و تأثیر آن بر معاملات بعدی، که در تبصره یک پیش‌بینی شده است هم باید روشن گردد.

الف- ضمانت اجرای شکلی عدم ثبت معامله: بر اساس ماده یک قانون الزام به ثبت، در صورتی که اعمال حقوقی مربوط به اموال غیرمنقول در سامانه ثبت نشود، «دعاوی» و «ادله» مربوط به این‌گونه معاملات در مراجع قضایی و اداری پذیرفته نمی‌شود. از همین‌رو، در مورد عمل حقوقی ثبت‌نشده و اسناد مربوط به آن، هیچ دعوای حقوقی یا شکایت کیفری و یا تقاضایی، مثل اثبات یا تنفیذ معامله، ابطال سند رسمی مالکیت، الزام به تنظیم سند رسمی، خلع ید، تخلیه ید، الزام به اجرای تعهدات مندرج در آن و انتقال مال غیر در مراجع قضائی، شبه قضائی و داوری مسموع نیست. تنها دعوایی که در این زمینه قابل استماع است، دعوای استرداد عوضین است که به موجب تبصره شش ماده یک، مرجع قضایی در دعوای استرداد عوض یا عوضینِ اعمال حقوقی ثبت‌نشده، در صورت احراز تسلیم عوض یا تبادل عوضین حکم به استرداد خواهد داد و در صورت عدم احراز، دعوا را رد می‌کند. به این ترتیب، در صورت عدم ثبت معامله مربوط به اموال غیرمنقول در سامانه ثبت الکترونیک اسناد، چنانچه دعوایی به جز دعوای استرداد عوضین طرح شود، مرجع قانونی باید «قرار عدم استماع دعوا» را صادر کند؛ هرچند که عدم استماع شکایت کیفری انتقال مال غیر عنوان جدیدی است که با تصیمات پیش‌بینی شده در قانون آیین دادرسی کیفری سازگار نیست و استفاده از اصطلاح موقوفی تعقیب با مواد قانونی، مانند مواد ۳۸۳ و ۳۸۹ قانون مذکور، تناسب بیشتری دارد..

در مقام مقایسه ضمانت اجرای عدم ثبت معاملات اموال غیرمنقول در قانون الزام به ثبت با قوانین پیشین، به‌ویژه قانون ثبت، باید گفت که در قوانین قبلی نیز قانون‌گذار تنها به بیان ضمانت اجرای شکلی بسنده نموده و وضعیت معامله غیررسمی

را از حیث حقوقی به‌صراحت مشخص نساخته است. برای نمونه، ماده ۴۸ ق.ث. در مورد ضمانت اجرای تکلیف به ثبت معاملات در مواد ۴۶ و ۴۷ بیان می‌دارد: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد». ماده ۶۲ قانون احکام دائمی هم تصریح می‌کند: «اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم [می]شوند، مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است، در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند». بدین ترتیب، تفاوت ماده یک قانون جدید با مقررات پیشین در این است که نخست:قانون‌گذار در قانون الزام به ثبت، به قابل استماع نبودن دعاوی متعدد، که در زمان حاکمیت قانون ثبت و قانون احکام دائمی مسموع بودند، تصریح کرده است؛ دوم: استثنای مربوط به پذیرش شهادت شهود و ادله و قراین دیگر که مؤید صحت و اعتبار معامله غیررسمی است، در قانون جدید حذف شده و قانون‌گذار با تصریح بر بطلان و بی‌اعتباری «ادله» مربوط به معاملات اموال غیرمنقول، خط بطلانی بر تمام ادله اثبات دعوا در برابر ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در سامانه ثبت الکترونیک اسناد کشیده است.

قابل ذکر است که ماده ۲۲ ق.ث.، که مشابه آن در ماده یک قانون الزام به ثبت نیز پیش‌بینی شده، مقرر داشته است: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به اومنتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت». در اینکه حکم مقرر در این ماده، همانند ماده ۴۸ ق.ث.، نوعی ضمانت اجرای شکلی را بیان داشته یا اینکه متضمن ضمانت اجرای ماهوی است، دیدگاه‌ها یکسان نیست. چنانچه همگام با برخی از استادان حقوق مدنی، معاملات مربوط به اموال غیرمنقول ثبت‌شده را «عقد تشریفاتی» بدانیم و ضمانت اجرای عدم ثبت را بطلان قرارداد به‌شمار آوریم (Katouzian, 2008: 56-61, 92-93 & 256-260; Katouzian, 2009: 88-89, 271-274 & 381-383; Katouzian, 2004: 37 & 56)، حکم مذکور در ماده ۲۲ ق.ث. و ماده یک قانون الزام به ثبت، ضمانت اجرای ماهوی محسوب می‌شود. در برابر، هرگاه با مشهور حقوق‌دانان و رویه قضایی همراه شویم و معاملات مربوط به اموال غیرمنقول ثبت‌شده را «عقد رضایی» یا «قصدی» بشماریم و ضمانت اجرای عدم تنظیم سند رسمی را تنها عدم پذیرش سند عادی در محاکم و مراجع رسمی قرار دهیم (Shahidi, 2009: 116-117; Safai, 2020: 51-53; Bariklou, 2016: 30-32; Emami, 2006: 183; Rahpeyk, 2009: 21-22 & 149)، حکم یادشده نیز مبین ضمانت اجرای شکلی است، چرا که با سایر ادله، به‌ویژه اقرار می‌توان اعتبار معاملات غیررسمی مربوط به املاک ثبت‌شده را احراز نمود.

ب- ضمانت اجرای ماهوی عدم ثبت معامله:

بی‌گمان بزرگ‌ترین ابهام و مهم‌ترین چالش قانون الزام به ثبت، فقدان تعیین ضمانت اجرای صریح برای عدم ثبت معامله در سامانه ثبت الکترونیک اسناد از حیث ماهوی است، زیرا قانون‌گذار به جای تعیین وضعیت حقوقی معاملهٔ ثبت‌نشده از حیث صحت، بطلان، عدم قابلیت استناد و غیره، به غیرقابل استماع بودن و نامعتبر بودن دعاوی و ادله راجع به معاملات اموال غیرمنقول بسنده کرده است. این در حالی است که در مصوبه ابتدایی مجلس شورای اسلامی، پس از تکلیف به ثبت معاملات املاک، تصریح شده بود که «معاملاتی که به ثبت نرسد، باطل است و در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد...». اما در مصوبه نهایی و پس از ایراد برخی از فقهای عضو مجمع تشخیص مصلحت نظام، متن نهایی مصوبه به شکل پیش‌گفته تنظیم گشت. بی‌شک برای تعیین وضعیت معاملات ثبت‌نشده باید فلسفه وضع قانون و دشواری‌های عملی ثبت معاملات را در نظر گرفت، زیرا از یک طرف، حکم نمودن به «صحت معاملات غیررسمی»، سبب می‌شود که اسناد رسمی بعدی به استناد معاملات عادی مقدم یا سند عادی تنظیمی قبل از لازم‌الاجرا شدن این قانون ابطال شود، که این امر موجب از بین رفتن امنیت در روابط حقوقی و اجتماعی و برهم خوردن نظم عمومی معاملات شده و قطعاً برخلاف هدف و فلسفه تصویب قانون الزام به ثبت بوده و مجدداً مردم و محاکم را با دعاوی تمام‌نشدنی مربوط به اموال غیرمنقول روبه‌رو می‌کند و از این جهت قابل دفاع نخواهد بود. از طرف دیگر، در صورت «باطل شمردن معاملات غیررسمی»، نه تنها باید وضعیت معاملات عادی که پیش از وضع این قانون منعقد شده‌اند مشخص گردد، بلکه الزام به ثبت یکباره اسناد و معاملات مربوط به اموال غیرمنقول در سامانه ثبت الکترونیک اسناد و بطلان تمام قراردادهای عادی راجع به املاک، خود به‌نحو دیگری باعث اختلال در نظام و امنیت روابط حقوقی و عسر و حرج در روابط معاملاتی مردم خواهد شد. مهم‌ترین اِشکال‌ها و دشواری‌های مربوط به باطل شمردن تمام معاملات غیررسمی که پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون واقع گشته‌اند، عبارت

است از: ۱- انس ذهنی و اعتقاد راسخ جامعه حقوقی و عرف پاگرفته کنونی به درستی و اعتبار معاملات غیررسمی و رواج قراردادهای مربوط به املاک با اسناد عادی ، به‌ویژه در مناطق روستایی و دورافتاده، و عدم آشنایی و آگاهی مردم به لزوم ثبت برخط معاملات در سامانه ثبت الکترونیک اسناد، ۲- عدم ثبت بسیاری از املاک در اقصی نقاط کشور پهناورِ ایران در دفتر املاک و عدم صدور سند مالکیت برای آنها که ثبت معاملات مربوط به این‌گونه از اموال غیرمنقول در سامانه ثبت الکترونیک اسناد را در عمل غیرممکن می‌سازد، ۳- کمبود دفاتر اسناد رسمی و در دسترس نبودن آن‌ها در تمام نقاط کشور و کندی سرعت اینترنت و قطعی آن در سامانه‌های مشابه در اوقات زیادی از طول روز، که سبب عدم امکان تنظیم سند رسمی مربوط به معاملات اموال غیر به‌صورت سریع و آسان در سامانه ثبت الکترونیک اسناد می‌شود. وانگهی، پاسخ به این پرسش نیز حیاتی است که آیا تنها راه حفظ و تثبیت مالکیت اموال غیرمنقول و معاملات راجع به آنها و جلوگیری از اختلال نظام و امنیت روابط حقوقی، باطل شناختن معاملات عادی است یا می‌توان طریق دیگری به‌دست داد که دغدغه‌های مزبور را برطرف نماید؟ (Abdolmaleki and Shakoori, 2020: 7).

به هر حال، قانون‌گذار در ماده ۱۰ برای معاملات غیررسمی اموال غیرمنقول که قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون جدید منعقد شده‌اند، سامانه‌ای را با عنوان «سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی» که ظرف یک سال از تاریخ ابلاغ این قانون باید ایجاد شود، به‌منظور ثبت ادعاهای اشخاص در مورد مالکیت عین، مالکیت منافع بیش از دو سال و حق انتفاع و حق ارتفاق اموال غیرمنقول و مستندات مربوط به آنها پیش‌بینی نموده و به مدعیان مذکور ظرف دو سال از تاریخ راه‌اندازی این سامانه مهلت داده است تا نسبت به درج مستندات و ادعاهای خود در سامانه مذکور اقدام نموده و ظرف دو سال از تاریخ درج در سامانه نیز حسب مورد نسبت به تنظیم سند رسمی یا طرح دعوای الزام به تنظیم سند رسمی یا دعوای مرتبط در مراجع قضائی یا هر امر قانونی لازم دیگر به‌منظور اخذ سند رسمی مالکیت، اقدام کرده و مدرک مربوط را در سامانه درج نمایند.[1]

بنابراین، نگرانی بابت معاملات غیررسمی که در گذشته و پیش از لازم‌الاجراشدن قانون جدید منعقد شده است، با رعایت تشریفات مذکور در ماده ده، منتفی به‌نظر می‌رسد و از موضوع مقاله حاضر نیز خارج است؛ اما وضعیت معاملات غیررسمی مربوط به اموال غیرمنقول را، که پس از لازم‌الاجرا شدن قانون جدید بسته شده، با توجه به ملاحظات به‌ظاهر متناقض پیش‌گفته، باید به صراحت تعیین نمود تا اجرای آن بر مجریان قانون تسهیل شود.

در این زمینه، آنچه مسلم است اینکه نمی‌توان معاملات یادشده را صحیح پنداشت، زیرا صحیح شمردن آنها با فلسفه وضع قانون و پیشینه تقنینی قانون الزام به ثبت و اصلاحات گوناگونی که در همین قانون صورت گرفته، آشکارا مغایرت دارد و رویه قضایی را به همان ورطه دعاوی بی‌پایان اثبات مالکیت و تنفیذ قراردادها و الزام به تنظیم سند رسمی می‌برد که سالهاست دادگاه‌های ما و حقوق متعاملین و نظم عمومی قراردادی را درگیر و مخدوش ساخته و ماده یک قانون جدید نیز به‌صراحت پذیرش دعاوی یادشده را ممنوع شمرده است. همچنین، صحت معامله غیررسمی بین طرفین و غیرقابل استناد شمردن معاملات عادی در برابر دارنده سند رسمی هم با ماده یک قانون جدید سازگاری ندارد، چرا که پذیرفتن نظریه عدم قابلیت استناد قرارداد در برابر شخص ثالث اقتضا دارد تا زمانی‌که بحث حقوق اشخاص ثالث درگیر نشده، معامله منعقدشده باید معتبر محسوب شود و از این‌رو، به‌ویژه در صورت فقدان تنظیم سند رسمی معارض، دعوای منتقل‌الیه علیه ناقل مبنی بر اثبات یا تنفیذ

[1]. ذکر این نکته لازم است که وضعیت تمامی املاک در قانون الزام به ثبت پیش‌بینی شده است، گرچه در برخی موارد، اجرای قانون نیاز به تنظیم آیین‌نامه اجرایی دارد. به‌اختصار می‌توان گفت که وضعیت ثبتی املاک از دو فرض خارج نیست: یا دارای سند رسمی است یا سند رسمی ندارند. چنانچه ملکی دارای سند رسمی داشته باشد نیز دو حالت متصور است: یا ملک دارای سند حدنگار و به اصطلاح تک برگ است، که قانون به استناد تبصره چهار ماده یک به‌صورت فوری و از تاریخ لازم‌الاجرا شدن در مورد آن اجرا می‌گردد؛ یا اینکه ملک سند حد نگار ندارد، که در این صورت طبق قاعده ابتدا باید سند حدنگار دریافت نماید و به محض دریافت سند مالکیت تابع قانون الزام به ثبت خواهد بود (تبصره چهار ماده یک). در مورد فرض دوم، یعنی اموال غیرمنقول فاقد سند رسمی نیز دو حالت متصور است: این اموال یا اصلاً سند ندارند یا دارای سند عادی هستند. در این موارد، بر اساس تصرف و مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ قانون ثبت یا قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی مصوب ۱۳۹۰ (که در تبصره دو ماده ۱۰ قانون الزام به ثبت هم آمده)، ذینفع باید مستندات مالکیت خود را که ممکن است سند عادی یا دلایل تصرف و یا طرح دعوای مرتبط در مراجع قضائی یا هر امر قانونی لازم دیگر به منظور اخذ سند رسمی مالکیت باشد، در سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی موضوع ماده ده قانون الزام به ثبت بارگذاری و اقدام نماید. پس از اقدام متقاضی، مراجع قانونی مربوط مکلفند اقدامات انجام‌شده توسط متقاضی و نیز نتیجه آن را در سامانه موضوع این ماده درج نمایند. بنابراین، در این فرض، متقاضی باید بر اساس صدر و تبصره ۱۰ ماده ۱۰ قانون جدید، فرایند اخذ سند رسمی مالکیت را طی نماید که سقف زمانی آن هشت سال است. به هر حال، به جهت مفصل بودن تحلیل ماده ۱۰ قانون الزام به ثبت، تحلیل آن به مقاله دیگری واگذار می‌شود.

قرارداد باید پذیرفته شود؛ در حالی‌که ماده یک صریحاً دعوای مذکور را غیرقابل استماع شناخته است. بنابراین، به‌نظر می‌رسد که چاره‌ای جز باطل شناختن معاملات غیررسمی مربوط به اموال غیرمنقول وجود ندارد؛ به‌خصوص آنکه قانون الزام به ثبت در صدر ماده یک و تبصره ۶ آن، آثار بطلان معامله ثبت‌نشده را بر طرفین تحمیل نموده است، چون تنها دعوای قابل استماع را دعوای استرداد عوضین می‌داند و بدیهی است که استرداد عوضین در صورت بطلان معامله قابلیت طرح دارد. افزون بر آن، برای بطلان معامله املاک به‌شکل عادی ممکن است به مفهوم مخالف تبصره سه ماده سه این قانون نیز استناد جست، زیرا در آن مقرر شده است: «انجام هرگونه عمل حقوقی فی‌مابین متعاملین صرفاً در چارچوب مفاد ماده (۱) این قانون **معتبر** است» و مفهوم مخالف آن، دلالت بر بی‌اعتباری معاملات عادی دارد.

ج- ضمانت اجرای عدم ثبت فسخ معامله و تأثیر آن بر معاملات بعدی: چنانکه دیدیم، بند نخست تبصره یک ماده یک قانون الزام به ثبت، حتی در فرض عدم ثبت فسخ قراردادی که خود آن معامله در سامانه به ثبت رسیده است، دعوای تنفیذ فسخ را مسموع می‌داند، مشروط بر اینکه ظرف پانزده روز پس از اعمال حق فسخ، اظهارنامه رسمی به طرف مقابل ارسال گردد و ظرف پانزده روز بعد از آن، نسبت به طرح دعوای تنفیذ فسخ اقدام شود.

به هر ترتیب، در صورت وجود حق فسخ برای طرفین یا یکی از آنها، اعم از اینکه خیار موجود، جعلی (قراردادی) باشد یا قانونی (اصلی)، در اینکه آیا منتقل‌الیه می‌تواند در مدت خیار ناقل تصرفات منافی در مورد معامله انجام دهد یا خیر و در صورت انجام، معاملات بعدی چه وضعی خواهند داشت، دیدگاه‌ها در فقه امامیه و حقوق ایران یکسان نیست (Javaherkalam, 2023: 69-96). هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۴-۳-۱۴۰۰ در خیار تخلف از شرط، انحلال معامله نخست را باعث زوال معاملات بعدی و استرداد مبیع به مالک (فروشنده) نخست به‌شمار آورد؛ اگرچه در تفسیر رأی و قلمرو شمول آن تشتت آرا همچنان مشهود است (Javaherkalam, 2022: 168-213). حال، قانون جدید الزام به ثبت، چالش جدیدی را به اختلاف‌نظرهای موجود در دکترین حقوقی و رویه قضایی افزوده و آن این است که در صورت وجود خیار برای ناقل در معامله رسمی مربوط به اموال غیرمنقول، آیا انتقال‌گیرنده از حق انتقال به غیر برخوردار است یا خیر، و در صورت انتقال مورد معامله به شخص دیگر، دست‌کم در مورد خیار شرط و تخلف شرط با توجه به درج خیار در معامله رسمی و اطلاع منتقل‌الیه از آن، در صورت فسخ قرارداد نخست، معامله یا معاملات بعدی چه وضعی دارد؟ بند دوم تبصره یک ماده یک قانون جدید در این زمینه تصریح می‌کند: «سامانه ثبت الکترونیک اسناد باید به‌گونه‌ای طراحی گردد که اگر طرفین قرارداد شرط کنند منتقل‌الیه تا پایان مهلت اعمال حق فسخ یا موعد پرداخت ثمن و یا تا موعد دیگری که مورد توافق طرفین بوده حق انجام اعمال حقوقی موضوع این ماده را ندارد امکان انتقال مورد معامله در مهلت تعیین‌شده فراهم نباشد. در هر حال چنانچه منتقل‌الیه مورد معامله را قبل از ثبت فسخ یا انفساخ به شخص ثالثی به‌صورت رسمی منتقل کرده باشد و در عمل حقوقی بعدی وی حق فسخ نداشته باشد و یا معامله اقاله نشده باشد، این انتقال در حکم تلف مورد معامله بوده و اعمال حق فسخ یا انفساخ موجب انحلال قرارداد بعدی نیست که در این صورت دارنده حق فسخ مزبور به قیمت روز مال غیرمنقول به منتقل‌الیه مذکور رجوع خواهد کرد. چنانچه منتقل‌الیه حق فسخ داشته باشد یا به‌هر نحو عین مال به ملکیت وی درآمده باشد، عین مال به انتقال‌دهنده اول (دارنده حق فسخ) مسترد می‌گردد». بر این اساس، حتی در صورتی که در معامله رسمی نخست به وجود حق فسخ و سلب اختیار منتقل‌الیه در واگذاری مورد معامله به غیر تصریح شده باشد و با این حال، منتقل‌الیه پیش از ثبت فسخ معامله نخست در سامانه ثبت الکترونیک اسناد، همان ملک را به‌صورت رسمی و با ثبت در سامانه یادشده به شخص ثالثی انتقال دهد، قانون‌گذار برخلاف قواعد عمومی و به منظور حمایت از اعتبار اسناد رسمی و جلوگیری از بروز دعاوی متعدد و اثر منفی آن بر نقل و انتقال‌های متعدد بعدی، انتقال ملک به‌صورت رسمی را در حکم تلف مورد معامله قرار داده و از این‌رو، حکم به صحت قرارداد یا معاملات بعدی نموده و به انتقال‌دهنده (دارنده حق فسخ) صرفاً حق داده است که قیمت روز مورد معامله را از انتقال‌گیرنده دریافت نماید. بنابراین، نخست:تبصره یک ماده یک قانون الزام به ثبت در مورد اثر فسخ معاملات رسمی مربوط به اموال غیرمنقول، رأی وحدت رویه پیش‌گفته را تخصیص زده است؛ و دوم:برخلاف اختلاف‌نظرهای موجود، در اقدامی شایسته به پرداخت قیمت روز ملک به دارنده حق فسخ (مالک نخست) حکم نموده است.

گفتنی است که در قسمت اخیر تبصره یادشده، استثنایی به این شرح بر حکم پیش‌گفته وارد شده است که اگر انتقال‌گیرنده (مثلاً خریدار نخست) در معامله دوم دارای حق فسخ باشد، در صورت انحلال معامله نخست از سوی مالک اول (دارنده حق فسخ)، منتقل‌الیه نخست نیز مکلف به فسخ معامله دوم و رد عین مورد معامله به انتقال‌دهنده (مالک) اول خواهد بود؛ هرچند معلوم نیست که در صورت خودداری منتقل‌الیه نخست از فسخ معامله دوم، مالک اول چگونه می‌تواند الزام او به فسخ قرارداد دوم را بخواهد؟ به‌نظر می‌رسد که در راستای عمل به حکم مقرر در این بخش از ماده، دادگاه طبق قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، منتقل‌الیه نخست را ملزم به انشای فسخ در مهلت متعارفی می‌کند و در صورت خودداری، خود به جای او معامله را بر هم می‌زند. به هر حال، چنانچه مورد معامله به هر دلیل دیگری به منتقل‌الیه اول باز گردد، مانند اینکه خریدار اول و دوم معامله را اقاله نموده یا منتقل‌الیه اول ملک را از انتقال‌گیرنده دوم باز خرید کند و یا اینکه منتقل‌الیه دوم مورث انتقال‌گیرنده نخست بوده و در اثر فوت وی، عین ملک در حصه منتقل‌الیه اول قرار بگیرد، با فسخ معامله نخست از سوی مالک اول، انتقال‌گیرنده نخست باید عین مال را به وی رد کند.

۲. تحلیل اقتصادی ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول

به‌عنوان مقدمه باید یادآور شد که تحلیل اقتصادی حقوق، روشی است برای بازاندیشی درباره هدف نهادهای حقوقی (Ansari, 2011: 475) و بدین جهت است که ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول از دو منظر مورد تحلیل واقع می‌شود: یکی، مبانی توجیه اقتصادی وضع ماده (تحلیل پیشینی) و دیگری، تحلیل اقتصادی آثار و احکام ماده (تحلیل پسینی).

۲-۱. تحلیل اقتصادی مبانی وضع ماده (تحلیل پیشینی)

برای پرداختن به مبانی وضع ماده یک قانون الزام به ثبت از منظر تحلیل اقتصادی، اصول و مبانی زیر به ترتیب مورد مطالعه قرار می‌گیرد: اهمیت مالکیت در اقتصاد، اصل مقابله با فرصت‌طلبی، کاهش دعاوی، اصل هزینه اتکا، اصل تخصیص بهینه ریسک؛ کاهش هزینه معاملاتی و اصل امنیت و کارایی قراردادها.

الف- اهمیت مالکیت در اقتصاد: از نظر اقتصاددانان، حقوق مالکیت باید محور سیاست‌های اقتصادی برای نیل به توسعه باشد (Tabatabai Hesari, 2016: 312). تحلیل قانون الزام به ثبت، که جدیدترین مقررات‌گذاری دهه‌های اخیر در حوزه مالکیت اموال غیرمنقول است، نشان می‌دهد که بی‌گمان مهم‌ترین مبنای این قانون، به‌ویژه ماده یک آن، تحکیم مالکیت خصوصی بوده و این مبنا خود در کارآفرینی و ایجاد انگیزه برای تلاش بیشتر جهت نیل به توسعه اقتصادی، حائز اهمیت فراوان است. از همین‌رو، بسیاری از صاحب‌نظران حقوق اقتصادی اعتقاد دارند که بهتر است در شرایط دشواری حقوق مالکیت، دولت دخالت نماید (Dadgar, 2010: 183-185). بنابراین، مداخله دولت برای تنظیم و تدوین قانون یادشده، مثبت و دارای نقش ارزش‌آفرینی برای امنیت مالکیت خصوصی ارزیابی می‌شود.

ب- اصل مقابله با فرصت‌طلبی (مقابله با بحران نمایندگی): زمانی که دو طرف قرارداد (یا طرفین یک رابطه) از لحاظ اطلاعاتی که دارند، در سطح مساوی و برابر نیستند و به‌عبارتی، دارای اطلاعات نامتقارن هستند، ممکن است کسی که اطلاعات برتر یا بیشتری دارد از این اطلاعات سوءاستفاده نموده و برای تأمین سود و منافع خود از بیان آن‌ها خودداری کند (Bagheri et al, 2020: 66; Katz, 2005: 172). ترس از فرصت‌طلبی باعث افزایش هزینه معاملاتی می‌گردد (Cohen & Howrey, 1999: 91). یکی از راه‌های مبارزه با فرصت‌طلبی تعبیه مکانیزم‌هایی مثل اخذ تضمین است که البته این امر نیز باعث افزایش هزینه‌های معاملاتی می‌شود (Ansari, 2011: 414). به‌منظور مقابله با این فرصت‌طلبی، اصلی تحت عنوان مقابله با فرصت‌طلبی طراحی شده است که بر مبنای آن، نهاد حقوقی در صورتی کارآمد است که دارای دو اثر پیشینی[1] و پسینی[2] در مورد فرصت‌طلبی باشد؛ یعنی از یک سو امکان فرصت‌طلبی را منتفی نماید یا به حداقل برساند و از دیگر سو سازوکار مناسب برای خنثی کردن فرصت‌طلبی به‌وجود آمده را فراهم سازد. در نتیجه، طبق اصل مقابله با فرصت‌طلبی، قانون، رأی یا نظر حقوقی یا قراردادی را کارا می‌داند که نخست:دارای اثر پیشینی باشد؛ یعنی اساساً اجازه فرصت‌طلبی را سلب یا بسیار محدود نماید و دوم:دارای اثر پسینی باشد؛ یعنی اگر شخصی فرصت‌طلبی کرد، ساختارهای مناسب و کارآمدی را برای مقابله با آن طراحی نماید

[1]. Ex-ante.
[2]. Ex-post.

(Sadeghi, 2021: 28). در همین راستا، قراردادی که دارای زمینه فرصت‌طلبی است، توسط نظام حقوقی محدود می‌شود (Hermalin et al, 2006: 29). حتی اگر دخالت در این امر را تحدید اصل آزادی قراردادی بدانیم، از لحاظ تحلیل اقتصادی حقوق، این تحدید موجه است، چراکه اگر یکی از طرفین اطلاعات بیشتری نسبت به دیگری داشته باشد، تحدید آزادی قراردادی کارآیی را افزایش می‌دهد (Ansari, 2011: 248). بر این اساس، ثبت املاک و انتقال رسمی آنها در درجه اول به انتقال‌گیرنده این امکان را می‌دهد که با استعلام از مراجع رسمی، از مالکیت و حقوق مربوط به آن مال غیرمنقول آگاه شود و اطلاعات خود را کارآمد نماید و از سوی دیگر، قانون‌گذار با بی‌اثر ساختن معاملات عادی و غیرقابل انحلال اعلام کردن معاملات متعاقب انحلال معامله اول، اثر پسینی مذکور در این اصل را محقق ساخته است. به‌عبارت دیگر، می‌توان گفت که مقنن، مقرراتی را طراحی نموده که باعث افزایش همکاری طرفین می‌گردد و این یکی از راه‌های جبران نابرابری اطلاعاتی است (Katz, 2005: 177). فرضی که بدون دخالت دولت کارایی ایجاد می‌شود بازار رقابت کامل است که در آن اطلاعات کامل وجود دارد (Ansari, 2011: 258)؛ اما در غیر این‌صورت دخالت دولت کارآیی را افزایش می‌دهد، دخالتی که از دیدگاه برخی از حقوق‌دانان تحت عنوان نظم عمومی اقتصادی توجیه می‌شود (Katouzian, 2009: 166). در نتیجه، این دخالت با کارآیی اقتصادی قابل جمع است (Zamir, 1998: 237).

پ- کاهش دعاوی حقوقی و جرایم ملکی و تسهیل در اجرای احکام دادگاه‌ها: ثبت رسمی املاک و معاملات مربوط به آنها موجب کاهش دعاوی حقوقی متعددی، مانند دعوای اثبات وقوع بیع و الزام به تنظیم سند رسمی و اثبات مالکیت، که حجم بسیار زیادی از دعاوی جاری در دادگاه‌ها را به خود اختصاص داده است، خواهد شد. همچنین، انجام معاملات به‌نحو رسمی باعث می‌شود که زمینه انتقال ملک به دو یا چند شخص، کلاهبرداری و معامله معارض از بین برود. به دیگر سخن، با این تمهید مسیرهای کلاهبرداری و انتقال مال غیر، مسدود شده و علاوه بر عدم تحمیل هزینه دادرسی بر اشخاص، از بار پرونده‌های قوه قضاییه نیز می‌کاهد. از طرف دیگر، ثبت نشدن املاک و معاملات راجع به آنها سبب می‌شود که احکام دادگاه‌ها در مورد محکومیت‌های مالی، به‌دلیل عدم شناسایی اموال محکوم‌علیه و علیرغم مَلی بودن او، اجرا نگردد و این موضوع، علاوه بر داشتن آثار منفی برای اعتبار دستگاه قضایی، به محکوم‌له نیز لطمه اقتصادی وارد می‌کند (Abdolmaleki and Shakoori, 2022: 5).

ت- اصل هزینه اتکا: یکی دیگر از اصولی که می‌تواند به‌عنوان مبنای توجیهی ماده یک قانون الزام به ثبت محسوب شود، اصل هزینه اتکا است. بر اساس این اصل، چنانچه شخصی طبق قانون یا عرف بر منافع احتمالی یک نهاد حقوقی اتکا و در این راستا هزینه نموده باشد، کارآیی مستلزم این است که از منافع آن بهره‌مند شود (Sadeghi, 2021: 15; Dadgar, 2010: 198). در همین راستا با توجه به اینکه منتقل‌الیه با سند رسمی مالک ملکی شده و با اتکا به اعتبار این سند نسبت به تحصیل مالکیت اقدام نموده، از بین رفتن مالکیت به‌واسطه ارائه سند عادی مقدم یا استرداد ملک به‌دلیل انحلال معامله نخست (پایه)، باعث از بین رفتن این اتکا می‌گردد و ماده یک قانون الزام به ثبت، از این جهت که ابطال سند رسمی به‌خاطر وجود معامله معارض غیررسمی را امکان‌پذیر نمی‌شمارد و انحلال عقد پایه را به معاملات رسمی بعدی سرایت نمی‌دهد، کارآمد محسوب می‌شود.

ث- اصل تخصیص بهینه ریسک: بر اساس این اصل، شخصی که با صرف هزینه کمتر می‌توانست مانع خطر انجام عملی شود، مناسب‌ترین فرد برای تحمل خطر و هزینه آن است. بنابراین، در هر موقعیت قراردادی که تردید ایجاد شود که کدام یک از طرفین برای پذیرش خطر و مسئولیت مناسب‌تر است، رویکرد تحلیل اقتصادی با توجه به اصل نامبرده، شخصی را که می‌توانست با هزینه کمتر از بروز خطر جلوگیری نماید، مسئول و متحمل ریسک مزبور می‌داند (Sadeghi, 2021: 20). در مورد ماده یک قانون الزام به ثبت نیز، کسی که برای مال خود سند رسمی اخذ نکرده یا نسبت به مالی به‌صورت غیررسمی معامله کرده، با اینکه می‌توانسته از نتایج معامله عادی و خطرهای فقدان سند رسمی بگریزد، چنین نکرده است و از این‌رو، خطرهای ناشی از اقدام وی را باید خود او تحمل نماید. همچنین، شخصی که مالی را به دیگری انتقال داده و حق فسخی نیز داشته است، در حقیقت آن را با علم به امکان انتقال بعدی و انجام تصرفات گوناگون در آن از اختیار خود خارج نموده و این اقدام برای افراد دیگری که ممکن است حسن‌نیت داشته باشند، انتظار متعارف و اعتماد مشروعی را به‌وجود آورده و باعث هزینه فرصت شده است (Bagheri et al, 2020: 131). بنابراین، منطقی این است که ریسک تلف حکمی مال نه به خریدار با حسن‌نیت بلکه به شخص مالک بار گردد.

در نتیجه، اصل تخصیص بهینه ریسک ایجاب می‌نماید که ضرر به کسی تحمیل شود که می‌توانسته با کمترین هزینه از آن ممانعت نماید؛ رویکردی که در ماده یک اتخاذ گردیده است. البته این ایراد به ماده یک وارد است که انتقال‌گیرندگان بعدی یا با ملاحظه سند رسمی معامله از مفاد شرط فسخ یا انفساخ مطلع شده و یا باید طبق تکلیف عرفی، سند را ملاحظه و از وجود شرط مطلع می‌شدند و از این‌رو، حداقل فرض اطلاع آنان از مفاد شرط وجود دارد. بر همین اساس نمی‌توان آنان را خریدار با حسن‌نیت تلقی نمود. به همین جهت، حکم قانون‌گذار قابل انتقاد است و از حیث تحلیل اقتصادی نیز زمینه مخاطره اخلاقی را فراهم می‌آورد.

ج- کاهش هزینه معاملاتی: منظور از هزینه‌های معاملاتی، هزینه‌هایی است که برای انجام معامله صرف می‌شود و معمولاً شامل هزینه جستجو، هزینه انعقاد و هزینه اجرا می‌گردد (Ansari, 2011: 203; Bagheri et al, 2020: 134). اصل کاهش هزینه‌ها که توسط رونالد کوز مطرح شد، در پی این است که هزینه‌های معاملاتی را در زمان مذاکره، انعقاد، اجرا و خاتمه کاهش دهد. طبق قاعده، مقدمه چنین کاری، شناسایی انواع هزینه است. از محاسن شناسایی هزینه‌های مزبور این است که طرفین سطح کارایی معامله را برآورد نموده، چنانچه تشخیص دهند که عواید آن از هزینه‌هایش بیشتر است، نسبت به انعقاد قرارداد اقدام می‌کنند (Ansari, 2011: 217; Bagheri et al, 2020: 137). از این منطق اقتصادی برای ارزیابی کارایی قوانین نیز می‌توان استفاده نمود؛ بدین معنا که هرگاه قانونی زمینه کاهش هزینه‌های معاملاتی را فرام نماید باید آن را کارا تلقی کرد (For more study, See: Parisi, 2007: 1-19; Sadeghi, 2021: 25). ماده یک قانون الزام به ثبت، برای منتقل‌الیه و به‌طور کلی تمام طرف‌های معامله این امکان را فراهم می‌آورد که با انجام هزینه معاملاتی کمتری، در مورد ملکیت مالک (ناقل) تحقیق کند تا این اطمینان و تضمین حاصل نماید که ملک مورد معامله متعلق به شخص دیگری نیست و ملکیت ناقل بر اساس اسناد رسمی و ثبت ایجاد و تثبیت شده و غیرقابل تخدیش است. در واقع، چنانکه در ابتدای همین بند دیدیم، هر معامله دارای حداقل سه نوع هزینه است: هزینه جستجو، هزینه چانه‌زنی (انعقاد) و هزینه اجرا (Dadgar, 2010: 200). در مورد املاک، «هزینه جستجو» برای اینکه مالک واقعی کیست، بالا است؛ ولی در صورت وجود سیستم ثبت عمومی، به‌آسانی و با استعلام ساده این موضوع معلوم می‌شود. به‌همین خاطر، ماده یک قانون الزام به ثبت، این هزینه را به‌حداقل ممکن رسانده است. «هزینه چانه‌زنی» نیز، بر اساس ارزش اطلاعاتی که هر یک از طرفین دارد تغییر می‌کند؛ بدین صورت که هرچه اطلاعات خاص مالک از ملک خود (اینکه مالک واقعی کیست و چه حقوقی برای اشخاص ثالث در ملک وجود دارد) بیشتر از اطلاعات منتقل‌الیه در مورد ملک مذکور باشد یا بر عکس، اطلاعات خاص منتقل‌الیه از توان مالی خویش بیشتر از اطلاعات انتقال‌دهنده در مورد توان مالی وی باشد، به چانه‌زنی بیشتری برای رسیدن به نقطه تعادل جهت انعقاد قرارداد نیاز است؛ اما ماده یک این هزینه‌ها را در مورد اطلاعات مالک به‌شکل محسوسی کاهش داده است، زیرا با استحکام سند رسمی و ثبت اطلاعات خاص، مالکیت را افشا و عمومی نموده و از این جهت اطلاعات مربوط به مالکیت دیگر در انحصار انتقال‌دهنده نیست و منتقل‌الیه نیازی به تخصیص زمان و هزینه چانه‌زنی برای کسب این اطلاعات ندارد. به‌همین دلیل است که به عقیده صاحب‌نظران حقوق اقتصادی سیستم ثبت عمومی مالکیت نسبت به املاک مانع بسیاری از اختلاف‌ها و چالش‌ها می‌شود و حل‌وفصل اختلافات را آسان‌تر می‌سازد (Cooter and Ulen, 2010: 121). از لحاظ «هزینه اجرای توافق» نیز با در نظر گرفتن اینکه قانون‌گذار تمامی جنبه‌ها را برای طرفین پیش‌بینی نموده و تقریباً هیچ پیچیدگی خاصی باقی نمانده، هزینه‌ی اجرا پایین است (Cooter and Ulen, 2010: 122).

اقتصاددانان حوزهٔ مالکیت معتقدند هرگاه حقوق مالکیت به‌وضوح تعریف گردد، منجر به تسهیل معاملات می‌شود. برای مثال، کوز شکست بازار در مورد ایجاد نتایج کارآ را ناشی از عدم تعریف حقوق مالکیت می‌داند. از این‌رو، این اقتصاددان به هنجاری بودن و نه اثباتی بودن حقوق مالکیت تأکید دارد (Dadgar, 2010: 210). مهم‌ترین اثر قضیه کوز در زمینه حقوق اموال این است که حقوق می‌بایست سطح هزینه‌ها را مشخص و بر اساس آن عمل نماید؛ اما اثر دیگر آن تشویق چانه‌زنی از طریق پایین آوردن هزینه‌هاست. برای نمونه، اگر هزینه جستجو برای معامله ملکی ۱۰۰ میلیون تومان و سود حاصل‌شده ۵۰ میلیون تومان باشد، در این صورت طبیعتاً هیچ شخص اقتصادی تن به معامله مزبور نمی‌دهد، چون هزینه مبادله بیشتر از سود است؛ ولی چنانچه قانون‌گذار به‌نحوی هزینه جستجو را کاهش دهد، مثلاً به ۳۰ میلیون تومان برساند، در این صورت انجام مبادله ۲۰ میلیون تومان مازاد خواهد داشت و عقلانی است (Cooter and Ulen, 2010: 126). علاوه بر

این، سیستم حقوقی مانند آنچه در ماده یک قانون جدید آمده، اختلاف‌ها را به حداقل رسانده، چرا که از یک طرف ضمانت اجرای انتقال بعد از درج حق فسخ را با درج فراز پایانی تبصره که بیان داشته است: «اگر منتقل‌الیه اول حق فسخ نداشته و یا معامله اقاله نشده باشد انتقال در حکم تلف مورد معامله است و اعمال فسخ یا انفساخ توسط ناقل موجب انحلال قرارداد بعدی نیست»، مشخص نموده؛ و از طرف دیگر آثار حق فسخ را پیش‌بینی کرده است،گرچه با ایراد پیش‌گفته مواجه است. بنابراین، دیگر طمع نمی‌تواند طرفین را به سمت اختلاف هدایت نماید (Cooter and Ulen, 2010: 127). به هر صورت تسهیل معاملات املاک توسط دولت از طریق هنجاری باعث می‌شود سیستم ثبتی نقش ورود املاک به حوزه اقتصادی را فراهم نماید (Tabatabai Hesari, 2016: 311). اطلاعات پیش‌قراردادی که بر اثر رسمی و ثبتی‌شدن معاملات به‌وجود می‌آید هزینه معاملاتی و به‌تبع معاملات ناکارآمد را کاهش می‌دهد (Ansari, 2011: 3).

چ- اصول امنیت و کارایی قراردادها: از بین چهار اصل مبنایی قراردادها، یعنی اصل آزادی، امنیت، عدالت و کارایی قراردادها، می‌توان گفت که در ماده یک قانون جدید تأکید بیشتر بر اصل امنیت و کارایی قراردادی است. در حقیقت، وقتی صرفاً قرارداد رسمی و ثبت‌شده معتبر باشد، موضوع قرارداد در امنیت قرار می‌گیرد و قراردادهای عادی احتمالی راجع به آن، که پیش از این ممکن بود از طریق اعمال ماده ۶۲ قانون احکام دائمی معتبر شناخته شوند، دیگر دغدغه‌ای برای طرف قرارداد ایجاد نمی‌کند و قراردادی که این‌گونه اعتمادآفرینی می‌نماید، از لحاظ تحلیل اقتصادی حقوق مطلوب است (Ansari, 2011: 659). اگر قرارداد را نه تنها به‌عنوان یک رابطه حقوقی دو طرفه، بلکه ابزاری اطمینان‌بخش برای توزیع مطمئن ثروت بدانیم، مکانیسم پیش‌بینی شده در ماده یک قانون الزام به ثبت به‌خوبی این وجه از کارایی را برآورده می‌سازد. به حداقل رساندن هزینه انعقاد معاملات و از بین بردن هزینه فرصت‌طلبی از تبعات این کارایی هستند. ثبت رسمی باعث می‌شود نابرابری اطلاعاتی از بین برود؛ امری که از لحاظ فقهی نیز منطبق با نهی «تلقی رکبان» و مبتنی بر کارایی است (Ansari, 2011: 662).

۲-۲. تحلیل اقتصادیِ احکام و آثار ماده یک (تحلیل پسینی)

برای نمایان ساختن احکام و آثار ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول از منظر تحلیل اقتصادی، به‌اختصار به اصل تناسب هزینه و فایده، آثار اقتصادی اعتماد به مالکیت و معامله رسمی، تضمین حقوقی به‌مثابه قیمت، اصل تحقق کارایی، تکیه بر اصل پیامدمحوری و اصل مقابله با مخاطره اخلاقی خواهیم پرداخت.

الف- اصل تناسب هزینه و فایده: بر اساس این اصل، یک نهاد حقوقی زمانی کارایی دارد که هزینه‌های آن نهاد کمتر از فواید آن بوده (Sadeghi, 2021: 11) و هدف آن، ارائه یک فرایند منسجم برای ارزیابی هزینه و فایده تصمیمات گوناگون بر اساس نتایج آنها باشد (Dreze & Stern, 1987: 909). انعکاس این اصل در ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی، به‌ویژه در مورد اثر فسخ معامله بر قراردادهای بعدی، آشکارا ملاحظه می‌شود، زیرا بر اساس این ماده، فسخ معامله بین مالک و منتقل‌الیه اول، معاملات رسمی بعدی را که در مورد همان ملک صورت گرفته است، مخدوش نمی‌نماید. در حقیقت، تأثیر فسخ معاملات مقدم بر قراردادهای بعدی، دارای پیامدهای منفی اقتصادی برای خریداران و عموم مردم است، زیرا انتقال‌گیرندگان در ملکی که با اتکا به سند رسمی خریداری کرده‌اند، معمولاً سرمایه‌گذاری می‌کنند و چه بسا ممکن است ملک مخروبه یا عرصه‌ای را که به صورت رسمی معامله نموده، به مجتمع مسکونی یا تجاری بزرگ یا کارخانه و یا ورزشگاهی تبدیل نمایند. حال، چنانچه بر اساس اصول حقوقی سنتی، که در فرضی ویژه در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۴۰۰/۳/۴ نیز اعمال شده است (Javaherkalam, 2023: 168-213)، فسخ معامله نخست به معاملات بعدی نیز سرایت کند، شخص یا اشخاصی که به‌طور رسمی مالک مجتمع یا اعیانی شده‌اند، به خلع ید از ملک و حتی قلع و قمع مستحدثات محکوم خواهند شد. با این حال، اصل هزینه فایده، قانون‌گذار جدید را مجاب به اجتناب از این امر نموده است. بنابراین، ماده یک قانون الزام به ثبت، رأی وحدت رویه یادشده را در حوزه اموال غیرمنقول عقیم می‌گذارد.

ب- آثار اقتصادی اعتماد به مالکیت و معامله رسمی: صدر ماده یک و تبصره‌های آن با نامعتبر اعلام کردن معاملات غیررسمی اموال غیرمنقول، در واقع املاک را به‌صورت کالاهای شناسنامه‌داری درآورده است که به‌سهولت قابل شناسایی و نقل و انتقال هستند. به عبارت دیگر، این اموال دیگر مصرفی محض نیستند؛ بلکه گردش اقتصادی بالایی خواهند یافت (Hernando, 2007: 10-45) و چه‌بسا در آینده امکان نقل و انتقال آنها در بورس نیز فراهم گردد، چراکه اعتماد

به معاملات رسمی و مالکیت اموال غیرمنقول، به‌جهت ضمانت اجرای مقرر در ماده یک قانون جدید، به بالاترین حد ممکن می‌رسد. پذیرش این اموال توسط بانک‌ها و مؤسسات وام‌دهنده نیز جنبه دیگری از اثر الزامی نمودن ثبت معاملات مزبور است.

گفتنی است که در صدر ماده یک قانون الزام به ثبت و تبصره شش آن، تنها دعوای قابل استماع در مورد معاملات غیررسمی اموال غیرمنقول، دعوای استرداد عوضین پیش‌بینی شده است. وضع این حکم از لحاظ اقتصادی برای آن است که تضمین کند در برابر مالی که از دارایی شخص خارج می‌گردد، بایستی نفعی عاید او شود (Ansari, 2011: 663)، و در صورت عدم تحصیل نفعی به سود منتقل‌الیه، بدیهی است که او باید بتواند عین آنچه را به فروشنده داده، مسترد کند. با این حال، ممکن است رد عین ثمن به مشتری، به‌ویژه اگر پس از مدت طولانی باشد، خسارت خریدار را جبران نکند و از نظر اقتصادی فاقد کارایی ارزیابی شود، زیرا در اثر کاهش قدرت پول ملی و افزایش سرسام‌آور نرخ تورم، آنچه فروشنده به خریدار باز می‌گرداند، آن هم در صورتی که انتقال‌دهنده در دسترس و دارای تمکن مالی باشد، همان پول و ارزشی نیست که مدت‌ها قبل دریافت کرده است (Karimi and Javaherkalam, 2019: 1-24). بنابراین، ممکن است گفته شود که در این فرض نیز از باب وحدت ملاک آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره‌های ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ و ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۴/۱ و با توجه به ملاک تبصره یک ماده یک و تبصره پنج و ذیل ماده ۱۰ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول که حکم به پرداخت قیمت روز ملک نموده، فروشنده مکلف به رد ثمن به نرخ روز است.

پ- تضمین حقوقی به‌مثابه قیمت: همان‌طور که گذشت، تحلیل اقتصادی صورت‌گرفته در این نوشتار، اغلب تحلیل اثباتی است، نه تحلیل هنجاری؛ با فرض اینکه انسان‌ها موجودی اقتصادی و در پی حداکثرسازی مطلوبیت هستند (Ansari, 2011: 82). از این منظر، با وجود اینکه در ماده یک ضمانت اجرای معاملات با اسناد عادی آشکارا مشخص نشده، بلکه ضمانت اجرای مقرر (بی‌اعتباری و عدم قابلیت استناد و استماع) متوجه ادله و دعاوی گردیده است، با توجه به اینکه از لحاظ تحلیل اقتصادی (صرف‌نظر از ضمانت اجرای حقوقی) تضمین به منزله قیمت است (Cooter & Ulen, 2016: 3; Bagheri et al, 2020: 150)، در این‌گونه موارد معامله با اسناد عادی هزینه‌های بسیار بالایی دارد؛ به‌نحوی که در عمل معاملات عادی اموال غیرمنقول مورد اقبال اشخاص اقتصادی و معقول قرار نمی‌گیرد. در واقع، پیش‌بینی ضمانت اجرا بر رفتار افراد تأثیر می‌گذارد (Ansari, 2011: 54)، و مردم همان‌طور که محصولات با قیمت بالا را کمتر مصرف می‌کنند، از انجام معاملاتی که ضمانت اجرای شدیدی دارند نیز خودداری می‌ورزند. مبهم‌بودن اعتبار یک معامله (از دید اقتصادی) و تکلیف طرفین به استرداد عوضین در فرض عدم انجام معامله به‌نحو رسمی که در صدر ماده یک و تبصره شش آن بیان شده، دارای چنین خصیصه‌ای است؛ گویی مقنن با تعیین استرداد عوضین (که نقض قرارداد تلقی می‌شود) به‌عنوان ضمانت اجرای قانونی عدم ثبت معامله، نقض کارآمد را به طرفین تکلیف نموده است؛ بدین معنا که نقض کردن قرارداد را که دارای اثر منفی برای منتقل‌الیه و جامعه بوده، جایگزین اجرای آن نموده است.

ت- اصل تحقق کارایی: بر اساس نظریه کلدور هیکس، وضعیتی کارا محسوب می‌شود که باعث حداکثرسازی ثروت شود (Famulski, 2017: 36) و به‌طور کلی، ارتباط معناداری بین تثبیت مالکیت و کارایی وجود دارد، زیرا برای آنکه یک دارایی بتواند در بازار مورد مبادله قرار گیرد، باید نقل و انتقال آن آسان باشد و از جمله موانعِ انتقال آسان، ریسک تعلق آن به غیر یا تزلزل مالکیت است. این موانع سبب به‌وجود آمدن اقتصاد زیرزمینی در این حوزه و از اسباب افزایش هزینه مبادله و کاهش کارایی خواهد بود (Dadgar, 2010: 198). در مورد تحلیل ماده یک قانون الزام به ثبت اموال غیرمنقول از منظر کارایی باید در نظر داشت که تعاریف و معیارهای بسیاری برای کارایی ارائه شده است که از میان آنها می‌توان به سه معیار مهم اشاره نمود: ۱- کارایی پارتو، که بر اساس آن یک قاعده یا رابطه زمانی دارای کارایی است که وضع یکی از طرفین رابطه بهتر شده و وضع دیگری دست کم بدتر نشود؛ ۲- کارایی کلدور هیکس، که بر اساس آن کارایی زمانی وجود دارد که یک نفر سود می‌برد و بتواند ضرر دیگران راجبران نماید، البته منظور فرض توانایی جبران است نه جبران واقعی؛ ۳- کارایی پازنر، که طبق این معیار زمانی یک قاعده یا ضابطه کارآمد هست که باعث حداکثرسازی ثروت جامعه شود. اگر معیار پارتو را در نظر بگیریم، قراردادها به‌عنوان قاعده از کارایی پارتو برخوردار هستند، چون هیچ یک از متعاملین زیان نمی‌بیند و دست‌کم یکی از آنها سود می‌کند (Ansari, 2011: 144).

بر این اساس، در مورد صدر ماده یک قانون الزام به ثبت، که به معاملات رسمی اعتبار بخشیده و از معاملات عادی اعتبارزدایی نموده، از دو جهت می‌توان قائل به کارایی شد: یکی از جهت کارایی برای طرفین و دیگری، از حیث نفعی که برای جامعه در پی دارد. در حقیقت، الزام به ثبت، علاوه بر اینکه املاک را وارد چرخه سرمایه‌گذاری و بانک‌پذیری می‌کند، به خریدار این اطمینان را می‌دهد که او تنها مالک است و به عبارت دیگر، به مالکیت تضمین کامل اعطا می‌کند. از لحاظ منفعت اجتماعی نیز الزام به ثبت باعث کاهش هزینه‌های خارجی و درونی شدن آنها می‌شود؛ با این توضیح که هرگاه معاملات منعقدشده با اسناد عادی معتبر شناخته شوند، باعث انجام معاملات معارض و افزایش تراکم کار دادگاه‌ها و اطاله دادرسی و سرانجام اضرار به جامعه می‌شوند، اما الزام به ثبت این هزینه‌ها را درونی و آنها را به طرف عقد محدود می‌نماید (Bagheri et al, 2020: 144-150). بر اساس معیار پازنر هم، ماده یک قانون الزام به ثبت و نگاهی که به معاملات دارد باعث حداکثرسازی منافع جامعه می‌گردد، زیرا از ابطال معاملات و اسناد و کاهش اعتبار اسناد و ثبت رسمی و نیز تحمیل هزینه‌های دادرسی متعدد جلوگیری نموده و اعتبار املاک را برای اخذ تسهیلات مضاعف می‌نماید. از سوی دیگر، بر اساس نظریه کاوز، در صورتی که حقوق مالکیت به‌طور روشنی تخصیص یابد، اگر هزینه‌های معاملاتی در بازار کم باشند، حقوق مالکیت مورد دادوستد قرار می‌گیرد و این موضوع باعث می‌شود که در نهایت منابع اقتصادی در جایی قرار گیرند که بیشترین کارایی را دارد (Ansari, 2011: 46).

در برابر، حکم مقرر در تبصره یک ماده یک قانون الزام به ثبت در مورد اثر فسخ معامله رسمی بر معاملات رسمی بعدی، از منظر کارایی پازنر، فاقد کارایی به‌نظر می‌رسد، چراکه وضع یکی از طرفین، یعنی انتقال‌دهنده اول، را نسبت به قبل بدتر نموده است. البته ایراد اساسی این معیار این است که در مورد اغلب موقعیت‌ها قابل انطباق نیست (Zerbe, 2001: 3-4). همچنین، بر اساس معیاری که برخی از حقوق‌دانان اقتصادی تحت عنوان «کارایی به‌معنای توازن منافع مشروع سه‌گانه» ارائه داده‌اند نیز تبصره این ماده کارایی لازم را ندارد، چون بر اساس این معیار قانون‌گذاری در یک کشور زمانی از معیار کارایی بهره‌مند است که منافع قانونی و قابل حمایت طرفین رابطه حقوقی و نیز کلیه افراد ثالث متأثر از آن رابطه حقوقی را در نقطه مطلوب قرار دهد؛ یعنی منافع هر سه را افزایش داده یا دست‌کم در صورت عدم افزایش منافع یک طرف، باعث ضرر دیگران نشود (Sadeghi, 2021: 38)؛ در حالی که در مورد حکم مقرر در تبصره یک، اقدام قانون‌گذار به ضرر انتقال‌دهنده نخست می‌انجامد، و به دیگر سخن، در تبصره یک ماده یک این قانون، وضعیت شخصی که مالی را انتقال داده و حق فسخ برای خود قائل شده، نسبت به آنچه قاعدتاً باید وجود داشته باشد، بسیار بدتر شده است. به‌دلیل این نقائص است که اقتصاد دانان معیار کلدورهیکس را معرفی نموده‌اند که بر اساس آن هیکس قاعده‌ای را کارآمد می‌داند که منافع آن در کل بیشتر از مضارش باشد (Ansari, 2011: 5 & 242). از این جهت به نظر می‌رسد رویکرد قانون که در نهایت منتهی به منافع کل جامعه می‌گردد کارایی دارد و به‌همین جهت، حکم مقرر در تبصره یک ماده یک، که از اعتبار اسناد رسمی و تضمین ثبات و امنیت معاملات بعدی حمایت می‌کند، کارا به‌نظر می‌رسد.

بر این اساس و به‌طور کلی می‌توان گفت که از جهت کارایی، ماده یک قانون جدید، منافع جامعه را تأمین می‌کند و از کارایی لازم برخوردار است.

ج- اصل مقابله با مخاطره اخلاقی: منظور از مخاطره اخلاقی به‌طور خلاصه فرصت‌طلبی بعد از انعقاد قرارداد است (Ansari, 2011: 213). بر اساس اصل مقابله با مخاطره اخلاقی، یک نهاد حقوقی (نظیر قانون یا قرارداد) نباید برای یک فرد این امتیاز را فراهم کند که با افزایش احتمال بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی، خطر ورود زیان به خود یا دیگران را افزایش دهد (Sadeghi, 2021: 32). در غالب اصولی که تاکنون مطالعه شد، دیدیم که قانون الزام به ثبت، دارای توجیه اقتصادی است؛ اما قانون جدید در مواردی به منتقل‌الیه با سوءنیت این فرصت را فراهم نموده تا مالک را از دسترسی به عین مال خود محروم و چه‌بسا با بدهکار معسر روبه‌رو نماید. برای نمونه، در فرضی که مالکی ملک خود را با دارا بودن حق فسخ به شخصی فروخته و منتقل‌الیه بر خلاف تعهد قراردادی و بدون توجه به وجود حق فسخ برای انتقال‌دهنده و با استفاده از ظرفیت قانونی، مورد معامله را به دیگری انتقال می‌دهد، تبصره یک ماده یک، این مال را در حکم تلف قرار داده و تنها در صورتی به مالک نخست حق می‌دهد که ملک مزبور را از خریدار اول باز پس بگیرد که این مال به طریقی از انتقال‌گیرنده دوم به منتقل‌الیه اول مسترد شده باشد. از این جهت، به‌نظر می‌رسد که ضمانت اجرای مناسبی برای انتقال مال از سوی منتقل‌الیه در صورت وجود خیار برای ناقل در نظر گرفته نشده است

(Javaherkalam, 2023: 96-69) و منتقل‌الیه اول با این راهکار قانونی می‌تواند برای مالک ایجاد مخاطره نماید؛ این در حالی است که با وجود درج حق فسخ برای مالک نخست در سند رسمی، انتقال‌گیرنده دوم به راحتی می‌تواند از آن مطلع شود، زیرا هر انسان متعارفی هنگام معامله اسناد رسمی مربوط به معامله یا قراردادهای سابق را می‌بیند و دست‌کم در مورد او فرض اطلاع وجود دارد و به‌همین جهت، نمی‌توان او را خریدار با حسن‌نیت تلقی نمود و از این جهت، حکم قانون‌گذار مبنی بر تحقق تلف حکمی، قابل انتقاد می‌نماید. به هر حال، به‌نظر می‌رسد که حفظ اعتبار اسناد رسمی و امنیت روابط حقوقی قانون‌گذار را به اتخاذ چنین رویکردی سوق داده است. گفتنی است که در مورد ماده ده این قانون[1] نیز وضعیت مشابهی وجود دارد، که پرداختن به آن از شمول نوشتار حاضر خارج است.

چ- تکیه بر اصل پیامدمحوری: از جمله اصول تحلیل اقتصادی اصل پیامدمحوری است. بر اساس این اصل، به جای اینکه بر مفاهیم انتزاعی و بطلان یا صحت عملی تأکید شود، لازم است به پیامدهای مثبت و منفی آن، و همچنین کارایی یا عدم کارایی برای کلیه اشخاص ثالث متأثر از این قرارداد (که می‌تواند عموم مردم باشد) توجه نمود و کارا بودن یا نبودن قرارداد را ارزیابی کرد (Sadeghi, 2021: 6). اما در مورد تبصره یک ماده یک قانون الزام به ثبت، با وجود اینکه بر اساس قواعد عمومی قراردادها در صورت فسخ یا اقاله معامله، عوضین باید به طرفین بازگردند؛ اما قانون‌گذار با توسعه تعریف تلف حکمی در فرض انتقال سند رسمی، مالک را از دسترسی به مال خود محروم می‌دارد و در حقیقت در پی آن است که به هر صورت اعتماد عمومی نسبت به اسناد رسمی را جلب نماید. بنابراین، اگرچه تحقق تلف حکمی در اثر انتقال رسمی موضوع معامله به دیگری، بر اساس اصول و مبانی مختلف، از جمله اصل تناسب هزینه و فایده، دارای توجیه اقتصادی است؛ اما ممکن است کسانی که سوءنیت دارند از این نهاد به شکل مخاطره اخلاقی سوء استفاده نمایند.

نتیجه‌گیری

قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب ۱۴۰۱/۹/۶، که پس از پنج بار رفت و آمد بین مجلس شورای اسلامی و شورای محترم نگهبان و انجام اصلاحات گوناگون و گسترده در آن، سرانجام از سوی شورای نگهبان به تأیید نرسید و نهایتاً مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۴۰۳/۲/۲۶ با انجام اصلاحاتی، آن را موافق با مصالح نظام تشخیص داد، با هدف تثبیت مالکیت اشخاص بر اموال غیرمنقول از طریق اعتباربخشی انحصاری به اسناد رسمی و سلب اعتبار از اسناد عادی در حوزه معاملات مربوط به املاک وضع شده است. از مهم‌ترین ضرورت‌های تصویب قانون می‌توان به تضمین ثبات و امنیت معاملات و گسترش اعتماد در روابط حقوقی و قراردادی و مقابله با فروگذاشتن مواد ۲۲ و ۴۶ تا ۴۸ ق.ث. و صحیح شمردن معاملات غیررسمی مربوط به اموال غیرمنقول توسط رویه قضایی، با تبعیت از نظر مشهور حقوق‌دانان، و حتی ابطال اسناد رسمی به کمک اسناد عادی مقدم و حتی شهادت شهود و امارات قضایی، که به‌ویژه پس از وضع ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، بسیار تسهیل و شایع شده بود، و همچنین، کاستن از شمار دعاوی و اطاله دادرسی (به‌خصوص دعاوی مربوط به اثبات مالکیت، تنفیذ معامله، الزام به تنظیم سند رسمی، اعلام بطلان معامله معارض و ابطال اسناد رسمی تنظیمی)، جلوگیری از معاملات صوری و نقل و انتقال‌های با انگیزه فرار از دین، پیشگیری از ارتکاب جرایم ملکی، سروسامان دادن به بازار معاملات اموال غیرمنقول در بنگاه‌ها و مشاوران املاک، سهولت دسترسی به اطلاعات مربوط به قراردادها به‌صورت برخط و تسهیل استعلام از وضعیت مالکیت اموال غیرمنقول، جلوگیری از فرار مالیاتی و نظارت و کنترل دولت در معاملات املاک (به‌عنوان بخشی از سرزمین ملی) اشاره کرد. بنابراین، تصویب قانون مورد بحث به‌طور کلی اقدامی ارزنده و مثبت ارزیابی می‌شود و چه‌بسا ضرورت داشت که سالیانی قبل به تصویب می‌رسید و حتی بهتر بود که قانون‌گذار و رویه قضایی، همگام و همسو با برخی از حقوق‌دانان بنام، به مفاد قانون ثبت وفادار می‌ماند. با این حال، قانون جدید ابهام، چالش‌ها، دشواری‌ها و پیچیدگی‌های زیادی دارد و بدیهی است که پرداختن به تمامی آنها در یک مقاله علمی نمی‌گنجد. بر همین اساس، در اثر پیش رو تلاش گردید که تنها به تحلیل ماده یک قانون از منظر حقوقی و اقتصادی

[1]. ماده یاد شده در مورد اشخاصی که برخلاف واقع و به‌صورت عالمانه با ارائه اسناد و مدارک جعلی، ادعای مالکیت نسبت به املاک دیگران می‌کنند و با دعوای الزام به تنظیم سند رسمی و اثبات مالکیت و غیره، موفق به ثبت معامله غیرواقعی خود در سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی می‌شوند، مقرر می‌دارد: «مدعی مذکور می‌تواند برای مطالبه قیمت مال غیرمنقول خود به نرخ روز حسب مورد به اشخاص ثالثی که عالماً نسبت به بارگذاری ادعاهای مستند به اسناد جعلی یا خلاف واقع در سامانه اقدام کرده‌اند یا عالماً نسبت به معامله معارض با حق وی اقدام کرده‌اند یا ید ما قبل خود رجوع کند».

پرداخته شود و سایر مباحث و بررسی مواد دیگر به آثار پژوهشی دیگر موکول گردد.

ماده یک قانون الزام به ثبت، در راستای قوانین پیشین و البته با برخی تفاوت‌های بنیادین، ثبت اعمال حقوقی مربوط به اموال غیرمنقول را در سامانه «ثبت الکترونیک اسناد» الزامی شمرده است. مطابق صدر این ماده، معاملاتی که موضوع یا نتیجه آنها انتقال عین یا انتقال منافع اموال غیرمنقول برای بیش از دو سال، واگذاری حق ارتفاق یا ایجاد حق انتفاع از املاک برای زاید بر دو سال است و نیز عقود وقف و رهن نسبت به املاک و تعهد به انشای اعمال حقوقی یادشده باید در سامانه ثبت شود؛ وگرنه قانون‌گذار در مقام تعیین ضمانت اجرای شکلی، دعاوی و ادله مربوط به معاملات ثبت‌نشده املاک را در مراجع قضایی، شبه قضایی، داوری و اداری غیرقابل استماع و بی‌اعتبار دانسته و هیچ دعوای حقوقی یا شکایت کیفری و یا تقاضایی راجع به معاملات مزبور، نظیر اثبات یا تنفیذ معامله، ابطال سند رسمی مالکیت، الزام به تنظیم سند رسمی، خلع ید، تخلیه ید، الزام به اجرای تعهدات مندرج در آن و انتقال مال غیر را مسموع نمی‌شمارد. بنابراین، اگرچه قانون‌گذار ضمانت اجرای ماهوی معامله ثبت‌نشده را بیان نکرده، ولی از لحن ماده و غیرقابل استماع بودن تمامی دعاوی و بی‌اعتباری ادله مربوط به قراردادهای غیررسمی چنین بر می‌آید که قانون‌گذار معاملات یادشده را باطل می‌بیند و به همین جهت، تنها دعوای قابل استماع در این زمینه را دعوای استرداد عوضین دانسته است. همچنین، مقنن «ثبت فسخ» معاملاتی را که در سامانه ثبت شده‌اند الزامی شمرده و در مورد اثر فسخ قرارداد بر معاملات رسمی بعدی، قانون‌گذار، حتی در صورت تصریح به وجود حق فسخ برای انتقال‌دهنده و منع انتقال‌گیرنده از انتقال مورد معامله به شخص ثالث، حق منتقل‌الیه ثالث را بر حق مالک نخست (دارنده حق فسخ) ترجیح داده و استرداد عین را نپذیرفته است، بلکه تنها به او حق داده است که قیمت روز ملک را از انتقال‌گیرنده اول مطالبه کند؛ مگر اینکه وی در معامله دوم دارای حق فسخ بوده و یا به نحوی مورد معامله به ملکیت او درآمده باشد. بر همین اساس، طبق قاعده باید بر این نظر بود که قانون‌گذار با وضع تبصره یک ماده یک قانون جدید، رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور را تخصیص زده است.

از منظر تحلیل اقتصادی نیز، برای توجیه مبانی اقتصادیِ وضعِ قانونِ الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، اصول متعددی، مانند اصل مقابله با فرصت‌طلبی، اصل هزینه اتکا، اصل تخصیص بهینه ریسک، کاهش هزینه معاملاتی، کاستن از آمار دعاوی حقوقی و جرایم ملکی و تسهیل در اجرای احکام دادگاه‌ها و اصول امنیت و کارایی قراردادها، مورد تحلیل قرار گرفت. همچنین، برای تحلیل اقتصادی احکام و آثار ماده یک قانون یادشده، به‌ویژه اعتباربخشی انحصاری به معاملات ثبت‌شده و اثر فسخ معاملات بر قراردادهای رسمی بعدی، حکم قانون بر مبنای اصول اقتصادی متعددی، مانند اصل تناسب هزینه و فایده، اصل تحقق کارایی، اصل مقابله با مخاطره اخلاقی، تضمین حقوقی به‌مثابه قیمت و تکیه بر اصل پیامدمحوری مورد بررسی و مطالعه واقع و آثار اقتصادی اعتماد به مالکیت و معامله رسمی تبیین شد و این نتیجه حاصل گشت که قانون مورد بحث به‌عنوان قاعده، قانونی کارا، مثبت و مفید برای جامعه ارزیابی می‌گردد.

References

[1] Abdolmaleki, M.; Shakoori Gorgani, M. (2022). *Expert opinion about the resolution of the Islamic Council regarding the proposal to require the official registration of real estate transactions*, Islamic Parliament Research Center Of The Islamic Republic Of IRAN. (In Persian).

[2] Ansari, M. (2011). *Economic analysis of the Law of the Contracts*. Tehran: Javdaneh publications. (In Persian).

[3] Bagheri, M.; Almasi, M.; Rahmani, S. (2020). *An Economic Analysis of Public Registration of Documents and Transactions, With a Focus on Real Estate Transactions*, Tehran: Shahre Danesh. (In Persian).

[4] Bariklou, A. (2016). *Contract law, specific contracts (1st ed).* Vol. 1. Tehran: Mizan publication. (In Persian).

[5] Cohen, M.; Howrey, E. (1999). Implied Terms and Interpretation in Contract Law, *4400*, 78-99. Available at: https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/4400-implied-terms-and-interpretation-in-contractlaw.pdf

[6] Cooter, R.; Ulen. T. (2010). *Law and Economics*,Translated By: Dadgar, Y.; Akhavan, H., Teran: Tarbiat Modarres University Press and Noor-e Elm. (In Persian).

[7] Cooter, R.; Ulen, T. (2016). *Law and Economics* (6th ed). Berkeley Law Books. Book 2.

[8] Dadgar, Y. (2010). *Main Dimenssions of Law & economics*, Tehran: Tarbiat Modarres University Press and Noor-e Elm. (In Persian)

[9] Dreze, J.; Stern, N. (1987). *The Theory of Cost-Benefit Analysis*, Handbook of Public Economics. New York: Elsevier Science Publishers.

[10] Emami, H. (2006). *Civil Law* (26th ed). Vol. 1. Tehran: Eslamieh pablication. (In Persian).

[11] Hermalin, B.; Katz, A.; Craswell, R. (2006). *The Law and Economics of Contracts*, The Handbook of Law & Economics, Columbia Law School, NO. 296, Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1416.

[12] Hernando, D. (2007). *The Mystery of Capital, Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (3rd ed), Translated by Tafazoli, F. Tehran: Ney Pablication. (In Persian).

[13] Javaherkalam, M. H. (2022). The Effect of Termination of a Primary Contract on Subsequent Transactions; The analysis and Interpretation of the Binding Precedent No. 810, dated 2021,05-25, Rendered by the General Board of the Supreme Court. *Criticism and analysis of judicial decisions*. *1* (2), 168-213. (In Persian).

[14] Javaherkalam, M. H. (2023). The Status of the Transferee's Possessions at the Time of the Transferor's Right of Termination in Islamic Law, *Economic and Commercial Law Research Quarterly*, *1* (1), 69-96. (In Persian).

[15] Katouzian, N. (2004). *Elementary Studies in Civil Law: Contracts, Unilateral Acts* (9th ed). Vol. 9, Tehran: Enteshar Co. (In Persian).

[16] Katouzian, N. (2008). *Civil Law: Specific Contracts* (10th ed). Vol. 1. Tehran, enteshar Co. (In Persian).

[17] Katouzian, N. (2009), *Civil Law: General Principles of Contracts* (8th ed). Vol. 1. Tehran: enteshar Co. (In Persian).

[18] Katouzian, N. (2013). *General Principles of Contracts* (11th ed). Vol. 1. Tehran: Enteshar Co. (In Persian).

[19] Katz, A. W. (2005). Contractual Incompleteness: A Transactional Perspective, *Columbia Law School*, *56* Case W. Res. L. Rev. 169.

[20] Parisi, F. (2007). *Coase Theorem, New Palgrave Dictionary of Economics* (2nd ed). L. Blume and S. Durlaufe, eds., Macmillan Ltd., , Minnesota Legal Studies Research Paper, No. 07-12.

[21] Polinsky, M.; Shavell, S. (2007). Elsevier, *Columbia law & economics* working paper No. 296 .

[22] Rahpeyk, H. (2009). *Civil Law, Specific Contracts* (1st ed). Vol. 1. Tehran: khorsandi publication. (In Persian).

[23] Richard, k.; Zerbe, O. (2001). *Economic Efficiency in Law and Economics*, UK Northampton, MA, USA: Edward Elgar Cheltenham.

[24] Sadeghi, M. (2021). *Course Notes for International Economic Commercial Law*. Tehran: Faculty of Law and Political Science at University of Tehran. (In Persian).

[25] Safai, H. (2020). *Elementary Course of Civil Law, General Principles of Contracts* (32nd ed). Vol. 2. Tehran: Mizan publication. (In Persian).

[26] Shahidi, M. (2009). *Civil Law, Conclusions of Contracts and Obligations*. volume 1. Tehran: Majd publications. (In Persian).

[27] Tabatabai Hessari, N. (2016). Legal Research Quarterly Economic functions of land registration in the light of the theory of economic efficiency, *Legal Research Quarterly. 18* (72), 311-336. (In Persian).
[28] Tomasz, F. (2017). Economic Efficiency in Economic Analysis of Law. *Journal of Fir and Financial Law*, 3(15).
[29] Zamir, E. (1998). The Efficiency of Paternalism, *Virginia Law Review. 84*(2), 229-286.

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 185-202

Pathological analysis of Afghanistan'stax system in the light of tax principles

Ariyan Ghassemi [1], Ali Reza Mohseny[2]*

1- Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Religions and Denominations, Qom, Iran.

2- Master's graduate in Public Law, Faculty of Law, Mofid University, Qom, Iran.
(*- Corresponding Author Email: alrzmohseny3@gmail.com)

Received: 6 October 2024 Revised: 10 November 2024 Accepted: 1 December 2024 Available Online: 3 December 2024	**How to cite this article:** Ghassemi,A. , Mohseny, A.R.(2024). Pathological analysis of Afghanistan'stax system in the light of tax principles. *Encyclopedia of Economic Law Journal, 31*.(26): 185-202. (In Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2024.88871.1383

1- INTRODUCTION

Maintaining and managing an organized society requires the existence of institutions such as administrative, military, and judicial organizations, which together form the government structure of the society. These organizations have responsibilities, including maintaining order and security, administering justice, and defending the country. In order to carry out these duties, the government is compelled to incur expenses, which are known as "public expenditures" (Nouri, 2021, p. 60). To finance these expenditures, the government must collect funds from the people and institutions in the form of taxes, as without revenue, the government cannot sustain itself, and insufficient income hinders the government from fulfilling its responsibilities (Rostami, 2016, p. 129).

Undoubtedly, in modern legal systems, law is the most important source of tax law. The prominent role of tax law in various countries has led lawmakers to give special attention to this issue (Dabirnia, 2016, p. 73), dedicating parts of the constitution to the principles and generalities of tax law (Bahadari Jehrami, 2011, pp. 95-96), and allocating sections of constitutional law to the topic of taxation (Ranjabari & Badamchi, 2006, p. 97). Accordingly, the Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan emphasizes the legality of taxes, stating in Article 42 that all citizens are obligated to pay taxes according to the law. Additionally, the authority to legislate laws is granted to the National Assembly under Article 81 of the Constitution (Constitution of Afghanistan, 2004).

The National Assembly, through the enactment of financial and tax laws, aims to establish regulations that best ensure public expenditures while minimizing negative economic and social consequences and preventing tax evasion (Nouri, 2021, p. 48). Legal scholars in the field of financial law have introduced principles for a tax system, the observance of which can contribute to fairness, efficiency, and the economic feasibility of the tax collection process.

However, the legislature, without considering social justice and the financial capacity of individuals, has set the corporate income tax rate as a flat progressive rate in accordance with Article 4, Clause 1, requiring individuals to pay 20% of their total income as tax, regardless of their actual income and financial capability. Moreover, under Article 59, a proportional tax rate has been imposed on the rent of houses and offices, which contradicts the principles of social justice, as it fails to adhere to the principles of fairness, equality, facilitation, and economy.

This article, employing an analytical-descriptive approach within the framework of public law and

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

finance, and utilizing library and internet sources, seeks to answer the primary question: "What challenges does Afghanistan's tax system face in light of tax principles?" The main hypothesis of the research is based on the premise that "Despite adherence to some tax principles, Afghanistan's tax system remains neither transparent nor accountable, and it is unable to generate sufficient revenue to meet public expenditure needs." The research also seeks to address the subsidiary question: "What solutions are available to overcome the existing tax challenges?" The secondary hypothesis, in a convergent combination, suggests that "Converging economic factors can contribute to rethinking Afghanistan's tax system and remedying its shortcomings."

Some sources in Afghan research have discussed public finance, tax law, and budgeting; however, none have directly addressed the specific topic of this research, highlighting the innovation of this study. In other words, this research not only examines tax principles comprehensively and accurately but also addresses the shortcomings of these principles and their role in the laws and regulations concerning tax imposition and collection. This represents a novel contribution to tax research in Afghanistan and is a significant step toward better understanding and improving the country's tax system. To test or confirm the hypothesis, this study presents fresh perspectives within a structured framework.

Regarding the subject of taxation, aside from laws, regulations, bylaws, and guidelines, books have been published in Afghanistan, such as "Public Finance" by Mohammad Jafari Kohistani, "The Development of Financial Law and Public Finance in Afghanistan" by Mohammad Musa Maroofi, and "Financial Law: Based on Afghanistan's Tax System" by Mohammad Amir Nouri. These books generally address tax issues and tax principles but do not delve into the challenges present in Afghanistan's tax system. The distinction of this research from previous studies lies in its examination of both tax principles based on Afghan financial laws and the analysis of the weaknesses of the tax system, providing appropriate solutions in light of these challenges.

2- PURPOSE

The purpose of this study is to analyze the Afghan tax system through the lens of established tax principles, examining the effectiveness and transparency of current tax policies and practices in addressing public expenditure needs. Specifically, the research aims to identify core challenges and shortcomings within Afghanistan's tax structure, assessing how these factors impact economic stability and income distribution. The study will also seek practical solutions to address these issues, contributing to the development of a more efficient and equitable tax system that can better support Afghanistan's economic, social, and political development.

3- METHODOLOGY

This research was conducted using an analytical-descriptive method along with a library-based approach.

4- FINDINGS

The findings of this research reveal that while Afghanistan's tax laws incorporate fundamental tax principles, there are significant issues in the practical implementation and enforcement of these regulations. Ambiguity and complexity within the tax laws create confusion and hinder effective tax collection. Additionally, the lack of trained professionals and insufficient funding obstructs the establishment of a digitalized tax calculation and banking system. These obstacles have led to inadequate oversight, widespread tax evasion, and income concealment, resulting in a tax system that fails to fully meet the country's public expenditure needs. The study also finds that these challenges contribute to a lack of public trust and compliance, further destabilizing the fiscal infrastructure. Addressing these issues through enhanced transparency, improved legislation, and investment in digital infrastructure could strengthen the Afghan tax system, promoting greater economic stability

and equitable income distribution.

5- CONCLUSION

The economic, social, cultural, and political growth and development of any country is strongly dependent on its tax system. In all developed or industrialized countries, public expenditures are funded through tax revenues, which contributes to economic stability and fair income distribution. Therefore, any advancement and development in various sectors of society are indebted to a successful and efficient tax system. Conversely, any backwardness or lack of progress can also be traced back to weaknesses in the tax structure. By adhering to tax principles from start to finish, an efficient tax system can be established that supports the growth and development of the country.

Afghanistan's tax system has incorporated tax principles within its laws and regulations, yet there are challenges in implementing and enforcing these regulations. Ambiguity and the multiplicity of tax regulations are among the primary issues. Additionally, the lack of skilled professionals and adequate funding has hindered the establishment of an electronic system for tax calculations and banking integration. These factors have led to insufficient oversight and control over tax collection methods, resulting in widespread tax evasion, collusion, and income concealment. These challenges and tax-related issues have culminated in an inefficient tax system.

Keywords: Tax System, Pathology, Tax Principles, Afghanistan.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص ۲۰۲-۱۸۵

رهیافت آسیب‌شناسانه به نظام مالیاتی افغانستان در پرتو اصول مالیاتی

آرین قاسمی[۱]، علی‌رضا محسنی[۲*]

دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۵ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۱

چکیده

مالیات و سیاست‌های مالیاتی نقشی حیاتی در اقتصاد ایفا کرده و تحت‌تأثیر سیاست‌های کلان اقتصادی دولت هستند. این تحقیق با روش‌های کتابخانه‌ای و اینترنتی، نظام مالیاتی افغانستان و اصول مالیاتی آن را بررسی کرده و به این سوال می‌پردازد که نظام مالیاتی این کشور با چه آسیب‌هایی مواجه است. فرضیه اصلی بیان می‌کند که با وجود رعایت برخی اصول، نظام مالیاتی افغانستان همچنان شفاف و پاسخگو نیست. این مشکلات ناشی از ابهام در مقررات، کمبود افراد متخصص و فقدان بودجه کافی برای ایجاد سیستم الکترونیکی کارآمد است. همچنین، نظارت ضعیف بر فرایند وصول مالیات نیز چالش‌هایی را ایجاد می‌کند. برای بهبود این نظام، اقداماتی مانند توسعه سیستم الکترونیکی، افزایش آگاهی عمومی، جلوگیری از فرار مالیاتی، و افزایش تعرفه‌های گمرکی پیشنهاد می‌شود. این اقدامات می‌تواند به تقویت و کارآمدی نظام مالیاتی منجر شود.

کلید واژه‌ها: نظام مالیاتی، آسیب‌شناسی، اصول مالیاتی، افغانستان.

[۱]. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران.

[۲]. دانش‌آموخته‌ی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

(نویسنده مسئول: Email: alrzmohseny3@gmail.com)

مقدمه

حفظ و اداره‌ی یک جامعه منظم، نیازمند وجود سازمان‌هایی چون سازمان‌های اداری، نظامی و قضایی است که در مجموع سازمان حکومتی آن جامعه را تشکیل می‌دهند. این سازمان‌ها وظایفی از جمله حفظ نظم و امنیت، اجرای عدالت و دفاع از کشور را بر عهده دارند. به منظور انجام این وظایف، دولت مجبور است هزینه‌هایی را متحمل شود که به‌عنوان «مخارج عمومی» شناخته می‌شوند (نوری، ۱۴۰۰، ص. ۶۰). برای تأمین این مخارج، دولت باید از مردم و مؤسسات تحت عنوان مالیات مبالغی را دریافت کند؛ زیرا بدون درآمد، دولت نمی‌تواند به حیات خود ادامه دهد و کمبود درآمد، دولت را از انجام وظایفش بازمی‌دارد (رستمی، ۱۳۹۵، ص. ۱۲۹).

بدون شک، در نظام‌های حقوقی کنونی، قانون مهم‌ترین منبع حقوق مالیات محسوب می‌شود. جایگاه ویژه‌ای که موضوعات حقوق مالیات در کشورها دارند، موجب شده است که قانون‌گذاران بنیان‌گذار (دبیرنیا، ۱۳۹۵، ص. ۷۳) همواره توجه خاصی به این موضوع داشته باشند (بهادری جهرمی، ۱۳۹۰، صص. ۹۵-۹۶) و بخشی از مواد قانون اساسی را به کلیات و اصول حقوق مالیات اختصاص دهند (رنجبری و بادامچی، ۱۳۸۵، ص. ۹۷). بر همین اساس، در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، اصل قانونی بودن مالیات مورد اشاره قرار گرفته و در ماده (۴۲) به صراحت بیان شده است که همه شهروندان موظف به پرداخت مالیات طبق قانون هستند. همچنین، طبق ماده (۸۱) این قانون، صلاحیت تصویب قوانین به شورای ملی واگذار شده است (قانون اساسی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲).

شورای ملی با تصویب قوانین مالی و مالیاتی، در تلاش است تا قوانینی وضع کند که به بهترین نحو هزینه‌های عمومی را تأمین کند و در عین حال کمترین پیامدهای منفی اقتصادی و اجتماعی را به دنبال داشته باشد و از فرار و اجتناب مالیاتی جلوگیری کند (نوری، ۱۴۰۰، ص. ۴۸). صاحب‌نظران حقوق مالی، اصولی برای نظام مالیاتی معرفی کرده‌اند که رعایت آن‌ها می‌تواند به عدالت، کارایی، و اقتصادی بودن فرآیند وصول مالیات کمک کند.

با این حال، قانون‌گذار بدون در نظر گرفتن عدالت اجتماعی و توانایی مالی افراد، نرخ مالیات بر درآمد اشخاص حقوقی را طبق بند (۱) ماده (۴) به‌صورت کلی و تصاعدی تعیین کرده و ملزم ساخته است که ۲۰ درصد از کل عواید خود را به‌عنوان مالیات بپردازند، بدون در نظر گرفتن توانایی و میزان درآمد واقعی آنان. همچنین، طبق ماده (۵۹) این قانون، نرخ مالیات تناسبی برای کرایه منازل و دفاتر تعیین شده است که با اصول عدالت اجتماعی مغایرت دارد؛ زیرا اصول عدالت، مساوات، تسهیل و صرفه‌جویی در آن رعایت نشده است.

مقاله حاضر با رویکرد تحقیق تحلیلی-توصیفی در چارچوب دانش حقوق و مالیه عمومی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی، در پی یافتن پاسخ به این پرسش اصلی است که «نظام مالیاتی افغانستان، بر مبنای اصول مالیاتی به‌عنوان معیار، با چه آسیب‌هایی مواجه است؟». فرضیه اصلی تحقیق بر این پایه استوار است که «با وجود رعایت برخی اصول مالیاتی، نظام مالیاتی افغانستان هنوز شفاف و پاسخگو نبوده و قادر به تأمین حجم عظیم هزینه‌های عمومی از طریق مالیات نیست». ذهن مآل‌اندیش به دنبال یافتن راهکارهایی برای این پرسش فرعی است که «چه راهکارهایی برای خروج از چالش‌های مالیاتی موجود وجود دارد؟»، و فرضیه فرعی در ترکیبی هم‌گرا بیان می‌کند که «عوامل هم‌گرایی در حوزه اقتصادی می‌تواند به بازاندیشی در نظام مالیاتی افغانستان و رفع آسیب‌ها کمک کند».

برخی منابع در پژوهش‌های افغانستان به موضوع مالیه عمومی، حقوق مالی و بودجه پرداخته‌اند، اما هیچ‌یک مستقیماً به موضوع این تحقیق نپرداخته‌اند، که این امر نشان‌دهنده نوآوری پژوهش حاضر است. به بیان دیگر، این تحقیق نه تنها اصول مالیاتی را به‌طور دقیق و کامل بررسی می‌کند، بلکه به آسیب‌های این اصول و نقش آن‌ها در قوانین و مقررات مربوط به وضع و جمع‌آوری مالیات نیز می‌پردازد. این مسئله یک نوآوری در تحقیقات مالیاتی افغانستان محسوب شده و گامی مهم به‌سوی درک بهتر و ارتقای نظام مالیاتی این کشور به‌شمار می‌آید. در راستای بررسی رد یا تأیید فرضیه، پژوهش حاضر با یک ساختار مدون به حضور اندیشه‌های تازه پرداخته است.

در رابطه با موضوع مالیات، خارج از قوانین، مقررات، آیین‌نامه‌ها و رهنمودها، تاکنون در داخل افغانستان کتاب‌هایی تحت عنوان مالیه عمومی نوشته‌ی محمد جعفری کوهستانی، سیر انکشاف حقوق مالی و مالیه عامه در افغانستان نوشته‌ی محمد موسی معروفی، استادان دانشگاه کابل، و حقوق مالی؛ بر مبنای نظام مالیاتی افغانستان اثر محمد امیر نوری به چاپ رسیده‌اند. این کتاب‌ها به‌طور کلی به موضوع مالیات و اصول مالیاتی پرداخته‌اند اما به آسیب‌های موجود در نظام مالیاتی افغانستان نپرداخته‌اند. تفاوت این تحقیق با پژوهش‌های پیشین در این است که، علاوه بر بحث در مورد مالیات و اصول مالیاتی بر پایه قوانین مالی افغانستان، به بررسی آسیب‌های نظام

مالیاتی نیز پرداخته و با توجه به آن‌ها، راهکارهای مناسبی ارائه شده است.

۱-بنیان‌های نظری

با توجه به هدف این مطالعه، بررسی نظام مالیاتی افغانستان از جنبه‌های مختلف ضروری است. این بررسی باید مبتنی بر ابزارها، سیاست‌ها و رعایت اصول مالیاتی باشد تا روشن شود که چگونه این عوامل تحت‌تأثیر قوانین و مقررات مالیاتی افغانستان قرار دارند. در این راستا، اهداف اصلی شامل تحلیل و بررسی ساختار نظام مالیاتی، شناخت چالش‌ها و آسیب‌ها، و ارائه راهکارهایی برای بهبود کارایی و شفافیت مالیاتی است. هدف نهایی این است که برای خواننده تصویر واضح و روشنی از وضعیت فعلی نظام مالیاتی افغانستان و تأثیرات آن بر توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور فراهم شود.

۱-۲ تجلی اصول مالیاتی در مبادی اندیشه مالیاتی در افغانستان

آغاز طراحی و تطبیق سیستم‌های مالی در افغانستان هم‌زمان با شکل‌گیری نخستین ساختارهای دولتی انجام شده است. هرچند اطلاعات دقیقی در دست نیست که امور مالی و سیستم‌های مالی مربوطه از سوی کدام سازمان‌های دولتی اداره می‌شده و طرز کار آن چگونه بوده یا چه نام و عنوانی داشته است؛ اما برخی تحقیقات اجتماعی و تاریخی نشان می‌دهد که در دوران غزنویان اداره‌ای وجود داشته که وظیفه دخل‌وخرج دولت را بر عهده داشته است. در دوران احمدشاه بابا نیز نهادی به نام «دیوان اعلی» (وزارت مالیه) یا خزانه‌داری مسئول امور مالی و اداری دربار شاه بوده و فردی با عنوان دیوان‌بیگی مسئولیت‌های مختلفی همچون جمع‌آوری مالیات مستقیم و غیرمستقیم، کنترل منابع و عایدات دولتی، اداره اراضی دولتی، مدیریت ذخایر جنسی و قروض عمومی را به عهده داشته است. در دوران بعدی، این مسئولیت دولتی به نام‌های «وکیل الرعایا»، «امین الملک» و «مستوفی‌الملک» شناخته می‌شد و در دوران امیرشیرعلی‌خان، وزیر مالیه به نام مستوفی‌الملک فعالیت می‌کرد. در اواخر سلطنت امیرعبدالرحمن‌خان، یک اداره نسبتاً منظم مالی به نام مستوفی‌الملک در مرکز ایجاد شد و سایر ادارات مالیاتی تحت عنوان سر دفترداری در ولایات، محلات و علاقه‌داری‌ها تأسیس گردیدند که مسئولیت امور مالی و حسابداری را بر عهده داشتند. در آن زمان، منابع مالی دولت شامل مالیات‌های مستقیم و غیرمستقیم بود و نظام بودجه به شکل مدرن امروزی وجود نداشت. بدین معنا که عواید دولت بر اساس حساب‌های سال پیشین تثبیت می‌شد و مصارف دولت بدون برنامه‌ریزی و پیش‌بینی دقیق انجام می‌گرفت (انوری، ۱۳۹۷: ۱۹).

در دوران حکومت امان‌الله خان پس از سال ۱۳۰۳ هـ‌ش، اصول جدیدی به نام «اصول شهریه» به وجود آمد. پیش از آن، در دوران پدرش شاه حبیب‌الله خان، اصول دفتری در جریان بود که طی آن مالیات‌ها به‌صورت سالانه جمع‌آوری و مصرف می‌شد. اما در اصول شهریه، حساب‌های دولتی به‌صورت ماهانه و بر اساس یک برنامه سالانه تنظیم می‌گردید؛ به همین دلیل، این نظام به نام «شهریه» شناخته شد (تینگار، ۱۳۹۵، ص ۹). طبق ماده ۴۸ اصول‌نامه اساسی دولت افغانستان، مصوب ۱۳۰۱/۱۲/۱۰ شمسی، آمده است که «بودجه سالانه که در وزارت مالیه تنظیم و ترتیب می‌شود، مطابق نظام‌نامه بودجه عمومی به شورای دولت تدقیق می‌گردد». بر این اساس، بودجه سالانه در وزارت مالیه تنظیم و سپس توسط شورای دولت بررسی و تأیید می‌شد. همچنین، طبق ماده ۵۹ «هر سال برای درآمدها و هزینه‌های دولت یک بودجه تنظیم می‌شود و این بودجه به‌عنوان مبنای تمام واردات و مصارف دولت محسوب می‌شود و تمامی درآمدها و هزینه‌ها بر اساس آن اخذ و مصرف می‌شوند». در اینجا، «واردات و مصارف دولت» به معنای «درآمدها و هزینه‌های دولت» است و بودجه سالانه بر اساس این درآمدها و هزینه‌ها تنظیم و صرف می‌گردد (انوری، ۱۳۹۷: ۲۰).

۱-۲-۱ بایسته‌های اندیشه مالیاتی در نظام افغانستان

از دیدگاه حقوق‌دانان مالی، مالیات مبلغی است که دولت بر اساس قانون، به‌صورت اجباری و بلاعوض از افراد حقیقی و حقوقی دریافت می‌کند. این مبلغ بر اساس توانایی پرداخت افراد و به منظور تأمین هزینه‌های عمومی و اجرای سیاست‌های مالی جمع‌آوری می‌شود (حبیب‌نژاد، ۱۳۹۸: ۱۳۹). قانونگذار افغانستان نیز در بند (۱) ماده (۲) قانون مالیات بر عایدات، مالیات را چنین تعریف کرده است: «مالیات، تادیه الزامی است که به منظور تقویت بنیه مالی دولت و رفاه عمومی، بدون ارائه خدمت متقابل یا کالا، از اشخاص حقیقی و حقوقی مطابق احکام این قانون اخذ می‌شود». بر اساس این تعاریف، مالیات مبلغی الزامی و بلاعوض است که به‌منظور تأمین هزینه‌ها و ارائه خدمات عمومی از شهروندان دریافت می‌شود. در دنیای امروز، دولت‌ها به‌عنوان بزرگترین و مهم‌ترین سازمان‌ها، وظایف حیاتی مانند امنیت، آموزش، بهداشت و دادرسی را بر عهده دارند که برای انجام این وظایف به بودجه‌های کلان نیازمندند. از آنجایی که منابع غیرمالیاتی دولت‌ها دائمی و مستمر نیستند، تأمین این هزینه‌ها از طریق مالیات، به‌عنوان منبعی پایدار و منطقی تلقی

می‌شود (مهندس و تقوی، ۱۳۸۱: ۵۷). مالیات‌ها علاوه بر تأمین درآمد و پوشش هزینه‌های عمومی، به توزیع عادلانه‌تر درآمد و حمایت از اقشار کم‌درآمد جامعه کمک می‌کنند (بپورولی، ۱۳۸۷: ۹۱). به‌عبارت دیگر، این ابزار مالی نقشی مهم در برقراری تعادل و عدالت اجتماعی ایفا می‌کند (پژویان، ۱۳۸۲: ۱۰۲). در نهایت، وضع و وصول مالیات‌ها باید بر مبنای رویکردی عادلانه صورت گیرد؛ زیرا اگر هدفی غیر از تأمین مالی و هزینه‌های عمومی داشته باشد، می‌تواند به نابرابری و بی‌عدالتی در جامعه منجر شود.

موضوع دیگری که در نظام مالیاتی باید مورد توجه قرار گیرد، اصول مالیاتی است. اصول، توصیفی از اهداف مطلوب یا الگوهای رفتاری هستند که به‌عنوان مبنایی برای دستیابی به نتایج مورد انتظار به کار می‌روند (مقیمی، ۱۳۹۶، ۱۵۸). این اصطلاح گاه به معنای تأکید بیشتر بر نتایج حاصل و توجیه رویکردهای اتخاذشده نیز به کار می‌رود. همچنین، اصول ممکن است توجیهاتی برای دلایل و زیرساخت‌های بروز اتفاقات و رخدادها باشند (مقیمی، ۱۳۹۶: ۱۵۸). در همین راستا، اصول مالیاتی را می‌توان به‌عنوان منطقی علمی تعریف کرد که ذهن را از خطاهای احتمالی حفظ و در انتخاب و اجرای یک سیستم مالیاتی موثر راهنمایی می‌کند. بدون رعایت این اصول، احتمال مواجهه با دشواری‌هایی وجود دارد که مانع دستیابی کامل به اهداف مورد نظر می‌شود (انوری، ۱۳۹۷: ۴۱). به بیان دیگر، اصول مالیات به‌عنوان راهنماهایی عمل می‌کنند که در انتخاب سیستم مالیاتی مناسب و همچنین مدیریت و اجرای آن نقشی کلیدی دارند. این اصول شامل مواردی همچون عدالت مالیاتی، کارایی، و ایجاد انگیزه‌های اقتصادی هستند که همگی در جهت بهبود عملکرد سیستم مالیاتی تاثیرگذارند (هوشنگ، ۱۳۸۸: ۳۴).

۱-۲-۲ پیشینه اندیشه مالیات در افغانستان

مالیات سابقه‌ای طولانی و شاید به قدمت تاریخ تشکیل دولت‌ها دارد و ارتباط مستقیمی با ایجاد حکومت‌ها داشته است؛ چرا که حکومت‌ها برای تأمین امنیت و رفاه شهروندان نیازمند منابع مالی هستند و مالیات از دیرباز به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین منابع تأمین این هزینه‌ها مورد استفاده قرار گرفته است. از دوران باستان، حکومت‌ها با اخذ مالیات، هزینه‌های خود و برنامه‌های رفاهی را تأمین می‌کردند، که این امر نه‌تنها به توازن اقتصادی کمک می‌کرد بلکه از طریق تأمین منابع مالی، امکان ارائه خدمات عمومی و توسعه را نیز فراهم می‌ساخت (لشکری، ۱۳۸۲: ۲۸). مقدار و نوع این مالیات‌ها بسته به شرایط و نیازهای حاکمان متفاوت بوده است؛ حاکم یا رئیس دولت می‌توانست بر اساس صلاحدید خود، میزان و دامنه مالیات‌ها را تعیین یا تغییر دهد. با این حال، هرگاه مالیات‌ها به دلایل غیرضروری یا برای مخارج غیرمسئولانه افزایش می‌یافتند، می‌توانست منجر به بی‌عدالتی در جامعه شود. از منظر تاریخی، مالیات به‌عنوان ابزاری اصلی برای تأمین منابع مالی حکومت‌ها مورد استفاده قرار گرفته و در حکومت‌ها و دوره‌های مختلف، دچار تغییرات متعددی شده است. اصولی برای اخذ مالیات وجود داشته، اما میزان و روش وصول آن بسته به شرایط مختلف، تغییر می‌کرده است (معروفی، ۱۳۸۴: ۲۰۵). در جوامع پیشامدرن، مالیات‌ها نه‌تنها به‌عنوان منبعی برای تأمین منابع مالی بلکه به‌عنوان ابزاری برای توزیع عدالت اجتماعی شناخته می‌شدند. در بسیاری از کشورها، سیاست‌های مالیاتی به منظور کاهش نابرابری‌های اجتماعی و توزیع عادلانه‌تر ثروت به‌کار گرفته می‌شوند (LaiJones,2019).

در افغانستان، مالیات از زمان حکومت‌های مختلف، از احمدشاه ابدالی تاکنون، به شیوه‌های گوناگون مانند وصول از شهروندان، بهره‌برداری از منابع و تعرفه‌ها به‌عنوان منبع اصلی تأمین درآمد دولت مورد استفاده قرار گرفته است. این مالیات‌ها از فعالیت‌های اقتصادی و درآمد شهروندان کسر می‌شوند و به پوشش هزینه‌های دولتی مانند توسعه زیرساخت‌ها، ارائه خدمات عمومی و پرداخت حقوق کارمندان کمک می‌کنند (لشکری، ۱۳۸۲: ۲۸).

۱-۳ اصول مالیات در اندیشه حقوق مالیات افغانستان

از ابتدای پیدایش علم حقوق مالی، دانشمندان این حوزه اصولی را برای تعیین و اخذ مالیات ارائه کرده‌اند که انتظار می‌رود حاکمان در وضع و اجرای قوانین مالیاتی، این اصول را مدنظر قرار دهند. این اصول به طور کلی به سه بخش اصلی تقسیم می‌شوند.

۱-۳-۱ اصول حقوقی

از دیدگاه حقوق، مالیات دارای اصولی است که رعایت آن‌ها در فرایند مالیاتی اهمیت بسزایی دارد. این اصول شامل موارد زیر هستند:

اصل قانونی بودن مالیات تا پیش از ظهور حکومت‌های مشروطه، که مبتنی بر قوانین مصوب مجالس قانون‌گذاری بودند، وضع و اجرای مالیات و میزان آن به اراده و میل حکام بستگی داشت و مالیات‌دهندگان هیچ‌گونه نقش مستقیم یا غیرمستقیمی در این زمینه نداشتند. غالباً، مأمورین مالیاتی دستگاه حاکم به اجحاف و تعدی می‌پرداختند. این خودسری و ظلم و ستم حاکمان و مأمورین مالیاتی آن‌ها، کم‌کم منجر به پیدایش اندیشه لزوم اخذ مجوز قانونی برای وضع مالیات گردید که در پی آن ظهور حکومت قانون و مشروطه شکل گرفت. به عبارت دیگر، مالیات به‌عنوان یکی از عوامل پیدایش

حکومت‌های مشروطه شناخته می‌شود (رستمی، ۱۳۹۵: ۱۰۵). مشهور است که برای نخستین بار در تاریخ، این قاعده در قرن سیزدهم میلادی در انگلستان به وقوع پیوست. در سال ۱۲۱۵ میلادی، پادشاه وقت انگلستان تحت فشار و تأثیر زمین‌داران و فئودال‌ها، منشوری به نام منشور بزرگ (Magna Carta) را به تصویب رساند که در آن تصریح شده بود که هیچ‌گونه مالیاتی بدون موافقت شورای مملکتی وضع نخواهد شد (پیرنیا، ۱۳۴۵: ۳۴).

امروزه، اصل قانونی بودن مالیات در قوانین اساسی کشورهای مختلف و حتی اسناد بین‌المللی بازتاب یافته است، به نحوی که می‌توان از آن به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اصول اساسی مالیات‌ها یاد کرد. این اصل به‌عنوان یکی از پایه‌های اصلی سیستم‌های مالیاتی مدرن در کشورهای مختلف جهان شناخته می‌شود. برای مثال، در ایالات متحده آمریکا، اصل قانونی بودن مالیات در قانون اساسی این کشور (متمم شانزدهم) تصریح شده است، که به کنگره اجازه می‌دهد تا مالیات بر درآمد افراد را بدون توزیع بین ایالت‌ها و بدون توجه به سرشماری یا شمارش اعمال کند (US Constitution, Amendment XVI). در بریتانیا نیز، اصل قانونی بودن مالیات به‌عنوان یکی از اصول بنیادی سیستم مالیاتی این کشور شناخته می‌شود. منشور بزرگ(Magna Carta) ، که در سال ۱۲۱۵ میلادی تصویب شد، یکی از نخستین اسناد قانونی است که این اصل را تصریح کرده است. طبق این منشور، هیچ مالیاتی نباید بدون موافقت شورای مملکتی وضع شود (Holt, 1992).

علاوه بر این، در کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی(OECD[1])، اصل قانونی بودن مالیات به‌عنوان یکی از اصول کلیدی در قوانین مالیاتی این کشورها مورد توجه قرار گرفته است. این اصل تضمین می‌کند که همه مالیات‌ها باید بر اساس قوانین مصوب اعمال شوند و هرگونه تغییر در نرخ‌ها یا ساختار مالیاتی باید از طریق فرایندهای قانونی و با شفافیت کامل انجام شود (OECD, 2010). در ماده ۴۲ قانون اساسی افغانستان نیز آمده است: «هر افغان مکلف است مطابق به احکام قانون به دولت مالیه و محصول تأدیه کند. هیچ نوع مالیه و محصول، بدون حکم قانون، وضع نمی‌شود. اندازه مالیه و محصول و طرز تأدیه آن، با رعایت عدالت اجتماعی، توسط قانون تعیین می‌گردد. این حکم در مورد اشخاص و مؤسسات خارجی نیز تطبیق می‌شود. هر نوع مالیه، محصول و عواید تأدیه شده، به حساب واحد دولتی تحویل داده می‌شود .» بنابراین، طبق مفاد این ماده، وضع مالیات صرفاً به موجب قانونی که به تصویب پارلمان رسیده باشد، امکان‌پذیر است و قوه مجریه و سایر مقامات کشور، رسماً بدون اجازه قانون، حق وضع مالیات و اجرای آن را ندارند.

قانون‌گذار افغانستان در بند (۱) ماده (۲) قانون مالیات بر عایدات، مالیات را به‌طور زیر تعریف نموده است:

«مالیات، تادیه الزامی است که به منظور تقویه بنیه مالی دولت و رفاه عامه، بدون انجام خدمت متقابل یا ارائه جنس، از اشخاص حقیقی و حکمی طبق احکام این قانون اخذ می‌گردد.» بنابراین، مالیات به‌عنوان مبلغی الزامی تعریف می‌شود که به صورت بلاعوض از مودی به منظور تأمین هزینه‌ها و ارائه خدمات عمومی از شهروندان طبق قانون دریافت می‌گردد.

اصل تساوی افراد در مقابل مالیات، که به‌عنوان اصل تساوی مالیات یا اصل عدم تبعیض میان مودیان مالیاتی نیز شناخته می‌شود، به این معناست که تمامی افراد جامعه در مقابل مالیات یکسان و برابر هستند. در وضع و اجرای قوانین مالیاتی باید این تساوی رعایت شود و نباید هیچ تفاوت یا تبعیضی میان افراد وجود داشته باشد (کوهستانی، ۱۳۹۳: ۷۱).

امروزه، این اصل به‌عنوان یکی از اجزاء اصل برابری افراد در برابر قانون و از لوازم آن تلقی می‌شود که در قوانین اساسی کشورهای دموکراتیک گنجانده شده و ریشه در حقوق بشر و آزادی‌های عمومی دارد. ماده ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بر برابری افراد در مقابل قانون تأکید دارند (United Nations, 1948).

این اصل تضمین می‌کند که هیچ فردی نباید به دلیل ویژگی‌های شخصی، اجتماعی یا اقتصادی خود مورد تبعیض قرار گیرد.

در گذشته، چنین اصولی رعایت نمی‌شد. چراکه معمولاً مالیات از افراد طبقات پایین و زحمت‌کش جامعه وصول می‌شد، در حالی که نجبا، اشراف و حکمرانان نه تنها مالیات نمی‌پرداختند، بلکه مطالبه آن را نوعی بی‌احترامی و توهین نسبت به خودشان می‌دانستند (عبدالسمع، ۱۳۶۳: ۳۶). این نابرابری‌ها باعث افزایش نارضایتی عمومی و در نهایت تغییرات اساسی در سیستم‌های مالیاتی شد.

قانون‌گذار افغانستان نیز با پذیرش این اصل برابری و مساوات، در ماده ۲۲ قانون اساسی بیان نموده است:

«هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند.» بنابراین، طبق این ماده، همه شهروندان افغانستان بدون توجه به جنسیت، نژاد، مذهب یا موقعیت اجتماعی در برابر قوانین مالیاتی برابر هستند و هیچ‌گونه تبعیضی در این زمینه مجاز نیست.

[1] Organisation for Economic Co-operation and Development

با توجه به اینکه از اختیارات مهم دستگاه مالیاتی در مرحله تشخیص مالیات، حق اخذ اطلاعات از کسب و کار، درآمد و فعالیت‌های اقتصادی مودیان مالیاتی است، حفظ محرمانه بودن این اطلاعات اهمیت بسیاری دارد. مأمورین تشخیص مالیات نه تنها می‌توانند طبق قانون به کلیه دفاتر، اسناد و مدارک مودیان مربوطه مراجعه و رسیدگی نمایند، بلکه مودیان مکلف به ارائه و تسلیم آن‌ها هستند (قیوم، ۱۳۶۷: ۶۲).

این مأمورین همچنین موظف به حفظ محرمانگی اطلاعات مالیاتی هستند. قانونگذار افغانستان در ماده (۱۰۶) قانون مالیات بر عایدات به این موضوع به‌وضوح اشاره کرده است :

»هرگاه موظفین مالیاتی به قصد حصول منفعت مستقیم یا غیرمستقیم اطلاعات محرمانه مندرج این قانون را افشا نمایند، یا سایر اشخاصی که در افشای این اطلاعات آن‌ها را کمک کنند، به سارنوالی معرفی می‌گردند. همچنین، هرگاه موظفین مالیاتی بدون اجازه رسمی مقامات ذیصلاح مربوط از موقعیت خویش به قصد حصول منفعت مستقیم یا غیرمستقیم مالی یا سایر منافع سوء استفاده نمایند، به سارنوالی معرفی می‌گردند «.

اصل مرور زمان در بسیاری از کشورها برای تعیین دوره‌ای مشخص که در طی آن مالیات باید ارزیابی و وصول شود، بسیار حائز اهمیت است. در ایالات متحده، این اصل تحت عنوان "Statute of Limitations" در قانون درآمد داخلی(IRC) آمده است. طبق این قانون، معمولاً مدت زمان ارزیابی مالیات توسط IRS سه سال از تاریخ تسلیم اظهارنامه مالیاتی است، اما در موارد خاص مانند عدم گزارش درآمد قابل توجه، این مدت به شش سال افزایش می‌یابد(IRS, 2020). همچنین در کشورهای عضو اتحادیه اروپا، قوانین مرور زمان برای مالیات‌های مستقیم و غیرمستقیم متفاوت است. برای مثال، در بسیاری از کشورها، دوره ارزیابی مالیات‌های مستقیم پنج سال است، در حالی که برای مالیات بر ارزش افزوده(VAT) این مدت معمولاً چهار سال است (European Commission, 2018). در افغانستان نیز این اصل یکی از مهم‌ترین مباحث در اجرای قوانین مالیاتی محسوب می‌شود. بحث مرور زمان مالیاتی به مقرراتی اشاره دارد که طبق آن می‌توان عمل حقوقی معینی مانند وصول مالیات را در زمان مشخص انجام داد، و پس از آن ممکن است ابعاد تنبیهی به دنبال داشته باشد (صمیمی، ۱۳۹۱: ۳۹).

این اصول به دلیل تعهدات ناشی از هزینه‌های دولت که بر پایه درآمدهای عمومی از قبیل مالیات‌ها شکل می‌گیرند، مقید به زمان هستند و باید در مواعد مقرر انجام شوند. به طور مثال، مالیات به صورت ماهانه، فصلی یا سالانه وصول می‌شود و به محض سر رسید موعد معین، مالیات باید پرداخت گردد. در فقره (۱) ماده (۴) قانون مالیات بر عایدات افغانستان آمده است که تمام اشخاص حقوقی باید از عواید حاصله خود مبلغ بیست درصد مالیات پرداخت نمایند. همچنین، طبق فقره (۲) همین ماده، تمام اشخاص حقیقی باید از عواید خود، با توجه به نرخ مالیاتی که در فقره (۳) همین ماده بیان شده است، به صورت ماهانه مالیات پرداخت کنند.

اصل مرور زمان در قانون مالیاتی به دلایل مختلفی اهمیت دارد. اولاً، این اصل از یک سو به مودیان مالیاتی امنیت حقوقی می‌دهد و از سوی دیگر، به مقامات مالیاتی کمک می‌کند تا در زمان معین وظایف خود را انجام دهند. ثانیاً، این اصل از تراکم پرونده‌های مالیاتی قدیمی و بلا تکلیف جلوگیری می‌کند و سیستم مالیاتی را به‌روز نگه می‌دارد. ثالثاً، این اصل موجب افزایش تمکین مالیاتی می‌شود زیرا مودیان می‌دانند که برای پرداخت مالیات‌های خود زمان محدودی دارند.

۱-۳-۲ *اصول کلاسیک مالیات*

اقتصاددانان مالیه کلاسیک اصولی را برای تعیین و وصول مالیات مطرح کرده‌اند. مشهورترین آنها اصول چهارگانه آدام اسمیت، بنیان‌گذار مکتب اقتصادی کلاسیک، در کتاب "ثروت ملل" است. به جز آدام اسمیت، اقتصاددانان دیگری نیز در توسعه اصول مالیاتی کلاسیک نقش داشته‌اند. دیوید ریکاردو و جان استوارت میل نیز اصولی را پیشنهاد داده‌اند که همچنان در اقتصاد مدرن مورد استفاده قرار می‌گیرند. دیوید ریکاردو بر اهمیت اصل توانایی پرداخت تأکید داشت و معتقد بود که مالیات باید به گونه‌ای باشد که کمترین تأثیر منفی را بر انگیزه‌های اقتصادی افراد بگذارد. او همچنین بر اهمیت شفافیت و سادگی در سیستم مالیاتی تأکید کرد.(Ricardo, 1817) جان استوارت میل نیز بر اهمیت عدالت در سیستم مالیاتی تأکید کرد و معتقد بود که مالیات نباید به گونه‌ای باشد که انگیزه‌های تولید و سرمایه‌گذاری را کاهش دهد. او همچنین به اهمیت اصل سهولت در پرداخت مالیات اشاره کرد و بر لزوم طراحی سیستمی که برای مودیان قابل فهم و اجرا باشد تأکید نمود (Mill, 1848).

اصل عدالت. به موجب این اصل، مالیات باید به طور عادلانه بین مردم تقسیم و وصول شود. از نظر آدام اسمیت، مالیاتی عادلانه است که متناسب با توانایی پرداخت مودی باشد که اصطلاحاً به آن مالیات تناسبی یا نسبی می‌گویند. در این نوع مالیات، نرخ مالیات ثابت است (موسی‌زاده، ۱۳۸۵: ۳۸). قانون‌گذار افغانستان طبق فقره (۱) ماده (۴) قانون مالیات بر عایدات، مالیات نسبی را بر عواید سالانه اشخاص حقوقی پذیرفته است، به‌این‌ترتیب اصل عدالت تامین گردیده است. این

اصل دارای دو ویژگی است که باید رعایت گردد اولا مالیات عادلانه، مالیاتی است که همه کسانی که در شرایط یکسان مالیاتی قرار دارند باید مالیات برابر بپردازند. و دوم فراگیری و عمومیت داشتن: بدین معنا که تمام افراد جامعه باید مالیات پرداخت کنند و تبعیض بین آنها نباشد. البته این امر مانع از برقراری قانون معافیت‌ها، بخشودگی‌ها و تخفیف‌های مالیاتی برای اشخاص ناتوان و کم‌بضاعت یا در راستای اعمال سیاست‌های اقتصادی مانند تشویق تولید و سرمایه‌گذاری نیست (حقایقی، ۱۳۸۹: ۱۲۹). بنابراین، با توجه به توضیحات این اصل و تعریف مالیات در صدر مقاله، قانون‌گذار افغانستان در ماده (۴) قانون مالیات بر عایدات، نرخ تصاعدی طبقه‌ای را پذیرفته که اشخاص حقیقی براساس توانایی خود مطابق قانون مالیات پرداخت نمایند. به این ترتیب، شرایط افراد کم‌بضاعت نیز در نظر گرفته شده است، زیرا از مبلغ پنج هزار افغانی به پایین مالیات پرداخت نمی‌کنند. علاوه‌براین، مطابق ماده (۱۰) این قانون، موسساتی که در بخش فرهنگی، ادبی، هنری و علمی فعالیت می‌نمایند از پرداخت مالیات معاف شده‌اند. افزون بر توضیحات فوق، مفهوم عدالت در مالیات در نظام‌های حقوقی و اقتصادی مدرن نیز بسیار مورد توجه قرار گرفته است. اصول عدالت مالیاتی اغلب به‌عنوان معیاری برای ارزیابی اثربخشی و انصاف سیستم‌های مالیاتی مورد استفاده قرار می‌گیرند. جان استوارت میل در کتاب "اصول اقتصاد سیاسی" بیان می‌کند که مالیات باید به نحوی طراحی شود که کمترین تأثیر منفی را بر رفاه افراد و انگیزه‌های اقتصادی آنها داشته باشد (Mill, 1848). همچنین، او بر اهمیت عدالت عمودی و افقی در سیستم‌های مالیاتی تاکید می‌کند. دیوید ریکاردو نیز در کتاب "اصول اقتصاد سیاسی و مالیات" بر این باور است که مالیات‌ها باید به گونه‌ای وضع شوند که توزیع ثروت را بهبود بخشند و از ایجاد نابرابری‌های بیشتر جلوگیری کنند (Ricardo, 1817). او بر لزوم تناسب مالیات با درآمد افراد تاکید کرده و معتقد است که سیستم مالیاتی باید به گونه‌ای باشد که بار مالیاتی بیشتری بر دوش افراد و نهادهای توانمند قرار گیرد.

اصل سهولت دیگر اصل در این حوزه است. منظور از اصل سهولت، فراهم کردن شرایطی است که فرآیند پرداخت مالیات برای مودیان و دستگاه‌های مالیاتی به راحتی و با کمترین زحمت انجام شود. این اصل تاکید دارد که مالیات باید به گونه‌ای وضع شود که در بهترین زمان و مکان و با مناسب‌ترین شیوه وصول شود (رنجبری و بادامچی، ۱۳۸۵: ۴۰). سازمان‌های امور مالیاتی باید تا حد امکان سیستم مالیاتی را آسان سازند. این شامل تسهیل فرآیندهای اداری، کاهش پیچیدگی‌های قانونی و فراهم کردن راهکارهای الکترونیکی برای پرداخت مالیات می‌باشد. در دنیای امروز، با توجه به پیشرفت تکنولوژی و دیجیتالی شدن فرآیندها، زیرساخت‌های سیستم مالیاتی باید به‌گونه‌ای توسعه یابد که امکان پرداخت الکترونیکی و استفاده از سیستم بانکی فراهم شود. این امر باعث می‌شود که مودیان بتوانند به سادگی فرم‌های اظهارنامه خود را پر کرده و مالیات خود را از طریق حساب بانکی شخصی به حساب بانکی دولت پرداخت کنند، بدون اینکه وقت و انرژی زیادی صرف کنند. OECD نیز در گزارش‌های خود بر اهمیت سهولت در سیستم‌های مالیاتی تاکید کرده و توصیه می‌کند که کشورها باید فرآیندهای مالیاتی خود را بهبود بخشند تا مودیان بتوانند به راحتی و با کمترین هزینه مالیات خود را پرداخت کنند (OECD, 2020). این شامل توسعه سیستم‌های آنلاین برای ثبت و پرداخت مالیات، کاهش پیچیدگی‌های اداری و ارائه راهنمایی‌های شفاف به مودیان می‌باشد. اصل دیگر، اصل اطمینان است. بر اساس اصل اطمینان، مالیات باید کاملاً مشخص و معین باشد، به نحوی که مودی بتواند از درستی و دقت عمل مأموران مالیاتی اطمینان حاصل کند. این اطمینان زمانی به وجود می‌آید که مسائل مربوط به مالیات از قبیل مأخذ تعلق مالیات، نحوه تشخیص، نرخ، میزان، زمان پرداخت و شیوه پرداخت مالیات به طور دقیق روشن و معین باشد و هیچ‌یک از این امور به نظر و میل و اراده و دلخواه مأموران تشخیص و وصول مالیات واگذار نشود. بر این اساس، قوانین مالیاتی باید شفاف و دقیق باشند و دستگاه مالیات اطلاعات کامل و لازم را در اختیار مودیان بگذارد (توکلی، ۱۳۸۲: ۱۰۲). قانونگذار افغانستان نیز مطابق مواد (۴، ۵۹، ۶۹، ۷۱ و ...) قانون مالیات بر عایدات، نرخ و زمان مالیات را مشخص و مودی را اطمینان داده است. برای نمونه، در ماده ۴ قانون مالیات بر عایدات آمده که تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی باید مالیات خود را بر اساس عواید سالانه‌شان و با نرخ‌های تعیین شده پرداخت کنند. این قوانین به گونه‌ای تدوین شده‌اند که اطمینان حاصل شود هیچ فرد یا نهادی نتواند به صورت خودسرانه در تعیین میزان و نحوه پرداخت مالیات دخالت کند. همچنین، OECD در گزارش‌های خود بر اهمیت شفافیت و اطمینان در سیستم‌های مالیاتی تاکید کرده و توصیه می‌کند که کشورها باید قوانین و مقررات مالیاتی خود را به گونه‌ای تدوین کنند که مودیان بتوانند به سادگی و با اطمینان کامل از فرآیندها و الزامات مالیاتی آگاه شوند (OECD, 2020). این شامل ارائه راهنمایی‌های روشن، ایجاد سیستم‌های آنلاین برای اطلاع‌رسانی و مشاوره، و تضمین عدم دخالت‌های غیرقانونی مأموران مالیاتی است.

اصل دیگر اصل صرفه جویی است. منظور از این اصل آن

است که هزینه‌های وصول مالیات باید به حداقل ممکن کاهش یابد، به نحوی که نسبت بین این هزینه و درآمدهای مالیاتی ناچیز و اندک باشد و درآمدهای خالص دولت را بالا ببرد. امروزه از این اصل تحت عنوان "اصل بازده" نیز نام می‌برند و منظور آن است که بازدهی مالیات از طریق کاهش هزینه‌های تشخیص و وصول مالیات و افزایش دامنه شمول آن بالا باشد (تاجدار، ۱۳۸۷: ۱۶۴). بر اساس این اصل، سیستم مالیاتی افغانستان در حد امکان قانونگذار اصل صرفه‌جویی را در نظر گرفته است، ولی سازمان‌های مالیات امکانات لازم را جهت کاهش زمان و هزینه‌ها با توجه به شرایط امروزی جهان فراهم نکرده‌اند و بنابراین، اصل صرفه‌جویی به طور کامل تامین نشده است. علاوه بر این، OECD در گزارش‌های خود به اهمیت کاهش هزینه‌های اداری و افزایش کارایی سیستم‌های مالیاتی پرداخته و توصیه می‌کند که کشورها باید از فناوری‌های نوین مانند سیستم‌های الکترونیکی برای کاهش هزینه‌ها و افزایش شفافیت استفاده کنند (OECD, 2020). این اقدامات می‌تواند شامل استفاده از پلتفرم‌های آنلاین برای ثبت و پرداخت مالیات، استفاده از داده‌های بزرگ برای تشخیص و رسیدگی به فرار مالیاتی، و ارائه خدمات مشاوره‌ای آنلاین به مودیان باشد.

۱-۳-۳ اصول جدید مالیاتی

افزون بر اصول پیش‌گفته، اصول دیگری نیز وجود دارند که از آن‌ها به اصول جدید مالیاتی تعبیر می‌شود. یکی از این اصول، **اصل شخصی‌سازی** است که در بسیاری از کشورهای توسعه‌یافته به طور جامع در سیستم‌های مالیاتی پیاده‌سازی شده است. این اصل به این معناست که در فرآیند حفظ و وصول مالیات باید به خصوصیات و وضعیت زندگی مودیان توجه شود (رستمی، ۱۳۹۵، ۱۰۲). به عبارت دیگر، مالیات باید بر اساس شرایط فردی هر مودی تنظیم شود تا عدالت و انصاف در سیستم مالیاتی رعایت گردد.

به‌عنوان مثال، برای مودیان متأهل و عائله‌مند نسبت به مودیان مجرد مالیات کمتری اخذ می‌شود و یا میزان مالیات بر درآمد باید از کمترین درآمد حاصل از سرمایه کمتر باشد. همچنین، مالیات بر درآمدهای اتفاقی مانند هدایا و ارث باید بیشتر از درآمدهای معمولی باشد (جیروند، ۱۳۶۶: ۱۶۴).

در قانون مالیات بر عایدات افغانستان، گرچه به صورت صریح شرایط افراد متأهل و مجرد در نظر گرفته نشده است، اما این اصل از طریق ایجاد معافیت‌ها، تخفیف‌ها و بخشودگی‌های مالیاتی و اعمال نرخ‌های متفاوت برای درآمدهای مختلف حاصل می‌شود. به طور مثال، مطابق ماده (۱۰) قانون مالیات بر عایدات افغانستان، معافیت‌های مالیاتی برای موسسات فعال در بخش‌های فرهنگی، ادبی، هنری و علمی اعمال می‌شود.

موضوع دیگر اصل دخالت مالیات است. در گذشته، اقتصاددانان کلاسیک با توجه به طرفداری از اصل آزادی و تعادل اقتصادی و عدم دخالت دولت در امور اقتصادی و اجتماعی، به اصل بی‌طرفی مالیات‌ها اعتقاد داشتند و می‌گفتند در برقراری مالیات‌ها نباید اهداف اقتصادی و اجتماعی و مداخله‌گری دولت در این امور مورد توجه قرار گیرد. اما اقتصاددانان جدید، برعکس، قائل به دخالت دولت در این امور جهت ارشاد و فعالیت‌های اقتصادی و استفاده از ابزارهای مالی، به ویژه مالیات در این خصوص هستند (ستاریفر، ۱۳۸۹: ۴۷). بر این اساس، امروزه دیگر مسئله بی‌طرفی مالیات‌ها مطرح نمی‌باشد، بلکه مالیات علاوه بر تأمین درآمد عمومی، به‌عنوان وسیله موثری برای اعمال اقتصاد ارشادی مورد استفاده دولت‌ها قرار می‌گیرد و یکی از ابزارهای مهم سیاست‌های مالی دولت‌ها است. دخالت دولت در امور اقتصادی از طریق مالیات را اصل دخالت مالیات می‌گویند که می‌تواند اهداف اقتصادی متفاوتی داشته باشد. به‌عنوان مثال، دولت ممکن است به وسیله افزایش یا کاهش مالیات بحران‌های اقتصادی مانند تورم و رکود را مهار کند یا از طریق کاهش نرخ مالیات یا برقراری معافیت‌ها و تخفیف‌های مالیاتی، فعالیت‌های اقتصادی مولد و اشتغال‌زا و مطلوب مانند تولیدات کالاهای ضروری و اساسی را تشویق نماید و یا با افزایش نرخ مالیات و عدم تخفیف و معافیت مالیاتی، فعالیت‌های اقتصادی نامطلوب مانند تولیدات یا واردات سیگار و کالاهای تجملی را محدود سازد (راهپیما، ۱۳۹۱: ۳۴). در قوانین مالیاتی افغانستان، به‌طور مستقیم به اصل دخالت مالیات اشاره نشده است، اما مواد مختلفی وجود دارند که نشان‌دهنده استفاده دولت از مالیات به‌عنوان ابزار سیاست‌گذاری اقتصادی هستند. به‌عنوان مثال، ماده ۴ قانون مالیات بر عایدات افغانستان، نرخ تصاعدی مالیات را برای اشخاص حقیقی و حقوقی تعیین کرده است که نشان‌دهنده توجه به توانایی پرداخت مودیان و تلاش برای توزیع عادلانه بار مالیاتی است. علاوه بر این، در ماده ۱۰ قانون مالیات بر عایدات، معافیت مالیاتی برای مؤسسات فرهنگی، ادبی، هنری و علمی در نظر گرفته شده است که نشان‌دهنده دخالت دولت در تشویق فعالیت‌های خاص از طریق سیاست‌های مالیاتی است.

اصل مطلوبیت درآمد یکی دیگر از اصول اساسی در نظام مالیاتی است. دانشمندان مکتب کلاسیک معتقد بودند که اصل عدالت مالیاتی با انتخاب نرخ مالیات نسبی تأمین می‌شود. اما امروزه علمای حقوق مالی بر این باورند که با استناد به **قانون مطلوبیت نهایی نزولی** می‌توان به عدالت بیشتری در نظام مالیاتی دست یافت. بر اساس این قانون، مطلوبیت

نهایی هر واحد پول درآمد برای افراد کم‌درآمد بیشتر از افراد پردرآمد است. بنابراین، اگر از هر دو گروه به نسبت مساوی مالیات اخذ شود، فرد کم‌درآمد مقدار بیشتری از مطلوبیت خود را از دست خواهد داد. به همین دلیل، بسیاری از اقتصاددانان معتقدند که مالیات نسبی کاملاً عادلانه نیست و برای اینکه از دست دادن مطلوبیت برای هر دو گروه برابر شود، باید **نرخ مالیات تصاعدی** باشد. به عبارت دیگر، با افزایش درآمد، نرخ مالیات باید بیشتر شود(پیرنیا، ۱۳۴۵: ۳۸).

در **قانون مالیات بر عایدات افغانستان**، بند اول ماده چهارم سیستم مالیات نسبی را برای اشخاص حقوقی تعیین کرده است. اما طبق بند سوم این ماده، برای اشخاص حقیقی، سیستم مالیات تصاعدی در نظر گرفته شده است. به این صورت که:

– درآمدهای تا مبلغ پنج هزار افغانی معاف از مالیات هستند.

– درآمدهای بین ۵۰۰۱ تا ۱۲۵۰۰ افغانی با نرخ دو درصد.

– درآمدهای بین ۱۲۵۰۱ تا ۱۰۰۰۰۰ افغانی با نرخ ده درصد به علاوه ۱۵۰ افغانی.

– درآمدهای بالای ۱۰۰۰۰۰ افغانی با نرخ بیست درصد به علاوه ۸۹۰۰ افغانی مالیات دریافت می‌شود.

اصل بهای خدمات و اصل فداکاری نیز باید در نظر گرفته شوند. در مورد ماهیت مالیات و فلسفه وضع آن، نظرات مختلفی از سوی اقتصاددانان و علمای مالیه عمومی مطرح شده است. به عقیده برخی، مالیات باید به گونه‌ای برقرار شود که متناسب با بهای خدماتی باشد که افراد از دولت دریافت می‌کنند. این دیدگاه بر این اصل استوار است که هر فرد باید به تناسب خدماتی که از دولت می‌گیرد، مالیات پرداخت کند. این نظریه به **اصل بهای خدمات** معروف است.

اما گروهی دیگر با این دیدگاه مخالفند و معتقدند که اغلب کسانی که از خدمات دولتی استفاده می‌کنند، توان پرداخت مالیات سنگین را ندارند. به‌عنوان مثال، در جوامع مختلف، افراد کم‌بضاعت بیشتر از خدمات عمومی همچون مدارس و بیمارستان‌های دولتی استفاده می‌کنند، در حالی که مالیات کمتری پرداخت می‌کنند. این گروه بر این باور است که مالیات باید به گونه‌ای برقرار شود که نوعی فداکاری میان افراد به وجود آورد. این نظریه به **اصل فداکاری** معروف است و بیان می‌کند که افرادی که توان مالی بیشتری دارند، باید سهم بیشتری از مالیات بپردازند تا بتوانند به جامعه کمک کنند. به عبارت دیگر، این تفاوت در پرداخت مالیات نوعی فداکاری است که به نفع کل جامعه می‌باشد (رستمی، ۱۳۹۵: ۱۰۵).

۱-۴ چالش‌های آسیب‌زا در نظام مالیاتی افغانستان: راهکارهای برون رفت

افغانستان کشوری است که از بدو تأسیس تاکنون مالیات جمع‌آوری نموده و مصارف عمومی آن متکی به مالیات بوده است. همواره به دلیل تحولات و تغییرات دولت و قوانین در نظام مالیاتی، چالش‌ها و مشکلاتی ایجاد شده است. این چالش‌ها بدون اصلاحات ساختاری در قوانین مالیاتی قابل حل نیستند. دستیابی به وضعیت مطلوب تنها زمانی محقق می‌شود که کسورات، معافیت‌ها، تخفیف‌ها، استثناها و به‌طور کلی رفتارهای ترجیحی مالیاتی تا حد ممکن تعدیل یا حذف شوند. با انجام این کار، پایه مالیاتی گسترش یافته و امکان کاهش نرخ‌ها فراهم می‌شود و متعاقب آن، به سایر اهداف اقتصادی و اجتماعی مانند عدالت، کارآیی، کاهش فرار مالیاتی، بهبود تمکین مالیاتی و کاهش هزینه‌های اجرا و تمکین نیز دست خواهیم یافت.

۱-۴-۱ چالش‌های آسیب‌زا

با توجه به قدمت نظام مالیاتی افغانستان و تغییرات حکومت و دولتمردان، همواره چالش‌هایی وجود داشته که دستیابی به وضعیت مطلوب را دشوار کرده است. عوامل متعددی در ایجاد و تکوین آسیب‌های موجود دخالت دارند، اما نتایج حاصل از مطالعات نگارنده نشان می‌دهد که مهم‌ترین چالش‌ها به شرح زیر هستند:

۱-٤-۱-۱ ابهام در مقررات مالیاتی

حاکمیت قانون (مرکز مالمیری، ۱۳۸۵، ص. ۱۹)، اقتضای تدوین قوانین عمومی، شفاف (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۲۸۰)، منطبق با نیازهای اجتماعی (جلالی، ۱۳۸۷، ص. ۵۲) و مستمر و با ثبات را دارد. این امر هدف اصلی تدوین قوانین و حاکمیت قانون، یعنی اداره نظام اجتماعی و راهنمایی شهروندان را تضمین می‌نماید. در نظام مالیاتی افغانستان یکی از مهم‌ترین وظایف وزارت مالیه، تدوین و تنظیم مقررات و رهنمودهای مالیاتی است. با این حال، در حال حاضر، توده‌ای از مقررات، تعلیمات‌نامه‌ها و رهنمودها در زمینه نحوه وصول و محاسبات وجود دارد که ابهام و عدم شفافیت زیادی دارند. این وضعیت باعث می‌شود که مودیان مالیاتی نتوانند امور مالیاتی خود را به‌طور درست و دقیق محاسبه کنند و اصول سهولت و صرفه‌جویی نقض گردد (نوری، ۱۴۰۰، ص. ۲۳۱). ابهام در مقررات مالیاتی می‌تواند نتایج منفی زیادی به همراه داشته باشد. ابهام در مقررات مالیاتی نه تنها به کاهش اعتماد عمومی به سیستم مالیاتی منجر می‌شود، بلکه می‌تواند به افزایش فساد و فرار مالیاتی نیز دامن بزند (Bird & Zolt, 2005). برای رفع این ابهامات، لازم است که مقررات مالیاتی به‌صورت منظم و

مستمر بازبینی و به‌روزرسانی شوند تا با تغییرات اقتصادی و اجتماعی هماهنگ باشند.

۱-۴-۱-۲فرار مالیاتی

فرار مالیاتی در افغانستان به یک امر طبیعی تبدیل شده و به نوعی به یک فرهنگ جاافتاده تبدیل شده است (زرگر، ۱۳۹۸). موارد زیادی نشان‌دهنده این وضعیت است، به‌عنوان مثال، مالکان خانه‌های اجاره‌ای به مستأجران پیشنهادهای تبانی می‌دهند تا بتوانند بار مالیاتی را کاهش دهند و از مالیات فراری بهره‌مند شوند (نوری، ۱۴۰۰، ص. ۲۷۸). امروزه، مأموران مالیاتی موظف به همکاری با مالکان موسسات تولیدی، تجاری و خدماتی در مخفی نگه داشتن مالیات یا عدم پرداخت آن شده‌اند. آن‌ها با گرفتن رشوه از افراد حقیقی و مسئولین حکمی، آنان را در کتمان مالیات و تهیه صورت‌حساب‌های غیر واقعی یاری می‌دهند. همچنین، مأموران به منظور گرفتن رشوه از مودیان مالیات، روی اسناد و مدارک و نحوه تهیه صورت‌حساب‌های مالی مشکل‌تراشی و بهانه‌گیری می‌کنند، ولی پس از دریافت رشوه، صورت‌حساب‌ها را به راحتی می‌پذیرند. این وضعیت، یک چالش و آسیب عظیم برای نظام مالیاتی کشور است (نوری، ۱۴۰۰، ص. ۲۷۸). فرار مالیاتی نه تنها به کاهش درآمدهای دولت منجر می‌شود، بلکه باعث افزایش نابرابری و بی‌عدالتی اجتماعی نیز می‌شود.

۱-٤-۱-۳ فساد اداری

فساد اداری یکی دیگر از آسیب‌های جدی نظام مالیاتی است که به معنای عدم تمکین مالیاتی و آسیب زدن به عواید مالیاتی دولت می‌باشد. فساد اداری مالیاتی به شکل تبانی میان مودیان و مأمورین مالیات، از جمله دریافت رشوه یا افشای اطلاعات مربوط به مالیات، صورت می‌گیرد (انوری، ۱۳۹۷، ص. ۲۸). در ماده (۱۰۶) قانون مالیات بر عایدات آمده است: «هرگاه موظفین مالیات بدون اجازه رسمی مقامات ذی‌صلاح مربوطه از موقف خویش به قصد حصول منفعت مستقیم یا غیرمستقیم مالی یا سایر منافع‌ها استفاده سوء نمایند، به سارنوالی معرفی می‌شوند»، که این عملاً نقض اصل محرمانه بودن اطلاعات مودی در نظام مالیاتی است. امروزه، مشکلات ناشی از فساد اداری به طور محسوس در افغانستان قابل مشاهده است. کتمان منابع عایداتی در تبانی با مأمورین مالیاتی، رشوه و ناامنی از عوامل اصلی هستند که نظام مالیاتی افغانستان را با آسیب و چالش جدی مواجه کرده و از رشد و توسعه اقتصادی باز داشته است (همان).

فساد اداری نه تنها باعث کاهش درآمدهای دولت می‌شود، بلکه اعتماد عمومی به سیستم مالیاتی را نیز کاهش می‌دهد، که این امر می‌تواند باعث کاهش مشارکت مالیاتی و افزایش میزان فرار مالیاتی شود (نوری، ۱۴۰۰، ص. ۲۷۸). برای مقابله با فساد اداری در نظام مالیاتی، ضروری است که اقدامات جدی انجام شود. از جمله این اقدامات می‌توان به تقویت نظارت و بازرسی داخلی، ارتقاء شفافیت در فرآیندهای مالیاتی و اجرای قوانین سخت‌گیرانه‌تر اشاره کرد (همان). استفاده از تکنولوژی‌های نوین مانند سیستم‌های مدیریت الکترونیکی و داده‌کاوی می‌تواند به کاهش فساد اداری کمک کند (کوهستانی، ۱۳۹۳، ص. ۱۲۸). همچنین، آموزش و ارتقاء سطح آگاهی مأمورین مالیاتی و مودیان در زمینه قوانین و مقررات مالیاتی نیز می‌تواند نقش مؤثری در کاهش فساد اداری داشته باشد (همان). زیرا مطالعات بین‌المللی نشان داده‌اند که کاهش فساد اداری نیازمند همکاری‌های بین‌المللی و استفاده از تجربیات موفق سایر کشورها است (نوری، ۱۴۰۰، ص. ۲۷۹). به‌عنوان مثال، کشورهایی که موفق به کاهش فساد اداری شده‌اند، از ترکیبی از تکنولوژی‌های نوین، قوانین سخت‌گیرانه و آموزش‌های مستمر بهره برده‌اند (OECD, 2017).

۱-٤-۱-٤ چالش پائین بودن تعرفه گمرکی

افغانستان قبل از دو دهه اخیر درگیر جنگ‌های داخلی و نابسامانی‌های خانمان‌سوزی بود که باعث نابودی و خشکیدن ریشه‌های اقتصادی آن شد (انوری، ۱۳۹۷، ص. ۲۷). در اوایل حکومت جمهوری اسلامی، واردات افغانستان بسیار زیاد بود و قوانین مالیاتی بر محصولات گمرکی به گونه‌ای وضع شدند که تعرفه‌های پایینی داشتند (نوری، ۱۴۰۰، ص. ۲۲۹). اما امروزه، با عدم تعدیل این تعرفه‌های گمرکی، این مسئله به یک چالش و آسیب جدی برای نظام مالیاتی تبدیل شده است. پائین بودن تعرفه‌های گمرکی باعث می‌شود که اجناس و کالاها به صورت گسترده‌ای از خارج وارد شوند و حمایت از تولیدات داخلی به درستی صورت نگیرد. این وضعیت باعث می‌شود که تولیدکنندگان داخلی با مشکلات جدی مواجه شوند و در برخی موارد مجبور به تولید کالاهایی با کیفیت پایین شوند (همان).

برای حمایت از تولیدکنندگان داخلی و افزایش اشتغال‌زایی در کشور، ضروری است که تعرفه‌های گمرکی افزایش یابد. این اقدام نه تنها به حمایت از تولیدات داخلی کمک می‌کند، بلکه به مرور زمان می‌تواند درآمد سرانه کشور را افزایش داده و به رشد اقتصادی منجر شود (تاجدار، ۱۳۸۷، ص. ۱۲۳) و در نتیجه به درآمدزایی از طریق مالیات بیانجامد. برای مقابله با چالش پائین بودن تعرفه‌های گمرکی، ضروری است که دولت سیاست‌های مالی و تجاری مناسبی را اتخاذ کند. از جمله این سیاست‌ها می‌توان به تنظیم تعرفه‌های گمرکی به‌گونه‌ای اشاره کرد که

هم واردات ضروری به کشور تسهیل شود و هم تولیدات داخلی حمایت شوند. تجربه کشورهای موفق نشان می‌دهد که تعرفه‌های گمرکی باید به گونه‌ای تنظیم شوند که توازن مناسبی بین حمایت از تولیدات داخلی و تسهیل تجارت بین‌المللی برقرار شود (WTO, 2019).

۱-٤-۲ راه‌کارهای برون‌رفت

نظام مالیاتی افغانستان با توجه به بررسی قوانین و ساختار موجود، با چالش‌هایی روبه‌رو است که در بخش‌های قبلی مورد بحث قرار گرفت. از این‌رو، در این بخش به بررسی راه‌کارهای متناسب با این چالش‌ها و ارائه راه‌حل‌هایی جهت خروج از وضعیت موجود پرداخته می‌شود.

۱-۴-۲-۱ سرمایه‌گذاری در حکومت الکترونیکی

پیشرفت فناوری اطلاعات و ارتباطات منجر به پیدایش ابزارهای نوین ارتباطی و اطلاع‌رسانی شگرفی در دنیای امروز شده است که اشکال متفاوتی را از نحوه انجام فعالیت‌ها و ارائه خدمات در تمام عرصه‌ها پدید می‌آورد. این روش‌های نوین سبب افزایش دقت، سرعت و شفافیت خدمات و کاهش زمان و هزینه‌ها شده است و در نتیجه بهبود کیفیت و کمیت انجام فعالیت‌ها را به همراه دارد (سرفرازی و معمارزاده، ۱۳۸۸: ۹۳۷). طبق اصل صرفه‌جویی و تسهیل مالیات، حکومت الکترونیک می‌تواند نهادهای دولتی را شفاف‌تر سازد و اطلاعات عمومی را به‌طور سریع و آنی با شهروندان شریک کند تا از هزینه‌های بالا و صرف زمان زیاد جلوگیری شود.

بنابراین، دولت باید به سرمایه‌گذاری در سیستم‌های الکترونیکی بپردازد تا فرآیندهای مالیاتی به صورت آسان، دقیق و شفاف انجام شوند. این امر می‌تواند میزان فرار مالیاتی و تبانی را کاهش داده و اعتماد عمومی را به سیستم مالیاتی افزایش دهد. استفاده از فناوری‌های نوین در ارائه اطلاعات مالیاتی به مودیان می‌تواند به افزایش شفافیت و کاهش ابهام کمک کند. در بسیاری از کشورها، استفاده از سیستم‌های مالیاتی الکترونیکی به‌عنوان یک راهکار مؤثر برای کاهش ابهامات و افزایش شفافیت مقررات مالیاتی شناخته شده است (Gupta & Tareq, 2008).این سیستم‌ها امکان دسترسی آسان‌تر به اطلاعات مالیاتی، محاسبات دقیق‌تر و پرداخت مالیات به صورت آنلاین را فراهم می‌کنند. دولت‌های بسیاری از کشورهای توسعه‌یافته برای کاهش فرار مالیاتی و افزایش شفافیت مالیاتی، از تکنولوژی‌های نوین و سیاست‌های مؤثر استفاده کرده‌اند. به‌عنوان مثال، استفاده از سیستم‌های الکترونیکی برای ثبت و گزارش‌گیری مالیاتی، به کاهش امکان فرار مالیاتی کمک کرده است (Gupta & Tareq, 2008).

۱-٤-۲-۲ بالابردن سطح آگاهی و اعتماد شهروندان

آموزش و آگاهی‌بخشی به شهروندان در زمینه سیستم بانکی و مالیاتی بسیار مهم است. با افزایش آگاهی عمومی، افراد به اهمیت پرداخت مالیات پی برده و همکاری بیشتری با دولت خواهند داشت. علاوه بر این، آموزش و اطلاع‌رسانی به مودیان مالیاتی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. دولت‌ها باید برنامه‌های آموزشی و اطلاع‌رسانی جامع و منظمی را برای افزایش آگاهی مودیان درباره مقررات مالیاتی و نحوه اجرای آن‌ها تدوین و اجرا کنند. این اقدام می‌تواند به کاهش ابهام و افزایش اعتماد عمومی به سیستم مالیاتی کمک کند (Tanzi, 1998). اعتمادسازی از دو طریق میسر است: اول، وجود دولتی قوی که نقش‌ها و وظایف هر گروه را مشخص کند؛ و دوم، مصرف شفاف مالیات و پاسخگو بودن به مالیات‌دهندگان (نوری، ۱۴۰۰: ۲۶۸). به عبارتی، دولت با اجرای این شیوه سعی دارد فرهنگ‌سازی مالیات‌دهی را ایجاد کند تا برای شهروندان، پرداخت مالیات به یک امر معمول و عادی تبدیل گردد. امروزه تقریباً در تمام دنیا، مردم پذیرفته‌اند که اگر در زندگی روزمره خود خدمتی دریافت می‌کنند، باید هزینه آن را به طور مستقیم یا غیرمستقیم بپردازند. مالیات‌دهندگان متوجه هستند که به ازای خدماتی که از طرف دولت دریافت می‌کنند، باید مالیات بپردازند و به همین دلیل با کم‌کاری و اسراف در بودجه کشورشان واکنش نشان می‌دهند. اعتماد میان دولت و مردم، مهم‌ترین مسئله در تمکین مالیاتی است. زمانی که مردم بدانند هرگونه شانه خالی کردن از زیر بار مالیات، در نهایت به ضرر خودشان خواهد بود و مانع اجرای برنامه‌های رفاهی دولت می‌شود، مطمئناً مالیات را با انگیزه بیشتری خواهند پرداخت (همان).

به همین منظور، در بسیاری از کشورها سازمان‌های قدرتمندی وجود دارند که بر نحوه مصرف مالیات نظارت می‌کنند. این سازمان‌ها به مالیات‌دهندگان اطمینان می‌دهند که مالیات پرداختی آن‌ها دقیقاً برای همان مصارفی که در بودجه دولت پیش‌بینی شده است، به مصرف می‌رسد. به عبارتی، مردم می‌توانند آثار پرداخت مالیات را در تمامی جنبه‌های زندگی اجتماعی خود، از آموزش ابتدایی و عالی گرفته تا بهداشت، درمان، توسعه عمران شهری، راه‌های ارتباطی و پیشرفت کشور حس کنند. در عین حال، قوه مقننه نیز به نمایندگی از مالیات‌دهندگان، بر عملکرد مصرف‌کنندگان درآمدهای مالیاتی نظارت دقیق و همه‌جانبه دارد. بنابراین، جلب رضایت مالیات‌دهندگان یکی از اصولی است که رعایت آن، اعتماد آن‌ها را به دولت و سازمان مالیاتی تقویت می‌کند (انوری، ۱۴۰۳: ۲۶۲).

۱-٤-۲-۳ اصلاح و شفاف‌سازی قوانین مالیاتی

مودیان مالیاتی در برابر قوانین و مقررات مالیاتی دارای حقوق و وظایفی هستند. همان‌طور که پیشتر ذکر شد، هدف اصلی مدیریت مالیات فراهم کردن زمینه برای تمکین مالیاتی به صورت داوطلبانه است و اعمال جریمه‌ها برای فرار از مالیات و تعقیب مودیان هدف نهایی نمی‌باشد. باید توجه داشت که ترغیب به تمکین مالیاتی زمانی موثر است که مدیریت، پیش‌بینی‌های لازم جهت کشف و تنبیه موارد عدم تمکین را انجام داده باشد. این امر مستلزم برنامه‌هایی مانند ارائه فرم‌های ساده و دستورالعمل‌های روشن و فراهم کردن زمینه برای برقراری تماس با مودیان است، به‌گونه‌ای که آنها بتوانند در مواقع لزوم سوالاتی مطرح کرده و اطلاعات مرتبط با تکالیف خود را به‌دست آورند. وظیفه اصلی این برنامه، خدمت به مودیان و مطلع نمودن مردم از وظایف و مسئولیت‌هایشان در برابر سیستم مالیاتی است. بسیار ضروری است که سیستم مالیاتی اطلاعاتی از قبیل آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها، تصمیمات و سایر موارد را در اختیار مودیان قرار دهد تا از مشکلات اجرایی احتمالی کاسته شده و سطوح بالای تمکین حاصل گردد (نوری، ۱۴۰۰: ۲۷۰).

قوانین مالیاتی باید شفاف، قابل فهم و منطبق با نیازهای روز جامعه باشند. اصلاح و ساده‌سازی مقررات مالیاتی می‌تواند از ابهامات کاسته و امکان تقلب و فرار مالیاتی را کاهش دهد. اگر دولت قوانین شفاف وضع کند و مودیان مالیات را به‌عنوان وظیفه‌ای که باید انجام دهند، بنگرند—وظیفه‌ای که تبدیل به عادت و رویه‌ای متداول در زندگی روزمره شود و به ارزش تبدیل گردد—در این صورت پرداخت مالیات برای شهروندان ساده و راحت خواهد بود (انوری، ۱۴۰۳: ۲۰۴).

۱-۴-۲-۴ افزایش نرخ تعرفه گمرکی

در اوایل حکومت جمهوری اسلامی افغانستان، قوانین زیادی در بخش امور مالی و مالیاتی تصویب شدند. در آن زمان، واردات به دلیل عدم وجود زیرساخت‌های تولیدی و کارخانه‌های تولیدی به صورت گسترده انجام می‌شد و قانون‌گذاران نرخ تعرفه‌های گمرکی را بسیار پایین تعیین کرده یا بسیاری از کالاها را از پرداخت تعرفه معاف کرده بودند. اما امروزه، با توجه به این که نسبت به ابتدای حکومت جمهوری، زیرساخت‌ها و کارخانه‌های تولیدی تاسیس و زمینه سرمایه‌گذاری در کشور فراهم شده است، نیاز است که تعرفه گمرکی به منظور حمایت از تولیدکنندگان داخلی افزایش یابد. چنانچه در سال ۱۳۹۵، قانون مالیات بر ارزش افزوده تصویب شد که بخش‌هایی از این مشکلات را حل کرد، ولی هنوز هم نرخ تعرفه‌های بسیاری از کالاهای مصرفی پایین است. بنابراین، دولت افغانستان باید اقداماتی لازم را برای افزایش نرخ تعرفه‌های گمرکی انجام دهد. این اقدام می‌تواند به حمایت از تولیدکنندگان داخلی کمک کند و موجب اشتغال‌زایی و افزایش درآمد سرانه کشور شود. با کاهش واردات کالاهای مصرفی و تقویت تولیدات داخلی، نیروی کار زیادی مشغول به کار خواهند شد که به طور مستقیم به افزایش عواید دولت کمک می‌کند. از سوی دیگر، این سیاست می‌تواند به‌عنوان یکی از راه‌های مؤثر برای مبارزه با تورم و رکود اقتصادی در کشور عمل کند.

۱-٤-۲-۵ تقویت نظارت و کنترل

منظور از تقویت نظارت و کنترل در اینجا در بخش امور مالی و مالیاتی است؛ زیرا نظارت و کنترل یکی از کارکردهای مهم مدیریت و تکمیل‌کننده فرآیند مدیریت است. نظارت مالی شامل اقداماتی است که به منظور بررسی و تطبیق عملیات یا برنامه‌ها و جلوگیری از انحرافات عملیاتی مالی دولت جهت تصحیح انحرافات احتمالی صورت می‌پذیرد. متمم این نظارت، کنترل دقیق به صورت عمودی است که از طریق مقایسه عملکرد واقعی با استانداردهای از پیش تعیین‌شده یا اهداف مورد نظر انجام می‌شود و یک عمل اصلاحی است (انوری، ۱۴۰۳: ۲۶۰-۲۶۱). بر این اساس، ایجاد سیستم‌های نظارتی و کنترلی قوی برای بررسی دقیق فرآیندهای مالیاتی و جلوگیری از فساد و تبانی ضروری است. استفاده از فناوری‌های نوین در این زمینه می‌تواند به بهبود کارایی و شفافیت کمک کند. همچنین، تقویت نهادهای نظارتی و افزایش شفافیت در فرآیندهای مالیاتی، از جمله راهکارهای موثر در کاهش فرار مالیاتی محسوب می‌شود (Tanzi, 1998).

نتیجه‌گیری

رشد و توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی هر کشور به شدت وابسته به نظام مالیاتی آن کشور است. در تمامی کشورهای توسعه‌یافته و صنعتی، هزینه‌های عمومی از طریق عواید مالیاتی تأمین می‌شود، که این امر به ثبات اقتصادی و توزیع عادلانه درآمدها منجر می‌گردد. بنابراین، هر گونه پیشرفت و توسعه در بخش‌های مختلف یک جامعه، مدیون یک نظام مالیاتی موفق و کارآمد است. از سوی دیگر، هر نوع عقب‌افتادگی و عدم پیشرفت نیز باید در ضعف ساختار مالیاتی جستجو شود. با رعایت اصول مالیاتی از ابتدا تا انتها، می‌توان یک نظام مالیاتی کارآمد ایجاد کرد که به رشد و توسعه کشور کمک کند.

نظام مالیاتی افغانستان به‌طور کلی اصول مالیاتی را در قوانین و مقررات خود رعایت کرده است، اما در عمل مشکلاتی در وصول و اجرای این مقررات وجود دارد. یکی از اصلی‌ترین

مشکلات، ابهام و تعدد مقررات مالیاتی است که باعث ایجاد سردرگمی و ناهماهنگی در سیستم مالیاتی می‌شود. علاوه بر این، نبود افراد متخصص و بودجه کافی، مانع از راه‌اندازی سیستم‌های الکترونیکی برای محاسبات مالیاتی و سیستم بانکی مناسب شده است. این عوامل موجب شده‌اند که نظارت و کنترل دقیق بر شیوه‌های وصول مالیات انجام نشود، که در نتیجه، فرار مالیاتی، تبانی و کتمان درآمد به صورت گسترده در جامعه رایج گردد. این چالش‌ها و آسیب‌های مالیاتی باعث شده‌اند که نظام مالیاتی افغانستان از کارایی لازم برخوردار نباشد و در جهت تحقق اهداف اقتصادی و اجتماعی کشور، دچار مشکل شود.

References

[1] Emami, A. (2017). Public Finance Law (7th ed.). Tehran: Mizan Publications.
[2] Anvari, S. H. (2024). Public Finance 2. Kabul: Al-Mustafa University Press.
[3] Bakhshi, L. (2010). Introduction to Public Finance. Tehran: Eqtesad Farda Publishing.
[4] Pezhoyan, J. (2003). Public Finance and State Policy Determination (4th ed.). Tehran: Payam Noor University Press.
[5] Pourvali, B. (2008). Budget and Public Finance. Tehran: Chook Ashtian Publications.
[6] Pirnia, H. (1966). Public Finance: Tax and Budget (4th ed.). Tehran: Ibn Sina Library Publications.
[7] Tajdar, V. (2008). Economics and Public Finance (2nd ed.). Tehran: Mizan Publications.
[8] Tavakoli, A. (2003). Public Finance. Tehran: SAMT Publishing.
[9] Jafari Samimi, A. (2012). Public Sector Economics (Vol. 1). Tehran: SAMT Publications.
[10] Jafari Langroudi, M. J. (2008). Legal Terminology. Tehran: Ganj-e-Danesh Publications.
[11] Jalali, R. (2008). Legislative Needs Analysis Guide. Tehran: Islamic Parliament Research Center.
[12] Jirovand, A. (1987). New Public Finance. Tehran: Molavi Publications.
[13] Habibnejad, S. A. (2019). Public Finance Law. Qom: Research Institute of Hawzah and University.
[14] Haqayeqi, A. (2010). Fundamentals of Finance. Kabul: Farhang Publications.
[15] Dabirnia, A. (2016). Foundational Power in Modern Constitutional Law (2nd ed.). Tehran: Institute of Legal Studies and Research.
[16] Rahpeyma, M. (2012). Tax Appeals in Light of Fair Trial Principles. Tehran: Jungle Publications.
[17] Rostami, V. (2016). Public Finance. Tehran: Mizan Publications.
[18] Ranjbar, A., & Badamchi, A. (2006). Financial Law and Public Finance. Tehran: Majd Publications.
[19] Roshangar, A. (1984). Financial Law. Kabul: Kabul University Press.
[20] Zargar, A. A. (2019). Afghanistan's Economy: Challenges and Opportunities. Tehran: Center for Strategic Studies and Research.
[21] Satarifar, M. (n.d.). Public Finance Notes. Tehran: Faculty of Economics, Allameh Tabataba'i University.
[22] Amid, H. (1970). Amid Dictionary (4th ed.). Tehran: Javidan Publications.
[23] Qayoom, A. B. (2007). General Economics. Kabul: Farhang Publications.
[24] Kohistani, M. J. (2014). Public Finance Law. Kabul: Qurtuba Publications.
[25] Malmiri, A. (2006). The Rule of Law: Foundations and Interpretations. Tehran: Islamic Parliament Research Center.
[26] Maroofi, M. M. (2005). Evolution of Financial and Public Finance Law in Afghanistan. Kabul: Shoukhak Publishing Center.
[27] Moghimi, S. M. (2017). Government Budgeting - Theories, Principles, and Applications from Planning to Control. Tehran: Mehraban and Negah-e-Danesh Publications.
[28] Mousazadeh, M. (2006). Public Finance. Tehran: Mizan Publications.
[29] Mohandes, A., & Taghavi, M. (2002). Public Finance (17th ed.). Tehran: Foroudin Library Publications.
[30] Nouri, M. A. (2021). Financial Law Based on Afghanistan's Tax System. Kabul: Wazha Publications.
[31] Houshang, P. (2009). Budget and Public Finance. Shiraz: Koushamehr Publications.
[32] Anvari, S. H. (2018). Afghanistan’s Budget in Light of Budget Principles. Master’s thesis, University of Tehran.
[33] Arab Mazar, A. A. (1997). A Brief Review of Tax Concepts and Theories. Tax Quarterly, 2(1), 74.
[34] Lashkari, A. (2003). Islamic Tax Principles. Master’s thesis, Mofid University Faculty of Economics.
[35] Mahdavi Kho, M., & Mahdavi Kho, R. (2015). Perspectives on Islamic Finance with an Emphasis on Islamic Tax, Zakat. Economic Journal, (11–12).
[36] Bahador Jahromi, A. (2011). The Concept and Position of Separation of Powers in Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran. Islamic Law Research Journal, 12(1).
[37] Katouzian, N. (2006). The Rule of Law and Civil Society. Journal of Law and Political Science, (72).
[38] Sarfarazi, M., & Memarzadeh, G. (2009). The Reciprocal Relationship of E-Government and E-Democracy. Second International E-City Conference, Tehran.
[39] Mostofian, M. A. (2018). Enhancing Tax Culture and Its Impact on Expanding the Tax Base. Tax Research Journal, 37(85).
[40] Universal Declaration of Human Rights and International Covenant on Civil and Political Rights.
[41] Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan (2003).
[42] Income Tax Law of Afghanistan (2008).
[43] Budget Regulation (1983), Council of Ministers of Afghanistan, Resolution No. 16, Serial No. 544.

[44] Value-Added Tax Law, Afghan National Assembly (2016).
[45] Bird, R. M., & Zolt, E. M. (2005). Redistribution via Taxation: The Limited Role of the Personal Income Tax in Developing Countries. UCLA Law Review, 52, 1627–1695.
[46] European Commission. (2018). Taxation and Customs Union. Retrieved from https://ec.europa.eu/taxation_customs/home_en
[47] Gupta, S., & Tareq, S. (2008). Mobilizing Revenue: Strengthening Revenue Collection and Administration in Sub-Saharan Africa. IMF Working Paper.
[48] Holt, J. C. (1992). Magna Carta. Cambridge University Press.
[49] Internal Revenue Service. (2023). Tax Benefits for Families. Retrieved from https://www.irs.gov
[50] IRS. (2020). Statute of Limitations on Assessments and Collections. Retrieved from https://www.irs.gov
[51] Lai, A., & Jones, A. (2019). The Role of Taxation in Income Distribution and Poverty Reduction: A Global Perspective. Journal of Economic Studies, 10(2), 45–58.
[52] Mill, J. S. (1848). Principles of Political Economy. London: John W. Parker.
[53] OECD. (2010). Tax Policy Reform and Economic Growth. OECD Publishing.
[54] OECD. (2020). Tax Administration 2020: Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies. Paris: OECD Publishing.
[55] Ricardo, D. (1817). On the Principles of Political Economy and Taxation. London: John Murray.
[56] Smith, A. (1776). The Wealth of Nations. London: W. Strahan and T. Cadell.
[57] Tanzi, V. (1998). Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures. IMF Staff Papers, 45(4), 559–594.
[58] WTO. (2019). World Trade Organization Annual Report. Geneva: WTO.

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 203-219

The legal nature of Civil Servants Pension Fund's Assets

M.Ghasemi [1]*, A.Panjehpour [2]

1-Assistant Professor of Economic Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.
(*-Corresponding Author Email: Mojtaba_ghasemi@sbu.ac.ir)
2-PhD in Public Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Received: 17 December 2024 Revised: 8 January 2025 Accepted: 4 February 2025 Available Online: 18 March 2025	**How to cite this article:** Ghasemi, M & Panjehpour, A. (2024). The Legal Nature of Civil Servants Pension Fund's Assets. *Encyclopedia of Economic Law Journal, 31*(26): 203-219. (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.87002.1355

1- INTRODUCTION

Two main purposes of pension schemes are consumption smoothing over the lifecycle and covering longevity risk. People enter into these pension schemes by paying payroll taxes. For any pension scheme, two financial features must be clear: how to finance the pension liabilities and how to allocate these pensions to members and their likely legal survivors. Regarding the first feature, we have two options: Paying pension liabilities from current funds from employed members which is called Pay-As-You-Go (PAYG), or paying pension liabilities by principal and returns from accumulated payroll taxes in personal accounts of members which is called Fully Funded (FF). For the second feature, the pension can be either defined by a specific formula which is called defined benefits (DB), or be a function of contributions from the members which is called defined contributions (DC).

The type of CSPF's pension scheme is DB- PAYG. Furthermore, it is an occupational-based pension fund with contributory shares as payroll tax. As mentioned, pensions are mainly financed from payroll taxes paid by employees and employers. In the case of CSPF, the share of employer and employee is 13.5% and 9% of the monthly gross wage.

Regardless of pension scheme, nowadays pension funds have a remarkable role in financing retirement consumption for retirees and their legal survivors in modern economies. The same is true for the economy of Iran. The Civil Servants Pension Fund (CSPF) is one of Iran's first and largest Pension funds. As it is clear from its name, it covers only civil servants as members. In their maturity process, these pension funds, such as CSPF, accumulate assets from collected payrolls of employed members to make them able to cover part of their pension liabilities in the future from the returns of these assets. These assets range from financial assets to real estate and even corporations. Thus, as a remarkable part of its assets, CSPF has many active corporations in various sectors of Iran's economy from petroleum to tourism.

Regarding the bold role of the state in the administration of this pension fund, many (such as courts) believe that corporations belonging to CSPF are state-owned. They extend this hypothesis even to public joint stock companies in which CSPF has the majority share. This belief has significant legal effects on the relationship of these corporations with other persons (either natural or legal) such as the competence of litigation. For instance, if we think that these corporations are state-owned, then going through any litigation by arbitration requires the permission of the Council of Ministers. Therefore, any arbitration award without permission has no legal validity. Indeed, any part of the dispute that the award is against her can ask for its repeal from the competent court.

In contrast, if we believe that these corporations are private then there is no need for any permission for the arbitration and so the arbitration award is legally effective. It brings us to a fundamental question; What is the legal nature of the assets of pension funds such as CSPF? Are they private or state-owned? Do the roles the state plays in pension schemes make it legally eligible to own the accumulated assets in pension funds? Delving into

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

these questions is both interesting and legally important.

2- PURPOSE

This paper purports to investigate the legal nature of pension funds' assets from both legal realist and formalist perspectives. Regarding pension funds' assets coming from the accumulation of payroll taxes, from a realistic point of view, we delve into their nature to shed more light on the main questions of the research. In doing so, the main question becomes to whom these payroll taxes belong. Do different roles played by the state make any claim for it concerning assets accumulated by payroll taxes?

From a formalist perspective, we will try to see the relevant legal body's position in Iran about the legal nature of these assets. However, we believe that reasoning based on a realistic approach is more fundamental and its results are more reliable than the formalist perspective.

3- METHODOLOGY

This article will examine and analyze the legal nature of pension funds' assets through an interpretive analytical method. Referring current literature in both foreign and Persian sources such as books, articles, legal bodies, etc. have been tools for gathering information.

4- FINDINGS

The findings from both realistic and formalist perspectives are presented here. From a realistic point of view, we first tried to recognize and categorize different roles of the state in pension funds. This categorization helps us to make a better judgment about any state's claim on the pension funds' assets. These roles are as follows:

A- State as Employer

As mentioned before, CSPF covers civil servants employed by the state. In other words, the state is the employer and according to the pension law, it is required to pay part of payroll taxes as the employer's share. This duty is part of its obligation as the employer and is rooted in the employment contract. In other words, this is part of the employment benefits for the employee (here civil servant). The sum of these shares (employer's share and employee's share) only leads to a claim for the employee in the form of retirement pension, disability pension, or survivor's pension in the case of existence of any legal survivor. It means that undertaking this obligation and paying its share as the employer does not lead to any claim for any employer such as the state on the paid payroll taxes and associated accumulated assets through them.

B- State as Guarantor

According to Article 100 of the Civil Servants Employment Act, of 1967, in the case of any likely deficits in the pension fund, the state will guarantee to finance the deficit from the public budget. Needless to say, this role cannot create any claim on CSPF's assets.

C- Regulatory State

Pension funds, as institutional investors, play a vital role in financial markets. Regarding the available complexities in the financial markets due to the asymmetry of information, pension regulation is inevitable. So, states in developed and many developing countries are trying to regulate pension funds nowadays. This is a role rooted in the authority and for the benefit of pension fund members. Playing this role has its agenda and objectives, and does not lead to any claim for pension fund assets.

D- State as Administrator

In the case of CSPF, the state runs the pension scheme. This administrative role of the state made it suspicious that the pension fund and its associated assets are state-owned. Furthermore, the current stance on the corporate governance of CSPF and the bold role of the state in its administration has strengthened this hypothesis. Rejecting this hypothesis requires that we separate administration from ownership. In fact, from a legal point of view, these two concepts are completely independent. Separation of ownership from management

is a widespread phenomenon nowadays in many entities such as public joint stock companies. So, running the CSPF by the state is not synonymous with ownership of its assets by the state. The main concern here, as with many other cases in which ownership is separated from administration, is the agency problem that supposedly must be resolved in the corporate governance law of these entities. As mentioned before, the corporate governance law in the case of CSPF is very far from international standards. Thus, running the CSPF by the state does not create any property right for the state over the pension fund assets.

In a nutshell, from a realistic point of view, none of the roles played by the state in CSPF would lead to any right for it over the pension fund assets. Considering that the accumulated assets stem from payroll taxes which are part of the employment benefits offered by employers to employees, these assets belong to private members of the pension fund. This means CSPF's assets, such as its corporations, are private.

A formalistic perspective focuses on the legal nature of the pension fund itself (here CSPF) to extract similar results for its assets. Before presenting the results, a legal definition from public enterprises or state-owned enterprises seems to be helpful. According to Iranian Law, any enterprise whose 50% or more share belongs to the state is called a state-owned enterprise. The main findings from this perspective are as follows:

Based on the single Article of the List of Institutes and Non-state Public Organizations Act of 1994, the Social Security Organization (SSO) has been named as a non-state public organization. According to this Article, affiliate institutes of these organizations, such as the Social Security Organization, are similarly Non-state Public. Furthermore, Article 4 of the Articles of Association of this organization (2009) has recognized it as a non-state public organization running under the Ministry of Welfare and Social Security. Now, if we can show that CSPF is an affiliate of SSO, then referring to the abovementioned law, CSPF would be a non-state public institute. Referring to Article 4 of the Articles of Association of the CSPF, it has been recognized as a social insurance institute affiliated with the SSO. Thus, it means that CSPF is a non-state public organization. So, referring to the relevant rules, CSPF's assets are not owned by the state and are private, belonging to the members of the pension fund and their legal survivors.

Even though the legal nature of the CSPF and its associated assets seems clear, some parts of state bodies and courts have had significantly different views. These various views might stem from ignoring realistic analyses presented before formalistic ones. The following paragraphs review some of these legal opinions.

- Legal Deputy of the President

In 2022 in response to an inquiry from the CSPF's CEO about the legal nature of this pension fund, the legal deputy of the president surprisingly referred to the legal definition of state-owned enterprises (the threshold of 50% and more discussed above) and declared that CSPF is an state institute. This opinion continues for corporations owned by CSPF "If more than 50% of the capital of these affiliated companies has been financed by the Fund's capital and not from payroll taxes and like that, these companies are state-owned". This legal opinion is critical from various aspects. First, it has ignored the last Articles of Association of the CSPF. Second, it refers to the capital of CSPF except for payroll taxes which its nature is not clear. Indeed, there isn't such a thing as CSPF's capital rather than payroll taxes.

- Planning and Budget Organization

In 2021 in response to an inquiry from a court concerning the legal nature of a corporation owned by CSPF (either state-owned or private), this organization referred to a domestic budget document about the list of state-owned companies declared that this corporation has been state-owned since 2005. This opinion is vague and misleading because the mentioned company has been privatized since 2005 by transferring it to CSPF in return for its debts. Interestingly, since then this company exited from the list of state-owned companies.

- Case A (owned by CSPF) Vs B

The advocates of A for revoking an arbitration award against A declared that A is a state-owned corporation and arbitration without the approval of the Council of Ministries is not legally valid and its associated award has no legal effect and must be revoked by the court. The court of first instance rejected this

reasoning. So did the appeal court and validated its verdict. The judge of the court of appeal declared that this company (A) has been privatized by the state and is not state-owned anymore.

- Case A (owned by CSPF) Vs C

In this case, the arbitration award was in favor of A and it was C's advocates that tried to revoke it by invoking the reasoning that A is a state-owned corporation and arbitration requires approval of the Council of Ministries. Regarding the absence of this approval, they asked the court of first instance to revoke the award. This dispute for arbitration awards for corporations owned by pension funds such as CSPF is widespread in Iranian courts. The court of first instance objected to C's advocates' claim and validated the arbitration award. The Court of Appeal confirmed the court of first instance's verdict too.

5- CONCLUSION

The state has a significant role in the Civil Servants Pension Fund (CSPF). It is not only the employer but also a critical role in the administration of CSPF. These bold roles of the state have led actors to imagine that CSPF and its assets such as corporations owned by it are state-owned. If so, it has important legal implications. Thus, from a legal point of view, it is important to distinguish the legal nature of the assets of the CSPF. This paper purports to delve into this critical question.

Our findings, based on both realistic and formalistic analyses, show that CSPF's assets are private and belong to the members of the CSPF and their legal survivors. From a realistic point of view, the assets of CSPF such as its corporations come from accumulated payroll taxes paid based on the employment of employees who are members of this pension fund. The member and her employment are the main pillars of any pension scheme that is occupational-based and contributory. It means that without members, the pension fund is nothing. Thus, the legal nature of CSPF and its assets are private, not state-owned. Any role played by the state in this kind of pension fund (occupational-based and contributory) does not change this fact.

From a formalistic perspective, Iranian legislators have distinguished that CSPF and other similar pension funds are fundamentally private and have passed the Acts to declare this fact. According to relevant rules and regulations, CSPF is a non-state public organization. Nonetheless, the corporate governance of CSPF has been dominated by the state making its role in running this pension fund so bold that has made commentators believe its legal nature is public and its assets are state-owned. We believe that regarding the private nature of CSPF, the legal body of its corporate governance must be reformed urgently to give more weight to employees and employers in running the pension fund. The findings of this paper can be generalized to any occupational-based contributory pension scheme. We believe that, regardless of any role the state plays in this kind of pension funds, from a legal point of view, they belong to the members which means that they are legally private. This implicitly means that any asset of these pension funds is private too.

Keywords: Pension Scheme, Pension Fund, State-owned Enterprise, Private Enterprise, Payroll tax.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص ۲۱۹-۲۰۳

ماهیت حقوقی دارایی‌های صندوق بازنشستگی کشوری

مجتبی قاسمی*[۱]، احمد پنجه‌پور[۲]

دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۲۷ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۱۶

چکیده

صندوق‌های مستمری نقشی مهم و حیاتی در تأمین مالیِ مصرف دوران بازنشستگی افراد در اقتصاد بازی می‌کنند. این صندوق‌ها در فرایند بلوغ خود از محل کسور بازنشستگی دریافتی از مشترکین خود اقدام به انباشت انواع دارایی می‌کنند تا از محل بازدهی آنها بتوانند بخشی از تعهدات مالی خود به مشترکین را در آینده تأمین مالی کنند. در ایران یکی از قدیمی‌ترین و بزرگترین صندوق‌های مستمری موجود، صندوق بازنشستگی کشوری است که مشترکین آن کارکنان دولت هستند. این صندوق در عرصه بنگاه‌داری در بخش‌های مختلف اقتصاد ایران فعال بوده و دارای شرکت‌های متعددی در صنایع مختلف است. با توجه به نقش پررنگ دولت در مدیریت صندوق، این تصور در ذهن بسیاری از مخاطبین (ازجمله مراجع ذی‌صلاح قضایی) شکل گرفته است که شرکت‌های متعلق به صندوق، از نوع شرکت‌های دولتی هستند. تبیین و واکاوی ماهیّت حقوقی این شرکت‌ها با تحلیل های واقع‌گرایانه و شکلی در بطن و مرکز این پژوهش قرار دارد. یافته‌های حاصل از تحلیل‌های صورت‌گرفته، فرضیه مذکور را رد و بر خصوصی‌بودن دارایی‌های این صندوق ازجمله شرکت‌های متعلق به آن صحه می‌گذارد؛ یافته‌ای که دارای آثار حقوقی قابل‌توجهی بر روابط این شرکت‌ها با سایر اشخاص است. این یافته را می‌توان به دارایی‌های متعلق به سایر صندوق‌های مشابه نیز تسری داد.

کلیدواژه‌ها: طرح مستمری، صندوق مستمری، شرکت دولتی، شرکت خصوصی، کسور بازنشستگی

[۱] استادیار حقوق و اقتصاد، دپارتمان حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول Mojtaba_ghasemi@sbu.ac.ir)

[۲] دانش آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

مقدمه

صندوق‌های مستمری[۱] در بسیاری از کشورها نقش مهمی را در تأمین مخارج زندگی سالمندان و سایر مستمری بگیران (ازکارافتادگان و بازماندگان) بازی می‌کنند. کشور ایران نیز از این قاعده مستثنی نبوده و به‌طورمثال، صندوق‌های مستمری تأمین اجتماعی و بازنشستگی کشوری، به‌عنوان بزرگ‌ترین صندوق‌های مستمری در ایران، سالانه مبالغ هنگفتی را صرف پرداخت مستمری به بیمه‌شدگان بازنشسته، ازکارافتاده و بازماندگان آن‌ها می‌کنند. علاوه بر این دو صندوق، حدود بیست صندوق مستمری دیگر نیز در ایران وجود دارند که عمده آن‌ها توسط دولت ارائه و مدیریت می‌شوند. صندوق‌های مزبور در چرخه حیات خود و از محل کسور دریافتی از مشترکین اقدام به انباشت انواع دارایی می‌کنند تا از محل بازدهی حاصل از آن‌ها بتوانند بخشی از تعهدات خود (پرداخت انواع مستمری به مشترکین و بازماندگان آن‌ها) را تأمین مالی کنند.

در ایران نیز از اولین تلاش‌ها برای تأسیس صندوق‌های مستمری بیش از یک قرن می‌گذرد. یکی از قدیمی‌ترین این صندوق‌ها، صندوق بازنشستگی کشوری است که کارکنان دولت مشترکین اصلی آن هستند. این صندوق دارای دارایی‌هایی از جمله شرکت‌های فعال در حوزه‌های مختلف اقتصاد (پتروشیمی، گردشگری، فولاد، مالی و ....) است. نقش مرکزی دولت در مدیریت صندوق[۲]، این فرضیه و ذهنیت را در برخی از مخاطبین ایجاد کرده است که شرکت‌های وابسته به صندوق (حتی شرکت‌هایی که عمده سهام آن متعلق به صندوق است)، شرکت‌هایی دولتی هستند. در صورت صحت این فرضیه، آثار حقوقی قابل‌توجهی بر روابط این شرکت‌ها (و در نتیجه، شرکت‌های تابعه آنها) با سایر اشخاص (اعم از حقیقی و حقوقی) قابل‌تصور خواهد بود. حال آنکه اگر این شرکت‌ها را خصوصی بدانیم، آثار حقوقی متفاوت دیگری بر روابط این شرکت با سایر اشخاص حقیقی و حقوقی بار خواهد شد.

بنابراین، در اینجا با یک پرسش حقوقی حیاتی و مهم روبه‌رو هستیم؛ ماهیّت حقوقی دارایی‌های صندوق، از جمله شرکت‌های متعلق به صندوق بازنشستگی کشوری چیست؟ آیا این شرکت‌ها خصوصی هستند؟ یا آنکه با توجه به نقش پررنگ دولت در مدیریت آنها، با یک شرکت دولتی روبه‌رو هستیم؟ آیا اساساً نقش‌هایی که دولت در طرح‌های مستمری بازی می‌کند می‌تواند منجر به ایجاد مالکیت برای آن و شکل‌گیری شرکت دولتی شود؟ به عبارت دیگر، آیا رابطه مدیریتی به منزله مالکیت دولتی و شکل‌گیری شرکت دولتی خواهد بود؟ این پرسش‌های مهم و کلیدی در بطن و مرکز این پژوهش قرار دارند.

این مقاله در پی آن است تا با به‌کارگیری تحلیل‌های واقع‌گرایانه و شکلی به پرسش‌های اساسی پیش‌گفته پاسخ دهد. ادامه مقاله به‌صورت زیر خواهد بود؛ در قسمت دوم برای آشنایی مخاطبان، به اختصار فلسفه وجودی طرح‌های مستمری و انواع آنها توضیح داده می‌شوند. پس از آن در قسمت سوم، رابطه میان دولت و صندوق تبیین می‌شود. در قسمت چهارم یک تحلیل واقع‌گرایانه از ماهیّت شرکت‌های متعلق به صندوق ارائه می‌شود. در ادامه، در قسمت پنجم نیز یک تحلیل شکلی از ماهیّت این شرکت‌ها ارائه می‌شود. در قسمت ششم، به رویکرد مراجع حقوقی ذی‌صلاح در مواجهه با دارایی‌های صندوق و نقد آن می‌پردازیم. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری نیز در قسمت پایانی مقاله ارائه خواهد شد.

۱- فلسفه وجودی و انواع طرح‌های مستمری

دو هدف اصلی و اولیه ایجاد طرح‌های مستمری هموارسازی مصرف[۳] در چرخهٔ زندگی و پوشش ریسک عمر طولانی[۴] مشترکین صندوق و بازماندگان آن‌ها است. به‌این‌ترتیب، افراد با مشارکت در این طرح‌ها بخشی از درآمد دوران کاری خود را به صورت پرداخت حق‌بیمه[۵] (کسور) به دوران بازنشستگی منتقل می‌کنند تا بتوانند در سال‌هایی که توان کارکردن ندارند مخارج زندگی و مصرف دوران پیری خود را تأمین کنند. با توجه به وجود نااطمینانی[۶] در مورد طول عمر افراد، پرداخت مستمری تا زمان مرگ مشترکین ادامه خواهد داشت. پس‌از آن نیز، در صورت وجود بازماندگان قانونی[۷]، تمام یا بخشی از مستمری

---

[۱] Pension Funds
عنوان صندوق‌های مستمری برای صندوق بازنشستگی کشوری که در مرکز مطالعه این پژوهش قرار دارد، عنوان دقیق‌تر و مناسب‌تری است. زیرا مستمری بازنشستگی فقط یکی از انواع مستمری‌های پرداختی توسط این صندوق است. البته در ادبیات مربوطه در ایران، عنوان صندوق بازنشستگی کاربرد بیشتری دارد. در این پژوهش واژه‌های صندوق مستمری و صندوق بازنشستگی معادل یکدیگر در نظر گرفته شده و به کار می‌روند.

[۲] در ادامه مقاله گاهی برای سادگی به جای "صندوق بازنشستگی کشوری" از واژه "صندوق" استفاده خواهد شد.

[۳] Consumption Smoothing

[۴] Longevity Risk Covering

[۵] Payroll Tax

[۶] Uncertainty

[۷] Legal Survivors

تعلق‌گرفته به مشترک (بیمه‌شده) اصلی به آن‌ها پرداخت خواهد شد. به این ترتیب، یکی از مهم‌ترین کارکردهای طرح‌های مستمری انتقال مصرف و هموارسازی آن در چرخه حیات[۱] افراد است؛ کارکردی که خود افراد به‌دلیل وجود پدیده نزدیک‌بینی[۲] ممکن است آن را به خوبی انجام ندهند. درواقع، یکی دیگر از کارکردهای مهم طرح‌های مستمری، پوشش ریسک عمر طولانی افراد است؛ آنها با مشارکت در طرح‌های مستمری ریسک عمر طولانی یکدیگر را به اشتراک گذاشته و به این ترتیب بهینه‌یابی مصرف چرخه حیات از دستور کار آن‌ها خارج خواهد شد.

در کنار اهداف اصلی پیش‌گفته، که امروزه در لایهٔ دوم سیستم‌های مستمری چندلایه[۳] به‌صورت طرح‌های مشارکت اجباری قابل‌تصور هستند، اهداف دیگری، ازجمله کاهش فقر[۴] در میان گروه‌هایی که به‌صورت دائمی یا موقت توان کارکردن و پس‌انداز را ندارند و اهداف توزیعی[۵]، نیز جزء اهداف فرعی طرح‌های مستمری طبقه‌بندی می‌شوند. هدف کاهش فقر می‌تواند تمام سالمندان یا صرفاً افرادی که در طرح مستمری مشارکت داشته‌اند را دربرگیرد. علاوه براین، گروه‌های هدف در سیاست‌های بازتوزیعیِ طرح‌های مستمری می‌توانند افراد فقیر، زنان سرپرست خانوار و سایر گروه‌های آسیب‌پذیر نیز باشند که می‌توان آن‌ها را، در کنار هدف کاهش فقر، در لایهٔ اول سیستم مستمری چندلایه جای داد که برخلاف لایه‌های دوم و سوم، غیرمشارکتی[۶] بوده و منابع آن نیز توسط دولت از محل منابع عمومی ازجمله مالیات‌ها تأمین مالی می‌شود. افزون بر این، طرح‌های مستمری افراد و بازماندگان آن‌ها را در مقابل ازکارافتادگی، فوت پیش از بازنشستگی و معلولیت نیز بیمه می‌کنند (Barr & Diamond 2006:10-12).

طرح‌های مستمری را با توجه به دو مؤلفهٔ اصلی دسته‌بندی می‌کنند: نخست، نحوهٔ تأمین مالی مستمری پرداختی به مشترکین مستمری‌بگیر و، دوم، نحوهٔ ارتباط میان میزان مشارکت در طرح و برخورداری از مزایای مستمری. در ادامه انواع طرح‌های مستمری با توجه به این دو مؤلفه توضیح داده می‌شوند. با درنظرگرفتن مؤلفهٔ اول می‌توان گفت که طرح‌های مستمری برای تأمین مالی هزینه‌های خود، که بخش عمدهٔ آن پرداخت مستمری به مشترکین بازنشسته یا بازماندگان قانونی آن‌ها است، دو راه پیش‌رو دارند[۷]: طرح‌های اندوخته‌گذاری کامل[۸] و طرح‌های غیراندوخته‌گذاری[۹] که در ادبیات مربوطه به سیستم PAYG شهرت یافته است. در سیستم اول به ازای هر مشترک یک حساب جداگانه ایجاد شده و حق‌بیمه‌های دریافتی بابت هر مشترک سرمایه‌گذاری می‌شوند تا از محل انباشت حق‌بیمه‌ها و درآمد حاصل از بازگشت[۱۰] سرمایه‌گذاری‌های صورت‌گرفته، مستمری پرداختی به مشترک موردنظر در دوران بازنشستگی تأمین مالی گردد. در طرح‌های غیراندوخته‌گذاری هر مشترکی به‌طور جداگانه حساب انفرادی نداشته و مستمری پرداختی به مشترکین مستمری‌بگیر از محل منابع حاصل از حق‌بیمه‌های (کسور) دریافتی از مشترکین شاغل تأمین می‌شود. در اینجا یک ارتباط بین‌نسلی[۱۱] بین مشترکین صندوق و درواقع یک قرارداد اجتماعی ضمنی[۱۲] وجود دارد، مبنی بر اینکه نسل شاغل آینده نیز در قبال مستمری پرداختی به نسل شاغل فعلی (بازنشستگان آینده) مسئول خواهد بود. در طرح‌های غیراندوخته‌گذاری، که بیشتر توسط بخش عمومی اداره می‌شوند، در سال‌های ابتدایی تأسیس صندوق با توجه به نبود یا تعداد بسیارکم مشترکین مستمری‌بگیر، بخش قابل‌توجهی از منابع مالی در اختیار صندوق خواهد بود که با سرمایه‌گذاری این مبالغ و انباشت دارایی انتظار می‌رود در آینده بخشی از هزینه‌های صندوق (پرداخت مستمری) از محل بازگشت حاصل از این سرمایه‌گذاری‌ها تأمین مالی شود[۱۳].

درنهایت ، با توجه به مؤلفهٔ دوم، که پیش‌تر نیز به آن اشاره شد، میزان مستمری پرداختی به مشترکین بازنشسته یا ازکارافتاده بر مبنای مزایای معین[۱۴] (DB) و یا مشارکت معین[۱۵] (DC)

---

[۱] Life-Cycle

[۲] Myopia

[۳] Multi-Pillar Pension Systems

[۴] Poverty Relief

[۵] Distributional Objectives

[۶] Non-Contributory

[۷] این دو راه، دو سر طیف تأمین مالی مستمری هستند. طرح‌های اندوخته‌گذاری جزئی نیز وجود دارند که به‌صورت ترکیبی از این دو راه حدی هستند و در واقع در میان آن‌ها قرار می‌گیرند. برای مطالعهٔ بیشتر در این زمینه رجوع کنید به بار و دایموند (۲۰۰۶).

[۸] Fully Funded

[۹] Pay-As-You-Go (PAYG)

[۱۰] Return

[۱۱] Intergenerational

[۱۲] Implicit Social Contract

[۱۳] شرکت سرمایه‌گذاری تأمین اجتماعی (شستا) نیز برای سامان‌دهی به همین منابع مالی دریافتی از مشترکین بود که در دهۀ ۱۳۶۰ تأسیس شد.

[۱۴] Defined Benefits

[۱۵] Defined Contributions

محاسبه می‌شود. در حالت اول، مستمری پرداختی از قبل با رابطهٔ مشخصی تعریف و تعیین شده است. در این حالت، مستمری مستقیماً بر مبنای انباشت حق‌بیمه‌های پرداخت‌شده توسط مشترک محاسبه نمی‌شود، بلکه به سابقهٔ دستمزد و سال‌های خدمت وی بستگی دارد. به‌عنوان مثال، مستمری پرداختی به‌صورت درصدی از متوسط دستمزد سال‌های پایانی دوران اشتغال (مثلاً ۲ یا ۵ سال) محاسبه می‌شود که درصد موردنظر خود تابعی از سال‌های خدمت (پرداخت حق‌بیمه) و شرایط قانونی احراز بازنشستگی است. در حالت دوم، مستمری پرداختی مستقیماً به میزان مشارکت افراد به صورت پرداخت حق‌بیمه در طرح بازنشستگی بستگی خواهد داشت. طرح‌های مستمری که بر مبنای DC و DB تعریف می‌شوند از نظر توزیع ریسک تفاوت‌های اساسی با یکدیگر دارند. به‌طور معمول تأمین مالی طرح‌های مستمری که بر مبنای DB تعریف می‌شوند از نوع PAYG هستند و طرح‌های مستمری که بر مبنای مشارکت معین تعریف شده‌اند از نوع اندوخته‌گذاری هستند.[۱]

نوع دیگری از طرح‌های مستمری، که در ابتدای قرن بیست‌ویکم به‌عنوان یک راهبردبرای اصلاح طرح‌های مستمری DB-PAYG مطرح شد، سیستم‌های با مشارکت معین صوری[۲] (NDC) است. این راهبردبه باور طرفداران آن راه سوم و بینابینی برای اصلاحات مستمری است که میان اصلاحات پارامتریک[۳] و اصلاحات ساختاری[۴] قرار می‌گیرد. در این نوع سیستم مستمری گویی به ازای هر مشترک یک حساب صوری ایجاد و بر اساس مشارکت وی در سیستم و یک نرخ بازدهی صوری، که توسط دولت تعیین می‌گردد (نه توسط بازارهای مالی)، مزایای مستمری محاسبه و به وی پرداخت می‌شود. لذا زمانی‌که فرد به سن بازنشستگی می‌رسد، حق‌بیمه‌های انباشته‌شده توسط وی به همراه یک نرخ بازدهی اسمی[۵] (که مجموع آن‌ها حساب سرمایهٔ صوری[۶] نامیده می‌شود) و امید به زندگی وی، تبدیل به مستمری ماهانه[۷] شده و به فرد بازنشسته پرداخت می‌شود. به‌این‌ترتیب، به فرض ثابت بودن سایر شرایط، تأثیر افزایش امید به زندگی با افزایش دورهٔ پرداخت مستمری در محاسبات لحاظ و در نتیجه کاهش میزان مستمری دریافتی توسط مشترکین صندوق خودبه‌خود و بدون تغییر در سن بازنشستگی قابل تعدیل خواهد بود. در این نوع سیستم، مشابه سیستم غیراندخته‌گذاری (PAYG)، مستمری پرداختی به مشترکین بازنشسته از محل کسور دریافتی از مشترکین شاغل تأمین مالی خواهد شد. درواقع، این سیستم مستمری ترکیبی از سیستم PAYG و مزایای با مشارکت معین است (DC-PAYG)، با این تفاوت که حساب‌های ایجادشده برای افراد و نرخ بازدهی تعلق‌گرفته به مشارکت صورت‌گرفته توسط آن‌ها صوری، و نه واقعی، هستند. حساب‌های انفرادی ایجاد شده در این نوع طرح‌های مستمری صرفاً جهت ثبت میزان مشارکت مشترکین در طرح بوده و منابع مالی حاصل از مشارکت برخلاف طرح‌های با مشارکت معین هیچ‌گاه در بازارهای واقعی سرمایه‌گذاری نمی‌شوند و بخش قابل‌توجهی از آن صرف پرداخت مستمری به نسل بازنشسته می‌شود. سیاست‌های بازتوزیعی در این نوع طرح مستمری نیز به صورت تضمین حداقل مستمری یا پرداخت حق‌بیمه توسط دولت برای افرادی که به‌صورت موقتی از بازار کار خارج می‌شوند تعریف شده است.[۸]

با توجه به مباحث مطروحه، طرح مستمری که در صندوق بازنشستگی کشوری در جریان است، از نوع DB-PAYG است. به این ترتیب، یک ارتباط بین‌نسلی میان مشترکین آن برقرار بوده و مزایای مستمری نیز به صورت متوسط حقوق و

---

[۱] برای مطالعهٔ بیشتر در مورد انواع سیستم‌های مستمری و ویژگی‌های آن‌ها ر. ک به:

Blake, D. (2006). Pension Economics. The United States: John Wiley & sons Ltd. And Blake, D. (2006). Pension Finance. The United States: John Wiley & sons Ltd.

[۲] Notional Defined Contributions

[۳] Parametric Reform

[۴] Structural Reform

[۵] به‌طور مثال، نرخ بازدهی مزبور می‌تواند نرخ افزایش در متوسط دستمزدها باشد.

[۶] Notional Capital

[۷] Annuity

[۸] برای مطالعهٔ بیشتر در این زمینه ر.ک به:

Holzmann R., E. Palmer and D. Robalino (eds.) (2013). NDC Pension Schemes: Progress and Changing Pension World Volume 2 - Frontiers in a Gender, Politics and Financial Stability. World Bank: Washington DC

Holzmann R., E. Palmer (eds.) (2006). Pension Reform through NDCs: Issues and Prospects for Non-Financial Defined Contribution Schemes, World Bank.

Palmer, E. (2000). The Swedish Pension Reform: Framework and Issues (*World Bank Social Protection Discussion Paper*, No. 0012).

دستمزد مستمر در دو سال پایانی اشتغال تعریف می‌شود که طبق قانون از پرداخت مالیات نیز معاف است.

۲- صندوق بازنشستگی کشوری و دولت

قبل از ورود به بحث اصلی مقاله و به‌منظور فراهم‌کردن بستر بحث، ضروری است تا ارتباط میان صندوق بازنشستگی کشوری و دولت تبیین گردد. این قسمت از مقاله، انواع نقش‌هایی را که دولت در این صندوق بازی می‌کند تبیین می‌نماید.

۳-۱- دولتِ کارفرما

همان‌طور که پیشتر نیز اشاره شد، مشترکین صندوق کارکنان دولت هستند که یک رابطه استخدامی آنها را به دولت به عنوان کارفرما مرتبط می‌کند. دراینجا، دولت مانند هر کارفرمایی در قبال نیروی کاری که به استخدام خود درمی‌آورد، تعهداتی قانونی را عهده‌دار می‌شود که یکی از مهمترین آنها پرداخت سهم کارفرمایی بابت اشتراک کارکنان مزبور در طرح‌های مستمری (شامل بازنشستگی، ازکارافتادگی و حمایت از بازماندگان در صورت فوت مشترک اصلی) است. این تعهد قانونی دولت مبنی بر پرداخت کسور به عنوان کارفرما در ماده ۷۳ "*قانون استخدام کشوری*" مصوب ۱۳۴۵ تبلور یافته است[۱]. در ابتدا سهم دولت به عنوان کارفرما برابر با سهم خود مستخدمین و به میزان ۸.۵ درصد حقوق دریافتی آنها پیش‌بینی شده بود که در ادامه با توجه به اصلاح مقررات بازنشستگی در سال‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۹ این میزان افزایش یافت. در سال ۱۳۶۸ در ماده ۷ "*قانون اصلاح مقررات بازنشستگی و وظیفه قانون استخدام کشوری*" سهم دولت به عنوان کارفرما در کسور پرداختی به صندوق بازنشستگی به ۱.۵ برابر سهم مستخدم افزایش یافت[۲]. در سال ۱۳۷۹ نیز در ماده ۱۲ "*قانون اصلاح پاره‌ای از مقررات مربوط به حقوق بازنشستگی، بانوان شاغل، خانواده‌ها و سایر کارکنان*" سهم کارکنان دولت به ۹ درصد و سهم دولت نیز ۱.۵ برابر آن تعیین گردید[۳]. به‌این‌ترتیب، سهم دولت به عنوان کارفرما از کسور پرداختی به صندوق بازنشستگی کشوری به ۱۳.۵ درصد حقوق و مزایای مستمر دریافتی کارکنان افزایش یافت که در حال حاضر نیز همین میزان در کسور پرداختی دولت به صندوق بازنشستگی کشوری اِعمال می‌شود.

۳-۲- دولتِ ضامن

در مورد صندوق بازنشستگی کشوری که دولت نقش کارفرما را دارد و در قسمت قبلی دربارهٔ آن بحث شد، دولت یک نقش حمایتی به‌عنوان ضامن تعهدات صندوق در قبال مشترکان را نیز ایفا می‌کند. طبق ماده ۱۰۰ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵، در صورت عدم‌کفایت وجوه و منابع صندوق بازنشستگی جهت ایفای تعهداتش در قبال مشترکین، دولت مکلف خواهد بود آن را از محل منابع عمومی تأمین و پرداخت کند[۴]. در حال حاضر بیش از ۹۰ درصد از منابع صندوق بازنشستگی کشوری از محل کمک‌های دولتی و با استناد به همین ماده قانونی تأمین می‌گردد[۵].

۳-۳- دولتِ تنظیم‌گر

[۱] **ماده ۷۳** – وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی مشمول این قانون مکلفند علاوه بر کسور موضوع ماده ۷۱ هر ماه مبلغی برابر هشت و نیم درصد حقوق مستخدمین رسمی و مستخدمین آزمایشی خود را به صندوق بازنشستگی کشوری بپردازند.

[۲] **ماده ۷** – وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی مشمول قانون استخدام کشوری، شهرداری‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی خارج از شمول قانون مزبورکه مستخدمین آنها مشترک صندوق بازنشستگی کشوری می‌باشند و همچنین مؤسسات موضوع تبصره ۱ ماده ۷۱ و تبصره ۲ ماده ۷۳ مکلفند علاوه برکسور بازنشستگی موضوع ماده ۷۱ قانون مزبور هر ماه معادل ۱.۵ برابر آن را به عنوان سهم کارفرما از بودجه خود به صندوق بازنشستگی کشوری‌واریز نمایند.

[۳] **ماده ۱۲** – به دولت اجازه داده می‌شود نرخ کسور بازنشستگی کلیه کارکنان بخش دولتی اعم از کشوری و لشکری را به صورت یکسان و حداکثر تا نه درصد (۹٪) سهم کارکنان و یک و نیم برابر آن سهم دولت تصویب و اجراء نماید و عدم تصویب آن مانع اجرای این قانون نخواهد بود.

[۴] **ماده ۱۰۰** – در صورت عدم کفایت وجوه صندوق بازنشستگی دولت مکلف است کمبود آن را در بودجه کل کشور از محل درآمد عمومی تأمین وپرداخت کند.

[۵] برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به گزارش‌های آماری موجود در وبگاه صندوق بازنشستگی کشوری. ممکن است این نقد وارد باشد که ماده ۱۰۰ قانون استخدام کشوری در چارچوب مفاد این قانون قابل‌دفاع و اجرا بوده است. به عبارت دیگر، مقنن این نقش ضامن را برای دولت در چارچوب رعایت مفاد سایر مواد آن در نظر گرفته است. حال که سایر مفاد آن (از جمله دامنه پوشش و میزان پرداختی به بازماندگان) تغییر کرده است، آیا کماکان می‌توان به این نقش دولت به عنوان ضامن تعهدات صندوق بازنشستگی کشوری در این قانون استناد کرد؟ نقدی که البته پرداختن به آن خارج از محدوده این پژوهش است و در هر حال تغییری در نتیجه این پژوهش در خصوص ماهیّت دارایی‌های صندوق بازنشستگی کشوری نخواهد داشت.

مهم‌ترین نقشی که دولت در لایه‌های بیمه‌ای نظام‌های مستمری چندلایه[۱] در کشورهای توسعه‌یافته بازی می‌کند، نقش تنظیم‌گری است. صندوق‌های مستمری به‌عنوان سرمایه‌گذاران نهادی[۲] نقش مهم و غیرقابل‌انکاری را در بازارهای مالی و تأمین سرمایه ایفا می‌کنند؛ به دلیل پیچیدگی‌های[۳] فراوانی که بازارهای مالی دارند و عدم تقارن اطلاعاتی[۴] شدیدی که در آنها جریان دارد، تنظیم‌گری بهینه‌ی این بازارنقش مهمی در عملکرد این صندوق‌ها خواهد داشت. در همین چارچوب است که دولتِ تنظیم‌گر به منصه ظهور می‌رسد. دراینجا، مهمترین هدف دولت تنظیم‌گریِ رفتار سرمایه‌گذاری مدیران صندوق‌های مستمری است تا با جلوگیری از رفتارهای سرمایه‌گذاری پرخطر آنها، منافع ذی‌نفعان اصلی این صندوق‌ها (که همان مشترکین این صندوق‌ها هستند) تأمین گردد. به‌عنوان مثال، در برخی از کشورها صندوق‌های مستمری از ورود به برخی از بازارها به‌طور کلی منع شده‌اند یا برای حجم سرمایه‌گذاری آنها سقف تعیین شده است. به‌طور کلی هدف دولتِ تنظیم‌گر ایجاد اطمینان خاطر از پایداری مالی صندوق‌های مستمری است[۵]. در حقوق ایران نیز در بندهای (ز)، (ح) و (ط) ماده ۳ "*قانون ساختار جامع رفاه و تأمین اجتماعی*" مصوب ۱۳۸۳ به این نقش دولت در قبال صندوق‌های مستمری اشاره شده است[۶]. بند (ب) ماده ۷ همین قانون نیز بر نظارت مالی دولت بر صندوق‌های بیمه‌ای تاکید کرده است[۷].

۳- تحلیل واقع‌گرایانه

در این قسمت، با توجه به نقش‌های تعریف شده برای دولت در صندوق، در یک تحلیل واقع‌گرایانه، به تاثیر این نقش‌ها در ایجاد حق مالکیت دولت بر دارایی‌های صندوق و امکان دولتی‌شدن شرکت‌های متعلق به صندوق می‌پردازیم. اولین پرسش اساسی که در ارتباط با موضوع این پژوهش به ذهن می‌رسد آن است که آیا نقش دولت به عنوان کارفرما و پرداخت کسور قانونی متناظر با آن منجر به ایجاد حق مالکیت برای دولت بر دارایی‌های صندوق (از جمله شرکت‌های متعلق به آن) خواهد شد؟ می‌توان این پرسش مهم را به‌صورت کلی‌تری نیز بیان کرد: آیا تعهدات قانونی کارفرما (از جمله دولت) در قبال مستخدمین خود به صورت پرداخت کسور سهم کارفرمایی به صندوق‌های مستمری منجر به ایجاد حقوقی (از جمله مالکیت) برای آن کارفرما از دارایی‌های انباشت‌شده در این صندوق‌ها خواهد شد؟ براساس فلسفه وجودی طرح‌های مستمری که توضیح آن در قسمت‌های پیشین آمد، پاسخ به این پرسش منفی است. به‌عبارت دقیق‌تر، کسور قانونی مربوط به بازنشستگی که توسط دولت پرداخت می‌شود، یکی از مزایای[۸] اشتغال است که صرفاً منجر به ایجاد حق (حق بازنشستگی، از کارافتادگی، مستمری بازماندگان) برای مستخدم یا بازماندگان قانونی وی می‌شود. به‌این‌ترتیب، دولت یا هر کارفرمای خصوصی دیگری در ازای پرداخت کسور قانونی مربوط به بازنشستگی مستخدمین خود (که بخشی از تعهدات قانونی آنهاست)، هیچ حقی از جمله مالکیت بر دارایی‌های انباشت‌شده در این صندوق‌ها را کسب نخواهند کرد. بنابراین، مشترکین صندوق بازنشستگی کشوری به عنوان مستخدمین دولتی (که برخی از آنها بازنشسته شده و برخی دیگر هنوز شاغل هستند)، مالکین اصلی دارایی‌های انباشت‌شده از محل کسور قانونی واریزی به صندوق بازنشستگی کشوری هستند. با توجه به این که مشترکین مزبور (اعم از بازنشسته، بازمانده، ازکارافتاده و شاغل) اشخاص حقیقی و خصوصی هستند، مالکیت دارایی‌های انباشته‌شده در شرکت‌های متعلق به صندوق نیز به طریق اولی خصوصی هستند.

---

[۱] Multi-Pillar Pension Schemes

[۲] Institutional Investors

[۳] Complexities

[۴] Information Asymmetry

[۵] برای مطالعه بیشتر در زمینه پایداری مالی طرحهای مستمری ر.ک به:
Ramaswamy, S. (2012). The Sustainability of Pension Schemes (*BIS Working Paper, No 368*).

[۶] **ماده ۳** –اهداف و وظایف حوزه بیمه‌ای به شرح زیر می‌باشد:

...

ز -نظارت بر عملکرد صندوق‌های بیمه‌ای.

ح –پیگیری اصلاح اساسنامه‌های شرکتها و صندوق‌های بیمه‌ای به نحوی که اصل بنگاه‌داری برای شرکت‌ها و صندوق‌های بیمه‌ای لحاظ شود.

ط –نظارت بر تعادل منابع و مصارف صندوق‌ها بر اساس علم محاسبات بیمه‌ای.

[۷] **ماده ۷** – اصول وسیاست‌های مالی نظام جامع تأمین‌اجتماعی به‌شرح زیرمی‌باشد:

ب – نظارت مالی بر منابع:تمام دستگاه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، نهادها و صندوق‌های فعال در قلمروهای بیمه‌ای، حمایتی و امدادی، درحد استفاده از منابع و تسهیلات نظام تأمین اجتماعی تحت‌نظارت دولت در چارچوب این قانون قرار می‌گیرند.

[۸] Benefit

در ادامه این پرسش به ذهن متبادر می‌شود که آیا ایفای نقش حمایتی و تضمین مستمری، منجر به مالکیت دولت بر دارایی‌های انباشته شده در صندوق می‌گردد؟ پاسخ به این پرسش اساسی مستلزمِ توجه به ماهیّت کمک‌های دولت به این صندوق است. نکته مهمی که باید بدان توجه کرد آن است که انواع کمک‌های دولتی به صندوق که در قانون پیش‌بینی شده است، از نظر ماهوی پرداخت‌های بلاعوض بوده و ایفای آنها منجر به ایجاد حقوقی برای دولت، از جمله حق مالکیت بر دارایی‌های این صندوق‌ها، نخواهد شد[1]. به‌این‌ترتیب، این تصور که به دلیل تأمین کسری قابل‌توجه منابع صندوق توسط دولت از محل منابع عمومی، دارایی‌های این صندوق (ازجمله شرکت‌های متعلق به آن) دولتی است از اساس اشتباه است. تأمین کسری مالی صندوق بازنشستگی کشوری یا صندوق‌های بازنشستگی مشابه، فارغ از غلط یا درست بودن آن، یک تکلیف قانونی برای دولت است که مابه‌ازای آن آورده یا حقی برای دولت به صورت مالکیت بر دارایی‌های این صندوق‌ها در پی نخواهد داشت. بنابراین، ایفای این نقش هم منجر به دولتی‌شدن شرکت‌های متعلق به صندوق نخواهد شد. درنهایت آنکه درمقایسه با نقش‌های کارفرما و حامی (ضامن)، دولتِ تنظیم‌گر شبهه کمتری درخصوص ایجاد حق مالکیت بر دارایی‌های صندوق ایجاد می‌کند. دراینجا، دولت با به‌کارگیری ابزارهای حاکمیتی خود صرفاً به دنبال تأمین منافع مشترکین صندوق‌هاست. به این ترتیب، دولتِ تنظیم‌گر نیز مانند دولتِ کارفرما و دولتِ ضامن حقی بر مالکیت دارایی‌های صندوق نخواهد داشت. همان‌طور که پیشتر نیز اشاره شد، مالکین اصلی دارایی‌های صندوق، مشترکین آن و بازماندگانشان هستند که همگی اشخاصی حقیقی و خصوصی هستند که به معنای خصوصی‌بودن دارایی‌های صندوق است.

۴- تحلیل شکل‌گرایانه

در این قسمت با استناد به حقوق موضوعه در ایران به واکاوی ماهیّت حقوقی صندوق‌های مستمری (بازنشستگی) خواهیم پرداخت تا از این رهگذر بتوانیم به تبیین ماهیّت حقوقی دارایی‌های صندوق بازنشستگی کشوری بپردازیم. آیا در حقوق موضوعه، این صندوق ماهیّتی عمومی و دولتی دارد؟ اگر پاسخ به این پرسش منفی باشد، آنگاه ماهیّت حقوقی آن چه خواهد بود؟ درک ماهیّت حقوقی صندوق منجر به درک بهتر از ماهیّت دارایی‌های آن (از جمله شرکت‌های متعلق به آن) خواهد شد.

در بادی امر، به‌نظر می‌رسد ارائه تعریفی از شرکت دولتی بتواند رهگشا باشد. بر اساس ماده ۴ "*قانون محاسبات عمومی کشور*" مصوب ۱۳۶۶، شرکت دولتی با مجوز قانون به‌صورت ایجاد شرکت تأسیس می‌شود یا به حکم قانون و دادگاه صالح ملی شده یا مصادره می‌شود و همواره بیش از ۵۰ درصد آن متعلق به دولت است. شرکت‌هایی که خود براساس سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی نیز ایجاد می‌شوند، مادامی که بیش از ۵۰ درصد سهام آنها متعلق به دولت باشد، شرکت دولتی محسوب می‌شوند[2]. تعریف کم‌وبیش مشابهی از شرکت دولتی با تاکید بر مالکیت بیش از ۵۰ درصدی سهام نیز در ماده ۴ "*قانون مدیریت خدمات کشوری*" مصوب ۱۳۸۶ ارائه شده است[3]. در ادامه قانون‌گذار در ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور، موسسات و نهادهای عمومی غیردولتی را نیز به این شرح تعریف می‌کند: "واحدهای سازمانی مشخصی که با اجازه قانون به‌منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارند تشکیل شده یا می‌شوند". در تبصره همین ماده نیز جهت رفع ابهام مقرر می‌گردد که فهرست این قبیل موسسات و نهادها با توجه به قوانین و مقررات مربوط از طرف دولت پیشنهاد و به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد. سرانجام پس از وقفه‌ای حدودا ۷ ساله، قانون‌گذار "*قانون فهرست نهادها و موسسات عمومی غیردولتی*" را در قالب یک ماده واحده در سال ۱۳۷۳ مصوب می‌کند. در بند (۱۰) این ماده واحده، نام سازمان تأمین اجتماعی نیز آمده است. در متن ماده واحده مذکور آمده است که

[1] این پرسش مهم و تامل‌برانگیز که آیا این کمک‌های دولتی از نظر عدالت توزیعی و تخصیصی قابل دفاع هستند، از دامنه پژوهش حاضر خارج است. در عین حال، هر پاسخی به این پرسش اساسی تاثیری در نتیجه و یافته‌های این پژوهش نیز ندارد.

[2] **ماده ٤** – شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون به صورت شرکت ایجاد شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده‌و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد. هرشرکت تجاری که از طریق‌سرمایه‌گذاری شرکتهای دولتی ایجاد شود، مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن متعلق به شرکت‌های دولتی است، شرکت دولتی تلقی می‌شود.

[3] **ماده ٤**– شرکت دولتی: بنگاه اقتصادی است که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت به موجب سیاست های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری جزو وظایف دولت محسوب می‌گردد، ایجاد و بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سرمایه و سهام آن متعلق به دولت می باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده مادام که بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سهام آنها منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق الذکر باشد شرکت دولتی است.

موسسات وابسته به این واحدهای سازمانی (از جمله سازمان تأمین اجتماعی) نیز موسسه و نهادهای عمومی غیردولتی خواهند بود. طبق تبصره یک ماده واحده نیز، "موسسه وابسته واحد سازمانی مشخصی است که به‌صورتی غیر از شرکت و برای مقاصد غیرتجاری و غیرانتفاعی توسط یک یا چند نهاد و موسسه عمومی غیردولتی تأسیس و اداره می‌شود و مالکیت آن نیز به این موسسات و نهادها تعلق دارد". علاوه بر این، در ماده ۴ "*اساسنامه صندوق تأمین اجتماعی*" مصوب ۱۳۸۹/۴/۲۰ هیئت وزیران، این صندوق یک موسسه عمومی غیردولتیِ زیرمجموعه وزارت رفاه و تأمین اجتماعی معرفی شده است.

نتیجه مهمی که از منطوق دو قانون پیش‌گفته و آخرین اساسنامه صندوق تأمین اجتماعی گرفته می‌شود آن است که این صندوق یک موسسه عمومی غیردولتی است. همچنین موسسات و نهادهای وابسته به سازمان تأمین اجتماعی نیز طبق تبصره ماده واحده پیش‌گفته در حکم موسسه و نهادهای عمومی غیردولتی خواهند بود. بنابراین، اگر بتوان با استناد به قوانین جاری نشان داد که صندوق بازنشستگی کشوری از موسسات وابسته به سازمان تأمین اجتماعی است، آنگاه آنها نیز در حکم موسسات عمومی غیردولتی خواهند بود. برای این امر ناگزیر هستیم به قوانین موضوعه و اساسنامه‌ی این صندوق مراجعه کنیم.

آخرین اساسنامه صندوق بازنشستگی کشوری با استناد به ماده ۱۷ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۳[1] و ماده ۱۱۳ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶[2] در تاریخ ۱۳۸۷/۸/۲۲ توسط هیات وزیران مصوب شده است. طبق ماده ۴ این اساسنامه، صندوق بازنشستگی کشوری به عنوان یک موسسه بیمه اجتماعی وابسته به سازمان تأمین اجتماعی معرفی شده است. به‌این‌ترتیب، با توجه به صراحت این ماده از اساسنامه صندوق بازنشستگی کشوری، و طبق ماده واحده "*قانون فهرست نهادها و موسسات عمومی غیردولتی*" مصوب ۱۳۷۳، صندوق بازنشستگی به عنوان یک موسسه بیمه‌ای وابسته به سازمان تأمین اجتماعی، یک موسسه غیردولتی خواهد بود. از این رو، دارایی‌های این صندوق از جمله شرکت‌های متعلق به آن نیز غیردولتی هستند.

۵- رویکرد مراجع ذی‌صلاح حقوقی

در این قسمت با استناد به حقوق موضوعه که در قسمت قبلی آمد، به نقد و واکاوی برخی از استعلامات حقوقی و آرای صادره در خصوص ماهیّت حقوقی یکی از شرکت‌های وابسته به صندوق بازنشستگی کشوری می‌پردازیم[3]. براساس اطلاعات رسمی موجود، حدود ۴۵ درصد سهام این شرکت، در تملک شرکت‌های وابسته به صندوق بازنشستگی کشوری است. حدود ۵ درصد آن نیز در تملک موسسه صندوق بیمه اجتماعی روستاییان و عشایر است. علاوه بر این، حدود ۱۷ درصد سهام این شرکت نیز در تملک شرکت سرمایه‌گذاری نفت، گاز و پتروشیمی تأمین از زیرمجموعه‌های سازمان تأمین اجتماعی است. بنابراین، عمده سهام این شرکت در تملک صندوق‌های مستمری با نوع DB-PAYG است. این شرکت نمادی از دارایی‌های صندوق‌های مستمری است و استعلامات و تحلیل‌های صورت‌گرفته را می‌توان به سایر شرکت‌های مشابه نیز تسری داد.

٦-۱- استعلامات از مراجع ذی‌صلاح

در این قسمت به بررسی و نقد استعلامات صورت‌گرفته از مراجع ذی‌صلاح در خصوص دولتی یا خصوصی بودن این شرکت و شرکت‌های تابعه آن می‌پردازیم.

الف- معاونت حقوقی ریاست جمهوری

در تاریخ ۱۴۰۱/۴/۶، این معاونت در پاسخ به استعلام صورت‌گرفته توسط مدیرعامل وقت صندوق بازنشستگی کشوری در خصوص ماهیّت حقوقی شرکت مزبور و شرکت‌های تابعه آن، اشعار می‌دارد:

"مستند قانونی مبنی بر تغییر ماهیّت صندوق بازنشستگی کشوری وجود نداشته، فلذا صندوق مذکور کماکان موسسه دولتی تلقی می‌شود. با استناد به ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب سال ۱۳۶۶ و همچنین ماده ۴ قانون مدیریت

[1] **ماده ۱۷** – وزارت رفاه و تأمین اجتماعی مکلف است حداکثر ظرف مدت یک سال‌از تاریخ تصویب این قانون نسبت به بررسی و اصلاح اساسنامه‌های کلیه دستگاه‌های اجرایی، صندوق‌ها و نهادهای دولتی و عمومی فعال در قلمروهای بیمه‌ای، حمایتی و امدادی (درچارچوب طرح جامع امداد و نجات کشور) نظام و سایر دستگاه‌هائی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام است، اقدام و مراتب را پس از تأیید شورای عالی رفاه وتأمین اجتماعی به‌تصویب هیأت وزیران برساند، استفاده از اعتبارات عمومی برای دستگاهها، صندوق‌ها و نهادهای مصوب جدید مجاز خواهد بود. .....

[2] **ماده ۱۱۳**– دولت مکلف است تا پایان قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در خصوص تجمیع کلیه صندوق های بازنشستگی اعم از کشوری و تأمین اجتماعی در سازمان تأمین اجتماعی اقدامات قانونی لازم را به عمل آورد.

[3] به دلیل حفظ محرمانگی از آوردن نام شرکت خودداری شده است.

خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ که در آنها تعریف شرکت دولتی آمده است، در صورتی که بیش از ۵۰ درصد سرمایه شرکت‌های تابعه صندوق بازنشستگی کشوری از "سرمایه صندوق" و "نه از محل کسور بیمه، بازنشستگی و امثالهم" تأمین شده باشد، دولتی محسوب می‌شود."

درمجموع، علیرغم آنکه به دلیل به کارگیری واژه نامفهوم "سرمایه صندوق"، استعلام مزبور مبهم است، اما به نظر می‌رسد که درنهایت به نظر معاونت حقوقی وقت ریاست جمهوری، صندوق بازنشستگی کشوری ماهیّتی دولتی داشته و بنابراین شرکت‌های تابعه آن نیز دولتی خواهند بود.

این نظر از چند جنبه به‌طور جدی قابل نقد است؛ نخست آنکه که حقوق موضوعه در ایران از جمله اساسنامه خود صندوق بازنشستگی کشوری آن را موسسه‌ای بیمه‌ای وابسته به سازمان تأمین اجتماعی معرفی کرده است که به‌منزله آن است که این صندوق نیز یک موسسه عمومی غیردولتی است و مشخص نیست چرا این معاونت در نظر خود به این اساسنامه اشاره‌ای نداشته است. دوم آنکه، این معاونت از واژه‌ای مبهم تحت عنوان "سرمایه صندوق" استفاده می‌کند که به نظر ایشان متفاوت از "کسور پرداختی توسط مشترکین" آن است. به نظر می‌رسد این تمایز نادرست ناشی از درک نادرست معاونت مزبور از نحوه تأمین مالی صندوق‌های مستمری (بازنشستگی) است که در قسمت دوم مقاله به آن پرداختیم. بنابراین، استناد به "سرمایه صندوق" که متمایز از کسور باشد محلی از اعراب نداشته و استدلال این معاونت در توجیه دولتی‌بودن شرکت متعلق به صندوق بازنشستگی کشوری به این واسطه نادرست است.

البته ممکن است منظور از "سرمایه صندوق" کمک‌های مالی دولت جهت جبران کسری صندوق در انجام تعهدات قانونی خود به استناد ماده ۱۰۰ قانون استخدام کشوری مصوب سال ۱۳۴۵ باشد. اگر فرض کنیم منظور معاونت مزبور این بوده است، آنگاه در نقد آن دو نکته قابل‌توجه است: نخست آنکه مبالغ پرداختی در این راستا باید در ردیف بودجه مشخص خود که همان جبران کسری پرداخت مستمری به مشترکین صندوق است هزینه گردد و امکان سرمایه‌گذاری در شرکتی جدید از این محل برای صندوق وجود ندارد. دوم آنکه ماهیت پرداخت‌های صورت‌گرفته از سوی دولت، تکلیفی بلاعوض بوده و هیچگونه حقی برای دولت از جمله حق مالکیت بر دارایی‌های صندوق ایجاد نخواهد کرد. همان‌طور که پیشتر نیز اشاره شد، مالک اصلی دارایی‌های صندوق بازنشستگی کشوری، از جمله شرکت‌های متعلق به آن، مشترکین صندوق هستند که اشخاص حقیقی خصوصی هستند. بنابراین، نظریه مزبور در هر دو بُعد واقع‌گرایانه و شکلی دارای اشکالاتی اساسی است که منجر به نتیجه‌گیری نادرست توسط این معاونت شده است.

در پاسخ به استعلام دیگری در خصوص شمول یکی از شرکت‌های متعلق به صندوق ذیل "*آیین‌نامه ساماندهی حق الوکاله و حق‌المشاوره خدمات وکلای دادگستری و مشاوران حقوقی دستگاه‌های اجرایی*" مصوب ۱۳۹۷، در تاریخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۷ این معاونت با استناد به استعلامات خود از سازمان برنامه و بودجه و وزارت امور اقتصادی و دارایی اشعار می‌دارد که "شرکت مزبور و شرکت‌های زیرمجموعه آن غیردولتی محسوب می‌شود و بر این مبنا از شمول آیین‌نامه پیش‌گفته خروج موضوعی دارد". نگاهی به استعلام صورت‌گرفته این معاونت از وزارت امور اقتصادی و دارایی در تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۲۸ که مبنای پاسخ معاونت مزبور است، حاکی از استناد دفتر حقوقی این وزارت‌خانه به ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ و ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ در تعریف شرکت دولتی و نیز ماده ۴ اساسنامه صندوق بازنشستگی کشوری مصوب ۱۳۸۷ در رد دولتی بودن شرکت مزبور است.

ب- سازمان برنامه و بودجه کشور

این سازمان در تاریخ ۱۴۰۰/۱۰/۲۸ در پاسخ به استعلام صورت‌گرفته توسط شعبه ۳۹ دادگاه عمومی مجتمع قضایی شهید صدر در خصوص دولتی یا خصوصی بودن یکی از شرکت های صندوق اشعار می‌دارد که "شرکت .... از سال ۸۴-۱۳۸۳ با شماره طبقه‌بندی ۲۹۴۴۲۰ در فهرست شرکت‌های دولتی پیوست قوانین بودجه سنواتی درج شده است."

پاسخ مذکور بسیار شکلی، سطحی و صرفاً ارجاع به فهرست شرکت‌های دولتی پیوست قوانین بودجه سنواتی بوده است و به نظر می‌رسد به جای حرف اضافه "در" سال ۸۴-۱۳۸۳، اشتباهاً "از" درج شده است و این ابهام را ایجاد کرده است که کماکان نیز این شرکت در فهرست مذکور جای دارد. حال آنکه سوابق واگذاری شرکت مزبور حاکی از آن است که این شرکت از سال ۸۴ از شمول فهرست شرکت‌های دولتی خارج شده است.

ج- دیوان محاسبات کشور

دیوان محاسبات کشور، در تاریخ ۱۴۰۰/۵/۱۰ در پاسخ به استعلام صورت‌گرفته توسط مدیر عامل وقت یکی از شرکت-

های وابسته به صندوق درخصوص ماهیّت دولتی یا خصوصی این شرکت اشعار می‌دارد که "با توجه به آنکه بیشتر سهام شرکت مزبور در تملک صندوق بازنشستگی کشوری است و با استناد به نظریه شماره ۱۱۲۶۷/۵۸۳۵۴ ه/ب مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۱۴ رئیس مجلس شورای اسلامی مبنی بر مغایرت ماده ۴ اساسنامه صندوق بازنشستگی مصوب ۱۳۸۷، صندوق بازنشستگی کشوری دولتی بوده و به تبع آن شرکت مزبور نیز دولتی است". در ادامه نیز این دیوان با استناد به بند (د) ماده ۷ قانون ساختار جامع نظام رفاه و تأمین اجتماعی[1]، تاکید می‌کند که "صرفاً در صورتی که سهام شرکت ..... از محل منابع غیردولتی صندوق بازنشستگی کشوری تشکیل شده باشد می‌توان آن را غیردولتی تلقی نمود".

این نظر نیز از چند جنبه قابل نقد است: نخست آنکه استناد این دیوان به نظر "هیات بررسی و تطبیق مصوبات دولت یا قوانین" زمانی صحیح است که رای مزبور تشریفات قانونی را طی و در روزنامه رسمی منتشر شده باشد. امری که به نظر می‌رسد واقع نشده است. دوم آنکه مشخص نیست که چگونه از بند (د) ماده ۷ "قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی" می‌توان استدلال کرد که شرکت وابسته به صندوق بازنشستگی کشوری دولتی است. برخلاف استدلال دیوان، بند مزبور صرفاً بر جنبه عمومی بودن (نه دولتی بودن) و بین‌نسلی بودن منابع و ذخایر صندوق‌های بیمه اجتماعی تاکید دارد و از قضا تصرف دولت در این دارایی‌ها را نیز منوط به قوانین و مقررات موردِ عمل صندوق‌ها (از جمله اساسنامه آنها) کرده است.

٦-۲- رویه قضایی

در این قسمت به بررسی و نقد آرای صادره از محاکم قضایی می‌پردازیم که در بخش‌هایی از جریان رسیدگی و احکام صادره در خصوص ماهیّت صندوق بازنشستگی کشوری و دارایی‌های آن از جمله شرکت‌های وابسته به آن توسط مراجع قضایی اظهاراتی صورت گرفته است.

الف- دعوی شرکت الف (وابسته به صندوق) علیه شرکت ب

وکلای شرکت الف در بخشی از خواسته خود خواهان ابطال رای داوری صادره به نفع شرکت ب به استناد اصل ۱۳۹ قانون اساسی[2] و بند (۷) ماده ۴۸۹ آیین دادرسی مدنی[3] شده بودند. خلاصه‌ی استنادهای صورت‌گرفته آن است که با توجه به دولتی بودن شرکت الف، ارجاع اختلاف به امر داوری بی‌اعتبار بوده و رای داور باید باطل اعلام شود.

شعبه ۷ دادگاه عمومی-حقوقی مجتمع شهید بهشتی تهران، آن بخش از خواسته شرکت الف مبنی بر ابطال رای داوری با استناد به مواد پیش‌گفته را رد کرده و با خصوصی قلمدادن کردن شرکت متعلق به صندوق آن را از شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی خارج دانسته است. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز رای صادره توسط دادگاه بدوی را تایید و در بخشی از حکم صادره اشعار می‌دارد:

"..... در خصوص رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی لازم به توضیح است که سهامداران بودن صندوق بازنشستگی به اعتبار خصوصی بودن شرکت اساسا مشمول اصل استنادی نبوده و به همین اعتبار دولت در جهت خصوصی‌سازی با واگذاری سهام شرکت‌ها به صندوق بازنشستگی و تأمین اجتماعی مدعی غیردولتی بودن شرکت‌های زیرمجموعه می‌باشد، علاوه بر آن عمومی بودن صندوق موجب شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی بر دعاوی آن نبوده و شرکت تجدیدنظرخواه (شرکت الف) نمی‌تواند به عنوان یک شرکت خصوصی فرعی وابسته مدعی شمول اصل ۱۳۹ به دعاوی مطروحه خود باشد زیرا مجرای اتخاذ تصمیم هیات وزیران و در موارد ضروری اطلاع مجلس محترم شورای اسلامی وجود نداشته به‌ویژه آنکه اصل مذکور ناظر بر اموال عمومی و دولتی است نه عمومی غیردولتی. بنابراین، ایراد مطروحه بنا به استدلال فوق و لحاظ قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه العزم» که تجزیه بلامرجح نفع و ضرر بر حسب مصلحت را مذموم دانسته است، مرتفع، منتفی و مردود است....."

---

[1] **ماده ۷** - اصول وسیاستهای مالی نظام جامع تأمین‌اجتماعی به‌شرح زیرمی‌باشد:

.....

د - وجوه، اموال، ذخائر و دارائی‌های صندوق‌های بیمه اجتماعی و درمانی درحکم اموال عمومی بوده و مالکیت آن مشاع و متعلق به همه نسلهای جامعه تحت پوشش‌است، هرگونه تصرف دولت در این اموال و رابطه مالی دولت با صندوقهای موصوف درچارچوب قوانین و مقررات مورد عمل صندوقها خواهد بود.

[2] صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.

[3] **ماده ٤٨٩** - رأی داوری درموارد زیر باطل است و قابلیت اجرایی ندارد:

.....

۷- قرارداد رجوع به‌داوری بی‌اعتبار بوده باشد.

ب- دعوی شرکت الف (وابسته به صندوق) با شرکت ج

ظاهرا در توافقنامه‌ای میان شرکت الف و شرکت ج طرفین توافق می‌کنند که سازمان حسابرسی به عنوان داور مرضی-الطرفین به اختلافات مالی موجود میان این دو شرکت رسیدگی کند. پس از آنکه گزارش سازمان حسابرسی تکمیل و رای بر مبنای آن صادر می‌شود، شرکت ج با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷[1] آیین دادرسی مدنی خواهان ابطال رای (سند) صادره توسط سازمان حسابرسی می‌شود. شرکت الف نیز در یک دعوای متقابل خواهان اجرای رای مذکور با استناد به مواد ۱۰ قانون مدنی و مواد ۴۵۴[2]، ۴۵۵[3] و ۴۷۲[4] قانون آیین دادرسی مدنی می‌شود. شعبه ۳۹ دادگاه عمومی-حقوقی مجتمع قضایی شهید صدر تهران با استناد به استعلامات صورت‌گرفته از سازمان برنامه و بودجه با غیردولتی قلمداد کردن شرکت الف حکم به بی‌حقی شرکت ج و اجرای رای داوری به نفع شرکت الف می‌دهد. شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز رای دادگاه بدوی را تایید می‌کند.

پ- شکایت شرکت الف (وابسته به صندوق) از سازمان تعزیرات حکومتی

در این پرونده، شرکت الف به طرفیت سازمان تعزیرات حکومتی در دیوان عدالت اداری طرح دعوی می‌کند. شعبه ۴ دیوان عدالت اداری با استناد به ترکیب سهامداران شرکت الف و احراز اینکه سهامداران بیش از ۵۰ درصد سهام شرکت، صندوق بازنشستگی کشوری و شرکت‌های دولتی هستند، شرکت الف را در زمره شرکت‌های دولتی قرار داده و قرار رد شکایت را صادر می‌کند. شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری با استناد به این که شرکت الف در فرایند واگذاری خصوصی شده و دیگر دولتی نیست، قرار صادره توسط شعبه ۴ را خلاف استدلال یاد شده تشخیص داده و آن را نقض می‌کند.

ج- تجدیدنظرخواهی شرکت د علیه شرکت الف (وابسته به صندوق)

ظاهرا در دادگاه بدوی خواسته شرکت الف به ابطال رای داوری با استناد به دولتی بودن این شرکت تایید و حکم به نفع شرکت مذکور صادر شده است که با اعتراض خوانده دعوی نخستین (شرکت د)، پرونده به شعبه ۱۵دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارجاع می‌شود. این دادگاه نیز با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون دادرسی مدنی با تاکید بر عمومی بودن اموال شرکت الف، ارجاع به امر داوری در خصوص اختلافات این شرکت را مستلزم مصوبه هیات وزیران دانسته و همانند دادگاه بدوی حکم به ابطال رای داوری داده است.

تفسیر این شعبه از صفت "عمومی" در مواد قانونی پیش-گفته خالی از اشکال نیست. درواقع، برخلاف استدلال این دادگاه، اموال صندوق بازنشستگی کشوری از جمله شرکت الف عمومی نیست بلکه صرفاً متعلق به مشترکین این صندوق است که رابطه استخدامی با دولت به عنوان کارفرما دارند یا داشته‌اند و در طول دوران اشتغال خود به این صندوق کسور بیمه پرداخته‌اند. درک نادرست از ماهیّت صندوق‌های بازنشستگی به خوبی در این استدلال و رای صادره توسط دادگاه تبلور یافته است.

نتیجه‌گیری

دولت نقش مرکزی و کلیدی در مدیریت صندوق بازنشستگی کشوری دارد به‌طوری که این ذهنیت و فرضیه را در برخی از مخاطبین ایجاد کرده است که شرکت‌های متعلق به این صندوق دولتی هستند. یک پرسش اساسی در رابطه با نسبت دولت با این صندوق آن است که آیا اساسا نقشی که دولت در طرح مستمری حاکم بر این صندوق بازی می‌کند (نقش کارفرما، حامی، تنظیم‌گر و مدیریتی) می‌تواند منجر به ایجاد حق مالکیتِ دولت بر اموال و دارایی‌های این صندوق گردد؟پاسخ به این پرسش اساسی زیربنای تبیین ماهّیت حقوقی شرکت‌های متعلق به این صندوق است.

---

[1] **ماده ٤٥٧** – ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیأت‌وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری‌است.

[2] **ماده ٤٥٤** – کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاهها طرح شده یا نشده‌باشد و درصورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.

[3] **ماده ٤٥٥** – متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به‌موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که درصورت بروز اختلاف بین آنان به داوری‌مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند.

تبصره – درکلیه موارد رجوع به‌داور، طرفین می‌توانند انتخاب داور یا داوران را به شخص ثالث یا دادگاه واگذار کنند.

[4] **ماده ٤٧٢** – بعد از تعیین داور یا داوران، طرفین حق عزل آنان را ندارند مگر با تراضی.

تحلیل‌های صورت‌گرفته در این پژوهش و یافته‌های حاصله حاکی از آن است که با هر دو رویکرد متفاوت تحلیلیِ واقع‌گرایانه (که به نظر بنیادی‌تر و زیربنایی و در نتیجه مهم‌تر است) و تحلیل شکل‌گرایانه (که به‌طور نسبی روبنایی‌تر است و عمدتا با استناد به حقوق موضوعه صورت می‌گیرد)، شرکت‌های وابسته به صندوق، متعلق به اشخاص حقیقی خصوصی هستند نه دولت و درنتیجه خصوصی هستند. درواقع، از یک سو، دارایی‌های انباشت‌شده در صندوق‌های مستمری از محل کسور پرداختی به این صندوق‌ها تأمین مالی شده‌اند که خود ذاتاً و در اصل ناشی از اشتغال مشترکین صندوق و بخشی از مزایای اشتغال و جبران خدمت آنها بوده است. تعهدات قانونی کارفرما (اعم از دولتی یا خصوصی) به صورت پرداخت کسور هیچ حقی مبنی بر مالکیت وی بر اموال و دارایی‌های این صندوق‌ها ایجاد نخواهد کرد. بنابراین، نقش کارفرمایی دولت در صندوق بازنشستگی کشوری نمی‌تواند دلیلی بر مالکیت دولت بر اموال و دارایی‌های صندوق بازنشستگی کشوری، از جمله شرکت‌های وابسته به آن باشد.

به‌طور مشابه، سایر نقش‌هایی که دولت در صندوق بازی می‌کند نیز هیچ حقی مبنی بر مالکیت وی بر اموال و دارایی‌های این صندوق‌ها ایجاد نخواهد کرد. نقش حمایتی (ضامن) دولت در قبال تعهدات صندوق، با توجه به این که ماهیّت این حمایت‌ها بلاعوض هستند نمی‌تواند مبنایی برای دولتی قلمدادکردن دارایی‌های صندوق قرار گیرد. اما دولت محق است و می‌تواند بر اساس مقتضیات خود و با ملاحظاتی سطح این کمک‌ها را با اصلاحات قانونی کاهش یا حتی افزایش دهد. درهرصورت، فارغ از نوع و میزان این کمک‌ها، به دلیل ماهیّت بلاعوض بودن آنها، هیچ حقی برای دولت به‌صورت مالکیت بر اموال و دارایی‌های صندوق قابل‌تصور نیست. نقش تنظیم‌گری دولت نیز یک نقش حاکمیتی بوده و اساسا نمی‌تواند مبنایی برای مالکیت دولت بر اموال و دارایی‌های تنظیم شوندگان (در اینجا صندوق) قرار گیرد. درنهایت، نقش پررنگ دولت در مدیریت صندوق‌های مستمری در ایران که خود ریشه در ضعف حاکمیت شرکتی این صندوق‌ها داشته و منجر به آسیب‌های فراوانی نیز به پایداری مالی این صندوق‌ها شده است[۱]، با توجه به این که دولت صرفا نقش کارگزار[۲] را دارد، نمی‌تواند مستمسکی برای ادعای مالکیت دولت بر اموال و دارایی‌های اصیل[۳] (در اینجا صندوق یا به‌طور دقیق‌تر مشترکین و بازماندگان قانونی آنها) باشد. درواقع، با اصلاح حاکمیت شرکتی صندوق‌های مستمری و بروزرسانی آن با استانداردهای بین‌المللی، چه بسا بتوان این نقش دولت را در جهت اصلاح و بهبود پایداری مالی این صندوق‌ها کاهش داد. به‌این‌ترتیب، تحلیل‌های واقع‌گرایانه به این امر صحه می‌گذارند که دارایی‌ها و اموال صندوق متعلق به اصیل (مشترکین و بازماندگان قانونی آنها) است که اشخاصی حقیقی و خصوصی هستند.

تحلیل‌های شکلی نیز اگر چه از نظر اهمیت درمقایسه با تحلیل‌های واقع‌گرایانه، در درجه دوم اهمیت قرار می‌گیرند، اما واکاوی در حقوق موضوعه در ایران حاکی از آن است که قانونگذار ایرانی نیز به درستی این صندوق را موسسه عمومی غیردولتی قلمداد کرده است که به مفهوم غیردولتی بودن اموال و دارایی‌های آنها و درنتیجه غیردولتی بودن شرکت‌های متعلق به آن است.

---

[۱] برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک به:
قاسمی، مجتبی و جوهری، حسن (۱۴۰۲). بربادرفته: نقدی بر حاکمیت شرکتی در سازمان تأمین اجتماعی و صندوق بازنشستگی کشوری. فصلنامه پژوهش‌های حقوق عمومی.

[۲] Agent

[۳] Principal

References

[1] Barr, N. & Diamond, P. (2006). the Economics of Pensions. *Oxford Review of Economic Policy*, 22 (1). 15-39.
[2] Blake, D. (2006). *Pension Economics*. The United States: John Wiley & sons Ltd.
[3] Blake, D. (2006). *Pension Finance*. The United States: John Wiley & sons Ltd.
[4] Ghasemi, M. Johari, H. (2024). Gone with the Wind: A Critique of Corporate Governance in the Social Security Organization and Civil Servants Pension Fund. *Public Law Research*. 26 (83)113-142. (In Persian).
[5] Holzmann R., E. Palmer and D. Robalino (eds.) (2013). NDC Pension Schemes: Progress and Frontiers in a Changing Pension World Volume 2 - Gender, Politics and Financial Stability. World Bank: Washington DC.
[6] Holzmann R., E. Palmer (eds.) (2006). Pension Reform through NDCs: Issues and Prospects for Non-Financial Defined Contribution Schemes, World Bank.
[8] Palmer, E. (2000). The Swedish Pension Reform: Framework and Issues (*World Bank Social Protection Discussion Paper*, No. 0012).
[9] Ramaswamy, S. (2012). The Sustainability of Pension Schemes (*BIS Working Paper, No 368*).

Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 220-238

EU Economic Sanctions: Legitimacy, Enforcement Mechanisms, and Legal Challenges

R. Niknami [1]

1- Assistant Professor, Department of Regional Studies, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
(Author Email: niknami.roxana@ut.ac.ir)

Received: 24 November 2024 Revised : 5 January 2025 Accepted: 11 March 2025 Available Online: 18 March 2025	**How to cite this article:** Niknami, R. (2024). EU Economic Sanctions: Legitimacy, Enforcement Mechanisms, and Legal Challenges. *Encyclopedia of Economic Law Journal, 31*(26): 220-238. (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.90133.1404

1- INTRODUCTION

The European Union (EU), recognized as one of the world's most influential economic and political blocs, has strategically employed sanctions as a tool for advancing its foreign policy objectives. Sanctions, typically viewed as restrictive measures aimed at influencing state and non-state actors, have become central to the EU's approach to promoting its values and enforcing international norms. The EU has acquired an important role on the global stage in the past two decades and its sanctioning policy is one of the elements that have contributed to this. The institutional capacities of the EU in imposing restrictive measures have developed from loose cooperation in the foreign and security policy sphere to a complex and well-developed mechanism that regulates how the 27 members can reach binding decisions in the security domain within the boundaries of the EU legal framework. However, their effectiveness, legal foundation, and ethical implications are subject to ongoing debate. The Treaty on European Union (TEU) includes restrictive measures as one of the possible tools that can be employed to pursue the goals of the CFSP. The imposition of sanctions falls under the CFSP domain and the process is regulated by Articles 30 and 31 of the TEU. The right to undertake initiatives lies with any member state and with the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, who can act also with the support of the European Commission. This research seeks to answer the following key question: "What is the normative legitimacy of EU sanctions, and how are they enforced both domestically and internationally while managing associated legal challenges?" The hypothesis posits that while the EU strives to promote values such as democracy, human rights, and the rule of law, it faces significant challenges in ensuring that its sanctions regime remains both legally sound and effective. The study applies Ian Manners' Normative Power Europe (NPE) theory as a central framework for analyzing the EU's sanctions regime. This research explores how sanctions serve as an instrument for the EU to enforce its normative goals on the international stage. Key issues explored include:

1. The legal basis and compliance of EU sanctions with international law.

2.The alignment of EU sanctions with its normative power identity.

3.The broader implications of EU sanctions on global governance and the EU's credibility.

2- PURPOSE

This research aims to:

-Analyze the legal frameworks underpinning EU sanctions, focusing on their conformity with international law and EU treaties.

-Assess the theoretical basis of sanctions as instruments of normative power, particularly in advancing values such as democracy, human rights, and the rule of law.

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

-Examine the challenges of enforcing sanctions, including procedural inconsistencies, ethical dilemmas, and geopolitical resistance.

By addressing these objectives, the study seeks to enhance understanding of the EU's sanctions regime as an instrument for advancing international norms, in alignment with the EU's identity as a normative power.

3- METHODOLOGY

The study employs a qualitative, theoretical, and analytical approach, drawing on academic literature, EU legal documents, and theoretical frameworks. The methodology is structured around the following elements:

1. Theoretical Framework:

Ian Manners' Normative Power Europe (NPE) theory serves as the primary lens for analyzing the EU's use of sanctions. Manners' theory argues that the EU, as a normative power, seeks to influence the world by promoting its values—such as democracy, human rights, and rule of law—through peaceful means, including sanctions. This framework provides insights into how the EU's sanctions can be understood as a tool for shaping global norms rather than coercing other states. According to Manners, the EU's power extends beyond traditional military or economic influence; instead, it functions as a normative power that shapes global norms and values through non-coercive means, including sanctions.

2.Legal Analysis:

The study will review primary and secondary EU legal instruments governing sanctions, including regulations, directives, and the legal procedures for their imposition. The alignment of these sanctions with international legal frameworks, such as the UN Charter, will also be assessed, particularly focusing on the legality of unilateral EU sanctions outside UN Security Council resolutions.

3. Normative Analysis:

The research will evaluate how EU sanctions align with the Union's self-stated goals of promoting democracy, human rights, and the rule of law. Ethical dilemmas, including the humanitarian impact of sanctions on civilian populations, will also be examined, especially in light of the EU's commitment to promoting human dignity and global justice.

4- FINDINGS

The research reveals that the EU's sanctions regime reflects its dual identity as both an economic power and a normative actor. However, this duality often creates tensions between the EU's normative commitments and the practical challenges of sanction enforcement.

1. Legal Challenges:

- The EU's sanctions operate within a complex legal framework that seeks to balance EU regulations with international law. While the Union strives to comply with international norms, unilateral sanctions, especially those not endorsed by the UN Security Council (UNSC), often draw criticism for violating international legal principles.
- The extraterritorial application of EU sanctions raises questions about their compatibility with state sovereignty and the principles of international law.

2. Normative Aspirations:

- Sanctions are a crucial tool in advancing the EU's normative agenda, particularly regarding human rights and democracy. However, their implementation often exposes contradictions. For example, broad sanctions can inadvertently harm civilian populations, undermining the very norms they seek to promote.
- The EU's reliance on sanctions, rather than military force, reinforces its identity as a civilian power focused on normative rather than coercive influence.

3. Operational Challenges:

- The enforcement of sanctions is complicated by procedural inconsistencies and the lack of uniformity among member states. Diverging national interests, political priorities, and economic considerations hinder the consistent application of sanctions.
- The effectiveness of sanctions remains difficult to evaluate, particularly in cases where target entities circumvent restrictions, thereby reducing the desired impact.

This study places EU sanctions within the broader context of global governance, emphasizing their role as instruments of both coercion and norm promotion. The analysis highlights several key themes:

1. Legitimacy and Compliance:

- The legitimacy of EU sanctions is integral to its identity as a normative power. However, unilateral sanctions that are not in alignment with UNSC resolutions often face legitimacy challenges.
- The targeting and proportionality of sanctions are crucial factors in ensuring their compliance with both

EU and international law.

2. Ethical Considerations:

- The unintended humanitarian consequences of sanctions, such as the negative impact on civilian populations, raise ethical questions. Striking a balance between effectiveness and ethical responsibility remains one of the primary challenges for the EU in its application of sanctions.

3. Global Governance Implications:

- The EU's sanctions regime is a critical element of its role as a rule-maker in global governance, yet geopolitical resistance from major powers like Russia and China underscores the limitations of the EU's normative power. These tensions highlight the challenges the EU faces in enforcing its values on the global stage.

5- CONCLUSION

The EU's sanctions regime exemplifies the complexities of promoting international norms in a multipolar world. While sanctions serve as a valuable tool for advancing the EU's foreign policy objectives, their implementation often reveals tensions between the EU's normative aspirations and the geopolitical realities in which it operates. To improve the legitimacy and effectiveness of its sanctions, the EU should:

1. Strengthen its legal frameworks to ensure greater alignment with international law.

2 .Improve the proportionality and targeting of sanctions to minimize unintended humanitarian impacts.

3.Foster greater cohesion among member states to enhance the consistency and enforcement of sanctions.

By addressing these challenges, the EU can reinforce its credibility as a normative power and ensure that sanctions remain a viable tool for advancing its foreign policy goals. This research contributes to the growing body of literature on EU foreign policy by providing a comprehensive analysis of the sanctions regime and its relationship with the EU's identity as a normative power. Future research could explore the intersection of sanctions with other policy tools such as diplomacy, development aid, and trade agreements, to better understand how they collectively contribute to the EU's efforts in promoting international norms.

Keyword: Common Foreign and Security Policy, EU Economic Sanctions, Human Right, Legal Challenges, Normative Power.

دانشنامهٔ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالهٔ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ص ۲۳۸-۲۲۰

تحریم‌های اقتصادی اتحادیه اروپا: مشروعیت، سازوکارهای اجرایی و چالش‌های حقوقی

رکسانا نیکنامی[۱]

دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۰۴ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۲۱

چکیده

تحریم‌های اقتصادی یکی از ابزارهای اصلی سیاست خارجی اتحادیه اروپا در راستای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است. این ابزار همواره با چالش‌های حقوقی و اجرایی روبه‌رو بوده‌است. نوشتار حاضر به بررسی چارچوب تحریم‌های اقتصادی اتحادیه اروپا از منظر نظریه قدرت هنجاری پرداخته است. پرسش اصلی بر این مبنا است که بنیان مشروعیت هنجاری تحریم‌های اتحادیه اروپا چیست و چگونه در سطح داخلی و بین‌المللی اعمال و در عین حال به مدیریت چالش‌های حقوقی می‌پردازد. در پاسخ این فرضیه مطرح است که اتحادیه اروپا به‌عنوان یک قدرت نرم، تحریم‌ها را نه‌تنها به‌عنوان ابزاری برای فشار سیاسی، بلکه به‌عنوان وسیله‌ای برای ترویج ارزش‌های حقوق بشر، دموکراسی و حاکمیت قانون به‌کار می‌برد؛ اما این تحریم‌ها با چالش‌های حقوقی جدی در سطح بین‌المللی روبه‌رو هستند. روش تحقیق شامل تحلیل حقوقی-هنجاری است که به بررسی مبانی قانونی تحریم‌ها در چارچوب سیاست خارجی و امنیتی مشترک اتحادیه اروپا می‌پردازد. نتایج پژوهش نشان می‌دهد درحالی‌که تحریم‌های اتحادیه اروپا با هنجارهای بین‌المللی همسو هستند؛ با مسائل حقوقی و اجرایی مهمی مواجه هستند. این چالش‌ها شامل مشکلاتی در رابطه با تناسب و تأثیر تحریم‌ها بر حقوق بشر، نا هماهنگی در اجرای تحریم‌ها در میان کشورهای عضو و دشواری تطابق با استانداردهای حقوق بین‌الملل است.

کلیدواژه‌ها: تحریم‌های اقتصادی اتحادیه اروپا، چالش حقوقی، حقوق بشر، سیاست خارجی و امنیتی مشترک، قدرت هنجاری.

[۱] استادیار، گروه مطالعات منطقه‌ای، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

(ایمیل نویسنده: niknami.roxana@ut.ac.ir)

مقدمه

تحریم، ابزاری بازدارنده علیه دولت سوم (غیرعضو اتحادیه اروپا)، افراد و شرکت‌ها است و در سیاست خارجی و امنیتی مشترک اتحادیه اروپا[1] کاربرد زیادی دارد. این ابزار به منظور تأمین امنیت بین‌المللی و ترویج ارزش‌های هنجاری مانند حقوق بشر، دموکراسی و حاکمیت قانون مورد استفاده قرار می‌گیرد. اتحادیه اروپا، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین بازیگران در نظام بین‌المللی، با استفاده از تحریم‌ها تلاش می‌کند تا به‌عنوان یک قدرت هنجاری[2] نقش ایفا کند. از این منظر، تحریم‌ها نه تنها ابزاری برای دستیابی به اهداف سیاسی و اقتصادی محسوب می‌شوند، بلکه وسیله‌ای برای پیشبرد هنجارهای بین‌المللی نیز به‌شمار می‌آیند.

کاربرد اقتصادی و سیاسی تحریم‌ها توسط اتحادیه اروپا از سال ۱۹۸۷ شتاب گرفته است. تحریم‌ها بر اساس موقعیت جغرافیایی، انگیزه‌های سیاسی و اهداف امنیتی اتحادیه اروپا شکل‌های مختلفی به خود می‌گیرند. در واقع دوعامل مجاورت جغرافیایی و ارتباط امنیتی نقش مهمی در اعمال تحریم‌های اتحادیه اروپا دارند. همان‌طور که اشاره شد اتحادیه اروپا خود را بازیگری دارای قدرت نرم می‌داند؛ در نتیجه باید از استفاده از ابزارهای سخت برای پیشبرد اهداف خود اجتناب کند. این موضوع در سند راهبرد امنیتی اروپا[3] مصوب ۲۰۰۳ نیز مورد تأکید قرار گرفته است. لازم به ذکر است که اتحادیه اروپا به‌عنوان بزرگ‌ترین بلوک اقتصادی در جهان، در مورد تأثیرگذاری تحریم‌های خود آگاهی تام دارد. در عین حال، درک عملکرد اتحادیه در کاربست تحریم‌ها کار چندان راحتی نیست؛ چرا که اتحادیه اروپا نهادی منحصربه‌فرد است که با هیچ نهاد بین‌المللی دیگر قابل مقایسه نیست. اختیارات و گستره فعالیت‌های این نهاد بسیار فراتر از سایر نهادهای بین‌المللی است و به‌دلیل تفویض حوزه‌هایی از حاکمیت توسط دولت‌ها، قدرت اجرایی بالایی دارد.

با این حال، مسئله اصلی این است که تحریم‌ها همواره با چالش‌های حقوقی و اجرایی همراه هستند. از یک‌سو، تحریم‌های اتحادیه اروپا باید با حقوق بین‌الملل هم‌سو باشند و از سوی دیگر باید به‌گونه‌ای اجرا شوند که حقوق اساسی افراد و نهادهای تحت تحریم، نقض نشود. نظریه قدرت هنجاری بر این اساس مطرح می‌شود که اتحادیه اروپا به‌عنوان یک بازیگر بین‌المللی، به دنبال ترویج و تثبیت هنجارهای جهانی است. این نظریه تأکید دارد که قدرت اتحادیه اروپا نه تنها در قدرت اقتصادی و نظامی، بلکه در توانایی‌اش برای تعیین و ترویج هنجارها و ارزش‌های بین‌المللی نهفته است. اما این فرایند، همان‌طور که تحریم‌ها نشان می‌دهند، با پیچیدگی‌های بسیاری همراه است.

یکی از مهم‌ترین چالش‌های تحریم‌های اتحادیه اروپا، تناسب میان اهداف سیاسی و هنجاری این اتحادیه و تأثیرات منفی این تحریم‌ها بر حقوق بشر و حقوق اساسی افراد و شرکت‌ها است. اعمال تحریم‌ها می‌تواند باعث محدودیت‌های اقتصادی و اجتماعی برای شهروندان کشورهای تحت تحریم شود و در عین حال، پیامدهای حقوقی مهمی برای خود اتحادیه اروپا به همراه داشته باشد. به‌عنوان مثال، تحریم‌ها ممکن است با اصول حقوق بین‌الملل و حتی با مقررات داخلی کشورهای عضو اتحادیه در تضاد باشند؛ که این امر موجب چالش‌های قانونی و قضایی برای اعمال آن‌ها می‌شود. در این مقاله، ابتدا چارچوب حقوقی تحریم‌های اتحادیه اروپا بررسی می‌شود. همچنین، به بررسی این موضوع پرداخته می‌شود که تحریم‌ها چگونه توانسته‌اند مشروعیت هنجاری لازم را کسب کنند و به‌طور مؤثر در پیشبرد اهداف اتحادیه اروپا و هنجارهای بین‌المللی عمل کنند. در این راستا، چالش‌های حقوقی و اجرایی مرتبط با تحریم‌ها از جمله تأثیر آن‌ها بر حقوق بشر، مشکلات در اجرای تحریم‌ها و تناقضات احتمالی با حقوق بین‌الملل مورد بحث قرار می‌گیرد. هدف این مقاله این است که ضمن بررسی تحریم‌های اتحادیه اروپا، به درک بهتری از نقش این اتحادیه در شکل‌دهی به نظم بین‌المللی و چالش‌های حقوقی و اخلاقی مرتبط با تحریم‌ها دست یابد.

۱.چارچوب مفهومی

برای تحلیل تحریم‌های اتحادیه اروپا، از نظریه قدرت هنجاری به‌ویژه خوانش یان منرز[4] استفاده شده است. اتحادیه اروپا در سطح جهان به‌عنوان یک قدرت هنجاری شناخته می‌شود. واژه‌ای که اولین بار *منرز*(۲۰۰۲) آن را به کار برد. اتحادیه اروپا هنوز قدرت نظامی مناسبی در اختیار ندارد. در نتیجه همواره احترام به حقوق بشر، دموکراسی، آزادی های اساسی و ... به‌عنوان اهداف اصلی سیاست اتحادیه اروپا مورد اشاره قرار می‌گیرد.

[1] Common Foreign &Security Policy (CFSP)
[2] Normative Power
[3] European Security Strategy
[4] Ian Manners

قدرت هنجاری با ذهنیت نئوامپریالیستی و خودشناسی مرتبط است. در تئوری، قدرت هنجاری برای اعمال قدرت از کانال‌هایی نظیر سرایت (اشاعه ناخواسته)، عوامل اطلاعاتی (ارتباطات راهبردی و اعلامی)، عوامل رویه‌ای (نهادسازی)، انتقال (تبادل منافع از طریق تحمیل به طرف‌های دیگر)، اقدامات آشکار (حضور فیزیکی در سایر کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی) و فیلترهای فرهنگی (اشاعه فرهنگی و یادگیری سیاسی در سایر کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی) صورت می‌گیرد(Veebel, 2021:270). قدرت هنجاری نیز با این باور که ارزش‌های غربی طبیعتاً جهانی هستند، پیوند دارد. منرز با قدرت هنجاری اتحادیه اروپا، اعلام کرد که این نهاد قصد شکل‌دهی، القا و انتشار قوانین و ارزش‌های بین‌المللی را از طریق ابزارهای غیرقهری دارد.

منرز استدلال می‌کند که برخلاف دیگر بازیگران بین‌الملل، اتحادیه اروپا، خود یک ساختار هنجاری است، یعنی اساس هنجاری اروپا در طول تاریخ پس از جنگ جهانی دوم با پنج هنجار اصلی صلح، آزادی، دموکراسی، حاکمیت قانون و احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی شکل گرفته است Manners, (2006: 183-184). دو مورد اول هنجارهای فوری پس از جنگ هستند که برای تشکیل جامعه اروپایی ضروری بودند ولی بقیه هنجارها، بیشتر در طول جنگ سرد برای تمایز غرب از شرق اروپا ایجاد شدند. همچنین چهار هنجار جزئی وجود دارد، یعنی همبستگی اجتماعی، ضدیت با تبعیض، توسعه پایدار و حکمرانی خوب. اتحادیه اروپا از راه‌ها و مسیرهای مختلف، این هنجارها را در روابط خارجی خود منتشر می‌کند. این مسیرها یا ناخواسته از طریق سرایت انجام می‌شود یا آگاهانه از طریق انتقال (Manners, 2006: 188).

علاوه بر این، منرز در مورد روند انتشار این هنجارها توضیح داد و تأکید کرد که اتحادیه اروپا هنجارهای خود را با تعریف نمونه و نه از طریق اجبار گسترش می دهد. از این رو او اتحادیه اروپا را یک قدرت نرم در نظر گرفت. جوزف نای در کتاب خود با عنوان «قدرت نرم: ابزار موفقیت در سیاست جهانی[1]» که در سال ۲۰۰۴ منتشر شد، استدلالی مشابه ارائه کرد. نای خاطرنشان کرد که اروپا علاوه بر فرهنگ جذاب و سیاست های داخلی، قدرت نرم خود را از سیاست های خارجی خود که اغلب به کالاهای عمومی جهانی کمک می کند، به دست آورده است. به گفته نای، اتحادیه اروپا از مواضع خود در مورد تغییرات آب و هوایی جهانی، قوانین بین المللی و معاهدات حقوق بشر اعتبار کسب می کند(Nye,2004). بر این اساس، اتحادیه اروپا با شکل دادن به هنجارها و استانداردهای مبتنی بر ارزش‌های اروپایی، سایر کشورها را نسبت به رعایت این هنجارها، از طریق ابزارهای مختلف، تشویق و ترغیب می‌کند و یا تحت فشار قرار می‌دهد. در واقع اتحادیه به‌جای تمرکز بر قابلیت‌های مادی خود، عمده تمرکز خود را بر اصول ارزشی و هنجاری گذاشته است. تحریم‌ها یکی ازمهم‌ترین نمونه‌های قهری در پیشبرد قدرت هنجاری اروپا با استفاده از ابزار انتقال محسوب می‌شوند و از این حیث در چارچوب اتحادیه نهادینه شده و مشروعیت می‌یابد.

انتظار می‌رود اتحادیه اروپا قدرت تغییر یا محافظت از هنجارهای خاص در روابط بین الملل را داشته باشد. این دیدگاه که بازیگران برهم زننده وضع موجود علاقه مند به پذیرش ارزش‌های هنجاری غربی هستند، مستقیماً با خودشناسی کشورهای عضو اتحادیه اروپا به‌عنوان مجریان قدرت هنجاری مرتبط است (Veebel, 2021: 271). در این مدل، روسیه، ایران، کنگو و... خاص‌تر از بقیه کشورهای جهان نیستند، اینها تنها کشورهای هدفی هستند که مجبور یا متقاعد می‌شوند تا برخی هنجارها، قوانین و رویه‌ها مانند دموکراسی، عدالت اجتماعی، تعهد به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی را اعمال کنند. تجزیه و تحلیل استفاده اتحادیه اروپا از تحریم‌ها می‌تواند نشان دهد که آیا اصول و ارزش‌های اصلی اتحادیه اروپا عمدتاً به هویت آن متصل است یا خیر. درک این موضوع به فرد اجازه می دهد تا دامنه قدرت هنجاری اتحادیه اروپا را درک کند.

۲.مشروعیت تحریم‌های اتحادیه اروپا

تحریم‌های اتحادیه اروپا دو شکل دارند: تحریم‌هایی که دولت‌های عضو به موجب قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل و ذیل فصل ۷ منشور موظف به اجرای آنها در چارچوب قوانین اتحادیه اروپا هستند و تحریم‌های مستقل که جدای از تحریم‌های سازمان ملل اعمال می‌شوند. بر اساس قوانین اتحادیه اروپا، تحریم‌ها باید به حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، به‌ویژه روند قانونی و حق جبران مؤثر احترام بگذارند؛ زیرا همه این‌ها در منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا[2] آمده است. طبق قوانین منشور

[1] Soft Power: The Means to Success for in World Politics
[2] EU Charter of Fundamental Rights

اتحادیه اروپا نهادها و دولت‌های عضو ملزم به رعایت کلیه تحریم‌های اتحادیه اروپا هستند. بحران‌های خاورمیانه و شمال افریقا و اوکراین سبب افزایش کاربرد تحریم‌های اتحادیه اروپا شده است. در حال حاضر ۳۵ رژیم تحریمی مختلف توسط اتحادیه اروپا در حال اجرا است(European Commision, 2016). مشروعیت تحریم‌های اتحادیه اروپا همواره در کانون توجه قرار داشته است. برای بررسی مشروعیت این تحریم‌ها لازم است به بنیان‌های حقوقی آن و انطباق با حقوق بین‌الملل پرداخته شود.

۱-۲. پایه‌های قانونی تحریم‌ها

معاهده رم آغازگر ایجاد جامعه اقتصادی اروپا[1] بود که در آن از تحریم‌ها به‌عنوان سلاح تجاری یاد شده بود. طبق ماده ۲۲۳ معاهده رم، دولت‌های عضو می‌توانند در موارد امنیتی که با تولید یا تجارت سلاح، مهمات و ادوات جنگی مرتبط است روابط خود را با کشور مقابل قطع کنند.(European Economic Community, 1957) ماده ۲۲۴ نیز اذعان می‌دارد که توقف عملکرد بازار مشترک برای مبارزه با تهدیدهای صلح و امنیت بین‌المللی مجاز است(European Economic Community, 1957: Sec 224). قبل از تشکیل اتحادیه اروپا نیز در ماده ۳۰۱ معاهده تأسیس جامعه اروپا آمده بود که انقطاع یا کاهش روابط اقتصادی با یک یا چند کشور ثالث توسط جامعه اروپا قابل انجام است(Lissel, 2006: 18). ابزارهای محدودکننده یا تحریم‌های اتحادیه اروپا منطبق با سیاست خارجی و امنیتی مشترک در ماده ۱۱ معاهده اتحادیه اروپا[2] یا پیمان ماستریخت آمده است. طبق ماده ۱۱، اتحادیه در موارد زیر به اعمال تحریم‌ها می‌پردازد:

- برای حراست از ارزش‌های مشترک، منافع بنیادین، استقلال و همگرایی اتحادیه، منطبق با اصول منشور سازمان ملل
- برای تقویت امنیت اتحادیه اروپا به هر طریقی
- برای حراست از صلح و تقویت امنیت بین‌الملل طبق اصول منشور سازمان ملل و قانون نهایی هلسینکی و اهداف منشور پاریس
- برای افزایش همکاری‌های بین‌المللی
- برای گسترش و تقویت دموکراسی و حاکمیت قانون و احترام به حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین (The Treaty On European Union, 2012: 9).

بعد از پیمان ماستریخت، با تصمیم‌گیری مشترک در مورد تحریم‌ها توافق شد و برای کلیه دولت‌های عضو تبعیت از تحریم‌های اتحادیه اروپا پس از ۱۹۹۳ الزامی شد. در حال حاضر تحریم‌های بر اساس فصل ۲ از معاهده اتحادیه اروپا اعمال می‌شوند که دربردارنده مقررات خاص سیاست خارجی و امنیتی مشترک است. طبق ماده ۲۹، رکن تصمیم‌گیرنده در مورد تحریم‌ها، شورای اروپا است و ارائه طرح تحریم‌ها توسط نمانیده عالی اتحادیه اروپا در امور خارجی و سیاست امنیتی اتخاذ می‌شود. اتحادیه اروپا ابتدا برای استفاده از تحریم‌ها محافظه‌کار بود. اولین سند قانونی اعمال تحریم‌ها در ۲۸ اکتبر ۱۹۹۶ علیه برمه تصویب شد(Portela, 2010: 23). تحریم‌های اتحادیه اروپا بر اساس نوع بحران از ۱۹۹۳ تاکنون در جدول ۱ فهرست شده است.

جدول ۱. مروری بر تحریم‌های اتحادیه اروپا

تروریسم	پسامنازعه	عدم اشاعه	حفظ دموکراسی	مدیریت منازعه
لیبی	بوسنی و هرزه‌گوین	کره شمالی	بلاروس	افغانستان
	ساحل عاج	ایران	سودان	اندونزی
	مصر	لیبی	بوروندی	لیبی
	مقدونیه شمالی		نیجریه	سودان
	گینه		کومور	سودان جنوبی
	لیبی		ازبکستان	ترانسنیستریا
	تونس		جمهوری افریقای مرکزی	روسیه
	زیمبابوه		میانمار	
			چین	
			سوریه	
			گینه	
			گینه بیسائو	
			ایران	
			ونزوئلا	
			زیمبابوه	

[1] European Economic Community (EEC)

[2] Treaty of the European Union

منبع: نگارنده

همان‌طور که از جدول بالا مشخص است؛ بیشترین موارد کاربرد تحریم‌ها مربوط به ارتقای دموکراسی بر مبنای حفظ حقوق بشر بوده است. نقض رویه‌های دموکراتیک در مواردی مصداق دارد که مقامات ملی مسئول نقض حقوق بشر شهروندان خود شناخته شوند؛ مثل بلاروس و ازبکستان. معاهده لیسبون (۲۰۰۷) حوزه‌های سیاستی را که اتحادیه اروپا و کشورهای عضو دارای صلاحیت‌های انحصاری هستند و حوزه‌های سیاستی که در آن صلاحیت میان اتحادیه اروپا و کشورهای عضو تقسیم شده است را مشخص می‌کند (طبق ماده ۴، ۵ و ۶ معاهده تاسیس اتحادیه اروپا) (Consolidated Version of the Treaty On the Functioning of the European Union,2016: 4). اعمال تحریم‌ها به مشارکت سطوح مختلف اتحادیه اروپا وابسته است. برای مثال، اتحادیه اروپا مسئول انحصاری سیاست تجاری مشترک است؛ اما با کشورهای عضو در مورد عملکرد بازار مشترک هماهنگ می‌کند و در امور اداری به دولت‌ها کمک می‌کند.

بنابراین از آنجا که اعمال تحریم‌ها بر عملکرد منظم روابط اقتصادی و مالی تأثیر می‌گذارد؛ شورا باید مقرراتی برای تنظیم عملکرد بازار مشترک، همان طور که در ماده ۲۱۵ معاهده تاسیس آمده است؛ تصویب کند (Consolidated Version of the Treaty On the Functioning of the European Union,2018: 98). این موضوع نشان می‌دهد که وقتی تصمیم بر اعمال تحریم گرفته می‌شود؛ شورا بر اساس اکثریت واجد شرایط به پیشنهاد مشترک نماینده عالی و کمیسیون اقدامات لازم را اتخاذ می‌کند و در عین حال پارلمان را نیز در جریان قرار می‌دهد.

اتحادیه اروپا درک خود از استفاده از ابزار تحریم را در ۳ سند مهم منعکس کرده است. این اسناد عبارتند از: دستورالعمل اجرا و ارزیابی اقدامات محدودکننده[1]، اصول اساسی در استفاده از اقدامات محدود کننده[2]، بهترین شیوه‌های اتحادیه اروپا برای اجرای مؤثر اقدامات محدودکننده[3]. بنابراین کاملا واضح است که اتحادیه اروپا از تحریم‌ها به‌عنوان ابزار سیاست خارجی خود بهره می‌برد. در سند اصول اساسی در استفاده از اقدامات محدود کننده (۲۰۰۴)، اتحادیه اروپا به بیان انواع تحریم‌ها پرداخته است(Hörbelt, 2017: 56). طبق این سند، مواردی که اتحادیه اروپا دست به تحریم می‌زند شامل تروریسم، تکثیر سلاح‌های کشتار جمعی، نقض حقوق بشر، دموکراسی، حاکمیت قانون و حکمرانی خوب است.

تحریم‌ها بر اساس پیشنهادهای فهرست‌شده در راهنمای مصوب ۲۰۱۸ طراحی و اجرا می‌شوند. این راهنما بیان می‌کند که اتحادیه اروپا رویکردی هدفمند دارد؛ یعنی تحریم‌ها برای به حداقل رساندن آسیب به غیرنظامیان و به حداکثر رساندن فشار بر بازیگران مشخص و به ویژه احزاب سیاسی، سیاستمداران و رهبران حکومت‌های مورد هدف طراحی شده‌اند. در سند بهترین شیوه‌های اجرای مؤثر اقدامات محدودکننده و یکسان‌سازی اجرای تصمیمات میان دولت‌های عضو توضیح داده شده است(European Union, 2018). این سند آخرین بار در سال ۲۰۱۸ به‌روزرسانی شد. هرچند سیاست خارجی و امنیتی مشترک در صلاحیت دیوان دادگستری اروپا نیست؛ اما در سال‌های قبل، تحریم‌ها چندین بار توسط دیوان مورد بررسی قرار گرفته است.

۲-۲. انطباق با تحریم‌های بین‌المللی

فرایند وضع تحریم‌ها توسط شورای امنیت سازمان ملل در چند سال اخیر کاهش یافته است. دلیل اصلی این موضوع به وابستگی سازمان ملل به رای حداقل ۹ عضو شورای امنیت برای تصویب تحریم‌ها بازمی‌گردد که همواره به‌دلیل رویه تصمیم‌گیری مبتنی بر حق وتو یکی از ۵ عضو دائم، دچار کندی و اختلال شده است. در نتیجه این اختلال فرایند وضع تحریم توسط کشورها یا نهادهای بین‌المللی نظیر اتحادیه اروپا افزایش یافته است (Portela & Meissner, 2022: 81). اتحادیه اروپا در سندی که در سال ۲۰۰۴ منتشر کرد؛ اذعان می‌دارد که به استانداردهای سازمان ملل پایبند است؛ اما در عین حال به دنبال اعمال تحریم‌های مستقل بر دولت‌های ثالث نیز هست. از دهه ۱۹۹۰، اتحادیه اروپا شروع به اعمال تحریم‌های مستقل از سازمان ملل و امریکا کرد. در نتیجه رژیم تحریم‌ها تبدیل به ابزار اولیه سیاست

[1] Guidelines on Implementation and Evaluation of Restrictive Measures

[2] Basic Principles on the Use of Restrictive Measures

[3] The EU Best Practices for the Effective Implementation of Restrictive Measure

خارجی اتحادیه اروپا شد. نمونه مهم این رویکرد را می‌توان در تحریم روسیه مشاهده کرد.

در حقوق بین‌الملل برای اعمال تحریم‌ها ۳ دلیل موجه وجود دارد:

- تلافی[1]: راهی است برای نشان دادن نارضایتی بدون عبور از مرزهای عمل مشروع.
- جلوگیری از استفاده از حق[2]: این کار با تلافی متفاوت است چون غیرقانونی است و توسط یک دولت در پاسخ به عمل غیرقانونی دولتی دیگر اعمال می‌شود.
- حق دفاع از خود[3]: بعد از حادثه ۱۱ سپتامبر مطرح شد. این حالت فقط در پاسخ به حمله نظامی طبق ماده ۵۱ منشور سازمان ملل اجرایی می‌شود(Shaw, 2021: 1022-1023).

بر همین اساس اتحادیه اروپا ملزم به پیروی از کلیه تحریم‌های سازمان ملل است. این موضوع در ماده ۱۵ معاهده اتحادیه اروپا تصریح شده است(Lukoševičius, 2010: 87) . هدف اصلی شورای امنیت از اعمال تحریم‌ها، حفظ صلح و امنیت بین‌الملل است. در مقابل هدف اتحادیه اروپا ارتقای حکمرانی و عوامل وابسته به آن یعنی حقوق بشر و دموکراسی است. از طرف دیگر تحریم‌های شورای امنیت برای کلیه دولت‌های عضو الزام‌آور است؛ اما تحریم‌های اتحادیه اروپا فقط برای ۲۷ کشور عضو الزام‌آور هستند. اتحادیه اروپا موظف است همه تحریم‌های تصویب شده توسط سازمان ملل را اجرا کند. در صورت نبود رژیم تحریمی سازمان ملل، اتحادیه اروپا می‌تواند تحریم‌های مستقل خود را وضع کند. مشروعیت این سناریو به سند اصول اساسی در استفاده از اقدامات محدودکننده بازمی‌گردد؛ که نشان می‌دهد اتحادیه اروپا قادر به اعمال تحریم‌های مستقل از شورای امنیت است(Shaw, 2021: 1025). گاهی اتحادیه اروپا تحریم‌ها را در تکمیل تحریم‌های شورای امنیت وضع می‌کند. به این سناریو در سند راهنما اشاره شده است؛ که بیان می‌دارد در اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل، اتحادیه اروپا می‌تواند به اقداماتی دست بزند که محدودکننده‌تر باشد (Shaw, 2021: 1024). در جدول ۲ رابطه تحریم‌های اتحادیه اروپا و سازمان ملل به روشنی ترسیم شده است.

جدول۲. مقایسه نظام تحریمی اتحادیه اروپا و سازمان ملل (۱۹۹٤-۲۰۱۹)

	تحریم‌های مستقل اتحادیه اروپا	تحریم‌های مضاعف اتحادیه اروپا	تحریم‌های اجرایی سازمان ملل در اتحادیه اروپا	تحریم‌های سازمان ملل
افغانستان		❋	❋	❋
آنگولا			❋	❋
بلاروس	❋			
بوسنی و هرزه‌گوین		❋	❋	❋
بورکینافاسو			❋	❋
بروندی		❋	❋	❋
کامبوج			❋	❋
جمهوری افریقای مرکزی			❋	❋
چین	❋			
کومور	❋			
کنگو			❋	❋
ساحل عاج		❋	❋	❋
کرواسی		❋	❋	❋
جمهوری دموکراتیک کنگو		❋	❋	❋
کره شمالی		❋	❋	❋
مصر	❋			

[1] Retorsion
[2] Reprisal
[3] Self-Defense

اریتره			❊	❊
اتیوپی			❊	❊
مقدونیه شمالی	❊			
گابن			❊	❊
گامبیا			❊	❊
گینه	❊			
گینه بیسائو		❊	❊	❊
هائیتی			❊	❊
هندوراس			❊	❊
اندونزی	❊			
ایران	❊	❊	❊	❊
عراق			❊	❊
لبنان			❊	❊
لیبریا			❊	❊
لیبی		❊	❊	❊
مقدونیه		❊	❊	❊
مالدیو	❊			
مالی			❊	❊
میانمار	❊			
نیکاراگوئه	❊			
نیجریه	❊			
روسیه	❊			
روآندا			❊	❊
سیرالئون			❊	❊

منبع: (Portela and Meissner, 2022: 86-87)

شدیدترین تحریم‌های اتحادیه اروپا در ۲۰۲۲ و علیه روسیه اعمال شده است. همان‌طور که از شکل نیز مشخص است؛ بیش از دو سوم موارد تحریمی با سازمان ملل همپوشان بوده است. در برخی موارد اتحادیه اروپا قبل از سازمان ملل دست به تحریم زده است؛ مثل تحریم سودان. برخی تحریم‌های اتحادیه اروپا فراتر از سازمان ملل بوده است؛ مثل تحریم ایران (Jentleson, 2022: 183). برخی تحریم‌ها همچنان با وجود لغو تحریم‌های سازمان ملل پابرجا است مثل تحریم لیبی. تحریم‌های مستعمرات سابق در منطقه کارائیب و افریقا نیز همپوشانی با تحریم‌های سازمان ملل ندارد.

۳.سازوکارهای اجرایی تحریم‌ها

تحریم‌های بین‌المللی زمانی اثربخش هستند که نه‌تنها به درستی طراحی شوند؛ بلکه از طریق سازوکارهای اجرایی کارآمد پیاده‌سازی شوند. در این راستا اتحادیه اروپا مجموعه‌ای از ابزارها و نهادهای اجرایی ایجاد کرده است که وظیفه نظارت بر اعمال تحریم‌ها، همکاری با کشورهای عضو و تضمین هماهنگی با جامعه بین‌الملل را برعهده دارند. به‌طور کلی تحریم‌های مستقل اتحادیه اروپا به سه دسته اصلی تقسیم می‌شوند که عبارتند از:

- تحریم نظامی: دربردارنده ممنوعیت فروش، تأمین و انتقال کالاهای فهرست شده در فهرست نظامی مشترک اتحادیه اروپا و همچنین شامل ممنوعیت ارائه هرگونه کمک فنی و مالی در این خصوص است.
- مسدود کردن دارایی: مربوط به وجوه و منابع اقتصادی است که تحت مالکیت یا کنترل افراد یا شرکت‌ها قرار دارد.

- ممنوعیت صدور روادید و اجازه سفر: افراد تحریم شده حق ورود به اتحادیه اروپا و مرزهای خارجی آن را ندارند Authority of the House of Lords, 2017: 7).

سازوکارهای اجرایی در اتحادیه اروپا بر اساس رویکردی چندلایه شکل گرفته: از نهادهای تصمیم‌گیرنده در سطوح بالای سیاسی مانند شورای وزیران گرفته تا آژانس‌های تخصصی و نهادهای نظارتی که وظیفه پیگری اجرای تحریم‌ها را دارند. این نهادها از یک سو اطمینان حاصل می‌کنند که همه کشورهای عضو به تحریم‌ها پایبند هستند و از سوی دیگر با نهادهای بین‌المللی و بخش خصوصی برای جلوگیری از نقض تحریم‌ها همکاری می‌کنند. در این بخش به بررسی ساختارهای اجرایی اتحادیه اروپا شامل رویه‌های تقنینی، اجرایی و کنترلی تحریم‌ها پرداخته می‌شود. در شکل۱ زیر به‌صورت خلاصه چرخه سیاست تحریمی اتحادیه اروپا آمده است.

شکل۱. چرخه سیاست تحریمی اتحادیه اروپا

منبع: نگارنده

۱-۳. تصمیم‌گیری و تصویب تحریم‌ها

شورای اتحادیه اروپا مسئول وضع تحریم‌ها است. انواع خاصی از تحریم‌ها مثل تحریم‌های نظامی و ممنوعیت سفر به‌صورت مستقیم توسط دولت‌های عضو اعمال می‌شوند؛ اما برخی از تحریم‌ها مستلزم تصمیم شورا[1] است که اجرای این دستور برای همه دولت‌های عضو، الزامی است. تصمیمات شورا به‌صورت موقت اعمال می‌شوند. در مقابل تحریم‌های اقتصادی مثل مسدود کردن دارایی و ممنوعیت صادرات که به‌صورت وسیع‌تری اصول اولیه اتحادیه اروپا در حوزه حرکت آزادانه را تحت الشعاع قرار می‌دهند؛ نیازمند قانون‌گذاری دیگری به شکل آئین‌نامه شورا[2] است که اجرای آن برای همه الزام‌آور است Authority of the House of Lords, 2016: 6). این آئین‌نامه‌ها زمانی به‌کار برده می‌شوند که قانون مشترکی برای همه فعالان در بازار مشترک اروپا اجرایی شود.

فرایند وضع تحریم‌ها در اتحادیه اروپا تاحدی پیچیده است. تحریم‌ها برای یک بازه زمانی نهایت یک ساله تصویب می‌شوند. حتی برخی مواقع بازه زمانی آن‌ها ۳ یا۶ ماهه است. در پایان بازه زمانی مشخص شده، اتحادیه اروپا به بازنگری در شرایط پرداخته و در مورد لغو یا تمدید تحریم‌ها تصمیم می‌گیرد(Immenkamp, 2024: 3). علاوه بر شورا، گاهی برخی کمیته‌های فرعی شورای وزیران مثل کمیته سیاسی و امنیتی[3] و کمیته نمایندگان دائم یا کورپر۲[4] نیز می‌توانند لزوم وضع تحریم را تشخیص دهند(Van Der Vlies, 1982: 318) . نماینده عالی در امورخارجی طرح تحریم را در شورا ثبت می کند. ۴ کمیته فرعی شورای وزیران می‌توانند به لحاظ فنی در مورد تحریم‌ها نظر دهند. این کمیته‌ها عبارتند از :

- کمیته سیاسی و امنیتی: این کمیته امکان وضع تحریم در بحران‌های مختلف سیاسی را بررسی می‌کند. ملاحظات راهبردی در این کمیته توسط نمایندگان دائم دولت‌های عضو در بروکسل بیان می‌شود.
- گروه‌های منطقه‌ای مربوط به شورای وزیران: شورا دارای ۹ گروه منطقه‌ای است که عبارت است از : روابط فرا آتلانتیکی، اروپای شرقی-آسیای مرکزی، بالکان غربی، خاورمیانه-خلیج فارس، مشرق-مغرب، آفریقا،-کارائیب-پاسیفیک، آسیا-اقیانوسیه و در نهایت آمریکای لاتین-کارائیب.

[1] Council Decision
[2] Council Regulation
[3] Political and Security Committee (PSC)
[4] Committee of Permanent Representatives (COREPER II)

- کارگروه مشاوران روابط خارجی[1] در مورد جنبه‌های قانونی موضوعات پیش‌نویس نماینده عالی بحث می‌کنند.
- کورپر۲ : قبل از این که متن نهایی به شورا برود و تصویب شود آن را به صورت دقیق بررسی می‌کند(Van Der Vlies, 1982) .

از آن‌جاکه وضع تحریم در صلاحیت سیاست خارجی و امنیتی مشترک است؛ پارلمان اروپا نقشی در فرایند تصمیم‌گیری آن ندارد. همان‌طور که گفته شد پیشنهاد طرح تحریم توسط نماینده عالی ارائه می‌شود. نماینده عالی رئیس سرویس اقدام خارجی[2] است. واحد سیاست تحریم در سرویس اقدام خارجی مستقیما زیر نظر نماینده عالی کار می‌کند. این واحد، انسجام و سازگاری متن تحریم با قوانین اتحادیه اروپا را تضمین می‌کند. در تمام مراحل وضع و اجرای تحریم، نقش واحد سیاسی محوری است (Giumelli, 2019: 119).

با توجه به این که تحریم‌ها، تغییر در عملکرد بازار را در پی دارند؛ کمیسیون اروپا در بحث‌های رسمی و غیررسمی تحریم‌ها شرکت می‌کند. کمیسیون می‌تواند نقش مهمی در کارشناسی تحریم‌ها ایفا کند که نه شورا و نه سرویس اقدام خارجی تخصصی در آن ندارند. برای مثال در مورد تحریم‌های سه لایه علیه روسیه، کارشناسی وضع تحریم‌ها بر عهده کمیسیون اروپا است (Pop & Rattman, 2014)

دولت‌های عضو نیز در فرایند وضع تحریم‌ها دخیل هستند. در واقع این که مقام صلاحیت‌دار وضع تحریم، رکن دولت محور اتحادیه یعنی شورای وزیران است؛ به صورت خودکار نقش دولت‌های عضو را پررنگ می‌کند. در شورا بر اساس اجماع در مورد رژیم تحریمی رای می‌دهند. دولت‌های عضو وظیفه جمع‌آوری شواهد برای تهیه فهرست افراد و شرکت‌های تحریم‌شده را بر عهده دارند. از سه جهت دیگر نیز نقش دولت‌های عضو در فرایند وضع تحریم مهم است: اول، اجرای ممنوعیت سفر؛ دوم، اجرای تحریم تسلیحاتی و سوم، اجرای تحریم‌های اقتصادی، مالی و تجاری. اتفاق آرای ۲۷ کشور عضو برای تصویب تحریم‌ها الزامی است؛ اما اگر کشوری رای ممتنع دهد؛ اتفاق آرا خدشه‌دار نخواهد شد(European Union,2020)

در این فرایند، پارلمان تنها باید در جریان قانون تحریم‌های مصوب قرار گیرد. اما طبق ماده ۷۵ معاهده تاسیس اتحادیه اروپا یک استثنا در این مورد در نظر گرفته شده است. زمانی‌که اتحادیه اروپا برای مبارزه با تروریسم و فعالیت‌های مرتبط با آن اقدام کند؛ پارلمان باید مقرراتی را از طریق رویه قانونی عادی تصویب کند(Giumelli, 2013: 13). در شکل زیر مراحل قانونی وضع تحریم‌ها در اتحادیه اروپا آمده است.

شکل۲. مراحل وضع تحریم‌ها در اتحادیه اروپا (The EU Sanctions Process Explained,2024)

۲-۳. اجرا و نظارت بر تحریم ها

درحالی‌که تصویب تحریم‌ها در سطح اتحادیه اروپا انجام می‌شود؛ اجرای آن در دست دولت‌های عضو باقی مانده است. در کنار

[1] The Working Party of Foreign Relations Counsellors (RELEX)

[2] European External Action Service (EEAS)

تعیین چارچوب‌های قانونی و اخلاقی برای تحریم‌ها، اجرا و نظارت بر این اقدامات نقش محوری در تأمین مشروعیت و اثرگذاری آن‌ها دارد. تحریم‌های اقتصادی و دیپلماتیک تنها زمانی می‌توانند به اهداف خود برسند که سازوکارهای اجرایی کارآمدی برای اعمال و پایبندی به آن‌ها وجود داشته باشد. مقامات ذی‌صلاح ملی حق دارند در مورد نقض تحریم‌ها جریمه وضع کنند.

مطالعه کاملی از مجازات‌های تعیین شده برای هر نوع تخلف در ۲۷ کشور عضو اتحادیه اروپا انجام نشده است. مجموعه‌ای از جرایم مدنی و کیفری وجود دارد که در نظام‌های حقوقی کشورهای عضو، از مسئولیت‌های عینی شرکت‌ها تا مسئولیت کیفری افراد را تعریف می‌کنند. به‌طور کلی اکثر کشورها برای شرکت‌های متخلف، جریمه مالی درنظر می‌گیرند. این جریمه‌ها برای افراد می‌تواند از ۱۰۰۰ یورو (در بلغارستان) تا ۱۰۰۰۰۰ یورو (در آلمان) متغیر باشد. برخی کشورهای عضو اتحادیه اروپا نیز نقض تحریم‌ها را جرمی کیفری می‌دانند. برای مثال بلغارستان ۶ ماه زندان و آلمان تا ۱۰ سال زندان برای این موضوع در نظر گرفته‌اند(Giumelli, 2019: 125). باید توجه کرد که تحریم‌های اتحادیه اروپا فقط در حوزهٔ قضایی اتحادیه اعمال می‌شوند؛ یعنی:

- شهروندان اتحادیه اروپا خواه در قلمرو این اتحادیه باشند یا خارج از آن.
- شرکت‌هایی که تحت قوانین یک کشور عضو اتحادیه اروپا ثبت شده‌اند.
- هر کسب و کاری که قسمتی یا کل فرایند فعالیتش در خاک اتحادیه اروپا انجام می‌شود.
- در هواپیماها و کشتی‌های تحت مالکیت یکی از کشورهای عضو((Authority of the House of Lord, 2017: 7.

اتحادیه نقش نظارتی مهمی در تحریم‌ها دارد. کمیسیون اروپا به‌عنوان حافظ معاهدات اتحادیه اروپا، مسئول اصلی نظارت بر حسن اجرای تصمیم‌های اتحادیه اروپا و قوانین است. بر همین اساس، کمیسیون برای این کار در راستای ۳ مسیر اصلی عمل می‌کند:

- پیگیری این که آیا اجرای تحریم‌های انفرادی و بخشی[1] در سطح دولت‌های عضو طبق قوانین اتحادیه اروپا انجام می‌شود یا خیر.
- کمک کردن به دولت‌های عضو در نظارت بر تأثیرات اقتصادی تحریم‌ها بر کشورهای هدف مثل بررسی کردن ارزش دارایی‌های بلوکه شده.
- مشاوره به بازیگران دولتی و خصوصی در مورد تفسیر طرح تحریم‌ها از طریق اعلان‌های برخط(Olsen, 2022)

بخش دیگری از کار نظارت بر عهده سرویس اقدام خارجی است. این نهاد به ارزیابی و بازبینی در اقدامات اتحادیه اروپا می‌پردازد. نماینده عالی در امور خارجی به طور رسمی مسئول چارچوب بندی تصمیمات شورا در حوزه سیاست خارجی است. در نتیجه سرویس اقدام خارجی، نقش محوری در تدوین پیشنهادات برای فهرست‌های جدید افراد و نهادهای تحت تحریم دارد. سرویس اقدام خارجی این کار را با استفاده از منابع دریافتی خود یا منابع ارسال شده از سوی دولت‌های عضو انجام می‌دهد. بر همین اساس سرویس اقدام خارجی پیش‌نویس تصمیم رسمی شورا در این باب را تهیه و همراه با گزارش تیم تحریم‌های کمیسیون به شورای وزیران ارسال می‌کند. این دو پیش‌نویس مورد بحث قرار می‌گیرد و توسط بخش خدمات حقوقی شورا برای تضمین اعتبار حقوقی بررسی می‌شود (Directorate-General for Financial Stability,2024). تصمیمات شورا در نهایت توسط کورپر ۲ بررسی و با اکثریت مطلق شورای وزیران تصویب خواهد شد.

شورای وزیران اتحادیه اروپا نقش محوری در نظارت بر اجرای تحریم‌ها و به‌ویژه اصلاح قوانین موجود برای مقابله با پیامدهای منفی پیشبینی نشده احتمالی و خلاءهای ناخواسته ایفا می‌کند. برای انجام این کار، شورا اطلاعات ارائه شده از طریق سازوکارهای بازخوردی مختلف در مورد پیامدهای عملی تصمیمات و مقررات تحریمی قبلا تصویب شده را دریافت می‌کند(Olsen, 2022). کارگروه مشاوران روابط خارجی وظیفه تهیه قوانین اجرایی را در تحریم‌های مستقل اتحادیه اروپا برعهده دارد. بسته به مورد، یک کارگروه تخصصی نیز می‌تواند در این فرایند گنجانده شود. حق شروع پیشنهاد قوانین اجرایی تحریم با کشوری است که ریاست دوره‌ای اتحادیه اروپا را برعهده دارد.

شورا به افراد و شرکت‌هایی که نامشان در فهرست تحریم اتحادیه اروپا آمده است این امکان را داده است تا علیه این وضعیت اعتراض کنند. در عین حال، امکان جبران خسارت قانونی نیز

[1] Sectoral

مدنظر قرار گرفته است. آن‌ها می‌توانند از شورا درخواست تجدیدنظر کنند. در واقع معترضان می‌توانند ظرف ۲ماه و ۱۰ روز پس از ابلاغ، تصمیم شورا را در دادگاه عمومی اتحادیه اروپا[1] به چالش بکشند. در صورتی که دادگاه عمومی تحریم‌ها را لغو کند؛ رای ۲ ماه و ۱۰ روز پس از صدور، قابل اجرا خواهد بود(Authority of the House of Lord, 2017: 8). در طول این مدت، شورا می‌تواند فهرست خود را به روزرسانی کند.

٤.چالش‌های حقوقی

تحریم‌های اتحادیه اروپا با چالش‌های حقوقی قابل توجهی روبه‌رو است. این چالش‌ها نه‌تنها از جنبه مطابقت با قوانین بین‌المللی و تعهدات کشورهای عضو در چارچوب سازمان‌های بین‌المللی نظیر سازمان ملل ناشی می‌شود؛ بلکه مسائل پیچیده‌تری مانند حقوق بنیادین افراد و نهادها، حق دسترسی به دادگاه و حفاظت از مالکیت خصوصی را دربرمی‌گیرد. این بخش از مقاله معطوف به بررسی موانع حقوقی اجرای تحریم‌ها و نحوه برخورد اتحادیه اروپا با این چالش‌ها است.

٤-۱. چالش‌های مربوط به حقوق بشر

تحریم‌ها همواره با چالش‌هایی در رابطه با حقوق بشر مواجه بوده‌اند. این چالش‌ها به چندین جنبه مختلف اشاره دارد؛ از جمله تأثیر تحریم‌ها بر زندگی روزمره شهروندان کشورهای تحت تحریم، مسئله تناسب تحریم‌ها با حقوق بشر و تضاد احتمالی میان تحریم‌ها و استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر است. طبق اصل تناسب در حقوق بین‌الملل، بر ضرورت برقراری تعادل بین اهداف مشروع تحریم‌ها و پیامدهای آن بر حقوق بشر تأکید می‌شود. در برخی موارد، تحریم‌های اتحادیه اروپا از منظر حقوق بشر با انتقاد مواجه هستند؛ چرا که تأثیر منفی تحریم‌ها بر مردم عادی است. تحریم‌های اقتصادی ممکن است به کاهش دسترسی به کالاهای اساسی مانند غذا، دارو و خدمات بهداشتی منجر شود. در این میان آسیب‌پذیرترین گروه‌ها مانند کودکان، زنان و سالمندان بیشترین تأثیرهای منفی را از این اقدامات احساس خواهند کرد (Niknami, 2020: 485-486). اتحادیه اروپا در راستای کاه این اثرات سازوکارهای معافیت‌های بشردوستانه را در نظر گرفته است؛ اما این تدابیر اغلب ناکافی هستند و مشکلات اجرای مؤثر آن پابرجا است. نمونه این موضوع را می‌توان در رژیم تحریمی علیه ایران در ۲۰۱۱ مشاهده کرد که تأثر بسیار نامطلوبی بر وضعیت معیشت مردم بر جای گذاشت.

اتحادیه اروپا همواره تأکیدتأکید کرده است که تحریم‌هایش باید با هنجارهای بین‌المللی حقوق بشر همسو باشند. با این حال در برخی موارد تحریم‌ها با این اصول دچار تناقض هستند. یکی از این موارد، مسدودسازی دارایی‌های افراد و شرکت‌های خصوصی بدون طی فرایند دادرسی عادلانه است که با اصل حق دادرسی منصفانه و حقوق مالکیت در تضاد قرار می‌گیرد (Niknami, 2020: 492). دیوان دادگستری اتحادیه اروپا نیز در برخی موارد، این‌گونه تحریم‌ها را غیرقانونی اعلام کرده است و بر لزوم رعایت حقوق اساسی افراد تحت تحریم تأکید کرده است.

یکی از راهکارهایی که اتحادیه اروپا برای کاهش اثرات منفی تحریم‌ها بر حقوق بشر به‌کار می‌گیرد؛ معافیت‌های بشردوستانه است. این معافیت‌ها به سازمان‌های بین‌المللی و نهادهای بشردوستانه اجازه می‌دهند تا بدون محدودیت به ارائه کمک بشردوستانه بپردازند. با این حال در عمل این معافیت‌ها با مشکلاتی نظیر موانع بوروکراتیک و عدم شفافیت در روند اجرا مواجه‌اند که در نهایت باعث کاهش اثربخشی آن‌ها می‌شود. علاوه بر این، همکاری ناکافی با دولت‌های تحت تحریم هم می‌تواند به مانع بزرگی در اجرای معافیت‌ها تبدیل شود.

٤-۲. چالش‌های اجرایی در کشورهای عضو

یکی از چالش‌های مهم اجرایی در تحریم‌های اتحادیه اروپا، مسئله هماهنگی میان ۲۷ بازیگر است. تصویب تحریم‌های اتحادیه اروپا مستلزم اتفاق آرای همه دولت‌های عضو است. برای مثال یک طرح برای اعمال تحریم‌های اتحادیه اروپا بر شهرک نشینان اسرائیل در کرانه باختری که به فلسطینیان حمله کرده بودند در دسامبر ۲۰۲۳ ارائه شد؛ اما در همان ابتدا به دلیل مخالفت تعداد کمی از دولت‌های عضو متوقف شد و هرگز به اجرا درنیامد(Ravid, 2024). هر چه کشور هدف تعاملات اقتصادی بیشتری با کشورهای عضو اتحادیه اروپا داشته باشد، موضوع تشتت جدی‌تر می‌شود.

برای مثال اتحادیه اروپا در اجرای تحریم‌های علیه روسیه پس از تهاجم سال ۲۰۲۲ به چالش‌های جدی روبه‌رو شد. مقیاس و دامنه بی‌سابقه تحریم‌های اعمال شده علیه روسیه ، چالش‌های

[1] General Court of EU

اجرایی جدید در داخل مرزهای اتحادیه اروپا را در کانون توجه قرار داده است. اتکای اتحادیه اروپا به یک سیستم غیرمتمرکز برای اجرای تحریم‌ها منجر به پراکندگی اقدامات در سراسر اتحادیه اروپا شده است. جایی که بیش از ۱۶۰ مرجع ذی‌صلاح در داخل کشورهای عضوبرای اجرای تحریم‌ها وجود دارد(Portela & Olsen, 2023). با ایجاد سردرگمی عملی و تفسیرهای حقوقی متناقض از مقررات کلیدی تحریم در میان کشورهای عضو، در نوامبر ۲۰۲۲، شورا تصمیمی گرفت که نقض اقدامات محدودکننده (تحریم‌ها) را به فهرست جرایم بسیار جدی (جرایم اتحادیه اروپا) طبق بند ۱ ماده ۸۳ معاهده کارکردی اتحادیه اروپا اضافه کند. به منظور اجرای این تصمیم، کمیسیون اندکی پس از آن، پیشنهادی را برای دستورالعمل «در مورد تعریف جرایم کیفری و مجازات برای نقض اقدامات محدودکننده اتحادیه» ارائه کرد و سقفی حداقلی برای هماهنگی قوانین در سراسر اتحادیه اروپا ایجاد کرد. در ۱۲ دسامبر ۲۰۲۳، پارلمان اروپا و شورا به توافق موقت در این موضوع رسیدند (IN 'T Veld, 2024).

فرایند وضع تحریم در اتحادیه اروپا طولانی است؛ زیرا گزارش روسای نمایندگی‌های سفارت‌خانه‌های اتحادیه اروپا در کشورهای تحت تحریم مدتی طول می‌کشد. از سوی دیگر منافع اعضای اتحادیه اروپا در کشورهای تحریم‌شده باید با تحریم‌ها سازگار شود رویه‌های پذیرش و پیامدهای قانونی آن گاهی کل فرایند را متوقف می‌کند. یکی از مشکلات اساسی اجرای تحریم‌ها، مسئله دور زدن تحریم‌ها است. برای مثال بسته ۱۱ تحریم‌های اتحادیه اروپا علیه روسیه به مسئله دور زدن تحریم‌ها توجه کرده است که به اتحادیه اروپا اجازه وضع محدودیت بر فروش، عرضه و انتقال یا صادرات برخی کالاهای خاص تحریمی و فناوری به کشور سومی که برای دور زدن تحریم‌ها کمک می‌کند را می‌دهد. موفقیت بسته ۱۲ و ۱۳ تحریم‌ها علیه روسیه تا حد زیادی به‌دلیل همین اقدامات تحریمی بوده است (Melin & Fressynet, 2023). هزینه‌های اقتصادی تحریم‌ها نیز گاهی چالشی مهم می‌شود. در ژوئیه ۲۰۱۴، اتحادیه اروپا و امریکا تصمیم به تحریم روسیه گرفتند؛ اما هزینه آن طبق برآرد پارلمان اروپا تا سال ۲۰۱۶ بالغ بر ۳۵ میلیارد دلار بود (Fritz, Sinabell ,& Heinz, 2017: 40). از سال ۲۰۲۲ دور جدید تحریم‌های روسیه شروع شد که تاکنون ۴۸ میلیارد دلار هزینه داشته است (European Commission, 2024).

۳-٤. مقاومت‌های سیاسی و دیپلماتیک

تحریم‌های اتحادیه ارپا نه‌تنها نه تنها با واکنش کشورهای هدف مواجه می‌شوند؛ بلکه می‌تواند تنش‌های دیپلماتیک گسترده‌تری در سطح بین‌المللی ایجاد کند. این تحریم‌ها ممکن است به تلافی‌جویی‌های اقتصادی و سیاسی از سوی کشورهای هدف یا حتی از سوی کشورهای ثالث منجر شود. برای مثال در جریان تحریم‌های اتحادیه اروپا علیه روسیه، مسکو نیز تحریم‌هایی را علیه کشورهای اروپایی اعمال کرد که به کاهش صادرات محصولات کشاورزی این کشورها منجر شد (Pestova, Memonov ,& Steven, 2022). این نوع پاسخ‌ها می‌توانند تأثیرات منفی بر اقتصاد کشورهای عضو اتحادیه داشته باشند و فشارهایی را بر تصمیم‌گیرندگان سیاسی وارد کند.

تحریم‌ها همچنین بر روابط اتحادیه اروپا با متحدان راهبردی نیز تأثیر منفی می‌گذارد. به‌عنوان مثال در مورد ایران و توافق هسته‌ای برجام، تحریم‌های فراسرزمینی امریکا علیه شرکت‌های اروپایی که با ایران همکاری داشتند منجر به پیچیدگی‌های دیپلماتیک میان اتحادیه اروپا و امریکا شد. این اختلافات در نهایت به تضعیف سیاست تحریمی اروپا و عدم توانایی این اتحادیه در حمایت از شرکت‌های خود منجر شد. علاغوه بر این، در برخی موارد، کشورهای هم‌پیمان، از اعمال تحریم‌های اتحادیه حمایت مکی‌کنند یا مواضع متفاوتی اتخاذ می‌کنند که به ایجاد تعارض‌های دیپلماتیک منجر می‌شود.

در نهایت سومین چالش دیپلماتیک اجرای تحریم‌ها، تضعیف روابط با کشورهای هدف است. تحریم‌ها می‌توانند به انزوای دیپلماتیک کشور هدف منجر شوند و فرصت‌های مذاکره و دیپلماسی را کاهش دهند. برای مثال، تحریم‌های اعمال شده علیه بلاروس به‌دلیل سرکوب مخالفان سیاسی، موجب شد که این کشور به دنبال تقویت روابط با دیگر قدرت‌ها نظیر روسیه و چین برود که می‌تواند برای اتحادیه اروپا چالش ژئوپلیتیک به همراه داشته باشد. همچنین قطع یا محدود شدن روابط دیپلماتیک می‌تواند توانایی اتحادیه در استفاده از دیپلماسی به‌عنوان ابزاری برای حل منازعات را محدود کند.

٤-٤.چالش انطباق با تحریم‌های بین‌الملل

یکی از مشکلات اصلی اجرای تحریم‌ها در اتحادیه اروپا مربوط به تحریم‌های شورای امنیت است. به ویژه اگر تحریم از نوع مسدود کردن دارائی باشد. به منظور کارآمدی بیشتر، این قانون باید ظرف ۳۰ روز پس از تصویب قطعنامه در شورای امنیت، در اتحادیه اروپا اجرایی شود. درصورتی که این تحریم‌ها قبلا نیز

توسط اتحادیه اجرا شده باشند و فقط نیاز به اصلاحات در فهرست باشد؛ کمیسیون حق دارد ظرف ۳ روز به‌طور خودکار اقدام کند و آئین نامه تصویب شود(Terlinden, 2024: 5) . مشکل زمانی ایجاد می‌شود که برای اجرای تحریم شورای امنیت، نیاز به تصویب قوانین در سطح اتحادیه باشد. در این صورت مشکل هماهنگی جلوی چابکی قانون‌گذاری را می‌گیرد. فراتر از این، همان‌طور که گفته شد؛ اتحادیه اروپا همواره برای تحریم‌های مستقل خود بازه زمانی در نظر می‌گیرد. درحالی که تحریم‌های شورای امنیت فاقد بازه زمانی هستند و صرفاً تغییرات شرایط و اصلاح مورد نظر می‌تواند منجر به لغو تحریم‌ها شود. بنابراین در اینجا یک عدم هماهنگی حقوقی ایجاد می‌شود (Portela, 2010: 15-16). معمولاً اتحادیه اروپا برای حل مشکل هر ساله سمینارهای مشترکی با سازمان ملل برگزار می‌کند.

نتیجه‌گیری

اتحادیه اروپا به‌عنوان یکی از بزرگترین و تأثیرگذارترین نهادهای بین‌المللی، همواره از ابزارهای مختلفی برای پیشبرد اهداف سیاست خارجی، امنیتی و اقتصادی خود بهره برده است. یکی از مهم‌ترین این ابزارها، تحریم‌های اقتصادی و سیاسی است که به منظور تحت فشار قرار دادن کشورها یا افراد خاص برای تغییر رفتارهای ناپذیرفتنی آن‌ها استفاده می‌شود. با وجود تأثیرگذاری این ابزار در برخی موارد، تحریم‌های اتحادیه اروپا به طور گسترده با چالش‌ها و مشکلات حقوقی، سیاسی، اقتصادی و دیپلماتیک مواجه هستند که کارآمدی و مشروعیت این سیاست‌ها را زیر سؤال می‌برند. اگرچه هنجارها و ارزش‌ها در سیاست تحریم‌های اتحادیه اروپا نقش دارند، اما اغلب به دلیل منافع امنیتی و اقتصادی به چالش کشیده می‌شوند. از آنجایی که هیچ یک از دلایل اصلی ناهماهنگی ها (به‌عنوان مثال برتری منافع ملی، دیدگاه های متفاوت در مورد ادامه تحریم ها و ...) به این زودی از بین نخواهند رفت، سیاست تحریم اتحادیه اروپا همچنان بین منافع، هنجارها و ارزش‌ها در نوسان خواهد بود.

تحریم‌های اتحادیه اروپا به‌عنوان ابزار سیاست خارجی، با هدف پیشبرد اهداف هنجاری و سیاسی این اتحادیه طراحی شده‌اند. از منظر نظریه قدرت هنجاری، این تحریم‌ها به منظور تقویت هنجارهای بین‌المللی و حفظ اصول اخلاقی و حقوق بشری در عرصه جهانی وضع شده‌اند. اتحادیه اروپا تلاش کرده است تا با استفاده از تحریم‌ها، به تعهدات هنجاری خود عمل کرده و رفتار کشورهای ناقض اصول بین‌المللی را تغییر دهد. با این حال، مشروعیت تحریم‌ها در عمل با چالش‌هایی مواجه است. تحریم‌ها گاهی به نقض حقوق بشر و مسائل حقوقی منجر می‌شوند که به نوبه خود می‌تواند مشروعیت این ابزارها را زیر سؤال ببرد. در این راستا، ضروری است که اتحادیه اروپا به طور مداوم تأثیرات انسانی و حقوقی تحریم‌ها را ارزیابی کند تا از تطابق آن‌ها با اصول هنجاری اطمینان حاصل کند.سازوکارهای اجرایی تحریم‌های اتحادیه اروپا از نظر نظریه قدرت هنجاری، به دنبال اعمال فشار بر کشورهای هدف به‌گونه‌ای است که تغییرات مثبت را در رفتار آن‌ها ایجاد کند. این سازوکارها شامل سیستم‌های نظارتی، معافیت‌های بشردوستانه و سازوکارهای اجرای تحریم‌ها هستند که به منظور تطبیق با هنجارهای بین‌المللی طراحی شده‌اند

یکی از سؤالات اصلی که در مورد تحریم‌های اتحادیه اروپا مطرح می‌شود، میزان اثربخشی این تحریم‌ها در تغییر رفتار کشورها و نهادهای هدف است. بررسی‌های مختلف نشان می‌دهد که تحریم‌ها به تنهایی نمی‌توانند به‌عنوان یک ابزار مؤثر در تغییر رفتار سیاسی یا حقوقی کشورها عمل کنند. در بسیاری از موارد، کشورهایی که تحت تحریم قرار گرفته‌اند، مانند ایران، کره شمالی و روسیه، نه تنها رفتار خود را تغییر نداده‌اند، بلکه به تقویت سیاست‌های داخلی و افزایش خودکفایی اقتصادی پرداخته‌اند. این امر نشان می‌دهد که تحریم‌ها بدون همراهی با راهبردهای دیپلماتیک و مذاکرات سیاسی، نمی‌توانند به نتایج مورد نظر منجر شوند.

تحریم‌ها همچنین می‌توانند به آسیب‌های جانبی برای کشورهای عضو اتحادیه اروپا نیز منجر شوند. وابستگی اقتصادی برخی کشورهای عضو به بازارهای کشورهای تحت تحریم، باعث می‌شود که اعمال تحریم‌ها به ضرر منافع اقتصادی خود اتحادیه نیز باشد. به‌عنوان مثال، تحریم‌های اتحادیه اروپا علیه روسیه پس از الحاق کریمه به دلیل وابستگی برخی کشورهای اروپای شرقی به انرژی روسیه، موجب بروز مشکلات اقتصادی در این کشورها شد.

با توجه به چالش‌ها و محدودیت‌های مطرح شده، به نظر می‌رسد که اتحادیه اروپا نیازمند بازنگری در سیاست‌های تحریمی خود است. اتحادیه باید تلاش کند تا سیاست تحریم‌های خود را به گونه‌ای تنظیم کند که با قوانین بین‌المللی همخوانی داشته باشد و همچنین از نقض حقوق بشر جلوگیری کند. علاوه بر این، اتحادیه باید به دنبال راهکارهای دیپلماتیک و سیاسی موازی باشد

که بتوانند در کنار تحریم‌ها به حل منازعات کمک کنند. ایجاد کانال‌های مذاکره و گفتگو با کشورهای هدف و تلاش برای به کارگیری تحریم‌ها به‌عنوان ابزاری تکمیلی در کنار دیگر ابزارهای دیپلماتیک، می‌تواند به افزایش اثربخشی تحریم‌ها کمک کند.

تحریم‌های اتحادیه اروپا به‌عنوان ابزارهای هنجاری، با هدف تقویت اصول و هنجارهای بین‌المللی طراحی شده‌اند. با این حال، اثربخشی و مشروعیت این تحریم‌ها تحت تأثیر چالش‌های اجرایی و حقوقی قرار دارد. برای بهبود کارایی این ابزارها، ضروری است که اتحادیه اروپا به طور مداوم به ارزیابی و اصلاح سیاست‌های تحریمی خود بپردازد و از نظریه قدرت هنجاری به‌عنوان مبنایی برای تنظیم و اجرای این سیاست‌ها استفاده کند. تنها با هماهنگی بهتر میان کشورهای عضو، تقویت سازوکارهای اجرایی و توجه دقیق به مسائل حقوقی، اتحادیه اروپا می‌تواند به تحقق اهداف هنجاری خود دست یابد و به کاهش اثرات منفی تحریم‌ها کمک کند.

تحریم‌های اتحادیه اروپا، اگرچه ابزاری ضروری و مشروع برای پیشبرد اهداف هنجاری و امنیتی این اتحادیه هستند، اما با چالش‌های حقوقی، سیاسی و دیپلماتیک جدی‌ای روبه‌رو هستند. این چالش‌ها می‌توانند اثرگذاری تحریم‌ها را کاهش داده و در برخی موارد منجر به نتایج معکوس شوند. بنابراین، اتحادیه اروپا باید در تصمیم‌گیری و اجرای تحریم‌ها نه تنها به مسائل حقوقی و حقوق بشری، بلکه به عواقب سیاسی و دیپلماتیک نیز توجه ویژه‌ای داشته باشد. اتخاذ راهبردهای دیپلماتیک هوشمندانه و هماهنگی بیشتر میان کشورهای عضو، در کنار بررسی دقیق تأثیرات اقتصادی و حقوقی تحریم‌ها، می‌تواند به کاهش چالش‌های موجود و افزایش کارآمدی این ابزار کمک کند.

Refrences:

[1] Authority of the House of Lords. (2017). *The Legality of EU Sanctions*. London: House of Lords.

[2] *Consolidated Version of the Treaty On the Functioning of the European Union*, (2016). Official Journal of the European Union, C 202/49.

[3] Directorate-General for Financial Stability. (2024). *Financial Services and Capital Markets Union, Consolidated List of Persons, Groups and Entities Subject to EU Financial Sanctions*, European Union Available at: https://data.europa.eu/data/datasets/consolidated-list-of-persons-groups-and-entities-subject-to-eu-financial-sanctions?locale=en (last visited on 10/09/ 2024)

[4] European Commission, (2016). *Restrictive Measures (Sanctions) in Force*. available at: https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/restrictive_measures-2016–10-11-clean.pdf (last visited on 13/7/2023).

[5] European Commission. (2024). *Import and Export Bans*, European Commission. available at: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-sanctions-against-russia-following-invasion-ukraine/import-and-export-bans_en (last visited on 14/9/2024).

[6] European Union. (2024). *Sanctions: How and When the EU Adopts Restrictive Measures*, EU, (October 2020), Available at: https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/. (last visited on 10/09/ 2024).

[7] European Economic Community. (1957). *Treaty of Rome*, sec. 223(1)(a), available at: https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.pdf.

[8] European Union. (2018). *Restrictive Measures (Sanctions) Update of the EU Best Practices for the Effective Implementation of Restrictive Measures***,** 8519/18, no. *Generic* (2018). available at: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11623-2024-INIT/en/pdf.

[9] Fritz, o.; Christen,E.; Sinabell,F.; and Heinz,J. (2017). *Russia's and the EU's Sanctions: Economic and Trade Effects, Compliance and the Way Forward.* Brussels: European Parliament's Committee on International Trade.

[10] Giumelli, F. (2013). *How EU Sanctions Work: A New Narrative*. Paris: ISSUE.

[11] Giumelli, F. (2019). *Implementation of Sanctions: European Union*. In Economic Sanctions in International Law and Practice, Ed: Asada, M. pp. 116-135. London: Routledge.

[12] Hörbelt, C. (2017). A Comparative Study: Where and Why Does the EU Impose Sanctions, *Revista UNISCI*, (43), 53-71.

[13] Immenkamp, B. (2024). *EU Sanctions: A Key Foreign and Security Policy Instrument*. Brussels: European Parliament.

[14] IN 'T Veld, S. (2024). *Directive (EU) 2024/1226 of 24 April 2024 on the Definition of Criminal Offences and Penalties for Violation of Union Restrictive Measures*, Legislative Train Schedule. available at: https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-promoting-our-european-way-of-life/file-proposal-for-a-directive-on-the-violation-of-eu-sanctions (last visited on 14/9/2024).

[15] Jentleson, *B.W.(2022). Sanctions: What Everyone Needs to Know*. New York: Oxford University Press.

[16] Lissel, E. (2006). Economic Sanctions within the European Union towards Non-Member States. PhD diss. Lund: Lunds University.

[17] Lukoševičius, M. (2010). European Union Sanctions Policy, *Lithuanian Annual Strategic Review*, *8* (1), 81-112.

[18] Manners, I. (2002). Normative Power Europe: A Contradiction in Terms? *Journal of Common Market Studies*, *40* (2), 235-258.

[19] Manners, I. (2006). Normative Power Europe Reconsidered: Beyond the Crossroads. *Journal of European Public Policy*, *13* (2),182-199.

[18] Melin, Y and Fressynet, I. (2023). *EU Introduces New Anti-Circumvention Tool in Latest Sanctions Package*, Lex Blog. available at: https://www.tradecomplianceresourcehub.com/2023/07/03/eu-tightens-restrictions-against-russia-unveiling-a-new-anti-circumvention-tool/ (last visited on 14/9/2024).

[19] Niknami, R. (2020). EU Economic & Financial Sanctions against Iran and their Human Rights Implications, *Journal of World Sociopolitical Studies*, *4* (3), 471-504.

[20] Nye, J. (2004). *Soft Power: The Means to Success in World Politics*. New York: Public Affairs.

[21] Pestova, A.; Mamonov, M.; and Ongena, S. (2022). *The price of war: Macroeconomic Effects of the 2022 Sanctions on Russia*, In: Global Economic Consequences of the War in Ukraine: Sanctions, Supply Chains and Sustainability. Eds: Rohner, L.; Weder di Mauro, D. London: CEPR Press.

[22] Pop, V and Rettman, A. (2014). *Leaked Paper: EU Options on 'Stage Three' Russia Sanctions,* EU Observer, Available at: https://euobserver.com/foreign/125075. (last visited on 10/07/ 2024)

[23] Portela, C. (2009-2010). National implementation of United Nations Sanctions: Towards Fragmentation, *International Journal*, *65* (1), 13-30.

[24] Portela, C. (2010). *European Union Sanctions and Foreign Policy: When and Why Do They Work?*. London: Routledge, 2010.

[25] Portela, C and Meissner, K. (2022). *The European Approach to Multilateral Sanctions: Are EU Sanctions Replacing UN Sanctions?* In Multilateral Sanctions Revisited: Lessons Learned from Margaret Doxey, Eds: Charron, A and Pertela,C. pp 81-98. Montreal: Mc Gil-Queen`s University Press.

[26] Portela, C & Olsen, K.B. (2023). *Implementation and Monitoring of the EU Sanctions' Regimes, Including Recommendations to Reinforce the EU's Capacities to Implement and Monitor Sanctions*. Brussels: Policy Department for External Relations.

[27] Shaw, M. (2021). *International law* (9th ed). Cambridge: Cambridge University Press.

[28] Olsen, K. B. (2022). *The Geoeconomic Diplomacy of European Sanctions: Networked Practices and Sanctions Implementation*. Leiden: Brill.

[29] Ravid, R.(2024). *U.S. Announces New Sanctions against Occupied West Bank Settler Outposts***,** AXIOS, available at: https://www.axios.com/2024/03/14/us-settler-sanctions-west-bank (last visited on 10/09/ 2024).

[30] European Council**.** (2024). The EU Sanctions Process Explained, available at: https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/the-eu-sanctions-process-explained/. (last visited on 13/09/ 2024)

[31] Terlinden, M. (2024). *Recent Developments in the Sanctions Practice of the European Union: A Proportionality Review*. Leuven: Leuven Centre for Global Governance Studies.

[32] The Treaty On European Union. (2012). Official Journal of the European Union, C 326/13.

[33] Van Der Vlies, Inge C. (1982). *The role and powers of the council of ministers*. In Netherlands Reports to the XIth International Congress of Comparative Law Caracas 1982, Eds: Ulrich, H and D'Oliveira, J. pp. 311-326. Dordrecht: Springer Netherlands.

[34] Veebel, V. (2021). Russia and Western Concepts of Deterrence, Normative Power, and Sanctions, *Comparative Strategy*, *40* (3), 268-284.